الإشهاد على عقد الزواج
بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري

زازون أكلي: أستاذ محاضر "ب"
كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1
حبار أمال: أستاذة محاضرة "أ"
كلية العلوم الإسلامية - جامعة وهران

ملخص

يُعد عقد الزواج من العقود المهمة في حياة الإنسان بشكل عام والإنسان المسلم بشكل خاص، ولهذا قامت الشرائع السماوية والشريعة الإسلامية والقانون بتنظيمه ورعايته أكثر من العقود الأخرى، وميزته عن العلاقة غير المشروعة بالإشهاد.

ولهذا فإن موضوع البحث يتناول الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري الصادر تحت رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق لـ09 يونيو سنة 1984م المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق ل 27 فبراير سنة 2005م، فقسناه إلى مبحثين عالجنا في المبحث الأول تعريف الإشهاد والزواج والنكاح، وحكم الإشهاد عليه في كل من الشريعة والقانون. أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه إلى الحديث عن شروط الإشهاد على عقد الزواج، المعتبرة منها والمختلف حولها بين فقهاء الشريعة الإسلامية وموقف قانون الأسرة من هذه الشروط، وكذلك حكم عقد الزواج إذا تخلف فيه الإشهاد في كل من الشريعة وقانون الأسرة 84-11المعدل والمتمم بالأمر 05-02.

ثم ختمنا البحث بخاتمة بينا فيها القصور والنقص الذي اعترى قانون الأسرة فيما يتعلق بشرط الإشهاد على عقد الزواج، سواء من حيث النص عليه في المادة التاسعة مكرر، ومن حيث حكم تخلفه المنصوص عليه في المادة الثالثة والثلاثين، كما تضمن البحث أهم النتائج التي توصلنا إليها.

Abstract

The marriage contract represents one of the most important contracts in human life in general, and in the Muslim life in particular; for such purpose, the diving laws, the Islamic Sharia and the organic laws, have organized such contract and took care of the same more significantly than the other contracts, and distinguished it from the illegal relationship with certification.

In the light of which, the subject of our research pertains to the certification of the marriage contract between Sharia and the Algerian Family Code **issued under No.84-11 dated 09th Ramadan 1404 Hijri corresponding to 09th June 1984 Gregorian, amended and completed with the Ordinance No.05-02 dated 18th Muharram 1426 Hijri corresponding to 27th February 2005 Gregorian**, since it is considered one of the issues creating the need to provide more statements and demonstrations thereof, namely if it would not be significantly mentioned and enlightened in the Family Code, bearing in mind that the Islamic jurisprudence books have provided full details of the same including all and every piece of detailed information in the certification of the marriage contract. Moreover, in order to handle this issue, we divided the research into two chapters, whose first was devoted to the definition of the certification, marriage and matrimony, and the ruling of certification of the same in Sharia and Law. Likewise, we compared, through the said chapter, between the ruling of certification in the Islamic Sharia and the Code of Family **No.84-11, amended and completed with the Ordinance No.05-02**, as well as to the laws of the personal status of some Arab countries, and whether it is considered as condition of validity or condition of fulfillment; thus, we noticed the failure existing in the Algerian Family Code with regards to the Islamic Sharia and to certain personal laws of some Arab countries, which had been indicated as a condition, but yet to be specified as to which condition meant, either condition of validity or condition of fulfillment.

As for the second chapter, we evoked through which the conditions of certification of the marriage contract, the ones taken into consideration

and those subject to difference among the Jurisprudents in the Islamic Sharia, and the position of the Family Code as to such conditions; in addition to the ruling of the marriage contract in case of failure to provide the certification in both Sharia and Family Code. Subsequently, we noticed that the conditions, that must mandatorily be available in the witnesses, have not been highlighted, contrarily to the facts highlighted through the personal status' Arab laws, stipulating the conditions that should be available, in respect such as the capability, hearing and sight, and the attendance at the contract council and justice; nonetheless, it contradicted the majority of Scholars and the Islamic doctrines, while stipulating, through Article (33) thereof, the confirmation of the marriage contract with the marriage portion equal amount after consummation of marriage after the late provision of the certification condition, the fact of which is considered as legislation for the fornication itself.

In closing, we accomplished our research with a conclusion showing, through the same, the defects and defficiencies that characterize the Family Code with regards to the condition of certification of the marriage contrat, either with regards to mentioning the same through Article (09) bis, or to the ruling of its failure stipulated through Article (33). At the end, we summarized the main results reached by us, so as to be usefull for researchers and specialists in writing the marriage contracts, like the officers civil status, notaries and judges.

Keywords
Certification – Contract – Marriage – Islamic Sharia – Family Code – Condition of Validity – Condition of Fulfilment – Conditions – Dissolution.

مقدمة

إن عقد الزواج من أقدم العقود التي مارسها الإنسان، بل هو أول عقد أقامه على الإطلاق منذ أن خلق الله آدم وحواء عليهما السلام، قال الله تعالى: (وَقُلْنَا يَا آدَمُ اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ وَكُلَا مِنْهَا رَغَدًا حَيْثُ شِئْتُمَا وَلَا تَقْرَبَا هَذِهِ الشَّجَرَةَ فَتَكُونَا مِنَ الظَّالِمِينَ)[1]، كما أنه ليس هناك عقد يستمر بعد الوفاة في الجنة للمؤمنين إلا الزواج[2]، قال الله تعالى: (... كَذَلِكَ وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ)[3].

ولذلك عُد عقد الزواج من أخطر العقود، وأجلها قدرا، وأعظمها أجرا، وأغلظها ميثاقا، لأنه يرد على الأعراض لا الأموال، والأعراض أعظم شأنا من الأموال، قال الله تعالى: (... وَأَخَذْنَ مِنكُم مِّيثَاقًا غَلِيظًا)[4]، وقال عليه الصلاة والسلام: " اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّكُمْ أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ"[5].

ونظرا لعظم مكانة عقد الزواج في الإسلام وخطورته باعتباره اللبنة الأولى للمجتمع فقد كانت عناية الله عز وجل به كبيرة، فتولي الشارع الحكيم رعايته بتفصيل قواعده وتحديد أحكامه منذ التفكير فيه إلي إتمامه، ثم أحاطه بعنايته منذ قيامه حتى ينتهي بالموت أو بغيره، ولم يتركه للناس يقيمون قواعده وأصوله ويضعون نظمه.

ولما كان لعقد الزواج هذه المنزلة والمكانة في الشريعة الإسلامية والقانون تميز عن سائر العقود الأخرى بأن جعله كلا من الشرع والقانون لا يكفي لانعقاده الرضائية بل لابد له من أركان وشروط حتى يتم صحيحا، ومن أهم هذه شروط الإشهاد.

ولهذا ارتأينا معالجة موضوع الإشهاد على عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري الصادر تحت رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق ل09 يونيو سنة 1984م المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق ل 27 فيبراير سنة 2005م مبينا الفراغ الذي تركه المشرع في شأن الإشهاد على عقد الزواج في نصوص القانون والذي كان عليه ألا يغفل عنه لأن بالإشهاد يتميز النكاح عن السفاح.

وعليه فإن إشكالية البحث تتمثل فيما يلي:

ما هي طبيعة الإشهاد على عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة؟ وما موقف الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة عند تخلفه؟

وبناء على هذا فإن الحديث عن الإشهاد على عقد الزواج يكون في أربعة مواضع هي: الأول؛ في تعريفه لغة واصطلاحا. والثاني؛ في أصل اشتراطه. والثالث؛ فيما يعتبر من الشروط في الشهود عند الشارطين له. والرابع؛ في حكم تخلفه. وكل ذلك فقها وقانونا، ولهذا قُسم البحث إلى مبحثين وهما كالتالي:

المبحث الأول: حقيقة الإشهاد على عقد الزواج وحكمه فقها وقانونا

المبحث الثاني: شروط الإشهاد على عقد الزواج وحكم تخلفه فقها وقانونا

المبحث الأول

حقيقة الإشهاد على عقد الزواج وحكمه فقها وقانونا

تعد الشهادة من أقوى البينات في الشريعة الإسلامية، وفي عقد الزواج هي من أهم ركائزه، وكذلك هو الشأن في قانون الأسرة الجزائري، فالعقد الوحيد الذي يحتاج لإنشائه إلى إشهاد في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة الجزائري هو عقد الزواج.

ولهذا نتعرض في هذا المبحث إلى الحديث عن حقيقة الإشهاد على عقد الزواج، والى حكمه شرعا وقانونا.

المطلب الأول: تعريف الإشهاد على عقد الزواج لغة واصطلاحا

يجدر بنا في بداية الأمر وقبل الحديث عن حكم الإشهاد الحديث عن تعريف الشهادة والزواج ومرادفه الذي هو النكاح لغة واصطلاحا في الشريعة والقانون.

أولا: تعريف الشهادة والزواج لغة، فقها وقانونا:

1- تعريف الشهادة لغة

الشهادة في اللغة مصدر، مشتقة من الفعل (شَهِدَ)، كَعَلِمَ، وقد تسكن هاؤه، والشين والهاء والدال أصل يدل على الحضور والعلم والإعلام والإدراك، يقال: شَهِدَ يشهد شهادةً"[6].

فالحضور منه قوله تعالى: (فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ)[7] أي من حضر شهر رمضان وهو مقيم غير مسافر فيجب عليه الصوم، وقوم شهود؛ أي حضور.

والعلم، ومنه قوله تعالى: (شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ)[8]، أي علم، والعلم خبر قاطع، والشهادة تبنى على المعاينة، لقوله عليه السلام: " يا ابن عباس لا تشهد الا على ما يضيء لك كضياء الشمس"، وأومأ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيده الى الشمس[9].

والإدراك: تقول: شهدت العيد، أي أدركته، وشهدت الجمعة، أدركتها.

كما تأتي بمعنى الحلف واليمين[10] ومنه قوله تعالى: (إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ)[11]، أي نحلف، فسميت الشهادة حلفاً أو يميناً، لقوله تعالى: (اتَّخَذُوا أَيْمَانَهُمْ جُنَّةً فَصَدُّوا عَنْ سَبِيلِ اللَّهِ إِنَّهُمْ سَاءَ مَا كَانُوا يَعْمَلُونَ)[12].

والشهادة: الإخبار بما قد شوهد، والمَشْهَدُ: محضر الناس[13].

2- **الشهادة في الاصطلاح الفقهي**

أ- **تعريف فقهاء الشريعة الإسلامية للشهادة**

عرف الفقهاء الشهادة بعدة تعريفات، واختلفت هذه التعاريف، وبسبب اختلافهم في نوع الأداء، فإن كان إخبار بحق للغير فهي الشهادة، وإن كان بحق للمخبر على آخر فهي الدعوى، أو بالعكس فهو الإقرار[14].

- الحنفية: عرف ابن عابدين الشهادة بأنها: " إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القاضي"[15].

- المالكية: عرف ابن عرفة الشهادة بأنها: " قول يوجب على الحاكم سماعه للحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه "[16].

– الشافعية: عرف البجرمي الشهادة بأنها: " إخبار بحق لغيره على غيره بلفظ مخصوص"[17].

- الحنابلة: عرف البهوتي الشهادة بأنها: " الإخبار بما علمه بلفظ خاص"[18].

ومما يلاحظ على تعاريف المذاهب الفقهية للشهادة أنها كلها تحمل نفس المعنى وإن اختلفت عباراتهم، وهي على العموم: إخبار بحق للغير بلفظ الشهادة في مجلس القضاء.

كما أن علاقة المعنى اللغوي بالاصطلاح الشرعي ظاهر، فالشهادة مشتقة من المشاهدة وهي المعاينة، ومن الشهود وهم الحضور؛ لأن الشاهد يحضر حين تحمل الشهادة وأدائها في مجلس القضاء[19].

والشهادة في عقد الزواج ليست إخباراً فقط، وإنما هي تحمل للشهادة أولاً لصحة عقد الزواج، ثم أداء لها في مجلس القضاء عند الحاجة إليها، فلا تكون الشهادة ملزمة بدون القضاء[20].

ب- **تعريف فقهاء القانون للشهادة**

لم يرد تعريف للشهادة في القانون المدني الجزائري، ولا في القانون المدني المصري، ولا في القانون المدني السوري، ولا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، ولا في قانون الإثبات المصري، ولا في قانون البينات السوري، كما أن شرّاح القانون نادرا ما تناولوا تعريف الشهادة، ومن عرفها منهم فلا يخرج تعريفه عن تعريف الفقهاء إن لم يكن مقتبساً منهم.

فعرفها عبد المنعم فرج صده بأنها: إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره يترتب عليها حق لغيره[21].

وعرفها جميل الشرقاوي بأنها: " الأقوال التي يدلى بها أمام المحكمة بعد حلف اليمين"[22].

أو هي ما يدلي به -في مجلس القضاء - شخص من غير أطراف الخصومة بعد أداء اليمين بما شاهده شخصيا أو سمعه مباشرة من وقائع، أُمر إجراء الإثبات باستجلاء الحقيقة فيها[23].

وقيل: هي أن ينقل الشاهد أمام مجلس القضاء وقائع عرفها معرفة الشخصية إما لأنه رآها بعينه، أو سمعها بأذنه، أو رآها وسمعها[24].

يلاحظ أن هذه التعاريف كلها مشابهة لتعريف الفقهاء، ويؤخذ على تعريف القانونيين ما يلي[25]:

- إن محل الشهادة هو الواقعة، أما الفقهاء، فان محل الشهادة هو الحق.
- النص على مجلس القضاء في التعريف، كما هو الحال عند الفقهاء.
- أغفل شراح القانون لفظ الشهادة، وهو الاتجاه القانوني الحديث بعدم تقييد الشهادة بقيود شكلية معينة.
- اشترط القانونيون اليمين، وهو شرط للشهادة في القانون، والشرط لا يكون في التعريف.

ثانيا: تعريف الزواج لغة واصطلاحا

ولقد شاع استعمال لفظ النكاح بدل الزواج عند الفقهاء القدامى، بينما لفظ الزواج هو الأكثر استعمالا من طرف فقهاء العصر الحديث كما أنه هو اللفظ الذي شاع استعماله في قوانين الأحوال الشخصية في الوطن العربي، فيكون لفظ الزواج والنكاح في الاصطلاح الفقهي واحدا، بينما في اللغة مختلف، لذا فإننا نعرف الزواج والنكاح في اللغة، وبما أن النكاح والزواج في الاصطلاح الفقهي واحد فإننا نعرف النكاح والزواج بعد ذلك فقها وقانونا[26].

1- تعريف الزواج والنكاح في اللغة

أ- تعريف الزواج لغة: الزواج في اللغة اقتران أحد الشيئين بالآخر وارتباطهما، يقال: زَوَّجَ الشيءَ بالشيءِ وزَوَّجَه إليه: قَرَنه؛ ويقال زوجت بين الإبل: أي قرنت كل واحد

بواحد بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر. وقوله تعالى: (وإذا النُّفُوسُ زُوِّجَت)[27] أي قرنت كل شيعة بمن شايعت. وقيل: قرنت بأعمالها. وقال الزَّجّاج في قوله تعالى: (احْشُرُوا الّذينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ و مَا كَانُوا يَعْبُدُونَ)[28]الأزواج : القرناء "والضرباء والنظراء. وتقول: زوجان من الخفاف أيكل واحد نظيرُ صاحبِه. وكذلك الزوج المرأة والزوج المرء قد تناسبا بعقد النكاح. وقوله تعالى: (أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَاناً وَإِنَاثاً)[29] أي يقرنه، وكل شيئين اقترن احدهما بالآخَر فهما زوجانِ. ويقال، تزوجه النوم: خالطه[30].

ب- **تعريف النكاح لغة**

النكاح مصدر لفعل نكح، والنون والكاف والحاء كما يقول ابن فارس أصل واحد، وهو البضاع (أي الجماع)، ويطلق على العقد دون الوطء، وعلى الوطء[31]. قال ابن جني: سألت أبا علي الفارسي عن قوله "نكحها" قال: فرقت العرب فرقاً لطيفاً تعرف به موضع العقد من الوطء، فإذا قالوا: نكح بنت فلان أرادوا تزوجها وعقد عليها، وإذا قالوا: نكح امرأته لم يريدوا إلا المجامعة؛ لأنه بذكر امرأته أو زوجته يستغنى عن العقد[32].

2- **تعريف النكاح والزواج اصطلاحا**

أ- تعريف النكاح والزواج فقها:

إن لفظ النكاح هو اللفظ الشائع لدى الفقهاء القدامى للتدليل على عقد الزواج، بينما لفظ الزواج هو اللفظ المستعمل لدى قوانين الأحوال الشخصية وشراحه، وان كان كلا اللفظين ورد ذكرهما في القرآن الكريم، قال الله تعالى: (وَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلاثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلا تَعُولُوا)[33]، وقال الله تعالى: (فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ إِذَا قَضَوْا مِنْهُنَّ وَطَرًا)[34].

لذى نعرف لفظ النكاح عند الفقهاء القدامى، ثم بعد ذلك لفظ الزواج لدى شراح قوانين الأحوال الشخصية.

- تعريف النكاح فقها

إن الأصل الذي وضع له لفظ النكاح هو للدلالة على العقد إلا في قوله تعالى: (فإِنْ طَلَّقَهَا فَلا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ...)"[35]، فإنه يراد منه الجماع لا العقد، وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم: " لا حتى تذوق عسيلته ويذوق عسيلتها "[36].

ومع ذلك فقد ورد النكاح عند الفقهاء بتعاريف مختلفة متقاربة في المعنى وان اختلفت في المبنى، وهذه التعاريف هي:

- عرفه الأحناف بقولهم: هو عقد يفيد ملك المتعة بالأنثى قصدا، أي يفيد حل استمتاع الرجل بالمرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي[37].

-عرفه المالكية بقولهم :هو عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية ... بصيغة[38].

-عرفه الشافعية بقولهم: هو عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته[39].

- وعرفه الحنابلة بقولهم: هو عقد التزويج، أي عقد يعتبر فيه لفظ النكاح أو التزويج أو ترجمته[40].

ويتبين لنا مما سبق من تعريفات الفقهاء للنكاح أنها ركزت على أحد أمرين؛ إما إباحة الوطء، أو إباحة وحل التمتع بصيغة معينة، فبعضها أبرز جانبا والبعض الآخر أبرز الجانب الآخر، إلا أننا نلاحظ اتفاقهم جميعا في الجملة على أن عقد النكاح ينصرف عند الإطلاق على التزويج.

كما أن هذه التعريفات تفيد بظاهرها أن الاستمتاع بالزواج قاصر على الرجل مع أنه ثابت للمرأة أيضا، غير أنه من جانبه أقوى من جهة اختصاصه بزوجته لا يشاركه فيها أحد، أما من جانبها فهي تتمتع به بدون اختصاص، حيث يحل له التمتع بغيرها في الحد الذي قرره الشارع وهو الى أربع نساء[41].

- تعريف الزواج عند شُراح قانون الأحوال الشخصية

لقد اتفقت كلمة الفقهاء في العصر الحديث وشرّاح قوانين الأحوال الشخصية والأسرة على أن عقد الزواج هو:

- عقد وضعه الشارع يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع[42].

وهذا التعريف يفيد المشاركة، أي أن الرجل يستمتع بالمرأة على الوجه المشروع، كما تستمتع المرأة به على الوجه المشروع.

والى هذا ذهب بعض الحنابلة، قال صاحب الإنصاف: ... ترددت عبارات الأصحاب في مورد عقد النكاح: هل هو الملك، أو الاستباحة؟

فمن قائل: هو الملك.

وقيل: بل هو الحل لا الملك. ولهذا يقع الاستمتاع من جهة الزوجة مع أنه لا ملك لها.

وقيل: بل المعقود عليه: الازدواج، كالمشاركة. فيكون من باب المشاركة لا المعاوضة[43].

ب- تعريف الزواج قانونا

لقد عرفت المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري 02/05 الزواج كما يلي:

- الزواج هو عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه، تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب[44].

وهذا التعريف الذي ساقه المشرع ينسجم مع روح الشريعة الإسلامية ويراعي نصوصها الصريحة التي تنص على الرضائية في العقود بشكل عام منها قوله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)[45].

وعقد الزواج بشكل خاص، فهو من أهم العقود التي يجب أن تراعى فيه الرضائية لأنه يرد على الذوات لا الأموال، والذوات أخطر من الأموال، وللأحاديث النبوي الشريف التالية:

فعن عبد الله بن بريدة عن عائشة: أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني بن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة. قالت: اجلسي حتى يأتي النبي صلى الله عليه وسلم. فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فدعاه فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي ولكني أردت أن أعلم النساء من الأمر شيئا[46].

وعن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله كيف إذنها قال أن تسكت[47].

وعنه رضي الله عنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: تستأمر اليتيمة في نفسها فإن سكتت فهو إذنها وإن أبت فلا جواز عليها[48].

ويقول ابن تيمية رحمه الله في بيان معنى الحديثين الأخيرين: " النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين البكر والثيب؛ كما قال في الحديث الآخر: " لَا تُنْكَحُ الْبِكْرُ حَتَّى تُسْتَأْذَنَ وَلَا الثَّيِّبُ حَتَّى تُسْتَأْمَرَ "[49]، فذكر في هذه لفظ " الْإِذْنِ " وفي هذه لفظ " الْأَمْرِ " وجعل إذن هذه الصمات؛ كما إذن تلك النطق. فهذان هما الفرقان اللذان فرق بينهما النبي صلى الله عليه وسلم بين البكر والثيب؛ ولم يفرق بينهما في الإجبار وعدم الإجبار؛ وذلك لأن " البكرَ " لما كانت تستحي أن تتكلم في أمر نكاحها لم تخطب إلى نفسها؛ بل تخطب إلى وليها، ووليها يستأذنها فتأذن له؛ لا تأمره ابتداء: بل تأذن له إذا استأذنها وإذنها صماته. وأما الثيب فقد زال عنها حياء البكر فتتكلم بالنكاح فتخطب إلى نفسها وتأمر الولي أن يزوجها. فهي آمرة له وعليه أن يطيعها فيزوجها من الكفء إذا أمرته بذلك. فالولي مأمور من جهة الثيب ومستأذن للبكر. فهذا الذي دل عليه كلام النبي صلى الله عليه وسلم. أما تزويجها مع كراهتها للنكاح: فهذا مخالف للأصول والعقول والله لم يسوغ لوليها أن يكرهها على بيع أو إجارة إلا بإذنها ولا على طعام أو شراب أو لباس لا تريده. فكيف يكرهها على مباضعة ومعاشرة من تكره مباضعته ومن تكره معاشرته والله قد جعل بين الزوجين مودة ورحمة، فإذا كان لا يحصل إلا مع بغضها له ونفورها عنه. فأي مودة ورحمة في ذلك؟ "[50].

المطلب الثاني: حكم الإشهاد على عقد الزواج فقها وقانونا

اتفقت كلمة الفقهاء على أنه لابد من إعلان عقد الزواج وإظهاره حتى يظهر أمره بين الناس، وذلك لدفع التهمة عن الزوجين، كما يعمل الإعلان للتمييز بين الحلال والحرام، فشأن الحلال الإظهار، وشأن الحرام التستر عليه عادة، لقوله صلى الله عليه وسلم: ... والإثم ما حاك في صدرك وكرهت أن يطلع عليه الناس"[51].

كما أن في الإشهاد توثيق للعقد بما يحفظ حق الزوجين عند الإنكار، وحق الولد من أن يجحدَ أبوه نسبه.

أولا: حكم الشهادة على عقد الزواج فقها:

اختلفت كلمة الفقهاء في أصل الشهادة في عقد الزواج، هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول أو شرط صحة يؤمر به عند العقد، وسبب الخلاف يرجع إلى أمرين:

الأمر الأول؛ هو ما المقصـــود من الشهادة في عقد الزواج، هل هي حكم شرعي يجب امتثاله والعمل به، أم يقصد بها التوثيق وسد ذريعة الأخـــتلاف؟ فمن قال إنها حكم شرعي، قال إن الشهادة شرط في صحة عقد الزواج، ومن قال: إنها توثيق لم يشترط الشـــهادة في عقد الزواج، كالرهن والكفالة لا تشترط في البيوع[52]، وإنما اشترط الإعلان حتى يخرج من أن يكون سرا[53].

والأمر الثاني؛ الأختـــلاف في تصحيح أحاديث اشتراط الشهادة في عقد الزواج، فمن صحـــحها أو بعضها قال باشتراط الشهادة في عقد الزواج، ومن رأى عدم صحتها قال بخلاف ذلك وهو الإعـــلان لإخراجه من الســـر إلى العلانية وإن لم يحضره أحد، ثم يشهد بعد ذلك.

وعند تأمل أقوال الفقهاء يتبين أن الخلاف في اشتراط الشهادة في عقد الزواج منحصر في قولين هما كالتالي:

القول الأول: إن الشهادة شرط لصحة عقد الزواج ويجب أن تتحقق في مجلس العقد: وهو قول الإمام أبي حنيفة[54]، والشافعي[55]، والمشهور عن الإمام أحمد[56]، وقال به من الصحابة أمير المؤمنين عمر وعلي وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم، ومن التابعين سعيد بن المسيب وجابر بن زيد والحسن والنخعي وقتادة والثوري والأوزاعي[57].

وقال ابن رشد: " وكثير من الناس رأى هذا داخلاً في باب الإجماع وهو ضعيف "[58].

القول الثاني: الشهادة ليست شرطاً في صحة عقد الزواج، وهذا قول الإمام مالك، غير أنه اشتـــرط الإعلان والإشـــاعة وترك التواصي على الكتمان[59]، وداود الظاهري[60]، ورواية عن الإمام أحمد [61]، وفعله ابن عمر [62]، وقال به من التـــابعين الحسن بن علي، وابن الزبير، وســـالم وحمزة ابنا عبد الله بن عمر، وأبو ثور، وابن المنذر، والليث[63]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية، قال في مجموع الفتاوى: واشتراط الإشهاد وحده ضعيف، ليس له أصل في الكتاب ولا في السنة[64].

أدلة القول الأول:

استدل أصحاب القول الأول بالمنقول والمعقول.

أما المنقول؛ فقد استدلوا بعدة أحاديث تدل على اشتراط الشاهدين في عقد الزواج، منها:

– ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل وما كان من نكاح على غير ذلك فهو باطل وإن تشاجروا فالسلطان ولي من لا ولي له"[65]، ففي هذا الحديث نص صريح على نفي صحة النكاح إلا بالشاهدين كما أنه لا يصح إلا بولي.

– عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدين ومهر ما قل أو كثر"[66]، وهذا دليل ظاهر على وجوب الشاهدين في عقد النكاح.

– عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[67].

– وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بأربعة: خاطب وولي وشاهدين"[68].

– وعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا بد في النكاح من أربعة: الولي والزوج والشاهدين"[69]، وغيرها من الأحاديث الدالة على اشتراط الشاهدين في النكاح.

– روي عن الحسن أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يحل نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل"[70]. قال الشافعي رحمه الله: هذا وإن كان منقطعاً دون النبي صلى الله عليه وسلم فإن أكثر أهل العلم يقول به، ويقول: هو الفرق بين النكاح والسفاح[71].

كما استدلوا أيضاً بآثار مروية عن عدد من الصحابة منها:

– عن الحسن وسعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[72].

– وروي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أُتي بنكاح لم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: "هذا نكاح السر ولا أجيزه ولو كنت تقدمت فيه لرجمته"[73].

– عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال: "لا نكاح إلا بشاهدي عدل وولي مرشد "[74].

وأما المعقول؛ فقالوا: إن اشتراط الشهادة في الزواج آكد من اشتراطها في البيع؛ لأن النكاح يتعلق به حق غير المتعاقدين، وهو الولد؛ لئلا يجحده أبوه فيضيع نسبه،

بخلاف البيع[75]، قال الزركشي: وخص النكاح – والله أعلم – باشتراط الشهادة دون غيره من العقود، لما فيه من تعلق حق غير المتعاقدين وهو الولد[76].

ولأنّ في اشتراط الشهادة في عقد النكاح احتياطاً للأعراض، وصيانة للأنكحة من الجحود[77].

أدلة القول الثاني

أستدل أصحاب القول الثاني كذلك بالمنقول وبالآثار وبالمعقول.

فمن المنقول ما يلي:

من القرآن الكريم فقد استدلوا بعموميات القرآن الكريم:

– بعموم قول الله تعالى: (... فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ...)، فلم يذكر الله تعالى الشهادة، فيبقى النص على الإطلاق ولا تشترط الشهادة[78].

– وبعموم قول الله تعالى: (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُود ...)[79]، والنكاح من العقود التي يجب الوفاء بها دون شهود[80].

أما من السنة النبوية

– فعن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: "اشترى رسول الله صلى الله عليه وسلم جارية بسبعة أرؤس، فقال الناس: ما ندري أتزوجها رسول الله صلى الله عليه وسلم أم جعلها أم ولد؟ فلما أراد أن يركب حجبها فعلموا أنه تزوجها"[81]. وجه الاستدلال من الحديث: أنهم لم يستدلوا على تزويجها إلا بالحجاب، مما دل على عدم اشتراط الإشهاد في عقد النكاح[82].

– وروى عباد بن سنان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ألا أنكحك آمنة بنت ربيعة بن الحارث، قال: بلى، قد أنكحتها ولم يشهد"[83].

وبالآثار التي رويت عن بعض الصحابة، منها:

– احتج الإمام أحمد بأن ابن عمر زوج بلا شهود، وهو من أشد الصحابة رضي الله عنهم تمسكاً بالسنة، فقد روى عبد الرزاق عن معمر عن أيوب عن نافع عن حبيب مولى عروة بن الزبير قال: بعثني عروة إلى عبد الله بن عمر لأخطب له ابنة عبد الله، فقال عبد الله: نعم إن عروة لأهل أن يزوج، ثم قال: ادعه، فدعوته لم يبرح حتى زوجه، قال حبيب: وما شهد ذلك غيري وعروة وعبد الله[84].

– فعله الحسن بن علي وابن الزبير، وسالم وحمزة ابنا عبد الله بن عمر[85].

أما من المعقول فقالوا:

– قياس الزواج على الرهن والكفالة في عدم اشتراط الإشهاد فيها بجامع أن كلاً منها عقد توثيق.

– وقالوا كذلك: ولأن كل شخص لا يحتاج إليه في إيجاب ولا قبول لم يكن حضوره شرطاً في انعقاد النكاح كالزوجة وسائر الأجانب[86].

مناقشة أدلة الفريقين: لمناقشة أدلة الفريقين ننظر فيما قاله الفريق الثاني -الذي لا يرى الإشهاد في مجلس عقد الزواج- في أدلة الفريق الأول –الذي يرى الإشهاد على عقد الزواج- وكيف رد هذا الأخير عليها، فمن جملة ما قالوه والرد الذي ردوه ما يلي:

- إن الأحاديث التي استدلوا بها لا تخلو في جملتها من مقال، ولا يثبت في اشتراط الشهادة حديث يتعين القول به والمصير إليه، وقد ضعف هذه الأحاديث عدد من الأئمة، فمن أقوالهم:

– قال الإمام أحمد رحمه الله في رواية الميموني: "لم يثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في الشاهدين شيء"[87].

– وقال ابن المنذر: "لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر"[88].

- وقال ابن عبد البر وقد روي بإسناده حديث "لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين" عن ابن عباس وأبي هريرة وابن عمر، قال: "إلا أن في نقله ذلك ضعفاً فلم أذكره"[89].

وأجيب عن هذه المناقشة: بأنه قد صحح بعض أحاديث اشتراط الشهادة في عقد النكاح عدد من أساطين الحديث وأئمة الحفظ، ومن ذلك:

–قال ابن حبان في حديث عائشة الأول: "ولا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الخبر"[90]. قال ابن الملقن: "هو كما قال وله طرق أخرى فيها ضعف لا حاجة إليها معه"[91]. وقال الأوزاعي: "وهذا يرد قول ابن المنذر لا يثبت في الشاهدين في النكاح خبر"[92].

– ذكر الدارقطني لحديث عائشة السابق طرقاً ومتابعات[93]، قال الألباني معلقاً[94]: "إن الحديث صحيح بهذه المتابعات والطرق التي أشار إليها الدارقطني".

– وقال الشافعي رحمه الله في حديث عمران: "وهذا وإن كان منقطعاً فإن أكثر أهل العلم يقولون به"[95]، وصحح الذهبي إسناده[96].

– قال أبو عيسى الترمذي: "والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم من التابعين وغيرهم، وقالوا: لا نكاح إلا بشهود، لم يختلفوا في ذلك – من مضى منهم – إلا قوماً من المتأخرين من أهل العلم"[97].

الجمع بين القولين: ومع ذلك يمكن الجمع بين القولين إذ الجمع أولى من الترجيح، وذلك بما قاله ابن تيمية رحمه الله في الإشهاد على عقد الزواج، فقد جاء في المجموع ما يلي:

" ... فالإشهاد قد يجب في النكاح ؛ لأنه به يعلن ويظهر؛ لا لأنه كل نكاح لا ينعقد إلا بشاهدين؛ بل إذا زوجه وليته ثم خرجا فتحدثا بذلك وسمع الناس، أو جاء الشهود والناس بعد العقد فأخبروهم بأنه تزوجها كان هذا كافيا.
وهكذا كانت عادة السلف، لم يكونوا يكلفون إحضار شاهدين، ولا كتابة صداق...
فالذي لا ريب فيه أن النكاح مع الإعلان يصح، وإن لم يشهد شاهدان.
وأما مع الكتمان والإشهاد فهذا مما ينظر فيه.
وإذا اجتمع الإشهاد مع الإعلان، فهذا الذي لا نزاع في صحته.

وإذا كان الناس ممن يجهل بعضهم حال بعض، ولا يعرف من عنده هل هي امرأته أو خادمة، مثل الأماكن التي يكثر فيها الناس المجاهل: فهذا قد يقال: يجب الإشهاد في مجلس العقد.
وإن خلا عن الإشهاد والإعلان : فهو باطل عند العامة "[98].

ثانيا: حكم الإشهاد على عقد الزواج قانونا

من خلال نص المادة التاسعة في ظل قانون الأسرة الصادر تحت رقم 84-11 بتاريخ 9 يونيو 1984م وقبل التعديل نجد أنها نصت على أنه: "يتم عقد الزواج برضا الزوجين، وولي الزوجة، وشاهدين، وصداق"، فاعتبرت هذه المادة هذه العناصر أركان لعقد الزواج، فبالتالي فإن الإشهاد كان ركنا من أركان عقد الزواج يترتب على تخلفه بطلان عقد الزواج، وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 2011/02/10م من غرفة الأحوال الشخصية حيث جاء فيه ما يلي:
"... عن الوجه الأول المأخوذ من المخالفة والخطأ في تطبيق القانون؛ والذي جاء فيه أن القرار المطعون فيه جاء مخالفا لأحكام المادة التاسعة من قانون الأسرة التي تستوجب في عقد الزواج رضا الزوجين وولي الزوجة وشاهدين وصداق ...

وعليه فإن هذا الوجه مؤسس وينجر عنه نقض القرار المطعون فيه دون حاجة لمناقشة الوجه الثاني .

لهذه الأسباب: قررت المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية والمواريث قبول الطعن بالنقض شكلا ونقض وإبطال القرار المطعون فيه ..." [99].

بينما في ظل قانون الأسرة 84-11 المعدل بموجب الأمر 05-02 الصادر بتاريخ 27 فبراير سنة 2005م أدرج الإشهاد في المادة التاسعة مكرر التي تنص على شروط عقد الزواج، والشرط إذا تخلف لا يرتب على العقد البطلان وإنما الفسخ، فجاءت كما يلي:

المادة 9 مكرر:

- يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

أهلية الزواج؛

الصداق؛

الولي؛

شاهدان؛

انعدام الموانع الشرعية للزواج

غير أن المادة التاسعة مكرر لم تبين هل الإشهاد على عقد الزواج شرط صحة يجب أن يتوفر عند انعقاد العقد، أو هو شرط تمام يجب أن يتوفر عند الدخول؟ بينما قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية الأخرى قد حسمت الأمر، فجعلت الإشهاد شرط صحة لا ينعقد عقد الزواج إلا بحضور شاهدين عدلين في مجلس العقد، لا شرط تمام بأن يُشهدَ قبل الدخول، نذكر منها ما يلي:

قانون الأحوال الشخصية الكويتي[100] الذي نص في مادته 11 على أنه:

– يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين...

وكذالك قانون الأحوال الشخصية الإماراتي[101] الذي نص في مادته 48 على أنه:

- يشترط لصحة الزواج حضور شاهدين ...

وقانون الأحوال الشخصية الأردني[102] الذي نص في مادته 8 على أنه:

- يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين ...

وقانون الأحوال الشخصية الموريطاني[103] الذي نص في الفرع الرابع تحت عنوان الصيغة في المادة 27 على أنه:

- يشترط إشهاد عدلين على النكاح .

ولا يمكن الإشهاد على الصيغة إلا في مجلس العقد.

ومدونة الأسرة المغربية[104] التي نصت في مادتها 13 على ما يلي:

يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: ...

4- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه ...

ويتضح أن المشرع المغربي والإماراتي والموريطاني قد أخذوا برأي الجمهور في المسألة، حيث يعتبرون الإشهاد على عقد الزواج شرط صحة يجب أن يتوفر في مجلس العقد، دون رأي المالكية -الذي يُعد المذهب الرسمي لهذه البلدان- والذي يَعتبرُ الإشهاد شرط تمام، عندما قرروا أن من شروط صحة عقد الزواج سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين في مجلس العقد.

بينما في قانون الأسرة الجزائري 84-11 المعدل بالأمر 05-02 لم يذكر عبارة "حضور شاهدين" والذي كان عليه أن يذكرها ليزيل اللبس والغموض الذي يكتنف شرط الإشهاد على عقد الزواج، ويقطع دابر النزاع حوله، بجعله شرط صحة لا شرط نفاذ، خاصة إذا علمنا أنه هو مقصود المشرع.

المبحث الثاني
شروط الإشهاد على عقد الزواج وحكم تخلفه فقها وقانونا

نتناول في هذا المبحث الحديث عن الشروط والأوصاف التي يجب أن تتوفر في شهود عقد الزواج، كما نبين في نهاية البحث مصير الزواج الذي تم بغير إشهاد في كل من الشريعة وقانون الأسرة 05-02.

المطلب الأول: شروط الإشهاد على عقد الزواج وحكم تخلفه فقها

لما كانت الشهادة من أهم أدلة الإثبات في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية وفي قانون الأسرة المستمد منها، أحاط فقهاء الشريعة الإسلامية الشهادة بسياج منيع، وحصن حصين، بأن شرطوا شروطا، ووضعوا أوصافا، يجب أن تتوفر في حاملها حتى

تكون في منأى عن الزلل والزيغ وشطط، وهذه الشروط هي التي نتعرض لها بإسهاب في هذا المطلب.

أولا: شروط الإشهاد على عقد الزواج فقها

إن من أهم شروط الإشهاد على عقد الزواج فقها هي: العقل، والبلوغ، والإسلام إذا كان الزوجان مسلمين، والسمع والنطق وفهم المقصود من كلام العاقدين، والتعدد اثنين، وهذا باتفاق الفقهاء إجمالا[105].

- أما اشتراط العقل والبلوغ: فلأن الشهادة فيها معنى الولاية، لأنها تلزم المشهود به حيث ينبني عليها القضاء الملزم، ولولا الشهادة ما كان قضاء ولا إلزام، وليس لغير البالغين والعقلاء ولاية حتى على أنفسهم، فكيف تثبت لهم ولاية على غيرهم؟

ومن ناحية أخرى فإن المقصود من حضور الشهود إظهار خطر هذا العقد بإعلانه وتكريمه، وبحضور هؤلاء أي الصبيان والمجانين والصم البكم لا يتحقق شيء من ذلك؛ بل يكون عقده بحضورهم كأنه غير موجود أي كالعدم[106].

وعلى هذا لا يصح العقد بحضور الصغار ولو كانوا مميزين، والمجانين والصم البكم؛ وهذا الأمر لا يحسن فيه الخلاف حتى إن وجد، لأنه عقد الزواج يحضره الصبيان المميزين، وغير المميزين، والمجانين، والبالغين، والعقلاء، والناطقين السامعين الفاهمين لكلام المتعاقدين، والصم البكم؛ فلا يُترك البالغون العاقلون الناطقون السامعون الفاهمون لكلام المتعاقدين الشهادة في عقد الزواج، ويقال للمجانين والصبيان والصم البكم اشهدوا.

وأما الإسلام فذلك إذا كان الزوجان مسلمين فلا ينعقد النكاح بشهادة كافرين، وهذا باتفاق جمهور الفقهاء[107]، وذلك للآتي:

– لأن الكافر ليس من أهل الولاية[108]، والشهادة نوع منها، وقد قال الله تعالى: "(... وَلَن يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً"[109].

– قال الله تعالى: "(... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ ..." [110]، والكافر ليس من رجالنا[111]. وقوله تعالى: "(... وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ ..."[112]، والكافر ليس بعدل[113].

كما أن هذا العقد له اعتباراً دينياً، ولا يتحقق هذا الاعتبار الديني إلا بشهادة المسلمين عليه.

وأما العدد فللحديث: " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل".

- شهادة عمودي النسب في الزواج: وينبغي أن ننبه هنا أن شهادة الفروع والأصول في النكاح مسألة خاصة، وليست شهادتهم هنا كشهادتهم في الأموال والدماء أو ما يجر الشاهد به نفعاً للمشهود له أو دفعاً للضرر عنه، فمذهب جمهور العلماء أن شهادة الفروع والأصول في غير النكاح غير مقبولة، أما في عقد الزواج فقد اختلف العلماء فيما إذا كان شاهدا النكاح من فروع أو أصول الزوجين أو كانا من فروع أو أصول الموجب للنكاح وهو الولي إلى قولين هما كالتالي:

القول الأول: ينعقد النكاح بشهادة عمودي نسب الزوجين أو عمودي نسب الولي: وهذا هو مذهب الحنفية[114]، والصحيح عند الشافعية[115]، ووجه في مذهب الإمام أحمد[116]،

القول الثاني: لا ينعقد النكاح بشهادة الأصول وعمودي نسب الزوجين أو عمودي نسب الولي وهو مذهب المالكية[117]، وهذا القول هو مذهب الحنابلة[118]، ووجه عند الشافعية[119].

الأدلة: استدل أصحاب القول الأول بما يأتي:

– عموم قوله صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، فيدخل فروع الزوجين وأصولهما. وكذا فروع الولي وأصوله في هذا العموم ولا مخصص لهم[120].

– ولأنه ينعقد بالفروع والأصول نكاح غير هذا الزوج، لأنهم أهل الشهادة لذا انعقد بهما النكاح كسائر العدول[121].

أدلة القول الثاني: قالوا: إن شهادة الابن لا تقبل لوالده وكذا العكس للتهمة؛ لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حداً ولا مجلودة ولا ذي غمر لأخيه ولا مجرب شهادة ولا القانع أهل البيت لهم، ولا ظنين في ولاء ولا قرابة) [122]، وموضع الاستدلال في قوله عليه الصلاة والسلام: (ولا ظنين في ولاء ولا قرابة) أي متهم في شهادته بسبب القرابة، والأب يتهم لولده وكذا العكس، ولأن بين الفروع والأصول بعضية فكأن الشاهد يشهد لنفسه[123].

والنظر في واقع الحال يؤدي إلى رجحان القول الأول القاضي بقبول شهادة عمودي نسب الزوجين وعمودي نسب الولي في النكاح وذلك لما يلي:

أن قبول شهادة الفروع والأصول تتحقق فيه عدة مصالح، منها:

– معرفة الشهود لعين المرأة، فهم غالباً إخوانها ويشهدون على رضاها وإيجاب والدهم.

– زيادة التوثيق في الرضا وانتفاء الموانع، إذ الشهود يعرفون واقع الحال معرفة تامة لملامستهم له.

- شهادة الكافر في عقد الزواج: إذا كانت الزوجة ذمية والزوج مسلم، فقد اختلف العلماء في صحة عقد النكاح بشهادة الذمي على قولين:

القول الأول: لا ينعقد الزواج بشهادة كافرين. وهذا قول المالكية[124] الشافعية[125]، والمذهب عند الحنابلة[126]، وقال به زفر ومحمد بن الحسن من الحنفية[127].

القول الثاني: ينعقد الزواج بشهادة ذميين. وهذا قول أبي حنيفة، وأبي يوسف[128]، سواء كانا موافقين للزوجة في الملة أو مخالفين[129]، وهو قول عند الحنابلة مخرج على رواية قبول شهادة أهل الذمة بعضهم على بعض[130].

الأدلة

أدلة القول الأول

– استدلوا بعموم قول الله تعالى: (... وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ...)[131]، وأهل الذمة ليسوا من رجالنا[132].

– وقول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)، وأنى تكون العدالة من الكفار.

– ولأنه زواج مسلم فلم ينعقد بشهادة ذميين كزواج المسلمين[133].

أدلة القول الثاني:

– استدلوا بعمومات الأدلة كقوله تعالى: (... فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ ...)، وإسلام الشاهد شرط في نكاح الزوجين المسلمين بالإجماع، فمن ادعى كونه شرطاً في نكاح المسلم للذمية فعليه الدليل[134].

والراجح هو القول الأول وذلك لعدة أسباب منها:

– والشهادة نوع من الولاية ولم يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً، قال الله تعالى: (وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلا)[135].

– أن اشتراط الإسلام في شاهدي عقد نكاح المسلم للذمية آكد وأبعد عن شبهة الخلاف حفظاً لحق الولد، لذا فإني أرى تأكيد اشتراط الإسلام في الشهود والحالة هذه.

شهادة النساء في عقد الزواج: الشهود في عقد الزواج إما أن يكونوا ذكوراً فشهادتهم صحيحة بالاتفاق إن توافرت فيهم بقية الشروط، وإما أن يكن نساءً، فإن عُقِد الزواج بشهادة امرأتين فالعقد غير صحيح، فقد سئل مالك عن شهادة المرأة في القصاص فقال: لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في القصاص ولا في الطلاق ولا في النكاح، ولا تجوز شهادتهن فيه على شهادة غيرهن في شيء من هذه الوجوه[136]، وهو مذهب الإمام أحمد[137]، والشافعي[138]، وظاهر مذهب أبي حنيفة[139].

واستدلوا على هذا بما يأتي:

– قال الزهري: اتفق عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب: على أنه لا تجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح ولا في الطلاق[140].

– ولأن الزواج عقد ليس بمال ولا يقصد منه المال، ويحضره الرجال في غالب الأحوال؛ فلم يثبت بشهادتهن وحدهن كالحدود[141].

أما إن كان الزواج بشهادة رجل وامرأتين، فقد اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول: يصح عقد الزواج بشهادة رجل وامرأتين. وهذا هو مذهب الحنيفية[142]، ورواية عن الإمام أحمد، فقد روي أنه قال: "إذا تزوج بشهادة نسوة لم يجز فإن كان معهن رجل فهو أهون"[143].

القول الثاني: لا ينعقد الزواج بشهادة رجل وامرأتين. وهو مذهب المالكية[144]، والشافعية[145]، والمذهب عند الحنابلة[146].

الأدلة

أدلة القول الأول

– بما روى سعيد بن منصور بسنده والبيهقي في سننه عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه أجاز شهادة النساء مع الرجل في النكاح[147].

– وروي أيضاً عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يجيز شهادة النساء مع الرجل في النكاح والطلاق[148].

أدلة القول الثاني

– قال الله تعالى: (... وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ منكم...)[149] قالوا: فلما أمر الله في الرجعة بشاهدين وهي أخف حالاً من عقد الزواج كان ذلك في الزواج أولى[150].

– استدلوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)، وهذا إنما يطلق على الذكور دون الإناث[151].

من خلال عرض القولين وأدلتهما يظهر أن مدار الخلاف يرجع إلى الاختلاف في شهادة النساء، هل هي حجة في الأموال فقط، أم أنها حجة كذلك في سائر المعاملات الأخرى كالنكاح والطلاق. ولهذا لا يمكن ترجيح أحد القولين على الآخر.

شهادة الأعمى في عقد الزواج: شاهد الزواج لا يخلو إما أن يكون مبصراً أو أعمى، فإن كان الشاهدان مبصرين وتوفرت فيهم الشروط الأخرى فإن الزواج ينعقد بشهادتهما، أما اذا كان الشاهد أعمى أو كلاهما فقد اختلف الفقهاء في صحة عقد الزواج بشهادة الأعمى على قولين:

القول الأول: ينعقد الزواج بشهادة الأعمى، وهو مذهب الحنفية[152]، والمالكية[153]، وهو قول الإمام أحمد[154]، ووجه عند الشافعية[155].

القول الثاني: لا ينعقد الزواج بشهادة الأعمى وهو رأي عند الأحناف[156]، وهو الصحيح في مذهب الشافعية[157].

الأدلة

أدلة القول الأول

– أن الشهادة في الزواج لدفع تهمة الزنا لا لصيانة العقد عند الجحود والإنكار ... على أن الصيانة تحصل بسبب حضورهما (أي الضريرين)، لأن الزواج يظهر ويشتهر بحضورهما، فإذا ظهر واشتهر تقبل الشهادة فيه بالتسامع فتحصل الصيانة [158].

– أثبتت السنة بقبول تأذين الأعمى وروايته فقد كان عبد الله بن أم مكتوم وهو أعمى مؤذن رسول الله صلى الله عليه وسلم [159]، فكذا شهادته على ما استيقنه من الأصوات[160].

أدلة القول الثاني

– إن الأعمى لا يميز بين الموجب والقابل، قياسا على من في ظلمة شديدة والأصم، فلم تصح شهادته لورود الشبهة[161].

- وفصل المقال في شهادة الأعمى في عقد الزواج هو ما قاله ابن قدامة رحمه الله في المغني:
- وإنما تعتبر شهادتهما إذا تيقنا الصوت وعلم صوت المتعاقدين على وجه لا يشك فيهما، وإلا فلا [162].

العدالة في شاهدي عقد الزواج: من صفات شاهدي عقد الزواج العدالة، وهي: الصلاح في الدين وهو أداء الفرائض واجتناب المحارم، وهو ألا يرتكب كبيرة، ولا يداوم على صغيرة[163]. وقد اتفق الفقهاء على قبول شهادة الشاهد العدل، فإذا اختلت في الشاهد العدالة وهو الفاسق ومن لم تعلم عدالته وهو مستور الحال فقد اختلف العلماء في شهادتهما.

عقد الزواج بشهادة الفاسق: اختلف العلماء في صحة عقد الزواج بشهادة الفاسق على قولين:

القول الأول: لا ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين: وهذا هو مذهب المالكية[164]، والشافعية[165]، ورواية في مذهب الإمام أحمد وقال المرداوي: "هذا المذهب بلا ريب"[166].
القول الثاني: ينعقد النكاح بشهادة الفاسقين: وهو مذهب أبي حنيفة[167]، ورواية في مذهب الإمام أحمد، فقد سئل الإمام أحمد: "إذا تزوج بولي وشهود غير عدول يفسد من النكاح شيء؟ فلم ير أنه يفسد من النكاح شيء"[168].

الأدلة

أدلة القول الأول: العدالة معتبرة في الشهادة بنص القرآن والسنة والمعقول.

- من القرآن الكريم :
- قال الله تعالى: (... فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ). وجه الدلالة: لما شرط الله العدالة في الشهادة على الرجعة وهي أخف كان اشتراطها في النكاح أولى[169].

- من السنة

– فعن عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل)، فالحديث حجة على اشتراط العدالة في الشهود[170].

- من المعقول

– إن الشهادة خبر يرجح فيه جانب الصدق على جانب الكذب، ورجحان جانب الصدق لا يكون ولا يثبت إلا بالعدالة.

- إن الشهادة شرطت لإظهار خطر الزواج وتعظيما له، والفاسق من أهل الإهانة فلا تعظيم للعقد بشهادته عليه[171].

أدلة القول الثاني

– قالوا: إن الفسق لا يقدح في أهلية تحمل الشهادة وإنما يقدح في الأداء، وعدالة الشهود تراعى وقت الأداء لا وقت التحمل[172].

– الفاسق يتولى تزويج نفسه ولا يقدح الفسق في ولايته لإنكاح نفسه، فإذا صحت ولايته فمن باب أولى شهادته[173].

الترجيح: والراجح في هذه المسألة هو الفول باشتراط عدالة شاهدي عقد النكاح، وذلك للأسباب التالية:

– لأن الشهادة في عقد النكاح وإن كانت تحملاً فهي تجري مجرى الأداء، فيجب أن تراعى العدالة في التحمل كما يراعى فيها إسلام الشهود وبلوغهم تحملا وأداء.

–الأصل في الشهود العدالة وبه وردت النصوص ولم تفرق بين التحمل والأداء.

عقد الزواج بشهادة مستور الحال: مستور الحال هو: من يكون عدلاً في ظاهره ولا تعرف عدالة باطنه[174]، وقد وقع خلاف بين العلماء في صحة عقد الزواج بشهادة مستور الحال على قولين:

القول الأول: ينعقد الزواج بشهادة مستوري الحال، وهو وجه عند الشافعية وهو المذهب[175]، والمذهب عند الحنابلة[176].

القول الثاني: لا ينعقد النكاح إلا بمن عرفت عدالته الباطنة. وهذا رأي المالكية حيث قالوا: إذا لم يوجد العدلان إستكثروا من الشهود مثل الثلاثين والأربعين[177]، ووجه عند الشافعية[178]، ووجه عند الحنابلة[179].

الأدلة

أدلة القول الأول

1 – قالوا: إن العدالة الباطنة يستدل عليها بالعدالة الظاهرة، فاكتفي بظاهر الحال وكون الشاهد مستوراً لم يظهر فسقه[180].

2 – لأن الظاهر من المسلمين العدالة، ولأن الزواج يجري بين أوساط الناس عوامهم، فلو اعتبر فيه العدالة الباطنة لاحتاجوا إلى معرفتها ليحضروا من هو متصف بها فيطول الأمر عليهم ويشق[181].

دليل القول الثاني

قالوا: إن النكاح اشترط لصحته الشهادة، وما افتقر ثبوته إلى الشهادة لم يثبت بمجهول الحال[182].

والراجح هو القول الأول القاضي بصحة عقد الزواج بشهادة مستور الحال، وذلك للأسباب التالية:

– قوة أدلة القول الأول في مقابل دليل القول الثاني.

– أن قولهم "ما افتقر ثبوته إلى الشهادة لا يثبت بمجهول الحال" لا يسلم من وجهين:

- أن الشهادة في عقد النكاح شهادة تحمل يراد بها الإثبات عند النزاع، لذا لا يصح قياسها على سائر الشهادات.

– أن اعتبار العدالة الباطنة مما يشق، لذا قبلت العدالة الظاهرة رفعاً للمشقة ودفعاً للضرر الذي يلحق أطراف عقد الزواج.

وبناء على هذا الترجيح إذا تبين بعد العقد الذي ثبت بشهادة مستوري الحال أنهما كانا فاسقين وقت ابرام العقد فإن ذلك لا يؤثر ثبوت فسق الشاهدين مستوري الحال بعد عقد الزواج. وهو رأي للحنابلة واختار هذا الرأي أبو محمد ابن قدامة [183]، وقول عند الشافعية وهو الصحيح [184].

لأن شرط صحة العقد العدالة ظاهراً، وهو أن لا يكون ظاهر الفسق، وقد تحقق ذلك، وحكم بصحة عقد الزواج بناءً عليه، فلا يجوز أن يفسد العقد، وقد قررنا صحة انعقاده[185].

ثانيا: حكم تخلف الإشهاد فقها

لما رأينا المنزلة التي حضي بها الإشهاد في عقد الزواج، والعناية التي عني بها الشهود في الفقه الإسلامي، نتعرف على حكم تخلف الإشهاد على عقد الزواج آثار فقها.

غير أنه قبل الحديث عن حكم تخلف الإشهاد على عقد الزواج وآثاره نتطرق إلى معنى نكاح السر عند الفقهاء وحكمه.

- تحريم نكاح السر في الشريعة الإسلامية

إذا كان الأحناف والشافعية يرون أن نكاح السر هو النكاح الذي لم يقع الإشهاد على إبرامه مطلقا، قال صاحب فتح القدير: نكاح السر ما لم يحضره شهود، فإذا حضروا فقد أعلن قال:

وسرك ما كان عند امرئ .. وسر الثلاثة غير الخفي[186].

أما بالنسبة للمالكية فإن نكاح السر هو النكاح الذي حضره الشهود وطلب منهم كتمانه، وقد عرفه ابن عرفة في حدوده كما يلي:

نكاح السر هو ما أمر الشهود حين العقد بكتمه ولو كان الشهود ملء الجامع[187].

ويزيد القرطبي صاحب الجامع لأحكام القرآن الفكرة توضيحا حيث يقول:

قال ابن القاسم عن مالك، لو زوج ببينة وأمرهم أن يكتموا ذلك لم يجز النكاح، لأنه نكاح سر. وإن تزوج بغير بينة على غير اتسرار جاز، وأشهدا فيما يستقبلان وروى ابن وهب عن مالك في الرجل يتزوج المرأة بشهادة رجلين ويسنكتمهما قال: يفرق بينهما بتطليقة ولا يجوز النكاح، ولها صداقها إن كان أصابها ... وقال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما، إذا تزوجها بشاهدين وقال لهما : اكتما جاز النكاح. قال: أبو عمر وهذا قول يحيى بن يحيى الليثي الأندلسي صاحبنا: نكاح شهد عليه رجلان فقد خرج من حد السر ... والسر عند الشافعي والكوفيين ومن تابعهم كل نكاح لم يشهد عليه رجلان ويفسخ في كل حال[188].

- حكم تخلف الإشهاد على عقد الزواج

قال خليل بن إسحاق: "وفسخ إن دخلا بلاه ولا حد إن فشا، ولو علم"[189].

قال الخرشي شارحا لهذا الجزء من المختصر:

والمعنى أن الزوجين إذا دخلا بلا إشهاد فإن الزواج يفسخ بينهما بطلقة بائنة ولا حد على الزوجين إن كان الزواج والدخول ظاهرا فاشيا بين الناس، أو شهد بابتنائهما

باسم الزواج شاهد واحد، ولو علما أنه لا يجوز لهما الدخول بلا إشهاد، فإن لم يكن ذلك ظاهرا فاشيا بين الناس فإنهما يحدان إن أقرا بالوطء أو ثبت ببينة، وإنما فسخناه بطلاق؛ لأنه عقد صحيح ويفسخ جبرا عليهما سدا لذريعة الفساد، إذ لا يشاء اثنان يجتمعان على فساد في خلوة إلا يفعلانه ويدعيان سبق العقد بغير إشهاد فيؤدي ذلك إلى ارتفاع حد الزنا والتعزير، ويحصل الفشو بالوليمة وضرب الدف والدخان[190].

والوليمة طعام الزواج وهي مندوب إليه في الفقه المالكي، جاء في مواهب الجليل لصاحبه أبي عبد الله محمد الحطاب:

قال في العتبية ... قال مالك، كان ربيعة يقول إنما يستحب الطعام في الوليمة لإثبات النكاح وإظهاره ومعرفته لأن الشهود يهلكون.

قال ابن رشد بيد هذا هو المعنى الذي من أجله أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالوليمة وحض عليها بقوله لعبد الرحمان بن عوف: "أولم ولو بشاة"[(191)] وبما أشبه ذلك من الآثار[192]. وقوله صحيح يؤيده ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر هو أصحابه ببني زريق فسمعوا غناء ولعبا، ففال: ما هذا؟ فقالوا: نكح فلان يا رسول الله ، فقال : كمل دينه هذا النكاح لا السفاح ولا نكاح حتى يسمع دف أو يرى دخان[193].

ويضيف بشأن وقت الوليمة في نفس الموضع:

وقوله بعد البناء هو المشهور، قال في العارضة: قال ابن حبيب: قد كان النبي صلى الله عليه وسلم يستحب الطعام على النكاح عند عقده وعند البناء وليس كما زعم، ما أطعم قط إلا بعد البناء[194].

وهكذا فالوليمة في حقيقتها – وهي مسألة دينية بالأساس – واقعة تقوي جانب الإشهاد في الزواج على ما يستفاد من الاستدلال الفقهي أعلاه.

ورغم ذلك فإن من حضر الوليمة يمكن فيما بعد ان يشهد بثبوت الزوجية في حالة التنازع بشأنها، ودلك بالاعتماد على قول الشيخ خليل:

إذا تنازعا في الزوجية تثبت ببينة ولو بالسماع بالدف والدخان ...[195].

يقول ابن عاصم الغرناطي في هذا الصدد :

وفي الدخول الحتم للإشهاد وهو مكمل في الإنعقاد[196].

يقول ميارة الفاسي معلقا على هذا البيت وشارحا له من وجهة نظر الفقه المالكي:

يعني أن الإشهاد بالنكاح شرط صحة في الدخول وشرط كمال في الانعقاد، فيصح النكاح وينعقد بدون إشهاد بل بحصول الإيجاب من الولي والقبول من الزوج يُعد كونُه صحيحا منعقدا فيستحب الإشهاد عند العقد خوف موت أو ندم، فإن لم يشهد عند العقد فلا بأس ولكن لا يدخل إلا بعد إشهاد، فإن دخل بغير إشهاد فسخ النكاح بطلقة بائنة-لأن كل طلاق يوقعه الحاكم يكون بائنا إلا طلاق المعسر بالنفقة وطلاق المولي- ولا حد على الزوجين إن كان النكاح فاشيا ولو علما بوجوب الإشهاد، وإن لم يكن فاشيا حدا ولو جهلا وجوب الإشهاد[197].

أما الجمهور فقد ذهبوا إلى أن الزواج الذي لا يكون فيه شهود أثناء العقد ولا إعلان على الدخول يفسخ قبل الدخول أو بعده، ولكن لا حد فيه لوجود الشبهة، والحدود تدرأ بالشبهات، لأنه من المقرر فقها أن الوطء في دار الإسلام لا يخلو من عقر أو عقر. فالأولى بضم العين وسكون القاف ومعناها المهر، والثانية بفتح العين وسكون القاف ومعناها الحد.

فمتى سقط الحد بعد الدخول وجب المهر[198].

والخلاف الحاصل بين المالكية والجمهور أن النكاح إن حصل بلا إشهاد ولا إعلان ولم يكن فاشيا وتم الدخول فإنهما يحدان إن علما أنه لا يجوز لهما الدخول بلا إشهاد أو جهلا ذلك عند المالكية.

أما عند الجمهور فإنهم يرون أنه لا حد عليهما علما بوجوب الإشهاد أو لم يعلما لأن الحدود تدرأ بالشبهات وقد وجدت الشبهة، ولها الصداق إن كان مُسمىً أو صداق المثل إن لم يسمي لها صداقا.

على أن مثل هذا النكاح إذا فسخ لدخوله قبل الإشهاد فإنه يحدث آثاره من نسب وعدة، فتستبرأ بثلاث حيض ولهما المراجعة إن شاءا.

المطلب الثاني: شروط الإشهاد على عقد الزواج وحكم تخلفه قانونا

الإسلامية نتعرض في هذا المطلب لشروط الإشهاد على عقد الزواج وحكم تخلفه في قانون الأسرة باعتباره مستمد من الشريعة الإسلامية، فنرى هل وافق القانون فقهاء الشريعة في شروط الإشهاد على عقد الزواج أم لا؟

كما أننا نتبين من خلال النظر في نصوص القانون هل سار على نهج فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بحكم تخلف الإشهاد على عقد الزواج أم لا؟

أولا : شروط الإشهاد على عقد الزواج قانونا

إن قانون الأسرة 84-11 قبل التعديل جعل الإشهاد ركنا من أركان الزواج وذلك في مادته التاسعة كما رأينا ذلك سابقا ، لكن بعد التعديل وذلك بموجب الأمر رقم 05-02 جعل الإشهاد شرطا من شروط الزواج وذلك في مادته التاسعة مكرر.

وما يمكن أن نلفت الانتباه إليه فهو أنه وإن كان الفقهاء قد اختلفوا حول توفر الإشهاد في مجلس العقد أو عدم ضرورته، فإنهم قد اتفقوا على أن يكون الشاهد بالغاً، عاقلاً، عدلاً، ومسلما إذا كان الزوجان مسلمين، وهذا هو معنى ما اشتملت عليه العديد من قوانين الأحوال الشخصية للبلدان العربية نذكر منهم على سبيل المثال لا الحصر ما يلي:

قانون الأحوال الشخصية في مادته الثامنة الأردني

-يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين من المسلمين (إذا كان الزوجان سلمين) عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما .

-تجوز شهادة أصول كل من الخاطب والمخطوبة وفروع كل منهما على عقد الزواج وكذلك شهادة أهل الكتاب على عقد زواج المسلم من كتابية.

وفي قانون الأحوال الشخصية الكويتي في مادته الحادية عشر منه نصت على ما يلي:

-يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين، رجلين، سامعين معا كلام المتعاقدين، فاهمين المراد منه.

– وتصح شهادة كتابين في زواج المسلم بالكتابة.

ومدونة الأسرة المغربية قبل التعديل فقد جاء في الفصل الخامس منها الفقرة الثانية أنه:

– يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول من الزوج أو نائبه، ومن الولي.

وبعد التعديل في نصت على العدلين حيث جاء فيها ما يلي:

- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه.

قانون الأحوال الشخصية السوري في مادتيه الثامنة والثلاثين والتاسعة والثلاثين جاء فيهما ما يلي:

المادة 38

-يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين، أو رجل وامرأتين مسلمين، أو كتابيين في زواج المسلم بالكتابية حين الضرورة، عاقلين، بالغين، سامعين الإيجاب والقبول، فاهمين المقصود بهما.

-تجوز شهادة أصول وفروع الزوجين أو أحدهما.

-تجوز شهادة الذمي إذا كانت الزوجية كتابية حين الضرورة، ولكن لا يثبت الزواج إذا جحده الزوج المسلم، ويثبت إذا جحدته الكتابية.

المادة 39

- إذا زوج الأب ابنته البالغة العاقلة الراشدة بأمرها ورضاها وكانت حاضرة العقد بنفسها في المجلس صح النكاح بحضور شاهد واحد أو امرأتين[199].

قانون الأحوال الشخصية القطري في مادته ستة وثلاثين جاء فيها ما يلي:

- يشترط لانعقاد الزواج حضور شاهدين رجلين.

ويشترط في الشاهد أن يكون عاقلاً، بالغاً، مسلماً، عدلاً، سامعاً الإيجاب والقبول، فاهماً أن المقصود بهما الزواج.

قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في مادته الثامنة والأربعين:

- يشترط لصحة الزواج حضور شاهدين رجلين بالغين عاقلين سامعين كلام المتعاقدين، فاهمين أن المقصود به الزواج.

- يشترط إسلام الشاهدين، ويكتفي عند الضرورة بشهادة كتابيين في زواج المسلم بالكتابية.

أما قانون الأسرة الجزائري فلم يعر أي اهتمام للشروط الواجب توفرها في الشهود، سواء كانا مسلمين أو غير مسلمين، يصلحان أو لا يصلحان شرعا للشهادة بشأن عقد الزواج، رجلين أو رجل امرأتين، كبيرين أو صغيرين، وهذا إهمال لا مبرر له، مع العلم أن قانون الحالة المدنية بيّن في مادته الثالثة والثلاثين وجوب بلوغ الشاهد سن الواحد والعشرين سنة لتقبل شهادته في عقد الزواج[200].

غير أننا إذا رجعنا إلى الاجتهاد القضائي في هذا الشأن نجد أن المحكمة العليا أجازت الزواج الذي انعقد في مجلس حضره رجل وامرأتان وذلك في القرار التالي نصه:

"... حيث أن شهادة شاهدا وامرأتين وهما قريبتين للطاعنة (الزوجة) هي مقبولة شرعا وقانونا وفق أحكام المادة 2/64 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية ... "[201].

ثانيا: حكم تخلف الإشهاد على عقد الزواج وأثره قانونا

لقد أشارت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد لجامعة الدول العربية الصادر سنة 1977م إلى نوعين من الزواج؛ الزواج الصحيح والزواج الفاسد، حيث جاء فيها ما يلي:

- إن الوصف الشرعي الذي يوصف به عقد الزواج من حيث الاعتداد به، وترتيب آثاره عليه، بسبب استيفائه لأركانه وشرائطه أو عدم ذلك - أي بسبب عدم استيفائه لتلك الأركان والشرائط – صحيح أو فاسد.

فالصحيح: ما ترتب عليه آثاره، ويشمل اللازم مع جواز فسخه بطلب من له حق الفسخ. وهذا لا يمنع من أن تترتب عليه آثاره جميعا، وهي: مادية ومعنوية وشرعية، فالمهر والنفقة والتوارث من الآثار المادية، والحقوق المتبادلة بين الزوجين وحقوق كل منهما على الآخر وهو ما نصت عليه المواد 33- 35 من المشروع، وثبوت نسب الأولاد، وحرمة المصاهرة، ووجوب العدة وما إلى ذلك من الأحكام..... من الآثار المعنوية.

والفاسد: ما لا تترتب عليه آثاره- وهذا ما لم يقترن بالدخول –ويشمل الباطل والفاسد.

وقد أخذ المشروع في هذه الناحية بقول الجمهور من الفقهاء، ووردت في كثير من كتب الفقه الحنفي المعتمدة، " كالهداية " و" فتح القدير " و" العناية " و" أصول فخر الإسلام البزدوي " - فضلا عن فقهاء المذاهب الأخرى- أنهم لا يفرقون بين باطل النكاح وفاسده.

فالباطل عندهم فاسد، والفاسد باطل وكلاهما لا يترتب عليه شيء قبل الدخول[202].

وهو ما نصت عليه المادة 33 من قانون الأسرة في فقرتها الثانية حيث جاء فيها ما يلي: "... إذا تم الزواج بدون شاهدين أو صداق أو ولي في حالة وجوبه، يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ، ... " لأن الأصل في العلاقة بين الرجل والمرأة التحريم حتى يقوم سبب شرعي يثبت الحل، وهو العقد الصحيح، فإذا وُجد نقل تلك العلاقة من التحريم إلى الحل.

وإن وُجد غير مستوف لأركانه وشروطه، فهو غير معترف به من الشارع، ومجرد وجوده لا يرتب عليه حكما شرعيا.

ولكن: إذا حصل دخول في هذا العقد غير الصحيح فهنا نجد واقعة لها تنظيم في أحكام الشريعة الإسلامية.

ذلك أنه من المقرر أن الزنا فيه حد، وأن الحدود تدرأ بالشبهات. وأنه إذا سقط الحد بعد الدخول بالمرأة وجب المهر.

وهذا ما نصت عليه المادة 33 في فقرتها الثانية من نفس القانون حيث جاء فيها ما يلي:...إذا تم الزواج بدون شاهدين ... يثبت بعد الدخول بصداق المثل.

على أن هذا النوع من الزواج الفاسد يحدث جميع آثار الزواج الصحيح من ثبوت نسب الأولاد وحرمة المصاهرة ووجوب العدة.

غير أنه ما يعاب على هذه المادة أنها وإن كانت راعت القاعدة الفقهية التي تقرر أن الوطء في دار الإسلام لا يخلو من عقر - بضم العين وسكون القاف ومعناها المهر- أو عقر- بفتح العين وسكون القاف ومعناها الحد- إلا أنها خالفت ما ذهب إليه الجمهور ومعهم المالكية من التفريق بينهما بطلقة بائنة حتى بعد الدخول، وذلك بأن جعلته يثبت بعد الدخول بصداق المثل وهذا الذي لم يقل به أحد من فقهاء الشريعة الإسلامية.

الخاتمة

مما تجدر الإشارة إليه في نهاية هذا البحث أن قانون الأسرة 02/05 والمستمد من الشريعة الإسلامية لم يسلك مسلك فقهاء الشريعة الإسلامية فيما يتعلق بالإشهاد على عقد الزواج، لا من حيث الحكم الشرعي، ولا من حيث حكم تخلفه، ناهيك عن إهماله للأوصاف والشروط التي يجب أن تتوفر في الشهود، من عدد، وذكورة، وعدالة، مخالفا بذلك جل قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية.

فمن حيث الحكم فهو لم يبين لنا في المادة 9 مكرر هل هو شرط لصحة عقد الزواج يجب أن يتوفر في مجلس العقد وفق رأي الجمهور، أم هو شرط لتمام عقد الزواج يجب أن يتوفر قبل الدخول وفق رأي المالكية؟

أما فيما يتعلق بحكم تخلف الإشهاد على عقد الزواج والذي أشارت إليه المادة 33 فهو وان اكتفى بالفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه فوافق بذلك رأي جمهور الفقهاء إلا أنه خالف رأي كل الفقهاء من أحناف ومالكية وشافعية وحنابلة فيما يتعلق بتخلفه بعد الدخول، فجعله يثبت بعد الدخول بصداق المثل، بينما رأي جمهور الفقهاء أنه يفسخ بعد الدخول ولا حد فيه لوجود الشبه، ويرى المالكية أن تطلق طلقة بائنة لأن كل طلاق يوقعه الحاكم كان طلاقا بائنا، ما عدا طلاق المولي والمعسر بالنفقة.

ولهذا كنا ننتظر من التعديل الذي طرأ على القانون رقم 84-11 بتاريخ 9 يونيو 1984م بموجب الأمر رقم 05-02 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005م أن يتعرض للإشهاد فيزيده بيانا وتوضيحا، والحاجة ماسة لذلك وفقا للقاعة الأصولية التي تقول بأنه: " لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة "، إذ به نميز بين السفاح والنكاح، كما أنه لا يقال أن قانون الأسرة قد أحال في مادته 222 إلى مبادئ الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه نص، إنما يقال هذا عندما يبذل المشرع قصارى جهده لسد الفراغ التشريعي، أما أن يقول هذا والتشريع ناقص فهذا لعمرى هو القصور في التشريع.

وفي الأخير فإن خلاصة ما توصلنا إليه يمكن إجماله فيما يلي:

1- الشهادة شرط في صحة عقد النكاح، لصحة الدليل لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل.

2- المراد بالشهادة في عقد النكاح، هي: الشهادة على إيجاب الولي وقبول الزوج، ورضا الزوجة، وقدر الصداق، ويستحب التنصيص على خلو العقد من موانعه.

3- لا يجوز للولي إجبار ابنته البكر الكبيرة على النكاح.

4- شهادة عمودي نسب الزوجين والولي مقبولة في النكاح، بل هي أولى لمعرفتهم بالزوجين.

5- لا تصح شهادة غير المكلف في عقد النكاح.

6 – سماع الشاهدين معاً للعقد شرط لصحة شهادتهما.

7 – لا تقبل شهادة الكفار في عقد زواج المسلم، ولو كانت الزوجة ذمية.

8 – لا مدخل للنساء في شهادة عقد الزواج، إلا إذا احتيج إلى شهادة رجل وامرأتين فيصح.

9 – يصح عقد الزواج بشهادة الأعمى.

10- لا ينعقد عقد الزواج بشهادة الفاسقين اللذين ظهر فسقهما.

11- يصح عقد الزواج بشهادة مستور الحال الذي ظاهره العدالة.

الهوامش

1- سورة البقرة، الآية 35.

2 -محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة دار عالم الكتب، ط خاصة، سنة 1423هـ/2003م، الرياض، السعودية، ج 4، ص 58.

3 -سورة الدخان، الآية 54 .

4 -سورة النساء، الآية 21.

5 -أبو داود، سنن، مطبعة ابن حزم، ط 1، سنة 1418هـ/1998م، بيروت، لبنان، ج 2، ص 316، رقم 1905.

6-ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مطبعة دار الفكر، سنة 1399هـ/1979م، بيروت لبنان، ج 3، ص 221. أحمد بن فارس، مجمل اللغة، مطبعة مؤسسة الرسالة، ط 2، سنة 1406هـ/1986م، بيروت لبنان، ج 2 ص 514. ابن منظور، لسان العرب، مطبعة دار صادر، ط 1، بيروت، لبنان، ج 3، ص 238، مادة (شهد). الفيروز أبادي: القاموس المحيط، مطبعة مؤسسة الرسالة، ط 8، سنة 1426ه/2005م، بيروت، لبنان، ص 292. الجوهري، الصحاح، مطبعة دار العلم للملايين، ط 4، سنة 1411ه/1990م، بيروت، لبنان، ج 2، ص 494. الفيومي : المصباح المنير، مطبعة مكتبة لبنان، سنة 1408ه/1987م، بيروت، لبنان، ص 124.

7 -سورة البقرة: الآية 185.

8- سورة آل عمران: الآية: 18.

9 ا-لحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، مطبعة دار الحرمين، ط 1، سنة 1417ه/1997م، القاهرة، مصر، ح 4، ص 198، رقم(7124).

10 -أبو حيان الأندلسي، البحر المحيط، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، سنة 1413هـ/1993م، بيروت لبنان، ج 9، ص 267.

11- سورة المنافقون: الآية 1 .

12- سورة المنافقون: الآية 2.

13 -ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 5، ص 486.

14 -الجرجاني، التعريفات، مطبعة مكتبة لبنان، سنة 1406هـ/1985م، بيروت لبنان، ص 141.

(15) محمد علاء الدين أفندي، حاشية قرة عيون الأخيار تكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة عالم الكتب، طبعة خاصة، سنة 1423هـ/2003م، الرياض، السعودية، ج 11، ص 77- 78.

16 -أبي عبد الله محمد الخرشي، شرح مختصر خليل، مطبعة الأميرية، ط 2، سنة 1317ه، القاهرة، مصر، ج 7، ص 175.

17- إبراهيم البيجوري، حاشية البيجوري على شرح ابن القاسم الغزي على متن الشيخ أبي شجاع، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 2، سنة 1420هـ/1999م، بيروت، لبنان، ج 2، ص 658.

18- منصور بن إدريس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مطبعة عالم الكتب، ط 1، سنة 1417ه/1997م، بيروت، لبنان، ج 5، ص 349.

19 -قاسم القونوي، أنيس الفقهاء، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، سنة 1424هـ/ 2004م، بيروت، لبنان، ص .87

20- قاسم القونوي، المرجع السابق، ص 87.

21 -عبد المنعم فرج صده، الإثبات في المواد المدنية، مطبعة مصطفى الحلبي، ط 2، سنة 1954م، القاهرة، مصر، ص 228.

22 -جميل الشرقاوي، مذكرات في المواد المدنية، مطبعة النهضة، سنة 1959م، القاهرة، مصر، ص 101.

23-أحمد أبو الوفا، الإثبات في المواد المدنية والتجارية بمقتضى قانون الإثبات المصري رقم 125 سنة 1968م والكتاب الثالث من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني الخاص بالبينات، مطبعة الدار الجامعية، سنة 1988م، بيروت، لبنان، ص188.

24 -السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام الإثبات آثار الالتزام، مطبعة دار النهضة العربية، سنة 1968م، القاهرة، مصر، ج ،2 ص 312.

25 -محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مطبعة مكتبة دار البيان، ط 1، سنة 1402هـ/1982م، بيروت، لبنان، ج 1، ص 113 - 114 .

26 -عمر عبد الله، أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية، مطبعة دار المعارف، سنة 1968م/1368هـ، القاهرة، مصر، ص 23.

27- سورة التكوير الآية 7.

28 -سورة الصافات الآية 22.

29- سورة الشورى الآية 50.

30- الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس، مطبعة التراث العربي، سنة 1369هـ/1969م، الكويت دولة الكويت، ج 6، ص 23 .

31 -ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج 5، ص 486.

32-محمد بن أبي الفتح البعلي، المطلع على ألفاظ المقنع، مطبعة مكتبة الوادي، ط 1، سنة 1423هـ/2003م، ص 368.

33- سورة النساء، الآية 3 .

34- سورة الأحزاب، الآية 37 .

35 -سورة البقرة، الآية 230 .

36 -النسائي، السنن الكبرى، مطبعة الرسالة، ط 1، سنة 1421هـ/2001م، بيروت، لبنان، ج 5، ص 256، رقم 5574.

37 -محمد أمين بن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مطبعة عالم الكتب، ط خاصة، سنة 1423هـ/2003م، الرياض، السعودية، ج 4، ص 59- 60.

38 -أحمد بن محمد بن أحمد الدردير، أقرب المسالك، مطبعة مكتبة أيوب، سنة 2000م/1420هـ، كانو، نيجيريا، ص 58.

39 -سليمان البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، سنة 1417هـ/1996م، بيروت، لبنان، ج 4، ص 78.

40- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، المرجع السابق، ج 4، ص 5.

41 -محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مطبعة الدار الجامعية، ط 4، سنة 1403هـ/1983م، بيروت، لبنان، ص 50.

42 -عمر عبد الله، المرجع السابق، ص 23. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مطبعة دار الفكر العربي، ط 3، سنة 1957م/1377هـ، القاهرة، مصر، ص 19. رمضان علي السيد الشرنباصي، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، مطبعة منشورات الحلبي الحقوقية، سنة 2002م، بيروت، لبنان، ص 17. محمد مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 50

43 -علاء الدين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل، مطبعة بابي الحلبي، الطبعة الأولى، سنة 1374هـ/1955م، القاهرة، مصر، ج 8، ص 6.

44 -قانون رقم 84-11 المؤرخ في 09 رمضان عام 1404ه الموافق ل 9 يونيو سنة 1984م المعدل والمتمم ب الأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426ه الموافق ل 07 فبراير سنة 2005م و المتضمن قانون الأسرة الكتاب الأول؛ الزواج وانحلاله؛ الباب الأول الزواج؛ الفصل الأول الخطبة والزواج؛ القسم الأول في الخطبة.

45-سورة النساء، الآية .29

46 -أحمد بن شعيب النسائي، السنن، مطبعة مكتبة المعارف، ط 1، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص 506، رقم (3269).

47 -محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، مطبعة المكتبة السلفية، ط 1، سنة 1400هـ/1980م، القاهرة، مصر، ج 3، ص 372، رقم 5136.

48 -أبو داود سليمان بن الأشعث، سنن أبي داود، ج، ص 396، رقم (2093).

49 -محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، ج 4، ص 291، رقم (6968).

50-تقي الدين أحمد بن تيمية، مجموع الفتاوى، مطبعة دار الوفاء، ط 3، سنة 1426هـ/2005م، المنصورة، مصر، ج 32، ص 21.

51- مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، مطبعة دار الحديث، ط 1، سنة 1412هـ/1991م، القاهرة، مصر، ج 4، ص 1980، رقم (2553).

52-أبو الوليد بن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، مطبعة مكتبة ابن تيمية، ط 1، سنة 1415هـ/1995م، القاهرة، مصر، ج 3، ص 35. القاضي عبد الوهاب البغدادي، الإشراف على نكت مسائل الخلاف، مطبعة دار ابن عفان، ط 1، سنة 1428هـ/2008م، القاهرة، مصر، ج 3، ص 296-297 .

53-الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، مطبعة دار البشائر الإسلامية، ط 1، سنة 1416هـ/1995م، بيروت، لبنان، ج 2، ص 251.

54- ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4، ص 87. كمال الدين بن الهمام، شرح فتح القدير، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، سنة 1424هـ/2003م، بيروت، لبنان، ج 3، ص 190.

55 أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، سنة 1414هـ/1994م، بيروت، لبنان، ج 9، ص 57. أبو بكر الشاشي، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، مطبعة نزار مصطفى الباز، ط 2، سنة 1418هـ/1998، ج 2، ص 863.

56 -المرداوي، الإنصاف، ج 8، ص 102.

57 -محمد بن إبراهيم بن المنذر، الإشراف على مذاهب العلماء، مطبعة مكتبة مكة، ط 1، سنة 1426هـ/2005م، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، ج 5، ص 30. ابن قدامة المقدسي، المغني، مطبعة دار عالم الكتب، ط 3، سنة 1417هـ/1997م، الرياض، السعودية، ج 9، ص 347.

58 -ابن رشد، المرجع السابق، ج 3، ص 35.

59 -القاضي عبد الوهاب، الإشراف، ج 3، ص 296-297-298. محمد بن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، مطبعة دار ابن حزم، ط 1، سنة 1434هـ/2013م، بيروت، لبنان، ص 339. واشتراط الإمام مالك الشهادة عند الدخول، وذلك بإعلان النكاح ليخرج عن كونه نكاح سر، قال ابن القاسم عن مالك: لو زوج ببينة وأمرهم أن يكتموا ذلك لم يجز النكاح؛ لأنه سر، وإن تزوج ببينة من غير استسرار جاز وأشهدا فيما يستقبلان. شهاب الدين

القرافي، الذخيرة، مطبعة دار الغرب الإسلامي، ط 1، سنة 1994م، بيروت، لبنان، ج 4، ص 398. القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مطبعة مؤسسة الرسالة، ط 1، سنة 1427هـ/2006م، بيروت، لبنان، ج 3، ص 472.

60-الماوردي، الحاوي الكبير، ج 9، ص 57. أبو بكر الشاشي، حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء، مطبعة مكتبة نزار مصطفى الباز، ط 2، سنة 1418هـ/1998م، الرياض، السعودية، ج 2، ص 863.

61 -ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 347. شمس الدين الزركشي، شرح الزركشي على مختصر الخرقي، مطبعة العبيكان، ط 1، سنة 1413هـ/1993م، ج 5، ص 22.

62 -ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 347.

63 -أبو جعفر الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء، ح 2، ص 251. ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 347.

64 -أحمد بن تيمية مجموع الفتاوى مطبعة دار الوفاء ط 3 سنة 1426هـ/2005م المنصورة مصر ج 32 ص 81.

65 -الدارقطني، السنن، مطبعة مؤسسة الرسالة،. ط 1، سنة 1424هـ/2004م، بيروت، لبنان، ج 4، ص 323، رقم (3533). ابن حبان، الصحيح، مطبعة مؤسسة الرسالة، ط 2، سنة 1414هـ/1993م، بيروت، لبنان، ج 9، ص 386، رقم (4075). والبيهقي، السنن الكبرى، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 3، سنة 2003م/1424هـ، بيروت، لبنان، ج 7، ص 202، رقم (13718). والهيثمي، موارد الظمآن إلى زوائد ابن حبان، مطبعة دار الثقافة العربية، ط 1، سنة 1412هـ/1991م، بيروت، لبنان، ج 4، ص 170-171، رقم (1247).

66 -الطبراني، المعجم الكبير، مطبعة ابن تيمية، ط 2، القاهرة، مصر، ج 11، ص 155، رقم (11343).

67 -البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، ص 202، رقم (13719). والدارقطني، السنن، ج 4، ص 324-325، رقم (3534).

68 -البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، ص 203، رقم (13722). ورواه الطبراني في المعجم الكبير ج 18 ص 142 رقم (299).

69 -الدارقطني، السنن، ج 4، ص 321ن رقم (3529). البيهقي، الخلافيات، مطبعة الرشد، ط 1، سنة 1417هـ/1997م، الرياض، السعودية، ج 4، ص 134، بلفظ (أدنى ما يكون في النكاح أربعة: الذي تزوج، والذي يزوج، وشاهدان).

70 -البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، ص 203ن رقم (13720). ابن أبي شيبة، المصنف، مطبعة دار الفكر، ط 1، سنة 1409هـ/1989م، بيروت، لبنان، ج 3، ص 273، رقم (16).

71- البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، ص 203. البيهقي، مختصر الخلافيات، ج 4، ص 125.

72- البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، ص 204- 205، رقم (13727)، وقال البيهقي: "هذا إسناد صحيح وابن المسيب كان يقال له: راوية عمر، وكان ابن عمر يرسل إليه فيسأله عن بعض شأن عمر وأمره".

73-مالك بن أنس، الموطأ، مطبعة مؤسسة الرسالة، ط 3، سنة 1418هـ/1998م، بيروت، لبنان، ج 1، ص 583، رقم (1508). البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، ص 204، رقم (13726). محمد بن إدريس الشافعي، المسند، مطبعة مكتبة ابن تيمية، ط 1، سنة 1416ه/1996م، القاهرة، مصر، ج 2، ص 17، رقم (23).

74 -البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، ص 204، رقم (13725).

75 -ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 348. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، مطبعة عالم الكتب، ط 1، سنة 1417هـ/1997م، بيروت، لبنان، ج 4، ص 60.

76 ا-لزركشي، شرح مختصر المقنع، ج 5، ص 22.

77- الشربيني، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 3، سنة 2004م/1425ه، بيروت، لبنان، ج 2، ص 241.

78 -الماوردي، الحاوي الكبير، ج 9، ص 58.

79 -سورة المائدة، الآية 1.

80 ا-لقاضي عبد الوهاب، الإشراف، ج 3، ص 296.

81 -مسلم بن الحجاج النيسابوري، صحيح مسلم، مطبعة دار الحديث، ط 1، سنة 1412هـ/1991م، القاهرة، مصر، ج 2، ص 1045، رقم (1365)، والجارية هي أم المؤمنين صفية بنت حيي بن أخطب.

82 -ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 348.

83 -مالك بن أنس، المدونة الكبرى، مطبعة وزارة الشؤون الإسلامية والاوقاف والدعوة والإرشاد، الرياض، المملكة العربية السعودية، ج 4، ص 43.

84- عبد الرزاق، المصنف، مطبعة المكتب الإسلامي، ط 2، سنة 1403ه/1983م، بيروت، لبنان، ج 6، ص 188، رقم (10452).

85-ابن قدامة المغني ج 9 ص 347.

86 -القاضي عبد الوهاب، الإشراف، ج 3، ص 296- 297.

87 -الزركشي، شرح مختصر الخرقي، ج 5، ص 23.

88 -أبو بكر بن المنذر النيسابوري، الإشراف على مذاهب العلماء، مطبعة مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الإمارات العربية المتحدة، ج 5ن ص 31. ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 347.

89 -ابن عبد البر الأندلسي، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، مطبعة فضالة، سنة 1408هـ/1988م، المحمدية، المملكة المغربية، ج 19، ص 89.

90- ابن حبان، صحيح ابن حبان، ج 9، ص 387.

91 -سراج الدين الأنصاري المعروف بابن الملقن، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، مطبعة دار الهجرة، ط 1، سنة 1425هـ/2004م، الرياض، السعودية، ج 7، ص 475.

92- المناوي، فيض القدير شرح الجامع الصغير، مطبعة دار المعرفة، ط 2، سنة 1391هـ/ 1971م، بيروت، لبنان، ج 6، ص 438.

93 -الدارقطني، السنن، ج 4، ص 323.

94 -محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، مطبعة المكتب الإسلامي، ط 2، سنة 1405ه/1985م، بيروت، لبنان، ج 6، ص 259.

95 -شهاب الدين العسقلاني، تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، مطبعة مؤسسة قرطبة، ط 1، سنة 1416ه/1995م، بيروت، لبنان، ج 3، ص .323

96 -المناوي، فيض القدير، ج 6، ص 438.

97- محمد بن عيسى الترمذي، الجامع الصحيح، مطبعة مصطفى بابي الحلبي وأولاده، ط 2، سنة 1388ه/1968م، القاهرة، مصر، ج 3، ص 403.

98 -ابن تيمية، مجموع الفتاوى، ج 32، ص .82

99 -مجلة المحكمة العليا، العدد الثاني، سنة 2008م، غرفة الأحوال لشخصية، الملف رقم 424799.

100- قانون الأحوال الشخصية الكويتي الصادر تحت رقم 51 سنة1984 م والمعدل تحت رقم 66 سنة 2007م.

101 -قانون الأحوال الشخصية الإماراتي الصادر تحت رقم 28 سنة 2005م.

102 -قانون الأحوال الشخصية الأردني الصادر تحت رقم 36 لسنة 2010م.

103 -قانون الأحوال الشخصية الموريتاني الصادر تحت رقم 052-2001 بتاريخ 19 يوليو 2001م.

104 -مدونة الأسرة المغربية، الصادرة بموجب الظهير الشريف رقم.04.22، بتاريخ 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق ل 3 فبراير 2004م.

105-كمال الدين بن الهمام، المرجع السابق، ج 3، ص 192. عبد الكريم الرافعي القزويني، العزيز شرح الوجيز، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، سنة 1417هـ/1997م، بيروت، لبنان، ج 7، ص 517- 518. محمد البهوتي الخلوتي، حاشية الخلوتي على منتهى الإيرادات، مطبعة دار النوادر، ط 1، سنة 1432هـ/2011م، الدوحة، قطر، ج 4، ص 305. الموسوعة الفقهية الكويتية، من إصدارات وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية لدولة الكويت، ط 1، سنة 1423هـ/2002م، الكويت، ج 41، ص .296

106- ابن قدامة، المغني، ج 9، ص .350

107 -علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 2، سنة 1406هـ/1986م، بيروت، لبنان، ج 2، ص 253. سليمان البجيرمي، حاشية البجيرمي على الخطيب، مطبعة دار الكتب العلمية، ط1، سنة 1417هـ/1996م، ج 4، ص 123. ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 349.

108 -علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، ج 2، ص .253

109- سورة النساء، من الآية .141

110- سورة البقرة، من الآية 282.

111- أبي بكر الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، مطبعة الرسالة، ط 1، سنة 1418هـ/1997م، بيروت، لبنان، ج 4 ص .318

112- سورة الطلاق من الآية2.

113- شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج ، ج 4، ص 569.

114 -علي المرغياني، الهداية شرح بداية المبتدي، مطبعة إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، ط 1، سنة 1417هـ، كراتشي، باكستان، ج 3، ص 8. محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، ج 4، ص 93.

115-شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج ، ج 3، ص 195. سراج الدين البلقيني، تدريب المبتدئ وتهذيب المنتهي، مطبعة دار القبلتين، ط 1، سنة 1433هـ/2012م، الرياض، السعودية،ج 3، ص 84.

116 -المرداوي، الإنصاف، ج 8، ص .104

117- أبو سعيد البراذعي، التهذيب في إختصار المدونة، مطبعة دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، ط 1، سنة 1423هـ/2002م، دبي، الإمارات العربية المتحدة، ج 2، ص 163.

118 -المرداوي، الإنصاف، ج 8، ص 105.

119- أبو إسحاق الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، مطبعة الدار الشامية، ط 1، سنة 1417هـ/1996م، بيروت، لبنان، ج 4، ص 138. أبو حامد الغزالي، الوسيط، مطبعة دار السلام، ط 1، سنة 1417هـ/1997م، القاهرة، مصر، ج 5، ص 55.

120 -ابن قدامة، المغني، ج 9، ص .350

121 -أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، ج 4، ص 138. أبو الحسن العمراني، البيان في مذهب الإمام الشافعي، مطبعة دار المنهاج، ط 1، سنة 1421ه/2000م، بيروت، لبنان، ج 9، ص 224.

122 -رواه الترمذي، الجامع الصحيح، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وشركاؤه، ط 1، سنة 1382هـ/1962م، القاهرة، مصر، كتاب الشهادات، باب فيمن لا تجوز شهادته، من حديث عائشة، ج 4، ص 545، رقم (2298) وقال الترمذي: هذا حديث غريب لا نعرفه إلا من حديث يزيد بن زياد الدمشقي ويزيد يضعف الحديث. والبيهقي، السنن الكبرى، ج 10، ص 338، رقم (20854).

123-ابن قدامة، المغني، ج 14، ص .182

124- أبو سعيد البراذعي، التهذيب في اختصار المدونة، ج 2، ص 164.

125 -محمد بن إدريس الشافعي، الأم، مطبعة دار الوفاء، ط 1، سنة 1422هـ/2001م، المنصورة، مصر، ج 6، ص 58.

126 -ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 349.

127 -الكساني، بدائع الصنائع، ج 2، ص 253.

128-شمس الدين السرخسي، المبسوط، مطبعة دار المعرفة، بدون رقم الطبعة، وبدون تاريخ، بيروت، لبنان، ج 5 ص 33.

129- الكساني، بدائع الصنائع، ج 2، ص 253.

130-علاء الدين المرداوي، الإنصاف، ج 8، ص 101.

131 -سورة البقرة: من الآية 282 .

132- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، ج 4، ص 221.

133 -برهان الدين بن مفلح، المبدع، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، سنة 1418هـ/1997م، بيروت، لبنان، ج 6، ص 120 .

134 -الكاساني، بدائع الصنائع، ج 2، ص 254.

135 -سورة النساء، الآية 141 .

136- مالك بن أنس، المدونة الكبرى، ج 13، ص 10. محمد بن فرحون المالكي تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكام مطبعة عالم الكتب ط خاصة سنة 1423هـ/2003م الرياض السعودية ج 1 ص 181.

137 -ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 349.

138-أبو الحسن الماوردي، الحاوي، ج 9، ص 59. النووي، روضة الطالبين، مطبعة عالم الكتب، ط خاصة، سنة 1423هـ/2003م، بيروت، لبنان، ج 5، ص 391.

139 -كمال الدين بن الهمام، المرجع السابق، ج 3، ص 190. السرخسي، المبسوط، ج 5، ص 32.

140-ابن حزم الأندلسي، المحلى بالآثار، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، سنة 1425هـ/2003م، بيروت، لبنان، ج 8، ص 478. عبد الرزاق، المصنف، مطبعة المكتب الإسلامي، ط 1، سنة 1392هـ/1972م، بيروت، لبنان، ج 8، ص 329، رقم (15402).

141 -ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 350.

142- كمال الدين بن الهمام، المرجع السابق، ج 3، ص 201. السرخسي، المبسوط، ج 5، ص 32.

143 -ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 351 .

144 -محمد بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام، ج 1، ص 181.

145 -الماوردي، الحاوي الكبير، ج 9، ص 59.

146 -علاء الدين المرداوي، الإنصاف، المجلد 8، ص 99.

147 -سعيد بن منصور، السنن، مطبعة دار الكتب العلمية، بدون رقم الطبعة، وبدون تاريخ، بيروت، لبنان، ج 1، ص 222، رقم (875). البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، ص 205، رقم (13728).

148 -سعيد بن منصور، السنن، ج 1، ص 222، رقم (876).

149 -سورة الطلاق: من الآية 2.

150 -الماوردي، الحاوي الكبير، ج 9، ص 59.

151 -ابن الجوزي، التحقيق في أحاديث الخلاف، مطبعة دار الكتب العلمية، برن رقم الطبعة، وبدون تاريخ، ج 2، ص 269.

152 -السرخسي، المبسوط، ج 5، ص 32-33.

153 -محمد بن فرحون، تبصرة الحكام، ج 2، ص 82.

154 -ابن مفلح، المبدع، ج 6، ص 120، البهوتي، المرجع السابق، ج 4، ص 61.

155 -أبو القاسم الرافعي القزويني، العزيز، ج 7، ص .518

156 -حافظ الدين النسفي، المرجع السابق، ج 3، ص .158

157 -أبو القاسم الرافعي القزويني، العزيز ، ج 7، ص 518.

158- حافظ الدين النسفي، المرجع السابق ،ج 3 ص .158

159 -البخاري، الجامع الصحيح، ج 1، ص 209، رقم الحديث (620).

160 -ابن رجب الحنبلي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مطبعة مكتبة الغرباء، ط 1، سنة 1416هـ/1996م، المدينة المنورة، السعودية، ج 6، ص 310.

161 -حافظ الدين النسفي، المرجع السابق، ج 3، ص 158. الشيخ الشرقاوي، حاشية الشرقاوي، مطبعة عيسى بابي الحلبي وشركاؤه، ط 3، القاهرة، مصر، ج 2 ص 257. وانظر الشيرازي المجموع شرح المهذب ج 17 ص .299

162 -ابن قدامة، المغني، ج 9، ص .351

163 -المرداوي، الإنصاف، ج 12، ص 43-.45

164 -الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، مطبعة دار عالم الكتب، ط خاصة، سنة 1423هـ/2003م، الرياض، السعودية، ج 5، ص 27.

165- شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج 3، ص 195.

166 -المرداوي، الإنصاف، ج 8، ص 99.

167 -داماد أفندي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، سنة 1419هـ/1998م، بيروت، لبنان، ج 1، ص 473.

168 -المرداوي، الإنصاف، ج 8، ص 99-100.

169 -السمرقندي، بحر العلوم، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، سنة 1413هـ/1993م، بيروت، لبنان، ج 3 ص 374.

170 -الشوكاني، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار، مطبعة دار ابن القيم ط 1، سنة 1426هـ/2005م، الرياض، السعودية، ج 7 ص 579.

171- عبد الكريم القزويني، العزيز، ج 7 ص .518

172 -ابن عابدين، رد المحتار، ج 4 ص .93

173- داماد أفندي، المرجع السابق، ج 1، ص 474.

174- النووي، روضة الطالبين، ج 5 ص .393

175- النووي، المرجع السابق، ج 5 ص .393

176 -البهوتي، المرجع السابق، ج 8، ص .230

177 -الحطاب، المرجع السابق، ج 5 ص .28

178 -أبو إسحاق الشيرازي، المهذب، ج 4، ص 137 .

179 -المرداوي، الإنصاف، ج 8 ص 100 .

180 -سليمان البجيرمي، المرجع السابق، ج 4، ص 129 .

181 -ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 349. شمس الدين الشربيني، مغني المحتاج، ج 3، ص 195 .

182-لشيرازي، المرجع السابق، ج 17، ص 298 .

183 -ابن قدامة، المغنى، ج 9، ص 349. شمس الدين الزركشي، المرجع السابق، ج 5، ص 25 .

184 -سراج الدين البلفيني، المرجع السابق، ج 3 ص 85 .

185 -ابن قدامة، المغني، ج 9، ص 349 .

186 -كمال الدين بن الهمام، المرجع السابق، ج 3، ص 192.

187- الحطاب، المرجع السابق، ج 5، ص 80 .

188- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، مطبعة دار إحياء التراث العربي، سنة 1405هـ/1985م، بيروت، لبنان، ج 3، ص 79 .

189 -خليل بن إسحاق الجندي، مختصر خليل، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، سنة 1416هـ/1995م، بيروت، لبنان، ص 98.

190-محمد الخرشي، شرح الخرشي على خليل، ج 3، ص .168

191-مسلم بن الحجاج، صحيح مسلم، ج 2 ص 1042 رقم .1427

192 -الحطاب، المرجع السابق، ج ،5 ص .241

193 -البيهقي، السنن الكبرى، ج 7، ص 473، رقم (14700).

194- الحطاب، المرجع السابق، ج 5، ص .241

195 -خليل بن إسحاق الجندي، المرجع السابق، ص .113

196 -محمد بن عاصم، تحفة الحكام في نكت العقود والأحكام، مطبعة دار الآفاق العربية، ط 1، سنة 1432هـ/2011م، القاهرة، مصر، ص39.

197 -أبو الحسن التسولي، البهجة في شرح التحفة، مطبعة دار الكتب العلمية، ط 1، سنة 1418هـ/1998م، بيروت، لبنان، ج 1 ص 381.

198- ابن قدامة، المغني، ج 12، ص 343، .344

199- قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر تحت رقم 24/37 بتاريخ 2007/6/7م.

200- قانون الحالة المدنية الصادر تحت رقم 14- 08 بتاريخ 2014/08/09م.

201-مجلة المحكمة العليا، سنة2007م، العدد 03، غرفة الأحوال الشخصية، رقم الملف .381880

202 -أحمد إبراهيم بك، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية والقانون، مطبعة دار الجمهورية للصحافة، ط ،5 سنة 2003م، القاهرة، مصر، ص 1034.