وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية
جامعة وهران– الجزائر

قسم: الشريعة والقانون

تخصص: الأحوال الشخصية

العنوان:

الإثبات ووسائله في مسائل الأحوال الشخصية

"دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى"

اطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه "علوم"فى العلوم الإسلامية

تخصص شريعة وقانون فرع أحوال شخصية

إعداد الطالبة: قيطة حياة **تحت إشراف: أ.د/ ليلى جمعي**

أعضاء اللّجنة المناقشة:

أ.د/ بن عمار زهرة	أستاذة التعليم العالي	جامعة وهران	رئيسا
أ.د/ ليلى جمعي	أستاذة التعليم العالي	جامعة وهران	مشرفا و مقررا
أ.د/جبار عبد الحق	أستاذ التعليم العالي	جامعة وهران	مناقشا
أ.د/ لريد محمد أحمد	أستاذ التعليم العالي	جامعة سعيدة	مناقشا
أ.د/ رحال عبد القادر	أستاذ محاضر –أ–	جامعة الجزائر	مناقشا
أ.د/ جزول صالح	أستاذ محاضر –أ–	المركز الجامعي مغنية	مناقشا

السنة 1442هـ/1443هـ الموافق لـ: 2021م/ 2022م

بسم الله الرحمن الرحيم

"وقل ربّ زدني علما"

سورة طه الآية 114

إهداء

إلى من فتحا لي أبواب العلم والمعرفة

والدي العزيز رحمه الله وغفر له

وأمي الحبيبة أطال الله في عمرها

إلى من ساندني ودعمني ماديا ومعنويا زوجي العزيز، وإلى فلذة كبدي أولادي الأعزاء

"تسنيم دعاء، منصف، أحمد غيث"

رعاكم الله ووفقكم لما يحبه ويرضاه

إلى من تجمعني بهم صلة الرحم ورابطة الأخوة والدم إخوتي وأخواتي حفظهم الله وأنار دربهم.

إلى كل أفراد عائلة حمزة

إلى كل من ساعدني في إنجاز هذه الرسالة

إلى طلاب العلم في كل مكان أقدم هذا العمل

شكر وتقدير

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" من لا يشكر الناس لا يشكر الله"

(رواه الترمذي في سننه، ح ر 1954)

فأتوجه بالشّكر والتّقدير والثّناء لأستاذتي الفاضلة " أ.د/ ليلى جمعي" التي تفضلت بإشرافها على هذا العمل، والتي لم تبخل علي بجهدها ونصائحها، ووقتها، فكانت نعم الموجه والمرشد.

كما أتوجه بالشكر الجزيل إلى السّيدة والسّادة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة لقبولهم مناقشة هذا العمل وإضفاء الاثراء عليه بملاحظاتهم وتوجيهاتهم.

كما لا يفوتني أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى جميع الأساتذة والإداريين بجامعة وهران قسم العلوم الإسلامية، وإلى كل من ساعدني سواء بالتّوجيه أوبالدّعاء.

قائمة المختصرات

ج: جزء

ت ز: تاريخ زيارة الموقع

ط: طبعة

سط: سنة الطبع

دذن: دون ذكر الناشر

د ذ ط : دون ذكر الطبعة

د ذ سط: دون ذكر سنة الطبع

ص: صفحة

مج : مجلد

ع: عدد

ق أ : قانون الأسرة

ق إ م وإ : قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ق ح م: قانون الحالة المدنية

ق ع: قانون العقوبات

م ق: مجلة القضائية

ن ق: النشرة القضائية

غ أ ش: غرفة الأحوال الشخصية

المقدمة

المقدمة:

الحمد لله المتفرد في ملكه بعز كبريائه المتفضل بنعامه على عباده وأوليائه، نحمده ونستعينه ونستغفره، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا، من يهده الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أنّ لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأشهد أنّ محمداً عبده ورسوله، صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله وصحبه أجمعين.

أمّا بعد:

قال ابن خلدون في مقدمته: "إنّ الإنسان مدني بطبعه"[1]، ونتيجة لهذا الطبع كان الانسان ولازال في سعي لبناء مجتمعات منظمة، وتعتبر الأسرة أول لبنة لبناء تلك المجتمعات، لهذا نجد مختلف التشريعات قد اهتمّت بالأسرة وحاولت قدر الامكان وضع ضوابط وتشريعات وقوانين تنظم المجتمع عامة، وتنظم العلاقات الأسرية على نحو خاص.

ومن بين ما ارتأت البشرية تنظيمه وظبطه "قواعد الاثبات" باعتبارها عنصرا فعالا في ضبط النّزاعات وتحقيق العدل وصيانة الحقوق لتحفظ استقرار المجتمع، ولتكون العلاقة الانسانية بين البشر عامة وبين أفراد الأسرة على نحو خاص قائمة على التّعاون والتّكامل، وليس التّنازع على المصالح ولا على الممتلكات.

فتعتبر نظرية الإثبات بمختلف مبادئها وقواعدها المنظمة أمرا حيويا لا غنى للفرد عنه في مختلف المجتمعات، حيث يعتبر الأداة الضّرورية التي يعتمد عليها الأفراد في صيانة حقوقهم ابتداء، إضافة إلى أنّه يعتبر الوسيلة التي يستند عليها القاضي عند نظره في الوقائع

[1] – عبد الرحمن ابن خلدون، المقدمة، حققه: محمد عبد الله الدرويش، دار يعرب، دمشق، ط1، سط: 2004م، ص137.

المطروحة أمامه، وليس هذا فحسب بل إنّ الأهمية الكبيرة للإثبات، لا تكمن داخل ساحة القضاء فقط بل تتعدى ذلك، فله أهمية حتى خارج ساحة القضاء فالفرد مثلا في حياته العادية وفي مختلف علاقاته يقوم بإثبات حقوقه رغبة منه في حفظها من الضّياع والنّسيان والنّكران والجحود، فمنذ ميلاد الانسان وحتى وفاته يحتاج إلى أدلة معينة، كما هو الحال في دليل اثبات واقعة الميلاد والوفاة، وحتى واقعة الزواج.

والشّريعة الاسلامية نظمت هذا الجانب وأعطته قيمة وأهمية كبيرة، فقد شرع الله سبحانه وتعالى مجموعة من الوسائل التي تعتبر السّبيل القويم في حماية الحقوق والحفاظ عليها ودرأ الفساد فيها، وقطع النّزاعات بين الأفراد واعطاء كل ذي حق حقه، فأمر الله تعالى عباده بتهيئة الدّليل عند انشاء مختلف التّصرفات بالإشهاد أو بالكتابة، ومثال ذلك طلب المشرع الحكيم تهيئة الدليل في قوله تعالى:﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٍ مُّسَمًّى فَٱكْتُبُوهُۚ﴾[البقرة 282] وقال تعالى:﴿ وَٱسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْۖ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ [البقرة 282]، وقوله تعالى في مسألة الطلاق ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَو فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق2] وغيرها من الآيات، فعند التأمل فيها نجد أنّ طلب الكتابة والإشهاد من الشارع الحكيم ليس عبثا ولكن لقصد إثبات الحقوق عند التّناكر والتّجاحد، أو حتى لحفظها من النّسيان .

وعند تغافل النّاس عن تهيأة الدليل أو عدم قدرتهم على ذلك لسبب من الأسباب لم يترك الأمر على حاله بل شرع لهم وسائل أخرى يلجأ إليها صاحب الحق، تتمثل في القرائن والاقرار واليمين، وجاءت السنة النبوية مؤكدة وشارحة لهذا المنهج الرباني فأكد

الرسول صلى الله عليه وسلم على ذلك في عدة أحاديث منها: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»[1]، فهذا النّص يعتبر السّند الذي يقوم عليه إثبات مختلف النّزاعات في الشريعة الاسلامية كما سيأتي بيانه في بحثنا هذا.

وعلى غرار أحكام الشريعة الاسلامية نجد أنّ مختلف التشريعات الوضعية اهتمت بتنظيم الاثبات، وبيان قواعده ووسائله، على غرار المشرع الجزائري. إلا أنّه لم يخصص قانون للإثبات، بل جاء لينظم قواعده في فرعين من فروع القانون، فما كان متعلقا بالجانب الموضوعي للاثبات جاء النص عليه في القانون المدني، وما كان متعلقا بالجانب الاجرائي والشّكلي جاء النّص عليه في قانون الاجراءات المدنية والادارية، على عكس تشريعات أخرى فضلت تخصيص قانون مستقل لتنظيم الاثبات، كما هو الحال في بعض التّشريعات الغربية كانجلترا والولايات المتحدة الامريكية والعربية كالمشرع المصري والاماراتي، قانون الاثبات السوداني، قانون البينات الأردني.

وبالرغم من هذا التنظيم القانوني الذي اختاره المشرع الجزائري إلا أنّه عالج وسائل الاثبات في قانونه بكثير من التفصيل، فنظمه في المواد 323- 350 من القانون المدني تحت عنوان "اثبات الالتزام"، إضافة إلى المواد 70 – 193 من قانون الاجراءات المدنية والادارية تحت عنوان "في وسائل الاثبات"، غير أنّه لم ينص على وسائل الإثبات في قانون الأسرة إلا في حالات خاصة، وهذا ما دفع بي إلى إختيار الموضوع إضافة إلى:

[1]- رواه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب اليمين على المدعي عليه، رقم: 1711، ج3، ص1336.

-كون مسائل الأسرة أكثر صعوبة في إثباتها عن غيرها من الوقائع لأنّ العلاقات الأسرية يميزها الثقة والمودة بين أفرادها من ناحية لقوله تعالى﴿وَمِنْ ءَايَٰتِهِۦٓ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَٰجًا لِّتَسْكُنُوٓاْ إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِى ذَٰلِكَ لَءَايَٰتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴿٢١﴾﴾ [الروم 21]، وقيامها على السّرية من ناحية أخرى، ممّا جعل قضايا الأسرة ذات خصوصية وجعل من الحديث عن وسائل الإثبات ضرورة حتمية.

- الإشكالات المطروحة في إثبات مسائل الأسرة كالزواج والطلاق والنّسب وإثبات الضّرر والنفقة.....الخ، خاصة إذا عرفنا أنّه لا يوجد مواد قانونية صريحة تبين وسائل الإثبات في كل واقعة.

كل هذه الدوافع والأسباب أدت بي إلى أن يكون موضوع الدراسة موسوم بـــ:" **الإثبات ووسائله فى مسائل الأحوال الشخصية دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامى والقانون الجزائرى"** ووجب التنبيـــه إلى أنّ مصطلح الأحوال الشخصية محل خلاف ونقد لكون المشرع الجزائري لم يستخدم هذا المصطلح، وحتى الفقهاء لم يتعارفوا على استخدامه[1]. لذا نجد أنّ بعض فقهاء القانون انتقدوا هذه التّسمية معتبرين أنّ كل ما هو وارد في التشريعات العربية تحت اسم الأحوال الشخصية والمتعلق بأحكام الأسرة غير

[1]- هناك من أنكر إستخدام المصطلحات الجديدة عامة ومنها إستخدام مصطلح الأحوال الشخصية، وأنكر استخدامها في المؤلفات لأنهم رأو في ذلك ابعاد للمسلمين عن تراثهم، وكتب أسلافهم وعلومهم وثقافتهم، بكر بن عبد الله، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم، دار العاصمة للنشر والتوزيع، ط2، سط: 1415 هـــ ، ص12.

صحيح، لقولهم أنّ الحالة الشخصية تطبق أساسا على الشخص كشخص يعني لقبه واسمه جنسيته، موطنه[1].

ومن النّاحية الشّرعية نجد أنّه لم يكن معروفا عند الفقهاء، بل كانت الموضوعات التي تتعلق بأحكام الأسرة تحمل إسما خاصا بكل موضوع: ككتاب النكاح وكتاب المهر وكتاب الطلاق ....الخ، وأرجع الباحثين أصل هذا المصطلح إلى القرن الثالث عشر حيث نشأت في إيطاليا نظرية سميت نظرية الأحوال، نظرا لتقسيم القوانين إلى قسمين: قسم موضوعه الأشخاص ويسمى قانون الأحوال الشخصية، وقسم موضوعه الأشياء ويسمى قانون الأحوال العينية[2]. وبعد ذلك توالت استخدامات هذا المصطلح في التشريعات اللاتينية.

ويعتبر أول من استعمل هذا المصطلح في الفقه العربي الإسلامي كما تشير أقوال الباحثين هو المصري محمد قدري باشا في مطلع القرن العشرين، عندما ألف كتابه "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية"،[3]وقد اشتمل هذا الكتاب على أحكام الزواج والطلاق وما يتعلق بهما، والميراث والوصية، والهبة والحجر.

---

[1] – الغوثي بن ملحة، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط2،سط:2008م، ص6.

[2]– الصاوي أحمد محمد، موجز في القانون الدولي الخاص المصري، 90،91، ط3، سط1946م، نقلا من موقع: http://www.islamic-council.com، ت ز: 2019/05/07م.

[3]– وهو كتاب صنفه في مواد قانونية بلغت 647 مادة أخذها كلها من القول الراجح في مذهب الإمام أبي حنيفة، انظر مقال: قوانين الأحوال الشخصية في الوطن العربي بين المرجعيات الدينية ومتطلبات العصر، من موقع: https://www.mominoun.com/events، ت ز:2-03-2020م.

وبعد ذلك عرف هذا المصطلح انتشارا وقبولا عند الفقهاء وتوالت استخداماته، فكان لا بد من اعطاء مفهوم له، ومن بين التعريفات:

قيل هو: "مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية التي رتب عليها القانون أثرا قانونيا في الحياة الاجتماعية"[1]، وبعبارة أخرى هو: "مجموعة الأوضاع التي تكون بين الإنسان وأسرته، وما يترتب على هذه الأوضاع من آثار حقوقية والتزامات أدبية ومادية"[2]، وعرّف أيضا بأنّه : "مجموعة من الأحكام الفقهية النّاظمة لإنشاء الأسرة وبنائها والآثار المترتبة عليها، ثم كيفية إنهاء هذا العقد عند الاقتضاء وما يترتب عليه من آثار أو حقوق وواجبات، وما يترتب على موت أحد أفراد الأسرة في ماله"[3].

فهذه التّعريفات عرفت الأحوال الشخصية تبعا للمسائل التي يتضمنها، فقد تأرجحت هذه التّعاريف بين محتوى عام وشامل، ومحتوى أضيق للأحوال الشّخصية، ولكن يمكن القول أنّ الأحوال الشّخصية هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم العلاقات الأسرية طبقا لأحكام الشريعة الإسلامية، وتجدر الإشارة إلى أنّ هناك من استخدم مصطلح فقه الأسرة أو أحكام الأسرة للدلالة على المسائل المتعلقة بالأسرة[4].

---

[1]-عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، ط1، سط:1418هـ/1998م، ص 39.

[2]- عبد الفتاح عمرو، المرجع نفسه، ص 39.

[3]- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر- الجزائر، ط1، سط:2007م، ص13.

[4]- فقه الأسرة أو أحكام الأسرة يطلق فيقصد به الأحكام المتعلقة بإنشاء الرابطة الزوجية وانهائها وما يترتب عليها ما أحكام وآثار ونتائج. عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص13.

ونتيجة لاختلاف الفقهاء في تفسير مدلول مصطلح الأحوال الشخصية اختلفوا في تحديد الموضوعات التي تندرج تحته، إلاّ أنّ هناك من تمكنوا من وضع تحديد لأهم المســـائل وقسموا مواضيعه إلى ثلاثة أقسام[1] هي:

- ✓ أحكام الزواج وطرق إنحلاله وما يترتب عليه من آثار: عدة –نفقة- مهر – نسب- حضانة –رضاع- ونظام الأموال بين الزوجين وغيرها من المسائل.
- ✓ أحكام الأهلية، الولاية والحجر والوصاية وأحكام المفقود.
- ✓ الميراث والوصية والوقف وما يتعلق بالتصرفات المضافة إلى ما بعد الموت.

وبالمقارنة بين هذا المحتوى وبين ما جاء به قانون الأسرة الجزائري نجده لم يخرج في تنظيمه عن هذه الموضوعات، ففي مواده تناول المشرع أحكام الزواج وما يتعلق به من نسب، وأحكام الطلاق وما يتعلق به من نفقة وعدة، وأحكام النّيابة الشرعية، والولاية، والوصاية، والتّقديم، والحجر، والمفقود، والغائب، والكفالة، وأحكام الميراث وقسمة التركات، وأحكام التركات كالوصايا والهبة والوقف فكان هذا القانون شامل لكافة الموضوعات التي تهم حياة الأسرة.

وبحثنا هذا لا يخرج في عمومه عن تبيان وسائل إثبات هذه الموضوعات، منها ما استدعى التفصيل ومنها ما استدعى الحاقها بنظيرتها من المسائل، فنجيب عن إشكالية رئيسية تتمثل في:

[1]- عبد الفتاح عمرو، المرجع السابق، ص40.

- هل لمسائل الأحوال الشخصية خصوصية في الإثبات أم أنّها تخضع لقواعد الإثبات العامة؟. وما مدى التوافق الشرعي والقانوني في إثبات مسائل الأسرة؟

يتفرع عنها عدة إشكاليات تتمثل في: هل وسائل الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية هي نفسها في جميع الوقائع القانونية سواء كانت تصرفات أو وقائع مادية ؟ أم أنّ هناك مسائل ذات خصوصة في الإثبات؟ وما مدى فاعلية الوسائل التي أقرها المشرع الجزائري؟.

وبعد البحث والاطلاع على مجموعة من الرّسائل الأكاديمية لم أجد على - حد اطلاعي - دراسة خصت هذا الموضوع بالدراسة بالشكل والتّخطيط الذي عالجنا به هذا الموضوع، غير أنّ هناك بعض الدراسات التي توجهت للحديث إمّا عن وسائل الاثبات عامة، أو خصت جزئيات معينة بالبحث منها:

- ✓ أطروحة دكتوراه للأستاذة نزار كريمة بعنوان: أبعاد ومخاطر مشكل الإثبات في مجال الزواج دراسة قانونية بجامعة بلعباس.
- ✓ رسالة ماجستير، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، معزوز دليلة، إشراف: غوثي بن ملحة، جامعة الجزائر.

أهداف البحث

إنّ البحث في أيّ موضوع لا بد أن يكون له هدف وغاية وفي بحثنا هذا تمثلت الأهداف في:

- ✓ بيان مدى التوافق بين أحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، من خلال جزئيات الموضوع، والوقوف على نقاط الاختلاف.
- ✓ إظهار أهمية وقيمة كل طريقة من طرق الاثبات في حفظ الحقوق وتحقيق العدالة سواء شرعا أو قانونا.
- ✓ إظهار وتوضيح النقائص التي تمس نظام الإثبات في القانون الجزائري خاصة تلك المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية.
- ✓ بيان أهمية الجمع بين التشديد والتخفيف في التعامل مع إثبات مسائل الأسرة خاصة اذا علمنا أنّ كل مسألة لها خاصيتها وظروفها، وضرورة إخضاع بعض المسائل للاستثناء لأنّ ذلك يحقق استقرار الأسرة، ويحفظ حقوق الزوجين والأولاد .

منهج البحث:

سعيا منا للإجابة عن الإشكاليات المطروحة اعتمدنا على المنهج الاستقرائي والاستدلالي والمنهج المقارن بين المذاهب الأربعة وقانون الأسرة الجزائري بدراسة نقدية لها، دون تجاهل الأحكام والقرارات القضائية لما لها من دور في شرح النص القانوني وإيصال الفكرة بصورة أوضح وأدق خاصة في الشق القانوني هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى اعتمدنا على اسقراء نصوص قانونية متعلقة بالاثبات في جميع فروعه للوقوف على مدى خصوصية الإثبات في الأحوال الشخصية كالقانون المدني وقانون الحالة المدنية وقانون العقوبات وقانون الإجراءات المدنية والادارية، وفي المقارنة اعتمدت على سبيلين:

أولا: في الفقه الإسلامي اعتمدت على النقل المباشر للأقوال التي رأيت أنّه من الأهمية البالغة نقلها كما هي، وما رأيت أخذه بإجمال أشرت فيه إلى مصدره.

ثانيا: الإعتماد على النّص القانوني بداية ثم أقوال الفقهاء في الغالب وذلك لكي يسهل الوقوف على نقاط الاشتراك والاختلاف بين الفقه الاسلامي والتشريع الوضعي، وهذا من باب تقديم المجمل على المفصل. وأيضا لابراز مواطن التوافق والتّعارض مع أحكام الشريعة الاسلامية و قانون الأسرة الجزائري.

أمّا في تخريج الاحاديث فقد اكتفيت بالصحيحين فيما أخرجاه أو فيما أخرجه أحدهما، وما لم يخرج فيهما لجأت فيه إلى كتب السنن مع الإشارة إلى درجة الحديث. ولاخراج البحث في أحسن صورة اعتمدت خطة تمثلت في:

المقدمة: تحوي على تعريف بالموضوع، وأهميته، والدوافع والاشكاليات المطروحة، وظبط نطاق الدراسة، الدراسات السابقة، منهج البحث، خطة البحث.

الباب الأول: خصصته للحديث عن قواعد الإثبات في مجال الأحوال الشخصية بحيث نوضح فيه المبادئ العامة للإثبات كمحل وعبء الإثبات، مذاهبه، مميزاته ووسائل الإثبات مع التركيز على الوسائل وتقسيمها إلى أدلة مهيأة وأدلة غير مهيأة خاصة التي اعتمدها المشرع في قانون الأسرة، ومدى تقيد القاضي بها.

الباب الثاني: خصصته للحديث عن خصوصية إثبات مسائل الأحوال الشّخصية من خلال الحديث عن إثبات التصرفات القانونية محل النّزاع في الأحوال الشّخصية في الفصل الأول، أمّا الفصل الثاني فقد كان بعنوان: مدى حرية إثبات الوقائع المادية محل النّزاع في الأحوال الشّخصية.

الخاتمة: اختصرت فيها أهم النتائج، إضافة إلى التوصيات والمقترحات.

وفي الأخير أحمد الله سبحانه وتعالى أولا وأخيرا أن وفقني لتمام هذه الأطروحة، التي لا أدعي فيها الكمال، بل كل بحث لا بد من قصوره فما أجدت فيه فمن نعمة الله تعالى وما قصرت فيه فمن نفسي ومن الشّيطان.

الباب الأول:

قواعد الاثبات في مجال الأحوال الشخصية

الفصل الأول: ماهية الإثبات وتنظيمه الشرعي والقانوني

المبحث الأول: التوافق الشرعي القانوني في ماهية الإثبات

المبحث الثاني: تنظيم الإثبات في إطار الأحوال الشخصية

الفصل الثاني: الوسائل المعتمدة في إثبات مسائل الأحوال الشخصية

المبحث الأول: إتساع نطاق تهيئة الأدلة في الأحوال الشخصية

المبحث الثاني: نطاق الاعتماد على الأدلة الغير مهيأة في إثبات مسائل الأحوال الشخصية

الباب الأول:

قواعد الاثبات في مجال الأحوال الشخصية

إنّ الإثبات له أهمية بالغة في المنازعات التي تكون في مسائل الأحوال الشخصية، فالنّزاع فيها وإن كان في الظاهر بين طرفين، إلا أنّ ضرره يمسّ كل أفراد الأسرة، وبالتالي فلا شك أنّ اتساع دائرة النّزاع يحتاج لقواعد إثبات تضبطه، وتكون كفيلة بحلّه.

وبناء على هذا كان لا بد لنا من معرفة هاته القواعد، وذلك من خلال الإجابة عن الاشكالية التالية: ماهي الخصوصية الممنوحة لقواعد الإثبات في مسائل الأسرة؟ ويتفرع عنها الإجابة عن عدة اشكاليات فرعية متمثلة في: ما المقصود بمحل وعبء الإثبات، وما مدى نطاق سلطة القاضي في هذا الباب؟ وماهي الوسائل الشرعية والقانونية المعتمدة في حل هاته النزاعات ؟ وهل يمكن استخدام بعض هذه الوسائل في دعاوى دون أخرى؟.

الفصل الأول:

ماهية الإثبات وتنظيمه الشرعي والقانوني

للوصول إلى ماهية الإثبات، ينبغي علينا دراسة حقيقة الإثبات من النّاحية الشّرعية والقانونية انطلاقا من المفهوم اللّغوي والاصطلاحي للإثبات، إضافة إلى معرفة الأساس الشّرعي والقانوني الذي يقوم عليه نظام الإثبات، محاولين الاجابة عن إشكالية مهمة متمثلة في: ما مدى التوافق الشرعي والقانوني في مجال الإثبات؟.

المبحث الأول:

التوافق الشّرعي والقانوني في ماهية الإثبات

يعتبر الإثبات أساس النّظام القانوني وعليه يقوم القضاء العادل، وإليه يركن، وبه يظهر، كما يرفع به الظلم عن المظلومين، فالعدالة مرحلة بعد الإثبات، والإثبات أول خطوات تحقيقها وبلوغها[1]، لذا نجد الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية لم تغفل الإثبات أو تهمله، بل رعته حق رعاية، فوضعت له الأحكام، ورتبته أيّما ترتيب، وعنيت به عناية فائقة فنجد أنّ كلا من التّنظيم الشّرعي والقانوني قد أحاطة بدراسة شاملة فما مدى التوافق الشرعي والقانوني في نظام الإثبات؟.

[1]- سليم علي مسلم الرجوب، التّعارض والترجيح في طرق الإثبات "دراسة فقهية قانونية مقارنة" المشرف: محمد خالد منصور، أطروحة الدكتوراه في القضاء الشرعي، الجامعة الأردنية، سط: 2006م، ص16.

المطلب الأول:المفهوم الشرعي والقانوني للإثبات

إنّ أهمية الإثبات تتجسد أساسا في حياة الأفراد من خلال منح كل صاحب حق حقه فما من واقعة متنازع حولها إلا وتحتاج في مسألة إثباتها أمام القضاء بما هو مقرر شرعا وقانونا فلا قيمة للواقعة القانونية المتنازع عليها إلا بعد الإثبات.

وللوصول إلى حقيقة أيّ مصطلح لا بد من معرفة حقيقته اللّغوية والشّرعية والقانونية والوقوف على مدى التوافق بينها.

الفرع الأول:الإثبات لغة

كلمة الإثبات في اللغة العربية مأخوذة من مادة ثبت، ويقال: ثبت فلان في المكان، فهو ثابت إذا أقام به. وأثبته السقم إذا لم يفارقه وفي قوله تعالى ﴿وَكُلًّا نَقُصُّ عَلَيْكَ مِنْ أَنْبَاءِ الرُّسُلِ مَا نُثَبِّتُ بِهِ فُؤَادَكَ وَجَاءَكَ فِي هَذِهِ الْحَقُّ وَمَوْعِظَةٌ وَذِكْرَى لِلْمُؤْمِنِينَ﴿١٢٠﴾﴾ [هود 120]، أي تثبيت الفؤاد وتسكين القلب، والثبت، بالتحريك: الحجة والبينة.

وأثبت حجته: أقامها وأوضحها[1]، وتقول: لا أحكم بكذا إلا بثَبت (بفتح الباء)، أي بحجة و (الثبيت) الثابت العقل[2]، وثابته وأثبته: عرفه حق المعرفة، وتثبت الشيء واستثبته وأثبت الشيء معرفة إذا قتله علماً، وهو ثبت من الأثبات إذا كان حجة لثقته في روايته.

[1]- إبن منظور، لسان العرب، دار صادر – بيروت – لبنان، ط:3 سط 1414 هـ، مادة ثبت، ص 19-20.

[2]- زين الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الحنفي الرازي، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية، الدار النموذجية، بيروت – صيدا،ط: 5،سط 1420هـ / 1999م، ص48.

ووجدت فلاناً من الثّقات، والأعلام الأثبات. وتثبت في الأمر واستثبت فيه إذا تأنى[1]، ورجل ثبت في الأمور: متثبت.

والثُبوت: (بضم الثاء) من ثبت، الاستقرار في المكان[2]، وأثبت الأمر إذا أقام حجته[3].

بالتوفيق بين هذه التعريفات يتضح لنا أنّ المعاني اللّغوية للإثبات تدور بين: إقامة الحجة والبينة أي الاحتجاج، والاستقرار.

الفرع الثاني: الإثبات في اصطلاح الفقهاء

لم يرد تعريف مصطلح الإثبات عند الفقهاء القدامى، فبالرجوع إلى مجمل كتبهم الفقهية لم نجد تعريفا له وإنّما قابله الحديث عن البينة، فأطلق معظم الفقهاء لفظ البينة اصطلاحا على شهادة الشهود، وذهب ابن حزم[4] إلى أنّ البينة تطلق على شهادة الشّهود وعلى علم

---

[1]-الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، سط:1419هـ/1998م، ج1، ص103-104 ، مجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادى، القاموس المحيط ، تحقيق: مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت – لبنان، ط:8، سط: 1426هـ - 2005 م، ص 149. الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، دذط، دذسط، ج4، ص474.

[2]- محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط:2، سط:1408 هـ - 1988 م، ص153.

[3]- علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، تحقيق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، ط: 1، سط: 1403هـ -1983م، ص 9.

[4] - ابن حزم الأندلسي (384 - 456هـ، 995 - 1063م).هو علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، الأندلسي، الظاهري، شاعر وكاتب وفيلسوف وفقيه. ولد في مدينة قرطبة وكان يلقب القرطبي إشارة إلى مولده ونشأته، له مصنفات في مختلف فروع المعرفة من أشهرها: الفِصَل في المِلَلْ والأهواء والنِّحَل، جمهرة أنساب العرب، الناسخ والمنسوخ، المحلى بالآثار. أنظر: خير الدين الزركلي، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، بيروت: دار العلم للملايين، ط4، سط1989 م، ج4، ص254.

القاضي[1] وذهب ابن تيمية[2] وابن القيم وابن فرحون إلى أنّها اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، فعرفها ابن القيم بقوله[3]: "لفظ البينة فإنّها في كتاب الله اسم لكل ما يبين الحق[4]" واستشهد بقوله تعالى: ﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ ﴾[الحديد 25]. وانتقد من حصرها في الشاهدين أو الشاهد واليمين، فقال:"البينة في كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما يبين الحق فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء، حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين، ولم يختص لفظ البينة بالشاهدين، بل ولا استعمل في الكتاب فيهما البتة، فإنّ الشارع في جميع المواضع يقصد ظهور الحق بما يمكن ظهوره به من البينات التي هي أدلة عليه وشواهد له، ولا يرد حقا قد ظهر بدليله أبدا فيضيع حقوق الله وعباده ويعطلها"[5].

[1]- ابن حزم، المحلى، دار الفكر، بيروت، دذط، دذسط، ج7، ص119.

[2]- إبن تيمية: هو تقي الدين أبو العباس، أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الشهير بإبن تيمية، الحراني، الدمشقي ولد بحران سنة661هـ، برع في التفسير والحديث والأصول، يعد من أبرز علماء الحنابلة ومجتهديه، من مصنفاته: رفع الملام عن الأئمة الأعلام، السياسة الشرعية، توفي بدمشق عام 728هـ، ينظر: إبن رجب زين الدين بن أحمد، الذيل على طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت- لبنان، دذط، دذسط. ج4، ص387- 403، عبد الحي بن أحمد بن عماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار الأفاق الجديدة، بيروت- لبنان دط، دذسط ، ج6، ص80 وما بعدها.

[3]- إبن القيم (تـ 751هـ): هو شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد بن حريز، الزرعي، الدمشقي، فقيه حنبلي مفسر، نحوي ولد سنة691هـ من مصنفاته: بدائع الفوائد، زاد المعاد، إعلام الموقعين. ينظر الشوكاني، البدر الطالع، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان،ط1، سط 1418هـ/1998م ج2، ص143-145، إبن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، المصدر نفسه، ج6، ص167-170.

[4]- ابن قيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1، سط: 1411هـ - 1991م، ج1، ص71.

[5] - ابن قيم الجوزية، المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

ونجد الجرجاني[1] عرف الإثبات بقوله: "الإثبات هو الحكم بثبوت شيء آخر"[2]، فبالجمع بين المفهومين نجد أنّ مصطلح الإثبات أطلق على إقامة الحجة أو الدليل على الشيء، وهذا التعريف هو المعنى العام للإثبات.

أمّا المعاصرون[3] من الفقهاء فقد عرفوا الإثبات بتعاريف مختلفة، فعرفه الزحيلي : "هو إقامة الحجة مطلقا سواء كان ذلك على واقعة، وسواء أمام القاضي أم أمام غيره، وسواء أكان عند التنازع أم قبله" وأيضا: "الإثبات هو تقديم الدليل المعتبر شرعاً أمام القضاء على حق أو واقعة ترتب عليه آثاره الشرعية"[4] ، وجاء في تعريف آخر: "إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها الشريعة الاسلامية على حق أو على واقعة تترتب عليها آثار"[5].

فباستقراء هذه التعريفات نجد هناك فرق بينها، فالتعريف الأول جاء على تعميم الإثبات، بإدراجه للإثبات بنوعيه سواء كان قضائي أو غير قضائي، وسواء كان عند

---

[1]- ترجمة الجرجاني(المتوفى: 816هـ)هو علي بن محمد من كبار علماء العربية له نحو خمسين مصنفا منها التعريفات وشرح مواقف الأيجي في علم الكلام وشرح السراجية في الفرائض وحاشيته على الكشاف التفسير وغيرها، أنظر: الزركلي، الأعلام، دار العلم، بيروت، ط4، سط:1989م، ج5، ص7، كحالة عمر رضا، معجم المؤلفين، دار احياء، بيروت، دذط، دذسط، ج7، ص216.

[2]- الجرجاني، المصدر السابق، ص 9.

[3]- محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، دمشق، ط1، سط 1302هـ/1982م ، ص 22.

[4] - عبد القادر إدريس، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين، سنة:1426هـ، 2005م، ص16.

[5]- أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، دذط، سط 2004، ص8.

النّزاع أو قبله، فقد أعطى مفهوم عام شامل للإثبات، في حين أنّ التّعاريف الاخرى اقتصرت على الإثبات القضائي أي الواقع أمام القضاء.

وعرف فقهاء القانون الإثبات بـــأنّه : "تأكيد حق متنازع فيه له أثر قانوني بالدليل الذي أباحه القانون لإثبات ذلك الحق"[1] أو هو:" إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت آثارها"[2] أو "إقامة الدليل أمام القضاء بطريقة من طرق الإقناع التي يحددها وينظمها القانون على صحة واقعة متنازع فيها بقصد الوصول إلى النتائج القانونية التي يترتب على صحة الواقعة المذكورة[3]".

وقد جاء تعريفه في الفقه الفرنسي بأنّه:" إقامة الدليل أمام القضاء على حقيقة واقعة معينة يؤكدها أحد الأطراف في خصومة ينكرها الطرف الآخر[4].

فباستقراء هذه التعريفات نخرج بـــ:

– إقتصار هذه التعريفات على الإثبات القضائي، كبعض التعريفات الشّرعية السابقة، ولعل التركيز على الإثبات القضائي راجع إلى اعتباره من أهم وأدق الأمور التي تواجه القاضي أثناء آدائه لوظيفته، أو باعتبار أنّه إذا لم يكن نزاع أمام القضاء فلا معنى للإثبات،

[1]– نشأت أحمد، رسالة الإثبات، ط7، دذسط، ج1، ص 29.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،(الإثبات– آثار الإلتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، دذط، سط:1938، ص 13.

[3]– لحميم زليخة، دفاتر السياسة والقانون، دور القاضي المدني في الإثبات (في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد) ، جامعة قاصدي مرباح – ورقلة – الجزائر، العدد 4، جانفي 2011، ص193.

[4]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الرجع نفسه، ص 14.

ولكن هذا أمر مردود باعتبار أنّ تهيئة الدليل قد تسبق قيام النّزاع وتصحب قيام التّصرف مثلا على ما سيأتي بيانه في موضعه.

– تتوافق التّعريفات القانونية مع التّعريفات الشّرعية إلى حد كبير في كونها حددت مجموعة من المقومات التي يقوم عليها الإثبات القضائي ومنها:

أولا: تقديم الدليل أمام القضاء

ويقصد بالدليل الحجة أوالبراهين الشّرعية التي يقدمها الخصوم للقاضي للنّظر في الخصومة[1]، وهو يشمل كل ما توفر من الأدلة كوثيقة رسمية، أو قرينة .....إلخ، وسواء كانت دليلاً مادياً أو معنوياً. وهو قيد خرج به تقديم الأدلة أمام غير القاضي[2].

ثانيا: أن يكون الدليل معتبر شرعا وقانونا

فهذا قيد يخرج فيه تقديم الدليل الغير مشروع كالأدلة العرفية المخالفة للشرع [3]، فلا يجوز إقامة الحجة أمام القضاء إلا بالوسائل التي بينتها الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لأن الطرق الغير منصوص عليها لا يجوز الإثبات بها .

[1]– أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 13، جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة:منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان– بيروت، ط2، سط:1998م، ج1، ص345.

[2]– محمد الزحيلي، المرجع السّابق، ص 22.

[3]–عبد القادر ادريس ، المرجع السابق، ص16.

ختاما لهذه الجزئية وبعد عرضنا لمجمل هذه التعاريف يمكن القول أنّها عموما لا تخرج عن المعنى العام الذي شاع بين فقهاء الشريعة والقانون لهذا المصطلح، في كون الإثبات عبارة عن إقامة الحجة والبرهان على صحة واقعة أمام القضاء أو غيره.

الفرع الثالث: الأساس الشّرعي والقانوني للإثبات

إنّ إثبات الوقائع القانونية عامة، والوقائع التي لها علاقة بمسائل الأسرة خاصة جديرة بالاهتمام فبالرجوع إلى القرآن الكريم نجد آياته قد أكدت على مشروعية الإثبات في مختلف مجالاته سواء المالية أو غير المالية فقد خص الله سبحانه وتعالى الإثبات بأطول آية ألا وهي آية الدين فقال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾ [البقرة 282] وقال ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾[البقرة 282] .

فقال ابن كثير[1] في تفسير هذه الآية: "فقوله: فاكتبوه أمر منه تعالى بالكتابة للتوثقة والحفظ "[2].

[1]- إسماعيل بن عمر بن كثير (701 - 774 هـ = 1302 - 1373 م) حافظ مؤرخ فقيه. ولد في قرية من أعمال بصرى الشام، من كتبه البداية والنهاية في التاريخ وطبقات الفقهاء الشافعيين وتفسير القرآن الكريم، الزركلي ، الأعلام، المصدر السابق،ج1، ص320.

[2]- إبن كثير، تفسير القرآن العظيم، المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، سط:1420هـ - 1999 م، ج1، ص723.

وقال ابن عرفة[1] في تفسيرها: "الأمر بالكتب مصلحة دنيوية وهي حفظ المال، ومصلحة دينية وهي السلامة من الخصومة بين المتعاملين"[2].

وقال الرازي "أمر الله تعالى بالكتابة والإشهاد"[3].

وقال ابن القيم أيضا في هذه الآية: "فهذا في التّحمل والوثيقة التي يحفظ بها صاحب المال حقه، لا في طريق الحكم وما يحكم به الحاكم، فإنّ هذا شيء وهذا شيء، وأمر في الرجعة بشاهدين عدلين"[4] لقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: 2] فهذه الآيات تدل على مشروعية الإثبات.

وهو ما أكدت عليه السّنة النّبوية ورسخته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»[5].

---

[1]- محمد بن محمد ابن عرفة الورغمي، (716 - 803 هـ = 1316 - 1400 م) أبو عبد الله: إمام تونس وعالمها وخطيبها في عصره، من كتبه: المختصر الكبير في فقه المالكية، الحدود في التعاريف الفقهية، الزركلي، الأعلام ، المصدر نفسه، ج7، ص43.

[2]- ابن عرفة، تفسير، المحقق: حسن المناعي، مركز البحوث بالكلية الزيتونية – تونس، ط1، سط 1986 م، ج2، ص779.

[3]- فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، التفسير الكبير، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط3، سط - 1420 هـ. ج7، ص92.

[4]- ابن القيم، إعلام الموقعين، المصدر السابق، ج1، ص73.

[5]- رواه مسلم، صحيح مسلم، كتاب الحدود، باب اليمين على المدعي عليه، رقم: 1711، ج3، ص1336.

وجاء في رواية أخرى: "لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم»[1].

وبذلك كانت الشريعة متكاملة فبينت الحقوق وأوضحت سبل حمايتها وإثباتها سواء عند الاختلاف، أوعند الحاجة أو لتثمين حمايتها حتى لا تضيع الحقوق، وتفقد قيمتها، وتصبح في مهب الرياح أمام المطامع والمنازعات[2].

بالإضافة إلى أنّ الإثبات يحقق مصالح عامة إلى جانب المصلحة الفردية أومصلحة المدعي للحق، كفض المنازعات المثارة بين الأفراد في المجتمع ومنع إثارة النّزاعات ليصل كل حق إلى حقه[3].

فالشريعة الاسلامية اهتمت بتوثيق الحقوق سواء كانت حقوق عامة، أو خاصة، أو حقوق لله تعالى، أو حقاً للعباد، أو حقوق مالية أو عائلية[4]، متى استوجب ذلك الحق توثيقه.

---

[1]- رواه البخاري، صحيح البخاري،كتاب: تفسير القرآن،باب ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ وَأَيْمَٰنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا أُوْلَٰٓئِكَ لَا خَلَٰقَ لَهُمْ﴾ [آل عمران: 77] عن ابن عباس قال الرسول صلى الله عليه وسلم:"لو يعطى الناس بدعواهم لذهب دماء قوم وأموالهم» ، ذكروها بالله واقرءوا عليها: ﴿إِنَّ ٱلَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ ٱللَّهِ﴾ [آل عمران: 77] فذكروها فاعترفت، فقال ابن عباس: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «اليمين على المدعى عليه»رقم: 4552، ج 6، ص35.

[2]- محمد الزحيلي ، المرجع السابق، ص 8

[3]-أنور بن راشد بن سعيد الكيومي- مقال: مفهوم الاثبات، من موقعhttp://main.omandaily.om/node ت ز:30/05/2012

[4]- محمد الزحيلي، المرجع نفسه، ص34.

ومن النّاحية القانونية نجد أنّ الإثبات قد أخذ حيزا كبيرا في القانون الجزائري على غرار أغلب القوانين الوضعية بسبب القيمة الحقيقية النابعة من الإثبات ذاته كما قال السنهوري[1]. والإثبات يتضمن قواعد موضوعية وأخرى شكلية أو إجرائية[2].

فالقواعد الموضوعية هي التي تحدد طرق الإثبات، وتبين حجيتها وقيمتها، وتوضح الطّرف الذي يقع عليه عبء الإثبات. وجاء النّص عليها القانون المدني في الكتاب الثاني من الباب السادس تحت عنوان: إثبات الالتزام بداية من المادة 323 إلى غاية المادة 350، مقسمة على خمسة فصول فخصص الفصل الأول للإثبات بالكتابة، والثاني للإثبات بالشهود، والثالث للإثبات بالقرائن والرابع للإثبات بالإقرار، وأخيرا الإثبات باليمين.

أمّا القواعد الإجرائية فهي التي تحدد الإجراءات الواجب اتباعها في إقامة الأدلة وفي تقديمها أمام القضاء، وكيفية سير الاجراءات المنظمة لكل وسيلة من وسائل الإثبات كالاجراءات المتعلقة بتقديم المستندات أمام المحكمة والاعتراض عليها والطعن فيها. وقد نظمها المشرع بالتفصيل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في الباب الرابع بعنوان وسائل الاثبات، من المادة 70إلى غاية المادة 193.

وبالإطلاع على هذه المواد نجدها حددت المجالات التي وجب الإثبات فيها كإثبات الحقوق المالية والحقوق الغير مالية، كتلك النّاشئة عن الزواج والنّسب وغيرها .

[1]-عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص 14.

[2] - حجاري محمد، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة (دراسة للفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)، جامعة معسكر، مجلة العلوم الانسانية والحضارة، ع 7، سط: فيفري2018م، ص144-145.

المطلب الثاني:

المبادئ التي تحكم الاثبات

تقتضي دراسة الاثبات دراسة مبادئه الأساسية المتمثلة في عبء الاثبات ومحله، وذلك لكون تحديد محل الإثبات في كل دعوى قضائية له أهمية كبيرة، وفي هذه الجزئية سوف نتناول مفهوم محل الإثبات. بالإضافة إلى أنّه يجب التّأكد من توافر الشروط التي حددها فقهاء الشرع والقانون في هذا المحل حتى يتسنى للقاضي تحديد الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات.

الفرع الأول: ضبط محل الإثبات فقها وقانونا

بالرجوع إلى مصادر الشريعة الإسلامية لم نجد شرحا لهذا المصطلح فالفقهاء القدامى كانوا يعبرون عن محل الإثبات: بالمقضي فيه أو المدعى به أو المشهود به أو المقر به أو المحلوف عليه أو المكتوب لأجله الوثيقة[1].

فعند التّمعن في هذه التّسميات نجد أنّ محل الإثبات يعبر عنه بوسيلة إثباته، ولكن لها نفس المعنى وإن اختلف في التّسمية، فهذا الاختلاف في التّسميات لا يصنع فرقا جوهريا. لأنّ محل الاثبات في الحقيقة هو ذاته وإن اختلفت التّسميات فلكل حق سبب نشأة هي الواقعة لا خلاف في ذلك بين الشّريعة والقانون.

وعرف محل الإثبات من النّاحية القانونية بعدة تعريفات نذكر منها:

[1]- الزحيلي، المرجع السابق، ص 61.

"تلك الواقعة القانونية المنشئة للحق لأنّها هي مصدر الحق وبإثبات المصدر يثبت نشوء الحق ووجوده"، أو:"محل الإثبات ليس هو الحق المدعي به، شخصيا كان هذا الحق أو عينيا، بل هو المصدر الذي ينشئ هذا الحق، أي التصرف القانوني أو الواقعة القانونية"[1].

فبناء على هذا المفهوم محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به وإنّما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق[2]، وبعبارة أخرى لا يمكن اثبات الحق إلا باثبات الواقعة التي أنشأته، أي أنّ محل الإثبات ليس هو الحق وإنّما هو المصدر الذي ينشئ هذا الحق، لذا يتعين على صاحب الحق، إثبات مصدر حقه[3] والمصادر التي تنشأ الحقوق لا تعدو أن تكون إمّا تصرفا قانونيا أو واقعة قانونية.

وهذا التّعريف أدق من التعريف الذي يقول بأنّ: "محل الإثبات هو الحق المتنازع فيه"[4]، فإثبات الحق بناء عليه ينصب مباشرة على الحق المطلق.

ومحل الإثبات هو الواقع وليس الحق أو القانون، على اعتبار أنّ الحق فكرة مجردة فهي تستعصي عقلا على الإثبات، لذلك لا مناص من نقل محل الإثبات من الحق المدعى به إلى مصدر هذا الحق سواء كان تصرفا قانونيا أو واقعة مادية. بل والأكثر من ذلك فإنّ مصدر

[1]- خالد السيد موسى، المرجع السابق، ص27.

[2]- الطاهر برايك، مقال بعنوان: عبء الإثبات بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الإسلامية، جامعة الأغواط، ماي 2013م، ع30-31، ص162.

[3] - الغوثي بن ملحة، قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، دذط، سط 2001م، ص11.

[4]- الزحيلي، المرجع السابق ص 61.

الحق ذاته قد يكون فكرة مجردة تستعصي عقلا على الإثبات، فإذا كان مصدر الحق هو عمل غير مشروع، نقل محل الإثبات مرة أخرى من هذه الفكرة إلى الوقائع والأعمال التي يمكن أن يستدل منها على تحقق فكرة الخطأ المشار إليه[1].

ومن ثم يمكن القول أنّ الإثبات يرد على مصدر الحق لا على الحق ذاته، والحق بدوره لا يكون محلا للإثبات بل هو الهدف الذي يتوخاه صاحب الحق من الإثبات. ولما كان الحق مرتبطا بالقدرة على إثباته بناءا على أنّ الدليل هو قوة الحق سواء كان الإثبات في مجال قضايا الأسرة أو في غيرها من المجالات ينصب على وجود قاعدة قانونية ترتب آثارها فهو لا ينصب على الحق المدعي به في ذاته وإنّما في إثبات الواقعة القانونية التي هي أصلا مصدر لهذا الحق[2]، وعلى هذا الأساس ففي دعوى ثبوت الزوجية مثلا ينصب الاثبات أساسا على إثبات واقعة الزواج التي تعرضت للإنكار والتي سوف تترتب عنها فيما بعد الحقوق النّاتجة عنها كالنّفقة والنسب وغير ذلك من الحقوق وهذا الإثبات مرتبط بوجود وسيلة لإثبات الزوجية ومنها الشّهود الذين حضروا أو الذين علموا موعد الزفاف[3] .

وللتوفيق بين النّاحية الشرعية والقانونية لمحل الإثبات يمكن القول أنّ هناك مفهوم فقهي موسع للإثبات شمل الحق ومصدره، وتعريف قانوني اقتصر على مصدر الحق، ولكن وبالرغم من هذا التوسيع والتضييق في مفهوم محل الإثبات، إلا أنّه لا يوجد أيّ خلاف

[1] – سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، دذط، سط:1999م، ص47.

[2] – عبد المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، مكتبة الرشاد، الدار البيضاء ، ط1، سط:1422هـ/2002م، ص10.

[3] – وداد العيدوني، مقال: وسائل الإثبات في القضاء الشرعي المغربي المعاصر، جامعة طنجة، المغرب، من موقع: http://awqafshj.gov.ae/ar/download ، ت ز: 20 /2020/01م، ص7.

حقيقي وجوهري بين المفهومين، وذلك لأنّ سبب اختلافهما هو في التعبير عن ذات الحقائق بأساليب مختلفة، فمحل الاثبات ينصب على وجود الحق الذي يرتبط بسبب نشأته وهذا أمر لا يختلف عليه اثنان.

أولا: طبيعة محل الإثبات في قانون الأسرة

إنّ محل الإثبات ينصب أساسا على الواقعة التي أنشأت الحق كما سبق وأن أشرنا، فمحل الإثبات هو الواقعة القانونية التي ترجع إليها الروابط القانونية كلها لذا فإنّ الإثبات ينصب إمّا على الوقائع المادية أو التصرفات القانونية.

ويقصد بالواقعة القانونية هي:" كل حادث أو أمر يقع بصفة طبيعية أو اختيارية يرتب عليه القانـــون أثر إمّا بإنشاء حق جديد أو تعديل أو انقضـــــاء لحق قائم وتتمثل إمّا في التصرف القانوني أو في الواقعة المادية"[1].

ويقصد بالتصرفات القانونية[2] هي التي تكون من فعل الإنسان أي أنّ له إرادة محضة تتجه نحو إحداث أثر قانوني فينشأ الحق مستندا إلى هذه الإرادة بحيث يكون المرجع في تحديد هذا الحق ومداه ومنه يمكن الفهم أنّ قوام ومناط التصرف القانوني هو الإرادة.

[1]- سعادنة العيد، عبء الاثبات في القانون الوضعي الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد:11، ص193.

[2]- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، دذط، سط: 2006،ص 127.

فالتصرف القانوني[1] هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني. سواء كان بإرادة منفردة كالوصية أو الهبة أو بإزدواج الإرادة كالزواج[2]، والطلاق بالتراضي.

فالتّصرف القانوني إذا هو اتجاه إرادة الشخص لاحداث اثر قانوني معين فيرتب القانون عليها هذا الأثر، ولما كانت هذه الإرادة لها مظهر خارجي هو التعبير، فإنّ القانون اقتضى ألا يكون إثبات هذا التعبير كقاعدة عامة إلا عن طريق الكتابة، فالتصرف القانوني تستطيع تهيئة الدليل الكتابي عليه وقت وقوعه[3].

أما الواقعة المادية[4] فهي تلك الواقعة التي يرتب عليها القانون أثرا بحيث يكون أساسها القانون وذلك بغض النّظر عمّا كانت إرادة الانسان قد اتجهت إلى إحداث هذا الأثر

---

[1]- عبد القادر الفار، المدخل للدراسة العلوم القانونية، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ط1، سط 2006 م، ص135

[2]- فالمحل في عقد الزواج يكمن في مختلف مقتضيات النكاح والمتمثلة في المتعة المتبادلة بين الزوجين وكذلك الحلية وغيرها، فلا شرط ولا أمر يمكنه أن يجعل المرأة أو الرجل يتصف بالمحلية في العقد، وإنما كل ما يقومان به من متعة للنفس أو الجسد يعد محلا للعقد. ومن ذهب إلى كون المرأة محلا لعقد الزواج واشترط مجموعة الشروط لتعتبر كذلك جاء الرد عليها بكونها يمكن أن تكون في الرجل كذلك ومن الشروط التي تم اشتراطها: كونها أنثى غير خنثى حتى يكون زواجها صحيحا، كونها غير محرمة تحريما مؤبدا على الزوج ،تعيين الولي للمرأة المراد تزويجها. معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة:2004/2003م، ص41 ، فضيل سعد – شرح قانون الاسرة الجزائري " الزواج والطلاق"،دذط، دذسط، ج 1-ص121

[3]- عبدالرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص340-341.

[4]- وهي تنقسم إلى نوعين رئيسيين هما: الوقائع الطبيعية أو غير الأختيارية كفيضان أو حدوث زلزال أو ثورة بركان والوقائع الاختيارية التي تحدث بفعل الانسان واختياره وينشا عن مجرد وجودها الاثر القانوني معين كالفعل الضار والبناء على ارض الغير والاستسلاء على مال الغير ادوار عيد، موسوعة اصول المحاكمات والاثبات والتنفيذ، لبنان، دذط، سط:1991م، ج16، ص 389.

القانوني أم لم تتجه[1] فهي تحدث وتراها الناس فلا تختلف أفهامهم كثيرا في روايتها كما وقعت[2].

والوقائع المادية يكون إثباتها بكافة طرق الإثبات، إلا مّا خصه المشرع واستثناه بنص يثبت بالكتابة، إمّا لخطورته أوحساسيته كواقعتي الميلاد والوفاة، التي نص على ضرورة تسجيلها في سجلات الحالة المدنية المعدة لذلك، وللواقعة القانونية محل الإثبات شروط يجب توافرها:

ثانيا : الشروط اللازمة في محل الإثبات

بالرجوع إلى النّاحية الشّرعية والقانونية نجد اهتمام الفقهاء بضبط محل الاثبات نتج عنه مجموعة من الشروط ليكون محل الإثبات معتبر، وهذه الشروط منها ما جاء مشتركا بين الشّريعة والقانون ومنها ما انفرد به فقهاء الشريعة على أساس أنّهم توسعوا في مفهوم محل الاثبات، ومن بين أهم هذه الشروط: أن يكون المحل معلوما، وأن تكون الواقعة منتجة وجائزة في الإثبات على التفصيل التالي:

الشرط الأول: أن يكون محل الإثبات معلوما

يشترط أغلبية الفقهاء[3] في محل الإثبات أن يكون معلوما لأنّ فائدة الإثبات هي الإلزام

---

[1]- سعادنة العيد، مقال سابق، ص193.

[2]- عبدالرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص341.

[3]- الكاساني، بدائع الصنائع ، دار الكتب العلمية، ط2، سط: 1406هـ/1986م، ج6، ص222، ابن عابدين، رد المحتار، دار الفكر-بيروت، ط2، سط: 1412هـ - 1992م، ج5، 543، ابن فرحون، تبصرة الحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، سط:1406هـ/1986م،ج1، ص145، القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1، سط: 1994م، ج11، ص6. المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق:

من القاضي، ولا يتحقق الإلزام في المجهول، ومعلومية المحل شرط لامكان الادعاء به أيضا وامكان إثباته أمام القضاء، ولأنّ علم القاضي بالمحل شرط لصحة قضائه، فيجب أن يكون المحل معلوما محددا مبينا ظاهرا، وأن تكون الواقعة محل الإثبات لها علاقة بالحق موضوع النّزاع أي متصلة بالحق المطالب به[1] ومن البداهة أنّه ليس هناك لزوم من إثبات واقعة لا تتعلق بموضوع الحق المتنازع عليه أمام القضاء.

ولكن قد يكون محل الإثبات غير متعلق بنزاع في مسائل الأسرة كما في حالة الزواج والنّسب فعند ثبوت انعقاد الزواج تثبت واقعة الميلاد و يسجل الولد على أساس أنّ الولد للفراش وهذا الثبوت لا علاقة له بالنّزاعات و الدعوة.

الشرط الثاني:أن تكون الواقعة منتجة في الاثبات

قال ابن فرحون: "من شروط سماع الدعوى أن تكون مما يتعلق بها حكم أو غرض صحيح"[2]، ومفاد ذلك أنّ يكون من شأن الواقعة القانونية إذا ثبتت فإنّها تؤدي إلى قيام الأثر الذي من شأنه أن يوصل إلى اقتناع القاضي، ولا يلزم أن تكون الواقعة القانونية هي بذاتها حاسمة في حل النّزاع، وإنّما تكفي أن تكون عنصرا من عناصر الإقناع، فإن لم تكن كذلك فلا جدوى من إثباتها ولو كانت متعلقة بالدعوى[3].

طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت – لبنان، دذط، دذسط، ج3، ص154. أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي – القاهرة، دذط، سط 1356 هـ - 1937 م، ج2، ص110.

[1]- الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص16.

[2]-ابن فرحون، المصدر السابق، ج1، ص147.

[3]- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط2، سط1988م، ص18.

الشرط الثالث: أن تكون الواقعة جائزة الاثبات

إنّ المقصود من هذا الشرط هو أن تكون الواقعة غير مستحيلة الإثبات شرعا وقانونا ولاتخالف النظام العام، فيجب أن تكون الدعوى ممّا لا تشهد العادة والعرف بكذبها، ومن أمثلة ذلك لو قال رجل: هذا ابني فإنّه يلتحق به ما لم يكذبه الحس بأن يكون أكبر منه سنا، أو العرف بأن يستيقن النّاس أنّه ليس بولده[1].

الفرع الثاني :التّوافق الشّرعي والقانوني حول توزيع عبء الإثبات

إنّ أول تنظيم لقواعد الإثبات يتصل بتعيين من يحمل عبء الاثبات أي من منهما يكلف بالإثبات دون الآخر وتعيين من يحمل عبء الإثبات يكاد يتوقف عليه في كثير من الأحوال مصير الدعوى من النّاحية العملية كما يقول عبد الرزاق السنهوري[2].

إذا من هنا يمكن القول أنّ أهمية عبء الإثبات ومدى خطورته تتجلى في سير الدعوى وفي نتيجتها إذ يلقى على عاتق الطرف المكلف به عبئا ثقيلا، وإنّ القاعدة العامة في عبء[3] الإثبات هي البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

ووفقا لهذه القاعدة التي تعتمد على التمييز بين المدعي والمدعى عليه، يقع عبء الإثبات على الطرفين ويتوزع على المدعي والمدعى عليه بطريقة عادلة.

---

[1]- ابن فرحون، المصدر السابق، ج1، ص148.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص67.

[3]- فالعبء لغة: بالكسر: الحمل والثقل من أي شيء كان، والجمع الأعباء، وهي الأحمال والأثقال. إبن منظور، المصدر السابق، فصل العين المهملة، ص117.

ويقصد بعبء الإثبات من النّاحية القانونية بأنّه تكليف المدعي بإقامة الدليل على ما يدعيه[1]. أو أنّه: "تكليف لأحد الأطراف في الدعوى بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه"[2]. وعرفه فراج حسين بأنه:"تكليف أحد المتداعيين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه"[3] وأضاف "وسمي التكليف بالإثبات عبئا لأنّه حمل ثقيل ينوء به من يلقى عليه وإنّما كان التكليف بالإثبات أمرا ثقيلا لأنّه من كلف به قد لا يكون مالكا للأدلة التي يتمكن بها من إقناع القاضي بصدق دعواه"[4].

فالأصل أن يقدم المدعي الدليل وأن يدفع المدعى عليه ذلك الدليل، وبذلك يتوزع عبء الإثبات بينهما.

أولا: مفهوم توزيع عبء الإثبات فقها وقانونا

إنّ المبدأ الذي يعتمد عليه الفقهاء في معرفة من يقع عليه عبء إقامة الدليل هو: "البينة على المدعي، واليمين على من أنكر" فهذا المبدأ تتفق حوله جميع الأنظمة.

[1]- محمد حجاري، نظام الإثبات في أحكام الأسرة – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، سط 2007م، ص47.

[2]- هدى زوزو، مقال: عبء الإثبات في المواد المدنية والجزائية، مجلة المفكر،جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد 6، دذسط، ص157.

[3]- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 26.

[4]- أحمد فراج حسين ، المرجع نفسه، ص26.

فلا خلاف بين فقهاء المذاهب في أنّ الإثبات يطلب من المدعي[1] وإن كان المبدأ السابق يدل على توزيع عبء الإثبات[2] بين المدعي والمدعى عليه، والتوزيع معناه التخفيف من مطالبة المدعي بإثبات كافة عناصر الحق المدعى به، فيكتفي منه بإثبات ما يرجح وجود الحق في جانبه، ليلقي على المدعي عليه عبء دفع ما قام بإثباته، لذلك كان المبدأ العام في الإثبات أنّ البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وهذا ما كرسه الفقه الإسلامي عملا بما روي عن الرسول صلى الله عليه وسلم أنّه: "لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أمـــوال قوم ودماءهم، ولكن البيـــنة على المدعـــــي، واليميـــن على من أنكر"[3]، وجاء في رواية أخرى قوله صلى الله عليه وسلم: «لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»[4] لأنّ الأصل في الشّريعة والقانون براءة الذمة، وإنّ الذمة لا تشغل إلا بدليل .

[1]- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية،الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل – الكويت،ط2، سط: 1404 – 1427 هـــ ج1 ص 232.

[2]- أبو الحسن السُّغْدي، النتف في الفتاوى، المحقق: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، عمان الأردن، بيروت لبنان، ط2، سط:1404 – 1984م، ج2، ص744.

[3]- سنن البيهقي – كتاب الدعوى و البينات، باب: البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه ، ح ر: 21201، ج10، ص427. قال ابن حجر اسناده حسن، وقال الصنعاني اسناده صحيح، ابن حجر العسقلاني فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة – بيروت، دذط، سط:1379هـــ، ج5، ص283. محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، دذط، دذسط، ج2 ص588.

[4]- رواه مسلم، كتاب الحدود، باب: اليمين على المدعي عليه، ح ر:1711،ج3، ص1336. وجاء في صحيح البخاري بعضه: فعن ابن عباس رضي الله عنهما: «أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى باليمين على المدعى عليه»، كتاب الشهادات، باب: باب: اليمين على المدعى عليه في الأموال والحدود، ح ر: 2668، ج3، ص178.

فالحديث النبوي بين أنّه في مجال الاثبات القضائي، يكون الملزم بالاثبات صاحب الحق "المدعي" لأنّ عليه تحصين حقه وحمايته. فهو الذي يملك الدعوى ويجوز له اثباتها بالوسائل المعتبرة شرعا، ويملك المدعى عليه الدفع، فالهدف إذا من اليمين هو الدفع.

وهنا يتفق القانون مع ما جاء في الفقه الاسلامي في أنّهما لا يكتفيان بإلقاء عبء الإثبات على المدعي فقط، إذ نصت المادة 323 من ق م:"على الدائن إثبات الإلتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه" فالإثبات يقع على عاتق الطرفين، فإذا أثار المدعي النّزاع وجب عليه أن يثبت دعواه، وإذا فشل في الإثبات وعجز عن تقديم الدليل ولجأ إلى ذمة الطرف الآخر وجب على المدعى عليه الإثبات، ويصبح عند الدفع مدعيا. ففي مجال الأسرة نجد مثلا أنّه في حالة النزاع على متاع البيت فالمدعي وجب عليه إثبات ملكية المتاع والمدعى عليه يدفع باليمين على ما سيأتي بيانه في موضعه.

ثانيا: ضوابط توزيع عبء الإثبات

إنّ معرفة القواعد في عبء الإثبات ذات أهمية بالغة وذلك لأنّ إلقاء عبء الإثبات على غير المكلف به يؤدي غالبا إلى عجزه عن إقامة الدليل إمّا لأنّه لا يملك الدليل لإثبات حقه وإمّا لأنّه لا يوفق في كيفية عرضه أمام القاضي[1] ، ممّا أدى بالفقه إلى الإستعانة بالنّصوص التشريعية وبأحكام القضاء لاستخلاص ضوابط تحدد مسألة تعيين من يقع عليه عبء الإثبات فإنطلاقا من قاعدة البينة على من يدعي واليمين على من أنكر نخلص إلى أهم الضوابط التي تحكم وتفسر هذا المبدأ في النقاط التالية:

[1]- أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 26.

- الأصل براءة الذمة

إنّ عبء الإثبات يقع على عاتق المدعي، والمدعي قانونا: ليس هو بالضرورة رافع الدعوى وإنّما هو من يدعي خلاف الأصل، يقول فقهاء القانون أنّ: "القاعدة في توزيع عبء الإثبات هي أنّ الإثبات على المدعي في هذا الخصوص ليس هو حتما من رفع الدعوى وإنّما هو من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا[1]".

وهذا القول له نظير في أقوال فقهاء الشريعة الإسلامية: فقد قال القرافي: "المدعي من خالف قوله أصلا أو عرفا والمدعى عليه من وافق قوله أصلا أو عرفا"[2].

فالمدعي إذا هو من يخالف قوله الظاهر وهو براءة الذمة والمدعى عليه من يوافق قوله الظاهر ذلك لأنّ البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، فالمدعي من إذا ترك الدعوى يترك يعني تنقطع الخصومة بتركه الدعوى والمدعى عليه من إذا تركها يجبر عليها[3]، أو

---

[1]- القضاة مفلح عواد، البينات في المواد المدنية والتجارية، جمعية المطابع التعاونية، عمان، ط:2، سط: 1414هـ/1994م، ص38.

[2]- القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج11، ص8. وقد اختلف الفقهاء في تعريف المدعي والمدعى عليه، قال في الفتح: والمشهور فيه تعريفان: الأول أن المدعي من تخالف دعواه الظاهر، والمدعى عليه بخلافه. والثاني من إذا سكت ترك وسكوته، والمدعى عليه من لا يخلى إذا سكت. والأول أشهر والثاني أسلم. فإذا ادعى أحدهما ما يوافق العرف وادعى الآخر ما يخالفه فالأول المدعى عليه والثاني هو المدعي، وكذلك كل من ادعى وفاء ما عليه أو رد ما عليه من غير أمر يصدق دعواه فإنه مدع، واختصر ذلك ابن الحاجب فقال المدعي من تجرد قوله عن مصدق والمدعى عليه من ترجح بمعهود أو أصل، قال ابن عبد السلام: والمعهود هو شهادة العرف، والأصل استصحاب الحال، وقيل"المدعي من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر على الخصومة". الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق:عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، مصر، ط1، سط: 1413هـ - 1993م، ج8، ص350. ابن فرحون، المصدر السابق، ج1، ص140. برهان الدين المرغيناني، المصدر السابق، ج3، ص154.

[3]- أحمد فراج حسين ، المرجع السابق، ص 27.

يمكن القول أنّ المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل[1].

وفي نطاق الحقوق الشخصية[2] الأصل هو براءة الذمة من كل التزام فمن يتمســـك بالأصل لا إثبات عليه ومن يدعي خلاف الأصل عليه أن يثبت[3]، أي أنّ الأصل في كل شخص غير مشغولة بحق لآخر ومهما كانت طبيعة هذا الحق والذي يدعي خلاف ذلك عليه عبء الإثبات.

- الأصل في الإنسان هو حسن النية

إنّ الثابت أصلا هو حسن النية وعلى من يدعي خلاف ذلك الاثبات[4] وفي هذا الصدد تنص المادة 824 من ق م ج في فقرتها الثانية على:".... ويفترض حسن النية دائما حتى يقوم الدليل على عكس ذلك". كما في حالة النفقة عند إدعاء الاعسار من الزوج، فالأصل هو عدم الاعسار وهذا الثابت أصلا وعلى الزوج المدعي إثبات خلاف ذلك .

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص66.

[2]- إنّ الأصل بالنسبة للحقوق العينية هو احترام الوضع الثابت ظاهرا، فالأصل فيها هو الظاهر فالحائز للعين لا يطالب بإثبات ملكيتها لأن الظاهر هو الحيازة، فإذا ادعى أحد مثلا ملكية عقار في حيازة شخص آخر كان عليه إثبات ادعائه لأنه يدعي خلاف الظاهر، فالظاهر أنّ حائز العقار هو المالك له. عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسهّ، ص72.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع نفسه، ص71.

[4]- سعادنة العيد، مقال سابق، ص192.

ثالثا: القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته عبء الإثبات

تنص المادة 337 من ق م ج على:"القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته من أية طريقة أخرى من طرق الإثبات غير أنّه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

فالنّص القانوني صريح في أنّ القرينة القانونية من شأنها أن تنقل عبء الإثبات، حيث أنّها تعفي من يتمسك بها من عبء الإثبات لينتقل إلى الطرف الآخر لهذا فإنّ القرائن القانونية تلعب دورا هاما في مجال الإثبات، خاصة بالنسبة للأوضاع التي يصعب إثباتها بدليل مادي حاسم. فهي ليست دليلا يثبت به المدعي دعواه وإنّما يعفي بها المشرع المدعي في ظروف معينة من عبء الإثبات[1]، فمثلا الفراش قرينة على إثبات النّسب، وبالتالي هي تعفي من تقررت لمصلحته من عبء الإثبات ويلقى على الطرف الآخر العبء.

المبحث الثاني:

تنظيم الإثبات في إطار الأحوال الشخصية

نظرا للأهمية الكبيرة للإثبات في مختلف المجالات، كان من الطبيعي أن تعنى الشرائع بتنظيمه وذلك ببيان الوسائل التي يستطيع من خلالها الشخص تحصين حقه وحفظه، إضافة

[1]- سعادنة العيد، المقال السابق، ص193.

إلى مساعدة القاضي للوصول إلى الحقيقة فيما يعرض عليه من منازعات حتى يتمكن بذلك من تحقيق العدالة[1].

فالتشريعات المختلفة عند تنظيمها للاثبات قد تراوحت بين عدة مذاهب اختلفت في منهجها، بين من قيد ومن اطلق في طرق الإثبات، وبين من اتخذ من الوسطية منهجا. فما هو منهج المشرع الجزائري في مجال الأحوال الشخصية؟.

المطلب الأول:

حرية الإثبات وتقييده فقها وقانونا

في البداية وجب التنبيه إلى أنّ نظريات الإثبات نشأت وتطورت مذاهبها بالنظر إلى الحاجة، فباستقراء كتب الفقهاء نجد أنّ مذاهب الإثبات انقسمت إلى قسمين اثنين: الأول يقول بالإثبات المطلق أي أنّه لم يحصر طرق الإثبات في عدد معين والثاني بالإثبات المقيد الذي يقول بحصر طرق الإثبات وهو ذات الشيء من النّاحية القانونية، إلا أنّ هناك مذهب آخر حاول الجمع والتّوفيق بين المذهبين السّابقين وهو المذهب المختلط.

وفي هذه الجزئية سوف نسلط الضوء على هذه المذاهب بصفة مفصلة متعرفين بذلك على الموقف الذي تبناه المشرع الجزائري وهل وافق ما جاء به فقهاء الشريعة الإسلامية؟. مبرزين أيضا أهم مبادئ الإثبات.

[1]- محمد زكريا محمود صاري، البينة في الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، جامعة بيروت، سنة:1427هـ/2006م، ص23.

الفرع الأول: حرية الإثبات من النّاحية الشرعية والقانونية

بالرجوع إلى فقهاء الشريعة والقانون نجد أنّ هذا التوجه له أصل، فهناك العديد من الفقهاء قد توجهوا إلى إطلاق أدلة الإثبات وعدم تقييدها وذلك بغية الوصول إلى الحق بأي وسيلة كانت، مقدمين كشف الحقيقة عن أي شيء.

ومن الذين قالوا بالإطلاق[1] وعدم التقييد ابن فرحون[2] والشوكاني[3] وابن تيمية وابن القيم.

حيث قال ابن القيم: "فإنّ الله سبحانه وتعالى أرسل رسله وأنزل كتبه ليقوم النّاس بالقسط وهو العدل الذي قامت به الأرض والسّماوات، فإذا ظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق كان فثم شرع الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم وأعدل أن يخص طرق العدل وأماراته وأعلامه بشيء ثم ينفي ما هو أظهر منها وأقوى دلالة وأبين أمارة، فلا يجعله منها ولا يحكم عند وجودها وقيامها بموجبها، بل قد بين سبحانه بما شرعه من

---

[1] - وينظر ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، دذط، سط: 1416هـ/1995م، ج 35، ص392- 394، الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج8 ، ص 3.

[2]- ابن فرحون 799 هـ 1397 م) هو إبراهيم بن علي بن محمد، ابن فرحون، ولد ونشأ ومات في المدينة، وهو مغربي الأصل وتولى القضاء بالمدينة سنة 793 وهو من شيوخ المالكية، له الديباج المذهب في تراجم أعيان المذهب المالكي، وتبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام ، ودرة الغواص في محاضرة الخواص، الزركلي، الأعلام، المصدر السابق، ج1، ص52، محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، سط:1349هـ، ص222.

[3]-الشوكاني 1173هـ ـ 1250هـ، 1759-1834م م) أحمد بن محمد بن علي الشوكاني: قاض، من فضلاء اليمانيين، من أهل صنعاء،ولد بشوكان (من بلاد خولان، باليمن) ،من مصنفاته: نيل الأوطار في الحديث؛ فتح القدير في التفسير. ينظر الشوكاني، البدر الطالع، جمعه: محمد بن علي بن يحيى و الحسني اليمني الصنعاني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان،ط1، سط 1418هـ/1998م، ج1، ص5، الزركلي،الأعلام، المصدر السابق، ج6، ص298-299.

الطرق أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام النّاس بالقسط، فأيّ طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين ليست مخالفة له...الخ"[1].

وقال ابن فرحون: "فمتى ظهر الحق وأسفرت طريق العدل، فثم شرع الله ودينه، ولما كانت البينات مرتبة بحسب الحقوق المشهود فيها، والمحتاج إلى إقامتها، وما هي عليه من التّوسعة والتّضييق والتّثقيل والتّخفيف، وامكان التّوثيق وتعذره، واختلاف مراتبها في القوة والضعف"[2].

فنستنتج من هذا النّقل أنّه مادام هدف القضاء وغايته العدل، والبعد عن الجور والظلم، فبأيّ طريق أمكن تحقيق ذلك فثم شرع الله ودينه، فقد يكون ما رفضوه أكثر بيانا، وأبلغ إظهارا للحق، وأسطع حجة من غيره ممّا قالوا به، فلا يجوز عندئذ رفضه أو ترجيح غيره عليه ما دام مساويا له في القوة أو زائدا عليه[3].

ولهذا القول نظير من النّاحية القانونية، وحجة القانونيين هي ذاتها فالمقصد من إطلاق أدلة الإثبات هو إعطاء القاضي سلطة مطلقة في تحري الوقائع التي تعرض عليه، فيسمح له إذا ما رفع إليه نزاع أن يتولى بنفسه التّحقيق فيه والتّحري بكافة الوسائل[4].

فالقاضي يكون حرا في تكوين اعتقاده من أي دليل يقدم إليه، لغرض تحقيق العدل والإنصاف، وهذا التوجه قد أخذت به القوانين الجرمانية والأنجلوساكسونية.

---

[1]- إبن القيم، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تعليق: بهيج غزاوي، دذط، سط 1414هـ/ 1993 ،ص24.

[2]-ابن فرحون، المصدر السابق، ج 1، ص 242.

[3]- سليم علي مسلم الرجوب، مرجع سابق، ص20.

[4]- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني أصول الإثبات وإجرءاته في المواد المدنية، دار عالم الكتب، دذسط، ج1، ص15.

ففلسفة هذا المذهب تقوم على اعتبار أنّه لا توجد طرق معينة للإثبات تلزم الأشخاص والقاضي، وإنّما يكون الأشخاص أحرارا في اختيار الأدلة المناسبة التي تنفع القاضي، و ظاهر هذا المذهب يجعل للقاضي دورا إيجابيا في تسيير الدعوى واستجماع الأدلة تمكينا له من تحري الحقيقة أينما وجدت.

ولقد وجهت عدة انتقادات لهذا الإتجاه فقيل أنّ ظاهره يحمل إيجابية كبيرة إلا أنّ باطنه يحمل الكثير من السلبيات لأنّ ترك المجال للقاضي في تقدير الحق يؤدي إلى زعزعة الثّقة في التّعامل نظرا للسلطة الواسعة للقاضي وبالتالي يكون مجال الاختلاف كبير في التقدير من قاض إلى آخر ممّا يؤدي في بعض الأحيان إلى ضياع الحقوق.

إضافة إلى أنّ السّلطة المطلقة للقاضي قد تتنافى مع الاستقرار في المعاملات، لأنّ الاشخاص لا يمكنهم معرفة ما إذا كان بامكانهم إقناع القاضي أم لا، لاختلاف القضاة في التّقدير[1].

وفي ختام هذه الجزئية وجب التّنبيه إلى أنّ هذا المذهب ركز على الإثبات القضائي في حين أنّ الإثبات لا يقتصر على الاثبات القضائي كما سبق وأشرنا، فهناك إثبات غير قضائي غايتة حماية حقوق الأشخاص إبتداء، فمثلا الدليل المهيأ الذي يرافق التّصرف تم ضبطه وتقييده مسبقا بنص يحدده شرعا أو قانونا كما سيأتي بيانه في الجزئيات اللاحقة.

[1]– محمد حسن قاسم، الاثبات في المواد المدنية، الدار الجامعية بيروت، دذط، دذسط، ص11.

الفرع الثاني: التقييد في أدلة الإثبات شرعا وقانونا

هناك توافق من النّاحية الشرعية والقانونية، على تقييد أدلة الإثبات، ويرتكز هذا التقييد أو يقوم على أساس مصلحة المتقاضين، ومنع التّحكم والتّعسف في حلّ النّزاعات إضافة إلى استقرار المنازعات.

فمن النّاحية الشرعية نجد الجمهور[1] من المالكية والشافعية والحنفية والظاهرية توجهوا نحو تقييد أدلة الإثبات، وبالرغم من أنّهم متفقون في أنّ أدلة إثبات الدعوى محصورة إلا أنّهم اختلفوا في العدد الذي تنحصر فيه هذه الأدلة:

- فبعضهم حصرها في سبع[2]، وهي البينة والإقرار واليمين، والنّكول عن اليمين، والقسامة، وعلم القاضي، والقرينة القاطعة، وأدرجوا فيها القيافة.

- ومنهم من حصرها في ست[3]، وهي البينة، والإقرار، واليمين والنّكول عن اليمين، والقسامة، وعلم القاضي، ولا يرى هذا البعض أنّ القرينة القاطعة تعد وسيلة من وسائل الإثبات، نظرا لما فيها من احتمال عدم الدلالة.

ولكن يجب الإشارة إلى أنّ أصحاب هذا التّوجه لم يحدوا من سلطة القاضي في تقدير الأدلة حتى لا تكون وظيفة القاضي آلية ولا أثر لها في الحكم، ولم يعطوا للقاضي الحرية

---

[1]- شهاب الدين القرافي، الفروق، عالم الكتب، دذط، دذسط، ج4، ص83، الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، سط: 1415هـ - 1994م ، ج6، ص 400، أبو الفضل الحنفي، المصدر السابق، ج2، ص111، ابن حزم، المصدر السابق، ج8، ص523.

[2]- محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، سط 1415هـ1994م، ط2، ص270.

[3]- محمد رأفت عثمان، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

الكاملة في تحديد الأدلة تجنبا لتعسف القضاة في استعمال هذا الحق فيستغلون سلطة وظيفتهم[1].

بالإضافة إلى استدلالهم بأنّ النّصوص وردت في الشهادة واليمين[2] فيجب الوقوف على ما جاء في هذه النّصوص، كما أنّ تقييد الأدلة في نظرهم لها مصلحة راجحة تستند على حماية النّاس بعضهم من بعض.

ويوجد أيضا توجه قانوني يوافق ما أقره أصحاب هذا الاتجاه، في أنّ إطلاق أدلة الإثبات وعدم تقييدها فيه ضياع للحقوق، وتوسيع لسلطة القاضي الذي قد يحيد عن الحق في هذا الإطلاق، وعليه اقتضت الضرورة حصر طرق الإثبات وعدم التوسع فيها[3]، وهو ما كان عليه الوضع في قانون الإجراءات المدنية القديم الذي كان يكرس مبدأ الخصومة ملك لأصحابها[4]، والذي كان يحد من سلطات القاضي، فيمنعه من اعتماد ما يشاء من أدلة الإثبات، بل عليه أن يتقيد بها وفي النّطاق الذي حدده القانون لكل منها.

---

[1]- عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية،المدينة المنورة، دذطن دذسط، ع59، ص91.

[2]- الحجاج التي يقضي بها الحاكم سبع عشرة حجة: الشاهدان، الشاهدان واليمين، والأربعة في الزنا، والشاهد واليمين والمرأتان، واليمين والشاهد والنكول، والمرأتان والنكول، واليمين والنكول، وأربعة أيمان في اللعان، وخمسون يمينا في القسامة، والمرأتان فقط في العيوب المتعلقة بالنساء، واليمين وحدها بأن يتحالفا، ويقسم بينهما فيقضي لكل واحد منهما بيمينه والإقرار، وشهادة الصبيان، والقافة، وقمط الحيطان، وشواهدها، واليد فهذه هي الحجاج التي يقضي بها الحاكم، وما عداه لا يقضي به عندنا، وفيها شبهات، واختلاف بين العلماء، القرافي، الفروق، المصدر السابق، ج4، ص84.

[3]- إبراهيم بك .طرق الإثبات الشرعية،الأزهرية للتراث، ط4، دذسط، ص 41.

[4]- شويحة زينب، الإجراءات المدنية في ظل القانون 09/08، دار أسامة للنشر والطبع والتوزيع، ط1، سط 2009م، ج1، ص 143.

وقد انتقد هذا التوجه لأنّه جعل دور القاضي سلبي، ووظيفته آلية، ممّا يؤدي إلى أن يصدر القاضي حكما بغير ما ارتاح له ضميره إذا نمى إلى اعتقاده أنّ الحقيقة الواقعة ظاهرة بوسيلة من غير الوسائل التي حددها القانون. وهذا يؤدي إلى ضياع بعض الحقوق التي لم يتوفر وسيلة لإثباتها[1]، فهذا المذهب يتمسك باستقرار التعامل ولو على حساب العدالة ويقيد قانون الإثبات أشد تقييد حتى يستقر التعامل ممّا لا يدع مجالا للاجتهاد القضائي.

الفرع الثالث: التوفيق بين التقييد والإطلاق لأدلة الإثبات

بعد الانتقادات التي طالت مذهبي الإطلاق والتّقييد في أدلة الإثبات برز توجه جديد جمع بين هذين المذهبين وحاول التوفيق بينهما، فجمع في التّطبيق بين المذهبين فقيد اثبات التّصرفات القانونية وأطلق في مجال اثبات الوقائع المادية.

وقد اعتمدت جميع التشريعات اللاتينية على هذا المذهب، كالقانون الفرنسي والإيطالي والبلجيكي إضافة إلى التشريعات العربية، على غرار المشرع الجزائري، أمّا إذا نظرنا إلى نظام الإثبات في الفقه الإسلامي بصفة عامة دون الخوض في تفاصيله نجده في حقيقته قائم على النّظام الوسطي المعتدل وأقرب للنظام المختلط منه إلى الإطلاق أو التقييد[2]، فالوسطية والاعتدال من أهم ما يميز شريعتنا الغراء وذلك في كل أحكامها حتى وصفت به أمتنا لقوله تعالى: ﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلۡنَٰكُمۡ أُمَّةٗ وَسَطٗا لِّتَكُونُواْ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ وَيَكُونَ ٱلرَّسُولُ عَلَيۡكُمۡ شَهِيدٗاۗ﴾ [البقرة 143].

---

[1]- عوض عبد الله أبو بكر، المرجع السابق، ع 58، ص148

[2]- رضا المزغني، أحكام الإثبات، الدار الجزائرية للطبع والنشر والتوزيع- الجزائر، دذط، سط:1998م، ص 29

فبالرغم من أنّ العمل بهذا المذهب لم يشتهر به الفقه الإسلامي، حيث أنّه لا يفرق في مجال الإثبات بين التصرفات والوقائع المادية ويتعامل معها بذات المبدأ، بخلاف القانون الذي جعل للتحديد مجال وللاطلاق مجال. إلا أنّنا نلمس من عدة أقوال أنّ الفقه الإسلامي كان قريبا من المذهب المختلط، فنجد مثلا أنّ فقهاء الشريعة قد حددوا طرق الإثبات وجعلوها في أدلة معينة، إلا أنّهم لم يحدوا من سلطة القاضي في تقدير الأدلة، وبذلك لم يجعل الفقهاء وظيفة القاضي آلية لا أثر لها في تقدير الأدلة، وخير مثال هو قول الجمهور لا تحد المرأة إذا شهد عليها أربعة بالزنا وظهر أنّها بكر[1]، فوجه الدلالة هنا أنّ للقاضي سلطة في تقدير وسائل الإثبات، وهذا لا يدعم من قال بالمذهب المقيد، كما أنّهم أعطوا القاضي سلطة تقدير القرائن[2] خاصة في مجال المعاملات، و لم يجيزوا للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي، وهذا ما تميز به المذهب المختلط[3].

تقوم فلسفة هذا التّوجه أيضا في أنّه لم يترك للقاضي سلطة مطلقة و لم يقيد سلطته، فأهم ما يميزه هو المرونة في التّعامل مع المسائل إذ أنّه يجمع بين الإثبات المطلق والإثبات المقيد بقدر يستطيع فيه القاضي التّعامل مع المسائل المعروضة أمامه، على غرار مسائل الأحوال الشخصية.

وكخلاصة لهذه الجزئية نستنتج أنّ الإتجاهات الثلاثة تقوم على مبدأين أساسيين:

أولا: تحديد أو عدم تحديد أدلة الإثبات المعروضة أمام القضاء.

---

[1]- ابن قدامة المقدسي، المغني ، مكتبة القاهرة، دذط، سط: 1388هـ - 1968م، ج8، ص207.

[2]- هذه السلطة وإن كانت تضيق في مجال الحدود، إلا أنّها تتسع في غيرها من الدعاوى الجنائية، كما تتسع في دعاوى المعاملات المالية.

[3]- عوض عبد الله أبو بكر، المرجع السابق، ع58، ص150.

ثانيا:هو تقدير أو عدم تقدير القيمة الإقتناعية لكل دليل.

ولكن وجب لنا القول أنّه وبالرغم من وجود خلافات جوهرية بين هذه المذاهب إلا أنّ هناك ضرورة حتمية لمنح القاضي سلطة لتقدير وسائل الإثبات بهدف الوصول إلى الحقيقة، ولكن لا يتصور تمتعه بالسلطة التقديرية المطلقة في عملية الإثبات، فهناك مجموعة من العوامل المؤثرة فيها وأهمها النّظام القانوني المتبع في الإثبات.

فالسؤال المطروح هنا هو: بما أنّ المسائل المتعلقة بالأسرة مبينية على العلاقات العاطفية وتأخد صعوبة في إثباتها، هل منح المشرع الجزائري لقاضي الأحوال الشّخصية سلطة واسعة أو محدودة؟ وسوف نجيب عن هذه الإشكالية في المطلب الثاني تحت عنوان نطاق سلطة قاضي الأحوال الشخصية في تقدير أدلة الإثبات.

المطلب الثاني:

نطاق سلطة قاضي الأحوال الشخصية في تقدير أدلة الإثبات

إنّ السّلطة التّقديرية للقاضي بصفة عامة كانت ولا زالت من أهم الموضوعات التي تشغل بال المشرعين في الأنظمة القضائية الحديثة، فهذه السّلطة لها أهمية كبيرة خاصة في مجال الإثبات، وتكاد التّشريعات الحديثة تتفق على ضرورة منح القاضي سلطة تقديرية، وهي تتفاوت فيما بينها مع اختلاف أدلة ووسائل الاثبات ضيقا واتساعا، إضافة إلى أنّ القاضي هو الذي يحدد فعالية كل وسيلة من وسائل الإثبات المختلفة إذا حصل تضارب بينها ما لم تكن الوسيلة قطعية الحجة، و بالتّالي فالقانون يوجه القاضي إلى الوسيلة التي

يتعين عليه ترجيحها[1]، فله أن يقدر المعلومات التي يقدمها له أطراف النّزاع، و هذا ما أكدته المادة 340 من ق م ج بنصها "يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة لم يقررها القانون...."، إذا له السلطة في بحث الدلائل والمستندات المقدمة إليه و الموازنة بينها.

الفرع الأول: أهمية منح القاضي سلطة تقديرية في مسائل الأحوال الشخصية

السّلطة التّقديرية للقاضي لصيقة بممارسته لنشاطه القضائي أيا كان موضوع المنازعة فهي عمل يقوم به القاضي بهدف تحقيق العدالة وإعطاء كل ذي حق حقه، ومن الصّعوبة أن نجد تعريفا واضحا دقيقا لهذه السلطة، فهي لا تختلف من حيث ممارستها من قاض إلى آخر فحسب، بل قد تختلف لدى نفس القاضي، باختلاف الظروف والأزمنة، وإنّ مفهوم السّلطة التقديرية مأخوذ من اجتماع كلمتين وهما: السلطة[2] والتقدير[3].

والسّلطة التّقديرية هو مصطلح قانوني يعبر عن السّلطة الممنوحة للقاضي عند تطبيقه لنص القانون بحيث يكون له تقدير الوقائع وتقرير الحكم المناسب لها، وقد عرفت بعدة تعريفات منها: "النّشاط الذّهني الذي يقوم به القاضي في فهم الواقع المطروح عليه واستنباط العناصر التي تدخل هذا الواقع في نطاق قاعدة قانونية معينة، يقدر أنّها هي التي

[1]- الغوثي بن ملحة، المرجع السابق، ص2.

[2]- من سلط يَسْلَط سَلَاطة، وسُلُطَ سلاطة، والسلاطة القهر والحدة، والسلطة: التسلط والسيطرة والتحكم، فالسلطة تدل على القوة والقهر والتمكن، وتدل على التسليط وعلى إطلاق السلطة وضبط النظام ولو بالقوة. ابن منظور، المصدر السابق، ج7، ص320، زين الدين الحنفي الرازي، المصدر السابق، ص152.

[3]- من قدر يقدر، والقدر والقدرة والمقدار: القوة، وقدر الشيء بالشيء وقدره قاسه. ابن منظور، المصدر نفسه، ج5، ص74، الرازي، المصدر نفسه، ص248.

تحكم النّزاع المطروح عليه"[1]. وأيضا "صلاحية التي تمنح لمعيّن للقيام بتقدير أمر ما بالتفكير فيه وتهيئته والتّدبر فيه بحسب نظر العقل ومقايسته على أمور أخرى"[2] فهي صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتّفكر والتّدبر في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها، ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها، واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي[3].

وبعبارة أخرى تعتبر وسيلة منحها المشرع للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعته في البحث عن الحقيقة واحقاق الحق وتحقيق العدالة، وذلك بتقدير مناسبة إعمال قاعدة قانونية معينة على واقع معين، تلبية لضرورات المجتمع بابتداع الحلول المناسبة للقضايا المطروحة[4].

إذا يمكن القول أنّ السلطة التّقديرية تعتبر جوهر العمل القضائي وهي ملازمة له، يمارسها القاضي في كل مراحل الدعوى فهي ذات طبيعة واحدة في كل فروع القانون غير أنّها تكون متميزة في قانون الأسرة بحكم المسائل التي يتناولها ممّا يجعل دور القاضي إيجابيا وفعالا. غير أنّ هذه السلطة ليست حرة أو مطلقة إذ أنّ القاضي يستمد أحكامه

[1]- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديد للنشر، دذط، سط:2002،ص81.

[2]- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، سط:1427هـ/2007م، ص80.

[3]- محمود محمد ناصر بركات، المرجع نفسه، ص81.

[4] - حسين عامل، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، مطبعة مصر، ط1، سط:1960، ص5.

من الحدود التي تبينها له القاعدة القانونية التي لا يجوز له تجاوزها. ويجب على القاضي أن يبين العناصر التي استمد منها تقديره وفق الأدلة والمستندات التي بين يديه[1]، كما أنّ حكمه يكون خاضعا في كل الأحوال للقواعد العامة في الطعن إذ يمكن الاستئناف أمام الجهة القضائية الأعلى أو الطعن فيه بالنقض[2].

والمواد القانونية هي التي تحدد فيما إذا كان للقاضي سلطة تقديرية أو لا مجال للاجتهاد والتقدير، ومن العبارات التي تدل على أن للقاضي سلطة التقدير" يجوز للقاضي"، "عند الاقتضاء" "وللقاضي" وغيرها، فمن خلال هذه السلطة الممنوحة للقاضي يمكن له اللّجوء إلى عدة وسائل يستعين بها في الإثبات.

الفرع الثاني: نطاق السّلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تقدير أدلة الإثبات

إنّ للقاضي دور هام وأثر إيجابي في فض النّزاعات، ويمكن القول أنّ القاضي له دور في قبول الإثبات ورفضه والتحقق من صحته أو بطلانه فالشّارع منحه الحرية والثّقة في التّحقيق من صحة الوسائل، وإذا ثبتت صحتها واكتملت عناصرها فلا يسعه إلا القبول والتّطبيق، ويكون ملزما بها ليضمن الشّارع تحقيق العدل ويمنع زلل القضاة[3].

وإنّ المشرع الجزائري الذي تبنى نظام الإثبات المختلط كما سبق وأن أشرنا في حديثنا عن مذاهب الإثبات قد جعل السلطة التقديرية للقاضي في تقدير أدلة إثبات دعاوى

[1]- قرار المحكمة العليا: رقم 50548 في 1989/06/26م، م ق ،1990م، ع3، ص154 .

[2]- دلاندة يوسف، الوجيز في ضمانات المحاكمات العادلة، دار هومة، الجزائر، د ط، سط2005 م، ص65.

[3] - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص626-629.

الأسرة تبلغ حدها الأدنى فهو بذلك رسم طرقا محددة تحديدا دقيقا لإثبات الأوضاع المختلفة للروابط القانونية وجعل لكل طريق منها قيمتها الثبوتية.

وهذا ما أخذ به المشرع الجزائري في نظام الإثبات[1]، فنجد أنّ قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد رقم (09/08) المؤرخ في 2008/02/25م أفرد لذلك فصل خاص تحت عنوان سلطات القاضي، وجاء في مواده سلطات القاضي في الإثبات فنجد المادة 27 منه نصت على أنّه: "يمكن للقاضي أن يأمر في الجلسة بحضور الخصوم شخصيا لتقديم توضيحات يراها ضرورية لحل النّزاع، كما له أن يأمر شفهيا بإحضار أية وثيقة لنفس الغرض".

وتنص المادة 73 منه على: "يجوز للقاضي أن يأمر باستخراج نسخة رسمية أو إحضار عقد رسمي أو عرفي أو إحضار أية وثيقة محتجزة لدى الغير بناء على طلب أحد الخصوم حتى و لم يكن طرفا في العقد".

فهذه المواد منحت للقاضي دورا مهما في إثبات الدعوى، وجمع القرائن التي يكوِّن القاضي على هديها اقتناعه، دون خرق مبدأ الحياد[2]. وتنص المادة 75 منه أيضا على: "يمكن للقاضي بناء على طلب الخصوم أو من تلقاء نفسه أن يأمر شفاهة أو كتابة بأيّ إجراء من إجراءات التّحقيق التي يسمح بها القانون".

[1]- عبد الرحمن ملزري، محاضرات بعنوان: طرق الإثبات في المواد المدنية، المدرسة العليا للقضاء، سط 2006-2007م. نقلا عن أدلة الإثبات ذات الحجية المطلقة، ص 5.

[2]- شويحة زينب، المرجع السابق، ج1، ص145.

فبناء على هذه المواد نجد المشرع الجزائري منح صلاحيات واسعة للقاضي عند النّظر في الخصومة المدنية، من حيث سيرها ومن حيث المراقبة ومن حيث الإجراءات ومن حيث الإثبات، وذلك دون أن يمس ذلك بمبادئ التّقاضي، وهذا من أجل إعطاء القضاء مصداقية وفعالية أكثر.

فالقانون إن كان يلزم القاضي بحجية بعض الأدلة كالكتابة واليمين الحاسمة والإقرار والقرائن القانونية فذلك يجعل من سلطة القاضي اتجاهها مقيدة ومحدودة فكلما كان للدليل حجية قيدت سلطة القاضي في تقديره وكلما كان الدليل غير ذي حجة حررت سلطة القاضي تجاهها فيدرس كل حالة على حدا وفقا لملابساتها الخاصة[1].

غير أنّ المسائل المتعلقة بالأسرة للقاضي دور ايجابي لحسم المنازعات المتعلقة بها، عن طريق الاجتهاد والتقدير الموضوعي، بمعنى الحكم القانوني والشّرعي المناسب لها[2]، وهذا ما دعمه القضاء الجزائري حيث استقرت المحكمة العليا في قرار لها على: "من المقرر شرعا أنّ التّناقض في الشهادة يزيل أثرها، ويمنع بناء الحكم عليها، ومن ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولما كان من الثابت — في قضية الحال –أنّ أقوال الشاهدين متناقضة، ومن ثم فإن قضاة المجلس بإلغائهم الحكم المستأنف والقضاء بصحة الزواج يكونون قد خالفوا أحكام الشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض

[1]– يحي بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي–المؤسسة الوطنية للكتاب –الجزائر ط2، دذسط، ص71.

[2] – شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشرعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة تلمسان، سنة:2013–2014م، ص: أ .

القرار المطعون فيه"[1]. فنستنتج من هذا التنصيص أنّه من ضمن صلاحيات القاضي تقدير ووزن أقوال الشهود، فالقاضي هنا قدر التّناقض الموجود بين أقوال الشهود ومنه قرر نقض القرار وهذا من صميم صلاحياته في مجال تقدير أدلة الإثبات في مسائل الأسرة.

إذا نقول أنّ المشرع الجزائري أعطى للقاضي سلطة واسعة من حيث تقدير الأدلة، وكفايتها والموازنة بينها وتحديد قيمتها الاثباتية، وفتح للقاضي بابا واسعا لإعمال سلطته التقديرية أثناء ممارسة عمله القضائي، إذا فالنشاط التّقديري للقاضي يكون في التحقق من صحة الوسائل المقدمة للإثبات وإمكانية قبولها في مورد النّزاع ووزن أدلة كل خصم من الخصوم وما وراء ذلك[2].

ولأنّ مسائل الأسرة تمتاز بخصوصية في الإثبات على عكس المسائل المدنية الأخرى التي قيد فيها سلطات القاضي وألزمه بوسائل معينة في الإثبات، إلا أنّه مع ذلك مقيد في سلطته و تقديره بأن يكون تقديره سائغا وإلا خضع لرقابة محكمة النقض من خلال التسبيب[3]، فقد جاء النص في المادة 11 من ق إ م وإ ج على ضرورة إلزام القاضي بتسبيب حكمه حيث نصت على:".....أن تكون الأحكام والقرارات القضائية مسببة".

ويمكن القول أنّ سلطة القاضي في تقديره لوسائل إثبات مسائل الأسرة تتراوح بين ثلاثة حالات:

أولا: سلطة القاضي عند اختلاف حالات الإثبات

[1]- المحكمة العليا، قرار رقم: 58788، الصادر بتاريخ:1990/03/19م، ع1، ص51.

[2]- محمود محمد ناصر بركات، المرجع السابق، ص234.

[3] - بن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين، مذكرة ماجستير، جامعة: تلمسان، 2011-2012، ص26.

إنّ سلطة القاضي تختلف في إثبات التّصرف القانوني عنه في الوقائع المادية إذ أنّه يجوز إثبات الوقائع المادية بجميع طرق الإثبات لأنّ طبيعة هذه الوقائع لا تشترط نوع معين من الأدلة، والقاضي يملك السلطة في تقدير اختيار الوسيلة التي يراها مناسبة بهدف الوصول إلى الحقيقة، وله أن يأمر بتعيين خبير إذا تعلق النّزاع بجوانب فنية أو علمية تتطلب دراسة من أصحاب الخبرة كالطب والهندسة... الخ.

ثانيا: سلطة القاضي عند اختلاف وسائل الإثبات في قوتها الثبوتية

إنّ سلطة القاضي في تقدير الأدلة يختلف حسب أدلة الإثبات وقوتها الثبوتية، بين التي غالبا ما تكون حجيتها مضبوطة من طرف المشرع كالكتابة والقرائن القانونية واليمين الحاسمة والاقرار القضائي وبين النوع الآخر التي يترك فيها قدر كبير في تقدير حجيتها للقاضي والتي تتمثل في شهادة الشهود والخبرة القضائية والمعاينة والقرائن القضائية وهذا ما سيأتي بيانه وتفصيله في الفصل الثاني.

ثالثا: سلطة القاضي في حالة تعارض وسائل الإثبات

في حالة التّعارض بين وسائل الإثبات وتعذر الجمع بين الحجتين المتعارضتين، وجب الانتقال إلى الترجيح بينهما، حتى يمكن تغليب أحدهما على الأخرى، وتتعدد أسباب الترجيح بين أسباب شكلية، وأخرى موضوعية.

و يقصد بالتّعارض لغة[1]: من عرض يعرض عرضا إذا ظهر وبرز، والتّعارض بمعنى التّقابل، تقول عارض الشيء بالشيء معارضة أي قابله، وفلان يعارضني أي يباريني، ومنه قوله تعالى﴿وَعَرَضنَا جَهَنَّمَ يَومَئِذ لِّلكَفِرِينَ عَرضًا﴾[الكهف100].

أمّا من النّاحية الاصطلاحية فنجد أنّ الأصوليين عرّفوا التعارض بعدة تعريفات ولكنها لا تخرج عن المعنى اللّغوي له، فقيل التّعارض هو: "تقابل الدليلين على سبيل الممانعة". ويقصد به أيضا "التّمانع بين الدليلين مطلقا، بحيث يقتضي أحدهما غير ما يقتضي الآخر"[2].

فالتّعارض في وسائل الإثبات فهو تقابل الحجتين بحيث تشتمل كل واحدة منها على ما ينافي الأخرى، أو أن تكون الحجتان متكافئتين في القوة حتى يتحقق التّعارض ويحتاج إلى التّرجيح، أمّا لو كانت احدى الحجتين أقوى من الأخرى لايحدث تعارض، إذ ترجح الأقوى ويعمل بها[3].

وخلاصة لما تقدم نقول أنّ هناك تلازم لا يمكن إغفاله بين القاضي والأدلة في خضم عملية الإثبات، فالأدلة هي وسائل إظهار الحقيقة، وهذه الحقيقة لا تنكشف من تلقاء نفسها، بل تقتضي أن يتم استخلاصها من قبل القاضي عن طريق قيامه بتقدير قيمة الأدلة

---

[1]- ابن منظور، المصدر السابق، ج 7، ص 167 وما بعدها .والجوهري، الصحاح، تحقيق: أحمد عبد الغفور عطار، دار العلم للملايين-بيروت، ط4، سط: 1990م، ج 3، ص 108.

[2]- أبو عبد الله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط1، سط: 1414هـ - 1994م، ج8، ص120.الشوكاني، إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول ، دار الكتاب العربي، ط1، سط:1419هـ، 1999م، ج2، ص 258، الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج12، ص175.

[3] - سليم علي مسلم الرجوب، المرجع السابق، ص38.

المعروضة عليه، حتى يضمن الحق لصاحبه وهو أقصى ما يمكن أن يصل إليه العدل إذا كان التّطبيق سليما صحيحا وخاليا من أي شوائب، فتبلغ هذه السّلطة حد أقصى في المواد الجنائية وحد أدنى في المواد المدنية وتكون في الوسط في المواد التّجارية.

فكما قال أحمد نشأت في كتابه:" رسالة الإثبات": المسائل الجنائية تقوم على حرية الإثبات لمنافاتها بطبيعتها الإثبات بالكتابة حيث يكون القاضي حرا في تكوين اقتناعه من أيّ دليل أمّا في المسائل المدنية يقوم على نظام التّقيد فيحدد طرق الإثبات ويعين قيمة البعض ويترك الآخر لتقييد القاضي، أمّا في المسائل التّجارية فقد اتبع مذهب الإثبات المطلق إلى حد كبير وذلك للسّرعة التي تقتضيها هذه المعاملات بطبيعتها[1]. فهذا كله راجع إلى خصوصية كل مسألة وطبيعتها.

[1]- نشأت أحمد، المرجع السابق، ج1، ص30-31.

الفصل الثاني:

الوسائل المعتمدة في إثبات مسائل الأحوال الشخصية

إنّ وسائل الإثبات تشكل ركيزة أساسية في صيانة الحقوق وحفظها من النّكران والضّياع، إضافة إلى قيمتها في حالة قيام نزاع أمام القضاء سواء تعلق الأمر بنزاعات النّفقة أو الحضانة أو النّسب أو تلك المتعلقة بالعلاقة الزوجية فما هي وسائل الإثبات المعتبرة في مسائل الأسرة وما هي قيمتها في صيانة وحماية الحقوق؟.

وبتتبع مواد قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع ينص على عدة وسائل مختلفة ومتنوعة للإثبات، منها الكتابة والشهادة والإقرار واليمين والمعاينة والخبرة، وإذا ما أردنا تصنيفها يمكن أن نقسمها إلى: طرق معدة قبل النزاع ويطلق عليها الأدلة المهيأة، أي أنّها تتزامن ونشأة الواقعة القانونية كما هو الحال في الكتابة والشهادة ، وطرق غير معدة أو غير مهيأة من قبل وإنّما يتم إعدادها بعد قيام النزاع أو قد تتزامن مع نشأة النزاع، ومثالها الإقرار والقرائن القضائية واليمين.

والمشرع الجزائري قد تكلم عن هذه الوسائل مبعثرة في مواد قانون الأسرة وذلك لأنّه جاء على تفصيلها وخصّص لها بابا كاملا في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في الباب الرابع من المادة 70 إلى غاية المادة 193، وهذا العدد الكبير من المواد يدل على الاهتمام الذي أولاه المشرع الجزائري لوسائل الإثبات في قانونه، ومن الوسائل التي تم ذكرها في هذه المواد الكتابة- الشهادة – اليمين – الخبرة- المعاينات والانتقال إلى الأماكن.

وهو ما سوف نتناوله في هذا الفصل من خلال مبحثين:

المبحث الأول: اتساع نطاق تهيئة الأدلة في الأحوال الشخصية، والمبحث الثاني: نطاق الأدلة الغير مهيأة في الأحوال الشخصية.

المبحث الأول:

إتساع نطاق تهيئة الأدلة في الأحوال الشخصية

إنّ الدليل في اللّغة هو ما يستدل به والدليل الدال و(دَلَّهُ) على الطريق، والجمع أدلة وأدلاء، والدليل هو المرشد، وما به الإرشاد[1].

وفي الاصطلاح: هو الذي يلزم من العلم به العلم بشيء آخر[2]، والدليل المهيأ هو الدليل المعد مسبقا للإثبات، ويعتبر من الوسائل القوية التي يلجأ إليها صاحب الحق لإثبات التّصرف القانوني، فهو دليل وآلية حفظ للحق ومثبت لوجوده حتى لا يختفي و ينسى مع الزمن، إذا فالدليل المهيأ هو ما قام وقت ابرام التّصرف كالكتابة، إضافة إلى الشّهادة عندما تتصاحب ونشأة التّصرف، ومن خلال هذه الجزئية سوف نتعرف على كيفية تهيئة الدليل وأهمية ذلك في الإثبات.

[1]- زين الدين الرازي، المصدر السابق، ص106، ابن منظور، المصدر السابق، ج11، ص249،الجرجاني، المصدر السابق، ص104.

[2]- علي الجرجاني، المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

المطلب الأول:

تهيئة الدليل الكتابي شرعا وقانونا

تعتبر الكتابة وسيلة كبرى من وسائل المعرفة، وأداة هامة لتبليغ المعاني، وتقدم بما تقدم به الألفاظ في بيان المقاصد والأهداف، ولعله لا يخفى على عاقل أهمية الكتابة واعتماد الأمة عليها في دينها ودنياها[1].

والكتابة لغة مصدر كتب، كَتَبَ الشيءَ يَكْتُبه كَتْباً وكِتاباً وكِتابةً، وكَتَّبه: خَطَّه[2]، فالكتابة هي: "تدوين مرئي للغة، وهي واسطة لنقل الأفكار والمشاعر وتتميز عن الكلام والإشارة بأنّها باقية والكلام والإشارة يزولان في الحال"[3].

وقال الزحيلي: "هي الخط الذي يعتمد عليه في توثيق الحقوق وما يتعلق بها، للرجوع إليه عند الإثبات، أوهي الخط الذي يوثق الحقوق ليرجع إليها عند الحاجة"[4]، فهذا التّعريف قد خصها بالكتابة التي تكون وسيلة إثبات.

وبالرجوع إلى أمهات الكتب في الشريعة الإسلامية لا نجد اهتماما كبيرا بالكتابة كوسيلة إثبات مقارنة بطرق الإثبات الأخرى، حيث لم تفرد بعنوان مستقل يعالج كامل

---

[1]- عوض عبد الله أبو بكر، المرجع السابق، ع 64، ص109

[2]- ابن منظور، المصدر السابق، ج1، ص698.

[3]- حمد الأشقر، أفعال الرسول و دلالتها على الأحكام الشرعية، مكتبة المنارة الإسلامية، ط1، سط: 1978 ج02، ص9، نقلا عن: عبد الرحيم صالحي، مقال بعنوان: انعقاد الزواج بالبريد الالكتروني- د راسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزئري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح-ورقلة – الجزائر، دفاتر السياسة والقانون، ع 7، سط: جوان 2012م، ص193

[4]- محمد الزحيلي، المرجع السابق، ص417.

متعلقاتها كما هو حال بقية طرق الإثبات[1]، وجاء الحديث عنها في أغلب نصوص الفقه قديما عند الحديث عن الخط، وبتتبع أقوال الفقهاء نجد أنّ الجمهور[2] لم يعتدوا بالخط وحده كوسيلة إثبات[3]، وحجتهم في ذلك أنّ الخطوط قد تتشابه ويعتريها التّزوير فقال الكاساني[4]: "ولا اعتماد على الخط والختم، لأنّ الخط يشبه الخط والختم يشبه الختم ويجري فيه الإحتيال والتّزوير"[5]، وقال الحنابلة: "لا يقبل الكتاب إلاّ أن يشهد به شاهدان

---

[1]- سليم علي الرجوب، المرجع السابق، ص 126.

[2]- القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج10، ص40. أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط2، سط: 1408 هـ - 1988 م ، ج9، ص439، برهان الدين المرغيناني، المصدر السابق، ج1، ص 104، ابو الفضل الحنفي، الصدر السابق، ج 1، ص116. محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة – بيروت، دذط، سط: 1410هـ/1990م، ج6، ص232. شمس الدين شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، دذط، سط: 1404هـ/1984م، ج8، ص260.

[3]- وقد جمع ابن القيم اختلاف الفقهاء في ثلاث صور:الصورة الأولى: أن يرى القاضي حجة فيها حكمه لإنسان، فيطلب منه إمضاءه والعمل به، فقد اختلف في ذلك، فعن أحمد ثلاث روايات، إحداهن: أنه إذا تيقن أنه خطه نفذه، وإن لم يذكره. والثانية: أنه لا ينفذه حتى يذكره والثالثة: أنه إذا كان في حرزه وحفظه نفذه، وإلا فلا، والمشهور من مذهب الشافعي: أنه لا يعتمد على الخط، لا في الحكم ولا في الشهادة، وفي مذهبه وجه آخر: أنه يجوز الاعتماد عليه إذا كان محفوظا عنده، كالرواية الثالثة عن أحمد.قال أبو حنيفة: إذا وجد القاضي في ديوانه شيئا لا يحفظه – كإقرار الرجل بحق من الحقوق – وهو لا يذكر ذلك ولا يحفظه، فإنه لا يحكم بذلك، ولا ينفذه حتى يذكره. وأما مذهب مالك: فقال في " الجواهر ": لا يعتمد على الخط إذا لم يذكر، لإمكان التزوير عليه" وقال القاضي أبو محمد: إذا وجد في ديوانه حكما بخطه. ولم يذكر أنه حكم به: لم يجز له أن يحكم به، إلا أن يشهد عنده شاهدان. قال: وإذا نسي القاضي حكما حكم به، فشهد به عنده شاهدان أنه قضى به: نفذ الحكم بشهادتهما، وإن لم يذكر. ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص173-174.

[4]- الكاساني(587 هـ- 1191 م)، أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاشاني [أو الكاساني، يروي بكليهما]، علاء الدين: فقيه حنفي، من أهل حلب. له (بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع – ط) سبع مجلدات، فقه، و (السلطان المبين في أصول الدين).توفي في حلب. الزركلي، المصدر السابق، ج2، ص70.

[5]- علاء الدين الكاساني الحنفي ، المصدر السابق، ج6، ص273.

عدلان"[1]. وهوقول مالك وأكثر أصحابه أنّ الشهادة على الخط جائزة وأنّها تجوز في الحقوق والطلاق والعتاق والأحباس وغيرها[2]، فاشتراط الشّهادة عند الكتابة زيادة في التّوثيق.

أمّا ابن القيم فقال عند حديثه عن الكتابة: "وجمهور أهل العلم على خلافها، بل إجماع أهل الحديث قاطبة على اعتماد الراوي على الخط المحفوظ عنده، وجواز التّحديث به، إلا خلافا شاذا لا يعتد به، ولو لم يعتمد على ذلك لضاع الإسلام اليوم، وسنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم – فليس بأيدي الناس – بعد كتاب الله – إلا هذه النّسخ الموجودة من السنن، وكذلك كتب الفقه: الاعتماد فيها على النّسخ، وقد كان رسول الله – صلى الله عليه وسلم – يبعث كتبه إلى الملوك وغيرهم، وتقوم بها حجته، ولم يكن يشافه رسولا بكتابه بمضمونه قط، ولا جرى هذا في مدة حياته – صلى الله عليه وسلم – بل يدفع الكتاب مختوما، ويأمره بدفعه إلى المكتوب إليه، وهذا معلوم بالضرورة لأهل العلم"[3].وممّا لا شك فيه أنّ الكتابة تعتبر في الوقت الراهن من أهم وسائل الإثبات المهيأة على الإطلاق وبه قال فقهاء العصر[4] باعتبرها وسيلة قوية من وسائل الإثبات.

---

[1]– إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، سط: 1418 هـ - 1997 م، ج8، ص218.

[2]– شمس الدين أبو عبد الله الحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، سط: 1412هـ - 1992م، ج6، ص188.

[3]– ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص174.

[4]– الزحيلي، المرجع السابق، ص، 431. ولمزيد من التفصيل حول الجزئية يرجع إلى هذا لمرجع من الصفحة 415-485.

الفرع الأول: إقرار الشريعة والقانون بدور التّوثيق وأهميته في الإثبات

1-التوثيق لغة: التوثيق في اللّغة أصل مادته وثق، يقال وَثَّقْتُ الشَّيْءَ تَوْثِيقاً، فَهُوَ مُوَثَّق. والوَثِيقة: الإِحكام فِي الأَمر، ويأتي بمعنى الائتمان والتّشديد والتّقوية والثّبوت والعقد والعهد المحكم، والميثاق العهد المحكم والجمع مواثيق والمواثقة: المعاهدة ومنه قوله تعالى: ﴿ وَمِيثَاقَهُ الَّذِى وَاثَقَكُمْ بِهِ ﴾ [المائدة 7] وأوثق ميثاقا ووثقه توثيقا أي أحكمه وشده وأثبته[1]، والتوثيق التسجيل بالطريق الرسمي والموثق من يوثق العقود ونحوها بالطريق الرسمي[2].

2-التوثيق من النّاحية الاصطلاحية:

لا نجد لمصطلح التوثيق[3] مفهوم من النّاحية الشّرعية غير أنّ هذا المصطلح ارتبط باتخاذ الكتب في عدة مجالات ففي عهد الرسول صلى الله عليه وسلم اتخذ من يكتبون له في مختلف المجالات: كالوحي والمعاهدات والعقود والمراسلات بالإضافة إلى المجال القضائي الذي ضبط معاملات النّاس وعقودهم على القّوانين الشّرعية، كما وصفه ابن فرحون على أنّه "بضاعة جليلة شريفة وبضاعة عالية منيعة تحتوي على ضبط أمور الناس على القوانين الشّرعية، وحفظ دماء المسلمين وأموالهم، والاطلاع على أسرارهم وأحوالهم "[4].

---

[1] – ابن فارس، مادة وثق، ج6، ص85، وابن منظور، المصدر السابق، فصل الواو، ج 10، ص371. والرازي، مادة وثق، ص708.

[2] – مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، دار الدعوة، مصر، دذط، دذسط، مادة وثق، ج2، ص985.

[3] – ابن منظور، المصدر نفسه، فصل الواو، ج 10، ص371.

[4] – أبو عباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث– الإمارات العربية المتحدة، ط1، سط: 1426 ه 2005م، ج1، ص 2.

قال ابن العربي[1]: "إنّ الوثائق والعقود يعرف بها ما جرى فسميت شروطا"[2].

وعرف أيضا بأنّه: "العلم بكيفية تدوين التّصرفات والمعاملات على وجه يصح الاحتجاج به"[3]. ونستنتج من هذه الأقوال أنّ التوثيق مجاله التّصرفات التي تنشأ استنادا إلى الإرادة وهذا قريب ممّا هو معتمد في القانون.

وجاء تعريف التوثيق عند الفقهاء المعاصرين بـــ: "التوثيق هو ما يحصل به إثبات العقود والحقوق وتأكيدها مع استقرارها في أيدي أصحابها، أو في ذمة الغير، ويصح الاحتجاج به عند النّزاع"[4].

وعرفه الزحيلى أيضا وأعطاه مصطلح: "البينة الخطية "الخط الذي يوثق الحقوق بالطريقة المعتادة ليرجع إليها عند الحاجة "[5]. وعرّف أيضا باعتباره علما ووظيفة: "خطة يتولاها العدول المنتصبون لكتابة العقود وضبط الشروط بين المتعاقدين في الأنكحة وسائر المعاملات ونحوها على وجه يحتج به"[6]، وهذ التّعريف هو الأدق في كونه ضبط الجهة التي

---

[1]- ابن العربي، أبو بكر (468 - 543هـــ، 1076 - 1148م).محمد بن عبدالله بن محمد المعافري، أبو بكر ابن العربي. إمام من أئمة المالكية. وهو فقيه محدِّث مفسر أصولي أديب متكلِّم، له مؤلفات كثيرة منها: كتاب الخلافيات، كتاب الأنصاف، المحصول في أصول الفقه، عارضةالأحوذي في شرح الترمذي، شمس الدين بن قَايْماز الذهبي، سير أعلام النبلاء، المحقق : مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط3، سط: 1405 هـــ / 1985 م، ج20، ص168.

[2]- أحمد بن يحيى الونشريسي، المرجع نفسه، ج1 ، ص72.

[3]- محمد جميل بن مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار البيضاء – المغرب، ط1، سط:2000م، ص14

[4]- أحمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته واحكامه وآثاره والأنكحة ذات الصلة به دراسة فقهية مقارنة، دار العاصمة، الرياض، ط1، سط: 1426هـــ/ 2005، ص 61.

[5]- مصطفى الزحيلى، المرجع السابق، ص417.

[6]- احمد بن يحيى الونشريسى، المرجع نفسه، ج1، ص15.

تتولى التّوثيق بخلاف ما سبق من التّعريفات، فميّز بين الكتابة التي تصدر من الأفراد والتي تصدر من الجهة المختصة.

أمّا من النّاحية القانونية يقصد بالوثيقة في القانون الورقة والمحرر الرسمي، الذي يكتبه الموظف المختص بمقتضى وظيفته، حيث نصت المادة 324 من ق م على الإثبات في العقد الرسمي: "عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عام، ما ثم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"، ومن موجب هذه المادة وجب التّفريق بين الكتابة الرسمية والكتابة العرفية:

فالكتابة الرسمية يقصد بها ما تكون من عمل موظف رسمي مختص، فتعتبر ركن في العقد ويترتب على تخلفها البطلان المطلق[1].أمّا الكتابة العرفية فهي التي يقوم بها الأفراد فيما بينهم دون تدخل موظف رسمي والتي لا يؤثر تخلفها في انعقاد العقد.

كما أنّ الأدلة الكتابية حجة في الإثبات ولكنها ليست قطعية الدلالة[2]، فيجوز إثبات عكسها، إمّا بإدعاء التزوير أو إنكار الكتابة[3]. وتختلف قوة حجيتها بين السّند الرسمي والسّند العرفي.

فلقد نص المشرع الجزائري على حجية السند الرسمي في المادة 324 مكرر 05 على مايلي:"ما ورد في المحرر الرسمي حجة حتى يثبت تزوير، ويعتبر نافذا في كامل التراب الجزائري" ونص في المادة 324 مكرر07 " فيفهم من هذا النص أنّ المشرع الجزائري لم

[1]- لحميم زليخة، المرجع السابق، ص194.

[2]- مرقس، المرجع السابق، ص35،

[3]- الزحيلي، المرجع السابق، ص483.

يقصر حجة المحرر الرسمي بين أطرافه وإنّما يتعداه إلى عامة الناس، ويفهم أيضا أنّ للمحرر الرسمي حجة قوية ما لم يثبت التّزوير.

أمّا المحرارت العرفية[1] هي المحرارت التي يحررها أصحاب الشأن بغير أن يتدخل موظف عام في تحريرها. ويطلق عليها السّند العادي، وهي نوعان: ورقة عرفية معدة للإثبات وأوراق عرفية غير معدة للإثبات.

فالأولى الغرض منها هو تهيئة دليل على التّصرف بمناسبة إنشائه وهي بذلك تحمل توقيع من يراد الاحتجاج بها عليه. أمّا الثانية فلم يكن الغرض منه إعداد تهيئة الدليل لإثبات التّصرف القانوني التي تشير إليه.وقد نص المشرع الجزائري على هذه المحررات من خلال المواد 229 إلى غاية المادة 332 ق م ج.

ولقد عالج المشرع الجزائري كل ما يتعلق بالكتابة وحدد إطارها العام في الباب السادس من الفصل الأول من القانون المدني[2]، ففي المادة 324 منه " العقد الرسمي هو عقد يثبت فيه الموظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه". إضافة إلى نص المادة 323 مكررمن ق م على"ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف

[1]- نبيل ابراهيم سعد همام محمد محمود، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الجامعة الجديدة، دذط، سط 2001، ص219. عيسى بن علي بن سالم الغافري، ورقة عمل حول" خصوصية قواعد الإثبات في الإجراءات الإدارية"مقدمة إلى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم الإدارية المنعقد في العاصمة اللبنانية بيروت- سلطنة عمان، سط:2013م، ص9. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص85.

[2]- القانون المدني الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005م، المعدل والمتمم للأمر رقم:75_58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، ج ر 44.

أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تضمنها وكذا طرق إرسالها".

وبناء على هذه النّصوص نستنتج أنّ الكتابة تعد من أهم طرق الإثبات، وهي الأصل في إثبات التّصرفات القانونية كإثبات العلاقة الزوجية، الاشتراك المالي بين الزوجين، والحجج المثبتة لوضعية الزوج المادية والتزاماته المالية، والهبة والوقف والوصية....، واستثناء في مسائل الأسرة يجوز اعتمادها حتى في إثبات الوقائع المادية كواقعة الولادة والوفاة.

وقد جاء النّص على الكتابة كوسيلة اثبات مهمة في قانون الأسرة من خلال نص المادة 8:"يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون".

ومن الصّور أيضا ما جاء في نص المادة 15 "يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا " ونص المادة 37 المتعلقة بالذمة المالية للزوجين حيث نصت على: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر غير أنه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق، العقد حول الأموال المشتركة بينهما التي يكتسبانها خلال الحياة الزّوجية وتحديد النّسب التي تؤول إلى كل واحد منها" فهذه المادة أعطت حرية الاختيار للزوجين في إثبات الأموال المشتركة بينهما عن طريق الكتابة في عقد الزواج أو في عقد رسمي وذلك من أجل ضمان الحقوق لكل منهما في حالة النّزاع. بالإضافة إلى نص المادة 117 التي تنص على أنّه:"يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق وأن تتم برضا من له أبوان"، وتناول المشرع الجزائري موضوع توثيق الطلاق وتسجيله في سجلات الحالة المدنية المخصصة ونص على إجراءات الطلاق في المواد 427 إلى غاية المادة452، إضافة إلى تسجيل المواليد في سجلات الحالة المدنية حسب نص المادة

63 من القانون رقم 14/08، ولكن وجب الاشارة الى أنّ الكتابة في مسائل الأسرة ليست شكلية ولازمة لقيام التّصرفات القانونية كما الحال في بعض التّصرفات المالية في مجال المعاملات المدنية التي ينظمها القانون المدني. وسيأتي تفصيل ذلك في الباب الثاني من هذا البحث.

وفي ختام هذه الجزئية نقول أنّ الكتابة الرّسمية تعتبر من الأدلة المقدمة حين يقوم التّصرف، إذ أنّها تعطي للخصوم ضمانات عدة قد لا توفرها غيرها من الأدلة، فكونها أعدت في وقت لم يكن لأي خصم مصلحة في تحديد الإثبات بغية تحقيق مصلحة شخصية فلا يمكن أن يرد عليها التحريف لذا تقررت لها قوة إثبات مطلقة فتصلح لإثبات جميع الوقائع[1]، لذا جعل المشرع الكتابة وسيلة إثبات رئيسية شأنه شأن باقي التّشريعات.

الفرع الثاني: المقصد الشّرعي والقانوني من التّوثيق في مجال شؤون الأسرة

إنّ المقصد من اشتراط التوثيق هو حفظ الحقوق، فالتّوثيق لا بد منه في كل التّصرفات المهمة، خاصة في شؤون الأسرة وذلك لحفظ حق كل من الزوجين من الضياع، إضافة إلى حفظ حقوق الأبناء. فقد تضيع الحقوق بمرور الزمن أو بوفاة الأشخاص أو بالنّسيان إذا لم يكن هناك دليل كتابي يوثقها، إضافة الى ضياعها في حالات النّزاع التي لا يتوفر فيها دليل كتابي.

وبالرجوع إلى الفقهاء قديما نجدهم لم يتكلموا عن التّوثيق في التّصرفات التي تمس شؤون الأسرة ولكن اشترطوا تهيئة الشّهادة في إثبات التّصرفات لحفظ الحقوق، وأيضا إنّ عدم الاعتداد بها يوقع النّاس في الحرج والمشقة فتتعطل مصالحهم وتضيع حقوقهم،

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص41

فوجوب الكتابة في مختلف التّصرفات ولو كانت بالإرادة المنفردة بل حتى في الوقائع المادية الطبيعية كالولادة التي تحرر بها عقود الميلاد له حظ من النّظر ينبغي حمل النّاس عليه في هذا الزمان لضعف الوازع الديني، وقلة الأمانة وكثرة الخيانة وانعدام الثّقة بين النّاس.

قال الطاهر بن عاشور[1] رحمه الله "فمتى ضعف الوازع الديني في زمن، أو قوم أو في أحوال، يظن أنّ الدافع إلى مخالفة الشرع في مثلها، أقوي على أكثر النّفوس من الوازع الديني، هنالك يصار إلى الوازع السلطاني فيناط التّنفيذ بالوازع السلطاني كما قال عثمان رضي الله عنه يزع الله بالسلطان مالا يزع بالقرآن"[2].

ففقهاء الشريعة الإسلامية وإن لم يشترطوا التّوثيق إلا أنّ اشتراطه اجتهاد فقهي معاصر اقتضاه الزمان، خاصة في عقد الزواج فما يحصل في زماننا من ضياع للحقوق الغير موثقة وانعدام الوازع الديني بين الناس[3]، اقتضى التوثيق، وقد قال الطاهر بن عاشور:"والمقصد لتوثيق الحقوق المشهود بها ضبطها وأداؤها عند الاحتجاج اليه، وذلك يقتضي كتابة ما يشهد به الشهود اذا كان الحق من شأنه أن يدوم تداوله مدة .....فلذلك تعينت مشروعية كتابة التوثقات"[4].

---

[1]- الطاهر بن عاشور ولد سنة 1897م بتونس إمام ضليع في العلوم الشرعية واللغوية والأدبية، إلتحق بجامع الزيتونة ودرس على جماعة من أعلامه حتى صار شيخا للإسلام في الفقه المالكي وفي سنة 1973م، له عدة تصانيف منها مقاصد الشريعة الإسلامية، والتحرير والتنوير في التفسير، ينظر عادل نويهض ،معجم المفسرين،ج2، ص541.

[2]- الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية، دار الكتاب المصري- دار الكتاب اللبناني، دذط، سط:2011م، ص224.

[3]- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين"عقد الزواج"، دار الكتب والوثائق القومية، الاسكندرية، سط: 2000م، ج1، ص1.

[4] - الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية، المرجع السابق، ص355.

وتجدر الإشارة إلى أنّ تسجيل عقود الزواج بدأ عندما أخذ المسلمون يؤخرون في دفع المهوركما قال ابن تيمية: "لم يكن الصحابة يكتبون الصداقات لأنّهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر بل يعجلون المهر، وإن أخروه فهو معروف، ولما صار النّاس يتزوجون على مؤخر، وصار ذلك حجة في إثبات الصداق وفي أنّها زوجة له"[1] ، فيمكن التّعقيب على هذا القول أنّ ابن تيمية قد أيد فكرة توثيق عقد الزواج لأجل المحافظة على حقوق كل من الزوجين والأولاد خاصة عند وقوع نزاع.

إذا فالفقه المعاصر توجه إلى ضرورة توثيق عقد الزواج لما فيه من فائدة ودفع للمفاسد وهناك من جعل توثيق عقد الزواج يندرج في باب السّياسة الشّرعية حيث قال:" الإلزام بتسجيل عقود الزواج من باب السّياسة الشّرعية التي يمكن لولي الأمر إلزام رعيته لما يراه في ذلك من مصالح"[2]، ومن القواعد المهمة التي استدلوا بها هي دفع المفاسد وجلب المصالح، وهذه التراتيب الإدارية التي ألزمت بها قوانين الأحوال الشخصية، سميت بالشروط القانونية، فهي شروط وضعت لجلب مصلحة أو دفع مضرة[3].

إذا فالتّوثيق في عصرنا يندرج ضمن المصالح المرسلة، فيكون اعتماده بناء على تقدير مصلحة عامّة للمجتمع. وقد دعت ضرورة الحياة وحفظ مصالح النّاس إلى ضرورة توثيق العقد لحماية الحقوق المختلفة الّتي تثبت بها النّفقة والنّسب أو نفي ما ينقطع بالزّوجيّة[4].

---

[1]- أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى، مصدر سابق ، ج 32 ، ص131.

[2]- أسامة عمر الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، عمان، ط1، سط1420هـ/ 2000م ص134.

[3]- أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص73.

[4]- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، جامعة بن مهيدي، أم البواقي، دذط، سط:2010/2009م، ص42.

وعلى غرار جل القوانين العربية حثّ المشرع الجزائري على ضرورة التوثيق، لأنّ هذا ما اقتضته المصلحة من جهة، ولتسهيل الإثبات في حال الخلاف من جهة أخرى، فالتوثيق لدى الموظف المختص نظام أوجبته اللّوائح والقوانين خشية الجحود، وحفظا للحقوق، وحذرت من مخالفته لما له من نتائج خطيرة من النّكران تنعكس على الأسرة أولا وعلى المجتمع ثانيا[1].

ويمكن القول أنّ أعظم مقصد للتوثيق من النّاحية الشرعية والقانونية هو سد باب النّزاعات، واعطاء كل ذي حق حقه في حال النّزاع.

المطلب الثاني:

مكانة الشهادة كدليل مهيأ بين الشريعة و القانون

الشهادة لغة: هي خبر قاطع تقول منه: شهد الرجل على كذا، فالشهادة الإخبار بما شاهده، فالشاهد: العالم الذي يبين ما يعلمه وما يظهره، والمشاهدة المعاينة، وشهد شهودا: أي حضره فهو شاهد، وقوم شهود أي حضور[2].

أما اصطلاحا: قد تعددت تعريفات الشّهادة عند فقهاء الشّريعة لكنها تصب في قالب واحد لا يبعد عن معناها اللّغوي في أنّها إخبار: فعرّفها المالكية: "إخبار عدل حاكما

[1] - أحمد الدريويش، المرجع السابق، ص74.

[2]- بن منظور، ج3، ص239-240، الجوهري، الصحاح، تحقيق: أحمد عبدالغفور عطار، دار العلم للملايين- بيروت، ط4، سط: 1990م، ج2، ص494.

بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه"[1].وعرفها الحنفية بأنّها: "إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشّهادة في مجلس القضاء"[2]، أو"الإخبارُ عن أمرٍ حضره الشهود وشاهدوه، إما معاينة كالأفعال نحو القتل والزنا، أو سماعا كالعقود والإقرارات"[3].أمّا الشافعية فقالوا: "إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد وقال بعضهم هي إخبار عن شيء بلفظ خاص"[4].

وعرفها الحنابلة: "الإخبار بما علمه بلفظ خاص"[5]. وقال السرخسي[6]" اعلم بأنّ اشتقاق الشهادة من المشاهدة وهي المعاينة"[7].

---

[1]- الصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الامام مالك)، دار المعارف ، دذط، دذسط، ج4، ص238.

[2]- كمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسي المعروف بابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، لبنان-بيروت ، دذط، دذسط، ج7، ص364.

[3]- عبد الله مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي – القاهرة، دذط، سط: 1356 هـ - 1937 م، ج2، ص139.

[4]- أحمد سلامة القليوبي، حاشية قليوبي، دار الفكر – بيروت، دذط، سط: 1415هـ-1995م، ج 4، ص319.

[5]- منصور بن يونس البهوتى، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، دذط، دذسط،ج 6، ص404.

[6]- لسَّرْخَسيّ، ابن سهل (ت 483هـ 1090 م)، محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي. فقيه أصولي حنفي. ينسب إلى سرخس ـــ بلدة قديمة من بلاد خراسان، كان عالًما عاملاً ناصحًا للحكام، سجنه الخاقان بسبب نصحه له، و لم يقعده السجن عن تعليم تلاميذه؛ فقد أملى كتاب المبسوط ـــ وهو أكبر كتاب في الفقة الحنفي مطبوع في ثلاثين جزءاً، كما أملى شرح السير الكبير لمحمد بن الحسن، وله شرح مختصر الطحاوي، وله في أصول الفقه كتاب من أكبر كتب الأصول عند الحنفية، ويعرف بأصول السرخسي ، الزركلي، المصدر السابق، ج5، ص315.

[7]- السرخسي، المبسوط، دار المعرفة – بيروت، دذ ط، سط: 1414هـ-1993م، ج16، ص111.

والشهادة مشروعة بالكتابِ، والسنة، والإجماع، إذ بها تحفظ الحقوق وتصان، وقد حث عليها الله سبحانه وتعالى في كتابه الكريم فقال تعالى: ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾ [البقرة: 282].وقال تعالىٰ:﴿ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ﴾ [الطلاق: 2]. ومن السنة أَن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها»[1].

ومن النّاحية القانونية عرفت الشّهادة بأنّها إثبات واقعة معينة من خلال ما يقوله أحد الأشخاص عما شاهده أو أدركه بحاسة من حواسه عن هذه الواقعة بطريقة مباشرة[2]" وعرفت أيضا: "تقرير يصدر عن شخص في شأن واقعة عاينها بحاسة من حواسه"[3] .

والمشرع الجزائري لم يأت على تعريف الشهادة في مواده، ولكنه كان يطلق لفظ البينة على الشّهادة قبل التعديل الذي حمله قانون05 -10 المؤرخ في 20 جوان 2005م، وفي الحقيقة أنّ لفظ البينة أشمل وأعم من الشهادة إذ أنّ لفظ البينة يجمع جميع أدلة الإثبات كالكتابة والشهادة واليمين والإقرار.. الخ[4]. وقد اكتفى المشرع الجزائري ببيان الحالات التي لا يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود المواد: (333- 334 ق م) و الحالات التي يجوز فيها الإثبات بها المواد : (335- 336 ق م).

---

[1]- رواه مسلم، صحيح مسلم، كتاب:الحدود، باب: بيان خير الشهود، ر ح: 1719، ج3، ص1344. والترمذي، جامع الترمذي، أبواب الشهادات، باب: ما جاء في الشهداء أيهم خير، رقم : 2295، ج4، ص544.

[2]- احمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط7، سط: 1996م، ص498 .

[3]- محمود نجيب حسني، الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، دذط، سط:1979م، ص453.

[4]- يحي بكوش ، المرجع السابق، ص189.

الفرع الأول: التّخفيف والتّشديد في الاثبات بالشّهادة في بعض مجالات شؤون الاسرة

إنّ شهادة الشهود تعتبر أبرز دليل إثبات من النّاحية الشرعية وحتى القانونية، ولكنها أخذت مكانةً أكبر بين الأدلة من النّاحية الشرعية، ولهذا خصت بالدراسة في جميع جوانبها.

فتعتبر الشهادة في الفقه الإسلامي دليل كامل يثبت به جميع الحقوق سواء كانت من حقوق الله الخالصة أو من حقوق العباد مهما كان القدر المدعي به[1].

فبناء على هذا الكلام إذا كانت متعلقة بحقوق الله تعالى[2]، كالشهادة في الطلاق والظهار، فالشاهد تلزمه إقامة الشهادة، حسبةً لله تعالى عند الحاجة إلى الإقامة، من غير

[1]- لقد اتفق الفقهاء على أنّ الشهادة في حقوق الأشخاص فرض كفاية إذا قام به البعض سقط الإثم عن الباقين، وإذا لم يقم به أحد أثم الجميع، وقد تكون تلك الشهادة في حقه فرض عين يجب عليه أن يؤديها إذا لم يوجد من الشهود من يكفي لأداء هذه الشهادة، وكانت نافعة، ولميترتب عليها ضرر يلحق بالشاهد لأن الشهادة لا تلزمه فلا يضر نفسه لنفع غيره، عوض عبد الله أبو بكر، المرجع السابق، ع94، ص94.

[2]- قال الإمام مالك: "وذلك أنّ المشهود به على ضربين ضرب هو حق لله وضرب هو حق للآدميين، فأما ما كان حقا لله تعالى فعلى قسمين قسم لا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر زاد أصبغ والسرقة فهذا ترك الشهادة به للستر جائز، والقسم الثاني ما يستدام فيه التحريم كالطلاق والعتق والأحباس والصدقات والهبات لمن ليس له إسقاط حقه، والمساجد والقناطر والطرق فهذا على الشهادات يقوم الشاهد فيها ويؤديها متى رأى ارتكاب المحظور بها .....لعموم قوله – صلى الله عليه وسلم – «خير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها» ويكون معنى الإتيان بها هنا أداؤها عند الحاكم".أبو الوليد سليمان القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة – بجوار محافظة مصر، ط1، سط: 1332 هـ، ج5، ص188-189. وينظر: أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط2، سط:1392هـ، ج12، ص17. محمد الصنعاني، المصدر السابق، ج2، ص579- 580.

طلب من أحد من العباد، لأنّ عدم الشهادة فيه إبقاء لحالة الزّوجية وهي باطلة بالطلاق، فعدم الشهادة فيها استدامة للمحرم.

فالإثبات بالشهادة في مسائل الأسرة له خصوصية، نظرا لطبيعتهاالمختلفة، فبعضها قائم على السّر، والبعض الآخر يتوجب فيه الإعلان، هذا من ناحية، ولرفع الحرج والضّرر من ناحية أخرى، وتبرز خصوصية الشّهادة في مسائل الأسرة من خلال تبني مبدأ التّخفيف أوالتشديد فيها، كما سنوضحه في النّقاط التالية:

أولا: التشديد والتّخفيف لنصاب الشهادة في مسائل الأسرة

إنّ نصاب الشهادة في مسائل الأسرة يختلف بحسب طبيعة المشهود به، ويعتبر هذا الاختلاف نظرا لما في مسائل الأسرة من خصوصية، فجاء التّساهل فيها والاستثناء. فالشهادة على الزواج والطلاق والرجعة والإيلاء والظهار، والنسب، إتفق الفقهاء على أنّها تثبت بشاهدين ذكرين[1].

[1]- وقد أجمع أهل العلم عَلَى أنّ شهادة المرأتين مع الرجل جائزة فِي الديون والأموال، وَلا تجوز عندي شهادتهن فِي الحدود والقصاص فِي النفس فما دونها، والنكاح والطلاق والعتق والوكالة، وإثبات كتاب الوصية، وَلا تجوز شهادتهن وإن كثرن فِي شيء من الأموال والديون إلا أن يكون معهن رجل. الإقناع لابن المنذر، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد العزيز الجبرين، دذ ن، ط1، سط: 1408هـ، ج2، ص532. النووي، المجموع شرح المهذب، المصدر السابق، ج20، ص 255. أبو بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري، أبو جعفر الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء ، المحقق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية – بيروت، ط2، سط: 1417هـ ج2، ص252.

أمّا الحنفية فجوزوا فيها الإثبات بالرجل والمرأتين[1]، والظاهرية أضافوا على ذلك جواز شهادة أربع نسوة[2] ودليل كل هؤلاء قوله صلى الله عليه وسلم: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »[3]، ولقوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ ﴾ [الطلاق: 2]

أمّا فيما يخص الأمور المالية بين الزوجين كتسمية المهر وتسمية عوض الخلع فاتفقوا على أنّها: تثبت بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين[4] لقوله سبحانه وتعالى:﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ [البقرة: 282]

أمّا الشهادة في الولادة فيكتفى بالنّساء منفردات[5]، فقال أبو حنيفة: تقبل في الولادة شهادة امرأة واحدة فإن كانت معتدة فادعت أنّها قد ولدت وشهدت امرأة فلم يثبت

---

[1]- السرخسي، المصدر السابق، ج16، ص115.

[2]- قال ابن حزم:" وقال ابن حزم: ولا يقبل في سائر الحقوق كلها من الحدود والدماء، وما فيه القصاص والنكاح، والطلاق، والرجعة، والأموال، إلا رجلان مسلمان عدلان؛ أو رجلان وامرأتان كذلك، أو أربع نسوة كذلك – ويقبل في كل ذلك – حاشا الحدود – رجل واحد عدل أو امرأتان كذلك مع يمين الطالب". ابن حزم، المصدر السابق،ج8، ص476.

[3]- رواه الدار قطني،سنن الدار قطني، كتاب النكاح،ر ح: 3534، ج4، ص 324.ورواه البيهقي،كتاب النكاح، باب:لانكاح إلا بشاهدين عدلين، رح: 13719، ج7، ص202، قال الذهبي في المهذب: إسناده صحيح، زين الدين محمد المناوي القاهري، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى – مصر، ط1، سط: 1356هـ ج6، ص438.

[4]- النووي، المجموع شرح المهذب، المصدر نفسه، ج20، ص 254. أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث – القاهرة، دذط، سط: 1425هـ - 2004 م،ج4، ص248.إبن القيم، اعلام الموقعين، المصدر السابق، ج1، ص72.

[5]- أبو جعفر الطحاوي، المصدر السابق، ج3، ص346، النووي، المجموع شرح المهذب، المصدر السابق، ج20، ص 256-257.ابن حزم، المصدر السابق، ج8، ص482.

النسب من الزوج إلا برجلين أو رجل وامرأتين، وقال أبو يوسف ومحمد يثبت بشهادة إمرأة وكذلك المتوفى عنها، و قال الشافعي لا تقبل أقل من أربع نسوة، وقال مالك لا تجوز في الولادة وفي عيوب النساء أقل من امرأتين.

ورغم هذا الاختلاف في عدد النّساء إلا أنّ مسألة إثبات الولادة من المسائل التي جاء فيها التّساهل وفي هذا التّساهل والتّخفيف ترجيح لمصلحة الولد، ولأنّ الشّارع أعطى أولوية لاتصال الأنساب وعدم انقطاعها ولهذا اكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب من شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوى المجردة مع الإمكان، وظاهر الفراش[1].

كما يوجد هذا التّساهل في العيوب المخلة بالعشرة الزوجية[2]، فقيل يكتفى بشهادة إمرأة واحدة في العيوب الزوجية، فيقبل في عيوب النساء، وما لا يطلع عليه إلا النّساء إمرأة واحدة، وهو قول سفيان الثوري وأبو حنيفة، وأصحابه، لأنّ التوسع في العدد، توسع في الاطلاع على العورات من غير ضرورة. أمّا الشافعية قالوا[3]: "يقبل فيما لا يطلع الرجال من الولادة والرضاع والعيوب التي تحت الثياب شهادة النساء منفردات لأنّ الرجال لا يطلعون عليها في العادة فلو لم تقبل فيها شهادة النّساء منفردات بطلت عند التجاحد، وأجازوا في الرضاع شهادة المرضعة[4].

---

[1]- ابن القيم، الطرق الحكمية، المرجع السابق، ص187.

[2]-أبو جعفر الطحاوي، المصدر السابق، ج3، ص346، النووي، المجموع شرح المهذب، المصدر السابق، ج20، ص 256-257.ابن حزم، المصدر السابق، ج8، ص482.

[3]- وأضافوا أنّه لا يثبت شئ من ذلك إلا بعدد لأنها شهادة فاعتبر فيها العدد ولا يقبل أقل من أربع نسوة لأن أقل الشهادات رجلان وشهادة امرأتين بشهادة رجل، النووي، المجموع شرح المهذب، المصدر نفسه، ج20، ص 256-257.

[4]- النووي، المجموع شرح المهذب، المصدر نفسه، ج20، ص156، ابن حزم، المصدر نفسه، ج8، ص476.

وقال ابن رشد: "شهادة النّساء مفردات، أعني النّساء دون الرجال –فهي مقبولة عند الجمهور في حقوق الأبدان التي لا يطلع عليها الرجال غالبا مثل الولادة والاستهلال وعيوب النّساء. ولا خلاف في شيء من هذا إلا في الرضاع فإنّ أبا حنيفة قال: لا تقبل فيه شهادتهن إلا مع الرجال، لأنّه عنده من حقوق الأبدان التي يطلع عليها الرجال والنساء"[1]. وحصرها الحنابلة في خمسة مسائل فقال: "والذي تقبل فيه شهادتهن منفردات خمسة أشياء: الولادة، والاستهلال، والرضاع، والعيوب تحت الثياب كالرتق والقرن والبكارة والثيابة والبرص، وانقضاء العدة"[2] .

أمّا من النّاحية القانونية فلا نجد أنّ القاضي يتقيد بعدد الشّهود، ولا بسنهم، ولا بجنسهم أيضا، فقد يبني حكمه بناء على شهادة شاهد واحد، كما قد يقنعه شهادة الاثنان، ولا تقنعه شهادة ثلاثة أشخاص أو أكثر، وقد لا يصدق الرجل، وتصدق المرأة، وقد يستعين القاضي بشهادة القاصر للاستئناس، أو فاقد الأهلية أبلغ من شهادة الرجل البالغ[3]. وفي هذا تعارض مع أحكام الفقه الإسلامي إلا أنّه من حيث التّطبيق القضائي نجد أنّ القضاء الجزائري أصدر قرارا يرفض فيه شهادة امرأتين في تثبيت عقد زواج عرفي فجاء فيه:" والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولما كان من الثابت في قضية الحال أنّ القرار المطعون جاء خاليا من أية حجة أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين

[1] – ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج4، ص247.

[2] – ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج10 ، ص137.

[3] – السنهوري، المصدر السابق، ج1، ص222-223.

لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعا"[1]. فهذا القرار الذي جاءت به المحكمة العليا قد أسس بناء على أحكام الشريعة الإسلامية، كما يمكن القول أنّ هذا القرار قد تشدد في كيفية إثبات الزواج و لم يتساهل فيه بالرغم من أنّ القانون لا يحدد نصابا للشهادة كما سبق وقلنا.

ثانيا: إجازة الإثبات بشهادة السماع في مسائل الأسرة على سبيل التّخفيف

لقد جوز الفقهاء أيضا الشهادة بالتسامع[2] إستثناء في مسائل الأسرة، لأنّ الأصل في الشهادة تكون بالمعاينة، أي أن تكون بمعاينة المشهود به بنفسه لا بغيره، كما في النّكاح والنسب والموت، لأنّ مبنى هذه الأشياء على الاشهار فقامت الشهرة فيها مقام المعاينة. وأيضا في النّسب لأنه مبنى على الاشتهار، فقامت الشهرة فيه مقام السماع[3] بنفسه، وكذلك تجوز شهادة السماع في ضرر الزوجين[4].

---

[1]- المحكمة العليا: قرار رقم: 43889، المؤرخ بـــ:1986/02/15م. المجلة القضائية، ع 2، سط: 1993م، ص37.

[2]- عرفها ابن عرفة فقال: " لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين" فهي الشّهادة بما هو شائع بين الناس فصاحبها لا يروي عن شخص معين ولا عن واقعة بالذات بل يشهد بما تتسامعه الناس وتتناقله عن هذه الواقعة ولذلك فهي غير قابلة للتحري. محمد بن قاسم الأنصاري، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة للرصاع)، المكتبة العلمية، بيروت- لبنان، ط1، سط: 1350هـــ، ج1، ص455، رشيد العراقي، طرق إثبات الإلتزام، مجلة الملحق القضائي، المملكة المغربية، ع30،سط: 1995م، ص29.

[3] – من النّاحية القانونية هناك فرق بين شهادة التّسامع وشهادة السماع فالأولى يقصد بها الشهادة بما سمعه شخص عن أشخاص أو بما شاع بين النّاس أما الثّانية فيقصد بها ما سمعه شخص من شخص عاين أو شاهد الواقعة محل النّزاع.

[4]- الكاساني، المصدر السابق، ج6، ص266 ،شمس الدين الحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، سط: 1412هـــ - 1992م، ج4، ص34، ابن رشد ، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، المصدر السابق، ج10، ص232.

ومن النّاحية القانونية وبالرغم من عدم وجود نص صريح ينص على الأخذ بشهادة السّماع، إلا أنّ المحكمة العليا قد أخذت بهذا النوع من الشّهادة فجاء في أحد قراراتها:"من المقرر شرعًا أنّ الزواج لا يثبت إلاّ بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السّماع التي يشهد أصحابها أنّهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين"[1]وجاء في قرار آخر: "من القواعد المقررة شرعا أنّ التّنازع في الزّوجية إذا إدعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإنّ إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السّماع الفاشي"[2].

ووجب التّفريق بين الشهادة بالسّماع والشهادة بالشهرة العامة فهذه الأخيرة لا تعتبر شهادة بالمعنى الصّحيح بل هي ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية تدون فيها وقائع معينة يشهد فيها شهود يعرفون هذه الوقائع عن طريق الشّهرة العامة[3] كما لو تعذر على أحد الزوجين إثبات عقد الزواج عند عدم تمكنهم من تسجيله لسبب ما فيلجؤون إلى الموثق برفقة شهود يشهدون بمعرفتهم لحالة الزواج عن طريق الشهرة العامة[4].

[1]- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم: 53272، الصادر بتاريخ: 27/ 03/ 1989م، المجلة القضائية، ع3، سط: 1990م، ص82.

[2]- المحكمة العليا: قرار رقم: 43889، المؤرخ بـــ:1986/02/15م. المجلة القضائية، ع 2، سط: 1993م، ص37.

[3]- عبد الحميد الشواربي، الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، منشأة المعارف – الاسكندرية، دذط، سط:1996م، مرجع سابق، ص174.

[4]- يحيى يكوش، مرجع سابق، ص192.

ثالثا: الاعتماد القانوني لشهادة الأقارب في مسائل الأسرة

وأيضا من الإستثناءات الخاصة بمسائل الأسرة مسألة شهادة الأقارب، فالأصل فيها عدم القبول، إلاّ في مسائل الحالة كالزواج والطلاق والنّسب والولادة والوفاة والضّرر فتجوز استثناء، وذلك بموجب نص المادة 153من ق إ م وإ:"لا يجوز سماع أي شخص كشاهد إذا كانت له قرابة أو مصاهرة مباشرة مع أحد الخصوم. لايجوز سماع شهادة زوج أحد الخصوم في القضية التي تعني زوجه، ولو كان مطلقا. لا يجوز أيضا قبول شهادة الإخوة والأخوات وأبناء العمومة لأحد الخصوم ....غير أنّ الأشخاص المذكورين في هذه المادة، باستثناء الفروع، يجوز سماعهم في القضايا الخاصة بحالة الأشخاص والطلاق".

وإنّ السّبب في هذا الاستثناء هو أنّ هؤلاء الأشخاص هم أكثر الفئات معاينة بحكم صلتهم وارتباطهم ببعضهم[1]، وهذا ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا حيث جاء في أحد قراراتها" :من المستقر عليه أنّه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق وحيث إنّه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنّه مؤسس تأسيسا جيدا، ومبرر بما فيه الكفاية، خاصة وأنّ القانون يجيز الاستماع لشهادة الأقارب باستثناء الأبناء....."[2]، وبناء على هذا نجد المشرع الجزائري لم يحدد درجة القرابة أوالمصاهرة التي تجوز معها الشّهادة في مسائل الأسرة فالنّص يؤخذ على إطلاقه.

---

[1]- حجاري محمد، مقال سابق، ص150-151.

[2]- المحكمة العليا: قرار رقم: 188707، المؤرخ ب: 1998/03/17م، والقرار رقم:84384، المؤرخ ب:1992/09/29م، المجلة القضائية، عدد خاص بالإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا، سنة:2001م، ص 44-50

أمّا من النّاحية الفقهية لم نجد في أقوال الفقهاء ما يخصص شهادة الأقارب في مسائل الأسرة بل جاء الحديث على العموم، فشهادة الأقارب في الفقه الإسلامي محل خلاف بين الفقهاء، إلا أنّهم[1] اتفقوا على أنّه لا تجوز شهادة الولد لوالده والعكس وعللوا بالتهمة، أمّا الشافعي في قول له: إنّها تقبل لعموم قوله تعالى: ﴿ذَوَيْ عَدْلٍ﴾ [الطلاق: 2]، وهكذا وقع الخلاف في شهادة أحد الزوجين للآخر لتلك العلة، ولا ريب أنّ القرابة والزّوجية مظنة للتهمة، لأنّ الغالب فيهما المحاباة لما روي في أنّ **الرسول صلى الله عليه وسلم** بعث مناديا "أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين"[2]، قال الشّوكاني: "ولا ظنين" يمنع من قبول شهادة المتهم، فمن كان معروفا من القرابة ونحوهم بمتانة الدين البالغة إلى حد لا يؤثر معها محبة القرابة فقد زالت حينئذ مظنة التهمة و لم يكن كذلك، فالواجب عدم القبول لشهادته لأنّه

[1]- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج4، ص247. أبو القاسم ابن جزي، دذط، دذسط، ج1، ص203، شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت- ابنان، دذط، سط: 1415هـ - 1995م، ج2، ص226. النووي المجموع شرح المهذب، المصدر السابق، ج20، ص235. ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج10، 175. ابن حزم، المصدر السابق،ج8،ص474. الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج8، ص334.

[2]- البيهقي، السنن الكبرى، ح ر:20860، كتاب: الشهادات، باب: لا تقبل شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه ولا ظنين ولا خصم، ج10، ص339. ورواه مالك، الموطأ، ر ح:2667، كتاب الأقضية، في الشهادات، ج4، ص1043. وفي الباب من حديث عائشة مرفوعا بلفظ «لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر لأخيه، ولا ظنين ولا قرابة» رواه البيهقي، ر ح:2057، كتاب الشهادات، باب من قال لا تقبل شهادته.ج10، ص261، سنن الترمذي، ر ح: 2298، أبواب الشهادات، باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته، ج4، ص454، ورواه الدار قطني، رح:4601، كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري. باب في المرأة تقتل اذا ارتدت، ج5، ص438. وقال الشوكاني فيه يزيد بن زياد الشامي وهو ضعيف، قال الترمذي: لا يعرف هذا من حديث الزهري إلا من هذا الوجه، ولا يصح عندنا إسناده وقال أبو زرعة في العلل: منكر، وضعفه عبد الحق وابن حزم وابن الجوزي. الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج8، ص334.

مظنة للتهمة"[1]، يعني أنّه أجاز شهادة العدول من الأقارب، واختلف أيضا في شهادة الأخ لأخيه فقيل تقبل إذا كان عدلا، وقيل إذا أجيزت شهادة الأخ مع قربه، فشهادة سائر الأقارب أولى بالجواز.

وفي ختام هذه الجزئية نقول أنّ المشرع الجزائري جمع بين التّخفيف والتّشديد في التّعامل مع الشهادة في مسائل الأسرة على نحو خاص وهذا راجع كما سبق وقلنا إلى طبيعة هذه المسائل وصعوبة إثباتها، فهي قائمة على السّرية بالدرجة الأولى، لذا نجد أنّ المشرع قد ينتهج التّشديد في الإثبات عن طريق الشهادة كما في حالة إثبات الزواج، وقد يتغاضى عن ذلك التّشديد في حالات أخرى كإجازته لشهادة السماع وشهادة الأقارب. وهذا لا نجده في تعامله مع مسائل أخرى في مجالات أخرى.

الفرع الثاني: التّكامل بين الشهادة والكتابة في إثبات مسائل الأسرة

إنّ الشّهادة من المنظور القانوني لا تكسب نفس القوة التي هي للكتابة فتصريحات الشاهد قد تنقصها المصداقية وعدم الحسم في النّزاع، يقول السنهوري في مقارنته للإثبات بالبينة والكتابة:" لأنّ الكتابة المعدة للإثبات تشتمل عادة على الوقائع المتعلقة بالحق والتي تكون منتجة في الإثبات، لأنّها إنّما أعدت للوفاء بهذه الأغراض فلا يكون للقاضي مجال واسع في تقدير ذلك، أمّا في الإثبات بالبيّنة فيتسع المجال للقاضي في تقدير ما إذا كانت الوقائع التي استدعت الشهود من أجلها متعلقة بالدعوى ومنتجة في الإثبات"[2].

[1]- الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر نفسه، ج8، ص336.

[2]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص322.

فالكتابة معدة خصيصا لإثبات حق، ولو أثير نزاع فيه فيبقى لها قوة أكبر من الشهادة، فلو فرضنا أنّ القاضي قبِل الإثبات بها لكن يبقى مقيد بما ورد في الكتابة.

ولعل هناك عدة أسباب ساهمت في تقديم الكتابة إلى هذه المكانة، منها ضعف الوازع الديني وتجرؤ النّاس على شهادة الزور لأسباب مختلفة: منها الرشوة والاكراه والمحاباة، بالإضافة إلى سهولة الكتابة في العصر الحديث وانتشارها، فالاعتماد على التوثيق يعتبر أكثر حفظا من الاعتماد على الذاكرة. فالكتابة أقوى لأنّ الحقائق مسجلة، وقد يكون الكاتب مختص في حين قد يكون الشاهد مجرد إنسان رأى أمر عرضي لا يعرف عنه أي شيء ، ولهذا تعتبر دليل قوي.

وبالرغم من تمكن الكتابة من تحقيق السيادة في نظام الإثبات، إلا أنّه ما زال للشهادة أهمية في الإثبات في جميع المجالات، ونخص بالذكر مجال الأسرة، حيث تكون دليل مهيأ قوي إذا ما نشأت وقت التّصرف القانوني، فبتتبع مواد قانون الأسرة نجد أنّها تعتبر دليل مهيأ في عديد من الحالات: كالزواج والطلاق وإثبات النسب والوصية والهبة والحقوق المالية للزوجين فالمشرع الجزائري إعتمد عليها كدليل مهيأ لإثبات التّصرفات القانونية.

ولكن وجب القول أنّها قد تكون دليل غير مهيأ في حالات أخرى، لأنّها في الغالب تنصب على الوقائع المادية التي وقعت فجأة، فيتعذر إثباتها إلا عن طريق الشّهادة ومع ذلك قد تضعف قيمة الشهادة كوسيلة إثبات، إذا ما خضعت لبعض العوامل الشخصية التي تؤثر فيها وقد تتوافر أسباب أخرى تؤثر في نزاهة الشاهد (كتعرضه للخوف أو مصلحة أو ميل لأحد الخصوم) فالشّهادة تعتمد على ضمير الشّاهد، فهي تعد وسيلة إثبات وقتية أو

عابرة لذلك يتعين ألا يمضى وقت بين حصول الواقعة وأداء الشّهادة خشية ضياعها أو وفاة الشهود[1].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة نجد المشرع كيفها على أنّها دليل غير مهيأ إذا ارتبطت بالنّزاع كما جاء في المادة 17 من ق أ "في حال النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة "وأيضا في حالة النزاع على متاع البيت حسب المادة " 73 إذا وقع النّزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة". والنّزاعات المتعلقة بالنّفقة كما جاء في المادة 74 تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول أو دعو إليه ببينة" والمادة " 80 تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى و للقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى."

وقد دعم كل هذه المواد قرارات المحكمة العليا فأصدرت المحكمة العليا قرار بتاريخ 1986/12/15م تحت رقم 43889 قضت بما يلي:"من القواعد المقررة شرعا أنّ التنازع في الزوجية إذا ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإنّ إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السّماع الفاشي، والشّهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة عدلين ذكرين، ومن ثم فإنّ القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية"[2].

وللتّوفيق بين ما سبق ذكره نقول أنّ الشّهادة في المجتمعات القديمة كانت من أهم طرق الاثبات لدرجة أنّها كانت تفضل على الدليل الكتابي ويضع غالبية الفقه الاسلامي الشّهادة في المرتبة الأولى بين طرق الإثبات، والسّبب في ذلك يرجع إلى أنّ الاعتماد على

[1]- عيسى بن علي بن سالم الغافري، المرجع السابق، ص10.

[2]- المحكمة العليا، قرار رقم 43889، الصادر بتاريخ: 1986/12/15م، المجلة القضائية، 1993م، ع2، ص137.

الكتابة كان محدود المجال في فترة تكوين الفقه الاسلامي فضلا عن الضّمانات التي أحاط بها المشرع الاسلامي الشّهادة فقد كان القاضي يعرف أكثر أفراد مجتمعه ويعلم مقدار صدق كل واحد منهم و لم يكن يخشى إلا من تأثير الزمن على ذاكرته[1].

ونتيجة لحدوث تغيرات في المجتمعات، وانتشار عدة ظواهر فيها منها: قلة الثّقة واحتمال الكذب والزور، لجأت غالبية التّشريعات إلى الاعتماد على الكتابة لإثبات التّصرفات القانونية، ممّا أدى إلى حصر الإثبات بالشّهادة في الحالات التي حددها القانون، وبالتالي أخذت الكتابة مكانة ووصفت بأنّها أهم وأرقى دليل في الإثبات، وبعبارة أخرى نقول أنّ الإثبات بشهادة الشهود له قوة محدودة في نطاق التّصرفات القانونية لأنّ الأصل في إثباتها الدليل الكتابي، أمّا بالنّسبة للوقائع المادية فإنّ لشهادة الشهود قوة مطلقة.

المبحث الثاني:

مجال الإعتماد على الأدلة الغير مهيأة في إثبات مسائل الأحوال الشخصية

كما سبق وأشرنا أنّ الأدلة الغير مهيأة هي الطرق التي تهيأت وقت قيام النّزاع، أي أنّها أدلة لا تعد مقدما بل تكون مصاحبة للنّزاع، وهذه الأدلة متنوعة ومختلفة، ويمكن أن نصنفها إلى وسائل معفية من الإثبات كالإقرار واليمين والقرائن، وإلى وسائل التحقيق كالمعاينة، وشهادة متخصصة كالخبرة.

وفي هذه الجزئية سنتعرف على هذه الأدلة وماهو نطاق الاعتماد عليها؟ وهل هي عامة في جميع المسائل أم أنّها تنحصر في إثبات الوقائع المادية دون التّصرفات القانونية؟

[1]- السنهوري،المرجع السابق، ج2، ص 319.

المطلب الأول:

الوسائل المعفية من الإثبات وأهميتها في الأحوال الشخصية

إنّ الوسائل المعفية من الإثبات المتفق فيها بين الشّريعة والقانون هي: الإقرار، اليمين، والقرائن، وسوف نتناول في هذا المطلب الحديث باختصار عن هذه الوسائل لأنّ الحديث عنها يطول وهو متشعب في كتب الفقه والقانون.

الفرع الأول: قيمة الإقرار في مسائل الأحوال الشخصية

يعتبر الإقرار من أهم الوسائل المعفية من الإثبات على الاطلاق لأنّ الإقرار هو اعتراف بواقعة، وبالتّالي يعفي الطرف الآخر من عبء الإثبات، فيكون بذلك تنازلا من الخصم المقرّ عن حقه في مطالبة خصمه بإثبات ما يدعيه، لذا فالإقرار معتبر في إثبات جميع الوقائع، فهو ليس طريقا عاديا إنّما هو وسيلة معفية من عبء الإثبات.

ويرى بعض الفقهاء أنّ الإقرار[1] هو قلب لعبء الإثبات، لأنّ الأصل في الإثبات أنّ المدعى ملزم بتقديم البينة فإذا أقر المدعى عليه بالحق فإنّ ذلك إعفاء للمدعي من تقديم البينة، لكن هناك من يقول أنّ الإقرار قرينة قانونية كالمشرع الفرنسي الذي صنف الإقرار في باب القرائن. وسنقف من خلال هذا الفرع على المفهوم اللّغوي والاصطلاحي للإقرار إضافة إلى صور للإثبات بطريق الإقرار في مسائل الأسرة.

[1]- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 226- 227.

أولا: المعنى اللّغوى والاصطلاحي للإقرار

من معاني الإقرار في اللّغة[1]: الاعتراف والإذعان، أقر بالحق أي إعترف به، يقال قرره فأقر إذا حمله على الإقرار.

ومن النّاحية الشرعية نجد الاهتمام الكبير للفقهاء بهذه الوسيلة في الإثبات فقال الماوردي[2] عن الإقرار:" أكثر الحقوق لا يوصل إليها إلا بالإقرار فكانت الضرورة داعية إلى الأخذ به والحاجة ماسة إلى العمل عليه"[3]، ومن هذا تعددت تعريفات الفقهاء للإقرار نذكر منها:

عرفه الحنابلة بأنّه: "إخبار على وجه الخصوص ينفي عن نفسه التهمة والريبة"[4].وعرفه الحنفية[5] بأنّه: "إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه" أو "إخبار بحق عليه للغير" وعرفه

---

[1]- لسان العرب، المصدر السابق، باب قرر، ج5، ص103، محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع، المصدر السابق، ج1، ص332. الفارابي، الصحاح تاج اللغة، دار العلم للملايين – بيروت- لبنان، ط4، سط: 1407 هـ - 1987 م، ج2، ص790.

[2]- الماوردي، أبو الحسن (364 -450هـ ، 974- 1058م).أبو الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي. مفكر إسلامي. من وجوه فقهاء الشافعية وإمام في الفقه والأصول والتفسير، ومن مصنفاته: أدب الدنيا والدين، أعلام النبوة، الحاوي الكبير، الإقناع وهو مختصر لكتاب الحاوي الكبير. الذهبي، المصدر السابق، ج18، ص64.

[3]-أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، سط: 1419 هـ -1999 م، ج7، ص4.

[4]- إبن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج5، ص109.

[5]- فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة ، ط1، سط: 1313 هـ،ج5، ص2. - ابن عابدين، المصدر السابق، ج5، ص 588.،

المالكية: "إخبار على أمر يتعلق به حق الغير"[1] وعرفه الشافعية:"إخبار عن حق ثابت على المخبر، فإن كان بحق له على غيره فدعوى أو لغيره على غيره فشهادة"[2].

والإقرار ثابت بالكتاب لقوله تعالى: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ﴾ [النساء 135]، فقيل في تفسير هذه الآية: { شُهَدَآءَ لِلَّهِ} بالحق { وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ} بالإقرار[3]. وقوله تعالى: ﴿ۚ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِى ۖ قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَا ۚ قَالَ فَٱشْهَدُواْ وَأَنَا۠ مَعَكُم مِّنَ ٱلشَّٰهِدِينَ﴿٨١﴾﴾ [آل عمران 81]. ففي هذه الآية يطلب الله تعالى من النبيين الإقرار على العهد الذي قطعوه على أنفسهم معه على أن يؤمنوا بمحمد صلى الله عليه وسلم وينصروه[4].

ومن النّاحية القانونية عرفه المشرع الجزائري في المادة 341 من ق م : "الإقرار هو إعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة".

وعرفه فقهاء القانون بعدة تعاريفات نذكر منها تعريف عبد الرزاق السنهوري بأنّه "اعتراف شخص بإدعاء يوجهه إليه شخص آخر"[5].

---

[1]- إبن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص51.

[2]- الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص268.

[3]- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، سير القرآن (وهو اختصار لتفسير الماوردي)، المحقق:عبد الله بن إبراهيم الوهبي، دار ابن حزم – بيروت، دذط، دذسط، ج1، ص358.

[4]- شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن "تفسير القرطبي"، تحقيق : أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، ط2، سط: 1384هـ - 1964 م، ج4، ص125.

[5]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق ، ص 473.

وبعد عرض مجمل هذه التّعاريف نجد أنّ هناك توافق حول مفهوم الإقرار بين الفقه القانوني والفقه الإسلامي، إلا أنّ المشرع الجزائري يأخذ فقط بصورة الإقرار القضائي دون أن يتطرق للإقرار غير القضائي[1]، وعليه فإنّ الإقرار القضائي متى صدر مستوفيا لشروطه أصبح حجة قاطعة على صاحبه ويجب على القاضي أن يأخذ به و عدم إجراء أي بحث في موضوعه بعد حصوله، وهذه القطعية في الإثبات لا تغني المقر عن إثبات صدوره منه عن غلط أو تدليس أو إكراه ... [2]، والإقرار من النّاحية القانونية له عدة خصائص منها:

- **الإقرار عمل قانوني من جانب واحد**

الإقرار هو تصرف قانوني كباقي التّصرفات القانونية الأخرى، فلا بد أن يتوفر فيه شروط التّصرف القانوني، فهو يعتبر عمل قانوني لأنّه تعبير عن اتجاه إرادة المقر نحو احداث أثر قانوني معين هو ثبوت الحق في ذمته[3] وإعفاء المقر له من عبئ إثبات هذا الحق، فهو لا يتضمن إنشاء حق جديد في ذمة المقرِّ، وإنّما هو عبارة عن نزول الحق في المطالبة بإثبات الواقعة من طرف الخصم الذي يدعيها.

[1] – الإقرار غير القضائي هو الذي يقع خارج ساحة القضاء أو يقع أمام القضاء و لكن في غير الدعوى بالواقعة المقر بها، أنظر في هذا الصدد مفلح عواد القضاة ، البينات في المواد المدنية والتجارية، المرجع السابق ، ص 235 .

[2] – مفلح عواد، المرجع نفسه، ص227.

[3] – إنّ إقرار الرجل إما على نفسه أو على غيره أو على نفسه وغيره، فإنّ أقر على نفسه وهو رشيد طائع لزم أقر بمال أو بقصاص، ولا ينفعه الرجوع وإن أقر بما يوجب عليه الحد كالزنا والسرقة، له الرجوع لكن يلزمه الصداق والمال أما إقراره على نفسه وغيره فيقبل في حق نفسه ويكون شاهدا لغيره،. إبن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص53.

ومن هنا يشترط في الإقرار ما يشترط في سائر الأعمال القانونية الأخرى، من ضرورة تمتع المقر بإرادة معبرة ويترتب على اعتبار الإقرار عملا قانونيا أنّه ملزم بذاته وليس بحاجة إلى قضاء القاضي[1]. فبمجرد صدور الإقرار يلتزم المقر به ولايستطيع الرجوع عنه حتى لو لم يقبله المقر له، ومنها اتجاه إرادة المقر إلى إحداث أثر قانوني، بمعنى أن يكون الإقرار صادرا من المقر بقصد الاعتراف بالحق المدعى به، إضافة إلى وجوب أن يكون تعبير المقر تعبيرا عن إرادة جدية حقيقية[2] ويستوي في ذلك أن يكون الإقرار قد صدر من المقر أثناء استجوابه أو من تلقاء نفسه كما يستوي أن يكون الإقرار شفويا أو مكتوبا[3]، وإذا ورد في الإقرار ما يضر مصلحة المقر له فإنّه يستطيع أن يتجاهل الإقرار ويثبت دعواه من طريق آخر كما يستطيع إقامة الدليل على عدم صحة الجزء الذي جاء ضارا به[4].

- الإقرار عمل إخبار

الإقرار لاينشئ حقا جديدا وإنّما هو إخبار بحدوث واقعة معينة في وقت مضى أو ثبوت حق معين قبل تاريخه، ويتساوى فيه احتمال الصدق والكذب، ولكن بمجرد صدوره يصبح احتمال صدقه أقوى من احتمال كذبه، فيعتبر الإقرار بذلك قرينة قانونية

---

[1]- محمد صبري السعدي، مرجع سابق، ص 216.

[2]- طفياني مختارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، مذكرة لنيل شهادة الماجستر في القانون الخاص، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق والعلوم التجارية، بومرداس، الجزائر، 2006 ، ص56

[3]- قال الفقهاء: يكون الإقرار باللفظ أو ما يقوم مقامه، كالإشارة والكتابة والسكوت بقرينة. وجاء في المادة (1606) من مجلة الأحكام العدلية:" الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان". الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج1، ص235. مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، دذط، دذسط، ص317.

[4]- محمد صبري سعدي، المرجع السابق، ص 218.

على حقيقة المقر به، وهذه القرينة غير قاطعة إذ يجوز لمن تكون له مصلحة في هدمها أن يثبت كذب الإقرار، ولأنّ الإقرار عمل قانوني إخباري فهو مقرر لوجود الحق المقر به وليس منشأ له[1].

- الإقرار له حجة قاطعة قاصرة على المقر

إنّ الإقرار هو حجة قاصرة على المقر وحده[2] لذا أحاطه الفقه بشروط كثيرة حتى لا يكون مطية كذب وتزوير، وهو في واقع الأمر لا يعتبر طريقة إثبات بقدر ما هو إعفاء منه، ولذلك فالإقرار يغني عن إلزام مدعي الواقعة بتقديم أي دليل عنها، ولا تظهر أهميته إلا عندما يعوز الخصم الذي صدر لمصلحته الدليل على ما يدعيه فيضطر إلى الاعتماد على اعتراف خصمه.[3]

وقد نصت المادة 342 من ق م ج: "الإقرار حجة قاطعة على المقر ولا يتجزأ الإقرار على صاحبه إلا إذا قام على وقائع متعددة وكان وجود واقعة منها لا يستلزم حتما وجود الوقائع الأخرى."

[1]- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 265.

[2]- فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة ، ط1، سط: 1313 هـ، ج5، ص3، أبو الحسن برهان الدين المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت – لبنان، دذط، دذسط، ج3، ص178.الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج1، ص235. ابن حزم، المصدر السابق، ج7، ص105.

[3] - مفلح عواد القضاة، المرجع السابق ، ص 219.

ثانيا: حالات الإعتماد على الإقرار في الأحوال الشخصية

لقد اتفق الفقهاء [1]على أنّ الإقرار أقوى الأدلة الشّرعية، وذلك لانتفاء التهمة فيه غالباً. فقد قال الحنفية: أنّ الإقرار حجة شرعية فوق الشّهادة بناء على انتفاء التهمة فيه، ونص المالكية[2] على أنّ الإقرار أبلغ من الشهادة، والشافعية ذهبوا إلى أنّ الإقرار أولى بالقبول من الشهادة، فقال الماوردي[3]:"لأنّه لما لزم الحكم بالشهادة مع احتمالها كان الحكم بالإقرار مع قلة الاحتمال فيه أولى"، وقال ابن قدامة: "....ولأنّ الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة، فإنّ العاقل لا يكذب على نفسه كذبا يضر بها، ولهذا كان آكد من الشهادة، فإنّ المدعى عليه إذا اعترف لا تسمع عليه الشهادة، وإنما تسمع إذا أنكر"[4].

ومن خلال هذا النّقل يتبين لنا المكانة المهمة للإقرار من النّاحية الشرعية، فقد أخذ حيزا كبيرا في الإثبات عامة، وفي إثبات مسائل الأسرة على نحو خاص، إذ نجد الفقهاء تكلموا عن إثبات الزواج والطلاق والمهر والنسب والوصية والوقف .....والخ بالإقرار، وهو ما تبناه المشرع الجزائري في قانون الأسرة، فنجده وسع في مجال الاعتماد عليه، فالحقوق التي يثبتها الإقرار تتنوع: فمنها الحقوق المالية المتعلقة بالديون والمعاملات والإرث والوصايا، ومنها الحقوق المتعلقة بالأسرة كالإقرار بالزّواج والطلاق والرجعة وبحق

[1]- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج1، ص235.

[2]- ابن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص51.

[3]- وكذلك كتب الحكام في قضاياهم إذا كانت عن شهادة: أنّ كل ذي حق على حقه، ولم يكتبوا مثل ذلك في الحكم بالإقرار".الماوردي، الحاوي، المصدر السابق، ج7، ص4.

[4]- ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج5، ص109.

الحضانة والظهار والنّسب وإقرار المرضعة بالإرضاع أو غير ذلك، حيث نص المشرع في المادة 40 من ق أ على الإقرار بالنّسب وعده طريقا مشروعا لإثباته وله مكانته في القانون، شأنه شأن باقي الطرق الشّرعية الأخرى، وأيضا في مجال إثبات الزّوجية فإذا ادعى رجل أو امرة أنّهما متزوجان وأقر المدعي عليه بذلك أمام القاضي وتوفرت شروط الإقرار[1] أصبحت المصادقة على الإقرار توثيقا تسمع به الدعوى، في كل ما يترتب على الزوجية من آثار مادية ومعنوية، كما يمكن أن يعتمد عليه في إثبات كتير من الوقائع كنزاع النفقة والحضانة و الزيارة و متاع البيت.

وهذا ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات لها منها: من المقرر شرعا أن يثبت النسب بالاقرار:"ومتى تبين في قضية الحال أن المطعون ضده أقر بحمل الطاعنة بشهادة جماعة أمام الموثق ....."[2]. وسوف نأتي على تفصيل ذك في الباب الثاني من هذا البحث.

الفرع الثاني: نطاق الاعتماد على اليمين في مسائل الأحوال الشخصية

يعتبر اليمين من الوسائل المعفية من الإثبات، فهي تصلح للاعفاء من إثبات أية واقعة مادية أو تصرف قانوني، ولقد جاء الاهتمام بتنظيمه والنّص على أحكامه في كل من الفقه

[1]- ويشترط لصحة الاقرار : العقل والبلوغ والرضا وجواز التصرف.وأن لا يكون المقر هازلا. وان لا يكون أقر بمحال عقلا أو عادة. فلا يصح إقرار المجنون ولا الصغير ولا المكره ولا المحجور عليه ولا الهازل ولا بما يحيله العقل أو العادة لان كذبه في هذه الاحوال معلوم ولا يحل الحكم بالكذب.السيد سابق، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، ط3، سط: 1397 هـ - 1977 م، فقه السنة، ج3، ص422

[2]- المحكمة العليا: قرار رقم: 202430، بتاريخ: 1998/12/15م، المجلة القضائية، 2001م، العدد الخاص لاجتهاد غ أ ش و م، ص73.

الإسلامي والقانون الجزائري، وتم النص عليه في قانون الأسرة على أنه دليل استثنائي يلجأ إليه في الإثبات.

ولا خلاف بين العلماء في مشروعيته، إذا لم تكن للمدعي بينة. إلا أنّ هناك من استثنى بعض المسائل، فقال الحنابلة: لا يستحلف في النكاح والطلاق، لأنّ أمرهما أشد ولا يدخلهما البدل، وقال أبو الخطاب:" إلاّ في تسعة أشياء: النكاح والطلاق، والرجعة والرق، والولاء والاستيلاد، والنسب والقذف، والقصاص"[1]

أولا- اليمين من النّاحية اللغوية والاصطلاحية

يسمى الحلف في اللّغة يمينا لأنه يكون بأخذ اليمين[2]. ومعنى اليمين القوة قال تعالى:﴿لَأَخَذْنَا مِنْهُ بِٱلْيَمِينِ﴿٤٥﴾﴾ [الحاقة 45] أي بالقوة والقدرة منا، وقيل في قوله تعالى: ﴿قَالُوٓاْ إِنَّكُمْ كُنتُمْ تَأْتُونَنَا عَنِ ٱلْيَمِينِ﴿٢٨﴾﴾ [الصافات 28] أي تتقوون علينا وهي مطلق الحلف أي شيء كان من غير تخصيص، وقوله تعالى: ﴿فَرَاغَ عَلَيْهِمْ ضَرْبًۢا بِٱلْيَمِينِ﴿٩٣﴾﴾ [الصافات93] يحتمل الوجوه الثلاثة: أي بيده اليمنى أو بقوته أو بحلفه[3]. قال السرخسي:"فما يستعمل بالعهود والتوثيق والقوة يسمى يمينا"[4].

[1]- ابن مفلح، المصدر السابق، ج8، ص353.
[2]- إبن منظور، المصدر السابق، فصل الياء، ج13، ص460.
[3]- أبو الفضل الحنفي، المصدر السابق، ج4، ص45.
[4]- السرخسي، المصدر السابق، ج8، ص126.

ومن النّاحية الإصطلاحية لليمين معنيان، معنى عام ومعنى خاص: فالمعنى العام يشمل كل أنواع الأيمان[1]. فعرفها النووي بـــ: " تحقيق الأمر أو توكيده بذكر اسم الله تعالى أو صفة من صفاته[2].

والمعنى الخاص يتعلق باليمين القضائية وهي التي تكون أمام القاضي وعرفت بأنّها: "تأكيد ثبوت الحق أو نفيه أمام القاضي بذكر اسم الله أو بصفة من صفاته[3].

وما يهمنا في هذا المقام هو اليمين القضائية كونها من وسائل الإثبات لورود النّص عليها، ودل على مشروعيتها قوله صلّى الله عليه وسلم: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»[4] وفي رواية «البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»[5].

وعرفها فقهاء القانون بعدة تعريفات إلا أنّها لا تخرج عن المعنى الشرعي، فعرفت بأنّها: "إخبار عن أمر مع الاستشهاد بالله تعالى على صدق الخبر"[6].

---

[1]- قسمها الأحناف إلى ثلاثة: يمين الغموس: وهي الحلف على أمر ماض أو حال يتعمد فيها الكذب فلا كفارة فيها.يمين اللغو: وهي الحلف على أمر يظنه كما قال وهو بخلافه، فنرجو أن لا يؤاخذه الله بها.يمين المنعقدة: وهي الحلف على أمر في المستقبل ليفعله أو يتركه. أنظر: أبو الفضل الحنفي، المصدر السابق، ج4، ص46. السرخسي، المصدر السابق، ج8، ص126.

[2]- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- عمان، ط3، سط: 1412هـ / 1991م، ج11، ص3.

[3]- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر - سوريَّة - دمشق ، ط4، دذسط، ج8، ص199.

[4]- سبق تخريجه، ص:4.

[5]- سبق تخريجه، ص:25

[6]- سليمان مرقس، المرجع السابق ، ج 1، ص595 .

أي أنّ اليمين هي تأييد الحالف لخبره بالقسم باسم الله[1].

واليمين من النّاحية القانونية نوعان قضائية وغير قضائية، فالأولى هي التي تحلف أمام القضاء، والثانية هي التي تحلف أو يتفق على حلفها في غير مجلس القضاء[2]، وهذه الأخيرة ليست لها أحكام خاصة بل تخضع للقواعد العامة، فإذا اتفق شخصان على أنّ أحدهما يحلف اليمين على حق مدعى به فهذا الإتفاق أو هذه اليمين تعتبر في حد ذاتها واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات[3].

وإذا كان المُراد باليمين تحقيق أمر أوتوكيده بذكر اسم الله تعالى، فإنّ النكول[4] عن أدائها يعني امتناع من وجهت إليه اليمين عن حلفها سواء كان مدعي أو مدعى عليه، ونصت عليه المادة 347 من ق م ج ":كل من وجهت إليه اليمين فنكل عنها دون ردّها على خصمه، وكل من ردّت عليه اليمين فنكل عنها خسر دعواه". فالمشرع الجزائري بهذه المادة واضح وصريح في اعتبار النّكول عن اليمين وسيلة إثبات.

ولكن من النّاحية الشّرعية هناك خلاف بين الفقهاء، فذهب المالكية والشافعية وفي أحد روايتين عند الحنابلة لا يكون حجة يقضى بها على المدعى عليه، بل إذا نكل في دعوى المال أو ما يؤول إليه ردت اليمين على المدعي بطلب المدعى عليه، فإن حلف

---

[1]- علي حيدرخواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تر: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، سط: 1411هـ/1991م، ج1، ص74.

[2]- سليمان مرقس، المرجع نفسه ، ص596 .

[3]- السنهوري، ص515.

[4]- النكول لغة: الامتناع. يقال: نكل عن اليمين؛ أي امتنع عنها. وهو كذلك في الاصطلاح إذا كان في مجلس القضاء. الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج1، ص242.

المدعي قضي له بما طلب وإن نكل المدعي رفضت دعواه، فقد أقاموا نكول المدعى عليه مقام الشاهد [1]. وعند الحنفية أنّ المدعى عليه إذا نكل عن اليمين الموجهة إليه قضي عليه بنكوله لكونه باذلا[2] أو مقرا، إذ لولا ذلك لأقدم على اليمين ليدفع الضرر عن نفسه[3].

ويعتبر النّكول إقرار على مذهب الصاحبين، فإن تداعى الزوجان بشأن وجود زواج و لم توجد البينة، ولا اقرار توجه اليمين إلى المرأة، فإن حلفت رفضت دعوى الزوج، وإن نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج[4]. وفي رواية للحنابلة يقضى بها اذا نكل المدعي عليه[5].

ثانيا: مجال اعمال اجراءات آداء اليمين في الأحوال الشخصية

إنّ اليمين طريق من طرق الإثبات غير المباشرة في الإثبات القضائي لكون دلالتها لا تنصب مباشرة على الواقعة المراد إثباتها، فهي احتكام إلى ذمة الخصم، يلجأ إليها في الغالب من لا يملك الدليل أو على الأقل لم يتهيأ له الدليل، ومن فوائدها كما قال ابن القيم: "انقطاع الخصومة والمطالبة في الحال، وتخليص كل من الخصمين من ملازمة الآخر،

[1]- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج1، ص242، ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص101،

[2] - معناه ترك المنازعة والإعراض عنها وإباحة المال والتبرع به في سبيل قطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم، أي أنّ النكول له أثر سلبي عند أبي حنيفة، ومعناه عند الصاحبين: الإقرار بالحق، أي أنّ أثره إيجابي،لابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص 124

[3]- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع نفسه، الصفحة نفسها، ابن فرحون، تبصرة الحكام، المصدر السابق، ص225.

[4]- ابوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مدينة نصر- القاهرة، ط2، سط:1957م، ص271.

[5]- ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، سط: 1414 هـ - 1994 م، ج4، ص240.

ولكنها لا تسقط الحق، ولا تبرئ الذمة، باطنا ولا ظاهرا. فلو أقام المدعي بينة بعد حلف المدعى عليه: سمعت وقضي بها[1].

واتفق الفقهاء على أنّ اليمين تشرع في حقوق الآدمي إلاّ في النّكاح والطلاق، لأنّ هذا ممّا لا يحل بدله فلم يستحلف فيه كحقوق الله سبحانه، وقيل: "تشرع اليمين في كل حق إلا تسعة أشياء: النكاح، والرجعة، والطلاق، والرق، والولاء، والاستيلاد، والنسب، والقذف، والقصاص، لأنّ البدل لا يدخلها فلم يستحلف فيها كحقوق الله تعالى"[2].

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نص عليها المشرع في حالتين، حينما نص على إثبات الحقوق المالية في حال النّزاع على الصداق، وأيضا في حال النّزاع على متاع البيت عند الانفصال من خلال المادين 17 و 73 من ق أ ج، إلا أنّ مجال اعمالها في مسائل الأسرة واسع ولا ينحصر في هاتين الحالتين في الحقيقة، حيث قد يعتمد عليها في إثبات الزوجية و الضّرر وإثبات مختلف الوقائع المادية على ما سيأتي بيانه وتفصيله في الباب الثاني من هذا البحث.

وبالرجوع إلى نص المادة 17 من ق أ ج نجدها تنص على:" في حال النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما و ليس لأحدهما بينة و كان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتهما مع اليمين وإذا كان بعد البناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين."

[1]- ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص99.

[2]- عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، دذط، سط: 1424هـ 2003 م، ص697.

ونصت المادة 73 منه على" إذا وقع النّزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال .والمشتركات بينهما يقتسمها مع اليمين." وتسمى هذه اليمين باليمين الحاسمة[1]، ويلجأ إليه الخصم، عندما يصعب عليه الإثبات، فلا يجد مفرا من الاحتكام إلى اليمين، فيحسم بها النّزاع، وقد جاء في المادة 343 من ق م ج الفقرة 1"يجوز لكل من الخصمين أن يوجه اليمين الحاسمة إلى الخصم الآخر على أنّه يجوز للقاضي منع توجيه هذه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك".

فالقاضي ليس له أن يوجه اليمين الحاسمة من تلقاء نفسه، فهي تكون من الخصمين، إلا أنّ المشرع أجاز له أن يمنع توجيه اليمين الحاسمة إذا كان من وجهها متعسفا في ذلك استنادا للمادة نفسها، و هو ما أكدته المحكمة العليا في احد قراراتها "يجوز للقاضي منع توجيه اليمين إذا كان الخصم متعسفا في ذلك"[2].

وهذه اليمين لها أساس في الشريعة الإسلامية: لقوله صلى الله عليه وسلم: «ألك بينة، فقال لا، فقال : لك يمينه »[3]، فالرسول صلى الله عليه وسلم سأل ورتب اليمين على فقدان البينة فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف، ولا بد من طلبها من المدعي. ولأنّ

---

[1]- وهي اليمين التي يقوم أحد الخصوم بتوجيهها إلى خصمه في الدعوى إذا لم يتمكن من تقديم دليل المطلوب فالقاعدة أنّ (البينة على من ادعى واليمن على من أنكر)، وللموجهة إليه اليمين يحق له أن يردها إلى من طلبها، وبالتالي فإنّه بأداء هذه اليمين ينتهي النزاع وتنحسم الدعوى عيسى بن علي بن سالم الغافري، مقال سابق، ص12.

[2] - المحكمة العليا: قرار رقم 39335، الصادر في 1990/04/30 ، المجلة القضائية، 1992م، ع1، ص29.

[3]-رواه أبو داوود، كتاب الاقضية، باب الرجل يحلف على علمه فيما غاب عنه، رح:3623، ج3، ص312.والترمذي، أبواب الأحكام، باب ما جاء في أن البينة على المدعي، واليمين على المدعى عليه، رح:1340، ج3، ص617، ورواه مسلم بلفظ:قال: «ببينتك» قال: ليس لي بينة، قال: «يمينه» قال: إذن يذهب بها، قال: «ليس لك إلا ذاك»، كتاب:الأيمان، باب:وعيد من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة بالنار، رح:139، ج1، ص124.

اليمين حق له فلا يستوفيه القاضي من غير إذنه، فإن حلّف القاضي المدعى عليه قبل طلب المدعي، أو حلف المدعى عليه قبل أن توجه إليه اليمين لم يعتد بها لأنّها يمين قبل وقتها وللمدعي أن يطالب بإعادتها [1]، يعني أنّ توجيه اليمين مقترن بانعدام الدليل إضافة إلى طلبها من المدعي وليس للقاضي سلطة في توجيهها.

أمّا في حالة ما إذا لجأ إليها القاضي لإتمام ما في الأدلة من نقص، فيوجهها من تلقاء نفسه إلى أي من الخصوم، فتسمى باليمين المتممة[2]، وهي التي يقوم القاضي بتوجيهها من تلقاء نفسه، فنصت المادة 348 من ق م ج "للقاضي أن يوجه اليمين تلقائيا إلى أي من الخصمين ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في ما يحكم به. ويشترط عند توجيه هذه اليمين ألا يكون في الدعوى دليل كامل، وألا تكون الدعوى خالية من أي دليل".

ويفهم من نص المادة أنّه يشترط ألا يكون في الدعوى دليل كامل لأنّ الهدف من اليمين المتممة تكميل الدليل وليس توفير دليل لم يكن موجودا [3]، وألا يكون في الدعوى دليلا كاملا فإذا توفر دليلا كاملا فعلى القاضي الحكم في الدعوى دون الحاجة إلى يمين متمة، ونصت المادة 349 من نفس القانون على أنّه: "لا يجوز للخصم الذي وجه إليه القاضي اليمين المتممة أن يردها على خصمه".

---

[1]- محمد شاكر رشيد صالح، مقال: القضاء بالنكول عن اليمين في الشريعة والقانون، من موقع: http://www.iasj.net/ias ، ت ز: 25-02-2019م ص5.

[2]- وجب التنبيه إلى أنّ اليمين المتممة لا تعفي من الإثبات بل هي طريق تكميلي للإثبات ولا تعفي منه، السنهوري، االمرجع السابق، ص515.

[3]- عيسى بن علي بن سالم الغافري، مقال سابق، ص12.

الفرع الثالث: الإعتماد على القرائن في إثبات مسائل الأسرة

ممّا لا شك فيه أنّ القرائن لها دور قوي في الاستئناس والتَّرجيح، وتعيين جانب أقوى المتداعين في الخصومة ويتبين بذلك من هو المدعي وأيهما المدعى عليه[1]، ولا خلاف بين الفقهاء كما قال البوطي بين أثر القرائن في القضاء[2].

وبتتبع كتب الفقهاء نجدهم في الواقع يرتبون أحكاما على أساس اعتبارهم للقرائن[3]. إلاّ أنّ هناك من اعتبرها وسيلة من وسائل الإثبات، وصرح بالأخذ بها والتعويل عليها كابن فرحون من المالكية :"في القضاء بما يظهر من قرائن الأحوال والأمارات"[4] قال: "والعمل في ذلك على القرائن، فإن قويت حُكم بها، وإن ضعفت لم يلتفت إليها، وإن توسطت توقف فيها، وكشف عنها، وسلك طريق الاحتياط. هذا كله ما لم يعارض معارض، فإن عارض ذلك شيء نظر فيه"[5]. واستشهد بحكم رسول الله صلى الله عليه وسلم وخلفائه من بعده بالقافة وجعلها دليلا على ثبوت النسب، وقال وليس فيها إلا مجرد الأمارات والعلامات[6].

---

[1]- البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق-سوريا، ط2، سط: 1981م- ص195-196.

[2]- البوطي، المرجع نفسه، ص 197.

[3]- النووي، المجموع شرح المهذب، المصدر السابق، ج9، ص167. الزيلعي، المصدر السابق، ج3، ص299، ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي، ط2، دذسط، ج7، ص205.

[4]- ابن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص117.

[5]-ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص131 .

[6]- ابن فرحون، المصدر نفسه، ج2، ص119.

وقوله صلى الله عليه وسلم: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[1] ، فجعل صماتها قرينة على الرضا، وتجوز الشهادة عليها بأنّها رضيت، وهذا من أقوى الأدلة على الحكم بالقرائن[2].

وقال ابن القيم:"والحاكم إذا لم يكن فقيه النّفس في الأمارات ودلائل الحال، ومعرفة شواهده، وفي القرائن الحالية والمقالية كفقهه في كليات الأحكام: أضاع حقوقا كثيرة على أصحابها، وحكم بما يعلم النّاس بطلانه، لا يشكون فيه، اعتمادا منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن أحواله"[3].

أمّا القرافي[4] لم يعتبر القرائن وسيلة إثبات فقال:"كما أنّ قرائن الأحوال لا نثبت بها الأحكام والفتاوى، وإن حصلت ظنا أكثر من البينات والأقيسة وأخبار الآحاد لأنّ الشرع لم يجعلها مدركا للفتوى والقضاء"[5].

[1]- رواه مسلم، كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النّكاح بالنطق، والبكر بالسكوت، ر ح:1421، ج2، ص1037، من حديث ابن عباس.

[2]- ابن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص120.

[3]- ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص4.

[4]- القرافي (684 هـ 1285 م) أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن، أبو العباس، شهاب الدين الصنهاجي القرافي: من علماء المالكية نسبته إلى قبيلة صنهاجة (من برابرة المغرب) وإلى القرافة (المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي) بالقاهرة. وهو مصري المولد والمنشأ والوفاة، له مصنفات جليلة في الفقه والأصول، منهاأنوار البروق في أنواء الفروق، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرف القاضي والإمام، الذخيرة في فقه المالكية، شرح تنقيح الفصول في الأصول. الزركلي، المصدر السابق، ج1، ص95.

[5]- القرافي، الفروق، المصدر السابق، ج4، ص65، القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج10، ص197.

أولا:ماهية القرائن

في اللّغة القران جمع قرينة، والقرينة: مأخوذ من المقارنة، بمعنى المصاحبة والملازمة وقد اقترن الشيئان وتقارنا. يقال قرن الشيء بالشيء وصله به، وقارن الشيء مقارنة، وفلان قرين لفلان أي مصاحب له[1].

ومن النّاحية الإصطلاحية وبالرجوع إلى مصادر الكتب الفقهية لا نجد تعريفا للقرينة على الرغم من اعتبارها دليل في الإثبات غير تعريف الجرجاني الذي عرفها بقوله:"القرينة هي أمر يشير إلى المطلوب"[2].

وعرفت بتعريفات كثيرة في الفقه المعاصر نورد بعضا منها

عرفها البوطي[3] بقوله:"القرينة هي أمر يشير إلى المطلوب على سبيل الترجيح لا اليقين"[4] وعرفت أيضا: "القرينة هي الإمارة التي بلغت حد اليقين "[5]. أو "هي الأمارة التي ترجح أحد الجوانب عند الاشتباه، وقيل القرينة ما يترجح به المرجوح، وقد تكون القرينة

[1]- ابن منظور، المصدر السابق، مادة قرن، ج13، ص336. الجرجاني، المصدر السابق، ص174.

[2]- الجرجاني،المصدر نفسه، ص174.

[3]- محمد سعيد رمضان البوطي ولد سنة 1929 م في الجزيرة الفراتية في الحدود التركية أخذ العلم عن والده ودرس في الأزهر ونال الدكتوراه يعمل مدرسا في كلية الشريعة بدمشق له الكثير من المؤلفات من أهمها كتاب ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية ومحاضرات في الفقه المقارن وفقه السيرة وغيرها توفي سنة 2013م.

[4]- محمد البوطي، المرجع السابق، ص195.

[5]- السيد سابق، المرجع السابق، ج3، ص454.

قطعية[1]، "القرينة هي استنباط الشارع أو القاضي أمرا مجهولا من أمر معلوم فهي دليل غير مباشر"[2].

باستقراء هذه التعريفات يمكن القول أنّ القرائن تعتبر دليلا غير مباشر من النّاحية الشرعية، فهي ترجيح بين أمرين على سبيل الظّن لا اليقين.

ومن الجانب القانوني لا نجد تعريف للقرائن في القانون الجزائري مع العلم أنّ المشرع الجزائري قد اعتبرها وسيلة إثبات، ونص عليها في قانون الأسرة إضافة إلى أنّه نظمها في المواد 337 إلى المادة 34من القانون المدني الجزائري، فالمشرع بذلك ترك مهمة التعريف إلى فقهاء القانون ومن ذلك عرفت القرينة بأنّها:" هي ما يستخلصه القاضي أو المشرع من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول"[3].

فالقرينة إذا هي: ما يستخلص من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول يستعين بها القاضي لترجيح أمر على أمر آخر، فتوفر القرينة يغني عن دليل الإثبات بحيث تساعد في الوصول للأمر المرجو الوصول إليه بصورة غير مباشرة عن طريق الواقعة المعلومة[4].

ثانيا- نطاق الإعتماد على القرائن في إثبات مسائل الأسرة

وجب التفريق بين القرينة القانونية والقرينة القضائية: فالقرينة القضائية هي التي تكون من اجتهاد القاضي وله سلطة واسعة في استنباطها، فهي موكولة لحكمة القاضي يستنبطها

[1]- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق،ج4، ص402.

[2]- أحمد إبراهيم بك، واصل أحمد إبراهيم، المرجع السابق، ص683

[3]- عبد الحميد الشواربي، مرجع سابق، ص18 .

[4]- لحميم زليخة، مقال سابق، ص9

من حيثيات الدعوى وظروفها وتعتبر قرائن غير قطعية إذ يمكن للخصم دحضها كما يمكن إثبات عكسها[1].

ويمكن للقاضي أن يقرر قرينة ثم يعدل عنها في دعوى أخرى حتى وإن تماثلت الظروف، فالقرائن القضائية لا يؤخذ بها إلا حيث يؤخذ بالشهود[2]، كما نصت المادة المادة 340 ق م ج"يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة مالم يقررها القانون ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجيز فيها القانون الإثبات بالبينة"، فبموجب النّص تعتبر القرينة القضائية دليلا بشهادة الشهود فيلزم الخصم المكلف بالإثبات بجمع الأمارات والعلامات من وقائع الدعوى.

أمّا القرينة القانونية فمصدرها القانون وجاء بها المشرع مبعثرة في مواده، فوردت على سبيل الحصر فلا يمكن التّوسع فيها أو القياس عليها، وتكون ملزمة للقاضي ولا يسعه مخالفتها[3].

وتتميز القرينة القانونية بالإضافة إلى خاصية التّعميم والتّجريد وكذا خاصية الإلزام، في أنّها من طرق الإثبات التي تكون من عمل المشرع وحده، وبناء على هذه الخاصية اختلف حول طبيعة عمل القرائن القانونية فهناك من اعتبرها إعفاء من الإثبات ورأي آخر اعتبرها من أدلة الإثبات الغير المباشر، وفي هذا الصّدد يقول السنهوري: "أمّا القرينة القانونية فهي ليست دليلا للإثبات بل هي إعفاء منه، فالخصم الذي تقوم لمصلحته يسقط

[1]- وداد العيدوني، مقال سابق، ص 17.

[2]- أحمد إبراهيم بك، واصل أحمد إبراهيم، المرجع السابق ، ص684.

[3]- أحمد إبراهيم بك، واصل أحمد إبراهيم، المرجع نفسه ، ص683.

عن كاهله عبء الإثبات إذ القانون هو الذي تكفل باعتبار الواقعة المراد إثباتها بقيام القرينة وأعفى الخصم من تقديم الدليل عليها[1]".

فيكفي لمن كانت القرينة في مصلحته أن يتمسك بالمادة التي نصت عليها، ولذلك يصح القول بأنّ القرائن القانونية ليست وسائل إثبات وإنّما تغني عن الإثبات أو تعفى منه[2]. كقرينة الفراش في نسب الولد إلى أبيه، فالولد للفراش وقيام الزوجية قرينة على أنّ الولد من الزوج. وأيضا في حالة النّزاع على النّفقة، فتواجد الزوجة خارج منزل الزوجية قرينة على عدم إنفاق الزوج عليها يتم تقويته بتوجيه اليمين للزوجة، وقياسا على نفس الحالة يمكن القول أنّ تواجد الزوجة ببيت الزوجية قرينة على الانفاق.

والمشرع الجزائري قد اعتبر القرائن القانونية وسيلة إثبات غير مباشرة، ومنه جاء في قرار المحكمة العليا: "الدليل هو البينة أو الحجة التي يستمد منها القاضي البرهان على اقتناعه بالحكم الذي يصدره وقد يكون الدليل مباشرا كالاعتراف وشهادة الشهود والخبرة أو غير مباشرة كالقرائن"[3].

ومن خلال ما سبق يتضح أنّ القرائن هي حجة احتياطية يلجأ إليها القاضي عند عدم وجود وسائل غيرها للإثبات، أو عند كون الأدلة والحجج الموجودة غير كافية، ولا يمكن

---

[1]- السنهوري، المرجع السابق، ص602-603.

[2]- احمد نشأت، المرجع السابق، ج2، ص191.

[3]- المحكمة العليا: قرار رقم: 34986 الصادر بتاريخ 26 /1984/06م، نقلا من جيلالي بغدادي ، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية الديوان الوطني ، للأشغال التربوية ، الجزائر، ط1، سط:2000 ، ج2، ص73 .

التوصل من خلالها إلى الحكم في الواقعة المعروضة[1]. فإذا عارض القرينة دليل أقوى منها، لا يؤخذ بها، فالقرائن يؤخذ بها فيما لا تحضره البينات[2].

وتجدر الاشارة إلى أنّ فقهاء القانون[3] قد قسموا القرائن القانونية إلى قرائن قانونية غير قاطعة يجوز إثبات عكسها، وقرائن قانونية قاطعة لا يمكن إثبات عكسها، فقال الأستاذ عبد الرزاق السنهوري: الأصل أن تكون القرينة القانونية غير قاطعة تقبل إثبات العكس والاستثناء أنّها تكون قاطعة وفي هذه الحالة يجب أن يكون للمشرع دور في الإشارة إلى القرينة بأنّها قاطعة وفي حالة عدم الإشارة فإنّها تكون غير قاطعة تقبل إثبات العكس.

وهو ما يفهم من نص المادة 337 من ق م ج الذي نص على:" القرينة القانونية تغني من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات، على أنّه يجوز نقض هذه القرينة بالدليل العكسي مالم يوجد نص يقضي بغير ذلك"، فالمشرع في هذه المادة يحدد القوة الثبوتية التي منحها للقرينة القانونية ويحدد مدى حجيتها في الإثبات على أنّه يجوز إثبات عكسها، إذا فالأصل هو جواز نقض القرينة القانونية لكونها غير قاطعة، والاستثناء هو عدم إمكانية ذلك.

---

[1]- ماهر أحمد راتب السوسي، فقه القضاء وطرق الإثبات، كتاب: من موقع:
http://site.iugaza.edu.ps/msousi ت ز: 24-03-2015م.

[2]- ابن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص118.

[3]- السنهوري، المرجع السابق، ص627-629. أحمد نشأت ، المرجع السابق، ج2، ص192.

المطلب الثاني:

الاعتماد على وسائل التحقيق في الاثبات

إنّ القاضي بحكم مهنته ملزم بالتّحقيق في الوقائع المعروضة عليه ودراستها بدقة، ولكن قد يعرض عليه نزاعات تخرج عن اختصاصه ولا يفترض فيه العلم والإدراك بها، ففتح المجال للقاضي باللّجوء لأصحاب الخبرة والاختصاص للتّحقيق في الموضوع محل النّزاع، فتعتبر الخبرة والمعاينة من أهم وسائل الإثبات عامة وفي مسائل الأسرة خاصة، و يظهرذلك جليا من خلال اتساع مجال الاعتماد عليهما.

الفرع الأول: ماهية الخبرة من النّاحية الشرعية والقانونية

الخبرة في التعريف اللغوي[1] هي من الخبر أي النبأ، والخبير من أسماء الله الحسنى قال تعالى: ﴿الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِى لَهُ مَا فِى السَّمَاوَاتِ وَمَا فِى الْأَرْضِ وَلَهُ الْحَمْدُ فِى الْآخِرَةِ وَهُوَ الْحَكِيمُ الْخَبِيرُ﴾ [سبأ 1] وخبُرتُ بالأمر أي علمته، وخبَرْت الأمر إذا عرفته على حقيقته.

أمّا الخبرة من النّاحية الفقهية فعبر عنها بمصطلحات مختلفة منها: أهل المعرفة أو البصيرة، إلا أنّنا لا نجد باب يتكلم عن الخبرة بهذا المصطلح، إضافة إلى أنّ أحكامها ومسائلها جاءت مبعثرة في كتب الفقه، إلاّ ما نظمه ابن فرحون في الباب الثامن والخمسون بعنوان "في القضاء بقول أهل المعرفة"[2]، فعبر عنها بـــ: "أهل المعرفة"[1] أو كما

[1]- الفيروزآبادى، القاموس المحيط، المصدر السابق، ص382. إبن منظور، لسان العرب، المصدر السابق، ج 4، ص226.

[2]- ابن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص81.

عبر عنها ابن عابدين "بأهل البصيرة": "... رَجع القاضي فيه إلى أهل البصيرة وهم أهل النظر والمعرفة في قيمة الشيء"[2]. وقد عبر عنها أيضا بلفظ المعاينة[3] عندما يعهد القاضي للخبير بالفحص والمعاينة بدلاً من مباشرتهما بنفسه، لما لذلك الشخص من الدراية الفنية التي تحمل معونته للقاضي، وهي ضرورية ومفيدة في الوقوف على الحقيقة، فهذا النّوع من الإثبات يعدّ مباشرا، لأنّ أعمال الخبير مقصود بها استكمال معلومات القاضي[4].

ولكن من مجمل أقوالهم نقول أنّ الخبرة في نظر الفقهاء هي: أن يُعمل القاضي رأي أهل المعرفة والبصيرة في المسائل المعروضة عليه عند اللزوم، فيلجأ إلى من يستشيره بعلمه ومعرفته ليضيء إليه طريق العدل والحقيقة[5]، قال تعالى: ﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ﴿٤٣﴾﴾[النحل: 43] قال ابن عباس في تفسير هذه الآية: أهل الذكر أهل القرآن، وقيل : أهل العلم ، والمعنى متقارب"[6] أو كل من يذكر بعلم أو تحقيق، وأهل الذكر هم من لديهم زيادة علم ومعرفة أشياء يخفى حالها

---

[1]- وأيضا عبر عنها الطرابلسي في معين الأحكام بأهل المعرفة ، الطرابلسي، معين الحكام، ط2، شركة مصطفى الحلبي، مصر، دذط، سط، سط 1973م، ص 130 .

[2]- هذا الكلام جاء في الحديث عن (ولو باع) الوصي (شيئا من مال اليتيم ثم طلب منه بأكثر) مما باعه، إبن عابدين، المصدر السابق، ج6، ص 718.

[3]- أيمن محمود حتمل، شهادة أهل الخبرة وأحكامها، دراسة فقهية مقارنة، دار الحامد، عمان – الأردن، ط1، سط:2008م، ص58.

[4]- ماهر معروف، مقال: التفريق للعيوب بين الزوجين والوسائل المعاصرة في اثباتها، دراسات علوم الشريعة والقانون، ، سط:2009م، مج46 ،ع1، ملحق 1، ص270.

[5]- مراد محمود شنيكات،الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني،دار الثقافة ، الجزائر، دذط، سط:2008م،ص92

[6]- القرطبي، المصدر السابق، ج10، ص108.

عن الآخرين فيجوز الرّجوع إليهم واستشارتهم والآخذ برأيهم، فالآية فيها دلالة واضحة على العمل بالخبرة وبمقتضى ما يرى الخبراء ذلك مشروع باتفاق الفقهاء وإن لم يعقدوا لها بابا مستقلا ففروع الفقه المختلفة تدل صراحة على مشروعيتها واعتبارها في الإثبات والحكم بموجبها[1].

ويدعم هذا من السّنة النبوية قول الرسول صلى الله عليه وسلم من حديث عائشة عن عائشة، قالت: دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم وهو مسرور، فقال: «يا عائشة، ألم تري أنّ مجززا المدلجي دخل علي فرأى أسامة بن زيد وزيدا وعليهما قطيفة، قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما، فقال: إنّ هذه الأقدام بعضها من بعض»[2]، فيستخلص من الحديث أنّ النبي صلى الله عليه وسلم سر كثيرا من مجزز المدلجي لأنّه أعمل خبرته في بيان نسب أسامة من زيد، بعدما رميا بالزنا لاختلاف ألوانهما[3]، فالرسول صلى الله عليه وسلم قد قدر خبرة الخبير، وأعملها. قال ابن القيم:"والقياس وأصول الشريعة تشهد للقافة: لأنّ القول بها حكم يستند إلى درك أمور خفية وظاهرة، توجب للنّفس سكونا، فوجب اعتباره كنقد النّاقد، وتقويم المقوم"[4].

---

[1]- أيمن محمد علي محمود حتمل، المرجع السابق، ص62.

[2]- رواه البخاري، كتاب الفرائض، باب القائف، ح ر:6771، ج8، ص157، ورواه مسلم، كتاب الحج، باب العمل بالحاق القائف الولد، ح ر:1459، ج2، ص1082 .وجاء في روايته "يا عائشة، ألم تري أن مجززا المدلجي دخل علي، فرأى أسامة وزيدا، وعليهما قطيفة قد غطيا رءوسهما، وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض".

[3]- أيمن محمد علي محمود حتمل، المرجع نفسه، ص67.

[4]- ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص184.

ومن النّاحية القانونية عرفت عدة تعريفات منها: "استشارة فنية يستعين بها القاضي أو المحقق في مجال الإثبات لمساعدته في تقدير المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها دراسة علمية لا تتوفر لدى عضو السّلطة القضائية المختصين بحكم علمه وثقافته"[1]، أو أنّها: "المهمة الموكولة من قبل المحكمة أو الهيئة القضائية إلى شخص أو إلى عدة أشخاص أصحاب اختصاص أو مهارة أو تجربة في مهنة ما أو فن أو صنعة أو علم لتحصل منهم على معلومات أو آراء أو دلائل إثبات لا يمكن لها أن تؤمنها بنفسها وتعتبرها ضرورية لتكوين قناعتها للفصل في نزاع معين"[2].

والمشرع الجزائري ذكر الهدف والغاية من الخبرة بدل أن يحصر مفهومها في أشياء معينة فنص في المادة 125 من ق إ م و إ :" تهدف الخبرة إلى توضيح واقعة مادية تقنية أو علمية محضة للقاضي"، ويتم اللّجوء إلى الخبرة بموجب حكم قضائي بموجب نص المادة 128 من ق إ م و إ[3].

وتعد الخبرة التي يستعين بها القاضي أو المحقق في مجال الإثبات لمساعدته في معرفة المسائل الفنية التي يحتاج تقديرها إلى دراسة علمية أو فنية[4] و يتجه الرأي الغالب في الفقه

[1]-عبد الحميد الشواربي، التزوير والتزييف مدنييا وجزائيا في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف-مصر،دذط سط:1996م،ص552.

[2]- أميل أنطوان ديراني، الخبرة القضائية،المنشورات الحقوقية، بيروت- لبنان، سط1977م، ط1، ص17 .

[3]- تنص المادة 128 من ق إ م و إ على: "يجب أن يتضمن الحكم الآمر بالخبرة ما يأتي: عرض الاسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة وعند الاقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء – بيان اسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعينين مع تحديد التخصص – تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا – تحديد أجل ايداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط".

[4]-أيمن محمد علي محمود حتمل، المرجع السابق، ص206 .

إلى اعتبار الخبرة وسيلة إثبات تهدف إلى التّعرف على وقائع مجهولة من خلال وقائع معلومة[1].

وقد تم الإشارة إلى كونها وسيلة إثبات في قانون الإجراءات المدنية والإدارية في المواد من 125-148، ومن مجمل ما حملته هذه المواد مايلي:

- ✓ لا بد عند اللّجوء إلى الخبرة من وجود مبرر، وهوية الخبراء، ومهام الخبير، وكذا آجال إيداع الخبرة.
- ✓ القاضي غير ملزم برأي الخبير، وله تسبيب استبعاد نتائج الخبرة، وهذا ما دعمه قرار المحكمة العليا: "من المقرر قانونا وقضاءا أن يأمر القاضي بإجراء الخبرة وتعيين الخبير مع توضيح مهمته التي تكتسي طابعا فنيا بحتا مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحيات القاضي لفائدة الخبير"[2].
- ✓ إنّ تعيين الخبير يتم يأمر به القاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الأطراف، حسب نص المادة 126 من ق إ م و إ: "يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة".

[1]- ومن المقرر أن المحكمة ليست ملزمة برأي الخبير، ومن جهة أخرى فإنه لا تعقيب عليها إن هي أخذت به في شأن أمر لم يتوفر فيه الدليل القاطع واكتشف الخبير أثناء عملياته أو تجاربه الفنية ما يفيد في كشف الحقيقة، ذلك وأن إخبار جهات الاختصاص بكل ما يفيد الحقيقة في جميع المسائل واجب على كل إنسان وللمحكمة تقدير الدليل المعتمد من ذلك بجميع الطرق المحيطة به كما تفعل بالنسبة لسائر الأدلة. محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، ط4، سط 2006م، ص83. طواهري إسماعيل، المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[2]- قرار المحكمة العليا: رقم 34653، المؤرخ في 1985/11/20م، المجلة القضائية، 1989م، ع 04، ص71 .

ثانيا: اتساع مجال الاعتماد على الخبرة في اثبات قضايا الأسرة

تعتبر الخبرة القضائية من طرق الإثبات المباشرة وذلك نظرا لاتصالها بالواقعة المراد إثباتها، وهي تفرض نفسها بقوة بين وسائل الإثبات، ويتم اللّجوء إليها إذا اقتضى الأمر كشف الدليل أوتعزيز أدلة قائمة، فتعتبر أداة لحسم النّزاع، إذ هي إجراء يساعد القاضي في تكوين قناعته في بعض القضايا المطروحة عليه والتي تعذر عليه التحقيق فيها هو شخصيا.

وفي مجال القضاء الشرعي يتم الاعتماد على الخبرة بشكل كبير، ويتسع مجال العمل بالخبرة نظرا لاتساع العلوم وتنوعها، فالمستجدات والتطورات العلمية كثيرة ومتلاحقة مما يلزم معه الاستعانة بذوي الاختصاص والمعرفة[1].

فالتطور العلمي الحادث استوجب مواكبته، وأصبح من الضرورات التي لا مفر منها الاعتماد على الوسائل العلمية في الإثبات، وهذا الأمر الذي أدركه المشرع الجزائري وحمله على إدراج الطرق العلمية لإثبات النسب في المادة40 من ق أ ج، وقد اقر المشرع الجزائري بإمكانية الاعتداد بالبصمة الوراثية أمام القضاء الجزائري في الكثير من المجالات بموجب الأمر 05-02 طبقا لأحكام المادة 40 التي نصت في فقرتها الثانية على:"ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

بالرغم من أنّ هذا النّص جاء مبهما و لم يفسر معنى الطرق العلمية و لم يوضح مجال تطبيقها وحجيتها، ممّا فتح مجالا لاختلاف فقهي واسع حول طبيعة هذه الطرق العلمية.

[1]- جمال الكيلاني، الاثبات بالمعاينة والخبرة في الفقه والقانون، مجلة جامعة النجاح للأبحاث،نابلس –فلسطين، مج16، سط: 2002م، ص291.

إضافة إلى أنّه ترك أمر اللّجوء إلى هذه الطرق جوازيا، إلا أّننا لا نغفل من جانب آخر الإيجابية التي جاء بها فنجده منح للقاضي السلطة في الاعتماد على الوسائل العلمية، فبمجرد وصول القضية محل النزاع حول نسب طفل ما، يجوز للقاضي أن يعتمد تلقائيا أو نزولا عند رغبة الخصوم، إلى أهل المعرفة فيكلفونهم بتقديم المعلومات الضرورية للفصل في النّزاع، وأهل المعرفة الذين يتم اختيارهم، هم أعوان العدالة و"هم الخبراء القضائيين " أمّا العمليات التي يقومون بها فهي" الخبرة القضائية"[1]. والمؤكد أنّه باللّجوء إلى الخبرة الطبية يؤدي الى تحقيق مقصد عظيم من مقاصد الشريعة الاسلامية وهو حفظ النسل.

ولقد كانت مسألة إثبات النّسب بالطرق العلمية في البداية محل جدل فقهي، وقف فيه جمهور الفقهاء موقفا سلبيا ورافضا للطرق العلمية كوسيلة لإثبات النّسب فنظروا على أنّ اللّعان يعتبر الوسيلة الوحيدة لنفي النّسب اعتمادا على قوله تعالى:﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ .....إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾ [النور 6- 8]، وأنّ الرسول صلى الله عليه وسلم قال : « الولد للفراش وللعاهر الحجر»[2].

وبالرجوع إلى المادة 144 من ق إم و إ ج بقولها: " يمكن للقاضي أن يؤسس حكمه على نتائج الخبرة، القاضي غير ملزم برأي الخبير، غير أنّه ينبغي عليه تسبيب إستبعاد نتائج الخبرة" إضافة إلى المادة 126 منه:" يجوز للقاضي من تلقاء نسه أو بطلب من أحد الخصوم تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات مختلفة"، والمادة 40 من قانون الأسرة، وبالجمع بينها نجد أنّ للقاضي سلطة تقديرية واسعة في هذا الشّأن.

[1]- محمود توفيق اسكندر، المرجع السابق، ص7

[2]- رواه البخاري، كتاب الحدود، باب: للعاهر الحجر، ح ر:6818،ج8، ص165، ورواه مسلم، كتاب:النكاح، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، ح ر:1458، ج2، ص1081.

ولا يمكن القول أنّ الإعتماد على الخبير أو الخبرة القضائية مجاله فقط في إثبات النّسب بل إنّ الاعتماد عليها واسع فعند التّعمق والبحث في مسائل الأسرة نجد أنّ لقاضي شؤون الأسرة الجزائري كامل الصلاحية والسلطة في تعيين الخبراء لابداء آرائهم واقتراحاتهم في أي مسألة من المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة المعروضة عليه، فقد أعطيّ لقاضي شؤون الأسرة بمقتضى قانون الإجراءات المدنية والإدارية، باعتباره قانونا مكملا في بعض المسائل لقانون الأسرة صلاحية انتداب أي أخصائي اجتماعي أو نفسي أو حتى أي خبير في مجال آخر ذي صلة بالموضوع من ضمن الخبراء المعتمدين والمقيدين في جداول الخبراء[1] بحسب نص المادة 425 من ق إ م و إ ج" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة الصلاحيات المخولة لقاضي الاستعجال، و يجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون، أن يأمر في إطار التحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللّجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة. ينتهي التحقيق بتحرير تقرير يتضمن المعاينات التي قام بها المحقق والحلول المقترحة. يطلع القاضي الأطراف على التقرير ويحدد لهم أجلا لتقديم طلب إجراء تحقيق مضاد. يمكن اللجوء إلى الاستشارة في أي وقت وحتى أثناء إجراءات الصلح".

ومن بين الحالات التي تستدعي الخبرة ما يترتب على دعاوى النّفقات وما في حكمها كحق الزّيارة أو المسكن فالخبير يساعد القاضي في تقدير هذه المسائل، وفي مسألة الحضانة أيضا يمكن الإستعانة بمساعدة اجتماعية في إنجاز تقرير عن سكن الحاضن وما يوفره للمحضون من الحاجات الضّرورية المادية والمعنوية. فجاء في قرار المحكمة العليا:

[1]- ملاك الهاشمي، دور الأخصائيين الاجتماعيين والنفسانيين في محاكم الأسرة، المؤتمر الرابع: لرؤساء المحاكم العليا بالدول العربية: الدوحة-قطر 24-2013/09/26، ص 5.

يستعين القاضي، في الحكم بعدم تحقق مصلحة المحضون، بتقرير مساعدة اجتماعية"[1]، وأيضا ما جاء في قرار آخر:"يسند القاضي الحضانة، بعد وفاة الأبوين، مستعينا بمرشدة اجتماعية، إلى من يستحقها، حسب مصلحة المحضون"[2].

كما يمكن الاستعانة بالخبير في حالة النّزاع حول وقت حدوث الحمل ومدته فالقاضي له الحق في اللّجوء الى الخبرة الطبية لتحديد وجود الحمل وفترة نشوئه ليفصل في النّزاع وأيضا في حالة التطليق للعيوب فالخبير هو الذي يقدر وجود هذه الحالة من عدمها. وقد أشار ابن فرحون في التبصرة إلى اعتماد أهل الخبرة في إثبات العيوب فقال :"ويرجع إلى أهل المعرفة من النّساء في عيوب الفرج وفي عيوب الجسد ممّا لا يطلع عليه الرجال"[3].

وفي الأخير وجب القول أنّه رغم اتساع مجال الاعتماد على الخبرة، ورغم التأثير الكبير الذي تلعبه تقارير الخبراء في أحكام وقرارات القضاة، إلا أنّه يمكن نقدها ومناقشتها، فهي غير ملزمة، فهؤلاء ما هم إلاّ مستشارون تعينهم العدالة لتسليط الضوء على بعض الجوانب من النزاعات، فيجوز للقاضي الاستناد إليهم أو الاستغناء عنهم[4]، وتبقى حقوق الدفاع كاملة، فللقاضي مناقشة محتوى تقرير الخبرة، والرد على الدفوع

[1]- المحكمة العليا: قرار رقم 330566 ، صادر بتاريخ 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، 2005، ع1، ص 301.

[2]- المحكمة العليا: قرار رقم: 364850 ، صادر بتاريخ 2006/05/17م، سط: 2007، ع2، ص 437.

[3]- ابن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص75.

[4]- عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر، دذط، سط2008م ، ص3

المثارة من قبل الأطراف، وتقدير مدى ملائمة خبرة مضادة[1]، ما دام تقدير الأدلة موكولا لقضاة الموضوع[2]، فصلاحية تقدير مدى ملائمة الخبرة من عدمها يبقى خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.

إذا ثبت وجود تناقض بين خبرة وأخرى وتعذر فض النزاع بين الطرفين:"قضت المحكمة العليا في قرار لها بأنّه وجب الاستعانة بخبرة فاصلة وعدم الاقتصار على خبرة واحدة أو خبرتين تماشيا مع متطلبات العدل، ولما ثبت من القرار المطعون فيه أنّ جهة الاستئناف اعتمدت الخبرة الثانية ورجحتها على الخبرة الأولى دون تعليل كاف، فإنّه تكون قد أساءت وتأمر الهيئة القضائية تطبيق الإثبات والقصور في التسبيب، مما يعرض القرار للنقض"[3].

وختاما لهذه الجزئية نقول أنّ الخبرة ليست آلية تحقيق دائما، إنّما قد تكون شهادة متخصصة، فيتحقق فيها الوصفين كونها شهادة وكونها آلية تحقيق. يلجأ إليها القاضي من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أحد الخصوم.

الفرع الثاني: المعاينة كوسيلة تحقيق مهمة في مسائل الأسرة

[1]- الخبرة المضادة فإذا تبين للقاضي بأن الخبير أو الخبراء أنجزوا المهمة التي كلفوا بها، غير أنه ليس باستطاعته الفصل في القضية إما لعدم عدالة الحل المقترح في تقرير الخبرة كما هو الحال في تقدير الضرر أو مبلغ التعويض، أو أن تقارير الخبرة المختلفة والمطروحة أمام الجهة القضائية متناقضة أو أنها توصلت إلى تقييمات مختلفة للتعويض المقترح، فإنه باستطاعة القاضي اللجوء إلى خبرة مضادة يلتزم فيها الخبير المعين والمكلف بها بالقيام بالمهمة نفسها. لحسين بن شيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، دار هومة، الجزائر،ط6، دذط، سط:2009م، ص232.

[2]- محمود توفيق اسكندر، المرجع السابق، ص83.

[3]- المحكمة العليا: قرار رقم:155373، المؤرخ بـــ:1998/12/18م، المجلة القضائية، سط:1998م، ع2، ص55.

تعتبر المعاينة من أهم الأدلة الموصلة إلى الحقيقة، إذ يقف القاضي فيها بنفسه على الوقائع المتنازع عليها واستخلاص وجه الحق فيها، ولهذا تعتبر من طرق الإثبات المباشرة لاتصالها المباشر بالواقعة محل الإثبات[1]. فهي تعتبر من أهم الإجراءات الخادمة لمختلف أدلة الإثبات.

أولا: المعنى اللغوي والإصطلاحي للمعاينة

والمعاينة في اللّغة مأخوذة من العين وتدل على العضو الذي به يبصر وينظر، ومنه القول رأيت الشيء عيانا، أي معاينة. والعين والمعاينة: النظر، وقد عاينه معاينة وعيانا. ورآه عيانا: لم يشك في رؤيته إياه[2].

أمّا في إصطلاح الفقه المعاصر باعتبار أن الفقهاء القدامى لم يجعلوا للمعاينة أحكاما وبابا مستقلا بل تطرقوا لها من خلال تفريعاتهم في عديد من المسائل، عرفها الزحيلي بقوله:" المعاينة هي أن يشاهد القاضي بنفسه أو بواسطة أمينه محل النّزاع بين المتخاصمين لمعرفة حقيقة الأمر"[3].

ومن النّاحية القانونية يكاد المعنى القانوني لا يخرج عن المعنى الفقهي واللّغوي لمصطلح المعاينة فعرفها فقهاء القانون: "أن يشاهد القاضي بنفسه أو بوساطة أمنية محل النّزاع بين

---

[1]- أيمن محمد علي محمود حتمل، المرجع السابق، ص73.

[2]- أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري، كتاب العين، المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، دذط، دذسط، ج2، ص256، أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت- لبنان، دذط، سط: 1399هـ - 1979م، ج4، ص200. الرازي، المصدر السابق، ص223، ابن منظور، المصدر السابق، ج13، ص302.

[3] - الزحيلي، المرجع السابق، ص510.

المتخاصمين لمعرفة حقيقة الأمر"[1]، أو هي وسيلة إثبات تسمح للقاضي بالتّعرف على الوقائع في مكان النّزاع[2].

فالمعاينة تقوم أساسا حول معنى النّظر والرؤية والمشاهدة من قبل القاضي أو أمينه بغية الوصول إلى الحقيقة.

ونجد دليل العمل بالمعاينة من النّاحية الشرعية في عديد من المواضع نذكر منها حين اختصم رجل من بني مخزوم مع أبي سفيان عند سيدنا عمر بن الخطاب فعمل سيدنا عمر على النهوض من مكانه والذهاب إلى موضع معين[3] حيث عاين سيدنا عمر الأمر بنفسه ولو لم يكن ذلك مشروعا لما ذهب بنفسه إلى ذلك الموضع، قال السرخسي:".....له أن يلزمه بمعاينته سبب ذلك، لأنّ معاينته السبب أقوى في إفادة العلم من إقرار المقر به"[4] أي أنّ المعاينة تعتبر أقوى من الإقرار.

وقال أبو يوسف[5] ومحمد[1] رحمهما الله:" له أن يقضي بعلمه في ذلك، لأنّ علمه بمعاينة السّبب لا يختلف بما بعد أن يستقصي وقبله وهو أقوى من العلم الذي يحصل له بشهادة الشهود فإنّ معاينة السبب تفيده علم اليقين وشهادة الشهود لا تفيده ذلك"[2].

---

[1]- أيمن محمد علي محمود حتمل، المرجع السابق، ص73.

[2]- بوبشير محند أمقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعة- الجزائر، دذط، دذسط ، ص236.

[3]- ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج10، ص49.

[4]- السرخسي، المصدر السابق، ج16، ص105.

[5]- أبُو يُوسف (113 - 182 هـ = 731 - 798 م) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاري الكوفي البغدادي، أبو يوسف: صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه. ولد بالكوفة. وتفقه بالحديث والرواية، ثم لزم أبا حنيفة، ومن كتبه " الخراج " و" الآثار" وهو مسند أبي حنيفة، و " النوادر" و " اختلاف الأمصار " و " أدب القاضي " و " الأمالي في الفقه " و " الفرائض " و " الوصايا " و " الوكالة " و " البيوع" و " الجوامع ".الزركلي،

ثانيا: مجال إعمال المعاينة في مسائل الأسرة

لقد فصّل قانون الإجراءات المدنية والإدارية في موضوع المعاينة في المواد (146 – 149)، فجاء في المادة 146" يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، القيام بإجراء معاينات أو تقييمات أو تقديرات". وجاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنّه يجوز للمجلس إصدار أمر بإجراء تحقيق والانتقال قصد المعاينة الميدانية على أن يتم ذلك في شكل قرار تحضري مكتوب يذكر فيه أعضاء هيئة المجلس المعنيين بالانتقال ويبلغ منطوقه بواسطة كتابة الضبط بناء على طلب الطرف المستعجل ويحرر محضرا بالانتقال في جميع الأحوال"[3].

ومجال الاعتماد على المعاينة في مسائل الأسرة غير محدود، ويخضع لسلطة القاضي فيمكنه أن ينتقل برفقة كاتبه إلى الأماكن المتنازع عليها[4]، ومن أمثلة ذلك يمكن للقاضي الانتقال إلى المكان الذي تمارس فيه "الحضانة"، وذلك لمعرفة الظروف المحيطة بالوسط

الاعلام، المصدر السابق، ج8، ص193.أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، طبقات الفقهاء، المحقق: إحسان عباس، محمد بن مكرم ابن منظور، دار الرائد العربي، بيروت – لبنان، ط1، سط: 1970م، ص134.

[1]- محمد بن الحسن الشيباني (ت 187) حضر مجلس أبي حنيفة سنتين ثم تفقه على أبي يوسف، وصنف الكتب الكثيرة ونشر علم أبي حنيفة.أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المصدر السابق، ج1، ص135.

[2]- السرخسي، المصدر السابق، ج16، ص105.

[3] - المحكمة العليا: قرار رقم 22117 ، المؤرخ في 1982/05/19 ، المجلة القضائية، لسنة 1989 م، ع 01، ص 29.

[4]- محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، دذط، سط 2001، ج2، ص50. وينظر: أحمد لعود، نبيل صقر، الدليل العملي في الإجراءات المدنية، دار الهلال، الجزائر، دذط، سط 2004م، ج1، ص40.

الذي يعيش فيه الطفل"[1]، كمعرفة إذا كان مكان ممارسة الحضانة ضيق – متسع ،كذلك حالة الحي الذي يعيش فيه، كذلك مدى قرب السكن من المدرسة وبعده، فهذه كلها يدخلها القاضي في الحسبان عند تقريره إسناد الحضانة إلى أحد مستحقّيها مراعاة منه لتحقيق مصلحة الطفل الفضلى.

وتجدر الإشارة إلى أنّ هناك جانبا من الفقه يرى أنّ المعاينة من الإجراءات العامة الخادمة لمختلف أدلة الإثبات وأنّها لا تعد دليل من أدلة الإثبات القائمة بذاتها وإنّما فقط إجراء يسفر عن دليل يعد مجرد قرينة قد تأخذ به محكمة الموضوع[2].

[1] – للمزيد من التوضيح يرجع إلى مذكرة ماجستير : قيطة حياة، آليات حماية الطفل بعد إنفصال الزوجين، جامعة وهران، سنة 2012م، ص87.

[2] – أحمد نشأت، المرجع السابق، ج2، ص 262

الباب الثاني:

خصوصية إثبات مسائل الأحوال الشخصية

الفصل الأول: الصرامة الشرعية والقانونية في إثبات تصرفات الأحوال الشخصية

المبحث الأول: الضّرورة الشرعية والقانونية للدليل المهيأ في إثبات التصرفات

المبحث الثاني: الوسائل البديلة للإثبات عند انعدام الدليل المهيأ

الفصل الثاني: مدى حرية إثبات الوقائع المادية محل النّزاع في الأحوال الشّخصية

المبحث الأول: الوقائع المادية التي تستوجب طرق خاصة في الإثبات

المبحث الثاني: الوقائع المادية التي تستوجب حرية الإثبات

الباب الثاني:

خصوصية إثبات مسائل الأحوال الشخصية

إنّ النّزاعات التي تكون محلا للإثبات في مسائل الأحوال الشخصية مختلفة ومتنوعة، إلا أنّه يمكن تصنيفها إلى: نزاعات مصدرها التصرف القانوني، ونزاعات مصدرها الواقعة المادية.

فمصادر الحق في الأحوال الشخصية تنقسم إلى تصرفات قانونية ووقائع مادية، فمثلا يعد الزواج والطلاق والكفالة والهبة والوصية والوقف من التصرفات، أما النّسب والميلاد والوفاة والفعل الضار"الضرر" والفعل النافع، والغيبة والامتناع عن النفقة، من الوقائع المادية.

ووجب التفريق بين التّصرفات القانونية التي محلها المعاملات المدنية وينضمها القانون المدني، حيث تكون في أغلبها تصرفات مالية لأنّها تنظم العلاقات المنصبة على الأشياء ذات القيمة المالية، التي يمكن أن يتداولها الأفراد فيما بينهم سواء كانت تلك الأشياء منقولات أوعقارات أوعبارة عن حقوق عينية أوشخصية.

أمّا بالنسبة للتصرفات التي موضوعها من مواضيع الأحوال الشخصية فهي التّصرفات التي تتناول علاقات الزواج وتبعاته والطلاق وآثاره وما إلى ذلك ممّا يتصل بشخص الإنسان وما يتعلق به من حقوق أغلبها معنوية إضافة إلى تصرفات أخرى مثل الكفالة والوصاية والوقف والهبة والوصية، التي تعد من التصرفات المالية.

وفي بابنا هذا سوف ندرس وسائل إثبات الواقعة القانونية سواء كانت تصرفا قانونيا أو واقعة مادية والتي قد تشكل محلا للنزاع في الأحوال الشخصية مقسمين ذلك إلى فصلين: الفصل الأول: متعلق بإثبات التصرفات القانونية، والفصل الثاني متعلق بإثبات الوقائع المادية المتنازع حولها، محاولين الإجابة عن الاشكالات التي يطرحها الإثبات وهل هذه الاشكالات هي نفسها في جميع الوقائع القانونية سواء كانت تصرفات أو وقائع مادية؟ .

الفصل الأول:

الصّرامة الشرعية والقانونية في إثبات تصرفات الأحوال الشخصية

إنّ الصرامة الشّرعية والقانونية في إثبات التصرفات عامة وتلك الخاصة بمسائل الأسرة واضحة من خلال تكريس الأدلة المهيأة في إثباتها، وعدم ترك المجال مفتوح، فالمشرع الجزائري انتهج سياسة صارمة مع التصرفات القانونية وحدد لها طرق إثبات معينة، ونجد هذا التحديد لوسائل الإثبات في التّصرف الذي ينصب على الأبدان أو على الأموال[1].

والتصرف القانوني كما سبق وقلنا هو ذاك العمل الإرادي المحض الذي يتجه إلى إحداث أثر قانوني ما، وقد يكون هذا التّصرف بالتقاء وتوافق إرادتين كما هو الحال في العقود كعقد الزواج، أو قد يكون صادرا عن إرادة منفردة حيث يلتزم الشخص بإرادته وحده دون أن تقترن هذه الإرادة بإرادة شخص أخركالوصية على سبيل المثال لا الحصر.

ومن خلال التقصي وبالرجوع إلى فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون يتضح جليا الحاجة إلى الدليل المهيأ في إثبات التصرفات القانونية عامة والتّصرفات التي تنصب على مسائل الأسرة على وجه خاص، إلا أنّ هناك اختلاف بين الشريعة والقانون في الدليل المهيأ المناسب في الإثبات، فنجد أنّ فقهاء الشريعية الإسلامية اعتمدوا على الشهادة

[1]- لقد قسمت مسائل الأحوال الشخصية إلى قسمين: القسم الأول كل مايتعلق بالأبدان، وهو ينقسم من حيث الاختصاص والاطلاع عليه إلى ما يتعلق بالأبدان ويطلع عليه الرجال في الغالب كالخطبة والزواج، والطلاق وتفريق القاضي بين الزوجين والخلع إذا ادعته المرأة، والنسب، وحضانة الأولاد، والوصاية والقوامة، ما يتعلق بالأبدان ويطلع عليه النساء في الغالب كالرضاع، القسم الثاني: وهو ما يتعلق بالأموال كالنفقة والميراث والوصية بالمال والوقف والهبات والخلع إذا ادعاه الزوج. زكريا عوض، نصاب الشهادة في مسائل الأحوال الشخصية "المتعلقة بالأموال في الفقه الإسلامي"، جامعة جزان، المملكة العربية السعودية، ع33، ج4، ص 2341.

في إثبات هذه التّصرفات على خلاف القانون الذي وضع الكتابة الرسمية سبيل لإثبات التّصرفات ذاتها.

وبناء على هذا الكلام وضبطا لمجال الاختلاف الشّرعي والقانوني وجب القول أنّ هناك اتفاق حول الحاجة لوجود دليل مهيأ في إثبات التصرفات لكن الاختلاف يكمن في تعيين وسيلة الإثبات، والسؤال المثار هل هذا الاختلاف هو محض اختلاف بسبب اختلاف الزّمن، أو أنّ هذا الاختلاف جوهري في الأحكام، فوجب طرح الإشكاليات التالية: هل فقدت الشهادة المهيأة للإثبات قيمتها ودورها لصالح الكتابة الرسمية؟. وماهو المنهج الشرعي والقانوني المعمول به في إثبات التّصرفات التي تقع في إطار الأحوال الشخصية؟ وهل انتهج المشرع الجزائري ذات المنهج مع جميع التّصرفات أم أنّ هناك تصرفات ذات خصوصية في الإثبات؟ وأخرى تخضع للقواعد العامة للإثبات؟ .

ووجب الإشارة والتّنويه إلى أنّ التّصرفات الموجودة في قانون الأسرة تتمثل في التّصرفات الخاصة بالزواج والطلاق، ومسائل التبرعات "الوصية الهبة، الوقف والكفالة" ومسألة الاشتراك المالي، وعلى هذا الأساس نعالج في: المبحث الأول: الضّرورة الشّرعية والقانونية للدليل المهيأ في إثبات التصرفات، والمبحث الثاني: الوسائل البديلة للإثبات عند انعدام الدليل المهيأ.

المبحث الأول:

الضّرورة الشرعية والقانونية للدليل المهيأ في إثبات التصرفات

إنّ التداخل الموجود بين العلاقات المعنوية والمادية في الأسرة، إضافة إلى الأساس الخاص الذي تبنى عليه، منح لها خصوصية في مجال إثبات مسائلها، ولكن ذلك لم يمنع من وجوب تهيئة الدليل في كل التصرفات، والسؤال هل أخضع المشرع جميع التصرفات للاثبات بذات القاعدة؟ ام أنّ هناك تمايز واختلاف في إثبات بعض التّصرفات عن أخرى؟ وهل أوجب المشرع الجزائري طرقا أخرى لإثبات تصرفات مسائل الأسرة؟.

كل هذه الأسئلة وغيرها سنجيب عنها من خلال جزئيتين الأولى تتمحور حول خصوصية إثبات العلاقة الزوجية وإنهائها، أمّا الجزئية الثانية فللحديث عن إثبات المسائل المالية.

المطلب الأول: خصوصية إثبات العلاقة الزوجية وإنهائها

تعتبر التّصرفات التي تتم بتوافق الإرادتين من التصرفات التي تستدعي وسائل معينة في إثباتها، وأحكام الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري قد أوجبا تهيأة الدليل لإثباتها، وهذه الخصوصية تتعلق بالعقود عامة ومنها عقد الزواج والطلاق على التفصيل التالي.

الفرع الأول: ضرورة الدليل المهيأ في إثبات العلاقة الزوجية وإنهائها

كما سبق وأن قلنا أنّ الشهادة تعتبر ذات قيمة وحجية مطلقة من النّاحية الشرعية في مسائل الأسرة، خاصة بالنسبة للتصرفات فتعتبر الشهادة دليل مهيأ ومعد للإثبات في عديد من التصرفات من النّاحية الشرعية، غير أنّ الدليل الكتابي كان التوجه القانوني في إثبات ذات التصرفات.

أولا: إكتفاء الفقه الإسلامي قديما بالشهادة دليلا في إثبات الزواج

لقد اهتم الفقهاء بموضوع الزواج[1]، وعرفوه بعدة تعريفات[2] لا يتسع المقام لذكرها كلها، فاخترنا منها تعريف لأحد الفقهاء المعاصرين باعتباره تعريفا جامعا حيث عرف محمد أبو زهرة الزواج بأنّه:"عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما ويحدد لكليهما ما له من حقوق وما عليه من واجبات"[3]، ولتمام عقد الزواج لا بد من توفر شرط الإشهاد حيث ذهب جمهور الفقهاء إلى أنّ الإشهاد شرط لازم لإبرام عقد الزواج، وسندهم في ذلك أحاديث كثيرة منها قول رسول الله صلى الله عليه وسلم:«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[4] وقوله صلى الله عليه وسلم:« لا نكاح إلا ببينة» [5] وقوله أيضا:

---

[1]- الزواج لغة مأخوذ من كلمة زوج خلاف الفرد، وزوج المرأة بعلها، وزوج الرجل امرأته. ابن منظور، المصدر السابق، ج2، ص291. الفيروزآبادى، المصدر السابق، ص192.

[2]- من الناحية الإصطلاحية: قال المالكية: النكاح يطلق على الوطء ويطلق على العقد مجازا من باب إطلاق المسبب على السبب، وعند الحنفية: هو عبارة عن الوطء، ثم يستعار للعقد مجازا إما لأنّه سبب شرعي يتوصل به إلى الوطء، أو لأنّ في العقد معنى الضم، فإنّ أحدهما ينضم به إلى الآخر ويكونان كشخص واحد في القيام بمصالح المعيشة. وعند الشافعية: عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته، والعرب تستعمله بمعنى العقد والوطء جميعا. وقال الحنابلة: النكاح هو عقد التزويج، وقيل هو حقيقة في العقد مجاز في الوطء. القرافي ، الذخيرة، المصدر السابق، ج4، ص188. السرخسي، المصدر السابق، ج4، ص192. الخطيب الشربيني ، المصدر السابق، ج4، ص200.ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج7،ص3.

[3]- محمد ابو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص17.

[4]- رواه البيهقي، كتاب النكاح، باب: لا نكاح الا بولي، ر ح:13546، ج7، ص180. قال الذهبي في المهذب: إسناده صحيح ينظر: المناوي، المصدر السابق، ح ر:ج6، ص438،وصححه الالباني في إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي – بيروت، ط2، سط: 1405 هـ - 1985م، ح ر: 1860، ج6، ص261.

[5]- رواه الترمذي، ابواب: النكاح، باب ماجاء في لا نكاح إلا ببينة، ح ر:1104، ج3، ص403.

«البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة»[1]، فقال ابن تيمية: "لا ريب في أنّ النكاح مع الإعلان يصح، وإن لم يشهد شاهدان، وأمّا مع الكتمان والإشهاد فهذا ممّا ينظر فيه، وإذا اجتمع الإشهاد والإعلان فهذا لا نزاع في صحته، وإذا انتفى الإشهاد والإعلان فهو باطل عند عامة العلماء "[2].

ولكن اختلف الفقهاء حول الوقت الذي تجب فيه الشهادة[3]، فذهب جمهور الفقهاء[4]إلى القول أنّها واجبة وقت الإبرام، أمّا المالكية[5] قالوا بصحة انعقاد الزواج دون شهود غير أنّه وجب الإشهاد على الدخول. وهذا القول في رواية عن أحمد[6] وقد اختار ابن تيمية هذا القول[7].

---

[1]- رواه الترميذي عن ابن عباس، أبواب النكاح، باب ما جاء لا نكاح إلا ببينة، رح:1103، ج3، ص403. ورواه البيهقي، كتاب: النكاح، باب: لا نكاح الا بشاهدين عدلين، ح ر:13723، ج7، ص204. وجا في نيل الأوطار أنّ هذا الحديث ضعيف، الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج6، ص150.

[2]- ابن تيمية، الاختيارات الفقهية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دذط، سط: 1397هـ/1978م. ص534.

[3]- بدران أبو العينين بدران ، أحكام الزواج والطلاق في الاسلام ، دارالمعارف ، الاسكندرية، ط3، سط: 1966، ص 82 .

[4]- الزيلعي، المصدر السابق، ج2، ص92. النووي، المجموع شرح المهذب، ج16، ص175، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج7، ص8. شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشي المصري الحنبلي، شرح الزركشي، دار العبيكان، ط1، سط: 1413 هـ - 1993 م، ج5، ص22.ابن حزم، المصدر السابق، ج9، ص48.

[5]- محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على موطأ الإمام مالك، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة، ط1، سط: 1424هـ - 2003م، ج3، ص219.

[6]- شمس الدين الزركشي، المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

[7]- النووي، مجموع الفتاوى، المرجع السابق، ج32، ص35.

وقد أرجع ابن رشد[1] سبب اختلافهم إلى أمرين: "هل الشهادة في ذلك حكم شرعي؟ أم المقصود منها سد ذريعة الاختلاف أو الإنكار[2] ؟، أي هل المقصد الرئيسي من الشهادة أنّها حكم شرعي يجب الالتزام به أم هي مجرد توثيق للعقد سدا لذريعة الاختلاف؟

فمن قال بالرأي الأول أوجبها وجعلها شرطا لصحة عقد الزواج ومن قال بالثاني لم يعتبرها شرطا لصحة العقد وذلك لأنّ الهدف منها هو مجرد التوثيق فأشبهت الكفالة والرهن لأنّها أمور يقصد منها التوثيق[3].

أمّا المشرع الجزائري ومن خلال ما نصت عليه المادة 09 من ق أ التي اعتبرت الإشهاد من شروط عقد الزواج ورتبت على عدم حضور الشهود أثناء إبرامه الفسخ أو البطلان حسب الحالة، فقد خالف المشرع بذلك المشهور عن المذهب المالكي الذي اشترط الشهود أثناء الدخول لا وقت الابرام، واكتفى باعتباره الشهادة ركن من أركان عقد الزواج وبالتالي من حيث وقت الشهادة أخذ المشرع الجزائري بما ذهب إليه جمهور الفقهاء.

---

[1]- ابن رشد (520 - 595 هـ = 1126 - 1198 م) محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي، صنف نحو خمسين كتابا، منها:فلسفة ابن رشد، والتحصيل في اختلاف مذاهب العلماء، والحيوان وفصل المقال فيما بين الحكمة والشريعة من الاتصال والضروري في المنطق، ومنهاج الأدلة في الأصول، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد – ط» في الفقه، أنظر: الزركلي، الأعلام ، المصدر السابق، ج5، ص317.

[2]- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج3، ص44.

[3] - ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المصدر السابق، ج3، ص44، مازن مصباح، أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الانسانية، سط:2009م، مج:11، ع1، ص131.

ولكنّ في الحقيقة تعتبر الغاية من إشتراط الإشهاد وإن اختلف في توقيته هي نفسها، باعتبار أنّ العقد الغير مثبت لا ينتج أثره حتى يثبت، لذا اشترط المالكية الإثبات قبل الدخول وذلك حتى يرتب العقد أثره، فهناك اتفاق على أنّه يجب أن يقترن الزواج بالإشهاد أو على الأقل أن لا ينفذ قبل الإشهاد وهذا يؤكد على اعتبارها وسيلة اثبات ضرورية في عقد الزواج.

إذا تعتبر الشهادة في نظر فقهاء الشريعة الاسلامية دليل مهيأ قوي لإثبات الزواج عند النّزاع بغض النظر عن اختلافهم في وقتها، فكل هذه الاختلافات في الحقيقة تخدم وظيفة الشّهادة وهي أنّها دليل مهيأ هدفه حماية عقد الزواج، لأنّ الحكمة من اشتراط الإشهاد على الزواج كما قال وهبة الزحيلي:"بيان خطورته وأهميته، وإظهار أمره بين الناس لدفع الظِّنة والتهمة عن الزوجين، ولأنّ بالشهادة على الزواج التمييز بين الحلال والحرام، فشأن الحلال الإظهار، وشأن الحرام التّستر عليه عادة. ويتحقق بالشّهادة التوثق لأمر الزواج والاحتياط لإثباته عند الحاجة إليه"[1].

ويمكن القول في الأخير أنّ اشتراط الشهادة يجب أن يكون أثناء العقد لما لذلك من فوائد كثرة نذكر منها:

- ✓ إثبات الزواج وحمايته من الجحود والنّكران، خاصة مع انتشار الفواحش، ومنها خلوة الرجل والمرأة قبل الدخول فلا بدّ من الإشهاد والاعلان على الزواج في العقد وليس في الدخول.
- ✓ فيه حماية لحق كل من الزوجين والأولاد، فهي تضمن ترتيب الزواج لآثاره، لذا نجد المشرع اعتد بزواج الفاتحة وتوقيف آثاره بعد اثباته بحكم قضائي. وهذا أقوى دليل

[1]- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج9، ص65.

على أنّ الاشهاد دليل مهيأ لأنّه لو كان غير ذلك لا يترتب على عقد الزواج من النّظر القانوني أي أثر باعتبار تخلف الكتابة.

ثانيا:قيمة الشهادة المهيأة في إثبات الطلاق من النّاحية الشرعية

الطلاق لغة[1] هو التخلية والإرسال، ويكون بمعنى الترك، وإزالة القيد، أمّا اصطلاحا عرف عدة تعريفات[2] وكلها تصب في معنى واحد، وهو حل للعصمة الزوجية، فهو كما عرفه محمد أبو زهرة في كتابه الأحوال الشخصية:"الطلاق هو رفع قيد النكاح في الحال أو في المآل، بلفظ مشتق من مادة الطلاق، أو معناها "[3].

وقد أخذت مسألة إثبات الطلاق من النّاحية الشرعية حيزا كبيرا في دراسات الفقهاء وبناء على اختلافهم في تفسير قوله تعالى: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَىْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق2] ، اختلف حول اشتراط الإشهاد في الطلاق، واختلف أيضا في حكم هذا الإشهاد[4]:

ذهب الحنفية إلى الشهادة على الفرقة ليست بواجبة بل مستحبة، وقال الشافعي:" أمر الله عز وجل في الطلاق والرجعة بالشهادة وهو على الإختيار في الطلاق لا فرض"[5]، وبه

---

[1]- ابن منظور، المصدر السابق، ج 10، ص226 .الجرجاني، المصدر السابق، ص141.

[2]- عرفه الحنفية بقولهم: "رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح" والشافعية: "حل عقد النكاح بلفظ الطلاق ونحوه"، والمالكية: "إزالة عصمة الزوجة بصريح لفظ أو كناية ظاهرة"، وعرفه الحنابلة:"حل قيد النكاح " ، الزيلعي، المصدر السابق، ج2، ص188، الخطيب الشربيني، المصدر السابق، ج4، ص 455، أحمد الدردير، لمصدر السابق، ج2، ص237، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج7، ص363.

[3]- قوله رفع قيد النكاح في الحال أوفي المآل فيه إشارة إلى أنواع الطلاق: وهما الطلاق البائن والطلاق الرجعي. أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 279.

[4]- الكاساني، المصدر السابق، ج3، ص181.

[5]- الشافعي، الأم، دار المعرفة – بيروت، دذط، سط: 1410هـ/1990م، ج7، ص88.

قال أحمد بن حنبل[1]، أمّا ابن حزم فقال:"فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض، وكان من طلق و لم يشهد ذوي عدل، أو راجع و لم يشهد ذوي عدل، متعديا لحدود الله تعالى"[2].

ولقد شرع الإشهاد احتياطا تجنبا لنوازل الخصومات وخوفا من أن يموت الزوج فتدعي زوجته أنّها لم تطلق، أو أن تموت هي فيدعي هو ذلك[3]، فمن فوائده أن لا يقع بينهما التجاحد، وأن لا يتهم في إمساكها، ولئلا يموت أحدهما فيدعي الثاني ثبوت الزوجية ليرث"[4]، وأيضا إنّ الأمر بالإشهاد للاحتياط مخافة أن تنكر المرأة المراجعة فتنقضي العدة فتنكح زوجا[5].

وقد جاء في تفسير قوله تعالى:﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق2]، قال الرازي[6]:" أنّ الأمر بالشهادة عند الطلاق وعند الرجعة ذوي عدل"[7].

---

[1]- الشوكاني، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، ط1، سط:1414هـ، ج5، ص288.

[2]-ابن حزم، المصدر السابق، ج10، ص17.

[3]- محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، دط، سط: 1984 هـ،ج28، ص309.

[4]- ابو حيان الأندلسي، البحير المحيط، المحقق: صدقي محمد جميل، دار الفكر – بيروت، دذط، سط: 1420 هـ ج10، ص198.

[5]- فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط3، سط:1420هـ، ج30، ص562.

[6] - هو محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيمي البكري أبو عبد الله فخر الدين الرازي، الإمام المفسر، ولد سنة 544هـ وتوفي سنة 606هـ من كتبه: مفاتح الغيب، معالم أصول الدين، والمحصول. إبن قنفذ القسنطيني، الوفيات، تحقيق: عادل نويهض، دار الأفاق الجديدة- بيروت - لبنان، ط4، سط 1403هـ/1983م، ص308. الزركلي، الأعلام، المصدر السابق،ج6، ص313.

[7]- الرازي، المصدر نفسه، ج30، ص562. القرطبي، المصدر السابق، ج18، ص157.

وقال أبوحيان[1]:"الظاهر وجوب الإشهاد على ما يقع من الإمساك وهو الرجعة، أو المفارقة وهي الطلاق"[2]، وقال ابن عباس:" الإشهاد على الرجعة وعلى الطلاق يرفع عن النّوازل أشكالا كثيرة"[3] .

ونختم بقول ابن عاشور: "وظاهر صيغة الأمر الدلالة على الوجوب فيتركب من هذين أنّ يكون الإشهاد على المراجعة وعلى بت الطلاق واجبا على الأزواج لأنّ الإشهاد يرفع أشكالا من النوازل"[4].

الفرع الثاني: توجهات المشرع في إثبات العلاقة الزوجية وإنهائها

بالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد المشرع خص إثبات الزواج بالتّوثيق، إضافة إلى أنّه خصّ إثبات الطلاق بالحكم القضائي، وقد يظهر أنّ في هذا التّخصيص والتّنصيص اختلاف جوهري مع أحكام الفقه الإسلامي، فمن خلال هذه الجزئية سوف نبين مدى الاختلاف بين ما جاء به قانون الأسرة وبين أحكام الفقه الإسلامي.

أولا :اشتراط القانون إعداد الدليل الكتابي لإثبات عقد الزواج

تعتبر الكتابة من أهم طرق الإثبات من النّاحية القانونية وذلك نظرا لما توفره من ضمانات للمتنازعين، ولقد تقررت لها الحجية المطلقة على خلاف الأدلة الأخرى خاصة

---

[1]- أبو حيّان الأندلسي (654 - 745هـ، 1256 - 1344م).محمد بن يوسف بن علي بن يوسف بن حيّان، الإمام أثير الدين الأندلسي الغرناطي، ولد في إحدى جهات غرناطة، ورحل إلى مالقة. وتنقل إلى أن أقام بالقاهرة. وتوفي فيها، بعد أن كف بصره، من تصانيفه: البحر المحيط في التفسير، ومختصره النهر؛ التذييل والتكميل في شرح التسهيل ، ينظر: الزركلي، المصدر السابق، ج7، ص152.

[2]- ابو حيان الأندلسي، المصدر السابق، ج10، ص198.

[3]- ابو حيان الأندلسي، المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

[4]- الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، المرجع السابق، ج28، ص309.

في عصرنا الحالي، وأخذت مكانة بين وسائل الإثبات رغم أنّها سابقا كانت لا تظهر قيمتها مع أدلة الإثبات الأخرى وهذا ما وضحناه وفصلناه في بابنا الأول.

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد حالات عديدة نص فيها المشرع على ضرورة الكتابة الرسمية وذلك لأهمية هذه التصرفات في نظره ، ومن هذه الحالات:

نظم المشرع مسألة توثيق الزواج بموجب قانون الأسرة من خلال المواد 18 إلى 22، إضافة إلى المواد من 71 إلى غاية المادة 77 من الأمر رقم70-20 مؤرخ في 19 فبراير 1970م المتعلق بالحالة المدنية، التي نظمت وثيقة عقد الزواج باعتبارها إحدى وثائق الحالة المدنية، ونجد في هذه النّصوص محافظة على مصلحة الطرفين بصفة خاصة والمجتمع الجزائري بصفة عامة.

ولقد عرف المشرع عقد الزواج من خلال نص المادة 04 من ق أ ج "الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه: تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتّعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[1]، ونصت المادة 18 من ق أ ج: "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين 9 و 9 مكرر من هذا القانون"[2].

[1]- فالمشرع الجزائري في هذا التعريف قد نظر إلى مقاصد الزواج وهي تكوين أسرة والمحافظة على الأنساب. وعرفه بالنظر إلى طرفي عقد الزواج وهما الرجل والمرأة، ولم يتعرض إلى موضوع عقد الزواج وآثاره القانونية لكنه ذكر الغاية منه، ولعل عذر المشرع في هذا الإغفال هو الخشية من الظن بأن عقد الزواج موضوع في الإسلام لمجرد الاستمتاع فعدل عن ذلك إلى ذكر الغاية. العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ج1، ص 31.

[2]- المادة 9 من ق أ "ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" والمادة 9 مكرر من ق أ" يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، إنعدام الموانع الشرعية للزواج".

نستنتج من هذه النّصوص أنّ الزواج هو عقد رضائي وجب إثباته إمّا عن طريق عقد توثيقي[1]، وإمّا عن طريق عقد صادر عن ضابط الحالة المدنية حسب المادة 71 من ق ح م ج: "يختص بعقد الزواج ضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في نطاق دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما أو المسكن الذي يقيم في أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج". ولكن قبل التسجيل وجب التّأكد من توافر أركان الزواج، من رضا الزوجين وولي الزوجة والشاهدين والصداق.

وذلك بموجب نص المادتين 9 و 9 مكرر من ق أ ج الخاصة بأركان وشروط عقد الزواج والتي جاءت على سبيل الحصر، فنصت المادة 9 منه على:"ينعقد الزواج بتبادل رضا الزوجين" ونصت المادة 9 مكرر على: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية أهلية الزواج، الصداق، الولي، شاهدان، انعدام الموانع الشرعية للزواج".

ومن مجمل هذه المواد نستنتج أنّ المشرع الجزائري وافق أحكام الشريعة الإسلامية في عدم اعتبار التوثيق ركن من أركان صحة عقد الزواج، وأنّه مجرد وسيلة وضعت لأجل إثبات الزّواج تحسبا واحتياطا وضمانا للحقوق، وهي وظيفة الإشهاد في الشريعة عند النّزاع أو الإنكار أمام القضاء، فالشهادة أو حضور الشاهدين في عقد الزواج هو شرط لازم لصحته، وتعتبر هنا دليل مهيأ ويظهر ذلك جليا في حالة النزاع .

[1]- جاء في المادة 03 من القانون الجزائري رقم 02/06 المؤرخ في20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق: "الموثق هو ضابط عمومي يتولى تسيير مكتب عمومي للتوثيق لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته، ويقوم بتحرير العقود وتسجيلها لحفظ أصولها، ويمتد اختصاصه إلى كامل التراب الوطني" الآمر رقم 02/06 المؤرخ في20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، عدد 15، سنة2006م.

ولذلك فإنّ العقد الذي يثير إشكالات في الإثبات هو العقد العرفي الذي فقد وسيلة إثباته المعترف بها قانونا وهي الكتابة الرسمية وهذه المشاكل لا تقف عند حد الزوجين فقط بل تتعداهما إلى الأبناء الناتجين عن هذا الزواج، فالعقد العرفي من المنظار القانوني، هو الذي استوفى شروطه واركانه ولكنه لم يثبت بالأسلوب الذي حدده المشرع وهو الكتابة الرسمية لذا سمي عقدا عرفيا لأنّه أبرم وفق ما تنص عليه الأعراف، أو قد يسمى زواج بالفاتحة.

ثانيا: صرامة المشرع في مجال إثبات الطلاق

لقد كان المشرع الجزائري صارما في مسألة إثبات فك الرابطة الزوجية، فشدّد في هذا المجال وأمر بضرورة إثبات الطلاق بموجب حكم قضائي، وهذا ما يجعل مسألة إثباته متعسرة وصعبة، وترجع هذه الصعوبة بالدرجة الأولى إلى الارتباك الواضح في التنصيص.

فمسألة إثبات الطلاق في النّصوص القانونية تحمل الكثير من الغموض خاصة عند تفسير نص المادة 49 من ق أ ج التي تنص على"لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدته ثلاثة أشهر ابتداء من رفع الدعوى".

فهذه المادة تشير إلى أمرين[1]:

- ✓ يتعين على القاضي تحرير محضر يبين مساعي ونتائج محاولات الصلح، ويوقعه مع كاتب الضبط والطرفين.
- ✓ تسجل أحكام الطلاق وجوبا في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة.

وبمقارنة ماتحمله هذه المادة مع أحكام الفقه الإسلامي يلاحظ عدم التوافق في بعض الأحكام، فكيف لا يثبت طلاق إلا بعد محاولة صلح؟.

[1]- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص262.

فعبارة "لا يثبت"[1] جاء تفسيرها من قبل فقهاء القانون بعدة تفسيرات وطرحوا على إثرها عدة استفسارات منها: هل تعني أنّ الطلاق يقع خارج ساحة القضاء وإثباته يكون باللّجوء إلى القضاء؟ أو تعني أنّه لا يعتد بالطلاق الذي يكون خارج ساحة القضاء؟.

إن أخذنا بالتّفسير الحرفي للمادة فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء، وهذا يتعارض وأحكام الفقه الإسلامي فلا مبرر لإجراء صلح بين الزوجين وقد بانت الزوجة من زوجها خاصة مع المدة المحددة بثلاثة أشهر وهي مدة العدة.

ولكن ومن خلال العمل القضائي يبدو لنا أنّ المشرع قصد عدم ترتيب الأثر القانوني للطلاق إلا بعد إثباته فهو واقع لكنه غير نافذ أي لا يرتب أثره، إلا باستصدار حكم قضائي بالطلاق[2]. لأنّ الحكم كاشف وليس منشأ للطلاق الذي هو فعل إرادي إستنادا لنصوص قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية.

فالمشرع الجزائري كما شدّد في أمر الزواج بوجوب توثيقه شدّد أيضا على حله، لأنّ كلاهما تصرف قانوني ينبغي أن يخضع للقانون، لما يترتب على حل العقد من نتائج وأضرار مادية ومعنوية، على المرأة والأولاد وسائر المجتمع لذا كان لابد من تشريع آليات،

[1]- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية و أثر الطعن فيها، بن عكنون- الجزائر، دذط، دذسط، ص31.

[2]- إلا أننا نجد بعض القوانين العربية على غرار المشرع المصري قد قيد وسائل اثبات الطلاق فجاء في نص المادة 21 من القانون المتعلق بشأن تنظيم اجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية في فقرتها الأولي علي أنه "لا يعتد في اثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق"هذا النص واضح في أن إثبات الطلاق لا يكون إلا بالاشهاد أو التوثيق عند إنكاره من أحد طرفيه وأنه لا يعتد بما سواهما من أدلة اثبات أخري كالإقرار واليمين، فهذا التقييد لوسائل إثبات الطلاق ضيق على الأفراد وحال دون تحصيل حقوقهم فكان الاولى الاخذ باحكام الشريعة الاسلامية. القانون رقم 1 لسنة 2000، قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، معدلا بالقانون رقم91لسنة2000م،من-http://el-borai.com/wp content/uploads/2014/03/Personal-Status-Law.pdf تاريخ الزيارة: 08أوت 2017م.

لئلا يتخذ النّاس الزواج والطلاق لعبا وهزلا يتزوجون كيف يشاؤون ويطلقون بدون مبالاة دون ضوابط شرعية ولا قانونية[1].

وتجدر الإشارة إلى أنّ فك الرابطة الزوجية هو حق مقرر للزوجين بصورتين مختلفتين كلاهما يثبت بحكم[2]، سواء كان بإرادة الزوج أو بارادة الزوجة "الخلع"، فكلاهما تصرف قانوني موضوعه حل الرّابطة الزوجية، وله سلطة إحداث الأثر القانوني بمحض إرادة صاحبه ما دام ذلك يوافق القانون وبمجرد استعماله يترتب عليه الأثر القانوني.

ولقد تناول المشرع الجزائري حل الرابطة الزوجية بصورها الثلاث المتمثلة في طلاق بالتراضي والطلاق بالإرادة المنفصلة للزوج أو الزوجة "الخلع" أو التطليق القضائي، من المادة 47 إلى غاية المادة57 من ق أ ج.

المطلب الثاني:

إثبات تصرفات أخرى في مسائل الأسرة

إنّ المشرع الجزائري قد ألحق بعض التّصرفات في قانون الأسرة بالقواعد العامة في الإثبات وألزم بضرورة توثيقها، لأنّه الأصل في إثبات العقود كعقد الهبة والوصية والأمور المالية المشتركة بين الزوجين إضافة إلى التصرفات التي تكون بالإرادة الواحدة كالوقف، فهل المشرع الجزائري قد خالف بذلك أحكام الشريعة الإسلامية؟.

---

[1]- عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص263.

[2]- وذلك ماجسده قرار المحكمة العليا رقم 223019 الصادر بتاريخ:1999/06/15م.:" ومتى تبين – في قضة الحال – أن للزوج الحق في تحمل مسؤولية الطلاق دون أن يفصح عن الأسباب التي دفعته للطلاق وذلك تجنبا للحرج أو تخطيا لقواعد الإثبات خلافا للأزواج الذن يقدمون تبريرات لإبعاد المسؤولية عنهم ، وعليه فإن قضاة الموضوع لما قضوا بالطلاق بإرادة الزوج المنفردة دون تبرير طبقوا صحيح القانون ذلك أنه من المفروض أن القاضي يقرر وجود هذا الطلاق من عدمه فقط في حين أن القانون يذهب إلى وقوع الطلاق من تاريخ إعلان القاضي عنه وليس من تاريخ تصريح الزوج به.

الفرع الأول: الإكتفاء بالدليل الكتابي في إثبات الاشتراك المالي بين الزوجين

لقد أصبح الحديث عن الاشتراك المالي للزوجين أمرا حتميا، نظرا لكثرة النّزاعات التي باتت تطرح في السّاحة القضائية خاصة مع عمل الزوجة ومساهمتها ماديا في نفقات الأسرة وتجهيزات السّكن الزوجي، إضافة إلى مشاركتها للزوج حتى في شراء عقارات[1] ومنقولات[2] مختلفة، كل هذا أدى حتما إلى اختلاط أموال الزوجين، فهذه الأموال أصبحت مجردة من دليل يثبتها عند المنازعة وانطبق عليها القول: يستوي حق لا وجود له مع حق لا دليل له[3].

ويقصد بالاشتراك المالي بين الزوجين: "الأموال التي تملكها الزوجة وزوجها بصفة منفردة التي أكتسبت من عمل كل منهما أو من مصدر آخر"[4]، فالشراكة المالية بين الزوجين تحتاج كغيرها من التّصرفات إلى دليل يثبتها والسؤال المطروح: ماهي الوسائل التي تثبتها وهل إثبات هذه الشّراكة المالية تخضع للقانون المدني أم أنّ لديها خصوصية في الإثبات؟.

وللإجابة عن هذه الاشكالية لا بد لنا من التّعرف على التّدابير الشّرعية والقّانونية لحفظ الحقوق المالية المشتركة بين الزوجين.

---

[1]- تنص المادة 683 من ق م ج على:"كل شيء مستقر بحيزه وثابت فيه ولا يمكن نقله دون تلف فهو عقار ".

[2]- فتنص المادة 683 في الفقرة الثانية على:" غير أن المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله يعتبر عقارا بالتخصيص."

[3]-بن عائشة لخضر، مرجع سابق، ص2.

[4]- هجيرة دنوني، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1994، ع1، ص158 .

- التدابير الشرعية والقانونية لحفظ الحقوق المالية المشتركة بين الزوجين

بالرجوع إلى أحكام الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري نلمس الاهتمام الكبير بمسألة الأموال المشتركة بين الزوجين، فالأحكام الشرعية والقانونية قد كفلت أو وضعت تدابير معتبرة للحفاظ على الحقوق المالية لكل من الزوجين وهذه التّدابير إذا ما تم الأخذ بها فإنّها قد تجنب محاكمنا العديد من المنازعات المالية، فأول تدبير يتمثل في انفصال الذّمم المالية لكل من لزوجين وهو مبدأ مأخوذ من الشريعة الإسلامية، والتدبير الثاني يتمثل في تنظيم الأمور المالية المشتركة في توثيق رسمي.

التدبير الأول: إنفصال الذمم المالية للزوجين وسيلة لحفظ الحقوق

إنّ النظام المالي للزوجين تحكمه ضوابط تتمثل في كون كل من الزوجين يملك ذمة[1] مالية مستقلة عن الآخر.

ويقصد بالنّظام المالي بين الزوجين:" مجموعة الأحكام التي تنظم العلاقات المالية بين الزوجين خلال مدة الزواج وبعده"[2].

فمبدأ انفصال الذمم المالية بين الزوجين، أسست له الشريعة الإسلامية، فلم تعتبر أنّ للزواج أثّر على حرية تصرف كل من الزوجين في ماله، خاصة بالنسبة للزوجة، فقال ابن

[1]– الذمة لغة: العهد، لأنّ نقضه يوجب الذم، ومنهم من جعلها وصفا يصير به الشخص أهلا للإيجاب له وعليه، تعرف الذمة المالية بأنها:"مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من التزامات ذات قيمة مالية". زين الدين المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب، القاهرة، ط1، سط: 1410هـ-1990م، ص171، إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دذط، سط: 1992م، ص23.

[2]– بلحاج العربي، مقال: ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة: دفاتر مخبر حقوق الطفل ، مج 3، ع: 1، سنة:2012م، ص23.

قدامة[1]: "للمرأة الرشيدة التصرفَ في مالها كله بالتبرع والمعاوضة"[2] وهو مذهب أبي حنيفة والشافعية والظاهرية[3] واستدلوا بقوله تعالى:﴿ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَٱدْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ ۖ﴾ [النساء 6]

لذلك اتفق الجمهور على أنّ الزوجة غير محجور عليها ولها حق التصرف في مالها[4]، وخالفهم في ذلك المالكية[5] الذين وضعوا قيد الثلث فلا يحق للزوجة التّصرف فيما زاد عن الثلث، فالهبة عندهم إذا تجاوزت ثلث أموال الزوجة، يمكن للزوج أن يتدخل ويمنع تلك الهبة، استدلالا بقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:«لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها»[6].

---

[1]- هو موفق الدين، أبو عبد الله أحمد بن محمد إبن قدامة الحنبلي، ولد سنة 541هـ عرف بالزهد قوي الحجة وتوفي سنة 620هـ، ومن مصنفاته "المغني" و" روضة الناظر" و"الكافي" و المقنع، إبن رجب زين الدين بن أحمد، المصدر السابق، ج4، ص133.

[2]-المغني، ابن قدامة، المصدر السابق، ج4، ص348.

[3]- أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، سط: 1419 هـ -1999 م، ج6، ص353. النووي، المجموع شرح المهذب، المصدر السابق، ج13، ص372. ابن حزم، المصدر السابق، ج7، ص181.

[4]-والحجر هو منع المالك من التصرف في ماله حفظا له وهذا قد يكون من وجهين أحدهما ليحفظ عليه ماله والثاني ليحفظ على غيره، وقال ابن حزم: " لا يجوز الحجر أيضا على امرأة ذات زوج؛ ولا بكر ذات أب، ولا غير ذات أب - وصدقتهما، وهبتهما -: نافذ كل ذلك من رأس المال إذا حاضت كالرجل سواء سواء"، الماوردي، الإقناع في الفقه الشافعي، دذط، دذسط، ص104. ابن حزم، المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

[5]- القرافي، الذخيرة، المصدر السابق، ج9، ص 197. ابن جزي، المصدر السابق، ص212

[6]- رواه النسائي، ، كتاب العمرى، باب: عطية المرأة بغير إذن زوجها، ح ر: 3757، ج6، ص278، وأبو داوود، كتاب: البيوع، باب: في عطية المرأة بغير إذن زوجها، ح ر:3547 ج3، ص293. واخرجه احمد في مسنده، مسند: عبد الله بن عمرو بن العاص، ح ر:6727، ج11، ص338، ورواه ابن ماجة بلفظ آخر، كتاب: الهبات، باب: عطية المرأة بغير إذن زوجها، ح ر:2388، ج2، ص798،وجاء «لَا يَجُوزُ لِامْرَأَةٍ فِي مَالِهَا، إِلَّا بِإِذْنِ زَوْجِهَا، إِذَا هُوَ مَلَكَ عِصْمَتَهَا» وصححه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع،ح ر 2299، ج2، ص54.

إذا فالزوجة لها كامل الحرية في التّصرف في مالها الخاص الذي اكتسبته من طرق مشروعة، وليس للزوج حق فيه إلا برضاها الصريح، ففي الحقوق المدنية يضل الزوجان شخصين مستقلين في التّصرف الكامل في التجارة واقتناء الاملاك ولا ولاية للرجل على زوجته في أموالها، بل لها التصرف فيها بغير إذنه ولارضاه إذا كانت رشيدة محسنة التصرف، فالشّريعة الإسلامية لا تفرق بين الرجل والمرأة في الأهلية بوجه عام[1]، فهي على هذا تتمتع بذمة مالية مستقلة شرعا وقانونا. لقوله تعالى﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكۡتَسَبُواْۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٌ مِّمَّا ٱكۡتَسَبۡنَۚ﴾ [النساء 32]، ووفقا للفقرة الأولى من المادة 37 من ق أ ج: "لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر".

فيستخلص من هذه المادة حرص المشرع على وضع أساس تشريعي لتنظيم الروابط المالية بين الزوجين، فقد قررت المادة المذكورة في مطلعها المبدأ الجوهري الذي تقوم عليه العلاقات المالية بين الزوجين وهو مبدأ استقلال الذمة المالية لكل زوج واستئثار كل واحد منهما بممتلكاته وعوائد عمله وأملاكه[2].

وقد أصدر مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي مجموعة من القرارات التي تنظم الذمة المالية بين الزوجين، ونصوا صراحة على ذلك في أحد الأحكام: "للزوجة الأهلية الكاملة والذمة المالية المستقلة التامة، ولها الحق المطلق في إطار

[1]- عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العلمية والمكتبة العصرية، بيروت – لبنان، ط1، سط: 1951م، ص87. وتجدر الإشارة إلى أنّ الدول الغربية حاليا تأخذ باشتراك الذمة المالية للزوجين، أمّا في التشريعات العربية على العموم فيظل الزوجان شخصان مستقلان في التصرف الكامل في أموالها.

[2]- الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري والمقارن، ملتقى وطني، جامعة جيجل، 10-11 نوفمبر2015، نقلا من موقع:http://diae.net تاريخ الزيارة: 10-01-2018م.

أحكام الشرع ممّا تكسبه من عملها، ولها ثروتها الخاصة، ولها حق التملك وحق التصرف..."[1].

التدبير الثاني: تنظيم الأمور المالية المشتركة في توثيق رسمي

إنّ آخر تعديل لقانون الأسرة الجزائري، أجاز لطرفي العلاقة الزوجية الاتفاق حول الاشتراك في مكتسباتهما خلال الحياة الزوجية، ويتم ذلك أثناء إبرام عقد الزواج سواء في عقد الزواج أو في عقد رسمي مستقل عنه، كما يجوز الإتفاق لاحقا بعد تحرير عقد الزواج وفي ظل زوجية قائمة على كيفية تسيير ممتلكاتهما وعلى الأموال المشتركة بينهما، والتي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية[2]، حيث جاءت الفقرة الثانية من نص المادة 37 من ق .أ . ج على ما يلي:"غير أنّه يجوز للزوجين أن يتفقا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق حول الأموال المشتركة بينهما، والتي يكتسبانها خلال الحياة الزوجية وتحديد النّسب التي تؤول إلى كل واحد منهما".

فكما سبق وأن قلنا أنّ المشرع الجزائري قد حرص على وضع تدابير لحفظ حق كل من الزّوجين عند النّزاع، ومنها توثيق الإشتراك المالي بين الزوجين، فأهم وسيلة لإثبات الشّراكة المالية تكون بالكتابة فهي تعتبر وسيلة قوية في حالة النّزاع حسب نص المادة 37 من ق أ ج ولكن الإشكالية في حالة عدم التوثيق.

[1]- قرار مأخوذ من موقع: http://iswy.co/e11mrn تاريخ الزيارة: 10-01-2018م.

[2]- تجدر الاشارة إلى أنّ المشرع الجزائري نص على إمكانية أن يتفق الطرفان عند الاشتراك في الأموال في عقد الزواج نفسه وهذا ما قد يؤثر في صحة الزواج أو يبطله إذا كان الشرط المقترن بعقد الزواج منافي لمقاصد الشرع، على عكس بعض التشريعات العربية التي تفادت الاشتراط في عقد الزواج على غرار المشرع المغربي الذي تجنب أن يجعل الاتفاق متضمن في عقد الزواج ونص على أنّه يجب أن يكون في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج. أحمد شامي، قانون الأسرة الجزائري، طبقا لأحد التعديلات، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،دذط، دذسط، ص 901.

باستقراء مواد قانون الأسرة لا سيما المادة 37 من ق أ ج نجد أنّ المشرع قد جعلها أساسا ومفتاحا للإجابة عن عدة إشكاليات، فقد أتاحت للزوجين الإتفاق على تنظيم معين للأموال والعائدات والمداخيل التي يجنيانها معا ابتداء من تاريخ إبرام عقد الزواج، وبمقتضى الفصل المذكور يتعين في حالة الإتفاق على إستثمار وتوزيع الأموال المكتسبة من طرف الزوجين أن يكون الإتفاق مكتوبا وموجودا في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج[1].

وتزداد أهمية هذه الاتفاقات المالية بين الزوجين بالنّظر إلى الإشكالات التي يمكن أن تثار بشأن ملكية الأموال بين الرجل والمرأة، سواء كانت هذه الأموال منقولات أو عقارات، وأهم هذه الأموال مسكن الزوجية إذا كان مشتركاً، وقد يؤدي ذلك إلى وقوع نزاعات خطيرة فهناك أموال لا يعرف مصدرها. كما أنّ تسجيل الزوج للممتلكات التي يكتسبها الزوجين أثناء الحياة الزوجية باسمه وحده واستبعاد الزوجة من ذلك، لا يكون مرضياً لها. وربما وقعت في نزاع مع زوجها ووصل الأمر إلى حد الطلاق[2].

إذا إنّ المقصد من توثيق الأموال المشتركة واضح وبيّن وهو المحافظة على الحقوق، فالإتفاق المبرم بين الزوجين ومن خلال التفاصيل التي يحتويها حول كيفية التّعامل مع الأموال المشتركة كفيل في تجنب العديد من النّزاعات خاصة بالنسبة للزوجة، لما فيه من حماية لحقها عند التنازع، سواء كان النزاع بينها وبين الزوج أو مع الورثة بعد وفاة الزوج، فيمكن أن يستولي الورثة أو الزوج على ممتلكات لها، إذا لم تكن تملك الحجة والدليل تثبت ملكيتها. فالتوثيق لهذه الأموال وسيلة إثبات قوية، تحفظ لها حقها.

[1]- ملتقى وطني، مقال سابق، نقلا من موقع:http://diae.net

[2]- عز الدين كيحل، مقال: التصرفات المالية للزوجة ومدى تأثيرها على الحياة الزوجية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2003 ع08، ص157.

فالتّدابير التي تبناها المشرع الجزائري والتي تحكم العلاقات المالية سواء بين الزوجين، أوبينهما وبين الغير. تسمح بتنظيم علاقة كل طرف بأمواله إضافة إلى ظبط علاقة كل منهم بالديون المترتبة. خاصة مع ما تتطلبه الحياة المشتركة بينهما من مساهمة كل واحد في الأعباء والتكاليف العائلية من أجل تعليم الأولاد وتربيتهم. علما أنّ العلاقات المالية بين الزوجين تختلف باختلاف النظام المالي المتبني من طرفهما[1] سواء النظام الاشتراك أو نظام الانفصال[2].

وتجدر الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري بمقتضى المادة 37 من ق أ ج لم يطلب من الزوجين الاختيار بين اشتراك الذمم وانفصالها بل طلب منهما تنظيم أموالهما المشتركة رغم أنّ ذلك لا ينفي استقلال الذمم، عكس التّشريع الفرنسي الّذي أعطى الخيار للزوجين في اختيار النّظام الذي يتوالم معهما مع أنّه حبذ أن تخضع أموال الزوجين لنظام الإشتراك الاتفاقي إلا إذا تبنى الزوجان نظام مالي آخر[3].

[1]- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، اطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة: 2005-2006م، ص 2.

[2]- المشرع المغربي الذي نص صراحة على ذلك في المادة 49 من مدونة الأحوال الشخصية بقوله:" لكل من الزوجين ذمة مالية مستقلة عن ذمة الآخر، غير أنّه يجوز لهما في إطار تدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الزوجية، الاتفاق على استثمارها وتوزيعها.

[3]- عالج القانون المدني الفرنسي النظام المالي للزوجين في المواد 1387 إلى 1581 ، والمواد من خصصها لنظام انفصال الاموال 1536 إلى 1542، وتوجد في القانون الفرنسي الانظمة التالية:نظام انفصل الاموال، نظام الاشتراك الاتفاقي ونظام المساهمة في المكتسبات ونظام الدوطة او المهر ويقصد بهذا الاخير تقدم الزوجة لزوجها جزا من مالها لادارتها واستغلالها والانفاق على الاسرة ولكن ليس له حق التصرف فيها. بلحاج العربي، مقال سابق: ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، ص30- 39.

الفرع الثاني:

إثبات التبرعات المسماة في قانون الأسرة الجزائري

لقد نظم الفقه الاسلامي صورا كثيرة من التبرعات، وفصل أحكامها وبيّن طريقة إثباتها، ومن أمثلتها: "الوصية الوقف الجعالة الهبة العمرى والرقبى العارية اليمين والنذر والرهن والسند لحامله الكفالة والحوالة".

والمشرع الجزائري ألحق ثلاثة صور في الكتاب الرابع من قانون الأسرة تحت اسم كتاب التبرعات، وهي: الوصية ثم الهبة والوقف، فنظمها، وهناك صورة أخرى من التبرع لم يلحقها بهذا الكتاب وتتمثل في كفالة ولد قاصر، ونص عليها منفردة في المادة 116 من ق أ ج على أنّ بقوله :"الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية ورعاية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي". أمّا بقية التّبرعات فقد نظمها القانون المدني[1] باعتبارها مسائل مالية ولا علاقة لها بالأحوال الشخصية.

أولا: ماهية التبرعات

صنف الأستاذ علي خفيف "الوصية والهبة والوقف"، ضمن الالتزامات الناشئة عن الإرادة المنفردة والتي يراد بها التمليك من المتصرف سواء كان التمليك عين أو منفعة عين من الأعيان أو حق، وهذا النّوع من الإلتزام الانفرادي لا يستوجب به صاحبه بدلا ولا عوض[2]. إلا أنّ القانون لم يجعل كل هذه الصور تصرفات ناشئة عن إرادة واحدة بل هناك تصرفات صنفها على أساس كونها عقود.

[1]- ونص المشرع الجزائري على صور أخرى من عقود التبرعات تمثلت في الوكالة والوديعة والكفالة الرهن حيث نظمها في القانون المدني.

[2]- علي الخفيف، التصرف الانفرادي والارادة المنفردة، دار الفكر العربي- القاهرة، دذ ط، سط:2009م، ص116-117-118.

أ- ماهية الوصية

الوصية في اللغة[1] مأخوذة من وصيت الشيء بالشيء أصيه – من باب وعد – وصلته وأوصيت إليه بمال جعلته له، ويقال أرض واصيه، أي:متصلة النبات، والوصية تطلق أيضا على الموصى به والوصية: ما أوصيت به. والوصاية: فعل الوصي، وقال الخطيب الشربيني[2]: الإيصاء يعم الوصية والوصاية لغة، والتفرقة بينهما من اصطلاح الفقهاء، هو تخصيص الوصية بالتبرع المضاف لما بعد الموت، والوصاية بالعهد إلى من يقوم على من بعده[3].

أمّا إصطلاحا فعرف الفقهاء الوصية عدة تعريفات منها: "تمليك مضاف إلى ما بعد الموت"[4]، ومنهم من أضاف على هذا التعريف مصطلح"بطريق التبرع"[5].

وقال ابن قدامة: "الوصية بالمال التبرع به بعد الموت"[6].

هذا التباين اللّفظي في التعريفات لا يؤثر في كون الوصية تعتبر نقل للملكية إلى الموصى إليه بعد وفاة الموصي، ويكون هذا النّقل بطريق التبرع لا بالمعاوضة.

وعرف المشرع الجزائري الوصية في المادة 184من ق أج:" تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع" ونص في المادة 190 منه على أنّه: "للموصي أن يوصي بالأموال

---

[1]-الفيروزآبادى، المصدر السابق، ج1، ص1343، ابن منظور، المصدر السابق، ج15،ص 393 .

[2]- الخطيب الشربيني (977 هـ 1570 م) محمد بن أحمد الشربيني، شمس الدين: فقيه شافعي، مفسر. من أهل القاهرة. له تصانيف، منها (السراج المنير في تفسير القرآن، ومغني المحتاج في شرح منهاج الطالبين للنووي، وتقريرات على المطول في البلاغة، الزركلي، الأعلام، المصدر السابق، ج6، ص6.

[3]- الشربيني، المصدر السابق، ج4، ص66.

[4]-الكاساني، المصدر السابق، محمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين، العناية شرح الهداية، دار الفكر، دذب، دذط، دذسط، ج7، ص330، ج10 ص412.

[5]- النووي، المجموع شرح المهذب، المصدر السابق، ج15،ص397، الصنعاني، المصدر السابق، ج2، ص151.

[6]- ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج6، ص137.

التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة"، ومن ثم تتميز الوصية عن سائر التبرعات في كون أثر التصرف لا يترتب إلا بعد وفاة الموصي، ولاتنفذ في حياته كالهبة.

ب- ماهية الهبة شرعا وقانونا

الهبة تصرف، نظمه المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري في الباب الرابع المخصص للتبرعات من المادة202 إلى 212.

فالهبة لغة[1] من وهب له الشيء يهبه وهبا ووهبا، وجاء في قوله تعالى: ﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثًا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴾[الشورى 49]، والهبة العطية الخالية عن الأعواض والأغراض، وهبه: أعطاه إياه بلا عوض، فهي تمليك مال لآخر بلا عوض.

وهناك مصطلحات أخرى تعتبر تمليك بلا عوض كالصدقة والهدية والعطية يقول ابن قدامة عنها: "معانيها متقاربة، وكلها تمليك في الحياة بغير عوض، واسم العطية شامل لجميعها"[2]، فإذا كان هذا التمليك لثواب الآخرة فصدقة، وإذا كان للمواصلة والوداد فهبة، وإن قصد به الإكرام فهدية. فكل واحد من هذه الألفاظ قسيم للآخر. والعطية شاملة للجميع.[3]

---

[1]- الرازي، مختار الصحاح، المصدر السابق، ص346، ابن منظور، المصدر السابق، ج1، ص803. مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، المصدر السابق، ج2، ص1059.مجلة الاحكام العدلية، المرجع السابق، ج1، ص161.

[2]- ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج6، ص41.

[3]- الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج26، ص324.

أمّا إصطلاحا[1] فلا تخرج الهبة عن معناها اللغوي حيث عرفت: "تمليك لعين بلا عوض في حال الحياة تطوعا".

وعرفها الصنعاني[2] بقوله:"تمليك عين بعقد على غير عوض معلوم في الحياة"[3].

و لم يخرج المشرع الجزائري عن التعريفات الفقهية للهبة فعرفها في المادة 202 من ق أ بقوله:"الهبة تمليك بلا عوض" إلا أنّه أجاز أن يشترط الواهب على الموهب له القيام بالتزام يتوقف عليه نفاذ الهبة، كما أنّه جوز للواهب أن ينقل ملكية كل أمواله أو جزء منها إلى الموهوب له حسب المادة 205 من ق أ.

ج- ماهية الوقف شرعا وقانونا

الوقف في اللّغة الحبس والوَقْفُ مصدر وقف، يقال: وقف الشيء وأوقفه، وحبسه وأحبسه وحبسه، وسبله، كله بمعنى واحد[4].

والوقف كما قال ابن عرفة هو:" إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا"[5] على اختلاف بين الفقهاء في هل يخرج الموقوف من ملك صاحبه أم

---

[1]- الشربيني، المصدر السابق، ج3، ص559. الزيلعي، المصدر السابق، ج5، ص91، النووي، المجموع شرح المهذب، المصدر السابق، ج15، ص370، ابن قدامة المقدسي، عمدة الفقه، المحقق: أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، دذب، دذط، سط: 1425هـ - 2004م، ص70.

[2]- الصنعاني (1099 - 1182 هـ = 1688 - 1768 م) محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني، الكحلاني ثم الصنعاني، من بيت الإمامة في اليمن. نشأ وتوفي بصنعاء. من كتبه (توضيح الأفكار، شرح تنقيح الأنظار - سبل السلام، شرح بلوغ المرام من أدلة الأحكام لابن حجر العسقلاني - السيوف المنضية على زخارف المسائل المرضية - شرح الجامع الصغير للسيوطي. انظر: الزركلي، المصدر السابق، ج6، ص38.

[3]- الصنعاني، المصدر السابق، ج2، ص129.

[4]- محمد بن أبي الفتح البعلي، المطلع على ألفاظ المقنع، المحقق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب مكتبة السوادي للتوزيع، ط1، سط: 1423هـ - 2003 م، ص344، الجرجاني، التعريفات، المصدر السابق، ص253.

[5]- الرصاع، المصدر السابق، ص411.

لا؟ ويعرف الوقف أيضا بأنّه"حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنافع" أو "هو تحبيس الأصل وتسبيل الثمرة". ويجوز في كل عين يجوز بيعها وينتفع بها دائما مع بقاء عينها ولا يصح في غير ذلك"[1].

ويعرف المشرع الجزائري الوقف في المادة3 من القانون10/91 المتعلق بالأوقاف[2] على أنّه: "حبس العين عن التملك على وجه التأبيد والتصدق بالمنفعة على الفقراء، أو على وجه من وجوه البر والخير"، وعرفه المشرع في نص المادة 213 من ق أ ج:" حبس المال عن التملك لأيّ شخص على وجه التأييد والتصدق".

ولقد كيّف المشرع الجزائري الوقف بأسلوبه الخاص وألحقه بعقود التّبرعات، فنص المادة 4 ف1 من القانون 10/91 "الوقف عقد التزام تبرع صادر عن ارادة واحدة".

فصنّف الوقف على أنّه عقد صادر بإرادة واحدة وفي هذا تناقض فكيف للعقد أن يصدر بإرادة واحدة، ولعل الغاية من هذا التّكييف هو الحاقه ببقية عقود التبرعات، من أجل اعطاء الوقف الصبغة الشّكلية، ولكن يبقى هذا التّكييف بحاجة إلى تعديل وضرورة الحاق الوقف بالتّصرفات المنفردة.

ووجب الإشارة إلى أنّ إدراج المشرع للهبة والوقف في قانون الأسرة كان محل انتقاد باعتبارهما من المسائل المالية ولاعلاقة لهما بمسائل الأسرة فوجب ادراجها في القانون المدني.

فالهبة مجالها محدود في قانون الأسرة ومقتصر على بعض الحالات المتمثلة في الهبة بين الزوجين، وأيضا الهبة للأولاد، وذهب المدافعين والمجيزين لتنظيم مثل هذه التّصرفات في

[1]- ابو الفضل الحنفي، المصدر السابق، ج3، ص40. ابن قدامة، عمدة الفقه، المصدر السابق، ص69.

[2]- القانون رقم: 10/91 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق 27 ابريل سنة 1991 المتعلق بالأوقاف.

قانون الأسرة كون أنّ ذلك لا يمنح مجال بتطبيق قانون أجنبي، بقولهم :"إذا كان عقد الهبة دوليا أي إذا كان به عنصر أجنبي فإنّ للواهب أن يختار قانونا أجنبيا يطبق على العقد، أمّا طبقا للقانون الجزائري وبإدراجه الهبة في الأحوال الشخصية، فإنّ عقد الهبة يخضع لقانون جنسية الواهب، ولا يجوز له أن يختار قانونا أجنبيا، وهذا فرق هام يؤخذ بعين الاعتبار"[1]. أمّا الوقف فكان الأولى إلحاقه بالمسائل المدنية، باعتبار أنّ المواد المنظمة له في قانون الأسرة لم تكن ملمة بجميع ما يحيط به.

د- مفهوم الكفالة

الكفالة لغة[2]: الْكَفِيلُ الضامن وقد كَفَلَ به يكفُل كَفَالَةً ، وَكَفَلَ عنه بالمال لغريمه. و أَكْفَلَهُ المال ضمنه إياه، فَكَفَلَ هو به من باب نَصَرَ وَدَخَلَ. والْكَافِلُ الذي يكفل انسانا يعوله، ومنه قوله تعالى: ﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّاۖ ﴾ [آل عمران 37] فهو القائم بأمر اليتيم "المربي له"، وهو من الكفيل الضّمين، قال الفيومي[3]:"والكفيل الضّامن والكافل هو الّذي يعول إنسانا وينفق عليه"[4]، وقد أطلق الشربيني الكفالة على المرحلة التي تلي الحضانة

[1]- محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية- الجزائر، ط 1، سط: 2003م، ص307، نقلا عن:خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، سنة: 2012-2013م، ص69.

[2]- الرازي ، المصدر السابق، ص271.ابن منظور ، ج11، ص589.

[3]- الفيومي ت770 أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس: لغوي، اشتهر بكتابه المصباح المنير ولد ونشأ بالفيوم (بمصر) ورحل إلى حماة (بسورية) فقطنها، وله أيضا كتاب نثر الجمان في تراجم الاعيان. الزركلي،المصدر السابق، ج1، ص224.

[4] -أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية – بيروت، دذط، دذسط، ج2، ص536.

فقال:"الحضانة مأخوذة من الحضن فإنّ الحاضنة ترد إليه المحضون، وتنتهي في الصغير بالتمييز، وأمّا بعده إلى البلوغ فتسمى كفالة"[1].

فمصطلح الكفالة حسب المعنى اللّغوي يستخدم فيقصد به ضمان الدين[2]، أو كفالة ولد قاصر والقيام بشؤونه، وهو ما قصده المشرع في نص المادة 116 من ق أ ج:"الكفالة التزام على وجه التّبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة وتربية قيام الأب بابنه وتتم بعقد شرعي". فالمادة واضحة في أنّ الكفالة تعتبر عقد تبرع للقيام بأمور ولد قاصر، والالتزام بنفقته وتربيته، وتعليمه، إلى غير من الأمور الواجبة من الأب لابنه، ولهذا المشرع أضاف في المادة 118 من ق أ ج الشروط الواجبة في الكفيل بقوله: "يشترط في الكفيل أن يكون مسلما عاقلا أهلا للقيام بشؤون المكفول وقادرا على حمايته".

والكفالة بموجب نص المواد 117- 119- 120من ق أ ج قد تكون لمجهول النّسب كما قد تكون لمعلوم النّسب بشرط رضا الأبوين مع وجوب احتفاظ الولد المكفول بلقبه الأصلي، أمّا إذا كان مجهول النسب فتطبق عليه أحكام المادة 64 من ق ح م والتي تنص في فقرتها الرابعة على:"يعطي ضابط الحالة المدنية نفسه الأسماء إلى الأطفال اللّقطاء والأطفال المولودين من أبوين مجهولين والذين لم ينسب لهم المصرح أية أسماء يعين الطفل بمجموعة من الاسماء يتخذ آخرها كلقب عائلي".

ووجب التمييز بين الكفالة والتبني، فالتبني من التصرفات المحرمة شرعا لقوله تعالى: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ﴾ [الأحزاب 5] وأيضا منعه المشرع الجزائري بنص

[1]- الشربيني، المصدر السابق، ج5، ص191، الموسوعة الفقهية، المرجع السابق،ج45، ص188.

[2]- فالكفالة بهذا المفهوم عرفت شرعا "ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة"، ومجالها القانون المدني وجاء تعريفها بموجب نص المادة 644 من ق م:" الكفالة عقد يكفل بمقتضاه شخص تنفيذ التزام بأي تعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه...."، المرغيناني، المصدر السابق، ج3، ص87.

المادة 46 من ق أ ج على أنّه :"يمنع التبني شرعا وقانونا" ولكن هذا المنع منصب على الجزائريين ولا يمتد إلى غير الجزائريين طبقا لقواعد الاسناد[1] فحسب نص13 مكرر 1 من ق م مايلي :"يسري على صحة الكفالة قانون جنسية كل من الكفيل والمكفول وقت إجرائها ويسري على آثارها قانون جنسية الكفيل. وتطبق نفس الأحكام على التبني"[2] فإذا كانت هناك أطراف أجنبية وجب على القاضي البحث فيما إذا كانت القوانين الداخلية الأجنبية تسمح أو لا تسمح بالتبني.

وفي حالة منح شهادة ميلاد للطفل المتبني، يمكن إبطالها بجميع وسائل الإثبات، باعتبارها عقد مزور طبقا للمادة 46 من ق ح م التي تنص على:" تبطل العقود عندما تكون البيانات الاساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها ولو أن العقد في حد ذاته كان صحيحا.....".

وهذا ما دعمته احدى قرارات المحكمة العليا:" من المقرر قانونا أنّ إبطال العقود الخاطئة (شهادة الحالة المدنية) عندما تكون البيانات الأساسية الواردة فيها مزورة أو في غير محلها"[3].

[1]- عمارة مسعودة، مقال: أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضاي للمحكمة العليا، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية كلية الحقوق .جامعة سعد دحلب .البليدة، ص62-63

[2]- أضيفت بالقانون10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، ج ر ، ع44، ص19

[3]- وجاء في تتمة القرار:" ومتى تبين – في قضية الحال –الطاعن قدم امام قضاء الموضوع شاهدين ذاكرا بأن المطعون ضدها قد تتبنتها احتها المتوفاة سنة1997 وبذلك فإن قضاة الموضوع لما قضوا بتأييد الحكم المستأنف وبرفض الدعوى على أساس عدم جواز الاعتماد على الشهود في إبطال عقد الميلاد باعتباره عقدا رسميا احطئوا في تطبيق القانون وعرضوا قرارهم للقصور في التسبيب. ومتى كان كذالك استوجب نقض القرار المطعون فيه"المجلة القضائية، غ أ ش، ق ر:234949، المؤرخ في:18 جانفي2000م، ع خ، سط:2000م، ص3-4.

ثانيا:حتمية الدليل المهيأ لإثبات مسائل التبرعات شرعا

إنّ التبرعات كغيرها من التّصرفات التي وجب تهيئة الدليل فيها، واتفق الفقهاء على إثباتها بطريق الشّهادة ولكن الاختلاف جاء في الإثبات بطريق الكتابة، وذلك لاختلافهم الأساسي في عدّها من وسائل الإثبات أو لا كما وسبق بيانه، وفيما يلي إيجاز لما قيل عن إثبات هذه التصرفات:

أ- ضرورة الشّهادة والكتابة لإثبات الوصية

لقد حث الرسول صلى الله عليه وسلم على كتابة الوصية فعن ابن عمر أنّ الرسول صلى الله عليه وسلم قال: «ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده »[1].

فقال القرطبي[2]: "ذكر الكتابة مبالغة في زيادة التّوثق وإلا فالوصية المشهود بها متفق عليها ولو لم تكن مكتوبة"[3].

[1]-حديث صحيح رواه البخاري،كتاب الوصايا، باب: باب الوصايا وقول النبي صلى الله عليه وسلم: «وصية الرجل مكتوبة عنده»، رقم: 2738، ج4، ص2. رواه مسلم، كتاب الوصية، رقم:1627، ج3، ص1249.

[2]- القرطبي، شمس الدين (600 - 671هـ، 1204 - 1273م).أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري الخزرجي. فقيه مفسر عالم باللغة وُلد في مدينة قرطبة، وقد رحل بعد سقوطها إلى الإسكندرية، ثم إلى صعيد مصر حيث استقر فيه حيث توفي ودفن فيها ، ترك ثروة علمية تقدر بثلاثة عشر كتابًا مابين مطبوع ومخطوط، أبرزها تفسيره الكبير الجامع لأحكام القرآن الكريم، و التذكرة بأحوال الموتى، أحوال الآخرة، التذكار في أفضل الأذكار، التقريب لكتاب التمهيد.

[3]- الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر السابق، ج6، ص44.ابن حجر، فتح الباري، دار المعرفة - بيروت، دذط، سط:1379، ج5، ص359.

قال الشوكاني:"وقوله (مكتوبة عند رأسه) استدل بهذا على جواز الاعتماد على الكتابة والخط ولو لم يقترن ذلك بالشّهادة"[1] وقال الشّافعي في معنى الحديث: "ما الحزم والاحتياط للمسلم إلا أن تكون وصيته مكتوبة عنده"[2] .

وقال ابن القيم:" ولو لم يجز الاعتماد على الخط لم تكن لكتابة وصية فائدة"[3]. إلا أنّ الفقهاء إختلفوا في ثبوت الوصية بالكتابة فقط على التّفصيل التالي:

فعند الحنابلة: "من كتب وصية، ولم يشهد فيها، حكم بها، ما لم يعلم رجوعه عنها، وقيل من مات فوجدت وصيته مكتوبة عند رأسه، ولم يشهد فيها، وعرف خطه، وكان مشهور الخط، يقبل ما فيها"[4].

أمّا عند بقية المذاهب فلا تكفي الكتابة وحدها لثبوت الوصية فقال النووي[5]:" لا يقتصر على الكتابة بل لا يعمل بها ولا تنفع إلا إذا كان أشهد عليه بها هذا مذهبنا

[1]- الشوكاني، نيل الاوطار، المصدر نفسه، ج6، ص44.

[2]- الشوكاني، نيل الأوطار، المصدر نفسه، ج6، ص41. الصنعاني، سبل السلام، المصدر السابق، ج2، ص151 النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط2، سط: 1392هـ، ج11، ص74.

[3]- ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص174.

[4]- المغني، ابن قدامة، المصدر السابق، ج6، ص190.

[5]- النووي(631هـ/ 676هـ)هو أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن الملقب بـ: بمحي الدين النووي، من أعلام الشافعية ولد سنة بالشام، له عدة تصانيف منها: تهذيب الأسماء واللغات، والمنهاج في شرح مسلم، التقريب والتيسير في مصطلح الحديث، المجموع شرح المهذب؛ الأربعون النووية؛ مختصر أسد الغابة في معرفة الصحابة وغيرها . إبن العماد، المصدر السابق، ج5، ص354-356.

ومذهب الجمهور"[1]، فالوصية عند جمهور الفقهاء لا تثبت بالكتابة المجردة عن الشهادة، فالكتابة ذكرت في رأيهم لما فيها ضبط للمشهود به[2].

إذا لا تثبت الوصية بالخط المجرد عند جمهور الفقهاء لامكان التزوير، وتلزم الشهادة بشرط أن يكون الشهود على علم بما جاء في الوصية، كأن يقر بها في مجلس أو يملي على إنسان فيكتبها فيكون المكتوب معلوما عندهم، وان لم يحضروا الكتابة لم تجز الشهادة حتى يقرأ عليهم، بعد قراءته على الشهود ، فيسمع الشهود من الموصي مضمونه، أو تقرأ عليه فيقر بما فيها، هذا مذهب الحنفية والشافعية[3]: وروي عن أحمد مثل هذا الرأي[4].

وللمالكية نفس الرأي إلا أنّهم لم يشترطوا القراءة فقالوا:" يهيئ وصيته ويشهد عليها لأنّها بدون الإشهاد لا يجب تنفيذها وتبطل ولو كانت بخط الموصي لاحتمال رجوعه عنها إلا بقول: ما وجدتم بخط يدي فأنفذوه فإنه ينفذ"[5].

إذا ما نستنتجه بعد استعراضنا لأقوال الفقهاء أنّ الكتابة غير معتبرة إلا إذا اقترنت بالشهادة أو الإقرار في رأي الجمهور، إلّا أنّ الحنابلة إعتبروها وسيلة كافية.

ب- أقوال الفقهاء في إثبات باقي التبرعات بالدليل المهيأ

إتفق الفقهاء على أنّ الهبة تتم بالإعلام والإشهاد، أمّا الحنفية[6] فقالوا: أنّ الإشهـــاد

---

[1]- النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، المصدر السابق، ج11، ص76.

[2]- الزرقاني، المصدر السابق، ج4، ص107.

[3]- السرخسي، المصدر السابق،ج18، ص172، الشربيني، المصدر السابق، ج3 ، ص53.

[4]- المغني، ابن قدامة، المصدر نفسه، ج6، ص190.

[5]- شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، دذط، سط: 1415هـ - 1995م، ج2، ص132.

[6]- السرخسي، المصدر السابق، ج12، ص61.

ليس شرطا، واختلفوا في هل الإشهاد يغني عن القبض أم لا؟ فذهب المالكية والحنابلة إلى أنّه يغني، وهو للاحتياط، وقال الشافعي: أنّ الهبة لا تتم إلا بأمرين: الإشهاد، والقبض، ولا يغني الإشهاد عن القبض[1].

وفي الوقف يفرق بين الشهادة على آدمي معين فلا تسمع الشهادة فيه إلا بعد تقدم الدعوى وبين الشهادة في الوقف على آدمي غير معين كالفقراء والمساكين فلا يشترط لسماع الشّهادة فيه تقدم الدعوى، في مذهب الجمهور، أمّا الحنفية فلايشترطون لسماع الشّهادة في الوقف تقدم الشّهادة مطلقا[2]، وقد أشار ابن القيم في الطريق الثالث والعشرون "الحكم بالخط المجرد" إلى إثبات الوقف بالكتابة[3].

ختاما نقول أنّ للدليل المهيأ حتمية في إثبات التصرفات من النّاحية الشرعية، رغم الخلاف الموجود بين الفقهاء في بعض التفاصيل، فبعد استقرائنا لهذه الجزئيات المختلف فيها نجد أغلبها دحضها تغير الزمان والأحوال والعادات والنّيات، واضطراب الوازع الديني والأخلاقي، فأصبحت الكتابة حتمية شرعية قبل أن تكون حتمية قانونية في إثبات هذه التّصرفات، وهو ما توجه إليه الفقه المعاصر باعتباره الكتابة وسيلة مهمة للإثبات خاصة إثبات العقود والتّصرفات.

---

[1]- الأم، المصدر السابق، ج4، ص52

[2]- سعد بن تركي الخثلان، الأصول الشرعية لإثبات الأوقاف، دار اطلس الخضراء، الرياض، دذط، دذسط، ص67.

[3]- قال إن قيل: فما تقولون في الدابة يوجد على فخذها " صدقة " أو " وقف " أو " حبس " هل للحاكم أن يحكم بذلك؟ قيل: نعم، له أن يحكم به وصرح به أصحاب مالك، فإنّ هذه أمارة ظاهرة، ولعلها أقوى من شهادة الشاهد، وقد ثبت في " الصحيحين " من حديث أنس بن مالك – رضي الله عنه – قال: «غدوت على رسول الله – صلى الله عليه وسلم – بعبد الله بن أبي طلحة ليحنك فوافيته في يده الميسم يسم إبل الصدقة».....فإن قيل: فما تقولون في الدار يوجد على بابها أو حائطها الحجر مكتوبا فيه " إنها وقف " أو " مسجد " هل يحكم بذلك؟ قيل: نعم؛ يقضى به؛ ويصير وقفا. ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص177-178.

ثالثا: العقد التوثيقي لإثبات التّبرعات قانونا

أعطى المشرع عقود التبرعات نفس آليات الإثبات حيث نص في الفقرة الأولى من المادة 191 من ق أ ج بقولها:" تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك"، ونص في المادة 217 ق أ ج بقولها:"يثبت الوقف بما تثبت به الوصية طبقا للمادة 191 من هذا القانون".

وأيضا تعتبر الهبة من العقود الشّكلية التي لا يكفي لانعقادها قيام التراضي بين المتعاقدين، وإنّما ضرورة إفراغ هذا التّراضي في شكل معين، وهو تحريرها في ورقة رسمية لدى ضابط عمومي مؤهل إذا ما تعلق الأمر بهبة العقار عملا بأحكام المادة 206 من ق أ ج والتي تنص على: "تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالحيازة، ومراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات والإجراءات الخاصة في المنقولات، وإذا اختل أحد الشروط التالية بطلت الهبة".

أمّا إذا تعلق الأمر بالهبة بين الواهب وابنه أو من هو تحت ولايته، وبينة وبين زوجه فقد استثنى المشرع هنا شرط الحيازة، فنص في المادة 208 من ق أ ج :" إذا كان الواهب ولي الموهوب له أو زوجه أو كان الموهوب مشاعا، فإنّ التوثيق والاجراءات الإدارية تغني عن الحيازة".

ويجب على الموثق عند تحريره لهذه العقود أن يراعي جميع الاجـــــراءات والترتيبات الواجب توافرها في العقود الاحتفائية[1].

[1]- هناك نوع معين من العقود تسمى العقود الاحتفائية والتي هي في أساسها عقود رسمية لكن ليس كل العقود التوثيقية على عمومها عقودا احتفائية إذ لم يقم المشرع الجزائري بتحديد هذه العقود لا بتسميتها ولا حتى بوضع معيار تشريعي معين يسمح بتكييفها، لكن العمل القضائي والتوثيقي خاصة لم يختلف حول اعتبار كل من عقود الهبة– الوقف– الوصية – الزواج عقودا احتفائية) حضور شهود العدل في العقود الاحتفائية واجب تحت طائلة بطلان العقد

ووجب التنبيه أنّ الوقف لم يكن يفرغ في شكل رسمي إلا بموجب قانون الأسرة الأخير أمّا قبلا فكان لايخضع للرسمية، وذلك ماجاء في أحد قرارات المحكمة العليا:" من المستقر عليه أنّ عقد الحبس لا يخضع للرسمية لأنّه من أعمال التبرع التي تدخل في أوجه البر المختلفة المنصوص عليها، ومتى تبين في قضية الحال أنّ عقد الحبس العرفي.....فإنّ قضاة المجلس لما قضوا بإلغاء الحبس المذكور على إعتبار أنّه لم يفرغ في الشكل الرسمي فإنّهم أخطؤوا في قرارهم لإنعدام الأساس القانوني لعدم إمكان تطبيق قانون الأسرة بأثر رجعي"[1].

وأيضا الكفالة تثبت بموجب عقد توثيقي كبقية عقود التّبرعات وذلك بموجب المادة 117 من ق أ ج التي تنص على:" يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق" اضافة إلى أنّه يمكن إثباتها بموجب حكم قضائي في المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها موطن طالب الكفالة. ولها نفس حجية العقود الرسمية، وفي ذلك جاء قرار المحكمة العليا:"من المستقر عليه فقها وقضاء أنّ العقود التي يحررها القضاة الشّرعيون تكتسي نفس الطابع الرّسمي الذي تكتسيه العقود المحررة من طرف الأعوان العموميون وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ماهو مغاير أو معاكس لفحواها"[2].

على خلاف العقود الرسمية التي لا يعتبر حضور شهود التعريف فيها لازما وضروريا فضلا على أن عدم حضورهم لا يترتب عليه أي بطلان حسب نص المادة 45 من ق م وهو ما يتطلب تدخل الإدارة التشريعية لوضع ضوابط لها تفاديا لتعدد التفاسير والتأويلات. عربي باي يزيد، مقال: العقود التوثيقية سندات تنفيذية، مجلة: دفاتر السياسة والقانون، ع10، سط:2014م،ص133.

[1]- قرار المحكمة العليا: قرار رقم: 234655، الصادر بتاريخ: 1999/11/16م، المجلة القضائية، غ ا ش، سنة 2001م، ع خ، ص314.

[2]- قرار المحكمة العليا: قرار رقم: 40097، الصادر بتاريخ: 1989/06/03م، المجلة القضائية، سنة 1992م، ع1، ص123.

فالمشرع الجزائري عامل عقد الكفالة معاملة خاصة، حيث يمكن إثباته ابتداء بحكم قضائي، ولعل السبب في ذلك هو حرص المشرع الجزائري على مصلحة الطفل القاصر.

وفي ختام هذه الجزئية يمكننا القول أنّه وبالرغم من كل ما جاء به المشرع الجزائري من خلال تنظيمه لهذه العقود والتّصرفات بغية حماية الحقوق يبقى المانع الأدبي في مسائل الأسرة حاجزا وعائقا، لذ استوجب الحديث عن طرق الإثبات أثناء فقد الدليل المهيأ.

المبحث الثاني:

الوسائل البديلة للإثبات عند انعدام الدليل المهيأ

إنّ التفكير وفهم الأساس، الذي تقوم عليه الأسرة، يجعلنا ندرك مدى تواجد المانع الأدبي، الذي يكون حاجزاً في توثيق المعاملات بين أفراد الأسرة ككل. فالمشرّع المدني راعى ظروف فئة من النّاس أجبرتهم الثقة المتبادلة أو الروابط الشّخصية كالزوجية والقرابة إلى عدم تهيئة دليل يضمن حقوقهم في المستقبل.

فما هي الوسائل البديلة في الإثبات عند انعدام الدليل المهيأ؟ والإجابة عن هذا السؤال تكون من خلال الفرعين التاليين:

المطلب الأول: حرية إثبات التصرفات عند انعدام الدليل المهيأ

المطلب الثاني: إثبات بعض التصرفات بحكم قضائي استثناء.

المطلب الأول:

حرية إثبات التصرفات عند انعدام الدليل المهيأ

إنّ المانع الأدبي كما أطلق عليه فقهاء القانون والذي يتجلى في أسمى صوره هنا، حيث أنّه يحول دون قيام الأطراف بتحصين حقوقهم والحصول على الدليل الكتابي نتيجة ثقة أو زوجية أو قرابة.

والمقصود بوجود مانع من الحصول على الدليل الكتابي هو استحالة الحصول على الكتابة وقت ابرام التعاقد، والمانع هذا إمّا يكون مانعا ماديا[1] أو مانعا أدبيا.

ويقصد بالمانع الأدبي[2]: إستحالة الحصول على الدليل الكتابي وذلك لاعتبارات وظروف نفسية وأدبية تمنع الشخص المطالبة بالدليل الكتابي ومن بين الأمثلة التي يمكن أن نقدمها حول الموانع الأدبية وجود صلة قرابة بين المتعاقدين أو العلاقة الزوجية أو علاقة الخاطب بالمخطوبة[3]، فإذا كانت القرابة قريبة جدا فإنّها تكون مانعا أدبيا يمنع كل الطرفين من مطالبة الآخر بتحرير سند الإثبات لأنّها قد تشير إلى عدم الثقة [4].

---

[1]- يقصد بالمانع المادي وقوع مانع يحول دون الحصول على الدليل الكتابي،فالمانع المادي ينشئ عند استحالة الحصول على الكتابة وقت التعاقد استحالة نسبية عارضة ويتحقق المانع المادي في حالة قيام المتعاقد بانشاء التصرف القانوني سريع يتعذر عليه الحصول على الوقت الكافي لاثباته ومن الأمثلة على ذلك مايتم من تصرفات قانونية في اثناء الحريق او الاضطرابات الطبيعية او السياسية كالزلازل والثورات في الحروب، محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2003 دذط،سط:2003م، ص236. عباس العبودي، مرجع سابق، ص212 .

[2]- عباس العبودي، المرجع نفسه، ص156

[3]- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص237

[4] - عباس العبودي، المرجع نفسه، ص212 .

ومن بين أكثر النّزاعات التي يثيرها المانع الأدبي النّزاعات المثارة بسبب الاشتراك المالي خاصة النّزاعات المتعلقة بمتاع البيت سواء كان النّزاع متعلقا حول ملكية المتاع، أو حول وجود المتاع أصلا، إضافة إلى النّزاع حول مسكن الزوجية.

الفرع الأول:

إثبات النزاعات المثارة حول متاع البيت

لقد اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أنّ النزاعات المثارة حول ملكية متاع البيت يمكن إثباتها باليمين والبينة وفيما يلي مجمل ما ذهبوا إليه:

ذهب المالكية[1] إلى أنّه في حالة الخصام يقضى لمن أقام بينة سواء دون النّظر إلى وقت الخلاف قبل الدخول أو بعده، وسواء كان البيت للزوج أو للزوجة، وفيما لو قدم كل منهما بينته فإنّه يقضى بأعدل البينتين وفقا لسلطة القاضي وإن تساوى رجح بسبب من أسباب الترجيح، فإن تكافأتا سقطتا وما كان معتاد للنساء قضي به للمرأة مع اليمين وما كان معتادا للرجال قضي به للزوج مع اليمين، أمّا ما يصلح لهما معا فالقول للزوج مع اليمين لأنّ يده هي المغلبة على يد الزوجة، وإذا مات أحد الزوجين ينزل ورثته منزلته ولا يختلف الحكم، وإن أقام الرجل البينة على شراء ما هو معتاد للنساء، كالحلي مثلا، حلف مع بينة أنّه اشتراه لنفسه وكذلك بالنّسبة للمرأة[2]، وذهب الحنفية[3] إلى هذا بشرط عدم وجود بينة، أي أنّ القول للزّوج في كل ما صلح لهما من متاع البيت لأنّ يده متصرفة ويدها حافظة، واليد الأولى هي يد الملك، ولذلك دلت على الملكية لأنّ الظاهر يشهد له.

[1]- مالك بن انس، المدونة، المصدر السابق، ج2، ص187.

[2]- محمد حجا زي، مرجع سابق، ص620 .

[3]- ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص 156.

وقال الشافعي[1] إذا اختلف الزوجان في متاع البيت فهو بينهما سواء في ذلك ما يصلح لهما وغيره إلا ما قام الدليل على خلافه.

ويقول ابن حزم في حال الاختلاف كل ذلك بينهما مع أيمانهما، أو يمين الباقي منهما، أو ورثة الميت منهما، أو أيمان ورثتهما معا، وما لا يصلح إلا للرجال، أو إلا للنساء، أو للرجال والنساء، إلا ما على ظهر كل واحد منهما فهو له مع يمينه[2]، حيث قال:"وإذا تداعى الزوجان في متاع البيت بعد الطلاق، أو بغير طلاق، أو تداعى الورثة بعد موتهما أو موت أحدهما، فهو كله بينهما بنصفين مع الأيمان، سواء كان ممّا لا يصلح إلا للرجال كالسلاح ونحوه، أو ممّا لا يصلح إلا للنّساء كالحلي ونحوه، أو كان ممّا يصلح للكل"[3].

أمّا من النّاحية القانونية ففي حالة غياب الاتفاق الكتابي يستند إلى نص المادة من 336 من ق م ج والتي تنص على: "يجوز الإثبات بالشهود أيضا فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي". وهذا ما أشارت إليه المحكمة العليا في احدى قراراتها:" من أنّ الشريعة الاسلامية تسمح بشهادة

[1]- الشافعي ، مصدر سابق، ج5، ص103.

[2]- وقد اختلف السلف في هذا على أقوال -: فقول فالزهري قال أنه في تداعي الزوجين: البيت بيت المرأة، إلا ما عرف للرجل، ومن طريق معمر عن أيوب السختياني عن أبي قلابة في ذلك مثل قول الزهري. ومن طريق عبد الرزاق أنا معتمر بن سليمان التيمي عن أبيه عن الحسن البصري قال: للمرأة ما أغلق عليها بابها إذا مات زوجها. ومن طريق عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن يونس بن عبيد عن الحسن قال: ليس للرجل إلا سلاحه وثياب جلده. ومن طريق عبد الرزاق عن معمر عن قتادة قال: أما ما أحدث الرجل من متاع فهو له إذا أقام عليه البينة، ابن حزم، المصدر السابق، ج10، ص125.

[3]- ابن حزم، المصدر نفسه، ج8، ص518.

الشهود، إذ اقتضى الحال، في كل مواضيع المنازعات المتعلقة بالأثاث، وأمتعة البيت الزوجي، وذلك مهما بلغ التصرف القانوني من قيمته"[1].

وجاء في نص المادة 73 من ق أ ج:"إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال والمشتركات بينهما يقسمانها مع اليمين."

إذا حسب هذا النّص نجد المشرع نحى منحى المذهب المالكي بحيث إذا كان لأحدهما بينة حول ملكية المتاع أو بعضه، فإنّه يقضي له ببينته وإذا كان لكل منهما بينة رجحت إحداهما بأحد أسباب الترجيح، وفي حالة عدم وجود بينة فيتم الإثبات بالقرائن ويمكن اختصار ماذهب إليه المشرع الجزائري في صور ثلاث:

- ✓ يحكم للمرأة فيما هو معتاد للنّساء مع اليمين: فكل ما كان من استعمال النّساء تأخذه الزوجة مع يمينها كالحلي مثلا.
- ✓ يحكم للزوج فيما هو معتاد للرجال مع اليمين: وكل ما كان من استعمال الرجال يأخذه الزوج.
- ✓ القسمة فيما اشترك فيه الاستعمال مع اليمين: وهذه الحالة تعد من أصعب الحالات في الإثبات خاصة في ظل عمل المرأة ومشاركتها في كل ما يخص متاع المنزل ففي هذه الحالة يقسم بينهما مع يمين كل واحد[2].

[1]- المحكمة العليا، ملف رقم:85131، المؤرخ ب: 1983/12/12م، غ ا ش، ن ق، ع46، ص54.

[2]- بن عائشة لخضر، مرجع سابق، ص72.

وقد جاءت قرارات المحكمة العليا مدعمة لذلك فجاء في أحد قراراتها:"من المستقر عليه قضاء وشرعا أنّ أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة أنّ ذلك ملكا لها اشترته أو هو من جملة صداقها عنده فإنّه استثنى منها أشياء ادعاها لنفسه، فإنّ المجلس القضائي الذي اعتبر استثناء الزوج داخلا في أمتعة زوجته وحكم لها به دون أن يطالبها بإقامة البينة على أشياء هي للرجل يأخذها بعد حلفه يكون بقضائه كما فعل خالف القواعد الشرعية. ومتى كان كذلك، استوجب نقض القرار المطعون فيه"[1] .هذا في حالة نزاع الزوجين.

وفي حالة ما إذا توفي أحد الزوجين ووقع نزاع حول متاع البيت، فإنّ كل زوج متوفي يحل ورثته محله مع بقاء نفس الأحكام، و ذلك حسب نص المادة 73من قانون الأسرة الجزائري.

أمّا في حالة إنكار أحد الزوجين حول وجود المتاع أصلا، يتم الاستعانة بالقواعد العامة للإثبات، وقضت المحكمة العليا بوجوب تطبيق قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر[2]،كما أنّ الإقرار يحسم النّزاع في هذه المسألة باعتباره سيد الأدلة، وفي حالة عدم تقديم دليل على وجود المتاع، فالقاضي هنا يلجأ إلى اليمين .

[1]– المحكمة العليا: ملف رقم 52212، قرار بتاريخ 89/01/16، المجلة القضائية، سنة 1989، ع 3.

[2]– يوسف دلاندة – دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة"الزواج و الطلاق"، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر، دذط، سط2007م، ص76.

وفي هذا الشأن نجد مجموعة من قرارات للمحكمة العليا حيث قضت بأنّه:"من المقرر قانونا في حالة إنكار وجود المتاع المطالب به عند أحد الزوجين تطبق القاعدة العامة في الإثبات" البينة على من ادعى و اليمين على من أنكر ..... "[1].

وقرار آخر يقضي بـــ:"إذا اختلف الزوجان على متاع البيت وكان مما يصلح عادة للّنساء يقضي بما تطلبه الزوجة بعد تحليفها اليمين. ومتى قضى بخلف هذا الحكم الشرعي، اعتبر خرقا لما قرره في هذا الشأن. وعليه يستوجب نقض القرار الذي فصل في نزاع متعلق بمتاع البيت خاص بالنساء وحكم على الزوج بتأدية اليمين"[2].

واعتبر قرار آخر أنّ الاكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النّزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبيب.حيث جاء: "ومتى تبين في قضية الحال أنّ الطاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواها والتمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها فإنّ قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ فإنّهم عرضوا قرارهم للقصور في التّسبيب وخرقوا قواعد الاثبات"[3].

---

[1]- المحكمة العليا: قرار رقم:216836، بتاريخ: 1999/03/16م، المجلة القضائية، ع خ، سط:2001م، ص:245. وجاء في بقية القرار" .....و متى تبين في قضية الحال أن المدعى عليه أنكر وجود الأمتعة المطالب بها، فإن قضاة الموضوع لما قضوا برفض الدعوى في الحال دون تطبيق القاعدة العامة في الإثبات بتوجيه اليمين للمدعي عليه خالفوا القانون و عرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني و متى كان ذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه".

[2]- المحكمة العليا: قرار رقم 69775، بتاريخ 1986/01/27م، المجلة القضائية، سنة 1989 م، ع1،

[3]- المحكمة العليا: قرار رقم: 86097، بتاريخ:1992/10/27م، المجلة القضائية، سط: 2001م، ع خ، ص233.

بعد عرضنا لمختلف الأقوال الفقهية والنّصوص القانونية والقرارات القضائية نجد أنّ مبدأ "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" هو الأساس في حلّ النّزاعات المتعلقة بمتاع البيت.

الفرع الثاني: النّزاعات المثارة حول مسكن الزوجية

يعتبر مسكن الزوجية أهم العقارات التي يكتسبها الزوجان خلال الحياة الزوجية، لذا قد يثير نزاعات عديدة خاصة بعد الانفصال، أو بعد وفاة أحد الزوجين، وقد نميز في سكن الزوجية ثلاث حالات:

الحالة الأولى: مسكن الزوجية ملك مشترك

إذا كان سكن الزوجية ملكية مشتركة بين الزوجين، ففي هذه الحالة جميع ما يتعلق بهذا السكن من ديون، ونفقات وتكاليف أخرى تقسم بين الزوجين وذلك وفقا لما تنص عليه المادة 719من ق.م.ج بقولها:"يتحمل جميع الشركاء، كل بقدر حصته نفقات إدارة المال الشائع، وحفظه الضرائب المفروضة عليه، وسائر التكاليف الناتجة عن الشيوع أو المقررة على المال، كل ذلك ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

الحالة الثانية: السكن لمن يملك سند الملكية

إذا كان السكن ملكا لأحدهما فإنّه يثبت لمن له سند الملكية بطبيعة الحال، لأنّ الملك في حق السكنى ينشأ عن عقد، فهو حق يمكن صاحبه من مباشرته والانتفاع به[1]، ولكن استثناء حتى ولو كان السّكن للزوج فإنّ الأم الحاضنة لها حق الانتفاع به أو لها أجرة السكن حسب نص المادة 72 من ق أ ج: "في حالة الطلاق يجب على الأب أن يوفر

[1]- الموسوعة الفقهية، المرجع السابق، ج25، ص107.

لممارسة الحضانة سكنا ملائما للحاضنة، وإن تعذر ذلك فعليه دفع بدل الايجار، وتبقى الحاضنة في بيت الزوجية حتى تنفيذ الأب للحكم القضائي المتعلق بالسّكن".

الحالة الثالثة: حالة النّزاع حول ملكية السكن

في حالة ما إذا ادعى طرف مساهمته في بناء أو شراء سكن الزّوجية ولا يملك ما يثبت ذلك، يجوز له إثبات ذلك بكل الوسائل وجاز للمحكمة تحديد ما تحمله من أعباء مالية من أجل ذلك، وادخال السّكن الزوجي في عمليه اقتسام[1].

وهذه الحالة هي مجال لاعمال اليمين، إلا أنّ ضعف الوازع الديني لدى الأشخاص خاصة في زماننا أوجب على القاضي التّحري لتوجيه اليمين سواء كانت حاسمة أو متممة.

المطلب الثاني:

إثبات التصرفات العرفية بحكم قضائي استثناء

لقد أوجب المشرع الجزائري إثبات بعض التّصرفات بالحكم القضائي استثناء، وذلك راجع إلى خصوصية هذه التصرفات من ناحية، ولضمان حمايتها من ناحية أخرى.

الفرع الأول: إثبات الزواج العرفي بحكم قضائي

بالرغم من صراحة النّص القانوني القاضي بضرورة تسجيل عقد الزواج إلا أنّ بعض الأفراد يتجاهلون هذا النّص، ممّا أدى إلى انتشار الزواج العرفي[2]، الذي بدوره فتح مجموعة من الإشكاليات سواء من النّاحية القانونية أو العملية.

---

[1] – العربي بلحاج، ملاحظات نقدية، مقال سابق، ص46.

[2] – العُرْف بضم العين وسكون الراء، جمعه أعراف، له عدة معان منها: المعروف الذي تعارفه الناس، ما كان ضد المنكر، السكون والطمأنينة، الصبر، تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، الظهور والوضوح، العلو والارتفاع، وعرفه الجرجاني بقوله:"العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"، ويقصد بالزواج العرفي في إصطلاح الفقهاء "زواج ينعقد بتراضيçà الطرفين وقبولهما، فينعقد أمام شاهدين، وقد يسميه البعض

فالمادة 22 من ق أ نصت على: "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي، يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"[1].

فبناء على هذا النّص يمكن القول أنّه لا يوجد فرق بين الزواج العرفي[2] والزواج الرسمي من حيث صحته وانعقاده إلا بإثبات العقد في ورقة رسمية وفقا لما تنص عليه المادة 18 من قانون الأسرة الجزائري.

فالمادة صريحة في أنّ عقد الزواج العرفي يثبت بحكم قضائي دون تقييد هذا التّسجيل بشروط، فنستنتج أنّه حتى في حالة عدم استيفاء الزواج العرفي جميع أركانه فإنّه يثبت بحكم قضائي خاصة إذا عرفنا أنّ هذه المادة قد عدلت بموجب الأمر رقم 05/02 فجاء في الأمر رقم 11/84 بقولها"..... وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه

زواجا بالفاتحة". ابن فارس، المصدر السابق،ج4، ص281، الرازي، المصدر السابق، ص 179-180، ابن منظور، المصدر السابق، ج14، ص 111. الجرجاني، المصدر السابق، ص130. عادل أحمد سيركيس، الزواج وتطور المجتمع، دار الكتاب العربي ،دذط، دذسط، ص217.

[1]- عدلت بالأمر 02/05 المؤرخ في 27 فبراير2005م، ج ر رقم 15، ص20، حررت في ظل القانون رقم11/84، المؤرخ في 9 يونيو1984م، " يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله في الحالة المدنية"

[2]- يجب أن نفرق بين الزواج العرفي الذي تحدثنا عنه وعن ما شابهه، كأن يكتب الرجل بينه وبين المرأة ورقة يقر فيها أنّها زوجته، ويقوم اثنان بالشهادة على هذه الورقة، وتكون من نسختين بيد كل طرف نسخة للعمل بها فيطلق على هذا الزواج اسم زواج السر الذي وبإجماع الفقهاء يقع فاسدا، ولكن وجب معرفة مفهوم الزواج السر وحكمه في مختلف المذاهب الفقهية ومن الناحية القانونية. قال ابن عرفة "نكاح السر باطل والمشهور أنه ما أمر الشهود حين العقد بكتمه ....." أي أن يطلب من الشهود الذين حضروا عملية إبرام العقد كتمانه يعني مفهوم السر عند المالكية هو ما طلب بكتمانه أثناء العقد أو قبله، أمّا إذا طلب منهم ذلك بعد إبرام العقد فلا يكون هناك أي سر ونكاح السر عند المالكية يفسخ قبل الدخول وبعده. وقد روي عن الإمام مالك رضي الله عنه انه لا ينفسخ إذا طال عليه الأمد بينما الحنفية والشافعية والظاهرية إلى أن الزواج ينعقد صحيحا متى حضره شاهدان فقط، ولو طلب منهما كتمانه إذ في رأيهم كيف يكون هذا الزواج وقد حضره أربعة هم العاقدان والشاهدان. ميارة الفاسي. الاتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام . دار المعرفة، بيروت، دذط، دذسط،ج 1 ص 173، جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، سط:2004م، ص88. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام – دراسة مقارنة، دار الجامعية، بيروت، لبنان، ط4، سط: 1983م، ص127 .

وفقا لهذا القانون، ويتم تسجيله بالحالة المدنية "، يعني كان التّسجيل والإثبات مقرون بكونه صحيح وتوفرت جميع أركانه وشروطه، فكأن المشرع الجزائري قد تحول من الحديث عن الزواج العرفي الصّحيح من النّاحية الشرعية وينقصه فقط شرط التوثيق إلى زواج عرفي بمفهوم آخر قد يكون صحيحا وقد يكون فاسدا لا يستوفي شروطه!؟

أولا: إختلاف النّزاعات في الزواج العرفي

تختلف النّزاعات في الزواج العرفي، لأنّها قد تقع بين الزوجين أو بين أحدهما وممن لهم مصلحة في حالة الوفاة، فلإثبات وجوده لابد من اللّجوء إلى القضاء ليفصل فيه متى توفرت شروط المطالبة القضائية، فيتم إجراء تحقيق للتّأكد من قيام العلاقة الزوجية ويتوج ذلك بحكم قضائي يسجل بالحالة المدنية إذا أصبح نهائيا.

وذلك طبقا لنص المادة 22 فقرتها الثانية من ق أ: "في حالة عدم التسجيل يثبت بحكم إذا توافرت أركانه وفقا لهذا القانون ويتم تسجيله بسجلات الحالة المدنية "، فقاضي شؤون الأسرة له سلطة تقدير الأدلة المقدمة إمّا بالأخذ بها أو رفضها حسب كل حالة، لأنّ إثبات الزواج أو نفيه يخضع لتقدير قضاة الموضوع.

وبعد أن يتأكد القاضي من شروط قبول الدعوى ومن الأدلة المقدمة لتثبيت واقعة الزواج العرفي يصدر حكمه بالإشهاد على عقد الزواج العرفي، و يستند القاضي في قراراته للاقرار والشهادة واليمين، إلا أنّ شهادة الشاهدين حول قيام أركان الزواج تعتبر هي الأساس لإثبات واقعة الزواج العرفي، وهذا ما لمسناه من خلال استقراء مجموعة من قرارات المحكمة العليا.

فقد جاء في أحد قراراتها على[1] "من المستقر عليه أنّه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق ومتى تبين في قضية الحال أنّ المستأنفة أتت بشهود أكدوا واقعة الزواج مبينتين في شهادتهم أركان الزواج من ولي وشهود وصداق، فإنّ قضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون، ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"، وجاء في قرار آخر "يجوز في مسألة إثبات أو عدم إثبات واقعتي الزواج العرفي والطلاق، سماع الشهود، لأول مرة على مستوى الاستئناف"[2].

ويتجلى لنا من خلال القرارات السّابقة، أنّ الزواج العرفي يتم إثباته بالحكم القضائي، وتعتبر الشهادة والإقرار من الوسائل التي تقود القاضي للحكم، ويمكن أن نميز بين حالتين في إثبات الزوج العرفي:

الحالة الأولى: سهولة إثبات الزواج العرفي حال الاتفاق

إنّ التصرفات العرفية الغير متنازع فيها ونخص بالذكر الزواج العرفي تثبت عن طريق التّصريح بقيام الرابطة الزوجية أو إنهائها أمام الموظف المؤهل قانونا لتسجيل عقد الزواج، فيقوم الموثق بتسجيل عقد الزواج في وثيقة تعرف بالإقرار بالزواج، ويعتبر هذا الإقرار الغير قضائي وسيلة لإثبات الزواج، وتعتبر الجهة المختصة بنظر طلبات تثبيت الزواج هي محكمة الدائرة القضائية التي كان يمكن تسجيلها فيها، بمعنى دائرة إختصاص مقر أحد الزوجين أو كلاهما أو محل إقامتهم.

[1]- المحكمة العليا: قرار رقم:188707، الصادر بتاريخ: 1998/03/17م، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خ، سط: 2001م، ص50.

[2]- المحكمة العليا: قرار رقم:315403 ، صادر بتاريخ: 2005/02/23م، مجلة المحكمة العليا، ع01، 2005، ص275.

وعن إثبات الزواج العرفي، بعد وفاة الزوج، ترى المحكمة العليا أنّه في حالة ما إذا توفرت أركان الزواج، المنصوص عليها في المادة 09 من ق أ ج يثبت الزواج العرفي المبرم بين المدعية والمرحوم حيث جاء في أحد قراراتها:" ومتى تبين في قضية الحال أنّ أركان الزواج متوفرة بما فيها الإستماع إلى الشهود والإمام الذي قرأ الفاتحة وتعيين المهر وحضور الولي فإنّ القضاة بقضائهم بإثبات الزواج العرفي المبرم بين المدعية والمرحوم طبقوا صحيح القانون"[1].

وجاء في قرار آخر: "إذا ثبت لنا من القضية أنّ المطعون ضدها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد 20 سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج وأن قضاة الموضوع الذين أثبتوا هذا الزواج بناء على شهادة الشهود وتوفره لجميع أركان عقد الزواج وقرائن تسجيل الولدين باسم أبيهما أثناء حياته دون أن يعترض يكونوا قد طبقوا صحيح القانون ومتى كان ذلك استوجب رفض الطعن"[2].

الحالة الثانية: إقامة دعوى لإثبات الزواج العرفي المتنازع فيه

إذا ما وقع نزاع حول واقعة الزواج بين الزوجين، أو بين من لهم مصلحة شرعية وقانونية في ذلك، وكان أحدهما يدعي قيام الزواج شرعا وقانونا، والآخر يزعم نفيه ويطعن في قيامه أو في صحته، فإنّ الطريق الوحيد لإثبات ما يدعيه المدعي هو إقامة دعوى إثبات الزواج أمام المحكمة المختصة، وإذا تمكن المدعي من إثبات الزواج حكمت المحكمة

[1]- المحكمة العليا: ملف رقم 221329، قرار بتاريخ: 1999/04/20م، المجلة القضائية، بإجتهاد غرفة الأحوال الشخصية والمواريث، 2001م، ع خ، ص60.

[2]- المحكمة العليا: ملف الصادر بتاريخ: 1991/04/23م، المجلة القضائية.

بقيام الزواج وعندما يصبح الحكم نهائيا يستطيع الشخص المعني أن يستخرج نسخة من عقد الزواج من سجلات الحالة المدنية[1].

أمّا في حالة إنكار الطلاق العرفي بين الزوجين فإنّه في حالة ادعاء الزوجة وقوع الطلاق العرفي وإنكاره من طرف الزوج فإنّ القاضي هنا يقوم بالتحقيق مع الشهود بدقة لكون أنّ المسألة تتضمن إعتداء على أحد أهم حقوق الزوج ألا وهو حقه في طلاق زوجته ولكون أنّ القاضي سوف يحل محله في القول بوقوع الطلاق من عدمه خاصة وأنّ العصمة بيد الزوج.

وبناء على هذه الأمور اتجهت التطبيقات القضائية إلى الأخذ بشهادة الشهود في إثبات الطلاق حتى في حالة إنكاره من طرف الزوج، وهو الأمرالذي يتجسد من خلال الحكم الذي إستقر عليه العمل القضائي في محكمة الجلفة رقم 2001/75 الصادر بتاريخ 2001/02/10 والذي قضى في الشكل بقبول المعارضة وفي الموضوع تأييد الحكم المعارض فيه والقضاء نهائيا بالإشهاد على الطلاق العرفي الواقع بين الطرفين....".

وتجدر الإشارة إلى أنّ هناك إجراءات خاصة لإثبات الزواج العرفي أمام القضاء لابد من إتباعها، فطبقا لنص المادتين 14 و423 من ق إ م و إ ج يتم تقديم طلب في شكل عريضة[2] مكتوبة ومؤرخة وموقعة من المدعي أو محاميه ومودعة لدى كاتب ضبط قسم شؤون الأسرة[3] الذي ينظر في الدعاوى المتعلقة بمسائل الأسرة الآتية بما فيها دعاوى إثبات

[1]- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار البعث ، قسنطينة، ط2، سط: 1989م، ص 369 .

[2]- تنص المادة 14 على"ترفع الدعوى أمام المحكمة بعريضة مكتوبة موقعة ومؤرخة تودع بأمانة الضبط من قبل المدعي أو وكيله أو محاميه بعدد من النسخ يساوي عدد الأطراف".

[3]- تنص المادة 423 "ينظر قسم شؤون الأسرة في الدعاوى الآتية: الدعاوى المتعلقة بالخطبة والزواج والرجوع إلى بيت الزوجية والمحلال الرابطة الزوجية وتوابعها حسب الحالات والشروط المذكورة في قانون الأسرة.دعاوى النفقة والحضانة وحق الزيارة ، دعاوى إثبات الزواج والنسب، الدعاوى المتعلقة بالكفالة، الدعاوى المتعلقة بالولاية وسقوطها والحجر والغياب والفقدان والتقديم"

الزواج، حيث ترفع دعوى إثبات عقد الزواج التي لا تختلف عن غيرها من الدعاوى المدنية الأخرى، من حيث ما يتعلق بإجراءات رفع الدعوى ومن حيث ما يتعلق بأهلية المتنازعين وصفاتهم.

ثانيا: إثبات التصرفات العرفية من النّاحية الشرعية

اتفق الفقهاء عند حديثهم عن إثبات الزواج أو الطلاق في حال النّزاع على ثلاث وسائل للإثبات هي: الإقرار والبينة والنكول عن اليمين، واعتبروا البينة أقوى الحجج.

وفي ذلك يقول أبو زهرة:"إذا تداعى شخصان رجل وامرأة بشأن وجود الزّواج فادعى الرجل وجوده نسأل المرأة فإن أقرت قضي بالزواج وثبت بتصادقهما عليه وإن أنكرت كان على الزوج البينة "[1]، لأنّ البّينة على من ادعى واليمين على من أنكر فإن عجز عن البينة وجهت اليمين إلى المرأة فإن حلفت رفضت دعوى الزوج وهذا القضاء في الفقه الحنفي قضاء ترك لا يمنع المدعي من تجديد الدعوى إن وجد البينة إذ القضاء بالحلف قضاء ترك على ما هو مقررا في الفقه، وإن نكلت عن اليمين قضي عليها بالزواج لأن النكول إقرار في المذهب الحنفي[2].

أي أنّه إذ ادعى أحد الزوجين الزواج وأقر الطرف الآخر ثبت، لأنّ الإقرار حجة على المقر، وإن لم يقر طولب المدعي بالبينة، فإن أتى بشهود يشهدون على دعواه ثبت العقد وإن عجز المدعي عن إقامة البينة وجهت اليمين إلى الطرف الأخر المنكل فإن حلفها اعتبرت الدعوى مرفوضة لكن يصح تجديدها إذا وجد المدعي شهودا يشهدون له، أمّا إذا امتنع المنكل عن اليمين قضى بثبوت الزواج لأنّ النكول إقرار .

[1]- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص272.

[2]- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص273.

وقال المالكية إذا جاءت المرأة بشاهد أنّ زوجها طلقها أحلف زوجها ما طلقها فإذا حلف لم يقع عليه الطلاق[1]، لقوله صلى الله عليه وسلم : «أنّ المرأة إذا ادعت طلاق زوجها، فجاءت على ذلك بشاهد عدل استحلفت زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر، وجاز طلاقه»[2].

وخالف الشافعي هذا القول فقال:" كمال الشهادة على الطلاق والرجعة شاهدان فإذا كان ذلك كمالها لم يجز فيها شهادة أقل من شاهدين"[3]. وقال أيضا:"إذا تصادقا على الطلاق يثبت، وإن أنكر الرجل فالقول قوله والاختيار في هذا وفي غيره ممّا أمر فيه بالشهادة"[4].

وذكر الحنابلة[5] أنّه إذا ادعت المرأة أنّ زوجها طلقها فالقول قوله لأنّ الأصل بقاء النّكاح وعدم الطلاق إلا أن يكون لها بما ادعته بينة، ولا يقبل فيه إلا عدلان، لأنّ الطلاق ليس بمال ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال في غالب الأحوال كالحدود و

[1]- محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة،ط1، سط: 1424هـ - 2003م، ج4، ص14.

[2]-رواه ابن ماجة، كتاب: الطلاق، باب: الرجل يجحد الطلاق، رح:2038، ج1، ص657، والدار قطني، كتاب: الطلاق والخلع والايلا ء وغيره، ر ح:4048، ج5، ص111، ضعفه الألباني، ح ر:2211. أنظر: سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، دار المعارف، الرياض - الممكلة العربية السعودية، ط1، سط: 1412 هـ / 1992 م، ج5، ص239.

[3]- الشافعي، المصدر السابق، ج8، ص89.

[4]- الشافعي، المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

[5]- ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج7، ص503، عبدالرحمن المقدسي،الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دذط، دذسط، ج8، ص464.

القصاص، فإن لم تكن هناك بيّنة يستحلف الرجل على الصحيح لحديث: اليمين على من أنكر[1].

الفرع الثاني:إثبات مسائل التبرعات بموجب حكم قضائي استثناء

إنّ الإثبات بموجب حكم قضائي هو استثناء عن الأصل، نصت عليه الفقرة الثّانية من المادة 191 ق أ ج بقولها:"وفي حالة وجود مانع قاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على هامش أصل الملكية".إضافة إلى نص المادة 217 من ق أ ج السّالفة الذكر التي نصت على أنّه يثبت الوقف بما تثبت به الوصية[2].

يمكن تصور هذه الحالة في حالة وجود مانع قاهر خارج عن إرادة الموصي كالوفاة أو نحوها، فهنا بإمكان الموصى له باعتباره صاحب المصلحة رفع دعوى قضائية عادية يطلب فيها إثبات هذه الوصية بحكم وله أن يستعين في ذلك بمشروع العقد الموجود بمكتب التّوثيق والشّهود، وعليه خاصة إثبات المانع القاهر الذي حال دون تحرير هذه الوصية في عقد توثيقي لأنّ هذا هو الأصل، فإذا صدر حكم بإثبات هذه الوصية وصار هذا الحكم نهائيا أشار به على هامش أصل الملكية[3].

وأكد المشرع في هذه الحالة على أنّ القاضي المرفوع أمامه هذه الدعوى"دعوى إثبات الوصية" ملزم بالتّأكيد من مدى توفر وجدية المانع القاهر، فإن ثبت ذلك حكم له بالتثبيت، وإلا رفض الدعوى لأنّه لا يعمل ولا يلجأ للاستثناء إلا بتعذر العمل بالأصل،

---

[1] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7 ، ص: 460.

[2] – وتجدر الاشارة أنّه في حالة الرجوع عن الوصية يكون إثباتها بالوسائل نفسها حسب نص المادة 193من ق أ ج ولكن ميز المشرع بين حالتين الرجوع الضمني أو الصريح، فالصريح هو الذي قصدته، أما الرجوع الضمني فيكون بكل تصرف يفهم منه الرجوع.

[3]– حمدي باشا عمر،عقود التبرعات،(الهبة،الوصية،الوقف)، دار هومة – الجزائر، ط22، سط:2004م، ص60.

وهو ما أكدت عليه الغرفة الوطنية للموثقين لاسيما وان المادة 191 من ق أ ج فصلت في مسألة الإثبات[1] وأكدته المحكمة العليا في قرارها الذي جاء فيه: من المقرر قانونا أنّه تثبت الوصية بتصريح الموصي أمام الموثق وتحرير عقد بذلك، وفي حالة وجود المانع القاهر تثبت الوصية بحكم ويؤشر به على الهوامش أصل الملكية، ومن ثم فإن قضاة مجلس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية بسبب عدم التصريح بها أمام الموثق طبقوا صريح القانون"[2]. وجاء في قرار للمحكمة العليا:"في حالة وجود مانع قاهر، اثبات الوصية بجميع طرق الإثبات"[3].

والمنهج الذي انتهجه المشرع في إثبات الوصية هو ذاته في بقية التبرعات "الوقف والهبة" فكما جاء في المادة 217 ق أ ج يثبت الوقف بما تثبت به الوصية، إضافة إلى ما جاء في القانون المتعلق بالأوقاف[4] 10/91 حيث نص في المادة 35 منه:"يثبت الوقف بجميع طرق الإثبات الشّرعية والقانونية مع مراعاة المادتين 29-30من هذا القانون"[5].ففي حالة عدم تهيئة الدليل يثبت بالحكم القضائي، باستخدام جميع وسائل الإثبات.

---

[1]- علاوة بوتغرار، مقال: الوصية تطرح نقائص،مجلة الموثق، ع1، سط:2001م، ص9.

[2]- المحكمة العليا: ملف رقم:160350، المؤرخ بـــ: 1997/12/23م، الإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ع خ، ص195.

[3]- قرار المحكمة العليا، قرار رقم:41320، المؤرخ بـــ: 16-01-2008م، مجلة المحكمة العليا، سنة2008م، ع 2، ص303.

[4]- قانون رقم 10/91، المتعلق بالاوقاف المؤرخ في 12شوال 1411، 27ابريل 1991م.

[5]- تنص المادة29:"لايصح الوقف شرعا اذا كان معلقا على شرط، يتعارض مع النصوص الشرعية فاذا وقع بطل الشرط وصح الوقف" وتنص المادة 30"وقف الصبي غير صحيح مطلقا سواء كان مميزا او غير مميز ولو اذن بذلك الوصي".

الفصل الثاني:

مدى حرية إثبات الوقائع المادية محل النزاع في الأحوال الشخصية

يقول عبد الرزاق السنهوري: "قليل من الوقائع الذي يتيسر فيه الكتابة عند وقوعه ..... وإنّ الكثرة الغالبة من الوقائع المادية التي تحدث آثارا قانونية لا يتيسر إثباتها بالكتابة فيكفي إذن إثباتها بالبينة وبالقرائن بل ينفتح في إثباتها جميع أبواب الإثبات وبخاصة باب المعاينة فهو من أرحب الأبواب للوقوف عليها"[1].

إنطلاقا من هذا الكلام يمكن القول أنّ الوقائع المادية عامة، وتلك الخاصة بمسائل الأسرة نوعين: منها ما يمكن إثباته بالكتابة كما هو الحال في إثبات واقعتي الميلاد والوفاة، ومنها ما يمكن إثباته بجميع وسائل الإثبات.

وللتفصيل أكثر في هذا قسمنا الفصل إلى مبحثين الأول بعنوان: الوقائع المادية التي تستوجب طرق خاصة في الإثبات، والمبحث الثاني الوقائع المادية التي تستوجب حرية الإثبات.

المبحث الأول:

الوقائع المادية التي تستوجب طرق خاصة في الإثبات

إنّ الوقائع المادية في الأصل يمكن إثباتها بجميع طرق الإثبات ولا تقيد بوسيلة دون أخرى كما سبق وأن أشرنا ، لأنّها تقع وتراها الناس ولا يمكن إعداد دليل كتابي بشأنها[1]،

[1]-عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص341.

[1]- هاشم الحافظ، محاضرات في الاثبات، مطبوعة على الرونيو، جامعة بغداد، سط: 1981/ 1982م، ص82.

إلا أنّ هناك وقائع مادية مهمة ألزم القانون تسجيلها، كإثبات الولادة والوفاة بالسّجلات الرّسمية.

والعبرة في هذا التمييز والاختلاف، هو الاختلاف في طبيعتها، إذ نجد مسائل تستوجب تسخير جميع الوسائل لإثباتها، لأنّها تقع فجأة ولا يمكن إعداد دليل مسبق لها، وهناك بعض المسائل التي تستوجب الاستثناء لخطورتها وأهميتها كواقعة الميلاد والنّسب لأنّهما ذو طبيعة خاصة، وبالتالي تطلب إدراج وسائل معينه لإثباتهما.

وبالرجوع إلى النّسب ورغم أنّه واقعة مادية والأصل فيه المرونة وعدم التقييد في وسائل الإثبات إلا أنّ المشرع الجزائري واحتذاء بأحكام الشريعة الإسلامية قد حدد مجموعة من الوسائل لإثباته: كالفراش، أو الإقرار أو البينة، إضافة إلى الطرق العلمية حيث نص المادة 40 من ق أ ج على: "يثبت النّسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33و34 من هذا القانون ويجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب".

ولكن السؤال المطروح هل هذه الوسائل جاءت على سبيل الحصر؟ أم يمكن إثبات النّسب بوسائل أخرى، كوثائق الحالة المدنية؟.

وللإجابة عن هذه الإشكاليات وغيرها وجب تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، الأول: إعداد الدليل الكتابي لإثبات واقعة الولادة. والمطلب الثاني: حصر طرق إثبات واقعة النسب.

المطلب الأول:

إعداد الدليل الكتابي لإثبات واقعة الولادة

إنّ الولادة تصنف على أنّها واقعة قانونية، تندرج ضمن ما يعرف بالأفعال المادية الطبيعية، وعدّها القانون بداية شخصية الإنسان، فقد جاء في نص المادة 25 من ق م ج:"تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حيا على أنّ الجنين يتمتع بالحقوق التي يحددها القانون بشرط أن يولد حيا"، فهذه المادة منحت للطفل حقوقه بتمام ولادته حيا، ومنها حقه في النّسب، ولكن لا يترتب عليها أي أثر إلاّ بعد التّصريح بالولادة في أجل أقصاه خمسة أيام استنادا إلى المادة 61 من ق ح م ج، التي نصت في فقرتها الأولى:"يصرح بالمواليد خلال خمسة أيام من الولادة الى ضابط الحالة المدنية للمكان وإلا فرضت العقوبات المنصوص عليها في المادة 442 الفقرة الثالثة من قانون العقوبات[1]". و لكن السؤال المطروح هل ينجر عن توثيق هذه الواقعة أيّ أثر شرعي أو قانوني في مجال النّسب اتجاه الغير؟.

[1] – نصت هذه المادة على أنّه: يعاقب بالحبس من عشر أيام (10) على الأقل إلى شهرين (2) على الأكثر وبغرامة من 8000دج إلى 16000دج في عدة حالات ومنها ماجاء في لفقرة الثالثة: " كل من حضر ولادة طفل و لم يقدم عنها الإقرار المنصوص عليه في القانون في المواعيد المحددة .....".

الفرع الأول:

القيمة الإثباتية لوثائق الحالة المدنية في إثبات الولادة

إنّ الناظر في مواد قانون الأسرة[1] يجد هناك علاقة وطيدة بين قانون الأسرة وقانون الحالة المدنية.

فوثائق الحالة المدنية كشهادة الولادة أو الدفتر العائلي، تعتبر سجلات رسمية تصدر من موظف رسمي ولكن السؤال المطروح: ماهي قيمتها وأهميتها في مجال الإثبات خاصة في مجال إثبات واقعة الميلاد والوفاة؟. وما هي القيمة الإثباتية لسجلات الحالة المدنية "شهادة الميلاد" في إثبات النسب؟ وللاجابة عن هذين الإشكالين وجب التفصيل في أمرين:

أولا: شهادة الميلاد دليل قاطع في إثبات واقعة الميلاد

ثانيا: شهادة الميلاد مجرد قرينة في إثبات النسب

أولا: شهادة الميلاد دليل قاطع في إثبات واقعة الميلاد

بالرجوع إلى نص المادة 01من ق ح م نجده يضفي صفة ضابط الحالة المدنية على أشخاص معينين ويسند إليهم وحدهم مهمة تلقي التصريحات بالولادات والوفيات فتنص المادة 03 من ق ح م على:" يكلف ضابط الحالة المدنية بما يلي: مشاهدة الولادات

[1]- نجد أنّ المسائل المتعلقة بالزواج وإثباته والنسب والميراث كلها تحيل إلى تطبيق قانون الحالة المدنية.

وتحرير العقود بها، مشاهدة الوفيات وتحرير العقود بها"[1]، إضافة إلى تحرير عقود الزواج وتسجلها في سجلات خاصة.

وتعد سجلات الحالة المدنية سجلات رسمية يحررها موظف مختص أثناء تأديته لمهامه وفي حدود الاختصاصات المخولة له، ووفقا للقانون، لذا تتميز هذه السّجلات الرّسمية بحجة ثبوتية مطلقة لا تقبل إثبات العكس، إلا بالطعن فيها بالتّزوير لأنّ ما ورد في العقد الرسمي يعتبر حجة حتى يثبت تزويره وهو نافد في كافة التراب الوطني. وقد ألزم المشرع أن تكون كل واقعة ولادة محل تصريح لدى ضباط الحالة المدنية، وتعتبر الولادة واقعة مادية تثبت الوجود القانوني للشخص فبمجرد ولادته تحرر له شهادة ميلاد تشتمل على بيانات[2] حددتها المادة 63 من ق ح م، فشهادة الميلاد يمكن أن تساعد في ثبوت واقعة الولادة وبالتالي نسب الولد لأمه من خلال تأكيد صحة البيانات الواردة فيها[3]، فنسب الطفل من أمه نسب ظاهر، فهو يترتب عن الولادة و يثبت بها، فهو نسب ظاهر جلي

[1]- تعرضت هذه المادة لى انتقادات من طرف فقهاء القانون حيث أنّ مصطلح عقد: لا ينطبق على كل عقود الحالة المدنية لأنّ العقد ينشأ بإرادة طرفين إلا أنّ حالة الوفاة و الميلاد لا توجد فيها إرادة طرفين عكس الزواج الذي أنشأ بإرادة الطرفين وفقا لنص المادة 09 من قانون الأسرة لكن لتوحيد مصطلحات الحالة المدنية من الأفضل و الأصح تعويض مصطلح عقد بمصطلح شهادة بالنسبة لكل وثائق وسجلات الحالة المدنية.

[2]- لقد نصت المادة 63 من ق ح م على بيانات أساسية لا يجوز الزيادة عنها و لا النقصان و أوجب على ضابط الحالة المدنية إحترامها عند تحرير عقد الميلاد والبيانات هي: المكان الذي ولد فيه المولود المراد التصريح بولادته. تاريخ الولادة بالساعة و اليوم و الشهر و السنة. جنس المولود (ذكر أم أنثي)، إسم المولود. إسم و لقب و عمر و مهنة و مسكن كل واحد من الأب و الأم.

[3]- عبد الحميد الشواربي، الشهادة في المواد المدنية و التجارية و الجنائية و الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 406.

يصعب إخفاءه بسبب ظاهرتي الحمل والولادة، لذا ثبوت نسب الطفل من أمه لا يحتاج إلى دليل، سواء جاءت به من زنا أو من زواج[1].

إلا أنّ التساؤل الأكثر أهمية هل تعتبر شهادة الميلاد وسيلة في إثبات نسب الولد لأبيه أم أنّها مجرد قرينة قابلة لإثبات العكس؟.

ثانيا: شهادة الميلاد مجرد قرينة في إثبات النسب

لتحديد قيمة شهادة الميلاد في إثبات النسب نرجع إلى المادة 62 من ق ح م التي تنص على أنّه:"يصرح بولادة الطفل الأب أو الأم وإلا فالأطباء والقابلات وأيّ شخص آخر حضر الولادة وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشّخص الذي ولدت الأم عنده – تحرر شهادة الميلاد فورا"، بناء على هذا النّص الذي حدد الأشخاص المخولين بالتّصريح بالولادة يمكن أن ندرج حالتين:

الحالة الأولى: في حالة كان التصريح بالولادة من غير الأب

إنّ شهادة الميلاد تثبت واقعة الولادة ونسب الابن إلى أمه كما سبق وقلنا، إلا أنّها لا تعني بالضرورة إثبات النّسب إلى الأب، فإذا كان التصريح من غير الأب فإنّه يعتبر تحميل للنّسب على الغير، ولا يعتبر حجة عليه طالما لم يقر بصحة البيانات المدونة وذلك حسب المادة 62 من ق ح م السّالفة الذكر، ولكن هذه الشّهادة يمكن أن تساعد المرأة في إثبات

[1]-ليلى جمعي، مقال: الطبيعة القانونية للنسب من خلال بعض التشريعات المقارنة، منشور بموقع: https://www.academia.edu، ت ز: 2019/12/12م، ص 10.

الولادة في حالة إنكار الزوج لها وبالتالي إثبات نسبه[1]، خاصة وإن أثبتت الولادة بالسّجلات المعدة كما نصت عليه المادة 26 من ق م ج: "تثبت الولادة والوفاة بالسّجلات المعدة لذلك، وإذا لم يوجد هذا الدّليل أو تبين عدم صحة ما أدرج في السّجلات يجوز الإثبات بأية طريقة حسب الاجراءات التي ينص عليها قانون الحالة المدنية".

الحالة الثانية: في حالة ما إذا كان التّصريح من عند الأب

أمّا في حالة ما إذا كان التصريح من الأب فيمكن أن يعتبر ذلك إقرار منه. وهذا الاقرار قد يكون صادقا أو كاذبا على اعتبار أنّ ضابط الحالة المدنية عندما يتلقى هذا التصريح فهو لايتحرى أو يتأكد من الأمر.

ولأنّ فقهاء القانون اعتبروا أنّ شهادة الميلاد لا تعد بمفردها حجة في إثبات النّسب، وإن كانت تعد قرينة عليه، إلاّ أنّها قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس، لأنّ القيد في السّجلات لا يشترط فيها أن يكون بطلب من الأب أو وكيله، بل يصح الإملاء من الأم أو القابلة أو أي شخص آخر حضر الولادة، وعندما تكون الأم ولدت خارج مسكنها فالشّخص الذي ولدت الأم عنده هو من يصرح، وهذا بناء على نص المادة 62 من ق ح م.وهذا ما يستدعي منا الحديث عن القيمة الثبوتية لوثائق الحالة المدنية في العمل القضائي.

[1]- الغوثي بن ملحة، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، سط:2005، ص153.

الفرع الثاني: القيمة الثبوتية لوثائق الحالة المدنية الخاصة بإثبات النسب في العمل القضائي

ينطلق الاجتهاد القضائي بخصوص حجية وثائق الحالة المدنية في إثبات النسب من الإجابة على السؤال التالي: هل يمكن اعتبار التّسجيل في سجلات الحالة المدنية من باب الاقرار بالبنوة ؟.

باعتبار أنّ الوثائق التي تصدر من جهة رسمية، أي من موظف مختص يعتبر ورقة رسمية وحجة على ما تضمنته من حقوق وبيانات مادامت قد استوفت الشروط، ولذلك لا يقبل إنكار ما جاء فيها، على أساس أنّ الجهة الرسمية لا تستخرج هذا السّند إلا إذا توثقت من صحة بياناته بالتّحري الدقيق أو بشهادة الشهود أو بالرجوع إلى سجلاتها[1]. فالورقة الرسمية إذا حجة على ما تضمنته من حقوق وبيانات مادامت قد استوفت الشروط المتقدمة.

لكن وبالرغم من الطّابع الرّسمي للورقة إلا أنّه يمكن إثبات أنّ ما جاء بها مزور، أو أنّه تصريح كاذب، وهو ما جرّمه المشرع في قانون العقوبات في القسم الخامس من الباب السابع المتعلق بالتزوير، تحت عنوان: "التزوير في بعض الوثائق الإدارية والشهادات" فنص

[1]- عوض عبد الله أبو بكر، المرجع السابق، ص115.

في المادة 222 و223 منه على أنّ التزوير أو التصاريح الكاذبة لهذه الوثائق جريمة ويعاقب عليها بالحبس والغرامة المالية[1].

وبالرجوع إلى العمل القضائي جاء في أحد قرارات المحكمة العليا:"من المقر شرعا وقانونا أنّ الإقرار بالبنوة المجرد الذي ليس فيه تحميل النّسب على الغير يثبت به النّسب ويكون ذلك حجة على المقر ولوثبت بطريق آخر خلاف ذلك وهو بعد الإقرار لا يحتمل النّفي لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية وتحت أي ادعاء أو بغيره سواء من المقر نفسه أو من ورثته بعد وفاته لما ترتب عن ذلك من حق الولد في النّسب، وبالتالي طالما أنّ المرحومة قد أقدمت رفقة زوجها على تسجيل المطعون ضدها في سجلات الحالة المدنية على أنّها إبنتها حسبما تشير إلى ذلك شهادة الميلاد المدرجة في الملف والتي وردت خالية من الاشارة الى التبني الذي ادعاه الطاعنون"[2].

ونستنتج من هذا القرار أنّ المحكمة العليا قد أقرت بحجية ما جاء في شهادة الميلاد واعتبرتها حجة قاطعة مادام أنّ الطاعن فيها ليس الأب أو الأم وبالتالي أثبتت النّسب، إضافة إلى أنّ التصريح إذا كان من الأب والأم فإنّ شهادة الميلاد المثبتة في سجلات الحالة

[1] – تنص الفقرة1 من المادة 222 من ق ع :"كل من قلد أو زور أو زيف رخصا أو شهادات أو كتابات أو بطاقات أو نشرات أو إيصالات أو جوازات سفر أو أوامر خدمة أو وثائق سفر أو تصاريح مرور أو غيرها من الوثائق التي تصدرها الإدارات العمومية بغرض إثبات حق أو شخصية أو صفة أو منح إذن يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 1.500 إلى 15.000 دينار"، وتنص الفقرة الأولى من المادة 223 من ق ع :"كل من تحصل بغير حق على إحدى الوثائق المبينة في المادة 222 أو شرع في الحصول عليها سواء بالإدلاء بإقرارات كاذبة أو بإنتحال إسم كاذب أو صفة كاذبة أو بتقديم معلومات أو شهادات أو إقرارات كاذبة يعاقب بالحبس من ثلاثة أشهر إلى ثلاث سنوات وبغرامة من 500 إلى 5.000 دينار.

[2] – قرار المحكمة العليا: ملف رقم:0761943، الصادر بتاريخ: 2012/11/14م، المجلة القضائية، سط:2013م، ع2، ص286.

المدنية قطعية الدلالة وحجة في إثبات النّسب ولا تقبل الطعن فيها بأي وسيلة من الوسائل، ونفهم بالمفهوم المعاكس أنّه في حالة ما إذا كان الطعن من الأب أوالأم فإنّ شهادة الميلاد تعتبر قرينة قابلة لإثبات العكس.

في الختام نقول أنّه بالرغم من أنّ شهادة الميلاد تعتبر وثيقة رسمية لصدورها من موظف عمومي مختص بمقتضى وظيفته، وتتضمن بيانات هامة. وهذه البيانات يقع تدوينها بناء على تصريح من عدة أشخاص كما ذكرنا آنفا، إلا أنّها معدة أصلا لاثبات واقعة الولادة، وقد تعتبر في ذات الوقت قرينة على إثبات النّسب في العمل القضائي.

وبعبارة أخرى نقول أنّ نسب الولد إلى أمه يثبت بصفة شرعية وقانونية في كل الأحوال تأسيسا على واقعة الولادة، في حين لا ينسب الطفل إلى أبيه إلاّ بدليل يكشف حقيقته[1]، ويثبت نسب الولد من والده بطريق الدعوى وفق وسائل حصرتها الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري على ما سيأتي بيانه.

المطلب الثاني:

إثبات واقعة النسب

لقد أجمع الفقهاء على إثبات النّسب بمجموعة من الطرق: كإثبات النّسب بطريق الفراش أو الإقرار أو البينة، كما أنّه قد يثبت بالقرعة والقافة من النّاحية الشرعية وقد يثبت باللّجوء إلى الطرق العلمية.

[1]- ليلى جمعي، مقال سابق، ص4.

الفرع الأول: التوافق الشرعي والقانوني في وسائل إثبات النسب

بالرجوع إلى نص المادة 40 من ق أ ج السّابق ذكرها نجدها تنص على مجموعة من الوسائل التي تثبت النّسب، وهذه الوسائل جاء الاعتماد عليها من النّاحية الشّرعية، أي أنّ المشرع الجزائري لم يأت بالجديد إلا فيما يخص إعتماده على الخبرة العلمية في إثبات النّسب وذلك نظرا للتطور العلمي الحاصل فكان واجبا عليه مواكبة التّطورات العلمية والتكنولوجية.

ومن الوسائل التي جاء ذكرها: الإعتماد على الفراش، وهو قرينة معفية من الإثبات وليس سبب لأنّه يمكن نفي النّسب مع وجوده، إضافة إلى البيّنة والإقرار فهما أمران كاشفان له يظهران أنّ النّسب كان ثابتا من وقت الحمل بسبب الفراش الصحيح أو الفاسد أو بشبهة[1].

أولا: قرينة الفراش وسيلة إعفاء من الإثبات

يعتبر الفراش، قرينة قانونية شرعية معفية، وتوفر هذه القرينة كفيل بالإثبات الآلي للنّسب إستنادا على أنّه من ولد على فراش الزوجية هو ابن الزوجة من زوجها فكانت هذه القرينة دليل معفي مهيأ[2] وذلك لما جاء في حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنّ النبي صلى الله عليه وسلم قال: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[3].

---

[1]- خالد بوزيد، النسب في التشريع الجزائري والإجتهاد القضائي، مذكرة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة: 2010 م/ 2011، ص85.

[2]- ليلى جمعي، مقال سابق، ص12.

[3]- سبق تخريجه، ص:116.

والمقصود بالفراش: إمكانية الوطء في النكاح الصحيح[1]، لذا فإثبات نسب الولد بالفراش لا يحتاج إلى إقرار أو بينة، إلا إذا حصل نزاع بين الزوجين على نسب الولد واتهمها بالزنا.

ولإثبات النّسب بناء على وجود الزّوجية إشترط الفقهاء إمكانية اتصال الزوجين واختلفوا في تحديد معناه فذهب الجمهور[2] إلى أنّ الفراش يحدث بالعقد فالعقد الصحيح هو السبب في ثبوت النّسب بشرط إمكان الدخول، ويضيف المالكية الإشهاد على ذلك إذا وقع الفراق قبل الدخول وكان عدم الدخول ثابتا بالطرق الشرعية. واشترط ابن تيمية الدخول المحقق الغير مشكوك فيه[3].

بينما ذهب الحنفية[4] إلى أنّ العقد الصحيح فراشا ولا حاجة لامكان الاتصال، ووجوده يكفي لأنّ الاتصال لا يطلع عليه بخلاف العقد، والواقع أنّ إثبات النّسب من تاريخ العقد عند الحنفية وإنّ لم يتحقق الدخول أو الوطء، إنّما يقصد به حماية الولد من الضياع وستر العرض ومنع مشكلة اللّقطاء، فالولد يلحق بمن له زوجية صحيحة.

وهو ما جسده قرار المحكمة العليا:"من المقرر شرعا أن الولد للفراش وللعاهر الحجر"ومن المستقر عليه قضاء أن مدة نفي النسب لا تتجاوز ثمانية أيام، و متى تبين – في قضية الحال – أنّ ولادة الطفل قد تم والزوجية قائمة بين الزوجين، وأنّ الطاعن لم ينف

[1] – عبد القادر داودي، المرجع السابق، ص201.

[2] –أبو الفضل الحنفي، المصدر السابق، ج4، ص4، شمس الدين الرملي، المصدر السابق، ج7، ص184، ابن قدامة، عمدة الفقه، المصدر السابق، ج1، ص111 .

[3] – ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، مؤسسة الرسالة، بيروت – مكتبة المنار الإسلامية، الكويت، ط27، سط: 1415هـ /1994مج5، ص372.

[4] –ابن الهمام، المصدر السابق، ج3، ص301.

نسب الولد بالطرق المشروعة، وأن لا تأثير لغيبة الطاعن ما دامت العلاقة الزّوجية قائمة وأنّ القضاة بقضائهم بإثبات نسب الولد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن[1].

أمّا في حالة الفرقه من طلاق أو وفاة فقد نصت المادة 43 من ق أ ج على:"ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال 10 أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ".

ثانيا: ثبوت النّسب بالدعوى عند انعدام قرينة الفراش

إذا كان الرأي الغالب في الفقه يعتبر الفراش متوافر إذا توفر شرطين هما: العقد مع إمكانية الاتصال، في حين يعد العقد كافيا لقيام الفراش عند الأحناف وأغلب التشريعات القانونية الحديثة، هذا يعني أنّ قرينة الفراش تصبح مفقودة كلما فقد هذان الشرطان معا أو فقد أحدهما[2]، ففي هذه الحالة أعطى فقهاء الشريعة الإسلامية والأنظمة القانونية الوسائل البديلة للإثبات لكي لا يضيع نسب الولد، فتعتبر دعوى إثبات النسب هي السبيل وذلك من خلال الوسائل التي أقرها وأتاحها المشرع والمتمثلة في الاقرار والبينة.

أ- الإقرار كوسيلة لإثبات النّسب

الإقرار هو إخبار الشخص بوجود قرابة بينه وبين شخص آخر، فيحتمل صورتين إمّا أن يكون إقرار بأصل النسب، أو يكون إقرار بنسب فرعي، وقد جاء في المادة 33 من ق

[1]- المحكمة العليا: قرار رقم 165408، الصادر بتاريخ: 1997/07/08م، المجلة القضائية، سط: ع ص67.

[2]- ليلى جمعي، مقال السابق، ص13.

م ج:"القرابة المباشرة هي الصلة مابين الأصول والفروع، وقرابة الحواشي هي الرابطة مابين أشخاص يجمعهم أصل واحد دون أن يكون أحدهم فرعا للآخر".

وجاء النص على الإقرار بأصل النّسب أي الإقرار الذي ليس فيه تحميل النّسب على الغير[1]، في المادة 44 ق أ ويشترط فيه أن يكون هذا الإقرار ممّا يقبله العقل والعادة حيث أنّه لا يتصور من رجل عاجز أن يدعي ويقر بأن فلان ابنه أو فلانة ابنته.

أمّا الإقرار بنسب فرعي ففيه تحميل النّسب على الغير، وهو ما نصت عليه المادة 45 ق أ ج وهذا النّوع من الإقرار لا يجعل المقر له بالأخوة ابنا لأب المقر لأنّ هذا النوع من الإقرار بالنسب لا يرتب آثاره إلا إذا صدقه المدعى عليه بالنسب[2].

واشترط الفقهاء[3] مجموعة من الشروط للاعتداد بهذا الإقرارمنها: أن يكون المقر بالغا عاقلا ومختارا غير مكره، وأن لا يكون المقر له معلوم النسب، أن يصادق المقر له المقر في إقراره، أن يكون الإقرار بالنّسب مما لا يكذبه الحس والشّرع.

ومن النّاحية القانونية وبالرجوع إلى المادتين 44 و 45 ق أ ج نجد المشرع الجزائري يصادق علي هذه الشروط، إلا أنّه ركز على توفر شرطين والهدف من ذلك التأكد من أن يكون الإقرار كاشف للحقيقة.

---

[1]- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام، دار الجامعية، بيروت- لبنان، دذط، سط: 1998 ، ص 260.

[2]- أحمد فراج حسين، المرجع نفسه، ص 261 إلى 263.

[3]- الكاساني، المصدر السابق، ج7، ص228، حاشية ابن عابدين، ج5، ص617، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج5، ص145.

- ✓ جاء في نص المادة 44 من ق أ ج :" يثبت النّسب بالإقرار بالبنوة أو الأبوة أو الأمومة لمجهول النّسب ولو في مرض الموت"، أي أنّ الإقرار يتعلق بولد مجهول النّسب، لأنّه لا يجوز أن ينصب الإقرار على ولد معلوم النّسب.
- ✓ أن يكون الإقرار مما يقبله الحس والشرع.

ويعتبر الإقرار بالنّسب حجة قاطعة وهذا ما أثبته العمل القضائي حيث جاء في أحد قرارات المحكمة العليا: "يثبت النّسب بالإقرار بالبنوة ويكون حجة على المقر حال حياته وبعد وفاته حتى ولو ثبت خلاف ذلك بطريق آخر، لا يحتمل الإقرار النفي لا بشهادة الشهود ولا بالخبرة العلمية وتحت أي إدعاء بالتبني أو بغيره"[1].

ب- إثبات النّسب عن طريق البينة

إنّ النّسب يثبت لمدعيه بناء على شهادة العدول بصحة ما ادعاه، و قد أجمع العلماء على أنّ النّسب يثبت لمدعيه بشهادة رجلين عدلين، واختلفوا في إثباته بغير ذلك كشهادة رجل وامرأتين، أو شهادة أربعة نساء عادلات، أو شهادة رجل و يمين المدعي، حيث قال بكل حالة من هذه الحالات طائفة من العلماء[2]، غير أنّ مذهب الجمهور من المالكية والشافعية و الحنابلة لا يقبل في إثبات النسب با لشهادة إلا شهادة رجلين عدلين.

[1]- المحكمة العليا: ملف رقم:0761943، الصادر بتاريخ:2012/11/14م، مجلة المحكمة العليا، سط:2013م، ع2، ص284.

[2]- جاء تفصيل هذه المسألة عند الحديث عن نصاب الشهادة في مسائل الاحوال الشخصية في الباب الأول من هذا البحث، ص:75-76.

هذا وقد أضافت الشريعة الإسلامية إثبات النسب بالقيافة[1] والقرعة[2] وهما في الحقيقة وسيلتين انعدم العمل بهما في زماننا نظرا للتطور العلمي الحاصل، ودوره في إثبات النسب.

الفرع الثاني: الطرق العلمية وأهميتها في إثبات واقعة النسب

إنّ إثبات النّسب ونفيه[3] بالطرق العلمية موضوع حظيّ باهتمام الفقهاء وأخذ حيزا كبيرا من الدّراسة، فهو يعتبر أحد أهم الطرق التي عول عليها المشرع الجزائري بعد تعديله لقانون الأسرة بموجب الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 المعدل والمتمم لقانون

[1]- القيافة والقرعة من وسائل الإثبات في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ويقصد بالقيافة في اللغة هي تتبع الآثار لمعرفة أصحابها، والقائف: من يتبع الأثر ويعرف صاحبه، وجمعه قافه وقال بها الشافعي وأصحابه، وإسحاق، وأبو ثور، وأهل الظاهر كلهم. وبالجملة: فهذا قول جمهور الأمة. وخالفهم في ذلك أبو حنيفة وأصحابه، وقالوا: العمل بها تعويل على مجرد الشبه، وقد يقع بين الأجانب، وينتفي بين الأقارب. ومالك إنما القافة في أولاد الإماء ولا يرى القافة في الحرائر، وقد دلت على اعتبارها سنة رسول الله – صلى الله عليه وسلم –، قالت عائشة – رضي الله عنها –: «دخل علي رسول الله – صلى الله عليه وسلم – وهو مسرور، تبرق أسارير وجهه، فقال: أي عائشة، ألم تري أن مجززا المدلجي دخل، فرأى أسامة وزيدا، وعليهما قطيفة، قد غطيا رءوسهما، وبدت أقدامهما، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض» وفي لفظ «دخل قائف والنبي – صلى الله عليه وسلم – ساجد، وأسامة بن زيد وزيد بن حارثة مضطجعان، فقال: إن هذه الأقدام بعضها من بعض، فسر بذلك النبي – صلى الله عليه وسلم – وأخبر به عائشة» متفق عليهما، وذلك يدل على أن إلحاق القافة يفيد النسب. القاموس المحيط، المصدر السابق، ص183. ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدر السابق، ص182.الطحاوي، مختصر اختلاف الفقهاء، المصدر السابق، ج4، ص451 .

[2]- إنّ القرعة من أضعف طرق إثبات النسب الشرعي، فإذا تعذرت القافة وأشكل الأمر عليها: كان المصير إلى القرعة أولى من ضياع نسب الولد، وتركه هملا لا نسب له، وهو ينظر إلى ناكح أمه وواطئها، فالقرعة هاهنا أقرب الطرق إلى إثبات النسب، فإنها طريق شرعي، وقد سدت الطرق سواها. ابن القيم، الطرق الحكمية، المصدرنفسه، ص197.

[3]- إن المحكمة العليا ترى أن الوسيلة الوحيدة التي يمكن من خلالها للزوج أن ينفي نسب الطفل هي اللعان أي أنه لا يمكن للزوج اللجوء إلى الطرق العلمية من أجل نفي النسب، فوفقا للمحكمة العليا الطرق العلمية هي وسيلة للإثبات و ليس وسيلة نفي، فقد صدر عن المحكمة العليا قرار بتاريخ 10 / 01 / 2013 جاء فيه ".....فإن النسب الثابت لا ينتفي إلا باللعان فقط و هو الطريق المشروع الذي قصدته المادة 41 من قانون الأسرة ،و لا يجوز تقديم البصمة الوراثية على اللعان".

الأسرة[1] بإضافته فقرة ثانية للمادة 40 تدرج الطرق العلمية كوسيلة مهمة استدعتها الحياة العملية لإثبات النّسب وليس لنفييه كما جاء في قرار للمحكمة العليا: "الطرق العلمية مقررة لإثبات النّسب وليس لنفيه"[2]. وجاء في نص هذه المادة: "ويجوز للقاضي اللّجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النّسب ".

ولكن هذا التّعديل جاء مبهما عاما يحتاج إلى تفسير وإلى ضبط فالمشرع الجزائري لم يحدد الطرق العلمية التي قصدها لإثبات النّسب فهي عديدة[3] كما أنّه لم يتطرق إلى حجية هذه الأدلة، ممّا أدى بالقضاء إلى إدراجها ضمن خانة الإثبات بالخبرة، نظرا لسكوت المشرع الجزائري عن قيمة هذه الوسائل العلمية، لذا فإنّ العمل بها يؤسس انطلاقا من عموم النصوص، ومن القواعد والمبادئ العامة في الإثبات وتعيين الخبرة ونتائجها.

[1]- حررت في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984م كما يلي: يثبت النسب بالزواج الصحيح وبالإقرار وبالبينة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32و 33و 34 من هذا القانون.

[2]- المحكمة العليا، ملف رقم: 690718، الصادر بتاريخ:2012/03/15م، سط:2013م، ع2، ص268.

[3]- طريقة البصمة الوراثية وهي البنية الجينية التي تدل على هوية كل إنسان بعينه "فهي المادة الوراثية الموجودة في خلايا جميع الكائنات الحية والتي تجعلنا مختلفين، وهو ما يعرف بالحامض النووي. طريقة تحليل فصائل الدم: فيوجد في الدم العديد من الصفات الوراثية الموروثة من عند الأب و الأم ،بحيث يأخذ الطفل نصف الصفات من أبيه الحقيقي و النصف الآخر من أمه ، و ذلك عن طريق الحيوان المنوي للرجل و بويضة المرأة ، ومن العلامات الوراثية الموجودة في دم الإنسان نجد فصائل الدم الرئيسية.حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية- لبنان، ط1، سط:2010م، ص 20.

أمّا من النّاحية الشرعية[1] فقد ذهب جانب من الفقه إلى جواز إعمال البصمة الوراثية في ثبوت النّسب، تأسيا بمذهب جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية القائلين بجواز اللّجوء إلى القيافة والخبرة[2]، إضافة إلى حديث أبي هريرة رضي الله عنه أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت صاحبتها: إنّما ذهب بابنك، وقالت الأخرى: إنّما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلى داود، فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينهما، فقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله، هو ابنها، فقضى به للصغرى»[3]، فقضى للصغرى بالولد بموجب قرينة الشفقة، ولا شك أنّ البصمة الوراثية أولى بالاعتبار منها.

وختاما نقول أنّ الوسائل العلمية قد ضمنت مكانتها بين طرق إثبات النسب، لأنّها تساهم بشكل كبير في إظهار الحقيقة، ويبقى القاضي صاحب القرار في تقدير هذه الطرق العلمية و يلجأ إليها متى وجد ضرورة لذلك.

---

[1]- لقد كانت مسألة إثبات النسب بالطرق العلمية في البداية محل جدل فقهي، وقف فيه بعض جمهور الفقه موقف المرتاب والرافض للطرق العلمية كوسيلة لإثبات النسب فنظروا على أنّ اللعان مثلا يعتبر الوسيلة الوحيدة لنفي النسب اعتمادا على قوله تعالى:﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ....﴾" سورة النور الآية 6 إلى 8 فالآيات ذكرت أنّ الزوج لا يملك إلا شهادة نفسه فيلجأ للعان وأي اعتماد على طرق علمية دون ذلك فهو تزيد على كتاب الله وأن الرسول صلى الله عليه وسلم قال : "الولد للفراش وللعاهر الحجر"

[2]- حسين محمود عبد الصمد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، سط:2007م، ص720-721.

[3]-رواه البخاري، كتاب الفرائض، باب اذا ادعت المرأة ابنا، ح رقم 6769، ج8، ص 156. ورواه مسلم، كتاب الحدود، باب بيان اختلاف المجتهدين،ح ر: 1720، ج3، ص1344.

ولكن تجدر الاشارة إلى أنّه بات من الضّروري وضع ضوابط وقوانين تحدد طريقة التّعامل مع الطرق العلمية في إثبات النسب، خاصة في وقتنا هذا مع انتشار ما يسمى بـــ: "بنوك حفظ النّسل" أو "ببنوك النّطف والأجنة"[1] وظهور ما يسمى بمسألة تجميد البويضات والحيوانات المنوية، لذا لا بد من تنظيم هاته المسائل المستجدة وظبط نطاقها، فمثلا وجب تحديد مايلي:

أولا: أنّها يجب أن تتم بين زوجين بالغين عاقلين وفي أثناء قيام الرابطة الزّوجية دون تدخل طرف ثالث كأن يتم غرس البويضة الملقحة في رحم مستعار (إمرأة أخرى) أو أن يكون المني أو البويضة من غير أحد الزّوجين مع غرسها في رحم الزوجة، كأن تكون البوضة من امرأة أخرى والمني من الزوج أو العكس. إلى غير ذلك من الحالات التي وجب على المشرع تبيينها وضبطها وتحديد موقفه منهافي القانون.

ثانيا: أن تتم برضاء كلا الزوجين وتكون بغرض مشروع، وذلك بأن يكون الغرض النّسل وليس شيء آخر.

[1] – لمزيد من التفصل ينظر:عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، اثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة ، دراسة تشريعية فقهي معاصرة، إشراف: محمد بلتاجي حسن، رسالة دكتوراه، سط:1421هـ/2000م.

المبحث الثاني:

الوقائع المادية التي تستوجب حرية الإثبات

بالنّظر والتّتبع لمواد قانون الأسرة نجد هناك مجموعة من الوقائع المادية التي تستوجب الوقوف عليها نظرا لأهميتها وكثرة النّزاعات المتعلقة بها، فالضّرر يعتبر من أخطرها وأصعبها في الإثبات، إضافة إلى الإشكالات التي يطرحها مشكل الاخلال ببعض الإلتزامات التعاقدية.

المطلب الأول:

إشكالات إثبات الضرر

يعتبر الضّرر الناجم عن مسائل الزواج والطلاق من أخطر الأضرار على الإطلاق لتعلقه بعدة أطراف الزّوج والزّوجة والأولاد، فله تأثير كبير في حياة من تقع به إذ قد يفقد معنى الاحساس بالأمان، لذا فالضّرر من جملة الأسباب التي تؤدي إلى وقوع التّنازع بين الأفراد، وحصول التّقاضي بشأنه في ساحات المحاكم و تعتبر نزاعاته من بين أهم النّزاعات التي تطرح في ساحات القضاء، وتعود مرجعية هذه الخلافات بالأساس إلى عدّة أسباب لا يمكن حصرها ويعدّ الاختلاف الحاد في الطباع، عدم التكافؤ الاجتماعي، المستوى الثقافي لكل طرف، البيئة التربوية والاجتماعية كلّها أسباب وعوامل تدفع بأحد الزوجين إلى إلحاق الأذى بالطرف الآخر والتنكيل به[1]، وعلى مدعي الضرر إثبات تلك

[1]- أيمن الدريدي، مقال، أيمن الدريدي، مقال: الضرر في العلاقة الزوجية، ص21 ، من موقع: https://fr.scribd.com/document، ت ز: 2019/07/11م.

الوقائع بوسائل الإثبات المقررة شرعا، فما هي وسائل إثبات الضرر؟ وماهي صور الضرر؟.

الفرع الأول:

مفهوم الضرر

الضرر لغة[1]: ما كان ضدا للنفع فهو ضر، والضَّرُّ المصدر، والضُّر، الهزال وسوء الحال. فكل ما كان من سوء حال وفقر أو شدة في بدن فهو ضر، وقوله تعالى﴿ لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْئًا﴾ [آل عمران 120]، من الضرر وهو ضد النفع والمضرة خلاف المنفعة والاسم الضرر.

والضّرر إصطلاحا: عرفه ابن فرحون بقوله: "الضّرر هو ما قصد به الإنسان منفعة نفسه وما كان فيه ضرر على غيره"[2]، فيفهم من هذا التّعريف أنّ الضّرر مقيد بالقصد وفيه منفعة للشخص، ولكن الضّرر قد يكون بقصد وقد يكون بغير قصد، وليس كل ضرر فيه منفعة للانسان.

أمّا من النّاحية القانونية فإذا أطلق الضّرر فيقصد به الأذى[3] الذي يصيب الشخص من جراء المساس بحق من حقوقه، أو بمصلحة مشروعة، أو هو بمعنى آخر الاخلال بمصلحة

[1]- إبن منظور، المصدر السابق، ج4، ص482، زين الدين الرازي، مختار الصحاح، المصدر السابق، ص183.

[2]- ابن فرحون، المصدر السابق، ج2، ص348.

[3]- إلا أنّه من الناحية اللغوية استعمال لفظ الأذى محل نظر فهناك من فرق بين الضّرر والأذى فقيل: "الشر عندما يكون يسيرا يسميه أهل اللغة " أذى "، وعندما يكون جسيما يسمونه ضررا" قال الخطابي: "الأذى: الشر الخفيف، فإن زاد فهو ضرر" الموسوعة الفقهية الكويتية، ج2، ص355.المرتضى الزبيدي، المصدر السابق، ج37، ص59.

مشروعة، سواء كانت هذه المصلحة مادية أو أدبية[1]، فقيل أنّ الضّرر هو: "الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلّقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريّته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك"[2].

فالضّرر هو كل أذى يلحق بالشخص سواء كان ضررا ماديا أومعنويا. أي أنّه هو الأذى الذي يصيب الانسان في نفسه أو جسمه أو ماله، ويلزم عنه التعويض.

ويقصد بالضرر المادي[3]: المساس بالذمة المالية للمضرور بالانقاص من عناصرها الايجابية أو الزيادة في عناصرها السّلبية، فالضرر المادي هو الذي ينتج عنه ضرر مالي.

أمّا الضّرر المعنوي[4] وقد يسمى بالضرر الأدبي وهو مساس بالشرف أو الاعتبار أو ايلام بالنّفس. فالألم الذي يسببه الضّرر الأدبي يمكن أن ينتج عن اعتداء على حق غير مالي، مثل الحقوق اللّصيقة بالشّخصية .فالأفعال التي تشكل اعتداءً على الحق في الشرف والاعتبار، مثل القدح والذم والشتم والسب، تحدث ضرراً أدبياً يجيز للمضرور المطالبة بالتعويض عنه.

---

[1]- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دذط، سط:1996م، ص30.

[2]- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، في الالتزامات في الفعل الضار والمسؤولية المدنية، دار النشر للجامعات المصرية ،ط2، سط: 1956م، ص 43

[3]- فواز صالح، مقال: التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم"دراسة مقارنة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 22، ع2، سط: 2006م، ص277. معجم القانون، اوديت الياس، شعبان عبد العاطي، محسن أحمد، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، دذط، سط:1420هـ/1999م. ص323.

[4]- فواز صالح، مقال نفسه، ص277. معجم القانون، مرجع نفسه، ص323.

بناء على تعريفات الضّرر يتضح لنا أنّ للضّرر مفهوما واسعا، لا نستطيع أن نظبطه أو نحصره في حالات معينة فهو متغير وغير ثابت، كما قال كاربونيه:" إنّ وخز الإبر المتجدّد يكسر بالتأكيد التناغم بين الزوجين، كما يكسّره خطأ أشدّ جسامة ولكنّه منعزل"[1]. فكل أذى يلحقه أي من الزوجين بالآخر أيا كان نوعه نفسي أو جسمي أو مالي يعتبر ضرر.

فيتميز الضّرر بالنّسبية على غرار مفهومه حيث تتدخّل في تحديده معايير اجتماعية، وواقعية وثقافية وهذا ما يفسّر أيضا كون جسامة الضّرر يبقى أمرا نسبيا بالأساس إذا ما أخذنا بعين الاعتبار الظروف الموضوعية المحيطة بكل زوجين[2].

لذا لا نستطيع حصر حالات الضّرر في حالات معدودة، فالضّرر قد يكون في مختلف مراحل العلاقة الزوجية ابتداء بالخطبة وانتهاء بالطلاق، فنصت المادة 05 من قانون الأسرة:"..... إذا ترتب عن العدول عن الخطبة[3] ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم له بالتعويض....." فالمشرع الجزائري بهذا التنصيص لم يخالف أحكام الشريعة الإسلامية في أنّ العدول عن الخطبة الذي يرتب ضررا سواء كان الضرر ماديا أو معنويا يستوجب التعويض، وأيا كان الطرف المتضرر من العدول.

---

[1]- Jean Carbonnier.Droit civil. Tome II.P.159

[2]- أيمن الدريدي، مقال سابق، ص24.

[3]- بعد تأكد القاضي من توفر الشروط الموضوعية والشكلية لأطراف القضية المعروضة عليه وذلك وفقا لقانون ق إ م و إ، يلجأ إلى تحقق من واقعة الخطبة ومدى صحتها، ويكون عبء إثباتها على من يدعي وفقا للقاعدة- العامة"البينة لمن يدعي"مدعيا كان أو مدعى عليه. سعادنة العيد، مقال سابق، ص191.

وأيضا نجد المشرع قد تكلم عن الضّرر عند حديثه عن الحالات التي توجب التطليق في المادة 53 من قانون الاسرة[1] وتتمثل هذه الحالات في: عدم الانفاق بعد صدور الحكم بوجوبه مالم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، العيوب التي تحول دون تحقق الهدف من الزواج ، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر، الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية، الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة، مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 من ق أ التي تنص على "يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل "، إرتكاب فاحشة مبينة، الشقاق المستمر بين الزوجين، مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج، فحسب هذه المادة نجد أنّ الضّرر متعدد: فالعيب ضرر وعدم الانفاق ضرر وكذلك الغيبة والحبس والهجر ضرر.

إضافة إلى ما تنص عليه المادة 55 من ق أ: "عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر."

إذا يمكن القول أنّ الوقائع المعتبرة ضررا واسعة المجال بحيث يستحيل تحديد صورها، نظرا لاختلاف أساليب الضّرر من حالة إلى أخرى، فما يعتبر ضرر في واقعة قد لا يعتبر ضررا في واقعة أخرى، لذا نجد المشرع قد منح القاضي سلطة واسعة في تقديره للضرر

[1] – ووجب الإشارة إلى أنّ الحالات التي جاءت في المادة 53 منها ما متوافقة مع الفقه الإسلامي، ومنها ما إختص بها دونه، ومن الحالات التي توافق فيها المشرع الجزائري مع الفقه الإسلامي: التطليق لعدم الإنفاق، التطليق للعيوب، التطليق للهجر في المضجع، التطليق للغياب، التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها، التطليق للضرر.
ومن الحالات التي إنفرد بها المشرع الجزائري هي: التطليق للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة، التطليق للشقاق، التطليق لمخالفة أحكام المادة 8من ق أ، التطليق لإرتكاب فاحشة.

ويظهر ذلك جليا في نص المادة 53 بقوله: "وكل ضرر معتبر شرعا"، لذا فإنّ الإشكالية التي تفرض نفسها هي معضلة إثبات الضّرر سواء كان الضّرر لاحقا بالزوجة أو بالزوج أو بالأولاد.

الفرع الثاني:

التيسير والتخفيف في وسائل إثبات الضّرر الواقع في مجال الأسرة

إنّ وسائل الإثبات في مسائل الأسرة تتميز بخصوصيتها، ومرونتها، فما كان وسيلة لإثبات بعض الوقائع قد لا يكون في وقائع أخرى، فمثلا تعتبر الشهادة من أهم وسائل إثبات الوقائع المادية كالنّشوز أو الاعتداء بالعنف أو الزّنا، أمّا في حالة الامتناع عن اعطاء حق من حقوق الزوجية "الهجر في المضجع" فلا يمكن تصوّر إثباته عن طريق الشهود وهي من المسائل الحسّاسة التي تطرح إشكالا في إثباتها.

فيعتبر إثبات الضّرر الواقع على الزّوجة إبتداء باعتبارها الطّرف الضعيف في العلاقة الزوجية غالبا احدى أهم المعوقات التي كانت تقف في وجه المرأة وتمنعها من ممارسة حقها في طلب التطليق للضّرر فغالبا ما تتعرض الزوجة للضّرر من طرف زوجها دون أن تتمكن من إثباته لعدم وجود شهود يمكنهم معاينة هذا الضّرر داخل بيت الزوجية، وأحيانا يكون الأذى نفسيا صرفا وهنا يكون الإثبات أكثر صعوبة وأحيانا يكون الضرر مزدوجا يرتبط فيه الأذى النفسي بالجسدي، وأمام هذه الوضعية التي لا يمكن بل يستحيل أحيانا إثباتها لكون هذه الممارسات تقع في بيت الزوجية. ومن هنا يثار التساؤل التالي كيف تعاملت الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري مع إثبات الضرر اللاحق بأحد الزوجين؟ وهل هناك توافق شرعي وقانوني في هذا المجال؟.

أولا: إعتماد منهج التيسير في إثبات الضّرر شرعا

بالرجوع إلى كتب الفقهاء – على حد اطلاعي ــ لم أجد عنوانا واضحا وخاصا بمسألة إثبات الضّرر، إلا أنّني ومن خلال عدة قراءات استخرجت ما يمكن به إثبات الضرر من النّاحية الشرعية فعلى سبيل المثال قال الدردير[1]: "....وأمّا الضّرب فلا يجوز.....وبتعديه (أي الزوج) عليها وثبوته بالبينة أو الإقرار ..... "[2]، وأيضا قيل:"من الإضرار أن يمنعها من زيارة والديها، وليس من الإضرار بها البغض لها وإنّما الإضرار الأذى بضرب أو اتصال شتم في غير حق أو أخذ مال أو المشاورة، وتقبل شهادة السماع أي على الضرر"[3]، وقيل: ادعت امرأة بعد المخالعة بدفع المال لزوجها أنّها ما خالعته إلا عن ضرر، وأقامت بينة على الضرر، فإنّ الزوج يرد لها ما خالعها به وبانت منه، هذا إذا كانت البينة شهدت بمعاينة الضّرر، أوبيمين مع شاهد[4].

نستفيد من هذا النّقل أنّ الضّرر يمكن إثباته بكل سبل ووسائل الإثبات الممكنة كالبينة، والإقرار، واليمين.

ونجد المالكية هم أكثر من توسعوا في وسائل اثبات الضّرر فيرون أنّ ثبوت الضّرر يكون بالبينة ويكفي فيها مجرد السّماع فقالوا: تجوز الشهادة بالسّماع الفاشي في أبواب

---

[1]- الدردير (1127 - 1201 هـ = 1715 - 1786 م) أحمد بن محمد بن أحمد العدوي، أبو البركات الشهير بالدردير: فاضل، من فقهاء المالكية.ولد في بني عدي (بمصر) وتعلم بالأزهر، وتوفي بالقاهرة، من كتبه أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك و منح التقدير في شرح مختصر خليل و تحفة الإخوان في علم البيان. أنظر: الزركلي، المصدر السابق، ج1، ص144.

[2] – الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، دذط، دذسط، ج2، ص343.

[3]- الحطاب الرُّعيني، المصدر السابق، ج4، ص34.

[4]- الصاوي، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، دار المعارف، دذط، دذسط، ج2، ص530.

مخصوصة وذكرو ضمنها الضرر[1]. وقال ابن القاسم[2]: في الذي تفتدي من زوجها فيشهد لها قوم بالسماع أنّ زوجها كان يضربها فذلك جائز بالسماع من أهله ومن الجيران وشبه ذلك من الأمر الفاشي[3].

فالضّرر الزّوجي يكون من الصّعوبة إثباته بالرّغم من وجوده الملموس[4]، نظرا لما تتسم به الحياة الزّوجية من السّرية، فنادرا ما يعاين الشّهود اعتداء الزوج على زوجته بالضّرب والسّب، ولتسهيل إثباته بغية تحقيق العدالة ولتخفيف العبء الثّقيل على الزّوجة في إثبات وقائع الإضرار ، قبلت الشّهادة على الضّرر بالتّسامع، وقصد بها الشّهرة في محيط الزّوجين، وتحديد هذا المحيط وتقدير الشّهادة عموما يخضع لتقدير القاضي الذي له اعتمادها وقبولها إذا اطمأن إليها، أو تركها جانبا إذا ساوره شك في صحتها، فلو لم تجز الشهادة بالتّسامع هنا لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام وضياع كثير من الحقوق، والحرج مدفوع شرعا بقوله تعالى﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾ [الحج الآية78].

---

[1]- أبو القاسم ابن جزي، المصدر السابق، ص205.

[2]- عبد الرحمن بن القاسم بن خالد بن جنادة(132 - 191 هـ = 750 - 806 م) العتقيّ المصري، أبو عبد الله، ويعرف بابن القاسم: فقيه، جمع بين الزهد والعلم. وتفقه بالإمام مالك ونظرائه. مولده ووفاته بمصر. له (المدونة - ط) ستة عشر جزءا، وهي من أجلّ كتب المالكية، رواها عن الإمام مالك، ابن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، دار الكتب العلمية – بيروت، دذط، دذسط، ص 147، الزركلي، المصدر السابق، ج4، ص254.

[3]-خليل، المصدر السابق، ص225. محمد بن يوسف المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، سط: 1416هـ-1994م، ج8،ص231.

[4]- حجاري محمد، مقال سابق، ص162.

وقد أشار بعض الفقهاء إلى أهل الخبرة في حالة ما إذا تعلق الضّرر بالعيوب[1] الزّوجية، فيمكن الاستعانة بهم في إثبات العيوب[2] .

ثانيا: التوسع والتيسير في وسائل إثبات الضّرر قانونا

كما سبق وأن قلنا أنّ قانون الأسرة الجزائري رغم معالجته لحالات الضّرر وخاصة تلك التي تلحق بالزّوجة إلا أنّه أغفل الحديث عن وسائل الإثبات ممّا جعل الأمر يبدو صعبا، إلا أنّ سكوت المشرع عن وسائل الإثبات قد يعتبر في حد ذاته خدمة للمتضرر لإثبات ضرره بكل وسيلة إثبات معتبرة ومتاحة.

[1]- و بالبحث في الجانب الشرعي نجد أن الحديث عن الضرر اللاحق بالزوجة عامة ما يرتبط بالطلاق الذي يوقعه القاضي، فنجد أن جمهور الفقهاء وسعوا في الطلاق الذي يملكه القاضي فكان التفريق لعدم الإنفاق والتفريق للعيوب والتفريق للضرر للغياب وللسجن إلا أن أبو حنيفة ضيق وحدده في الطلاق للعيب وقد اختلف العلماء في فسخ النكاح بالعيوب فذهب أكثر الأمة إلى ثبوته، وإن اختلفوا في التفاصيل لما روى البيهقي بإسناد جيد عن ابن عباس – رضي الله عنه – " أربع لا يجزن في بيع، ولا نكاح المجنونة، والمجذومة، والبرصاء، والعفلاء "، والرجل يشارك المرأة في ذلك، ويرد بالجب والعنة على خلاف في العنة، وفي أنواع من المنفرات خلاف. ولكن قد نقل عن ابن المنذر إجماع العلماء على الفسخ بالعنة، والضرر الواقع من العجز عن النفقة أعظم من الضرر الواقع بكون الزوج غنيا وبأنه تعالى قال {ولا تضاروهن} [الطلاق: 6] ، وقال {فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان} [البقرة: 229] وابن حزم قال أن العيوب لا تؤثر على عقد الزواج حيث قال ابن حزم:"لا يفسخ النكاح بعد صحته بجذام حادث ولا بمرض ولا بجنون كذلك، ولا بأن يجد بها شيئا من هذه العيوب، ولا بأن تجده هي كذلك، ولا بعنانة ولا بداء الفرج ولا بشيء من العيوب". واختار ابن القيم أن كل عيب ينفر الزوج الآخر منه، ولا يحصل به مقصود النكاح من المودة، والرحمة يوجب الخيار" الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، دذط، دذسط، ج2، ص362-198، المحلى، المصدر السابق، ج9، ص279 .ابوزهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص347.

[2]- آيت شاوش دليلة، انهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، اطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، ت م :2014/06/26م، ص67.

فالمشرع الجزائري لم يورد نصوصا حول وسائل إثبات الضّرر بالرغم من أنّه نص على التطليق للضرر بحالاته في المادة 53 من ق أ السالفة الذكر، إلا أنّ الأحكام القضائية جاءت مبينة للوسائل التي يعتمد عليها في إثبات الضرر، فمثلا أكدت الأحكام على أنّ الضّرر الناتج عن العيوب الزوجية والتي يستحيل معها دوام العشرة الزوجية تثبت بواسطة الخبرة الطبية أوالإقرار[1] ،كما جاء في قرارالمحكمة العليا:"من المقرر قانونا وقضاء، أنه يجوز للزوجة طلب التطليق استنادا إلى وجود عيب يحول دون تحقيق هدف الزواج، كتكوين أسرة أو تربية الأبناء، ولّما أسس قضاة الموضوع قرارهم القضائي بالتطليق على: عدم إمكانية إنجاب الأولاد، استنادا لنتائج الخبرة الطبية التي خلصت إلى عقم الزوج، فإنّهم قد وفروا لقضائهم الأسباب الشرعية الكافية....."[2] .

إضافة إلى أنّ الضّرر قد يثبت بالحكم القضائي[3] كما في حالة النّشوز الذي يمكن إثباته بأيّ طريقة من طرق الإثبات فقد جاء في قرار للمحكمة العليا:" متى كان من المقرر شرعا أنّ سقوط النّفقة عن الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنّها بلغت بالحكم النهائي

[1]- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،دذط، سط 2007م، ص280.

[2]- محكمة العليا، ملف رقم:269594، الصادر بتاريخ:18 /2001/07م، المجلة القضائية، غ أ ش، سط: 2003م، ع 1، ص394.

[3]-وقد اضاف الاجتهاد القضائي التونسي صورة اخرى في اثبات الغيبة وهي الاشهار بالجرائد فقيل: "يقع الإشهار بالجرائد اليومية لغيبة الزوج أو الزوجة ويقع الإشهار بإذن من المحكمة كما يحضر المدّعي بيّنته لدى القاضي المكلّف بسماعه بعد تحديد موعد لذلك بمكتبه ثم ينظر في القضية بصفة عاديّة ككل القضايا مرورا من إعداد الملّف إلى الطّور التحضيري ثمّ المرافعة والمفاوضة فالتصريح بعد حضور المدّعى بالجلسة وأدائه يمين الغيبة" .محمّد منصف المبزّع:" دعوى الطلاق وأنواع القضايا الأخرى التي تنظر فيها دائرة الأحوال الشخصية": تقرير تربّص. قضاء وتشريع عدد 2. سنة 1983. ص 74.نقلا عن ، أيمن الدريدي، مقال سابق، ص 26.

القاضي برجوعها لمحل الزوجية، وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم ممّا يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها"[1].

والمشرع الجزائري في الحقيقة ركز على الضّرر اللاحق بالزوجة في قانون الأسرة الجزائري، وأهمل الحديث عن الضّرر اللاحق بالزوج ولعل ذلك راجع إلى كون الزّوج صاحب العصمة ويجوز له رفع الضّرر بالطلاق، وليس كما هو الحال بالنّسبة للمرأة، ولكن عموما يمكن القول أنّ الضّرر اللاّحق بالزوج باعتباره واقعة مادية كغيره من الوقائع يمكن إثباته بكل وسيلة متاحة، والتي تؤكّد حالة الضرر.

وفي ختام هذه الجزئية نقول أنّ هناك توافق بين الشريعة الاسلامية والقانون الجزائري في مبدأ التّساهل في وسائل إثبات الضّرر، وهذا التّوسيع أو عدم التّشديد راجع بالدرجة الأولى إلى كون الضّرر ممّا يصعب إثباته، فالطّرف المتضرر من العلاقة الزوجية يمكن له إثبات ضرره بكل الوسائل المتاحة، فيقع إثباته بجميع وسائل الإثبات المعتمدة شرعا وقانونا ويكون هنا مجال اعمال مبدأ "البيّنة على من ادّعى"، أي أنّ الذي يدعي أمرا عليه أن يثبته سواء بالبينة أو الاقرار أو المعاينة أو بالخبرة مع خضوع كل وسيلة للسلطة التقديرية للقاضي، وهذا من خصوصية الاثبات في مسائل الأسرة. أما في حالة عدم القدرة على إثبات الضّرر تنص المادة 56 من ق أ على أنّه:"إذا اشتد الخصام بين الزوجين و لم يثبت الضّرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما يعين القاضي الحكمين حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين". وهذا النّص يمكن أن يكون حلا يرفع الضرر عن الطرف المتضرر. والأصل فيه

[1]- المحكمة العليا، قرار رقم 33762 ، الصادر بتاريخ: 08-07-1984م، المجلة القضائية، غ أ ش، ، ع04، ص119.

قوله سبحانه: {وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُوا حَكَمًا مِنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِنْ أَهْلِهَا إِنْ يُرِيدَا إِصْلاحًا يُوَفِّقِ اللَّهُ بَيْنَهُمَا} [النساء: 35] .

المطلب الثاني:

إثبات الاخلال بالالتزامات الزوجية و الأسرية

يعتبر الاخلال بالالتزامات الزّوجية والأسرية واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات الممكنة، كما هو الحال أثناء الإخلال بإلتزامات عقد الزواج والمتمثلة في الاخلال بالنّفقة أو الصداق، وحتى الاخلال بواجبات الحضانة بعد الانفصال، فبموجب عقد الزواج تبقى تلك الإلتزامات الأسرية تجاه الأولاد ذاتها ولو بعد الانفصال.

والمشرع الجزائري نص على هذه الالتزامات الزوجية والأسرية في قانون الأسرة فنص على وجوبية الصداق واعتبره شرطا من شروط عقد الزواج في المادة الصداق في المادة 9 مكرر من ق أ بقوله:"يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية: أهلية الزواج، الصداق..... " وفي المادة 15من نفس القانون:"يحدد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا...."، ونص في المادة 74 من ق أ على:"تجب نفقة الزوجة على زوجها.....ونص على مسألة الحضانة في المواد من المادة 62 إلى غاية المادة 72.

فباستقرائنا لهذه المواد يمكن أن نصنف هذه الالتزامات إلى التزامات مالية وأخرى غير مالية.

الفرع الأول:

إثبات الإمتناع عن آداء الحقوق المالية

تناول فقهاء الشريعة الإسلامية وفقهاء القانون المنازعات التي تثور حول آداء الحقوق المالية بالتفصيل، سواء كانت نزاعات متعلقة بالصداق أو بالنّفقة، والمتأمل والباحث في هذا المسألة يجد أنّ النزاعات فيها قائمة على الآداء فغالبا ما يتم نكران الآداء من طرف الزوجة مع إثبات الزوج لها، فما هي طريقة إثبات هذه المنازعات؟.

أولا:

صور الإلتزامات المالية المفروضة على الزوج

إنّ الإلتزامات المالية المفروضة على الزوج تتمثل في آثار عقد الزواج الصحيح الرسمي فكثيرا ما يحدث نزاع بين الزوجين أو ورثتهما، بسبب آداء الحقوق المالية (النفقة- المهر) فتدعي الزوجة حقها الكامل فيهما، ويدعي الزوج براءة ذمته لسبب من الأسباب، ومنه يثور مشكل الإثبات.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الصداق عرف عدة تعريفات[1] وكلها ركزت على الجانب المالي، إلا أنّ المشرع الجزائري اعتبر كل ما هو مباح شرعا من نقود أو غيرها من الصداق

[1] – الصداق لغة بفتح الصاد وكسرها، و يقال له الصدُقَة، والمراد به مهر المرأة، ومن الناحية الإصطلاحية فعرفه المالكية بأنّه:"ما يجعل أو يعطى للزوجة في نظير الاستمتاع بها" أما الشافعية عرفوه بأنه:"اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أو الوطء". وعرّفه الحنفية أنه":اسم للمال الذي يجب في عقد النكاح على الزوج في مقابلة البضع نظيرًا للاستمتاع بها إما بالتسمية أو بالعقد" وعرفه الحنابلة بأنه:" المال المفروض على الزوج بسبب النكاح فهو – أي المهر –العوض في النكاح ونحوه" ابن منظور، المصدر السابق، ج1، ص 65، النفراوي، الفواكه الدواني، دار الفكر، بيروت، لبنان، دذط، سط:1415هـ، ج2، ص27، الشربيني، المصدر السابق، ج2، ص368. الشافعي، المصدر السابق، ج5، ص58، زين الدين بن ابراهيم الشهير بابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دذط، دذسط، ج3، ص152.

حسب المادة 14 من ق أ: "الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء".

أمّا النفقة[1] فتعتبر أحد أهم الإلتزامات المالية بالنسبة للزوجة والأولاد، ويقصد بها كل ما تحتاجه الزوجة والأولاد وتحفظ لهم العيشة الهنية المستقرة وهي واجبة على الزوج والمشرع الجزائري نص في المادة 78 على مشتملات النفقة بقوله:"تشمل النفقة: الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"، و لم تخرج تعريفات فقهاء القانون عن حدود هذه المادة حيث عرفوا النّفقة بقولهم:" النّفقة هي مجموعة الوسائل الضرورية لضمان حياة الشخص وحفظ صحته وكرامته[2].

ولقد جاء تنظيم النّفقة في الفصل الثالث من الباب الثاني تحت بند انحلال الزواج باعتبارها أثرا من آثار الطلاق المهمة، وذلك فمن المادة 74 إلى غاية المادة 80، فنصت المادة 74 من ق أ على:"تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه يبينه مع مراعاة المواد 78-79-80، من هذا القانون"، إذا فحسب نص المادة 74 نفقة الزوجة واجبة بالدخول وليس بإبرام العقد وهو مبدأ مستمد من الشريعة الإسلامية.

[1]- للنفقة من النّاحية اللغوية عدة معاني منها الهلاك، الرواج، الغلاء ، ضد الكساد، والقلة والنقص، ومن الناحية الاصطلاحية عرفت بـــ:" ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة، وكل ما يلزم لها مما تعارف عليه الناس" الرازي، المصدر السابق ، ص 612. مصطفى شلبي ،المرجع السابق، ص232.

[2]- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دذط، سط:1986م، ج1، ص177.

ثانيا: حصر لحالات النّزاعات المالية المتعلقة بالصّداق والنّفقة

لقد حصر فقهاء الشريعة المنازعات المتعلقة بالصّداق[1] في منازعات حول التّسمية وأخرى حول المقدار وأخرى حول نوعه وجنسه أو صفته، وهناك منازعة تتعلق بقبض المهر، بينما المشرع الجزائري اختصر كل هذه النّزاعات في حالتين وفق نص المادة 17 من ق أ نزاع قبل الدخول ونزاع بعد الدخول.

أمّا النزاعات المتعلقة بالنّفقة فيمكن القول أنّها تقسم إلى حالتين: خلافات متعلقة بعدم النفقة، والحالة الثانية: خلافات متعلقة بإعسار الزوج ويساره.

ثالثا:حصر وسائل إثبات المنازعات المالية

إنّ النزاعات التي تكون في الصداق أو في النّفقة على حد سواء تخضع في إثباتها لمبدأ البينة على المدعي واليمين على من أنكر ويكون عبء الإثبات فيها ملقى على المدعي إلا في بعض الحالات الإستثنائية.

فوسائل إثبات النّزاعات المالية محددة ومحصورة في البينة واليمين في جميع الحالات، وفيما يلي تفصيل أقوال الفقهاء وحالات اختلافهم.

[1]- والصداق قد يكون مسمى وقد يكون غير مسمى، فالمسمى هو المهر المتفق عليه والمحدد أثناء انعقاد العقد الصحيح أوفرض بعده بالتراضي، فإن لم يفعل ذلك كان الواجب هو صداق المثل، وهو ما جاء بالمادتين 09 و15 من ق أ، ونجد المشرع الجزائري إتخذ كقاعدة أساسية المهر المسمى في المادة 15 من قانون الأسرة التي تنص على أنه " يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا." أما مهر المثل يكون في حالة لم يتم الاتفاق في العقد على تحديد الصداق او اشترط ان يكون العقد دون صداق حسب نص المادة 33 من ق ا ج.

1-إثبات النزاعات المثارة حول آداء الصداق من النّاحية الشرعية والقانونية

ذهب جمهور الفقهاء[1] إلى أنّه في حالة النزاع حول المقدار القول لمن شهد له مهر المثل بيمينه أمّا إذا أقاما البينة قدمت بينة الزوجة، أمّا المالكية فقد فرقوا بين حالة الدخول وعدم الدخول، ففي الحالة الأولى يؤديان اليمين، أمّا في الحالة الثانية فالقول قول الزوج مع يمينه.

و حالة الاختلاف حول القبض المعجل للصداق فرق الفقهاء[2] بين حالتين: إذا ثار نزاع قبل الدخول فالقول للزوجة بيمينها وعلى الزوج إثبات عكس ذلك بالبينة، أما إذا كان النّزاع بعد الدخول فالقول قول الزوجة مع يمينها مالم يخالف عرفا معمولا به. أمّا المالكية فقالوا قبل الدخول القول للمرأة أمّا بعد الدخول فالقول للرجل.

وفي حالة إذا كان الخلاف حول تسمية المهر في العقد فالبينة على المدعي واليمين على من أنكر، كما قال الحنفية، أو القول للزوج بيمينه على رأي الحنابلة، أو وجوب مهر المثل على رأي الشافعية، أمّا المالكية فذهبوا إلى أنّ على المدعي البينة فإن أقامها قضي له وإن لم يقمها كان القول لمن يشهد له العرف في التّسمية وعدمها مع يمينه.

ومن النّاحية القانونية أوجب المشرع الجزائري تحديد المهر عند التعاقد فنص في المادة 15 من ق أ:"يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلا أو مؤجلا"، فيجب تحديد

[1] – ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص148، السرخسي، المصدر السابق، ج5، ص65، ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج10،ص134.

[2] – ابن عابدين، المصدر نفسه، الصفحة نفسها، السرخسي، المصدر نفسه، الصفحة نفسها، ابن قدامة، المغني، المصدر نفسه، الصفحة نفسها.

الصداق عند العقد وحفظا للحقوق يكون التحديد والتوثيق أمام الموثق، فإن لم يتم احترام هذا النص نجده حصر المنازعات المتعلقة بالصداق في حالتين حسب نص المادة 17 من ق أ ج.

- الحالة الأولى: النزاع قبل الدخول

جاء في نص المادة 17 من ق أ ج" في حالة النّزاع في الصّداق بين الزوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين ... "، فهذا النّص يبيّن من يقع عليه عبء الاثبات.

فإذا حصل نزاع بين الزوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين ولم تكن هناك بينة للمدعي أو للمدعى عليه فالقول هنا للزوجة أو ورثتها مع اليمين ولقد جسد هذا في التطبيقات القضائية منها الذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنّه في حالة النّزاع على الصّداق بين الزّوجين أو ورثتهما وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين ... "[1].

الحالة الثانية: النّزاع بعد الدّخول

في نفس المادة 17 من ق أ ج وفي فقرتها الثانية نص على" ... وإذا كان بعد البّناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين " وهذا يعني أنّه إذا كان هناك نزاع حول الصداق بين الزّوجين أو بين أحد الزوجين وورثة الزوج الآخر أو بين ورثة الزوجين ولم تكن لأحدهما بينة فهنا القول للزوج أو ورثته مع اليمين. وهذا ما جسّد في قرار المحكمة العليا الذي

[1]- المحكمة العليا: القرار رقم 73515، الصادر بتاريخ 18 / 06/ 1991م .

قضى " .... وإذا كان بعد البّناء فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين ومن ثم فالقضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون"[1].

وما يلاحظ على المشرع الجزائري أنّه خالف في نص المادة 17 من قانون الأسرة الأحكام التي وضعها فقهاء الشريعة الإسلامية بحيث وضع قاعدة عامة واحدة وطبقها على جميع حالات النّزاع المتعلقة بالصداق في حين أنّ فقهاء الشريعة الإسلامية خصصوا لكل حالة نزاع قاعدة إثبات خاصة بها، ولكن عموما لم يحد فيما جاء به عن أغلب ما قيل في المذهب المالكي.

2- الوسائل المعتبرة في إثبات الاخلال بآداء النّفقة شرعا وقانونا

بالرجوع إلى الكتب الفقهية يتضح جليا أنّ النّزاعات المتعلقة بالنّفقة يمكن حصرها في حالتين هما:

الحالة الأولى: خلافات متعلقة بعدم النّفقة.

الحالة الثانية: خلافات متعلقة بإعسار الزوج ويساره.

ففي الحالة الأول يمتنع الزوج عن نفقة زوجته مع قدرته، وهذا الامتناع يحصل في حضور الزوج كما يحدث في غيبته وهو يختلف كلية عن حالة العجز في تقدير القصد

[1]- المحكمة العليا، قرار رقم 73515، المؤرخ في 18 / 06/ 1991م، .

الذي دفع الزوج إلى عدم نفقة زوجته حيث يفترض في المعسر حسن النية أمّا الممتنع فهو سيء النّية ولذا فرق الفقهاء بينهما[1].

الحالة الأولى: حالة ما إذا ثار نزاع بين الزوجين حول عدم الانفاق

إنّ الفقه الإسلامي أرشد الزوجة إلى ثلاث خيارات بالترتيب أجمعها ابن قدامة في قوله:" أن يمتنع من الانفاق مع يساره، فإن قدرت له على مال، أخذت منه قدر حاجتها، ولا خيار لها؛ لأنّ النبي – صلى الله عليه وسلم – أمر هندا بالأخذ، و لم يجعل لها الفسخ، وإن لم تقدر، رافعته إلى الحاكم، فيأمره بالانفاق، ويجبره عليه، فإن أبى حبسه، فإن صبر على الحبس، أخذ الحاكم النّفقة من ماله، فإن لم يجد إلا عروضا أو عقارا، باعها في ذلك. وبهذا قال مالك، والشافعي، وأبو يوسف، ومحمد، وأبو ثور"[2].

فيعتبر اليمين الوسيلة المعتبرة في اثبات هذه النزاعات، وفق أقوال الفقهاء، رغم اختلافهم في من يؤدي هذه اليمين:

- القول للزوجة مع اليمين، وهو مذهب جمهور الفقهاء .
- القول للزوج مع اليمين، وهو مذهب المالكية[3].

[1] - صالح بوبشيش، نفقة الزوجة والاولاد في حال الاعسار والامتناع بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري مجلةالاحياء، جامعة باتنة،2002م، ع5، ص 223 .

[2] – ابن قدامة، المغني، المصدر السابق، ج8، ص205 .

[3] – ابن عابدين، المصدر السابق، ج3، ص148، السرخسي، المصدر السابق، ج5، ص65، ابن قدامة، المغني، المصدر نفسه، ج10،ص134.

وحجة الفريق الأول أنّ الزوجة متمسكة بالأصل وهو عدم الانفاق، والزوج يدعي قضاء دين عليه، فاعتبروا النّفقة كسائر الديون، أمّا الفريق الثاني فقد احتجوا في ذلك بتكذيب العرف وشاهد الحال، والقرائن الظاهرة للزوجة، كما أنّ العلم الحاصل بإنفاق الزوج فيما مضى من الزمن[1].

الحالة الثانية: إثبات الخلافات المتعلقة باعسار الزوج ويساره

الاعسار هو حالة تطرأ عى الزوج، والمعسر هو الذي لا كسب له ولا مال له، أو الذي لا يملك شيئا[2]. والنّفقة تقدر على حسب حالة إعسار الزوج ويساره[3] لقوله تعالى ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ (الطلاق 07). وقد انقسمت أقوال الفقهاء حول تقدير النفقة إلى ثلاث إتجاهات[4].

- **الأول:** تقدر بحالهما فإن كانا موسرين فلها نفقة الموسرين، وإن كانا معسرين فعليه لها نفقة المعسرين، وإن كانا متوسطين فعليه نفقة المتوسطين، وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا فلها نفقة المتوسطين، سواء كان هو الموسر أو هي، وهذا هو المعتمد عند المالكية والحنابلة و المفتى به عند الحنفية.
- **الثاني:** تقدر بحال الزوج وحده وهو ظاهر الرواية عند الحنفية، وهو مذهب الشافعي، وقول عند المالكية.

[1] – أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص351.
[2] – وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج10، ص 91، ابو زهرة، الاحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص244.
[3] – أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع نفسه، ص241.
[4] – الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج5، ص254.

● **الثالث:** تقدر بحال الزوجة. أخذا بدلالة قوله تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ (البقرة 233) ، وبحديث هند إذ قال لها: خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف[1]. وهو قول عند الحنفية[2].

هذا وتعتبر النّزاعات المتعلقة بالإعسار من أكثر النّزاعات انتشارا في مجالس القضاء، وهي أن يدعي الزوج الإعسار أمام القضاء، وإمّا أن تصدقه الزوجة، وإمّا أن تنكر ذلك. فقيل:" إن ادعى العدم وصدقته نظر في تأجيله، وإن أكذبته فبعد إثبات عدمه وحلفه"[3].

ففي الحالة الأولى إذا صدقت الزوجة ادعاء إعسار زوجها حكم بإعساره وأمهل مدة معقولة تمكنه من تحصيل نفقة زوجه، وإن انتهت المدة و لم يتمكن أمره القاضي بالطلاق.

أمّا في الحالة الثانية وهي إذا ادعى الزوج الإعسار وأنكرته الزوجة يطلب منه البينة واليمين فإذا قدم البينة على إعساره أمره القاضي بالانفاق أو الطلاق دون إمهاله فإن لم ينفق و لم يطلق، طلق عليه القاضي.

هذا في حال حضور الزوج أمّا في حالة غيابه فالعبرة حال قدومه عند المالكية[4].

أمّا الشافعية فقد اكتفوا لإثبات الاعسار بالبينة أو إقرار الزوج به أو يحكم القاضي بعلمه عند من يقول بذلك[5].

---

1 – متفق عليه رواه البخاري في النفقات، باب اذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، ح رقم:5364، ج7، ص65، ومسلم في الاقضية، باب قضية هند، ح رقم:1714، ج3، ص1338).

2 – الموسوعة الفقهية الكويتية، المرجع السابق، ج5، ص254.

3 – الحطاب، المصدر السابق، ج4، ص196.

4 – الحطاب، المصدر نفسه، ج4، ص205

5 – الشربيني، المصدر السابق، ج5، ص180 .

أمّا من النّاحية القانونية يقع عبء الإثبات على الزّوجة، لذا يتوجب عليها أن تقيم البّينة على ما تدعيه، وإذا عجزت عن تقديم بينة تؤيد دعواها، فإنّه يطبق مبدأ البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وهذا بموجب ما جاء في نص المادة 80 من ق أ ج:"تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة".

وينطبق ذلك أيضا في حالة ما إذا كان الزوج غائبا فقد جاء في قرار للمحكمة العليا: "من المقرر قانونا أنّ تطليق الزوجة لعدم الانفاق والحكم لها بدون يمين يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم فإنّ القضاء بخلاف هدا المبدأ يعد خرقا للقانون. في قضية الحال_ أنّ المجلس القضائي لما قضى بتطليق الزوجة، والحكم ولما كان ثابت بتعويضها في غياب الزوج دون إتباع الاجراءات المنصوص عليها قانونا ودون أداء اليمين فيما يخص النفقة، فبقضائهم كما فعلوا خالفوا القانون وانتهكوا أحكام الشريعة الإسلامية ومتى كان كذلك استوجب نقض وابطال القرار المطعون فيه"[1].

فاعتبرت المحكمة العليا أنّ قرارالمجلس فيما يخص تطليق الزوجة لعدم الانفاق، أو الحكم بتعويضها في غياب الزوج، ودون يمين انتهاكا للقانون والشّرع حيث اعتبرت أنّ اليمين واجبة في هذه الحالة، وكان لابد من اللّجوء إليها خاصة مع غياب الزوج.

[1] – المحكمة العليا: ملف رقم: 56249، الصادر بتاريخ: 1989/11/27م، المجلة القضائية غرفة الأحوال الشخصية، سط:1992م، ع2، ص51.

الفرع الثاني: التيسير والتوسيع في وسائل إثبات الاخلال بواجبات الحضانة

لقد كرست الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري وسائل خاصة إضافة إلى الوسائل العامة في إثبات إسناد الحضانة[1] أو إسقاطها، وذلك للمحافظة على الطفل، لأنّها تعتبر أهم الحقوق المتعلقة بالطفل بعد انفصال الزوجين، وقد نظمها قانون الأسرة الجزائري في المواد:62 إلى غاية المادة 72.

وتعتبر مسألة إسناد الحضانة أو إسقاطها مسألة دقيقة وشائكة في نفس الوقت، لأنّه غالبا ما يسعى كل واحد من الزوجين الى الانتقام من الطرف الآخر عن طريق الأطفال، فكان لا بدّ من عدم تقييد وسائل الإثبات والإعتماد على مذهب الإثبات الحر، وإعطاء القاضي سلطة تقديرية واسعة، وهذا ما جاء عليه النص في المادة424 من ق إ م و إ على "يتكفل قاضي شؤون الأسرة على الخصوص بالسهر على حماية مصالح القصر"، فتثبت وتسقط الحضانة إذا بناءا على سلطة القاضي معتمدا على جميع وسائل الإثبات المتاحة التي يستطيع القاضي اللّجوء إليها من أجل رعاية الطفل وتقدير مصلحته، فالقضاة يلجؤون في مثل هذه النزاعات إلى وسائل التحقيق والمعاينة والإستماع إلى الشهود وتعيين الخبير كما نصت عليه المادة 425 من ق إ م و إ" يمارس رئيس قسم شؤون الأسرة

[1]- الحضانة في اللغة: مأخودة من الحضن مادون الإبط إلى الكشح- ما بين الخاصرة والخلف- والحاضنة الموكلان بالصبي يحفظانه ويربيانه،وفي اصطلاح الفقهاء: "هي حفظ الولد في مبيته ومؤنه وطعامه ولباسه ومضجعه وتنظيف جسمه" وعرفها المشرع الجزائري في المادة 62 ق أج بأنها" رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه، والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا"فمن خلال التعريف نجد أن المشرع الجزائري قد أحاط بكل جوانب أو بكل مهام الحاضن وما يلزم القيام به في رعاية الطفل. إبن منظور، المصدر السابق، مج 13، ص148، الحطاب الرعيني، المصدر السابق،ج5، ص593.

الصلاحيات المخولة لقاضي الإستعجال، ويجوز له بالإضافة للصلاحيات المخولة له في هذا القانون أن يأمر في إطار التّحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللّجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة"، ففي هذه المادة قد أجمل المشرع الجزائري الوسائل التي تساعد القاضي في بناء حكمه "فيجب أن يسبق القاضي قراره بمجموعة من التحقيقات الحياتية – النفسانية والإجتماعية وإصدار تدابير ملائمة[1]. فمن الوسائل التي يعتمد عليها القاضي في حسمه لنزاعات الحضانة هي:

أولا: إجراء تحقيق

حسب نص المواد من 75إلى غاية 97 من ق إم وإ يجوز للقاضي الأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق وذلك إما بناء عل طلب الأطراف أو طلب أحدهما وإما من تلقاء نفسه، فللقاضي الإستماع إلى أطراف النزاع سواء الأب أو الأم، كما له في ذلك الاعتماد على الوثائق المقدمة له من كلا الطرفين و الموازنة بينهما في الإثبات حتى يستطيع تكوين قناعته فيما هو أصلح للطفل، فتنص المادة 459 من ق إ م و إ "يجمع القاضي المعلومات التي يراها مفيدة حول أوضاع عائلة القاصر وسلوك الأبوين" ويمكن لقاضي الأحوال الشخصية الإعتماد على نص المادة 77 من ق إ م "يمكن للقاضي، ولسبب مشروع وقبل مباشرة الدعوى، أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق، بناءا على طلب كل ذي مصلحة، قصد إقامة الدليل والإحتفاظ به لإثبات الوقائع التي قد تحدد مآل النزاع. يأمر

[1]- جان شازال، حقوق الطفل، تر: ميشال أبي فاضل، منشورات عويدات، بيروت- ط1، سط 1983م، ص126.

القاضي بالإجراء المطلوب بأمر على عريضة أو عن طريق الإستعجال".وإجراءات التحقيق إما أن تكون أثناء الخصومة، وإما أن يكون التحقيق في المستقبل[1].

ثانيا: الإعتماد على المرشدة الاجتماعية

يستعين القاضي بتقرير المساعدة التربوية إذا ظهر له أنّ هناك ما يبرر هذا التدبير[2] وقد نص المشرع الجزائري على هذا التدبير في المادة 425 من ق إ م و إ" ...ويجوز له بالإضافة للصّلاحيات المخولة له في هذا القانون أن يأمر في إطار التّحقيق بتعيين مساعدة اجتماعية أو طبيب خبير أو اللّجوء إلى أية مصلحة مختصة في الموضوع بغرض الاستشارة"، والمساعد الاجتماعي هو الذي يتولى بطلب من القاضي التحقيق حول البيئة الإجتماعية لطفل ليتمكن القاضي على ضوئها من إتخاذ القرار المناسب له[3].

وحسب المادة 126 من ق إ م وإ حيث تنص على " يجوز للقاضي من تلقاء نفسه أو بطلب من الخصوم، تعيين خبير أو عدة خبراء من نفس التخصص أو من تخصصات

[1]- وإجراءات التحقيق التي تكون أثناء الخصومة هي الأصل وتكون إما تلقائيا أو بطلب من الأطراف، وذلك تماشيا مع القواعد التقليدية التي تقر عرض وقائع الدعوى على القاضي بصفة موضوعية ووجاهية، أما فيما يخص إجاراءات التحقيق المستقبلية فلا تكون إلا بإتفاق الخصوم وإن حصل هذا الإتفاق يجوز لقاضي الأمور المستعجلة، المختص في هذا المجال، أن يأمر بأي إجراء من إجراءات التحقيق". محمد إبراهيمي، المرجع السابق،ج2، ص36.

[2]- جان شازال، المرجع السابق، ص71 .

[3]- ليلى جمعي، حماية الطفل (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية)، أطروحة دكتوراه، جامعة وهران، سنة 2006/2005م، ص204.

مختلفة"، فيمكن أن يعتمد القاضي في التحقيق على الخبير[1]، وفي هذا إشارة إلى أنّه يجوز للقاضي أن يستعين بالخبير المناسب للإستفادة من خبرته سواء كان خبيرا نفسيا أو إجتماعيا[2] أو طبيبا أو أي خبير في أيّ مجال، ودعمت المحكمة العليا هذا فجاء في أحد القرارات:" إذا كان من المقرر أنّ الحضانة تستحق بانحلال الرّابطة الزّوجية بالطّلاق أو بالوفاة، فإنّ على قاضي الموضوع أن يبحث أين تكمن مصلحة المحضون بمختلف الوسائل ومن ضمنها تعيين مرشدة إجتماعية"[3]، وجاء في قرار آخر" أنّه من المستقر عليه قضاء أنّ الحضانة تمنح حسب مصلحة المحضون ولما كان ثابتا في قضية الحال أنّ الحضانة أسندت إلى الأب مراعاة لمصلحة المحضون إعتمادا على تقرير المرشدة الإجتماعية التي تؤكد ذلك، فإنّ قضاة الموضوع إعمالا لسلطتهم التقديرية فقد طبقوا القانون"[4].

وفي ختام هذا الفصل ومن خلال بحثنا في وسائل إثبات الوقائع المادية نجد المشرع الجزائري قد توافق إلى حد بعيد مع أحكام الشريعة الإسلامية في إثبات الوقائع المادية وذلك من خلال انتهاجهما لمبدأ التوسيع والتّساهل تارة والتّشديد والتّضييق تارة أخرى.

[1]- تنص المادة 128 من ق إ م وإ على " يجب أن يتضمن الحكم الآمر بإجراء الخبرة ما يأتي: عرض الأسباب التي بررت اللجوء إلى الخبرة، وعند الإقتضاء تبرير تعيين عدة خبراء، بيان إسم ولقب وعنوان الخبير أو الخبراء المعنيين مع تحديد التخصص، تحديد مهمة الخبير تحديدا دقيقا، تحديد أجل إيداع تقرير الخبرة بأمانة الضبط".

[2]- كان المشرع المغربي صريح في وجوب اعتماد القاضي على المرشدة الاجتماعية وذلك لضمان رعاية وحماية أفضل للطفل حيث نص في نصت المادة 172" للمحكمة الاستعانة بمساعدة اجتماعية في إنجاز تقرير عن سكن الحاضن وما يوفره للمحضون من الحاجات الضرورية المادية والمعنوية".

1- قرار المحكمة العليا : ملف رقم 337176، الصادر بتاريخ 2005/11/16م، المجلة القضائية، ع65، ص319 .

[4]- قرار المحكمة العليا : ملف رقم 153640، الصادر بتاريخ 1997/02/18م، ع1، ص39.

وهذا راجع بالدرجة الأولى إلى طبيعة مسائل الأسرة، لأنّه في التّضييق والتّشديد ضياع لكثير من الحقوق.

ومن هنا يمكن القول أنّ مسائل ا هي مسائل ذات طبيعة خاصة استوجبت وسائل خاصة في بعض الوقائع، ووسائل أخرى في مسائل أخرى إلا أنّها تخضع في عمومها لقواعد الإثبات العامة.

الخاتمة

الخاتمة

الحمد لله الذي تتم بنعمه الصالحات والصلاة والسلام على أشرف الخلق سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه أجمعين،

بعد دراستنا لهذا الموضوع المتشعب في جميع فروع الفقه وصلنا إلى آخر محطة نجمل فيها أهم النتائج المتوصل إليها إضافة إلى بعض التوصيات المتعلقة بالنقائص التي لمسناها.

أولا: النتائج

- تعتبر الأسرة اللّبنة الأولى لبناء مجتمع صالح، فبصلاح الأسرة يصلح المجتمع وبفسادها يفسد، ومن بين أهم ما يمكن به حفظ استقرار الأسرة ودحض مجال النّزاعات بين أطرافها نظمت التشريعات مع اختلافها مسألة الإثبات، وقد اختلف حول النّظام المتبني في الاثبات بين تقييد واطلاق وذلك بغية صيانة الحقوق، والمشرع الجزائري كغيره من التشريعات نظم مسألة الإثبات وتبنى نظاما مختلطا، فقيّد في إثبات بعض المسائل وأطلق في مسائل أخرى، ومنح للقاضي سلطة واسعة في مسائل وضيقها في مسائل أخرى حسب طبيعة كل مسألة وحساسيتها، وجمع بين التّشديد تارة والتّخفيف والتساهل تارة أخرى وإنّه من الحكمة الاعتماد على المذهب المختلط لما فيه من مصلحة للخصوم من ناحية، ومن ناحية أخرى يمنح للقاضي المساحة والسلطة التقديرية التي يحتاجها عند النّظر في الخصومة، وهذا المنهج القانوني جاء موافقا إلى حد بعيد منهج الفقه الإسلامي، لأنّ الوسطية أصلا هي منهج رباني.

- إنّ النزاعات التي تثار في مسائل الأسرة سواء كانت نزاعات مالية أو غير مالية غالبا ما يكون هناك صعوبة في إثباتها، وهذا كله ناتج عن فقدان الوسيلة القانونية التي من

شأنها إثبات الحق وحمايته أمام القضاء، رغم أنّ الأحكام الشرعية والقانونية واضحة ونصت على وسائل متعددة كالكتابة التي ترافق أغلب التصرفات القانونية، والشهادة والوسائل المعفية من الإثبات التي تصاحب الوقائع المادية إلا أنّ خصوصية مسائل الأسرة وكونها مبينة على المودة والرحمة لقوله تعالى﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴿٢١﴾﴾ [الروم 21]، جعل هناك صعوبة في إثباتها وهذا ما لمسناه من خلال بحثنا. إضافة إلى توفر المانع الأدبي من الحصول على دليل الإثبات في مسائل الأسرة فهذا أيضا عقّد من مسألة الإثبات.

– هناك توافق شرعي وقانوني كبير سواء في ماهية الإثبات أو في توزيع عبئه بين طرفي النزاع، وحتى في تنوع محل الإثبات في مسائل الأسرة، وتوافق في كيفية إثبات مسائل الأحوال الشخصية والوسائل المعتمدة إلاّ في بعض الجزئيات التي أشرنا إليها في موضعها.

– لقد تنوعت وسائل الاثبات وتعددت في النظام الشرعي والقانوني، وهي تختلف من حيث قوتها وحجيتها، فهي ليست في مرتبة واحدة، فما يصلح لإثبات بعض الوقائع قد لا يصلح في غيرها، وذلك راجع لخصوصية كل مسألة.

– رغم أنّ المشرع الجزائري جعل المكانة الأولى للكتابة في إثبات التصرفات، إلا أنّنا نجد تقاربا بين وسائل الإثبات من حيث قوتها والإعتماد عليها في مختلف النزاعات، ويعتبر مبدأ البينة على المدعي واليمين على من أنكر المبدأ الشرعي والقانوني المعتمد في إثبات أغلب مسائل الأحوال الشخصية.

– تعتبر الوسائل المعفية من الإثبات "القرائن القانونية والإقرار واليمين" وسائل مهمة وفعالة في إثبات الوقائع سواء كانت تصرفات أو وقائع مادية.

– إنّ التوثيق في مسائل الأسرة سواء كان في عقد الزواج أو الأمور المالية وسيلة فعالة وضعها المشرع لحفظ عقد الزواج والحقوق الناشئة عنه، بصيانتة من العبث والإنكار، ولا خلاف في ذلك بين الفقه المعاصر والقانون.

– رغم أنّ الأحكام واضحة فيها يخص الإلتزامات المالية الناشئة عن عقد الزواج كالنفقة والمهر سواء من النّاحية الشرعية أو القانونية إلا أنّ الأعراف السائدة في المجتمع وتعارضها مع النص القانوني جعل هناك صعوبة في إثباتها.

– لقد عزز المشرع الجزائري وسائل الإثبات التقليدية بوسائل علمية حديثة تتمثل في الأخذ بالخبرة الطبية في إثبات النسب،كما أنّه وسّع وسائل الإثبات واستعان بالبحث الإجتماعي في بعض قضايا الأحوال الشخصية.

– يبقى الوازع الديني والأخلاقي خاصة في مسائل الأسرة أهم وأكثر فاعلية، من كل الضوابط والشروط الشرعية والقانونية في الإثبات.

ثانيا: التوصيات

– حبذا أن يفسر المشرع ويشرح طريقة التّعامل مع الأموال المشتركة بين الزوجين في مواد قانونية جديدة، لأنّ المادة الوحيدة التي جاءت في قانون الأسرة لا تستوعب حالات كثيرة، فيجب أن يوضح ويبيّن للزوجين كيفية التعامل مع أموالهما، خاصة إذا كانت المرأة عاملة فلا سبيل للقضاء على المنازعات المالية إلا بمثل هكذا إجراء.

- نقترح أن ينص المشرع على الزامية التوثيق في الأمور التي تستوجب ذلك، لتفادي النزاعات، ولحفظ الحقوق. إضافة إلى إلزام الزوجين بضرورة التصريح بالمهر الحقيقي في العقد وكل مشتملات المهر.

- بات من الضرورة الملحة ادراج نصوص قانونية تتعلق بأحكام الإثبات الموضوعية في دعاوى التفريق القضائي، ووجوب الاستعانة بالخبرة الطبية في هذا المجال لأنّ هذا ممّا يقتضيه الزمان.

– ضرورة جمع مواد الإثبات الإجرائية والموضوعية في قانون واحد كما جاءت به بعض التشريعات العربية والأجنبية.

- حبذا لو تكون هناك موازنة بين الوسائل التقليدية والوسائل الحديثة في الإثبات، إضافة إلى تثمين السلطة التقديرية للقاضي، ومنحه سلطة أوسع في مجال الاعتماد على الخبرة الطبية، لكي لا يبقى مرتبط فقط بوسائل الإثبات التقليدية، فهذا ما يقتضيه الزمان ففي الإعتماد عليها فضل كبير في حلّ كثير من النّزاعات، ولأنّه ومع الثورة التكنولوجية والتطور الطبي الكبير بات من الضروري معرفة ما إذا كان المشرع له نية تقديم الوسائل الحديثة على الوسائل التقليدية؟ أم أنّه لازال متمسكا بالوسائل ذاتها؟ أو أنّه سوف يكيّفهما لما يخدم مصلحة المتنازعين؟.

وفي الأخير ليس لي إلا أن أقول أنّ ما خلصت إليه من نتائج وتوصيات في هذا البحث قد تختلف وتعدد باختلاف وجهات النّظر، وقراءة الباحث، ولأنّ الكمال لله سبحانه وتعالى، فما وفقنا فيه فمن الله، وما قصرنا فيه دون علم فمن أنفسنا، وصلى الله وسلم على سيدنا محمد و على آله و صحبه أجمعين.

قائمة المصادر

والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

القرآن الكريم: برواية حفص عن عاصم

كتب التفسير:

1- ابن عرفة، تفسير، المحقق: حسن المناعي، مركز البحوث بالكلية الزيتونية – تونس، ط1، سط 1986 م.

2- إبن كثير، تفسير القرآن العظيم، المحقق: سامي بن محمد سلامة، دار طيبة للنشر والتوزيع، ط2، سط:1420هـ - 1999 م.

3- أبو حيان الأندلسي، البحر المحيط في التفسير، المحقق: صدقي محمد جميل، دار الفكر – بيروت، دذط، سط: 1420 هـ

4- شمس الدين القرطبي، الجامع لأحكام القرآن "تفسير القرطبي"، تحقيق : أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية – القاهرة، ط2، سط: 1384هـ - 1964 م.

5- الشوكاني، فتح القدير، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، ط1، سط:1414هـ.

6- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، سير القرآن (وهو اختصار لتفسير الماوردي)، المحقق:عبد الله بن إبراهيم الوهبي، دار ابن حزم – بيروت، دذط، دذسط.

7- فخر الدين الرازي، مفاتيح الغيب، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط3، سط - 1420 هـ.

8- محمد الطاهر بن عاشور، التحرير والتنوير، الدار التونسية للنشر، تونس، دط، سط: 1984 هـ.

كتب الحديث وشروحه:

1- ابن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة - بيروت، دذط، سط:1379.

2- ابن ماجة أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية - فيصل عيسى البابي الحلبي، دذط، دذسط.

3- أبو الحسن علي الدارقطني، سنن الدارقطني، حققه وضبط نصه وعلق عليه: شعيب الارنؤوط، حسن عبد المنعم شلبي، عبد اللطيف حرز الله، أحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، ط1، سط: 1424 هـ - 2004 م.

4- أبو الوليد سليمان القرطبي الباجي الأندلسي، المنتقى شرح الموطأ، مطبعة السعادة - بجوار محافظة مصر، ط1، سط: 1332 هـ.

5- أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، المحقق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط3، سط: 1424 هـ - 2003 م

6- أبو داود سليمان السِّجِسْتاني، سنن أبي داود، المحقق: محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت، دذط، دذسط.

7- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط2، سط:1392هـ.

8- أبو عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل، مسند الإمام أحمد بن حنبل، المحقق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، مؤسسة الرسالة، ط1، سط: 1421 هـ - 2001 م.

9- أبو عبد الله الحاكم النيسابوري، المستدرك على الصحيحين، تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1، سط: 1411 – 1990م.

10- أبي عبد الله محمد بن إسماعيل البخاري، الجامع الصحيح المسند من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وسننه وأيامه (صحيح البخاري)، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر الجعفي، دار طوق النجاة، ط1، سط:1422هـ

11- زين الدين محمد المناوي القاهري، فيض القدير شرح الجامع الصغير، المكتبة التجارية الكبرى – مصر، ط1، سط: 1356هـ.

12- مالك بن أنس بن مالك، موطأ الإمام مالك، صححه ورقمه وخرج أحاديثه وعلق عليه: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت – لبنان، دذط، سط: 1406 هـ - 1985 م.

13- محمد الزرقاني، شرح الزرقاني على الموطأ، تحقيق: طه عبد الرءوف سعد، مكتبة الثقافة الدينية – القاهرة،ط1، سط: 1424هـ - 2003م.

14- محمد بن إسماعيل الصنعاني، سبل السلام، دار الحديث، دذط، دذسط.

15- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، تحقيق:عصام الدين الصبابطي،دار الحديث، مصر، ط1، سط: 1413هـ - 1993م.

16- محمد بن عيسى الترمذي، أبو عيسى، سنن الترمذي، تحقيق وتعليق: محمد فؤاد عبد الباقي، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي – مصر، ط2، سط: 1395 هـ - 1975 م.

17- محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، إشراف: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي – بيروت، ط2، سط: 1405 هـ - 1985م.

18- محمد ناصر الدين الألباني، سلسلة الأحاديث الضعيفة والموضوعة وأثرها السيئ في الأمة، دار المعارف، الرياض - المكلة العربية السعودية، ط1، سط: 1412 هـ / 1992 م.

19- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم(صحيح مسلم) ، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي – بيروت، دذط، دذسط.

20- النووي، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، دار إحياء التراث العربي – بيروت، ط2، سط: 1392هـ.

كتب التراجم:

1- إبراهيم بن نور الدين إبن فرحون، الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، تحقيق: مأمون بن محي الدين الجنان، بيروت: دار الكتب العلمية، ط1، سط 1417 هـ /1996 م.

2- إبن العماد، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، حققه: محمود الأرناؤوط، دار ابن كثير، دمشق – بيروت، ط1، سط: 1406 هـ - 1986 م.

3- إبن رجب زين الدين بن أحمد، الذيل على طبقات الحنابلة، دار المعرفة، بيروت- لبنان، دذط، دذسط.

4- إبن قنفذ القسنطيني، الوفيات، تحقيق: عادل نويهض، دار الأفاق الجديدة- بيروت - لبنان، ط4، سط 1403هـ/1983م.

5- أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، طبقات الفقهاء، المحقق: إحسان عباس، محمد بن مكرم ابن منظور، دار الرائد العربي، بيروت – لبنان، ط1، سط: 1970م.

6- خير الدين الزركلي، الأعلام قاموس تراجم لأشهر الرجال والنساء من العرب والمستعربين والمستشرقين، بيروت: دار العلم للملايين، ط4، سط1989 م.

7- شمس الدين بن قَايْماز الذهبي، سير أعلام النبلاء، المحقق : مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، ط3، سط: 1405هـ/1985م.

8- عبد الحي بن أحمد بن عماد الحنبلي، شذرات الذهب في أخبار من ذهب، دار الأفاق الجديدة، بيروت- لبنان دط، دذسط.

9- عمر بن رضا كحالة ، معجم المؤلفين، دار احياء، بيروت، دذط، دذسط.

10- محمد بن علي الشوكاني، البدر الطالع، جمعه: محمد بن علي بن يحيى و الحسني اليمني الصنعاني، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان،ط1، سط 1418هـ/1998م.

11- محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، سط:1349هـ.

كتب اللغة:

1- إبن منظور، لسان العرب، دار صادر – بيروت – لبنان، ط:3 سط 1414 هـ.

2- أبو القاسم الزمخشري، أساس البلاغة، تحقيق: محمد باسل عيون السود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، سط:1419هـ/1998م.

3- أبو عبد الرحمن الفراهيدي، كتاب العين، المحقق: د مهدي المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، دذط، دذسط.

4- أبو نصر اسماعيل الفارابي، الصحاح تاج اللغة، دار العلم للملايين – بيروت- لبنان، ط4، سط: 1407 هـ - 1987 م.

5- أحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، معجم مقاييس اللغة، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت- لبنان، دذط، سط: 1399هـ - 1979م.

6- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية – بيروت، دذط، دذسط.

7- الجوهري، الصحاح، تحقيق: أحمد عبدالغفور عطار، دار العلم للملايين-بيروت، ط4، سط: 1990م.

8- زين الدين الحنفي الرازي، مختار الصحاح، المحقق: يوسف الشيخ محمد، المكتبة العصرية - الدار النموذجية، بيروت – صيدا، ط5، سط: 1420هـ / 1999م.

9- زين الدين المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، عالم الكتب، القاهرة، ط1، سط: 1410هـ-1990م.

10- علي بن محمد الجرجاني، التعريفات، تحقيق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، ط: 1، سط: 1403هـ - 1983م.

11- الفيروزآبادى، القاموس المحيط، تحقيق: التراث في مؤسسة الرسالة، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، سط:1426هـ/2005م.

12- مجمع اللغة العربية بالقاهرة، المعجم الوسيط، دار الدعوة، مصر، دذط، دذسط

13- محمد بن قاسم الأنصاري الرصاع ، الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)، المكتبة العلمية، بيروت- لبنان، ط1، سط: 1350هـ.

14- محمد بن محمد الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، دار الهداية، دذط، دذسط.

15- محمد رواس قلعجي - حامد صادق قنيبي، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس للطباعة والنشر والتوزيع، ط:2، سط:1408 هـ - 1988 م.

كتب الفقه وأصوله :

1- ابراهيم بن علي ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، مكتبة الكليات الأزهرية، ط1، سط:1406هـ/1986م.

2- إبراهيم بن محمد ابن مفلح، المبدع في شرح المقنع، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، سط: 1418 هـ - 1997 م.

3- إبراهيم قلعه جي محمد رواس، الموسوعة الفقهية الميسرة، دار النفائس، بيروت- لبنان ط1، دذسط.

4- ابن حزم الظاهري، المحلى ، دار الفكر – بيروت، دذط، دذسط.

5- ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر-بيروت، ط2، سط: 1412هـ - 1992م.

6- ابن قدامة المقدسي ، الكافي في فقه الإمام أحمد، دار الكتب العلمية، ط1، سط: 1414 هـ - 1994 م.

7- ابن قدامة المقدسي، المغني، مكتبة القاهرة، دذط، سط: 1388هـ - 1968م.

8- ابن قدامة المقدسي، عمدة الفقه، المحقق: أحمد محمد عزوز، المكتبة العصرية، دذب، دذط، سط: 1425هـ - 2004م.

9- ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتاب الإسلامي،ط2، دذسط.

10- أبو الحسن السُّغْدي، النتف في الفتاوى، المحقق: صلاح الدين الناهي، دار الفرقان، مؤسسة الرسالة، عمان الأردن، بيروت لبنان، ط2، سط:1404 – 1984م.

11- ابو الحسن الطرابلسي، معين الحكام، شركة مصطفى الحلبي، مصر، ط2، سط 1973م.

12- ابو الحسن الماوردي، الإقناع في الفقه الشافعي، المكتبة الشاملة، دذط، دذسط.

13- أبو الحسن الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، المحقق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، سط: 1419 هـ -1999 م.

14- أبو الحسن برهان الدين المرغيناني، الهداية في شرح بداية المبتدي، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت – لبنان، دذط، دذسط.

15- ابو العباس "الصاوي"، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير (الشرح الصغير هو شرح الشيخ الدردير لكتابه المسمى أقرب المسالك لمذهب الامام مالك)، دار المعارف ، دذط، دذسط.

16- أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي – القاهرة، دذط، سط 1356 هـ - 1937 م.

17- أبو القاسم ابن جزي، القوانين الفقهية، دذط، دذسط.

18- ابو بكر ابن المنذر النيسابوري، الإقناع، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد العزيز الجبري، دذ ن، ط1، سط: 1408هـ.

19- أبو بكر بن المنذر النيسابوري، أبو جعفر الطحاوي، مختصر اختلاف العلماء ، المحقق: عبد الله نذير أحمد، دار البشائر الإسلامية – بيروت، ط2، سط: 1417هـ.

20- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، دذط، دذسط.

21- أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الاسلامي، بيروت، لبنان، ط3، سط: 1412هـ / 1991م .

22- أبو عبد الله الزركشي، البحر المحيط في أصول الفقه، دار الكتبي، ط1، سط: 1414هـ - 1994م.

23- أبو عبد الله ميارة الفاسي، الإتقان والإحكام في شرح تحفة الحكام المعروف بشرح ميارة، دار المعرفة ، بيروت، دذط، دذسط.

24- أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، دذط، سط: 1424هـ 2003 م.

25- أحمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، حققه: د محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت – لبنان، ط2، سط: 1408 هـ - 1988 م .

26- أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث – القاهرة، دذط، سط: 1425هـ - 2004 م.

27- أحمد بن يحيى الونشريسي، المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- الإمارات العربية المتحدة، ط1، سط: 1426 ه 2005م.

28- أحمد سلامة القليوبي، حاشية قليوبي، دار الفكر – بيروت، دذط، سط: 1415هـ-1995م.

29- تقي الدين ابن تيمية، الاختيارات الفقهية، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دذط، سط: 1397هـ/1978م.

30- تقي الدين ابن تيمية، مجموع الفتاوى، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، دذط، سط: 1416هـ/1995م.

31- الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، ط1، سط: 1415هـ - 1994م.

32- زين الدين بن ابراهيم "ابن نجيم"، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة، بيروت، لبنان، دذط، دذسط.

33- السيد سابق، فقه السنة، دار الكتاب العربي، بيروت – لبنان، ط3، سط: 1397 هـ - 1977 م.

34- شمس الدين الحطاب الرُّعيني، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، ط3، سط: 1412هـ - 1992م.

35- شمس الدين الزركشي، شرح الزركشي، دار العبيكان، ط1، سط: 1413 هـ - 1993 م.

36- شمس الدين محمد شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دار الفكر، بيروت، دذط، سط: 1404هـ/1984م.

37- شهاب الدين القرافي، الفروق، عالم الكتاب، دذط، دذسط.

38- شهاب الدين القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، دار الغرب الإسلامي- بيروت، ط1، سط: 1994م.

39- شهاب الدين النفراوي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، دار الفكر، بيروت- ابنان، دذط، سط: 1415هـ - 1995م.

40- الطاهر بن عاشور، مقاصد الشريعة الاسلامية، دار الكتاب المصري- دار الكتاب اللبناني، دذط، سط:2011م.

41- عبد الله مجد الدين أبو الفضل الحنفي، الاختيار لتعليل المختار، مطبعة الحلبي – القاهرة، دذط، سط: 1356 هـ - 1937 م.

42- عبدالرحمن المقدسي، الشرح الكبير على متن المقنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، دذط، دذسط.

43- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط2، سط: 1406هـ - 1986م.

44- علي حيدرخواجه أمين أفندي، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، تر: فهمي الحسيني، دار الجيل، ط1، سط: 1411هـ/1991م.

45- فخر الدين الزيلعي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية – بولاق، القاهرة ، ط1، سط: 1313 هـ.

46- كمال الدين ابن الهمام، فتح القدير، دار الفكر، لبنان-بيروت ، دذط، دذسط.

47- مالك بن أنس، المدونة، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، ط1، سط: 1415هـ - 1994م.

48- محمد ابن القيم الجوزية ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية، تعليق: بهيج غزاوي، دذط، سط 1414هـ/ 1993 .

49- محمد ابن القيم الجوزية، إعلام الموقعين عن رب العالمين، تحقيق: محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية – بيروت، ط1، سط: 1411هـ - 1991م.

50- محمد ابو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، دمشق – سورية، دذط، دذسط،

51- محمد أكمل الدين، العناية شرح الهداية، دار الفكر، دذب، دذط، دذسط.

52- محمد بن أبي الفتح البعلي، المطلع على ألفاظ المقنع، المحقق: محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب مكتبة السوادي للتوزيع، ط1، سط: 1423هـ - 2003 م.

53- محمد بن احمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، دذط، دذسط.

54- محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة – بيروت، دذ ط، سط: 1414هـ-1993م.

55- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار المعرفة – بيروت، دذط، سط: 1410هـ/1990م.

56- محمد بن عبد الله الخرشي ، شرح مختصر خليل للخرشي، دار الفكر للطباعة – بيروت، دذط، دذسط.

57- محمد بن عبد الواحد السيواسي، شرح فتح القدير، دار الفكر، بيروت، لبنان، ط3، دذسط.

58- محمد بن علي الشوكاني، إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول ، دار الكتاب العربي، ط1، سط:1419هـ، 1999م.

59- محمد بن يوسف المالكي، التاج والإكليل لمختصر خليل، دار الكتب العلمية، ط1، سط: 1416هـ-1994م.

60- محمد سعيد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق-سوريا، ط2، سط: 1981م.

61- منصور بن يونس البهوتى، كشاف القناع عن متن الإقناع، دار الكتب العلمية، بيروت-لبنان، دذط، دذسط.

62- وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، دار السلاسل – الكويت،ط2، سط: 1404 - 1427 هـ .

63- وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر - سوريَّة - دمشق ، ط4، دذسط.

كتب القانون:

1- أحمد فتحي سرور، الوسيط في قانون الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، ط7، سط: 1996م.

2- أحمد لعود، نبيل صقر، الدليل العملي في الإجراءات المدنية، دار الهلال، الجزائر، دذط، سط 2004م.

3- إدوار عيد، موسوعة اصول المحاكمات والاثبات والتنفيذ، لبنان، دذط، سط:1991م

4- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون والحق، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دذط، سط: 1992م.

5- أميل أنطوان ديراني، الخبرة القضائية،المنشورات الحقوقية، بيروت- لبنان، سط1977م، ط1.

6- بلحاج العربي، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، دذط، سط:1996م.

7- بوبشير محند مقران، قانون الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعة- الجزائر، دذط، دذسط.

8- جيرار كورنو، معجم المصطلحات القانونية، ترجمة:منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان- بيروت، ط2، سط:1998م.

9- جيلالي بغدادي ، الاجتهاد القضائي في المواد الجزائية، الديوان الوطني ، للأشغال التربوية ، الجزائر، ط1، سط:م2000

10- حسام الأحمد، البصمة الوراثية حجيتها في الإثبات الجنائي والنسب، منشورات الحلبي الحقوقية- لبنان، ط1، سط:2010م

11- حسين عامل، التعسف في استعمال الحقوق والغاء العقود، مطبعة مصر، ط1، سط:1960.

12- حسين محمود عبد الصمد الدايم، البصمة الوراثية ومدى حجيتها في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط1، سط:2007م .

13- حمدي باشا عمر،عقود التبرعات،(الهبة،الوصية،الوقف)دار هوما – الجزائر، ط22، سط:2004م.

14- خالد السيد موسى، شرح قواعد الاثبات الموضوعية، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض-السعودية، ط1، سط: 1435هـ 2014 م.

15- دلاندة يوسف، الوجيز في ضمانات المحاكمات العادلة، دار هومة، الجزائر، د ط، سط2005 م.

16- رشيد العراقي، طرق إثبات الإلتزام، مجلة الملحق القضائي، المملكة المغربية، ع30،سط: 1995م.

17- رضا المزغني، أحكام الإثبات، الدار الجزائرية للطبع والنشر والتوزيع- الجزائر، دذط، سط:1998م.

18- زودة عمر، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها ،عكنون- الجزائر، دذط، دذسط.

19- سليمان مرقس، الفعل الضار، دار النشر للجامعات المصرية ،ط2، سط: 1956

20- سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني أصول الإثبات وإجرءاته في المواد المدنية، دار عالم الكتب، مصر، دذسط .

21- سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، دذط، سط:1999م.

22- الشرقاوي عبد المنعم، الإثبات في المواد المدنية .دذط، دذسط.

23- شويحة زينب،الإجراءات المدنية في ظل القانون 09/08، دار أسامة للنشر والطبع والتوزيع، ط1، سط 2009م.

24- عادل حسن علي، أحكام الإلتزام، مكتبة الزهراء الشرقي، دذط، سط:1997م.

25- عبد الحميد الشواربي، الإثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية، منشأة المعارف – الاسكندرية، دذط، سط:1996م.

26- عبد الحميد الشواربي، التزوير والتزييف مدنيبا وجزائيا في ضوء الفقه والقضاء، منشأة المعارف-مصر،دذط سط:1996م.

27- عبد الرحمن ملزري، محاضرات بعنوان: طرق الإثبات في المواد المدنية، المدرسة العليا للقضاء، سط 2006-2007م.

28- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني،(الإثبات- آثار الإلتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة – مصر، دذط، سط:1938.

29- عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، دار هومة، الجزائر،دذط، سط2008م.

30- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري ، الطبعة الثانية ، دار البعث ، قسنطينة ، 1989.

31- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، د.ط، دار هومه للطباعة، الجزائر، 2007 .

32- عبد القادر الغار، المدخل للدراسة العلوم القانونية، النظرية العامة للحق، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، ط1، سط 2006 م.

33- عبد المعطي الجبوجي، القواعد الموضوعية والشكلية للإثبات وأسباب الترجيح بين الحجج، مكتبة الرشاد، الدار البيضاء ، ط1، سط:1422هـ/2002م.

34- العربي بلحاج، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،ط4، سط:2014م.

35- الغوثي بن ملحة، قانون الاسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط2، سط:2008م.

36- الغوثي بن ملحة، قواعد و طرق الإثبات و مباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الديوان الوطني للأشغال التربوية، دذط، سط 2001م.

37- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، دذط، سط:1986م.

38- القضاة مفلح عواد، البينات في المواد المدنية والتجارية، جمعية المطابع التعاونية، عمان، ط:2، سط: 1414هـ/1994م.

39- كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، جامعة بن مهيدي، أم البواقي، دذط، سط:2010/2009م.

40- لحسين بن شيخ آث ملويا، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، الطبعة السادسة، دار هومة، الجزائر،دذط، سط:2009م.

41- محمد إبراهيمي، الوجيز في الإجراءات المدنية، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون- الجزائر، دذط، سط 2001.

42- محمد الصغير بعلي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، دذط، سط: 2006.

43- محمد حسن قاسم، أصول الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت،2003 دذط،سط:2003م.

44- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني"الإثبات في المواد المدنية والتجارية"، دار هومة، الجزائر، ط1، سط: 2008-2009م.

45- محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة، الجزائر، ط1 ،سط:2002م.

46- محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الاسلامي، دار النفائس، الأردن، ط1، سط:1427هـ/2007م.

47- محمود نجيب حسني، الإجراءات الجنائية، دار النهضة العربية، القاهرة، دذط، سط:1979م.

48- مراد محمود شنيكات، الإثبات بالمعاينة والخبرة في القانون المدني،دار الثقافة ، الجزائر، دذط، سط:2008م.

49- معجم القانون اوديت الياس، شعبان عبد العاطي، محسن أحمد، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، دذط، سط:1420هـ/1999م

50- مفلح عواد القضاة، البينات في المواد المدنية و التجارية ، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان1994.

51- نبيل إسماعيل عمر – أصول المرافعات المدنية و التجارية – منشأة المعارف بالأسكندرية، مصر، دذط، دذسط.

52- نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية ، دار الجامعة الجديد للنشر، دذط، سط:2002.

53- نشأت أحمد .رسالة الإثبات، ط7، دذ سط.

54- هاشم الحافظ، محاضرات في الاثبات، مطبوعة على الرونيو، جامعة بغداد، سط: 1981/ 1982م .

55- يوسف دلاندة – دليل المتقاضي في مادة شؤون الأسرة"الزواج و الطلاق"، دار هومة للطباعة و النشر ، الجزائر، سط2007م، دذط.

القوانين

1- القانون رقم: 10/91 المؤرخ في 12 شوال 1411 الموافق 27 ابريل سنة 1991المتعلق بالأوقاف.

2- قانون الأسرة: الأمر رقم02/05 المؤرخ في 27 فبراير2005، المعدل والمتمم للقانون11/84 المؤرخ في 9جويلية،1984م.

3- الأمر رقم 02/06 المؤرخ فى20 فبراير 2006 المتضمن تنظيم مهنة الموثق، الجريدة الرسمية، عدد 15، سنة2006م.

4- قانون الإجراءات المدنية والإدارية09/08، المؤرخ في2008/02/25م، الجريدة الرسمية العدد 21، سنة 2008م.

5- القانون المدني الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 20 جويلية 2005م، المعدل والمتمم للقانون رقم:58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975م، الجريدة الرسمية، العدد44.

كتب مقارنة:

1- أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين، طرق الإثبات الشرعية مع بيان اختلاف المذاهب الفقهية، المكتبة الأزهرية للتراث، ط4، سط:2003م.

2- أحمد الدريويش، الزواج العرفي حقيقته واحكامه وآثاره والأنكحة ذات الصلة به دراسة فقهية مقارنة، دار العاصمة، الرياض، ط1، سط: 1426هـ/ 2005.

3- أحمد عبد المنعم البهي – من طرق الاثبات في الشريعة والقانون، دار الفكر العربي .ط1، سط:1965.

4- أحمد فراج حسين، أحكام الأسرة في الإسلام" الطلاق وحقوق الاولاد ونفقات الاقارب"، د.ط، الدار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1998 .

5- أحمد فراج حسين، أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، دذط، سط 2004.

6- أسامة عمر الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، عمان، ط1، سط1420هـ/ 2000م.

7- أيمن محمود حتمل، شهادة أهل الخبرة وأحكامها، دراسة فقهية مقارنة، دار الحامد، عمان – الأردن، ط1، سط:2008م.

8- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الاسلام، دارالمعارف- الاسكندرية، ط3، سط: 1966.

9- جمال بن محمد بن محمود، الزواج العرفي في ميزان الإسلام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، سط:2004م.

10- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية،1997 م.

11- سعد بن تركي الخثلان، الأصول الشرعية لإثبات الأوقاف، دار اطلس الخضراء، الرياض، دذط، دذسط.

12- شامي أحمد عبد الحميد ، قانون الأسرة الجزائري طبقا لأحدث التعديلات، دراسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دذط، سط 2010م.

13- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري حسب آخر تعديل له، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر،دذط، سط 2007م .

14- عبد القادر داودي، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر – الجزائر، ط1، سط 2007م.

15- علي الخفيف، التصرف الانفرادي والارادة المنفردة، دار الفكر العربي- القاهرة، دذ ط، سط:2009م .

16- عمر فروخ، الأسرة في الشرع الإسلامي، المكتبة العلمية والمكتبة العصرية، بيروت وصيدا– لبنان، ط1، سط:1370هـ/ 1951م.

17- مجلة الأحكام العدلية، لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، دذط، دذسط.

18- محمد أبوزهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، مدينة نصر- القاهرة، ط2، سط:1957م.

19- محمد تقية، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري مقارنا بأحكام الشريعة الإسلامية والقانون المقارن، الديوان الوطني للأشغال التربوية- الجزائر، ط 1، سط: 2003م

20- محمد جميل بن مبارك، التوثيق والإثبات بالكتابة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار البيضاء – المغرب، ط1، سط:2000م.

21- محمد رأفت عثمان، النظام القضائي في الفقه الإسلامي، دار البيان، سط 1415هـ1994م، ط2.

22- محمد كمال الدين إمام، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين"عقد الزواج"، دار الكتب والوثائق القومية، الاسكندرية، سط: 2000م.

23- محمد مصطفى الزحيلي، وسائل الإثبات في الشريعة الإسلامية في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية، مكتبة دار البيان، دمشق، ط1، سط 1302هـ/1982م.

24- محمد مصطفى شلبي. أحكام الأسرة في الإسلام - دراسة مقارنة دار النهضة العربية. 1977

25- مصطفى السباعي، شرح مدونة الأحوال الشخصية السوري، دار الفكر، دمشق، ط6، سط: 1963م.

26- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية – الكويت، دارالسلاسل – الكويت، ط2 ، سط: 1404 - 1427 هـ.

27- يحيى بكوش، أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، ط2، سط1988م.

كتب عامة:

1- بكر بن عبد الله، الحدود والتعزيرات عند ابن القيم، دار العاصمة للنشر والتوزيع، ط2، سط: 1415 هـ.

2- جان شازال، حقوق الطفل، تر: ميشال أبي فاضل، منشورات عويدات، بيروت- ط1، سط 1983م.

3- حمد الأشقر، أفعال الرسول ودلالتها على الأحكام الشرعية، ،مكتبة المنارة الإسلامية، ط1، سط 1978 .

4- عادل أحمد سيركيس، الزواج وتطور المجتمع، دار الكتاب العربي ، دذط، دذسط.

5- عبد الرحمن ابن خلدون، المقدمة، حققه: محمد عبد الله الدرويش، دار يعرب، دمشق، ط1، سط: 2004م.

أطروحات و رسائل:

1- آيت شاوش دليلة، انهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، اطروحة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، ت م :2014/06/26م .

2- بن عائشة لخضر، إثبات الحقوق المالية للزوجين، مذكرة ماجستير، جامعة: تلمسان، 2011-2012.

3- خالد بوزيد، النسب في التشريع الجزائري والإجتهاد القضائي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة: 2010 م/ 2011 .

4- خالد سماحي، النظرية العامة لعقود التبرعات، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، سنة: 2012-2013م.

5- سليم علي مسلم الرجوب التعارض والترجيح في طرق الإثبات "دراسة فقهية قانونية مقارنة"، أطروحة الدكتوراه في القضاء الشرعي، الجامعة الأردنية، سط: 2006م.

6- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، سنة:2013-2014م.

7- طفياني مختارية، إثبات النسب في تقنين الأسرة الجزائري والفقه الإسلامي، رسالة الماجستر، جامعة بومرداس ، 2006 .

8- عائشة سلطان إبراهيم المرزوقي، اثبات النسب في ضوء المعطيات العلمية المعاصرة، دراسة تشريعية فقهي معاصرة، إشراف: محمد بلتاجي حسن، رسالة دكتوراه، سط:1421هـ/2000م.

9- عبد القادر، إدريس، الإثبات بالقرائن في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة الخليل، فلسطين، سنة:1426هـ، 2005م.

10- قيطة حياة، آليات حماية الطفل بعد إنفصال الزوجين، رسالة ماجستير جامعة وهران، سنة 2012م.

11- ليلى جمعي، حماية الطفل (دراسة مقارنة بين القانون الجزائري والشريعة الإسلامية)، جامعة وهران، سنة 2006/2005م.

12- محمد حجاري، نظام الإثبات في أحكام الأسرة – أطروحة دكتوراه – كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، سط 2007م.

13- محمد زكريا محمود صاري، البينة في الشريعة والقانون، مذكرة ماجستير، جامعة بيروت، سنة:1427هـ/2006م.

14- مسعودي رشيد، النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، أطروحة دكتوراه،جامعة تلمسان، 2005-2006م.

15- معزوز دليلة، إجراءات عقد الزواج الرسمي وطرق إثباته ومشكلة الإثبات في الزواج العرفي، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، سنة:2004/2003م.

مقالات وملتقيات:

1- بلحاج العربي، مقال: ملاحظات نقدية بشأن النظام المالي للزوجين في ضوء قانون الأسرة الجزائري الجديد، مجلة: دفاتر مخبر حقوق الطفل ،جامعة وهران، مج 3، ع: 1، سنة:2012م.

2- جمال الكيلاني، الاثبات بالمعاينة والخبرة في الفقه والقانون، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، نابلس –فلسطين، المجلد16، سط: 2002م.

3- حجاري محمد، دور الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا في التأسيس لقواعد الإثبات في أحكام الأسرة(دراسة للفقه المالكي وقانون الأسرة الجزائري)، جامعة معسكر، مجلة العلوم الانسانية والحضارة، ع 7، سط: فيفري2018م.

4- زكريا عوض، نصاب الشهادة في مسائل الأحوال الشخصية "المتعلقة بالأموال في الفقه الإسلامي"، جامعة جزان، المملكة العربية السعودية، ع33، ج4.

5- سعادنة العيد، عبء الاثبات في القانون الوضعي الجزائري، مجلة المفكر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، العدد:11.

6- صالح بوبشيش، نفقة الزوجة والاولاد في حال الاعسار والامتناع بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري مجلةالاحياء، جامعة باتنة،2002م، ع5.

7- الطاهر برايك، عبء الإثبات بين القانون المدني الجزائري والشريعة الإسلامية، مجلة العلوم الإسلامية، جامعة الأغواط، ماي 2013م، ع30-31.

8- عبد الرحيم صالحي، انعقاد الزواج بالبريد الالكتروني- د راسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القانون الجزئري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة قاصدي مرباح- ورقلة – الجزائر، دفاتر السياسة والقانون، ع 7، سط: جوان 2012م.

9- عربي باي يزيد، مقال: العقود التوثيقية سندات تنفيذية، مجلة: دفاتر السياسة والقانون، ع10، سط:2014م .

10- عز الدين كيحل، التصرفات المالية للزوجة ومدى تأثيرها على الحياة الزوجية، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2003 ع08.

11- علاوة بوتغرار،مقال: الوصية تطرح نقائص،مجلة الموثق، ع1، سط:2001م.

12- عمارة مسعودة، مقال: أحكام الكفالة في القانون الجزائري على ضوء الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا، مجلة البحوث والدراسات القانونية والسياسية كلية الحقوق . جامعة سعد دحلب .البليدة.

13- عوض عبد الله أبو بكر، نظام الإثبات في الفقه الإسلامي، مجلة الجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، دذط، دذسط، ع64.

14- عيسى بن علي بن سالم الغافري، ورقة عمل حول" خصوصية قواعد الإثبات في الإجراءات الإدارية"مقدمة إلى المؤتمر الثالث لرؤساء المحاكم الإدارية المنعقد في العاصمة اللبنانية بيروت- سلطـــنة عمان، سط:2013م.

15- فواز صالح، مقال: التعويض عن الضرر الأدبي الناجم عن جرم"دراسة مقارنة"، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، مج 22، ع2، سط: 2006م.

16- لحميم زليخة، دفاتر السياسة والقانون، دور القاضي المدني في الإثبات (في ضوء قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد) ، جامعة قاصدي مرباح – ورقلة – الجزائر، العدد 4، جانفي 2011.

17- مازن مصباح، أحكام الشهادة على عقد النكاح في الفقه الإسلامي، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الانسانية، سط:2009م، مج:11، ع1.

18- ماهر معروف، التفريق للعيوب بين الزوجين والوسائل المعاصرة في اثباتها، دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد46، ع1، ملحق 1، سط:2009م.

19- محمّد منصف المبزّع:" دعوى الطلاق وأنواع القضايا الأخرى التي تنظر فيها دائرة الأحوال الشخصية": تقرير تربّص. قضاء وتشريع عدد 2. سنة 1983.

20- ملاك الهاشمي، دور الأخصائيين الاجتماعيين والنفسانيين في محاكم الأسرة، المؤتمر الرابع: لرؤساء المحاكم العليا بالدول العربية: الدوحة-قطر 24-2013/09/26.

21- هجيرة دنوني، مقال: النظام المالي للزوجين في التشريع الجزائري، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، 1994، ع1 .

22- هدى زوزو، مقال: عبء الإثبات في المواد المدنية والجزائية، مجلة المفكر،جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2018م، ع 6.

اجتهادات المحكمة العليا:

1- المحكمة العليا: قرار رقم:234949، المؤرخ في:18 جانفي2000م، المجلة القضائية، سط:2000م، ع خ.

2- المحكمة العليا: قرار رقم 22117 ، المؤرخ في 1982/05/19 ، المجلة القضائية، لسنة 1989 م، ع 01.

3- المحكمة العليا، ملف رقم:85131، المؤرخ ب: 1983/12/12م، غ ا ش، النشرة القضائية، ع46 .

4- المحكمة العليا، قرار رقم 33762 ، الصادر بتاريخ: 08-07-1984م، المجلة القضائية، ع04.

5- المحكمة العليا: قرار رقم 34653، المؤرخ في 1985/11/20م، المجلة القضائية، 1989م، ع 04.

6- المحكمة العليا: قرار رقم 69775، بتاريخ 1986/01/27م، المجلة القضائية، سنة 1989 م، ع1.

7- المحكمة العليا: قرار رقم: 43889، المؤرخ بـــ:1986/02/15م. المجلة القضائية، سط: 1993م، ع 2.

8- المحكمة العليا: قرار رقم: 43889، المؤرخ بـــ:1986/02/15م. المجلة القضائية، سط: 1993م، ع 2.

9- المحكمة العليا، قرار رقم 43889، الصادر بتاريخ: 1986/12/15م، المجلة القضائية، 1993م، ع2.

10- المحكمة العليا: ملف رقم 52212، قرار بتاريخ 89/01/16، المجلة القضائية، سنة 1989، ع 3.

11- المحكمة العليا: قرار رقم 50548 في 1989/06/26م، م ق ،1990م، ع3.

12- المحكمة العليا: ملف رقم: 56249، الصادر بتاريخ: 1989/11/27م، المجلة القضائية، سط:1992م، ع2.

13- المحكمة العليا، قرار رقم: 58788، الصادر بتاريخ:1990/03/19م، ع1.

14- المحكمة العليا: قرار رقم 39335، الصادر في 1990/04/30 ، المجلة القضائية، 1992م، ع1 .

15- المحكمة العليا: ملف رقم: الصادر بتاريخ: 1991/04/23م، المجلة القضائية، ع، ص.

16- المحكمة العليا: القرار رقم 73515، الصادر بتاريخ 18 / 06/ 1991م.

17- المحكمة العليا: قرار رقم: 86097، بتاريخ:1992/10/27م، المجلة القضائية، سط: 2001م، ع خ .

18- المحكمة العليا : ملف رقم 153640، الصادر بتاريخ 1997/02/18م، ع1.

19- المحكمة العليا: قرار رقم 165408، الصادر بتاريخ: 1997/07/08م، المجلة القضائية، سط: ع ص67.

20- المحكمة العليا: ملف رقم:160350، المؤرخ بـــ: 1997/12/23م، المجلة القضائية، ع خ.

21- المحكمة العليا: قرار رقم: 188707، المؤرخ ب: 1998/03/17م، والقرار رقم:84384، المؤرخ ب:1992/09/29م، المجلة القضائية، سنة:2001م، ع خ.

22- المحكمة العليا: قرار رقم:188707، الصادر بتاريخ: 1998/03/17م، المجلة القضائية، سط: 2001م ،ع خ.

23- المحكمة العليا: قرار رقم: 202430، بتاريخ: 1998/12/15م، المجلة القضائية، 2001م، ع خ

24- المحكمة العليا: قرار رقم:155373، المؤرخ بـــ:1998/12/18م، المجلة القضائية، سط:1998م، ع2.

25- المحكمة العليا: قرار رقم:216836، بتاريخ: 1999/03/16م، المجلة القضائية، سط:2001م ،ع خ.

26- المحكمة العليا: ملف رقم 221329، قرار بتاريخ: 1999/04/20م، المجلة القضائية، 2001م، ع خ.

27- المحكمة العليا: ملف رقم: 234655، الصادر بتاريخ: 1999/11/16م، المجلة القضائية، سنة 2001م، ع خ.

28- المحكمة العليا، ملف رقم:269594، الصادر بتاريخ:18 /2001/07م، المجلة القضائية، سط: 2003م، ع 1.

29- المحكمة العليا: قرار رقم:315403 ، صادر بتاريخ: 2005/02/23م، مجلة المحكمة العليا، ع01، 2005 .

30- المحكمة العليا: قرار رقم 330566 ، صادر بتاريخ 2005/05/18، مجلة المحكمة العليا، 2005، ع1.

31- المحكمة العليا : ملف رقم 337176، الصادر بتاريخ 2005/11/16م، النشرة القضائية، ع65.

32- المحكمة العليا: قرار رقم: 364850 ، صادر بتاريخ 2006/05/17م، سط: 2007، ع2 .

33- المحكمة العليا، قرار رقم:41320، المؤرخ بـــ: 16-01-2008م، مجلة المحكمة العليا، سنة2008م، ع 2.

34- المحكمة العليا، ملف رقم: 690718، الصادر بتاريخ:2012/03/15م، سط:2013م، ع2.

35- المحكمة العليا: ملف رقم:0761943، الصادر بتاريخ: 2012/11/14م، المجلة القضائية، سط:2013م، ع2.

36- المحكمة العليا: ملف رقم:0761943، الصادر بتاريخ:2012/11/14م، مجلة المحكمة العليا، سط:2013م، ع2.

37- المحكمة العليا، غ أ ش، قرار رقم: 53272، الصادر بتاريخ: 27/ 03/ 1989م، المجلة القضائية ، سط: 1990م ،ع3.

مواقع إلكترونية:

1- Jean Carbonnier.Droit civil. Tome

2- أنور بن راشد بن سعيد الكيومي – مقال: مفهوم الاثبات، من موقع http://main.omandaily.om/node، ت ز:30/05/2012

3- أيمن الدريدي، مقال، أيمن الدريدي، مقال: الضرر في العلاقة الزوجية، من موقع:https://fr.scribd.com/document ، ت ز: 2019/07/11م.

4- الذمة المالية بين الزوجين في التشريع الجزائري والمقارن، ملتقى وطني، جامعة جيجل، 10-11 نوفمبر2015، نقلا من موقع:http://diae.net تاريخ الزيارة: 10-01-2018م.

5- الصاوي أحمد محمد، موجز في القانون الدولي الخاص المصري، 91،90، ط3، سط1946م، نقلا من موقع:http://www.islamic-council.com ، ت ز: 2019/05/07م.

6- عز الدين محمد أحمد الأمين، أستاذ القانون المدني، جامعة السودان مقال: الإثبات القضائي "مفهومه وأهميته في القضاء وتنظيمه التشريعي"، من موقع: http://ashrfmshrf.com/espat_d_ez_eldin.h

7- ليلى جمعي، مقال: الطبيعة القانونية للنسب من خلال بعض التشريعات المقارنة، منشور بموقع: https://www.academia.edu، ت ز: 2019/12/12م.

8- ماهر أحمد راتب السوسي، فقه القضاء وطرق الإثبات، كتاب : من موقع: .http://site.iugaza.edu.ps/msousi

9- محمد شاكر رشيد صالح، القضاء بالنكول عن اليمين في الشريعة والقانون، من موقع: http://www.iasj.net/ias

10- موقع: http://iswy.co/e11mrn تاريخ الزيارة: 10-01-2018م.

11- موقع: http://el-borai.com/wp-content تاريخ الزيارة: 08أوت 2017م.

12- موقع:https://www.mominoun.com/events ، ت ز:2-03-2020م.

13- وداد العيدوني، مقال: وسائل الإثبات في القضاء الشرعي المغربي المعاصر، جامعة طنجة، المغرب، من موقع:http://awqafshj.gov.ae/ar/download ، ت ز: 20 /2020/01م.

الفهارس

فهرس الآيات والأحايث

فهرس الأعلام

فهرس الموضوعات

فهرس الآيات القرآنية

الآية	السورة/ رقم الآية	الصفحة
﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾	[البقرة 282]	03-22
﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾	[البقرة 282]	03- 22-73-76
﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾	[الطلاق2]	03-22-73-76- 82-136-137
﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾	[الروم 21]	05- 229
﴿وَكُلًّا نَقُصُّ عَلَيْكَ مِنْ أَنْبَاءِ الرُّسُلِ مَا نُثَبِّتُ بِهِ فُؤَادَكَ وَجَاءَكَ فِي هَذِهِ الْحَقُّ وَمَوْعِظَةٌ وَذِكْرَى لِلْمُؤْمِنِينَ﴾	[هود 120]	16
﴿لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ﴾	[الحديد 25]	18
﴿وَكَذَٰلِكَ جَعَلْنَٰكُمْ أُمَّةً وَسَطًا لِّتَكُونُواْ شُهَدَآءَ عَلَى ٱلنَّاسِ وَيَكُونَ ٱلرَّسُولُ عَلَيْكُمْ شَهِيدًا ﴾	[البقرة 143]	46
﴿وَعَرَضْنَا جَهَنَّمَ يَوْمَئِذٍ لِّلْكَافِرِينَ عَرْضًا﴾	[الكهف 100]	56
﴿ وَمِيثَاقَهُ الَّذِي وَاثَقَكُمْ بِهِ ﴾	[المائدة 7]	63
﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ كُونُواْ قَوَّٰمِينَ بِٱلْقِسْطِ شُهَدَآءَ لِلَّهِ وَلَوْ عَلَىٰٓ أَنفُسِكُمْ ﴾	[النساء 135]	89
﴿ قَالَ ءَأَقْرَرْتُمْ وَأَخَذْتُمْ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ إِصْرِيۖ قَالُوٓاْ أَقْرَرْنَاۚ قَالَ فَٱشْهَدُواْ وَأَنَا۠ مَعَكُم مِّنَ ٱلشَّٰهِدِينَ﴾	[آل عمران 81]	89

﴿لَأَخَذۡنَا مِنۡهُ بِٱلۡيَمِينِ ﴿٤٥﴾﴾	[الحاقة 45]	95
﴿قَالُوٓاْ إِنَّكُمۡ كُنتُمۡ تَأۡتُونَنَا عَنِ ٱلۡيَمِينِ ﴿٢٨﴾﴾	[الصافات 28]	95
﴿فَرَاغَ عَلَيۡهِمۡ ضَرۡبَۢا بِٱلۡيَمِينِ ﴿٩٣﴾﴾	[الصافات 93]	95
(الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِى لَهُ مَا فِى السَّمَاوَاتِ وَمَا فِى الْأَرْضِ وَلَهُ الْحَمْدُ فِى الْآخِرَةِ وَهُوَ الْحَكِيمُ الْخَبِيرُ)	[سبأ 1]	109
﴿وَمَا أَرْسَلْنَا مِنْ قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُوحِى إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ ﴿٤٣﴾﴾	[النحل: 43]	110
﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ .....إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ﴾	[النور 6- 8]	198-115
﴿ فَإِنۡ ءَانَسۡتُم مِّنۡهُمۡ رُشۡدٗا فَٱدۡفَعُوٓاْ إِلَيۡهِمۡ أَمۡوَٰلَهُمۡۖ ﴾	[النساء 6]	144
﴿لِّلرِّجَالِ نَصِيبٞ مِّمَّا ٱكۡتَسَبُواْۖ وَلِلنِّسَآءِ نَصِيبٞ مِّمَّا ٱكۡتَسَبۡنَۚ﴾	[النساء 32]	144
﴿ يَهَبُ لِمَن يَشَآءُ إِنَٰثٗا وَيَهَبُ لِمَن يَشَآءُ ٱلذُّكُورَ ﴾	[الشورى 49]	151
﴿ وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّاۖ ﴾	[آل عمران 37]	154
﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ ﴾	[الأحزاب 5]	155
﴿ لَا يَضُرُّكُمْ كَيْدُهُمْ شَيْئًا﴾	[آل عمران 120]	201
﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴾	[الحج 78]	207
﴿لِيُنفِقۡ ذُو سَعَةٖ مِّن سَعَتِهِۦۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيۡهِ رِزۡقُهُۥ فَلۡيُنفِقۡ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ ﴾	[الطلاق 07]	219
﴿وَعَلَى ٱلۡمَوۡلُودِ لَهُۥ رِزۡقُهُنَّ وَكِسۡوَتُهُنَّ بِٱلۡمَعۡرُوفِۚ ﴾	[البقرة 233]	220

فهرس الأحاديث

الحديث	الصفحة
«لو يعطى الناس بدعواهم، لادعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه»	24-02
« لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم، ولكن البينة على المدعي، واليمين على من أنكر»	24
«ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها»	73
«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »	76
« أنه لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين »	82
«ألك بينة، فقال لا، فقال : لك يمينه »	100
«الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»	103
«يا عائشة، ألم تري أنّ مجززا المدلجي دخل علي فرأى أسامة بن زيد وزيدا وعليهما قطيفة، قد غطيا رءوسهما وبدت أقدامهما، فقال: إنّ هذه الأقدام بعضها من بعض»	111
« الولد للفراش وللعاهر الحجر»	115
« لا نكاح إلا ببينة»	131
«البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة»	131
«لا يجوز لامرأة عطية إلا بإذن زوجها»	144
«ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده»	157
«أنّ المرأة إذا ادعت طلاق زوجها، فجاءت على ذلك بشاهد عدل استحلفت	178

زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر، وجاز طلاقه»	
«كانت امرأتان معهما ابناهما، جاء الذئب فذهب بابن إحداهما، فقالت صاحبتها: إنّما ذهب بابنك، وقالت الأخرى: إنّما ذهب بابنك، فتحاكمتا إلى داود، فقضى به للكبرى، فخرجتا على سليمان بن داود فأخبرتاه، فقال: ائتوني بالسكين أشقه بينهما، فقالت الصغرى: لا تفعل يرحمك الله، هو ابنها، فقضى به للصغرى»	**198**
« خذي ما يكفيك وولك بالمعروف»	**220**

فهرس الأعلام

الرقم	اسم العلم	رقم الصفحة
1	ابن حزم الأندلسي	17
2	تقي الدين ابن تيمية	18
3	شمس الدين ابن القيم	18
4	علي بن محمد الجرجاني	19
5	اسماعيل بن عمر ابن كثير	22
6	ابن عرفة	23
7	ابن فرحون	41
8	أحمد بن محمد الشوكاني	41
9	أبو بكر بن مسعود الكاساني	61
10	أبو بكر ابن العربي	64
11	الطاهر بن عاشور	69
12	محمد بن احمد السرخسي	72
13	أحمد بن إدريس القرافي	103
14	محمد سعيد رمضان البوطي	104
15	ابو يوسف	120

17	محمد بن الحسن الشيباني	121
18	ابن رشد القرطبي	132
19	فخر الدين الرازي	135
20	أبو حيان الأندلسي	136
21	موفق الدين ابن قدامة المقدسي	144
22	الخطيب الشربيني	150
23	محمد بن اسماعيل الصنعاني	152
24	محمد بن علي الفيومي	154
25	شمس الدين القرطبي	157
26	محي الدين ابو زكريا النووي	158
27	أحمد بن محمد الدردير	206
28	عبد الرحمن ابن القاسم	207

فهرس الموضوعات:

الموضوع.....الصفحة
كلمة الشكر
الإهداء
قائمة المختصرات
مقدمة.....02
الباب الأول: قواعد الاثبات في مجال الأحوال الشّخصية
الفصل الأول: ماهية الإثبات وتنظيمه الشّرعي والقانوني 14
المبحث الأول: التوافق الشّرعي القانوني في ماهية الإثبات.....14
المطلب الأول:المفهوم الشّرعي والقانوني للإثبات 16
الفرع الأول:الإثبات لغة.....16
الفرع الثاني:الإثبات في اصطلاح الفقهاء.....17
الفرع الثالث: الأساس الشّرعي والقانوني للإثبات.....22
المطلب الثاني: المبادئ التي تحكم الاثبات 26
الفرع الأول:ضبط محل الإثبات فقها وقانونا.....26
أولا: طبيعة محل الإثبات في قانون الأسرة 29
ثانيا : الشروط اللازمة في محل الإثبات.....31
الشرط الأول: أن يكون محل الإثبات معلوما 31
الشرط الثاني:أن تكون الواقعة منتجة في الاثبات 32
الشرط الثالث: أن تكون الواقعة جائزة الاثبات 33
الفرع الثاني: التّوافق الشّرعي والقانوني حول توزيع عبء الإثبات.....33
أولا: مفهوم توزيع عبء الإثبات فقها وقانونا.....34
ثانيا: ضوابط تفسر مسألة توزيع عبء الإثبات.....36

-الأصل براءة الذمة.....37
- الأصل في الإنسان هو حسن النية.....38
- القرينة القانونية تعفي من تقررت لمصلحته عبء الإثبات.....39
المبحث الثاني: تنظيم الإثبات في إطار الأحوال الشّخصية 39
المطلب الأول: حرية الإثبات وتقييده فقها وقانونا.....40
الفرع الأول: حرية الإثبات من النّاحية الشّرعية والقانونية.....41
الفرع الثاني: التّقييد في أدلة الإثبات شرعا وقانونا.....44
الفرع الثالث: التّوفيق بين التّقييد والإطلاق لأدلة الإثبات.....46
المطلب الثاني: نطاق سلطة قاضي الأحوال الشّخصية في تقدير أدلة الإثبات.....48
الفرع الأول: أهمية منح القاضي سلطة تقديرية في مسائل الأحوال الشّخصية.....49
الفرع الثاني: نطاق السّلطة التّقديرية لقاضي شؤون الأسرة في تقدير أدلة الإثبات.....51
أولا: سلطة القاضي عند اختلاف حالات الإثبات.....55
ثانيا: سلطة القاضي عند اختلاف وسائل الإثبات في قوتها الثّبوتية.....55
ثالثا: سلطة القاضي في حالة تعارض وسائل الإثبات.....55
الفصل الثاني:الوسائل المعتمدة في إثبات مسائل الأحوال الشّخصية.....58
المبحث الأول: إتساع نطاق تهيئة الأدلة في الأحوال الشّخصية.....59
المطلب الأول: تهيئة الدّليل الكتابي شرعا وقانونا.....60
الفرع الأول: إقرار الشّريعة والقانون بدور التّوثيق وأهميته في الإثبات.....63
1-التوثيق لغة.....63
2-التّوثيق من النّاحية الاصطلاحية.....63
الفرع الثاني: المقصد الشّرعي والقانوني من التّوثيق في مجال شؤون الأسرة.....68
المطلب الثاني: مكانة الشّهادة كدليل مهيأ بين الشّريعة و القانون.....71
1-الشهادة لغة 71
2- اصطلاحا: 72

الفرع الأول: التّخفيف والتّشديد في الإثبات بالشهادة في بعض مجالات شؤون الأسرة... 74
أولا: التّشديد والتّخفيف لنصاب الشّهادة في مسائل الأسرة.....75
ثانيا: إجازة الإثبات بشهادة السّماع في مسائل الأسرة على سبيل التّخفيف.....79
ثالثا: الاعتماد القانوني لشهادة الأقارب في مسائل الأسرة.....81
الفرع الثاني: التّكامل بين الشهادة والكتابة في إثبات مسائل الأسرة.....83
المبحث الثاني: مجال الاعتماد على الأدلة الغير مهيأة في إثبات مسائل الأحوال الشخصية.....86
المطلب الأول: الوسائل المعفية من الإثبات وأهميتها في الأحوال الشخصية.....87
الفرع الأول: قيمة الإقرار في مسائل الأحوال الشّخصية.....87
أولا: المعنى اللّغوى والاصطلاحي للإقرار.....88
خصائص الإقرار.....90
ثانيا: حالات الإعتماد على الإقرار في الأحوال الشّخصية.....93
الفرع الثاني: نطاق الإعتماد على اليمين في مسائل الأحوال الشّخصية.....95
أولا:اليمين من النّاحية اللّغوية والاصطلاحية 95
ثانيا: مجال إعمال اجراءات آداء اليمين في الأحوال الشخصية.....99
الفرع الثالث: الإعتماد على القرائن في إثبات مسائل الأسرة.....102
أولا:ماهية القرائن 103
ثانيا– نطاق الإعتماد على القرائن في إثبات مسائل الأسرة.....106
المطلب الثاني: الإعتماد على وسائل التّحقيق في الإثبات.....109
الفرع الأول: ماهية الخبرة من النّاحية الشرعية والقانونية..... 109
ثانيا: اتساع مجال الإعتماد على الخبرة في إثبات قضايا الأسرة.....114
الفرع الثاني: المعاينة كوسيلة تحقيق مهمة في مسائل الأسرة.....119
أولا: المعنى اللّغوي والاصطلاحي للمعاينة.....120
ثانيا: مجال إعمال المعاينة في مسائل الأسرة.....122

الباب الثاني: خصوصية إثبات مسائل الأحوال الشخصية
الفصل الأول: الصّرامة الشّرعية والقانونية في اثبات تصرفات الأحوال الشّخصية 125
المبحث الأول: الضّرورة الشّرعية والقانونية للدليل المهيأ في إثبات التّصرفات.....127
المطلب الأول: ضرورة الدليل المهيأ في إثبات العلاقة الزّوجية وإنهائها.....129
الفرع الأول: ضرورة الدليل المهيأ في إثبات العلاقة الزّوجية وانهائها.....129
أولا: اكتفاء الفقه الاسلامي قديما بالشهادة دليلا في إثبات الزّواج.....130
ثانيا: قيمة الشّهادة المهيأة في إثبات الطلاق من النّاحية الشّرعية.....134
الفرع الثاني: توجهات المشرع في إثبات العلاقة الزّوجية وانهائها.....136
أولا :اشتراط القانون اعداد الدليل الكتابي لإثبات عقد الزواج.....136
ثانيا: صرامة المشرع في مجال إثبات الطّلاق..... 139
المطلب الثاني: إثبات تصرفات أخرى في مسائل الأسرة.....141
الفرع الاول: الاكتفاء بالدليل الكتابي في إثبات الإشتراك المالي بين الزّوجين.....142
- التدابير الشّرعية والقانونية لحفظ الحقوق المالية المشتركة بين الزّوجين.....143
التدبير الأول: إنفصال الذمم المالية للزّوجين وسيلة لحفظ الحقوق.....143
التدبير الثاني: تنظيم الأمور المالية المشتركة في توثيق رسمي.....146
الفرع الثاني: إثبات التّبرعات المسماة في قانون الأسرة الجزائري 149
أولا: ماهية التّبرعات.....149
أ-ماهية الوصية.....150
ب-ماهية الهبة شرعا وقانونا.....151
ج- ماهية الوقف شرعا وقانونا.....152
د- مفهوم الكفالة.....154
ثانيا:حتمية الدليل المهيأ لإثبات مسائل التّبرعات شرعا.....157
أ- ضرورة الشهادة والكتابة لإثبات الوصية.....157
ب-اقوال الفقهاء في اثبات باقي التبرعات بالدليل المهيأ.....159

ثالثا: العقد التّوثيقي لإثبات التّبرعات قانونا.....161
المبحث الثاني: الوسائل البديلة للإثبات عند انعدام الدليل المهيأ.....163
المطلب الأول: حرية إثبات التصرفات عند انعدام الدليل المهيأ.....164
الفرع الأول: إثبات النّزاعات المثارة حول متاع البيت.....165
الفرع الثاني: النّزاع حول مسكن الزّوجية.....170
الحالة الأولى: مسكن الزّوجية ملك مشترك.....170
الحالة الثانية: السّكن لمن يملك سند الملكية.....170
الحالة الثالثة: حالة النّزاع حول ملكية السّكن.....171
المطلب الثاني: إثبات التّصرفات العرفية بحكم قضائي استثناء.....171
الفرع الاول: إثبات الزّواج العرفي بحكم قضائي.....171
أولا: اختلاف النّزاعات في الزّواج العرفي.....173
الحالة الأولى: سهولة إثبات الزّواج العرفي حال الاتفاق.....174
الحالة الثانية: إقامة دعوى لإثبات الزّواج العرفي المتنازع فيه.....175
ثانيا: إثبات التّصرفات العرفية من النّاحية الشرعية.....177
الفرع الثاني:إثبات مسائل التّبرعات بموجب حكم قضائي استثناء.....179
الفصل الثاني:مدى حرية إثبات الوقائع المادية محل النزاع في الأحوال الشخصية
المبحث الأول:الوقائع المادية التي تستوجب طرق خاصة في الإثبات.....181
المطلب الأول: إعداد الدليل الكتابي لإثبات واقعة الولادة 183
الفرع الأول: القيمة الإثباتية لوثائق الحالة المدنية في اثبات الولادة.....184
أولا: شهادة الميلاد دليل قاطع على إثبات واقعة الميلاد.....184
ثانيا: شهادة الميلاد مجرد قرينة في إثبات النّسب.....186
الحالة الأولى: في حالة ما إذا كان التصريح بالولادة من غير الأب.....186
الحالة الثانية: في حالة ما إذا كان التّصريح من عند الأب.....187

الفرع الثاني: القيمة الثّبوتية لوثائق الحالة المدنية الخاصة بإثبات النّسب في العمل القضائي 188
المطلب الثاني: إثبات واقعة النّسب.....190
الفرع الأول: التّوافق الشّرعي والقانوني في وسائل إثبات النّسب.....191
أولا: قرينة الفراش وسيلة اعفاء من الاثبات.....191
ثانيا: ثبوت النّسب بالدعوى عند انعدام قرينة الفراش.....193
أ- الاقرار كوسيلة لاثبات النّسب.....193
ب- إثبات النّسب عن طريق البينة.....195
الفرع الثاني: الطرق العلمية وأهميتها في إثبات واقعة النّسب.....196
المبحث الثاني: الوقائع المادية التي تستوجب حرية الإثبات.....200
المطلب الأول: إشكالات إثبات الضّرر.....200
الفرع الأول: مفهوم الضّرر 201
الفرع الثاني: التيسير والتخفيف في وسائل إثبات الضّرر الواقع في مجال الأسرة.....205
أولا: إعتماد منهج التّيسير في إثبات الضّرر شرعا.....206
ثانيا: التّوسع والتّيسير في وسائل إثبات الضّرر قانونا.....208
المطلب الثاني: إثبات الاخلال بالالتزامات الزّوجية و الأسرية.....211
الفرع الأول: إثبات الإمتناع عن آداء الحقوق المالية.....212
أولا: صور الإلتزامات المالية المفروضة على الزوج.....212
ثانيا: حصر لحالات النّزاعات المالية المتعلقة بالصداق والنفقة.....214
ثالثا:حصر وسائل اثبات المنازعات المالية.....214
1-إثبات النّزاعات المثارة حول آداء الصداق من النّاحية الشّرعية والقانونية.....215
الحالة الأولى: النّزاع قبل الدخول.....216
الحالة الثانية: النّزاع بعد الدخول.....216
2- الوسائل المعتبرة في إثبات الاخلال بآداء النّفقة شرعا وقانونا.....217

الحالة الأولى: حالة ما إذا ثار نزاع بين الزّوجين حول عدم الإنفاق.....218
الحالة الثانية: إثبات الخلافات المتعلقة بإعسار الزّوج ويساره 219
الفرع الثاني: التّيسير والتّوسيع في وسائل إثبات الاخلال بواجبات الحضانة.....222
أولا: إجراء تحقيق.....223
ثانيا: الإعتماد على المرشدة الإجتماعية 224
الخاتمة.....227
قائمة المصادر والمراجع..... 232
فهرس الآيات 263
فهرس الأحاديث..... 265
فهرس الأعلام 267
فهرس الموضوعات.....269
الملخص.....277

الملخص

يعتبر موضوع الإثبات من بين أهم المواضيع التي اهتمت بتنظيمه جل التشريعات لما لهذه المسألة من أهمية بالغة من النّاحية العملية، حيث أنّ كل واقعة قانونية متنازع عليها أمام القضاء تحتاج إلى إثباتها بالطرق المقررة شرعا وقانونا، وبناء على هذه الأهمية قام فقهاء الشّريعة والقانون بدراسة كل ما يتعلق بهذا النّظام بدءا من تبيان مفهومه ومذاهبه ومن يقع عليه عبء الإثبات ومحله ووسائله إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة به، سواء كانت مسائل أحوال شخصية أو مدنية أو تجارية أو جزائية.

ويمكن القول أنّ نظام الإثبات وقواعده تختلف نوعا وإجراء في هذه المسائل فكل له خصائصه التي تميزه عن غيره. وبالأخص مسائل الأحوال الشّخصية التي تقوم مسائلها على السّرية والكتمان ما جعل أمر ضبط وتخصيص وسائل إثبات معينة لكل المسائل أمر صعب ممّا استدعى انتهاج مبدأ التّخفيف والتّساهل تارة والتّشديد تارة أخرى إضافة إلى التّنويع في وسائل الإثبات.

الكلمات المفتاحية: إثبات – وسائل الإثبات– الأحوال الشّخصية – قانون الأسرة – التّصرفات القانونية – الوقائع المادية.

Résumé:

Le sujet de la preuve est considéré comme l'un des sujets les plus importants qui ont été concernés par l'organisation de la plupart des législations en raison de cette question d'une grande importance en termes pratiques, car tout incident juridique contesté devant le pouvoir judiciaire doit être prouvé de la manière légale et légale, et basée sur Cette importance, les juristes de la charia et du droit ont étudié tout ce qui touche à ce système, en commençant par clarifier son concept et ses doctrines et à qui incombe la charge de la preuve, sa localisation et ses moyens, à d'autres questions qui y sont liées, qu'il s'agisse de questions de statut personnel, civil, commercial ou pénal.

On peut dire que le système de preuve et ses règles diffèrent dans le type et la procédure dans ces questions, et chacun a ses propres caractéristiques qui le distinguent des autres. Surtout les questions de statut personnel dont les enjeux reposent sur le secret et le secret, qui ont rendu difficile la saisie et l'attribution de certains moyens de preuve pour toutes les questions, qui ont nécessité l'adoption du principe d'atténuation et d'indulgence à certains moments et l'accent à d'autres fois, en plus de diversifier les moyens de preuve.

Mots clés: preuve - moyens de preuve - statut personnel - droit de la famille - actions en justice - faits matériels.

Summary:

The subject of proof is considered one of the most important topics that have been concerned with organizing most of the legislations because of this issue of great importance in practical, as every legal incident disputed before the judiciary needs to be proven in the ways legally and legally determined, and based on This importance, the jurists of Sharia and law have studied everything related to this system, starting with clarifying its concept and doctrines and on whom the burden of proof falls, its location and means, to other matters related to it, whether they are matters of personal, civil, commercial or penal status.

It can be said that the system of proof and its rules differ in type and procedure in these issues, and each has its own characteristics that distinguish it from others. Especially the issues of personal status whose issues are based on secrecy and secrecy, which made the matter of seizing and allocating certain means of proof for all issues a difficult matter, which necessitated the adoption of the principle of mitigation and leniency at times and emphasis at other times, in addition to diversifying the means of proof.

Key words: proof - means of proof - personal status - family law - legal actions - material facts.

الم ص

يعتبر موضوع الإثبات من بين أهم المواضيع التي اهتمت بتنظيمه جل التشريعات لما لهذه المسألة من أهمية بالغة من النّاحية العملية، حيث أنّ كل واقعة قانونية متنازع عليها أمام القضاء تحتاج إلى إثبا ا بالطرق المقررة شرعا وقانونا، وبناء على هذه الأهمية قام فقهاء الشّريعة والقانون بدراسة كل ما يتعلق ـذا النّظام بدءا من تبيان مفهومه ومذاهبه ومن يقع عليه عبء الإثبات ومحله ووسائله إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة به، سواء كانت مسائل أحوال شخصية أو مدنية أو تجارية أو جزائية.

ويمكن القول أنّ نظام الإثبات وقواعده تختلف نوعا وإجراء في هذه المسائل فكل له خصائصه التي تميزه عن غيره. وبالأخص مسائل الأحوال الشّخصية التي تقوم مسائلها على السّرية والكتمان ما جعل أمر ضبط وتخصيص وسائل إثبات معينة لكل المسائل أمر صعب ممّا استدعى انتهاج مبدأ التّخفيف والتّساهل تارة والتّشديد تارة أخرى إضافة إلى التّنويع في وسائل الإثبات.

الكلمات المفتاحية: إثبات؛ وسائل الإثبات؛ الأحوال الشّخصية ؛ قانون الأسرة ؛ التّصرفات القانونية؛ الوقائع المادية؛ التشريعات؛ القضاء؛ فقهاء الشّريعة والقانون؛ وسائل إثبات

تاريخ المناقشة : 2022/06/09

بتقدير مشرف جدا

الم ص

يعتبر موضوع الإثبات من بين أهم المواضيع التي اهتمت بتنظيمه جل التشريعات لما لهذه المسألة من أهمية بالغة من النّاحية العملية، حيث أنّ كل واقعة قانونية متنازع عليها أمام القضاء تحتاج إلى إثبا ا بالطرق المقررة شرعا وقانونا، وبناء على هذه الأهمية قام فقهاء الشّريعة والقانون بدراسة كل ما يتعلق ـذا النّظام بدءا من تبيان مفهومه ومذاهبه ومن يقع عليه عبء الإثبات ومحله ووسائله إلى غير ذلك من المسائل المتعلقة به، سواء كانت مسائل أحوال شخصية أو مدنية أو تجارية أو جزائية.

ويمكن القول أنّ نظام الإثبات وقواعده تختلف نوعا وإجراء في هذه المسائل فكل له خصائصه التي تميزه عن غيره. وبالأخص مسائل الأحوال الشّخصية التي تقوم مسائلها على السّرية والكتمان ما جعل أمر ضبط وتخصيص وسائل إثبات معينة لكل المسائل أمر صعب ممّا استدعى انتهاج مبدأ التّخفيف والتّساهل تارة والتّشديد تارة أخرى إضافة إلى التّنويع في وسائل الإثبات.

الكلمات المفتاحية: إثبات؛ وسائل الإثبات؛ الأحوال الشّخصية ؛ قانون الأسرة ؛ التّصرفات القانونية؛ الوقائع المادية؛ التشريعات؛ القضاء؛ فقهاء الشّريعة والقانون؛ وسائل إثبات

تاريخ المناقشة : 2022/06/09

بتقدير مشرف جدا