المجلد 03 العدد 01 السنة 2023 مجلة البحوث الأسرية ص.ص: 48 - 68
الترقيم الدولي المعياري للدورية: ISSN : 2773-3580 الترقيم الدولي الإلكتروني للدورية: EISSN : 2773-4463

مكانة الشهود في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

The status of witnesses in the marriage contract in Islamic jurisprudence and Algerian family law

بريبر محمد *[1]

[1] جامعة الجزائر 1، مخبر قانون الأسرة، الجزائر

MOHAMED.BRIBER31@GMAIL.COM

الاستلام: 2023/02/27 القبول: 2023/03/07

ملخص:

شرع النبي صلى الله عليه وسلم الشهود في عقد الزواج لخصوصيته ولأثره البليغ في المحافظة على الأعراض، وقد اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في طبيعة الإشهاد فذهب جمهور العلماء إلى أنه شرط صحة، وخالفهم المالكية فقالوا أنه شرط تمام، ويترتب عن ذلك وجوب الإشهاد في مجلس العقد عند الجمهور فإن تخلف يفسد العقد، واستحبابه عند المالكية فإن تخلف يصح العقد ويستوجب الإشهاد عند الدخول، فإن تم الدخول دون إشهاد يفسد العقد في المذاهب الأربعة، وبذلك وافق المشرع الجزائري جمهور العلماء قبل الدخول بينما خالف علماء المذاهب الأربعة بعده بتصحيح العقد بصداق المثل ما يستلزم إعادة النظر في نص المادة 33 من قانون الأسرة، كما يجب النص على شروط الشهود في قانون الآسرة لأهميته .

الكلمات المفتاحية:

شريعة إسلامية؛ قانون الأسرة؛ الشهود، عقد الزواج.

Abstract:

The Prophet legislated the witnesses in the marriage contract because of its effect on preserving honor, The scholars of Islamic law differed regarding the nature of testimony, so the majority of scholars held that it is a condition of validity, and the Malikis disagreed with them, and they said that it is a condition of completeness; It follows from this that witnesses must be present in the contract meeting according to the majority of scholar, If they fail, the contract is invalidated, And it is desirable for the Malikis. and If they enter without witnesses, the contract is invalidated according to the four schools of thought, and the Algerian legislator agreed with the majority of scholars before consummation, while the scholars of the four schools of thought differed after it by correcting the contract with the similar dowry.

Keywords:

Islamic law; family law; witnesses; marriage contract.

* المؤلف المرسل

مقدمة المقال :

الحمد لله والصلاة والسلام على رسوله الكريم.

أما بعد؛ فإن مما لا شك فيه أن الأسرة هي عماد المجتمع، وهي الخلية التي يبنى عليه، فإن فسدت فسد، ولذلك فقد عنى الشارع الحكيم بأحكامها أيما اعتناء؛ فلم يترك أي تفصيل إلا وأفضى فيه بالحكم والحل، حرصا على تماسك المجتمع الإسلامي.

وبالنظر لأهمية عقد الزواج فقد ضبطت الشريعة الإسلامية عقد الزواج بضوابط ميزته عن باقي العقود لارتباطه بأعراض الناس وحقوقهم، فجعلت له أركانا وشروطا تختلف عما هي عليه في باقي العقود، ولما كان الأمر كذلك فقد جعلت الشريعة للإشهاد على عقد الزواج مكانة هامة لدوره في المحافظة على الأنساب، وإخراج الزواج من السرية إلى العلانية، وحفظ حقوق المتعاقدين وذريتهم من بعد ذلك.

وقد اقتدى المشرع الجزائري في ذلك بأحكام الشريعة الإسلامية في قانون الأسرة[1] والتي جعلها مصدرا أساسيا له[2]، فنص على الشهود في المادة 9 مكرر منه وجعلهم شرطا لعقد الزواج ورتب آثارا على تخفلهم.

وبالنظر لأهمية الشهود في عقد الزواج اخترته عنوانا لبحثي هذا محاولا فيه بيان مكانة الشهود وأثرهم على عقد الزواج، موضحا طبيعتهم بين الصحة والتمام التي اختلف فيها فقهاء الشريعة، وبالتالي اختلاف آثار تخلفهم؛ مع مقارنة ذلك مع ما أتى به المشرع الجزائري في قانون الأسرة، وبيان نقائصه.

وهي دراسة فقهية مقارنة بين المذاهب الأربعة من جهة، وقانون الأسرة من جهة أخرى.

وعليه تتمثل إشكالية البحث فيما يلي:

ما طبيعة الشهود في عقد الزواج؟ وما الأثر المترتب عن تخلفهم في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري؟

وللإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم البحث إلى مبحثين وخاتمة، حيث خصص المبحث الأول لدراسة طبيعة الشهود وشروطهم في عقد الزواج، أما المبحث الثاني فخصص لدراسة وقت الشهادة وأثر تخلفها، أما الخاتمة فضمنتها أهم النتائج والتوصيات.

واعتمدت في الدراسة على المنهج الاستقرائي، من خلال استقراء آراء فقهاء الشريعة وأقوالهم وكذا النصوص القانونية، كما اعتمدت على المنهج التحليلي المقارن بتحليل النصوص القانونية ومقارنتها مع أحكام الشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: طبيعة الشهود في عقد الزواج وشروطهم

شرع النبي صلى الله عليه وسلم الشهادة في عقد الزواج لعلاقتها بغير المتعاقدين كالأبناء؛ ومجانبة نكران العقد فتحفظ بذلك الحقوق، ولإبراز مكانة الشهود في عقد الزواج آثرت في البداية ببيان طبيعتهم وشروطهم في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: طبيعة الشهود

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد طبيعة الإشهاد بين كونه شرط صحة في العقد أم شرط تمام، ولمعرفة ذلك وجب التطرق أولا إلى تعريف الشهادة لغة واصطلاحا، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف الشهادة

لم يعرف المشرع الجزائري الشهادة في قانون الأسرة واكتفي بإدراجها ضمن شروط عقد الزواج، وبالتالي سأتطرق لتعريف الشهادة في اللغة، وفي اصطلاح فقهاء المذاهب الأربعة، وكما يلي:

أولا: التعريف اللغوي للشهادة

الشهادة: خبر قاطع، وشَهِدَ، كعَلِمَ وكَرِمَ، وقد تسكن هاؤه للتخفيف، وشهده كسمعه شهودا أي حضره، فهو شاهد، وقد تكون بمعنى اليمين فتقول أشهد بكذا أي احلف، وشهد لزيد بكذا شهادة أي أدى ما عنده من الشهادة فهو شاهد، وهو العالم الذي يبين ما علمه[3]، ومنه قوله تعالى: ﴿**يا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنِكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِّنكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنتُمْ ضَرَبْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُم مُّصِيبَةُ الْمَوْتِ**﴾[4].

ثانيا: التعريف الاصطلاحي

عرف فقهاء الشريعة الشهادة بتعاريف عديدة، سأختار منها ما يلي:

أ. **عرف الحنفية** الشهادة بأنها: "إخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة"[5]، ومنهم من عرفها بأنها: "إخبار صدق لإثبات حق"[6]، فأخرج بذلك شرط مجلس القضاء.

ب. **وعرف المالكية** بأنها: "إخبار عدل حاكما بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه"[7]؛ ولم يشترط فقهاء المالكية صيغة معينة للشهادة وهو الأظهر عندهم[8].

ت. **وعرف الشافعية** بأنها: "إخبار الشخص بحق على غيره"[9]، ومنهم من عرفها بأنها "إخبار عن شيء بلفظ خاص"[10]، حيث اشترطوا أن تكون الصيغة بلفظ الشهادة ولا تصح دون ذلك[11].

ث. **أما الحنابلة فعرفوها بأنها:** "حجة شرعية تظهر الحق ولا توجبه وهي الإخبار بما علمه بلفظ خاص"[12].

الفرع الثاني: طبيعة الشهود

اختلف فقهاء الشريعة في الشهادة هل هي شرطا لصحة عقد الزواج أم شرطا لتمامه؟، وسأحاول هنا بيان هذه الآراء، وبأي من هذه الآراء أخذ المشرع الجزائري حكمه في المادة 33 من قانون الأسرة:

أولا: رأي الفقه الإسلامي

أ. الفقه المالكي

ذهب فقهاء المالكية إلى أن الشهادة شرط تمام النكاح وليست شرطا لصحته، فينعقد الزواج صحيحا دون الإشهاد عليه، ولكن لا يتم إلا به، فيستحب عندهم الإشهاد على عقد الزواج في مجلس العقد، فإن لم يتم ذلك كان واجبا عند الدخول ويعوضون عنه بالإعلان، حيث جاء في الشرح الكبير: "حاصله أن الإشهاد على النكاح واجب وكونه عند العقد مندوب زائدا على الواجب فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء"، فإن تم الدخول دونه لا يجزئ الإشهاد بعد ذلك، وفسخ العقد وبانت منه بينونة صغرى ويحدان بجريمة الزنا[13].

ب. جمهور الفقهاء

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية الشافعية والحنابلة إلى أن الشهادة شرط صحة في عقد الزواج، وأنه لا يصح إلا بحضرة الشاهدين، وإذا تخلفت أثناء إبرام العقد كان فاسدا[14]، وتتلخص أقوالهم فيما يلي:

1. **الحنفية:** ذهب الحنفية إلى أن وقت الشهادة هو وقت وجود ركن العقد وهو الإيجاب والقبول، لا وقت الإجازة، حتى لو كان العقد موقوفا على الإجازة فحضروا عقد الإجازة[15].
2. **الشافعية:** جاء في مغني المحتاج: "ولا يصح النكاح إلا بحضرة شاهدين ... الشهادة في النكاح من الشروط ... والشرط يعتبر وجوده عند العقد"[16].

3. **الحنابلة:** جاء في المبدع شرح المقنع: "الشهادة؛ وهي من الشروط لصحته"[17] أي لصحة عقد الزواج.

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

اعتبر المشرع الجزائري الشهود شرط صحة في عقد الزواج حيث نص على ذلك في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة والتي نصت على ما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: ... شاهدان". كما نص في المادة 33 على فسخ العقد قبل الدخول إن تخلف الشهود عن مجلس العقد.

والظاهر أن المشرع الجزائري قد وافق بذلك فقهاء الحنفية والحنابلة، كما وافق قول بعض فقهاء الشافعية الذين جعلوا من الشهود شرط صحة في عقد الزواج.

المطلب الثاني: شروط الشهود

سأتناول في هذا المطلب شروط الشهود في الشريعة الإسلامية، وبأي رأي من آراء فقهاء الشريعة الإسلامية أخذ المشرع الجزائري:

الفرع الأول: شروط الشهود في الشريعة الإسلامية

اختلفت شروط الشهود عند فقهاء المذاهب الأربعة كالتالي:

أولا: شروط الشهود عند الحنفية

اشترط الحنفية في الشهود في عقد الزواج الإسلام، وإن تزوج المسلم ذمية بشهادة ذميين فإنه جائز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف سواءً كانا موافقين لها في الملة أم مخالفين، على خلاف قول محمد وزفر اللذان احتجا بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم : "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل" إذ أن المقصود بالعدالة عدالة الدين لا عدالة التعاطي، كما يشترط في الشاهدين البلوغ والعقل والحرية[18].

ويشترط في الشاهدين السمع لسماع كلام المتعاقدين، كما يشترط العدد فلا ينعقد الزواج بشاهد واحد، أما العدالة فغير مشترطة فينعقد الزواج بشهادة الفاسقين، أما الذكورة فليست بشرط عندهم وينعقد الزواج بحضور رجل وامرأتين[19]، كما تجوز شهادة أبناء وآباء الزوجين[20].

ثانيا: شروط الشهود عند المالكية

اشترط فقهاء المالكية مجموعة من الشروط في الشاهدين وهي: الإسلام، والعقل، والبلوغ، والحرية، والتيقظ، وعدم التهمة[21]، كما اشترطوا فيهما أن يكونا رجلين عدلين[22]، كما يجب في الشاهد كي تقبل شهادته العلم بالواقعة، وبذلك تقبل شهادة الأعمى على ما يتحقق علمه بسمعه[23].

وأما الإسلام والعقل فمشترطان بإجماع العلماء، فلا تجوز شهادة الكافر على المسلم، أما الذكورة فلقوله تعالى: ﴿**مِن رِّجَالِكُمْ** ﴾[24]، والمقصود به البالغون من الذكور المسلمين، لانتفاء صفة الرجولة عن الطفل والمرأة، والعاقل هو الذي سلم من الجنون والعته، كما لا تقبل شهادة السفيه المحجور عليه[25]، ولا تقبل شهادة الفاسق، ولا تقبل برجلين عدلين أحدهما الولي[26]، فإن لم يكن هناك رجال عدول للشهادة يكفي الأخذ بشهادة من عرف بعدم الكذب[27]، وأما التيقظ: فهو لاجتناب الشاهد المغفل الذي لا تقبل شهادته، ولو كان مشهودا له بالصلاح[28]، وأما شرط عدم التهمة فهو كأن يشهد كل ذي قربى لقريبه، كشهادة الولد لأبيه أو الأب لابنه، وكل ذي نسب، أو سبب يفضي إلى صلة تقع بها التهمة[29].

ثالثا: شروط الشهود عند الشافعية

اشترط فقهاء الشافعية في الشاهدين على عقد الزواج أن يكونا مسلمين سواءً كانت الزوجة مسلمة أو ذمية، كما يشترط فيهما البلوغ والعقل فلا شهادة لصبي ومجنون، وأن يكونا حرين حرية كاملة، وذكرين ذكورة محققة، وأن يكونا إنسيين كما قال بعضهم، فلا ينعقد بمن فيه رق ولا بامرأة ولا بخنثى إلا إن بان ذكرا، ويشترط فيهما العدالة، وذهب بعضهم إلى أنه في حالة تعذر شرط العدالة في قطر قدم أقلهم فسقا، و كذلك السمع والبصر لأن المشهود عليه قول فاشترط السمع حقيقة، ولأن الأقوال لا تثبت إلا بالمشاهدة والسماع[30].

والأصح عند الشافعية انعقاد الزواج بشهادة ابني الزوجين، كما ينعقد بشهادة الجد إن لم يكن وليا، وقد يكون الأب شاهدا لاختلاف دين أو رق، وينعقد بالحواشي كالإخوة والأعمام إن كان الولي غيرهم[31].

رابعا: شروط الشهود عند الحنابلة

اشترط الحنابلة في الشهود على عقد الزواج الإسلام، سواء كان الزوجان مسلمين أو الزوج وحده مسلم، كما اشترطوا العدالة، وقد جاء في المغني أن حقيقة العدالة غير معتبرة في ذلك إذ يكفي أن يكون الشاهدان مستوري الحال لأن النكاح يكون في القرى والبادية، وبين عامة الناس ممن لا يعرف حقيقة العدالة واعتبارها فيه مشقة، فاعتبر ظاهر الحال كون الشاهد مستورا لم يظهر فسقه[32].

وتشترط الذكورة في الشاهدين، وفي رواية محتملة عن الإمام أحمد أنه قال: "إذا تزوج بشهادة نسوة، لم يجز، فإن كان معهن رجل فهو أهون"، وهو قول أصحاب الرأي[33].

كما يشترط البلوغ والعقل والسمع والكلام، فلا ينعقد بشهادة صبيين ولا مجنونين، ولا ينعقد الزواج بشهادة أصمين لا يسمعان ولا أخرسين لا ينطقان، وفي شهادة ابني الزوجين الوجهان عند الحنابلة[34].

الفرع الثاني: شروط الشهود في قانون الأسرة

جاءت أحكام المادتين 9مكرر و33 من قانون الأسرة على العموم، ولم يحدد المشرع الشروط التي يجب أن تتوفر في الشاهدين فسكت عنها، ولم يشر إلى الإسلام المتفق عليه عند العلماء، أما البلوغ فقد اشترط صراحة بلوغ الشهود لسن 21 سنة في نص المادة 33 من قانون الحالة المدنية[35]، والملاحظ أن السن المحدد للشهادة على عقود الحالة المدنية مخالف لسن الأهلية القانونية المقررة في قانون الأسرة للزواج، ما يستلزم إعادة النظر في نص المادة 33 السالفة الذكر لتوافق قانون الأسرة[36]، لأنه من كان أهلا للزواج كان أهلا للشهادة.

أما بالنسبة للعقل فقد نصت المادة 85 من قانون الأسرة على أن تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون والعته والسفه.

أما العدل، فعموم نصوص قانون الأسرة في الشهادة لا تأخذ ذلك بعين الاعتبار، فالشاهدان سواءً كانا عدلين أم لا، تقبل شهادتهما، وهو ما وافق رأي فقهاء المذهب الحنفي حيث تقبل شهادة الفاسق[37]، وقد أقرت المحكمة العليا العدالة في الشهود آخذة برأي جمهور الفقهاء حيث استندت في قرارها على قول ابن أبي زيد القيرواني المالكي في رسالته حيث جاء في القرار: "ويقول ابن زيد القيرواني في رسالته لا نكاح إلا بولي وصداق وشاهدي عدل... ومن ثم فإن القضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية"[38].

كما أن شهادة الأقارب جائزة في قانون الأسرة الجزائري فلم يمنعها موافقا بذلك جمهور الفقهاء، كما أن المادة 33 من قانون الحالة المدنية السالفة الذكر لم تميز بين الأقارب وغيرهم في الشهادة حيث نصت على ما يلي: "يجب في الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين 21 سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم دون تمييز فيما يخص الجنس"، وهو ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قراراتها[39].

أما العدد والذكورة فقد ذهب المشرع الجزائري في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة إلى النص على الشاهدين كشرط في العقد، فحدد العدد باثنين، وهو أقل ما يمكن فلا تجوز بشاهد واحد، وتجوز بأكثر، وقد وافق المشرع رأي جمهور الفقهاء في عدد الشهود، كما وافقهم في صفة الشاهدين بأن يكونا ذكرين، لاستعماله مصطلح "الشاهدين" في المادة 9 مكرر وكذا المادة 33 من نفس القانون، ويخرج من مفهوم الشاهدين في المادتين سالفتي الذكر شهادة رجل وامرأة، لأن الشاهدين في الأصل إما رجلين، أو رجل وامرأتين، وبالتالي دل المصطلح على الشاهدين الذكرين فقط[40].

كما أخذ المشرع الجزائري من خلال أحكام المادتين سالفتي الذكر برأي جمهور العلماء فيما يخص شهادة الأعمى الذين يشترطون السمع، فشهادته مقبولة بشرط العلم بالواقعة، على خلاف المذهب الشافعي الذي اشترط إلى جانب السمع البصر، وذهبت المحكمة العليا إلى الأخذ بالشاهدين كحد أدنى في الزواج[41]، وبصفة الذكورة فيهما، ووافقت بذلك رأي جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة والشافعية في قرار لها[42]، غير أنها في قرار لاحق أجازت شهادة رجل وامرأتين[43]، مناقضة للرأي الأول وآخذة برأي الأحناف في ذلك[44].

المبحث الثاني: وقت الشهادة وأثر تخلفها

يبنى على وقت الشهادة في عقد الزواج أثر تخلفها، فقد يشترط حضور الشهود وقت العقد وقد يستحب ذلك؛ فيختلف أثر تخلف الشهود حينها، وقد يتخلف الشهود عن مجلس العقد وقد يستكتمون فيكون نكاح سر عندها، وهو ما سيتم تفصيله في المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: وقت الشهادة

سأتناول في هذا المطلب وقت الشهادة في الفقه الإسلامي، وموقف المشرع الجزائري من ذلك، وذلك في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: وقت الشهادة في الفقه الإسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في وقت الشهادة كما يلي:

أ. وقت الشهادة عند فقهاء المالكية

ذهب المالكية إلى أن الشهادة تستحب في مجلس العقد فإن لم تكن كذلك كانت واجبة عند الدخول، وقد احتجوا على ذلك من السنة والقياس والمعقول[45] كما يلي:

من السنة: ما صح عن أنس بن مالك أنه قال: {أقام النبي صلى الله عليه وسلم بين خيبر والمدينة ثلاثا يبنى عليه بصفية بنت حيي، فدعوت المسلمين إلى وليمته، فما كان فيها من خبز ولا لحم، أمر بالأنطاع فألقي فيها من التمر والأقط والسمن، فكانت وليمته، فقال المسلمون: إحدى أمهات المؤمنين، أو ما ملكت يمينه، فقالوا: إن حجبها فهي من أمهات المؤمنين، وإن لم يحجبها فهي مما ملكت يمينه، فلما ارتحل وطأ لها خلفه، ومد الحجاب بينها وبين الناس}[46].

وجه الدلالة في الحديث أن أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم قالوا: إن حجبها فهي من أمهات المؤمنين، ولو كان أشهد على نكاحها لعلموا ذلك بالإشهاد[47].

القياس: إن عقد الزواج عقد لاستباحة البضع فلم يفتقر إلى الشهادة كالرجعة.

المعقول: ودليل آخر أن هذا عقد على منفعة فلم تكن مفارقة الشهادة شرطا في صحته كالإجارة[48].

ب. وقت الشهادة عند جمهور الفقهاء

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[49] و الشافعية[50] والحنابلة[51] إلى أن الشهادة شرط صحة في عقد الزواج، وأنه لا يصح إلا بحضرة الشاهدين، وإذا تخلفت أثناء إبرام العقد كان فاسدا[52]، وتتلخص أقوالهم فيما يلي:

وقد استدلوا من السنة بقوله صلى الله عليه وسلم: {لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل}[53].

الفرع الثاني: وقت الشهادة في قانون الأسرة

أخذ التشريع الوضعي برأي جمهور العلماء ومنهم المالكية في الإشهاد على العقد وقت إبرامه، وقد أخذ القضاء الجزائري بذلك عملا بنص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة السالفة الذكر حيث يجب أن يسمع الشاهدان كلام المتعاقدين ويفهماه حتى يتحقق الإعلان[54]، بحيث يسمعا الإيجاب والقبول من الطرفين في مجلس العقد[55].

المطلب الثاني: أثر تخلف الإشهاد في عقد الزواج

قد يجتمع الرجل وولي المرأة لإبرام عقد الزواج دون شهود، وقد يتم الإشهاد بعدها عند الدخول، وقد يتخلف عنده فيترتب عن ذلك آثارا على العقد، كما قد يحضر الشهود إبرام العقد ويستكتمون وهو نكاح السر، ويترتب عنه كذلك أثارا على العقد، هذا ما سيتم دراسته في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: عدم حضور الشهود مجلس العقد

نتطرق لدراسة تخلف الشهود عن العقد في الفقه الإسلامي وفي القانون الجزائري كما يلي:

أولا: في الفقه الإسلامي.

اختلف الفقهاء في حكم تخلف الشهود في مجلس العقد بين المالكية وجمهور الفقهاء.

أ. **المالكية:** جعل فقهاء المذهب المالكي الإشهاد في عقد الزواج من شروط صحة الدخول، فهو عند العقد مندوب، وعند الدخول واجب، فالعقد بتخلف الإشهاد لا يفسد قبل الدخول، لكن إن تم الدخول بلا إشهاد فسخ العقد[56]، ويفرق بينهما[57]، بطلقة بائنة[58]، وقال الإمام الباجي: "يجوز عندنا أن ينعقد النكاح بغير شهادة ثم يقع الإشهاد به بعد ذلك"[59].

ب. **جمهور الفقهاء:** ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[60] والشافعية[61] والحنابلة[62] إلى أن تخلف الإشهاد عن عقد الزواج في مجلس العقد يودي إلى فساده، فيفسخ العقد على الإطلاق قبل الدخول وبعده، ولها مهر المثل إن تم الدخول ولا يجب الحد للشبهة[63].

ثانيا: موقف المشرع الجزائري

أما المشرع الجزائري، فقد نص على شرطية الشهود في المادة 9 مكرر من قانون الأسرة، كما جعل تخلف شرط الشهود سببا لفسخ عقد الزواج قبل الدخول، وإن تم يثبت بعده بصداق المثل في نص المادة 33 من نفس القانون.

والظاهر من رأي المشرع الجزائري أنه قد أخذ برأي الحنفية والشافعية والحنابلة قبل الدخول، فيفسخ العقد لفساده، وهذا لأن الإشهاد عندهم شرط لصحة النكاح لا شرطا لتمامه، وبالتالي فإن تخلف الإشهاد يؤدي إلى فساد العقد على الإطلاق، فيفسخ قبل الدخول وبعده ويفرق بينهما وتستحق المرأة صداق المثل[64]، وبذلك فإن المشرع الجزائري قد خالف المذاهب الأربعة بعد الدخول لحكمه بثبات العقد بصداق المثل، وهذا رأي شاذ لم يقل به أحد من فقهاء الشريعة أو القانون.

وبالنسبة للقضاء الجزائري فقد ذهبت المحكمة العليا في قراراتها إلى أن الإشهاد شرط لصحة العقد[65]، موافقا بذلك جمهور العلماء، كما ذهبت في أحد قراراتها إلى أن حضور الشاهدين يكون أثناء تبادل الإيجاب والقبول أي أثناء إبرام العقد[66].

الفرع الثاني: زواج السر

اختلف فقهاء المالكية مع فقهاء الحنفية والشافعية في النكاح الذي شهد عليه شاهدين واتفقا على كتمانه:

قال ابن رشد: "اتفق أبو حنيفة، والشافعي، ومالك ... على أنه لا يجوز نكاح السر، ولكن اختلفوا إذا اشهد شاهدين ووصيا بالكتمان، هل هو سر أو ليس بسر؟... وسبب اختلافهم هل الشهادة في ذلك حكم شرعي أم إنما المقصود منها سد ذريعة الإختلاف أو الإنكار؟ فمن قال حكم شرعي قال: هي شرط من شروط الصحة؛ ومن قال توثق قال: من شروط التمام"[67]، وسيتم سرد أقوال الفقهاء في ذلك وموقف المشرع الجزائري كما يلي:

أولا: نكاح السر في الفقه المالكي

نكاح السر هو: "كل نكاح شهد عليه الشهود واتفقوا على كتمانه[68]، أو هو: "ما أوصى الزوج فيه الشهود بكتمه"[69]، وهو المشهور عند فقهاء المذهب المالكي، فلو استكتم الولي والزوجة الشهود دون الزوج لم يؤثر شيئا[70].

وذهب الباجي إلى أن استكتام غير الشهود يعد نكاح سر أيضا، أي لم يؤمر الشهود بالكتمان واستكتم غيرهما، كأن يتفق الزوجان والولي على كتمه دون الشهود[71].

ونكاح السر لا يعد نكاح سر إلا إذا كان هناك تواطؤ على كتمه، فإن اجتمع الولي والزوج وابرما عقدا دون شهود، أو حضر الشهود ولم يتفقوا على الكتمان فالعقد صحيح[72]، ويجب أن يكون التواطؤ حال العقد، أي أثناء إبرام العقد فلو تواطأوا بعده فلا عبرة بالكتمان والعقد صحيح، لأنه حال قيامه لم يتفقوا على ذلك[73].

وكذلك فإن الإشهاد برجل وامرأة يعد نكاح سر حيث جاء في الموطأ: "أن عمر بن الخطاب أُتيَ بنكاح، ولم يشهد عليه إلا رجل وامرأة، فقال: هذا نكاح السر ولا أجيزه، ولو كنت تقدمت فيه لرجمت"[74].

ويفسخ نكاح السر بطلاق، إلا إذا كان سببه خوف من ظالم أو ساحر، فقبل الدخول يفسخ العقد على الإطلاق، أما بعده فيفسخ إن لم يطل، أما إن طال فلا فسخ، فقد روي عن الإمام مالك أنه لا يفسخ النكاح متى طال عليه الأمد، ويكون فيه الصداق المسمى[75]، على خلاف قول ابن الحاجب الذي قال: "يفسخ بعد البناء ولو طال"، وبذلك يعاقب الشهود على ما كتماه، كما يعاقب الزوجان إن لم يعذرا بالجهل وكانا غير قاصرين، وإن كانا كذلك يعاقب ولييهما ما لم يعذرا بالجهل[76].

ثانيا: نكاح السر عند جمهور العلماء

جاءت أقوال بقية المذاهب على النحو التالي:

أ- **المذهب الحنفي:** ذهب الحنفية إلى أن نكاح السر هو النكاح الذي لم يشهد عليه الشهود، حيث جاء في شرح فتح القدير: "وقول الكرخي: نكاح السر ما لم يحضره شهود، فإن حضروا فقد أعلن"[77].

ب- **المذهب الشافعي:** قال الشافعي رحمه الله: "ولو عقد النكاح بغير شهود، ثم أشهد بعد ذلك على حياله،... لم يجز النكاح، ولا نجيز نكاحا إلا نكاحا عقد بحضرة شاهدين عدلين"[78]، ثم قال: "وإذا وقع النكاح ثم أمر الزوجان بكتمان النكاح والشاهدين، فالنكاح جائز"[79].

ت- **المذهب الحنبلي:** جاء في كشاف القناع: "ولا يبطل النكاح بالتواصي بكتمانه؛ لأنه لا يكون مع الشهادة عليه مكتوما، فإن كتمه الزوجان والولي والشهود قصدا صح العقد وكره كتمانهم له لأن السنة إعلان النكاح"[80].

ثالثا: موقف المشرع الجزائري

لم يخرج المشرع الجزائري عما أقره جمهور الفقهاء من وجوب الإشهاد على عقد الزواج وقت انعقاده، ونص في المادة 33 من قانون الأسرة على ذلك بإشهاد شاهدين عليه، وبالتالي فإن الإشهاد دون شاهدين يعد زواج سر، غير أن المشرع لم يخص نكاح السر بأحكام خاصة؛ وما أقره فقهاء المالكية في اعتبار التواطؤ على الكتم، تاركا الأمر للشريعة الإسلامية على عمومها، وذهب القضاء الجزائري في قرار صادر عن غرفة الأحوال الشخصية للمحكمة العليا إلى أن الزواج الشرعي يقوم على الإعلان والشهرة مع مراعاة الأركان والشروط[81]، كما ذهبت في قرار آخر إلى عدم جواز الإشهاد بشاهد واحد[82].

خاتمة المقال:

بعد الدراسة والبحث في المسائل السابقة توصلت إلى جملة من النتائج والاقتراحات، أجملها كما يلي:

أولا: النتائج

- اختلف فقهاء الشريعة في طبيعة الإشهاد بين جمهور العلماء الذين عدوه شرط صحة و فقهاء المالكية الذين عدوه شرط تمام في العقد، حيث وافق المشرع الجزائري في ذلك جمهور العلماء.

- اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على شروط الإسلام والعقل والبلوغ والحرية في الشاهدين، وذهب الحنفية إلى أن شهادة ذميين في زواج مسلم من ذمية جائزة، واختلفوا في شرط التهمة، والعدالة، والذكورة، والتيقظ.
- لم يخصص المشرع الجزائري نصا لشروط الشهود في قانون الأسرة، رغم أهمية ذلك خاصة ما تعلق بالإسلام والبلوغ والعقل.
- ذهب جمهور الفقهاء إلى أن وقت الشهادة يكون أثناء إبرام العقد أي في مجلسه، على خلاف المذهب المالكي الذي استحب ذلك، وقد أخذ المشرع الجزائري برأي الجمهور.
- إذا تخلف الإشهاد عن مجلس العقد يفسد عند جمهور العلماء، ويستوجب الإعلان عند الدخول عند المالكية، فإن تم الدخول دون إشهاد يفسخ العقد على الإطلاق، بينما وافق المشرع الجزائري جمهور العلماء قبل الدخول وخالف فقهاء المذاهب الأربعة بعد الدخول بتصحيحه العقد بصداق المثل وهو حكم شاذ لم يأت به أحد من فقهاء الشريعة.

ثانيا: التوصيات

- تخصيص مادة في قانون الأسرة تتعلق بشروط الشهود.
- تعديل المادة 33 من قانون الأسرة بما يوافق أحكام الشريعة الإسلامية لاسيما ما تعلق بالدخول دون إشهاد على عقد الزواج.
- اعتبار زواج السر بما ذهب إليه فقهاء المالكية، فيكون أحوط وأحفظ للحقوق.

المراجع و المصادر :

1. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الأندلسي، المنتقى، شرح موطأ الإمام مالك، دار الكتاب الإسلامي القاهرة، الطبعة الثانية بدون سنة.
2. البجيرمي، سليمان ابن محمد ابن عمر، حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى (1417هـ، 1996م).
3. البخاري، أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير دمشق بيروت، الطبعة الأولى (1423هـ، 2002م).

4. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب بيروت لبنان، بدون طبعة (1403ه، 1983م).
5. ابن جزي، محمد ابن أحمد ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، المكتبة العصرية صيدا بيروت، الطبعة الأولى (1420ه، 2000م).
6. الدردير، أحمد ابن محمد ابن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب كانو نيجيريا، طبعة 2000.
7. الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم الهداية الكافية الشافية، لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1993.
8. الرملي، شمس الدين محمد ابن أبي العباس أحمد ابن حمزة ابن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثالثة (1424ه، 2003م).
9. ابن رشد، محمد ابن أحمد ابن محمد، بداية المجتهد ونهايـة المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسـن حـلاق، نشر مكتبة ابن تيمية القاهرة، توزيع مكتبة العلم بجدة، الطبعة الأولى 1415 ه، الجزء الثالث، ص 35.
10. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية بولاق مصر، الطبعة الأولى 1313ه.
11. السيد البكري، أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون سنة.
12. السرخسي، محمد بن احمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة ، المبسوط، دار المعرفة بيروت لبنان 1989، بدون طبعة.
13. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تحقيق وتخريج رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء المنصورة، الطبعة الأولى (1422ه، 2001م).

14. الشربيني، شمس الدين محمد ابن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة بيروت لبان، الطبعة الأولى (1418ه، 1997م).
15. الصاوي، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار المعارف مصر، بدون طبعة وتاريخ.
16. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء الثالث، دار صادر بيروت للطباعة والنشر، الطبعة الأولى بدون تاريخ.
17. عليش، محمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر بيروت لبنان، الطبعة الأولى (1404ه-1984م).
18. ابن عابدين، محمد أمين، الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، طبعة خاصة (2003م، 1423ه).
19. ابن العربي، أبو بكر محمد ابن عبد الله، أحكام القرآن، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية بيروت لبنان،الطبعة الثالثة 2003.
20. ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب الرياض، الطبعة الثالثة (1417ه، 1997م).
21. الكساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1986.
22. مالك، ابن أنس، الموطأ، رواية يحيى ابن يحيى الليثي، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، الطبعة الأولى (1434ه، 2013م).
23. ابن مفلح، برهان الدين، أبي إسحاق، إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب الرياض، بدون طبعة (1423ه، 2003م).

24. المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن علي ابن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، مع شرح العلامة عبد الحي اللكنوي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي باكستان، الطبعة الأولى (1417هـ، 1996م).
25. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواني ثم السكندري، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، علق عليه وخرج بياته وأحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى (1424هـ، 2003م).
26. بن حنفية العابدين، العجالة في شرح الرسالة، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الإمام مالك، الطبعة الثانية الجزائر 2014.
27. شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفـري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1977.
28. فركوس دليلة، عياشي جمال، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، دار الخلدونية القبة الجزائر، (1437هـ-2016م).

هوامش المقال :

1. مؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984 يتضمن قانون الأسرة، الجريدة الرسمية عدد 24 مؤرخة في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالأمر 05_02 المؤرخ في 15 فبراير 2005، جريدة رسمية عدد 15.

2. أنظر ديباجة مشروع قانون الأسرة 84-11.

3. ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، الجزء الثالث، دار صادر بيروت للطباعة والنشر، الطبعة الأولى بدون تاريخ، ص 239. الفيروز آبادي، مجد الدين محمد ابن يعقوب القاموس المحيط، تحقيق مكتبة تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسوسي، مؤسسة الرسالة بيروت لبنان، الطبعة الثامنة (1426هـ، 2005م)، ص 292.

4. سورة المائدة، الآية 106.

5. الزيلعي، فخر الدين عثمان بن علي الحنفي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية بولاق مصر، الطبعة الأولى 1313هـ، الجزء الرابع، ص 207.

6. ابن عابدين، محمد أمين، الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، دراسة وتحقيق وتعليق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع الرياض، طبعة خاصة (2003م، 1423ه)، الجزء الثامن، ص 172.

7. الصاوي، أحمد بن محمد الصاوي المالكي، الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، دار المعارف مصر، بدون طبعة وتاريخ، الجزء الرابع، ص (237، 238).

8. الصاوي، الشرح الصغير، المصدر نفسه، الجزء الرابع، ص 238.

9. السيد البكري، أبو بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، دار إحياء الكتب العربية، بدون طبعة وبدون سنة، الجزء الرابع، ص 273.

10. الرملي، شمس الدين محمد ابن أبي العباس أحمد ابن حمزة ابن شهاب الدين، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج في الفقه على مذهب الإمام الشافعي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثالثة (1424ه، 2003م)، الجزء الثامن، ص 292.

11. الرملي، نهاية المحتاج، المصدر نفسه، الجزء الثامن، ص 292.

12. البهوتي، منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار عالم الكتب بيروت لبنان، بدون طبعة (1403ه، 1983م)، الجزء السادس، ص 404.

13. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص 216.

14. ابن عابدين، الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 88.

15. الكساني، علاء الدين أبو بكر بن مسعود الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1986، الجزء الثاني، ص256.

16. الشربيني، شمس الدين محمد ابن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة بيروت لبان، الطبعة الأولى (1418ه، 1997م)، الجزء الثالث، ص (194، 195).

17. ابن مفلح، برهان الدين، أبي إسحاق، إبراهيم بن محمد، المبدع شرح المقنع، دار عالم الكتب الرياض، بدون طبعة (1423ه، 2003م)، الجزء السابع، ص 42.

18. الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص253.

19. الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر نفسه، الجزء الثاني، ص (254، 255).

20. المرغيناني، برهان الدين أبو الحسن علي ابن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، مع شرح العلامة عبد الحي اللكنوي، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي باكستان، الطبعة الأولى (1417ه، 1996م)، الجزء الثالث، ص (8، 9).

21. ابن جزي، محمد ابن أحمد ابن جزي الغرناطي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية والتنبيه على مذهب الشافعية والحنفية والحنبلية، المكتبة العصرية صيدا بيروت، الطبعة الأولى (1420ه، 2000م)، ص 327.

22. الدردير، أحمد ابن محمد ابن أحمد، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، مكتبة أيوب كانو نيجيريا، طبعة 2000، ص 58.

23. ابن العربي، أبو بكر محمد ابن عبد الله، أحكام القرآن، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية بيروت لبنان،الطبعة الثالثة 2003، الجزء الأول، ص 333.

24. سورة البقرة، الآية 282.

25. ابن العربي، أحكام القرآن، المصدر السابق، الجزء الأول، ص 333.

26. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص 335.

27. عليش، محمد، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، دار الفكر بيروت لبنان، الطبعة الأولى (1404هـ-1984م)، الجزء الثالث، ص 258.

28. ابن جزي، القوانين الفقهية، المصدر السابق، ص 327.

29. انظر: ابن جزي، القوانين الفقهية، المصدر نفسه، ص 328، عليش، شرح منح الجليل، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص 258، أبو زهرة، محمد، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 56.

30. انظر: الرملي، نهاية المحتاج، المصدر السابق، الجزء السادس، ص (217، 218). البجيرمي، سليمان ابن محمد ابن عمر، حاشية البجيرمي على الخطيب المسماة تحفة الحبيب على شرح الخطيب، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى (1417هـ، 1996م)، الجزء الرابع، ص 126.

31. الشربيني، شمس الدين محمد ابن الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار المعرفة بيروت لبان، الطبعة الأولى (1418هـ، 1997م)، الجزء الثالث، ص 195.

32. ابن قدامة، موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد، المغني، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو، دار عالم الكتب الرياض، الطبعة الثالثة (1417هـ، 1997م)، الجزء التاسع، ص 349.

33. ابن قدامة، المغني، المصدر نفسه، الجزء التاسع، ص (349، 350).

34. ابن قدامة، المغني، المصدر نفسه، الجزء التاسع، ص 350.

35. الأمر 20/70 المؤرخ في 13 ذي الحجة 1389 الموافق ل 19 فبراير سنة 1970 يتعلق بالحالة المدنية.

36. فركوس دليلة، عياشي جمال، محاضرات في قانون الأسرة، انعقاد الزواج، دار الخلدونية القبة الجزائر، (1437هـ-2016م)، ص (148، 149).

37. السرخسي، محمد بن احمد بن أبي سهل أبو بكر شمس الأئمة ، المبسوط، دار المعرفة بيروت لبنان 1989، بدون طبعة ، الجزء الخامس، ص 31، أما الشهادة في المسائل الأخرى تكون ببلوغ سن الرشد المحدد في نص المادة 40 من القانون المدني وهو 19 سنة كاملة.

38. المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1984/09/24، ملف رقم 34438، المجلة القضائية 1990، عدد 1، ص 64.

39. المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1998/03/17، ملف رقم 179557، المجلة القضائية 2001، عدد خاص، ص 162، جاء فيه "من المقرر أيضا أنه تجوز شهادة الأقارب في قضايا الحالة كالزواج والطلاق والوفاة والولادة".

40. لأنه لو كانوا رجل وامرأتين لعبر عنهم بصيغة الجمع "الشهود".

41. المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1989/01/02، ملف رقم 51107، المجلة القضائية 1992، عدد 3، ص 53.

42. المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1989/12/15، ملف رقم 43889، المجلة القضائية 1993، عدد 2، ص 37.

43. المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 2007/02/14، ملف رقم 381880، المجلة القضائية 2007، عدد 2، ص 483.

44. انظر، السرخسي، المبسوط، المصدر السابق، الجزء الخامس، ص 19، ويعود ذلك لجعل المشرع الجزائري الباب مفتوحا أمام القضاء للبحث في الشريعة الإسلامية على العموم لإيجاد الحل عملا بنص المادة 222 من قانون الأسرة، مما أدى إلى التناقض في الأحكام.

45. الباجي، أبو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث الأندلسي، المنتقى، شرح موطأ الإمام مالك، دار الكتاب الإسلامي القاهرة، الطبعة الثانية بدون سنة، الجزء الثالث، ص 313.

46. رواه البخاري، أبو عبد الله محمد ابن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار ابن كثير دمشق ـــ بيروت، الطبعـــة الأولـى (1423ه، 2002م)، كتاب النكاح، باب البناء في السفر، رقم الحديث 5159، ص 1315.

47. الباجي، المنتقى، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص 313.

48. الباجي، المنتقى، المصدر نفسه، الجزء الثالث، ص 313.

49. الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص256.

50. الشربيني، مغني المحتاج، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص (194، 195).

51. ابن مفلح، المبدع شرح المقنع، المصدر السابق، الجزء السابع، ص 42.

52. ابن عابدين، الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 88.

53. رواه البيهقي، أبو بكر أحمد ابن الحسين ابن علي، السنن الكبرى، منشورات علي بيضون، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الثالثة 2003، الجزء السابع، جماع أبواب ما على الأولياء، باب لا نكاح إلا بشاهدين عدلين، رقم الحديث 13718 ص 202.

54. المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1998/03/17، ملف رقم 188707، المجلة القضائية 2001، العدد الخاص، ص 50.

55. المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 1999/04/20، ملف رقم 221329، المجلة القضائية 2001، العدد الخاص، ص 60.

56. بن حنفية العابدين، العجالة في شرح الرسالة، شرح رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الإمام مالك، الطبعة الثانية الجزائر 2014، الجزء الثاني، ص 327.

57. الباجي، المنتقى، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص 313.

58. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص 336.

59. الباجي، المنتقى، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص 312.

60. ابن عابدين، الرد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 88.

61. السيد البكري، إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص 274.

62. ابن قدامة، المغنى، المصدر السابق، الجزء التاسع، ص 351.

63. ابن قدامة، المغنى، المصدر السابق، الجزء الثاني عشر، ص (343، 344).

64. شلبي، محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، الطبعة الثانية 1977، ص(321 ،322).

65. المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 2000/07/18، ملف رقم 249128، المجلة القضائية 2003، عدد 2، ص 269، غرفة الأحوال الشخصية، 1991/04/23، ملف رقم 71732، المجلة القضائية 1993، عدد 2، ص 51.

66. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 1989/03/27، ملف رقم 35272، المجلة القضائية 1990، عدد 3، ص 82.

67. ابن رشد، محمد ابن أحمد ابن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق: محمد صبحي حسن حلاق، نشر مكتبة ابن تيمية القاهرة، توزيع مكتبة العلم بجدة، الطبعة الأولى 1415 هـ، الجزء الثالث، ص 35.

68. الباجي، المنتقى، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص 314.

69. الرصاع، أبو عبد الله محمد الأنصاري، شرح حدود ابن عرفة، الموسوم الهداية الكافية الشافية، لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية، تحقيق محمد أبو الأجفان والطاهر المعموري، دار الغرب الإسلامي بيروت لبنان، الطبعة الأولى 1993، الجزء الأول، ص 246. الدردير، أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك، المصدر السابق، ص 60.

70. الحطاب، مواهب الجليل، المصدر السابق، الجزء الرابع، ص 259. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص 382.

71. الباجي، المنتقى، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص 314.
72. الباجي، المنتقى، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص 314.
73. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص 382.
74. رواه مالك، ابن أنس، الموطأ، رواية يحيى ابن يحيى الليثي، مؤسسة الرسالة ناشرون دمشق، الطبعة الأولى (1434هـ-2013م) ، كتاب النكاح، باب جامع ما لا يجوز من النكاح، رقم الحديث 1164، ص 414.
75. عليش، شرح منح الجليل، المصدر السابق، الجزء الثالث، ص 300.
76. الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص (382، 383).
77. ابن الهمام، كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواني ثم السكندري، شرح فتح القدير على الهداية شرح بداية المبتدي، علق عليه وخرج بياته وأحاديثه عبد الرزاق غالب المهدي، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، الطبعة الأولى (1424هـ، 2003م)، الجزء الثالث، ص 192.
78. الشافعي، محمد بن إدريس، الأم، تحقيق وتخريج رفعت فوزي عبد المطلب، دار الوفاء المنصورة، الطبعة الأولى (1422هـ، 2001م)، الجزء السادس، ص 58.
79. الشافعي، الأم، المصدر السابق، الجزء السادس، ص 59.
80. البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المصدر السابق، الجزء الخامس، ص 66.
81. المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، 30 أفريل 1990، ملف رقم 75344، المجلة القضائية 1992، عـدد 4، ص 65، حيث جاء في القرار: "من المقرر شرعا وقانونا أن الزواج الشرعي يقوم على العلانية والشهرة ومراعاة شروطه وأركانه".
82. المحكمة العليا: غرفة الأحوال الشخصية، 2008/02/13، ملف رقم 424799، المجلة القضائية 2008، عـدد 2، ص 307.