جامعة الإسكندرية
كلية الحقوق
الدراسات العليا

نظام الإثبات في أحكام الأسرة

دراسة فقهية قانونية مقارنة في الفقه الإسلامي و القانونين المصري والجزائري

بحث مقدم من الطالب محمد حجاري
لنيل الدكتوراه

تحت إشراف :

الأستاذ الدكتور
أحمد فراج حسين

الأستاذ الدكتور
رمضان علي السيد الشرنباصي

١٤٢٨هـ - ٢٠٠٧ م

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

- **الأستاذ الدكتور / رمضان علي السيد الشرنباصي .**

أستاذ الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية عضوا ورئيسا

- **الأستاذ الدكتور / زكي زكي حسين زيدان .**

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق – جامعة طنطا عضوا

- - **الأستاذ الدكتور / محمد كمال الدين إمام .**

أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق – جامعة الإسكندرية عضوا

شكر وتقدير

بسم الله , والحمد لله , والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه..

وبعد, فإني أحمد الله تعالى أبلغ الحمد وأوفاه وأكمله وأنماه, فما من نعمة إلاّ وهو مُسديها, وما من منة إلا وهو موليها, أحمده تبارك وتعالى على أن يسر لي طريق العلم وحببه إليّ, وأحمده على عظيم عونه وتيسيره لي في إنجاز هذه الدراسة حمداً كثيراً طيباً مباركاً فيه.

ثم إن أحقّ الناس بالشكر والعرفان جملة وتفصيلا – بعد الله تبارك وتعالى – أمي وأبي, فلا أملك – وإن جهدت– أن أوفي بعض حقهما, حفظ الله أمي, ورحم الله أبي, وأحسن عاقبتهما في الأمور كلها, وبلغهما منازل الصديقين, وجعلهما من ورثة الفردوس الأعلى, وهيأ لي سبيل برهما أحسن البر وأتمه.

ثم أتوجه بالشكر البالغ والتقدير الوافر لكل من أعانني في بحثي هذا, وأخص بالذكر مشرفيا:

– الأستاذ الدكتور/ أحمد فراج حسين – رحمه الله – الذي كان له عليّ يد لا أنساها منذ بواكير هذا العمل, سواء في الصورة المقترحة للبحث, أو في التحضيض والتحفيز على المُضيّ فيه, واستكمال مفرداته, وشاء الله تعالى أن لا يشهد تمام هذا البحث, طيّب الله ثراه, وجعل الجنة مثواه.

– الأستاذ الدكتور/ رمضان علي السيد الشرنباصي أستاذي الفاضل حيث تفضل بالإشراف على الرسالة, ولم يأل جهدا في نصحي وتوجيهي, وتذليل الصعوبات التي اعترضتني, جزاه الله عنّي أحسن الجزاء, وأسأل الله له ولذريته التوفيق وحسن العاقبة.

وأشكر المناقشين الكريمين على تفضلهما بالإطلاع على الرسالة وقبولهما مناقشة البحث:

– الأستاذ الدكتور/ محمد كمال الدين إمام الذي كان له الفضل في تجاوز بعض العوائق والعلائق, والصبر على استفساراتي المتكررة, جزاه الله أحسن الجزاء وأوفاه.

– الأستاذ الدكتور/ زكي حسين زيدان أستاذ ورئيس قسم الشريعة الإسلامية بكلية الحقوق, جامعة طنطا, الذي يشرفني أن يكون من أعضاء لجنة المناقشة, وأن أستفيد بتوجيهه وإرشاده, فجزاه الله خير الجزاء.

ولا أنسى ماحبتني به زوجتي البارّة من عون على هذا العمل بكل ماتملكه من أسباب ذلك, حتى أذن الله بتمامه.

كما أشكر المسؤولين بكلية الحقوق, جامعة الاسكندرية على رعايتهم لي في جميع مراحل الطلب , فلهم مني جزيل الشكر والثناء, وندعوا الله لهم بالتوفيق والسداد. والحمد لله آخراً, كما حمدناه أولاً, وصلى الله وسلم على محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

قَالَ ٱللَّهُ تَعَالَىٰ:

﴿ إِنَّآ أَنزَلْنَآ إِلَيْكَ ٱلْكِتَٰبَ بِٱلْحَقِّ لِتَحْكُمَ بَيْنَ ٱلنَّاسِ بِمَآ أَرَىٰكَ ٱللَّهُ ۚ وَلَا تَكُن لِّلْخَآئِنِينَ خَصِيمًا ﴾

النساء : ١٠٥

قائمة ببعض المختصرات في الرسالة

أ . ش – أحوال شخصية .

س – السنة .

غ . ج – الغرفة الجزائية .

غ . م – الغرفة المدنية .

ق – قضائية .

قا . أ . ج – قانون الأسرة الجزائري .

قا . ح . م – قانون الحال المدني الجزائري .

قا . إ . م – قانون الإجراءات المدنية الجزائري .

م . ق – المجلة القضائية .

ن . ق – نشرة القضاء .

المقدمة:

تمثل الأسرة الوحدة التكوينية الأولى والأساسية في أي مجتمع انساني، وقد وفى التشريع الاسلامي أحكام الأسرة معالجة من كافة الجوانب، وأحكام الأسرة الشرعية وإن كانت معلومة لدى الكثير، وتحدث عنها الأقدمون والمحدثون، وكتب عنها الكثيرون، فما من ناحية إلا وعرضوا لها، ومع ذلك فإن مجال البحث فيها خصب، إذ أن الباحث لا يكاد يبحث فيها أو يدرس جانبا منها، حتى يشعر بجديد ويحس أنه أتي بثمرة شهية لا تقدر، ولعلّ السر في ذلك ما اشتملت عليه من المعاني السامية، والأسس القويمة، وما تضمنته من الأسرار والحكم الخالدة التي لا ينضب معينها، كيف وهي واقع يعيه المرء منذ كان جنينا في بطن أمه مع امتداد كثير من الأحكام حتى بعد موته. وهو في ذلك جزء من الصلات الاجتماعية التي تتسع فيها دائرة الخصومات والدعاوى أو تضيق.

ولذلك أمرت الشريعة الاسلامية بالعدل وحققت الوسائل التي تساعد عليه، فجاءت بنظام القضاء ووضعت له الضوابط والوسائل التي تضمن سيره حسب مستجدات العصور، فسدت باب الاختلاف والشقاق بين الناس، وشرّعت البينات التي تمثل الدرع الواقية من النزاع أولا، والدواء الشافي لما يحصل من النزاع ثانيا.

فبالرغم من أن الحق ينشأ متى توفرت الشروط اللازمة لوجوده، بقطع النظر عن وسيلة إثباته، وأن الإثبات الناتج عن الدليل في أية منازعة ليس جزءا من الحق ولاركنا من أركانه، إلا أنه من الناحية العملية يعد الإثبات أمرا جوهريا بالنسبة للحق، فهو له بمثابة الروح من الجسد، إذ أن الحق مجرد عن دليل يثبته يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء، ويقال تعبيرا عن هذه الحقيقة بأنه: يستوي حق لا وجود له مع حق لا دليل له، كيف وقد قيل: أن الله تعالى أحيا النفوس بالأرواح الطاهرة، وأحيا الحقوق بالشهادة الصادقة.

وبذلك كان الإثبات الرّحى التي تدور عليها خصومات الأفراد ودعاواهم، والأداة الضرورية التي يعول عليها القاضي في التحقق من تلك الدعاوى، والكشاف الذي يستنير به في فض النزاع. وللاثبات أهمية بالغة في شأن المنازعات الناشئة عن أحكام الأسرة، فالنزاع وإن إنحصر بين طرفين أو أكثر، إلا أن الضرر لا ينحصر- في الغالب- فيمن يعجز عن إثبات دعواه عند المخاصمة فيه، وإنما يمس الأسرة، ومن ثم يتعدى ضرره إلى أمن المجتمع ونظامه.

أ- أهمية الموضوع وسبب اختياره: المتفحص في الإثبات الشرعي يجده مشبعا بالجانب التعبدي، وهو تعبير عن الأحكام الشرعية التي لها اعتبار ديني، واعتبار قضائي دنيوي، حيث يقوم الإعتبار الديني على أساس فكرة الحلال والحرام، والترغيب والترهيب، التي تقوم عليها عقيدة المسلم،

فيكون وازع الشخص الديني مراقبا له في حياته العامة، وفي سلوكه أمام القضاء ووسائل الإثبات والبينات خاصة. وهذا شأن أحكام الفقه الاسلامي التي ترتكز على ركيزتين أساسيتين هما العقيدة والأخلاق، فحرص الاسلام على غرس العقيدة الصحيحة في نفس المسلم قبل تكليفه بالأحكام، ثم أحاط ذلك بسياج منيع من الأخلاق ، فيكون ثمرة ذلك أثر كبير في السلوك، ومن ثم قبول وسائل الإثبات والإطمئنان إلى صحتها وترجيح صدقها على كذبها.

ويتجلى الوازع الديني في الإثبات في مختلف وسائله، وفي مراحل الخصومة المختلفة، سواء في الترغيب في أداء الشهادة أو الترهيب عنها أو عن النكول، واشتراط شروط وصفات معينة في البينات، كما حذر الشرع من اليمين الغموس، والإدعاء زورا وأخذ حقوق الناس بالباطل، بل وأمر الله تعالى كاتب الوثائق بالتقوى مراعاة لأحكام الله تعالى التي يعلمها في توثيق العقود، فمبادئ العقيدة والقيم الخلقية هي الدرع الواقي من النزاع والدواء الشافي لما يحصل منه.

إلا أن ذلك أصبح متعسرا اليوم، بعد أن صار إنكار الحقوق عند الخلاف والنزاع أصلا في الطبائع إلا من عصم الله. ومن هنا كان طرح المشكلة عن إثبات الزواج والطلاق، ومايترتب عليهما من آثار مالية وغير مالية، والبحث في قواعد الإثبات الموضوعية والإجرائية ومايتصف به نظام الإثبات في أحكام الأسرة من خصائص، يتميز بها عن أنظمة الإثبات الأخرى ؟ ومامدى تأثير أحوال الناس وظروفهم في تغير القناعة من بعض وسائل الاثبات وتقييد القضاء بها ؟ وهل يسوغ تقييد استعمال بعض هذه الوسائل في دعاوى دون أخرى ؟ وماوجه الفرق بينها ؟ وماحدود سلطة القاضي في هذا الباب؟

ثم إنّي كنت أميل الى دراسة بعض المواضيع المتعلقة بأحكام الأسرة، سيما الجانب التطبيقي منها ومايثار بشأنه من قضايا، فوجدت ظالتي باعتبار موضوع الإثبات هو القاسم المشترك فيها، ومتى عرفه القاضي - إلى جانب معرفته للحكم الشرعي الكلي، والأسباب التي تعرفه ثبوته أو انتفاءه عن محل النزاع- تبين له وجه الحكم في المسألة، واستنار له الطريق في الدعوى، وكان حكمه بذلك معللا وصوابا، ومتى جهله أخطأ في الحكم.

ولعلّ جهل الكثير من المؤلفين بغور مسائل الاثبات والبينات هو ماحمل البعض باجترائه على الفقه الاسلامي ورميه بالجمود، وتشبيه قواعد الاثبات الفقهية بالقواعد والمعاملات الحسابية التي لا تتخلف نتائجها، وقول البعض الآخر بأن هذه المبادئ والقواعد تؤدي إلى إختلاف الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية، وربما الذي حملهم على هذا الإدعاء هو ماشاع على طريقة بعض العصور في الفقه الاسلامي من تفنن مؤلفيها في الاختصار، وهي طريقة علمية جليلة، مع ماقد يؤخذ على هذا

المنهج في التصنيف. فازداد الدافع والميل للكتابة في مثل هذه الموضوع لدحض ذلك الإفتراء، وإبطال لتلك الدعوى بالبينة.

بالإضافة إلى ما يلاحظ على الكثير من مؤلفات ورسائل الإثبات أنها قاصرة على المبادئ والأحكام المقررة في الفقه الحنفي أو الراجح فيه، لذا ارتأيت إبراز الأحكام والقواعد المقررة في بقية مذاهب الفقه الاسلامي، سيما وأن دور التلفيق في هذا الفن من الفقه ظاهر وجلي.

وكما لا يخفى على أحد من المشتغلين بأحكام الأسرة والقوانين المرتبطة بها أهمية الدراسة التحليلية القضائية العملية لهذه المسائل، خاصة بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري الذي يفتقر إلى دراسة نقدية وتأصيل شرعي وافيين، سيما ماورد فيه من أحكام جديدة - بعد التعديل الأخير- لها ارتباط بموضوع الإثبات. هذا، مع خلط كثير من المشتغلين به أحكام الاثبات في دعاوى الأسرة بالإثبات في الأمور المدنية. فضلا عن القصور والإجحاف الذي يلمس نتيجة عدم وجود نصوص إجرائية تتفق ودعاوى الأسرة.

وثمّة بالإضافة إلى ماتقدم من الأسباب، ونتيجة للتطور الهائل في الإكتشافات العلمية وثورة الإتصالات المتسارعة، وآثارها الاجتماعية، ينبغي أن لايقابل ذلك بالجمود والفراغ القانوني بل يجب تكاثف الجهود بين كافة التخصصات الفقهية والعلمية لتقليص الفجوة في هذا المجال، بعد تعذر سدها كاملاً. ومن هذا الباب كان لزام عليّ بيان مايشرع من تلك الوسائل والإكتشافات، ومايحضر، ومدى حجيتها في الإثبات، سيما حكم الإثبات ببعض المستخرجات ووسائط الإتصال الحديثة، ومدى حجيتها في ميزان القضاء الشرعي، بعد أن أصبحت لأحكام الأسرة نصيب من تلك الوسائل.

ب- منهجي في البحث: هذه بعض المعالم المهمة التي توضح منهجي في الرسالة:

١- اتباع منهج المقارنة بين المذاهب الفقهية الأربعة:الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، بالإضافة إلى المذهب الظاهري، هذا دون إغفال آراء كبار الفقهاء والعلماء.

٢ – عرض المسألة الخلافية وبسط أقوال الفقهاء فيها وأدلتهم ومناقشتها وماظهر لي ترجيحه منها بالأدلة الشرعية المقررة، مع بيان موقف القانون المصري والجزائري في المسألة، وتعليل ذلك الموقف أو انتقاده، ومن ثم كان ذلك مدخلا لدراسة تاريخية تحليلية لبعض النصوص القانونية المتعلقة بأحكام الاثبات الموضوعية ومسوغاتها الواقعية.

٣- المقارنة بين القوانين المنظمة لمسائل الأحوال الشخصية والقوانين الجزائرية، ومحاولة بيان أوجه الاتفاق والاختلاف، سيما ما تعلق منها بأحكام الإثبات، وما يلعبه العرف في قواعد الإثبات

الموضوعية، وأي القوانين كفل تحقيق مقاربة الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية.

٤- إن بعض المبادئ قد أخذت مكانها في القوانين المعاصرة، وهي سبق وأن قررها الفقه الإسلامي منذ زمن بعيد، لذا فهي تحتاج إلى الإبراز هنا، وتأصيلها وبيان الأقوال والأدلة بشأنها.

٥- استخراج بعض الآثار واللفتات النافعة التي وردت في تراث الأئمة ومدى استفادة المشتغلين في الإثبات بها، سيما القضاة منهم، لأجل صدور الحكم معللا ومؤسسا شرعا.

٦- محاولة بيان نظام الإثبات في أحكام الأسرة بأسلوب أكثر بساطة، مما هو لدى الفقهاء القدامى، مع عرض يتوافق ودعاوى الناس اليوم، بالإضافة إلى ربطه بالناحية التطبيقية متى أمكن ذلك وتيسر.

٧- ولأن أحكام الأسرة متعددة، وفروعها متشعبة، فقد آثرت حصرها في أصلي نظام الأسرة الزواج والطلاق، فبحثت في النظم الشرعية والقانونية لاثبات الزواج، ثم النظام الشرعي والقانوني للإثبات في إنهاء الرابطة الزوجية بكافة أشكال إنهائها، وفي الرجعة أيضا، وأخيرا الإثبات في أهم الآثار غير المالية والمالية للزواج والطلاق، ومالم يذكر من الأحكام فهو مندرج فيما ذكر.

ولا أدعي فيما أقدم له سبقا أو كشفا جديدا، وإنما قصارى عملي أني جمعت جهود السابقين، وانتفعت بما قدمه من قبلي من العلماء والباحثين، واتخذته أساسا لما صغته من لبنات هذا البحث المتواضع، وإن كنت أضفت إلى من سبقني شيئا، فهو الترتيب والتنسيق والتفريع لما تناثر من تراثهم الثمين، محاولا - مع قلة بضاعتي وضعف آلتي - الكشف عنه وإبرازه من صونه المدفون، كما أن ما أضفته من نقدات ومقترحات، فإنما اهتديت فيه بهدي من سبقني، وأقمته على أسسهم ودعائمهم.

جـ- خطة البحث ومنهج التقسيم: تنقسم الرسالة إلى مقدمة وفصل تمهيدي وثلاثة أبواب وخاتمة على النحو التالي:

المقدمة: وتضمنت أهمية الاثبات في أحكام الأسرة، وسبب اختيار الموضوع وأهميته، وكذا خطة البحث ومنهج التقسيم.

الفصل التمهيدي: ماهية الإثبات

المبحث الأول: المبادئ الرئيسة التي يقوم عليها نظام الإثبات في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

المبحث الثاني: المبادئ الرئيسة التي تقوم عليها قواعد الإثبات في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

الباب الأول: النظام الشرعي والقانوني لإثبات الزواج.

الفصل الأول: أحكام إثبات الزواج في الفقه الاسلامي.

الفصل الثاني: أحكام إثبات الزواج في النظامين القانونيين المصري والجزائري.

الفصل الثالث: الزواج الشرعي غير الموثق والحلول لمشكلاته قانونا وفي ضوء الفقه والقضاء.

الباب الثاني: النظام الشرعي والقانوني للإثبات في إنهاء الرابطة الزوجية وعودتها.

الفصل الأول: إثبات الطلاق في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي.

الفصل الثاني: إثبات الرجعة.

الفصل الثالث: إثبات موجب التفريق بين الزوجين.

الباب الثالث: نظام الإثبات في بعض آثار الزواج والطلاق.

الفصل الأول: أحكام الإثبات في دعاوى النسب.

الفصل الثاني: الإثبات في دعاوى الخلوة والوطء ونفقة الزوجية.

الفصل الثالث: الإثبات في دعاوى المهر وجهاز الزوجية ومتاع البيت.

الخاتمة:

الفصل التمهيدي

ماهية الإثبات

يعد الإثبات أمرا ضروريا وجوهريا في حياة الناس، ذلك أن الحق وهو موضوع التقاضي يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، والإثبات هو المحور الذي تدور حوله الخصومة، ويمثل الجانب الأكبر من نشاط الخصوم والقاضي.

وإذا كان للإثبات هذه الأهمية، فلابد من التعريف به وبيان المبادئ الرئيسة التي يقوم عليها نظام الإثبات وقواعده، لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره. وسنعرض لتعريف الإثبات والمبادئ الرئيسة التي يقوم عليها نظام الإثبات في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي في مبحث أول، وفي مبحث ثاني نتناول أهم المبادئ الرئيسة التي تقوم عليها قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

المبحث الأول

المبادئ الرئيسة التي يقوم عليها نظام الاثبات في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي

ونتناول في هذا المبحث تعريف الإثبات لغة وشرعا وقانونا، وما يتضمنه كل تعريف من المعاني وكذا شروطه (المطلب الأول)، ثم نبحث في المبادئ الرئيسة التي يقوم عليها هذا النظام (المطلب الثاني) .

المطلب الأول

تعريف الإثبات وشروطه

أولا: تعريف الإثبات لغة :

جاء في القاموس المحيط : ثبت ثباتاً وثُبوتاً، فهو ثابت وثبيت وثَبْتٌ، وأثبتَه وثبَّتَه، والثبيت الفارس الشجاع. وثبت الشيء يثبت ثبوتا دام واستقرّ فهو ثابت وبه سمي، وثبت الأمر: صح. ويتعدى بالهمزة والتضعيف، فيقال أثبته وثبته، والإسم الثبات، وأثبت الكاتب الإسم كتبه عنده، وأثبت فلانا لازمه فلا يكاد يفارقه. ورجل ثبت ساكن الباء: متثبت في أموره، وثبت الجنان أي ثابت القلب، وثُبت في الحرب، فهو ثبيت. مثال: قرب قريب، والإسم ثبت بفتحتين، ورجل ثبت بفتحتين أيضا إذا كان عدلا ضابطا ، والجمع أثبات.(١)

وجاء في لسان العرب: ثبت الشيء يثبُتُ ثباتاً وثبوتا: فهو ثابتٌ وثبيت وثَبْتُ وأثبته. ويقال

---

(١) الفيروز آبادي – القاموس المحيط – مكتبة ومطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده – مصر ط٢ – ١٣٧١ هـ ١٩٥٢م – مادة ثبت – جـ ١ ص ١٥٠.الفيومي – المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي – مطبعة مصطفي البابي الحلبي وأولاده بمصر – مادة ثبت – جـ١ ص ٨٨ .

ثبت فلان فهو في مكان يثبُتُ ثبوتا فهو ثابتٌ إذا أقام به وأثبته السُقم إذا لم يُفارقه. وتثبَّت في الأمر والرأي واستثبتَ تأنى فيه ولم يَعْجل واستَثبت في أمره إذا شاور وفحص عنه. قال الزجاج في قوله عز وجل " وكلاً نَقُصُ عليك من أنباء الرُسُل ما نثبّت به فؤادك"(سورة هود- آية ١٢٠)، قال معنى تثبيت الفؤاد: تسكين القلب.(١)

يتضح ممّا تقدم أن معنى الإثبات هو التثبت والتأني في الأمر، ومن ذلك قوله تعالى "يأيُها الذين أمنوا إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا ...".(٢) أي إن جاءكم فاسق بخبر فتوقفوا فيه وتطلبوا الأمر وانكشاف الحقيقة، ولا تعتمدوا على قوله. فالواجب عند خبر الفاسق التثبت والتبيين.(٣)

ثانيا: تعريف الاثبات شرعا:

جاء في موسوعة الفقه الإسلامي بأنه: "يؤخذ من استعمال الفقهاء أن الإثبات بمعناه العام: إقامة الدليل على حق أو واقعة من الوقائع.

وبمعناه الخاص: إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة على حق أو على واقعة معينة تترتب عليها آثار".(٤)

وقد تضمن هذا التعريف جملة من خصائص الإثبات:(٥)

١- أنه يتعين إقامة الدليل على قيام الحق، فالحق مجرد عن دليل يثبته يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء، ويقال تعبيرا عن هذه الحقيقة بأنه " يستوي حق لا وجود له مع حق لا دليل له ".(٦)

٢- أن الإثبات يتم أمام القضاء، وهذا قيد احترز به عن الأدلة التي تقام في غير مجلس القضاء، والتي تعد عديمة الأثر في مواجهة أي من المتداعيين.

---

(١) ابن منظور – لسان العرب – الطبعة الأميرية – ط١ – ١٣٠٠ هـ - مادة ثبت جـ ٢ ص ٢٢٣. محمد بن أبى بكر الرازي – مختار الصحاح – عنى بترتيبه محمود خاطر بك – المطبعة الأميرية – القاهرة – ١٣٥٨ هـ - ١٩٣٩م – مادة ثبت – ص ٨١ ، ٨٢ .

(٢) سورة الحجرات- آية ٦.

(٣) عبد الرحمن بن ناصر السعدي – تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان – مكتبة المعارف– الرياض- ط١- ١٤٢٠هـ - ١٩٩٩م ص ٨٦٧. ابن كثير – تفسير القرآن العظيم – دار إحياء الكتب العربية – عيسى البابي الحلبي وشركاه – جـ ٤ ص ٢٠٨ .

(٤) موسوعة جمال عبد الناصر في الفقه الإسلامي – الصادرة عن المجلس الأعلى للشؤون الإسلامية – القاهرة – ١٣٨٧ هـ - جـ ٢ ص ١٣٦ .

(٥) أستاذنا د. أحمد فراج حسين– أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي– دار الجامعة الجديدة للنشر– الإسكندرية – ٢٠٠٤- ص ٨ .

(٦) وقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الكويتية بتاريخ ١٩٨٣/٣/١٦ أنه " من المقرر أن الحق المدعى به والذي لا يثبت بدليله المعتبر يكون هو والعدم سواء".مجلة القضاء–السنة ١١– العدد٣-رقم الحكم ٣٢– ص١١٩.

٣- أنه يتم بالطرق التي حددتها الشريعة، وبهذا القيد يخرج الإثبات بالطرق التي لا تتفق مع ما ورد في الكتاب أو السنة أو الإجماع وما جرى به الشرع ، كالسحر والشعوذة، والتسوية في الشهادة بين الرجل والمرأة، والمسلم وغير المسلم، وما إلى ذلك مما لا يتفق مع ما قرره الشرع. وبهذه الخاصية يختلف أيضا الإثبات القضائي عن الإثبات العلمي الذي يتم مجردا من كل قيد، حيث يتم بأي وسيلة كانت بحثا عن الحقيقة.

٤- أن موضوع الإثبات هو حق أو واقعة تترتب عليها آثار.

ثالثا: تعريف الإثبات قانونا:

وردت تعريفات عديدة للإثبات قانونا وهي متقاربة في المبنى والمعنى، ومن ذلك تعريف الإثبات بأنه: "إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي يحددها القانون، على صحة واقعة قانونية، يدعيها أحد طرفي الخصومة، وينكرها على الطرف الآخر"(١).

وعرفه البعض بأنه " إقامة الدليل أمام القضاء، بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية ترتبت عليها آثارها"(٢).

يتضح من هذين التعريفين ما يأتي:

١- أن الإثبات بمعناه القانوني هو غير الإثبات بمعناه العام، فالإثبات بالمعنى العام لا يتخصص بأن يكون أمام القضاء ولا بأن يكون بطرق محددة، وهو ينشد الحقيقة المجردة ولا يهمه أن تظل هذه الحقيقة محل تنقيب وبحث على الدوام مدة طويلة من الزمن، وهذا كالإثبات التاريخي والإثبات العلمي، في حين أن الإثبات القانوني مقيد في طرقه وفي قيمة كل طريق منها، ولا يعتد بدليل الإثبات كقاعدة عامة إلا إذا قدم أمام القضاء، فضلا عن أن الوقت من أهم متطلباته للإسراع في حسم الدعوى في وقت قصير نسبيا، حتى لا تبقى حقوق الناس معلقة.

٢- لما كان الإثبات محددا بطرق حددها القانون، فإن الحقيقة القضائية – وإن كانت حقيقة ثابتة – تصبح بلا شك غير متفقة مع الحقيقة الواقعية، إذ كثيرا ما تجافي إحداهما الأخرى، وهذا ما يجعل الحقيقة القضائية نسبية لا مطلقة.(٣)

٣- أن محل الإثبات القانوني هو واقعة قانونية تترتب آثارها، وليس هو الحق المدعى به، وإنما

---

(١) د. عبد الودود يحيى - دروس في قانون الإثبات- دار النهضة العربية - من دون سنة طبع- ص٣ .

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- نظرية الالتزام بوجه عام، الإثبات، آثار الالتزام- دار النشر للجامعات المصرية – القاهرة – ١٩٥٦–ج٢ ص١٣، ١٤.وتعريفات أخرى: أحمد نشأت – رسالة الإثبات– دار الفكر العربي– القاهرة – ١٩٧٢– ج١ ص١٤.د.سُليمان مرقس – أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البلاد العربية-عالم الكتب–١٩٨١- ج١ ص١١. د.جميل الشرقاوي– الإثبات في المواد المدنية– دار النهضة العربية– ١٩٨٣– ص٤.

(٣) د. عنتر جودة الشريف – حجية القرائن في الإثبات المدني في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي – رسالة دكتوراة بكلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٤٢٣ هـ ٢٠٠٣م ص ٢٤.

المصدر القانوني المنشىء لهذا الحق كالعقد مثلا.(١)

٤- ما دام الإثبات القضائي هو إقامة الدليل أمام القضاء على الواقعة التي يرتب القانون عليها أثرا، فمعنى ذلك أن هذه الواقعة إذا أنكرها الخصم لا تكون حقيقة قضائية إلا عن طريقه(٢).

رابعا: شروط الاثبات: يشترط في الإثبات جملة من الشروط ، نبين فيمايلي أهمها بإيجاز:

١- **أن تسبق الاثبات دعوى:** لأن الإثبات يؤكد أو يظهر حقا لشخص على آخر، فلا يصح تقديمه إلا بطلب المدعي صاحب الحق. ويتفرع عن هذا الشرط أمرين، أولهما: رفع الدعوى للتحقق من رغبة صاحب الحق، وثانيهما طلبه للشهود بأداء الشهادة، فلا تقبل الشهادة مثلا إلا بعد إقامة الدعوى وطلب المدعي، كما لا يحلف الخصم اليمين إلا بطلب المحلوف له وتوجيه القاضي بذلك(٣).

وأصل هذا الشرط هو ماروواه البخاري ومسلم وغيرهما عن عمران بن حصين عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "خيركم قرني، ثم الذين يلونهم، ثم الذين يلونهم- قال عمران:لا أدري أذكر النبي صلى الله عليه وسلم بعد قرنين أو ثلاثة- قال النبي صلى الله عليه وسلم: إن بعدكم قوما يخونون ولا يؤتمنون، ويشهدون ولا يستشهدون، وينذرون ولا يوفون، ويظهر فيهم السمن"(٤). فذكر النبي صلى الله عليه وسلم الذين يؤدون الشهادة واليمين قبل الطلب في معرض الذم

---

(١) عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق- جـ ٢ ص ١٥.

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري- نفس المرجع والموضع. أحمد نشأت – المرجع السابق – ص ٣٢. د. عبد الودود يحيى - دروس في قانون الإثبات – ص ١٢.

(٣) الزيلعي- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق- المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق- مصر المحمية-١٣١٣ هـ -ج٤ ص ١٢٩. محمد أمين ابن عابدين- حاشية رد المحتار على الدر المختار-مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده- مصر-١٣٧٦هـ - ١٩٦٦م- ج٥ ص٣٥٨، ٤٩٢، ٥٤٨. الخرشي – شرح الخرشي على مختصر خليل- المطبعة العامرة الشرفية- ط١- ١٣١٦هـ- ج٧ ص ١٧٨. ابن فرحون- تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام- دار الكتب العلمية- بيروت- ط١- ١٤١٦هـ١٩٩٥م -ج١ ص٢٠٦، ٣٢٦. المواق – التاج والإكليل لمختصر خليل – مكتبة النجاح – ليبيا- ج٦ ص١٦٥.الحطاب- مواهب الجليل لشرح مختصر خليل-مكتبة النجاح- طرابلس- ليبيا-دون تاريخ الطبع-ج٦ ص١٦٥. الدسوقي- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير- دار احياء الكتب العربية- دون تاريخ الطبع- ج٤ ص ١٧٤. الماوردي- الحاوي الكبير في فقه مذهب الامام الشافعي-دارالكتب العلمية- بيروت-ط١- ١٤١٤هـ ١٩٩٤م- ج١٢ ص٩٧، ١٢١.ابن قدامة المقدسي- المغني على مختصر الخرقي- دار الكتب العلمية- بيروت- دون تاريخ- ج٩ ص ٢١٥.البهوتي- كشاف القناع عن متن الاقناع- مكتبة النصر الحديثة- الرياض- دون تاريخ- ج٤ ص ٢٤٢، ٢٤٤. ابن حزم- المحلى- المكتب التجاري للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت - ج٩ ص ٢١٢. مجلة الأحكام العدلية- المادتان ١٦٩٦، ١٧٠٦.

(٤) فتح الباري- كتاب الشهادات- باب لا يشهد على شهادة جور إذا أشهد- ج٦ ص٣٢٦٣ رقم(٢٦٥١، ٢٦٥٢). صحيح مسلم بشرح النووي-كتاب فضائل الصحابة –ج ٨ ص٣٢٦ رقم (٢٥٣٥) بلفظ مختلف. سنن ابن ماجه- كتاب الأحكام- باب كراهية الشهادة لمن لم يستشهد- ج ٢ ص ٧٩١ رقم (٢٣٦٢).

والاستنكار. وقال تعالى:"ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا"[١]، فعلق الشهادة على الدعوى والطلب[٢]. واستثنى الحنفية والمالكية والشافعية وبعض الحنابلة حالة واحدة من اشتراط قيام الدعوى لسماع الشهادة، وهي إذا كان الإثبات لآدمي وهو لا يعلم به، فيجوز إقامة الشهادة قبل الدعوى خوفا من فوات الحق وضياعه[٣].

٢- **موافقة الإثبات للدعوى:** لأن الإثبات لتصديق المدعي في دعواه وإظهار الحق المتنازع فيه، فيجب أن يكون الإثبات موافقا لدعوى المدعي حتى ينتج أثره في الحكم، وذلك بأن يكون الإثبات والمدعى به واحدا، أما اذا اختلفا ثبت التناقض بينهما وتعذر بذلك الجمع بينهما[٤]، كأن ادعى عقد نكاح في بلد فشهد الشهود على ذلك في بلد آخر.

٣- **أن يكون الاثبات منتجا في الدعوى:** وهو أن يكون له فائدة في إثبات الحق وصدور الحكم وإلزام الخصم به، فلو شهد شاهد بأن هذه المرأة زوجة لأحد هذين الرجلين رُدّت، لأنه لا بيان فيها لواحد بعينه.

٤- **أن يكون الاثبات في مجلس القضاء:** لأن المقصود من الاثبات الحكم بموجبه، والحكم لا يعتبر إلا إذا صدر في مجلس القضاء، فإذا أقيم خارج مجلس القضاء فلا يحصل به المقصود، ولا تنقطع به الخصومة[٥].

---

(١) سورة البقرة - آية ٢٨٢.

(٢) المغني- ج ١٢ ص ٣.

(٣) حاشية رد المحتار- ج٥ ص٤٦١. شرح النووي على صحيح مسلم- ج١٢ ص ١٧. المغني- ج٩ ص٢١٦. كشاف القناع- ج٤ ص ٢٤٤. هذا في حقوق العباد أما في حقوق الله تعالى فقد اتفق الفقهاء على عدم اشتراط الدعوى ويعتبر الإثبات فيها حسبة، لأن الشاهد إذا لم يظهرها ضاع حكم من أحكام الدين وقاعدة من قواعد الشرع، والأحكام التي تقبل فيها دعوى الحسبة هي حقوق الله تعالى المحضة كالإيمان والعبادات والحدود، وماكان حقا لآدمي غير معين كالشهادة على الطلاق البائن، وتعليق الطلاق، والنسب، وحالات تحريم الزواج بالرضاع وغيره، والخلع، والايلاء والظهار وحرمة المصاهرة، وجرح الشاهد، وهذه مما يستديم تحريمها. ابن نجيم - الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان- تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل - مؤسسة الحلبي وشركاه-١٣٨٧ هـ ١٩٦٨م- ص ٩٦. تكملة رد المحتار- ج٧ ص٦٨. تبصرة الحكام- ج١ ص ٢٠٦. التاج والاكليل- ج ٦ ص ١٦٥. شرح النووي على صحيح مسلم- دار الحديث- القاهرة- ط ٤ - ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م- ج١٢ ص١٧.

(٤) د.محمد مصطفى الزحيلي-وسائل الاثبات في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه- كلية الشريعة -جامعة الأزهر-١٣٩١هـ ١٩٧١م- ج١ ص٣٢.

(٥) كما ذكر الفقهاء طرقا معتبرة ومأمونة في نقل الإثبات إلى مجلس القضاء، وأهمها كتاب القاضي إلى القاضي، والشهادة على الشهادة، وندب نائب القاضي لسماع أقوال الشهود أو المقر ويشهد عليه ثم ينقلها إلى القاضي، أو إقامة الشهادة على الإقرار الصادر خارج مجلس القضاء. بدائع الصنائع- مطبعة الإمام – القاهرة- دون تاريخ الطبع- ج٦ ص ٢٧٧. ابن نجيم – الأشباه والنظائر- ص٩٣. مجمع الأنهر- ج٢ ص٢٥١.رد المحتار- ج ٥ ص ٤٦٢. تكملة رد المحتار- ج٧ ص٦٢. كشاف القناع- ج٤ ص ٢٤٣. تبصرة الحكام- ج ١ ص ٣٤.

٥- **أن يستند الاثبات إلى العلم أو غلبة الظن:** فإن استند إلى شك أو وهم فلا عبرة به، ويلحق باليقين الظن الغالب للضرورة، عندما يتعذر أو يستحيل الوصول إلى اليقين، كالشهادة بالسماع والقرائن القوية، إذ يتعذر في بعض الحالات الاطلاع المباشر والعلم اليقيني بها، أو كانت مما لا تثبت بالحس. ويترتب على اشتراط العلم أو الظن الغالب في مصدر الإثبات أن تكون عبارات الإثبات مشتملة على ما يفيد اليقين والعلم والجزم دون شك أو تردد، وحددوا في ضوء ذلك ألفاظ الشهادة وألفاظ اليمين، وذكروا الصيغة الواجبة فيهما، فذهب الجمهور إلى اشتراط لفظ "أشهد" في الشهادة خلافا لبعض الفقهاء، ولفظ "والله" في اليمين، وحددوا أسلوب الكتابة في الكتابة والتوثيق(١).

واشتراط الفقهاء العلم أو غلبة الظن لا يتعارض ولا يتناقض مع الزامه وحجيته في الدعوى، لأن طرق الاثبات لا تفيد غالبا إلا الظن، ونحن مأمورون بالعمل بالظن الغالب في الأحكام، وخاصة في الاجتهاد والقضاء، وإنصاف المحكومين وتحقيق العدالة لاستحالة الوصول إلى القطع واليقين(٢).

٦- **عدم مخالفة الإثبات للشرع والعقل والحس وظاهر الحال:** فإن خالف أحدها فلا يعتبر، لأن الإثبات يفيد علما ظنيا فلا يقبل في معارضة الحس الذي يفيد علما قطعيا، كما لا يقبل إذا خالف الشرع والعقل للجزم بكذبه. ومثال مخالفة الاثبات للعقل أن يقر بنسب ولد لايولد مثله لمثله. ومثال مخالفة الإثبات للحس اشتراط الجمهور إمكان الوطء في ثبوت النسب بالفراش، فإن استحال إمكانه بعد العقد فلا يثبت، خلافا للحنفية، كما سنرى ذلك في إثبات النسب. ومثال مخالفته للشرع أن يقر بما علم كذبه شرعا، كمن أقر بولد مشهور نسبه من آخر.

٧-**أن يكون الاثبات بالطرق التي حددها الشارع:** فلا يجوز الإثبات بما نهى عنه. وأهم طرق الإثبات الشرعية هي الإقرار والشهادة واليمين والكتابة والقرائن والخبرة، كما يندرج تحت هذه الطرق وسائل جزئية عديدة، فضلا عن وسائل أخرى مختلف فيها.

المحلى- ج ٩ ص ٣٦٦. د. محمد الزحيلي- المرجع السابق- ج١ ص ٣٥.

(١) رد المحتار- ج٥ ص٤٦١. بدائع الصنائع-نفس الموضع. تبصرة الحكام-ج١ ص٢٠٤. ابن القيم- إعلام الموقعين عن رب العالمين- مكتبة الكليات الأزهرية- ١٣٨٨هـ-١٩٦٨م- ج ٤ ص١٧٣. المهذب- ج٢ ص٢٣٥.

(٢) العز بن عبد السلام- قواعد الأحكام في مصالح الأنام- مكتبة الكليات الأزهرية-١٣٨٨هـ ١٩٦٨م- ج١ ص ٤.

المطلب الثاني

مبادئ نظام الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

لأجل أن يكون القضاء صحيحا وعادلا، فإنه لابد للقاضي فيما يقضي به بين الناس أن يحصل له علمان: (١)

الأول: علمه بالحادثة التي يراد منه الفصل فيها علما مطابقا للواقع.

الثاني: علمه بحكم الشرع في تلك الحادثة.

أما العلم الثاني فيحصل في معرفته بالشريعة المطهرة من نصوصها القطعية والظنية، أو بالاجتهاد وفقا لقواعده وأصوله. وأما العلم الأول فيحصل له بأحد طريقتين:

أولهما : أن يشاهد الحادثة بنفسه.

ثانيهما : أن يصل إليه خبرها بطريق التواتر المفيد للعلم.

لكن لو اقتصر القاضي على هذين الطريقتين فقط من الأدلة لتعطلت أكثر مصالح الناس، لأن علم القاضي إذا تناول حادثة واحدة أو إثنين، فإن العديد من الحوادث يتعذر على القاضي الوقوف عليها والعلم بها، لذلك قضت الحاجة بين الناس إلى قبول الحجة الظنية في القضاء، وذلك لأننا نكون أمام أمرين:

إما إهمال النظر في الحوادث التي لم يقم على ثبوتها عند القاضي دليل قطعي، مما يترتب على هذا اختلال النظام والأمن بين الناس وضياع حقوق كثيرة لهم، وشيوع الفوضى والاضطراب فيما بينهم. وإما النزول عن اشتراط العلم القطعي في الدليل إلى قبول الظني الراجح منه، ارتكابا لأخف الضررين.

وبالنظر في هذين الأمرين: يتعين علينا اختيار الأمر الثاني دفعا لأشد الضررين، فيثبت بذلك الحق بالعلم القطعي، وبالعلم الظني الراجح أيضا، وبذلك تتسع دائرة الإثبات. فقد أجازت الشريعة الغراء للقاضي بناء حكمه على شهادة الشهود العدول، وعلى إقرار المدعى عليه مع احتمال كذب الشهود فيما شهدوا به، واحتمال كذب المقر في إقراره، لكن جانب الصدق في شهادة الشهود أرجح من جانب الكذب أخذا بالعدالة في الظاهر، كما أن الإقرار ترجح فيه جهة الصدق على جهة الكذب، لأنه يستبعد في أغلب الأحيان أن يكذب الإنسان في إقراره على نفسه.

كانت هذه التوطئة لبيان أحد وجوه المرونة في الشريعة الإسلامية، والتي قام عليها نظام الإثبات الشرعي، وعمل شراح القانون للتأسيس على هذه القاعدة في دائرة الإثبات. وسنبحث فيما يأتي نظام الإثبات الشرعي ونظام الإثبات القانوني والمبادئ الرئيسة التي تقوم عليها قواعد كل

---

(١) أحمد إبراهيم بك – طرق الإثبات الشرعية – مجلة الحقوق السنة ١ – العدد الأول – ١٣٦٢ هـ ١٩٤٣م - ص٢. مجيد حُميد السُماكية – حجية الإقرار في الأحكام القضائية في الشريعة الإسلامية – دراسة فقهية موازنة ومقارنة بالقانون – رسالة ماجستير – كلية الآداب – جامعة بغداد – ١٩٧٠ – ص ٥ وما بعدها.

نظام.

الفرع الأول: نظام الإثبات الشرعي

وفيه نعرض لمذاهب الإثبات في الفقه الإسلامي ، وتمييز الإثبات عن بعض المصطلحات الفقهية المشابهة .

أولا: مذاهب الإثبات في الفقه الإسلامي:

اختلف الفقهاء حول طرق القضاء والحجج الشرعية التي تثبت بها الدعوى أمام القضاء، هل هي محصورة في عدد معين لا يستطيع القاضي أن يتعداها إلى غيرها، أم هي غير محصورة، ومن ثم يمكن للقاضي أن يفصل في النزاع بناء على أي حجة يظهر له بها جانب الحق، وإن لم يرد بها نص؟

للفقهاء في بيان الحجج الشرعية مذهبان:

المذهب الأول : يرى أن طرق الإثبات محددة ومحصورة في طائفة معينة، وليس للقاضي الخروج عليهما في قضائه، كما أنها تكون ملزمة للخصوم، فلا يقبل منهم غيرها، وهذا هو رأي جمهور الفقهاء.(١)

وجمهور الفقهاء، وإن كان قد اتفقوا على حصر طرق الإثبات في طائفة معينة من الأدلة، إلا أنهم اختلفوا في أنواع هذه الأدلة. فأما ما اتفقوا عليه فهو: الشهادة، الإقرار، اليمين، وهي الأدلة الأصلية، أمّا ما اختلفوا فيه فهو النكول عن اليمين، الكتابة، علم القاضي، القرينة(٢)، وغير ذلك من الأدلة(٣).

المذهب الثاني: يرى أن طرق الإثبات ليست محصورة في عدد معين، بل تشمل كل دليل يثبت به الحق، ويطمئن له القاضي ويلزم الحكم بموجبه، وتبعا لهذا المذهب فإن القاضي حر في أن يقبل من الأدلة ما يراه منتجا في الدعوى ومثبتا لها، حتى ولو لم يرد به نص، كما أن للخصوم أن يقدموا من

---

(١) حاشية رد المحتار - جـ ٥ ص ٣٥٤. وطرق الإثبات عند ابن عابدين هي سبعة : " وهى : إما البينة أو الإقرار أو النكول عنه أو القسامة أو علم القاضي بما يريد أن يحكم به أو القرائن الواضحة التي تصير الأمر في حيز المقطوع به". ابن نجيم- ا لأشباه والنظائر – ص ٢١٧. موسوعة الفقه الإسلامي – جـ ٢ ص ١٣٦. ابن جزي المالكي – قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية- عالم الفكر- ١٣٤٠هـ – ص٣٢٢. ابن رشد الحفيد- بداية المجتهد ونهاية المقتصد – دار الفكر – دون تاريخ- جـ ١ ص ٣٨٦، ويرى أن القضاء يكون بأربع : بالشهادة واليمين والنكول وبالإقرار أو بما تركب من هذه. كما أخذت المحاكم الشرعة قبل إلغائها برأي الجمهور في تحديد طرق الإثبات. أنظر د.أحمد عبد المنعم البهي- من طرق الإثبات في الشريعة والقانون- دار الفكر العربي- ط١- ١٩٦٥ ص ١٢.

(٢) وتندرج تحت القرينة: القيافة والفراسة ودلالة الحال أو العلامات الظاهرة.

(٣) وعند ابن حزم فإن طرق الإثبات هي البينة (شهادة الشهود)، والإقرار، وعلم القاضي، حيث ذكر أنه " وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء، والقصاص، والأموال، والفروج، والحدود، وسواء علم بذلك قبل ولايته أو بعد ولايته، وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينة ".المحلى- ج٩ ص٤٢٦.

الأدلة ما يتمكنون به من إقناع القاضي بصحة دعواهم، ولا يمتنع القاضي عن قبولها متى كانت تؤيد الدعوى، وثبت بها الحق. ذهب إلى ذلك ابن القيم، وابن فرحون المالكي، والزيلعي وعلاء الدين الطرابلسي من الحنفية.(١)

الأدلة والمناقشات

أ- أدلة الفريق الأول :

استدل الفريق الأول على أن أدلة الإثبات محصورة في طائفة معينة، بما يأتي:

١- أن النصوص وردت بالشهادة واليمين فوجب الوقوف عند ما جاءت به النصوص، وأما الإقرار فهو إلزام المدعى عليه بنفسه بما ادعاه المدعى، وفي الشرع ما يدل على حجيته متى كان المقر أهلا للإقرار، كما جاء الشرع ببعض الأدلة كالقسامة وغيرها.(٢)

وقد نوقش هذا الدليل بأن الشهادة في نصوص الشريعة وردت في لأجل التحمل لا لأجل الإثبات، ودليل الإثبات أعم مما يكون به التحمل(٣)، وفي هذا يقول ابن تيمية: "القرآن لم يذكر الشاهدين والرجل والمرأتين في طرق الحكم التي يحكم بها الحاكم، وإنما ذكر هذين النوعين من البيّنات في الطرق التي يحفظ بها الإنسان حقه. وما تُحفظ به الحقوق شيء وما يحكم به الحاكم شيء، فإن طرق الحكم أوسع من الشاهدين والمرأتين، فإن الحاكم يحكم بالنكول واليمين المردودة، ولا ذكر لهما في القرآن، فإن كان الحكم بالشاهد الواحد واليمين مخالف لكتاب الله، فالحكم بالنكول والرد أشدُّ مخالفة".(٤)

٢- كما استدلوا أيضا بأن عدم حصر الأدلة في طرق معينة من شأنه أن يشيع عدم الإستقرار في أحوال الناس، وتكون معه أموالهم وأرواحهم وأعراضهم عرضة للتلف والضياع، وذلك لأن حاكما ظالما لا يعدم أن يقول: ثبت عندي كذا بأمارة كذا. من أجل هذا وجب حصر الأدلة وعدم التوسع فيها.

واعترض على هذا الدليل بأنه يؤدي إلى ضياع كثير من الحقوق، لتوقف ثبوتها على دليل

---

(١) ابن قيم الجوزية- الطرق الحكمية في السياسة الشرعية- دار الجيل - بيروت - ط ١ - ١٤١٨هـ١٩٩٨م - ص ٢١، ٨٩. تبصرة الحكام- ص١٧٢. تبيين الحقائق- ج٤ ص ٢٠٦. الطرابلسي - معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام - دار الفكر - دون تاريخ الطبع- ص ٦٢ .

(٢) د. أحمد فراج حسين- أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي - ص ١٨. أحمد إبراهيم بك - طرق الإثبات الشرعية - ص ٤.

(٣) أحمد إبراهيم بك - المرجع والموضع نفسه.

(٤) الطرق الحكمية - ص ٩٥، ٩٦.

معين، وفي ذلك إعانة للظالم على ظلمه.[1]

ب - أدلة المذهب الثاني :

استدل أصحاب المذهب الثاني لقولهم بأن المقصود أصلا هو بيان الحق وظهوره بعد خفائه. فإذا تعذرت الشهادة أو امتنع المدعى عليه من الإقرار بالمدعى، وأمكن ظهور الحق بغيرهما من الطرق المحدودة فلا وجه لامتناع الأخذ به ما دام قد بان به الحق، إذ لا فائدة من تخصيص العمل بدليل معين مع مساواة غيره له في ظهوره الحق. وقد يرجح عليه في بيان المراد رجحانا لا يمكن جحده ودفعه كشواهد الأحوال والعلامات الظاهرة وكثير من القرائن التي لا تقبل النقص مطلقا. وفي ذلك يقول ابن القيم رحمه الله :" فإن الله سبحانه أرسل رسُلهُ وأنزل كتبه ليقوم الناسُ بالقسط، وهو العدل الذي قامت به الأرض والسماوات، فإن ظهرت أمارات العدل، وأسفر وجهه بأيِّ طريق كان: فثمَّ شرعُ الله ودينه، والله سبحانه أعلم وأحكم، وأعدل أن يخصَّ 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 بيّن سبحانه بما شرعه من الطرق : أن مقصوده إقامة العدل بين عباده، وقيام الناس بالقسط : فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له. والشريعة لا ترد حقا، ولا تكذب دليلا. ولا تبطل أمارة صحيحة".[2]

الرأي الراجح:

بعد عرض أقوال الفقهاء في إطلاق الأدلة وتقييدها والنظر في أدلة كل قول، يظهر أن أرجحها هو القول بعدم تقييدها، لما فيه من تحقيق لمصلحة الناس من بيان الحق وظهوره بعد خفائه واستتاره، والشرط الوحيد في ذلك هو عدم وجود ما يمنع العمل به في الشرع. وليس هذا مجرد النظر المحض الذي لا يكفل حماية الناس بعضهم من بعض ومن الحكام الظالمين[3]، بل هو من السياسة الشرعية وهي "ما كان فعلا يكون معه الناس أقربَ إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم

---

(١) أحمد إبراهيم بك- طرق الإثبات الشرعية- ص٤. د. أحمد فراج حسين- أدلة الإثبات - ص ١٨.

(٢) الطرق الحكمية – ص ٢١، ٣٥ ، ويقول أيضا في موضع أخر من مؤلفاته النافعة والقيمة:" فإن 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 فيضيع حقوق الله وعباده ويعطله، ولا يقف ظهور الحق على أمر معين لا فائدة في تخصيصه به مع مساواة غيره في ظهور الحق أو رجحانه عليه ترجيحا لا يمكنه جحده ودفعه". إعلام الموقعين - ج١ ص٩٠.

(٣) يرى أحمد إبراهيم بك أن القول بإطلاق الأدلة يستند إلى مجرد النظر المحض، وأن تقييدها المستند على حماية الناس بعضهم من بعضهم، ومن الحكام الظالمين هو الذي تقضي به المصلحة الراجحة. المرجع السابق- نفس الموضع.

يضعه الرسول صلى الله عليه وسلم، ولا نزل به وحي"[1]. وطرق الطعن في الأحكام متعددة وكفيلة بتصويب خطأ القاضي ورد الأمور إلى نصابها.

ثانيا: تمييز الاثبات عن بعض المصطلحات الفقهية المشابهة:

قد يلتبس الأمر في الإثبات مع بعض المصطلحات الأخرى كالثبوت، والبينة ، والتوثيق، لذلك كان لزاما بيان معنى هذه المصطلحات، أوجه الاتفاق والاختلاف بينها وبين الاثبات، فيزول بذلك كل لبس ويتضح معنى الاثبات.

أ- الإثبات والثبوت:

الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء..وهو من الفعل المتعدي أثبت، أما الثبوت فهو وصف قائم بذات الشيء المدعى به قبل المدعى عليه، أي وجود الأمر حقيقة بحسب الواقع وهو من الفعل اللازم ثبت، وهو الأمر الثابت يقينا، وهذا بخلاف أدلة الاثبات التي تفيد في الغالب ظنا راجحا، ولا تصل إلى درجة اليقين، فإقامة الدليل أما القضاء هو لإظهار الأمر الثابت، وكلما كان الدليل قويا اقتربت الواقعة المراد إثباتها من الحقيقة الواقعية، وكان القضاء صحيحا. وقد تثبت الواقعة قضاء ولا تكون ثابتة في الواقع، كالإثبات بشهادة الزور، والإقرار الكاذب، واليمين الآثم ، ولذلك كان القضاء حسب الظاهر، وقد يكون المدعى به ثابتا في الواقع ولا يستطيع صاحبه إثباته في الظاهر أمام القاضي بحجة صحيحة، فبين الإثبات والثبوت عموم وخصوص[2]. وهذا التفريق بين الإثبات والثبوت له أثره من الناحية الدينية فقط، ولا أثر له في الحياة العملية، إذ لا يلزم إثبات الشيء عند القاضي لثبوته في الواقع، وبالعكس[3].

ب- البينة:

١- معنى البينة لغة: البينة في اللغة مؤنث البين والجمع بينات اسم فاعل من بان على خلاف الأصل، وجاء بائن على الأصل، وبنته بالكسر وبينته وابنته واستبنته أوضحته وعرفته، والجميع

---

(١) الطرق الحكمية - ص ١٩.

(٢) تبصرة الحكام- ج١ ص٩٨. الفروق- ج٤ ص ٥٤. تهذيب الفروق- ج٤ ص٩٨. أحمد ابراهيم بك-طرق الإثبات الشرعية- ص٣ .محمد مصطفى الزحيلي- المرجع السابق- ج١ ص٤ .

(٣) والتقسيم بهذا الشكل يقترب من مقارنة القانونيين بين الحقيقة القضائية والحقيقة الواقعية ومدى الصلة بينهما، مع الاشارة إلى الفرق الجلي بين الشريعة والقانون، وهو أن الشريعة أقامت الوازع الديني والعقاب الأخروي لردع الادعاءات الباطلة والكف عن أخذ أموال الناس بالباطل، ولو حكم بها القضاة، وصدرت بها الأحكام، فتكون العقيدة هي الضامن في تنفيذ ذلك، ولامقابل لذلك في القانون، ويطلق رجال القانون على الحق الذي عجز صاحبه عن إثباته أوتقادم العهد عليه إلتزاما طبيعيا. د.عبد الرزاق السنهوري-المرجع السابق- ج ٢ ص ١٥، ٢٧. د.عبد المنعم فرج الصدة- حق الملكية - ص ٦٥٣. أنظر أيضا المادة ٣٨٦ من القانون المدني المصري. وهل يحل حكم القاضي الأمر المتنازع عليه في الظاهر والباطن أم لا؟ سيأتي تفصيل هذه المسألة والخلاف فيها ص ١٩٠ من هذه الرسالة إن شاء الله تعالى .

يستعمل متعديا ولازما، والتبيين الإيضاح أو الوضوح، فالبينة ما أوضح الحق وأظهره، وفي المثل قد بيّن الصبح لذي عينين أي تبيّن.(١)

٢- **معنى البينة شرعا:** اختلف الفقهاء في الإصطلاح حول معناها على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن المراد بالبينة هي الشهادة، لأنه يتبين الحق بها ووقوع البيان بقول الشهود وارتفاع الاشكال بشهادتهم. ذهب إلى ذلك جمهور الفقهاء من الحنفية(٢) والمالكية(٣) والشافعية(٤) والحنابلة(٥).

القول الثاني: أنها تطلق على الشهود وعلى علم القاضي، ذهب إلى ذلك ابن حزم.(٦)

القول الثالث: أن المراد بالبينة كل ما يبين الحق ويظهره من شهادة أو يمين أو أمارة، أو غير ذلك من كل ما يؤدي إلى معرفة الحق، وهو مذهب ابن تيمية وابن القيم من الحنابلة، واختاره ابن فرحون المالكي، والزيلعي، وابن الغرس، وعلاء الدين الطرابلسي من الحنفية.(٧)

هذه هي مذاهبهم وأقوالهم وفيما يأتي أدلتهم ومناقشتها، وبيان الرأي الراجح منها.

- **أدلة مذهب التقييد:**

استدل جمهور الفقهاء على تخصيص البينة بشهادة الشهود بأدلة كثيرة من الكتاب والسنة.

---

(٣) مختار الصحاح – مادة بين – ص ٨٢. وللبينة في اللغة عدة معان منها:
-الإظهار والإيضاح: أبنت الشيء أي أوضحته، واستبان الشيء وتبين ظهر وبيّن بمعنى واحد. ومنه قوله تعالى: "فلمّا خرّ تبيّنت الجنّ أن لو كانوا يعلمون الغيب ما لبثوا في العذاب المهين". ومنه أيضا قوله تعالى: "لا إكراه في الدّين قد تبيّن الرشدُ من الغيّ". سورة البقرة- آية ٢٥٦. أي لا تكرهوا أحدا على الدخول في دين الإسلام فإنه بين واضح جلي دلائله وبراهينه ولا يحتاج أن يكره أحد على الدخول فيه.تفسير ابن كثير- ج١ ص ٣١٠
- التثبت والتبين: يعني التأني في الأمر لاستبانة الواقع، ومنه قوله تعالى: " يأيها الذين آمنوا إذا ضربتم في سبيل الله فتبينوا" .سورة النساء- آية٩٤. فهذا أمر الله تعالى لعباده المؤمنين إذا خرجوا في سبيله وابتغاء مرضاته أن يتبينوا ويتثبتوا في جميع أمورهم المشتبهة، فالتثبت في أمر من يشتبهون في إسلامهم وعدم مباغتتهم بالقتال هو ما تقضي به الشريعة لأنهم قد يكونون من المسلمين. تفسير السعدي- ص ١٧٩.
-الحجة والبرهان: ومن ذلك تسمية سورة من القرآن بها، قال تعالى "لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين منفكين حتى تأتيهم البينة" سورة البينة- آية ١. وقوله تعالى: "فإن زللتم من بعد ما جاءتكم البينات فاعلموا أنّ الله عزيز حكيم". سورة البقرة- آية ١٠٩.
- المعجزة: ومنه قوله تعالى على لسان موسى عليه السلام: "قد جئتكم ببينة من ربكم". سورة الأعراف- آية ١٠٥.
وهذه المعاني التي سقناها لا تختلف عن بعضها في الجوهر، بل تتفق جميعا على أن البينة اسم لما يبين به الشيء.
المصباح المنير – مادة بين – ج١ ص ٧٨، القاموس المحيط – مادة بين – ج٤ ص ٢٠٦، الزمخشري – أساس البلاغة – تحقيق عبد الرحيم محمود – دار المعرفة – بيروت – ص ٣٥.
(٢) بدائع الصنائع – ج٩ ص ٤٠٣٣.
(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ج٤ ص ١٦٤.
(٤) الخطيب الشربيني- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج – دار إحياء التراث العربي- ١٣٧٧هـ-١٩٥٨م- ج ٤ ص٤٦١ .
(٥) المغني مع الشرح الكبير – ج ١٢ ص ٣.
(٦) المحلى- ج٩ ص ٤٢٦ وما بعدها.
(٧ الطرق الحكمية – ص ١٧ وما بعدها. تبصرة الحكام- جـ ١ ص ١٧٢. معين الحكام- ص٦٧ .

* **من الكتاب:** قول الله تعالى في البيع وتوثيقه: "وأشهدوا إذا تبايعتم "[1]. وفي الطلاق والرجعة قوله تعالى " فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم"[2]. وفي التداين قوله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممّن ترضون من الشهداء "[3]. وفي الوصية قوله تعالى: "يا أيّها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم"[4]. وفي قذف المحصنات وإثبات الزنا قوله تعالى: "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة" [5]. وفي حادثة الإفك: " لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء"[6]. وقوله تعالى: في دفع أموال اليتامى إليهم مخاطبا الأوصياء "فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا عليهم"[7].

وجه الدلالة: دلت الآيات الكريمات اعتبار الشهادة أساسا للإثبات في كثير من المواضع وطلب الشارع الإثبات والأمر بها، ولما يترتب على هذا الطلب من بيان الحق وإظهاره عند التجاحد، فهذا المعنى هو ما وردت به الآيات المذكورة، وآيات أخرى كثيرة[8].

يقول محمد زيد الأبياني "اعلم أن البينة تطلق في الأصل على كل ما يبين الشيء ويظهره، ولكن الفقهاء خصصوها بشهادة الشهود... فمتى ذكر لفظ البينة في كلامهم، فلا يراد به إلا الشهادة".[9]

* **من السنة:** أن البينة وردت في لسان الشرع مقصودا بها الشهود وحدهم في غير موضع:

- فمن ذلك ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما "أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سحماء فقال النبي صلى الله عليه وسلم: البينة أو حد في ظهرك.. فنزلت " والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله

---

(١) سورة البقرة - آية ٢٨٢.
(٢) سورة الطلاق – آية ٢.
(٣) سورة البقرة – آية ٢٨٢.
(٤) سورة المائدة – آية ١٠٦.
(٥) سورة النور – آية ٤.
(٦) سورة النور – آية ١٣.
(٧) سورة النساء – آية ٦.
(٨) أستاذنا د. أحمد فراج حسين – أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي – ص ٢١.
(٩) محمد زيد الأبياني – كتاب مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية – مطبعة عبد الله وهبه ط٣ – ١٩٢٤ – ص ١٩٧.

إنه لمن الصادقين... الآية" [1] الخ الحديث.[2]

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم أطلق البينة وأراد بها الشهود بدليل ما نصت عليه الآية الكريمة قبل آية اللعان "والذين يرمون أزواجهم ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة" الآية [3]. فالآية تدل على أن ما يثبت به الزنا هو أربعة شهداء، مما يدل على أن المراد من لفظ البينة شهادة الشهود.

- استدل الجمهور أيضا بما رواه الشيخان في صحيحيهما، من حديث الأشعث بن قيس، قال: "كان بيني وبين رجل من اليهود أرض، فجحدني، فقدمته إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم ألك بينة؟ قلت لا، قال: فقال اليهودي "احلف" قلت: يا رسول الله: إذن يحلف، ويذهب بمالي. فأنزل الله تعالى " إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا...إلى آخر الآية"[4].

هذا لفظ البخاري وفي صحيح مسلم بروايتين، إحداهما كلفظ البخاري مع زيادة يسيرة، والأخرى جاء فيها فقال صلى الله عليه وسلم " شاهداك أو يمينه".[5]

وجه الدلالة: أن الحديث الأول جاء بعموم لفظ البينة، أما الحديث الثاني فقد خصصه بالشاهدين، فكان من قبيل التخصيص، وتفسير الرواية الثانية لمراد الرسول صلى الله عليه وسلم من البينة، فدل ذلك على أن البينة مقصود بها الشهادة[6].

- ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر".[7]

---

(١) سورة النور – آية ٦.

(٢) صحيح البخاري مع الفتح- كتاب التفسير– ج ٦ ص٣٢٨٨ رقم(٢٦٦٦).ابن ماجه-كتاب الطلاق- باب اللعان- ج١ ص ٦٦٨ رقم (٢٠٦٧). سنن النسائي- كتاب الطلاق- كيفية اللعان- ج٦ ص١٤١.

(٣) سورة النور – آية ٤.

(٤) سورة آل عمران – آية ٧٧ .

(٥) صحيح البخاري- كتاب الشهادات – باب سؤال الحاكم المدعى هل لك بينة قبل اليمين-ج٢ ص٢٠٧. صحيح مسلم -كتاب الإيمان – باب من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة - ج١ ص١٦٩. ابن ماجه- كتاب الأحكام- باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه- جـ٢ ص ٧٧٨ رقم (٢٣٢٢).

(٦) د.أحمد عبد المنعم البهي- المرجع السابق- ص ٦.

(٧) البيهقي- ج١٠ ص٢٥٢ بلفظ " لو يُعطى الناس بدعواهم لا دعي رجال أموال قوم ودماءهم ولكن البينة على المدعى واليمين على من أنكر"، يقويهما رواية ابن حبان (٥٠٨٢)، وهو عند مسلم (١٧١١) بلفظ "ولكن اليمين على المدّعى عليه". ورُويت من غير طريق عن ابن عباس وأكثرها ضعيف. أنظر نصب الراية- ج ٤ ص٩٦٩٥. والتلخيص- ج ٤ ص ٢٠٨. وسنن البيهقي- ج١١ ص٢٥٢-٢٥٣.

وجه الدلالة: دل الحديث على أن المقصود بالبينة الشهادة باعتبارها طريقا للقضاء في جانب المدعيين، وقابلها باليمين كطريق آخر للقضاء، وجهلها في جهة المدعي عليه، وقسم الطريقتين بين المدعى والمدعى عليه، ولأن مطلق التقسيم يقتضى مغايرة كل قسم منهما عن قسم صاحبه، فيكون حينئذ الفصل في الخصومة له سببان، بينة في جانب المدعى ويمين في جانب المدعى عليه، ولو أريد بالبينة كل طرق القضاء لكانت شاملة لليمين، ولما جازت المقابلة والقسمة.

- أدلة ابن حزم الظاهري:

وهو رأي ابن حزم الظاهري الذي أطلق البينة على الشهود، لكنه عند الكلام على مسألة قضاء القاضي بعلمه اعتبره من ضمن البينة. فقال: "إنه قد صحّ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: بينتك أو يمينه..." ثم قال "ومن البينة التي لا بينة أبين منها صحة علم الحاكم بصحة حقه، فهو في جملة هذا الخبر". ونجده أيضا يعتبر علم القاضي من أعدل البينات، فيقول: "لأن علم الحاكم أبين بينة وأعداها..." [1]. ومن هنا فالبينة عنده شرعا تشمل الشهادة وعلم القاضي.

- أدلة مذهب الإطلاق: [2]

- أن البينة في القرآن الكريم لم تأت مرادا بها شهادة الشهود، بل يقصد بها الحجة والدليل والبرهان والآية. ومن ذلك قوله تعالى: "ولقد أرسلنا رسلنا بالبينات" [3]، أي بالحجج والأدلة والبراهين. وقوله تعالى "قل إني على بينة من ربي" [4]. أي حجة من ربي وقوله تعالى: "أفمن كان على بينة من ربه" [5]. أي كان على برهان من ربه. وقوله تعالى: "فهم على بينة منه" [6]. أي على حجة ظاهرة. وقوله تعالى: "حتى تأتيهم البينة" [7]. والمراد بالبينة هنا بعثته صلى الله عليه وسلم لأنه مبين للحق، والآيات في هذا كثيرة. والتي لم يختص لفظ البينة مفردة أو مجموعة بالشاهدين، ولا استعمل في الكتاب فيهما البتة، فحمل لفظ البينة على ذلك تخصيص بلا مخصص، ويلزم عليه حمل كلام الشارع على غير المراد، وهذا غير جائز. [8]

قال ابن القيم في مؤلفه القيِّم الطرق الحكمية في السياسية الشرعية ما نصه: "فالبيِّنة اسم لكل ما

---

(١) المحلى- جـ ٩ ص ٤٢٨ .
(٢) فيتفق عندهم التعريف الاصطلاحي للبينة مع التعريف اللغوي.
(٣) سورة المائدة – آية ٣٢.
(٤) سورة الأنعام – آية ٧.
(٥) سورة هود – آية ١٧.
(٦) سورة فاطر – آية ٤٠.
(٧) سورة البينة – آية ١.
(٨) د.أحمد عبد المنعم البهي – المرجع السابق- ص ٨. د. أحمد فراج حسين – أدلة الإثبات - ص٢٣ .

يُبيِّنُ الحق ويظهره، ومن خصها بالشاهدين، أو الأربعة، أو الشاهد لم يوَفِ مسمَّاها حقه، ولم تأت البينة قط في القرآن مرادا بها الشاهدان، وإنما أتت مرادا بها الحجة والدليل والبرهان مفردة ومجموعة. وكذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم "البينة على المدعى"، المراد به: أن عليه بيان ما يُصحِّحُ دعواه لِيُحْكَمَ له، والشاهدان من البينة.

ولا ريب أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها، لدلالة الحال على صدق المدعى، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد، والبينة والدلالة والحجة والبرهان والآية والتبصرة والعلامة والأمارة: متقاربة في المعنى (١).

وقال في موضع آخر: "والمقصود أن البينة في الشرع: اسم لما يُبَيِّنُ الحقَّ ويظهره، وهي تارة تكون أربعة شهود، وتارة ثلاثة بالنص في بينة المفلس، وتارة شاهدين، وشاهدا واحدا، وامرأة واحدة، ونكولا ويمينا، أو خمسين يمينا، أو أربعة أيمان، وتكون شاهد الحال في الصور التي ذكرناها وغيرها، فقوله صلى الله عليه وسلم "البيّنة على المدعى" أي عليه أن يظهر ما يبينُ صحة دعواه، فإذا ظهر صدقه بطريق من الطرق حكم له" (٢).

ولقد عدَّ ابن القيم من طرق القضاء وفقا للفهم المذكور ستا وعشرين طريقا (٣)، منها: الشهادة بمختلف مراتبها، ومنها الإقرار، ومنها اليمين بمختلف صورها، كيمين المدعى عليه، واليمين المردودة، واليمين مع الشاهد، وأيمان القسامة، ومنها النكول وحده، أو مع رد اليمين وكذا النكول مع الشاهد الواحد. ومنها الحكم بعلم القاضي، ومنها الحكم بالإستفاضة. ومنها الحكم بالخط المجرد، ومنها القافة في إثبات النسب، ومنها القرعة. هذا فضلا عمّا أفاض به من الكلام عن الأخذ القرائن والإمارات وشواهد الأحوال والحكم بها، وضرورة التعويل عليها في مختلف مسائل النزاع المشتبهة التي تقع بين المتخاصمين (٤).

كما ذكر ابن فرحون المالكي :" أن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وسمى النبي صلى الله عليه وسلم الشهود بينة لوقوع البيان بقولهم، وارتفاع الإشكال بشهادتهم" (٥).

- أن القرآن الكريم لم يقتصر على لفظ البينة عندما يريد التحدث عن الشهادة، وإنما استعمل لفظ

---

(١) الطرق الحكمية - ص ١٧، ١٨ .

(٢) المرجع نفسه - ص ٣٥، ٣٦ .

(٣) ذكرها موزعة في مختلف فصوله ومباحثه. أنظر في ذلك من ص ١٤٥ إلى ٢٧٦ في المرجع نفسه، وفي مواضيع عديدة قبل وبعد ذلك.

(٤) وممّا قاله بشأن ذلك "فالشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلالات الأحوال، بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده، وجده شاهدا لها بالاعتبار، مرتبا عليها الأحكام". الطرق الحكمية - ص ١٨. وله أيضا رد مفصل في إعلام الموقعين- ج ١ ص ٩٠. وأنظر أيضا: تبصرة الحكام- ج١ ص ١٧٤.

(٥) تبصرة الحكّام- ج١ ص ١٧٢ وما بعدها. ووافقه الطرابلسي على ذلك لفظا ومعنى- معين الحكام - ص ٦٧ ومابعدها .

الشهادة في كثير من الآيات، ممّا يدل على عدم إطلاق لفظ البينة على الشهادة. ومثال ذلك قوله تعالى: "والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون"(١)، وقوله تعالى: "ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا"(٢).

كما استعمل أيضا رسول الله صلى الله عليه وسلم لفظ البينة قاصدا بها شهادة الشهود، واستعمل في نفس الوقت لفظ الشهادة، مما يدل على أن الرسول صلى الله عليه وسلم لم يقصر لفظ البينة على الشهادة، ومثال ذلك ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باليمين مع الشاهد.(٣)

- ويستدل لأصحاب هذا القول بأنه لم يرد عن الصحابة أنه خصوا البينة بشهادة الشهود. فهذا عمر رضي الله عنه يقول في رسالته الشهيرة إلى أبي موسى الأشعري: "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، وقصده رضي الله عنه من البينة كل ما أوضح الحق وأظهره، سواء كانت كتابة أو شهادة، أو إقرارا، أو غير ذلك من أدلة الإثبات المعروفة(٤).

- مناقشة قول جمهور الفقهاء الذي قصر معنى البينة على الشهادة:

اعترض على حجج الجمهور بما يأتي :

١- احتج الجمهور بما طلبه القرآن الكريم من الإثبات بالشهادة في كثير من المواضع، وقد نوقش هذا الإستدلال من وجهين:

الوجه الأول: بأن كون القرآن الكريم اعتبر الشهادة أساسا للإثبات في بعض المواضع، فليس معنى ذلك تخصيص البينة بالشهادة، إذ أقصى ما يستفاد من ذلك أن الشهادة لها اعتبارها وأهميتها في الإثبات، وهذا موضع اتفاق عند جميع الفقهاء ولا تنازع فيه بينهم. كما أن القرآن الكريم قد توسع في معنى البينة، إذ جاءت استعمالات البينة في القرآن بمعاني عديدة، كما رأينا في التعريف اللغوي(٥).

الوجه الثاني: أن الأمر بالشهادة الغرض منه توثيق الحقوق وحفظها ورعايتها حال الجحود، ولا يلزم من ذلك حصر لفظ البينة على الشهادة متى تحقق ذلك بوسائل أخرى، كالقرائن وغيرها.

---

(١) سورة النور – آية ٤.

(٢) سورة البقرة – آية ٢٨٢.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب الأقضية- باب القضاء باليمين والشاهد– ج٦ ص٢٤٤ رقم (١٧١٢). وروى عن ابن عباس ابن ماجه- كتاب الأحكام- باب القضاء بالشاهد واليمين- ج ٢ ص ٧٩٣ رقم (٢٣٦٧)، وعن أبي هريرة وجابر رقم (٢٣٧٠).

(٤) د. إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم – الإثبات بالشهادة في الفقه الإسلامي – دراسة فقهية قانونية مقارنة- رسالة قدمت إلى كلية الحقوق – جامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه - ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م- ص ١٠.

(٥) د.أحمد عبد المنعم البهي-المرجع السابق- ص ١٠. د.عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي- تعارض البينات القضائية في الفقه الإسلامي- دراسة فقهية قانونية مقارنة-رسالة قدمت إلى كلية دار العلوم- جامعة القاهرة لنيل درجة الدكتوراه ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م - ص ٤٩.

٢- وقولهم أن البينة وردت في لسان الشرع مقصودا بها الشهود وحدهم في غير موضع، فقد نوقش هذا الاستدلال بأن تسمية النبي صلي الله عليه وسلم الشهود بينة - كما في حديث هلال بن أمية - كان من أجل وقوع البيان بشهادتهم، وارتفاع الإشكال بقولهم، لا أن البينة محصورة في ذلك. لأن المقام في هذه الواقعة كان مقام شهادة والاستدلال لا يتم إلا إذا كان المقام شهادة وغيرها، وأراد النبي صلى الله عليه وسلم من البينة خصوص الشهادة.(١)

٣- وأما استدلال الجمهور على قولهم: ما رواه الشيخان من حديث الأشعث بن قيس "بينتك أو يمينه"، فقد اعترض على استدلالهم بأنه "ليس فيها ما يفيد حصر البينة من خصوص الشهادة إذ يجوز حملها على ما هو أعم من الشهادة، وروايتها بلفظ الشهادة في الرواية الأخرى، ولا يدل - أيضا - على حصر البينة فيها، لجواز أن يكون هذا تفسيرا من الراوي أو نقلا منه على أهم أنواع البينة، أو أن يكون قد فهم من حال المتخاصمين تعذر أي نوع من أنواع البينة غير الشهادة"(٢). ومع قيام هذه الاحتمالات فلا يصح الاحتجاج بأن البينة مقصود بها الشهادة.

٤- استدل الجمهور بحديث "البينة على المدعى" واعترض على استدلالهم بأن المقصود من البينة في الحديث ما يتبين به الحق وتظهر به أمارة العدل بمختلف أدلته، ومتى عجز المدعي عن تحقيق ذلك فليس له إلا يمين المدعى عليه.(٣)

- مناقشة ابن حزم الظاهري في قوله:

نوقش قول ابن حزم بأن البينة مقصود بها الشهادة وعلم القاضي بأنه كان من الممكن الاستشهاد به على أن مراده التعميم في معنى البينة لولا ما سبق منه من إطلاقها على الشهود وحدهم، وبناء على هذا فيحمل كلامه على أن المراد منها الشهود وقضاء القاضي بعلمه. وهذا المسلك معناه حمل كلام الشارع على غير مقصوده ، لأن الأصل في خطابات الشارع أن تحمل على مدلولاتها اللغوية، ولا يصرف عنها إلا إذا وجدت قرينة صارفة عن إرادة المعنى الأصلي، ولا مانع هنا يمنع من إرادة معناها اللغوي(٤). كما أنه يتعذر الإعتداد بعلم القاضي كوسيلة من وسائل الإثبات(٥) لأجل التهمة، وبخاصة في زماننا هذا الذي فسدت فيه الذمم وخربت الضمائر.

---

(١) د. أحمد فراج حسين – أدلة الإثبات- ص ٢٢. د.أحمد عبد المنعم البهي- المرجع السابق- ص ١٠.
(٢) د.أحمد عبد المنعم البهي – المرجع السابق- نفس الموضع.
(٣) د. أحمد فراج حسين – المرجع نفسه- ص ١٧.
(٤) د. أحمد عبد المنعم البهي- المرجع السابق- ص ١١.
(٥) وسنبحث مسألة قضاء القاضي بعلمه الشخصي ضمن مبدأ دور الخصوم الايجابي في الإثبات، وهو أحد المبادئ المهمة والرئيسة في الإثبات.

- مناقشة القول بأن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره:

نوقش ما استدل به أصحاب هذا القول من أن القرآن الكريم قد أطلق لفظ البينة على ما هو أعم من الشهود، وأنها لم تستعمل في الكتاب الكريم بمعنى الشهادة فقط، فإنه وإن كان صحيحا في معناها، إلا أنه قد يؤخذ عليه أن جميع ما أوردوه من النصوص القرآنية ليس واردا في مقام إثبات الدعوى، الذي هو موضوع النزاع.

- القول الراجح:

بعد عرض الأقوال الثلاثة حول معنى البينة، ومن خلال بسطها ومناقشتها يظهر لي عدم الاعتداد بالقول الأول الذي قصر معنى البينة على شهادة الشهود، إذ لم تسلم حجج القائلين بها من المناقشة، وأيضا الحكم نفسه على القول الثاني الذي خصها بالشهادة وعلم القاضي، فكلا القولين لم يوف مسمى البينة حقه.

ويبقى ما ذهب إليه القول الأخير من التعميم في معنى البينة يتفق إلى حد بعيد مع مقاصد الشريعة من تثبيت أسس العدل وحفظ الحقوق على أصحابها. وقد أورد ابن القيم قول ابن عقيل الذي نصه أن "السياسة ما كان فعلاً يكون معه الناسُ أقربَ إلى الصلاح، وأبعد عن الفساد، وإن لم يضعه الرسولُ صلى الله عليه وسلم، ولا نزل به وحيٌ". وأعقبه بقوله: "فإن أردت بقولك "إلا ما وافق الشرع" أي لم يخالف ما نطق به الشرع: فصحيح. وإن أردتَ: لا سياسة إلا ما نطق به الشرع: فغلط، وتغليط للصحابة، وهذا موضع مزَلّة أقدام، ومَضلّة أفهام، وهو مقام ضنك، ومعترك صعب، فرَّ فيه طائفة، فعطّلوا الحدود، وضيعوا الحقوق، وجرّأوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد، محتاجة إلى غيرها، وسدوا على نفوسهم طرقا صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له، وعطلوها، مع علمهم وعلم غيرهم قطعا: أنها حقّ مطابق للواقع، ظنا منهم منافاتها لقواعد الشرع"[1].

ومن ثم كان القول الأخير هو أرجح الأقوال خصوصا في عصرنا الحاضر الذي حقق فيه العلم قفزات هائلة، وتزايد الاعتماد على البحوث العلمية، التي انعكس صداها على الإثبات بابتكار وسائل يظهر ها الحق وتقل بها فرصة الخطأ القضائي[2]، وهذه الوسائل يمكن اعتبارها من قبيل القرائن التي تضاهي في أهميتها ودلالتها الأدلة الأخرى كشهادة الشهود، ولا شك أن إهمال العمل بمثل هذه الوسائل يؤدي إلى ضياع كثير من الحقوق.

ويجدر بنا التنبيه هنا إلى مسألة قد يخطأ فيها البعض لعدم التدقيق فيها، وهي أن جمهور الفقهاء

---

(١) الطرق الحكمية – ص ١٩ ، ٢٠.

(٢) أنظر في ذلك: أبو القاسم أحمد- الإثبات العلمي ومشكلات التطبيق- مجلة الأمن والقانون – كلية شرطة دبي- السنة الخامسة – العدد الأول- ١٤١٧هـ ١٩٩٧م- ص٩٢.

لا يقصدون من تفسير البينة بالشهود حصر طرق الإثبات في الشهادة دون غيرها، وإنما قصدهم أن البينة إذا أطلقت كان المقصود منها شهادة الشهود فقط[1]. ويستدل على ذلك أنهم ذكروا طرقا أخرى للإثبات غير شهادة الشهود. كالإقرار، وقضاء القاضي بعلمه، واليمين، إلا أن هذه الطرق لا تسمى عندهم بينة، وإنما تسمى بمسمياتها، فيقولون القضاء بالإقرار إذا كان الإثبات بالإقرار، ويقولون القضاء بالبينة إذا كان القضاء بالشهود وحدهم، في حين يرى ابن القيم ومن وافقه انتظام البينة لكل ما يقضي به.

ج- الإثبات والتوثيق:

التوثيق علم يبحث فيه عن كيفية اثبات العقود والتصرفات وغيرها على وجه يصح الإحتجاج والتمسك به، والوثيقة هي الورقة التي يدون فيها ما يصدر عن شخص أو أكثر من العقود أو التصرفات أو الإلتزامات أو الإسقاطات.

وطرق التوثيق نوعان ، الأولى: طرق الإثبات كالكتابة والشهادة والإقرار واليمين والقرائن وغيرها، وهي التي تثبت الحق عند التنازع . والثاني: طرق لتأمين الحق والتمكين من استيفائه، كالرهن والكفالة والحوالة. فالهدف من توثيق الحقوق هو لتقويتها وتأكيدها لمنع المدعى عليه من الإنكار، أوالنسيان، أو خشية ادعاء الأكثر، أو إنقضاء الأجل.. ومتى حصل النزاع والخلاف تقدم وسيلة التوثيق كوسيلة للاثبات أمام القضاء.والتوثيق ليس إلا إعدادا مقدما للإثبات منذ انشاء الحق أو عند اجراء التصرفات المنشئة للحقوق، وفي المقابل فإن الهدف الأول والأخير من القضاء والإثبات هو حفظ الحقوق، وإيصالها إلى أصحابها ، وقطع دابر التنازع والتخاصم بين الناس بشأنها .

ومن ثم كان التوثيق والقضاء سبيلان لهدف واحد ،أو وجهان لعملة واحدة ويكمل كل منهما الآخر،وإن كان التوثيق أعم من الاثبات، فهو يشمل طرق الإثبات المعدة مقدما وغيرها ، فكل إثبات هو توثيق، ولا عكس[2].

---

(١) يرى بعض الباحثين أن "سبب اختلاف الفقهاء في حصر طرق الإثبات أو عدم حصرها يرجع إلى اختلافهم في مفهوم البينة". وهذا الحكم غير صحيح، ذلك أن خلافهم حول مفهوم البينة إنما حصل من مدلول هذا اللفظ إذا استعمل بإطلاق، وليس كل من يرى أن لفظ البينة يعني كل ما يبين الحق ويظهره يذهب مذهب عدم حصر طرق الإثبات في طائفة معينة، فقد يتفق البعض في مسألة البينة ويختلف في مسألة إطلاق طرق الإثبات أو تقييدها. لذا ارتأينا بحث كل مسألة على حدة بالرغم من وجود كثير من الأمور المشتركة بينهما.أنظر الرأي المنتقد: بجاش سرحان محمد المخلافي- القرائن ودورها في الإثبات- دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون المدني – رسالة دكتوراه-كلية الحقوق – جامعة عين شمس- ١٤١٨هـ ١٩٩٨م- ص٩. وأيضا عنتر سيد جوده الشريف – حجية القرائن في الإثبات المدني – رسالة دكتوراه- كلية الحقوق – جامعة القاهرة- ١٤٢٣هـ ٢٠٠٣م- ص ٢٦.

(٢) د. محمد الزحيلي –المرجع السابق- ج١ ص ٦، ١١،١٠ .

الفرع الثاني: نظام الإثبات القانوني

ما يثبت عن طريق القضاء عند الفصل في الخصومات يسمى "حقيقة قضائية" وقد تتعارض الحقيقة القضائية مع الحقيقة الواقعية، ويعود السبب في ذلك إلى أن الحقيقة القضائية لا تثبت إلا من طريق قضائي حدده القانون في الوقت الذي يكون فيه القاضي من أشد الموقنين بالحقيقة الواقعية، وقد يعرفها بنفسه معرفة لا يتطرق إليها الشك، ولكن تنعدم أمام الوسائل القانونية لإثباتها فلا يجد بدا من إهدارها، والأخذ بسبل القانون في الإثبات.(١)

والقانون عند تنظيمه للإثبات يتأثر باعتبارين ويعمل على الموازنة بينهما:

الإعتبار الأول: هو السعي لتحقيق العدالة حتى تكون الحقيقة القضائية أقرب ما يمكن من الحقيقة الواقعية.

الإعتبار الثاني: هو استقرار التعامل الذي يدفعه إلى تحديد الأدلة تحديدا يأمن به تحكم القاضي وجوره. وللموازنة بين الاعتبارين السابقين طرح الخلاف الفقهي حول تحديد طرق الإثبات هل هي محصورة في جملة من الطرق لا يتعداها القاضي في حكمه إلى غيرها، أم هي غير محصورة في طرق معينة وللقاضي أن يقضي بكل دليل يظهر به جانب الحق، وإن لم يرد به نص قانوني؟(٢)

وفي ضوء ذلك ظهرت ثلاثة مذاهب لتنظيم الإثبات في القوانين الوضعية، وسنعرض فيما يأتي لهذه المذاهب، ونتعرض بعدها لمعنى البينة عند القانونيين.

أولا: مذاهب الإثبات القانونية:

وهي ثلاثة مذاهب:

١- مذهب الإثبات المطلق أو الحر: ينادي هذا المذهب بالتحرر والانطلاق في البحث عن الحقيقة القضائية وإثباتها، وفيه لا يحدد القانون طرقا معينة للإثبات يلزم الخصوم والقاضي بها، وإنما يكون الخصوم أحرارا في اختيار الأدلة المناسبة والتي تؤدي إلى اقتناع القاضي، ويكون القاضي حراً في تكوين اعتقاده في أي دليل يقدم إليه، فيكون للقاضي في هذا المذهب دور إيجابي في الإثبات بجميع الطرق التي يراها معينة له في كشف الحقيقة، فيستطيع أن يساعد الخصوم على إكمال ما في أدلتهم من نقص، وله أن يقضي بعلمه الشخصي ، إذ أنَّ له الحرية الكاملة في تكوين قناعته كيفما أراد(٣). وهذه الميزة تجعل من الحقيقة القضائية التي يصل إليها القاضي في حكمه مطابقة للحقيقة الواقعية إلى حد بعيد.

ولكن يعيب هذا المذهب أنه يؤدي إلى زعزعة الثقة في التعامل، نظرا للسلطة الواسعة التي

---

(١) د. عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق- جـ ٢ ص٢٧.

(٢) أحمد نشأت– المرجع السابق– ص٢٩. د.أحمد عبد المنعم البهي– المرجع السابق- ص ١٢، ١٣.

(٣) د. سليمان مرقس – أصول الإثبات وإجراءاته - ج ١ ص١٥.

يمنحها للقاضي، والتي قد تدفعه للتحكم فيما يقدم إليه من أدلة، فلا يدري الخصوم ما إذا كان بوسعهم إقناع القاضي نظرا لاختلاف تقدير القضاة في التقدير، كما أن القاضي قد يكون نزيها فيسئ استعمال السلطة الممنوحة له من القانون، وتضيع بين يديه العدالة الموكل بتحقيقها. فضلا على أن الصلاحيات الواسعة للقاضي قد تتعارض مع الإستقرار الواجب توافره في المعاملات (١).

وأساس هذا المذهب في تقريب الحقيقة القضائية من الحقيقة الواقعية مرتبط إلى حد بعيد بشخص القاضي، فالأمر متروك لمجرد اجتهاده وتحكمه، فقد يعوزه الاجتهاد أو يتحكم في تعيين طريق بعينها للإثبات، فتضل معها الحقيقة الواقعية (٢).

٢- **مذهب الإثبات المقيد:** وهذا المذهب عكس سابقه تماما. فالقانون يحدد الأدلة التي يلتزم القاضي السير بموجبها في قضائه والخصوم في الدعوى، كما يبين كيفية التقدم بها الى القضاء وقيمة كل دليل في الإثبات، فلا يستطيع الخصوم إثبات حقوقهم إلا بهذه الطرق، ولا يستطيع القاضي أن يقبل منهم غيرها أو يعطيها قيمة أقل أو أكثر من القيمة التي حددها القانون لها. ويظهر في هذا المذهب الموقف السلبي للقاضي، إذ لا يستطيع أن يقضي بعلمه الشخصي ولا أن يساهم في جمع الأدلة، أو استكمال ما نقص أو إيضاح ما أبهم منها. وأهم ما يميز هذا المذهب دقته وتنظيمه الشديدين اللذان يكفلان استقرار التعامل وقضائه على سلبيات المذهب الحر السابق، لكن ما يعيبه أنه لا يحقق في الغالب العدل بين الخصوم لما يحصل فيه من التباعد بين الحقيقة الواقعية والحقيقة القضائية، فيكون ما يبغيه من العدل مظهرا لا جوهرا (٣).

٣- **المذهب المختلط:** وهذا المذهب وسط بين المذهبين السابقين، يأخذ ما فيهما من مزايا، ويتلافى ما فيهما من عيوب، فهو لم يترك الأمر للقاضي على إطلاقه، كما أنه لم يقيده في الحركة. فمن جهة عمل على تحقيق مبدأ حياد القاضي بتحديد الأدلة وتعيين بعضها في الإثبات ما يحقق الاستقرار في

---

(١) د. عبد الرزاق- السنهوري – المرجع السابق- ج ٢ ص ٢٨. أحمد نشأت – المرجع السابق- ص٣٠. د. توفيق حسن فرج – قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية – مؤسسة الثقافة الجامعية-١٩٧٦- ص١٣. وما بعدها. د. جميل الشرقاوي – المرجع السابق- ص ٧ وما بعدها. وفي المواد الجنائية تأخذ جميع القوانين بهذا المذهب في عدم تحديد طرق الإثبات، مع ترك الحرية للقاضي في تكييف الواقعة والأخذ بما يراه مقنعا في الإثبات، لأن طبيعة هذه المواد لا تقبل طرقا معينة.

(٢) ويقابل هذا المذهب في الفقه الإسلامي ما ذهب إليه ابن القيم ومن وافقه من أهل العلم، والذي وإن شابهه في إطلاق أدلة الإثبات من أي قيد أو تحديد، وإطلاق حرية القاضي في الالتزام بأدلة الخصوم في تكوين قناعته. لكن يباينه في اشتراطه في القاضي أن يكون فقيها حتى تنعدم مناط العيب السابق. يقول ابن القيم: "والحاكم إذا لم يكن فقيه الناس في الإمارات، ودلائل الحال، ومعرفة شواهده... فههنا نوعان من الفقه، لابد للحاكم منهما: فقه في أحكام الحوادث الكلية، وفقه في نفس الواقع وأحوال الناس، يميز به بين الصادق والكاذب، والمحق والمبطل، ثم يطابق بين هذا وهذا، فيعطي الواقعَ حُكْمَهُ من الواجب، ولا يجعل الواجب مخالفا للواقع". الطرق الحكمية- ص ٦، ٧.وهنا يظهر الفرق والمباينة بين الفقه الإسلامي والفقه الوضعي.

(٣) د. عبد المنعم الصدة- الإثبات في المواد المدنية – ص ٤. د. توفيق حسن فرج – المرجع السابق- ص١٤.د. جميل الشرقاوي- المرجع السابق- ص٧، ٨. د.أحمد أبو الوفا- التعليق على نصوص قانون الإثبات-ط٣- ١٩٨٧- ص٣. جميل بسيوني- أصول الإثبات شرعا ووضعا- الكتاب الأول – ١٤٠١هـ - ١٩٨٠ – ص ٧.

التعامل وتجنب تحكم القضاة. ومن جهة أخرى، عمل على التخفيف من مساوئ الإثبات المقيد بإعطاء القاضي سلطة واسعة في تقدير الأدلة التي يحدد لها القانون قوة معينة كالبينة والقرائن القضائية.

ولا شك أن هذا المذهب أفضل من سابقيه وهو الراجح عند شراح القانون، إذ يجمع بين ثبات التعامل بما احتوى عليه من قيود، وبين اقتراب الحقيقة الواقعية من الحقيقة القضائية بما يتيحه للقاضي من حرية التقدير. (١)

٤- موقف القانون المصري والقوانين العربية الأخرى:

أخذ القانون المصري بالمذهب المختلط في المسائل المدنية، أما في المسائل التجارية والجنائية فقد أخذ بالمذهب المطلق لطبيعة هذه المسائل ونزولا على حكم المصلحة الراجحة.

وقد وافقت المحاكم الشرعية رأي الجمهور مع شيء من التوسع إذ كانت لا تعتمد من الأدلة إلا شهادة الشهود ونكول المدعى عليه عن اليمين والإقرار، ثم ضم إلى ذلك الأدلة الكتابية رسمية وعرفية، واعتمدت بعد ذلك القرائن. وقد أورد قانون الإثبات المصري النافذ رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، وسائل الإثبات في الأبواب من الثاني إلى الثامن منه، بتقديم الأدلة الكتابية، ثم شهادة الشهود، القرائن، وحجية الأمر للمقضي، والإقرار، واستجواب الخصوم، واليمين، والمعاينة، والخبرة. وموقف القانون المصري هذا هو نفس موقف القوانين العربية الأخرى كالقانون الجزائري وغيره مع اختلاف في طريقة تبويب أحكام الإثبات، وخلاف يسير في الصياغة.

ثانيا: معنى البينة عند القانونيين:

سبق أن بينا أن الفقهاء قد اختلفوا في معنى البينة، فذهب جمهورهم إلى القول بقصر البينة على شهادة الشهود، وذهب ابن حزم الظاهري إلى إطلاق لفظها على شهادة الشهود وعلم القاضي، وذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن البينة تعني كل ما يبين به الحق، وهذا عند الفقهاء. أما عند القانونيين فقد وافقوا جمهور الفقهاء في تفسير البينة، حيث قصروا معناها على الشهادة فقط.

وهذه نماذج من كتبهم توضح مذهبهم في ذلك:

جاء في رسالة الإثبات د. أحمد نشأت: " قصر الشارع لفظ البينة على شهادة الشهود فقط كما هو ظاهر من مقارنة المادتين ٤٠١ و٤٠٧ من القانون المدني الجديد ومن المادة ٢١٥ من القانون المدني السابق، ومن مقارنة النسخة العربية مع النسخة الفرنسية لهذا القانون" ثم يؤكد بأن القانونيين يوافقون جمهور الفقهاء فيقول: "كذلك أطلق فقهاء الشريعة الغراء لفظة البينة اصطلاحا على شهادة الشهود فقط." (٢)

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة- الإثبات في المواد المدنية – ص ٨ وما بعدها. د. أحمد نشأت – المرجع السابق- ص ٣٠. د.عبد الرزاق- السنهوري – المرجع السابق- جـ ٢ ص ٢٩.

(٢) د. أحمد نشأت – المرجع السابق – ص ٣١.

ويقول د.عبد المنعم فرج الصدة بصدد تعليقه على أن الإثبات على المدعى، ... ولفظ البينة هنا معناه الدليل أيا كان، ولكنه أطلق في الاصطلاح على شهادة الشهود فقط." (١)

كما ذهب إلى ذلك د.عبد الرزاق السنهوري بقوله: "البينة لها معنيان:

معنى عام : وهو الدليل أيا كان كتابة أو شهادة أو قرائن.

معنى خاص: وهو شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة"، ويضيف قائلا: "..وإذا قلنا البينة فإنما يقصد معناها الخاص ونقصرها على الشهادة ".

ويبين سبب شيوع إطلاق البينة على الشهادة فيقول: "وقد كانت الشهادة في الماضي هي الدليل الغالب، وكانت الأدلة الأخرى من الندرة إلى حد أنها لا تذكر إلى جانب الشهادة، فانصرف لفظ البينة إلى الشهادة دون غيرها ونقصد هنا المعنى الخاص عندما نقول: مالا تزيد قيمته على عشرين جنيها يجوز إثباته بالبينة القرائن." (٢)

وكما يظهر فإن القانونيين لم يذكروا الأسباب التي دعتهم إلى تخصيص معنى البينة بالشهود، ويبدو أنهم سايروا القانون المصري وتأثروا به، الذي قلد هو الآخر جمهور الفقهاء من دون ذكر السبب، حيث كان ينص في المادة ٤٠٠ الملغاة من القانون المدني – والتي توافق المادة ٦٠ من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ – على قصر لفظ البينة على الشهادة فقط إلا أنه يلاحظ أن قانون الإثبات المذكور آنفا قد تلافى الخلط بين البينة وشهادة الشهود، واستعمالهما كمترادفين عندما نص بعبارة "شهادة الشهود في كل موضع أريد من البينة معنى الشهادة فقط." (٣)

---

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة- الإثبات في المواد المدنية – ص ٤٥.

(٢) د.عبد الرزاق- السنهوري – المرجع السابق- جـ ٢ ص٣١١.

(٣) راجع في ذلك الباب الثالث من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨، المواد ٦٠ وما بعدها. د.أحمد عبد المنعم البهي– المرجع السابق– ص١٢. د.بجاش سرحان محمد المخلافي– المرجع السابق- ص٢١، ٢٢.

المبحث الثاني

المبادئ الرئيسة التي تقوم عليها قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

يقوم نظام الإثبات على جملة من المبادئ الرئيسة تعد سندا ثابتا لأهم قواعده، إذ تتفرع عن هذه المبادئ أهم القواعد الشرعية والقانونية. ويمكن بيان أهم هذه المبادئ في مبدأ دور الخصوم الايجابي في الإثبات، ومبدأ عبء الإثبات، ودور قاضي الأحوال الشخصية في مجال الإثبات والذي يتجلى فيه مبدأ حياد القاضي.

المطلب الأول

مبدأ دور الخصوم الإيجابي في الإثبات

يقوم الخصوم بدور مهم وإيجابي في الإثبات، وذلك حتى لا تبقى الخصومة مجهولة، وحتى تتكافأ فرص الخصوم في الدعوى. فكان للخصم حق طلب التأجيل لإطلاع على المستندات المقدمة من خصمه والرد عليها، وتمكين كل خصم من مناقشة الدليل المقدم من خصمه وتفنيده وإثبات عكسه، ومن ثم يجوز للقاضي أن يأخذ بدليل دون أن يعرضه على من يحتج عليه وتمكنيه من مناقشته ودحضه(١).

ويثير مبدأ دور الخصوم الايجابي في الإثبات مسألة قضاء القاضي بعلمه الشخصي، فإذا عاين القاضي حادثة من الحوادث أو سمع بها في غير مجلس القضاء، ثم رفعت إليه دعوى بشأنها لكي يصدر حكمه فيها، فهل يجوز له أن يبنى حكمه على علمه الشخصي؟. وسنبحث هذه المسألة في الفقه الإسلامي و الإثبات القانوني.

الفرع الأول: مبدأ دور الخصوم الإيجابي في الإثبات الشرعي

القاضي عند فصله فيما يعرض عليه من قضايا أيا كان موضوعها، فهو يعتمد فيما يحكم به لأحد المتداعيين أو عليه على وسائل لإثبات الدعوى، وقد تكون هذه الوسيلة عبارة عن شهادة شهود أو إقرار أو يمين.. إلى غير ذلك من الوسائل التي اتفق عليها أو اختلف فيها الفقهاء .وقد يحدث أن يعلم القاضي بواقعة مشاهدة أو سماعا، كأن يسمع رجلا يقر لآخر بزواجه من فلانة، أو سمعه يطلقها أو يقر به، أو يقر بالنسب ...ثم رفعت إليه هذه الواقعة، فهل يجوز له أن يحكم فيها بما علمه أم لا ؟

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مسألة قضاء القاضي بعلمه الشخصي إلى ثلاثة مذاهب مابين مانع ومجيز ومفصل .

المذهب الأول: هو عدم جواز قضاء القاضي بعلمه مطلقا سواء فيما هو من حقوق الله أو حقوق العباد ، وسواء أكان هذا قبل توليه القضاء أم بعده، في محل ولايته للقضاء أو غير محل ولايته،

---

(١) أحمد إبراهيم بك – طرق القضاء في الشريعة - ص ١٦.

وهو مذهب المالكية(١)، والمشهور في مذهب أحمد بن حنبل،(٢) وأحد قولي الإمام الشافعي(٣)، وبه قال شريح والشعبي وابن أبي ليلى والأوزاعي واسحاق(٤)، وروي عن محمد بن الحسن، وهو المعتمد عند متأخري الحنفية (٥).

المذهب الثاني: هو جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي مطلقا سواء كان ذلك في حق من حقوق الله تعالى أم كان ذلك في حق من حقوق العباد، أم من الحقوق المشتركة بين الله والعباد، سواء علم بها قبل ولايته أوبعدها، في محل ولايته أولا، وهو مذهب ابن حزم الظاهري(٦)، والمشهور في المذهب الشافعي(٧)، وأحمد في راوية(٨)، وبعض المالكية(٩).

المذهب الثالث: هو عدم جواز قضاء القاضي بعلمه في الحدود وجوازه فيما عداه. وبه قال الإمام أبوحنيفة(١٠)، وبعض الشافعية(١١)، وأبو يوسف ومحمد من الأحناف(١٢). ومذهب أبوحنيفة إلى أن القاضي إذا علم بشيء من حقوق العباد في زمن ولايته ومحلها، جاز له أن يقضى به، أما ما علمه قبل ولايته، أو في غير محل ولايته: فلا يقضي به. وقال أبو يوسف ومحمد: يقضي به، كما

---

(١) القاضي عبد الوهاب- عيون المجالس-تحقيق ودراسة امباى بن كيبا كاه- مكتبة الرشد- الرياض- ط١- ١٤٢١ هـ ٢٠٠٠م- ج٣ ص ١٥٣٥. القرافي- الفروق – حققه عمر حسن القيام – مؤسسة الرسالة – ١٤٢٤هـ – ٢٠٠٣م- الفرق ٢٢٣- ج٤ ص٨٥. تبصرة الحكام ج٢ ص٤٧.

(٢) المغني ومعه الشرح الكبير- ج١١ ص ٤٠٠، وجاء فيه قال الإمام أحمد: "ولا يحكم الحاكم بعلمه، وظاهر المذهب أن الحاكم لا يحكم بعلمه في حد ولا غيره، ولا فيما علمه قبل الولاية ولا بعدها. هذا قول شريح والشعبي ومالك وإسحاق وأبي عبيد ومحمد بن الحسن..وعن أحمد رواية أخرى يجوز له ذلك". الطرق الحكمية - ص ٢٤٨. المرداوي- الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد بن حنبل- صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي-دار إحياء التراث العربي-ط٢-١٤٠٦ هـ ١٩٨٦م- ج١١ ص٢٥١. الحجاوي- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل- دار المعرفة- بيروت- ١٩٦٨- ج٤ ص٤٠٠.

(٣) الشافعي- كتاب الأم- مطبعة مصورة عن مطبعة بولاق١٣٢١هـ الدار المصرية للتأليف والترجمة- ج٦ ص٢١٦. النووي- روضة الطالبين -دار الكتب العلمية- بيروت- ١٤١٢هـ ١٩٩٢م- ج١١ ص ١٥٦. مغني المحتاج- ج٤ ص ٣٩٨. الرملي- نهاية المحتاج الى شرح المنهاج- مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده – مصر- ١٣٨٦هـ١٩٦٧م- ج٨ ص ٢٤٧.

(٤) المغني- ج١١ ص ٤٠٠ .الانصاف - ج١١ ص٢٥٠ .المحلى – ج ٨ ص ٥٢٣.

(٥) السرخسي-المبسوط- دار الكتب العلمية-بيروت- ط١- ١٤٢١ هـ ٢٠٠١م- ج ١٦ ص ١٦. بدائع الصنائع- ج٧ ص٧. ابن نجيم- البحر الرائق شرح كنز الدقائق-دار المعرفة- بيروت- دون تاريخ الطبع-ج٧ ص ٥٣. رد المختار-ج٤ ص٣٥٥. معين الحكام- ص ١٢٢.

(٦) المحلى- ج٩ ص ٤٢٦، وجاء فيه "وفرض على الحاكم أن يحكم بعلمه في الدماء والقصاص و الأموال والفروج والحدود وسواء علم بذلك قبل ولايته أو بعد ولايته وأقوى ما حكم بعلمه لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينة".

(٧) الأم - ج٦ ص٣٢١، وجاء فيه" أن له (القاضي) أن يقضي لكل ما علم قبل الحكم وبعده في مجلس الحكم وغيره من حقوق الأدميين". روضة الطالبين – ج٨ ص ١٤١. مغني المحتاج- ج٤ ص ٣٩٨.

(٨) الطرق الحكمية - ص ٢٤٨ . المغني ويليه الشرح الكبير- جـ ١١ ص ٤.

(٩) تبصرة الحكام- جـ ٢ ص٥١ ، وجاء فيه "وقال ابن الماجشون يحكم. ووافقه سحنون وقالا: لا يعلم ذلك إلا من بُلِيَ بالقضاء، وقال له ابن الماجشون هو القياس، ولذلك جلس، ولو كلفَ البينة لتعطلت أحكام الناس".عيون المجالس - ج ٣ ص ١٥٣٥ . القوانين الفقهية- ص ٢٩٢ .

(١٠) بدائع الصنائع – ج ٩ ص ٤٠٨٨.

(١١) الأم ج ٦ ص ٣٢١ . المهذب – ج ٢ ص ٣٢٠ . روضة الطالبين – ج ٨ ص ١٤١.

(١٢) بدائع الصنائع – ج٩ ص ٤٠٨٨، ٤٠٨٩.

في حال ولايته ومحلها.

تفصيل أدلة الأقوال ومناقشتها

أدلة المذهب الأول:

استدل أصحاب هذا المذهب بالكتاب والسنة والآثار المروية عن الصحابة والمعقول.

أ- من القرآن: استدلوا بقوله تعالى: " والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة"(١).

وجه الدلالة: فقد أمر الله تعالى بجلدهم إذا لم يأتوا بالبينة، وهي الشهود الأربعة حتى لو كان القاضي يعلم أنهم صادقون(٢).

ب- ومن السنة:

١- عن أم سلمة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال "إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليَّ، ولعلَّ بعضكم ألحَن بحجته من بعض، وأقضي له على نحو ما أسمع، فمن قضيتُ له من حق أخيه فلا يأخذه، فإنما أقطعُ له قطعة من النار"(٣).

وجه الدلالة: أوضح النبي صلى الله عليه وسلم أنه لا يصدر حكمه إلا بناء على ما سمعه من الأدلة والبراهين التي يقدمها خصوم الدعوى المرفوعة إمامة لا على مجرد علمه الشخصي، فقال صلى الله عليه وسلم "على نحو ما أسمع" ولم يقل "بما أعلم".(٤)

وأجاب الشوكانى على هذا الاستدلال بأن التنصيص على السماع لا ينفي كون غيره طريقا للحكم على أنه يمكن أن يقال إن الاحتجاج لهذا الحديث للمجوزين أظهر كون أن العلم أقوى من السماع لأنه يمكن بطلان ما سمعه الإنسان ولا يمكن بطلان ما يعلمه، ففحوى الخطاب يقتضي جواز القضاء بالعلم(٥).

---

(١) سورة النور – آية ٤.

(٢) الفروق - ج ٤ ص ٨٧ .

(٣) صحيح البخاري مع الفتح-كتاب الشهادات- باب من أقام البينة بعد اليمين-ج٦ ص٣٢٩٨ رقم(٢٦٨٠) واللفظ له. صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب الأقضية- باب الحكم بالظاهر واللحن بالحجة- ج٦ ص ٢٤٥ رقم(١٧١٣). الدارقطني ج٤ ص ٢٣٩ .ابن ماجه- كتاب الأحكام-باب قضية الحاكم لا تحل حراما ولا تحرم حلالا- ج٢ ص٧٧٧ رقم (٢٣١٧، ٢٣١٨). النسائي- كتاب آداب القضاء- باب الحكم بالظاهر -ج٨ ص٢٠٥. شرح معاني الآثار- كتاب القضاء والشهادات- ج ٤ ص١٥٤.

(٤) البيهقي – السنن الكبرى – ج ١٠ص ١٤٤. الفروق- ج ٤ ص ٨٦.

(٥) الشوكاني– نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار – مكتبة الثقافة الدينية-ط١-١٤٢٤ هـ ٢٠٠٣م – ج٤ ص ٧٥٦ .

٢- استدل المانعون أيضا بحديث "شاهداك أو يمينه"[١].

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحكم بين الخصمين وقد علم بالمُحِق منهما من المبطل حتى يكون دليلا على عدم حكم الحاكم بعلمه،فليس للمدعى من المنكر إلا اليمين إن كان فاجرا. وفي رواية "وليس لك إلا ذلك"[٢]، فحصر الحجة فيما ذكره دون علم الحاكم، وهو المطلوب[٣].

اعترض الشوكاني- مرة أخرى- على الاستدلال بهذا الحديث بقوله :" إن التنصيص على البينة واليمين في الحديث لا ينفي ثبوت الحق بغيرهما، وأما قوله "ليس لك إلا ذلك " فلم يقله النبي صلى الله عليه وسلم وقد علم بالمحق منهما من المبطل حتى يكون دليلا على عدم حكم الحاكم بعلمه، بل المراد أنه ليس للمدعي من المنكر إلا اليمين وإن كان فاجرا ، حيث لم يكن للمدعي برهان"[٤].

٣- ماروي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث أبا جهم على الصدقة، فلاحه رجل في صدقته، فضربه أبو جهم فشجه، فأتوا النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا: القود يارسول الله، فقال :"لكم كذا وكذا"، فخطب فقال : إن هؤلاء الذين أتوني يريدون القود، فعرضت عليهم كذا وكذا فرفضوا، أفرضيتم ؟ قالوا :لا، فهم المهاجرون بهم ،فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكفوا عنهم ، فكفوا ثم دعاهم فزادهم ، فقال :أفرضيتم ؟ قالوا:نعم، قال: إني خاطب على الناس ومخبرهم برضاكم ؟ قالوا: نعم ،فخطب فقال :أرضيتم ؟ فقالوا: نعم[٥].

وجه الدلالة:أن الحديث نص في المدعي،لأن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم أولا برضاء هؤلاء القوم بما عرضه في مقابل عفوهم عن القود، ومع هذا فانه لم يحكم به عليهم، بل دعاهم فزادهم، فدل على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه[٦].

واعترض على هذا الاستدلال بأن هذا الحديث ليس فيه إلا مجرد وقوع الاخبار منه صلى الله عليه وسلم بما وقع به الرضا من الطالبين للقود، وإن كان الاحتجاج بعدم القضاء منه صلى الله عليه

---

(١) مضى تخريجه ص ٢٠.

(٢) مسلم -كتاب الشهادات- باب من اقتطع حق مسلم بيمين فاجرة- ج١ ص ١٦٩.ابن ماجه- كتاب الأحكام- باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه- ج٢ ص٧٧٨ رقم (٢٣٢٢).

(٣) ابن مفلح الحنبلي- المبدع في شرح المقنع- المكتب الإسلامي- بيروت - ١٣٩٩هـ- ج١٠ ص ٦١ ٦٢.

(٤) نيل الأوطار- ج٨ ص ٢٨٩ .

(٥) سنن أبي داود- كتاب الديات- باب العامل يصاب على يديه خطا- ج٤ ص ١٨١. النسائي- كتاب القسامة- السلطان يضرب على يده- ج٨ ص٣١. ابن ماجه-كتاب الديات- باب الجارح يفتدي بالقود- ج٢ ص٨٨١- رقم (٢٦٣٨). صحيح ابن حبان-كتاب السير-باب الخلافة والامارة- (٤٤٨٧). مسند الامام أحمد- ج٦ ص ٢٣٢.

(٦) الفروق- ج٤ ص٨٦ . بداية المجتهد- ج ٢ ص٤٧٠ ،٤٧١ .

وسلم بما رضوا به في المرة الأولى، فلم يكن هناك داعي له بالحكم عليهم[1].

٤- ماجاء في الصحيحين من قصة هلال وشريك :"إن جاءت به كذا، فهو لهلال" يعني الزوج"، وإن جاءت به كذا، فهو لشريك بن سحماء"، فجاءت به على النعت المكروه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لو كنت راجما أحدا بغير بينة لرجمتها "[2].

وجه الدلالة: دل الحديث على أن الحاكم لا يقضي في الحدود بعلمه، لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يقول إلا حقا، وقد وقع ماقال، ومع علمه بذلك لم يقم حد الزنا على المرأة، لعدم ثبوت لعدم ثبوت ذلك بالبينة أو بإقرارها[3].

واعترض على هذا الإستدلال بأن" النبي صلى الله عليه وسلم لم يعمل بعلمه لكونه قد حصل التلاعن، وهو أحد الأسباب الشرعية الموجبة للحكم بعدم الرجم، والنزاع إنما هو في الحكم بالعلم، من دون أن يتقدم بسبب شرعي ينافيه"[4].

ج- **أما الآثار عن الصحابة رضي الله عنهم:** فصحّ عن أبى بكر الصديق أنه قال: "لو رأيت رجلا على حد من حدود الله تعالى لم آخذه حتى يكون معي شاهد غيري"[5]. وعن عكرمة أن عمر ابن الخطاب قال لعبد الرحمن ابن عوف " لو رأيتُ رجلاً على حد زنا أو سرقة وأنت أمير،فقال: شهادتك شهادة رجل من المسلمين. قال: صدقت "[6]. وروى نحو هذا عن معاوية وابن عباس.

ومن طريق الضحاك: أن عمر اختُصِم إليه في شيء يعرفه، فقال للطالب: إن شئت شهدتُ ولم أقض، وإن شئت قضيت ولم أشهد"[7].

وجه الدلالة من الآثار : فدل الأثر الأول أن أبا بكر رضي الله عنه قد اعتبر علمه بإتيان رجل لموجب الحد مجرد شهادة، لا يجيز له الحكم على الفاعل .أما الأثر الثاني فأفاد أن عبد الرحمن بن عوف اعتبر علم الحاكم شهادة و أقره عمر على ذلك. أما الأثر الثالث فلم يحكم فيه عمر رضي الله

---

(١) نيل الأوطار- ج ٨ ص ٢٨٨ .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب اللعان- ج٥ ص٣٨٣ رقم(١٤٩٧). صحيح البخاري مع الفتح-كتاب اللعان- ج١٠ ص٦٣٩٢ رقم (٥٣١٠).

(٣) الفروق - ج٤ ص ٨٦، ٨٧.

(٤) نيل الأوطار- ج ٨ ص ٢٩٠ .

(٥) البيهقي- السنن الكبرى- ج١٠ ص١٤٤. مصنف عبد الرزاق رقم(١٥٤٥٦). المحلى - ج١٠ ص٦٢٥. الطرق الحكمية - ص٢٥١.

(٦) صحيح البخاري مع الفتح- كتاب الأحكام- باب الشهادة تكون عند الحاكم - ج١٥ ص٨٩٢٥ .

(٧) المحلى - ج١٠ ص ٦٢٦ .

عنه بما علمه، بل خير المدعي بين أن يحكم له ببينة، وبين أن يشهد له عند قاض آخر [1].

واعترض ابن حزم على الاستدلال بهذه الآثار بأن مخالفة الصحابة للمانعين في ذلك لأنهم لايحكمون فيما عرض عليهم حتى يكون معهم شاهد آخر، وهو قول يوافق من رأى أنه يحكم في الزنا بثلاثة وهو رابعهم، وبواحد مع نفسه في سائر الحقوق [2].

د- **وأما الآثار عن التابعين:** فصحّ عن شريح: أنه اختصم عنده اثنان، فأتاه أحدهما شاهد، وقال لشريح: وأنت شاهدي أيضا، فقضى له شريح مع شاهده بيمينه، وهذا محتمل. وصحّ عن الشعبي أنه قال: "لا أكون شاهدا وقاضيا". [3]

هـ - **ومن المعقول:** أن القضاء بعلم القاضي قضاء في دعوى بدون بينة ولا يمين، ولذلك فلا يكون القضاء صحيحا لأن الشرع قدّرَ الحكم بأحدهما، كما أن الحكم يفضي إلى اتهام القاضي والحكم بما يشتهي.

ويقول ابن القيم "ولو فتح هذا الباب- ولا سيما لقضاة الزمان – لوجد كل قاضي له عدوٌ السبيلَ إلى قتل عدوّه، ورجمه وتفسيقه، والتفريق بينه وبين امرأته. ولا سيما إذا كانت العداوة خفية، لا يمكن لعدوه إثباتها، وحتى لو كان الحق هو حكم الحاكم بعلمه لوجب منع قضاة الزمان من ذلك، وهذا إذا قيل في شريح وكعب بن سوار، وإياس بن معاوية، والحسن البصري، وعمران الطلحي. وحفص بن غياث، وأضرابهم: كان فيه ما فيه" [4].

يقول القاضي ابن رشد الحفيد :".. وأما من جهة المعنى، فالتهمة اللاحقة في ذلك للقاضي "(٥).

ويقول القرافي :"أن الحاكم غير معصوم، فيتهم بالقضاء بعلمه، فلعل المحكوم له ولى، والمحكوم عليه صديق، ولانعلم نحن ذلك، فحسمنا المادة صونا لمنصب القضاء عن التهم "(٦).

كما أن الشاهد مخصص للإثبات والقاضي مخصص للحكم، فلما لم يجز أن يكون الشاهد قاضيا بشهادته، لم يجز أن يكون القاضي شاهدا لحكمه(٧).

---

(١) القاضي عبد الوهاب-المعونة على مذهب عالم المدينة- تحقيق خميس عبد الحق- دار الفكر-بيروت ١٤١٥ هـ ١٩٩٥م- ج٣ ص ١٥٠٤. الطرق الحكمية- ١٧٦، ١٧٦، ١٧٩.ابن قدامة- الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل– المكتب الاسلامي- دمشق- بيروت- ط٥- ١٤٠٨هـ١٩٨٨م- ج٤ ص٣١١.

(٢) المحلى- ج ١٠ ص ٦٢٨ .

(٣) بداية المجتهد - ج٢ ص ٣٥٢.

(٤) الطرق الحكمية – ص ٢٥٤.

(٥) بداية المجتهد - ج٢ ص ٤٧١ .

(٦) الفروق - ج ٤ ص ٨٧ .

(٧) الماوردي-أدب القاضي-تحقيق محيي هلال سرحان- مطبعة العاني- بغداد- ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م- ج٢ ص٢٧٣.

أدلة المذهب الثاني:

واستدلوا على قولهم بما يأتي:

أ- من القرآن: قوله تعالى: "يا أيّها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين"(١).

وجه الدلالة: فقد أمرنا الله تعالى في هذه الآية الكريمة أن نقيم العدل كل حسب قدرته، وليس من العدل أن يعلم القاضي أن أحد الخصمين مظلوم والآخر ظالم، ويترك كلا منهما على جاله(٢).

اعترض على هذا الدليل بأنه ليس فيه أي محذور، فما دام المظلوم لم يأت بحجة يحكم له بها، فالحاكم معذور إذ لا حجة معه يُوصِكُ بها صاحبَ الحق إلى حقه وليس في ذلك أي مخالفة للقسط، بل من القسط أن لا يحكم بعلمه لوجود التهمة.(٣)

ب- ومن السنة: استدلوا بكثير من الأحاديث منها:

١- ما جاء في الصحيحين من حديث عائشة قالت: دخلت هندُ بنتُ عُتبَة امرأة أبي سفيان على رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بنيَّ إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل عليَّ في ذلك من جناح؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "خُذِي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك".(٤)

وجه الدلالة: في هذا الحديث حكم النبي صلى الله عليه وسلم لهند بن عتبه على أبي سفيان بأن تأخذ كفايتها وكفاية بنيها، ولم يسألها البينة، ولا أحضر الزوج(٥).

وأجيب عن هذا الاستدلال بأنه صلى الله عليه وسلم أفتى هند بنت عتبه بما قالته ولم يحكم لها. ولهذا لم يحضر الزوج، رغم أنه لم يكن غائبا عن البلد، فالحكم على الغائب عن مجلس الحكم الحاضر في البلد، وهو يقدر على الحضور ولم يوكله وكيلا لا يجوز.

وأيضا فإنها لم تسأله الحكم، وإنما سألته "هل يجوز لها أن تأخذ ما يكفيها ويكفي بنيها؟" وهذا استفتاء محض، فالإستدلال به على الحكم سهو(٦).

٢- واحتجوا بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "من رأى منكم منكرا فليُغَيِّرُه بيده، فإن لم يستطع

---

(١) سورة النساء – الآية ١٣٥.
(٢) المحلى - ج١٠ ص ٦٢٩ . الطرق الحكمية- ص ٢٥٣. الفروق - ج٤ ص ٨٨ .
(٣) الطرق الحكمية – نفس الموضع. الفروق - ج٤ ص ٩٠ .
(٤) صحيح البخاري مع الفتح-كتاب النفقات- ج١١ ص٦٤٦٣ رقم (٥٣٦٤). مسلم – كتاب الأقضية – باب قضية هند – ج٦ ص٢٤٨ رقم (١٧١٤). البنا- الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل- كتاب النفقات- ج١٧ ص ٥٩ رقم (٢٩).
(٥) الفروق - ج٤ ص ٨٧.
(٦) الطرق الحكمية - ص ٢٥١. نيل الأوطار – ج ٤ ص ٧٥٥.

فبلسانه، فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان"[1].

وجه الدلالة: دل هذا الحديث أن كل مسلم مكلف بأن يغير المنكر ما أمكنه ذلك، ولما كان القاضي داخلا في عموم هذا الحديث كان هو الآخر مكلفا بإزالة المنكر، فإذا رأى القاضي عدوان رجل على رجل وغصبه ماله، أو سمع طلاقه لامرأته، ثم رأى الرجل مستمرا على إمساك الزوجة، قد أقرَّ على المنكر الذي أمر بتغييره. والقول بعدم جوازَ حكم القاضي بعلمه هو إهدار لهذا الحديث[2].

واعترض أصحاب المذهب الأول على هذا الدليل بأن القاضي مأمور بتغيير ما يعلم الناس أنه منكر، بحيث لا تتطرق إليه تهمة في تغييره، فإذا عمد إلى رجل مع زوجته وأمته ولم يشهد أحد أنه طلقها ولا أعتقها، ولا سمع بذلك أحد قط، ففرق بينهما، وزعم أنه طلق وأعتق فإنه ينسب ظاهرا إلى تغيير المعروف بالمنكر، وفيه محض التهمة[3].

٣ - أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى فرسا، فجحده البائع، فقال عليه السلام" من يشهد لي ؟"فقال خزيمة بن ثابت: يا رسول الله، أنا أشهد لك ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم "كيف تشهد ولا حضرت؟، فقال خزيمة: يارسول الله تخبرنا عن خبر السماء فنصدقك، أفلا نصدقك في هذا؟، فسماه رسول الله ذا الشهادتين" [4].

وجه الدلالة: دل هذا الحديث على حكمه صلى الله عليه وسلم لنفسه بما علمه، حيث لم يعط البائع الفرس، فيجوز أن يحكم لغيره بعلمه بالأولى، لأنه أبعد عن التهمة من القضاء لنفسه بالاجماع .

واعترض على الاستدلال بهذا الحديث بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحكم لنفسه بعلمه حين لم يعط الفرس، فليس في الحديث ما يدل على أنه أخذ الفرس من الأعرابي[5].

ج- ومن الآثار: ماروي عن عائشة أن فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أرسلت إلى أبي بكر تسأله ميراثها من رسول الله صلى الله عليه وسلم مما أفاء الله عليه بالمدينة وفدك ومابقي من خمس خيبر، فقال أبوبكر إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:"لا نورث ما تركنا صدقة، إنما يأكل آل محمد في هذا المال". وإني، والله لا أغير شيئا من صدقة رسول الله صلى الله عليه وسلم عن حالها التي كانت عليها في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم، ولأعملنّ فيها بما عمل به

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي-كتاب الإيمان-باب كون النهي عن المنكر من الإيمان- ج١ ص٥٠.ابن ماجه-كتاب الفتن-باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر-ج٢ ص١٣٣٠ رقم(٤٠١٣) عن أبي سعيد الخدري.

(٢) المحلى - ج١٠ ص ٦٢٩ .

(٣) الطرق الحكمية – ص ٢٥٤.

(٤) أبوداود- كتاب الأقضية- باب اذا علم الحاكم صدق الشاهد الواحد يجوز له أن يحكم به(٣٦٠٧). شرح معاني الآثار- كتاب القضاء والشهادات- باب القضاء باليمين مع الشاهد- ج٤ ص١٤٤، ١٤٦.

(٥) الفروق - ج٤ ص ٩٠ .

رسول الله، فأبى أبو بكر أن يدفع إلى فاطمة شيئا"[١].

وجه الدلالة: أن أبا بكر رضي الله عنه قد حكم فيما تركه رسول الله صلى الله عليه وسلم بما علمه منه في حال حياته بشأن تركته، وهذا دليل على جواز قضاء القاضي بعلمه[٢].

واعترض بأن الاستدلال هنا بهذا الأثر لا يصح، لأن أبا بكر لم يحكم بعلمه، وإنما علم وتحقق من بطلان دعوى فاطمة، فدفعه بما علمه ما خفي عليها من سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، فأين هذا من حكم القاضي بعلمه ؟[٣].

د- ومن آثار تابعي التابعين: ما ذهب إليه عمر بن عبد العزيز إلى القول بأنه لا يجوز للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي فيما عدا حد الزنا[٤].

واحتج ابن حزم لهذا القول بقول النبي صلى الله عليه وسلم "بَيِّنَتُكَ أو يمينُه". قال: "ومن البينة التي لا بينة أبين منها: صحة علم الحاكم بصحة حقه، فهو في جملة هذا الخبر"[٥].

نوقش هذا الاستدلال بأن قوله صلى الله عليه وسلم "بينتك"، و "البينة" اسم لما يبين الحق، بحيث يظهر المحق من المبطل، وعلم الحاكم ليس ببينة[٦].

هـ - من المعقول: أن القاضي يقضي بشاهدين، وذلك يفيد ظنا. وإذا كان يحكم بغلبة الظن فما تحقق منه بعلمه أولى بالجواز[٧].

كما أن التهمة قد تدخل عليه من قبل البينة، فيقبل قول من لا يقبل ، ولو لم يحكم الحاكم بعلمه لفسق في صور منها أن يعلم ولادة امرأة على فراش رجل، فيشهد أنها مملوكته ، فإن قيل البينة مكنه من وطئها، وهي إبنته، وهو فسق. أو سمع رجلا يطلق ثلاثا فأنكر الرجل ،فشهدت البينة بواحدة، إن قبل البينة مكن من الحرام، وإلا حكم بعلمه[٨].

نوقش هذا الاستدلال بأن العلم أفضل من الظن، إلا أن استلزامه للتهمة وفساد منصب القضاء

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح – كتاب فرض الخمس- ج٧ ص٣٦٨٥ رقم(٣٠٩١). صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب الجهاد والسير- باب قول النبي صلى الله عليه وسلم لا نورث ماتركناه فهو صدقة- ج٦ ص٣٢٠ رقم(٧٥٩) واللفظ له.

(٢) الطرق الحكمية - ص٧٧ .

(٣) المرجع نفسه- نفس الموضع .

(٤) د.أحمد عبد المنعم البهي – المرجع السابق- ص ٣٤ .

(٥) المحلى- ج ٩ ص ٤٢٨ .

(٦) الطرق الحكمية- ص ٢٥٣.

(٧) الفروق - ج ٤ ص ٨٨. المغني ومعه الشرح الكبير-ج١١ص ٤٠٢. الطرق الحكمية- ص ٢٥٢. نيل الأوطار- ج ٨ ص ٢٨٩ .

(٨) الفروق - ج٤ ص ٨٩.

أوجب مرجوحيته، لأن الظن في القضاء يخرق الأبهة، ويمنع من نفوذ المصالح، والتهمة مع مشاركة الغير أضعف بخلاف ما يستقل به. أما عدم حكمه بعلمه في تلك الصور ليس فسقا وإنما تركا للحكم، وترك الحكم ليس بحكم [١].

أدلة المذهب الثالث:

احتج لقول أبي حنيفة بأنه في غير مصره وغير ولايته، شاهد لا حاكم، وشهادة الفرد لا تقبل، كما لو علم بالبينة العادلة، ثم وُلِيَ القضاء، فإنه لا يعمل بها، وما علمه أثناء الولاية هو بمنزلة ما سمعه من الشهود في ولايته.

اعترض ابن حزم على هذا القول بأنه لا يؤيده قرآن ولا سنة ولا رواية سقيمة ولا قياس صحيح، ولم يقل به أحد قبل أبي حنيفة، وما علمه القاضي قبل الولاية وبعد جلوسه للناس كله قد صح عنده، ولا وجه لأن يحكم بعلم دون آخر [٢].

أما الحدود، فلا يقضي بعلمه فيها، لأنه حق خالص لله تعالى وهو نائبه إلا في حد القذف، لما فيه من حق العبد [٣]. واستدلوا على ذلك بما يأتي:

أ- **من السنة:**

١- ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في قضية الملاعنة، وقوله "لو كنتُ راجما أحدا بغير بينة لرجمتها" [٤].

وجه الدلالة: ظاهر هذا الحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم قد علم بزنا هذه المرأة ولم يحكم بعلمه. فهذا الحديث وإن كان واردا في الزنا إلا أنه يشمل بقية الحدود الخالصة لله بطريق القياس [٥].

٢- ماروي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :"ادرؤوا الحدود بالشبهات " [٦].

وجه الدلالة: أن قضاء القاضي بعلمه فيه شبهة، لتطرق التهمة اليه في حكمه، فلزم درء الحدود

---

(١) الفروق ج٤ ص ٩٠.
(٢) المحلى- ج١٠ ص ٦٢٧.
(٣) المبسوط- ج ١٦ ص ١٠٤ وما بعدها . بدائع الصنائع- ج٧ ص٧ .
(٤) مضى تخريجه.
(٥) المبسوط – ج ٩ ص١٢٤ ومابعدها. الفروق – ج ٤ ص ٤٥. المعونة- ج٣ ص ١٥٠٣. نيل الأوطار- ج ٨ ص ٢٩٠. وقد مضى بيان ما ورد على هذا الحديث من اعتراض .
(٦) السيوطي – الجامع الصحيح - ص ١١، ١٢ ورمز له بالصحة .

بالشبهة، وذلك بعدم حكم القاضي فيها بعلمه [١].

اعترض ابن حزم ببطلان هذا الحديث وعدم صحة نسبته إلى النبي صلى الله عليه وسلم، الذي لم يفرق بين الحدود وغيرها في الحكم في كل ذلك بالحق الذي يعلمه القاضي، وعلى فرض صحته فإن درء الحدود يؤدي الى إبطالها، وهو خلاف الشرع، لأن كل إنسان يستطيع أن يدرأ كل حد فلا يقيمه، فلا يقوم هذ الحديث حجة لما ذهبوا إليه [٢].

ب- **ومن آثار الصحابة:** ما روي عن أبي بكر الصديق أنه قال: "لو وجدت رجلا على حد من حدود الله لم أخذه حتى يكون معي غيري" [٣]. ويفهم من هذا الأثر أن القاضي لا يقضي بعلمه في الحدود التي هي خالصة لله.

اعترض على هذا الأثر بأن الشارع الحكيم قد حدد نصاب الشهادة في الحدود، ولا حجة في قول أحد- ولو كان صحابيا- دون رسول الله صلى الله عليه وسلم .

ج- **ومن المعقول:** أن الحدود الخالصة ليس فيها خصم يطالب بإقامتها، فمنع من ذلك سدا لباب التهمة على نفسه، وأنه أقام الحد بغير حق، وهو مأمور بعون نفسه عن مواطن الشبهات [٤].

الرأي الراجح :

إذا منعنا القاضي من إصدار حكمه استنادا إلى علمه الشخصي فإنه قد يهدر علمه اليقيني، ويستند إلى أدلة تفيد علما ظنيا، وقد تكون الأدلة زائفة وهو يعلم زيفها.

أما إذا أجزنا للقاضي أن يقضي بعلمه الشخصي، فإنه قد يموت ضميره ولا يراعي حقوق الناس فيحكم بشهواته لمن يحب على من يبغضه فيحل المذنب بريئا والبريء مذنبا [٥].

وإذا كان كلا الأمرين فيه ضرر فإن من قواعد الشريعة الإسلامية إذا وجدت مفسدتين يرتكب المفسدة الصغرى لدفع المفسدة الكبرى، ويتحمل الضرر الأخف دفعا للضرر الأشد. وأخف الضررين والمفسدتين هو عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي، فضلا عن قرائن التهمة الظاهرة واحتياطا لدماء الناس وأموالهم وأعراضهم.

يقول ابن القيم رحمه الله في خلاصته لبحثه هذه المسألة: "فإن التهمة مؤثرة في باب الشهادات والأقضية ، وطلاق المريض وغير ذلك، فلا تقبل شهادة السيد لعبده، ولا العبد لسيده، ولا شهادة

---

(١) مغني المحتاج - ج ٤ ص ٣٩٨ .
(٢) المحلى - ج١٠ ص ٦٢٨ .
(٣) الطرق الحكمية ص ٢٥٣. نيل الأوطار – ج ٨ ص ٢٨٩، ٢٩٠.
(٤) أحمد إبراهيم بك- طرق الإثبات الشرعية- ص ٦. د. عنتر سيد جودة الشريف- المرجع السابق-ص ٤٢.
(٥) وقد نقل بعض أصحاب الشافعي عنه أنه كان يرى القضاء بعلم القاضي، لكنه لايفتي به خوفا من قضاة السوء، وهذا من فقه الامام وتقديره للمصلحة . ابن أبي الدم- كتاب أدب القضاء وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات- تحقيق د.محمد مصطفى الزحيلي- مطبعة زيد بن ثابت- دمشق-١٣٩٥هـ ١٩٧٥م- ص ١١٧ .

الوالد لولده، وبالعكس، ولا شهادة العدو على عدوه، ولا يقبل حكم الحاكم لنفسه، ولا ينفذ حكمه على عدوه، ولا يصح إقرار المريض مرض الموت لوارث ولا لأجنبي، عند مالك، إذا قامت شواهد التهمة، ولا تمنع المرأة الميراث بطلاقه لها لأجل التهمة، ولا يقبل قول المرأة على ضرتها أنها أرضعتها – إلى أضعاف ذلك مما يرد ولا يقبل للتهمة.

ولقد كان سيد الحكام صلوات الله وسلامه عليه يعلم من المنافقين ما يبيح دماءهم وأموالهم، ولا يحكم فيه بعلمه، مع براءته عند الله وملائكته وعباده المؤمنين من كل تهمة، لئلا يقول الناسك إن محمداً يقتل أصحابه، ولما رآه بعض أصحابه مع زوجته صفية بنت حيي قال: "على رسلكما إنما هي صفية بنت حُيي"(١) لئلا يقع في نفوسهما تهمة له." وينهي كلامه المانع النافع بترجيح القول بالمنع "ومن تدبر الشريعة، وما اشتملت عليه من المصالح، وسد الذرائع، تبين له الصواب في هذه المسألة".(٢)

فضلا عن أن القواعد الشرعية تقضي أن لا يكون القاضي خصما وحكما في الوقت ذاته، فهو عند حكمه بعلمه فهو شاهد وخصم في آن واحد، مما يكون مجلبة للريبة ومظنة للتهمة فكان القول الأول أولى بالقبول.

الفرع الثاني: مبدأ دور الخصوم الايجابي في الإثبات القانوني

أولا: القواعد التي تحكم الدور الايجابي للخصوم في الاثبات القانوني:

إن الدور الايجابي للخصوم في الإثبات القانوني تحكمه قواعد أربعة نوجزها فيما يأتي:(٣)

١- حق الخصم في الإثبات: لكل خصم الحق في أن يثبت ما يدعيه أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون، فله أن يقدم ما تحت يده أو ما يتمكن من إبرازه من الأدلة تأييدا لدعواه، وللقاضي بعد ذلك الحرية الواسعة في تقدير هذه الأدلة.

٢- حق الخصم في إثبات العكس: أو مايسمى بمبدأ المجابهة بالدليل، ومعناه أن كل دليل يتقدم به الخصم لإثبات دعواه يكون للخصم الآخر مناقشة هذا الدليل إما بتأييده أوبإثبات عكسه، ومن ثم فلا يجوز للقاضي أن يأخذ بدليل دون أن يعرضه على من يحتج عليه به، وتمكينه من مناقشته والطعن

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح- كتاب الإعتكاف- باب هل يخرج الرجل المعتكف لحوائجه إلى باب المسجد-ج٥ ص٢٦٧٥ رقم (٢٠٣٥). صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب السلام- ج٧ ص ٤١١ رقم (٢١٧٥).

(٢) الطرق الحكمية – ص ٢٥٥.

(٣) د. محمود محمد هاشم – القضاء ونظام الإثبات في الفقه الإسلامي والأنظمة الوضعية – جامعة الملك سعود – الرياض – ١٩٨٨ – ص ١٤٣ ومابعدها. د.عبد الرزاق السنهوري- المرجع السابق- ج٢ ص٣٦ ومابعدها. د.عنتر سيد جودة الشريف – المرجع السابق– ص ٤٤ وما بعدها. وهذه القواعد هي مبادئ متفرعة عن مبدأ عبء الإثبات.

فيه.

٣- عدم جواز الأخذ بدليل يصطنعه أحد الخصوم لنفسه: الأصل في القانون أنه لا يجوز للقاضي أن يقضي للخصوم بناء على دليل من صنع هذا الخصم نفسه، كوثيقة صادرة عنه.

٤ – عدم جواز إجبار الخصم على تقييم دليل ضد نفسه: القاعدة العام في القانون أن الإثبات حق للخصم، ومن ثم فلا يجوز إجباره على تقديم الدليل على الواقعة التي يدعيها خصمه. وجرى القضاء المصري (١) على هذا الأصل مع إجازة تكليف الخصم خصمه بتقديم ورقة موجودة تحت يده من شأنها إثبات الحق المدعى به، وعلى أن يكون امتناع الأخير عن تقديمها محل اعتبار من المحكمة بحسب دلالتها المحتملة. ثم جاءت نصوص قانون الإثبات تؤكد ذلك من خلال نص المادة ٢٠ التي تنص على أنه "يجوز للخصم في الحالات الآتية أن يطلب إلزام خصمه بتقديم أي محرر منتج في الدعوى يكون تحت يده:

أ) إذا كان القانون يجيز مطالبته بتقديمه أو تسليمه.

ب) إذا كان مشتركا بينه وبين خصمه، ويعتبر المحرر مشتركا على الأخص إذا كان المحرر لمصلحة الخصمين أو كان مثبتا لالتزاماتهما وحقوقهما المتبادلة.

ج) إذا استند إليه خصمه في أية مرحلة من مراحل الدعوى".

ثانيا: قضاء القاضي بعلمه الشخصي في القانون:

إن المتتبع لنصوص قوانين الإثبات وشروحها المختلفة يجد إجماعا على منع قضاء القاضي بعلمه الشخصي. ففي حين لم نجد إشارة من قريب أو بعيد في نصوص الإثبات تعتد بعلم القاضي في مقابل الآثار الصريحة لوسائل الإثبات الأخرى. نجد شراح تلك القوانين يقضون بالمنع صراحة، ولكن منع قضاء القاضي بعلمه الشخصي هل يتفرع من مبدأ حياد القاضي أم هو فرع من حق الخصوم في مناقشة الأدلة؟

اختلف الشراح في هذه المسألة، إذ يرى بعضهم (٢) أن المنع إنما هو نتيجة ترتبت على حق الخصوم في مناقشة أي دليل، ذلك أن علم القاضي إذا قضى به يكون دليلا في القضية، ولما كان للخصوم حق مناقشة هذا الدليل اقتضى الأمر أن ينزل القاضي منزلة الخصوم، فيكون خصما وحكما في وقت واحد، وهذا لا يجوز.

بينما يرى البعض الآخر (٣) أن منع القاضي من الحكم بمعلوماته الشخصية لا يتأتى من مبدأ حق الخصوم في مناقشة الأدلة التي تقدم في دعوى، وإنما يتأتى من أن ما شاهده القاضي أو ما سمعه مما يتصل بوقائع القضية سوف يؤثر حتما في تقديره، بل يشكك في هذا التقدير، وهو عندئذ

---

(١) نقض مدني ٢ أبريل ١٩٣٦ والطعن رقم ٥٧٩- فهرس الخمس وعشرين سنة- ص ٢٦ رقم ٦ .

(٢) د.عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق - ج ٢ ص ١٨ .

(٣) د. سليمان مرقس – أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية – ج١ ص١٨ .

يصلح أن يكون شاهدا في القضية ليقدر قاضى أخر شهادته، وإنما لا يصلح أن يكون قاضيا.

ونخلص مما سبق إلى حصول إجماع في القانون الوضعي على عدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي في القضية المعروضة عليه[١]. وهو يتفق بهذا المنع مع الرأي الراجح في الفقه الإسلامي بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه. ونرى أن التعليل الأخير لشراح القانون الوضعي بالمنع أكثر اتفاقا مع ما عليه الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني

عبء الإثبات

يقصد بعبء الإثبات تكليف أحد المتخاصمين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه، وسمي التكليف بالإثبات عبئا، لأنه حمل ثقيل يحتاج من كلف به لأدلة يثبت بها صحة دعواه أمام القضاء، وقد لا يكون مالكا لها.

من الذي يكلف بالإثبات؟ (في بيان المدّعى من المدَّعى عليه):

لا تقوم الدعوى إلا بين طرفين، أحدهما مدعي، والآخر مدعى عليه، ولعل من أهم الإشكالات التي تطرح على القضاء في إثبات أحكام الأسرة وفي غيرها، وأهم المسائل التي تبن عليها خصوماتها ومسائل الدعوى هو معرفة من المدعي ومن المدعى عليه، ذلك أنه يتوقف على ذلك توجيه عبء الإثبات.

وقد وضع النبي صلى الله عليه وسلم القاعدة في الدعاوى ومن يكلف بالإثبات بقوله صلى الله عليه وسلم "البينة على المدعى واليمين على من أنكر"[٢]. وفي الحديث الآخر "لو يعطى الناس بدعواهم لا دعي ناس دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه"[٣].

والفقهاء لم يختلفوا في حكم ما لكل من طرفي الدعوى، وأن على المدعى البينة إذا أنكر المطلوب، وأن على المدعىً عليه اليمين إذا لم تقم البينة. ولكن الخلاف يحصل في تحديد المدعى

---

(١) وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه"لا يجوز للقاضي المساهمة في جمع الأدلة أو الإستناد إلى أي دليل علمه بنفسه، أو أن يحكم طبقا لمعلوماته الشخصية". نقض مدني مصري في١٩٧٨/٠٤/١٢- الطعن رقم ٤٩٠ لسنة ٤٤ قضائية- سنة ٢٩ - القاعدة رقم ١٩٦- ص ٩٩٩ .

(٢) سنن البيهقي- كتاب الدعوى والبينات-باب البينة على المدعى واليمين على من أنكر-ج١٠ ص٢٥٣،٢٥٢.

(٣) مسلم- كتاب الأقضية- باب اليمين على المدعى عليه- ج٥ ص ١٢٨. ابن ماجه-كتاب الأحكام- باب البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه- ج٢ ص٧٧٨ رقم (٢٣٢١).
قال شمس الأئمة الإمام السرخسي:"قال النبي صلى الله عليه وسلم البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه، وهذا وإن كان من أخبار الآحاد، فقد تلقاه العلماء رحمهم الله بالقبول والعمل به، فصار في حيز التواتر، وعُدَّ هذا من جوامع الكلم، على ما قال عليه الصلاة والسلام: "أوتيت جوامع الكلم واختصر لي اختصارا" فقد تكلم كلمتين استنبط العلماء رحمهم الله منها ما بلغ دفاتر فقال الحكمة النبوة، وفصل الخطاب: البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه". المبسوط - ج١٧ ص٢٨ .

والمدعى عليه.

وقد ذُكِر عن شريح القاضي أنه قال: "وُلِيتُ القضاء وعندي أني لا أعجز عن معرفة ما يُتخاصم إليَّ فيه، فأول ما ارتفع إليَّ خصمان أشكل عليَّ من أمرهما من المدعي ومن المدعى عليه."(١)

يقول ابن فرحون المالكي في تبصرته "اعلم أن القضاء يدور على معرفة المدَّعى ومن المدَّعى عليه لأنه أصل مشكل"(٢). وفي قوانين الأحكام الشرعية لابن جزي" عن سعيد بن المسيب أنه قال: من عرف المدعى والدعي عليه، لم يلتبس عليه ما يحكم به بينهما"(٣).

وقد وضع الفقهاء ضوابط للتمييز بين المدعي والمدعى عليه، ولعل أهمها ما يأتي:

١- المدعي من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه من كان قوله على وفق أصل أو عرف، فالمدعي من تجردت دعواه عن أمر يصدّقه أو كان أضعف المتداعيين أمرا في الدلالة على الصدق أو اقترن بها ما يوهنها عادة. ومن ترجّح جانبه بشيء من ذلك فهو المدعى عليه فمن ادعى على آخر دينا أو ادعى وفاء ما عليه أورد ما عليه من غير أمر يصدقه، أو جناية، أو طلاق، أو قذف فهو مدعى، لأنه جاء بخلاف الأصل والمعهود(٤)، ذلك أن الأصل والمعهود براءة الذمة، وعدم ما ذكر. قال بذلك القرافي(٥) وابن عباس وابن الحاجب من المالكية وجمهور الفقهاء(٦).

٢- المدعي من يطلب أخذ أو استحقاق شيء عن غيره عينا أو دينا أو حقا، أو يطلب البراءة منه. والمدعى عليه من يدفع ذلك أو ينفيه. فالطالب دائما مدع والدافع المنكر مدعى عليه(٧). وهو قول ابن عمر بن عبد البر المالكي وابن عقيل الحنبلي.(٨)

---

(١) تبصرة الحكام – ج١ ص ١٠٦. معين الحكام- ص ٥٢.

(٢) تبصرة الحكام – ج١ ص ١٠٥.

(٣) قوانين الأحكام الشرعية – ص ٣١٤.

(٤) قال ابن عبد السلام:"والمعهود هو شهادة العرف والأصل استصحاب الحال".تبصرة الحكام-جـ١ص ١٠٥.

(٥) جاء في الذخيرة للقرافي ج٤ ص٣٨٦: "وليس المدعى هو المطلوب اتفاقا، بل كل من عضد قوله عرفٌ أو أصلٌ، فهو مدّعى عليه، وكل من خالف قوّله عُرف أو أصل، فهو مدع. والمودع يقبض ببينة ، فلا يقبل قوله في الرد، إلا ببيّنة، فإن ادعى الرد بغيرها فهو مدع".

(٦) وقد ذكر ابن فرحون عن ابن شاس قوله: "المدعي من تجردت دعواه عن أمر يصدقه، أو كان أضعف المتداعيين الآخر ما يخالفه، فالأول المدعى، والثاني المدعى عليه، وكذلك كل من ادّعى وفاء ما عليه، من غير أمر يصدق دعواه فإنه مدع". تبصرة الحكام – ج١ ص ١٠٥.

(٧) وقد يكون الطالب في بعض الأحيان مدعى عليه، كأن يتداعى خباز ودباغ جلدا، فإن الدباغ مدعى عليه، وكاختلاف الزوجين في متاع البيت وفيه ما يصلح للرجل وما يصلح للمرأة.

(٨) تبصرة الحكام – نفس الموضع. في بدائع الصنائع- ج ٨ ص٣٩٢٢، وجاء فيه "وقال بعضهم المدعى من يخبر عمّا في يد غيره لنفسه، والمدعى عليه من يخبر عما في يد نفسه لنفسه، فيتفضلان بذلك عن الشاهد، والمقر والشاهد من يخبر عمّا في يد غيره لغيره، والمقر من يخبر عما في يد نفسه لغيره".

٣- المدعي من إذا سكت ترك وسكوته، والمدعى عليه من إذا سكت لم يترك وسكوته. أي أن المدعي إذا ترك الدعوى انقطعت الخصومة، أما المدعى عليه فيجبر عليها. قال بهذا الضابط الحنفية والشافعية في قول و الحنابلة في الصحيح من المذهب.(١)

٤- المدعي من يدعى أمرا خفيا ويخالف أمره الظاهر، والمدعى عليه من تمسك بالظاهر، ويوجب قوله ذلك(٢). قاله الشافعي في القول الأظهر.

هذه هي أهم الضوابط التي وضعها الفقهاء للتمييز بين المدعى والمدعى عليه وأشهرها. وبالتأمل فيها يتبين أن أرجحها وأقربها للتفرقة بين المدعي والمدعى عليه هو الضابط الأول والأخير، ذلك أنهما يحومان على شيء واحد وهو الأصل والظاهر أو الغالب، فمن وافق أمره الأصل كان أمره ظاهرا، ومعلوم أن الظاهر قد يكون عرفا أو أمرا بيّنا غير خفي، والبينات إنما شرعت لإثبات خلاف الأصل والظاهر.

ودليل ذلك أن النبي صلى الله عليه وسلم طلب البينة من المدعي، واليمين من المنكر في خصومات معينة، مثل ما جاء عن الأشعث بن قيس أنه قال: كان بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصمنا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: شاهداك أو يمينه، فقلت: إذا يحلف ولا يبالي. فقال: من حلف على يمين صَبْر يقتطع بها مال امرئ مسلم – هو فيها فاجر – لقي الله وهو عليه غضبان". وفي رواية فقال: "بيّنتك : أنها بئرك و إلا فيمينه"(٣).

وعن وائل بن حُجْر قال: جاء رجل من حضرموت، ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال الذي من حضرموت: يا رسول الله، إن هذا غلبني على أرض كانت لأبي، فقال الكندي: هي أرضي في يدي أزرعها، ليس له فيها حق، فقال النبي صلى الله عليه وسلم "ألك بينة؟" فقال: لا. قال: "فلك يمينه"، فقال: يا رسول الله، الرجل فاجر ولا يبالي على ما حلف عليه، وليس يتورع

---

(١) ابن الهمام- شرح فتح القدير وبهامشه شرح العناية على الهداية للبابرتي - المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق– مصر- دون تاريخ طبع-ج٦، ص ١٣٨. معين الحكام- ص ٥٢. كتاب أدب القضاء ص ١٨٥. تبصرة الحكام – ج١ ص ١٠٦. بدائع الصنائع – ج٨ ص ٣٩٢٢. نيل الأوطار– ج ٤ ص ٧٧٤.
جاء في العناية على الهداية مع الفتح – ج٦ ص ١٣٨: "المدعى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها والمدعى عليه من يجبر. قال القدوري في الكتاب وهو حد عام صحيح، وقيل المدعى من لا يستحق إلا بحجة يعني البينة أو الإقرار كالخارج والمدعى عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد. وقيل المدعى من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر." المغني - ج١٢ ص ١٦٢.
وذهب بعضهم إلى أن ضابط السكوت أو عدمه فيه نظر، لأن كل ساكت لا يطالب بشيء فإنه متروك، وهو أمر عام من أن يكون مدعيا أو مدعى عليه، فتعريفه بالسكوت وعدمه ليس بشيء. الإنصاف– ج١١ ص٣٧٠.
(٢) شرح فتح القدير- ج٦ ص١٣٩. بدائع الصنائع – ج٨ ص ٣٩٢٣.، ومثال ذلك أن يتنازع الزوجان قبل الدخول، فيدعى الزوج أنهما أسلما سويا، وتدعى الزوجة أنهما أسلما على التعاقب، فالزوج يدعى صحة العقد، وهو الأصل والظاهر، وهي تدعي بطلانه وهو خلاف الظاهر، فتكون هي المدعية، ويكون الزوج هو المدعى عليه. الإنصاف – ج١١ ص ٣٧٠. د.عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي- المرجع السابق- ص ٦١.
(٣) البيهقي– كتاب الدعوى والبينات –باب البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه – جـ ١٠ ص٢٥٣.

من شيء. فقال: "ليس لك منه إلا ذلك"[1].

ففي الحديث الأول طلب النبي صلى الله عليه وسلم من الأشعث بن قيس وكان مدعيا اليمين لأنه يدعى خلاف الأصل. ولم يوجب على المطلوب إلا اليمين مع أنه كان يهوديا. وكذلك في الحديث الثاني كون الأرض في يد الكندي ويقوم بزراعتها أمر ظاهر بيّن. أما ادعاء الحضرمي شغل ذمة الكندي فيكون بذلك مدعيا خلاف الظاهر، فيطالب بينة شغل ذمة الكندي، أما الأخير فلا يطالب إلا باليمين، مع ذكر المدعى لفجوره[2].

وقد جعل الشارع البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه لحكمة جليلة ظاهرة، وهي أن قول المدعى جاء بخلاف الظاهر. فكان طرفه ضعيفا، لذا حلف بما تتقوى بها حجته في الدعوى. والعمل بهذا القضاء تستقيم به أمور الناس وتستقر أوضاعهم، وتحفظ أموالهم وتصان أعراضهم، وتعصم دماؤهم إلا بحقها. ولا يقوم هذا الحق إلا بالبينة الشرعية، كما تردع بذلك الإدعات الكاذبة. ولقوة جانب المدعى عليه لم يكلف إلا باليمين، لاتفاقه مع الأصل وهو فراغ ذمته وبراءته مما يدعيه المدعي، فاكتفى فيه باليمين، وهي الحجة الضعيفة، وجعلت البينة على المدعي لضعف جانبه، فعلى قدر قوة أو ضعف الطرف يكون العبء ضعيفا أو ثقيلا[3].

وقد يقول قائل: إن الأصل والظاهر ثابت إلى جانب المدعى عليه: فلِمَ يكلف باليمن؟

يجاب عن ذلك بأن تكليفه باليمين كان لسببين:

الأول: احتمال كذبه في إنكاره فشرعت في جانبه ليمين لعله يمتنع عنها فيقضي عليه بالنكول، فكثير من الناس لا يتجرؤون على اليمين الكاذبة خوفا من العقاب الأخروي الذي يترتب عليها أو أن تصادف قدراً، فتنسب إلى اليمين.

الثاني: أن دلالة تلك المرجحات دلالة في غاية الضعف فلم تكن وحدها صالحة للاعتماد عليها في الحكم، خاصة وقد عارضتها دعوى المدعى مما زادها ضعفا على ضعف، فكانت في حاجة إلى

---

(١) البيهقي- كتاب الدعوى والبينات- باب الرجلين يتنازعان المال وما يتنازعان في يد أحدهما- ج١٠ ص٢٥٤. الترمذي- كتاب الأحكام- باب ماجاء في أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر- ج ٣ ص٦٢٥ رقم (١٣٤٠).

(٢) الطرق الحكمية - ص ١٢٦. نيل الأوطار - ج ٤ ص ٣٤١.

(٣) فاليمين إنما كانت في جانب المدعى عليه، حيث لم يترجح جانب المدعي بشيء غير الدعوى، فيكون جانب المدعى عليه أولى باليمين، لقوته بأصل براءة الذمة، فكان هو أقوى المدعيين باستصحاب الأصل، فكانت اليمين في جهته: فاليمين تشرع من جهة أقوى المتداعيين، فأي من الخصمين ترجح جانبه جعلت اليمين من جهته، سواء كان مدعيا أو مدعى عليه، وهو مذهب الجمهور مالك والشافعي وأحمد، وغيرهم، أما الحنفية فلا يحلفون إلا المدعى عليه وحده. ولاشك أن مذهب الجمهور هو الراجح لموافقته للأدلة، حيث ثبت عن النبي صلى الله عليه سلم أنه قضى بالشاهد واليمين، وثبت عنه أنه عرض الأيمان في القسامة على المدعين أولا، فلما أبوا جعلها من جانب المدعى عليهم، كما جعل الله تعالى أيمان اللعان من جانب الزوج أولا، لأن جانبه أرجح من جانب المرأة، فشرعت اليمين في جانبه. أنظر في تفصيل ذلك: تبيين الحقائق-ج ٤ ص٢٩٤. إعلام الموقعين- ج١ ص١٠١، ١٠٢. الطرق الحكمية- ص ١٠٠.

دليل آخر يقويها وهي اليمين[1].

وعبء الإثبات لا يثقل كاهل أحد الخصمين دون الآخر وإنما هو يوزع بين الخصمين كما رأينا[2]. وقد تدفع الدعوى بدعوى أخرى، كما قد يدفع الدفع وهكذا، وفي هذه الحال يصير المدعى الأول، مدعى عليه في الدفع، ثم مدعيا في دفع الدفع وهكذا[3]. ومن ثم فالمدعى هنا لا يراد به المعنى الجاري والمفهوم عادة، إذا ليس هو حتما من رفع الدعوى، وإنما يتحدد بحسب طبيعة طلبات و دفوع الخصوم في الدعوى. فمن ادعى شيئا يخالف الوضع الثابت أصلا أو عرضا أو ظاهرا ، يكون هو المدعى الذي عليه الإثبات، لا فرق في ذلك بين رفع الدعوى، ومن رُفِعت عليه. ذلك أن الخصمان في الدعوى قد يتناوبان عبء الإثبات، تبعا لطبيعة ما يدعيه كل منهما[4]، فقد يكون الزوج هو المدعى والزوجة مدعى عليها، فيكون عبء الإثبات على الزوج، فإذا أثبت ما يدعيه وادعت الزوجة غير ذلك، انقلبت مدعية، فينتقل عبء الإثبات إليها، ومتى أثبتت ماتدعيه يعود الزوج ثانية مدعيا، وهكذا حتى يعجز من وقع عليه عبء الإثبات عن القيام به فيخسر دعواه، لأن الاعتبار للمعاني دون الصور.

وتجدر الإشارة إلى أن من يحمل عبء الإثبات ليس مطالبا بإثبات كل عنصر من العناصر التي تتكون منها الواقعة مصدر الحق المدعى به. كما أن هذه الحقيقة نسبية وليست مطلقة لا يداخلها شك، فيكفي من وقع عليه عبء الإثبات أن يقنع القاضي بأن الأمر الذي يدعيه أمر راجح الوقوع وينقل عبء الإثبات إلى خصمه[5].

---

(١) الطرق الحكمية – ص ١٥٠. د. أحمد فراج حسين – أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي – ص ٣٠، ٣١.

(٢) وقد يقع هذا التوزيع بين الخصمين بحكم الواقع، بمقتضى قرائن قضائية ينقل بها القاضي عبء الإثبات بحسب تقديره من الخصم إلى خصمه، وقد يقع بحكم القانون بمقتضى قرائن قانونية فينقل بها عبء الإثبات من خصم إلى آخر، وقد يقع بحكم الاتفاق بين الطرفين. بكوش يحيى – أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي- دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة – الشركة الوطنية للنشر والتوزيع الجزائر- ١٩٨١ – ص٦٦.

(٣) أحمد إبراهيم بك – موجز في المرافعات الشرعية - ص ٣٢.

(٤) د. عبد المنعم فرج الصدة - الإثبات في المواد المدنية – ص ٤٥، ٤٦. د.عبدالرزاق السنهوري – المرجع السابق- ج٢ ص٧٨. أحمد نشأت – المرجع السابق– ص٤٦. د. عبد الودود يحيى – دروس في قانون الإثبات - ص ١٦. فالمدعى قد يكون هو من رفع، أو دفعها، أو دفع دفعها، وهكذا. وليس ثمة تعارض بين هذا وبين النص "البينة على المدعى" لأن في كل حالة يتعين على الشخص البينة.

(٥) وهناك مسألة وهي مدى تعلق قاعدة عبء الإثبات بالنظام العام ما عليه غالبية الشراح والمستقر عليه قضاء هو عدم تعلق هذه القاعدة بالنظام العام، إذ أنها من القواعد الموضوعية التي الأصل فيها هو تعلقها بالمصالح الخاصة، فإذا كان يجوز التنازل عن الحقوق الخاصة والتصرف فيها، فإن التنازل يكون عن طريق الإثبات جائزا من باب أولى، فهذه القاعدة ليست أهم من الحقوق التي وضعت لحمايتها، ومن ثم كان الاتفاق على نقل عبء الإثبات صحيحا. وقاعدة عبء الإثبات هي مسألة قانون يتعين على القاضي مراعاتها، وليست هي الوقائع، ولذلك فإن محكمة النقض تمارس رقابتها على أحكام القضاة في هذه المسألة لمزيد من التفصيل حول هذه المسألة وغيرها. بكوش يحيى – المرجع السابق - ص ٦٤. د. محمود محمد هاشم- المرجع السابق- ص١٨١.

المطلب الثالث

دور قاضي الأحوال الشخصية في الإثبات

ولما كان بحثنا في هذه المسألة يتعلق بدور قاضي الأحوال الشخصية في مجال الإثبات، كان ولابد من بيان المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية وما يندرج ضمنه من مدلولات.

أولا- المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية: إن كلمة الأحوال الشخصية اصطلاح ابتدعه الإيطاليون في القرنين الثاني عشر والثالث عشر حين واجهتهم مشكلة تنازع القوانين، إذ كان يقوم في إيطاليا وقتئذ نظامان قانونيان. الأول : هو نظام القانون الروماني بوصفه القانون العام، وكان ساريا على إقليم إيطاليا، وأما النظام الثاني فلم تكن له صفة العمومية، بل كان نظاما محليا لا يتعدى سلطانه حدود إقطاعية من الإقطاعيات أو مدينة من المدن[1].

وحتى يفرق الإيطاليون حين ذلك بين هذين النظامين القانونيين لجؤوا إلى تسمية كل منهما تسمية تختلف عن الآخر. فأطلق على القانون الروماني كلمة "قانون" بينما أطلق على القانون المحلي كلمة "حال" وجمعها "أحوال". وقسموا هذه الأحوال إلى أحوال تتعلق بالأشخاص وأحوال تتعلق بالأموال. والمقصود بالأولى القواعد القانونية التي تتبع غالبا الشخص أينما يكون، ويقصد بالثانية القواعد القانونية التي يقتصر سلطانها على مكان معين. وتحكم ما يوجد فيه من أموال. ثم ذاعت التسمية والتقسيم في العصور الحديثة، وأصبح القانون المدني المقارن يقسم إلى طائفتين من القواعد الأولى تتعلق بالروابط الشخصية أو الأشخاص وأهليتهم وجنسيتهم واحتفظ لها باصطلاح الأحوال المتعلقة بالأشخاص.

وتتعلق الثانية بالروابط المالية واحتفظ لها باصطلاح الأحوال المتعلقة بالأموال، ثم اختصر كل من الاصطلاحين فأصبح يطلق على الأول : الأحوال الشخصية، ويطلق على الثاني: الأحوال العينية.

وإذا بحثنا في أحكام الشريعة الإسلامية لم نجد لهذا الاصطلاح ذكر لدى الفقهاء، ذلك أن الأحكام التي جاءت بها الشريعة الإسلامية تنقسم إلى قسمين:

قسم يتعلق بالعقائد، كالإيمان بالله تعالى وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر وبالقدر خيره وشره.

وقسم آخر يتعلق بأعمال الإنسان، وكل مكلف لا تخلوا أفعاله التي تصدر منه عن حكم شرعي، من وجوب، وندب، وحرمة، وكراهة، وإباحة. ويسمى هذا القسم من الأحكام الشرعية: أحكاما عملية، لتعلقها بأعمال المكلفين: كما يسمى أحكاما فرعية، لأنها فرع الأحكام الإعتقادية. مثل معرفة

---

(١) د. أحمد سلامة- الوسيط في الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين - دار الفكر العربي- ط١ - ١٩٦٨- ص ٨.

الله والإيمان به وبرسله وكتبه، وصدق الرسول المبلغ عن الله الوحي، والمبين لأحكامه، إذ أدلة الأحكام الفرعية تتوقف صحتها على معرفة الله، ومعرفة صفاته، وعلى صدق الرسول المبلغ عنه وهو الرسول صلى اله عليه وسلم وهذا القسم موضوعه الفقه.(١)

وتنقسم أفعال المكلفين إلى عبادات ومعاملات:

فأمّا العبادات فللعلماء فيها تعاريف كثيرة، وأحسن وأجمع ما عرفت به هو ما عرفها به شيخ الإسلام ابن تيمية بقوله: "اسم جامع لكل ما يحبه الله ويرضاه من الأقوال والأعمال الظاهرة و الباطنة". فكل فرد من أفراد العبادة داخل تحت هذه العبارة.

وأما المعاملات فهي التي تنظم علاقة الإنسان بغيره من الخلق. فهي تعم جميع عقوده وتصرفاته، سواء تعلقت بتنظيم الأسرة وتكوينها، من خطبة وزواج، وفرقة، ونفقة، و رضاع ، وحضانة، ونسب، وميراث، وما إلى ذلك من حقوق الزوجين والأقارب. أم كانت متعلقة بأنواع الجرائم وما يترتب عليها من العقوبات. أم كانت متعلقة بطرق رفع الدعوى وطرق إثباتها، والحكم فيها. أم كانت متعلقة بتنظيم العلاقات بين الدول بعضها ببعض سلما وحربا.(٢)

يتضح مما تقدم أن اصطلاح الأحوال الشخصية هو اصطلاح دخيل من الأنظمة القانونية الغربية. حيث كان الفقهاء المسلمون يبحثون مواضيعه ضمن أحكام الأسرة و متعلقاتها ، موزعة بين كتب الفقه المختلفة. مثل كتاب الزواج، وكتاب النفقات، وكتاب الطلاق، وكتاب الإيلاء، وكتاب الرضاع، وكتاب النسب والحجر والوصايا، وكتاب المواريث أو الفرائض...إلى آخر هذه المصطلحات الفقهية الإسلامية الأصلية التي لم يتردد من بينها اصطلاح الأحوال الشخصية. وقد أولى الفقهاء المسلمون هذا المواضيع عناية بالغة، ولو كان هناك أمر يقتضي وضع هذا الاصطلاح لوضعوا له اصطلاحا يجمعها ويعبر عنها.(٣)

ولعل أول من استعمل هذا الإصلاح من المسلمين في بداية القرن، هو محمد قدري باشا الذي وضع مجموعة فقهية سماها: "الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية."

ولقد حدد حكم محكمة النقض المصرية الشهير في ٢١ يونيو سنة ١٩٣٤ مدلول هذا الاصطلاح. حيث قررت أن "المقصود بالأحوال الشخصية هي مجموعة ما يتميز به الإنسان عن

---

(١) عمر عبد الله – أحكام الشريعة الإسلامية في الأحوال الشخصية – دار المعارف – الإسكندرية ط٦- ١٩٦٨ – ص١٧، ١٨. معوض عبد التواب – الوسيط في شرح قوانين الأحوال الشخصية – عالم الكتب – القاهرة – ط ٢ – ١٩٨٢- ص ٧، ٨ وما بعدها.

(٢) عمر عبد الله- المرجع السابق- ص ١٧، ١٨. معوض عبد التواب- المرجع السابق- ص ٧، ٨.

(٣) ويلخص د. محمد بلتاجي هذه الحالة من التبعية بقوله: "لم ينج المجال الوحيد الذي ألجئت إليه الشريعة الإسلامية من تأثير أجنبي أوربي، وإن اقتصر التأثر هنا على مجرد التسمية، بيد أن هذا التأثير في التسمية كان له أثر كبير في حدوث شيء من الخلط والاضطراب عند تعريف هذه الأحوال الشخصية من جانب الفقه والقضاء الوضعي." في أحكام الأسرة – دراسة مقارنة – مكتبة الشباب – ١٩٨٧ – ص ٧٢.

غيره من الصفات الطبيعية والعائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، ككون الإنسان ذكرا أو أنثى، وكونه زوجا، أو أرملا، أو مطلقا، أو ابنا شرعيا، وكونه تام الأهلية، أو ناقصها لصغر السن، أو عته، أو جنون، أو كونه مطلق الأهلية، أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية.

أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية. وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية. غير أن المقنن المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية، وكلها من عقود التبرعات تقوم على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة، فألجأه هذا اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحوي عنصرا دينيا ذا أثر في تقدير حكمها. على أنه أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شيء مما تختص به تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداهة مشروعا باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها[1].

ويظهر من حكم محكمة النقض هذا، أنها اعتبرت الهبة وبعض الأمور المتعلقة بالمسائل المدنية كالوقف والوصية – بحسب الأصل – من المسائل الشخصية لأنها من عقود التبرعات التي تقوم على فكرة التصدق المندوب إليه شرعا[2].

أما بالنسبة لظروف نشأة هذا الاصطلاح[3] في الدول العربية، فقد كان مرتبطا بما يعرف بنظام الإمتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء، حيث كانت المحاكم القنصلية بمصر هي المختصة بالنظر في الأحوال الشخصية للأجانب، أما المسائل المالية فكانت من اختصاص المحاكم المختلطة،

---

(١) نقض ١٩٣٤/٦/٢١ منشور بمجلة القانون والاقتصاد- السنة الرابعة - ص ٢١١.المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض في خمس وعشرين عاما- ص١١٧. وقد أخذ البعض على تعريف محكمة النقض أنه يشعر أن الأحوال الشخصية ، كما أنها – المحكمة – اعتبرت النفقات على اختلاف أنواعها ومنا شئها من الأحوال الشخصية، فعمدت إلى إطلاق ما لا يتوافق – بل ويصطدم – مع بعض النصوص التي تفيد أن بعض النفقات تعد من الأحوال الشخصية. معوض عبد التواب – الوسيط في شرح قوانين الأحوال الشخصية – ص١٥. د.سمير عبد السيد تناغو – اصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء – مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية – السنة الرابعة عشرة ١٩٦٩ – العددان الثالث والرابع ١٩٦٨- ص ١٧٥.

(٢) د. بلحاج العربي – الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري – ديوان المطبوعات الجامعية – ١٩٩٤ – ص١٦. عمر عبد الله – المرجع السابق – ص٢٠.

(٣) وقد حاول بعض الشراح تقديم تعريف جامع ودقيق لهذا المصطلح ، فعرفه د.حامد زكي بأنه " مجموعة من النظم القانونية المتعلقة بشخص الإنسان دون أمواله والتزاماته وأشكال تصرفاته". كما عرفه د. حسن بغدادي بأنه "المركز القانوني للأشخاص بالمقابلة مع الأحوال العينية التي هي المركز القانوني للأموال."
غير أن ما قدم من تعريفات لا يخل من ملاحظات عليه إذ أن محاولة تعريف الأحوال الشخصية بالاعتماد أساسا على التفريق بين شخص الإنسان – الذي هو مجال الأحوال الشخصية – وهو ماله، يؤخذ عليها أن هناك أمورا مالية مثل المواريث والوصايا تدخل في هذا الاصطلاح مما يجعل التعريف غير جامع. أنظر د. أحمد سلامة- المرجع السابق- ص ٤١. د. محمد بلتاجي – المرجع السابق – ص ٧٧.

ولذلك كان لابد من معرفة ما إذا كان النزاع يتعلق بالأحوال الشخصية أم بالأحوال العينية لتحديد جهة الاختصاص القضائي هل هي المحكمة القنصلية أو المحكمة المختلطة.

وبعد زوال الإمتيازات الأجنبية وآثارها وتحديدا بعد عام ١٩٤٩ وانتقال الاختصاص بنظر الأحوال الشخصية للأجانب إلى المحاكم الوطنية، فأصبح بالتالي القاضي الوطني هو المختص بنظر المنازعات المتعلقة بالأجانب كافة، سواء تعلقت بالمسائل الشخصية أو المسائل المالية، ومن ثم فلم تعد هناك أية فائدة عملية لاصطلاح الأحوال الشخصية(١).

وبالنظر في القوانين العربية نجدها قد جرت على اصطلاح الأحوال الشخصية(٢)، وجاراها في ذلك الشراح، حيث أطلق القانون المصري(٣) هذا الاصطلاح على جملة المسائل المنظمة للزواج والطلاق وآثارها، والنفقات... مع استثنائه بعض المسائل بقوانين خاصة.

وفي المقابل اتجهت بعض القوانين إلى استبدال الاصطلاح السابق باصطلاح آخر، ومن هذا القبيل قانون الأسرة الجزائري(٤)، وقانون حقوق العائلة اللبناني(٥).

وبالتالي فإننا نضم رأينا إلى رأي من يدعو إلى ضرورة العدول عن استعمال اصطلاح الأحوال الشخصية في الفقه العربي، لأن هذا الاصطلاح نشأ في بيئة غريبة عن بيئتا، وفي ظروف خاصة قديمة، كما أنه قد يؤدي إلى نتائج خاطئة، فضلا عن أن أصحاب هذا الاصطلاح قد عجزوا في وضع تعريف جامع مانع لغموضه(٦).

ويلزم من وضع قانون إسلامي عربي، إقامة صرحه، أن تكون معاني مصطلحاته متفقة مع هويته الإسلامية، بعيدة عن المصطلحات الأجنبية. ولغتنا العربية لا يحوجها المصطلحات الأصيلة

---

(١) د.سمير عبد السيد تناغو – المرجع السابق- ص ١٧٧ وما بعدها.

(٢) ومن هذا القبيل القانون السوري (١٩٥٣). ومجلة الأحوال الشخصية التونسية (١٩٥٦). ومدونة الأحوال الشخصية المغربية(١٩٥٧). والقانون العراقي (١٩٥٩). والقانون الكويتي (١٩٨٤).

(٣) وهو قانون الأحوال الشخصية رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩. والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ المعدل والمتمم للقانونين السابقين، والاصطلاح نفسه ورد في القانون الاجرائي المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

(٤) رقم ٨٤/١١ الصادر في٩ رمضان ١٤٠٩هـ الموافق ل١٩٨٤/٦/٩م.

(٥) الصادر في سنة ١٩١٧.

(٦) معوض عبد التواب – المرجع السابق – ص١٦. ويري د. سمير عبد السيد تناغو أن" اصطلاح الأشخاص في القانون المدني يختلف عن اصطلاح الأحوال الشخصية. فالأول يتعلق بالشخص باعتباره صاحب الحق، وقد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا، أما الثاني فيتعلق بالإنسان فقط أي الشخص الطبيعي وينصرف إلى المسائل التي تمس أصلا عقيدته الدينية وشخصه مباشرة." المرجع السابق – ص ١٩٢.
لا شك أن هذا الرأي وما يماثله لدى شراح القانون فيه تجني كبير على الشريعة الإسلامية. لأن ربط المسائل الشخصية من زواج وطلاق بعقيدة الشخص الدينية دون المسائل المالية أمر تأباه الشريعة الغراء، فالإنسان في ظل الشريعة الإسلامية تعتري جميع معاملاته المالية وغير المالية الأحكام الدينية من وجوب وحرمة وندب وكراهة وإباحة، وللإسلام السلطان الكامل على معاملات الشخص.

والجامعة.

إن القول الذي يعبر عن اتجاه واسع من القانونيين، والذي يجعل بعض المسائل من زواج وطلاق وميراث من المسائل التي تمس العقيدة الدينية للشخص فيتعين بذلك إبقائها على حكم الشريعة الإسلامية، واعتبار ما سواها لا يمس العقيدة، وليس له ارتباط بالدين، ومن ثم جعله تابعا للقانون الوضعي.

فهذا المسلك بلا شك تأباه وترفضه الشريعة الغراء التي تلزم الإنسان بإتباع أحكامها في جميع شؤون حياته الخاصة في أسرته، وشؤون المتصلة بماله، وسائر أحكام العقوبات والحدود، وجميع أحكام الشريعة الإسلامية. قال الله تعالى: "أَفَتُؤْمِنُونَ بِبَعْضِ الكِتَابِ وَتَكفُرُونَ بِبَعْضٍ فَمَا جَزَاءُ مَن يَفْعَلُ ذَلِكَ مِنكُم إِلاَّ خِزيٌ فِي الحَيَاةِ الدُّنيا وَيَوْمَ القِيامَةِ يُرَدُّونَ إِلى أَشَدِّ العَذَابِ وَمَا اللهُ بِغَافِلٍ عَمَّا تَعْمَلُونَ"(١).

فالشريعة الإسلامية تمثل نظاما تشريعيا متكاملا لا يترك مجالا واحدا في الحياة الدنيا إلا شرع له على نحو ما، وفي نصوصه المتواترة نهيا مشددا لكافة المسلمين عن مخالفة تشريعاته.

ومن ثم فإننا نرى برأي من يقترح مصطلح قانون الأسرة أو أحكام العائلة(٢)، كتعبير عن المعاني الواضحة لمسائله بشكل أدق وأفضل(٣). وهو ما دعانا إلى إيثار مصطلح أحكام الأسرة في هذه الدراسة بدءاً من العنوان كما يظهر ذلك جليا.

ثانيا_دور قاضي الأحوال الشخصية في مجال الاثبات: إذا كان من يدعي حقا فإنه يتعين عليه تقديم الأدلة التي تبرهن على صحة دعواه، فعبء إثبات الادعاء يقع على عاتق من يدعيه(٤). وإذا كان للخصوم مثل هذا النشاط والدور الإيجابي في الإثبات، فما هو دور قاضي الأحوال الشخصية في مرحلة الإثبات؟ وما هو عمله – كقاضي موضوع – إزاء ما يقدمه الخصوم من أدلة و دفوع لإثبات أو نقض الحقوق المدعى بها؟

---

(١) سورة البقرة – آية ٨٥.

(٢) فهذا القانون ينبع عن صلة الفرد بأسرته وصلتها هي به، ومن ثم فلا تكون فكرة الشخص والمال هي الفارق بين ما تشمله مسائل الأحوال الشخصية وما يعرف الآن باسم القانون المدني، فالأحوال الشخصية تحوي هي الأخرى مسائل مالية، فالأموال ليست هي الفارق، وإنما فكرة روابط الفرد بأسرته وتنظيمها هي الضابط. والمال له اعتبار مهم في هذه الروابط.

وأيا كان معيار التقسيم فهو أمر نسبي "إذا ما بدأنا نتبعه إلى تطبيق الشريعة الإسلامية في جميع معاملاتنا وعلاقاتنا الخاصة والعامة فحينئذ ستتغير تقسيمات واعتبارات واصطلاحات متعددة في قوانيننا". د. محمد بلتاجي – المرجع السابق – ص ٩٣، ٩٤.

(٣) د. عبد الناصر توفيق العطار – أحكام الأسرة عند المسيحيين واليهود المصريين ومدى تطبيقها بالمحاكم – مطبعة السعادة ١٩٧٠ – ص٨. وللمؤلف أيضا: أحكام الأسرة عند المسيحيين المصريين وتطبيقها بالمحاكم- دار القضاء - ١٩٨٧- ص ٣١

(٤) د. سحر عبد الستار إمام يوسف- دور القاضي في الإثبات – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراة – كلية الحقوق- جامعة عين شمس – ١٤٢٢ هـ - ٢٠٠١م.

إن العمل المكلف به الخصم في الدعوى لا يعني أن يقف قاضي الأحوال الشخصية مكتوف اليد منحسرا دوره في تلقي الأدلة والبراهين دون أن يمارس دوراً فعالا إزاءها، وإنما له دورا فعالا في مجال الإثبات وإدارة الدليل، ومن ذلك أن له أن يأمر باستكمال الأدلة وجمعها[1]...إذ تعترف القوانين الحديثة ومنها القانون المصري بحق القاضي في توجيه اليمين المتممة لأي من الطرفين ليبنى على ذلك حكمه في موضوع الدعوى أو في قيمة ما يحكم به[2].

وكذلك للقاضي أن يأمر باستجواب الخصم والذي قد يؤدي إلى إقرار منه، كما أن للمحكمة ومن تلقاء نفسها أن تأمر بالتحقيق في الأحوال التي يجوز الإثبات فيها بالبينة، واستدعاء من ترى سماع شهادتهم إظهارا للحقيقة[3]. كما أن لمحكمة الموضوع استنباط القرائن القضائية[4].

ومن ناحية أخرى ، فإن لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى، وفي بحث الدلائل والمستندات المقدمة له تقديما صحيحا وموازنة بعضها بالبعض الآخر، وترجيح ما يطمئن إليه منها، ولا رقابة عليه من محكمة النقض في ذلك متى أقام قضاءه على أسباب تكفي لحمله وتسوغ النتيجة التي انتهى إليها[5]، فللقاضي أن يستخلص من الأدلة ما يكفي لتكوين قناعته دون التقيد بما أراده الخصوم عند تقديم الدليل.

فمسلك القوانين المختلفة هو الاعتراف بسلطة القاضي المطلقة في تقدير الدليل المقدم في الدعوى، ولا تسمح هذه القوانين بالمجادلة أمام محكمة النقض في تقديرها للأدلة، كشهادة شاهد اطمأنت إليه المحكمة. إذ من المقرر أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها مما يستقل به

---

(١) فهو وإن كان لا يصل إلى دور القاضي في المواد الجزائية، الذي لا يتقيد كقاعدة عامة بالنصوص التي تحدد الأدلة، وقيمة الدليل - وهذا نظرا لطبيعة المواد الجزائية- إلا أن لقاضي الأحوال الشخصية دور لا يستهان به في التحقيق لكشف الأدلة والموازنة بينها وتقديرها، واستنباط القرائن كالقيافة والأدلة العلمية وغيرها، كما سيظهر ذلك واضحا في ثنايا هذه الرسالة.

(٢) المادة ١١٩ قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري تقابلها المادة ٦٦ من القانون الكويتي.

(٣) المادة ٧٠ من قانون الإثبات لمصري رقم ٥٢ لسنة ١٩٦٨.

(٤) وفي ذلك تنص المادة ١٠٠ من قانون الإثبات المصري أنه " يترك لتقدير القاضي استنباط كل قرينة ولم يقررها القانون، ولا يجوز الإثبات بهذه القرائن إلا في الأحوال التي يجوز فيها الإثبات بشهادة الشهود.

(٥) نقض مدني طعن رقم ١٢٠٥- السنة ٦٥ ق- أ. ش- جلسة ٩٧/١٠/٥- حسن الفكهاني – الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ عام ١٩٩٢ حتى عام ١٩٩٧- الاصدار المدني- ملحق رقم ١٤ – الدار العربية للموسوعات- القاهرة- قاعدة رقم ١٢- ص ١٤.
وفي قرار آخر لمحكمة النقض جاء فيه أن: "لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع من الدعوى وتقدير ما يقدم إليها من أدلة ولا عليها في الأخذ بأي دليل تكون قد اقتنعت به ما دام هذا الدليل من طرق الإثبات المقررة قانونا. نقض مدني– طعن رقم ٢١٢٦ لسنة ٦١ ق-أ.ش- جلسة ١٩٩٧/٢/٢٠. وفي قرار آخر لمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في الأخذ بما تطمئن إليه من الأدلة واطراح ما عداه دون ما حاجة للرد استقلالا على ما لم تأخذ به طالما قام حكمها على أسباب سائغة، ولا يعيب الحكم عدم تعرضه لأقوال شهود النفي ومناقشتها أو الرد عليها استقلالا طالما أقام قضاءه على أسباب سائغة ولها أصلها الثابت في الأوراق. الطعن رقم١٢سنة٤٣ ق-أ.ش- جلسة ١٩٧٥/١١/١٢.السنة ٢٦ – ص١٤٠٠.

قاضي الموضوع[1]. كما أنه لا تجوز المناقشة حول تقدير المحكمة في الأخذ بتقرير خبير لأسبابه الواردة فيه، أو في استنباط القرينة القضائية أو في تقديرها لإقرار غير قضائي.

ومن ناحية أخرى، فإن القانون قد اعترف لقاضي الموضوع أيضا بسلطته في تقدير كفاية الأدلة التي يقيم عليها قضاءه غير خاضع في ذلك لرقابة محكمة النقض، طالما تؤدي إلى النتيجة التي استخلصها منها، فيكون موقفه أقرب إلى الإيجابية منه إلى السلبية.

ولهذا نجد أن قضاء النقض قد استقر على أن محكمة الموضوع ليست ملزمة بإجابة الخصم إلى أي طلب يتعلق بالإثبات متى رأت في ظروف الدعوى والأدلة المقدمة إليها ما يكفي لتكوين قناعتها. ويظهر ذلك جلياً في ندبها للخبراء وتقدير عملهم[2].

خلاصة ما تقدم فإن قاضي الأحوال الشخصية وإن كان يتمتع بسلطة مطلقة في تقدير الأدلة كفايتها والموازنة بينها، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض، إلا أنه مع ذلك مقيد في سلطته وتقديره بأن يكون تقديره سائغا وإلا خضع لرقابة محكمة النقض من خلال التسبيب.

وبالتالي فليس لقاضي الأحوال الشخصية عند تقديره لأقوال الشهود أن يستند إلى ما يخرج بها عن مدلولها، أو ما يتضمن تحريفا لها أو ما ينبني على مخالفة لثابت من الأوراق.[3]

وأخيرا فإن قاضي الأحوال الشخصية كقاضي موضوع مقيد في تقديره للدليل القانوني بالتأكد من توافر شروط هذا الدليل فحسب، فإن انتهى إلى توافرها كان ملزما بالأخذ بهذا الدليل كالإقرار، واليمين الحاسمة، أو النكول عنها، والقرينة القانونية[4].

---

(١) تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها، استقلال قاضي الموضوع به طالما لم يخرج عن مدلولها. الطعن رقم ٨٦ لسنة ٦٦ ق– أ.ش- جلسة ٢٠٠١/٧/٧.

(٢) طعن رقم ٧١ لسنة٦٥ ق -أ.ش- جلسة ٢٠٠١/١/٢٠- المستحدث من المبادئ التي قررتها دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة النقض من أول أكتوبر ٢٠٠٠ إلى سبتمبر ٢٠٠١- ص١٢٣.

(٣) الطعن رقم ٢٤ لسنة ٦٠ ق– أ.ش– جلسة ١٩٩٣/٤/٢٧ – السنة ٤٤ – ص ٢٤٨.

(٤) د. محمود محمد هاشم – المرجع السابق- ص ١٥٣، ١٥٤.

الباب الأول

النظام الشرعي والقانوني لإثبات الزواج

عنى الفقه الاسلامي بالزواج عناية بالغة، ومن مظاهر هذه العناية وضع أحكام لاثباته متى كان موضوعا لدعوى أمام القضاء، سواء لاثباته ابتداءا، أو لادعاء حقوق زوجية لايقضى بها مالم يثبت الزواج، وقد يكون ذلك في حياة الزوجين أو بعد وفاة أحدهما أو كليهما.

ودراستنا لأحكام إثبات الزواج ستتركز في بيان القواعد الموضوعية التي تحدد طرق الاثبات المختلفة وترتيبها، مع بيان مدى حجيتها وقيمة كل منها، ومن يقع عليه عبء الإثبات في ذلك، وغيرها من المسائل التي تتعلق بالموضوع. أما القواعد الإجرائية التي تحدد إجراءات إقامة الأدلة أمام القضاء، كسماع الشاهد، وكيفية أداء اليمين، وغيرها، فلم نتعرض منها إلا ما له علاقة بالموضوع. وخصصنا البحث في إثبات الزواج ثلاثة فصول، نتناول في الأول أحكام اثبات الزواج في الفقه الاسلامي، وفي الفصل الثاني نتعرض لأحكام إثبات الزواج في النظامين القانونيين المصري والجزائري، أما الفصل الثالث فخصصناه لقضية الزواج الشرعي غير الموثق والحلول لمشكلاته قانونا وفي ضوء الفقه والقضاء.

الفصل الأول

أحكام إثبات الزواج في الفقه الإسلامي

نتناول ضمن هذا الفصل أحكام الاثبات وطرقه في الفقه الاسلامي،فنعرض طرق الاثبات الشرعية ومدى حجيتها في اثبات الزواج، بداية بالاقرار، ثم الشهادة، ثم اليمين والنكول عنه، وأخيرا القرائن ، وختام هذا الفصل هو الأحكام الخاصة بتعارض البينات في أقضية عقد النكاح.

المبحث الأول

الإقرار

نتطرق ضمن بحث الاقرار لتعريفه أولا، ثم القوة الاستدلالية له ثانيا، ثم بيان أركان الاقرار بالزوجية وشروطها شرعا، وأخيرا تفصيل أحكام الدعوى بالمجهول في دعوى النكاح.

المطلب الأول

تعريف الإقرار و القوة الإستدلالية له

الفرع الأول: تعريف الاقرار

أولا: لغة: الإقرار إفعال من أقر يقر إقرارا، بمعنى وضع الشيء في قراره أو أثبت ما كان متزلزلا، أو مترددا بين الثبوت والجحود، ويُعدّى بالتضعيف، فيقال: قرت في المكان أو العمل ثبت فيه. وقد يُعدَّى بالهمزة، فيقال في المحسوسات : أقررت بالحق اعترفت به. ويقال أقرك على هذا الأمر، أي أوافقك، وبمعنى التثبيت ونحوه ما ورد على لسان أهل الحديث من لفظ التقرير فيما كان يعرض لرسول الله صلى الله عليه وسلم من أفعال الصحابة رضي الله عنهم، فيقرهم عليه أي لا ينكرها عليهم، فهو بمعنى التثبيت أيضا"[(١)].

ثانيا: شرعا: للفقهاء المسلمين تعريفات متعددة للإقرار، وهي وإن اختلفت في بعض عباراتها، فهي تتفق في مدلولها، مع اختلافها في أحكام بعض الفروع، واخترنا التعريف الأكثر ترجيحا من حيث صياغته ودلالته على التعريفات الأخرى، وهو أنه "إخبار عن ثبوت الحق للغير على نفسه"[(٢)].

وقد تضمن هذا التعريف مسألتين هما: لفظ الأخبار لبيان حقيقة الإقرار، والتعبير بلفظة "ثبوت" لبيان ذكر الحق محلا للإقرار.

ثالثا: قانونا: عرفت بعض التقنينات الإقرار بصيغ مختلفة. حيث عرفه قانون الإثبات المصري في المادة (١٠٣) بأنه "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة". كما عرفه القانون المدني العراقي في المادة (٤٦١)، وقانون البينات السوري في المادة (٩٣) بأنه: "إخبار الخصم أمام المحكمة بحق عليه لآخر".

ويلاحظ على هذه التعريفات :

١- أن محل الإقرار في القانون المصري هو الواقعة القانونية[(٣)] التي هي مصدر الحق المترتب

---

(١) المصباح المنير- مادة قرر- جـ ٢ ص ١٥٤. لسان العرب- فصل القاف- حرف الراء- مادة قرر-جـ ٦ ص ٣٩٨. مختار الصحاح- مادة قرر- ص ٥٥٥.

(٢) أنظر في ذلك: شرح العناية على الهداية مع الفتح – ج٦ ص ٢٧٩. حاشية رد المحتار- ج٤ ص ٤٦٧. البحر الرائق– ج٧ ص٢٤٩. حاشية الدسوقي– ج٣ ص ٣٩٧. شرح الخرشي – ج٤ ص ٣٠٢. أحمد الصاوي – بلغة السالك لأقرب المسالك – مطبع محمد علي صبيح – ميدان الأزهر – ١٣٥٤ هـ - ١٩٣٥م – ج٢ ص١٧٦. عثمان المالكي – سراج السالك شرح أسهل المسالك – مكتبة مصطفي البابي الحلبي وأولاده– مصر – ط ١ – ١٩٨٣هـ ١٩٦٣م – ج ٢ ص ١٦٢. روضة الطالبين- ج٣ ص٣. نهاية المحتاج- ج٥ ص٦٠٤. مغني المحتاج- ج٢ ص ٢٣٨. الإقناع- ج ٤ ص ٤٥٦.المغني- ج٥ ص ٢٧١. المبدع – ج١٠ ص ٢٩٤.

(٣) الواقعة القانونية: هي أمر طبيعي أو إختياري، يحدث ويرتب عليه القانون أثرا، هو إنشاء لحق جديد أو تعديل أو انقضاء لحق قائم .

في ذمة المقر بدل الحق الذي ورد محلا للإقرار في التقنين المدني العراقي والسوري، وهو عين ما ذهب إليه جمهور الفقهاء. ولذلك فإن تعبير بعض القوانين الوضعية ومنها قانون الإثبات المصري بالواقعة القانونية محلا للإقرار فيه نظر لأن هدف المدعى أن يقر خصمه بالحق لا بمصدره، وهو الواقعة القانونية التي أنشأت الحق المدعى به[١].

٢- أن القانون المدني العراقي وقانون البينات السوري في تعريفهما للإقرار متأثران إلى درجة كبيرة بتعريف المجلة[٢] الذي هو عين تعريف الجمهور بأن حقيقة الإقرار هو إخبار.

٣- أن القوانين اشترطت أن يكون الإقرار أمام القضاء، كما اشترط القانون المصري سبق الإدعاء بالواقعة القانونية ضد من دعيت عليه، وأن تكون أثناء سير الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة.

فالقوانين الوضعية تتفق مع جمهور فقهاء المسلمين في حقيقة الإقرار، وتختلف بعضها عنه في محله، وفي بعض الشروط الشكلية استحدثتها هذه القوانين، ومنها ما هو محل خلاف بين الفقهاء[٣].

الفرع الثاني : القوة الاستدلالية للإقرار

أولا: أصل الإقرار من الكتاب والسنة:

١ _ **من الكتاب:** قوله تعالى: "وإذ أخذ الله ميثاق النبيين– إلى قوله – قال أأقررتم وأخذتم على ذلكم إصري قالوا أقررنا"[٤]، وقال تعالى: "وآخرون اعترفوا بذنبهم"[٥]، وقوله تعالى: "ألست بربكم قالو بلى"[٦]، وفي القرآن الكريم آي كثيرة مثل هذا.

٢ _**من السنة:** ما روي أن ماعزا أقر بالزنا فرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم[٧].

٣ _**من الإجماع:** أجمعت الأمة على صحة الإقرار[٨].

---

(١) مجيد حميد السماكية- المرجع السابق- ص٩٨ وما بعدها. في حين يري البعض أن من يدعى حقا نشوءا أو انقضاء أو تعديلا، فإن عليه أن يثبت الواقعة القانونية التي أدت إلى ما يدعيه، فهي التي تعتبر محلا للإثبات لا الحق، باعتباره مجردا لا يمكن تصور إثباته. د.محمود محمد هاشم– المرجع السابق– ص٣٥٠.

(٢) المادة ١٥٧٢ من مجلة الأحكام العدلية.

(٣) مجيد حميد السماكية – المرجع السابق ص ٧٥، ٧٦.

(٤) سورة آل عمران- آية ٨١.

(٥) سورة التوبة – آية ١٠٢.

(٦) سورة الأعراف- آية ١٧٢.

(٧) صحيح مسلم – جـ ٥ ص ١١٨، ١١٩.

(٨)المغني ومعه الشرح الكبير- جـ ٥ ص ٢٧١.

٤ _من المعقول: إن العاقل لا يقر على نفسه كاذبا بما فيه ضرر على نفسه أو ماله فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية وهذا بخلاف إقراره في حق غيره[١].

ثانيا: حجية الاقرار:

الإقرار سيد الأدلة، فهو مقدم على سائر وسائل الإثبات، بما فيها الشهادة، لأن الإقرار يستند إلى العلم، والشهادة تستند إلى الظن، فرجح لذلك الإقرار.

قال الطرابلسي: "اعلم أن الإقرار من أقوى الأحكام وأشهدها، وهو أوقى من البينة (الشهادة)، ووجهه أنه إذا كان يستند القضاء إلى ظن فبأن يستند إلى علم أولى، لأن الحكم بالإقرار مقطوع به والحكم بالبينة مظنون، ولأن الإقرار خبر صدق، أو يرجح صدقه على كذبه، لانتفاء تهمة الكذب أو ريبة الإفك. وحقيقته إخبار عن كائن سابق، فيقتضي ثبوت المخبَر به سابقا على إخباره"[٢].

ويقول صاحب المغني: "ولأن الإقرار إخبار على وجه ينفي عنه التهمة والريبة، فإن العاقل لا يكذب على نفسه كذباً يضِرُ بها. ولهذا كان أكد من الشهادة فإن المدعى عليه إذا اعترف، لا تسمع عليه الشهادة، وإنما تسمع إذا أنكر، ولو كذّب المدعى بينته لم تسمع وإن كذّب المقر ثم صدّقه سمع[٣].

ومما قيل أيضا في ترجيح الإقرار على الشهادة ما قاله العز بن عبد السلام في قواعد الأحكام: " الإقرار مقدم على البينة، لأن الظن المستفاد منه أقوى من الظن المستفاد من شهادة الشاهد، لأن وازع المقر عن الكذب طبعي، ووازع الشاهد شرعي، والوازع الطبعي أقوى من الوازع الشرعي، ولذلك يقبل الإقرار من كل مسلم وكافر، وبر وفاجر لقيام الوازع الطبعي"[٤].

ويمكن تلخيص أرجحية الإقرار بما يأتي:

١- استناد الإقرار إلى العلم وهو أولى من الظن.

٢- انتفاء تهمة الكذب، وريبة الإفك في الإقرار.

٣- أن الإقرار لا يبطل بتكذيب المُقر لهُ للمُقِرّ، أما الشهادة فتبطل بتكذيب المشهود له بالشهود.

٤- وازع المُقِر عن الكذب طبعي وهو أقوى، في حين أن وازع الشاهد شرعي، وهو دون الطبعي.

وقد اتفقت مختلف المذاهب الفقهية على هذا الاختيار، ولم يخالف في ذلك إلا ابن حزم

---

(١) تبيين الحقائق- جـ ٥ ص ٣.
(٢) المرجع السابق-نفس الموضع. شرح العناية على الهداية مع الفتح-جـ ٦ ص٢٨٢. معين الحكام- ص١٢٢.
(٣) المغني - جـ ٥ ص ٢٧١.
(٤) قواعد الأحكام في مصالح الأنام – جـ ٢ ص ١٤٠.

الظاهري، إذ قدَّم القضاء بالعلم على سائر أدلة الإثبات، يليه الإقرار، ثم البينة[1].

ونظرا للقوة الاستدلالية للإقرار وحجيته في الأحكام في مقابل الشهادة. ومن ثم بقية الحجج الشرعية. قدمنا هنا في بحث طرق إثبات الزواج.

المطلب الثاني

أركان الإقرار بالزوجية وشروطه

للإقرار عند جمهور الفقهاء أربعة أركان: المقر والمقر له والمقر به والصيغة[2]. ولكل ركن من هذه الأركان شروط ينبغي توافرها فيه حتى يكون الإقرار بالزوجية صحيحا، وتترتب عليه الحقوق المقررة شرعاً. ونوجز فيما يأتي أركان الإقرار بالزوجية وشروطها[3].

أولا: المقر: وهو الشخص الذي يقر بالزوجية لشخص آخر ويعترف بها إذا ما نسبت إليه، وسواء كان المقر بالزوجية هو الرجل أو المرأة، فيشترط لصحة إقراره الشروط الآتية:

١ - **العقل:** وهو مناط التكليف، فمن لم تجز شهادته على غيره لم يجز إقراره على نفسه كالمجنون، إلا أنه إذا كان يجنّ ويفيق فيعتبر إقراره في حال إفاقته، وذلك بالنظر إلى أهليته بوجود العقل

---

(١) حيث قال: "وفرضٌ على الحاكم بأن يحكم بعلمه في الدماء والقصاص والأموال والفروج والحدود... وأقوى ما حكم بعلمه، لأنه يقين الحق ثم بالإقرار ثم بالبينة". المحلى – ج ٩ ص ٤٢٦.

(٢) شرح الخرشي على مختصر خليل جـ ٤ ص ٣٠٣. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير جـ ٣ ص ٣٩٧. التاج والإكليل – جـ ٥ ص ٢١٦. نهاية المحتاج- جـ ٥ ص ٦٥. مغني المحتاج - جـ ٢ ص ٢٣٨. المغنى ومعه الشرح الكبير- جـ ٥ ص ٢٧١. الإقناع - جـ ٤ ص ٤٥٦.
أما عند الأحناف فإن للإقرار ركن واحد هو الصيغة. ويرجع الخلاف بين الحنفية والجمهور إلى خلافهم حول ماهية الركن. فعند الحنفية هو ما يتحقق به وجود الشيء وكان جزءاً من ماهيته. بحيث إذا انتفي لم يكن لهذا الشيء وجود، ومن ثم فإن الصيغة وحدها هي ركن الإقرار الوحيد. إذ يستلزم وجودها وجود المقر والمقر له والمقر به. وهذه اللوازم تعتبر شروطا للإقرار وليست أركانا له، لأن الشرط ما يتوقف وجود الشيء عليه دون أن يكون جزءاً منه كتوقف القدرة على تسليم المبيع لصحة البيع، مع أنه ليس جزءاً من العقد. لكن صحة البيع تتوقف على القدرة على التسليم، فالشرط والركن كلاهما لا وجود للشيء إلا بوجودهما، في حين أن الركن داخل في حقيقة الشيء وجزء منه، فإن الشرط خارج عن حقيقته وذاته وليس جزءاً منه فيلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم.
أما مذهب جمهور الفقهاء، فإن الركن ماكان جزء للماهية وتوقف عليه تصور الماهية في الذهن، سواء أكان جزءا منه أم كان مختصا به وليس جزءا منه. وقد ارتأينا الأخذ بما ذهب إليه الجمهور، فجعلنا أطراف الإقرار ومحله وصيغته أركانا له، وذلك باعتبار الواقع والمحسوس من حصول الأربعة المذكورة حين الإقرار.
أنظر عند الأحناف: السمرقندي- تحفة الفقهاء- حققه وعلق عليه د.محمد زكي عبد البر- مطبعة جامعة دمشق- ط١- ١٣٧٩هـ ١٩٥٩م - جـ ٣ ص ٣١٩. بدائع الصنائع- جـ ٩ ص ٤٥٥٧. شرح العناية على الهداية مع الفتح - جـ ٦ ص٢٨٤. فتح القدير- جـ ٦ ص٢٨٠. تكملة ابن عابدين -جـ ٢ ص ٦٨.. معين الحكام -ص ١٥٦. رستم باز – شرح المجلة – جـ ٢ ص ٢٥٤.. مصطفى الزرقا- المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية- مكتبة الخليفة- ١٣٧٩هـ ١٩٥٢م- جـ ١ ص٢٨٤ ،٢٨٩. علي الخفيف- أحكام الوصية- معهد الجامعة العربية-١٩٦٢ - ص ٣ .

(٣) لسنا هنا بصدد تفصيل مباحث الإقرار، أو أركانه وشروطه، وإنما نوجز ذلك بقدر ما يقتضه المقام، ولمزيد من التفصيل في ذلك فليراجع كتب الفقه الإسلامي العامة في مختلف المذاهب، فضلا عن المؤلفات المخصصة في الإثبات قديما وحديثا، وقد أشرنا إلى طرف منها.

فيؤاخذ بعبارته. ويلحق به السكران، سواء كان سكره بطريق محظور أو غير محظور[1]، لأنه لا يوثق بصحة ما يقول ولا تنتفي عنه التهمة فيما يخبر به[2].

ولا يعتد أيضا بإقرار المعتوه، لأن العته يوجب النقص في القصد، فلا يعتد بإقراره. كما أن المغمى عليه والنائم في حكم المجنون، لأن الإقرار التزام حق بالقول لغياب العقل فينتفي القصد به[3].

ولو ادعى أنه كان زائل العقل حال إقراره لم يقبل قوله إلا ببينة، لأن الأصل السلامة حتى يثبت خلافها[4].

ولا يشترط لصحة الاقرار صدوره في حالة الصحة، فيصح سواء حصل في حالة الصحة أو المرض.

٢- **البلوغ**: فلا يصح إقرار الصبي المميز وغير المميز لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "رفع القلم عن ثلاث ... وعن الصبي حتى يكبر"[5]. كما لا يعتد بإقرار الولي عليه بالزواج، فلا يثبت

---

(١) حاشية رد المحتار – ج٥ ص ٥٩٠. فتح القدير – ج٦ ص٢٨١.

(٢) وفرّق الحنفية بين أن يكون سكره بطريق محظور أو غير محظور، فإن كان بطريق محظور جاز إقراره مطلقا، لأنه لا ينافي الخطاب وأفعاله تجري مجرى الصاحي، إلا إذا أقرّ بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى، لأن السكران لا يكاد يثبت على شيء. فأقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع. أما إن كان سكره بطريق مباح كالشرب مكرها فلا يعتد بإقراره، وكذا الشراب المتخذ من الحبوب والعسل فألحقه أبو حنيفة وزفر بالثاني، وألحقه محمد بالأول. أنظر في ذلك تبيين الحقائق- جـ ٥ ص٣، ٤. شرح العناية على الهداية مع الفتح -جـ ٦ ص ٢٨٨. تحفة الفقهاء- جـ ٣ ص ٣١٩.
والراجح في نظري هو ما ذهب إليه الجمهور في عدم التفرقة في حال السكران، لأنه غير عاقل، فلم يصح إقراره، ويلحق بالمجنون الذي سبب جنونه فعل محرم، ولا يوجد معنى الإقرار الموجب لقبوله قوله.

(٣) حاشية الدسوقي– ج ٣ ص ٣٩٧. بلغة السالك – ج ٢ ص ١٧٦. شرح الخرشي– ج ٤ ص ٣٠٣. سراج السالك– ج ٢ ص ١٦٢، وجاء فيه: " وأما السكران فيؤاخذ بما يوجب قصاصا أو حدّا، وينفذ عتقه وطلاقه، ولا يؤاخذ بإقراره حال سكره بمال يكون في ذمته للغير، ولا تلزمه سائر العقود ولو عقد نكاح، وإنما خوطب بالجنايات والحدود لئلا يتساكر الناس فيتلفوا النفوس والأموال ويتجرأوا على السب والقذف، لذا قال بعضهم لا يلزم السكران إقرار عقود، بل ما جنى عتق طلاق وحدود ". مغني المحتاج– ج٢ ص ٢٣٨. نهاية المحتاج – ج ٥ ص٦٦. المغني- ج٥ ص٢٧١، ٢٧٢. الإنصاف – ج٢ ص١٢٥، ١٣٢.

(٤) المغني– ج ٥ ص ٢٧٣. المبدع - ج١٠ ص ٢٩٦.
وألحق المالكية بالمجنون والسكران المرتد بعد إيقافه من طرف الحاكم للاستتابة، فإن تاب صح إقراره وأخذ به وإن قتل على ردته بطل إقراره، وأما إقراره قبل إيقافه للإستتابة فصحيح. شرح الخرشي – ج٤ ص ٣٠٣.

(٥) جزء من حديث أخرجه ابن ماجه في سننه-كتاب الطلاق-باب طلاق المعتوه والصغير والنائم- ج١ ص٦٥٨ رقم(٢٠٤١). وإن ادعى الصبي أو ادعت الصبية البلوغ بالإحتلام، وهو الإنزال في يقظة أو منام، أو أدعته الصبية بالحيض مع الإمكان له، بأن كان في سن يحتمل البلوغ صدّق في ذلك، ولا يحلف عليه لأنه لا يعرف إلا من جهته، وإن ادعى البلوغ بالسن بأن قال قد استكملت خمس عشرة سنة طولب ببينة عليه. شرح الخرشي– ج ٤ ص ٣٠٣. مغني المحتاج – ج ٢ ص ٢٣٨. المغني ومعه الشرح الكبير– ج ٥ ص ٢٧٣. المبدع - ج ١٠ ص ٢٩٦.

ذلك إلا بشاهدي عدل، أو بتصديق الصبي له بعد البلوغ[1].

٣- **الاختيار:** فلا يكون المقر مكرها، ذلك أن المقر إذا لم يكن مختارا في إقراره كان إقراره فاسداً لفساد اختياره[2]. وذلك لحديث النبي صلى الله عليه وسلم "إن الله تجاوز لأمتي عما توسوس به صدورها، مالم تعمل به أوتتكلم به، وما استكرهوا عليه"[3]. ولقوله تعالى: "إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان"[4]، فجل الإكراه مسقطا لحكم الكفر فالأولى ماعداه[5].

ومن أقر بحق ثم ادعى بأنه كان مكرها، لم يقبل قوله إلا ببينة، سواء أقر عند القاضي أو عند غيره، لأن الأصل عدم الإكراه، وكون الشخص مختارا في تصرفاته، إلا أن تكون هناك قرينة أو دلالة على كالإكراه ، كالقيد، والحبس فيكون القول قوله مع يمينه، لأن هذه الحال تدل على الإكراه، وإذا أقر الشخص بالزوجية ثم رجع وقال غلطت في الإقرار، أو تعمدت الكذب، فعند الأحناف يحلف المقر له بأن المقر لم يكن كاذبا في إقراره، وعند الشافعية يقبل قوله من غير تحليف[6].

ثانيا : المقر له: هو الشخص الذي صدر الإقرار لصالحه. فلا يصح الإقرار بالزوجية مطلقا لمجهول من غير تحديد للمقر له، لأن جهالة المقرله تفسد الإقرار وقد يكون المقر له هو الرجل أو المرأة، ويصح الإقرار لكل من يثبت له الحق[7]. ويشترط لصحة إقرار المقر له توافر جملة من الشروط فيه، وهي:

١- إذا كانت المرأة هي المقر لها بالزوجية، فيشترط ألا تكون في عصمة غير المقر أو عدته.

٢- ألا تكون من المحرمات بالنسبة للمقر، كما لو كانت لزوجته التي في عصمته، أو في عدته، أو كانت عمة أو خالة لها، أو كانت مجوسية أو وثنية، أو كان في عصمة الرجل أربع

---

(١) بلغة السالك – ج٢ ص١٧٦. سراج السالك – ج٢ ص١٦٢.حاشية الدسوقي– ج٣ ص٣٩٧. الإنصاف – ١٢ ص١٣٣.

(٢) تبيين الحقائق – ج ٥ ص٣. مواهب الجليل- ج٥ ص ٢١٦. شرح الخرشي– ج ٤ ص ٣٠٣. مغني المحتاج– ج ٢ ص٢٤٠. المبدع – ج ١٠ ص ٢٩٧.

(٣) سنن ابن ماجه- كتاب الطلاق- باب طلاق المكره والناسي- ج١ ص٦٥٩ رقم (٢٠٤٤) عن أبي هريرة.

(٤) سورة النحل– آية ١٠٦.

(٥) حاشية رد المحتار– ج ٥ ص٦٠٤. مغنى المحتاج – ج ٢ ص ٢٤٢. الإقناع – ج٤ ص ٤٥٧. المغني ومعه الشرح الكبير – ج ٥ ص ٢٧٣، وجاء فيه "وإن أقر بغير ما أكره عليه مثل أن يكره على الإقرار بطلاق امرأة فأقر بطلاق أخرى صح لأنه أقر بما لم يكره عليه، فصح كما لو أقر به ابتداء". ويمكن إلحاق الإقرار بالزوجية بالطلاق في الحكم، كما لو أكره على الإقرار بزواج امرأة فأقر بزواج أختها أو امرأة أخرى صح إقراره. والله أعلم.

(٦) شرح العناية على الهداية مع الفتح – جـ ٧ ص ١٤.

(٧) إقرار المرأة بالنكاح هو استثناء من قاعدة "من ملك الإنشاء ملك الإقرار، ومن لا فلا"، فهي لا تقدر على إنشائه عند الجمهور، خلافا للأحناف. السيوطي- الأشباه والنظائر- ص ٤٦٤.

نسوة[1].

٣- أن يصدق المقر له بالزوجية في إقراره، فلو كذبه لم تثبت الزوجية، لما يترتب على الحكم بها من حقوق بين المقر والمقر له. فالإقرار يثبت الحق للمقر له بمجرد إيجاب المقر من غير توقف على قبول المقر له، وإذا كان الإقرار لا يشترط فيه قبول المقر له إلا أنه يرتد برده ويبطل بتكذيبه.

ويقول ابن عابدين في تكملته: "لا يتوقف الإقرار على قبول المقر له، ولكن يكون مردودا برده ولا يبقى له حكم"[2].

وهذا التصادق بين الطرفين يعد تقريرا للوقائع وإثباتا لزوجية وقعت من قبل، ولا يعد إنشاء للعقد، و إلا لكان محتاجا إلى الإشهاد عليه، وهذا لم يقل به أحد، وإذا رجع المقر له بعد تكذيبه، لم يفده رجوعه إلا أن يرجع المقرّ إلى الإقرار[3].

ومن القواعد المقررة في الإقرار أنه حجة قاصرة على المقر لا يتعداه الى غيره، لقصور ولاية المقر على غيره، فيقتصر أثر الإقرار على المقر نفسه. ومثال ذلك: لو أقر الزوج أن امرأته هي أخته من الرضاع وكذبته المرأة، فإنه يقبل قوله في فسخ النكاح لأنه إقرار في حق نفسه، ولا يقبل اقراره في اسقاط مهر الزوجة لأن قوله باقراره مقبول في حق نفسه لا في حق غيره.

وأيضا اذا أقرت المرأة أن زوجها هو أخوها من الرضاع وأنكر الزوج ذلك، لم يقبل قول المرأة في فسخ النكاح، لأنه إقرار في حق غيرها، وفي مقابل ذلك يقبل قولها في المهر بإسقاطه، لأنه إقرار في حق نفسها فيقبل[4].

---

(١) تكملة ابن عابدين- جـ ٢ ص ٦٩.

(٢) تكملة ابن عابدين- نفس الموضع. شرح الخرشي- جـ ٤ ص ٣٠٣. مغنى المحتاج- جـ ٢ ص ٢٤٢.

(٣) شرح العناية على الهداية مع الفتح- نفس الموضع. تبصرة الحكام- جـ ٢ ص ٥٨.

(٤) المهذب - ج٢ ص٣٤٦. وللسرخسي بحث مفصل في ألفاظ الطلاق الصريحة والكنائية التي يقع بها النكاح والتي لا يقع:

- فإذا قالت المرأة لرجل طلقني، عد ذلك إقرار منها بنكاحه لها، لأنها طلبت منه ما لا يصح شرعا إلا بعد صحة النكاح، فيكون ذلك منها بمنزلة الإقرار بالنكاح، ولأن الطلاق للإطلاق عن قيد النكاح، فكأنها قالت أطلقني عن قيد النكاح الذي لك علي. وكذلك لو قالت أخلعني بألف درهم، فهذا أظهر، لأنها التزمت البدل ولا يجب عليها البدل إلا بزوال ملك النكاح عنها بالخلع.

- وكذلك لو قالت طلقتني أمس بألف درهم أو أنت مني مظاهرا أو مولى فإن شيئا مما أخبرت به لا يصح إلا بعد صحة النكاح، فإقرارها به تضمن الإقرار بالنكاح، ولو قال الرجل اختلعي مني بمال كان هذا إقرار منه أنه تزوجها، لأن الخلع بمال لا يكون إلا بعد صحة النكاح بينهما.

- وكذلك لو قالت له طلقني فقال لها اختاري أو أمرك بيدك في الطلاق، فهذا منه إقرار بالنكاح، لأن تفويضه الطلاق إليها لا يكون إلا بعد صحة النكاح، ولو قال والله لا أقربك لا يكون هذا إقرار منه بأنها زوجته، لأنه كلام محتمل فلعله منع نفسه من قربانها لعدم الملك له عليها، وقد يكون قصده من ذلك الكلام الإضرار بها، والمحتمل لا يكون حجة، ثم هذا الكلام نفي موجب النكاح بينهما ونفي موجب العقد لا يكون إقرار بالعقد.

- وأيضا لو قال أنت علي حرام أو بائنة أو بته، لأنه وصفها بالحرمة وموجب النكاح ضده وهو الحل فوصفها به

وإذا تعين المقر له فلا يشترط أن يكون عاقلا أو بالغا، فإذا أقر لمجنون أو معتوه أو صغير غير مميز صحّ إقراره.

ثالثا: المقر به: هو محل الإقرار، وهو الحق الذي أخبر عنه المقر واعترف به، وهو النكاح الذي ليس من الحقوق المالية، ولم يقصد به المال لا في الحال، ولا في المآل. ويقتضي ذلك صدور اعتراف من أحد الطرفين بوجود زوجية بينه وبين الطرف الآخر.

ويجدر التنبيه إلى أن الإقرار بالنكاح الذي يكون صحيحا ومنتجا لآثاره، هو الإقرار باستدامته، أي أنه كان ثابتا من قبل وأنكره أحد الزوجين بعد ذلك، ثم أقام المدعي دعوى النكاح وأقر المدعى عليه بالنكاح بعد إنكاره له، ولا ينعقد النكاح بلفظ الإقرار.

فلو ادعى الرجل وجود النكاح وأقرت المرأة به أو العكس، فقد تفرد الحنفية في قول لهم أن النكاح ينعقد بالإقرار، بأن يقر الرجل بأن فلانة زوجته، أو تقر المرأة كذلك بأن هذا الرجل زوجها، فإن النكاح يثبت وينعقد بهذا الإقرار حتى ولو لم يكن بينهما نكاح سابق، إذا كان ذلك الإقرار في حضور شاهدين، وذلك قياسا على صحة إنشاء عقد النكاح بلفظ الجعل (بفتح الجيم)، بأن يقول الشهود للرجل والمرأة بعد اجتماعهما معا بمحضر من الشهود جعلتما هذا نكاحا، فيقولان:نعم، فإن النكاح ينعقد بينهما، وينعقد النكاح أيضا مالو قالت المرأة جعلت نفسي لك، فقبل الرجل ذلك الإيجاب في حضور الشهود فإن العقد يعتبر تاما وصحيحا بين الزوجين[1]. أما إن لم يكن الإقرار بمحضر الشهود فلا يصح النكاح على الأصح.

ويمكن أن يستدل لمذهب بعض الأحناف في عدم إشتراط الإقرار بمحضر الشهود، بما رواه ابن أبي شيبة عن يحي بن أبي الهيثم عن أبيه عن جده أنه شهد عليا وأتي برجل وامرأة وجدا في خرب مراد، فأتي بهما علي، فقال(أي الرجل):بنت عمي وربيبتي في حجري، فجعل أصحابه يقولون: قولي زوجي، فقالت:هو زوجي، فقال علي: خذ بيد امرأتك[2].

وماعليه جمهور الفقهاء، والمختار في مذهب الحنفية أن النكاح لا ينعقد بالإقرار، فلو أقر رجل

لا يكون إقرارا بالنكاح إلا أن تقول له طلقني، فيقول بعد ذلك شيئا من هذه الألفاظ.

- ولو قال أنا مول منك أو مظاهر كان إقرارا منه بالنكاح، لأن الإيلاء والظهار تصرف منه يختص بالنكاح الصحيح، أما لو قال لها أنت علي كظهر أمي لم يكن إقرارا بالنكاح، لأن هذا إخبار منه بحرمتها عليه، وهو ضد موجب النكاح، ولو قال: ألم أطلقك أمس؟ أو أما طلقتك أمس؟ فهذا إقرار منه بالنكاح والطلاق لأن في هذا الاستفهام معنى التقرير. قال الله تعالى: "ألم يأتكم رسل منكم" أي قد أتاكم، وتقرير الطلاق لا يكون إلا بعد النكاح، فكان إقرارا بهما، ولو قال: هل طلقتك أمس؟ كان هذا إقرار بالنكاح دون الطلاق، لأن الطلاق لا يكون إلا بعد النكاح، فكان هذا إقرارا بالنكاح. المبسوط- ج١٨ ص ١٧٢.

(١) حاشية ابن عابدين- ج٣ ص١٣ وجاء فيه "ادعى رجل قبل امرأة نكاحا فجحدت فصالحها على مائة على أن تقر بذلك فأقرت، فهذا الإقرار منها جائز، والمال لازم، وهذا الإقرار بمنزلة إنشاء النكاح لأنه مقرون بالعوض، فهو عبارة عن تمليك مبتدأ في الحال، فإن كان بمحضر من الشهود صحّ النكاح وإلا فلا، في الأصح".

(٢) مصنف ابن أبي شيبة -كتاب الحدود-في الرجل يوجد مع المرأة فتقول زوجي- ص٤٣ رقم(١٤٠). والمقصود بخرب مراد :هي خرائب قرب مساكن قبيلة مراد .

وامرأة بالنكاح وهما كاذبان ويعلمان أنه لانكاح بينهما، لم يثبت النكاح بينهما باطنا بهذا الإقرار بالرغم من أنهما يملكان إنشاء النكاح(١).

ويترجح لي ما ذهب إليه الجمهور في عدم انعقاد النكاح بلفظ الاقرار وعدم ثبوت النكاح به إذا كان بابتداء النكاح، لأن الإقرار إظهار لما هو ثابت من قبل وليس إنشاء، فلا يثبت النكاح به ابتداء مالم يكن ثابتا من قبل. زيادة على :

- أن القول بإثبات النكاح إبتداء بالإقرار، فيه شبهة إدعاء النكاح من مرتكبي فاحشة الزنا، خشية من إقامة الحد عليهما، وفي ذلك من المفاسد ما لا يخفى.

- أن الاقرار قد يكون نتيجة ضغوط أدبية أو مالية ترغيبا أو ترهيبا، فلا عبرة بالإقرار بالنكاح ابتداء.

ومتى ثبت النكاح بالاقرار- في حالة ثبوت النكاح قبل الاقرار به- حيث كان ثابتا من قبل فإنه لا يجوز للمقر الرجوع عن إقراره، لأنه إقرار متعلق بحقوق الآدميين، ولا يجوز الرجوع عن الإقرار فيها(٢).

رابعا: الصيغة: وهي اللفظ أو ما يقوم مقامه مما يدل على ثبوت الحق على المقر، وصيغة الإقرار قد تكون صريحة كاللفظ والكتابة، كما قد تكون غير صريحة كالإشارة والسكوت. وفيما يأتي تفصيل عن كل صيغة من الصيغ.

أ – اللفظ : وهو الوسيلة الأكثر شيوعا، ولم يختلف أحد من الفقهاء على العمل بها. ويشترط في صيغة اللفظية للإقرار بالزوجية، أن تكون صريحة دالة على مقصود صاحبها، ولا غموض فيها(٣). كقول الرجل: أن هذه المرأة زوجتي أو ما يدل على ذلك من معاني الزواج والنكاح. أما لو كان الإقرار يحتمل الإقرار بالزوجية وغيره، فلا يعتد به لأنه يورث شكا وشبهة، والإقرار بالزوجية شأنه شأن الحدود الخالصة والقصاص تدرأ بالشبهات والشكوك.

---

(١) الشرح الصغير على أقرب المسالك- ج٢ ص٤٨٨ .السيوطي- الأشباه والنظائر- ص ٤٦٦ . وهذا متفرع عن الخلاف في حقيقة الإقرار، هل هو إخبار أم إنشاء، أم هو جامع للأمرين، أقوال ثلاثة:
القول الأول : يرى أنه إخبار لا إنشاء، وهو قول عامة المشايخ من الأحناف وهو الأصح المعول عليه عندهم. وقال به المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية.
القول الثاني: أن الإقرار إنشاء يفيد التمليك في الحال، وممن ذهب إلى ذلك أبو عبد الله الجرجاني من الأحناف، وقال جماعة منهم البغوي أنه قائم مقام الإنشاء.
القول الثالث: أن الإقرار إخبار من وجه، وإنشاء من وجه. وهذا رأي ابن نجيم.
والمذهب الراجح في نظري هو الأول. لمزيد من التفصيل أنظر: البحر الرائق -ج٧ ص٣٤٩، وصاحب تنوير الأبصار بشرح الدر المختار- ج٢ ص٢٢٠. شرح العناية على الهداية مع الفتح -ج٦ ص٢٧٩. فتح القدير– ج٦ ص٢٨٠. حاشية الدسوقي–ج٣ ص٣٩٧. حاشية رد المحتار – ج٥ ص٥٨٦ . تكملة ابن عابدين–ج٢ ص٦٨، ٦٩ . السيوطي– الأشباه والنظائر-ص٤٦٤.الإنصاف– ج١٢ ص١٢٥.الإقناع –ج ٤ ص٤٥٦. المحلى- ج٨ ص٢٥٠.
(٢) يقول الشيرازي: "إن من أقر بحق لآدمي أو بحق لله تعالى لا يسقط بالشبهة، ثم رجع في إقراره لم يقبل رجوعه لأنه حق ثبت لغيره فلم يملك إسقاطه بغير رضاه". المهذب- ج٢ ص٣٥٢. مغني المحتاج- ج٤ ص١٥٠ .
(٣) والصيغة اللفظية الصريحة وهي ما تدل على الإقرار بحسب معناه اللغوي.حاشية ابن عابدين-ج٢ ص٢٢٢.

ب ـ الإشارة:

١ـ إشارة السليم: فجمهور الفقهاء لا يعتدون بإشارته في مقام الجواب عن الدعوى[١]. لأن الإشارة تقوم مقام اللفظ عند العجز عنه، وإقرار الناطق بإشارته فيه احتمال لعدم الجزم في الإقرار، فلا تجب الزوجية مع التردد والاحتمال[٢].

وقال المالكية بجواز الأخذ بإشارة الناطق المفهمة في إقراره، إلا إذا كان الإقرار متعلقا بالزوجية فلا يعتد به لماله من الأهمية والمكانة[٣].

وأما إشارة المريض في مقام الجواب عن الدعوى بأن أومأ برأسه مفيدا معنى "نعم". فقد نقل عن الشافعي قبول ذلك، إذا كان عاجزا عن الكلام، لأنه إقرار بالإشارة عن عاجز عن الكلام فأشبه إقرار الأخرس[٤].

ويرى البعض أن مقتضى قواعد الشرع الإسلامي جواز الأخذ بإشارة الناطق مراعاة للعرف، الذي له اعتباره في الشرع، وللقاضي الخيرة بين الرفض والقبول ما دامت المسألة محل نظر واجتهاد في تفسير المراد من الإشارة، والقاعدة أن إعمال الكلام أولى من إهماله.

والإشارة نوع كلام لأنها تدل على معنى، فيؤخذ العاقل البالغ بما يقوله، وكلامه محمول على الصحة ما أمكن، ولا يصار إلى إهماله إلا إذا تعذر حمله على الصحة.

ويضيف في استدلاله إلى أنه إذا كانت شهادة الأخرس بإشارته صحيحة في حق غيره في مذهب بعض الفقهاء، فلأن تكون إشارة الناطق في حق نفسه أولى لعدم التهمة في الغالب[٥].

وأرى أن القادر على الكلام قد تمكن من التعبير عن إقراره بخلاف الأخرس فلا داعي للعدول عن النطق وسيلة للتعبير، ولا موجب يقتضى هذا العدول، وهذا ما يقتضيه العرف. ويمكن- من ثم-إلحاق إقراره بشهادة الأخرس التي يكتنفها الإحتمال، نظرا لما تورثه من التهمة.

٢ـ الأخرس: الخرس قد يكون أصيلا كمن ولد وبه هذه الآفة، وقد يكون طارئا كمن اعتقل لسانه بسبب المرض أو غيره.

ـ الخرس الأصلي: من كان خرسه أصليا ولا يعرف القراءة والكتابة، وليس له إشارة معلومة، فإنه لا خلاف في أن إشارته لغو فلا يصح بها إقراره بالزوجية. أما إذا كانت إشارته معهودة ومفهومة

---

(١) شرح العناية على الهداية مع الفتح ج ٦ – ص ٢٨٤. تكملة ابن عابدين ج٢ ص٢٠٨. وجاء في المادة ١٥ من المجلة أن "إقرار الناطق بإشارته لا تعتبر".

(٢) المغني ومعه الشرح الكبير - ج ٥ ص ٢٠٨ .

(٣) حاشية العدوي على الخرشي- ج٤ ص٣٠٤. حاشية الدسوقي- ج٣ ص٣٩٦. شرح الخرشي- ج٣ ص ٣٠٤. بلغة السالك - ج٢ ص ١٧٦.

(٤) المغني ومعه الشرح الكبير- ج٥ ص ٢٨٠.

(٥) مجيد حُميد السماكية – المرجع السابق- ص ١٦٤، ١٦٥.

لدى الكافة فهي معتبرة في الإقرار، وقائمة مقام عبارته لدى جمهور الفقهاء، وعليها المدار في مخاطبته ومعاملته، وسائر تصرفاته[1]. والإشارة المعهودة تكون عادة باليد أو بالرأس أو بالحاجب. هذا إذا كان الأخرس لا يعرف الكتابة، أما إذا كان يعرف الكتابة فتستوي عند جمهور الفقهاء مع الإشارة، لأن كل واحدة منهما حجة، ولا تقدم إحداهما على الأخرى[2].

وذهب الشافعية في قول، والحنفية في رواية، أن الأخرس القادر على الكتابة لا يصح إقراره بالإشارة ولو كانت مفهومة، لأن الكتابة أقوى حجة وأبعد عن الشبهة والاحتمال[3].

والراجح في نظري هو ما ذهب إليه الشافعية في قول، والحنفية في رواية، لأن دلالة الكتابة عل مراد صاحبها أبلغ وأبين، ولا شبهة فيها بخلاف الإشارة، كما أن قصد البيان في الكتابة معلوم للعيان وظاهر.

- **الخرس الطارئ**: إذا كان الشخص قادراً على الكلام ثم اعتقل لسانه بسبب مرض أو نحوه، فقد اختلف الفقهاء في صحة إقراره، فذهب الحنفية والحنابلة إلى أن إقراره لا يصح بإشارة ولا بكتابة إلا إذا امتدت عقلته، وذلك لأن الإشارة إنما يعتد بها إذا غلبت على صاحبها دون معتقل اللسان الذي يكون الخرس لديه أمر عارض، هذا إذا كانت كتابته مرسومة وغير مستبينة[4].

أما إذا كانت كتابته مستبينة ومرسومة فإنها تكون كالنطق.

وقد اختلف فقهاء الحنفية في قدر الامتداد، فقيل مدة الامتداد شهر، وقيل ستة أشهر، وقيل سنة. أمّا

---

(١) بدائع الصنائع- جـ ٨ ص٣٣٥٩. حاشية الدسوقي- جـ ٣ ص ٣٩٩. شرح الخرشي - جـ ٤ ص ٣٠٣. حاشية العدوي على الخرشي- جـ ٤ ص٣٠٤. تنص المادة (١٥٨٦) من مجلة الأحكام العدلية أن "إقرار الأخرس بإشارته المعهودة معتبرة"، كما نصت المادة (٧٠) منها بأن "الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان". وأنظر أيضا شروح المجلة لعلى حيدر – جـ ٣ ص ٩٥. و رستم باز جـ ٢ ص ٢٦٩.

(٢) المغني ومعه الشرح الكبير- جـ ٥ ص ٢٨٠. شرح الخرشي- جـ ٤ ص٣٠٤.

(٣) السيوطي – الأشباه والنظائر- ص ٣١٢.

(٤) قسم الحنفية الكتابة إلى ثلاثة أقسام:

أ- الكتابة المرسومة المستبينة: فالمرسومة هي الكتابة المعنونة التي تكون مصدرة. بالعنوان "من فلان إلى فلان" فتأخذ شكل الرسالة والخطاب. ومثال ذلك: أن يكتب: "من فلان إلى فلان أن فلانة زوجتي أو في عصمتي." على ما جرت به العادة.

المستبينة هي التي يكون لها بقاء بعد الفراغ منها ويستطاع قراءتها. فهذا النوع من الكتابة بمنزلة القول الصريح، وهو حجة كالنطق. وهذا هو المعنى بقولهم: الإقرار بالكتابة كالإقرار باللسان، وأن الكتاب كالخطاب. كما نصت على ذلك المواد ٩، ١٦، ٦٩ من مجلة الأحكام العدلية.

ب – الكتابة المستبينة غير المرسومة: كالكتابة على الجدران وأوراق الشجر، والورق لأعلى الوجه المعتاد. كأن يكتب في ورقة فلانة زوجتي وهذا النوع من الكتابة لا يكون حجة إلا بانضمام شيء آخر إليه كالنية والإشهاد عليه والإملاء على الغير حتى يكتبه. وذلك لأن كتابته د تكون للتجربة ونحوها، وقيل أن الإملاء بلا إشهاد غير معتبر، ولكن الأظهر اعتباره.

جـ - الكتابة غير المستبينة: كالكتابة على الماء والهواء، وهذا النوع من الكتابة لغو لا تثبت به الزوجية أو ما كتبه الشخص من الأحكام وإن نوى، فهو بمثابة الكلام غير المسموع. أنظر: الهداية على العناية مع الفتح- جـ ٥ ص ١١٥ وما بعدها. مجمع الأنهر – جـ ٢ ص ٧٣٢. المبسوط – جـ ١٨ ص١٧٣. أحمد إبراهيم بك – طرق الإثبات الشرعية – ص ٦٦، ٦٧.

ما عليه الفتوى فإنه إذا دامت العقلة إلى وقت الموت يجوز إقراره بالإشارة المعهودة[1].

ومذهب الحنابلة هو عدم صحة إشارة معتقل اللسان لأنه غير ميأوس من نطقه، فهو أشبه بالناطق[2].

ج – الكتابة: تعد الكتابة من أهم طرق الإثبات نظراً إلى الدور الكبير الذي تلعبه في مجال تعاملات الأفراد. وقد اختلف الفقهاء في حجية الإقرار بالكتابة واعتبارها طريقا من طرق الإثبات، إلى فريقين : مانعين ومجوزين.

أما المانعون: فقد استدلوا بعدم حجية الكتابة بذاتها بأدلة منها:

١- أن الخطوط قابلة للمشابهة والمحاكاة، كما أن الكاتب يجوز أن يكون قد كتب التجربة، أو يكون لاهيا، وأن يكون من السهل تزوير الخط والخاتم أو الحصول على الخاتم بطريقة ما[3]. ولهم في قصة مقتل عثمان بن عفان رضي الله عنه مسترشد للقول بمنع العمل بالخط، ذلك أن أعداءه صنعوا مثل خاتمة وكتبوا مثل كتابته حتى جرى ما جرى. ولذلك قال الشعبي: لا تشهد أبداً إلا على شيء تذكره، فإنه من شاء انتقش خاتما، ومن شاء كتب كتابا[4].

واعترض على هذا الاستدلال بأن القصد من الخط حصول العلم بنسبة الخط إلى كاتبه، فإذا تبين وتيقن من ذلك كان كالعلم بنسبة اللفظ إليه.

وأما ما يعرض من تشابه الخطوط، فهو كتشابه الصور والأصوات وقد جعل الله سبحانه وتعالى في خط كل إنسان ما يتميز به عن خط غيره. كما جعل له ما تتميز به صورته عن صورة غيرة، وصوته عن صوت غيره. ووقوع الاشتباه والمحاكاة لو كان مانعا لمنع من الشهادة على الخط.

وقد دلت الأدلة المتضافرة التي تقرب من القطع على قبول شهادة الأعمى فيما طريقهُ السمع متى عرف الصوت، مع أن تشابه الأصوات – إن لم يكن أعظم من تشابه الخطوط – فليس دونه[5].

وأما احتمال اللهو أو السهو أو الكتابة لغرض التجربة فهذا نادر وبعيد بل غريب، فلا يعتد به. وعلى فرض صحة وقوع ذلك فلصاحب الشأن أن يطعن في شرط الإثبات ليرفع عن نفسه دعوى

---

(١) تكملة ابن عابدين- ج ٢ ص ١٠٨.
(٢) المغني ومعه الشرح الكبير- ج ٥ ص ٢٧٦ .
(٣) الطرق الحكمية – ص ٢٦٦. تكملة ابن عابدين – ج ٢ – ص ٧٧. وعامة علماء الأحناف على هذا الرأي فيما استظهره ابن عابدين نقلا عن البحر وفقا للقياس. المبسوط – ج ١٨ ص١٧٢. ووفقا للاستحسان قال بعضهم بالجواز.
(٤) الطرق الحكمية – نفس الموضع.
(٥) الطرق الحكمية – ص ٢٦٣.

الزوجية المستندة إلى الإقرار الكتابي[1]. كما أنه لا يتصور من عاقل أن يجرب خطه بكتابة إقرار على نفسه لآخر، ومجال التجربة والتسلية أمامه واسع فسيح[2].

٢- استدل المانعون لقولهم بأن الحجج الشرعية محصورة في ثلاث هي: الإقرار والبينة والنكول، فاعتبار الخط حجة تزيد في الدين وإحداث لأمر لم يكن، وذلك غير جائز لقوله صلى الله عليه وسلم "من أحدث في أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد"[3].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن الكتابة صيغة من صيغ الإقرار الذي ثبتت حجيته، ولا فرق بين أن يقر الشخص بلسانه أو يقر بخطه وقلمه، هذا من جهة. ومن وجهة أخرى فإن البينة – كما سبق – هي كل ما يبين الحق ويظهره، " فأي طريق استخرج بها العدل والقسط فهي من الدين، وليست مخالفة له"[4]. والإقرار بالكتابة هو أحد هذه الطرق التي تجلي للقاضي الحق.

أما المجوزون: فقد استندوا لقولهم بأدلة من الكتاب والسنة.

١- **الكتاب:** قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى فاكتبوه.."[5]

وجه الدلالة: وصف الله تعالى الكتابة - مصحوبة بالاستشهاد - بأنها قسط وعدل مما يدل على مكانتها في الإثبات، فضلا عن الأمر بصيغ مختلفة[6]. وهذا الأمر وإن كان بخصوص الدَيْن إلا أن القاعدة أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، فيشمل مختلف معاملات الأفراد ومنها الإقرار بالزوجية.

٢- **السنة النبوية:** ورد في الصحيحين عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "ماحق امرئ مسلم له شيء يريد أن يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عنده"[7]. فلو لم يجز الاعتماد على

---

(١) مجيد حُميد السماكية – المرجع السابق – ص ١٤٢.

(٢) السيوطي-الأشباه والنظائر- ص٣١٠، ٣١١. د.أحمد فراج حسين-أدلة الإثبات- ص ٣٢٨.

(٣) صحيح البخاري مع الفتح- كتاب الصلح -باب اذا اصطلحوا على صلح جور-ج٦ ص٣٣١٤ رقم(٢٦٩٧). صحيح مسلم بشرح النووي -كتاب الأقضية – باب نقض الأحكام الباطلة ورد محدثات الأمور– ج٦ ص٢٥٦ رقم (١٧١٨).

(٤)الطرق الحكمية – ص ٢١.

(٥) سورة البقرة – آية ٢٨٢.

(٦) وقد اختلف الفقهاء في موجب الأمر بالكتابة في الآية المذكورة. فقال البعض بالوجوب، وهذا مذهب عطاء وابن جريج واختاره محمد بن جرير الطبري. وقيل الأمر محمول على الندب والاستحسان، فإن ترك فلا بأس، وهذا قول جمهور العلماء. أنظر في ذلك القرطبي – الجامع لأحكام القرآن – مطبعة دار المصرية- ١٣٨٧ هـ - ١٩٦٧م – جـ ٣ ص ٣٨٣. ابن العربي – أحكام القرآن – تحقيق محمد بجاوي-مطبعة عيسى البابي الحلبي وأولاده- ط٢- ١٣٨٧هـ ١٩٦٧م- جـ ١ ص٢٤٨.

(٧) صحيح البخاري مع الفتح-كتاب الوصايا- ج٦ ص٣٣٨٠، ٣٣٨١ رقم (٢٧٣٨). صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب الوصية- ج٦ ص٧٠ رقم (١٦٢٧).

الخط لم يكن لكتابة وصيته فائدة[1].

ومن السنة أيضا ما كان يكتبه النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين قريش، ومنها كتب الأمانات وكتب الإقطاعات وعهود الذمة، ومنها كتبه التي كان يبعثها إلى الملوك أمثال كسرى وقيصر والنجاشي وملوك الأطراف، يدعوهم إلى الإسلام، وكتابته أيضا إلى عماله وسُعاته، ولم يكن صلى الله عليه وسلم يشافِهُ رسولا بكتابه بمضمونه قط، ولا جرى هذا في مدة حياته، بل كان صلى الله عليه وسلم يدفع الكتاب مختوما، ويأمر بدفعه إلى المكتوب إليه[2].

وبالكتابة حفظ الله هذه الشريعة حتى علمها من تأخر كما علمها من تقدم، ولولا ذلك لذهبت الشريعة ولا سيما في العصور المتأخرة، فإن الحُفاظ فيها في غاية القلة ولم يبق من العلم إلا ما حوته بطون الدفاتر. وهكذا حفظ الله بالكتابة أخبار السلف حتى عرفها الخلق، ولولا ذلك لذهبت بها الأيام، وصارت نسيا منسيا، وبهذا ظهرت الحكمة الإلهية في الأمر بالكتابة بنص القرآن في آية المداينة لحفظ الحقوق، كما أن العادة جارية بين الناس على العمل بالكتاب في أعمالهم اليومية وقد يؤدي إهمالها إلى وقوعهم في حرج شديد[3].

الرأي الراجح:

بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم وما ورد عليها من مناقشات يظهر أن أرجحها هو القول بحجية الكتابة واعتبارها قسما من أقسام الإقرار لثبوت ذلك بالأدلة من الكتاب والسنة والمعقول، وضعف الشبه التي ترد عليها، بحيث أصبح الإمكان التمييز بين الخطوط بسهولة ويسر بالاستعانة بأجهزة الكشف والتحقيق وأهل الخبرة والاختصاص.

وقد أصبحت الكتابة اليوم أكثر من ضرورة لحاجة الناس إليها في الكثير من المسائل بديلا عن الشهادة بسبب فساد الذمم وضعف الوازع الديني لدى الكثير، ومن ثم كان اعتبار الإقرار بالكتابة حجة، متى كانت الكتابة مستبينة ومرسومة، وسواء أشهد عليها أم لم يشهد لعموم الأدلة في ذلك، وعدم وجود ما يخصصها.

د – السكوت : صاغ الفقهاء قاعدة فقهية شهيرة تتعلق بمدى دلالة السكوت على الإرادة، تلك القاعدة هي **"لا ينسب إلى الساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان".** ومقصود الفقهاء من ذلك أنه لا ينسب لساكت أنه قال كذا، فما دام أنه لم يصدر منه قول أو فعل يدل على رضاه، أو

---

(١) الطرق الحكمية - ص ٢٦٢.

(٢) المرجع السابق- ص ٢٦١. أحمد إبراهيم بك – طرق القضاء في الشريعة الإسلامية - ص ٦٤.

(٣) المبسوط- جـ ١٨ ص١٧٣. أحمد إبراهيم بك – طرق القضاء في الشريعة الإسلامية-ص ٦٤. الطرق الحكمية- ص٢٦١. ويعلل ترجيحه العمل بالكتابة ومن ذلك الإقرار بها كحجة في الأحكام بقوله: "بل إجماع أهل الحديث قاطبة على اعتماد الراوي على الخط المحفوظ عنده، وجواز التحديث 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 النسخ الموجودة من السنن، وكذلك كتب الفقه: الاعتماد فيها على النسخ".

عدم رضاه، فإنه لا يمكن أن يترجم سكوته هذا بموافقة أو عدمها[1].

والسكوت المقصود هنا – والذي لا يصلح وسيلة للتعبير عن الإرادة – هو السكوت المجرد عن القول والفعل والقرينة والنص والعرف والاتفاق، فإجماع الفقهاء على أنه لا يعتد به وسيلة للتعبير والإفصاح عن الإرادة[2].

وبناءا على ذلك، فإنه لا يصح عد السكوت المجرد دليلا على إقرار لشخص بتصرف أو بثبوت حق لغيره عليه، كأن ينسب له إقراره بزوجية وهو ساكت ولم يصدر عنه تعبير بوسيلة من الوسائل على إجازة أو رفض ما نسب إليه، فهذا السكوت دلالته احتمالية غير واضحة، ومن ثم لا يكون حجة[3].

إلا أنه إذا دلت القرينة أو العرف أو حال المتكلم، على أن سكوته يحمل دلالته على التعبير على الإرادة، فإن ذلك يشكل إقرارا استثنائيا عن الأصل، لأن السكوت في معرض الحاجة بيان.

والمقصود من ذلك أنه بناء على دلالة حال الساكت رجل أو امرأة، أو بناء على دلالة العرف

---

(١) على حيدر- درر الحكام مستخرج مجلةالأحكام- ج١ ص٥٩ ، الشيخ أحمد الرزقا – شرح القواعد الفقهية – دار الغرب الإسلامي – ط ١ – ١٩٨٣ – جـ١ ص ٢٧٣ ، أستاذنا د. رمضان على السيد الشرنباصي – السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية – دار الفكر العربي – ١٩٨٤ ص ١٧. د. محمود عبد الله العكازي – شرح القواعد الفقهية- ١٩٩٨– ص ٨٨. ، أحمد محمد الحصري – القواعد الكلية للفقه الإسلامي – مكتب الكليات الأزهرية– ١٩٩٣ – ص ٣٠٩.، د. محمد بكر إسماعيل – القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه-دار المنار- ١٩٩٦- ص١٤٤. د. رمزي محمد على دراز- السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الإسلامي- رسالة قدمت إلى كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق- ١٤٢٤ هـ ٢٠٠٣م ص٢٥١.

(٢) أنظر في ذلك على سبيل المثال: وحيد الدين سوار – التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي – دارسة مقارنة بالفقه الغربي – مكتبة النهضة المصرية – ط ١ – ١٩٦٠ – ١٣٧٩ هـ ص ٢٦٤. د. على محي الدين القره داغي- مبدأ الرضا في العقود – دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانون مع بيان موقفي القانونين المصري والعراقي منه – رسالة دكتوراة – كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر- ١٩٨٥– ص ١٦٥. د. عبد القادر محمد قحطان – السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات – دراسة مقارنة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي – رسالة قدمت إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمس لنيل درجة الدكتوراة في الحقوق – ١٤١٢ هـ - ١٩٩١م – ص ١٠٨ د. عبد الرزاق حسن فرج – دور السكوت في التصرفات القانونية – دراسة مقارنة – مطبعة المدني بالقاهرة –دون تاريخ الطبع ص ٣٤. د. عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد والإرادة المنفردة – دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي – الإسكندرية – ١٩٨٤ – ص ١٠١. د. عبد المنعم فرج الصدة – نظرية العقد في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – دار النهضة العربية – ط ١- ١٩٩٠ – ص١٧٢. د. على حسب الله – أصول التشريع الإسلامي – دار الشفق العربي – ط ٦ – ١٤٠٢ – ١٩٨٢ – ص ٣٣. د. مصطفى محمد الجمال – القانون المدني في ثوبه الإسلامي – مصادر الالتزام – الفتح للطباعة والنشر – ط ١ – ١٩٩٦ – ص ٦٧. د. عبد الرازق السنهوري – المرجع السابق – ص ٢٢١. د. عبد الودود يحيى – الموجز في النظرية العامة للالتزام – دار النهضة العربية – ١٩٩٤ – ص ٤٢.

(٣) راجع في الدليل على عدم صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة ما ذكره القدامى والمعاصرون:
الشرح الكبير على متن المقنع - جـ ٤ ص ٢٢٤. الزيجاني – تخريج الفروع على الأصول مؤسسة الرسالة – ط ٣ – ١٩٧٩ – ص ٢٤٣. د. صبحي المحمصاني – النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية – مكتبة جامعة فاروق الأول – الإسكندرية – ١٩٤٨ – جـ ١ ص ٥٢. د. رمضان علي الشرنباصي – السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية – ص ١٦٦ وما بعدها. وغيرها من المصادر.

في اعتبار الساكت مقرا بما نسب إليه من الزوجية. كأن تكون المرأة بكرا فيمنعها حياؤها أو تواجدها بين ذويها من إبداء إقرارها بأن فلان زوجها.

وعلى كل فإن دلالة السكوت على الإقرار بالزوجية أمر نسبي جدا، وينبغي أن يحتاط فيه ولا يعتد به إلا إذا وجد ما يلابسه وما يقترن به من حاجة.

ويجدر التنبيه إلى أن السكوت الذي يحصل به الإقرار، ويعد صيغة من صيغه، هو غير سكوت المدعى عليه عند توجيه اليمين إليه، فهذا الأخير يعد نكولا عن اليمين، وهل يعد النكول طريقا من طرق إثبات الزوجية أم لا، هذا ما سنعرض له في حينه من البحث إن شاء الله تعالى.

المطلب الثالث: أحكام الدعوى بالمجهول في دعوى النكاح

اذا ادعى رجل امرأة فهل يشترط لسماع دعوى نكاحه أن يذكر المدعي شرائط النكاح، بأن يقول أنه تزوجها بولي وشاهدي عدل ورضاها أم لا ؟

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة إلى أربعة مذاهب :

المذهب الأول: وجوب ذكر شرائط النكاح في الدعوى به، سواء ادعى بعقد النكاح، بأن قال: ادعى نكاح هذه المرأة، أو ادعى باستدامته، بأن قال: هذه زوجتي، ففي كلا الحالين لابد من قوله: نكحتها بولي وشاهدي عدل، ورضاها ان كانت ممن يعتبر رضاها، ذهب الى هذا الشافعي في الأصح[١]، والحنابلة في وجه[٢].

المذهب الثاني: عدم وجوب ذكر شرائط عقد النكاح في الدعوى به، وتسمع سواءا ادعى بعقد النكاح أو باستدامته، ذهب إلى هذا الحنفية[٣]، وجمهور المالكية[٤]، والشافعي في قول[٥].

المذهب الثالث: وجوب ذكر شروط النكاح في دعوى عقد النكاح دون دعوى استدامته، فلو قال: أدعي نكاح هذه المرأة، فلا تصح دعواه حتى يذكر أنه تزوجها بولي وشاهدي عدلين وبرضاها، أما لو قال هذه زوجتي، فإن دعواه تصح بدون ذكر ذلك، وهو وجه عند الشافعية[٦]، والحنابلة[٧].

---

(١) الأم - ج ٥ ص ٢٢٨. الحاوي - ج١٧ ص٣١١. أدب القضاء ص١٦٣ .
(٢) المغني- ج١٢ ص ١٦٥. الكافي- ج٤ ص ٤٨٧.الفروع-ج٦ ص ٤٦٤.
(٣) الهداية- ج٣ ص ١٨٨.
(٤) الذخيرة- ج١١ ص٦. شرح الزرقاني على الموطأ - ج٧ ص ١٣٦.الشرح الكبير ومعه حاشية الدسوقي- ج٤ ص ١٤٤. شرح منح الجليل - ج٤ ص١٦٩.الفروق- ج ٤ ص١٥٥. جواهر الاكليل- ج١ ص٢٢٦.
(٥) الحاوي - ج١٧ ص ٣١١. المهذب- ج ٥ ص٥٤٣.
(٦) مراجع الشافعية أعلاه، وأيضا: روضة الطالبين- ج ١٢ ص ١٤ .أدب القضاء - ص ١٦٣ .
(٧) مراجع الحنابلة أعلاه .

المذهب الرابع: وجوب التفريق بين الطارئين[1] في البلد والمقيمين فيها، فتصح دعوى النكاح من الطارئين من غير ذكر الشروط، ولا تصح من المقيمين إلا بذكر شروطه أو بإثبات الزوجية، فان لم تثبت وأقر بالوطء، أقام القاضي عليها الحد، ذهب إلى هذا بعض المالكية[2].

الأدلة والمناقشات

أدلة المذهب الأول: استدل أصحابه على وجوب ذكر شرائط عقد النكاح في الدعوى به بالسنة والمعقول.

١- **السنة:** ماروي عن النبي صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[3].

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم قد خصّ عقد النكاح دون سائر العقود بشروط زائدة، فخالفت دعواه الدعاوى قياسا للدعوى على المدعى به[4].

ونوقش هذا الاستدلال بأن دعوى الشيء تتناول شروطه، بدليل البيع فإن له شروطا ولا يجب ذكرها في دعواه، لأن دعواه تتناول شروطه، فكذلك دعوى النكاح[5].

ويجاب عن ذلك بأن هناك فرقا بين عقد النكاح وغيره من العقود، فوجب أن يحتاط الشرع في أحكامه تبعا لهذا الفرق بما يتناسب معه، خلافا لغيره من العقود، كما أن عدم وجوب ذكر شروط العقود الأخرى في الدعوى بها ليس محل اتفاق بين الفقهاء، وإنما هو محل خلاف أيضا[6].

٢- **المعقول:** استدلوا به من وجهين:

الوجه الأول: أن الأبضاع أكثر خطرا، فلا تستباح بدعوى محتملة، فوجب نفي الإحتمال عنها بذكر شروط النكاح، بخلاف سائر العقود، فإن المقصود منها يدخله البدل والإباحة فيتساهل

---

(١) الطارئين: من كانا من غير أهل البلد. ويقال أيضا الطاريين: طرا طروا، يعني أتى من مكان بعيد. القاموس المحيط- ص١٦٨٥.

(٢) حاشية الدسوقي- ج٢ ص٣٢٩ .الشرح الصغير على أقرب المسالك- ج ٢ ص ٤٨٨. تبصرة الحكام- ج١ ص١١٢، ١١٣، ونقل فيه ابن فرحون عن ابن شاس المالكي أن دعوى النكاح تصح ولو لم يذكر شروطه، ثم نقل تعقيب ابن سهل على هذا الرأي بقوله:"وهذا الذي قاله ابن شاس حكم الطارئين، أما لو كانا بلديين، وادعى أنه نكحها بقرطبة مثلا نكاحا صحيحا، فلا يسمع قاضي قرطبة الدعوى بينهما قبل ثبوت الزوجية عنده، ويلزم القاضي الكشف عن صحة النكاح قبل الحكم، فإن لم يثبت وأقرا بالوطء، أقام القاضي عليهما الحد".

(٣) أخرجه ابن حبان في صحيحه. (١٢٤٧) الدارقطني- ج٣ ص ٢٢١ رقم(١١)عن ابن عباس. البيهقي- ج٧ ص١٢٥. صححه الألباني في الارواء رقم(٥٣٩، ٨٥٨٠، ١٨٦٠). صحيح الجامع رقم (٧٥٥٧، ٧٥٥٨).

(٤) الفروق- ج٣ ص ١٣٥- الفرق ٢٣٠ .الذخيرة - ج١١ ص٧٦ .الحاوي - ج ١٧ ص ٣١١ .

(٥) الفروق. الذخيرة- نفس المواضع .

(٦) د. شعبان الكومي فايد - الدعوى بالمجهول وأحكامها- دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون الوضعي- دار الجامعة الجديدة للنشر- ٢٠٠٤- ص ١٦٧ .

فيها[1].

واعترض على هذا الوجه بأنه إن صح لوجب ذكر خلو الزوجة من الردة والعدة، لكنه لم يجب، فدل على عدم صحة هذا الاستدلال ، كما أن الأصل حمل دعوى النكاح على الصحة لا الفساد[2].

وأجيب عن هذا الاعتراض بقيام الفرق بين شروط النكاح، وبين خلو الزوجة من الردة والعدة، فالأولى اختلف الفقهاء فيها، فمنهم من اشترط الولي والشهود، ومنهم من لم يشترط ، ومنهم من اشترط إذن البكر البالغ لأبيها في تزويجها، ومنهم من لم يشترط، وقد يدعي نكاحا يعتقده صحيحا والحاكم لا يرى صحته، ولا ينبغي أن يحكم بصحته مع جهله بها، وهذا بخلاف الردة والعدة، فإن عدمها لا يختلف الناس فيه لصحة النكاح، والأصل عدمها، ولا تختلف به الأغراض[3].

الوجه الثاني: أن النكاح فيه حق الله تعالى من جانب، وحق الآدمي من جانب آخر، فوجب ذكر صفته في دعواه كالقتل، لأن الوطء كالقتل لا يمكن استدراكه بعد وقوعه[4].

ونوقش هذا بأن دعوى المسلمين الصحة، فالإستدراك حينئذ نادر لا عبرة فيه، كما أن القتل خطره أعظم من حرمة النكاح والعقود جميعا، وبذلك يفترق النكاح عن القتل، ويمنع من القياس عليه[5].

ويجاب عن هذا بأن عدم وجوب ذكر شرائط العقد قد تكثر فيها دعوى الزوجية زورا، وما يترتب عن ذلك من المفاسد التي لا تقل عن قتل النفس، فوجب حفظا للأعراض درء هذه المفاسد قبل وقوعها، بذكر مدعي النكاح شروطه[6].

أدلة المذهب الثاني: استدل أصحابه على عدم وجوب ذكر شرائط عقد النكاح في الدعوى به مطلقا، بالمعقول من ثلاثة وجوه:

الوجه الأول: أن الأصل في عقود المسلمين الصحة، فيعمل بهذا الأصل حتى يتبين خلافه، وتحمل دعوى النكاح على النكاح الصحيح، دون حاجة الى ذكر شروطه[7].

وقد مضى مناقشة هذا الوجه وما أجيب عن مناقشته فيما تقدم .

---

(١) الفروق- ج٣ ص١٣٥. الذخيرة- ج١١ ص ٧٦. مغني المحتاج- ج٤ ص٥٩١. نهاية المحتاج- ج٨ ص٣٤٢. الحاوي- ج ١٧ ص٣١١ . الكافي- ج ٤ ص ٤٨٧ .

(٢) الفروق. الذخيرة- نفس المواضع.

(٣)الحاوي – نفس الموضع .المغني - ج ١٢ ص ١٦٥.

(٤) الحاوي- ج ١٧ ص ٣١٦. روضة الطالبين- ج ١٢ ص ١٤. مغني المحتاج- نفس الموضع. نهاية المحتاج- نفس الموضع. أدب القضاء- ص ١٦٤ .الكافي - ج ٤ ص ٤٨٧ .

(٥) الفروق. الذخيرة- نفس المواضع. حاشية الدسوقي- ج٤ ص١٤٤. التاج والاكليل- ج ٦ ص١٢٤.

(٦) د. شعبان الكومي فايد- المرجع السابق- ص ١٦٦ .

(٧) المراجع أعلاه .

الوجه الثاني: أنه لم يلزم في دعوى استحقاق المال صفة العقد وإن اعتبرت فيه شروط اختلف فيها، لم يلزم صفة النكاح لأجل شروطه واختلاف الفقهاء فيها[١].

ونوقش هذا الاستدلال بأن قياس دعوى النكاح على دعوى استحقاق المال قياس مع الفارق، فلا يقوى وجها للاستدلال به، فأسباب المال لا تنحصر، وقد يخفى على المدعي سبب ثبوت حقه، والعقود تكثر شروطها، وربما لا يحسن المدعي عدها بل ولا يعرفها، والأموال مما يتساهل فيها، رفعا للحرج ودفعا للمشقة، بخلاف النكاح[٢].

الوجه الثالث: أنه كما لايجب التعرض في دعوى النكاح لعدم الموانع، كالعدة والردة والرضاع والإحرام، فكذلك لا يجب فيها التعرض لشروطه.

ونوقش هذا الإستدلال بأن القياس على تلك الموانع قياس مع الفارق، وبيان ذلك أن الشروط يعتبر وجودها ليصح العقد، والموانع يعتبر عدمها، والأصل عدمها، فاكتفي بهذا الأصل. كما أن الموانع كثيرة يعسر ضبطها، وطلب ذكرها يلحق مشقة بالمدعي مما يوقعه في حرج، بخلاف الشروط[٣].

دليل المذهب الثالث: استدل أصحابه على عدم الاستفسار والاستفصال في دعوى استدامة الزوجية، بأن قال هذه زوجتي، والأمر بذلك في دعوى عقد النكاح إذا قال نكحتها، بأن استدامة الزوجية أخف من ابتدائها، إذ الشروط لا تعتبر في الدوام، بخلاف الابتداء، كما أن في دعوى استدامة الزوجية لم يتعرض لدعوى أصل العقد،وانما تعرض لدعوى الملك في الحال،فجوابه مثله ودعواه مسموعة، فأما إذا قال: نكحتها، فقد ادعى مباشرة العقد، وللعقد أركانه وأحكامه، ولابد من أن يذكر كيفية العقد الذي عقده[٤].

ونوقش هذا الإستدلال بأن التفريق بين دعوى ابتداء النكاح ودعوى الزوجية لا وجه له، إذ الكل دعوى، ولما كان ذكر الشروط معتبرا في دعوى ابتداء النكاح، وجب كذلك أن يكون معتبرا في دعوى استدامته[٥].

---

(١) الفروق. الذخيرة- نفس المواضع. روضة الطالبين- ج١٢ ص١٤. الحاوي- ج١٧ ص ٣١١. المهذب- ج٥ ص ٥٤٣. مغني المحتاج- ج ٤ ص ٥٩١. نهاية المحتاج- ج٨ ص ٣٤٢.

(٢) روضة الطالبين. مغني المحتاج- نفس المواضع .المغني- ج ١٢ ص ١٦٥ .

(٣) روضة الطالبين. الحاوي. مغني المحتاج. نهاية المحتاج- نفس المواضع. حاشية الشرواني على التحفة-ج١٠ ص٢٩٧. المغني- نفس الموضع.

(٤) الحاوي- ج١٧ ص٣١٢. المهذب- ج٥ ص٥٤٣. روضة الطالبين- ج١٢ ص١٤. الجويني-الجمع والفرق- تحقيق ودراسة عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزني- دار الجيل- بيروت- ط١- ١٤٢٤ هـ ٢٠٠٤م - ج٣ ص٦٤٦. المغني- ج ١٢ ص ١٦٥ .

(٥) المغني- نفس الموضع. الجمع والفرق- ج٣ ص٦٤٩، وذكر فيه: "أن الزوجية إنما تستفاد بالنكاح، ولو تلفظ بالنكاح في الدعوى لزمه التقييد والتفسير، فكذلك إذا ادعى الزوجية ومن ضرورتها النكاح، فكأنه ادعى النكاح".

الترجيح:

بعد عرض أدلة المذاهب الفقهية في مسألة وجوب ذكر شرائط عقد النكاح في الدعوى، أو عدم وجوب ذلك، والمناقشات الواردة عليها، وبعض الأجوبة عنها، يظهر لي أن ما ذهب اليه جمهور الفقهاء أصحاب المذهب الأول من القول بالإستفسار والإستفصال مطلقا من غير تفريق بين الدعويين هو الصواب - إن شاء الله- لقوة أدلتهم وموافقتها للأصل وسلامتها عند المناقشة، وفي المقابل عدم صمود أدلة المذاهب الأخرى. كما أن في العمل بهذا القول سدا لباب الإدعاءات الباطلة والدعاوى الكيدية التي لا يتوانى أصحاب الأهواء وأدعياء الفجور والباطل في الإلتجاء إليها لتحقيق مآربهم الخسيسة، وكيف سيكون الخطب أشد والمفاسد أمَر لو حكم لصالحهم في هذه الدعاوى .

هذا إذا كانت دعوى الزوجية مرفوعة من الزوج، أما إذا كانت مرفوعة من الزوجة، فإما أن يكون مع النكاح حق من الحقوق تدعيه المرأة، كالمهر أو النفقة أو المتعة أو الميراث بعد موته، أو لا يكون معه شيء من ذلك. فإن كانت مع دعوى الزوجية المطالبة بحق من حقوقها سمعت دعواها بلا خلاف، لأنها تدعي حقا لها تضيفه إلى سببه، فتسمع دعواها، كما لو ادعت ملكا أضافته إلى الشراء[1].

وفي وجوب ذكر شرائط العقد في الدعوى لقبولها، على الخلاف السابق فيما لوكانت الدعوى من الزوج .

أما إذا لم يكن مع دعواها طلب حق من حقوقها، ففي صحة ادعائها قولان :

القول الأول: تسمع دعواها،لأنه قد يتعلق بها ما يحدث بعدها من ثبوت نسب واستحقاق المهر والنفقة والميراث، وغير ذلك من الحقوق التي لا تثبت إلا إذا ثبت النكاح، فصحت بذلك الدعوى بالنكاح منفردا، وهو مذهب الشافعية في الأظهر[2]، والحنابلة في وجه[3].

القول الثاني: لا تسمع الدعوى، لأن النكاح حق للزوج عليها، فإذا ادعت المرأة به كان ذلك إقرارا منها بالنكاح، والإقرار لا يقبل مع إنكار المقرله، وذلك كما لو أقرت له بمال فأنكره، فإنه يبطل الإقرار بالمال، فكذلك النكاح، وهذا وجه عند الشافعية، والحنابلة[4]. وفي ذكر الشروط في هذه الدعوى لسماعها الخلاف المذكور سابقا.

---

(١) الحاوي- ج ١٢ ص١٦٦. روضة الطالبين- ج١٢ ص١٤. أدب القضاء- ص١٦٤. المغني- ج ١٢ ص١٦٦. الكافي- ج ٤ ص ٤٨٧ .

(٢) روضة الطالبين- ج١٢ ص ١٥. الحاوي ج ١٧ ص ٣١٢. المهذب- ج٥ ص ٥٤٣..

(٣) المغني- ج١٢ ص ١٦٦ .الكافي- ج ٤ ص٤٨٧ .الفروع- ج ٦ ص ٤٦٥ .

(٤) مراجع المذهبين السابقة .

المبحث الثاني

الشهادة

تحتل الشهادة مركزا مهما في الفقه الإسلامي، بالرغم ما قلناه من قوة الإقرار وأرجحيته، فالشهادة أكثر وسائل الإثبات تنوعا وتعددا في المراتب، وتفاوتا من حيث قوة الحجة وأقدمها استعمالا. وقد يتداعى رجل وامرأة بشأن وجود النكاح، فادعاه أحدهما، وأنكره الآخر، فللمدعي أن يثبته بشهادة الشهود[1]، وهي إما شهادة الشهود الذين قاموا بالشهادة على النكاح حال انعقاده في الزمن الماضي بين المتداعيين، أو عن طريق الشهود الذين علموا بالزوجية بإخبار أحد الشهود على ذلك العقد، وبتسامع الناس بعد ذلك وحضورهم وليمة الزواج، وهو ما يسمى بشهادة التسامع. وفيما يأتي بيان موجز - بقدر ما يقتضيه المقام – لتعريف الشهادة في اللغة والإصطلاح الشرعي، ثم عرض ما يشترط في الشهادة من شروط في الصيغة والشاهد، وأخيرا بيان عن نصاب الشهادة في إثبات الزواج.

المطلب الأول

التعريف بالشهادة

أولا: لغة: تطلق الشهادة في لغة العرب على عدة معان منها:

١- الحضور: تقول شهد فلان مجلسنا أي حضره، ومنه: قول الله تعالى: "وهم على ما يفعلون بالمؤمنين شهود"[2]، أي حضور. ومنه قوله تعالى: "إن قرآن الفجر كان مشهودا"[3]، أي تجتمع ملائكة الليل وملائكة النهار في صلاة الفجر ثم يصعد هؤلاء ويقيم هؤلاء[4].

ولأن الشاهد يحضر المجلس للإدلاء بأقواله فإن أداءه يسمى شهادة[5]، قال تعالى: "فمن شهد منكم الشهر فليصمه"[6]، أي من كان حاضرا شهر رمضان وهو ومقيم غير مسافر، فيجب عليه الصوم.

---

(١) ومتى ذكرنا الشهادة تضمنت أركانها، وهي: الشاهد، والمشهود به:وهو الحق المقضي به(النكاح)، والمشهود له:المدعي، والمشهود عليه: المدعى عليه، والمشهود عنده: الحاكم .

(٢) سورة البروج – آية ٧.

(٣) سورة الإسراء – آية ٧٨.

(٤) تفسير ابن كثير– ج ٣ ص ١١٠.

(٥) المصباح المنير – مادة شهد – ج١ ص ٣٤٨.

(٦) سورة البقرة – آية ١٨٥.

٢- **الإدراك:** تقول شهدت الجمعة أي أدركتها[١].

٣- **الحلف:** تقول أشهد بالله أي أحلف به، والفعل من باب عَلِمَ. وقال تعالى: "ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله أنه لمن الكاذبين"[٢]، أي أربعة أيمان[٣].

٤- **البيان والعلم والإخبار بالشيء خبرا قاطعا:** تقول شهد فلان على كذا، أي أخبر به خبرا قاطعا، ولذا أنها مشتقه من المشاهدة وهي المعاينة[٤]، لأن الشاهد يخبر بما شاهده وعاينه، وإليه أشار قوله تعالى "إلا من شهد بالحق وهم يعلمون"[٥]، أي بما علمه يقينا.

ثانيا : شرعا: عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الشهادة بعدة تعريفات مختلفة في العبارة، ولكنها تكاد تتفق في المعنى.

أ – **تعريف الحنفية:** عرّفها صاحب تبيين الحقائق بأنها "إخبار بصدق، مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة"[٦]. وعرفها ابن عابدين بأنها "إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القاضي ولو بلا دعوى"[٧].

ب – **تعريف المالكية:** عرفها الشيخ الدردير في شرحه الصغير على أقرب المسالك بأنها "إخبار عدل حاكما بما علم ولو بأمر عام ليحكم بمقتضاه"[٨]. وعرفها ابن فرحون المالكي بأنها: "إخبار يتعلق بمعين"[٩].

جـ - **تعريف الشافعية:** هي إخبار عن شيء بلفظ خاص، أو هي إخبار بحق على غيره بلفظ

---

(١) المصباح المنير - جـ ١ ص ٣٤٨.
(٢) سورة النور – آية ٨.
(٣) المصباح المنير - جـ ١ ص ٣٤٩.
(٤) لسان العرب - مادة شهد – ج ٤ ص ٢٢٥. القاموس المحيط – ج١ ص٣١٧. مختار الصحاح- ص٣٤٩.
(٥) سورة الزخرف – آية ٨٦.
(٦) تبيين الحقائق - جـ ٤ ص ٢٠٧. ومثله: فتح القدير جـ ٦ ص ٢ .
(٧) حاشية رد المحتار على الدر المختار- جـ ٥ ص ٤٦١. وعرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٦٨٤ بأنها "الإخبار بلفظ الشهادة، يعني بقوله: أشهد، بإثبات حق أحد الذي هو في ذمة الآخر، في حضور القاضي، ومواجهة الشهود". فالاقرار: هو إخبار بحق لغيره على نفسه، والدعوى: هي إخبار بحق لنفسه على غيره، أما الرواية: فهي اخبار بموضوع عام لا يتعلق بشخص بذاته.
(٨) بلغة السالك – ج ٢ ص ٣٤٨.
(٩) تبصرة الحكام- ج ١ ص ١٧٥. ويرى بعض الباحثين أن هذا التعريف غير مانع لأنه لم يقيد الإخبار بأنه للقاضي أو للحاكم، فيشمل كل إخبار. سواء كان لحاكم أو لغيره، فلايمنع بالتالي من دخول غير الشهادة فيه. د. محمد فتح الله النشار – القول الوضاء في أحكام شهادة النساء – بحث منشور في مجلة البحوث الفقهية والقانونية- جامعة الأزهر- فرع دمنهور– السنة ٣ – العدد الأول – ص ٤٥٤. كما لم يقيده بأنه حق لغيره على غيره، فيدخل فيه الإقرار والدعوى.

خاص[1]. وعرفها الشيخ شهاب الدين القليوبي بأنها: إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد[2].

د - تعريف الحنابلة: هي الإخبار بما علمه بلفظ خاص.[3]

ويتضح من خلال هذه التعاريف :

١- أن الشهادة هي إخبار القاضي، وذلك لأن الأخبار لا يكون شهادة إلا إذا كان أمام القاضي، فإذا لم يكن أمام القاضي فلا يكون شهادة شرعا بل مجرد خبر. وهو ما يظهر من تعريف الحنفية، ويستنبط من تعريف المالكية، وأما الشافعية، والحنابلة، فالذي يظهر من تعريفهم عدم اشتراط أن يكون الاخبار في مجلس القضاء، وأرى أن ما ذهب إليه لا يثبت به الحق المدعى به، لأن الاخبار جنس يشمل جميع الإخبارات سواء أكان صادقا أم كاذبا، وسواء أكان في مجلس القضاء أم في غيره.

٢- واتفاق الفقهاء على أنها تقع بلفظ "أشهد " لإخراج الإخبار بغير هذا اللفظ، كأعلم، أو أعتقد أو أتيقن، فلا يسمى شهادة.

٣- أن تعاريف الحنفية قيدت الإخبار بكونه صادقا، ومعنى ذلك أن الإخبار الكاذب لا يثبت به حق المدعى به[4]، فشهادة الزور لا تدخل في التعريف وإنما يطلق عليها لفظ الشهادة مجازا.

٤- ما ورد في التعريف الحنفي من قيد "ولو بلا دعوى" المقصود منه إدخال شهادة الحسبة التي لايشترط فيها تقدم الدعوى[5]، كالشهادة على أسباب التحريم من طلاق ورضاع.

٥- وقول المالكية "ليحكم بمقتضاه" تفرقة في الأقوال التي يجب على القاضي سماعها ويحكم بمقتضاها، كشهادة العدول، وما لا يجب عليه الحكم بمقتضاها كشهادة غير العدول[6].

٦- كما أن قول الشافعية "بحق" كقيد في التعريف لبيان محل الشهادة والهدف من الاخبار، ويخرج منها الاخبار في الرواية، ويشمل حق الله تعالى، وحق العبد، كما يشمل المال وغيره[7]، وقولهم على الغير قيد لإخراج الإخبار بحق للغير على نفسه وهو الإقرار.

٧- يؤخذ من تعاريف فقهاء الحنابلة بإضافة قيد "بما علمه" لإخراج ما لا يعلمه، لأن شهادة الشاهد لا تتم حتى يحصل للشخص علم بما يشهد به لا بما شك فيه، ولا بما غلب على الظن معرفته،

---

(١) نهاية المحتاج – ج ٤ ص ٢٩٢.
(٢) حاشية القليوبي على شرح العلامة جلال الدين المحلي – ج ٤ ص ٣١٨.
(٣) الإقناع - ج٤ ص ٤٣٠. وهذا التعريف غير مانع يدخل فيه الاقرار والدعوى. أنظر د.محمد الزحيلي-المرجع السابق- ج١ ص ٨٧ .
(٤) فتح القدير- ج ٦ ص ٢. تبيين الحقائق- ج ٤ ص ٢٠٧.
(٥) د. أحمد فراج حسين – أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي ص ٣٥.
(٦) د. محمد الزحيلي - المرجع السابق- ج ١ ص ٨٤.
(٧) د. محمد فتح الله النشار – المرجع السابق – ص ٤٥٤.

قال تعالى: "وما شهدنا إلا بما علمنا"[1]، وقال تعالى: "ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولاً "[2].

ومن خلال التعاريف السابقة للشهادة في الفقه الاسلامي يظهر أن تعريف الشافعية الثاني هو الأرجح، وذلك لأنه تعريف جامع مانع، يفرق بين الشهادة والاقرار والدعوى والرواية، وهو أوضح من غيره. أما تعريف الحنفية فقد تضمن الشروط مع أن التعريف هو لبيان الحقيقة التي تميز المعرف من غيره، فلا يدخل فيه الشروط، كما أنه غير مانع، وهو مايؤخذ على تعاريف المذاهب الأخرى[3].

ثالثا: قانونا: الشهادة هي إخبار الإنسان بحق لغيره على غيره[4]. أو هي إخبار الإنسان في مجلس القضاء بواقعة صدرت من غيره ويترتب عليها حق لغيره[5].

وبعد أن أوردنا تعريف الشهادة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، يمكننا تعريف الشهادة بأنها: إخبار شخص في مجلس القضاء عمّا شاهده بنفسه أو نقله عن الغير، من واقعة أو تصرف صدر منه أو من غيره ويترتب عليه حق لغيره، ويكون الإخبار بأي لفظ يفيد المعنى المقصود.

فهذا التعريف يشمل ما شاهده الشخص بنفسه أو نقله عن غيره، أي يشمل الشهادة المباشرة والشهادة بالتسامع (الإستفاضة)، كذلك يشمل الشهادة بأي لفظ كان، فكل من أخبر بشيء فقد شهد به[6].

---

(١) سورة يوسف – آية ٨١.
(٢) سورة الإسراء – آية ٣٦.
(٣) د. محمد الزحيلي- المرجع السابق - ج١ ص٨٧ ،٨٨.
(٤) د. عبد الرزاق السنهوري – المرجع السابق- جـ ٢ ص٢٧.
(٥) د. عبد المنعم فرج الصدة - الإثبات في المواد المدنية – ص ٢٢٩.
(٦) أما ما يتعلق بأدلة مشروعية الشهادة: فهي أشهر من أن تذكر سواء من الكتاب أو السنة، أو من إجماع الأمة من عهد النبوة إلى يومنا هذا على الإستدلال بها في إثبات الحقوق.
قال الإمام السرخسي: "..ثم القياس يأبى كون الشهادة حجة في الأحكام لأنه خبر محتمل للصدق والكذب، والمحتمل لا يكون حجة ملزمة، ولأن خبر الواحد لا يوجب العلم والقضاء ملزم فيستدعي سببا موجبا للعلم وهو المعاينة، فالقضاء أولى. ولكنا تركنا ذلك بالنصوص التي فيها أمر للأحكام بالعمل بالشهادة من ذلك قول الله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم" [البقرة: ٢٨٢]. وقال الله تعالى "اثنان ذوى عدل منكم" [المائدة: ١٠٦]. وقال صلى الله عليه وسلم: "البينة على المدعى"، وفيه معنيان: أحدهما حاجة الناس إلى ذلك، لأن المنازعات والخصومات تكثر بين الناس وتعذر إقامة الحجة الموجبة للعلم في كل خصومة والتكليف بحسب الوسع. والثاني: معنى إلزام الشهود، حيث جعل الشرع بشهادتكم حجة لإيجاب القضاء مع احتمال الكذب إذا ظهر رجحان جانب الصدق.. ولما خص الله تعالى هذه الأمة بالكرامات وصفهم بكونهم شهداء على الناس في القيامة، قال الله تعالى: "وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس" [البقرة:١٤٣]. وقد يجب العمل بما لا يوجب علم اليقين كالقياس في الأحكام بغالب الرأي في موضع الاجتهاد. ثم القياس بعد هذا يكتفي بشهادة

المطلب الثاني

شروط الشهادة

وهي شروط كثيرة ومتنوعة، ويمكن حصرها في ثلاثة أنواع، أولاها شروط ترجع إلى صيغة الشهادة، وثانيها ترجع إلى الشاهد، وثالثها ترجع إلى الشهادة ذاتها.

الفرع الأول: شروط ترجع إلى الصيغة

هل يشترط في الشهادة على الزواج التلفظ بلفظ أشهد ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:(١)

القول الأول: يشترط في أداء الشهادة أن يقول الشاهد: أشهد، فلو قال أعلم، أو أتيقن، أو أتحقق، لا تقبل شهادته. وهذا مذهب الحنفية(٢)، والمالكية(٣)، والشافعية(٤)، والحنابلة(٥)، وهو ماأخذت به مجلة الأحكام العدلية، وكذلك لائحة المحاكم الشرعية في مصر حتى ١٩٢٦.

وانقسم أصحاب هذا القول إلى فريقين، فمنهم من اعتبر اللفظ ركنا في الشهادة(٦)، ومنهم من اعتبره شرطا فيها(٧).

القول الثاني: لا يشترط في صحة أداء الشهادة التلفظ بلفظ أشهد: بل متى قال الشاهد: رأيت، أو سمعت، أو أعلم، أو أتحقق ونحو ذلك، كانت شهادة منه، فكل من أخبر بشيء فقد شهد به وإن لم

الواحد، لأن رجحان جانب الصدق يظهر في خبر الواحد بصفة العدالة، ولهذا كان خبر الواحد العدل موجبا للعمل، وكما لا يثبت علم اليقين بخبر الواحد لا يثبت بخبر العدد، ما لم يبلغوا حد التواتر، فلا معنى لإشتراط العدد، ولكن تركنا ذلك بالنصوص ففيها بيان العدد في الشهادات المطلقة". المبسوط- جـ ١٦ ص ١٣٢.

(١) كما اختلف الفقهاء في ركن الشهادة على قولين:
القول الأول:أن ركن الشهادة هو الصيغة،أي هو قول الشاهد أشهد بكذا لاغير لتضمنه معنى مشاهدة وقسم واخبار للحال، وهو مذهب الحنفية.القول الثاني:أن أركان الشهادة خمسة، وهي شاهد ومشهود له ومشهود عليه ومشهود به وصيغة، وهومذهب الشافعية.أنظر في تفصيل هذه المسألة والأدلة والمناقشات الواردة عليها: بدائع الصنائع- ج٦ ص٤٠٣٩. البحر الرائق- ج٧ ص٥٦. رد المحتار- ج٥ ص٤٦٢. مجمع الأنهر- ج٢ ص ١٨٥.تكملة رد المختار- ج٧ ص٦٤. حاشية قليوبي وعميرة- ج٤ ص ٣١٨.

(٢) تبيين الحقائق- ج٤ ص ٢٠٧ وعد لفظة أشهد الركن الوحيد للشهادة. حاشية ابن عابدين- ج٥ ص٤٧. الجصاص- أحكام القرآن- تحقيق محمد الصادق قمحاوي- دار المصحف- القاهرة- دون ذكر تاريخ الطبع- ج١ ص ٥٨٩..

(٣) الذخيرة- ج١٠ ص ١٥١.

(٤) نهاية المحتاج ج٨ ص٢٩٢ .

(٥) الاقناع- ج ٤ ص٤٣٠. الكافي- ج ٤ ص٥٤٦. المغني- ج٩ ص٢١٦.

(٦) تبيين الحقائق- ج٤ ص٢٠٧. البحر الرائق- ج٧ ص٥٦. مغني المحتاج- ج٤ ص ٤٥٣، ٤٥٤..

(٧) مجمع الأنهر- ج٢ ص ١٨٩. بدائع الصنائع - ج٦ ص ٤٠٣٩.

يتلفظ بلفظ أشهد. ذهب إلي ذلك المالكية في القول الأظهر [١]، والظاهرية [٢]، وابن تيمية، وابن القيم، وذكر ابن القيم أنه مذهب مالك وأبي حنيفة، وأنه ظاهر قول أحمد وأنه حكي عنه نصا [٣]. كما نقل ابن القيم رواية ثالثة عن الامام أحمد يفرق فيها بين الشهادة على الأفعال فيشترط اللفظ، والشهادة على الأقوال فلا يشترط [٤].

الأدلة والمناقشات

- أدلة القول الأول:

١- من القرآن الكريم: قوله تعالى: "وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله " [٥]. وقوله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم " [٦]. فهذه النصوص وغيرها كثير جاءت صريحة في اشتراط لفظ الشهادة، فيجب على الشاهد عند أدائه لشهادته في نكاح أو غيره التلفظ بها، فإن تلفظ بغيرها لا تقبل شهادته لأنه جاء مخالفا لما نطق به القرآن [٧].

واعترض على هذا الإستدلال بأن الآيات لم تدل من أي وجه على اشتراط لفظ الشهادة، وإنما سيقت لحث أصحاب الحقوق على توثيق حقوقهم بالإشهاد عليها، والأمر بإقامة الشهادة وأدائها على الوجه الذي تتحقق والعدالة، فمتى أدى الشاهد شهادته بأي لفظ فقد امتثل أمر الشارع. وهي – أي الشهادة – وإن كانت الدليل الوحيد للتحمل فليست الوسيلة الوحيدة للإثبات.

٢- من اللغة العربية: فلفظ أشهد في اللغة العربية يتضمن معنى المشاهدة وهو الإطلاع على الشيء عيانا. ويتضمن معنى القسم، ويتضمن كذلك الإخبار بالحال، فكأن الشاهد يقول: أقسم بالله لقد

---

(١) حاشية العدوي على شرح الخرشي ج٥ ص١٧٥. تبصرة الحكام- ج١ ص ٢٢٣. الطرق الحكمية- ص ٢٥٨. معين الحكام- ص ٨٨. حاشية الدسوقي- ج٤ ص١٦٥. حاشية الصاوي على الشرح الصغير-ج ٤ ص ٢٣٨، وجاء فيه: "وهل يشترط في تأدية الشهادة لفظ أشهد بخصومة، أولا يشترط، قولان: أشهرهما عدم الإشتراط، بل المدار فيها على ما يدل على حصول علم الشاهد بما شهد به، كرأيت كذا، أو سمعت كذا، أو سمعت كذا، أو لهذا عند هذا كذا، فلا يشترط لأدائها صيغة معينة".

(٢) المحلى- ج ٩ ص ٤٣٥.

(٣) الطرق الحكمية- ص ٢٥٨. كشاف القناع- ج٤ ص ٢٨٥ .

(٤) الطرق الحكمية- نفس الموضع. معين الحكام- ص ٨٨.

(٥) سورة الطلاق – آية ٢.

(٦) سورة البقرة – آية ٢٨٢.

(٧) تبيين الحقائق- ج ٤ ص ٢١٠. فتح القدير- ج٦ ص ١١. بدائع الصنائع- ج ٩ ص ٤٠٣٩. وجاء فيه: "وأما الشرائط التي ترجع إلي نفس الشهادة فأنواع، منها لفظ الشهادة، فلا تقبل غيرها من الألفاظ، كلفظ الإخبار، والإعلام، ونحوهما، وإن كان يؤدي معنى الشهادة تعبداً غير معقول المعنى".وجاء في كتاب أدب القضاء لابن أبي الدم- ص ٩٢ "لا تقبل الشهادة في الحقوق المالية إلا بشروط لفظ "أشهد" فلا يكفي غيرها، كأعلم، وأجزم، وأتحقق على الصحيح. ومقابله وإن كان منقاسا من طريق المعنى، لكنه بعيد من جهة المذهب، لأن باب الشهادة مائل إلى التعبد، فلا يدخل في القياس".

اطلعت على ذلك، وأنا أخبر به، وهذه المعاني مفقودة في غير لفظ أشهد[1].

فاللفظ ورد في الكتاب العزيز تعبدا غير معقول المعنى كما يقول الكاساني، ويمتاز من الناحية اللغوية بميزات خاصة، فلا يستبدل به غيره من الألفاظ، لأنها أقل منه دلالة على القطع واليقين، ولا يعدل في لفظ شرعي قوي في دلالته إلى ما دونه[2].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأن تضمن الشهادة لهذه المعاني هو من قبيل المشترك اللفظي، والمشترك اللفظي لا يراد منه عند الاستعمال إلا معنى واحدا ولا يجوز أن يراد به كل واحد من معانيه، لأنه لم يوضع لمعانيه بوضع واحد، بل وضع لكل واحد من معانيه بوضع خاص، فإرادة الجميع في نص واحد مخالف للوضع العربي في اللغة، ومخالفة الوضع العربي لا تجوز[3].

- أدلة القول الثاني:

١- القرآن الكريم: قال الله تعالى: "قل هَلُمَّ شهداءكم الذين يشهدون أنّ الله حرَّم هذا فإن شهدوا فلا تشهد معهم"[4].

وجه الدلالة: دلت الآية الكريمة على أنه ليس المراد التلفظ بلفظة "أشهد" في هذا، بل مجرد الإخبار بتحريمه.

وقوله تعالى: "لكِن الله يشهد بما أنزل إليك"[5]، ولا تتوقف صحة الشهادة على أن يقول سبحانه: "أشهد بكذا ". وقال تعالى: " ولا يملك الذين يدْعُونَ من دونه الشفاعة إلا من شهد بالحق"[6] أي أخبر به، وتكلم به عن علم، والمراد به التوحيد.

وقال تعالى: "فاجتنبوا الرِّجس من الأوثان واجتنبوا قولَ الزُور حنفاء للهِ غَيرَ مشركين به"[7] أي شهادة الزور، فالقول والشهادة سواء.

٢- السنة النبوية: قال صلى الله عليه وسلم: "أمِرتُ أن أقاتِلَ الناس حتى يشهدوا أن لا إله إلا الله

---

(١) د.أحمد فراج حسين–أدلة الاثبات في الفقه الاسلامي-ص٣٨.د.محمد الزحيلي-المرجع السابق-ج١ ص٩١.

(٢) بدائع الصنائع- ج٦ ص٤٠٣٩. حاشية ابن عابدين- ج٥ ص ٤٦٢. محمد زيد الأبياني- مباحث المرافعات- ص ٩٩. معين الحكام- ص ٨٨، وجاء فيه"لأن الشهادة خبر محتمل للصدق والكذب، وأنه لا يصلح حجة مالم يتأكد بمؤكد وهو لفظ أشهد، لأنه يبين بدلالة قوله تعالى مخبرا عن المنافقين: "قالوا نشهد..اتخذوا أيمانهم جنة".

(٣) الفروق– ج٤ ص٥٧. تبصرة الحكام- ج١- ص٢٢٢. د. أحمد فراج حسين – المرجع السابق- نفس الموضع.

(٤) سورة الأنعام – آية ١٥٠.

(٥) سورة النساء – آية ١٦٦.

(٦) سورة الزخرف – آية ٨٩.

(٧) سورة الحج – آية ٣١.

وأني رسول الله.. "[1]، فإذا تكلم الداخل في الإسلام بقول "لا إله إلا الله" حصلت له العصمة، وكان مسلما بالإتفاق، وإن لم يأت بلفظ "أشهد"[2]. ومتى لم يشترط هذا اللفظ عند الدخول في الإسلام، فلا يشترط كذلك في أداء الشهادة عند القاضي.

صحَّ عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:"عدلت شهادة الزور إشراكا بالله"[3]. وقال عليه الصلاة والسلام: "ألا أنبؤكم بأكبر الكبائر ثلاثا الاشراك بالله وعقوق الوالدين وشهادة الزور أو قول الزور"[4]، فسمى صلى الله عليه وسلم قول الزور شهادة، وإن لم يكن معه لفظ أشهد.

٣- **الآثار:** قال ابن عباس: شهد عندي رجال مرضِيُّون فيهم عمر بن الخطاب، وأرضاهم عندي عمر، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا صلاة بعد الفجر حتى تطلع الشمس ولا صلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس"[5]. ومعلوم أن عمر لم يقل لابن عباس "أشهد" عندك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك، ولكن أخبره، فسماه ابن عباس شهادة[6].

كما أن اشتراط لفظ الشهادة خلاف القياس، ذلك أن الكثير من الأوامر الشرعية لا يراعى فيها اللفظ الذي ورد به الأمر، بل يتأتى بكل لفظ يعطي ذلك المعنى، كالإيمان يجوز بأي لفظ كان لحصول المقصود به.

هذه أقوال الفقهاء وأدلتهم في اشتراط لفظ أشهد عند أداء الشهادة، فيتبين أن أرجحها هو القول الثاني لأنه ليس في كتاب الله ولا سنة رسوله ولا قول أحَدٍ من الصحابة ما يدل على اشتراط هذا اللفظ، كما أن اللغة العربية تأبى هذا الحصر. فضلا عن قوة أدلة هذا القول، فكل من أخبر بشيء بأي لفظ فقد شهد به. ومما ينبغي التنبيه إليه أن محل الاختلاف في لفظ الشهادة إنما يقع في الأخبار التي تعرض على الحاكم وتلزمه القضاء بموجبها، أما الأخبار التي تكون على سبيل الخبرة والإستكشاف والتجربة فلا يشترط فيها لفظ الشهادة باتفاق[7].

---

(١) ابن ماجه-المقدمة- باب في الإيمان- ج١ ص٢٧ رقم(٧١).
(٢) الطرق الحكمية – ص ٢٥٨.
(٣) الترمذي- كتاب الشهادات- باب ماجاء في شهادة الزور- ج٤ ص٥٤٧ رقم (٢٢٩٩).
(٤) البخاري - كتاب الشهادات - باب ماقيل في شهادة الزور- ج٢ ص٦٨. مسلم - كتاب الإيمان- باب بيان الكبائر وأكبرها- ج١ ص ٦٤. ابن ماجه- كتاب الأحكام-باب شهادة الزور- ج٢ ص ٧٩٤ رقم(٢٣٧٢).
(٥) ابن ماجه- كتاب قامة الصلاة و السنة فيها- باب النهي عن الصلاة بعد الفجر وبعد العصر- ج١ ص٣٩٦ رقم (١٢٥٠).
(٦) الطرق الحكمية- ص ٢٥٩. تبصرة الحكام- ص ٢٢٣ ، ٢٢٤.
(٧) وهي من قبيل الاعلام والاظهار وإعانة القاضي، وتسمى شهادة استفسار أو استكشاف وأنها إخبار بحق. أحمد ابراهيم بك- طرق الإثبات الشرعية- ص١٣٩. د.محمد الزحيلي- المرجع السابق- ج١ ص٩٥.

الفرع الثاني: شروط ترجع الى الشاهد

يجب أن تتوافر في الشهادة التي يدلى بها أمام المحكمة شروط معينة، بحيث إذا اختلت أو إختل أحدها كانت الشهادة عرضة لعدم الأخذ بها. وقد عنى الفقهاء بهذه الشروط على خلاف بينهم في بعضها، كما أن بعض هذه الشروط تختلف في الشريعة الإسلامية عنها في القانون الوضعي.

أولا – البلوغ:

لقبول أقوال الشاهد في الإثبات، يشترط أن يكون الشاهد قد وصل مرحلة البلوغ، ولا خلاف في هذه المسألة، وإنما وقع الخلاف في كيفية معرفة بلوغ الشاهد. ويختلف الحال في الشريعة الإسلامية عنه في القانون الوضعي كما سنرى فيما يأتي:

١- **في الشريعة الإسلامية:** يشترط الفقهاء لقبول شهادة الشاهد البلوغ، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: "ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه"[(١)]. وقوله تعالى: "ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا"[(٢)]. فالحق مبني على الشهادة ولا يثبت بدونها، فيكون كتمها من أعظم الذنوب، لتركه ما وجب عليه من الخبر الصدق، وإخباره بضده وهو الكذب. كما أنه يتعين عليه ألا يمتنع عند الدعوة إلى شهادة، وهذه هي صفات البالغ المكلف، فالأمر والنهي لا يتوجه إلا إليه، ومن لم يتصف بصفة الشهداء المقبولة شهادتهم، لم يجب عليه الإجابة لعدم الفائدة[(٣)].

كما استدلوا أيضا بعدم قبول شهادة الصبي بقوله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم"[(٤)] فشهادة الصبيان غير مقبولة لمفهوم لفظ الرجل[(٥)]، وكذلك بقوله تعالى: "وإذا بلغ الأطفال منكمُ الحُلم فليستأذنوا"[(٦)]، وقد ذكرت هذه الآية لأن فيها تعليق الحكم ببلوغ الحلم[(٧)]. وقوله تعالى: "ممن ترضون من الشهداء"، والصبي ليس ممن نرضى، وقوله تعالى: "وأشهدوا ذوي عدل

---

(١) سورة البقرة – آية ٢٨٣.
(٢) سورة البقرة – آية ٢٨٢.
(٣) تفسير السعدي- ص ١٢٠. ويجب أن يكون الشاهد ممن يخاف من الإثم فيشهد بالحق ويتوخى الباطل، والصغير ولا يأثم بشيء ولا يخاف عقوبة، فلا شيء يردعه من كتمان الحق والشهادة بالباطل. تحفة الفقهاء- ج٣ ص ٦٢٥. تبين الحقائق- ج٤ ص ٢٠٧. بدائع الصنائع- ج٩ ص٤٠٢٧. حاشية رد المحتار- ج٥ ص ٤٦٢. بلغة السالك- ج ٢ ص ٣٤٨.. بداية المجتهد- ج٢ ص ٣٨٧. روضة الطالبين- ج٨ ص١٨٨. الإقناع – ج ٤ ص ٤٣٦.
(٤) سورة البقرة – آية ٢٨٢.
(٥) تفسير السعدي – ص ١١٩. مغني المحتاج – ج٤ ص ٤٢٧.
(٦) سورة النور – آية ٥٩.
(٧) عمدة القاري – شرح صحيح البخاري- ج ٣ ص ٢٣٩

منكم"، والصبي ليس بعدل[1].

ويتضح من ذلك أنه لا خلاف بين الفقهاء في اشتراط البلوغ في الشاهد، وإلا رفضت شهادته، ويكون البلوغ بالعلامات الطبيعية كأصل، واتفق الفقهاء في بعضها واختلفوا في البعض الآخر،أما إذا تأخرت العلامات الطبيعية فيحتكم الى علامات تقديرية، حيث يكون تقدير البلوغ بالسن، واعتبار السن دليلا على البلوغ يكاد يكون موضع اتفاق بينهم، و هذه السن ليست موضع اتفاق بين الفقهاء فاختلفوا في ذلك اختلافا كبيرا[2].

٢ - **في القانون الوضعي:** يشترط القانون المصري أن يكون الشاهد قد وصل مرحلة البلوغ، أما إذا لم يبلغ فلا تقبل أقواله.

واختلف القانون عن الشريعة الإسلامية في أنه أخذ في تحديد البلوغ بمعيار السن بدلا عن علامات البلوغ الطبيعية ، حيث تنص المادة (٦٤) من قانون الإثبات المصري على أنه "لا يكون

---

(١) الأم - ج ٧ ص ٤٣. الكافي – ج ٤ ص ٥٢١. الإنصاف – ج ١٢ ص ٣٧.

(٢) المرجع في تحديد البلوغ للفتى والفتاة يكون بمعيارين:

أ-معيار المظاهر الطبيعية والبيولوجية: وتسمى بعلامات البلوغ، وهي العلامات التي تطرأ على جسم الانسان تدل على دخوله مرحلة الرجولة أو الأنوثة، منها ماهو مشترك بين الذكر والأنثى، ومنها ماهو مختص بالأنثى وحدها.فأما المشترك بينهما فثنتان:الأولى خروج المني من القبل فكيفما خرج في يقظة أومنام بجماع أو احتلام أو غير ذلك،حصل به البلوغ من غير خلاف لقوله تعالى:"وإذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم"(سورة النور:٥٩)، وقوله صلى الله عليه وسلم:"رفع القلم عن ثلاث..وعن الصبي حتى يحتلم"، فدل هذان النصان على أن الاحتلام مظهر طبيعي للبلوغ. وثانيا الانبات وهو أن ينبت الشعر الخشن حول قبل الرجل أو المرأة، ذهب الحنابلة، والمالكية والشافعية في المشهور عندهما إلى اعتباره علامة على البلوغ، وذهب الحنفية والشافعية في وجه إلى عدم الحكم بالبلوغ به. أما فيما يختص بالأنثى فهو الحيض والحمل لقوله صلى الله عليه وسلم "لايقبل الله صلاة حائض إلا بخمار"، وحبل المرأة علامة في ذاته على البلوغ وإن لم يسبقه حيض .

كما اختلف الفقهاء في السن الذي يمكن فيه رؤية العلامات الطبيعية ولعل أرجحها هو ما ذهب إليه المالكية في أنه ليس لذلك زمن مقدر، لاتفاقه مع الواقع العملي والتحديد إنما هو مسألة إجتهادية، ولعل ترك المسألة لتقدير القاضي الذي له أن يحددها حسب ظروف كل دعوى، وحسب بنية الشاهد وبيئته، مستعينا في ذلك بأهل الخبرة كالطبيب وغيره ،فقد يكون الشاهد ابن خمس عشرة مكتمل الرجولة، في حين أن غيره وفي بيئة أخرى قد يكون ضعيف البنية وهوابن سبع عشرة سنة .

ب-معيار السن: متى تأخر المظاهر الطبيعية ولم تظهر، فإن البلوغ حينئذ يكون تقديرا بالسن، واعتبار السن دليلا على البلوغ لم يخالف فيه أحد من الفقهاء سوى داود الظاهري، الذي ذهب إلى أن السن في ذاته لا يعتبر حدا للبلوغ مهما بلغ صاحبه ولو أربعين سنة. وهذه السن ليست موضع اتفاق بين الفقهاء، والمشهور منها قولان:

القول الأول:أن من استكمل خمس عشرة سنة اعتبر بالغا لا فرق في ذلك بين الذكر و الأنثى ذهب الى ذلك الشافعية والحنابلة، وأبو يوسف ومحمد من الحنفية، وابن وهب من المالكية.

القول الثاني:أن من استكمل ثماني عشرة سنة اعتبر بالغا، ذهب إلى ذلك المالكية في المشهور، وهو ما ذهب إليه أبو حنيفة، غير أنه حدد بلوغ الأنثى بسبع عشرة سنة، وفي رواية عنه بتسع عشر سنة للفتى.

الهداية ج٣- ص٢٨٤. مجمع الأنهر- ج٢ ص٤٤٤، ٤٤٥. شرح الخرشي- ج٤ ص٢٠١، ٢٠٢. شرح منح الجليل- ج٣ ص١٦٥.الباجي-المنتقى شرح الموطأ-مطبعة السعادة- مصر- ط١- ١٣٣٢هـ-ج٥ ص١٩١. لمهذب- ج١ ص٣٣٠. أستاذنا.د.أحمد فراج حسين- الولاية على النفس- رسالة دكتوراه- كلية الشريعة والقانون-جامعة الأزهر-١٩٧١- ص١٠٦وما بعدها، والمراجع المشار إليها سابقا.

أهلا للشهادة من لم يبلغ سنه خمس عشرة سنة. على أنه يجوز أن تسمع أقوال من لم يبلغ هذه السن بغير يمين على سبيل الاستدلال"، أخذا بقول الصاحبان وهو الراجح في الفقه الحنفي.

والعبرة في تحديد هذه السن بوقت الأداء لا وقت التحمل فإذا كانت سن الشاهد وقت التحمل سبع سنوات فأكثر كان أهلا لأداء الشهادة عند بلوغه سن ١٥ سنة، ولا يمنع من ذلك صغر سن الشاهد وقت التحمل حتى ولو كان قد مضى وقت طويل بين التحمل والأداء [١]، وتقدير ذلك للقاضي، له الأخذ بها إذا اطمأن إليها أو طرحها.

وطبقا للمادة أعلاه فإن من وصل إلى سن البلوغ لا تكون شهادته مقبولة كدليل في الإثبات إلا إذا أداها بعد حلف اليمن، عكس من لم يبلغ سن البلوغ، فإنه لا يجوز تحليفه . ومذهب القانون في التفرقة بين الشهادة التي تسمع بدون يمين وتلك التي تسمع بعد أداء اليمين، يفهم منه أن الأشخاص الذين رضى بعدم تحليفهم اليمين أقل ثقة ممّن أوجب عليهم حلفها. ولكن مع ترك تقدير تلك الأقوال لقاضي الذي له الأخذ بها إذا اطمأن إليها، فهي عنصر من عناصر الإثبات يقرره القاضي حسب قناعته [٢].

والعلة في عدم تحليف الصغير الذي لم يصل سن البلوغ هي أنه لا يدرك، ومن ثم فلا يقدّر قيمة اليمين، وهو بطبيعته صغير تتغلب عليه قوة الخيال، كما أنه ميال إلى الكذب والمبالغة، وخاضع للمؤثرات. فضلا عن أن الصغير لا ينظر للناس والأشياء نظرة فهم أو تحليل ليربط النتيجة بالسبب بل نظرته سطحية، ومن ثم فيتعين عدم إعطائها من القيمة ما يعطى لأقوال الكبير [٣].

إذن لابد لقبول أقوال الشاهد في الزواج أن يكون بالغا، سواء كان ذلك بظهور علامات طبيعية يستدل بها عليه كأصل، ومتى تأخرت جعل للبلوغ علامات تقديرية كما هو الحال في الشريعة الإسلامية، أو السن كما هو في القانون المصري [٤].

---

(١) قضت محكمة النقض بأن البلوغ شرط لأداء الشهادة وليس شرطا للتحمل، أي شرط عند حدوث الواقعة المشهود عليها، لأنه يكفي لإمكان علم الشاهد بالحادثة وفهمها وقت حصولها وتحمله الشهادة عنها أن يكون عاقلا، ولو كان صبيا مميزا". الطعن رقم ٢١ لسنة ٢٩ ق-أ.ش- جلسة ١٩٧٦/١/٧-سنة ٢٧- ص١٥٧.

(٢) نقض ٧٣/٤/١ م.ن – سنة ٢٤- ق ٩١- ص ٤٤٥.

(٣) د. سليمان مرقس – أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية – جـ ص ١١.

(٤) أما كيفية تحديد السن، فتنص المادة (٢) من قانون الأحداث المصري بأنه: "لا يعتد في تقدير السن بغير وثيقة رسمية، فإذا ثبت عدم وجودها تقدر سنه بواسطة خبير". وطبقا لهذه المادة فإن تحديد السن بالنسبة للشاهد يكون بإحدى الطرق الآتية:

أ/ وجود أوراق رسمية للشاهد كشهادة الميلاد، ففي هذه الحالة يجب الأخذ بهذه الشهادة،

ب/ إذا لم توجد هذه الشهادة الرسمية يلجأ القاضي للخبرة، ويمكن أن يكون طبيب أو غيره، لأن المادة (٣٢) لم تحدد من هو الخبير.

جـ/ أن يقوم القاضي نفسه بتقدير السن مراعيا في ذلك أقوال الشاهد وأقوال والديه وتصرفاته، تطبيقا للقاعدة التي تقول بأن القاضي خبير الخبراء.

ولا يعتد بما دون البلوغ سواء ما كان دون سن التمييز وهو سبع سنوات، أو من بلغ سن التمييز لانعدام الإدراك لديه[1]، فلا تحصل الثقة بأقواله، ولأنه لا يأثم بكذبه ولا يتحرز منه، كما أنه لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على غيره، وطالما أنه غير مقبول القول في حق نفسه ففي حق غيره أولى[2].

ثانيا – العقل:

يشترط في الشاهد أن يكون عاقلا، فإن ثبت أنه مجنون أو معتوه، فلا تقبل شهادته. وذلك لاحتياجه للضبط الذي يمكنه به تحمل الشهادة وأدائها.كما أنه لا ولاية له على نفسه فلا تكون له ولاية على الغير من باب أولى، ثم أنه لا تحصل الثقة بأقواله ولا يأثم بكذبه ولا يتحرز عنه[3].

لقوله صلى الله عليه وسلم : "رفع القلم عن ثلاث ... وعن المجنون حتى يفيق"[4].

ويلحق بالمجنون والمعتوه السكران لفقده الإدراك والتمييز، فيكون غير أهل لأداء الشهادة، فيستوي في ذلك أن يكون قد تناول هذه المادة بإرادته، أو قهراً عنه وبغير علمه.

ويفرق الفقهاء بين فقدان الشاهد لعقله بسبب السكر ساعة التحمل والأداء، فإذا فقد الشاهد عقله بسبب السكر ساعة التحمل أصبح غير أهل لأداء الشهادة مطلقا، لأنه في حكم المجنون، والمجنون لا تقبل شهادته، لأنه لا يمكنه تحمل الشهادة ولا أداؤها لاحتياجه للضبط وهو لا يعقله، فكما أن المجنون لا يؤتمن في أقواله، فكذلك السكران، ولذلك إذا لم يؤتمن على حفظ حقوقه فأولى أن لا يؤتمن على حفظ حقوق غيره[5].

أما إذا كان الشاهد فاقد الإدراك بسبب السكر ساعة الأداء، فيرى البعض أن تكون له أهلية الشهادة، ولكن يؤجل القاضي سماع شهادته لحين إفاقته، في حين يرى البعض الآخر عدم قبول شهادته، لأنه يعتبر بتناول المادة المسكرة فاقدا للعدالة[6].

---

(١) وذهب المالكية إلى أن الصبي إذا تحمل الشهادة في حال صباه وكان ضابطا وأداها بعد بلوغه، فإنها صحيحة، لأن العبرة بوصف العدالة هو وقت الأداء لا وقت التحمل.حاشية الدسوقي- ج٤ ص ١٦٥. بلغة السالك- ج٢ ص ١٩٢، ولعل سن التمييز هو ما قصد به فقهاء المالكية بسن الضبط.

(٢) الإنصاف – ج ١٢ ص ٣٧.

(٣) تحفة الفقهاء- ج ٣ ص ٦٢٥. تبيين الحقائق- ج٤ ص ٢٠٧. بدائع الصنائع- ج٩ ص ٤٠٢٥. فتح القدير- ج٢ ص ٢٠.أبي القاسم السمناني- روضة القضاة وطريق النجاة- مؤسسة الرسالة- بيروت-ط٢- ١٤٠٤هـ-١٩٨٤م- ج١ ص١٩٩. حاشية رد المحتار- ج٥ – ص ٤٦٢. القوانين الفقهية- ص٢٦٤. مغني المحتاج – ج٤ ص ٤٢٧.. روضة الطالبين- ج٨ ص ١٩٩. الإقناع- ج٤ ص ٤٣٦. الكافي- ج٤ ص ٥٢٠. الإنصاف- ج ١١ ص ٣٧٠.

(٤) مضى تخريجه .

(٥) حاشية ابن عابدين – جـ ٤ ص ٣٥٤.

(٦) د. عبد الرحمن إبراهيم عبد الرحمن – المرجع السابق – ص٦٣، ٦٤.

وأرى في هذه الحالة التفرقة بين من تناولها جاهلا أو قهرا عنه فتقبل شهادته بعد إفاقته، وبين من تناولها بإرادته فلا يعتد بشهادته لزوال وصف العدالة عنه.

ثالثا - الإسلام:

الشهادة عموما - ومنها الشهادة على النكاح - قد تكون من مسلم على كافر، أو من كافر على مسلم، أو من كافر على كافر، ونتناول كل هذه الحالات بالتفصيل:

أ- شهادة المسلم على الكافر: يجب أن يكون الشاهد مسلما لقبول شهادته، والعبرة في إسلام الشاهد هي وقت الأداء لا وقت التحمل، فلو تحمل الشهادة وهو كافر ثم أداها بعد أن أسلم قبلت شهادته[(١)]. وإذا شهد الكافر فرد القاضي شهادته لكفره ثم أسلم، وجاء ليشهد في نفس الواقعة التي ردت شهادته فيها، فهي جائزة. وقال ابن شهاب: هي مردودة أبدا سواء ردت قبل ذلك أم لم ترد[(٢)]. وإذا اتضح أن الشاهد كافر عند أداء الشهادة ولم يعرف القاضي إلا بعد الحكم فيجب نقض الحكم لوجود الخطأ فيه[(٣)]. ويستدل بقبول شهادة المسلم على الكافر بقوله تعالى: "وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس"[(٤)]. فلما قبلت شهادة المسلم على المسلم فعلى الكافر أولى، وكذلك استدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم "..ولا تجوز شهادة ملة على ملة إلا أمة محمد صلى الله عليه وسلم، فإن شهادتهم تجوز على من سواهم "[(٥)].

فلا خلاف إذن في قبول شهادة المسلم على غيره من الكفار، لأنه من أهل الولاية على المسلم فعلى الكافر أولى.

ب- شهادة غير المسلم على المسلم: لا تجوز شهادة غير المسلم على المسلم. والعلة في ذلك أنه لا ولاية لهم على المسلمين، وإنما كان خلافهم بالنسبة لقبول شهادة الكافر على المسلم في الوصية في السفر، وشهادة الطبيب الكافر على المسلم للحاجة[(٦)].

---

(١) الذخيرة – جـ ١ ص ١٥٣. تحفة الفقهاء – جـ ٣ ص ٦٢٤. حاشية الدسوقي – جـ ٤ ص ١٦٥.
(٢) مالك ابن أنس – المدونة الكبرى – مطبعة السعادة – ١٣٢٣هـ - جـ ١٣ ص ٤.
(٣) مغني المحتاج – جـ ٤ ص ٤٢٧.
(٤) سورة البقرة – آية ١٤٣.
(٥) مصنف عبد الرزاق- ج٨ ص٣٥٦، ٣٥٧ رقم (١٥٥٢٥).
(٦) مذهب الجمهور أن شهادة غير المسلمين غير مقبولة على كل حال، وتجوز عند الحنابلة والظاهرية في الوصية في السفر إذا لم يوجد غير أهل الكتاب، ويقبل عند ابن حزم في ذلك كافران من أي دين كان، أو كافر وكافرتان، أو أربع كوافر، ويحلف الكفار ههنا مع شهادتهم. ويرى ابن تيمية وتلميذه ابن القيم أن شهادة غير المسلم على المسلم تقبل في كل ضرورة حضراً وسفراً وتقبل شهادتهم مع أيمانهم في كل شيء عُدِم فيه المسلمون، بل في كل موضع ضرورة غير المنصوص فيه .
راجع في ذلك: تبيين الحقائق– ج٤ ص٢١٨. بدائع الصنائع– ج٩ ص٤٠٥٩. روضة القضاة - ج١ ص ١٩٩. الذخيرة- ج١ ص٢٢٤. تبصرة الحكّام- ج٢ ص٢١، ٢٤. المنتقى شرح الموطأ– ج٥ ص١٩١. نهاية المحتاج– ج ٨ ص٢٩٢. الإنصاف– ج١٢ ص٣٩. الطرق الحكمية– ص ٢٣٠، ٢٣١. إعلام الموقعين– ج١ ص ٩١. المحلى- ج٩ ص ٤٠٥. نيل الأوطار– ج ٨ ص٣٠٤.

أما عدى ذلك، فلا تجوز شهادة الكافر مطلقا لقوله تعالى: "ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"[1]، وقوله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم"، وقوله تعالى: "واشهدوا ذوي عدل منكم". والكافر ليس من المسلمين فهو ليس من رجالنا المأمور الإستشهاد بهم، كما أنه ليس عدلا عندنا[2].

وإذا لم تقبل شهادة من يشهد بالزور على الآدمي، فلأن لا تقبل شهادة من شهد بالزور على الله ورسوله أولى[3]. وإن رضي الخصمان بشهادة كافر، فلا يحكم الحاكم بها[4].

ج- شهادة غير المسلم على غير المسلم: انقسم الفقهاء في هذه الحالة إلى فريقين، فريق يرى قبولها، وهم الحنفية، وفريق يرى عدم قبولها وهم المالكية والشافعية والحنابلة، ولكل فريق حججه.

١- حجج الحنفية: احتجوا بقبول شهادة غير المسلم على غير المسلم بالآتي:

قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت" إلى قوله تعالى: "أو آخران من غيركم"[5]. فهذا نص على قبول شهادة الكافر في وصية المسلم وفي وصية الكافر أولى، لبقاء ولاية بعضهم على بعض[6].

واستدلوا بقوله تعالى: "ومن أهل الكتاب من إن تأمنه بقنطار يؤده إليك"[7]، فإذا كان منهم الأمين على مثل هذا المقدار من المال، فلا ريب أن يكون مثل هذا أمينا على قرابته وذوي مذهبه أولى[8]، فالأمانة مرضية وإن لم يكن الكافر مرضيا لكفره. ولما كان مؤتمنا في المعاملات كان

---

(١) سورة النساء- آية ١٤١.

(٢) وقوله تعالى: "ممَّن ترضون من الشهداء" والكافر ليس بعدل ومرضي، ولا هو منا. المبسوط- ج٦ ص١٦٠.المدونة- ج١٣ ص٤. الأم- ج٥ ص٢٥٠. مغني المحتاج- ج٤ ص٤٢٧.الكافي- ج٤ ص٥٢١.

(٣) الأم – نفس الموضع.

(٤) الذخيرة – ج١٠ ص١٥٣. ولو حكم القاضي بشهادة اثنين، ثم بان له أنهما كانا كافرين أو صبيين، أو امرأتين نقض حكمه، لأنه يتقن الخطأ فيه، ولو بان ذلك لقاضي آخر نقضه أيضا. بدائع الصنائع- ج٣ ص١٣٨٧. روضة الطالبين – ج ٨ ص ٢٤٤.

(٥) سورة المائدة – آية ١٠٦.

(٦) مغني المحتاج – ج٤ ص٤٢٧. تبين الحقائق – ج٤ ص ٢٢٨. المبسوط – ج٦ ص١٦٠، وجاء فيه: "فيها (أي الآية) تنصيص على جواز شهادتهم على وصية المسلم، ومن ضرورة جواز شهادتهم على وصية المسلم، جوازها على وصية الكافر، وما يثبت بضرورة النص فهو كالمنصوص، ثم أنتسخ ذلك في حق المسلم بانتساخ ولا يتهم على المسلمين، فيفي حكم شهادتهم على ما يثبت بضرورة النص، فليس من ضرورة انتساخ شهادتهم على المسلمين انتساخ شهادة بعضهم على بعض". فدل هذا آن آية الوصية غير منسوخة في حقهم، وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة في حق المسلمين أيضا. تبيين الحقائق –ج ٤ ص ٢٢٤.

(٧) سورة آل عمران – آية ٧٥.

(٨) الطرق الحكمية – ص ٢٣٠. تبيين الحقائق – جـ ٤ ص ٢٢٤.

مؤتمنا في الشهادات لأنها من أداء الأمانة.

وقوله تعالى: "والذين كفروا بعضهم أولياء بعض"[١]، فدلت الآية على ثبوت الولاية على بعضهم بعضا، والولاية أعلى رتبة من الشهادة، وغاية الشهادة أن تشبه بها. وإذا كان له أن يزوج ابنته وأخته، ويلي مال ولده، فقبول شهادته أولى وأحرى والحاجة ماسة إلي صيانة حقوقهم، ومن طرق صيانتها جواز شهادة بعضهم على بعض، وتكثر المعاملات فيما بينهم، ولا يحضر المسلمون عقودهم ليتحملوا حوادثهم، فلو لم يكن لبعضهم على بعض شهادة لضاعت حقوقهم عند الجحود والإنكار[٢].

وقوله تعالى: "هذان خصمان اختصموا في ربهم"[٣]. وقوله تعال: "لكم دينكم ولي دين"[٤]، والكفر ملة واحدة حقيقية، وإن اختلفت صوره وأنواعه[٥].

وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم رجم يهوديا ويهودية: ولم يسألهما، ولا طلب إعترافهما وإقرارهما.

كما أباح الله تعالى معاملتهم وأكل طعامهم، وحلّ نسائهم، وذلك يقتضي الرجوع إلي أخبارهم قطعا، فإذا جاز لنا الاعتماد على خبرهم فيما يتعلق بالأعيان التي تحل وتحرم، فلأن نرجع إلى أخبارهم بالنسبة لما يتعلق بهم من ذلك أولى[٦].

وقد صح عن عمر بن عبد العزيز أنه أجاز شهادة نصراني على مجوسي، أو مجوسي على نصراني، كما صح عن كثير من السلف جواز شهادة النصراني على اليهودي، وعلى النصراني.

ونقل ذلك عن الشعبي وشريح وإبراهيم النخعي، والزهري، وسفيان الثوري، ونافع مولى ابن عمر. وذكر الزيلعي إجماع السلف على ذلك[٧].

---

(١) سورة الأنفال – آية ٧٣.

(٢) الطرق الحكمية – ص ٢٣٠. المبسوط – جـ ٦ ص ١٦٠.

(٣) سورة الحج – آية ١٩.

(٤) سورة الكافرون – آية ٦.

(٥) وجاء في المبسوط – جـ ١٦ ص ١٦٢. "فعابد الحجر وعابد الوثن أهل ملة واحدة وإن اختلفت نِحَلهم، كالمسلمين هم أهل ملة واحدة وإن اختلفت مذاهبهم. ثم اليهود يعادون النصارى بسبب هم فيه محقون وهو دعواهم الولد لله تعالى. والنصارى يعادون اليهود بسبب هم فيه محقون وهو إنكار نبوة عيسى - عليه السلام – والفريقان يعادون المجوس بسبب هم فيه محقون، وهو إنكارهم التوحيد ظاهراً ودعواهم الإثنين، فشهادة بعضهم على بعض كشهادة المسلمين على الكفار".

(٦)المبسوط – جـ ٦ ص ١٦٠. الطرق الحكمية – ص ٢٣٠.

(٧)الهداية- ج٣ ص١٢٤. فتح القدير–ج٦ ص٤١.تبيين الحقائق– ج٤ ص٢٢٤. الطرق الحكمية–نفس الموضع.

٢- **حجة الجمهور:** حجة الجمهور: احتج جمهور المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، بعدم قبول شهادة الكافر على الكافر بما يأتي:

ما ورد في قول الله تعالى: "واشهدوا ذوي عدل منكم"[٤]. والعدالة تنافي الكفر، فلا تجتمعان معا. وقوله تعالى "أفمن كان مؤمنا كمن كان فاسقا"[٥]. وقياسا على الفاسق فالله تعالى أمر بالتوقف في خبره، فالكافر أولى، والشهادة آكد من الخبر[٦].

واستدلوا من القرآن أيضا بقوله تعالى: "ممّن ترضون من الشهداء"[٧]. والكافر ليس مرضيا.

ولأن من تقبل شهادته على المسلم لا تقبل على غيره، كالعبد وغيره[٨].

وأجيب عن هذا الاستدلال بأن الآيات – كما في آية المداينة – وردت في الحكم بين المسلمين، وسياق الآيات يفيد ذلك، ولم تتعرض في شيء منها لحكم أهل الكتاب. أما الآيات الأخرى فلا حجة فيها بمنع شهادة الكافر على الكافر.

واحتج المانعون أيضا بقول الله تعالى: "فأغرينا بينهم العداوة والبغضاء إلى يوم القيامة"[٩]، فالعداوة قائمة بين الكفار وشهادة العدو على عدوه لا تصح.

واعترض على هذا الاستدلال بأن العداوة في الآية الكريمة إما أن يراد بها العداوة التي بين اليهود والنصارى، أو يراد بها العداوة التي بين فِرَقهم، وإن كانوا ملة واحدة. وهذا لا يمنع قبول شهادة بعضهم على بعض، فهي عداوة دينية، كالعداوة التي بين الفرق الإسلامية، وتفرقها شيعا، وأحزابا، وإذاقةِ بعضهم بأس بعض.

وممّا احتج به المانعون أيضا أن قبول شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض إكراما لهم، ورفعا لمنزلتهم، ورذيلة الكفر تنفي ذلك.

واعترض على هذا الدليل بأن قبول شهادتهم على بعضهم ليس فيه تكريم لهم، ولا رفع

---

(١) حاشية الدسوقي- ج ٤ ص١٦٥. بلغة السالك- ج٢ ص ٣٤٨. الذخيرة – ج١٠ ص٢٢٥. المنتقى شرح الموطأ- ج ٥ ص ١٩٢.

(٢) الأم- ج ٥ ص٢٥٠. مغني المحتاج- ج٤ ص٤٢٧. نهاية المحتاج- ج٨ ص٢٩٢. روضة الطالبين- ج٨ ص١٩٩.

(٣) الكافي – ج ٤ ص ٥٢١.

(٤) سورة الطلاق – آية ٢.

(٥) سورة السجدة – آية ١٨.

(٦) الذخيرة – ج١ ص ٢٢٥.

(٧) سورة البقرة – آية ٩٩.

(٨) الذخيرة – ج١ ص ٢٢٥.

(٩) سورة المائدة – آية ١٤.

لأقدارهم، وإنما هو لدفع عدوان بعضهم على بعض .

وحفظا لمصالحهم وحقوقهم متى قبلوا من يثقون به ويرضونه، فألزمناهم برضاهم. وكون بعضهم قاضيا وحاكما عليهم، لا يمنع أن يكون بعضهم شاهدا على بعض.(١)

بعد عرض أقوال الفقهاء في مسألة شهادة غير المسلمين بعضهم على بعض، وحجج كل فريق، يتبين أن أرجحها القول بقبول شهادتهم على بعضهم البعض، لقوة أدلته ومتانتها. أما أدلة من قال بالمنع فلا تتقوى ولم تصمد أمام المناقشة، وبالتالي فمتى تحاكموا إلينا فيما يقع بينهم من الأنكحة ومسائل الأسرة وغيرها من المعاملات، وليس معهم شهود من المسلمين، ورضوا بقبول شهادة بعضهم على بعض حكم لهم بما رضوا وألزموا به، ولم يكن ذلك مخالفا لحكم الله ورسوله.

أما لو كان المسلم طرفا في المعاملة، كنكاح مسلم بكتابية، أو غير ذلك من مسائل الأسرة فلا تقبل شهادة غير المسلم على المسلم، حتى لو رضوا به لأنه لا ولاية للكافر على المسلم، لقوله تعالى: "فإذا بلغن أجلهنَّ فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم"(٢). فهذه الآية وردت في أمر يتعلق بمسائل الأنكحة، والكافر ليس عدلا، وبالتالي لا تقبل شهادة غير المسلم على المسلم(٣) في الزواج وما يندرج ضمن أحكام الأسرة من مسائل.

وما دامت عقود الزواج لا تنعقد إلا بشهادة مسلمين عدلين، فلا تثبت إلا بهما، حتى لو تمت في بلاد غير المسلمين. وهذا وجه الفرق بينها وبين الوصية، وسائر المعاملات التي قد تحدث في بلاد غير المسلمين، أو في بلد مسلم وأغلب ساكنيه من غير المسلمين، فمسائل الأسرة من زواج وغيره تنتفي بها صفة الضرورة، وقياس على غيرها هو قياس مع الفارق. والله أعلم.

رابعا – العدالة:

العدالة من ناحية اللغة هي التوسط، أما من ناحية الاصطلاح، فيعرفها الحنفية بأنها الاستقامة على أمر الإسلام، واعتدال العقل ومعارضة الهوى، وليس لكمالها حد يدرك فيكتفي لقبولها بأدنى حدودها، وهو رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة(٤).

ويعرفها المالكية بأنها المحافظة على اجتناب الكبائر وتوقي الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة، أو أن يكون الشخص ملتزما بواجبات الشرع ومستحباته مجتنبا للمحرمات

---

(١) الطرق الحكمية – ص ٢٣٢، ٢٣٣ وما بعدها.

(٢) سورة الطلاق – آية ٢.

(٣) أما شهادة غير المسلمين على زواج المسلم بغير مسلمة فمحل خلاف، حيث يجيزها أبو حنيفة وأبو يوسف، سواء كانا موافقين لها في الملة أو مخالفين لها، ولا يجيزها محمد وزفر والشافعي وغيره. أنظر في تفصيل هذه المسألة والخلاف فيها وأدلة كل فريق. بدائع الصنائع – ج٣ ص ١٣٧٨، ١٣٧٩. مجمع الأنهر- ج١ ص ٣٢١. درر الحكام في شرح غرر الأحكام- ج١ ص ٣٢٩. الهداية مع الفتح- ج٢ ص٣٥٤، ٣٥٥.

(٤) بدائع الصنائع- ج٩ ص ٤٠٢٨ وما بعدها. المبسوط- ج٦ ص ١٣٣. تبيين الحقائق – ج٤ ص ٢٢٥.

والمكروهات[1].

ويعرفها الشافعية بأنها اجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر، فمن تجنب الكبائر والصغائر فهو عدل، ومن تجنب الكبائر وارتكب الصغائر، وكان نادراً من أفعاله لم يفسق ولم ترد شهادته، وأما إذا كان غالبا في أفعاله فسق ردت شهادته[2].

ويعرفها الحنابلة بأنها استواء أحوال الشخص في دينه واعتدال أقواله وأفعاله، وبكون ذلك في الدين والمروءة، أما الدين لا يرتكب كبيرة ولا يداوم على صغيرة، وأما المروءة فهي اجتناب الأمور الدنيئة المزرية به[3].

وعرف ابن حزم العدل بأنه من لم تعرف له كبيرة ولا مجاهرة بصغيرة[4].

والدليل على وجوب شرط العدالة في الشاهد قوله تعالى: "وأشهدوا ذوي عدل منكم" وقوله تعالى: "ممَّن ترضون من الشهداء". فقد أمر الله تعالى بإشهاد العدل، وأن يكون الشهود ممن يرضون، والرضا لا يكون إلا بمن توافرت فيهم العدالة[5].

أما أقوال الفقهاء في اشتراط العدالة:

إذا لم تتوافر صفة وشروط العدالة في الشاهد كان فاسقا، وجمهور الفقهاء يقولون بعدم قبول شهادته لقوله تعالى: " يا أيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا"[6].

فأمر الله تعالى بالتوقف عند نبأ الفاسق، والشهادة نبأ فيجب التوقف عندها، لأن رجحان جانب الصدق لا يظهر في شهادته. كما أن الأصل تحقق العدالة في الشاهد ما لم يطعن فيه الخصم[7].

والشهود على ثلاثة أقسام: قسم يعرف الحاكم عدالته، وقسم يعرف فسقه، وقسم يجهل أمره.

فأما القسم الأول: وهو من يعرف عدالته، فيجب على القاضي الحكم بشهادته إن لم يكن للمحكوم عليه مدفع فيها.

وأما القسم الثاني: وهو من يعرف فسقه، فلا يجوز له أن يحكم بشهادته، بل يجب عليه ردها، وذلك على حالتين: أحدهما أن يعرف القاضي فسقه، والثاني أن يجرح عنده بأنه يرتكب

---

(١) بداية المجتهد– ج ٢ ص ٣٨٦. مواهب الجليل – ج ٦ ص ٢٥١. القوانين الفقهية – ص ٢٦٤.
(٢) روضة الطالبين – ج ٨ ص ١٩٩.
(٣) المغني مع الشرح الكبير- ج ١٢ ص ٣٢. مغني المحتاج – ج ٤ ص ٤٢٧.
(٤) المحلى - ج ٩ ص ٤٠٥.
(٥) الهداية – ج ٣ ص ١١٨.
(٦) سورة الحجرات – آية ٦.
(٧) المبسوط -ج٦ ص ١٥٠. تبيين الحقائق- ج٤ ص٢١٠. المنتقى شرح الموطأ- ج٥ ص ٢٩٣. المغني- ج١٢ ص٢٨.

محظورا[1].

وأما القسم الثالث: وهو من يجهل أمره، فهل يكتفي بظاهر إسلامه، أم لابد من السؤال عن حاله سرا وعلانية؟

يرى الإمام أبو حنيفة أنه يكتفي في العدالة الإسلام، فلا يسأل عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه، فإن طعن فيه سأل عنه القاضي سرا وجهرا[2]. واحتج لقوله بقوله عليه الصلاة والسلام: "المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدوداً في فرية"[3]. وظاهر قوله تعالى: "وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس". ولأن الظاهر هو الإنزجار، لأن عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع.

وذهب أبو يوسف ومحمد أن القضاء ينبني على الحجة، ولا تقع الحجة إلا بشهادة العدول، وثبوت العدالة بالظاهر لا يصلح حجة للإستحقاق، لذلك يتعين على القاضي التعرف عليها صيانة لقضائه عن البطلان، والفتوى على رأيهما. وهو مذهب المالكية[4]، والحنابلة[5]، وبه قال الشافعي[6]، وهو ما نرجحه.

والخلاف بين الإمام وصاحبيه والجمهور- كما قال متأخرو الحنفية وغيرهم- هو خلاف عصر وزمان، فأبو حنيفة كان في القرن الذي شهد له النبي صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح فكان الغالب العدالة، فألحق النادر بالغالب، فجعل الكل عدولا، أما الصاحبان وغيرهما فقد تغيرت في زمانهم أحوال الناس وظهر الخداع والكذب، فألحق النادر بالغالب حتى تثبت العدالة، فأفتى كل واحد بما شاهد في زمانه.

وإذا شهد فاسق فردت شهادته ثم تاب وأعاد الشهادة في نفس وقائع القضية التي ردت شهادته فيها لم تقبل، وقال البعض الآخر منهم المزني وأبو ثور وعلاء الدين السمرقندي الحنفي تقبل من

---

(١) بلغة السالك- ج٢ ص١٩٣، ١٩٤. وتسقط الشهادة بأفعال وأقوال منها شرب الخمر والإدمان على الشطرنج والنرد والاشتغال به عن صلاة واحدة حتى يخرج وقتها، وترك صلاة الجمعة ثلاث مرات من غير عذر، وقيل بتركها مرة واحدة، وتسقط أيضا بفعل ما يسقط المروءة وإن كان مباحا كالأكل في الطرقات والمشي حافيا، أو عريانا، وغير ذلك مما هو مبسوط في كتب الفقه من مختلف المذاهب وفي المؤلفات الحديثة.

(٢) إلا في الحدود والقصاص فإنه يسأل عنه في السر والعلانية، وإن لم يطعن فيه الخصم، لأنهما يدرآن بالشبهة ويحتاط لإسقاطهما. تبيين الحقائق- ج٤ ص ٢١٠. الهداية – ج٣ ص ١١٨. فتح القدير- ج٦ ص ١٢ وما بعدها. روضة القضاة - ج١ ص ٢١٢.

(٣) مصنف ابن أبي شيبة- ج٥ ص ٧٦ رقم (٦) عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده. وفي كتاب عمر رضي الله عنه إلى أبي موسى الأشعري قوله: "المسلمون عدول بعضهم على بعض، إلا مجلودا في حد أو مجرب في شهادة زور، أو ظنين في ولاء أو قرابة". سنن الدارقطني- ج٤ ص ٢٠٦ رقم(١٥). البيهقي- ج١٠ ص ١٥٥.

(٤) عيون المجالس - ج ٤ ص ١٥٣٠. الفروق- الفرق ٢٣٨- ج٤ ص١٥٦.

(٥) المغني- ج ١١ ص ٤٢٠. الإنصاف- ج ١١ ص ٢٨٩.

(٦) روضة الطالبين- ج١١ ص ١٦٧. مغني المحتاج ج ٤ ص ٤٠٣. أدب القاضي ص ١٨٣٢ ومابعدها.

الصبي إذا بلغ والعبد إذا أعتق، والكافر إذا أسلم[1].

ولكن يرد على هؤلاء بأن هذا لا يجوز، لأن هؤلاء لا عار عليهم في شهادتهم فلا تلحقهم التهمة في إعادة الشهادة، والفاسق عليه عار في شهادته، فلا يؤمن أن يظهر التوبة لإزالة العار، فلا تنفك شهادته من التهمة.

أما إذا شهد الفاسق في قضية أخرى غير التي رد فيها بعد توبته، فإنها تقبل، ولكن بعد مدة يظهر فيها صدق توبته، وقدّرها الأكثرون بسنة، والسبب في ذلك أن التوبة من أعمال القلوب، وهو متهم بإظهارها لترويج شهادته، وقدّروها بسنة لأن بمضيها المشتمل على الفصول الأربعة أثرا بيّنا في تهييج النفوس لما تشتهيه، فإذا مضت كانت دليلا على حسن سريرته[2].

وقدرها البعض الآخر بستة أشهر، وقبلها البعض من غير مدة[3].

وذهب رأي آخر، ويبدو لي أنه أرجح الأقوال، إلى تفويض تحديد المدة إلى رأي القاضي، يحددها حسب الظروف التي تحيط بالقضية المعروضة أمامه، وحسب تقديره لشخصية الشاهد[4].

ويظهر من ذلك أن جمهور الفقهاء اتفقوا على أن الفاسق لا تقبل شهادته، وحجتهم في ذلك قوله تعالى: "وأشهدوا ذوي عدل منكم" وبقوله تعالى "ممن ترضون من الشهداء". فالفاسق ليس عدلاً ولا يكون مرضيا في شهادته. واستدلوا أيضا بحديث الرسول صلى الله عليه وسلم "لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا زان ولا زانية ولا ذي غمر على أخيه"[5]. والفاسق خائن لا أمان له[6].

وذهب الحنفية في ظاهر المذهب إلي أن القاضي لو قضي بشهادة الفاسق يصح عند الحنفية، ولكنه يكون آثما. وقيدت البعض الآخر نفاذ القضاء بشهادة الفاسق، بأن يغلب على ظن القاضي

---

(١) بدائع الصنائع- جـ ٩ ص ٤٠٢٨. تحفة الفقهاء- جـ ٣ ص ٦٢٤.

(٢) مغني المحتاج- جـ ٤ ص ٤٣٨. المهذب- جـ ٢ ص٣٣٠، ٣٣١.

(٣) فتح القدير – جـ ٦ ص ٢٩.

وقد قضت إحدى المحاكم الشرعية "أن الفاسق إذا تاب لا تقبل شهادته إلا إذا مضى عليه زمن وهو تائب وأقله ستة أشهر. حكم محكمة الفشن الجزئية الشرعية- جلسة ١٩٣٧/٥/٢-مجلة المحاماة الشرعية - السنة ١٢– العدد الثاني – ص ٧٥.

وقد وقضت محكمة أخرى بحكم مخالف جاء فيه "أن المعروف بالكذب لا عدالة له فلا تقبل شهادته أبدا ولو تاب، ومن ذلك الذي يرتكب تزويرا في أوراق أو يختلس رسوما أو يغير الحقائق كتابة". حكم محكمة أسيوط الابتدائية الشرعية – جلسة – ١٩٤٢/٣/٢٤- مجلة المحاماة الشرعية – السنة ١٥– ص ١٣١.

(٤) الذخيرة – جـ ١ ص ٢٢٤. وجاء فيه قال الإمام أبو عبد الله: "والتحقيق : الرجوع للقرائن، فمن الناس بعيد الغور لا يكاد يعلم معتقده ويغالط الحذاق حتى يظنوا أنه صالح فيستظهر في حقه أكثر، ومنهم من لا يكاد يخفى حاله فيكفي زمنا يظهر فيه الانتقال".

(٥) سنن أبي داود– كتاب الأقضية- باب من ترد شهادته-ج٢ ص٢٧٥.والغمر بكسر الغين المعجمة وسكون الميم هو الحقد والعداوة.وفيه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رد شهادة الخائن والخائنة، وذي الغمر على أخيه". ص ٢٧٤، ٢٧٥.

(٦) تبصرة الحكام- ج١ ص ٢٥٩. مغني المحتاج– ج ٤ ص ٤٢٧. المغنى -ج ١٢ ص ٢٨ وما بعدها.

صدق الشاهد، وهو مما يحفظ، أما إذا لم يغلب على الظن صدقه فلا تقبل شهادته[١].

ويرى الإمام أبو يوسف صاحب أبي حنيفة أنه إذا كان الفاسق وجيها في الناس ذا مروءة تقبل شهادته، لأنه لا تتمكن تهمة الكذب في شهادته، ولوجاهته لا يتجرأ أحد لاستئجاره لأداء الشهادة، ومروءته تأنف الكذب[٢].

وقد نوقش أبايوسف بأن الأصح عدم قبول شهادة الفاسق، لأن قبول الشهادة في العمل بها إكرام الشهود، ومن يكون فاسقا فلا مروءة له، ولهذا لا تقبل شهادته[٣].

ولو شهد عدلان ، ثم فسقا قبل أن نحكم بشهادتهما ، لم نحكم بها قطعا، لأن الفسق يخفى غالبا، فربما كانا فاسقين عند الشهادة[٤].

ما الحكم لو تعذر توافر شروط العدالة وغلب على الناس الفسق؟

نص الفقهاء على اختلاف مذاهبهم الفقهية بجواز قبول شهادة الفاسق إذا تعذر توفر شروط العدالة ونصوصهم تكاد تكون متطابقة.

يقول ابن القيم: "فإذا كان الناس فساقا كلهم إلا القليل النادر: قبلت شهادة بعضهم على بعض، ويحكم بشهادة الأمثل فالأمثل، هذا هو الصواب الذي عليه العمل، وإن أنكره كثير من الفقهاء بألسنتهم.

كما أن العمل على صحة ولاية الفاسق ونفوذ أحكامه، وإن أنكروه بألسنتهم، وكذلك العمل على صحة كون الفاسق وليا في النكاح ووليا في المال..." ويمضي في قوله: "أنه إذا غلب على الظن صدق الفاسق، فلا يجوز رده مطلقا، بل يثبت فيه حتى يتبين: هل هو صادق أو كاذب؟ فإن كان صادقا: قُبل قوله وعمل به، وفسقه عليه، وإن كاذبا: رُدَّ خبره ولم يلتفت إليه.

فإذا علم صدق لهجة الفاسق، وأنه من أصدق الناس – وإن كان فسقه بغير كذب – فلا وجه لرد شهادته، وقد استأجر النبي صلى الله عليه وسلم هاديا يدله على طريق المدينة، وهو مشرك على دين قومه، ولكن لمّا وثق قوله أمنه، ودفع إليه راحلته وقبل دلالته".

ويخلص من بحثه إلى أن "الصواب المقطوع به: أن العدالة تتبعض، فيكون الرجل عدلا في شيء، فاسقا في شيء. فإذا تبيّن للحاكم أنه عدل فيما شهد به: قبلَ شهادته، ولم يضره فسقه في غيره.

ومن عرف شروط العدالة، وعرف ما عليه الناس: تبين له الصواب في هذه المسألة، والله

---

(١) الهداية – ج ٣ ص ١١٨.
(٢) المبسوط ج ١٦ ص ١٥٤. تحفة الفقهاء – ج ٣ ص ٦٢٦.
(٣) المبسوط – ج ١٦ ص ١٤٢.
(٤) روضة الطالبين - ج ٨ ص ٢٢٤. مغني المحتاج – ج ٤ ص ٤٣٨.

أعلم"[1].

ومما نقله ابن فرحون المالكي أن: شهادة الأمثل فالأمثل منهم جائزة، ويستكثر منهم ما استطاع، ويقضي بهم في ذلك، و لولا ذلك – أي لو لم تقبل شهادة الفاسق- ما جاز لهم بيع ولا تم لهم نكاح ولا عقد في شيء"[2].

ومما نقله القرافي عن أبي زيد أنه إذا لم يكن في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم. وفي أحكام ابن سهل عن ابن القاسم وغيره من أصحاب مالك قالوا:"قد يكون من غير أهل الأهواء من هو شر من أهل الأهواء"[3].

خامسا- اشتراط البصر:

قد يكون المرء أعمى منذ ولادته، كما قد يصاب بمرض يفقده حاسة البصر، يؤثر من ثم في تمييزه وتحمله للشهادة. وقد اختلف الفقهاء حول قبول شهادة الأعمى.

أ- فذهب جمهور الحنفية[4] إلى عدم قبول شهادة الأعمى في النكاح وفي غيره من الحقوق مطلقا، لأنه يحتاج في تحملها وأدائها إلى التمييز بين من له الحق وبين من عليه، والأعمى لا يميز بين الناس إلا بالصوت والنغمة، وذلك مانع من قبول الشهادة لتمكن الشبهة من شهادته.

- ويمكن أن يستدل لما ذهب إليه الحنفية بقوله تعالى: " إلا من شهد بالحق وهم يعلمون"[5]، والأعمى لا يعلم. وبقوله تعالى: " وأشهدوا ذوي عدل منكم"[6]، والأعمى ليس عدلا، لأن الشهادة من المشاهدة والأعمى لم يشاهد، فلم يجز أن يكون شاهدا.

- واستدلوا بما روي عن علي ابن أبي طالب رضي الله عنه أنه شهد عنده أعمى فقالت أخت المشهود عليه إنه أعمى، فذكر ذلك لعلي فرد شهادته.[7]

وذهب زفر من الحنفية وهو رواية عن أبي حنيفة، أنه ما لا يجوز الشهادة عليه إلا بالمعاينة لا شهادة للأعمى فيه. وأما فيما يجوز فيه الشهادة بالتسامع، تقبل فيه شهادة الأعمى، لأنه في الأعمى كالبصير، وإنما عدم آلة العينين.

ورد جمهور الحنفية على ذلك، بأن الشاهد في أداء الشهادة محتاج للإشارة إلى المشهود له،

---

(١) الطرق الحكمية - ص ٢٢٦، ٢٢٧. وبالمعنى نفسه: تبصرة الحكام- جـ ٢ ص ٣٠.
(٢) تبصرة الحكام- نفس الموضع.
(٣) المرجع السابق- نفس الموضع.
(٤) الهداية - جـ ٣ ص١٢١. فتح القدير- جـ ٦ ص ٢٧. المبسوط- جـ ٥ ص٣٠، ٣١.
(٥) سورة الزخرف – آية ٨٦.
(٦) سورة الطلاق – آية ٢.
(٧) المبسوط – جـ ١٦ ص ١٥٢.

والمشهود عليه، ولا يتمكن من ذلك إلا بدليل مشتبه، وهو الصوت والنغمة، فيخشى عليه التلقين من الخصم، إذ النغمة تشبه النغمة وربما يشاركه غيره في الإسم والنسب فكان فيه تشبهه[١].

وردّ الجمهور على ما احتج به الأحناف في الشهادة من المشاهدة والأعمى لم يشاهد، ولا يعلم بأن الصوت إذا كرر على الأعمى تصير معرفة صاحبه عنده كالشمس في العلم والقطع، وليس المراد مشاهدة البصر لصحة الشهادة بنبوة محمد صلى الله عليه وسلم بالسماع من غير مشاهدة البصر، لحصول العلم بذلك[٢].

ب- أما المالكية[٣]، والحنابلة[٤]، والظاهرية[٥]، فيرون قبول شهادة الأعمى ومنها الشهادة لإثبات النسب، ويحتجون على رأيهم بالآتي:

- ما ورد في قوله تعالى: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم". فأمر الله تعالى بقبول البينة ولم يشترط أعمى من مبصر، وما كان ربك نسيا. ولأنه رجل عدل مقبول الرواية وقبلت شهادته كالمبصر، والسماع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين. وقد يكون المشهود عليه ممن ألفه الأعمى وكانت صحبته له فيجب قبول شهادته كالبصير[٦].

- ما ورد عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:"أن بلالا ينادي بليل فكلوا واشربوا حتى تسمعوا نداء ابن أم مكتوم"[٧]، فأمر بالإمساك عند ندائه ولا يعلم إلا بصوته، فربط الحل والحرمة بسماع الصوت المعهود. ويقول ابن حزم "وما نعلم في الضلالة بعد الشرك والكبائر أكبر ممّن دان الله برد شهادة جابر بن عبد الله وابن أم مكتوم وابن عباس وابن عمر"[٨].

- كما أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يسألون أزواج النبي صلى الله عليه وسلم عن المسائل ويعملون بقولهن ولا يسمعون منهن غير الأصوات[٩].

- أنه يجوز للأعمى أن يطأ زوجته وهو لا يدرك كلامها، استباحة الفروج أعظم من الشهادة[١].

---

(١) تبيين الحقائق- جـ ٤ ص ٢١٨. الهداية جـ ٣ ص ١٢١، ١٢٢. المبسوط- جـ ١٦ ص ١٥٢.
(٢) الذخيرة - جـ ١٠- ص ١٦٥، ١٦٦.
(٣) حاشية الدسوقي- جـ ٤ ص ١٦٧. بلغة السالك- جـ ٢ ص ٣٤٩. الذخيرة -جـ ١٠ ص ١٦٤.
(٤) المغنى مع الشرح الكبير- جـ ١٢ ص ٦١. الكافي- جـ ٤ ص ٥٤٥.
(٥) المحلى- جـ ٩ ص ٤٣٣.
(٦) المغنى مع الشرح الكبير- ج ١٢ ص ٦١.
(٧) فتح الباري- كتاب الشهادات- باب شهادة الأعمى- ج٦ ص ١٩٠، ١٩١.
(٨) المحلى – ج ٩ ص ٤٣٣.
(٩) وإذا جاز هذا في أصول الدين جاز في فروعه. الذخيرة – نفس الموضع.

الشهادة[1].

- كما أن الشهادة لفظ مشترك بين العلم والخبر والحضور، والكل موجود في الأعمى فيجوز.

- فضلا عن أن الأعمى يعتبر من أهل الولاية على نفسه فتتعدى ولايته على غيره عند وجود سبب التعدي، وهو أهل للعدالة لا نزجاره عما يعتقده حراما في دينه. فالمراد الإعتدال في الأخلاق والدين لا في الخلق، وقد كان من الصحابة رضي الله عنهم من هو أعمى، كما كان من الأنبياء من ابتلي بذلك، ولم يقدح ذلك في عدالتهم، وفوات العينين كفوات الرجلين واليدين، فلا يمنع من قبول الشهادة[2].

وقد رد جمهور الحنفية على هذه الحجج بأننا نسلم بهذا كله، ولكن نقول أن الأعمى يحتاج في تحمل الشهادة وأدائها إلى التمييز بين من له الحق وبين من عليه. ولا وجه للإحتجاج بقبول شهادة الأعمى بوطئه لزوجته، لأنه يجوز له ذلك مع الشبهة ولا يمكنه التحرز عنه، وفيه ضرورة أيضا، لأنه يحتاج إلى قضاء الشهوة وبقاء النسك[3].

ج- ويرى الشافعي في رواية إلى أن الشاهد إذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم أداها وهو أعمى قبلت شهادته، لأن تحمله قد صحّ بطريق ثبت له العلم به، وبعد صحة العلم إنما يحتاج إلي الحفظ، والأعمى في ذلك كالبصير، وهو يحتاج إلي الأداء باللسان، ولذلك قبلت شهادته.

ويقول الشافعي في رواية أخرى أنه إذا تحمل الشهادة وهو أعمى ثم أداها وهو كذلك، تقبل شهادته لأن الصوت يشبه الصوت، والحس يشبه الحس[4].

ويذهب الشافعية والحنابلة وأبو يوسف ومحمد من الحنفية إلى أنه إذا شهد الشاهد عند الحاكم ثم عمى قبل الحكم، أو لم يتفرغ القاضي لسماع شهادته حتى عمى، أو كان القاضي يعرف الوقت الذي عمي فيه وتاريخ الدعوى سابق على ذلك، جاز الحكم بشهادته، وحجتهم أن ذلك لا يورث تهمة في حال الشهادة، فلم يمنع قبولها كالموت[5].

د- أما في القانون الوضعي: فالقاعدة العامة في القانون المصري أنه لا يجوز رد الشاهد لأي سبب من الأسباب إلا إذا كان غير قادر على التمييز بسبب الهرم، أو حداثة مرض طبقا لنص المادة

---

(١) تبصرة الحكام - جـ ٢ ص ٧٦. الأم - جـ ٧ ص ٤٢.

(٢) الذخيرة - جـ ١٠ ص ١٦٥، ١٦٦.

(٣) المبسوط- جـ ١٦ ص ١٥٢، ١٥٣.

(٤) الأم - ج ٧ ص ٤٢، ٨٣. كتاب أدب القضاء- ص ٣٣١ . وقد وافق الإمام أبو يوسف من الحنفية الشافعي في هذا الرأي، ولكن أبا حنيفة ومحمد يقولان بعدم قبول شهادته، ويحتجون بالأثر المروي عن علي رضي الله عنه حيث رد شهادته ولم يستثن علي عمّا إذا كان الشاهد وقت التحمل بصيرا أو أعمى. المبسوط- ج١٦ ص١٥٣، ١٥٤. كما أن قيام الأهلية للشهادة شرط وقت الأداء لصيرورتها حجة عند القاضي وقد بطلت، كما إذا خرس أو جنّ أو فسق. الهداية- جـ ٣ ص ١٢٢.

(٥) مغني المحتاج- ج٤ ص٤٤٦. المغني – ج ١٢ ص ٦٢. بدائع الصنائع- ج ٩ ص ٤٠٢٨.

(٨٢) من قانون الإثبات، فالشخص إذا يكون أهلا للشهادة طالما كان قادرا على التمييز.

وقد اتفق شراح القانون المصري على أنه يمكن قبول شهادة الأعمى في الحالات التي يكتفي فيها بالسماع، أما الحالات التي تحتاج إلي معاينة أو رؤية فلا تقبل فيها شهادته. فيجوز قبول شهادته متى علم بالواقعة المشهود بها، لأنه كالبصير في السماع.

والعبرة بالبصر هو وقت التحمل لا الأداء، فإذا كان بصيرا عند تحمله الشهادة فقد تحققت أهليته، ولو فقد بعد ذلك بصره وقت الأداء.

ويتضح مما سبق أن القانون المصري يأخذ برأي الشافعية، حيث أنه لا يجيز شهادة الأعمى في الأفعال، ويجيزها في الأقوال التي لا تحتاج إلى رؤية، كما أنه يشترط البصر وقت التحمل لا وقت الأداء.

الترجيح:

أرى ترجيح قول من يرى قبول شهادة الأعمى في الأقوال، ومنها عقود الأنكحة وإثباتها متى تحمل الشهادة وهو بصير، أو بعد أن أداها وفقد بصره قبل القضاء بها، لأنه في ذلك يشهد بما علمه يقينا. وإنما اشترطنا أن يكون بصيرا وقت التحمل ولم نأخذ بشهادة من كان أعمى وقت التحمل، لأن إثبات الزواج تتعلق به حرمات ، وشهادة الأعمى لا تفيد إلا الظن، وقد تورث شبهة لدى السامع والشهادة في إثبات الزواج يعتد فيها اليقين، فضلا عن أن الأصوات قد تتشابة على السامع، ولا صعوبة في تصنعها ومحاكاتها[(١)].

سادسا - اشتراط النطق:

الإنسان عرضة للمرض، ومن ضمن هذه الأمراض الصم والبكم، فقد يصاب في أذنيه ولسانه وفمه فكان أصم أبكم أخرس، وقد يصاب بأحدهما دون الآخر، فإذا أصيب بمرض في أذنيه كان أصما، وإذا أصيب بمرض في لسانه وفمه كان أبكم أو أخرس، وهذه الأمراض إذا اجتمعت في شخص معين قد تؤثر في أهليته للشهادة وإدراكه للأمور وقدرته على التمييز.

وقد اختلف الفقهاء حول قبول شهادة الأخرس على قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية، والحنابلة، والشافعية في قول[(٢)]، إلى عدم قبول شهادة الأخرس ولو فهمت إشارته. وحجتهم في ذلك:

---

(١) أنظر خلاف مارجحناه، وقبول شهادة الأعمى في إثبات النكاح مطلقا: أحمد نصر الجندي- التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠- مطبعة أبناء وهبه- القاهرة- ٢٠٠٠-ص ٣٥.ويعلل قوله بأنها مما تجوز الشهادة فيها بالتسامع، مع ترك تقدير المسألة لسلطة القاضي الذي يترك له تقدير انتفاء التهمة عن الأعمى أو وجودها.

(٢) المبسوط- ج١٦ ص ١٥٤. بدائع الصنائع- ج٩ ص ٤٠٢٨. المغني ويليه الشرح الكبير- ج١٢ ص ٦٣. روضة الطالبين- ج٨ ص ١٩٩. الإقناع- ج٤ ص٤٣٦. وفيه " إلا إذا أداها بخطه".

١ـ أن أداء الشهادة يختص بلفظ أشهد، وهذا اللفظ لا يتحقق من الأخرس.

٢ـ أن شهادة الأخرس تعتريها الشبهة، كما أن التهمة قد تتمكن في شهادته التي يعتبر فيها اليقين، وقد اكتفي بإشاراته في أحكامه المختص به في النكاح والطلاق للضرورة، لأنها لا تستفاد إلا من جهته، ولا ضرورة هنا إلى شهادته.،لأنها تصح من غيره بالنطق، فلا تجوز بإشارته.

القول الثاني: ذهب المالكية(١)، والشافعية(٢) في قول بقبول شهادة الأخرس، وحجتهم في ذلك هي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أشار وهو جالس في الصلاة إلى أصحابه وهم قيام أن اجلسوا فجلسوا(٣). فدل هذا على قبول الإشارة من الرسول صلى الله عليه وسلم، وبالتالي تقبل شهادة الأخرس إذا فهمت إشارته.

وقد اعترض على هذا الإستدلال بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان قادراً على الكلام، وإنما عمل بالإشارة، لأنه كان في صلاة، والصلاة لا يجوز فيها من كلام الناس شيء.

واحتج المجوزون إلى أن إشارة الأخرس تقوم مقام نطقه في أحكامه من طلاقه ونكاحه، فكذلك في شهادته، والشهادة علم يؤديه الشاهد إلى الحاكم، فإذا فهم عنه بطريق يفهم من مثله قبلت شهادته كالناطق إذا أداها بالصوت(٤).

وأجيب عن هذا بأن شهادة الناطق لم تجز كإشارة الناطق، فلا يكتفى بإيماء الناطق ولا يحصل اليقين بالإشارة، وإنما أكتفي بإشارته في أحكامه المختصة به للضرورة ولا ضرورة ههنا(٥).

والراجح في نظري هو القول الأول، وهو عدم قبول شهادة الأخرس، لأن الشهادة يعتبر فيها اليقين فلم تجز هنا.

سابعا ـ اشتراط السمع :

١ـ في الشريعة الإسلامية: لا خلاف بين الفقهاء في اشتراطهم أن يكون الشاهد سميعا في المسائل القولية، كعقود الزواج والطلاق والرجعة....

والأصم لا تقبل شهادته، لأن المعول عليه في الأقوال سماعها، والأصم لا يمكنه ضبط الأقوال ولا سماعها، لكن لو حصل له سماع قبل صممه جازت شهادته بما سمعه، لأنه في ذلك كمن ليس

---

(١) حاشية الدسوقي- جـ ٤ ص ١٦٧. تبصرة الحكام- جـ ٢ ص ٣٦.

(٢) مغني المحتاج- جـ ٤ ص ٤٤٠.

(٣) صحيح البخاري-كتاب الأذان- باب إنما جعل الإمام ليؤتم به- ج٢ ص٩٩٤ رقم(٦٨٨). صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب الصلاة- باب انتمام المأموم بالإمام- ج٢ ص٣٦٧ رقم (٤١٢)..

(٤) تبصرة الحكام – نفس الموضع.

(٥) المغني- جـ ١٢ ص ٦٤. الكافي- جـ ٤ ص ٥٢١.

به صمم[1].

٢- في القانون الوضعي:

ليس في القانون المصري ما يمنع من الأخذ بشهادة الأصم والأبكم أو الأخرس إذا كان يستطيع التعبير عن مراده. إذ تقضي المادة (٨٣) من قانون الإثبات أنه "من لا قدرة له على الكلام يؤدي الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة".

وإذا كان الأخرس و الأصم يعرف الكتابة يكتب له الأسئلة ويجيب عليها كتابة، ويتلى السؤال والجواب علنا، وإن كان لا يعرف الكتابة فيسأل بواسطة شخص له خبرة بمخابرة البكم، ويجب على الأخرس أو الأبكم أن يحلف اليمين كتابة إن كان يعرفها، فإن كان لا يعرف الكتابة يحلف بالإشارة كما تؤدى نفس الشهادة[2].

وقد أكد شراح القانون المدني المصري جواز شهادة الأبكم بالإشارة كما تجوز شهادة الأصم. وقد قضت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها أنه: "لا يوجد في القانون ما يحرم على المحكمة الإستشهاد بأقوال شخص لمجرد أنه أبكم، وأن طريقته في التعبير ليست هي طريقة النطق باللسان التي هي الطريقة الطبيعية والعادية، بل للمحكمة أن تأخذ شهادته على طريقته هو في التعبير، وهي طريقة الإشارات التي اعتاد البكم التعبير عنها"[3].

وفهم الإشارات الخاصة بالأخرس أمر موضوعي يرجع إلى المحكمة ولا معقب عليها إن هي رفضت تعيين خبير ينقل إليها إشارات الأبكم أنه كان بإمكانها أن تبين معنى هذه الإشارات[4].

الرأي المختار: لا شك أن الأصم تكتنف شهادته في الزواج تهمة، والتي قد تورث شكا. ومن ثم فإني أرى عدم قبولها في مسائل الزواج- ومن ذلك إثباته- كما لا يعول على إشارته فيها.

أما شهادة الأخرس فإني نختار ما ذهب إليه الحنفية والحنابلة والشافعية في قول، في عدم الإعتداد بإشارته، لعدم إفادتها اليقين. وإنما أكتفي بإشارته المفهومة في عقوده ومعاملاته للضرورة حفظا لمصالحه. ومن ثم فإن الأخرس لو كان يعرف القراءة والكتابة تقبل شهادته، لأن الكتابة أوضح وأبين من الإشارة في بيان المقصود.

ثامنا – الحرية:

اختلف الفقهاء في اشتراط وصف الحرية في الشاهد إلى فريقين، حيث ذهب الحنفية،

---

(١) تحفة الفقهاء- جـ ٣ ص ٦٢٥. حاشية الدسوقي- نفس الموضع

(٢) المادة ١٢٩ من قانون الإثبات.

(٣) الطعن رقم ٣٤ ق-أ.ش جلسة ٣٣/١١/١٤- م.ق- جـ ٣ – ص ١٥.

(٤) الطعن رقم ١٦٤ لسنة١١ ق-أ.ش-جلسة ٦٠/١١/٢٨ – م.ن- س١١ – ص ٨٤٨.

والمالكية، والشافعية[1] إلى عدم قبول شهادة العبد. واحتجوا لقولهم بأن الشهادة بمعنى الولاية، والمملوك لا يلي نفسه فأولى أن لا تثبت له الولاية على غيره. ولقوله تعالى: "ضرب الله مثلا عبداً مملوكا لا يقدر على شيء"[2] والشهادة شيء، فلا يقدر على أدائها لظاهر الآية. كما أن المملوك يغلبه من يملكه على أمره. ولو حكم الحاكم بشهادة شاهدين، ثم بان كونهما عبدين نقض الحكم قطعا. في حين ذهب الحنابلة في الصحيح من المذهب[3] إلى قبول شهادة العبد إذا كان عدلا[4]. وهو قول أنس وشريح، وابن سيرين والحسن وإبراهيم النخعي واختاره البخاري في صحيحه. وعللوا لذلك بأن العبد عدلَ تقبل روايته، وفتياه، وأخباره الدينية، فيدخل في العموم. وقال شريح "كلكم بنو عبيد وإماء". وقد قبل النبي صلى الله عليه وسلم شهادة الأمة في الرضاع، فيلحق بها ما ليس بحد ولا قصاص. فعن عقبة بن الحارث قال: "تزوجت أم يحيى بن أبي إهاب، فجاءت أمة سوداء فقالت: قد أرضعتكما، فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأعرض عني، قال: فتنحيت فذكرت ذلك له، قال: وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما. فنهاه عنها".[5]

والرأي الثاني هو ما نذهب إليه لدلالة الحديث في المسألة، وعدم وجود التهمة الموجبة لرد شهادة العبد.

تاسعا – انتفاء التهمة وعدم وجود الميل على المشهود عليه:

إن الأمة مجمعة على رد الشهادة بالتهمة من حيث الجملة، والتهمة تعتمد في تقديرها على ما تمليه طباع الناس من جلب المنافع ودفع المضار، وقسم الفقهاء التهمة إلى مراتب[6]، بعضها مجمع على اعتبارها لقوتها، والبعض الآخر مجمع على إلغائها لخفتها، وقسم ثالث مختلف فيها، وخلصوا من ذلك إلى ثلاثة مراتب :

---

(١) فتح القدير- ج ٦ ص٢٨. بلغة السالك- ج ٢ ص ٣٤٨. المنتقى شرح الموطأ- ج ٥ ص ١٩١. الأم- ج٥ ص٢٥. كتاب أدب القضاء- ص ١٢٩.

(٢) سورة النحل – آية ٧٥.

(٣) الكافي – ج ٤ ص ٥٣٤، ٥٣٥ .

(٤) فيما خلا الحد والقصاص، فلا تقبل شهادته فيها، لقيام الشبهة، وهي ما يدرأ بالشبهات.

(٥) صحيح البخاري مع الفتح-كتاب الشهادات-باب شهادة الاماء والعبيد- ج٦ ص٣٢٧٣ رقم(٢٦٥٩). أبوداود- كتاب الأقضية- باب الشهادة في الرضاع- ج٢ ص٢٧٥. الترمذي-كتاب الرضاع-باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع- ج٤ ص٤٥٧ رقم (١١٥١). الفتح الرباني لمسند أحمد- ج١٦ ص١٨٨ رقم(١٣٢). النسائي-كتاب الرضاع- باب الشهادة في الرضاع-ج٦ ص٩٠. شرح معاني الآثار-كتاب الرضاع- باب شهادة النساء في الرضاع-ج٧ ص٤٦٣.سنن الدارقطني-ج٤ ص١٧٥ رقم(١٥).

(٦) الفروق- ج٣ ص ١٢٩، ١٣٠.وقد أخذ هذا التقسيم من كلام شيخه العز بن عبد السلام الذي قسم التهمة الى أقسام ثلاثة: تهمة قوية، وتهمة ضعيفة، وتهمة مختلف في رد الشهادة والحكم بها ،وذكر أمثلة قريبة مما ذكر القرافي. أنظر قواعد الأحكام في مصالح الأنام- ج٢ ص ٣٦.

- مرتبة عليا: تهمة مجمع على اعتبارها، كشهادة الانسان عن فعل تولاه لنفسه أو لغيره[١].

- مرتبة دنيا : تهمة مجمع على ردها وعدم اعتبارها، كشهادة الانسان لرجل من قبيلته .

- مرتبة وسطى: بين الرتبتين السابقتين، وهي تهمة مختلف في إلحاقها بالرتبة العليا فتمنع، أو بالرتبة الدنيا فتقبل ، ومثالها شهادة الأصول للفروع والعكس، وشهادة الأخ لأخيه أو أخته، وشهادة الزوج لزوجته..الخ.

وكلا المرتبتين الأولى والثانية ليست محلا للبحث[٢]، وبقيت بذلك المرتبة الأخيرة وهي المرتبة الوسطى، وهي مجال كلامنا في هذا البحث على النحو الآتي :

أ- التهمة في شهادة الأصول للفروع والعكس:

اختلف الفقهاء في هذه التهمة فمنهم من منع شهادة الوالد لولده والعكس، ومنهم من أجازها، ومنهم من فصل القول في المسألة .وقد جاء في المسألة أربعة أقوال :

القول الأول: عدم قبول شهادة الآباء-وإن علوا- للأبناء - وإن نزلوا- وكذلك لا تقبل شهادة الأبناء-وإن نزلوا- للآباء-وإن علوا- ذهب إلى هذا القول الحنفية[٣]، والمالكية[٤]، والشافعية في الأصح[٥]، والحنابلة في ظاهر الرواية عن الإمام أحمد[٦].

القول الثاني: قبول شهادة الوالد لولده ،وشهادة الولد لوالده، والى هذا ذهب الظاهرية[٧]، والشافعية في مقابل الأصح[٨].

القول الثالث: قبول شهادة الوالد لولده،والولد لوالده عند عدم التهمة وعدم قبولها عند التهمة،وهو

---

(١) ومثل ذلك لو أن شخصا قال لرجلين اجعلا أمر امرأتي بيدها، وقد طلقت نفسها، والزوج يجحد ذلك، فقال الرجلين: نشهد انا جعلنا أمرها بيدها، وانها اختارت نفسها، لا تقبل شهادهما، لأنها عن فعلهما، وشهادة الشاهد عن فعل تولاه لنفسه أو لغيره ساقطة بالاتفاق. ابن مازه- المحيط البرهاني لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر والفتاوى والواقعات- مؤسسة نزيه كركي-بيروت- ط١- ١٤٢٤هـ ٢٠٠٤م - ج٥ ص١٦٠ .

(٢) فمنع شهادة أحد لنفسه لا يخرج عن كونه دعوى وليس شهادة بقول سلطان العلماء العز بن عبد السلام "لأن قوة الداعي الطبعي قادحة في الظن المستفاد من الوازع الشرعي قدحا ظاهرا، لايبقى معه الا ظن ضعيف لا يصلح للاعتماد عليه..". قواعد الأحكام في مصالح الأنام- ج١ ص ٢١٢ .

(٣) بدائع الصنائع- ج٩ ص ٤٠٣٧ . تبيين الحقائق- ج٤ ص٢٢١ .البحر الرائق- ج ٧ ص٧٠ .

(٤) الذخيرة- ج ١٠ ص ٢٥٩. القوانين الفقهية- ص ٢٦٤ ،٢٦٥. حاشية الدسوقي-ج٤ ص١٦٨. تبصرة الحكام- ج١ ص٣٢٣ .

(٥) روضة الطالبين- ج ٨ ص ٢٢٦. المهذب- ج٢ ص ٢٣. مغني المحتاج-ج ٤ ص٢٣٤.

(٦) المغني- ج١٢ ص ٦٤ ومابعدها. الكافي- ج٤ ص ٣٥٢. الإنصاف- ج١٢ ص ٦٦.

(٧) المحلى- ج١٠ ص ٦٠٤، ٦٠٧.

(٨) روضة الطالبين- ج ٨ ص ٢٢٦.

مذهب ابن القيم، وعده رأيا للامام أحمد[1].

القول الرابع: قبول شهادة الإبن لأبيه،وعدم قبول شهادة الأب لإبنه، وهو رواية عن الإمام أحمد، وإحدى الروايتين عن الحسن والشعبي[2].

الأدلة والمناقشات

١ـ أدلة القائلين بعدم قبول شهادة الأصول للفروع والعكس:

ـ من السنة: ما روي عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا مجلود حداً ولا مجلودة.. ولا ذي غمر على أخيه ، ولا ظِنين في ولاء ولا قرابة"[3].

فالحديث صريح في عدم قبول شهادة الظنين في القرابة، والظِنين هو المتهم ، وكل من الوالد والولد متهم في الآخر لأنه يميل اليه ميل الطبع، فلا تقبل شهادته له[4].

اعترض على الاستدلال بهذا الحديث من وجهين:

الوجه الأول: الطعن في الحديث بتضعيف أحد رواته[5].

الوجه الثاني: أنه وعلى فرض الإحتجاج به وصحته، فإنه ينهض دليلا للقائلين بعدم قبول شهادة الأصول للفروع، لأن فيه تعليق المنع بتهمة القرابة، فلماذا ألغيتم وصف التهمة وخصصتم وصف القرابة بفرد، كما أن القائلين بهذا الحديث لا يردون شهادة كل قرابة، فقد فرقوا بين الأخ وابن الأخ والابن ، مع أنهم كلهم سواء ومتقاربون في التهمة بالقرابة[6].

وأجيب عن الوجه الأول من الإعتراض بأن الحديث له طرق عدة يتقوى بها، وهو لا ينزل عن

---

(١) إعلام الموقعين- ج ١ ص ١١٣، ١١٨.

(٢) المغني-ج ١٢ ص٦٥. المحرر في الفقه- ج ٢ ص ٣٠٣.إعلام الموقعين- ج ١ ص ١١٦، ١١٨.

(٣) سنن الترمذي- كتاب الشهادات- باب ما جاء فيمن لا تجوز شهادته- ج٤ ص٥٤٥ رقم(٢٢٩٨).البيهقي- كتاب الشهادات- باب من قال لاتقبل شهادته- ج١٠ ص١٥٥.

(٤) تكملة المجموع- ج ٢٠ ص٩١.الكافي ج٤ ص٣٥٢.إعلام الموقعين- ج ١ ص ١١٢. وقد ذكر ابن القيم أدلة أخرى من الكتاب والسنة على توفر التهمة في الشهادة بين الأصول والفروع، ومنها قوله تعالى" واعلموا أنما أموالكم وأولادكم فتنة"(سورة الأنفال- آية٢٨) ، فالإنسان متهم في ولده مفتون به، فكيف تقبل شهادة المرء لمن جعل مفتونا به؟ والفتنة محل تهمة، ومنها قوله صلى الله عليه وسلم: "إنكم لتبخلون وتجبنون.."وقوله أيضا: "إن الولد مبخلة مجبنة"(البيهقي-ج١٠ ص٢٠٢)، فجعل الولد داعيا إلى الجبن والبخل، وفي هذا تأثير شديد على والده.

(٥) المحلى- ج ١٠ ص ٦٠٦. سنن الترمذي- ج٤ ص ٥٤٦ .

(٦) إعلام الموقعين- ج١ ص ١١٥ .المحلى- ج١٠ ص٦٠٧، وقال ابن حزم معترضا على طريقة الاستدلال بالخبر "فمن أضل سبيلا أو أفسد دليلا ممن يحتج بخبر هو حجة عليه، وهو مخالف له ".

درجة الحسن [1]. كما أجيب عن الوجه الثاني منه بأن أصحاب القول الأول لم يقولوا بأن في الحديث تخصيص قرابة الإيلاد بالمنع، وإنما لأن التهمة في قرابة الإيلاد أقوى، وذلك للداعي الطبعي الذي يؤيده الواقع ، ولذلك ردّت شهادة كل قرابة، وفُرّق بين الأب والأخ عملا بالحديث، وليست الأخوة والعمومة محلا للظنة القوية كالأبوة والبنوة [2].

- **ومن المعقول :** بما بين الأب وابنه من البضعية، وقد قال الله تعالى "جعلوا له من عباده جزءا" [3]، أي ولدا، فالولد جزء من أبيه، فلا تقبل شهادة الرجل لجزئه [4]، كما أن المنافع بينهما متصلة حيث ينتفع الولد من مال الوالد، وينتفع الوالد من مال ولده عادة [5].

ولقول النبي صلى الله عليه وسلم "أنت ومالك لأبيك" [6]، فإذا كان مال الإبن لأبيه، فمتى شهد له الإبن بمال كان كأن شهد به لنفسه. ولقوله صلى الله عليه وسلم" إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وإن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم" [7].

٢- أدلة القائلين بقبول شهادة الأصول للفروع والعكس:

- **من الكتاب:** بعموم الآيات الواردة في الشهادة ومنها قوله تعالى :"واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممّن ترضون من الشهداء.." [8]. وقوله تعالى: "وأشهدوا ذوي عدل منكم" [9].

وجه الدلالة: تناولت هذه الآيات الشهادات تناولا واحدا، ولم يستثن فيها الله تعالى أبا ولا ولدا ولا

---

(١) نيل الأوطار- ج٨ ص ٢٩٠. فتح القدير- ج٧ ص ٤٠٤، ٤٠٥ .
(٢) قواعد الأحكام- ج٢ ص ٢١٢ .
(٣) سورة الزخرف – آية ١٥ .
(٤) لقوله صلى الله عليه وسلم : "فإنما ابنتي بضعة مني يريبني ما رابها، ويؤذيني ما آذاها". فتح الباري-كتاب النكاح-ج١٠ ص٦٢٣٦ رقم(٥٢٣٠).مسلم بشرح النووي-ج٨ ص٢٣٩ رقم(٢٤٤٩). وكذا بنوا الأولاد، لقوله صلى الله عليه وسلم في الحسن بن علي "إن ابني هذا سيد". فتح الباري-ج٦ ص٣٣٢١ رقم(٢٧٠٤).
(٥) بدائع الصنائع- ج٩ ص ٤٠٣٧. فتح القدير- ج٤ ص٤٠٥. تبيين الحقائق- ج٤ ص٢٢١. البحر الرائق- ج٧ ص٨٠. الأم ج٧ ص٤٦ . تكملة المجموع- ج٢٠ ص ٩١. المغني-ج ١٢ ص ٦٥. إعلام الموقعين- ج١ ص١١٢.
(٦) ابن ماجه-كتاب التجارات- باب ما للرجل من مال ولده-ج٢ ص٧٦٩. شرح معاني الآثار- كتاب القضاء والشهادات- باب الوالد هل يملك مال ولده أم لا؟- ج٤ ص١٥٨.
(٧) المهذب- ج ٢ ص ٣٣٠ . الكافي- ج ٤ ص ٣٥٢ . إعلام الموقعين – ج ١ ص ١١٢. والحديث أخرجه: ابن ماجه-كتاب التجارات- باب الحث على المكاسب- ج٢ ص٧٢٣، ٧٦٩.النسائي- كتاب البيوع- باب الحث على الكسب- ج٧ ص٢١٢. الترمذي-كتاب الأحكام- باب ماجاء أن الوالد يأخذ من مال ولده- ج٣ ص٦٣٩ رقم(١٣٥٨).
(٨) سورة البقرة- آية ٢٨٢ .
(٩) سورة الطلاق – آية ٢ .

أخا ولا قرابة، فعمّ الخطاب ولم يخص [1].

واعترض على هذا الاستدلال بأنه مخصص بحديث عائشة السابق ذكره [2].

- **من الأثر:** ماروي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال:" تجوز شهادة الوالد لولده، والولد لوالده، والأخ لأخيه".

- ماروي أن شريحا أجاز لامرأة شهادة أبيها وزوجها، فقال له رجل-هو الخصم- إنه أبوها وزوجها؟ فقال شريح: فمن يشهد للمرأة إلا أبوها وزوجها .

- ماروي عن عبد الرحمن بن عبد الله الأنصاري قال: أجاز عمر بن عبد العزيز شهادة الابن لأبيه إذا كان عدلا [3].

واعترض على الإستدلال بهذه الآثار بأن ماروي عن عمر بن الخطاب معارض بما روي عنه في كتابه الشهير لأبي موسى الأشعري، وعلى فرض الإحتجاج به فإنه معارض بما ورد في حديث عائشة. وماروي عن شريح القاضي فهو معارض أيضا برده شهادة الحسن بن علي رضي الله عنهما حين شهد مع قنبر لأبيه رضي الله عنه، فضلا عمّا روي عن شريح نفسه بعدم الجواز. أما قول عمر بن عبد العزيز وغيره فمعارض بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم فلا تقوم الحجة به [4].

- **المعقول:** أن مبنى قبول الشهادة هو العدالة، فإذا كان الشاهد مقبول الشهادة لغير إبنه وأبيه، فإنه تقبل منه لهما كالأجنبي ، ولأنهم كغيرهم في العدالة، فكانوا كغيرهم في الشهادة [5].

ولاشك أن قياس شهادة الأصول للفروع والعكس على شهادتهم للأجنبي هو قياس مع الفارق، لوجود التهمة في الشهادة بين الأصول والفروع بمقتضى الدافع الطبعي، وليس كذلك في الشهادة للأجنبي إلا إذا ثارت لسبب آخر [6].

٣- أدلة القائلين بقبول شهادة الأصول للفروع والعكس عند عدم التهمة :

- **فمن الأثر :** بما روي عن الزهري قال: لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح في شهادة الوالد

---

(١) إعلام الموقعين - ج ١ ص ١١٣ .

(٢) المغني- ج١٢ ص ٦٦ .

(٣) مصنف عبد الرزاق- ج٨ ص ٣٤٤ رقم (١٥٤٧٣، ١٥٤٧٥). المحلى- ج ١٠ ص ٦٠٥ ،٦٠٦. وفي المسألة آثار أخرى ذكرها ابن حزم بروايته.

(٤) فتح القدير- ج٧ ص٤٠٥ .تبيين الحقائق- ج٤ ص٢٢٠. إعلام الموقعين- ج١ ص ٨٦. تكملة المجموع- ج ٢٠ ص٩١ . مصنف عبد الرزاق- نفس الموضع.

(٥) الجصاص- أحكام القرآن- ج١ ص٥٠٩ . المهذب- ج ٢ ص ٣٣٠. تكملة المجموع- نفس الموضع. المغني- ج٩ ص ١٩٢.المحلى- ج١٠ ص٦٩.

(٦) د.حسن صلاح الصغير- المرجع السابق – ص ٣٥٧ .

لولده، ولا الولد ولوالده، ولا الأخ لأخيه، ولا الزوج لامرأته، ثم دخل الناس بعد ذلك، فظهرت منهم أمور حملت الولاة على اتهامهم، فتركت شهادة من يتهم إذا كانت من قرابة وصار ذلك من الولد والوالد، والأخ والزوج والمرأة، لم يتهم هؤلاء إلا في آخر الزمان(١).

وجه الدلالة: فدل هذا الأثر أن التابعين إنما علقوا الحكم على التهمة وجودا وعدما، ولا تأثير لخصوص القرابة ولا عمومها(٢).

واعترض على هذا الأثر معارضته لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم و عمر رضي الله عنه، كما أن في هذا الأثر حجة للقول برد شهادة الأصول للفروع والعكس، حيث عد التابعون شهادتهم مظنة التهمة، و ليس مقيد بتوافر التهمة بدليل قول الزهري "وصار ذلك من الولد والوالد"(٣).

- **من المعقول:** وهو أن التهمة وحدها مستقلة بالمنع، سواء كان الشاهد والمشهود له قريبا أو أجنبيا، ولا تأثير لخصوص القرابة ولا عمومها ، بل قد توجد القرابة حيث لا تهمة، وقد توجد التهمة حيث لا قرابة(٤).

اعترض على هذا الاستدلال بأن الشهادة في الأصول للفروع والعكس مظنة للتهمة نظرا للدافع الفطري الغالب .

٤- أدلة القائلين بعدم قبول شهادة الوالد لولده وقبول شهادة الولد لوالده :

فعن الأولى (رد شهادة الوالد لولده) فلأن مال الإبن في حكم مال الأب له أن يتملكه اذا شاء، فتكون شهادته له شهادة لنفسه أو يجر بها لنفسه نفعا، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: "أنت ومالك لأبيك" (٥). وقوله صلى الله عليه وسلم: "إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وإن أولادكم من أطيب كسبكم فكلوا من أموالهم"(٦). وهذا لا يوجد في شهادة الإبن لأبيه لدخوله في عموم الآيات الدالة على مشروعية الشهادة(٧).

ويعترض على هذا الرأي بأن التهمة موجودة في الولد لوالده مثل ماهي موجودة في الوالد لولده بحكم الوازع الطبعي، فضلا عما أوردناه من أدلة من السنة والآثار والمعقول.

---

(١) المحلى- ج١٠ ص٦٠٥ .
(٢) إعلام الموقعين- ج١ ص١١٥ .
(٣) حسن صلاح الصغير- المرجع السابق- ص ٣٥٨ .
(٤) إعلام الموقعين- نفس الموضع.
(٥) مضى تخريجه.
(٦) مضى تخريجه .
(٧) المغني-ج١٢ ص٦٤، ٦٥.الكافي ج٤ ص٣٥٢. الجصاص-ج١ ص٥٠٩. إعلام الموقعين-ج١ ص ١١٢.

الترجيح:

بعد عرض الأقوال الأقوال الثلاثة وأدلتها، وما ورد على كل دليل منها من مناقشات، وما أجيب عن بعضها، يظهر لي أن الرأي الراجح هو رأي الجمهور بعدم قبول شهادة الأصول للفروع وإن نزلوا، وشهادة الفروع للأصول وإن علوا، لقوة أدلتهم ، أما ما اعترض عليها من مناقشات فلا يوهنها، فضلا عن وجود التهمة فيما بين الآباء والأبناء بحكم الدافع الطبعي، فيدرؤ ذلك بالمنع من شهادة أحدهما للآخر. كما أن المقرر في قواعد الإثبات أنه لاحجة مع الإحتمال الناشئ عن دليل، فلم تقبل هذه الشهادات لتمكن التهمة الناشئة عن علاقة قد تدفع إلى تحزب مريب يجب أن تتجرد الشهادة عنه[1].

قال ابن العربي: "وماروي قط أحد أنه نفذ قضاء شهادة ولد لوالده، ولاوالد لولده، وإنما معنى المسامحة فيه أنهم كانوا لايصرحون بردها، ولا يحذرون منها لصلاح الناس. فلما فسدوا وقع التحذير، ونبه العلماء على الأصل، فظن من تغافل أوغفل أن الماضين جوزوها، وماكان ذلك قط"[2].

هذا خلاف الفقهاء إذا كانت شهادة الأصول للفروع والعكس، أما إذا شهد أحدهما على الآخر فتقبل شهادته ، وهو قول عامة أهل العلم[3] ، وادعى ابن العربي الإجماع في ذلك[4]. وذلك لقوله تعالى: "ياأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين"[5]. فأمر الله تعالى في هذه الآية بالشهادة بالحق على الوالدين، ولو لم تقبل لما أمر بها، وذلك دليل على أن شهادة الابن على الأبوين لا تمنع برهما، بل من برهما أن يشهد عليهما بالحق، ويخلصهما من الباطل، وإنما ردت للتهمة في إيصال النفع ولا تهمة في شهادته عليهما، وإذا كانت شهادة الأجنبي عليهما مقبولة، فإن شهادة أحدهما على الآخر أولى بالقبول .

قال القاضي عبد الوهاب: " فصل فيمن منعت شهادته له قبلت عليه، وإنما قلنا من منعت شهادته قبلت عليه لأن التهمة توجد في أحد الموضعين وتنتفي من الآخر، فحيث توجد منعناها، وحيث

---

(١) أما شهادة الأصول للفروع من الرضاع وشهادة الفروع للأصول منها وسائر أقاربهما منها فتقبل لانتفاء التهمة، لأنه لا نسب بينهم يوجب الإنفاق والصلة، ولا تبسُط أحدهم في مال الآخر بخلاف قرابة النسب. المغني- ج ١٢ ص ٦٧ .

(٢) أحكام القرآن- ج١ ص ٥٠٧ .

(٣) البحر الرائق- ج٧ ص ٧٢ . المعونة- ج٣ ص ١٥٣٣. المهذب- ج٢ ص٣٣١. تكملة المجموع- ج ٢٠ ص ٩١ . المغني- ج ١٢ ص٦٦ .

(٤) أحكام القرآن - ج١ ص ٥٠٧ .

(٥) سورة النساء- آية ١٣٥ .

تنتفي نجيزها، لأنها هي العلة المؤثرة"[1]. ومثالا على ذلك لو زوج رجل ابنته بشهادة ابنيه، وادعى الأب والمرأة النكاح، وجحده الزوج، فإذا شهد الإبنان بذلك، لا تقبل شهادتهما، لأن شهادتهما للأب، أما إذا كان الزوج هو المدعي وجحد الأب والمرأة ذلك، فتقبل شهادة الإبنين على أبيهما[2].

ب- التهمة في شهادة الأخ لأخيه :

اختلف الفقهاء في قبول شهادة الأخ لأخيه إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: أنه تقبل شهادة الأخ لأخيه، وإلى هذا ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية[3]، والشافعية[4]، والحنابلة[5]، وهو مذهب الظاهرية[6].

القول الثاني: أنه تقبل شهادة الأخ لأخيه على شرط، وهو مذهب المالكية[7]. واختلف في الشرط فقيل أن يكون مبرزاً في العدالة بأن فاق أقرانه، وقيل إذا لم يكن في عياله يناله بره وصلته، وقيل الشرطان معا.

القول الثالث: أنه لا تجوز شهادة الأخ لأخيه مطلقا، وبه قال الأوزاعي[8].

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول:

١- من الكتاب: استدلوا بعموم الآيات الواردة في مشروعية الشهادات على قبول شهادة الأخ لأخيه، وعدم ورود مايدل على خلافها.أما ماورد من تخصيص الآيات بحديث عائشة رضي الله عنها، فهو على فرض صحته، فإن الظنين الوارد في الحديث هو المتهم، والأخ ليس كذلك .

ويعترض على هذا الاستدلال بأن الآيات مخصوصة بما ورد من رد شهادة ذي الظنة من الناس، وبقوله تعالى: "ممن ترضون من الشهداء"، والمتهم في شهادته غير مرضي عنه عند أهل

---

(١) المعونة- نفس الموضع.
(٢) المبسوط- ج ٥ ص ٣٣ .
(٣) بدائع الصنائع- ج ٩ ص ٤٠٣٧. فتح القدير- ج ٧ ص٤٧. البحرالرائق- ج ٧ ص٩٢، ٩٣. معين الحكام- ص٧٢
(٤) الأم- ج٧ ص٤٧. المهذب-ج٢ ص٣٣٠. مغني المحتاج- ج٤ ص٤٣٥. تكملة المجموع- ج٢٠ ص٩٠، ٩١.
(٥) المغني- ج ١٢ ص ٦٩. الإنصاف - ج١٢ ص ٦٧. إعلام الموقعين- ج١ ص ١١٤، ١٢٨ .
(٦) المحلى- ج ١٠ ص ٦٠٦ .
(٧) المدونة – ج١٣ ص ١٥٦. بداية المجتهد- ج٢ ص ٤٦٤. الفروق- ج ٣ ص ١٣٠. الذخيرة- ج١٠ ص ٢٥٩. عيون المجالس- ج ٤ ص ١٥٤١ . حاشية الدسوقي- ج٤ ص ١٦٨، ١٦٩. تبصرة الحكام- ج ١ ص١٩١. وقيل تقبل شهادتهما. أنظر القوانين الفقهية- ص ٢٦٤ ،٢٦٥.
(٨) عيون المجالس . بداية المجتهد- نفس المواضع .

العلم[1].

٢ ـ **من الأثر:** ماروي عن الزهري أنه قال: لم يكن يتهم سلف المسلمين الصالح في شهادة الوالد لولده، ولا الولد لوالده، ولا الأخ لأخيه، ولا الزوج لزوجته.

وجه الدلالة: فالأثر نص من الزهري على إجماع السلف على عدم التهمة في شهادة الأخ لأخيه وقبولها[2].

وقد مضى مناقشة الإستدلال بهذه الآثار ومعارضتها لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم في منع قبول شهادة الظنين في القرابة.

٣ ـ **أما من المعقول:** وهو أن هؤلاء ليس لبعضهم تسلط في مال البعض عرفا وعادة، ولأنهم عدول غير متهمين، فالتحقوا بغيرهم من الأجانب، ولايصح القياس على الوالد والولد، لأن بينهما بضعة وقرابة قوية بخلاف الأخ[3].

ويعترض على هذا الاستدلال بأن عدم اتصال المنافع ليس مطلقا في كل حال، فقد يقوي اتصال المنافع في المعيشة والتجارة ونحوها في أحوال كثيرة، وهو ما يقتضي قوة التهمة، فكان ينبغي مراعاة مثل هذه الأحوال، فيمنع شهادتهم لبعضهم[4].

أدلة القول الثاني: استدل المالكية على أن الأخ إذا كان عدل مبرزا في عدالته، ولم يكن منقطعا إليه يناله بره وصلته، ضعفت التهمة بينهما، فلا تصلح لرد شهادته لأخيه، أما إذا كان منقطعا إليه أو كان في عيال أخيه المشهود له، قويت التهمة بينهما فيمتنع قبولها[5].

دليل القول الثالث: ذكر ابن رشد في بدايته، والقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي هذا الرأي ونسباه للإمام الأوزاعي، ولم يذكرا له دليلا، ولعل مبنى كلام الأوزاعي إنما هو على التهمة، وماورد من آثار في رد الشهادة الظنين في القرابة من غير تفريق، ولكن التهمة بينهما ليست بالقوية، مالم تكن المنافع بينهما متصلة[6].

---

(١) إعلام الموقعين- ج ١ ص ١١٣ . تهذيب الفروق- ج ٤ ص ١١٤ .الكافي- ج ٤ ص ٣٥٤ .

(٢) المحلى- ج ١٠ ص ٦٠٥ . إعلام الموقعين- ج ١ ص ١١٣ ، ١٢٨ .

(٣) فلو زوّج الرجل ابنته فأنكرت الرضا، فشهد عليها أخوها وأبوها بالرضا لم تقبل، لأن الأب يريد تتميم ماباشره فلا يتم به النصاب، ولو شهد عليها أخواها بالرضا كانت مقبولة، لعدم التهمة في شهادتهما عليها. المبسوط - ج ٥ ص٣٤ .

(٤) بدائع الصنائع- ج ٩ ص٤٠٣٧. البحر الرائق- ج٧ ص ٩٣. مغني المحتاج- ج٤ ص ٣٥ . تكملة المجموع- ج ٢٠ ص ٩١. الكافي- ج ٤ ص ٣٢٤. المغني- ج ١٢ ص ٦٩ .

(٥) المدونة- ج ٤ ص ٨٠، ٨١ .عيون المجالس- ج٤ ص ١٥٤١.

(٦) بداية المجتهد- ج ٢ ص ٣٨٧. عيون المجالس- نفس الموضع.

ويلحق غير الأخ من الحواشي كالعم وابنه والخال وابنه بالأخ في كل ما سبق ذكره[١].

ج- التهمة في شهادة أحد الزوجين للآخر :

تباينت أقوال الفقهاء في قبول شهادة الرجل لزوجته، والمرأة لزوجها إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن شهادة أحد الزوجين لصاحبه لا تقبل، وهو مذهب الحنيفة[٢]، والمالكية[٣]، والحنابلة في إحدى الروايتين عن أحمد[٤].

القول الثاني: أن شهادة الزوج لزوجته والزوجة لزوجها مقبولة، وهو مذهب الشافعية[٥]، والظاهرية[٦]، ورواية عن أحمد[٧]، وبه قال الحسن وأبوثور[٨].

القول الثالث: أنه تقبل شهادة الزوج لزوجته، ولا تقبل شهادة الزوجة لزوجها، وبه قال بعض الفقهاء، كالثوري والنخعي وابن أبي ليلى[٩].

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول: استدل الجمهور على مذهبهم بالسنة والقياس والمعقول.

١- من السنة: بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ..ولا ظنين في ولاء ولا قرابة"[١٠].

وجه الدلالة: دل الحديث على عدم قبول شهادة المتهم، والتهمة حاصلة بين الزوجين بلا ريب[١١].

---

(١) البحر الرائق- ج ٧ ص٩٣. المعونة- ج٣ ص ١٥٣٢. مغني المحتاج- ج ٤ ص٤٣٥. تكملة المجموع- ج٢٠ ص ٩١. المغني- ج ١٢ ص٦٩ ، وجاء فيه"وشهادة العم وابنه والخال وابنه وسائر الأقارب أولى بالجواز ، فإن شهادة الأخ إذا أجيزت مع قربه، كان تنبيها على شهادة من هو أبعد منه بطريق أولى ".

(٢) تبيين الحقائق- ج ٤ ص ٢١٩، ٢٢٠ .بدائع الصنائع- ج ٩ ص ٤٠٣٧ .البحر الرائق- ج ٧ ص٨١. فتح القدير- ج ٧ ص ٤٠٣، ٤٠٥. الهداية- ج ٣ ص ١٣٦ .

(٣) المدونة- ج ٤ ص ٨٠. الذخيرة- ج ١٠ ص ٢٥٦. تبصرة الحكام- ج١ ص٢٢٣ . تهذيب الفروق- ج ٤ ص١١٣. عيون المجالس- نفس الموضع.

(٤) كشاف القناع- ج ٦ ص٤٢٣. الفروع- ج ٦ ص ٥٨٥. المغني- ج١٢ ص٦٨. الإنصاف-ج ١٢ ص٦٧.

(٥) روضة الطالبين- ج ١١ ص ٢٣٧. المهذب- ج ٢ ص ٣٣٠. تكملة المجموع- ج٢٠ ص ٩٣ .

(٦) المحلى- ج ١٠ ص ٦٠٩ .

(٧) الانصاف- ج ١٢ ص ٦٨ .

(٨) المغني- ج ١٢ ص ٦٨ .

(٩) عيون المجالس- ج٤ ص ١٥٥٣. المغني- نفس الموضع. المحلى- ج ١٠ ص ٥٠٥ .

(١٠) مضى تخريجه ١١٣.

(١١) ويراجع ما اعترض على هذا الحديث وما أجيب عن تلك الاعتراضات ص ١٠٩، ١١٠ من هذه الرسالة. وأما العادة: "فالعلم بأن الانسان يحب نفع زوجته، ويهوى هواها، ويكره ضررها، حتى أنه يغضب لها أهله وأقاربه، وينتفع بمالها وينبسط فيه ويتجمل به، وأنه ينتهي في محبتها والميل إليها إلى حد تقوى معه التهمة".=

٢ـ **من القياس:** بقياس الشهادة بين الزوجين على شهادة الوالد لولده، لوجود المحبة والميل الفطري في كل منهما، فكما منعت شهادة الوالد لولده، والولد لوالده، تمنع شهادة أحد الزوجين لصاحبه(١).

٣ـ **من المعقول:** أن كل واحد منهما ينتفع بشهادة الآخر، لتبسطه في ماله عادة، ولأنه يرثه من غير حجب، ولأن يسار الرجل يزيد في نفقة المرأة، ويسار المرأة تزيد به قيمة بضعها المملوك لزوجها، ويخفف النفقة على زوجها، فكان كل واحد منهما ينتفع بشهادته لصاحبه، فلا تقبل كشهادته لنفسه. كما أن مال كل واحد منهما يضاف إلى الآخر، قال الله تعالى مخاطبا زوجات النبي صلى الله عليه وسلم: "وقرن في بيوتكن"، وقال تعالى: "لا تدخلوا بيوت النبي"، فأضاف البيوت إليهن تارة وإلى النبي صلى الله عليه وسلم تارة أخرى، وقال تعالى: "لا تخرجوهن من بيوتهن"(٢).

اعترض ابن حزم على هذا الاستدلال بأن كل عدل فهو مقبول الشهادة لكل واحد، وليس للتهمة في الإسلام مدخل، والحكم بها لا يحل(٣).

ويجاب على اعتراض ابن حزم هذا بأن رد شهادة أحد الزوجين لصاحبه إنما هو لظهور التهمة ووجود المحبة والعاطفة القوية فيما بينهما بحكم الطبع.

أدلة القول الثاني:

استدل القائلون بقبول شهادة الزوجين لبعضهما البعض من القرآن بعموم الآيات الواردة في مشروعية الشهادة.

ـ واستدلوا **من الأثر** بما روي أن علي بن أبي طالب شهد لفاطمة عند أبي بكر الصديق ـرضي الله عنهمـ ومعه أم أيمن، فقال أبوبكر: لو شهد معك رجل أو امراة أخرى لقضيت لك بذلك "(٤).

فهذا الأثر دليل أن رابطة الزوجية لا تمنع من قبول الشهادة، إذ لو كانت تمنع لما قال أبو بكر رضي الله عنه تلك المقالة(٥).

= المعونة- ج ٣ ص١٥٣١، وجاء فيه" الظنين :المتهم، والتهمة حاصلة بين الزوجين في غالب الطباع، ودليل ذلك الشرع والعادة، أما الشرع فقوله تعالى:"ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها.."فأخبر تعالى أن الزوجة سبب لسكون نفس كل واحد منهما إلى الآخر، وأنه طبعهم على التحابب التوادد والحنو والرأفة، ونبّه على تأكيد ذلك بقوله"خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها"وقوله تعالى: "إن من أزواجكم أولادكم عدوا لكم"، فجعل هذين الجنسين غاية ومثلا يستطرف وقوع العداوة من مثلهما، لأنهما الغاية في المحبة والعطف التي لا زيادة فوقها، فدل ذلك على قوة التهمة وتأكدها ".

(١) المعونة- نفس الموضع.

(٢) البحر الرائق- ج ٧ ص ٨١ .المغني- ج ١٢ ص٦٨ .الكافي- ج ٤ ص ٣٥٢ .المعونة- ج٣ ص١٥٣١. والسور المحتج بها وآياتها على الترتيب سورة الأحزاب- آية ٣٣. سورة الأحزاب – آية٥٣ . سورة الطلاق- آية ١٠.

(٣) المحلى- ج ١٠ ص ٦١٢ .

(٤) ذكره ابن حزم في المحلى- ج ١٠ ص ٦٠٥ .

(٥) المحلى- ج ١٠ ص ٦٠٨ ، ٦٠٩ . الكافي- نفس الموضع .

ويمكن مناقشة هذا الإستدلال بأنه رأي صحابي عارضه فيه غيره، فلا تقوم به الحجة، بل أن الحجة في القول بمنع شهادة أحد الزوجين لصاحبه لما سبق ذكره من أدلة .

- **من المعقول:** بأن عقد الزواج عقد على منفعة، فلا يمنع من قبول الشهادة، كما لو شهد الأجير للمستأجر وعكسه(١) .

واعترض على هذا الدليل بأن رابطة الزواج ليست منحصرة في المنفعة، وإنما تزيد على ذلك برابطة الصلة والمودة والرحمة، كما أن لها في ماله حق الكسوة والنفقة، وهذه شبهة تورث مظنة التهمة فتوجب رد الشهادة، وهو ما يجعل من علاقة الزوجية تفترق عن علاقة الإيجار(٢)، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن من الفقهاء من قال بعدم قبول شهادة المؤجر للمستأجر، والعكس(٣) .

أدلة القول الثالث :

استدل أصحابه بقبول شهادة الرجل لامرأته بأنه لا تهمة في حقه، إذ لانفقة على الزوجة حتى يزيد يساره بغناها، فينتفع بشهادته لها، ولم تقبل شهادتها له لأنها متهمة في ذلك، لأن نفقتها واجبة عليه، وشهادتها تزيد في يساره، ومن ثم زيادة حقها من النفقة(٤) .

واعترض على هذا الدليل بأن يسار المرأة وعدم غرمها في دعوى بعينها يخفف من نفقة الرجل عليها. هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن شهادته لها محل تهمة من حيث أنه يخطب ودها وزيادة حبها بالشهادة لها، بالإضافة الى ما تمليه الطبائع من ميل كل واحد منهما للآخر وحنوه عليه، ومن ود ورحم فسيعطف في الغالب، ومن غلب عليه العطف فإنه سيميل مع من عطف عليه، ومثل هذا كفيل بحصول التهمة(٥) .

القول الراجح:

بعد عرض الأقوال الثلاثة وأدلتها والمناقشات التي وردت عليها وبعض أجوبتها، يظهر أن الراجح في هذه المسألة هو ما ذهب إليه جمهورالفقهاء في منع شهادة أحد الزوجين لصاحبه، لقوة أدلتهم وموافقتها لواقع الناس، وحسما لمظنة التهمة، وسدا لذريعة الميل بالشهادة.

هذا إذا كانت شهادة أحد الزوجين لصاحبه، أما لو شهد أحدهما على الآخر، فقياسا على قاعدة كل من لا تجوز شهادته لأحد تجوز شهادته عليه، لانتفاء التهمة في حالة الشهادة عليه(٦)، لكن

---

(١) مغني المحتاج- ج ٤ ص ٤٣٤ .المغني- ج ١٢ ص ٦٨.
(٢) ابن العربي – أحكام القرآن ج ١ ص ٥٠٨ .د.حسن صلاح الصغير – المرجع السابق- ص ٣٦٩ .
(٣) وهم الحنفية والحنابلة. بدائع الصنائع-ج٩ ص٤٠٣٨. فتح القدير-ج٧ ص٤٠٤، ٤٠٥. الكافي-ج٤ ص٣٥٣.
(٤) فتح القدير- ج ٧ ص ٤٠٦ . المغني- ج ١٢ ص ٦٨. المحلى- ج ٨ ص٥٠٥.
(٥) المعونة- ج٣ ص ١٥٣٠، ١٥٣١. أحكام القرآن- ج ١ ص ٥٠٨.
(٦) مذهب الأئمة الأربعة هو قبول شهادة أحد الزوجين على الآخر لعدم التهمة. غمز عيون البصائر- ج٢ ص ٤١٥. لسان الحكام- ص ٢٣٤. مغني المحتاج- ج٤ ص ٤٣٥. تكملة المجموع- ج١٨ ص٤٧١.

الصواب وما يبرره الواقع أن شهادة أحد الزوجين على صاحبه تكتنفها الشبهة، فقد يقصد الزوج بشهادته على زوجته الكيد لها وبخاصة إذا كانت العلاقة بينهما ليست على مايرام، بل حتى لو كانت العلاقة بينهما مستقرة، فإن هذا لا يمنع من طروء ما يعكر هذه العلاقة مما لا مطلع لأحد عليه، والتهمة قائمة سواء كانت هناك خلافات زوجية أو لم تكن، وسواء كانت الزوجة فيها مطلقة في العدة ونحوها، فقد تؤدي الشهادة إلى اضطراب في العلاقة الأسرية أو يكون المقصود منها محاولة لم الشمل والإصلاح بين الزوجين، أو تقصد المرأة استعطاف زوجها لمراجعتها، لذلك كله كان منع شهادتهما على بعضهما البعض هو الأولى بالقبول- والله أعلم .

د- التهمة في شهادة الصديق لصديقه:

قد تكون التهمة في الشهادة لشخص ليس بقريب، وإنما تربطه بالشاهد رابطة محبة ومودة وتتمثل في شهادة الصديق لصديقه، فقبلها بعض الفقهاء لعدم قيام سبب التهمة، ذهب إلى ذلك الشافعية(١) والظاهرية(٢). في حين ردها البعض الآخر واعتبر علاقة الصداقة وما يكتنفها من محبة سبب للتهمة، ذهب إلى ذلك الحنفية(٣)، والمالكية(٤)، واشترط الحنفية لقبول تلك الشهادة ألا تكون الصداقة متناهية تثبت معها لكل منهما بساطة يد في مال الآخر، واشترط المالكية أن يكون الصديق مُبَرزًا في العدالة ولم يكن في عيال صديقه.

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول: استدلوا على قبول شهادة الصديق لصديقه بالكتاب المعقول.

١- فمن الكتاب: استدلوا بعموم الآيات الواردة في قبول الشهادة، حيث اشترطت أن يكون الشهود من ذوي العدل من المسلمين، ولم يستثنوا الصديق من هذا العموم، فبقي بذلك على الأصل وهو قبول الشهادة.

ويمكن الاعتراض على هذا الدليل بأن الصديق وإن لم ينص على قبول شهادته لصديقه إلا أن المعنى الذي استثني به غيره من القبول كالأصول والفروع موجود فيه، وهو التهمة التي سببها المحبة، وبصفة خاصة إذا كانت المنافع بينهما متصلة.

٢- ومن المعقول: أنه لا تهمة قائمة في شهادة الصديق لصديقه، فهما ليسا بمنزلة الأصل من الفرع

---

(١) مغني المحتاج- ج٤ ص ٤٣٥. وذكر فيه أن الصديق" هو الذي صدق في ودادك بأن يهمه ماأهمك، قال وهو نادر في زماننا".

(٢) المحلى- ج ١٠ ص ٦٠٦ .

(٣) معين الحكام - ص ٧٣ .

(٤) الشرح الكبير وبهامشه حاشية الدسوقي- ج ٤ ص١٦٩. الذخيرة- ج١٠ ص ٢٥٩. تبصرة الحكام- ج١ ص١٩٤. الفروق- ج ٤ ص ١٠٤. وعرفوه- المالكية- بالصديق الملاطف وهو" الذي يسره ما يسرك ويضره ما يضرك". الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير- نفس الموضع. الفروق – ج ٤ ص١٢٩.

والعكس[1].

واعترض على هذا الدليل بأن انتفاء التهمة بين الصديق وصديقه ليس في كل الأحوال، فقد تحصل ظروف تقوم فيها التهمة كأن تختلط أموال الصديقين، أو يطلق كل منهما للآخر التصرف في ماله، فكان لابد من رد الشهادة لذلك[2].

أدلة القول الثاني: استدل القائلون برد شهادة الصديق لصديقه في بعض الأحوال، وهي ما إذا تناهت الصلة والمعروف بينهما، أو كان الصديق ملاطفا تناله صلة صديقه بقوة التهمة الموجودة بينهما، نظرا للمودة التي تدفع أن يبر أحدهما بالآخر ويصله، ويحب جر النفع إليه، ويدفع الضر عنه، فردت لذلك شهادته[3].

يتضح مما سبق أن أرجح القولين- والله أعلم - هو قول الحنفية والمالكية في رد شهادة الصديق لصديقه، لتواؤمه مع واقع الناس. يقول ابن القيم:" ولاريب أن تهمة الإنسان في صديقه وعشيرته ومن يعنيه مودته ومحبته أعظم من تهمته في أبيه وابنه، والواقع شاهد بذلك، وكثير من الناس يحابي صديقه وعشيره، وذا وُدّه أعظم ممّا يحابي أباه وابنه"[4].

هـ- التهمة في شهادة العدو على عدوه :

بقيت صورة من صور التهمة المرتبطة بالشهادة، وهي غير الصور السابقة التي يكون أساس التهمة فيها هو المحبة التي تحمل الشاهد الحيد عن الحقيقة جلبا لمصلحة أو دفعا لضرر. حيث أن هذه الصورة تتأسس على العداوة التي قد تدفع الشاهد إلى أن يحيف بشهادته للإضرار بغيره، أو سلبا لما يكون له من منفعة، ومن ثم كان الأساس والغاية مختلفان، ولكن المحظور واحد. والعداوة بين الشاهد والمشهود عليه قد تكون دينية وقد تكون دنيوية، وهذا بحسب السبب الذي نشأت عنه. ومثال العداوة الدينية المسلم يشهد على الكافر، والمحق من أهل السنة يشهد على المبتدع، وأهل الصلاح على أهل الفجور. ومثال العداوة الدنيوية أن يشهد المقذوف على القاذف، والمقطوع عليه الطريق على القاطع، والمقتول وليه على القاتل، والزوج على امرأته بالزنا، وليس كل من خاصم شخصا في حق وادعى عليه حقا أن يصير عدوه، فيشهد بينهما بالعداوة، وانما تثبت العداوة بما ذكر من الأمثلة[5].

---

(١) مغني المحتاج- ج ٤ ص ٤٣٥ .ابن قدامة - الكافي ج٤ ص ٣٥٤ .
(٢) د.حسن صلاح الصغير - المرجع السابق - ص ٣٧٧ .
(٣) المعونة - ج٣ ص ١٥٢٢ .
(٤) إعلام الموقعين - ج١ ص ١١٥ .
(٥) ونظرا لاتساع لفظ العدو لمعاني متعددة فقد حاول الفقهاء وضع ضابط للعداوة التي تمنع من قبول الشهادة، فذكر ابن نجيم الحنفي في البحر أن العدو هو"من يفرح بحزنه، ويحزن لفرحه"، وذكر مثل هذا الضابط النووي في منهاجه. ويبدو أن هذا الضابط غير جامع كما يتسم بالغموض، إذ أن الفرح والحزن أمور محتملة،

ولا خلاف بين الفقهاء على عدم اعتبار العداوة الدينية مانعا من قبول الشهادة، لأن هذه العداوة لا تورث التهمة، فهي في الواقع واجبة[١]. أما العداوة الدنيوية، فجمهور الفقهاء: الحنفية[٢]، والمالكية[٣]، والشافعية[٤]، والحنابلة[٥] على أن الشهادة فيها لا تقبل لما رواه أبو داود عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا تجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غمر على أخيه"[٦]. والغمر بكسر الغين هو الحقد الناتج عن العداوة، فالحديث صريح في عدم قبول شهادة العدو على عدوه[٧]. ولا يقوى ما يعترض به ابن حزم[٨] في بطلان هذا الخبر الذي قوى إسناده علماء الحديث كما ذكر ذلك ابن حجر والشوكاني[٩]. كما أن التهمة تلحق الشاهد إذا شهد عل عدوه، لأن الطباع جبلت على محبة إضرار العدو بعدوه وإذايته له، فردت شهادته لتأثرها بتلك الطباع[١٠].

وذهب بعض الحنفية[١١]، وهو قول الظاهرية[١٢] إلى قبول شهادة العدو على عدوه بشرط ألا يفسق بعداوته بحيث يخرجه إلى ما لا يحل، وإلا لم تقبل، لأن العدالة تقتضي الصدق في شهادته

قد تكون باطنة ولا تأخذ مظهرا خارجيا -وهو الغالب- فيصعب ضبطها، كما يتعذر إثباتها، ومن ثم كان التعويل عليها أمر لا يستقيم. فأرجع بذلك الفقهاء ضابط العداوة إلى العرف، فما يعده العرف عدوا للمشهود له فهو كذلك، ورد لذلك شهادته عليه، ومالا فلا تقبل شهادته، إذ لا ضابط في الشرع ولا في اللغة. وحكى هذا الضابط ابن نجيم- البحر الرائق ج٧ ص٨٥، ورجحه الزركشي الشافعي والخطيب الشربيني. مغني المحتاج- ج٤ ص٤٣٥. لسان الحكام- ص ٢٤٣.

(١) قال ابن نجيم- بعد أن ذكر العداوة الدنيوية- "الإحتراز عما إذا كانت دينية، فإنها لا تمنع، لأنها تدل على كمال دينه وعدالته، وهذا لأن المعاداة قد تكون واجبة بأن رأى فيه منكرا شرعا، لم ينته بنهيه، بدليل قبول شهادة المسلم على الكافر مع ما بينهما من العداوة الدينية". البحر الرائق- ج ٧ ص ٨٥ .

(٢) البحر الرائق- نفس الموضع. معين الحكام- ص ٢٤٣ .

(٣) تبصرة الحكام- ج ١ ص ٢٦٨ .

(٤) مغني المحتاج- ج٤ ص٤٣٥ .

(٥) الكافي- ج ٤ ص ٣٥٤. المغني- ج ١٢ ص ٧٠ .

(٦) أبو داود- ج ٣ ص ٣٠٦. سنن البيهقي- ج ١٠ ص ١٥٥. ابن حجر- تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير- ج٤ ص ٣٦٤ .

(٧) مغني المحتاج- نفس الموضع. نيل الأوطار- ج ٨ ص ٢٩٢ .

(٨) المحلى- ج ١٠ ص ٦١٢، ٦١٣ .

(٩) تلخيص الحبير- ج ٤ ص ٣٦٤. نيل الأوطار- ج ٨ ص ٢٩١. يقول ابن القيم"وقد احتج الأئمة الأربعة والفقهاء قاطبة بصحيفة عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، ولايعرف أحد في أئمة الفتوى إلا من احتاج اليها واحتج بها، وإنما طعن فيها من لم يتحمل أعباء الفقه والفتوى كأبي حاتم السبتي وابن حزم وغيرهما.."إعلام الموقعين- ج ١ ص ٩٩ .

(١٠) المعونة- ج ٣ ص ١٥٣٣. البحر الرائق- نفس الموضع. الفروق- ج ٤ ص٧٠. مغني المحتاج- نفس الموضع. الكافي- نفس الموضع.

(١١) البحر الرائق- نفس الموضع. لسان الحكام- ص ٢٤٣ .

(١٢) المحلى- ج ١٠ ص ٦١١، ٦١٢ .

على عدوه فتقبل شهادته، كما أن العداوة لا تقدح في العدالة. واستدل ابن حزم بقوله تعالى:"ولا يجرمنكم شنآن قوم على ألا تعدلوا اعدلوا هو أقرب للتقوى"[1] وقال: "فصح أن من حكم بالعدل على عدوه أو صديقه أو لهما، أو شهد وهو عدل على عدوه أو صديقه أو لهما، فشهادته مقبولة وحكمه نافذ"[2].

ويرد على هذا الاستدلال بأن النزاع ليس في عدالة الشاهد، وإنما النزاع في اعتبار العداوة أساسا لظن الحيف في الشهادة تحاملا منه على عدوه، ثم كيف نضبط إذا كانت عداوته سوف تحمله على الشهادة بما لا يحل أم لا ؟ أما استدلال ابن حزم بالآية فليس فيه مايدل على قبول الشهادة أصلا[3].

الفرع الثالث: شروط ترجع إلى الشهادة

أ- ألا تكون الشهادة على خلاف المحسوس: فلو شهد الشاهد على خلاف الواقع والحس ردت شهادته، ومتى حكم القاضي بناء عليها انتقض حكمه.[4]

ب- أن لا تكون الشهادة على النفي: وهو الأمر الذي لا يحيط الشاهد به، والإثبات تأكيد أمر من الأمور وتحقيق قيامه ووجوده، وهو في اللغة ضد النفي. وقد يقطع البعض بداية برفض أو استحالة إثبات النفي، ولذلك منع كثير من الفقهاء إثبات النفي، واستثنوا من عدم قبول الشهادة على نفي مواضع مخصوصة[5]، لأن الشهادة تنبئ عن المشاهدة والمعاينة المترتب عليها العلم بالمشهود وهو لا يحصل بالنفي. والصواب أن المسألة فيها تفصيل، حيث ذكر الفقهاء بعض الأمثلة التي يمكن فيها إثبات النفي، وفصّلوا لكلامهم بأن النفي يكون على أقسام ثلاثة :

القسم الأول: نفي معلوم بالضرورة: وهذا القسم نوعان:

١- النوع الأول: أن يحيط به علم الشاهد،بأن يكون النفي منضبطا محصورا، وذلك بأن يضاف

---

(١) سورة المائدة - آية ٨.

(٢) المرجع السابق– نفس الموضع. ومذهب ابن حزم هو عدم العمل بالتهمة، حتى أنه قرر أنه ليس للتهمة في الإسلام مدخل.

(٣) د.أحمد صلاح الصغير- المرجع السابق - ص ٣٨٤ .

(٤) قضت محكمة النقض أنه: "يشترط في الشهادة أن تكون مطابقة للوقائع المادية ولا تكذبها ولا يجوز أن يبنى عليها قضاء اعتبار بأن الحس يفيد علما قطعيا والشهادة تفيد خبرا ظنيا، والظني لا يعارض القطعي، الطعن رقم ٣ لسنة ٣ لسنة ٤٣ ق-أ.ش- جلسة ١٩٧٥/١١/١٩- السنة ٢٦- ص ١٤٣٥. وأنظر أيضا الطعن رقم٢٧ لسنة٤٧ ق-أ.ش- سنة ٢٩-ص١٨٨٠. الطعن رقم ٢ لسنة٥٣ ق-أ.ش- السنة ٣٤ – ص ١٨٦٧. فالمشهود به ينبغي أن يكون معلوما للشاهد عند أداء الشهادة، ولو ظن فلا تحل له الشهادة. فتح القدير– ج٦ ص ٦٥. بدائع الصنائع – ج٩ ص ٤٠٤٨ .

(٥) ابن نجيم - الأشباه والنظائر- ص٨٨. وفيه:"بينة النفي غير مقبولة الا في عشر".السيوطي- الأشباه والنظائر- ص٤٩٢. واستثنى من عدم قبول الشهادة على النفي ثلاثة مواضع: الشهادة على الاعسار، والشهادة على أن لاوارث له، وأن يضيفه إلى وقت مخصوص، كأن يدعي عليه بقتل أو إتلاف أو طلاق في وقت كذا، فيشهد له أنه ما فعل ذلك في هذا الوقت، فإنها تقبل.

النفي إلى وقت مخصوص أو مكان معين، أو حالة محددة، ومن أمثلة هذا النوع:

- أن يشهد الشاهد أن شخصا معينا ليس حاضرا معه وقت أداء الشهادة، أو أن فلانا لم يكن خارج البلد بالأمس، وأنه كان موجودا معه في مجلس العقد.

- إذا أضاف النفي إلى وقت مخصوص كأن يدعي زيد على عمرو الطلاق، فتصح الشهادة أنه مافعل ذلك في هذا الوقت لأنه ظل في البيت ولم يفارقه، ولا يشترط التواتر لذلك عند المالكية والشافعية لإحاطة علم الشاهد به[1]، خلافا للحنفية باشتراط التواتر فيها كما ذكر ابن عابدين[2].

- قبول بينة الزوج على سكوت البكر البالغة وعدم اعتراضها على الزواج لأنه نفي يحيط به الشاهد.

- الإقرار بنفي: تصح الشهادة على إقرار الشخص بالنفي كعدم الاستحقاق أو عدم الإيفاء، أو عدم الإبراء، فهو نفي تضمن علما أحاط به الشاهد.

فهذه الشهادة وإن كانت على النفي إلا أنها شهادة صحيحة إتفاقا، لأن عدم حضور المشهود عليه وقت أداء الشهادة في الحالة الأولى، وعدم وجود المشهود عليه خارج البلد ووجوده في مجلس العقد في الحالة الثانية..وغيرها من وقائع معلومة بالضرورة ويمكن التدليل على جواز الشهادة على النفي بالعلم بما روته عائشة رضي الله عنها "ماترك رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا ولا درهما"[3]، فهو نفي في علمها.

٢- النوع الثاني: أن تتوافر في النفي شروط التواتر أو الظن الغالب، فشهادته عليه صحيحة، فإذا شهد أنه طلق امرأته في بلد كذا في يوم كذا فبرهن على أنه لم يكن في ذلك اليوم في ذلك المكان، لايقبل برهان النفي عند الحنفية إلا إذا أثبته بالتواتر بأن يتواتر عند الناس ويعلم الكل عدم كونه في ذلك الزمان والمكان[4]، وهو ماذهبت إليه مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٦٩٩[5]. أما المالكية والشافعية فلا يشترطون التواتر كما سبق في النوع الأول[6].

---

(١) الفروق- الفرق ١٥٤- ج٣ ص١٧ -. تهذيب الفروق- ج٤ ص ١٠٣. تبصرة الحكام- ج١ ص٣٨٩. السيوطي- الأشباه والنظائر- ص٤٩٢.

(٢) رد المحتار- ج٥ ص ٤٩١، ٥٤٨ .

(٣) صحيح البخاري مع الفتح-كتاب الوصايا-ج٦ ص٣٣٨١ رقم(٢٧٣٩). صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب الوصية- ج٦ ص٩٩ رقم (١٦٣٥). ابن ماجه- كتاب الوصايا- ج٢ ص٩٠٠ رقم(٢٦٩٥). النسائي-كتاب الأحباس- ج٦ ص ١٩٠.

(٤) رد المحتار- ج٥ ص ٤١١، ٥٤٨. ابن نجيم-الأشباه والنظائر- ص ٨٨.

(٥) ونصها" لاتقبل الشهادة بالنفي الصرف مثل ما فعل فلان هذا الأمر..ولكن بينة النفي المتواتر مقبولة".

(٦) وذهب أحمد ابراهيم بك عند كلامه على تقديم بينة الإثبات على بينة النفي مالم تصل إلى حد التواتر، إلى تأييد مذهب الجمهور بعدم اشتراط التواتر، وأن الأمر في ترجيح هذه البينات يرجع إلى القاضي بما يستنتجه من القرائن المأخوذة من الدعوى وجواب الخصوم عنها، وشهادة الشهود وحال كل من المدعى والمدعى عليه، وعلاقة أحدهما بالآخر، والترجيح بكثرة العدد وتوافر العدالة. طرق الاثبات الشرعية-ص٢١.

القسم الثاني: نفي معلوم بالظن الناشيء عن الفحص:

أي نفي مستند إلى ظن غالب لدى الشاهد. هذا النفي تجوز الشهادة به، ومثال ذلك الشهادة على حصر الورثة، وأنه لا وارث غيرهم، فسند الشاهد هنا الظن الذي يقوم على شيء من الفحص، وقد يكون هناك وارث لم يطلع عليه الشاهد، وسبب القبول هنا اقتضته ظروف معاملات الناس بعد وفاة المورث(١). ومن النفي المستند إلى الظن الغالب الشهادة على حص الورثة، وأنه ليس له وارث غير هذا، فمستند الشاهد الظن، وقد يكون له وارث لم يطلع عليه، فهي شهادة على النفي مقبولة(٢).

القسم الثالث: إذا كان النفي تابعا للإثبات أو إذا تضمن الاثبات نفيا:

ومثال الأول الرضاع إذا شهد أن الظئر أرضعت الطفل بلبن الشاة، ولم ترضعه من لبن نفسها(٣). والدليل على صحة الشهادة على النفي اذا كانت تبعا للاثبات ماروي عن علي رضي الله عنه قال:"ماكان يحجر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن قراءة القرآن شيء إلا الجنابة"، فصح نفيه لمّا اقترن بإثبات(٤). ومثال الثاني إذا شهد شاهدان على آخر بالخلع أو الطلاق ولم يستثن في لفظه، لأنه في المعنى شهادة على أمر وجودي فيصح(٥).

القسم الرابع: نفي غير معلوم بالضرورة أو الظن الناشيء عن الفحص: وهو النفي غير المنضبط، ولا المحدد ولا المحصور، بل هو نفي مطلق غير محدد بزمان أو مكان أو غيرهما، والشهادة هنا على نفي صرف فلا تقبل، لأن جواز الشهادة إنما يكون في حالة النفي المنضبط قطعا أو ظنا، وهذا مقصود الفقهاء عندما يقولون بعدم جواز إثبات النفي، فالقاعدة - كما فصلنا- ليست مقبولة على عمومها.

والمثال على ذلك أن يشهد إثنان لآخر أنه ما تزوج أو ما طلق أبدا ونحو ذلك من النفي المجرد، والذي أطلق عليه بعض الفقهاء بشهادة التهاتر، وعبرت عنه مجلة الأحكام العدلية بالنفي الصرف(٦).

---

(١) رد المحتار- ج٥ ص٤٩٧. ابن نجيم- الأشباه والنظائر- ص ٨٨. بدائع الصنائع- ج٦ ص٢٧٦. تبصرة الحكام- ج٢ ص١٥. الفروق- ج ٣ ص ١١٧. تهذيب الفروق- ج ٤ ص١٠٣. الحاوي - ج٧ ص ٢٢٣. مختصر المزني- ج٣ ص ٣١. السيوطي- الأشباه والنظائر- ص ٥٢٠ .

(٢) تبصرة الحكام- ج١ ص١٥، وفيه أمثلة أخرى. الفروق- ج٣ ص١١٧. السيوطي- الأشباه والنظائر- ص٤٩٢.

(٣) ابن نجيم- الأشباه والنظائر- نفس الموضع .

(٤) الحاوي - ج٧ ص ٢٢٣. د.محمد الزحيلي- المرجع السابق- ج١ ص ٦٣ .

(٥) ابن نجيم – الأشباه والنظائر- نفس الموضع .

(٦) رد المحتار- ج ٥ ص٤٩١. تبصرة الحكام- ج ٢ ص ١٥. الفروق- ج ٣ ص ١١٧. تهذيب الفروق- ج٤ ص٧. معين الحكام- ص١١٤.المبدع – ج١٠ ص ٢٠٤. د.محمد الزحيلي- المرجع السابق- ج١ ص٦٤.

يتضح مما تقدم أن النفي متى كان منضبطا محددا محصورا يحيط به علم الشاهد يقبل في الاثبات، لأنه إثبات لأمر معلوم، وأيضا لو ثبت النفي بالتواتر أو غلبة الظن، أو إذا كان النفي تابعا لشهادة الإثبات، أو كان داخلا فيها، أو كانت الشهادة على النفي المطلق للضرورة .

ج- أن تكون الشهادة موافقة للدعوى: فإن خالفتها لا تقبل، لأن الشهادة المنفردة عن الدعوى غير مقبولة. وقد تكون الموافقة بين الشهادة والدعوى موافقة تامة، بأن يكون ما يشهد به الشاهدان هو عين ما ادعاه المدعي بدعواه، وقد تكون الموافقة ضمنية بين الشهود والدعوى (١).

يقول ابن نجيم: "الشهادة إن وافقت الدعوى قبلت، وإلا فلا. واستثنى الفقهاء عدة مسائل ذكر منها إذا ادعى أنه تزوجها وشهد الشاهدان أنها منكوحة" (٢).

د- ويتفرع عن هذا الشرط مسألة أخرى، وهي عدم إختلاف الشاهدين في المشهود به، فلو اختلفا بطلت شهادتهما، لأن المدعي بادعائه يكذب أحد شاهديه، إلا أن الاتفاق يكون في جنس المشهود به، فإن ذلك يقدح في شهادتهما. فمتى اختلف الشاهدان في زمان ومكان النكاح ترتب عليه إختلاف في المشهود به، إذ الفعل في زمان غير الفعل في زمان أو مكان آخر، لأن الإيجاب والقبول وحضور الشاهدين فعل، وهو شرط صحة النكاح (٣).

ومن المقرر في الفقه الحنفي، فإنه يشترط لصحة الشهادة عدم الاختلاف في جنس المشهود به، كما لو شهد أحد الشاهدين بالزواج، ويشهد الآخر بالهبة، فلا تقبل لاختلاف الشهادة صورة ومعنى، أو شهد واحد بعقد نكاح، وآخر على إقراره بالنكاح لم تتلفق الشهادتان (٤).

أما لو اتفقت شهادتهما في جنس المشهود به، وهو الزواج، واختلفت في زمانه ومكانه، لأن النكاح قول ملحق بالفعل، فالقولان - الإيجاب والقبول – يشترط لصحتهما حضور شاهدين، وهو فعل فألحق القول بالفعل، فيكون اختلاف الشاهدين في زمان النكاح ومكانه مانعا من قبول الشهادة، والإعتداد بها فلو شهد أحدهما أنه تزوجها أمس، وشهد آخر أنه تزوجها اليوم: لم تكمل البينة، لأن

---

(١) بدائع الصنائع- ج ٩ ص ٤٠٣٩.

(٢) ابن نجيم- الأشباه والنظائر- ص ٢٣١. والموافقة بين الشهادة والدعوى- التي ذكرنا- تختلف عن الموافقة بين الشهادة والشهادة، فتكون في الأولى الموافقة بالتطابق أو التضمين، بينما اختلف الفقهاء في الثانية. د. محمد الزحيلي- المرجع السابق- ج١ ص٣٣، كما سنرى ذلك في سائر بحثنا.

(٣) أحمد نصر الجندي– التعليق على نصوص تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم١ لسنة ٢٠٠٠- مطبعة أبناء وهبه- القاهرة- ٢٠٠٠.

(٤) وكذلك لو شهد أحدهما أن المزوج أو الزوج وكله، وشهد الآخر أنه أقر بتوكيله، لم تتلفقا. والاختلاف في الشهادة قد يكون في جنس المشهود به، وقد يكون في قدره، وقد يكون في الزمان وقد يكون في المكان وغير ذلك. لمزيد من التفصيل في ذلك أنظر: فتح القدير- ج ٦ ص ٦٥. بدائع الصنائع- ج٩ ص ٤٠٤٨. كتاب أدب القضاء- ص ٤٢٢، ٤٢٣. الكافي- ج ٤ ص ٥٥٦. الإنصاف- ج ١٢ ص ٢٦.

كل منهما شهد بحضور عقد نكاح وحده، وهو عقد نكاح فاسد[1].

والعبرة في الأخذ بالشهادة أو اطراحها هو بالمعنى لا باللفظ، فلا يشترط أن يحد الشاهدان الزمان والمكان في ألفاظ واحدة، بل يكفي أن تتطابق جماع أقوالهما على أنها تنصب على واقعة بعينها، وأن تنصرف الشهادتان– وبما لا يوجب إخلالا في المعنى – إلى ذات الزمان والمكان. فإذا كان ما شهد به الشاهدان يؤدي بصريح اللفظ إلى تطابق شهادتهما على قيام فراش الزوجية جمع بين الطاعن والمطعون ضدها في يوم كذا، فلا يؤثر في هذه الشهادة ما قرره أولهما من تحديد يومه وإغفال ثانيهما هذا التحديد، متى توافقت أقوالهما على حصول العقد بمجلس بعينه[2].

هـ - أن تكون الشهادة في مجلس القاضي: فلا حجة إلا بقضاء القاضي، لأنها حجة ظنية فلا الزواج للمشهود له بمجرد أداء الشهادة بل لابد من اتصال القضاء بها. يقول الحصكفي في الدر المختار: "والشهادة أقوى من القضاء لأنها ملزمة على القاضي، والقاضي ملزم على الخصم، فلذا قيل حكم القضاء يستقى من حكم الشهادة[3]. والشهادة التي يحكم بها القاضي هي شهادة مظهرة وكاشفة عن عقد النكاح السابق، وليست منشئة للنكاح في الزمن الذي يحكم فيه القاضي.

المطلب الثالث

نصاب الشهادة في إثبات الزواج

اختلف الفقهاء في النصاب المحدد في الشهادة لإثبات الزواج، وهذا فرع عن إختلافهم في قبول شهادة النساء مع الرجال في ما لا يقصد منه المال، ويطلع عليه الرجال كالزواج والطلاق والخلع من جانب المرأة، والرجعة، والإيلاء والظهار، وانقضاء العدة، والعتق والتدبير، والكتابة والوكالة، والوصية والولاء، والنسب ونحو ذلك. كما يختص الزواج في إثباته بنوع خاص من أنواع الشهادة، وهو الشهادة بالإستفاضة.

الفرع الأول : النصاب المحدد في الشهادة

الخلاف في مسألة الشهادة لإثبات الزوجية على مذهبين:

---

(١) أما لو كان اختلاف الشهادة في الزمن والمكان في الأقارير، فإن ذلك لا يمنع من قبولها، ووجه الفرق بين الأقارير والأفاعيل كالنكاح والطلاق والعتاق والقتل ونحوها، أن الإقرار مما يحتمل التكرار، فيمكن التوفيق بين الشهادتين لسماعه عن الإقرار في زمانين أو مكانين، فلا يتحقق الاختلاف بين الشهادتين، بخلاف النكاح والطلاق، فهو لا يحتمل التكرار، لذا كان اختلاف الزمان والمكان فيه موجبا لاختلاف الشهادتين، فيمنع من قبولهما. فتح القدير- ج ٦ ص ٦٥. بدائع الصنائع- ج٩ ص ٤٠٥٣. المبسوط- ج٥ ص ٣٥. الكافي- ج ٤ ص ٥٥٦. الإنصاف- ج ٤ ص ٢٦.

(٢) أحمد نصر الجندي – التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع و إجراءات التقاضي- ص ٤٥.

(٣) بدائع الصنائع- ج ٩ ص ٤٠٤٨. فتح القدير-ج ٦ ص٦٥. حاشية ابن عابدين- ج ٥ ص ٣٥٥. ويقول ابن عرفة المالكي: "ولما كانت الشهادة موجبة لحكم الحاكم أي بمقتضاها اكتسبت شرفا". مواهب الجليل- ج ٦ ص ١٥١. التاج والاكليل- ج ٦ ص ١٥٠.

المذهب الأول: يرى أصحابه أنه لا يقبل فيه إلا شاهدان ذكران، ولا يجوز قبول شهادة النساء فيه. وهو ما ذهب إليه المالكية[١]، والشافعية[٢]، والمعول عليه عند الحنابلة[٣]، وهو مروي عن الأوزاعي والنخعي، والزهري، وسعيد بن المسيب، وربيعه[٤].

المذهب الثاني: يرى أصحابه جواز إثبات ذلك برجل وامرأتين، وليس وحدهن. وهو ما ذهب إليه الحنفية[٥]، والحنابلة في رواية[٦]، والظاهرية[٧]، وهو مروي عن عطاء وحماد بن أبي سليمان، وابن زيد، وإياس بن معاوية، والشعبي، والثوري[٨].

الأدلة والمناقشات

أدلة المذهب الأول: استدل أصحاب المذهب الأول على ما ذهبوا إليه من اشتراط شهادة الرجال في إثبات الزواج وعدم قبول شهادة النساء في ذلك بالكتاب والسنة والقياس.

أولا: من الكتاب: قوله تعالى: "فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم"[٩].

وجه الدلالة: ذكر الله تعالى الشهود بلفظ التذكير، فلفظ ذوي، إنما يرد لوصف المذكر لا المؤنث، لأن وصف المؤنث من هذا اللفظ "ذواتا" كقوله تعالى في وصف الجنتين اللتين أعدهما لمن قام بما أمره به، وترك ما نهى عنه. فالآية وإن جاءت في الرجعة فإنه يقاس عليها سائر توابع النكاح[١٠].

ونوقش هذا الإستدلال بأنه قد استقر في عرف الشارع توجيه الخطاب إلى المكلفين بصيغة التذكير، ولا يدل - بحال من الأحوال - على خروج النساء من التكليف بأحكام الشرع، فالتعبير بلفظ

---

(١) المدونة- ج٢ ص ١٢. حاشية الدسوقي – ج ٤ ص ١٨٦. القوانين الفقهية – ص ٣٢٥. مواهب الجليل– ج ٦ ص ١٨٠. سراج السالك – ج ١ ص ٢٠٣. عيون المجالس- ج٤ ص ١٥٥١.

(٢) الأم- ج٥ ص ٣٤٦. روضة الطالبين – ج ٨ ص ٢٢٦. الحاوي - ج١٧ ص ٨. مغني المحتاج- ج ٤ ص ٤٤٢. نهاية المحتاج- ج ٨ ص ٣١١. أدب القضاء- ص٣٩٤.

(٣) قال القاضي: "والنكاح وحقوقه من الطلاق من الفروع والخلع والرجعة لا يثبت إلا بشاهدين رواية واحدة، وماعداه من الوكالة والوصية والكتابة تخرج على روايتين، لأن النكاح مما يحتاط له لأجل حفظ النسب، بينما ذكر أبو الخطاب أن النكاح يخرج على روايتين". راجع في تحقيق مذهب الحنابلة: المغني ومعه الشرح الكبير- ج ١٢ ص٧. الكافي- ج ٤ ص ٥٣٩. الإقناع - ج ٤ ص ٤٤٥.

(٤) المغني - جـ ١٢ ص ٧. الحاوي - جـ ١٧ ص ٨. الطرق الحكمية- ص ٢٠٠.

(٥) فتح القدير- جـ ٦ ص ٧، ٨. الهداية جـ ٣ ص ١١٧. المبسوط جـ ١٦ ص ١٣٥. تحفة الفقهاء- جـ ٣ ص٦٢٤. تبيين الحقائق- جـ ٤ ص ٢١٨. بدائع الصنائع- جـ ٩ ص ٤٠٥٨.

(٦) المغنى- جـ ١٢ ص ٧. الكافي- جـ ٤ ص ٥٣٩. وهذه الرواية انتصر لها ابن القيم الجوزية ودلل عليها ودافع عنها بحجج في مؤلفه إعلام الموقعين – جـ ١ ص ٩٣.

(٧) المحلى- ج ٩ ص ٣٩٦ وما بعدها. ويقبل عنده في ذلك: أربع نسوة، أو رجل واحد، أو امرأتان مع يمين المدعي.

(٨)الحاوي - جـ ١٧ ص ٨. المغني- جـ ١٢ ص ٧، ٨.

(٩) سورة الطلاق - آية ٢.

(١٠) ابن العربي - أحكام القرآن – جـ ٤ ص ١٨٢٤.

"ذوي" أو "اثنان ذوا عدل" لا يدل على أن المراد رجلان لا غير، لأن الخطاب بهذه الصيغة مقصود به التغليب ليس إلا، فهو يشمل الرجال والنساء، ولقوله تعالى: "ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا"(١). وقوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام"(٢). وأمثال ذلك كثير في القرآن الكريم.(٣)

ويجاب عن هذه المناقشة بأن اللفظ مذكر ولا يحتمل مخاطبة النساء به، وقد دلت على ذلك غالب أقوال المفسرين(٤). ولا يجاب عن ذلك بأن هذا من قبيل المجمل، وآية الدين ذكرت الرجلين والرجل والمرأتين ، وهي من قبيل المبين، فيحمل المجمل على المبين(٥). لأنه لو صح ذلك لصح حمل الآيات الواردة في الشهادة في عقوبات على آية المداينة، وهذا ما تأباه هذه القاعدة ونصوصهم دالة على ذلك(٦).

ثانيا: من السنة: استدل أصحاب هذا المذهب من السنة بما يأتي:

١- ما روي عن عائشة وعمران ابن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"(٧).

وجه الدلالة: دل الحديث على اشتراط شهادة الرجال في النكاح دون النساء، فلفظ "شاهدي عدل" لفظ مذكر، وقد اقتضر الحديث عليه، فيفيد الحصر، فلا يقبل في الشهادة على النكاح إلا رجلين عدلين(٨).

٢- ما روي عن الزهري أنه قال: "مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده ألا تجوز شهادة النساء في الحدود، النكاح والطلاق"(٩).

وجه الدلالة: الحديث صريح في أن السنة هي عدم قبول شهادة النساء في النكاح والطلاق، ويقاس عليهما سائر أحكام الأبدان مما ليس بمال ولا يؤول إلى مال، ويمكن للرجال الإطلاع عليه

---

(١) سورة البقرة – آية ٢٨٢.
(٢) سورة البقرة – آية ١٨٣.
(٣) الطرق الحكمية – ص ٢٣٢، ٢٣٣ وما بعدها.
(٤) تفسير السعدي – ص ٨٧٠.
(٥) د. محمد مصطفى الزحيلي – المرجع السابق - جـ ١ ص ١٧٠، ١٧١.
(٦) المرغيناني– الهداية مع نصب الراية للزيلعي– تحقيق أيمن صالح شعبان – دار الحديث– ١٤١٥هـ ١٩٩٥م- ج٥ ص ٧٦.
(٧) مضى تخريجه .
(٨) د. محمد مصطفى الزحيلي – المرجع السابق - جـ ١ ص ١٧١.
(٩) مصنف عبد الرازق (١٥٤٠٢). تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير- ج٤ ص ٣٨٠ رقم (٢٦٧٩، ٢٦٨٠).

غالبا، وقول التابعي في مروياته مضت السنة يعد في مرتبة المرفوع[1]. وجاء في المهذب تعليقا على قول الزهري "وقسنا عليها كل مالم يقصد به المال ويطلع عليه الرجال"[2].

ثالثا: استدلالهم بالقياس: استدل القائلون بعدم جواز إثبات الزواج إلا بشهادة رجلين، وعدم جواز قبول شهادة النساء في ذلك بقياس الزواج على غيره من وجهين:

الوجه الأول: قياس الشهادة في إثبات الزواج على الشهادة في القصاص على اعتبار أن كلا منهما ليس بمال ولا يقصد من المال، ولا يقبل فيه شهادة النساء على الإنفراد. فكما لا يثبت القصاص برجل وامرأتين، فكذلك لا يثبت الزواج- وهو من أحكام الأبدان – برجل وامرأتين[3].

هذا فضلا عن أن شهادة النساء منفردات لا تقبل في المال، فهل يقاس المال على القصاص أيضا ؟[4].

الوجه الثاني: قياس الإثبات في حقوق العباد على الإثبات في حقوق الله تعالى باعتبار التفاوت بين مفردات هذه الحقوق الذي يستلزم التفاوت في الإثبات، فحقوق الله تعالى متفاوتة فمنها ما لا يثبت إلا بأربعة شهداء كالزنا ، ومنها ما يثبت بشاهدين كشرب الخمر، وكذلك حقوق العباد فهي على درجات متفاوتة، أعلاها حقوق الأبدان كالزواج، وأدناها حقوق الأموال، فكما حصل التفاوت في حقوق العباد بين الأعلى والأدنى فلا يثبت مسائل الزواج إلا بشاهدين، وتثبت مسائل الأموال بالشاهد والمرأتين[5].

يقول الماوردي: "ولأن الحقوق ضربان: حقوق الله تعال، وحقوق الآدميين، فلما وقع الفرق في حقوق الله بين أعلاها وأدناها في العدد، فأعلاها الزنا، وأدناها في الخمر، وجب أن يقع الفرق في حقوق الآدميين بين أعلاها وأدناها في الجنس، فأعلاها حقوق الأبدان، وأدناها حقوق الأموال"[6].

رابعا: من المعقول: استدل المالكية والشافعية على ما ذهبوا إليه من المعقول بأن الأصل في شهادة النساء عدم القبول، لاختلال الضبط لديهن ونقصان العقل وقصور الولاية، ومن ثم فإن المرأة لا تصلح للإمارة، ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن وإن كثرن، وقبول شهادتهن في باب الأموال وما يؤول إليها عند عدم الرجال، إنما كان للضرورة. وذلك لكثرة وقوع التصرفات المالية، وشدة

---

(١) د. محمد مصطفى الزحيلي – المرجع السابق- جـ ١ ص ١٧٢.
(٢) المهذب - ج ٣ ص ٤٥٢.
(٣) يقول الماوردي: "لأن كل ما لم يكن المقصود منه المال إذا يقبل فيه شهادة النساء على الانفراد، لم يقبلن فيه مع الرجال، كالقصاص". الحاوي – جـ ١٧ ص ٩. المغني – جـ ١٢ ص ٧، ٨.
(٤) د. محمد مصطفى الزحيلي – المرجع السابق- جـ ١ ص ١٧٣.
(٥) د. محمد فتح الله النشار – المرجع السابق – ص ٤٨٥.
(٦) الحاوي – نفس الموضع. المغني – ج ١٢ ص ٧.

الحاجة إلى إثباتها وقلة خطرها، والإحتياط في حفظها، بخلاف غيرها من أحكام الأبدان فلا ضرورة في قبول شهادتهن فيها، إذ الضرورة تقدر بقدرها، كما أن النكاح وتوابعه أعظم خطرا وأقل وقوعا فلا يلحق بما هو أدنى خطرا وأقل وقوعا[1].

واعترض على هذا الاستدلال: بأن الأصل في شهادة النساء القبول، لتوافر عوامل أهلية الشهادة، وهي المشاهدة والضبط والأداء، فبالمشاهدة يحصل العلم للشاهد، وبالضبط يبقى هذا العلم إلى وقت، وبالأداء يحصل العلم للقاضي، والنساء في هذه الأمور كالرجال، ولهذا تقبل روايتهن لأحاديث الأحكام الملزمة للأمة، وأما قولهم بأنها ضرورة، فغير مسلم به، لأنها تقبل في الأموال مع القدرة على شهادة الرجال، فدلّ على أنها شهادة مطلقة لا ضرورة فيها[2].

ولاختلال الضبط لديهن وزيادة النسيان في جنسهن، فقد جعل الشارع الاثنتين من النساء مقام الرجل، وليس ذلك لنقصان الضبط لديهن ونحو ذلك، بل لإظهار نقصان درجتهن عن الرجال لاغير[3].

أدلة المذهب الثاني : استدل أصحاب المذهب الثاني على ما ذهبوا إليه من قبول شهادة النساء مع الرجال في إثبات الزواج بالكتاب والسنة والقياس والآثار والمعقول.

أولا: بالكتاب: استدلوا بقوله تعالى " واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين، فرجل وامرأتان ممّن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكرّ إحداهما الأخرى"[4].

وجه الدلالة: أقام الله سبحانه وتعالى في هذه الآية الرجل والمرأتين مقام الرجلين في الشهادة على الإطلاق، ومتى جعلهم كالشاهد المطلق، فإن ذلك يقتضي أن يكون لهم شهادة في سائر الأحكام، وإلا ما جاء الدليل بخلافه. ويكون الرجل والمرأتان مرادان في آية الرجعة "وأشهدوا ذوي عدل منكم". وعليه فإن آية الرجعة هي باب المجمل الذي بيّنته آية المداينة، ومن ثم فإن شهادة الرجل والمرأتين مقبولة في جميع المواضع والحقوق إلا ما خص بدليل كالحدود والقصاص[5].

وقد نوقش هذا الإستدلال بعدم التسليم بالإطلاق في هذه الآية ، حيث إن الآية واردة في الدين عامة[6]، وعلى التسليم بعموم الآية، فإنها مخصصة بآية الرجعة، وكذلك بحديث "لانكاح إلا

---

(١) الأم- ج ٧ ص٨٨. روضة الطالبين- ج٨ ص٢٢٧. مغني المحتاج- ج٤ ص٤٤٢. المغني- نفس الموضع.
(٢) بدائع الصنائع – ج ٩ ص ٤٠٥٥.
(٣) المبسوط- ج ١٦ ص ١١٥. فتح القدير– ج ٦ ص ٨. شرح العناية على الهداية مع الفتح– ج ٦ ص ٢٧٩.
(٤) سورة البقرة – آية ٢٨٢.
(٥) بدائع الصنائع – جـ ٩ ص ٤٠٥٥. الجصاص – أحكام القرآن – جـ ٢ ص ٢٣٢.
(٦) د.محمد مصطفى الزحيلي–المرجع السابق-ج١ ص١٧٣.د.محمد فتح الله النشار–المرجع السابق-ص٤٨٩.

بولي وشاهدي عدل"، فكما أن الزواج لا ينعقد إلا بشاهدي عدل، فلا يثبت أيضا إلا بهما[1].

ثانيا: بالسنة: استدلوا بما ثبت في الصحيح من حديث أبي سعيد الخدري وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "يا معشر النساء، تصدقن وأكثرن الاستغفار، فإني رأيتكن أكثر أهل النار". فقالت امرأة منهن ومالنا يا رسول الله أكثر أهل النار؟. قال: "تكثرن اللعن، وتكفرن العشير، وما رأيت من ناقصات عقل ودين أغلب لذي لب منكن". قالت: يا رسول الله،وما نقصان العقل والدين؟ قال: "أما نقصان العقل فشهادة امرأتين تعدل شهادة رجل، فهذا نقصان العقل، وتمكث الليالي ما تصلي وتفطر في رمضان، فهذا نقصان الدين"[2].

وجه الدلالة: في هذا الحديث الشريف يخبر النبي صلى الله عليه وسلم أن شهادة امرأتين تعدل شهادة رجل، وهذا لفظ مطلق، فيبقى على إطلاقه إلا ما ورد النص بتقييده، ولم يرد في إثبات الزواج ومسائل الأسرة نص يمنع شهادة النساء فيها، فالنص باق على إطلاقه[3].

ويعترض على هذا الوجه بأن الحديث لم يبق على إطلاقه، وإنما ورد تقييده كما في حديث "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، فيحمل المطلق على المقيد كما هو مقرر في الأصول.

ثالثا: بالقياس: استدلوا بقياس مسائل الأسرة على الأموال، على اعتبار عدم سقوط كل منهما بالشبهة، فتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال، كما قبلت في الأموال[4]. وقد يكون قبولها في مسائل الأسرة أولى من قبولها في الأموال، لأن حضور النساء في هذه المسائل أيسر من حضورهن عند كتابة الديون وإنشاء العقود. وقد ذكر الله تعالى حكمة تعدد الإثنتين في الشهادة، وهي أن المرأة قد تنسى الشهادة وتضل عنها، فتذكرها الأخرى، ومعلوم أن تذكيرها لها في أمور الأسرة مثل تذكيرها لها بالدين وأولى. وشهادة رجل وامرأتين في إثبات الزواج مثل شهادة رجلين لرجحان جانب الصدق فيهما على جانب الكذب، كما أن الزواج ومسائل الأسرة لا تسقط بالشبهة، فكانت شبها بالمال[5].

وقد نوقش هذا القياس: بأنه قياس مع الفارق، حيث أن إثبات الزواج، ومسائل الأسرة عموما أعظم رتبة، وأكثر خطرا من الأموال، ولا تقبل شهادة النساء فيها منفردات، ولا تقبل فيها مطلقان

---

(١) وليس بصحيح أن الآية مخصصة بالقياس على القصاص والحدود، فهو قياس مع الفارق. وأيضا من قال بأن الأولى قياسها على الأموال لا الحدود والقصاص.
(٢) ابن ماجه- كتاب الفتن- باب فتنة النساء- ج٢ ص١٣٢٦ رقم (٤٠٠٣).
(٣) د. محمد فتح الله النشار– المرجع السابق- ص ٤٩٠.
(٤) الجصاص – أحكام القرآن – جـ ٢ ص ٢٣٢ وما بعدها.
(٥) تبيين الحقائق – جـ ٤ ص ٢٠٩. الهداية – جـ ٣ ص ١١٧. إعلام الموقعين – جـ ١ ص ٩٢.

بدليل اختصاص النكاح مثلا بكثير من الأحكام، كاشتراط الولاية، وخلوه من الخيار، وغير ذلك من الأحكام، هذا فضلا عن أنه ليس بمال، ولا يقصد منه المال، ويطلع عليه الرجال، فلم يحتج فيه لشهادة النساء ولم يكن لها فيه مدخل[1].

رابعا: بالآثار: استدلوا بكثير من الآثار التي تثبت قبول شهادة النساء مع الرجال في إثبات النكاح، منها:

١- ما روي عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه أنه أجاز شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة. ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر، فكان إجماعا منهم على الجواز[2].

٢- ما روي عن جابر بن زيد أنه قال بقبول شهادة الرجل والمرأتين في الطلاق والنكاح[3].

٣- ما روي عن إياس بن معاوية أنه قبل شهادة امرأتين في الطلاق، وشهادة رجل وامرأتين في النكاح، وروي ذلك عن الشعبي والثوري[4].

٤- ما روي عن شريح أنه أجاز في عتاقة شهادة رجل وامرأتين.[5]

فهذه الآثار تدل على قبول شهادة النساء مع الرجال في مسائل الأسرة عموما.

وقد نوقش هذا الإستدلال، بأن ثبوت هذه الآثار فيه نظر، فإن ما روي عن عمر جاء من طريق الحجاج بن أرطأه وهو مدلس[6]، فلا يمكن الإستدلال به، فضلا عن أن عمر روي عنه خلاف ذلك، وعلى فرض التسليم بصحة هذه الآثار، فإنها لا تعدو أن تكون قول صحابي أو تابعي عارضة فيه غيره، فلا تقوم به حجة.

خامسا: بالمعقول: إن قبول شهادة النساء في النكاح وغيره مما ليس بمال ولا يؤول إلي المال، إنما هو حجة أصلية لا ضرورية،"لأن الأصل فيها القبول لوجود ما يبنى عليه أهلية الشهادة، وهي الولاية التي تبنى على العدالة وأهلية القبول وانتفاء التهمة بالكذب والغلط، وقد قبلت لذلك روايتهن لأحاديث الأحكام الملزمة للأمة، وكان ينبغي أن تقبل شهادتهن مطلقا كالرجال، ولكن جاء النص بخلافه وجعل اثنتين في مقام رجل ليس لنقصان الضبط لديهن، بل لإظهار درجتهن عن الرجال، وكيلا يكثر خروجهن.

ولا شبهة في النكاح وماشابهه من حقوق، لأنها كالمال، بل فوقه، فالنكاح يثبت مع الهزل وكذا

---

(١) المغني – جـ ١٢ ص ٧. الحاوي – جـ ١٧ ص ٩.
(٢) بدائع الصنائع – جـ ٩ ص ٤٥٥٠. تبيين الحقائق – نفس الموضع.
(٣) المحلى – جـ ٩ ص ٣٩٨.
(٤) المرجع السابق- نفس الموضع.
(٥)المرجع السابق- نفس الموضع.
(٦) نصب الراية- ج ٣ ص ١٩٦. مجمع الزوائد- ج ١ص ٩٧. إرواء الغليل- ج ٦ ص ٢٦٥.

الطلاق والعتاق، والمال لا يثبت به شيء، وأي شبهة أقوى من الهزل بخلاف الحدود والقصاص، لأنها لا تثبت مع الشبهة"[1].

الترجيح:

بعد أن عرضنا مذاهب الفقهاء وأدلتهم، والنظر فيها، والمناقشات الواردة عليها، يظهر لنا ما ذهب إليه أصحاب المذهب الأول باشتراط الشاهدان الذكران في إثبات الزواج ومسائل الأسرة وعدم جواز قبول شهادة النساء معهم في ذلك هو الأولى بالقبول، وذلك لأمور :

١- لقوة أدلتهم وإمكان الرد على مخالفيهم.

٢- أن إثبات الزواج ومسائل الأسرة غير المالية، إن كان بينها وبين مسائل الأموال أوجه شبه من حيث أن كليهما لا يدرأ بالشبهة، فهذا لا يستلزم أن تلحق بها في الشهادة، وذلك لأنها أعظم خطراً وأكثر أهمية.

ولا يعني هذا أن لا حرمة للأموال في الشرع الإسلامي، وإنما مكانتها ومرتبتها عظيمة في حياة الناس، ولكنها دون مرتبة الأنكحة. فيحتاط في هذه ما لا يحتاط في تلك، وقياسها عليها هو قياس مع الفارق.

٣- أن القول بعدم قبول شهادة النساء في الزواج يتوافق تماما مع طبيعة المرأة ووظيفتها في المجتمع، إذ حرص الإسلام على الحفاظ عليها وجعل مملكتها في بيتها، وجعل للرجل القوامة عليها، والمسؤولية الكاملة في نفقتها، ومنعها من السفر إلا مع ذي محرم، فهي لا تخرج من بيتها إلا لضرورة، ولا ضرورة تقضي خروجها للشهادة في الزواج، وحضور مجالسه التي يحضرها الرجال، فحضور الرجال يقوم مقامهن. فإذا كان لا يشرع لهن حضور الشهادة في الزواج، فلا يشرع لهن الحضور لإثباته، فما لم يشرع ابتداءا لا يشرع لاحقا.

فالمسألة ليست في ضبطهن وحفظهن فتنجبر بإضافة امرأة إلى أخرى لتذكرها ما نسيت، لأن من النساء من يضبطن أكثر من ضبط الرجال لاجتماع خاطرهن أكثر من الرجال، وذلك لكثرة الواردات على خاطر الرجال وشغل بالهم بالمعاش والمعاد وقلة الأمرين في جنس النساء[2].

---

(١) تبيين الحقائق- جـ ٤ ص ٢٠٩. فتح القدير- جـ ٦ ص ٨.

(٢) فتح القدير- نفس الموضع.

جاء في أحكام القرآن لابن العربي-ج١ ص٢٥٣، ٢٥٤ " قد فضل الله تعالى الذكر على الأنثى من ستة أوجه:

الأول: أنه جعل أصلها وجعلت فرعه، لأنها خلقت منه، كما ذكر الله تعالى في كتابه.

الثاني: أنها خلقت من ضلعه العوجاء، قال النبي صلى الله عليه وسلم:"إن المرأة خلقت من ضلع أعوج، فإن ذهبت تقيمها كسرتها، وإن استمتعت بها استمتعت بها على عوج"، وقال:"وكسرها طلاقها".

الثالث: أنه نقص دينها.الرابع: أنه نقص عقلها. وفي الحديث: وما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للبّ الرجل الحازم منكنّ"..الخامس: أنه نقص حظها في الميراث.. السادس: أنها نقصت قوتها فلا تقاتل ولا يسهم لها، وهذه كلها معان حكيمة.فإن قيل كيف نسب النقص إليهن وليس من فعلهن؟

قلنا: هذا من عدل الله يحط ما شاء ويرفع ما شاء، ويقضي ما أراد، ويمدح ويلوم ولا يسأل عما يفعل وهم يسألون، وهذا لأنه خلق المخلوقات منازل، ورتبها مراتب، فبين ذلك لنا فعلّمنا وآمنا به وسلمناه".

ومتى علم ذلك تبين وجه الفرق بين الحدود والقصاص، وحقوق الأبدان التي ليست بمال، ولا تؤول إلى مال.

الفرع الثاني: القضاء في النكاح بشهادة السماع

الأصل في الشهادة أن الشخص لا يشهد إلا بما يعلمه برؤية أو سماع[(١)]، أي لم يقطع به من جهة المعاينة والسماع بنفسه لقوله تعالى:"ولاتقف ماليس لك به علم ان السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسؤولا"[(٢)]، وقوله تعالى:" إلا من شهد بالحق وهم يعلمون"[(٣)]، وقوله تعالى حكاية عن إخوة يوسف عليه السلام: "وماشهدنا إلا بما علمنا"[(٤)]. كما أن الشهادة مشتقة من المشاهدة، ولا يتحقق العلم بالشيء إلا بالمشاهدة ومعاينة السبب أو بالخبر المتواتر. وإستثناءا عن الأصل أجاز الفقهاء قبول شهادة من لم ير ما يشهد به، ولم يسمعه، وإنما كان سماعه بطريق السماع وذلك بأن يستفيض الأمر المشهود به بين الناس ويشتهر، فيقول الشهود سمعنا سماعا فاشيا من أهل العدل وغيرهم، أو لم نزل نسمع كذا، وقد أجاز الفقهاء شهادة السماع في بعض الحالات التي يصعب أو يتعذر فيها الإطلاع المباشر والعلم اليقيني، إما لطبيعة هذه الحالات أو لما يلابسها من ظروف واعتبارات، أو لأن معاينة أسبابها يختص به خواص الناس مع بقاء أحكامها زمنا طويلا..ثم اختلفوا في هذه الحالات بين مضيق وموسع[(٥)].

ومن أهم هذه الحالات ثبوت النكاح بالإستفاضة، فمذهب جمهور الفقهاء هو جواز الشهادة بالتسامع في إثبات النكاح وإن لم يحصل للشاهد حضور عقد النكاح، وبرروا هذا الإستثناء بما يأتي:

١-أن النكاح تتعلق به أحكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الأعصار، فإذا طالت مدتها قد

---

(١) مدارك العلم أربعة من حصل له واحدة منها شهد به:
أ- العقل مع أحد الحواس الخمس ب- الخبر المتواتر كالنكاح والنسب وولاية القاضي
جـ - النظر كشهادة الطبيب بقدم العيب د- الاستدلال: كشهادة أبي هريرة أن رجلا قاء خمرا، فقال له عمر أتشهد أنه شربها؟ فقال: أشهد أنه قاءها، فقال له عمر ما هذا التعمق؟ فلا وربك ما قاءها حتى شربها. الذخيرة- جـ ١٠ ص ١٥٦. معين الحكام- ص١٠٦،١٠٧.

(٢) سورة الاسراء - آية ٣٦.

(٣) سورة الزخرف- آية ٨٦ .

(٤) سورة يوسف - آية ٨١ .

(٥) وأهم هذه الحالات النسب، والموت، والنكاح، وولاية القاضي، والدخول، وأصل الوقف، وقد نقل الاجماع في الأربعة أشياء الأولى.
تبيين الحقائق- ج٤ ص٢١٥. الهداية- ج٣ ص١٢٠. المبسوط- ج١٦ ص١٥٠. تبصرة الحكام- ج١ ص٢٩٥. الذخيرة- ج١٠ ص١٥٦. مغني المحتاج- ج٤ ص٤٤٨. المهذب- ج٢ ص٣٣٦. الإنصاف- ج ١٢ ص ١٢. المادة ١٦٨٨ من مجلة الأحكام العدلية. وأكثر المذاهب توسعا في شهادة السماع هو مذهب المالكية، حيث ذكروا منها خمسة وعشرون موضعا. الفروق- ج ٤ ص ١٠٤.

يعسر إقامة البينة عليها، فدعت الحاجة إلى إثباتها بالإستفاضة.

٢-أن النكاح قد يختص بمعاينته خواص من الناس، فتقوم الشهرة والإستفاضة فيه مقام العيان والمشاهدة، كالأخبار إذا اشتهرت عن النبي صلى الله عليه وسلم كانت بمنزلة السماع منه، ولو لم تجز فيه الشهادة بالتسامع لأدى ذلك إلى الحرج وتعطيل الأحكام، والحرج مدفوع شرعا.

٣-أن النكاح يقترن به ما يشتهر به، كالشهود والولائم، فتنزل هذه الأمور منزلة العيان وفي إفادة العلم، وذلك بخلاف البيع والإجازة والهبة وأمثالها، لأنها لا يختص بمشاهدة أسبابها إلا الخواص من الناس.

٤- جرت العادة أن الناس تعاملوا على إثبات النكاح على أساس التسامع واستحسنوه، فإنا نشهد أن عليا تزوج فاطمة رضي الله عنهما ودخل بها ، وعمر ابن الخطاب رضي الله عنه تزوج بنت علي بن أبي طالب. ويَقدُمُ الغائب فيقال له قد تزوج فلان بفلانة، ويمضي على ذلك الشهور ويشهد به.

وينبني على ذلك أنه إذا رأى شخص امرأة يدخل عليها رجل وينبسطان انبساط الأزواج، وسمع من الناس أنها زوجته جاز له أن يشهد به وإن لم يعاين عقد النكاح (١).

وذهب الشافعية في قول (٢)، والحنابلة في قول أيضا (٣) إلى عدم ثبوت النكاح بشهادة السماع، لإمكان مشاهدة أسبابها بحضور عقد النكاح والإطلاع على المتعاقدين .

وذهب المالكية في قول إلى جواز شهادة السماع في النكاح إذا اتفق الزوجان على ذلك، أمّا اذا ادعاه أحدهما وأنكره الآخر فلا تجوز الشهادة بالتسامع عليه (٤).

والراجح فيما يظهر هو مذهب الجمهور من ثبوت النكاح بالإستفاضة لما ورد إيراده من الحجج السابقة.

أما بالنسبة لحد الشهرة والاستفاضة فقد اختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين :

١- فقيل شرطه سماع المشهود به من جمع كثير يؤمن تواطؤهم على الكذب، بحيث يقع العلم أو

---

(١) المبسوط - ج ١٦ ص ١٤٩. بدائع الصنائع- ج ٩ ص ٤٠٢٤. تبيين الحقائق- ج٤ ص٢١٥. الهداية- ج٣ ص١٢٠. فتح القدير- ج٦ ص ٢١. حاشية رد المحتار- ج٥ ص ٤٧٠ ، ٤٧١.. معين الحكام- ص١٠٧. روضة القضاة - ج١ ص٢٢١. مغني المحتاج – ج٤ ص ٤٤٨، ٤٤٩. الإنصاف- ج١٢ ص ٩، ١٢. المغني- ج ٩ ص ١٦٢. الكافي- ج ٤ ص ٥٤٥.

(٢) الحاوي - ج١٢ ص ١١٤. نهاية المحتاج- ج٨ ص٣١٩. مغني المحتاج- ج٤ ص ٤٤٨. المهذب- ج٢ ص٣٣٦. كتاب أدب القضاء- ص ٣٤١ ومابعدها. شرح المحلى مع قليوبي وعميرة- ج٤ ص٣٢٨.
اختلف الشافعية في ثبوت النكاح بالاستفاضة، واختلفوا في الأصح ، فقيل يثبت بها لأنه مما يخفى سببه ويتعسر الاطلاع عليه، وقيل بعدم الثبوت لامكان مشاهدة أسبابها، والقاعدة عند الشافعية أن العقود والفسوخ لا تثبت بالاستفاضة لإمكان الاطلاع على مباشرتها بمشاهدة أسبابها، واستثنوا بعض الأمور وليس منها النكاح، فلا حاجة الى الاستفاضة فيها واختار هذا القول القاضي ابن أبي الدم، وتوقف البعض في اختيار الأصح، حيث ذكر القاضي أبو الطيب والماوردي الخلاف مطلقا من غير اختيار. وذكر النووي أن الأصح عند المحققين والأكثرين هو إثباته بالتسامع.

(٣) الفروع – ج ٦ ص ٥٠٢.

(٤) تبصرة الحكام- ج ١ ص ٢٩٩. حاشية الدسوقي - ج ٤ ص ١٩٨. حاشية الصاوي- ج ٢ ص ٤٨٨.

الظن القوي بخبرهم. وعلى هذا فلو أخبر الشاهد رجلان أو رجل وامرأتان فانه لا يجوز له أن يستند في شهادته اليهم، وسمي هذا بالشهرة الحقيقية، وهو قول جمهور الفقهاء[١].

٢- وقيل حده أن يخبره رجلان عدلان - أو رجل وامرأتان- بأن هذه المرأة زوجة فلان،بحيث يحصل للشاهد من خبرهم نوع علم، وسمي هذا بالشهرة الحكمية. ويشترط في هذه الحالة أن يكون الإخبار بلفظ الشهادة، لأنها توجب علما لا يوجبها لفظ الخبر، ولأن الحقوق تثبت بقول اثنين، وهذا قول أبو يوسف ومحمد من الحنفية[٢]، والمتأخرون من أصحاب الشافعي[٣]. وقيل يكفي واحد إذا سكن إليه القلب[٤].

ونسب الكاساني إلى محمد بن الحسن القول بأن المراد بالتسامع هو أن يشتهر الخبر المسموع ويستفيض وتتواتر الأخبار عن الشاهد من غير تواطؤ على الكذب، وهذا القول يقارب قول جمهور الفقهاء[٥].

والراجح فيما يظهر لي في تفسير معنى التسامع هو ماذهب إليه جمهور الفقهاء، فهو ما يقتضيه لفظ الاستفاضة، والشهرة الحقيقية يحصل بها زيادة علم، يزيد فيها إحتمال الصدق على الكذب، قد لا يتحقق بالشهرة الحكمية .

ولا يجوز أن يكون مصدر الشهادة هو مدعي النكاح نفسه، أو بناء على إخبار منه أو وليد إستشهاده، وسبب ذلك أن مدع النكاح لا يعتد بقوله من غير بينة، وكذلك إخباره أو إستشهاده لنفسه شاهدين عنده.

وينبغي أن يشهد الشخص في كل ذلك على الإطلاق والقطع دون تفسير منه أو تقييد، كأن يقول: أني لم أعاين ذلك النكاح، ولكن سمعت من فلان كذا وكذا، فإن صرّح بذلك لا تقبل شهادته، لأن ذكره يشعر بعدم جزمه بالشهادة[٦].

وإذا أقامت الزوجة دعوى الزوجية وأنكرها الزوج، فلا يعد إنكاره طلاقا، فإذا أحضرت بينة لدعواها وحكم القاضي بثبوت الزوجية، فلا يعد إنكاره طلاقا، لأن انكاره لإعتقاده أنها ليست زوجة بل أجنبية، والطلاق تصرف في النكاح، وهو منكر لأصل النكاح، فلا يكون إنكاره تصرفا فيه

---

(١) تبصرة الحكام- نفس الموضع. نهاية المحتاج- نفس الموضع. مغني المحتاج- ج ٤ ص٤٤٩. الإنصاف-ج ١٢ ص١٣. المغني- ج ٩ ص١٦٠، ١٦٢. الكافي- نفس الموضع. الإقناع- ج ٤ ص ٤٣٣.

(٢) تبيين الحقائق- ج ٤ ص ٢١٥. معين الحكام- ص ١٠٧ .

(٣) مغني المحتاج – نفس الموضع. أدب القضاء- ص ٣٣٥، ٣٣٦ .

(٤) المغني- ج ٩ ص١٦٢، والمراجع السابقة.

(٥) بدائع الصنائع- ج٩ ص ٤٠٢٥ .

(٦) الهداية - ج٣ ص١٢٠. فتح القدير- ج٦ ص٢١. مغني المحتاج- ج٤ ص ٤٤٩. الكافي- ج٤ ص ٥٤٣. الإقناع- ج٤ ص ٤٣٣. معين الحكام- ص ١١٠.

بالرفع والقطع، وإنكاره إنما يكون طلاقا إذا نوى ذلك وأثبتت الزوجية عليه، ومع ذلك تلزمه نفقتها ووطؤها[1].

(١) معين الحكام- ص ١١٢. حاشية الدسوقي- ج٢ ص ٣٣١. الشرح الصغير- ج ٢ ص ٤٩٠. جواهر الاكليل- ج١ ص ٣٢٣. بلغة السالك- ج١ ص٤٠١.

المبحث الثالث

اليمين والنكول عنه

ونتطرق ضمن هذا المطلب لتعريف اليمين ومشروعيتها ، ثم شروطها وأثر الحكم بها، ونعرض بعدها لحجية اليمين في إثبات النكاح. وأخيراً نتناول النكول وحكم ثبوت الزواج به.

المطلب الأول

تعريف اليمين ومشروعيتها

أولا: تعريف اليمين لغة: تطلق اليمين في اللغة على عدة معان منها: القوة والنشاط ومنه قوله تعالى: "فراغ عليهم ضربا باليمين"(١). كما تطلق على يمين الإنسان وغيرها، ومنها قوله تعالى: "وما تلك بيمينك يا موسى"(٢). وهي ضد اليسار وقد يراد بها القسم. وقيل: إنما سمي الحلف بالله يمينا لأنهم كانوا إذا تحالفوا ضرب كل امرئ منهم يمينه على يمين صاحبه. وجمع اليمين أيمن وأيمان(٣).

ثانيا: تعريف اليمين في اصطلاح الفقهاء: عرفها البعض بأنها تحقيق أمر غير ثابت ماضيا كان أو مستقبلا، نفيا أو إثباتا، ممكنا أو ممتنعا.(٤) كما عرفها البعض بأنها ما يوجه إلى المدعى عليه عند إنكار الحق المدعى به، أو إلى المدعى عند نكول المدعى عليه(٥).

ويعرفها أستاذنا د.أحمد فراج بأنها "تأكيد ثبوت الحق أو نفيه باستشهاد الله تعالى، فالحالف يقوى صدقه باليمين باعتبار أنه جعل الله تعالى شاهدا على صدقه سواء كان مدعيا، أومدعى عليه، لأن المدعى يحلف على إثبات الحق والمدعى عليه يحلف على نفيه الحق المدعى به(٦).

ثالثا: مشروعية اليمين: لا خلاف بين الفقهاء على مشروعية اليمين، وأنها حجة في الإثبات في

---

(١) سورة الصافات – آية ٩٣.
(٢) سورة طه - آية ١٧.
(٣) مختار الصحاح- مادة يمن – ص ٧٤٤، ٧٤٥. القاموس المحيط – مادة يمن – ج٤ ص٤٨. لسان العرب – مادة يمن– ج١٨ ص٣٥٣. أساس البلاغة – مادة يمن- ص٥١٤.
(٤) زاد المحتاج – جـ ٤ ص ٤٤٨.
(٥) د. عبد الفتاح محمود إدريس – القضاء بالأيمان والنكول – بحث فقهي مقارن – ط١ – ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م– من غير مكان طبع – ص ٧.
(٦) د. أحمد فراج حسين – أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي – ص ٣٩٣.

الجملة [1]، وقد دلّ على مشروعيتها القرآن والسنة والإجماع والمعقول.

١ـ **الكتاب:** قوله تعالى: "لا يؤخذاكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان" [2].

وقوله تعالى: "لا يؤخذاكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم" [3]. وقوله تعالى: "ولا تتخذوا أيمانكم دخلا بينكم" [4]. فالآيات واردة في يمين اللغو واليمين التي ينعقد بها الحلف، وفي ذلك دليل على مشروعيتها. كما حض الله عز وجل على حفظ الأيمان وعدم الإكثار منها، فقال تعالى: "واحفظوا أيمانكم" [5].

٢ـ **السنة:** ما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لا دعى ناس دماء رجال وأموالهم، ولكن اليمين على المدعى عليه".

قوله صلى الله عليه وسلم للحضرمي في اختصامه مع رجل من كندة: "ألك بينة؟" فقال: لا. قال: "فلكَ يمينُه"، فقال: يا رسول الله، إنه فاجر ولا يبالي بما حلف، وليس يتورعُ من شيء. فقال: "ليس لك منه إلا ذلك" [6]. فقد دل الحديثان على مشروعية اليمين في الخصومة في جانب المدعى عليه عند عجز المدعي عن إثبات دعواه.

٣ـ **الإجماع:** دلّ عمل المسلمين من عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على جواز العمل باليمين وإتخاذها وسيلة من وسائل الإثبات [7].

٤ـ **المعقول:** إن الناس في علاقاتهم المتشعبة قد يتعذر عليهم توثيقها بالكتابة، أو إحضار الشهود بعد حصولها، بسبب موتهم أو بعدهم، أو عدم العلم بمكانهم، ومن ثم كانت الحاجة ماسة لإيجاد وسيلة إثبات الحقوق وتنقطع بها الخصومة والمطالبة في الحال.

وهذه الوسيلة هي اليمين التي يتم بها تخويف المدعى عليه بسوء عاقبة الحلف الكاذب، فيحمله ذلك على الإقرار بالحق إن كان صادقا، أو تعجيل عقوبة الكاذب المنكر لما عليه من الحق [8].

وتعد اليمين العنصر المشترك بين جميع أدلة الإثبات، حيث تشترك فيها بصفة تكاملية، كما تمثل

---

(١) سورة المائدة – آية ٨٩.
(٢) سورة البقرة – آية ٢٢٥.
(٣) بدائع الصنائع – جـ ٨ ص ٣٩٢٥. الذخيرة – جـ ١١– ص ٧٤. نهاية المحتاج – جـ ٨ – ص ٢٩٢. مغني المحتاج – جـ ٤ ص ٤٧٢. الكافي- جـ ٤ ص ٥١٣.
(٤) سورة النحل – آية ٩٤.
(٥) سورة المائدة – آية ٨٥.
(٦) مضى تخريجهما.
(٧) تبيين الحقائق – جـ ٣ ص ١٠٧.
(٨) الطرق الحكمية – ص ١٥٠.

- في غالب الأحيان- مخرجا لبعض النزاعات، فيستعان بها كوسيلة أخيرة ومنقذ في فض النزاع القائم، ولذلك نجد اليمين- كماسيأتي- في جميع دعاوى الأسرة.

المطلب الثاني

شروط اليمين وأثرها

ونبين فيها الشروط التي تعتبر في اليمين، والأثر المترتب على حلف المدعى عليه اليمين، وذلك على النحو الآتي:

أولا: شروط اليمين:

اعتبر الفقهاء شروطا لاستحلاف المدعى عليه، وأخرى في اليمين التي يحلفها.

أ- فما اعتبره الفقهاء للإستحلاف هو ما يأتي:

١- أن يكون المدعى عليه بالحق منكرا له: وذلك لأن اليمين إنما وجبت لرفع تهمة الكذب عن المدعى عليه في إنكاره ، فإذا أقر فيلزم بإقراره، ولا يكون ثمة حاجة إلى استحلافه، لعدم التهمة فيما يقربه على نفسه(١).

وإنكار المدعى عليه للحق قد يكون صريحا، وقد يكون دلالة. والإنكار بطريق الدلالة يتمثل في السكوت عن جواب المدعى، من غير آفة ولا علة، لأن الدعوى بالحق توجب عليه الإقرار أو الإنكار، وقد اعتبر سكوته إنكارا دلالة لأن الإنسان لا يسكت عن إظهار الحق المستحق لغيره مع قدرته عليه، فحمل سكوته هذا على الإنكار(٢).

٢- أن يطلب الخصم من القاضي استحلاف المدعى عليه اليمين: لأنها حق له فيتوقف على طلبه، فلا يجوز للقاضي أن يستحلف المدعى عليه إلا بعد طلب المدعي، فلو حلف لم تفد اليمين، وللمدعى الحق في طلب إعادتها.

٣- أن يطلب القاضي اليمين من توجهت عليه: وذلك لأنها يمين في خصومة، فلا بد من طلب القاضي لها ممن يستحلف، فإذا حلف الخصم من غير استحلافه، لم تفد يمينه(٣).

٤- أن لا يكون للمدعى بينه حاضرة: وهو قول أبي حنيفة والظاهرية ، وخالفهما غيرهم. واحتج الأولين بما روي عن علقمة بن وائل بن حجر قال: كنت عند النبي صلى الله عليه وسلم فأتاه رجلان يختصمان في أرض، فقال رسول لله صلى الله عليه وسلم للمدعى: "ألك بينة؟" قال: لا. قال: "فلكَ

---

(١) بدائع الصنائع- ج٨ ص٣٩٢٥. فتح القدير- ج ٦ ص ١٥٢. تبصرة الحكّام - ج١ ص ٢٢٣. مغني المحتاج- ج٤ ص٤٧٦.

(٢) أقرب المسالك – ج ٢ ص ٣٣٨. والمراجع السابقة.

(٣) المبسوط – ج ١٦ ص ١٣٦ والمصادر السابقة.

يمينُه"، فقال: يا رسول الله، إنه فاجر ولا يبالي ما حلف، وليس يتورعُ من شيء. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "ليس لك منه إلا ذلك". فالبينة حجة المدعى كالأصل، واليمين كالاحتياط أو الخلف عنها، ووجه ما خالفه فيه غيرهم: أن اليمين حجة المدعى كالبينة، ولهذا فإنها لا تجب إلا عند طلبه، فيكون له ولاية استيفاء أيهما شاء

٥- أن لا يكون الحق المدعى به خالصا لله عز وجل، وأن لا يكون المدعى به محتملا للإقرار شرعا، فإن كان لا يصح الإقرار به شرعا لم يجز الإستحلاف فيه.

٦- أن يكون المدعى به ممّا يحتمل البذل عند أبي حنيفة مع كونه محتملا للإقرار واشترط صاحباه أن يكون ما يحتمل الإقرار، سواء احتمل البذل أو لا، ومن ثم فإن النكاح والرجعة وفئ في الإيلاء والنسب والرق والولاء والإستيلاد لا يجري فيها الإستحلاف عند أبي حنيفة، وذلك لأن هذه الأشياء لا تحتمل البذل، وأما عندهما فإنه يجري فيها الإستحلاف، لأن النكول إقرار فيه شبهة العدم، وهذه الأشياء تثبت بدليل فيه شبهة، فيجري فيها الاستحلاف[(١)].

ب- أما ما اعتبره الفقهاء في اليمين فهو ما يأتي:

١- أن تصدر هذه اليمين من المستحلف، فلا يجوز النيابة فيها، لصلتها بذمة الحالف ودينه، فلا يحلف الوكيل أو ولي القاصر.

٢- الموالاة بين ألفاظ اليمين عرفا، فلا يفصل الحالف بين قوله: والله، وقوله: ما فعلت كذا بفاصل.

٣- أن تعتبر في اليمين نية المستحلف واعتقاده. ولا تعتبر نية الحالف واعتقاده مجتهدا كان أو مقلدا، وذلك حتى لا تبطل فائدة الأيمان وتضيع الحقوق، ولما روى عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "اليمين على نية المستحلف"[(٢)].

٤- أن تكون يمين الحالف على حسب جوابه، لأن اليمين شرّعت لتحقيق جوابه وتأكيد صدقه فيما أخبر به، فكانت على حسبه[(٣)].

ثانيا: الأثر المترتب على حلف اليمين:

بعد العجز عن إثبات دعواه، وتوجيه اليمين من القاضي بناء على طلبه إلي المدعي عليه، فإنه يترتب على الحلف قطع الخصومة القائمة بين الخصوم لقوله صلى الله عليه وسلم " ليس لك إلا ذلك"، وذلك باتفاق الفقهاء.

---

(١) بدائع الصنائع – ج ٨ ص ٣٩٢٥. المبسوط – ج ١٦ ص ١٣٨. مغني المحتاج – ج ٤ ص ٤٧٥. نهاية المحتاج – ج ٨ ص ٣٥٢. الكافي - ج ٤ ص ٥١٣، ٥١٤. المحلى- ج ٨ ص ٣٧٢، ٣٧٣.

(٢) مسلم-كتاب الأيمان- باب يمين الحالف على نية المستحلف- جـ ٣ ص ١٢٧٤. ابن ماجه-كتاب الكفارات-باب من ورى في يمينه- ج١ ص٦٨٥ رقم(٢١٢٠) بلفظ "إنما اليمين.."

(٣) بدائع الصنائع - ج٨ ص ٣٩٢٥، ٣٩٢٦. نهاية المحتاج- ج ٨ ص ٣٥٤. روضة الطالبين- ج ٨ ص ٣١٥. المغني - ج٩ ص٢٣٢ . الكافي - ج٤ ص ٥١٥.

أما بالنسبة للأثر المترتب على حلف اليمين في سقوط الحق المدعى به، فقد اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال.

القول الأول: يرى أصحابه أن المدعى عليه إذا حلف اليمين الموجهة إليه انقطعت الخصومة للحال، إلا أن الحق المدعى به لا يسقط بسقوط الخصومة الحال بل مؤقتا، متى أحضر المدعى البينة وأقامها بعد يمين المدعى عليه قبلت وقضى له بمقتضاها. وذهب إلي ذلك الحنفية والشافعية، وقال الكاساني: "إنه قول عامة العلماء" (١).

القول الثاني: يرى من ذهب إليه أن حلف المدعى عليه اليمين المتوجهة إليه يقطع الخصومة مطلقا، ويبرأ بها من الحق الذي ادعى به عليه، ولو أقام المدعى البينة بعد ذلك لا تقبل. وذهب إلى ذلك الحنابلة، والظاهرية، وحكاه الكاساني عن بعض العلماء (٢).

القول الثالث: يرى أن الحلف يقطع الخصومة ويسقط للحق المدعى به، إلا إذا شرط المدعى أنه متى ظهرت له بينة أقامها، فهو على شرطه، وإلا لعذر كنسيان للبينة عند تحليف المدعى عليه أو عدم علم بها قبل تحليفه، أو ظنه أن البينة لا تشهد له أو أنها ماتت أو شهود غابوا غيبة بعيدة، فإذا وجد الشرط أو كان له عذر من ذلك، فله أن يقيم البينة بعد الحكم باليمين ويحلف يمينا على عذره. ذهب إلى ذلك المالكية (٣).

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول: استدل جمهور الفقهاء على مذهبهم بالسنة والمأثور والمعقول:

١- السنة: روى عن ابن عباس قال: "جاء رجلان يختصمان إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للمدعى: "أقم البينة". فلم يقم، قال للآخر: "احلف". فحلف بالله الذي لا إله إلا هو: فقال له النبي صلى الله عليه وسلم: "ادفع حقه وستكفر عنك لا إله إلا هو ما صنعت" (٤).

وجه الدلالة: أفاد هذا الحديث أن المدعى عليه لم يبرأ من الحق المدعى به بالرغم من حلفه على أنه لا يلتزم بشيء في مقابلة المدعى، إذ قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم "ادفع حقه". وهذا دليل على أن الخصومة قد تبقى بعد حلف المدعى عليه اليمين، وأنه لا يبرأ بها من الحق المدعى به.

اعترض على الإستدلال بهذا الحديث بما قاله ابن حزم: بأن في سنده أبو يحيي وهو لا شيء، ولو صح هذا الحديث لكان خلاف لمن منع الحكم الحاكم بعلمه بلا بينة، ثم هو حديث منكر ومكذوب

---

(١) بدائع الصنائع- ج٨ ص ٣٩٣٤. شرح العناية على الهداية مع الفتح- ج٦ ص ١٥٥. الذخيرة - ج١١ ص٧٤. نهاية المحتاج- نفس الموضع. مغني المحتاج – ج٤ ص ٤٧٥.

(٢) بدائع الصنائع- نفس الموضع. الكافي-ج٤ ص ٥١٤ . المحلى- ج ٩ ص ٣٧١.

(٣) بلغة السالك - ج ١ ص ٢٠٤. الذخيرة - ج ١١ ص ٧٤.

(٤) الفتح الرباني في ترتيب مسند أحمد – ج٤ ص١٧٥. مستدرك الحاكم- كتاب الأحكام- ج٤ ص ٩٥ ، ٩٦.

فاسد، لأن من الباطل المحال أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم باليمين الكاذبة، وهو عليه الصلاة والسلام يدري أنه كاذب[1].

وأجيب عن هذا الإعتراض بأن قوله صلى الله عليه وسلم للمدعى عليه "ادفع حقه" من قبيل القضاء بالعلم، وذلك لأنه طلب من المدعى البينة، ولو قضى له رسول الله صلى اله عليه وسلم بما يعلمه ما طلب منه ذلك، ولا يترتب على أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم المدعى عليه بالحلف هنا أمر بيمين كاذبة، إذ يحتمل أنه لم يعلم بكذب الحالف في هذه اليمين إلا بعد الحلف[2].

٢- **الآثار:** ما أخرجه البخاري عن طاوس وابراهيم وشريح أن: البينة العادلة أحق من اليمين الفاجرة[3].

وجه الدلالة: دل الأثر أن البينة حجة في انقطاع الخصومة مؤقتا إلى وقت إحضار البينة، وليست حجة في سقوط الحق المدعى به، فلو تمكن المدعى من إقامة بينة بعد يمين المدعى عليه قبلت منه[4].

ورد ابن حزم على الاستدلال بما قاله شريح بأنه صحيح أن البينة العادلة خير من اليمين الفاجرة، وذلك لو أيقنا أن البينة عادلة عند الله عز وجل، وأن يمين الحالف فاجرة بلا شك، وأما إذا لم يوقن أن البينة صادقة ولا أن اليمين فاجرة، فليست الشهادة أولى من اليمين، إذ الصدق والكذب في كليهما ممكن، إلا بنص من قرآن أو سنة تأمر بإنفاذ البينة وإن حلف المنكر، ولا يوجد نص أصلا[5].

٣- **المعقول:** وهو أن البينة هي الأصل في الإثبات، أما اليمين فهي كالحلف عنها، ولا يصار إليها إلا عند الضرورة، فإذا جاء الأصل انتهى حكم الخلف لعدم الفائدة منه.

أدلة القول الثاني:

استدل أصحابه على أن اليمين تسقط الحق قضاء وتنقطع بها الخصومة مطلقا بالسنة والمعقول.

١- **السنة:** قوله صلى الله عليه وسلم "ليس لك منه إلا ذلك".

وأيضا ما روي عن الأشعث بن قيس أنه قال: كان بيني وبين رجل خصومة في بئر، فاختصمنا إلى النبي صلى الله عليه وسلم، فقال: شاهداك أو يمينه"[6].

---

(١) المحلى – ج ٩ ص ٣٧١.
(٢) د. عبد الفتاح محمود إدريس – المرجع السابق – ص ٣٧.
(٣) صحيح البخاري مع الفتح- كتاب الشهادات- باب من أقام البينة بعد اليمين- ج٦ ص ٣٢٩٨ رقم(٢٦٨٠).
(٤) بدائع الصنائع – جـ ٨ ص ٣٩٣٥.
(٥) المحلى – جـ ٩ ص ٣٧٢.
(٦) مضى ذكر الحديثين وتخريجهما .

وجه الدلالة: في الحديث الأول لم يوجب على المطلوب إلا اليمين مع ذكر المدعى لفجوره، فقال له صلى الله عليه وسلم "ليس لك منه إلا ذلك". وكذلك في الحديث الثاني أوجب على الأشعث بن قيس شاهداه أو يمين المدعى مع أن خصمه كان يهوديا[١]. فليس للمدعي أن يجمع بينهما، فإذا حلف المدعى عليه سقط حق المدعي ولا تقبل بينة مطلقا[٢]. فدلّ هذا على أن حلف المدعى عليه اليمين يترتب عليه قطع الخصومة وسقوط للحق المدعى به.

اعترض على الإستدلال بهذا الحديث "بأن الحصر في هذا الخبر إنما هو حصر لحق المدعي في نوعين (أي البينة أو يمين المدعى عليه) وأنه لا ثالث لهما، وأما منع جمعها معا في الدعوى، فلا دلالة في الخبر عليه"[٣].

٢- **المعقول:** وهو أن اليمين حجة المدعى عليه، فلا تسمع بعدها حجة المدعى، كما لا تسمع يمين المدعى عليه بعد بينة المدعى.

اعترض على هذا بأن البينة هي الأصل واليمين بدل عنها، ولهذا لا تشرع إلا عند تعذر إحضار البينة، ولا يبطل الأصل بالقدرة على البدل، وإنما بالقدرة على المبدل.

ويدل على الفرق بينهما، أنهما حال اجتماعهما وإمكان سماعهما تسمع البينة ويحكم بها ولا تسمع اليمين ولا يسأل عنها[٤].

أما ما استدل به المالكية على سقوط الحق المدعى به بحلف المدعى عليه إلا لعذر أو شرط فهو أن استحلاف المدعى عليه يسقط بينته الحاضرة لرضاه بذلك إن لم يكن شرط أو عذر.

أما لو كان هناك شرط أو عذر، فإنّ له أن يقيم البينة إذا جاء بها على أن يحلف يمينا على عذره[٥].

واعترض على ما ذهب إليه المالكية في التفريق في حلف المدعى بين علم الطالب بأن له بينة، وبين جهله بذلك، بأنه قول تفرد به مالك وأصحابه ولم يأت به قرآن ولا سنة، ولا قول ولا قياس[٦].

الترجيح:

بعد النظر في أدلة المذاهب الفقهية، وما اعترض على بعضها، وما أجيب به على بعض هذه

---

(١) الطرق الحكمية – ص ١٢٦.
(٢) المحلى – نفس الموضع.
(٣) نهاية المحتاج – جـ ٨ ص ٣٥٦. مغني المحتاج – جـ ٤ ص ٤٧٧.
(٤) المغنى - جـ ١٢ ص ١٢٤.
(٥) بلغة السالك – جـ ١ ص ٢٠٤.
(٦) المحلى – جـ ٩ ص ٣٧٢.

الاعتراضات، فإنه يترجح لي ما ذهب إليه أصحاب القول الأول، وهو قول جمهور الفقهاء، من أن حلف اليمين من طرف المدعى عليه، وإن أسقطت الخصومة الحالة إلا أنها لا تسقط الحق المدعى به. وذلك لما استدلوا به على مذهبهم، كما أن البينة حجة قوية، متى ظهر صدقها وبانت دلالتها دحضت الحجة الضعيفة وهي اليمين. أما استدل به أصحاب القول الثاني، فلا تقوم به حجة، وقد أوهنه ما اعترض به عليه. أما ما قال به المالكية أصحاب القول الثالث، فلا يخرج في مضمونه عن المذهبين السابقين.

المطلب الثالث

حجية اليمين في إثبات النكاح

إذا عجز المدعى عن إقامة البينة لإثبات الزواج، وامتنع المدعى عليه عن الاقرار به، فهل للمدعى تحليفه على عدم صحة دعواه.

اختلف الفقهاء في حكم استحلاف المدعى عليه في الزواج، وهو من حقوق العبادة التي ليست بمال ولا يقصد منها المال، والطلاق والرجعة والنسب والفيء في الإيلاء ونحوها، وذلك على قولين:

القول الأول: أن حقوق العباد غير المالية ، ولا يقصد بها المال، ومن ضمنها النكاح يستحلف فيها المدعى عليه المنكر لها. قال بذلك الصاحبان من الحنفية(١)، وهو مذهب الشافعية(٢)، والحنابلة في رواية(٣).

القول الثاني: أنه لا يستحلف المدعى عليه في النكاح متى أنكر، ولا تعرض عليه اليمين. وهو قول أبي حنيفة(٤)، و المشهور عند الحنابلة(٥)، وهو مذهب المالكية(٦).

---

(١) ويستحلف المنكر عندهما أيضا في الرجعة والفيء في الإيلاء والإستيلاد والنسب إلا في الحدود والنكاح. البحر الرائق- ج ٧ ص٢٠٧. بدائع الصنائع- ج ٨ ص٣٩٢٨. الهداية-ج ٣ ص ١٧٦. السلطان عالمكير-الفتاوي الهندية- المكتبة الإسلامية- تركيا-١٣١٠هـ - ج٤ ص١٥. روضة القضاة-ج٣ ص٩١٥.

(٢) روضة الطالبين- ج ٨ ص٣١٦. نهاية المحتاج- ج٨ ص ٣٥٢. مغني المحتاج- ج٤ ص ٤٧٦. وألحقوا بالنكاح، الطلاق والاستيلاء والوصاية والوكالة الولاء ونحو ذلك مما لا يثبت عندهم برجل وامرأتان.

(٣) المغني- ج٩ ص ٢٧٢. كشاف القناع- ج٤ ص ٢٨٥.

(٤) بدائع الصنائع- ج ٨ ص ٣٩٢٨. ولا يستحلف عنده أيضا في الرجعة والفيء في الإيلاء والنسب والرق والولاء والاستيلاء، ووافق صاحباه في عدم الاستحلاف في الحدود واللعان، لأن الحدود تندرئ بالشبهات، واللعان في معنى الحد، لأنه قائم مقام حد القذف في حق الزوج.
وذهب بعض المتأخرين من الحنفية إلى أنه ينبغي للقاضي أن ينظر في حال المدعى عليه، فإن رآه متعنتا يحلفه أخذا بقول الصاحبان، وإن رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبي حنيفة. فتح القدير- ج٦ ص١٦٣. روضة القضاة - ج ٣ ص ٩١٥.

(٥) المغني- ج١٢ ص١٢٧، ١٢٨.الإقناع-ج٤ ص٤٥٣. الإنصاف-ج١١ ص١١٦. الفروع- ج١١ ص٢٧٣.

(٦) الذخيرة - ج١١ ص ٥٩، ٧٧. بلغة السالك – ج١ ص ٢٠٣، ٢٠٤ وجاء فيه "فلا يمين إن تجردت ولا تنقلب إلى من نكلا". أي كلا من دعوى الإحصان وما بعده إذا أتى المدعى فيها بشاهد واحد أو تجردت عن البينة بأن عجز المدعى عن إقامتها، فلا يمين فيها على المنكر لخلوها عن المال وعما يؤول إليه. والقاعدة عند المالكية أن "كل دعوى لا تثبت الا بشاهدين فلا يمين بمجردها ولا ترد اليمين على الخصم الآخر"، كالنكاح والطلاق والنسب والولاء والرجعة وغيرها من أحكام الأسرة، أو من أحكام الأبدان كالقتل العمد وغيره ويلحق بذلك الاسلام والردة والبلوغ والجرح والتعديل. ولو أقام المدعي شاهدا واحدا، إذ لا ثمرة لتوجهها على المنكر، فلو توجهت عليه ونكل لم يقض بالشاهد والنكول في النكاح. حاشية الدسوقي- ج٢ ص ٣٢٩. الشرح الصغير- ج ٢ ص ٤٨٨. الشرح الكبير- ج ٢ ص٢٠٠.
هذا في حال حياة المنكر، أما اذا مات وحلف المدعي مع شاهده هل يثبت الميراث له أم لا؟ في المذهب قولان. القول الأول هو لابن القاسم، أنه يثبت الميراث لأندعوى الزوجية بعد الموت آلت الى مال، وكل دعوى مال تثبت بالشاهد واليمين، ولاصداق لها، لأنه من أحكام الحياة. والقول الثاني لأشهب أنه لا يثبت الميراث، =

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول: استدل أصحاب هذا المذهب على أن المدعى عليه المنكر يستحلف في النكاح بما يأتي:

١ ـ الكتاب: قوله تعالى: "والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين".وقوله تعالى: "ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين"(١).

وجه الدلالة: دلت الآيات الكريمة أن الشهادة بالله هي اليمين، وأن الله تعالى أجرى اليمين في اللعان وهو حكم من أحكام الزوجية والمفارقة فيها، وهي ليست بمال ولا المقصود منها المال(٢).

٢ ـ السنة:

ـ روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "لو يعطى الناس بدعواهم لا دعي رجال دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه".

ـ وعنه أيضاً عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر".

وفي رواية أخرى " البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه"(٣).

وجه الدلالة: أفاد الحديثان جواز استحلاف المدعى عليه إذا توجهت إليه اليمين، متى عجز المدعي عن إقامة البينة المثبتة لحقه، وذلك في الحقوق العامة. والحديث الأول ظاهر في دعوى الدماء والأموال، إذ نص عليها فيها، والحديث الثاني عام لا مخصص له فيبقى على عمومه(٤).

ـ ما أخرجه البيهقي وغيره أن "ركانة بن يزيد طلق امرأته ثم أتى رسول الله عليه وسلم فقال:" إني طلقت امرأتي البتة، والله ما أردت إلا واحدة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: والله ما أردت إلا واحدة؟ فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، وطلقها الثانية في زمان عمر بن الخطاب والثالثة في زمن عثمان"(٥).

وجه الدلالة: كما قال الشافعي أن رسول الله عليه وسلم إذا أحلف ركانة في الطلاق فهو يدل على

= لأنه فرع الزوجية وهي لا تثبت بالشاهد و اليمين، ولا يثبت الفرع والأصل باطل. حاشية الصاوي- ج ٢ ص ٤٨٩. شرح الخرشي- ج ٣ ص ١٣٢، ١٣٣.

(١) سورة النور- آية من٦ الى ٨ .

(٢) مختصر المزني- ج ٥ ص ٢٥٥، ٢٥٦ .

(٣) مضى تخريجهما.

(٤) الحاوي - ج ١٢ ص ١٤٨.

(٥) سنن البيهقي- كتاب الشهادات-ج١٠ ص ١٨١. أبو داود-كتاب الطلاق-ج١ ص٥١١. الترمذي-كتاب الطلاق واللعان- ج٤ ص٤٨٠ رقم(١١٧٧). الدارقطني-كتاب الأقضية- ج ٤ ص ٣٣. الفتح الرباني في ترتيب مسند أحمد- ج١٧ ص٤ رقم(٦).

أن اليمين في الطلاق كما هي في غيره[1].

نوقش هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن حديث ركانة هذا فيه ضعف ومضطرب، ففي إسناده الزبير بن سعيد الهاشمي، وقد ضعّفه غير واحد من أهل العلم، وقيل أنه متروك، وذكر الترمذي أنه سأل البخاري عن هذا الحديث فقال أن فيه اضطراب، وأنه يضطرب فتارة يقال فيه ثلاثا، وتارة قيل واحدة. وهو مع ضعفه واضطرابه معارض بما روى ابن عباس أن طلاق الثلاث كانت واحدة وهو أصح اسنادا وأوضح متنا[2].

الوجه الثاني: على فرض صحة حديث ركانة فإنه قاصر على دعاوى الطلاق، فلا يلحق به غيره، فضلا عن خصوصية النكاح في اشتراط الشهادة للإنعقاد .

- ماروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "إذا ادعت المرأة طلاق زوجها، فجاءت على ذلك بشاهد عدل استحلف زوجها، فإن حلف بطلت شهادة الشاهد، وإن نكل فنكوله بمنزلة شاهد آخر وجاز طلاقه"[3].

وجه الدلالة: الحديث صريح في استحلاف الزوج في دعوى الطلاق، فيلحق بها غيرها من دعاوى الزوجية[4].

اعترض على هذا الاستدلال بأن الحديث ضعيف، فلا تقوم به حجة[5].

٣_القياس: الدعوى في النكاح حيث قاسوا النكاح على سائر الأحكام بجامع ثبوتها بالدليل القاصر مع الشبهة، فكما توجه اليمين مع وجود الشبهة في القصاص والأموال، كذلك توجه في النكاح وغيره مع وجود الشبهة[6].

ويعترض على هذا الاستدلال بأن القصاص لا يثبت باليمين، لقيام الشبهة فيها، أما الأموال فيثبت على خلاف الأصل، وما ثبت على خلاف الأصل، فلا يقاس عليه غيره.

٤- المعقول: إن الدعوى في النكاح وهو من حقوق العباد غير المالية، والتي لا يقصد منها المال دعوى صحيحة في حق لآدمي، فجاز أن يحلف فيها المدعى عليه شأنها شأن الدعوى بالحقوق

---

(١) سنن البيهقي- نفس الموضع.

(٢) نيل الأوطار- ج ٣ ص ٦٨٦ .

(٣) سنن ابن ماجه- كتاب الطلاق- باب الرجل يجحد الطلاق- ج١ ص٦٥٧ رقم (٢٠٣٨). سنن الدارقطني-كتاب الطلاق والخلع والايلاء وغيره- ج ٤ ص ٦٤ رقم (١٥٥).

(٤) الطرق الحكمية - ص ١٥٧ .

(٥) حيث أنكره أبو حاتم الرازي في العلل- ج١ ص ٤٣٢. وضعفه الألباني في سلسلة الأحاديث الضعيفة- ج٥ ص٢٣٩ رقم(٢٢١٠).

(٦)بدائع الصنائع- ج٨ ص ٣٩٢٨. تكملة فتح القدير- ج٦ ص ١٦٢. تبيين الحقائق- ج ٤ ص٢٩٧.

المالية. كما أن ضابط من يحلف: أنه كل من توجهت عليه دعوى لو أقر بمطلوبها ألزم به فأنكر، يحلف عليه ويقبل منه.

كما أن نكول المدعى عليه بمثابة إقرار، فلو كان صادقا لأدى اليمين الصادقة إقامة للواجب، ودفعا للضرر عن نفسه، والإقرار يجري في هذه الأشياء، كما أن النكول يجري فيها أيضا، وإذا جرى النكول فيها فإن المدعى عليه يستحلف فيها أيضا الحصول فائدة الاستحلاف وهي القضاء بالنكول كما في سائر مواضيع الإستحلاف(١).

أدلة القول الثاني: واستدل أصحاب المذهب الثاني على أن المدعى عليه لا يستحلف في النكاح، بما يأتي:

١- أن النكاح لا يثبت إلا بشهادة رجلين، فلا تعرض فيه اليمين على المدعى عليه كالحدود(٢).

اعترض على هذا الدليل بأن قياس النكاح على الحدود هو قياس مع الفارق، ذلك أن الحدود تدرأ الشبهات، أما حقوق العباد مثل النكاح فلا تؤثر فيها الشبهة. فضلا عن أن ثبوت النكاح بشهادة رجلين محل خلاف بين الفقهاء كما سبق ذكره.

٢- أن النكاح لا يدخله البدل، وإنما تعرض اليمين فيما يدخله البدل. فالمدعى عليه مخير بين أن يحلف أو يسلم، وإذا كان لا يدخله البدل، فلا يستحلف فيه المدعى عليه كحقوق الله تعالى(٣).

٣- إن فائدة الإستحلاف هو القضاء بالنكول، والنكول بذل وقطع للخصومة بها، فلما لم يجر البذل في النكاح فلا يستحلف المدعى عليه فيه لعدم الفائدة في الإستحلاف وصيانة عن الكذب الحرام(٤).

ويترتب على ذلك أنه لو ادعى رجل على أنه تزوجها أو ادعت امرأة على رجل أنه تزوجها وأنكر المدعى عليه منهما ولا بينة لأحدهما، فلا يمين عليه، لأنه لا يصح للمرأة أن تبذل نفسها للرجل.

واعترض على هذا الدليل، بأن النكول ليس بذلا وإنما لقرار فيه شبهة، وحقوق العباد تثبت مع الشبهة(٥).

وقد استثنى المالكية النكاح من الحقوق غير المالية والتي لا يقصد منها المال والتي إذا أقام المدعى فيها شاهدا واحدا جاز له استحلاف المدعى عليه، وذلك بحجة أن النكاح الغالب فيه

---

(١) المغنى - ج٩ ص ٢٣٨.

(٢) المغنى - ج١٢ ص ١٦٢.

(٣) المغنى - ج ٨ ص ٢٣٨، وجاء فيه "ومن ادعى زوجية امرأة فأنكرته ولم تكن له بينة فرّق بينهما".

(٤) نتائج الأفكار – جـ ٦ ص ١٦٥، ١٦٦ وفيه قال البابرتي: "لا يقال إن أبا حنيفة ترك الحديث المشهور بالرأي، وهو لا يجوز، لأن أبا حنيفة لم ينف وجوب اليمين فيها، ولكنه يقول لما لم تحقق اليمين فائدتها – وهو القضاء بالنكول- لكونه بذلا لا يجري فيها سقطت كسقوط وجوب الصلاة عن معذور لا يتحقق منه أداء الصلاة لفواة المقصود".

(٥) د. أحمد فراج حسين – أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي – ص ٤٣٢.

الشهرة، وشهادة الواحد فيه فيها ريبة، بالاضافة إلى شهود العقد فيه، ولأن النكاح لايصح إلا بشهادة رجلين، فلا يثبت إلا بهما[1].

الترجيح:

بعد استعراض ما ذهب إليه الفقهاء في هذه المسألة وما استدلوا به على ذلك وما اعترض به على بعض الأدلة، وما أجيب به عنها، فإنه يترجح في نظري ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من عدم جواز الإستحلاف في النكاح، وذلك لما استدلوا به على مذهبهم من أن الغالب في الزواج الشهرة بين الأهل، واستفاضة خبره بينهم، فيكون عجز المدعي عن إقامة بينة لإثبات دعواه قرينة على كذب المدعي وعدم جدية دعواه.

كما أن الأصل في الأبضاع التحريم، فلا تحل إلا بيقين من شهادة أو إقرار أو نحوهما، ولا يشرع فيها الإستحلاف، لأن النكول يورث شبهة ومن ثم لم يكن القضاء به في النكاح حجة. وإنما لم يعتد بيمين المدعى (اليمين الجالبة) لأنه لا يصدق في دعواه إلا بينة كالشهادة وإقرار المدعى عليها لحديث النبي صلى الله عليه وسلم "لو يعطى الناس بدعواهم.... الحديث". وقد يقال بأنه قد عمل بالشطر الأول من الحديث في إثبات الدعوى بالبينة. فلماذا لا يعمل بالشطر الثاني منه "وهو القضاء باليمين على من أنكر" في دعاوى النكاح؟

يجاب على ذلك بأنه قد رود ما يخصص العمل بقاعدة "اليمين على من أنكر" وحصرها في بعض الدعاوى دون أخرى، إذ تم تقييدها في دعاوى الأموال ونحو ما ورد فيه دليل على ذلك. صحيح أن اليمين حجة باتفاق الفقهاء والأدلة على ذلك أكثر مما تحصى، إلا أن محل الخلاف ليس في حجيتها بوجه عام، وإنما في جواز توجيه اليمين في النكاح.

وأما ما يستدل به على جواز التحليف بحديث ركانه بن عبد يزيد واستحلافه صلى الله عليه وسلم له في الطلاق، فإن الحديث قاصر على دعاوى الطلاق، فلا يلحق به غيره، فضلا عن خصوصي النكاح في اشتراط الشهادة للإنعقاد.

---

(١) حاشية العدوي على شرح الخرشي- ج٧ ص ٢١٤. تبصرة الحكام- ج١ ص ١٩٧. الشرح الكبير- ج٢ ص ٢٠٠.

المطلب الرابع

النكول عن اليمين

إذا أقام المدعى بينة على دعواه في إثبات الزوجية حكم له بمقتضاها، وإن لم تكن له بينة، وأنكر المدعى عليه البينة. ووجهت إليه اليمين من القاضي بطلب من المدعى فنكل عنها، هل يحكم عليه بالنكول أولا؟ وهل يعتد بنكوله عن اليمين طريقا من طرق إثبات الزواج؟ وقبل ذلك سنبين حقيقة النكول وتكييفه.

الفرع الأول: حقيقة النكول

ونبين فيها معنى النكول عن اليمين، ومشروعيته.

أولا: التعريف بالنكول:

١- **النكول في اللغة:** الجبن والنكوص، ومصدره نَكَل ينكل: بمعنى نكص، من باب ضرب. وعصر وعلم، أي رجع عن شيء ناله أو عدو قاومه، أو شهادة أراد أداءها. أو يمين وجبت عليه. ويقال نكل الرجل عن الأمر وعن العدو وعن اليمين ينكل نكولا: إذا جبن عنه، والناكل: هو الجبان الضعيف. فكأنه من توجهت إليه اليمين وخشي عاقبة الحلف هابه وامتنع عنه[(١)].

٢- **النكول في اصطلاح الفقهاء:** عرف بعض الفقهاء النكول بأنه "امتناع من وجبت (اليمين) عليه أو له منها"[(٢)]. وكان لازما تقييد النكول بوقوعه أمام القضاء، شأنه في ذلك شأن الشهادة. لذلك وقع اختيارنا على التعريف الذي يرى أن النكول "هو امتناع من وجهت إليه اليمين عن الحلف في مجلس القضاء"[(٣)].

ثانيا: مشروعية النكول:

لم يرد في النكول نص من الكتاب أو السنة يقضي باعتبار النكول حجة وسببا من أسباب الحكم. فقال صاحب العناية على الهداية: اعترض بأن الإلزام بالنكول مخالف للكتاب والسنة والقياس، لأن الله تعالى قال: "واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكن رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء". فالقضاء بالنكول يخالفه وقال صلى الله عليه وسلم "البينة على المدعي واليمين على من أنكر" ولم يذكر النكول واليمين في جانب المدعى عليه في الإبتداء لكون الظاهر شاهدا

---

(١) لسان العرب- مادة نكل- ج ١٤ ص ٢٠١. القاموس المحيط- مادة نكل - ج ٣ ص ٦١. مختار الصحاح- مادة نكل- ص٦٧٩. المصباح المنير- مادة نكل- ج٢ ص ٢٩٦. أساس البلاغة - مادة نكل ص ٤٧٣.

(٢) شرح منح الجليل - جـ ٤ ص ٣٣٥. وقد احترز المصنف بقوله "من وجبت عليه اليمين" عن ذكر المدعى عليه، لأن اليمين كما تتوجه إلي المدعى عليه وهو الأصل، وتتوجه كذلك إلي المدعى بالرد.

(٣) د. أحمد فراج حسين - أدلة الإثبات في الفقه الإسلامي - ص ٤٤٠.

له.."[1]. وقال ابن حزم: "فإن لم يكن للطالب بينة وأبى المطلوب من اليمين أجبر عليها أحب أو كره بالأدب، ولا يقضى عليه بنكوله في شيء من الأشياء أصلا"[2].

وقد أجيب عن ذلك بأنه ليس في الكتاب والسنة ما يدل على نفي القضاء بالنكول، لأن تخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي الحكم عما عداه، وأن الإجماع يدل على جوازه، فإنه روي إجماع الصحابة على ذلك . وما روي عن علي رضي الله عنه أنه حلف المدعى بعد النكول عليه، فقد روي عنه خلاف ذلك إذ روي عن شريح رضي الله عنه أن المنكر طلب منه رد اليمين على المدعى، فقال: ليس لك إليه سبيل، وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه، فقال له علي "قالون" وهو بلغة أهل الروم: أصبحت، وإذا ثبت الإجماع بطل القياس[3].

كما أن طرق الحكم شيء، وطرق حفظ الحقوق شيء آخر، وليس هناك تلازم بينهما، فتحفظ الحقوق بما لا يحكم به الحاكم، ويحكم الحاكم بما لا يحفظ به صاحب الحق حقه، كالنكول ورد اليمين وغيره. وطرق الحكم أوسع من الشاهدين، والرجل والمرأتين، ودعوى المدعى إما أن تكون صحيحة فيقر بها المدعى عليه، وإما أن تكون كاذبة، وطلب منه اليمين، فعليه أن يحلف، فإن امتنع دل ذلك على أنه موافق على صدق الدعوى. ولما لم يقر بها صراحة اعتبر بنكوله مقرا معنى ودلالة، فيلحق بالإقرار في الحجية، لكن بشرط اتصال القضاء به، لأن حجيته دون حجية الإقرار[4].

الفرع الثاني: حكم القضاء بالنكول

اختلف الفقهاء في حكم القضاء بالنكول على خمسة أقوال[5]:

القول الأول: أنه من طرق الحكم، يقضي به على المدعى عليه، ولا ترد اليمين على المدعى، وبهذا قضى عثمان رضي الله عنه[6]، وهو مذهب الحنفية[7]، والمشهور من مذهب أحمد في

---

(١) شرح العناية على الهداية مع الفتح – جـ ٦ ص ١٥٩، ١٦٠.
(٢) المحلى – جـ ٩ ص ٣٧٢، ٣٧٣.
(٣) تبيين الحقائق - جـ ٤ ص ٢٩٥. شرح العناية على الهداية مع الفتح- جـ ٦ ص ١٥٩.
(٤) الطرق الحكمية – ص٧٨، ١٧٩، ١٨٠. مجيد حُميد السماكية– المرجع السابق – ص١٧١.
(٥) وينقسم النكول إلي قسمين: نكول حقيقي: وهو التعبير صراحة من الناكل برفض الحلف والإمتناع عن حلف اليمين في حالة وجوبها، فمتى ألزم القاضي المنكر باليمين ثم رفض، كأن يقول لا أحلف اليمين، يكون ناكلا. ونكول حكمي: ويكون في حالتين: إما سكوت من وجبت عليه اليمين شرعا دون أن يصرح بالامتناع عنها، وفي رأي البعض إذا عرضت عليه ثلاثا ورفض، وإما أن يدعى الشخص لمجلس القضاء للحلف فيمتنع عن الحضور.
(٦) الطرق الحكمية - ص ١٥٤.
(٧) المبسوط– جـ ٦ ص١٦٠. الهداية- جـ ٣ ص١٧٥. البحر الرائق– جـ ٧ ص٢٠٥. حاشية رد المحتار– جـ ٢ ص٢٠٢. معين الحكام- ص٩٥. شرح فتح القدير- جـ٦ ص١٥٥.

روايتين عنه[1].

القول الثاني: أن النكول وحده لا يكفي لثبوت المدعى به، بل ترد اليمين على المدعى، فإن حلف قضى له بما يدعيه، وإن نكل بطلت دعواه، وانقطعت المنازعة بينه وبين المدعى عليه.

وهذا مروي عن جمع من الصحابة منهم عمر وعلي والمقداد بن الأسود وأبي بن كعب وزيد بن ثابت، وهو قول الشعبي والنخعي وابن سيرين و الأوزاعي[2]، وهو مذهب مالك[3]، والشافعي[4]، وإحدى الروايتين عن أحمد[5].

القول الثالث: لا يقضي عليه النكول ولا الرد، ولكن يحبس المدعى عليه حتى يقر أو ينكر بحلفه.

وهذا قول لابن أبي ليلى وأحد الوجهين لأصحاب الشافعي. وقول في مذهب أحمد[6]. ومذهب ابن حزم في ذلك أن يجبر على اليمين أحب أم كره، بالضرب باليد أو بالسلاح إقامة للواجب وهو اليمين في ذمته وإزالة للمنكر[7].

القول الرابع: وهو أنه إذا كان المدعي متهما رد عليه اليمين، وإن لم يكن متهما قضى عليه بنكول المدعى عليه، وهذا القول محكي عن أبن أبي ليلى[8].

القول الخامس: أنه يحكم بالرد مع النكول في موضع، و بالنكول وحده في موضع، وهذا اختيار ابن تيمية وتلميذه ابن القيم[9].

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول: استدل أصحاب هذا المذهب بالسنة والآثار والإجماع.

أ- أما السنة: فمنها:

---

(١) الطرق الحكمية – ص ١٥٤. المغني - جـ ١٢ ص ١٢٤. الإقناع – جـ ٤ ص ٣٥٣.
(٢) الطرق الحكمية – نفس الموضع.
(٣) الذخيرة – جـ ١ ص ٧٧. تبصرة الحكام - جـ ١ ص ٢٢٥، ٣٦٥.
(٤) الأم – جـ ٥ ص ٢٥٥. مغني المحتاج – جـ ٤ ص ٤٦٨. السيوطي – الأشباه والنظائر – ص ٥٠٤.
(٥) الطرق الحكمية – نفس الموضع.
(٦) الطرق الحكمية – ص ١٥٦، ومراجع الشافعية أعلاه.
(٧) المحلى- جـ ٩ ص ٣٧٦. وقد نسب ابن القيم إلى ابن حزم وجماعة أهل الظاهر القول بالسجن، الطرق الحكمية – ١٥٦. وهذا غير وارد في كتاب المحلى، بل قد أفاد عدم جواز السجن بقوله: "وأما السجن فلا يختلف اثنان في أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يكن له قط سجن" – المحلى – جـ ٩ ص ٣٨٣. وظاهر كلامه أنه لا يقول بسجن الممتنع عن اليمين، وإنما اكتفى بإجباره عليها، بالأدب أحب أو كره ولا ترد اليمين عند ابن حزم إلا في ثلاثة مواضع فقط. الموضع الأول: هو القسامة، والموضع الثاني: هو الوصية في السفر لا يشهد عليها إلا كفار، والموضع الثالث: من قام له بدعواه شاهد واحد عدل أو امرأتان عدلتان فيحلف ويقضي له، فإن نكل حلف المدعى عليه وبرئ، فإن نكل أجبر على اليمين أبدا.
(٨) الطرق الحكمية - ص ١٦٣.
(٩) المرجع نفسه - ص ١١٦.

١- ما رواه مسلم وأحمد عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: " "لو يعطى الناس بدعواهم لا دعي رجال دماء رجال وأموالهم ولكن اليمين على المدعى عليه"[١].

وجه الدلالة: دل الحديث على أن جنس اليمين على المنكر، لأن الألف واللام لاستغراق الجنس. وإذا كانا للاستغراق فلا تبقى يمين توجه إلى المدعى، ونظير ذلك قوله صلى الله عليه وسلم "الأئمة من قريش"[٢].

٢- ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: "البينة على المدعي واليمين على من أنكر"[٣].

وجه الدلالة: قسم بين البينة وبين اليمين فجعل جنس البينة على المدعى عليه، وجنس اليمين على المنكر، ومعلوم أن القسمة تنافى الشركة، كما أن الألف واللام تدل على الإستغراق. فيكون جنس البينة في جانب المدعى ، وجنس اليمين في جانب المدعى المنكر، ولا يمين بذلك في جانب المدعى كما لا تطالب البينة من المنكر[٤].

ب- أما الآثار:

١- ما رواه سالم بن عبد الله أن أباه عبد الله بن عمر باع عبداً له ثمانمائة درهم بالبراءة الأصلية، ثم إن صاحب العبد خاصم فيه ابن عمر إلى عثمان بن عفان .

فقال عثمان لابن عمر: احلف بالله لقد بعته وما به من داء علمته، فأبى ابن عمر أن يحلف، فرد عليه العبد[٥].

وجه الدلالة: هذا الأثر ظاهر الدلالة في أن النكول حجة في القضاء به على المدعى عليه، فحكم عثمان على ابن عمر في العبد الذي كان باعه بالبراءة ورده عليه عثمان حين نكل عن اليمين، ولم ينكر ابن عمر حكمه ذلك، ورآه لازما له. وعثمان بن عفان وابن عمر إمامان من أعلم الصحابة بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وبمعنى حديثه منها[٦]. وفي هذا دلالة على مشروعية

---

(١) مضى تخريجه.

(٢) البيهقي-كتاب جماع أبواب موقع الامام والمأموم- ج٣ ص١٢١ رقم(٥٠٨١). مسند أحمد- ج٣ ص١٢٩ رقم (١٢٣٢٩). مصنف ابن أبي شيبة- ج٦ ص٤٠٢ رقم (٣٢٣٨٨).

(٣) مضى تخريجه.

(٤) الهداية- جـ ٣ ص ١٧٥. شرح فتح القدير- جـ٦ ص١٥٥. واعترض على استدلالهم بحديثي ابن عباس بأن المراد منهما بيان ما يجب ابتداء على المدعيين، فالمدعى يطالب بالبينة والمدعى عليه يطالب باليمين، أما إذا عوز المدعى البينة ووجهت اليمين إلي المدعى عليه وأنكر، فهل ترد اليمين إلي المدعى أو لا ترد، فهذا شيء لم يتعرض له الحديث بنفي أو إثبات، ويتعين النظر فيه إلى المصادر الأخرى، ومن ثم فلا معنى لدعوى الإستغراق في هذين الدليلين. د.أحمد عبد المنعم البهي – المرجع السابق - ص ٦٣.

(٥) الطرق الحكمية – ص ١٥٤.

(٦) المرجع نفسه – ص ١١٤.

القضاء بالنكول وعدم رد اليمين على المدعي .

وقد اعترض على قصة ابن عمر رضي الله عنه من وجهين:

الوجه الأول: أنها معارضة بالرواية الأخرى التي لا تفيد أن ابن عمر ارتجع العبد ولم يسترده بحكم من عثمان[1] . مما يدل على عدم القضاء بالنكول، ومتى تعارضت الروايتان ولا مرجح لإحداهما على الروايتين على الأخرى، سقط الإستدلال بهما بناء على أن الدليل إذا تطرق إليه الإحتمال بطل به الاستدلال.

الوجه الثاني: أنها لو سلمت من المعارض، فهي مذهب صحابي[2] .

ويجاب عن هذين الوجهين من الاعتراض، بأن الرواية الثانية لم تثبت ولم نجد لها أثرا في كتب السنن، كما أن قول الصحابي إذا لم يعلم له مخالف فهو حجة على الصحيح، فكيف وهو قول أعلم الصحابة بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم.

٢- ما روي أن عمر رضي الله عنه قضى بالطلاق على الزوج في قوله لزوجته "حبلك على غاربك" عند نكوله عن اليمين على عدم إرادة الطلاق[3] .

واعترض بما استدلوا به عن عمر بأنه قد روي عنه أيضا في مسألة أخرى ما يخالف هذا الرأي، فحكم برد اليمين على المدعى.

٣- وما روي عن المغيرة عن الحارث أنه قال: نكل رجل عند شريح عن اليمين فقضى عليه، فقال: أنا أحلف. فقال شريح: قد مضى قضائي[4] .

ج- وأما الإجماع: فقد قالوا إن عثمان قضى بالنكول ولم يعلم له من مخالف من الصحابة، قال صاحب البدائع: "قضى شريح بالنكول وكان قضاؤه إجماعا منهم على جواز القضاء بالنكول"[5] .

وقد نوقش هذا الإجماع بأن عثمان كان له مخالفون من الصحابة، منهم عمر والمقداد وابن عمر، أما شريح وكون قضاؤه لا يخفى على أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم، فإن الإمام علي قد عاصر شريحا في الكوفة وصح عنه القول برد اليمين.

وعلى فرض التسليم بعدم وجود منكر من الصحابة على قضاء عثمان وشريح فإن هذا لا يصلح

---

(١) المحلى- ج ٩ ص ٣١٦ .

(٢) د.أحمد عبد المنعم البهي- المرجع السابق- ص ٦٣. أنظر أيضا مناقشة ابن حزم لهم في استدلالهم بقضاء عثمان. المحلى- ج ٩ ص ٣٧٦.

(٣) المبسوط – ج ١٧ ص ٣٤. تبيين الحقائق- ج ٤ ص ٢٩٦ .

(٤) المحلى- نفس الموضع.

(٥) بدائع الصنائع- ج ٨ ص٢٣٠. المبسوط-ج٧ ص ٣٤. تبيين الحقائق- ج ٤ ص ٢٩٥ . نصب الراية-ج٤ ص١٠١

مستندا لدعوى الإجماع، لأن شرط تحقق الإجماع العلم بعدم المخالف لا عدم العلم بالمخالف[1].

وأما المعقول: فلأن نكول المدعى عليه عن اليمين دليل صدق المدعى بدعواه، فيقضى له كما لو أقام بينته. ولأن النكول يدل على الإقرار من المدعى عليه، لأنه لو كان صادقا في رد الدعوى لبرّأ نفسه باليمين، فإذا نكل عنه كان حكمه حكم المقر فيقضى عليه بذلك، وإذا كان رعايته لحقوقه قد يحمله على اليمين الكاذبة صيانة لها، فكيف لا يحمله على اليمين الصادقة وهو بار فيها[2].

ويمكن مناقشة استدلالهم بالمعقول بكون أن النكول يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة. ومن ثم فلا يقوم للنكول حجة مع هذا الإحتمال[3].

أدلة القول الثاني: استدل أصحاب هذا المذهب على أن النكول وحده لا يكفي بل ترد اليمين على المدعى بالكتاب والسنة والمعقول.

أ- فأما الكتاب: فقوله تعالى في آية الوصية " يأيها الذين آمنوا شهادة بينكم اذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم..الآية"[4].

وجه الدلالة: الآيات نص صريح على مشروعية رد اليمين من الجهة التي شرعت فيها أولا وهى الشاهدان إلى غيرهما، كما دلت أيضا على جواز رد اليمين من المدعى عليه إلي غيره[5].

واعترض على هذا الاستدلال بان الآية منسوخة حكما بآية "ممن ترضون من الشهداء"، كما قال المالكية والشافعية ولم يقبلوا شهادة الكافر على المسلم مطلقا في الحضر وفي السفر، فكيف يستدلون بها في رد اليمين.

وقد نوقش الاستدلال بهذه الآية من عدة أوجه:

الوجه الأول: أن الآية منسوخة بقوله تعالى "ممّن ترضون من الشهداء". فلا يصح الإستدلال بها للشافعية والمالكية، لأنهم لم يجوزوا العمل بها فيما جاءت به من قبول شهادة الكافر على المسلم حضرا أو سفرا، ومنعهم العمل بها في موضعها، يجعل استدلالهم بها هنا غير صحيح[6].

وأجيب على هذا الاعترض بأن القول بالنسخ مع التسليم به إنما هو في شهادة الكافر على المسلم،

---

(١) د.أحمد عبد المنعم البهي – المرجع السابق - ص ٦٤.

(٢) بدائع الصنائع- جـ ٨ ص ٢٣٠. معين الحكام- ص ٩٧ ،هذا فضلا عن ما ذكرناه من مصادر ضمن الاستدلال على مشروعية القضاء بالنكول فيما تقدم أنظر ص ١٥١ وما بعدها.

(٣) د.أحمد عبد المنعم البهي – المرجع السابق - ص ٦٥.

(٤) سورة المائدة - آية ١٠٦، ١٠٨ .

(٥) الأم - جـ ٥ ص ٢٥٥. مغني المحتاج- جـ ٤ ص ٤٧٧. روضة الطالبين- ج ٨ ص ٣٢٢ .

(٦) السايس - تفسير آيات الأحكام- ج٢ ص ٢٢٦ .تفسير القرطبي- ج ٦ ص ٣٥٠ .

أما بقية الآية فلم تنسخ، خاصة وأن نسخ آية دون آية جائز [1] ، وعلى ذلك يجوز نقل اليمين من المدعى عليه إلى المدعى.

ويرد على هذا الجواب بأن الآية جاءت على خلاف الأصل بتحليف الشهود، وما جاء على خلاف الأصل لا يعدى حكمه إلي غيره، لأن من شرائط القياس ألا يكون حكم الأصل معدولا به عن سنن القياس [2] .

الوجه الثاني: على فرض التسليم بأن الآية محكمة ليست منسوخة، فإن الإستدلال بها في موضوع النزاع لا يستقيم، لأنها لا تدل على رد اليمين على المدعى في حالة نكول المدعى عليه لا صراحة ولا دلالة، وغاية ما تفيده أن شاهدين يقومان مقام شاهدين آخرين ظهر إثمهما بعد الحلف، فيحلفان ويستحقان .

الوجه الثالث: أن الآية خاصة بالوصية في السفر للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

ب- ومن السنة :

١- ما رواه الدارقطني والحاكم في مستدركه عن الليث بن سعد عن نافع ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين على طالب الحق [3] .

وجه الدلالة: دل الحديث على رد الرسول اليمين على طالب الحق، وعدم الإعتداد بالنكول وحده طريقا للقضاء. ولو كان القضاء بالنكول جائزا لما رد النبي صلى الله عليه وسلم اليمين على طالب الحق [4] .

وقد نوقش استدلالهم بالحديث من وجهين:

الوجه الأول: أن الحديث ضعيف ضعفه غير واحد من العلماء، لأن في إسناده محمد بن مسروق وهو لا يعرف، وإسحاق بن الفرات وهو مختلف فيه [5] .

الوجه الثاني: أن ابن عمر راوي الحديث خالفه، وهذا دليل على ضعف الحديث [6] .

وأجيب عن الوجه الأول من الإعتراض بأن تضعيف الحديث بالطعن في إسحاق مردود بتوثيق رجال الحديث له، كالحافظ ابن حجر في تهذيب التهذيب، وغيره [7] .

---

(١) الشافعي-أحكام القرآن- ج ٢ ص ١٥٤ .
(٢) الآمدي – الإحكام في أصول الأحكام- دار الكتب العلمية- دون ذكر تاريخ طبع- جـ ٣ ص ٩.
(٣) سنن الدارقطني- كتاب الأقضية-ج٤ ص٢١٣ رقم (٣٤). مستدرك الحاكم- كتاب الأحكام- رقم(٧١٥٧).
(٤) المهذب- ج ٢ ص ٣٠٢. مغني المحتاج- ج٤ ص٤٧٧. المغني ج٩ ص٢٣٥. الطرق الحكمية- ص ١١٩.
(٥) أنظر تعليق أبي الطيب آبادي في حواشي سنن الدارقطني- ج٣ ص ٢١٣. .
(٦) المغني مع الشرح الكبير- جـ ١٢ ص ١٢٥.
(٧) ابن حجر العسقلاني- تهذيب التهذيب-دار صادر -بيروت -١٣٢٥ هـ ١٩٦٨م -جـ ١ ص ٢٤٦ .

أما ماقيل عن الوجه الثاني من الإعتراض من مخالفة ابن عمر لمرويه، وهو الأثر المروي عن سالم أن ابن عمر باع غلاما له بالبراءة، فوجهت إليه اليمين فأبى أن يحلف، فحكم عليه عثمان بن عفان برد العبد. وهذه الرواية معارضة بما رواه مالك عن أنس عن يحيى بن سعيد الأنصاري عن سالم بن عبد الله أن ابن عمر أبى أن يحلف وارتجع العبد[1]. وهذه الرواية تدل على أنه ارتجع العبد باختياره ولم يرده عليه عثمان لنكوله عن اليمين ما في الرواية الأخرى. ومن هذا يظهر أن ابن عمر لم يخالف مرويه كما قالوا، ومع التسليم بما جاء في الرواية الأولى فإن ابن عمر أيضا لا يكون مخالفا لمرويه، وذلك لأنه كان مدعى عليه وامتنع عن الحلف ولا مخالفة في ذلك لما روى. وحتى لو سلمنا أن ابن عمر قد خالف مرويه، فإن هذا لا يعد طعنا في صحة الحديث، لأن المعول عليه عند أهل الحديث قبول رواية الراوي وإن خالف ما روى، لأن ذلك قد يكون عن اجتهاد منه.

٢- ما رواه الشيخان وغيرهما من حديث سهل بن أبي حثمة ورافع بن خريج أنهما قالا: "خرج عبد الله بن سهل الأنصاري، ومحيصة بن مسعود بن زيد، حتى إذا كانا بخيبر تفرقا في بعض ما هنالك، ثم إذا ومحيصة بن مسعود بن زيد، يجد عبد الله بن سهل قتيلا، فدفنه، ثم أقبل إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم هو وحويصة بن مسعود وعبد الرحمن بن سهل وكان أصغر القوم، فذهب عبد الرحمن يتكلم قبل صاحبيه، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: كَبّر (الكبر في السن) فصمت، فتكلم صاحباه وتكلم معهما، فذكروا رسول الله مقتل عبد الله بن سهل، فقال لهم: "أتحلفون خمسين يمينا فتستحقون صاحبكم (أو قاتلكم) قالوا: وكيف نحلف ولم نشهد؟ قال: فتبرئكم يهود بخمسين يمينا. قالوا وكيف نقبل أيمان قوم كفار؟ فلما رأى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى عَقْلهُ"[2].

وجه الدلالة: دل الحديث على جواز رد اليمين من المدعى إلى المدعى عليه. وذلك ظاهر في رد النبي صلى الله عليه وسلم اليمين عمن شرعت في حقه أولاً[3].

واعترض على وجه الدلالة من الحديث بعدة أوجه:

الوجه الأول: أن الاستدلال بالحديث في غير موضع النزاع، لأن الحديث أفاد توجيه اليمين على المدعيين أولا وردها على المدعى عليهم عند نكول الأولين.

الوجه الثاني: ما قاله ابن القيم "إن حديث القسامة عرض الأيمان على المدعين أولا وردها على المدعى عليهم عندما امتنعوا عن أدائها وموضوع النزاع في اليمين التي تطلب من المدعى بعد

---

(١) الطرق الحكمية- ص ١١٤. المحلى- جـ ٩ ص ٣٧٦.

(٢) صحيح البخاري مع الفتح- كتاب الأدب- باب إكرام الكبير ويبدأ الأكبر بالكلام والسؤال- ج ١٢ ص ٧٣٢٦ رقم (٦١٤٢، ٦١٤٣). صحيح مسلم بشرح النووي- باب القسامة- ج٦ ص ١٥٨ رقم (١٦٦٩). الترمذي- أبواب الأحكام- باب ماجاء في القسامة- ج٢ ص ٤٣٦ رقم (١٤٤٤).

(٣) الذخيرة- جـ ١١ ص٧٧. الطرق الحكمية- ص ١١٥.

نكول المدعى عليه عنها".

الوجه الثالث: أن ما جاء على خلاف القياس، فغيره عليه ولا يقاس، فضلا عن أن هناك فرقا بين الأيمان في هذا الحديث وموضوع النقاش، كون أن الأيمان التي تتوجه على المدعين في القسامة خمسون يمينا، وأما اليمين التي هي موضوع النزاع فإنها يمين واحدة. ومن ثم فلا وجه لقياس القسامة على موضوع النقاش[1].

ج- ومن الأثر: استدلوا أيضا بما رواه البيهقي ويره من حديث مسلمة بن علقمة، عن داود بن أبي هند عن الشعبي أن المقداد استقرض من عثمان سبعة آلاف درهم، فلما تقاضاه قال: إنما هي أربعة آلاف، فخاصمه إلى عمر، فقال المقداد احلف أنها سبعة آلاف، فقال عمر: أنصفك، فأبى ن يحلف، فقال عمر، خذ ما أعطاك[2].

وجه الدلالة: يفهم من الأثر أن المقداد وجهت إليه اليمين بوصفه مدعى عليه، فنكل عنها وطلب ردها على المدعى وهو عثمان، وأقره عمر على ذلك رضي الله عن الجميع، ولم يقض على المقداد بنكوله عن اليمين. وفي ذلك دلالة على أنه لابد من رد اليمين على المدعى، ولا يقضي به بمجرد النكول. قال أبو عبيد: فهذا عمر قد حكم برد اليمين، ورأى ذلك المقداد، ولم ينكره عثمان فهؤلاء ثلاثة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم علموا برد اليمين، ونقل عن شريح وغيره مثل ذلك[3].

واعترض على هذا الأثر من حيث السند والدلالة.

أما من حيث السند فقال البيهقي أن إسناده صحيح إلا أنه منقطع، وقال الإمام أحمد وغيره، أن مسلمة ابن علقمة ضعيف ويروي عن داود بن أبي هند مناكير[4]. وذكر ابن حزم أن "أثر عثمان لا يصح، لأنه من طريق الشعبي، والشعبي لم يدرك عثمان والمقداد، فكيف عمر"[5].

أما من حيث الدلالة: فالأثر لا حجة فيه لأن فيه ذكر الرد من غير نكول المدعى عليه[6].

د- أما من المعقول: فهو أن نكول لمدعى عليه دليل ظاهر على صدق المدعى في دعواه.

فتشرع اليمين في حقه كما شرعت اليمين في جانب المدعى عليه قبل نكوله، فإذا حلف ترجح

---

(١) الطرق الحكمية – ص ١١٦.
(٢) البيهقي- كتاب الشهادات -باب النكول والرد على المدعى – جـ ١٠ ص١٨٤ .
(٣) الطرق الحكمية - ص ١١٥. الذخيرة - جـ ١١ ص ٧٧.
(٤) الطرق الحكمية - ص ١٥٨.
(٥) المحلى - جـ ٩ ص ٣٨١.
(٦) بدائع الصنائع - جـ ٨ ص ٢٣٠.

جانبه[1].

وقد نوقش هذا الاستدلال بأنه إذا كان نكول المدعى عليه يظهر صدق المدعى لما كنا في حاجة إلى رد اليمين على المدعى. كما أن نكول المدعى عليه يحتمل التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة، وبقيام هذا الاحتمال بطل الاستدلال[2].

دليل القول الثالث: استدل أصحاب هذا المذهب على أنه لا يقضي بالنكول ولا بالرد، وإنما يحبس المدعى عليه حتى يجيب بإقراره و ينكر، لدى البعض. وبالضرب لبعض آخر، استدلوا لقولهم بأن المدعى عليه قد وجب عليه أحد الأمرين إما الإقرار، وإما الإنكار، فإذا امتنع من أداء الواجب عوقب بالحبس ونحوه حتى يؤديه قالوا: وكل من عليه حق، فامتنع من أدائه فهذا سبيله[3].

اعترض على هذا الدليل ، بأنه لا سند له في كتاب أو سنة، وإنما هو محض رأي، ولا تقوم به حجة لما استدل به المذهبان الأول والثاني.

دليل القول الرابع: وهو إذا كان المدعى متهما ردت عليه اليمن، فإذا لم يكن متهما قضى له بنكول خصمه، وهذا القول محكي عن ابن أبي ليلى. قال ابن القيم: "وله – أي هذا الرأي – حظ من الفقه، فإنه إذا لم يكن متهما غلب على الظن صدقه، فإذا نكل خصمه قوى ظن صدقه، فلم يحتج إلى اليمين، وأما إذا كان متهما لم يبق معنا إلا مجرد النكول فقويناه برد اليمين عليه، وهذا نوع من الاستحسان"[4].

وهذا القول وإن كان له وجه يستحسن به، فإنه لا سند له من كتاب أو سنة.

دليل القول الخامس: ويقضي هذا المذهب بالنكول في موضع، وبالرد في موضع، فكل موضع أمكن المدعي معرفته والعلم به، فرد المدعى عليه اليمين، فإنه إن حلف استحق، وإن لم يحلف لم يحكم له بنكول المدعى عليه، إذ المدعى عليه قد لا يكون عالما بصحة دعواه.

أما إذا كان المدعي لا يعلم ذلك، والمدعى عليه هو المنفرد بمعرفته، فإنه إذا نكل عن اليمين حكم عليه بالنكول، ولم ترد اليمين على المدعى. وهذا اختيار ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.

ومثل للأول بقضية عثمان والمقداد إلى عمر. فإن المقداد قال لعثمان: "احلف أن الذي دفعته إليّ سبعة آلاف وخذها"، فإن المدعى (المستقرض) يمكنه معرفة ذلك والعلم به، وكيف ادعى به؟ فإذا لم يحلف لم يحكم له إلا ببينة أو إقرار.

ومثل للثاني بقضية عبد الله بن عمر وغريمة إلي عثمان للذي قضى عليه أن يحلف أنه باع

---

(١) المغني - جـ ١٠ ص ١٠٤.
(٢) د. أحمد فراج حسين- أدلة الإثبات - ص ٤٤٩. د.أحمد عبد المنعم البهي– المرجع السابق- ص ٦٣.
(٣) الطرق الحكمية- ص ١٥٦.
(٤) المرجع نفسه- ص ١٦٣.

الغلام وما به داء يعلمه". وهذا مما يمكن أن يعلمه البائع فيحلف عليه دون المدعى، فإنه إنما استحلفه على نفي العلم: أنه لا يعلم به داء، فلما امتنع من هذه اليمين قضى له بنكوله[1].

الترجيح:

بالتأمل في أقوال الفقهاء وأدلتهم والمناقشات التي وردت على بعضها، يتبين أن الصواب هو القول الخامس بالتوفيق بين القائلين برد اليمين والقائلين بالقضاء بالنكول، وذلك بالقضاء هذا في موضع وبذاك في موضع. ولا شك أن التوجيه والتفصيل في المسألة على هذا النحو هو الحق.

الفرع الثالث: تكييف النكول عن أداء اليمين

اختلف الفقهاء- القائلون باعتبار النكول طريقا من طرق القضاء- في تكييفه الشرعي على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن النكول إقرار من المدعى عليه، ذهب إلى ذلك أبو يوسف ومحمد من الحنفية والحنابلة في رواية، والشافعية في الأظهر[2]. واحتج هؤلاء بأن النكول عن اليمين يدل على أن الناكل كاذب في إنكاره السابق ومقر في المعنى بما ادعاه المدعى، ولو كان صادقا لأقدم على اليمين إقامة للواجب وتحصيلا للثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم، ودفعا للضرر عن نفسه، وفي ذلك دفعا لتهمة الكذب عن نفسه، وإبقاء ماله على ملكه. فترك هذه الفوائد يدل على كذبه في إنكاره. وهذا الإقرار ليس كالصريح من حيث الحجية، فهو إقرار من حيث الدلالة، وحجيته قاصرة فيها شبهة العدم، لذا لم يعتد به في الحدود.

ولا وجه لحمل النكول على البذل، لأن النكول يصح ممن لا يصح منه البذل كالمكاتب والعبد والمأذون له في التجارة، ويصح في الدين ولا يجوز بذله، ولو كان بذلا لما صح ولا وجب.

القول الثاني: أن النكول بذل، ذهب إلى ذلك أبو حنيفة[3]. ووجه ما ذهب إليه أبو حنيفة، أنه لو جعل النكول على معنى الإقرار، لكان في ذلك تكذيب للناكل في إنكاره، وفي ذلك تعريض للمسلم إلى أن يظن به الكذب، وهذا مما ينبغي أن يصان عنه المسلم، لذلك جعل النكول بذلا وإباحة قطعا للخصومة وتركا للمنازعة والإعراض عنها بلا تكذيب.

القول الثالث: أن النكول يقوم مقام البينة والشاهد لا مقام الإقرار والبذل. ذهب إلى ذلك الحنابلة في قول اختاره ابن القيم[4].

---

(١) الطرق الحكمية- ص ١١٦، ١٦٢.

(٢) بدائع الصنائع- ج ٨ ص ٣٩٣٣. الهداية على العناية بهامش الفتح- ج ٦ ص ١٥٨، ١٥٩. روضة الطالبين-ج ٨ ص٣٢٣. الطرق الحكمية- ص ١٦٣. أحمد إبراهيم بك- طرق الإثبات الشرعية-ص٣٨٣.

(٣) بدائع الصنائع- ج ٨ ص ٣٩٢٩. الهداية على العناية بهامش الفتح- ج ٦ – ص١٥٨. وتفسير البذل عند أبو حنيفة هو ترك المنازعة والإعراض عنها.

(٤) الإنصاف – ج ١١ ص ٢٥٦. الطرق الحكمية- ص ١٦٤.

واحتج ابن القيم على اختياره أن الإقرار إخبار وشهادة المرء على نفسه، فكيف يجعل مقراً شاهدا على نفسه بنكوله. والبذل إباحة وتبرع، وهو لم يقصد ذلك، ولم يخطر على قلبه، وقد يكون المدعى عليه مريضا مرض الموت، ولو كان النكول بذلا وإباحة اعتبر خروج المدعي من الثلث، كما أن النكول جار مجرى الشاهد والبينة، لأن "البينة" اسم لكل ما يبين الحق[1].

وبالنظر في طبيعة النكول وقيمته الاستدلالية في القضاء، فإننا نرى بأن النكول هو بينة ذا خصائص، وقيمة استدلالية متميزة[2]. فهو يتفق مع البذل والإقرار والشهادة في أشياء، ويفترق عنها في أشياء، فهو أدنى حجية من الإقرار، إذا الإقرار حجة قوية، والنكول حجة ضعيفة، ويقضى بالإقرار في الأموال والأبضاع والحدود، والنكول لا يقضى به في الحدود قولا واحدا، وفي الأبضاع خلاف - كما سيأتي قريبا- والنكول أقل حجية من الشهادة. بل لا يصار إليه إلا مع عدمها. فالإقرار والشهادة حجتان أصليتان والنكول بدل وخلف، فاختلف عنهما.

والنكول قد يتعارض مع اليمين، فإذا كان التعارض قبل القضاء بالنكول، بأن نكل المدعى عليه عن الحلف، ثم قال: أحلف – قبل القضاء بنكوله – فلا يقضى عليه بالنكول، بل يحلف[3].

الفرع الرابع: حجية النكول عن اليمين واليمين المردودة في إثبات النكاح

قد يدعي رجل على امرأة أنها زوجته أو تدعى امرأة على رجل أنه زوجها، وكانت الدعوى مستوفية كل شرائطها، فيسأل القاضي المدعى عليه أن يجيب عن دعوى المدعى، فإن أقر ثبتت الزوجية بإقراره، وإن أنكر طلب من المدعى البينة، فإن أحضر بينة مستوفية طلب الشروط، وشهد بما ادعى حكم القاضي بالزوجية، فإن لم يحضر المدعى بينة، أو كانت غير مكتملة، وطلب من القاضي استحلاف المدعى عليه، فهل يجيبه القاضي إلى طلبه فيمنع من دعواه إن حلف المدعى عليه، وإن نكل عن اليمين قضى عليه بالزوجية؟

ذهب الفقه في بحثه لهذه المسألة إلى فريقين:

---

(١) المراجع السابقة- نفس المواضع.

(٢) قال بهذا الرأي د. عبد الرحمن محمد عبد الرحمن- المرجع السابق – ص ٢٦٥.

(٣) كما اختلفوا في تكييف اليمين المردودة وحقيقة القضاء بها إلى ثلاثة أقوال:
القول الأول: أنها كإقرار الخصم، لأنه يتوصل بها إلى الحق بعد نكول المدعى عليه فأشبه إقراره، وهو مذهب الشافعية في الصحيح وقول عند الزيدية. القول الثاني: أنها بمنزلة البينة، لأن اليمين حجة المدعى عليه، والبينة تكون من المدعي ويستحق بها، وهو قول عند الشافعية. القول الثالث: أن القضاء يكون بالنكول واليمين المردودة معا، وهو مذهب المالكية، لأن الأصل عندهم اشتراط الاثنية في الإثبات كالشاهدين، والشاهد والمرأتين، والشاهد واليمين، ومثله الشاهد ونكول المدعى عليه، واليمين ونكول المدعى عليه، فإن نكل المدعى عن اليمين سقطت دعواه. أنظر في تفصيل ذلك: بداية المجتهد- ج٢ ص ٥٠٩. الفرروق- ج ٤ ص٩٢. تبصرة الحكام- ج ١ ص ٢٧٣. مغني المحتاج- ج ٤ ص٤٧٨. المهذب- ج ٢ ص٣٠٢.

الفريق الأول: ذهب أبو يوسف ومحمد من الحنفية[1]، أنه كما يجري الإستحلاف في النكاح، فيقضي فيه بالنكول أيضا، لأن فائدة الاستحلاف هو القضاء بالنكول، ولو كان المدعى عليه صادقا لحلف، والنكول عند الصاحبين إقرار، والنكاح يجري مجرى الإقرار[2]، رغم ما يكتنف ذلك من شبهة وظن، ولا ترد اليمين الى المدعي بل يقضى على المدعى عليه بثبوت النكاح بناء على نكوله. واستدلوا على ذلك بقول النبي صلى الله عليه وسلم: "ولكن اليمين على المدعى عليه"، فمتى نكل عليه برئت ذمة المدعى من إقامة البينة، وبما ذكروه من أحديث في حكم القضاء بالنكول، ولأن النكاح حق لآدمي فيجرى فيه الاستحلاف والنكول كالمال.

كما استدلوا على على عدم رد اليمين بأن اليمين حجة للدفع دون الإستحقاق، فلا يجوز للشخص أن يحلف يمينا ويستحق به حقا لقوله الله تعالى:" إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا أولئك لا خلاق لهم في الآخرة ولايكلمهم الله ولا ينظر إليهم ولايزكيهم ولهم عذاب أليم"[3]. وبذلك فلا يصح رد اليمين على المدعي لئلا يستحق بيمينه مال غيره.

واعترض على ذلك بأن الآية الكريمة تصف اليمين الكاذبة الآثمة الغموس التي يقتطع بها المرء مال أخيه ظلما وعدوانا، أما اذا كان صادقا فلا اثم ولا حرج في يمينه واستحقاقه بها، مثله في ذلك مثل المدعى عليه، فإن كان كاذبا فقد ارتكب كبيرة وإن كان صادقا فلا حرج فيها لحفظ ماله[4].

وقال الشافعي أن المدعى عليه إذا توجهت عليه اليمين يكون له الخيار في أداء اليمين أو ردها على المدعي والإحتكام إلى ذمته، ولا يلزم المدعى عليه النكاح بمجرد النكول، لأن الحق إنما يثبت بالاقرار والبينة، والنكول ليس بإقرار ولا بينة، ولكن ترد اليمين على المدعى، فمتى حلف ثبت النكاح[5].

الفريق الثاني: ذهب أبو حنيفة[6] إلى أنه لا يستحلف في النكاح، ومن ثم فلا يقضي فيه

---

(١) المبسوط- ج ١٦ ص ١٣٥. الهداية على العناية بهامش الفتح-ج٦ ص١٦٢. الفتاوي الهندية-ج ٤ ص١٥.

(٢) جاء في العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية- ج٢ ص ١٣ "إذا قضى بالنكول على شخص، ثم أراد أن يحلف لا يلتفت إليه والقضاء ماض على حاله، ولم يسمع بعد ذلك يمينه، لأن الحكم بالنكول بمنزلة الحكم بإقراره، والقاضي إذا سمع إقرار المدعى عليه بالحق لم يلتفت بعد ذلك إلى إنكاره، كذلك إذا حكم بنكوله".

(٣) سورة آل عمران - آية ٧٧ .

(٤) تفسير ابن كثير- ج ١ص ٣٧٥ . الطبري- جامع البيان عن تأويل آي القرآن- مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده- مصر- ط٢- ١٣٧٣هـ ١٩٥٤م- ج ٣ ص ٣٢١ .

(٥) الأم- ج ٥ ص ٢٥٥. مغني المحتاج- ج ٤ ص ٤٦٨. ومأذكره من الأدلة في حكم القضاء بالنكول .

(٦) الهداية- ج٣ ص١٧٦.المبسوط-ج١٦ ص١٣٨.وإذا كان المقصود دعوى المال، أو تدعى المرأة مع النكاح مالاً، وصورته أن تدعي المرأة على رجل أنه تزوجها وطلقها قل الدخول، ولها عليه نصف المهر، وأنكر الزوج، فيستحلف في ذلك بلاخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه، فإن نكل ثبت المال بالنكول لأنه دعوى مال وهو مما يجري فيه الاقرار والبذل. ويثبت معه النكاح عند الصاحبين، ولا يثبت عند أبي حنيفة. وقد يورد هنا =

بالنكول، لأن النكول عنده بذل، والأبضاع لا تباح بالبذل.

وهو مذهب مالك، حيث ذكر ابن القاسم في المدونة قول مالك في المرأة تدعى على زوجها أنه قد طلقها، فقال : لا أرى أن يحلف غلا أن تأتي بشاهد واحد[1]، فأبي مالك أن يحلف الزوج إذا ادعت المرأة قبله الطلاق إلا أن تأتي المرأة بشاهد واحد، فكذلك النكاح إذا ادعى قبلها نكاحا. فإن أقام الزوج على المرأة شاهدا واحداً أن فلانة امرأته وأنكرت المرأة ذلك، فهذا لم يحفظ عن مالك، ولكن مذهب المالكية أن إباءها اليمين لا يوجب القضاء له بالنكاح عليها[2].

وفي مذهب أحمد لا يقضى بالنكول في النكاح رواية واحدة[3].

واحتجوا لذلك بأن الأبضاع مما يحتاط فيها كالحدود، فلا تباح بالنكول ولا به وبيمين المدعى، والنكول ليس بحجة قوية، وإنما هو سكوت مجرد يحتمل أن يكون لخوفه من اليمين أو للجهل بحقيقة الحال أو للحياء من الحلف والتبذل في مجلس القاضي، ومع هذه الاحتمالات لا ينبغي أن يقضى به فيما يحتاط له، ويمين المدعى إنما هي قول نفسه لا ينبغي أن يعطى بها أمرا فيه خطر عظيم وإثم كبير، قد يتمكن بذلك وطء امرأة يحتمل أن تكون أجنبية منه.

وأما ما استدل به الفريق الأول من الحديث، فهو قد تناول الأموال والدماء، فلا يدخل النكاح فيه، ولو دخل فيه كل دعوى لكان مخصوصا بالحدود، والنكاح في معناه، بل النكاح أولى، لأنه لا يكاد يخلو من شهود، لأن الشهادة شرط في انعقاده أو يشتهر أمره فيشهد به بالإستفاضة، والحدود خلاف ذلك[4].

الترجيح:

والرأي الذي أراه صواباً إن شاء الله تعالى، هو ما ذهب إليه أبو حنيفة والمالكية والحنابلة في عدم القضاء بالنكول في النكاح، ذلك أن النكاح ومسائله غير المالية معصومة ومصونة، ويحتاط فيها ما لا يحتاط في غيرها من الأموال، كما أن الزواج لو ثبت بنكول المدعى عليه عن اليمين،

= اعتراض، وهو أن ثبوت الصداق يستلزم ثبوت النكاح، فكيف يتجه الحكم في المسألة الواحدة؟ أجيب عن ذلك: بأن ثبوت المهر في الواقع يستلزم ثبوت النكاح فيه، وأما ثبوته عند القاضي فلا يستلزم ثبوت النكاح عنده، لأن معنى ثبوته عنده ظهوره له، وقد عرف أن الحجج الشرعية مثبتة في علم القاضي مظهرة في الواقع، ولا يستلزم ظهور اللازم لجواز أن تقوم الحجة على الأول دون الثاني، كما في هذه المسألة بالذات، فعليه يلزم من المسألة المذكورة ثبوت المهر عند القاضي بدون ثبوت النكاح عنده، ولا محذور فيه لعدم وجود الملازمة كما ظهر.الفتاوي الهندية-ج٤ ص١٥.الهداية على العناية بهامش الفتح-ج٦ ص ١٦٢.

(١) فإن أبى أن يحلف، هل تطلق عليه أم لا ؟ القول الراجح عند مالك الذي رجع إليه وهو المعتمد أنه لا تطلق بنكوله مع الشاهد، لكن يسجن الرجل حتى يحلف أو يطلق. وسيأتي تفصيل ذلك في إثبات الطلاق إن شاء الله تعالى.

(٢) المدونة - ج ١٣ ص٢٩٠. تهذيب المدونة- ج ٢ ص ٢٠٩. الذخيرة - ج ١٠ ص ٥٨.

(٣) كتاب الفروع- ج ١١ ص٢٧٣. المغني- ج ١٢ ص ١٦٢، ١٦٣. الإقناع - ج ٤ ص ٤٥٣.

(٤) شرح العناية على الهداية مع الفتح- ج ٦ ص ١٦٦.المغنى- ج ١٢ ص ١٦٣.

فهو نكاح فيه شبهة، والأحكام لا تثبت مع الشبهة[1].

هذا، فضلا أن المدعي لو أقام شاهدا على دعواه فلا يحكم له به، والنكول أضعف من الشاهد، فهو ليس بينة من المدعي ولا إقرار من المدعى عليه، وهو حجة في غاية الضعف لا تقوى على الاستقلال بالحكم من باب أولى، إذ أن المدعي إنما يحتكم إلى ذمة المدعى عليه وضميره، وقد يتورع عنها، فليس من العدل أن نحكم عليه والظاهر والأصل يشهدان ببراءة ذمته.

وإطلاق لفظ المدعي والمدعى عليه إنما يكون في بدء الدعوى- كما ذكرنا- ثم يصبح كل منهما مدعيا ومنكرا في آن واحد، فيكلف المدعي منهما بالإثبات، والآخر باليمين، وهكذا.

---

(٥) أنظر في ذلك: محمد فرج اسماعيل- أدلة اثبات النكاح- دراسة مقارنة- رسالة ماجستير- كلية الشريعة والقانون- جامعة الأزهر- ١٤١٥هـ ١٩٩٥م- ص ١٥٦.

المبحث الرابع

القرائن وحجية حكم القاضي بثبوت النكاح ظاهراً وباطناً

ونتناول في هذا المبحث بيان حكم القضاء بالقرائن في إثبات النكاح في مطلب أول، وحجية حكم القاضي بثبوت النكاح ظاهراً وباطناً في مطلب ثاني.

المطلب الأول

حكم القضاء بالقرائن في إثبات النكاح

أولا: تعريف القرينة:

١ - لغة: القرينة في اللغة مأخوذة من المقارنة، أي المصاحبة(١) ومنه قوله تعالى: "ومن يعش عن ذكر الرحمن نقيض له شيطانا فهو له قرين"(٢).

يقال قرنت البعير بالبعير جمعت بينهما، وجمع القرين قرناء. قال تعالى: "وقيّضنا لهم قرناء"(٣)، والقرين الصاحب، وقرينة الرجل امرأته، والقرون الذي يجمع بين الإسم، لأن لها نوعا من الصلة بالشيء أو الأمر الذي يستدل بها عليه(٤).

٢ - شرعا: نشير في البداية إلى أن الفقهاء القدامى وإن كانوا قد استعملوا القرينة وعرفوها بمصطلحات متعددة كالأمارة، والعلامة والآية، والدلالة، إلا أنهم لم يوردوا تعريفا لها. ولعل السبب في عدم تعريفهم لها، هو وضوح معناها وظهور دلالتها على المراد منها(٥).

فعرفها الجرجاني بأنها: "أمر يشير إلي المطلوب(٦). وعرفها بعض المعاصرين بأنها "كل أمارة تقارن شيئا خفيا فتدل عليه(٧).

ويؤخذ على هذين التعريفين أنهما غير مانعين بمعنى أنهما لا يقتصران على تعريف القرينة

---

(١) لسان العرب- مادة قرن- جـ ١٧ ص ٢١٧، ٢١٨. المصباح المنير- مادة قرن- جـ٢ ص ١٥٨، ١٥٩. مختار الصحاح -مادة قرن - ص ٥٣٢ ، ٥٣٣. أساس البلاغة – مادة نكل - ص ٣٦٤.

(٢) سورة الزخرف – آية ٣٦.

(٣) سورة فصلت – آية ٢٥.

(٤) د.أنور دبور– القرائن ودورها في الإثبات الجنائي – دار الثقافة العربية ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م – ص ٨.

(٥) د. فتح الله زيد – حجية القرائن في القانون والشريعة – رسالة دكتوراة – جامعة الأزهر– ١٣٥٥هـ - ص ٨، ٩. د. أنور دبور– المرجع السابق- ص ٨.

(٦) الجرجاني – التعريفات – دار الكتاب – القاهرة – ط ١ – ١٩٩١ - ص ١٨٨.

(٧) د.مصطفى الزرقا–المدخل الفقهي العام - ج١ ص٦١٤.

عند الفقهاء، بل أنهما يتسعان ليشملا القرينة لدى الفقهاء ، وغيرهم من أرباب العلوم والفنون الأخرى. ومعلوم أن تعريف القرينة هنا يجب أن يقتصر على القرينة عند الفقهاء، لأنها هي المقصودة في كلامهم[١]. وجاء تعريف القرينة في المجلة العدلية في المادة (١٧٤١) بقولها: "القرينة القاطعة هي الأمارة البالغة حد اليقين"[٢].

وقد عرفها بعض المعاصرين بتعريف متقارب فقيل أنها الأمارة التي نص عليها الشارع أو استنبطها أئمة الشريعة باجتهادهم، واستنتجها من الحادثة وظروفها وما يكتنفها من أحوال[٣].

وهذا التعريف يتميز بأمرين[٤]:

١- أنه تعريف يشمل ويضم جميع أشكال وضروب القرائن الفقهية وهي القرائن التي نص عليه الشارع، سواء وردت في القرآن أم في السنة، والقرائن التي استنبطها الأئمة والمجتهدون من علماء الشريعة، وكذا القرائن التي استنبطها القضاة من الوقائع والظروف المحيطة بها.

٢- أن هذا التعريف اقتصر على القرائن الفقهية دون غيرها كالقرائن البلاغية أو المنطقية، فهو تعريف جامع لضمه جميع أشكال القرائن الفقهية، ومانع لاقتصاره على القرائن الفقهية دون غيرها من العلوم والفنون.

ثانيا: حجية القرائن في إثبات النكاح:

المتتبع لمسائل الفقه يدرك أن الفقهاء قد عملوا بالقرائن في مسائل كثيرة ، ولنا أن نتساءل هل يمكن الإستدلال بأدلة العمل بالقرائن في جواز اثبات النكاح بها باعتبار النكاح من حقوق العباد ؟ ذلك أن "كثيراً من القرائن والأمارات أقوى من النكول، والحسُّ شاهد بذلك، فكيف يسوغ تعطيل شهادتها؟". فالشارع لم يلغ القرائن والأمارات ودلالات الأحوال، بل من استقرأ الشرع في مصادره وموارده وجده شاهدا لها بالإعتبار، مرتبا عليها الأحكام"[٥]. فمقصود الشارع إقامة العدل، وكل ما حقق مقصود الشارع يتعين العمل به، والقرائن مما يعين على مقصود الشارع"[٦].

لاشك أن التمسك بأدلة القضاء بالقرائن في بعض الحقوق الخالصة للعباد لا يجوز في إثبات النكاح ولا تنهض به حجة، لأنها ليست ظاهرة في الدلالة على المقصود. ومن ثم كان القول بمنع العمل بالقرائن في إثبات النكاح، وذلك لعدم وجود نص في المسألة، فضلا عن عدم جدوى التعويل

---

(١) د. فتح الله زيد– المرجع السابق- ص ٨، ٩. د. أنور دبور– المرجع السابق - ص ٩.
(٢) علي حيدر – درر الحكام في شرح مجلة الأحكام – جـ ٤ ص ٤٨٤.
(٣) د. أنور دبور – نفس الموضع.
(٤) د. عنتر سيد جوده الشريف– المرجع السابق - ص ٥٤.
(٥) طرف من كلام ابن القيم. الطرق الحكمية- ص١١، ١٠٨.
(٦) د.أحمد عبد المنعم البهي– المرجع السابق - ص٨٣.

على القرائن في إثبات النكاح لعدم اضطرادها. والله أعلم.

المطلب الثاني

حجية حكم القاضي بثبوت الزواج ظاهرا وباطنا

من المسائل التي يقوم عليها علم القضاء وتبنى عليها أدلة الأحكام مسألة ما إذا تداعى رجل وامرأة فادعى أحدهما النكاح على الآخر، وأقام على دعواه بينة كاذبة، وكان حكم القاضي بثبوت النكاح بخلافه في الظاهر فهل تحل بذلك المرأة للرجل ظاهرا وباطنا بناءاً على ثبوت النكاح بشهادة الزور وغيرها من البينات الكاذبة[(١)]، أم لا يحل للرجل ذلك ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى قولين:[(٢)]

القول الأول: أنه إذا ادعى رجل نكاح امرأة وأقام على ذلك بينة زور فقضى له القاضي بالنكاح، فإن قضاءه ينفذ في الظاهر والباطن، ويكون قضاؤه بثبوت نكاح الرجل على المرأة صحيح، وتحل له باطنا وظاهرا وهو قول أبي حنيفة. واشترط لتحقق ذلك شرطين:[(٣)]

١- أن يكون القاضي غير عالم بكذب البينة[(٤)].

٢- أن يكون المحل المحكوم به قابلا لذلك الحكم، فلا تكون الزوجة المدعى عليها من محارم مدعي النكاح تحريما مؤبدا أو مؤقتا. هذا إذا كان مدعي النكاح هو الرجل، أما إن كان هو المدعى عليه، فيشترط ألا يكون في عصمته أربع زوجات[(٥)].

القول الثاني: أن قضاء القاضي بالنكاح بناء على بينة زور ينفذ في الظاهر، أما في الباطن بينه

---

(١) قد يدعي أحد الزوجين بالنكاح ويقيم لاثبات دعواه شهود زور، أو وثيقة زواج رسمية، أو عرفية مزورة ولم يطعن فيها المدعى عليه أو من له مصلحة بالتزوير، أو ينكل المدعى عليه- عند من يقضي بالنكول- عن رد دعوى المدعى خوفا أو لسبب ما، فيقضى القاضي بثبوت النكاح بناء على هذه البينات الكاذبة، فيشمل بذلك كل ما يحكم به الحاكم من الدلائل والبينات ولا يقتصر الأمر على شهادة الشهود .

(٢) هذه المسألة هي فرع عن خلاف الفقهاء حول مسألة قضاء القاضي بشهادة الزور وهل ينفذ حكمه في الظاهر والباطن أم لا ينفذ إلا في الظاهر، ولايخرج عما هو عليه في الباطن؟ خالف فيها أبوحنيفة جمهور الفقهاء. لمزيد من التفصيل راجع: شرح العناية على الهداية مع الفتح- ج٣ ص١١٩. شرح فتح القدير- ج٦ ص ٣٩٨، ٣٩٩. القوانين الفقهية- ص ٢٩٤. عيون المجالس- ج٤ ص١٥٤. مغني المحتاج- ج٤ ص٣٩٧ . المغني- ج١١ ص٤٠٧. الإنصاف- ج١١ ص ٣١٢ .

(٣) المبسوط - ج١٦ ص ١٨٠، ١٨١. وجاء فيه:" إن من شروط صحة الإنشاء ونفاذ الحكم ظاهرا أو باطنا أن يكون القاضي لا يعلم بكذبهم، وأن يكون المحل قابلا له، فإذا جاءت المرأة منكوحة الغير أو محرمة عليه بسبب، لا ينفذ قضاؤه لانعدام المحل". حاشية ابن عابدين- ج ٥ ص ٤٠٥. البحرالرائق- ج٧ ص ١٤. شرح العناية على الهداية- ج ٣ ص ١١٩. شرح فتح القدير- ج ٦ ص ٣٩٨، ٣٩٩. المحيط البرهاني- ج ٤ ص ٢٢٩.

(٤) ذكر الحنفية شرط عدم علم القاضي بكذب الشهود، ولم أقيد البينة بالشهود لجواز أن يقضي القاضي بثبوت النكاح بناء على وثيقة زواج مزورة أو غيرها من البينات كما مضى بيان ذلك أعلاه.

(٥) المبسوط- ج١٦ ص١٨٠. . المحيط البرهاني- ج ٤ ص ٢٢٩. البحرالرائق- ج٧ ص ١٤. حاشية ابن عابدين- ج ٥ ص ٤٠٥. شرح العناية على الهداية- ج ٣ ص ١١٩. شرح فتح القدير- ج ٦ ص ٣٩٨، ٣٩٩.

وبين الله تعالى فهو على ما كان عليه، وإلى هذا ذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة، ومحمد من الحنفية، وقال أبو يوسف إن حكم الحاكم يحرمها على الأول، ولا يحلها للغير[1].

فإذا ادعى رجل زوجية امرأة، وحكم الحاكم بها بشهادة زور كانت حلالا في الظاهر دون الباطن، ولهذه الزوجة أن تتزوج بغيره في الباطن، وتحل للثاني في الباطن، وهي حرام على الأول في الباطن.

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول: استدلوا بالأثر والقياس والمعقول.

١ - من الأثر: ماروي أن رجلا ادعى على امرأة نكاحا بين يدي علي رضي الله عنه وأقام شاهدين فقضى علي بالنكاح بينهما، فقالت المرأة: إن لم يكن بد يا أمير المؤمنين فزوِّجني منه فإنه لا نكاح بيننا، فقال علي: شاهداك زوجاك. ومانقل عن علي في هذا الباب كالمرفوع إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا طريق إلى معرفة ذلك حقيقة بالرأي[2].

وجه الدلالة: دل هذا الأثر أن شاهدي المدعي يلزم بهما القاضي بالقضاء بالنكاح بين المدعي والمرأة المدعى عليها، ولا يعتد برضاها في ذلك بطلبها من القاضي أن يعفها من الزنا، وذلك لأن المقصود حصل بقضائه .

اعترض على هذا الإستدلال بمخالفته القواعد والأحكام المنصوص عليها في النكاح، وأهمها اشتراط رضا المرأة بالنكاح، فإن قيل في تعليل الإستدلال السابق أن الدعوى والشهادة والحكم وجدوا لإظهار عقد سابق، فإنه يجاب على هذا الفرض بأنه ليس هناك نكاح أصلا بين المدعى والمدعى عليها. أما إن قيل أن حكم القاضي يعد إنشاء لعقد النكاح، فيجاب عنه بأنه لابد من توافر شروطه وأركانه وأهمها رضا المرأة، فإن كان لا يصح للولي أن يزوج موليته بغير رضاها، فالشاهدان والقاضي أولى من الأب في عدم الإجبار[3].

٢ - ومن القياس: بقياس النكاح على اللعان في ثبوت الولاية للقاضي في الحكم بها، فللقاضي ولاية إنشاء التفريق بين المتلاعنين لقطع المنازعة مع يقينه بكذب أحدهما لقول رسول الله صلى الله وسلم في واقعة اللعان "إن الله يعلم أن أحدكما كاذب، فهل منكما تائب"[4]. فيثبت له أيضا ولاية

---

(١) تبصرة الحكام- ج١ ص ٧٦. المنجور- شرح المنهج المنتخب الى قواعد المذهب- تحقيق محمد الشيخ محمد الأمين- دار عبد الله الشنقيطي- القاهرة - ص ٢٧. الأم- ج٧ ص ٣٦. مغني المحتاج- ج٤ ص٣٩٧. كشاف القناع- ج٤ ص ٢١١. المبسوط- ج١٦ ص ١٧٤. المحيط البرهاني- ج٤ ص ٢٢٩، ٢٣٠.

(٢) المبسوط- ج ١٦ ص١٨١. البحر الرائق- ج٧ ص١٥. تبيين الحقائق- ج٤ ص١٩٠. حاشية ابن عابدين- نفس الموضع.

(٣) هذا إذا كانت المرأة بالغة أما إن كانت صغيرة فلا يعتبر رضاها، وجاز لها عند أبي حنيفة أن تختار فسخ النكاح أو بقائها بعد بلوغها.

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي- ج ٥ ص ٣٨٠ رقم(١٤٩٣). صحيح البخاري مع الفتح- ج١٠ ص٦٣٨١ رقم

إنشاء النكاح مع كذب الشهود، لتوجه الأمر بالقضاء عليه شرعا، فلما أفضى حكم الحاكم إلى التفريق، فدل أن حكم الحاكم يقوم مقام الفسخ والعقد (١).

ونوقش هذا الاستدلال بأنه قياس مع الفارق، إذ أن الفرقة في اللعان وقعت عقوبة للعلم بأن أحدهما كاذب، وتكون الفرقة في اللعان بسبب أنهما وصلا إلى أسوأ الأحوال في المقابحة بالتلاعن (٢)، فلم يمكن من اجتماعهما بعد ذلك، لأن النكاح مبني على السكون والمودة والرحمة وما تقدم في اللعان يمنع ذلك (٣). كما أن اللعان يثبت على خلاف الأصل وهو القذف، وما ثبت على خلاف الأصل فغيره عليه لا يقاس.

٣- ومن المعقول: بأن القاضي مأمور بالقضاء بالحق، ولايقع قضاؤه بالحق فيما يحتمل الإنشاء إلا بحمله على الانشاء، لأن البينة قد تكون صادقة وقد تكون كاذبة، فيجعل إنشاء العقود والفسوخ مما تحتمل من القاضي، فيكون للقاضي ولاية إنشائها في الجملة كإنشاء الخصمين، ويثبت به الحل بينهما في الباطن. كما أن القضاء إنما وضع لقطع المنازعة بين الخصمين، فاقتضى أن ينفذ ظاهرا وباطنا (٤).

نوقش هذا الإستدلال بأنه قد يثبت الشارع للقاضي ولاية الإنشاء في كثير من الحالات، ومن ذلك إنشاء العقد عن الغائب والمحجور عليه بطريق الوكالة، لتعذره مباشرته بنفسه. أما الأصل فهو أن يقوم كل شخص مصالحه بنفسه، ولا يعمل بخلاف الأصل مادام الأصل موجودا، فلا مجال لتولي القاضي ولاية الإنشاء والرجل والمرأة حاضران (٥).

زيادة على ذلك فإن القاضي قد نصب للفصل بين الخصوم، وسبب ولايته هو الدعوى، والمدعي يدعي حقا سابقا أو عقدا قائما، والشهود ليشهدوا له بما يدعيه، فليس للقاضي أن يحكم بما لم يطلبه المدعى ولم يشهد به الشهود، وهو الإنشاء حالا (٦).

أدلة القول الثاني: استدل الجمهور على ما ذهبوا إليه بأن قضاء القاضي بثبوت النكاح بالبينة الكاذبة ينفذ في الظاهر لا في الباطن، بالكتاب والسنة والقياس والمعقول.

١- من الكتاب: قوله تعالى: "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتدلوا بها إلى الحكام لتأكلوا فريقا

(٥٣٠٧). شرح معاني الآثار- ج ٤ ص ١٥٥.
(١) المبسوط - ج١٦ ص ١٨٣.
(٢) فتح الباري- ج ١٠ ص ٦٣٩٨.
(٣) بداية المجتهد- ج ٢ ص ٣٨٦. الفروق- ج ٤ ص ٤٢.
(٤) المبسوط- ج١٦ص ١٨٢. شرح معاني الآثار- ج٤ ص١٥٦. البحر الرائق- ج٧ ص١٤.
(٥) الفروق- ج ٤ ص ٤٣.
(٦) المبسوط- ج ١٦ ص ١٨١.

من أموال الناس بالإثم وأنتم لاتعلمون"[1]. وقوله تعالى: "ياأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم "[2].

وجه الدلالة: دلت الآيتان على عدم جواز تناول ما حكم به الحاكم معتمدا على شهادة الزور وأنه أكلا بالباطل، كما دلت الآية الثانية النهي عن أكل الأموال عن طريق المكاسب غير الشرعية كالربا والقمار، وماجرى مجرى ذلك من سائر صنوف الحيل كشهادة الزور، أو يمين فجور من غير فرق بين الأموال والفروج، لأخذ مال الخصم أو ليطلق امرأته أو ليزوجه من أجنبية عنه أشد نكاية وأكثر حرمة من الربا والقمار[3].

٢- **من السنة:** ماروي في الصحيحين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:" إنما أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ، ولعلّ بعضكم ألحن بحجته من بعض.. "[4].

وجه الدلالة: الحديث صريح وواضح في أن القضاء يسري في الظاهر وأن المقضي به بحجة مزورة باطل وحرام لا يجوز أخذه إذا كان لا يستحقه، وإنما هو قطعة من النار. وإذا كان حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحيل الحرام حلالا، وإنما يبقى حراما وجزاء أخذه النار، فأحكام الناس أولى بذلك[5].

اعترض على الإستدلال بهذا الحديث بأنه كان في أخوين اختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم في ميراث بينهما، وليس لهما بينة إلا دعواهما، والميراث ودعوى الملك سواء في الدعوى، فيكون الحديث حيث لا بينة وينحصر في الملك[6].

وأجيب عن هذا الإعتراض بأنه ورد في الحديث التصريح بالقضاء بالحجة وليس بمجرد الدعوى لقوله صلى الله عليه وسلم "ألحن بحجته"، وكيف يقضي صلى الله عليه وسلم لمجرد الكلام والدعوى من غير بينة[7]. كما أن العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب، إذ ورد الحديث بلفظ عام "بحق أخيه"، والحق لفظ عام ولا ينحصر في الملك دون غيره، فتخصيصه بالملك دون غيره

---

(١) سورة البقرة - آية ١٨٨ .
(٢) سورة النساء - آية ٢٩ .
(٣) تفسير ابن كثير- ج١ ص ٤٧٩. تفسير الطبري- ج ٥ ص ٣٠. الشوكاني- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير- مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر-ط٢-١٣٧٣هـ ١٩٦٤م-ج١ ص ١٨٨.
(٤) مضى تخريجه ص ٣٩.
(٥) المبسوط- ج١٦ ص ١٨١. الأم- ج ٦ ص ٢٠٢. المحلى- ج ٩ ص ٤٢٢.
(٦) البحر الرائق- ج ٧ ص ١٦.
(٧) صحيح مسلم بشرح النووي- ج ٦ ص ٢٤٧ .

تخصيص من غير مخصص. فالحجة من حديث الباب شاملة للأموال والعقود والفسوخ[1].

٣- **من الإجماع:** إجماع السلف الصالح على أن حكم القاضي لا يحل حراما ولا يحرم حلالا تطبيقا للآية السابقة "ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل"[2].

٤- **من القياس:** حيث قاسوا النكاح بشهادة الزور على القضاء بنكاح رجل على امرأة وهي منكوحة الغير أو معتدته بجامع التحريم في كل منهما[3]. وإذا كان الإقرار الكاذب من الرجل والمرأة بالنكاح، وهما يعلمان أن لا نكاح بينهما، لا يثبت إنشاءه باطنا وهما يملكان إنشاءه، فمن باب أولى أن لا يثبت بشهادة الزور، والشهود لا تملك إنشاءه[4].

٤- **وبالمعقول:** أن القضاء لو اعتمد على شهادة الزور فهي سبب باطل، وماينبني على الباطل فهو باطل مثله. وبيان ذلك أن شهادة الزور كبيرة من الكبائر لما ورد فيها من الأحاديث الصحيحة وحجة القضاء وسيلة مشروعة، والكبيرة ضدها فتكون سببا باطلا لا يصح القضاء بها، كما أن القضاء اظهار لما سبق في الواقع، فإذا لم يكن الحق للمدعى، أو كان الحق أو النكاح معدوما في السابق فلا يتصور إظهاره بالقضاء[5].

الترجيح:

يظهر لي أن القول الراجح في هذه المسألة هو ماذهب إليه جمهور الفقهاء في عدم نفاذ حكم الحاكم عما هو عليه في الباطن، واقتصاره على الظاهر فقط، لقوة أدلتهم وعدم متانة أدلة مخالفيهم عند المناقشة، ولأن الإثبات أمام القاضي لا يحل حراما ولا يحرم حلالا، فضلا أن الإمام أبا حنيفة قد وافق جمهور الفقهاء فيما لو ادعى رجل نكاح امرأة وأنكرت ذلك، أو ادعت بمحرمية بينهما مؤبدة أو مؤقتة، وهي تعلم من نفسها ذلك، وشهد للمدعى وقضى بشهادتهما، فلا يحل لها تمكينه من نفسها[6]. ومن ثم فلا يثبت النكاح ولا ينفذ حكم الحاكم في الباطن بناء على على بينة كاذبة، وذلك عملا بالأصل المقرر وهو حرمة الأبضاع حتى يثبت الحل بدليل، فحكم الحاكم لا يحل المحكوم به

---

(١) وقد حكى الشافعي الإجماع على أن حكم الحاكم لا يحلل الحرام. قال النووي:"والقول بأن حكم الحاكم يحلل ظاهرا وباطنا مخالف لهذا لهذا الحديث الصحيح وللإجماع المذكور، ولقاعدة أجمع عليها العلماء ووافقهم الإمام أبو حنيفة، وهي أن الأبضاع أولى بالإحتياط من الأموال". نيل الأوطار- ج٤ ص٧٤٦.

(٢) فتح الباري- ج ١٥ ص ٨٩٤٥.

(٣) تبيين الحقائق- ج ٤ ص ١٩٠.

(٤) المبسوط- ج١٦ ص١٨١.

(٥) المرجع السابق- نفس الموضع. التاج والإكليل- ج٦ ص١٣٨. كشاف القناع- ج٤ ص٢١١. المغني- ج ٩ ص ٥٨. المحلى- ج٩ ص ٤٢٢. ذهب بعض المالكية إلى أنه لو حكم على الزوج بالزوجية بعدما أقامت عليه المرأة بينة أن يجدد العقد لتحل له إن علم من نفسه أنها غير زوجة وأن البينة زور. بلغة السالك- ج١ ص٤٠١.

(٦) المبسوط- ج ١٦ ص ١٧٤. المغني- ج ٩ ص ٥٨ .

إلا ظاهرا في أحكام الدنيا، أما ديانة بين العبد وربه، فمن علم أنه حكم له بباطل فهو ظالم متعد لا يحل له تنفيذ المحكوم به.

ومتى قضى القاضي بثبوت النكاح بالبينة الكاذبة وجب على المرأة أن تمتنع من مدعي النكاح في الوطء ما أمكنها ذلك، فإن أكرهها مع علمه بعدم حِلِيتها له كان زانيا وعليه الحد، وهو قول الجمهور (١). وعند الشافعية وجهان أصحهما عدم الحد لأنه نكاح مختلف في صحته، ويجيزه أبو حنيفة وتلك شبهة يدرؤ بها الحد (٢).

---

(١) البحر الرائق- ج٧ص١٥. حاشية ابن عابدين- ج٥ ص٤٠٥. ومراجع المذاهب السابقة.
(٢) مغني المحتاج- ج٤ ص ٣٩٧. كشاف القناع- ج ٤ ص ٢١١ .

المبحث الخامس

الأحكام الخاصة بتعارض البينات* في أقضية عقد النكاح

قد يثور النزاع في عقد الزواج، كما لو ادعى رجلان نكاح امرأة وبرهنا على ذلك، أو ادعت أختان نكاح رجل وبرهنتا، أو كانت المنازعة بين الزوجين فيما يوجب صحة أو فساد العقد. فحلاً لمثل هذه المنازعات وغيرها فقد وضع الفقهاء مرجحات خاصة فيما يأتي بيانها وبيان ما يترجح منها في حالة تعارضها.

المطلب الأول

الترجيح باليد الحكمية

المقصود باليد هنا، ما تفيد حق الانتفاع لا الملك، فإذا تنازع رجلان نكاح امرأة، وأقام كل واحد منهما البينة على دعواه، فإذا أثبتت إحدى البينتين سبق زواج أحدهما، يقضى بها، لحديث النبي صلى الله عليه وسلم: "أيُما امرأة زوّجها وليّان فهي للأول منهما"(١).

وإذا لم يعلم السابق من المتداعيين، بأن لم يؤرخا عقديهما، أو استوى تاريخهما ، ولم يكن الحكمية وسيلة للترجيح على سبق صاحب اليد، وذلك قياسا على دلالة اليد في ملك العين(٢).

وتتحقق اليد الحكمية التي وضعت مقام اليد الحقيقية بالدخول والنقل لمنزل الزوجية.

أولا: الترجيح بالدخول: إذا ادعى الزوجية رجلان معا، وتعذر علم السابق منهما لإقامة كل منهما بينة أو عدمها، فقد ذهب الحنفية إلى ترجيح بينة الزوج الذي اقترن عقده بالدخول. واستدلوا لقولهم:

١- أن تمكن الزوج من الدخول بالمرأة دليل سبق عقده، كما لو أقام بينة بسبق تاريخ عقده، إذ أن دليل كالتاريخ كالتصريح به، إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله، فحينئذ يسقط اعتبار الدليل في مقابلة التصريح بالسبق.

١- حمل دخوله على الصحة، لأن فعل المسلم محمول على الصحة والحل ما أمكن، والإمكان ثابت هنا، فيجعل نكاح من دخل بها ثابتا(٣).

---

* تعارض البينات هو اشتمال كل منها على ما ينافي الأخرى

(١) سنن أبي داود- كتاب النكاح- باب إذا أنكح الوليان- جـ ١ ص٤٨١، ٤٨٢ عن سمرة. البيهقي- باب إذا أنكح الوليان- ج٧ ص١٤٠ عن عقبة بن عامر.

(٢) ولو برهنا على نكاح امرأة، واستوت البينتان ولم يكن ثمة مدرك آخر للترجيح تهاترتا لتعذر القضاء بهما، والنكاح لا يقبل الإشتراك. تبيين الحقائق- ج ٤ ص ٣١٦. فتح القدير- ج ٦ ص ٢١٩.

(٣) المبسوط- ج ٥ ص ١٤٧. المحيط البرهاني- ج ٤ ص ٢١٤. منلاخسرو الحنفي- درر الحكام في شرح غرر الأحكام- مطبعة أحمد كامل- ١٣٣٠هـ- ج ٢ ص ٣٤٦. الفتاوي الهندية- ج ٤ ص ٧٨. البحر الرائق- ج ٧ ص٢٣٧. الهداية- ج ٣ ص ١٨٨. فتح القدير- ج ٦ ص٢٣٠.. معين الحكام- ص ١٤٥، ١٤٦.

وذهب المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣] إلى منع الترجيح بالدخول. واحتجوا على ذلك:

١- بأن عدم علم السابق منهما يوجب فسخ النكاحين،فأحد العقدين باطل ولم يعلم يقينا، ولا يمكن الاقراع بينهما،لأن القرعة توجب اليمين، واليمين لا تجزئ في النكاح، فلم يبق سوى الفسخ.

٢- كما أن الدخول بمنزلة اليد، والحر لايدخل تحت اليد، فتبطل دلالة الدخول بذلك.

ثانيا: الترجيح بالنقل لمنزل الزوجية: ذهب الحنفية إلى ترجيح إحدى البيتين المتعارضتين بقرينة النقل لمنزل الزوجية، فإذا تنازع رجلان نكاح امرأة، وبرهنا ولم يعلم السابق منهما، وكان أحدهما قد نقل المرأة لمنزل الزوجية، فهو أولى[٤].

ووجه هذا الترجيح هو أن النقل لمنزل الزوجية قرينة دالة على سبق العقد، وتقديم السابق بالعقد واجب بالنص، كما أن النقل لمنزل الزوجية قرينة على صدق بينة من هي في بيته ولا يعتبر قولها، لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده، إلا أن يبرهن الآخر أنه تزوجها قبله، فيكون هو أولى لأن الصريح مقدم على الدلالة.

والترجيح بدلالة اليد – النقل لمنزل الزوجية – في أقضية النكاح أولى من الترجيح بدلالة اليد في دعاوى المال، ذلك أنه غصب الزوجة أمر نادر، بينما غصب المال أمر شائع، فإن جاز الترجيح بدلالة اليد في المال، كان جوازه في أقضية النكاح أولى وأحرى[٥].

وقد منع المالكية[٦]، والشافعية[٧]، والحنابلة[٨] الترجيح بالنقل لمنزل الزوجية، لذات القاعدة السابقة التي منعوا بها الترجيح بقرينة الدخول، وهي القاعدة التي تقضي بأن المرأة يدها على نفسها، وأن الحرة لا تدخل تحت اليد، فيكون حكم البينتين التهاتر لعدم المرجح وعدم قبول المحل للاشتراك، ولا سبيل إلى القسمة ولا إلى القرعة، لأنه لابد مع القرعة من اليمين، ولا يجوز الاستحلاف في النكاح.

ثالثا: حكم التعارض بين بينة الدخول وبينة النقل: قد يدعي رجلان نكاح امرأة، وكان أحدهما قد دخل بها، وهي في بيت الآخر، فقد نص الحنفية على ترجيح بينة صاحب البيت الناقل لمنزل

---

(١) حاشية الدسوقي- ج ٢ ص ٢٣١. الذخيرة- ج ١١ ص ٣٢. بلغة السالك – ج ١ ص٤٠٩.
(٢) روضة الطالبين- ج٨ ص٢٩٥، ٢٩٦. السيوطي–الأشباه والنظائر-ص١٢٤. كتاب أدب القضاء-ص٦٣١.
(٣) المغني- ج ١٢ ص ٨٣.
(٤) روضة القضاة- ج١ ص ٢٢١. تبيين الحقائق-ج ٤ ص٣١٦. ومراجع الحنفية السابقة.
(٥) درر الحكام في شرح غرر الأحكام- جـ ٢ ص ٣٤٦.
(٦) الذخيرة - جـ١١ ص ٣٢.
(٧) روضة الطالبين - جـ ٨ ص ٢٩٥، ٢٩٦.
(٨) المغني- جـ ١٢ ص ١٩٣.

الزوجية، لأن دلالتها أقوى من دلالة قرينة مجرد الدخول[1].

المطلب الثاني

الترجيح بالتصديق وحكم التعارض بين بينة الصحة والفساد

أولا: الترجيح بالتصديق: ويقصد به ترجيح لإحدى البينتين المتعارضتين بتصديق الرجل أو المرأة، فإذا ادعى رجلين نكاح امرأة وقدم كل واحد منهما بينته، ولم يعلم أيهما أسبق بالعقد، فيكون إقرار المرأة لأحدهما تصديقا له، وكذلك إذا ادعت أختان نكاح رجل واحد ولكل منهما بينتها، ولم يعلم السابقة بالعقد عليه، فإقراره لإحداهما وتصديقه لها أنها نكحت أولا تترجح به بينتها وتبطل به بينة الأخرى، وهو الفصل في هذه المسألة.

وقد اختلف الفقهاء في جواز الترجيح بالتصديق إلى فريقين:

أ- المجيزون للترجيح بالتصديق: فأيتهما صدقها كانت زوجته ويفرق بينه وبين الأخرى. ذهب إلى ذلك الحنفية[2]، والمالكية في قول[3]، والشافعية[4]. واحتجوا لقولهم:

١- أن عقد الزواج مما يحكم فيه بالتصديق إن لم تكن ثمة بينة، فكان اعتبار التصادق مع البينة

---

(١) البحر الرائق- جـ ٧ ص ٢٣٧. الفتاوي الهندية- جـ ٤ ص ٨٠.

(٢) البحر الرائق- ج٧ ص ٣٧. فتح القدير- ج ٦ ص ٢١٩. الهداية- ج ٣ ص ١٨٨. تبيين الحقائق-ج ٤ ص٣١٦. درر الحكام في شرح غرر الأحكام- ج ٢ ص ٣٤٦. الفتاوى الهندية- جـ ٤ ص ٧٨.

وترتيب البينات عند الحنفية كالآتي: التاريخ أولا لأنه أرجح من الكل، فإن أرّخا وتاريخ أحدهما أسبق فهو أولى. وإن كان تاريخهما سواء فالمرأة لصاحب اليد وهي النقل لمنزل الزوجية ثم الدخول، ثم ذو التاريخ لأن صاحب اليد أولى منه، ثم للذي أقرت له هذا كله في حياة المدعيين والمرأة، أما إن كان التنازع بعد الوفاة، كما لو تنازع رجلان نكاح امرأة بعد وفاتها، فلا ترجيح بيد حكمية أو تصديق، فلو أرّخا وكان تاريخ أحدهما أسبق، قضى له بالنكاح والميراث، وعليه تمام المهر وإن لم يؤرخا أو أرخا سويا قضى بالنكاح بينهما، ويجب على كل واحد منهما نصف المهر، وإن ماتا كان لهما نصف ميراث امرأة من كل واحد منهما، وان ماتت يرثانها ميراث زوج واحد، فإن جاء بولد يثبت النسب منهما، ويرث من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لأن البنوة لاتتجزأ ، وهما يرثان من الابن ميراث أب واحد.

والعلة في اختلاف الحكم في المنازعة في حال الحياة والمنازعة حال الوفاة، هو اختلاف الغرض من المنازعة في الحالتين، إذا أن الغرض من المنازعة حال الحياة هو البضع، وهو لا يقبل الاشتراك والقسمة، أما في المنازعة بعد الوفاة فالغرض هو الميراث وهو يقبل الاشتراك.

وبينة الرجل -عند الحنفية- أقوى من بينة المرأة حتى لو استويتا في التاريخ ، فمثلا لو ادعى رجل على امرأة نكاحا وأقام على ذلك بينة، وأقامت أخت المرأة على هذا الرجل بينة أنها امرأته، فالبينة بينة الزوج، لأنه أثبت لنفسه ملك المتعة الذي هو أصل في باب النكاح، أما الأخت فقد أثبتت ببينتها ملك المهر لنفسها، وهو تبع في باب النكاح، أما ملك المتعة فيثبت عليها لغيره، ومعلوم أن الأصل أقوى من التبع، فكانت لذلك بينة الزوج أكثر إثباتا وأولى بالقبول، أو أنها تثبت ببينتها حق الزوج وهوملك النكاح له عليها، وبينة المرء على حق نفسه أولى بالقبول، ولو قبلناها إنما نقبلها في نفي النكاح على امرأة أثبت الزوج نكاحها، والبينات للإثبات لا للنفي. ومتى قضى بنكاح الزوج بطل نكاح الأخرى. فتح القدير- ج٦ ص ٢٣٠. روضة القضاة- ج ١ ص٢٢١. المبسوط- ج ٥ ص ١٤٦. المحيط البرهاني- ج ٤ ص٢٠٥، ٢٠٦. معين الحكام- ص١٤٦. ومراجع الحنفية السابقة.

أما عند المالكية فإن أرختا بينتا الرجلين قضى لأقدم التاريخين، وإن أرختا معا، أو لم تؤرخا، أو أرخت إحداهما على الأخرى فلم يعلم السابق منهما، فيفسخ النكاحان. حاشية الدسوقي- ج ٢ ص ٣٣١.

(٣) الذخيرة - ج ١١ ص ٣٢.

(٤) كتاب أدب القضاء - ص ٦٣١ .

أولى، فترجح البينة التي عززها التصديق.

٢- أن التصديق والإقرار بمنزلة اليد، ولما جاز ترجيح إحدى البينتين باليد الحكمية من دخول أو نقل، جاز الترجيح بالتصديق والإقرار (١).

٣- أن المرأة بمنزلة السلعة في يد ثالث، إذ يدها على نفسها.

واشترطوا للترجيح بالتصديق أربعة شروط:

- عدم ثبوت سبق أحد المتخاصمين بالعقد، وذلك لأن السابق أولى بالنكاح، لما في قوله صلى الله عليه وسلم: "فهي للأول منهما"، فثبوت الأول يعد مانعا من العقد عليها، إلا إذا ثبت ارتفاعه، فإن لم يثبت ارتفاعه، قضي ببطلان كل عقد لاحق (٢).

- عدم اتصال إحدى البينتين بالقضاء: فاتصال البينة بالقضاء يؤكد صدق دلالتها، فلا تنقض بغير المؤكدة. أما إذا جاءت البينة اللاحقة مفيدة سبق نكاح صاحبها، فعندها يعلم بطلان الأولى وتنقض (٣).

- عدم تعضد إحدى البينتين بقرينة الدخول أو النقل، فالبينة التي تعضدها هذه القرائن أولى من التي يصاحبها التصديق، لأن الدخول أو النقل أو المساكنة أبين بالمقصود (٤).

- عدم وجود بينة من أحد المتداعيين أو تساوي البينتين لأن البينة أقوى من الاقرار، فالبينة حجة متعدية والإقرار حجة قاصرة (٥).

ب- المانعون للترجيح بالتصديق: ذهب المالكية في المشهور، والشافعية في قول، والحنابلة إلى منع الترجيح بالتصديق. فإذا قدمت بينتان، وأقر لإحداهما بالأولية، ولم يثبت سبق عقد من العقدين، فلدى هذا الفريق تتهاتر البينتان، واحتجوا لقولهم من وجهين:

الوجه الأول: أن البضع لا يحل لأي منهما، فوجب المصير إلي التهاتر وفسخ العقد،لأن هذين الرجلين قد صارا بهذا القول احداهما زوج يحل له معاشرتها، والآخر أجنبي يحرم عليه معاشرتها، ولم يعرف هذا من ذلك، فوجب القول بفسخ العقد وحرمة وطئهما معا حتى يتم ترجيح إحدى البينتين بغير التصديق (٦).

---

(١) درر الحكام في شرح غرر الأحكام- جـ ٢ ص ٣٤٦. كتاب أدب القضاء - نفس الموضع.

(٢) الهداية -جـ ٣ ص ١٨٨. البحر الرائق- جـ ٧ ص ٢٣٧. معين الحكام- ص١٤٥، ١٤٦ .

(٣) تبيين الحقائق- جـ ٤ ص ٣١٦.

(٤) البحر الرائق- نفس الموضع. الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام- جـ ٢ ص ٣٤٦.

(٥) الهداية- جـ ٣ ص ١٨٨. فتح القدير – جـ ٦ ص ٢٢١.

(٦) حاشية الدسوقي- ج ٢ ص٢٣٦. الذخيرة- ج١١ ص ٣٢. روضة الطالبين- ج ٨ ص٢٩٥، ٢٩٦. المغنى- ج١٢ ص ١٩٢. الإنصاف- جـ ٨ ص ٩٢.

الوجه الثاني: أن المقر يقر بحق غيره، وهو متهم في إقراره وتصديقه لأحد الخصمين[1].

الترجيح:

يترجح لي العمل بالقول الثاني، وذلك لتمكن التهمة في التصديق والإقرار في أقضية النكاح، والتهمة قد تظهر مع استحكام العداوة وطغيان الكراهة، الأمر الذي يجعل التصديق أمرا متعذرا كمدرك للترجيح عند تعارض البينات[2].

وفي مقابل هذه المرجحات– المتفق والمختلف فيها- فإن المقرر فقها أنه لو أقام أحد المدعين شاهدين وأقام الآخر عشرة من الشهداء تثبت المعارضة والمشاركة بينهما، ولا يرجح بكثرة العدد[3]. والقصد من ذلك أن البينات إنما شرعت لدرء الخصومات ورفع المظالم والمنازعات، فلو رجحنا بكثرة العدد، لأمكن الخصم أن يطلب الزيادة في بينته، فنهمله حتى يأتي بعدد آخر، فإذا أتى به طلب خصمه الزيادة في بينته الأولى، فنهمله أيضا، فيطول النزاع، وينتشر الشغب، ويبطل مقصود الحكم[4]. وبهذا يعلم الفرق بين هذا وبين ماتقدم من المرجحات.

ثانيا: حكم التعارض بين بينة الصحة والفساد:

إذا تعارضت بينة الصحة مع بينة مدعي الفساد فقد رجح جمهور الفقهاء بينة الفساد على بينة الصحة في عقد النكاح، ووجه قولهم هو أن صحة عقد النكاح ثابتة بظاهر الحال، وفساده أمر حادث، والبينة بالأمر الحادث تكون أكثر إثباتا وأرجح، لأنها أثبتت ما لم يكن ثابتا[5]. ولأن الأصل في النكاح الحظر، ومتى تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة، ولايجوز التحري في

---

(١) وفي هذا يقول صاحب المغني- ج١٢ ص ١٩٢، ١٩٣ "إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأقرت بذلك قبل إقرارها، لأنها أقرت على نفسها وهي غير متهمة، فإنها لو أرادت ابتداء النكاح لم تمنع منه، وإن ادعاها اثنان فأقرت لأحدهما لم يقبل منها، لأن الآخر يدعي ملك نصفها، وهي معترفة أن ذلك قد ملك عليها، فصار إقرارها بحق غيرها، لأنها متهمة، فإنها لو أرادت ابتداء تزويج أحد المتداعيين، لم يكن لها ذلك قبل الانفصال من دعوى الآخر، فإن قيل فلو تداعيا عينا في يد ثالث فأقر لأحدهما قبل، قلنا لا يثبت الملك بإقراره في العين، وإنما يجعله لصاحب اليد فيحلف، والنكاح لا يستحق باليمين فلم ينفع الإقرار النكاح به ههنا، فإن كان لأحد المتداعيين بينة حكم له بها،لأن البينة حجة في النكاح وغيره.وإن أقاما بينتين تعارضتا وسقطتا وحيل بينهما وبينها ولا يرجح أحد المتداعيين بإقرار المرأة لما ذكرنا". المبدع – ج١٠ ص ١٧٢.

(٢) وهناك مناط آخر للترجيح عند المالكية، وهو الترجيح بزيادة العدالة، وهو قاصر على الأموال وغيرها مما يثبت بشاهد ويمين - وليس النكاح من بينها- فإذا تعارضت بينتان وكانت احداهما أكثر عدالة من الأخرى، فترجح أكثرهما عدالة ويحلف صاحبها، بناء على أن زيادة العدالة كشاهد، والمشهور في المذهب هو إلغاء زيادة العدالة في النكاح. أنظر في تفصيل ذلك: حاشية الدسوقي- ج ٤ ص ٢٢٠. بلغة السالك لأقرب المسالك- ج ٢ ص٢٤٦. حاشية العدوي على شرح رسالة ابن أبي زيد- ج ٢ ص٣٢١، ٣٢٢. تبصرة الحكام- ج١ ص٣٠٨. الفروق- ج١ ص ٩٠. الذخيرة- ج ١٠ ص ٣٢. القوانين الفقهية- ص ٣٣٠.

(٣) وهذا متفرع عن قاعدة مهمة في الشرع وهي "أن الترجيح لايقع بكثرة العلل"، فلا يقال أن كثرة العلل يعضد بعضها بعضا، ولا يكون ذلك إلا في العلل التي لها شيء من القوة. أنظر: السيوطي-الأشباه والنظائر- ص ٤٦٥. المبسوط- ص ١٤ ص ٩٨. الذخيرة- ج١٠ ص ١٩٥، ١٩٧.

(٤) الفروق – ج١ ص ٩٠.

(٥) جاء في الفتاوي الهندية- ج٤ ص٨٠ "إذا تنازع رجلان بعد الولادة في صحة النكاح وفساده، فادعى الزوج

في النكاح الحظر، ومتى تقابل في المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة، ولايجوز التحري في الفروج، لأن التحري يجوز في كل ما جاز للضرورة، والفروج لا تحل بالضرورة[1].

أما فقهاء المالكية فقد اختلفوا في هذه المسألة إلى ثلاثة أقوال:

أحدها: ترجيح بينة الصحة لأنها أعمل. ثانيها: ترجيح بينة الفساد موافقة لقول الجمهور. لأنها أثبت. ثالثها: تهاتر البينتان، لعدم العلم بالمصادقة منهما يقينا، وهناك قول رابع في المذهب وهو الإقراع بين البينتين، وقال ابن رشد أنه شاذ[2].

ولا شك أن قول الجمهور يتفق مع القواعد الأصولية ، فمتى تعارض دليل الحظر ودليل الإباحة، كان تقديم الحظر هو الأولى، والقاعدة أنه إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام[3].

الفساد وادعت المرأة الصحة وأقاما البينة تقبل بينة من يدعى الفساد، ومتى قبلنا بينة الفساد سقطت نفقة العدة ونسب الولد ثابت كيفما كان". المحيط البرهاني- ج٤ ص٢٢٤، وجاء فيه" لو أقام رجل بينة على امرأة أن أباها زوجها منه قبل بلوغها، وأقامت المرأة بينة أنه زوجها منه بعد البلوغ بغير رضاها، فبينتها أولى، لأن البلوغ معنى حادث يفسد بينتها، فكانت بينتها أكثر إثباتا، ثم يثبت فساد النكاح ضرورة ".

(١) ابن نجيم - الأشباه والنظائر- ص ٦٧.

(٢) تبصرة الحكام - ج ١ ص ٤٣.

(٣) المرداوي- التحبير شرح التحرير في أصول الفقه – مكتبة الرشد – الرياض – ط١ – ١٤٢١ هـ ٢٠٠٠م- ج ٢ ص ٩٥٠.ابن نجيم- الأشباه- ص١٠٩. السيوطي- الأشباه-ص ١٢٥ومابعدها. المبسوط- ج١ ص١٩٨. الحاوي- ج١٠ ص٢٧٩. والأصل في هذه القاعدة ماروي مرفوعا وموقوفا عن ابن مسعود رضي الله عنه "ما اجتمع الحلال والحرام إلا غلب الحرام الحلال".قال الحافظ العراقي:لا أصل له، وقال البيهقي هو حديث رواه جابر الجعفي، رجل ضعيف عن الشعبي عن ابن مسعود، وهومنقطع، قال ابن السبكي: غير أن القاعدة في نفسها صحيحة، ونقل الجويني في السلسلة قوله: ولم يخرج عنها(أي القاعدة) إلا ماندر.

وجاء في الفروق- الفرق ١٥٤- ج ٣ ص ٢٥٥ "يحتاط الشرع في الخروج من الحرمة إلى الإباحة أكثر من الخروج من الاباحة الى الحرمة،لأن التحريم يعتمد المفاسد، فيتعين الاحتياط له، فلا يقدم على محل فيه المفسدة إلا بسبب قوي يدل على زوال تلك المفسدة، أو يعارضها، ويمنع الاباحة ومافيه مفسدة بأيسر الأسباب دفعا للمفسدة بحسب الإمكان". أنظر في هذه القاعدة وفروعها وماخرج عنها:المراجع أعلاه.

الفصل الثاني

أحكام إثبات الزواج في النظامين القانونيين المصري والجزائري

يتضمن الإثبات نوعين من القواعد، قواعد موضوعية وأخرى شكلية أو إجرائية، وقد أخذت بهذا التقسيم غالبية القوانين العربية ولعل أهمها القانون المصري الذي فرق بين الدليل وإجراءات الدليل، فأخضع قواعد الدليل الموضوعية لقواعد الشريعة الإسلامية وأخضع قواعده الإجرائية لقانون المرافعات والإثبات. ولكن بصدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ المتضمن قانون الإثبات جمع بين هذين الفرعين مع الإبقاء على التفرقة قائمة[١]، في حين نجد أحكام الإثبات في القانون الجزائري منظمة في فرعين مستقلين، الفرع الأول: وهو القسم الموضوعي الذي نصت على أحكامه نصوص القانون المدني في الباب السادس من الكتاب الثاني بداية من المادة ٣٢٣، الفرع الثاني: وهو الشق الإجرائي والمنصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية في مواد متفرقة.

والقواعد الموضوعية هي التي تحدد طرق الإثبات المختلفة وترتيبها مع بيان حجيتها وقيمة كل منها، وتوضيح الطرف الذي يقع عليه عبء الإثبات، وغير ذلك من المسائل التي تتعلق بالموضوع، أما القواعد الإجرائية فهي التي تحدد الإجراءات الواجب اتباعها في إقامة الأدلة عندما يكون النزاع معروضا أمام القضاء لإثبات صحة المحررات، وسماع الشهود واستجواب الخصوم وكيفية أداء اليمين وإجراءات المعاينة والخبرة...

وقد ورد في المادة ١٨ من قانون الأسرة الجزائري ما نصه " يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً لذلك "، وجاء في المادة ٢٢ من نفس القانون أنه "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".

ويتبين من هذين النصين وغيرهما أنه يشترط في إثبات الزواج شرطين:

الشرط الأول: الإثبات لا يكون إلا في مجلس القضاء:

---

(١) وما فتئت محكمة النقض تؤكد ذلك في العديد من قراراتها، ومنها أن "إجراءات الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية والوقف كبيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود خضوعها لقانون المرافعات والإثبات، أما تلك المتصلة بذات الدليل، كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحته وبيان قوته وأثره القانوني، فيخضع لأحكام الشريعة الإسلامية " . الطعن رقم ٥٢ لسنة ٦٠ ق- أ.ش- جلسة ١٩٩٣/٤/٢٠- الطعن رقم ٤٨ لسنة ٣٠ ق- أ.ش- لسنة ١٩٦٣/١/٢- العدد الأول- ص ٣٢. الطعن رقم ٢٥٨ لسنة ٤٠ ق - أ.ش- جلسة ١٩٧٥/٢/٢٣ - ص ١٢٤١.

فالإثبات الذي يلزم طرفيه ويلزم الغير معهما هو الإثبات الذي يقع أمام القضاء، والمقصود بالقضاء في إثبات عقد الزواج، المحاكم بمختلف درجاتها وتحديدا ضمن قسم الأحوال الشخصية بالمحاكم الإبتدائية وبغرفة الأحوال الشخصية بالمجالس القضائية، تحت رقابة المحكمة العليا كمحكمة قانون، هذا في النظام القضائي الجزائري.

أما في النظام القضائي المصري فبموجب المادة ٣ من القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ المتضمن إنشاء محاكم الأسرة، أصبح اختصاص هذه الأخيرة بالفصل في كافة المنازعات الأسرية التي كان ينعقد الإختصاص بشأنها للمحاكم الجزئية والإبتدائية، والتي ينظمها القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠.

أما إذا وقع الإثبات أمام جهة أخرى، حتى وإن كانت هذه الجهة في نفس المحكمة القضائية، فلا يصح اعتباره إثباتاً بالمعنى المقصود منه في عقد الزواج، إذ ليس لغير الجهات المذكورة اختصاص النظر في إثبات الزواج، فإذا ما وقع نزاع بشأن عقد الزواج أمام أية جهة غير الجهات المذكورة فعليها أن تحيل النزاع إلى الجهة المختصة، وكذلك إذا ما ثار ذات النزاع أمام جهة إدارية، فعليها أن ترجئ النظر في المسألة المعروضة عليها إلى حين البت في دعوى الزوجية من طرف الجهة المختصة.

هذا، وينبغي التنبيه إلى أن مكاتب تسوية المنازعات الأسرية غير مختصة في دعاوى إثبات التصالح على صحة الزواج أو بطلانه، باعتبارها ليست من الدعاوى التي يجب فيها اللجوء للمكتب قبل إقامة الدعوى[1]، كما لا يكون المأذون - بالنسبة للمسلمين المصريين- ولا مصلحة الشهر العقاري والتوثيق- بالنسبة للزواج من أجانب- جهة مختصة بإثبات صحة الزواج أو بطلانه متى كان محلاً للنزاع[2].

ويمكن تحديد القضايا التي تثار بشأنها دعوى إثبات الزواج أمام القضاء الجزائري في ثلاثة أنواع، لكل منها طبيعتها وإجراءاتها الخاصة[3].

---

(١) حيث ورد في الكتاب الدوري رقم (١) ٢٠٠٤ المتعلق بعمل مكاتب تسوية المنازعات الأسرية ، ونص في فقرتة (٦) على أمثلة لتلك الدعاوى: وهي منازعات الشقاق بين الزوجين، الطلاق، التطليق، الخلع، الاعتراض على انذار الطاعة، النفقة والمتعة، الصداق، مسكن الزوجية، دعاوى الحضانة..

(٢) وإنما ذكرنا ذلك لأنه ورد في كتاب دوري من وزير العدل بتاريخ ٢٠٠٧/٢/٤ إلى المحاكم وموظفيها اختصاص المأذون ومصلحة الشهر العقاري، وهو ما أدى إلى توقف المحاكم عن النظر في دعاوى إثبات صحة الزواج، الأمر الذي يقتضي إلغاء تلك التعليمة.

(٣) أنظر في ذلك:عبد العزيز سعد- نظام الحالة المدنية في الجزائر- دار هومه- الجزائر- ط٢-١٩٩٥- ص ١٦٢، ١٦٣. الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري- دار هومه- الجزائر – ط٣-١٩٩٨- ص٢٤.

النوع الأول: حالة إثبات عقد الزواج بناء على رغبة أحد الزوجين وعدم اعتراض الزوج الآخر أو بناء على رغبتهما المشتركة أثناء حياتها. فهنا يجب التمييز بين مرحلتين:

المرحلة الأولى: إذا تم إبرام العقد قبل عام ١٩٧١، فإن الطلب يجب أن يقدم من المعني بالأمر وهو الزوج أو الزوجة، أو ممن له مصلحة في إثبات عقد الزواج كالأولاد، يقدم إلى رئيس المحكمة مباشرة مرفوقاً بالأدلة المثبتة له، وبعدها يقوم رئيس المحكمة بالتحقيقات اللازمة، ثم يصدر حكما بتقييد عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية وفقا للإجراءات التي تضمنها الأمر رقم ٦٥ - ٧١ المؤرخ في ١٩٧١/٩/٢٢، والمتعلق بإثبات كل زواج لم يكن موضوع عقد محرر أو منسوخ في سجلات الحالة المدنية[١].

أما إذا تعلق الأمر بعقد زواج بين جزائريين أو بين جزائريين وأجنبيات ليس لهم موطن دائم في الجزائر فيجب أن يوجه الطلب إلى البعثات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية التي يوجد المسكن في دائرة اختصاصها، ثم يقوم الأعوان الدبلوماسيون أو القنصليون بتوجيه الطلب المصحوب برأيهم إلى رئيس محكمة الجزائر العاصمة، كما هو منصوص عليه في المادة ٣ من الأمر رقم ٦٥ - ٧١.

المرحلة الثانية: إذا أبرم الزواج بعد ١٩٧٢ فإن المعني يجب أن يقدم طلبه مصحوباً بالأدلة الإثباتية إلى وكيل الجمهورية مباشرة، والذي يحيل هذا الطلب إلى رئيس المحكمة التي وقع إبرام عقد الزواج بدائرة اختصاصها، مرفقاً بعريضة تتضمن تحقيقه ورأيه في هذا الطلب وبعد القيام بالتحقيقات اللازمة والمباشرة وفقاً لما تضمنته المادة ٣٩ من قانون الحالة المدنية[٢]، والمادة

---

(١) تنص المادة ١٤ من هذا الأمر أن "المحكمة التي يمكنها أن تأمر بجميع إجراءات التحقيق المفيدة، تثبت في القضية في ظرف الثلاثة أشهر الموالية ليوم تسليم الطلب، وأن الحكم الصادر غير قابل لأي طريق من طرق الطعن". وجاء في المادة ٥ منه "ينسخ منطوق الحكم في سجلات الحالة المدنية التابعة لمكان الميلاد وفي السجلات القنصلية، وذلك بطلب من وكيل الدولة"، وورد في المادة ٧ أن "الزواج المنعقد بهذا الشكل والمنسوخ في سجلات الحالة المدنية يصبح نافذ المفعول ابتداء من اليوم المتعارف به في الحكم كيوم انعقاد الزواج".

(٢) الصادر بالأمر رقم ٧٠ – ٢٠ المؤرخ في ١٣ ذي الحجة ١٣٨٩ هـ الموافق ١٩٧٠/٢/١٩.
ونص المادة ٣٩ منه هو كالآتي: "باستثناء ما ذكره في المادة ٧٩ المقطع الرابع عندما لا يصرح بالعقد لضابط الحالة المدنية في الآجال المقررة أو تعذر قبوله أو عندما لا توجد سجلات أو فقدت لأسباب أخرى غير أسباب الكارثة أو العمل الحربي، يصار مباشرة إلى قيد عقود الولادة والزواج والوفاة بدون نفقة على طريق صدور حكم بسيط من رئيس محكمة الدائرة القضائية التي سجلت فيها العقود والتي كان يمكن تسجيلها فيها بناء على مجرد طلب من وكيل الدولة لهذه المحكمة بموجب عريضة مختصرة وبالإستناد إلى كل الوثائق أو الإثباتات المادية".

٢٢ من قانون الأسرة، يصدر رئيس المحكمة حكما بتقييد عقد الزواج في غرفة المشاورة (مكتب القاضي)، وليس في جلسة علانية، ودون أية مصاريف أو رسوم قضائية[١]، ولا يكون الحكم في ذلك قابلا للطعن، لأن الأمر يتعلق بتصادق زوجية سابقة يحتاج فيها إلى تحقيق وإجراءات إدارية.

النوع الثاني: حالة طلب إثبات عقد زواج سابق بناء على طلب أحد الزوجين، أو ممن له مصلحة بعد وفاة الزوجين، أو وكليهما من غير أن يكون هناك خلاف على قيام الزواج وصحته من الزوج الباقي على قيد الحياة، أو من الورثة.

ففي هذه الحالة وجب على الزوج المتبقي على قيد الحياة أو الورثة (في حالة وفاة الزوجين) أن يقدموا طلباً إلى رئيس المحكمة بالنسبة للعقود التي أبرمت قبل عام ١٩٧١ أو إلى وكيل الجمهورية بالنسبة للعقود التي أبرمت بعد عام ١٩٧٢، وتطبق عليها الإجراءات السابق ذكرها[٢].

النوع الثالث: في حالة طلب إثبات عقد الزواج من أحد الزوجين أو ممن له مصلحة فيه وإنكار الزوج الباقي منهما على قيد الحياة، أو إنكار الورثة لهذا الزواج بعد موت الزوج الآخر فالحالة هذه تختلف عن سابقتها إذ لا يجوز تقديم الطلب إلى رئيس المحكمة أو إلى وكيل الجمهورية بغرض تسجيل عقد الزواج في سجلات الحالة المدنية وفقاً لنص المادة ٣٩ ق.ا.ح.م، أو وفقا لأحكام الأمر ٧١ ـ ٦٥، بل يجب على صاحب المصلحة أن يقيم دعواه أمام المحكمة، يذكر فيها موجز طلباته وأسباب النزاع وأدلة الإثبات وغيرها من الحجج الشرعية التي تدعم قيام عقد الزواج بشكل شرعي وتسجل في كتابة ضبط المحكمة بموجب عريضة رسمية، ثم تعين جلسة رسمية تدرج فيها مع الدعوى المدنية الأخرى. وإذا فصلت المحكمة المختصة في النزاع بعد ذلك وقررت قيام

---

(١) وتجدر الإشارة إلى أن المادة ٢٢ من قانون الأسرة قد تضمنت موضوعاً تضمنه المادة ٣٩ ق.ا.ح. م ولكنها لم تلغها، وإنما أوقفت استمرارها على المستقبل من العقود وتركتها تطبق على ما وقع في زمانها من مثل هذه العقود التي لم تقيد في سجلات الحالة المدنية لأن كل مادة تطبق على ما يحدث بعد صدورها من عقود الزواج. فالمادة ٣٩ تبقى سارية المفعول بشأن تقييد وإثبات عقود الزواج التي وقعت في الفترة ما بين صدور قانون الحالة المدنية وقانون الأسرة (١٩٧٠ ـ ١٩٨٤)، ولم تكن قد سجلت في سجلات الحالة المدنية في حين أن هذه المادة ٢٢ من ق.أ. لا تطبق إلا بشأن عقود الزواج التي وقعت بعد صدوره في ١٩٨٤/٦/٩ بأثر فوري، ولا تطبق على تلك التي وقعت قبل صدوره. عبد العزيز سعد- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري - ص٣٧.

(٢) وهي إما الأمر رقم ٧١ ـ ٦٥، أو المادتان ٣٩ من قانون الحالة المدنية و ٢٢ من قانون الأسرة، سيما فقرتها الثانية المضافة بالتعديل الأخير، كما في تفصيل الحالة السابقة.

الزوجية وصحتها، يصبح ممكنا عندئذ لمن صدر الحكم لمصلحته أن يستلم نسخة منه ويرفقها بطلب يقدمه إلى وكيل الجمهورية إذا أبرم الزواج بعد عام ١٩٧٢، أو إلى رئيس المحكمة إذا أبرم الزواج قبل عام ١٩٧١، ويطلب منه إصدار حكم بإثبات الزواج والأمر بتقييده في سجلات الحالة المدنية للبلدية التي انعقد فيها.

ويتخذ نفس الإجراء سواء كان النزاع حول مشروعية وصحة الزواج، أم كان النزاع حول قيامه أصلا[1].

الشرط الثاني: الإثبات لا يكون إلا بالطرق التي حددها القانون:

للإثبات القانوني طرقاً معينة لا يجوز الإثبات بغيرها فيجب أن يكون هذا الإثبات مسموحا به، وصالحا من الناحية القانونية ويخرج ما نهى القانون عنه، وهذه الطرق ليست على مرتبة واحدة، وتحوز حجية متفاوتة، فقد يصلح بعضها بذاته لإثبات الزواج في حين يحتاج بعضها الآخر لحجج أخرى، وقد تكون لبعضها حجية في قوانين، وفي قوانين أخرى حجية دون ذلك. وسنعرض لهذه الطرق ومدى التزام القوانين بأحكام الإثبات في الشريعة الاسلامية.

---

(١) في حين يرى الأستاذ عبد العزيز سعد: أن النزاع متى كان حول عدم قيام عقد الزواج أصلا، فإنه يخرج من اختصاص محكمة الموضوع ويدخل في الاختصاص الشخصي لمن يتولى رئاسة المحكمة مباشرة أو إلى وكيل الجمهورية دون مصاريف، ودون أية إجراءات مما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية، ومتى قدم الطلب بموجب عريضة إلى المحكمة المدنية، فإنها تحكم بعدم الاختصاص وتعمل على إحالة الأطراف إلى الجهة المختصة وفقاً للمادة ٣٩ من قانون الحالة المدنية، أو وفقاً للأمر رقم ٧١ – ٦٥ فهي محكمة موضوع لا تتصدى لمثل هذه الدعوى إلا عندما يطلب منها الفصل في نزاع معروض عليها، وفقاً للأشكال المقررة في قانون الإجراءات المدنية، ومتعلق بشروط واقعة الزواج ذاتها، وبشروط شرعيته وصحته. نظام الحالة المدنية في الجزائر- ص ١٦٤، ١٦٥.

وفي تقديري أن مجال العمل بالأمر رقم ٧١ – ٦٥ والمادة ٣٩ من ق.ا.ح. م يكون متى لم يكن هناك اعتراض حول الزواج، أما متى حصل اعتراض فلا مجال للعمل بهما، حيث تقام الدعوى أمام محكمة الموضوع وفقاً للإجراءات العادية لرفع الدعوى، كما هو الحال في النزاع في شرعية وصحة الزواج. أنظر في هذا الرأي: حمليل صالح - إجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق - رسالة ماجستير في القانون الخاص مقدمة إلى جامعة بلعباس- ١٩٩٨ - ص ١٥٩.

المبحث الأول

الكتابة

تعد الكتابة أهم طريقة في الإثبات فهي صالحة لإثبات جميع الوقائع مادية كانت أو قانونية، بحسب درجة قوتها وحجيتها[1]. وتعد وثيقة الزواج الدليل الكتابي الرسمي متى استوفت شروط صحتها كانت حجة على طرفيها وعلى الغير.

وقد نصت المادة ١٠ من قانون الإثبات المصري على تعريف المحرر (الوثيقة الرسمية) بأنها:"التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه"[2].

وغني عن البيان أن عقد الزواج متى توفرت أركان انعقاده وشروط صحته كان صحيحاً وترتب عليه آثاره دون حاجة لاتخاذ أي إجراء آخر، فصحة عقد الزواج لا تتوقف على كونه عرفيا أو موثقا بل تتوقف على استيفائه لشروط العقد الشرعية، أما الشكلية فليست سوى ترتيب إداري بغرض حماية العقد من الإنكار، ومنع التلاعب فيه، ولتنظيم العلاقات الأسرية وإشعار المجتمع بأهميتها وخطرها، فالقانون لم يشترط لعقد الزواج شكلا خاصا ولم يعلق وجوده على استيفاء شكل خاص وإنما جعل التسجيل والرسمية طريقا للإثبات[3].

ونظرا لأهمية الكتابة في إثبات الزواج، ارتأينا تفصيل إجراءات الزواج الإدارية والتنظيمية ببيان الجهة المختصة بتسجيل (إشهار) عقد الزواج، وشروط تسجيله وكيفيته (المطلب الأول). وإجراءات تسجيل عقد الزواج والحجية القانونية لوثيقة الزواج (المطلب الثاني).

---

(١) نص قانون الإثبات المصري على الأدلة الكتابية بجانبيها الإجرائي والموضوعي معاً من المادة ١٠ إلى المادة ٥٩، في حين نص القانون الجزائري على إجراءاتها في المواد من ٧٦ إلى ٨٠ من قانون الإجراءات المدنية، ومن المادة ٥٥ إلى ١٦٦ من نفس القانون. أما الجانب الموضوعي منها فنظمها في المواد من ٣٢٣ إلى ٣٣٢ من القانون المدني.

(٢) تقابلها المادة ٣٢٤ من القانون المدني الجزائري.

(٣) وهو المبدأ الذي قررته المحكمة العليا الجزائرية(المجلس الأعلى سابقا) في العديد من قراراتها ومنها: "ولا يسوغ اشتراط إثبات الزواج بالحالة المدنية إذا كان هذا الزواج صحيحاً باعتبار الشريعة الإسلامية، خاصة إذا قررته الوقائع ولم ينازع فيه أحد من الطرفين". المجلس الأعلى – غرفة القانون الخاص – المجلةالاقتصادية- عدد ١٩٦٨/٦/٢٦- ج١ ص ٤٥.

المطلب الأول

الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج وشروط تسجيله وكيفيته

ونتناول تفصيل هذا المطلب في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج

أولا: في القانون المصري: تنص المادة ١٨ من لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل في ١٩٥٥/١/٤ بأنه "يختص المأذون دون غيره بتوثيق عقود الزواج وإشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك بالنسبة للمسلمين من المصريين". والمأذون الموجود به محل إقامة الزوجين هو المختص بتوثيق العقد وفي حالة اختلاف محل إقامة الزوجين فالمكلف بالتوثيق هو مأذون الجهة التي بها محل إقامة الزوجة. والاختصاص المحلي للمأذون ليس من النظام العام، إذ يجوز للزوجين أن يختارا مأذوناً آخر لتوثيق عقدهما، لكن يشترط لقيام هذا المأذون بذلك أن تقدم له شهادة من محكمة الأسرة المقيمة في دائرتها الزوجة بعدم وجود مانع شرعي أو قانوني[١]. أما إذا كان الزوجان مختلفي الديانة والجنسية فالجهة المختصة بالتوثيق هي مصلحة الشهر العقاري.

ثانيا: في القانون الجزائري: يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانوناً مع مراعاة ما ورد في المادة ٩ و ٩ مكرر من قانون الأسرة[٢]. كما تقضي المادة ٧١ من قانون الحالة المدنية بأن ضابط الحالة المدنية أو القاضي (الموثق) المختص بتحرير عقد الزواج هو إما ذلك الذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن الزوجين باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج. هذا إذا كان انعقاد الزواج داخل الوطن، أما إذا انعقد في الخارج فيحرر العقد الموظفون الدبلوماسيون أو القنصليون، أو السلطة المحلية التي لها حق تحرير العقود الرسمية[٣].

مقتضى هذه النصوص أن أمام الزوجين جهتان فقط لإشهار عقد زواجهما، وهما: الموثق (Le Notaire) والبلدية. فالموثق[٤] هو ضابط عمومي يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون

---

(١) هذا بعد إنشاء محاكم الأسرة، وقبل ذلك كانت المحكمة الجزئية الشرعية المقيمة في دائرتها الزوجة هي الجهة التي تقدم الشهادة للمأذون، أنظر المادة ٢٠ من لائحة المأذونين الشرعية الصادرة بقرار وزير العدل في ١٩٥٥/١/٤ .

(٢) المادة ١٨ من قانون الأسرة.

(٣) المواد ٧٦، ٩٦، ١٠٤ من قانون الحالة المدنية.

(٤) عرّفت المادة ٥ من القانون رقم ٢٧/٨٨ الصادر بتاريخ ١٩٨٨/٧/١٢ المتضمن التوثيق الموثق بأنه"ضابط عمومي يتولى تحرير العقود التي يحدد القانون صيغتها الرسمية وكذا العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصيغة كما يتولى استلام أصول جميع العقود والوثائق للإيداع التي حدد لها القانون هذه الصيغة أو التي يود =

صيغتها الرسمية وكذا العقود التي يود الأطراف إعطائها هذه الصيغة، أما ضابط الحالة المدنية البلدية (Officier d'etat civil) فهو الموظف المؤهل قانوناً لتحرير عقد الزواج وتسجيله، والذي يوجد بدائرة اختصاصه موطن الزوجين أو محل إقامة أحدهما، أما في الخارج فإن رؤساء البعثات الدبلوماسية ورؤساء المراكز القنصلية هم الذين يختصون بتحرير عقود زواج الجزائريين(١).

الفرع الثاني: شروط تسجيل عقد الزواج وكيفيته

أولاً: في القانون المصري: قبل أن يباشر المأذون الشرعي تحرير وثيقة عقد الزواج وجب عليه أن يتأكد من توافر المستندات والوثائق التي أوجبت لائحة المأذونين على الطرفين تقديمها لإثبات حالتهم المدنية القائمة قبل توثيق العلاقة الزوجية بينهما وذلك ضمانا لاحترام الشروط القانونية اللازمة لانعقاد هذا الزواج وتتمثل في:

١- تقديم ما يثبت هوية العاقدين أو وكيليهما(٢)، كالبطاقة الشخصية أو العائلية لكل منهما، فإن لم يكن للزوجة بطاقة وجب تقديم مستند رسمي، أو بموجب شهادة إدارية تحمل صورتها وبصمتها أو بشهادة شاهدين لكل منهما بطاقة(٣).

٢- تقديم ما يثبت عمر العاقدين كشهادة الميلاد أو أي مستند آخر رسمي ثابت فيه تاريخ الميلاد، وإذا تعذر ذلك وجب تقديم شهادة طبية صادرة عن الطبيب المختص بتفتيش الصحة أو المجموعة الصحية(٤).

٣- أربع صور شمسية حديثة للزوج والزوجة وتثبت صورة كل منهما بمادة لاصقة في المكان المعد لذلك بوثيقة الزواج ويوقع المأذون على كادرها الأسفل، وتوضع

= حائزها حفظها".

وقد كان الموثق ينتمي إلى سلك الموظفين مساعدي القضاء ويخضع لسلطة النائب العام، إذ بموجب الأمر رقم ٩١/٧٠ المؤرخ في ١٩٧٠/١٢/١٥ المتضمن تنظيم التوثيق تم إلغاء مكاتب الموثقين والمحاكم الشرعية سابقا وأنشئت مكانها مكاتب للتوثيق تابعة لوزارة العدل، وتم إلغاء هذا الأمر واستبداله بالقانون رقم ٢٧/٨٨ الساري المفعول حاليا ابتداء من ١٩٩٠/١/١، حيث أنشأ مكاتب للتوثيق يمتد اختصاصها عبر كامل التراب الوطني، ويُسيّر كل مكتب موثق يمارس مهنته لحسابه الخاص، مع تمتعه بالضبطية العمومية.

(١) د. بلحاج العربي- المرجع السابق - ص ١٣٦.

(٢) جاء في حكم لمحكمة الإسكندرية بأنه: "إذا ثبت أن الزوج لم يكن حاضرا مجلس العقد بنفسه ولا بوكيله وأن الحاضر عن الزوج كان شخصاً آخر انتحل شخصية الزوج فلا ينعقد الزواج، إذ أن عقد الزواج لابد فيه من عاقد ومعقود عليه وصيغة في الإيجاب والقبول، فهما ركنان في العقد والعقد المكتوب يكون باطلا". محكمة الإسكندرية ١٩٦٣/٢/٢٢ ، قضاء الأحوال الشخصية نفساً ومالاً- رقم ٢٤١.

(٣) المادة ٣٣ فقرة ١ من لائحة المأذونين الشرعية .

(٤) أنظر تفصيل ذلك في المادة ٣٤ من اللائحة.

بصمة إبهام كل من الزوجين على الجزء الأسفل من صورته[1].

٤- الحصول على إقرار كتابي أو شفوي من الزوجين بخلوهما من الأمراض التي تجيز التفريق وهذا بعد تبصرتهما بهذه الأمراض (العيوب) [2].

٥- إذا تعلق الأمر بزواج مطلقة وجب عليها تقديم إشهاد الطلاق أو حكم نهائي به، وإن كان الطلاق صادر من جهة أجنبية وجب أن يكون مصدقا عليه من وزارة العدل. أما إن كانت المرأة أرملة فتقدم مستندا رسميا يدل على وفاة زوجها السابق، وإن كان المستند صادرا من جهة أجنبية يجب التصديق عليه أيضا من وزارة العدل، ولا تعد تراخيص الدفن مستندا في إثبات الوفاة.

٦- إذا تعلق الأمر بزواج أحد العساكر التابعين للبوليس أو لمصلحة السواحل أو مصلحة الحدود أو لمصلحة السجون، أو الذين في خدمة الجيش يتعين تقديم رخصة بالزواج صادرة عن المصلحة التابع لها الزوج[3].

ثانيا: في القانون الجزائري: بينت المواد ٧٤، ٧٥، ٧٦، من قانون الحالة المدنية شروط تسجيل عقد الزواج، والتي وجب على كل شخص عزم على الزواج، وأراد أن يبرم عقدا بذلك، أن

---

(١) المادة ٣٣ فقرة ٢.

(٢) وذكرت اللائحة من هذه العيوب على سبيل المثال: العنة – الجنون – الجذام – البرص – الإيدز (الفقرة ٤ من المادة ٣٣). وهذا النص في غاية القصور عن تحقيق الغرض الذي وضع لأجله، حيث يسهل الحصول على إقرار أي من الزوجين بوصف كاذب عن حالته الصحية، فهو إجراء شكلي لا غير، فمن يقر بعيوبه؟ والمأذون ليس له سلطة في العقد فالإقرار ليس له قوة فعلية في الواقع سوى أنه قرينة وحجة على صاحبه، متى ثبت خلافه وجب الفسخ بمطالبة الزوج الآخر.

والأولى بواضعي القانون – وقد خطوا هذه الخطوة الحسنة – أن يضعوا ما يكفل العمل من التدابير السليمة ومن ذلك: للمأذون عدم توثيق عقد الزواج إلا بعد أن يتسلم من العاقدين العازمين على الزواج شهادة طبية صادرة عن مراكز صحية أو مستشفيات عمومية أو مخابر طبية معتمدة، وزهيدة تثبت أن المعني بالأمر قد وقع فحصه قصد الزواج، وهو سليم من الأمراض المعدية والخطيرة، ومن بعض العيوب، على ألا تتعدى مدة هذه الشهادة شهرا أو شهرين قبل العقد، وعلى موظفي تلك المراكز الطبية التمتع بالسرية التامة لحالات الزواج وعدم إفشاء معايبهم. وهذا الإجراء لا تأثير له على صحة العقد.

وقد نصت بعض القوانين العربية على تقديم تقرير طبي قبل عقد الزواج لما فيه من المصالح العديدة للأفراد والأسر والمجتمعات، ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية العراقي الذي ألزم في الفقرة ٢ من المادة ١٠ منه أن يرفق المتقدم للزواج تقريرا طبيا يؤيد سلامته من الأمراض السارية والموانع الصحية، وحددت بعدها لجنة من وزارة العدل والصحة هذه الأمراض بـ: الأمراض التناسلية السارية، الجذام، التدرن الرئوي في حالته الفعالة والأمراض والعاهات العقلية. وكذلك قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة ٤٠ . وفي تونس تم إصدار قانون خاص يتعلق بالشهادة الطبية السابقة للزواج رقم ٤٦ لسنة ١٩٦٤ بتاريخ ١٩٦٤/١١/١١.

(٣) المواد: ٣٥، ٣٦، ٣٧ من اللائحة.

يقدم إلى ضابط الحالة المدنية أو الموثق المختص بتحرير عقد الزواج المستندات الآتية[1]:

١- شهادة ميلاد الزوج والزوجة مؤرخة بأقل من ثلاثة أشهر، فإن تعذر ذلك عليهما يجوز لهما تقديم وثيقة إشهاد مصدقة من قبل رئيس المحكمة – وبدون نفقة وعند الاقتضاء بعد كل التحقيقات الضرورية – سواء استنادا إلى تصريح مؤيد بيمين الطالب وثلاثة شهود، أو تقديم الوثائق المبينة للحالة المدنية للمعني بالأمر كبطاقة التعريف الوطنية، أو الدفتر العائلي للأبوين. وبإمكان الزوج تقديم الدفتر العسكري[2].

٢- دفتر عائلي إذا تعلق الأمر بشخص سبق له الزواج.

٣- شهادة الإقامة للزوج الذي ينتمي للإختصاص المحلي للمحكمة أو البلدية وقد استلزمها القانون لمن لم يكن معروف السكن أو الإقامة لضابط الحالة المدنية أو الموثق[3].

٤- شهادة الإعفاء من السن الذي نصت عليه المادة ٧ من قانون الأسرة[4]، إذا تعلق الأمر بزواج رجل أو امرأة لم يكملا التاسعة عشر من عمرهما.

٥- وبالنسبة للمرأة التي سبق لها الزواج، فإن كانت أرملة وجب عليها أن تقدم نسخة من وثيقة وفاة الزوج السابق، أو وثيقة ميلاده مشار فيها إلى وفاته، وإن كانت مطلقة تقدم إما وثيقة عقد زواج متضمنة لبيان الطلاق، وإما نسخة من الحكم أو القرار

---

(١) عبد العزيز سعد-الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري- ص ١٦٢. نظام الحالة المدنية- ص ١٤٦. د. بلحاج العربي- المرجع السابق- ص ١٣٤.

(٢) المادة ٧٤ من قانون الحالة المدنية، ويجب أن تتضمن وثيقة الإشهاد والمشار إليها اسم ولقب ومهنة ومسكن وتاريخ ميلاد الطالب أو طالبة الزواج واسم ولقب والديه إذا كانا معروفين مع بيان وضعيته العائلية، وإيضاح مكان وتاريخ الزواج السابق أو انحلاله إن اقتضى ذلك، والسبب الذي منعه من تقديم وثيقة الميلاد المشار إليها أعلاه.

(٣) المادة ٧٥ من قا.ح.م.

(٤) تنص المادة ٧ من قانون الأسرة أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام ١٩ سنة وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، وقد عُدّل هذا النص في التعديل الأخير حيث تم توحيد سن الزواج للرجل والمرأة معا بعد أن كانت إحدى وعشرين سنة للفتى قبل التعديل، كما أضاف النص عبارة "متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج"، ولا ندري هل هي القدرة البدنية أم المادية أم مزيد من القيود القانونية لراغبي الزواج والتعفف، وبسط القضاء لهيمنته وإشرافه المباشر على إنشاء الرابطة الزوجية، و ما يترتب على ذلك من مفاسد.

القضائي الذي صار نهائيا[1]، وإما أن تقدم الدفتر العائلي إذا كان يتضمن بيانا بالطلاق[2].

٦- رخصة الزواج التي ينص عليها القانون العسكري إذا تعلق الأمر بزواج أحد العاملين بالجيش الوطني الشعبي أو الدرك الوطني ورجال الشرطة وموظفي الأمن الوطني[3].

٧- إذا تعلق الأمر بزواج أجنبي يقيم في الجزائر بصفة دائمة أو مؤقتة، فيجب أن يقدم زيادة على الأوراق والشهادات التي تثبت أهليته للتعاقد وفقا لقانون بلاده رخصة بالزواج يمنحها له والي الولاية التي يقيم بها، بعد إجراء تحقيق حول ظروف وأسباب إقامته في تلك الولاية، وحول سيرته وسلوكه العام، ولا تسلم الرخصة إلا بعد رأي مصادق عليه ومؤيد من مدير الأمن بالولاية[4].

أما الجديد في التعديل الأخير لقانون الأسرة[5] فيتمثل في أمرين:

أولهما: إلزام طالبي الزواج بتقديم وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطراً يتعارض مع الزواج، وعلى الموثق أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية، ويؤشر بذلك في عقد الزواج. وقد فوض القانون تحديد شروط وكيفيات تطبيق هذه المادة عن طريق التنظيم[6].

وثانيهما: هو إلغاء الزواج بالوكالة بإلغاء نص المادة ٢٠ من القانون رقم ٨٤ ـ ١١، فوجب بذلك الحضور الشخصي للزوج وولي المرأة[7].

---

(١) بموجب المادة ٧٥ من قا. ح. م. فإنه كان يتوجب على المرأة المطلقة أن ترفق مع نسخة الحكم أو القرار بالطلاق شهادة من القاضي أو كاتب الضبط بالجهة القضائية المختصة تثبت أنه قد أصبح نهائيا إلا أن قانون الأسرة النافذ قد أعفى الزوجة من إحضار هذه الشهادة، إذ بموجب المادة ٥٧ منه، فقد أصبحت أحكام الطلاق نهائية وغير قابلة للإستئناف ماعدا في جوانبها المادية.

(٢) المادة ٧٥ فقرة ٢ من قا.ح.م.

(٣) جاء بيان ذلك في المرسوم رقم ٨٣ ـ ٤٨١ في ١٩٨٣/٨/١٣ والمتعلق بالقواعد المطبقة على موظفي الأمن الوطني، والمنشورين الصادرين عن وزارة العدل، الأول رقم ٣٢٩ بتاريخ ١٩٦٧/٦/١٣، والثاني رقم ٣٦٤ بتاريخ ١٩٦٨/٦/٢٥، والمتعلقين بزواج أفراد الجيش الوطني الشعبي والدرك الوطني.

(٤) أنظر في ذلك منشور صادر عن وزارة الداخلية رقم ٢ بتاريخ ١٩٨٠/٢/١٦.

(٥) الصادر بموجب الأمر الرئاسي بتاريخ ١٨ محرم ١٤٢٦هـ الموافق ٢٧ فبراير ٢٠٠٥.

(٦) المادة ٧ مكرر من قانون الأسرة المعدّل والمتمم.

(٧) حيث كان نص المادة ٢٠ كالآتي "يصح أن ينوب عن الزوج وكيله في إبرام عقد الزواج بوكالة خاصة"، كما تقضي بذلك المادة ٣٢ من قا.ح.م تبعا والتي تنص بأنه: " يجوز للأطراف المعنيين في حالة ما إذا كانوا غير =

المطلب الثاني

إجراءات تسجيل عقد الزواج والحجية القانونية لوثيقة الزواج

ونتناول تفصيل هذا المطلب ضمن فرعين: الأول في إجراءات تسجيل عقد الزواج والبيانات التي تسجل فيه، والفرع الثاني في الحجية القانونية لوثيقة الزواج.

الفرع الأول: إجراءات تسجيل عقد الزواج والبيانات التي تسجل فيه

أولا: في القانون المصري: بعد تقديم الوثائق التي مضى بيانها وتحقق المأذون منها ومن هوية المتعاقدين يدون محتوياته في دفتر خاص يسمى دفتر الزواج[1]، ثم يقوم بتسليم هذا الدفتر- فور انتهائه- إلى المحكمة التابع لها بإيصال. وعلى المأذون أن يحرر وثيقة الزواج وفقا للنموذج المعد له، ويكون ذلك من أصل وثلاث صور، يسلم لكل من الزوجين صورة والثالثة لأمين السجل المدني الذي تم بدائرته الزواج ويحفظ الأصل بالدفتر، وهذا بعد أن يوقع أصحاب الشأن والشهود على أصل صورتي الوثيقة بإمضاءاتهم أو بخاتمه وبصمة إبهامهم إن كانوا لا يعرفان القراءة والكتابة، ثم يوقع المأذون بعد ذلك[2].

= ملزمين بالحضور شخصيا أن يمثلوا بوكيل مفوض خصوصي ورسمي" ، وجرى العمل باستظهار الوكيل لوكالة خاصة بالزواج - بموجب ورقة رسمية معدة بهذا الشأن- أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق، ويجب على من تلقى العقد أن يلحق عقد الوكالة بسجل الحالة المدنية التي دوّن بها عقد الزواج، وكان من شأن هذا الإهمال إلحاق ضرر بالغير ممن له مصلحة في عقد الزواج.

ورغم أن الوكالة كانت موجودة إلا أن فائدة كانت طفيفة فقط، وخاصة في غياب أحد الزوجين عن مجلس العقد لأسباب معقولة إلا أن مفهوم الوكالة قد يصطدم مع طبيعة عقد الزواج، أو يؤدي إلى نتائج خطيرة، وذلك أن عقود الزواج من العقود الخطيرة التي تقوم على الإعتبار الشخصي وعلى مبادئ الرضا وحرية الإختيار كما أن الوكيل يبقى مجرد رسول قد يخون أو يجاوز حدود المهمة المخولة إليه. أنظر في ذلك: د. بلحاج العربي- المرجع السابق- ص ٧٥، ١٣٥. ولعلّ هذا هو السبب الجوهري لإلغاء نص الزواج بالوكالة في التعديل الأخير.

(١) بموجب المادة ٢٢ من لائحة المأذونين فإنه يكون لكل مأذون خمسة دفاتر أحدها لقيد الزواج، والثاني لقيد المصادقة عليه، والثالث لقيد المراجعة والمصادقة عليها، والرابع لقيد الطلاق، أما الخامس فلقيد طلبات إيقاع الطلاق وإجراءات ندب الحكمين، ولا يجوز استعمال الدفتر لأكثر من خمس سنوات، ويجوز عند الاقتضاء إعطاء دفتر جديد للمأذون قبل انتهاء الدفتر الذي بيده على ألا يستعمل الدفتر الجديد قبل انتهاء الدفتر الأول.

(٢) جاء في حكم لإحدى المحاكم المصرية أن " التوقيع ببصمة الإصبع كالتوقيع بالإمضاء أو الختم، بل هي أقوى في الدلالة على صحة الورقة، وبما أن التوقيع بالبصمة كالتوقيع بالختم والإمضاء بل أقوى دلالة، لأنه يمكن تقليد الختم أو الإمضاء بخلاف البصمة فإنه لا يمكن تقليدها كما هو ثابت من قول الأخصائيين". قرار رقم ٣٢/١٧٦٨- محكمة كرموز في ١٩٦٧/١٠/١٢. أحمد نصر الجندي- مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما- دار الفكر العربي- ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م -المجلد الأول- ج٢ ص ٣٢. =

وبعد تسلم أمين السجل المدني صورة من وثيقة الزوجية خلال ثلاثة أيام من تاريخ إبرامها، يقوم بقيدها في سجل خاص وختمها بخاتم شعار الدولة الخاص بالسجل المدني، والتأشير عليها برقم القيد، وبعد تمام هذه الإجراءات يقوم المأذون بتسليم كل من الزوجين الصورة الخاصة به بعد توقيعه على الأصل بما يفيد التسليم(١).

ثانياً: في القانون الجزائري: إذا رغب الزوجان في تسجيل زواجهما أمام ضابط الحالة المدنية فإنه وجب على هذا الأخير التحقق من هوية المتعاقدين ومن الوثائق التي اشترطها القانون، وتأكده من تطبيق المادة ٩ و ٩ مكرر من قانون الأسرة تطبيقاً صحيحاً، أي ضرورة توفر رضا الطرفين، وولي الزوجة والشاهدين وانعدام الموانع الشرعية، بعدها يقوم الضابط بتسجيل عقد الزواج في سجلاته فورا ويسلم إلى الزوجين دفترا عائليا مثبتا للزواج(٢).

أما إذا اختار الطرفان عقد الزواج أمام الموثق فعليه – بعد التأكد من توفر أركان العقد - أن يحرر عقداً بذلك، ويسجله في سجلاته المعدة له، ثم يسلم الزوجين إشهادا يثبت انعقاد زواجهما أمامه وفقاً للقانون(٣)، ثم يرسل خلال ثلاثة أيام ملخصا عن وثيقة عقد الزواج إلى ضابط الحالة المدنية لتسجيل وقيد ملخص هذا العقد في سجلات الحالة المدنية المخصصة لتسجيل عقود الزواج خلال مهلة قدرها خمسة أيام ابتداءا من تاريخ استلامه الملخص، ثم يسلم الزوجين دفترا عائليا ويؤشر ببيان الزواج في السجلات على هامش عقد ميلاد كل من الزوجين(٤).

أما ما يتعلق بالبيانات التي يتعين على محرر عقد الزواج أن يبينها في وثيقة عقد الزواج، فقد تضمنت المادة ٧٣ من ق.ا.ح. م، والمادة ١٨ من قانون التوثيق جملة هذه البيانات، وهي كالآتي:

١- الإشارة صراحة إلى أن الزواج قد تم ضمن الشروط المنصوص عليها في القانون.

٢- الألقاب والأسماء والتواريخ ومحل ولادة الزوجين.

= كما أن الإعتراف ببصمة الختم لا تفيد حتما الاعتراف بالتوقيع، لأن الختم شيء مادي منفصل عن الإنسان، وقد تصل إليه يد غيره فيستطيع استعماله، خصوصا في الطبقات الساذجة أين يشيع إدخال الغش على صاحب الختم أما الاعتراف بالإمضاء فإنه يفيد حتماً صحة التوقيع به ذاته لعدم إمكان انفصال اليد عن الإنسان. قرار رقم ٢٣/٥١٨- العياط في ٢٨/١٠/١٥. نفس السابق- ص ٣١.

(١) أنظر المواد ٢٢، ٢٤، ٢٥، ٢٧، ٣٢ وما بعدها من اللائحة.

(٢) المادة ٧٢ و١١٢ والفقرة ٢ من المادة ١١٨ من قا. ح. م. وكل ملخص وكل بيان وارد في الدفتر العائلي له القوة المثبتة التي تتعلق بملخصات عقود الحالة المدنية وبالبيانات الموضوعية على هامش هذه العقود.

(٣) ويسمى هذا الإشهاد "بلفيف زواج" يعد للإثبات احتياطياً في حالة عدم استكمال الموثق إجراءات التسجيل، أو لأي ظرف كان.

(٤) وردت هذه الإجراءات في المادة ٧٢ من قا. ح. م.

٣- أسماء وألقاب أب وأم الزوجين.

٤- أسماء وألقاب وأعمار كل واحد من الشهود.

٥- الترخيص بالزواج لمن يشترط لهم القانون ذلك عند الاقتضاء.

٦- الإعفاء من سن الزواج لمن لم يبلغ السن القانوني.

٧- الإشارة لخضوع الطرفين للفحوصات الطبية وعلمهما بما قد تكشف عنه من أمراض وعوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

٨- وللزوجين أن يشترطا في عقد الزواج كل الشروط التي يرغبون فيها ما لم تتنافى مع أحكام الشرع، وعلى من يكلف بتحرير وثيقة الزواج أن يثبت فيها ما تم الاتفاق عليه من الشروط، ومراقبة مدى شرعيتها[١].

يتضح مما تقدم أن النصوص القانونية قد حددت سلطة الموظف المكلف بتحرير عقد الزواج، كما حددت أيضا مسؤوليته. وقد نصت المادة ٤٦ من ق.ا.ح. م على أن العقد يبطل إذا كان تسجيله مزوراً أو وقع تسجيله في غير المدة القانونية المسموح بها، حتى لو كان العقد وكافة بياناته صحيحة شكلا. والمدة القانونية المذكورة هي التي تمتد من تاريخ إبرام عقد الزواج إلى ليلة الدخول بالزوجة[٢]، والقصد من ذلك هو إفراغ العقد المبرم في صورته الشكلية للإثبات.

ويعاقب الموظف الذي يحرر عقد الزواج دون رخصة الأشخاص المؤهلين لحضور عقد الزواج بالعقوبات المنصوص عليها في المادة ٤٤١ من قانون العقوبات[٣]. وفي حالة عدم تطبيقه للإجراءات المتعلقة بعقد الزواج، فإنه يعاقب بغرامة لا يمكن أن تتجاوز ٢٠٠ دينار بموجب حكم صادر عن المحكمة المختصة بالفصل في المسائل المدنية[٤].

ومما يتعين التنبيه إليه أن التسجيل أمام الموثق أو ضابط الحالة المدنية لا يتم إلا قبل

---

(١) ويتم ذلك في حالة إبرام العقد أمام الموثق. أما إذا تم أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية، فلا يتم ذلك لوجود نموذج مطبوع خال من ذكر الإشتراط.

(٢) فضيل سعد - شرح قانون الأسرة الجزائري - المؤسسة الوطنية للكتاب -١٩٨٦ - ص ١١٤.

(٣) تنص المادة ٤٤١ فقرة ١ من قانون العقوبات (المعدلة بالقانون الصادر في ١٩٨٢/٢/١٣) بأنه "يعاقب بالحبس من ١٠ أيام - على الأقل – إلى شهرين – على الأكثر – وبغرامة من ١٠٠ إلى ١٠٠٠ دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين ضابط الحالة المدنية الذي يقيد وثيقة الحالة المدنية في ورقة عادية مفردة والذي لا يتحقق من موافقة الوالدين أو غيرهما من الأشخاص إذا اشترط القانون هذه الموافقة لصحة الزواج والذي يتلقى عقد زواج امرأة سبق زواجها، وذلك قبل مضي الميعاد الذي حدده القانون المدني".

(٤) المادة ٧٥ من ق.ا.ح. م. والعقوبات المالية الواردة في هذه المادة والمقدرة بـ ٢٠٠ دينار تعد عقوبة زهيدة جداً لا تحقق الردع العام، مما يقتضي رفعها لتستجيب للتطورات الإجتماعية والإقتصادية.

الدخول، فإن تم الزواج بصورته الشرعية وحصل الدخول بالزوجة فإننا نكون أمام واقعة مادية يجب أن يصدر بناء عليها حكم من المحكمة المختصة، فإن انتفت صحته وجب القضاء ببطلان الزواج، وطبقا للمادة ٢٢ من قانون الأسرة فإنه في حالة عدم تسجيل الزواج يثبت بحكم قضائي. يجب تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة[١].

وقد جاء بيان هذه الإجراءات في قانون الحالة المدنية، وتتلخص في تقديم طلب من الزوج إلى وكيل الجمهورية لدى المحكمة التي انعقد الزواج في دائرة اختصاصها، وتفصل المحكمة المختصة في الواقعة بالإستناد إلى كل الوثائق والإثباتات المادية المقدمة، ثم ينطق بذلك الحكم ويدوّن في سجل الحالة المدنية المخصص لإثبات عقود الزواج وتقييدها بمعرفة ضابط الحالة المدنية[٢].

الفرع الثاني: الحجية القانونية لوثيقة الزواج

وثيقة الزواج إذا صدرت وفق أصولها وكانت صحيحة استوفت شروط صحتها كانت ورقة رسمية، والورقة الرسمية حجيتها في الإثبات حجية مطلقة ما لم يطعن فيها بالتزوير[٣]، فإذا

---

(١) يرى الأستاذ عبد العزيز سعد أن تسجيل عقود الزواج أمام ضابط الحالة المدنية بالبلدية نشأ عنه بعض المشاكل ومن ذلك أن تقوم البلدية بتحديد يومين أو ثلاثة من أيام الأسبوع لإبرام عدد من العقود وتمنح كل زوجين إشهادا يتضمن موعدا أو أجلا لاحقا يحضر فيه الزوجان لإبرام عقد زواجهما، الأمر الذي نتج عنه في بعض الأحيان الدخول بالزوجة قبل الموعد أو الأجل المحدد لرجوع الطرفين إلى البلدية ويتم العقد بتاريخ مراجعتهما لضابط الحالة المدنية، لا بتاريخ المراجعة الأولى أو الدخول، وحينها تكون الزوجة قد حملت ومضى على حملها شهرا أو شهران وقد يولد في الشهر السادس من تاريخ هذا العقد أو دونه فيكون من السهل على الزوج أن يدعي بنفي ولده عنه، فضلاً عن مشاكل أخرى كدعاوى الزنا ودعاوى الميراث بعد وفاة الزوجين قبل تسجيل عقد زواجهما. ويقترح - تفاديا لهذه المشاكل- أن تعهد مهمة تسجيل عقود الزواج إلى المحكمة، بإنشاء فرع فيها يشرف عليه أحد القضاة من ذوي الخبرة ورجحان العقل. نظام الحالة المدنية في الجزائر- ص١٣٠.

وفي رأيي أن المشاكل التي ذكرها الأستاذ لها وجاهتها ومبلغ تأثيرها كبير في العلاقات الأسرية بالأخص وفي المجتمع بوجه أعم، إلا أن أسبابها لا تعدو سوى بعض الترتيبات الإدارية التي قد تحصل حتى في المحاكم، فتوزيع الإختصاص بين الموثق وضابط الحالة المدنية لا يثير أي مشكلة، وإنما المشكل يتمثل في عدم تسجيل عقود الزواج من طرف المعنيين في الوقت المناسب وهو ما سنتناوله بشيء من التفصيل في الفصل الثالث، أما اقتراحه بإشراف المحكمة على عملية تسجيل عقود الزواج فيه تعقيد للعملية بزيادة تكاليف وأعباء أخرى على الأطراف هم في غنى عنها.

(٢) المادة ٥٨ من قا.ح.م.

(٣) فرسمية الورقة إذن قرينة قانونية على صحتها ولكنها قرينة يمكن إثبات عكسها بالطريق الذي رسمه القانون وهو الطعن بالتزوير، هذا إذا استوفت وثيقة الزواج شروط صحتها بأن تكون صادرة عن الجهة المختصة، أما لو كانت الوثيقة قد صدرت وفق غير الأصول المقررة قانونا، كأن تكون غير موقعة من طرف أحد العاقدين، أو غير موثقة بتوقيع وختم الموظف المكلف بإصدارها، وغير ذلك من الشروط فإنها تأخذ حكم الورقة =

ما حدث نزاع بشأن عقد الزواج وحصل إنكار من المدعي عليه أو من الغير فإن وثيقة عقد الزواج تعد دليلاً قانونياً لإثباته، وحجية على طرفيها، وحجية على الغير، وحجية بما احتوته من بيانات دون حاجة إلى الإقرار بها[1].

١ـ **وثيقة الزواج حجة على طرفيها:** تعد وثيقة الزواج حجة على طرفيها، فلا يجوز لأحد العاقدين أن يطعن فيها إلا عن طريق الطعن بالتزوير[2]. فإذا ادعت امرأة أنها زوجة لرجل معين وأنكر الرجل ذلك وأظهرت المرأة وثيقة زواج صادرة وفق أصولها المقررة قانوناً تثبت زوجيتها منه فلا يطلب منها إقامة البينة على ذلك، ما لم يبادر الرجل بالطعن في وثيقة الزواج هذه بالتزوير[3].

= العرفية ويمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة، فلا تعد دليلا كاملا إلا إذا أكمل بالشهادة أو القرائن، ومتى أكمل بأيهما اعتبر دليلاً يقوم مقام الدليل الكتابي في الإثبات، د. محمود محمد هاشم ـ المرجع السابق– ص ٢٢٣ . محسن ناجي ـ شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي– مطبعة الرابطة ـ بغداد- ط ١ ـ ١٩٦٢ ـ ص ١٩٣، ١٩٤. ومن أحكام النقض في هذا الشأن ما جاء عن محكمة النقض المصرية أن "التوقيع بالإمضاء أو ببصمة الإصبع هو المصدر القانوني الوحيد لإضفاء الحجية على الأوراق العرفية، ولا قيمة لها في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل إذا كان موجودا فيرجع إليه، أما إذا كان غير موجود فلا سبيل للاحتجاج بالصورة، إذ هي لا تحمل توقيع من صدرت منه. الطعن رقم ٣٥١ سنة ٢٢ ق ـ أ.ش- جلسة ١٩٥٦/٥/٣- السنة ٧ ص ٥٧٢. وفي حكم آخر جاء فيه أن "صور الأوراق العرفية لا حجية ولا قيمة لها في الإثبات إلا بمقدار ما تهدي إلى الأصل الموقع عليه". الطعن رقم ٢٤٩ لسنة ٣٧ ق ـ أ.ش– جلسة ١٩٧٢/٤/٢٧– السنة ٢٣ ـ ص٧٧٤.

(١) أما ما يتعلق بصورة الأوراق الرسمية وحجيتها في الإثبات فنفرق بين فرضين:

الأول: وجود أصل الورقة الرسمية: فإذا كان أصل الورقة موجوداً فإن صورتها الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة بالقدر الذي يكون فيه مطابقة للأصل (المادة ١٢ من قانون الإثبات المصري) وتعد الصورة مطابقة ما لم ينازع في ذلك أحد الطرفين وفي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل.

الثاني: عدم وجود أصل الورقة الرسمية: فتكون للصورة المأخوذة عن الصورة الأصلية ذات الحجية متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل وما لم يطالب أحد الطرفين بمراجعتها على الصورة الأصلية التي أخذت منها، فإذا لم توجد هذه الخيرة فلا تكون للصور المأخوذ عنها أية قوة في الإثبات، وقد يمكن اعتبارها مبدأ ثبوت بالكتابة. أما الصور الرسمية المأخوذة من الصور الأصلية فلا حجية لها في الإثبات ويمكن الاستئناس بها تبعا للظروف واعتبارها قرينة، إذ لا يمكن عدها مبدأ ثبوت بالكتابة (المادة١٣ قانون الإثبات المصري).

(٢) جاء في المادة ١١ من قانون الإثبات المصري أن "المحررات الرسمية حجة على الناس كافة بما دُوّن فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً"، تقابلها المادة ٣٢٤ مكرر من القانون المدني الجزائري.

(٣) جاء في حكم لإحدى المحاكم المصرية أن "وثيقة الزواج أعدت لإثبات الزواج وأعدت تبعا لذلك لإثبات شخصية المتعاقدين". قضية رقم ٢٦ لسنة ٤١ ق- أسوان- مجلة المحاماة الشرعية- العدد ١٤ ص١٢٣. كما أن "وثيقة الزواج ورقة رسمية وحجة فيما دُوّن بها لأن ذلك وضعها فيما وضعت له وجعلت لأجله باعتبار وصفها العنواني، كأن كل مستند له وصف عنواني هو حجة فيه فوثيقة الزواج حجة في خصوص الزواج ولم تكن =

٢- **وثيقة الزواج حجة على الغير:** فإذا ادعت امرأة أن زوجها المتوفى قد ترك مالا، وأن إخوته الذين ورثوا لم يشركوها فيه باعتبارها زوجة المتوفى، فأنكر الورثة زوجيتها، فأبرزت لتأييد ادعائها وثيقة زواج صادرة وفق أصولها، فتعد زوجيتها ثابتة ولا يطلب منها إقامة البينة على ذلك وتشترك معهم في التركة ما لم يطعن الورثة في وثيقة الزواج بالتزوير[١].

٣- **وثيقة الزواج حجة بما احتوته من بيانات:** فلا يجوز إنكار البيانات التي يتم تسجيلها بواسطة الموظف المختص مما يقع في علمه أو تحت سمعه وبصره، كبيان المهر وتسلمه وتوقيعات ذوي الشأن والشهود وإقراراتهم، فما أثبت في وثيقة الزواج من بيانات يعد حجية على طرفيه وعلى الغير[٢].

وعلى الرغم من اعتبار وثيقة الزواج حجية بيانية قاطعة من الوجهة النظرية إلا أن الأمر ليس على إطلاقه من الوجهة العملية ذلك أن إبرام عقد الزواج أمام المأذون الشرعي أو أمام ضابط الحالة المدنية أو الموثق قد لا يضمن في كثير من الحالات تحقق الشروط الواجبة شرعاً لانعقاد الزواج، كإحضار شاهدي زور أو عدم حضور الولي الشرعي أو عدم رضا الزوجة، أو حتى بتواطؤ الموظف المتخصص لتسجيل ذلك العقد وغير ذلك من الثغرات التي تقلل من حجية الوثيقة[٣] في الباطن.

= حجة في غيرها ما وضعت له باعتبار وصفها العنواني من الأوصاف التي لم تكن من حقوق من دونها ". قضية رقم ٧٣٤ لسنة ٢٧ ق – مجلة المحاماة الشرعية – العدد ١- ص ٤٢١.

(١) محسن ناجي – المرجع السابق - ص ١٩٤ وما بعدها.

(٢) جاء في قرار لمحكمة الاستئناف الشرعية الأردنية أن "وثيقة الزواج تعتبر بينة قاطعة فيما نظمت لأجله وهو الزواج، وفيما عدا ذلك مما يكون مدار خلاف كسن أحد الزوجين وكون الوكيل وكيلا بالعقد وقبض المهر فيجب التحقق فيه وفصله بما يقتضيه الوجه الشرعي". قرار رقم ١٢١٠٧. محمد حمزة العربي – المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية من سنة ١٩٥١ – ١٩٧٣- مكتبة الأقصى – عمان – ط١ – ١٩٧٣- ص ٣٣.

(٣) حمليل صالح – المرجع السابق – ص ٩١.

المبحث الثاني

الشهـادة

تعد الشهادة أهم النظم القانونية القديمة فقد عرفها الإنسان ثم عرف الخصومات والنزاعات ولكن مع انتشار الكتابة والطباعة أصبح الإثبات عن طريق الكتابة هو المفضل، فتمكنت الكتابة من تحقيق السيادة في نظام الإثبات، ومع ذلك فلازال للشهادة أهمية في مسائل كثيرة ونخص منها مسائل الزواج فإخراجاً للزواج من السرية وتفرقته عن كل علاقة مشبوهة، كان الإعلان عن طريق الشهادة أحد الوسائل المهمة في ذلك، ولحفظ الحقوق والواجبات التي تنشأ عن عقد الزواج لزم ذلك الشهادة لإثباتها. فبالرغم من كونها لا توفر الضمانات التي توفرها الكتابة للقضاء، فالشهادة تقوم على أمانة الشهود، ولا ريب أن شهادتهم يعتريها الكذب وعدم الدقة، فضلاً عن كثرة الدعاوى الكيدية لسهولة الحصول على شهود زور في حين أن الكتابة أدق وأبعد عن الكذب وأكثر ضبطاً للوقائع، فضلاً عن إمكانية حفظها فلا يعتريها النسيان لأنها إنما أعدت مقدماً للإحاطة بالواقعة المراد إثباتها[1]. ومع هذه المطاعن الموجهة للشهادة إلا أنها كثيرة الاستعمال وتتميز بالبساطة والسهولة، كما قد يقدم الشهود من الناحية العملية كثيراً من التوضيحات الهامة للقاضي فيلجأ إليها على أنها الطريق الوحيد لتكوين قناعته لإثبات الزواج[2].

وفيما يلي بيان لحجية الشهادة في إثبات الزواج (المطلب الأول)، والجهات المختصة قانونا لسماع الشهود وإجراءات سماعهم (المطلب الثاني)، وأخيرا التجريح في شهادة الشهود (المطلب الثالث).

المطلب الأول

حجية الشهادة في إثبات الزواج

أجاز القانون المصري الإثبات بشهادة الشهود[3] إذا لم يحصل إنكار للزوجية كما جاء في الفقرة (٢) من المادة ١٧ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال

---

(١) د. عبد الحميد الشواربي – الاثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية- منشأة المعارف- الاسكندرية- ١٩٩٦- ص ١٤٨.

(٢) يحيى بكوش – المرجع السابق – ص ١٩٠.

(٣) ومن القواعد التي قررتها محكمة النقض أن لمحكمة الموضوع من تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود طالما أنه جائز قانوناً والوقائع التي أحيلت للتحقيق وقائع مادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات. الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٩ ق- أ.ش- جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠ – سنة ٢٦ – ص ٨٦٠.

الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ "ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج – في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ – ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرهما إذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة".

ولا تسمع الشهادة إلا بعد توفر شروطها واستيفاء إجراءاتها[١]، ومن شروط صحة أداء الشهادة أن يكون الشاهد عالما بالأمر المشهود به وذاكرا له وقت الأداء، فلو نسي المشهود به لم يجز له أن يشهد. وأن يكون المشهود به معلوما حتى يتيسر القضاء به، ولا يكون كذلك إلا إذا وضَّح الشاهد للقاضي صاحب الحق ومن عليه الحق ونفس الحق المشهود به، والغرض من ذلك كله هو التعريف، فحيث تحقق التعريف وثبت لدى القاضي علم الشاهد بالمدعي به الذين تتصل بهما وقائع الشهادة موضوع التحقيق اكتفى به وصح الإعتداد بالشهادة[٢].

ومن القواعد المقررة شرعا أنه إذا حصل تنازع في الزوجية وادعاها أحدهما وأنكرها الآخر فإن الشهادة اللازمة لثبوت الزواج تكون إما بمعاينة العقد بالشهادة المباشرة، أو بطريق السماع، أو ما يسمى بالشهادة غير المباشرة، وهي أقل قوة من الشهادة المباشرة التي يقول فيها الشاهد بما سمع عن غيره ولذا سميت بالشهادة السماعية فهي رواية أو نقل للشهادة المباشرة يرويها له شاهد يشهدها عيانا بعينه وسمعاً بأذنه[٣].

والشهادة السماعية جائزة حيث تجوز الشهادة الأصلية وهي مثلها تخضع لتقدير قاضي الموضوع[٤]. ومما قضت به محكمة النقض المصرية في هذا الشأن أن "العشرة أو المساكنة لا تعتبر وحدها دليلا شرعيا على قيام الزوجية والفراش، وإنما نص الفقهاء الحنفية على أنه يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح وإن لم يعاينه، متى اشتهر عنده ذلك بأحد نوعي الشهرة الشرعية أو

---

(١) ورد في المادة ٣٣ من قا. ح. م. أنه "يجب على الشهود المذكورين في شهادات الحالة المدنية أن يكونوا بالغين ٢١ سنة على الأقل سواء كانوا من الأقارب أو غيرهم، دون ميز فيما يخص الجنس، ويختارون من قبل الأشخاص المعنيين". وفي المقابل لم يورد قانون الأسرة الشروط المطلوب توفرها في الشهود واكتفى فيه بالإحالة إلى أحكام الشريعة الإسلامية، ومن ثم وجب الالتزام بأحكام الشريعة الإسلامية في هذه المسألة بأن يكون الشاهد راشدا، بالغا مسلما، عدلا، ذكرا.. أما المادة ٣٣ من قا. ح. م. أعلاه فيمكن اعتبارها ملغاة ضمنياً بهذه الإحالة. أنظر: عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري – ص ٣٩.

(٢) طعن رقم ١٠٣ سنة ٦٣ ق– أ.ش- جلسة ١٩٩٧/١/٢٧.

(٣) د.عبد الرزاق السنهوري-المرجع السابق-ج٢ ص٥٧. د.عبد الحميد الشواربي- المرجع السابق– ص١٤٦.

(٤) الطعن رقم ٣٩٤ سنة ٣٥ ق–أ.ش– جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠– سنة٢١– ص٧٣٥. الطعن رقم ٨١٦ سنة ٤٣ ق– أ.ش– جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٦–سنة ٨– ص١٧٤٢. الطعن رقم ٩٩٠ سنة ٤٦ ق –أ.ش–جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥– سنة ٣١– ص٨٩٤. الطعن رقم١٤١ سنة ٤٠ ق–أ.ش– جلسة ١٩٧٥/٥/٢٩–سنة ٢٦ – ص١١١٤.

الحكمية[1]. فمن شهد أن رجلا وامرأة يسكنان في موضع أو بينهما انبساط الأزواج، وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته، حل له أن يشهد بالنكاح وإن لم يحضر وقت العقد، وهذا عند الصاحبين، أما عند أبي حنيفة فلا يجوز للشاهد أن يشهد على النكاح بالتسامع إلا إذا اشتهر شهرة حقيقية، وهي ما تكون بالتواتر[2].

وبناء على الصحيح في المذهب الحنفي يشترط لقبول شهادة السماع عدم تصريح الشاهد أمام القاضي بأنه يشهد بناء على التسامع، وإنما يشهد بذلك دون تفسير حتى تكون العهدة على الشاهد[3]، أما قانوناً فبعد إلغاء لائحة المحاكم الشرعية فيتبع في إجراءات الشهادة ما جاء في المادة ٢١ من قانون المرافعات المدنية والتجارية التي تنص على أنه "لرئيس الجلسة ولأي عضو من أعضائها أن يوجه للشاهد مباشرة ما يراه من الأسئلة مفيدا في كشف الحقيقة". فتبعا لهذا النص للقاضي أن يسأل الشاهد عن السبب الذي بنى عليه شهادته، فإذا صرح بأنه يشهد بناء على التسامع، أو ذكر أنه يشهد بناء على إخبار من يثق به ولم يقتنع القاضي بذلك لم يحكم بهذه الشهادة، والأمر في الأخير مرجعه لتقدير القاضي.

والقضاء الجزائري وإن أجاز الشهادة هنا بالتسامع إلا أنه لم يقيدها بأن تكون على الإطلاق والقطع، إذ لم تشترط المحكمة العليا في مختلف قراراتها أن يشهد الشخص في كل ذلك على الثبات والقطع دون تفسير منه أو تقييد، بأن يقول إنني لم أعاين العقد ولكن سمعت من فلان – الشهود وغيرهم – أن فلاناً وفلانة متزوجين، فحتى لو شهد كذلك تقبل شهادته، وهو خلاف ما عليه قضاء محكمة النقض المصرية. حيث جاء في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه "من المقرر شرعاً

---

(١) فعند أبي حنيفة لا يشهد حتى يسمع ذلك جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ذلك ويستفيض وتتواتر به الأخبار فإذا أخبره رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول لا تحل له الشهادة ما لم يدخل في حد التواتر ويقع في قلبه صدق الخبر وعند الصاحبين متى أخبره بذلك رجلان أو رجل وامرأتان عدول يكفي وتحل له الشهادة والفتوى على هذا وهو ما تقضي به محكمة النقض. الطعن رقم ١٢ - سنة ٣٦ ق –أ.ش–جلسة ١٩٦٨/٣/٢٧– سنة ١٩ ص ٦١٤. الطعن رقم ١٣ سنة ٣٣ ق – أ.ش– جلسة ١٩٦٧/١/٤ – سنة ١٨– ص ٥٤. الطعن رقم ٣٥ - سنة ٣٤ ق–أ.ش– جلسة ١٩٦٧/١١/١٥ – سنة ١٨– ص١٦٨٨. الطعن رقم ٢٥ سنة ٣٩ ق–أ.ش– جلسة ١٩٧٥/٤/٣٠– س ٢٦– ص ٨٠٦.

(٢) الطعن رقم ١٢ لسنة ٣٦ ق – أ.ش–جلسة ١٩٦٨/٣/٢٧ – السنة ١٩ – ج٢ – ص ٦١٤. وقضت محكمة النقض بأن "الشهادة بالتسامع هي شهادة لا يشهد الشاهد حتى يسمع ذلك من جماعة لا يتصور تواطؤهم على الكذب ويشتهر ويستفيض وتتواتر به الأخبار، ويقع في قلبه صدقها "الطعن رقم ١٣ - سنة ٣٣ ق – أ. ش– جلسة ١٩٦٧/١/٤ – السنة ١٨ – ص ٥٤.

(٣) جاء في أحد أحكام محكمة النقض أنّ "على الشاهد أن يطلق أداء الشهادة ولا يفسر للقاضي أنه يشهد بناء على ما سمع من الناس". نقض الطعن رقم ١٣ لسنة ٣٣. مشار إليه سابقاً.

أن الزواج لا يثبت إلا بشهادة العيان التي يشهد أصحابها أنهم حضروا قراءة الفاتحة أو حضروا زفاف الطرفين أو بشهادة السماع التي يشهد أصحابها أنهم سمعوا من الشهود وغيرهم أن الطرفين كانا متزوجين(١).

والمتأمل لموقف محكمة النقض المصرية السابق عملاً بقول بعض المتأخرين من الحنفية يلحظ أن فيه اضطراب، أو أننا لا ندري علة ذلك الحكم إذ كيف يستحسن القاضي قبول الشهادة بالتسامع في دعوى النكاح وغيرها من الدعاوى ثم في الوقت نفسه يشترط عدم إظهار ذلك أمامه.

وما يلاحظ على القانون الجزائري أنه لم يحدد أية قيمة خاصة للشهادات بالتسامع المتداولة حالياً، وترك بذلك قيمتها لتقدير القاضي في نطاق القواعد العامة(٢).

كما لا يجوز أن يكون مصدر الشهادة هو مدعي النكاح نفسه، أو بناء على إخبار منه أو وليد استشهاد، وإذا كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الشاهد الثاني شهد بتلقيه خبر الزوجية عن المطعون عليها نفسها وبناء على إخبارها، فإن شهادته تكون غير مقبولة شرعا(٣).

المطلب الثاني

الجهات المختصة قانوناً لسماع الشهود وإجراءات سماعهم

ونتناول ذلك في فرعين على التوالي:

الفرع الأول: الجهات المختصة قانونا لسماع الشهود

خوّل القانون للقضاء وحده سلطة سماع الشهود والقول بأداء الشهادة أمام جهة أخرى غير القضاء أمر لا يستقيم، إذ وبالإطلاع على مواد القانون المدني الجزائري وقانون الإجراءات المدنية وقانون التوثيق لا نجد ما يفيد جواز سماع الموثق أو غيره شهادة الشهود، إذ أن حضور الشهود أمام الموثق ليس للإدلاء بوجود واقعة معينة، وإنما لصحة بعض العقود التي أوجب القانون أن يحررها الموثق بحضرة شهود، ويستنبط هذا المعنى من أحكام المادتين ٣٢٤ مكرر٢ و ٣٢٤

---

(١) م. ع- غ.أ.ش- قرار رقم ٥٣٢٧٢ بتاريخ ٨٩/٣/٢٧. م. ق – عدد ٣- ١٩٩٠ – ص ٨٢. وفي قرار آخر جاء فيه أن "التنازع في الزوجية بأن ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو بالسماع الفاشي، يقول الشاهد في الأول أنهما حضرا العقد مبينين أركانه، وفي الثاني يقولان أنهما سمعا غير ما مرة من الثقات وغيرهم أن فلانا زوج لفلانو وأن فلانة امرأة فلان". م. ع- غ. أ. ش- قرار رقم ٤٣٨٨٩ بتاريخ ١٩٨٦/٢/١٥- المجلة القضائية – ١٩٩٣– عدد٢- ص٣٧.

(٢) يحيى بكوش – المرجع السابق – ص ١٩٢.

(٣) الطعن رقم ١ لسنة ٤٦ ق – أحوال شخصية – جلسة ١٩٧٧/١٠/٢٦ – س ٢٨ – ص ١٥٨٣.

مكرر٣ من القانون المدني الجزائري[١]. فالدور الذي يقوم به الموثق والضابط العمومي لا يتعدى تنبيه أطراف العقد بما في ذلك الشهود بمضمون العقد، ضف إلى ذلك ما ورد في الفقرة ٢ من المادة ٦٥ من قانون الإجراءات المدنية أنه "ويحلف الشاهد اليمين بأن يقول الحق وإلا كانت شهادته باطلة"، وهذه المهمة لا يقوم بها إلا القضاة. وفي هذا المعنى استقر قضاء المحكمة العليا بأن "الإختصاصات النوعية للقاضي سماع الشهود بنفسه بعد أداء اليمين أمامه وأن التنازل عن اختصاصاته لموثق مخالفة صريحة للقانون، إذ من المقرر قانونا أنه يتوجب على القاضي الاستماع بنفسه شهادة كل شاهد وعلى انفراد سواء بحضور الخصوم أو غيابهم"[٢].

وفي قرار آخر مشابه جاء فيه أنه "من المقرر شرعا أن الشهادة الشرعية في إثبات الحق أو نفيه عن الشخص هي التي تؤدى أمام القاضي في شأنها إجراءات قانونية ومن ثم فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد مخالفة للقانون ولما كان ثابتا - في قضية الحال – أن قضاة المجلس لما بنوا حكمهم على شهادة تم سماعها أمام الخبير دون أدائها أمام القاضي، فبقضائهم كما فعلوا خالفوا النصوص القانونية وانتهكوا القواعد الشرعية وعرضوا قرارهم لعدم التأسيس قانونا".[٣]

ومعلوم أن الموثق أو الخبير لا يمكنه تكليف الشهود للحضور أمامه وإنما يتم إحضارهم أو استحضارهم من طرف صاحب المصلحة، أو من طرفي العقد معاً. كما أن الموثق لا يجوز له تحليف الشهود، ولا تدوين أقوالهم، وبالتالي تجاوز الصلاحيات التي خوّلها له القانون[٤].

وفيما يتعلق بنصاب الشهادة في إثبات الزواج، فقد أجاز القضاء المصري شهادة النساء إلى جانب الرجال عملاً بمذهب الحنفية[٥]، في حين اشترط القانون الجزائري الذكورة في الشهادة، وفقاً لمذهب المالكية، و هو ما يستنبط من نص المادة ٩ مكرر من قانون الأسرة عندما أشارت إلى شروط عقد الزواج بوجوب "شاهدان" والقصد أن يكونا ذكرين، وهو ما أكدته المحكمة العليا بأنه "من القواعد المقررة شرعا أن التنازع في الزوجية إذا دعاها أحدهما وأنكرها الآخر، فإن إثباتها يكون بالبينة القاطعة تشهد بمعاينة العقد أو السماع الفاشي، والشهادة المعتبرة في الزواج هي شهادة

---

(١) تنص المادة ٣٢٤ مكرر٢ فقرة ١ بأنه "توقع العقود الرسمية من قبل الأطراف والشهود عند الاقتضاء ويؤشر الضابط العمومي على ذلك في آخر العقد" وجاء في المادة ٣٢٤ مكرر٣ بأنه "يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان، العقود الرسمية بحضور شاهدين".

(٢) م. ع- غ. أ. ش- قرار رقم ٩٠٦٨٣ بتاريخ ١٩٩٣/٥/٢٥– م. ق– عدد ١ – ١٩٩٤– ص ٥٨. وقرار آخر مشابه رقم٨٤٣٣٤ بتاريخ ١٩٩٢/٩/٢٩ – م. ق– عدد خاص بالاجتهاد القضائي– ٢٠٠١ - ص ٤٤.

(٣) قرار رقم ٥٦٧٥٦ بتاريخ ٨٩/١٢/١١ – م. ق. – ١٩٩٢– عدد٢- ص ٩١.

(٤) يوسف دلاندة-الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة الإسلامية والقانون-دار هومه-٢٠٠٤-ص٣٨.

(٥) طعن رقم ١٠ لسنة ٤٦ قضائية – أحوال شخصية – جلسة ١٩٧٧/١/٢٦ – السنة ٢٨ – ص ١٥٣.

عدلين ذكرين، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ولما كان من الثابت - في قضية الحال- أن القرار المطعون فيه جاء خالياً من أية حجية أو بينة تدل على وجود الزواج سوى أقوال امرأتين لا يعتد بشهادتهما في إثبات الزواج شرعاً، فإن تقديره بوجود الزواج يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية، ومخطئاً في فهم أنواع الشهادات في الفقه"(١).

ومما تأسس عليه الشهادة في إثبات الزواج هو التفريق بين مجلس الخطبة ومجلس العقد، إذ على الشهود أن يبينوا في شهادتهم توفر أركان الزواج من رضا الزوجين وولي وشاهدين، فمتى خلت شهادة الشهود من بيان ذلك وأدلوا بأنهم حضروا مجلس الخطبة وقرأت فيه الفاتحة للتبرك، تعين على المحكمة عدم إجابة المدعي لدعواه، والقضاء بصحة الزواج في هذه الحالة تأسيسا على شهادة من حضر هذا المجلس، فهي شهادة في غاية القصور، وعلى القضاة التفرقة بين الشهادتين، مما يستوجب نقض القرار القاضي بذلك(٢).

فعلى القضاة أن يتحرّوا عند سماعهم لشهادة الشهود وضبط الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو مجرد خطبة، أم أنهم حضروا مجلس عقد زواج(٣)، وللقاضي مطلق الحرية في الأخذ بشهادة الشاهد الذي يطمئن إلى شهادته، وذلك حسبما يراه من

---

(١) م.ع - غ. أ. ش- قرار رقم ٤٣٨٨٩ بتاريخ ١٩٨٦/١٢/١٥ – م. ق– ١٩٩٣-عدد ٢ – ص ٣١.

(٢) ومما قضت به المحكمة العليا في هذا المعنى "أن الشهود الذين وقع الاستماع إليهم صرحوا وأكدوا حضورهم لوليمة الخطبة وتمت قراءة الفاتحة وعلموا بأن هذا الحفل يخص الطرفين، غير أن قضاة الموضوع خلطوا بين الخطبة والزواج ولو يضبطوا الأسئلة التي تساعد على التفريق بين ما حضره الشهود هل هو خطبة على معنى المادة ٥ من قا.أ، أم هو مجلس عقد على معنى المادة ٩ من قا. أ،الأمر الذي جعل قضاة الموضوع لم يعطوا لقرارهم الأساس القانوني، مما عرضه للقصور في التسبيب ومخالفة المادة ٩ من قا. أ. مما يتعين نقضه" م. ع. غ. أ. ش. قرار رقم ٤٣٨٨٩ بتاريخ ١٩٨٦/١٢/١٥- م. ق– عدد ٢ – ٩٣ – ص ٣١. م.ع- غ. أ. ش- قرار رقم ٨١١٢٩ بتاريخ ١٩٩٢/٣/١٧- م. ق- عدد ٣ – ص ٦٢.

(٣) ومما يجدر التنبيه إليه أنه كثيرا ما تتوفر أركان العقد من رضا الزوجين وولي الزوجة، وشاهدين في المجلس ويقرأ على مسامع الحاضرين الفاتحة من باب الدعاء، فالعقد هنا شرعي مكتمل الأركان ولا عبرة بتسميته بمجلس عقد أو مجلس خطبة، إذ العبرة بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني. ومثار هذه المسألة لدى الكثير من الناس بل لدى بعض الباحثين والقضاة هو ما كانت تثيره المادة ٦ من قا. أ. قبل تعديلها بأنه "لا يمكن أن تقترن الخطبة مع الفاتحة أو تسبقها بمدة غير محددة. تخضع الخطبة والفاتحة لنفس الأحكام المبنية". والحقيقة أن الخطبة هي مجرد مرحلة تعارف واختبار بين الطرفين دون أن ينشأ عنه عقد والتزام شرعي، في حين أن مجلس العقد الشرعي والذي تقترن الفاتحة به في الغالب – ينشأ عنه التزام شرعي، وليس من العدل أن يخضعا إلى حكم واحد مع اختلاف عناصر كل من المجلس ونتائج كل منهما. ونتيجة للنقد الذي وجه لهذا النص تم تعديله ليصبح كالآتي: "إن اقتران الفاتحة بالخطبة لا يعد زواجا. غير أن اقتران الفاتحة بالخطبة بمجلس العقد يعتبر زواجاً متى توافر ركن الرضا وشروط الزواج المنصوص عليها في المادة ٩ مكرر من هذا القانون".

ظروف الدعوى مادام عدم اطمئنانه هذا سائغا شرعا[1].

ولا عبرة بكثرة الشهود أو قلتهم مادامت شهادتهم لا تتفق مع ظروف الدعوى ولا توحي بالثقة بها، حتى وإن اتفق الطرفان على شهادة شاهد معين فإن شهادته لا تقيد القاضي، ولو أن ذلك يوحي باطمئنان الطرفين إليه وثقتهما به. والعلة في ذلك أنه لا يصح للطرفين الاتفاق على طريقة الإثبات لتقييد المحكمة. وفي هذا الإطار استقر قضاء محكمة النقض المصرية أن "محكمة الموضوع سلطتها تقدير الدلائل والمستندات واستخلاص ما تراه متفقا مع واقع الدعوى متى كان استخلاصه سليما ومستمدا من الأوراق[2]. والمحكمة إذا ما طرحت أقوال الشهود، أو فضلت بعض الشهود ورفضت البعض الآخر، على لعدم اطمئنانها إلى شهادتهم فلا شأن لمحكمة النقض بها- متى كان حكمها مسببا- إذ ذلك من الأمور التي يستقل بها قاضي الموضوع لتعلقه بتقدير الدليل[3].

ويقوم هذا المبدأ على مبدأ مهم من مبادئ الإثبات القانوني وهو أن تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها ما تستقل به محكمة الموضوع ولا سلطان عليها لأحد في ذلك إلا بتلك الأقوال التي قد تؤدي إلى غير المقصود أو تناف مدلولها[4]، فلها أن تأخذ بمعنى الشهادة دون معنى آخر تحتمله أيضا متى كان المعنى الذي أخذته لا يتماشى مع عبارتها[5]، فمحكمة الاستئناف

---

(١) فالقاضي لا يقف دوره منحسراً في تلقي الأدلة والبراهين دون أن يمارس دورا فعالا إزاءها. راجع في ذلك: سحر عبد الستار إمام يوسف – دور القاضي في الإثبات – دراسة مقارنة – رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق – جامعة عين شمي لنيل الدكتوراه – ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م– ص ٦١.

(٢) الطعن رقم ١٠١٤٨ لسنة ٥٨ ق- أ.ش- جلسة ١٩٩١/٢/١٩.

(٣) نقض الطعن رقم ٤٠ لسنة ٢٠ قضائية – أ.ش– جلسة ١٩٥١/١٢/٦. قرار المجلس الأعلى بالجزائر(المحكمة العليا حاليا) رقم ١٩٢٧ في ١٩٧٣/١٠/٢١، غير منشور.

(٤) فللقاضي سلطة واسعة بالنسبة للشهادة مقارنة بسلطته بالنسبة للكتابة ويتضح ذلك من خلال ما يأتي:

فأولا: قد يكون الإثبات بالشهادة جائزاً قانوناً ومع ذلك فللقاضي سلطة تقديرية في السماح به فقد يكون في القضية من الأدلة الأخرى ما يغني عنها،وقد تكون الوقائع قد كطال عليها العهد بحيث يتعذر إثباتها بالشهادة مما قد يجعل الأمر غير مستساغ حسب تقدير القاضي ولا يخضع في تقديره هذا لرقابة محكمة النقض.

وثانيا: فإن شهادة الشهود لا يعتد بها إلا إذا كانت متعلقة بالحق المدعى به، وتكون منتجة في الدعوى وتقدير ذلك متروك للقاضي وهو ما لا يتمتع به في الإثبات بالكتابة كونها تتضمن الوقائع بالحق المدعى به وهي منتجة في الإثبات لأنها إنما أعدت لهذا الغرض.

وثالثا: فحتى لو رأى القاضي أن الإثبات بالشهادة أمر مستساغ واعتبر أن الوقائع المراد إثباتها تتعلق بالحق المدعى به ومنتجة في الدعوى وقرر سماع الشهود في هذه الوقائع فإن له سلطة واسعة في تقدير ما إذا كانت شهادة هؤلاء الشهود كافية في إثبات هذه الوقائع. د. عبد الحميد الشواربي– المرجع السابق– ص ١٤٨، ١٤٩. يحي بكوش- المرجع السابق - ص ١٨٩.

(٥) أحمد نشأت – المرجع السابق – ج١ ص ٥٥١.

– مثلا – لها أن تذهب في تقدير أقوال الشهود مذهبا مخالفاً لتقدير محكمة أول درجة ولا يكون عليها في هذه الحالة أن تبين الأسباب الداعية لذلك، وحسبها أن تقيم قضاءها على ما يحمله، فلا يعيب حكمها أن تستخلص من أقوال الشهود ما اطمأنت إليه، ولو كان مخالفا لما استخلصته محكمة الدرجة الأولى التي سمعتهم[1].

ومما يتوجب على القاضي مراعاته عند سماعه للشهود هو عدم التناقض في أقوالهم، فمتى كانت شهادة كل من الشاهدين متناقضة مع الأخرى، فإن ذلك يزيل أثرها ويمنع بناء الحكم عليها[2].

الفرع الثاني: إجراءات سماع الشهود

عالج القانون المصري إجراءات أداء وسماع الشهود في المواد من ٦٨ إلى ٩٨ من قانون الإثبات، وفي المقابل جاء تنظيم القانون الجزائري لذلك في المواد من ٦٢ إلى ٧٥ من قانون الإجراءات المدنية، وهذه الإجراءات تسري على كل القضايا المدنية بما فيها قضايا الأسرة والحالة.

بداية وضعت المادة ٧٠ من قانون الإثبات المصري[3] مبدأ قانونيا أساسيا تجيز فيه للمحكمة ومن تلقاء نفسها أن تأمر بالإثبات بشهادة الشهود في الأحوال التي يجيز القانون فيها الإثبات بشهادة الشهود متى رأت في ذلك فائدة للحقيقة، كما يكون - إظهارا للحقيقة – أن تستدعي للشهادة من ترى لزوما لسماع شهادته، وعلى المدعي الذي طلب الإثبات بشهادة الشهود تبيان الوقائع بدقة سواء كان ذلك كتابة أو شفاهة في الجلسة[4]، ومحكمة الموضوع ليست ملزمة بإجابة الخصوم إلى ما يطلبونه من إحالة القضية إلى التحقيق، وإنما هي ملزمة إذا رفضت مثل هذا الطلب

---

(١) الطعن رقم ٣٦٣ سنة ٣٦ ق – أ. ش. – جلسة ١٩٧١/٤/٢٢ – س ٢٢ – ص ٥٤٠. الطعن رقم ١١ سنة ٤٣ ق – أ. ش. جلسة ١٩٧٥/١١/١٢ – س ٢٦ – ص ١٤٠.

(٢) وممّا قضت به محكمة النقض في ذلك أنه "يشترط لصحة الشهادة عدم الاختلاف فيها متى كان المشهود به قولاً ملحقاً بالفعل من قبيل النكاح، لأنه وإن كان عبارة عن إيجاب وقبول وهما قولان، إلا أنه يشترط لصحته حضور شاهدين وهو فعل، فألحق الفعل بالقول، ولئن كان اختلاف الشاهدين في زمان النكاح ومكانه يعتبر مانعا في الأصل من قبول الشهادة والاعتداد بها، إلا أن العبر في الأخذ بالشهادة أو طرحها هو بالمعنى لا باللفظ، فليس بشرط أن يحدد الشاهدان الزمان أو المكان في ألفاظ واحدة، بل يكفي أن تتطابق جماع أقوالهما على أنها تنصب على واقعة بعينها وأن تنصف الشهادتان بما لا يوجب خللا في المعنى إلى ذات الزمان والمكان". الطعن رقم ١٦ لسنة ٤٦ ق – أ.ش– جلسة ١٩٧٧/٧٢– س ٢٨– ج٢– ص ١٧٦٤.

(٣) تقابلها المادة ٦١ من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

(٤) المادة ٦٨ من قانون الإثبات المصري.

أن تبين في حكمها سبب رفضها[1].

ولسماع شهادة الشهود لإثبات الزواج لا بد من اتباع إجراءات معينة نلخصها فيما يأتي:

أولا: حضور الشهود: بعد أن تتأكد المحكمة أن وقائع الدعوى قابلة للإثبات بالشهادة تأذن للمدعي وأحيانا للمدعي عليه، أو للطرفين معا بإحضار شهودهما وتحدد لهما اليوم والساعة، ويستمر التحقيق مع الشهود حتى يتم سماعهم جميعا، ويتم سماع شهود النفي في الجلسة ذاتها التي يسمع فيها شهود الإثبات[2]، ويحدد كحد أقصى ثمانية أيام مهلة لإخطار الشهود بالحضور في اليوم والساعة المحددين سلفا، عدا في حالة الاستعجال[3]. في حين لم يحدد القانون المصري ميعادا لإحضار الشهود، فيبقى الأمر موكولا للسلطة التقديرية للقاضي في ذلك. كما تقوم المحكمة بتحديد أسماء الشهود المراد سماعهم بعد أن يكون الطرف المعني قد قدم قائمة بأسمائهم أثناء المرافعات.

ثانيا: تخلف الشهود عن الحضور: إذا تخلف الشاهد عن الحضور لليوم والساعة المحددين رغم تكليفه الصحيح بالحضور، فإنه – وفقا للقانون المصري – يحكم عليه بغرامة مدنية مقدارها أربعة آلاف قرش[4] ،ويثبت هذا الحكم في المحضر ولا يكون قابلا للطعن[5]. كما يمكن أن يؤمر بإعادة تكليف الشاهد بالحضور إذا كان لذلك مقتضى وتكون عليه مصروفات ذلك التكليف، فإذا تخلف حكم عليه بضعف الغرامة المذكورة، ويجوز للمحكمة إصدار أمر بإحضاره. هذا إذا كان تخلف الشاهد عن الحضور بغير عذر، أما إن أبدى عذرا مقبولا لتخلفه جاز للمحكمة أو للقاضي المنتدب إعفاءه من الغرامة[6].

ونفس الأحكام أوردها قانون الإجراءات المدنية الجزائري في المادتين ٦٧، ٦٨ مع خلاف يسير في الصياغة.

ثالثا: أداء الشهادة: ورد ذلك في المواد من ٨٤ إلى ٩٣ من قانون الإثبات المصري[7]،

---

(١) الطعن رقم ٩٧ لسنة ٥ ق - أ. ش. – جلسة ١٩٣٦/٤/١٦ وليس للطاعن طالما أنه لم يطلب من المحكمة إحالة الدعوى إلى التحقيق – أن يعيب عليها عدم اتخاذها الإجراء من تلقاء نفسها، إذ الأمر في اتخاذ هذا الإجراء وعدم اتخاذه يكون عندئذ من إطلاقاتها، ومادامت هي لم تر بها حاجة إليه، فلا معقب عليها في ذلك. نقض الطعن رقم ٣٣١ لسنة ٣٥ ق – أ.ش– جلسة ١٩٧٩/٧/٣ – س ٢٠ – ص ١١٠١.

(٢) المادة ٧٣ من قانون الإثبات المصري.

(٣) الفقرة ٢ من المادة ٦٢ من قانون الإجراءات المدنية الجزائري.

(٤) تم تعديل قيمة الغرامة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢، ثم بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩.

(٥) ويجوز الطعن في حكم الغرامة بالمعارضة والاستئناف لكن مع نفاذه المعجل.

(٦) المادتان ٧٨، ٧٩ من قانون الإثبات المصري.

(٧) تقابلها المواد ٦٥، ٧١، ٧٢، ٧٣، ٧٤ من ق.إ.م.ج.

ونلخص ذلك على النحو الآتي:

- يؤدي كل شاهد شهادته على انفراد بغير حضور باقي الشهود الذين لم تسمع شهادتهم.
- وعلى الشاهد أن يذكر اسمه ولقبه ومهنته وسنه وموطنه، وأن يبين قرابته أو مصاهرته ودرجتها للخصوم، ويبين كذلك إن كان يعمل عند أحدهم.
- وعلى الشاهد أن يحلف يمينا بأن يقول الحق، و إلا كانت شهادته باطلة[1]، وإذا حلف الشاهد اليمين القانونية ثم أدى الشهادة فلا داعي بعد ذلك لإعادة تحليفه إذا رأت المحكمة ضرورة لاستيضاحه عن أمور متعلقة بما سبق أن أدلى به أو عن وقائع جديدة، ذلك أن اليمين التي يؤديها الشاهد تنصب على كل ما يدلي به من الدعوى[2].
- ثم يشرع في سماع الشهود وتلقي أقوالهم من طرف القاضي بحضور الخصوم والمحكمة أو القاضي المنتدب أن يطلب من الخصوم توجيه الأسئلة للشاهد كما يجوز ذلك لرئيس الجلسة أو لأحد أعضائها إذا رأى فيه ما يفيد في كشف الحقيقة.
- ويدلي الشهود بشهادتهم دون الإستعانة بأية مذكرة كانت إلا بإذن المحكمة أو القاضي المنتدب حيث تسوغ ذلك طبيعة الدعوى وإذا فات المحكمة أن تحلف الشاهد اليمين قبل إدلائه بالشهادة ثم تداركت بعد أدائه بها فحلفته اليمين على أنه إنما شهد بالحق فتعويلها على هذه الشهادة لا عيب فيه[3].
- بعد أن يدلي الشهود بأقوالهم ويحرر بشأنهم محضر يثبت فيه إجاباتهم ويتلى على كل شاهد أقواله ويوقعها بعد تصحيح ما يرى لزوم تصحيحه منها[4] وإذا امتنع من التوقيع ذكر ذلك وسببه في المحضر، كما يتم توقيع المحضر من طرف القاضي وكاتب الضبط.

---

(١) والعبرة بالشهادة التي يدلي بها الشاهد أمام المحكمة بعد حلف اليمين ولا قيمة لما يقدمه الشهود من إقرارات مكتوبة لأحد طرفي الخصومة، الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٣٧ ق – أ. ش. جلسة ١٩٧٢/٣/٢١ – س ٧٠ – ص ٤٣٩. وقضت المحكمة العليا بأنه "إذا كان مؤدى المادة ٦٥ من قانون الإجراءات المدنية توجب أن يحلف الشاهد بأن يقول الحق و إلا كانت شهادته باطلة فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون ولما كان من الثابت في قضية الحال أن القاضي المنتدب لإجراء التحقيق لم يؤد اليمين للشهود ومن ثم فإن التحقيق يعد باطلا طبقا للنص القانوني المذكور". قرار رقم ٥٧٧٧٥ بتاريخ ١٩٧٩/٧/١٥ – م.ق– عدد ٤- ٩٢– ص١٤٥.

(٢) نقض الطعن رقم ١١٨٩ لسنة ٧ ق – أحوال شخصية – جلسة ١٩٣٧/٤/٢٦.

(٣) نقض الطعن رقم ٨ لسنة ٣ ق – أحوال شخصية – جلسة ١٩٣٢/١١/١٤.

(٤) يجوز للشاهد أن يعدل من أقواله لتصحيح شهادته أو إكمالها مادام في مجلس القضاء لم يبرحه. الطعن رقم ٦٣٩ لسنة ٤٨ ق – أحوال شخصية – جلسة ١٩٨٢/١/٢١.

ومحضر التحقيق أو محضر سماع الشهود[1] بالإضافة إلى احتوائه أقوال الشهود تدون فيه كافة البيانات اللازمة كهوية الأطراف والشهود، وذكر حضورهم أو غيابهم، وطلباتهم ومنهتهم وموطن كل منهم، كما يدون رقم القضية ونوعها ويوم التحقيق وساعة بدئه وانتهائه مع بيان الجلسات التي استغرقها، والقاضي الذي قام بسماع الشهود واسم ولقب كاتب الضبط ، كما ينوه في المحضر ذاته بما إذا كان الشهود حلفوا اليمين، ويشار فيها نصا إلى الأسئلة الموجهة إليهم ومن تولى توجيهها، وما نشأ عن ذلك من المسائل العارضة، وكذا إجابة الشاهد على كل سؤال.

المطلب الثالث

التجريح في الشهود

من شروط قبول شهادة الشهود انتفاء التهمة وعدم وجود أي ميل على أحد الخصوم، فيجوز – من ثم – لأي طرف من أطراف الدعوى أن يبدي أوجه التجريح في أشخاص الشهود، وذلك سواء قبل سماعهم، وبمجرد أن يتقدم المدعي بأسمائهم للمحكمة أو أثناء سماعهم، أو بعد سماعهم وتدوين المحضر بأقوالهم. وقد قررت محكمة النقض هذا الأصل المقرر شرعا وهو وجوب انتفاء التهمة عن الشاهد بحيث لا تقبل شهادة أصل لفرعه، ولا فرع لأصله ولا أحد الزوجين لصاحبه، أما سائر القرابات الأخرى فتقبل شهادة بعضهم لبعض ما لم تتوافر أسباب التهمة من جر مغنم أو دفع مغرم[2].

ومقتضى ذلك أنه لا تقبل شهادة الأولاد للوالدين وإن علوا ولا شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا اعتبارا بأن الولد بضعة من والده[3]، دون تفرقة في الواقعة المشهود عليها، وكذا شهادة أحد

---

(١) بموجب المادة ٧٤ من قا.إ.م.ج فإن هذه المحاضر نوعان:
النوع الأول: يتعلق بالدعاوى القابلة للاستئناف كدعوى إثبات الزواج فالمحضر يعده كاتب الجلسة ويسمى بمحضر خاص بأقوال الشهود.
النوع الثاني: يتعلق بالدعاوى غير القابلة للاستئناف كدعوى الطلاق – عدا الجوانب المالية – فيتم تحريره من طرف كاتب الجلسة.

(٢) الطعن رقم ٦٨ لسنة ٦٦ ق – أ. ش – جلسة ٢٠٠١/١/٦- المستحدث من المبادئ التي قررتها دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة النقض – ص ٩٨.

(٣) ورد في المادة ١٤٦ من مجلة الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية لقدري باشا أنه: "لا يثبت النكاح بشهادة ابني الزوجين لمن ادعاه منهما، وكذا لو كان أحد الشاهدين ابنا للزوج والآخر ابنا للزوجة فإن كانا ابني الزوج وحده، أو ابني الزوجة وحدها فادعي أحدهما النكاح وأنكره الآخر تقبل شهادتهما على أصلهما إذا استشهد بهما الآخر". ومؤدى هذا النص أنه لا تقبل شهادة ابني الزوجين لمن ادعاها منهما، كما لا تقبل شهادتهما لو كان أحد الشاهدين ابنا للزوج والآخر ابنا للزوجة، أما إذا كان الشاهدان ابني الزوج وحده أو ابني الزوجة وحدها فتقبل شهادتهما على أصلها إذا استشهد بها الآخر متى ادعى أحد الزوجين النكاح وأنكره الآخر فتقبل بذلك شهادة=

الزوجين لصاحبه لقوة التهمة فيها بمقتضى الطبيعة والميل الفطري لبعضهما البعض. أما شهادة سائر القرابات كشهادة الأخ والأخت والعم والعمة والخال والخالة- عملا بالراجح في الفقه الحنفي – فإن الأصل فيها القبول ما لم تتوافر أسباب التهمة من جلب مغنم أو دفع مغرم[1].

كما تجوز شهادة الرجل لأم امرأته ولزوج ابنته، لأن المصاهرة التي بينهما تأثيرها في حرمة النكاح فقط أما ما سوى ذلك فلا تأثير للمصاهرة فيه[2].

وإذا قبلت هذه الشهادات كان ذلك تنبيها على شهادة من هو أبعد بطريق الأولى، كشهادة الصديق[3].

أما في القانون الجزائري فقد ورد في المادة في المادة ٦٤ من قانون الإجراءات المدنية أنه "لا يجوز سماع شهادة أقارب أحد الخصوم أو أصهاره على عمود النسب أو زوج أحد الخصوم ولو بعد الطلاق ولا يجوز كذلك قبول شهادة أخوة وأخوات وأبناء عمومة الخصوم.

ومع ذلك فالأشخاص المذكورين في هذه المادة باستثناء الأبناء يجوز استدعاؤهم للشهادة في الدعاوى الخاصة بمسائل الحالة والطلاق".

مؤدى هذا النص هو عدم جواز شهادة الأقارب والأصهار واستثناء من هذا الأصل تجوز

= ابني منكر الزوجية عليه إذا استشهد بهما مدعيها. أنظر: محمد الدجوي – الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين فقهاً وقضاء– مطبعة دار النشر للجامعات المصرية- ص ١٤٩. وحكم هذا النص لازال معمولا به مادام هو الراجح في الفقه الحنفي، أنظر أيضاً: الطعن رقم ٨ لسنة ٤٦ ق – أ.ش – جلسة ١٩٧٩/١/١٠ – س ٣٠ – ص ١٧٦.

(١) فلا تثريب على محكمة الموضوع إن هي اعتدت بأقوال شاهدين شقيقين طالما أن التهمة منتفية عنهما وليس لهما من صلة بالمشهود به ولم يتحقق فيهما مظنة جلب مغنم أو دفع مغرم. الطعن رقم ١١ لسنة ٤٣ ق-أ.ش– جلسة ١٩٨٦/٣/١٧ – س ٢٧– ص ٦٨٥. الطعن رقم ٨٥ لسنة ٦٦ ق-أ.ش – جلسة ٢٠٠١/٢/١٠. المستحدث من المبادئ التي قررتها دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة النقض- ص ٩٨.

(٢) ويخضع تقدير الشهادة والتعرف على وجه التهمة في شهادة القرابات – عدا الأصول والفروع والزوجين – إلى وجدان القاضي، فيرد ما يرى فيه التهمة ويقبل ما يراه بريئاً فيها، لأن سلطة الترجيح بين البينات واستنباط واقع الحال ووجه الحق فيها هو ما يستقل به قاضي الموضوع طالما لم يخرج عن مدلولها الصحيح. الطعن رقم ٨٦ لسنة ٦٧ ق – أ.ش– جلسة ٢٠٠١/٧/٧- المرجع السابق- ص ١١٩.

(٣) أما بالنسبة لنص المادة ٨٢ من قانون الإثبات التي تقضي بأنه لا يجوز رد الشاهد ولو كان قريباً أو صهراً لأحد الخصوم إلا أن يكون غير قادر على التمييز"، فمقصورة على مجال المعاملات المالية فقط. ومفاد النص عدم جعل القرابة أو المصاهرة بين الخصم وشاهده سبب لرد الشاهد أو عدم سماع شهادته، ومنح بذلك القاضي سلطة واسعة في تقدير قيمة كل شهادة على حدة، وترك له تقدير التهمة في مجال المعاملات المالية فله أن يقبلها أو يرفضها حسبما يتراءى له من ظروف كل واقعة على حدة، وكان الأولى إناطة توفر التهمة في الشهادة بدرجة القرابة والمصاهرة، سداً لذريعة شهادة الزور، ونظرا لقرينة التهمة الظاهرة في شهادة الأصول مع بيانه لوجه التهمة التي ردت لأجلها الشهادة.

شهادتهم لبعضهم البعض في مسائل الحالة كالزواج والنسب والولادة والوفاة وكذا الطلاق... وغيرها، عدا الأبناء الذين بقى حكمهم على الأصل وهو عدم جواز شهادتهم لإثبات الزواج وغيره من مسائل الحالة[1].

والعلة في استثناء الأقارب والأصهار من قاعدة رد الشهادة، وقبول شهادتهم لبعضهم البعض في مسائل الحالة هو أنهم أكثر الفئات معاينة لها بحكم صلتهم وارتباطهم ببعضهم، فهم إما يشهدون زيجات بعضهم أو يعلمون بذلك بما يتسامعون بينهم، وقد لا يشهد بها أو يحضرها غيرهم، فيتعذر بذلك الحصول على بينة من غيرهم.

وفي رأيي أن هذا القول لا يصلح تعليلا لمسلك النص، لأن مسائل الحالة ليست جميعها ذات طبيعة واحدة، فبعضها قائم على السر، والبعض الآخر يتوجب فيه الإعلان. هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن النص لم يحدد درجة القرابة أو المصاهرة التي تجوز معها الشهادة لأحد الخصوم، ومعنى ذلك العمل بحكم النص على إطلاقه كما ورد، ضف إلى ذلك أنه لم يتعرض إلى حكم شهادة أحد الوالدين لولده، حيث اكتفى بالنص على عدم قبول شهادة الوالد لوالده، فتقبل بذلك شهادة الوالدين للأولاد وإن سفلوا، وهو ما لا يتفق مع الأصول المقررة شرعا، فكما لا تجوز شهادة الفرع لأصله، لا تجوز أيضا شهادة الأصل لفرعه. كما جاء النص خلوا عن التفرقة بين ذلك، وبين شهادتهما على أصلهما متى استشهد بهما مدعي الزوجية وأنكره الآخر، وحكم شهادة أحد الزوجين لصاحبه، التي تتفق مع شهادة الابن لأحد والديه في العلة. ولقد كان من الأولى بالمقنن الجزائري أن ينهج منهج الراجح في الفقه الإسلامي في ذلك لقوة التهمة في تلك الشهادات لما تمليه الطبيعة والميول الفطرية[2]. أما عدا ذلك من شهادة الأقارب والأصهار بعضهم لبعض في مسائل الزواج وغيرها من مسائل الحالة، فالأصل فيها القبول ما لم تتحقق فيها مظنة التهمة بجلب مغنم أو دفع

---

(١) وهو ما استقر عليه قضاء المحكمة العليا حيث، جاء في إحدى قراراتها: "من المستقر عليه أنه يجوز سماع شهادة الأقارب في قضايا الزواج والطلاق وحيث إنه بالرجوع إلى القرار المطعون فيه يتبين أنه مؤسس تأسيساً جيداً، ومبرر بما فيه الكفاية، خاصة وأن القانون يجيز الاستماع لشهادة الأقارب باستثناء الأبناء، عملاً بالمادة ٦٤ من قانون الإجراءات المدنية: الشيء الذي يجعل الوجه المشار من الطاعن غير مؤسس وقضاة الموضوع بقضائهم بإثبات الزواج العرفي طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن". غ. أ. ش. قرار رقم ١٨٨٧٠٧ بتاريخ ١٩٩٨/٣/١٧. و القرار رقم ٨٤٣٣٤ بتاريخ ١٩٩٢/٩/٢٩ - م. ق-عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا – ٢٠٠١ – ص ٥٠، ٤٤.

(٢) فنص المادة ٦٤ من قا.إ.م. المشار إليه لا يتفق مع أي مذهب من المذاهب الفقهية ولم يسلك فيه المقنن مسلك أي فقيه كما أن عدم جواز قبول شهادة أخوة وأخوات الخصوم لم يمنعها الإمام مالك على إطلاقها وإنما قيّدها بما إذا كان الأخ منقطعا لأخيه بحيث يناله بره وصلته وتقبل فيما عدا ذلك لعدم التهمة. أنظر المدونة-ج٤ ص١٠٨. القوانين الفقهية- ص ٣٠٣. عيون المجالس- ج٢ ص١٥٤١.

مغرم، وترك ذلك لسلطة القاضي التقديرية، فالأقارب والأصهار هم بمثابة أسرة واحدة، خصوصا في مناطق القرى والأرياف أين يتمركزون في عائلة واحدة تربطهم مصالح مشتركة ويحدوهم شعور موحد، فعلى القاضي أن يضع هذه الإعتبارات جميعا عند إجرائه التحقيق في الشهادة، وما إذا كانت قد أثرت على الشاهد في شهادته أم لا[1].

المبحث الثالث

الإقـرار

لقيام الإقرار – قانونا – بالزواج فإنه يجب توفر جملة من الشروط أهمها:

- الإعلام، فلا يعد إقرارا اتخاذ موقف إيجابي أو سلبي من جانب شخص، إذ يجب توفر العلم لدى المقر بأن الواقعة التي يقر بها ليست في صالحه.
- أن يكون الإقرار صادرا من الخصم.
- أن ينصب الإعلان على وقائع، وأن تكون هذه الوقائع محل إثبات.

وقد تباينت القوانين العربية في تناولها للإقرار، وحجيته في إثبات الزواج بالتصريح أو بالتلميح، حيث أشار القانون المصري إليه في الفقرة ٢ من المادة ١٧ من قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بما نصه "ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١ ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية"، ومفاد هذا النص أن دعوى الزوجية لا تثبت إلا بوثيقة رسمية صادرة عن الموظف المختص عند الإنكار أو بإقرار من المدعي عليه[2].

وقد ورد في المادة ٢٢ من قانون الأسرة الجزائري ما يشير إلى اعتبار الإقرار حجة في إثبات الزواج بنصها: "يثبت الزواج بمستخرج الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله بحكم قضائي.."، فالحكم الذي يثبت الزواج قد يكون نتيجة دعوى يصدر بموجبها إقرار من أحد الزوجين إما بشكل صريح وباللفظ الدال على المعنى المقصود أي بلفظ الزواج والنكاح، ويصادق عليه

---

(١) كأن تكون الشهادة على وفاة مثلا هو الحصول على المال بتقسيم التركة، فهنا لم تعد المسألة تتعلق بالحالة فقط، بل تعدّت إلى المال، فعلى قضاة الموضوع أن يفتحوا الباب للتحقيق في شهادة الشهود، "ومتى تبين أن شهادة الأقارب على الوفاة كان قصد الوصول لتقسيم التركة، فإن القضاة لما رفضوا الدعوى في الحال وعدم قبول شهادة الأقارب على وفاة دون إجراء تحقيق في القضية، فإنهم أخطأوا في تطبيق القانون، وعرضوا قرارهم للنقض" م. ع. غ. أ. ش. قرار رقم ١٧٩٥٥٧ بتاريخ ١٩٩٨/٣/١٧ - م. ق– عدد ٢- ١٩٩٨- ص ٧٩.

(٢) كمال صالح البنا -موسوعة الأحوال الشخصية -دار الكتب القانونية-المحلة الكبرى-١٩٩٧-ص ٤٢، ٤٣.

بالقبول بالصورة التي صدر فيها الإقرار، وإما أن يكون كل من الإقرار والقبول ضمنيان.

والإقرار في العرف القانوني نوعان: قضائي وغير قضائي.

المطلب الأول

الإقرار القضائي

عرّفت المادة ١٠٣ من قانون الإثبات المصري الإقرار القضائي بأنه "اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة". فهو إذا الإخبار الذي يدلي به الخصم أمام المحكمة لصالح خصمه وهو حجة قاطعة على المقر، بحيث لا يستطيع أن يتراجع عن أقواله بعد ثبوتها أمام القاضي(١).

ويشترط للإقرار بالزوجية إقرارا قضائيا تحقق الشروط الآتية:

الشرط الأول: اعتراف من أحد الطرفين وتصديق من الآخر: فحتى يكون هناك إقرار يتعين صدور اعتراف من أحد الطرفين بوجود الزوجية بينه وبين الطرف الآخر وتصديقه من المقر له، فإذا تم ذلك صح الإقرار وثبتت به الزوجية وترتبت آثارها.

وقد يكون كل من الإعتراف والتصديق صريحا أو ضمنيا، أو يكون أحدهما صريحا والآخر ضمنيا، وفي حالة الإقرار والقبول الضمنيان يجب على المحكمة عند حكمها به أن تكون قد استنتجته استنتاجا سائغا يحمل معنى الإقرار والمصادقة عليه، وبعكسه يكون حكمها متعينا للنقض(٢).

الشرط الثاني: أن يكون الإقرار والمصادقة عليه قد وقعا أمام المحكمة: وهذا الشرط الذي يميز الإقرار القضائي عن الإقرار غير القضائي، فيجب لكي يكون قضائيا أن يقع أمام المحكمة المختصة بنظر دعوى الزوجية(٣). أما إذا حصل إقرار أمام جهة أخرى، وإن كانت قضائية ولكنها

---

(١) قضت محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية "لا يقبل من أحد الخصمين إنكار اعترافاته المدونة في محضر المحاكمة لأنها وثيقة رسمية لا يقبل الطعن فيها إلا بالتزوير". قرار رقم ١٧٠ سنة ١٩٥٩ – محمد حمزة العربي – المرجع السابق- ص ١٧٣.

(٢) محسن ناجي – المرجع السابق – ص ٢٠٤.

(٣) ويتم ذلك من الناحية العملية عن طريق رفع دعوى إثبات زوجية سواء من طرف الزوج أو الزوجة يقر فيها المدعي عليه منهما بالزوجية، ثم يقدمان بعدها محضر صلح يتضمن إقرارهما بالزوجية وما يرغبان توثيقه من صداق أو غيره، ثم يتم تصديق المحكمة على هذا الصلح. كمال صالح البنا – موسوعة الأحوال الشخصية – ص ٢٧.

غير مختصة أو دائرة رسمية، فلا يعد ذلك إقرارا قضائيا بل هو إقرار غير قضائي[1].

والإقرار القضائي قد يتم خلال مرافعة في دعوى منظوره أمام المحكمة المختصة، أو يتم بتقديم طلب في شكل عريضة موقعة من الطرفين يتضمن إقرارهما بالزوجة أو إقرار أحدهما وتصديق الآخر.

وإذا حصل إقرار أثناء المرافعة فعلى المحكم المنظورة أمامها الدعوى أن تصدر حكما به، بعد توفر شروط الإقرار الأخرى، ثم يقوم المقر أو المقر له بتسجيله وفقاً للأصول في سجل الحالة المدنية.

الشرط الثالث: أن يكون الإقرار خالياً من الموانع الشرعية والقانونية التي تخل بصحته.

ومتى حصل الإقرار القضائي بالزواج وتوفرت شروطه كان حجة بذاته على المقر، وتمتد حجيته إلى خلفه العام (الورثة) وإلى من في حكمهم، ولا يكون الخصم الآخر في حاجة إلى تقديم دليل آخر ولا يجوز للمقر الرجوع فيه أو العدول عنه، كما يتعين على القاضي أن يأخذ ويحكم بمقتضاه، ولا يجوز إثبات عكس الإقرار، إذ به تصبح الواقعة ثابتة في حق المقر، ولا تصبح في حاجة إلى الإثبات[2].

المطلب الثاني

الإقرار غير القضائي

الإقرار غير القضائي هو الذي يصدر من المقر في غير مجلس القضاء، أو أمامه في غير الدعوى المتعلقة بموضوعه، ويعد أهم أنواع الإقرار، وهو إما إقرار شفوي أو مكتوب.

أولا: الإقرار غير القضائي الشفوي : هو إقرار يعترف فيه أحد الطرفين بوجود الزوجية بينه وبين الطرف الآخر خارج مجلس القضاء، و يثور التساؤل هنا إذا صدر مثل هذا الإقرار هل يجوز للطرف الآخر (المقر له) التمسك به وإقامة الدعوى بموجبه وإثباته بشهادة الشهود؟

جاءت نصوص القوانين سواء ما تعلق منها بالأحوال الشخصية أو بالإثبات خلوا عن بيان

---

(١) اشترطت بعض القوانين في حالة التصادق على الزوجية موافقة ولي المرأة على ذلك، ومن ذلك قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة ٩٤ منه بنصها: "ترفع الدعوى على الزوجة وحدها، ولكن إذا كان الزوجان متصادقين على زواج يشترط فيه رضا الولي، وجب اختصامه أيضا".

(٢) د. عبد المنعم فرج الصدة - الإثبات – ص ٣٩٦– السنهوري – المرجع السابق – ج٢ ص ١٥١، ٤٩٨.
ولكن يمكن للمقر أن يثبت صدور الإقرار منه نتيجة غش أو تدليس، أو غلط في الوقائع. أحمد نشأت – المرجع السابق – ص ٢٧، ٣٣. د. محمود محمد هاشم – المرجع السابق – ص ٣٥٦.

حكم هذه المسألة والذي نراه أن إثبات الإقرار الشفوي بشهادة الشهود لا يلزم القاضي بإثبات الزواج، فعلى من يدعيه إثبات صدوره من المقر بالطرق المقررة قانونا، ولا معقب على القاضي إذا لم يقض بالزوجية متى كان قد بنى تقديره على أسباب سائغة.

ثانيا: الإقرار غير القضائي الكتابي : ويتخذ الإقرار المكتوب أشكالا مختلفة، فقد يكون في رسالة أو ورقة عادية، أو اعتراف في محضر تحقيق، أو دعوى قضائية، أو ورقة مصدقة من الكاتب العدل[1]، وحجيته في الإثبات أقوى من الإقرار الشفوي، فمتى صدر في ورقة رسمية كان ملزما لمن صدر عنه، لا يجوز له أن يتبرأ مما فيه إلا بالطعن في الورقة بالتزوير، أو بحصول الإكراه. وفي هذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بأن "الإقرار بالزوجية في ورقة عرفية غير موثقة رسمياً لا يتعد به ولا يعول عليه عند إنكار الطرف الآخر لهذه الزوجية المدعاة دون حاجة إلى الطعن بالتزوير على التوقيع، كما أنه لا محل للتحقق ما إذا كانت الورقة العرفية صادرة ممن أنكر الزوجية من عدمه"[2].

وشروط صحة الإقرار القضائي هي ذاتها شروط صحة الإقرار غير القضائي-عدا أن يكون في مجلس القضاء – فيجب أن تلحق الإقرار مصادقة من المقر له، وأن يكون كل من الطرفين أهلا للزواج بالآخر، وخاليا من الموانع الشرعية والقانونية، ويجوز استنتاجه من أي دليل أو وثيقة مقدمة إلى جهة قضائية أو غير قضائية، كما يخضع الإقرار غير القضائي للقواعد العامة في الإثبات، فعلى من يدعيه إثبات صدوره من المقر بالطرق المقررة قانونا وفقا للقواعد العامة[3].

أما بالنسبة لحجية الإقرار غير القضائي، فكونه لم يحصل أمام القضاء، فإنه تقديره يكون متروكا للمحكمة، فلها أن تعتبره دليلا في الإثبات، فيكون حجة على المقر ولا يجوز تجزئته[4]،

---

(١) ويجدر بنا التفريق بين الورقة المكتوبة المتضمنة اعترافا بالزوجية، وبين الورقة الرسمية المكتوبة إنشاء لعقد الزواج، فالأولى إقرار بزوجية كانت قد تمت قبل صدور تلك الورقة أو إعدادها، فلا يشترط فيها توافر أركان العقد وشروط صحته بخلاف الثانية.

(٢) الطعن رقم ٤٤ لسنة ٣٣ قضائية – أحوال شخصية – جلسة ١٩٦٧/٣/٨ – السنة ١٨ – ص ٥٨٩.

(٣) د. محمود محمد هاشم – المرجع السابق – ص ٣٦٠.

(٤) ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض أن "الإقرار غير القضائي المثبت في ورقة عرفية موقع عليها من المقر حجة عليه وعلى خلفه العام لا يحق لأي منهما التنصل منه بإرادته المنفردة إلا لمبرر قانوني، وليس للخلف أن يسلك في الإثبات سبيلا لم يكن لمورثه أن يسلكه". طعن رقم ٨٨٦٢ لسنة ٦٥ ق – أ.ش– جلسة ٩٧/٢/٦. وقضت أيضاً أن "الرسائل الموقع عليها لها قوة الدليل الكتابي، حق كل من الزوجة والزوج الاحتجاج بما تتضمنه الرسالة الموقعة من الآخر بما تحمله من دليل لصالحه في شؤون الزوجية دون البحث فيما إذا كان قد حصل عليها بطريقة مشروعة". طعن رقم ٢٠٢ لسنة ٦٢ ق – أ. ش–جلسة ٩٦/١٠/٢٥. طعن رقم ٣٠١ سنة ٢٩ ق– أ.ش- جلسة ١٩٦٨/٢/٢- السنة ١٥ – ص ٢٦٣.

وقد تعتبره مجرد قرينة[1] ومبدأ ثبوت بالكتابة، أو تأخذ ببعضه الآخر – تبعاً للظروف والملابسات – وقد لا تأخذ به أصلاً[2].

زيادة على أدلة الإثبات المشار إليها، فإن المقرر في القضاء المصري هو القضاء باليمين والنكول عنه في إثبات الزوجة عملا بالراجح في الفقه الحنفي.

أما موقف القضاء الجزائري، فقد قيدت المحكمة العليا اعتبار اليمين لإثبات الزواج، حيث جاء في منطوق قراراها أنه "يثبت الزواج العرفي بعد موت أحد الأزواج بشهادة الشهود ويمين، وهذا طبقا لقول خليل في باب أحكام الشهادة "لا نكاح بعد الموت". ومن ثم فإن قضاة الموضوع بقضائهم بتوجيه اليمين للمطعون ضدها حول إعادة زواجها العرفي من الهالك، إضافة إلى سماع شهادة الشهود، طبقوا القانون تطبيقاً سليماً "[3].

ومفاد هذا النص أنه يشترط للحكم باليمين في دعوى الزوجية توافر ثلاثة شروط:

١- أن يحصل الادعاء بعد وفاة الزوجين.

٢- عدم وجود وثيقة زواج رسمية (زواج عرفي).

٣- أن لا تكون الدعوى خالية من الشهود (شاهدين فأكثر).

---

(١) ومن أمثلة القرائن الدالة على صحة الإقرار بالزواج، المعاشرة بين الطرفين معاشرة الأزواج، أو تهيئة بيت المرأة والإنفاق عليها، وغير ذلك من الأمارات والدلائل.

(٢) فلمحكمة الموضوع تقدير قيمة الإقرار غير القضائي، فلا تأخذ به أصلا متى وجدت في أوراق الدعوى ما يغنيها عنه ويدعم ما انتهت إليه. طعن رقم ٣٣٧٣ لسنة ٦١ ق– أ. ش– جلسة ١٩٩٧/٣/٨. حسن الفكهاني– الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض المصرية منذ عام ١٩٩٢ حتى عام ١٩٩٧- قاعدة رقم ٥٤- ص ٧٣.

(٣) م. ع- ع. أ. ش- رقم ٢٠٤٢٥٤ بتاريخ ١٩٩٨/٩/٢٢-م. ق–٢٠٠٠-عدد ٢— ص ١٧٣.

الفصل الثالث

الزواج الشرعي غير الموثق والحلول لمشكلاته قانوناً وفي ضوء الفقه والقضاء

وهو فصل مهم نبحث فيه الحقيقة الشرعية والقانونية لهذا الزواج، والأسباب التي أدت إلى انتشاره، والآثار الناجمة عنه وموقف قوانين الأحوال الشخصية العربية منه، مع بيان الحلول المقترحة للحد أو التقليل من اتساع هذا النوع من الزيجات.

وقد قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث، على النحو التالي:

المبحث الأول: حقيقة الزواج الشرعي غير الموثق.

المبحث الثاني: أسباب انتشار الزواج الشرعي غير الموثق والآثار الناجمة عنه.

المبحث الثالث: الزواج الشرعي غير الموثق في قوانين الأحوال الشخصية العربية والتدابير المقترحة.

المبحث الأول

حقيقة الزواج الشرعي غير الموثق

الزواج غير الموثق هو الزواج مستوفى لأركانه الشرعية وشروط صحته، دون أن يوثق رسميا، أي لم يجر على يد مأذون شرعي، أو موثق، أو ضابط عمومي، أو لم يسجل في المحكمة، ولم تصدر فيه وثيقة زواج رسمية.

وقد شاعت تسمية هذا النوع من الزيجات بالزواج العرفي، وإنما اكتسب مسماه ذلك من كونه عرفاً اعتاد عليه أفراد المجتمع المسلم منذ عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وصحابته رضوان الله عنهم وما بعد ذلك من مراحل متعاقبة، فلم تكن مسألة التوثيق معروفة في عهدهم، واطمأنت نفوسهم إليه فصار عرفا عرف به الشرع[1].

كان ذلك في صدر الإسلام وما بعده إلى أن صار المتعارف عليه في هذا العصر هو توثيق الزواج لدى الجهات المختصة، لذلك كان الأحرى والأولى تسمية هذا النوع من الزواج بزواج غير

---

(١) ممدوح عزمي – الزواج العرفي – دار الفكر الجامعي- الإسكندرية – ص ١١. د. عمر سليمان الأشقر – أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة – دار النفائس – الأردن – ط١ – ١٤١٨هـ ١٩٩٧م – ص ١٧٦.

عرفي، ولهذا الاعتبار آثرنا تسميته بالزواج الشرعي غير الموثق، ولاعتبار آخر هو دفعا للإلتباس الحاصل لدى الكثير بين هذا الزواج، وبين صور أخرى من الزيجات الباطلة والعلاقات الآثمة، والتي شاعت تسميتها بالزيجات العرفية.

وصورة إجراء هذا العقد (الشرعي غير الموثق) هو أن يتضمن إقرار الزوج (يسمى باسمه) بعد إيجاب وقبول، ويجيب أنه قد قبل الزواج من الزوجة (تسمى باسمها)، زواجاً شرعياً على كتاب الله وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وعملا بأحكام الشريعة الإسلامية، كما يقر ولي الزوجة المسماة بعد إيجاب وقبول صريحين أنها قبلت الزواج من الزوج المسمى زواجا شرعيا، ويتضمن العقد إقرار المتعاقدين بأهليتهما للتعاقد والتصرف وخلوهما من كافة الموانع الشرعية، ويدون فيه أسماء الشهود والصداق باسميهما مع الشهود، ويحرر هذا العقد من نسختين بيد كل طرف نسخة للعمل بموجبها لحين اتخاذ إجراءات توثيق الزواج[1]، وقد يتم – وهذا هو الغالب – من غير أي وثيقة تذكر.

المطلب الأول

التفرقة بين الزواج الشرعي غير الموثق وبين ما يختلط به

قد يتداخل الزواج الشرعي غير الموثق مع غيره من الزيجات، بعضها متفق على بطلانها والبعض الآخر مختلف في حكمها.

أولا: التفرقة بين الزواج الشرعي غير الموثق والزواج الشرعي:

سبق أن بينا أن الزواج الشرعي غير الموثق هو زواج صحيح شرعا بل وقانونا- وأدل على ذلك تسميته – ويكون نافذا ولازما سواء كتب في ورقة عرفية أو لم يكتب في ورقة أصلاً، لأن عقد الزواج هو عقد رضائي شأنه في ذلك شأن العقود في الفقه الإسلامي. وقد صرح بذلك فضيلة الشيخ حسن مخلوف – رحمه الله – عندما سئل "هل إذا عقد الزوجان زواجهما بإيجاب وقبول شرعيين وبحضور شاهدين مستوفيين للشرائط الشرعية بدون إثبات العقد في وثيقة رسمية لدى المأذون أو الموظف المختص يكون زواجا صحيحا شرعيا، وتحل به المعاشرة بينهما، أو لابد من إثباته في وثيقة رسمية؟".

---

(١) مجلة البحوث الفقهية المعاصرة – مجلة علمية فصلية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي لصاحبها د. عبد الرحمن بن حسن النفيسة – العدد ٣٦ – السنة التاسعة ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م – ص ١٩٤، ١٩٥. حامد الشريف – الزواج العرفي – الدار البيضاء– القاهرة - ص ١٤.

فأجاب فضيلته عن هذا السؤال بقوله: "عقد الزواج إذا استوفى أركانه وشروطه الشرعية تحل به المعاشرة بين الزوجين، وليس من شرائطه الشرعية إثباته كتابة في وثيقة رسمية ولا غير رسمية، وإنما التوثيق لدى المأذون أو الموظف المختص نظام أوجبته اللوائح والقوانين الخاصة بالمحاكم الشرعية خشية الجحود وحفظاً للحقوق، وحذرت من مخالفته لما له من النتائج الخطيرة عند الجحود[1].

والزواج إذا لم يكن موثقا وثبت بورقة عرفية أو بشهادة الشهود، فإنه يمكن إنكاره أو الطعن فيه، سواء بإنكار الوثيقة العرفية أو الطعن بالتزوير على التوقيع، أو الطعن في أدلة الإثبات المقدمة[2]، في حين أن العقد الموثق حجة على الناس كافة بما دُوّن فيه، ولا يقبل الإنكار، ولا يمكن الطعن فيه إلا بطريق التزوير[3].

ثانيا: الفرق بين الزواج الشرعي غير الموثق والزواج السري:

قد يتداخل الزواج الشرعي غير الموثق والزواج السري تداخلا كبيرا، بحيث يخف على كثير من العوام، وبعض أهل العلم تبين الحد الفاصل بينهما،وقد يُدخل بعض الباحثين زواج السر كصورة من صور الزواج الشرعي غير الموثق، أو يبحثهما مع بعض كأنواع للزواج العرفي، وقد شاع هذا الاتجاه في العديد من الكتابات التي تناولت قضية الزواج العرفي، فدفعا للشر الناجم عن هذا التوجه، وتجنبا للخلط الحاصل بين أنكحة مختلفة معنا وحكما، سنحاول تفصيل القول في الفارق بين الزواج الشرعي غير الموثق وبين نكاح السر في النقاط الآتية:

١- إذا تم الزواج بإيجاب من الولي وقبول من الزوج، وشهد عليه شاهدان على الأقل وجرى الإعلان عنه، ولم يسجل العقد في الدوائر الرسمية فهذا الزواج شرعي صحيح كما تقدم.

٢- إذا تم العقد غير الرسمي بإيجاب وقبول بين الرجل والمرأة من غير ولي ولا شهود ولا إعلان فهذا النوع من الزيجات باطل باتفاق أهل العلم، ولا يسوغ تسميته بالزواج العرفي، بل هو زنا موجب للحد. وفي ذلك يقول ابن تيمية –رحمه الله– "نكاح السر الذي يتواصى بكتمانه ولا يشهدون عليه أحداً باطل عند عامة العلماء.

---

(١) حسنين مخلوف – فتاوى وبحوث إسلامية – شركة ومطبعة مصطفى الحلبي وأولاده بمصر – ط٢ – ١٣٨٥هـ - ١٩٦٥ – ج٢ ص ٣. أنظر أيضا: دار الإفتاء المصرية في حكم هذا الزواج – محمد عبده وآخرون – الفتاوى الإسلامية – القاهرة – ١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م – ص ٢٠٠، ٢٠١.

(٢) كالطعن في شهادة الشهود وتجريحهم أو انتفاء شروط الإقرار بالزوجية وغيرها.

(٣) أنظر المادة ١١ من قانون الإثبات المصري.

وهو من جنس السفاح"[1].

٣- أن يتم عقد الزواج بإيجاب من الولي وقبول من الزوج، ويشهد عليه شاهدان، ويتواصى الجميع على كتمانه وعدم إذاعته، فهذا زواج باطل عند الإمام مالك[2]، وعند ابن شهاب الزهري، وأكثر أهل المدينة والليث بن سعد، لاعتباره نكاح سر[3].

فالشهادة واجبة عند المالكية ويضيفون إلى جانبها العلانية والإشهار، وشرط الإعلان واجب حين العقد والإشهاد واجب حين الدخول، إذ يجوز تأخير الشهادة عن العقد إلى ما قبل الدخول فإن لم يشهد عليه أحد قبل الدخول، كان العقد غير صحيح ووجب الحد إذا أقر بالدخول، أو ثبت بأربعة شهود، لكن لو أعلن النكاح بوليمة ونحو ذلك، فإن الحد في هذه الحالة يدرأ. جاء في مختصر خليل: "وإشهاد عدلين غير الولي وفسخ إن دخلا بلا، ولا حد إن فشا". وحاصله أن الإشهاد على النكاح واجب وكونه عند العقد مندوبا زائدا على الواجب، فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب، وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء[4].

وذهب أبو حنيفة والشافعي وأحمد وابن حزم إلى صحة العقد الذي شهد عليه شاهدان، فكتمانه لا يضر، لأن السرية عندهم تزول بالإشهاد، وإشهاد رجلين هو الحد الأدنى للإعلان الذي يصح به النكاح[5]، فلو حصل الزواج بغير شهود أو شاهد واحد فقط، ثم أشهد الزوج بعد ذلك، جاز ذلك عند المالكية لو حصل قبل الدخول، ولم يجز عند الجمهور، لأن الشرط هو الإشهاد على العقد، وإنما الذي تم هو الإشهاد على الإقرار بالعقد الفاسد، والإقرار بالعقد الفاسد ليس بعقد و لا ينقلب الفاسد بالإشهاد عليه صحيحا.

---

(١) مجموع الفتاوى – ج ٣١ ص ١٥٨.

(٢) الشرح الصغير – ج ٢ ص ٣٨٢. المدونة – ج٤ ص١٩٢.

(٣) مجموع الفتاوى – ج ١٦ ص ٢١٢، ٢١٤، ٢١٥.

(٤) حاشية الدسوقي - ج ٢ ص ٢١٦. المدونة- ج٤ ص ١٥٨. بداية المجتهد- ج٢ ص١٧، وفيه أن "الإشهاد إنما يجب عند الدخول". وعند العدوي على هامش الخرشي- ج ٣ ص ١٦٧ " الأصل هو الإشهاد على النكاح واجب وأما إحضارهما عند العقد فمستحب فإن حصل الإشهاد على العقد فقد وجد الأمران الإستحباب والوجوب...". مواهب الجليل- ج٣ ص ٤٥٩. والقول بصحة النكاح وإن لم يحضره شهود هو قول جمع من الصحابة كعبد الله بن عمر وعبد الله بن الزبير والحسن بن علي ومن الفقهاء عبد الرحمن بن مهدي ويزيد بن هارون وهو مذهب داود. المغني- ج٧ ص ٣٣٩. عيون المجالس- ج٣ ص ١٠٥٠، ١٠٥١.

(٥) المبسوط – ج ٥ ص ٣٠، ٣٤. بدائع الصنائع- ج٣ ص ١٣٧٧. روضة الطالبين- ج٧ ص ٤٥. المغني- ص ٣٤٧. الأم- ج ٥ ص ٢٢. المحلى- ج٩ ص ٤٦٥، وجاء فيه "ولا يتم النكاح إلا بإشهاد عدلين فصاعدا أو بإعلان عام، فإن استكتم الشاهدان لم يضر ذلك".

ويتضح مما تقدم أن الفقه المالكي يتفق مع الجمهور في أن الإشهاد شرط لصحة عقد النكاح، سدا لذريعة الاختلاف والإنكار والجحود، فهو مندوب إليه عند العقد، وأما قبل البناء فواجب وشرط في دوامه[1]، وانفرد عن الجمهور بضرورة الإعلان والإشهار في قول، وفي قول آخر باستحبابه إخراجاً للنكاح من حدود السرية والكتمان وحتى لا يلتبس بالزنا ولا تكون علاقة الرجل مع امرأته محل شبهة أو سوء ظن[2].

ولا شك فإن القول باشتراط الشاهدين لصحة عقد النكاح واستحباب الإعلان هو الراجح، عملا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"[3]. يقول ابن حزم : [4] "النكاح لا يكون سراً إذا علمه خمسة: الناكح والمنكح والمنكحة والشاهدان". قال الشاعر: ألا كل سر جاوز اثنين شائع،

وقال غيره: السر يكتمه الاثنان بينهما وكل سر عدا الاثنين منتشر

ولا نص في اشتراط الإعلان لصحة النكاح بل هو أمر مستحب تعبيراً عن الفرحة، لذا أجاز فيه الشرع ضرب الدف للنساء.

فالإشهاد وحده كاف في نفي التهمة وزوال مظنة السوء وبه يتحقق الإعلام والإشهار وهذا القول له وجاهته وقوته، لاحتمال وفاة أحد الشهود أو سفرهم، فيصعب إثبات النكاح في حالة الإنكار.

٤- العقد الذي يتم بإيجاب وقبول بين رجل وامرأة، وبشاهدين من غير ولي، باطل عند جمهور الفقهاء الأئمة الثلاث: مالك والشافعي وأحمد، لأن الولي شرط لصحة النكاح عندهم، وفي مذهب الإمام أبي حنيفة أن العقد لا يبطل بخلوه من الولي[5]، ولكن من حق الولي مطالبة القاضي

---

(١) جاء في الرسالة الفقهية لابن أبي زيد القيراواني ص ١٩٦ "فإن لم يشهد في العقد فلا يبني بها حتى يشهد".

(٢)المدونة- ج٤ ص١٩٢. عيون المجالس- ج٣ ص ١٠٤٩. د. بلحاج العربي– المرجع السابق- ص١٢٧، ١٣١.

(٣) ابن حبان في صحيحه (٤٠٦٣). الدارقطني (٣٤٩٣)، البيهقي (١٣٧١٦). الزيلعي - نصب الراية (١٦٧/٣). الألباني في الإرواء (١٨٥٨). أبو داود بلفظ "لا نكاح إلا بولي"- ج١ ص٤٨١.

(٤) المحلى – ج٩ ص ٤٦٦.

(٥) ومذهب جمهور الفقهاء هو ما نرجحه، فالحجة في اشتراط الولي للنكاح نصوص صحيحة بعضها يدل بالمنطوق وبعضها يدل بالمفهوم، وبهذه النصوص استدل الفقهاء لقولهم في هذه المسألة: قول النبي صلى الله عليه وسلم "لا نكاح إلا بولي" وقوله صلى الله عليه وسلم "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحا باطل فنكاحها باطل" فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها وإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له". وحديث معقل بن يسار، وقوله تعالى (ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا)، وقوله تعالى (وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم)، وتفصيل الأدلة ومناقشتها مبسوطة في كتب الفقه. وعلى كل فهذا مذهب الصحابة - رضي الله عنهم– ولا حجة في جواب المعارضين لهذه الأدلة.

بفسخ العقد إذا كان الزوج غير كفء[1].

---

(١) شاع هذا النوع من الزواج: حيث يتم العقد بإيجاب وقبول بين شاب وفتاة أو رجل وامرأة بصورة سرية، قد يكتبان بذلك ورقة عرفية يوقعان عليها باسميهما وقد لا يكتبان مع حضور شاهدين مستأجرين، أو من أصدقائهما، أو من غير حضورهما، أو من قبل من يحرر لهما هذه الورقة محاميا كان أو كاتبا عموميا، أو حتى مأذونا شرعيا – ممن باع دينه بعرض من الدنيا قليل- ومن غير إعلان وعلم الأهل بذلك، تمضي حياتهما في هذا العيش السري البغيضة والبناء الهش الذي سرعان ما ينهار ويفتضح أمر فاعليه أمام أول مشكلة بينهما وسمي زواجا عرفيا، وهو لا يحمل من الزواج إلا الاسم وهو في الحقيقة علاقة محرمة ووسيلة خبيثة من ذوي النفوس المريضة الفارة من الخضوع للأحكام الشرعية.

وإذا بحثنا عن الدوافع والأسباب التي ساعدت على انتشار هذه العلاقة غير المشروعة: نجد أن أهمها:

أ- الظروف والمادية التي تحول دون إقامة زواج شرعي، فقد يكون الشاب في مرحلة الدراسة أو في بداية حياته العملية ولا يستطيع القيام بمسؤوليات الزواج من متطلبات المهر وإعداد مسكن ونفقة وما شابه ذلك.

ب- أن يكون الشاب قد تقدم إلى الفتاة ورفض أهلها خصوصاً عند وجود الفوارق الاجتماعية بين الطرفين.

ج- وقوع الفتاة ضحية لهتك عرضها فتلجأ إلى هذا الحل سترا للعار.

د- غياب الوازع الديني والأسلوب التربوي الأمثل، حيث يسود التربية الأسرية الخاطئة التي تبيح الحرية المطلقة لكثير من الأبناء والبنات فيصبح ما هو ممنوع مشروع داخل البيت فضلاً عن خارجه.

يقول د. يسري عبد المحسن أستاذ الطب النفسي بكلية الطب بجامعة القاهرة في تحليله لهذه الظاهرة المرضية: ".. الإفراط في الاختلاط بين الجنسين وخروج المرأة إلى مجالات الحياة والعمل كل هذا يؤدي إلى نشأة هذه العلاقة وتسترها وراء ستار الزواج العرفي الذي لا يتوفر فيه عنصر الصدق والمصارحة والإشهار. كما أن هناك إثارة جنسية تأتي نتيجة للاختلاط الشديد غير المنضبط في مجالات التعليم وخروج المرأة بصورة سافرة تؤدي إلى إثارة الرجل واستفزاز غرائزه، فينتج عنها هذه العلاقة، هذا بالإضافة إلى عدم الالتزام بالضوابط الشرعية والاجتماعية وقصر ذات اليد، كل ذلك ساهم في إقامة علاقات مشبوهة غير مقبولة". نقلا عن: حسن حسن منصور – المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية – المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع- ١٩٩٨ - ص ١٨٩، ١٩٠.

هـ- دور وسائل الإعلام المحلية والأجنبية في إثارة الرغبات الجنسية للمشاهدين فتصير العلاقة بين الطالب والطالبة في الجامعة كنوع من أنواع الصداقة يناظر ما يحدث في الغرب، ويحاولون أن يكسوه بستار شرعي ليخففوا مخالفته للدين، ولا شك أن وسائل الإعلام تلعب دوراً خطيراً في انتشار هذه الفكرة.

و- الجهل بالحكم الشرعي لهذه العلاقة بسبب ضحالة الثقافة الشرعية التي يعاني منها الكثير ويضاف إلى ذلك سبب آخر وهو تعدد وتضارب الفتوى بين أهل العلم والخلط بين الزواج السري بمختلف صوره وبين الزواج الشرعي غير الموثق مما يزيد في انتشار مثل هذه العلاقات بين مختلف فئات المجتمع ومعلوم أن هذه من القضايا القطعية والثابتة.

هذا ما يتعلق باختصار حول انتشار هذه الظاهرة، أما ما يتعلق بالحلول المقترحة للحد منها، فسيأتي جملة منها في تناول الحلول لظاهرة الزواج الشرعي غير الموثق وإن كنا نرى أن الظاهرة الأولى ليست من صلب موضوعنا، وإنما تناولناها إزالة للغموض ورفعا للبس، ولمزيد من التفصيل انظر: حسن حسن منصور– ص ١٧٥ وما بعدها. د. فارس عمران– الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي – دار الجامعة الجديدة للنشر – الإسكندرية – ٢٠٠١م – ص ٧٣. نادية هاشم – الزواج العرفي بين الشرع والواقع – مجلة الزهراء – العدد ١٧ – ١٩٩٩م – ١٤١٩هـ - ج ١ ص ٦٧٦ ومابعدها. مجلة منبر الإسلام – عدد صفر ١٤١٨ – ص ٩٢.

المطلب الثاني

توثيق عقد الزواج: حكمه الشرعي والقانوني

لم توجب الشريعة الإسلامية شكلا من الأشكال لإتمام الزواج، فعقد الزواج شأن سائر العقود يتم بمجرد الإيجاب والقبول، ولا يتوقف وجوده وثبوته على بينة كتابية، بل يكفي البينة الشخصية لإثباته، سواء كان ذلك فيما يتعلق بنفس العقد أو آثاره من مهر ونفقة وما إلى ذلك من الحقوق(١).

يقول شيخ الإسلام ابن تيمية – رحمه الله – "ولا يفتقر تزويج الولي المرأة إلى حاكم باتفاق العلماء"(٢)، واكتفى المسلمون بذلك في سابق عصورهم، ولم يروا في توثيق عقود الزواج حاجة، ومع تطور الحياة وتغير أحوال الناس، وما يحتمل أن يطرأ على الشهود من عوارض النسيان أو الغفلة والوفاة اقتضت الحاجة لتدوين عقود الزواج وتوثيقها بالكتابة.

وإذا بحثنا في تاريخ كتابة العقود نجد أن الكتابة قد بدأت عندما بدأ المسلمون يؤخرون المهر أو شيئا منه، وأصبحت هذه الوثائق التي يدون فيها مؤخر الصداق أحيانا وثيقة لإثبات الزواج(٣).

يقول ابن تيمية- رحمه الله-: "لم يكن الصحابة يكتبون "صداقات" لأنهم لم يكونوا يتزوجون على مؤخر، بل يعجلون المهر وإن أخروه فهو معروف، فلما صار الناس يزوجون على المؤخر، والمدة تطول وينسى صاروا يكتبون المؤخر، وصار ذلك حجة في إثبات الصداق، وفي أنها زوجة له"(٤).

وقد دلت السنة على جواز توثيق العقود والمعاملات حفاظاً للحقوق والعهود فقد وثق رسول الله صلى الله عليه وسلم الكثير من معاملاته ومراسلاته، وأمر بالكتابة في الصلح مع المشركين، وتوالى التوثيق والإشهاد والكتابة إلى الوقت الحاضر، ولا يختلف أحد فيما لتوثيق عقود الزواج بالكتابة من فوائد، سيما في هذا العصر الذي كثر فيه الجحود والخيانة وضاعت فيه الأمانة، وساءت الأخلاق، فكثيرا ما نسمع من يدعي الزوجية زوراً وبهتاناً، ويقيم على دعواه شهود زور

---

(١) د. محمد عقله- نظام الأسرة في الإسلام-مكتبة الرسالة- عمان- ط٢-١٤١١هـ ١٩٨٩م-ج١- ص ٣٩٤.

(٢) مجموع الفتاوى – ج ٣٢ ص ٣٤.

(٣) عمر سليمان الأشقر – المرجع السابق – ص ١٧٤. أسامة عمر الأشقر – مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق – دار النفائس – عمان – ط١ – ١٤٢٠هـ - ٢٠٠٠م – ص ١٣٣ وما بعدها.

(٤) مجموع الفتاوى – ج ٣٢ – ص ١٣١ ، و ج٣٣ – ص ١٥٨.

وآخر ينتفي من زوجية صحيحة تهرباً من الالتزامات التي تنشأ عنها.

كل هذه العوامل وغيرها كانت باعثا لإنشاء جهات متخصصة لتوثيق عقود الزواج لإمكانية حفظها لمدة طويلة وغير محدودة، وسهولة الرجوع إليها عند النزاع، وهو ما لا يتوافر في الشهود، ومن المنافع أيضا معرفة الأمة لتاريخها وتسلسل أجيالها وحفظ أنسابها، ناهيك عما يستلزمه تخطيط تنميتها واقتصادها من توثيق زيجاتها[1].

إن إحداث تنظيمات شكلية وإدارية بقصد حماية الزوجية والمحافظة على آثار العقد، وسن قانون يتماشى مع الأساليب الحديثة في التدوين والتسجيل هو سنة حسنة، والإلزام بتسجيل عقود الزواج هو من باب السياسة الشرعية التي يمكن لولي الأمر إلزام رعيته بها لما يراه في ذلك من المصالح، وخشية من الجحود والإنكار[2].

المبحث الثاني

أسباب انتشار الزواج الشرعي غير الموثق والآثار الناجمة عنه

وقسمنا بحث محتويات هذا المبحث إلى مطلبين، مطلب أول في الأسباب، ومطلب ثاني في الآثار على النحو الآتي:

المطلب الأول

أسباب انتشار الزواج الشرعي غير الموثق

يمكن إجمال هذه الأسباب فيما يأتي:

١- القيود القانونية التي فرضتها قوانين الأحوال الشخصية على الزواج، ومن أمثلة ذلك تحديد القانون لسن الزواج فلا يقبل طلب للزواج من كان دونه، فيلجأ إلى الزواج بعيدا عن الجهات الرسمية، زيادة على القيود المفروضة على الشخص الذي يرغب في إضافة زوجة ثانية إلى عصمته، فأوجب عليه القانون إخبار الزوجة السابقة بالزواج اللاحق والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وتقديم طلب الترخيص بذلك إلى رئيس المحكمة والذي يتأكد من موافقة الزوجتين، ومدى توفر قدرة الزوج...إلى غير ذلك من الأعباء[3]. وإذا أضفنا إلى ذلك ما تفرضه القوانين من أعباء جديدة

---

(١) مجلة البحوث الفقهية – المرجع السابق - العدد ٣٦- ص ١٩٨.

(٢) عبد الفتاح عمرو – السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية – دار النفائس – عمان – ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م – ص ٤٣.

(٣) ومثالا عن واقع القوانين العربية: ما ورد في التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري رقم ٨٤ – ١١ بموجب =

للطلاق، كحق المطلقة الحاضنة في مسكن ملائم للحضانة. وإن تعذر على الزوج فعليه دفع بدل الإيجار مع بقاء الزوجة في بيت الأب حتى تنفيذه الحكم القضائي [1].

ولا شك أن مثل هذه النصوص وغيرها تمثل وسائل تضييق أبواب الزواج وتثقل تبعاته، وتمثل حجر عثرة أمام إتمام حالات لا تحصى من الزيجات[2].

٢- رغبة بعض الأزواج في كتمان زواجه وعدم إعلانه بسبب التفاوت الاجتماعي بين الرجل والمرأة التي يريد الاقتران بها، مثل المكانة الأدبية العالية للزوج، وخاصة إذا كان متزوجاً من قبل ويبغي الزواج بمن هي دونه في المستوى المعيشي والاجتماعي، كزواج الطبيب من الممرضة، وزواج المدير من السكرتيرة، وزواج السيد من الخادمة، دون تركه لزوجته الأولى، أو زواج المرأة الحسيبة النسيبة من رجل مغمور، فإذا علم معارفها وأقاربها بزواجها منه عيروها بذلك، فتلجأ إلى الزواج المكتوم.

٣- رغبة الزوج في الزواج مرة أخرى وإخفاء زواجه عن زوجته الأولى لما يحدثه له الإعلان من مشكلات له مع زوجته وأولاده[3].

٤- الرغبة في استمرار التمتع ببعض المزايا الاجتماعية والقانونية كرغبة المرأة في استمرار صرف معاش زوجها المتوفى عنها، أو استحقاق البنات معاش والدهن بعد زواجهن، أو أن تكون حاضنة وتريد الاحتفاظ بأبنائها، أو محاولة إعفاء أحد أبنائها من الخدمة العسكرية، بحجة أنه العائل الوحيد للعائلة والقائم بتصريف شؤونها وتدبير حاجاتها، فخشية من الزواج الرسمي وحتى لا تحرم من هذه المزايا وغيرها يلجأ الكثير - وغالبيتهم من النساء – إلى عدم توثيق الزواج

= الأمر الرئاسي فالرجل إذا رغب في عقد زواج ثاني موثق، فلا يستجاب لطلبه إلا بتقديم رخصة من رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية الذي يتأكد من موافقة الزوجة السابقة والمرأة التي يراد إضافتها للعصمة، وأن يثبت الزوج مبررا شرعيا لذلك وقدرته على توفير العدل وشروط الحياة الضرورية وحق الزوجتين في المطالبة بالتطليق في حالة التدليس. وإذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا لهذه الشروط فسخ زواجه الجديد قبل الدخول. ففي ضوء هذه القيود التي قيدت تعدد الزوجات إلى الدرجة التي تكاد تمنعه يلجأ الزوج - مكرها – إلى عدم توثيق زواجه الثاني – وهو معذور – ويكتفي بصحته شرعا، ويكون بذلك قد وضع المحكمة أمام أمر واقع وحادثة لا بد لها من علاج، فتصدر طبقا للمادة ٢٢ من قانون الأسرة حكما بتقييد زواجه في سجلات الحالة المدنية متى طلب ذلك، من غير أن تلزمه بالقيود السابقة، إذ لا يجب التمسك والاحتجاج بها إلا قبل إبرام عقد الزواج اللاحق والدخول بالمرأة. ولاشك أن هذا التعديل الأخير سيكون سببا رئيسا في انتشار ظاهرة الزيجات الشرعية غير الموثقة.

(١) أنظر المادة ٧٢ من قانون الأسرة بعد التعديل.

(٢) حامد الشريف – المرجع السابق – ص ٩.

(٣) عمر سليمان الأشقر– المرجع السابق – ص ١٧٦. حامد الشريف – المرجع السابق- ص ١٠.

الجديد[1].

٥- قد لا يملك بعض الأزواج الإثباتات الرسمية لإجراء عقد الزواج الثاني، كأن لا يكون لديه جواز سفر، أو هوية شخصية لأنه دخل الدولة بطريق غير مشروعة، أو انتهاء إقامته بها وخوفاً من طرده يضطر لعدم مراجعة الدوائر الرسمية لتسجيل الزواج[2].

٦- أن الزواج غير الموثق لا يرتب على الزوج التكاليف والالتزامات التي تترتب عليه في الزواج الرسمي[3].

المطلب الثاني

الآثار الناجمة عن الزواج الشرعي غير الموثق

عقد الزواج غير الموثق وإن كان صحيحاً فإنه تترتب عنه آثار خطيرة تضر بالزوجين أو بأحدهما، وبالمجتمع ككل، وفيما يأتي عرض لأهم المشكلات الناجمة عن الزواج الشرعي غير الموثق والمنازعات المتعلقة به.

أولا: صعوبة إثباته: إن مثل هذا الزواج قد يصعب إثباته أمام القضاء، كما قد يكون عرضة للإنكار، وقد لا يستطيع الزوجان إثبات علاقتهما الزوجية مع رغبتهما في إثباتها لسبب أو لآخر، كأن يهلك الوالدان قبل تسجيلهما عقد الزواج أو يتوفى الزوج وتعجز الزوجة عن إثباته لموت الشهود أو نسيانهم أو تراجعهم عن الشهادة، فيتضرر بسبب ذلك الزوجين وتضيع حقوقهم وحقوق أولادهم الشرعية والقانونية.

كما قد ينكر أحد الزوجين الزواج وينتفي من أولاده، والخاسر الأكبر في هذه الحالة هو الزوجة، التي كثيراً ما يغرر بها شخص ما ويتزوج بها ثم يهجرها بعد ذلك، فتقع عليها المسئولية الكبرى في إثباتها، فتضيع حقوقها الزوجية من ميراث ومؤخر المهر، ونفقة، ولا شك أن المشكلة تزداد سواءاً إذا رزقت من زوجها بأطفال لا يعترف بهم، فتقع بين نارين، فهي من جهة تبحث عن العائل الذي ينفق عليها وعلى أولادها، ومن وجهة أخرى لا تستطيع أن تثبت نسب أولادها إلى أبيهم[4].

---

(١) حامد الشريف- نفس الموضع. د. نادية هاشم- المرجع السابق- ص٦٧٦، ٦٧٧. جلال عبد السلام – قضايا فقهية معاصرة وأراء أئمة الفقه فيها- مكتبة عالم المعرفة- المنيا-١٤٢٢هـ ٢٠٠٢م-ص١٢٥، ١٢٦.

(٢) د. عمر سليمان الأشقر – المرجع السابق- ص ١٧٦.

(٣) لمزيد من التفصيل أنظر: د. ممدوح عزمي – المرجع السابق – ص ١٢، ١٣. والمراجع السابقة.

(٤) بل قد ينسب الأولاد إلى غير أبيهم إذا ما أتت المرأة المتزوجة زواجا غير رسمي ثم تزوجت بآخر رسميا أو =

ثانيا: تعرض الزوجين للعقوبة: قد يتمكن الزوجان من إثبات عقد الزواج وذلك لا يعفيهما من العقوبة المقررة في بعض القوانين على الزيجات الواقعة خارج الدوائر الرسمية، وقد تحكم المحاكم بعدم قبول دعاوى إثبات الزواج والمطالبة بالحقوق الناشئة عنها؛ لأن القانون يقضي بعدم قبول أو سماع مثل هذه الدعاوى.

ثالثا: الطعن في سلوك الزوجة واتهامها بالجمع بين زوجين: إن مثل هذه الزيجات قد تفتح باباً للطعن بالريبة والظن السيئ نظراً للمظهر الذي تظهر به أمام الناس، نتيجة لعدم إعلانها وإشهارها عن طريق الشهادة، أو تسجيلها الرسمي، فتكون علاقة مشبوهة.

وبمثل هذه السلوكيات تتقوض دعائم المجتمع وتتعرض سلامته وأمنه للخطر[1]، وقد يحصل كثيرا أن تتزوج المرأة مرتين بحيث تكون زيجتها الأولى غير موثقة وتعقبها أخرى موثقة فتنسب إليها تهمة الجمع بين زوجين وهنا يتعذر على المدعي إثبات دعواه متى أنكرت المرأة زوجيتها بالرجل الأول صاحب العقد غير الموثق؛ لأنه من المقرر قانونا عدم سماع الدعوى عند الإنكار ما لم تكن الزوجية ثابتة بوثيقة رسمية.

فحتى وإن كانت العلاقة الزوجية لم تنفصم عراها بعد فإن المسئولية الجنائية لا تتوفر لعدم استكمال أركانها في حق المرأة، ومن ثم فلا تعتد المحكمة الجنائية بعقد الزواج العرفي في هذه الحالة ولو لم يطعن عليه بالتزوير، فإنكار الزوجية يغني عن الطعن بالتزوير- وإن قامت مسؤوليتها الدينية- إذا صح أنها كانت زوجة لآخر قبل زواجها الرسمي.

أما إذا كان عقد الزواج العرفي مسبوقا بعقد زواج رسمي، وثبت أن الزوج في العقد العرفي قد عاشر المرأة معاشرة الأزواج قبل أن تنفصم عرى الزوجية الأولى الموثقة، فلا شك أن العقد العرفي باطل كما أن هذا الفعل يشكل جريمة الزنا[2].

رابعاً: مشكلة التخلص من الزواج غير الموثق بالطلاق: تعد هذه المشكلة من أهم المشاكل التي تترتب على الزواج غير الموثق ولخطورتها حاول قانون إجراءات التقاضي رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ علاجها، ولكن جاء علاجه قاصراً كما سيأتي بيانه.

= حصل الزواج أثناء العدة ولم يتمكن الزوج الثاني من إثبات عدم انقضاء العدة. أنظر: د. عمر سليمان الأشقر- ص ١٧٨. حامد الشريف – ص ٢. وقد دلت الإحصائيات أن هناك حوالي ١٤ ألف قضية إثبات نسب مرفوعة في المحاكم، منها ٦٠٪ لإثبات نسب من زواج عرفي، نقلا عن د. فارس محمد عمران – المرجع السابق – ص ٣٤.

(١) د. فارس عمران – المرجع السابق- ص ٣٠.

(٢) كمال صالح البنا – موسوعة الأحوال الشخصية – ص ١٧.

فقد تتزوج المرأة – بعد طلاقها – من آخر عرفيا، وبدون ورقة مكتوبة، وتنجب معه أولاداً ولا تتمكن من إثبات البنوة، أو تتواطأ مع زوجها الثاني على إلحاق المولود له بزوجها الأول، ويستوي في ذلك أن يكون العقد مكتوباً أوغير مكتوب[1]. أما لو حصل الزواج ولم يكن موثقا، وتم الطلاق بنفس الصورة التي حصل بها وبانت المرأة من زوجها، فهنا نفرق بين حالتين:

١- في حالة إقرار الزوج بالزوجية: في هذه الحالة ترفع عليه دعوى تطليق، وتقبل من طرف المحكمة، وتسير بعدها في الإثبات وتحقيق سبب التطليق.

٢- في حالة إنكار الزوجية من طرف الزوج: في هذه الحالة نفرق بين القوانين التي تقضي بعدم سماع - أو قبول – دعوى الزوجية إلا بتوثيق الزواج، وبين تلك التي تسمع فيها هذه الدعوى.

فبالنسبة للصنف الأول، وكمثال عليه القانون المصري: فإذا كان الزواج ثابتا بأية كتابة تحكم المحكمة بقبول الدعوى وتنظر في الإثباتات المقدمة ومتى تثبت لديها الزوجية تنظر في دعوى التطليق المقدمة من طرف الزوجة[2]، أما إن كان الزواج غير ثابت بأية كتابة فالمقرر قانونا هو عدم قبول الدعاوى الناشئة عن الزواج غير الموثق عند الإنكار ومن ضمنها دعوى التطليق وحفاظا على عرض المرأة من أن تنال بدعاوى كيدية، فلها أن ترفع دعوى تطلب فيها الحكم بمنع التعرض لها في أمور الزوجية[3].

ودعوى منع التعرض في أمور الزوجية تسمع دائما ولو لم يكن هناك مسوغا لسماعها، فإذا دفع المدعي عليه بوجود علاقة زوجية قائمة بينهما، وأقر المدعي بها حكم بثبوت الزوجية ولم

---

(١) ويقترح البعض علاجا لهذه الحالة، يتمثل في أن يقوم صاحب العقد غير الموثق والذي يرغب في ترك زوجته إثبات طلاقه بإنذار على يد محضر يوجهه إلى زوجته يقر فيه بالطلاق. المرجع السابق- ص ٢٠.

(٢) يظن البعض أن الورقة العرفية أوالكتابة المثبتة للزواج سهلة الحصول والحفظ إلا أن الحقيقة غير ذلك، فكثيراً ما تكون عرضه للضياع – هذا إذا كانت بيد الزوجة أصلا – والغالب ما يحرص الزوج على أن يكون العقد غير الرسمي من نسخة واحدة يحتفظ بها لنفسه حتى لا يتعرض لمشاكل قانونية ومتاعب أمام القضاء مستقبلا، كمطالب الزوجة بالنفقة أو مؤخر المهر أو إثبات النسب.

(٣) أورد الفقهاء حيلة للمرأة للتخلص فيها من وضعها، فهي كالمعلقة لا ذات بعل ولا مطلقة تتمكن من التزوج بآخر، فإذا ادعت نكاحه وأنكر ولا بينة عندها، وحلف اليمين على أنها لم تكن زوجة له، فلا يحل لها بمجرد هذا أن تتزوج من غيره، ولا يقضى عليه بالنكول لأن جحوده النكاح ليس بطلاق، ولا يمكنه تطليقها، لأنه منكر للنكاح أصلا، فالحيلة والمخلص لهذه المرأة – حتى لا تبقى هذه المرأة معلقة أبد الدهر – هو أن يأمره القاضي أن يقول: "إن كنت امرأتي فأنت طالق ثلاثا"، لأنها إن كانت صادقة في دعواها لا يبطل النكاح بجحوده، فإذا لم يقل ذلك في يمينه تبقى معلقة. وذكر ابن نجيم وغيره مخلصا آخر وهو أن يقول القاضي:"فرقت بينكما". ابن نجيم – الأشباه والنظائر – ص ٤٠٧. بدائع الصنائع- ج٨ ص ٣٩٣٣. تكملة حاشية ابن عابدين- ج ١ ص ١٤. ابن الشحنة الحنفي – لسان الحكام في معرفة الأحكام – مطبوع مع معين الحكام - دار الفكر – ص ٢٣٢.

لم توجد أوراق تثبتها، وكذلك إذا تزوجت امرأة برجل بعقد شرعي غير موثق ثم طلقت منه بإشهاد عرفي غير موثق كذلك، ثم انقضت عدتها منه فلها الحق أن ترفع دعواها عليه بطلب منع تعرضه لها في أمور الزوجية بينهما، كونها أصبحت أجنبية عنه فيحكم لها بذلك[1]، ما لم يقدم المدعى عليه وثيقة رسمية دالة على قيام الزوجية بينهما بعد تاريخ الطلاق المبين بالدعوى.

وكما ترفع دعوى منع التعرض من المرأة فإنها قد ترفع من الرجل على المرأة التي تنكر وجود علاقة زوجية بينهما، سواء كان زوجا لها ثم طلقها وانقضت عدتها، أو لم يكن بينهما أي رابطة زوجية[2].

والحكم النهائي بمنع التعرض في أمور الزوجية هام جدا في الحد من الدعاوى الكيدية، إذ تحول دون الادعاء بالزوجية مستقبلاً خصوصاً بعد وفاة أحد الزوجين وادعاء الطرف الآخر الإستحقاق في إرث المتوفى أو النسب أو غير ذلك من الدعاوى المترتبة على الزوجية.

أما بالنسبة للصنف الثاني، وهو قبول دعوى الطلاق من الزواج غير الموثق من غير اشتراط لوثيقة كتابية، فالمستقر في القضاء الجزائري أنه "إذا توافرت الأركان الشرعية للزواج يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج العرفي، وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق، باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون، وذلك بناءاً على تثبيته بموجب حكم قضائي"[3].

وأياً كانت سياسة القوانين في علاج مشكلة التخلص من الزواج غير الموثق بالطلاق، وأياً كانت وسيلة إثبات الزوجية، بالكتابة – بورقة عرفية – أو بغيرها من وسائل الإثبات الشرعية فإن المشكلة واحدة، والضحية الأكبر منها – في الغالب– هي الزوجة التي تتعرض للمساومة والتهديد والابتزاز من زوجها حتى يقر لها بالزوجية، فتتمكن من تقديم طلب لتطليقها منه، أو يطلقها عرفيا، وأنى لها أن تسلم من كيده لها، وتنغيص معيشتها، إذا ما حاولت الارتباط بزوج آخر، أو تركها

---

(١) ذكر أصحاب الأشباه والنظائر حيلة ما لو ادعى رجل نكاح امرأة فأنكرت، فحيلتها في دفع اليمين عن نفسها - على قول من يقضي باليمين في النكاح – أن تتزوج بآخر. ابن نجيم – الأشباه– ص ٤٠٧. وربما يتعسر أو يتعذر حصول التزوج بأخرى حال الدعوى فلاتفيد هذه الحيلة شيئا.

(٢) وفي حكم لمحكمة استئناف عالي المنصورة في الإستئناف رقم١٤٨ لسنة١٩٩٢-أ.ش-جلسة ١٩٩٣/١٢/٢١ جاء فيه "حيث إنه بالبناء على ما تقدم وكانت المدعية تنفي وتنكر وجود علاقة زوجية بينهما وبين المستأنف ضده بل تطلب في دعواها الحكم بعدم تعرضه لها في ذلك ومن ثم تكون دعواها على أساس من القانون، ويتعين القضاء بعدم تعرض المستأنف ضده لها وإلغاء الحكم المستأنف.. فلهذه الأسباب حكمت المحكمة في الموضوع بإلغاء الحكم المستأنف وبإلزام المستأنف ضده بعدم التعرض للمستأنفة في أمور الزوجية".

(٣) م. ع- غ.أ.ش- قرار رقم ٢٥٠٥٩ بتاريخ ١٩٩٥/١٠/٢٤- نشرة القضاة- العدد ٥٣، ص ٥٦.

معلقة - لا هي ذات زوج ولا مطلقة - يفتح لها آفاق الدخول في زوجية شرعية موثقة، فضلاً عن إمكانية مساءلتها قانونياً بتهمة الجمع بين زوجين[1].

هذا دون أن ننسى ما يترتب على ذلك الزواج والطلاق العرفيين من آثار النسب، ومشكلة إثباته في حالة رفضه من الزوج الأول والثاني معاً، وقد تتزوج المرأة عرفياً وتطلق عرفياً أيضا، وتتزوج بآخر بنفس الطريقة الأولى، وقد يكون ذلك في عدة الأول أو بعد انقضائها، فتأتي الزوجة بمولود - هو ضحية هذه الإرتباطات والتصرفات- وتدعي أنه ابن الزوج الأول، وهو ينكر دعواها، وقد لا يتيسر الشهود لمعرفة صدق دعوى الخصوم والتحقق من مضي أقل مدة الحمل وأقصاها، وهل وقع الزواج الثاني في عدة الأول أم لا، وكان الأمر فيه بعض اليسر لو تمت الزيجات بطريقة رسمية وموثقة.

---

(١) د. فارس عمران – المرجع السابق – ص ٣١. د. محمود مصطفى يونس – تيسير إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بين المتطلبات التشريعية والمقتضيات الاجتماعية – دار النهضة العربية – ط ١ – ٢٠٠٢ – ص ٢٠٩.

المبحث الثالث

الزواج الشرعي غير الموثق في قوانين الأحوال الشخصية والتدابير المقترحة

نصت معظم قوانين الأحوال الشخصية على وجوب توثيق عقد الزواج، وإصدار وثيقة به، وهذه الوثيقة حجة بذاتها، ولا يقبل أي من الزوجين الانتفاء منها أو من الحقوق المترتبة عليها.

وفي مقابل حرص القوانين على توثيق الزواج وتسجيله نجدها قد تفاوتت واختلفت في معالجتها لظاهرة الزواج الشرعي غير الموثق، فبعضها استخدم الوظيفة التربوية بهدف توعية الناس بضرورة تسجيل زيجاتهم، والبعض الآخر اكتفى بعدم سماع الدعوى الناجمة عن هذه الزيجات والمقدمة إلى المحاكم متى كانت محلا للإنكار، وبعضها استخدم الوظيفة العقابية وأسلوب الردع أملا في دفع الناس على الإلتزام بالقانون، وفي الطرف الآخر لم تلتفت بعض القوانين – الشاذة – إلى هذه العقود واعتبرتها باطلة.

ممّا سبق يتضح أن اتجاهات القوانين في هذه المسألة أربعة، على النحو الآتي:

المطلب الأول

القضاء بتسجيل عقد الزواج من غير عقوبة لهذه المخالفة

مقتضى هذا الاتجاه هو توثيق عقود الزواج متى رغب أحد أطرافه في ذلك باتباع بعض الإجراءات الشكلية والتنظيمية من غير فرض لعقوبة، وكمثال بارز عن هذا الإتجاه نجد القانون الجزائري، حيث وضع نظاما تشريعيا لعقود من الزمن حاول خلالها تنظيم عقود الزواج في قالب شكلي ومنظم.

وأول قانون خاص بتسجيل عقود الزواج صدر في عهد الاستعمار، وهو القانون رقم ٥٧-٧٧٧ المؤرخ في ١٩٥٧/٧/١١، ومما جاء فيه أنه "يجب تسجيل عقود الزواج لدى ضابط الحالة المدنية خلال خمسة أيام من تاريخ البناء بالزوجة والدخول بها وذلك بتصريح من الزوجين أو من ممثليهما، وأن عدم التصريح بالزواج خلال الأجل المحدد يستوجب عقوبة الزوج وممثل الزوجة بغرامة من ٦٠٠٠ إلى ١٠٠٠٠ فرنك والحبس من ستة أيام إلى ستة شهور"[1].

---

(١) المادة ٣، ٦.

وإذا انتهى أجل الخمسة أيام دون التصريح بالزواج، فإنه يمكن تسجيل هذا الزواج بموجب حكم من المحكمة بناء على طلب أحد الزوجين[١].

وبعد هذا القانون صدر مرسوم رقم ٨٢– ٥٩ بتاريخ ١٩٥٩/٩/١٧، يتضمن في مجمله أساليب وكيفيات تطبيق الأمر رقم ٢٧٤ –٥٩، المتعلق بالزواج المبرم في محافظات الجزائر والواحات والساورة من الأشخاص الخاضعين لنظام الحالة المدنية المحلي.

وقد أورد المرسوم المشار إليه مادة وحيدة تتعلق بإثبات الزواج[٢] ، وهي تلك التي تتعرض فيها سجلات الأحوال المدنية للفقدان أو الهلاك، أو تحول فيها قوة قاهرة دون استخراج مستخرج من محرر عقد الزواج[٣]. ففي إحدى هذه الحالات الثلاث جاز لكل ذي مصلحة أن يستصدر حكم قضائي بسبق إبرامه لعقد الزواج، بعد إثباته بطرق الإثبات الشرعية، ويكون بعدها الحكم القضائي بمثابة وثيقة الزواج.

كانت هذه محاولات المحتل لإدخال نظام تسجيل عقود الزواج في سجلات الأحوال المدنية في الجزائر، ولكنها لم تحقق غالب أهدافها وسبب ذلك - كما يرى د. بلحاج العربي- هو "تلك العلاقة التنافرية التي كانت موجودة بين الإدارة الاستعمارية والشعب الجزائري، الذي بقى متشبثا بالتقاليد والأعراف الإسلامية، فاستمر الجزائريون في إبرام عقود الزواج - بالفاتحة- من غير تسجيلها"[٤].

وبعد أن طوى عهد الاحتلال الفرنسي تم التوجه نحو مرحلة تستعمل فيها الوظيفة التربوية للقانون، بإصدار سلسلة من الأوامر والقوانين ملؤها المرونة والملاءمة، بعيدا عن أفكار الردع والصرامة، الهدف منها توعية الناس بضرورة تسجيل عقود زواجهم وكانت البداية بإصدار القانون رقم ٢٢٤-٦٣ بتاريخ ١٩٦٣/٦/٢٩، والمتعلق بتحديد الحد الأدنى لسن الزواج ووجوب تسجيل عقود الزواج خلال أجل محدود، حيث نص في المادة ٥ منه أنه "لا يجوز لأحد المطالبة بإثبات الزوجية ولا بالآثار المترتبة عليه إذ لم يقدم وثيقة العقد المستخرجة من سجلات الحالة المدنية". ثم نص على وجوب تسجيل جميع عقود الزواج التي أبرمت قبل صدور هذا القانون[٥]، وذلك خلال

---

(١) المادة ٧.

(٢) المادة ١٠.

(٣) هذا الحكم كان نتيجة لظروف حرب التحرير التي كانت في ذروتها لإثبات قيام الرابطة الزوجية وهو ما يسمى بتسجيل عقود الزواج وحفظ سجلاتها.

(٤) د. بلحاج العربي – المرجع السابق – ص ١٤١.

(٥) لم يحدد هذا القانون الكيفية التي يتم بها التسجيل. وقد قررت المحكمة العليا بأن "الزواج الذي انعقد قبل قانون=

ثلاث سنوات.

يتضح من خلال هذا النص انحصار الإثبات في الوثيقة الرسمية في العقود التي أبرمت بعد صدور هذا القانون فهي الوسيلة القانونية الوحيدة لإثبات قيام الرابطة الزوجية، وهو ما يسمى بقاعدة عدم سماع الدعوى، وهو ذات المبدأ الذي استحدثه القانون المصري وكان قضاء المحاكم الشرعية يقضي به وفقا للفقرة ٤ من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية[١].

ويلاحظ على هذا القانون أنه قد خفف إلى حد بعيد من حدة القسوة التي كانت تعامل بها القوانين الفرنسية الجزائريين، فكان أسلوباً جديداً أكثر لطافة عن سابقيه، ولكنه بالمقابل كان أمرا مستحدثا غريبا عن المجتمع الجزائري وأعرافه، ولم يراع فيه حداثة عهده بالاستقلال.

ولما انتهت الثلاث سنوات المنصوص عليها في المادة ٥ أعلاه، ولم تنته عمليات تسجيل الزيجات التي انعقدت قبله صدر أمر ثان في ١٩٦٦/٦/٢٣ تحت رقم ٦٦/٩٥ يمدد هذا الأجل إلى ١٩٦٧/١٢/٣١، ثم صدر أمر ثان في ١٩٦٨/٢/٢٢ تحت رقم ٦٨/٥١ يمدد الأجل مرة ثانية إلى غاية ١٩٦٩/١٢/٣١.

ومع كثرة هذه التمديدات من غير إتمام عمليات التسجيل، تم إصدار أمر رقم ٦٩/٧٢ بتاريخ ١٩٦٩/٩/١٦ جاء في إحدى مواده أنه "استثناء لما نصت عليه المادة ٥ من القانون رقم ٢٢٤-٦٣، فإن جميع عقود الزواج التي وقعت وفقاً للشريعة الإسلامية قبل نشر هذا الأمر، والتي لم تسجل أو تقيد في سجلات الحالة المدنية يمكن تسجيلها بمجرد الاستظهار بحكم صادر عن رئيس

= ٢٩ جوان ١٩٦٣ حسب العرف وبحضور شاهدين هو عقد صحيح". م.ع-غ.أ.ش- قرار رقم ٢٠٨٠٠٥- بتاريخ ١٩٨٠/٣/١٧. مجلة الأحكام القضائية – وزارة العدل – ١٩٨٣ ج١ – ص ٤٥.

(١) لكن يختلف القانون الجزائري عن القانون المصري في بعض الجوانب، ويمكن حصرها في جانبين:

الجانب الأول: من حيث التعميم والتخصيص، فالقانون الجزائري رقم ٢٢٤-٦٣ قيد الإثبات بالوثيقة الرسمية في جميع الحالات سواء في حالة إنكار المدعي عليه أو إقراره، وسواء كان ذلك في حياة الزوجين أو حال وفاتهما أو وفاة أحدهما، في حين أن القانون المصري قصر الإثبات بالوثيقة الرسمية على حالة إنكار المدعي عليه بالزوجية، أو بحق من الحقوق المترتبة عليهما، وترك حالة الإقرار خاضعة لطرق الإثبات الشرعية، كما فرّق في بعض الحالات بين الدعوى حال حياة الزوجين وبين الدعوى بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما.

الجانب الثاني: من حيث الوسيلة الفنية لتقييد الإثبات: فقد عمد القانون الجزائري مباشرة إلى تقييد الإثبات وقصره على الوثيقة الرسمية، وفي ذلك مخالفة صريحة للقواعد الشرعية في الإثبات، بينما لم يعمد القانون المصري إلى المخالفة الصريحة لقواعد الإثبات الشرعية بل تحايل على ذلك بمنع سماع الدعوى أصلا عند عدم وجود الوثيقة الرسمية.

ولا شك فإن كلا المسلكين يصب في هدف واحد وهو مخالفة قواعد الإثبات الشرعية. أنظر: محمد الحسيني حنفي – تقنيات الأحوال الشخصية في الجزائر – مجلة العلوم القانونية الاقتصادية – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – السنة ١٦ – العدد ٢ – يوليو ١٩٧٤ – ص ١٨٥، ١٨٦.

المحكمة ذات الاختصاص التي وقع في دائرة اختصاصها عقد الزواج، وذلك بناء على عريضة يقدمها صاحب المصلحة، ويكون للحكم أثر رجعي إلى تاريخ انعقاد الزواج، ولا يقبل أي طريق من طرق الطعن"(١).

وبالرغم من سلسلة هذه الأوامر المتتابعة لحمل الناس على تسجيل عقودهم، إلا أن المشكلة ظلت قائمة مما استدعى إصدار أمر جديد بتاريخ ١٩٧١/٩/٢٢ تحت رقم ٦٥ – ٧١، والذي تضمن أن كل زواج انعقد قبل صدور هذا الأمر ونتج عنه أولاد ولم يكن موضوعا لأي عقد مسجل أو مقيد في سجلات الحالة المدنية، يمكن أن يقيد في سجلات الحالة المدنية رغم جميع الأحكام المخالفة، وذلك بمقتضى حكم صادر عن رئيس المحكمة بناء على طلب من يعنيه الأمر، وإذا تعلق الأمر بزواج بين جزائريين أو بين جزائريين وأجنبيات ليس لهم موطن دائم في الجزائر، فإنه يجب أن يوجه الطلب إلى البعثات الدبلوماسية أو القنصلية الجزائرية التي يوجد المسكن في دائرة اختصاصها ويقوم الأعوان الدبلوماسيون والقنصليون بعد ذلك بتوجيه الطلب إلى رئيس محكمة مدينة الجزائر مصحوبا برأيهم، وذلك بعد إجراء تحقيق وخلال الشهر الموالي لتاريخ إيداع الطلب(٢).

وأهم ما نلاحظه على هذا الأمر اتصافه بالصفات الآتية:

١- أن هذا الأمر لم يكتف بالنص على عقود الزواج المبرمة داخل الوطن بل نص أيضا على عقود الزواج المبرمة خارجه بين جزائريين، أو بين جزائريين وأجنبيات، وحدد محكمة الجزائر كجهة اختصاص لتسجيله بناءاً على طلب من الهيئات الدبلوماسية الوطنية.

٢- يشترط لتسجيل عقد الزواج أن يكون قد نتج عنه أولاد(٣).

٣- وتتمثل الميزة الثالثة في شموله لجميع حالات الزواج المنعقدة قبله دون تمييز بما في ذلك التي تمت وقائعها في الشهور الأولى من بداية تطبيق قانون الحالة المدنية، فهو

---

(١) د. عبد العزيز سعد – نظام الحالة المدنية في الجزائر – ص ٢٨.

(٢) المواد: ١، ٢، ٣ من الأمر رقم ٦٥ – ٧١.

(٣) ليس هناك أي مسوغ شرعي لهذا الشرط ومخالف لأحكام الشرع، إذ مادام أن الغرض من هذا القانون هو القضاء على مشكلات الزواج غير الموثق، وتمكين أطرافه من المطالبة بحقوقهم والآثار الناجمة عنه كالطلاق والحضانة والنفقة وغيرها، فالهدف واحد سواء نتج عن هذا الزواج أطفال أم لم ينتج، بل إن مشاكل النسب في مثل هذه الزيجات أيسر في الإثبات من الآثار الأخرى، حيث يثبت بالزواج الفاسد وبمجرد الشبهة، وكيف خفي هذا على من أصدر ذلك الأمر!!

يطبق بأثر رجعي وليس بأثر مستقبلي[1].

وبعد هذا الأمر جاء قانون الحالة المدنية الصادر في ١٩٧٠/٢/١٩ بموجب الأمر رقم ٢٠/٧٠ الذي دخل حيز التنفيذ في ١٩٧٢/٧/١، حيث عقد في المادة ٧١ منه الإختصاص لإبرام عقد الزواج لضابط الحالة المدنية أو القاضي الذي يقع في دائرته محل إقامة طالبي الزواج أو أحدهما المسكن الذي يقيم فيه أحدهما باستمرار منذ شهر واحد على الأقل إلى تاريخ الزواج، ومع ذلك فإنه يمكن وبناءاً على المادة ٣٩ إصدار حكم قضائي بتقييد عقود الزواج التي تمت وفقا للشريعة الإسلامية، ولم تكن قد قيدت أو سجلت في سجلات الحالة المدنية بناءاً على عريضة يقدمها وكيل الجمهورية استنادا إلى طلب ممن لديه مصلحة، وذلك بعد تقديم الوثائق والإثباتات والقيام بالتحقيقات اللازمة لذلك[2].

وأهم ما يلاحظ على تنظيم قانون الحالة المدنية لمسألة عقود الزواج غير المسجلة ما يأتي[3]:

١- أنه لم يحدد أجلاً معيناً يتعين التصريح بالزواج خلاله إلى الموظف المكلف بتوثيق عقود الزواج[4].

٢- أن هذا القانون جاء ليطبق بأثر فوري ومستقبلي وليس بأثر رجعي، وهذا خلافا للأمرين السابقين[5]، فكل عقود الزواج التي أبرمت بعد ١٩٧٢/٧/١ بشكل شرعي ولو لم تكن قد قيدت في سجلات الحالة المدنية يمكن تسجيلها وتقييدها طبقاً للمادة ٣٩[6].

---

(١) نشير هنا إلى مسألة تتعلق بسريان القوانين من حيث الزمان فالقانون رقم ٢٢٤ – ٦٣ يسري على عقود الزواج غر المسجلة الواقعة قبله إلى غاية ١٩٦٩/١٢/٣١، كما يسري بأثر فوري على عقود الزواج التي تتم خلاله، في حين أن الأمر رقم ٦٥-٧١، والذي جاء قبل صدور الحالة المدنية صدر ليسري فقط على عقود الزواج غير المسجلة، والتي تمت قبله، والتي نتج عنها أطفال، أما غيرها وتحديدا في الفترة بين ١٩٦٩/١٢/٣١ وتاريخ دخول قانون الحالة المدنية حيز التنفيذ في ١٩٧٢/٧/١ فلم يحدد أي من القوانين يحكمها وبقي الأمر غامضا.

(٢) جاء في المادة ٩٨ ق. ح. م. أنه "إذا لم يسجل العقد بسبب عدم وجود عقود كتابية في البلد الأجنبي تثبت الحالة المدنية فإن هذا العقد يسجل في السجلات القنصلية بموجب حكم من رئيس محكمة مدينة الجزائر".

(٣) عبد العزيز سعد – نظام الحالة المدنية في الجزائر– ص ١٥٠، ١٥٩، ١٦٠.

(٤) في حين حدد بنص المادة ٦١ من القانون المذكور أجل التصريح بالمواليد إلى ضابط الحالة المدنية خلال خمسة أيام من تاريخ الولادة، كما أوجب في المادة ٧٩ التصريح بالوفاة خلال أربعة وعشرون ساعة ابتداء من وقت الوفاة.

(٥) وهما الأمران: رقم ٢٢٤-٦٣، ورقم ٦٥-٧١.

(٦) يرى الأستاذ عبد العزيز سعد: أن الزيجات التي تمت بعد سنة ١٩٥٧ وقبل دخول قانون الحالة المدنية حيز التنفيذ في ١٩٧٢/٧/٢ لازالت تخضع لأحكام القانون رقم ٧٧٧-٥٧ الصادر في عهد الاحتلال الفرنسي. ويعلل قوله بأن قانون الحالة المدنية لم يمنع سريان القانون السابق إلا في الأحداث التي ستحدث بعده، أما تلك التي =

٣- أن قانون الحالة المدنية لم يشترط أن يكون عقد الزواج المراد إبرامه قد نتج عنه أطفال، فكل زواج تم داخل الوطن أو خارجه بالوجه الشرعي يكون موضوعا لتسجيله وفقا للإجراءات المقررة سواء نتج عنه أطفال أو لم ينتج.

خلافا لما نص عليه القانون في فرض عقوبة على إهمال أو إغفال التصريح بالولادة أو الوفاة[١]، فإنه لم يشر إلى مثل تلك العقوبة بالنسبة إلى عقود الزواج المهملة وغير المسجلة.

وبعد ذلك صدر قانون الأسرة الذي تناول مسألة تسجيل عقود الزواج في مادتين حيث جاء في المادة ١٨ منه أنه "يتم عقد الزواج أمام الموثق أو أمام موظف مؤهل قانونا مع مراعاة ما ورد في المادتين ٩ و٩ مكررمن هذا القانون"، وورد في المادة ٢٢ أنه "يثبت الزواج بمستخرج من سجل الحالة المدنية، وفي حالة عدم تسجيله يثبت بحكم قضائي". و أضاف التعديل الأخير لقانون الأسرة فقرة جديدة تقضي بوجوب " تسجيل حكم تثبيت الزواج في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة"، وهو ماكان مقرراً عمليا بموجب قانون الحالة المدنية.

ومن المبادئ المهمة التي قررتها المحكمة العليا أن دعوى إثبات الزواج غير محددة بمهلة معينة[٢] ،كما قررت في العديد من المناسبات بأنه" متى كان الزواج العرفي متوافرا على أركانه التامة والصحيحة، فإن القضاء بتصحيح هذا الزواج وتسجيله في الحالة المدنية وإلحاق النسب بأبيهم يكون قضاء موافقا للشرع والقانون[٣].

كما يجوز لقضاة الموضوع أن يقضوا بتثبيت الزواج وأن يقضوا في نفس الحكم بالطلاق،

= حصلت في ظله أي بعد سنة ١٩٥٧ فليس لقانون الحالة المدنية سلطة النفاذ عليها فتبقى أحكام هذا الأخير نافذة كما يمكن معاقبة من أهمل التصريح بزواجه خلال الأجل المحدد. نظام الحالة المدنية في الجزائر- ص١٦١.

وفي رأيي أن سريان قانون الحالة المدنية بأثر فوري لا يعني أن القانون رقم ٧٧٧-٥٧ لازال نافذا، بل تم إلغاؤه بصورة ضمنية بموجب القانون رقم ٢٢٤- ٦٣ المشار إليه فيما تقدم، والذي نص على تطبيقه بأثر رجعي في المادة (٥) منه، وتوالت بعده الأوامر الثلاثة في السنوات ٦٦، ٦٧ و٦٨، والتي مددت آجال تسجيل عقود الزواج قبل سنة ١٩٦٣ إلى غاية سنة ١٩٦٩.

(١) أنظر المادة ٤٤٢ والفقرة ٢ من المادة ٤٤١ من قانون العقوبات.

(٢) م.ع - غ. أ. ش- قرار رقم ٤٥٢٣٩ بتاريخ ١٩٨٨/١/٣٠- م. ق- عدد ١- سنة ١٩٩٠ – ص ٨٩. وورد في القرار أن "المطعون ضدها رفعت دعواها لإثبات الزواج بعد عشرين سنة من انعقاده وبعد وفاة الزوج، فان قضاة الموضوع الذين أثبتوا هذا الزواج بناء على شهادة الشهود ولتوفره على جميع أركان عقد الزواج وقرائن تسجيل الولدين باسم أبيهما أثناء حياته دون أن يعترض على ذلك يكونوا قد طبقوا صحيح القانون، ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن".

(٣) قرار رقم ٥٨٢٢٤ بتاريخ ٨٩/١٢/٢٥ – م. ق- عدد ٤ - سنة ١٩٩١- ص ١١٥.

باعتبار أن الزواج العرفي في حكم المسجل بالحالة المدنية بقوة القانون وذلك بناء على تثبيته بموجب حكم قضائي(١).

ويجدر بنا التنبيه إلى أن المادة ٣٩ ق.ا.ح.م لازالت سارية المفعول بشأن تقييد إثبات عقود الزواج التي تمت في الفترة ما بين دخولها حيز التنفيذ، وبين صدور قانون الأسرة (في الفترة من ١٩٧٢ إلى ١٩٨٤) ولم تكن تلك الزيجات قد قيدت في سجلات الحالة المدنية، وهذا يعني أن المادة ٢٢ ق.أ لم تلغ المادة ٣٩ أعلاه، وإنما أوقفت استمرار تطبيقها على العقود التي تمت بعد صدور قانون الأسرة.

المطلب الثاني

القضاء بعدم سماع دعوى الزواج غير الموثق في حالة الإنكار

قد يكون عقد الزواج عرضة لدعاوى كيدية، يدعي فيها بعض ذوي الأغراض السيئة إما بإنكار الزواج ووجوده زوراً وبهتاناً، أو نكاية وتشهيراً، أو ابتغاء عرض من أعراض الدنيا، وذلك لسهولة إثبات الزوجية بشهادة الشهود خصوصا وأن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع فيها، فتتقوى بذلك دعواه الباطلة، وقد يجحد البعض الزوجية ويعجز المدعي عن إثباتها لعدم توثيقه. فمنعاً لهذه المفاسد وصيانة للحقوق واحتراماً لروابط الأسرة وتنزيهاً لعقد الزواج عن مثل هذه الأمور فقد قرر القانون المصري تقييد إثبات الزواج بضوابط، سواء من حيث الأدلة والوسائل، أو من حيث الإجراءات. وهذه الضوابط هي ما اصطلح على تسميتها بسماع الدعوى.

وفيما يأتي بيان المقصود بعدم سماع الدعوى (أولا)، والحكمة من تقنين عدم سماع الدعوى وأساسها (ثانيا)، والمراحل التي مر بها تقنين عدم سماع الدعوى (ثالثا)، ثم نطاق عدم سماع دعوى الزوجية من حيث موضوعها (رابعا)، وأخيراً نتعرض للتنظيم الجديد الذي جاء بقانون إجراءات التقاضي والحل الذي جاء به للحد من ظاهرة الزيجات غير الموثقة.

أولاً: المقصود بعدم سماع الدعوى:

أحدث القانون المصري شروطاً ليست لازمة لعقد الزواج عند تكوينه أو نفاذه، وإنما هي شروطاً لإثبات هذا العقد، ومن ثم المطالبة بالحقوق الناشئة عنه أمام المحاكم، فمجال إعمال هذه الشروط المستحدثة هو بعد أن يصل الأمر إلى ساحات القضاء ولا أثر لها قبل ذلك.

---

(١) قرار رقم ١٢٠٥٩ بتاريخ ١٩٩٥/١٠/٢٤- ن. ق- العدد ٥٣- ص ٥٦. قرار رقم ٢٨٧٨٤ بتاريخ ١٩٨٢/١١/٢٢- ن. ق- عدد ٢ - ص ٣٢.

فهي جملة الضوابط والإجراءات التي تم وضعها صيانة لعقد الزواج من الدعاوى الكيدية وحفظاً للحقوق المترتبة عنه، لذلك كان الوصف المناسب لهذه الشروط أنها متعلقة بسماع الدعوى القائمة على أساس عقد الزواج. وإنما سمينا هذه الشروط بالقانونية لبيان أنها مستحدثة، وكذا للتفرقة بينها وبين بقية الشروط الشرعية لعقد الزواج، وهي متعلقة بإثبات عقد الزواج لبيان الغرض من تقنينها.

ولا يترتب على تخلفها أي جزاء يلحق بهذا العقد، وكل ما يترتب على تخلفها هو جزاء واحد يأتي في مرحلة تالية عند عرض الأمر أمام القضاء، وهو عدم سماع دعوى الزوجية عند الإنكار.

مما سبق نخلص إلى القول بأن الشروط القانونية لإثبات عقد الزواج هي جملة الضوابط والإجراءات التي تطلبها القانون لسماع الدعوى الناشئة عن عقد الزواج في حالة الإنكار أو الإقرار به أمام القضاء، فإذا تخلف شرط من هذه الشروط ترتب عليه أثر قانوني لا دخل له في الحكم الشرعي[1].

ويستلزم للقضاء بسماع أو عدم سماع الدعوى أن تكون هناك منازعة مطروحة على ساحة القضاء، ويكون المصدر المنشئ لها هو عقد الزواج، سواء كان موضوعها إثبات هذا العقد، أو أي أثر من آثاره كالنسب والميراث والنفقة والحضانة، وحتى يتم القضاء بسماع الدعوى يشترط توفر شرطين، يتعلق الأول بذات المتعاقدين، ويتعلق الآخر بذات العقد.

أ- ألا تقل سن الزوجين عن حد معين: جاء تحديد هذه السن في الفقرة ٥ من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١، والتي نصها "ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كان سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة هجرية أو كان سن الزوج يقل عن ثماني عشرة سنة هجرية إلا بأمر منا"[2]. وورد تعديل هذا النص في الفقرة الأولى من نص المادة ١٧ من القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية[3]، أنه: "لا تقبل الدعاوى

---

(١) حسن حسن منصور– المرجع السابق – ص ١٦٠. زكي الدين شعبان – الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية – مطبعة دار التأليف – ١٩٦٤ – ص ١٢٤.

(٢) ورد نفس الحكم مع اختلاف في السن في قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤، حيث جاء نص الفقرة ٣ من المادة ٩٢ منه كالآتي "ولا تسمع دعوى الزوجية إذا كانت سن الزوجة تقل عن خمسة عشرة سنة أو سن الزوج عن سبع عشرة سنة وقت رفع الدعوى".

(٣) صدر هذا القانون ليواكب التطورات التي طرأت على القوانين الموضوعية للأحوال الشخصية، وليسد الثغرات

الناشئة عن عقد الزواج إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة ميلادية أو كانت سن الزوج تقل عن ثماني عشرة سنة ميلادية وقت رفع الدعوى".

مقتضى النص المعدَّل والمعدِّل أنه لا تسمع دعوى الزوجية متى لم يبلغ أحد الزوجين سناً معينة، وقد عللت المذكرة الإيضاحية للائحة ترتيب المحاكم الشرعية مغايرة القانون لسن الزواج بين الأنثى والذكر بأنه "لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل استحكام بنية الصبي، كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة وللفتاة ١٦ سنة".

وقد يثور التساؤل حول العبرة في تحديد السن التي لا تسمع فيها الدعوى هل هو بوقت العقد أم بوقت رفع الدعوى؟

جاء جواب ذلك في المذكرة الإيضاحية للمادة ٩٩ من اللائحة بما نصه "كانت دعوى

ويجمع في دفته شتات إجراءات الأحوال الشخصية المتناثرة بهدف تيسير إجراءات التقاضي في هذه المسائل التي لها ارتباط شديد بالإنسان، حتى يصل كل ذي حق إلى حقه في سهولة ويسر. وقد تضمن هذا القانون جملة من الأحكام الإجرائية في مسائل الأحوال الشخصية بعضها محدث، والبعض الآخر تحديث وتعديل لما ورد في لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. ومن ضمن الأحكام التي امتدت إليها أيدي التعديل ما يتعلق بالإثبات عموماً وسماع دعوى الزوجية بوجه خاص الواردة في المادة ٩٩ بفقراتها الأربع من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فضلاً عن أحكام أخرى أهمها:

أ- توحيد إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين والأجانب المسلمين وغير المسلمين، واستغنى بذلك عن مئات من النصوص الموزعة بين لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والكتاب الرابع من قانون المرافعات المدنية والتجارية وغيرها.

ب- التيسير على المتقاضين في اقتضاء حقوقهم ورفع الحرج عنهم ومن ذلك: إعفاء دعاوى النفقات من الرسوم القضائية بجميع أنواعها وفي جميع مراحل التقاضي، وإعفاء دعاوى الأحوال الشخصية أمام المحاكم الجزئية من وجوب توقيع محام على الصحيفة.

ج- إلغاء نظام الأحكام الغيابية والمعارضة في دعاوى الأحوال الشخصية فتصبح بذلك جميع الأحكام حضورية بعد اتباع نظام الإعلان وإعادة الإعلان المقرر في قانون المرافعات.

د- الاستعانة بأخصائي اجتماعي في دعاوى الأحوال الشخصية من خلال تقرير يعده عن المنازعة المعروضة على المحكمة، تتمكن من خلاله من الوقوف على أساس الخلاف وحالة أطراف الخصومة، = = فيجيء حكمها نابعاً من الواقع الفعلي، لا ما يصوره الخصوم لتقترب به الحقيقة القانونية من الحقيقة الواقعية أكثر فأكثر.

هـ- استحداث محكمة للأسرة لنظر منازعات الأحوال الشخصية بين الزوجين.

و- تنظيم إجراءات الطلاق وعدم الاعتداد به قانوناً إلا بالإشهاد والتوثيق.

لمزيد من التفصيل حول ما ورد في هذا القانون، أنظر: د. محمد الشحات الجندي – قراءة في قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية – دار النهضة العربية- القاهرة – ٢٠٠١ - ٢٠٠٢– ص ١٨ وما بعدها. د. محمد محمد فرحات – ملاحظات حول قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية – مجلة العلوم القانونية والاقتصادية– كلية الحقوق– جامعة عين شمس– العدد الأول– السنة ٤٣– يناير ٢٠٠١– ص٨،٩. د. محمود مصطفى يونس– المرجع السابق – ص ٨٨.

الزوجية لا تسمع إذا كانت سن الزوجة وقت العقد أقل من ست عشرة سنة وسن الزوج أقل من ثماني عشرة سنة، سواء كانت سنهما كذلك وقت الدعوى أم جاوزت هذا الحد، فرُئي تيسيراً على الناس وصيانة للحقوق واحتراماً لآثار الزوجية أن يقتصر المنع من السماع على حالة واحدة، وهي إن كانت سنهما أو سن أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة".

وتحديد وقت رفع الدعوى يمكن الوقوف عليه من خلال قواعد قانون المرافعات السارية بعد إلغاء الأحكام المتعلقة برفع الدعاوى من لائحة المحاكم الشرعية[1] بالقانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥.

وحملاً للناس على العمل بشرط السن، فقد اشترط القانون لإجراء الموظف المختص عقد الزواج وتسجيله أو تسجيل المصادقة عليه[2] في الوثيقة الرسمية، ألا تقل سن الزوجة عن ست عشرة سنة وألا تقل سن الزوج عن ثماني عشرة سنة وقت العقد، فمتى كانت سن أحد الزوجين وقت العقد أقل من هذه السن المحددة، فلا يجوز للموظف الرسمي المختص أن يقوم بتحرير عقد الزواج رسمياً بينهما، كما لا يجوز أيضا أن يصادق على زواج مسند إلى ما قبل صدور القانون المذكور إلا إذا كان الزوجان قد بلغا وقت التصادق السن المقررة[3].

وبالنسبة لإثبات سن الزواج، فقد حددت القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص الوثائق التي تثبت فيها الميلاد ولعل أهمها شهادة الميلاد التي تصدر وفق نموذج معلوم للكافة، أو أية وثيقة تقوم مقامها، فضلاً عن إثبات سن الأولاد بالبطاقات العائلية للآباء، وغير ذلك من الوثائق الرسمية التي تحتوي بياناتها على ما يفيد سن صاحبها كالدفاتر الرسمية في بعض المصالح الحكومية كالضرائب العقارية والسجل المدني والسجلات العسكرية، وغير ذلك مما يساعد على إثبات سن الزوجين أو أحدهما على وجه لا يدع مجالاً للشك فيه، وإذا تعذر أمر تحديد السن، فيمكن الاستعانة بالكشف الطبي الشرعي أو طبيب الصحة المختص. وفي هذا المجال تنص المادة ٣٤ من لائحة المأذونين الصادرة بالقرار الوزاري في ١٩٥٥/١/٤[4] بأنه: "يعتمد المأذون في معرفة بلوغ أحد الزوجين السن القانونية على شهادة الميلاد أو أي مستند رسمي آخر ثابت فيه تاريخ الميلاد ما لم

---

(١) إذ كانت تنص في مادتها (٥٩) أنه "تعتبر الدعوة مرفوعة أمام المحكمة يوم قيدها في الجدول العمومي مع عدم الإخلال بالحقوق التي تترتب على إعلانها".

(٢) المصادقة على عقد الزواج أن يقر الزوجان لدى الموظف المختص بأنهما عقدا زواجهما في تاريخ سابق ويطلبان تسجيله في وثيقة رسمية.

(٣) أستاذنا د. رمضان علي الشرنباصي- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية-دار المطبوعات الجامعية- الإسكندرية- ٢٠٠٤- ص ١١٨. زكي الدين شعبان- الأحكام الشرعية للأحوال الشخصية- ص ١٢٣.

(٤) المعدل بالقرار رقم ٦٣٥ لسنة ١٩٧٢، والقرار رقم ١٧٢٧ الصادر في ٢٠٠٠/٨/١٥.

يكن طالب الزواج بحال تؤكد بلوغه السن القانونية، ولا يجوز قبول شهادة طبية بتقدير سن أي من الزرجين إذا كان مقيدا في إحدى دور التعليم أو كان ملتحقا بعمل يتطلب الالتحاق به تقديم شهادة ميلاد أو كان هناك ما يقطع بحمله لجواز سفر.

وفي الأحوال التي يجوز فيها قبول الشهادة الطبية، يجب أن تكون صادرة من الطبيب المختص بتفتيش الصحة أو المجموعة الصحية، وأن تلصق بها صورة فوتوغرافية حديثة لطالب الزواج يختم عليها وعلى الشهادة معا بخاتم الجهة الرسمية التي صدرت عنها، ويوقع عليها الطبيب الذي أجرى تقويم السن ويبصم على الشهادة بإبهام اليد اليمنى للطالب".

ويشترط في الشهادة الطبية أن تكون من مفتش الصحة أو طبيب المجموعة الصحية أو المركز الاجتماعي أو أي طبيب موظف.

ويجب أن يلصق بالشهادة صورة شمسية لطالب الزواج يوقع الطبيب عليها وعلى الشهادة ويبصم على الشهادة بإبهام اليد اليمنى للطالب.

وتفاديا للمسئولية الجنائية التي تلحق بالموظف المختص بتحرير عقد الزواج، في حالة مخالفته لأحكام القانون المقررة، فإنه يلزمه أن يطلع على وثيقة تثبت هذه السن قبل تحرير هذا العقد(١).

ولا تسمع دعوى الزوجية أمام المحاكم إذا لم يبلغ الزوجين أو أحدهما سن الزواج المحددة قانوناً، ولا فرق في ذلك بين النزاع بينهما في الزوجية نفسها، أو في الآثار المترتبة عليها، كالنفقة والطاعة والمهر والميراث ما عدا دعوى النسب فإنها تسمع مع تخلف هذا الشرط. وقد نصت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ على ذلك بقولها "وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعاوى النسب بل هذه باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغما من التعديل الخاص بدعوى الزوجية ". ومتى قضي بعدم قبول الدعوى لعدم بلوغ الزوجين أو أيهما السن المحددة، فإن ذلك لا يحول دون إقامة دعوى تالية متى توفر شرط قبولها في هذا الخصوص(٢).

وبالمقابلة بين نص الفقرة الأولى من المادة ١٧ والفقرة الخامسة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية نجد أنها تبنت ذات الحكم بعدم سماع دعوى الزوجية، وثمة مفارقة بين ما ورد في النص الجديد وما كان منصوصا عليه في اللائحة وهي احتساب السن المحددة بالتقويم

---

(١) وفي هذا تنص المادة (٣٢) في فقرتها الأولى من لائحة المأذونين الصادرة بقرار وزير العدل في ١٩٥٥/١/٤ المعجلة بأن "على المأذون قبل توثيق العقد أن يتحقق من شخصية الزوجين".

(٢) د محمد فتحي نجيب، محمود محمد غنيم – قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية – دار الشروق – ط ١ – ٢٠٠٢ – ص ٢١٥.

الميلادي، في حين كانت تحتسب طبقا للائحة بالتقويم الهجري[1].

وهذا المسلك لا يتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التي يكون مجرى الحساب فيها بالتقويم الهجري. أمّا ما ذهب إليه بعض الشراح[2] بأن المدد المقصودة في النص هي مدد إجرائية، وبالتالي يتوجب إلحاقها بالمواعيد الإجرائية فهذا حكم لا يستقيم، لأن مناط قبول دعوى الزوجية أو عدم قبولها في القانون هو السن، والذي يعد أحد الجوانب الموضوعية المتعلقة بأحكام الأسرة كعدة المتوفى عنها زوجها، والرجعة، والبلوغ، ومدة الحمل، والتي تنبني عليها أحكام ثبوت النسب بعد الطلاق أو الوفاة أو الغيبة، وهذه جميعها تحتسب بالتقويم الهجري لارتباطها بالأهلة التي هي مواقيت للناس والحج[3].

أما المواعيد المذكورة في المادة (١) من القانون[4] فهي المواعيد الخاصة بقيد الدعاوى أمام المحاكم، وتقديم الطلبات والطعون وهو ما يتوافق ويتسق مع قانون المرافعات المدنية

---

(١) د. محمد الشحات الجندي- المرجع السابق-ص٢٣٣. د.محمود مصطفى يونس-المرجع السابق-ص ٢٠٢.

(٢) د. أحمد خليل – خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقا للقانون المصري رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ – مجلة الدراسات القانونية – كلية الحقوق – جامعة بيروت – العدد الخامس – يوليو ٢٠٠٠ – ص ٩١. وجاء في المذكرة الإيضاحية لتبرير ما ورد في النص أن القول بأن التقويم القمري له أساس ديني هو قول محل نظر، لأن التقويم يرتبط بالثقافة الإسلامية لا بالدين الإسلامي كعقيدة"، وهذا القول يعارض نصوص الشرع الصريحة كقوله تعالى (يسألونك عن الأهلة قل مواقيت للناس والحج). سورة البقرة- آية ١٨٩. فجعل الله سبحانه وتعالى بلطفه ورحمته الهلال علامة وتدبيرا، ليعرف الناس بذلك مواقيت عباداتهم من الصيام، وأوقات الزكاة، والكفارات، وأوقات الحج، فضلا عن أوقات الديون المؤجلة، ومدة العدة، والحمل، وغير ذلك مما هو من حاجات الخلق، وقد أنكر أحد أعضاء مجمع البحوث الإسلامية ما ورد في المذكرة أعلاه مما حمل وزارة العدل على حذف هذه العبارة بناء على خطاب من شيخ الأزهر.

وقد هوّن البعض من استبدال التقويم الميلادي بالتقويم الهجري واعتبر الأول هو الأوفق في الوقت الحاضر لتعارف الناس عليه في معاملاتهم وهو الأضبط في الحساب بخلاف التقويم القمري الذي لا تتحدد أوائل شهوره إلا بعد وجودها بالفعل، وهو ما يقع الخلاف فيه بين البلاد بعضها مع بعض مما يؤدي إلى الإضطراب في المعاملات، وجريان التعامل لدى المسلمين بالتقويم القمري منذ ظهور الإسلام إلى استحداث التقنين الوضعي لا يمنع من العمل بالتقويم الشمسي مادام يتحقق للناس مصلحة ويدفع عنهم مفسدة الاضطراب والنزاع. أنظر في ذلك: جلال سعد عثمان – المشكلات العملية في إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية – ص ٢١٤. ويجاب عن مثل هذا الرأي: بأن نصوص القرآن والسنة تشير في أكثر من موضع إلى التعامل بالتقويم القمري لا الشمسي كقوله تعالى (إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السماوات والأرض منها أربعة حرم). سورة التوبة- آية ٣٦. وقوله صلى الله عليه وسلم: "صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته" أي رؤية الهلال. أنظر في ذلك: د محمود يونس مصطفى- المرجع السابق - ص ٢٠٣.

(٣) وهو ما جعل اللجنة التي شكلتها وزارة العدل ترفض العمل بالتقويم الميلادي بدلا من الهجري، معللة ذلك بألا يغيب التقويم الإسلامي عن تشريع إسلامي لأحوال المسلمين الشخصية، وهو ما حرصت عليه القوانين الإجرائية الشرعية منذ بدء التقنين.

(٤) تنص المادة (١) أنه "تحتسب المدد والمواعيد الإجرائية المنصوص عليها في هذا القانون بالتقويم الميلادي".

والتجارية الذي يعد عمدة القوانين الإجرائية[1]، ومن ثم كان احتساب المدد والمواعيد الإجرائية – عدا المسائل الموضوعية- بالتقويم الميلادي في هذا القانون قاعدة إجرائية موحدة تطرد في قوانين الإجراءات المختلفة.

وثاني هذه الملاحظات هو استبداله اصطلاح عدم قبول الدعاوى باصطلاح عدم سماعها[2]، ونرى أن هناك فرقا واضحا بين عدم القبول وعدم السماع، وندلل على ذلك بحكمين قضائيين عن محكمة النقض:

جاء في الحكم الأول: إنه وإن كانت الشريعة الإسلامية لا تعترف بالتقادم المكسب أو المسقط وتقضي ببقاء الحق لصاحبه مهما طال به الزمن إلا أنه إعمالا لقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان شرع منع سماع الدعوى بالحق الذي مضت عليه المدة، وعدم السماع ليس مبنياً على بطلان الحق وإنما هو مجرد نهي للقضاة عن سماعها قصد به قطع التزوير والحيل. ولما كان المنع من السماع في هذه الصورة لا أثر له على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه وإنما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى أو عدم سماعها، فإنه لا يكون في هذا المجال لإعمال قواعد التقادم الواردة بالقانون المدني، ومتى كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وأعمل تلك القواعد فإنه يكون مخالفا للقانون[3].

أما الحكم الثاني: فجاء فيه أن الدعوى هي حق الالتجاء الى القضاء لحماية الحق أو المركز القانوني المدعى به، ومن ثم فانه يلزم توافر الصفة الموضوعية لطرفي هذا الحق بأن ترفع الدعوى ممن يدعي استحقاقه لهذه الحماية وضد من يراد الاحتجاج عليه بها، ومن ثم فإن الحكم بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة تأسيسا على عدم أحقية المدعي في الإحتماء بهذه الدعوى يكون قضاء فاصلا في نزاع موضوعي حول ذلك الحق، ومتى حاز قوة الأمر المقضي كانت له حجية مانعة للطرفين من معاودة طرح ذات النزاع لذات السبب ضد نفس الخصوم[4].

وبالمقارنة بين هذين الحكمين يتضح لنا الفرق بين عدم القبول وعدم السماع، وهو أن عدم

---

(١) ولاسيما الفقرة الأخيرة من المادة ١٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية، وتمشيا مع نص المادة ٣ من القانون المدني.

(٢) د. محمود مصطفى يونس– المرجع السابق- ص ٢٠٠. مصطفى فرغلي الشقيري– التعليق على قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية مع شرح المشكلات العملية في دعوى الخلع– دار البشرى– ص ٧٢. د. محمد الشحات الجندي – المرجع السابق- ص ٢٣٠.

(٣) الطعن رقم ٣٣ لسنة ٢٨ ق – أحوال شخصية – جلسة ١٩٦١/٣/٣ – س ١٢ – ص ٢٠٠.

(٤) الطعن ٤٥ لسنة ٥٠ ق – أ.ش- جلسة ١٩٨٤/٣/٢٩.

القبول يتعلق بشروط قبول الدعوى كالمصلحة وغيرها، وفي ذلك تنص المادة (٣) من قانون المرافعات بأنه "لا يقبل أي طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقررها القانون"، وهذا من المسائل الموضوعية المتعلقة بالدعوى. أما عدم السماع فهو مسألة إجرائية تتعلق بتقييد القضاة لمنعهم من سماع بعض الدعاوى دون غيرها أو في زمان دون غيره، أو مكان معين دون غيره، ولا أثر لهذا المنع على أصل الحق ولا يتصل بموضوعه(١).

وخلاصة ما ذكر نرى أن عدم سماع الدعوى "أقوى أثرا وأدق منطقا من عدم القبول"، فلم يكن بذلك لهذا التعديل ما يبرره(٢).

والقضاء بعدم قبول الدعوى لعدم توفر شروط قبولها المبينة في المادة ١٧ فقرة ٢ يتعلق بالنظام العام، يتعين على المحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها ولو لم يتمسك به الخصوم لتعلق ذلك بالشروط الموضوعية لقبول الدعوى ابتداء (المادة ١١٥ قانون مرافعات)، ومتى أغفلت المحكمة القضاء به وفصلت في موضوع الدعوى، جاز لأي من الخصوم وللنيابة العامة الطعن على الحكم للخطأ في تطبيق القانون، وتلتزم المحكمة الاستئنافية في هذه الحالة بإلغاء الحكم والقضاء مجددا بعدم قبول الدعوى(٣).

ولا يفوتنا أن نشير في بحثنا للشرط الأول المتعلق بسماع دعوى الزوجية إلى أن ما ورد في الفقرة ٢ من المادة ١٧ من قانون إجراءات التقاضي في تحديد السن في قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج يخالف ما جاء في القانون ذاته في مسائل الأحوال الشخصية للولاية على النفس، حيث ورد في الفقرة الأولى من المادة ٢ أنه "تثبت أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية لمن أتم خمسة عشر سنة ميلادية كاملة متمتعا بقواه العقلية". فتحديد سن أهلية التقاضي بخمس عشرة سنة يتناقض مع المادة ١٧، لأن الدعاوى الناشئة عن الزواج تقع ضمن الولاية على النفس(٤).

---

(١) مصطفى فرغلي الشقيري- المرجع السابق- ص٧٥. الطعن رقم ٢٨ لسنة ٣٥ ق- أ. ش- جلسة ١٩٦٩/٢/١٢- س٢٠- ص٣٠٦. الطعن رقم ١٩٣سنة ٣٥ ق- أ.ش- جلسة ١٩٦٩/١١/٤- ٢٠- ص ١١٥٩.

(٢) د. محمد فتحي نجيب – محمود محمد غنيم – المرجع السابق – ص ٢١٦، ٢٢٠.

(٣) جاءت المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ خلوا عن بيان أسباب التعديل.

(٤) د. محمد الشحات الجندي – المرجع السابق- ص٢٠٥، ٢٠٦. وأنظر خلاف هذا الرأي: د. محمود مصطفى يونس– المرجع السابق- ص ٢٠٤. حيث يرى أن لكل من النصين مجال تطبيق مختلف، فشرط السن أراد به عدم إبرام عقد الزواج قبله، حتى يكون الزوجين قد وصلا مرحلة من النضج تمكنهم من إقامة حياة زوجية صحيحة، أما في حالة أهلية التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، فإن من بلغ هذه السن يكون له من القدرة والإدراك ما يستطيع معه إفهام القاضي دعواه، خاصة في الدعاوى المتعلقة بالنفقات والأجور والمصروفات =

ب- وجود مسوغ كتابي لسماع دعوى الزوجية عند الإنكار:

حدد القانون هذا المسوغ وحالات الاستدلال به باختلاف الزمن الذي يدعى حصول الزواج فيه، إذ قسمت لائحة المحاكم الشرعية المدة التي يقع فيها الزواج موضوع المخاصمة إلى أربع مدد:

١- **الزواج المدعى وقوعه قبل سنة ١٨٩٧:** يثبت هذا الزواج عند الإنكار بالبينة وهي شهادة الشهود، من غير حاجة إلى مسوغ كتابي بشرط أن يكون معروفا بالشهرة العامة، أي معروفا بين الناس ومشهور عندهم أنهما يتعاشران معاشرة الزواج ويستوي في ذلك أن تكون الدعوى مقامة في حياتهما أو بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما، والعلة في تحديد تاريخ ١٨٩٧، هو أن اللائحة الشرعية التي قيدت دعاوى الزواج لم تصدر إلا فيه، فكان العمل قبلها بموجب قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي، وورد حكم هذه الحالة في الفقرة (٢) من المادة (٩٩) من اللائحة "ومع ذلك يجوز سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها المقامة من أحد الزوجين في الحوادث السابقة على سنة ١٨٩٧ فقط بشهادة الشهود بشرط أن تكون الزوجية معروفة بالشهرة العامة".

٢- **الزواج المدعى وقوعه في المدة من ١٨٩٧ إلى ١٩١٠:** وهنا نفرق بين أن تكون الدعوى في حياة الزوجين أو بعد وفاة أحدهما:

فإذا كانت الدعوى مرفوعة في حياة الزوجين سمعت وثبت الزواج فيها بشهادة الشهود وسائر طرق الإثبات في الفقه الحنفي.

وإن كانت الدعوى بعد وفاة الزوجين أو أحدهما فلا تسمع عند الإنكار سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو من غيره إلا إذا كانت مؤيدة بأوراق خالية من شبهة التزوير تدل على صحة الدعوى، ولم يورد القانون تحديدا لماهية هذه الأوراق، فيترك أمر تقديرها للقاضي[1].

٣- الزواج المدعى في المدة من ١٩١١ إلى آخر يوليو ١٩٣١: فإذا أقيمت الدعوى

= بأنواعها إلى آخر ما جاء في تبرير المذكرة الإيضاحية.

(١) د. محمود محمد الطنطاوي- الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – دار النهضة العربية – ط٢ – ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م – ص ٧٧، ٧٨. معوض محمد مصطفى سرحان- الأحوال الشخصية حسب المعمول به في المحاكم الشرعية والسودانية والمجالس الحسبية- مطابع رمسيس- الإسكندرية – ط١ – ١٣٧٢هـ ١٩٥٣م – ص ٢٧٦، ٢٧٧. حسن حسن منصور- المرجع السابق- ص ١٦٥. طعن رقم ٤٣ ق- أ.ش- ١٩٧٦/٣/١٠- المجموعة المدنية لسنة ٢٧ – ج١ ص ٦٠٢.

في حياة الزوجين، فإنها تثبت عند الإنكار بشهادة الشهود وسائر طرق الإثبات في الفقه الحنفي، أما إن أقيمت الدعوى بعد وفاة الزوجين أو أحدهما، فلا تسمع عند الإنكار إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو كانت كلها مكتوبة بخط المتوفى وعليها إمضاؤه، وهذا سواء كانت مقامة من أحد الزوجين أو غيرهما. وقد نصت على ذلك الفقرة الثالثة من المادة ٩٩ بقولها "ولا يجوز سماع دعوى ما ذكر كله من أحد الزوجين أو من غيره في الحوادث الواقعة من سنة ١٩١١ إلا إذا كانت ثابتة بأوراق رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وعليها إمضاؤه كذلك".

٤- الزواج المدعى وقوعه في المدة من أول أغسطس سنة ١٩٣١ إلى الآن: لا تسمع دعواه حال حياة الزوجين أو بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما، إلا إذا كان ثابتا في وثيقة رسمية صدرت من الموظف المختص بتحرير عقود الزواج بمقتضى وظيفته. والموظف المختص هو المأذون الشرعي أو القاضي الشرعي في داخل القطر والقنصل خارجه، وهذا سواء كانت دعوى الزواج مقامة من أحد الزوجين أو من غيرهما.

وقد نصت على هذه الحالة الفقرة (٤) من المادة (٩٩) من اللائحة وجاء فيها "ولا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس ١٩٣١"[١]. فطالما أن الزوجية المدعى بها منذ هذا التاريخ غير ثابتة بوثيقة رسمية ومنكورة من جانب أحد طرفي العلاقة، فإن الدعوى المبنية على ثبوت تلك الزوجية تكون غير مقبولة.ويستثنى من ذلك ما إذا كانت سببا لدعوى نسب مستقل أو نسب يتوصل به إلى آخر، ويكون الحكم بالنسب في ذلك حكما بالزوجية تبعا.

ولاشك أن الصورة الأخيرة هي النافذة الآن لإثبات دعوى الزوجية، وذلك لقدم العهد بالصور الثلاث التي ارتبطت بحوادث وقعت منذ زمن ومن النادر أن تكون هناك وقائع من هذا القبيل معروضة على ساحات المحاكم[٢].

وقد قررت هذا الحكم نفسه المادة ١٧ في فقرتها الثانية من قانون إجراءات التقاضي بنصها: "ولا تقبل عند الإنكار الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج في الوقائع اللاحقة على أول أغسطس سنة ١٩٣١، ما لم يكن الزواج ثابتا بوثيقة رسمية". ومفاد هذا النص أنه يشترط لقبول

---

(١) وهذا ما تبناه قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة ٩٢ في فقرتها الأولى بأنه "لا تسمع عند الإنكار دعوة الزوجية، إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية أو سبق الإنكار إقرار بالزوجية في أوراق رسمية".

(٢) حسن حسن منصور– المرجع السابق- ص ١٦٦. معوض محمد سرحان– المرجع السابق - ص ٢٧٧.

الدعوى ثلاثة شروط:

١- أن تكون الزوجية المدعاة والإقرار بها واقعة من أول أغسطس سنة ١٩٣١.

٢- أن تكون الزوجية – أو الإقرار بها – ثابتة بوثيقة زواج رسمية.

٣- ألا يكون هناك إنكار من الخصم للحق المدعي به.

وأهم ما يلاحظ على هذا النص وما يقابله من اللائحة أنه لم يعرف الوثيقة ولذلك يدخل في مفهوم هذه الوثيقة كل ورقة رسمية أسبغ عليها القانون حجة بشأنها ما يثبت فيها. ووثيقة الزواج قد تكون وثيقة إنشائية، أو تكون بطريق التصادق على الزوجية، وبالتالي فإن كل إنشاء زواج أو تصادق عليه يثبته المأذون في دفتره أو القاضي في محضره أو القنصل في سجله، يعد وثيقة زواج رسمية وهي حجة فيما دون بها[١]. ويتضح من مسلك اللائحة السابق أن المقنن قد تدرج في اشتراط المسوغ لسماع دعوى الزوجية من ناحيتين الأولى نوع الدليل، والثانية حال المتقاضين.

فمن الناحية الأولى: كان العمل بقواعد الإثبات في الفقه الإسلامي، ثم أصبح يكفي في المسوغ أن يتم في ورقة خالية من شبهة التزوير، فصار بذلك لابد أن يكون ورقة رسمية أو مكتوبة كلها بخط المتوفى وممضاة منه، وإن لم تكن وثيقة زواج رسمية، وأخيرا أصبح لابد من أن يكون هذا المسوغ وثيقة زواج رسمية صادرة من الموظف الذي له بحكم وظيفته قانونا إصدارها.

أما من الناحية الثانية: فقد كان المسوغ الكتابي ليس شرطا إلا اذا كانت الدعوى بالزواج بعد وفاة أحد الزوجين، ولكنه ابتداء من أول أغسطس ١٩٣١، صار شرطا في حالة الإنكار، سواء كانت الدعوى في حياة المتقاضين والزوجة أم بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما[٢].

وبالمقارنة بين الشرطين السابقين نجد ارتباطا بينهما، كون أن سن الزواج يعد أحد البيانات الجوهرية في الوثيقة الرسمية لعقد الزواج، إذ يجب على أطراف العقد وشهوده والموظف المختص بتحريره التحقق من توفر الحد الأدنى للسن قبل إثباته في الوثيقة الرسمية[٣]. وإذا حصل وأن حرر الموظف عقد الزواج قبل بلوغ الزوجين أو أحدهما السن المقررة قانوناً، فإن دعوى الزوجية تسمع إذا بلغ الزوجين أو أحدهما الحد الأدنى المقرر لسن الزواج وقت رفع الدعوى حتى ولو لم يكونا قد

---

(١) أحمد نصر الجندي – التعليق على نصوص قانون تنظيم إجراءات التقاضي – ص ٢١٧.

(٢) د. محمد يوسف موسى – أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي، مؤسسة الخانجي بالقاهرة- مكتبة المثنى ببغداد- ١٣٧٨هـ-١٩٥٨م– ص ٩٥. وقد راعى القانون في هذا التنويع أن يكون المسوغ الكتابي ملائما للتدرج التشريعي ومنتظما مع ما أدخله على لائحة المحاكم الشرعية من تعديلات في أزمنة مختلفة من سنة ١٨٨٠ إلى سنة ١٩٣١ إذ كان كل تعديل يتضمن قيودا جديدة تساير مقتضيات الأحوال الاجتماعية وتلائم الحوادث الواقعة. عمر عبد الله- المرجع السابق - ص ١٠٧.

(٣) المادة ٣٤ من لائحة المأذونين.

بلغاها وقت العقد، وإن كان هذا لا يعفي المتسبب في إثبات ذلك من المسئولية الجنائية حماية لهذه الوثيقة من العبث[1].

ومع هذا الإرتباط بين الشرطين فإن هناك اختلافا واضحا، هو أن الشرط الأول المتعلق بوجود مسوغ كتابي لسماع الدعوى يتطلب لعدم سماع دعوى الزوجية أن يكون هناك إنكار للحق المدعى به[2] ، في حين أن الشرط الثاني المتعلق بتحديد السن لا يتطلب هذا الإنكار، ويقع عدم السماع ولو لم ينكر المدعي عليه هذا الحق، فالنهي في هذه الحالة هو نهي مطلق غير مقيد، سواء أكان المدعى عليه منكراً للزواج أو معترفاً به[3] ، والعلة في الفارق بين الشرطين هو أن الدافع في الأول هو محاربة التزوير والدعاوى الباطلة، لذلك قيد بحالة إنكار المدعي عليه[4] ، في حين أن الدافع في الثاني هو أن ولي الأمر يرى أن عقد الزواج قبل بلوغ كل من الزوجين السن المحددة ينتج عنه مضار اجتماعية[5]، فمنع من مباشرة هذا العقد قبل هذه السن، ومنع سماع دعاوى الزوجية إذا حصل العقد في تلك الحالة إلا بأمر خاص يصدر منه، ومادام هذا هو الغرض من

---

(١) أما لو حصل إقرار بالزوجية فتسمع منه دعوى الزوجية حتى ولو لم تكن ثابتة بوثيقة رسمية والإقرار المعول عليه هو الإقرار الحاصل في مجلس القضاء، أما الإقرار الذي يحصل خارج مجلس القضاء أو في ورقة عرفية، أو أمام جهة رسمية غير مختصة بتوثيق عقود الأزواج فلا يؤخذ به ولا يعول عليه. الطعن رقم ٢٥ لسنة ٣٥ ق – أ.ش– جلسة ١٩٦٧/١٠/٢٣- المجموعة المدنية – السنة ١٨ – ص ١١٩٣.

وعدم حضور الخصم أمام المحكمة بعد رفع دعوى الزوجية لا يعد إنكارا، وكذلك إذا حضر وسكت فإن هذا السكوت لا يعد إنكارا، لأن المقرر فقها أن لا ينسب لساكت قول.

ولا يلزم من ذلك أن يكون الإنكار صريحا، فيجوز أن يكون الإنكار ضمنيا، ويعد تقرير الإنكار من مسائل الواقع التي تستقل بها محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض. أنظر محمد عزمي البكري – موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية – دار محمود للنشر والتوزيع- ١٩٩٦- ص ١٤٧، ١٤٨.

وفي التطبيق القضائي يقوم المدعي برفع دعوى إثبات الزواج أولاً، ثم يطلب القاضي من المدعي عليه أن يجيب عن الدعوى، فإن أقربها قضى بإقرار النكاح، وإن أنكرها تكلف المحكمة المدعي بتقديم ما لديه من مسوغ لسماع دعواه، فإن قدمه سارت المحكمة في إجراءات الدعوى، وتنظر في هذا المسوغ فإن رأت أن المسوغ المقدم من المدعي كافي في إثبات ما يدعيه، قضت بما طلب وإن لم يكن كافيا قررت المحكمة عدم سماع الدعوى.

(٢) ولا يعتد إلا بالإنكار الذي يتم أمام القضاء، وينفى هذا الإنكار بوجود إقرار سابق من المنكر ولو لم يكن قد حصل في مجلس القضاء، وفي هذه الحالة على المدعي إثباته بأدلة الإثبات المقررة.

(٣) حسن حسن منصور- المرجع السابق – ١٦٧. د. محمود محمد طنطاوي – المرجع السابق – ص٧٦. عمر عبد الله – المرجع السابق – ص ١٠٨.

(٤) إنكار الحق الموجب لسماع الدعوى مما يصح نفيه بكافة طرق الإثبات . نقض الطعن رقم ٢٥ لسنة ٣٦ ق – أ.ش– جلسة ١٩٦٥/٥/١- المجموعة المدنية – السنة ١٩ – ص ٨٩٨.

(٥) أحمد نصر الجندي – التعليق على نصوص قانون إجراءات التقاضي – ص ٣٠٦.

سماع الدعوى فسواء أقر المدعي عليه بالزوجية أو أنكرها.

ثانيا: الحكمة من تقنين عدم سماع الدعوى وأساس تقنينها:

إن المتأمل للشروط القانونية المتعلقة بإثبات الزواج يعلم أنها شروط مستحدثة في القوانين المتعلقة بالأسرة، كونها لم تكن معروفة من قبل، لذلك خلت مصنفات الفقهاء من الإشارة إليها والحكمة منها، ومما ساقه الشراح في بيان الحكمة من وضع هذه الشروط ما يأتي:

١- **صيانة عقد الزواج من العبث والمحافظة على حقوق الزوجية المترتبة عليه:** وذلك أن عقد الزواج متى كان ثابتاً في وثيقة رسمية فلا يستطيع أحد إنكار الزوجية سوى الطعن بالتزوير في وثيقة الزواج، ولو حصل فلا يعتد القاضي بإنكاره متى كان ثابتاً لديه عقد الزواج رسمياً، وفي ذلك صيانة له من الجحود.

٢- **القضاء على ظاهرة رفع الدعاوى الكيدية المتعلقة بالزواج[1]:** إذ كثيرا ما يلجأ من لا خلاق ولا ذمة له إلى المحكمة مدعياً علاقة زوجية وهمية رغبة في الإضرار والنكاية بالغير، أو لغرض آخر، أو يطالب ما ليس له حق به ولا يعوزه الدليل متى أمكنه الحصول على شهادة الزور بسهولة خصوصا أن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع في الزواج، في زمن فقدت فيه الفطر السليمة وخربت الضمائر والذمم كما قد تدعى الزوجية بوثيقة عرفية مشبوهة إذا ثبت صحتها مرة لا تثبت مراراً.

وقد ورد في المذكرة الإيضاحية للائحة المحاكم الشرعية ما نصه "إلا أن الحوادث قد دلت على أن عقد الزواج وهو أساس رابطة الأسرة، لا يزال في حاجة إلى الصيانة والاحتياط في أمره، فقد يتفق اثنان على الزواج بدون وثيقة ثم يجحده أحدهما ويعجز الآخر عن إثباته أمام القضاء.

وقد يدعي بعض ذوي الأغراض الدنيئة الزوجية زورا وبهتانا، أو رغبة في النكاية والتشهير أو ابتغاء غرض آخر نظرا لسهولة إثباتها بالشهود، خصوصا أن الفقه يجيز الشهادة بالتسامع في الزواج، وقد تُدَّعى الزوجية بورقة عرفية إن ثبتت صحتها مرة لا تثبت مراراً، وما كان لشيء من ذلك أن يقع لو ثبت هذا العقد بوثيقة رسمية كما في عقود الرهن والحجج والأوقاف، وهي أقل منه شأنا وهو أعظم منها خطراً.

فحملا للناس على ذلك وإظهارا لشرف هذا العقد، وتقديسا له عن الجحود والإنكار، ومنعاً لهذه المفاسد العديدة زيدت الفقرة الرابعة من المادة ٩٩، وبذلك أصبحت دعاوى الزوجية أو الإقرار

---

(١) أستاذنا د. رمضان على السيد الشرنباصي – أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية – ص ١٢٠.

بها لا تسمع عند الإنكار من أول أغسطس بدون وثيقة رسمية في حال حياة الزوجية أو بعد الوفاة".

والمتفحص لمسلك القانون ذلك يجد أنه قد تدرج في تقييد الدعاوى الكتابية، فأولا لم يقر الإثبات بالبينة إلا في حالة واحدة من تلك الموضوعات، وثانيا لم يكتف بالأوراق العرفية إلا بقيود معينة، وكمرحلة أخيرة من التعديل لم يقنع فيها إلا بالأوراق الرسمية(١).

٣- محاولة التخلص من الأضرار الصحية والاجتماعية والنفسية الناجمة عن الزواج المبكر، إذ غالبا ما يكون صغر السن عقبة لتكوين أسرة كثيرة الأعباء في حياة تغلب عليها القسوة في شتى المناحي، وما يتطلبه ذلك من القيام بأعباء الزوجية وتربية الأولاد(٢)، فلهذه الأغراض حدد القانون سن الزواج لمباشرة العقد رسميا واعتبره أيضا سنا لسماع دعوى الزواج قانونا(٣).

وتقوم هذه الشروط على أساس مبدأ عام في الفقه الإسلامي يقتضي بأن لولي الأمر أن يخصص القضاء بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص، ومقتضى هذا المبدأ أن لولي الأمر سلطة إصدار قوانين تحدد أنواع الدعاوى وشروط سماعها وله أن يمنع من سماع بعض الدعاوى، وهو ما فعله بالنسبة للدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، فأصدر القانون الذي يقضي بعدم سماع الدعاوى لأسباب معينة(٤).

وجدير بالذكر أن حكم المحكمة بعدم سماع دعوى الزوجية لعدم بلوغ الزوجين السن المقررة أو لعدم تقديم المسوغ الكتابي لسماعها عند الإنكار – لا يعد فصلا في موضوع الدعوى،

---

(١) معوض مصطفى سرحان – المرجع السابق – ص٢٧٨ .

(٢) عمر عبد الله- المرجع السابق - ص ١١١. حسن حسن منصور- المرجع السابق- ص ١٦٢. د. محمود مصطفى يونس- المرجع السابق– ص٨٣. د. رمضان علي الشرنباصي– أحكام الأسرة- ص١١٧، ١١٩.

(٣) ومما جاء في المذكرة الإيضاحية حول الحكمة التي قصدها القانون من وضع هذا القيد: "أن عقد الزواج له من الأهمية في الحالة الاجتماعية منزلة عظمى من جهة سعادة المعيشة المنزلية أو شقائها، والعناية بالنسل أو إهماله وقد تطورت الحال بحيث أصبحت تتطلب المعيشة المنزلية استعدادا كبيرا لحسن القيام بها، ولا تتأهل الزوجة أو الزوج لذلك غالبا قبل بلوغ سن الرشد المالي، غير أنه لما كانت بنية الأنثى تستحكم وتقوى قبل بنية الصبي وما يلزم لتأهيل البنت للمعيشة الزوجية يتدارك في زمن أقل مما يلزم للصبي كان من المناسب أن يكون سن الزواج للفتى ١٨ سنة وللفتاة ١٦ سنة".

(٤) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية ما نصه: "من القواعد الشرعية أن القضاء يتخصص بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص، وأن لولي الأمر أن يمنع قضاته عن سماع بعض الدعاوى، وأن يقيد السماع بما يراه من القيود تبعا لأحوال الزمان وحاجة الناس، وصيانة للحقوق من العبث والضياع.
وقد درج الفقهاء من سالف العصور على ذلك، وأقروا هذا المبدأ في أحكام كثيرة، واشتملت لائحة سنة ١٨٩٧ وسنة ١٩١٠ للمحاكم الشرعية على كثير من مواد التخصيص، وخاصة فيما يتعلق بدعاوى الزوجية والطلاق والإقرار بهما، وألِفَ الناس هذه القيود واطمأنوا إليها بعدما تبين مالها من عظيم الأثر في صيانة حقوق الأسر".

فلا أثر لتخلف هذه الشروط في صحة عقد الزواج ونفاذه ولزومه شرعا ولا قانونا[1]، فشرطي المسوغ الكتابي وبلوغ السن القانونية لا يتعلقان بالزاوج في ذاته، وإنما هما قاصران على التقاضي في شأنه.

ونتيجة لذلك لم يتعرض القانون المذكور قط لمدى حلية الزواج الحاصل بين من لم يبلغوا السن المقررة فترك الناس أحراراً يتزاوجون في أي سن شاءوا، سالكا بذلك - لتحقيق غرضه – طريقا غير مباشر، بأن منع على الموظفين المكلفين بتحرير عقد الزواج قضاة شرعيين كانوا أو مأذونين أن يحرروا عقد الزواج لمن لم يبلغ السن المقررة عند رفع الدعوى وبهذه الطريقة غير المباشرة آمل القانون تحقيق الغرض الذي سن لأجله.

كان ذلك موقف القانون المصري من خلال تبنيه لقاعدة عدم سماع الدعوى، إما لعدم بلوغ الزوجين أو أحدهما السن المقررة قانوناً وقت رفع الدعوى أو لعدم وجود المسوغ الكتابي. ونلخص رأينا عن ذلك الموقف القانوني من خلال ملحوظتين أساسيتين:

الملحوظة الأولى: أن في منع سماع أو قبول دعوى الزوجية لعدم بلوغ الزوجين أو أحدهما السن المقررة قانوناً ليس له سند شرعي، والأدلة التي اعتمد عليها القانون لادلالة فيها، كما أن استنباط أقوال منع الزواج قبل السن المقررة هو استنباط باطل سيما، وأن الذين عرضوا لأقوال المانعين من ولاية تزويج الصغيرة ردوا أقوالهم[2]، بل وصف البعض خلافهم بأنه شاذ لا يعتد به[3].

ولقائل أن يدعي أن ذلك من جملة المصالح المرسلة التي تعد إحدى مصادر التشريع الإسلامي، فيجاب عن ذلك أن من شروط المصلحة عدم مصادمتها للشرع من كتاب أو سنة أو إجماع و إلا وجب ردها، ومن النصوص الدالة على مشروعة زواج الصغار قوله تعالى: (واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن)[4]، فدلّ ذلك على

---

(١) فعقد الزواج متى كان مستكملا لأركانه وشروطه الشرعية فهو صحيح نافذ ولازم تترتب عليه مختلف آثاره وأحكامه، ولو لم يبلغ الزوجان أو أحدهما الحد الأدنى المقرر لسن الزواج قانونا، أو لم توجد ورقة رسمية أو غير رسمية.

(٢) ذكر الكاساني بعد أن أورد أدلة الجمهور " أن قولهما – أي عثمان البتي وابن شبرمة – خرج مخالف لإجماع الصحابة وكان مردودا " . بدائع الصنائع – ج٣ ص ١٣٤٩ وما بعدها.

(٣) نقل ذلك د.محمد كمال الدين إمام – في الصياغة التشريعية، دراسة لبعض أحكام الأسرة في ضوء منهجية التقنين – دار الهداية – ط١ – ١٤١٧هـ ١٩٩٧م – ص ٤١.

(٤) سورة الطلاق- آية ٤.

جواز الزواج لمن لم تبلغ سن المحيض[1]، كما أن المشرع الأعظم الذي لا ينطق عن الهوى صلى الله عليه وسلم تزوج بعائشة رضي الله عنها وهي بنت ست وبنى بها وهي ابنة تسع، وفعل ذلك الصحابة، وحكى الإجماع في ذلك كثير من الفقهاء[2].

وأي مصلحة رعاها القانون عند وضعه، هل على إحصائيات رسمية أو على رأي طبي قاطع في رفض التبكير في الزواج والدعوة إلى تأخيره، بل ولعل ولي الأمر – كما يقول د.محمد كمال الدين إمام بحق – لم يفكر فيها، ومع ذلك أصدر القانون وألزم به الأمة، حيث لا توجبه ضرورة مطلقة أو منفعة محققة[3].

ومن وجهة نظر إجتماعية، فالمادة المذكورة تؤدي إلى مفاسد اجتماعية نتيجة لمنع الزاوج قبل بلوغ سن معينة، فالشاب متى وصل لسن البلوغ، وهو سن تتحرك فيه كوامن الشهوة، إذا لم يجد طريق الزواج مفتوحا أمامه، فقد يغشى الطريق المحظور عليه، وأحب شيء إلى الإنسان ما منعا، وما ينتج عن ذلك من مفاسد يأباها الشرع[4].

ولسنا هنا لمنع تحديد سن الزواج للجنسين وإنما هي مسألة تحفظ وللحاكم أن يراعي فيها العرف وطبيعة البيئة وأحوال الناس التي تتفاوت من مكان لآخر، ومن زمان لغيره، بل أن يتجاوز القانون المسموح به إلى المنع من سماع الدعوى فيمنع أطراف العقد من حقهم الثابت بحجة زواجهما أو أحدهما دون السن المحددة قانوناً[5]، والمعاقبة بالحرمان من حقوق الزوجية

---

(١) فجعل الله تعالى عدة الزوجة الصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر، والعدة لا تكون إلا عن طلاق، والذي لا يكون إلا عن زواج صحيح تم الدخول فيه بصاحبته. الهداية شرح العناية مع الفتح– ج٣ ص ٣٠٨.

(٢) المغني – ج٧ ص ٣٧٩.

(٣) د. محمد كمال الدين إمام – في الصياغة التشريعية – ص ٤٦.

(٤) وإن قيل إن زواج الصغير أو الصغيرة مفسدة، فإنما هو الوطء، أما العقد فلا يترتب عليه شيء أصلا وليس لعاقل أن يدعي أن مجرد حصول العقد يترتب عليه شيء أصلا، لذا فلا وجه لتحديد السن له، على أنه لا وجه للقول بترتب الفساد أو الضرر بالصحة إذا كانت الصغيرة تشتهى وبلغت السن التي تطيق فيها الوطء، ولو لم تبلغ حد البلوغ الشرعي، ولو كان في ذلك أدنى مفسدة لما جاءت النصوص دالة على وجوبه أو الندب إليه أو إباحته. د. محمد كمال الدين إمام – في الصياغة التشريعية – ص ٤٣.

(٥) خالف جمهور الفقهاء في حكمهم بصحة زواج الصغار غير البالغين عدد قليل من الفقهاء منهم عبد الرحمن ابن شبرمة وهو من صغار التابعين وعثمان البتي وأبو بكر الأصم، حيث قالوا بمنع زواج الصغار منعا مطلقا، ورتبوا على مخالفة هذا المنع البطلان المطلق للزواج، لعدم تحقق الغاية التي شرع من أجلها الزواج واستدلوا في ذلك بقوله تعالى:(وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فإن آنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالهم)، ووجه الدلالة أن الآية جعلت علامة انتهاء الصغر بلوغ سن الزواج ولو كان الزواج يصح في الصغر لما كان لهذه الآية معنى. واستندوا إلى المعقول بأنه لا فائدة ترجي للصغيرة من هذا العقد، بل غالبا ما يكون في زواج الصغار أشد الأضرار، وردوا الاحتجاج بحديث عائشة وزواجها من رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي =

التي جعلها الله تعالى حقا خالصا لهما فهذا ما نعترض عليه[1].

وباليته توقف عند حدود ما نصت عليه وزارة العدل في المادة ٢ من القانون رقم ١٤٤ لسنة ١٩٣٣ من تأديب مالي أو بدني.

وبالرغم من أن النص – كما قررت ذلك محكمة النقض مرارا – ليس نصا موضوعيا يتعلق بماهية عقد الزواج وكيفية انعقاده صحيحا كما أسلفنا، وإنما هو نهي موجه إلى الموظف المكلف بإجراء العقد بأن يمتنع عن إجرائه وتحريره إلا لمن يكونا قد بلغا السن التي حددها القانون بالرغم من ذلك، فلم يجد المنع من الزواج - دون تلك السن – نفعا، فقد قررت محكمة النقض أنه ليس في ذكر الشهود سناً غير حقيقية – مع علمهم بالسن الحقيقية للزوجين – جناية تزوير يعاقب عليها قانونا[2].

كما اضطرت وزارة العدل إلى إصدار منشورات مختلفة تبين ما يجب على الموظف اتباعه لمعرفة سن الزوجين وقت العقد من أوراق رسمية كشهادات الميلاد وغيرها، فاصطدم بذلك هذا القانون بعقبات حالت دون الرضا به والاستجابة لنصوصه، فالناس قد ألفوا قرونا طويلة من

= صغيرة، ردوا ذلك من وجهين، الوجه الأول: أن هذا الزواج من خصائصه صلى الله عليه وسلم . ويمكن رد هذا الاعتراض بأن الأصل في السنة أنها تشريع للأمة ما لم يكن هناك دليل خاص يدل على اختصاص ذلك الأمر بالنبي صلى الله عليه وسلم ، ولا دليل هنا، فيبقى الحكم عاماً في حقه صلى الله عليه وسلم وفي حق غيره من أمته، ويدل على ذلك ما فعله الصحابة رضوان الله عليهم من تزويج بناتهم الصغار. أما الوجه الثاني فهو أمر زواجه صلى الله عليه وسلم بعائشة كان في مكة قبل الهجرة، أي قبل أن يتقرر استئذان الأبكار واستئمار الثيبات كما في الحديث المعروف، فلا يكون في حديث عائشة دليل للجمهور. ويمكن رد هذا الاعتراض: أن الحديث ليس مطلقا في كل امرأة، بل يقيد بالكبيرة ، ولا يمتد حكمه للصغيرة خاصة وأنه يفترض الإذن، والصغيرة لا إذن لها، أنظرفي تفصيل ذلك: المبسوط- ج٤ ص٢٣٥. شرح فتح القدير- ج٢ ص٤٠٥. بدائع الصنائع- ج٣ ص ١٣٣٥. بداية المجتهد- ج ٢ ص٥. المحلى- ج٩ ص٤٦٠. د. محمد كمال الدين إمام - في الصياغة التشريعية - ص ٢٥ ومابعدها.

(١) وذكر د. محمد كمال إمام في الصياغة التشريعية- ص٤٠ بعضا من التطبيقات التي تظهر فيها مصادمة القانون للشرع.

(٢) نقض ١٩٣٠/١١/٣- مجلة المحاماة الشرعية – السنة ١١ – العدد ٦ – ق ٦٠٣.

وقد حاولت وزارة العدل قطع دابر هذا التحايل وتدارك آثار حكم محكمة النقض السابق، فأصدرت القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٣٣، والذي ينص في المادة ٢ منه بأنه "يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين، أو بغرامة لا تزيد على مائة جنية، كل من أبدي أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحدد قانوناً بالضبط عقد الزواج، أقوالاً يعلم أنها غير صحيحة، أو حرر أو قدم لها أوراقاً كذالك، متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال والأوراق.

ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنية كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة في القانون".

الحرية في عقد الزواج دون تحديد لسن الفتى والفتاة[1]، وأمر احتيالهم لحمل المأذونين على مباشرة هذه العقود مما قد عمت به البلوى، باستخدامهم لأساليب مختلفة، كإخفاء شهادات الميلاد، أو الاستشهاد على بلوغ السن المحددة بشهادة الأطباء التي لا تكون مقررة غالبا للسن الحقيقية، أو بشهود زور، ونحو ذلك.

الملحوظة الثانية: إن مسألة عدم قبول دعوى الزوجية عند الإنكار إذا لم يكن الزواج موثقاً بوثيقة رسمية، أو كان سن الزوجين، أو سن أحدهما وقت رفع الدعوى دون السن المقررة قانوناً، فهذا مصادم للشرع ومصادم لحقوق الأشخاص، لأن الشرع جاء لحفظ حقوق الزوجين، دون أن يعلق استحقاق أيها لها على وثيقة يحررها المأذون، أو يكون الزواج في سن محددة قانوناً[2] .كيف يقضي بعدم أحقية الزوجة مثلاً في الطالبة بالنفقة، أو مؤخر الصداق، أو أجرة الحضانة والتوارث بدعوى عدم تحقق الشروط القانونية، وكيف يحرم الزوجين أو أحدهما من حقوق قررها الشرع، بدعوى فوات إجراء قانوني[3]. إن لولي الأمر أن يحمل الناس على اتباع ما يراه لازماً من الإجراءات محققا لمصالحهم وله أن يعاقب من يخالفها ولكن ليس له أن يسقط حقاً قرره الله عز وجل لعباده أو يتجاوز حد تخصيص القضاء إلى المنع[4].

---

(١) د. محمد يوسف موسى – المرجع السابق– ص ١٠٤.

(٢) ذكر الشيخ شاكر في مقال هام له بجريدة المقطم في ١٩٢٣/١٢/٢٩ بعد أن أورد حقيقة مبدأ تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحوادث ذكر أن "وما سوى ذلك من ضروب التخصيص فواحد من اثنين لا ثالث لهما، إما نسخ شريعة بشريعة أخرى تحل محلها، وإما تعطيل الشريعة بمنع جميع القضاة من العمل بها في دوائرهم القضائية، ويرى الشيخ أن أصحاب هذا القانون بتحديد سن الزواج ومنع المحاكم من سماع دعوى الزوجية إذا لم تتوافر السنة المحددة، وكل ذلك التعطيل يتم تحت ما سماه واضعو القانون سلطة ولي الأمر في تخصيص القضاء". أشار إلى ذلك: د. محمد كمال الدين إمام – في الصياغة التشريعية – ص ٤٥.

(٣) فالمرأة المتزوجة بزواج شرعي غير موثق مهما حازت من وسائل الإثبات كشهادة الشهود أو نسخة من العقد العرفي، وكثرة القرائن مثل الخطابات المتبادلة بينا وبين زوجها وعلم الجيران بزيجتهم، كل ذلك تندثر حجيته – ويكون سرابا بقيعة – بحضور الزوج أمام المحكمة وينكر زواجه بها.

(٤) د. عبد الناصر توفيق العطار- الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- المؤسسة العربية الحديثة للطبع والنشر- القاهرة- دون ذكر تاريخ طبع- ص ٢٣٠، وقد أشار إلى تطبيق محدد – عندما كان وكيلاً للنائب العام – من تطبيقات كثيرة يبدو فيها القانون مصادما للشرع، حيث "إن المأذون اكتشف عند عقد الزواج أن دفتر وثائق الزواج قد شغل عن آخره، ووعد بأن يأتي بدفتر آخر من البندر في اليوم التالي ولكبر سنه نسى أن يحرر فيه وثيقة زواج الأمس ولم يطلب منه أحد الزوجين الريفيين هذه الوثيقة، وبعد أن أنجب الزوج من زوجته خمسة أطفال، دب الخلاف بينهما طالبته الزوجة فيه بنفقتها، فأوعز إليه محاميه أن ينكر زواجه بها، مع اعترافه بأنه كان يعاشرها معاشرة الأزواج، ورغم أن الزواج ثابت بشهادة المأذون وأهل القرية الذي سئلوا في التحقيق وغير ذلك، إلا أن القانون لا يعطي الزوجة في هذه الحالة حقوقها الزوجية، كما لا يعاقب مثل هذا الزوج فمن ذا الذي يفتري على الله الكذب ويزعم أن هذا هو شرع الله".

أما ما ورد في تبرير ذلك من أن أساس عدم سماع أو قبول الدعوى هو ما لولي الأمر من حق في تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص، فهو تبرير غير صحيح، وادعاء زور، لأن مبدأ التخصيص النوعي والمحلي في الشريعة الإسلامية فحواه أن لولي الأمر بحسب حاجة البلاد ومصلحة الأمة أن يخصص قضاة مستقلين أو محاكم خاصة النظر في قضايا دون أخرى، أو نوع دون آخر، فيخصص مثلاً قضايا النكاح وآثاره كمسائل الإرث والنفقة والنسب، وغير ذلك لقاضي للفصل فيها، ويمنعها عن قاض آخر في مكان أو زمان دون مكان أو زمان آخر، أما المنع المطلق من سماع الدعوى، والفصل فيها فهذا ما لم يقم عليه برهان[1]. فالقضاء من أدوات النظام في الدولة، ومتى كلف القاضي بالنظر في جميع القضايا، وبين كل الخصوم وفي جميع نواحي البلاد، والقضايا في جميع الأيام، كان تكليفه بما لا يطيقه - وخصوصا مع اتساع العمران وكثرة الناس- فيختل نتيجة لذلك النظام أوجد الفقه الإسلامي هذا المبدأ الذي وجد لتنظيم العدالة لا لتعطيلها، بل يعد من السياسة الشرعية التي يكون معها القاضي أكثر قدرة على حل ما يعرض عليه من مشاكل[2].

هذا هو مبدأ تخصيص القضاء ومضمونه، أما المنع من سماع أو قبول الدعوى فهو غير قار النسب، ولا يتفرع عن المبدأ المذكور، وتطبيقه سيؤدي إلى طيّ بعض الأحكام وشل الشريعة الإسلامية[3]، واعتداء على حقوق، وأمر كهذا تأباه العدالة والدين. فكان أحرى أن يتجنب المقنن

---

(١) د. عبد الرحمن عبد العزيز القاسم – مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده – رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق جامعة القاهرة – للحصول على درجة الدكتوراه- ١٩٧٣ – ص ٢٤٢، ٢٤٣. فالله عز وجل جعل القضاء فريضة للفصل في كافة الخصومات فإذا حكم القضاء بمنع سماع الدعوى فمن يفصل في نزاع الخصوم مع أن الفصل فيه فريضة؟ أنظر د. عبد الناصر توفيق العطار – الأسرة قانون الأحوال الشخصية- ص ٤٦، و أشار في مؤلفه إلى بيان قديم لجبهة علماء الأزهر بغير توقيع وبدون تاريخ نشرته المطبعة المتحدة بدرب السعادة، يتعلق بمنع القاضي من سماع الدعاوى بمجتمد النفقة إلا عن مدة معينة.

(٢) أنظر حول مبدأ تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحوادث والأشخاص: ابن نجيم- الأشباه – ص ٢٣٠، ٢٣٧. الحاوي- ج ١٣ وما بعدها، وجاء فيه " يجوز أن يكون التقليد عاما ومخصوصا فالعام والمخصوص ينقسم إلى ثلاثة أقسام: أحدها أن يكون مخصوصا في بعض البلاد، والثاني: أن يكون مخصوصا في بعض أهله، والثالث: أن يكون مخصوصا في بعض الأيام، فأما القسم الأول وهو أن يكون التقليد مقصورا على قضاء بعض البلد، فيجوز إذا كان معيناً سواء اقتصر به على أكثر البلد أو على أقله، ولو محلة من محاله، لأن القضاء يعم ويخص. وأما القسم الثاني: وهو أن يكون التقليد مقصورا على بعض أهل البلد وجميعهم، فيجوز إذا تميزوا عن غيرهم فيقول قلدتك لتقضي بالبصرة بين العرب دون العجم.. وأما القسم الثالث: وهو أن يكون التقليد مقصورا على بعض الأيام دون جميعها، فيجوز إذا عين على اليوم الذي يحكم فيه، ولا يجوز إن لم يعينه، لأن النظر مقصور على المتحاكمين فيه فوجب تعيين اليوم ليتعين به الخصوم".

(٣) محمد الزين – أعلى هذا تبقى المحاكم الشرعية ؟ التعديل الأخير في اللائحة – المحاماة الشرعية – السنة ٣ – العدد الأول ١٣٥٠هـ - ١٩٣١م – ص ١٩٧.

المصري العمل بقاعدة عدم السماع تلك، حتى يريح نفسه من عنائها، والتي يلجأ إليها غالبا للخروج من مأزق، فيقع في آخر أشدّ منه بمخالفته لنصوص شرعية، وليس لآراء الفقهاء كما يُدَّعى[1].

ثالثا: المراحل التي مر بها تقنين عدم سماع الدعوى:

مر تقنين الشروط القانونية لإثبات عقد الزواج بمراحل عدة، وذلك على النحو الآتي:

١- صدور اللائحة الشرعية في ١٩٨٠/٦/١٧، والتي تضمنت نصوصاً تشير إلى ضرورة توثيق عقد الزواج، إلا أن نطاق هذه اللائحة كان مقصوراً على كيفية التوثيق، وما ينبغي على المأذونين مراعاته عند مباشرة العقد دون أن تضع قيودا على سماع دعوى الزوجية تاركة أمر إثبات العقد لأحكام المذهب الحنفي.

٢- ثم صدر القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ الذي حدد أقل سن للزواج بست عشرة سنة للزوجة وثماني عشرة سنة للزوج، ورتب القانون على مخالفة ذلك عدم سماع دعوى الزوجية، وهذا أول قانون يتعلق بعقد الزواج.

٣- ثم صدر المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المتعلق بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية، وقد تضمن هذا القانون نصين يتعلقان بالشروط القانونية لعقد الزواج، أحدهما نص المادة ٩٩ منه، والذي ما زال معمولاً به حتى الآن مع بعض التعديلات، والآخر نص المادة ٣٦٧ منه والذي ألغى بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٨، ومن ثم لا يبقى من الشروط القانونية إلا ما نظمته المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية.

٤- وحتى تحقق هذه النصوص ثمارها فقد تم إصدار قانون العقوبات الحالي ١٩٣٧، حيث تضمن نص المادة ٢٢٧ التي ورد فيها أنه " يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين أو بغرامة لا تزيد على مائة جنية كل من أبدى أمام السلطة المختصة بقصد إثبات بلوغ أحد الزوجين السن المحددة قانوناً بضبط عقد الزواج أقوالاً يعلم أنها غير صحيحة أو حرر أو قدم لها أوراقاً كذلك، متى ضبط عقد الزواج على أساس هذه الأقوال أو الأوراق، ويعاقب بالحبس أو بغرامة لا تزيد على مائتي جنية كل شخص خوله القانون سلطة ضبط عقد الزواج وهو يعلم أن أحد طرفيه لم يبلغ السن المحددة"[2] .والنص كما يظهر لا أثر له على دعوى الزوجية، وإنما هو نص جزائي ينصرف إلى الأشخاص الذين لهم دور في إبرام عقد الزواج، سواء من الأطراف أو الموظف المختص بتحرير العقد،

---

(١) محمد الدجوي- المرجع السابق – ص ١٥٣.

(٢) هناك نصوص جزائية أخرى وردت في القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ كالمادة ٦ مكرر و ٢٣ مكرر.

فمتى تحقق ارتكاب أي منهم فعلاً من الأفعال الواردة في النص، فإنه يناله العقاب المقرر فيه".[١]

رابعاً: نطاق عدم سماع الدعوى:

بالنسبة لتحديد نطاق عمل الشروط القانونية المتعلقة بعقد الزواج، وهل عدم سماع الدعوى يقتصر فيما إذا كان محل النزاع يقتصر على الزوجية وحدها، أم يرد أيضاً على الدعاوى الناشئة عن الآثار المترتبة على الزوجية؟

اختلف الشراح في هذه المسألة إلى ثلاثة آراء على التفصيل الآتي:[٢]

الرأي الأول: أن عدم سماع دعوى الزوجية يرد فقط على الدعوى التي يطلب فيها الحكم بالزوجية ، أي الحكم بأن فلانة زوجة فلان أو أن فلاناً زوج لفلانة، وهي دعوى تهدف إلى التحقيق من قيام عقد الزواج، سواء من حيث صحته أو فساده، ولا يشمل النهي غيرها من الدعاوى الناشئة عن هذا العقد، مثل دعوى النفقة والطاعة والميراث وغيرها من آثار الزواج، فلا مانع من سماعها.

فهذه الدعاوى لا تسمى دعاوى زوجية، بل تسمى دعوى النفقة ودعوى الطاعة، وقد اتجهت بعض المحاكم في قضائها إلى هذا الرأي. ومن ذلك ما قضت به محكمة طنطا الجزئية الشرعية في ١٣ أكتوبر ١٩٣٠ "أن المقصود بدعوى الزوجية في هذا القانون عام يشمل دعوى عقد الزواج، وأي دعوى بحق مترتب على عقد الزواج، كدعوى النفقة أو الصداق أو الميراث وغير ذلك من آثار عقد الزواج، لأن هذه الدعاوى لا تسمى دعاوى زوجية بل تسمى دعوى نفقة أو صداق أو ميراث"[٣].

ويمكن أن يستدل لوجهة النظر التي ذهب إليها هذا الحكم بأن نص المادة المذكورة "لا تسمع دعوى الزوجية.." واضح الدلالة وصريح العبارة في عدم شمول دعاوى الحقوق المترتبة على عقد الزواج، وذلك نظراً لوجود فوارق شرعية وقانونية بين دعوى الزوجية ودعوى الحق المترتب على عقد الزوجية، وعلى سبيل المثال: قد تكفي بعض البيّنات في الحكم بالنسب أو النفقة، بينما لا تصلح للحكم بالزوجية، والقضاء بالنسب والنفقة شرعاً ليس قضاء بالزوجية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فلو أراد واضعوا القانون أن يكون النص عاما يشمل دعوى الزوجية ودعوى

---

(١) حسن حسن منصور – المرجع السابق – ص ١٦٢ وما بعدها.

(٢) د. محمد يوسف موسى – المرجع السابق – ص ٩٨. أحمد نصر الجندي– التعليق على نصوص تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي– ص ٣٠٢. حسن حسن منصور – المرجع السابق- ص ١٦٧.

(٣) مجلة المحاماة الشرعية – السنة ٢ – العدد التاسع – الصفحة ٨٥٧.

الحقوق المترتبة عليها لورد النص في صيغة عامة، وبعبارة تشمل ذلك، كعبارة "لا تسمع دعوى الزوجية ولا دعوى حق مترتب عليه.." مثلا، ولكن صيغة القانون اقتصرت على عبارة "لا تسمع دعوى الزوجية" فتعين الاقتصار على ما جاء بالنص خصوصا إذا لوحظ في الإقتصار على النص دفع حرج عن المتقاضين.

الرأي الثاني: أن عدم السماع شمل دعوى عقد الزواج والدعاوى الناشئة عن الآثار المترتبة عليه وحجتهم في ذلك أن عقد الزواج غير مقصود لذاته، بل لما يترتب عليه من آثار، فمدعي الزواج لا يقصد بدعواه إلا ما يترتب عليه من آثار والإستفادة منها، وواضعي القانون لم يكن قصدهم النهي عن سماع دعوى عقد الزواج فقط، دون النهي عن سماع دعوى النفقة والطاعة والإرث وغير ذلك من الحقوق المترتبة على الزواج، و إلا كان هذا النهي عديم الفائدة والأثر، إذ يستطيع المدعي- في هذه الحالة- ترك دعوى عقد الزواج ويدعي بما شاء من الدعاوى الأخرى المترتبة على آثار العقد، فتسمع دعواه ويجاب إلى طلبه فيكون مستغنيا عن الحكم له بثبوت عقد الزواج مادام يستطيع الحصول على الحكم له بما يشاء من آثار هذا العقد بدون استثناء، وهو ما لم يكن مقصود القانون من وضع شروط سماع دعوى الزوجية.

ولنفرض أن المقصود من دعوى الزوجية الواردة بالنص هي دعوى الزواج فقط، فإن دعوى النفقة ودعوى الطاعة، ودعوى الصداق، ودعوى الميراث بسبب الزواج هي دعوى عقد الزواج وزيادة لأن الزوجة التي تدعي النفقة على زوجها، تدعي عليه وتزيد في ذلك دعواها استحقاق النفقة عليه، فدعواها مؤلفة من دعوى عقد الزواج، ودعوى استحقاق النفقة، لأن أساس دعواها هو عقد الزواج، والقاضي ليس في وسعه أن يمتنع من سماع دعوى عقد، ثم يحكم بأثره المترتب عليه، ومتى سقط الأصل سقط الفرع، فسماع أي دعوى مترتبة على عقد الزواج يستلزم حتما سماع دعوى عقد الزواج المتفق على سماعها[1].

وتبعا لهذا الرأي صدر حكم استئناف بتاريخ ٢٢ يوليو سنة ١٩٣٠ - أي قبل صدور حكم محكمة طنطا السابق – من محكمة بني سويف الابتدائية الشرعية[2]، وتتلخص وقائع القضية في أن زوجة رفعت أما محكمة المنيا الشرعية دعوى على زوجها تطلب فيها الحكم عليه بالنفقة لها وبنفقة إصلاح لابنتها منه، فدفع بعدم سماع الدعوى بالنسبة لها، لأن سنها كانت أقل من ست عشرة

---

(١) د. محمد يوسف موسى– المرجع السابق- ص ٩٨. حسن حسن منصور– المرجع السابق- ص١٦٨. أحمد نصر الجندي– التعليق على نصوص تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي- ص ٣٠٣، ٣٠٤.

(٢) مجلة المحاماة الشرعية– س ٢– العدد ١٠– ص٩١١.

سنة وقت العقد عليها[1]، ورد وكيل الزوجة بأن الدعوى دعوى نفقة، وليس في القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٢٣ ما يمنع من سماعها، لأنها دعوى حق، لا دعوى زوجية، والقانون المذكور منع من سماع دعوى الزوجية فقط، ولم ينص على دعوى حق من حقوقها.

وقضت محكمة أول درجة بجلسة ٢٨ أبريل سنة ١٩٣٠ بعدم سماع الدعوى بالنسبة لنفقة الزوجية وبتقدير نفقة إصلاح للبنت، فاستأنف كل من الطرفين الحكم وطلب وكيل الزوجة إلغاء القرار الصادر بعدم السماع بالنسبة لنفقتها، كما طلب وكيل الزوج تأييد هذا القرار.

وبعد سماع المحكمة مرافعة كل من وكيل الطرفين والمداولة قانوناً، قضت بعدم صحة القرار المستأنف فيما يتعلق بعدم سماع دعوى المستأنفة على المستأنف عليه، وإعادة القضية لمحكمة أول درجة لتسير فيها حسب المنهج الشرعي حضوريا.

وإزاء هذه الخلاف بين الرأيين وتباين أحكام القضاء في ذلك أصدرت وزارة الحقانية (العدل) منشوراً رقم ٢٩ في ١٩ أكتوبر ١٩٣١[2] تلفت فيه نظر القضاة إلى العمل بإطلاق الفقرة الخاصة بعدم سماع دعوى الزوجية، سواء كان النزاع في ذات الزوجية أو ما يترتب عليها من آثار.

الرأي الثالث: ويفرق بين أمرين[3]:

١- دعوى الزوجية: فمتى كانت الزوجية محل نزاع بين الخصمين فالدعوى لاشك أنها غير مسموعة، إلا إذا وجد المؤيّد لها وهما المسوغ الكتابي وشرط السن.

٢- الحقوق التي تنشأ عن عقد الزواج: وهذه الحقوق قسمان:

---

(١) يظهر من خلال دفوع المدعي عليه أن الدعوى كانت قبل أن يستقر القضاء بعدم سماع الدعوى متى كان سن الزوجين أو أحدهما وقت العقد أقل من السن المحددة وقت رفع الدعوى، لا وقت العقد.

(٢) جاء نص هذا المنشور كالآتي: "تبين للوزارة أن بعض المحاكم الشرعية لا تحكم بعدم الدعوى الزوجية إلا إذا كانت سن الزوجة تقل عن ست عشرة سنة أو سن الزوج تقل عن ثمان عشرة سنة، إلا إذا كان هناك نزاع بخصوص الزوجية، فأما إذا كان في أثر من آثارها فقط كالنفقة والطاعة، فإنها تسمع الدعوى وتسير فيها.
وبما أن الغرض من تحديد سن الزواج لا يتحقق إلا بالمنع من سماع الدعوى مطلقا سواء أكان النزاع في ذات الزوجية، أو فيما يرتب عليها من الآثار، وقد تأيد بما أشير إليه في المذكرة الإيضاحية للائحة سنة ١٩٣١... فتحقيقا لغرض الشارع تلفت الوزارة نظر المحاكم الشرعية إلى تطبيق هذه الفقرة على إطلاقها فيما إذا كانت سن الزوجين أو أحدهما وقت الدعوى أقل من السن المحددة ". محمد الغريب – الدليل المرشد في القوانين والأوامر والمنشورات للمحاكم الشرعية والمجالس الحسبية- مطبعة النصر- مصر- ١٣٥٤هـ ١٩٣٥م- ص ٨٨، ٨٩، ٣٧٣. زكي الدين شعبان – المرجع السابق – ص ١٢٥.

(٣) أحمد نصر الجندي- التعليق على نصوص تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي - ص ٣٠٤. حسن حسن منصور– المرجع السابق - ص ١٦٨.

- قسم لا يتوقف سماع الدعوى به على ثبوت عقد الزواج ويجوز إثباتها بغير هذا العقد كالدعاوى المتعلقة بالنسب[1] والمهر فيثبتان بشبهة، والدعوى بهما مسموعة ولو لم يوجد المؤيد لسماع دعوى الزوجية، لأن القاضي لا يسمع في ضمن الدعوى بهما دعوى الزوجية، بل يسمع دعوى وطء بشبهة[2].
- قسم من الحقوق يتوقف سماع الدعوى به على ثبوت عقد زواج صحيح، كالنفقة والطاعة والإرث وغيرها، فالدعوى بهذه الحقوق لا يجوز قبولها إلا بتوفر الشروط المقررة لذلك.

خامسا: قاعدة سماع الدعوى في ضوء قانون إجراءات التقاضي رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

نتيجة المشاكل الناجمة عن الزواج الشرعي غير الموثق، وبخاصة عندما ترغب الزوجة في فك رابطة الزوجية متى قام مسوغ لذلك، وتقديرا لهذه الظروف الاجتماعية، فإن القانون رقم١ لسنة ٢٠٠٠ والمتعلق بتنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية قد وضع استثناء للقاعدة العامة بشأن عدم قبول الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، ما لم يكن ثابتا بوثيقة رسمية، حيث أجاز عند إنكار الزوجية قبول دعوى التطليق أو الفسخ إذا كان الزواج ثابتاً بوثيقة بأية كتابة[3]، فبعد أن أورد في الفقرة ٢ من المادة ١٧ القاعدة في عدم قبول الدعاوى الناشئة عن

---

(١) قررت ذلك محكمة النقض في العديد من قراراتها وأصبح مبدأ مهما من مبادئها أنه "متى كانت دعوى المطعون ضده في دعوى إرث بسبب البنوة وهي دعوى متميزة عن دعوى إثبات الزوجية أو إثبات أي حق من الحقوق التي تكون الزوجية سببا مباشرا إليها، فإن إثبات البنوة - الذي هو سبب الإرث - لا يخضع لما أورده القانون في المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من قيد على سماع دعوى الزوجية أو الإقرار بها، إذ لا تأثير لهذا المنع على دعوى النسب سواء كان النسب مقصودا لذاته أو كان وسيلة لدعوى المال فإن هذه الدعوى باقية على حكمها المقر في الشريعة الإسلامية وحتى لو كان النسب مبناه الزوجية الصحيحة ". محمد الغريب– المرجع السابق- ص٣٧٣. أنظر أيضا نقض الطعن رقم ٨ لسنة ٥٨ ق-أ.ش- جلسة ١٩٨٩/١١/٢١ – السنة ٤. الطعن ١٣٣ – الطعن رقم ٢١ لسنة ٤٤ ق – أ.ش– جلسة ١٩٧٦/٧/٤.

(٢) ورد المذكرة الإيضاحية أن "هذا المنع لا تأثير له شرعاً في دعوى النسب بل هي باقية على حكمها المقرر كما كانت باقية عليه رغماً من التعديل الخاص بدعوى الزوجية في المادة ١٠١ من اللائحة القديمة".
ولما كانت الرجعة استدامة لملك النكاح وليست إنشاء الزواج، فإن هذا القيد لا يسري على دعاوى الرجعة، حيث لا يلزم لسماع الدعوى بها أن تكون ثابتة بوثيقة رسمية على نحو ما استلزمه القانون بالنسبة لدعوى الزوجية. الطعن رقم ١٨ لسنة ٣٨ ق -أ. ش– جلسة ١٩٧٢/٥/٣١.

(٣) أحمد نصر الجندي– التعليق على نصوص تنظيم أوضاع وإجراءات التقاضي- ص ٣٠٨. محمد الشحات الجندي– المرجع السابق- ص ٢٣٤، محمود مصطفى يونس– المرجع السابق- ص ٢٠٨. وقد كان يرى قريبا من التعديل الجديد الأستاذ أشرف مصطفى كمال بعدم انطباق نص المادة ٩٩ من اللائحة على دعوى إثبات الطلاق أو التطليق – المشكلات العملية في قانون الأحوال الشخصية – المكتبة القانونية- ١٩٨٩– ص ١٤٢. وهي وجهة نظره لكن النص لم يكن يسعف على القول بذلك.

عقد الزواج عند الإنكار ما لم يكن ثابتا بوثيقة رسمية، أورد استثناءا وهو: "ومع ذلك تقبل دعوى التطليق أو الفسخ بحسب الأحوال دون غيرها متى كان الزواج ثابتا بأية كتابة". ففتح القانون بهذا الحكم باب الرحمة للزوجات اللائي وقعت في مشكلة الزواج غير الموثق، ولا تجدن مخرجاً منها بسبب عدم قبول الدعوى بشأنه للإنكار، فواجه القانون بذلك أمرا واقعا وظرفا اجتماعيا ترتبت عليه نتائج خطيرة.

فمن ناحية عمل على تصفية بعض الأوضاع المجحفة بالمرأة، وأعتقها من أغلال زوج عقد عليها بزواج غير موثق ودخل بها، ثم هجرها أو غاب عنها إلى حيث لا تعلم، فهي كالمعلقة لا تستطيع الإقدام على زواج جديد، لأنه يقع على زواج قائم فيأتيه الإثم شرعا وقانونا، وهي أسيرة علاقة زوجية مع من لم يرع الله فيها وقصد الإضرار بها، أو كان الزوج دائم الإيذاء لها، ولا تجد من سبيل للتخلص منه، فأجاز لها القانون رفع دعوى طلب التطليق، فتسمع إذا كان زواجها ثابتا بأية كتابة.

ومن ناحية أخرى، فإن القانون- كما أشار إلى ذلك د. محمد يوسف يونس- قد كفل بهذا النص حماية الزوج نفسه، كما لو كانت الزوجة متزوجة بزواج غير موثق وقامت - وهذا حدث بالفعل - بالزواج من شخص آخر وهي في عصمة الأول، ولا يستطيع إثبات تلك الزوجية لإنكار الزوجة لها وعدم وجود وثيقة رسمية[1]، ومن ثم كان القانون حريصاً على مصالح الزوجين لإنكار الزوجة لها، وإنهاء رابطة الزواج غير الموثق سيما إذا طلبت الزوجة ذلك ليفتح لها آفاق الدخول في زوجية شرعية موثقة.

ويشترط لقبول تلك الدعاوى أن تكون العلاقة الزوجية ثابتة بأية كتابة، ومنها عقود الزواج العرفية التي تبرم لذلك[2]، أو إقرار الزوج في ورقة رسمية كمحضر شرطة أو محضر توقيع

---

(١) د.محمود مصطفى يونس- المرجع السابق- ص ٢٠٨ ومابعدها .

(٢) فيما يتعلق بحجية الورقة العرفية من حيث صدورها ممن وقع عليها فإذا احتج صاحب الشأن بالعقد العرفي على من يحمل توقيعه، فإن صاحب التوقيع إما أن يعترف بأن التوقيع له وأن الورقة صادرة منه، وإما أن ينكر أن الورقة كلها أو بعضها صادرة منه، وإما أن يسكت فلا يقر ولا ينكر. فإذا اعترف صاحب التوقيع بصدور العقد منه أو سكت ولم ينكر صراحة صدوره منه اعتبر العقد العرفي صادراً منه، واعتبر التوقيع توقيعه والخط المنسوب إليه خطه، ولا يجوز لصاحب التوقيع أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار إلا أن يطعن بالتزوير.

أما إذا أنكر صراحة توقيعه أو خطه، فأنكر بذلك أن العقد كله أو بعضه صادر منه، فعلى المحتج بالعقد عبء إثبات صدوره من صاحب التوقيع، وذلك بأن يطلب إحالة الورقة إلى التحقيق وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في المادة عليها في المادة (٣٠) من قانون الإثبات المصري.

وإذا أنكر صاحب التوقيع صدور العقد العرفي منه ثم أثبت التحقيق أنه هو الذي وقعه صار كالعقد الذي اعترف به أو سكت عن إنكاره، وفي هذه الحالة لا يمكن الطعن فيه إلا بطرق التزوير. كمال صالح البنا – موسوعة الأحوال الشخصية – ص ٢٨٦، ٢٨٧.

حجز وإعلان قضائي بالزوجية، أو خطابات بخط الزوجة قاطعة في عباراتها بقيام الزوجية، كأن يخاطبها أو تخاطبه بهذه الصيغة "أنها زوجته" أو "زوجي"، أو ورقة تتضمن بياناً يؤكد على قيام رابطة الزوجية، كعقد إيجار ورد به أن الشقة مؤجرة لسكن المستأجر وزوجته (يسمي باسميهما)، أو استمارة بيانات حررها الزوج عند نزوله مع زوجته في أحد الفنادق، إلى غير ذلك مما يستفاد منه ثبوت العلاقة الزوجية، وقد يستكمل ما قدم من مستندات بشهادة الشهود، وتعتبره مبدأ ثبوت بالكتابة[1].

وإذا قضت المحكمة بقبول دعوى التطليق، وحكمت للزوجة بذلك فإنه لا يترتب على حكمها ذلك آثار التطليق الأخرى[2] كمؤخر الصداق، أو المتعة، ونفقة العدة، وغيرها من الحقوق المالية الناشئة عن العلاقة الزوجية[3] ، ذلك أن قاعدة عدم السماع لا زالت تسري على مثل هذه الدعاوى والتي لم يشملها الإستثناء.

كانت تلك محاولة من القانون لعلاج بعض سلبيات الزواج غير الموثق وبالأخص مشكلة التخلص منه، وفي تحليلنا لهذا العلاج فإنه جاء قاصرا من عدة وجوه:

الوجه الأول: أن مسألة تحريم إيقاع الطلاق من زواج شرعي غير موثق هو بلا شك إهدار لحق الزوجة الشرعي، والقاعدة أن الضرر يزال، وبوقوع الضرر على الزوجة وجب أن يتاح لها رفع ذلك الضرر، وذلك حتى لا يكون الإجراء الشكلي سببا في ضياع الحق الموضوعي[4].

الوجه الثاني: أن مجال تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة ١٧ غير منضبط ، فيرى البعض أنه كان الأحرى بالقانون أن ينص على نطاق تطبيقها بحيث لا يمتد إلى الزيجات العرفية التي تتم بعد العمل بهذا القانون ويقصرها على التي تمت قبل العمل به[5]، وهذا الإقتراح بدوره لا يف بالغرض ولا يضع حدا للمشكلة.

الوجه الثالث: في اشتراطه أن يكون الزواج ثابتا بأية كتابة لقبول دعوى التطليق ما يحول دون تحقيق الغاية التي وضع القانون لأجلها. فمن جهة يوصد باب اللجوء إلى المحاكم لعلم المدعي

---

(١) د. محمد الشحات الجندي– المرجع السابق- ص ٢٣٤، ٢٣٩، ٢٤٠. أحمد نصر الجندي – المرجع السابق- ص ٢٠٨، ٢٠٩. د. محمود مصطفى يونس– المرجع السابق- ص ٢٠٨.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

(٣) د. محمد الشحات الجندي- المرجع السابق- ص ٢٤١. جلال سعد عثمان – المشكلات العملية في إجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية- السلام الذهبية للطباعة – ط ١ – ٢٠٠٠ – ص ٢٣٢.

(٤) سمير عبد السميع الأودن - المرجع السابق – ص ١٠٥.

(٥) د. محمود مصطفى يونس– المرجع السابق- ص ٢١٠.

مسبقاً بأن دعواه لن تقبل إلا لمن بيده ورقة مكتوبة، ومن جهة أخرى تتزايد دعاوى الزور، ومن ذلك أن الزوج قد يحتفظ لنفسه بورقة الزواج أو يدعي كذبا فقدها، وتظن الزوجة بسبب فقد الورقة عدم تمكنها من استخدامها، وتلجأ للزواج رسميا من آخر، فإذا علم طليقها بأمرها قد يفاجئها بورقة الزواج العرفي ويتهمها بالتزوير في الزواج ويحرك ضدها دعوى الزنا[1]. لذلك يتعين ضرورة قبول الدعاوى الناشئة عن الزواج العرفي بطرق الإثبات الشرعية كافة أسوة بقضايا النسب، ولا يقتصر هذا فقط على دعاوى التطليق والفسخ فقط، بل يشمل جميع الدعاوى الأخرى التي تنشأ عن العلاقة الزوجية، فمتى ثبت الأصل نُظِر في الفرع[2].

المطلب الثالث

تجريم الزواج غير الموثق

تلزم قوانين هذا الاتجاه بتسجيل عقود الزواج لدى الدوائر الرسمية، وفي حالة عدم الالتزام بذلك يتم تجريم المخالف، ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية الأردني[3] الذي جاء فيه في المادة (١٧) منه ما يأتي: " يجب على الخاطب مراجعة القاضي أو نائبه لإجراء العقد .

يجري عقد الزواج من مأذون القاضي بموجب وثيقة رسمية، وللقاضي بحكم وظيفته في الحالات الاستثنائية أن يتولى ذلك بنفسه بإذن من قاضي القضاة.

وإذا جرى الزواج بدون وثيقة رسمية فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات الأردني وبغرامة على كل منهم لا تزيد عن مائة دينار.

وكل مأذون لا يسجل العقد في الوثيقة الرسمية بعد استيفاء الرسم يعاقب بالعقوبتين المشار إليهما في الفقرة السابقة مع العزل من الوظيفة".

يظهر من هذا النص أن الزوجان إذا عقدا زواجهما بغير وثيقة رسمية وتقدما إلى المحكمة

---

(١) أشرف كمال- المرجع السابق- ص ١٤٢. د. محمود مصطفى يونس- المرجع السابق- ص ٢١٠.

(٢) أنظر في هذا الرأي: د. محمود مصطفى يونس- المرجع السابق- ص٢١٠. يقول د. محمد محمد فرحات: "وعلى أي أساس يتم سماع دعاوى النسب بناء على العقود العرفية؟ وعلى أي أساس يتم سماع دعاوى الطلاق العرفي وفقا للمشروع المقترح؟ فهل هي زوجية أو ليست بزوجية؟ إن بوسع المشرع أن يريحنا من هذا الخبط بتشريع محكم يضع الأمور في نصابها الصحيح".ملاحظات حول قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية- مجلة العلوم القانونية والاقتصادية- كلية الحقوق-جامعة عين شمس- العدد الأول السنة ٤٣- يناير ٢٠٠١- ص ٩.

(٣) الصادر سنة ١٩٧٦.

الشرعية وقدما الإثباتات الصحيحة الدالة على وقوع زواجهما فإن القاضي يصدر لهما وثيقة زواج، فإن ذلك لا يعفيهما من العقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات هما والعاقد لهما والشهود[1].

والعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات هي السجن لمدة تتراوح بين شهر إلى ستة أشهر، أو بدفع غرامة لا تزيد على مائة دينار لكل من الزوجين والعاقد والشهود، فضلا عن طرد المأذون الذي لم يوثق العقد من وظيفته كعقوبة تأديبية له.

ومن القوانين أيضا التي سلكت هذا المسلك قانون الأحوال الشخصية العراقي حيث ورد في الفقرة (٥) من المادة (١٠) منه ما نصه "يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر ولا تزيد على سنة أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار ولا تزيد على ألف دينار كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات ولا تزيد على خمس سنوات، إذا عقد خارج المحكمة زواجاً آخر مع قيام الزوجية". وما يلاحظ على هذا النص هو قصره العقوبة على الزوج فلا تشمل الزوجة والشاهدين والعاقد لهما، وهي عقوبة – كما يظهر – قاسية وتزداد قسوة إذا كان الزواج قد تم خارج المحكمة مع قيام الزوجية[2].

---

(١) د. عمر سليمان الأشقر – المرجع السابق – ص ١٨٨. أسامة عمر سليمان الأشقر – المرجع السابق – ص١٤٦، ١٤٧.

(٢) أنظر في ذلك: رياض خليل جاسم – الجرائم الماسة بالأسرة في قانون الأحوال الشخصية العراقي – رسالة ماجستير قدمت إلى كلية القانون – جامعة بغداد – ١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م – ص ٨٩.

وقد جاء في الفقرة (٣) من المادة (٦) من قا. أ. ش. العراقي ما نصه: "ينعقد الزواج بالكتابة من الغائب لمن يريد أن يتزوجها بشرط أن تقرأ الكتاب وتقرؤه على الشاهدين وتسمعهما عبارته، وتشهدهما على أنها قبلت الزواج منه". وبتطبيق هذا النص يمكن تصور حصول الزواج خارج المحكمة وبالتالي انطباق النص الجزائي على هذه الواقعة فنكون بذلك أمام حالة عدم انسجام بين النص الجزائي في المادة (١٠) فقرة (٥) بالمعاقبة على الزواج خارج المحكمة وبين جواز انعقاده بالكتابة من الغائب خارج المحكمة، مما يتعين إزالة هذا التناقض، ويكون في رأينا بمنح آجال معقولة يسمح خلالها بتسجيل عقود الزواج خارج المحكمة، فإذا انتهت الآجال طبق النص الجزائي، وفي ذلك عمل بكلا النصين.

وقد وردت قوانين عربية أخرى تجرم الزواج المنعقد بعيدا عن الجهة المختصة، ومن ذلك ما ورد في المادة ٤٠ فقرة ٢ من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم ٥٩ لسنة ١٩٥٣ أنه: "لا يجوز تثبيت الزواج المعقود خارج المحكمة إلا بعد استيفاء هذه الإجراءات- معاملات الزواج الإدارية – على أنه إذا حصل ولد أو حمل ظاهر يثبت الزواج بدون هذه الإجراءات ولا يمنع ذلك من إيقاع العقوبة القانونية. وورد في المادة ٢٠٨ من قانون العقوبات القطري أنه: "كل من أجرى مراسيم زواج دون أن تكون لديه صلاحية إجرائها أو أجرى زواجاً من غير مراعاة لأحكام الشريعة التي تسري على هذا الزواج أو بالمخالفة لأحكام تلك الشريعة يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تزيد على ألف ريال أو بالعقوبتين معا". =

المطلب الرابع

القضاء ببطلان الزواج غير الموثق

هذا الإتجاه شاذ في القوانين العربية، ولم نعثر من تبنى الحكم بإبطال الزواج المنعقد خلافاً للإجراءات القانونية سوى مجلة الأحوال الشخصية التونسية، فبعد أن حصرت في البداية إثبات الزواج في الوثيقة الرسمية فلا يثبت بغيرها من وسائل الإثبات الشرعية بنصها في الفصل الرابع من الأحكام التي تتعلق بالزواج بأنه "لا يثبت الزواج إلا بحجة رسمية يضبطها قانون خاص"، وحددت بعد ذلك إجراءات استصدار هذه الحجة الرسمية والبيانات الواردة فيها في الفصل ٣١، بأنه: "يجب على العدول أن يوجهوا في ظرف شهر من تاريخ تحرير العقد إلى ضابط الحالة المدنية بمنطقتهم إعلام زواج مطابق للمثال الملحق بهذا القانون قبل أن يسلموا نسخة من عقد الزواج لمن يهمهم الأمر. وتعاقب كل مخالفة لأحكام الفقرة السابقة بخطية مقدارها عشرة آلاف فرنك".

ليأتي القانون في الفصل ٣٦ بحكم محدث يقضي فيه ببطلان الزواج المبرم خلافا لما سبقه من الأحكام الإدارية، ونصه كالآتي: "يعتبر الزواج المبرم خلافاً لأحكام الفصل ٣١ أعلاه باطلاً ويعاقب الزوجان زيادة على ذلك بالسجن مدة ثلاث أشهر.

وإذا وقعت تبعات جزائية بمقتضى أحكام الفقرة السابقة يقع البت بحكم واحد في الجريمة وإبطال الزواج.

وإذا استأنف أو استمر الزوجان على المعاشرة رغم التصريح بإبطال زواجهما يعاقبان بالسجن مدة ستة أشهر".

ورتب القانون على هذا الزواج المحكوم ببطلان جملة من الأحكام وتتمثل في ثبوت النسب، وجوب العدة على الزوجة وتبتدئ من تاريخ صدور الحكم، وموانع الزواج الناتجة عن المصاهرة[1].

= وورد في المادة ١٤ من القانون اليميني رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٢ أنه: "يجب على من يتولى صيغة العقد وعلى الزوج، وعلى ولي الزوجة أن يقيدوا ورقة عقد الزواج لدى الجهة المختصة في الدفتر المعد لذلك خلال أسبوع من تاريخ العقد و إلا عوقب كل منهم طبقا لما هو مقرر في القانون، وإذا قام أحد ممن تقدم ذكرهم الورقة سقط الالتزام عن الآخرين".

(١) الفصل ٣٦ مكرر من المجلة.

فهذه النصوص صريحة في عدم ثبوت الزواج إلا بوثيقة رسمية وبطلان ما عداها، ولا شك أن هذا مخالفة صريحة للشريعة الإسلامية.

المطلب الخامس

التدابير المقترحة للحد من الزواج غير الموثق

تم عرض وقف قوانين الأحوال الشخصية العربية اتجاه ظاهرة الزواج غير الموثق وبالنظر في كل واحدة منها على انفراد نجدها عاجزة وغير كافية في الحد من هذه الظاهرة، بل إن بعضها كان سبباً وعاملاً في انتشار وتزايد حالاته، ودعاوى إثبات الزوجية والمشاكل الناجمة عن ذلك والمعروضة على ساحات القضاء تثبت ذلك(١).

ومحاولة للحد من ظاهرة الزواج غير الموثق والتقليل من آثاره الخطيرة التي أصبحت تهدد الأسرة وأمن المجتمع نقترح بعض الحلول الموضوعية والتدابير الإجرائية، تتمثل فيما يأتي:

١- الحد من القيود المفروضة على الزواج، والتي تعج بها قوانين الأسرة، ومن أهمها تلك التي تتعلق بالشخص الذي يرغب في إضافة زوجة ثانية إلى عصمته، فاشتراط الإذن القضائي بالزواج الثاني، وموافقة الزوجة أو إخطارها بذلك، وحقها في طلب التطليق إن لم ترض بذلك، أو بحجة الضرر المعنوي الناجم عن الطلاق..(٢)، جميع هذه القيود يتوجب مراجعتها في ضوء أحكام الشريعة الغراء، ولا شك أن إلغاءها هو الذي يكفل التقليل من الزواج غير الموثق ويحد من زيجات الظلام، بزيجات تتم في النور وأمام الملأ(٣).

---

(١) إذ لازالت المحاكم الجزائرية تعالج مسألة إثبات الزواج المبرم في سنوات الخمسينات والستينات، فقد قضت محكمة وادي أرهيو – قسم الأحوال الشخصية – بإثبات زواج أبرم في سنة ١٩٦٣ (حكم رقم ٩٧/٣١٦ المؤرخ في ١٩٩٣/٨/١٧. شار اليه عند: حمليل صالح – المرجع السابق – ص ١٦٢.

(٢) يقول د. عبد الناصر توفيق العطار في هذا الشأن: "ونكتفي هنا بالإشارة إلى أن نظامنا القانوني أصبح بعد هذا النص متناقضا تناقضا غريبا، فقانون الأحوال الشخصية يعاقب الزوج الذي يوثق زواجه بوثيقة رسمية إذا أدلى ببيان غير صحيح عن أسماء زوجاته أو محال إقامتهن، بينما لا يعاقبه إذا عقد زواجه بعقد عرفي وأخفى هذا الزواج عن سائر زوجاته! وقانون العقوبات لا يعاقب الزوج إذا زنا بغير متزوجة يزيد عمرها على ثمانية عشرة عاما، طالما تم الزنا في مسكن غير مساكن زوجاته، بينما يعاقب قانون الأحوال الشخصية الزوج عندما يعقد بوثيقة رسمية زواجا أحله الله ورسوله وكافة علماء المسلمين، إذا أدلى ببيان غير صحيح عن أسماء زوجاته الأخريات بهدف أن تستمر المودة والرحمة بينه وبينهن، بعد أن شحن أنصار العصر والحضارة وتحرير المرأة ذهن زوجاته بالعداء لتعدد الزوجات! أليس عجيبا وغريبا أن نرى الحلال يضيق على الناس فيه والحرام يوسع على الناس فيه!!. الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥- ص ٢٢١.

(٣) نقل القاضي حامد الشريف- المرجع السابق- ص ١١ عن د. حمدي الأحمدي أبو النور – وزير الأوقاف =

٢- تقوية الوازع الديني والتوعية المستمرة والشرح لأهمية وأهداف العقد لحمل الأزواج على تسجيل زيجاتهم ومواجهتهم للضغوط الاجتماعية التي تضطرهم إلى عدم تسجيلها وبخاصة في أوساط النساء اللواتي قد تغرهن الوعود الكاذبة، فيقعن في حبائل من الكيد يندبن بعدها ما وقع لهن بكسب أيديهن(١)، على أن تبسط التوعية في الأحياء السكنية والأوساط الشعبية الواسعة وسكان القرى، وأجهزة الإعلام والمؤسسات التعليمية والجامعات والمنابر الثقافية المختلفة، من خلال الجمعيات النسائية والإجتماعية والعلمية ذات الصلة بقضايا الأسرة.

٣- تعديل القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ باشتراط حضور ولي الزوجة في مجلس العقد أخذا بمذهب الجمهور الذي يؤيده الدليل، وخاصة في هذا العصر، لما فيه من تحقيق للمصالح المشتركة للزوجين. يقول د. نصر فريد واصل - مفتي الديار المصرية سابقا – "واعتماد الزواج العرفي القائم هذه الأيام على أن المذهب الحنفي يعطي المرأة الحق في الزواج وحدها إذا كانت بالغة عاقلة وحدها قياسا على عقود البيع والشراء، وهذا لم يقل به جمهور الفقهاء، لأنهم جعلوا الولي وهو أن الزواج بعبارة الرجل – أي رجل مع رجل – ولا يصح بعبارة المرأة هو القول الراجح الذي يؤيده الدليل، وخاصة في هذا الزمان الذي فسدت فيه الذمم وأنكرت الحقوق المالية وغير المالية، والحقوق المتعلقة بالنسب.

وقد اعتمد البعض على مذهب الأحناف في التحايل على قانون الأحوال الشخصية(٢)، وتمت زيجات بطريقة عرفية اعتمادا على أن العقد العرفي هو عقد شرعي، وإن كان غير موثق أو غير قانوني، وقد كان ذلك في الأزمنة التي تحققت فيها الأمانة بين الناس في مثل هذه العقود، حيث

= المصرية سابقا – اقتراحه منشور في جريدة الأهرام بتاريخ ١٩٨١/١١/١ بفرض غرامة ضخمة يدفعها المتزوج عرفيا لزوجته الأولى التي تضار في هذا الزواج. ولا شك أن هذا يمثل قيدا جديدا على الزواج يضاف إلى القيود السابقة يؤدي في الأخير إلى ازدياد حالات الزواج العرفي.

(١) د. عمر سليمان الأشقر – المرجع السابق – ص ١٧٨.

(٢) ولا يعني هذا البته أن الملامة تقع على إمامنا أبي حنيفة وغيره من الأئمة - رضي الله عنهم – فنعوذ بالله أن نلوم أو نحط من قدر الأئمة الأربعة أو غيرهم من علماء السلف الأجلاء فهم علماؤنا وأئمتنا العظام نذكرهم بالذكر الحسن والثناء الجميل، وهم من هم، وقد ملأوا طباق الأرض علما وبنوا قاعدة علمية واسعة في كل العلوم الشرعية أعانت كل الباحثين والمجتهدين من بعدهم، وذللت لهم المصاعب، واختصرت لهم الجهد والوقت معاً، كما بذلوا - رحمهم الله – كل ما في وسعهم لبيان الحق من أحكام التشريع، ولا شك أن الباحث المسلم إنما يبحث عن الحق من كتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، ولا يهمه بعد ذلك إن وافق قول فلان أو فلان. جلال عبد السلام- المرجع السابق - ص ١١١. بتصرف يسير.

كانت لا تنكر ويتم الإشهاد عليها عند طلب الشهادة، إلا أن الأمر الآن قد تغير بعد أن ضعفت النفوس وقلّ الوازع الديني لدى غالبية الناس، وظهر كثير من المفاسد فيما يتعلق بإنكار الحقوق وإنكار النسب والافتئات على كثير من الناس، وخاصة بين الشباب.

لذلك أصبح الزواج العرفي اعتمادا على ما هو منسوب لمذهب أبو حنيفة غير مشروع الآن بناء على قول جمهور الفقهاء، لأن التشريع الإسلامي إنما جاء لتحقيق المصالح بما وافق الزمان والمكان، والمحافظة على الكليات الخمس التي هي ضرورية لقيام المجتمع الإسلامي في أي زمان وفي أي مكان، ولهذا فإن دار الإفتاء المصرية قد أصدرت فتوى بحرمة الزواج الذي يقوم بغير تحقيق أركانه وشروطه الشرعية التي قال بها جمهور الفقهاء، ومنها الولي"[1].

وإنما ذكرنا كلام فضيلة الشيخ - بطوله - لأن ما يثير العجب حقاً هو أن غالبية من تناولوا لقضية الزواج العرفي بالبحث أو المناقشة ومدى صحته قد أغفلوا الحديث عن حكم الزواج بغير ولي – وقد صحت النصوص ببطلانه – وهو إحدى أسباب انتشاره، إذ لا يعقل أن يرضى الرجل لموليته إلا بما يحفظ حقوقها ويصون عرضها، وما شرع التوثيق إلا لذلك، إذ حرم أولياء الأمور من حقهم في تزويج مولياتهم، جعل لهؤلاء حبلهم على غاربهم فتتزوج بغير موافقتهم سواء كان الزواج موثقا أو غير موثق.

٤- توحيد الفتوى في دور الإفتاء والهيئات العلمية والمجامع الفقهية بشأن تلك العلاقات الشائعة في أوساط المجتمع بكافة فئاته، وبخاصة من الشباب وبيان ما يعد منها زواجا، وما ليس بزواج.

٥- إخضاع الزواج لبعض الإجراءات الإدارية والتنظيمية والتي تكفل فيها الأعراف والضوابط الاجتماعية من جهة، وتكفل حماية حقوق ومصالح الزوجين، ومن ذلك ففي الحالات التي يتم فيها الزواج بالمساجد وبحضور إمام[2]، يتعين إلزام هذا الأخير بإمساك سجل رسمي مرقم ومؤشر عليه من طرف المحكمة، يسجل فيه العاقد عند حضوره لمجلس العقد كافة المعلومات والبيانات اللازمة لتوثيقه العقد، مع توقيع الزوج والزوجة ووليها والشهود، ثم يرسل ذلك إلى ضابط الحالة المدنية، ويخضع إمام المسجد في ذلك كله لرقابة وإشراف من طرف رئيس المحكمة، فإذا أهمل تسجيل

---

(١) نقلا عن حسن حسن منصور- المرجع السابق - ص ١٧٣ وما بعدها.

(٢) وغالبية الزيجات في الجزائر تتم في المساجد، فبعضها يتم توثيقه من أصحابه قبل الدخول بالزوجة، أو بعدها بقليل، وبعضها الآخر يكتفى فيه بصحته شرعا دون توثيقه.

العقد وإرسال نسخة منه إلى ضابط الحالة المدنية تعرض إلى عقوبة تعزيرية[1]. على أن يكون تحديد إختصاص الإمام - في ذلك - بمحل إقامة الزوجين، وفي حالة اختلاف محل إقامة الزوجين، فيكون التحديد بمحل إقامة الزوجة، على أنه يمكن لأطراف العقد أن يختاروا العقد أمام مسجد آخر، لكن يشترط لقيام هذا الأخير بذلك، أن تقدم له شهادة من رئيس المحكمة المقيمة في دائرتها الزوجة بعدم وجود مانع شرعي أو قانوني. ولا بأس من الإستفادة في الجزائر من نظام المأذونين المعمول به في مصر، حيث تمنح لأئمة المساجد صفة المأذون في عقد زيجات يعتد بصحتها شرعا ويمكن الإحتجاج بها قانونا.

٦- إخضاع حفل الزفاف وإقامة الوليمة إلى رخصة مسبقة يمنحها رئيس البلدية أو مسؤول بالمنطقة، ولا يتم تسليمها إلا بعد الإطلاع على نسخة من عقد الزواج أو على الدفتر العائلي، مع الإشارة إلى رقم وتاريخ أحد هذين المستندين في صلب العقد.

٧- تسجيل عقود الزواج فور انعقادها ومنح أجل معقول لذلك وليكن أسبوع بعد الدخول على الأكثر وفي حالة مخالفة هذا الحكم تترتب عقوبات مالية وبدنية على المخالفين من الزوجين والشهود العاقدين ومع ذلك يبقى تسجيل الزواج بأمر المحكمة مفتوحاً للزوجين أو لمن له مصلحة بعد وفاتهما أو وفاة أحدهما كحالة استثنائية دون المساس بالعقوبات.

---

(١) د. عبد العزيز سعد – نظام الحالة المدنية في الجزائر – ص ١٦١.

الباب الثاني

النظام الشرعي والقانوني للإثبات في إنهاء الرابطة الزوجية وعودتها

ونبحث فيه مسائل ثلاث في ثلاثة فصول، على النحو الآتي:

الفصل الأول: إثبات الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون .

الفصل الثاني: إثبات الرجعة.

الفصل الثالث: إثبات موجب التفريق بين الزوجين .

الفصل الأول

إثبات الطلاق في الفقه الإسلامي والقانون

يعد الطلاق أحد أنواع الطرق التي تترتب على إنهاء الرابطة الزوجية، وهو أمر جعله الشارع الحكيم كعلاج أخير للخلافات الزوجية، فحيث لم ينفع الإمساك بمعروف لزم أن يكون التفريق بإحسان، والطلاق شأنه في ذلك شأن جميع الوقائع: قد تكون محلا للنزاع بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الآخر بإنكاره أصلا، أو بالإقرار بحصوله والاختلاف في نوعه وعدده، وقد شرّعت لذلك وسائل إثبات تتفق في مجملها مع ما ذكرنا من أحكام لإثبات الزواج، مع اختلافها عنها في بعض المسائل والجزئيات مراعاة لطبيعة وخصوصية الطلاق.

ويعد الإشهاد على الطلاق أحد أهم المسائل المتعلقة بإثبات الطلاق، وقد اختلف الفقهاء قديما وحديثا فيه، هل هو شرط لصحة وقوعه، أم ليس بشرط وإنما هو للندب فقط. كما تباينت قوانين أحكام الأسرة في تنظيمها لأحكام إثبات الطلاق بين السكوت عن ذلك، وتركه من ثم لأحكام الفقه الإسلامي، وبين اشتراط تسجيله في المحكمة والدوائر الرسمية للاعتداد به حسما للمنازعات بشأنه.

ومن المسائل المستحدثة الناجمة عن استخدام وسائل الاتصال الحديثة هو إثبات الطلاق الواقع عن طريق وسائل الإتصال الفورية، كالرسائل الإلكترونية، والرسائل عبر المحمول، ونحو ذلك من نتائج ثورة الإتصالات الحديثة.

وقد قسمنا ما مضى إجماله في مباحث ثلاثة على النحو الآتي:

المبحث الأول: حالات التنازع في الطلاق حكمها وأدلة إثباتها.

المبحث الثاني: الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي وإجراءات توثيقه في القانون المصري وموقف القانون الجزائري .

المبحث الثالث: وسائل الإتصال الحديثة وحجيتها في إثبات الطلاق.

المبحث الأول

حالات التنازع في الطلاق حكمها وأدلة إثباتها

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: حالات التنازع في الطلاق وحكمها.

المطلب الثاني : أدلة إثبات الطلاق.

المطلب الأول

حالات التنازع في الطلاق وحكمها

يمكن حصر التنازع في دعاوى إثبات الطلاق في حالتين:

الحالة الأولى: التنازع حول حصول الطلاق أو عدمه.

الحالة الثانية: التنازع حول نوع الطلاق وطبيعته.

الفرع الأول: التنازع حول حصول الطلاق أو عدمه

إذا اختلف الزوجان فادعت المرأة أن زوجها طلقها وأنكر الزوج، فالقول قوله مع يمينه بالإتفاق[1]، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق، والقاعدة أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر، فتكلف الزوجة بإقامة البينة على دعواها، لادعائها خلاف الأصل والظاهر، وليس على الزوج سوى اليمين في دفع الدعوى.

---

(١) روضة القضاة - ج٣ ص ٩٨٦. تكملة المجموع - ج١٦ ص ١٨، كشاف القناع – ج٥ ص ٣٣٧. المغني – ج ٨ ص ٤٣٩. وجاء في المادة ٧٠ من قانون الأحوال الشخصية اليمني رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٢ أنه " إذا اختلف الزوجان على وقوع الطلاق في وقت مضى فالقول لمنكر وقوعه".

وإذا ادعى الزوج تعليق الطلاق بشرط، أو صفة معينة، أو قرنت صيغته بزمن مستقبل[1]، وادعت المرأة الإرسال، فالقول له، لأن الظاهر شاهد له وهو بقاء الزوجية، والمرأة تدعي خلاف الظاهر، فعليها أن تقيم بينة على دعواها.

---

(١) ينقسم الطلاق باعتبار صيغته إلى ثلاثة أنواع:

أ- **الطلاق المنجز:** وهو ما خلت صيغته من الإضافة إلى وقت والتعليق على شرط، وقصد صاحبه وقوعه في الحال، كقول الرجل لامرأته: أنت طالق أو مطلقة... وحكم هذا النوع أنه متى وقع ممن هو أهل لإيقاعه وصادف محلا لوقوعه وقع وترتبت عليه جميع آثاره على الفور.

ب- **الطلاق المضاف:** وهو ما اقترنت صيغته بزمن مستقبل، يقصد المطلق إيقاع الطلاق عند حلول الزمن المضاف إليه، كقول الرجل لزوجته: أنت طالق بعد غد، وحكم هذا النوع أنه لا يقع في الحال، بل يقع بمجيء الزمن الذي أضيف إليه، وتكون المرأة قبله زوجة إلى حلول الوقت، ويشترط لوقوعه أن تكون الزوجة أهلا لإيقاع الطلاق في الحال، وأن تكون الزوجة عند حلول الوقت المعين لا تزال محلا لوقوع الطلاق عليها حقيقة أو حكما.

ج- **الطلاق المعلق:** وهو ما رتب وقوعه على حصول أمر في المستقبل يحتمل الوقوع وعدمه بأداة من أدوات الشرط، مثل:إن،وإذا،ومتى، ونحوها. كأن يقول الرجل لزوجته:"إذا دخلت دار فلان فأنت طالق".

والتعليق نوعان: لفظي ومعنوي:-

فالتعليق اللفظي: هو الذي تذكر فيه أداة الشرط صراحة مثل إن وإذا، أما التعليق المعنوي: فهو الذي لا تذكر فيه أداة الشرط صراحة وتكون موجودة من حيث المعنى، كقول الزوج:عليَّ الطلاق لأفعلن كذا، أو ولا أفعل كذا، وهو في الأصل أيمان، وإنما سمي طلاقا مجازا إذ قصد الزوج هو تقوية عزيمته على إتيان أمر معين أو تركه، فيحلف بالطلاق بدلا من الحلف بالله تعالى. ويشترط لصحة التعليق أن يكون الشرط المعلق عليه يحتمل الوجود وعدمه، فلو كان التعليق موجودا بالفعل لا يكون تعليقا وإنما يكون تنجيزا، وأن لا يكون المعلق عليه أمرا مستحيلا عادة كقوله لها إن دخل الجمل في سم الخياط فأنت، طالق ومنه التعليق بمشيئة الله لأن التعليق لا يصح واليمين لغو؛ لأن الوقوف على مشيئة الله غير ممكن، وهو قول الجمهور خلافا للحنابلة. كما يشترط لصحة التعليق أن تكون المرأة محلا لوقوع الطلاق حقيقة أو حكما، وإلا فلا يقع لعدم مصادفته محلا وما بني على باطل فهو باطل، ويشترط أيضا في التعليق أن يكون الزوج أهلا لوقوع الطلاق لا وقت حصول الشرط المعلق عليه. ويشترط أخيرا أن يكون التعليق متصلا بالكلام، ولا يقصد به المجازاة، فإذا لم يتصل التعليق بالكلام لغا التعليق ووقع الطلاق منجزا، وإذا قصد بالتعليق المجازاة وقع الطلاق منجزا وترتب عليه أثره في الحال.

وفيما يتعلق بحكم الطلاق المعلق فقد اختلف الفقهاء إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: هو وقع الطلاق متى وجد المعلق عليه، وهو قول فقهاء المذاهب الأربعة.

القول الثاني: أنه لا يقع سواء أكان على وجه اليمين وهو ما قصد به الحث على فعل شيء أو تركه أو تأكد الخبر، أو لم يكن على وجه اليمين، وهو ما قصد به وقوع الطلاق من حصول المعلق عليه، وهو قول الظاهرية ، وبعض الشافعية.

القول الثالث: إن التعليق إذا كان في معنى اليمين بالحث على الفعل أو المنع أو تأكيد الخبر لا يقع به طلاق ويكون حكمه حكم اليمين الشرعية، أما التعليق الذي يقصد به إيقاع الطلاق بأن كان شرطيا أو على غير وجه اليمين، فمتى حصل المعلق عليه، يقع الطلاق بحصوله، وهو قول ابن تيمية وتلميذه ابن القيم. =

والحكم نفسه فيما لو اتفقا على تعليق الطلاق واختلفا في وجود الصفة المعلق عليها، وكانت مما يمكن إقامة البينة عليها، فادعا أحدهما تحققها، وأنكرها الآخر، فالبينة على المدعي ولو حلف اليمين. واستثنى الفقهاء من ذلك حالتين[1]:

الأولى: إذا علق الزوج طلاقها على الحيض: بأن قال لها إن حضت فأنت طالق فالقول قولها، لأنهاأعرف بحالها من غيرها، فتصدق في كلامها، ولتعذر إثبات تلك الصفة التي لا تعلم إلا من جهتها[2]، حتى وإن شوهد الدم، لجواز أن يكون دم استحاضة[3].

الثانية:إذا علق الزوج طلاقها على حملها، بأن قال لها: إن كنت حاملا فأنت طالق، فالقول للزوجة إذا دعته، لأنها مؤتمنة في رحمها حيضا وطهرا، أو حملا[4]، ومثله أيضا ما لو علق

= والقول الثالث هو المعمول به قضاء وفقا لنص المادة ٢ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي ورد النص فيها على أنه: "لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شيء أو تركه لا غير". هو ما ذهبت إليه قوانين عربية أخرى كالقانون السوري في المادة ٩٠ والقانون الأردني في المادتين ٩٢، ٩٦. ومعنى هذه النصوص هو تقسيم التعليق إلى قسمين:

الأول: إذا قصد الزوج ربط الطلاق بحادثة معينة أو شرط معين بحيث لو وقعت تلك الحادثة أو تحقق الشرط وقع الطلاق إذا كان قاصدا إليه.

الثاني: إذا لم يقصد الزوج ربط الطلاق بفعل أو قول قصدا حقيقيا صحيحا بل قصد به إما الحمل على فعل شيء أو قول، أو المنع منها، ففي هذه الصور وأمثالها لا يقع الطلاق.

لمزيد من التفصيل راجع: فتح القدير- ج٤ ص ٧٦. القوانين الفقهية- ص ٢٣١. بداية المجتهد- ج٢ ص ٤. المهذب ج٢ – ص ٩٣. مغني المحتاج- ج٣ ص ٢١٤، المغني- ج٧ ص ١٧٨. إعلام الموقعين- ج٣ ص ٦٦. مجموع فتاوى ابن تيمية- ج ٣ ص ٢٠٠. المحلى- ج١٠ ص٢٥٨. د.أحمد فراج- أحكام الأسرة- ص ٨٧ وما بعدها. د. رمضان الشرنباصي– أحكام الأسرة -ص ٣٧ وما بعدها. د. بلحاج العربي – المرجع السابق - ص ٢٥٤، ٢٥٥.

(١) روضة القضاة– ج٣ ص ٩٨٦. ابن نجيم– الأشباه والنظائر- ص ١٨١. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير – ج٢ ص ٤٠١. مغني المحتاج – ج٣ ص ٣٢٢. روضة الطالبين – ج٦ ص ١٣٧. الجويني- الجمع والفرق- ج٣ ص ١٣٤. كشاف القناع – ج٥ ص ٣٣٧. الإقناع - ج٤ ص ٦٣.

(٢) ويلحق بذلك ما لو علق طلاقها بفعلها القلبي، وكل ما لا يعرف إلا منها كقوله: إن أضمرت بغضي فأنت طالق، فقالت: أضمرته، تصدق بيمينها ولو كاذبة. ويستثنى من ذلك ما إذا قال: إن سررتك فأنت طالق، فضربها، فقالت: سررت، لم يقع . جواهر الإكليل – ج١ ص ٣٥٥. روضة الطالبين – ج٦ ص ١٣٧. كشاف القناع – ج٥ ص ٢١٣.

(٣) فإن كانت طاهرا طلقت في الحيضة المقبلة، أما إن كانت حائض فلا يقع في الحال، لأنه طلاق بدعة، وإنما تنتظر إذا طهرت طلقت . المغني – ج٨ ص ٢٤٥.

(٤) مذهب الشافعية أن الحمل إذا كان ظاهرا وقع، و إلا فلا، والمراد بظهور الحمل أن تدعيه الزوجة ويصدقها الزوج على ذلك، أو يشهد به رجلان بقول أربع نسوة، لأن شهادتهن يثبت بها الولادة، ولا يثبت بها الطلاق المعلق على الولادة. مغني المحتاج – ج ٣ ص ٣١٩.

طلاقها على الولادة، فقالت: ولدت وكذبها الزوج، فالقول قولها[1] بلا يمين[2]، لأنها مؤتمنة في رحمها، وما يخفي فيه من أوصاف، لأن الله تعالى جعل النساء مؤتمنات في ذلك، وحرجهن بالكتمان بقوله تعالى (ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن)[3]، فلولا أن قولها مقبول فيه ما حُرِّم عليها كتمانه.

أما إن علق طلاق غيرها على حيضها بأن قال: إن حضت فضرتك طالق، فقالت: حضت، فإن صدقها طلقت ضرّتها، وإن كذبها لم تطلق، لأن قولها يقبل على الزوج في حقها ولا يقبل على غيرها إلا بتصديق الزوج، كالمودع يقبل قوله في رد الوديعة على المودع، ولا يقبل في الرَدّ على غيره[4].

والفرق بين هذه الحالة وبين الحالة الأولى من الاستثناء ظاهر، إذ الأولى كان الحق للمرأة فحلفت على إثبات حق نفسها، في حين أن الحق هنا لضرتها، والقاعدة أن الإنسان لا يحلف لإثبات الحق لغيره، كما أن طلاق ضرّتها بوجود حيضها هو حكم يعدوها، وهي غير مقبولة القول في طلاق ضرّتها بحيضها، في حين أو وقوع طلاقها بحيضها هو حكم بين الزوجين لا يعدوهما[5].

وإن قالت الضرّة: قد حاضت، وأنكر الزوج ذلك، فالقول قوله مع يمينه، لأنه هو والضرة سواء في الجهل بحيضة الزوجة الأخرى، ولكن كان الظاهر لصالح الزوج، وهو بقاء الزوجية، فامتاز بذلك عنها، لذلك قُبل قوله، فيحلف ما يعلم أنها حاضت، فهو يحلف على نفي فعل غيره.

وإذا قال لهما إن حضتما فأنتما طالقتان، فادعتا الحيضة وصدقهما الزوج فيه طلقتا لوجود الصفة المعلق عليها باعترافه، وإن كذبهما فيما زعمتاه صدق بيمينه ولم يقع طلاق واحدة منهما،

---

(١) وعند الشافعية في هذه الحالة قولان: قول أول موافق لقول الجمهور، وقول آخر – وقيل هو الأصح – أن القول قول الزوج لإمكان إقامة البينة على الولادة بخلاف الحيضة، أو أن يكون الولد مستعارا مثلا. واشترط الحنابلة للقضاء بقولها في هذه الحالة أن يكون الزوج قد أقرَّ من قبل أمام القضاء، أوأمام أصحابه بالحمل، ولها أن تطالبة بالبينة كسائر الصفات. روضة الطالبين – نفس الموضع. مغني المحتاج – ج٢ ص ٣٢٢. الإقناع – ج٤ ص ٦٣. كشاف القناع – ج٥ ص ٣٣٧.

(٢) وقيل إنها تصدق في ذلك كله بيمينها إن أكذبها الزواج، وإن صدقها فلا تحلف، والصواب ما أثبتناه في المتن، لأنه يقبل قول الإنسان فيما لا يعلم إلا من جهته بلا يمين.

(٣) سورة البقرة – آية ٢٢٨. وقيل أن المراد به الحيض، وقيل الحمل، وقيل كلاهما. الشوكاني- فتح القدير- ج١ ص٢٣٦. تفسير الطبري- ج٢ ص٤٤٦.

(٤) روضة الطالبين- ج٦ ص ١٣٧. الجمع والفرق- ج٣ ص ١٣٤. مغني المحتاج- ج٣ ص ٣٢٢. أما لو قال: إذا حضت فأنت وضرّتك طالقان، فقالت: حضت وكذبها، فحلفت طلقت ولم تطلق الضرّة على الصحيح.

(٥) ولهذه المسألة أصل كبير وهام وهو أن الشخص لا يعتد بقوله إذا بني عليه حكم يعدوه إلى غيره، ولهذا الأصل تطبيقات كثيرة . مغني المحتاج ج ٤ – ص ٥١٥. نهاية المحتاج – ج ٨ ص ٤٠٣، ٤٠٤.

لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين حيضها وحيضة صاحبتها، وذكر أنه لا يقبل قول واحدة منهما إلا في حيضها في حق نفسها دون صاحبتها، لأنه حكم يعدوهما، فلم يتحقق الشرطان.

وإن صدّق إحداهما وكذب الأخرى طلقت المكذبة، ولم تطلق المصدّقة، لأن المكذبة في طلاق نفسها مصدقة ومقبولة القول في حق نفسها بالإخبار عن حيضها، والزوج قد صدّق الأخرى فاجتمع في حق المكذبة صدق المرأتين بعلمهن فوجد الشرطان في طلاقها.

وأما المصدّقة فوقوع طلاقها يتعلق بالحيضتين، فوجدت الصفة في حقها وهي اجتماع حيضها، ولم توجد الصفة الأخرى المكذبة، لأن قولها غير مقبول على الزوج في حق الضرّة، فلم يجتمع في طلاق المصدّقة صدق المرأتين، وإنما حصل صدق إحداهما، فلم تطلق[1].

أما إذا أقر الزوج بصدور ألفاظ الطلاق المعلق منه، أو أنكر ذلك وأقامت الزوجة البينة على صدورها منه، ثم اختلف الزوجان في قصد الزوج، فادعت الزوجة أن الزوج قصد بتلك الألفاظ إيقاع الطلاق عند تحقق الشرط، بينما ادعى الزوج أنه لم يقصد إيقاع الطلاق، وإنما قصد حملها على فعل شيء مثلا، فالجاري به قضاء بموجب المادة ٢ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المأخوذ برأي ابن تيمية ومن وافقه، فيرجع في ذلك إلى قصد المتكلم، وتفسير قصده مرجعه فيه إليه، فيكون القول في هذا القصد قول الزوج بيمينه، فإن حلف اليمين على أنه لم يقصد الطلاق وإنما قصد حملها على فعل شيء فلا يقع وإن نكل عن اليمين وقع الطلاق، لأن النكول عن اليمين إقرار بدعوى الخصم في قول الصاحبين المفتى به[2]. هذا إذا لم تكن هناك قرائن حالة مشاهدة دالة على قصد الزوج، أما إذا وجدت القرائن التي توضح هذا القصد وتدل عليه فيقضي بها، ومثال ذلك: إذا كان المتظلم بالطلاق المعلق بصدد مساومة على بيع، فذلك يدل على أن الزوج لا يقصد به الطلاق.

---

(١) وفصّل الشافعية في تعليق طلاق المرأة على حيض الضرة أو حيضهما معا، ومن يصدق في ذلك، ففرعوا لكلامهم أمثلة أخرى، منها ما إذا كان للزوج أربع نسوة فقال لهن: إن حضتن فأنتن طوالق، فقد علق طلاق كل واحدة منهن بأربع شرائط، وهي حيضة الأربع، فإن قلن حضنا وصدقهن طلقن لوجود الصفة في حقهن كلهن، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن، وإن صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لعدم وجود الشرط، وإن صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبة، ولا تطلق المصدقات لما ذكرنا من التعليل.

ومثله أيضا إن قال لهن: أيتكن حاضت فصواحبها طوالق، وأيضا لو كان تحته ثلاث نسوة، فكذبهن أو كذب ثنتين لم تطلق واحدة منهن، وإن كذب واحدة فقط طلقت دون غيرها. روضة الطالبين – ج٦ ص ١٣٧. الجمع والفرق – ج ٣ ص ١٣٥.

(٢) محمد أبو زهرة- المرجع السابق - ص ٣١. عمر عبد الله – المرجع السابق – ص ٤٦٠. د. أحمد فراج حسين- أحكام الأسرة في الإسلام- دار الجامعة الجديدة- ٢٠٠٤- ص٩١. د. رمضان علي الشرنباصي- أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية- ص ٤٢، ٤٣. محمد عزمي البكري – المرجع السابق – ص ٩٠.

أما إذا كانت المرأة هي التي سألت زوجها الطلاق، فقال لها: إن أبرأتني من مؤخر الصداق والنفقة فأنت طالق، فأبرأته، فإن هذا الطلاق لا يقصد به التخويف ولا الحمل على فعل شيء أو تركه، وإنما قصد به الطلاق فيقع(١).

وإن خَيّرها ثم اختلفا، فقالت المرأة: اخترت، وقال الزوج: لم تختر، فالقول هنا كسابقيه قول الزوج مع يمينه، فيحلف ما يعلم أنها اختارت، لأنه يحلف على نفي فعل غيره(٢).

وإن اتفقا على حصول الطلاق، وأقر الزوج أنها اختارت نفسها واختلفا في النية، فهل القول للزوج أم للزوجة؟

الصحيح في هذه المسألة أن القول للمرأة، لتعذر إقامة البينة على النية، لأن محلها القلب، وهذا بخلاف الاختيار الذي يمكن إقامة البينة عليه(٣).

---

(١) وفي هذا قضت محكمة استئناف المنصورة بتاريخ ١٩٦٤/٦/٢٥ بأنه "في تطبيق حكم المادة الثانية من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ يرجع إلى قصد الزواج وتفسير قصده مرجعه فيه إليه، وبيان النية متروك شرعا للحالف يتحمل وحده نتيجته عند ربه، لأن الطلاق حق من حقوق الله وأن للمقر بحق من حقوق الله الصرف أن يرجع ولا يؤاخذ بإقراره وذلك يورث شبهة، وكل هذا لم تكن قرينة حالة مشاهدة على قصده من الطلاق، لأن قصد اليمين يكون واضحا من قرائن الأحوال من غير حاجة إلى التفسير".

(٢) وأيضا لو اختلف الزوجان بعد البلوغ في اختيار الفرقة، فقالت اخترت الفرقة حين أدركت، وقال الزوج: لم تختر، فالقول قول الزوج. روضة القضاة- ج ٢ ص ٨٥٩.

(٣) تكملة المجموع - ج١٦ ص ١٨. المغني-ج٨ ص ٤٦٤ ومما جاء فيه بعد ذكره للألفاظ الصريحة في الطلاق أنه: إذا قال طلقتك أو أنت طالق أو مطلقة وقع الطلاق من غير نية، وإن قال فارقتك أو أنت مفارقة أو سرحتك.. فمن يراه صريحا أو وقع به الطلاق من غير نية، ومن لم يره صريحا لم يوقعه به إلا أن ينويه، وإن قال أردت بقولي فارقتك بجسمي أو بقلبي أو بمذهبي، أو سرحتك من يدي أو شغلي أو من حبسي، أو سرحت شعرك، قبل قوله، وإن قال: أردت قولي أنت طالق أي من وثاقي، أو قال أردت أن أقول طلبتك فسبق لساني فقلت طلقتك ونحو ذلك دين فيما بينه وبين الله تعالى، فمتى علم من نفسه ذلك لم يقع عليه فيما بينه وبين ربه.

فإذا أتى بصريح الطلاق لزمه نواه أو لم ينوه، لأنه لا يحتاج إلى نية، بل يقع من غير قصد ولا خلاف في ذلك، ولأن ما يعتبر به القول يكتفى فيه به من غير النية إذا كان صريحا فيه كالبيع وسواء قصد المزح أو الجد لقول النبي صلى الله عليه وسلم "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة". قال ابن المنذر: أجمع كل من أحفظ عنه من أهل العلم على أن جد الطلاق وهزله سواء. فأما لفظ الفراق والسراح فينبني على الخلاف فيه، فمن جعله صريحا أوقع به الطلاق من غير نية ومن لم يجعله صريحا لم يوقع به الطلاق حتى ينويه ويكون بمنزلة الكنايات الخفية. أنظر: مغني المحتاج- ج٣ص ٢٨٩. تكملة المجموع- ج١٥ص ٣٨٧. ويستثنى من هذا طلاق العجمي إن كان لا يفهم معناه، فيصدق في نفيه لدعوى الطلاق، ولا تصدق زوجته إلا إذا قال العربي لامرأته كالأعجمي: أنت طالقة وهو لا يعلم معناها، صدق في إنكاره. أنظر في ذلك: عثمان المالكي – سراج السالك شرح أسهل المسالك – شركة ومكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر– ط١ – ١٣٨٣هـ ١٩٦٣م– ج٢ – ص ٧٢. الشاذلي– كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيراواني– مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر– ١٣٥٧هـ ١٩٣٨م– ج٢– ص٦٣. تكملة المجموع– نفس الموضع. مغني المحتاج– نفس الموضع. المغني– ج٨ ص٢٨٠. الإقناع– ج٤ ص١١.

وإذا نظر رجل إلى امرأته وأخرى أجنبية، فقال: إحداكما طالق، أو كان اسم زوجته زينب، وقال زينب طالق، وقال: إنما أردت أجنبية، أو أجنبية اسمها زينب، أو قال لحماته: ابنتك طالق، ولها بنت سوى امرأته، فقال أردت ابنتك الأخرى.

ذهب الشافعية[1] والحنابلة[2] إلى وقوع طلاقه، وإن قال غير ذلك لم يصدق، بأن ادعى أنه قصد امرأة أخرى غير زوجته يتفق معها في الاسم لأنه لا يملك طلاق غير زوجته، فهي المحل الوحيد للطلاق، فصار بذلك اللفظ في زوجته أظهر وأبين لدلالة الحال، فلا يقبل خلافه وهو لغو، لأنه فسر كلامه بما لا يحتمله.

وذهب الحنفية، ومعهم أبو ثور[3] إلى قبول قول الزوج في جميع الحالات المذكورة، لأنه فسّر كلامه بما يحتمله.

أما إن كان الزوج هو المدعي بالطلاق فتقبل دعواه من غير بينة ولو أنكرته الزوجة لإمكانه من إنشائه ابتداء، ما لم يسنده إلى زمن فلا يقبل قوله إلا ببينة.

الفرع الثاني: التنازع حول نوع الطلاق وطبيعته

إذا اتفق الزوجان على وقوع الطلاق واختلفا في عدده، فادعت المرأة أنه طلقها ثلاثا، وقال الزوج بل طلقتها واحدة أو اثنتين ولا بينة للزوجة، فالقول قول الزوج، لأن الأصل عدم ما زاد ما أقر به[4].

وإذا اختلفت النية مع اللفظ[5]، فالعبرة باللفظ، ومثال ذلك إذا قال الرجل لزوجته: أنت

---

(١) مغني المحتاج – ج٣ ص ٢٩٢. روضة الطالبين – ج٦ ص ٣٥.

(٢) المغني – ج٨ ص ٢٨٠.

(٣) المغني – ج٨ ص ٢٨١.

(٤) تكملة المجموع – ج ١٦ ص ١٨. الإقناع- ج ٤ ص ٦٣. كشاف القناع- ج ٥ ص ٣٣٧. المغني- ج ٨ ص٤٢٩.

وهل يستحلف في ذلك أم لا؟ راجع ما ذكرناه ص ١٤٦ وما بعدها من الرسالة وما رجحناه من الأقوال. وقد قررت محكمة الإستئناف الشرعية الأردنية أن: "الزوج إذا أقر بأنه طلق زوجته واحدة، وعجزت عن إثبات الطلاق الثلاث، ونكل عن حلف اليمين تبين الزوجة بينونة كبرى". قرار رقم ٥٧٠٧. محمد حمزة العريي- المرجع السابق- ص١٣٦. وقنن الحكم الفقهي قا.أ.ش اليمني في المادة ٧٠، ونصها:"إذا اتفق الزوجان على وقوع الطلاق واختلفا على كونه رجعيا أو باننا، فالقول لمنكر البائن إلا أن يكون الزوج مقرا بأنه طلقها ثلاث فالقول قوله".

(٥) والألفاظ التي يقع بها الطلاق (الصيغة) نوعان: صريح وكناية:

فالصريح: هو ما دل وضعه اللغوي على الطلاق ولا يحتاج إلى نية، كالطلاق والفراق والسراح، وأنت طالق ومطلقة، ويا طالق، ونحوهما مما يفيد معنى الطلاق صراحة ولم يعتبر الأحناف والحنابلة من صريح الطلاق =

طالق ثلاثا[1]، وادّعى أنه نوى بذلك واحدة وقع الطلاق ثلاثا بلا خلاف، لأن اللفظ صريح وقاطع في الثلاث، ولا يعمل بالنية، لأنها أضعف منه، فلا يعارض الصريح من اللفظ بالضعيف، كما لا يعارض النص القياس، وإنما يعمل بالنية في صرف اللفظ إلى بعض محتملاته[2].

أما إذا قال لزوجته: أنت طالق واحدة، ونوى اثنتين أو ثلاث، وادعت عليه الزوجة أنه نوى الثلاث لم يقع إلا واحدة، لأنها ادعت خلاف الظاهر، والظاهر هنا هو اللفظ الذي لا يحتمل أكثر من طلقة واحدة، فإذا نوى ثلاثا فقد نوى ما لا يحتمله لفظه، فلا يلزمه. ولو أوقعناه لكان إيقاع طلاق بالنية من غير لفظ، وهذا لا يصح، وهو مذهب الحنفية[3]، والشافعية في المعتمد[4]،

= إلا لفظ الطلاق وما يشتق منه دون غيره، وتوقف الشافعية عندها، وزاد المالكية أنت حرام البتة، البتلة، والبائن، والخلية، والبرية، حبلك على غاربك، غير أن بعضها عندهم آكد من بعض.

أما كناياته: فهو ما ليس موضوعا للطلاق لغة، لكن يحسن استعماله فيه مجازا لوجود العلاقة القريبة بينهما، كأنت خلية، وبرية وبتة وبتلة، وبائن وأنت حرام، واستبرئي رحمك الله، إلحقي بأهلك، حبلك على غاربك، أغربي عني، دعيني، ونحوها. وما اعتبره الفقهاء طلاقا صريحا كان وراءه كناية. بدائع الصنائع – ج٤ ص ١٨٠٣. المبسوط – ج٦ ص ٧٠. الرسالة الفقهية – ص ٢٠٢. الفروق – ج٣ ص ٢٧١، ٢٧٢. عيون المجالس – ج٣ ص ١٢١٨. روضة الطالبين – ج٣ ص ٢٣، مغني المحتاج – ج٣ ص ٢٨٠. المغني – ج٨ ص ٢٧١، ٢٧٤. الفروع- ج٩ ص ٣٧.

(١) اختلف الفقهاء في حكم كناية الطلاق، فذهب الحنفية إلى أنه لا يقع به الطلاق إلا بالنية أو بدلالة الحال، ومعنى ذلك أنه إذا تبين من دلالة الحال معنى الطلاق، يقع من غير حاجة إلى النية، لأن دلالة الحال تكفي في إرادة الطلاق، فإن الطلاق لا يقع بلفظ الكناية. وعند أبي حنيفة وصاحبيه أن كل ألفاظ الكناية بوائن إلا اعتدي واستبرئي وأنت واحدة، وقال زفر: الكل بوائن، في حين ذهب المالكية والشافعية إلى أن ألفاظ الكناية لا يقع بها الطلاق إلا بالنية، ولا عبرة بدلالة الحال، لعدم وضع تلك الألفاظ للدلالة على تلك الحقيقة الشرعية، ولم يدل العرف عليها، فلا يقع بها الطلاق إلا بالنية.

وقد عدل القانون المصري عن المذهب الحنفي وأخذ بمذهب مالك والشافعي حيث نص في المادة (٤) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أن: "كنايات الطلاق - وهي تحتمل الطلاق وغيره - لا يقع بها الطلاق إلا بالنية"، فإذا اتفق الزوجان على صدور لفظ من ألفاظ الكناية، وأنكر الزوج إرادة الطلاق، فالقول قوله بيمينه، فيحلف أنه ما أراد بهذا اللفظ الطلاق، فإذا حلف رفضت دعواها، وإن نكل عن اليمين حكم لها بطلاقها منه، لأن النكول عن اليمين إقرار بالدعوى عملا بقول الصاحبين.

ونشير إلى أن الكناية هنا ما كان كناية في مذهب أبي حنيفة لا في مذهب الشافعي أو مالك، انظر في ذلك: روضة القضاة – ج٣ ص ٩٧٢. المبسوط – ج٦ ص ٦٠. الهداية – ج١ ص ٢٥١. الفروق – ج٣ ص ٢٧١. عيون المجالس – نفس الموضع. القوانين الفقهية – ص ٢٣١. الشرح الكبير مع حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٣٧٩. الكافي لابن عبد البر – ص ٢٦٤. بدائع الصنائع – ج٤ ص ٢٧١، ٢٧٤. الإنصاف – ج٨ ص ٤٦٢. المحرر – ج٢ ص ٥٣. د. أحمد فراج- أحكام الأسرة في الإسلام- ص ٥٧، ٥٨.

(٢) وحكى الخطابي الإجماع في ذلك. مغني المحتاج – ج٣ ص ٢٨٠. جاء في المغني – ج٨ ص ٤٠٨ ما نصه: "والثلاث نص فيها لا يحتمل الواحدة بحال فإذا نوى واحد فقد نوى ما لا يحتمله فلا يصح، كما قال له علي ثلاثة دراهم: وقال أردت واحد".

(٣) مختصر الطحاوي - ص ١٩٥. الهداية- ج١ ص ٢٥٢.

(٤) مغني المحتاج – ج٣ ص ٢٤٩. تكملة المجموع- ج١٥ ص ٤٤١.

والظاهرية[1]، وأحد القولين عند الحنابلة[2].

وذهب المالكية[3]، والشافعية في أحد القولين[4]. والراجح في قولي الحنابلة[5]، أن العبرة بالعدد المنوي لا باللفظ، لأن القاعدة أنه متى اختلفت النية عن اللفظ عمل بالأكثر منهما.

ويظهر لي أن الراجح هو القول الأول باعتبار أن الطلاق الذي تلفظ به الزوج لا يحتمل أكثر من واحدة، وهذا كما لو نوى الطلاق من غير لفظ[6]، كما أن أقل الطلاق واحدة وهو اليقين الذي لا شك فيه، ومتى زيد على الواحدة كانت زيادة بغير يقين.

وإن قال: أنت طالق ولم ينو فهي واحدة، فلو ادعت عليه الزوجة أنه نوى ثلاثا أو اثنتين ففي المسألة قولان:

القول الأول: أن الطلاق لا يقع إلا واحدة، صدقها الزوج في أنه نوى أكثر من واحدة، أو لم يصدقها في ذلك، باعتبار أن اللفظ لا يتضمن عدداً، فلا يحمل أكثر مما يحتمله، وهو مذهب الشافعية[7].

القول الثاني: إن صدّقها وقع بما تدعيه؛ لأنه بلفظ ما يحتمله، فيصح تفسيره بالنية كالكناية، وإن لم يصدقها لم يقع إلا بما ادعاه، وهو مذهب المالكية[8]، والحنابلة[9]، والظاهرية[10].

وإذا خاطب الزوج زوجته: أنت طالق أنت طالق، وادعى أنه أراد التأكيد بالثانية والثالثة في حين ادعت المرأة أنه أراد التأسيس واستئناف الطلاق، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة وتشعبت أقوالهم[11]، ويمكن حصرها في ثلاثة أقوال:

القول الأول: يفرق فيه بين المرأة إن كان مدخولا بها أو غير مدخول بها، ففي المدخول بها كان القول قول المرأة في استئنافه للطلاق، لوقوعه بما تلفظ به، ولا تصدق دعوى الزوج في أنه

---

(١) المحلى – ج١٠ ص ١٧٤.
(٢) المغني- ج٨ ص ٤٠٨. الكافي- ج٣ ص ١٨٠. الإنصاف- ج٩ ص ٣، ٨، ٩. المحرر- ج٢ ص ٥٩.
(٣) القوانين الفقهية – ص ٢٣٠. عيون المجالس – ج٣ ص ٢٢٥.
(٤) مغني المحتاج – ج٣ ص ٢٩٥. تكملة المجموع – ج١٥ ص ٤٣٨.
(٥) مراجع الحنابلة السابقة.
(٦) المغني – ج٨ ص ٤٠٨.
(٧) تكملة المجموع- ج١٥ ص ٤٤٠ .
(٨) الرسالة الفقهية – ص ٢٠٢.
(٩) الكافي – ج٣ ص ١١٨٠.
(١٠) المحلى – ج١٠ ص ١٧٧٤.
(١١) كلامنا عن وقوع الطلاق قضاء، أما ديانة فالأمر على مقصود الزوج بينه وبين الله تعالى.

أراد بالثاني الإخبار عن الأول، أو الثالث الإخبار عن الثاني، لأن هذه الألفاظ تستعمل في عرف اللغة والشرع في إنشاء الطلاق، فصرفها إلى الإخبار يكون عدولا عن الظاهر، فلا يصدق في الحكم.

أما في غير المدخول بها فيقع واحدة، ومن ثم صدق الزوج في دعواه لتأكيد الطلاق، وإلى هذا ذهب الحنفية(١).

القول الثاني: يكون القول للزوجة سواء كانت غير مدخول بها أو مدخول بها، ولا يكون تأكيدا إلا أن يقول الزوج أردت إسماعها، فيقبل منه، إلى هذا ذهب المالكية، وهو قول الأوزاعي والليث بن سعد(٢).

القول الثالث: أن القول للزوج مع يمينه لأنه أعرف بنيته وأعلم بإرادته من غيره، كما أن كلامه محتمل لما قاله، وإلى هذا ذهب الشافعية(٣)، وأيضا الحنابلة(٤) في المدخول بها فقط ، أما في غير المدخول بها فالقول للزوجة لأنها تبين بما تلفظ به الزوج.

وإذا ادعى أنه أراد استئناف الطلاق وقالت المرأة أردت التأكيد، فالقول قول الزوج بغير يمين، لأن الحكمة في عرض اليمين، هو لتخويف الحالف فيرجع عن قوله وفي هذه المسألة لو رجع الزوج لم يقبل رجوعه، لأنه أعرف بنيته من غيره، ويلزمه ذلك حتى وإن لم ينو الاستئناف حال وقوع الطلاق ونواه أثناء الدعوة فلم يكن بذلك لعرض اليمين معنى.

---

(١) بدائع الصنائع – ج٤ ص ١٧٩٦. المبسوط- ج٦ ص ١٢٧.

(٢) ابن عبد البر– الكافي– ص ٢٦٧. القوانين الفقهية ص ٢٣٠. عبد الوهاب– الإشراف – ج٢ ص ٢٣١. المغني– ج٨ ص ٤٠٠.

(٣) روضة الطالبين – ج٨ ص ٧٨.

(٤) المغني – نفس الموضع. الكافي- ج٣ ص ١٨٦، ١٨٧، وجاء فيه اختلاف الحكم باختلاف اللفظ المستعمل، أو ادعى لفظ الطلاق بحرف العطف أو بضمير منفصل على التفصيل الآتي:

أ- إذا قال: أنت طالق طالق وادعى التأكيد فهو واحدة؛ لأن الل فظ الثاني لا يصلح وحده للاستئناف فينصرف إلى التأكيد، ومثل ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم "أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل".

ب- إذا قال: أنت طالق وطالق وطالق وادعى التأكيد، قبل منه ذلك ديانة بينه وبين الله تعالى، ولم يقبل قضاء لأنه غاير بين اللفظتين الأولى والثانية بحرف، وإن ادعى ذلك بالثالثة قبل منه قضاء، لأنها مثل الثانية في لفظها، ومثل ذلك لوقال: أنت طالق فطالق فطالق، أو طالق ثم طالق ثم طالق.

ج- أم لو قال: أنت طالق وطالق فطالق، أو طالق فطالق وطالق وادعى التوكيد لم يقبل منه لمغايرته بين الحروف.

د- إذا غاير بين الألفاظ فقال: أنت مطلقة: أنت مسرحة، أنت مفارقة، وقال أردت بالثانية والثالثة التوكيد، قبل منه، لأنه لم يغاير بين الحروف العاملة في الكلام. الإنصاف- ج ٩ ص ٢٢،٢٣. المغني- ج ٨ ص٤٠١.

بالإضافة إلى ذلك فلو أطلق الألفاظ السابقة وأقر بها ولم يدع التأكيد طلقت بحسب ما تلفظ به؛ لأن اللفظ الثاني والثالث كالأول يقتضي من الوقوع ما اقتضاه الأول[1].

وقد افترض الفقهاء حالتين أخريتين يدعيهما الزوج وتنكرهما الزوجة:

الحالة الأولى: إذا قال الزوج لزوجته أنت طالق في الشهر الماضي وادعى أنه أراد من زواج آخر في نكاح قبله، وأنكرت الزوجة أن يكون قد حصل قبل ذلك نكاح أو طلاق، فيطالب الزوج بإقامة بينة على نكاحها السابق وطلاقها معا، وإلا لم يقبل قوله، أما إن صدقته الزوجة بأنها أنكحت وطلقت من زوج آخر ولكنها أنكرت أنه أراد ذلك، فالقول قول الزوج مع يمينه لقيام الإحتمال بأنه أراد ذلك[2].

الحالة الثانية: إذا قال أنت طالق طلقة قبلها طلقة، أو أنت طالق في الشهر الماضي، وادعى أنه طلقها في هذا النكاح من قبل، وكذبت الزوجة فالقول قوله مع يمينه ولا يكلف البينة، لأن النكاح ثابت وهو لا يريد – كالحالة الأولى– أن يرفع الطلاق وإنما ينقله من حال إلى حال[3].

ولنا أن نتساءل ماذا لو وقع الطلاق ثلاثا، أو كان مكملا للثلاث، وسمعت به الزوجة أو ثبت ذلك عندها ببينة ولم يحكم لها بها فما الحكم؟ هل تبقى معه ويحل لها تمكينه من نفسها وقد أيقنت ببينونتها منه ولا يسعها فراقه، ويكون الإثم عليه ؟

لم يدع الفقهاء هذه المسألة من غير بحث بل وضعوا لذلك حلا، رعوا فيه صيانة النفس عن الحرام والبعد عن الرذيلة، ومقتضى كلامهم أنه إذا ثبت ذلك للزوجة لم يحل لها تمكينه من نفسها، وعليها أن تفر منه ما استطاعت إلى ذلك سبيلا، وإن قدرت أن تفتدي منه نفسها وتخالعه تعين عليها ذلك، ولا تقيم معه، وتعين عليها أن تختفي في بلدها ولا تخرج منها، ولم يؤذن لها في الخروج لأن ذلك يقوي التهمة في نشوزها، ولا تتزوج غيره حتى يظهر طلاقها، لأنها في ظاهر الحكم زوجة هذا المطلق، فإذا تزوجت غيره وجب عليها في ظاهر الشرع العقوبة والرد إلى الأول، هذا بظاهر الأمر، وذاك بباطنه. وإن أجبرت على ذلك فلا تتزين له ولا تتحبب، وتهرب منه إن قدرت، ولا يأتيها إلا

---

(١) تكملة المجموع- ج١٦ ص ١٨. الكافي – ج٣ ص ١٨٦، ١٨٧. المحلى – ج١٠ ص ١٧٤.

(٢) والحكم نفسه إذا ادعى الزوج أنه طلقها في نكاح آخر.

(٣) تكملة المجموع- نفس الموضع، وضمَّ فيه الحالتين معاً وأورد لهما ثلاثة أوجه: الأول: قبول قول الزوج؛ لأنه يحتمل أنه يريد ذلك وهو ما أوردناه في الحالة الثانية. الثاني: أنه لا يقبل لمخالفته للظاهر والثالث: إن وجد بينة قبل ذلك قُبل قوله، لأن احتمال ذلك شائع ولا يقبل إن لم يجد لبيان كذبه.

مكرهة. هذا قول المالكية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وأبو يوسف[٤]، ومعظم أهل العلم منهم جابر بن زيد، وحماد بن أبي سليمان، وابن سيرين، والثوري[٥].

وروي عن الحسن والزهري أنه يستحلف الزوج ثم يكون الإثم عليه[٦]، ومذهب أبي حنيفة أن قضاء القاضي ينفذ في الباطن كما ينفذ في الظاهر[٧]، فمقتضى فقهه أن القضاء بعدم البينونة أو عدم الطلاق أصل صحيح، ويحل بذلك له أن يعاشرها لاستمرار الزوجية بينهما.

والراجح في هذه المسألة هو القول الأول لقوة أدلتهم وضعف قول المخالف عند المناقشة، ولأن الإثبات أمام القاضي لا يحل حراماً ولا يحرم حلالاً. فإذا حصل ذلك فلا تقتله قصداً لأن الدافع عن نفسه لا يقتل قصدا[٨]، ولو أرادت دفعه عن نفسها فقتلته فلا إثم عليها ولا ضمان ديانة، لأنها فعلت ذلك دفاعاً عن نفسها ولم تقصد قتله، وتؤاخذ قضاء وتدان بقتله مالم يثبت صدقها، لأنه متى لم يقبل قولها – قضاء – في وقوع الثلاث، فلازالت زوجة له في حكم القضاء، ومن ثم فليس لها أن تدفعه عن نفسها[٩].

أما إذا حصل العكس بأن ادعت المرأة على زوجها أنه طلقها طلاقا بائنا، ولم يكن ذلك حقيقة، وأقامت لاثبات دعواها شاهدي زور، فحكم الحاكم بفرقتهما ، فإن الفرقة تقع ظاهرا لا باطنا عند المالكية والشافعية والحنابلة، وعامة أهل العلم، وكانت بذلك حلالا له في الباطن دون

---

(١) المدونة- ج٣ ص٤٦، وفيها قول مالك "لا تتزين له ولا يرى لها وجها ولا شعرا ولا صدرا إن قدرت على ذلك، ولا يأتيها إلا وهي كارهة، ولا تطاوعه". تهذيب المدونة- ج٢ ص٣٧٠. حاشية الدسوقي- ج٢ ص٤٠١. الشرح الصغير- ج٢ ص٥٩٢.جواهر الإكليل – ج١ ص٣٥٥. عيون المجالس- ج٤ ص١٥٤٠.

(٢) الجمع والفرق – ج٣ ص ٦٢٧.

(٣) المغني- ج٨ ص٤٤٠. الإقناع-ج٤ ص٦٣. كشاف القناع- ج٥ ص ٣٣٧. الإختيارات العلمية-ص١٦٢.

(٤) المبسوط – ج١٦ ص ١٧٤. شرح فتح القدير- ج٦ ص ٣٩٩.

(٥) المغني – ج٨ ص ٤٤٠.

(٦) المرجع السابق- نفس الموضع.

(٧) المبسوط – ج١٦ ص ١٨٠. البحر الرائق – ج٧ ص ١٤. بدائع الصنائع – ج٧ ص ١٥. الهداية – ج٣ ص ١١٩. شرح فتح القدير – ج٦ ص ٣٩٨، ٣٩٩.

(٨) أي عليها أن تدفعه بالأسهل فالأسهل كالصائل. كشاف القناع – ج٥ ص ٣٣٧.

(٩) مراجع المالكية السابقة. وفي جواز قتلها له عند محاولتها للوطء – عند المالكية – إن كان لا يندفع إلا به قولان . الونشريسي- المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق- دراسة وتحقيق عبد الرحمن بن حمود الأطرم- دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- الإمارات العربية المتحدة- ط١- ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م- ج٢ ص ٩٥٥، ٩٥٦، وجاء فيه "إذا أنكر الزوج الطلاق الثلاث وعلمت الزوجة كذبه وخفي لها أن تقتله، فهل تقتله لأنه من باب تغيير المنكر أم لا تقتله لأنه من باب إقامة الحدود ولا يقيمها إلا السلطان". الجمع والفرق– ج ٣ ص ٦٢٧. المغني– ج ٨ ص ٤٤١. الإقناع– ج ٤ ص ٦٣. كشاف القناع – ج ٥ ص٣٣٧.

الظاهر، فمتى ظفر بها حُلّت له ويكره أن يتبعها ظاهرا خوفا من أن يشاهد معها بعد الطلاق، فتحل به العقوبة. ومن علم بشهادة الزور هذه وحقيقة الحال فلا يحل له أن يتزوج تلك المطلقة، لأنها في باطن الأمر ذات زوج. أما أبوحنيفة فيقع الطلاق عنده ظاهرا وباطنا(١). أما أبو يوسف فيرى أنها تحرم عليه ولا تحل لغيره(٢).

وتعد هذه المسألة فرع عن الخلاف الفقهي حول مسألة هل إن حكم الحاكم ينفذ في الظاهر والباطن معا، أم لا ينفذ سوى في الظاهر، وقد مضى بحثنا لذلك وتفصيله ورجحنا قول الجمهور في أن الحكم ينفذ في الظاهر فقط، ولا يزيل الشيء عن صفته الباطنة(٣).

وإذا حصل وطلق زوجته ثلاثا وجحد طلاقها، ولم تقم عليه بينة ووطئها ثم قامت عليه بينة بطلاقه يفرق بينهما، ولا حد عليه؛ لاحتمال أن يكون ناسيا أو مخطئا، وهذه شبهة تسقط عنه الحد. أما إن أقر بوطئه لها عالماً بأنه طلقها ثلاثاً، كان ذلك إقراراً منه بالزنا، فيعتبر فيه ما يعتبر في الإقرار بالزنا(٤).

---

(١) ويجوز بذلك عند أبي حنيفة لأحد الشاهدين أن يتزوجها، وحُلَّ أيضا للزوج الثاني - غير الشاهد – وطؤها سواء كان جاهلا بحقيقة الحال أو عالما، وقيل إنه أحد قولي أبو يوسف، وقول آخر له ومحمد اشترطا لحل وطئه لها أن يكون جاهلا بالحال، فيتبع الظاهر ولا يكلف بما في الباطن . معين الحكام - ص ٣١.

(٢) المبسوط- ج١٦ ص ١٧٤. الهداية – ج٣ ص ١١٩. شرح فتح القدير- ج٦ ص٣٩٨، ٣٩٩. شرح المنهج المنتخب إلى قواعد المذهب – ص ٢٧. عيون المجالس- ج٤ ص ١٥٤٠.. القوانين الفقهية – ص ٢٩٤. روضة الطالبين– ج ١١ ص ١٥. مغني المحتاج – ج٤ ص ٣٩٧. السيوطي– الأشباه والنظائر – ص ٤٦٥. المغني– ج١١ ص ٤٠٧. الإنصاف – ج١١ ص ٣١٢. الكافي – ج٤ ص ٥٦٦.

(٣) أنظر ص ١٦٨ومابعدها من الرسالة.

(٤) المدونة – ج٣ ص ٤٦. تهذيب المدونة - ج٢ ص ٣٧٠ وجاء فيها أنه "إذا طلق الرجل امرأته في سفر ومجلس فشهد عليه بذلك رجال، ثم قدم قبل قدوم القوم (البينة)، ودخل على امرأته فوطئها، ثم قدم الشهود، فيخبرون بقدومه ودخوله على امرأته، فيرفعون أمره إلى القضاء ويشهدون عليه وهو ينكر ذلك، ويقر بالوطء بعد قدومه، قال مالك: يفرق بينهما ولا شيء عليه، وخالف سحنون (من علماء المالكية) ما ورد في المدونة، فذكر أنه لو شهد أربعة أنه طلقها وأقر الزوج بالوطء بعد وقت الطلاق وجحد الطلاق حد. أنظر: مواهب الجليل – ج٤ ص ٣١. التاج والإكليل – ج٤ ص ٣١. حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٤٠١. الشرح الصغير - ج٢ ص ٥٩٢. الجمع والفروق – ج٣ ص ٦٢٧. المغني – ج٨ ص ٤٢٩. الإقناع – ج٤ ص ٦٣. كشاف القناع – ج٥ ص ٣٣٧.

المطلب الثاني

أدلة إثبات الطلاق

إن أدلة الإثبات ليست جميعها في مرتبة واحدة، فقد يصلح بعضها لإثبات بعض مسائل الأسرة، ولا يصلح بعضها الآخر لذلك، وإن أجيزت فقد يشترط لإعمالها شروطا لا تشترط في وقائع وحالات أخرى. ومن ذلك إثبات الطلاق، والذي يتفق مع إثبات الزواج في أحكام كثيرة، ويختلف عنه في أحكام أخرى، سواء من حيث الأدلة ونطاق إعمالها، أو شروطها، فاختلفت موارد الشرع في أحكام إثباتهما، وتشعبت أقوال العلماء فيهما، ونشأت الفروق والحكم والتعاليل. ولعل ذلك مرده لخصوصية الطلاق وطبيعته، كما أن القاعدة في الشرع أنه "يحتاط في الخروج من الحرمة إلى الإباحة ما لا يحتاط في الخروج من الإباحة إلى الحرمة"[1]، ضف إلى ذلك أن الطلاق يتم في الغالب بغير علم الناس، بل قد تفاجأ الزوجة به، أو لا تعلم به إلا بعد زمن، إذ لا يشترط لإيقاع الطلاق حضور الزوجة، فالشارع جعله حقا للزوج يستقل بإيقاعه من غير توقف على رضاها به. هذا فضلاً عن قضايا الطلاق التي تتسم بالخطورة وهو ما يقتضي الاحتياط والتضييق ما أمكن من دائرة الطلاق، ومن ثم التقييد في وسائل إثباته.

وفيما يأتي توضيح لهذه الأحكام وتفصيل لهذا الإجمال:

الفرع الأول: الشهادة

ونتناول فيها حجية الشهادة في إثبات الطلاق وحكم التلفيق فيها.

أولا: حجية الشهادة في إثبات الطلاق:

للشهادة دور مهم ورئيس في قضايا الطلاق، قد يوفق المدعي في تحصيلها، وقد يتعذر عليه ذلك، نظرا لعدم معاصرة الشهود له. وعلى العموم فإنه يشترط في الشهادة على الطلاق ما يشترط لإثبات الزواج من أحكام سواء من حيث الشروط التي ترجع إلى الشاهد كالبلوغ والعقل والإسلام والعدالة..، أو تلك التي ترجع إلى الشهادة[2]، ويستشهد في الطلاق رجل وامرأتان على

---

(١) أنظر في بحث هذه القاعدة وماتفرع عنها من الأحكام: الفروق- الفرق ٢٥٧- ج ٣ ص ٢٥٤، ٢٥٥.

(٢) بأن لا تكون للشهادة على خلاف الواقع، واتفاق الشهود في شهادتهم، وأن لا تكون على النفي، وتقبل الشهادة على الشرط لا على الطلاق، وإن كان نفيا، كأن يقول الزوج إن لم تأت صهرتي الليلة فامرأتي طالق، فشهد شاهدان أنها لم تجئه قبلت شهادتهما وطلقت.العقود الدرية تنقيح الفتاوى الحامدية-ج١ ص٤٩.

ومثال شرط أن لا تكون الشهادة على النفي: الشهادة بأن الزوج لم يكن غضبانا ، فهي شهادة غير مقبولة، وإنما يجب التصريح فيها بأنه كان في حالة وعي وصحو.

مذهب الحنفية والظاهرية ورواية للحنابلة، وفي مذهب المالكية والشافعية والصحيح عند الحنابلة أنه لا يقبل فيه إلا شاهدان ذكران[1].

كما يشترط لقبول الشهادة على الطلاق انتفاء التهمة فيها، ويدخل في ذلك شهادة الأصول للفرع والعكس، وشهادة أحد الزوجين لصاحبه، وشهادة الأخ وأخته...

فشهادة الأصول للفروع يراجع ما ذكرناه من آراء عند بحث شرط انتفاء التهمة في الشهادة لإثبات الزواج، أما شهادة الفروع للأصول، فيفرّق بين أن يكون الأب هو المدعي بالطلاق، وبين أن تكون الأم هي المدعية. فإن كان الأب مدعياً فلا حاجة لشهادتهم، لأن القاعدة أن من يملك الإنشاء يملك الإقرار وقد أقر الأب هنا على نفسه بالطلاق، وإن كان الإدعاء من الأم والأب منكر، فاختلف الفقهاء في قبول شهادة الأبناء إلى قولين:

القول الأول: عدم قبول شهادة الأبناء، لأنها شهادة لأحد الأبوين، وفي طلاق الأم منفعة لها، وهو مذهب الحنفية[2]، ووجه عند المالكية[3].

القول الثاني: قبول شهادة الأبناء، لأنها شهادة على الأب فتنتفي التهمة في شهادة أحدهما على الآخر، وهو المشهور عند المالكية[4].

---

(١) لأنه ليس بمال ولا المقصود منه المال، ويطلع عليه الرجال في الغالب أما نصاب الشهادة في اختلاف الزوجين في الخلع يفرق فيه بين ادعاء المرأة له وبين ادعاء الرجل، فإذا ادعته المرأة وأنكره الزوج، لم يقبل فيه إلا رجلان، لأن بينتهما لإثبات الفسخ، أما إذا ادعاه الرجل وأنكرته المرأة، قبل فيه رجل وامرأتان، لأنه بينة لإثبات المال، ومثله أيضاً إذا اتفقا على الخلع واختلفا في عوضه، لأن الخلاف هنا حصل في المال لا في الخلع. الكافي- ج٤ ص ٥١٣.

(٢) تكملة رد المحتار – ج٧ ص ٢. المحيط البرهاني – ج٥ ص ١٥٧. والضابط عند الأحناف في الشهادة على طلاق الأم، أن لها في طلاق نفسها منفعة ومضرة، فتعد الشهادة لها إذا ادعت وعليها إذا جحدت، فإذا ادعت ترجح النفع على الضرر، فكانت إذا واقعة لها فردّت، وإن جحدت ذلك ترجح الضرر على النفع فكانت الشهادة واقعة عليها فقبلت. ومن تطبيقات هذا الضابط عندهم لو أن رجلين شهدا أن امرأة أبيهما ارتدت عن الإسلام، والمرأة تنكر ذلك، ففرّقوا بين حالتين، الحالة الأولى: إن كانت أمهما حية، وهي في نكاح أبيهما، لا تقبل الشهادة سواء ادعى الأب ذلك أو جحد، لأن الأب لما ادعى الردة على ضرة أمهما، فقد ادعى سقوط جميع الصداق إن لم يكن قد دخل بها، وسقوط نفقة العدة إن كان دخل بها، فهي شهادة له، وأما إذا كان الأب يجحد، فهي شهادة لأمهما بخلوص الفراش لها، وهذه منفعة لا يشوبها ضرر. الحالة الثانية: إن كانت أمهما ميتة، فإن ادعى الأب ذلك لا تقبل شهادتهما وإن جحد تقبل، لأنه لا منفعة للأم في هذه الشهادة ولكن يعتبر جانب الأب، فيرجح نفعه بالدعوى وضرره بالجحود. المحيط البرهاني – ج١٣ ص ١٩٨.

(٣) وهو قول أشهب. الذخيرة – ج١٠ ص ٢٦٢. تبصرة الحكام- ج١ ص١٩١.

(٤) الذخيرة – ج١٠ ص ٢٦٢ . وقيّدها بعض المالكية قبولها بأن لا يكون هناك ميل للمشهود له أو تهمة، وقيدها آخرون بإنكار الأب الطلاق، وأجازها البعض الآخر من غير قيد.

وأما شهادة أحد الزوجين لصاحبه فالراجح هو عدم قبولها - كما أسلفنا – لقوة التهمة فيها، وما عدا ذلك من الشهادات، كشهادة الأخ لأخيه، وسائر قراباته كالعم، والخال، وابنه، والصديق، فجائزة كأصل عام سواء ادعى المشهود له الطلاق أو جحده[١].

وإذا حصل وطلق رجل إحدى زوجتيه، وشهد عليه بالطلاق ابني الزوجة الأخرى غير المطلقة فهل تقبل شهادتهما بطلاق ضرة أمهما أم لا تقبل ؟

اختلف الفقهاء في قبول الشهادة على طلاق ضرة الأم إلى قولين:

القول الأول: عدم قبول الشهادة وترد، وإلى هذا ذهب الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، ووجه عند المالكية[٥]. واستدلوا لقولهم من المعقول بأن التهمة في شهادة الابنين قائمة، فالمنافع بينهما وبين الأم متصلة، وللأم في طلاق ضرتها منفعة من كل وجه، فهو يخلص لها الفراش، ويزيد به حقها، وسواء كان المشهود عليه أباً لهما أو أجنبياً عنهما. واشترط الحنفية أن تكون المرأة (أمهما) في نكاحه، أما إن لم تكن في نكاحه بأن كانت ميتة أو مطلقة، فإن كان الأب مدعي لا تقبل شهادتهما، لترجيح نفعه بالدعوى أما إن كان مدعى عليه وجحد فلا تقبل، لأن شهادة أحدهما على الآخر تقبل لانتفاء التهمة في إيصال النفع، سيما عدم وجود من يرتجى نفعها وهي الأم، فتكون شهادتهما عليه أولى بالقبول.

أما المالكية فاشترطوا أن تكون الأم حية، سواء كانت في عصمة الرجل أو الأجنبي أم لا، وسبب ذلك ربما لإمكان اتصال المنافع حتى بعد الطلاق، أو الرغبة في عودة الحياة الزوجية إلى سابق عهدها، فيكون ضابط التهمة أوسع.

القول الثاني: قبول الشهادة، وهو وجه عند المالكية[٦]، واستدلوا أيضا من المعقول بانتفاء التهمة فيها، لأن حق الأم لا يزيد بمفارقة الضرة كما أن توفير الميراث لا يمنع قبول الشهادة، بدليل قبول شهادة الوارث لمورثه.

ويظهر لي أن الراجح من القولين هو القول الأول برد شهادة ابني الزوجة بطلاق ضرتها، سواء كانت الأم في عصمة الزوج - أبا كان أو أجنبيا - أم لا، شرط أن تكون حية[١]. فمن جهة،

---

(١) المراجع السابقة.
(٢) المحيط البرهاني – ج ٥ ص ١٥٨ ، ابن نجيم – الأشباه والنظائر – ص ٢٢٩.
(٣) تكملة المجموع - ج٢٠ ص ٩١.
(٤) المغني – ج١٢ ص ٦٦.
(٥) الذخيرة – ج١٠ ص ٢٦٣.
(٦) المرجع السابق- نفس الموضع.

المنافع بين الإبن وأمه متصلة لا تكاد تنقطع، وربما شهد لها بالزور لإيصال النفع لها، ومن جهة أخرى، فالعادة مضطردة – إلا ما ندر- في عداوة الإبن لامرأة أبيه، والله أعلم.

ومما ينبغي التنبيه إليه أن الشهادة المقصودة في إثبات الطلاق هي الشهادة على الحقيقة، التي يشهد أصحابها بأنهم سمعوا واقعة تلفظ الزوج بالطلاق، ومن ثم فلا تقبل فيه شهادة السماع؛ حيث لم يذكرها الفقهاء الطلاق من المواطن التي يشهد فيها بالسماع عند كلامهم عن محل شهادة السماع، فبقي حكمها على الأصل وهو ضرورة معاينة الواقعة محل الشهادة[٢]. والعلة في ذلك ظاهرة، إذ أن شهادة السماع إنما قبلت في مسائل الاشتهار واستفاضتها بين الناس وقد يتعذر إثباتها بغير هذا الطريق فلو منعنا الشهادة فيها بالسماع لضاعت حقوق كثيرة وهذا بخلاف الطلاق فالأصل وقوعه في البيوت بعيداً عن مجالس الناس، فلا يستفيض خبره ولا يشتهر في الملأ، ومن ثم فلا يعلم به أحد - مع قربه - إلا بإقرار الزوج عن نفسه[٣].

ولا يخفى ما يترتب على ذلك من المقاصد المتمثلة في التقليص من دائرة الخلاف ما أمكن، وحل الخلافات الزوجية، بوضع حدود تتقوّض فيها ما أمكن، والعودة - من ثم- إلى رحاب العشرة والألفة، وقد يكون في منع قبول شهادة السماع في الطلاق أحد وسائل تحقيق ذلك، إذ لا يخلو بيت من الخلافات، فتنتهي بذلك قبل الوصول إلى ساحات المحاكم، زيادة ما في ذلك من القضاء على الدعاوى الكيدية.

والشهادة لإثبات الطلاق إنما تقبل حسبة من غير دعوى لتعلقها بحق الله تعالى[٤]، وهو حرمة الأبضاع، إذ الدعوى هنا ليست شرطا، لأن الشاهد يدعي بما تحمله أمام القضاء، ويقصد

---

(١) وإنما اشترطنا أن تكون الأم حية: عملا برأي المالكية ولم نشترط أن تكون في نكاحه كما هو مذهب الحنفية، لجواز أن يدعي الزوج طلاق الضرة ويوافقه الشاهدان (ابني مطلقته)، رغبة في الإرتباط بينه وبين أمهما، أما في حالة وفاتها فلا تهمة.

(٢) ذكر ابن القاسم في المدونة – ج٣ ص ٥٣ أن الرجل متى سمع جاره يطلق امرأته من وراء حائط من غير أن يراه، جاز له أن يشهد عليه متى عرف صوته.

(٣) وقد تخبر المرأة أقاربها وجيرانها بواقعة الطلاق، فيستفيض الخبر ويشتهر بين الناس، إلا أن هذه الشهرة - حقيقية أو حكمية - مهما بلغت لا تقبل في الشهادة على الطلاق، إذ القاعدة أنه لا يجوز أن يكون مصدر الشهادة هو المدعي نفسه، أو بناءا على إخبار منه أو وليد استشهاده.

(٤) الحسبة هي الأمر بالمعروف إذا ظهر تركه، والنهي عن المنكر إذا ظهر فعله، وهي اسم من الاحتساب. أما شهادة الحسبة فعبارة عن أداء الشاهد شهادة تحملها ابتداء، لا بطلب طالب، ولا بتقدم دعوى مدع، احتساباً لله تعالى وقصد الأجر وامتثال أمر الله تعالى في إزالة المنكر أو تطبيق حكم الله، وعلى ذلك يحمل قول النبي صلى الله عليه وسلم "خير الشهود من شهد قبل أن يستشهد" . تكملة رد المحتار – ج٧ ص ٧. كتاب أدب القضاء- ص٤٠٢. لسان الحكام في معرفة الأحكام- ص٢٣٣. أحمد إبراهيم بك- طرق الإثبات الشرعية- ص١٠٦. د.إبراهيم دسوقي الشهاوي– الحسبة في الاسلام- مكتبة دار العروبة - ١٣٨٢هـ ١٩٦٢م – ص ٩. =

بشهادته إزالة المنكر، امتثالاً لأمر الشارع تعالى واحتساباً للأجر[1]. ومتى ثبت الطلاق بشهادة الشهود فإن القاضي ملزم بالحكم بالطلاق من تاريخ إسناد وقوعه لا من تاريخ الحكم.

ثانيا: حكم الإختلاف في الشهادة والتلفيق فيها:

إذا شهد الشهود بالطلاق الثلاث أو بواحدة قبلت شهادتهم، حتى لو كان الزوج والمرأة ينكران ذلك، ويفرق بينهما، هذا متى كانت شهادة الشهود متفقة، أما إذا اختلفت فقد يكون ذلك مانعا من قبولها، وقد لا يكون مانعاً، والإختلاف قد يحصل في عدد الطلاق ونوعه، أو في الشرط المعلق عليه. وسنبحث فيما يأتي لصور اختلاف الشهادة وبيان حكم كل منها.

فإذا أقامت المرأة بينة بطلاقها، فشهد أحد الشاهدين بطلقة، وشهد الآخر بثلاث، وهي تدعي الواحدة أو الثلاث، فالشهادة عند أبي حنيفة[2] باطلة، لأن الشاهدين اختلفا لفظاً ومعنى، فلا يقضي بهما لعدم حصول النصاب المقرر شرعاً. وقال أبو يوسف ومحمد[3]، والشافعي[4] تطلق واحدة لاتفاقهما عليها، وهذا كاختلافهما في الألف والألفين فيقضي بالألف.

ولمالك في هذه المسألة قولان[5]، قول بتحليف الزوج أنه ما طلق امرأته ثلاثاً، فإن حلف لزمته تطليقة، وإن نكل طلقت عليه ثلاثا، وقول آخر بتحليف الزوج أيضا على الثلاث، فإن حلف لزمته تطليقة واحدة، وإن نكل حبس حتى يحلف، وهو القول الذي رجع إليه مالك كما نقله عنه ابن

= وتقبل شهادة الحسبة في حقوق الله تعالى الأخرى كشرب الخمر والسرقة والزكاة والكفارة والعتاق والاستيلاد والوصية للفقراء، والوقف، وتقبل في الخلع لإثبات الفراق لا لإثبات المال، وذكر كثير من الفقهاء بأن تقديم الإثبات في الحسبة يعتبر بذاته إقامة للدعوى فشاهد الحسبة يعتبر شاهداً ومدعياً في أن واحد باعتبارين مختلفين، ويجب إثبات دعوى الحسبة على كل فرد مسلم، مهما كانت رتبته لمراعاة حق الله تعالى، أو أن القاضي نائب عن الله تعالى في تطبيق الأحكام فكأن القاضي مدع فيها، وبذلك تحصل الدعوى معنى، أو لأن الله تعالى طلب إقامة شهادة الحسبة، فكأنه تعالى طلب الشهادة ممن يتحملها . كتاب أدب القضاء – ص ٤٠٢، ٤٠٣. د. الزحيلي- المرجع السابق- ص ٣١.

(١) يشترط في الشهادة على الطلاق حسبة أمام القضاء حضور الزوج، وقيل يشترط أيضا حضور المرأة ليشير إليها الشاهد – ابن نجيم – الأشباه – ص ٢٣٧، ٤٢٠. معين الحكام – ص ١٣١. ويجب المبادرة إلى أدائها وعدم تأخيرها بغير عذر، وإلا ردت شهادته، لأن ذلك يعد جرحا في حق الشاهد.

(٢) بدائع الصنائع – ج٩ – ص ٤٠٥٣. روضة القضاة – ج٣ ص ٩٨٧. المحيط البرهاني – ج٥ ص ١٥٦. معين الحكام– ص ٨٤.

(٣) المراجع السابقة. وجاء في الفتاوى الهندية أن الصحيح هو قول أبي حنيفة.

(٤) مغني المحتاج- ج٤ ص ٣٩٨. السيوطي- الأشباه والنظائر- ص ٤٦٦.

(٥) المدونة– ج٦ ص٤١. تهذيب المدونة– ج٢ ص ٣٦٦. الفروق– ج٣ ص٣١١. بلغة السالك– ج١ ص٤٠١، ٤٠٠.حاشية الدسوقي– ج٢ ص٣٢٩. الشرح الصغير–ج٢ ص٤٨٨. جواهر الإكليل– ج١ ص٣٢٢.

القاسم، لعدم الفائدة في توجيه اليمين، لأنها لا تنقلب إلى المدعي إذا نكل عنها المدعى عليه، فلا يقضي بنكول المدعى عليه مع حلف المدعي.

أما إذا شهد شاهد بتطليقة بائنة، والآخر برجعية، فمذهب الأحناف جميعا وقول الشافعي بجواز الشهادة على الطلاق الرجعي، وتضم الشهادتان معا، لأنهما اتفقا على أصل الطلاق وهو تطليقة واحدة، وتفرد أحدهما بزيادة صفة وهي البينونة، فيحكم بصحة ما اتفق عليه ويبطل ما تفرد به أحدهما، وعند مالك فالمسألة كما قرره في السابقة على قولين.

وإذا اختلفت الألفاظ وكان المعنى واحد، كأن شهد أحد الشاهدين بأنه طلق امرأته ثلاثا وشهد الآخر أنه طلقها البتة، أو شهد عليه أحدهما بالخلية والآخر بالبرية أو البائن، أو شهد أحدهما بالثلاث أو البتة والآخر بالحرام، ونحو ذلك، فعند الأحناف[1] والشافعية أن شهادتهما باطلة لاختلاف الألفاظ، ومذهب المالكية[2] قبولها لأنها شهادة واحدة ويلزم صاحبها بالثلاث.

وإذا شهد أحد الشاهدين أنه علق طلاقها بدخول الدار، فقال: إن دخلت الدار فأنت طالق وقد دخلت، وشهد الآخر بتعليقه على كلام فلان، فقال: إن كلمت فلان فأنت طالق، وقد كلمته[3]، فعند الحنفية[4] وقول لمالك[5] أن شهادتهما باطلة ولا تطلق عليه، لأنهما شهدا بفعلين مختلفين. والقول الآخر لمالك إلزام الزوج باليمين أنه لم يطلق، فإن أبى طلقت عليه أو يحبس.

وإذا اختلفا في إنشاء الطلاق والإقرار به فشهد شاهد بهذا وشهد الآخر بذلك، أو اختلفا في الزمان أو المكان، فشهد أحدهما أنه طلقها يوم الجمعة وشهد الآخر بيوم مختلف أو شهد أحدهما أنه

---

(١) المحيط البرهاني – ج٥ ص ١٥٧. روضة القضاة – ج٣ ص ٩٨٧.

(٢) المدونة – ج٦ ص ٤٢. تهذيب المدونة – ج٢ ص ٣٦٧، ٣٦٨. أما إن شهد أحدهما على الإقرار وشهد الآخر على الفعل، فقال الأول: أشهد أنه طلقها ثلاثا البتة، وقال الآخر: أشهد أنه قال إن دخلت الدار فأنت طالق، وقد دخلت وشهد معه على الدخول رجل آخر، فعند مالك قولان: قول بقبول الشهادات ووقوع الطلاق بهما، وقول آخر ببطلانها. الفروق – ج٣ ص ٣٠٧، والمراجع السابقة.

(٣) الأصل أن الشهادة لا تكون على النفي وتقبل استثناءا في مواضع منها إذا علق الزوج طلاق زوجته على عدم شيء فشهد شاهدان بالعدم. ابن نجيم – الأشباه والنظائر – ص ٢٢١.

(٤) المحيط البرهاني– ج٥ ص ١٥٧.

(٥) المدونة – ج٣ ص ٤١. الفروق – ج٣ ص ٣٠٧.

طلقها في بلدة كذا، وشهد الآخر ببلدة مختلفة[1]، فتقبل شهادتهما في جميع صور الاختلاف التي ذكرنا، لاختلاف المواضع التي شهدا فيها، ذهب إلى هذا الحنفية[2]، والمالكية[3]. أما الشافعية[4] فلا تتلفق عندهم شهادتي الإنشاء والإقرار.

ويظهر لي أن الراجح هو القول بقبول شهادتي الإقرار والإنشاء معا، أومع اختلافهما في الزمان والمكان للفرق بين الشهادة والقضاء بها في الأقوال وبين الشهادة في الأفعال، لأن الأقوال يمكن تكررها فيكون الثاني خبراً عن الأول، في حين أن الأفعال لا يمكن تكررها إلا مع التعدد.

ويتفرع عن ذلك متى شهد على الزوج في مجلس واحد أنه قال: إن دخلتُ دار فلان فامرأتي طالق، فشهد شاهد أنه دخلها في رمضان، وشهد آخر أنه دخلها في ذي الحجة، فتقبل شهادتهما وتطلق عليه امرأته، لأن الشاهدين اتفقا على الشرط الذي علق عليه طلاقها ولا يضر اختلافهما في زمان حصول ذلك الشرط، كما لو اتفقا على المقر له والمقر به، واختلفا في زمن الإقرار، لأن الطلاق حق من الحقوق وليس حد من الحدود، ذهب إلى هذا الحنفية عدا أبو يوسف[5]، والمالكية[6].

---

(١) اشترط بعض المالكية أن يكون بين البلدين مسافة يمكن قطعها في الأجل الذي بين الشهادتين، وتضبط عدتها من يوم شهادة الأخير. الفروق – نفس الموضع. ولا يخفى بعد هذا الرأي سيما في الوقت الحاضر مع تزايد المواصلات وطرق الاتصالات المتشعبة الصوتية والمكتوبة والمرئية ونحوها.

(٢) المبسوط – ج٦ ص١٥٢،١٥٣. المحيط البرهاني – ج٥ ص ١٥٨. وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة ١٧١٣ بأن: "الاختلاف الحاصل من الشهادتين في موضوع الطلاق بالإنشاء والإقرار لا يؤثر على قبولها". وهو المستقر عليه في قضاء محكمة النقض، أنظر مثلا طعن رقم ٥١٨ لسنة ٦٦ ق-أ.ش- جلسة ٢٠٠١/٤/٢١- المستحدث من مبادئ محكمة النقض- ص ٩٣.

(٣) المدونة – نفس الموضع. عيون المجالس – ج٣ ص ١٢٤٥.

(٤) تكملة المجموع- ج٢٠ ص ٢٧٢. كتاب أدب القضاء – ص ٤٤٢، ٤٢٣.

(٥) المحيط البرهاني – ج ٥ ص ١٦١.

(٦) المدونة – ج٣ ص ٤٢. تهذيب المدونة – ج٢ ص ٣٦٧. الفروق – ج٣ ص ٣١١، ٣١٢. والخلاف ذاته لو شهد على تعليق الطلاق ووقوع الشرط المعلق عليه في مكانين مختلفين، وأيضا لو أن رجلا حلف بطلاق امرأته أن لا يكلم فلانا وادعت امرأته أنه كلمه فشهد لها شاهد أنه رآه يكلمه في المسجد وشهد لها آخر أنه رآه يكلمه في السوق، وأيضاً لو جعل أمر امرأته بيدها شهرا، فشهد لها شاهد أنها اختارت نفسها يوم كذا وشهد آخر أنها اختارت نفسها يوم كذا.

هل يقضي بالشاهد الواحد مع يمين المدعي في الطلاق؟

مذهب المالكية إذا أقامت المرأة شاهدا واحدا وعجزت عن إقامة الثاني، يحلف الزوج فإن حلف على دعواها كانت امرأته وإن أبى سجن حتى يحلف أو يطلق[1]، ولا يمضي عليه الطلاق بمجرد النكول[2]، ولا بشاهد المرأة مع يمينها، لأنه ليس بمال ولا يؤول إلى مال[3]، ولأن كل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين عدلين فلا يحلف فيها – عند المالكية – المدعى عليه بمجرد الدعوى، ولا ترد اليمين فيها على المدعي[4].

ومذهب الشافعية[5] هو جواز أن تحلف المرأة الزوج، فإن لم يحلف أو طلب ردها على المرأة، تقوى بذلك جانبها بالشاهد، فيقضي لها به متى حلفت، وإن لم تحلف سقط حقها.

الفرع الثاني: الإقرار

من المبادئ المقررة في علم الإثبات أن الإقرار حجة قاصرة على المقر وحده، ولا يؤخذ به غيره، وأن من ملك الإنشاء ملك الإقرار، فيظهر لأول وهلة تعارض هذين المبدأين، إذ كيف يكون الإقرار قاصرا على من أقر به مع أنه يملك إنشاءه متى شاء، فالأصل أن إقرار الشخص بأمر ما لا يلزم به غيره مادام هذا الغير ينكره، إذ كيف نلزم الزوجة بطلاق زوجها ونرتب على إقراره آثارا ولم تقم به بينة. هذا كأصل عام، أما في الطلاق فيتقرر حكمه بالقاعدة الشرعية أن العصمة بيد الزوج وله الطلاق متى أراد، ومتى أقرّ به وقع من تاريخ الإقرار لا من تاريخ الإسناد. هذا إذا كان

---

(١) ذهب ابن القاسم إلى أنه إذا طال سجنه ولم يحلف دين في طلاقه وخلى بينه وبينها ولم يطلق، ذكر ذلك في المدونة بقوله "رأيي" ، أما مالك فتوقف عند سجنه، وقول آخر لمالك أنه يمنع منها ويحال بينه وبينها حتى يحلف من غير سجن. أنظر المدونة – ج٣ ص ٤٨، وقد رجّح بعض متأخري المالكية رأي ابن القاسم بفصل الحكم فيما إذا طال السجن، واعتبار قول مالك بسجن الزوج حتى يحلف أو يطلق ليس على ظاهره، إذ لا يعقل ذلك لما فيه من الضرر للزوج والزوجة. تهذيب المدونة ج٢ – ص ٣٧٢.

(٢) وقول آخر لمالك رجع عنه أنها تطلق عليه بالنكول عن الحلف . المراجع السابقة.

(٣) جاء في الرسالة الفقهية لابن أبي زيد- ص ٢٤٥ أنه: "إذا نكل المدعي عليه لم يقض للطالب حتى يحلف فيما يدعي فيه معرفة"، ثم بيّن هذا الإجمال بأن اليمين المردودة هي يمين المدعي مع شاهده وموضوعها الأموال دون الطلاق بقوله "ويقضي بشاهد ويمين في الأموال ولا يقضي بذلك أو طلاق أو حد، ولا في دم أو نفس إلا مع القسامة في النفس، وقد قيل يقضي بذلك في الجراح".

(٤) سئل الإمام مالك "أرأيت امرأة تدعي الطلاق على زوجها فتقيم عليه امرأتين أيحلف لها أم لا؟ فقال: إن كانتا ممن تجوز شهادتهما عليه- أي في الحقوق- رأيت أن يحلف الزوج و إلا فلم يحلف". المدونة– ج٣ ص ٤٨. تهذيب المدونة– ج٢ ص ٣٧١.
ويراجع في اليمين المردودة على المدعي المراجع السابقة وأيضا: الذخيرة – ج١٠ ص ٥٨. حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٣٢٩. بلغة السالك– ج١ ص٤٠٠، ٤٠١.

(٥) كتاب أدب القضاء- ص ٤٤٢. تكملة المجموع- ج٢٠ ص ٢٧٢.

الزوج مدعيا للطلاق وأقر به ابتداء، أما لو ادعته المرأة وصادقها الزوج، فهل يعد تصادقهما على الطلاق تقريرا لواقعة وقعت من قبل كما في الإقرار بالزوجية، أم يعد إنشاءا له؟

ماعليه الفتوى في فقه الحنفية أن إسناد الطلاق إلى زمن ماض لا يكون إلا من وقت الإقرار به مطلقا، سواء أصدقت الزوجة فيه أو كذبته وادعت جهلها به، كتم الزوج طلاقها أو لم يكتم، وعلل الفقهاء ذلك بنفي تهمة المواضعة، أي الإتفاق بين الزوجين على الإقرار بالطلاق وإسناده إلى زمن ماض تكون العدة قد انقضت فيه بهدف التوصل إلى تصحيح المريض لها بالدين، أو ليحل له الزواج بأختها أو عمتها أو خالتها، أو أربعا سواها[1]. وتعليل جعل المدة من وقت الإقرار بخشية تهمة المواضعة[2]، لا يقضي به إلا بانعدام بينة شرعية تثبت صحة تاريخ الطلاق فتكون هي سند الحكم به وليس الإقرار[3]، ويعتد بالطلاق - من ثم- من تاريخ الإسناد لا من تاريخ الإقرار لانتفاء تهمة المواضعة[4].

يقول صاحب رد المحتار في تعليقه على الدر المختار: "والحاصل أنه إن كتمه ثم أخبر به بعد مدة، فالفتوى على أنه لا يصدق في الإسناد بل تجب العدة من وقت الإقرار سواء صدقته أو كذبته، وإن لم يكتمه بل أقر به من وقت وقوعه فإن لم يشتهر بين الناس فكذلك، وإن اشتهر بينهم تجب العدة من حين وقوعه وتنقضي إن كان زمانها مضى.."[5].

---

(١) إذا طلق الرجل زوجته ثلاثا لم يجز له أن يتزوج بأختها ولا بأربع سواها، أو بأخرى غيرها إن كان في عصمته ثلاثا غيرها، حتى تنقضي عدتها منه، وهذا مذهب الأحناف والحنابلة، أما عند المالكية والشافعية فيجوز له ذلك قبل انقضاء العدة من الطلاق البائن. أنظر في تفصيل هذه المسألة. مختصر الطحاوي – ص ١٨٦. الهداية- ج١ ص ٢١. القوانين الفقهية- ص ٢١١. الأم- ج٥ ص ٣. روضة الطالبين- ج٥ ص ٤٦٠. مغني المحتاج-ج٣ ص١٨٢.المغني- ج٧ ص٤٤١.الإقناع-ج٣ ص ١٨٦.الإنصاف- ج٨ ص١٣٤.

(٢) وهو ما أفتت به دار الإفتاء المصرية بأنه: " إذا قام دليل أو قرينة على كذب المقر بالطلاق في إقراره كان الإقرار باطلا ولا أثر له، كما إذا أقر بطلاق امرأته ليتوصل إلى الزواج بأخرى لا يجوز له شرعا أن يجمعها مع الزوجة المذكورة في نكاح واحد، وكالإقرار مكرها فإن الإكراه دليل الكذب" – فتوى صادرة بتاريخ ١٩٦٦/٩/٢٠.

(٣) فالبينة الشرعية هي التي تنتفي بها مظنة تهمة المواضعة التي حصل بها الإقرار بالطلاق وإسناده إلى تاريخ سابق.

(٤) أما إذا أقرت أرملة المتوفى أنها كانت مطلقة من المتوفى يلزمها ولا تستحق شيء من الإرث . قرار محكمة الاستئناف الأردنية رقم ١٣٢٥٣.

(٥) رد المحتار- ج ٢- ص ٦٦٣. بدائع الصنائع- ج٥ ص٢٢٠٢، وجاء فيه" وإن طالبته امرأته بالنفقة وقدمته إلى القاضي، فقال الرجل قد كنت طلقتها منذ سنة وقد انقضت عدتها من هذه المدة وجحدت المرأة الطلاق، فإن القاضي لا يقبل قول الزوج أنه طلقها منذ سنة ولكن يقع الطلاق عليها منذ أقر به عند القاضي، لأنه يصدق في حق نفسه لا في إبطال حق الغير، فإن أقام شاهدين على أنه طلقها منذ سنة والقاضي لا يعرفهما أمره القاضي بالنفقة وفرض لها عليه النفقة، لأن الفرقة لم تظهر بعد".

وعلى أساس هذا الكلام أفتت دار الإفتاء المصرية بأن: "إقرار السائل بالطلاق أمام الشهود المذكورين الذين شهدوا أمام القاضي بوثيقة التسجيل بأنه طلقها في ٢١ يناير سنة ١٩٥٤ كاف في إشهار هذا الطلاق بين الناس طبقا لما سبق من النصوص، ولا يلزم إثباته عند المأذون ليكون حجة عليه، وبذلك تبتدي عدتها من التاريخ المذكور وهو ٢١ يناير سنة ١٩٥٤"(١).

وهو ما أفتى به الإمام مالك في المدونة في الرجل يكون في السفر فيقدم ويزعم أنه طلق امرأته واحدة أو اثنتين منذ سنة، فقال: " لايقبل قوله في العدة إلا أن يكون على أصل قوله عدول(بينة)، فإن لم يكن إلا قوله لم يقبل منه، واستأنفت العدة من يوم أقرّ، وإن مات ورثته، وإن ماتت لم يرثها إذا كانت قد حاضت في ذلك ثلاث حيض من يوم أقرّ على نفسه ولارجعة له عليها"(٢).

والإقرار كما يكون مشافهة يصح أن يكون في ورقة مكتوبة، ولو كانت عرفية بأن كانت مكتوبة بخط الزوج وعليها توقيعه، فيثبت به الطلاق ولا يصدق في إسناده إلى تاريخ سابق، بل يضاف إقراره إلى أقرب الأوقات(٣).

وإذا ما أقرّ الزوج بطلاق ثم ادعى الخطأ في إقراره، أو أن طلاقه كان مبنيا على ظن تبين خطؤه، أو سئل عن زوجته فقال أنا طلقتها وعديت عنها، والحال أنه لم يطلقها بل أخبر كاذبا، فلا يصدق قضاء في ادعائه أنه أخبر كاذبا وإن حلف عليه، متى اتصل بإقراره علم القضاء، أما ديانة

---

(١) فتوى صادرة بتاريخ ١٩٥٧/٤/١٤. وعلى هذا جرى قضاء محكمة النقض بأن "الزوج إذ لا يمكنه إنشاء الطلاق في الماضي فقد أمكن اعتباره تنجيزا في الحال والفتوى أن الأصل في الطلاق المضاف إلى الماضي أن يكون من وقت الإقرار من الزوج مطلقا سواء أصدقته الزوجة فيه أو كذبته، أو ادعت جهلها به نفياً لتهمة المواضعة مخافة أن يكونا اتفقا على الطلاق وانقضاء العدة توصلا إلى تصحيح إقرار الزوج المريض لها بالدين أو ليحل له الزواج بأختها أو أربع سواها، ولا تعدو مصادقة الزوجة زوجها المقر في إسناد طلاقها إلى تاريخ سابق إلا إسقاط لحقها في النفقة وما إليها من حقوق مالية، دون أن يعمل بهذه المصادقة فيما هو من حقوق الله تعالى، فتبدأ عدتها من وقت الإخبار أو الإقرار لا من وقت الإسناد... لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد بنى قضاءه على أن بينة شرعية لم تقم على إيقاع الزوج الطلاق في الزمان الماضي الذي أسند إليه وهو يوم ١٩٧١/١١/٤، ممّا مفاده قيام مظنة تهمة المواضعة مكان واقع الحال في الدعوى لا ينفيها، فإنه يكون قد أصاب صحيح القانون، ويكون النعي على غير أساس.نقض الطعن رقم ٢٩ لسنة ٤٥ ق-أ.ش- جلسة ١٩٧٧/٢/٢٥.

(٢) المدونة – ج ٥ ص ٤٤٦.

(٣) محمد عزمي البكري- المرجع السابق - ص ١٨٤. كما قضت محكمة النقض أن: "من أقر بطلاق زوجته طلاقا رجعيا بتاريخ سابق على تاريخ الخصومة، وكان هذا الإقرار ثابتا بورقة رسمية عومل بإقراره من تاريخ تلك الورقة". الطعن رقم ٤٣٤ لسنة ٣٦ ق– أ.ش– مجلة المحاماة الشرعية– عدد٩– السنة٢- ص١٧٤١.

بينه وبين الله تعالى فيصدق[1]، وذلك لأن المنصوص عليه شرعا أن دعوى الخطأ في الإقرار بالطلاق لا تقبل، لأنه إقرار بحق من حقوق الله، وأن دعوى الكذب في الإقرار عموما لا تسمع متى اتصل بها علم القضاء[2].

ويشترط في الإقرار بالطلاق ما يشترط في الإقرار بالزواج من تكليف المقر وبلوغه، واختياره... وينبغي أن يفرّق في الإكراه الواقع على المقر بين نوعين من الإكراه:

١- إكراه ملجئ: وهو ما لا يقدر المرء على دفعه، فلا يقع إقراره.

٢- إكراه غير ملجئ: كأن يكون مجرد ضغط من أقاربه، فإن الإقرار يقع صحيحا، ولا يعتد بدعوى الإكراه به.

ومتى كان الإكراه ملجئا وجب على المقر أن يدفعه، وأن لا يتجاوز فيما أكره عليه، فلو أكره على طلاق امرأة وطلق غيرها، أو أكره على طلقة فطلق ثلاثا، وقع طلاقه[3].

الفرع الثالث: اليمين والنكول عنه

اختلف الفقهاء في مشروعية استحلاف الزوج المدعى عليه في الطلاق، وهل إذا نكل عن اليمين يقضي به عليه، أم لابد أن ترد اليمين على المدعي، وهو ما يسمى باليمين المردودة؟[4].

اختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: يستحلف المدعى عليه المنكر الطلاق، قال بذلك الصاحبان من الحنفية وعليه الفتوى، وهو مذهب الشافعية، والحنابلة في رواية، لقول النبي صلى الله عليه وسلم"ولكن اليمين على المدعى عليه"، وقوله"اليمين على من أنكر"، ولأنه يصح من الزوج بذله فيستحلف فيه كالمهر. فإن حلف سقط حق المدعي، أما إن نكل فمذهب الصاحبين والحنابلة في رواية هو ثبوت الطلاق بالنكول، ولا ترد اليمين على المدعي. أما مذهب الشافعية فمذهبهم أنه لا يكفي النكول وحده

---

(١) فيحل له أن يعاشر زوجته مادام الأمر لم يصل إلى القضاء.

(٢) العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية- ج١ ص ٤٦، وفتاوى دار الإفتاء المصرية بتاريخ ١٩٤٠/٣/٢٠ – ١٩٣٨/٩/١٩-١٩٦٥/٦/٧. وجاء في الأشباه لابن نجيم- ص١٦١" قاعدة لاعبرة بالظن البين خطؤه"، وذكر منها مالو أقر بالطلاق بناء على مأفتى به المفتي ثم تنين عدم الوقوع لم يقع ديانة، أما قضاء فيقع لاقراره به. غمز عيون البصائر- ج١ ص٤٦١.

وأيضا: الطعن رقم ١١ لسنة ٤٠ق – أ.ش- بتاريخ ١٩٧٤/٣/٢٠. حكم محكمة مصر الشرعية الكلية – جلسة ١٩٤٢/١٠/٤- مجلة المحاماة الشرعية – عدد ١٠ لسنة ١٤ – ص ٣٢.

(٣) الإقناع – ج٤ ص ٥. كشاف القناع – ج٥ ص ٢٣٧.

(٤) ومثل هذا اختلافهم في حكم استحلاف المدعى عليه المنكر في الزواج، وحقوق العباد التي ليست بمال، ولا يقصد منها المال، والحكم بالنكول فيها أو باليمين المردودة. راجع ص ١٦٢ وما بعدها من هذه الرسالة.

لثبوت المدعى به، بل ترد اليمين على المدعي، وهي الزوجة في الغالب، فإن حلفت قضي لها بالطلاق، وإن نكلت بطلت دعواها، وانقطعت المنازعة بينها وبين زوجها[1].

القول الثاني: لا يستحلف المدعى عليه في الطلاق متى أنكره أصلا، ولا تعرض عليه اليمين، وهو قول أبي حنيفة، والمشهور عند الحنابلة.

القول الثالث: لا تتوجه فيه اليمين على الزوج في دعوى الطلاق إلا أن تأتي المرأة بشاهد واحد، فإن حلف على دعواها كانت امرأته، وإن نكل سجن حتى يحلف أو يطلق، ولا يقضي عليه الطلاق بمجرد النكول، وهو مذهب المالكية[2].

ولم يحلف مالك الزوج إذا ادعت المرأة قبله الطلاق إلا أن تأتي بشاهد واحد للتهمة المعتبرة في حقها ورغبتها في التخلص منه ولأجل ما يتخوف من تكرارها الدعوى قصد الإضرار به فلا تشاء امرأة تستحلف زوجها وتشهر ه في الناس كل يوم إلا استحلفته.

والتعليل الذي أورده مالك له وجاهته وعمقه الفقهي، وهو قول وسط بين القولين السابقين، وهو ما نرجحه، والله أعلم.

---

(١) ولعل أهم ما يستدل به أصحاب هذا القول على جواز استحلاف الزوج المنكر في دعوى الطلاق هو حديث ركانه السابق.. وقوله صلى الله عليه وسلم سائلا: "والله ما أردت إلا واحدة؟" فقال ركانة: والله ما أردت إلا واحدة، فردها إليه رسول الله صلى الله عليه وسلم . يقول الشوكاني في نيل الأوطار- ج٣ ص ٦٨٧ " فيه دليل على أنه لا يقبل قول من طلق زوجته بلفظ البتة ثم زعم أنه أراد واحدة إلا بيمين، ومثل هذا كل دعوى يدعيها الزوج راجعة إلى الطلاق إذا كان له فيها نفع".

(٢) تبصرة الحكام– ج١ ص ١٢٨. المدونة – ج٣ ص ٤٦. شرح المنهج المنتخب – ص ١٠٨.

المبحث الثاني

الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي
وإجراءات توثيقه في القانون المصري وموقف القانون الجزائري

المقرر شرعاً أن الطلاق هو حق للرجل باعتباره صاحب العصمة، ولكن هل يتم استعمال هذا الحق بصفة تلقائية؟ أم يجب أن يحترم فيه الزوج شكلية خاصة وترتيب معين؟

وعلى هذا الأساس سوف نتناول بالدراسة لكيفية استعمال الزوج لحق الطلاق ومدى إلزامية الإشهاد عليه في الشريعة الإسلامية، ثم بيان الإشهاد على الطلاق وإجراءات توثيقه في القانون المصري، وأخيرا إثبات الطلاق في القانون الجزائري وتطبيقاته القضائية.

المطلب الأول

الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في الأمر بالإشهاد على الطلاق هل هو للوجوب أو للإستحباب فقط، ومن ثم كان اختلافهم حول الإشهاد على الطلاق حين إنشائه هل هو شرط في صحة وقوعه، أم ليس بشرط على قولين:

القول الأول: أن الإشهاد على الطلاق ليس شرطاً في صحة وقوع الطلاق، بل هو مندوب إليه، غير واجب، فلو طلق الرجل زوجته ولم يكن ثمة شهود حين إيقاعه الطلاق عليها، وقع طلاقه صحيحاً بلا خلاف ولو من غير إشهاد ذوي عدل وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية(١)، والمالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤).

القول الثاني: أن الإشهاد على الطلاق أمر واجب، وأصحاب هذا القول فريقان:

---

(١) بدائع الصنائع – ج٣ ص ٢٨٦. المبسوط – ج٦ ص ١٩. شرح فتح القدير – ج٤ ص ٤٦٥، ٤٦٦.
(٢) مواهب الجليل – ج٤ ص ١٠٥. شرح الخرشي– ج٣ ص ٢٢٧، أوجز المسالك – ج٢ ص ٦١١.
(٣) مغني المحتاج – ج٣ ص ٣٣٦. تكملة المجموع – ج١٧ ص٢٦٩.
(٤) المبدع – ج٧ ص ٣٩٢. الإنصاف– ج٩ ص ١٥٢. مجموع فتاوى ابن تيمية- ج٣٣ ص ٣٤.

أولهما: يرى أن من طلق ولم يشهد على طلاقه يلزمه الطلاق ويكون متعديا لحدود الله تعالى، قال به من الصحابة عمران بن حصين وعبد الله بن عباس، ومن التابعين عطاء بن رباح رضي الله عنهم، ورجّح هذا القول جمع من علماء التفسير(١)، وبعض أهل العلم المعاصرين(٢).

ثانيهما: يرى أن حضور الشاهدين وسماعهما التلفظ بصيغة الطلاق شرط في صحة الطلاق، فإذا لم يتحقق هذا الشرط لم يقع الطلاق، وكان لغواً، ولم يترتب عليه أي أثر من آثاره وتبقى الزوجية قائمة، وهو مذهب ابن حزم الظاهري(٣)، والشيعة الرافضة(٤).

وسبب الخلاف بين الفقهاء مرده إلى الأمر القرآني الوارد في قوله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم)، حيث اختلف في المراد بالإشهاد ولمن يعود الأمر وقدمت ثلاثة احتمالات في هذا المقام:(٥)

١- أن الأمر القرآني يعود إلى الطلاق، لأنه يقتضي التفريق، ولابد من الإشهاد عليه حتى لا يدعي زورا بقاء العلاقة بعد ذلك من يستفيد من هذا الادعاء الباطل من الطرفين.

٢- أنه يعود إلى الرجعة، لأن سياق الآية يقتضي ذلك لقرب القيد من الأمر الثاني المذكور

---

(١) تفسر البغوي – ج٤ - ص ٣٥٧. ابن حيان الأندلسي-البحر المحيط – مكتبة ومطابع النصر الحديثة-الرياض- دون تاريخ- ج٨ ص ٢٨٢. تفسير الطبري– ج٢٨ ص ١٢٧. الرازي- التفسير الكبير ومفاتح الغيب– المطبعة البهية المصرية- دون تاريخ- ج٣٠– ص ٣٤. السيوطي- الدر المنثور في التفسير المأثور- دار الفكر- بيروت- ط١- ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م - ج٦ ص ١٩٤، ١٩٥. الزمخشري- الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل- مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر-١٣٨٥هـ ١٩٦٦م– ج٤ ص ٢٣٢. القاسمي- تفسير القاسمي المسمى بمحاسن التأويل– دار احياء الكتب العربية-١٣٧٦هـ ١٩٥٧م- ج١٦ ص ٥٨٣٦.

(٢) محمد أبو زهرة – المرجع السابق – ص ٣٦٨، أحمد محمد شاكر – نظام الطلاق في الإسلام – مكتبة السنة- القاهرة- ١٤٢٣هـ ٢٠٠٣م- ص ٨٠. علي الخفيف– فرق الزواج – ص ١٣١. د. محمد يوسف موسى – المرجع السابق - ص ١٧١. د. عبد الرحمن الصابوني– مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية- دار الفكر- ط٢- ١٩٦٨– ج١ ص ٤٨١. د. محمد كمال الدين إمام– الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي– ص ٢٣٤.

(٣) المحلى – ج١ ص ٣٠٥ وما بعدها. يفهم ذلك من ظاهر قوله في المحلى وإن لم يذكر هذا الشرط في مسائل الطلاق بل ذكره في الكلام على الرجعة فقط.

(٤) الحر العاملي– وسائل الشيعة إلى تحصيل مسائل الشريعة – دار احياء التراث العربي- بيروت- المجلد السابع – ج٢ ص ٣٠١ وما بعدها. محمد النجفي – جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام– المكتبة الاسلامية-ط٦- ١٣٩٧- ج٣٢ ص ١٠٢. الحلي- شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام– دار الأضواء بيروت- ج٣ ص٢١، واعتبروا الإشهاد على الطلاق ركنا من أركانه وأقسامه إضافة إلى المطلق والمطلقة والصيغة. الحلي- المختصر النافع في فقه الامامية- دار الكتاب العربي- مصر- ص ١٩٨.

(٥) تفسير القرطبي- ج١٨ ص١٥٧. الكشاف- ج٣ ص ١٩٥. تفسير أبي السعود- ج٨ ص ٣٨٧. تفسير البيضاوي- ص ٧٤٣.

فيها، وهو الرجعة بعد الطلاق.

٣- أنه يعود إلى الطلاق والرجعة معا، كون أن الأمرين مذكورين في كلام واحد وتعقب أحدهما الآخر، وهو ما يقتضيه طبيعة المقام.

وفيما يلي أدلة كل من القولين السابقين والمناقشات التي وردت عليها:

أولاً: أدلة القائلين باستحباب الإشهاد على الطلاق ومناقشتها:

استدل جمهور الفقهاء على أن الإشهاد على الطلاق حين إنشائه ليس شرطا في صحة وقوعه بالكتاب والسنة والإجماع والقياس والمعقول.

أ – **دليل الكتاب:** قول الله تعالى: (فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله)[١]

وجه الدلالة: أن الأمر بالإشهاد الوارد في الآية الكريمة محمول على الإستحباب لا على الإيجاب، كالأمر بالإشهاد في قوله تعالى: (وأشهدوا إذا تبايعتم)[٢] حذر التناكر في البيع والشراء[٣]، فلما لم يشترط الإشهاد على الفراق وهو أولى بالإشهاد واحتياطيا لهما ونفيا للتهمة عنهما، فكذلك لا يشترط من صحة وقوع الطلاق الإشهاد عليه عند إنشائه بل يندب ويستحب[٤].

قال الجصاص: "ولم يختلف الفقهاء في أن المراد بالفراق في الآية إنما هو تركها حتى تنقضي عدتها وأن الفرقة تصح وإن لم يقع الإشهاد عليها ويشهد بعد ذلك، وأنه ذكر الإشهاد عقيب الفرقة إلا أنه لم يكن شرطا في صحتها، لأنه لا يشك أحد في وقوع الطلاق بغير بينة"[٥].

---

(١) سورة الطلاق - آية ٢.

(٢) سورة البقرة - آية ٢٨٢.

(٣) وفي بحث الإمام الشافعي لمسألة الإشهاد على الطلاق وبعد استشهاده بالآية الكريمة يرجح القول بعدم الوجوب، فيقول: " فاحتمل أمر الله عز وجل بالإشهاد في الطلاق والرجعة ما احتمل أمره بالإشهاد في البيوع ودل ما وصفت من أني لم ألق مخالفا حفظت عنه من أهل العلم أن حراما أن يطلق بغير بينة على أنه - والله أعلم - دلالة اختيار لا فرض يعصي به من تركه ويكون عليه أداؤه إن فات في موضعه.." ثم يختم بحثه بقوله "والإختيار في هذا وفي غيره مما أمر فيه بالشهادة، والذي ليس في النفس منه شيء الإشهاد". الأم - ج٧ ص٧٧.

(٤) كمال أحمد عون – الطلاق في الإسلام محدد ومقيد – دار النهضة العربية – ص ٨١، د. روحيه مصطفى – الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي– مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية- الإمارات العربية المتحدة- العدد ٢٤- ١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م- ص ١١١. الألوسي– تفسير روح المعاني – ج٢٨ ص ١٣٤.

(٥) أحكام القرآن – ج٥ ص ٣٥٠، ٣٥١.

وذكر القرطبي في جامعه أن " قوله تعالى: (وأشهدوا) أمر بالإشهاد على الطلاق وقيل على الرجعة، والظاهر رجوعه إلى الرجعة لا إلى الطلاق"[1].

كما أن آيات الطلاق – عدا ما في السورة – منحت الرجل حق الطلاق ولم تعرض للإشهاد، فاشتراطه إثبات بلا دليل. ضف على ذلك فإن الإشهاد في هذه السورة وارد على الرجعة لا على الطلاق، حيث جاء الأمر به عند بلوغ الأجل، وضرورة البت في العلاقة في قوله تعالى: (فإذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم).

مناقشة دليل الكتاب: اعترض على الاستدلال من الكتاب بأن الأمر للوجوب ولا ينصرف لغير الوجوب كالندب إلا بقرينة، وليس هناك قرينة تصرفه عن الوجوب، بل القرائن هنا تؤيد حمله على الوجوب، لأن الطلاق عمل استثنائي يقوم به الرجل بغير موافقة من المرأة[2].

فضلا عن أن سياق الآية وما ورد فيها من أحكام كلها تدل على وجوب الإشهاد فقوله تعالى:(فطلقوهن لعدتهن)، وقوله تعالى:(وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم) (لا تخرجوهن من بيوتهن) (وتلك حدود الله)، ثم قوله تعالى:(وأشهدوا ذوي عدل منكم)، وختم الآية (وأقيموا الشهادة لله) كلها أوامر قرآنية على سبيل الوجوب، وليس هناك داع لصرفها إلى الندب بدون قرينة بل مع وجود القرائن الدالة على الإلزام دون الإرشاد والتوجيه[3]. زد على ذلك فإن آيات الطلاق يحمل مطلقها على مقيدها. وهذا إذا علمنا أن الآيات المشتملة على الأمر بالإشهاد نزلت أخيرا، وقد تضمنت أمرا زائدا فوجب العمل به.

وأجيب عن هذا الإعتراض من وجهين:

الوجه الأول: ليس هناك اختلاف أن الأصل في الأمر هو للوجوب وأن قوله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم) الأصل فيه هو الوجوب، لكن تم صرفه عن هذا الوجوب إلى الندب والإستحباب، بقرينة ظاهرة وهي أنه لم ينقل إلينا شيء عن الإشهاد في الطلاق على كثرة وقوعه في عصر النبي صلى الله عليه وسلم وعصر الصحابة، ولم ينقل إلينا أيضا أن أحدا طلق أمام شاهدين، فدل ذلك على أن الأمر بالإشهاد في الآية أمر ندب وإرشاد لا أمر إلزام وإيجاب.

الوجه الثاني: أن الرأي القائل بجعل الإشهاد شرطا في صحة الطلاق هو رأي ضعيف على تقدير القول ببطلان الطلاق في حالة الحيض، وذلك لتعذر أن يشهد الشهود بأن الطلاق وقع

---

(١) الجامع لأحكام القرآن – ج٧ ص ٦٨٢.

(٢) أحمد محمد شاكر- المرجع السابق – ص ١١٨.

(٣) د. عبد الرحمن الصابوني- مدى حرية الزوجين في الطلاق – ج١ ص ٢٨٢.

في حال الطهر، إذ لا يعرف ذلك إلا من جهة المرأة، فمتى قالت المرأة إن الطلاق كان في الحيضة كان ذلك هدر لقول المطلق وشهادة الشهود جميعا، مما يدفع الرجل إلى إعادة الطلاق، إلى أن تعترف المرأة بأن الطلاق وقع في الطهر، فيطول أمر النفقة على الرجل، وهو مصمم على الطلاق وفي ذلك ظلم كبير، وإذا عاشرها وهو يعلم أنه كان طلقها في ثلاثة أطهار، كانت معاشرته لها غير شرعية لا يثبت معها نسب ولا إرث.

أضف إلى ذلك فإن آية الإشهاد ذكرت بعد الأمر بالتخيير بين الإمساك وهو الرجعة وبين المفارقة وهو تركها وشأنها حتى تنقضي عدتها لا الطلاق نفسه، وهما حقان خالصان للزوج، لا يشترط في صحتهما الإشهاد، كما لا يشترط الإشهاد لصحة الطلاق، بل لو كان المراد بالإشهاد على الطلاق مباشرة لذكر الإشهاد عقب (فطلقوهن) قبل التفصيل فيما يترتب على الطلاق من وجوب إحصاء العدة وإقامة المطلقة في بيت الزوجية، وعدم إخراجها منه إلا أن تأتي بفاحشة مبينة... إلى آخر ما ذكر، فيكون حمل الآية على الإشهاد على الطلاق إقحاما للشيء في غير محله، وهذا مما تأباه بلاغة القرآن[1].

ب- دليل السنة:

١- عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن رسول الله صلى عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها[2].

وجه الدلالة: دل هذا الأثر بوضوح أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة رضي الله عنها ولم يشهد حين إنشاء الطلاق، ولم يؤثر عنه صلى الله عليه وسلم شيء في اشتراط الشهود في صحة وقوع الطلاق، ولم يعرف عنه صلى الله عليه وسلم أنه كان يأمر من طلق بالإشهاد على طلاقه، فمن اشترطه يكون اشتراطا بغير دليل.

وتلقى الصحابة هذا النهج عن نبيهم عليه الصلاة والسلام فلم يتوقفوا عند الطلاق إلى أن يحضره شاهدان، ولم يكونوا يطلبون الشهود ليطلقوا أمامهم مع كثرة ما حدث من الطلاق منهم، وكثرة ما روي عنهم من حوادث تطليقهم في جميع الأزمان ولو حصل ذلك لنقل إلينا، وهو ما عد دليلا على أن الأمر بالإشهاد في الآية إنما هو للندب، وليس شرطا لوقوع الطلاق.

---

(١) محمد زاهد الكوثري - الإشفاق على أحكام الطلاق – طبع مجلة الاسلام- دون تاريخ طبع- ص ٨٨، ٨٩.

(٢) أبو داود- كتاب الطلاق – باب في المراجعة- ج١ ص٥٣١. ابن ماجه- كتاب الطلاق- ج١ ص٦٥٠ رقم (٢٠١٦). الهيثمي – مجمع الزوائد – ج٣٠ – ص ٣٣٣.

٢- عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه طلق امرأته وهي حائض في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر بن الخطاب رسول الله صلى عليه وسلم عن ذلك، فقال له رسول الله صلى عليه وسلم: "مره فليراجعها، ثم ليتركها حتى تطهر ثم تحيض، ثم تطهر، ثم إن شاء أمسك بعد، وإن شاء طلق قبل أن يمس، فتلك العدة التي أمر الله عز وجل أن يطلق لها النساء"(١).

وجه الدلالة: في هذا الحديث طلق عبد الله بن عمر زوجته وهي حائض فأمره النبي صلى الله عليه وسلم بمراجعتها ولم يستفصل هل أشهد ذوي عدل عند إيقاع الطلاق عليها أم لا. فلو كان الإشهاد على الطلاق حين إنشائه شرطا في صحته لبينه النبي صلى الله عليه وسلم ، لأنه وقت بيان، ومن الأصول المقررة أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، فترك الاستفصال يدل على عدم وجوب ذلك.

مناقشة دليل السنة: نوقش الاستدلال بالسنة بأنه قد يكون وقع الطلاق بإشهاد ولم ينص عليه في الأحاديث اكتفاء بما ورد في القرآن.

وواقعة طلاق ابن عمر لزوجته فيها ما يدل على وجود الشهود، وهو عمر رضي الله عنه والد الزوج الذي طلق وأخبره، وبذلك أشهد على الطلاق(٢).

وأجيب عن هذه المناقشة بأنها مجرد تأويلات واهية لا ترد دلالة الأحاديث الصحيحة بل يعد ذلك ليا لعنق النص للاستدلال به على الوجه الذي يرجحه، وإيهام القارئ أن رسول الله صلى عليه وسلم ترك البيان وقت الحاجة إليه عندما علم بطلاق ابن عمر لزوجته، وهذا قول منكر، إذ أن الإشهاد على الطلاق لم يكن مشهورا فيهم حتى يترك النبي صلى الله عليه وسلم ذكره، اعتماداً على معرفتهم له من خلال الآية الكريمة التي ليس فيها ما يدل على وجوب الإشهاد عند إنشاء الطلاق(٣).

ج- دليل الإجماع: ذكر الشوكاني دعوى الإجماع على عدم وجوب الإشهاد في الطلاق،

---

(١) صحيح البخاري مع الفتح-كتاب الطلاق- ج١٠ ص٦٢٥٩ رقم(٥٢٥١). صحيح مسلم بشرح النووي-كتاب الطلاق-ج٥ ص٣١٧ رقم (١٤٧١). الترمذي- كتاب الطلاق واللعان- ج٤ ص٤٧٩ رقم (١١٧٦). أبوداود- كتاب الطلاق-ج١ ص٥٠٣. النسائي- ج٦ ص١١٤. الفتح الرباني في ترتيب مسند أحمد- ج١٧ ص٤ رقم(٦). شرح معاني الآثار- ج٣ ص٥١.

(٢) د. عبد المعطي بيومي- نقلا عن جريدة الأهرام الصادرة بتاريخ ١٧ يناير ٢٠٠٠ – مصر.

(٣) د. روحيه مصطفى- المرجع السابق - ص ١٢٣.

كما حكاه الموزعي في تيسير البيان[1].

اعترض على دعوى الإجماع وغيره الإجماع بأنها منقوضة بقول ابن حزم وغيره كما سيأتي بيان أدلتهم، وكثيرا ما ادعى أقوام الإجماع في أمور الخلاف يرمون به في وجوه الباحثين ومعارضيهم.

د- دليل القياس: فقد قاس جمهور الفقهاء الإشهاد على الطلاق في الآية الكريمة على الإشهاد في البيع بقوله تعالى:(وأشهدوا إذا تبايعتم)، ومن المقرر شرعا أن الإشهاد على البيع مندوب إليه غير واجب، فكذلك الإشهاد على الطلاق حين إنشائه مندوب إليه أيضا غير واجب[2].

واعترض على ما قاسه الجمهور الإشهاد على الطلاق على الإشهاد على البيع بأنه قياس لا يصح للفرق الواضح بين الطلاق وبين البيع كأحد الأمور المالية التي يشهدها الناس غالبا، أما الطلاق فهو تصرف بإرادة منفردة يتم بعيدا عن الملأ، فيتعين لذلك الإشهاد عليه حفظا لحقوق الزوجة وصيانة للدعوى عن الإنكار[3].

وأجيب عن هذا الإعتراض بأنه صحيح أن قياس الإشهاد في الطلاق على البيع هو قياس مع الفارق، لكن الاعتراض عليه لا يسوغ تعليلا لوجوب الإشهاد على الطلاق.

هـ- دليل المعقول: حيث إن الطلاق من الحقوق المخولة إلى الرجل ولا يحتاج الإنسان إلى بينة لممارسة حقه، كما أن الطلاق لا يفتقر إلى قبول، فلم يفتقر إلى إشهاد كسائر حقوق الزوج ، ولأن ما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع، وإنما يندب له الإشهاد ويستحب عند إفشاء الطلاق دفعا للريبة وقطعاً للنزاع[4].

ثانيا: أدلة القائلين بوجوب الإشهاد على الطلاق ومناقشتها:

استدل أصحاب هذا القول على أن الإشهاد على الطلاق حين إفشائه شرط في صحة وقوعه بالكتاب والسنة والإجماع والأثر والمعقول.

أ- دليل الكتاب: قوله تعالى:(فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف).

---

(١) نيل الأوطار – ج٦ ص ٢٣٥.

(٢) الآلوسي – تفسير روح المعاني – ج ٢٨ ص١٣٤.

(٣) د. عبد الرحمن الصابوني- مدى حرية الزوجين في الطلاق - ج١ ص ٤٧٨.

(٤) المبدع – ج٧ ص ٣٩٢. تفسير البيضاوي – ص ٧٤٣.

وجه الدلالة: ظاهر الأمر القرآني واضح في وجوب الإشهاد على الطلاق، وهو ما يقتضيه سياق الآية، حيث ورد بعد ذكر إنشاء الطلاق وجواز الرجعة، فكان من المناسب أن يكون راجعا إلى الطلاق الذي سيق الكلام لبيان أحكامه(١).

يقول ابن حزم: " فرّق* عز وجل بين المراجعة والطلاق في الإشهاد فلا يجوز إفراد بعض ذلك عن بعض، وكان من طلق ولم يشهد ذوي عدل، أو راجع ولم يشهد ذوي عدل متعدياً لحدود الله تعالى"(٢).

ومما ذكره علماء التفسير في تفسيرهم لهذه الآية ما نقله الطبري بسنده عن قتادة أنه قال: "جعل الله الطلاق ثلاثا، فكان الرجل إذا أراد طلاق أهله نظر حيضتها حتى إذا طهرت طلقها تطليقة عند شاهدي عدل. وروى أيضا عن ابن عباس في تفسيرها أنه قال: عند الطلاق وعند المراجعة، وروي مثله عن السُدّي"(٣).

وروى الإمام ابن كثير عن عطاء قوله: "لا يجوز في نكاح ولا طلاق ولا رجعة إلا شاهدا عدل"(٤).

نوقش استدلالهم بالكتاب بأنه ليس في الآية ما يدل على الاشتراط، بل يظهر من سياقها أنها تشير إلى الإشهاد على أداء ما على الزوج من حق مطلقته عند انتهاء العدة، لأن المفارقة بمعروف هي أداء حقها قبله عند انقضاء العدة، ويكون الإشهاد على هذا بمنزلة الإشهاد على الطلاق؛ لأن

---

(١) د. أحمد فراج – أحكام الأسرة في الإسلام – ص ٥٤.

* هكذا جاء اللفظ ولعله تصحيف، والصحيح الذي يتفق مع مذهب ابن حزم في الاشهاد هو لفظ "قرن" أو "لم يفرق"، والله أعلم.

(٢) المحلى – ج١٠ ص ٢٥١- مسألة ١٩٨٦.

(٣) جامع البيان في تفسير القرآن – ج٢٨ – ص ١٢٧.

(٤) تفسير ابن كثير-ج ٤ ص٣٧٩ . وجاء في أحكام القرآن لابن العربي قوله: "وهذا ظاهر في الوجوب بمطلق الأمر عند الفقهاء. وذكر القاسمي في تفسير لهذه الآية بأن المقصود هو أشهدوا عند الرجعة والفرقة من يرضى دينها وأمانتها وظاهر الأمر في الآية الوجوب والترجيح يجب أن يكون بدليل مرجح، ومما يؤيد الوجوب أن الأوامر في الآية كلها، قبل وبعد للوجوب إجماعا، ولا دليل يصرف الأمر بالإشهاد عن ظاهره، فيبقى كسابقه ولاحقه، وإن كان القرآن لا يفيد المشاركة في الحكم إلا أنه عاضد ومؤيد إذ لم يوجد صارف.. وجدير بعصمة ينوي حلها وكانت معقودة أوثق عقد أن شهد عليها بعد أن يسبقها مراجعة من حكمين من قبل الزوجين، كما أشارت إليه آية الحكم فليتدبر الطلاق المشروع والطلاق المبتدع". تفسير القاسمي- ج١٦ ص ٥٨٣٦. وبه قال علماء التفسير: التفسير الكبير – ج٣ ص ٣٤. تفسير البغوي ج٤ – ص ٣٥٧. تفسير البحر المحيط – ج ٨ ص ٢٨٢.

هذا مترتب على ذلك وهو ظاهر، ويكون بذلك الأمر بالإشهاد لمجرد التمكين من إثبات أنه أدى ما عليه ولا دخل له في صحة الطلاق أصلا[1].

ب- دليل السنة:

١- عن عمران بن الحصين رضي الله عنه أنه سئل عن رجل طلق امرأته ثم يقع بها ولم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها، فقال: "طلقت لغير سنة، وراجعت لغير سنة، أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد"[2].

وجه الدلالة: دل هذا الحديث على ما دلت عليه آية سورة الطلاق، وهو قوله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم) بعد ذكر الطلاق وظاهر الأمر وجوب الإشهاد[3].

ونوقش الاستدلال بحديث عمران بن حصين بأنه لا يصلح للاحتجاج به، لأنه قول صحابي في أمر من أمور الاجتهاد خالفه فيه غيره من الصحابة، فلا تقوم به حجة لولا ما وقع فيه من قوله: طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة[4].

٢- عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال:"من أحدث في أمرنا هذا ماليس منه فهو رد"[5].

وجه الدلالة: دل الحديث أن كل عمل ليس عليه أمر الله تعالى فهو رد، أي يمنع من أوله ويجتث من أصله، وعلى ذلك فمن طلق وأشهد ذوي عدل حين إنشاء الطلاق فقد أتى به على الوجه المأمور به، ومن لم يفعل فقد تعدى حدود الله التي حدّها له، فوقع عمله باطلا لا يترتب عليه أي أثر من آثاره.

---

(١) الكوثري- المرجع السابق – ص ٨٩. مجموع الفتاوى- ج ٣٣ ص ٣٤، وجاء فيه" والمراد بالمفارقة تخلية سبيلها إذا مضت العدة وهذا ليس بطلاق ولا برجعة ولا نكاح، والإشهاد في هذا باتفاق المسلمين، فعلم أن الإشهاد إنما هو الرجعة".

(٢) أبو داود – كتاب الطلاق – باب الرجل يراجع ولا يشهد– ج١ ص ٥٠٥. ابن ماجه- كتاب الطلاق- باب الرجعة- ج١ ص٦٥٢ رقم (٢٠٢٥).

(٣) الصنعاني- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام– دار إحياء التراث العربي- ط٣ - ١٣٧٩هـ ١٩٦٠م- ج٣ ص ١٠٩٩.

(٤) نيل الأوطار - ج ٦ ص ٣٦٥ .

(٥) البخاري – كتاب الصلح – باب إذا اصطلحوا على صلح جور فالصلح مردود – ج٢ – ص ٩٥٩ رقم (٢٥٥٠). مسلم- كتاب الأقضية – باب نقض الأحكام الباطلة – ج٣ – ص ١٣٤٣ رقم (١٧١٨) واللفظ له.

ج- دليل الأثر:

١- عن ابن عباس رضي الله عنه قال: "إن أراد مراجعتها قبل أن تنقضي عدتها أشهد رجلين، كما قال الله تعالى:(وأشهدوا ذوي عدل منكم) عند الطلاق وعند الرجعة[١].

٢- وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن قال لمن سأله عن طلاقه: "أشهدت رجلين ذوي عدل منكم كما أمرك الله؟ فقال: لا، فقال: اذهب فإن طلاقك ليس بشيء، وفي رواية: فليس طلاقك إياها بطلاق"[٢].

٣- وروي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه سئل عمّن طلق امرأته ولم يعلمها حتى غشيها، فقال: طلقها لغير السنة وراجعها لغير السنة، وليشهد على ذلك شاهدين[٣].

وجه الدلالة: يتضح من هذه الآثار مذهب الصحابة في اشتراط الإشهاد على الطلاق، ومثل هذا القول منهم لا يكون إلا بتوقيف.

ونوقش استدلالهم بهذه الآثار بأن ما ورد عن علي وابن عباس رضي الله عنهم لم يثبت عنهما قطعا، بل العمل عندهما على خلافه، ومن ذلك ما رواه أهل السنن:

١- عن حبيب ابن أبي ثابت قال: جاء رجل إلى علي بن أبي طالب رضي الله عنه فقال: إني طلقت امرأتي ألفا، فقال له علي: يحرمها عليك ثلاث، وسائرهن اقسمهن بين نسائك[٤].

٢- وعن مجاهد قال: كنت عند ابن عباس فجاءه رجل فقال: إنه طلق امرأته ثلاثا، قال: فسكت حتى ظننت أنه رادها إليه، ثم قال: ينطلق أحدكم فيركب الحموقة ثم يقول: يا ابن عباس، وإن الله قال: (ومن يتق الله يجعل له مخرجا) عصيت ربك وبانت منك امرأتك، إن الله تعالى قال: (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن)[٥].

---

(١) ذكره الطبري في جامع البيان- ج٢٨ ص١٣٧.

(٢) ذكره الحر العاملي في وسائل الشيعة – ج١٥ ص ٢٨٢، ٢٨٣، وأورده من غير سند كعادتهم.

(٣) المبسوط – ج٦ ص ٢١.

(٤) الدارقطني – كتاب الطلاق والخلع – ج٣ ص ٢١ رقم (٥٦).

(٥) أبو داود– كتاب الطلاق – باب نسخ المراجعة بعد التطليقات الثلاث– ج٦ ص ٣٤٩ أثر رقم (٢١٩٧). وقال الحافظ في الفتح - ج١١ ص ٢٧٧ إسناده صحيح. شرح معاني الآثار- كتاب الطلاق- باب الرجل يطلق امرأته ثلاثا معا- ج٣ ص٥٨. الدارقطني- كتاب الطلاق والخلع والايلاء- ج٤ ص ١٣ رقم (٣٨)، وذكر عن ابن عباس آثارا أخرى.

فيظهر بوضوح تام من هذين الأثرين أن علي بن طالب وابن عباس رضي الله عنهم اعتدا بالطلاق الذي وقع دون أن يكون هناك ثمة شهود ويدل على ذلك أنهما لم يسألا المطلق أشهدت عند الطلاق أم لا[1].

أما أثر ابن مسعود رضي الله عنه فلو فرضنا صحته فليس بحجة لثبوت خلاف الصحابة له في ذلك.

د- دليل الإجماع: ادعى الشيعة الرافضة قيام الإجماع على أن الإشهاد ركن من أركان الطلاق حال إنشائه، فلو طلق ولم يشهد وقع طلاقه باطلا[2].

ويعترض ببطلانه لمخالفته الجمهور له، بل أن اعتبار الإشهاد ركنا من أركان الطلاق لم يقل به سواهم، هذا ولعل قصدهم هو حصول الإجماع في المذهب.

هـ - دليل المعقول: استدلوا به من وجوه:

الوجه الأول: أن الله تعالى أمر بالإشهاد على الطلاق وظاهر الأمر يقتضي الوجوب وذلك أمنا من الجحود والإنكار من كل منهما، وأن لا يتهم الزوج في إمساكها، ودفعاً للدعاوى الباطلة بعد موت أحدهما ، فيدعي مثلاً أحدهما ثبوت الزوجية ليرث[3]، كما أن الإشهاد على الطلاق يقضي على ما يفعله من لا يخاف شرع الله تعالى، حيث يخفي الطلاق لأسباب في هواه، ثم يظهره بعد أن يكون قد خالف حدود الله.

الوجه الثاني: إن في اشتراط الإشهاد على الطلاق أبعد ذريعة وأنفع وسيلة إلى تحصيل الوئام وقطع مواد الخصام بين الزوجين، وفي الأخذ بهذا الرأي ما يمهد السبيل للصلح في كثير من الحالات، فللعدول وأهل الصلاح مكانة وتأثيرا في النفوس، كما أن من واجبهم الإصلاح والموعظة الحسنة، وإعادة مياه الصفاء بين الزوجين إلى مجاريها[4].

الوجه الثالث: بالإشهاد على الطلاق يظهر التناسق بين إنشاء الزواج وإنهائه، فكما أن الشهادة شرطت في إنشاء الزواج تكون شرطا في إنهائه، وفي هذا مصلحة كبرى وظاهرة لمن عرف خفايا النفوس من جحود ونكران للطلاق، وخاصة إذا كثر تدليس الناس وزادت جرأتهم على

---

(١) د. روحيه مصطفى – المرجع السابق - ص ١٢٥.

(٢) جواهر الكلام – ج٥ ص ٢٩٣.

(٣) البحر المحيط – ج٨ ص ٢٨٢. الكشاف– ج٤ ص ١١٩. أحمد محمد شاكر- المرجع السابق – ص ٨٠.

(٤) د. محمد يوسف موسى– المرجع السابق – ص ٢٧١.

الدعاوى الباطلة، وما يتبع ذلك من عواقب نتيجة عدم إعلان الطلاق من حرج الإزدواجية بين وقوع الطلاق ديانة أمام الله تعالى، وعدم وقوعه أما المحاكم لعدم الإشهاد والإثبات[١].

الوجه الرابع: إن في اشتراط الإشهاد على الطلاق تضييقا لدائرته في حدود الشرع الذي حرص على أن يكون الطلاق آخر علاج، وليس في اشتراط الإشهاد تضيق على إرادة الزوج فهو حر في التعبير عن قصده وإرادته ولا دخل لأحد فيه ضمن حدود الشرع، وإنما يهدف إلى تحقيق المصلحة وإبعاد الطلاق عن أن يكون نتيجة الغضب والإنفعال الوقتي الذي يعقبه الندم حيث لا ينفع الندم، ويعيق المتسرع من الرجال حتى يتبين له الرشد والصواب[٢].

وليس في إعاقة المتسرع الغضبان سلبه حقا منحه إياه الشارع الحكيم ونحكم بخلاف ما قصده وأراده، ولا نجبره على البقاء مع زوجة لا يريدها، وإنما كل ما في الأمر أن في اشتراط الإشهاد ما يؤدي إلى التقليل من حوادث كثيرة، لأن معظم حوادث الطلاق تكون نتيجة غضب سرعان ما تخمد حدته، ويقضي بذلك على الطلاق المنبعث عن هيجان نفسي وثورة غضب، ولا يبقى لدينا إلا الطلاق المنبعث عن إرادة وتفكير وتصميم بهدوء من غير انفعال[٣].

الوجه الخامس: في الإشهاد على الطلاق مصلحة لا تنكر والدرع الذي تحمي الشريعة الإسلامية به مسائل الزواج والطلاق، وهو ما يجعل منه ضرورة لا بد منها في عصرنا[٤].

وقد نوقش استدلالهم بالمعقول من عدة وجوه أيضا:

الوجه الأول: أن الطلاق يقع شرعا بالتلفظ من الزوج ولو كان هازلاً، بل تزيل به في بعض الحالات العصمة، ولا تحل به المعاشرة، متى كان الطلاق مكملا للثلاث، والقول بعدم الإعتداد به في هذه الحالة إذا لم يحصل إشهاد تترتب عنه نتائج خطيرة، إذ تكون العلاقة بين الزوجين محرمة شرعا وما يولد منهما من ولد كان خارج الزواج الصحيح[٥]، وما يترتب عن ذلك من اختلاط الأنساب وآثار سيئة على الفرد والمجتمع، وفي ذلك أيضا قضاء على جميع أنواع

---

(١) بدران أبو العنين – المرجع السابق – ص ٣٧٩. أبو زهرة – المرجع السابق – ص ٣٦٨. د. عبد المعطي بيومي – جريدة الأهرام بتاريخ ١٧يناير ٢٠٠٠ مصر. علي حسب الله- الفرقة بين الزوجين وما يتعلق بها من عدة ونسب- دار الفكر العربي- ط١- ١٣٨٧هـ ١٩٦٨م- ص١٠٧. د.عبد الرحمن الصابوني- مدى حرية الزوجين في الطلاق - ص ٤٨٣.

(٢) أحمد محمد شاكر- المرجع السابق – ص ٨١. علي الخفيف- فرق الزواج- ص١٣١.

(٣) د. عبد الرحمن الصابوني- المرجع السابق – ج١ – ص ٤٨٣.

(٤) د. محمد كمال الدين إمام – الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي– ص ٢٣٥.

(٥) د. محمد سليم العوا – نقلا عن جريدة الأهرام – الصادرة بتاريخ ١٧ يناير ٢٠٠٠ مصر.

الطلاق من سني وبدعي، ومجموع ومفرق... إلخ، ولم يقل بهذا – فيما أعلم – أحد من الفقهاء الذين يعتد بخلافهم.

الوجه الثاني: في مسألة الوصية في السفر أو المداينة أو المبايعة أو رد الأموال إلى اليتامى لم يقل أحد ببطلان هذه التصرفات متى أهمل الإشهاد فيها، فالأمر فيها لا يتعدى مجرد الإشهاد إلى مسلك الإثبات عند التجاحد، وهكذا الطلاق أيضا.

الوجه الثالث: إن قياس النكاح على الطلاق في اشتراط الإشهاد هو قياس مع الفارق، فالفرق بين النكاح والطلاق جلي وظاهر: كون أن الإعلان في النكاح شرطا لصحته وتمييزه عن السفاح، وحتى لا يتهم أحدهما بالآخر، بخلاف الطلاق الذي لا حاجة فيه إلى الإعلان لعدم التباسه بشيء حتى يتميز، ولعدم التهمة فيه، كون أن الطلاق كالبيع وسائر العقود في إحضار الشهود لمخافة الإنكار[1].

الوجه الرابع: أما القول بأن اشتراط الشهود في صحة الطلاق يضيق دائرة الطلاق فهذا الكلام فيه نظر، لأن اشتراط الشهود في صحة وقوع الطلاق يؤدي إلى غلق دائرته في الجملة، ويمثل ذلك هدما لباب الطلاق جملة وتفصيلا، على اعتبار أن أغلب حالات الطلاق تحدث بين الزوجين دون حضرة شهود، فلو قلنا باشتراط الشهود في صحة وقوع الطلاق ما وقع طلاق قط، فضلا عن ذلك فإنه يترتب عليه عدم الإعتداد بمختلف أنواع الطلاق كالحلف بالطلاق أو تعليق وقوعه[2].

الترجيح:

بعد عرض خلاف الفقهاء في حكم الإشهاد على الطلاق وأدلة كل قول ومناقشتها وما أجيب عن بعضه تلك المناقشات، يظهر لي - والله أعلم - رجحان قول الجمهور في المسألة، أي أن

---

(١) وذهب البعض في الإستدلال بوجوب الإشهاد على الطلاق إلى أن تأخير الأمر بالإشهاد بعد الأمر بضرورة البت في شأن المطلقة بالإمساك أو الفراق، إنما يدل على انعقاد الطلاق مبدئيا قبل الإشهاد، ولكنه لا يتم ولا يترتب عليه أثره إلا بالإشهاد، وقياس ذلك على النكاح وانعقاده بالإيجاب والقبول من غير إشهاد حال العقد في مذهب مالك، وأن العقد عنده لا يتم ولا ينفذ إلا بالإشهاد قبل الدخول، فإذا لم يحصل إشهاد قبل الدخول بطل عقد النكاح ووجب عنده فسخه حتما، فكذلك الطلاق إن لم يحصل فيه إشهاد فلا يتم ولا يترتب عليه أثر يذكر. كمال أحمد عون – المرجع السابق – ص ٩١. فهذا قياس مع الفارق ومجرد رأي محض لا يعول عليه.

(٢) ولأدل على ما ذكرنا ما قاله القاسمي في تفسيره – ج١٦ ص ٥٨٧٦ " إن الأمر بالإشهاد عند الطلاق، يدل على أن الحلف بالطلاق، أو تعليق وقوعه بأمر كله لا يعد طلاقا في الشرع، لأن ما طلب فيه الإشهاد لابد وأن ينوي فيه إيقاعه، ويعزم عليه، ويتهيأ له".

الإشهاد على الطلاق حين إنشائه أمر مندوب إليه، فمن طلقت زوجته ولم يشهد حين تلفظ بالطلاق وقع طلاقه وترتبت عليه جميع آثاره، وحججنا في هذا الترجيح:

١- أن الطلاق كان حاصلا منذ عهد الوحي ولم ينقل لنا شيئا عن النبي صلى الله عليه وسلم وصحابته رضوان الله عليهم في حضور الشهود عند الطلاق، ولو كان ذلك واجبا لبيّنه لنا النبي صلى الله عليه وسلم وأشهد في طلاقه، وأرشد صحابته إلى ذلك، والوقت وقت الحاجة، وحاشاه صلى الله عليه وسلم أن يؤخر البيان أو يتركه.

٢- اتفاق جمهور الفقهاء من الأئمة الأربعة وغيرهم على أن الإشهاد في الطلاق أمر مستحب، ولمحض قطع النزاع المتوقع والإرشاد إلى طريق الإثبات عند الإنكار، وهذا الإتفاق مما يقوى معه الترجيح.

٣- أن وجوب الإشهاد على الطلاق حين إنشائه يمكن أن يكون مثل الوجوب بطلاق المرأة في طهر لم يجامعها فيه، فيكون قول الله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم) بمنزلة قوله تعالى: (فطلقوهن لعدتهن) والمقرر شرعا أن الطلاق السني هو أن يطلق الرجل زوجته في طهر لم يجامعها فيه، فلو طلق في حيض أو في طهر مسها فيه وقع الطلاق مع الإثم، في قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، خلافا لابن تيمية وتلميذه ابن القيم[١].

فمثله أيضا الإشهاد على الطلاق على فرض وجوبه عند إنشاء الطلاق يعد قيد من قيود إيقاع الطلاق السني ومخالفته توقع صاحبها في الإثم، ووقع طلاقه صحيحاً قياساً على الطلاق البدعي[٢].

٤- ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني في أن من لم يشهد حين طلاقه لزوجته قد تعدى حدود الله فوقع طلاقه باطلا ولا يترتب عليه آثاره، فيجاب على قولهم بما أورده الحافظ ابن حجر في فتح الباري – وما أحسن رده – بقوله: "الطلاق ليس من أعمال البر التي يتقرب بها وإنما هو إزالة عصمة فيها حق آدمي فكيفما أوقعها وقع سواء أجر في ذلك أم أثم، ولو لزم المطيع ولو يلزم العاصي لكان أخف حالا من المطيع"[٣].

---

(١) لمزيد من التفصيل في هذه المسألة يراجع: البحر الرائق – ج٣ ص ٢٥٩. شرح الزرقاني على الموطأ – ج٣ ص ٢٠٣. الحاوي– ج١٢ ص ٣٩٤. شرح منتهى الإرادات – ج٣ ص ٢٤٥. مجموع الفتاوى – ج٣٣ ص ٦٦. زاد المعاد – ج٤ ص ٦٢ وما بعدها.

(٢) أنظر في هذا الرأي د. روحيه مصطفى - المرجع السابق- ص ١٢٨، ١٢٩.

(٣) فتح الباري – ج١٤ ص ٢٠.

وبهذا يظهر – ومن باب أولى – أن القول بالإشهاد لصحة وقوع الطلاق وأنه ركن من أركانه هو رأي محض وقول بعيد جدا، لا معول له من كتاب ولا سنة صحيحة ولا إجماع ولا قياس صحيح. والله أعلم.

المطلب الثاني

إشهاد الطلاق وإجراءات توثيقه في القانون المصري

ونبحث في هذا المطلب إجراءات توثيق الطلاق وضمانات علم الزوجة به (الفرع الأول)، وجزاء مخالفة إجراءات توثيق إشهاد الطلاق (الفرع الثاني)، ثم نتناول وقت ترتب آثار الطلاق (الفرع الثالث)، وأخيرا نبحث التنظيم الجديد لإشهاد الطلاق في قانون إجراءات التقاضي رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ (الفرع الرابع).

الفرع الأول: إجراءات توثيق الطلاق وضمانات علم الزوجة به

من المقرر شرعا أن للزوج أن يطلق زوجته في حضورها أو غيابها، بنفسه أو بواسطة وكيل خاص ينيبه في إيقاع الطلاق عنه، فلم يكن بذلك المقصود من توثيق الطلاق هو إيقاعه وإنما يقصد به أن يكون بيد المطلقة دليل على طلاقها تطالب على أساسه بحقوقها، وتتمكن به من الزواج من جديد بعد انقضاء عدتها[١].

حيث ورد في المادة ٥ مكرر ما نصه: "على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق.

وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، وعلى الموثق تسليم نسخة إشهار الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها وفق الإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل".

فهذا النص المستحدث– كما ورد في المذكرة الإيضاحية– " دعت إليه حاجة الأسرة وحمايتها من تتابع المشاكل، إذ قد ظهر من استقصاء حالات الطلاق أن بعض الأزواج قد لجؤوا إلى إيقاع الطلاق في غيبة زوجاتهم وأخفوا عنهن خبره، وفي هذا إضرار بالمطلقات وتعليق لهن بدون مبرر، بل إن بعض الأزواج كان يوثق الطلاق رسميا لدى الموثق، ثم يحتفظ بورقتي الطلاق لديه متظاهرا للزوجة باستدامتها واستمرارها، حتى إذا وقع الخلاف بينهما أبرز سند الطلاق شاهرا

---

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار – الأسرة وقانون الأحوال الشخصية – ص ٩٩.

إياه في وجهها محاولاً به إسقاط حقوقها وليس هذا بدعاً جديداً،فقد سبق لفقهاء المذهب الحنفي أن واجهوا الطلاق بتأخير بدء العدة إلى وقت الإقرار من الزوج بحدوث الطلاق".

وبناء على ذلك فقد أوجب القانون على المطلق أن يوثق[1] إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص وهو المأذون،أومكتب التوثيق بالشهر العقاري خلال ثلاثين يوما من تاريخ الطلاق[2].

وليس في إيجاب توثيق الطلاق ولا في تنظيم طريق العلم به – كما سيأتي - أي أثر على واقعة الطلاق[3]، كما لا يمثل هذا النص الإجرائي أي قيد في إثبات الطلاق الذي يجوز للمطلقة أو المطلق إثباته بكافة طرق الإثبات الشرعية المقررة، وإنما غيّر فقط في عبء إثبات علم المطلقة به، كما تسمع دعوى الطلاق ولو لم يوثق الزوج طلاقه أما الموثق المختص[4].

أما مجال العمل بهذا النص فلا يلزم بتوثيق الطلاق في كل طلاق، وإنما يقتصر فقط على الطلاق الذي يوقعه الزوج، ومن ثم لا ينصرف إلى:

١- الطلاق الذي يوقعه وكيل الزوج فلا يلزم مطلقه ولا وكيله بتوثيق هذا الطلاق، ولهما الخيار في توثيقه، ولا يقال إن آثار طلاق الوكيل تنصرف إلى الموكل، فيلزم المطلق بتوثيق طلاقه الذي أوقعه وكيله في حدود وكالته، لأن النص أوجب ذلك على المطلق ولم ينص على إلزام الوكيل بذلك، كما لم ينص القانون على إلزام المطلق بتوثيق الطلاق إذا أوقعه وكيل عنه، زيادة على أنه قد

---

(١) ورد نص المادة في القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الملغي وفي الاقتراح بمشروع القانون بلفظ "أن يبادر" وتم استبداله باللفظ "أن يوثق" وهو لفظ أكثر دقة وأضبط من سابقه. (مضبطة مجلس الشعب – الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ – ص ٦).

(٢) أما المأذون فهو مأذون الجهة التي يقيم بها المطلق إلا إذا اتفق الطرفان على قيده بمعرفة مأذون آخر (المادة ٢٠ من لائحة المأذونين). أما مكتب الشهر العقاري فينعقد اختصاصه بتوثيق الطلاق إذا كان الزوجان مختلفي الجنسية أو الديانة (المادة ٣ من القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ المعدّل).

(٣) فتوثيق إشهاد الطلاق ليس شرط لصحته، وإنما هو إجراء من إجراءات علم المطلقة بوقوع الطلاق. وهو ما أوضحته المذكرة الإيضاحية للنص، حيث جاء فيها: "وليس في إيجاب توثيق الطلاق ولا في تنظيم طرق العلم به أي قيد على حق الطلاق الذي أسنده الله للزواج واختصه به في أكثر من آية من آيات القرآن، وكذلك لا تشكل تلك الإجراءات أي قيد على جواز إثبات الطلاق قضاء بكافة الطرق، غاية الأمر أن آثارها بالنسبة للزوجة في حالة إخفائه عنها، لا تبدأ إلا من تاريخ علمها به، وإثبات الطلاق والدليل عليه باعتباره من الشروط الموضوعية يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية في حدود نص المادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب الشرعية".

(٤) محمد عزمي البكري– المرجع السابق – ص ٢٠٨، ٢٠٩. أحمد نصر الجندي– التعليق على نصوص قانون إجراءات التقاضي- ص ٥٣٢. ويعد الإشهاد على الطلاق من قبيل الإقرارات الفردية التي تصدر من طرف واحد، فلا تصلح بذاتها لأن تكون أساسا للمطالبة بحق ما، ومن ذلك ما يثبته المأذون في الإشهاد- على لسان الزوج- من أنه لم يدخل بزوجته ولم يختل بها، لأنها ادعاءات مستقلة تفتقر إلى الدليل والحجة التي تخضع للتمحيص والتثبت. الطعن رقم ٣٦٠ لسنة٢٩ ق-أ.ش- جلسة٥٩/٤/٢٨- السنة١٠- القاعدة ١١٢- ص٥١٢.

لا يخبر الوكيل موكله عن الزمان الذي أوقع فيه الطلاق حتى يلزم الموكل بتوثيقه خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق، والغالب أن يكون الوكيل في بلد تقيم فيه المطلقة بينما يكون الموكل في بلد آخر، ولأن النص جنائي يفسر تفسيرا ضيقا والإلزام بالتوثيق في طلاق الوكيل فيه شبهة وشك، والشبهة تدرأ بها العقوبة كما أن النص يفسر لصالح المتهم.

ولا شك أن هذه ثغرة خطيرة في القانون تجعل الراغبين في الطلاق يتحايلون عليه بتوكيل غيرهم في إيقاعه تهرباً من تطبيق هذا النص، وما يترتب على مخالفته من جزاء جنائي، فكان لابد من التدخل لتعديل النص وسد الثغرة فيه(١).

٢- الطلاق الذي توقعه الزوجة المفوضة، وهي التي تكون العصمة في يدها فلا يلزم المطلق بتوثيق هذا الطلاق، كما لا تلزم المطلقة بتوثيقه، لأنها لا تطلق الزوج وإنما تطلق نفسها، وهناك فارق بين التعبيرين، وفي هذه الحالة التي طلقت نفسها، فهي تعلم تلقائيا بإيقاع الطلاق(٢).

٣- الطلاق الذي يوقعه القاضي نيابة عن الزوج، لأن النص يتحدث عن "إيقاع" الطلاق لا عن "وقوعه" عن طريق نائب عنه، سواء أكان هذا النائب وكيلا أم قاضيا، والقول بغير ذلك هو تجاوز لما ورد النص عليه.

٤- أسباب الفرقة بين الزوجين غير الطلاق الرجعي أو البائن، ولو صدر من الزوج كالإيلاء واللعان والفسخ، فلا يلزم توثيقه(٣).

والميعاد القانوني الذي يلزم المطلق بتوثيق إشهاد طلاقه فيه هو ميعاد ثلاثين يوما(٤)، ويبدأ من اليوم التالي لوقوع الطلاق ولا يحتسب يوم وقوعه، وينتهي بانتهاء الثلاثين يوما، ما لم يكن اليوم الأخير عطلة فيمتد الميعاد إلى أول يوم عمل بعدها(٥).

ويسري الإلتزام بالتوثيق على المصري المسلم الذي يوقع الطلاق داخل إقليم مصر، وعلى الأجنبي المسلم المتزوج بمصرية وطلقها وهو داخل إقليم مصر، لأن القانون المصري لا يسري إلا

---

(١) أنظر في هذا الرأي: د. عبد الناصر توفيق العطار – الأسرة وقانون الأحوال الشخصية- ص ١٠٣.

(٢) مضبطة مجلس الشعب – الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ – ص ١٣.

(٣) د. عبد الناصر توفيق العطار – الأسرة وقانون الأحوال الشخصية- ص ١٠٣، ١٠٤.

(٤) وهذا الميعاد استحدثه القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ولم يكن في القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ ولا شك أن هذا الحكم يعد أصلح للمتهم فيطبق بأثر رجعي، ومعنى ذلك أنه إذا لم يبادر المطلق – أثناء العمل بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩- بتوثيق إشهاد طلاقه، ولكن وثقه قبل مضي ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق، ولم يصدر عليه الحكم نهائيا، تعين الحكم ببراءته وإذا كان قد حكم عليه نهائيا يخلي سبيله. المرجع السابق- ص١٠٥.

(٥) المادتان ١٥، ١٨ من قانون المرافعات.

على إقليم مصر، ويعتبر من إقليم مصر أرضها ومياهها الإقليمية، والسفارات والقنصليات المصرية بالخارج، والسفن والطائرات المصرية ولو كانت خارج مصر.

أما إذا أوقع الزوج الطلاق وهو خارج إقليم مصر، سواء أكانت زوجته في الخارج أو كانت داخل إقليم مصر، ومضت ثلاثون يوما من إيقاع الطلاق، مضافا إليها ميعاد المسافة المنصوص عليه في المادتين ١٦، ١٧مرافعات، والمطلق بالخارج، فلا يعاقب إذا لم يوثق إشهاده، بينما إذا أوقع الطلاق وهو في الخارج وحضر إلى مصر قبل مضي ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق، مضافا إليها ميعاد المسافة يلزم بتوثيق طلاقه(١).

وإذا تم توثيق إشهاد الطلاق لدى الموثق، فإما أن تكون الزوجة حاضرة مجلس توثيقه، أو غائبة، فيختلف علم الزوجة بالطلاق ووسيلته حسب الحالة:

فإذا حضرت توثيق الإشهاد، فقد اعتبرها القانون عالمة بإيقاع الطلاق، لتحقق حضورها الفعلي له، أما إذا لم تحضر توثيقه فقد أوجب القانون على الموثق التزاما بوجوب إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر، خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق إشهاد الطلاق(٢).

ولا يعد حضور الزوجة توثيق الطلاق أو إعلانها به حصرا للعلم بالطلاق في هذين الطريقين، بل يجوز إثبات العلم بكافة طرق الإثبات كالشهود وغيرهم من البينات(٣).

والملاحظ على هذا النص أنه لم يشترط توقيع المطلقة على إشهاد الطلاق إذا حضرت توثيقه، وهو ما يعد قصورا فيه ويسمح بتلاعب الموثق الذي يثبت أن المطلقة حضرت وامتنعت عن التوقيع، ولا شك أن إثبات المطلقة بعد ذلك تزوير الموثق يكون متعذرا وصعب التحقيق، سيما أن الطعن بالتزوير في ورقة رسمية يحوطه القانون بصعوبات وأعباء مالية، ولذلك نرى إضافة فقرة ثانية إلى نص المادة ٢ من القرار الوزاري، ونصها:"ويتخذ الإجراء ذاته إذا لم توقع

---

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار – المرجع السابق- ص ١٠٦.

(٢) عملا بالمادة ٢ من قرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ بشأن أوضاع وإجراءات إعلان وتسليم إشهاد الطلاق إلى المطلقة وإخطار الزوجة بالزواج الجديد والتي نصها: "يجب على الموثق خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق إشهاد الطلاق إعلان المطلقة لشخصها على يد محضر بوقوع الطلاق وذلك في حالة عدم حضورها توثيق إشهاده".

(٣) سالم البهنساوي– قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء- دار القلم- الكويت- ط٢- ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م– ص٢٦٣.

المطلقة على إشهاد الطلاق"[1]، والتوقيع يتم بإمضائها أو ببصمة إصبعها كما يقرره قانون الإثبات[2].

وفي ضوء ما تقدم فإن الالتزام بالإعلان بموجب القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ يقع على عاتق الموثق وليس على عاتق المطلق كما كان منصوصا عليه في القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩[3]، وهذا أضمن لإتمام الإعلان. ويتعين أن يتم الإعلان وفقا للقواعد المقررة في إعلان الأوراق القضائية الواردة بقانون المرافعات.

ويجب أن يتم إعلان الموثق للمطلقة بالطلاق بإيداعه قلم المحضرين المختص خلال سبعة أيام من تاريخ توثيق إشهاد الطلاق، متضمنا لبيانات أوراق المحضرين، يضاف إليها البيانات الآتية:

١- تاريخ وقوع الطلاق.

٢- اسم الموثق الذي وثق إشهاد الطلاق ومقر عمله.

٣- رقم إشهاد الطلاق.

٤- بيان الطلاق الذي تضمنه الإشهاد.

٥- إخطار المطلقة باستلام إشهاد الطلاق الخاصة من الموثق المختص خلال خمسة عشر يوما من تاريخ الإعلان[4].

---

(١) أما إذا أعلن الموثق المطلقة لشخصها على يد محضر بوقوع الطلاق في موطنها وامتنعت عن التوقيع على أصل الإعلان بالاستلام أو عن استلام الصورة، ففي هذه الحالة يتعين اتباع حكم المادة ١١ مرافعات التي توجب على المحضر في هذه الحالة تسليم صورة الإعلان في اليوم ذاته إلى مأمور القسم أو المركز أو العمدة أو شيخ البلد الذي يقع موطن المعلن إليه في دائرته حسب الأحوال، وعليه خلال أربع وعشرين ساعة أن يوجه إلى المعلن في موطنه الأصلي كتاباً مسجلاً يخبره فيه أن الصورة سلمت إلى جهة الإدارة.
ويجب على المحضر أن يبين ذلك كله في حينه في أصل الإعلان وصورته، ويعتبر الإعلان منتجاً لآثاره من وقت تسليم الصورة إلى من سلمت إليه قانونا. أنظر: المادة ١١ قانون المرافعات.

(٢) وإيجاب إعلان إيقاع الطلاق لشخص الزوجة يعني أنه إذا توجه المحضر إلى موطن الزوجة لإعلانها بإيقاع الطلاق فلم يجدها، فلا يجوز له تسليم الإعلان إلى من يقرر أنه وكيلها أو أنه يعمل في خدمتها، أو أنه من الساكنين معها من الأقارب والأصهار طبقاً لما تقضي به الفقرة ٢ من المادة ١٠ مرافعات، و إلا كان الإعلان باطلا، ذلك أن حكم الفقرة ٢ من المادة ٥ مكرر جاء استثناء من الحكم العام الواردة بالفقرة ٢ من المادة ١٠ مرافعات. حكم المحكمة الدستورية العليا بتاريخ ١٩٩٣/٥/٢٥ في القضية رقم ٧ لسنة ٨ قضائية دستورية.

(٣) حيث كانت صياغة الفقرة الثالثة من المادة ٥ مكرر على النحو التالي: "وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضورها توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلانها بوقوع الطلاق على يد محضر". وعدلت إلى العبارة الآتية في الفقرة ٢ "..فإذا لم يحضره كان على الموثق..".

(٤) المادة ٣ من قرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥.

ويجوز الإعلان لشخص المطلقة في أي مكان توجد فيه وقت الإعلان، سواء وجدت في موطنها أو في مكان آخر، أما إن كانت المطلقة موجودة في الخارج ولها موطن معلوم به فيتم تسليم الإعلان للنيابة العامة التي تقوم بإرساله لوزارة الخارجية لتوصيله بالطرق الدبلوماسية، وإن كانت من المسجونات فيسلم الإعلان إلى مأمور السجن وهكذا(١).

وإذا حصل وأعلنت المطلقة بالطلاق أو علمت به بأي طريق آخر، فلها أو من ينوب عنها – كوكيل أو ولي أو وصي – أن تذهب للموثق لاستلام إشهاد الطلاق لاتخاذه دليلا على طلاقها، إذا لم يكن لديها دليل غيره تطالب به بحقوقها(٢).

وعلى الموثق تسليم المطلقة أو من تنيبه عنها نسخة إشهاد الطلاق الخاصة بها بعد أخذ إيصال بذلك يرفق بأصل الإشهاد، فإذا لم تحضر المطلقة أو نائبها لدى الموثق لاستلام نسخة الإشهاد الخاصة بها يجب على الموثق تسليم هذه النسخة إلى المحكمة التابع لها بعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ التوثيق بمقتضى إيصال يفيد ذلك، وعلى المحكمة في هذه الحالة إرسالها إلى المطلقة بكتاب مسجل بعلم الوصول إن كانت تقيم في مصر أو بواسطة وزارة الخارجية إن كانت تقيم في الخارج(٣).

---

(١) المادة ١٣ فقرة ٦، ٩.

(٢) وردت صياغة الفقرة الثانية من المادة في الإقتراح بمشروع كالآتي: "وتعتبر الزوجة عالمة بالطلاق بحضور توثيقه، فإذا لم تحضره كان على الموثق إعلان إيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر وعلى الموثق تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، وذلك كله وفق الأوضاع والإجراءات التي يصدر بها قرار من وزير العدل". وقد حذفت اللجنة المشتركة بمجلس الشعب – بعد مناقشات أعضائه – من الفقرة عبارة "وذلك كله" الواردة قبل عبارة "وفق الأوضاع أو الإجراءات". وبالمقارنة بين نص المادة قبل الحذف وبعده، نلاحظ أن القرار الذي يصدر من وزير العدل ينصرف إلى إعلان المطلقة بوقوع الطلاق وإلى تسليم إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، في حين أن الصياغة الحالية تدل على أن قرار وزير العدل ينصرف إلى تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها دون إعلان المطلقة بوقوع الطلاق الذي يتم على يد المحضر وفقا للإجراءات المنصوص عليها في قانون المرافعات، الأمر الذي دفع أعضاء مجلس الشعب أثناء مناقشة المادة الدعوة إلى إبراز هذا الفارق في المتن، وهو الإقتراح الذي عارضه رئيس المجلس. أنظر مضبطة مجلس الشعب – الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ – ص ٧ وما بعدها.

(٣) المادة ٥ من قرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ وجاء في المادة ٦ منه: "على الموظف المختص بالمحكمة قيد نسخ إشهادات الطلاق التي تسلم إليه فور استلامها في سجل خاص يبين فيه رقم الإشهاد وتاريخ واسم الموثق واسم المطلق والمطلقة ومحل إقامة كل منهما، وبيان الطلاق الوارد بالإشهاد وتاريخ استلامه نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة، وعليه إرسالها في اليوم التالي لاستلامها إلى المطلقة وفقاً لأحكام المادة السابقة مع إثبات تاريخ ورقم الإرسال في السجل المشار إليه، والتأشير بعد ذلك بما تم نحو تسليم النسخة إلى المطلقة".

وقد ألزم القرار الوزاري المشار إليه الموثق المختص بتوثيق الطلاق بإثبات محل إقامة المطلقة، ويكون ذلك بإرشادها في حالة حضورها توثيق الإشهاد، أما إذا لم تحضر فيلزم المطلق بيان محل إقامتها إلى الموثق[1]، حتى يتمكن من إعلانها بالطلاق وتسليمها إشهاد الطلاق بشكل سليم وضمن المواعيد المقررة. إلا أن التطبيق العملي يصعب معه التسليم بما اتجه إليه قصد القانون حيث يعمد المطلق إلى الإدارة ببيانات غير صحيحة عن محل إقامة مطلقته رغبة منه في الإضرار بها وعرقلة إعلانها بالطلاق، خصوصا وأن نص المادة ٢٣ مكرر لا يشمل فعل المطلق بالعقاب، كما لا يعد التزوير في إشهاد الطلاق مشمولا بالعقوبة المقررة في قانون العقوبات[2].

ومحل إقامة المطلقة الذي يتعين على المطلق إرشاد الموثق له لإعلانها بالطلاق هو بيت المطلق، أو ما يسمى بمسكن الزوجية الذي كانت تقيم فيه المطلقة أثناء زواجها، فهو المسكن الشرعي ومحل الإقامة المعتاد للمطلقة وقت طلاقها وفي خلال شهر من إيقاع الطلاق[3]. ومدة شهر هي مدة العدة التي يجب على المطلقة رجعيا أن تلزم فيها بيت الزوجية حتى تنقضي عدتها، ولا يحل لها أن تخرج منه ولا يحل لزوجها أن يخرجها كما أن قانون الأحوال الشخصية تقتضي أحكامه أن تستمر المطلقة الحاضنة في مسكن مطلقها ما لم يهيئ لها مسكنا آخر مستقلا ومناسبا[4].

وبالرغم من ذلك فإن الصعوبات العملية لا تزال قائمة في إعلان المطلقة بالطلاق أو تسليمها نسخة من الإشهاد، فكثير من الزوجات – المطلقات رجعيا – يغادرن بيت الزوجية حال نشوب خصام مع أزواجهن، أو حال ظهور بوادر لفك رابطة الزوجية، إلى مكان معلوم أو غير معلوم، هذا إذا أضفنا إلى ذلك عدم امتثال الكثير منهن لأحكام العدة المقررة شرعا.

وقد فرق القانون بين إعلان الطلاق ونسخة إشهاد الطلاق فاشترط أن يتم إعلان المرأة بإيقاع الطلاق إليها شخصيا، أما ما يتعلق بنسخة إشهاد الطلاق فيكفي تسليمها أو إرسالها إلى المطلقة أو من ينوب عنها[5]، والفرق بين الحالتين أن الأولى إعلام شخصي، أما الثانية فالمقصود

كما تنص المادة ٧ من نفس القرار أنه: "إذا أعيدت نسخة الإشهاد الخاصة بالمطلقة إلى المحكمة بعد إرسالها إليها لتعذر تسليمها، فعلى الموظف المختص بالمحكمة حفظها في ملف خاص والتأشير بذلك في السجل المشار إليه في المادة السابقة".

(١) المادة ١ من قرار وزير العدل.

(٢) كما سنبين ذلك-إن شاء الله تعالى- عند شرح الجزاء المرتب على مخالفة المادة ٥ مكرر.

(٣) فلا يعد مسكن أبيها أو أقاربها، أو نزولها في فندق أو في مستشفى هو محل الإقامة المعتاد.

(٤) وهذا ما لم تثبت المطلقة أن المطلق كان يعلم مكانا آخر أصبح محل إقامة معتاد لها أثناء زواجها به، كما لو كانت معارة ويعرف مطلقها عنوانها بالخارج فيكون هذا المكان محل إقامتها.

(٥) وقد ينوب عن المرأة اتفاقا كالوكيل، أو شرعا كالولي عن النفس والوصي.

منه هو التأكيد[1].

الفرع الثاني: جزاء مخالفة توثيق إشهاد الطلاق

لكفالة تنفيذ الالتزامات التي فرضها القانون على المطلق وعلى الموثق في المادة ٥مكرر، فقد استحدث القانون – حماية للتنظيم المقرر – نصا قرر فيه عقوبة المطلق والموثق إذا ما خالف التنظيم المعمول به، حيث قرر في المادة ٢٣ مكرر ما يأتي: "يعاقب المطلق بالحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وبغرامة لا تتجاوز مائتي جنية أو بإحدى هاتين العقوبتين إذا خالف أيا من الأحكام المنصوص عليها في المادة الخامسة مكرراً من هذا القانون، كما يعاقب الزوج بالعقوبة ذاتها إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محل إقامة زوجته أو زوجاته أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر في المادة ١١ مكرر.

ويعاقب الموثق بالحبس مدة لا تزيد على شهر وبغرامة لا تتجاوز خمسين جنيهاً إذا أخل بأي من الالتزامات التي فرضها عليه القانون ويجوز أيضاً الحكم بعزله أو وقفه عن عمله لمدة لا تجاوز سنة".

أولاً: اتجاه المطلق:

يعاقب المطلق إذا أخل بالالتزامات الآتية[2]:

١- إذا لم يوثق إشهاد طلاقه أصلا.

٢- إذ وثق إشهاد طلاقه ولكن تراخى عمدا عن تنفيذ هذا الالتزام خلال المدة المحددة بالنص بثلاثين يوما من إيقاع الطلاق.

٣- إذا وثق إشهاد طلاقه خلال ثلاثين يوماً من إيقاعه، ولكن لدى موثق غير مختص[3].

---

(١) مضبطة مجلس الشعب – الجلسة ٩٧ بتاريخ أول يوليو سنة ١٩٨٥ – ص ٧.

(٢) د. أحمد فراج حسين-أحكام الأسرة في الإسلام- ص١١٢. د. محمد كمال الدين إمام- الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي- ص ٢٤١. محمد عزمي البكري- المرجع السابق – ص ٢٣٤ وما بعدها. أشرف مصطفى كمال- المرجع السابق - ص ٤٥٧ وما بعدها.

(٣) بما أن الغرض من إيجاب توثيق الطلاق هو إعلام المطلقة به، فإنه يرفع العقاب عن المطلق متى تحقق الغرض من الإجراء بإعلان الزوجة به واتصال علمها بوقوعه، كما يعفى من العقوبة إذا حال دون توثيقه إشهاد طلاقه قوة قاهرة أو عذر طارئ، أو كان طريح الفراش في مستشفى أو مسجونا أو مجندا ولم يسمح له بالنزول من معسكره حتى مضى شهر من إيقاعه الطلاق. أشرف مصطفى كمال- المرجع السابق- نفس الموضع. د.عبد الناصر توفيق العطار – الأسرة وقانون الأحوال الشخصية- ص ١٠٥.

وتكيف الأفعال بأنها جنحة وعقوبتها المقررة هي الحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر وغرامة لا تتجاوز مائتي جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين[١]، كما يتعين التفرقة بين هذه الإلتزامات عند إنزال العقوبة ضد المطلق الذي لم يقم بتنفيذها ووضع ذلك في الإعتبار وتقديره، فقيام الزوج بتنفيذ الإلتزامات المفروضة عليه بعد المواعيد المحددة، يختلف في التقدير مع تهربه عن القيام بتنفيذ الإلتزام المفروض عليه جملة[٢].

وإذا أدلى المطلق إلى الموثق ببيانات غير صحيحة عن محل إقامة مطلقته، فلا يعاقب بالعقوبة المقررة في نص المادة ٢٣ مكرر، وذلك لأن هذه المادة تعاقب المطلق على مخالفة أحكام المادة ٥ مكرر ولا تعاقب على مخالفة الأحكام الواردة بالقرار الوزاري المنفذ لها، و إلا عدّ ذلك تجاوزا لحدود التفويض الصادر لوزير العدل بمقتضى المادة ٥ مكرر والتي ليس فيها حكم يلزم المطلق ببيان محل إقامة مطلقته، وكل ما أوجبته هذه المادة على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق.

كما أن نص الفقرة ٢ من المادة ٢٣ مكرر يعاقب الزوج لا المطلق إذا أدلى للموثق ببيانات غير صحيحة عن حالته الاجتماعية أو محال إقامة زوجته أو زوجاته، أو مطلقته على خلاف ما هو مقرر في المادة١١مكرر، والتي تنص على التطليق عند تعدد الزوجات، وهو طلاق يوقعه القاضي لا المطلق، ولا يلزم المطلق بتوثيق هذا الطلاق الذي يوقعه القاضي رغما عنه[٣].

كما لا يعد إدلاء المطلق للموثق ببيانات غير صحيحة عن محل إقامة المطلقة اشتراكا في تزوير محرر رسمي، كون أن الإشهاد معد لإثبات الطلاق لا لبيان محل إقامة المطلقة، وقد يقال في دفع هذا الإستدلال بأن بيان محل إقامة المطلقة أصبح من البيانات الجوهرية في إشهاد الطلاق، بحيث يعتبر الإشهاد معدا لبيانه استنادا إلى قرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥[٤]، ومن ثم

---

(١) والعقوبة المقررة لا تتناسب مع مبلغ جريمة الغش والتدليس التي قام بها الزوج، كما أن مبلغ الغرامة زهيد يقتضي رفعها حتى تتحقق فكرة الردع العام. وقد اقترح أحد أعضاء مجلس الشعب - وهو الأستاذ على سلامة- أثناء مناقشة مشروع القانون أن لا تقل عقوبة الحبس عن ستة أشهر ولا تزيد عن سنة، وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه، أو بإحدى هاتين العقوبتين. أنظر مضبطة مجلس الشعب – ص ١٨ وما بعدها.

(٢) أشرف مصطفي كمال – المرجع السابق- ص ٤٦٠.

(٣) والنص المقرر للعقوبة هو نص جنائي يفسر لصالح المتهم، كما أنه لا جريمة ولا عقوبة بغير نص. د. عبد الناصر توفيق العطار – الأسرة وقانون الأحوال الشخصية- ص ١٠٧، ١٠٨.

(٤) الذي أوجب على الموثق أن يثبت بيانا عن محل إقامة المطلقة بإرشاد المطلقة إذا حضرت توثيق الإشهاد وبإرشاد المطلق عند عدم حضورها.

كان الإدلاء ببيان غير صحيح عن محل إقامة المطلقة يعد اشتراكا في تزوير محرر رسمي يعاقب عليه بعقوبة الجناية طبقا للقواعد العامة.

ويجاب عن هذا الدفع باستبعاد عقوبة جناية الاشتراك في التزوير بمحرر رسمي في هذه الحالة، كما أن الشك يفسر لصالح المتهم(١).

وقد كان نص المادة ٢٣ مكرر بموجب القرار بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ يقضي بعقاب المطلق إذا أدلى ببيانات غير صحيحة عن محل إقامة مطلقته، فيعتبر بذلك نص القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ أصلح للمتهم لعدم ورود العقاب فيه، فيطبق بأثر رجعي على الوقائع الحاصلة في ظل القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩، ولم يتم تنفيذ العقوبة فيها، فيحكم ببراءة المطلق فيها أو يخلي سبيله إذا تم تنفيذها، وتعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة كأن لم تكن(٢).

ثانياً: اتجاه الموثق:

ويعاقب الموثق إذا أخل بالإلتزامات الآتية:(٣)

١- إذا امتنع عمدا عن توثيق إشهاد الطلاق متى طلب منه ذلك، ولو كان ذلك بعد أكثر من ثلاثين يوما من تاريخ إيقاع الطلاق، لأن هذا الطلاق يتعلق بحق من حقوق الله تعالى(٤).

---

(١) وقد جاء في تبرير تجريم تلك الأفعال ما ورد في المذكرة الإيضاحية بأن: "التعزير عقوبة مفوضة إلى رأي الحاكم كما يقول فقهاء المذهب الحنفي وتختلف باختلاف الجريمة. وأجاز الفقهاء التعزير بالحبس ويجوز أن تكون العقوبة الوحيدة، وأن يضم إليه عقوبة أخرى كالتغريم، وهذه العقوبة الأخيرة أجازها الإمام أبو يوسف، وأجازها بعض فقهاء الشافعية، وأجيزت في مواضع في مذهب الإمام أحمد.

وإذا كان الفقهاء قد قرروا أن تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة وكان تنظيم أمر توثيق الطلاق وإعلام المطلقة بوقوعه ووصل سنده إليها من المصالح العامة، فإن تجريم فعل المطلق إذا أخل بالواجبات المنوطة به في المادة الخامسة مكرر من هذا المشروع يكون أمرا ذا سند صحيح شرعا.

كما يعاقب الموثق أيضا إذا أخل بالتزاماته التي فرضها عليه هذا القانون بالعقوبات المبينة بالفقرة ٣ من المادة ٢٣مكرر، إذ لا يكفي في الأمور التنظيمية تقريرها بل لا بد من حماية هذا التنظيم حتى يؤتي ثماره".

(٢) د. عبد الناصر توفيق العطار– الأسرة وقانون الأحوال الشخصية- ص ١١٠.

(٣) المراجع السابقة.

(٤) ولا تُحاج المطلقة بتاريخ إسناد هذا الطلاق إلى زمن ماض، فلها أن ترفع دعواها ببطلان هذا الإسناد أمام المحكمة الإبتدائية للأحوال الشخصية للولاية على النفس، وعلى المحكمة أن تكلف المطلق إثبات صحة هذا الإسناد، فإذا عجز عن تقديم الدليل وقع الطلاق من تاريخ التوثيق الرسمي لا من تاريخ إسناد الطلاق إلى تاريخ سابق. كمال صالح البنا– موسوعة الأحوال الشخصية– ص ٥١، ٥٢. أحمد نصر الجندي- التعليق على قانون إجراءات التقاضي- ص ٥٣٤.

٢- عدم إعلان إيقاع الطلاق لشخص الزوجة على يد محضر إذا لم تحضر المطلقة توثيقه[١]، ويفترض في هذه الحالة عدم علم المطلقة بإيقاع الطلاق، ويقع على من يدعي عكس هذا الأمر عبء إثبات ما يدعيه بكافة طرق الإثبات الشرعية.

٣- عدم تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها.

والعقوبة المقررة ضد الموثق[٢] هي الحبس مدة لا تزيد على شهر وغرامة لا تجاوز خمسين جنيها، فالقضاء يشمل الحبس والغرامة وجوبا، كما يجوز الحكم عليه بعقوبة تكميلية بالعزل أو الوقف عن العمل[٣].

الفرع الثالث: وقت ترتب أثار الطلاق

تترتب على الطلاق جملة من الآثار المالية كنفقة العدة ومؤخر المهر والمتعة والميراث بشروط مقررة، وآثار غير مالية كثبوت النسب وحرمة المصاهرة وأحكام العدة..إلخ، وتترتب هذه الآثار– كأصل عام– وقت وقوع الطلاق، إلا أنه قد لا تعلم المطلقة بإيقاع الطلاق إلا بعد مدة يتعمد فيها الزوج إخفاءه عنها، أو يلتزم بتوثيق طلاقه وإعلانها به في المدة المقررة ويتأخر الموثق في إعلان الزوجة به وفق الإجراءات المقررة، فكيف عالج القانون هذه المسألة وهل أبقى حكمها وفق الأصل المقرر في بدء سريان آثار الطلاق، أم قرر لها استثناءا تخضع له؟

جاء في الفقرة الثالثة من المادة ٥ مكرراً من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ما نصه: "وتترتب آثار الطلاق من تاريخ إيقاعه إلا إذا أخفاه الزوج عن الزوجة فلا تترتب آثاره من حيث الميراث والحقوق المالية الأخرى إلا من تاريخ علمها به".

---

(١) وقد جاء قرار وزير العدل رقم ٣٢٦٩ لسنة ١٩٨٥ خلوا من جزاء ضد المحضر إذا ما أخل بالتزامة بإعلان المطلقة بوقوع الطلاق في حالة عدم حضورها توثيق إشهاده، وهذا قصور يتعين تداركه لتحقيق الحماية لهذا النص التنظيمي.

(٢) والموثق كالمطلق لا يعاقب على مخالفة الأحكام الواردة بقرار وزير العدل بشأن تسليم نسخة إشهاد الطلاق إلى المطلقة أو من ينوب عنها، وما يتبع في حالة عدم تسليمها إليها، كون أن المادة ٢٣ مكرر تعاقب الموثق إذا أخل بأي من الإلتزامات التي فرضها عليه القانون، ولم تنص على معاقبته إذا أخل بالإلتزامات التي يصدرها قرار وزير العدل تنفيذا للقانون.

(٣) وهذه العقوبة أيضا لا تتناسب ودرجة الجرم الذي ارتكبه الموثق – حيث لم يكن في مستوى المسئولية التي كلف بها ولم يلتزم الأمانة في عمله– ولا تحقق وظيفة الردع التي وضعت لأجلها، ونرى لذلك تشديد العقوبة لتتراوح مدة الحبس ما بين ستة أشهر وسنة وبغرامة لا تقل عن خمسمائة جنيه، فضلا عن عزله.

فالنص فرّق بين آثار الطلاق غير المالية التي تترتب من تاريخ إيقاع الطلاق سواء أخفى الزوج الطلاق عن زوجته أم أعلمها به، وآثاره المالية التي لا تترتب إلا من تاريخ علم المطلقة به إذا أخفاه الزوج عنها(١).

فتترتب أحكام العدة وثبوت النسب من وقت وقوع الطلاق باعتبارهما من آثار الطلاق غير المالية(٢) وكان حساب عدة الطلاق من وقت وقوع الطلاق، ومتى انقضت العدة من وقت علم المطلقة بالطلاق جاز لها أن تتزوج فورا بغير المطلق، ويثبت نسب المولود إلى المطلق إذا أقر به، فإن أنكره فلا يثبت نسبه إليه إلا إذا ولد قبل مضي ٣٦٥ يوما من وقت وقوع الطلاق(٣) لا من وقت علم المطلقة بالطلاق(٤).

وفي المقابل فإن نفقة العدة تعد من آثار الطلاق المالية وبالتالي للمطلقة أن تطالب بها من وقت علمها بالطلاق سواء كانت عدتها بالطلاق أو بالأشهر(٥) وأيضا إذا توفي المطلق، فإن المطلقة ترثه إذا كانت لا تعلم بالطلاق إلا بعد وفاته فهي تعد – بالنسبة للميراث – زوجة له إلى وقت علمها بالطلاق، فترث منه سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا، وسواء مات مطلقها أثناء العدة أو بعد انقضائها(٦).

---

(١) ورد في اللجنة المشتركة بمجلس الشعب أنه " قصد بهذه الأحكام علاج حالات إخفاء الأزواج لحالات الطلاق الذي يوقعونه في غيبة زوجاتهم بقصد النكاية والإضرار، وذلك منعا لهذا الضرر دون أن يعد قيدا على حق الطلاق المقرر للرجل بنصوص القرآن الكريم، كما أن هذه الأحكام لا تمنع إثبات الطلاق بكل طرق الإثبات المقررة". وأنظر ما جاء في المذكرة الإيضاحية.

(٢) وكان يقابل هذه الفقرة ٣ من المادة ٥ مكرر الفقرة ٢ من القانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ والتي نصها: "وتترتب آثار الطلاق بالنسبة للزوجة من تاريخ علمها به" من غير تفرقة بين آثار الطلاق المالية وآثاره غير المالية".

(٣) وإذا تزوجت معتدة الغير بآخر وأتت بولد لأقل من ستة أشهر فنسب الولد يثبت من الزوج الأول لتبين كذبها في إقرارها بانقضاء العدة، الحاصل من إقدامها على الزواج، لأن الولد كان موجودا حين الإقرار. مركز شبين الشرعية في ١٩٠٨/٩/٩- مجلة الأحكام الشرعية- سنة ٧ - ص ١٩١.

(٤) عملا بالمادة ١٥ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ التي تنص على أنه: "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة".

(٥) ولا يسقط حق المطلقة في نفقة العدة إلا بأداء المطلق لها أو إبرائه منها ومتى توفي المطلق استوفت المطلقة المستحق من نفقتها من تركته.

(٦) أنظر في هذا الرأي: كمال صالح البنا - التعليق على قانون الأحوال الشخصية - ص ٨. د.عبد الناصر توفيق العطار- الأسرة وقانون الأحوال الشخصية- ص ١٢١، وهناك رأي آخر يذهب إلى أن المطلق يرثها هي حتى بعد انقضاء العدة أو في طلاق بائن ويحتج بأن القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ ذكر الميراث مطلقا أو لو أراد بالتفرقة بين ميراث المطلق والمطلقة لذكر عبارة "ميراثها"، ويكفي في الرد على هذا الاستدلال بأن القانون نص على الميراث والحقوق المالية الأخرى، وهي حقوق المطلقة كما يفهم من ظاهر النص فيكون الميراث =

ورتب القانون آثار الطلاق المالية من تاريخ علم الزوجة به، واشترط لذلك تعمد الزوج إخفاء الطلاق عن زوجته وهو ما تتكفل الزوجة بإثباته بطرق الإثبات المقررة شرعا[1].

وإخفاء الزوج الطلاق عن زوجته يكون إما بإيقاع الطلاق شفويا دون توثيقه أو إخبار الزوجة به، أو بتوثيقه له ثم يتواطأ مع الموثق على عدم إعلان المطلقة بإيقاع الطلاق لشخصها على يد محضر[2].

هذا ما يتعلق بأحكام الفقرة الثالثة، أما بخصوص التأصيل الشرعي للنص فقد جاء بيان ذلك في المذكرة الإيضاحية بقولها ".. وقد سبق لبعض فقهاء المذهب الحنفي أن واجهوا حال إخفاء الطلاق بتأخير بدء العدة زجرا له، بمعنى أن الزوج إذا طلق زوجته وأخفى عنها الطلاق ثم أقر بعد ذلك به لم تبدأ العدة إلا من وقت هذا الإقرار، ولا يعتد بإسناد الطلاق إلى تاريخ سابق (الدر المختار وحاشية رد المحتار لابن عابدين-الجزء الثاني في باب العدة).

..ورتبت هذه المادة آثار الطلاق طبقا لما قرره جمهور الفقهاء بأنه من وقت وقوعه، وهذه هي القاعدة العامة في آثار الطلاق، وأخذ المشروع برأي بعض فقهاء الأحناف وابن حزم الظاهري

= ميراث المطلقة لا المطلق، بل وكان من المفروض أن يقتصر على لفظ الحقوق المالية دون ذكر الميراث، وإنما نص بالذكر إظهاره وحتى لا يشك في أنه حق مالي. مضبطة مجلس الشعب- ص ١٣.

ويمكن أن يستدل لذلك الرأي بما جاء في المحلى – ج١١ ص٥١٥، ٥١٦ في طلاق الغائب "من طلق امرأته وهو غائب لم يكن طلاقا وهي امرأته كما كانت يتوارثان إن مات أحدهما، وجميع حقوق الزوجية بينهما سواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها ثلاثا أو أقل.. فإذا بلغها الخبر من تصدقه أو بشهادة تقبل في الحكم، فحينئذ يلزمها الطلاق إن كانت حاملا أو طاهرا في طهر لم يمسها فيه، برهان ذلك قول الله عز وجل: (يا أيها النبي إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وأحصوا العدة واتقوا الله ربكم) وبالضرورة يوقن كل ذي حس سليم أن من طلقها فلم يبلغها الطلاق فقد ضارها، ومضارتها حرام... من فعل ذلك فلم يسرحها سراحا جميلا، ولم يطلق للعدة ولم يحص العدة، فلم يطلق كما أمره الله تعالى، ومن لم يطلقها كما أمر الله تعالى فلم يطلق أصلا"ا.هـ. وابن حزم يبني رأيه على أساس أن طلاق الغائب لا يقع، وهو ما لا يأخذ به القانون الذي تبني موقف جمهور الفقهاء، وهو الراجح لقوته وضعف دليل المخالف، لأن الأمر في الآية إنما هو لوجوب إعلام المطلقة بالطلاق لتحصي العدة، فإخفاء الطلاق عنها قد يجعل العدة تنقضي قبل علمها به، فلا يكون طلاقا للعدة، أما طلاقها فيقع، أما الميراث فيبنى على أمر آخر هو مدى بقاء أحكام الزوج بعد الطلاق، ولهذا لا ترث المطلقة طلاقا باننا مطلقها إن مات أثناء العدة، لو كانت تعلم بالطلاق ولا يرثها هو الآخر إن ماتت في عدة الطلاق البائن لزوال أحكام الزواج بمجرد وقوعه.

(١) ومسألة تعمد الزوج إخفاء الطلاق من عدمه مسألة موضوعية يلقى على عاتق الزوجة عبء إثباتها وتخضع لتقدير قاضي الموضوع. أشرف مصطفى كمال- المرجع السابق - ص ٩١.

(٢) ولا يكون الزوج متعمدا لإخفاء الطلاق عن زوجته، إذا وثق طلاقه وأهمل الموثق القيام بالتزامه بإعلان المطلقة بإيقاع الطلاق. محمد عزمي البكري- المرجع السابق - ص ٢٥٠.

بأن تكون آثار الطلاق من وقت العلم به بالنسبة للزوجة في حالة ما إذا كتم الزوج طلاق الزوجة وأخفاه عنها... إلخ".

كما عللت المذكرة الإيضاحية موقف القانون بما ورد في كتاب الدر المختار "وكذا لو كتم طلاقها لم تنقض العدة زجرا له".

ولا ريب أن هذا التفسير الذي عللت به المذكرة الإيضاحية الحكم الوارد في الفقرة الثالثة غير دقيق، وإسناد الحكم فيه إلى الفقه الحنفي غير وجيه، ويتضح ذلك من عرض العبارة كاملة من متن رد المحتار الذي علل به واضعو القانون، فالعبارة نقلت وحدها وهي جزء بل استثناء من حكم عام في هذا المرجع(١).

حيث جاء في هذا المصدر ما نصه: "ومبدأ العدة بعد الطلاق وبعد الموت على الفور وتنقضي وإن جهلت المرأة بهما أي بالطلاق والموت، لأنهما أجل فلا يشترط العلم بمضيه سواء اعترف بالطلاق أو أنكره، فلو طلق امرأته ثم أنكره وأقيمت عليه بينة وقضى القاضي بالفرقة كان ادعته عليه في شوال وقضى به في المحرم، فالعدة من وقت الطلاق لا من وقت القضاء... بخلاف ما لو أقر بطلاقها منذ زمان ماض، فإن الفتوى أنها من وقت الإقرار مطلقا نفيا لتهمة المواضعة، لكن إن كذبته في الإسناد أو قالت لا لا أدري، وجبت العدة من وقت الإقرار، ولها النفقة والسكن، وإن صدقته فكذلك"(٢).

وذكر ابن عابدين في حاشيته تعليقا للعبارة التي نقلت عنه في المذكرة الإيضاحية ونصه: "والحاصل أنه إن كتمه ثم أخبر به بعد مدة، الفتوى على أنه لا يصدق في الإسناد بل يجب العدة من وقت الإقرار سواء صدقته أو كذبته وإن لم يكتمه بل أقر به من وقت وقوعه، فإن لم يشتهر بين الناس فكذلك، وإن اشتهر بينهم تجب العدة من حين وقوعه وتنقضي إن كان زمانها مضى"(٣).

يتضح من النصوص السابقة أن الفقه الحنفي الذي علل به في المذكرة الإيضاحية للفقرة ٣ من المادة ٥ مكرر يقضي بأن آثار الطلاق ومنها العدة تترتب كأصل عام من وقت وقوع الطلاق لا

---

(١) سالم البهنساوي– المرجع السابق – ص ٢٦٣. محمد عزمي البكري– المرجع السابق - ص٢٥٢.

(٢) رد المحتار– ج٢ ص ٦٦٢، وذكر فيه أنه لو "أبانها وأقام معها، فإن اشتهر طلاقها فيما بين الناس تنقضي و إلا لا، وكذا لو خالعها، فإن بين الناس وأشهد على ذلك تنقضي و إلا لا، وهو الصحيح وكذا لو كتم طلاقها لم تنقض زجرا".

(٣) وقال في تفسيره للإقرار بالطلاق– ج٢ ص ٦٦٢ أن المراد إقراره به بين الناس لا مجرد إقرار به عندها مع تصديقها له وأن المراد إقرار به من حين التطليق.. والاشتهار لا بد أن يكون بإقراره بين الناس لا بمجرد سماعهم من غيره، وإقراره عند رجلين يكفي فلا يلزمه الإقرار عند أكثر.." وتقييده بالإقرار يفيد أن الطلاق المتقدم إذا ثبت بالبينة ينبغي أن تعتبر العدة من وقت قيامها لعدم التهمة، لثبوتها بالبينة لا بالإقرار.

من وقت علم المرأة به، ويستثنى من هذا الأصل إذا كتم المطلق الطلاق عن مطلقته، فتبدأ العدة من وقت إقراره بالطلاق، إقراراً يشتهر بين الناس[1]، ويتحقق إشهار الطلاق بالإقرار به عند رجلين لا عند المرأة المطلقة، لأن المقصود بكتمان الطلاق كتمانه عن الناس لا عن المرأة فتترتب بذلك آثاره ولا أثر لعدم علم المرأة به.

وكذلك إذا أقر الزوج بالطلاق وأسنده إلى زمن ماض، فالفتوى على أن آثار الطلاق تترتب من وقت الإقرار مطلقا، سواء صدقته الزوجة أو قالت لا أدري نفياً لتهمة المواضعة، أو كذبته فيلزم بإحضار البينة ولا بينة له.

خلاصة ما سبق أن واضعي القانون لم يكونوا موفقين في ترتيب آثار الطلاق فجاء نص القانون معيبا في صياغة هذا الحكم من وجهين:

الوجه الأول: أنه جعل الاستثناء المقرر في الفقه الحنفي أصلا عاما، ونسخ حكم المذهب الحنفي الذي كان معمولا به بالنسبة للعدة وما يرتبط بها من آثار غير مالية، وأبقى فقط حكم نفقة العدة[2].

الوجه الثاني: أنه فرّق في حالة إخفاء الزوج للطلاق عن زوجته بين الآثار المالية فجعلها تترتب من وقت علم المطلقة بالطلاق، وبين الآثار غير المالية فتترتب من وقت وقوع الطلاق، ومسلك القانون هذا يجعل المرأة المطلقة متناقضة في العدة، فمن جهة تحتسب العدة من وقت طلاقها، من حيث ثبوت النسب واتجاهها إلى الزواج من جديد، وعدم خروجها من مسكن المطلق مدة العدة، ومن جهة أخرى تحتسب عدتها من وقت علمها بالطلاق في مطالبتها بنفقة العدة والميراث[3]. فيكون بذلك للمرأة المطلقة عدتان في طلاق واحد وهذا غير مستساغ شرعا ولا عقلا، وإضرار بمن تلده المطلقة وبسمعة العائلات، فأساء القانون للمرأة حيث ظن أنه يحيمها. وكان الأولى أن تترتب آثار الطلاق غير المالية- في حالة إخفاء الطلاق عن الزوجة – من وقت

---

(١) فلم يفرّق في اشتراطه الإشهار بين كون المطلقة عالمة بالطلاق أم لا.

(٢) سالم البهنساوي – المرجع السابق- ص٢٦٤. د. عبد الناصر توفيق العطار – الأسرة وقانون الأحوال الشخصية - ص ١٢٤.

(٣) فيعد حكم الفقرة ٣ من المادة ٥ مكرر ناسخا لحكم المادة ١٢ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣، الذي يقضي بأن: "المطلقة لا ترث مطلقها إلا إذا كان الطلاق رجعيا ومات المطلق أثناء عدة المطلقة، أو كان الطلاق باننا واعتبر المتوفى فارا من توريثها بأن طلقها بغير رضاها وهو في مرض الموت ومات في هذا المرض قبل انقضاء العدة"، فأخذ القانون بنقيض قصد المطلق إذا كان يستهدف من طلاقه حرمان مطلقته من ميراثه، بينما جعل آثار الطلاق في الميراث تترتب من وقت علم المطلقة بالطلاق إذا أخفاه الزوج عن زوجته. د. عبد الناصر العطار – المرجع السابق- ص ١٢١.

علم المطلقة بالطلاق بما فيها من أحكام العدة وثبوت النسب، أسوة بالآثار المالية، وحماية للمطلقة التي قد يعاشرها مطلقها أثناء العدة وحفظا لنسب المولود[1].

الفرع الرابع: التنظيم الجديد لإشهاد الطلاق في قانون إجراءات التقاضي رقم (١) لسنة ٢٠٠٠

لضمان الأساليب التي تكفل تنظيم استخدام الطلاق وترشد إليه، فقد نهج القانون منهجا يتعين على الرجل أن يلتزمه عند الطلاق، كما رسم له طرقا وإجراءات تضبطه عند اللجوء إليه. وانطلاقا من نفس المنطق الذي عالج به القانون من قبل الدعاوى الناشئة عن عقد الزواج، فقد قرر في المادة ٢١ من قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠ بأنه: " لا يعتد في إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالإشهاد والتوثيق، وعند طلب الإشهاد عليه وتوثيقه يلتزم الموثق بتبصير الزوجين بمخاطر الطلاق ويدعوهما إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما، فإن أصر الزوجان معا على إيقاع الطلاق فورا، أو قررا معا أن الطلاق قد وقع، أو قرر الزوج أنه أوقع الطلاق، وجب توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه.

وتطبق جميع الأحكام السابقة في حالة طلب الزوجة تطليق نفسها إذا كانت قد احتفظت لنفسها بالحق في ذلك في وثيقة الزواج.

ويجب على الموثق إثبات ما تم من إجراءات في تاريخ وقوع كل منها على النموذج المعد لذلك، ولا يعتد في إثبات الطلاق في حق أي من الزوجين إلا إذا كان حاضرا إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه أو من تاريخ إعلانه بموجب ورقة رسمية".

فالنص قد استحدث حكما جديدا، أسوة بالزواج الذي لا يعتد به قانونا إلا بالإشهاد عليه وتوثيقه رسميا، فجعل الإشهاد والتوثيق وحضور الزوجين شرطا لازما للإعتداد بالطلاق قانونا عند الإنكار، سواء ادعى على الزوج حصول الطلاق وأنكرته الزوجة، أو ادعته الزوجة وأنكره الزوج[2]، ومن ثم فأي دعوى تتعلق بالحقوق والواجبات المترتبة على الطلاق، كنفقة العدة والميراث والجمع بين زوجين أو الزواج بأكثر من أربع... وغيرها من الآثار لا تقبل إلا إذا وجدت

---

(١) وهو ما قرره مجمع البحوث الإسلامية في رأيه الذي أرسله لمجلس الشعب بالموافقة على النص المقترح، وكان كالآتي: " تترتب آثار الطلاق من وقت إيقاعه من المطلق إلا إذا أخفاه عن المطلقة فلم تعلم به، فإن آثار الطلاق تبدأ من وقت علمه به"، من غير تفرقة بين الآثار المالية وغير المالية.

(٢) ويسري ذلك أيضا على ادعاء ورثة الزوجين أو ورثة أحدهما بحصول الطلاق.

وثيقة زواج رسمية ثابت بها حصول الطلاق والإشهاد عليه، وبذلك يكون القانون قد ساوى بين حكم الزواج وحكم الطلاق في جواز الإنعقاد أو الوقوع شرعا(١).

وقد جاء في تعليل هذه الأحكام ما ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون: "بما كشف عنه العمل من تلاعب بعض ذوي النفوس الضعيفة من ادعاء طلاق لم يقع أو إنكار طلاق وقع بما كان يؤدي إلى ارتباك في عمل المحاكم، فضلا عن الحيرة التي يقع فيها بعض الأزواج والزوجات، بادعاء أحدهما على الآخر بوقوع الطلاق أو بإنكار ما قد وقع، والإستناد إلى شهود قد لا يطمئن إليهم، ولذا رأى المشروع أن إخراج الأمر من دوائر الغموض التي تأباها روح الشريعة السمحاء تقتضي حسم الأمر بجعل الإشهاد والتوثيق شرطاً للاعتداد القانوني بالطلاق، وهو المنهج الذي أخذ به من قبل المقنن المصري فيما يتعلق بالزواج... كما أن ما التزم به المشرع في هذا الصدد هو ما يتفق مع وجوب ضبط العلاقات في أخطر صورها، وهي التي تتعلق بشؤون الأسرة بما يتناسب وأحوال الناس، وظروف الحياة الاجتماعية ويسر توثيق واقعة خطيرة كالطلاق".

ويسبق إجراء الإشهاد والتوثيق الذي يقوم به الموثق إجراءات تقوم في عدة صور عالجها النص كالآتي:(٢)

١- أن يحضر الزوجان معاً يقرران أن الطلاق لم يقع بعد وأنهما يريدان إيقاعه وهنا يحاول الموثق الصلح بينهما، ودعوتهما للعدول عنه بعد بيان العواقب الوخيمة الناشئة عنه، وبغض الشارع له ونهيه عن الضرر والإضرار، وعدم الإنقياد لنوازع النفس الأمارة بالسوء، واتخاذ الطلاق من طرف الزوج وسيلة للتنكيل والتشفي، فإن وفق للصلح انتهت مهمته(٣).

كما يطالب الموثق إلى جانب ذلك بدعوة الزوجين إلى اختيار حكم من أهله وحكم من أهلها للتوفيق بينهما، ولتقرير مصير العلاقة الزوجية مع بذل جميع المساعي لاستمرارها وتصحيح ما أصابها من خلل، أو أن يخلصا – الحكمين – إلى القول باستحالة أو تعذر العشرة الزوجية

---

(١) المذكرة الإيضاحية للقانون.

(٢) د. محمد الشحات الجندي – المرجع السابق – ص ٢٨٥، ٢٨٦. د. محمود مصطفى يونس – المرجع السابق – ص ٢١٣، ٢١٤. أحمد نصر الجندي – التعليق على قانون إجراءات التقاضي– ص ٥٢٥. جلال سعد عثمان – المرجع السابق- ص ٢٨٩. مصطفى فرغلي الشقيري- المرجع السابق – ص ٩٩.

(٣) ورد في المذكرة الإيضاحية للقانون " أن المشروع قد حرص على تعظيم دور الموثقين، وأهم فئاتهم هم المأذونين، وجعل مهمتهم تسمو على كونها تسجيل مادي لوقائع الزواج والطلاق وجعل لهم دورا إيجابيا في الإرشاد والتوجيه والتعريف بحقيقة الدين، والسعي للصلح بين الزوجين وإزالة أسباب الخلاف سواء مباشرة أو من خلال مهمة الحكمين، تقدير المهام يتعين أن يحظى القائمون بها بالمكانة اللائقة".

بينهما[1]، فإن استجاب الزوجين لاختيار الحكمين تربص بهما الموثق مدة شهر وإن رفضا كل ذلك وأصرا معاً على إيقاع الطلاق فيقوم الموثق بتوثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه.

٢- إذا حضر الزوجان معا وقررا أن الطلاق قد وقع سواء كان الطلاق رجعيا أم بائنا، فهنا يلتزم المأذون بتوثيقه بعد الإشهاد عليه.

٣- أن يحضر الزوج ويطلب توثيق الطلاق، ولا تحضر الزوجة، أو بحضورها وعدم موافقتها على الطلاق، فإنه على الموثق أن يعمل على تبصرة الزوجين بمخاطر الطلاق، ويدعو إلى اختيار حكمين من أهليهما[2]، فإن أخفق الحكمان في تسوية النزاع أو رفض الطرفان التحكيم، تعين على الموثق توثيق الطلاق بعد الإشهاد عليه، بعد مضي مدة لا تقل عن شهر من مثول الزوجين أمام الموثق، أو انقضاء سبعة أيام تالية على إعلان الزوجة بعزم الزوج على الطلاق إذا حضر الزوج وحده وصمم على الطلاق.

٤- إذا كانت الزوجة قد احتفظت لنفسها بالحق في تطليق نفسها في وثيقة زواجها، وطلبت توثيق الطلاق فتتبع الأحكام والإجراءات السالف ذكرها.

ويتوجب على الموثق في جميع الأحوال إثبات ما تم من إجراءات وسجلها في حينها بتواريخها التي تمت فيها على النموذج المعد لذلك من وزارة العدل[3].

ولا يعتد في إثبات الطلاق في حق أي من الزوجين ما لم يكن حاضراً إجراءات التوثيق بنفسه أو بمن ينوب عنه[4]، فإن كان غائباً فلا يعتد به إلا من تاريخ إعلانه بذلك بموجب ورقة رسمية على يد محضر.

---

(١) وقد جاء النص خاليا من بيان ما إذا كانت دعوة الحكمين للمثول أمام الموثق أو أنهما يتوليان ذلك بعيدا عنه، كما لم يتبين النص ما إذا كانت هناك إجراءات للتوفيق وكيفية إثبات ذلك، الأمر الذي يمكن الزوجين أن يقررا أمام الموثق أن الحكمين لم يتمكنا من التوفيق دون أن يحضرا أمامه. أحمد نصر الجندي- التعليق على قانون إجراءات التقاضي - ص٥٢٥.

(٢) فإن لم تكن الزوجة حاضرة وجب على الموثق إعلانها بعزم الزوج على طلاقها بكتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول يتضمن إسم الحكم الذي عينه الزوج، وتكليفها بتعيين حكم من أهلها خلال سبعة أيام من تاريخ تسلمها هذا الكتاب وإخطار الموثق باسمه، وبعد ذلك يتخذ الموثق الإجراءات اللازمة لجمع الحكمين لأداء مهمتهما وتيسيرها لهما بالتوجيه والنصح والإرشاد.

(٣) د. محمد الشحات الجندي- المرجع السابق- ص ٢٨٦. مصطفى فرغلي الشقيري- المرجع السابق- ص١٠٠.

(٤) ولا يشترط في الوكالة أن تكون خاصة، فالنص ورد بعبارة "أو بمن ينوب عنه" مجردة .د. محمود مصطفى يونس – المرجع السابق- ص ٢١٤.

لاشك أن النص حاول واضعوه الحد من الطلاق والمحافظة على الحياة الزوجية وتلمس مواطن العلاج بحلول تنظم استخدام الطلاق، وترشد اللجوء إليه عن طريق التحكيم الذي يعد أحد أبرز السمات لتسوية النزاعات الزوجية، فضلاً عما يؤدي إليه ذلك من التريث في الطلاق، زيادة على تفعيل دور الموثق وجعل مهمته تسمو على مجرد التسجيل المادي لوقائع الطلاق في الإرشاد والتوجيه ومحاولة الصلح بين الزوجين.

وبالرغم من حسنات هذا القانون إلا أنه – في نظري – لم يضع علاجا شافيا لمشكلات إثبات الطلاق، ففي الوقت الذي كان مفروضا فيه أن يكفل القانون التطبيق العملي الحسن والفعال للمادة ٥ مكرر وما يتصل بها من المادة ٢٣ مكرر، فقد زاد الأمر تعقيدا بمنعه من قبول دعوى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بوجود وثيقة رسمية، ومنهج القانون في ذلك هو ذاته الذي التزم به من قبل في دعاوى الزوجية أمام القضاء، وهو ما قررته المذكرة الإيضاحية للقانون، وإن لم تصرح بقاعدة عدم السماع أو القبول. فالنص الجديد لم يكن موفقا، لأن النصوص الشرعية إنما تقضي بقبول إثبات دعوى الطلاق من غير اشتراط وثيقة رسمية، إذ أن التوثيق شرع لحفظ الحقوق، لا تعليق استحقاقها بإتمامه أو بحضور الزوجين بنفسيهما أو بمن ينوب عنهما إجرائه، فلم يكن الإجراء الشكلي في الطلاق سببا في عدم المطالبة بالحق الموضوعي، بل حتى المغرقين في إيجاب الإشهاد على الطلاق كشرط لصحة وقوعه، لم يوجبوا حضور كلا الزوجين أو من ينوب عنهما عند الإشهاد عليه، وغاية قولهم هو سماع الشاهدين لصيغة الطلاق من غير اشتراط استدعائهما إلى السماع.

وفي رأيي أن الحكمة من اشتراط تلك الشروط في إثبات الطلاق عند الإنكار لا تخرج عن أمرين:

فأما **أولهما**: فهي محاولة صيانة الطلاق من العبث وحفظاً لحقوق الآخر عند الجحود والإنكار، فقد يقع الطلاق من الزوج ثم يجحده هو، أو تنكر الزوجة وقوعه ويعجز الزوج عن إثباته وإسناده لوقت مضى، فهذا لا شك تبرير مشروع، لكن من غير المقبول عدم سماع دعوى إثبات الطلاق عند الإنكار إلا بالتوثيق والإشهاد.

أما **ثانيهما**: فهي القضاء على ظاهرة الدعاوى الكيدية المتعلقة بالطلاق زور وبهتانا، أو رغبة في النكاية بالغير، فلم تشأ امرأة أن تتعلق بزوجها فتشهره في الناس بحلف اليمين كل يوم إلا فعلت ذلك، ويجاب عن تبرير هذا الغرض أن الفقه الاسلامي قد احتاط لذلك، وتمثل ذلك في عدم قبولهم لشهادة السماع في الطلاق بخلاف النكاح، وقضوا في الحكم بالطلاق بشهادة الزور أنه يقع ظاهرا لا باطنا، ولا تتوجه – عند بعض الفقهاء كما رجحناه – اليمين على الزوج في دعوى

الطلاق، مع أنها من الدعاوى المفيدة للمدعي لو أقر بها المدعي عليه، واشترط مالك لتحليف الزوج أن تأتي المرأة بشاهد واحد للتهمة المعتبرة في حقها.

ثم أن النص لم يقف عند عبارة "إلا بالإشهاد" ولو اكتفى بذلك لكان مقبولا على قول بعض الفقهاء كما أسلفنا، بل أضاف "كلمة التوثيق"، وهو ما يجعل الأمر في غاية التعقيد، فقد يطلق الزوج ويشهد على طلاقه ولكن لا يوثقه لسبب أو لآخر(١)، فالطلاق في هذه المسألة واقع بإجماع الفقهاء، وفي مقابل ذلك لا يعتد به القانون – عند الإنكار – لفقده التوثيق. ففي الوقت الذي تكون فيه المرأة مطلقة شرعا، فإنها تعد في منطق هذا النص زوجة لمطلقها ولو بعد انقضاء عدتها شرعا، ترثه ويرثها، يعاشرها معاشرة الأزواج، ويحرم عليها الزواج بغيره، حتى بعد انقضاء عدتها شرعا، كما يثبت نسب المولود لمطلقها حتى لو أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق الذي لم يوثق، وفي ذلك تأصيل للإزدواجية بين وقوع الطلاق ديانة وعدم وقوعه قانونا، فيحرم القانون على الزوجين ما أحله الله تعالى لهما، ويجيز ما حرم عليهما !!(٢).

ولعل موقف القانون الكويتي هو الأقرب إلى السلامة- فيما يظهر- حيث ورد في المادة ٥ من المشروع الكويتي أنه "يشترط لوقوع الطلاق حضور شاهدين أو الإقرار به أمام جهة رسمية مختصة"، فيمنع اللجوء إلى الموثق لإثبات طلاق عرفي ويجعل هذا عن طريق المحكمة الكلية التي تحقق في الأمر وتستمع إلى الزوجين والشهود، فلا يتوقف الطلاق على الطلاق الرسمي بل يقع شرعاً بغير هذا الإشهاد الرسمي، ولكن يلزم للاحتجاج به عند الخلاف بين الزوجين أن يصدر به حكم قضائي.

---

(١) د. محمد محمد فرحات- المرجع السابق – ص ٩.

(٢) وأبعد من ذلك ما جاء في المادة ٣٩ من قانون الأحوال الشخصية العراقي بأنه: "على من أرد الطلاق أن يقيم الدعوى في المحكمة الشرعية يطلب إيقاعه واستحصال حكم به، فإذا تعذر عليه مراجعة المحكمة وجب عليه تسجيل الطلاق في المحكمة خلال مدة العدة. تبقى حجة الزواج معتبرة إلى حين إبطالها من المحكمة".

المطلب الثالث

إثبات الطلاق في القانون الجزائري وتطبيقاته القضائية

قبل طرح مختلف الإشكاليات الشرعية والقانونية التي يطرحها هذا الموضوع ارتأيت بداية الإشارة بإيجاز إلى مسألة إثبات الطلاق قبل صدور قانون الأسرة الجزائري. ففي فترة الإحتلال الفرنسي كانت أحكام الشريعة الإسلامية هي المطبقة وأنشئت لهذا الغرض المحاكم الشرعية، وكان الطلاق حينها إجراءا بسيطا لا يتطلب أي شكلية ودون إلزام تدخل القضاء إلى أن صدر الأمر رقم ٢٧٤ – ٥٩ المؤرخ في ١٩٥٩/٢/٤، وصدر بعدها المرسوم رقم ١٠٨٢ – ٥٩ المؤرخ في ١٩٥٩/٩/١٧[١] الذي تضمن اللائحة التنفيذية للأمر السابق فأصبح انحلال الرابطة الزوجية يخضع بصفة إلزامية إلى القضاء. وبعد الاستقلال فقد تم إلغاء ولاية محكمة النقض الفرنسية على القرارات الصادرة عن محاكم الاستئناف الجزائرية وأنشأ محلها المجلس القضائي الأعلى، بالإضافة إلى إلغاء المحاكم الشرعية ونقل اختصاصها إلى المحاكم العادية، واستمر الوضع على ما هو عليه إلى أن صدر قانون الأسرة سنة ١٩٨٤[٢].

وقد ورد في المادة ٤٨ من هذا القانون أنه: "مع مراعاة أحكام المادة ٤٩ أدناه يحل عقد الزواج بالطلاق الذي يتم بإرادة الزوج أو بتراضي الزوجين أو بطلب من الزوجة في حدود ما ورد في المادتين ٥٣ و ٥٤ من هذا القانون". وما يهمنا هنا هو الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج. والقانون الجزائري وإن كان قد أطلق لفظ الطلاق على كل من الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتراضي، أو بطلب الزوجة، أو بالخلع، إلا أن مسألة إثبات الطلاق في حد ذاتها لا تتعلق - في الغالب- إلا بالطلاق بالإرادة المنفردة، على اعتبار الدور السلبي للقاضي في هذه الحالة، إذ لا يكلف إلا بالتحقق من إرادة الزوج في إيقاع الطلاق، ليحكم بإثبات هذه الإرادة دون أن يكون له الحق في مناقشتها.

ومع أن الطلاق الواقع خارج ساحات القضاء هو طلاق صحيح شرعا قد تبين به الزوجة من زوجها - إما بينونة صغرى أو كبرى - فإن القانون قد قيد إثبات الطلاق بحكم، فهل هذا التقييد

---

(١) حيث جاء نص المادة ٦ من المرسوم الأول بأنه: " فيما عدا حالة الوفاة لا ينحل الزواج إلا بحكم قضائي. ويصدر هذا الحكم من القاضي المختص بناء على طلب من أحد الزوجين". ونص المادة ١١ من المرسوم الثاني كالآتي:" يمكن أن ينحل الزواج في الحالات الآتية:..إذا كان القاضي قد رفع إليه من أحد الزوجين أن الزوج قد طلق الزوجة بإرادته المنفردة، فحكم بوقوع ذلك الطلاق".

(٢) عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري – ص ١٠.

لإثبات الطلاق الواقع أم لإنشائه؟ وهل يحكم القاضي بإثبات الطلاق الواقع بأثر رجعي أم من تاريخ صدور الحكم؟ وكيف يتعامل مع آثار الطلاق سيما غير المالية منها، هذا إذا علمنا أن المادة ٢٢٢ من قانون الأسرة تحيل على أحكام الشريعة الإسلامية كل ما لم يرد بشأنه نص؟

إجابة على مختلف هذه التساؤلات وغيرها مما قد يطرح علينا، فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، في حين نخصص الفرع الثاني لإجراءات إثبات الطلاق.

الفرع الأول: كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري

جاء نص المادة ٤٩ من قانأ كالآتي "لا يثبت الطلاق إلا بحكم بعد عدة محاولات صلح يجريها القاضي دون أن تتجاوز مدة ثلاثة أشهر ابتداء من تاريخ رفع الدعوى". فالهدف من النص هو جعل الطلاق تحت إشراف القضاء، وقد استعمل فيه عبارة "لا يثبت" ولم يستعمل عبارة "لا ينعقد"، أو "لا ينشأ"، أو "لا يقع" الطلاق إلا بحكم[1]، وهنا يطرح الإشكال حول معنى النص، هل مقصوده أن الطلاق لا يمكن إثباته إلا أمام القضاء دون أن يؤثر ذلك في وقوع الطلاق خارجه؟ أم أنه لا يمكن تصور حصول الطلاق خارج القضاء؟ وسنحاول الإجابة عن هذا الإشكال في نقطتين أساسيتين:

أولا: ثبوت الطلاق بحكم قضائي:

حدد النص السابق للقاضي فترة زمنية يجري خلالها محاولات صلح وهي ثلاثة أشهر ابتداءا من تاريخ رفع دعوى الطلاق، يحاول خلالها أن يقرب وجهات النظر بين الزوجين ويحاول التوفيق بينهما، ومعنى ذلك أنه لا يجوز للقاضي أن يحكم قبل مضي هذه المدة، وإذا تم الصلح بين الطرفين خلال العدة فلا يحتاج الأمر إلى عقد جديد، ويفهم من ذلك اعتراف بالطلاق الواقع خارج القضاء، فيكون الطلاق الذي يتلفظ به الزوج موافقا للشرع إلا أنه لا يرتب آثاره القانونية إلا بعد أن يصدر بشأنه حكم من المحكمة، وهو أيضاً الحكم الذي يقع بالإتفاق بين الزوجين، فوجب على الزوجين الإنتقال إلى المحكمة لاستصدار حكم يثبت انفصالهما[2].

---

(١) عمر زودة- طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها- مجلة الفكر القانوني-١٩٨٦-عدد ٣- ص٣١.

(٢) فضيل سعد – المرجع السابق – ص ٣٣٨. وخلافا لهذا الرأي يرى الأستاذ عمر زودة - المرجع نفسه- ص ٣١، ٣٢ أن حكم الطلاق ليس شرطا للإثبات وإنما هو شرط للإنعقاد، وعلل ذلك بأن: القانون عندما نص على أنه لا يمكن إثبات الطلاق إلا بعد محاولة الصلح التي يقوم بها القاضي، فهو ينفي وقوع أي طلاق ما لم تسبقه محاولة الصلح، وهو انحياز إلى الاتجاه الشكلي، فلا يعتد بالطلاق الواقع خارج مجلس القضاء، بل يجب على=

فالقانون وإن لم ينص على إثبات الطلاق الواقع خارج القضاء بأثر رجعي، إلا أن القضاء قد جرى بإثبات الطلاق الواقع خارجه ويرتب عليه آثاره بأثر رجعي.

وبذلك يعلم أن الحكم بإثبات الطلاق الناشئ أو كان نتيجة اتفاق الزوجين عليه فإنه يكون تثبيتا لأمر حصل من قبل ولم يقم الحكم إلا بدور كاشف للطلاق[1]، على اعتبار أن الأحكام بالطلاق تأخذ وضعا مناسبا للأثر الذي يحصل بها، والطلاق المقرر للزوج هو حق إرادي، وبمجرد استعماله يترتب عليه أثره ما دام أن العصمة في يد الزوج، وهو المبدأ الذي قررته المحكمة العليا[2].

أما إرادة القاضي فتنعدم في الحكم بالطلاق وتعتبر مجرد ظرف خارجي عن الحكم، لأن مهمة القاضي هي تثبيت الطلاق بحكم قضائي ابتدائيا ونهائيا، والقضاء بتوابع الطلاق المتمثلة في نفقة العدة، الحضانة أو نفقتها، حق الزيارة، والتعويض إن وجد... ابتدائياً.

ثانيا: إشكاليات الطلاق العرفي في ضوء التطبيقات القضائية:

المعمول به قضاء هو إثبات الطلاق بأثر رجعي بعد التحقيق في واقعة الطلاق وسماع الأطراف والشهود، وذلك استنادا إلى الشريعة الإسلامية التي ورد النص بالإحالة إليها في كل ما لم يرد بشأنه نص في القانون، إلا أن ذلك لا يخلو من مشاكل بعضها ذات صبغة قضائية. ومن جملة هذه المشاكل:

= الزوج أن يعلن عند إرادته في استعمال حقه في الطلاق أمام القاضي بعد أن يستوفي إجراء الصلح، وينتهي استعمال الزوج لحقه الإرادي بصدور إشهاد من القاضي يثبت فيه استيفاء إجراء الصلح وتعبير الزوج عن إرادته في ذلك، ومن ثم اعتبر المحرر القضائي شرطا لصحة وقوع الطلاق وليس وسيلة لإثباته، وانتهى إلى نتيجة عن طبيعة الحكم هي الإنشاء ولأنه يثبت إرادة الزوج في الطلاق والتي بدونها كان الزوج عاجزا لوحده على ترتيب الأثر القانوني، فيختلق بذلك وضعاً جديداً من تاريخ تصريح القاضي، واعتبر أن ذلك أخذ من القانون برأي من يقول بضرورة الإشهاد من الفقهاء.

وواضح أن الغرض من هذا التفسير هو عدم اعتبار الطلاق إلا بحكم المحكمة والعودة إلى ما كان مقررا تنظيميا في عهد الإحتلال الفرنسي، في المرسومين السابقين- المشار إليهما- أو ما نصت عليه المادة ٣٠ من المجلة التونسية، وهو مخالفة صريحة للشريعة الإسلامية. أما تعليل ذلك بأنه أخذ برأي من يوجب الإشهاد من الفقهاء غير صحيح، لأن الفقهاء الموجبين للإشهاد في الطلاق لم يشترطوا لوقوعه حضور الزوجين أمام القضاء، أو توقف ذلك على استصدار حكم من القاضي.

(١) فضيل سعد – المرجع السابق- ص ٣٣٩.

(٢) ومن ذلك على سبيل المثال ما جاء في إحداها: "أن الطلاق هو حق الرجل صاحب العصمة، وأنه لا يجوز للقاضي أن يحل محله في إصداره". غ.أ.ش- قرار رقم ٣٥٠٢٦، بتاريخ ١٩٨٤/١٢/٣- م.ق- عدد خاص متعلق بالإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية- ٢٠٠١- ص ١٠٤.

١ ـ يعترف القانون الجزائري بوجود الزواج غير الموثق، ويرتب عليه آثاره كاملة، وقد يحدث أن يطلق الزوج زوجته عرفياً، فالمعمول به قضاء أن يتم رفع دعوى إثبات الزواج والطلاق العرفيين في نفس الوقت، وقبول الدعويين معا والحكم فيهما بحكم واحد، حيث يقضي بتأييد الحكم القاضي علنيا حضوريا نهائيا بالنسبة للطلاق، وابتدائيا بالنسبة لما سواه بالإشهاد على صحة الزواج العرفي، وكذا الإشهاد على صحة الطلاق العرفي.

هذا هو واقع التطبيقات القضائية، إلا أن المفروض هو عدم جواز رفع الدعويين بموجب عريضة واحدة، نظراً لاختلاف الدعويين، فوجب رفع – أولا ـ دعوى تسجيل الزواج وإلحاق النسب، ثم رفع دعوى إثبات الطلاق بصفة مستقلة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن حكم الطلاق يكون نهائيا في حين أن الحكم بإثبات الزواج يكون ابتدائيا، والذي يمكن استئنافه وقد يتم إلغاؤه من المجلس القضائي، فنكون أمام حالة وجود طلاق دون زواج!!

٢ ـ قد يتزوج الزوج بأخت الزوجة بعد طلاقها، أو بأكثر من أربع نسوة، فطلاقه واقع شرعا، أما إذا جارينا القول بعدم إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، فإن ذلك يفتح على الزوج والزوجة اللاحقة ـ وما ينتج عن زواجهما من أولاد ـ مشاكل لا حصر لها، لذا استحسن إثبات الطلاق بأثر رجعي.

٣ ـ قد تكون الزوجة متزوجة بزواج رسمي ويتم طلاقها دون أن يستصدر حكم قضائي بشأنه للإثبات، وتعيد المطلقة الزواج دون أن توثقه، وقد يقدم الزوج الأول ضدها شكوى إلى وكيل الجمهورية يتهمها بالزنا، فتدفع الزوجة عن نفسها التهمة بوقوع طلاق عرفي وشرعية زواجها الثاني، ومن ثم تكون هذه المسألة عارضة، حيث يوقف القاضي الجزائي النظر في شكوى الزوج إلى أن تنتهي غرفة الأحوال الشخصية من إثبات الطلاق العرفي بأثر رجعي، ومن ثم الخروج من دائرة التجريم، وهو مأزق كان يمكن للزوجة الخلاص منه لو انتظرت الفصل في قضية الطلاق بينها وبين الزوج.

الفرع الثاني: إجراءات إثبات الطلاق

انتهينا في الفرع السابق إلى أن الطلاق لا يثبت إلا بحكم، وهذا الحكم كاشف لإرادة الزوج وأن دور القاضي يكون فيه سلبياً، ومن ثم كان البحث حول الإجراءات المتبعة لاستصدار الحكم بالطلاق، وكيفية تعامل القاضي مع دعوى الطلاق، وإثبات طلاق تم خارج القضاء.

أولا: إجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق:

يتم عادة رفع دعوى من الزوج إذا كنا بصدد دعوى الطلاق، وهذا على خلاف دعوى إثبات الطلاق العرفي، والتي يمكن أن ترفع من كل ذي مصلحة في ذلك، وعادة يكون أحد الزوجين أو الورثة.

وبعد رفع أحد الزوجين دعوى طلاق يجري القاضي - طبقاً للمادة ٤٩ – جلسة صلح، والتي تعتبر إجراءا جوهريا من النظام العام في جميع قضايا الأحوال الشخصية، فإذا لم يحترم ترتب عليه بطلان العمل القانوني[١]، ويحاول القاضي- بعد أن يسمع مزاعم كل منهما اتجاه الآخر- أن يقرب وجهات النظر بين الزوجين والتوفيق بينهما، ومحاولة إقناعهما بضرورة التفكير في مصلحة الأسرة، وخاصة مصلحة الأولاد – إن وجدوا – لضمان المحافظة على كيان الأسرة من التفكك، وإقناع الزوج بالتراجع عن الطلاق إن صدر منه، أو عدم التسرع في اتخاذ قرار الطلاق إن لم يصدر منه بعد[٢].

وإذا أجرى القاضي جلسات صلح وباءت جميعها بالفشل، فإنه يحرر محضرا بعدم الصلح، ووجود هذا المحضر في ملف الدعوى ضروري، لأنه الدليل على احترام إجراءات الصلح، ثم يحيل الطرفين إلى حضور جلسة علنية ضمن الجلسات المقررة للمحكمة، ويتبادل حينئذ الطرفان المقالات والمذكرات الجوابية، ويقع النقاش في الموضوع ليصدر الحكم وفقا للإجراءات العادية[٣].

ولا يبقى للقاضي في الأخير سوى الاحترام والتأكد من إرادة الزوجين، وخاصة الزوج إذا كان مصرا على الطلاق مادام أن العصمة الزوجية في يده.

---

(١) قرار رقم ٧٥١٤١ بتاريخ ١٩٩١/٦/١٨- م.ق. عدد ١ سنة ١٩٩٣ – ص ٦٤، قرار رقم ٧٥١٤١ بتاريخ ١٩٩١/٦/١٨-م.ق- لسنة ١٩٩٣ – عدد ١ – ص ٦٥. وإن عدم حضور أحد الطرفين لجلسة الصلح رغم تأجيل إجرائها عدة مرات يجعل القاضي ملزما بالفصل في الدعوى رغم عدم حضور أحدهما، لأن المادة ٤٩ من قانون الأسرة تحدد مهلة إجراء الصلح بثلاثة أشهر.

(٢) الجديد في نص المادة ٤٩ قا.أ بعد التعديل هو إلزام القاضي بإجراء عدة محاولات للصلح بعد أن كان يقتصر على جلسة واحدة فقط، على أن لا تتجاوز مدتها ثلاثة أشهر.

(٣) عبد العزيز سعد – الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري - ص ٣٤٦.

أما في حالة تصالح الزوجين فينتهي النزاع بينهما ، وليس للقاضي سوى الإشهاد بوقوع الصلح، والذي يعتبر عقدا ينهي به الطرفان النزاع القائم بينهما أو يتوقيان به نزاعا محتملا [1].

ثانيا: إجراءات إثبات الطلاق العرفي:

قد يدعي أحد الزوجين حصول الطلاق أو يتفق الزوجان عليه، وبعد تسجيل دعوى إثبات الطلاق لاستصدار حكم بشأنه، وإذا قررنا أن حكم القاضي إنما هو كاشف للطلاق الواقع من قبل، فما جدوى إجراء الصلح وقد تكون الزوجة بانت من زوجها؟ وإذا ما تراجع الزوج كيف يكون حكم القاضي؟

إذا ثبت للقاضي أن الزوجة قد بانت من زوجها لقيام البينة على ذلك، فإنه لا مبرر لإجراء جلسات صلح في دعوى طلاق قد ثبت بما لا يقبل الشك، كما أنه على القاضي ألا يستجيب لطلب الخصوم في التصالح بينهما متى انتهت عدة الزوجة ولم تثبت مراجعة الزوج لزوجته، واعتبار ذلك صلحا باطلا.

وعلى القاضي التحقيق في واقعة الطلاق العرفي بالتاريخ المحدد بموجب الأمر بالتحقيق، وذلك بسماع شهود الإثبات أو النفي بعد أدائهم اليمين القانونية، وتسمع شهادة كل واحد منهم على انفراد، ويؤدي اليمين بأن يقول الحق و إلا كانت شهادته باطلة، في حين أن القصر يتم سماعهم على سبيل الاستدلال ودون تحليفهم اليمين، كما يجوز إعادة سماع الشهود ومواجهتهم ببعضهم البعض[2].

ولا يتخذ إجراء التحقيق طريقة واحدة، وإنما يختلف باختلاف موقف الزوجين من الطلاق، ومن هنا فينبغي أن نفرق بين ثلاث حالات:

١ـ اتفاق الزوجين على وقوع الطلاق: هذه المسألة لا تثير إشكالا يذكر، لكونها لا تنطوي على نزاع أصلا، وهنا يقوم القاضي بسماع الشهود لتأكيد واقعة الطلاق، والتوثق من إسناده إلى زمن سابق، كما يتم التحقق من شهادة الشهود إذا ما صادقا على حصول الطلاق واختلفا في إسناده.

---

(١) ومتى تبين - في قضية الحال – أن قضاة المجلس لما قبلوا استئناف الحكم القاضي بالصلح المقام بين الطرفين والذي شهدت عليه المحكمة أخطأوا في تطبيق القانون، لأن الإستئناف لا يرفع إلا ضد الأحكام التي صدرت إثر نزاع بين الأطراف بخلاف الصلح الذي يبرم بين الأطراف الذين جعلوا حدا للنزاع، وأن دور المحكمة ينحصر في مراقبة صحة وسلامة هذا الصلح. م.ع- غ.أ.ش- قرار رقم ١٠٣٦٣٧ بتاريخ ١٩٩٤/٤/١٩- م.ق- عدد خاص ٢٠٠١ – ص ٩٤.

(٢) راجع في إجراءات سماع الشهود ص ٢٠٤ ومابعدها من الرسالة.

٢- **إنكار أحد الزوجين:** إذا ادعى أحد الزوجين وقوع الطلاق وأنكره الزوج الآخر فإن القاضي يكلف مدعيه بتقديم بينته أمام المحكمة، وعلى الزوجة أن تقدم الشهود الذي حضروا واقعة الطلاق وسمعوا تلفظ الزوج بألفاظه، وعلى القاضي أن يحقق مع الشهود بدقة[١]، لأن القاضي سوف يحل محل الزوج في القول بوقوع الطلاق من عدمه .

٣- **في حالة وفاة أحد الزوجين:** فتكون الدعوى إما مرفوعة من الزوج الباقي على قيد الحياة ضد ورثة الزوج المتوفى، أومن ورثة الزوجة المتوفاة ضد الزوج الباقي على قيد الحياة، والقصد من هذه المسألة هو الميراث باستبعاد الزوج الباقي على قيد الحياة منه.

وقد أرسى القضاء الجزائري إثبات الطلاق العرفي في جميع الأحوال بشهادة الشهود على اعتبار أنها الطريق الوحيد الموجود لإثبات وقوع الطلاق، حيث جاء تأكيد ذلك في اجتهاد قضائي للمحكمة العليا بأنه: "من المقرر شرعاً أنه يثبت الطلاق العرفي بشهادة الشهود أمام القضاء ومتى تبين - في قضية الحال – أن الطلاق وقع بين الطرفين أمام جماعة من المسلمين، وأن المجلس أجرى تحقيقا وسمع الشهود الذين أكدوا بأن الزوج طلق فعلا المطعون ضدها أمام جماعة من المسلمين، وبالتالي فلا يحق له أن يتراجع عن هذا الطلاق، وعليه فإن القضاة بقضائهم بإثبات الطلاق العرفي طبقوا صحيح القانون"[٢].

وتسمع الشهادة على الطلاق حسبة ولو من دون دعوى، والشاهد فيها هو المدعي، فهو شاهد من حيث التحمل، وقائم بالخصومة، ولكن غلب عليه إطلاق شاهد الحسبة دون مدعي الحسبة، وهو في الحقيقة مدع وشاهد باعتبارين مختلفين[٣]. ويجب المبادرة إلى أدائها وعدم تأخيرها بغير عذر و إلا ردت الشهادة، لأن ذلك يعد جرحاً في حق الشاهد[٤]، هذا إذا كان الطلاق

---

(١) فالقرار الذي اعتمد في إثبات وقوع الطلاق بإرادة الزوج على شهادة الشهود لم تحدد تاريخ ومكان هذا الطلاق، ولم تذكر أسماء الأشخاص الذين حضروا بمجلس الطلاق لتأكيد صحته هو قرار يستوجب النقض، لأن الشهادة التي اعتمد عليها يكتنفها الغموض والنقص في محتواها. م.ع-غ.أ.ش- قرار رقم ٣٨١٠٥- م.ق- عدد١- ١٩٩٨- ص ٩٨.

(٢) م.ع - غ.أ.ش- قرار رقم ٢١٦٨٥٠ بتاريخ ١٩٩٩/٢/١٦- م.ق- عدد خاص ٢٠٠١ – ص ١٠٠. وقضت أيضا بأن: "القرار الذي قضى بأن الطلاق لا يثبت إلا بتصريح الزوج أمام القاضي يعد مخالفا للشريعة الإسلامية، ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار المطعون فيه" . قرار رقم ٣٥٣٢٢ بتاريخ ١٩٨٤/١٢/١٧- م.ق- عدد٤- سنة ١٩٨٩– ص ٨٢.

(٣) د. عبد الحميد الشواربي – المرجع السابق– ص ٥٣. ـ. محمد الزحيلي – المرجع السابق – ص ٣١.

(٤) لأن الطلاق ونحوه مما يستديم تحريمه فيجب المبادرة بالشهادة لاستدامة المعصية فيه.

بائنا أما إذا كان الطلاق رجعياً، فالتأخر عن أدائها لا يطعن في قبولها، لأن المرأة لازالت في عصمة زوجها فلا موجب لتحريمها[1].

والشهادة المقررة في الطلاق هي الشهادة على القطع بمعاينة الشاهد شخصيا واقعة الطلاق زمانا ومكانا، أما الشهادة على السماع فغير جائزة، لأنها إنما أجيزت استحسانا في مسائل محصورة دفعا للحرج وتعطيل الأحكام وليس إثبات الطلاق من بينها، وأن الحكم بإثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة شهادة مستفيضة لا تقوم عليه حجة[2]، وفي ذلك فتح لباب الفساد وتفكيك لروابط الأسرة بإشاعة الدعاوى الكيدية المتعلقة بالطلاق.

أما عن كيفية تنفيذ الحكم المثبت للطلاق سواء تم الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أمام المحكمة، أو كان قد وقع خارج القضاء وصدر حكم قضائي تثبيتا له، فيكون بسعي من صاحب المصلحة الذي يقوم باستخراج نسخة من الحكم القضائي بالطلاق ثم يقوم بتبليغها إلى الخصم الآخر، وبعد فوات آجال الطعن يتقدم إلى أمانة الضبط مرفقا بالوثائق الآتية: نسخة من عقد الزواج، وحكم الطلاق، ومحضر التبليغ، وشهادة عدم الطعن بالنقض. وهنا يقوم أمين ضبط المحكمة بتحرير إخبار بالطلاق، والذي يوقع من طرف رئيس كتاب الضبط، ثم يقوم بإرساله إلى البلدية التي أبرم عقد الزواج بدائرتها، ليقوم ضابط الحالة المدنية بتسجيل الطلاق والتأشير به على السجل المخصص للزواج، وعلى هامش عقدي زواجهما، وبسجلات ميلادهما إذا كان المطلق والمطلقة قد ولدا بدائرة اختصاصهما، وإلا فإنها ترسل إشعارات إلى البلدية المختصة التي ولدا بدائرتها[3]، ثم يعيد في الأخير ضابط الحالة المدنية الاشعار أو الإشهاد بالتسجيل إلى المحكمة موقعا من طرف رئيس المجلس الشعبي البلدي، وتخبر النيابة العامة بذلك للمسعى وراء تقييد التأشيرة المذكورة على هامش السجلات المودعة كتابة الضبط[4].

---

(١) أنظر قرار رقم:٩٠١٤، ٨٧٢٥، ١٩٩٦- محكمة الاستئناف الشرعية الأردنية.محمد حمزة العربي- المرجع السابق- ص ١٨٧.

(٢) حيث جاء في قرار للمحكمة العليا أنه "ولما كانت الشريعة الإسلامية تخول إثبات تصريح الزوج بالطلاق بواسطة سماع شهود حضروا وسمعوا بذلك من نفس الزوج، أو بواسطة شهادة مستفيضة، فإنه يجب على القضاة أن يجروا تحقيقا لسماع الشهود الذين علموا بالطلاق، وليس لهم بعد ذلك إلا أن يوافقوا على صحة طلاق أثبت أمامهم". قرار رقم ٣٥٠٢٦ بتاريخ ١٩٨٤/١٢/٣م. ق- عدد ٤ - سنة ١٩٨٩- ص ٨٦. وهذا خطأ بين من المحكمة بقبولها إثبات الطلاق باستفاضة خبره.

(٣) وإذا كان العقد الذي يجب أن تسجل فيه هذه الملاحظة محررا أو مسجلا في الخارج، فإنه يجب على ضابط الحالة المدنية الذي حرر أو سجل العقد إرسال إشعار إلى وزارة الشؤون الخارجية.

(٤) قسنطيني حدة – إثبات الطلاق بين النصوص التشريعية وتطبيقاتها القضائية – مذكرة التخرج لنيل إجازة المعهد الوطني للقضاء –الدفعة ١٢- ٢٠٠١، ٢٠٠٤ (غير منشور– ص ٤٦، ٥٠).

وتسجيل أحكام الطلاق في الحالة المدنية أمر إلزامي، حيث جاء في الفقرة ٣ من المادة ٤٩ المضافة بالتعديل الأخير لسنة ٢٠٠٥ أنه: "تسجل أحكام الطلاق وجوباً في الحالة المدنية بسعي من النيابة العامة". وهو ما كان مقررا عملا، بموجب الفقرة ٢ من المادة ٥٨ والمادة ٦٠ من قانون الحالة المدنية النافذ في كيفية التسجيل، وأن الملاحظات الهامشية يجب أن توضع وجوبا في عقود شهادات الميلاد وعقد الزواج وكذا في السجلات من طرف ضابط الحالة المدنية الذي يحرر أو يسجل العقد[1].

(١) أنظر: تعليمة وزارية بتاريخ ١٩٨٤/٢/٦ بشأن كيفية إعداد وثائق الحالة المدنية وتسجيل الملاحظات في الهامش. عمار بقيوة – التشريع الجزائري- ص ٨٩.

المبحث الثالث

وسائل الاتصال الحديثة وحجيتها في إثبات الطلاق

إن من عظمة الشريعة الإسلامية الغراء أنها تستوعب الحوادث - مهما كانت جديدة والقضايا مهما كانت خطيرة – من خلال قواعدها الكلية ومبادئها العامة، وأدلتها التي تضبط الأمور المستحدثة، وتبين أحكامها نصا واستنباطا، فالشريعة نزلت من لدن حكيم خبير لتكون شريعة خالدة إلى يوم القيامة.

ومن هذا المنطق كان بحثنا في هذا المبحث عن حكم إثبات الطلاق الحاصل عبر وسائل الاتصال الحديثة من خلال نصوص الشريعة العامة ودلالتها المعتبرة، وارتأينا أن يتضمن البحث في هذه المسألة التعريف بوسائل الإتصال الحديثة بصورة موجزة، ثم حكم الطلاق عبر هذه الوسائل مهاتفة أو كتابة، وأخيرا بيان أحكام إثبات الطلاق الواقع بهذه الكيفية[1].

المطلب الأول

المقصود بوسائل الاتصال الحديثة

المعلوم فقها ومنطقا أن الحكم على الشيء فرع عن تصوره والعلم به، ومن هذا المنطق فلابد أن ألقي بصيصا من الضوء على هذه الوسائل الحديثة للإتصالات وكيفية تطورها لنكون على بينة من أمرها، وعلى بصيرة في تكييفها الشرعي.

حينما تقدمت المجتمعات الإنسانية أصبحت بحاجة ماسة إلى وسائل الإتصال فيما بينها، سواء كانت للإرتباط السياسي، أو في الجانب الإجتماعي، والإقتصادي، ولذلك كان الإنسان في بحث مستمر عن أسرع وسيلة ممكنة، فاكتشف المرايا العاكسة، والدخان والحمام الزاجل، وغير ذلك. وفي عصرنا الحاضر، وفي ظل تقدم وسائل الإتصال بشكل كبير، فكانت الطفرة الكبرى

---

(١) وممّا ينبغي التنبيه إليه أن هذه الوسائل الحديثة ليست وسائل جديدة للتعبير وإنما هي وسائل حديثة للتوصيل، ذلك لأن وسائل التعبير عن الإرادة لم تزل ولن تزال هي، إما بالقول، أو الإشارة، أو الكتابة، أو السكوت في معرض البيان، ومن ثم كان البحث عن حكم الطلاق بهذه الوسائل وإثباته لا يتطلب البحث عن أمر جديد في ذلك النطاق، وإنما يتطلب البحث عن مدى دخول هذه الآلات الحديثة في تلك الوسائل، ومدى انطباقها عليها، أو وجود فوارق بينها. أنظر: د. علي محي الدين القره داغي- حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة- حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية- جامعة قطر- العدد الثامن- ١٤١٠هـ ١٩٩٠م- ص ٤٨٦.

باكتشاف اللاسلكي الذي كسر حاجز المسافة والزمن، ثم تطورت وسائل الاتصال باطراد الزمن والاختراعات لتصل إلى أعلى مستوياتها من خلال استخدام الأقمار الصناعية[1]، وما تولد من استخدام الحواسيب من شبكات الكترونية وأنظمة رقمية وغيرها من التقنيات العالية والوسائط المركبة... فأصبحت بذلك الأرض قرية كونية صغيرة تسبح في فضاء الكتروني تضيق معه الأمكنة وتتقلص المسافات، فأضحى كل إنسان قريب من أخيه الإنسان الآخر، الذي يستطيع محادثته والدنو منه حتى ولو كان في أقاصي الأرض ومغاربها[2].

فوسائل الاتصال الحديثة هي أجهزة تقنية متقدمة تستخدم للاتصال عن بعد، ويتم معها الاتصال بطريقة آنية وفورية، فيربط بين المتصلين كما لو كانوا حاضرين مجتمعين وليسوا بعيدين من حيث وقت الاتصال[3].

وهذه الوسائل منها ما يسير عبر كوابل أرضية أو بحرية، أو محطات لا سلكية كبيرة تعتمد على أجهزة إرسال واستقبال، ومجموعات هوائية لكل منها، أو تستخدم الأقمار الصناعية كوسيلة وسيطة لتحقيق اتصالاتها، وهذه الوسائل مع تعددها يجمعها رابط مشترك وهو السرعة في الاتصال وفوريته، ويأتي في مقدمة هذه الوسائل الهاتف، والتلكس، والفاكس، والحاسب الآلي وما يتصل به من شبكة الانترنت.

وفيما يأتي بيان موجز عن أهم هذه الوسائل الحديثة للإتصال وخصائصها:

أولا: الهاتف: وهو الجهاز المعروف الذي يمكن بمقتضاه التكلم والتخاطب الفوري المباشر عن طريق الخطوط (الكابلات الكهربائية) عبر الأرض، أو البحر، أو عن طريق الأقمار الصناعية التي تصل المتحدث أو المرسل بالمتحدث إليه المرسل إليه بموجات صوتية.

---

(١) إدوارد جورج – تنفيذ فاروق العامري – التلكس وكمبيوتر الاتصالات الدولية والآلية – دار الراتب الجامعية – بيروت- ١٩٨٧ – ص ٢١. سعيد شعبان – الأقمار الصناعية وسفن الفضاء– دار الفكر–بيروت- ١٩٧٣– ص ٥٢، ٥٣.

(٢) علي حرب – حديث النهايات – فتوحات العولمة ومآزق الهوية – المركز الثقافي العربي – بيروت – ط١ – ٢٠٠٠ – ص ١٧٢، مصطفى حجازي – العولمة والتشئة المستقبلية – مجلة العلوم الإنسانية – البحرين – العدد ٢ – ١٩٩٩ – ص ٢١، ٢٢.

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية – مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت – ٢٠٠٣- ص ١٥، ١٦. كما عرف قانون الاتحاد الدولي للمواصلات السلكية الصادر عام ١٩٨٦ الإتصال بأنها نقل أو بث النقاط والعلامات، أو الإشارات والكتابات والصور والأصوات، أو التخابر بأي شكل سواء كان سلكيا أو مرئيا بوساطة أي من الأنظمة المغناطيسية الكهربائية الأخرى. د. عباس العبودي – التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني – دراسة مقارنة – عمان ١٩٩٧ – ص ١٧ وما بعدها.

وقد أنتج التقدم العلمي في مجال الاتصالات وسيلة متقدمة للهاتف، وهو الهاتف المحمول الذي يستغنى فيها عن الربط بطريق التيار الكهربائي وشبكة ثابتة، فيتيح لصاحبها مساحة مرئية تتيح للمرسل رؤية المستقبل والتحدث معه ومراقبة حركاته وإشاراته، فضلا عن جمع الهاتف المحمول لخاصية أخرى وهي الإتصال برسائل مكتوبة فورية الوصول، فأضحى بذلك الهاتف وسيلة للاتصال باللفظ وبالكتابة، ولم تعد المحادثة الهاتفية – كما كانت – تأخذ شكلا ثابتا.

ثانيا: التبادل البرقي - التلكس[١]: جهاز التبادل البرقي، يتكون من جهاز لتبادل البرقيات إرسالا واستقبالا مزود بآلة طباعة إلكترونية، فيتم الاتصال من خلال جهازين مرتبطين بوحدة تحكم دولي ينقل كل واحد منهما إلى الآخر المعلومات المكتوبة دون وجود وسيط بينهما، ويعمل هذا الجهاز عن طريق تحويل المكتوبة إلى نبضات كهرومغناطيسية يتم إرسالها سلكيا أو لا سلكيا عبر الجو، وعند استقبال هذه النبضات تتحول إلى كلمات مطبوعة، ويتم إعداد رسائل التلكس قبل إرسالها على شريط مثقب أو شريط مغناطيسي[٢].

ويتميز الاتصال عن طريق التلكس بالسرعة والسهولة والسرية مع الإتقان والوضوح، بالإضافة إلى الميزة الأساسية التي يتمتع بها جهاز التلكس، والتي تتمثل في أنه يترك أثرا ماديا مكتوبا للرسائل التي تقوم بإرسالها، وهو يسهل من عبء إثبات التعاملات التي تتم عن طريقه، أما أهم العيوب التي تنسب لجهاز التلكس فتتمثل في أنه لا يسمح بإرسال التواقيع والرسوم التوضيحية[٣].

ثالثا: الفاكس: هو جهاز لنسخ ونقل المستندات والصور عن بعد وهو مرتبط بالخطوط الهاتفية، حيث يضع المرسل الورقة المكتوبة في الجهاز، ويضرب الأرقام الخاصة بالجهاز الثاني الذي يقوم بفتح الخط ليقوم بطبع صورة الورقة المرسلة على ورقة خاصة موجودة فيه، لتظهر الورقة للمرسل إليه كما هي دون تغيير أو تبديل في الصورة والتواقيع والكتابة[٤].

ويتم استخدام الفاكس عن طريق شبكة الهاتف المركزية، أو عبر الأقمار الصناعية، فهو يعتمد في اتصالاته على جهاز الهاتف المدمج به الذي يصل المرسل بالمستقبل، ولذلك يتمتع الفاكس

---

(١) لغة فإن كلمة (Telex) تتكون من مقطعين أولهما (Tele) ومعناه البرقية أو البعد وثانيهما (x) وتعني التبادل، فكان معنى كلمة Telex التبادل عن طريق البرقيات أو التبادل البرقي. راجع في ذلك إدوار جورج حنا– التلكس وكمبيوتر الاتصالات الدولية- ١٩٩٧ – ص ٢١. عباس العبودي – المرجع السابق- ص٢٦.

(٢) فرانك درفلرولس فريد: ترجمة مركز التعريب والترجمة – بيروت – ص ٩٠٨.

(٣) د. عباس العبودي – المرجع السابق- ص ٢٨.

(٤) كيف تعمل الشبكات – ص ٨٩، ٩٠.

بنفس المزايا التي يتمتع بها الاتصال عن طريق الهاتف، ويتميز عنه من حيث إن الرسالة التي يرسلها الفاكس، والتي يتسلمها المرسل إليه تكون هي نفسها التي يرسلها المرسل، فتعد بذلك نسخة أصلية منها، وليس مجرد صورة ضوئية لها[١].

رابعا:الإنترنت[٢]: هي شبكة الاتصالات التي تربط مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي بعضها ببعض بطريقة تمكن من تبادل المعلومات والملفات فيما بينها باستخدام التكنولوجيا الحديثة، ويتم هذا الربط باستخدام الأسلاك أو بوسائل الاتصال اللاسلكية، أو باستخدام شبكات الهاتف[٣]، أو عن طريق الأقمار الصناعية[٤].

ويعود سبب انتشار الإنترنت إلى قلة كلفة استخدام هذه الوسيلة إذا ما قورنت بوسائل الاتصال الأخرى، واستغنائها عن الورقة في الكتابة، فضلاً عن براعتها في دمج خصائص الوسائط المتعددة من تلفاز وهاتف وحاسوب معاً (صورة وصوت ونص)، وإيجاد لطريق سريع من المعلومات واختصار لحدود الزمان والمكان بشكل مذهل.

وتقدم شبكة الإنترنت خدمات مختلفة لعل من أهمها:

---

(١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل – المرجع السابق – ص ٢١.

(٢) كلمة الإنترنت هي كلمة انجليزية الأصل تتكون من كلمتين هي Inter و Net وتعني الكلمة الأولى البينة أو الإتصال، أما الثانية فتعني الشبكة، وإذا جمعنا الكلمتين معا، فإن المعنى الكامل المتحصل هو الشبكة المتصلة أو البينية. ويرجع تاريخ الإنترنت إلى أواخر الستينات من القرن الماضي عندما عهدت وزارة الدفاع الأمريكية مهمة إنشاء شبكات حواسيب يرتبط بعضها ببعض إلى وكالة مشروع الأبحاث المتقدمة لخدمة عمليات التأهب السريع للقوات المسلحة الأمريكية مخافة هجوم نووي مباغت إبان الحرب الباردة، ثم تطورت هذه الشبكة فلم تعد قاصرة على استخدامات وزارة الدفاع الأمريكية ولا على المهام الدفاعية والعسكرية، وإنما أصبحت شبكة اتصالات دولية تشمل جميع الميادين وفي معظم أنحاء العالم في الجامعات ومعاهد البحث العلمي والشركات الكبرى والمؤسسات الحكومية. لمزيد من التفاصيل أنظر المراجع السابقة وأيضا: د.محمد السعيد رشدي – الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات– الكويت-١٩٩٨- ص ١٠. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – المرجع السابق- ص ٢٣. هشام محمد القطان – التجارة الإلكترونية- استثمار مضمون، اقتصاديات الرياض، العدد ٣٧ آذار ٢٠٠٠ ، ص ٨٠، رامي محمد علوان – التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت واثبات التعاقد الالكتروني- مجلة الحقوق- جامعة الكويت- العدد٤- السنة السادسة والعشرون- شوال ١٤٢٣هـ، ديسمبر ٢٠٠٢م – ٢٣٣.

(٣) حيث يقوم الحاسب الآلي عن طريق جهاز المودم Modem الذي يتضمنه بالاتصال – إرسالا واستقبالا – بشبكة الانترنت من خلال الاتصال الهاتفي. بيل جيتس – ترجمة عبد السلام رضوان – المعلوماتية بعد الانترنت – طريق المستقبل – عالم المعرفة رقم ٢٣١ – مارس ١٩٩٨ – ص ١٦.

(٤) د. فريد عبد المعز فرج – التعاقد عبر الانترنت مجلة البحوث الفقهية والقانونية – كلية الشريعة والقانون – جامعة الأزهر – فرع دمنهور – العدد ١٨ – الجزء الأول ١٤٢٤هـ - ٢٠٠٣م – ص ٤٣.

١ ـ **شبكة المعلومات العالمية "World Wide Web":** ويطلق عليها اختصار خدمة "Web"، وهي عبارة عن كم هائل من المستندات المحفوظة في شبكة الحاسوب والتي تتيح لأي شخص أو لأي جهة الإطلاع على معلومات تخص جهة أخرى أو أشخاص آخرين قاموا بوضعها على هذه الخدمة عن طريق أسلوب تكنولوجي يقوم بتنظيم المعلومات والبيانات واستعادتها(١).

٢ ـ **البريد الإلكتروني "E-mail":** هو عبارة عن خدمة من شبكة الإنترنت كمكتب بريد يسمح للمستخدم بإرسال وتلقي الرسائل الإلكترونية من أي مستخدم آخر للإنترنت في جميع أنحاء العالم، ويمكن لهذا الأخير أن يقرأ الرسالة الإلكترونية حين وصولها فورا، أو أن يؤجل ذلك إلى وقت آخر قد يرتئيه مناسباً. ويعد البريد الإلكتروني من أكثر خدمات الإنترنت ذيوعا واستخداما من قبل شتى الفئات.

ويشبه البريد الإلكتروني البريد العادي في بعض الأوجه ويختلف عنه في أوجه أخرى. أما من حيث أوجه الشبه فتفق الرسالة الإلكترونية مع مثيلتها الرسالة البريدية العادية، في أن كلاً منهما يجب أن يتضمن عنواناً صحيحاً حتى يصل إلى المبتغى المطلوب وأن كلاً منهما معرض للضياع وعدم الوصول في حالة إدراج العنوان بشكل صحيح، في حين يختلف البريد الإلكتروني عن البريد العادي في أن طبيعته غير الرسمية لا تسمح بفحص الرسائل المرسلة بالإنترنت وضبطها ومراقبتها، كما هو الحال في دائرة البريد التي يراقب ويوقع مشرفوها على الرسائل المتسلمة والمبعوثة فيها. كما يختلف عنه أيضا في أن البريد الإلكتروني يبعث في لمح البصر ويمكن استدعاؤه عن بعد كما لا يضمن درجة من الخصوصية، إذ هو عرضة للتنصت الإلكتروني، في حين أن البريد العادي قد يأخذ عدة أيام للوصول، ولكنه يضمن هذا النوع من الخصوصية بين المتراسلين.

٣ ـ **غرف المحادثة الفورية أو الثرثرة "Chat":** تقوم هذه الخدمة على أساس وجود عدة أشخاص على شبكة الانترنت في آن واحد في مواقع مختلفة يتبادلون خلالها المناقشات والآراء فورياً بإرسال البريد الإلكتروني، أو المخاطبة بالصوت، أو بالصوت والصورة معاً، والذي يمكن قراءته أو سماعه ورؤيته من قبل الشخص المرسل إليه إذا كانت المحادثة في غرفة مغلقة، أو حدد الشخص المراد محادثته، أما إذا كانت المحادثة مفتوحة على الجميع من غير تخصيص، فيمكن

---

(١) حسام الدين الأهواني ـ حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الانترنت ـ الملكية الفكرية ـ المؤتمر العالمي الأول حول الملكية الفكرية ـ جامعة اليرموك ـ الأردن ١٠، ١١ تموز ٢٠٠٠ ـ ص ٢، ٣، بهاء شاهين ـ شبكة الانترنت ـ مراجعة مجدي محمد أبو العطا ـ ط٢ ـ ١٩٩٦ ـ ص ١٢٨، أيمن العشري ـ المراجع في أساسيات وأسرار الشبكة الدولية ـ انترنت ـ مكتبة الفيروز ـ ١٩٩٨ ـ ص ٧١.

قراءته أو سماعه ورؤيته من قبل جميع الأشخاص المشاركين في غرف المحادثة وإمكانية الرد عليه في نفس الوقت بطريقة آلية.

زيادة على خدمات أخرى توفرها شبكة الانترنت كالإتصال الهاتفي الصوتي، أو الاتصال الهاتفي المصور، والذي يتيح رؤيته الشخص المتحدث معنا هاتفيا، كما يمكن عن طريق إجراء حلقات نقاش بالصوت والصورة مع عدة أشخاص في آن واحد(١).

فيمكن بذلك تصنيف الإنترنت مع أجهزة الاتصال الحديثة الناقلة للحروف، كما يمكن أيضاً تصنيفها مع الأجهزة الناقلة للأصوات.

ومن خلال هذا العرض الموجز يتبين أن إجراء الطلاق عبر أجهزة الاتصالات الحديثة يتم من خلال اللفظ كالهاتف بنوعيه الثابت والمحمول' والإنترنت، والتليفزيون، وشريط التسجيل، والفيديو الناقل للصورة والصوت معا، أو من خلال المكتوب كالتلكس والفاكس والهاتف المحمول عبر رسائل مكتوبة، والإنترنت بواسطة البريد الإلكتروني.

المطلب الثاني

حكم إجراء الطلاق عبر وسائل الإتصال الحديثة

تطورت وسائل الاتصال تطورا مذهلا وأتاح هذا التطوير للناس التخاطب فيما بينهم على الرغم من بعد الشقة وتباعد الديار، كما مكنتهم من إرسال رسائل ومعلومات والحصول عليها بسرعة فائقة، بل مكنتهم من رؤية الواقعة أو التصرف صورة أو صوتاً، أو سماعاً فقط لحظة وقوعه.

ولا شك أن آثار هذه الوسائل لم يسلم منه جانب من جوانب حياة البشر، في السياسة والمال والاجتماع... وكان لأحكام الأسرة نصيب هي الأخرى من وسائل الاتصال الحديثة، فأصبح بإمكان إيقاع الطلاق عن طريق تلك الوسائل وهو ما يحتاج إلى بيان الحكم الشرعي له وهل يقع صحيحاً أم باطلا؟ ولا يخلو من نوعين: إما أن يتم عبر وسائل الإتصال الحديثة مهاتفة أو كتابة.

---

(١) د. فريد عبد المعز فرج – المرجع السابق- ص ٤٧٤ ، ٤٧٦. رامي محمد علوان – المرجع السابق- ص ٢٣٦. سوكر أنباك وجوها براكلين– ما هي الانترنت – مكتبة جرير – بيروت – ط١ – ١٩٩٨- ص ١١.

أولا: الطلاق عبر وسائل الإتصال الحديثة مهاتفة:

إذا طلق الرجل زوجته مشافهة عن طريق الهاتف أو الكمبيوتر المرتبط بشبكة الانترنت، أو غيرها من وسائل الإتصال الناقلة للألفاظ سواء بالصورة أو بدونها، فإن الطلاق واقع شرعاً ولا غبار عليه، لأن الطلاق لا يتوقف على حضور زوجة ورضاها به، ولا علمها، كما أنه لا يتوقف على الإشهاد، فالطلاق يقع بمجرد تلفظ الزوج به، سواء تمكن أحدهما من رؤية الآخر أم لا، لأن المطلوب في باب الطلاق سماع تلفظ الزوج به بأية وسيلة كانت بصورة واضحة ومفهومة كما تدل على ذلك نصوص الفقهاء، وهو أمر متحقق في الوسائل السابقة، حيث يتم التعبير من خلال اللفظ الذي هو محل اتفاق بين الفقهاء، وما ذكرنا من وسائل إنما وجد لتوصيل الصوت فحسب، فإيقاع الطلاق مع عدم تمكن أحد الزوجين من رؤية الآخر ليس جديدا وإنما الجديد هو السرعة المذهلة التي يتم فيها النقل ووسيلته.

ولا يخفى أن العرف له اعتبار في أحكام الأسرة، حتى صاغت الحنفية منه قاعدة "العادة محكمة"، وقال ابن نجيم بعد سردها: " واعلم أن اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصلا، فقالوا في الأصول في باب ما تترك به الحقيقة: تترك الحقيقة بدلالة الإستعمال والعادة"(١).

وقد ذكر القرافي في هذه المسألة أن "العرف يقتضي في زمن معين، حتى بعدم قبول ألفاظ مقبولة في زمن ما، نظرا لأنها أصبحت متروكة غير مفهومة، كما يقضي بقبول ألفاظ مفهومه لعصر لم تكن مقبولة من قبل". ونقل عن أبي عبد الله المازري قوله:"فإن النقل إنما يحصل باستعمال الناس لا بتسطير ذلك في الكتب، بل المسطر في الكتب في هذه الألفاظ بهذه الأحكام، لأن زمانهم كان فيه عوائد اقتضت نقل هذه الألفاظ للمعاني التي أفتوا بها فيها صوناً لهم عن الزلل"(٢). وكما قال الشاطبي "فإن اللفظ إنما هو وسيلة إلى تحصيل المعنى المراد والمعنى هو المقصود"(٣).

وعلى ضوء ما سبق، فإن الطلاق يقع بلا خلاف عن طريق الهاتف المحمول أو الانترنت، سواء رأت المطلقة زوجها أو لم تره، ويشترط لذلك شرطا واحد وهو التأكد من أن الذي خاطبها هو زوجها حقيقة لنشوء احتمال التزوير وتقليد الصوت والدبلجة.

---

(١) غمز عيون البصائر – ج ١ ص ٢٩٥.
(٢) الفروق – ج١ ص ٤٤، ٤٥.
(٣) الموافقات – ج٢ ص ٨٧.

ثانيا: الطلاق عبر وسائل الإتصال الحديثة كتابة:

الكتابة للزوجة بالطلاق عن طريق الفاكس، أو عن طريق رسائل المحمول، أو عبر البريد الإلكتروني ففيه الخلاف القديم الذي ذكره الفقهاء في الطلاق بطريق الكتابة، وبداية قبل بيان قيمة الكتابة وحجية تلك الوسائل الحديثة في إثبات الطلاق، لابد من معرفة حكم الطلاق كتابة وكلام الفقهاء بشأنه.

مذهب جمهور الفقهاء هو حصول الطلاق بالكتابة، واعتبارها من ثم وسيلة لإثباته قضاء مع اختلاف بينهم - كما سيأتي - في تقدير حجية تلك الكتابة، وتغليب نية الزوج عليها في الإدعاء عليه.

وخالف ابن حزم الجمهور، حيث اعتبر من كتب إلى امرأته بالطلاق بأنه ليس بشيء، وحجته في ذلك أن الطلاق الذي ورد به الشرع كقوله تعالى:(الطلاق مرتان) وقوله تعالى: (فطلقوهن لعدتهن) إنما يقع على اللفظ به دون كتابته[1].

ويمكن أن يستدل لمذهب ابن حزم بأن الكتابة ليست وسيلة من وسائل التعبير المعتبرة فهي تحتمل التزوير وإرادة تحسين الخط، ومع هذا الاحتمال لا يثبت بها الطلاق الذي تترتب عليه آثار خطيرة من الحل والحرمة، بالإضافة إلى أن وسائل التعبير عن العقود جاءت جميعها بالألفاظ، ولم يشتهر في عصر النبي صلى الله عليه وسلم إنشاء العقود بالكتابة.

ويعترض على هذه الإستدلالات بأنها غير مسلمة، لأن التعبير عمّا في النفس كما يمكن أن يكون باللفظ يمكن أن يكون بالكتابة، كما أننا لا نسلم أن الكتابة لم تستعمل كتعبير عن الإرادة في عصر الرسول صلى الله عليه وسلم، فالأحاديث الصحيحة شاهدة على أن الرسول صلى الله عليه وسلم قد استعملها في رسائله مع الملوك وغيرهم للتعبير عمّا يريده منهم من الدخول في الإسلام[2]. ولو سلم ذلك، فلا يدل عدم استعمالها في عصره على عدم جواز استعمالها، وذلك لأن

---

(١) المحلى – ج١٠ ص ١٩٦، ١٩٧.

(٢) أنظر في ذلك الحديث في صحيح البخاري مع الفتح – كتاب الجهاد – ج٦ ص١١٠٩. صحيح مسلم بشرح النووي-كتاب الجهاد والسير- باب كتاب النبي صلى الله عليه وسلم إلى هرقل-ج٦ ص٣٤٦ رقم (١٧٧٣).
فإذا كانت الكتابة صالحة للتعبير عن نشر الدعوة، فكيف لا تكون صالحة لإنشاء بعض التصرفات، يقول الكاساني: "إن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب، ألا ترى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبلغ بالخطاب مرة، وبالكتاب أخرى، وبالرسول ثالثا، وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب، فدل على أن الكتابة المرسومة بمنزل الخطاب"، بدائع الصنائع – ج٤ – ص ١٨١٣. المغني– ج ٨ ص ٤١٢.

مبنى هذه الدلالات على العرف، وأن الجمهور على عدم التقيد بالصيغ الواردة في الشرع مادامت لا تصطدم مع نص شرعي، ولا دليل على منع الكتابة.

وما استدل به ابن حزم في عدم وقوع الطلاق بالكتابة بالآيات والأحاديث فهو حجة عليه، لأن الشرع إنما أرشد إلى عدد الطلاق وكيفية إيقاعه، ولم يفصل في وسائل التعبير، كما أننا لا نجد لها تحديدا دقيقا في اللغة فيناط حينئذ بالعرف، والعرف جار قديما وحديثا على صلاحية الكتابة لإيقاع الطلاق.

أما ما أورده من احتمال التزوير والتقليد فيتلاشى مع وجود القرائن الدالة عليه، بالإضافة إلى أن ذلك داخل في عملية الإثبات(١).

والراجح مما ذكر هو قول الجمهور في وقوع الطلاق بالكتابة، فالدليل يدعمه ويتفق مع قواعد الشريعة وأصولها القاضية برفع الحرج، ومبادئها الخاصة بالطلاق الدالة على أن الأساس في إيقاعه هو تلفظ الزوج به دون النظر إلى التقيد بأية شكلية.

ومع اتفاق جمهور الفقهاء على حصول الطلاق بالكتابة، اختلفوا في تقدير حجية تلك الكتابة وتغليب نية الزوج عليها في الإدعاء عليه، فكان في المسألة قولين أو مذهبين:

١ـ مذهب الجمهور: ذهب المالكية(٢)، والشافعية(٣)، والحنابلة(٤) إلى أن الطلاق يصح بالكتابة إذا نواه الزوج، أما إذا لم ينو بالكتابة الطلاق فلا يقع به شيء، حيث عدوا الكتابة بالطلاق كناية ولو كان اللفظ صريحا في الطلاق، لأن الكاتب قد لا يكون مراده الطلاق، بل يكتب لتجويد خطه أو لتجربه الحبر والقلم أو غم أهله، أو نقل عبارات من كتاب.. وغير ذلك، والمقرر أن الكناية في الطلاق العبرة فيها بنية صاحبها، وعلى ذلك فإن كتب إلى زوجته بالطلاق وهو يريد الطلاق وقع، وإن لم يرده لم يقع.

يقول الخرشي المالكي: "أن الزوج إذا كتب إلى زوجته أو إلى غيرها أنه طلقها وهو عازم على ذلك فإن الطلاق يقع عليه بمجرد فراغه من الكتابة"(٥).

ولخص النووي مذهب الشافعية بقوله: " كل تصرف يستقل به الشخص كالطلاق،

---

(١) د.علي محيي الدين القره داغي– مبدأ الرضا في العقود – ج٢ ص ٩٤٨.
(٢) شرح الخرشي – ج٣ ص ١٨٩. الشرح الصغير – ج٢ ص ٥٦٩.
(٣) مختصر المزني على هامش الأم – ج٤ ص ٧٥. مغني المحتاج – ج٣ ص ٢٨٤، ٢٨٥.
(٤) المغني – ج٨ ص ٤١٢. الإنصاف – ج٨ ص ٤٧٣.
(٥) شرح الخرشي – نفس الموضع.

والعتاق، والإبراء ينعقد بالكناية مع النية كما نعقاده بالصريح"[1]، ولو قال لامرأته اختاري أو أمرك بيدك – تلفظ أو كتابة – فطلقت نفسها، فقال: ما أردت طلاقا لم يقع قضاء، بلا خلاف عندهم "[2].

ولخص ابن قدامة الراجح من مذهب الحنابلة بقوله: "إن كتب ذلك من غير نية..لا يقع إلا بنية ..لأن الكتابة محتملة، فإنه يقصد به تجربة القلم، وتجويد الخط، وغم الأهل، من غير نية، ككنايات الطلاق فإن نوى بذلك تجويد خطه أو تجربة قلمه، لم يقع.."[3].

فيتضح مما سبق أن العبرة عند الجمهور في جميع صنوف الكتابة هي إرادة الزوج، فحتى لو شهد عليه أن هذا خطه لم يلزمه حتى يقر به، فالعبرة – عندهم - بالإقرار بالكتابة لا بمجرد الكتابة.

٢- مذهب الحنفية: عد فقهاء الحنفية[4] الكتابة بالطلاق المستبينة والمرسومة كافية في وقوع الطلاق متى كانت بألفاظ صريحة نوى الزوج أو لم ينو[5]، والمستبينة بأن يكتب لزوجته بشكل ظاهر يبقى له أثر يثبت به اسمها وعنوانها، قائلاً: يا فلانة أنت طالق. أما المرسومة فما كانت مصدّرة ومعنونة إلى صاحبها على ما جرت به العادة، أما إن كانت بلفظ كناية فتحتاج إلى النية، فإن قال: نويت به الطلاق وقع، وإن قال لم أنو به الطلاق صدق في القضاء.

أما الكتابة غير المرسومة كما لو كتب فلانة طالق أو زوجتي طالق دون أن يوجه الكتابة إليها فتعد الكنايات، فلا يقع بها طلاق إلا مع نية صاحبها، سواء أكان بالألفاظ صريحة أم بألفاظ كنائية، فلو ادعى أنه لم ينو، صدق في القضاء، لأن الإنسان قد يكتب لتجويد خطه أو لتجربة الحبر والقلم وغير ذلك، فلا يحمل على الطلاق – في هذه الحالة- إلا بالنية.

أما إن كانت الكتابة غير مستبينة ولو كانت مرسومة فلا يقع بها الطلاق وإن نواه، كالكتابة على الماء أو على الهواء، لأن ما لا تستبين به الحروف لا يسمى كتابة، فيلحق بالعدم.

وقد لخص ابن عابدين مذهب الحنفية بقوله: "وإن كانت مستبينة لكنها غير مرسومة إن

---

(١) المجموع – ج٩ ص ١٦٦.

(٢) الأم – ج٤ ص ٧٥. مغني المحتاج – نفس الموضع.

(٣) وفي المذهب رواية أخرى وقوعه من غير نية، والأظهر في المذهب ما أثبتناه أعلاه. مراجع الحنابلة السابقة- نفس الموضع.

(٤) حاشية ابن عابدين- ج٢ ص ٤٣٩، ٤٤٠. بدائع الصنائع- ج٤ ص ١٨١٣،١٨١٢. تحفة الفقهاء- ج٢ ص ٢١٨.

(٥) فلا يصدق قضاء ويصدق ديانة.

نوى الطلاق يقع وإلا لا، وإن كانت مرسومة يقع الطلاق نوى أو لم ينو"[1].

وهذا التلخيص الذي ذكره ابن عابدين يمثل رأي الحنفية في الطلاق بطريق المكاتبة، ولا يختلف الحكم إذا طلق مكاتبة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة عما كان عليه قديما.

الترجيح:

يتضح من النقول السابقة اتفاق الفقهاء - عدا ابن حزم - على حصول الطلاق بالكتابة، واعتبارها من ثم وسيلة لإثباته قضاء مع اختلاف بينهم فيّ قيمة تلك القيمة وهل تغلب نية الزوج عليها في الادعاء عليه أم لا؟

ويظهر لي – والله أعلم – أن الراجح من القولين هو قول الحنفية لاتفاقه مع الظاهر، فضلا عن انسجامه مع القواعد العامة في إيقاع الطلاق. ذلك أن الكتابة إذا كانت مستبينة ومرسومة بلفظ صريح في الطلاق وليس لها ما يدل على عدم وقوعها وعدها- بالتالي- من باب الكنايات هو تحكم لا مبرر له[2]، فلا يصدق الزوج في دفعه، والإحتكام إلى نيته في هذه الحالة هو خلاف الظاهر المشاهد .

أما إن كانت الكتابة مستبينة ومرسومة، ولكن كانت بلفظ غير صريح في الطلاق فيسأل الرجل عن نيته، وأما الكتابة غير المرسومة والمستبينة فتعد من الكنايات سواء كانت بألفاظ صريحة أم بألفاظ كنائية، ويسأل عنها الرجل، فإن أراد الطلاق وقع وصدق في نيته، و إلا فلا.

والحكم ذاته يسقط على الطلاق بالكتابة عبر الوسائل الإلكترونية، وهي ما أصبحت تسمى بالكتابة الإلكترونية، وهي كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك.

---

(١) حاشية ابن عابدين – ج٢ – ص ٤٣٩.
والكلام هذا فيما إذا كانت الكتابة مطلقا، من غير أن يعلقها الزوج بشرط وصول كتابه إليها، أما إن علقه بشرط الوصول إليها، كأن كتب: "إذا وصل كتابي إليك فأنت طالق"، لا يقع حتى يصل إليها، لأن المعلق بالشرط لا ينزل قبل تحقق وجوده، وهو مذهب الشافعية أيضا إلا أن العبرة عندهم هو بنية الزوج.

(٢) أنظر في هذا الرأي: د. محمد بن يحيى النجمي، حكم إبرام عقود الأحوال الشخصية والعقود التجارية عبر الوسائل الالكترونية- مجلة البحوث الفقهية المعاصرة- مجلة علمية فصلية محكمة متخصصة في الفقه الاسلامي لصاحبها عبد الرحمن بن النفيسة- العدد٦٠- السنة ١٥- ١٤٢٤ هـ، ٢٠٠٣م- ص ٢٢.

المطلب الثالث

إثبات الطلاق عبر طريق وسائل الاتصال الحديثة

إن المشكلة الأساسية في استخدام الوسائل الحديثة للإتصال في مجال الأحوال الشخصية وتحديدا في إيقاع الطلاق هي مشكلة إثبات في المقام الأول، وقد اتضح لنا مما سبق أن الطلاق عن طريق هذه الوسائل قد يقع مهاتفة أو مكاتبة، وقد يتخذ دعامة مادية في ذلك، وقد يتم دون حاجة إلى دعامات أو أسناد ورقية.

ويحق لنا أن نتساءل في هذا المقام: هل تسمح القواعد الخاصة بالإثبات التي مازالت تركز على أولوية الشهادة والإقرار بهذا النوع من التعبير على الإرادة؟ أو أنها لا تسمح بذلك وتشكل من ثم عقبة أمام إجراء الطلاق بوسائل الإتصال الحديثة؟

أولا: إثبات الطلاق الواقع مهاتفة:

عرفنا – سابقا – أن الطلاق مهاتفة عن طريق الهاتف بنوعيه الثابت والمحمول، وكذا عبر غرف الدردشة في الانترنت هو طلاق واقع شرعا ولاغبار عليه، فإن إثباته كحكم الطلاق المتلفظ به، فإذا ادعت الزوجة على زوجها أنه طلقها مهاتفة أو من خلال محاورة جرت بينهما عبر الانترنت، فإن أقر الزوج بما ادعته وقع الطلاق قضاء كما وقع ديانة، وترتبت آثاره من وقت إسناده، أما إذا أنكر طلاقها، كلفت الزوجة بإحضار بينة على دعواها، والقول قول الزوج بيمينه، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق.

وقد يحصل أن يقوم مدعي الطلاق بتسجيل المكالمة الهاتفية وحفظ الصوت الذي يثبت تلفظ الزوج به، في جهاز الهاتف أو قرص صلب سواء تم ذلك عبر شبكة الإنترنت أو غيرها من وسائل الاتصال، أو ضمن شريط تسجيل، وغير ذلك من وسائل حفظ الاتصالات بين الأشخاص وتتيح لهم إمكانية استحضارها، حيث يستحضر ما تم حفظه من كلام أمام القاضي كدليل إثبات وقوع الطلاق، فهل يعد ذلك بينة شرعية تخول للمدعي الحكم له بمقتضاها؟

الحقيقة أنه لا يمكن اعتبار ما يتحصل عليه المدعي من هذه الأجهزة أدلة صحيحة تجيز الحكم له بما ادعاه، حيث لا يصلح أن يكون واحدا منها دليلا يحل محل البينة لعدم توفر الثقة والأمان فيها، فمن الممكن العبث بها جميعاً، فضلا عمّا تتيحه التقنيات الحديثة من إمكانيات الحذف والزيادة والدبلجة، وطرق التزوير والتحريف التي لا تحصى. هذا إذا تثبتنا من أن الصوت المسجل لصاحبه، إذ أن الأصوات قد تتشابه كثيرا، كما قد تتغير نبرات صوت الشخص بتغير الأحوال

والظروف. لهذه الإعتبارات لا يمكننا التعويل - بأي حال من الأحوال- على مثل تلك التسجيلات الصوتية في إثبات الطلاق.

هذا إذا كان الهاتف غير مزود بكاميرا فيديو، أو كانت الدردشة صوتية فحسب، أما إن تم تزويد ما تم تسجيله من صوت بكاميرا مرئية تتيح مشاهدة ومتابعة ما يتلفظ به الشخص بشكل واضح غير متقطع[1]، فأرى أن ما يتم توفيره من خلال هذه الأجهزة لا يكون في أحسن أحواله مجرد قرينة قضائية يمكن للقاضي أن يستنبطها من ظروف ووقائع الدعوى - بماله من سلطة التقدير – ويوجهها في خدمة الدعوى المطروحة أمامه، إذ للقاضي أن يختار واقعة معلومة من بين وقائع الدعوى ثم يستدل بها على الواقعة المراد إثباتها، أو يقوم بتفسير الواقعة الثابتة أمامه للوصول إلى الواقعة المجهولة [2].

ومن حيث حجية هذه القرينة إن وجدت، فهي حجية غير ملزمة للقاضي كما تكون قابلة دائما لإثبات خلافها بكافة طرق الإثبات ومن ذلك قرينة مثلها، وأياً كان فهي قرينة ضعيفة لاتصلح كدليل مستقل في إثبات الطلاق،وغاية ما تقوم به أنها تنير الطريق للقاضي في الدعوى.

ثانيا: حجية وسائل الإتصال الكتابية في إثبات الطلاق:

تختلف حجية وسائل الإتصال الحديثة الكتابية في إثبات الطلاق، نظرا لتباين قيمة هذه الوسائل ذاتها في حفظ البيانات الصادرة منها والواردة إليها من التغيير والتبديل، وكذا ما توفره من الأمان لمستعمليها وتوفر الشروط الواجبة في الأدلة التقليدية ضمن هذه الوسائل الحديثة، فضلا عن مدى توفر شروط الكتابة اليدوية في الكتابة الناتجة عن الوسائل الحديثة. فهل يشكل - من ثم- غياب الكتابة اليدوية والتوقيع الخطي وعدم وجود الدعامة الورقية في الطلاق الذي يتم عبر المحمول والإنترنت عقبة أمام إمكانية إثباته ومنحه حجية مطلقة أو نسبية ملائمة؟

فبالنسبة للفاكس فإن الرسالة التي ترسل من خلاله، والتي يتسلمها المرسل إليه تكون هي نفسها التي يرسلها الفاكس، فتعد بذلك نسخة أصلية منها، وليس مجرد صورة ضوئية لها، فإذا

---

(١) وإنما أوردنا هذا القيد لاستبعاد ما تلتقطه كاميرات الحواسيب أثناء الدردشة عبر الإنترنت، أو ما تسجله أجهزة الهاتف المحمول المزودة بكاميرات، حيث يكون الشكل في الغالب غير واضح والصورة متقطعة، وعبارات وحركات التخاطب بالفم والأعضاء غير واضحة.

(٢) فيتوفر في هذه الحالة عنصري القرينة معا، العنصر المادي: وهو الواقعة الثابتة والمعلومة لدى القاضي، والتي تثبت لديه بالصورة والصوت المسجلين، والعنصر المعنوي: وهي مهمة القاضي في استنباط الواقعة المجهولة من الواقعة الثابتة المعلومة.د. نبيل إبراهيم سعد- الإثبات في المواد المدنية والتجارية- ص ١٨٥. ولم نعتبر ما ينتج عن الوسائل السابقة- الهاتف والدردشة في الانترنت- قرائن، لأن الواقعة التي يختارها القاضي للاستنباط منها هي مجرد واقعة محتملة وغير ثابتة،فلاتصلح أن تكون مصدرا لاستخلاص القرينة.

كانت موقعة ممّن أرسلها فيكون لها قيمة الورقة العرفية من حيث الإثبات، وإنما اعتبرناها ورقة عرفية لخضوعها لحكم العادة والعرف، وهي حجة على من اعترف وأقر بها، أو وقعها ولم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم.

فوثيقة الفاكس المثبت للطلاق كورقة عرفية غير معدة للإثبات، إذ ليست أدلة مهيأة وإنما هي أدلة عارضة يجعل القانون لها حجية معينة(١). فالرسائل الموقع عليها لها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات(٢)، بالرغم من أن المراسلات غير معدة للإثبات، فتكون بذلك الرسالة حجة بصدورها ممن وقعها وبسلامتها المادية، ما لم ينكر توقيعه إياها، وتكون حجة كذلك بحقيقة المدون بها، ما لم يثبت عكسه بالطرق المقررة قانونا للإثبات.

وممّا لا يخفى أنه كان يؤخذ فيما مضى على المستندات التي يرسلها جهاز الفاكس أنها لا تقبل الحفظ إلا لمدة قصيرة في حدود الستة أشهر، بعدها تختفي الكتابة تلقائيا، ويرجع ذلك إلى أن عملية التصوير كانت تتم مع هذا الجهاز عن طريق الحرق بعكس التلكس حيث تتم كتابة المستند عن طريق الطباعة وليس التصوير، أما الآن فقد أمكن تجنب هذا العيب باستخدام الورق العادي في الاتصال عن طريق الفاكس بدلاً من الورق الحراري(٣).

ويعد التاريخ المدوّن في ورقة الفاكس حجة على الغير كما هو حجة على المرسل والمرسل إليه، وهذا الذي قررناه هو ما يتجه إليه القضاء الحديث في أن رسالة الفاكس تعتبر نسخة أصلية من الرسالة المرسلة، والتي يحتفظ بها المرسل، وليس مجرد صورة ضوئية لها، ومن ثم يكون لهذه الرسالة الفاكسية قيمة الورقة العرفية من حيث إثبات مضمونها مادامت وقعت من الجهة التي أرسلتها(٤).

---

(١) فالأوراق العرفية في مجال الإثبات نوعان، أوراق عرفية معدة للإثبات: تكون صادرة من ذوي الشأن دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها لتكون دليلا كاملا لإثبات تصرف قانوني معين، عقداً كان أو غير عقد، فهي أدلة مهيأة. وأوراق عرفية غير معد للإثبات: ويغلب في هذه الأوراق أن تكون غير موقعة، ولكن القانون يعطيها حجية معينة، ولذلك فهي أدلة عارضة. لمزيد من التفصيل: أنظر على سبيل المثال: د. إبراهيم سعد – المرجع السابق – ص ١٢٣.

(٢) حيث تنص المادة ١٦ إثبات مصري على أن "يكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعاً عليه من مرسلها وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك".

(٣) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – المرجع السابق – ص ٢١.

(٤) تمييز "دبي" الطعن رقم ٣١ لسنة ١٩٩٦. ق. جلسة ١٩٩٦/١٠/٢٦.

وعند الاحتجاج بصورة الفاكس من طرف المرسل إليه بالطلاق على من تحمل توقيعه، فإن موقف صاحب التوقيع لا يخرج عن أمرين: =

أما إذا لم تكن موقعة وكانت بخط المرسل فلا تكون لها أية حجية قبل المرسل إذا أنكرها[1].

أما التلكس: فقد نظم القانون إثبات مستخرجاته وهي البرقيات في المادة ١٦ (إثبات مصري) بأنه: "تكون للبرقيات هذه القيمة (المحرر العرفي) أيضا إذا كان أصلها المودع في مكتب التصدير موقعا عليه من مرسلها، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بالبرقية إلا لمجرد الاستئناس". فيجب في هذا الصدد أن نفرق في الطلاق عبر البرقيات بين فرضين:

الفرض الأول: إذا كان أصل البرقية مودع في مكتب التصدير وموقعا عليه من مرسلها، فقد جعل القانون لها ذات الحجية المقررة للورقة العرفية، وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

الفرض الثاني: إذا أعدم الأصل بعد انقضاء المدة المقررة لحفظه[2]، لم تعد للصورة التي لم تثبت مطابقتها للأصل قبل إعدامه أية قيمة قانونية في الإثبات[3].

وإذا كان النزاع لا يتعلق بصدور أصل البرقية المفقودة عن المرسل، بأن أقر هذا الأخير صدورها منه، بل تعلق النزاع ببعض محتوياتها، كأن أنكر ألفاظ الطلاق الواردة فيها، فيمكن في هذه الحالة اعتبار البرقية مبدأ ثبوت بالكتابة، فيحتاج الدليل لاستكماله بشهادة الشهود.

= ١- إذا اعترف بصدور الورقة منه وتوقيعه لها، أو سكت ولم ينكر صراحة اعتبر ذلك اعترافاً منه بها، ففي هذه الحالة تصبح الورقة في حكم الورقة الرسمية، وبالتالي لا يجوز لصاحبها أن يعود بعد ذلك إلى الإنكار وإن كان له أن يطعن فيها بالتزوير.

٢-إذا أنكر صراحة أن الورقة - كلها أو بعضها – صادرة منه أو أنكر توقيعه، فهنا يقع على المحتج بصورة الفاكس كورقة عرفية للطلاق عبء إثبات صدورها من صاحب التوقيع، وله أن يطلب إحالة الورقة على التحقيق. د. نبيل إبراهيم سعد – المرجع السابق - ص ١٢٨، ١٢٩.

(١) وفي حكم لمحكمة النقض: " أن الورقة العرفية تستمد حجيتها في الإثبات من التوقيع وحده، فإن خلت من توقيع أحد العاقدين، فلا تكون لها أية حجية قبله، بل إنها لا تصلح مجرد مبدأ ثبوت بالكتابة ضده إلا إذا كانت مكتوبة بخطه". نقض مدني رقم ١٢٧ لسنة ٤١ ق- جلسة ١٩٨١/١/٧.

(٢) وهي بالنسبة إلى البرقيات الداخلية ثلاثة أشهر من تاريخ صدروها وبالنسبة إلى البرقيات الخارجية عشرة أشهر من الشهر التالي. سليمان مرقس– أصول الإثبات وإجراءاته– ج١ – ص ٤٣١ ، ٤٣٢.

(٣) ويمكن أن يعتد بها على سبيل الاستئناس. المادة ١٦ فقرة ٢ إثبات مصري.

أما بالنسبة لأوعية المعلومات المستخرجة من الإنترنت وتحديدا الرسائل الإلكترونية والرسائل القصيرة الموجهة عبر المحمول، ومدى منحها حجية الكتابة في الإثبات من عدمه، فلابد من بيان الشروط التي يلزم توفرها في الدليل الكتابي، ومدى انطباق هذه الشروط عليها.

فحتى تؤدي الكتابة وظيفتها لابد من توفر بعض الشروط[١]:

١- أن تكون الكتابة مقروءة، واضحة، مفهومة، ونسبتها لصاحبها: فحتى يتمتع الدليل الكتابي بالحجية في الإثبات فلابد أن تتوفر فيه هذه الشروط حتى يعبر عن محتواه، سواء أكان ذلك بحروف أو رموز معروفة، حتى يمكن الإحتجاج بها.

وهذا الشرط متحقق في البريد الإلكتروني ورسائل المحمول، إذ لا يشترط أن تتم قراءة الدليل من الإنسان مباشرة، وإنما يمكن أن تتحقق القراءة بطريق غير مباشر باستخدام الحاسب الآلي أو المحمول، لذلك لم يعد دليل الإثبات محصورا في الكتابة الخطية أو اليدوية وإنما امتد ليشمل الكتابة الإلكترونية مجاراة للتطور التقني وما أفرزه من تعاملات إلكترونية تعتمد على وسائط غير ورقية.

أما ما يتعلق بشرط نسبة الكتابة لصاحبها، فهو أمر يتعذر تحققه في كلا الوسيطين الإلكترونيين – البريد الإلكتروني والمحمول – لتعذر نسبة البريد الإلكتروني لصاحبه، فرسائل المحمول ليست سوى كتابة على وسيط إلكتروني لا يمكن نسبتها لصاحبها، أما البريد الإلكتروني فيمكن دخول الغير إليه باستخدام الإسم السري لصاحبه، أو فتحه مباشرة لتركه مفتوحا من طرف مستعمله [٢].

٢- ديمومة الكتابة وحفظها: فيجب أن تكون الكتابة على وسيط له القدرة في الإحتفاظ بالمعلومات التي يتضمنها لفترة طويلة من الزمن حتى يمكن الرجوع إليه وقت الحاجة.

وهذا الشرط وإن كان متحققا في الوسائط الإلكترونية من خلال الأجهزة المتطورة ذات القدرة على حفظ المعلومات واستمراريتها بالنسبة للمعلومات التي تحتويها، بدرجة أكبر من حفظ الأوراق أو المستندات الخطية[٣]، إلا أن هذا الشرط غير متحقق في مصدر المعلومات وهو البريد

---

(١) بشار طلال أحمد المومني – المرجع السابق – ص ١٠٢ وما بعدها. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل – المرجع السابق- ص ٦٦ وما بعدها.

(٢) فضلا عن تقنيات أخرى عديدة تتيح اختراق البريد الإلكتروني للغير بوضع احتمالات عديدة تتيح كشف الإسم السري للبريد الإلكتروني.

(٣) والتي قد تتعرض للتلف نتيجة لسوء التخزين والرطوبة ونحو ذلك. أنظر د. حسن عبد الباسط جمعي – المرجع السابق – ص٢١، ٢٢.

الإلكتروني، ففي حالة إرسال رسالة إلكترونية قد تضيع الرسالة، أو تصل محرفة، أو يتم رفضها عن طريق جدران الحماية، أو ربما لا تصل أبدا، مما يجعل إثبات الطلاق من طرف المرسل إليه أمرا متعذرا. وعلى فرض وصول الرسالة وتجاوزها لهذه المشاكل الفنية، فإنها لا تسلم من عدم الحفظ لمدة طويلة سيما إذا كان البريد الإلكتروني تم فتحه جديدا[1].

٣- عدم قابلية الكتابة للتعديل: فيشترط لإسباغ حجية الإثبات على الدليل أن يكون قادرا على مقاومة أية محاولة لإجراء تعديل أو تغيير في مضمونه، ولا يتم هذا التعديل إلا بإتلاف الدليل أو بترك أثر واضح عليه بهدف إضفاء عنصر الثقة والأمان على الدليل حتى يمكن الوثوق به ومنحه الحجية المناسبة.

وهذا الشرط متحقق في المستند الإلكتروني الموجه عبر الإنترنت نتيجة التقدم التقني الذي أفرز وسائط إلكترونية تتميز بثبات محتوياتها وما تتضمنه من معلومات ليس من السهل التلاعب فيها[2]، أما بالنسبة للرسائل القصيرة الموجهة عبر المحمول فيمكن التعديل فيها بالحذف والإضافة، وهذا أمر لا يخفى.

يتضح مما سبق أن الإختلاف في الأداة المستخدمة للكتابة والوسيط الذي تتم عليه يؤثران بلاشك في قيمة الكتابة المحصل عليها، فلا يمكن بذلك اعتبار البريد الإلكتروني والرسائل القصيرة عبر المحمول كدليل كتابي لعدم تحقق شروط الكتابة وأهم شرط فيها هو ثبوت نسبة الكتابة إلى صاحبها، فلا يعتد بهذه الوسائط الإلكترونية كدليل كامل، بل لا تصلح كدليل ناقص في إثبات الطلاق الذي يتم عبرها عند الإنكار، لعدم ثبوت أن الزوج هو مرسل الرسالة بشخصه.

أما لو أقر الزوج برسالة الطلاق سواء صدقته الزوجة في ذلك أو كذبته، فلا يعتد بقوله بإسناد الطلاق لزمان ماض إلا ببينة شرعية، ولا بينة له في هذه الحالة نفياً لتهمة المواضعة، وتطلق عليه زوجته من وقت الإقرار لا من الزمن المسند إليه الطلاق والوارد في الرسالة.

ولنا أن نفترض: هل يمكن اعتبار الطلاق بالطرق الإلكترونية أو برسائل المحمول القصيرة هي إجراء من إجراءات علم المطلقة بوقوع الطلاق أسوة بتوثيق إشهاد الطلاق؟

هذا لا شك افتراض بعيد جدا، ففضلا عن افتقاره لطابع الرسمية، فإنه يسهل على المدعي عليه إنكار عدم علمه بالطلاق، حيث يدعي أنه لم يفتح جهاز حاسوبه أصلا، أو فتحه ولم يفتش في

---

(١) حيث إذا لم يراجعه صاحبه بفتحه خلال مدة من تاريخ إنشائه فيتم غلقه بطريقه آلية.

(٢) د. حسن عبد الباسط جمعي- المرجع السابق- ص٢٤. د. إبراهيم دسوقي أبو الليل- المرجع السابق -ص١٦٨. بشار طلال المومني- المرجع السابق - ص ١٠٥.

صندوق بريده الإلكتروني.. فينوء المدعي بعبء إثبات ذلك، وأنى له ذلك. ويصدق الزوج في ادعائه الطلاق ديانة ولا يصدق قضاء.

أما ما يتعلق بموقف القانون في الطلاق كتابة فقد جاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي مادة (١٠٤) فقرة (ب): "ويقع بالكتابة عند العجز عن النطق به"، كما ورد في المادة (٨٧) فقرة (أ) بأنه: "يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة". وهو ما قرره أيضا القانون اليمني في المادة ٥٨ منه.

وقد مضى في ترجيحنا أن الطلاق يقع بالكتابة إذا كانت مستبينة و مرسومة وكانت بألفاظ صريحة نوى الزوج فيها الطلاق أو لم ينو، لأن اللفظ الصريح لا يحتاج إلى نية، فلو ادعى أنه لم ينو طلاقاً لم يصدق، وأما إن كانت مستبينة ومرسومة ولكن كانت بلفظ غير صريح في الطلاق فتحتاج إلى النية. وأما الكتابة غير المرسومة فتعد من الكنايات فلا يقع الطلاق بها إلا مع النية، سواء أكانت بألفاظ صريحة أم كنائية، ويصدق في ذلك إذا ادعى أنه لم ينو طلاقا، لذا كان لابد على قوانين الأحوال الشخصية أعلاه - وغيرها- التي أخذت بالكتابة في الطلاق أن تضبطها بالضوابط السالف ذكرها، تجنبا لوقوع الخلاف والنزاع بشأنها.

وبالرغم مما ذكرناه من أن الطلاق عبر الوسائل الإلكترونية مهاتفة أو كتابة -بالشروط المحددة - واقع شرعا، ومع ذلك ونتيجة لما يكتنف استعمال تلك الوسائل الحديثة من صعوبة إثبات ما تسجله من وقائع الطلاق، بل واستحالة في بعضها[1]، فقد لا يكون لها أي حجية أمام القضاء، أو تعد - في أحسن الأحوال – سوى قرائن قضائية بسيطة ليست لها حجية في إثبات الطلاق ، وهو ما يجعل الأمر في غاية التعقيد، و من ثم تأصيل وتعميق للإزدواجية بين وقوع الطلاق ديانة وعدم وقوعه قضاء. لذا فينبغي الحذر من إيقاع الطلاق بتلك الوسائل ويفضل اللجوء إلى أسلوب ذي صبغة شخصية ومضمونة أكثر من ذلك.

وهل يلزم ذلك إصدار نصوص قانونية تستجيب للوضع القائم، أو كما دعا البعض إلى تحديث قوانين الأحوال الشخصية بغية موافقتها لروح العصر؟

الذي أميل إليه أنه -عدا عقد الزواج- فإن ليس هناك ما يبرر وضع نصوص قانونية في الطلاق وإلزامهم بها، والفرق ظاهر بين الزواج والطلاق، ففي الأول المسألة قائمة على صحة أو

---

(١) فتظهر صعوبة إثباتها باختصار في:

١- صعوبة نسبتها إلى صاحبها الحقيقي وصعوبة الإحتفاظ بالدليل الفني وبآثاره إن وجد.

٢- وسائل الإحتيال المختلفة سيما إذا تعلق الأمر بمحترفي الإنترنت ومن لهم خبرات فنية عالية.

بطلان عقد الزواج الإلكتروني[1]، أما الثاني فالمسألة قائمة على الإثبات على وقوعه شرعا.

(١) نظرا لخصوصية عقد الزواج شرعا فالمستقر في رأي الفقهاء المحدثين ومجالس الفقه الإسلامي هو منع الزواج عن طريق الكتابة الإلكترونية، وذلك لصعوبة - بل لاستحالة - تحقق الشهادة فيها. فضلا عن احتمال تزوير الرسالة عبر البريد الالكتروني، بل واحتمال صدورها من غير صاحب البريد نفسه ونسبتها إلى صاحب البريد الحقيقي، وما ذكرناه بشأن إثبات الطلاق من صعوبات فنية، وما يترتب على ذلك من إتمام عقد زواج على شخص لم يطلب الزواج ولم يعرض به.

والقول بغير ذلك وأن انعقاد الكتابة عن طريق الإنترنت على أساس أن الكتابة الإلكترونية والكتابة التقليدية أصبحت في نظر القانون سواء فهو عبث بعقد مقدس وإلقاء به في آتون التقنية الحديثة مساويا بينه وبين العقود المالية الأخرى، وهو بلا شك رأي غير سديد وما يمثله من انحراف في تيار الوسائل الحديثة للإتصالات دون النظر في المخاطر والعيوب التي تنجم عنها.

ونتيجة ما يمثله هذا الميثاق الغليظ فأضم رأيي إلى الرأي الراجح من الفقهاء المعاصرين ببطلان عقد الزواج والإلكتروني، والدعوة إلى وضع نص قانوني يستبعد عقد الزواج والتعديلات والإشتراطات المتعلقة به من نطاق المعاملات الإلكترونية.

أنظر: د. أيمن سعد سليم – التوقيع الإلكتروني – دراسة مقارنة – دار النهضة العربية – ص ٢٠٤. قرار مجلس الفقه الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره السادس بجدة من ٧ إلى ٢٣ شعبان سنة ١٤١٠ هـ الموافق ١٤ – ٢٠ مارس ١٩٩٠م – ص ١٢٦٧ – ١٢٦٨. الإنترنت رب الأسرة الجديدة – مجلة الأسرة - مؤسسة الوقف الإسلامي – الرياض – العدد ١١١ – السنة التاسعة ١٤٢٣هـ - ص ٢٦.

الفصل الثاني

إثبات الرجعة

وضعت الشريعة الإسلامية منهجا لتكوين الأسرة في المجتمع المسلم، مبناه جلب المصالح ما أمكن ونفي المفاسد ظاهرا وباطنا، كما جاءت بأحكام شرعية في جوانب العلاقات الزوجية غاية في الدقة والانضباط والإحكام، ومن ضمن هذه الأحكام نجد مسألة الرجعة باعتبارها من أهم وأخطر المراحل في العشرة الزوجية.

ولمّا كانت مسائل الرجعة، ومن ضمنها مسألة إثباتها، لا تقل خطورة عن مسائل الزواج والطلاق، بل هي امتداد لها، فقد خصصت هذا الفصل لإثبات الرجعة، وقسمته إلى مبحثين، مبحث أول أتناول فيه أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي، ومبحث ثاني لبيان أحكام إثبات الرجعة.

والغرض من ذلك هو بيان أحكام هذه المرحلة الحرجة في العلاقات الأسرية ومدى الاتفاق والاختلاف بين الفقهاء في مسائلها، وتأثير ذلك على طرق وطبيعة الإثبات فيها، وأيضا محاولة تقريب أحكام الإثبات فيها بشكل يفيد القاضي والمتقاضين أثناء النزاع.

المبحث الأول

أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي

ويشمل هذا المبحث على حقيقة الرجعة والحكمة من مشروعيتها، وكذا ما تحصل به الرجعة والشروط المقررة لها في مطالب ثلاثة متتالية:

المطلب الأول

حقيقة الرجعة وحكمة مشروعيتها

ونتناول فيه تعريف الرجعة ثم حكمة مشروعيتها.

أولا: تعريف الرجعة:

إن الناظر في مؤلفات الفقهاء فيما يتصل بتعريف الرجعة[1]، يجد الإختلاف في تلك

---

(١) هذا اصطلاحا: أما لغة فأصل كلمة رجعة في كتب اللغة إنما تؤول إلى الثلاث من مادة رجع، فيقال: رجع يرجع رجوعا، ورَجعة ورجعة فهو راجع ومرجوع ورجيع بمعنى العود والرد والإعادة وقد رويت الرجعة بفتح الراء وكسرها والفتح أفصح كما هو مذهب جمهور أهل اللغة. وقال ابن منظور: في الحديث رجعة الطلاق في غير موضع، تفتح راؤه وتكسر على المرة والحالة، وهو ارتجاع الزوجة المطلقة غير البائن إلى النكاح من

التعريفات، ذلك أن كل تعريف قد صيغ بناء على معنى من المعاني أو حكم من الأحكام فجاءت تعريفاتهم معبرة عن مذاهبهم، واخترنا منها تعريفين أحدهما عند الحنفية والآخر عند الشافعية.

فقد أورد صاحب البدائع تعريفا للرجعة بأنها "استدامة الملك القائم ومنعه من الزوال وفسخ السبب المنعقد لزوال الملك"(١)، فالإستدامة بمعنى الإبقاء على النكاح وليست إنشاء عقد جديد ، والمراد بالملك حل الاستمتاع بالزوجة بالوطء وما دونه. ويتضح من هذا التعريف ما يأتي:

١ـ أن الطلاق الرجعي في حقيقته هو ملك سار على الزوجة، غير أن هذا الملك معلق بسبب.

٢ـ أن الرجعة تصح بإزالة الزوج للسبب المعلق لملكه زوجته.

٣ـ أن المرأة المرتجعة زوجة من كل وجه يحل الاستمتاع بها على الوجه المشروع لزوجها.

وجاء في نهاية المحتاج أن الرجعة هي "رد المرأة إلى النكاح من طلاق غير بائن في العدة على وجه مخصوص" (٢)، والرد هو العود، أي الرجوع إلى الحال الأول بفعل الغير، ففيه الإشارة إلى مشهور مذهب الشافعي وهو أن الرجعية محرمة على زوجها مطلقا ما لم يرتجعها إليه رجعة شرعية، بناء على أن الملك عنده قائم من وجه، زائل من وجه. أما قوله: "على وجه مخصوص" فقد تضمن الإشارة إلى اشتراط وقوع الرجعة في زمن العدة، وهو ما ذكـره بعض الشافعية في صلب تعريفهم للرجعة(٣).

وقد عبّر عنها الفقهاء بتعبيرات مختلفة كالرد، والعود، والإمساك والإعادة(٤)، وكلها ذات معنى واحد.

ثانيا: حكمة مشروعية الرجعة:

أودع الله تعالى في تشريعه الحكيم حكما جليلة قد يدرك العاقل الرشيد حسنها وبداعتها، وقد لا يدركه، فالشريعة الإلهية صدق في الأخبار وعدل في الأحكام ورحمة. وقد اقتضت مشيئة البارئ عز وجل وجود عثرات في طريق الحياة الزوجية ومكدرات تعكر صفوها، قد يضبط البعض نفسه في مثل تلك المواقف ويحزم أمره، وقد لا يطيق البعض هذا الحال، فيلجأ إلى الطلاق، ومن حكمة

غير استئناف عقد . لسان العرب - مادة رجع – ج٨ ص ١١٩. تاج العروس– ج٥ ص ٣٤٨.

(١) بدائع الصنائع– ج٤ ص١٩٧٤. قد عرفها المالكية بتعريف يهدف إلى ما يهدف إليه تعريف الحنفية السابق، حيث ورد في حاشية الدسوقي– ج٢ ص ٣٦٩ أنها: "عود الزوجة المطلقة للعصمة من غير تجديد عقد".

(٢) نهاية المحتاج – ج٧ ص ٥٣.

(٣) د. رياض منصور الخليفي- أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي- مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية- جامعة الكويت-السنة العشرون- العدد٦١- ١٤٢٦هـ ٢٠٠٥م- ص١٣٦. بدائع الصنائع- ج٣ ص ١٨١.

(٤) المغني – ج٨ ص ٤٨٤.

الله عز وجل أن جعل الرجعة فرصة للزوج لينظر في أمر مطلقته ويفكر في مصيرها هل من خير في هذا الإنفصال، فلا يراجعها وتنتهي عدتها فتبين منه ويغني الله كلا من سعته، أم أن الخير هو تدارك حبل الوصال بعودة الحياة الزوجية لمجراها الطبيعي، وهو عين مقصود الشارع الحكيم ومقتضى حكمته في تشريع الرجعة[١]، وهي الحكمة التي تقصّاها الفقهاء فعمت ببيانها مصنفاتهم[٢].

المطلب الثاني

بيان ما تحصل به الرجعة

هذه إحدى كبار المسائل التي دار الخلاف الفقهي عليها، فإرجاع الرجل زوجته المطلقة طلاقا رجعيا لا يخلو من حالين:

أ- أن تكون الرجعة بالقول: فهذا محل اتفاق بين الفقهاء[٣].

ب- أن تكون الرجعة بالفعل: فهذا هو محل النزاع بين الفقهاء.

وفيما يلي بيان الحالتين وأقوال الفقهاء فيهما.

أولا: الرجعة بالقول:

وهي أن يرد الرجل امرأته بقول صريح أو كنائي يدل على إرادته إرجاع زوجته إلى عصمته والألفاظ التي تتم بها الرجعة قسمان: صريح وكنائي[٤].

١- الألفاظ الصريحة: وهي ما دلت على حصول الرجعة ولو بلا نية ولا تحتمل معنى آخر غير الرجعة. وقد دلت الحقيقة الشرعية على اعتبار الألفاظ التي وردت في نصوص الكتاب والسنة من قبيل الألفاظ الصريحة وذلك لظهورها وعدم خفائها، وما سواها من قبيل الألفاظ الكنائية ومن

---

(١) لتفصيل أدلة الرجعة من الكتاب والسنة والإجماع أنظر: بدائع الصنائع – ج٤ ص ١٩٧٤. ابن العربي- أحكام القرآن– ج١ ص ٢٦٩. بداية المجتهد – ج٢ ص ٧٠. المغني – ج ٨ ص ٥٤٧. تفسير ابن كثير – ج١ ص ٢٧١. الشوكاني – فتح القدير – ج١ ص ٣٦٨.

(٢) وقد أشار الكاساني إلى ذلك بقوله أن "الحاجة تمس إلى الرجعة، لأن الإنسان قد يطلق امرأته ثم يندم على ذلك على ما أشار الرب سبحانه وتعالى جل جلاله بقوله: "لاتدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا"، فيحتاج إلى التدارك لما عسى لا توافقه المرأة في تجديد النكاح ولا يمكنه الصبر عنها فيقع في الزنا". بدائع الصنائع- نفس الموضع.

(٣) مجمع الأنهر- ج١ ص٤٣٢. بداية المجتهد– ج٢ ص٧٠. الفروع- ج٩ ص١٥٢. المحلى- ج١١ ص٦١٥.

(٤) بدائع الصنائع- ج٤ ص ١٩٧٨. حاشية ابن عابدين– ج ٣ ص ٣٩٨.. لسان الحكام – ص ٣٢٨. روضة الطالبين– ج٨ ص ٢١٥. المغني– ج٨ ص ٤٨٥.

الألفاظ الصريحة راجعت، ارتجعت رددت[1] أمسكت، واشتهر اسم الرجعة فيها بين أهل العلم كاشتهار اسم الطلاق فيه[2].

وتقع الرجعة بالألفاظ الصريحة من غير حاجة إلى التعرف على نية المرتجع، فلو أقر الزوج بصدور لفظ الرجعة منه، أو قامت البينة على ذلك وأنكر أنه لم يرد به الرجعة فلا يقبل منه ذلك لمخالفته للظاهر، إذ أن العرف جار على استعمال اللفظ الصريح في المعنى الحقيقي الذي وضع له، ومن خصائص الصحيح أنه لا يحتاج إلى نية، لذا صحت الرجعة بالصريح من الهازل والمخطئ مع عدم القصد لديهم[3].

٢ـ **الألفاظ الكنائية:** وهي التي تحتمل الرجعة ومعنى آخر غيرها، كقول الزوج أنت حليلة، أو أنت عندي كما كنت، أو عودي إليّ، ونحو ذلك، فإن هذه الألفاظ كما تحتمل معنى الرجعة، يحتمل أنها بعد الطلاق كما كانت قبله من العناية بها والرعاية لها، والقيام بما يجب لها[4].

وحكم الرجعة بهذه الألفاظ أنها لا تصح إلا إذا نوى بها الرجعة، وبه قال الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في رواية لهم[5]، وأضاف الحنفية على الجمهور دلالة الحال، وهي قرائن الأحوال التي صدرت فيها تلك الألفاظ.

فإذا أقر بلفظ الكناية، أو قامت بينة به، ولكن أنكر إرادة الرجعة بأنه لم ينو شيئا، أو نوى شيئا غيرها، صدق في دفعه ولا رجعة، لأن اللفظ لما احتمل الرجعة احتمل غيرها، واستعمل لغة وعرفا فيها وفي غيرها احتاج إلى النية، أو إلى النية ودلالة الحال كما هو مذهب الحنفية.

في حين ذهب الظاهرية[6]، والحنابلة في رواية[7] أن الرجعة لا تصح باللفظ غير الصريح

---

(١) اشترط بعض الأحناف في لفظ رددتك ذكر الصلة كإليّ، أو إلى نكاحي، أو إلى عصمتي، ولا يشترط في الألفاظ الأخرى. مجمع الأنهر– ج١ ص ٤٣٣.

(٢) روضة الطالبين – ج٨ ص ٢١٥. المغني – ج٨ ص ٤٨٤. الفروع- ج٩ ص ١٥٢.

(٣) ودليل ذلك قوله صلى الله عليه وسلم: "ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة". أبو داود-كتاب الطلاق- باب ماجاء في الطلاق على الهزل-ج١ ص٥٠٧. الترمذي – كتاب الطلاق- باب ماجاء في الجد والهزل-ج٤ ص٤٩٠ رقم(١١٨٤) وقال حديث حسن غريب. وابن ماجه (٢٠٣٩).
وقد نص الشافعي ما ذكرناه في المتن بقوله "والكلام بها أن يقول: قد راجعتها أو قد رددتها إليّ أو قد ارتجعتها إليّ فإذا تكلم بهذا فهي زوجة ولو مات أو خرس أو ذهب عقله كانت امرأته وإن لم يصبه شيء من هذا فقال: لم أرد به رجعة، فهي رجعة في الحكم إلا أن يحدث طلاقا ". الأم – ج٥ ص ٢٢٥، ٢٢٦.

(٤) شرح فتح القدير – ج٤ ص ٧٥٩.

(٥) مجمع الأنهر- ج ١ ص ٤٣٣.مواهب الجليل- ج٤ ص٩٩.نهاية المحتاج- ج ٧ ص ٥٩. المغني- ج٨ ص٤٨٥.

(٦) المحلى – ج ١٠ ص ٢٥٢.

(٧) المغني – ج٨ ص ٤٨٤، ٤٨٥.

لدخول الإحتمال فيه.

ثانيا: الرجعة بالفعل:

المقصود بالفعل في الرجعة ما كان مقابلاً للقول باللسان، كالوطء، والمباشرة، والتقبيل، ولو اختلاسا أو نائما، واللمس بشهوة، ونحو ذلك[١].

ومحور الخلاف هنا بين الفقهاء هو فيما لو انفرد الفعل كوسيلة لحصول الرجعة هل يعتد به لصحتها شرعا ؟

مبنى اختلاف الفقهاء في حصول الرجعة بالفعل يؤول إلى مسألتين، المسألة الأولى: هي حصول الرجعة بفعل الوطء، والثانية: حصول الرجعة بالفعل مطلقا كالتقبيل واللمس بشهوة، أو النظر إلى الفرج، ونحو ذلك.

ومرد الخلاف في المسألتين راجع إلى اعتبار مهم، ومؤداه هل الرجعية زوجة يحل الإستمتاع بها أم لا ؟ وذلك لتردد حالها بين الزوجة الخالصة والمطلقة البائن[٢].

وفيما يلي نتناول كلام الفقهاء- في كل مسألة- وأدلتهم، وماورد عليها من مناقشات والراجح منها.

المسألة الأولى: حصول الرجعة بفعل الوطء

اختلف الفقهاء في حصول الرجعة بفعل الوطء مجردا على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا تصح مطلقا وهو قول الشافعية[٣]، وابن حزم[٤]،وهو رواية عند أحمد[٥].

القول الثاني: تصح مطلقا ولو بلا نية الرجعة، وبه قال الحنفية[٦]، وجمع من أهل العلم، وهو رواية لأحمد[٧].

---

(١) يقول ابن نجيم الحنفي "كل فعل أوجب المصاهرة تصح الرجعة به". البحر الرائق- ج٤ ص٥٥. مجمع الأنهر- ج١ ص ٤٣٣. بدائع الصنائع- ج ٤ ص١٩٧٦، ١٩٧٩.

(٢) لسان الحكام – ص ٣٢٨. د. رياض منصور الخليفي – المرجع السابق- ص ١٤٩.

(٣) مغني المحتاج – ج٣ ص ٣٣٦. مختصر المزني على هامش الأم– ج٤ ص ٨٨، ٨٩، وجاء فيه: " فإن جامعها ينوي به الرجعة أو لا ينويها فهو جماع شبهة، ويعزّران إن كانا عالمين، ولها صداق مثلها وعليها العدة". روضة الطالبين – ج٨ ص ٢١٥.

(٤) المحلى – ج١٠- ص٢٥٢.

(٥) الإنصاف – ج٩ ص ١٥٤.

(٦) بدائع الصنائع – ج٤ ص ١٩٧٦، ١٩٧٩، . البحر الرائق – ج٤ ص ٤٣٣. لسان الحكام – ص ٣٢٨.

(٧) الفروع – ج ٩ ص ١٥٥. الإنصاف – ج٩ ص ١٥٤.

القول الثالث: تصح مقيدة بشرط قصد الرجعة وإرادتها بالوطء، وقال به مالك[١]، وإسحاق بن راهويه وابن تيمية[٢].

وفيما يلي تفصيل أدلة كل قول ومناقشتها:

أدلة القول الأول: استدل المانعون من صحة الرجعة بالفعل بما يلي:

١- استدلوا بالكتاب بقوله تعالى: (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك)[٣].

وجه الدلالة: أن الله تعالى سمى الرجعة ردا، والرد إنما يكون بالكلام دون الفعل[٤].

كما استدلوا بقوله تعالى: (فأمسكوهن بمعروف)[٥]، والمعروف ماعرف به ما في نفس الممسك الراد، ولا يعرف ذلك إلا بالكلام[٦].

اعترض على الإستدلال بالآية، وأن الرد لا يكون كلمة إلا بالقول فهو مردود، لأن الرد لا يختص بالقول دون الفعل، زيادة على أن القرآن الكريم استعمل كلمة الرد للدلالة على الرجوع الفعلي في أكثر من موضع، كما ورد في السنة أيضا أن الرد كما يكون قوليا يكون أيضاً فعليا.

٢- أن الرجعة هي استباحة بضع مقصوداً أوجب الله فيه ذكر الإشهاد، ولا إشهاد إلا على القول[٧].

ويرد على هذا الاستدلال بأنه موضع فيه خلاف، وهو ما يجعل الاستدلال به ضعيفا.

٣- إن غير القول فعل من قادر على القول، فلم تحصل به الرجعة كالإشارة من الناطق[٨]، ويعترض على هذا بأن الفعل من القادر على القول إذا زال اللبس والغرر فيه كان الفعل صحيحا، كما أن الأصل هو بقاء الزوجية، فلا يلزم المطلق التصريح بالقول في استرجاع ما يملكه.

٤- إن الطلاق يزيل حل النكاح، فيحرم بذلك ما كان مباحا من الاستمتاع بالزوجة، والمطلقة الرجعية كالبائن، و إلا لم يكن للطلاق أثر في التحريم، لأن الفعل حرام، والحرام لا تصح به

---

(١) المدونة- ج ٥ ص٣٢٤. الكافي لابن عبد البر – ص ٢٦٤. المنتقي في شرح الموطأ – ج٤ ص ١٣٦. عيون المجالس- ج٣ ص١٢٥٠. بداية المجتهد- ج٢ ص٧٠.

(٢) الإنصاف – ج٨ ص ٤٦٢. الإختيارات العلمية- ص ١٥٢.

(٣) سورة البقرة- آية ٢٢٨.

(٤) د.عبد الغفار إبراهيم صالح – الرجعة في الفقه الإسلامي– مطبعة السعادة – مصر – ط١– ١٣٣٩هـ ١٩٧٩م- ص ١٣٦.

(٥) سورة البقرة- آية ٢٣١.

(٦) المحلى – ج١٠ ص ٢٥٢.

(٧) المرجع السابق- نفس الموضع. سبل السلام – ج٣ ص ٣٣٢.

(٨) المغني – ج٨ ص ٤٨٥.

الرجعة[1].

ويمكن أن يعترض على هذا بأن دعوى فائدة الطلاق الرجعي هي التحريم المطلق للاستمتاع هي محل نظر، وذلك أننا حين نستصحب مقاصد الشريعة في باب النكاح نجد أنها تتشوف إلى تحقيق كافة السبل والوسائل الداعية إلى جمع الأسرة ودفع ما أمكن أسباب الخلاف والفرقة، فلو منعنا الزوج من الإستمتاع بمطلقته لكنا قد خالفنا هذا المقصد الكريم، وضيقنا من وسائل حصول الإئتلاف بين الزوجين.

أدلة القول الثاني: استدل المجوزون للرجعة بالوطء مطلقا بما يلي:

١- إن المرأة المرتجعة زوجة يحل الاستمتاع بها لعموم قوله تعالى:(إلا على أزواجهم) وقد سمي الله تعالى الزوج بعلاً في قوله: (وبعولتهن أحق بردهن) فكما له أن يطلق، له أيضاً أن يراجع بالوطء وما دونه، كما له أن يولي – من الإيلاء – وأن يلاعن، وغير ذلك من الأمور المخولة للزوج[2].

٢- أن الله تعالى سمى الرجعة إمساكا، والإمساك حقيقة يكون بالفعل، لأن هذا الفعل من المطلق يدل -غاية في الدلالة- على رغبته في التمسك بها[3].

٣- عموم النص من الكتاب والسنة، فتجوز المراجعة بالفعل، لعدم تخصيصها القول من الفعل، ولا تخصيص بغير دليل، فتصح بأي معنى يصدق عليه أنه رجعة عرفا، مما لا معارضة فيه شرعا[4].

٤- إن العدة مدة خيار والإختيار يصح بالقول والفعل[5].

في الحقيقة إن الأدلة التي ساقها أصحاب هذا القول محكمة، إلا أنه يعترض على ما أورده في الدليل الثالث من أن الرجعة تصح بمطلق الفعل، هو قول فيه نظر، كون أن الزوج قد يكون فعله ليس الهدف منه حقيقة إمساك الزوجة، وإنما مجرد الإستمتاع بالمرأة قصد الإضرار بها أو تطويلا لعدتها، وهو ما جعل بعض أهل العلم يقيد فعل الوطء بأن يكون القصد منه هو الرجعة، حفظا لحقوق المرأة ودفعاً للضرر والظلم عنها.

---

(١) فتح الباري – ج٩ ص ٤٨٣. د. وهبة الزحيلي – الفقه الإسلامي وأدلته – ج٧ ص ٤٦٢.

(٢) فتح الباري – ج٩ ص ٤٨٣. د. وهبة الزحيلي- الفقه الإسلامي وأدلته- ج٧ ص ٤٦٢. د. رياض منصور الخليفي- المرجع السابق- ص ١٥٢.

(٣) بدائع الصنائع – ج٤ ص ١٩٧٦.

(٤) نيل الأوطار – ج٦ ص ٢٨٤. د. رياض منصور الخليفي – المرجع السابق- ص ١٥٢.

(٥) نيل الأوطار- نفس الموضع.

أدلة القول الثالث: استدل المجوزون للرجعة بالوطء بشرط قصد الرجعة بما يلي:

حديث: "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى"[١]، فالحديث دل بعمومه على أن المرتجع إذا نوى بوطئه زوجته المطلقة إحداث الرجعة كان له ما نوى وحصلت بذلك الرجعة، أما إن لم تكن له نية الرجعة فلا يكون وطؤه رجعة لانتفاء شرطها وهو حصول النية[٢].

إن الفعل يتنزل منزلة القول مع النية، ومثل ذلك صحة الصيام بالسحور مع نية دون التلفظ نحو نويت الصيام غدا[٣].

الترجيح:

بعد عرض أدلة كل قول من الأقوال الثلاثة وما لها وما عليها، يظهر لي أن القول الثالث هو الأولى بالترجيح، وذلك لضعف أدلة المخالفين وقصورها، وأن مبنى هذا القول هو اعتبار المقاصد الشرعية، والتي تراعي وضع الضوابط الكفيلة بحفظ الحقوق وإتمامها، ونفي المفاسد والأضرار وتقليلها، زيادة على الإرتباط الوثيق بين هذا القول وشرط إرادة الإصلاح في الرجعة.

المسألة الثانية: حصول الرجعة بالفعل مطلقا سوى الوطء

الخلاف في هذه المسألة هو كسابقتها، إلا أن الحنفية اشترطوا في الفعل قبلة أو لمسا أو نظرا أن يكون بشهوة[٤]. وما ذكرناه من الأدلة والمناقشات في هذه المسألة السابقة كاف للوصول إلى الترجيح بشأن هذه المسألة، ولاسيما أن الفعل – وطئا كان أو غيره – جنس واحد والتفريق بينهما تفريق بين متماثلين[٥]، وبناء على ما ذكر فإن الراجح في هذه المسألة هو نظير ما رجحناه في

---

(١) البخاري–كتاب بدء الوحي-رقم(٧).صحيح مسلم بشرح النووي– كتاب الإمارة– ج٧ ص٦١ رقم (١٩٠٧).

(٢) القرطبي – الجامع لأحكام القرآن – ج٣ ص ٨٠.

(٣) بداية المجتهد ج٢ – ص ١٨٥. القرطبي - الجامع لأحكام القرآن- ج٣ ص ٨٥.

(٤) ولذلك كره الحنفية التقبيل واللمس لغير شهود إذا لم يرد به المراجعة، وأن يراها متجردة لغير شهوة، لأنه لا يأمن من أن يشتهي فيصير مراجعا من غير إشهاد، وذلك مكروه. بدائع الصنائع- ج٤ ص١٩٧٦. مجمع الأنهر- ج١ ص٤٣٧.

(٥) د. رياض منصور الخليفي – المرجع السابق - ص ١٥٤.

وهذا الترجيح مبني على مبررات عدة، لعل أهمها:

أ- بقاء أصل الزوجية، وبقاء حل الاستمتاع بقصد الإصلاح، كما أن الأصل في فعل الزوج اتجاه امرأته المرتجعة مباح في الأصل ومتى اتصل بفعله قصد الرجعة وقعت كما أرادها.

ب- إن الأحكام التي قررها الشارع الحكيم على المعتدة من الطلاق الرجعي، ومن ذلك أمر المطلقة بعدم الخروج من بيت الزوجية وهو رجاء حصول الرجعة واستدامة النكاح بين المطلق ومطلقته بأي طريق فعلي كان.

ج- إذا كان الترخيص للنظر - استثناء - قد تحقق في المرأة الأجنبية قبل النكاح حال خطبتها بهدف تحقيق الأدم

المسألة السابقة، وهو صحة الرجعة بالفعل مطلقا من الزوج - عدا الوطء - بشرط قصد الرجعة وإرادتها بالفعل[1].

المطلب الثالث

شروط الرجعة

وضع الفقهاء للرجعة شروطا تحقق الغاية من تشريعها وهي شروط في الرجعة ذاتها وفي المرأة المرتجعة، وأخرى في المطلق المرتجع وفيما يلي بيان هذه الشروط.

أولا: شروط الرجعة ذاتها: ويمكن حصرها في ثلاثة شروط، هي:

١- بقاء زمن العدة الرجعية ومعناه أن تقع الرجعة في مدة العدة، وينتفي بهذا الشرط حق الزوج في رجعة المرأة المنتهية عدتها أو البائنة بينونة صغرى أو كبرى[2].

بينهما، فمن باب أولى أن يكون ذلك مشروعا وزيادة بالفعل للرجل مع مطلقته.

د- كما أن القول بصحة الرجعة بمطلق الفعل مما دون الوطء بشرط قصد الرجعة هو القول الكفيل بحفظ حقوق الزوجين ونفي الظلم والمفاسد على علاقتهما ما أمكن.

(١) وهنا مسألة: هل تصح الرجعة من الزوجة بالفعل كما تصح من الزوج؟

ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم صحة الرجعة من المرأة لقوله تعالى: (وبعولتهن أحق بردهن)، في حين ذهب الحنفية إلى القول بصحتها كأن قبلته أو لامسته بشهوة أو جامعته... هذا إذا كان الزوج يعلم ولم يمنعها، أو كان بتمكينه فيكون بذلك قد مكنها باختياره وكأنه هو الذي فعل ذلك، قولا واحدا عند الحنفية.

أما إذا فعلت ذلك خلسة، أو بدون علمه، كأن يكون نائما، أو مكرها، أو سكرانا لا يعي أو مجنونا، ونحوه، فذهب أبو حنيفة ومحمد إلى اعتبار ذلك رجعة أيضا، لاستواء الرجل والمرأة في التحريم بالمصاهرة، وعلل الكاساني ذلك بأنه لو لم يجعل رجعة لصارت مرتكبة الحرام على تقدير انقضاء العدة من غير رجعة من الزوج، فجعل ذلك منها رجعة شرعا ضرورة التحرز عن الحرام، ولأن جماعها كجماعه لها في باب التحريم، وخالف أبو يوسف في ذلك، فلا تثبت الرجعة عنده من جانب المرأة، لأنها حق خالص للزوج، ولو اعتبرنا فعلها هذا رجعة لشاركته هذا الحق.

وكلام أبو حنيفة وصاحبه محمد إنما إذا صدقها الزوج أنها فعلت ذلك شهوة، أما لو أنكر فلا تثبت الرجعة وإن شهدوا بها، لأن الشهوة لا يمكن إثباتها بالبينة، وتصديق الورثة للزوجة بعد موت الزوج كتصديقه. وليس فيما ذهبا إليه إكراه للزوج على الرجعة لأنه يستطيع أن يطلقها ثانية إن شاء الإصرار على الطلاق.

ولا شك أن هذا تساهل من الإمام أبي حنيفة وصاحبه بأمر الرجعة، الهدف منه هو إرجاع الحياة الزوجية إلى مجراها المعتاد بالسبل المتاحة في ذلك، وإبعاد الشقة الخلاف بين الزوجين ما أمكن، وهو قول يعوزه الدليل والحجة الصحيحة، ولو حكمنا بصحة الرجعة من المرأة بالفعل فلماذا لم نحكم بصحتها بالقول، وهي تفرقة لا أساس لها، لذا كان الحكم بعدم صحة الرجعة من المرأة هو الراجح.

بدائع الصنائع – ج٤ – ص ١٩٧٩. مجمع الأنهر– ج١ ص ٤٣٥. فتح القدير – ج٣ ص ١٦١.

(٢) وقد ذكر ابن العربي في تفسيره لقوله تعالى: (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) أن قوله تعالى "في ذلك" يعني وقت التربص، وهو أمد العدة، كما أن الإجماع منعقد على اعتبار هذا الشرط، و نقله جماعة من العلماء. أحكام القرآن- ج١ ص ٢٥٥. المغني- ج ١٠ص ٥٤٧. فتح الباري- ج ٩ ص٤٨٣.

٢- أن تكون الرجعة منجزة غير مؤقتة بوقت وغير معلقة ولا مضافة لزمن مستقبل[١].

٣- أن تكون الغاية من الرجعة هو إرادة الإصلاح من الزوج حيث أجمع الفقهاء على أن الزوج إذا قصد بمراجعته الإصلاح والإحسان، فإن الرجعة – طبقاً لهذا القصد – صحيحة، لأنها حق الرجل[٢]. أما إذا راجع الرجل زوجته لكن ظهر ما يدل على أن قصده الإضرار بها لا الإصلاح، فهل تصح الرجعة مع انتفاء قصد الإصلاح، أم لا تصح إلا بهذا الشرط؟

هذا محل نزاع بين الفقهاء، والراجح في هذه المسألة هو اشتراط الإصلاح للأدلة الدالة على اعتبار هذا الشرط[٣].

ثانيا: شروط المرتجعة: ومما يشترط فيها[٤].

١- أن يكون معقودا عليها في نكاح صحيح لا فاسد، لأن النكاح الفاسد يفسخ سواء قبل الدخول أم بعده، والمفسوخ نكاحها لا رجعة للرجل فيها.

٢- أن تكون المرأة مدخولا بها دخولا حقيقيا؛ لأن طلاق غير المدخول بها دخولا حقيقيا يؤدي إلى بينونتها.

٣- أن يكون طلاقها بلا عوض، لأن المطلقة بعوض قد ملكت أمر نفسها وحكم الشارع لها بالبينونة، كما أن منح الرجل حق الرجعة يفوت عليها فائدة المخالعة، بحيث لا يكون للعوض فيها أية فائدة، بل تغريم بغير مقابل، وهذا لا شك ظلم وضرر، مقصود الشرع إزالته ودفعه عن

---

(١) وقد علل الكاساني وجه منع الرجعة في ذلك بأن: " الرجعة تتضمن انفساخ الطلاق في انعقاده سببا لزوال الملك، ومنعه عن عمله في ذلك، فإذا علقها بشرط أو أضافها إلى وقت في المستقبل فقد استبقى الطلاق إلى غاية واستبقاء الطلاق إلى غاية يكون تأبيدا له إذ هو لا يحتمل التوقيت.. ويتأبد بذلك الطلاق فلا تصح الرجعة". بدائع الصنائع – ج٤ ص ١٩٨٤. مجمع الأنهر – ج١ ص ٤٣٢.

(٢) ويتخذ الإضرار بالمرأة المرتجعة صورا عدة منها على سبيل المثال:
أ- أن يقصد المرتجع تطويل العدة على المرأة بغرض تأخير نكاحها من غيره.
ب- أن يقصد دفعها للافتداء بنفسها منه مقابل مال تبذله له خلعاً أو يتهرب من دفع المؤجل.
ج- أن يقصد إهانتها والإساءة إليها بالقول أو الفعل أو إيقاع طلقة أخرى.

(٣) ومما ينبغي التنبيه إليه أن قصد المضارة ليس أمرا باطنا صرفا - كما يدعي البعض- بل هو من الأمور التي يمكن التحقق منها بالأدلة سيما القرائن منها.
أنظر في ذلك: ابن العربي- أحكام القرآن – ج١ ص ٢٥٦. المقنع – ج٢ ص ٢٥٨. الإختيارات الفقهية- ص٢١١. المحلى – ج١٠ ص٢٥٣. نيل الأوطار – ج٣ ص ٧١٦. سبل السلام – ج٣ ص ٣٣٣. أحمد شاكر- المرجع السابق - ص٨٣، ٨٤. د. رياض منصور الخليفي- المرجع السابق- ص١٧٥.

(٤) المغني-ج٨ ص١٨٤، ١٨٥. د.رمضان الشرنباصي-أحكام الأسرة - ص٨٩. د.رياض منصور الخليفي- المرجع السابق- ص١٥٦وما بعدها.

المرأة[1].

٤- أن يكون طلاق المرأة دون الثلاث.

٥- أن تكون المرأة قابلة للحل، فلا تصح مراجعة المرتدة لعدم حلها.

ثالثا: شروط المرتجع:

ويشترط فيه أهلية الزواج بنفسه ابتداء وأهلية الطلاق لأن الرجعة فرع عنه فلزم البناء عليه، فوجب بذلك أن يكون المرتجع عاقلا[2]، مختاراً غير مرتد ولا كافر، لأن الرجعة كالنكاح[3].

---

(١) المغني – ج ٨ ص١٨٥، وفيه: "ولأن القصد إزالة الضرر عن المرأة فلو جاز ارتجاعها لعاد الضرر". الأم– ج٥ ص ٨١. المدونة– ج٢ ص ٢٤٢. المبسوط – ج ٦ ص٢٩.

(٢) ويلحق بالمجنون النائم والمغمى عليه والمدهوش والسكران، وقد قصر الحنفية شرط العقل بما إذا كانت الرجعة بالقول، أما إذا كانت الرجعة بالفعل فلا يشترط فيها ذلك، فلو طلقها ثم جن أو أصابه سكر ثم فعل بها فعلا يوجب حرمة المصاهرة كان ذلك رجعة، وعلل بعضهم ذلك بأنه مؤاخذة بأفعاله دون أقواله. حاشية ابن عابدين – ج٣ ص ٣٩٩.

(٣) وفي المقابل الشروط التي أوردناها آنفا، بعضها محكم، وبعضها محل خلاف، فقد نص الفقهاء على أنه ثمة أمور لا صلة لصحة الرجعة بها، وإن كانت مشروعة على سبيل الندب لا الوجوب، ولعل أبرز هذه الأمور غير المعتبرة شروطا في باب الرجعة هو إذن المرتجعة واعتبار رضاها بها، فقد أجمعوا على عدم اعتباره، كما لا يشترط لصحتها النية والقصد، فتصح من الهازل والمخطئ مع أنهم لا قصد لهم ولا نية، وترتيب الأحكام على أسبابها إنما هو للشارع لا للعاقد، فإذا أتى المرء بالسبب لزمه حكمه شاء أو أبى، ولا تقبل منه دعوى أنه كان هازلا أو لاعبا. بدائع الصنائع – ج٤ ص١٩٧٧. بداية المجتهد – ج٢ ص ٧٠. فتح الباري– ج٩ ص ٤٨٣، المغني – ج٨ ص ٤٧٦.

المبحث الثاني

أحكام إثبات الرجعة

من حكمة الشريعة الإسلامية أن وضعت مهلة محددة لمن طلق زوجته، حتى تكون له فسحة من اتخاذ القرار المناسب بعد التأمل والتفكير، وهذه المهلة المحددة والمؤقتة هي ما اصطلح الفقهاء على تسميتها بـ"عدة الطلاق الرجعي". ولما كان إثبات الرجعة تابعا للرجعة ومبنيا عليها وجودا أوعدما، فقد كان لزاما أن نشير إلى أحكام الرجعة شرعا، وبعد أن ذكرنا بعض تلك الأحكام وجب أن نبحث في أحكام إثباتها. ويمكن حصر مسائل إثبات الرجعة في ثلاث:

١- الإشهاد على الرجعة.

٢- إعلام المطلقة الرجعية.

٣- الإختلاف في الرجعة.

وفيما يأتي تفصيل هذه المسائل:

المطلب الأول

الإشهاد على الرجعة

هذه إحدى كبار المسائل التي دار الخلاف الفقهي عليها، بل هي من آكد مسائل الخلاف في باب الرجعة، نظراً لتعدد الروايات فيها في المذهب الواحد، مما ينبئ عن أهمية المسألة عند الفقهاء. ولأهمية المسألة يمكننا تصور واقعها في رجل طلق زوجته رجعيا ثم أراد أن يراجعها، فهل يلزمه إحضار شاهدي عدل ليشهدا على إرجاعه مطلقته إلى عصمته، ولفظه أن يقول أمام شاهدين: "إشهدا عليّ أنني راجعت مطلقتي الرجعية إلى عصمتي أو إلى نكاحي".

أولا: عرض الخلاف:

إشهاد الرجل على إرجاع زوجته المطلقة رجعيا لا يخلو من أمرين:

الأمر الأول: وهو اتفاق أهل العلم على مشروعية الإشهاد والندب إليه لقول الله تعالى (وأشهدوا ذوي عدل منكم)[1].

أما الأمر الثاني: فهو محل النزاع بين الفقهاء، حيث اختلفوا في وجوب الإشهاد ومدى اعتباره شرطا في الرجعة لا تصح إلا به، إلى قولين:

---

(١) سورة الطلاق- آية ٢. وفي المغني – ج٨ ص ٤٨٢ "ولا خلاف بين أهل العلم في أن السنة الإشهاد".

القول الأول: أن الإشهاد واجب وشرط لصحة الرجعة وبه قال الشافعي في القديم[١]، وقول عند المالكية[٢]، وأحمد في رواية[٣]، وهو مذهب الظاهرية[٤].

القول الثاني: أنه لا يجب الإشهاد على الرجعة ولا يشترط لصحتها، بل يستحب ويندب له فقط وبه قال الحنفية[٥]، والشافعي في قوله الجديد[٦]، ومالك في المشهور عنهم[٧]، وأحمد في أشهر الروايتين عنه[٨].

ثانيا: الأدلة والمناقشات:

أدلة القول الأول:

١- استدلوا بالأمر القرآني في قوله تعالى: (وأشهدوا ذوي عدل منكم وأقيموا الشهادة لله) وحملوا الأمر المطلق في الآية على الوجوب[٩].

٢- أن الله تعالى قرن في الآية السابقة بين المراجعة والطلاق والإشهاد فلا يجوز إفراد بعضها عن بعض بغير دليل، وكان بذلك من طلق ولم يشهد ذوي عدل أو راجع ولم يشهد ذوي

---

(١) الأم – ج٥ ص ٢٢٦، ٢٢٧. روضة الطالبين – ج٨ ص ٢١٦.. مغني المحتاج – ج ٣ ص ٣٣٦.

(٢) المدونة- ج٢ ص٤٢٤، وجاء فيها: "إذا وطأها في العدة وهو يريد بذلك الرجعة وجهل أن يشهد فهو رجعة وإلا ليست رجعة ثم سئل: أرأيت من قال لامرأته: قد راجعتك، ولم يشهد إلا أنه تكلم بالرجعة، قال: فهي رجعة وليشهد". الكافي لابن عبد البر- ص٢٩١.القوانين الفقهية- ص٢٣٤. شرح الخرشي- ج٣ ص٢٢٧.

(٣) المغني ج٨ – ص ٤٨١. . المبدع- ج٧ ص ٣٩٢. الإنصاف- ج٩ ص ١٥٢.

(٤) المحلى – ج ١٠ ص٢٥١، وجاء فيه: "فإن راجع ولم يشهد فليس مراجعا".

(٥) بدائع الصنائع – ج٤ ص ١٩٧٤. البحر الرائق – ج٤ ص ٥٥. حاشية ابن عابدين – ج٣ ص ٤٠١، وفيه: "وإذا راجعها بقبلة أو لمس، فالأفضل أن يراجعها بالإشهاد، أي الإشهاد على القول، فلا يشهد على الوطء والمس والنظر بشهوة، لأنه لا علم للشاهد بها". المبسوط – ج٦ ص ١٩. الهداية – ج٢ ص ٢٨٥. مجمع الأنهر- ج ١ ص٤٣٣. لسان الحكام – ص٣٢٨.

(٦) الأم – ج٥ ص ٢٢٥، ٢٢٦، وفيه "ينبغي لمن راجع أن يشهد شاهدين عدلين على الرجعة ولو تصادقا أنه راجعها ولم يشهد فالرجعة ثابتة عليها ".روضة الطالبين" – ج٨ ص ٢١٦، وفيه: "لا يشترط الإشهاد على الرجعة على الأظهر". نهاية المحتاج- ج٧ ص ٥٨، ٥٩.

(٧) المدونة- ج٢ ص ٤٢٤. الكافي لابن عبد البر- ص ٢٩١. القوانين الفقهية- ص ٢٣٤. شرح الخرشي-ج٣ ص ٢٢٧، وفيه: "والمشهور أن الإشهاد على الرجعة مستحب لا واجب ومن طلق زوجته طلاقا رجعيا ثم راجعها وأراد أن يجامعها فمنعه من ذلك إلا بعد الإشهاد فإن ذلك من حقها وهو دليل على رشدها، ولا تكون بذلك عاصية لزوجها". بداية المجتهد- ج٢ ص٧٠.

(٨) المغني – ج ٨ ص ٤٨١. المبدع – ج٧ ص ٣٩٢، ٣٩٣. الإنصاف – ج ٩ ص ١٥٢، وفيه "هل من شرطها الإشهاد، على روايتين.. إحداهما: لا يشترط وهو المذهب نص عليه في رواية ابن منصور وعليه جماهير الأصحاب". الفروع – ج٩ ص ١٥٤.

(٩) المغني – ج٨ ص ٤٨٢. المبدع – ج٧ ص ٣٩٣.

عدل متعديا لحدود الله تعالى وعمله مردود لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد"(١).

اعترض على هذا الاستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن الأمر لا يقتضي الوجوب بإطلاق، بل ما عليه المحققون من الأصوليين أن الأمر المطلق إنما يقتضي الوجوب إذا تجرد عن القرائن الصارفة، وعليه فإن استدلال أصحاب هذا القول بالأمر المطلق خارج عن محل النزاع لأن مسألتنا في الأمر غير المطلق والمكتنف بالقرائن الصارفة عن الوجوب.

الوجه الثاني: وعلى فرض التسليم بصحة الإستدلال فإن أصحاب القول الثاني قد ذكروا – كما سيأتي – أدلة وقرائن من الكتاب والسنة والإجماع صارفة للأمر في آية الإشهاد من الوجوب إلى الندب(٢).

٣- أما الأثر فما روي عن عمران بن حصين رضي الله عنه: "أنه سئل عن رجل يطلق امرأته ثم يقع بها، لم يشهد على طلاقها ولا على رجعتها، فقال: طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة أشهد على طلاقها وعلى رجعتها ولا تعد"(٣).

وقد نوقش هذا الأثر من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول: أنه من قول صحابي واجتهاد، ولا يصح الإحتجاج به في هذه المسألة، لأنه قول صحابي في أمر من مسارح الإجتهاد وما كان كذلك فليس بحجة(٤).

الوجه الثاني: أن عمران بن حصين رضي الله عنه في هذا الأمر قد أمر السائل بأن يشهد على أمرين: الطلاق والرجعة وقد مضى بيان الخلاف حول الإشهاد في الطلاق وأن الراجح هو عدم وجوبه، فكيف يحتج برأي مرجوح في محل النزاع، أو على الأقل قول مختلف فيه وغير مسلم الصحة ولا مسلم الثبوت، والمقرر عند أهل النظر أنه لا يصح الإستدلال بمسألة خلافية هي من محال النزاع. وأياً كان الأمر فإن ذلك يدل على أنه من اجتهاد الصحابي.

الوجه الثالث: أن الأمر الوارد في أثر عمران قد خرج مخرج الحث والتشديد، والمقام مقام افتاء، وقد وقع من قول عمران بن حصين طلقت لغير سنة وراجعت لغير سنة، فهذا اللفظ مفهومه

---

(١) المحلى – ج١٠ مسألة ١٩٨٦. والحديث مضى تخريجه.
(٢) د. رياض منصور الخليفي – المرجع السابق- ص ١٦٩.
(٣) أبو داود رقم (٢١٨٦). ابن ماجه رقم (٢٠٢٥). إرواء الغليل – ج٧ ص ١٥٩ برقم (٢٠٧٨).
(٤) نيل الأوطار – ج٣ ص ٧١٧.

أن الإشهاد على الطلاق والرجعة سنة، وهذا لا خلاف فيه كما تقدم.

٤- واستدلوا بقياس الرجعة على النكاح بأن الرجعة استباحة بضع مقصود فوجبت الشهادة فيه كالنكاح[١].

واعترض على قياسهم في وجوب الإشهاد على حال النكاح بأنه لا يصح، وهو قياس فاسد لوجود الفارق، فالنكاح أصل إباحة بضع مقصود بعد تحريمه، والرجعة إباحة بضع مقصود بعد حله، لعارض حصل من الزوج وهو الطلاق الرجعي، فبطل بذلك القياس لتباين المقيسين كما أن الشهادة هي شرط ابتداء العقد وانشائه لا شرط بقائه[٢].

أدلة القول الثاني: استدلوا لقولهم من الكتاب والسنة والإجماع.

١- فمن الكتاب قوله تعالى: (الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)[٣] وقوله تعالى: (فأمسكوهن بمعروف)[٤]، وقوله تعالى: (فلا جناح عليهما أن يتراجعا)[٥].

وجه الدلالة: هذه الآيات الثلاث- وهي عمد باب الطلاق – جاءت لبيان مشروعية الرجعة بصورة مطلقة ولم تقيد باشتراط الإشهاد، والمقرر في الأصول وجوب العمل بالمطلق ما لم يرد ما يقيده، ولم يرد في الكتاب والسنة ما يقيده[٦]، فلزم العمل بإطلاقه وفقا للأصل.

كما استدلوا بقوله تعالى:(وأشهدوا ذوي عدل منكم) وحملوا الأمر في الآية على الندب، لأن ذلك الأمر القرآني وارد عقب قوله تعالى: (فأمسكوهن بمعروف)، وقد ذكرنا خلاف العلماء في وجوب الإشهاد على الطلاق، ورجحنا القول بعدم الوجوب، والرجعة قرينة الطلاق[٧].

٢- ومن السنة أن ابن عمر رضي الله عنهما طلق امرأته وهي حائض، فذكر ذلك عمر للنبي

---

(١) المهذب – ج٢ ص ١١٢. والقول باشتراط الإشهاد في صحة الرجعة يلزم منه أنها لا تصح إلا باللفظ ولا تصح بالفعل كما هو ظاهر، وهو مذهب الشافعي كما تقدم. أحمد شاكر- المرجع السابق- ص ٨٢.

(٢) بدائع الصنائع- ج ٤ ص ١٩٧٤. د. رياض منصور الخليفي – المرجع السابق- ص ١٧٠.

(٣) سورة البقرة- آية ٢٢٩.

(٤) سورة الطلاق- آية ٢.

(٥) سورة البقرة- آية ٢٣٠.

(٦) الشنقيطي – مذكرة في أصول الفقه – ص ٢٨٠.

(٧) وذكر ابن الهمام الحنفي أن الله تعالى أمر بالإشهاد على كل من الرجعة والطلاق بلفظ واحد في جملتين، واللفظ الواحد لا يراد به معناه الحقيقي، كالوجوب فيما نحن فيه، والمجازي كالندب، فإذا ثبت إرادة أحدهما بالنسبة إلى أحدهما لزم أن يراد به ذلك أيضا بالنسبة إلى الآخر، وإلا لزم تعميم اللفظ في الحقيقي والمجازي وهو ممنوع عند الأحناف، وقد ثبت إرادة الندب به بالنسبة إلى المفارقة فلزم إراداته أيضا بالنسبة إلى المراجعة، فيكون الندب المراد به شاملا لهما. فتح القدير- ج٤ ص ١٦٢ وما بعدها.

صلى الله عليه وسلم فقال: مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهرا أو حاملا". وما رواه عمر بن الخطاب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة ثم راجعها"[١].

وجه الدلالة: ففي الحديث الأول أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله بن عمر بالمراجعة من غير أن يشهد على مراجعته لزوجته المطلقة، بل ولم يفعله النبي صلى الله عليه وسلم ولو فعله أو أمر به لنقل إلينا، والاتفاق قد انعقد على أنه لا يجوز تأخير البيان عن وقت الحاجة، كما لم يؤثر عن الصحابة اشتراط الشهادة لصحة الرجعة، مع كثرة وقوعها منهم[٢].

٣- أن الرجعة حق للزوج كسائر الحقوق المقبوضة لا يشترط فيها الإشهاد، لأنها لا تفتقر إلى قبول، فلم تفتقر إلى شهادة لقوله تعالى:(وبعولتهن أحق بردهن في ذلك)[٣].

وما لا يشترط فيه الولي لا يشترط فيه الإشهاد كالبيع[٤]، كما أن الشهادة شرط لابتداء الزواج لخطورته ولورود النص عليه، والرجعة إبقاء للزواج، واستدامة له، فلا تكون شرطا لصحتها.

وأيضا قياسا على مسألة الإيلاء - وسائر حقوق الزوج - كما قال تعالى: (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم)[٥]، فالرجل إذا حلف على ترك جماع موليته، لا يشترط في فيئه إلى موليته الإشهاد، لكون المرأة ما زالت في عصمته، وهو إنما ارتجع حقه المشروع[٦].

٤- كما استدلوا باستصحاب حال الاجماع، حيث أنه قد وقع الإجماع على عدم وجوب الإشهاد في الطلاق، والرجعة قرينته، فلا يجب فيها كما لا يجب فيه[٧].

المناقشة: بالنظر في أدلة هذا القول، وما استدل به أصحابه تبين لي سلامة أدلته من المعارض عدا الدليل الأخير، والذي مقتضاه استصحاب حال الإجماع على عدم وجوب الإشهاد

---

(١) مضى تخريجهما.

(٢) نيل الأوطار-ج٣ ص ٧١٦. روضة الناظر لابن قدامة- ج ٢ ص ٥٧.

(٣) سورة البقرة- آية ٢٢٨.

(٤) المغني – ج٨ ص٤٨٢. المبدع – ج٧ ص ٣٩٣.

(٥) سورة البقرة- آية ٢٢٦.

(٦) د. رياض منصور الخليفي – المرجع السابق - ص ١٦٧. وقد قاس بعض العلماء كابن العربي وجوب الإشهاد على الرجعة بكفارة الظهار، وأما ابن رشد فقد مثل بصورة الجمع بين الأدلة وتشبيه حق الرجعة بسائر الحقوق التي يقبضها الإنسان، وهذا يقتضي عدم وجوب الإشهاد، فكان الجمع بين القياس والآية حمل للآية على الندب. أحكام القرآن – ج٤ ص ٢٨٣. بداية المجتهد – ج٢ ص ٨٥.

(٧) بدائع الصنائع- ج٤ ص ١٩٧٥. نيل الأوطار – ج٣ ص ٧١٧.

على الطلاق، وهذا استدلال فاسد لما فيه من تحميل دليل الإجماع ما لا يحتمل كما أن استصحاب حال الإجماع في محل الخلاف ليس بحجة في قول الأكثرين.

ثالثا: الترجيح:

بعد عرض أدلة كل فريق ومناقشتها، وربما استدل الفريقان بالنص الواحد، كاشتراكهما في الاستدلال بآية الإشهاد في سورة الطلاق، وذلك لاختلاف الفهم في النص وسلوك كل منهما طريقاً في الاستدلال به. وأخلص إلى ترجيح القول الثاني بالندب في الإشهاد للرجعة، وذلك لقوة أدلته وضعف أدلة المخالفين، فضلا عما فيه من التحرز والإحتياط لإثبات الرجعة عند إنكار أحد الزوجين، وحفظ الأعراض والإبتعاد عن مواطن الريبة والتهم[1].

المطلب الثاني
إعلام المطلقة الرجعية

هذه المسألة من جملة المسائل التي اشتهرت فيها مخالفة ابن حزم للجمهور من الفقهاء، وهي مسألة مهمة كسابقتها، لخطورة ثمرتها المترتبة عليها.

ويمكننا تحديد محل النزاع في رجل طلق زوجته وأشهد على طلاقها وأعلمها به، ثم أرجعها بالقول، ولم يشهد على مراجعتها، أو أشهد ولكن دون علمها بذلك، غائبا كان أو حاضرا، فهل تصح الرجعة؟ أم يشترط لصحة الرجعة إعلام المطلقة برجعتها أثناء عدتها؟ وهل تعتبر زوجته قد بانت منه بانقضاء عدتها مع عدم إعلامه لها برجعته إياها؟ أم لا تزال زوجته، لكونه أرجعها أثناء العدة، ولا عبرة بعلمها؟

اختلف الفقهاء في الجواب عن ذلك على قولين:

القول الأول: ذهب أصحابه إلى اشتراط إعلام الزوجة بمراجعتها، وأن لا صحة للرجعة بدونه، وهو مذهب ابن حزم[2].

---

(١) وقد قال الإمام مالك في امرأة طلقها زوجها ثم راجعها ولم يشهد فأراد أن يدخل بها فقالت المرأة لا تدخل بي حتى تشهد على رجعتي، قال: "قد أحسنت وأصابت حين منعته نفسها حتى يشهد على رجعتها". المدونة- ج٥ ص ٣٢٤. ومن حكمة الإشهاد على الرجعة ما ذكره شيخ الإسلام ابن تيمية أن الرجل " قد يطلقها ويرتجعها، فيزين له الشيطان كتمان ذلك حتى يطلقها بعد ذلك طلاقاً محرماً ولا يدري أحد، فتكون معه حراماً، فأمر الله أن يشهد على الرجعة ليظهر أنه قد وقعت به طلقة كما أمر النبي صلى الله عليه وسلم من وجد اللقطة أن يشهد عليها، لئلا يزين الشيطان كتمان اللقطة. وهذا بخلاف الطلاق فإنه إذا طلقها ولم يراجعها بل خلى سبيلها فإنه يظهر للناس أنها ليست امرأته، بل هي مطلقة بخلاف ما إذا بقيت زوجة عنده فإنه لا يدري الناس أطلقها أم لم يطلقها". مجموع الفتاوى- ج٣٣ ص ٣٤.

(٢) المحلى- ج ١٠ ص٢٥٣، وفيه: "إن راجع ولم يشهد، أو أشهد ولم يعلمها حتى تنقضي عدتها غائبا كان أو حاضرا، وقد طلقها وأعلمها وأشهد فقد بانت منه، ولارجعة له عليها إلا برضاها بابتداء نكاح بولي وإشهاد =

القول الثاني: عدم اشتراط الإعلام، بل يندب إليه حتى لا تتزوج غيره بعد انقضاء عدتها، وتجنبا للخلاف بين الزوجين مسبقا، وهو مذهب جمهور الفقهاء[1].

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول: استدل ابن حزم على اشتراط الإعلام بما يلي:

١- أن عدم إعلام المرأة بالرجعة مخادعة لها، بل وعين المضارة بها، وهذا منهي عنه لقوله تعالى: (يخادعون الله والذين آمنوا)[2]، ولقوله تعالى: (ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن)[3]، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "من عمل عملاً ليس عليه أمرنا فهو رد"، ومعلوم أن المضارة مردودة وباطلة، فوجب دفعها، والمخادعة ليست من الشرع فوجب رفعها، ولا يتحقق ذلك إلا بإعلام الرجعية"[4].

٢- أن الرجعة لا تكون إلا بالمعروف لقوله تعالى: (فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو

= وصداق مبتدأ".

(١) بدائع الصنائع- ج٤ ص ١٩٧٤. المبسوط – ج٦ ص٢٧. مجمع الأنهر– ج١ ص ٤٣٢. شرح الخرشي- ج ٣ ص٢٢٧. مختصر المزني على هامش الأم– ج ٤ ص٨٩. المغني– ج ٨ ص ٤٨٢. الفروع- ج٩ ص١٥٥.
ويظهر أثر هذا الخلاف بين الجمهور في حكم ما لو طلق رجل زوجته طلقة رجعية وهو غائب، ثم راجعها فبلغها الطلاق ولم يعلمها برجعته لها، فتزوجت بعد انقضاء عدتها، ثم جاء الزوج الأول وادعى أنه كان راجعا قبل انقضاء العدة وأثبت ما يدعيه، فالخلاف في ذلك على ثلاثة أقوال:

أ- لا يشترط علمها، ونكاحها الجديد فاسد لوقوع العقد على إمرأة مشغولة ذمتها بنكاح غيره، وسواء دخل بها الثاني أم لم يدخل، وهو مذهب الجمهور القائلين بعدم اشتراط الإعلام الحنفية والشافعية والحنابلة في أصح الروايتين، والثوري، وأبوعبيد، وهو مروي عن علي رضي الله عنه.

ب- يشترط إعلامها ونكاحها الثاني صحيح لعدم صحة الرجعة وبينونتها منه، دخل بها الزوج الثاني أو لم يدخل، وهو مذهب ابن حزم، وذكر بإسناده قول عمر بن الخطاب في الذي يطلق امرأته وهو غائب ثم يراجعها ولا يبلغها مراجعته، وقد بلغها طلاقه إنها تزوجت ولم يدخل بها زوجها الآخر، أو دخل فلا سبيل إلى زوجها الأول إليها، وذكر له أقوالا أخرى تنصر مذهبه، ونسب ذلك إلى بعض الصحابة والتابعين وأهل العلم كعمران بن حصين، وجابر بن زيد، وشريح القاضي، وسعيد بن المسيب، والحسن البصري، والليث، والأوزاعي. وهو ماذهب إليه مالك في الرواية الصحيحة عنه، وما قيل أنه رجع عن هذا القول لا يصح لثبوته في موطئه الذي كان يقرأ عليه الى أن مات رحمه الله.

ج- التفصيل بين حالها قبل دخول الثاني وبعده، فإن كان الثاني قد دخل بها، فلا سبيل للأول إليها ونكاحها صحيح، وإن كان لم يدخل بها، فسخ نكاحها ورجعت لزوجها الأول، وهذا المذهب منقول عن مالك ورواية عن أحمد. بدائع الصنائع- ج٤ ص ١٩٧٥. بداية المجتهد- ج ٢ ص٧١. المغني- ج٨ ص ٤٩٨، ٥٠٠. الفروع- ج٩ ص ١٥٧. المحلى – ج١٠ ص ٢٥٣.

(٢) سورة البقرة – آية ٩.

(٣) سورة الطلاق – آية ٦.

(٤) المحلى – ج ١٠ ص ٢٥٣.

فارقوهن بمعروف)، والرجعة هي الإمساك، والمعروف هو إعلامها وإعلام أهلها إن كانت صغيرة أو مجنونة، فإن لم يعلمها كان ذلك إمساكاً بمنكر لا بمعروف، وبخاصة إذا منعها حقوقها الزوجية من النفقة والكسوة والإسكان والقسمة، فهو إمساك باطل، ما لم يشهد بإعلامها فحينئذ يكون بمعروف.

٣- أن الزوج إنما يكون أحق برد المرتجعة إن أراد إصلاحا بنص القرآن كما قال تعالى (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك إن أرادوا إصلاحاً)، ومعلوم من كتمها الرد أو رد بحيث لا يبلغها فلم يرد إصلاحاً بلا شك، بل أراد الفساد، فلا يكون ذلك ردا ولا رجعة أصلا، وذلك دليل قوي على القصد إلى المضارة بالرجعة وأنه لم يرد بها الإصلاح، فتكون باطلة[١].

نوقش استدلال ابن حزم بمقتضى آيات المخادعة والإضرار على عدم إعلام المرأة بالرجعة، بأنه ليس من لا زم عدم الإعلام إرادة الإضرار والمخادعة للزوجة، وهذا أظهر من أن ينبه عليه، فلو تحقق قصد الإضرار والخداع في واقعة معينة، فكانت الرجعة حينئذ فاسدة لانتفاء شرط آخر وهو إرادة الإصلاح، وانتفاء الإعلام ليس مناطاً لفساد الرجعة بإطلاق.

ويعترض على الإستدلال الثاني بأن عدم الإعلام ليس إمساكا بمعروف، بما مضى في المناقشة السابقة بمنع التلازم بين انتفاء الرجعة بالمعروف لانتفاء الإعلام، وبمثله يعترض على الإستدلال الثالث.

أدلة القول الثاني:

استدل جمهور الفقهاء بعدم اشتراط الإعلام بما يلي:

١- إن العلماء مجمعون على أن الرجعة لا يشترط لها إعلام الرجعية، كما نقله ابن قدامة بقوله:"الرجعة لا تفتقر إلى ولي، ولا صداق، ولا رضا المرأة، ولا علمها بإجماع أهل العلم"[٢].

٢- لا خلاف بين الفقهاء أن الرجعة حق خالص للزوج ما دامت المطلقة في العدة، لقوله تعالى: (وبعولتهن أحق بردهن في ذلك) ولو بغير رضاها، فإذا كانت رجعتها "لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلى علمها كطلاقها"[٣].

اعترض على دعوى الإجماع بأنها منقوضة بقول ابن حزم، وقد يرد على هذا الإعتراض

---

(١)المحلى – ج ١٠ ص ٢٥٣.

(٢) المغني – ج٨ ص ٤٨١.

(٣) المرجع السابق- نفس الموضع. بدائع الصنائع- ج٤ ص ١٩ وجاء فيه "لأن الرجعة حقه على الخلوص لكونه تصرف في ملكه بالاستيفاء والاستدامة، فلا يشترط فيه إعلام الغير كالإجازة في الخيار، لكنه مندوب إليه".

بأنه لاعبرة بخلاف الظاهرية كما صرح به بعض علماء الأصول[1]. ويجاب على هذا الرد بأنه مسلك غير سديد، لأن الأصل أن فقهاء الظاهرية معدودون من الفقهاء الذين ملكوا آلة الإجتهاد، فليس آحاد العلماء من المذاهب الأربعة المتبوعة بأحق من آحاد الظاهرية، وإنما العبرة بالراجح من الدليل والتعليل[2].

الترجيح:

بعد عرض القولين السابقين وأدلتهما وما ورد على بعضها من مناقشات وأجوبة، يظهر لي أن الراجح في المسألة هو مذهب الجمهور في المنع من اشتراط الإعلام في الرجعة لقوة أدلتهم وضعف أدلة المخالف، على أنني أميل إلى التأكيد على استحباب إعلام المرأة بالرجعة حتى لا تتزوج غيره بعد انقضاء عدتها، وتجنبا للخلاف بين الزوجين.

المطلب الثالث

الإختلاف في الرجعة

إن الرجعة كسائر أحكام الزوجية يعتريها اختلاف ونزاع بين الزوجين بشأن حصولها وتحققها، وقد مضى بيان أن الإجماع منعقد على أن الرجعة إذا وقعت في العدة أنها تصح ما دامت الزوجة لم تبد أي نزاع، وهو المراد بتصادق الزوجين.

أما في حالة وقوع الإختلاف بين الزوجين بشأن الرجعة، فإن الأمر لا يخلو من حالين، إما أن يقع الإختلاف بين الزوجين في حصول الرجعة أصلاً، وإما أن يقع الاختلاف في صحتها بعد التسليم بحصولها.

وينبغي التنبيه في هذا الشأن إلى أمرين:

الأمر الأول: الصعوبة الظاهرة في تمييز حالات الإختلاف في الرجعة، وضبط التداخل الواقع بينها[3].

الأمر الثاني: وهو الأصل الهام في الرجعة وسائر أحكام الزوجية، وهو أن المرأة أمينة في

---

(١) الشوكاني – إرشاد الفحول – ص ١٤٨.

(٢) د. رياض منصور الخليفي – المرجع السابق- ص ١٧٣.

(٣) البحر الرائق – ج٤ ص ٥٦. حاشية ابن عابدين – ج٣ ص ٤٠١، ٤٠٣. مجمع الأنهر – ج١ ص ٤٣٤. المدونة – ج٥ ص ٣٢٨. الأم – ج٥ ص ٢٢٧، ٢٢٨. روضة الطالبين– ج٨ ص ٢٢٣، ٢٢٧. المغني – ج٨ ص٤٩٠. د. وهبة الزحيلي– الفقه الاسلامي وأدلته- ج٧ ص ٤٧٠، ٤٧٢. د.عبد الغفار إبراهيم صالح– المرجع السابق- ص ٣٨٦، ٣٩٣. د.رياض منصور الخليفي – المرجع السابق- ص ١٨٥.

إخبارها عن انقضاء العدة، فالشارع قد ائتمنها في هذا، إذ لا يطلع عليه في الغالب غيرها لقوله تعالى: (ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن)[1].

أولا: الإختلاف في حصول الرجعة:

يميز في اختلاف الزوجين في حصول الرجعة أصلا حالتين:

الحالة الأولى: أن يكون الزوج هو المدعي بحصول الرجعة وأنكرت الزوجة حصولها.

الحالة الثانية: أن تكون الزوجة هي المدعية بحصولها وينكرها الزوج.

فإذا ادعى الزوج أنه راجع زوجته بأن يقول: كنت قد راجعتك، فأنكرت الزوجة حصول ذلك منه وقالت: لم يراجعني، فيفرّق هنا بين حالتين:

أ- إذا حصل الإختلاف في أثناء العدة، فإن القول قول الزوج بلا خلاف، وتثبت له الرجعة لحصولها في زمن يملك فيه إنشاءها في الحال، والقاعدة المقررة أن: "من أخبر بشيء يملك إنشاءه صدق بما أخبر به"، أو "أن من قبل قوله في شيء قبل في صفته". فضلا عن أن الإقرار خبر متردد بين الصدق والكذب، فإذا كان يملك مباشرته في الحال تنتفي تهمة الكذب عن خبره[2].

ب- أما إذا حصل الإختلاف بعد انقضاء العدة، وأنكرت الزوجة حصول ذلك زمن العدة، وردت دعواه، فحينئذ ينظر:

١- إذا أحضر الزوج بينة تثبت صحة دعواه بالمراجعة أثناء العدة، حكم له بدعواه وكان القول قوله ببينته، لأن الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة.

ولاعبرة بإنكار المدعي عليها، حتى لو تزوجت بزوج آخر غيره بعد انقضاء عدتها لاعتقادها أن مطلقها لم يراجعها في العدة، فسخ عقد زواج الثاني لكونه عقدا فاسدا، سواء دخل بها هذا الأخير أو لم يدخل[3].

٢- إذا لم يحضر بينة تثبت صحة دعواه في مراجعة زوجته أثناء العدة، فإن القول قولها، لأنه يدعي ولا بينة له، ولأن العدة من الأمور التي لا تعلم إلا من جانبها، فتتمكن تهمة الكذب في خبره، كما أنه لا يملك إنشاء الرجعة في الحال.

وهل يقبل قولها بغير يمين أم تلزم بها؟

---

(١) سورة البقرة – آية ٢٢٨.

(٢) المبسوط– ج٦ ص٢٥. بدائع الصنائع- ج٤ ص ١٩٧٤.مغني المحتاج-ج٣ص٣٣٨.الفروع- ج٩ ص١٥٦.

(٣) المبسوط – ج٦ ص ٢٦. المدونة- ج ٥ ص ٣٢٨. العمدة في الفقه – ص ٦٥.

مذهب الجمهور، وقول الصاحبان المفتى به أنه تلزم المرأة باليمين لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اليمين على المدعي عليه"، والحديث على عمومه، ولأنه حق آدمي يمكن صدق مدعيه، فيجب اليمين فيه كالأموال، وكل دعوى لزمت الإجابة عنها وجبت اليمين فيها. ولأن اليمين إنما جعلت في جانب المدعى عليه لأنه أقوى الخصمين ولاتفاق قوله مع الأصل، وهو براءة الذمة، فلما نكل عنها صار المدعي أقوى منه، وتوقفه عن اليمين شبهة في صحة الدعوى، كما أن النكول عن اليمين على قول الصاحبين إقرار بالحق المدعى، ويصح الإقرار بالرجعة(١).

وأنكر أبو حنيفة إلزام المرأة باليمين، لأن الأصل عدم الرجعة، فيجب استصحابه كما أنها مؤتمنة في قولها، والرجعة على قوله من الأشياء الستة التي لا يمين فيها عنده(٢). ومتى رجعت الزوجة في إنكارها، قبل كجحد أحدهما النكاح ثم اعترف به(٣).

أما إذا ادعت الزوجة الرجعة والزوج منكرها، فالقول قول الزوج بلا خلاف، ولا تقبل دعواها إلا ببينة، سواء حصل الإختلاف أثناء العدة أو بعد خروج المدعية من عدتها، لأنها لا تملك أصلا إنشاء الرجعة، فلا تصدق بما تخبر به إلا ببينة(٤). هذا إذا كانت المرأة في عدتها فإن خرجت

---

(١) مجمع الأنهر-ج١ ص ٤٣٤. المبسوط- ج٦ ص ٢٦. الهداية-ج٢ ص ٢٨٥. روضة القضاة – ج٣ ص ٩١٥. الحاوي – ج١٧ ص ١٤٦. لسان الحكام – ص ٣٢٨.

(٢) مراجع الحنفية السابقة. وفائدة اليمين هو النكول وهو عند أبي حنيفة بذل الحق المدعى، والبذل لا يجري في مسائل معينة، ومنها الرجعة.

وإذا نكلت عن حلف اليمين، هل يقضي عليها بالنكول ويحكم للزوج بالرجعة؟ أم لا يكفي ذلك فترد اليمين على الزوج المدعي؟ أم لا يقضي عليها بالنكول ولا بالرد ولكن تحبس حتى تقر أو تنكر؟ راجع تفصيل هذه المسألة ص ١٣٢ وما بعدها من هذه الرسالة وما رجحناه من الأقوال.

(٣) الفروع- ج٩ ص ١٥٧.

(٤) هذا عند الجمهور، أما الحنفية فقد ذكرنا أن الرجعة تصح من الزوجة بالفعل كما تصح من الزوج، واتفاقهم فيما إذا كان الزوج يعلم بفعلها ورضي به . واختلف أبو حنيفة ومحمد عن أبي يوسف فيما إذا كان فعلها خلسة ودون علمه، لكنهم جميعا اشترطوا في فعلها كأن قبلته أو لامسته أو نظرت إلى فرجه.. أن يكون ذلك بشهوة، ومكمن النزاع في الإثبات هنا إذا ادعت المطلقة أن تقبيلها للزوج أو لمسها له، أو نظرها إلى فرجه.. كان بشهوة وصادقها المطلق صحت الرجعة، أما إذ لم يصادقها، وكذلك ورثته بعد وفاته، فلا تصح الرجعة. وهل تكلف المطلقة بإحضار البينة على الشهوة أم لا؟

الصحيح في المسألة أنه لا تقبل البينة على الشهوة، لأن الشهوة معنى في القلب لا يقف عليه الشهود، فلا تقبل شهادتهم فيه. وقال محمد أن الشهادة على الجماع تقبل، لأنه معنى يوقف عليه ويشاهد ولا يحتاج إلى شرط الشهوة، فتقبل فيه الشهادة إذ أنها مما تعرف بالآثار والقرائن الدالة عليها، ومن القرائن والآثار- التي ذكرها الأحناف - الممكن الإشهاد عليها ما ذكره ابن عابدين في حاشيته عند كلامه عن محرمات النكاح، من أنه " إذا ادعت الشهوة في تقبيله أو تقبيلها ابنه وأنكره فهو مصدق لا هي، إلا أن يقوم إليها منتشرة آلته فيعانقها لقرينة كذبه أو يأخذ ثديها أو يركب معها، أو يمسها على الفرج أو يقبلها على الفم". شرح فتح القدير– ج٤ ص١٨٣. مجمع الأنهر- ج١ ص ٤٣٣. وقد رجحنا - فيما سبق- قول الجمهور بعدم صحة الرجعة من المرأة .

منها بطريق أولى.

ثانيا: الإختلاف في صحة الرجعة:

والمقصود بهذه الحالة أنه يتفق الزوجان على حصول الرجعة من جهة وقوعها، لكنهما يختلفان في صحة تحقق الرجعة إبان وقوعها، وذلك إما بطريق عدم تحقق شرط من شروط صحة الرجعة، أو بوجود مانع من موانع صحتها.

ويمكن تصور المسألة في قول الزوج لامرأته: قد كنت راجعتك زمن العدة فتصدقه المرأة على مراجعته لها، لكن تدعي أنها فاسدة.

والمقرر - في هذه الحالة - أن الأصل صحة الرجعة بإنشاء الزوج لها ما لم تقم البينة أو القرينة الدالة على عدم ذلك. فمتى تصادق الزوجان على وقوع الرجعة كان ذلك دلالة على توفر شروط صحتها وانتفاء موانعها كوقوعها في زمن العدة وأن القصد منها هو الإصلاح والإحسان، وأنها كانت منجزة غير مؤقتة بوقت وغير معلقة بشرط ولا مضافة إلى زمن مستقبل..ونحو ذلك[1]، فنستديم استصحاب الأصل حال ادعاء المرأة المرتجعة عدم صحة الرجعة، وينظر في دعواها، فإن عدمت البينة الدالة على دعواها حكمنا بصحة الرجعة باستصحاب الأصل، وأما إذا قامت البينة الظاهرة على سوء قصد الزوج وتحققنا قبح نيته – مثلا- أو انتفاء شرط آخر من شروط الرجعة، فإنها تكون فاسدة، لخروجها عن الأصل بالأدلة والقرائن الناقلة الصحيحة، فتمضي بذلك المرأة عدتها، إن لم تكن قد انقضت حتى تبين من زوجها. ومما ينبغي الإشارة إليه أن إثبات عدم صحة الرجعة ليس ميسرا في الكثير من الحالات ويختلف ذلك بحسب صورة الشرط المدعى بانتفائه.

فإن أنكرت الزوجة دعوى زوجها بالمراجعة لوقوعها بعد انقضاء زمن العدة، فالصورة هذه يتم التحقق فيها من حال الزوجة، فإن كانت الرجعة قد وقعت في زمن يمكن انقضاء عدتها فيه غالباً، أو كانت العدة بالحيض، فإن القول المعتبر قولها مع يمينها، لأن انقضاء العدة بالحيض لا يمكن معرفته إلا من جهتها، فإن حلفت رفضت دعواه، و إن نكلت حكم له بدعواه، على قول الصاحبين المعمول به، لأن نكولها إقرار بدعواه. أما عند أبي حنيفة فإنها تصدق من غير يمين[2]،

---

(١) فإن كان يجن ويفيق.. واختلفا بعد مضي العدة فقالت راجعتني وأنت ذاهب العقل، ثم لم تحدث لي رجعة وعقلك معك حتى انقضت عدتي، وأنكر وقال بل راجعتك ومعي عقلي فالقول قوله، لأن الرجعة إليه دونها. الأم- ج٥ ص ٢٦٢.

(٢) وهذا قول أبي حنيفة سواء كان إستحلافا في العدة، أو في نفس الرجعة.

لأن الظاهر يؤيدها، كون أن المدة بين الطلاق وبين الوقت الذي تدعي فيه انقضاء العدة بالحيض كافية[1]. وهذا ما لم يقم الزوج بينة بمراجعته لها قبل انقضاء العدة.

وأما إذا كانت الرجعة قد حصلت في وقت لا يمكن انقضاء عدتها فيه غالبا، فإن القول المعتبر قول الزوج وصحت رجعته، ولا عبرة بإنكار المطلقة، والسبب في ذلك هو القرينة الشرعية الدالة على كذبها في ادعائها انقضاء العدة، إذ المدة أقل من المدة المقدرة التي تنتهي فيها العدة بالحيض[2].

أما ما يتعلق بإثبات الزوجة قصد المضارة والعدوان من زوجها، وأنه لم يكن قصده بالرجعة الإصلاح والإحسان، وذلك بهدف الحكم لها بفساد الرجعة، هو مما يتعذر عليها التوفيق إليه، إذ أن الكشف عن سوء قصد الزوج - وذلك عمل قلبي لا يطلع عليه إلا البارئ عز وجل- يصعب إقامة البينة عليه، وأن وقائع الرجعة لا تهيئ لاكتمال قرائن شرعية ناقلة عن الأصل.

واعتماد القاضي على الظاهر في عدم تصديق الزوجة في ادعاء ما يخالف الأصل مبني على معرفة الأوصاف الباطنية، أما لو قامت قرائن قاطعة، فلا يمكن خلالها اعتبار قصد المضارة أمراً باطناً صرفاً، وإنما اعتباره من الأمور التي يمكن التحقق منها بالأدلة سيما القرائن منها، ومن ثم فلا وجه لمنع القاضي من تصديق ذلك.

ومتى ثبت للقاضي صحة الرجعة وصدق المدعي في دعواه، حكم بقبولها ظاهرا، أما في الباطن فينبني على ما يعلمه من حقيقة الأمر دون ما قاله، والله يتولى سريرته.

- إثبات الرجعة في قانون إجراءات التقاضي رقم (١) لسنة ٢٠٠٠:

جاء في المادة ٢٢ من قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠١ أنه: "مع عدم الإخلال بحق الزوجة في إثبات مراجعة مطلقها لها بكافة طرق الإثبات، لا يقبل عند الإنكار ادعاء الزوج مراجعته مطلقته ما لم يعلنها بهذه المراجعة بورقة رسمية قبل انقضاء ستين يوماً لمن تحيض وتسعين يوماً لمن عدتها بالأشهر من تاريخ توثيق طلاقها، وذلك ما لم تكن حاملاً أو تقر بعدم انقضاء عدتها حتى إعلانها بالمراجعة".

ففي إطار توثيق الطلاق والآثار الناجمة عنه استحدث النص السابق لإثبات مراجعة الزوج لزوجته عند الإنكار، فإذا ادعى الزوج مراجعته لمطلقته وأنكرت ذلك فإنه يشترط لإثبات مراجعته بورقة رسمية أنه كان قد أعلنها بهذه المراجعة، أي ورقة من أوراق المحضرين، وفي هذه الحالة

---

(١) بأن كانت ستين يوماً فأكثر على رأي أبي حنيفة المفتى به، أو تسعة وثلاثون يوما على رأي الصاحبان.

(٢) الأم- ج ٥ ص ٢٦٢.

يجب أن يكون الإعلان قد تم قبل انقضاء ستين يوما لذوات الحيض، وإذا كانت من الآيسات المطلقات اللائي لا يحضن، فيكون قبل انقضاء تسعين يوما، وتحسب هذه المدة من تاريخ توثيق الطلاق الذي نصت عليه المادة ٢١ من نفس القانون.

واستثنى النص من مجال إنكار الزوجة المراجعة بدون ورقة رسمية حالتين:

الحالة الأولى: أن تكون المطلقة رجعيا حاملا، إذ لا يتسنى له إنكار مراجعته لها وهي حامل.

الحالة الثانية: أن تقر المطلقة رجعيا بأن عدتها لم تكن قد انقضت قبل إعلانها بمراجعة زوجها لها، حتى لو مرت أكثر من المدة المقررة لإعلانها بالمراجعة[١].

والداعي لاستحداث هذا النص أنه قد يتلاعب الأزواج بمطلقاتهم حيث يراجعوهن دون علمهن بذلك حتى يفاجأن بهذه المراجعة عند إقدامهن على الزواج أو بعد زواجهن من جديد[٢]، فالغرض إذا هو سد الباب أمام إساءة استخدام حق الرجعة من بعض الأزواج.

أما عن إثبات الرجعة في جانب الزوجة، فيكون بكافة طرق الإثبات بما فيها شهادة الشهود، والنكول عن اليمين، والإقرار من الرجل.

وسؤالنا هل يمكن للنص أن يكفل تحقيق الغرض من استحداثه بحماية المطلقة من تعسف الزوج؟ وهل التفرقة بين الرجل والمرأة في الحكم لها ما يبررها؟

سبق وأن أوردنا نص المادة ٥ مكرر من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ التي أوجبت على المطلق أن يوثق إشهاد طلاقه لدى الموثق المختص خلال ثلاثين يوما من إيقاع الطلاق، فماذا لو أن الزوج طلق زوجته ولم يوثق طلاقه إلا بعد خمسة عشر يوما أو يزيد من تاريخ وقوعه؟

ففي هذه الحالة لو التزم المطلق بإخطار مطلقته بالرجعة في خلال الميعادين الواردين بالمادة موضوع التعليق، وهما (٦٠) يوما و(٩٠) يوما سيكون الإخطار قد تم بعد انقضاء عدتها، وقد تكون تزوجت بآخر، فالنص بذلك لا يكون قد حقق الحماية المطلوبة للمرأة، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن النص قد تشدد في الإثبات بالنسبة للرجل ويسره بالنسبة للمرأة، وهي تفرقة غير مبررة، ومصادرة لحق الرجل، وسلبه ما هو مقرر له شرعا، لأن التحايل في حصول المراجعة، قد يتم من جانب الرجل، وليس ثمة ما يمنع أن يتحقق هذا التحايل من المرأة، بما قد يترتب عليه إذا ما استطاعت الزوجة أن تقيم البينة – الشهود – على حدوث الرجعة، وهو أمر ميسور جدا، سيما مع

---

(١) د. محمد مصطفى يونس– المرجع السابق – ص ٢١٥. د. محمد الشحات الجندي– المرجع السابق - ص ٢٩٢. جلال سعد عثمان– المرجع السابق - ص ٢٩٧.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠١.

ضعف الوازع الديني، ومع إنكار الرجل لذلك تقضي المحكمة برجوعها إلى الزوج رغما عنه، وهو ما يتنافى مع حق الرجعة المقرر أساسا بإرادة الرجل – على الراجح – لا بإرادة المرأة[1].

(١) د. محمد الشحات الجندي – المرجع السابق- ص ٢٩٣. جلال سعد عثمان - المرجع السابق- ص ٢٩٤.

الفصل الثالث

إثبات موجب التفريق بين الزوجين

المقرر شرعا أن الطلاق ملك للزوج دون الزوجة، غير أنه يمكن للزوجة في حالات محددة وظروف خاصة أن تطلب من القاضي التفريق بينها وبين زوجها. والحكم للزوجة بالتفريق يتطلب وجود شرط جوهري يصدر الحكم في ضوئه، وهو إثبات موجب الفرقة بالحجج الشرعية التي تنير للقاضي طريق الحكم في الدعوى المرفوعة.

وباستقراء حالات التفريق – المتفق عليها والمختلف فيها – نلاحظ أن إثبات موجب الفرقة أمر تتفاوت صعوبته حسب كل حالة للتفريق، كما قد تتفاوت في الحالة الواحدة نتيجة اختلاف كل دعوى وما يكتنفها من ظروف، ولذلك فلا ضير أن يكون أحد الزوجين مدعيا في بعض الحالات ومدعى عليه في حالات أخرى، لاتفاق دعواه مع الأصل أو الظاهر، أو اختلافها عنهما.

وارتأينا في بحثنا لهذا الموضوع تناول الإثبات في أهم دعاوى التفريق على النحو الآتي:

المبحث الأول: الإثبات في دعوى التفريق لعدم الإنفاق.

المبحث الثاني: الإثبات في دعوى التفريق للعيوب.

المبحث الثالث: الإثبات في دعوى التفريق للضرر.

وفيما يأتي تفصيل لما تقدم في ضوء الفقه الإسلامي، وموقف القانون، مع إبراز لدور القضاء في وضع الملامح الرئيسة للإثبات سواء بالتوسع أو التضييق في مجاله وطرقه، وكيفية تعامله مع النصوص الفقهية المختلفة.

المبحث الأول

الإثبات في دعوى التفريق لعدم الإنفاق

النفقة واجبة للزوجة على زوجها بعقد الزواج الصحيح، وتتأكد بشروط، وتقدر بحال الزوجين معا[1]، ويراعى عند تقديرها ظروف البلد، ومما جرت به العادة، دون الإخلال من كفاية الزوجة بلا إسراف ولا تقتير.

وقد يمتنع الزوج عن تنفيذ التزامه بالإنفاق على زوجته تعسفا أو عجزا، فهل تجبر الزوجة على الإقامة مع زوجها أم لها أن تطلب التفريق؟ وكيف لها أن تثبت عدم إنفاقه العمدي أو الطارئ؟ وما هو موقف القانونين المصري والجزائري وتطبيقاتهما القضائية في هذا الشأن؟

المطلب الأول

حكم التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق

في المسألة ثلاثة أقوال مشهورة لأهل العلم:

القول الأول: ليس للزوجة أن تطلب التفريق من زوجها بأي حال من الأحوال، وإنما من حقها أن تستدين عليه، أو تنفق على نفسها إذا كان لها مال، على أن يكون هذا في ذمة الزوج يدفعه حين يساره، فإذا لم تجد من تستدين منه ولم يكن لها مال خرجت للعمل، وهو قول عطاء والزهري والثوري والحسن البصري وابن يسار وابن أبي ليلى وابن شبرمة وحماد بن أبي سليمان[2]، وهو

---

(١) للفقهاء في هذه المسألة ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن نفقة الزوجة تقدر بحال الزوجين، فإن كانا موسرين، فلها عليه نفقة الموسرين، وإن كانا متوسطي الحال فلها نفقة المتوسطين، وإن كانا معسرين فعليه نفقة الإعسار، وإن كان أحدهما موسر والآخر معسر فلها عليه نفقة المتوسطين، سواء كان هو الموسر، أم هي، جمعاً بين الأدلة ورعاية لحال الطرفين معا، وهو المعتمد عند الحنفية والمالكية والحنابلة .

القول الثاني: أن نفقتها تقدر بحال الزوج وحده يسارا و إعسارا، وهو مذهب الشافعية، وظاهر الرواية عند الحنفية، وقول عند المالكية.

القول الثالث: أن النفقة تقدر بحال الزوجة فقط، وهو الرأي الثالث للحنفية، وهو ضعيف عندهم. لمزيد من التفصيل أنظر: المبسوط – ج٥ ص ١٨٢. شرح فتح القدير – ج٣ ص ٣٢٢. حاشية رد المحتار – ج٣ ص ٥٧٤. معين الحكام- ص ٣٣٥. حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٥٠٩. شرح الخرشي– ج٣ ص ٣٢٤. تكملة المجموع – ج١٧ ص ١٣١. المغني– ج٩ ص ٢٣٠. المبدع – ج٥ ص ١٨٦. الإنصاف – ج٩ ص ٣٥٣. الكافي – ج٣ ص ٣٦٢.

(٢) المبسوط – ج٥ – ص ١٩٠.

مذهب الحنفية[١]، والظاهرية[٢].

القول الثاني: جواز التفريق لعدم الإنفاق، فترفع أمرها للقاضي الذي يخير الزوج بين الإنفاق والطلاق، فإذا لم يفعل واحدا منهما قام القاضي مقامه وطلق عليه، روى ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة رضي الله عنهم، وبه قال جماعة من التابعين[٣]، وهو مذهب المالكية[٤]، والشافعية[٥]، والحنابلة[٦]، وأكثر الفقهاء مع خلاف بينهم في بعض الفروع.

والزوج إذا لم يكن له مال ظاهر[٧] وادعى الإعسار ولم يثبته، أو لم يقل أنه معسر أو موسر ولكنه أصر على عدم الإنفاق، فعند المالكية قولان:

القول الأول: له أن يطلقها في الحين، **والقول الثاني:** له أن يؤجل مدة يسجن فيها لعله يعود للإنفاق[٨]. وذهب الحنابلة إلى أنه إذا تعذر دفع النفقة من مال الزوج بأن غيَّبه وصبر على الحبس

---

(١) الهداية- ج ٢ ص ٣٢٢. المبسوط – نفس الموضع. شرح فتح القدير – ج٣ ص ٣٢٩. حاشية ابن عابدين– ج ٣ ص ٥٩٠.

(٢) المحلى – ج١٠ ص ٩٢. بل ذهب الظاهرية إلى أبعد من هذا فأوجبوا على الزوجة الغنية أن تنفق على زوجها وليس لها مطالبته إذا ما أيسر.

(٣) المغني – ج٩ ص ٢٣٠.

(٤) مواهب الجليل – ج٤ ص ١٩٦. شرح الخرشي - ج٣ ص ٣٣٦. الشرح الصغير - ج٢ ص ٧٤٥. ابن العربي- أحكام القرآن- ج١ ص ٢٠٠. القوانين الفقهية- ص ٢٢٦.

(٥) الأم – ج٥ ص١٠٧،٩١. مغني المحتاج – ج٣ ص ٤٤٢. نهاية المحتاج – ج٧ ص ٢١٢. تكملة المجموع– ج١٧ ص ١٤٨.

(٦)الإقناع – ج٤ ص ١٤٥. الكافي– ج٣ ص ٣٦٧. المحرر في الفقه– ج٢ ص ١١٩. المغني– ج٩ ص ٢٣٠. الإنصاف – ج٩ ص ٣٨٣. المبدع – ج٨ ص ٢٠٦. مجموع الفتاوى – ج٤ ص ٩٢.

(٧) هذا إذا لم يكن للزوج مال ظاهر، أما إذا كان له مال ظاهر وامتنع عن الإنفاق على زوجته، فلا تطلق عليه لإمكان أخذ النفقة منه بوجه من الوجوه، سواء عن طريق القضاء، أو أخذها من ماله بغير علمه، فلا ضرر تقوم عليه دعوى التفريق، لأمر النبي صلى الله عليه وسلم بذلك، حيث أذن لهند زوجة أبي سفيان بقوله: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"، وإنما رخص النبي صلى الله عليه وسلم في أخذ تمام الكفاية بغير علم زوجها، لأنه كان موضع حاجة، ولا غنى للزوجة عن النفقة ولا قوام لها إلا بها، فإذا لم يدفعها الزوج ولم تأخذها أدى ذلك إلى ضياعها وهلاكها، ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان فتشق المرافعة إلى الحاكم والمطالبة بها في كل وقت، فلذلك رخص لها في أخذها بغير إذن من هي عليه. أنظر المغني– ج٩ ص ٢٣٩. المبدع– ج٨ ص ٢١. زاد المعاد – ج٤ ص ٢٠٦. وهو ما قررته مختلف القوانين التي أجازت التفريق لعدم الإنفاق صراحة أو دلالة (أنظر مثلاً: م ٤ من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠. م ٥٣ من المدونة المغربية. م ١١٠ من القانون السوري. م ١٢٠ من القانون الكويتي. م ١٢٧ من القانون الأردني).

(٨) شرح الخرشي- ج٣ ص ٣٣٦. مواهب الجليل- ج٤ ص ١٩٦. الشرح الصغير - ج٢ ص ٧٥. حاشية الصاوي- ج٢ ص ٧٤٥. شرح الزرقاني على المختصر- ج٤ ص ٢٥٦. وجاء فيه: "وأما من لم يثبت عسره، ولم يقر بالملأ وامتنع عن الإنفاق والطلاق، فإنه يعجل عليه الطلاق على قول ويسجن حتى ينفق عليها على آخر.. وإن سجن ولم يفعل يعجل عليه بالطلاق". ولم يذكر المالكية في مدة السجن شيئا وتركوا ذلك إلى اجتهاد

ولم تجد الزوجة ما تأخذه واختارت فراقه فرق الحاكم بينهما، ولها ذلك أيضا إذا أعسر بنفقة المعسر[1]. أما مذهب الشافعية فإنه لا تطلق عليه لإمكان حصول النفقة منه ولو بالإكراه، وحجتهم في ذلك أن التفريق لعدم الإنفاق ثبت قياسا على التفريق للعيب، فكما لا يصح التفريق إلا بثبوت العيب، فكذلك لا تفريق إلا بتحقق الإعسار، ولا ثبوت له في هذه الحالة، إذا فلا تفريق[2].

ولا شك أن العلة في التفريق لعدم الإنفاق هو الضرر اللاحق بالمرأة من جراء بقائها مع من لا ينفق عليها، فسواء كان الزوج عاجزا عن النفقة أو ممتنعا عن أدائها مع عدم إمكان أخذها منه ولو بالإكراه، فالتفريق ضروري ولابد منه دفعا للضرر الواقع، ولا يعجل عليه بالتفريق بمجرد

الحاكم. والإعسار الذي يوجب النفقة هو العجز عن النفقة الحاضرة والمستقبلة، لأن العجز عن النفقة الماضية دين ككل الديون، من يعجز عنه ينظر إلى يساره، ولأن التفريق للإعسار سببه دفع الضرر عنها في بدنها بعدم الإنفاق عليها في الحال والاستقبال، ولا يتحقق ذلك في متجمد النفقة.

(١) المغني – ج٩ ص ٢٤٣. العدة – ص ٤٠٠. المبدع – ج ٨ ص ٢١١.

(٢) مغني المحتاج – ج٣ ص ٤٤٢. تكملة المجموع – ج ١٧ ص ١٥٦.

هذا إذا كان الزوج حاضرا، ولم يكن له مال ظاهر، وسواء ادعى الملأ أو ادعى العسر مع عدم البينة، فلا يطلق عليه – عند الشافعية – لعدم ثبوت عسره الحقيقي.

أما إذا كان الزوج غائبا ولم يترك لها نفقة ولا بعث بها، فإن كان له مال أخذت منه، أو بيع عليه ماله من طرف القاضي، وينفق عليها من ثمنه إلى أن يعود، فإذا لم يترك شيئاً من خلفه، أو لم تقدر الزوجة من الحصول عليه بأي وجه من الوجوه وطلبت الفرقة:

- مذهب المالكية: ينظر إن كان الزوج بعيدا، أو كانت غيبته غير معلومة الجهة، أجلها القاضي شهرا لعله يعود أو تجد ما تنفقه به على نفسها، فإن لم تصل النفقة خلال هذه المدة طلقها القاضي عليه. أما إذا كانت غيبته معلومة الجهة قريبة المكان، بعث إليه القاضي إما أن يأتي أو يرسل النفقة في مدة لا تتجاوز العشرة أيام أو يطلق عليه، ولا يوقع القاضي الطلاق في كلا الحالتين إلا بعد تحليفها أنه لم يخلف لها نفقة ولا بعث بها ووصلتها، ولا هي أسقطتها عنه حال غيبته.

- وفي مذهب الشافعية وجهان: أحدهما يثبت كتعذره بالإعسار، وثانيهما لا يثبت بها الفسخ – وفقا لأصلهم الذي مشوا عليه – لأن الفسخ إنما يثبت بالإعسار بالنفقة المحقق ولم يثبت إعساره، وهو قول ضعيف عند الحنابلة، ووجهه أن الموسر مظنة الأخذ من ماله، أما الحاضر فقد ينفق لطول الحبس.

- أما مذهب الحنابلة: فيكفي في الغائب عدم وجود مال ظاهر له ينفق منه عليها، أو وجد ولم تقدر له أو الاستدانة عليه، فمتى اختارت فراقه حكم له به من غير تأجيل.

وما ذهب إليه المالكية والحنابلة هو الأولى بالترجيح لاعتبار الضرر اللاحق بالزوجة، وهذا بعد ثبوت أن الزوج لم يترك لها نفقة ولا بعث بها إليها ولا هي أسقطته عنه، ويكفي تحليف الزوجة باليمين على ذلك مع التأجيل، وهو ما أخذ به القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ في المادة (٥) مع تركه تحديد الأجل إلى القاضي حسب ظروف كل زوج كما تبنى ذات المنقول القانون السوري (م ٢/١١٠)، والقانون الكويتي (م ٢/١٢٠). أنظر المراجع الشرعية: شرح الخرشي- ج٣ ص ٣٣٨. الشرح الكبير- ج٢ ص ٥١٩. القوانين الفقهية- ص ٢٢٧. مغني المحتاج – ج٣ ص ٤٤٢. تكملة المجموع– ج ١٧ ص ١١٢. المغني– ج٧ ص٥٧٦. الإنصاف– ج ٩ ص ٣٩١. زاد المعاد– ج ٤ ص ٢١٥..

الإمتناع، وإنما يؤجل مدة مع التهديد والسجن لعله يعود لما امتنع عنه من الإنفاق، فإذا عاد زال موجب التفريق، وإن امتنع قضى بالتفريق.

القول الثالث: لا يجوز التفريق لعدم الإنفاق إلا في حالتين:

الحالة الأولى: قدرة الزوج على الإنفاق وامتناعه عنه، ولم تقدر الزوجة على أخذ كفايتها من ماله بنفسها، أو عن طريق الحاكم.

الحالة الثانية: تغرير الزوج بالزوجة بأنه ذو مال، فتزوجته على ذلك، والحال أنه معدم لا شيء له، وما سوى ذلك من حالات الإعسار التي تصيب الأزواج بعد يسارهم، فلا فرقة فيها. ذهب إلى هذا ابن القيم(١).

هذه خلاصة الأقوال في جواز التفريق لعدم الإنفاق أو عدم جوازه وفيما يأتي بيان لاستدلالاتهم، وما اعترض عليها من مناقشات وما أجيب عن بعضها.

أدلة القول الأول: استدل أصحابة على عدم جواز التفريق لعدم الإنفاق بما يأتي:

١ - من الكتاب: قوله تعالى: (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها)(٢).

وجه الدلالة: دلت الآية على الإخبار بأنه إذا لم يقدر الزوج على النفقة لم يكلفه الله الإنفاق، وإذا لم يكلفه الإنفاق في هذه الحالة، لم يجز لامرأته طلب التفريق لعجزه عن نفقتها(٣). هذا إن قيل تثبت النفقة ديناً في ذمة الزوج، وإن قيل تسقط بمضي الزمان فالفسخ أبعد وأبعد.

كما استدلوا أيضا بقوله تعالى: (وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)، وغاية النفقة أن تكون ديناً في الذمة، فمتى أعسر بها الزوج كانت المرأة مطالبة بإنظاره بنص الآية(٤).

اعترض الجمهور على هذه الإستدلالات بأن الآية الأولى إنما تفيد سقوط الوجوب على الزوج، فهو أمر لا خلاف فيه، أما الفسخ فهو شيء زائد عن ذلك، وللمرأة الحق فيه لتدفع الضرر عن نفسها. أما الآية الثانية فهي في الدين، وإذا جاز قياس النفقة على الدين، فإنها تحمل على النفقة الماضية، وهذا مما لا خلاف فيه من أنه ليس للزوجة أن تطلب الفرقة لأجلها، أما النفقة الحاضرة فقد دلت نصوص أخرى على أن الزوج إذا عجز عنها طلقت عليه زوجته إن هي طلبت ذلك.

---

(١) زاد المعاد – ج٤ ص ٢١٥، ٢١٦.
(٢) سورة الطلاق – آية ٧.
(٣) الجصاص – أحكام القرآن– ج٣ ص ٤٦٤.
(٤) شرح فتح القدير– ج٣ ص ٣٣٠.

٢ ـ **من السنة:** ما رواه مسلم في قصة مطالبة أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في النفقة وقوله صلى الله عليه وسلم لعمر رضي الله عنه: "هنّ حولي كما ترى يسألنني النفقة، فقام أبو بكر إلى عائشة يجأ عنقها[١]، فقام عمر إلى حفصة يجأ عنقها، كلاهما يقول: تسألن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما ليس عنده، فقلن: والله ما نسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا أبدا ليس عنده، ثم اعتزلهن شهرا"[٢].

وجه الدلالة: هو ضرب أبي بكر وعمر لابنتيهما بحضرة الرسول صلى الله عليه وسلم لأجل مطالبتهما له بالنفقة التي لا يجدها يدل على عدم جواز التفريق لمجرد الإعسار بها، ولو كان لهما ذلك لمنع صلى الله عليه وسلم ولييهما من وجئهما، لأنه لا يقر على باطل.

واعترض على هذا الإستدلال بأن دلالة الحديث كالآية الأولى في سقوط الوجوب عنه صلى الله عليه وسلم، وليس في القصة ما يدل على أن أزواجه سألنه الطلاق أو الفسخ ولم يجبهن إليه، كيف وقد خيرهن – كما في سورة الأحزاب – بين البقاء معه وبين أن يسرحهن سراحا جميلا، فاخترن العيش معه رضوان الله عليهن[٣].

أما تأديب أبي بكر وعمر لابنتيهما فلما علم من حق تأديب الآباء للأبناء إذا أتوا ما لا ينبغي.

٣ ـ كما استدلوا **بواقع الصحابة** رضي الله عنهم فكان أكثرهم على حاله من الفاقة والإعسار، ولو جاز ذلك لرفع إليه صلى الله عليه وسلم ذلك، ولو من امرأة واحدة وقد رفع إليه ما ضرورته دون ضرورة فقد النفقة من فقد النكاح[٤]، ومن الثابت أن هذا كان فيهم في غاية الندرة بالنسبة إلى الإعسار، فدلّ ذلك على عدم جواز التفريق لهذا السبب[٥].

وأجيب عن الإستدلال بواقع الصحابة بأنه لا حجة فيما ذكر، إذ لم يؤثر عن النبي صلى الله عليه وسلم أن امرأة من زوجات الصحابة رفعت أمرها إليه وهو بين أظهرهم، وطلبت أن يفرق بينهما للفاقة والإعسار ولم يجبها إليه، فنساء الصحابة من الرعيل الأول وما بعدهم صبروا على حياة الفاقة وعسر المعيشة، لأن مرادهن كان الدار الآخرة.

ولذلك لما نوظر مالك، أدعت الناس يقولون: إذا لم ينفق الرجل على امرأته يفرق بينهما،

---

(١) الوجء: اللكز ووجأه باليد والسكين وجئا ضربه، ووجأت عنقه وجئا ضربته، لسان العرب- ج٤ ص ٤٧٦٦.
(٢) صحيح مسلم بشرح النووي– كتاب الطلاق – ج٥ ص ٣٣٧ رقم (١٤٧٨).
(٣) تكملة المجموع – ج ١٧ ص ١٥١.
(٤) ومن ذلك حديث امرأة رفاعة القرظي وسيأتي ذكره وتخريجه.
(٥) المحلى – ج١٠ ص ٩٧. زاد المعاد– ج٤ ص ٢١٥.

فقيل له: قد كانت الصحابة رضي الله عنهم يعسرون ويحتاجون[1]. فأجاب عن ذلك بقوله: "ليس الناس اليوم كذلك إنما تزوجته رجاء"[2].

٤- واستدلوا **بالمعقول** من أن في إلزام الفسخ للإعسار بالنفقة إبطالا لحق الزوج بالكلية وفي إلزام الزوجة والإستدانة عليه تأخير لحقها دينا عليه، وإذا دار الأمر بين التأخير والإبطال كان التأخير أولى من الإبطال ارتكابا لأخف الضررين[3].

كما أن فوات النفقة هو فوات للمال، وهو أمر تابع في النكاح، أما فسخ الزواج بالإعسار، فيؤدي إلى فوات التناسل، وهو مقصود أصلي من الزواج، ولا يعقل ضياع المقصود الأصلي لتحقيق المقصود التبعي[4].

أدلة القول الثاني: استدل الجمهور على جواز التفريق لعدم الإنفاق بما يأتي:

١- **من القرآن:** قوله تعالى: (فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان)[5]، وقوله تعالى: (ولا تمسكوهن ضراراً لتعتدوا)[6].

وجه الدلالة: إن إمساك الزوج بالعصمة الزوجية مع عدم إنفاقه على زوجته ليس إمساكا بالمعروف لما يلحقها من الضرر، فوجب التسريح بإحسان بأن يطلقها، فإن لم يفعل قام القاضي مقامه وطلقها عليه إذا طلبت ذلك[7].

٢- **السنة:** ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "أفضل الصدقة ما ترك غِنًى، واليد العليا خير من اليد السفلى، وابدأ بمن تعول، تقول المرأة إما أن تطعمني، وإما أن تطلقني.." [8].

---

(١) المحلى – ج١٠ ص ٩٥.

(٢) ورحم الله ابن القيم حيث شرح وبيّن كلام الإمام مالك وأزال الغموض الذي حجب على الكثيرين فهم مقصوده، بقوله: "أن نساء الصحابة رضي الله عنهن كن يردن الدار الآخرة وما عند الله، ولم يكن مرادهن الدنيا فلم يبالين بعسر أزواجهن، لأن أزواجهن كانوا كذلك، وأما النساء اليوم فإنما يتزوجن رجاء دنيا الأزواج ونفقتهم وكسوتهم، فالمرأة إنما تدخل اليوم على رجاء الدنيا، فصار هذا المعروف كالمشروط في العقد، وكان عرف الصحابة رضي الله عنهم ونسائهم كالمشروط في العقد، والشرط العرفي أصل مذهبه كاللفظي، وإنما أنكر على مالك كلامه هذا من لم يفهمه ويفهم غوره". زاد المعاد – ج٤ ص ٢١٣.

(٣) شرح فتح القدير – ج٣ – ص ٣٣٠.

(٤) الهداية – ج٢ – ص ٣٢٢ . د. محمد كمال الدين إمام– الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي- ص ٢٤٦.

(٥) سورة البقرة- آية ٢٢٩.

(٦) سورة البقرة- آية ٢٣١.

(٧) ابن العربي – أحكام القرآن – ج١ ص ٢٠٠، ٢٤٣.

(٨) صحيح البخاري مع الفتح– كتاب النفقات– باب وجوب النفقة على الأهل والعيال- ج ١١ ص ٦٤٥٥ رقم (٥٣٥٥). الفتح الرباني في ترتيب مسند أحمد- كتاب النفقات- ج١٧ ص٦١ رقم (٣٣).

وجه الدلالة: دل الحديث على أن للزوج خيارين فيما يجب لزوجته، إما الإنفاق عليها بالمعروف، أو يطلقها إذا لم يعطها حقها من النفقة المشروعة لها، فإن لم يوف بواحد منهما طلق عليه القاضي.

اعترض على وجه الدلالة بما جاء في الحديث: "تقول المرأة إما أن تطعمني أو تطلقني"، بأنها زيادة من كلام أبي هريرة، ولم يقله النبي صلى الله عليه وسلم، فكان موقوفا عليه[1]. ثم ليس في قول أبي هريرة ما يدل على إلزام الزوج بالطلاق، وكيف وهو كلام عام منه لا يخص المعسر ولا الموسر.

ولو سلم أنه من كلام النبي صلى الله عليه وسلم فهو في معنى الإرشاد إلى ما ينبغي مما يدفع به ضرر الدنيا بأن يبدأ بنفقة العيال[2].

٣- واستدلوا **بآثار الصحابة والتابعين** بما روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن يأخذوهم بأن ينفقوا أو يطلقوا، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما حبسوا. وقد سئل سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على أهله قال: يفرق بينهما، قيل له: سنة؟ قال: نعم[3]. قال الشافعي: والذي يشبه قول سعيد سنة أن يكون سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم[4].

٤- استدلوا **بالقياس** من وجهين:

الوجه الأول: إذا استحقت المرأة أن تفسخ النكاح للجب والعنة، فبالعجز عن النفقة من باب أولى، لأن البدن لا يقوم بدونها بخلاف الوطء، والضرر في الأول أكثر وأولى[5].

واعترض على هذا الإستدلال بأنه قياس مع الفارق، لأن العجز عن النفقة عجز عن المال وهو تابع في باب النكاح، والعجز عن الوصول إلى المرأة بسبب الجب والعنة إنما يكون عن

---

(١) حيث ورد في آخر الحديث المذكور، فقالوا يا أبا هريرة سمعت هذا من رسول الله؟ قال: لا هذا من كيس أبي هريرة، والكيس روي بكسر الكاف وفتحها، فعلى الأول يكون المراد من الكلمة استنباطه، وعلى رواية الثاني يكون فطنته. فتح الباري – ج١١ ص ٦٤٥٥، ٦٤٥٦.

(٢) شرح فتح القدير – ج٣ ص ٣٣١. كما استدل الجمهور بحديث أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا ضرر ولا ضرار من ضار ضاره الله، ومن شاق شاقه الله". المستدرك – ج٢ ص ٥٧، ٥٨. ووجه الدلالة منه أن إمساك الزوج زوجته دون الإنفاق عليها من الضرر الذي نهى الشارع عنه والضرر يزال وطريق إزالته أن يطلقها القاضي إذا امتنع الزوج عن طلاقها.

(٣) سنن البيهقي – ج٧ ص ٤٧٠.

(٤) الأم – ج٥ ص ١٠٧. مغني المحتاج – ج٣ ص ٤٤٢.

(٥) الأم – ج٥ ص ١٠٨.

المقصود بالنكاح، وهو التوالد والتناسل، ولا يلزم من جواز الفرقة بالعجز عن الوطء جوازها بما هو تابع[1].

وأعيب على الحنفية اعتراضهم هذا بما عيب على الجمهور من قبل[2].

الوجه الثاني: أن النفقة في مقابل الإستمتاع بدليل أن الناشز لا نفقة لها، فإذا لم يجد ما ينفق عليها، سقط حقه في الإستمتاع بها، فوجب الخيار للزوجة[3].

واعترض على هذا الوجه بأن المرأة إذا مرضت وطال مرضها حتى تعذر على الزوج جماعها فنفقتها واجبة، ولم يمكن الفسخ، فكذلك الزوج إذا أعسر بنفقتها، فدل أن الإنفاق ليس في مقابل الإستمتاع[4].

أدلة القول الثالث: استدل بأدلة القول الأول من الكتاب وواقع الصحابة، ومن المعقول بأن الله تعالى جعل الفقر والغنى مطيتين للعباد فيفتقر الرجل حينا ويستغنى أخرى، والناس لم تزل تصيبهم الفاقة بعد اليسار، فلو كان كل من افتقر فسخت عليه امرأته لعم البلاء وتفاقم الشر، وفسخت أنكحة أكثر العالم، وأصبح بذلك الفراق بيد أكثر النساء. أضف إلى ذلك فإن الفقر ليس عارا في الشريعة الإسلامية، وإنما العار أن تتخلى الزوجة عن زوجها لأسباب مادية[5].

الترجيح:

بعد استعراض أدلة الأقوال الثلاثة والمناقشات التي وردت على بعضها وما أجيب عنها، يظهر لي أن الراجح منها هو القول الثالث، فهو وسط بين قول من يمنع التفريق لعدم الإنفاق مطلقا، وبين من يجيزه مطلقا،، ويتجنب ما أخذ عليهما.

فالزوج إذا امتنع عن الإنفاق مع قدرته عليه، ولم تقدر الزوجة على التنفيذ على ماله فالمصلحة الشرعية ونصوص الشريعة وقواعدها تقضي بإزالة الضرر الحاصل للزوجة من امتناعه، وطريق إزالته هو قبول طلب الزوجة بالتفريق بينهما، فيغنيها الله بالزواج من غيره. والحكمة ذاتها تتحقق فيما لو غرّها الرجل بنفسه فتزوجته على أنه ذو مال، والواقع أنه معدم لا

---

(١) شرح فتح القدير – ج٣ ص ٣٢٩.

(٢) حيث قاسوا الإعسار على الجب والعنة، فذكروا أنه لو وطئ الزوج زوجته ثم عنَّ عنها، فإنه لا يفرق بينهما، وهو محل اتفاق بين الحنفية ومخالفيهم، يلزم من ذلك عدم التفرقة بين من أنفق عليها مرة واحدة فأكثر ثم أعسر بنفقتها، فيلزم عدم التفريق بينهما. المحلى – ج١٠ ص ٩٦.

(٣) الأم– ج٤ ص ١٠٧. المغني- ج٩ ص٢٤٣. الكافي – ج٣ ص ٣٦٧.

(٤) الهداية – ج٢ ص ٣٢٢، شرح فتح القدير – ج٣ ص ٣٢٩.

(٥) زاد المعاد – ج٤ ص ٢١٥، ٢١٦.

شيء له.

أما التفريق لإعسار الزوج بعد يساره فلا يقبل، لأن اليسر والعسر أمران يتقلب فيهما الناس، والمال مال الله يغني به من يشاء، والقول بالفرقة - في ذلك – هو تكليف بما لا يطاق، وتهديد للرابطة الزوجية في وقت أشد ما تكون الحاجة فيه للتضامن وحفظ الود وعدم كفران العشير، كيف والآيات تدعو إلى ذلك كقوله تعالى: (ولا تنسوا الفضل بينكم)[1]، ولا شك أن المرأة الصالحة هي التي تبقى بجانب زوجها في السرّاء والضرّاء، فتشاطره في محنته كما شاطرته في سعته. كما أن التشريع الإسلامي من خصائصه أنه لا يتجاهل البناء الأخلاقي للمجتمع ويحافظ عليه[2].

المطلب الثاني

كيفية ثبوت الإعسار وعدم الإنفاق

ونبحث ذلك أولا في الفقه الإسلامي، وثانيا في دعوى التفريق لعدم الإنفاق في القانونين المصري والجزائري.

أولا: كيفية ثبوت الإعسار وعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي:

إذا ادعت الزوجة عند القاضي أن زوجها ممتنع عن الإنفاق عليها أو لم يدفع إليها نفقتها:

فعند المالكية[3]، وابن القيم من الحنابلة[4] أن القاضي بداية وقبل أن يمضي في إجراءات سماع الدعوى يأمر المدعية بإثبات الزوجية أولا[5]، فإذا أثبتتها ولو بالشهرة العامة سمعت دعواها، وإلا فلا.

ويسمع القاضي بعد إثبات الزوجية لأقوال الزوج، فإن صدقها في عدم الإنفاق نظر إن كان له مال ظاهر وأمكن الحصول على النفقة منه بأي وجه من الوجوه – دفعا للضرر عنها – ولا تطلق عليه. وإن لم يصدقها في دعواها كان القول قول الزوج مع يمينه، لأن العرف الغالب يشهد بصدقه، وتكلف الزوجة بالبينة لادعائها خلاف الظاهر[6].

وظاهر العرف هنا أنه لو لم ينفق عليها لم تقم معه، كما لو لم يدفع صداقها لها لم تسلم نفسها

---

(١) سورة البقرة- آية ٢٣٥.
(٢) د. محمد كمال الدين إمام – الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي – ص ٢٤٩.
(٣) تبصرة الحكام – ج١ ص ١٠٥.
(٤) الطرق الحكمية – ص٣٠، ٣١.
(٥) هذا ما لم يثبت تصادقهما على الزوجية.
(٦) إعلام الموقعين- ج٣ ص ٣٥١.

له، فضلا عن أن الأمارات الظاهرة تدل على صدق دعواه المبنية على العلم، والزوجة لم يكن ينزل عليها رزقها من السماء كما كان ينزل على مريم بنت عمران، ولم تكن تشاهد تخرج من منزلها تأتي بطعام أو شراب، والزوج يشاهد داخلا وخارجا إليها بأنواع الطعام، فإن أحضرت بينة تشهد لها بما تدعيه حكم لها بذلك.

أما الشافعية[١]، والحنابلة[٢] فتمسكوا بالأصل وهو عدم القبض، والقول قول المرأة بيمينها، واعتبروا الزوج مدعيا، لأنه يدعي خلاف الأصل وهو وفاء الدين الذي عليه، فلا تقبل دعواه إلا ببينة كسائر الديون[٣].

ويظهر لي أن الراجح من القولين هو قول الزوج لتكذيب القرائن الظاهرة لها، والتي تفيد علما أقوى من النظر الحاصل باستصحاب الأصل، ولا يسوغ تقديم ظن الاستصحاب على هذا العلم الذي يقرب من اليقين أو يكاد[٤].

هذا فيما إذا كان خلاف الزوجين بعد الدخول، أما إذا اختلفا قبل الدخول، فالقول قول الزوجة المنكرة بالإتفاق[٥].

وجميع ما ذكر إذا لم يدفع الزوج دعوى زوجته بإعساره، أما إذا ادعى العسر ولم يكن له مال ظاهر فيختلف حكم المسألة عمّا سبق، فإن صدقت الزوجة زوجها في دعواه الإعسار - باتفاق المذاهب الثلاثة – حكم له به، وهل يمهل من ثم مدة معقولة يسعى فيها لتحصيل الرزق مع مراعاة حال الزوجة ومقدار صبرها عند تحديد هذه المهلة، أم يفرق بينهما في الحين[٦].

---

(١) الحاوي – ج١١ ص ٤٤٧.

(٢) الكافي – ج٣ – ص ٣٧٢.

(٣) هذه من جملة المسائل التي يتعارض فيها الأصل والظاهر، وأيهما يقدم على الآخر، فقدّم المالكية ومعهم ابن القيم الظاهر القوي على الأصل، في حين استصحب الشافعية والحنابلة الأصل في الدعوى.

(٤) جاء في قواعد الأحكام في مصالح الأنام- فصل في بيان تعارض أصل وظاهر- ما نصه: "والفرق بين النفقة وسائر الديون أن العادة الغالبة مثيرة للظن بصدق الزوج بخلاف الإستصحاب في الديون فإنه لا معارض له، ولو حصل له معارض كالشاهد واليمين لأسقطناه، مع أن الظن المستفاد من الشاهد واليمين أضعف من الظن المستفاد من العادة المطردة في إنفاق الأزواج على نسائهم مع المخالطة الدائمة، نعم لو اختلفا في نفقة يوم أو يومين لم يبعد ما قاله الشافعي– رحمه الله ". ج٢ ص ٥٤، ٥٥.

(٥) شرح الخرشي- ج٣ ص ٣٣٧. مواهب الجليل– ج٤ ص ١٩٥. البهجة في شرح التحفة – ج١ ص ٣٩٧. الحاوي – ج ١١ ص ٤٤٧.

(٦) إذا ثبت الإعسار لدى القاضي فهل يقع الطلاق بمجرد ثبوته عنده أم يمهل الزوج مدة يظن أنه يجد فيها ما ينفقه على زوجته ؟

اختلف الفقهاء في هذه المسألة ففيهم من أوجب التفريق بمجرد ثبوت الإعسار، ومنهم من قال بتأجيل الزوج مدة لعله يجد ما ينفقه على زوجته حفظا للأسرة من الشقاق والتفريق، مع اختلاف أصحاب هذا القول في مقدار =

أما إن لم تصدقه في دعواه وقالت أنه ملـيء طلب منـه البينـة، فـإن شـهدت البينـة لقولـه أكدها بيمينه وتبطل بذلك دعوى الزوجة، وهو مذهب المالكية واختاره الشوكاني[1].

وإنما جعل مدعيا بخلاف الحالة السابقة، لأنه إنما ادعى الإعسار لإسقاط حق النفقة الواجبة عليه، فلا يقبل قوله إلا ببينة، وإن كان الظاهر هو عدم الغنى، فتجرد بذلك قوله عن أمر يصدقه، وكان أضعف المتداعيين أمرا في الدلالة على الصدق، وإن لم يحضر بينة على ادعائه الإعسار أمر القاضي بالإنفاق أو الطلاق دون إنظار، فإن لم يفعل واحدا منهما قام القاضي مقامه وطلق عليه[2].

= المدة التي يمهل فيها الزوج، هل هي خاضعة لتقدير القاضي حسب ما يراه مناسبا، أم أنها محددة في الشرع لا يجوز تجاوزها؟

- **مذهب المالكية:** أنه ليس للقاضي أن يفرق بين الزوجين بمجرد ثبوت الإعسار بالنفقة، وإنما يؤجل له ما يراه مناسبا، والتوقيت في هذا خطأ، وإنما ذلك مرجعه اجتهاد القاضي وفق ما يراه من حاجة المرأة وصبرها، وتختلف هذه المدة بين من يرجى له الكسب، وبين من لا يرجى له ذلك، فيزداد للأول دون الثاني، وإذا مرض الزوج في فترة التلوم أو سجن بعد إثبات العسر، لم يحسب له ذلك من المدة، إذا رجي برؤه من المرض أو خلاصه من السجن عن قرب، وإلا طلق عليه.

- **مذهب الشافعية:** الأظهر منه أن القاضي يؤجل الزوج المعسر ثلاثة أيام ويفسخ في اليوم الرابع إذا لم ينفق عليها، وليس للقاضي أن يزيد في هذه المدة، وإنما قدر بتلك المدة لأنها قريبة يتوقع فيها القدرة بقرض أو غيره.

- **مذهب الحنابلة:** إذا ثبت الإعسار عند القاضي طلق على الزوج في الحين، وليس له تأجيله إلا إذا طلبت الزوجة ذلك لأنه كخيار العيب، وبعدم ورود شيء عن الإنظار في الشرع.

ولعل الأقرب والأنسب – والله أعلم - هو قول المالكية، حيث أعطوا المرأة حق طلب الفرقة ورعوا في ذلك ظروف الزوج، فلعل ظروفا قاهرة هي التي جعلته يؤول إلى ما هو عليه من الفقر والعوز، وهو أمر عارض، فمن المناسب أن يمهل مدة كافية يسعى خلالها لطلب الرزق، وتزول عنه الظروف التي يعيشها، وهي مدة تطول أو تقصر، بحسب ما يرجى من الرجل في الكسب أو عدمه، ويراعى فيها حال الزوجة وصبرها على ذلك. وهو رأي وسط بين مذهب الأحناف الذين منعوا الفسخ مطلقا، وبين الشافعية والحنابلة الذين عجلوا حق الفسخ للمرأة بإنظار لثلاثة أيام فقط، ومن غير إنظار.

أما موقف قوانين الأحوال الشخصية فقد أخذت جميعها بقول المالكية، مع اختلاف بينها في مدة الإمهال للزوج، حيث حددها القانون المصري (م٤) بألا تتجاوز شهر واحد، و إلا طلق عليه. والقانون التونسي (م٣٩)، والقانون العراقي (م٤٣) بشهرين، في حين حددتها قوانين أخرى بثلاثة أشهر كالقانون السوري (م٢/١١٠)،والقانون الكويتي (م٢/١٢)، والقانون الأردني (م ١٢٧). يراجع في هذه المسألة: حاشية الدسوقي– ج٢ ص ٥١٩. الشرح الصغير– ج٢ ص ٧٤٥. شرح الخرشي- ج٣ ص ٣٣٧. شرح الزرقاني على المختصر- ج٤ ص ٢٥٦. روضة الطالبين– ج٦ ص ٤٨٢. نهاية المحتاج – ج٧ ص ٢١٧. المغني- ج٩ ص ٢٤٤، كشاف القناع – ج٥ ص ٣٩٠.

(١) السيل الجرار – ج٢ ص ٣٢١ . ومراجع المالكية السابقة.

(٢) شرح الخرشي– ج٣ ص ٣٣٧، وجاء فيه: "إن الزوج إذا عجز عن نفقة زوجته أو عن كسوتها، ورفعت أمرها إلى الحاكم وشكت ضرر ذلك، وأثبتت الزوجية ولو بالشهرة، أو كانا طارئين، فإن الحاكم يأمر زوجها إذا لم يثبت عسره بالنفقة والكسوة أو الطلاق، فإذا أنفق وكسا فلا كلام، وإن أبى من ذلك ومن الطلاق أيضا وادعى العسر، أو أثبته بالبينة والحلف، فإن الحاكم يطلق عليه بعد التلوم باجتهاده على المشهور، وسواء كان الزوج يرتجى له شيء أم لا".

وهذا ما لم يثبت الزوج علم زوجته بإعساره حال العقد، ويثبت ذلك ببينة تشهد لقوله يؤكدها بيمينه، أو بإقرار الزوجة بذلك(١).

هذا في حال حضور الزوج، أما إن كان غائبا، فتعتبر الزوجة مدعية تمسكا بالظاهر، ولأنه لا تقام الدعوى على الغائب إلا ببينة، فحتى تثبت عدم إنفاقه عليها أو أنه ما ترك لها ما تحتاجه في فترة غيابه فعليها :

- إثبات الزوجية أولا، ثم إثبات غيبة الزوجة بالشهادة ونحوها كمراسلاته لها، على أن تشهد هذه البينة أنه ما ترك لها ما تنفقه في فترة غيابه.
- بيمينها لتأكيد شهادة الشهود على غياب زوجها، إلا أنها لا تحلف إلا بعد إنظار القاضي له المدة التي ترجى أن يعود فيها، أو يبعث لها ما تحتاجه، فإن قدم في الأجل بقي مع زوجته(٢).

---

(١) وهل إذا علمت المرأة وقت العقد أن زوجها معسر وسكتت، أو رضيت بالمقام معه على تلك الحال، فهل لها أن تطلب الفرقة منه لهذا العذر، أم أن علمها بإعساره في البداية مسقط لحقها في طلب الفرقة؟
اختلف الفقهاء الذين قالوا بجواز التفريق لعدم الإنفاق في هذه المسألة على قولين:
القول الأول: وهو مذهب المالكية ورواية للحنابلة اختارها ابن القيم أن علم المرأة بفقر زوجها وعجزه عن النفقة مسقط لحقها في طلب التفريق، ووجه ذلك أنها راضية بعيبة كما لو تزوجته عنينا عالمة بعنته، فأقدمت على العقد عالمة به، فلا تمكن من مفارقته، ومثلوا لذلك بالمشتري للسلعة وهو يعلم عيبا بها فلا رد له به، واستثنى المالكية من ذلك ما إذا كان زوجها فقيرا من الطائفين على الأبواب ومن أهل السؤال واشتهر بذلك، ودخلت عليه وبعد الدخول بها تركه، فإنه يثبت لها حق الفسخ.
القول الثاني: وهو مذهب الشافعية والحنابلة وهو أن حق الخيار ثابت للزوجة مطلقا، سواء علمت بفقرة حين العقد وسكتت، أم رضيت بالمقام معه مع عسرته، أو ترك إنفاقه بعد الدخول زمنا، أو شرط عليها ألا ينفق عليها، ثم ظهر لها الفسخ وطلبته فلها ذلك. ووجه قول هذا الفريق أن وجوب النفقة يتجدد في كل يوم، فيتجدد لها معه حق الفسخ، ولا يصح إسقاط حقها فيما لم يجب لها، كإسقاط حق الشفعة قبل البيع، كما أن الضرر متجدد ولا أثر لقولها: رضيت بإعساره أو سكوتها، لأنه وعد لا يلزم الوفاء به.
مواهب الجليل – ج٤ ص ١٩٦. المنتقي شرح الموطأ– ج٤ ص ١٣٢. الشرح الكبير- ج٢ ص ٤٩٧. مغني المحتاج – ج٣ ص ٤٤٥. روضة الطالبين– ج٦ ص ٤٨٥. نهاية المحتاج– ج٧ ص ٢١٦. المغني– ج٩ ص ٢٤٨. المبدع– ج٨ ص ٢٠٨. الإنصاف– ج٩ ص ٣٨٥. زاد المعاد – ج٤ ص ٢١٥.
وبقول المالكية أخذ القانون الجزائري في الفقرة (١) من المادة ٥٣، والمجلة التونسية في المادة (٣٩).
والذي يظهر لي بعد استعراض القولين السابقين أن مذهب الشافعية والحنابلة هو الأولى بالإعتبار، ذلك أن اقتران المرأة بالرجل مع علمها بفقره وعجزه عن النفقة ليس دليلا على رضاها المطلق بعيبه، والبقاء معه لا يدل بحال على ما ذكر، بل قد يكون ذلك مروءة من المرأة تارة، أو صبرا عليه توقعا ليساره تارة أخرى، ومن ثم فلا يلزم حرمانها من حقها في رفع الظلم عن نفسها وتحميلها أكثر مما احتملته إذا طال الحال عليها. والله أعلم.

(٢) مواهب الجليل-ج٤ ص١٩٦، وجاء فيه: "فلابد أن تثبت الزوجية، وأنه دخل بها أو دعي إلى الدخول، وتثبت =

أما إن تنازعا بعد قدومه من سفره في إرسال النفقة، فقال الزوج أرسلتها لك أو تركتها لك قبل سفري، فلم تصدقه على ذلك ولا بينة له فالقول قولها بيمين إن رفعت دعواها للحاكم[1].

أما إن رفعت أمرها لجيران مع وجود الحاكم العدل، فالقول قول الزوج بيمينه، ولا يقبل قولها مطلقا إلا ببينة، كالزوج الحاضر يدعي الإنفاق عليها وهي تدعي عدمه[2].

أما الشافعية[3] والحنابلة[4] فاعتبروا أن القول للزوج بيمينه وبنوا ذلك على الأصل، وهو عدم اليسار، سواء كان مقيما معها أو غائبا عنها، والمرأة تدعي غنى عارضا فلا يقبل إلا بالبينة، أو بإقرار الزوج، أو بالعلم الشخصي للقاضي عند من يقول به من الشافعية. ويعمل القاضي بالقرائن الدالة على حال الزوج أثناء رفع الدعوى عليه، فإذا عرف له مالا قبل ذلك فالقول قول المرأة مع يمينها، لأن الأصل بقاء المال، أما إن لم يعرف له فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل عدمه.

ويظهر لي ترجيح قول الشافعية والحنابلة بتصديق الزوج في ادعائه العسرة، سيما إذا كانت طارئة، فلا يقبل قول الزوجة في نفي ذلك إلا ببينة[5].

= الغيبة بحيث لا يعلم موضعه أو علم ولم يمكن الإعذار إليه فيه... ولابد أن تشهد لها البينة بأنها لا تعلم أن الزوج ترك لها نفقة و لا كسوة.. ولا بعث إليها بشيء وصل إليها - في علمهم – إلى هذا الحين، ثم يحلفها عما شهدت لها البينة، وحينئذ إن دعت إلى الطلاق طلقها، وأباح لها التطليق". وقال ابن حبيب القرطبي- مؤلف كتاب الواضحة أحد الكتب الجامعة في المذهب- أنه: "تحلف المرأة ما ترك عندها ولا أرسل إليها شيئا وصل إليها ولا وضعت عنه نفقتها". شرح ميارة على التحفة- ج١ ص٧٤٨. القوانين الفقهية- ص ٢٢٧.

وللقاضي أن يأذن لها في الإنفاق على نفسها والرجوع على زوجها بذلك، ولها النفقة من يوم الرفع لا من يوم السفر، فإذا فرضنا أنه سافر في أول السنة وحصل الرفع في نصفها، فلها النفقة من يوم الرفع، وأما النصف الأول فالقول قول الزوج مع يمينه. حاشية الصاوي- ج٢ ص٧٤٨.القوانين الفقهية- نفس الموضع.

(١) اتفقت المذاهب الثلاثة المالكية والشافعية والحنابلة أن التفريق لا يصح إلا عند الحاكم أو ينوبه كالقاضي، فإذا رفعت الزوجة أمرها للقاضي وأثبتت عنده الزوجية، وعلم بعسر الزوج طلقها عليه، أو يأمر بإيقاعه ثم يحكم به، هذا إذا وجد الحاكم العدل وأمكن الرفع إليه. أما عند الضرورة فمذهب المالكية أنه إذا تعذر عليها الرفع إلى الحاكم كأن لم يوجد أو صعب الوصول إليه، أو كان غير عدل فلا مانع عندئذ أن ترفع أمرها لجماعة المسلمين العدول. ووافقهم في ذلك الشافعية، إذ جعلوا الرفع إلى القاضي شرط لصحة التفريق، لأنه محل اجتهاد، أما إذا لم تجد قاضيا ولا محكما بمحلها، أو عجزت عن الرفع إليه استقلت بالفسخ وينفذ ظاهرا وباطنا. أما الحنابلة فيفهم من ظاهر كلامهم عدم جواز الفسخ إلا بحكم الحاكم سواء في حالة الضرورة أو في غيرها، ووجه قولهم أنه فسخ مختلف فيه، فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة. المراجع السابقة وأيضا: حاشية الدسوقي– ج٢ ص ٥١٩. الشرح الصغير– ج٢ ص ٧٤٨. مغني المحتاج– ج٣ ص ٤٤٤. نهاية المحتاج– ج٧ ص ٢١٦. المبدع– ج ٨ ص ٢١٢. المغني– ج٩ ص٢٤٧. الكافي- ج ٣ ص ٣٧٠.

(٢) الشرح الصغير. حاشية الصاوي. القوانين الفقهية – نفس المواضع.

(٣) روضة الطالبين– ج٢ ص ٤٨٨. الحاوي- ج١١ ص ٤٤٧. نهاية المحتاج – ج٧ ص ٢٠٥. مغني المحتاج – ج٣ ص ٤٤٤.

(٤) الكافي – ج٣ ص ٣٧٢.

(٥) ومقصود الزوجة من إثبات إعسار زوجها هو إما الحكم لها بالتفريق بعد طلبه، وإما لإلزامه بنفقة اليسار التي=

ثانيا: الإثبات في دعوى التفريق لعدم الإنفاق في القانونين المصري والجزائري:

بالنسبة للقانون المصري فالملاحظ من خلال نص المادة ٤ أنه متى رفعت الزوجة دعواها بطلب التفريق لعدم الإنفاق وكان الزوج حاضرا، فينظر أولا في ثبوت مسألة الإنفاق من عدمها.

١- حيث يسأل القاضي الزوج عن دعواها، فإن أقر بعدم الإنفاق حكم القاضي بذلك.

٢- ينكر الزوج ذلك، فتكلف الزوجة إقامة البينة فإن أقامتها قضى لها بعدم الإنفاق، وإن لم تقمها حلف الزوج وسقط حق الزوجة في طلب التفريق.

٣- أما إذا نكل الزوج عن حلف اليمين الموجهة إليه فيقضي عليه بالنكول، ويثبت بذلك عدم إنفاقه على الزوجة.

٤- ومتى ثبت عدم الإنفاق بالوسائل المذكورة:الإقرار، البينة، النكول عن اليمين، فينظر:

- إن كان للزوج مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله.
- أما إن لم يكن له مال ظاهر ولم يدع العسر أو اليسر، ولكنه أصر على عدم الإنفاق طلق عليه القاضي في الحال، أما إذا أثبته أمهله القاضي مدة لا تزيد على شهر، فإن لم ينفق طلق عليه بعد ذلك.

والملاحظ على مسلك القانون أنه أخذ برأي المالكية في الادعاء بالنفقة فاعتبر الزوجة مدعية ولا يحكم بامتناع الزوج عن الإنفاق إلا بحجة شرعية، هذا من جهة. ومن جهة أخرى سلك مسلك المالكية أيضا في ادعاء الزوج للعسرة – متى ثبت عدم الإنفاق- وإنكارها من طرف الزوجة، فحمّل الزوج عبء إثباتها هذا بالرغم من أن الأصل – وهو عدم اليسار – يشهد له، وذلك سدا للطريق أمام الزوج في إسقاط النفقة الواجبة عليه.

أما إذا كان الزوج غائبا، فزيادة على إثبات الزوجة غيبته، يجب أن تحلف على أنه لم يترك لها نفقة وليس له مال ظاهر، أما إن كان له مال ظاهر نفذ الحكم عليه بالنفقة في ماله، وإن لم يكن له مال ظاهر أعذر عليه القاضي بالطريق المعروفة وضرب له أجلا، فإن لم يرسل ما تنفقه منه زوجته على نفسها، أو أن يحضر للإنفاق عليها طلق عليه القاضي بعد مضي الأجل. هذا إن كانت غيبته قريبة، أما إن كانت بعيدة لا يسهل الوصول إليه، أو كان مجهول المحل وثبت أنه لا مال تنفق منه الزوجة طلق عليه القاضي.

أما بالنسبة لموقف قانون الأسرة الجزائري فقد أخذ برأي الجمهور في جواز التفريق لعدم

= تدعيها وسيأتي بيان ذلك في الإثبات في دعوى الخلوة والوطء ودعوى نفقة الزوجية في الباب الثالث.

الإنفاق، حيث جاء في المادة ٥٣ في فقرتها الأولى ما نصه: " يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد ٧٨، ٧٩، ٨٠ من هذا القانون"[١].

ويتضح من خلال النص أن شروط التطليق لعدم الإنفاق هي:

١- عدم إنفاق الزوج سواء بسبب إعساره، أو تعمده لعدم الإنفاق.

٢- أن تكون الزوجة قد رفعت دعواها من قبل للمطالبة بالنفقة، وصدور حكم يلزمه بذلك، ولكنه امتنع عن تنفيذه، وأصر على عدم الإنفاق[٢].

٣- ألا تكون الزوجة عالمة بإعساره وفقره وقت الزواج، فإن كانت عالمة بحاله وسكتت عنه إلى ما بعد الدخول، سقط حقها في طلب التطليق لعدم الإنفاق بسبب رضاها المتقدم بحاله، وهو مذهب المالكية وقول ابن القيم من الحنابلة كما ذكرنا آنفا[٣].

ويقع عبء إثبات علم الزوجة بحال الزوج على عاتقه بطرق الإثبات المقررة، ولو تمكن من ذلك، فللزوجة دفع تلك البينة ببينة أخرى تثبت تغرير الزوج بها أثناء عقد الزواج، كأن تظاهر بغناه والحال أنه معدم.

يفهم من النص السابق أنه لا يجاب للزوجة في طلبها التطليق إلا بعد أن ترفع دعوى أولى تطالب من خلالها الزوج بالنفقة وتقديمها ما يثبت ذلك في حالة إنكاره أو إقراره بالمدعى به عليه، وبعد استصدار الزوجة لحكم من المحكمة بوجوب النفقة، وامتنع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم مدة تتجاوز شهرين[٤]، يحق لها بعد ذلك أن ترفع دعوى مستقلة لطلب التفريق، وهو ما يعني اعتبار

---

(١) وتتعلق هذه المواد بمشمولات النفقة، وتقديرها، وتاريخ استحقاقها.

(٢) م.ع - غ.أ.ش- قرار رقم ١١٨٤٧٥ بتاريخ ١٩٩٥/٥/٢- نشرة القضاء- العدد ٤٩- ص ٢٤١.

(٣) ولا يفوتنا التنبيه إلى مسألة مهمة لم يشر إليها النص أعلاه، حيث أشرنا فيما سبق أن الزوج إذا لم يكن له مال ظاهر وادعى الإعسار، ولم يثبته، أو لم يقل أنه موسر، أو معسر، ولكنه أصر على عدم الإنفاق، فذكرنا أن للمالكية قولان، أحدها أن له أن يطلقها في الحين، والآخر له أن يؤجل مدة يسجن فيها لعله يعود للإنفاق، فالنص جاء خلوا عن بيان موقفه من هذه المسألة وما يتعلق بكل حالة من أحكام، فيما إذا كان الزوج موسرا وامتنع عن الإنفاق، أو لم يكن له مال ظاهر، ولم يمكن التحقق من يساره أو إعساره، أو ادعى الإعسار ولم يثبته، وهو ما يقتضي الرجوع إلى أحكام الفقه المالكي لتكملة النص باعتبار مصدر التشريع في هذه المسألة، ففي المسألة قولان مشهوران في المذهب، وهو ما يتطلب الموقف القانوني من ذلك وبيان الفروق الموجودة، سدا للفراغ، وتوحيدا للقضاء، ودرءا للتعارض والخلاف. وفي مقابل هذا الفراغ فقد نصت قوانين الأحوال الشخصية العربية على ذلك وأخذت بالقول الأول للمالكية، مثل: المدونة المغربية (م٥٣)،القانون المصري (م٤)، القانون الأردني (م١٢٧)،القانون الكويتي(م١٢٠)،القانون السوري (م١١٠).

(٤) لم يرد ذكر هذه المسألة في قانون الأسرة الذي جاء خلوا عن بيان مدة تلوم القاضي للزوج، وإنما جرى القضاء

الحكم القضائي الممتنع تنفيذه من طرف الزوج بمثابة قاعدة إثبات موضوعية، تعفي من تقررت لمصلحته وهو الزوجة عن الإثبات، فينتقل بذلك عبء الإثبات إلى الطرف الآخر.

إن هذا الإجراء الذي انفرد به القانون الجزائري كشرط للحكم للزوجة بطلب التفريق، يتعارض مع المبدأ العام لدعوى التطليق لعدم الإنفاق، وهو رفع الضرر الواقع على الزوجة من جراء امتناع الزوج عن الإنفاق قصدا أو لإعساره، حيث تتحمل الزوجة عبء إثبات عدم إنفاق زوجها عليها، ثم تستصدر حكما قضائيا تلزم الزوج فيه بالإنفاق، ثم تنتظر مهلة شهرين يتأكد فيها امتناع الزوج عن التنفيذ.. [1]، والشروع بعد ذلك في رفع دعوى جديدة للمطالبة بالتفريق، وما تستوجبه كل مرحلة من إجراءات قضائية وإدارية مرهقة، ولعلّ الإطلاع على الدعاوى المرفوعة - في هذا الشأن- أمام القضاء تكشف عن درجة حيف هذا الإجراء القانوني[2].

وإذا كانت مقتضيات العدل تقتضي أن تقدر النفقة بحال الزوجين يسارا وإعسارا، وأخذ ظروف الزوج بعين الإعتبار، فإنها تقتضي أيضا عدم إثقال عبء الزوجة بإجراءات قضائية طويلة ومعقدة.

على العمل بها توافقا مع نص المادة ٣٣١ من قانون العقوبات المتعلق بجريمة الامتناع عن النفقة، حيث تقضي هذه المادة أن "كل من امتنع عمدا ولمدة تتجاوز شهرين عن تقديم المبالغ المقررة قضاء لإعالة أسرته، وعن أداء النفقة الشرعية يعاقب بالحبس من ٦ أشهر إلى ٣ سنوات أو بغرامة من ٥٠٠ إلى ٥٠٠٠ دينار".

(١) ومن ذلك ما جاء في إحدى دعاوى نفقة الزوجية، حيث طالبت الزوجة بنفقة إهمال قدرها ٦٠٠ دينار جزائري شهريا، ورفضت المحكمة الحكم لها بهذا المبلغ، وقضت لها بنصفه أي ٣٠٠ دينار، معللة ذلك في حيثياتها بأن الزوجة قد بالغت في المبالغ التي طالبت بها، وهو ما يقتضي تقديرها تقديرا يتلاءم وظروف الطرفين. حكم محكمة وهران الابتدائية بتاريخ ١٩٨٩/٦/١٢- قضية رقم ٨٨/٠٧٨٢. مشار إليه في: جمعي ليلى- التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري- رسالة ماجستير-جامعة وهران -٢٠٠١- ص١٤٣.

مع الإشارة إلى أن الدعوى تم رفعها في شهر جويلية ١٩٨٨، ولم يصدر الحكم قبلها إلا في شهر جوان ١٩٨٩، فدامت بذلك عملية التقاضي قرابة السنة، زيادة ما تكفله هذه المدة من جهد ومال لا يقارن بمبلغ النفقة المحكوم بها للزوجة.

(٢) وفي توجيه لمسلك القانون ذكرت المحكمة العليا في بعض أحكامها أن ذلك تقرير لما نص عليه أحد فقهاء المالكية، وهو ابن عاصم بقوله: إن عجز الزوج عن إنفاق لأجل شهرين ذو استحقاق بعدهما الطلاق لا من فعله، وعاجز عن كسوة مثله، والقضاء بما يخالف أحكام هذه المبادئ يعد خرقا لقواعد فقهية مستمدة من الشريعة الإسلامية. قرار رقم ٣٤٧٩١ بتاريخ ٨٤/١١/١٩- م.ق- عدد ٣- سنة ١٩٨٩.

وهذا بلاشك حمل لكلام الفقيه المالكي على غير المقصود منه، ذلك أن التوجيه الصحيح لما ذكره ابن عاصم المالكي أن لا يطلق على الزوج في الحين، وإنما يؤجل وينظر مدة حددها البعض بشهرين، والصحيح في المذهب أن لا توقيت في ذلك، وإنما يترك لتقدير القاضي حسب كل قضية وظروف كل زوج، فإن انتهى الأجل ولم يلتزم بالإنفاق فرق القاضي بين الزوجين، ولا يحكم بذلك إلا إذا كانت النفقة مستحقة للزوجة بأن كانت غير ناشز، وغير ذلك من شروط وجوب النفقة. وفي ضوء ذلك ينبغي أن يفهم الفقه المالكي.

وزيادة على ما ذكر من مآخذ على النص القانوني فإن ما اشترط فيه من إجراءات للإثبات ليس لها أثر كبير في الواقع، إذ لا يمكن تصور أن الزوج الذي امتنع عن النفقة سوف يلتزم بحكم المحكمة سواء كان امتناعه عن قصد الإضرار بها، أو لعسر أصابه، ففي كلا الحالتين فإن حكم القاضي بإلزام الزوج بالنفقة على زوجته لن يغير من وضعيتها شيئاً، فالزوج إن كان متعمداً في عدم الإنفاق، فلن يزيده رفع الزوجة لمثل هذه الدعوى إلا تعنتاً وإصراراً على موقفه، أما إن كان معسراً حقاً فإلزامه بالنفقة لا جدوى منه ما دام الإعسار قائماً[1].

ونخلص مما تقدم إلى الدعوة للإكتفاء بدعوى واحدة تقدم فيها الزوجة ما يثبت ادعائها من الحجج الشرعية بعدم الإنفاق، والإكتفاء بما قرره الفقه الإسلامي في التحقق من ذلك.

(١) فاشتراط ذلك الحكم الإجرائي في المادة ١/٥٣ هو تأثر قانون الأسرة بالنص الجزائي رقم ٣٣٣ من قانون العقوبات والمتعلق بجريمة الامتناع عن النفقة، بحيث تطلب لإثبات هذه الجريمة وجوب إصدار حكم بالنفقة وامتناع الزوج عن تنفيذ هذا الحكم، فالإمتناع إذا قرينة على توافر القصد الجنائي للجريمة، إذ يفترض أن عدم الدفع عمدي ما لم يثبت العكس والقصد الجنائي ضروري لقيام الجريمة، لأن انتفاءه يعني انتفاء الركن المعنوي، وبالتالي انتفاء الجريمة، لذلك كان لابد من اشتراط صدور حكم بوجوب النفقة وامتناع الزوج عن تنفيذه له كمسوغ للحكم عليه بجريمة الإهمال العائلي وعدم النفقة، ومثل هذا الشرط ليس له ما يبرره للتطليق بعدم الإنفاق، لأن مناط الحكم به هو دفع الضرر عن الزوجة ما أمكن، وسواء كان عدم الإنفاق عمديا أ نتيجة للإعسار، وبذلك يظهر الفرق جليا بين اشتراط صدور الحكم بوجوب النفقة في الجانب الجزائي وعدم اشتراطه في دعوى التطليق. د. بلحاج العربي– المرجع السابق- ص ٢٧٨. جمعى ليلى – المرجع السابق- ص ١٤٥، ١٤٦.

المبحث الثاني

الإثبات في دعوى التفريق للعيوب

إن الأساس في تكوين الأسرة وبقائها هو المودة والرحمة وإحصان الزوجين، والمحافظة على الأنساب، ومبعث ذلك هو الشعور الذي يجعله الله تعالى في قلبي الزوجين بالسكن لبعضهما البعض، وقد يحدث ما يعكر صفو هذه العشرة فتفقد معه معاني الألفة، كأن يفاجأ أحد الزوجين عند أول لقائه بصاحبه أن به علة أو عيبا، أو طرأ ذلك عليه بعد فترة من العشرة، ويكون هذا العيب منفرا ومضرا بالطرف السليم، أو مانعا من تحقيق المقصد الشرعي الهام للزواج من استمتاع أحد الزوجين بالآخر وإنجاب النسل، وقد يطول هذا العيب، أو يصعب شفاؤه، أو يستحيل.

ولنا أن نتساءل إذا وجد أحد الزوجين بصاحبه عيبا من العيوب وادعى بذلك أمام القضاء لطلب الفرقة، فما هي الحجج الشرعية المطلوبة للقضاء له بما ادعاه؟ وما الحكم فيما إذا كانت هذه العيوب في المرأة أو الرجل؟ وكيف راعى الفقه الإسلامي هذه المسألة وما يكفل لها من أحكام خاصة في الإثبات؟ وكيف عالجت قوانين الأحوال الشخصية إثبات العيوب في نصوصها؟

وقبل الخوض في غمار التساؤلات السابقة وغيرها وجب بداية البحث في أصل المسألة - لأن الحكم على الشيء فرع عن تصوره – وهو حكم التفريق القضائي بين الزوجين للعيوب، ومدى مشروعية ذلك، وهل يعطي الشرع للصحيح من الزوجين حق الخيار في طلب الفرقة ليدفع عن نفسه الضرر اللاحق به من جراء معاشرته للمريض، أم يمنعه من ذلك ويتركه يشاطر المريض في آلامه ويواسيه فيها؟

وقسمنا البحث في مواد هذا البحث إلى ثلاثة مطالب على النحو الآتي:

المطلب الأول: ماهية العيب وحكم التفريق به.

المطلب الثاني: العيوب المعتبرة للتفريق حكمها وشروط تحققها.

المطلب الثالث: وسائل إثبات العيوب.

المطلب الأول

ماهية العيب وحكم التفريق به

العيب لفظ عام وجامع لكل أصناف العيوب، فينضوي تحته عيوب الأشخاص الحسية، وعيوب الأشياء الداخلة في إطار المعاملات، وغيرها. والذي يهمنا منها هو عيوب الأشخاص التي لها تأثير على العلاقة الزوجية، وهي المقصودة في بحثنا.

أولا: تعريف العيب اصطلاحا[1]: لم يرد عن الفقهاء تعريفا مستقلا ومحددا للعيب بمعناه الخاص في النكاح، والذي يمكن اعتباره سببا موجبا للفرقة، وإنما ذكروا أنواع العيوب ووضعوا ضوابطا وحدودا أجازوا التفريق فيها، نذكرها باختصار شديد، وعلى ضوئها نستنير في الوصول إلى تعريف منضبط للعيب في النكاح.

فعند الحنفية العيب المجيز للتفريق هو ما يكون مانعا من الوطء حسا، وما لا يمكن للزوجة المقام معه إلا بضرر كبير بأن كان معيبا أو منفرا[2].

وعند المالكية: العيب الموجب للخيار هو ما منع من الوطء حسا أو طبعا، أو أدى إلى كسر ثورة التوقان وكمال اللذة[3].

وعند الشافعية هو ما منع الوطء حسا أو طبعا في كل من الرجل والمرأة[4].

وعند الحنابلة: هو ما منع الوطء، وما كان منفرا وتخشى معه العدوى والضرر[5].

ويمكن - في ضوء ما سبق - تعريف العيب في الزواج بأنه النقص أو القصور الظاهر أو الباطن في جسم الشخص أو عقله، والذي يؤدي إلى المنع من الوطء حسا أو طبعا، أو يخشى منه وقوع الضرر والأذى على النفس، ولا يمكن زواله أو أن زواله يكون بعد مدة طويلة أو بمشقة شديدة.

ثانيا: حكم التفريق بين الزوجين للعيوب:

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: عدم جواز التفريق بالعيب مطلقا، مهما كان العيب على الطرف الآخر، ذهب إلى هذا من الصحابة علي بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله عنهما، وهو مذهب الظاهرية، واختيار الشوكاني [6].

---

(١) أنظر تعريف العيب لغة: لسان العرب – ج٤ ص ٣١٨٣، ٣١٨٤. القاموس المحيط – ج١ ص ١٠٩. المصباح المنير– ص ٤٣٩ – موسوعة الكويت الفقهية – ج ٢٩ ص ٨١.

(٢) بدائع الصنائع – ج٣ ص ١٥٣٨.

(٣) شرح الخرشي وبهامشه حاشية العدوى – ج٣ ص ٢٢٦.

(٤) الحاوي – ج٩ ص ٣٣٨.مغني المحتاج – ج٣ ص ٢٠٢.

(٥) الكافي – ج٣ ص ٦٠. الإنصاف – ج٨ ص ١٩٥، ١٩٩.

(٦) المحلى – ج١٠ ص١٠٩،٥٨. واستثنى ابن حزم من منعه التفريق بالعيوب ما إذا اشترط أحد الزوجين السلامة منها أثناء العقد، فتبين له خلاف ما اشترط. نيل الأوطار– ج٦ ص ٢٢١،

القول الثاني: جواز التفريق للزوجة فقط بعيوب زوجها، وهو مذهب الحنفية[١].

القول الثالث: جواز التفريق بالعيب لكل من الزوجين، وهو مذهب جمهور الصحابة رضي الله عنهم، وجمهور الفقهاء من المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول: استدل أصحابه على عدم جواز التفريق بالعيب بالكتاب والسنة والآثار.

١- الكتاب: قوله تعالى: (فيتعلمون منهما ما يفرقون به بين المرء وزوجه)[٥].

وجه الدلالة: أن النكاح متى صح الخروج منه لا يكون إلا بالطلاق أو الموت، فمن فرّق بينهما بغير ذلك فقد دخل في زمرة الذين ذمهم الله تعالى في الآية[٦].

٢- السنة: ما رواه الزهري عن عروة بن الزبير أن عائشة رضي الله عنها أخبرته أن رفاعَة القُرَظِيِّ طلق امرأته، فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير، فجاءت إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إنها كانت تحت رفاعة فطلقها آخر ثلاث تطليقات فتزوجت بعبد الرحمن بن الزبير وأنه والله ما معه إلا مثل هذه الهُدْبَةِ، وأخذت بهُدبَة من جلبابها، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: لعلك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك[٧].

وجه الدلالة: أن المرأة شكت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ضعف زوجها وعدم قدرته الوصول إليها، وشبّهت عضوه بهدبة الثوب، وهي تريد مفارقته، ومع ذلك لم يثبت لها رسول الله صلى الله عليه وسلم خيار التفريق لها ولم يضرب له أجلا[٨].

---

(١) بدائع الصنائع – ج٣ ص ١٥٣٧. المبسوط – ج٥ ص ٩٥.

(٢) المدونة- ج ٤ ص ٢١١. الشرح الصغير– ج ٣ ص٢٥٧. شرح الخرشي– ج ٢ ص٧٣٠. عيون المجالس- ج ٣ ص١١٢٤.

(٣) مغني المحتاج – ج٣ ص ٢٠٣. الحاوي– ج١٠ ص ٣٣٨.

(٤) المغني – ج٧ ص ٥٩٧. الفروع- ج٨ ص٢٨٠.

(٥) سورة البقرة – آية ١٠١.

(٦) المحلى – ج١٠ ص ٦١، ١١٥.

(٧) صحيح البخاري مع الفتح- كتاب الشهادات-باب شهادة المختبئ-ج٦ ص٣٢٥٢ رقم(٢٦٣٩). صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب النكاح-ج٥ ص٢٥٥ رقم (١٤٣٣). النسائي- كتاب الطلاق- طلاق البتة-ج٦ ص١١٩. الفتح الرباني في ترتيب مسند أحمد- كتاب الرجعة- ج١٧ ص١٨ رقم (٤٣). قال ابن الأثير: أرادت متاعه، وأنه رخو مثل طرف الثوب لا يغني عنها شيئا.النهاية في غريب الأثر- ج٥ ص٢٤٩.

(٨) المحلى- ج ٩ ص ١٠٥. د. محمد رأفت عثمان – سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين بالأمور التي تمنع الاستمتاع – الكتاب الجامع – دار الأنصار – القاهرة – ١٩٨١ – ص ٥٢.

اعترض على وجه الدلالة بأن الحديث جاء لبيان حكم شرعي آخر غير التفريق بالعيب، وهو حكم المطلقة ثلاثاً، لأن المرأة إنما جاءت لرسول الله صلى الله عليه وسلم في العودة لزوجها الأول، لا لطلب الفرقة من الثاني لكونها مطلقة منه، فكيف تطلب الفرقة وهي مطلقة؟[1]

ومن وجه آخر فإن المرأة شكت ضعف جماع زوجها، ولم تشك عجزه عنها، ولذا قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا حتى تذوقي.." والعاجز عن الوطء لا يحصل منه ذلك، فالحديث لم يكن في دعوى العنة، بل كناية عن معنى آخر هو رقة العضو، أو صغره. وبهذا يعرف صحة الإستدلال بقصة رفاعة[2].

٣- **الأثر:** ما رواه شعبة قال: سمعت هانئ بن هانئ قال: رأيت امرأة جاءت إلى علي بن أبي طالب فقالت: هل لك في امرأة ليست بأيم ولا بذات بعل؟ قال: وجاء زوجها فقال: لا تسأل عنها إلا مبيتها. فقال له علي: ألا تستطيع أن تصنع شيئا، قال: لا، قال: ولا من السحر، قال: لا، قال له علي: هلكت وأهلكت، أما أنا فلست مفرقاً بينكما، اتقي الله واصبري، وفي رواية أخرى: فإن الله تعالى لو شاء لابتلاك بأشد من ذلك[3].

وجه الدلالة: دل الأثر على عدم جواز التفريق للعنة، رغم شكوى الزوجة وتصديق الزوج لها. واعترض على وجه الدلالة بأن هذه الرواية لم تثبت عن علي لضعف هانئ بن هانئ؛ ولأن المرأة في هذه الرواية – على فرض صحتها – لم يكن زوجها عنينا بل عجز بعد القدرة لضعف الكبر[4].

أدلة القول الثاني: استدل الحنفية على ثبوت حق التفريق للزوجة فقط بعيوب زوجها من الأثر بما روى عن ابن مسعود[5] وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما أن الحرّة لا ترد عن عيب، وأن النكاح لازم للزوج، إن شاء طلق وإن شاء أمسك، وأما حديث المرأة الغفارية فالمراد به خيار الطلاق.

---

(١) والذي يدل على ذلك ما جاء في الموطأ أن عبد الرحمن بن الزبير أعرض عنها فلم يستطع أن يمسها ففارقها ولم يمسها، فأراد رفاعة أن ينكحها وهو زوجها الأول الذي طلقها، فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنهاه عن تزويجها وقال: لا تحل لك حتى تذوق العسيلة". الموطأ – كتاب الطلاق – باب المرأة يطلقها زوجها فتتزوج رجلا فيطلقها قبل الدخول – ص ١٨٢.

(٢) الحاوي – ج٩ ص ٣٦٩. سبل السلام– ج٣ ص ١٣٥. بدائع الصنائع– ج٣ ص ١٥٢٧. د. محمد رأفت عثمان– المرجع السابق- ص ٥٣.

(٣) المحلى – نفس الموضع. البيهقي – السنن الكبرى – ج٧ – ص ٢٢٧.

(٤) الحاوي – ج٩ ص ٣٦٩.

(٥) مصنف ابن أبي شيبة – ج٣ ص ٣١١.

واستدلوا من المعقول بأن الرجل يمكنه تحصيل المقصود من جهة غيرها إما بملك اليمين أو بملك النكاح، كما يملك التخلص منها بالطلاق، خلافاً للمرأة التي لو لم يثبت لها خيار الفسخ لبقيت معلقة لا ذات بعل ولا مطلقة، فثبت لها الخيار لإزالة ظلم التعليق ودفع الضرر عنها[1].

أدلة القول الثالث: استدل الجمهور على جواز التفريق بالعيب وثبوت الخيار للزوجين بما يأتي:

١- **السنة:** ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوج امرأة من بني غفار فلما دخل عليها وضع ثوبه وقعد على الفراش أبصر بكشحها[2] بياضا، فانحاز عن الفراش ثم قال: خذي عليه ثيابك ولم يأخذ مما آتاها شيئا[3]، وفي رواية: إلحقي بأهلك[4].

وجه الدلالة: الحديث صريح في الدلالة على مشروعية رد المرأة بالعيب فيها ممّا تعافه النفس وإذا ثبت هذا بالنص فما سواه من العيوب يقاس عليه، وقد يكون الرد به من باب أولى فيما كان أشد منه، وما ثبت للرجل من التفريق بعيوب المرأة، يثبت أيضا للمرأة – قياسا – بعيوب الرجل.

واعترض على وجه الدلالة بتضعيف غير واحد من العلماء للحديث، فبطل الاستدلال به[5] وعلى فرض صحته فهو مجمل، إذ قد يراد من قوله صلى الله عليه وسلم "ألحقي بأهلك" الطلاق لا الفسخ وهو من كنايات الطلاق[6].

وأجيب عن هذا الإعتراض بأن الحديث وإن كان فيه ضعف إلا أن معناه صحيح، ويتأكد بالحديث الذي سيأتي، وبالآثار عن الصحابة والتابعين.

كما استدلوا بما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال:

---

(١) المبسوط– ج٥ص٩٦.فتح القدير– ج٣ ص٢٦٧. تبين الحقائق– ج٣ص٢٥. بدائع الصنائع- ج٣ ص١٥٣٧.
وقد اتفق الحنفية على ثبوت خيار التفريق للزوجة إذا كانت بالزوج عيوب تناسلية، أما إذا كانت به عيوبا أخرى كالجنون والجذام والبرص، فذهب محمد بن الحسن إلى إلحاقها بالعيوب السابقة لتضرر الزوجة بها، في حين ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى عدم ثبوت خيار الفسخ بها لتحقق المقصود من الزواج بها، وهو الراجح في المذهب.

(٢) الكشح: ما بين الخاصرة إلى الضلع الخلفي. لسان العرب – ج٥ – ص ٣٨٨٠.

(٣) الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل– ج١٦ص ١٩٨، ١٩٩. سنن البيهقي– ج٧ ص ٢٥٦.

(٤) بلوغ المرام من أدلة الأحكام – ص ٢٧٧. نيل الأوطار – ج٦ ص ٣٣٩، ٣٤٢.

(٥) أنظر فيما قيل عن رواة هذا الحديث: المحلى ج١٠، ص ١١٥، نيل الأوطار – ج٦ – ص ٢١٩. الفتح الرباني – ج ١٦، ص ١٩٨، ١٩٩. إرواء الغليل – ج٦ – ص ٣٢٧، ٣٢٨.

(٦) المبسوط – ج٥ – ص ٩٦.

"..وفر من المجذوم فرارك من الأسد"[1]. فأرشد رسول الله صلى الله عليه وسلم من ابتلي بعشرة من كان مجذوما بالفرار والابتعاد عنه، وطريق الفرار عنه إن كان زوجا أو زوجة يكون برد النكاح وفسخه، وأمره صلى الله عليه وسلم باجتناب المجذوم جاء عاما دون تخصيص لجنس دون آخر، ومن ادعى التخصيص كلف بالدليل.

وبما رواه أبو سلمة بن عبد الرحمن أنه قال: سمعت أبا هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم يقول: "لا توردوا الممرض على المصح"[2].

وجه الدلالة: نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مخالطة المريض للسليم، ومن ثم فلا يجوز معاشرة الزوج السليم للمعيب، خاصة إذا كانت عدواه تنتقل إليه.

اعترض على هذين الحديثين بأنهما مجملين، فكما يحملان على الفسخ يحملان على الطلاق أيضا.

٢- **الأثر:** وأوردوا آثارا عن سعيد بن المسيب، وشريح القاضي، وعطاء[3].

٣- **الإجماع:** حكى الماوردي والشافعي إجماع الصحابة على ثبوت خيار الفسخ بالعيب، ومتى ثبت ذلك، ثبت التفريق بكل عيب يمنع الوطء[4].

٤- **القياس:** يقاس التفريق بالعيب على التفريق بالإيلاء إذا لم يحنث المولي في يمينه بعد الجماع، فإذا لم يحنث وجه عليه الطلاق دفعا للضرر الواقع للزوجة والتفريق بالعيوب من باب أولى؛ لأن الضرر بمعاشرة العاجز والمعيب أكثر وأشد منه بمعاشرة المولى القادر الذي لم يحنث[5]. وكما قاسوا النكاح على البيع وهو أولى لخطورة التدليس فيه.

الترجيح:

بعد استعراضنا لأقوال الفقهاء في مدى ثبوت حق التفريق بالعيب في أحد الزوجين يظهر لي أن الراجح منها هو قول الجمهور بثبوت حق التفريق لكل من الزوجين، وذلك لقوة أدلتهم، فعموميات القرآن وقواعده تدل دلالة ضمنية على جواز التفريق في الحالات التي لا تؤتي فيها

---

(١) فتح الباري- كتاب الطب- باب الجذام- ج١١ ص ٦٨٥٩ رقم (٥٧٠٧).

(٢) صحيح البخاري- كتاب الطب- باب لاعدوى- ج٤ ص ٣٣. صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب السلام- ج٥ ص ٤٧٢ رقم (٢٢٢١). سنن البيهقي- كتاب النكاح- باب اعتبار السلامة في الكفاءة- ج٧ ص ١٣٥.

(٣) أنظر في هذه الآثار: مصنف ابن أبي شيبة – ج٣ ص ٣١٠. الموطأ – كتاب النكاح- ص١٦٨ رقم (٥٣٩). الإرواء – ج٦ ص ٣٢٨. سنن البيهقي – ج٧ ص ٢١٥. زاد المعاد – ج٥ ص ١٨٤.

(٤) الحاوي – ج٩ ص ٣٦٨. زاد المعاد – ٤ ص ٤١، ٤٢.

(٥) الأم وبهامشه مختصر المزني – ج٥ ص ٨٥، ٨٦.

الحياة الزوجية ثمارها، والأحاديث الواردة في ذلك وإن كان في بعضها ضعفا، وفي بعضها الآخر إجمالا، كما ذكره المخالفون إلا أنه يقوي بعضها الآخر. والخيار في الفرقة مقرر لكلا الزوجين، فلا تختص به المرأة دون الرجل، لاشتراكهما في الضرر المترتب على وجود العيب، والزوج محتاج لإثبات الخيار له لإسقاط المهر عن نفسه، لذا فالتفريق بين الزوجين ممّا لا وجه صحيح له.

كما أن في قول الجمهور تحقيق لمقاصد الشريعة الضرورية بحفظ النفس، والنسل، والعرض بإحصان الزوجين وتحقيق السكن والمودة بينهما، وغير ذلك من المعاني السامية التي يحفظ بها الدين والعقل أيضا... إلى غير ذلك من مسوغات الترجيح، والتي لا يتسع المقام لبسط الكلام فيها.

المطلب الثاني

العيوب المعتبرة للتفريق حكمها وشروط تحققها

جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى جواز التفريق بين الزوجين للعيوب لم تتفق كلمتهم على عدد معين منها، بل حصل الإختلاف بينهم في عددها وشروطها حتى في المذهب الواحد، ومرد هذا الإختلاف هو عدم اتفاقهم على علة العيب الموجبة للحكم، وكان نتيجة ذلك اختلافهم فيما استجد منها.

أولا: العيوب المصرح بها:

يختلف العدد المصرح به من العيوب الموجبة للخيار من مذهب لآخر، وإن اتفقوا على تقسيمها إلى ثلاثة أقسام: عيوب خاصة بالرجل، وعيوب خاصة بالمرأة، و عيوب مشتركة.

القسم الأول: عيوب خاصة بالرجل: ويقصد بها العيوب التي تختص بالرجل وحده اختصاص جنس دون غيره، والتي يكون محلها عضو التناسل في الرجل.

١- **الجب**[1]: لا خلاف بين جمهور الفقهاء – القائلون بجواز التفريق للعيب – على أن حكم المجبوب فاقد الذكر بكامله أو ما دون الحشفة أن لزوجته الحق في الخيار، وتجاب له حالا بعد

---

(١) الجب لغة: هو القطع من الفعل جب... في الحديث "الإسلام يجب ما قبله والتوبة تجب ما قبلها"، أي يقطعان ويمحوان ما كان قبلهما من الكفر والذنوب. لسان العرب – ج٢ ص٢٤٢.
أما اصطلاحا: فذكرت عدة تعريفات له على اختلاف بين الفقهاء، فقيل إنه من استؤصل ذكره وخصيتاه أو مقطوع الذكر وحده، أو من كان صغير الذكر جدا، بحيث لا يمكن إيلاجه وقيل إنه مقطوع الذكر جميعه أو بعضه بحيث لم يبق منه إلا ما لا يمكن الجماع به. البحر الرائق– ج٤ ص ١٣٣. حاشية ابن عابدين – ج٣ ص ٤٩٤. بلغة المسالك– ج١ ص ٤٢٤. الخرشي – ج٣ ص ٢٣٧. الحاوي– ج٩ ص ٣٤٠. تكملة المجموع– ج١٥ ص ٤٤٢. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع– ج٢ ص ١٠٩. المغني– ج٧ ص ١٨٥.

ثبوته دون تأجيل، إذ لا فائدة ترجى من تأجيله[1].

٢ـ **الخصاء**[2]: اختلف في ثبوت التفريق به، فقول أول لم يعتبره عيبا، لأنه لا يمنع الوطء، وهو الراجح عند الشافعية وأحد قولين للحنابلة. وقول ثاني هو جواز الرد به إذا كان لا يستطيع الوطء، ويأخذ حكم العنين في التأجيل سنة، وهو مذهب الحنفية. وقول ثالث هو ثبوت الرد بالخصاء إذا كان الخصاء سابقاً على الوطء، وهو مذهب المالكية. وقول رابع وهو الصحيح من قولي الحنابلة وأحد قولي الشافعية اعتباره عيباً مطلقا[3]، وهو الراجح لاتفاقه مع النقل[4] والعقل، وليس من العدل إرغام المرأة بالصبر على عشرة فيها إضرار سواء لعدم قدرة زوجها على الوطء أو لعقمه.

٣ـ **العنة**[5]: اتفق الفقهاء عدا الظاهرية على ثبوت حق التفريق لزوجة العنين بعد أن يضرب له مدة سنة، ولا يتعجل بالفسخ قبل مضي السنة، وهو قول عامة أهل العلم[6].

---

(١) بدائع الصنائع – ج٣ ص ١٥٣٦. المبسوط – ج٥ ص ٩٧. البحر الرائق – ج٤ ص ١٣٣. حاشية الدسوقي – ج٢ ص٢٧٨. المدونة – ج٣ ص٢١١. المنتقي شرح الموطأ – ج٣ ص٢٧٨. تكملة المجموع– ج١٦ ص ٢٦٨. المغني– ج٦ ص٦٥١. المبدع – ج٧ ص ١٠١.

(٢) الخصاء لغة: بكسر الخاء والمد، هو المصدر من الفعل خصى، وخصى الفحل سلّ خصيتيه، ويقال لمن ابتلي به الخصي أو الخصي. لسان العرب– ج ٨ ص٢٥١. المصباح المنير– ج١ ص١٧١. واصطلاحاً: فهو نزع الخصيتين وبقاء الذكر مع القدرة على الوطء، سواء كان بالقطع أو السل أو الوجئ خلقاً كان أو لحادث. المراجع السابقة.

(٣) المبسوط– ج٥ ص ١٠٤. فتح القدير- ج٣ ص٢٦٥. تبيين الحقائق– ج٣ ص٢٢. بلغة السالك – ج١ ص ٤٢٥. الأم- ج٥ ص٤٠. الحاوي– ج٩ ص٣٣٨، ٣٤٠. الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع– ج٢ ص١٠٩، ٢٠٠. مغني المحتاج- ج٣ ص٢٠٣. المغني– ج٧ ص ٢٠١، ٢٠٢، ٥٧٧. الكافي– ج٣ ص ٦١. شرح منتهى الإرادات- ج٣ ص ٤٩. الإنصاف- ج٨ ص١٩٥، ١٩٦،

(٤) فمن الأثر أن رجلا تزوج امرأة وهو خصي فقال له عمر رضي الله عنه أعلمتها؟ قال: لا، قال عمر: أعلمها ثم خيرها. شرح منتهى الإرادات – ج٣ ص ٤٩. الإرواء – ج٦ ص ٣٢٢.

(٥) العنة لغة: هي عجز يصيب الرجل فلا يقدر معه على الجماع، ويسمى من به العنة عنيناً، لأن ذكره يعن بقبل المرأة يمينا وشمالا فلا يقصده. واصطلاحا: هي العجز عن الوطء للين الذكر أو عدم انتشاره، أو لاعتراض، أو لضعف في خلقته، أو لكبر سنه أو لسحر أو لغير ذلك، ولا فرق في ذلك ما إذا كان يصل إلى الثيب دون البكر أو إلى بعض نسائه دون بعض، أو في نكاح دون نكاح . انظر لسان العرب – ج٧ ص ٢٩٢، المصباح المنير – ص ٤٣٣، البحر الرائق – ج٤ ص ١٣٣. شرح العناية على فتح القدير – ج٣ ص ٣٦٢. حاشية الدسوقي– ج٢ ص ٢٨٠، ٢٨١. الخرشي– ج٣ ص ٢٣٥. الشرح الصغير– ج١ ص ٤٤٥. الحاوي الكبير– ج٩ ص ٣٤٠. الإنصاف – ج٨ ص ١٨٦. المغني– ج٧ ص ١٨٥.

(٦) المبسوط- ج٤ ص ١٠٤. بدائع الصنائع– ج٢ ص ٣٢٧. شرح فتح القدير – ج٣ ص ٢٦٣. حاشية ابن عابدين – ج٣ ص٤٩٧.الحاوي – ج٩ ص ٣٧٠. حاشية الدسوقي– ج٢ ص ٢٥٧، ٢٥٨. الأم– ج٥ ص٣٥. المغني- ج٧ ص١٩٩، ٢٠٠. المبدع - ج٧ ص ١٠٢. ١٠٣.
وألحق الفقهاء بعض عيوب الرجل بالعنة، فأعطوها حكمها من حيث التأجيل وشروط الفرقة بها وذلك لاشتراكها مع العنة في ذات العلة من عدم القدرة على الوطء مع قيام الآلة. المراجع السابقة.

القسم الثاني: **عيوب خاصة بالمرأة:** وهي العيوب التي تختص بالمرأة اختصاص جنسي، أي التي يكون محلها الجهاز التناسلي للأنثى. وقد اتفق الجمهور عدا الحنفية على ثبوت الخيار بعيوب المرأة المانعة من الوطء وهي القرن[١]، والرتق[٢]، والعفل[٣]. أما الإفضاء[٤] فاختلفوا في جواز الرد به إلى قولين، القول الأول: اعتباره عيباً يثبت به الخيار؛ لأنه يمنع تمام الوطء وكمال اللذة، وهو مذهب المالكية والحنابلة[٥]. والقول الثاني: عدم اعتباره عيباً يوجب الخيار، لأنه لا يمنع الوطء التام، وإنما كماله فقط وهو مذهب الشافعية[٦].

وهناك عيوب أخرى ممّا تمنع تمام الوطء وكمال اللذة كالبخر، والقروح السيالة في الفرج، والإستحاضة[٧]، وغيرها، وإن ذهب الحنابلة والشافعية في قول لهم بثبوت الخيار بها، إلا أنها - في الحقيقة – ليست من جنس العيوب السابقة في جسامتها وخطرها، فلا تستدعي إثبات حق

---

(١) القرن لغة: بفتح القاف والراء، شيء يكون في فرج المرأة يمنع من الوطء. واصطلاحا: هو عظم أو لحم يبرز في فرج المرأة في مدخل الذكر كقرن الشاة يمنع من الوطء. لسان العرب– ج١٧ ص٢١٣. البحر الرائق ج٤ ص١٣٨،١٣٧. حاشية الدسوقي-ج٢ ص٢٧٧ ،٢٧٨. الفواكه الدواني- ج٢ ص٦٦. الحاوي– ج٩ ص ٣٤١. تكملة المجموع – ج١٥ ص ٤١٤. الإنصاف – ج٨ ص ١٩٨. الفروع- ج٨ ص٢٨٣.

(٢) الرتق: هو انسداد فرج المرأة بلحم سواء أكان ذلك خلقة أم غير خلقه . المراجع السابقة.

(٣) العفل: بفتح العين والفاء هو لحم يبرز في قبل المرأة يشبه أدرة الرجل يضيق منه فرجها فلا ينفذ فيه الذكر ولا يصيب المرأة إلا بعد ما تلد. وقيل رغوة تحدث عند الجماع. المراجع السابقة.

(٤) ويسمى أيضا بالفتق هو اختلاط مسلكي البول والحيض، أو اختلاط مسلكي البول والغائط.
واشترط الفقهاء للتفريق بالعيوب أعلاه شروطا ثلاثة:

أ- أن يكون العيب مانعا من الوطء لا مجرد الصعوبة فيه أو كماله، وعلى ذلك الجمهور، بخلاف الشافعية في قول لهم أنه يجوز الرد بعيب العفل إذا لم يكمل معه الإستمتاع التام، سواء أكان لضيق في الفرج، أولانسداده، فلا يمكن معه الإيلاج، وهو قول يصعب بل ويستحيل التحقق منه قضاء، لعدم انضباطه واختلاف أغراض الناس بشأنه.

ب- عدم إمكان زوال العيب بالزوجة، سواء بعدم قابليته للعلاج، أو أنه سيترتب على هذا العلاج ضرر بها، أو أن تمتنع هي عن العلاج رغم إمكانه دون ضرر.

ج- أن يكون العيب قديما سابقا على العقد، ولم يعلم به الزوج، ولم يرض حين علمه.

حاشية الدسوقي– ج٢ ص٢٨٣. بلغة السالك- ج١ ص٤٢٥. مواهب الجليل– ج٥ ص ١٤٤.الحاوي– ج٩ ص ٣٤١. تكملة المجموع- ج ١٥ ص ٤٢٦. الفتاوى الكبرى– ج٤ ص٥٤٣. المغني– ج٧ ص٥٨٠.

(٥) شرح الخرشي– ج٣ ص٢٣٧.الشرح الصغير– ج٢ ص٤٧٠. شرح منتهى الإرادات– ج٣ ص٥١. الكافي– ج٣ ص٦٠.

(٦) الحاوي – نفس الموضع.

(٧) البخر: له معنيان نتن الفرج ونتن الفم. القروح السيالة: هي قروح جلدية تصيب الفرج. أما الاستحاضة: هي نزول الدم من رحم المرأة البالغة في غير أوقات الحيض. شرح الخرشي– نفس الموضع. روضة الطالبين– ج٥ ص٥١٣. شرح منتهى الإرادات– نفس الموضع. المغني – ج٧ ص١٧٨.. الفتاوى الكبرى– نفس الموضع. الإنصاف – ج٨ ص١٩٧. الفروع- ج٨ ص٢٨٣.

الخيار، فبعضها يسهل علاجه، وبعضها الآخر يحتاج فقط مزيد عناية ونظافة للجسم.

القسم الثالث: العيوب المشتركة بين الزوجين: وهي عيوب يمكن أن تصيب المرأة كما يمكن أن تصيب الرجل أيضاً، كالجنون(١)، والجذام(٢)، والبرص(٣)، فهي عيوب توجب نفرة تمنع الصحيح من قربان المعيب بالكلية ومسه، ويخاف منه التعدي إلى نفسه ونسله.

وقد اشترط الفقهاء - بالإضافة إلى شروط خاصة بكل عيب – شروطا عامة، على خلاف فيما بينهم، متى توافرت وتحققت ثبت لأحدهما المطالبة بالتفريق.

١- عدم العلم بالعيب عند العقد، لأن كتمان العيب من طرف الزوج المعيب أو وليه عن الزوج الثاني، وعدم إخباره به يعد تدليساً، والتدليس في عيوب الزوجين بلا شك هو أخطر وأشد منه في العقود الأخرى، ومتى علم السليم بعيب المعيب قبل العقد فلا خيار له بعد ذلك. وقد يتم ذلك العلم بإخبار من الزوج المعيب نفسه أو من وليه، أو من الطبيب المعالج له، أو كانت بينهما زوجية سابقة ويعلم أحدهما بحال الآخر، واستأنفا نكاحا بعقد جديد، أو غير ذلك من وسائل العلم الخاصة والعامة. والقول قول السليم في عدم العلم(٤).

٢- عد الرضا بالعيب بعد العلم به(٥): فإذا علم الزوج السليم بالعيب ورضي به سقط حقه في

---

(١) الجنون اصطلاحا: هو عطب يصيب العقل فيجعله غير قادر على الإدراك والتمييز بين الصواب والخطأ. نهاية المحتاج – ج٥ ص ٢٣٥. الحاوي – ج٩ ص ٣٤١.

(٢) الجذام لغة: هي القطع، واصطلاحا: علة يحمر منها العضو ثم يسود ثم ينتن ويتقطع ويتناثر ويتصور في كل عضو، غير أنه يكون في الوجه أغلب، وسمي كذلك، لأنه داء تجذم به الأعضاء أي تتقطع. المصباح المنير – ص ٩٤. . الحاوي– ج٩ ص ٣٤٢. مغني المحتاج – ج٣ ص٢٠٣. روضة الطالبين – ج٥ ص٥١١. الإقناع – ج٢ ص١٠٩.

(٣) البرص: هو بياض يقع في ظاهر الجلد، يبقع الجلد ويذهب دمويته، ولا يخرج الإستعمال الفقهي عن الاستعمال اللغوي له.
وأضيف إلى هذه العيوب عيب العذيطة: وهو استطلاق البول أو النجو أو التغوط أثناء الجماع. الفواكه الدواني- ج٢ ص٦٦. المغني-ج٧ ص ٥٧٨.

(٤) بدائع الصنائع- ج ٣ ص ١٥٣٣. الإقناع- ج٣ ص٢٠٠. وألحق المالكية بعلم السليم بعيب المعيب تلذذه به بعد العلم به دلالة على رضاه. حاشية الدسوقي- ج٢ ص ٢٧٧. الفواكه الدواني- نفس الموضع.

(٥) شرح فتح القدير – ج٣ ص٢٦٥، وجاء فيه: "ولو تزوجها بعد ذلك لا خيار لها، لأنها رضيت حيث نكحته بعد العلم بالحال". المبسوط – ج٥ ص١٠٤. المغني– ج٧ ص٢٠٢، ٢٠٣. الإقناع- ج٣ ص٢٠٠. ويستثنى عيب العنة بالزوج عن سائر العيوب، حيث اختلف الفقهاء في علم الزوجة بعنة الزوج قبل العقد، وأقدمت على العقد بعد ذلك، هل يسقط حقها في خيار الفسخ أم لا؟ على قولين:
القول الأول: ما أثبتناه في المتن من اعتبار ذلك رضا منها بالعيب، ومسقط بالتالي لحقها في الخيار، وهو قول الحنفية، والشافعي في القديم.
القول الثاني: أن الرضا بعيب العنة قبل العقد لا يسقط حقها في الخيار بعده ويؤجل الزوج، وهو قول المالكية،=

المطالبة، سواء كان الرضا عند العقد أم بعده، فدخل بذلك عالماً بحاله، والرضا يكون بالقول صراحة أو دلالة بالفعل كتمكين نفسه للمعيب، والحقيقة أن المدار في سقوط الخيار على الرضا وما ذكر من العلم وغيره فهي دلائل عليه(١).

٣- ألا يكون بالزوج الآخر عيب مانع من الوطء ومعناه أنه إذا ادعى أحد الزوجين على الآخر عيباً يمنع الوطء، وكان هو الآخر معيباً من جنس الآخر، كأن كان الزوج عنيناً والزوجة رتقاء أو قرناء، فلا حق لأيهما في مخاصمة الآخر(٢).

ثالثا: العيوب المسكوت عنها:

هل العيوب التي ذكرها الفقهاء على سبيل الحصر، أم يلحق المسكوت عنه من العيوب، أو الذي لم يوجد ثم وجد بالمنطوق به أو المنصوص عليه، ولو كان مساوياً له أو أشد منه ضررا ؟

ذهب الفقهاء في مدى حصر العيوب المجيزة للتفريق إلى قولين:

القول الأول: العيوب وردت على سبيل الحصر فلا يجوز التفريق بغيرها، وهو مذهب

= والشافعية في الجديد، لأن الزوجة إنما كانت ترجو بُرأه ولم يتحقق، والعنة تختلف عن سائر العيوب في أنها تكون في وقت دون وقت، وفي امرأة دون أخرى وفي نكاح دون آخر أما غيرها من العيوب فمطلقة في جميع الأزمنة وفي جميع النساء. بدائع الصنائع-ج ٣ ص١٥٣٦. المدونة- ج٤ ص ٢١٤. حاشية الدسوقي- ج٢ ص ٢٧٧. الخرشي-ج٣ ص ٢٣٥. الحاوي- ج٩ ص ٣٧٢.

(١) هذا في العيوب غير عيب العنة، حيث اختلف الفقهاء في مدى ثبوت الخيار للمرأة التي ترضى بعنة الزوج بعد العقد، أو تطلع عليها به عند الدخول إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: يسقط حقها ولا خيار لها في الفرقة، وهو مذهب الحنفية والحنابلة.

القول الثاني: لا يسقط حقها في طلب التفريق إذا رضيت به قبل التأجيل، أما لو رضيت بعد انتهاء الأجل فيسقط حقها، وهو أصح القولين عند الشافعية.

القول الثالث: لا يسقط خيارها سواء كان ذلك في مدة التأجيل أو بعدها، وهو مذهب المالكية. ويترتب على ذلك تصديق الزوجة أنها مكنته رجاء زوال عذره، بخلاف زوجة الخصي والمجبوب، فلا يقبل ذلك منها إذا مكنته من نفسها بعد علمها بعيبه، ووجه الفرق أن العنة يمكن زوالها مع وجود آلة الوطء، بخلاف الخصي والمجبوب لاستحالة زوال علته.

لمزيد من التفصيل وأدلة كل قول ومناقشتها أنظر: فتح القدير- ج٣ ص٢٦٤. تبين الحقائق- ج٣ ص ٢٤. الخرشي – ج٣ ص ٢٣٥، ٢٣٧. حاشية الدسوقي – نفس الموضع. بلغة السالك – ج١ ص ٤٢٦. الفواكه الدواني-ج٢ ص٦٧.الحاوي- ج٩ ص٣٧٥.تكملة المجموع- ج١٥ص٤٣٤، ٤٣٩. المغني- ج٧ ص٢٠٣.

(٢) وهو شرط عام في كل العيوب المتساوية صفة وقدرا ونوعا وجسامة، وتفاوت مقدار الضرر الواقع على كل من الزوجين، والقاعدة المقررة هنا أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، فيثبت التفريق بذلك لمن كان ضرره أقوى وأشد، وللفقهاء تفصيل وخلاف في ذلك. المبسوط- ج٥ ص ١٠٤. الفواكه الدواني- ج٢ ص٦٦. نهاية المحتاج – ج٦ ص ١٧٢. وأيضا: د. نوال محمد الشاكر – التفريق بين الزوجين للعيوب – رسالة مقدمة إلى كلية الحقوق- جامعة الإسكندرية للحصول على درجة الدكتوراة – ٢٠٠٣- ص ١٩٦.

جمهور من أجاز التفريق للعيوب المالكية[١]، وأبو حنيفة وأبويوسف[٢]، والشافعية[٣] وجمهور الحنابلة[٤].

القول الثاني: العيوب وردت على سبيل المثال، فيلحق بها على سبيل القياس كل عيب توفرت فيه علة من العلل التي جعلوها السبب الموجب للخيار. ذهب إلى هذا ابن القيم وشيخه ابن تيمية من الحنابلة[٥]، ومحمد الشيباني من الحنفية[٦]، والزهري وشريح من التابعين[٧].

أدلة القول الأول: استدلوا للقول بحصر العيوب بما يأتي:

١- أن العيوب التناسلية التي قصر الحنفية الرد عليها دون غيرها تمنع من تحقيق مقاصد النكاح، كما أنها عيوب ثابتة لا تقبل التغير، وتفوت على المعقود عليها حقها في الوطء.

٢- أن عقد النكاح لا يدخله خيار العيب وإنما أجيز التفريق بالعيوب التناسلية استثناءا لإخلالها بالمقصود الرئيس من عقد النكاح، وهو الوطء، فكان بذلك غير صالح للبقاء، بخلاف غير هذه العيوب، فيتحقق معها المقصود من النكاح، والاستثناء لا يتوسع فيه ولا يقاس عليه[٨].

٣- التوسع في العيوب يمس باستقرار العلاقة الزوجية، فيؤدي إلى فكها لأدنى عيب[٩].

واعترض على دعوى إثبات العيوب التناسلية بخلاف غيرها بما هو واقع في هذا العصر من عيوب لم يجد لها علاجا.

أدلة القول الثاني: استدلوا بعدم حصر العيوب بما يأتي:

١- من الأثر: ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال لمن تزوج امرأة وهو لا يولد له: أخبرها أنك عقيم وخيّرها[١٠].

فإذا كان هذا قول عمر في العقم وهو بالنسبة لعيوب أخرى كمال بلا نقص، فكيف يكون

---

(١) الخرشي – ج٢ ص ٢٣٦. بداية المجتهد – ج٢ ص ٥١.
(٢) بدائع الصنائع – ج٣ ص ١٥٣٦.
(٣) مغني المحتاج – ج٣ ص٢٠٤. روضة الطالبين – ج٥ ص ٥١٢.
(٤) المغني – ج٧ ص١٨٥. كشاف القناع – ج٥ ص١٠٦.
(٥) زاد المعاد – ج٤ ص ٤٤، الإنصاف – ج٨ ص١٩٩.
(٦) بدائع الصنائع – نفس الموضع.
(٧) المحلى – ج١٠ ص ١١٢.
(٨) بدائع الصنائع – ج٣ ص١٥٣٧.
(٩) د. يوسف عيسى – التدليس في عقد الزواج – ص ١٩٦.
(١٠) مصنف عبد الرزاق- باب الرجل العقيم- ج٦ ص١٦٢ رقم (١٠٣٤٦).

الحال بالنسبة لهذه العيوب؟ فلا شك أن التفريق بها وبغيرها من باب أولى[1].

٢- من القياس: بقياس عقد النكاح على عقد البيع، بل عقد النكاح أولى ببيان العيوب فيه والمشترطة فيه من عقد البيع، والإطلاق في العقود إنما ينصرف إلى السلامة فهو كالمشروط عرفا[2].

الترجيح:

يظهر لي أن ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني: في عدم حصر العيوب الموجبة للتفريق هو الراجح، وذلك لقوة أدلتهم وخلوها من المعارض الصحيح، فضلا عن تعقد ظروف العصر وما تزايد عنها من الأمراض والعيوب التي لم يكن لها وجود في العصور السابقة.

والمتتبع لتعليلات الفقهاء في الحصر يفهم أن الهدف من ذلك هو حصر العلل التي من أجلها قصر الرد على تلك العيوب، كالتنفير، وعيب الفرج، والإضرار، والعدوى... إلى آخر تلك العلل[3]، ومتى توفرت في العيب علة من العلل التي ذكروها، جعلوه سببا موجبا للخيار، وبالتالي كان الحصر لعلل العيوب لا للعيوب ذاتها، كما أن القول بعدم حصر العيوب لم يقصد منه أصحابه العيوب مطلقا، بحيث تجيز التفريق بكل عيب أياً كان، و إلا كان ذلك فتحا للباب على مصراعيه على أي زوج يريد التخلص من زوجية لا يرغب في استمرارها، بدعوى وجود عيب في صاحبه، ولو كان ذلك العيب تافها.

ثالثا: العيوب الطارئة بعد الزواج:

ما مضى الكلام عنه كان في العيوب الحادثة بأحد الزوجين قبل العقد، فلو افترضنا حدوث شيء منها بأحدهما بعد العقد، سواء أكان بعد الدخول أم قبله، فهل لهذه العيوب الحادثة بعد العقد أن

---

(١) زاد المعاد – ج٤ ص ٤٤.

(٢) المرجع السابق- نفس الموضع. وقد أطال ابن القيم في نصرة هذا القول والتدليل له من قواعد الشريعة وفعل الصحابة وأقوال التابعين ومن المعقول.

(٣) والمتتبع لكلام الفقهاء وهم يعللون العيوب الموجبة للخيار يخرج بزمرة من العلل التي قصر الرد فيها على هذه العيوب، ومن ذلك:

أ- كل عيب يمكن سريانه بطريق العدوى للزوج السليم أو إلى الأولاد، ويعلم هذا بشهادة المختص، أو لما يعرف بطريق العادة. ب- كل عيب سبب نفرة في النفس.

ج- كل عيب يخشى منه الضرر كالجنون ونحوه. د- كل عيب يفوت المعقود عليه في النكاح من الوطء أو ينقص الاستمتاع. هـ كل عيب خفي، لأن ذلك مظنة للتدليس، أو لأنه شرع غير معلل.

لمزيد من التفصيل أنظر: بدائع الصنائع– ج٣ ص١٥٢٧ شرح الخرشي– ج٣ ص٧٦.. بداية المجتهد– ج٢ ص٥١. مغني المحتاج – ج٣ ص ٣٠٣. المغني– ج٧ ص ٥٨١. كشاف القناع – ج٥ ص١٠٦ .

تأخذ نفس الحكم الذي أخذته تلك الحادثة قبله، فيثبت الخيار للسليم منهما كما ثبت في الحالة الأولى، أم يختلف الحكم؟

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن العيوب الحادثة بعد العقد تثبت للزوج السليم الخيار كما في العيوب الحادثة قبله، ذهب إلى ذلك الشافعية في القول الجديد(١)، وقول عند الحنابلة اختاره ابن قدامة(٢). واستدلوا لذلك بقوله تعالى: (ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف)(٣)، فما تستحقه الزوجة من الخيار هو في مقابل ما تستحقه عليه من الخيار، كما أن عقد الزواج هو عقد منفعة، فلا فرق بين ما يتقدم من العيوب وما يحدث بعده كالإجارة والإعسار، ولا مبرر يسوغ الإختلاف في الحكم بين الحالتين.

القول الثاني: أن العيوب الحادثة بعد العقد لا تثبت للزوج السليم خيار التفريق بها، وهو القول القديم للشافعي(٤)، وأحد قولي الحنابلة(٥). وحجتهم في ذلك أنه طالما لم يكن السبب موجودا قبل العقد، فقد نشأ العقد صحيحا لازما، ولا مبرر لنقضه وحدوث العيب بعد العقد أمارة على خلوه من التدليس والتغرير بالزوج الآخر.

القول الثالث: ثبوت حق الخيار للزوجة فقط ببعض عيوب الزوج الطارئة، وهو مذهب المالكية(٦). وحجتهم في ذلك أن الزوجة لا تملك دفع الضرر عن نفسها بخلاف الرجل، فهي مصيبة نزلت به، فليصبر عليها أو دونه والطلاق.

ويترجح لي القول الأخير، إذ لا وجه للتفريق بين العيوب السابقة والعيوب الطارئة، فالعلة التي أوجبت التفريق قبل الزواج هي نفسها الموجبة بعده، وسواء حدث ذلك بعد العقد وقبل الدخول أو بعد الدخول، مع مراعاة ما ذكرنا من علل موجبة للتفريق، وإنما فرقنا بين الزوجين بمنح ذلك للمرأة دون الرجل لملكه للطلاق في أي حال بخلافها، فهي محبوسة له، ومتى حكمنا بالفسخ حرمنا المرأة حقوقها الشرعية المترتبة على الطلاق كالنفقة والمهر، وباقي الحقوق الأخرى. هذا، فضلا عما تستحقه المرأة في هذه الحالة من الستر عليها وعدم التشهير بها (٧).

---

(١) الحاوي- ج٩ ص٣٤٧. الإقناع - ج٢ ص١١٠.نهاية المحتاج- ج٦ ص١٧٢.تكملة المجموع- ج ١٥ ص٤٢٦.

(٢) المغني – ج٧ ص٥٨٠. شرح منتهى الإرادات – ج ٣ ص ٥١. الفروع- ج ٨ ص ٢٨٤.

(٣) سورة البقرة -آية ٢٢٨.

(٤) الحاوي – ج ٩ ص ٣٩٧. تكملة المجموع – ج ١٥ ص ٤٢٨.

(٥) المغني – ج٧ ص٥٨٠.

(٦) حاشية الدسوقي– ج٢ ص٢٧٨. الشرح الصغير– ج٢ ص ٤٧٢. الخرشي – ج٣ ص٢٣٧.

(٧) هل إذا اشترط أحد الزوجين أو كلاهما عند العقد السلامة من العيوب أو من بعضها بذكر أسمائها فهل يعطي الشارط خيار التفريق إذا وجد بصاحبه العيب الذي شرط السلامة منه؟ =

المطلب الثالث

وسائل إثبات العيوب

بعد بيان أقوال الفقهاء في مدى ثبوت حق التفريق بالعيب، والراجح من تلك الأقوال ثم تحديد أنواع العيوب التي يثبت بها خيار التفريق، يتعين الجواب عن السؤال المحوري في هذا البحث، وهو كيفية إثبات تلك العيوب ووسائل إثباتها أمام القضاء، إذ لا شك أن أساس دعوى خيار الفرقة بالعيوب هو الإثبات وجودا وعدما.

ولا يخفى ما للتجارب الطبية المتسارعة من دور هام في إثبات العيوب الموجبة للفرقة بل تعد المرجع الأساسي، والفيصل الأخير في كثير من الدعاوى، كبيان ما إذا كان العجز سببه العيب وهل هو قائم ويقيني، أم مفترض وظني، وهل هو مستحكم لا يمكن زواله بالعلاج، أم هو عارض مرضي يرجى الشفاء منه.

وتبعا لذلك سنتناول في هذا المطلب مسألتين مهمتين على النحو الآتي:

الفرع الأول: الوسائل الشرعية في إثبات العيوب.

الفرع الثاني: الخبرة الطبية ودورها في إثبات العيوب.

= في المسألة خلاف بين الفقهاء على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا اعتبار لمثل هذه الشروط في النكاح مطلقا، فما اعتبره الشارع عيبا موجبا للخيار، وجب فيه ذلك من غير اشتراط، وما لم يعتبره الشرع كذلك فلا يستحق بالشرط، والعقد صحيح، وهو مذهب الحنفية، وهو مقتضى لكلامهم عن الشروط.

القول الثاني: أن اشتراط السلامة من العيوب شرط صحيح ومعتبر، وللشارط الخيار عند وجود العيب بين قبول العقد والمضي فيه، أو رفضه وفسخه. وهو ما ذهب إليه المالكية والحنابلة والشافعية في قول، وزاد الحنابلة الشرط الملحوظ المبني على العرف وألحقوه بالملفوظ في الحكم، ففرقوا بذلك بين العيوب الموجبة للخيار بنفسها دون اشتراط، وهي العيوب المشهورة كالمتفق عليها في كل مذهب، وبين العيوب التي لا رد بها إلا بشرط ومثلوا لهذا النوع بالعمى، والخرس، والعرج، والإقعاد، والقرع، والإستحاضة، وإذا أطلق الشرط في السلامة فيراد بها هذه العيوب.

القول الثالث: إذا اشترط أحد الزوجين السلامة في العقد، فالشرط صحيح ولازم، فإذا ظهر خلاف الشرط فهو نكاح مفسوخ مردود لا خيار له في إجازته، ولا ميراث فيه ولا صداق ولا نفقة، دخل أو لم يدخل، لأن التي أدخلت عليه غير التي تزوج، ولأن السالمة غير المعيبة بلا شك، وهو مذهب ابن حزم.

ويظهر لي أن الراجح من الأقوال هو القول الثاني بجواز اشتراط السلامة من العيوب تجنبا لما وقع فيه الشارط من التدليس والتغرير به في عقد مهم وخطير، وكيف تطيب للمشترط عشرة زالت عنها الأوصاف التي اشترطها. المبسوط – ج٥ ص ٩٨. الأم – ج٥ ص٨٤. شرح الخرشي – ج٣ ص ٧٦. الشرح الصغير – ج١ ص ٢٦٢، ٢٦٣. حاشية الدسوقي– ج٢ ص ٢٨٠. روضة الطالبين– ج٥ ص٥١٢. مغني المحتاج– ج٣ ص٢٠٧. الفروع– ج٨ ص٢٨٧. الفتاوى الكبرى– ج٢٢ ص١٧٣. كشاف القناع– ج٥ ص١١٢. المحلى- ج١٠ ص ١٠٥.

الفرع الثالث: إثبات العيوب في القانونين المصري والجزائري.

الفرع الأول

الوسائل الشرعية في إثبات العيوب

يمكن حصر العيوب بحسب موضعها في الجسم – في نوعين، عيوب تناسلية، وأخرى غير تناسلية، وتقسيمها على هذا الشكل إنما روعي فيه طبيعة الحالة المراد إثباتها وحكم إقامة البينة عليها جوازا أو منعا.

أولا: في إثبات العيوب التناسلية:

وهي العيوب التي موضعها العضو التناسلي سواء أكانت في الرجل كالجب والعنة والخصاء، أم كانت في المرأة كالرتق والقرن والعفل والإفضاء ونحوها، ويلحق بها الجذام والبرص إذا كانا في العضو التناسلي.

ويفرق في وسيلة الإثبات بين ما إذا كانت هذه العيوب بالرجل أم المرأة على التفصيل الآتي:

أ- إثبات العيوب التناسلية في الرجل: وهذه العيوب قد تكون مما يتصور ثبوتها بالبينة بعد الإطلاع عليها، أي يمكن للغير إذا عاينه أن يعرضه ويصفه كالجب والخصاء[1]، وحجم الذكر المانع من الوطء، أو كان صغيرا جدا بحيث لا يمكن إيلاجه، وكبر أنثيي الرجل بحيث تغطيان الذكر، ونحو ذلك. وإما أن يكون مما لا يمكن التحقق منه حتى ولو اطلع الغير عليه، كالعنة بوصفها من الأمور الخفية.

فإذا كان العيب مما يمكن التثبت منه والإطلاع عليه فإن إثباته يكون بالجس من غير نظر، من وراء ثوب لا يكشف عورة الرجل، بظاهر اليد لا بباطنها، لأن باطن اليد مظنة لكمال اللذة فلا يرتكب مع التمكن من العلم بذلك بظاهرها، إذ لا ينظر إلا للضرورة[2].

وقول آخر بجواز النظر للتحقق من الدعوى، فكل ما يوجب التثبيت يكون أولى من غيره[3].

---

(١) وهناك أنواع الخصاء لا يمكن معرفته بالجس ولا بالنظر كما في حالة رض الخصيتين بحيث تزول وظيفتهما مع بقائهما، والرأي في ذلك لأهل الخبرة. د. نوال محمد الشاكر – المرجع السابق – ص ٢٧٢.

(٢) شرح فتح القدير – ج٣ – ص ٢٦٤. البحر الرائق- ج٤ ص١٣٤. حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٢٨٢، وفيه قول الشيخ خليل: "وجس على ثوب منكر الجب ونحوه، قال شارحه: من خصاء وعنة ولا ينظره الشهود لأن الجس أخف من النظر". شرح الخرشي – ج٣ ص ٨٠. القوانين الفقهية – ص ٢٢٤، ٢٢٥.

(٣) حاشية ابن عابدين – ج٣ ص٦٠٩. المبدع في شرح المقنع – ج٨ ص ٩ وجاء فيه: "وللطبيب النظر إلى ما تدعو الحاجة إلى نظره ولمسه حتى داخل الفرج، لأنه عليه الصلاة والسلام لما حكم سعد في بني قريظة فكان يكشف عن مؤتزرهم، لأنه موضع حاجة، وظاهره ولو كان ذميا".

وهذا القول يناسب زماننا حيث يعرض الزوج على طبيب ثقة له دراية فيقطع بوجود عيبه أولا.

فإذا ثبت أنه مجبوب خيَّرها القاضي في الحال، لأن عجزه متحقق فلا يرجى الوصول إليها كما أن المقطوع من الآلة لا ينبت، فلهذا فرّق بينهما في الحال(١).

هذا إذا وجدت المرأة زوجها مجبوبا بالكلية، أما إذا بقى منه ما يمكن الجماع بمثله وهو مقدار الحشفة أو ما يزيد عنها، واختلف الزوجان في إمكان وطئه من عدمه، بأن قالت المرأة لا يتمكن من الجماع به، ويخالف هو ذلك ويدعي قدرته.

اختلف الفقهاء فيمن يؤخذ بقوله على ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن القول قول المرأة لاتفاق قولها مع الظاهر، وهو أن الذكر إذا قطع بعضه ضعف، ولأن الأصل عدم الوطء، ذهب إلى ذلك الحنابلة في الأصح(٢)، والشافعية في قول لهم(٣).

القول الثاني: أن القول للزوج، لأن الظاهر معه وهو أنه يملك ما يمكن الجماع بمثله فأشبه من له ذكر قصير كما لو ادعى الوطء في العنة وهو قول ثاني للشافعية(٤)، ورجحه صاحب المغني من الحنابلة(٥).

القول الثالث: لا يؤخذ بقول أي منهما وينبغي أن يرى أهل الخبرة ليعرفوا قدره ويخبروا عن الحال، كما لو ادعت أنه مجبوب فأنكر وهو قول ابن الصباغ من الشافعية وقال المتولي هو الأصح(٦).

ويظهر لي أن الراجح من تلك الأقوال هو القول الأخير، وذلك لتمسك كل زوج بظاهر، ولا يمكن ترجيح أحد الظاهرين على الآخر، فيطرحان معا ويحتكم إلى الخبرة الطبية، فهي الفيصل في تحديد العجز من عدمه.

أما إذا لم يمكن معرفة العيب بالجس، كعيوب البرص والجذام في الفرج، فقد اختلف الفقهاء

---

(١) المبسوط- ج٥ ص١٠١. البحر الرائق- ج٤ ص ١٣٣. تكملة المجموع – ج١٦ ص ٢٨٥.

(٢) المغني- ج٧ ص٥٨٢. الكافي- ج٣ ص٦٠. المبدع في شرح المقنع- ج٨ ص١٠١. الفروع-ج٨ ص٢٨٠.

(٣) روضة الطالبين – ج٥ ص ٥٣٣. الإقناع – ج٣ ص ١٩٧.

(٤) روضة الطالبين – ج٥ ص ٥٣٣.

(٥) المغني- ج٧ ص٥٨١، ٥٨٢، وجاء فيه" فإن بقي منه ما يمكن الجماع به ويغيب منه في الفرج قدر الحشفة فلا خيار لها، لأن الوطء يمكن. وإن اختلفا في ذلك فالقول قول المرأة، لأنه يضعف بالقطع والأصل عدم الوطء، ويحتمل أن القول قوله كما لو ادعى الوطء في العنة، ولأن له ما يمكن الجماع بمثله، فأشبه من له ذكر قصير".

(٦) مرجع الشافعية السابق - نفس الموضع.

في ذلك إلى قولين:

القول الأول: لا ينظر إلى فرج الرجل، ويصدق في قوله بيمينه، عملا بالأصل وهو السلامة، وهو القول المعتمد عند المالكية[١].

القول الثاني: جواز نظر الرجال إليه، كما ينظر النساء إلى المرأة من ضرورة، ذهب إلى ذلك الحنفية[٢]، والحنابلة[٣]، وابن فرحون من المالكية[٤].

والراجح في نظري- والله أعلم - هو جواز النظر إلى فرج الرجل لإثبات عيوب توجب التفريق، وذلك للضرورة القائمة، والضرورات تبيح المحظورات، ولا وجه للقول بتصديق الزوج في الإنكار، وإذا كان اللمس أخف في الفحش من النظر، فإنه لا يحصل به العلم المتحصل بالنظر، سيما وأن الأمر يتعلق بفسخ عقد أعظم شأنا وخطرا، كيف وقد ثبت من السنة أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حكم سعدا في بني قريظة، فكان يكشف عن مؤتزرهم، فمن أنبت الشعر قتل ومن لم ينبت لم يقتل [٥].

والمقرر في ستر العورة أنه لا يجوز النظر لفرج الرجل ولو رضي، إلا إذا كان فيه نفع شرعي كالطب، أو دعت الحاجة إليه كالدعاوى التي يتوقف الحكم فيها على النظر.. واقتصار ذلك على أهل الخبرة، حيث يغني قولهم في النزاع عما ذكره الفقهاء من اللمس والنظر، لشمولها الوسيلتين معا، فتحدد في ضوء ذلك قدرة الرجل على المعاشرة الجنسية كاملة أم لا.

أما إذا كان العيب مما لا يمكن التثبت منه ومعرفة حقيقته لو اطلع عليه، كالعنة وما يلحق بها[٦]، فقد قرر الفقهاء لها أحكاماً توافق طبيعة هذا العيب، إذ لم يطالبوا الزوج بتحقيق ما قاله

---

(١) مواهب الجليل – ج٥ ص١٤٥. حاشية الدسوقي– ج٢ ص ٢٨٤. شرح الخرشي– ج٣ ص٨٠، وفيه قول ابن عرفة "لو تنازعا في برص بموضع خفي على الرجل صدق بيمينه".

(٢) شرح فتح القدير – ج٣ ص ٢٦٤، ٢٦٥، البحر الرائق – ج٤ ص ١٣٤.

(٣) المبدع – ج٨ ص ٩.

(٤) تبصرة الحكام– ج١ ص ١٤٧.

(٥) سنن أبي داود- كتاب الحدود-باب الغلام يصيب الحد-ج٢ ص٤٥٣. سنن النسائي- كتاب الطلاق-باب متى يقع طلاق الصبي- ج٦ ص١٢٦، ١٢٧.

(٦) ومن ذلك ما ألحقه الحنفية بالعنين الخصي، والمسحور، والشيخ الكبير الذي لا قدرة له على الجماع لكبر سنه، ومثله الصبي الذي لم يبلغ حد الحلم، والشكاز وهو الذي إذا حدث المرأة أنزل قبل أن يخالطها، فيفتر ولا يقدر على الانتشار والجماع، ويسمى مثله في الطب الحديث سريع القذف، والخنثى غير المشكل الذي له مبال الرجال ولا يقدر على الجماع.
أما الشافعية فألحقوا بالعنين كبر حجم أنثيي الرجل بحيث تغطيان الذكر، فلا يخرج من بينهما ولا يمكنه الجماع بشيء منه، وألحق بالعنين- ولم يلحق بالمجبوب - لأن إمكان البرء ممكن في نفسه، وذلك متى أيس من زوال =

بالوطء، لتعذر الوقوف على حقيقته، كما لم يطالبوا من يدعي عنته بجس عضو الرجل والعمل به، بما قد يؤدي إلى انتشاره من عدمه، لمعرفة مدى تحقق العنة به، لفحش ذلك الفعل، ولم يقرروا أيضا الشهادة لمعرفة مدى تحقق العنة به، لأنها أمر خفي لا يتحصل بالنظر، ويتعذر الوقوف على حقيقتها، ولا يعلم بها إلا صاحبها، وحتى الخبرة قد لا يكون لها رأي قاطع فيها(١).

فإذا رفعت الزوجة أمرها إلى القاضي وادعت عنة زوجها وكانت بكرا من الأصل:

- فتثبت العنة بإقرار الزوج بها.
- فإن أنكر الزوج وجودها، أو نفى أن يكون الذي فيه هو عين المدعى به تثبت ببينة على إقراره، وليس على العنة، إذ لا مطلع للشهود عليها(٢).
- فإذا لم يقر الزوج بعنته، ولم تحضر الزوجة بينة على إقراره، وادعت أنها عذراء، فقولين في الفقه:

القول الأول: تصديق الزوج في نفيه بيمينه لأنه لايمكن أن يعلم بالجس، وهو قول للمالكية(٣)، والشافعية(٤).

القول الثاني: وهو للجمهور، ومقتضاه وضع طريق يستنبط منه الظاهر في الدعوى، وعلى أساسه يكون القول لأحد الزوجين دون الآخر.

ويتمثل هذا الطريق في عرض المرأة على النساء الثقات لمعرفة حالها من البكارة والثيوبة، ويرجع إلى قولهن، فإن قالت النساء أنها بكر فالقول قول الزوجة، لأن الظاهر يشهد لها من وجود البكارة الدالة على عدم الوطء فيقدم - في هذه الحالة – الظاهر وهو بقاء بكرة الزوجة على الأصل وهو سلامة الزوج من العيوب، ولا تستحلف في ذلك عند الأحناف(٥)، والحنابلة(٦)، وقول

= كبرهما بقول طبيبين أو طبيب واحد عدل. وألحقوا بالعنين أيضا كل مرض ميئوس من زواله ولا يمكن معه الجماع فيأخذ حكمه. بدائع الصنائع – ج٣ ص ١٥٢٨. المبسوط ج٥ – ص ١٠٤. البحر الرائق – ج٤ ص ١٣٣. حاشية ابن عابدين – ج٣ ص ٤٩٤،. مغني المحتاج – ج٦ ص ٣١٠.

(١) بلغة السالك- ج١ ص٤٢٧. الشرح الصغير– ج٢ ص٢٠٥. أحمد فراج- أحكام الأسرة – ص ١٣٢.

(٢) الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع– ج٢ ص ١١٠. مغني المحتاج – ج٣ ص ٢٠٥ . الفروع- ج٨ ص٢٨٠.

(٣) حاشية الدسوقي- ج٢ ص ٢٨٣.

(٤) روضة الطالبين- ج٥ ص ٥٣٣، وجاء فيه: " إذا اختلف الزوجان في الوطء، فالقول قول نافيه عملا بأصل العدم إلا في ثلاثة مواضع.. إحداها إذا ادعت عنته فقال أصبتها، فالقول قوله بيمينه، سواء كان ذلك قبل المدة أو بعدها".

(٥) المبسوط– ج ٥ ص١٠١. بدائع الصنائع-ج٣ ص١٥٢٨. البحر الرائق– ج ٤ ص ١٣٦. شرح فتح القدير– ج٣ ص٢٦٥.

(٦) المغني – ج٧ ص ١٨٥، ٢٠٥. الكافي – ج٣ ص ٥٧.

للشافعية[1]، وفي قول آخر لهم تستحلف[2].

وإن شهد النساء بما قالت وادعى الزوج عود بكارتها بعد وطئها:

فذهب الحنفية[3]، والشافعية في الأصح[4]، والحنابلة[5] إلى أن القول قول الزوجة مع يمينها، لأن هذا الادعاء - وإن كان متصوراً – فهو بعيد جدا.

وفي قول آخر للشافعية[6] أن احتمال زوال البكارة وعودها قائم إذا لم يبالغ في وطء البكر، فلابد من الاحتياط سواء ادعى الزوج ذلك أم لم يدع، و في كلا الفرضين تحلف المرأة على أنه لم يصبها، أو على أن بكارتها هي البكارة الأصلية[7].

والحقيقة أن بعض أنواع البكارة في النساء ما يسمح بالوطء دون تهتك أو تمزق لقابليته للتمدد والاتساع، والمرجع في ذلك هو الخبرة الطبية التي تقرر ذلك أو تنفيه، أما القول بإمكان عود البكارة بعد تمزقها بالوطء، فهذا بعيد جدا[8].

وقد وضع الحنفية في طريقة معرفة بكارتها وسائل يمتحنها بها النسوة[9]. ولا شك أن هذه

---

(١) روضة الطالبين – ج٥ ص٥٣٠. مغني المحتاج – ج٣ ص ٢٠٥.

(٢) روضة الطالبين – ج٥ ص ٥٣٤. نهاية المحتاج – ج٦ ص١٧٤، ١٧٥.

(٣)المبسوط– ج ٥ ص١٠١. بدائع الصنائع-ج٣ ص١٥٢٨. البحر الرائق– ج ٤ ص ١٣٦. شرح فتح القدير– ج٣ ص٢٦٥.

(٤) روضة الطالبين – ج٥ ص ٤٣٤. الحاوي – ج٩ ص٣٧٩.نهاية المحتاج – ج٦ ص١٧٤، ١٧٥.

(٥) المبدع– ج٨ ص١٠٤. الفروع- ج٨ ص ٢٨٠، ٢٨١. المغني– ج٧ ص٢٠٠ والقول باستحلاف المرأة عند الحنابلة لإزالة هذا الاحتمال، وهو أحد الوجهين والوجه الآخر لا تستحلف لأن ما يبعد جدا لا التفات إليه كاحتمال كذب البينة العادلة، وكذب المقر في إقراره.

(٦) مصادر الشافعية المشار إليها – المواضع نفسها.

(٧) فإذا حلفت الزوجة – عند الشافعية – تثبت العنة، وإن نكلت حلف الزوج وبطل الخيار، أما إن نكل الزوج أيضا، فوجهان أحدهما يسقط خيار الزوجة لأن ما قاله محتمل، والأصل دوام النكاح، والوجه الآخر ثبوت الخيار للزوجة، لأن الظاهر أن بكارتها هي الأصلية. وهل يقبل قولها بعد نكوله بغير حلف يمين، لأن نكوله كحلفها، أم لابد من اليمين؟ في المسألة قولان: أظهرهما الثاني.

(٨) د. نوال شاكر – المرجع السابق – ص ٢٧٤. سيد قرني – خبرة الطب الشرعي في المسائل المدنية – ص ٤٤. وسيأتي تفصيل ذلك في الفرع الثاني من هذا المطلب.

(٩) ومن تلك الوسائل:

أ- أن تبول على جدار فإن وصل إليه فبكر، وإن سال على الفخذ فثيب.

ب- أن تكسر البيضة ويسكب مافيها في فرجها، فإن دخل فثيب ، وإلا فبكر.

ج- أن تدفع في فرجها بيضة حمامة مطبوخة مقشرة أو أصغر بيضة دجاجة، فإن دخلت من غير عنف فثيب، وإلا فبكر. البحر الرائق – ج٤ ص ١٣٦. شرح فتح القدير- ج٣ ص ٢٦٥. رد المحتار- ج٢ ص٦٤٧. بدائع الصنائع- ج٣ ص١٥٣٢.

الوسائل فرضتها ظروف الفقهاء وخبراتهم المعيشية في عصرهم، ولا يمكن- بحال- الإلتجاء إليها في العصر الحاضر لمعرفة بكارة المرأة من ثيوبتها، لعدم دقتها وإن تحققت نتيجتها في بعض الحالات، فهي نسبية في الغالب، ولا تفيد إلا محض الظن، فضلا عمّا فيها من الأذية والإضرار بالمرأة، وهي اجتهادات تحسب لأصحابها، والخبرة الطبية تغني عن ذلك.

فإذا أقر الزوج بعنته أو أقامت الزوجة بينة على إقراره بها، أو شهد النساء ببكارتها ثبتت عنته وأجله الحاكم سنة[1]، يأمره أن يعالج نفسه في هذه المدة. وإن قالت النساء أن الزوجة ثيب، فالقول قول الزوج مع يمينه ولا يطالب بتحقيق ما قاله أبداً، لأن الظاهر يشهد له، وهو أن الرجل إذا خلى بامرأة ووطئها زالت بكارتها، كما أن الأصل في الإنسان السلامة، إلا أنه يستحلف دفعا للتهمة، فإن حلف أنه وصل إليها رفضت دعواها وسقط بذلك خيارها، وإن نكل عن اليمين، فاختلف الفقهاء في ذلك إلى قولين:

القول الأول: اعتبر نكوله عن اليمين مصادقة لها، فيقضي عليه بنكوله ويؤجل سنة كما في الحالة السابقة. ذهب إلى ذلك الحنفية[2] والحنابلة[3] والشافعية في إحدى القولين لهم[4].

---

(١) والحكمة في تأجيل العنين هذه المدة هو ليعلم فيها حاله، هل عجزه لمرض فتضرب له سنة لتمر عليه الفصول الأربعة، فإن كان من يبس زال في زمن الرطوبة وإن كان من رطوبة زال في فصل اليبس، وإن كان من برودة زال في فصل الحرارة، وإن كان من انحراف مزاج زال في فصل الاعتدال، فإن مضت الفصول الأربعة واختلفت عليه الأهوية ولم يزل علم أنه خلقة، وذهب إلى ذلك الحنفية والشافعية والحنابلة.

في حين ذهب المالكية إلى أن مدة السنة هي مدة علاج لا اختبار، وهذا هو الصواب – إن شاء الله – لأن الحكمة في تأجيله هو التحقق من أن عجزه هو لعنة فيه أو لا، وما دام الطب الحديث قد توصل إلى معرفة كون الرجل عنينا، وأن عنته أصلية لا تزول بالتأجيل أم أنها عارضة يمكن أن تزول بالعلاج.

ويضرب هذا الأجل لمعنى آخر ذكره الفقهاء، وهو إبلاء العذر شرعاً، فقد يحدث الله تعالى بعد ذلك أمرا ويجعل من بعد العسر يسرا، فيكون الإسراع بالتفريق بين الزوجين – حتى مع اليأس من الشفاء – غير مسوغ، فقد تراجع الزوجة نفسها وتعدل عن قرارها في طلب التفريق وإمهال الطرف مدة قد تطول عن السنة للعلاج، ولعلها ترضى – في الأخير – بالإقامة معه بلا وطء. فتح القدير- ج٣ ص ٢٦٣، وجاء فيه: "إذا علم أنه ميئوس من شفائه فلا تأجيل، ولكن التأجيل لابد منه لأنه حكمه، لأن التفريق هو سبب إبلاء العذر بالسنة". حاشية ابن عابدين– ج٣ ص ٤٩٧، وجاء فيه: "الحق أن التفريق إما بغلبة ظن عدم زوال العنة، لزمانته أو للآفة الأصلية، ومضي السنة موجب لذلك، أو هو عدم إيفاء حقها، والسنة جعلت غاية في الصبر وإبلاء العذر شرعا". الخرشي– ج٣ ص ٢٤٠، ٢٤٢. بلغة السالك– ج١ ص ٤٢٦. الحاوي – ج٩ ص ٣٧٠. المغني– ج٧ ص ١٩٩، ٢٠٠.

(٢) البحر الرائق – ج٤ ص ١٣٦. المبسوط – ج٥ ص١٠١.

(٣) المبدع – ج٨ ص١٠٣. المغني – ج٧ ص٢٠٠. الكافي – ج٣ ص ٥٧.

(٤) الحاوي– نفس الموضع. روضة الطالبين – ج٥ ص ٥٣٠. الإقناع – ج٢ ص ١١٠. وللشافعية قول ثالث وهو أنه لا يقضي على الزوج بنكوله ولا ترد على الزوجة اليمين، ووجهه أنه لا يشرع تحليف الزوج أصلا، وهو قول ضعيف. روضة الطالبين- نفس الموضع.

القول الثاني: لا يقضي عليه بنكوله، وإنما ترد اليمين على المرأة، فإن حلفت تثبت دعواها، وإن نكلت رفضت وبقيت زوجة له. وهو قول المالكية[١]، والأصح عند الشافعية[٢].

وحجة القول الأول أن في نكول الزوج عن اليمين إقرار منه بعدم الوصول إليها وبذلا، كما أنه لا يمكن تحليف الزوجة على عنته، ولأنه لا مطلع لها عليها، فلا يثبت بالحلف، كما أن العنة ليست من الأشياء التي ترد فيها اليمين[٣].

أما حجة القول الثاني في جواز رد اليمين على الزوجة العنين، فلأنها تعرف حال زوجها بالقرائن وطول الممارسة، وذلك من شأنه أن يثبت لها الحلف، ومثله أيضا أن تحلف على نيته في الطلاق بالكتابة متى دلت قرينة على ذلك[٤].

وجوهر الخلاف في المسألة بين الفقهاء هو حقيقة القضاء بالنكول واليمين المردودة، والحالات التي يجوز فيها رد اليمين[٥].

وإن كانت الزوجة ثيبا من الأصل أو شهد النساء بثيوبتها، ففي إثبات عنة زوجها أقوال ثلاثة ذكرها الفقهاء:

القول الأول: أن القول قول الزوج مع يمينه، لأن ذلك مما يتعذر إقامة البينة عليه ولا يعلم إلا من جهة الرجل، كما أن الأصل في الإنسان السلامة من العيوب، فكانت بذلك جنبته أقوى، فقبل إنكاره كسائر الدعاوى، وإنما كلف باليمين على صحة ما قال، لأن قوله محتمل للكذب فقوي باليمين، وهو قول جمهور الفقهاء المالكية[٦]، والحنفية[٧]، والقول الأصح للشافعية[٨]، والحنابلة في رواية[٩].

ويترتب على هذا القول أنها إذا ادعت أن ثيوبتها زالت بسبب آخر غير الوطء كأصبعه

---

(١) المدونة-ج٤ ص٢٦٥. حاشية الدسوقي- ج ٢ ص ٢٨٤. الخرشي- ج ٣ ص ٢٤١. الشرح الصغير- ج ٢ ص٤٢٧. واذا تنازع العنين مع زوجته بعد السنة صدق بيمينه، فإن نكل حلفت ولها التطليق، وإن نكلت لزمها البقاء. الفواكه الدواني- ج ٢ ص٦٩.

(٢) شرح جلال الدين المحلي على منهاج الطالبين – ج ٣ ص ٢٦٥، ومراجع الشافعية السابقة.

(٣) المبسوط – ج ٥ ص ١٠١. روضة الطالبين – ج ٥ ص ٥٣١.

(٤) مراجع الشافعية – المواضع السابقة.

(٥) راجع الخلاف في هذه المسألة والأدلة والمناقشات في الفصل الأول من الباب الأول.

(٦) المدونة- ج ٤ ص٢٦٣. حاشية الدسوقي- ج٢ ص٤٨٢. شرح الخرشي- ج٣ ص ٢٤٢. عيون المجالس-ج٣ ص١١٣٢.

(٧) البحر الرائق – ج٤ ص ١٣٦. المبسوط – ج٥ ص١٠١.

(٨) الأم- ج٥ ص٤٠. روضة الطالبين – ج٥ ص ٥٣٤.

(٩) المغني – ج٧ ص ١٨٥. الفروع- ج٨ ص٢٨١.

ونحوه، فالقول قوله بيمينه، لأن الأصل والظاهر زوال بكارتها بالوطء وعدم أسباب أخرى(١).

القول الثاني: أن القول قول المرأة مع يمينها إذا ادعى الوطء وأنكرت، لأن الأصل عدم الوطء ولا يثبت بقوله لأنه مدع. ذهب إلى هذا أحمد في رواية(٢).

واعترض على هذا القول بمعارضته للظاهر وهو الثيوبة، والذي يشهد للزوج دونها، كما أنها متهمة في قولها، كونها تريد تخليص نفسها(٣).

القول الثالث: أن يلجأ لوسائل معينة في التعرف على حقيقة العنة كأن يؤمر الزوج بإخراج مائه على شيء، فإن عجز عن ذلك، فالقول قولها، وإن فعل، فالقول قوله، أو تبادر امرأتان بالنظر إلى فرجها بعد جماع الزوج لها، فإن رأتا فيه الماء كان ذلك دليل على إصابتها، أو يزوج امرأة أخرى لتخبر عن حاله، إلى غير ذلك من الوسائل(٤)، وهو مذهب الأوزاعي وعطاء ورواية عن أحمد(٥) وقول للحنفية(٦).

وقد اعترض على هذا القول باعتراضات وجيهة من عدة وجوه:(٧)

الوجه الأول: أن العنة لا ترتبط بالماء، فقد ينزل الرجل من غير وطء، وقد يطأ ولا ينزل، لأن ضعف الذكر لا يمنع سلامة الظهر ونزول الماء، وقد يعجز السليم القادر عن الوطء في بعض

---

(١) البحر الرائق – ج٤ ص ١٣٦. المغني – ج٧ ص ٢٠٥. المبدع – ج٨ ص ١٠٥.

(٢) المغني – ج٧ ص ٢٠٦. الإنصاف- ج٨ ص١٦١.

(٣) المغني- نفس الموضع.

(٤) وذكر الفقهاء من تلك الوسائل:

أ- أن يخلي معها في بيت ويقال له أخرج ماءك على شيء، فإن عجز تثبت عنته، و إلا فلا، فإن فعل وادعت أنه ليس بمني، جعل على النار، فإن ذاب فهو مني، وبطل قولها، أما إذا تجمع وييس فهو بياض البيض أو نحوه، وبذلك الاختبار يتميز أحدهما عن الآخر.

ب- أن يترك الزوج مع زوجته ويقربهما امرأتان خلف ستر، فإذا قام الرجل عن جماعها نظرتا إلى فرجها، فإن كان فيه ماء الرجل علم أنه أصابها، وإن لم يكن فيه ماؤه علم أنه لم يصبها.

ج- أن يجلس في ماء بارد فإن تقلص الذكر فليس بعنين، وإن لم يتقلص فهو عنين.

د- أن يزوج امرأة ذات جمال وتعطى صداقها من بيت المال، ويخلى معها، ثم تسأل عنه ويؤخذ بما تقول فإن أخبرت أنه يطأ ردت دعوى الأولى، والثانية بالخيار بين الإقامة والفسخ، وإن كذبته فرق بينهما وصداق الثانية من ماله.

وهذه أقوال ليس عليها دليل ولا لها في الأصول نظير. . الحاوي – ج٩ ص ٣٧٨. تكملة المجموع – ج١٦ ص ٢٨١. المغني – ج٧ ص ٢٠٦، ٢٠٧. الفروع – ج٨ ص ٢٨١..

(٥) المغني – نفس الموضع. الكافي – ج٣ ص ٥٧.

(٦) البحر الرائق – ج٤ ص١٣٤، ١٤١.

(٧) البحر الرائق – ج٤ ص ١٣٤. تكملة المجموع – ج١٦ ص ٢٨٢. المغني – ج٧ ص ٢٠٦.

الأحوال، وليس كل من عجز عن الوطء في بعض الأحوال والأوقات يكون عنينا.

الوجه الثاني: لو اعتبر هذا للزم أن لا يؤجل سنة، لأن التأجيل ليس إلا ليتحقق من عنته، ولا فائدة فيه إن أجل مع ذلك.

الوجه الثالث: تزويجه بامرأة ثانية لا يصح، لأنه قد يعن عن امرأة دون أخرى كما أن نكاح الثانية إن كان مؤقتا أو غير لازم فهو نكاح باطل والوطء فيه حرام، وإن كان صحيحا لازما ففيه إضرار بالثانية، وهي متهمة في قولها لأنها تريد تخليص نفسها، ولا وجه في المفاضلة بين قولها وقول الأولى.

ويظهر لي أن القول الأول هو أرجح الأقوال لاتفاقه مع الظاهر[1]، ومع ذلك فلا مانع من إلزام الزوج بالفحص الذي يؤكد وجود العنة أو ينفيها، سواء أكانت الزوجة بكرا أم ثيبا، ويجمع بين قوله بيمينه في الدعوى وبين الخبرة الطبية، فتقوي بذلك جنبة الزوج أو تضعف.

ويستخلص مما سبق أن عيب العنة المدعى به يثبت بإقرار من الزوج، وبالبينة على إقراره، ثم بنكوله عن اليمين، أو اليمين المردودة إذا كانت المرأة ثيبا - على خلاف بين الفقهاء في الوسيلتين الأخيرتين - وبيمينها إذا تحقق من بكارتها.

ومتى ثبتت العنة بالوسائل السابقة حكم القاضي بتأجيل العنين سنة يمهله فيها[2]، ولا يتعجل بالفسخ قبل مضي المدة، وإذا كان المعيب مريضا بمرض آخر غير العيب تحتسب السنة من وقت شفائه من المرض الآخر[3].

---

(١) وقد يقال: لماذا قبل قول الزوج بيمينه هنا، ولم يقبل بقوله لو ادعى إصابة المطلقة ليراجعها، وأنكرت الزوجة ذلك مادام أن الأصل الإصابة ؟. أجاب الماوردي عن ذلك من ثلاثة أوجه:
الوجه الأول أن الإدعاء في الأولى هو لإثبات العنة، وإنما ادعى الزوج الإصابة لدفع ما ادعى عليه به، فهو منكر والزوجة مدعية، والشرع وارد بقبول قول المنكر لا المدعي.
الوجه الثاني: أن دعوى العنة مستثناه من قاعدة أن القول قول منكر الإصابة.
الوجه الثالث: أن دعوى الإصابة في العنة تثبت ما أوجبه النكاح في اللزوم، أما دعوى الإصابة في الرجعة فتنفي ما أوجبه الطلاق من التحريم فافترقا. الحاوي – ج٩ ص ٣٧٨.

(٢) مدة السنة هو قول عامة أهل العلم للأثر الوارد عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما في ذلك، وهناك أقوال أخرى مهجورة لبعض أهل العلم في تقدير الأجل بأدنى من السنة، وليس لها أصل يرجع التقدير فيها. المبسوط – ج٥ ص ٣٥. شرح فتح القدير– ج٣ ص٢٦٣. حاشية الدسوقي– ج٢ ص ٢٥١. حاشية ابن عابدين– ج٣ ص ٤٩٧.. الإقناع- ج٢ ص ١١٠. الحاوي- ج٩ ص ٣٧٠. الكافي- ج٣ ص٥٧.

(٣) وهل يتوقف القاضي بضرب الجل على طلب من الزوجة المدعية أم لا؟
ذهب الشافعية إلى أن الحق للزوجة، فلا يحكم بالتأجيل إلا إذا طلبت ذلك، وإن سكتت وحمل سكوتها على دهشة أو غفلة أو جهل فلا بأس بتنبيهها. أما مذهب الجمهور فهو اعتبار أن حق المرأة يقتصر على طلب التفريق، دون إجراءات التأجيل الذي هو من سلطة القاضي وحده، ومتى أجلت الزوجة زوجها، فلا يصح هذا التأجيل =

وإذا تمت السنة[1]، فإن أقر الزوج أنه لم يطأها، ثبتت العنة وخيرت المرأة، أما إذا حصل الإختلاف في حصول الوطء من عدمه، فإن إثبات ذلك على ما بينا من وجود البكارة أو الثيابة[2]، وفي ضوء ذلك يكون الحكم.

وإذا حكم القاضي بالفرقة بين الزوجين وأتى الزوج ببينة أنه قد وصل إليها هل يبطل بها حكم الفرقة؟

إذا فرّق القاضي بالعنة، يمكن للزوج إذا أقام البينة على إقرار المرأة قبل الفرقة أنه قد وصل إليها، فيبطل بها تفريق القاضي، لأن الشهادة على إقرارها بمنزلة إقرارها عند القاضي، كما لو أقرت قبل التفريق لم يثبت حكم الفرقة. أما إذا شهد على إقرارها شاهدان بأن أقرت بعد التفريق لم تبطل الفرقة، لأن إقرارها تضمن إبطال قضاء القاضي، فلا تصدق على القاضي في إبطال قضائه، فلا تقبل.

كما يبطل حكم الفرقة في العنين بمجيء الولد وادعى الزوج أنه قد وصل إليها، فشهادة النسب على الدخول أقوى من شهادة شاهدين عليه. وهذا بخلاف المجبوب، فخلوته وإن كانت توجب العدة ويثبت منه النسب، إلا أنه لا تبطل الفرقة فيه، لأن ثبوت النسب لا يدل على الوطء حقيقة، حيث يكون العلوق بقذف الماء، ففرّق بينهما[3].

ب- إثبات العيوب التناسلية في المرأة: عيوب المرأة التناسلية أنواع، فمنها ما يمنع من الوطء كالقرن والعفل والرتق، ومنها ما يقلل منه لدرجة تقرب من المنع كالإفضاء، ومنها ما يكون معديا أو منفرا بالطبع، كالجذام والبرص الذي يحصل في الفرج، ومنها ما يكون وصفا تم اشتراطه

= ولا يعتد به أمام القضاء. لمزيد من التفصيل أنظر: روضة الطالبين- ج٥ ص٥٣٠. حاشية البجيرمي على شرح الخطيب- ج٣ ص٢٥٠. المبسوط- ج٥ ص٩٨.

(١) ووقت ابتداء السنة هل هو من وقت رفع الدعوى إلى القاضي أو من وقت الحكم؟
جمهور الفقهاء على القول الأول مستدلين على ذلك بما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه في ذلك، وقد جرى المسلمون على اتباع قضاء عمر في قاعدة الباب، وخالف في ذلك المالكية والشافعية، حيث يرون بدء السنة من وقت ثبوت العنة والحكم بها لأن ذلك أمر مجتهد فيه، وهو قول له وجاهته سيما في عصرنا الحاضر، إذ تتعقد إجراءات التقاضي وتطول فتطول معها المدة من يوم رفع الدعوى إلى حين ثبوتها والحكم بتأجيل العنين، الأمر الذي يؤدي إلى انتهاء الأجل قبل صدور حكم القاضي به، وهو ما يتعارض والحكمة من التأجيل. البحر الرائق – ج٤ ص١٣٥. الخرشي – ج٣ ص٢٤٠. بلغة السالك – ج١ ص٤٢٦. مغني المحتاج – ج٣ ص٢٠٦. تكملة المجموع – ج١٥ ص٤٣٥. المغني- ج٧ ص٢٠١. د. نوال محمد شاكر- المرجع السابق – ص ٨٥.

(٢) سواء أكانت الثيابة في ابتداء الأمر قبل التأجيل أم بعده.

(٣) بدائع الصنائع- ج٣ ص١٥٣٤ .

في العقد كالبكارة ونحوها.

١ ـ وسيلة إثبات العيوب التناسلية للمرأة: إذا ادعى الزوج وجود عيب بفرج امرأته ـ والذي يثبت بها الخيار ـ فتكون الزوجة المدعى عليها في هذه الحالة بين أمرين:

الأول: أن تقر بصدق الدعوى وعندها يثبت الخيار للزوج .

الثاني: أن تنكر وجود العيب مطلقا، أو تنفي أن يكون الذي فيها هو عين المدعى به، فأيهما يصدق؟

ذهب الفقهاء في حكم هذه المسألة أن وسيلة إثبات أو نفي ما ادعى الزوج قيامه بفرج زوجته هو نظر النساء إليها، وتجبر المرأة على ذلك، وهو مذهب الحنفية(١)، والشافعية(٢)، والحنابلة(٣). أما المالكية(٤) فصدّقوا المرأة في نفي دائها بيمينها، ولها رد اليمين على الزوج فإذا حلف ثبت له الرد. وأجازوا نظر النساء إليها وقيدوا ذلك برضاها من غير إجبار عليها(٥). وحجتهم في ذلك أن العيب بالمرأة لا يترتب عليه كثير ضرر بالرجل، الذي له أن يتخلص منها بالطلاق دون حاجة إلى التشهير بها واطلاع الناس على عورتها، بخلاف المرأة فهي معذورة، والتي لا سبيل لها من إزالة الضرر إلا بإثبات العيب الموجود بالزوج.

ويظهر لي أن قول الجمهور بجواز نظر النساء إلى المرأة ـ سواء رضيت أو لا ـ لإثبات العيب هو الراجح، لتعين شهادة النساء وسيلة يتحقق بها وجود العيب المدعى به من جهة، وهل هو لعارض سريع الزوال أم أن العيب مستحكم لا يمكن البرء منه، من جهة أخرى. فضلا عما تقتضيه الضرورة من استشهاد النساء في هذا الباب.

وإنما جُوِّز في النظر لعورة المرأة شهادة النساء دون الرجال مع مشاركتهن في التحريم، لأن تحريم النظر في حقوق الرجال أغلظ منها في حقوق النساء، فهو مختص بمعنيين، أحدهما ستر العورة، والثاني قطع الشهوة، وتحريمها في النساء مختص بمعنى واحد فقط، وهو ستر العورة، فلما

---

(١) المبسوط – ج ١٦ ص ١٧٠.شرح فتح القدير– ج٣ ص ٢٦٥.

(٢) الحاوي– ج١٧ ص ١٩.

(٣) المغني – ج٧ ص ٤٦٤. الفروع- ج٨ ص ٣٨٣.

(٤) شرح الخرشي – ج٣ ص ٢٤٢. حاشية الدسوقي– ج٢ ص ٢٨٤. القوانين الفقهية – ص ٢٢٥.

(٥) حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٢٨٥، وجاء فيه: "إذا أتى الرجل بامرأتين تشهدان له على ما هي مصدقة فيه كنفي الرتق مثلا، فإنه يعمل بشهادتهما ولا تصدق، وظاهره ولو حصلت الشهادة بعد حلفها على ما ادعت". بداية المجتهد- ج٢ ص٣٨٩. وقد اعترض النفراوي المالكي على أصحابه بأنه كيف يباح النظر إلى العورة برضا صاحبها مع تصديقه في نفي العيب، ويلزم على ذلك جواز النظر إلى عورة الرجل إذا رضي عند ادعائها أن في دبره برصا أو جذاما، بل كان الرجل أولى بالجواز من المرأة. الفواكه الدواني- ج٢ ص٧٠.

دعت الضرورة فيه إلى الشهادة أبيحت لأخف الجنسين حظرا[١].

٢- نصاب الشهادة:* اختلف الجمهور في عدد المقبول من النساء فيما يشهدن فيه من عيوب فرج المرأة، منفردات ولا رجل معهن، على أربعة أقوال:

القول الأول: لا يقبل أقل من أربع نسوة عدول، وهو قول عطاء[٢]، وإليه ذهب الشافعية[٣]، ويثبت عندهم برجل وامرأتين، ولا تثبت برجل ويمين[٤].

القول الثاني: لا يقبل فيه أقل من ثلاث نسوة، وهو مروي عن أنس رضي الله عنه، وهومذهب الحسن البصري وعثمان البتي[٥].

القول الثالث: يقبل فيه شهادة امرأتان، وهو مذهب مالك[٦].

القول الرابع: يقبل فيه شهادة امرأة واحدة عدلة والاثنتان أحوط، وهو مذهب الحنيفة[٧]، والحنابلة[٨]، والأوزاعي والثوري[٩].

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول: استدل الشافعية[١٠] على أنه لا يجوز أن تقبل من النساء شهادة أقل من أربع نساء لقوله تعالى: (فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء أن تضل إحداهما فتذكر إحداهما الأخرى)[١١]، فلما كانت شهادة النساء أنقص من شهادة الرجال، فقد أجاز

---

(١) الحاوي – ج١٧ ص ١٩.

* مقصودنا هو مايقبل في شهادة النساء منفردات فيما لا يطلع عليه الرجال من عيوب النساء التي تحت الثياب، والبكارة، والثيابة، والرضاع، والولادة، والاستهلال، مع اختلاف المذاهب وأهل العلم في التضييق أو التوسع من دائرة قبولها، حتى في المذهب الواحد.

(٢) الأم – ج٥ ص ٣٤. الحاوي – نفس الموضع. المغني – ج٩ ص ١٥٦.

(٣) الأم– نفس الموضع. الحاوي– نفس الموضع. روضة الطالبين– ج٩ ص٣٦. كتاب أدب القضاء– ص٤٠٠.

(٤) مغني المحتاج- ج٤ ص٤٤٢، ٤٤٣. روضة الطالبين- ج٨ ص٢٢٧.

(٥) بداية المجتهد– ج٢ ص٣٨٩، وقال فيه ابن رشد: وهذا القول لا معنى له. المغني– ج١٢ ص ١٧. الحاوي– ج١٧ ص ١٩.

(٦) حاشية الدسوقي – ج٢ ص٢٨٥. القوانين الفقهية – ص٢٦٦. رسالة ابن أبي زيد القيراواني – ص ١٤٩. بداية المجتهد– نفس الموضع. المدونة– ج٢ ص٢٩٢. الفروق- ج٤ ص١٨٤. وبه قال الحكم وابن أبي ليلى وابن شبرمة وهو رواية ثانية عن أحمد. المغني– ج١٢ ص١٧ وج٧ ص٥٨١. نيل الأوطار– ج٧ ص١٢٥.

(٧) المبسوط – ج١٦ ص ١٧٠. شرح فتح القدير – ج٦ ص ٨، ٩. بدائع الصنائع- ج٣ ص١٥٢٨.

(٨) المغني – ج٧ ص ٥٨١. الفروع- ج٨ ص٣٨٣. الإقناع- ج٣ ص١٩٩.

(٩)المغني- نفس الموضع.

(١٠) الحاوي– ج١٧ ص ٢٢.

(١١) سورة البقرة – آية ٢٨٢.

الله تعالى شهادة امرأتين مقام شهادة رجل واحد، وفي المواضع التي يقبل فيها شهادة النساء إذا لم يقبل فيها شهادة رجل واحد مع قوته، فلا تقبل الواحدة من النساء من باب أولى، ومتى تعذر الأصل من الرجال يصار إلى البدل من النساء، ولا أقل في ذلك من أربع نسوة.

أما إذا شهد الرجال بذلك من غير تعمد للنظر فهم على العدالة وشهادتهم مقبولة[1]، ولا يقبل حينها إلا رجل وامرأتان ولا يقبل رجل ويمين، لأن عورات النساء أمور خطرة بخلاف الأموال.

أدلة القول الثاني: احتج من اعتبر الثلاث من النسوة أن الله تعالى ضمَّ شهادة المرأتين للرجل في الموضع الذي لا ينفرد فيه كالأموال وغيرها، فكانت بينة كاملة، فوجب أن يستبدل الرجل بامرأة في الموضع الذي ينفردن فيه، فيصير النصاب ثلاثا[2].

أدلة القول الثالث: احتج المالكية في الإكتفاء بشهادة امرأتين، بأن المعتبر في الشهادة العدد والجنس، ولما أجزنا شهادة النساء في مواضع لانفرادهن بالقبول مقام الرجال، وكان أكثر عدد الرجال اثنان، اقتضى أن يكون أكثر عدد النساء اثنتين[3].

أدلة القول الرابع: احتج الحنفية والحنابلة ومن قبل شهادة الواحدة بالسنة والأثر والمعقول.

١ـ فمن السنة: ما رواه ابن المدائني عن الأعمش عن أبي وائل عن حذيفة أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز شهادة القابلة[4].

وقد اعترض على هذا الحديث من وجهين:

الوجه الأول: أن المدائني قد تفرد بروايته للحديث، وهو ضعيف عند أهل الحديث[5].

الوجه الثاني: على فرض التسليم بصحة الحديث، فإنه لا ينهض دليلاً في المسألة وغاية الحديث جواز قبول شهادة من باشرت أحوال الولادة، لأنه قبلها ولم ينفرد بقبولها وحدها[6].

---

(١) فإن تعمّدوا النظر لغير الشهادة فهم فسقة لا تقبل شهادتهم، أما إن تعمدوا النظر لإقامة الشهادة ففي قبول شهادتهم ثلاثة أوجه عند الشافعية، أحدها: أنهم فسقة لا تقبل شهادتهم لأنهم عمدوا النظر إلى عورة محرمة عليهم، والوجه الثاني: أنهم على العدالة وشهادتهم مقبولة لما في النظر من الأحكام التي تلزم حفظها في حقوق الله تعالى وحقوق الآدميين، والوجه الثالث: أنهم يقبلون في الزنا، ولا يقبلون فيما عداه. الحاوي – ج١٧ ص١٩. روضة الطالبين – ج٩ ص٣٧.

(٢) الحاوي – نفس الموضع. المغني – ج١٢ ص ١٧.

(٣) الفروق – ج٤ ص ١٨٤. الخرشي – ج٤ ص١٨٢. تبصرة الحكام – ج١ ص٢٣٦.

(٤) سنن البيهقي – كتاب الشهادات – ج١٠ ص ١٥١.

(٥) سنن الدارقطني – كتاب الأقضية – ج٤ ص٢٣١ رقم (١٠٠). الزيلعي- نصب الراية- ج ٤ ص٨٠، ٨١.

(٦) الحاوي – ج١٧ ص١٩.

٢- ومن **الأثر:** ما روي عن علي رضي الله عنه أنه أجاز شهادة القابلة[١]، ولا مخالف له من الصحابة، فكان نصا وإجماعا.

واعترض على هذا الأثر بما اعترض على الحديث السابق.

٣- أما استدلالهم **بالمعقول:** فلأن الشهادة تتضمن معنى الخبر، فلما قبلت وحدها في الإخبار لزم قبولها في هذه الشهادة أيضاً، كما أنها حال يحتشم فيها من عدا القابلة، فجاز قبول شهادتها وحدها، اعتبارا بالضرورة.

ولأنه لما كانت المرأة الواحدة مساوية لمن زاد عليها في الرد في الموضع الذي لا يقبلن فيه، فوجب أن تكون الواحدة مساوية لمن زاد عليها في الموضع الذي تقبل فيه[٢].

واعترض على هذا الاستدلال بأن اعتبار الشهادة في حكم الخبر غير صحيحة للفرق بين الخبر والشهادة، فلو جرت مجرى الخبر لقبل فيها شهادة العبد والأمة، كما يقبل غيرهما، ولقبلت أيضا شهادة المرأة عن المرأة كما يقبل خبر المرأة عن المرأة، والمقرر أنه يقبل خبر المعنعن ولا تقبل شهادة المعنعن. وهناك فرق آخر وهو أن الخبر يتساوى فيه المخبر والمخبَر في الإلتزام والإنتفاع، ولا يتساوى المشهود له والمشهود عليه.

أما استدلالهم باحتشام ما عدا القابلة فأجيب عنه بأن العرف جار باجتماع النساء عند الولادة للتعاون، وهذا المعنى الذي ذكروه يقتضي أن لا تقبل شهادة غير القابلة.

وأما استدلالهم برد الشهادة في موضع وإجازتها في موضع آخر فأجيب عنه من وجهين:

أحدهما: أن اعتبار الإجازة بالرد هو اعتبار بالضد، لأن الرد ضد الإجازة والشيء إنما يعتبر بنظيره لا بضده.

والثاني: أنه لو جاز هذا الإعتبار لجاز أن يقال: لما رد بالفسق شهادة الواحد والعدد وجب أن يقبل بالعدالة شهادة الواحد والعدد، وهذا غير جائز، فلزم من ذلك عدم جواز ما ذكروه أيضا[٣].

الترجيح:

بعد استعراضنا للأقوال الواردة في عدد المقبول من النساء فيما يشهدن فيه من عيوب النساء التناسلية ونظر كل فريق فيها، يتبين لي أن ما ذهب إليه القول الثالث بصحة الإكتفاء بالمرأة الواحدة

---

(١) سنن البيهقي- نفس الموضع.

(٢) المبسوط- ج١٦ ص ١٧٢. بدائع الصنائع - ج٣ ص ١٥٢٨. الحاوي - ج١٧ ص ٢١. شرح منتهى الإرادات- ج٣ ص ٥٥٨.

(٣) الحاوي - ج١٧ ص ٢٢، ٢٣.

في إخبارها بذلك، واللجوء إلى الإثنتين أحوط هو الراجح، لانتفاء شبهة احتمال الخطأ أو الكذب، وذلك لقوة حجة هذا القول في مقابل بقية الأقوال. ولا ينقص من قيمته ما وُجّه إليه من اعتراضات، لأن اطلاع المرأة إلى فرج المرأة لمعرفة مدى وجود العيوب المدعى بها، هو أقرب لكونه إخبارا من كونه شهادة، كما أن القائم بالنظر والإطلاع هنّ المتخصصات بأمراض النساء والولادة، فتكفي الواحدة منهن في تحقيق العلم الذي تقوم به الشهادة.

ومتى ثبت عيب المرأة وطلبت التأخير لمداواته، وكان يمكن زواله بالعلاج، فإنها تؤجل له مدة باجتهاد أهل الخبرة، وهوما استحسنه المالكية، حيث جاء في قول خليل:"..وأجلت الرتقاء للدواء بالاجتهاد، ولا تجبر عليه إن كان خلقة"(١). وقال شراحه: ولا خصوصية للرتق بذلك، بل ذات القرن والعفل ممّا يمكن مداواته كذلك، من غير تحديد للمدة على المشهور، ويلوم الزوج الصبر حيث لم يلزم على مداواتها حصول عيب في فرجها، كما أنها تجبر على ذلك إذا طلبه الزوج إذا كان لاضرر عليه في المداواة(٢).

ثانيا: في إثبات العيوب غير التناسلية:

وتشمل هذه العيوب كل عيوب البدن ما عدا الفرج في الرجل والمرأة، كالبرص والجذام والعاهات، ونحو ذلك من العيوب المنفرة أو المعدية.

وأما الشهادة في هذا الجزء من البدن فتنقسم إلى ثلاثة أقسام:

أ- عيوب ما بين السرة والركبة في المرأة: وهو ما حرم على ذوي المحارم تعمد النظر إليه، فتأخذ حكم العيوب التناسلية، من حيث اتفاق الفقهاء على جواز شهادة النساء منفردات فيه، وأيضاً من حيث الخلاف على نصابها، فيقبل قول الواحدة العدلة عند الحنفية والحنابلة في الأصح، والاثنتان عند المالكية، والأربع نسوة عند الشافعية.. وكذلك بالنسبة لعيوب الرجل، فما كان بين السرة والركبة، فتأخذ حكم إثبات العيوب التناسلية فيه، ومدى جواز النظر إليها للشهادة.

ب- عيوب ما علا عن السرة وانحدر عن الوجه والكفين: وهو ما كان عورة مع الأجانب ولم يكن عورة مع ذوي المحارم، فذهب أبو حنيفة(٣) إلى عدم قبول شهادة النساء منفردات فيه استنادا إلى جواز اطلاع الرجال من ذوي المحارم عليه كالرضاع، فلم تقبل فيه النساء على الإنفراد، ولا يبطل الملك في باب النكاح إلا إذا ثبت بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين.

---

(١) مختصر العلامة خليل- ص١٢٢.

(٢) شرح الخرشي- ج٣ ص٨٠. الفواكه الدواني- ج٢ ص٧٠.

(٣) البحر الرائق – ج٣ ص ٦٣شرح فتح القدير – ج٣ ص ١٩. الهداية مع الفتح – ج٣ ص ٢٠.

أما المالكية فلا يثبت ذلك إلا بالنساء[1]. ومذهب الشافعية[2] جواز قبول شهادة النساء منفردات في ذلك، لأن ما كان من عورات النساء وكُنَّ فيه على أستار وصيانة جاز أن يشهد بها النساء منفردات كالولادة.

ج- العيوب الظاهرة في الوجه والكفين عند المرأة: وهو مما لم يكن عورة، فلا يقبل فيه إلا شهادة الرجال دون النساء باتفاق، لخروجه عن العورة في حقوق الرجال والنساء، فلم تدع الضرورة فيه إلى انفراد النساء، ويكفي فيها شهادة رجلين عند المالكية والشافعية والحنابلة، وبرجل واحد عند الحنفية.

وفي جميع الحالات التي تقبل فيها شهادة النساء منفردات، يجوز أن تقبل فيها شهادة الرجال منفردين أيضا، ولا يحكم بأقل من رجلين عند الشافعية ولا بشاهد ويمين[3]، وبرجل واحد عند الحنابلة لكماله[4]، وهو أولى عندهم من قبول شهادة المرأة الواحدة.

كما تقبل أيضا شهادة الرجال مع النساء إذا بقى الرجال في المشاهدة على عدالتهم، ويقبل في ذلك عند الشافعية رجل وامرأتان[5].

ونتيجة لما سبق يجوز عرض المرأة على طبيب مسلم ثقة إذا لم توجد الطبيبة المسلمة الثقة، ويكون ذلك بذات الضوابط المرعية في علاج الجنس لجنس آخر.

بقي هنا تساؤل، وهو قد يتفق الزوجان على وجود العيب أو يثبت ذلك بعد الإنكار، فهل يمكن لأحد طرفي الدعوى - المعيب أو السليم - تقديم دفع، إما لتقرير الدعوى وإثبات الخيار، أو إسقاطه ؟. يمكن حصر الإجابة عن ذلك في نقطتين:

١- دفع الزوج السليم على صاحب العيب المدعى عليه: حيث يدعي الزوج السليم أن العيب كان موجوداً حال العقد، وذلك أمارة على التدليس الحاصل من الزوج الآخر، الذي يدعي بأن العيب حدث بعد العقد، فيكون العقد لازما، فمن قال من الفقهاء بعدم ثبوت الخيار في العيوب الطارئة بعد العقد، اعتبر قول الزوج المعيب في نفي وجوده حال العقد مطلقا، سواء حصل ذلك الاختلاف قبل الدخول أو بعده إعمالا للأصل، وهو السلامة ودوام النكاح. أما من قال منهم بثبوت الخيار في العيوب الطارئة للزوج السليم، فالقول له ولا اعتبار عندهم لهذا الدفع.

---

(١) الفواكه الدواني- ج٢ ص ٧٠.
(٢) الحاوي- ج١٧ ص ١٩. مغني المحتاج – ج٤ ص ٤٤٠، ٤٤١. كتاب أدب القضاء – ص ٤٠١.
(٣) الحاوي– ج ١٧ ص ٢٣. كتاب أدب القضاء- ص ٤٠٠.
(٤) شرح منتهى الإرادات – ج٣ ص ٥٥٨.
(٥) الحاوي– ج ١٧ ص ٢٣. كتاب أدب القضاء- ص ٤٠٠.

٢ ـ **دفع الزوج المعيب على السليم**: فالقول قول الزوج السليم في عدم علمه بالعيب، وصورة هذا الدفع أن يدعي صاحب العيب على السليم علمه بالعيب قبل العقد أو رضاه به بعد العقد صراحة بالقول أو دلالة[١].

أو ادعى الزوج العنين إقرارها بوطئه وأنكرت فإن كان له بينة تشهد بما ادعاه لنفي مسقط خيار الزوج السليم، هل يحلف السليم على نفي ما ادعاه عليه من العلم أو الرضا أو الإقرار بالوطء، فإن حلف ثبت له الخيار، وإن نكل هل يقضى عليه بالنكول أم ترد اليمين على المعيب، فإذا حلف سقط الخيار عن السليم؟ وإذا نكل يعد نكوله تصديقا للناكل الأول فيبقى الخيار للسليم.

مبنى الحكم في ذلك هو ما قررناه بشأن القضاء باليمين والنكول عنها واليمين المردودة[٢].

الفرع الثاني

الخبرة الطبية ودورها في إثبات العيوب

تمثل طرق الإثبات الفنية من خبرة طبية أهمية كبيرة في استخلاص الدليل المادي لوقائع تتطلب إبداء رأي فني لا يستطيع القاضي بحكم عمله ودرايته الوصول إليها، وما تتطلبه من تجارب عملية لا يتسع لها وقته.

وللخبرة الطبية دور هام في إثبات العيوب الموجبة للتفريق، نظرا لتزايد تلك العيوب وتنوعها، وظهور عيوب لم تكن في السابق، فضلا عن تقدم وسائل العلاج الطبي والتي يتحدد في ضوئها ما إذا كان العيب قابلا للشفاء، أم هو عيب مستحكم.

وتبعا لما سبق سنبحث في هذا الفرع معنى الخبرة الطبية وأساسها الشرعي ودورها في إثبات العيوب، وما يلزم ذلك من البحث في الأصول الفنية لتلك الخبرة وحدود تدخلها، لنصل في

---

(١) الرضا الصريح كأن تقول الزوجة لزوجها رضيت بك عنينا أو ما يجري مجراه، سواء كان ذلك بعد تخيير القاضي أو قبله، أما الرضا دلالة فكأن تفعل ما يدل على الرضا بالمقام مع الزوج كمضاجعته، أو أن تقوم من مجلس القضاء أو يقيمها أعوان القاضي، أو يقوم القاضي قبل أن تختار شيئا، ولا يعتد بذلك إلا بعد تخيير القاضي لها بعد الأجل، ولا قبله من باب أولى، ولو أقامت مع زوجها سنين، ولم يعتد بالرضا دلالة بعد مضي الأجل وقبل تخيير القاضي لاحتمال أن يكون ذلك لاختبار حال الزوج ورجاء شفائه، فلا يكون دليلا على الرضا مع هذا الإحتمال. المبسوط- ج٥ ص ١٠٢، ١٠٤. بدائع الصنائع- ج٣ ص١٥٣٥. البحر الرائق- ج٤ ص ١٣٦. حاشية ابن عابدين- ج٣ ص ٥٠٠. مواهب الجليل- ج٥- ص ١٥٤.الفواكه الدواني- ج٢ ص٦٧. الحاوي - ج٩ ص ٣٧٥. كشاف القناع- ج٥ ص ٢١٢.

(٢) ومحل الكلام أعلاه عند المالكية إذا كان العيب خفيا بالبدن ولم يطل الأمر بعد البناء شهر ونحوه، أما إذا كان العيب ظاهرا أو طال التنازع بعد البناء بشهر أو يزيد صدق صاحب العيب في دعواه بيمينه. الخرشي- ج٣ ص ٧٣. حاشية الدسوقي- ج٢ ص٢٨٤.

الأخير إلى تكييف الخبرة الطبية في إثبات العيوب هل هي شهادة أم إخبار؟ أو هي وسيلة مستقلة لها ذاتيتها الخاصة أم تخضع للقواعد الخاصة بالشهادة ؟

أولا: تعريف الخبرة الطبية وأساسها في الشريعة الإسلامية:

الخبرة الطبية هي استشارة فنية يستعين بها القاضي للتحقق في مجال الإثبات ومساعدته في مسائل فنية يحتاج تقديرها إلى معرفة فنية أو إدارية عملية ينيط بها خبير مختص في ذلك الفرع من المعرفة(١)، يكون عمله معينا للقاضي في فصله للدعوى.

ويترتب على هذا التعريف عناصر أساسية في الخبرة تتمثل في:

١- أن طلب الاستشارة الفنية منوطة بالقاضي لا بالإتفاق الودي بين الخصوم(٢).

٢- أن اللجوء إلى الخبرة يتم إذا أعوز القاضي دليل في قضية تستلزم إبداء رأي فني.

٣- تكون الخبرة ضرورية للفصل في الدعوى.

والعمل بالخبرة له أصل ثابت في الشريعة الإسلامية، حيث أشار القرآن الكريم إلى صورة منها في قصة يوسف عليه السلام، وما جرى فيها من اللجوء إلىٰ فحص القميص، كذلك أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم القافة في إثبات النسب، وهي صورة من صور الخبرة. كما جوت كتب الفقه الإسلامي أحكاما تجيز الإستعانة بالخبراء، واعتبار قولهم للإثبات في فروع فقهية عديدة، كتحديد العيوب في البيوع عامة من الجواري، والدور والمباني، والدواب، وأيضا عيوب الزواج ومعرفة البكارة والثيوبة وكذلك رؤية هلال رمضان.. وغير ذلك(٣).

والفقه الإسلامي وإن لم يصرح فيه فقهاؤه بالخبرة كطريق للحكم، ولم يخصوها بدراسة

---

(١) آمال عثمان- الخبرة في المسائل الجنائية-دار مطابع الشعب-القاهرة-١٩٦٤- ص ٣. د. سيد قرني أمين- خبرة الطب الشرعي في المسائل المدنية مقارنة بالشريعة الاسلامية-دار النهضة العربية-١٩٩٥ - ص١٦.

(٢) فالخبرة الطبية المقصودة في بحثنا هي غير الخبرة الودية التي يعهد فيها إلى فني أو فنيين مختصين باتفاق ذوي الشأن لا بحكم القاضي، والخبير الودي ليس سوى وكيل عن الخصوم ولا يخضع في تأدية عمله لإجراءات الخبرة الرسمية. أنظر في ذلك: جمال زكي الخبرة في المواد المدنية والتجارية – مطبعة جامعة القاهرة – ١٩٩٠- ص ١١، ١٢. عادل حافظ غانم – الخبرة في مجال الإثبات الجنائي – مجلة الأمن العام رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٨- ص ١٩، ٢٠.

(٣) تبصرة الحكام- ج٢ ص٧٨، وأفرد فيه بابا في القضاء بقول أهل المعرفة. المغني- ج١٢ ص ١٦١. الطرق الحكمية- ص ١٨٨، وجاء فيه: "ومنها ما يختص بمعرفة أهل الخبرة والطب كالموضحة ومشبهها وداء الحيوان الذي لا يعرفه إلا البيطار فتقبل في ذلك شهادة طبيب واحد وبيطار واحد إذا لم يوجد غيره". معين الحكام- ص ٩٤، ١٣٠، ١٣١، وقرر فيه الطرابلسي بأنه: "يجب الرجوع إلى أهل البصر والمعرفة من الناخسين في معرفة عيوب الرقيق من الإماء والعبيد وسائر الحيوانات". وأقوال الفقهاء في ذلك كثيرة.

مستقلة في مؤلفاتهم، فإنهم قد أوردوا العديد من المسائل التي أخذوا فيها بالخبرة، وخذ على ذلك مثلا القرائن التي أجازوا القضاء بها، والتي يمكن أن تكون نتيجة المعاينة، فضلا عن أن الخبرة أمر توجبه معرفة الحقيقة وصولا إلى العدل والحق، وهو هدف كل قضاء، خاصة القضاء الإسلامي(١). وقد قرر بعض الفقهاء – صراحة - العمل بالخبرة كبينة أساسية ورئيسة في إثبات العيوب الموجبة للتفريق(٢).

ثانيا: دور الخبرة الطبية في إثبات العيوب الموجبة للتفريق:

أ- دورها في العيوب التناسلية: العيوب التناسلية للرجل ليست جميعها في مرتبة واحدة، فقد يقطع الطب بوجود أو نفي بعضها دون البعض الآخر، أو بقابليتها للشفاء أو لا، فتتفاوت بذلك قيمة الخبرة لدى القضاء.

فالعنة - مثلا - عضوية ونفسية، فأما الأولى فنوعان عنة مؤقتة تزول بالعلاج بزوال أسبابها، كالقيلة المائية، وحالات الختان المعيبة، أو التصاق الغلفة ونحوها، وهذه تزول بالتدخل الجراحي، وعنة عضوية دائمة تظهر في حالة التشوهات والأمراض الخلقية الشاذة في العضو التناسلي، أو نتيجة للإصابة بأمراض مزمنة أو كسور في الدماغ والعمود الفقري، والتهاب النخاع الشوكي، وغيرها من الحالات.

أما العنة النفسية فهي التي لا تدل عليها علامات مرضية ظاهرة، وتنشأ نتيجة عوامل نفسية تؤثر على الشخص، فينتج عنها العنة، كالخوف من عدم إتمام عملية جنسية ناجحة، أو الإشمئزاز من رؤية بعض أعضاء الجسم في الأنثى، أو كراهية شريكته، أو صدمة عصبية.. ونحو ذلك، ويستعين الطبيب الشرعي في تحديد العنة النفسية بالأخصائي النفسي(٣).

والعنة العضوية بنوعيها الدائم والمؤقت يمكن أن تقطع الخبرة الطبية بوجودها أو بنفيها، ولكن الصعوبة تتمثل في إثبات العنة النفسية، حيث أن الطبيب الشرعي وإن تمكن من تحديد وجودها فإنه لا يستطيع الجزم بأسبابها أو ما إذا كان العجز عن الوطء متحقق ويقيني لا يمكن

---

(١) د. محمود محمد هاشم – المرجع السابق– ص ٣٢٢.

(٢) ومن ذلك قول صاحب المغني- ج٧ ص ٥٨١: "فإن اختلفا في وجود العيب، مثل أن يكون بجسده بياض يمكن أن يكون بهقا (بياض دون البرص) أو مرارا، واختلفا في كونه برصا، أو كانت به علامات الجذام من ذهاب شعر الحاجبين، فاختلفا في كونه جذاما، فإن كانت للمدعي بينة من أهل الخبرة والثقة، يشهدان له بما قال ثبت قوله، وإلا حلف المنكر والقول قوله، لقوله صلى الله عليه وسلم: ولكنّ اليمين على المدعى عليه".

(٣) سيد قرني أمين- المرجع السابق – ص ٤٢١ وما بعدها. د. عد الحميد المنشاوي – الطب الشرعي وأدلته الفنية ودوره في البحث عن الجريمة- دار الجامعة الجديدة-٢٠٠٠- ص٤٠٨، ٤١٢.

زواله، أو عارض مؤقت، ذلك أنها تقوم على أسباب نفسية وفنية ترجع في الغالب إلى عوامل بيئية وراثية، أو عوامل ذاتية وأسرار دفينة يحجم الزوج عن إفشائها.

ولذلك فإن تقرير الخبرة في هذه الحالة يقوم على أسباب نسبية قد تكون غير متحققة، يترتب عليها نتائج تفيد ظنا ضعيفا في الغالب، ومن ثم فلا تتجاوز حجية التقرير حد القرائن، واللجوء في الأخير إلى تأجيل الزوج سنة إبراءا للعجز أو رجاء زوال العارض النفسي، والاحتكام إلى قواعد إثبات الوطء ببكارة المرأة أو ثيوبتها كما تقدم.

ب- دور الخبرة الطبية في الكشف عن غشاء البكارة: يعتبر غشاء البكارة دليلا من أدلة الإثبات المادية، ويختلف من حيث فتحته، وطبيعته وسمكه، وهو الشاهد على حدوث المواقعة كأصل عام، لكن قد تزول البكارة أحيانا نتيجة حالات مرضية، أو نتيجة إصابة بسبب إدخال جسم غريب بالمهبل، أو وثبة، أو السقوط على جسم بارز، وغير ذلك.

وقد يمكن للخبرة معرفة ما إذا كان التمزق في غشاء البكارة قديماً أم حديثا، حيث يمكن للطبيب معرفة ما إذا كانت البكارة قد فضت بمعرفة الزوج من عدمه، أو أن الزوجة كانت ثيبا[1]. ولكن السؤال الذي لا يزال بحاجة إلى بحث طبي وعلمي معمق هو هل باستطاعة الخبرة الطبية التحقق بصورة يقينية من طرق إزالة البكارة وزمانها؟

تبعا للأصول الفنية في الخبرة الطبية فإن تمزق غشاء البكارة قد يكون جزئيا أو كاملا[2]، والأصل أن الزوج إذا فضّ غشاء البكارة بعضو التذكير فإن التمزق يكون كاملا إلى جدار المهبل، أما إذا كان الفض بأصابع اليد فالغالب فيها التمزقات الجزئية، ويتفاوت ذلك تبعا لدرجة مرونة غشاء البكارة واتساع فتحته وقابليته للتمدد والإرتخاء، حيث تسمح مرونة الغشاء بالمواقعة التامة وتكرارها دون إحداث أي تمزقات بالغشاء أو بحوافيه، وقد يحدث الحمل نتيجة لذلك.

وبالتالي يصعب من الناحية الفنية تحديد طريقة فض غشاء البكارة، هل تم بالوطء أو الأصبع، أو غير ذلك من الوسائل. وعلى القاضي أمام هذه الافتراضات أن لا يعتد بالتقرير الطبي

---

(١) الطب الشرعي بين الإدعاء والدفاع – مجموعة كبار الأطباء الشرعيين والكيميائيين – دار الطباعة الحديثة ١٩٩٢- ج٢ – ص ٩٦٥. د. سيد قرني أمين – خبرة الطب الشرعي في المسائل المدنية – ص ٤٣٨.

(٢) فإن كان التمزق بغشاء البكارة جزئي يكون في الغالب على شكل مثلث وغير واصل لجدار المهبل لعدم توافر القوة على تحقيق الإيلاج الكامل الواصل لجدار المهبل، كما أن الغشاء المتبقي في هذه الحالة يكون متماسكا نوعاً ما، والتمزقات الجزئية لا تشغل سوى حافة الغشاء، وتنشأ نتيجة المس بالأصابع. أما التمزق الكلي والكامل فيشمل كل الغشاء ويصل حتى الغشاء المخاطي للمهبل، وبالتالي تكون أجزاء الغشاء مرتخية ومشرشرة. سيد قرني أمين- المرجع السابق- ص ٤٤١، ٤٤٣.

لإثبات ذلك لعدم دقته، والإكتفاء بإثبات البكارة أو زوالها.

- صحيح أن أقوال كثير من الفقهاء في التفرقة في حكم إثبات العنة بين البكر والثيب فيكون في الأولى قول الزوجة وفي الثانية قول الزوج بيمينه حتى لو ادعت أنه أزال بكارتها بغير الوطء - إنما قيلت في وقت كانت فيه الذمم ماتزال طاهرة، وكان الغالب في الناس الصلاح، أما اليوم فتغير ظاهر الناس، واختلط فيه الحابل بالنابل من الرجال والنساء قبل الزواج وبعده، إلا أن ذلك لايغني في الإكتفاء بالخبرة الطبية في ذلك، لأنها لاتفيد اليقين، ولا ملجأ من ثم سوى الحكم بظاهر البكارة أو الثيابة. وهذا بخلاف ما تؤديه الخبرة من دور في إثبات وجود العيوب التناسلية الأخرى كالجب والخصاء، وغير التناسلية أيا كان محلها في الجسم، ومدى جسامتها.

ج- تكييف الخبرة الطبية في إثبات العيوب: يحتاج بعض الأحيان إلى عمل الخبير وإبداء رأيه في مسائل فنية يصعب على القاضي بحكم تكوينه الوصول إليها والأخذ بها، فيستعان بالخبير للوصول إلى أدلة فنية تؤكد وتعزز الأدلة القولية أو تنفيها، والسؤال الذي يطرح في هذا المجال هو هل يعد تقرير الخبرة الطبية في إثبات العيوب من قبيل الشهادة أم الإخبار؟

بداية نشير إلى تعريف الإخبار بأنه الإعلام بأمر من الأمور، ولا يشترط فيه شروط الشهادة ولا نصابها، ويكفي فيه الظن دون اليقين، وإن اقترن الخبر من العدل الثقة بما يفيد معه اليقين بصدقه يجوز للقاضي أن يحكم به ولو كان واحدا[1].

وبناء على ذلك فإن الإخبار يكون رواية إذا كان المخبر أمرا عاما لا يتعين بمعين كالأحاديث النبوية، وقد يكون شهادة محضة عندما يكون إلزام لمعين لا يتعداه لغيره، كإخبار الشهود عن الحقوق على المعينين عند الحاكم، وقد يكون فيه شبهة الرواية والشهادة معا[2].

وقد اختلف الفقهاء في كون النظر للعيوب من أجل إثباتها هل يعد إخبارا أم شهادة، على قولين:

القول الأول: أنها أقرب للشهادة ويشترط فيها شروط الشهادة ونصابها، ولو أخذ فيه بقول الواحد دون معرفة حاله من العدالة، فقد يلزم الشخص ما لم يكن لازما فاحتاط الشارع بالعدد، ذهب إلى هذا المالكية[3]، والشافعية[4]، وابن القيم من الحنابلة[5].

---

(١) د. أحمد الحصري – علم القضاء، أدلة الاثبات – مكتبة الكليات الأزهرية- ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م- ج١ ص٣٥.
(٢) د. أحمد الحصري – المرجع نفسه- ج١ ص ٣٧.
(٣) حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٢٨٢، ٢٨٤.
(٤) الحاوي – ج٧ ص ٢١.
(٥) الطرق الحكمية – ص ٢٠٢، ٢٠٥.

القول الثاني: أن الإطلاع على العيوب هو من قبيل إخبار الرواية، فلا يشترط فيها شروط الشهادة، ويكتفى فيها بقول الشاهد الواحد، ذهب إلى ذلك الحنفية(١)، والحنابلة(٢).

بالنظر في القولين يظهر لي أن القول الثاني في اعتبار أعمال الخبرة من قبيل إخبار الرواية هو الراجح، فلا يشترط فيه ما يشترط في الشهادة من الإسلام والعدالة و التعدد، للحجج الآتية:

١- قد يتعذر اللجوء إلى الطبيب المسلم، كما قد لا يتوافر العدد في التخصص المراد طلب الخبرة فيه.

٢- تجويز الفقهاء لشهادة الواحد فيما يعد من الرواية وأعمال الخبرة، ومثالها إثبات العيوب(٣).

٣- اختلاف طبيعة الخبرة عن طبيعة الشهادة من وجوه عدة :

الوجه الأول: الخبرة بمثابة شاهد صامت لا يعتريه التبديل أو التغيير، بينما الشهادة تتأثر بالمؤثرات الخاصة وتخضع للعوامل النفسية ويعتريها التبديل والتغيير.

الوجه الثاني: تكون لشخصية المخبر وعلمه وخبرته وتجربته وتحليله وثقافته واجتهاده العامل الأول والرئيس في ذلك، وبناء عليها يعطي رأيا فنيا ولا يعتبر مسئولا - إلى حد ما - عن صحة ما يقرره، طالما التزم الأصول الفنية لعمله، أما الشاهد فهو بخلاف ذلك تماما، حيث لا أثر لشخصيته على الشهادة ولا عبرة لذكائه وتجربته، وإنما هو مجرد ناقل للصورة والواقعة التي وقعت أمامه عند تحمل الشهادة، ولذلك يتطلب أمانته وعدالته.

الوجه الثالث: يمكن للخبير أن يضيف شيئاً في الخبرة التي قدمها بين يدي القاضي، فقد يفسر أو يشرح ما أورده فيه، أو يبدي رأيه، أما الشاهد فلا يزيد شيئا عن شهادته، و إلا اتهم في شهادته أو كانت شهادته ناقصة.

وهل تعد من ثم الخبرة الطبية وسيلة إثبات مستقلة النوع لها ذاتيتها الخاصة بها والتي تحل محل الأنظمة الأخرى للإثبات؟

تمثل الخبرة الطبية بوصفها دليلا فنيا قرينة أو أدلة إقناعية بحيث يستعين بها القضاء في دحض مزاعم الخصوم وإقامة الحجة، ولا ضير من تعضيد قول الخبير وتتمته بشهادة الشهود أو

---

(١) المبسوط – ج١٦ ص ١٧٢. بدائع الصنائع – ج٣ ص ١٥٢٨.

(٢) شرح منتهى الإرادات – ج٣ ص ٥٥٨.

(٣) د. محمد الزحيلي– المرجع السابق – ج١ ص ١٥٥. د. نوال محمد شاكر- المرجع السابق – ص ٢٨٥.

اليمين،ولا يجوز بأي حال تفنيد رأي الخبير بشهادة الشهود وإنما يجب الإستعانة بخبير لذلك[١].

وأيا كانت طبيعة الخبرة الطبية ودورها في إثبات وجود العيب، وما إذا كان يرجى زواله أو لا يمكن البرء منه مطلقا، أو بعد زمن طويل، فإنها تخضع في تقدير قيمتها لاقتناع القاضي[٢].

الفرع الثالث

إثبات العيوب في القانونين المصري والجزائري

أولا: في القانون المصري:

كان العمل قبل صدور القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بالتفريق بالعيوب التناسلية في الرجل دون المرأة، والتي تتصل بقربان الرجل لأهله، وهي العنة والجب والخصاء، وفقاً للرأي الراجح في الفقه الحنفي[٣]، ثم جاء القانون المذكور متوسعا في نطاق العيوب التي يجوز فيها التفريق – إضافة لما هو موجود – حيث شمل أنواعا من العيوب العقلية والمنفرة والمعدية، وسواء أكانت سابقة على الدخول أم طرأت بعده، متى توافر فيها وصفا ضابط التفريق، وهما[٤]:

---

(١) وقد جاء في حكم لمحكمة النقض أنه: "إذا كانت محكمة الموضوع قد طرحت رأي مدير مستشفى الأمراض العقلية عن الحالة العقلية لشخص، واستندت في القول لسلامة عقله إلى أقوال الشهود، فإنها تكون قد أخطأت في حق الدفاع وأسست حكمها على أسباب لا تحتمله". طعن رقم ١٩١٧ سنة ٢٠ ق-أ.ش جلسة ٤/٢٥/ ١٩٥١- مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض في ٢٥ عاما – ج١ – ص ٥٤١.

(٢) دون رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان قضاؤه على أسباب سائغة. طعن رقم ٨ لسنة ٤٣ ق-أ.ش– جلسة ١٩٧٥/١١/١٩ – سنة ٤٦ – ص ١٤٢٦. طعن رقم ٢٥٧١ لسنة ٦٦ ق- أ.ش-جلسة ١٩٩٧/٢/٢٧- قاعدة رقم ٢٣-الموسوعة الذهبية- ملحق رقم١٤- ص ٢٦.

(٣) اشترط الحنفية لجواز التفريق بهذه العيوب:

١- أن يكون العيب بالزوج قبل الدخول، أما إن حدث بعد الدخول فلا حق لها بالتفريق، لأن لها الحق في الوطء مرة واحدة فقط، وذلك قضاء لا ديانة.

٢- أن لا يكون بالزوجة عيبا يمنع من الوطء كالقرب والرتق،فلا حق لها في المطالبة بالوطء مع قيام المانع فيها.

٣- أن تكون الزوجة بالغة لأنه لا يعتد برضاها وهي صغيرة، وكذلك أن يكون الزوج بالغا، لأن العنة لا تعتبر في حقه إلا بعد البلوغ بخلاف الجب.

٤- عدم علم الزوجة بعيب الزوج قبل الزواج، أو عدم رضاها به لو علمت به بعد، صراحة أو دلالة.

٥- تأجيل العنين والخصي لمدة سنة قمرية، أما المجبوب فيقضي عليه بالتفريق في الحال.

(٤) حيث جاء نص المادة ٩ كالآتي: "للزوجة أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها إذا وجدت به عيبا مستحكما لا يمكن البرء منه، أو يمكن البرء منه بعد زمن طويل، ولا يمكنها المقام معه إلا بضرر كالجنون والجذام والبرص، سواء كان ذلك العيب بالزوج قبل العقد ولم تعلم به، أم حدث بعد العقد ولم ترض به، فإن تزوجته عالمة بالعيب أو حدث العيب بعد العقد ورضيت به صراحة أو دلالة بعد علمها، فلا يجوز التفريق".

=

ويلاحظ على هذا النص ما يلي:

١- أن يكون العيب مستحكماً، ولا يمكن الشفاء منه أو يمكن الشفاء منه بعد زمن طويل.

٢- تضرر الزوجة بالإقامة مع الزوج المعيب، ويشمل الضرر العدوى، أو التنفير أو المانع من الوطء.

ولم يستند القانون في صياغة النص إلى مذهب فقهي واحد، وإنما جمع بين عدة مذاهب(١)، واشترط للتفريق ألا تكون الزوجة عالمة بالعيب في زوجها قبل العقد، وألا ترضى به إذا حدث العيب بعد العقد، أو علمت به بعده، سواء كان ذلك صراحة أو دلالة، وهو مذهب جمهور الفقهاء، كما مضى، ولا يعد سكوت المرأة مدة معينة وعدم لجوئها إلى رفع الدعوى رضا منها بالعيب دلالة (٢).

ولما كانت معرفة أن العيب الذي تطلب الزوجة التفريق من أجله بالصفة التي جاء النص بها، من حيث مدى استحكامه ومدى الضرر الناجم عن الإقامة مع وجوده، وهذا لا يتيسر للقضاة، فقد نصت المادة ١١ من القانون سالف الذكر على أنه: "يستعان بأهل الخبرة في العيوب التي يطلب فسخ الزواج من أجلها". فالنص يتضمن استعانة المحكمة بأهل الخبرة من الأطباء في تقدير وجود العيب المستحكم الغير قابل للزوال أو القابل له بعد زمن طويل، بحيث تتضرر منه المرأة، ومدى

= أ- أنه قصر حق طلب التفريق للعيب على الزوجة أخذا بالمذهب الحنفي، فلم يحقق العدالة بين الزوجين ومال إلى جانب الزوجة دون النظر إلى ما يصيب الزوج من أضرار، مكتفيا بحقه في إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة، وفرق في الآثار المالية بين التطليق والطلاق

ب- وضع النص ضابط يجمع العيوب دون حصرها ومثل على بعضها.. وذلك مسلك حسن يعطي للقانون المرونة الملائمة لقانون مضى على العمل به أكثر من ثمانين سنة، ويجعله يتماشى مع ما يستجد من أمراض حديثة وخطيرة كالإيدز والسرطان والفشل الكلوي وغيرها، والتي تشترك مع ما ذكره في التفريق.

ج- أنه لم يحدد مقدار الزمن الذي اعتبره طويلا والذي لا يمكن برء العيب منه، أو يمكن البرء منه بعده.. ولم يحدد الإجراء الواجب على القاضي اتخاذه للحكم بالتفريق، فلم يقل بالتفريق للحال أو بالتأجيل، مما يوجب الأخذ بأرجح الأقوال من المذهب الحنفي.

محمد أبو زهرة- المرجع السابق - ص ٣٥٨، ٣٦٠. عمر عبد الله- المرجع السابق – ص٥٢٨.علي حسب الله – المرجع السابق - ص ١٢٨. محمد الدجوي- المرجع السابق - ج١ ص ٢٩٨. أشرف مصطفى كمال – المرجع السابق – ص ٥٩. د. محمد كمال الدين إمام - الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي– ص ٢٥٧. سيد قرني- المرجع السابق - ص ٤٢٠.

(١) حيث استمد من المذاهب الشافعي والمالكي استحكام العيب وعدم البرء منه، وعدم قيام المرأة مع زوجها إلا بضرر من محمد الشيباني الحنفي، ومن الشافعية في الجديد ومذهب الحنابلة إثبات التفريق بالعيوب وإن حدثت بعد العقد. د. محمد يوسف موسى- المرجع السابق - ص٣٣٥. د. محمد كمال الدين إمام، د. محمد سراج – أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية – ص ٩٢.

(٢) أنظر تطبيقات قضائية لهذا الشرط: حكم محكمة الإسكندرية الابتدائية بتاريخ : ١٩٥٨/١/١٤ في الدعوى رقم ٢٥٦ لسنة ١٩٥٧– كلي. محمد عزمي البكري – المرجع السابق – ص ٣١٤، ٣١٥.

الضرر المتوقع من هذا العيب، ومدى إمكان البرء منه أو عدم إمكانه، وعن المدة التي يمكن البرء فيها.

والإستعانة بالخبرة أمر وجوبي وليس جوازي[1] إستثناءا عن الأصل العام، وذلك لتعلق الأمر بمعرفة وجود العيب وتحققه، ومدى استحكامه، وكذلك مدى الضرر الذي يلحق المرأة من إقامتها مع الزوج المعيب، إلى غير ذلك من المسائل الفنية أو العلمية التي لا يعلمها إلا أهل الطب فتتوقف الدعوى على علمهم[2].

وقد يتم إثبات وجود العيب بوسائل الإثبات الأخرى، إلا أن معرفة مدى الإستحكام ودرجته، وإمكان الزوال والشفاء، والضرر الذي يلحق بالزوجة، فهذا لا يتم إلا عن طريق الخبرة، وخاصة إذا كانت الخبرة هي الوسيلة الوحيدة للزوجة المدعية في إثبات العيب، أو لا يتم إلا عن طريقها كالعيوب الجنسية التي لا إطلاع لأحد عليها سواها[3].

ولاشك أن ذلك يعد تحولا في نظام الإثبات وترك العمل بالراجح في المذهب الحنفي، لكن الإشكال لا زال قائما، فإذا كان العمل لا زال قائما بالعيوب التناسلية وفقا للراجح في المذهب الحنفي إلى جانب القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠، فهل يمتد تطبيق نص المادة ١١ من القانون المذكور - والمتضمنة الاستعانة بالخبرة - ليشمل العيوب التناسلية المعمول بها وفقا للفقه الحنفي؟ أم أنه يلجأ في إثبات هذه الأخيرة إلى المذهب الحنفي نفسه؟ [4].

---

(١) فالأصل أن الاستعانة بالخبرة جوازي، بحيث للمحكمة أن تلجأ إليه من تلقاء نفسها، ولا يتوقف ذلك على طلب من أحد الخصوم، ولها ألا تلجأ إليه ولو طلبه الخصوم، لأن تعيين الخبير في الدعوى هو من الرخص المخولة لقاضي الموضوع، وله وحده تقدير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء، ولا معقب عليه في ذلك، طالما كان رفضه مبنيا على أسباب سائغة ومقبولة، واستثناء من ذلك يجوز للقوانين أن توجب الاستعانة بالخبرة في حالات معينة إذا تعلق الأمر بمسائل فنية لا يعلمها إلا أهل الخبرة. أنظر الطعن رقم ١ لسنة ٤٣ ق-أ.ش- جلسة ٧٦/٣/١٠- سنة ٢٧. أحمد نصر الجندي – مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما – ج١ – ص ٤٥٧. د.محمود محمد هاشم – المرجع السابق – ص ٣٢٧، ٣٢٨.

(٢) وهو ما قررته محكمة النقض بقولها: "حق الزوجة في طلب التفريق للعيب المستحكم في الزواج، شرطه جواز الإستعانة بأهل الخبرة لبيان مدى استحكام المرض ومدى الضرر" . الطعن رقم ٣٠ لسنة ٥٩ ق-أ.ش. – جلسة ١٩٩١/١/١٩. محمد عزمي البكري- المرجع السابق- ص ٣١٠، ٣١١.

(٣) د. محمود محمد هاشم – المرجع السابق - ص ٣٢٨، د. نوال الشاكر– المرجع السابق- ص ٣٥٥.

(٤) حسبما جاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون وأيدته محكمة النقض بقولها: "لما كانت المذكرة الإيضاحية للقانون قد أوضحت أن التفرقة للعيب في الرجل قسمان: قسم كان معمولا به بمقتضى مذهب أبي حنيفة، وهو التفريق للعيوب التي تتصل بقربان الرجل لأهله، وهي عيوب الجب والعنة والخصاء، و باق الحكم فيه وفقه، وقسم جاء به القانون وزاده على ما كان معمولا به، وهو التفريق لكل عيب مستحكم لا تعيش معه الزوجه إلا =

إن التطبيقات القضائية تؤكد أن العمل لا زال مستمرا بأحكام الفقه الحنفي في العيوب التناسلية للرجل، كما أن العمل جاري أيضا في الإستعانة بالخبرة الطبية في بيان وجود هذه العيوب ومدى استحكامها أو قابليتها للشفاء، والإضرار بالزوجة وغير ذلك، واعتبارها مثل بقية الأدلة الإقناعية تخضع لسلطة قاضي الموضوع الذي له أن يعتد بها أو يرفضها، أو يرجح فيما بينها(١).

ولعلّ إضافة كلمة العيوب التناسلية أو نوع منها على أمثلة العيوب المذكورة (الجنون الجذام والبرص) أنسب، وذلك لتأكيد خضوعها لأحكام هذا القانون وشمولها في الإستعانة بالخبرة(٢)، درءا لأي لبس قد يثار في هذا الشأن.

ثانيا: في القانون الجزائري:

نص قانون الأسرة الجزائري على التفريق بالعيب في فقرة وحيدة ضمن حالات التطليق القضائي، حيث جاء في الفقرة ٢ من المادة ٥٣ أنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق في حالة "العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج"(٣)، ولم يرد نصا بشأن إثبات تلك العيوب

= بضرر..". طعن رقم ٨ لسنة ٤٣، المشار إليه أعلاه. طعن رقم ٢١ لسنة ٢٠ لسنة ٤٦ ق-أ.ش- جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤. محمد عزمي البكري- المرجع السابق- ص ٢٨٨.

(١) حيث أقام الحكم المطعون فيه أمام محكمة النقض قضاءه بثبوت العيب الموجب للتفريق على ما أورده الطبيب المنتدب في تقريره من أن الطاعن لم يباشر زوجته جنسيا عقب الزفاف، بسبب عدم قدرته على الانتصاب، وأنه بسبب ذلك عرض نفسه على كثير من كبار الأطباء الذين باشروا علاجه بالعقاقير والهرمونات لمدة حوالي سنتين، ولكنه لم يبرأ من العنة، وعندما يئس من شفائه من مرض العنة توجه إلى أحد الجراحين أجرى له عملية جراحية تجميلية مستحدثة بمعرفته.. ويمكنه بواسطتها الإيلاج في الفرج وإزهاق المني به، وأنه يستطيع بذلك مباشرة الزوجة، إلا أن مواقعته لها لا تكون طبيعية محكمة لأنها لا تحقق ما شرع الله به النكاح من المتعة الجنسية الطبيعية المتبادلة التي تحقق للزوجين الراحة النفسية، وهو ما من شأنه أن يؤدي إلى إصابة الزوجة بآلام عضوية ونفسية وحالات عصبية، وبرود جنسي شديد، وكره أي محاولة اتصال بهيئة مفزعة.. وكان مؤدى ذلك أن العملية الجراحية التي أجريت للطاعن وإن أصبح معها قادرا على إتيان زوجته بما ينفي عنه عيب العنة إلا أنها أصابته بعيب آخر من شأنه أن يجعل الوقاع شاذا، لا يتحقق به أحد مقصدي النكاح.. فضلا عن أنه يعرض الزوجة للإصابة بأمراض عصبية وجنسية أبان عنها الخبير المنتدب، وكان من شأن هذا التدخل الجراحي استقرار حالة العيب لدى الطاعن بما يجعله عيباً مستحكما لا يمكن البرء منه، وينتفي موجب التأجيل الذي اشترطه الحنفية للحكم بالتطليق لعيب العنة، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد انتهى صحيحا إلى ثبوت قيام العيب المستحكم الموجب للتفريق. لما كان ذلك وكان ما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون بشأن اعتداده بالتقرير الطبي الشرعي، ترجيحه على التقارير الطبية التي قدمها لا يعدو أن يكون جدلا موضوعيا، فيما تستقل به محكمة الموضوع من سلطة الترجيح بين الأدلة ". طعن رقم ١٣ لسنة ٥٠ ق-أ.ش- جلسة ١٩٨١/٦/٣.

(٢) أنظر في هذا الرأي: د. نوال محمد الشاكر – المرجع السابق - ص ٣٥٦، ٣٥٧.

(٣) ويلاحظ على هذا النص: =

والإستعانة بالخبرة الطبية في ذلك، لا بالوجوب ولا بالجواز، بالرغم أن القضاء الجزائري جرى – وقبل صدور القانون – على الإستعانة بأهل الخبرة لإثبات المرض الواقع بالزوج، واعتبار التقرير الطبي والشهادات الطبية وسيلة هامة لاتجاب الزوجة بدونها إلى طلبها بالتفريق(١).

كما قررت المحكمة العليا بأن عيوب الفرج ليست كلها موجبة للتطليق بمجرد الإدعاء بها، بل لابد من معرفة مصيرها، ومدى قابلية العيب للعلاج، ولا يتم ذلك إلا بتقرير الخبرة الطبية، وفي هذه الحالة لابد من ضرب أجل للمصاب للعلاج، فإن وقع الحكم عليه قبل معرفة ذلك، وضرب أجل له للعلاج، ففي ذلك مخالفة للشريعة الإسلامية(٢).

ويتضح من خلال هذا الحكم أن الفصل في دعوى التفريق بعيوب الزوج التناسلية - سواء أكانت مانعة من الوطء حسا أو معدية- إما في الحال أو بعد التأجيل للعلاج مرجعه إلى الخبرة الطبية، فإذا قررت أن العيب - كالعنة والخصاء مثلا - يمكن زواله خلال مدة مناسبة يؤجل الزوج

= أ- أنه قصر حق طلب التفريق على الزوجة ولم يجعله حقا مشتركا بين الزوجين، مكتفيا بما قرره للزوج من الطلاق بإرادته المنفردة (م ٤٨) مقتفيا بذلك أثر معظم القوانين العربية التي أخذت بالمذهب الحنفي خلافا للجمهور، من المالكية وغيرهم.

ب- أنه لم يحصر عيوب الزوج المبررة للتفريق في عدد معين، وإنما وضع وصفا أو ضابطا لذلك، وهو أن يحول العيب دون تحقيق الهدف من الزواج، وهو التناسل وإنجاب الأولاد وتكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب (المادة ٤)، فيشمل بذلك العيوب الجنسية والمنفرة والمانعة من النسل، والتي لا يمكن المقام معها إلا بضرر..وهذا مسلك حسن يكفل التطبيق المتجدد للنص في ضوء تجدد العيوب وتغيرها باختلاف الزمان والمكان ونتيجة للتقدم العلمي.

ج- السلطة التقديرية الواسعة للقاضي على أساس معيار موضوعي، وهو هل العيب يحول أم لا دون تحقيق الهدف من الزواج.

د- أنه جعل حق التفريق للمرأة بالعيوب مطلقا، سواء أكانت سابقة على العقد أم لاحقة عليه، والقانون بذلك أخذ بقول الشافعية في الجديد، وبعض الحنابلة والمالكية في بعض العيوب.

هـ- لم يشر إلى بعض شروط العيب الموجبة للفرقة كشرط عدم علم المرأة بالعيب، أو الرضا به صراحة أو دلالة، وخلوها من العيوب التي اشترطها الفقهاء لجواز التفريق، واستحكام العيب أو التحقق منه.. إلى غير ذلك، وكذلك حكم الطلاق للعيب هل هو بائن أو رجعي، وهو ما يعني الرجوع إلى الفقه المالكي باعتباره مصدرا لغالب أحكام الأسرة في القانون الجزائري.

و- كما جاء النص خلوا عن بيان حكم تأجيل الزوج المعيب، وهل يشمل ذلك جميع العيوب المستحكمة وغير المستحكمة أم يقتصر على هذه الأخيرة، والتي يمكن البرء منها، ومدة ذلك. فضيل سعد- المرجع السابق - ص٢٧٥، ٢٧٦. عبد العزيز سعد- نظام الحالة المدنية – ص ٢٢٨، ٢٣٠. د. بلحاج العربي– المرجع السابق - ص ٢٨١

(١) ومن ذلك قرار المجلس القضائي بتلمسان في ١٩٦٧/١٢/٢٨ – المجلة الجزائرية – عدد٤، ١٩٦٨، ص١٢١٣. م.ع-غ.أ.ش- قرار رقم ٣٣٢٧٥ بتاريخ ١٩٨٤/٥/١٤- م.ق-١٩٩٠-عدد ٢- ص ٧٥.

(٢) م.ع -غ.أ.ش- بتاريخ ١٩٨٢/٢/٨- نشرة القضاء – ١٩٨٢– ٢٥٤.

للعلاج، واستقر القضاء على التأجيل سنة كاملة[1]، أما إذا أثبتت الخبرة أن العيب مستحكم - كالجب مثلا - بحيث لا يمكن البرء منه، أو يطول برؤه يفرق القاضي بين الزوجين في الحال إذا أصرّت الزوجة على ذلك[2].

وفي دعوى قضائية اعتبرت إحدى المحاكم الإبتدائية[3] امتناع الزوج عن تنفيذ الحكم القاضي بعرضه على خبير مختص للكشف عنه والتأكد من ادعاء الزوجة عليه بالعقم، وتكذيبه لدعواها، اعتبرته دليلاً على صحة دعوى الزوجة والحكم بالتطليق على أساسه.

لذلك فأصبح من اللازم النص على جواز الإستعانة بالخبرة الطبية في إثبات العيوب، على غرار بقية القوانين العربية.

---

(١) م.ع-غ.أ.ش- قرار رقم ٣٤٧٨٤ بتاريخ ١٩٨٤/١١/١٩-م.ق- ١٩٨٩- عدد ٣- ص ٧٣. ويتفق في ذلك القضاء الجزائري مع قول جمهور الفقهاء، أما بالنسبة لموقف القوانين العربية فقد اشترط بعضها كالقانون العراقي(م٤/٤٣) لتأجيل العنين مدة سنة أن تكون عنته ذات سبب نفسي لا عضوي بتقرير رسمي طبي يثبت ذلك، ومثله أيضا القانون المغربي (الفصل٢/٥٤)، والقانون الأردني (م ١١٥) اللذان اشترطا في تأجيل العنين أن تثبت الخبرة الطبية إمكان البرء من عنته، أما إذا كانت غير قابلة للزوال فيقضي بالتفريق بينهما للحال.

وفي تقديري أن موقف الجمهور بالتأجيل لكل عنين هو الراجح، حتى وإن أدلت الخبرة الطبية بعدم إمكان زوال العنة، لأنها قد تكون لأمر يتعذر أو يستحيل تحديده من سحر أو فرط حياء أو صدمة نفسية أو عصبية ونحو ذلك، لأن الكثير من أسباب العنة مجهولة في يومنا هذا من طرف المتخصصين ويعزونها للعامل النفسي، كما أن الشارع قد ناط الحكم بالتأجيل فلابد منه لكل عنين، سواء أكانت عنته نفسية أم عضوية أصلية أم طارئة، ولا يجوز تجاوز حد السنة إلا بموافقة الزوجة لتضررها، إلا إذا قررت الخبرة إمكانية برئه بعد السنة بمدة وجيزة.

(٢) أما بالنسبة للعيوب المعدية والمنفرة كالجذام والبرص والسّل، وما ماثلها في العلة كالزهري أو التي يخشى منها الضرر وأذى النفس كالجنون والتي متى ثبتت بالخبرة الطبية قضى بالتأجيل لمدة سنة سواء أكان يرجى البرء من العيب أم لا، وسواء أكان العيب مستحكما يستغرق وقتا طويلا لزواله أم لا، ولم نعثر في ذلك على حكم قضائي وإنما هو تطبيق لأحكام الفقه المالكي في هذا الشأن. أنظر: الخرشي- ج٣ ص ٢٣٨. الشرح الصغير – ج٢ ص ٤٧٢. حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٢٨٠.

أما القانون المصري فقد سكت في المادة ٩ عن بيان حكم التأجيل في هذه العيوب التي يرجى زوالها، وكذا تحديد المدة التي يكون فيها العلاج طويلاً فيوجب التفريق، وهو ما يعني ترك السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي له أن يقدرها حسب ظروف كل قضية على حدة وبما يظهر في تقرير الخبرة، وكان الأولى لو حسمت المسألة بتحديد المدة بما لا يزيد عن سنة مثلا إذا قرر الطبيب إمكان البرء من المرض.

هذا وقد قصرت بعض القوانين العربية التأجيل في هذه العيوب إذا كانت مرجوة الشفاء، وحددته بعضها بمدة سنة (م١/٥٤ قا. مغربي)، (م ١٠٥ قا. سوري)، (م ١١٦ قا. أردني)، في حين تركت بعضها أمر تحديده للمحكمة تبعا لتقرير الخبرة الطبية (م١/٤٣ قا. عراقي).

(٣) حكم صادر عن محكمة بني صاف – قسم الأحوال الشخصية – ماي ١٩٩٣ -غير منشور- ذكرته جمعي ليلى– المرجع السابق – ص ٨٨.

المبحث الثالث

الإثبات في دعوى التفريق للضرر

قد يتجاوز الزوج حدود العشرة بالمعروف فيسيء خلقه ومعاملته نحو زوجته بضرب أو سب أو أي شكل من أشكال الإيذاء بالقول أو الفعل، بالإيجاب أو السلب يجاوز فيه الزوج حق التأديب المشروع، أو يمنع فيه حقا مشروعا، وقد يكون الإضرار بغياب الزوج عن زوجته بإرادته قصد الإضرار بها أم لا، أو يكون مكرها عليه كحبس ونحوه، وإن ارتكب ما يوجبه[1]. هذا إذا كان الأذى قد صدر من الزوج أو بسببه، إذ قد يحصل الأذى بغير ذلك من أسباب الشقاق بين الزوجين كالنفور والبغض الشديد، وإن لم يثبت الأذى من الزوج الآخر.

ولا ريب أن هذه الأضرار لا تلحق بالزوجين فحسب، بل تمتد إلى الأولاد والأصهار، وليس من سبيل لحسمها إلا فرقة يتباعد بها الطرفان (وإن يتفرقا يغن الله كل من سعته)[2]، فيعوضها الله عنه بمن هو خير منه، ويعوضه بها من هي خير منها[3]، ولأن النكاح إنما شُرِّع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما.

ولا يخفى أن جوهر دعوى التفريق للضرر هو إثبات مناطها وهو الضرر، والذي يتخذ صورا وحالات مختلفة لكل منها أنواع عدة. بل إن جميع حالات التفريق تقوم على أساس الضرر، ويكون كل منها عنصرا من عناصر الضرر أو نوعا من أنواعه. وسيتركز بحثنا للإثبات في دعوى التفريق للضرر في مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: حالات التفريق للضرر وصورها.

---

(١) عرفت محكمة النقض المصرية الضرر المبرر للتطليق وفقا لنص المادة ٦ من القرار رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بأنه: "كل إيذاء الزوج لزوجته بالقول أو الفعل ".الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٥٩ ق-أ.ش – جلسة ١٩٩٠/١١/٢٥ – الموسوعة الذهبية – الإصدار المدني– ملحق– ص ٤١٢. ولابد أن يصل الضرر إلى الحد المينوس، لأن الحياة الزوجية لا تكاد تخلو من زلة يسيء فيها أحد الزوجين إلى الآخر. طعن رقم ١٣١ لسنة ٥٨ ق-أ.ش- جلسة ١٩٩١/٥/٧- الموسوعة السابقة – ص ٤٢٤.

ومثال ذلك ما يدور في الحياة اليومية بين العامة من ألفاظ وسلوكات تعتبر ضررا إلا أنها لا تمنع من استمرار الحياة الزوجية لأن العرف جرى بها. أحمد نصر الجندي– التعليق على نصوص قانون إجراءات التقاضي– ص ٣٤٥. أشرف مصطفى كمال – المرجع السابق- ص ١٣٩. كما عبرت محكمة التمييز الكويتية عن الضرر بأنه: "إساءة أحد الزوجين للآخر بما لا يجوز شرعا" .الطعن رقم ٣٦ لسنة ٨٩ ق-أ.ش-جلسة ١٩٩٠/٤/٣٣.

(٢) سورة النساء- آية ١٣٠.

(٣) تفسير ابن كثير – ج ١ - ص ٥٦٤. تفسير السعدي – ص ١٩٣.

المطلب الثاني: قواعد إثبات الضرر.

المطلب الأول

حالات التفريق للضرر وصورها

الحالات التي تجيز للزوجة طلب التفريق للضرر متنوعة ويمكن حصرها في ثلاث:

١- التفريق لسوء العشرة.

٢- التفريق لتعدد الزوجات.

٣- التفريق للغياب.

وهذه الحالات الثلاث يجمعها عنصر الضرر، لذلك تم إلحاقها بالتطليق للضرر، ويكون كل منها عنصرا من عناصر الضرر أو نوعاً من أنواعه. وسنحاول الإشارة إلى الأحكام الخاصة بكل نوع على حدى، في الفقه الإسلامي والقانون، كمدخل لتوظيفه في قواعد إثبات الضرر.

أولا: التفريق لسوء العشرة:

اختلف الفقهاء في اعتبار الأذى والضرر اللاحق بالزوجة من زوجها سببا للتفريق أم لا إلى قولين:

القول الأول: ذهب الحنفية[١]، والشافعية في قول لهم هو الأصح [٢] إلى عدم اعتباره سببا موجبا لطلب الفرقة، لأن الحياة الزوجية لا تخلو من ذلك عادة، فلم يتعين بذلك طريقا لخلاص الزوجة مما حل بها، وما عليها إلا أن تطلب من القاضي زجره وتأديبه بما يراه مناسبا بالوعظ والتهديد، وإن لم ينفع معه ذلك عزّره بحسب اجتهاده، لكن لا يصل به ذلك إلى إيقاع الطلاق عليه. وحجتهم في ذلك قوله تعالى:(وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها)[٣]، فبعث الحكمين هو للإصلاح، وليس لهما ولاية التفريق إلا بتفويض من الزوج وتوكيل من المرأة بقبول الخلع.

القول الثاني: ذهب المالكية[٤]، والأوزاعي، والشافعية في قول[٥]، والحنابلة[٦] إلى إعطاء

---

(١) المبسوط – ج٥ ص ٢١٩.

(٢) مغني المحتاج – ج٣ ص ٢٦٠. حاشية البجيرمي على الخطيب – ج٣ ص ٤٠٦.

(٣) سورة النساء- آية ٣٥.

(٤) الشرح الكبير – ج٢ ص ٢٤٥. مواهب الجليل – ج٤ ص ١٧.

(٥) مراجع الشافعية السابقة.

(٦) المغني- ج٨ ص١٦٧.

الخيار للمرأة بين أن تطلب دفع الظلم عنها إذا رغبت أن تبقى في كنف زوجها، وبين أن تطلق عليه إذا ثبت عند القاضي ما ادعت به عليه، ومستندهم في ذلك هو الآية السابقة واعتبارهم الحكمين كالسلطان في التفريق أو الجمع، ولأن النكاح إنما شرّع لمصلحة الزوجين ودفع الضرر عنهما، والإبقاء على الزوجية مع التعنت وإساءة العشرة مجلبة لأضرار كثيرة، والضرر يجب أن يزال قدر الإمكان، وطريق إزالته أن يقوم القاضي ويطلق على الزوج.

وقد كان العمل بالمحاكم المصرية جارياً على مذهب الأحناف إلى أن صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مستمدا أحكام التطليق للضرر من المذهب المالكي، فأجاز بموجبه للزوجة طلب التفريق بسب الضرر الذي لا يستطاع معه دوام العشرة بين مثيلاتها[١]، ومتى استعملت الزوجة هذا الحق وطلبته من القاضي وأثبتت صحة دعواها بالطرق الشرعية طلقها القاضي عليه طلقة بائنة بعد بحثه لوقائع الإيذاء التي ادعت الزوجة حصولها، ومدى ما أصابها من أضرار.

وما يهمنا من نص المادة ٦ الخاص بالتفريق للضرر هو الضابط العام الذي أوردته للضرر الزوجي، وهو أن يكون بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين، فهذا الضابط لا يعرفه المذهب المالكي مصدر النص في المسألة، وهذه كتبه بين أيدينا لا تحوي غير المعيار أو الضابط الذي ذكره أبو البركات أحمد الدردير وهو: "ما لا يجوز شرعاً"[٢]، وضربوا له أمثلة بالهجر بلا موجب شرعي، والضرب لغير سبب، أو الضرب المبرح وإن كان له ما يبرره، أو قطع كلامه عنها، أو شتمها، أو إكراهها على فعل محرم أو تولية وجهه عنها في الفراش[٣].

وضابط عدم استطاعة دوام العشرة بذلك فضلا عن خلوه من الأصل الفقهي الذي يقرره ويستند إليه، فهو ليس ذا جدوى لا للمرأة أو للمجتمع. أما بالنسبة للزوجة فلا يخدم مصلحتها ويجعل الإثبات أمرا متعذرا، إذ لم يجعل من أساس التطليق هو الضرر، وإنما لعدم استطاعة دوام العشرة، وهو ما يعني أن على الزوجة أن تثبت مع الضرر الوصف الذي عناه القانون وهو تعذر دوام العشرة بين أمثالهما، سيما وأن هذا الوصف هو شرط قانوني يجب قيامه في الأوراق والوقائع

---

(١) ونص المادة (٦) كالآتي: "إذا ادعت الزوجة إضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضي التفريق، وحينئذ يطلقها القاضي طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الإصلاح بينهما، فإذا رفض الطلب ثم تكررت الشكوى، ولم يثبت الضرر بعث القاضي حكمين، وقضى على الوجه المبين بالمواد (٧، ٨، ٩ ، ١٠، ١١)".

(٢) وممّا جاء في الشرح الكبير للدردير- ج٢ ص٣٤٥ "ولها التطليق على الزوج بالضرر وهو ما لا يجوز شرعا كهجر بلا موجب شرعي وضربها كذلك، وسبها وسب أبيها نحو: يا بنت الكلب، يا بنت الكافر، كما يقع كثير من رعاع الناس ويؤدب الزوج على ذلك زيادة على التطليق".

(٣) مواهب الجليل – ج٤ ص ١٧.

المعروضة على القاضي حتى يستوفي الضرر شرطه القانوني، ويتعين على المحكمة بيان ذلك في منطوق حكمها حتى يمكن لمحكمة النقض بسط رقابتها على وجود هذا الشرط أو عدمه[١].

أما بالنسبة للمجتمع[٢] فيؤدي العمل بهذا الضابط إلى إخراج بعض السلوكيات من الأقوال والأفعال من دائرة الضرر، بدعوى أن ظروف الزوجين أو بيئتهما الاجتماعية ومكانتهما الثقافية - وغير ذلك من الإعتبارات الشخصية - لا ترى فيه بأسا، [٣].

هذا ويشترط في الضرر طبقا لنص المادة ٦ ما يأتي[٤]:

١- أن يكون راجعا إلى فعل الزوج وفي إمكانه إنزاله بزوجته أو إزالته عنها إذا شاء[٥].

٢- أن يكون الضرر ناشئا عن الشقاق والتنافر بين الزوجين بحيث لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما[٦].

---

(١) أحمد نصر الجندي – التعليق على نصوص قانون إجراءات التقاضي – ص ٣٤٦، ٣٨٥.

(٢) وقد حاول البعض إعطاء هذا الضابط تفسيرا اجتماعيا، فرب كلمة قاسية أشد إيلاما على نفس زوجة وأكثر إضرارا من ضرب مبرح لزوجة أخرى، فيفرق فيما هو أدنى مما هو أعنف منه. في حين حاول البعض الآخر إعطاءه تفسيرا وقائيا، حتى لا يكون داعيا لإغراء المشاكسات من الزوجات على فصم عرى الزوجية بلا مبرر، أو مبرر لا يكون في العرف داعيا للتطليق، إذ يقع في الحياة الزوجية ما يعد ضررا في مذهب المالكية إلا أنه يستطاع معه دوام العشرة بين الزوجين ولا يعتبر ضررا في نظر القانون. د. عبد الرحمن الصابوني– شرح قانون الأحوال الشخصية السوري– ج٢ ص ١٠٤، أحمد نصر الجندي – المرجع السابق – ص ٣٣٨.

وكان من نتيجة ذلك ماجرى عليه قضاء محكمة النقض على أن المقصود بالضرر هو إيذاء الزوج زوجته بالقول أو بالفعل إيذاء لا يليق بمثلها، بحيث تعتبر معاملته لها في العرف معاملة شاذة تشكو المرأة منها ولاتترى الصبر عليها..". الطعن رقم٤٥ لسنة٥٤ ق-أ.ش-جلسة ١٩٨٥/٣/١٢. وقد عيب على قضاء النقض هذا المسلك – بحق - في اتخاذه العرف مطلقا معيارا للتعرف على معاملة الزوج لزوجته واستظهار الضرر، لأن الضرر هنا هو سلوك من الزوج مع زوجته مخالف للشرع بصرف النظر عن العرف، وقد يكون العرف موافقا للشرع وقد يكون مخالف له، ولفظ المعروف في الشرع هو ما أمر الله به من حسن المعاشرة. تفسير القرطبي- ج ٣ ص١٢٧. د.عبد الناصر توفيق العطار- الأسرة وقانون الأحوال الشخصية- ص٢٠٤.

(٣) فقد لا يعد شرب الخمر بذاته ضررا يجيز للزوجة طلب التطليق بأن كان السكر لا يظهر على الزوج ويوصف في المجتمع بأنه خفيف الظل، ولا ريب أن هذا القول ردّة إلى الجاهلية التي كانت ترى الخمر مزيلة للهموم مثيرة للشجاعة. أنظر: د. أحمد الغندور-الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي- ص٣٢٤.

(٤) أشرف مصطفى كمال– المرجع السابق – ص٩٩. أحمد نصر الجندي– المرجع السابق- ص ٣٣٨، ٣٤٠.

(٥) هذا قبل طلب الزوجة التطليق من زوجها، أما بعد وقوع الضرر أو الأذى من الزوج على زوجته وطلبها التطليق فإمكان إزالته، أو محاولة رأبه لا تمنع من التطليق والاستمرار في نظر الدعوى إذا أصرت عليه الزوجة، فإذا صادف إضرار الزوج محله وحاق بالزوجة معقباته، فزوال الضرر لا يمنع من التطليق، لأن مناط التطليق هو وقوع الضرر فعلا. الطعن رقم ٤٧/٤ لسنة ٣٠ ق-أ.ش- ص ٩٢٠.

(٦) ومن صور إضرار الزوج بزوجته:

أ- التراخي في الدخول بالزوجة وعدم تمكينها بالإستقرار في حياة زوجية، ولا يسوغ أن يتعلل بعدم العثور على

ولا تتعدد الدعوى بتعدد صور سوء المعاملة التي تلقاها الزوجة من زوجها والتي تسوقها في صحيفة دعواها، حيث لا تعدو أن تكون بيانا لعناصر الضرر الموجب للتطليق وتندرج فيه باعتبار الأساس في إقامتها[1].

أما موقف قانون الأسرة الجزائري فقد استمد أحكام التطليق للضرر من المذهب المالكي، فأورد في ذيل المادة ٥٣ المتعلقة بالحالات التي يجوز فيها للزوجة طلب التطليق " لكل ضرر معتبر شرعا"، فجمعت هذه الفقرة جميع صور الضرر التي سبقتها في ترتيب المادة، لاتحاد المناط فيها جميعا وهو الضرر. وفي رأيي لو تُعدّى هذه الفقرة بحرف الواو جمعا بينهما وبين الحالات السابقة، وتركا للباب مفتوحا من غير حصر لحالات الضرر التي قد تلحق بالزوجة.

ثانيا: التفريق لتعدد الزوجات:

تنص المادة ١١ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسمة ١٩٢٩ والمضافة بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٥ على أنه: "..ويجوز للزوجة التي تزوج عليها زوجها أن تطلب الطلاق منه إذا لحقها ضرر مادي أو معنوي يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما ولو لم تكن قد اشترطت عليه في العقد ألا يتزوج عليها.

فإذا عجز القاضي عن الإصلاح بينهما طلقها طلقة بائنة ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق لهذا السبب بمضي سنة من تاريخ علمها بالزواج بأخرى، إلا إذا كانت قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا. ويتجدد حقها في طلب التطليق كلما تزوج بأخرى. وإذا كانت الزوجة الجديدة لم تعلم أنه متزوج بسواها ثم ظهر أنه متزوج فلها أن تطلب التطليق كذلك".

ومفاد هذا النص أن اقتران الزوج بزوجة أخرى يعد مسوغا يجيز للزوجة التي في عصمته

مسكن مناسب، إذ هو أمر لا دخل للزوجة فيه، ومن واجب الزوج توفير المسكن الشرعي، ولأن استطالته تنال من الزوجة وتصيبها بأبلغ الضرر ومن شأن ذلك أن يجعلها كالمعلقة، فلا هي ذات بعل ولا هي مطلقة. طعن رقم ٦٥ لسنة ٥٢ ق-أ.ش- جلسة ١٩٨٤/٦/٢٦.

ب- عدم إيفاء الزوجة معجل صداقها. ج- كثرة النزاعات وتعدد الخصومات القضائية بين الزوجين واتهام أحدهما الآخر وأهله بأفعال مشينة وأوصاف سيئة، والتي تؤدي إلى إفساد الود وتوليد الشعور بالإهانة التي لا تقبل المصالحة أو استمرار العشرة. طعن رقم ٣٧ لسنة ٥٣ ق-أ.ش- جلسة ١٩٨٤/٤/١٧.

د- إفشائه للأسرار الخاصة التي بينه وبين زوجته وادعائه في دعوى التطليق بأنها كانت على علاقة غير شرعية به قبل الزواج وحملت منه وهو أمر لا يقتضيه حق الدفاع، وإنما ينطوي على مضارة بالزوجة لا يمكن معها استدامة العشرة الزوجية. طعن رقم ١٦ لسنة ٣٨ ق.أ.ش. جلسة ١٩٧٤/٦/٥- ص ٩٧٩.

هـ- اتهام الزوجة في بكارتها، سيما إذا كان ذلك أمام الملأ. قضية رقم ٤٠٤٢٩ بتاريخ ١٩٨٦/٥/٥، منشورة في نشرة القضاة - العدد ٤٤ - ص ١٧٩ ، ١٨١.

(١) الطعن رقم ٦٢ لسنة ٦٣ ق-أ.ش- جلسة ١٩٩٧/٤/٢٤.

وقت الزواج الجديد أن تطلب التطليق منه، مع وضعه شروطا لهذا الطلب، وتتمثل في:

١- أن يكون الزوج قد تزوج فعلا بأخرى زواجا صحيحا، لأن الزواج الفاسد أو الباطل لا يعطيها هذا الحق، ويكفي مجرد العقد الصحيح فلا يشترط فيه الدخول أو الخلوة.

٢- أن يترتب على الزواج بأخرى ضرر مادي أو معنوي للزوجة طالبة التطليق، وأن يكون ذلك الضرر الذي لحقها من الجسامة بحيث يتعذر معه دوام العشرة بينها وبين زوجها.

٣- أن تتقدم بدعواها قبل مضي سنة من تاريخ علمها بالزواج الثاني، و إلا سقط حقها بمضي المدة.

وقد رسم القانون طريقة للعلم هي الإخطار الذي يرسله الموثق للزوجة التي في عصمة الزوج يخطرها بالزواج الجديد، ويكون الإخطار بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول، فيثبت بذلك علمها بالزواج الجديد من تاريخ استلامها الكتاب(١).

ويتجدد هذا الحق للزوجة كلما تزوج الزوج بزوجة أخرى بذات الشروط السابقة. والحكم كذلك بالنسبة للزوجة الجديدة التي لم تكن تعلم أن زوجها متزوج بغيرها وأخفى عنها زواجه، ويشترط للقضاء بتطليقها على زوجها ذات الشروط اللازم توافرها في الحالة الأولى.

أما الضرر الذي ورد في النص المذكور فهو ضرر حقيقي غير مفترض بقوة القانون، وإنما هو واجب الإثبات، ويقع عبء إثباته على المرأة التي تدعيه، وهو تغيير استجاب فيه واضعي القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ للنقد الذي وجه للنص السابق الصادر بالقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩(٢)، والذي كان يعتبر مجرد زواج الزوج بأخرى بغير رضا الأولى التي في عصمته يعد ضررا مفترضا يخول لها حق طلب التطليق دون حاجة لإثبات هذا الضرر(٣)، وللزوج إسقاط

---

(١) د. محمد كمال الدين إمام- الزواج والطلاق- ص٢٦٥. أحمد نصر الجندي- التعليق على قانون إجراءات التقاضي- ص٣٨٩. أشرف كمال- المرجع السابق- ص ١٥٦. عزمي البكري- المرجع السابق- ص٤٣٢.

(٢) هذا القانون وإن قضي بعدم دستوريته بحكم المحكمة الدستورية العليا رقم ٢٨ لسنة ٣ قضائية لأسباب شكلية وعيوب إجرائية، إلا أن النص المنتقد كان معرضا للإلغاء أمام نفس المحكمة حتى ولو لم يتعرض القانون للإلغاء لعيوب في الشكل والإجراءات، لمخالفة بعض نصوصه- ومنها النص أعلاه- للشريعة الاسلامية. د- محمد كمال الدين إمام- الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي-ص٢٦٤. د.عبد الناصر توفيق العطار-الأسرة وقانون الأحوال الشخصية- ص ٢٢٢.

(٣) وكان نص الفقرة ٢ من ذلك القانون كالآتي: "ويعتبر إضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها، وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها". وقد رفض كثير من القضاة القائمين آنذاك بشدة تطبيق هذا النص، أو التطليق بالإستناد إلى السبب الوارد به، ولأدل مثال على ذلك الحكم الشهير الصادر عن الدائرة الثانية بمحكمة شمال القاهرة الابتدائية في القضية رقم ٢٠٧ لسنة ١٩٨٢- الجلسة بتاريخ ١٩٨٣/٤/٢١، مشار إليه عند: أشرف مصطفى كمال-

الضرر المفترض بإثبات رضا زوجته بزواجه الجديد[1]، وهو ما يعني منع التعدد – أو يكاد – ومخالفة صريحة لأحكام الشريعة الإسلامية في شأنه، لأن الضرر هو فعل ما لا يجوز شرعا والزواج بأخرى جائز شرعا.

والضرر في مفهوم المادة ١١ مكررا هو ضرر خاص غير الضرر الذي ورد النص عليه بالمادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩[2].

كما يثبت الحق في طلب التطليق للضرر- وفقا للنص- من زواج الزوج بأخرى لكل زوجة بصرف النظر عما إذا كانت في طاعة الزوج من عدمه، إذ ليس في النص ما يمنع الزوجة المحكوم بنشوزها من طلب ذلك، كيف وأن قضاء محكمة النقض مستقر على اختلاف دعوى الطاعة عن دعوى الطلاق والقضاء في إحداهما بالرفض لا يمنع من القضاء في الأخرى بالقبول[3].

أما بالنسبة لموقف قانون الأسرة الجزائري، فقد أورد في المادة ٨ بفقراتها الثلاث جملة الشروط الموضوعية للتعدد: المبرر الشرعي وتوفر شروط ونية العدل، وشروط إجرائية تم إلحاقها بسابقتها – بموجب التعديل الأخير – والمتمثلة في إلزام الزوج بإخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها، وتقديم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة الذي يتأكد من موافقتهما، مع التحقق من إثبات الزوج للمبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية، وله السلطة التقديرية بقبول الطلب والترخيص بالزواج أو رفضه. ثم جاءت المادة ٨ مكرر لتختم هذا الكيد – الذي دُبّر بليل – وتقضي بأنه: "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق". معنى ذلك أن الزوج إذا أضاف امرأة أخرى إلى عصمته دون أن يعلمها أنه متزوج بسواها، ودون أن يعلم زوجته الأولى بعزمه الزواج بأخرى، ولم ترضيا بالوضع الجديد، كان لكل منهما طلب التطليق.

والقانون بهذا المسلك يكون قد افترض الضرر في التعدد، وهذا مخالف لأحكام الشريعة

المرجع السابق- ص ١٥٩ وما بعدها.

(١) وإذا طلب الزوج إحالة الدعوى إلى التحقيق لإثبات ذلك الرضا ولم تجبه المحكمة إلى ذلك، كان حكمها مشوبا بالقصور متعينا نقضه. الطعن رقم ٣٨ لسنة ٥٤ ق-أ.ش- بتاريخ ١٩٨٥/٤/٩.

(٢) مع اختلاف في مدى عمق الضرر الذي أصاب المرأة وشدته، فبينما نجده في التطليق للضرر أن تكون الزوجية قد وصلت إلى حال يستحيل معها دوام العشرة فاستخدم لذلك عبارة: "لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما"، نجده قد اكتفى للتطليق للضرر الناتج عن الزواج بأخرى أن تكون الأحوال بين الزوجين قد وصلت إلى حالة يتعذر معها دوام العشرة. أشرف مصطفى كمال – المرجع السابق- ص ١٥٤.

(٣) نقض رقم ٦٣ لسنة ٦٣ ق.أ. – جلسة ١٩٨٤/٥/٨. وسيأتي بيان الفروق بين دعوى التطليق للضرر ودعوى الطلاق من خلال الإعتراض على إنذار الطاعة.

الإسلامية، فهذه كتب المالكية والحنابلة - ومن قالوا بجواز التفريق للضرر- بين أيدينا لا تحوي أي إشارة إلى أن الزيادة على أكثر من واحدة - في حدود ما سمح به الشرع - يعتبر إضرارا بالزوجة السابقة أو اللاحقة إن لم يعلمها بذلك، بل وفيها ما يقرر صراحة أنه من الحقوق المقررة للزوج، و إلا عد ذلك نشوزا من الزوجة[١].

ثالثا: التفريق للغياب:

غياب الزوج عن أهله قد يكون بإرادته ورضاه، وقد يكون مكرها عليه لارتكابه ما يوجب حبسه، وغيابه بإرادته قد يكون بعذر وقصد مشروع أو بقصد الإضرار بالزوجة والنكاية بها، وأياً كان نوع الغياب والغرض منه فقد تتضرر الزوجة منه غاية الضرر، إذ يعرضها للفتنة ولآلام نفسية وأمراض عصبية، وبخاصة إذا طالت مدة الغياب.

واختلف الفقهاء في إجازة التفريق للغيبة على قولين:

القول الأول: عدم اعتبار غياب الزوج سببا للفرقة ولو طالت مدته، سواء كان غيابه بعذر أو بغير عذر، وهو ما ذهب إليه الحنفية[٢]، والشافعية[٣]، والظاهرية[٤]. وحجتهم في ذلك هو عدم وجود دليل شرعي يقوم عليه هذا النوع من التفريق، ولأن حق المرأة في الوطء قضاء ينتهي بالوطء مرة واحدة[٥].

القول الثاني: جواز طلب المرأة التفريق لغياب الزوج إذا لم تصبر على فراقه وتضررت من ذلك ولو ترك لها ما تنفقه على نفسها، وهو ما ذهب إليه المالكية[٦]، والحنابلة[٧]. ووجه قولهم هو

---

(١) ومن ذلك ما جاء في الشرح الكبير للدردير – ج٢ – ص ٢٤٥ "ولها (أي الزوجة) التطليق على الزوج للضرر ولها ما لا يجوز شرعا كهجرها بلا موجب شرعي، فضربها، كذلك وسبها وسب أبيها ويؤدب على ذلك زيادة على التطليق... لا (أي ليس لها التطليق) بمنعها من حمام وفرجة وتأديبها على ترك الصلاة أو تسر أو تزوج عليها". وورد مثله أيضا في حاشية حجازي على مجموع الأمير ج١ – ص ٤٧٦.
كما جاء في التفسير الكبير في موضع آية بعث الحكمين لنشوز الزوجة أنه: "إذا وقع الشقاق بينهما، فذاك الشقاق إما أن يكون منهما أو منه أو منها أو يشكل، فإن كان منها فهو النشوز.. وإن كان منه، فإن كان قد فعل فعلا حلالا مثل التزوج بامرأة أخرى أو تسرى بجارية عرفت المرأة أن ذلك مباح ونهيت عن الشقاق، فإن قبلت و إلا كان نشوزا ". ج١٠ ص٩٢، ٩٣.

(٢) المبسوط – ج١١ ص ٣٤، ٣٥. بدائع الصنائع – ج٦ ص ١٩٦.

(٣) مغني المحتاج – ج٣ ص ٤٤٢.

(٤) المحلى – ج١٠ ص ١٤٢.

(٥) الموسوعة الفقهية – ج٣ – ص ١٠٩. ج٢٩ – ص ١٦٧.

(٦) الشرح الكبير – ج٢ ص ٤٣١.

(٧) المغني – ج٧ ص ٣١. العدة شرح العمدة – ص ٤٠٠.

الضرر الذي يلحق بالزوجة نتيجة غياب زوجها فيجب إزالته.

واختلف أصحاب هذا القول في نوع الغياب الموجب للتفريق، وفي أدنى مدة يخول فيها للزوجة أن ترفع أمرها للقاضي.

فمذهب المالكية عدم التفريق بين الغياب بعذر أو بغير عذر، وأقل مدة يمكن للزوجة أن تطلب فيها التطليق سنة على المعتمد في المذهب[1]، فإن كان الزوج في مكان مجهول طلق القاضي عليه في الحال، وإن كان في مكان معلوم كتب إليه بأن يحضر إلى البلد الذي تقيم فيه زوجته أو ينقلها إليه إن علم محله وأمكن ذلك أو يطلق عليه، ويضرب له أجلا مناسبا، فإن انقضت المدة ولم يمتثل لما خيّره القاضي فرق بينهما بطلقة بائنة[2].

أما الحنابلة فاشترطوا في الغياب أن يكون لغير عذر، فإن كان لعذر لا يستجاب لها ولو تضررت، وحددوا المدة بستة أشهر عملا بمذهب عمر رضي الله عنه في توقيته للجند في المغازي[3].

وكان عمل المحاكم في مصر برأي الأحناف إلى أن صدر القانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٢٩ الذي أجاز التفريق للغيبة في المادتين ١٢، ١٣، وهما تلفيق من المذهبين المالكي والحنبلي، حيث أخذ برأي المالكية في تحديده للغيبة بمدة سنة واعتبار الفرقة بسببها طلاقا بائنا، وغير ذلك من الأحكام المستمدة من مذهب مالك، وأخذ برأي الحنابلة في نوع الغياب الموجب للتطليق في اشتراطه أن يكون بغير عذر[4].

وينبغي أن نشير إلى أن الغيبة التي ذكرها الفقهاء والمقصودة في نص المادة ١٢ إنما هي غيبة الزوج عن زوجته والإقامة في بلد آخر غير البلد الذي فيه بيت الزوجية، أما الغيبة عن بيت الزوجية مع الإقامة في نفس البلد، فالتطليق لا يقع بسببه، وإنما بسبب الهجر الذي تتناوله مواد التطليق للإيذاء والشقاق، والحكم في كلتا الصورتين واحد، والعلة الحقيقية في الفعلين واحدة وهي قصد الإضرار بالزوجة[5].

---

(١) وفي رواية ثلاث سنوات فما فوق.

(٢) حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٤٣١.

(٣) المغني – ج٧ – ص ٣١. العدة شرح العمدة – ص ٤٠٠.

(٤) لم يحدد النص الأعذار الشرعية على سبيل الحصر كما لم يضع قاعدة للأعذار المقبولة، مما يعني ترك تقدير العذر لقاضي الموضوع ولا رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض متى كان تقديره سائغا، ولا يخفى ما قد يؤدي إليه فتح الباب واسعا لتقدير القاضي واجتهاده، فيبعد به عن الغرض الذي وضع النص لأجله.

(٥) معوض محمد سرحان–المرجع السابق – ص ٣٨٣. د.محمد كمال الدين إمام- الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي– ص٧١.عبد المؤمن بلباقي-التفريق القضائي بين الزوجين– دار هومه-الجزائر- ٢٠٠٠- ص١٥٦.

وبقول المالكية والحنابلة في جواز التفريق للغيبة أخذ قانون الأسرة الجزائري في الفقرة الخامسة من المادة ٥٣ وهي: "الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"، فقيّد قبول طلب الزوجة للتفريق بثلاثة شروط:

١- الغيبة بعد مضي سنة وهو المعتمد عند المالكية.

٢- أن تكون الغيبة بدون عذر وهو رأي الحنابلة.

٣- عدم الإنفاق عليها طول هذه المدة.

وهذه الشروط حسب صياغة النص تطبق تطبيقا جامعا ومعنى ذلك إذا تخلف شرط من الشروط الثلاثة فلن يستجاب لطلب الزوجة، فإذ فرضنا أن الزوج تغيب بلا عذر لأكثر من سنة وتضررت الزوجة من غيبته إلا أنه ترك لها نفقة تكفيها طيلة هذه المدة أو أكثر، وكذلك إذا غاب عنها لأكثر من سنة، ولم يترك لها نفقة، ففي كلا الموضعين لا يستجاب لطلب الزوجة، لعدم اكتمال الشروط الموجبة للخيار، وإن كان الوضع الأخير أرحم للزوجة لتمكنها من طلب التفريق بسبب عدم الإنفاق، لذلك فالأولى عدم ذكر قيد عدم النفقة والإكتفاء بالقيدين الآخرين، باعتباره تزيدا في النص وإجحافا في حق الزوجة[١].

رابعا: التفريق للحبس:

مذهب جمهور الفقهاء[٢] هو عدم جواز التفريق بسبب حبس الزوج مطلقا مهما طالت مدة حبسه. أما المذهب المالكي فلا يوجد فيه نص يقضي باعتبار حبس الزوج مدة طويلة سببا يوجب للمرأة حق طلب التطليق، إلا أنه قياسا بحالة غياب الزوج فإن العلة وهي الضرر اللاحق بالزوجة لبعد زوجها عنها سواء كان غيابه بعذر أو بغير عذر متحققة في حالة حبس الزوج، ومتى اشتركتا في العلة اشتركتا في الحكم، وهو اختيار ابن تيمية من الحنابلة[٣].

وهو ما أخذ به القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في المادة ١٤ أنه: "الزوجة المحبوس المحكوم عليه نهائيا بعقوبة مقيدة للحرية مدة ثلاث سنين فأكثر أن تطلب إلى القاضي بعد مضي سنة من حبسه التطليق عليه بائنا للضرر ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه"، وألغى بذلك ما كان

---

(١) عبد المؤمن بلباقي- المرجع السابق – ص ١٥٧. جمعى ليلى- المرجع السابق – ص ١٦٠. كما لم يفرق النص بخلاف - نصوص القوانين العربية – بين حالات الغيبة وما إذا كان الزوج معلوم المكان أو مجهوله، وإمكانية الاتصال به، ووصول إعلان القاضي إليه من عدمه.

(٢) مصادر الحنفية والشافعية والحنابلة السابقة.

(٣) الإختيارات العلمية- ص ١٤٦.

معمولا به في المحاكم المصرية من مذهب أبي حنيفة[1].

ويشترط بمقتضى هذا النص للحكم بطلب زوجة المحبوس للتفريق تحقق الشروط الآتية[2]:

١- أن يصدر حكم بحبس الزوج ثلاث سنوات فأكثر.

٢- أن يكون الحكم نهائيا.

٣- أن تكون العقوبة مقيدة للحرية، فتخرج عن مضمون النص العقوبات السالبة للحياة، والعقوبات المالية وأيضا الإعتقال.

٤- أن ينفذ الحكم على الزوج، وتمضي على الأقل سنة من تاريخ التنفيذ، ولو كان له مال تستطيع الإنفاق منه على نفسها. وإنما اشترط القانون ذلك ليبنى تطليق الزوجة على زوجها على التضرر الواقع بالفعل لا على التضرر المتوقع حصوله في المستقبل.

كما أخذ قانون الأسرة الجزائري بالتفريق لحبس الزوج، حيث ورد في الفقرة الرابعة من المادة ٥٣ بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق: "..للحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"، فيشترط بموجب هذا النص للزوجة في طلب التفريق توفر شرطان:

١- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة.

٢- أن يستحيل معها دوام العشرة الزوجية.

وكما يظهر فالنص لم يحدد مدة للحبس ولا فيما إذا كان المحكوم به في شأن الجريمة مقيدا للحرية أم لا، فيكون النص عاما متضمنا جميع أنواع العقوبات، متى كانت الجريمة فيها مساس بشرف الأسرة واستحال معها دوام العشرة.

---

(١) كما خالف في هذا النص ما أورده في نصي المادتين ١٢، ١٣ من مذهب أحمد في اشتراط أن يكون الغياب بعذر، ولعلّ ما يسوغ ذلك أن المحبوس وإن كان غائبا بعذر – وهو في ذاته مشروع – فليس جديرا بالعطف والرحمة زجرا له عن جريمته ودفعا للضرر عن الزوجة. عمر عبد الله- المرجع السابق- ص٥٤٣.

(٢) معوض سرحان– المرجع السابق- ص ٣٨٢. د. أحمد فراج – أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي – ص ١٤٤، د. محمد كمال الدين إمام– الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي- ص ٢٧٥. عمر عبد الله- المرجع السابق - ص٥٤٢.

المطلب الثاني

قواعد إثبات الضرر

إذا ادعت الزوجة حصول الضرر وطلبت التفريق، فلا يقبل قولها إلا إذا أثبت الضرر الذي أسست عليه دعواها، و إلا رفضت دعواها لعدم التأسيس، عملاً بالمبدأ الشرعي أن البينة على المدعى، لذلك كان بيان قواعد إثبات الضرر أمر مهم.

والمتأمل في قوانين الأحوال الشخصية يجد أنها قد ذكرت صورا وحالات تسوغ للزوجة طلب التطليق، والمناط في جميعها واحد وهو الضرر، ونظرا لصعوبة إثباته في بعض الصور، وما يحصل من التنازع في وجوده أو نفيه، فقد راعى القانون ظروف الزوجة ومصلحتها، واعتبر وجود بعض الوقائع المادية دليلا على ثبوت الضرر، فيكفيها- حينئذ – إثبات تلك الوقائع بوسائل الإثبات المقررة لها. كما لا ينبغي أن ننسى ما للقضاء من دور بالتضييق أو التوسع في مجال الإثبات.

أولا: وسائل إثبات الضرر:

بأحد الأمور الآتية:

١- الإقرار من الزوج على تعديه على زوجته.

٢- الشهادة المعتادة، ويكفي شهادة رجل وامرأتان عدول وفقا للراجح من مذهب أبي حنيفة، أو بشهادة رجلين عدلين، أو بشهادة رجل واحد مع يمين المدعية، في مذهب مالك(١).

والأصل في الشهادة – كما رأينا – أن يشهد الشاهد بالشيء قطعا معاينة أو سماعا، فهل يجوز إثبات وقائع الإضرار التي تبيح طلب التفريق مجرد السماع الفاشي؟

المقرر في فقه الأحناف أن الشهادة على التطليق للضرر لا تصح بالتسامع، فمتى أجيزت استحسانا في بعض المسائل دفعا للحرج فلا تقبل في إثبات أو نفي وقائع الأضرار المبيحة لتطليق الزوجة على زوجها(٢).

أما عند المالكية فشهادة السماع تكتمل بها البينة شرعا في إثبات الضرر الموجب للفرقة، فمجرد السماع الفاشي بين الرجال والنساء في أن الزوج يضار زوجته تكفي، وصفتها أن يقول:

---

(١) الشرح الكبير – ج٣ ص ٣١٢.

(٢) معين الحكام – ص ١٠٧.

سمعنا سماعا فاشيا مستفيضا على ألسنة النساء والخدم والجيران[١].

والقانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل والمتمم وإن استمد أحكام التطليق للضرر من مذهب مالك إلا أنه لم يحل في إثباته إلى هذا المذهب كما لم يتضمن قواعد خاصة في هذا الشأن، ومن ثم وجب الرجوع في قواعد الإثبات المتصلة بذات الدليل إلى أرجح الأقوال في مذهب أبي حنيفة[٢].

ومن ثم فما عليه العمل بالمحاكم المصرية في نصاب الشهادة لإثبات الضرر الموجب للفرقة هو شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتان عدول[٣]، بشهادة أصلية غير سماعية. وقضي وفقا لذلك بأن المقرر أن الشهادة بالتسامع لا تقبل شرعا في إثبات أو نفي وقائع الأضرار المؤدية لتطليق الزوجة على زوجها[٤]. كما قضي أيضا بأن مشاهدة الشاهد بنفسه آثار الضرب على وجه الطاعنة وعدم مشاهدته المطعون ضده يضربها أو سمعه يسبها، أثره عدم اكتمال نصاب الشهادة[٥].

وبقول المالكية في ثبوت الضرر بشهادة رجلين عدلين[٦]، وبمجرد السماع الشائع دون العلم

---

(١) مواهب الجليل- ج٤ ص ٣٣،٣٥. الفروق- ج٤ ص١٠٤. البهجة في شرح التحفة-ج١ ص٣٠٢، وجاء فيها: "إن إضرار أحد الزوجين للآخر يثبت بأحد أمرين:
أ- إما بشهادة عدلين فأكثر لمعاينتهم إياه، لمجاورتهم الزوجين أو لقرابتهم ونحو ذلك.
ب- وإما بالسماع الفاشي المستفيض على ألسنة الجيران، من الناس والخدم وغيرهم بأن فلانا يضر زوجته بضرب أو شتم أو تجويع أو عدم كلام أو تحول عنها في فراشه". أما الشافعية فالقاعدة عندهم أن العقود والفسوخ لا تثبت بالإستفاضة لإمكان الاطلاع على مباشرتها بمشاهدة أسبابها. الحاوي- ج١٢ ص١١٤. كتاب أدب القضاء- ص٣٤١، ٣٤٢. مغني المحتاج- ج٤ ص٤٤٨. نهاية المحتاج- ج٨ ص ٣١٩.

(٢) عملا بالمادة الثالثة من قانون إجراءات التقاضي رقم ٢١١ لسنة ٢٠٠٠، وهو ما كانت تنص عليه المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التي أحالت عليها المادة السادسة من قانون إلغاء المحاكم الشرعية والمجالس الملية رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥، والتي ألغتها المادة الرابعة من هذا القانون.

(٣) طعن رقم ٢١٧ لسنة٦٦ ق-أ.ش-جلسة ٢٠٠١/٥/٢٦- المستحدث من مبادئ محكمة النقض-ص٩٣. طعن رقم٥٤٧ لسنة٦٥ ق-أ.ش-جلسة١٩٩٧/٣/١٠- الموسوعة الذهبية-ملحق١٤- قاعدة رقم ٢٣٨- ص٣٤٣.

(٤) طعن رقم ٧٤٠ لسنة ٦٦ ق-أ.ش-جلسة٢٠٠١/٦/١١-المستحدث من مبادئ محكمة النقض- ص ٩٧.

(٥) طعن رقم ٣٦ لسنة ٥٩ ق.أ.ش جلسة ١٩٩١/٦/١١. وفي نفس السياق قضت محكمة النقض بأنه: ".. ومن الصورة الرسمية لمحضر التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة أن الشاهد الأول من شاهدي المطعون عليها، لم ير بنفسه اعتداءاً بالسب من الطاعن على المطعون عليها أو واقعة طرده إياها من منزل الزوجية، وأن شهادته في هذا الخصوص نقلا عنها، فإن أقواله بهذه المثابة لا تقبل كبينة على الأضرار الموجبة للتطليق". الطعن رقم ٥ لسنة ٤٧ ق-أ.ش- جلسة ١٩٧٩/٣/١٤. والطعن رقم ٨٨ لسنة ٦٢ ق-أ.ش- جلسة ١٩٩٦/١/٢٩. الموسوعة الذهبية- ص٨٣.

(٦) قال التسولي في بهجته: "ولايجوز في السماع بالضرر شهادة النساء وحدهن لأن الطلاق من معاني الحدود فلا تجوز فيه شهادة النساء". ج١ ص٣٠٢.

القطعي أخذ القضاء الجزائري باعتبار الفقه المالكي هو مصدر النص في المسألة، فتطبق أحكامه المتعلقة بذات الدليل في إثبات الضرر، حيث ورد في إحدى قرارات المحكمة العليا أنه: "للطالب أن يثبت تصريحه بالطلاق بواسطة شهود حضروا أو سمعوا بذلك من الطالب، أو بواسطة شهادة مستفيضة"(١).

وقد نص صراحة على قبول شهادة السماع لإثبات وقائع الإضرار الموجب للتطليق قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة ١٣٤، والتي جاء فيها أنه: "يكفي لإثبات الضرر الشهادة بالتسامع المبنية على الشهرة في نطاق حياة الزوجين، ولا تقبل هذه الشهادة على نفي الضرر"(٢).

وتعليل هذا المسلك أن الضرر الزوجي يكون من الصعوبة إثباته بالرغم من وجوده الملموس، نظرا لما تتسم به الحياة الزوجية من السرية، فقلما يعاين الشهود إعتداء الزوج على زوجته بالضرب والسب، ولتسهيل إثباته بغية تحقيق العدالة وتخفيف العبء الثقيل الذي تنوء الزوجة في إثبات وقائع الإضرار – كسبب في الدعوى – قبلت الشهادة على الضرر بالتسامع، وقصد بها الشهرة في محيط الزوجين(٣)، وتحديد هذا المحيط وتقدير الشهادة عموما يخضع لتقدير القاضي الذي له اعتمادها وقبولها إذا اطمأن إليها، أو تركها جانبا إذا ساوره شك في صحتها، فلو لم تجز الشهادة بالتسامع هنا لأدى إلى الحرج وتعطيل الأحكام وضياع كثير من الحقوق، والحرج مدفوع شرعاً بقوله تعالى: (ما جعل عليكم في الدين من حرج)(٤).

وحري بالقانون المصري أن يقتفي أثر نظيره الكويتي والمعمول به في القضاء الجزائري، والأخذ بقول المالكية في قبول شهادة السماع لإثبات الضرر، تعليلا بما سبق، ولأن الشهرة لها موقعها ووزنها في التدليل على ما يحصل في الحياة الزوجية، سيما وقد قيّدناها بمحيط الزوجين، والأمر في الأخير خاضع لتقدير القاضي (٥).

---

(١) م.ع - غ.أ.ش- بتاريخ ١٩٨٤/١٢/٣- م.ق- عدد ٤- سنة ١٩٨٩. وهو ذات موقف القضاء الأردني، حيث جاء في قرارات محكمة الاستئناف الشرعية فيه أن: "حوادث النزاع والشقاق وإن كان لايشترط دوما إثباتها بالبينة، ولا مشاهدتها، فإنه لابد من تحققها بأي طريق أخرى ولو بالسماع من الثقات". القرارات رقم: ١٤٣٢٨، ٨٢٠٣، ٩٨٠٤، ١٥٩٩٠. محمد حمزة العربي- المرجع السابق- ص ١٠٠.

(٢) وهو مقتبس من نص المادة ١٢٨ من مشروع القانون الموحد، والتي نصها: "تقبل الشهادة بالتسامع إذا فسر الشاهد أو فهم من كلامه أنه يريد الشهرة. المراد بالشهرة في محيط الزوجين حسبما تقرره المحكمة ولا تقبل الشهادة بالتسامع على نفي الضرر".

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الكويتي.

(٤) سورة الحج- آية ٧٨.

(٥) أما ما ذهب إليه البعض في تبرير مسلك محكمة النقض في الأخذ ببينة الأحناف بأن أساس الإثبات في هذه الحالة ليس قائما على إثبات حصول الضرر فقط، وإنما هو إثبات أن الضرر الواقع من الزوج لا يستطاع معه

والعبرة بمضمون الشهادة وفهم القاضي للواقع وليس بألفاظ أدائها، فسواء اتحدت الألفاظ أو تغايرت فيكفي لاكتمال الشهادة أن يكون المعنى واحدا[1]، ومن الإحراج أن يطلب من الشهود الاتحاد في شهادتهم لفظا ومعنى، وقد يكون ذلك من قبيل المستحيل، اللهم إلا إذا لُقنوا الشهادة تلقينا جيدا،والعبرة كما هو مقرر في القواعد هو بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني.

ولا يشترط أن تكون موافقة الشهادة للدعوى تامة، بأن يكون ما شهد به الشهود هو عين ما ادعاه المدعي، بل تكفي الموافقة بطريق التضمين، حيث توافق الشهادة لبعض المدعى به، ولا مناص من أخذ القاضي بها والتعويل عليها في الحكم، باعتباره القدر الثابت في الدعوى بالبينة[2].

كما لا يضر في قبول شهادة الشهود الإختلاف في الزمان والمكان، لأن ألفاظ السباب والقذف والتشهير مما تعاد وتكرر باعتبارها قولا محضا[3].

وفي المقابل لا يكفي في الشهادة - التي يتحقق بها النصاب المقرر- أن يشهدوا بواقعة دون بيان حقيقتها وكيفية حصولها، إذ لا يكتمل بها موضوع الشهادة، ومن ثم لا تستطيع المحكمة أن تقف على حقيقة الواقعة، وهل تتحقق بها المضارة أم لا[4].

دوام العشرة بين أمثال الزوجين، وأن هذا الشرط الواجب إثباته ليس من فقه المالكية، ومن ثم لا يجوز إثباته على أساس قواعد فقههم، وإنما طبقا للقاعدة العامة الواردة في المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية. أحمد نصر الجندي – التعليق على قانون إجراءات التقاضي – ص ٣٤٨.

فيجاب عن هذا بما سلف وذكرنا في كلامنا عن شرط استطاعة دوام العشرة بين الزوجين، كما أن في ذلك تحميل للزوجة - فضلا عن إثبات الضرر- عبء إثبات الوصف الذي عناه القانون، وهو أنه مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما. وعلى فرض التسليم بهذا الضابط أو الشرط، فلم يقل به أيضا الحنفية والذين من فقههم عدم جواز التفريق بين الزوجين للضرر أصلا.

(١) المادة ١٧٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية الملغاة. الطعن رقم ٨٥ لسنة ٦٦ ق-أ.ش- جلسة ٢٠٠١/٢/١٠- المستحدث من المبادئ التي قررتها محكمة النقض- ص٩٢،٩٣. كما قضى بأنه: " لما كان البيّن من أقوال شاهدي المطعون ضدها أنه لا خلاف بينهما في أن سبب النزاع بين الطرفين عدم إعداد الطاعن مسكنا للزوجية وتقاعسه عن الدخول بالمطعون عليها وهجره لها.. ولا يؤخر في جوهر الشهادة عدم تصريح الشاهد وقوع ضرر بسبب الهجر، فإن الحكم المطعون فيه إذا قبل شهادة شاهدي المطعون عليها وأقام قضاءه بالتطليق على سند مما استخلص منها من إضرار الطاعن بالمطعون عليها بعدم الدخول بها وهجرها، لا يكون قد خالف القانون". الطعن رقم ٥٩ لسنة ٥٤ ق-أ. ش-جلسة ١٩٨٥/٥/١٤.

(٢) طعن رقم ٣٣ لسنة ٥ ق-أ.ش- جلسة ١٩٨١/٣/٣١. طعن رقم٢ لسنة ٥٤ ق-أ.ش-جلسة ١٩٨٣/١٢/٢٠.

(٣) طعن رقم ٥١٨ لسنة ٦٦ ق-أ.ش-جلسة ٢٠٠١/٣/١٧ - المستحدث من مبادئ محكمة النقض- ص ٩٣.

(٤) فإذا شهد مثلا أحد الشاهدين بتهجم الزوج على زوجته في حضوره حال وجوده في منزلها، إلا أنه لم يفصح عن كيفية حصول التهجم المشهود به، وما إذا كان قد تم بالقول أو بالفعل، بالسب أو بالضرب، حتى يقف القاضي على حقيقة ما صدر من الطاعن اتجاه المطعون ضدها وبقدر ما فيه من إساءة لها وتضرر أمثالها منه، فإن شهادته لا يتوافر بها نصاب الشهادة على المضارة التي شرع التفريق بين الزوجين بسببها.

وكما يثبت الضرر بالإقرار والشهادة يثبت أيضاً بالقرائن، ويقصد بها ما يستنبطه القاضي من دلائل الحال وشواهده من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول، ولا يشترط تعدد القرائن لإثبات الضرر، بل يكفي في ذلك القرينة الواحدة التي يستمدها القاضي من وقائع الدعوى وأوراقها وظروفها ويرجح ما يطمئن إليه فيها، ويستخلص ما يراه متفقا مع واقع الدعوى ويرد ما عداه، ولا شأن لمحكمة النقض في ذلك[1]، ومن ذلك محاضر الضبط التي تحرر بمعرفة الشرطة، وغيرها من محاضر جمع الاستدلالات، فالقاضي ليس ملزما بالإستناد إلى ما يرد فيها، وقد يقبل بها ويعول على ما تضمنته أو يردها جميعا.

وقد صرّح فقهاء المالكية بإثبات الضرر بالقرائن، ومن ذلك قول الشيخ النفراوي في شرحه رسالة أبي زيد القيراواني: "للمرأة التطليق بالضرر الثابت ولو بقرائن الأحوال"[2].

هذا، وقد اعتبر القضاء بعض الظروف من جملة القرائن التي تدل على وقوع الضرر، وتجيز من ثم للزوجة طلب التطليق، ومن ذلك مضي مدة أكثر من خمس سنوات على عقد الزواج ولم يحصل دخول، بل دبّ الخلاف بين الزوجين واستحكم عقب العقد مباشرة، وامتد الخلاف بينهما إلى ساحات المحاكم، من دعاوى طاعة ونفقة وغيرها، وقدّرت هذا الحال ورأت أن الزيجة لن يكتب لها التوفيق على ما شرع الله للزواج من تواد ومودة، وأصبحت بذلك الحياة الزوجية مستحيلة بين الطرفين[3].

كما اعتبر أيضا أن الخطابات التي استشهد بها الزوج على تبادل المحبة بينه وبين زوجته، والتي لم يكن من اللائق عرضها أثناء الخصومة مهما كان الحال بين الطرفين، إذ فيها ما لا يصح ذكره في التقاضي من أسرار سيطلع عليها غير واحد لا محالة، واستنتجت المحكمة في الأخير على ثبوت تحقق الضرر الذي تدعيه الزوجة وحكمت لها بما ادعته[4]. فالواضح من خلال هذا الحكم أن القاضي قد اعتبر مجرد تقديم الخطابات من الزوج - وما في ذلك من إفشاء للأسرار الخاصة بين الزوجين - يعد في ذاته إضرارا بالزوجة وإساءة لها، وفي ذلك دليلا على عدم مبالاته بالعلاقة الزوجية، وأن غرضه هو التشهير بالزوجة وإهانتها.

---

(١) فهناك مما يقع من الضرر بين الرجل وامرأته ولا يثبت ببينة، فتكفي لإثباته الأمارات الدالة عليه، والتي يخلص منها القاضي إلى حقيقة الحال في أمور يظلها الستر عادة وتنأى بطبيعتها عن الإعلان. حكم محكمة استئناف المنصورة رقم ١١ بتاريخ ١٩٦٢/٦/١٥- القضية رقم ٢٩٨. صالح حنفي- قضاء الأحوال الشخصية نفسا ومالا- ص ١٨٠.

(٢) الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني- ج٢ ص ٦٩.

(٣) طعن رقم ٤٨ لسنة ٤٨ ق-أ.ش- جلسة ١٩٨٣/٣/٢٢.

(٤) طعن رقم لسنة ٤٨ ق-أ.ش- جلسة ١٩٨٣/٣/٢٢.

هل يكفي في التفريق للضرر إثبات مضارة الزوج مرة واحدة أم يشترط تكرار الضرر؟

اختلف علماء المالكية[1] في هذه المسألة على ثلاثة أقوال، فذهب بعضهم إلى الإكتفاء بثبوت الضرر ولو لمرة واحدة في إعطاء المرأة حق الخيار بالطلاق، وهذا هو مشهور المذهب. وقول آخر بضرورة تكرار الضرر للمطالبة بحق التطليق. وقول ثالث وسط في المسألة مؤداه إن كان الضرر فاحشا فيوجب الخيار ولو من غير تكرار، بخلاف ما إذا كان خفيفا لغير تأديبها، فإنه لا يوجبه بالمرة الواحدة، إذ لايكاد يسلم منه الأزواج.

والمعمول به في قضاء محكمة النقض هو بالمشهور في مذهب مالك، وهو عدم اشتراط تكرار الضرر[2]، أما القانون الجزائري فقد جاء خلوا عن بيان القول المختار في المسألة، و لم نعثر على حكم قضائي في ذلك، فيكون العمل بالمشهور في مذهب مالك، باعتباره المصدر للنص في المسألة، فيرجع إليه في تفسير النص، وفي تفصيل مجمله.

وأرى أن القول باشتراط تكرر الضرر هو الأدق واللائق بالحال، وما فيه من مراعاة لمصلحة الزوجة المتضررة الطالبة للفرقة، وفي بقاء العلاقة الزوجية، لأن الضرر الناتج عن بعض الشقاق لا يكاد يخلو منه بيت من البيوت، ولو أجبنا الفرقة بالضرر لمجرد وقوعه مرة واحدة لسارعنا في هدم أسر الأولى بنا حفظها وإصلاحها.

كما أن المصلحة العامة وهي لاشك مقدمة على المصلحة الخاصة تقتضي أن يحتمل في الحياة الزوجية كثيرا من الهفوات، وألا يعمل على فكها لأول هفوة تصدر من الزوج، إلا إذا تكرر الضرر وتكاثر، مع محاولة إزالته بطرق معالجة نشوز الزوج.

أما إذا عجزت الزوجة عن إثبات الضرر ورفض القاضي دعواها لذلك، ثم عادت وكررت

---

(١) شرح الخرشي- ج٣ ص٤٩، وجاء فيه أنه: "إذا ثبت بالبينة عند القاضي أن الزوج يُضارُ زوجته وهي في عصمته ولو كان الضرر مرة واحدة، فالمشهور أنه يثبت للزوجة الخيار، فإن شاءت أقامت على هذه الحالة، وإن شاءت طلقت نفسها بطلقة واحدة لخبر لا ضرر ولا ضرار". البهجة في شرح التحفة- ج١ ص ٣٠٦، وجاء فيه: "لابد من تكرار الضرر حيث كان أمرا خفيا، فإن كان ضربا فاحشا كان لها التطليق به". وفيه قول ابن عبد الصادق (من متأخري المالكية له شرح على مختصر خليل وآخر على نظم ابن عاشر، ت١١٧٥هـ): " والعجيب كيف تطلق المرأة نفسها بالمرة الواحدة إذ لا يخلو منه الأزواج". حاشية الدسوقي- ج٢ ص٣٤٥، وفيه: "ومتى شهدت بينة بأصل الضرر فلها اختيار الفراق، ولو لم تشهد البينة بتكرره".

(٢) الطعن رقم ٤١٩ لسنة ٦٦ ق-أ.ش- جلسة ٢٠٠١/٤/٢٨- المستحدث من مبادئ محكمة النقض – ص١٩.

شكواها، وعجزت مرة أخرى عن إثباتها[1]، عيّن القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، أو عين من الأجانب ممن يتوسم فيهم الخبرة والقدرة على الإصلاح لمعاينة الظالم من المظلوم من الزوجين، وفض النزاع بينهما تبعا للإجراءات الواردة في موضوع الشقاق[2]، فإن وفق الله بينهما رفعا الأمر إلى القاضي بما اتفقا عليه، وإن عجزا عن إصلاح ذات البين وقررا أن الإساءة ثابتة من قبل الزوج وحده أو منهما معا، أو أشكل الأمر عليهما ولم يعرفا مصدر الإساءة، رفعا تقريرا بشأن مهمتهما إلى القاضي للنظر فيه[3].

وتقرير الحكمين وما ورد فيه من الإصلاح أو التفريق هو الصحيح شرعا والراجح فقها، وعلى القاضي أن يلتزم به ويحكم في ضوئه[4]، وهو ما مشى عليه القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩

---

(١) وتكرار الدعوى أو الشكوى يقصد بها إقامة الدعوى استنادا إلى الضرر المنصوص عليه في المادة(٦) ورفضها، فلا يعد تكرار الدعوى سبق إقامتها بطلب التفريق لضرر الغياب، أو العيب، أو عدم الإنفاق، والقضاء برفضها ثم معاودة رفع دعوى التفريق للضرر طبقا للمادة(٦). ويشترط في الدعوى الثانية شرطان:

١- أن تكون وقائع الأضرار التي تستند إليها الزوجة فيها غير تلك التي كانت قد أسست عليها دعواها الأولى التي رفضتها المحكمة بحجة قصور الإثبات، أو أنها لا تصل إلى الحد الذي لا يستطاع معه دوام العشرة، للوحدة بين الدعويين في الخصوم والموضوع والسبب.

٢- أن تكون وقائع الإضرار الجديدة قد وقعت بعد الحكم برفض الدعوى الثانية لسابقة الفصل فيها، واحتراما لحجية الحكم المقضي به.

هذا، ويتعين على المحكمة إثبات فشل المدعية في إثبات الضرر في مدونات حكمها حتى يجوز لها اتخاذ إجراءات التحكيم، باعتبار ذلك من مسائل القانون التي تخضع فيها أعمال محكمة الموضوع لرقابة محكمة النقض و إلا كان حكمها معيباً. محمد عزمي البكري- المرجع السابق- ص٣٨٣. أشرف مصطفى كمال- المرجع السابق- ص١٠١. الطعن رقم ٤٦ لسنة ٤٠ ق-أ.ش-جلسة ١٩٧٤/٢/٢٠- السنة٢٥- ص٣٧٩.

(٢) وقد بيّنت المواد من ٧ -١١ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ ما يشترط في الحكمين وما يجب عليهما وما يحكم به القاضي، ثم جاء القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فأبقى على المادة الأساسية الخاصة بالتفريق (م٦)، وعدل النصوص الأخرى بمواد فيها بعض الإضافات الإجرائية والموضوعية، والتي استمر العمل بها جاريا حتى صدور القانون رقم (١) لسنة ٢٠٠٠، الذي اختصر إجراءات تعيين الحكمين في دعاوى التطليق في المادة ١٩ منه. لمزيد من التفصيل أنظر: د. أحمد فراج حسين – أحكام الأسرة في الإسلام- ص١٣٦، ١٣٩. د. محمد إمام– الزواج والطلاق– ص٢٦٠.

(٣) جاء في نص المادة ٥٦ قا.أ بأنه: "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر 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". ومتى اتخذت المحكمة إجراءات التحكيم دخلت دعوى الطلاق مرحلة جديدة من أهم ما يميزها ثبوت عدم إضرار الزوج بالزوجة فيتحول بذلك سبب الطلاق في هذه الحالة من الضرر بمفهوم المادة ٦ قانون مصري، والمادة ٦/٥٣ قانون جزائري إلى استحالة العشرة أو الشقاق بين الزوجين.

(٤) هل للحكمان السلطة في الإصلاح والتوفيق معا، أم أنهما وكيلان ليس لهما إلا الإصلاح فقط، فإذا لم يتمكنا من تحقيقه فعليهما أن يرفعا الأمر للقاضي دون التفريق بينهما إلا إذا وكلهما الزوجان به؟ =

إلى أن صدر القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، حيث اعتبر مهمة الحكمين الإصلاح لا غير، ومتى عجزا عن ذلك ورأيا أن الموقف يستدعي التفريق اقترحا ذلك ورفعا بشأنه تقريرا للقاضي. وهو ما قرره قانون الأسرة الجزائري في نص المادة ٥٦.

وفي ضوء ذلك فإن تقرير الحكمين – في القانون المصري- ولو كانا متفقين فيه على رأي واحد، لا يلزم القاضي بالأخذ به أو التقيد بما جاء فيه، وما هو إلا ورقة من أوراق الدعوى، ودليلاً من أدلة الإثبات يخضع لتقدير المحكمة، وهو اقتراح من الحكمين بما يريانه لفض النزاع، سواء كان ذلك في دعوى التطليق للضرر وسوء العشرة، أو دعوى التطليق أثناء نظر دعوى اعتراض الزوج على طاعة زوجها، وهذا لاشك يذهب جوهر التحكيم، ولا يحقق الغرض الذي لأجله تم بعث الحكمين.

والمقرر أيضا في القضاء الجزائري أن للقاضي أن يحكم في ضوء تقرير الحكمين، كما يجوز له رفضه وتعيين حكمين آخرين[1].

ثانيا: إثبات امتناع الزوجة عن طاعة زوجها:

جعلت الشريعة الإسلامية حقوق الزوجية والواجبات المتعلقة بها متقابلة، فألزمت الزوج بالإنفاق على زوجته في حدود استطاعته، وأوجبت في المقابل على الزوجة طاعته بأن تستقر معه في منزل الزوجية الذي هيأه لها، وتنقاد له في كل ما هو من آثار الزواج وما يكون حكماً من أحكامه، ومتى أوفاها حقوقها وامتنعت عن طاعته، بأن امتنعت عن الدخول في طاعته أصلا بالمسكن الذي أعده لها، أو كانت قد انتقلت إلى مسكن الطاعة ولكنها خرجت منه دون وجه حق، ففي هذه الحالة يجوز للزوج أن يطلب زوجته إلى طاعته،ويرفع بذلك دعوى الطاعة يلزمها بطاعته، ويقع على الزوج عبء إثبات نشوزها بطرق الإثبات المقررة شرعا.

ولا يحكم القاضي على الزوجة بالطاعة إلا إذا توافرت شروط:

أولها: أن يثبت لديه نشوز الزوجة.

ثانيهما: أن يكون الزوج قد أعد لها مسكنا شرعيا، أو ما يسمى ببيت الطاعة، بأن كان مسكنا

= أنظر في تفصيل ذلك: الشرح الكبير– ج٢ ص١٧١. المنتقي في شرح الموطأ – ج٤ ص٤٠٩. الأم– ج٥ ص ٩٤. مغني المحتاج- ج٣ ص ٢٦١. تكملة المجموع– ج١٦ ص ٤٥٣. حاشية البيجرمي على الخطيب– ج٣ ص ٤٠٩. المغني ج٧ - ص ٤٩٠. زاد المعاد ج٥ ص١٩٠. المحلى- ج١٠ ص٨٧. ابن العربي- أحكام القرآن– ج١ ص ٤٢٤. تفسير القرطبي– ج٥ ص ١٧٧. تفسير ابن كثير– ج٢ ص٢٨٠.

(١) المحكمة العليا-١٩٦٨/١٢/١١- مجلة الأحكام القضائية- وزارة العدل- ١٩٦٨- ص ١٣٤.

مستقلا ومناسبا، أو بمرافقه المستقلة، ومؤثثا بما تستلزمه الحياة الزوجية من احتياجات بحسب يسار الزوج.

وثالثهما: أن لا تقدم الزوجة مانعا أو عذرا مقبولا حال دون إجابتها لطلب الزوج بالطاعة. هذا هو المعمول به في المحاكم الجزائرية[1]، وهو ما كان العمل به في مصر قبل صدور القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الملغى وصدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥، حيث تضمنت المادة ١١ مكرر ثانيا منه في فقرتها الثانية تنظيما خاصا لإثبات خروج الزوجة عن طاعة زوجها، وهو امتناع اعتباري[2]، استبدلت فيه إعلان الزوج بطلب الطاعة ودعوى الإعتراض عليها بدعوى الطاعة، ونصها: "..وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج إياها للعودة بإعلان على يد محضر لشخصها أو من ينوب عنها، وعليه أن يبين في هذا الإعلان المسكن...".

ومؤدى هذا النص أن مجرد عدم عودة الزوجة لمنزل زوجها إذا دعاها إليه يعد امتناعا عن الطاعة، ويشترط في امتناع الزوجة أن يكون بدون حق، ومعنى ذلك أنه يجوز للزوجة أن تثبت أن امتناعها مشروع بأن لم يوفها عاجل صداقها، أو أنه غير أمين على نفسها ومالها، أو أنه لم يهيئ لها مسكنا شرعيا مناسبا، إلى غير ذلك من صور الأعذار المختلفة والتي تندرج ضمن هذه الحالات الثلاث، وتثبت ذلك بشهادة الشهود، أو باليمين الحاسمة، أو بمحضر رسمي كما في عدم شرعية المسكن، أو انتقال المحكمة أو من تنيبه في ذلك لمعاينته.

وتبعا لذلك نصت الفقرة الثالثة من النص المذكور أنه: "وللزوجة الإعتراض على هذا أمام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ الإعلان، وعليها أن تبين في صحيفة الإعتراض الأوجه الشرعية التي تستند إليها في امتناعها عن طاعته، وإلا حكم بعد قبول اعتراضها".

فقد بين النص طريقة إثبات امتناع الزوجة - الإعتباري - عن طاعة زوجها وذلك[3]:

---

(١) سيأتي تفصيل طرق إثبات نشوز الزوجة في المحاكم الجزائرية عند بحثنا للإثبات في دعوى نفقة الزوجية.

(٢) أحمد نصر الجندي – قراءة في قانون إجراءات التقاضي – ص ٤٠٣.

(٣) أي بورقة من أوراق المحضرين مستوفية بياناتها القانونية طبقا للمادة التاسعة في قانون المرافعات ووجب أن تشتمل هذه الورقة بيان المسكن الذي يدعوها الزوج إليه، شرط أن يكون مسكنا شرعيا، ويتعين أن يكون هذا البيان الوارد في الإعلان كافيا بذاته لإعلام الزوجة بهذا المسكن إعلاما يمكنها من معرفته والإهتداء إليه، وحتى تبين عند اعتراضها عليه أوجه الاعتراض التي تستند إليها في امتناعها عن طاعة زوجها فيه، ولا يشترط الوصف التفصيلي لهذا المسكن، حيث يكفي الوصف النافي للجهالة. فإذا كان هذا الإعتراض ناقص البيان أو جاء مبهما أو غير مقروء، ولا يمكن للزوجة من التعرف على المسكن المبين فيه، فإنه يفقد صلاحيته للغرض الذي أعد له، ويعتبر في شأنه كأن لم يكن. نقض الطعن رقم ٢ لسنة ٥٨ ق-أ.ش- جلسة ٨٩/١٢/٢٦.

١ ـ بأن يدعوها إلى مسكن الزوجية بإعلان على يد محضر، فإذا أعلنت مع شخصها كانت عالمة علما يقينيا بدعوة الزوج لها، وإذا أعلنت في محل إقامتها مع من يقيم معها كانت عالمة بدعوة زوجها علما اعتباريا، أما إذا أعلنت في مواجهة الإدارة أو النيابة العامة فإن علمها في هذه الحالة يكون علما حكميا.

وفي جميع هذه الأحوال الثلاثة تعتبر الزوجة ممتنعة عن طاعة الزوج دون وجه حق، يثبت ذلك بالإعلان.

٢ ـ بالإجابة الواردة على الإعلان بإجابة الزوجة المحضر برفضها دعوة الزوج لها.

٣ ـ بالحكم الصادرة برفض المعارضة والاعتداد بالإعلان الموجه من الزوج لزوجته، ويجب في هذه الحالة أن يكون الحكم نهائيا.

٤ ـ حصول الزوج على شهادة من جدول المحكمة المختصة بعدم وجود اعتراض من الزوجة على إنذاره إياها بالدخول في طاعته بعد انتهاء مدة الثلاثين يوما الممنوحة لها للإعتراض خلالها، ويكون ذلك دليل على بدء تاريخ وقف نفقة الزوجة عليه، ومن غير حاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك، لأن الإمتناع معتبر قانونا بحكم النص، وما الحكم القضائي إلا كاشف له[١].

وللزوجة عند نظر الإعتراض المقدم منها أن تطلب التطليق من زوجها، وللمحكمة عند نظر الإعتراض التدخل لانهاء النزاع بين الزوجين صلحا، فإذا عجزت عن ذلك وطلبت الزوجة التطليق فليس لها من حل أخير سوى اتخاذ إجراءات التحكيم[٢].

وبطريق إعلان الزوجة بالعودة لمنزل الزوجية، والذي رسمه القانون بشروطه وبياناته، يتمكن الزوج من إثبات امتناع الزوجة عن طاعته، وهو إثبات خلاف الظاهر المقرر شرعا، وهو أن الزوجة في طاعة زوجها، ومتى أقام الزوج الإعلان يكون قد أقام دليلا على خلاف الظاهر، وما على الزوجة إلا أن تدفع ذلك في اعتراضها على إنذار الطاعة، فيكون قد انتقل عبء إثبات توافر

أشرف كمال- المرجع السابق- ص١٧٠. أحمد الجندي- المرجع السابق- ص ٤٠٣، ٤٠٤.

(١) أشرف مصطفى كمال – المرجع السابق – ص ١٨٢.

(٢) ما كان مقرر طبقا للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ بشأن التحكيم أن تقرير الحكمين المتفق عليه في دعوى اعتراض الزوجة على طاعة زوجها وطلبها التطليق ملزم للمحكمة ومقيد لها، ولا يجوز لها العمل بخلافه، وإلا كان حكما معرض للبطلان، فطريق الحكمين الحكم لا الشهادة، أما بعد صدور القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ فنسخ هذا الحكم بموجب المادة ١٩ منه، بتوحيده لإجراءات التحكيم في بعض قضايا التطليق، ومن ضمنها دعوى التطليق المقترنة بالإعتراض على إنذار الطاعة، فلم يعد بذلك لرأي الحكمين الحجية التي كانت مقررة له من قبل . د. أحمد فراج حسين – أحكام الأسرة في الإسلام – ص ٢٥٤، د. محمد كمال الدين إمام – الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي – ص ٢٦٧.

أو عدم توافر شروط الطاعة من الزوج إلى الزوجة.

وقد يبدو نص المادة ١١ مكرر ثانيا فيه تبسيط وتيسير لإجراءات دعوى الطاعة من غير إقامة الدعوى بالطريق العادي وصدور الحكم فيها، والطعن فيه بالمعارضة أو الإستئناف إلى أن يصبح نهائيا، وتم الإستعاضة عن ذلك بالإعلان على يد محضر والإعتراض على ذلك من الزوجة. والحقيقة أن الحل الذي جاء به هذا النص قد قلب أحكام الإثبات في دعوى الطاعة رأسا على عقب، وأضر بالزوجة والزوج - على حد سواء – ضررا بليغا، فضلا عن تهديده لاستقرار الأسرة في غالب الأحوال.

فالأصل المقرر في الشريعة الإسلامية يقتضي بأن الزوجة في طاعة زوجها وأنها تريد العيش معه ومتى ادعى الزوج خلاف ذلك فعليه إثباته بالبينة الشرعية وكل حكم جاء عاريا عنها فهو باطل وواجب الإلغاء، فبدلا من ذلك - جعل القانون المصري - الزوج بمجرد الإعلان لزوجته مدعي عليه، وكلف الزوجة رفع دعوى الإعتراض على طلب الطاعة، وعليها إثبات ما تدعيه من دفوع، كما اشترط القانون أن يكون هذا الاعتراض في شكل معين، وأن يتم خلال ميعاد محدد، ولا يخفى أن الزوج قد يتحايل على القانون من وجوه، أهمها أن القانون أجاز أن يتم إعلان الزوج لزوجته لشخصها أو لمن ينوب عنها، الأمر الذي يسهل للزوج التلاعب في هذا الإعلان حتى لا تتسلمه الزوجة شخصياً ويمضي ميعاد الاعتراض عليه فيسقط حق الزوجة في النفقة، وقد تعود الزوجة إلى بيتها بعد إعلان الزوج لها، وقد يستدرجها الزوج لذلك، وأنه لا داعي لاعتراضها على إنذار الطاعة، ثم حدث أن غضبت مرة أخرى – أو أغضبها الزوج – وتركت بيت الزوجية، ففي هذه الحالة قد لا يسأل الزوج عنها حتى ترفع عليه دعوى نفقة، وعندها يدفع دعوى النفقة مسبق إعلانه لها بالعودة ويقدم الإعلان السابق ويزعم معه أنها لم تعد ولم تعترض في الميعاد، وبالتالي تسقط نفقتها لنشوزها، ويكون على الزوجة في هذه الحالة عبء إثبات أنها عادت إليه بعد ذلك الإعلان، وأنها غضبت مرة أخرى لسوء معاملته مثلاً ونحو ذلك، ويصعب بذلك إثباتها ما تدعيه فتخسر دعواها، إذ لا يكتفى بأن يكون على الزوجة عبء إثبات طاعتها في دعوى الاعتراض، بل عليها كذلك عبء إثبات عودتها إذا عادت بعد إعلان الزوج لها، وكلاهما على خلاف الأصل المقرر في الشريعة الإسلامية، كما أسلفنا[1].

---

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار - الأسرة وقانون الأحوال الشخصية- ص ٧٥ وما بعدها، وذكر من مظاهر إضرار النص أن تحديده ميعاد لاعتراض الزوجة يشعل الخلاف ويوسع من دائرته بين الزوجين، لأنه يحفز الزوجة على سرعة الإلتجاء إلى القضاء خلال شهر من إعلان الزوج لها بالعودة حتى لا تعتبر ناشزا وتسقط بذلك نفقتها.

والأولى إثبات امتناع الزوجة عن طاعة زوجها بحكم نهائي وثبوت امتناعها عن تنفيذه بعد إعلانها إلى شخصها ولا يعلن لمن ينوب عنها إلا في حالات يتعذر فيها ذلك، ولاشك أن اهتمام الزوجة بحكم القضاء وما يستتبعه من سقوط نفقتها في حالة الامتناع وغير ذلك، أكثر من اهتمامها بإعلان الزوج عن طريق المحضر(١).

ومع اختلاف دعوى التطليق للضرر عن دعوى الطاعة(٢)، فإنه لا تثريب على محكمة الموضوع، وهي بصدد بحث الضرر في دعوى التطليق أن تستعين بما تبين لها من وقائع متصلة به في دعوى الطاعة.

كما ينبغي التنبيه إلى أن إقرار الزوجة في دعوى الطاعة باستعدادها للإقامة مع زوجها لا تعتبر حجة عليها في دعوى التطليق المقامة منها ضده، ولا تكشف عن عدم استحالة العشرة بينهما، لأن استعدادها للإقامة مع زوجها في السكن المعد لها، هو استهداف منها لدرء وصف النشوز عن نفسها، وبالتالي لا تحرم من النفقة، ولكنه لا يدل على أن العشرة بينها وبين زوجها ليست مستحيلة، ولا ينطوي على إقرار بذلك تؤخذ بأصرته(٣).

---

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار- المرجع السابق- نفس الموضع.

(٢) تختلف دعوى الطلاق للضرر طبقاً للمادة ٦ عن دعوى الطلاق من خلال الاعتراض على إنذار الطاعة من وجوه عدة:

أ- أن الحكم برفض دعوى التطليق للضرر ليس له حجية في دعوى التطليق عند نظر الاعتراض على إنذار الطاعة، ولو كان حكم الرفض نهائيا، بل لو لم تطرأ أسباب ووقائع جديدة، وبالتالي فإن الدفع بسبق الفصل بالرفض في دعوى مستقلة بالطلاق يكون دفعا غير صحيح واجب الالتفات عنه.

ب- أن المقرر في قضاء محكمة النقض أنه لا ارتباط بين الدعويين وبالتالي لا محل لضمهما.

ج- لا يجوز وقف السير في إحدى الدعويين بل يجب السير فيهما في وقت واحد بالطريق الذي رسمه القانون، فالدعوى الأولى تحقيق، والدعوى الثانية تحكيم.

د- المقرر في قضاء محكمة النقض أن القضاء برفض دعوى التطليق للضرر لا يمنع من نظر التطليق من خلال الإعتراض على إنذار الطاعة لاختلاف الدعويين موضوعا وسببا، الأمر الذي يجعل لكل منهما كيانا مستقلا عن الأخرى، وتنفرد كل منهما بإجراءاتها.

هـ- إذا حكم بالتطليق في إحدى الدعويين وأصبح الحكم نهائيا، امتنع السير في الدعوى الأخرى ووجب الحكم بانتهائها.

و- لجوء المحكمة إلى إجراءات التحكيم في دعوى التطليق للضرر المنصوص عليها في المواد ٧ – ١١ مشروط بإخفاق الزوجة في إثبات دعواها المرة تلو الأخرى، أما في حالة طلبها التطليق أثناء نظر اعتراض الزوجة على دعوى الطاعة، فإنها تتخذ إجراءات التحكيم مباشرة. أنظر في ذلك: كمال صالح البنا- موسوعة الأحوال الشخصية- ص ٢٣٨ وما بعدها. د. محمد كمال الدين إمام- الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي- ص ٢٦٦. أشرف مصطفى كمال- المشكلات العملية- ص ١٢٥.

(٢) طعن رقم ١٢ لسنة ٤٦ ق- أ. ش- جلسة ١٩٧٨/٥/١- الموسوعة الذهبية- السنة ٣٩- ص ١٢١٧.

ثالثا: ثبوت الضرر عن طريق وقائع معينة:

إن مصدر الضرر الموجب للفرقة وقائع وأعمال مادية محضة، سواء كانت فعلا أو امتناع عن فعل، وعلى مدعية الضرر إثبات تلك الوقائع بوسائل الإثبات الشرعية المقررة. ومن هذه الوقائع محل الإثبات واقعة الهجر في المضجع، أو واقعة غياب الزوج أو حبسه، وغير ذلك من الوقائع التي متى أثبتتها الزوجة وفقا لشروط مقررة، حكم لها بما ادعته.

وتنظيم القوانين لإثبات مثل هذه الوقائع والأوصاف لا يخلو من استدراك نتيجة للقيود المستحدثة والتي ترهق الزوجة أثناء الإثبات، فيزداد العبء ثقلا عليها.

أ- **إثبات الهجر في المضجع:** جاء في الفقرة الثالثة من المادة ٥٣ من ق.أ.ج ضمن الأسباب التي تجيز للزوجة طلب التطليق ما نصه: "الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر"، كما قضت محكمة النقض المصرية بأن: "مجرد ثبوت واقعة هجر الزوج لزوجته تكفي وحدها للحكم بالتفريق"(١). وأهم ما يميز واقعة الهجر أنها صعبة الإثبات باعتبارها من أسرار الزوجية، ويظلها الستر عادة وتنأى بطبيعتها عن الإعلان.

وقد تتمكن الزوجة من الحصول على شهود يشهدون لها بالقطع على واقعة الهجر، فتكتمل بذلك البينة الشرعية المقررة لها(٢)، إلا أن ذلك يعد في القليل النادر. وتخفيفا على الزوجة في هذه الحالة كان لابد من قبول شهادة السماع في إثبات واقعة الهجر والضرر بوجه عام، سيما إذا اشتهر بين الناس أمر هجران الزوج لزوجته، أو إذا ما اقترن هجر الزوج في المضجع بالإهمال وتركه لمسكن الزوجية، لأن إثبات هذه الأخيرة أسهل من الأولى لرؤية الناس لها، أو بحكم جزائي يدينه بتهمة الإهمال العائلي.

وبهذه الكيفية اهتدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها الذي جاء في حيثياته:"..حيث إذا لم تستطع الطاعنة إثبات إساءة زوجها لها أمام المحكمة الأولى وأمام المجلس القضائي، فإنه يوجد في ملف الدعوى حكم جزائي صدر يوم ١٩٨٤/١١/٥ من محكمة ورقلة (ابتدائية) قضي غيابيا على

---

(١) طعن رقم ٥١ لسنة ٤٨ ق-أ.ش- جلسة ١٩٨٠/٣/٥.

(٢) ومن ذلك ما قضت به محكمة النقض المصرية أن شاهدي الطعون ضدها قد شهدا بأن الطاعن هجرها إلى زوجة أخرى منذ سنة ١٩٧٣ ولم يعد يتردد عليها، وأنهما عرفا ذلك بحكم علاقتهما بها وترددهما عليها لزيارتها مما تكون معه شهادتهما قد انصبت على وقائع عاينها مشاهدة وجاءت موافقة للدعوى، واستوفت بذلك شروط صحتها شرعا، فإن الحكم المطعون فيه إذ عوّل على هذه الشهادة في إثبات دعوى المطعون ضدها لا يكون قد خالف المنهج الشرعي السليم، ويكون النعي بهذا الوجه على غير أساس". طعن رقم ٦٤ لسنة ٥٧ ق – أ.ش– جلسة ١٩٨٩/٣/٢٨. محمد عزمي البكري- المرجع السابق- ص ٣٦١.

المطعون ضده بسنة حبسا منفذ بسبب تهمة الإهمال العائلي نحو الطاعنة.." [1].

وتبعا لذلك، فالزوجة التي اقترن هجر زوجها لها في المضجع بتركه لمسكن الزوجية، أحسن حالا من تلك التي هجرها زوجها فقط، خصوصا إذا استصدرت حكما جزائيا يدين الزوج على إهماله. وأيا كانت جريمة الإهمال العائلي باعتبارها سببا من أسباب فك الرابطة الزوجية - متى تحققت أركانها- فإن إثباتها ليس بالأمر الهين، كما تتطلب إستنفاذ الزوجة لإجراءات قانونية وقضائية تبدأ من وقوع فعل الترك أو الإهمال حتى صدور حكم الإدانة ضد الزوج، وإستصدار الحكم الجزائي ضده، ثم رفع دعوى التطليق للهجر.

لذلك فعلى القاضي أن يراعي خصوصية هذه الواقعة وصعوبة إثباتها، ولا مناص من اعتماد القرائن القضائية من ظروف الزوجة وصولا للحقيقة ما أمكن[2]. كما يمكن الرجوع إلى تقرير الحكمين فقد يرد فيه ما يثبت واقعة الهجر.

ب- إثبات الغياب: الغياب نوعان: إرادي وغير إرادي، فأما الأول فهو الذي يكون لإرادة الزوج دخل فيه بخلاف الغياب الثاني، الذي يكون الزوج مكرها عليه، وإن ارتكب ما يوجبه. والغياب بنوعيه بخلاف الهجر– ظاهرة مرئية – يمكن إثباته عن طريق الشهود أو الرسائل التي يبعث بها الزوج من مكان معلوم، والتي يمكن اعتبارها قرينة يستنتج منها حقيقة الغياب.

وقد أجحف قانون الأسرة الجزائري المرأة عندما اشترط في دعواها للتفريق لغيبة الزوج، أن تثبت غيبته لأكثر من سنة بدون عذر، كما تثبت أنه لم يترك لها النفقة ولا أرسل بها إليها طوال هذه المدة، فجمع بذلك دعويين – التطليق لعدم الإنفاق وللغياب – في دعوى واحدة، فيتعذر بذلك الإجابة لطلبها إذا غاب الزوج عنها بعذر، ولم يترك لها نفقة، أو كان غيابه بلا عذر وترك لها نفقة تكفيها مدة غيابه، فالضرر هنا حاصل لعدم الإنفاق في الأولى، وللغياب في الثانية، ولا شك أن لجوء الزوجة إلى دعوى التطليق لعدم الإنفاق في الأولى يصطدم بعقبة طول إجراءات التقاضي في اقتضاء حقها.

أما إثبات الغياب غير الإرادي بأن كان الزوج موجودا داخل مؤسسة عقابية، فيتم في القانون المصري عن طريق نسخة طبق الأصل من الحكم الصادر ضده نهائيا، وشهادة من المؤسسة العقابية الموجود بها الزوج تثبت وجوده بها، أو أنه نفذ جزءا من العقوبة المحكوم عليه بها.

وبناءا على هذه الإثباتات المقدمة من الزوجة يحكم لها بالتطليق وهي مصدقة في تضررها،

---

(١) م.ع - غ.أ.ش- قرار رقم ٣٤٧٩١ بتاريخ ١٩٨٤/١١/٩- م.ق- عدد٣- سنة ١٩٨٩.

(٢) جمعى ليلى – المرجع السابق – ص ١٩٢.

إذ يفترض توافره بتحقق تلك الإثباتات، ولأنه أمر خاص لا يعلم إلا من جهتها، وليس بمقدور المحكمة التثبت منه بطرق الإثبات المقررة[١]. وليس عليها أيضا شرح مضمون الضرر، فقد يكون لخوفها من الفتنة بسبب غيبة الزوج، أو عدم الأمن، إلى غير ذلك من المعاني التي يتسع لها مضمون الضرر[٢]، فلا تكلف الزوجة بإثباتها وبيانها، تيسيرا على الزوجة في مجال الإثبات، ومراعاة لخصوصية الضرر الذي لحق بها.

أما بالنسبة للقانون الجزائري فيشترط للحكم بالتطليق للزوجة تقديم حكم قضائي نهائي على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة والتي تستحيل معها مواصلة العشرة بين الزوجين، فتم بذلك حذف حكم التطليق لحبس الزوج، والإبقاء على التطليق للحكم على الزوج عن الجريمة فقط[٣]. ويكفي بذلك الزوجة تقديم حكم قضائي نهائي بإدانة الزوج، حتى وإن كانت العقوبة المحكوم بها عليه أقل من سنة، أو لم تكن أصلا مقيدة لحريته أصلا، كالعقوبات المالية، بل ولو صدر الحكم بوقف التنفيذ. والنص - كما يظهر- لم يحدد طبيعة الجريمة التي تمس بشرف الأسرة ونوعها ولعل المقصود هو جرائم الشرف كالإغتصاب ونحو ذلك، وهذا افتراض من عدة افتراضات تطرح في تفسير النص لغموضه، وهو ما كان يعاب على الفقرة – قبل تعديلها – بوصفها للعقوبة بالشائنة، وكأن بعض الجرائم ليس فيها مساس بشرف الأسرة، ويمكن معها مواصلة العشرة واستمرار الحياة الزوجية، وهذه محض مغالطة وما قد يؤدي فتح باب التقدير واسعا - على مصراعيه - للقاضي في أن يقدر الوقائع وطبيعة الجريمة، وما إذا كان يستحيل معها استمرار العشرة أم لا، وتعريض للعلاقات الزوجية للتفكك. هذا إذا علمنا أن الضرر الذي يلحق الزوجة لحبس زوجها معياره موضوعي وعام لجميع الزوجات، من غير اعتبار لظروف الزوجة أو ثقافتها أو وسطها الاجتماعي[٤].

---

(١) محسن ناجي- المرجع السابق - ص٣٢٧. معوض سرحان- المرجع السابق - ص ٣٨٣.

(٢) د. محمد كمال الدين إمام – الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي – ص ٢٧٣.

(٣) حيث كان نص الفقرة الرابعة من المادة ٥٣ قبل التعديل: "الحكم بعقوبة شائنة مقيدة لحرية الزوج لمدة أكثر من سنة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية". وفي ضوء ذلك كان العمل قضاء. ومن ذلك: "أن الزوجة أقامت دعوى شخصية بتاريخ ١٩٨٠/٦/٢٥ ضد المدعى عليه تطلب الطلاق مصرحة بأنها تزوجت بالمدعى عليه في ١٩٧٢/٨/٣١ وتسجل زواجها، والذي لم يدم طويلا ارتكب زوجها جناية قتل، ومنذ ذلك الوقت وهو معتقل وحكم عليه بـ ١٠ سنوات سجنا، وبناء على ذلك قضى المجلس أن طلب المدعية المستأنف عليها مبرر شرعا لوجود الضرر، وأن الشريعة الإسلامية تجيز للزوجة المتغيب عنها زوجها بسبب حبسه أن تطلب من القاضي التطليق عليه للضرر حسب مذهب مالك". مجلس قضاء المسيلة- ملف رقم ١٩٨٣/٨٣ بتاريخ ١٩٨٣/٥/١٧- نشرة القضاة- عدد١ - جانفي ١٩٨٦.

(٤) فالقانون صبّ كل اهتمامه على الجريمة، وكأنها هي سبب التطليق في حد ذاتها، في حين أن السبب الحقيقي هو

ج- إثبات الضرر في تعدد الزوجات: تبين لنا من خلال نص المادة ١١ مكرر من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ في فقرتها الثانية أن الضرر في تعدد الزوجات ليس مفترضا، وإنما هو ضرر واجب الإثبات، وعبء إثباته يقع على عاتق الزوجة بكافة طرق الإثبات الشرعية(١)، وعليها أن تثبت مع الضرر الوصف الذي عناه القانون، وهو أنه يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما(٢). ويتطلب بداية قبل أن تثبت الزوجة أن ضررا لحقها نتيجة زواج زوجها عليها بأخرى أن تثبت صحة هذا الزواج شرعا - لأن العقد الفاسد لا يبيح لها طلب التطليق – وقانونا، وذلك:

١- بوثيقة رسمية مستوفاة لشروط صحتها طبقا لقانون البلد الذي تم فيه الزواج، باعتبار أن الشروط تتبع قانون البلد.

٢- يثبت بوثيقة عرفية عند إقرار الزوج به.

٣- كما يمكنها أن ترفع دعوى التطليق عند إنكار الزوج للزوجية، متى كان الزواج ثابتا بأية كتابة(٣).

ويسقط حق الزوجة في طلب التطليق بعد مرور سنة من علمها بالزواج الجديد، ولو أضر بها بعد ذلك ضررا لا يستطاع معه دوام العشرة بين أمثالهما، كما يسقط حقها في طلب التطليق إذا رضيت بزواجه الجديد صراحة أو ضمنا، ولو أضر زوجها بها بعد ذلك(٤).ويقع على الزوج عبء إثبات ذلك الرضا والعلم بكافة طرق الإثبات الشرعية.

كما أعطى النص للزوجة الحق في طلب التطليق لإخفاء زوجها عنها أنه متزوج بسواها ويقع عليها في هذه الحالة عبء إثبات إخفاء زوجها عنها زواجه السابق(٥).

الضرر الذي أصاب الزوجة نتيجة حبس زوجها، وغيابه عنها، وكان من نتيجة مسلك القانون ذلك أنه لم يشترط شيئا في مدة حبس الزوج، أو مضي مدة على حبسه حبسا فعليا.

(١) ومن ذلك ما استخلصه القاضي من أقوال شاهدي المطعون ضدها أن في زواج الطاعن بأخرى وإسكانها مع المطعون ضدها في مسكن الزوجية الخاص بها، إمعان في الكيد لها والإضرار ماديا ومعنويا بها سائغ. طعن رقم ١٢٩ لسنة ٥٩ ق- أ.ش- جلسة١٩٩١/٣/٥. محمد عزمي البكري- المرجع السابق- ص٤٠٨.

(٢) أحمد نصر الجندي – التعليق على نصوص قانون إجراءات التقاضي – ص ٣٨٥.

(٣) د. محمد كمال الدين إمام- الزواج والطلاق- ص٢٦٥. محمد عزمي البكري- المرجع السابق- ص ٤٣٠.

(٤) ولا ريب أن سقوط حق الزوجة في طلب التطليق ورفع الدعوى خلال سنة إذا لحقها ضرر من تاريخ علمها بالزواج الجديد أو برضاها صراحة أو ضمنا بالجمع بينها وبين زوجة أخرى، ولو أضر الزوج بها بعد ذلك فيه ظلم للزوجة تأباه مبادئ الشريعة السمحة، فقد يتحصل الزوج على رضا الزوجة بأي وسيلة، أوفي لحظة انسجام، ثم يذيقها بعد ذلك ألوانا من الظلم والعذاب قد تستمر طوال حياتها. أنظر في ذلك: د.عبد الناصر توفيق العطار- الأسرة وقانون الأحوال الشخصية- ص ٢٣١.

(٥) لا يلزم الزوج بأن يخبر زوجته بكل حلال يمارسه وهو – إذا أخفى عنها زواجه بأخرى – فإنه لا يخفى عنها=

ومن وسائل الإثبات المقررة في هذا الشأن التعهدات الكتابية من الزوجتين، والموافقة على المعيشة المشتركة مع الزوجة الثانية، والمراسلات المتبادلة بين الزوجين تقطع في عباراتها برغبته في الاقتران بأخرى، وبيانات بخط الزوجة بعدم امتناعها من ذلك، أو يقطع فيها الزوج للزوجة الجديدة بعدم وجود أي رابطة زوجية له، إلى غير ذلك من صور الإثباتات العرفية، وقد يستكمل ما قدم من خطابات بشهادة الشهود.

أما ما أورده النص من الضرر المعنوي الذي تدعيه الزوجة فإثباته متعذر أو يستحيل، إذ لا يشهده شاهد، ولا تقوم عليه حجة صادقة ومنضبطة، ويستبعد ما تدعيه الزوجة من ألم نفسي، ومجرد عدم إطاقتها الزواج عليها، أو أنها لا تستطيع أن تكون لها ضرة، أو تعييرها من زواج زوجها بأخرى ، سيما إذا كان المستوى الاجتماعي والثقافي للزوجة القديمة أعلى من الجديدة، أو إحساسها بالوحشة نتيجة ذلك.. إلى غير ذلك من الصور، فهي مجرد انفعالات وانطباعات نفسية لا تخضع للإثبات ولا يبنى عليها حكم[1].

= سلوكا شائنا أو علاقة غير مشروعة، وإنما يخفي عنها حلالاً يمارسه مع زوجة أخرى فلا معنى للغش والخداع في هذا الباب، وأغلب من يخفي عن زوجة له خبر زواجه بأخرى يقصد أن تستمر علاقته بزوجاته في مودة ورحمة.

وقد يقال إن الزوجة الجديدة لو كانت تعلم حين العقد عليها بأمر الزواج السابق القائم لكان من الأرجح ألا تقبل الارتباط بهذا الزواج، فيرد على هذا القول بأنه افتراض الضرر في تعدد الزوجات، وهو غير جائز شرعا. لمزيد من التفصيل حول الاعتراضات الموجهة لنصي الفقرة ٢، ٣ من المادة ١١ مكرر أنظر: د.عبد الناصر توفيق العطار – المرجع السابق - ص ٢٣٤.

(١) بل ذلك مبني على مجرد الهوى لقوله تعالى: (ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن) سورة المؤمنون – آية ٢٠، وقوله عز وجل: (وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم واحذرهم أن يفتنوك عن بعض ما أنزل الله إليك) سورة المائدة- آية ٤٩، وغير ذلك من الآيات، والشاهد منها أن الضرر لا يقاس بالعاطفة ولا يتعلق بها حكم شرعي، لأن الحكم الشرعي إنما يتعلق بأفعال المكلفين لا بعواطفهم وأهوائهم، فضلاً أن الأخذ بالضرر النفسي يجعل الطلاق بيد الزوجة بغير تفويض من الزوج، وهو ما يخالف النصوص الصريحة من القرآن والسنة، لأن دور القاضي في هذه الحالة لن يتجاوز إثبات ادعاء الزوجة ألما نفسيا أصابها من الجمع بينها وبين زوجة أخرى، وأنه عجز عن الصلح لرفض الزوجة له، مما يتعذر معه دوام العشرة بين أمثالهما، وبذلك يكون الطلاق بيد الزوجة بصورة غير مباشرة.

أحمد نصر الجندي– ص٣٨١. د.محمد كمال الدين إمام– الزواج والطلاق- ص٢٦٤. د.عبد الناصر توفيق العطار- الأسرة وقانون الأحوال الشخصية- ص٢٣٩.

وهو ما أكدته المحكمة الدستورية العليا في حكمها الصادر في أغسطس ١٩٩٤ في القضية رقم ٣٥ لسنة ٩ دستورية ومما جاء فيه أنه: " لا يجوز للزوجة بالتالي أن تطلب التفريق بينها وبين زوجها، لأنه تزوج عليها، ولو خالطتها مشاعر نفسية تجاه ضرتها، ذلك أن ما قد يقع بينهما من تباغض يمتد إلى أولادهما، مرده تلك الغيرة الطبيعية بين امرأتين تتزاحمان على رجل واحد ولا يخلص هو لإحداهما.

وهي تعد غيرة لا يمكن تنقية النفوس البشرية منها، ولا يجوز أن تخل بمقاصد التعدد التي تربو عليها، وبالتالي

لذلك فعدم النص على الضرر بنوعيه المادي والمعنوي، والإكتفاء بلفظ الضرر، مما يكفي نطاقه لمواجهة الضرر الواقع على الزوجة، وترك الأمر في النهاية إلى القضاء للفصل فيه وفقا لقواعد الشريعة الإسلامية.

وبالنسبة للقانون الجزائري، فقد ضمن للزوجتين السابقة واللاحقة في طلب التطليق، الأولى بعدم علمها بزواجه اللاحق أو عدم موافقتها على ذلك، والثانية بإخفائه عنها زواجه بأخرى، وكلف الزوج بإثبات علم زوجته السابقة ورضاها، وعلم اللاحقة أنه متزوج بسواها، ويكفي الزوجتين الادعاء بعدم العلم أو الرضا، وهو ما عبرت عنه المادة ٨ مكرر بالتدليس، ويستجاب لطلبها بالتطليق، وقد ينقذ الزوج حصوله على ترخيص من القاضي- وأتى له ذلك - يثبت فيه موافقتهما على العيش المشترك. وهذا لاشك ظلم فادح للزوج، والذي يجمع عليه الألم النفسي من جراء هذا الطلاق- وربما يكون كارها له- والألم المادي بمطالبته بمؤخر الصداق والنفقة والمتعة وغيرها من أعباء الطلاق المالية.

إن التطليق إنما يكون عن الضرر لا عن مجرد عدم العلم بالزيجة السابقة أو اللاحقة، أو عدم الرضا بذلك، والدعوى إنما تقام على أن ضررا منهيا عنه شرعاً أصاب الزوجة بسلوك زوجها مسلكا مخالفا للشرع، ومن ثم فلا يعتبر الزوج متجنيا على زوجته بزواجه بأخرى بل استعمل حقا خولته الشريعة إياه، ومتى طلبت الزوجة التطليق لذلك لا يجوز للقاضي أن يجيبها إليه. على أن يكون هذا الضرر حقيقيا لا متوهما، واقعا لا متصورا، ثابتا وليس مفترضا، مستقلا بعناصره عن واقعة الزواج اللاحق في ذاتها وليس مترتبا عليها، ويظهر ذلك في الغالب بمظاهر عدم العدل بين الزوجات، وقد يصعب إثبات ذلك سيما إذا كان الزوج محتاطا في تصرفاته، وقد يتيسر للزوجة إحضار شهود لهم صلة بها كالجيران أو أقارب تنتفي عنهم التهمة، أو بقرائن يستنبطها القاضي من الوقائع المعروضة عليه، والتي تدل على تفضيل الزوجة الأخرى في المعاملة المادية وتضرر الزوجة من ذلك، أو ما تلقاه من المعاملة السيئة، وغير ذلك من صور الإضرار.

لا يكون الزواج اللاحق في ذاته منشئا لضرر يخول الزوجة الأولى حق طلب التفريق بينهما وبين زوجها، وإنما يقوم حقها في التفريق إذا كان زوجها بعد أن تزوج عليها قد ألحق بها أضرارا لا يجوز التسامح فيها بالمقاييس الشرعية".

وبنفس الفهم والاستدلال جرى قضاء محكمة النقض بأن: "القانون قد استبعد الأضرار التي تعود إلى المشاعر الإنسانية التي تعتمل في صدر المرأة اتجاه ضرتها... والتي لم يقصد النص إلى إزالتها، وانتهت في قضائها إلى تأييد الحكم المستأنف برفض طلب الطاعنة الحكم لها بالتطليق بدعوى ما لحقها من ضرر معنوي بزواج زوجها عليها، لأنها صغيرة السن وصدمت بالزواج عليها". طعن رقم ٢٥٦ لسنة ٦١ ق- أ.ش- جلسة ١٩٩٦/١/٨.

د- الإثبات في دعوى التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة: انفرد القانون الجزائري عن غيره من القوانين العربية في الأسباب الموجبة للتطليق حيث خول للزوجة الحق في طلب الفرقة إذا ما ثبت ارتكاب الزوج لفاحشة مبينة(الفقرة ٧ من المادة ٥٣ ق.أ)، والفاحشة المقصودة في النص هي الزنا[١]، واشترط فيها الظهور للعيان، وهذا يعني الإعتداد بشهادة الشهود المقررة شرعا، كما يمكن للزوجة إثباتها بأوراق رسمية كمحاضر الشرطة والدرك التي تثبت التهمة بإقرار الزوج أو تلبسه بها، ويغنيها عن ذلك كله إذا كان بين يديها حكم قضائي يدين الزوج على ما اقترف[٢].

رابعا: دور القضاء في التوسيع أو التضييق من دائرة إثبات الضرر:

ونبحث هذا الدور في نقاط على النحو الآتي:

أ- حجية الحكم الجنائي في إثبات الضرر أمام قضاء الأحوال الشخصية: قد تستند الزوجة في إثبات وقائع الإضرار بها كالضرب أو السب أو الهجر إلى سبق صدور حكم جنائي ضد الزوج وإدانته بجنحة الضرب أو الإهمال العائلي، وغير ذلك من الجرائم الواقعة على نظام الأسرة، فهل يكفي هذا الحكم وحده كدليل يوجب على المحكمة الحكم لها بالتفريق؟

المقرر قضاءا أن الحكم الجنائي الصادر بإدانة الزوج يقيد القضاء المدني فيما يتصل بوقوع الجريمة ونسبتها إلى المتهم[٣]، وهذا المبدأ يشمل نطاقه الدعوى المدنية بالمعنى الواسع، حيث يمتد إلى جميع الدعاوى المدنية، ومنها دعوى التطليق للضرر. وتطبيقا لذلك فإذا أقامت الزوجة دعوى التطليق لاعتداء الزوج عليها وإضراره بها، وصدر به حكم جنائي تناول تحقيق فعل الإضرار بالزوجة، فإن هذا الحكم يكون له حجية أمام المحكمة التي تنظر دعوى التطليق، التي لم يكن قد فصل فيها نهائيا، في وقائع الاعتداء التي تستند إليها الزوجة في طلبها التطليق، ولا يجوز لها معاودة بحث وقوعه مرة أخرى، فإذا كان هذا الفعل كافيا لتوافر الضرر الذي تستحيل معه العشرة

---

(١) الفاحشة والفحش والفحشاء: القبيح من القول أو الفعل وكثيرا ما ترد الفاحشة بمعنى الزنا كقوله تعالى: (إلا أن يأتين بفاحشة مبينة)، والفاحشة المبينة في قول أكثر المفسرين هي أن تزني فتخرج لاقامة الحد عليها، وقيل نشوزها وآذيتها لأهل زوجها في الكلام والفعال. لسان العرب – ج ٥ ص ٣٣٥٥. تفسير ابن كثير- ج٤ ص٣٧٨. فتح القدير للشوكاني- ج٥ ص ٢٤١.

وهذا النص مخالفة صريحة لنصوص الشريعة الإسلامية التي تقرر في هذه الحالة وقوع الفرقة اضطرارا، فمتى ثبت زنا الزوج بالشهادة أو الإقرار فحكمه الرجم إلى حد الموت، لكن بتعطيل أحكام الشريعية واتباع غير سبيل المسلمين نجد مثل هذه الأحكام التوقيعية التي ما أنزل الله بها من سلطان.

(٢) وقد قررت المحكمة العليا بأن الزنا لا يثبت الا باقرار مرتكبه أو بحكم جزائي أصبح نهائيا، أو بشهادة أربعة شهود يشاهدون في آن واحد مباشرة الزنا. قرار رقم ٢٠٨٤١ بتاريخ ١٩٧٩/١٢/٢٤-نشرة القضاء-١٩٨١- ص ٨٠.

(٣) نقض جنائي في ١٩٧٢/١٢/٣ – مجلة المحاماة – العددان التاسع والعاشر – السنة ٥٦ – ص ٦١.

بين الزوجين قضت بالتطليق، أما إذا لم يكن كافيا لتوافره فلها الإستناد إلى أدلة أخرى لتكوين قناعتها بشأنه[١].

ويكون للحكم الجنائي قوة الشيء المحكوم به في موضوع الدعوى سواء صدر بالإدانة أو البراءة، ويكون للحكم بالبراءة هذه القوة سواء بني على انتفاء التهمة أو على عدم كفاية الأدلة، أو أن أركان الجريمة المسندة إلى المتهم لم تستبن في الفعل الذي نسب إليه، أو أن المتهم لم يدرك هذا الفعل[٢]، فهذا لا يغلق في وجه المحكمة مجال البحث في واقعة الإضرار بالزوجة وليس لها أن تتقيد بالحكم الصادر بالبراءة، ولا تكون للحكم هذه القوة إذا كان مبنيا على أن الفعل لا يعاقب عليه القانون[٣].

وحتى يكون للحكم الجنائي تلك الحجية، فلابد من توفر الشروط الآتية[٤]:

١- أن يكون الفعل الذي فصل في شأنه جنائيا هو نفسه الذي أثير أمام دائرة الأحوال الشخصية في دعوى التطليق للضرر، وهو ما يسمى بالأساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية[٥]، أما إذا استندت في دعوى التطليق إلى وقائع الإضرار غير تلك التي صدر الحكم الجنائي بمقتضاها، فليس لها أي حجية، وعلى الزوجة في هذه الحالة تقديم أدلة أخرى لإثبات وقائع الإعتداء المدعى بها.

٢- أن يكون الحكم الذي يتمسك بحجيته صادرا من محكمة جنائية، سواء كانت محكمة عادية كمحكمة الجنح، أو محكمة عسكرية.

٣- أن يكون الحكم الجنائي سابقاً على الحكم المدني الذي يراد تنفيذه بالحكم الجنائي[٦].

٤- أن يكون الحكم الجنائي باتا وفاصلا في موضوع الدعوى الجنائية[٧]. أما إذا لم يصل

---

(١) محمد عزمي البكري – المرجع السابق - ص ٣٧٠.

(٢) طعن رقم ٣٤ – سنة ٨ ق. أ.ش. – جلسة ١٩٣٩/١/١٢.

(٣) انظر نص المادة ٤٥٦ قا. إ. الجنائية.

(٤) أشرف مصطفى كمال- المرجع السابق- ص١٠٨. محمد عزمي البكري- المرجع السابق- ص ٣٦٩.

(٥) طعن رقم ٦٠ لسنة ٨ ق-أ.ش- جلسة ١٩٣٩/١٢/١٤، وعملا بالمادة (١٠٢) من قانون الإثبات التي تنص على أنه: "لا يرتبط القاضي المدني بالحكم الجنائي إلا في الوقائع التي فصل فيها هذا الحكم وكان فصله فيها ضروريا".أنظر أيضا: م.ع- الغرفة المدنية- قرار رقم ٢٨٧٣٥ بتاريخ ١٩٨٣/١/٥-ن.ق-١٩٨٥-عدد١- ص ٧٧. الغرفة الجزائية- قرار رقم ٥٦٩٥٩ بتاريخ ١٩٨٨/١٠/١٩- م.ق-١٩٩١-عدد ٣– ص ٣٢.

(٦) وقد قرر: " أن الادعاء بوجود دعوى جزائية بين الطرفين تتعلق في أذى الزوج لزوجته يوجب تأجيل النظر في دعوى النزاع والشقاق إلى أن يفصل في تلك القضية". قرار رقم ١٥٩٩٠- محكمة الإستئناف الشرعية الأردنية- محمد حمزة العربي- المرجع السابق- ص ٩١.

(٧) الطعن رقم ٥٨٠ لسنة ٦٥ ق-أ.ش– جلسة٢٠٠٠/١١/٢١- المستحدث من مبادئ محكمة النقض – ص٧٧.

الحكم الجنائي إلى مرتبة البتات، فيجوز للمحكمة أن تستند إليه لا باعتبار ما له من حجية الأحكام، وإنما بما لها من سلطة تامة في تقديره كدليل واستخلاص الواقع فيه، ومدى صحة النظر فيما ذهب إليه.

وهنا مسألة لابد من إيضاحها وهي مشكلة تعارض قواعد الإثبات في مسائل الأحوال الشخصية مع القول بحجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، ومنه قضاء الأحوال الشخصية في دعوى التطليق للضرر، حيث أن الحكم الجنائي الذي صدر بإدانة الزوج لمجرد أقوال الزوجة المجني عليها وما ورد بالتقرير الطبي حجة دالة على نسبة إحداث إصابات الزوجة إلى الزوج في أمر يشترط لإثباته شرعا أن يشاهده شاهدان عدلان بالعين أو بالسماع؟[1].

يجاب عن هذا الإشكال من وجهين:

الوجه الأول: أن الحكم الجنائي قد تضمن تحقيق الفعل المكون لدعوى التطليق للضرر وقضى بذلك على سبيل اليقين بالأدلة الشرعية من إقرار وشهود وقرائن، وأخرى قانونية كالأوراق الرسمية والعرفية من محاضر الشرطة ونحوها، وبحث توفر الواقعة وطرحها على بساط البحث من جديد يؤدي إلى الإخلال بهذا النظام.

الوجه الثاني: ما أجابت به محكمة النقض من: "أن العلة الحقيقية في حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني ليست في اتحاد الخصوم والموضوع والسبب في الدعويين، وإنما هي في الواقع توافر الضمانات المختلفة التي قررها القانون في الدعاوى الجنائية ابتغاء الوصول إلى الحقيقة فيها لارتباطها بالأرواح والحريات، الأمر الذي تتأثر به مصلحة الجماعة لا مصلحة الأفراد، مما يقتضي أن تكون الأحكام الجنائية محل ثقة على الإطلاق، وأن تبقى آثارها نافذة على الدوام، وهذا يستلزم حتماً ألا تكون هذه الأحكام معرضة في أي وقت لإعادة النظر في الموضوع الذي صدرت فيه، حتى لا يجر ذلك إلى تخطئتها من جانب أية جهة من جهات القضاء"[2].

ب- إذا كان موضوع الدعوى واحدا يجوز للزوجة أن تستند في التدليل على حصول المضارة إلى بعض صور سوء المعاملة التي تلقاها من زوجها من قبيل الضرب والهجر والسب، ولها أن تضيف في مرحلة الاستئناف صورا أخرى لم تطرحها أمام محكمة أول درجة دون أن

---

(١) أشرف مصطفى كمال – المرجع السابق- ص ١٠٧.

(٢) الطعن رقم ٤٩ لسنة ٩ ق– أ.ش– جلسة ١٩٤٠/٥/٩. الطعن رقم ٣٠١ لسنة٦٢ ق-أ.ش- جلسة ١٩٩٦/١٢/٦- الموسوعة الذهبية- قاعدة رقم١١ ص١٣. ولا يخفى أن مبدأ حجية الحكم الجنائي مما يتعلق بالنظام العام، وتتولى المحكمة إعماله من تلقاء نفسها إذا ما ظهر من الأوراق حكم جنائي بات في الوقائع موضوع الدعوى، فتقضي المحكمة بالإستناد إليها من غير انتظار طلب الخصوم.

يعتبر ذلك طلبا جديدا، لأن الطلب الجديد هو ما يتغير به موضوع الدعوى[1].

أما إذا قامت المدعية دعواها بالتطليق للضرر لسوء العشرة والمعاملة بكافة صورها، ثم أضافت أمام محكمة الإستئناف امتناع زوجها المدعي عليه عن الإنفاق عليها، كان ما أضافته يعتبر طلبا جديدا لاختلاف موضوعه عن الأول[2].

ج- من صور توسع القضاء في مجال الإثبات في دعوى التطليق للضرر أن للمحكمة أن تقيم حكمها بالتطليق للضرر على صور من الضرر تضمنتها وقائع الدعوى وتتحقق بها المضارة، غير تلك التي ساقتها الزوجة في صحيفة دعواها[3].

د- في الحالة التي تكون الشهادة فيها على وقائع ضرر متكررة كل على حدى، بأن ادعت الزوجة أن زوجها اعتدى عليها في يوم كذا ثم عاد وسبها في يوم كذا، ثم أعاد ضربها في يوم آخر، فنرى ضرورة توافر نصاب الشهادة الشرعية عن كل واقعة من الوقائع الثلاث المدعي بها على حدى[4]، وتكفي الشهادة على الواقعة الواحدة.

---

(١) فضلا عن أن نص المادة (٦) من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ لم يحدد وسيلة إضرار الزوج بزوجته الذي يخولها الحق في طلب التطليق. أنظر الطعن رقم ٥٦ لسنة ٥٥ ق -أ.ش- جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٣. طعن رقم ٥٣ لسنة ٦٠ ق-أ.ش- جلسة ١٩٩٣/٤/٢٠. هذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض فيما يبدو- وهو الصواب- بعد أن كان جاريا بأن إقامة دعوى التطليق للضرر بسبب الضرب أمام محكمة أول درجة يحول دون إقامتها بسبب الهجر أمام محكمة الاستئناف، وإلا عد ذلك طلبا جديدا، بالرغم من أن الضرب والهجر وجهان لعملة واحدة هي الإيذاء وسوء المعاملة، ويشكلان الإضرار بالزوجة الذي هو المقصود بالدعوى. الطعن رقم ١٢ لسنة ٥٣ ق- أحوال شخصية- جلسة ١٩٨٤/٦/٢٦.

(٢) الطعن رقم ١٦ لسنة ٣٨ ق-أ.ش- جلسة ١٩٧٤/٦/٥.

(٣) الطعن رقم لسنة ٥٧ ق-أ.ش- جلسة ١٩٧٩/٥/٢٣. الطعن رقم ٥ لسنة ٤٦ ق-أ.ش- جلسة ١٩٧٧/١١/٩.

(٤) أنظر في هذا الرأي محمد الدجوي – المرجع السابق – ص ٢٦٨، ٢٧٢.
وهذا خلاف ما ذهبت إليه محكمة النقض في كفاية نصاب الشهادة اتفاق أقوال الشهود على إيذاء الزوج زوجته على نحو تتضرر منه، دون أن يشترط لذلك أن تنصب شهادتهم على كل واقعة من الوقائع التي تشكل هذا الإيذاء. الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٦٦ ق-أ.ش- جلسة ٢٠٠١/١/٢٠. الطعن رقم ٥٤٧ لسنة ٦٦ ق- أ.ش- جلسة ٢٠٠١/٥/٢١. – المستحدث من المبادئ التي قررتها بمحكمة النقض– ص ٩٤.

الباب الثالث

نظام الاثبات في بعض آثار الزواج والطلاق

وبحثنا في هذا الباب عن الإثبات في أهم الآثار غير المالية والمالية للزواج والطلاق. من خلال فصول ثلاثة :

الفصل الأول: أحكام الإثبات في دعاوى النسب.

الفصل الثاني: أحكام الإثبات في دعاوى الخلوة والوطء ودعوى نفقة الزوجية.

الفصل الثالث: أحكام الإثبات في دعاوى المهر وجهاز الزوجية ومتاع البيت.

الفصل الأول

أحكام الاثبات في دعاوى النسب

تعد رابطة النسب من أولى وأهم آثار عقد الزواج، ولا غرو في ذلك، فإن المقصد الأصلي من الزواج هو التناسل[1]، إذ لا وجود للأبوة والأمومة والبنوة إلا بالنسب، فهو أقوى الروابط الإنسانية وأسماها، والتي يفتح المرء عينيه عليها منذ ولادته.

وقد اعتنت الشريعة الإسلامية بموضوع النسب وثبوته، وذلك لأن النسب يتعلق بحق الله تعالى كما يتعلق بحقوق العباد.

فأمّا تعلقه بحق العباد فظاهر، صيانة للولد من الضياع، وحفظا لحقوقه التي على أبويه وأسرتيهما، أمّا تعلق حق الأبوين به، فبالنسبة للأم، حتى لا يُظن بها السوء وتأكيدا لنفقتها، وصيانة لها من الذل والعار، وأما الأب، فهو جزء منه، ومن حقه ألا ينسب نتاجه لغيره، فضلا عن مصالح وتكاليف أخرى ترتبت على ثبوت النسب من حضانة وولاية وحق الوالدين في الرعاية والنفقة للعجز أو الكبر، واستحقاقهما الإرث.

وأما تعلقه بحق الله تعالى، فلأنه أساس بناء الأسرة وتكوينها، وترتبط به أحكام الحل والحرمة، فلا يجوز لأحد أن يجحد هذا الحق، أو ينفيه، أو يتملص منه، أو يتنازل عنه.

ومن ثم فلا غرو أن تجعل الشريعة الإسلامية حفظ النسب من المقاصد والضروريات

---

(١) يقول الكمال بن الهمام "تعلق البقاء– أي بقاء النوع البشري– المقدر في العلم الأزليّ على الوجه الأكمل، وإلا فيمكن بقاء النوع بالوطء على غير الوجه المشروع، ولكنه مستلزم للتظالم والسَّفك وضياع الأنساب، بخلافه على الوجه المشروع". فتح القدير- ج٢ ص ٣٤١.

الخمس التي يؤدي المساس بها إلى اختلال نظام الحياة[1]، ولذلك اهتمت بأسبابه وأحكام ثبوته وكيفية انتفائه وأحاطته بسياج منيع محكم تمنع من دخول الأحكام فيه أو الخروج منه بغير سبب شرعي، كما أبطلت الشريعة كل ما لا يتفق وأحكامها من عادات الجاهلية، وخلصت النسب من ذلك حتى أصبحت أحكامه في غاية الترابط والتكامل والإنسجام مع مقاصد الشرع الأساسية.

وقد وضعت الشريعة الإسلامية للنسب قواعد أساسية وقننت له أحكاما خاصة، حذرت من المساس أو التلاعب بها، وتوعدت كل من يعتدي عليها بأشد العقوبات.

ففي مجال إيجاد النسب ألغت كل مصادر النسب الباطلة التي كانت في الجاهلية، وقصرته على كل ما ينتج عن نكاح أو ملك يمين، ومتى أثمرت هذه المخالطة نسلا، فإنه ينسب للزوج، وحفظا له من الضياع حرمت الزنا، ورتبت على فاعله أحكاما عاجلة بالغة القسوة ردعا لخواطر السوء أن تسول لصاحبها اقتراف هذه الفاحشة، كما أنكرت أيضا نسب ولد الزنا ولو اعترف به والده، كما قدرت الشريعة الإسلامية قواعد لحفظ النسب كمنعها للتبني باعتباره تزييفا للحقائق ومدعاة لخلط الأنساب، كما منعت الرجل من الانتساب إلى غير والديه واعتبرت ذلك من الكبائر[2]، وأيضا منعها لجحد الأب نسب ابنه، والأم من إدخال ولد أجنبي في نسب زوجها وتوعدت فاعل ذلك بالعقوبة الشديدة في الآخرة[3].

والنسب إنما يدور حول محورين أساسين، وهما الإثبات والنفي، ولا يذكر النسب إلا وينصرف الذهن إلى هذين الموضوعين أو كليهما، لذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: طرق ثبوت النسب.

المبحث الثاني: الطريق الشرعي لنفي النسب.

---

(١) الآمدي- الإحكام في أصول الأحكام- دار الكتب العلمية- دون تاريخ-ج٣ ص١. الموافقات – ج٢ ص١٠.

(٢) لقوله صلى الله عليه وسلم: "من ادعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام". البخاري – كتاب الفرائض- باب من ادعى إلى غير أبيه - رقم (٦٧٦٦). مسلم – كتاب الإيمان- باب حال إيمان من رغب عن أبيه وهو يعلم رقم (١١٤). البيهقي-كتاب اللعان- ج٧ ص٤٠٣.
وقوله صلى الله عليه وسلم أيضا: "لا ترغبوا عن آبائكم فمن رغب عن أبيه فهو كفر".البخاري – كتاب الفرائض – باب من ادعى إلى غير أبيه – رقم (٦٧٦٨).

(٣) لقوله صلى الله عليه وسلم: "أيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه احتجب الله تعالى منه وفضحه على رؤوس الأولين والآخرين". أبو داود – كتاب الطلاق – باب التغليظ في الانتفاء من الولد – ج١ ص ٥٢٥. النسائي – باب التغليظ في الانتفاء من الولد – رقم (٤٣٨١). ابن ماجه رقم (٧٤٣).
وقوله صلى الله عليه وسلم: "أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم، فليست من الله في شيء، ولن يدخلها الله جنته" . أبو داود – كتاب الطلاق – باب التغليظ في الانتفاء-ج١ ص٥٢٥. البيهقي- ج٧ ص٤٠٣.

المبحث الأول

طرق ثبوت النسب

نظرا لأهمية النسب وما يترتب على ثبوته من أحكام شرعية كثيرة[1]، فقد اهتم الفقهاء بأدلة ثبوت النسب، واتفقوا بشأن بعض هذه الأدلة، وثار الخلاف بينهم بشأن بعضها الآخر أو في بعض أحكامها. وقبل الخوض في تلك الطرق يحسن بنا إلقاء الضوء على معنى النسب لغة واصطلاحا.

١- تعريف النسب في اللغة: واحد الأنساب هو القرابة، وقيل هو في الآباء خاصة، واستنسب وانتسب ذكر نسبه، وانتسب إلى أبيه أي اعتزى إليه[2].

٢- تعريف النسب في الاصطلاح: لورود كلمة النسب في القرآن الكريم فيحسن بنا استعراض ما ذكره المفسرون فيها، حيث جعل الله تعالى رابطة النسب نعمة من النعم التي امتن بها على عباده، وآية من الآيات الدالة على عظيم قدرته وجليل علمه وحكمته، كما قال عز وجل: (وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا وكان ربك قديرا)[3]، فقيل هو الماء الذي خلق منه أصل الحيوان، وقيل النسب الذي لا يحل نكاحه[4]، والصهر النسب الذي يحل نكاحه، وقيل أن النسب والصهر معنيان يعمّان كل قربى تكون بين آدميين[5].

وعرفه بعض المعاصرين بأنه: "صلة الشخص بغيره على أساس القربة القائمة على صلة الدم[6]. وقيل بأنه: "حالة حكمية إضافية فيه بين شخص وآخر من حيث إن الشخص انفصل عن رحم امرأة هي في عصمة زواج شرعي، أو ملك صحيح، ثابتين، أو مشبهين الثابت الذي يكون الحبل من مائه"[7].

فهذه التعريفات وغيرها تتقارب في معانيها لاشتمالها على حدود النسب في:

---

(١) مثل أحكام الإرث وحرمة الزواج من الأقارب وثبوت الولاية على الصغير وولاية النكاح، وقد ذكر السيوطي اثني عشر حكما يترتب على النسب في مؤلف الأشباه والنظائر – ص ٢٦٧.

(٢) القاموس المحيط – حرف النون– ج١ ص٢٢٩. لسان العرب- مادة نسب– ج١ ص ٧٥٥. المصباح المنير- مادة نسب– ص ٨٢٦. مختار الصحاح– ص ٢٧٨. تاج العروس– مادة نسب– ج٤ ص ٢٦١.

(٣) سورة الفرقان- آية ٥٤.

(٤) الجصاص – أحكام القرآن – ج٥ ص ٢١١.

(٥) القرطبي – الجامع لأحكام القرآن – ج١٣ ص ٥٩.

(٦) د. عبد الكريم زيدان – المفصل في أحكام الأسرة والبيت المسلم – ج٩ ص ٣١٥.

(٧) ياسين الخطيب– ثبوت النسب– رسالة ماجستير- كلية الشريعة والدراسات الإسلامية– جامعة أم القرى– ١٣٩٨- ١٣٩٩هـ - ص ٢.

١- أنه يكون من قبل الأم والأب.

٢- لا يكون إلا ثمرة للمخالطة المشروعة بين الذكر والأنثى من زواج أو ملك يمين وشبههما، أما إن كان بمعصية كان خلقا مطلقا ولم يكن نسبا محققا.

وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول في الطرق الشرعية لثبوت النسب والمطلب الثاني في الأدلة العلمية وأثرها في ثبوت النسب.

المطلب الأول

الطرق الشرعية لثبوت النسب

اختلف الفقهاء في حصر تلك الطرق ومدى حجيتها وحكم تعارضها، وسنعرض لكل طريق أو دليل من الأدلة في فرع مستقل.

الفرع الأول: الفراش

تعد المخالطة الجنسية السبب الطبيعي للنسب، إلا أنها سبب غير ظاهر ولا منضبط، ولا يمكن بناء حكم عليه، فكان لابد من إسناد النسب إلى سبب ظاهر منضبط يدل في أغلب الأحوال عليها، وجعل سند مشروع للمخالطة، كما أن تلك العلاقة الخاصة بين الزوجين قائمة على الستر(١)، ولما كان الأمر كذلك تعيّن إثبات العلاقة بعلامة ظاهرة تدل في أغلب الأحوال عليها، حتى لا تخلو مسألة من حكم، ولا يعدم حق إثباتا(٢)، فضلا عن بناء ظاهر المسلمين على الصلاح حتى يثبت العكس، فكان التوجيه إلى الدليل الظاهر وهو الفراش، وهو أقوى الطرق، وقد أجمعت عليه الأمة، والأدلة التي ذكرها الفقهاء - في الحقيقة لإثبات النسب – إنما هي لإثبات الفراش الذي يكون به النسب(٣).

---

(١) حيث حذر الشرع من إفشاء تلك العلاقة والتحدث بما يجري فيها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "إن من أعظم الأمانة عند الله يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه ثم ينشر سرها". مسلم بشرح النووي- كتاب النكاح-باب تحريم افشاء سر المرأة- ج٥ ص٢٦١ رقم(١٤٣٧). أبو داود – كتاب الأدب- باب في نقل الحديث- ج٤ ص٣٥٦. الفتح الرباني في ترتيب مسند أحمد- ج١٦ ص٢٢٣ رقم (٢٣٦).

(٢) محمد سلام مدكور - أحكام الأسرة في الإسلام – دار النهضة العربية – ط٢ – ١٣٨٩هـ ١٩٧٠م – ج٣ ص ١٩، ٢٠. د. سعد الدين مسعد هلالي- البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية – دراسة فقهية مقارنة – جامعة الكويت- ١٤٢١هـ ٢٠٠١م – ص ٢٩٦.

(٣) زاد المعاد – ج٤ ص ١٥٨.

أولا: معنى الفراش لغة واصطلاحا:

أ- **لغة:** الِفراش من فرش فرشا وفراشا، واحد الفُرش، وفرش الشيء تفرشه بالضم فراشاً بالكسر بسطه، وافترش الشيء انبسط، وافترشه وطئه، وفي المثل: أطيش من فراشة. قال الفراء: ولم أسمع له بجمع ويحتمل أن يكون مصدرا، وأفرشت الرجل امرأة زوجته إياها فافترشها أي تزوجها[١].

ب- واصطلاحا: وردت عدة تعريفات بشأن تعريف الفراش شرعا.

١- فقد فسّره الزيلعي بأنه: "تعين المرأة للولادة لشخص واحد"[٢].

٢- وقال الصنعاني: "والجمهور على أن الفراش اسم للمرأة، وقد يعبر به عن حالة الإفتراش[٣].

ويدل لذلك قوله تعالى فيما أعده لأصحاب اليمين في الجنة (وفرش مرفوعة إنا أنشأناهن إنشاء فجعلناهن أبكارا عربا أترابا لأصحاب اليمين)[٤]. فكنى بالفراش عن النساء. وقال ابن كثير في تفسير معنى الفراش: هنّ النساء اللاتي يضاجعن[٥].

ويطلق الفراش أيضا تعبيرا عن الزوج، ومما ورد في ذلك قول جرير:

باتت تعانقه وبات فراشها خلق العباءة بالبلاء ثقيلا[٦]

٣- وقد عرّفه بعض المعاصرين بأنه: "الزوجية القائمة بين الرجل والمرأة عند ابتداء حملها بالولد، فإن ولدت الزوجة فهو منه دون حاجة إلى إقرار ولا إلى بينة "[٧].

٤- كما عرّفه د. محمد كمال الدين إمام بأنه: " زواج وحمل وولادة، ويقصد به الدخول

---

(١) لسان العرب- ج١ ص ٢٢٤، ٢٢٥. مختار الصحاح- ج١ ص ٢٣٧. أساس البلاغة- مادة فرش- ج١ ص ٣٤٩. القاموس المحيط – ج١ ص ٨١٨.

(٢) تبيين الحقائق – ج٣ ص ٤٣. الجرجاني – التعريفات – ص ٢١٣.

(٣) سبل السلام- ج٣ ص١١٤٧.وأيضا: فتح الباري- ج١٣ ص٨٢٠٩. النهاية في غريب الأثر-ج٣ ص٨٢٦.

(٤) سورة الواقعة – آية ٣٤، ٣٦.

(٥) تفسير ابن كثير – ج٤ ص ٣٧٣.

(٦) فتح الباري – ج١٣ ص ٨٢٠٩.

(٧) د. عبد الله محمد عبد الله- أطفال بلا أسر- مطبعة حكومة الكويت- ط١- ص ١٣٥. أنظر أيضا: د. بدران أبو العنين – حقوق الأولاد في الشريعة الإسلامية والقانون- طبع مؤسسة شباب الجامعة – ص ١٧٠. د. محمد مصطفى شلبي – أحكام الأسرة في الإسلام – دار النهضة العربية – ١٩٧٧ – ج١ ص ٦٨٤. د.رمضان الشرنباصي- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية- ص ١٥٤

الحقيقي من زواج صحيح، والمخالطة الجنسية بناء على زواج فاسد أو شبهة "[1].

من خلال هذه التعريفات يتضح أنها لا تخرج عن أحد معنيين:

الأول: أنه الزوج والمولى باعتباره مالك الفراش الذي يفترش المرأة.

الثاني: أنها الزوجة وإطلاقه هو الأكثر لأنها تفرش وتبسط بالوطء عادة.

فمن أطلقه من الفقهاء على المرأة فقد اعتبر فيه المعنى اللغوي، ومن أراد به الرجل فقد استدل بحديث الولد للفراش.

ثانيا: أدلة النسب بالفراش:

أ- الدليل من الكتاب:

١- قوله تعالى: (ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة)[2].

وجه الدلالة: ذكر المفسرون في معنى المودة والرحمة أن المودة كناية عن النكاح أو الجماع، والرحمة كناية عن الولد، وهو وجه قاله الحسن البصري تمسكا بقوله تعالى: (ذكر رحمة ربك عبده زكريا)[3]، ووجه آخر من الآية وهو بما رتبه الشرع على الزواج من الأسباب الجالبة للمودة والرحمة تحصل من الزوجة الإستمتاع واللذة، والمتعة بوجود الأولاد وتربيتهم[4].

٢- وقوله تعالى: (هن لباس لكم وأنتم لباس لهن)[5].

وجه الدلالة: فشبّه كل واحد من الرجل والمرأة بالنظر إلى صاحبه باللباس، لأن كل واحد منهما يستر صاحبه ويمنعه من الفجور، وإفضاء كل واحد منهما إلى صاحبه يستتر به كالثوب الملبوس[6].

وفي ذلك دلالة واضحة على مظنة المخالطة التي تكون من اعتبار أحدهما فراشا للآخر، وهو دليل على ثبوت النسب بالفراش.

٣- قوله تعالى: (هو الذي خلقكم من نفس واحدة وجعل منها زوجها ليسكن إليها فلمّا

---

(١) د. محمد كمال الدين إمام - الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي- ص ٢٩٨، ٣٠٠.

(٢) سورة الروم - آية ٢١.

(٣) سورة مريم - آية ٢٠.

(٤) تفسير الآلوسي – ج٦ ص ٥٨. الكشاف – ج٣ ص ٢٠٠، ٢٠١. تفسير السعدي – ص ٦٨٤.

(٥) سورة البقرة - آية ١٨٧.

(٦) تفسير ابن كثير- ج١ ص٢٢٠. تفسير القرطبي- ج٢ ص٣١٦. ابن العربي- أحكام القرآن- ج١ ص٩٠.

تغشّاها حملت حملا خفيفا فمرّت به فلمّا أثقلت دّعَوَا الله ربّهما لئن آتيتنا صالحا لنكوننّ من الشاكرين)[1].

وجه الدلالة: أن الله تعالى خلق من نفس آدم عليه السلام حواء، لتكون زوجا له ليسكن إليها، وما يكون من حمل نتيجة لهذا السكن الذي أباحه الله بشرعه، وما يولد بعد ذلك منه وله إنما هو امتداد للذرية، وذلك دليل على ثبوت النسب بالفراش[2].

ب- الدليل من السنة: روى الشيخان وغيرهما من أهل السنن عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: "كان عتبة عهد إلى أخيه سعد أن ابن وليدة زمعة منّي فاقبضه إليك، فلما كان عام الفتح أخذه سعد، فقال: ابن أخي عَهد إليّ فيه فقام عبد بن زمعة، فقال: أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فتساوقا[3] إلى النبيّ صلى الله عليه وسلم فقال سعد: يا رسول ابن أخي قد كان عهد إليّ فيه، فقال عبد بن زمعة أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه، فقال النبي - صلى الله عليه وسلم: هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاهر الحجر، ثم قال لسودة بنت زمعة احتجبي منه لما رأى من شبهه بعتبة فما رآها حتى لقي الله[4].

معنى الحديث ووجه الدلالة منه: هذا الحديث هو من أصح ما يروى عن النبي صلى الله عليه وسلم حيث جاء عن بضعة وعشرين نفساً من الصحابة، ووقع عند أكثرهم بلفظ "الولد للفراش وللعاهر الحجر"، ومنهم من اقتصر على الجملة الأولى. وذكر أهل العلم في شرحهم لهذا الحديث الجليل أنه كان أهل الجاهلية يقتنون الولائد ويفرضون عليهن الضرائب، فيكتسبن بالفجور، وكانوا يلحقون النسب بالزناة إذا ادعوا الولد كما في النكاح، فجاء الإسلام بإبطال ذلك وبإلحاق الولد بالفراش الشرعي، وكانت لزمعة[5] أمة وكان يلم بها، فظهر بها حمل زعم عتبة بن أبي وقاص أنه منه[6]، وعهد إلى أخيه سعد إذا قدم إلى مكة أن يقبض إليه ابن أمة زمعة.

---

(١) سورة الأعراف - آية ١٨٩.

(٢) تفسير القرطبي- ج٧ ص ٣٣٧، ٣٣٨. تفسير الآلوسي- ج٩ ص ١٣٨.

(٣) أي تلازما في الذهاب بحيث إنّ كلا منهما كان كالذي يسوق الآخر. فتح الباري ج ١٣ ص ٨٢٠٦.

(٤) صحيح البخاري مع الفتح- كتاب الفرائض- باب الولد للفراش حرة كانت أو أمة- ج١٣ ص ٨٢٠٥ رقم(٦٧٤٩). صحيح مسلم بشرح النووي-كتاب الرضاع-باب الولد للفراش وتوقي الشبهات- ج٥ ص٢٩٣ رقم(١٤٥٧). الترمذي عن أبي هريرة-كتاب الرضاع- باب ما جاء أن الولد للفراش- ج٤ ص٤٦٣ رقم (١١٥٧). البيهقي عن أبي هريرة- كتاب اللعان- ج٧ ص٤٠٢. النسائي- كتاب الطلاق- ج٦ ص١٤٨.أبوداود- كتاب الطلاق- باب الولد للفراش- ج١ ص٥٢٨. الفتح الرباني في ترتيب مسند أحمد- ج١٧ ص٣٦ رقم (٦٨).

(٥) زمعة: بفتح الزاي وسكون الميم هو ابن قيس بن عبد شمس القرشي العامري، وسودة زوج النبي صلى الله عليه وسلم. فتح الباري- ج ١٣ ص ٨٢٠٦.

(٦) عُتبَة بن أبي وقاص هو أخو سعد بن أبي وقاص مختلف في صحبته، والراجح أنه مات كافرا. المرجع السابق.

فلمّا كان يوم الفتح رأى سعد الغلام فعرفه بالشبه فاحتضنه وقال ابن أخي ورب الكعبة وخاصمه عبد الله بن زمعة وقال بل هو أخي ولد على فراش أبي من وليدته[1]، فنظر الرسول صلى الله عليه وسلم فإذا هو أشبه الناس بعتبة بن أبي وقاص، واحتج عبد الله بن زمعة بأنه ولد على فراش أبيه فحكم له به النبي صلى الله عليه وسلم وقضى للزاني بالخيبة والحرمان، ولما رأى من شبه الولد بعتبة احتاط لذلك، وأمر سودة بالإحتجاب منه توقيا للشبهة الداخلة عليه[2].

والشاهد من الحديث أنه ينسب الولد لصاحب الفراش، وهو الزوج أو السيد أو الواطئ بشبهة، وليس للزاني إلا الخيبة والخسران، لأنه طلب النسل من طريق غير مشروع.

١- **الإجماع:** وثبوت النسب بالفراش مما أجمعت عليه الأمة سلفا وخلفا، وقد نقل هذا الإجماع غير واحد من أهل العلم المحققين[3].

ثالثاً: أقل مدة الحمل وأقصاها:

من القواعد الأساسية التي يبني عليها الأصل الشرعي "الولد للفراش" ، ومن ثم يؤسس عليها الحكم بثبوت النسب أو نفيه، هي أن تأتي الزوجة بالولد خلال مدة معينة من الزواج، فوضع الفقهاء لإعمال ذلك حدا أقصى لمدة الحمل.

أ- أقل مدة الحمل: أجمع الفقهاء على أن أقل مدة الحمل هي ستة أشهر قمرية، أي ما يعادل مائة وثمانون يوما، وسندهم في ذلك قوله تعالى: (ووصينا الإنسان بوالديه إحساناً حملته أمه كرها ووضعته كرهاً وحمله وفصاله ثلاثون شهرا)[4]، وقوله تعالى: (والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة)[5]، ووجه الإستدلال من هاتين الآيتين أن الآية الأولى تدل على أن مدة الحمل والرضاع ثلاثون شهرا، والآية الثانية تدل على أن مدة الرضاعة سنتان، وبضم الإثنتين إلى بعضهما البعض وإسقاط مدة الرضاعة يكون الباقي للحمل ستة أشهر[6].

وأيّد الفقهاء ذلك واقعيا بما حدث في عهد عمر رضي الله عنه، إذ ولدت امرأة لستة أشهر

---

(١) وليدة: فعيلة من الولادة وهي الصبية والأمة وقيل إنها اسم لغير أم الولد. المرجع السابق.
(٢) المرجع السابق. وأيضا: شرح النووي على مسلم – ج٥ ص ٢٩٥. تحفة الأحوذي– ج٤ ص ٣٢١.
(٣) ابن عبد البر- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد- ج٨ ص ١٨٣. زاد المعاد- ج٤ ص ١٥٨. ابن المنذر– الإجماع – ص ٨٥. تبيين الحقائق – ج٣ ص ٣٨.
(٤) سورة الأحقاف - آية ١٥.
(٥) سورة لقمان - آية ١٤.
(٦) المبسوط – ج٦ ص ٥١، ٥٢. بدائع الصنائع – ج٨ ص ٣٩٨٠. تبيين الحقائق – ج٣ – ص ٤٥. بداية المجتهد– ج٢ ص ٣٠٠. الكافي – ج٣ ص ١٠٥. الفروع- ج٩ ص ٢١٦.

فهم عمر بإقامة الحد عليها فاختصمه علي بن أبي طالب رضي الله عنه ونبهه قائلا لو خاصمتكم بكتاب الله لخصمتكم وذكر الآيتين السابقتين، فدرء عمر عنها الحد وألحق الولد بأبيه[1].

فيتضح من ذلك أن مدة ستة أشهر تعد كافية لاحتياج الجنين كي يتكون ويولد حيا، فإن جاءت به المرأة قبل مضي تلك المدة فلا يثبت نسب الولد من الزوج باتفاق الفقهاء للتيقن من وجود الحمل قبل الزواج، إلا إذا ادعاه ولم يقل أنه من الزنى.

وممّا يجب مراعاته في هذا الشأن أن الفقهاء بنوا حكمهم في أقل مدة الحمل ذلك أن العادة والغالب المشاهد أن الحمل أكثر من ذلك، وقد تمضي دهور ولم نسمع فيها بولادة لستة أشهر، إلا أن الإحتياط جعل الفقهاء يبنون حكمهم على النادر.

ب- أقصى مدة الحمل: اختلف الفقهاء في تقدير هذه المدة اختلافا كبيرا، حتى ذهب بعضهم أنه ليس لأقصاه وقت يوقف عليه، وسبب هذا الإختلاف هو عدم وجود دليل من كتاب أو سنة يستدلون به على تعيين هذه المدة، فاعتمد الفقهاء في تحديدهم هذه المدة على أقوال من وثقوا به من الناس، وبما شاهدوه في زمانهم من وقائع.

ويمكن تقسيم أقوالهم في ذلك إلى ثلاثة:

القول الأول: ذهب أصحابه إلى أن أقصى مدة الحمل هي تسعة أشهر وهو مذهب داود الظاهري، واختيار ابن حزم[2]، ونقل عن محمد بن الحكم المالكي أنها سنة قمرية[3].

القول الثاني: أن أقصاه سنتان لا تزيد عن ذلك، وهو مذهب الحنفية[4]، وقول عند الحنابلة، وقول عائشة رضي الله عنها [5].

القول الثالث: وحدد أصحابه المدة بأزيد من سنتين، فعند الشافعية أربع سنوات[6]، وهو قول لمالك أيضا، والمشهور عنده [7] ومذهب الحنابلة[8] هو خمس سنوات، وقال عبادة بن العوام خمس سنين، وعن الزهري روايتان ست سنين وسبع سنين.

---

(١) سنن البيهقي- ج ٧ ص ٤٤٢. وروى مثل هذه الواقعة في زمن عثمان واختصمه فيها ابن عباس.
(٢) المحلى – ج١٠ ص ٣١٧.
(٣) بداية المجتهد – ج٢ ص ٥٣٠.
(٤) بدائع الصنائع – ج٤ ص٢٠٤٥. حاشية ابن عابدين – ج٣ ص ٥٣٩. مجمع النهر- ج١ ص ١٢٣. العناية على هامش فتح القدير – ج٣ ص ٣١٠. تبيين الحقائق – ج٣ ص ٤٣. المبسوط- ج ٦ ص ٥٢.
(٥) الكافي – ج٣ ص ١٠٥.
(٦) مغني المحتاج – ج٥ ص ٨٧. المهذب – ج٣ ص ١١٨. نهاية المحتاج – ج٧ ص ٢١٣.
(٧) حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٤٧٣.
(٨) المغني – ج١١ ص ٥٧. الكافي – ج٣ ص ٢٩٣.

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول: استدل أصحاب هذا القول على أن أقصى مدة للحمل هي تسعة أشهر بما أورده البيهقي في سننه أن عمر بن الخطاب قال: "أيما رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين ثم قعدت فلتجلس تسعة أشهر حتى يستبين حملها، فإن لم يستبن حملها في تسعة أشهر فلتعتد بعد التسعة أشهر عدة التي قعدت عن الحيض"(١)، وذكر ابن حزم بعد هذا الأثر: " فهذا عمر لا يرى الحمل أكثر من تسعة أشهر"(٢).

أدلة القول الثاني: استدل أصحاب هذا القول - أن أقصى مدة للحمل هي سنتان ولا تزيد – بما رواه البيهقي عن جميلة بنت سعد عن عائشة رضي الله عنها قالت: "ما تزيد المرأة في الحمل على سنتين قدر ما يتحول ظل عود المغزل"(٣). والظاهر أنها قالت ذلك سماعا من رسول الله صلى الله عليه وسلم لأن هذا الباب لا يدرك بالرأي والإجتهاد، وحاشا أن يظن بها أنها قالت ذلك جزافا وتخمينا، فتعيّن السماع(٤).

واعترض على هذا الدليل بطعن ابن حزم في الرواية التي نسبت إلى عائشة رضي الله عنها فقال: "إنها من طريق جميلة بنت سعد وهي مجهولة ولا يدرى من هي"(٥).

وعلى فرض صحة الرواية فإنها كما تحمل على السماع – لأن هذه التقديرات لا تدرك بالعقل – فإنها يحتمل أن يكون رأيا لها استنبطته من بعض الحوادث التي شاهدتها أو سمعت بها من أحوال النساء، فلا يكون لقولها حكم الحديث المرفوع، ولا يصح الإحتجاج به(٦).

أما عدم زيادة الحمل لدى بعض النساء عن سنتين، فلا يعني - من الناحية الطبية – أن الجنين بقى داخل رحم المرأة تلك المدة، وإنما معناه أن الحمل قد يتأخر إما بسبب من الزوج، أو بسبب تأخر إطلاق المبيض للبويضة، أو تناول أدوية منع الحمل التي قد تؤدي إلى انقطاع في الحيضة لفترة تزيد عن سنة أحيانا، وهذا أمر بديهي عند الأطباء، فضلا عن الحالة النفسية والإجتماعية والوسط المناخي للزوجين(٧).

---

(١) سنن البيهقي – ج٧ ص ٤٢٠.

(٢) المحلى – نفس الموضع.

(٣) سنن البيهقي – ج٧ ص ٤٢٨. وظل عود المغزل: مثل لتقليل المدة لأن ظله حال الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال. حاشية رد المحتار – ج٣ ص ٢٣٠.

(٤) بدائع الصنائع – ج٤ ص٢٠٤٣. مجمع الأنهر – ج١ ص ١٢٣.

(٥) المحلى – ج١٠ ص ٣١٦.

(٦) د. أحمد فراج – أحكام الأسرة – ص ١٩٦. محمد أمين الغزالي – المرجع السابق– ص ٨.

(٧) د. إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسني الحصيني – تطبيقات تقنية البصمة الوراثية في التحقيق والطب

أدلة القول الثالث: استدل أصحاب هذا القول بأن أقصى مدة الحمل هي أربع سنوات وقد تجاوزها إلى خمس أو سبع سنين بما يأتي:

١- ما رواه البيهقي عن داود بن رشيد قال: سمعت الوليد بن مسلم يقول: قلت لمالك ابن أنس: "إني حدّثت عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: لا تزيد المرأة على حملها سنتين قدر ظل المغزل، فقال سبحان الله من يقول هذا، هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق حملت ثلاثة أبطن في اثنتي عشرة سنة كل بطن أربع سنين"(١).

اعترض على هذا الدليل بأن قول عائشة مقدم على المَحكِيِّ عن امرأة بن عجلان، لأنه بعد صحة نسبته إلى الشارع لا يتطرق إليه الخطأ، بخلاف حكاية الإمام مالك، فإنها بعد صحة نسبتها إلى مالك والمرأة يحتمل خطؤها، فإن غاية الأمر أن يكون انقطع دمها أربع سنين ثم جاءت بولد، وهذا ليس بقاطع في أن الأربع بتمامها كانت حاملاً فيها، لجواز أن امتد طهرها سنتين أو أكثر ثم حبلت، ووجود الحركة مثلا في البطن ليس قاطعاً في الحمل لجواز كونه غير الولد، وبالجملة مثل هذه الحكايات لا يعارض الروايات(٢).

٢- ما روي عن مالك قال: قد يكون الحمل سنين، وأعرف من حملت أمه أكثر من سنتين يعني نفسه(٣).

٣- ما رواه البيهقي عن أبي سفيان قال: حدثني أشياخ منا قالوا: جاء رجل إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقال: يا أمير المؤمنين إني غبت عن امرأتي فجئت وهي حبلى فشاور عمر رضي الله عنه ناساً في رجمها، فقال معاذ بن جبل رضي الله عنه: يا أمير المؤمنين إن كان لك عليها سبيل فليس لك على ما في بطنها سبيل فاتركها حتى تضع، فولدت غلاماً قد خرجت ثناياه، فعرف الرجل الشبه فيه، فقال: ابني ورب الكعبة، فقال عمر رضي الله عنه: عجزت النساء أن يلدن مثل معاذ لولا معاذ لهلك عمر(٤).

قال البيهقي بعد نقله هذا الأثر: "وهذا إن ثبت ففيه دلالة على أن الحمل يبقى أكثر من سنتين وقول عمر رضي الله عنه في امرأة المفقود تتربص أربع سنين، يشبه أن يكون إنما قاله لبقاء

الشرعي – أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية – ج١ – الرياض ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢ – ص ١٣١.

(١) سنن البيهقي – ج٧ ص ٤٢٨.

(٢) شرح فتح القدير – ج٤ ص ٣٢٦.

(٣) سنن البيهقي – ج٧ ص ٤٢٩.

(٤) المرجع نفسه- نفس الموضع.

الحمل أربع سنين والله أعلم[1].

واعترض على هذه الإستدلالات باعتراضات منها:

ما أجاب به الأحناف على مثل هذه الأقوال بأن أحكام الشرع إنما تبتنى على الأعم الأغلب، وما زاد على ذلك فهو أمر في غاية الندرة فلا تتعلق بها الأحكام، كما أن الحكايات التي ذكروها غير ثابتة، وهي نفسها متعارضة، وليست بحجة شرعية في نفسها، فكيف يحتج بها على ثبوت النسب أو نفيه[2].

وعلى فرض ثبوت قول عمر رضي الله عنه فهو معارض بقوله أيضا - الذي أورده البيهقي نفسه - وبقول ابن عباس في أن أقصى مدة الحمل تسعة أشهر.

الترجيح:

بعد عرضنا الأقوال السابقة وأدلة كل قول نجد أنها مجرد تقديرات قائمة على غير دليل من قرآن، ولا من سنة، ولا من رواية صحيحة، ولا قياس، وإنما بنيت على اجتهادات استندوا فيها إلى ما سمعوه من النساء، أو إلى ما جرت به التجربة بينهن، ولما كان الأمر كذلك فإن المسألة كما قال ابن رشد: "مرجوع فيها للعادة والتجربة، وقول ابن عبد الحكم والظاهرية هو الأقرب إلى المعتاد، والحكم إنما يجب أن يكون بالمعتاد لا بالنادر، ولعله أن يكون مستحيلا"[3].

والحكم يقرره أهل الاختصاص من الأطباء والذين اتفقوا على أن مدة الحمل الطبيعي هي ٢٨٠ يوما بعد اليوم الأول من آخر حيضة، وقد تزيد مدة الحمل عن تسعة أشهر بأسبوع أو أكثر أي حوالي ٤٢ أسبوعا[4]، وهو ما يتفق مع الواقع المشاهد.

موقف القانونان المصري والجزائري من مقدار الحمل:

ظلت المحاكم المصرية تطبق مدة السنتين كأقصى مدة للحمل أخذا بمذهب أبي حنيفة الذي كانت تعتمد عليه في قضائها إلى أن قضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بمقتضى المادة ١٥ منه بالعدول عن ذلك وجعل أقصى مدة الحمل هي سنة شمسية قدرها ٣٦٥ يوما حتى يشمل جميع الأحوال النادرة[5].

---

(١) المرجع نفسه -نفس الموضع.

(٢) تبيين الحقائق- ج٣ ص ٤٣.

(٣) بداية المجتهد – ج٢ ص ٣٠٠.

(٤) الرؤية الإسلامية لبعض الممارسات الطبية- ندوة المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية- مطبوعات المنظمة- الكويت- ١٩٨٨- ص ٤٣٦.

(٥) ورغم ذلك فنرى أن هذه المدة ما زالت طويلة بعض الشيء تطبيقا لما يقرره أهل المعرفة من الأطباء، ولعلّ =

فموقف القانون أقرب إلى رأي محمد بن عبد الحكم وإن خالفه في اعتبارات أن السنة شمسية لا قمرية واقتصر فقط على عدم سماع الدعوى إن جاء بولد بعدها، لا عدم ثبوت النسب كما هو الأساس في الفقه.

حيث جاء في المادة ١٥ أنه: "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها". ومقتضى هذا النص أنه لو ولدت زوجة بعد سنة من غياب زوجها وأنكر الزوج نسب الولد فرفعت هي دعوى نسب أثبت الزوج فيها للقاضي غيابه عنها لأكثر من سنة من قبل تاريخ الوضع، فإن المحكمة تقرر عدم سماع الدعوى، أما إذا أقر الزوج بالولد ثبت نسبه منه(١).

أما بالنسبة لأقل مدة حمل وهي ستة أشهر قمرية فإنها محل اتفاق بين الفقهاء، وعليه يظل العمل بالمذهب الحنفي قائما فيما عدا ما نظم بقواعد خاصة.

أما قانون الأسرة الجزائري فقد نص في المادة ٤٢ على أن: " أقصى مدة للحمل هي عشرة أشهر" اكتفاء بالأصل دون اعتبار للأحوال النادرة. أما أقل مدة للحمل فهي ستة أشهر ولا محل للخبرة في ذلك(٢).

رابعا: أحوال ثبوت النسب بالفراش:

يثبت النسب من المرأة بمجرد الولادة من غير توقف على أمر آخر، ولا فرق في ذلك بين أن تكون المرأة أتت به من زواج صحيح أو فاسد، أو وطء بشبهة، أو من سفاح، وإذا ثبت النسب منها كان لازماً ولا يمكن نفيه(٣)، فالولادة هي السبب الظاهر والطبيعي في نسب الولد إلى أمه،

= أنسب التقديرات ما قاله أحمد إبراهيم بك في مؤلفه للمواريث- ط ١٩٤٢- هامش ص ٢٨٦ "إنني تعرضت لهذه المسألة..و خلاصة ما قلته..بعد مذاكرة كثيرة من كبار الأطباء والاشتراك معهم في البحث أن الحمل لا يمكث نادرا إلا ثلاثمائة يوم، وقد يزيد عشرة أيام على الأكثر إذا وجد عائق، ولذا رأيت أن تكون عشرة أشهر أي ثلاثمائة يوم، فإن ما وراء ذلك من أندر النادر". وهو عين ما قرره القانون الجزائري.

(١) محمد سلام مدكور - المرجع السابق – ص ٢٧.

(٢) إذ من الغريب جدا أن تأمر المحكمة بإجراء الخبرة في قضية نفي نسب لولادته لمدة أكثر من ستة أشهر واعتمادها على تلك الخبرة ووزن الطفل، وكأن النسب أصبح يخضع للأوزان – كما جاء في قرار النقض من المحكمة العليا – وهو خطأ فادح ارتكبه قضاة المحكمة الابتدائية وقضاة محكمة الاستئناف (مجلس قضائي) بتأييدهم للحكم الإبتدائي بنفي النسب عن الأب، مع أنه ولد لأكثر من أدنى مدة للحمل، ولم ينفه الزوج بالطرق المشروعة. أنظر في ذلك: قرار رقم ١٧٢٣٧٩ بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٢٨ – م.ق. عدد خاص بالاجتهاد القضائي لمعرفة الأحوال الشخصية – ٢٠٠١ – ص ٧٠.

(٣) محمد سلام مدكور- المرجع السابق – ص١٣. عبد الله محمد عبد الله– المرجع السابق - ص ١٣٥. محمد أمين الغزالي – المرجع السابق – ص ٢٢.

وهي أيضا السبب الشرعي بصرف النظر عن أي اعتبار آخر لكونها سببا ظاهرا منضبطا.

أما بالنسبة للرجل، فإن الأمر يختلف فيه عن الأم، حيث يثبت في حقه بالفراش الصحيح وما ألحق به. والمراد بالفراش الصحيح أن تكون المرأة حلالا للرجل بناء على عقد زواج صحيح، والمراد بما ألحق بالفراش الصحيح الدخول الحقيقي في الزواج الفاسد، أو الوطء بشبهة. فهذه هي الحالات التي تنحصر فيها أسباب نسب الولد من الأب أو أحوال الفراش وهي الفراش الحقيقي الناتج عن عقد زواج صحيح أو دخول في ظل عقد زواج فاسد، وكذلك الوطء بشبهة، أو ما يعبر عنه بشبهة الفراش.

أ- الزواج الصحيح:

العقد الصحيح هو سبب في ثبوت النسب لمن يولد حال قيام الزوجية باتفاق الفقهاء، والسبب في ذلك أنه متى عقد رجل على امرأة أصبحت متعينة للولادة منه بالذات وبمجرد العقد، لأن عقد الزواج يرتب للزوجين حق الاستمتاع بالآخر، وهو حق قاصر على زوجها فقط، ولا يحل لغيرها ذلك، ومتى حملت اعتبر حملها من الزوج، ولا اعتبار لأي احتمال خلاف ذلك ، حملاً لفعلها على الصحة وستراً للأعراض والإلتزام بحدود الله، وحفظا للأنساب من الضياع(١).

ولثبوت نسب ولد كل زوجة من زوجها شروط يلزم توافرها، فإن توافرت اعتبر النسب ثابتاً بالفراش، وإن اختل شرط منها تعذر أن ينسب له ما لم يكن قد أقر به، وفيما يلي بيانها:

الشرط الأول: إمكان التلاقي بين الزوجين:

اتفقت كلمة الفقهاء على إمكان التلاقي بين الزوجين كأحد شروط ثبوت النسب بالفراش، إلا أنهم اختلفوا حول مدلول هذا الإمكان على ثلاثة اتجاهات:

١- الإتجاه الموسع: ومقتضاه أنه لا يشترط الدخول الحقيقي والتلاقي بين الزوجين، وإنما يكفي مجرد العقد الصحيح لثبوت النسب، دون اشتراط ثبوت اتصال الزوجين وتلاقيهما، وذهب إلى هذا الحنفية(٢).

٢- الإتجاه المقيد: لا يكفي لتحقق معنى الفراش وثبوت النسب فيه إمكان التلاقي بمجرد العقد، بل لابد من الدخول الحقيقي، وهو اختيار ابن تيمية، وتلميذه ابن القيم، ورواية حرب عن

---

(١) د. رمضان علي الشرنباصي – أحكام الأسرة- ص ١٥٤. محسن ناجي – المرجع السابق – ص ٣٦٩.

(٢) بدائع الصنائع – ج ٣ ص ١٥٤٦ و ج٨ ص ٣٩٦٥. الهداية- ج٢ ص٣١٦. شرح فتح القدير- ج٤ ص٣٠. حاشية ابن عابدين – ج٢ ص ٢٤٧. .

أحمد[١].

٣- **الإتجاه الوسط:** اشترط منتسبوه في الزواج الصحيح أن ينضم إلى العقد إمكان التلاقي بين الزوجين عادة، وهو مذهب المالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤].

أما الظاهرية فاشترطوا الدخول الحقيقي مع إمكان الوطء وليس المشكوك فيه[٥].

الأدلة والمناقشات

أدلة الاتجاه الموسع: استدل الحنفية على قولهم بالاكتفاء بالإمكان العقلي لثبوت النسب بحديث "الولد للفراش"، فالحديث ورد مطلقاً اكتفاء بالعقد، ولم يشترط الوطء ولا إمكانه، وقد افترض فقهاء الحنفية بعض الفروض التي تبرر رأيهم، كقولهم: لو تزوج رجل يقيم في المشرق بإمرأة تقيم في المغرب، ولم يفارق واحد منهما وطنه، وأتت بولد لستة أشهر أو أكثر من تاريخ عقد الزواج، ثبت نسبه لاحتمال أن يكون الزوجان من أصحاب الكرامات التي تظهر على طريقة نقض العادة للولي من قطع المسافة البعيدة في المدة القليلة.

كما قرروا بأنه لو طلق عقب العقد مباشرة من غير إمكان فولدت لستة أشهر من تاريخ العقد لحق الولد بالزوج، لأن السبب الحقيقي هو المخالطة الجنسية وهي أمر خفي، كما أن الدخول أمر خفي أيضا، والأحكام الدنيوية إنما تبنى على أسباب ظاهرة، والسبب الظاهر هنا المؤدي إلى الدخول والمخالطة هو العقد[٦].

واعترض على هذه الإستدلالات بأن الإستدلال بحديث الولد للفراش ظاهر الفساد ولا حجة في إطلاق الحديث، لأنه خرج على الغالب وهو حصول الإمكان عند العقد[٧].

ومن جهة أخرى فإن تطبيق قول الأحناف قد يؤدي إلى انتساب أولاد لغير آبائهم الحقيقيين، سيما في هذا الزمان الذي فسدت فيه الذمم وساءت الأخلاق، فقد يعقد زواج بالمراسلة أو الوكالة ثم تأتي الزوجة بولد دون أن تلتقي بزوجها من حين العقد إلى الولادة، ثم ينسب الولد لزوجها أو يتزوج رجل ويعيش مع زوجته مدة من الزمن ينجب فيها ولد ثم يسافر إلى بلد آخر

---

(١) زاد المعاد – ج٤ ص ١٦١، ١٦٦.
(٢) عيون المجالس- ج٣ ص١٣٣٦. بداية المجتهد- ج٢ ص٣٠٠.
(٣) الأم – ج٥ ص١٩٣، ١٩٤. المهذب – ج٣ ص ٧٨.
(٤) المغني – ج٩ ص ١٣٠. المبدع – ج٨ ص ٩٨. الإنصاف-ج٩ ص٢٧٣. الفروع- ج٩ ص٢١٦.
(٥) المحلى – ج١٠ ص ٣١٧.
(٦) بدائع الصنائع – ج٧ – ص ٣٩٦٥. حاشية ابن عابدين – ج٢ ص ٢٤٧.
(٧) شرح النووي على مسلم – ج٥ ص ٢٩٤.

ويطول غيابه عدة سنوات لم يلتق فيها مع زوجته، ثم يعود فيجد المنسوب إليه ولدين أو ثلاثة[1].

أدلة الاتجاه المقيد: علل أصحاب هذا القول باشتراط تحقق الدخول بين الزوجين لثبوت النسب بما أورده ابن القيم في زاد المعاد بعد أن قطع جازما بصحة هذا الرأي بأنه: "كيف تصير المرأة فراشا ولم يدخل بها الزوج ولم يبن بها لمجرد إمكان بعيد، قد يقطع بانتفائه عادة، وهل يعد أهل العرف أو اللغة المرأة فراشا قبل البناء بها، وكيف تأتي الشريعة بإلحاق نسب من لم يبن بامرأته ولا دخل بها، ولا اجتمع بها لمجرد إمكان ذلك، وهذا الإمكان قد يقطع بانتفائه عادة، فلا تصير المرأة فراشا إلا بدخول محقق"[2].

واعترض على هذا بأن اشتراط الدخول الحقيقي فيه استلزام لأمر ليس لازما لإثبات النسب وهو أمر ليس من السهل التعرف والوقوف عليه، وذلك يؤدي كما يقول الشوكاني: " إلى بطلان كثير من الأنساب التي يجب فيها الإحتياط" [3].

أدلة الاتجاه الوسط: استدل الجمهور بأن ثبوت النسب في النكاح الصحيح إنما يثبت بإمكان الوطء مع العقد، لأن الإمكان العقلي نادر الحدوث والأحكام الشرعية إنما تبنى على الكثير الغالب لا على القليل النادر، فيجوز أن يكون الزوج وطئها من حيث لا يعلم، ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء، فعلقنا الحكم على إمكانه في النكاح، ولم يجز حذف الإمكان عن الاعتبار، لأنه إذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه، فلم يجز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه. وتأييدا لذلك لو طلق عقب العقد من غير إمكان وطء فولدت لستة أشهر من العقد لم يلحق به نسبه[4].

الترجيح:

بعد عرض أدلة كل قول وما ورد على بعضها من اعتراض، وعلى ضوء ذلك فإنني أرجح ما ذهب إليه اتجاه الوسط، وذلك لعدة أمور:

١- إن الذي دعا الحنفية إلى تقرير ذلك الحكم مع مخالفته للظاهر هو حرصهم الشديد على مصلحة الولد، وصيانة للنسب من الضياع، وحسناً بالظن وبناء الأمر على الصلاح ما أمكن، واحتالوا في ذلك وذهبوا مذهباً بعيداً لتحقيق تلك المقاصد، إلا أن ذلك لا ينبغي أن يكون إلى الحد الذي ندخل فيه على الشخص نسبا ليس منه، كما قد يفتح باب الفساد على مصراعيه سيما في هذا

---

(١) د. محمد مصطفى شلبي - المرجع السابق – ص ٦٨٥. د. عبد المجيد مطلوب – الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية – دار الفلسفة العربية – ١٩٤- ص ٤٤٥ وما بعدها.

(٢) زاد المعاد – ج٤ ص ١٦١.

(٣) السيل الجرار – ج٢ ص ٣٣١. نيل الأوطار – ج٤ ص ٨.

(٤) تكملة المجموع- ج١٦ ص١٧١. بداية المجتهد- ج٢ ص٣٠٠. صحيح مسلم بشرح النووي-ج٥ ص٢٩٤.

الزمان.

٢- القول بثبوت النسب بالعقد مع إمكان الدخول فيه مطابقة للواقع والمعقول.

٣- إن القول بثبوت النسب بالعقد فيه إفراط، كما أن القول بوجوب تحقق الوطء فيه تفريط، ولا ريب أن التوسط هو الحق.

٤- يمكن التحقق من إمكان الدخول إذا علمنا أن المقرر في المذهب المالكي – المطبق في أحكام الأسرة بالجزائر - أن الإشهاد مندوب إليه حال العقد وواجب عند الدخول.

الإتجاه الذي تبناه القانونان المصري والجزائري بشأن مفهوم التلاقي بين الزوجين:

كان العمل جاريا في المحاكم المصرية على مذهب أبي حنيفة في هذه المسألة اكتفاء بإمكان الالتقاء عقلا، إلى أن صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ مقررا عدوله عن الأخذ بأحكام المذهب الحنفي في هذا الشأن إلى قول جمهور الفقهاء، ورسخت محكمة النقض العمل بهذا المبدأ في العديد من قراراتها[١]، لأن العمل- كما جاء في المذكرة الإيضاحية- مع شيوع فساد الذمم وسوء الأخلاق أدى إلى الجرأة على ادعاء نسب أولاد غير شرعيين. وعليه جاء نص المادة ١٥ كالآتي: "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب لولد زوجة ثبت عدم التلاقي بينها وبين زوجها من حين العقد، ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها".

والملاحظ أن النص يقيم تفرقة بين حالة إقرار الزوج بنسب الولد، وبين حالة إنكاره على النحو الآتي:

١- في حالة الإقرار: إذا أقر الزوج بنسب الولد الذي أتت به زوجته، فإن النسب يثبت حتى ولو لم يتلاقيا من حين العقد، أو أن الزوج قد غاب أكثر من سنة قبل الولادة[٢].

٢- في حالة الإنكار: إذا أنكر الزوج نسبة الولد إليه، وقدّم ما يدل على انتفاء إمكان التلاقي بينهما، بأن لم يكن موجودا عند إنشاء العقد الذي تم بالوكالة، أو أنه لم يلتق بها من لحظة العقد حتى وقت الوضع، أو حتى قبل الوضع بأقل من ستة أشهر، أو أنه طلقها في مجلس العقد، أو أن أحدهما كان في السجن، أو مكان يمتنع عليهما الإجتماع فيه، إلى غير ذلك من الموانع الحسية[٣]، فإن المحكمة تقرر عدم سماع الدعوى.

---

(١) طعن رقم ٣٦ ق – أ. ش– جلسة ١٩٧٠/٢/١١.

(٢) د. محمد الحسيني حنفي-الأحوال الشخصية- حقوق الأولاد والأقارب- مطبعة نهضة مصر- ط١- ١٩٦١- ص١١.

(٣) بخلاف الموانع الشرعية كصوم رمضان، والإحرام بالحج، والحيض، فلا تدخل في دائرة الإثبات، باعتبارها من المسائل اللصيقة بالشخص.

وتقرر على ضوء ذلك أن يقع عبء إثبات انتفاء إمكان التلاقي على عاتق الزوج، لأن إمكان الدخول والتلاقي بين الزوجين مفترض في العقد الصحيح، وعلى الزوج إذا أنكره إثبات خلاف هذا الظاهر بوقائع تؤكد دعواه.

والملاحظ على هذا المسلك أن القانون المصري في المادة ١٥ منه يوافق رأي الجمهور في حالة إقرار الزوج بالنسب أو فشله في إثبات إنكاره له، وخالفه فيما إذا نجح الزوج في إثبات ادعائه، فلا تتعرض المحكمة بذلك للنسب إثباتا أو نفيا، وإنما تقضي بعدم سماع الدعوى، وهو ما يترتب عليه:

١- عدم أحقية الزوجة في طلب إجراء الملاعنة بينها وبين زوجها، وكأن القانون قضى بعدم وجود للفراش بين المتداعيين.

٢- عدم إقامة البينة لإثبات النسب، ولا توجيه اليمين إلى الزوج عند عجزها عن الإثبات(١).

ويؤدي نظام عدم سماع الدعوى هذا، وفقا لتنظيمه القانوني، إلى منع الأم من التقاضي وسماع أدلتها في إثبات النسب من غير أن يؤدي ذلك إلى نفي النسب أو ثبوته.

والدافع الذي حمل على وضع مثل هذا النظام في دعوى النسب وعدم الفصل في الأمر والحكم بثبوت النسب أو نفيه بالرغم من قيام الدليل الظاهري، هو تحايل بعض النسوة اللائي ساءت أخلاقهن وفسدت ذممهن، فدفعهن ذلك إلى الجرأة على الادعاء كذبا وزورا نسب أولاد غير شرعيين.

ولكن ألا يمكن أن يكون مثل ذلك الادعاء القائم على التزوير والإحتيال من جانب الرجال أيضا، فيجحدون أبناءهم وهو يعلمون يقينا أنهم آباءهم وأصلابهم؟

إنه ليس نادرا أن يؤدي التطبيق العملي لأحكام المادة ١٥ عن حالات ينكر فيها الزوج ولده الحقيقي، وينجح زورا وبهتانا في إثبات عدم التلاقي بينه وبين زوجته، أو غيبته عنها، وتفشل الزوجة في إثبات حقيقة هذا الزور(٢).

ولعلّ منهج ترك الباب مفتوحا أمام الزوج إذا ما عاد إليه ضميره - والذي سلكه القانون

---

(١) د. محمد زكريا البرديسي – الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية – دار النهضة العربية – ط٦ – ١٩٧٥– ص ٣٧٠.

(٢) د. محمد محمد أبو زيد – دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب – مجلة الحقوق– جامعة الكويت- السنة ٢٠ – العدد ١ – شوال ١٤١٦ – مارس ١٩٩٦ – الكويت – ص ٢٦٢، ٢٦٣.

المصري في المادة ١٥ ثابت أيضا - فيقر بنسب الولد، ويكذب نفسه، بالرغم من ثبوت عدم التلاقي عادة، أو غيبة الزوج[١]، دون الأخذ بنظام عدم سماع الدعوى.

وبقول الجمهور بثبوت النسب بالعقد مع إمكان الوطء أخذ قانون الأسرة الجزائري صراحة حيث جاء حكم المادة ٤١ صريحا في أنه: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعياً وأمكن الاتصال" دون الأخذ بنظام عدم سماع الدعوى.

الشرط الثاني: أن تأتي به في مدة تحتمل حدوث الحمل أثناء الفراش:

وقد مضى بيان أن أقل مدة الحمل باتفاق الفقهاء هي ستة أشهر، وعلى هذا فلو أتت الزوجة بولد لمدة ستة أشهر من وقت الدخول وإمكان الوطء على قول الجمهور، ومن وقت العقد وفقاً لرأي الحنفية، أما لو أتت به لمدة أقل من ستة أشهر فإنه لا يثبت نسبه بسبب الفراش وينتفي من غير حاجة إلى لعان، لثبوت أن الحمل سابق على النكاح.

الشرط الثالث: أن يتصور من الزوج الإحبال عادة بأن يولد لمثله:

إن الجنين هو نتاج لعملية التلقيح وهذا لا يتم إلا إذا كان كل من الزوجين صالحاً، ولهذا اشترط الفقهاء بلوغ الزوج، لكنهم اختلفوا في السن التي يحكم فيها بالبلوغ. ولا يكفي البلوغ حتى يثبت النسب للزوج بل يشترط انتفاء أي علة تحول دون القدرة على التلقيح، وفيما يلي بيان لأهم المسائل المتعلقة بهذا الشرط، بالإشارة إلى الأقوال فيها وما ترجح لدينا منها وترك التفصيل والمناقشات على كل قول اكتفاء بالإحالة على مصادره .

١- نسب الزوج الصغير: اتفق الفقهاء على أن نسب الصغير إذا كان دون السادسة من عمره لا يلحق به نسب، أما إذا زاد عمر الصغير على ذلك فقد اختلفوا فيه على أقوال عديدة، ويمكن تقسيمها إلى أربعة أقوال:

القول الأول: يلحق نسب الصبي إذا تجاوز عمره عشر سنين ولا يلحق قبل ذلك، وهو مذهب جمهور الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، وبعض الحنفية[٤].

القول الثاني: لا يلحق النسب بالصغير ما لم يبلغ اثنتي عشرة سنة، وهو ما ذهب إليه

---

(١) وقد نصّ قانون الأحوال الشخصية الكويتي على ذلك صراحة في المادة ١٦٩ منه.

(٢) المهذب – ج٣ ص٧٨. السيوطي– الأشباه والنظائر – ص ٢٢٣. تكملة المجموع – ج١٦ ص١٦٤، ١٦٧.

(٣) كشاف القناع– ج٥ ص ٤٠٥، ٤٧١. الكافي– ج٣ ص ٢٩٢. الفروع– ج٩ ص ٢١٦. المبدع – ج٨ ص ١٠٠. المغني – ج٨ ص ٧٩. الإنصاف – ج٩ – ص ١٩١.

(٤) المبسوط – ج٦ – ص ٥٣. شرح فتح القدير – ج٤ – ص ١٨١،

جمهور الحنفية[١]، والقول الآخر للحنابلة[٢].

القول الثالث: لا يلحق بالصبي نسب إلا إذا كان ابن تسع سنين فما فوق، بقيا ن الغلام على الجارية، وهو القول الثاني لكل من الشافعية[٣]، والقول الثالث للحنابلة[٤].

القول الرابع: أن النسب لا يلحق إلا بمن كان بالغا فعلا، ولا يلحق بصبي وهو قول جمهور المالكية[٥]، ومذهب الظاهرية[٦]، ورواية عند الحنابلة[٧].

ويظهر لي ما ذهب إليه أصحاب القول الأول في اعتبار لحوق النسب بعشر سنين فما فوق هو الراجح لرجحان دليلهم وهو قوله صلى الله عليه وسلم: "مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع واضربوهم عليها وهم أبناء عشر، وفرّقوا بينهم في المضاجع"[٨]. فالحديث جاء بتحديد شرعي يجب الأخذ به، مادام لا يوجد تحديد شرعي آخر سواه، وليس هناك أي مانع من دلالة الحديث التربوية، بالإضافة إلى دلالته التشريعية، فضلا أن العرف السائد في زماننا من كثرة المغريات التي تجعل الصبي يعيها جيدا، فتتحرك غريزته في سن مبكر، وهو ما يحمل على الأخذ بالأمر الوسط.

٢ـ الممسوح[٩]: للفقهاء في لحوق نسب من ولدته زوجته على فراش الزوجية للممسوح وعدم لحوقه أقوال ثلاثة:

القول الأول: أنه لا يلحق به الولد و مذهب الحنفية[١٠]، والمالكية[١١]، والشافعية في الأصح[١٢]، والراجح عند الحنابلة[١٣]، والظاهرية[١٤]، لعدم إمكان أو استحالة الإنزال منه

---

(١)المبسوط – ج٦ ص ٥٣. مجمع الأنهر – ج٢ ص ٤٤٤. شرح فتح القدير – ج٤ ص ٣٢٣.
(٢) الكافي – ج٣ ص ١٠٥. الفروع – ج٩ ص ٢١٦. الإنصاف – ج٩ ص ٢٦١.
(٣) تكملة المجموع – ج١٦ص ١٦٦. الأشباه للسيوطي – ج٥ ص ٥١٨.
(٤) المغني – ج٩ ص ٥٣. الفروع – ج٥ ص ٥١٨.
(٥) حاشية الدسوقي– ج٢ ص ٤٧٣. أقرب المسالك – ج٢ ص ٢٦٩. شرح الخرشي – ج٤ ص ١٣٦. الشرح الصغير– ج٣ ص ٥٠٠.
(٦) المحلى – ج١٠ ص ٨٨. الإحكام في أصول الأحكام – ج٥ ص ٨٩٦.
(٧) كشاف القناع– ج٥ ص ٣٣٠. المبدع – ج٨ ص ٩٨. المغني – ج١١ ص ٢٣٥.
(٨) سنن أبي داود مع العون- ج٢ ص١٦٢. مسند أحمد- ج٢ ص١٨٠. تحفة الأحوذي- ج٢ ص٤٤٥.
(٩) الممسوح هو مقطوع الذكر والأنثيين، وجرى معظم الفقهاء على استعماله في هذا المعنى، ولم يخالف في هذا الإطلاق سوى الحنفية الذين أطلقوا على من استئصلت مذاكيره لفظ المجبوب، كما أطلقه بعض الفقهاء على من قطعت خصيتاه.
(١٠) مجمع الأنهر – ج١ ص ٤٦٣. تبيين الحقائق- ج٣ ص١٨، ٢٢. حاشية ابن عابدين – ج٢ ص ٥٩٣.
(١١) الخرشي- ج٤ ص١٢٦، ١٣٦، ١٤٢ مواهب الجليل- ج٤ ص ١٤٨،١٤١..الفواكه الدواني- ج٢ ص٥٤.
(١٢) تكملة المجموع – ج١٦ ص ١٦٧، ٣٩٩، ٤٠٣. الإقناع – ج٢ ص١٢٦.
(١٣) المغني – ج٨ ص ٨٠. الإقناع – ج٤ ص ١٠٩. المبدع – ج٨ ص ١٠٠. الكافي – ج٣ ص ٢٩٣.
(١٤) المحلى – ج١٠ ص ٢٥٧.

والإيلاج، فيستحيل الحمل منه لهذا السبب، كما أن الثابت فقها وطبا أن الخصيتين أو اليسرى منهما هما محل الإخصاب من الرجل، ومتى قطعتا فقد العنصر الأساسي لتكوين الماء الذي يتكون منه الجنين، ولو فرضنا حدوث الماء منه فإنما ينزل ماءاً رقيقاً غير صالح للإنجاب[١].

القول الثاني: يلحق به النسب متى ولدته زوجته في فراشه ودقق له ماء ولو قليلا، وهو قول بعض الشافعية[٢]، والحنابلة[٣]، لأن أصل الماء الذي يتخلق منه الجنين هو الصلب، وبعموم حديث "الولد للفراش".

القول الثالث: إرجاع الأمر فيه إلى أهل المعرفة، وهو اختيار المالكية[٤].

ويظهر لي ترجيح القول بعدم لحوق النسب بالممسوح، لموافقته لما توصل إليه العلماء، وأيّده علم الأجنة في الطب الحديث ولضعف أدلة القولين الآخرين.

٣- الخصي: وقع الخلاف بين الفقهاء في إلحاق النسب بالخصي على أقوال:

القول الأول: أنه يلحق به النسب، وهو ما عليه الفتوى عند الحنفية[٥]، وإليه ذهب بعض الشافعية[٦]، والمالكية[٧] واحتجوا على ذلك بتصور الإيلاح منه لوجود ذكره، وهذا محتمل الحمل كالرجل الصحيح.

القول الثاني: أن الخصي إن أنزل ألحق به النسب، وإن لم ينزل لم يلحق به، وهو قول عند المالكية[٨]. وحجتهم أن الانزال هو مظنة حدوث الحمل، بغض النظر عن كون الخصية أدت وظيفتها أو لم تؤد، وذلك من باب الإحتياط في عدم إضاعة الأنساب

القول الثالث: يرجع فيه إلى أهل المعرفة، وهو قول بعض الشافعية[٩]، وبعض المالكية[١٠].

---

(١) مواهب الجليل- ج٤ ص١٤٨. حاشية الدسوقي- ج٢ ص٤٦٠.الهداية-ج٢ ص٢٧.المغني- نفس الموضع.
(٢) تكملة المجموع - ج١٦ - ص ١٦٨. الإقناع - ج٢ ص ١٢٦.
(٣) المبدع - ج٨ ص ١٠٠. الفروع - ج٩ ص ٢١٧.
(٤) حاشية الدسوقي - ج٢ ص ٤٦٠. الشرح الصغير - ج٢ ص ٢٦١.
(٥) المبسوط- ج٦ ص ٥٣، ١٠٤. حاشية ابن عابدين - ج٣ ص ٤٩٥ وما بعدها.
(٦) تكملة المجموع - ج١٦ ص ١٧٠.
(٧) حاشية الدسوقي - ج٢ ص ٤٦٨.
(٨) حاشية العدوي - ج٢ ص ٩٩. حاشية الدسوقي - ج٢ ص ٤٦٨. شرح الخرشي - ج٤ ص ١٢٤.
(٩) تكملة المجموع - ج١٦ ص ١٦٨.
(١٠) شرح الخرشي - ج٤ ص ١٢٤.

القول الرابع: أن الخصي لا يلحق به النسب وهو ما عليه الجمهور من الشافعية[١]، وبعض الحنفية[٢]، والصحيح من مذهب الحنابلة[٣]، والمعتمد عند المالكية[٤]، وحجتهم أن النسب يثبت لمن كان ماؤه صالحا للإنجاب، والخصي لا ينجب منه ما يتخلق منه الولد لفقده الموضع الذي يتكون فيه المني.

والذي نميل إلى ترجيحه هو القول الأخير لرجحان حجته.

٤ـ **المجبوب:** مذهب الجمهور هو إلحاق الولد بمقطوع الذكر مادام ينزل وكان قائم الخصيتين، لبقاء أوعية المني فيه، ويمكنه أن يساحق فينزل الماء الذي يخلق منه الولد[٥]. كما يمكن في الطب الحديث تعويض العضو المقطوع بأجهزة تمكن المجبوب من الإنجاب ما دام له ماء وخصيتاه سليمتان.

٥ـ **العنين:** في ثبوت نسب العنين من عدمه قولان:

القول الأول: لا يثبت به النسب وهو قول للحنابلة[٦]، ووجه عند الشافعية[٧] لعجزه عن الوطء والإنزال، ومن ثم فلا لعوق ولا نسب.

القول الثاني: يثبت به النسب وهو مذهب الحنفية[٨]، وجمهور الحنابلة[٩] لقيام آلته فيحتمل أن يصل بها إلى زوجته. وحاله أفضل من المجبوب الذي هو أبعد حالا في إيصال الماء إلى رحم المرأة منه.

والرأي الثاني بلحوق النسب من العنين هو المختار لاختلافه عن أصحاب العاهات الأخرى.

---

(١) تكملة المجموع – ج١٦ ص ١٧٠.
(٢) حاشية ابن عابدين – ج٢ ص ٥٨٦.
(٣) المبدع – ج٨ ص ١٠١. الكافي – ج٣ ص ٢٩٣.
(٤)حاشية الدسوقي– نفس الموضع. مواهب الجليل– ج٤ ص١٤٧، ١٤٨. شرح الخرشي– نفس الموضع.
(٥) المبسوط– ج٦ ص ٥٣. حاشية ابن عابدين – ج٣ ص ٤٩٦. شرح الخرشي– ج٤ ص١٤٣. حاشية الدسوقي – ج٢ – ص ٤٦٠. مواهب الجليل– ج٤ ص ١٤٧. مغني المحتاج – ج٣ ص ٣٨٠، ٣٩٦. المغني- ج٨ ص ٨٠. المبدع- نفس الموضع
(٦) المغني – ج٨ ص ٣٢٧. الفروع – ج٩ – ص ٢١٧. الكافي – ج٣ ص ٢٩٣.
(٧) السيوطي – الأشباه والنظائر – ص ٢٧١.
(٨) المبسوط – ج٥ ص ١٠٠، ١٠٤. شرح فتح القدير – ج٤ ص ٢٩٩. حاشية ابن عابدين – ج٢ ص ٥٩٤.
(٩) كشاف القناع – ج٥ ص ٤٠٧. الإقناع – ج٤ ص ١٠٦.

ب- الزواج الفاسد:

يعرف النكاح الفاسد بأنه الذي فقد شرطا من شروط الصحة، وذلك مثل العقد بلا شهود، ونكاح المعتدة، أو اقترن العقد بمدة معينة، واختلف الفقهاء في أنواع النكاح الفاسد، فمنها مجمع على فساده وغير مجمع على فساده.

ومن المقرر أن النكاح الفاسد لا اعتبار له، ولا تترتب على العقد نفسه آثار، وإنما الآثار تترتب على الدخول ومن أبرز تلك الآثار ثبوت النسب بسب الفراش. والفقهاء وإن كانوا متفقين على ثبوت النسب في الزواج الفاسد إلا أنهم اختلفوا في احتساب المدة فيه، فهل يثبت من وقت انعقاد العقد المشوب بالفساد، أو من وقت الدخول الفعلي؟

اتجه الشيخان أبو حنيفة وأبو يوسف [1] إلى اعتبار المدة من وقت العقد، كما هو المتبع في النكاح الصحيح قياسا عليه واحتياطا للنسب، ولأن أكثر صور الزواج الفاسد لا يكون سبب الفساد فيها ظاهرا معروفا وقت العقد.

أما الجمهور [2] فإنه تحسب من وقت الدخول لا العقد، وهو قول محمد بن الحسن من الحنفية، وهو المفتى به، لعدم صحة القياس المذكور، ولأن العقد الفاسد لا يحل به للمرأة أن تمكن زوجها من نفسها ولا تصير به المرأة فراشا، ومن ثم لا يعد بمجرده سببا لثبوت النسب وإنما يتحقق ذلك بالدخول الحقيقي، وهو ما نرجحه.

ج- الوطء بشبهة:

الوطء بشبهة هي أن يتصل الرجل بامرأة اتصالاً جنسياً غير مبني على عقد زواج صحيح أو فاسد أو ملك يمين، بل يكون مبنياً على ظن وشبهة عنده تفيد الحل والمشروعية مع أنه في الحقيقة ليس كذلك. والوطء بشبهة مسقط للحد وتنمحي به وصف الجريمة، وتثبت به حرمة المصاهرة، وهو وطء اعتقد الواطئ حله فلحق به النسب كالوطء في النكاح الفاسد، وفارق وطء الزنا في أنه لا يعتقد الحل فيه.

فإذا عقد رجل على امرأة دون أن يراها وزفت إليه امرأة أخرى ودخل بها، وهو يعتقد أنها زوجته، فإنه يعتبر وطئاً بشبهة يثبت به النسب، وهذا إذا أتت به بعد مضي ستة أشهر فأكثر من وقت الوطء، وألا تزيد المدة عن أقصى مدة الحمل، أما إذا أتت به قبل مضي أقل مدة للحمل من

---

(١) تبيين الحقائق- ج٢ ص ١٥٣. حاشية ابن عابدين- ج٣ ٥١٦. البحر الرائق - ج٣ ص ١٧١. الهداية - ج١ ص ١٥٣.

(٢) المدونة - ج٢ ص ٤٤٨. المغني - ج٩ ص ١٤٩. المحلى - ج١٠ ص ٣٦.

تاريخ المخالطة، فلا يثبت به النسب إلا إذا ادعاه، ويحمل الأمر هنا على أنه قد اتصل بها قبل ذلك بناء على شبهة أخرى[1].

وهل يشترط الدعوى لثبوت النسب في شبهة الفراش؟

ما عليه الأحناف أن النسب لا يثبت بشبهة الفراش وحدها بل لابد أن يدعيه الرجل، لأن شبهة الفراش لا تكفي وحدها لثبوت النسب بل لابد من أن تتقوى بدعواه، أما الأئمة الثلاثة فيكتفون بشبهة الفراش، لأنها تعمل عمل الحقيقة فيما هو مبني على الاحتياط.

أما الزواج الباطل فهو عقد معدوم لا يرتب أي أثر شرعي من آثار الزواج الصحيح، سواء حصل دخول أو لم يحصل دخول، فالاتفاق حاصل بين الفقهاء أنه لا يثبت به نسب، لأن الوطء فيه زنى[2].

خامسا: ثبوت النسب بعد الفرقة (إعمال مدة الحمل بشأن المولود بعد الفرقة):

ما تقدم جميعه بالنسبة لإثبات النسب بسبب الفراش القائم حقيقة، إلا أن الأمر قد يتغير بعض الشيء بالنسبة لثبوت النسب بعد الفرقة، سواء كانت الفرقة من طلاق رجعي أو من طلاق بائن، أو من وفاة، ويختلف حكم ثبوت نسب المولود في كل نوع من تلك الفرق، وذلك على التفصيل الآتي:

النوع الأول: نسب ولد المفارقة بعد العقد وقبل الدخول:

اختلف الفقهاء فيمن طلق زوجته بعد العقد ولم يبن بها، ولم تحصل خلوة بينهما إلى قولين:

القول الأول: أنه إذا أتت المرأة هذا حالها بولد لستة أشهر من العقد لم يلحق به، كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر للتأكد من أنها حملت به قبل إجراء العقد، وهو مذهب الشافعية[3]، والمالكية[4]، والحنابلة[5]. وأساس قولهم أنه لا يصح ثبوت النسب إلا بعد التيقن من أن الحمل من هذا الزوج، وهذا الشرط منتفي لانتفاء شرط إمكان الوطء أو التلاقي لقوله صلى الله عليه وسلم:

---

(١) حاشية ابن عابدين- ج٢ ص ٦٠٧. حاشية القليوبي – ج٤ ص ٣٥٠، المحلى – ج٣ ص ٢٤٣. المغني- ج٧ ص ٤٣١، ٤٣٢. وذكر فيه قول مرجوح عند الحنابلة أنه لا يلحق بالواطئ بشبهة نسب لأنه لا يستند إلى عقد فلم يلحق الولد فيه كالزنى.

(٢) فتح القدير– ج٤ ص ١٤٧. حاشية ابن عابدين – ج٢ ص ٦٣٣. جواهر الإكليل – ج٢ ص ٢٨٣. المهذب – ج٢ ص ٤٤١. المغني– ج٢ ص ٢١١. الكافي – ج٣ ص ٣٦. المحلى – ج١١ ص ٣٦.

(٣) المهذب – ج٣ ص ٧٩

(٤) المدونة – ج٣ ص ١١٨.

(٥) كشاف القناع – ج٥ ص ٤٢. المبدع – ج٨ ص ٩٩.

"الولد للفراش".

القول الثاني: يثبت نسب الولد إلى الزوج لو عقد عليها ثم طلقها قبل الدخول بها وأتت به لستة أشهر من وقت الطلاق، أما إذا جاءت به لأكثر من ستة أشهر من تاريخ الطلاق فلا يثبت، وهو مذهب الحنفية[1]، وسندهم في ذلك أن النسب يثبت بمجرد العقد.

ولاشك أن قول الجمهور في عدم ثبوت الولد من المطلق إذا جاءت لستة أشهر أو أكثر من وقت الطلاق هو الراجح والمتفق مع الواقع والعقل، و إلا كيف تقبل الشريعة نسبا لم يحدث فيه تلاق.

النوع الثاني: نسب ولد المفارقة بعد الدخول:

حتى يثبت نسب المولود بعد الفرقة وبعد الدخول، فإنه يلزم أن يكون قد ولد خلال مدة معينة، وقد اختلف الفقهاء حول تحديد بدء سريانها، ولعلّ مرد الإختلاف هو التمييز بين نوع الفرقة من عدمه.

أ- الإتجاه القائم على عدم التمييز بين نوع الفرقة:

وهذا الإتجاه يمثله أكثر الفقهاء الفقهاء منهم المالكية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة[4] في بعض المسائل، ويرى هذا الاتجاه أنه لا فرق بين ولد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها، ولا بين المطلقة رجعياً والمطلقة بائناً, ولا بين أن تكون العدة واجبة أم غير واجبة، فمتى كانت المدة المنقضية بين الطلاق أو الوفاة وبين الولادة هي أقصى مدة للحمل، فإن النسب يثبت من المطلق أو من الزوج المتوفى، ولا ينتفي إلا باللعان، باعتباره الإجراء الشرعي لنفي النسب في هذه الأحوال، والعكس من ذلك فيما إذا كانت المدة المنقضية بين الطلاق أو الوفاة، وبين الولادة أكثر من الحد الأقصى لمدة الحمل، فلا يثبت النسب تلقائياً وينتفي تلقائيا بغير لعان[5].

وتطبيقا لذلك قال المالكية فيمن طلقت وأقرت بانقضاء عدتها، وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم وطئها الثاني، فإن الولد يكون للزوج الأول صاحب العدة لتيقن العلوق منه، فينفسخ بذلك الزواج الثاني حتى لو كذبت الزوجة الزوج لاحتمال أنها كانت حاملا وقت الطلاق، وأنها

---

(١) المبسوط – ج٦ ص ٥٢. بدائع الصنائع - ج٤ ص ٢٠٤٦.البحر الرائق – ج٤ ص ١٦٩، ١٧٠.

(٢) المدونة – ج٢ ص ٤٤٢. مواهب الجليل – ج٤ ص ١٤٩. الشرح الصغير – ج٢ ص ٦١٣.

(٣) الأم – ج٥ ص ٣٢١. نهاية المحتاج – ج٧ ص ١٣٠.

(٤) الكافي – ج٣ ص ٢٩٤. المبدع – ج٨ ص ٩٩. الكافي – ج٣ ص ٢٩٥.

(٥) وذلك لأن اللعان يمين، واليمين جعلت للتحقق من أحد الجانزين، أو نفي أحد المحتملين، وما لا يجوز لا يحتاج إلى نفيه. الكافي- ج٣ ص ٢٩٤.

حاضت أثناء الحمل على اعتبار أن الحامل قد تحيض عند المالكية فلا يعتد بإقرارها.

والعكس من ذلك فيما لو أتت به لأكثر من ستة أشهر من يوم وطئها الثاني، فإن الولد يلحق بالثاني قطعاً دون الأول. وبمثله أيضا إذا لم تتزوج فيعمل بأقصى مدة الحمل التي ذكرها المالكية وهي أربع سنين، وقيل خمس سنين. هذا وسواء كانت المطلقة رجعيا قد أقرت بانقضاء عدتها أو لم تقر، والبائنة في ذلك كالرجعية[1].

ومذهب الشافعية في ذلك كمذهب المالكية إلا أنهم قرروا بشأنه "إذا أقر الزوج بالولد الذي حملت به وأتت به متجاوزة مدة أقصى الحمل، وهي أربع سنوات، فإن الولد يثبت للزوج بإقراره ويحمل على أنه راجعها في العدة "[2]، أما إذا ولدت لأكثر من أربع سنين، قالوا منفي عنه بلا لعان[3]، وحكم الرجعية كالبائنة عندهم أيضا[4].

واعتبر الحنابلة احتساب أقصى مدة الحمل وهي أربع سنين من وقت الطلاق، فلو طلقها طلاقا رجعيا فولدت لأكثر من أربع سنين منذ طلقها وقبل نصف سنة منذ أخبرت بفراغ العدة لحقه نسبه، أو ولدت لأقل من أربع سنين منذ انقضت عدتها، لحقه نسبه أيضا، لأنها في حكم الزوجات.

أما إذا لم تقر بانقضاء العدة وكانت ولادتها لأربع سنين أو خلالها، أو أقل منها فإن النسب يلحق بالمطلق إن كانت الولادة لأربع سنين من وقت الطلاق، أما إن أتت به لأكثر من أربع سنين، فإن الولد لا يلحق به قطعاً وينتفي عنه بغير لعان[5].

ب- الإتجاه القائم على التمييز بين نوع الفرقة:

وهو اتجاه الحنفية ويرى أن ثبوت النسب يتوقف على ولادة المولود خلال مدة معينة، إلا أن هذه المدة تختلف في قدرها وفي بدء سريانها باختلاف نوع الفرقة، وتبعا لوجوب العدة من

---

(١) مراجع المالكية السابقة- نفس المواضع.

(٢) مراجع الشافعية السابقة- نفس المواضع. وهل تحتسب مدة الأربع سنوات من وقت الطلاق أم من وقت انقضاء العدة، في المسألة قولان، الأول: أنها تحسب من وقت الطلاق، لأنها كالبائن في تحريم الوطء فلا يؤثر كونها زوجة في معظم الأحكام، وهذا القول هو الأظهر.الثاني: أنها تحسب من وقت انقضاء العدة وهو الأصح عند الكثيرين وحكوه عن الشافعي. روضة الطالبين- ج٦ ص ٣٥٤، ٣٥٥.

(٣) هذا إذا نفاه الزوج صدق بيمينه وعليها البينة، فإذا صدقها لزمها مقتضى إقراره ولحقه الولد، أما إذا نكل هل يقضى عليه بنكوله أم ترد اليمين عليها، في المسألة قولان عند الشافعية:

الأول: وهو المشهور في المذهب أنها تحلف ويثبت النسب لها، وليس للزوج إلا طريق اللعان في نفيه.

الثاني: إذا نكل لا ترد اليمين عليها، لبعد حلف الشخص لفائدة غيره . روضة الطالبين- ج٣ – ص ٢٤١.

(٤) وسواء أقرت بانقضاء عدتها ثم ولدت أم لم تقر، لأن النسب حق الولد فلا ينقطع بإقرارها. المرجع السابق.

(٥) كشاف القناع – ج٥ ص ٤٢٢. الكافي – ج٣ ص ٢٩٤. المبدع – ج٨ ص ٩٩.

عدمه، وتبعا لذلك ميّزوا بين نسب ولد المطلقة طلاقا رجعيا، وبين نسب ولد المطلقة طلاقا بائنا.

١- نسب ولد المطلقة طلاقا رجعيا: طبقا للمذهب الحنفي يثبت نسب ولد المطلقة رجعيا من المطلق فيما إذا لم تقر بانقضاء عدتها، أو أقرت بانقضائها في حالتين:

الحالة الأولى: إذا لم تقر بانقضاء عدتها: لو جاءت بولد فإنه ينسب للزوج، سواء جاءت به قبل أو بعد مضي أقصى مدة للحمل، لأنها لا تحرم عليه، فيكون له أن يخالطها وتحصل الرجعة بذلك، ويلحق الولد بالزوج.

فإن جاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الطلاق بانت من زوجها بالولادة لانقضاء العدة، وثبت نسبه منه لوجود الحمل في الرحم قبل الطلاق، والذي لم يمض عليه أكثر مدة الحمل وهي سنتان. وإن جاءت به لأكثر من سنتين من وقت الطلاق ثبت نسبه أيضا، ويحمل ذلك على أنه وطئها في العدة، ويكون دليلا على مراجعته لها في مدة العدة، وأنها ممتدة الطهر، فيكون العلوق حدث بعد الطلاق قطعا، حملا لحال المرأة على الصلاح، وتصحيحا لنسب الولد ما أمكن[١].

الحالة الثانية: إذا أقرت بانقضاء عدتها[٢]: وكانت المدة التي انقضت بين الإقرار والولادة أقل من ستة أشهر، فينسب الولد للمطلق للتأكد من قيام الحمل وقت الإقرار، أما عن إقرارها بانقضاء العدة فيحمل على خطئها في التقدير أو كذبها فيه.

أما إذا كانت المدة المنقضية بين الإقرار والولادة ستة أشهر فأكثر، فلا يثبت النسب بل ينتفي تلقائياً من غير لعان، لعدم التيقن من أن الحمل كان قبل الإقرار، فكما يحتمل أن يكون الولد من المطلق يحتمل أيضاً أن يكون من غيره، ويقوى الاحتمال الثاني بإقرار المرأة بانقضاء عدتها، وهي مصدقة في إقرارها، لأنها أمينة على ما في رحمها، في حين يضعف الاحتمال الأول. ولأن الأمر قائم على الظن والاحتمال لا اليقين، فقد قرر الأحناف[٣] أنه إذا ادعاه المطلق ولم يصرّح أنه من الزنا ثبت به نسبه منه.

٢- نسب ولد المطلقة بائنا أو المتوفى عنها زوجها: طبقا للمذهب الحنفي يثبت نسبهما في حالتين:

الحالة الأولى: إذا أقرت بانقضاء العدة، فيشترط توفر شرطان:

الأول: أن تكون المدة المنقضية بين وقت الإقرار ووقت الولادة أقل من ستة أشهر، وذلك للتيقن من حدوث الحمل قبل انقضاء العدة، وظهور كذبها أو خطئها في تقدير العدة. أما إن جاءت

---

(١) المبسوط – ج٦ – ص ٥٢. بدائع الصنائع – ج٤ – ص ٢٠٤٦.

(٢) مع الإشارة إلى أن تكون قد مضى على تاريخ الطلاق الرجعي فترة تكفي لانقضاء العدة.

(٣) البحر الرائق – ج٤ ص ١٧٠. المبسوط – ج٦ ص ٤٦.

به لستة أشهر أو أكثر من وقت الإقرار، فلا يثبت نسبه به، لأن المدة تحتمل أن يكون العلوق حدث بعد ذلك.

الثاني: أن تكون المدة المنقضية من تاريخ الطلاق أو الوفاة وحتى الولادة هي أقصى مدة للحمل (سنتان)، وذلك للتيقن من قيام الحمل قبل الطلاق.

الحالة الثانية: إذا لم تقر المعتدة من طلاق بائن أو المتوفى عنها زوجها بانقضاء عدتها، فإنه يثبت نسبه من زوجها بشرط أن تأتي به قبل مضي أقصى مدة للحمل من تاريخ الطلاق أو الوفاة، وذلك لاحتمال أن يكون العلوق حاصل من قبل الطلاق أو الوفاة، فيثبت نسبه بالفراش احتياطا.

أما إذا لم تأت به لأقصى مدة الحمل، فإنه لا يثبت نسبه بالفراش، إلا إذا ادعاه الزوج أو ورثة المتوفى، فإن ثبوته يكون بالإقرار متى توفرت شروطه – كما سيأتي-[1].

٣- الاتجاه الذي تبناه القانونان المصري والجزائري بشأن ثبوت النسب بعد الفرقة:

نصت المادة ٥ من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ أنه: "لا تسمع عند الإنكار دعوى النسب.. ولا لولد المطلقة والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق أو الوفاة".

فالمادة - كما سبق وأن بينا – جاءت بقيد على دعوى النسب مقتضاه عدم سماع دعوى النسب لولد المطلقة رجعيا أو بائنا، والمتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من تاريخ الطلاق أو الوفاة، لا تسمع عند الإنكار، فأخذت في هذه الحالة باتجاه الجمهور بوضع حكم موحد لجميع حالات الفرقة وعدم التمييز تبعا لكل نوع[2].

أما إذا لم يكن هناك إنكار من المطلق أو ورثة الزوج، فإن الدعوى تكون مسموعة والحكم

---

(١) وقد اختلف الحنفية في أن أقصى مدة الحمل وهي السنتين هل تأخذ حكم الأقل فيثبت به النسب إذا كانت الولادة لتمامها من تاريخ الطلاق لاحتمال أن يكون العلوق مقارنا للطلاق؟ أم أن حكم السنتين هو حكم الأكثر، فلا يثبت به النسب إذا جاءت بالولد لتمام السنتين من تاريخ الطلاق، لاحتمال الحمل بعد الطلاق؟ في المذهب قولان، والفتوى على الثاني . البدائع- ج٤ ص٤٨٥. تبيين الحقائق – ج٣ ص٤٢. البحر الرائق-ج٤ ص١٧٠، ١٧٤.المبسوط-ج٦ ص٤٧.الهداية- ج٢ ص٣٤. حاشية ابن عابدين- ج٣ ص٥٤٢.

(٢) ومن تطبيقات ذلك ما قضت به محكمة النقض بأن: "الطاعن قد ولد بعد ست سنوات من الطلاق، وقد أنكره مورث المطعون عليهم حال حياته، كما أنكر قيام أية علاقة زوجية جديدة بينه وبين والدة الطاعن بعد الطلاق، وكان الحكم قد دلل على عدم قيام الزوج ة بعد الطلاق على أسباب سائغة، فإن النعي على الحكم بالخطأ في تطبيق القانون يكون على غير أساس" . طعن رقم ١ لسنة ٤١ ق-أ.ش- جلسة ١٩٧٥/١/٢٩.

الواجب التطبيق هو الراجح من المذهب الحنفي في نسب ولد المفارقة بعد الدخول[1].

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد نصت المادة ٤٣ قا. أ على أنه: "ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة (١٠) أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة". فالنص قد وضع حكما موحدا، أنه إذا كانت المدة المنقضية بين الطلاق أو الوفاة وبين الولادة هي أقصى مدة للحمل، وهي عشرة أشهر، فإن النسب يثبت من المطلق أو المتوفى، ولا ينتفي بغير لعان، وبالعكس من ذلك فيما إذا كانت المدة بين الطلاق أو الوفاة وبين الولادة أكثر من عشرة أشهر، فإن الولد لا ينسب لأبيه، فالحكم الذي قرره النص لم يفرق تبعا لنوع الفرقة، ومن غير اعتبار لإقرار الزوجة بانقضاء عدتها، أو عدم إقرارها بذلك، وهو مذهب جمهور الفقهاء مع اختلافه عنهم في الحد الأقصى لمدة الحمل.

الفرع الثاني: الإقرار

بيّنا في الفرع السابق ثبوت النسب بالفراش حال قيام الزوجية أو بعد انتهائها، وعرفنا الأصول التي تتفرع عنها المسائل في هذه الناحية وما ترجح لدينا من آراء الفقه الإسلامي، والفراش وإن كان سببا منشئا للنسب فإنه مثبت له أيضا، أما غيره من طرق الإثبات الأخرى فإنها مظهرة وكاشفة له.

وسنتكلم في هذا الفرع عن الإقرار كأحد الأدلة الرئيسية – بعد الفراش – في إثبات النسب، فنتناول أنواع الإقرار وشروط كل نوع، وكذا إقرار المرأة بالولد وحكم الفقه الإسلامي منه.

والإقرار بالنسب ويسمى أيضا بالدعوى، ويعبر عنه المالكية بالإستلحاق، هو إخبار الشخص بثبوت رابطة نسبية بينه وبين شخص آخر.

أولا: أنواع الإقرار وشروطه:

ينقسم الإقرار إلى قسمين:

أ- إقرار مباشر ليس فيه تحميل النسب على الغير: وبعبارة أخرى لا يكون فيه واسطة بين المقر والمقر له، ولا يكون إلا بالإقرار بالبنوة أو الأبوة المباشرة أو الأمومة المباشرة، كأن يقر بأن هذا الولد ابنه، أو أن هذا الرجل أبوه، أو أن هذه المرأة أمه، وهو الأصل في الصلات النسبية، فمتى ثبتت الأبوة أو البنوة تثبت بعد ذلك سائر صلات القرابة الأخرى غير المباشرة، من الأخوة والعمومة وغيرها. هذا ما عليه جمهور الفقهاء، خلافاً للمالكية الذين قصروا الإقرار بالنسب

---

(١) د. محمد سلام مدكور- المرجع السابق – ص٤٣. محمد عزمي البكري- المرجع السابق– ص ٥٣٨، ٧٣٥.

المباشر على الإقرار بالولد وسموه استلحاقا، أمّا عدا الإقرار بالولد فهو إقرار بنسب غير مباشر [1].

إقرار غير مباشر: يتضمن تحميل النسب على الغير: أو بعبارة أخرى الإقرار بقرابة يكون فيها واسطة بين المقر والمقر له، مثل أن يقر بأخوة فلان أو عمومته أو خؤولته، إلى غير ذلك مما يتفرع عن أصل النسب، وهذا النوع من الإقرار يستلزم كما في المثال الأول أن يكون المقر له ابنا لوالد المقر أولا، ثم ينتج عنه أن يكون أخا للمقر ولسائر إخوته[2].

ويشترط لصحة الإقرار بالنسب بنوعيه – عدا الشروط العامة – عدة شروط يجب توافرها حتى تترتب عليه آثاره، اتفقوا في معظمها، واختلفوا في اليسير منها.

ب- شروط الإقرار بالنسب المباشر:

ب-١- الشروط المتفق عليها:

١- أن يكون المقر له بالبنوة مجهول النسب: لأن النسب متى ثبت لشخص لا يقبل الفسخ أو الانتقال لآخر[3]. واختلف في اعتبار الشخص مجهول النسب، هل العبرة بالبلد الموجود فيه أم ببلد مولده، قولان في الفقه:

أحدهما: أن مجهول النسب هو الذي لا يعلم له أب في البلد الذي ولد فيه، لأنه إذا كان ثابت النسب في البلد الذي هو فيه، فيعتبر معروف النسب في جميع البلاد وأمام جميع الناس، ولا يتصور ثبوت نسب من شخصين في آن واحد[4].

وثانيهما: أن يكون مجهول النسب في البلد الذي هو فيه، لأن البحث عنه في بلد ولادته فيه من المشقة والعسر، وقد يصعب معرفة ذلك أو يستحيل[5].

ولنا أن هذا القول قد كان له وجهه - للعلة المذكورة - في ذلك الزمان، أما اليوم فاحتمال

---

(١) أقرب المسالك – ج٢ ص ١٩٥.

(٢) بدائع الصنائع – ج١٠ ص٤٦٠٥ وما بعدها. الهداية وتكملة فتح القدير– ح٧ ص ١٣. حاشية ابن عابدين – ج٤ ص ٤٨٥. المغني – ج٥ ص ٣٢٧.

(٣) تكملة الفتح- ج٧ ص١٤. مغني المحتاج- ج٢ ص٢٥٩. المغني- ج٥ ص١٦٥. كشاف القناع- ج٦ ص ٤٦٠. الفروع – ج ٩ ٢٢٩.

(٤) مجمع الأنهر – ج٢ ص ٣٠٤. الدر المختار – ج٢ ص ٢٣١. رد المحتار – ج٤ ص ٦٤٢.

(٥) ورجح بعض مشايخ الحنفية هذا القول، وعللوا ذلك بأنه يترتب على الأخذ بالرأي الأول أن المغربي إذا انتقل إلى بلد في المشرق ووقعت له حادث يلزم البحث عن نسبه في المغرب، وفي هذا من الحرج ما لا يخفى، والحرج مدفوع شرعا.. حاشية ابن عابدين – ج٤ ص ٤٨٥.

الحرج الذي يترتب على البحث في البلد الذي ولد فيه الشخص أصبح قليلاً أو غير موجود الآن، بعد سهولة الاتصال بين البلاد المختلفة رغم بعد المسافات بينها، حيث يسهل التعرف على الأشخاص في البلاد التي ولدوا فيها. وهو ما يحملنا على تأييد القول بعدم الإكتفاء في الحكم بجهالة النسب في عدم معرفة الأب في البلد الذي يوجد الشخص فيه، بل لابد ألا يكون له أب معروف في البلد الذي ولد فيه، دفعاً للحرج وتحوطاً في إثبات النسب(١).

ويستثنى من شرط الجهالة هذا، الولد الذي حكم القاضي بنفيه من أبيه بعد إجراء اللعان بينه وبين زوجته، فهذا الولد وإن أصبح مجهول النسب بعد اللعان، إلا أنه يحتمل أن يرجع الملاعن ويكذب نفسه فيما ادعاه من النفي، فيثبت النسب منه، ولتوقع هذا الإحتمال اعتبر الولد كأن له أبا معلوما، ومن كان هذا حاله لا يصح الإقرار ببنوته، ويستمر ذلك إلى وفاة المقر، وحينئذ يتأكد زوال هذا الإحتمال، ويصح الإقرار بنسبه للتأكد من جهالته حينئذ.

واستثنى المالكية من مجهول النسب من كان لقيطا فلا يصح استلحاقه إلا ببينة أو قرينة تقرب احتمال أبوة المستلحق له، وضربوا لذلك مثلين:

الأول: حالة المجاعة، فربما ألقى الأبوان ابنهما رجاء أن يلتقطه من يتولى كفالته والإنفاق عليه.

الثاني: أن يكون ممّن لا يعيش له أولاد فيطرحه لأجل أن يعيش.

فيثبت نسب الملقوط في هاتين الصورتين بمجرد إقرار المستلحق، ولا يتوقف على ثبوت البنوة بالبينة(٢).

٢- ألا يكذبه الحس والعقل: بأن يكون المقر له ممن يولد مثله لمثل المقر(٣)، ومثل تكذيب الحس أن يكون المقر ببنوته أسن من المقر أو مثله في السن، أو مقاربا(٤). ومثله أيضا من قطع

---

(١) أنظر في هذا الرأي: محمد أمين الغزالي – المرجع السابق – ص ٤٥، زكي الدين شعبان – المرجع السابق- ص ٥٥٥. وهو ماعليه قضاء النقض: الطعن رقم ٢ لسنة ٤٣ ق -أ.ش- جلسة ١٩٧٦/٣/١٠.

(٢) المدونة – ج٣ ص ٣٣٥، ٣٣٦. حاشية الدسوقي – ج ٣ ص ٤١٢.

(٣) بدائع الصنائع- ج١٠ ص ٤٦٠٥. الهداية والعناية وتكملة الفتح- ج٧ ص ١٤. مجمع الأنهر– ج٢ ص٣٠٤. شرح الخرشي– ج٦ ص ١١٠. حاشية الدسوقي – ج٣ ص ٣٦١. بلغة السالك– ج٢ ص ١٨١. مواهب الجليل – ج٥ ص٢٣٨. روضة الطالبين- ج٤ ص ٦١. مغني المحتاج– ج٢ ص ٢٥٩. المغني- ج٥ ص ١٦٥. كشاف القناع- ج٦ ص ٤٦٠. الكافي- ج٤ ص ٥١٧.

(٤) واختلف في الحد الفاصل لفارق السن بين المقر والمقر له، لكي يندفع معه احتمال الكذب، فمذهب الحنفية هو اثنتي عشرة سنة ونصف على الأقل إذا كان المقر رجلا، وتسع سنين ونصف إذا كان امرأة. أما مذهب الشافعية والحنابلة فهو أن يكون الرجل أكبر منه بعشر سنوات ونصف، والمرأة بتسع سنوات. في حين أطلق كثير من =

عضوه التناسلي أو خصيتيه من زمن متقدم على زمن الحمل به، وتقرر طبا القطع بانتفاء قدرته على الإنجاب، فلا يثبت نسبه. ومثل تكذيب العقل من ادعى بنوة ولد ببلد بعيد لم يدخله قط.

٣- ألا يصرح المقر بأن الولد ابنه من الزنا أو التبني: فإذا صرح في إقراره بذلك لا يثبت النسب به، لأنه نفى الفراش، وعلى المقر أن يبين سببا مشروعا من أسباب ثبوت النسب، أو يكون إقراره مجردا من غير نسب، فيحمل حينئذ إقراره على أنه يستند إلى سبب مشروع، ويتحمل تبعة مسئولية إقرار ذلك ديانة. هذا عند الجمهور، أمّا المالكية فلم يشترطوا في هذه الحالة على المقر أن يبين وجه النسب، حتى ولو كان الظاهر يكذبه[١]. وهذا الرأي أحوط للأنساب والحقوق المترتبة عليها.

ب-٢- الشروط المختلف فيها:

١- تصديق المقر له: اشترط الحنفية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤] أن يصدق المقر له إذا كان يعبر عن نفسه، بأن كان بالغاً عاقلاً، فيكون قوله معتبراً، لأنه في يد نفسه بلا خلاف، فلو كذبه لم يقبل، لأن هذا تعارض، والإقرار حجة لا تقبل التعارض[٥]، كما أن للمقر حقا في نسبه وهو أعرف به من غيره، فضلا عن أنه يترتب على ثبوت النسب حقوق بين طرفيه كثبوت الإرث ولزوم النفقة وغيرها، وفي بعضها مشقة على المقر له، لذا كان لابد من التزام المقر له بها حتى لا يتضرر بخلاف الإقرار بالمال، إذ هو نفع محض له، فلا حاجة له بشيء من الإلتزام ونحوه[٦].

ولا يشترط في التصديق أن يكون في مجلس الإقرار، بل يصح في أي وقت، حتى ولو كان بعد موت المقر، لتعلق حق المقر له بالنسب، فلا يملك المقر له الرجوع عنه، ويبقى قائما مادام المقر له حيا، فإن مات قبل التصديق بطل الإقرار، لانتفاء الفائدة من بقائه حينئذ.

أما إن كان المقر له مميزا، بأن كانت سنه سبع سنوات فأكثر ولم يبلغ، فمذهب الحنفية هو

= الفقهاء القول بإمكان ولادة مثله لمثله ولم يحددوا سنا دون البلوغ – المراجع السابقة.

(١) حاشية الدسوقي – ج٣ ص ٢١٨.

(٢) مجمع الأنهر – ج٢ ص ٣٠٤. تكملة ابن عابدين– ج٢ ص ١٦٨. بدائع الصنائع – ج١٠ ص ٤٦٠٦.

(٣) روضة الطالبين- ج٤ ص ٦١.

(٤) كشاف القناع – ج٦ ص ٤٥٦. المغني– ج٥ ص٣٢٧. الكافي – ج٤ ص ٥٩٧.

(٥) ولا يبطل الإقرار بهذا التكذيب فلو رجع المقر له وصدق المقر في إقراره تم الإقرار وثبت النسب به. لأن الإقرار بالنسب لا يبطل بالرد وهذا بخلاف الإقرار بالحقوق المالية، فإنه يبطل بالرد من المقر له – تكملة حاشية ابن عابدين – ج٢ ص ١٤٠. ابن نجيم – الأشباه والنظائر – ص ٢٥٥.

(٦) تكملة الفتح – ج٧ ص ١٤.

اشتراط تصديقه أيضا لأنه في يد نفسه فلا تبطل إلا برضاه، بخلاف الصغير لأنه في يد غيره[1].

ومذهب الشافعية[2]، والحنابلة[3] هو ثبوت نسبه من غير اعتبار لتصديقه، لأن الصغير وإن كان مميزا، فلا يعتد بقوله ولا يعول على تصرفه، لأنه لا يدرك خطورة ما يتعلق بالإقرار بنسبه من وجوب الالتزامات عليه.

وهو ما ينبغي أن يراعى في الإقرار بنسب الصبي المميز، لأن التصديق إنما ينبعث عن عقل ناضج، كما أن من مصلحته ثبوت نسبه دون توقف على التصديق حتى يستفيد بوجوده من يتعهده، ويصان من الضياع المادي والأدبي.

أما إذا بلغ الصبي أو أفاق المجنون وكذب نفسه وأنكر النسب، فعلى الصحيح من مذهب الحنابلة[4]، والراجح من قولي الشافعية[5]، عدم إبطال النسب، لأنه يحتاط له، فلا يندفع بعد ثبوته كالثابت بالبينة.

وفي القول الثاني للشافعية[6] أنه يبطل بالإنكار بعد البلوغ، وعللوا ذلك بأن النسب حكم به في وقت لم يكن المقر له أهلا للإنكار، وقد صار بالبلوغ أهلا، فيقبل قوله، والأحكام تدور مع عللها وجودا وعدما.

وهذا الوجه المذكور من الشافعية وإن كان له وجاهته، إلا أن الراجح هو عدم قبول الإنكار حفاظا على مصلحة الولد، واحتياطا للنسب الذي ليس بمال.

أما مذهب المالكية فلا اعتبار فيه للتصديق من المُستَلحَق ولو أكذبه الولد[7].

٢ - حياة المقر له: اختلف الفقهاء في اشتراط حياة المقر له، وقت الإقرار على قولين:

القول الأول: يشترط أن يكون المقر له حيا وقت الإقرار، ذهب إلى ذلك الحنفية[8]، وأيضا

---

(١) بدائع الصنائع- ج ١٠ ص ٤٦٠٦. الهداية والعناية وتكملة الفتح- ج٧ ص ١٤. تكملة ابن عابدين – ج ٢ ص١٦٨.

(٢) روضة الطالبين – ج٤ ص ٦١. مغني المحتاج – ج٣ ص ٣٠٤.

(٣) المغني- ج٥ ص ٣٢٧. الكافي – ج٤ ص ٥٩٧.

(٤) الإنصاف – ج١٢ ص ١٤٩. المغني – ج٥ ص ١٦٦.

(٥) مغني المحتاج – ج٢ ص ٢٥٩.

(٦) المرجع السابق – ج٢ ص ٢٦٠.

(٧) تبيين المسالك- ج٤ ص ٨٧. شرح الخرشي- ج٦ ص ١٠٠. مواهب الجليل- ج٥ ص ٢٣٨، وجاء فيه: "إذا أقر الرجل بابن جاز إقراره ولحق به صغيرا كان أو كبيرا". المدونة- ج٣ ص ٣٣٦ وفيها: "ومن ولد عنده صبي فأعتقه ثم استلحقه بعد طول الزمان لحق به وإن أكذبه الولد".

(٨) المبسوط – ج١٧ ص ١٧.

المالكية[1]، إذا كان له مال كثير، وإن لم يكن ذا مال لحقه.

القول الثاني: لا يشترط أن يكون المقر حيا وقت الإقرار، وهو مذهب جمهور الفقهاء الشافعية[2]، والحنابلة[3]، والمالكية في قول[4].

استدل القائلون بحياة المقر له، بأن الإنسان لا يكون محتاجا إلى ثبوت النسب إلا في حياته ليشرف به، أما بعد الوفاة فلا فائدة من إثباته، ولا يكون القصد منه إلا إثبات الحق في الميراث، فيكون متهما في دعواه، وتكون التهمة ظاهرة إذا كان المقر له الميت ذا مال، واستثنى الحنفية من ذلك ما إذا ترك الولد الميت ولدا ثبت نسبه من المقر، وتبعه نسب ابنه لحاجته في ثبوته ورعاية لمصلحته، وإن لم يكن ترك ولدا، لم يصح استلحاقه، ولم يثبت نسبه، ولا يرث منه المدعي شيئا، لأن نسبه منقطع بالموت، فلم يصح إقراره[5].

واستدل الجمهور على عدم اشتراط حياة المقر له وقت الإقرار، بضرورة الاحتياط في النسب مهما كانت الأحوال، وإن كان الميت ذا مال، فهو إنما يدعي النسب والميراث، والمال تبع له، لذلك لم تمنع التهمة لحوقه، والشارع يتشوف إلى ثبوته بالإقرار أو غيره متى أمكن ذلك[6].

- **في الإقرار بالوالدين:** يصح إقرار الرجل بالأب، وكذا الأم في المشهور لدى الجمهور، لأنه يقر بما يلزمه هو، وليس في إقراره تحميل النسب على الغير، ويشترط لصحة ذلك تصديق المقر بنسبه، وهو الوالد للمقر، وأن يولد مثل الوالد المقر له بنسبه، وأن يكون المقر مجهول النسب[7].

ج- شروط الإقرار بالنسب غير المباشر:

إن مثل هذا الإقرار فيه تحميل النسب على الغير، ففي الإقرار بولد الابن أو البنت تحميل

---

(١) الشرح الكبير – ج٣ ص ٤١٣.

(٢) مغني المحتاج – ج٢ ص ٢٦٠. تكملة المجموع – ج١٨ ص ٥٦٣.

(٣) المغني – ج٥ ص ١٢٧. الكافي – ج٤ ص ٥٩٧.

(٤) بلغة السالك – ج٢ ص١٨٢.

(٥) أما لو كان المقر له بنتا وماتت قبل الإقرار ببنوتها وتركت أولادا ذكورا أو إناثا، فاختلف الأحناف في صحة الإقرار ببنوتها بعد الوفاة، فمذهب الصاحبان صحة الإقرار وثبوت نسبها لحاجة أولادها في ثبوت نسبهم، وفي ذلك تشريف لهم، خلافا لأبي حنفية في أنه لا يصح الإقرار بالبنوة بعد وفاتها، لأن النسب إنما يكون للأب والجد لأب، وليس للأم وأبيها، وقوله هو الراجح في المذهب. المبسوط- ج١٧ ص ١٥٩. البحر الرائق – ج٤ ص١٣.

(٦) الكافي – ج٤ ص ٥٩٧.

(٧) الدر المختار– ج ٢ ص ٢٣٢. بدائع الصنائع– ج١٠ ص ٤٦٠٦. مجمع الأنهر– ج ٢ ص ٣٠٥. المغني– ج٥ ص ٣٢٨.

النسب على الابن أو البنت المباشرين، وفي الإقرار بالعمومة تحميل النسب على الجد لأب، وفي الإقرار بالجد تحميل النسب على الأب أو الأم، إلى غير ذلك من الصور.

ولا خلاف في أن الإقرار غير المباشر يأخذ حكم الإقرار بالنسب المباشر وتترتب عليه آثاره الشرعية، إذا كان المقر عليه، وهو من ألحق به النسب حيا وصدق المقر، أما إذا كان المقر عليه ميتا، فإما أن يكون له ورثة آخرين، أو لا يكون له سوى المقر.

١- فإن كان له ورثة آخرين وصدّقوه على إقراره، ثبت نسب المقر له على المقر عليه، لأن الإقرار فيه تحميل النسب على الغير، وهو حق جميع الورثة، باعتبارهم خلفاء الميت في حقوقه، فإذا وافقوا جميعا ثبت النسب بتصديقهم وفق ما ذهب إليه الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، أو لأن إقرار الورثة شهادة بالنسب، والشهادة يثبت بها النسب، على ما ذهب إليه الحنيفة[٣] والمالكية[٤].

٢- أما إذا لم يكن ورثة غير المقر، كمن مات عن ابن واحد فقط وأقر هذا الابن بأخ له، فوفقا لما ذهب إليه أبو حنيفة[٥]، والمالكية[٦]، فإن الإقرار يصح في حق المقر لا غير، ولا يثبت به نسبه، وإنما تثبت له الحقوق المالية في حقه إذا صادقه المقر له، كالنفقة والحضانة، ويشاركه فيما يرثه من تركة أبيه، ويرث المقر إذا لم يترك أحداً من الورثة معاملة له بمقتضى إقراره، ولأن الإقرار حجة قاصرة يثبت في حق المقر ولا يتعدى إلى الغير، فضلا أن إقراره بمثابة شهادة بالنسب، وشهادة الواحد لا يثبت بها النسب، بخلاف ما لو كان الورثة أكثر من واحد وصدقوا المقر، فحينئذ تعد شهادة كاملة يثبت بها النسب لا بالإقرار.

أما مذهب الشافعية[٧]، والحنابلة[٨]، وقول أبي يوسف[٩]، فيثبت بمقتضاه النسب وتثبت جميع آثاره الشرعية، لأن الوارث يخلف مورثه في الحقوق، وإثبات النسب حق له في حياته، فكان للوارث أن يخلفه في إثباته بعد وفاته، ولأن إقرار الوارث بالحق أقوى من الشهادة به، ويثبت به عند عدم التنازع من باب أولى.

---

(١) مغني المحتاج – ج٢ ص ٢٦٢.
(٢) الكافي – ج ٤ ص ٥٩٨.
(٣) الهداية والعناية وتكملة الفتح- ج٧ ص١٩. الدر المختار- ج٢ ص٢٣٢، ٢٣٣. تكملة رد المحتار-ج٢ ص١٩٣.
(٤) حاشية الدسوقي – ج٣ ص ٤١٧.
(٥) بدائع الصنائع – ج ١٠ ص ٤٦٠٦. رد المحتار – ج٤ ص ٦٤٤، ٦٤٥.
(٦) حاشية الدسوقي – ج٣ ص ٤١٧.
(٧) مغني المحتاج – ج٢ ص ٢٦٢، ٢٦٣.
(٨) الكافي – ج٤ ص ٥٩٨.
(٩) مصادر الحنفية السابقة.

ويترجح لي ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة وأبو يوسف لقوة حجتهم، لأن إقرار الوارث كإقرار المورث على نفسه، وهو إقرار لا تهمة فيه، فيتحمل تبعته وحده، والذي من شأنه أن يرتب عليه التزامات كان في غنى عنها، وهو ما يعني أن دين المقر وضميره كانا وراء هذا الإقرار[١].

وإذا أقرّ بعض الورثة بالنسب غير المباشر وأنكر البعض الآخر فلا خلاف قائم في عدم ثبوت النسب في الجميع، لقصور ولاية المقر على نفسه دون غيره، ولأن النسب لا يتبعض[٢].

ثانيا: إقرار المرأة بالبنوة:

في إقرار المرأة بالولد تفصيل وخلاف، يمكن تقسيم أقوال الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: يصح إقرارها مطلقا سواء كانت ذات زوج أو لا، وسواء صدقها الزوج في إقرارها، أو لم يصدقها. ذهب إلى ذلك الظاهرية[٣]، وبعض الشافعية[٤]. وحجتهم أن المرأة أحد الوالدين، كما أن الإحتياط في الأنساب مطلوب، وهو خير للشخص من أن يبقى مجهول النسب.

القول الثاني: لا يصح إقرارها بالبنوة مطلقا سواء كانت ذات زوج أم لا. وهو مذهب المالكية[٥]، والصحيح في مذهب الشافعية[٦]. وحجتهم في ذلك أن الإقرار فيه تحميل للنسب على الزوج، وإذا لم يقر به، كان إلحاقا للعار به ولادة امرأته من غيره، فسدا للذريعة واحتياط في إثبات النسب لم يحكم بصحة إقرار الأم.

ولأن النسب من الزوج لقوله تعالى: (أدعوهم لآبائهم)[٧]، وقوله تعالى: (وعلى المولود له رزقهن)[٨] فأضاف الولد إلى الأب بلام الملك، ولذلك اختص الأب بالنسب، كما أن الإقرار

---

(١) د. أحمد فراج – أدلة الإثبات – ص ٣٦٧.

(٢) هذا في حق النسب أما في حق المال فقولان، أحدهما: لا أثر لهذا الإقرار ولا يترتب عليه إرث أو غيره، لعدم تصديق جميع الورثة بالنسب، والمال تابع للنسب، ومتى بطل الأصل بطل ما يترتب عليه، وهو مذهب الشافعية وقول للمالكية. وثانيها: يؤخذ بالمقر بإقراره في حق الإرث لتضمنه الاشتراك في المال، وللمقر ولاية فيه، لأنه إقرار على نفسه وله الولاية عليها، فيثبت الإقرار في حق المال. ذهب إلى هذا القول جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة، كما اختلف الجمهور في قدر المشاركة ، وليس المقام محل تفصيل ما ذهب إليه كل فريق. بدائع الصنائع– ج ١٠ ص ٤٦٠٩. تكملة الفتح – ج ٧ ص ١٨ ومابعدها. الدر المختار– ج ٢ ص ٢٣٣. حاشية الدسوقي– ج ٣ ص٤١٥. مواهب الجليل– ج٥ ص ٢٤٤. المغني– ج٥ ص ٣٢٨.

(٣) المحلى – ج١٠ ص ٣٥٢.

(٤) مغني المحتاج – ج٣ ص ٦١٤.

(٥) شرح الخرشي – ج٦ ص ١٠٠، مواهب الجليل – ج٥ ص ٢٣٨.

(٦) الحاوي – ج٧ ص ١٠٤، حاشية البيجرمي – ج٣ ص ٩١.

(٧) سورة الأحزاب- آية ٥.

(٨) سورة البقرة - آية ٢٣٣.

على الغير هو دعوى مجردة أو شهادة مفردة، والدعوى المجردة ليست بحجة كشهادة المفرد فيما يطلع عليه الرجال.

القول الثالث: فرّقوا في المرأة بين من كانت خالية من الأزواج وعدّتهم صح إقرارها، وبين من كانت متزوجة أو معتدة فلا يصح إقرارها إلا بتصديق الزوج أو المطلق، وإلى هذا ذهب الحنفية(١)، والراجح عند الحنابلة(٢)، ووجه هذا القول أن المرأة إن كانت ذات زوج، فإن صدّقها فيما أقرت به ثبت النسب منهما بالتزامه، وإن كذبها لم يصح إقرارها بالولد حتى تشهد امرأة على الولادة إذا جحدها الزوج، أو على التعيين إذا أنكر ولدا من أولادها، وشهادة القابلة كافية عند الحنفية، لأنها هي المطلعة على ذلك باليقين، وأما النسب فهو ثابت بالفراش القائم(٣).

أما إن كانت غير منكوحة ولا معتدة فيثبت النسب منها بإقرارها من غير بينة أصلا، لأن فيه إلزام على نفسها دون غيرها(٤).

الترجيح: يترجح لدي من الأقوال الثلاثة القول الأخير الذي فرق بين حال المرأة المتزوجة وغير المتزوجة، على اعتبار:

أن الزوجة تعد فراشا لزوجها، فلا يحق لها التصرف في نسبه إلا بتصديقه أو بالبينة، لظهور الكذب فيه بتكذيب الزوج، والقول بصحة إقرارها مطلقا فيه إلغاء لمكانة الزوج وقوامته باعتباره صاحب الفراش.

أما إذا لم تكن المرأة ذات زوج ولا معتدة، فيكتفى بصحة إقرارها دون الرجوع إلى سبيل آخر في ثبوت النسب، لما في ذلك من إلزام على نفسها دون غيرها.

ثالثا: الرجوع عن الإقرار بالنسب:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يجوز الرجوع عن الإقرار بالنسب، وهو مذهب المالكية(٥)، والشافعية في

---

(١) تكملة الفتح – ج٧ ص ١٥. رد المحتار – ج٤ ص ٦٤٢.

(٢) المغني – ج٥ ص ٤٥٤. الفروع- ج٩ ص ٢٢٩.

(٣) رد المحتار – ج٤ ص ٦٤٢. تكملة الفتح – ج٧ ص ١٦. حاشية ابن عابدين – ج٦ – ص ٦١٧.
أما إذا كانت المرأة معتدة وقد أقرت بولد فإنها تحتاج إلى حجة كاملة لإثبات النسب عند أبي حنيفة، وهي شهادة رجلين أو رجل وامرأتين، إلا إذا كان هناك حبل ظاهر أو اعتراف من الزوج، وعند أبو يوسف ومحمد يكفي في الجميع شهادة امرأة واحدة.

(٤) تبيين الحقائق – ج٥ ص ٢٧. تكملة الفتح – ج٨ ص ٤١٥.

(٥) الفروق – ج٤ ص ٣٨. مواهب الجليل – ج٥ ص ٢٢٣. القوانين الفقهية – ص ٢٠٨.

الأصح[1]، كما قال به الحنابلة[2]، وبعض الحنفية[3]. وحجتهم أن النسب إذا ثبت لم يسقط بالإتفاق على نفيه قياسا على النسب الثابت بالفراش، ومتى ثبت بحجة شرعية لم يزل بالإنكار، ولأنه ترتبت حقوق على الإقرار بالنسب، وبإنكاره تهتز المعاملات واستقرار النسب.

القول الثاني: جواز الرجوع عن الإقرار بالنسب إن صدقه المقر له، وهو الوجه الثاني عند الشافعية[4]، وحجته القياس على الرجوع بالإقرار بالمال.

القول الثالث: التفصيل بين أن يكون سبب الرجوع التسري، وبين أن يكون سببه النكاح، فيجوز في الأول، وأما الثاني فيجوز إن كان الرجوع لغير الأصول والفروع والزوجة، ولا يجوز الرجوع بالإقرار ببنوة ونحوها إلا باللعان لتأكدها بالفراش. وهو مذهب جمهور الحنفية وعليه الفتوى[5].

الفرع الثالث: الشهادة

تعد الشهادة إحدى الطرق الهامة التي اتفق الفقهاء على ثبوت النسب بها، كما اتفق الجمهور على عدم ثبوته بشهادة عدل واحد ويمين، ولا بشهادة امرأتين ويمين خلافا للظاهرية[6]، واختلفوا في ثبوته بشهادة عدل وامرأتين. وقد مضى ذكر الخلاف في الشهادة ممّا ليس بمال ويطلع عليه الرجال وأدلة كل قول والراجح منها.

وذهب عامة الفقهاء إلى أن النسب يثبت بالسماع استثناء من الأصل[7]، وتقبل الشهادة لإثبات النسب حسبة بلا طلب لتعلقه بحقوق الله تعالى الخالصة التي يستدام فيها التحريم، فتجب

---

(١) نهاية المحتاج – ج٤ ص ٤١١. المهذب – ج٢ ص ٣٤٦، ٣٥٢.

(٢) المغني – ج٥ ص ١٦٤، ٢٠٦.

(٣) حاشية ابن عابدين – ج٤ ص ٤٦٧.

(٤) مصادر الشافعية السابقة.

(٥) مجمع الأنهر – ج٢ ص ٢٩٤، ٢٩٥. حاشية ابن عابدين – ج٤ ص ٤٦٦، ٤٦٧.

(٦) جواهر الإكليل – ج٢ ص ٣٠٤. بداية المجتهد – ج٢ ص ٣٦٠. حاشية الجمل – ج٥ ص ٣٩٤. المحلى- ج٩ ص ٣٩٦.

(٧) بدائع الصنائع – ج٦ ص ٢٦٦، ٢٦٧، الفتاوى الهندية- ج٣ ص ٤٥٨. المبسوط- ج١٦ ص ١٧٩. حاشية الدسوقي- ج٤ ص ١٩٩. روضة الطالبين – ج١١ ص ٢٦٦ وما بعدها. المغني- ج١٢ ص ١٢٣، وجاء فيه قول ابن المنذر " أما النسب فلا أعلم أحدا من أهل العلم منع منه، ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به، إذ لا سبيل إلى معرفته قطعا بغيره، ولا يمكن المشاهدة فيه، ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحدا من أقاربه". وخالف ابن القاسم من المالكية ذلك في أنه لا يثبت بشهادة السماع نسب. أنظر مواهب الجليل- ج٦ ص ١٩٤، وهذا القول لا يرقى إلى مخالفة إجماع أهل العلم على ذلك.

المبادرة لإعادة الأوضاع إلى طبيعتها وإثبات النسب[1].

أما بالنسبة للشهادة على الولادة فقد اتفق الفقهاء على مشروعية شهادة النساء منفردات عليها لأنها مما يطلع عليه النساء فقط فاختلفوا في نصابها على أربعة أقوال[2]، يترجح لي منها القول بإثباتها بشهادة امرأتين، لأن ذلك ممّا يغيب عن الرجال في الغالب، فلزم إجراء شهادة النساء على أصل ذلك الحكم.

الفرع الرابع: حجية اليمين والنكول عنها في دعوى النسب

قد لا يتمكن مدعي النسب من إثبات دعواه بالبينة، كأن يدعي شخص على آخر بأنه أبوه أو ولده، أو تأت الزوجة بولد تدعي أنها ولدته من زوجها، ولم يكن لهؤلاء المدعين بينة تثبت دعواهم وأنكر المدعى عليه تلك الدعوى، فهل يرجع إليه باليمين؟ وإذا ما نكل المدعى عليه عن حلف اليمين هل يقضى بثبوت نسب مدعيه بناءا على هذا النكول؟

اختلف الفقهاء في جواز التحليف في النسب، والقضاء فيه بالنكول، وهذا نظير اختلافهم في حكم استحلاف المدعى عليه، والقضاء عليه بالنكول في حقوق العباد التي ليست مالا ولا يقصد منها المال، على قولين، فذهب الصاحبان من الحنفية[3] والشافعية[4] والحنابلة في رواية[5]، إلى أنه يصح الإستحلاف في النسب. ويقضى فيه بالنكول عند الصاحبين[6]، والمشهور عند الحنابلة، في حين ترد اليمين على المدعي، ولا يقضى بمجرد النكول عند الشافعية.

وذهب أبو حنيفة[7]، والمالكية[8]، والحنابلة في الأصح[9] إلى أنه لا يستحلف في النسب ومن ثم فلا يقضى فيه بالنكول، لأن النكول بذل لا إقرار، والبذل لا يقضى به في دعاوى النسب،

---

(١) ابن نجيم – الأشباه والنظائر – ص ٢٤٢. حاشية الدسوقي – ج ٤ ص ١٧٤. الفروق – ج١ ص ١٤٠.
(٢) راجع هذه الأقوال وأدلتها ومناقشتها ومصادرها ص ٤٢٦ وما بعدها من هذه الرسالة.
(٣) المبسوط – ج١٦ ص ١٣٥. بدائع الصنائع – ج٨ ص ٣٩٢٨. البحر الرائق – ج٧ ص ٢٠٧.
(٤) روضة الطالبين – ج٨ ص ١٦. نهاية المحتاج – ج٨ ص ٣٥٢. مغني المحتاج – ج٤ ص ٤٧٦.
(٥) المغني – ج١٢ ص ١٢٨، الإقناع – ج٤ ص ٤٥٣. الإنصاف – ج١١ ص ١١٦.
(٦) ولا يجري ذلك على إطلاقه عند الصاحبين، إذ ليست كل دعوى نسب تثبت بالنكول، وإنما يقضي عليه بنكوله فيها إذا كانت مما تثبت بإقرار المدعى عليه، وهي دعوى النسب المباشر، أما دعوى النسب غير المباشر فلا تثبت بالنكول إلا إذا كانت مقترنة بدعوى المال، ويقضى عليه بالمال إذا نكل، ولا يقضى عليه بثبوت النسب، أما لو كانت مجردة عن دعوى المال فالدعوى لا تسمع فيها أصلا، لا بالنكول، ولا بالبينة، ولا بالإقرار.
(٧) مراجع الحنفية السابقة. هذا إذا كانت الدعوى مجردة، أما إذا اقترنت بحق من الحقوق المترتبة على النسب، فتوجه اليمين فيها إلى المدعى عليه، فإذا نكل قضى عليه بذلك الحق، ولا يقضى عليه بثبوت النسب، سواء كان ذلك في دعوى نسب مباشر أم غير مباشر.
(٨) الذخيرة – ج١١ ص ٧٧. بلغة السالك – ج١ ص ٢٠٣، ٢٠٤.
(٩) الفروع - ج١١ ص ٢٧٣. المغني مع الشرح الكبير- ج١٢ ص ١٦٢، ١٦٣، الإقناع- ج٤ ص ٤٥٣.

كما أن النسب لا يثبت إلا بشاهدين عدلين عند المالكية، فلا فائدة في استحلاف المنكر.

الفرع الخامس: القافة وحجيتها في إثبات النسب

تعد القافة من أقدم الطرق التي عرفتها الشريعة الإسلامية لمعرفة الأثر والشبه، وهي لغة من قاف يقوف قيافة بمعنى تتبع أثره ليعرفه، والقائف هو الذي يعرف الآثار ويتبعها، والجمع القافة[١].

فالقائف هو من يُلحق النسب بغيره عند الإشتباه بما خصه الله تعالى من علم ذلك[٢]. أو هم قوم يعرفون الأنساب بالشبه ولا يختص ذلك بقبيلة معينة، بل من عُرف منه المعرفة بذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف[٣].

وقد اختلف الفقهاء في ثبوت النسب بالقافة على قولين مشهورين:

القول الأول: لا يصح الحكم بالقافة في إثبات النسب، وهو مذهب الحنفية[٤].

القول الثاني: اعتبار الحكم بالقافة في إثبات النسب عند الإشتباه والتنازع وعدم توفر الدليل الأقوى منها، أو عند تعارض الأدلة الأقوى منها. ذهب إلى هذا المالكية[٥]، والشافعية[٦]، والحنابلة[٧]، والظاهرية[٨]، ومن الصحابة عمر ابن الخطاب وعلي بن أبي طالب وابن عباس وأنس بن مالك، وقال به من التابعين عطاء بن رباح والزهري، وإياس بن معاوية وقتادة، وكعب بن سوار، ولا مخالف لهم من الصحابة والتابعين[٩].

الأدلة والمناقشات

أدلة القول الأول: استدل الحنفية بعدم جواز القافة في إثبات النسب بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول.

---

(١) لسان العرب – فصل قاف- ج٢٠ ص٥٤. المصباح المنير- القاف مع الفاء ومايثلثهما- ج٢ ص١٧١. مختار الصحاح- مادة قوف- ص٥٨٢.
(٢) مغني المحتاج – ج٤ ص ٤٨٨.
(٣) المغني مع الشرح الكبير – ج٨ ص ١٠٧.
(٤) المبسوط – ج٧ ص ٨٣. الهداية – ج٢ ص ١٧٣. بدائع الصنائع – ج٨ ص ٣٩٦٧.
(٥) بلغة السالك- ج٢ ص٤٦١. الفروق- ج٤ ص١٩١. تبصرة الحكام- ج٢ ص٩٩. المدونة- ج٣ ص٣١٩.
(٦) روضة الطالبين- ج٨ ص٣٧٤. نهاية المحتاج- ج٨ ص ٣٥١. شرح صحيح مسلم للنووي- ج٩ ص ٣٥.
(٧) الكافي– ج٢ ص ٣٦٨. كشاف القناع – ج٥ ص ٤٢٣. زاد المعاد – ج٤ ص ١٦٢. الطرق الحكمية – ص٢٧٣. المغني – ج٦ ص ٣٩٥.
(٨) المحلى – ج٤ ص ١٠٧.
(٩) الطرق الحكمية – ص ٢٧٣. المحلى – ج٤ ص ١٠٧.

أ- **من الكتاب:** قوله تعالى: (ولا تقف ما ليس لك به علم إن السمع والبصر والفؤاد كل أولئك كان عنه مسئولا)[1].

وجه الدلالة: أن الله تعالى نهى عن اتباع الحدس والظن، وهو في اللغة اتباع الأثر، وبه سميت القافة[2].

ويمكن أن يجاب عن هذه الدلالة بأن الحكم في الدين بمجرد الظن جائز بإجماع الأمة في صور كثيرة منها العمل بالفتوى، والشهادة عمل بالظن، كما أن جميع الأعمال المعتبرة في الدنيا من المعاملات والاعتماد على صداقة الأصدقاء والأعداء كلها مظنونة، وبناء الأمر على تلك الظنون جائز[3].

كما استدلوا بقوله تعالى: (ويعلم ما في الأرحام)[4]، فكان قول القائف رجما بالغيب ودعوى لما استأثر الله عز وجل بعلمه[5].

ب- من السنة:

١- ما رواه الشيخان وغيرهما من حديث سعيد بن المسيب عن أبي هريرة قال: جاء رجل من بني فزارة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: امرأتي ولدت غلاما أسود، فقال النبي صلى الله عليه وسلم هل لك من إبل، قال: نعم، قال: فما ألوانها، قال: حُمْرٌ، قال: هل فيها من أوْرَقَ[6]، قال: إن فيها لوُرْقاً، قال: فأنى أتاها ذلك، قال: عسى أن يكون نَزَعَهُ عِرْقٌ، قال: وهذا عسى أن يكون نزعة عِرْق[7].

وجه الدلالة: أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يرخّص له في نفي الغلام لبعده شبهه منه، ولم يعول عليه حكماً في لحوق النسب، فدل على أنه ليس بشيء[8].

---

(١) سورة الإسراء- آية ٣٦.

(٢) تفسير البغوي – ج٣ ص ١٣٢. تحفة الأحوذي شرح سنن الترمذي – ج٦ – ص ٣٢٩.

(٣) تفسير الرازي- ج٢٠ ص ٢٠٨.

(٤) سورة لقمان- آية ٣٤.

(٥) المبسوط- ج١٧ ص ٧٠.

(٦) الأورق: هو الذي لونه بين السواد والغبرة ومنه قيل الرماد أورق وللحمامة ورقاء. غريب الحديث- ج٢ ص٩٨.

(٧) صحيح البخاري مع الفتح– كتاب الطلاق– باب إذا عرض بنفي الولد- ج ١٠ ص ٦٣٧٧ رقم (٥٣٠٥) . صحيح مسلم بشرح النووي– كتاب اللعان – ج ٥ ص ٣٨٥ واللفظ له. شرح معاني الآثار- باب الرجل ينفي حمل امرأته أن يكون منه- ج ٣ ص ١٠٣. أبو داود- كتاب الطلاق- باب إذا شك في الولد- ج ١ ص ٥٢٥. الفتح الرباني في ترتيب مسند أحمد -كتاب اللعان- ج١٧ ص ٣٤ رقم (٦٤).

(٨) شرح معاني الآثار-ج٣ ص ١١٣. بدائع الصنائع- ج٨ ص ٣٩٦٨. فتح القدير- ج٥ ص ٥١. المبسوط- ج١٧

وأجيب عن هذا الإستدلال بأنه صلى الله عليه وسلم لم يعتبر الشبه هنا، لوجود الفراش وهو أقوى منه، بل في الحديث ما يدل على اعتبار الشبه، فإنه صلى الله عليه وسلم أحال على نوع آخر من الشبه، وهو نزع العرق، وهذا الشبه أولى لقوته بالفراش[١].

٢- قوله صلى الله عليه وسلم في قصة المتلاعنين: "أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطاً فضيء العينين فهو لهلال بن أمية، وإن جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك بن سمحاء، فجاءت به أكحل جعداً حمش الساقين"[٢].

وجه الدلالة: لو كان قول القائف معتبرا شرعا لرجع إليه في اللعان بنفي الولد، ولم ينف الولد بالجهل[٣].

اعترض على هذا الاستدلال بأنه منع إعمال الشبه لقيام مانع اللعان، وهو من تقديم أقوى الدليلين على أضعفهما، ولهذا قال صلى الله عليه وسلم: " لولا ما مضى من كتاب الله لكان لي ولها شأن"[٤].

وحيث اعتبرنا الشبه في لحوق النسب، فإنما ذلك إذا لم يقاومه سبب أقوى منه، ولهذا لا يعتبر مع الفراش، بل يحكم الولد للفراش، وإن كان الشبه لغير صاحبه[٥].

٣- ما رواه مسلم عن عائشة رضي الله عنها أنها أخبرت عروة أن النكاح كان في الجاهلية على أربعة أنحاء، فكان منها... نكاح رابع يجتمع الناس الكثير فيدخلون على المرأة لا تمتنع ممّن جاءها، وهنّ البغايا كنّ ينصبنّ على أبوابهن رايات يَكُنّ علماً لِمَن أرادهنّ دخل عليهنّ، فإذا حملت جمعوا لها ودعوا لهم القافة، ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون فالتاطه ودُعي ابنه، لا يمتنع من ذلك، فلما بعث الله محمداً صلى الله عليه وسلم هدم نكاح أهل الجاهلية كله إلا نكاح أهل الإسلام اليوم[٦].

وجه الاحتجاج: إقرار النبي صلى الله عليه وسلم على النكاح الذي لا يحتاج فيه إلى قول القافة، وجعل الولد لأبيه الذي يدعيه، فيثبت نسبه بذلك، ونسخ الحكم المتقدم الذي كان يحكم فيه

ص ٧٠.

(١) الطرق الحكمية – ص ٢٨١.

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي – كتاب اللعان – ج٥ ص ٣٨٢.

(٣) المبسوط – ج١٧ ص ٨٣. تبيين الحقائق – ج٣ ص ١٠٥.

(٤) المغني – ج٦ ص ٣٩٦.

(٥) الطرق الحكمية – ص ٢٨٠. نيل الأوطار – ج٤ ص ١٢.

(٦) صحيح البخاري مع الفتح -كتاب النكاح- باب من قال لا نكاح إلا بولي- ج١٠ ص٦٠٥٨، ٦٠٨٩ رقم(٥١٢٧). أبوداود- كتاب الطلاق- باب في وجوه النكاح التي كان يتناكح بها أهل الجاهلية- ج١ ص٥٢٨.

بقول القافة[1].

٤- حديث "الولد للفراش وللعاهر الحجر".

وجه الدلالة: أنه صلى الله عليه وسلم جعل كل جنس الولد لصاحب الفراش بثبوت سببه، ولا يرجع عمل القائف إلى شيء من ذلك، وإنما يرجع إلى معرفة التخلق من الماء وهو لا يثبت به النسب، وحتى لو تيقنا من هذا التخلف ولا فراش، فإن النسب لا يثبت[2].

ويجاب عن ذلك بأن الحديث المذكور إنما يكون حجة إذا علم الفراش، فالحكم به مقدم قطعا، وإنما يعمل بالقافة عند عدمه[3].

ج- من الإجماع: ما ذكره الزيلعي وغيره في ردهم على الشافعي بجواز إلحاق الولد بأكثر من اثنين، ما كتبه عمر رضي الله عنه إلى شريح: لبِّسا فلبُس عليهما، ولو بيّنا لبيّن لهما، هو ابنهما يرثهما ويرثانه، وهو للباقي منهما، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر، فيكون إجماعا[4].

ويجاب عن ذلك بأنه قد ثبت عمل عمر بالقافة ولا يعارضه المروي عنه في قصة شريح لخفائها وعدم التأكد من ثبوتها، ولو صحت لكان حكم عمر بنسبة الولد للمتنازعين جميعاً بعد تساوي الأدلة والقرائن والشبه والقافة.

د- من المعقول: أنه لو أثرت القافة والشبه في نتاج الآدمي لأثرت في نتاج الحيوان، ولا نعلم بذلك قائلا.

واعترض على هذا الوجه من الاستدلال بأن الشارع يتشوف إلى ثبوت الأنساب ما أمكن، ولا يحكم بانقطاع النسب إلا حيث يتعذر إثباته، ولهذا ثبت بالفراش وبالدعوى وبالأسباب التي لا يثبت بمثلها نتاج الحيوان، كما أن المقصود من نتاج الحيوان هو المال المجرد بخلاف دعوى النسب، ومعلوم أن المال يباح بالبذل، والنسب بخلاف ذلك، إلى غير ذلك من أوجه الفروق بين النتاجين.

قالوا: لو كانت القافة طريقا شرعيا لما عدل عنها داود وسليمان صلوات الله وسلامه عليهما في قصة الولد الذي ادعته المرأتان، بل حكم به داود للكبرى، وحكم به سليمان للصغرى

---

(١) شرح معاني الآثار – ج٣ ص ١١٦.
(٢) المبسوط – ج١٧ ص ٧٠.
(٣) سبل السلام- ج٤ ص١٤٩٤.
(٤) مجمع الأنهر – ج١ ص ٥٣٧. تبيين الحقائق – ج٣ ص ١٠٥.

بالقرينة التي استدل بها من شفقتها عليه بإقرارها به للكبرى، ولم يختبر قافة.

وأجيب عن هذا الاستدلال بأن داود وسليمان لم يعتبرا القافة إما أن لا يكون ذلك شريعة لهما وهو الظاهر، وإما أن تكون مشروعة مطلقاً، ولكن أشكل على نبي الله أمر الشبه بحيث لم يظهر لهما، أو قد يشتبه الأمر على القائف، وعلى كل فلا حجة في القصة على إبطال حكم القافة في شريعتنا[1].

أدلة القول الثاني:

أ- من السنة:

١- ما أخرجه الشيخان وأصحاب السنن عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت: إنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل عليَّ مسرورا تبرق أسارير وجهه، فقال: ألم تري أن مجززا نظر آنفا إلى زيد بن ثابت وأسامة بن زيد فقال: إن بعض هذه الأقدام لمن بعض[2].

وجه الدلالة: حيث كان الناس يطعنون في نسب أسامة من زيد، لكونه أسود شديد السواد، وزيد أبيض، وقيل أزهر اللون، وتكلموا بقول كان يسوء رسول الله صلى الله عليه وسلم سماعه، وكانت الجاهلية تعتمد قول القائف، فلما سمع النبي صلى الله عليه وسلم بإلحاق القائف للنسب مع اختلاف اللون فرح به وسرّي عنه، لكونه زاجراً لهم عن الطعن في النسب، والنبي صلى الله عليه وسلم لا يظهر السرور إلا بما هو حق، ولو كانت القيافة باطلة لما حصل بذلك سروره ولوجب عليه الرد والإنكار، كما أن إقراره صلى الله عليه وسلم على الشيء من جملة الأدلة على المشروعية[3].

اعترض الحنفية على هذا الاستدلال بأن سرور النبي صلى الله عليه وسلم وترك الرد والإنكار لم يكن لتقرير القائف واعتباره حجة، بل لوجه أن الكفار كانوا يطعنون في نسب أسامة، وكانوا مع ذلك يعتقدون قول القافة، فكان قول المدلجي ردا وقطعا لطعنهم والإستراحة من التأذي

---

(١) المبسوط- ج ١٧ ص ٧٣. ولمزيد من التفصيل حول استدلالات الحنفية العقلية وما أجيب عنها أنظر الطرق الحكمية- ص ٢٨٢ وما بعدها. نيل الأوطار- ج٤ ص ١٢. زاد المعاد- ج٤ ص ١٦٢ وما بعدها. الفروق- ج٤ ص١٩٦ وما بعدها.

(٢) صحيح البخاري مع الفتح-كتاب الفرائض-باب القائف – ج١٣ ص٨٢٣٤ رقم (٦٧٧٠) . صحيح مسلم بشرح النووي-كتاب الرضاع – ج٥ ص٢٩٦ رقم(١٤٥٩) واللفظ له. أبوداود- كتاب الطلاق- ج١ ص٥٢٦. ابن ماجه- كتاب الأحكام- ج٢ ص٧٨٧ رقم (٢٣٤٩). النسائي-كتاب الطلاق- ج٦ ص١٥١.

(٣) شرح النووي على مسلم – ج٥ – ص ٢٩٨. عون المعبود- ج٦ ص ٣٥٨. الطرق الحكمية – ص ٢٧٤. تحفة الأحوذي- ج٦ ص٣٢٧.

بنفي نسبه، وظهور خطئهم، ونسب أسامة كان ثابتا بالفراش لا بقول القائف[١].

وأجيب عن هذا الإعتراض بأننا لم نثبت نسب أسامة بالقيافة، وإنما هي دليل آخر موافق لدليل الفراش، واستبشاره صلى الله عليه وسلم هو لتعاضد أدلة النسب وتظاهرها[٢].

٢- ما قاله النبي صلى الله عليه وسلم في قصة المتلاعنين: "إن جاءت به أكحل العينين سابغ الأليتين..." الدال على اعتبار الشبه في لحوق النسب[٣].

٣- عن عروة بن الزبير أن أم سلمة قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم يا رسول الله: المرأة ترى في منامها مثل ما يرى الرجل، أتغتسل؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: نعم فلتغتسل، فقالت لها عائشة: أفٍّ لك، وهل ترى ذلك المرأة؟ قالت: فالتفت إلينا النبي صلى الله عليه وسلم، قال: تربت يمينك، ومن أين يكون الشَبه[٤].

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن المني يوجب الشبه، والشبه مناط شرعي فيكون دليل النسب و إلا لما كان للإخبار فائدة يعتد بها[٥].

ب- من الإجماع:

١- ما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان يليط أولاد الجاهلية بمن استلاطهم، أي بمن ادعاهم في الإسلام، وقوله للغلام - بعد أن حكم القائف باشتراكهما فيه - وال أيهما شئت[٦]. وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير إنكار منهم، فهو كالإجماع[٧].

٢- عن ابن سيرين قال: اختصم إلى أبي موسى الأشعري في ولد ادعاه دهقان ورجل من العرب، فدعا القافة، فنظروا إليه، فقالوا ابنه. فقالوا للعربي: أنت أحبُّ إلينا من هذا العِلج، ولكنّ ليس بابنك، فخلِّ عنه، فإنه ابنه. كما روي أن ابن عباس وأنس رضي الله عنهما قد استقافا، وهذه قضايا - كما يقول ابن القيم - هي مظنّة الشهرة، فيكون إجماعا[٨].

ج- الدليل من القياس والمعقول: إن الحكم بالقافة هو مما يشهد العقل بحسنه، لموافقته

---

(١) بدائع الصنائع – ج٨ ص ٣٩٦٨. المبسوط – ج١٧ ص ٨٣. شرح فتح القدير– ج٣ ص ٤٥٥.
(٢) زاد المعاد – ج٤ ص ١٦٤. الفروق- ج٤ ص١٩٢.
(٣) الفروق- ج٤ ص١٩٣.
(٤) موطأ الإمام مالك – باب المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل- حديث رقم (٨١).
(٥) نيل الأوطار – ج٧ ص ٨٢. الفروق- ج٤ ص١٩٤.
(٦) البيهقي – السنن الكبرى – ج١٠ ٤٤٤.
(٧) بداية المجتهد – ج٢ ص ٣٠١. سبل السلام – ج٤ ص ١٤٣٩. شرح الموطأ للزرقاني- ج٤ ص٤٢٢.
(٨) الطرق الحكمية – ص ٢٧٦.

لسنة الله في خلقه ولقواعد الشرع التي يتشوف بها لثبوت الأنساب ما أمكن ولا يحكم بانقطاعها إلا حيث يتعذر إثباتها، وعلم القافة علم من باب الاجتهاد كالخبرة، يعتمد على أمور مشاهدة مرئية وعلامات مخصوصة[١].

واعترض الحنفية على هذا الإستدلال بأن القيافة لو كانت علماً لأمكن اكتسابه كسائر العلوم والخبرات، بل هو حرز وتخمين لا يجوز، كالإعتماد على النجوم وعلى علم الرمل وغير ذلك من أنواع الحرز والتخمين[٢].

الترجيح:

بعد عرض أدلة كل فريق وما أورده من حجج مختلفة، وما ورد عليها من اعتراضات، يظهر لي أن الراجح منها هو قول الجمهور بجواز الإعتماد على القافة في ثبوت النسب، وذلك لحديث عائشة المتقدم فهو خبر مستقيم السند والحجة به قائمة، ولا يصح خلافه البتة، فضلا عن وجاهة الأدلة الأخرى، وضعف أدلة المخالفين وعدم سلامتها أمام ردود الجمهور. ومن العجب[٣] أن ينكروا القول بالقافة ويجعلونها من باب الحدس والتخمين، ويلحقون ولد المشرقي بمن في أقصى المغرب، مع القطع بعدم تلاقيهما طرفة عين، ومن طلق عقب العقد من غير مهلة، ثم جاءت بولد، فأيهما أولى بالقبول!.

واختلف المثبتون للعمل بالقافة هل يقضى بها في ملك اليمين فقط، أم في ملك اليمين والنكاح معا ؟

المشهور من مذهب مالك فيما نقله ابن رشد والقرافي وغيرهما أن القافة إنما يقضى بها في ملك اليمين فقط لا في النكاح[٤]. أما مذهب الجمهور فهو ثبوت النسب بقول القائف سواء في أولاد الإماء أو الزوجات، وهو مذهب الشافعية[٥]، والحنابلة[٦]، والظاهرية[٧]، وهو رواية ابن

---

(١) جواهر الإكليل- ج٢ ص ١٣٩. بلغة السالك – ج٢ ص ٤٦١. الفروق – ج٤ ص ٩٩. مغني المحتاج – ج٢ ص ٤٨٩. المبدع- ج٨ ص ١٣٦. المحلى – ج٤ ص ١٠٧. نيل الأوطار – ج٧ ص ٨١.

(٢) بدائع الصنائع – ج٨ ص ٣٩٦٨. المبسوط – ج١٧ ص ٨٣. شرح فتح القدير– ج٣ ص ٤٥٥.

(٣) مراجع الحنفية السابقة.

(٤) بداية المجتهد– ج٢ ص ٣٠١. تبصرة الحكام– ج٢ ص ١٠٠. الفروق- ج٤ ص١٩٥. مواهب الجليل– ج٥ ص ٢٤٧.

(٥) نهاية المحتاج – ج٨ ص ٣٨٥. مغني المحتاج – ج٤ ص ٤٨٩.

(٦) شرح منتهى الإرادات – ج٣ ص ٢٢٤. المبدع – ج٨ ص ١٣٦. المغني – ج٧ ص ٤٨٣.

(٧) المحلى – ج٤ ص ١٠٧.

وهب عن مالك[1]. وهو القول الراجح في المسألة، لأن الحديث الذي هو الأصل في الباب، وعمدة مالك والجمهور في الحكم بالقافة إنما وقع في الحرائر، فأسامة بن زيد وأباه حرّان، وكيف يلغى السبب الذي خرج عليه دليل الحكم، وهو الباعث عليه، هذا ما لا يجوز عند الأصوليين[2].

هناك مسألة مهمة عرضها الفقهاء وهي ما إذا تنازع على الولد أكثر من أب، بأن اختلط كل ولد بالآخر، أو كان الوطء بشبهة من رجلين لامرأة واحدة فحملت من أحدهما، أو تعارضت بينتين متساويتين على ثبوت النسب أو نفيه ولا مرجح منهما، ونحو ذلك، وألحقته القافة باثنين أو أكثر ما الحكم؟

في المسألة ثلاثة أقوال في الفقه الإسلامي:

القول الأول: يلحق الولد بمن ادعته القافة وإن كثروا، وهو مذهب الحنابلة[3]، والحنفية أيضا[4]، غير أنهم لا يرون العمل بالقافة - كما ذكرنا - وإنما يلحق بالمتداعيين بمجرد الدعوى. واستدلوا على ذلك بآثار عن عمر وعلي رضي الله عنهما [5].وأن المعنى الذي لأجله ألحق باثنتين موجود فيما زاد عليه فيقاس عليه، فإذا جاز أن يخلق من اثنين جاز أن يلحق بأكثر منهما.

القول الثاني: لا يلحق الولد إلا برجل واحد، لكن يؤخر الولد إذا قضى القافة باشتراك رجلين أو أكثر فيه إلى حين بلوغه، ويخير في التحاق بمن شاء منهم، لقوله تعالى: (يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى)[6]، وذهب إلى هذا المالكية[7].

القول الثالث: لا يلحق الولد بأبوين ولا يكون للرجل إلا أب واحد، ولا اعتبار بقول القائف

---

(١) مراجع المالكية السابقة.

(٢) تفسير القرطبي – ج١٠ ص ٢٥٩.

(٣) المغني – ج٦ ص ٤٠٠. المبدع – نفس الموضع. شرح منتهى الإرادات – نفس الموضع. الفروع- ج٩ ص٢٣٠. الطرق الحكمية – ص ٢٩٢.

(٤) المبسوط – ج١٧ ص ٨٤. بدائع الصنائع – ج٨ ص ٣٩٦٨. شرح فتح القدير– ج٣ ص ٤٥٥. مجمع الأنهر– ج١ ص ٥٤٥. تبيين الحقائق– ج٣ ص١٠٥. ويثبت نسبه عند أبي حنيفة من خمسة، وعند أبي يوسف من اثنين، وعند محمد من ثلاثة. الهداية – ج٣ ص ١٩٧.

(٥) سنن البيهقي– ج١٠ ص ٢٦٨. مصنف عبد الرازق– ج٧ ص ٣٥٩. شرح معاني الآثار – ج٤ ص ١٦٤. نصب الراية – ج٣ ص ٢٩١.

(٦) سورة الحجرات - آية ١٣.

(٧) تبصرة الحكام – ج٢ ص ١٠٠، وجاء فيه "وإن أشركتهما القافة فيه كان ابنا لهما جميعا في قول ابن القاسم وغيره، فإذا بلغ والى من شاء منهما، فيكون ابنا له خاصة، وقيل لا يقبل قول القائف في الاشتراك ويدعي غيره حتى يلحق بأصحهما شبها". بداية المجتهد– ج٢ ص ٣٥٩، وفيه: "أن القول بالإلحاق لأكثر من أب قول فيه تخليط وإبطال للمعقول والمنقول".

في ذلك، وهو مذهب الشافعية[١]، والظاهرية[٢]، وحجتهم في ذلك قوله تعالى: (ما جعل الله لرجل من قلبين في جوفه)[٣]، فلو كان له أبوان لكان له قلب إلى كل منهما.

كما احتجوا برواية عن عمر لما قضت القافة باشتراكهما فيه، فقال عمر وال أيهما شئت، وبأن الولد لا ينعقد من ماء شخصين، لأن الوطء لابد أن يكون على التعاقب، وانعقاد الولد من ماء الأول تمنع من اختلاط ماء الثاني به، كما نقل إجماع الأطباء، ولأنه لو جاز أن يلحق بهما لثبت باتفاقهما، وألحق بهما عند تعارض بينتهما[٤].

ويترجح لي القول الثالث في أنه لا يكون للولد أكثر من أب لقوة أدلته وموافقته لما نقل عن الأطباء[٥]، أما الآثار الواردة عن عمر وعلي رضي الله عنهما فمطعون في صحتها، ولو صحت فقد ثبت عملهما بخلافها[٦].

وإذا اختلفت أقوال القافة جمع بينهما إن أمكن ذلك، كما لو ألحق أحد القولين نسب اللقيط برجل، وألحقه الآخر بامرأة فإنه ينسب إليهما، وإن تباينت أقوالهما وتعارضت، فإن قولهما يسقط لتعارضهما، كالبينتين إذا تعارضتا تساقطتا، إلا في حالة واحدة وهي أن يتفق اثنين من القافة على إلحاقه بشخص، وخالفهما قائف واحد، فإنه لا يلتفت إلى قوله، وقول الإثنين أقوى من قول الواحد لأنهما كالشاهدين.أما ماعدا ذلك من حالات الإختلاف فيسقط فيها قول القافة[٧].

---

(١) مغني المحتاج- ج٤ ص ٤٩. روضة الطالبين- ج ٨ ص٣٧٧، وفيه: "إذا ألحقه بهما، قال القفال: يستدل بذلك على أنه لا يعرف الصنعة، فلا يعتد بقوله بعده حتى يمضي زمان يمكن التعلم فيه فيمتحن حينئذ ثم يعتمد".

(٢) المحلى- ج١٠ ص ٢٠٤، وجاء فيه: "فإن ألحقه بواحد أو أكثر باثنين فصاعدا طرح كلامهم وطلب غيرهم، ولا يجوز أن يكون ولد واحد ابن رجلين ولا ابن امرأتين".

(٣) سورة الأحزاب- آية ٤.

(٤) المراجع السابقة.

(٥) إذ يستحيل أن يخلق الشخص من مائتين، لأن البويضة لا يلقحها إلا حيوان منوي واحد، ومتى لقحت واستقرت في الرحم، فإنه يستحيل أن تحمل المرأة مرة أخرى. د. إبراهيم صادق الجندي، والمقدم حسين حسن الحصيني- المرجع السابق – ص ١٣٢.

(٦) وقد يستغرب البعض نسبة هذا القول إلى هؤلاء الفقهاء مع علو مكانتهم، وصدوره عنهم، وكيف نسبوا الولد إلى رجلين أو أكثر، وأمين أو أكثر، وهو كما ذكر ابن القيم مقطوع ببطلانه واستحالته عقلا وحسا، فهو كإلحاق ابن ستين بابن عشرين؟ الطرق الحكمية – ص ٢٨٦.
أجاب شمس الدين السرخسي على هذا الإشكال بقوله: "إن ثبوت النسب من الرجل باعتبار الفراش لا بحقيقة انخلاقه من مانه، لأن ذلك لا طريق إلى معرفته، ولا باعتبار الوطء لأنه سر عن غير الواطنين، فأقام الشرع الفراش مقامه تيسيرا.. والحكم المطلوب من النسب الميراث والنفقة والحضانة، وهو يحتمل الإشتراك فيقضي بينهما". المبسوط – ج١٧ ص ٧٠، ٧١.

(٧) المغني – ج٦ ص ٣٩٩. الإنصاف – ج١٦ ص ٣٤٨. الفروع- ج٩ ص٢٣٢..

وإن ادعت امرأتان نسب ولد وكانتا ممن تسمع دعوتهما، فهل يحتكم إلى قول القافة في تداعيهما ؟

لا يعتبر قول القافة هنا، لأنه يمكن التوصل إلى معرفة الأم يقينا، بخلاف الأب، فلا سبيل لنا إلى ذلك فاحتجنا إلى القافة، وذهب إلى هذا المالكية[١]، والشافعية في قول[٢]. أمّا الحنابلة[٣]، وقول آخر للشافعية فتجري عندهم القافة بين المرأتين كما تجري بين الرجلين، لأن الأحاديث قد دلت على أن الولد يأخذ الشبه من الأم تارة، ومن الأب تارة أخرى، وإن ألحقته القافة بأمين سقط قولها ولم يلحق بواحدة منهما عند الجمهور، في حين أجاز الحنفية إلحاقه بأمين، لأن الأم أحد الأبوين، لكن من غير اعتبار لقول القافة[٤].

ومتى حكم بالقافة فإنه لا يلتفت إلى قافة أخرى، كما لا يلتفت إلى رجوعها عن قولها بعد الحكم به؛ لأن حكم الحاكم يرفع الخلاف، والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد، أما إذا أقام أحد المدعين بينة أنه ولده، فيحكم له بها ويسقط قول القائف، أخذا بأقوى الدليلين، ولأنه بدل فيسقط بوجود الأصل[٥].

وإذا لم يؤخذ بقول القافة لاختلاف أقوالهما، أو أشكل الأمر عليهما، أو لم توجد قافة أصلا، أو لم يوثق بها، فمذهب الشافعية[٦] وقول للحنابلة[٧] بترك الولد حتى يبلغ، ثم يؤمر بالإنتساب إلى أحد المدعين. وهو مذهب المالكية أيضا[٨].

وحجتهم في ذلك هو أثر عمر الذي مضى، ولأنه إذا تعذر العمل بقول القافة رجع إلى اختيار الولد الجبلي وميله، ولأنه إذا بلغ صار أهلا للإقرار، فإذا صدقه المقر له فيثبت نسبه حينئذ بالإقرار.

أما الصحيح في مذهب الحنابلة[٩] هو ضياع نسب المجهول، ولا أثر في ميله لإحداهما

---

(١) حاشية الدسوقي – ج٣ ص ٤١٧.
(٢) مغني المحتاج – ج٤ ص ٤٨٩.
(٣) المغني- ج٦ ص٤٠٤. الفروع- ج٩ ص٢٢٩، ٢٣٠. الطرق الحكمية- ص ٢٩٣، وفيه رد مفصل على من لم ير القافة في تداعي المرأتين.
(٤) بدائع الصنائع – ج٨ ص ٣٩٨٩.
(٥) كشاف القناع – ج٤ ص ٢٣٨. روضة الطالبين – ج٨ ص ٣٧٥. نهاية المحتاج – ج٥ ص ٤٢٨.
(٦) روضة الطالبين – ج٨ ص ٣٧٧. المهذب – ج١ ص ٤٤٤. نهاية المحتاج – نفس الموضع.
(٧) مراجع الحنابلة السابقة
(٨) حاشية الدسوقي – ج٤ ص ٤١٣. تبصرة الحكام – ج٢ ص ١٠٠.
(٩) المغني – ج٦ ص ٤٠٣. كشاف القناع – ج٤ ص ٢٣١. الفروع- ج٩ ص٢٣٠.

في الدلالة على النسب، فهو أشبه من لم يدع نسبه.

ومتى حصل هذا التعارض ولم يكن في القولين السابقين ما يكفل حفظ النسب فكان لزاما البحث عن دليل آخر.

ثانيا: شروط العمل بالقافة:

اشترط الفقهاء جملة من الشروط العامة والخاصة لاعتبار العمل بالقافة، بعضها متفق عليها فيما بينهم، وبعضها الآخر مختلف فيها، وأهم هذه الشروط المعتبرة[١]:

١- **الإسلام:** فهو شاهد أو حاكم فاعتبر إسلامه قطعا.

٢- **العدالة:** فلا يقبل من فاسق، لأن قوله حكم والحكم تعتبر له العدالة، و إلا ضاعت الأنساب.

٣- **العدد:** اختلف الفقهاء في شرط التعدد، فقال الشافعي: لا يقبل إلا رجلان[٢]، وعند مالك روايتان، إحداهما مثل الشافعي، والثانية أنه يقبل واحد فقط، وهو المشهور في المذهب[٣]، وظاهر كلام أحمد كما جاء في المغني، أنه لا يقبل إلا قول اثنين[٤].

ومبنى الخلاف في ذلك على اعتبار القائف هل هو شاهد أو مخبر؟ فمن قال بالأول اشترط اثنين، ومن قال بالثاني، اكتفى بواحد، وقيل أن مبنى الخلاف على أنه شاهد أو حاكم.

والصحيح من القولين هو القول بالإكتفاء بقائف واحد لدلالة الحديث الصريحة على ذلك، كما صح عن عمر رضي الله عنه أنه استقاف المصطلقي وحده، ولأنه يكتفى بالطبيب والبيطار الواحد إذا لم يوجد سواهما، والقائف أعز وجودا منهما[٥].

٤- **أن يكون عارفاً بالقيافة ومجربا في الإصابة:** وذلك لأن قوله حكم، فلابد من العلم بعلمه له، وذلك لا يعرف بغير التجربة له فيه[٦].

---

(١) شرح الخرشي- ج ٤ ص٣٢٢. حاشية الدسوقي- ج ٣ ص٤١٧. تبصرة الحكام- ج٢ ص ٩٩. روضة الطالبين – ج٨ ص ٣٧٤. مغني المحتاج – ج٢ ص ٤٣٩. المغني – ج٦ ص ٣٩٩. الإنصاف- ج٦ ص ٤٥٩. الفروع- ج٩ ص ٢٣٢.

(٢) مغني المحتاج – ج٤ ص ٤٣٩. تكملة المجموع – ١٥ ص ٣٠٥.

(٣) تبصرة الحكام-ج٢ ص ٩٩. بداية المجتهد-ج٢ ص ٣٠١. شرح الموطأ للزرقاني- ج٤ ص٤١٩، ٤٢٠. الفروق- ج١ ص٧٣. مواهب الجليل- ج ٥ ص ٢٤٧.

(٤) المغني – ج٦ ص ٣٩٩.

(٥) الطرق الحكمية- ص ٢٩٣، الإنصاف – ج٦ ص ٤٦٠.

(٦) أما عن كيفية التجربة فقد فسرها الشافعية بأن يعرض عليه ولو في نسوة ليس فيهن أمه، ثم مرة بعد مرة ثم في نسوة فيهن أمه، فإن أصاب في الكل فهو مجرب، واعتمد عليه، والأب مع الرجال كالأم مع النساء وكذلك سائر

٥- **الذكورة والحرية:** الأصح عند المالكية، والشافعية، والراجح عند الحنابلة اعتبار هذين الشرطين، لأن القيافة مستندها النظر والإستدلال فاعتبرت الذكورة والحرية فيه كالقضاء[١].

٦- **أن لا يكون مدلجيا (أي من بني مدلج):** ذهب أكثر القائلين بالحكم بالقافة إلى عدم اعتبار القائف من بني مدلج، وهم رهط مجزز المدلجي؛ لأن القافة علم، فمن علمه عمل به، واختصاص الله تعالى العرب بهذا العلم لا يدل على كونه نفي سائر العرب بل والعجم، وقد ثبت أن عمر رضي الله عنه كان قائفا يقوف وهو قرشي ليس مدلجيا ولا أسديا، وكذلك إياس بن معاوية المزني كان قائفا، وشريح القاضي[٢]. وبذلك يعلم أن ما ذهب إليه بعض الشافعية في اختصاص القافة ببني مدلج لثبوتها بالشرع ليس لها سند يبررها.

٧- **عدم قيام مانع شرعي من الإلحاق بالشبه:** فلو نفى نسب ولده من زوجته، فإنه يلاعنها ولا يلتفت إلى إثبات الشبه بالقافة، كما لا اعتبار للشبه أيضاً إذا تعارض مع الفراش.

٨-**حياة من يراد إثبات نسبه بالقافة:** وهو شرط عند المالكية[٣]،أما الشافعية والحنابلة فلم يشترطوا ذلك، وسواء كان المقوف حيا أو ميتا جاز إثبات نسبه بالقافة ما لم يتغير أو يدفن.

٩- **حياة من يلحق به النسب أو عدم دفنه:** وهو ما اشترطه كثير من المالكية، فإن دفن من يلحق به النسب اشترط بعضهم لاعتماد القافة المعرفة التامة لصفاته قبل موته[٤].

هذا فضلا عن شروط أخرى اشترطها بعض الفقهاء ككون القائف بصيرا، ناطقا، وانتفاء العداوة عن الذي ينفيه... إلى غير ذلك من الشروط التي يتخرج اعتبارها عند من ألحقوا القائف بالشاهد أو القاضي أو المفتي، فيشترط في القائف ما يشترط فيهم.

الفرع السادس: القرعة

القرعة هي أمارة مشروعة لقطع الخصومة وإزالة الإبهام بتعيين نصيب كل إنسان وشرعت القرعة عند تساوي الحقوق دفعا للضغائن والأحقاد، والرضا بما جرت به الأقدار. وقد اختلف الفقهاء في جواز العمل بالقرعة في إثبات النسب إلى فريقين:

العصبة والأقارب عند فقدهما. أما الحنابلة فذكروا بأن يترك الصبي مع عشرة من الرجال غير من يدعيه، فإن ألحقه بواحد منهم سقط قوله، لأنه تبيّن خطؤه، وإن لم يلحقه بواحد منهم أريناه إياه مع عشرين فيهم مدعيه، فإن ألحقه به لحقه. مراجع الشافعية السابقة. المغني- ج٦ ص ٣٩٨.

(١) شرح الخرشي- ج٤ ص٣٢٢. مغني المحتاج- ج٢ ص٤٢٨. الفروع- ج٩ ص ٢٣٢.

(٢) فتح الباري- ج١٣ ص ٨٢٣٥. الإنصاف- ج٦ ص ٤٥٩. المغني- ج٦ ص ٣٩٨.

(٣) مواهب الجليل- ج ٥ ص٢٤٨. تبصرة الحكام- ج٢ ص ١٠٠. حاشية الدسوقي- ج٣ ص٤١٧.

(٤) مختصر العلامة خليل- ص ٢٢٢. التاج والإكليل- ج٢ ص٢٢٠، والمراجع السابقة.

الفريق الأول: ذهب أصحابه إلى عدم جواز العمل بالقرعة في ثبوت النسب وهو مذهب الحنفية[١]، وأكثر المالكية[٢]، والراجح في مذهب الحنابلة[٣]، وبعض الشافعية[٤].

الفريق الثاني: وذهب أصحابه إلى جواز العمل بالقرعة، وهو قول الشافعي في القديم[٥]، ورواية لأحمد[٦]، وبعض المالكية[٧]، وإسحاق ابن راهوية[٨]، والظاهرية[٩]، وابن القيم[١٠].

الأدلة والمناقشات

أدلة الفريق الأول:

١- أن القرعة قمار وميسر، وقد حرّمها الله تعالى بعد أن كانت مشروعة قبل ذلك[١١].

وقد اعترض ابن القيم على هذا الإستدلال بأن الله تعالى قد شرع القرعة ورسوله، فأخبر بها عن أنبيائه ورسله، مقررا لحكمها غير ذام لها، وفعلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وأصحابه من بعده، وقد صانهم الله سبحانه عن القمار بكل طريق، ومن شبه القرعة بالقمار فقد ظلم وجار، وهو من أفسد القياس، وهو كقياس البيع على الربا، وقد فرقت الشريعة بين القرعة والقمار كما فرقت بين الربا والبيع[١٢].

٢- أن القرعة قد كانت في بدء الإسلام ثم نسخ حكمها بعد ذلك[١٣].

واعترض على هذا الاستدلال باعتراضين:

الأول: أن النسخ لم يحصل قط وكيف يجمع المسلمون على تركه وقد قضى به علي رضي الله عنه باليمين وأقره النبي صلى الله عليه وسلم وعلمه ومات بعده الرسول لنحو ثلاثة أشهر[١٤].

---

(١) المبسوط- ج١٧ ص٥٠. شرح فتح القدير- ج٨ ص٢٥٨. الدر المختار- ج٤ ص ٢٧٢. تبيين الحقائق- ج٣ ص١٠٥. الهداية ج٣ - ص ١٨٨.
(٢) تبصرة الحكام - ج٢ ص ٩٨. جواهر الإكليل - ج٢ ص ٢٢٠. بداية المجتهد- ج٢ ص٣٠٢.
(٣) الإنصاف- ج ٦ ص٤٦٣. الفروع- ج٩ ص ٢٣٤.
(٤) المهذب - ج٣ ص ٣١٨. روضة الطالبين - ج٣ ص ٤٤٠.
(٥) الأم - ج٨ ص ٣. شرح الجلال المحلي - ج٣ ص ١٣٠.
(٦) الإنصاف- ج ٦ ص٤٦٣. الطرق الحكمية - ص ٢٩٦.
(٧) بداية المجتهد- ج ٢ ص٣٠٢. جواهر الإكليل- ج ٢ ص ٢٢٠.
(٨) معالم السنن - ج٣ ص ٢٣٨. المغني - ج٦ ص ٣٤٤.
(٩) المحلى - ج١٠ ص ١٤٨.
(١٠) الطرق الحكمية- ص ٢٩٦.
(١١) المبسوط - ج١٧ ص ٥١.
(١٢) الطرق الحكمية - ص ٣٨٦. بدائع الفوائد - ج٣ ص ٣١٣.
(١٣) الهداية - ج٣ ص ٨٨. شرح معاني الآثار- ج٤ ص٣٨٣.
(١٤) المحلى - ج١٠ ص ١٤٨.

الثاني: ما قاله الإمام أحمد بن حنبل: "من ادعى أنها منسوخة فقد كذب وقال الزور، فمن رد القرعة فقد ردّ على رسول الله صلى الله عليه وسلم قضاءه وفعله"(١).

٣- أن استعمال القرعة إنما يكون في دعوى الأموال لا في دعاوى النسب الذي تثبت بالطرق الشرعية(٢).

أدلة الفريق الثاني:

استدل أصحابه بجواز العمل بالقرعة في ثبوت النسب بما يأتي:

١- **الدليل من الكتاب:** جرى استعمال القرعة في كتاب الله تعالى في موضعين، قوله تعالى: (وما كنت لديهم إذ يلقون أقلامهم أيهم يكفل مريم وما كنت لديهم إذ يختصمون)(٣)، حيث تخاصم زكريا عليه السلام مع بني اسرائيل أيهم يكفل مريم بغية الأجر، فقرعهم زكريا فكفلها(٤).

قوله تعال في قصة يونس عليه السلام: (إذ أبق إلى الفلك المشحون فساهم فكان من المدحضين)(٥)، ومعنى الآية اتفاق ركاب السفينة لتخفيف حملها خشية الغرق أن من تقع عليه القرعة يلقى في البحر، فوقعت القرعة على نبي الله يونس عليه الصلاة والسلام(٦).

قال ابن القيم: "فهذان نبيان كريمان استعملا القرعة وقد احتج الأئمة الأربعة بشرع من قبلنا إن صح ذلك عنهم"(٧).

٢- الدليل من السنة:

ما أخرجه أبو داود وغيره من أصحاب السنن عن زيد بن أرقم قال: أتى علي رضي الله عنه بثلاثة وهو باليمن وقعوا على امرأة في طهر واحد، فسأل اثنين: " أتقران لهذا بالولد، قالا لا حتى سألهم جميعا، فجعل كل ما سأل اثنين قالا: لا، فأقرع بينهم فألحق الولد بالذي صارت عليه القرعة وجعل عليه ثلثي الدية، قال فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فضحك حتى بدت نواجذه"(٨).

---

(١) الطرق الحكمية – ص ٣٧٠.
(٢) المغني – ج٨ ص ١٠٣.
(٣) سورة آل عمران – آية ٤٤.
(٤) تفسير ابن كثير – ج٢ ص ٣١، ٣٤.
(٥) سورة الصافات - آية ١٤، ١٥.
(٦) تفسير ابن كثير – ج٤ – ص ٢٠، ٢١.
(٧) الطرق الحكمية – ص ٣٦٧.
(٨) أبو داود – كتاب الطلاق- باب من قال بالقرعة إذا تنازعوا في الولد-ج١ ص٥٢٧. النسائي– كتاب الطلاق-

وجه الدلالة: فهذا الحديث يدل على ثبوت القضاء بالقرعة، ولا يضحك رسول الله صلى الله عليه وسلم دون أن ينكر ما يرى أو يسمع ما لا يجوز البتة، إلا أن يكون سرورا به، وهو عليه الصلاة والسلام لا يسر إلا بالحق، ولا يجوز أن يسمع باطلا فيقره(١).

واعترض النافون للعمل بالقرعة على حديث زيد بن أرقم لضعف بعض رواته من جهة، واضطرابه الشديد، فضلا عن إرساله(٢).

وأجاب ابن حزم عن هذا الاعتراض بأن إسناده صحيح وموصول في بعض طرقه(٣)، وقد ذكر ابن القيم أن إعلال الحديث عن عبد خير بإسقاط زيد بن أرقم فيكون مرسلا، وهذا ليس بعلة ولا يوجب إرسالاً للحديث، فإن عبد خير سمع من علي وهو صاحب القصة، فهب أن زيد بن أرقم لا ذكر له في المتن، فمن أين يجئ الإرسال(٤).

٣- الدليل من المعقول والقياس: المصير إلى القرعة أولى وأحرى من ضياع نسب الولد، وتركه هملا لا نسب له، وهو ينظر إلى ناكح أمه وواطئها، وإذا كانت القرعة صالحة للتعيين في الأملاك المطلقة، والرقيق من الحر، والزوجة من الأجنبية، والتي لا تثبت بقرينة ولا أمارة، فكيف لا تصلح لتعيين صاحب النسب من غيره، فهو أولى وأحرى(٥).

الترجيح:

بعد عرض حجج كل فريق فلا يخفى وجاهة قول الفريق الثاني، وذلك:

١- لأن القرعة سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وقد جاء بها القرآن كما عمل بها الصحابة وبعض التابعين ولم يعلم لهم مخالف.

٢- أن طرق حفظ الأنساب أوسع من طرق حفظ الأموال، ومتى تساوت الحقوق ولم يكن التمييز بينها إلا بالقرعة، فلا مندوحة من المصير إليها، كما أن أصول الشرع وقواعده تقتضي اعتبارها في لحوق النسب حفاظاً على النسب وأولى من تركه هملا.

باب القرعة في الولد إذا تنازعوا فيه وذكر الاختلاف- ج٦ ص١٥٠. ابن ماجه- كتاب الأحكام-القضاء بالقرعة- ج٢ ص٧٨٦ رقم (٢٣٨٤). الفتح الرباني في ترتيب مسند أحمد -كتاب اللعان-ج١٧ص ٣٨ رقم (٧٣).

(١) الطرق الحكمية – ص ٢٩٦. بداية المجتهد- ج٢ ص ٣٠٢.

(٢) وقد ساق ابن القيم اعتراضات الحنفية وغيرهم على هذا الحديث والأوجه التي أعلوه بها. الطرق الحكمية – ص ٢٨٣، ٢٩٥. إعلام الموقعين- ج١ ص٦٣.

(٣) المحلى – ج١٠ ص ١٤٨.

(٤) إعلام الموقعين- ج١ ص٦٦. زاد المعاد- ج٤ ص ١٦٨.

(٥) الطرق الحكمية – نفس الموضع.

٣- أن الحنفية ومن ذهب مذهبهم في عدم جواز العمل بالقرعة في النسب، قد أجازوها في بعض المواضع كالقسمة، والعتق، والطلاق، والقسم بين الزوجات، والأموال المشتركة، واعتبروها أمرا مستحبا (١).

ونخلص مما تقدم أن القرعة دليل شرعي ولا يصار إلى الحكم بها إلا عند تعذر غيرها من الطرق الشرعية، أو في حالة تساوي البينتين أو تعارضهما، وهل يحتكم إليها في إثبات النسب، أم يستغني عنها بالبصمة الوراثية ؟ وما موقع البصمة الوراثية من بين طرق إثبات النسب؟ وفي حالة تعارض البينات ؟ وكذا حجيتها على القافة والقرعة؟ هذا وغيرها من الإشكالات سنحاول بحثها في المطلب التالي.

ولا يفوتنا أن نشير إلى حجية الشهادة أو قسيمة الميلاد في إثبات النسب، فهي ليست ورقة رسمية، لأنها غالبا ما تكون من إملاء الأم أو القابلة، فيكون بذلك نسب الطفل فيها إلى شخص ما، أو إضافة إسم الأب والجد واللقب العائلي لا يعتبر حجة عليه، لأن القيد بدفاتر المواليد حسب النظم الموضوعة له لا يشترط فيه أن يكون بناءا على طلب الأب، أو وكيل عنه، ويكفي في القيد إخطار من القابلة، أو من الأم، فلا يكون إنتساب الطفل فيها إلى شخص معروف حجة عليه، مادام لم يقر بصحة البيانات المدونة فيها(٢).

وشهادة الميلاد وإن لم تصلح كورقة رسمية، فإنها تصلح كقرينة على ثبوت النسب لا يغفل شأنها، وعدم الطعن من والد الصغير فيها بعد عرضها عليه، دليل على صحة النسب إليه. وحسبه أن يطعن في تزوير البيانات الواردة بها لإهدار القرينة المستفادة منها(٣).

---

(١) شرح فتح القدير-ج٢ ص٥١٩ . مجمع الأنهر- ج٢ ص ٢٧٣.

(٢) الطعن رقم ١٥٥ لسنة ٥٨ق-أ.ش- جلسة ١٩٨٩/٥/٣٠- السنة ٤٠ – ص ٤٦٦. أحمد نصر الجندي- مبادئ القضاء الشرعي- المبدأ ٦٨- ص ١٠١١.

(٣) نقض الطعن رقم ١١ لسنة ٤٤ ق-أ. ش- جلسة ١٩٧٦/٢/٤.

المطلب الثاني

الأدلة العملية وأثرها في ثبوت النسب

إن التطور العلمي المتنامي على مرور الأزمنة قد فتح للناس أبوابا عديدة وكشف عن حقائق مجهولة لم تكن لهم على بال، فاحتاج جمهور الناس إلى بيان أحكام الشرع في مثل هذه المستجدات وما يشرع منها وما يحضر، ووضع الضوابط التي يقوم بها المعوج منها[1].

ولعل أهم اكتشاف عصري في علم الأحياء هو البصمة الوراثية، حيث أحدث هذا الاكتشاف - دون أدنى مبالغة - ضجة كبيرة، بل وثورة اجتماعية بكل ما تحمله هذه الكلمة من معاني، ثم في تطورها المضطرد، إذ لا تكاد تمر أسابيع، وربما أقل، دون أن تحمل لنا وسائل الإعلام بعض اكتشافاتها الجديدة، فضلا عن نتائجها الفائقة الدقة، ثم في المجالات التي يمكن فيها الإستفادة منها، حتى صارت اكتشاف العصر، وأهم حقائقه في مجال الطب الشرعي، وفي مجال إثبات النسب.

ونظرا لحداثة هذا الاكتشاف وما نتج عنه من عدم وضوح في الرؤية، سواء من حيث مشروعية استخدامه في إثبات النسب، أو منزلته بين طرق الإثبات الشرعية.

وإذا كان استعمال البصمة الوراثية في مجال الطب الشرعي والقضايا الجنائية لا يثير إشكالا من الناحية الشرعية، فإن الإعتماد عليها في مجال النسب قد نتج عنه اختلاف واضح في مشروعية ونطاق الاستفادة منه، فصار موضوع بحث ودراسة من قبل المجامع الفقهية، وطرح على طاولة النقاش في العديد من المؤتمرات، وذلك لما للنسب من خصوصية في الشريعة الإسلامية.

وسنتناول في هذا المطلب ماهية البصمة الوراثية، وحكم استخدامها في مجال النسب وضوابطه، ومنزلتها بين الطرق الشرعية، ووضعها في الميزان القضائي. ولما كان لفحص الدم دور في قضايا النسب ارتأينا بحث قيمة النتائج التي يقدمها هذا الفحص كدليل لإظهار الحقيقة في

---

(١) والبحث العلمي ماض اليوم أو غدا، وثورة المعلومات والاكتشافات الحديثة غير متناهية ونتائجه مفروضة على المسلمين، رغبوا في ذلك أو لم يرغبوا، فتصادم كثير من تلك النتائج أصول شريعتنا أو فروعها، ولا غرابة في ذلك ما دامت أصول البحث ومقوماته بأيدي غير المسلمين، أو ممن لا يضبطه هدي سماوي يحدد الحسن والقبيح في الأخلاق والسلوك، ويفرز الغث من السمين، بل هو متبع لهواه. أنظر: د. عجيل جاسم النمشي – الوصف الشرعي للجينوم البشري والعلاج الجيني– بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم والعلاج الجيني-رؤية إسلامية من ١٣ ـ ١٥ أكتوبر ١٩٩٨ بالكويت- ص ٢٠١، بتصرف يسير.

هذا المجال، وموقف القضاء من هذه النتائج. ولا يفوتنا في هذا البحث قراءة للنص الجديد في التعديل الأخير لقانون الأسرة الجزائري، والذي أجيز بمقتضاه الإستعانة بالطرق العلمية في إثبات النسب، ومدى حجم النتائج وطبيعة الآثار الناجمة عن تطبيقه، وكيف استقبل القضاء بمختلف درجاته هذا النص.

الفرع الأول: ماهية البصمة الوراثية واستخداماتها

أولا: تعريف البصمة الوراثية: البصمة الوراثية مركب وصفي من كلمتين "البصمة"، و "الوراثية"، أما البصمة من بصم، كلمة عامية تعني العلامة، وتأتي في اللغة بعدة معان منها: أثر الختم بالإصبع[1]، وتوسع في هذا المعنى حتى صارت الكلمة تستخدم في الأثر المنطبع من شيء ما على شيء آخر مما يتميز به صاحبه عن غيره[2].

أما الوراثية فهي من الوراثة وهي من مصدر ورث وهو الانتقال، وعلم الوراثة هو العلم الذي يبحث في انتقال صفات الكائن الحي من جيل لآخر، وتفسير الظواهر المتعلقة بطريق هذا الانتقال[3]. وعلى ذلك يكون المراد بالبصمة الوراثية العلامة أو الأثر أو الصفة المنتقلة من الأصول إلى الفروع[4].

واصطلاحا: فنظرا لحداثة هذا المصطلح اجتهد المختصون والمجامع الفقهية في وضع تعريف مناسب له، منها تعريف ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري للمنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بأن البصمة الوراثية هي البنية الجينية (نسبة إلى الجينات أي المورثات التفصيلية) التي تدل على هوية كل فرد بعينه، وهي وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق من الشخصية[5]. وقد أقر المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة هذا التعريف في دورته الخامسة عشرة[6].

وعرّفها د. سعد الدين هلالي بأنها تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء

---

(١) المعجم الوسيط-مجمع اللغة العربية-دار المعارف-مصر- ط٢-١٣٩٢هـ ١٩٧٣م-مادة بصم- ج١ ص٦٠.

(٢) د. ناصر عبد الله الميمان- البصمة الوراثية وحكم استخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب – مجلة الشريعة والقانون-جامعة الإمارات العربية المتحدة- العدد ١٨-ذو القعدة١٤٢٣هـ-يناير٢٠٠٣م – ص١٧٦.

(٣) المعجم الوسيط – مادة ورث- ج٢ ص ١٠٢٤.

(٤) ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني – الكويت – المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية – ٢٣، ٢٥ جمادى الآخرة ١٤١٩هـ- ١٣، ١٥ أكتوبر ١٩٨٨م- الجزء الثاني- ٢٠٠٠- ص ١٠٥.

(٥) د. سعد الدين مسعد هلالي – المرجع السابق – ص ٢٥.

(٦) القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها – الدورة السادسة ٢١ – ١٤٢٣/١٠/٢٦هـ الموافق ٥ - ٢٠٠٢/١/١٠م – المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة.

من حمض الدنا المتمركز في نواة أي خلية من خلايا جسمه[1].

ويتضح من هذين التعريفين التركيز على عنصرين أساسيين في البصمة الوراثية:

العنصر الأول: أن البصمة الوراثية هي للدلالة على هوية الشخص انطلاقاً من عينة حمض نووي موجود في خلايا جسمه، تنتقل من الأصول إلى الفروع.

العنصر الثاني: وسيلة تحقيق ذلك بتحليل المادة الوراثية والصفات الوراثية بأجهزة ذات تقنية عالية.

ثانيا: مراحل اكتشاف البصمة الوراثية: إن أولى بدايات اكتشاف البصمة الوراثية كانت بعد معرفة العلماء أن جسم الإنسان يتكون من مجموعة لا تحصى من الخلايا، وأن كل خلية تضم نواة هي المسئولة عن حياة الخلية ووظيفتها، وكل نواة تضم هي الأخرى مادة وراثية وحمضاً وراثياً. ثم اكتشف العلماء بعد ذلك أن الحمض النووي الذي يسكن في نواة الخلية يضم ستة وأربعين كروموزما، نصفها من الأب ونصفها الآخر من الأم ويطلق عليها الصبغيات، لأن من خواصها أنها تلون عند الصبغ، كما يطلق عليها الدنا DNA بالإنكليزية، أو ADN بالفرنسية، والذي يتكون بدوره من سلسلتين تلتفان على بعضهما البعض بشكل حلزوني تجاه عقارب الساعة حول محور واحد[2].

وفي منتصف الثمانينات من القرن الماضي لاحظ عالم الوراثة البريطاني أليك جيفري Alec Jefery من خلال دراسته المستفيضة على الحمض النووي وجود بعض التكرارات والتتابعات المنتظمة والمحددة في الحمض النووي، التي لا تعرف لها وظيفة سوى تكرار نفسها

---

(١) د. سعد الدين مسعد هلالي - المرجع السابق – ص ٣٥. وهناك تعريفات أخرى للبصمة الوراثية اكتفينا بما ذكر لدلالتها على المعنى الاصطلاحي لها، ولشمولها لمفرداتها وخصائصها الفنية . ولها تسميات أخرى كالطبعة الوراثية، أو بصمة الجينات، أو محقق الهوية الأخير، أو الهوية الشخصية الوراثية للفرد، أو بطاقة الهوية الوراثية الشخصية للفرد.

(٢) د. إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسن الحصيني – المرجع السابق – ص ٣٧ وما بعدها. ويتكون الحامض منسلسلة طويلة تبلغ حوالي المتر، مرصوص عليها جينات يتراوح عددها من خمسين إلى مائة ألف، وكل جين مرتب في موقع معين على كروموزم معين، وتحمل كل ما سوف يكون عليه الإنسان من صفات وخصائص وأمراض وشيخوخة منذ التقاء الحيوان المنوي بالبويضة وحدوث الحمل.أنظر د. عبد الهادي مصباح – الاستنساخ بين العلم والدين – الدار المصرية اللبنانية – ط٢ – ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م – ص ٥، د. سعد الدين مسعد هلالي- المرجع السابق – ص ٢٧، ٢٨، عبد القادر خياط – تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية – مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون – ٢٢-٢٤ صفر ، ٥ -٧ مايو ٢٠٠٢ – جامعة الإمارات – كلية الشريعة – المجلد الرابع – ص ١٤٨٥. د. عمر السبيل - البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية – ص ٢.

ومضاعفتها، واستمر في أبحاثه إلى أن توصل أن هذه التتابعات عبارة عن مناطق فرط التغاير بين الجينات الموجودة على سلم الدنا، وهي تختلف في كل فرد عن الآخر من حيث طولها وسمكها وموقعها على السلم، وانتهى في بحثه إلى أن احتمال تطابق هذه الأسس وتشابهها عند اثنين هو أمر نادر جداً، حتى لا نقول بأنه مستحيل، ولا يمكن أن يعطى شخصان في العالم نفس صورة نمط الحامض النووي المتكرر إلا في التوأمين المتطابقين(١)، وسميت منذ ذلك الوقت بالبصمة الوراثية(٢).

ويتضح من خلال هذه اللمحة التاريخية الموجزة عن البصمة الوراثية أن اكتشافها لم يكن دفعة واحدة، وإنما نتيجة طفرات علمية متعاقبة، والزمن وحده كافي للكشف عن حقائق علمية أخرى مثيرة.

ثالثا: التقنية الفنية للحصول على البصمة الوراثية وكيفية المقارنة بينها(٣): يتلخص المنهج الأساسي لوضع تقنية الحصول على البصمة الوراثية في الخطوات التالية:

١- تستخلص الدنا من إحدى عينات الدليل، سواء من نسيج الجسم أو سوائله مثل جذور الشعر، أو الدم أو اللعاب أو المني أو العظام، خصوصا عظام الأسنان، أو السائل الأمينوسي، أو الخلية من البويضة المخصبة، أو خلية من الجنين، ونحو ذلك. ويكفي اختيار كمية قليلة جدا من العينة حتى بعد جفافها ومضي وقت طويل عليها.

٢- يقطع الدنا في كل من العينين إلى ملايين الشظايا باستخدام إنزيم معين يسمى بالآلة الجينية، أو المقص الجيني.

٣- ترتب هذه الشظايا بعد ذلك وتفرد عن طريق التفريد الكهربائي بالجين، وبعد ذلك ينقل الدنا فوق قطعة من الورقة تسمى الغشاء، وتثبت لتصبح جاهزة للتحليل.

---

(١) التوأمان المتطابقان هما طفلان من بويضة واحدة وحيوان منوي واحد يكونان زيجوت، وينقسم هذا الزيجوت إلى خليتين، وتنفصل الخليتان وتستقلان لتعطي كل منهما طفلاً، متطابقان تماما في صفاتهما الجينية الخفية، وهو شديد الندرة.

(٢) د. ناصر عبد الله الميمان – المرجع السابق- ص ١٧٧ ١٧٨. د. فواز صالح – حجية البصمات الوراثية في إثبات البنوة – مجلة الشريعة والقانون – جامعة الإمارات العربية المتحدة – العدد التاسع عشر – ربيع الثاني ١٤٢٤هـ - يونيو ٢٠٠٣، ص ١٩٦ وما بعدها. د. سعد الدين هلالي- المرجع السابق- ص ٣٤. د.إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسن الحصيني المرجع السابق – ص ١٥٥.

(٣) د. عبد الهادي الحسين الشبيلي – استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية – المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب – أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية – العدد ٣٥ – محرم ١٤٢٤ – مارس ٢٠٠٣، ص١٦،١٧. د. عمر السبيل– المرجع السابق- ص٤. د.إبراهيم الجندي- المرجع السابق- ص٦٩.

٤ـ ثم يعرض هذا الغشاء لفيلم الأشعة السينية وتطبع عليه، فتظهر على شكل خطوط داكنة اللون ومتوازية، وتختلف في سمكها ومسافتها من شخص لآخر، وتمثل نموذج الدنا، وهي نتيجة يسهل قراءتها وحفظها وتخزينها في الكمبيوتر واسترجاعها للحاجة إليها ومقارنتها ببصمة أخرى.

وبعد هذه الخطوات العلمية تجري المقارنة، فإن كان في مجال النسب وإثبات البنوة، أو الأمومة أو الأبوة، فيقارن بين بصمة الولد وبصمة أبويه ـ أحدهما ـ فإن كان هناك تطابق بين شق بصمة الولد وبين شق من بصمة أحد أبويه ثبت أن الولد لهما حقيقة، وأن بصمته من نفس المصدر، وإلا فلا[1]، لأن الشخص يرث نصف صفاته الجينية عن أبيه، ويرث النصف الآخر عن أمه، ويكون الشقان معاً بصمة جديدة خليطا من بصمة أبويه، ينقل هو الآخر أحد شقيها إلى أبنائه، وهكذا..

رابعا: خصائص البصمة الوراثية: تعتبر هذه الخصائص مرتكزات ومنطلقات علمية مؤثرة في الحكم الفقهي، كما سيأتي، وتتلخص أهم هذه الخصائص فيما يلي:

١ـ تفرد كل شخص ببصمة لا يشاركه فيها شخص آخر في العالم إلا في التوائم المتماثلة، فهي أدق وسيلة علمية تم اكتشافها لحد الآن في تحديد هوية الشخص وإثبات أو نفي الأبوة أو الأمومة بنسبة نجاح لا تقل عن ٩٩٪، وقد تصل إلى حد القطع بنسبة ١٠٠٪ في حالة النفي متى تمت بمعايير وضوابط معينة.

٢ـ قدرة الحمض لتحمل أسوأ الظروف كارتفاع الحرارة والرطوبة والتلوثات البيئية، فلا يفتقد ماهيته ولو مضى عليه وقت طويل.

٣ـ يمكن قراءة البصمات الوراثية والمقارنة بينها بسهولة ويسر ـ متى روعيت ظروف السلامة والحفظ ـ ولا تحتاج في الغالب إلى معرفة فائقة أو دقة التأمل، كما تتوافق البصمات باختلاف العينات من أعضاء الجسم.

٤ـ إمكانية الإحتفاظ بها في الكمبيوتر أو في وسائل الحفظ المختلفة، واستحضارها كلما

---

(١) أمّا إذا كان الغرض من إجراء التحليل إثبات الجريمة وغيرها، فتؤخذ عينة الجاني من مكان الحادث ثم تقارن ببصمة المشتبه فيه، وإن كان الغرض منه تحديد هوية الشخص فتقارن بصمته بصمة سابقة له، إن أمكن، أو تقارن ببصمة أحد أقاربه، فإن تطابقت البصمات ثبتت هوية الشخص. أنظر د. ناصر عبد الله الميمان- المرجع السابق- ص١٨٠، ١٨١. د. سعد الدين مسعد هلالي ـ المرجع السابق ـ ص ٣٦. د.بدر خالد الخليفة- توظيف العلوم الجنائية لخدمة العدالة- ص١٨٢. د.منصور عمر المعايطة- الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي لرجال القضاء والإدعاء العام والمحامون- مكتبة دار الثقافة- الأردن-٢٠٠١- ص٨٠.

دعت الحاجة لذلك.

الفرع الثاني: ضوابط استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب

يتوجب لاستخدام البصمة الوراثية مراعاة ضوابط محددة، وهي على قسمين، ضوابط شرعية حتى لا تصادم الوسائل المنصوص عليها شرعا في مجال الإثبات عموماً، وفي إثبات النسب بوجه خاص، حتى لا يؤدي استخدامها إلى مخالفة الشارع في هذا الباب. وضوابط معملية فنية في فحص المورثات الجينية من أجل الحصول على نتائج مطابقة لواقع الحال.

أولا: الضوابط الشرعية لاستخدام البصمة الوراثية:

١- أن لا تصادم نتائج البصمة الوراثية النصوص الشرعية، ولا تخالف مقصود الشارع، فلا تستخدم البصمة الوراثية بديلاً عن بعض الوسائل المنصوص عليها، كما لا يجوز أيضاً استخدامها للتأكد من نسب ثابت، لما في ذلك من التشكيك في أنساب الناس ونشر سوء الظن ودواعي الريبة بين الأزواج وزوجاتهم، وكما ينبغي أن لا تخالف مقصود الشارع في إثبات الأنساب بأيسر الوسائل وأخفها، وإن كانت ظنية.

٢- أن لا تخالف نتائج التحليل حكما عقليا قررته الشريعة أو اقتضاه العقل، كأن يثبت بنوة مولود لمن لا يولد لمثله لصغر سنه، أو لكونه مقطوع الذكر والأنثيين، أو ثبت عدم التلاقي بين الزوجين قطعا، وغير ذلك مما ذكره الفقهاء في شروط النسب.

٣- أن تكون جميع أوامر التحليل للبصمة الوراثية تحت إشراف القضاء بانتدابه لأهل الخبرة، سداً لباب التلاعب وعدم ترك ذلك لاختيارات الأشخاص، وحتى لا تتعارض مع القواعد الشرعية كنفي نسب معلوم، أو إثبات نسب بعد الملاعنة وتأكيد نفيه[1].

ثانيا: الضوابط المعملية والفنية لاستخدام البصمة الوراثية:

تتعلق هذه الضوابط بخبراء البصمة الوراثية وبطريقة إجراء التحليل والمختبرات الخاصة بالبصمة الوراثية، وأهمها:

١- أن تكون مختبرات التحاليل تابعة للدولة وتحت رقابتها المباشرة ومنع القطاع الخاص من إجراء عمليات الفحص والمتاجرة فيها، درءا للتلاعب فيها، وتدخل عامل الربح والأغراض الدنيوية التي تحول دون ضمان صحة نتائج التحاليل ونزاهتها.

---

(١) د. ناصر عبد الله الميمان - المرجع السابق – ص ٢٢٢. د. عمر السبيل - المرجع السابق – ص ٣٣. د.عبد الهادي حسين الشبيلي– المرجع السابق – ص ٢٤، د. علي محي الدين القره داغي - البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي– ص ٤٠، ٤١.

٢ـ أن تكون هذه المختبرات والمعامل الفنية مزودة بالتقنيات والمواصفات العلمية والمخبرية المعتبرة محليا وعالميا.

٣ـ أن يراعي في جميع خطوات التحليل التوثيق والدقة بدءاً من نقل العينات إلى إجراء الفحوصات المخبرية المتعددة، وانتهاءا بظهور النتائج، فضلا عن التشديد على كافة ظروف الحفظ والسلامة.

٤ـ إجراء التحاليل بطرق متعددة، ومن عينات مختلفة لإمكان المقارنة، ضماناً لصحة النتائج واستبعادا لاحتمال الخطأ في التحليل والفحص[١].

٥ـ يشترط في العاملين في المختبرات، سواء كانوا خبراء أو مساعدين لهم، ما اشترطه الفقهاء في القائف من الشروط، وهي:

أ ـ الإسلام: إذا كان النسب متعلقاً بمسلم، لأن قوله يتضمن خبرا ورواية، كما لا يقبل قول غير المسلم في تعيين القبلة وطهارة الماء أو نجاسته، من أجل استعماله في الوضوء أو الغسل، لأن هذه أمور دينية والكافر لا يؤمن بها فلا يؤمن عليها. أمّا إذا تعلق بغير مسلم فقول لبعض أهل العلم يقبل قول الكافر في حق الكافر.

ب ـ العدالة: لأن الهوى وعدم الأمانة في هذا الباب يحملان على قول غير الحق.

ج ـ الخبرة العالية والإصابة بالتجربة: وذكر البعض طريقاً لتجربة الخبير ـ ظير ما اشترط في القائف ـ إذا لم يكن معروفا بذلك، بأن يعطي عينات من خلايا أشخاص ليس بينهم نسب، فإن ألحق بالبصمة كلاً بأبيه ونفى النسب عمن لا نسب بينهم تحقق بذلك من خبرته وإصابته، وأمكن بالتالي قبول قوله[٢].

د ـ أن لا يجر الخبير بالبصمة نفعاً لنفسه أو يدفع عنها ضررا، فضلا عن خلوه من موانع

---

(١) ويسمي أهل الخبرة هذا الإجراء باختبار الموضوعية، إذ يقتضي معاودة اختبار الـ (د.ن.أ.) في أكثر من موضع منه للتيقن من نتائجه، ومتى ظهر ثمة تشكك في النتائج أخذ عينات جديدة وأعيد الاختيار مرة أخرى، وهو ما يساهم في رفع معدلات دقة الاختبارات، لكن قد تظهر صعوبة هذا الاختبار في الواقع العملي فيما إذا كان الشخص المراد إثبات بنوته أو أبوته أو عمومته قد هلك، ولم يتيسر الحصول على عينات من جسمه، أو كانت قد تعرضت لاعتداءات بيئية، أو امتزجت مع عينات لأشخاص، فلا يسهل في هذه الحالة تكرار الاختبار. أنظر في ذلك والضوابط المعملية: الشفرة الوراثية للإنسان ـ القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجينوم البشري، ترجمة د. أحمد مستجير ـ سلسلة عالم المعرفة ـ الكويت ـ ١٤١٧هـ ـ ١٩٩٧م ـ ص ٢١١. د. إبراهيم صادق الجندي ـ المرجع السابق ـ ص ١٧٧. د.سعد الدين هلالي ـ المرجع السابق ـ ص ٤٠ .

(٢) د.محمد سليمان الأشقر ـ أبحاث إجتهادية في الفقه الطبي ـ مؤسسة الرسالة ـ بيروت ـ ط١ ـ ١٤٢٢هـ ٢٠٠١م ـ ص٢٦٥.

الشهادة.

هـ- التعدد: اختلف من تناول البصمة الوراثية بالكتابة وأهل الفقه المعاصرون في اشتراط تعدد الخبراء البصمة الوراثية، قياسا على الشهادة والقافة، إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: لا يرضى إلا باتفاق خبيرين فأكثر، وهو قول أغلبية أهل العلم المعاصرين[1]. واحتج أصحابه بقياس البصمة الوراثية على الشهادة، كما قاسوها على القيافة من باب قياس الأولى، فضلا عن ضرورة الاحتياط في الأنساب، و ما يكفل لها ذلك من الشروط لضمان نتائج صحيحة، والفحص بأكثر من خبير فني تستبعد معه احتمال الخطأ.

القول الثاني: جواز الإكتفاء بقول خبير واحد، وحجة أصحابه أنه متى أجاز بعض الفقهاء الاكتفاء بقول قائف واحد، فأن يكون العمل بخبير واحد في البصمة الوراثية أولى، لأنها أوثق من القيافة، كما أن الأمر يجب أن يخضع لقواعد المهنة، لأنهم أعرف بالمفارقات، وربما قرروا تكرار البصمة مرات، كما هو مشاهد في الأشعة الطبية، والعرف حاكم[2].

القول الثالث: توكل فيه مسألة تعدد الخبراء إلى الحاكم، فعليه أن يجتهد في اختيار ما يراه راجحا، كسائر المسائل الخلافية ومحققا للمصلحة، فقد يرى من قرائن الأحوال في قضية من القضايا من صدق وأمانة وكفاءة عالية وخبرة.. ما يحمل على الإكتفاء بقوله، بينما قد يظهر في قضية أخرى من الشكوك ما يدعو إلى التثبت والإحتياط، فيحتاج إلى قول خبير آخر[3].

القول الراجح: يظهر لي أن القول الثالث، وهو إرجاع مسألة تعدد الخبراء إلى الحاكم ومنحه السلطة التقديرية هو الراجح، باعتباره الخبير الأعلى لتقييم الأدلة الفنية - وغيرها - المعروضة عليه، فمتى رأى كفايتها، وأنها منتجة في الدعوى، وأدخلت في نفسه الطمأنينة، فلا

---

(١) أنظر في أصحاب هذا القول: د. محمد الأشقر-المرجع السابق- ص٢٦٦. د. علي القره داغي - البصمة الوراثية- ص ٣٦. د. فؤاد عبد المنعم- البصمة الوراثية بين الشريعة والقانون – ٢٢ – ٢٤ صفر ١٤٢٣هـ ٥ – ٧ مايو ٢٠٠٢- جامعة الإمارات – كلية الشريعة والقانون- ج٤ ص ١٣٧. د. عبد الستار فتح الله سعيد - البصمة الوراثية في ضوء الإسلام – الدورة السادسة عشر - المجمع الفقهي الإسلامي بمكة المكرمة – ص ١٨. د.حسين الشاذلي - البصمة الوراثية وأثرها في إثبات النسب – ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني – الكويت – ص ٤٩٦، د. عمر الشيخ الأصم - التحليل البيولوجي للجينات البشرية وحجيته في الإثبات-ج٤ ص١٦٩٠. د. ناصر عبد الله الميمان- المرجع السابق- ص٢٢٣.

(٢) د. سعد الدين مسعد هلالي- المرجع السابق - ص ٢٤٢. د. وهبة الزحيلي - البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها – ص ١٠.

(٣) وهو قول د. عمر السبيل- المرجع السابق - ص ٣٦. وفي المقابل لم يصرح بعض الباحثين باشتراط التعدد، ولم يشيروا إليه، وإنما أوردوا بعض الكلمات كالخبراء والعدول والأمناء وغير ذلك.

حرج عليه في عدم طلبه تقرير خبير آخر، وبخلاف ذلك إذا أمر بإجراء فحوص وتحاليل أخرى، فلا تثريب عليه في ذلك، متى كان تقديره سائغاً. وأما قياس البصمة الوراثية على القافة فهو قياس مع الفارق لاختلاف الدليلين من وجوه عدة كما أسلفنا.

الفرع الثالث: حكم استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب

إن إضافة وسيلة جديدة كالبصمة الوراثية إلى الوسائل الشرعية لثبوت النسب يتطلب بحثا في مدى مشروعيتها، وهل تتوافق فكرة الأخذ بإجراء الفحوصات والتحاليل البيولوجية لإثبات الأبوة أو البنوة مع مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعدها ومقاصدها ؟ وما هي حالات الاستفادة منها في إثبات النسب ؟

أولا: ثبوت النسب بالبصمة الوراثية شرعا:

من المقرر عند العلماء أن بيان حكم الشرع فيما لم يرد فيه نص يكون بإحدى طريقتين:

الأولى: استنباط الحكم من معقول النص وهو القياس.

الثانية: تنزيل الواقعة على القواعد الأصولية العامة كالمصلحة والاستحسان والإستصحاب وسد الذريعة[1].

ويظهر ممّا ذكر أن البصمة الوراثية وسيلة مشروعة لإثبات النسب، ودلت على مشروعيتها أدلة كثيرة ومتنوعة،من القياس والإستصلاح ومقاصد الشرع وقواعده، كما يأتي[2]:

١ ـ القياس: لما كانت القافة وسيلة مشروعة لإثبات النسب، وكان معتمدها في إلحاق النسب إنما هو الشبه الظاهري للأعضاء والبنية، أو الخفية المبنية على الخبرة والفراسة والمعرفة، وقد يعتريها الخطأ في الحكم، بل قد يحكم القائف بالنسب لشخص ثم يرجع عنه إذا رأى أشبه منه، وكان اعتماد البصمة الوراثية على الشبه في المورثات الجينية، وتتميز في دلالتها على النسب بالدقة، فلأن تقبل في إثبات النسب قياسا على القافة من باب أولى.

٢ ـ الإستصلاح: ومعناه الحكم بمقتضى المصلحة التي لا يشهد لها دليل خاص بالإلغاء أو

---

(١) إعلام الموقعين– ج١ ص٦٦. إرشاد الفحول– ص٢٢٧. د.عبد الهادي الشبيلي – المرجع السابق- ص١٩.

(٢) ولا شك أن الإستدلال بالقياس كان يكفي للدلالة على تلك المشروعية ولا حاجة لسواه من الأدلة، الا ما قد يعترض عليه البعض من أن مشروعية القافة ليست محل اتفاق بمعارضة الحنفية للجمهور في إثبات النسب بالقافة، ولهذا لزم إيراد أكثر من دليل للجزم بأن البصمة الوراثية طريقة صحيحة شرعا.
د.عبد الهادي الشبيلي– المرجع السابق- نفس الموضع. د. ناصر عبد الله الميمان-المرجع السابق- ص٢١٢.
د.سعد الدين مسعد هلالي-المرجع السابق– ص١٠٢.د.محمد الأشقر– المرجع السابق– ص٢٦٣.

الإثبات، وتكون متفقة مع مقاصد الشريعة[1]، وهو طريق معتبر ومشروع لتطبيق قواعده وأوامره على الوقائع الجديدة التي لا نص فيها، فمتى غلبت المصلحة في الأمر على جانب المفسدة حكم بجوازه، لأن الشريعة إنما وضعت لمصالح العباد في العاجل والآجل معا.

وإذا تأملنا البصمة الوراثية واستخدامها في إثبات النسب نجده يحقق مصالح مشروعة ومعتبرة في حفظ الأنساب من الضياع والاختلاط وسدا لذريعة التلاعب بالأنساب والتبني الذي حرمته نصوص الشرع، إلى غير ذلك مما يجلب باستخدامها من مصالح وما يدرء من مفاسد.

٣- مقاصد الشرع ووسائل تحقيقها: يتشوف الشارع لإثبات النسب وهو إحدى الضروريات الخمس، ومنع ما ليس منها إليها، وهذه مقاصد عظيمة لاشك، وكانت الوسائل المفضية إليها لها حكم ما أفضت إليه، فيشرع العمل بالبصمة الوراثية بناء على قاعدة إعطاء الوسيلة حكم ما تفضي إليه[2].

ولو منعنا العمل بها فإننا بذلك نكون قد حرّمنا على المكلفين من استخدام وسيلة علمية مضمونة النتائج في إثبات دعاواهم، وهو ما يتنافى مع مقصود الشرع الذي ربط إثبات النسب بأيسر الأسباب.

٤- إعمال قواعد الشرع: الأصل في الأشياء الإباحة، والبصمة الوراثية يجري عليها حكم الأصل، إذ لا دليل على منع العمل بها.

ومن القواعد الفقهية التي يمكن أن يستدل بها هنا قاعدة: "ما كان أبلغ في تحصيل مقصود الشارع كان أحب إذا لم يعارضه ما يقتضي خلاف ذلك"[3]. ومؤدى هذه القاعدة أن كل مقصد من مقاصد الشارع من وسيلة لتحصيله، وتختلف الوسائل في درجة تحقيق المقاصد، فمنها ما يحقق المقصد على الكمال، ومنها ما دون ذلك، ومتى وجدت وسيلتان فأكثر بتحقيق مقصد شرعي، وكانت إحداهما أبلغ في تحصيله من غيرها، كانت هذه الوسيلة أحب إلى الشارع وأفضل من غيرها، بشرط ألا تكون وسيلة محرمة.

---

(١) الموافقات – ج٢ ص ٦. إعلام الموقعين – ج٣ ص ١٤.

(٢) جاء في الفروق – ج٢ ص ٣ : " وموارد الحكام على قسمين: مقاصد، وهي المتضمنة للمصالح والمفاسد في أنفسها، والوسائل هي الطرق المفضية إليها، وحكمها حكم ما أفضت إليه من تحريم وتحليل غير أنها أخفض، والوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل، وإلى ما يتوسط متوسطة". أنظر أيضا إعلام الموقعين – ج٣ ص ١٤٧.

(٣) القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية – ص ٢٤٥.

ثانيا: حالات الاستفادة من البصمة الوراثية في إثبات النسب:

قرّر أهل العلم حالات يجوز فيها اللجوء إلى إثبات النسب عن طريق البصمة الوراثية:

أ- التحقق من شخصية مدعي الانتساب إلى شخص آخر لا يقره ولا ينكره: ومثالها فقدان الأطفال أو ضياع لأي سبب من الأسباب، فيعجز ذووه من إيجاده، وقد يظهر الشخص بعد سنوات وتغيرت ملامحه بالكلية، فيدعي نسبته إلى عائلة ما، أو يكون المدعون كثر ولا بينة لهم، فيشتبه الأمر ، فتكون البصمة الوراثية هي الوسيلة المناسبة للتحقق من النسب(١).

ب- التنازع على مجهول النسب: ويتخذ التنازع صورا ذكرها الفقهاء القدامى وصورا حديثة، سواء كان المتنازعان رجلين، أو امرأتين، أو رجل وامرأة.

١- اختطاف الأطفال: حيث يتنازع الخاطف للولد وأهله الحقيقيون، ولم تكن لأي منهم بينة، فيكون فيصل النزاع في مثل هذه الحالات تحليل البصمة الوراثية، والحكم بما تقرره، وتظهر هذه الحالة في أماكن البدو والمناطق الصحراوية(٢).

٢- اختلاط المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال: وقد يكون ذلك بتعمد بعض القابلات لغرض ما، أو بطريق الخطأ، فيصعب التمييز بين الأطفال سيما المولودين حديثاً، وقد يحدث بسبب الكوارث والحروب. وقد يكون الاختلاط في نسب الأجنة إذا حدث خلط بين الحيوانات المنوية والبويضات في مراكز التلقيح الصناعي، فيشتبه الحال على المرأة هل هي حامل بجنين مخلوق من بويضتها وماء زوجها مع عدم تأكدها من ذلك، أو حاملة بجنين مخلوق من بويضتها وماء رجل أجنبي عنها، أو حاملة بجنين مخلوق من ماء زوجها وبويضة امرأة أخرى، فتكون حاملة لجنين أجنبي عنها وعن زوجها، فهل ينسب كل جنين إلى المرأة التي ولدته وزوجها مع احتمال أن يكون أجنبياً عنها ؟

لامناص في مثل هذه الحالات المفترضة من اللجوء إلى البصمة الوراثية ويكون ما تقرره من أحكام معرفة نسب كل جنين(٣).

---

(١) د. عبد الهادي الشبيلي- المرجع السابق- ص ٣٩. د. ناصر عبد الله الميمان - المرجع السابق- ص٢١٩.

(٢) خليفة علي الكعبي- البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية- رسالة ماجستير - كلية الحقوق – جامعة الإسكندرية- ٢٠٠٣- ص ٤٧. د. عمر السبيل- البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها- ص ٢٩.

(٣) د. عبد الهادي الشبيلي- المرجع السابق- ص ٤١، ٤٢. د. عمر السبيل– المرجع السابق- ص ٢٩. د.إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسن الحصيني- المرجع السابق- ص ١٣٤. قرارات المجمع الفقهي الإسلامي في دورته السادسة عشرة بمكة المكرمة في المدة من ٢١ – ١٠/٢٦/ ١٤٢٢ الموافق ل ٢٠٠٢/١٠/٥ م- القرار:خامسا-ب. لكن في هذه الحالة يواجهنا إشكال وهو إذا تعارض حكم البصمة الوراثية مع قاعدة الولد =

٣- انتفاء الأدلة أو تعارضها، أو كان التنازع في الوطء بشبهة من رجلين لامرأة، وقد ذكر الفقهاء صورا كثيرة لمثل هذين النوعين[١]، فتكون البصمة الوراثية مرجحا لعدم وجود ما يرجح سواها.

ج- فحص الجثث أو ما يسمى بالإستعراف: ويظهر ذلك في الحوادث والكوارث الجماعية التي يتعذر فيها التعرف على هوية الجثث، وما يلحق بها من تشويه وتفحم، كما في الحرائق وحوادث الطائرات[٢]، أو حالة الجثث المتعفنة والعثور على قبور جماعية، فتكون في مثل هذه الحالات الطرق التقليدية لمعرفة هوية الجثث كالكشف الطبي قاصرة، أما تقنية البصمة الوراثية فتمكننا من ذلك عن طريق أخذ عينات من الجثث وتحليلها، ومعرفة الأنماط الجينية لها، ثم الاستدلال على تلك الجثث من ذويهم بمقارنة الأنماط الجينية للأقارب، وتلك الجثث.

ثالثا: الفرق بين تحليل البصمة الوراثية وتحليل فصائل الدم:

أظهرت الأبحاث العلمية منذ فترة طويلة أن دم الإنسان يتنوع إلى عدة فصائل، ولكل فصيلة خصائص محددة. والمقرر طبيا أن فصيلة دم الطفل يحددها نوع فصيلة أبيه وأمه، ومن خلال فحص دم الفصيلة التي ينتسب إليها دم الزوجة والزوج والولد، أمكن التوصل إلى أحد فرضين لا ثالث لهما. الفرض الأول: أن تكون فصيلة دم الطفل مخالفة لمقتضيات تناسل فصيلتي الزوجين، كأن كان دمهما من فصيلة (A) مثلا وجاء دم الطفل من فصيلة(B)، هذا معناه أن انتفاء النسب منهما. والفرض الثاني: فهو أن تكون فصيلة دم الطفل متوافقة ومشابهة لمقتضيات تناسل فصيلتي دم الزوجين، وهو ما يحمل على الشك في بنوة الطفل لهما، لأن الكثير من الأشخاص يشتركون في فصائل دم متشابهة. وفي ضوء تلك الحقائق العلمية المتوفرة في ذلك الوقت، تبين أن

= للفراش، هل نعمل - في هذه الحالة - القاعدة، أم تأخذ بما قررته اختبارات البصمة الوراثية ؟ وهذا إشكال صعب جدا، ويتعذر الإجابة عنه، ويحتاج إلى مزيد بحث .

(١) أنظر في ذلك: مغني المحتاج-ص٤٨٩،٤٩٠.روضة الطالبين-ج٤ ص٥٠٦.المغني- ج٧ ص٣٤٣، ٣٤٤.

(٢) ومثال ذلك الحريق الذي شبّ في منى في حج عام ١٤١٧هـ وأدى إلى وفاة ٣٣٨ شخصا، تم دفن الجثث التي استطاع الأقارب التعرف عليهم، وعددهم ١٥٢ جثة، وبقى هناك ١٨٦ جثة مجهولة الهوية بسبب ما لحق بهم من تفحم، وتمكن الأطباء الشرعيون من التعرف على البعض منها بالكشف الطبي الشرعي، والباقي ثم أخذ عينات منها تمهيد للإستدلال منها على ذويهم بمقارنتها، وبذلك يمكن التعرف على كل الجثث. خالد عبد الله العتيبي- تقنيات الحمض النووي الوراثي- إدارة الأدلة الجنائية- الرياض ١٤٢٠هـ- ص٣٢. ومثال ذلك أيضا مأساة الطائرة المصرية في أكتوبر ١٩٩٩، حيث نشرت وكالات الأنباء خبر عودة رفات ٢٥ جثة مصرية انتشلت من قاع المحيط الهادي، تم التعرف على أصحابها عن طريق اختبار البصمة الوراثية. نهى سلامة- البصمة الوراثية تكشف المستور- مقال في موقع إسلام أون لاين- نت١٨/١/٢٠٠١.

فصائل الدم تمثل دليل نفي قاطع في التحقق من انتفاء النسب[1]، فيمكن أن يفيد هذا الفحص الشخص الذي يريد التوصل إلى دليل نفي، فينتهي النزاع دون حاجة لإجراء تحليل البصمة الوراثية. وفي المقابل لا تمثل سوى دليلا محتملا لا تقوم به حجة في الإثبات. ويتضح من ثم الفرق بين تحليل فصائل الدم الذي تعتبر نتائجها دليلا للنفي، فأصبحت بذلك وسيلة علمية تقليدية، في حين تقوم البصمة الوراثية بثبوت النسب وانتفائه معا.

الفرع الرابع: منزلة البصمة الوراثية بين الطرق الشرعية لثبوت النسب

بعد بيان حقيقة البصمة الوراثية وكيفية عملها، وأنه لا مانع شرعاً من استخدامها في إثبات النسب، يثور التساؤل وهو هل يمكن استخدامها دون الاستغناء بها عن الوسائل المنصوص عليها ؟ وما هي مرتبتها من بين تلك الوسائل، على اعتبار أنها ليست على درجة واحدة في الحجية ؟

أولا: منزلة البصمة الوراثية من الفراش:

أجمع الفقهاء على أن الفراش هو أقوى الطرق لإثبات النسب سواء كانت الزوجية قائمة حقيقة أو حكما. وقد انقسم المعاصرون في موازنتهم للبصمة الوراثية مع الفراش إلى ثلاثة أقوال، واختلفوا تبعاً لكل قول في جواز استخدام البصمة الوراثية في مقابل الفراش بين مقيد ومطلق ومانع، وفيما يلي بيان هذه الأقوال وما يترجح لي منها.

القول الأول: يرى أصحابه أن الفراش لا يعلو عليه شيء من الطرق المقررة في ثبوت النسب، كما لا يجوز أن تتقدم البصمة الوراثية على الطرق الشرعية الأخرى التي اتفق الفقهاء عليها[2]، إلا أنه استثناء على هذا الأصل يجوز استعمال البصمة الوراثية أثناء الفراش، في حالات محددة وهي:

١ـ في حالة الشك في أدنى مدة الحمل وأقصاها من وقت الدخول، فيمكن للبصمة الوراثية أن تنهي الخلاف حول هذه المسألة، وكذلك المطلقة التي جاءت بولد وادعى الزوج أن الحمل جاء

---

(١) د. بدر الخليفة- الأدلة الجنائية المعملية- مذكرات كلية الحقوق- جامعة الكويت-١٩٩٤، ١٩٩٥ ج٢-ص ٦. أحمد ابراهيم بك- طرق الإثبات الشرعية- مقارنة الدم- ط٥- ١٩٨٥- ص ٤٧٣.

(٢) د. عبد الهادي الشبيلي - المرجع السابق – ص ٣٣. د. علي القره داغي- البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي – ص ١٨، د. عمر السبيل - المرجع السابق – ص ٣٠. د. وهبة الزحيلي - البصمة الوراثية– ص ١٢، ١٣، ويقرر: "فلا يلجأ إلى غيرها من الطرق كالبصمة الوراثية والقيافة إلا عند التنازع في الإثبات أو عدم الدليل القوى". د. نصر فريد واصل – المرجع السابق- ص ٢٦، ويقرر: "وإذا وجدت كلها أو بعضها فإنها تقدم على البصمة الوراثية والقيافة".د. محمد الأشقر- المرجع السابق- ص٢٦٥.

بغير المدة المعتبرة شرعا، وأنكرت الزوجة ذلك[1].

٢- موقف الزوجة التي يباشرها زوجها فترة ثم يغيب عنها، ومثله الزوج المسجون، ثم يأتي بولد فينكر نسبه منه مدعياً أنها أتت به لأقصى من مدة الحمل من غيبته عنها[2].

٣- اختلاف الزوج مع زوجته حول شرط إمكان التلاقي بينهما من حين العقد، فيسمح للزوجة بإثبات خلاف ما ادعاه الزوج عن طريق البصمة الوراثية[3].

٤- حالة نسب الموطوءة بشبهة، أو من نكاح فاسد.

القول الثاني: يرى الإستغناء والاستعاضة بالبصمة الوراثية عن الوسائل الشرعية المنصوص عليها كالفراش والبينة والإقرار، بل تصلح أن تكون مانعاً من قبول تلك الطرق التقليدية دون العكس[4]. واستند أصحابه لقولهم ذلك إلى:

١- أن إثبات الفراش إنما يكون عن طريق الظن أو المجاز بقيام العقد كما ذهب الحنفية، أو بالدخول كما ذهب الجمهور، وهي- مظنة الفراش وليس الفراش حقيقة – قائمة مقام الشهادة على الوطء لتعذرها، أما البصمة الوراثية فجاءت بالمشاهدة الحقيقية للصفات الوراثية القطعية، من غير كشف للعورة، أو مشاهدة لعملية الجماع بين الزوجين، ومن غير تشكك في ذمم الشهود أو المقرين أو القافة، فلا يجوز من ثم أن نلتجئ لأدلة ظنية ونترك دليلا قطعيا.

٢- أن وسائل إثبات النسب ليست أمورا تعبدية ولا توقيفية حتى نتحرج من تأخيرها بعد ظهور نعمة الله تعالى بالبصمة الوراثية.

---

(١) د. إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسن الحصيني– المرجع السابق- ص ١٢٠. د.علي القره داغي- المرجع السابق- ص ٢٤. د.وهبة الزحيلي– المرجع السابق - ص ٦.

(٢) د. علي القره داغي- البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي- ص ٢٤. د. محمد محمد أبو زيد- المرجع السابق - ص ٢٦٣.

(٣) د. محمد محمد أبو زيد – البصمة الوراثية من منظور الفقه الإسلامي- ص ٢٦٣. ويرى في ضوء ذلك تعديل نظام عدم سماع الدعوى الذي يأخذ به القانون المصري في دعوى النسب، في حالة إنكار الزوج متى ثبت عدم التلاقي بينه وبين زوجته من حين العقد ولا لولد زوجة أتت به بعد سنة من غيبة الزوج عنها، ولا لولد المطلقة أو المتوفى عنها زوجها إذا أتت به لأكثر من سنة من وقت الطلاق، بما يخلص هذا النظام من سلبيته وتطويره بإيجاد الوسيلة التي تسمح للزوجة سماع أدلتها في إثبات حقها وتقديمها البرهان العملي على أن الولد ينسب للزوج المدعى عليه.

(٤) د. سعد الدين مسعد هلالي – المرجع السابق– ص ٣١٥ وما بعدها، ويسمي البصمة الوراثية بالفراش الحقيقي في مقابل مظنة الفراش عند الفقهاء، ولا يرى إهمال الوسائل الشرعية، وإنما هي حيلة المقل إذا لم تتيسر الإمكانات لتعميم البصمة الوراثية. د. إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسن الحصيني– المرجع السابق - ص ١٢٥.

القول الثالث: لا يجوز استعمال البصمة الوراثية في فراش الزوجية الصحيح، أو الفاسد، أو الوطء بشبهة، أو في حالة الشك نهائيا[1]، واحتج أصحابه في ذلك:

١ـ أن الفراش متى كان ثابتا شرعا كان الولد لاحقا قطعا. يقول ابن قدامة: "لأن الفراش سبب ومع وجود السبب يكتفى بإمكان الحكمة واحتمالها، فإذا انتفى النسب وآثاره، فينتفي الحكم لانتفائه ولا يلتفت إلى مجرد الإمكان.. وهو يثبت بمجرد الإمكان وإن كان لم يثبت الوطء، ولا ينتفي لإمكان النفي". وقال أيضا: "ولو أتت بولد يمكن كونه منه ويمكن أن يكون من غيره ألحقناه به احتياطا ولم نقطعه عنه احتياطا لنفيه"، ثم يُقعِّد بعد ذلك قاعدتين أساسيتين في النسب هما:

أـ كل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه.

ب- كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد[2].

٢ـ أن الشرع منح الزوج إذا شك في نسبة الولد له طريقا آخر أقوى من الفراش، وهو اللعان، لأن الحكم يسير على مقتضى الدليل القوي لا الدليل الضعيف، وهذا في جميع أحوال الزوج، سواء أكان معافى أو مسجونا أو عنينا، أو طلق طلاقا رجعيا أو بائنا.

٣ـ إذا كان لا يسوغ قانوناً إجبار المتهم بتقديم دليل ضد نفسه، فمن باب أولى في الشرع ألا تجبر الزوجة على التحليل الطبي لإدانتها بمجرد الشك من الزوج.

إن قيام الزوج باستخدام البصمة الوراثية في حالة وجود الفراش لا يخلو من أمرين، أولهما أن تأتي النتيجة لصالح نسبه وشرفه، فيطمئن قلبه، ولكنه يكون قد أساء لزوجته، وأصابها وأهلها بجرح لا يندمل بمرور الزمن، وقد يكون استدان من غيره للتحليل البيولوجي الباهظ وحمل نفسه ما لا يطيق. وثانيهما أن تأتي النتيجة سلبية فاضحة للزوجة، وتثبت عدم شرعية الولد، فلم يكن داعيا لإجراء التحليل واللعان موجود[3].

رأي الباحث في البصمة الوراثية مع الفراش:

بعد عرض تلك الأقوال ووجه كل قول، يظهر لي أن الراجح منها هو القول الأخير بالمنع من استعمال البصمة الوراثية مع وجود الفراش، وهو من باب تقديم أقوى الدليلين على أضعفهما، كما أن أدلة الشرع ناهضة في عدم اعتبار الشبه مع الفراش، وإن كان الشبه لغير صاحب الفراش،

---

(١) د. ناصر عبد الله الميمان ـ المرجع السابق ـ ص ٢١٨ وهو ما يفهم من كلامه حيث لم يورد أي استثناء عن = = إجراء البصمة الوراثية مع الفراش. خليفة علي الكعبي ـ المرجع السابق ـ ص ١٤٨.

(٢) المغني ـ ج١٠ ص ٦٢٥.

(٣) خليفة الكعبي- المرجع السابق ـ ص ١٥٠.

كما في حديث الولد للفراش، وحديث الرجل الذي قال له الرسول صلى الله عليه وسلم: "فلعل ابنك هذا نزعه عرق"، فلا يجوز الإنتفاء من الولد بمجرد الظن، كما يلحق الولد بوالده وإن خالف لونه[1]، ولا ينتفي عنه إلا باللعان، فهو قاطع النسب[2].

أما القول بعدم استعمال البصمة الوراثية في الوطء بشبهة[3]، فأرى صحته بشرط عدم حصول التنازع، أما لو انضم في الدعوى مدع آخر كزوج جديد، فلا ضير من استعمالها، وشبهة الزواج قائمة بقيام الزواج[4].

أما القول بأن البصمة الوراثية تصلح أن تكون مانعاً من قبول الفراش دون العكس، فلا يخفى بطلان هذا التوجه، وذلك من وجوه:

١- لا يسوغ شرعا ولا عقلا أن يتقدم على فراش الزوجية - الثابت نصا وإجماعا - اختبار البصمة الوراثية الذي لا يزال حتى الآن في طور التجربة والإختبار، ولم يتفق عليه حتى من محاكم الدول التي اكتشفته وعرفت كثيرا من أسراره.

٢- أن الأدلة الشرعية هي الشرط والمانع من قبول البصمة الوراثية وليس العكس، فلا يقيس بينها وبين البصمة الوراثية التي لا تعدو سوى اكتشاف حديث.

٣- أن تقديم البصمة الوراثية على الفراش وطرق الإثبات الأخرى يخالف مقاصد الشرع في تشوفه إلى اتصال الأنساب وعدم انقطاعها، فاكتفى في ثبوتها بأدنى الأسباب، كقبول شهادة المرأة الواحدة على الولادة، والدعوة المجردة مع الإمكان..ونحو ذلك، ولا ينفيها إلا بأقوى الأدلة.

٤- أن عمدة جواز العمل بالبصمة الوراثية هي قياسها على القافة، وغاية الأمر أن تأخذ حكمها، وتقع في مرتبتها.

---

(١) فتح الباري-ج١٠ ص ٦٣٧٩. شرح النووي على صحيح مسلم- ج٥ ص ٣٩٢، وجاء فيه "وفي هذا الحديث أن الولد يلحق بالزوج وإن خالف لونه لونه.. وأن التعريض بنفي الولد ليس نفيا.. والإحتياط للأنساب وإلحاقها بمجرد الإمكان".

(٢) الطرق الحكمية- ص٢٨٠. تبصرة الحكام- ج ٢ ص١٠٠، وفيه: "فولد الحرة لا ينتفي إلا باللعان، وولد الأمة ينتفي بغير لعان، والنفي بالقافة إنما هو ضرب من الإجتهاد، فلا ينقل والد الحرة من اليقين إلى الاجتهاد"..

(٣) خليفة الكعبي- المرجع السابق- ص ١٤٩، ويرى أن الوطء بشبهة لا وجود له في هذا العصر، إذ لا يعقل أن يزف في هذا العصر امرأة لزوجها بالخطأ ويطأها على اعتبار أنها زوجته. ويجاب عن هذا بأن المقرر في القواعد أن الشيء إذا دار بين الغالب والنادر فإنه يلحق بالغاب.

(٤) وهو ما قرره مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشرة بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها في قراره خامسا – أ.

ثانيا: منزلة البصمة الوراثية من القافة:

ونبحث هذه المسألة ضمن نقطتين على النحو الآتي:

أ- أوجه الإتفاق والإختلاف بين البصمة الوراثية والقافة: وتتلخص هذه الأوجه في:

١- القيافة هي تتبع الآثار ومعرفة النسب بالشبه في الخلقة بالمقارنة بين الأعضاء والهيئة، فيكون الشبه الذي تستند إليه هو الشبه الظاهري، وقد يصيب فيه القائف وقد يخطئ، في حين تبحث البصمة الوراثية في نواة الخلية البشرية، فيكون الشبه المعتمد فيها هو شبه باطني خفي، وهو شبه يتميز في دلالته على النسب بالدقة والتطابق(١).

٢- تتفقان في عدم استعمالها في حالة وجود فراش الزوجية.

٣- أن حالات استخدام البصمة في مجال النسب أوسع وأشمل مقارنة مع القافة.

٤- تتميز القافة باليسر والبساطة، في حين يستلزم لاستخلاص البصمة الوراثية ومقارنتها معدات تقنية عالية وخبرة متطورة(٢).

ب- حجية البصمة الوراثية على القافة: أجمع العلماء المعاصرون على تقديم البصمة الوراثية على القافة في إثبات العلاقة النسبية بين اثنين أو نفيها من باب قياس الأولى، " فكل ما يمكن أن تفعله القافة يمكن للبصمة الوراثية أن تقوم به وبدقة متناهية "(٣).

وقد قرر الفقهاء قديما ترجيح قول القائف المستند في قوله إلى شبه خفي على قول القائف المستند في قوله إلى شبه ظاهر، معللين لذلك بأن الذي يستند إلى شبه خفي معه زيادة علم تدل على حذقه وبصيرته(٤). فكذلك الحال بالنسبة للبصمة الوراثية لما فيها من زيادة العلم والمعرفة الحسية ما لا يوجد مثله في القافة(٥).

وفي ضوء ما تقدم، فإن البصمة الوراثية تكون للفصل في حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع، ومن ذلك إذا أقر شخصان فأكثر بنسب شخص مجهول وتساوت الأدلة وعجزت القافة عن تقرير أي المدعين أحق بالنسب. كما أن استخدام البصمة سيؤثر بشكل كبير على التقليل في إلحاق الولد بأكثر من والد في وقت واحد، وحسم النزاع الفقهي في هذه

---

(١) د. عبد الهادي الشبيلي - المرجع السابق – ص ٢٢.
(٢) د. محمد الأشقر – المرجع السابق – ص٢٦٤. د. حسن الشاذلي – المرجع السابق – ص ٤٩٤، د. الهادي الشبيلي- المرجع السابق - ص ٢٣. د. عمر السبيل - المرجع السابق – ص ٢٦.
(٣) د. محمد باخطمة – المرجع السابق - ص ٢٦.
(٤) نهاية المحتاج – ج ٨ ص ١٨٩.
(٥) د. عمر السبيل– المرجع السابق- ص ٢٧. د. عبد الهادي الشبيلي– المرجع السابق- ص ٢٢.

المسألة، ومن ثم اختفاء كثير من الصور والمسائل الفقهية المترتبة عليها.

ومن تلك الصور ما ذهب إليه المالكية في تأخير الولد إذا قضى القائف باشتراك رجلين أو أكثر فيه إلى حين بلوغه، فيخير في الإلتحاق بمن شاء منهم[1].

وقد يثور إشكال، وهو في حالة ما إذا لم تثبت البصمة الوراثية إلحاق مجهول النسب لأي من المدعيين، أو لاختلاف أقوال الخبراء أو لإشكال الأمر عليهم، أو لم توجد خبرة البصمة الوراثية أصلا ولم توجد قيافة، فهل نقضي بنفي نسب شخص على من يدعيه ونحكم ببقائه مجهول النسب وضياعه، أو نهمل حكم البصمة الوراثية؟

الصحيح في هذه المسألة: هو إهمال ما تقره البصمة الوراثية وعدم إعمالها في نفي النسب مطلقا[2] وليس ضياعه، لأن الغرض من الاحتكام إلى البصمة الوراثية هو قبول كل ما يستجد من وسائل لإثبات النسب والإسهام في القضاء أو التخفيف من حالات مجهولي النسب، وما دامت قد أكدت مجهولية النسب فقد زال مبرر إعمالها، فيلجأ من ثم لوسيلة أخرى تمكن من إلحاق مجهول النسب بأحد المدعيين نسبه كالقافة، فإن عجزت فالقرعة.

ثالثا: منزلة البصمة الوراثية من الشهادة:

تقع منزلة البصمة الوراثية بين مثبتات النسب في المنزلة بعد المراتب التي اتفق عليها الفقهاء على العمل بها، وبالتالي فلا ينظر إليها مع وجود الشهادة، ولا تقوى على معارضتها، وذلك لأمور منها:

١- أن الشهادة وردت بها نصوص صريحة من الكتاب والسنة، وأجمعت على العمل بها الأمة منذ عهد الصحابة إلى يومنا هذا، ولا يسوغ شرعاً أن يتقدم عليها اختبار البصمة الوراثية.

٢- إن عمدة جواز العمل بالبصمة الوراثية هو قياسها على القافة، فتعين أن تأخذ حكمها، وتقع في منزلتها، والقافة دون البينة منزلة.

٣- لا ينبغي إهمال العمل بحكم ثابت بنصوص شرعية بمجرد وسيلة علمية قد يعتريها الخطأ في نتائجها، لذا ينبغي عدم التعجل بجعل البصمة الوراثية توازي الشهادة أو تقاربها، فضلا أن تحل محلها، أما تطرق الشك إلى الشهادة باحتمال التزوير والكذب فيها، واستغلال الشهود

---

(١) تبصرة الحكام – ج٢ – ص ١٠٠. بداية المجتهد- ج٢ ص٣٠١.
واذا اختلفت أقوال خبراء البصمة الوراثية في إلحاق مجهول النسب بالمتنازعين له في حالة عرضه على أكثر من خبير، فالحكم في هذه الحالة كالحكم في اختلاف القافة وما رجحناه في ذلك.

(٢) د. عبد الهادي الشبيلي – المرجع السابق- ص ٤٣.

لأغراض دنيوية، فإن نتائج البصمة الوراثية قد يتطرق إليها الشك أيضاً، لاحتمال استعمالها لأغراض شخصية، فليست بمنأى عن التأثر بالعواطف والأهواء، والقاضي لا يدري بصحتها، لأنها شهادة من غير قسم بخلاف الشهادة الشرعية فإنها تقام بعد الحلف، وما هو مقرر فقها أن الحكم بثبوت النسب في جميع الطرق المشروعة مبني على الظن الغالب(١).

هذا كمبدأ عام واستثنى من ذلك حالة يلجأ فيها إلى البصمة كطريق شرعي مع وجود الشهادة، وهي ما إذا حصل التنازع على نسب لقيط وكان لكل مدعي شهادة تعارض شهادة الآخر، فتسقط البينات، ومتى تعذر غيرها من الطرق كالإقرار، فتحل البصمة محل القرعة، ويمكن بها معرفة صدق بينات المدعين من كذبها.

رابعا: منزلة البصمة الوراثية من الإقرار:

مما قرره أهل العلم وبالإجماع هو عدم جواز تقديم البصمة الوراثية على الإقرار متى توافرت شروطه الشرعية، وذكروا في ضوء ذلك مسائل لا يجوز إثبات النسب فيها بالبصمة قياساً على القافة، ومن هذه المسائل:

١- إذا أقر رجل بنسب مجهول النسب، وتوفرت شروط الإقرار بالنسب فإنه يلتحق به، ولا يجوز عرضه على القافة لعدم المنازعة، فكذلك البصمة الوراثية في الحكم، ولا يجوز للمقر أن يرجع في إقراره كما لا عبرة بإنكار أبنائه بعد وفاته، ولا عبرة أيضاً للبصمة الوراثية.

٢- إقرار بعض الإخوة بأخوة النسب لا يكون حجة على باقي الأخوة، وتقتصر آثاره على المقر في الحقوق المالية متى صادقه المقر له معاملة له بإقراره(٢)، ولأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ولا تتعدى إلى الغير، فلا يعتد بالبصمة الوراثية هنا، لأنه لا مجال للقافة فيها(٣).

خامسا: منزلة البصمة الوراثية من القرعة:

إن الحكم بالقرعة هو غاية ما يقدر عليه، فهي آخر أدلة الشرع في مجال النسب، وحل نهائي لمشكلة التنازع وتعارض البينات أو أقوال القافة ولم يكن هناك سبيل للترجيح بينها.

أما اليوم فقد حلت البصمة الوراثية محل القرعة، وهذا من نعم الله تعالى علينا، فتغنينا تلك

---

(١) د. عمر السبيل- المرجع السابق- ص ٢٢. خليفة الكعبي- المرجع السابق - ص ٢١٢.

(٢) هذا ما ذهب إليه أبو حنيفة والمالكية خلافا للشافعية والحنابلة وأبو يوسف.

(٣) د. عمر السبيل – المرجع السابق - ص٣٤. ملخص الحلقة النقاشية بشأن ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لإثبات البنوة المنعقدة في ٢٨، ١٤٢١/٢٩هـ الموافق ٣، ٥/٤/ ٢٠٠٠م – المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية- الكويت- ص ٤٧.

الوسيلة الدقيقة فيما تقدمه لنا من شبه اليقين عن المجازفة بحلول قائمة على الشك والإحتمال.

وإذا كان تقديم البصمة الوراثية على القافة هو من باب قياس الأولى، فإن تقديمها على القرعة هو من باب الحكم بالمؤكد على ما هو مظنون(١).

وهل يحكم ببطلان القرعة في مجال النسب؟

إذا لم يؤخذ بقول البصمة الوراثية لتعارض أقوال خبرائها، ولم يمكن ترجيح قول بعضها على بعض - بطرق الترجيح المختلفة - أو لإشكال الأمر عليهم، وعدم تمكنهم من إلحاق مجهول النسب بمن يدعيه، أو لم توجد البصمة أصلاً، لضعف الإمكانيات ونحو ذلك من الأسباب، ولم توجد قافة، أو عجزت عن إلحاق النسب بصاحبه، فتكون القرعة حينئذ حيلة المقل، فليس أمامنا بد من العمل بها.

وأخلص في بحثي لمنزلة البصمة الوراثية من الطرق الشرعية لثبوت النسب إلى ما يأتي:

١- لا محل للبصمة الوراثية بوجود دليل الفراش، فلا تقوى على منازعته فكيف أن تحل محله.

٢- ومثل ذلك أيضا بالنسبة لدليل الإقرار والشهادة، فلا يمكن تقديمها عليهما.

٣- كل موضع فيه قيافة أو قرعة فالبصمة أولى.

الفرع الخامس: التكييف الفقهي للبصمة الوراثية

اختلفت أقوال الباحثين في هذا الاكتشاف في تكييفه هل هو قرينة أم دليل مستقل في الإثبات؟ وهل يعد قرينة ظنية أم قطعية؟ ويمكن ضبط أقوالهم في ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: يعتبرها قرينة قطعية لا تقبل الشك(٢).

الإتجاه الثاني: يعتبرها قرينة ظنية، وهي دون الأدلة الشرعية(١).

---

(١) د. الهادي الشبيلي - المرجع السابق- ص ٣٥. د. ناصر عبد الله الميمان- المرجع السابق- ص ٢١٧.

(٢) ذهب لهذا القول: د. عبد القادر خياط والخبيرة فريدة الشماني – المرجع السابق – ج٤ ص ١٥٠٧. د. سعد الدين مسعد هلالي - المرجع السابق- ص ٢٧٣. د. نصر فريد واصل – مرجع سابق– ص ٤٣. د.علي القره داغي – البصمة الوراثية من منظور الفقه الاسلامي- ص ٢٧، ٣٠. د. إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسن الحصيني – المرجع السابق– ص ١٢٠. كما تبنت هذا القول المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية بدولة الكويت في دورتها التي انعقدت بتاريخ ٢٥ جمادى الاخرة – ١٤١٩هـ الموافق ١٣– ١٥ أكتوبر ١٩٩٨، وجاء فيها: "أن البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية والتحقق في الشخصية، ولا سيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القطعية التي يأخذ بها جمهور الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية".

الإتجاه الثالث: اختلفت أقوال الفقهاء في تكييف البصمة ومنحوا لها أوصافاً مختلفة.

أدلة الإتجاه الأول: استدل أصحابه بالأدلة الآتية:

١ـ قوله تعالى: (ادعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فإن لم تعلموا آباءهم فإخوانكم في الدين ومواليكم)[٢].

وجه الدلالة: فقد أمر الله تعالى بأن ينسب كل ولد لأبيه الحقيقي، فإن لم يعلم فيبحث عنه ويتحرى عنه بمختلف الوسائل والقرائن، وقد فتح الله علينا باكتشاف سر البصمة الوراثية، التي يمكن التعرف بها بما لا يدع مجالاً للشك على الأب الحقيقي والتزام ما أمر الله به (ادعوهم لآبائهم)، كيف وقد أمرنا الله تعالى في غير موضع من كتابه بعدم كتمان البينات وما أظهره الله من الحق[٣].

واعترض على هذا الدليل بأن البحث عن الوالدية الحقيقية ينبغي أن يكون وفقا لطرق شرعية متفق عليها، كما أن قبول كل اكتشاف حديث واعتباره دليلا قاطعا في ثبوت النسب، فيه فتح باب الشر على مصراعيه، قد يؤدي إلى مفاسد وأضرار خطيرة تمس الأسرة والمجتمع.

٢ـ أن البصمة الوراثية يمكن أن تؤكد بيقين إثبات النسب أو نفيه بنسبة ١٠٠٪ والخطأ فيها ضئيل جدا، إن لم يكن مستحيلا[٤].

واعترض على هذا الاستدلال بأن النظريات العلمية من طبية وغيرها مهما بلغت من الدقة والقطع بصحتها في نظر المختصين، إلا أنها تظل محل شك ونظر، لما علم بالإستقراء للواقع أن بعضها التي كان يجزم الأطباء بقطعيتها أصبحت ضربا من الخيال[٥].

أما احتمال الخطأ والتشكيك في نتائج البصمة فوارد ما دام هناك تدخل من البشر.

أدلة الاتجاه الثاني: احتج على قوله بأن البصمة الوراثية ليست من الأدلة الشرعية القطعية، وإنما هي قرينة ـ من القرائن ـ تخضع لتقدير المحكمة بأن القائمين عليها لم يصلوا فيها إلى درجة اليقين، فلا ينبغي أن تبنى عليها أحكام بالحل والحرمة[٦].

---

(١) د. وهبة الزحيلي- البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها – ج٢ – ص ٥١٣، ٥٢٩، د. عمر السبيل – المرجع السابق- ص ٢٧.

(٢) سورة الأحزاب- آية ٤.

(٣) د. عبد القادر خياط – المرجع السابق – ج٤ ص ١٥١٦.

(٤) د. سعد الدين مسعد هلالي- المرجع السابق- ص٢٧٣. د.إبراهيم صادق الجندي- المرجع السابق- ص١٢٠.

(٥) د. عمر السبيل – المرجع السابق- ص ٢٧.

(٦) مراجع الاتجاه الثاني.

اعترض على هذا الاستدلال بعدم وجود مانع لاستخدام هذه الوسيلة التي تلقتها الأمة بالقبول لدقة نتائجها، ولو منعنا العمل بها، لكنا قد حجرنا على المكلفين في إثبات دعاواهم بوسيلة علمية مؤكدة النتائج، وهو أمر يتنافى مع مقاصد الشرع[١].

أدلة الاتجاه الثالث: اختلفت أقوال أصحابه بين الإتجاهين الأول والثاني، منهم من اتخذ له موقفاً وسطاً بينهما، حيث اعتبرها قرينة شبه قطعية[٢]، في حين اعتبرها البعض من قبيل القرائن أو الأمارات، واختار لها اسم "الدليل الناقص"، والذي يقتصر تأثيره على قناعة القاضي في مجرد إنشاء احتمال أو شبهة وجود موضوع الدليل[٣]، واعتبرها البعض دليل تكميلي مساند لأدلة الشرع[٤]، ومن الباحثين من اختار لنفسه مصطلحا خاصا يراه مناسبا للبصمة الوراثية، واعتبرها قرينة قوية جدا تزيد في قوتها عن القيافة[٥].

رأي الباحث في مسألة تكييف البصمة الوراثية فقها:

بعد عرض الأقوال في المسألة، فإني أجدني أميل إلى اختيار ما ذكره بعض الباحثين من الإتجاه الثالث في اعتبارها وسطاً، فلا هي قرينة قطعية، ولا ظنية، وإنما هي قرينة شبه قطعية، أو كما وصفها البعض بأنها قرينة قوية جدا، وكلا المصطلحان مناسب ويؤدي نفس المعنى، فهو من جهة يرتفع بها عن القافة، إذ أن كل ما تفعله القافة يمكن للبصمة الوراثية أن تقوم به، بل وبدقة وصحة متناهيين، ومن جهة أخرى لا يحكم بها استقلالا ما لم تدعمها بينات أخرى.

أما عدم اعتبارها قرينة قطعية أو دليلا قطعيا، فهو لذات الأسباب التي قللت من أهميتها في العمل القضائي.

---

(١) د. ناصر عبد الله الميمان - المرجع السابق - ص ٢١٤.

(٢) د. ناصر عبد الله الميمان – نفس الموضع، ويرى: "أنها تدل على المطلوب مع احتمال نادر جدا، فيلزم الأخذ بها في إثبات النسب، لأنها شبه قطعية في الدلالة عليه".

(٣) د. أبو الوفا محمد أبو الوفا- مدى حجية البصمة الوراثية في الإثبات الجنائي والقانون الوضعي والفقه الإسلامي- ج٢ ص ٧٢٧.

(٤) د. سعد العنزي - البصمة الوراثية ومدى حجيتها في إثبات أو نفي النسب – ص ٤٣١

(٥) د. محمد رأفت عثمان - البصمة الوراثية ودورها في إثبات ونفي النسب – المجلد الثاني – ص ٥٧٥، ثم رجع عن قوله في قضايا فقهية معاصرة- لجنة من أساتذة الفقه المقارن- جامعة الأزهر- كلية الشريعة والقانون- إثبات النسب بالبصمة الوراثية- ص ٨٢. ورأى تقديمها على الشهادة. خليفة الكعبي-المرجع السابق- ص ٢٠٤. ولم تكن قرينة ظنية لما في ذلك من الخلط بين تحليل البصمة الوراثية وتحليل فصائل الدم، فهذا الأخير ينفي النسب ولا يثبته للشبه الحاصل بين فصائل الدم عند الكثير من الناس، وهو ما يجعله لا يجاوز مرتبة الظن، ولا يمكن اعتباره أصلا من وسائل إثبات النسب للشبهة القائمة فيه.

الفرع السادس: البصمة الوراثية في ميزان القضاء

المتتبع لأحكام القضاء العربي بخصوص دعاوى النسب، وموقفه من البصمة الوراثية يلحظ مدى التحفظ الشديد الذي قوبلت به نتائج هذه الخبرة، برغم ما حققته من تقدم، وهو تحفظ له ما يبرره بلا شك. فمن جهة لا تزال كثير من الدول بمنأى عن هذه التقنية العملية الحديثة لضعف إمكانياتها في إنشاء مراكز لإجراء فحوصات مخبرية، وما يتطلبه ذلك من إعداد خبراء ذي كفاءة علمية عالية، وهو ما يجعل لحجية نتائجها تهتز أمام القضاء.

ومن جهة أخرى فإن هناك بعض العقبات تمليها نصوص وقواعد شرعية تمثل ضوابط صارمة وخطوط حمراء لا يسمح لأي كان - خصما أو حكما - تخطيها مهما كانت الظروف والمسوغات، وبقدر مراعاتها والالتزام بها، بقدر ما نحفظ للقضاء مصداقيته وعدالته، ونحقق مقصد الشرع في حفظ الأنساب من الضياع أو الاختلاط، وصيانة للشرف والعفة ومعاني الستر، وعدم الطعن في الأنساب الثابتة، وغير ذلك من المعاني.

وفي ضوء ذلك فقد رأيت من المناسب عرض موقف القضاء المصري من البصمة الوراثية وكيف استقبلتها محاكمه، ثم قراءة تحليلية لنص قانون الأسرة الجزائري في جواز الاستعانة بالأدلة العلمية في إثبات النسب.

أولا: موقف القضاء المصري من البصمة الوراثية:

لم يكن مقصد القانون المصري في تنظيمه لدعوى النسب حصر أدلة إثباته في الشهادة والإقرار وغيرها من الأدلة الشرعية وفقا للمذهب الحنفي، وإنما تجويز العمل في هذا المذهب – وغيره- بالقرائن والقضاء بها أمر دلت بصحته نصوص فقهائه، ومن ذلك القضاء بالنكول واعتباره في الأحكام، وذلك ليس إلا رجوعا إلى مجرد القرينة الظاهرة، والقضاء بأقوال أهل المعرفة والخبرة. والبصمة الوراثية لا تعدو إلا قرينة من تلك القرائن ورأي خبير في مسألة فنية، لذلك فإن العمل بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة في مسائل الأحوال الشخصية فيما لم يرد بشأنه نص[1]، هو في المسائل الإجرائية والشروط المتعلقة بذات الدليل.

وعدم تطرق قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية ليس فيه ما يمنع من الاستعانة بالبصمة الوراثية لإثبات النسب بعد وفاة المورث واعتراض الورثة[2]، وذلك لا يحتاج

---

(١) أنظر نص المادة (٣) من قانون إجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.

(٢) تنص م(٧) من القانون المذكور أنه: "لا تقبل عند الإنكار دعوى الإقرار بالنسب أو الشهادة على الإقرار بعد وفاة المورث إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وفيها إمضاؤه، أو أدلة قطعية جازمة تدل على صحة هذا الادعاء".

إلى تعديل تشريعي لاندراجه في عموم نص المادة ٣ من قانون إجراءات التقاضي لمسائل الأحوال الشخصية[١]. بدليل أن محكمة النقض المصرية قد أمرت بالإحالة على المختص فنيا بتحليل فصائل الدم - وهي المعطيات العلمية المتاحة في ذلك الوقت - متى طلب الدفاع ذلك، ولم تر مانعا من تمسك الخصوم أمامها بضرورة هذا الفحص كدليل نفي قاطع للبنوة[٢]. واعتبرت رفض مثل هذا الطلب من جانب محكمة الموضوع إخلالاً بحق الدفاع[٣].

ولعلّ أشهر قضية تدل على موقف القضاء المصري من الإحتكام إلى البصمة الوراثية هي قضية العقيم التي تتلخص حيثياتها كالآتي:[٤]

١- بتاريخ ١٩٩٦/٧/١٨ تم زواج المدعي بالمدعى عليها والدخول بها.

٢- بتاريخ ١٩٩٧/٧/١٤ تم طلاق الزوجة، ولسوء أخلاقها أقام على إثرها المطلق دعوى باتهامها بالزنى في نيابة قسم إمبابة قضية رقم ١٦٠٠ لسنة ١٩٩٧ بتاريخ ١٩٩٧/٨/٦ ــ ٩٥ جنح بندر إمبابة.

٣- بتاريخ ١٩٩٧/٧/٢٩ رفع الزوج دعوى ضد مطلقته يطلب فيها الحكم بانتفاء نسب الجنين الذي تحمله المدعى عليها في أحشائها إلى المدعي لعدم قدرته على الإنجاب، وإلزامها بعدم قيده باسم المدعي، وقدم كإثبات لدعواه صورة ضوئية من تقرير طبيب شرعي تفيد عقمه منذ عام ١٩٩٠، وأنه لا توجد لديه حيوانات منوية، ممّا يدل على عدم مقدرته على الإنجاب.

٤- بتاريخ ١٩٩٧/١٠/٥ قدم المدعي أصل شهادة الميلاد للطفل وصورة ضوئية هي إنذار بعدم استخراج شهادة الميلاد للطفل.

٥- بتاريخ ١٩٩٩/١٠/١٨ قررت المحكمة في جلستها إجراء تحاليل البنوة، وجاء تقرير

---

(١) د. غنام محمد غنام- دور البصمة الوراثية في الإثبات- مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون- ٢٢، ٢٤ صفر ١٤٢٣هـ مايو ٢٠٠٢- جامعة الإمارات- كلية الشريعة والقانون- المجلد الثاني- ص ٤٧٧، ٤٨١.

(٢) طعن رقم ٣ لسنة ٤٦ ق ــ أحوال شخصية ــ جلسة في ١٩٧٨/٣/١.

(٣) حيث قضت بأنه متى كانت الحقائق العلمية المسلم بها في الطب الشرعي الحديث تفيد أن تحليل فصائل الدماء قد تقطع نتيجته في نفي نسب الطفل عند المنازعة فيه، وإن كان من غير اللازم أن تقطع في ثبوته... وما تمسك به الطاعن في خصوص دعواه من أن الطفل لا يمكن نسبته إليه ولو بدليل محتمل، محتكماً إلى الخبرة الفنية البحتة التي لا تستطيع المحكمة أن تشق طريقها فيها إلا بمعونة ذويها. فقد كان متعيناً على المحكمة أن تحقق هذا الدفاع الجوهري عن طريق المختص فنياً، أما وهي لم تفعل اكتفاء بما قالته من أنه ليس من اللازم أن تتحد فصائل دماء الأصول والفروع، فإنها بذلك تكون قد أحلت نفسها محل الخبير الفني، ومن ثم يكون حكمها معيباً بالإخلال بحق الدفاع، مما يتعين معه نقضه. الطعن رقم ١٢١٧ لسنة ٣٨ ق-أ.ش- جلسة ١٩٦٨/١٠/٢١.

(٤) أنظر في الوقائع التفصيلية للقضية وما صدر بشأنها من أحكام: خليفة الكعبي- المرجع السابق- ص ٦٢.

البصمة الوراثية يفيد استحالة أن يكون المدعي والد الطفل، أي استحالة نسب الطفل لأبيه المدعى.

٦- بتاريخ ٢٠٠٠/١١/٢ قدم المدعي إعلانا بتعديل طلباته إلى إنكار نسبة الطفل إلى المدعي وعدم الاعتداد بشهادة الميلاد.

أما الزوجة فقد قدمت في دعواها شهادات طبية تفيد تردد الزوج على العيادة لمتابعة الحمل.

حكم المحكمة: بعد ذكر المحكمة شروط الملاعنة وما قام به الزوج من إنذار نسب الطفل إليه قبل الولادة، وعدم الاعتداد بشهادة الميلاد وشطبه من سجلات مكتب الصحة، كما قام بلعان المدعى عليها باتهامها بالزنى، وفي المقابل لم تقدم المدعي عليها ما يفيد الإقرار بالولد على وجه القطع واليقين.

منطوق الحكم: فلهذه الأسباب حكمت المحكمة في جلسة ٢٠٠١/٣/٣١ بإنكار نسب الطفل إلى المدعي وعدم الإعتداد بشهادة الميلاد، وإلزام مكتب صحة كفر طهرمس بشطب الشهادة من السجلات، واعتبارها كأن لم تكن مع إلزام المدعى عليها بالمصاريف(١).

لم ترتض المدعى عليها هذا الحكم، فأقامت دعوى استئناف في محكمة استئناف القاهرة الدائرة ٤٨ - أحوال شخصية على زوجها، وقضت المحكمة برفض الحكم الإبتدائي وتأييد استئناف الطاعنة، معللة حكمها بما يأتي:

١- أن وضع المولود بمرور أكثر من ستة أشهر من وقت الزواج والبناء بالزوجة، وكان الزوج ممن يولد من مثله عادة، وأمكن الاتصال بين الزوجين، ومن ثم ثبت نسب الولد ولا يستطيع الزوج أن ينفيه إلا باللعان.

ومن شروط اللعان - كما ذكرت المحكمة - أن يكون كل من الزوجين أهلا للعان عند ابتداء الحمل وليس عند ولادته، ولما لم يتخذ المستأنف ضده إجراءات الملاعنة طبقاً للمقرر شرعاً، ولا ينال من ذلك إقامته لدعوى ضد المستأنفة واتهامها بالزنى، فإنها أقيمت بعد الطلاق الحاصل في ١٩٩٧/٧/١٤، فلا تتوافر فيها شروط اللعان، إضافة إلى أن المستأنفة كانت وقت طلاقها في الشهر السابع تقريبا من حملها، ومن العلم العام أن الحمل في هذه الفترة يكون ظاهرا. ولما كان المستأنف ضده قد سكت عن مظاهر الحمل رغم ظهوره، وهو ما يعد إقرارا ضمنيا منه بأن الجنين من صلبه، فليس له أن ينفيه بعد ذلك، لاسيما وأن المستأنف ضدها قدمت مستندات أمام محكمة أول

---

(١) حكم محكمة الجيزة الابتدائية للأحوال الشخصية (ولاية على النفس) – الدائرة الأولى – القاهرة جلسة ٢٠٠١/٣/٣١، دعوى رقم ٥١٠ سنة ١٩٩٧ – لم ينشر بعد.

درجة، من بينها صورتين فوتوغرافيتين لها والمستأنف ضده يداعب الصغير، ولم يطعن المستأنف ضده عليها، وهو ما يعد قرينة على إقراره بنسب الصغير إليه.

منطوق حكم محكمة الإستئناف: حكمت المحكمة بإلغاء الحكم المستأنف وبرفض الدعوى وألزمت المستأنف ضده بالمصروفات عن الدرجتين(١).

التعليق على حكم محكمة الإستئناف والمحكمة الإبتدائية:

يظهر لي أن حكم محكمة الاستئناف في غاية الوضوح بتأصيله المسألة فقها وقضاء، حيث لم يبادر الزوج بنفي الحمل خلال آجاله الشرعية، وهي آجال ضيقة جدا، كما نص على ذلك الفقهاء، لاسيما وأن الزوجة في شهرها السابع، وهو زمن يكون الحمل فيه ظاهرا وهو ما اعتبرته المحكمة إقرارا منه بالحمل(٢)، وعليه فالوجه الذي استندت عليه محكمة الإستئناف مؤسس. كما استندت الطاعنة على حجة أخرى تتمثل في صورتين فوتوغرافيتين يظهر فيهما الزوج وهو يداعب الصغير، ما يمكن اعتباره قرينة على علم الزوج بالولد ورضاه به.

وفي المقابل لم تعتبر المحكمة العقم ولو تورده حتى في حيثياتها إذ لا اعتبار له بوجود الفراش.

والمتتبع لوقائع القضية يلاحظ الإرتباك الكبير الذي حصل للزوج، فجعله يقيم دعاوى مختلفة لم تكن أي منها مؤسسة تأسيساً صحيحاً. فقد رفع دعوى يطالب فيها بالحكم بنفي الولد، ثم أقام بعدها بثمانية أيام دعوى يتهم فيها زوجته بالزنى، وفي هذه الحالة فقد ذكر الفقهاء أنه "إذا قذف امرأته (بالزنى) وله بينة تشهد بزناها، فهو مخير بين لعانها وبين إقامة البينة، لأنهما بينتان فكانت له الخيرة في إقامة أيتهما شاء لأن كل واحدة منهما يحصل بها ما لا يحصل بالأخرى، فإنه يحصل باللعان نفي النسب الباطل، ولا يحصل ذلك بالبينة، ويحصل بالبينة ثبوت زناها، وإقامة الحد عليها، ولا يحصل باللعان"(٣). وذكروا فرضين(٤):

١- إذا لاعنها ونفى ولدها، ثم أراد إقامة البينة، فله ذلك، فإن أقامها ثبت موجب اللعان

---

(١) حكم محكمة استئناف القاهرة – الدائرة (٤٨) – أحوال شخصية- جلسة ٢٠٠٢/٥/٢٨، استئناف رقم ١١٨/٤٧٦ قضائية – لم ينشر بعد.

(٢) جاء في الدر المختار- ج٣ ص٤٩١ "نفي الولد عند التهنئة ومدتها سبعة أيام عادة، وعند ابتياع آلة الولائد صح، وبعده لا لإقراره به دلالة". مع الاشارة الى أن الفتوى عند الحنفية جواز نفي الحمل. سيأتي بيان ذلك ص .

(٣) بدائع الصنائع- ج٥ ص ٢١٤٠. المغني – ج٩ ص ٢٥.

(٤) المرجع السابق.

وموجب البينة.

٢ـ إذا أقام البينة أولاً ثبت الزنا وموجبه، ولم ينتف عنه الولد، وإن أراد لعانها بعد ذلك وكان بينهما ولد فله أن يلاعن.

والملاحظ في القضية موضوع الحكم عدم ثبوت أي من الفرضين على حال المدعي، فهو لم يقم بينة اتهامه زوجته بالزنا، ولم يسارع في اللعان.

والواضح أنه لما عجز عن نفي الولد باللعان لتأخره عن المدة المحددة له شرعاً, لجأ إلى اتهام الزوجة بالزنى لعله يظفر بإدانتها، وحيث أنه لم يقم بينة على الزنا تشهد على ادعائه، اهتدى في الأخير – بعد ورود تقرير البصمة الوراثية ما يفيد استحالة أبوته للطفل – إلى تقديم إعلان بتعديل طلباته إلى إنكار نسبة الطفل إليه، حيث لم تسعفه طرق النفي المشروعة. ومحكمة الاستئناف قد وفقت في ذلك ولا مطعن لحكمها من أي وجه، لأن المقرر فقهاً "متى سقط اللعان بوجه ما، أو ثبت النسب بالإقرار أو بطريق الحكم لم ينتف نسبه أبداً " (١).

أما بالنسبة لتقرير البصمة الوراثية فإن المحكمة الابتدائية لم تكن موفقة في ذلك الإجراء، لأنه لا يتفق ومعاني الشرع في وجوب الستر وعدم تتبع عورات الناس الذين ظاهرهم العدالة والسلامة من العيوب، حيث جاء تقرير البصمة الوراثية فاضحاً للزوجة في اتهامها بالزنى، وفتح للزوج والناس أبوابا للظن السيئ، فلا يجوز بأي حال استخدام البصمة الوراثية وإن دلت نتائجها عن انتفاء النسب بين الزوج والمولود على فراشه، فالولد للفراش، ومتى ثبت فلا ينتفي عنه إلا باللعان(٢)، وإذ لم يبادر الزوج – في قضية الحال – إلى الملاعنة الشرعية، فلا مجال أمامه لإجراء تحاليل البنوة، وهو ما حمل محكمة الاستئناف على رفض الحكم الابتدائي وتأييد استئناف الطاعنة، ولم تكلف نفسها عناء التعقيب على تقرير البصمة الوراثية، وحققت بذلك مقصدا جليلا من مقاصد الشرع في دعاوى النسب، وهو تشوفه لاتصال الأنساب والمحافظة عليها.

وواضح من خلال هذه القضية موقف القضاء المصري بالنسبة للبصمة الوراثية فيما إذا وجد فراش الزوجية، حيث لم يعتبرها شيئا إزاءه. أما موقفه منها في حالة التنازع على مجهول النسب ونحوها من الحالات التي يجوز فيها الاستفادة من البصمة، فلم نقف فيها على قضية، وفي تقديري لو عرض على القضاء المصري قضية من هذا النوع لما وسعه إلا أن يعتبر فيه البصمة الوراثية قرينة قاطعة لا يرقى إليها الشك في نفي النسب عن أحد المدعيين به وإثباته للمدعي

---

(١) حاشية رد المحتار- ج٣ ص٤٩٣.

(٢) سيأتي تفصيل مسألة: هل يجوز استعمال البصمة الوراثية في نفي النسب استقلالا – اكتفاء باللعان – أم لا؟

الآخر[1]، ما لم تعارضها بينة شرعية، نظراً للاختلاف بين هذه القضية والقضايا الأخرى التي يكون النسب فيها من فراش معلوم، ويثور النزاع في ثبوت النسب أو نفيه بين الزوج وزوجته، فلا مجال هنا إلا الحكم برفضه البصمة الوراثية، حتى وإن كان التقرير مؤيداً للزوج في دعواه بنفي الولد، وفاضحاً للزوجة، فإن القضاء لا يلتفت إليه.

ثانيا: موقف القضاء الجزائري وقانون الأسرة من الأدلة العلمية:

أ- موقف القضاء الجزائري: تم إنشاء مخبر للشرطة العلمية سنة ٢٠٠٤، يتم في إحدى معاملها الفنية استعمال البصمة الوراثية في قضايا تعلق بالنسب وادعاء البنوة أو رفضها، ونحو ذلك من القضايا. وحيث لم نتمكن من الحصول ولو على حكم واحد من الأحكام التي استعان فيها القضاء بالبصمة الوراثية في قضايا النسب، فنكتفي هنا بالتعليق على حكم المحكمة العليا في قضية إثبات النسب عن طريق تحليل الدم. وتتلخص حيثيات القضية فيما يأتي:

١- المدعي هو الزوج ضد زوجته وطلبه نفي نسب التوأمين، كما طلب نقض قرار مجلس قضاء وهران (محكمة استئناف) القاضي بتعيين خبير لفحص الدم وصولاً لتحديد نسب التوأمين من الطاعن.

٢- مغادرة الزوج لمسكن الزوجية بتاريخ ١٩٩٤/٢/١٤ واعتراف الزوجة بذلك.

٣- ولادة التوأمين بتاريخ ١٩٩٥/١٠/٢٧، أي بعد ١٩ شهراً من مغادرة الزوج.

٤- قضت المحكمة الابتدائية بالطلاق بتاريخ ١٩٩٦/١/٢٧.

٥- صدر حكم المحكمة الابتدائية بتاريخ ١٩٩٨/١/١٨ بتعيين خبرة طبية لتحليل دم الأطراف والولدين قصد تحديد نسب الولدين، وهل ينسبا للطاعن أم لا، وصدر عن المجلس القضائي بتاريخ ١٩٩٨/١/١٨ قرارا بتأييد الحكم المستأنف.

بعد أن ذكرت المحكمة العليا أن نسب الولد لأبيه يثبت متى كان الزواج شرعيا، وتم وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الإنفصال أو الوفاة، وحيث تبين في قضية الحال أن ولادة التوأمين موضوع النزاع وقعت في ظل قيام الحياة الزوجية بين الطرفين، وأن الانفصال الواقع بين الطاعن والمطعون ضدها كان إثر خلاف بينهما، ولم يكن في حالة الطلاق ولا في حالة الوفاة، حتى يخضع لأحكام المادتين ٤٣، ٦٠ من قانون الأسرة، فتبقى الزوجة فراشاً لزوجها إلى أن يقع

---

(١) مثلما هو الحال في القضية الشرعية رقم ٢٠٠٢/٢١٣ التي صدر بها حكم محكمة الاستئناف الشرعية بعمان رقم ٥٦١/٦٤/٢٠٠٢/١٧٥ بتاريخ ٢٠٠٢/١٢/١٧ .أنظرها عند: خليفة الكعبي- ص ٨٣.

الطلاق، ولأنه لم ينف نسب التوأمين باللعان، فيثبت نسبهما منه. هذا عن الوجه الأول في دعوى النقض.

أما عن الوجه الثاني فالمقرر شرعا وقانونا أن النسب يثبت بالزواج الصحيح، وبالإقرار، وبالبينة، وبنكاح الشبهة، وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد ٣٢، ٣٣، ٣٤ من ق.أ. والقضاة بتعيينهم خبير لفحص الدم لإثبات النسب قد تجاوز سلطتهم الحاكمية إلى التشريعية، وهو ما جعل المحكمة العليا تقضي بنقض القرار المطعون فيه(١).

يظهر من موقف المحكمة العليا الرفض القاطع لإثبات النسب عن طريق تحليل الدم، غير أن هناك أسئلة يتبادر إلى الذهن طرحها، ومنها: لماذا لم تعتبر المحكمة العليا فحص الدم قرينة تخضع في تقديرها لمحكمة الموضوع ؟ ولماذا يلام قاضي الموضوع بطلبه إجراء الخبرة الطبية متى اقتنع بذلك الإجراء ولا رقابة عليه في تقدير الدليل واستخلاص ما يطمئن إليه منه ؟ ولماذا لم تناقش المحكمة العليا الخبرة الطبية بتحليل الدم، سيما وأنها دليل نفي مهم للنسب ؟

إن القضية المطروحة هي نزاع بين زوجين، والزوجية قائمة بينهما لم تنته بعد، فأي ولادة تمت خلالها ترتب عليها لحوق النسب بالزوج، ما لم ينفه باللعان، ومتى وجد الفراش فلا أثر لفحص الدم ولا للبصمة الوراثية.

أما لو كانت القضية تتعلق بنسب فراش مجهول، ففي تقديري أن القضاء الجزائري سيوافق لا محالة في اعتبار فحص الدم قرينة تخضع لتقدير المحكمة وسلطتها في استخلاص الوقائع وتقدير أدلة الدعوى المطروحة أمامها.

ب- قراءة في نص الفقرة ٢٠ من المادة ٤٠ من قانون الأسرة: جاء في الفقرة ٢ من المادة ٤٠ من قانون الأسرة المضافة في التعديل الأخير أنه: "يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العملية لإثبات النسب".

المقصود بالطرق العملية في النص هي البصمة الوراثية، وذلك بعد أن حلت محل تحليل فصائل الدم، والنص كما يظهر جوازي في توجيه القاضي لإثبات النسب بهذه الطريقة العلمية. ويتضمن ذلك أمرين، أحدهما أن إجراء خبرة التحاليل البيولوجية تتم بإشراف القاضي وتوجيهه، ولا معنى لشهادات الخبرة المقدمة من طرق الخصوم، وثانيهما أن البصمة الوراثية قرينة كسائر القرائن تخضع لسلطة تقدير القاضي مثلها مثل بقية الأدلة الفنية. ومعنى هذا أنه لايمكن أن تقدم تلك

---

(١) م.ع-غ.أ.ش- قرار رقم ٢٢٢٦٧٤ بتاريخ ١٩٩٩/٦/١٥-م.ق-عدد خاص- سنة ٢٠٠١ – ص ٨٨.

الطريقة العلمية بأي حال من الأحوال على الأدلة الشرعية لثبوت النسب من فراش زوجية صحيح أو فاسد أو إقرار أو بينة.

ويستظهر هذا القصد من النص القانوني للمادة ٤٠ في إبقائه لتلك الطرق في صدر المادة، ولو كان القصد اعتبار الطريقة العلمية دليلا شرعيا قائما بذاته لتم إدراجه ضمن الأدلة الشرعية في فقرة معا، وهو ما يعني اعتبارها دليلا مساعدا أو احتياطيا يستنير بها القاضي في حال فقدان الطرق الشرعية، كما في حال النسب المجهول أو اللقيط أو تعارض الأدلة الشرعية. وفي هذه الحالة متى أمر القاضي بإجراء خبرة البصمة الوراثية - من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أطراف الدعوى - للكشف عن حقيقة النسب فلا معقب عليه في ذلك، لا بدعوى خرق القانون ولا بتجاوز السلطة، وله في الأخير أن يأخذ بما ورد في تقرير البصمة أو يستبعده، ولا معقب عليه في ذلك متى كان حكمه قائما على أسباب سائغة. كما أن له السلطة التامة في قبول أو رفض طلب أحد المتداعيين ندب خبير البصمة الوراثية متى كان في الأدلة القائمة في الدعوى ما يكفي لتكوين قناعته والفصل في الموضوع، وذلك عملا بالمبدأ المستقر عليه قضاء أن محكمة الموضوع هي صاحبة السلطة الأولى والأخيرة في تقدير الأدلة والأخذ بها، ولا رقابة عليها في ذلك من محكمة النقض.

ولا يعدو بالتالي تقرير خبرة البصمة الوراثية مجرد قرينة يخضع تقديرها إلى محكمة الموضوع، وإنزالها هذه المنزلة يرجع إلى سببين رئيسيين، أحدهما سبب شرعي، والآخر مهني يتعلق بإجراء البصمة الوراثية والظروف المتعلقة بها.

١- **السبب الشرعي:** حيث يصطدم إجراء البصمة الوراثية في قضايا النسب بحصن منيع تقوم عليه أغلب أحكام النسب، الذي لا يقوى عليه إلا اللعان، ومتى ثبت الفراش للرجل فكل ما ولد قبل ارتفاعه لحق نسب الولد بصاحبه، ولم يراع أمر الشبه مطلقا ولو كان بيّنا.

وهذا ما لم ينتف الولد باللعان، وهي القاعدة التي يخصص بها عموم الولد للفراش، فنصوص الشرع والإجماع تكاد تشل حركة البصمة الوراثية، إذ لا اجتهاد مع النص، فاللعان والفراش أمران توقيفيان وتعبديان يتعبد القاضي فيهما بهيئتها وطريقة إقامتهما، فلا يجوز من ثم إلغاؤهما ولا إحلال غيرهما محلهما، أو قياس أي وسيلة حديثة عليهما مهما بلغت من الدقة واليقين في نظر أهل الإختصاص.

وحيث أن الأدلة هي الإقرار والشهادة واليمين والمستندات الخطية، وما سوى ذلك فهي قرائن قد تكون ظنية أو قاطعة، ومن ذلك شهادة أهل الخبرة وتقارير الكشف والمعاينة للكشف عن

أمور فنية يجهلها القاضي - بحكم طبيعتها ومهنته - يكشف بها عن صحة أمور مدعي بها، وتبعا لذلك اعتبر القضاء والقانون الجزائري الطرق العلمية قرينة يستعان بها على إثبات النسب.

٢ - **السبب المهني والمعملي:** ذكرنا ما يشترطه أهل الفقه والنظر من شروط في الخبير القائم على البصمة الوراثية من كونه مسلما مجربا معروفا بخبرته، والثقة والأمانة، واشترط بعضهم التعدد في الخبراء احتياطيا للنسب، فهل حقيقة أن جميع خبراء البصمة الوراثية تتوفر فيهم مثل هذا الشروط والمؤهلات، سيما تلك المتعلقة بالعدالة والأمانة والصدق في زمن خربت فيه الضمائر والذمم ؟

إن إجراء تحاليل البصمة الوراثية كسائر الخبرات الطبية تتم بعيدا عن القاضي فلا يشاهد ولا يعلم المشرف عليها، وبالتالي تفتقر إلى صفة التأثير في نفسية القاضي فضلا أن الأمر لا يعدو مجرد ورقة مطبوعة آليا تحوي رموزا ومصطلحات علمية[١]، تجعلها لا تجاوز في الغالب حد الظن، ولا ترقى لمرتبة القطع واليقين، لأنها مجرد استنباط لواقعة معينة يظل يشوبها الظن، وهذا بخلاف فراش الزوجية القائم، والشهادة، والإقرار واليمين، فهي أدلة مشاهدة للعيان ومسموعة تتصل بالقاضي اتصالا مباشرا وتحاكي ضميره ووجدانه، وتضفي على نفسه الطمأنينة لاتصالها بأدلة شرعية.

وضمن نفس الجانب، فإن هناك بعض السلبيات التي تقلل من أهمية تقنية البصمة الوراثية، وهو ما يكون له تأثير في نفسية القاضي وفي تكوين قناعته، فاحتمال الخطأ والتشكيك في النتائج وارد، وذلك من خلال تلوث العينة المشتبه فيها، أو المراد فحصها بعينات أخرى تحت الفحص في نفس الوقت، إما نتيجة عدم تغيير القفازات بعد جمع أو فحص كل عينة، أو نتيجة فحص مختلفة على طاولة واحدة في نفس المعمل، مما يؤدي إلى الاختلاط بين العينات، أو تلوثها بالكائنات الحية الدقيقة.

كما يحدث الخطأ أيضا نتيجة عيوب في الطريقة أو الإحصاء، أو نقص المعدات في المختبر، ويذكر المختصون أنه يصعب التأكد من النتائج في حالة التقارب العائلي[٢]، وغير ذلك من الأخطاء البشرية أو المعملية التي قد تؤثر على نتيجة البصمة، وهو ما يولد الشك لدى القاضي، واختصر أهل الإختصاص ذلك في التعبير بأن "الأصل في البصمة الوراثية القطع غير أن

---

(١) خليفة الكعبي- المرجع السابق- ص ٩٤.

(٢) د. إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسن الحصيني- المرجع السابق - ص ١٥٤، ١٥٥.

الظروف المحيطة بها أهدرت من قيمتها"[١].

وهل للقاضي أن يذهب إلى مختبر الفحوص ويدقق في كفاءة الأجهزة، وما مدى معرفته وإلمامه بالأمور العلمية وطرق الفحص؟ فلاعلاقة قائمة بين القاضي ومختبرات الفحص والعاملين فيها.

والأمر لا يتوقف عند مسائل فنية، بل قد يقع التشكيك من طرف الدفاع بالقصور في جوانب إجرائية، بأن يكون الشخص الذي قام بأخذ العينة ليس نفسه الذي يشهد بذلك أمام المحكمة، وغير ذلك من أساليب تشكيك الدفاع[٢].

فهذه الأسباب مجملة هي التي تجعل الشك يتسرب إلى القضاء، وهو ما يحمله على التحفظ والتردد في قبول البصمة الوراثية وإنزالها إلى منزلة القرائن.

إذا أمرت المحكمة بإجراء اختبار البصمة الوراثية ورفض أحد أطراف الدعوى فهل لها أن تعتبر الرفض قرينة لثبوتها؟

قد يحصل هذا الافتراض حيث تلزم الزوجة في الغالب منكر النسب - سواء كان الرجل أو المرأة أو طرفا آخر - على إجراء تحليل البصمة الوراثية فيمتنع عن إجراء التحليل، فله الحق في رفضه الخضوع لذلك، استنادا لمبدأ حرمة الجسد البشري، ولا يجوز للقاضي أن يرغمه على ذلك.

وفي رأيي أن هذا الرفض وحده لا يمكن اعتباره قرينة ضد الشخص والحكم عليه -بالتالي - بثبوت النسب، أو وفقا لطلبات المدعي، فهي قرينة ضعيفة جدا، لا تكفي لتكوين قناعة القاضي للفصل في موضوع الدعوى، ولا تعد دليلا ينال من رفض النسب، ومتى حكم بناء على هذا الإعتبار، كان الحكم غير معلل وقائم على أسباب غير سائغة، ولا يسوغ من ثم اعتبار هذا الرفض قرينة تضاف إلى بقية البينات إذا كان في الدعوى أدلة أخرى وقرائن[٣].

---

(١) خليفة الكعبي- المرجع السابق- ص ٢٠٨ .

(٢) د. إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسن الحصيني- المرجع السابق- ص ١٦٩.

(٣) ولاحظ خلاف ذلك ما أورده قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣ في المادة ٣٤٣ منه بأنه: "يجوز أن يتناول التحقيق الفني اتخاذ اجراء على جسم الانسان كفحص الدم - شرط ألا يكون مخالفا لقواعد الفن أو مفضيا إلى ضرر هام، وللمحكمة أن تستخلص من رفض أحد الخصوم الاذعان لهذا الاجراء، قرينة على صحة الواقعة المطلوب إثباتها".

المبحث الثاني

الطريق الشرعي لنفي النسب

كما اهتمت الشريعة الإسلامية بإثبات النسب ووضعت له شروط وقعدت له قواعد وضوابط شرعية، متى توافرت ترسخ بها النسب فلا ينفك، لم يقل اهتمامها بنفيه أيضا حيث جعلت للزوج مخرجا متى خشي أن يلحق به من ليس من صلبه. ولم يكن ذلك على الإطلاق، بل وضعت له شروطا وضوابط شرعية متى اختل أحدها لم يكن للنفي معنى، فكان للنفي طريق واحد لا غير، هو اللعان، الذي لا يصمد أمامه دليل الفراش أقوى طرق إثبات النسب، إذ من مقاصد الشرع الإحتياط في ثبوت النسب بأدنى الأسباب ما أمكن، في مقابل التشديد في نفيه، فلا ينتفي إلا بأقوى الطرق.

وفضلا عن اللعان، فقد ينتفى النسب ويبطل بأمور أخرى لعدم توافر شروط ثبوته دون حاجة إلى لعان، كعدم قدرة الشخص على الإنجاب بأن لا يتصور منه الحمل ولا يولد لمثله، كالصغير، والمجبوب، والخصي، مع اختلاف الفقهاء بشأن بعضهاو أو ثبت استحالة حدوث التلاقي بين الزوجين من حين العقد، أو اختلال في مدة الحمل(١).

وقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين على النحو الآتي:

المطلب الأول: اللعان.

المطلب الثاني: الطرق العلمية وأثرها في نفي النسب.

المطلب الأول

اللعان

ونبحث فيه ماهية اللعان، وشروط صحته وكيفته، والتكييف الشرعي له، وأخيرا آثاره.

الفرع الأول: ماهية اللعان

أولا: معنى اللعان:

١- **لغة:** مشتق من اللعن، وهو الطرد والإبعاد من الخير، وقيل من الله، والجمع لعان ولعنات(٢).

---

(١) أنظر ثبوت النسب في هذه الأمور ص ٤٨٣ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٢) لسان العرب- ج١٧ ص ٢٧٢. القاموس المحيط – ج٤ ص ٢٦٩.

٢- **اصطلاحا:** عرّفه الحنفية والحنابلة بأنه شهادات مؤكدات بالأيمان مقرونة باللعن والغضب، قائمة مقام حد قذف في حقه، ومقام حد الزنا في حقها [١].

وعرّفه المالكية بأنه حلف زوج على زنا زوجته أو نفي حملها اللازم له، وحلفها على تكذيبه[٢].

وعرّفه الشافعية بأنه كلمات جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطخ فراشه وألحق العار به، أو إلى نفي ولد[٣].

وعرّفه ابن حزم بأنه قذف امرأة بالزنا هكذا مطلقا، أو بإنسان سماه، سواء دخل بها أو لم يدخل بها، ادعى رؤية أو لم يدع[٤].

ثانيا: مشروعية اللعان: دل على مشروعية اللعان الكتاب والسنة والإجماع.

١- فمن **الكتاب:** قوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم.. الآية)[٥].

وجه الدلالة: ذكر المفسرون وأهل العلم أن في هذه الآيات فرج للأزواج، إذا قذف أحدهم زوجته وتعسر عليه إقامة البينة أن يلاعنها، كما أمر الله عز وجل، فخصت بها العموم الذي في آية القذف، وإنما كانت شهادات الزوج على زوجته دارئة عنه الحد، لأن الغالب أن الزوج لا يقدم على رمي زوجته التي يدنسه ما يدنسها إلا إذا كان صادقا، وخوفا من إلحاق أولاد ليسوا منه[٦].

٢- **من السنة:** وردت في اللعان أحاديث كثيرة منها:

ما رواه البخاري في صحيحه عن ابن شهاب أن سهل بن سعد الساعدي أخبره أن عويمرا العجلاني جاء إلى عاصم بن عدي الأنصاري فقال له: يا عاصم أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فتقتلونه أم كيف يفعل، سل لي ياعاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم ..[٧].

---

(١) شرح فتح القدير – ج٣ ص ١٤٨. تحفة الفقهاء- ج٢ ص ٣٢٤. تبيين الحقائق– ج٣ ص ١٤. شرح منتهى الإرادات – ج٣ ص ٢٠٦. كشاف القناع- ج٥ ص ٣٨٩.

(٢) الفواكه الدواني- ج٢ ص٨٣. شرح الخرشي- ج٣ ص٢٦٣.

(٣) مغني المحتاج – ج٣ ص ٣٦٧. نهاية المحتاج – ج٧ ص ١٠٣.

(٤) المحلى – ج٧ ص ١٤٣.

(٥) سورة النور- من آية ٦ إلى آية ٩.

(٦) تفسير ابن كثير- ج٣ ص٢٦٥.

(٧) صحيح البخاري مع الفتح – كتاب اللعان- باب اللعان ومن طلق بعد اللعان- ج١٠ ص ٦٣٨٢ رقم (٥٣٠٨). صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب اللعان- ج ٥ ص ٣٧٧ رقم (١٤٩٢). ابن ماجه- ج١ ص٦٦٧ رقم (٢٠٦٦). النسائي- ج٦ ص١١٦، ١٣٩. الترمذي- ج٤ ص٥٠٦ رقم (١١٠٢). أبوداود- ج١ ص ٥٢٠. الفتح

وما رواه أيضا عن ابن عمر أنه قال: فرّق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أخوي بني العجلان، وقال: الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب [1].

كما روى أهل السنن عن ابن عباس في قذف هلال ابن أمية امرأته عند النبي صلى الله عليه وسلم بشريك بن سحماء وأمرهما صلى الله عليه وسلم بالتلاعن[2].

فالدلالة من هذه الأحاديث صريحة في جواز اللعان لحفظ الأنساب ودفع المعرّة عن الأزواج[3].

٣ـ **أما الإجماع:** فقد أجمعت الأمة سلفا وخلفا على مشروعية اللعان، وذكر ذلك كثير من أهل العلم[4]. وإنما جُوّز الشرع اللعان، لأنه لما كان الفراش موجبا للحوق النسب كان بالناس ضرورة إلى طريق ينفونه به إذا تحققوا فساده، والزوج العاقل لا يلوث فراشه على نفسه كاذباً، كما تأبى نفسه وفطرته أن يلحق ولد غيره به، لذلك كان محتاجا إلى قذف امرأته ونفي النسب الفاسد عنه حتى يتخلص من الفضيحة، ولا يمكنه إقامة البينة على زنا امرأة وهي تأبى أن تقر به، فلم يبق سوى طريق أخير هو تلاعنهما، ثم ينفسخ النكاح بينهما، لانصراف قلب كل زوج عن الآخر إلى غيره، وما نتج عن ذلك من الحقد والضغينة، والتي لا يمكن أن يصفوا معها أحدهما للآخر أبدا [5].

ثالثا: أسباب وجوبه: تكاد تتفق أقوال المذاهب في أن للعان سببان، وسائر الدعاوى تتركب عنهما:

١ـ **القذف بالزنا:** وهو القذف الصريح ـ عند وجود شرائطه ـ من الزوج، كأن يقول لامرأته يا زانية، أو زنيت بفلان، أو ولدك من الزنا، فأنكرت المرأة وخاصمته إلى الحاكم، فعجز الزوج عن إقامة البينة على الزنا[6].

الرباني في ترتيب مسند أحمد- ج١٧ ص ٢٨ رقم (٥٢).

(١) البخاري مع الفتح – ج١٠ ص٦٣٩٥ رقم(٥٣١١). صحيح مسلم بشرح النووي- ج٥ ص٣٨٠ رقم (١٤٩٣).

(٢) ابن ماجه- ج١ ص٦٦٨ رقم (٢٠٦٧). أبوداود-ج١ ص٥٢٢. الفتح الرباني في ترتيب مسند أحمد- ج١٧ ص٢٤ رقم (٤٨، ٥٠). البيهقي- ج٧ ص٣٩٣. النسائي- ج ٦ ص١٤١.

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي- ج٥ ص٣٨٦. فتح الباري- ج١٠ ص٦٣٨٥. تحفة الأحوذي- ج٤ ص٤٣٤.

(٤) بداية المجتهد- ج٢ ص٩٦. فتح الباري- ج١٠ ص ٦٣٨٤. شرح النووي على مسلم - ج٥ ص ٣٨٦. ابن منذر- الإجماع- ص ٨٥. ابن حزم- مراتب الإجماع- ص ٨١.

(٥) شرح النووي على مسلم- الموضع نفسه. بداية المجتهد- نفس الموضع. المبسوط- ج ٧ ص٤٢ .إعلام الموقعين- ج٢ ص١٣٠، وجاء فيه: "فهذا أحسن حكم يفصل بينهما في الدنيا، وليس بعده أعدل منه، ولا أحكم، ولا أصلح، ولو جمعت عقول العالمين لم يهتدوا إليه".

(٦) وعند أبي حنيفة لو قال الزوج لزوجته: جومعت جماعا حراما، أو قذفها بعمل قوم لوط، فلا لعان ولا حد لعدم القذف بالزنا، بناء على أصله أنه لا حد على لائط، وذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنه يجب اللعان لأنه زنا، =

٢- **نفي الحمل أو الولد:** كأن يقول هذا الولد من الزنا، أو ليس مني. أما بالنسبة لنفي الحمل فهي من جملة المسائل المهمة التي اختلف الفقهاء بشأنها، فكان خلافهم إلى ثلاثة أقوال مشهورة.

القول الأول: لا يجوز نفي الحمل قبل الوضع وهو قول أبو حنيفة وزفر(١)، ورواية عن الحنابلة(٢)، وبعض أهل العلم كالشعبي والثوري والحسن وابن أبي ليلى وأبو ثور(٣). وحجتهم في ذلك هو عدم التيقن من قيام الحمل، لاحتمال أن يكون انتفاخا، والأحكام لا تترتب على الحمل إلا بعد الولادة، ونفيه كان مشروطا بوجود الحمل، واللعان لا يصح تعليقه بالشرط.

كما استدلوا بما ورد في قصة هلال بن أمية قول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "اللهم بين فوضعته شبيها بالذي ذكر زوجها أنه وجده عند أهله، فلاعن بينهما رسول الله صلى الله عليه وسلم". ففي الحديث أن اللعان بينهما كان بعد الوضع لا قبله. واعترضوا على الحديث الذي احتج به من أجاز لعان الحامل بأنه مختصر اختصره الذي رواه فغلط فيه، وأنه لعان بالقذف(٤).

القول الثاني: إن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من وقت القذف جاز اللعان، وإن جاءت به لأكثر من ذلك لم يجز، وبه قال أبو يوسف ومحمد من الحنفية(٥). واحتجا بصحة النفي إذا جاءت به لأقل من ستة أشهر للتيقن بوجوده في البطن وقت القذف، وحديث هلال بن أمية محمول على أنه عرف قيام الحبل بطريق الوحي.

= سواء كان في قبل أو دبر، لأن الرمي باللواط معرة وهو داخل في عموم قوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم).

وللمالكية في القذف بالزنا قولان أحدهما أن يدعي رؤية زناها أيا كان الوطء، ثم لم يطأها بعد ذلك، ويسمى بالدعوى المطلقة، وهو المشهور في المذهب، وقول آخر بعدم جواز اشتراط الرؤية في اللعان.

أما الشافعية والحنابلة والظاهرية فمتى نسبها إلى وطء حرام من جانبها، أو جانب الزاني فقد قذفها، ولم يشترطوا ادعاء الزوج رؤية الزنى، بل لو قال وهي غائبة فلانة زانية جاز لعانه. ولم يشترط الشافعية ادعاء استبرائها بعد الوطء، بل لو أقر بوطئها في الطهر الذي قذفها بالزنا فيه جاز له أن يلاعن وينفي النسب. البحر الرائق- ج٤ ص ١٢٢. تحفة الفقهاء- ج٢ ص ٣٢٥. المدونة- ج٦ ص١٠٥، ١٠٦. مواهب الجليل – ج٤ ص ١٣٣. عيون المجالس- ج٣ ص١٣٠٨. بداية المجتهد- ج٢ ص ٩٨. روضة الطالبين – ج٦ ص٣١٧، ٣١٨. مغني المحتاج – ج٣ ص٣٦٨، شرح منتهى الارادات– ج٣ ص ٢٠٧. المغني-ج٩ ص ٩. المحلى- ج٧ ص ١٤٣.

(١) بدائع الصنائع - ج٥ ص ٢١٤٥. الهداية – ج٢ ص ٢٥. ومذهب الحنفية إن ولدت بعد ذلك لم يلاعنها.

(٢) المغني – ج٩ ص ٤٦. الإنصاف-ج ٩ ص٢٥٥. والمذهب عند الحنابلة أنه يلاعن عند وضع الحمل.

(٣) زاد المعاد - ج٤ ص ١٤١.

(٤) أنظر تفصيل ذلك في: شرح معاني الآثار- ج٣ ص٩٩.

(٥) مراجع الحنفية السابقة.

أما إن ذكر الزنا صريحا وأن هذا الحمل منه، تلاعنا لوجود القذف ولا ينف القاضي الحمل.

القول الثالث: جواز اللعان وقطع نسب الحمل، وهو قول المالكية[١]، والشافعية[٢]، والظاهرية[٣]، والصحيح من قولي الحنابلة[٤]. واستدلوا من السنة بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعن على الحمل، كما في قصة هلال ابن أمية وكانت امرأته حاملا وألحق الولد بها، والآثار في ذلك كثيرة. كما أنّ الشرع قد علق بظهور الحمل أحكاما كثيرة، وأثبت للحامل أحكاما تخالف الحائل من النفقة، والعدة، ومنع الوطء، والفطر في الصيام، وترك إقامة الحد لحين الوضع..فوجب أن يكون قياس اللعان كذلك[٥].

القول الراجح: يظهر لي أن القول بصحة لعان الحمل هو الراجح لقوة أدلته، ولأن للحمل قرائن قوية يظن معها وجوده ظنا قويا، وذلك كاف في اللعان ونفي الحمل.

أما بالنسبة للحكم الشرعي للعان، فإن كان السبب الموجب له هو قذف الزوجة بالزنا، فقولان عند الفقهاء: قول بوجوبه، وهو مذهب الحنفية[٦]، والظاهرية[٧]، وقول بعدم الوجوب وأن يكتفي الزوج بطلاقها، مع حفظ لسانه عن رميها بالفاحشة سترا عليها وصيانة لحرمة فراشه، وهو مذهب المالكية[٨]، والشافعية[٩]، والحنابلة[١٠].

أمّا إذا كان السبب الموجب للعان هو نفي الولد، فاللعان واجب في حق الزوج لنفي الولد، قولا واحدا، إذا تيقن أو غلب على ظنه أنه ليس منه.

---

(١) جواهر الإكليل- ج٢ ص ٣٨٤. مواهب الجليل- ج٤ ص٨٤. عيون المجالس- ج٣ ص١٣٠٧.واشترط المالكية لنفي الحمل أن يدعي الزوج أنه استبرأها ولم يطأها بعد الإستبراء، واختلف قول مالك في الاستبراء، فقال مرة: ثلاث حيضات، وقال مرة: حيضة. أما نفيه مطلقا فالمشهور عدم وجوب اللعان بذلك. وإذا لم ينفه وهو حمل فإنه لا يجوز له أن ينفه بعد الولادة بلعان .

(٢) الأم – ج٥ ص ٢٩٢. نهاية المحتاج – ج٧ ص ١٠٦ وما بعدها. مغني المحتاج – ج٣ ص ٣٨٢.

(٣) المحلى – ج١٠ ص ١٤٤.

(٤) المغني- ج٩ ص ٤٦. زاد المعاد- ج٥ ص ٣٧٩، ٣٨٠، ولابن القيم فيه تفصيل جيّد.

(٥) نيل الأوطار – ج٣ ص ٧٤٠، والمراجع السابقة.

(٦) بدائع الصنائع- ج٥ ص ٢١٤١. تبيين الحقائق – ج ٣ ص ١٦. البحر الرائق – ج٤ ص ١٢٩.

(٧) المحلى- ج١٠ ص ١٤٤.

(٨) بداية المجتهد- ج٢ ص٩٧. البهجة شرح التحفة- ج١ ص ٥٢٦.

(٩) روضة الطالبين- ج٦ ص ٣٠٤، وجاء فيه: "إذا لم يكن له ولد فالأولى أن لا يلاعن بل يطلقها إن كرهها، وإن كان هناك ولد يتيقن أنه ليس منه وجب عليه نفيه باللعان". نهاية المحتاج- ج٧ ص ١١١.

(١٠) المغني- ج٩ ص ١١٩.

الفرع الثاني: شروط صحة اللعان

وهي شروط موضوعية وإجرائية:[1]

أولا: شروط اللعان الموضوعية: وتتعلق هذه الشروط بالقاذف، والمقذوف به، والمقذوف فيه، والمتلاعنين، وبالقذف ذاته.

أ- **فأمّا التي ترجع إلى القاذف خاصة**: فشرط واحد وهو عدم إقامة البينة على صدقه، لأن الله تعالى شرط ذلك في آية اللعان، فجعل اللعان عوض الشهود، وإذا قام أربعة من الشهود بالزنا لا يثبت اللعان، ويقام الحد على المرأة، وهو قول أبو حنيفة[2]، وداود الظاهري[3]، أما مذهب مالك[4]، والشافعي[5]، فيجوز للزوج أن يلاعن ولو أقام الشهود على الزنا، لأن الشهود لا تأثير لهم في دفع الفراش.

ب- **والتي ترجع إلى المتلاعنين**، فبعضها محل اتفاق وأخرى مختلف فيها.

١- فأما المتفق عليها: فتتمثل في قيام زوجية صحيحة، تم فيها الدخول أو لم يتم - ولو في عدة من طلاق رجعي - والعقل فلا يصح لعان المجنون، لأنه ليس من أهل الشهادة واليمين. وأيضا البلوغ فلا يصح لعان الصبي[6].

٢- وأما الشروط المختلف فيها فتتمثل في:

- نفي النسب باللعان في النكاح الفاسد: لم يعتبر الحنفية اللعان في النكاح الفاسد بدعوى أنه ليس بنكاح حقيقة، ويلحق به النسب ولا سبيل له إلى نفيه [7].

وذهب المالكية، والشافعية، والحنابلة إلى أن من وطء امرأة بشبهة كنكاح فاسد ثم قذفها، فإنه يلاعنها إن كان ثم ولد ينفي نسبه، لأن القذف إذا كان ينفي الولد، فإن الحاجة تقع إلى قطع

---

(١) يراجع في تفصيل هذه الشروط: تحفة الفقهاء- ج٢ ص ٣٢٥. بدائع الصنائع – ج٥ ص ٢١٤٦. تبيين الحقائق- ج٣ ص ١٥. المبسوط- ج٧ ص٤٣. الهداية-ج ٢ ص ٣٠٣. حاشية رد المحتار- ج٣ ص ٤٨٣. بداية المجتهد- نفس الموضع. الشرح الكبير-ج٢ ص٤٥٧. مواهب الجليل- ج٤ ص ١٣٢. شرح الخرشي- ج٣ ص ٢٦٤. المدونة ج٦ ص١١٦. شرح منتهى الإرادات- ج٣ ص ٢١١. زاد المعاد- ج٤ ص١٣٥. كشاف القناع- ج٥ ص٣٩٤. المغني- ج٩ ص٦٤. المحلى- ج١٠ ص١٤٣.

(٢) البحر الرائق – ج٤ ص ١٢٩.

(٣) المحلى – نفس الموضع.

(٤) بداية المجتهد – نفس الموضع. شرح الخرشي – نفس الموضع.

(٥) قليوبي وعميرة – ج٤ ص ٣٢.

(٦) بداية المجتهد – ج٢ ص ٩٧. ابن المنذر – الإجماع – ص ٨٥. الفروع- ج٩ ص٢٠٧.

(٧) بدائع الصنائع – ج٥ ص ٢١٤٦. تحفة الفقهاء – ج٢ ص ٣٢٧. البحر الرائق – ج٤ ص ١٢٩.

النسب، ويثبت النسب في النكاح الفاسد كالصحيح، فيشرع اللعان لقطع النسب[1].

والأوفق والأنسب في رأيي هو قول الجمهور لقوة وجهه، حيث لا فرق بين النكاح الفاسد والنكاح الصحيح في ثبوت النسب في كل منهما متى حصل دخول حقيقي في النكاح الفاسد كما أسلفنا، وكيف يكون الولد في النكاح الفاسد وفي الوطء بشبهة أحسن حالا منه في النكاح الصحيح.

- الإسلام: اشترطه الحنفية بخلاف الشافعية والحنابلة، أما المالكية فاشترطوه في الزوج فقط.

- النطق: وهو شرط عند الحنفية، لأن الأخرس لا شهادة له، حيث لا يتأتى منه لفظة الشهادة، والقذف بالإشارة يكون في معنى الكتابة، فلا يوجب اللعان و لا الحد، كما لا يخلو من احتمال وتردد. ولم يشترط الجمهور هذا الشرط، إلا أن الشافعية ووجه عند الحنابلة هو تقييد قبول إشارة الأخرس في اللعان أن تكون مفهومة[2].

- عدم الحد في القذف: ذهب الحنفية إلى اشتراط العدالة، لأن الله تعالى رد شهادة المحدود في القذف على التأبيد في قوله تعالى: (ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا)، أما الجمهور فيصح اللعان من كل زوجين، لأنهما من أهل اليمين، فكانا من أهل الشهادة، والآية لم تخصص.

وقد وضع الجمهور لهذه الشروط قاعدتين عظيمتين:

الأولى: كل من صح يمينه صح لعانه وقذفه.

والثانية: كل من يجوز طلاقه يجوز لعانه، لأن اللعان أيمان لا شهادات، ولذلك صح عند مالك والشافعي لعان الأخرس، لأنه يصح طلاقه وظهاره وإيلاؤه، ورفض ذلك أبو حنيفة، لأن الأخرس ليس من أهل الشهادة[3].

والملاحظ من خلال هذه الشروط وجود مذهبين، مذهب يضيق من نطاق اللجوء إلى اللعان ويمثله الحنفية، وذلك اضح في قصر إعماله على الزواج الصحيح، واشتراطهم في المتلاعنين الإسلام، والبلوغ والعدالة..ومذهب يوسع من نطاقه يمثله الجمهور، فلم يعتبروا كثيرا من الشروط.

---

(١) تكملة المجموع- ج١٧ ص ٤٥٣. حاشية الدسوقي- ج ٢ ص٤٥٧، ٤٥٨. المغني- ج٩ ص١٥. الإنصاف- ج ٩ ص٢٤٤.

(٢) عيون المجالس- ج٣ ص١٣٠٠. الفروع- ج٩ ص٢٠٥. والمراجع السابقة.

(٣) بداية المجتهد- ج٢ ص ٩٨ وما بعدها. شرح الخرشي- ج٣ ص ٢٦٤. الإنصاف- ج٩ ص ٢٣٨. المغني- ج٩ ص ٦٤. كشاف القناع - ج٥ ص ٣٥٢.

ثانيا: شروط صحة إجراء اللعان:

١- اتفق الفقهاء على أن يكون اللعان بحضور القاضي أو نائبه، وإن تراضى الزوجان بغير الحاكم يلاعن بينهما لم يصح ذلك، لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد فلم يجز بغير الحاكم كالحد[١].

٢- أن يأتي كل من الزوجين بصورة اللعان كما وردت في كتاب الله تعالى بعد إلقائه عليه من القاضي، فإن بادر به قبل أن يلقيه القاضي عليه لم يصح، كما لو حلف قبل أن يحلفه القاضي.

٣- أن تأتي ألفاظ اللعان مرتبة من كل من الزوجين، فيبدأ بالرجل أولا ثم تأتي بعده المرأة، فإن قدمت لعانها على لعانه لم يصح، وعلى الحاكم أن يعيد لعانها كسائر الدعاوى، فيبدأ بشهادة المدعي ثم بشهادة المدعى عليها، ولأن لعانها مبني على لعانه لا العكس، وهو الترتيب المشروع كما جاء في الكتاب والسنة.

ثالثا: كيفية اللعان: تكاد تكون كيفية اللعان متقاربة عند الفقهاء، وليس بينهم في ذلك كبير خلاف، عملا بظاهر ما تقتضيه ألفاظ الآيات، وما جاءت به السنة، فيحلف الزوج أربع شهادات بالله فيما رميت به زوجتي هذه من الزنا[٢]، ويشير إليها إن كانت حاضرة، ولا يحتاج مع الحضور الإشارة إلى نسبها وتسميتها، وإن كانت غائبة أسماها ونسبها. وإذا أتمم أربع شهادات أوقفه الحاكم وقال له اتق الله فإنها الموجبة لقوله صلى الله عليه وسلم: "عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة"، وكل شيء أهون من لعنة الله... فإن رآه يمضي على ذلك، قال له: قل وأن لعنة الله عليّ إن كنت من الكاذبين. فإذا فرغ تشهد المرأة أربع شهادات بنقيض ما شهد هو به، وتشير إليه إن كان حاضراً، وإن غاب أسمته ونسبته، ثم تخمس بالغضب[٣].

---

(١) حاشية ابن عابدين – ج٣ ص ٥١٠.. مواهب الجليل – ج٣ ص ٣٣. مغني المحتاج– ج٣ ص ٣٧٦. المهذب– ج٢ ص ١٢٦. المغني – نفس الموضع.

(٢) بقذف زوجته بالزنا، أو نفي ولده وأنه من الزنا. ويحلف في المشهور من مذهب المالكية على رؤيته لها وهي تزني إذا كان اللعان بسبب القذف بالزنا. حاشية الدسوقي- ج٢ ص٤٦٣. بداية المجتهد- ج٢ ص٩٩.

(٣) بدائع الصنائع- ج٥ ص ٢١٣٩، ٢١٤٠. حاشية ابن عابدين- ج٢ ص ٥١٢. بلغة السالك- ج١ ص ٤٩٤. مواهب الجليل- ج٢ ص١٢٦. حاشية الدسوقي- ج٢ ص ٤٦٣. المهذب- ج٢ ص ١٢٦. مغني المحتاج- ج٢ ص ٣٧٤. المغني– ج٩ ص ١٦٢. الفروع- ج٩ ص٢٠٣.

الفرع الثالث: التكييف الشرعي للعان (اللعان هل هو شهادة أم أيمان؟)

هذا أصل مهم في باب اللعان، فمتى عرف حكمه تخرج عليه مسائل مختلفة في اللعان، وقد اختلف الفقهاء في ألفاظ اللعان هل هي شهادات أم أيمان، أو هي شهادات وأيمان بنفس المعنى، إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن اللعان شهادات مؤكدة بالأيمان، وهذا قول الحنفية[١]، ورواية عن مالك[٢]، والشافعي في قول[٣]، والحنابلة في رواية[٤].

القول الثاني: أن اللعان أيمان مؤكدة بألفاظ الشهادة، وهو الراجح من قولي مالك[٥] والصحيح عند الشافعية[٦]، والحنابلة[٧]، وهو مذهب الظاهرية[٨].

القول الثالث: اعتبر اللعان يمين مقرونة بالشهادة، وشهادة مقرونة باليمين، وهو قول انفرد به ابن القيم[٩]، ورجحه بعض أهل العلم[١٠].

الأدلة والمناقشات

أدلة الفريق الأول:

أ- من الكتاب: بقوله تعالى: (والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله)، واستدلوا بالآية من وجهين، أحدهما: أن الله تعالى سمى الذين يرمون أزواجهم شهداء، لأنه استثناء من الشهداء، والمستثنى من جنس المستثنى منه.

والثاني: أنه سمى اللعان شهادة نصا، وإنما سماه شهادة بالله تأكيدا باليمين[١١].

اعترض الجمهور على هذا الاستدلال من وجوه عدة:

أحدها: أن ذكر الله تعالى للفظ الشهادة لا يقتضي أن لها حكمها، لأن العادة في العرب

---

(١) شرح فتح القدير – ج٣ ص ٢٤٨. تبيين الحقائق – ج٣ ص ١٤.
(٢) المنتقى شرح الموطأ – ج٤ ص ٧٦.
(٣) روضة الطالبين– ج٦ ص ٣٠٩.
(٤) الإنصاف- ج٩ ص ١٧٥.
(٥) بداية المجتهد- نفس الموضع.
(٦) روضة الطالبين– ج٦ ص ٣٠٩.
(٧) الإنصاف– نفس الموضع. المغني – ج٩ ص ٢٣٩.
(٨) المحلى – ج٧ ص ٢.
(٩) زاد المعاد ج٤ ص ١٣٢.
(١٠) الصنعاني – العدة – ج٤ ص ١٧٦.
(١١) مراجع الحنفية السابقة.

جارية بأن يقول أشهد بالله وأحلف في معرض الأيمان دون الشهادة.

ثانيها: أن من أحكام الشرع الثابتة في الإثبات أنه لا يجوز لأحد أن يدعي شاهدا يشهد لنفسه بما يوجب حكما لغيره، فدل ذلك أن اللعان يمين وليس شهادة.

ثالثها: لو كانت شهادة لكانت المرأة على النصف من شهادة الرجل، كما في سائر الأمور التي تشهد بها المرأة، فيكون نصاب اللعان أن تشهد المرأة عشر مرات، فلما علم أنه ليس كذلك دل أنه ليس بشهادتها(١).

ب- ومن السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: "لولا مضى من الشهادات التي سبقت لكان لي فيها رأي"، وفي رواية "لكان لي ولها شأن"(٢). وكما في حديث ابن عباس: فجاء هلال فشهد والنبي صلى الله عليه وسلم يقول: "إن الله يعلم أن أحدكما كاذب فهل منكما تائب؟ ثم قامت فشهدت"(٣). فالحديث حجة حيث سمى اللعان شهادة(٤).

ج- من المعقول: لو كانت الألفاظ يميناً لما رددت خمساً، فأقيمت مقام عدد الشهود في الزنى، كما اشترط فيه لفظ الشهادة وحضرة الحاكم. كما أنه عمل باللفظين في معنيين بدل حملهما على معنى واحد(٥).

ونوقش هذا الاستدلال بأن الحكمة من تكرار ألفاظ اللعان هو التغليظ في الفروج والدماء على فاعلها لعله أن يكف عنها فيستر على فروج وتحقن دماء، كما أن يمين القسامة تكررت ولكنها ليست بيمين إجماعا(٦).

أدلة القول الثاني:

أ- فمن الكتاب: أن الله تعالى عبر عن الحلف بالشهادة في أكثر من موضع من كتابة العزيز، فسمى ذلك شهادة وإن كان يميناً، كما قرن لفظ الجلالة "وبالله" في الآية الأخيرة بالشهادة، فدل على أنه أراد بها اليمين، ولو كان اللعان شهادة لما قرنه بذكر اسم الله تعالى، لأن الشهادة لا

---

(١) المنتقى شرح الموطأ – ج٤ ص ٧٦. الأم – ج٥ ص ١٦٥ وما بعدها.

(٢) هذا الحديث ذكره الكاساني في البدائع- ج٥ ص ٢١٥١، والرواية الثابتة في كتب الحديث هي قوله صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عباس: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن". سنن أبي داود- ج١ ص٥٢٤. الفتح الرباني بترتيب مسند أحمد- ج١٧ ص٢٨٢٧ رقم (٥٠).

(٣) صحيح البخاري مع الفتح- ١٠ ص ٦٣٨١ رقم (٥٣٠٧). أبو داود ج١ ص٥٢٤.

(٤) بدائع الصنائع- ج٥ ص ٢١٥١.

(٥) المرجع السابق- نفس الموضع.

(٦) زاد المعاد- ج٤ ص ١٣٣. فتح الباري- ج ١٠ ص ٦٣٨٠.

تفتقر إلى ذلك[1].

ب- ومن السنة: بما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم لما لاعن بين هلال بن أمية وزوجته ثم ولدت على الشبه الذي قذفت به فقال صلى الله عليه وسلم: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن". وبما رواه البخاري عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنه: "أن رجلا من الأنصار قذف امرأته فأحلفهما النبي صلى الله عليه وسلم ثم فرق بينهما"[2]. والمراد بالإحلاف هو النطق بكلمات اللعان.

ج- ومن المعقول: أن لعان الفاسقين الذين لا تقبل شهادتهم يصح، وهو يدل على أنه يمين، كما أن اللعان لا يصح إلا بأمر الحاكم كاليمين في سائر الدعوى[3].

أدلة القول الثالث: بعد أن أورد ابن القيم القولين السابقين واعتراضاته على كل قول، خلص إلى القول بأن لعان الزوجين يجمع الوصفين معا اليمين والشهادة، فهو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار، ويمين مغلظة بلفظ الشهادة والتكرار لاقتضاء الحال تأكيدا للأمر[4].

القول الراجح: بعد عرض أقوال الفقهاء وأدلتهم وما ورد على بعضها من مناقشات، فإني أرى ما ذهب إليه الجمهور من اعتبار اللعان أيمان هو الراجح، لدلالة السنة صراحة على ذلك، ولأن اللعان إنما شرع لحاجة الناس، ولو اعتبرناه شهادة لضيقنا على الناس.

الفرع الرابع: آثار اللعان

يترتب على اللعان بعد حدوثه أمام الحاكم سقوط حق القذف أو التعزير عن الزوج، وسقوط حد الزنا أو الحبس عن الزوجية، زيادة على أثرين شرعيين يتمثلان في التفريق بين المتلاعنين، ونفي نسب الولد عن الزوج والحاقه بأمه.

أولا: التفريق بين المتلاعنين: ويعد هذا الأثر من أبرز آثار اللعانو واختلف الفقهاء في شأنه هل يقع التفريق بنفس اللعان، أم يشترط حكم الحاكم، إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: أن الفرقة لا تجب إلا بحكم الحاكم، وهو قول أبي حنيفة وصاحبيه[5]، وبه قال الثوري وأحمد في رواية[6].

---

(١) المغني- ج٩ ص١٩. المحلى- ج١٠ ص ١٤٤.
(٢) صحيح البخاري مع الفتح- باب إحلاف الملاعن- ج١٠ ص٦٣٨٠ رقم (٥٣٠٦).
(٣) الأم - ج٥ ص ١٦٦. المهذب- ج٣ ص ٨٧.
(٤) زاد المعاد – ج ٤ ص ١٣٢، وذكر فيه عشرة أنواع من التأكيد.
(٥) تحفة الفقهاء- ج٢ ص ٣٣٢. المبسوط- ج٧ ص ٤٦. بدائع الصنائع- ج٥ ص ٢٢٥٦.
(٦) المغني – ج٩ ص ٢٩. زاد المعاد – ج٤ ص ١٤٦.

القول الثاني: أن الفرقة تقع بلعان الزوج وحده، ولا تتوقف على قضاء القاضي، ولا على لعان الزوجة، وهو قول الشافعي[١].

القول الثالث: أن الفرقة تقع بمجرد لعان الزوجين جميعاً، وإن لم يفرق بينهما الحاكم. وإلى هذا ذهب المالكية[٢]، والحنابلة على الصحيح[٣]، وبه قال زفر من الحنفية[٤]، والظاهرية[٥]، والأوزاعي وأبو ثور وغيرهم من أهل العلم[٦].

وثمرة هذا الخلاف هو اختلافهم في التكييف الفقهي لهذه الفرقة، هل هي فسخ أم طلاق؟ وهل تحرم المرأة على زوجها حرمة مؤبدة، أو يمكن أن تعود إليه ؟

ذهب أبو حنيفة وصاحبه محمد إلى أنها تطليقة بائنة، يزول بها ملك النكاح، وتثبت حرمة الاجتماع والتزوج ما داما على حالة اللعان، أما إذا لم يبق اللعان بينهما حكما فتجوز المناكحة بينهما حكماً، وذلك في حالتين الأولى: إذا أكذب الزوج نفسه سواء بالاعتراف أو بالبينة، فيقام عليه حد القذف، ويكون خاطبا من الخطاب، والثانية: إذا سقط شرط من شروط اللعان، كأن حدت الزوجة لزناها، أو ارتدت، أو انتفت عنها أهلية اللعان. وحجتهما أن قوله صلى الله عليه وسلم: "المتلاعنان لا يجتمعان أبدا" معناه أنهما لا يجتمعان ما داما متلاعنين.كما أن الثابت بالنص هو اللعان، فإذا أثبتنا به الحرمة المؤبدة كان زيادة على النص، وقاسا الفرقة باللعان على طلاق العنين والخلع والإيلاء[٧].

أما مذهب المالكية والشافعية والحنابلة والظاهرية، وأبو يوسف وزفر من الحنفية، وغيرهم من أهل العلم، فإن الفرقة هي فسخ وتوجب التحريم المؤبد، لأن اللعان ليس صريحاً في الطلاق ولا نوى الزوج به الطلاق، فكان كسائر ما ينفسخ به النكاح، ولو كان طلاقا لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة، وذكروا آثارا عن الصحابة.

والتحريم باق على حكمه ولا يفيدهما كذبهما في عودة الحياة الزوجية أو خروج أحد

---

(١) روضة الطالبين – ج٦ ص ٣٣٠. مغني المحتاج – ج٣ ص ٣٨٠. نهاية المحتاج- ج٧ ص ١٢٤.
(٢) المدونة- ج٦ ص ١٠٧. بداية المجتهد- ج٢ ص١٠٠. شرح الخرشي- ج٣ ص ٢٧٥.
(٣) المغني- ج٩ ص ٢٨. الإنصاف- ج٩ ص ٢٨١. شرح منتهى الإرادات- ج٣ ص ٢١٠.
(٤) تحفة الفقهاء- ج٢ ص ٣٣٢. المبسوط- ج٧ ص ٤٦.
(٥) المحلى- ج١٠ ص١٤٤.
(٦) زاد المعاد- ج٤ ص ١٤٦. وفي المسألة أقوال أخرى، كالقول بحصول الفرقة بمجرد القذف، وأنه لا يقع باللعان فرقة البتة، وهي أقوال شاذة، لا دليل عليها من نص أو قياس.
(٧) لمزيد من التفصيل: أنظر بدائع الصنائع – ج٥ ص ٢٢٥٦. المبسوط – نفس الموضع. شرح فتح القدير – ج٣ ص ٢٥. مجمع الأنهر – ج١ ص ٤٦٧. تحفة الفقهاء – نفس الموضع.

المتلاعنين عن أهلية اللعان، لقوله صلى الله عليه وسلم: "لا سبيل لك عليها"، فأطلق التحريم ولم يستثن[1].

القول الراجح: يترجح لي من الأقوال المتقدمة قول الجمهور في أن الفرقة تقع بمجرد فراغ الزوجين من اللعان، من غير حكم حاكم، للأحاديث الدالة على أن اللعان لم يقف على حكم حاكم، ولو لم تحصل إلا به لساغ ترك التفريق إذا لم يرضيا به كالتفريق للعيب والإعسار. وتفريقه صلى الله عليه وسلم بينهما، فهو على الصحيح، بمعنى إعلامهما بحصول الفرقة، فلا يقع طلاق بعد ذلك لبينونتها عنه، وهي فرقة مؤبدة لقوة الأدلة في ذلك وصراحتها[2].

ثانيا: نفي نسب الولد عن الملاعن وإلحاقه بأمه: اتفق جمهور الفقهاء على انقطاع نسب الولد من جهة الأب وإلحاقه بأمه، ولم يخالف في ذلك إلا أهل الظاهر[3]، ووصف قولهم بالشاذ[4].واشترطوا لانتفاء نسبه شروطا، اتفقوا في بعضها، كما اختلفوا في البعض الآخر منها.

الشرط الأول: الفورية: اختلف الفقهاء في حدود هذا الشرط إلى أقوال عدة:

١- مذهب الحنفية: ولهم فيها مدتان:

المدة الأولى: وهي النفي أثناء الولادة، أوفي مدة التهنئة، أو بعد ها بيوم أو يومين، ونحو ذلك من شراء آلات الولادة عادة، ولم يُروَ عن أبي حنيفة في ظاهر الرواية تقديرها بزمن معين، بل جعل تقديرها مفوضا إلى القاضي، لأن نصب المقدار بالرأي متعذر، ونفي الولد أو عدم نفيه يحتاج إلى التفكير والتروي قبل الإقدام عليه، وعلى هذا لا بد من إعطاء الزوج مدة للتفكير والتروي، وهذه المدة تختلف باختلاف الأشخاص والأحوال، فتعذر التوقيت فيه، وروى عن أبي حنيفة أنه وقت له سبعة أيام.

---

(١) بداية المجتهد- ج٢ ص١١١. شرح الخرشي- ج ٣ ص ٢٧٥. المدونة- ج٦ ص ١٠٧. تحفة الفقهاء- نفس الموضع. بدائع الصنائع- نفس الموضع. المغني- ج ٩ ص ٣٢. كشاف القناع- ج ٥ ص ٤٠٢. شرح منتهى الإرادات- ج ٣ ص ٢١٠. شرح صحيح مسلم للنووي- ج ٥ ص ٣٨٦. فتح الباري- ج ١٠ ص ٦٣٨٠. زاد المعاد- ج٤ ص ١٤٨.

(٢) وذكر أهل العلم كثيرا من الحكم في تأبيد الفرقة، ومن ذلك أن أحد المتلاعنين ملعون في الجملة، ولا يجتمع ملعون مع غير ملعون، وقد جعل الله تعالى بين الزوجين مودة ورحمة وجعل كلا منهما سكنا للآخر، وقد زال هذا بالقذف وحل محله الخزي والعار، فإن كان كاذبا فقد فضحها وبهتها، ونكس رأسها ورؤوس قومها على رؤوس الأشهاد، وإن كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه وعرضته للفضيحة، وحصل لكل واحد منهما من صاحبه النفرة والوحشة وسوء الظن ما يستحيل معه أن يلتئم شملهما، فاقتضت حكمة الشرع تأبيد الفرقة بينهما. زاد المعاد – ج ٤ ص ١٤٦. المغني- ج٩ ص ٣٣.

(٣) المحلى- ج ١٠ ص ١٤٧.

(٤) زاد المعاد – نفس الموضع، وفيه رد لحجة الظاهرية.

المدة الثانية: وهي مدة النفاس، وهو أربعون يوما على الأكثر، لأن النفاس أثر الولادة فيأخذ حكمها، وهو قول أبو يوسف ومحمد[1].

٢- مذهب الجمهور (المالكية والحنابلة والظاهرية) قدّروا مدة النفي بما جرت به العادة، فإن أخره بعد ذلك لم يمكن منه، لأن ذلك دليل إعراضه عن نفيه[2].

٣- مذهب الشافعية: حدّدوا لنفيه مدتان، إحداهما ثلاثة أيام، وهو قول للمالكية أيضا، لأنه قد يحتاج إلى التفكير فيما يقوم عليه من النفي، فجعل الثلاث حدا لذلك. وثانيهما: وهي الجديد في المذهب أن النفي يكون على الفور، لأنه شرعاً لدفع ضرر محقق كخيار الرد بالعيب[3].

وإذا تأخر الملاعن لعذر، فهو على حقه من النفي، وهو قول المالكية، والشافعية في الجديد، والحنابلة، كأن بلغه الخبر ليلاً فأخّر حتى يصبح وينتشر الناس، أو كان جائعاً فأكل، أو عارياً فلبس، أو ناعساً فنام، أو حتى يسرح دابته ويركبها، أو يصلي إن حضرت الصلاة، ويحرز ماله إن كان غير محرز، وغير ذلك من الأشغال.

والراجح: في نظري - والله أعلم - هو التعجيل بنفي الولد متى علم ولادته من غير تأخير، ما لم يكن التأخير لعذر، لأن ذلك شبهة قوية في إعراض الزوج عن نفيه[4]. أما القول بتقدير مدة للعان، فليس عليها دليل، والرأي فيها لا يستحسن، لما قد يفتح للأزواج أبوابا للشرور والظنون بزوجاتهم، أما ترك النفي بما جرت به العادة، فيؤدي إلى عدم الضبط وتضارب في أحكام النسب بين الثبوت والنفي، وللقاضي أن يراعي ظروف الزوج ويضيف أعذارا حالت دون نفي النسب على الفور[5].

---

(١) بدائع الصنائع – ج ٥ ص ٢١٦٠. الهداية – ج ٢ ص ٣٠٥. حاشية ابن عابدين – ج ٢ ص ٩٥١.

(٢) الشرح الصغير– ج ٣ ص ١٨. شرح الخرشي– ج ٣ ص ٢٧٥. مغني المحتاج– ج ٣ ص ٣٨٠. المغني– ج٩ ص ٤٨.

(٣)عيون المجالس- ج٣ ص١٣٤٠. مغني المحتاج – ج٣ ص٣٨٠، ٣٨١. نهاية المحتاج – ج٧ ص ١٢٢.

(٤) وذكروا أيضا إذا ادعى عدم علمه بالولادة، وكان في موضع يجوز أن يخفي عليه أمر ذلك كالبلد الكبير، فالقول قوله، لأن ما يدعيه ظاهر، وإن ادعى علمه بالولادة ولكنه لم يعلم أن له نفي الولد، أو أن ذلك لا يكون فورا، فإن كان ممن يخالط أهل العلم لم يقبل قوله، لأنه خلاف الظاهر، أما إن كان قريب عهد بالإسلام، أو نشأ في موضع بعيد من أهل العلم، قُبلَ قوله لأن الظاهر أنه صادق فيما يدعيه. شرح الخرشي- ج٤ ص ١٢٩. المهذب- ج٢ ص١٢٢. نهاية المحتاج- ج٧ ص١٦٦. المغني – ج٩– ص٤٨، ٤٩. الفروع- ج٩ ص ٢١٤.

(٥) وإذا قطع النسب من الأب وألحق الولد بالأم، فإن النسب يبقى في حق سائر الأحكام احتياطا، ومن ذلك:

أ- لا يصح أن يدعيه غيره، فقد يكذب الملاعن نفسه فيحد، ويثبت نسب الولد منه، وهو رأي للحنفية والشافعية، على الخلاف في جواز تناكح المتلاعنين، واشترط بعض المحققين ألا يكون قد ادعاه بعد موت الملاعن، وكان ممن يولد مثله، لأن بعد الموت لا أمل في إكذاب الملاعن نفسه، واعترافه بنسبه. =

الشرط الثاني: ألا يقر الزوج بالولد صراحة أو دلالة: والإقرار الصريح كأن يقول هذا الولد مني، أو هذا ولدي، والدلالة كأن يقبل التهنئة بالمولود، أو يسكت عند التهنئة ولا يرد على من هنأه[1]، لأن العاقل لا يسكت عند التهنئة بولد ليس منه، ونحو ذلك مما يتضمن إقرارا، لحقه نسبه وامتنع نفيه. ولو صح الرجوع بعد الإقرار بالنسب لصح عن كل إقرار فلا يتقرر بذلك حق من الحقوق[2]. وذكر الصنعاني الإجماع على ذلك[3].

الشرط الثالث: حياة الولد: اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط، فذهب الحنفية والمالكية إلى أنه يشترط أن يكون الولد حيا عند اللعان وعند الحكم بقطع نسبه، فلو ولدت المرأة ولداً ونفى الزوج نسبه منه ثم مات الولد قبل التلاعن أو بعد حصوله، ولكن قبل الحكم بقطع نسبه من الزوج لا ينتفي عنه، وذلك لتقرر النسب بالموت، والشيء إذا تقرر لا يمكن نفيه، ولكن للزوجة الحق في طلب إجراء اللعان، إن مات الولد قبل إجرائه لدفع العار عن نفسه.

وللزوج أيضا الحق في طلب إجراء اللعان بعد موت الولد عند المالكية، وذلك لإسقاط حد القذف عنه[4].

وذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه كما يجوز نفي الولد في حياته يجوز بعد موته، لأن نسبه لا ينقطع بالموت، بل يقال: مات ولد فلان، ويلزم الزوج تجهيزه وتكفينه، فيكون له نفي نسبه

= ب- تثبت بينهما حرمة المصاهرة، فلا يحل لولد اللعان الزواج بابنة الملاعن، أو إحدى محارمه، كما يحرم تزوج الملاعن بزوجة الولد الذي نفاه.

ج- لا تقبل شهادة أحدهما للآخر كما لا يجب القصاص على الملاعن بقتله الولد الذي نفاه باللعان .إلى غير ذلك من الأحكام. أما بالنسبة للميراث والنفقة، فاعتبر الفقهاء ولد اللعان أجنبيا عن الزوج، على اعتبار أن هذه الأحكام لا ترتبط بالغير والمفسدة في عدم ترتبها أخف من ترتبها لثبوتها على الشك بخلاف الأحكام أعلاه. البحر الرائق- ج٤ ص١٢٩. والمراجع السابقة.

(١) ومن ذلك ما ذهب إليه المالكية أنه إذا وطئ الملاعن زوجته بعد رؤيتها تزني امتنع لعانه وثبت نسب الولد وبقيت زوجته، وإنما يحد الزوج للقذف إن كانت الزوجة مسلمة. الشرح الكبير– ص ٤٦٣. ولافرق عند المالكية بين أن تكون حاملا، فلا يجوز له أن ينفيه بعد سكوته عنه، وكذا إذا علم بعد أن ولدت وسكت لم يكن نفيه. عيون المجالس- ج ٣ ص ١٣٤٢. القوانين الفقهية- ص ٢٤٢.

(٢) بدائع الصنائع – ج٥ ص ٢١٦٠. حاشية ابن عابدين– ج٢ ص ٩٧٣. وإذا رجع الزوج عن الإقرار بالنسب فذهب الحنفية إلى أنه للمرأة أن تطلب اللعان فهو حقها، لأنه لما نفى نسب الولد منه كان متهما إياها بالزنى فلها أن تدفع العار عن نفسها باللعان. ولو تلاعنا لا ينقطع نسب الولد عن الزوج، لأن نسبه قد ثبت بالإقرار. مغني المحتاج- ج٣ ص ٣٨١. المدونة– ج٦ ص ١٠٩. المغني – ج٩ – ص٤٨، ٥٠. الفروع- ج٩ ص ٢١٤. كشاف القناع – ج٥ ص ٤٠٣. نيل الأوطار- ج٣ ص ٧٤٤.

(٣) سبل السلام- ج ٣ ص ١٩٥.

(٤) بدائع الصنائع– ج ٥ ص ٢١٥٧. حاشية ابن عابدين – ج٢ ص ٥٨٩. الشرح الكبير– ج٢ ص ٤٥٩. شرح الخرشي- ج٣ ص ٢٦٥.

وإسقاط مؤونته كما لو كان حيا[1]. وهذا ما نرجحه لوجاهته.

الشرط الرابع والخامس: نص على هذان الشرطان الحنفية. أحدهما: التفريق القاضي بين الزوجين بعد اللعان، لأن النكاح قبل التفريق فلا يجب النفي.

وثانيهما: ألا يكون محكوما بثبوته شرعا، كأن ولدت ولدا فانقلب على رضيع فمات الرضيع، وقضى بديته على عاقلة الأب، ثم نفى الأب نسبه، يلاعن القاضي بينهما ولا يقطع نسب الولد، لأن القضاء بالدية على عاقلة الأب قضاء بكون الولد منه ولا ينقطع النسب بعده[2].

أمّا ما يتعلق بالقانون المصري فإن نصوصه لم تعرض لأحكام اللعان، إلا أن المذكرة الإيضاحية نصت على أن فرق اللعان باق على حكمه في مذهب أبي حنيفة، فيكون المعمول به في ظل هذا القانون ما قررناه من الراجح في المذهب.

أمّا القانون الجزائري فأشار إلى اللعان في المادة ٤١ ق.أ، بقوله:"ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا ولم ينفه بالطرق المشروعة".ثم ذكره صراحة في المادة ١٣٨ كسبب مانع من التوارث.

المطلب الثاني

الطرق العلمية وأثرها في نفي النسب

لنا أن نتساءل هنا عن منزلة البصمة الوراثية من اللعان كوسيلة لنفي النسب، وهل يتعارض إجراء اللعان ؟ وما يترتب عليه من التفريق وإلحاق الولد بأمه مع البصمة الوراثية ؟ وهل إذا حصل تعارض فأيهما يستغنى به عن الآخر ؟ وهل يمكن أن يتعدد نفي النسب الثابت إلى طريقين بدل أن يكون طريقا واحدا فقط ؟ فيمكن للقاضي إجراء اللعان دون أن يعوقه ذلك في الاستجابة لإجراء البصمة الوراثية ؟ وأخيراً هل يجوز استخدام البصمة الوراثية في التحقق من نسب ثابت ؟

للبحث عن إجابة لهذه التساؤلات ارتأيت تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو الآتي:

---

(١) مغني المحتاج – ج٣ ص ٣٨٠، المغني – ج٧ ص ٤١٩.

(٢) حاشية ابن عابدين – ج٢ ص ٥٩٠. شرح فتح القدير – ج٤ ص ٢٨٥.

الفرع الأول: حكم الإعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ومنزلتها من اللعان

اختلف الباحثون في حكم الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ومنزلتها من اللعان إلى ثلاثة أقوال:

القول الأول: يرى أصحابه جواز الإكتفاء بمعرفة البصمة الوراثية والعمل بمقتضاها عن اللعان، ويقتصر دور اللعان بالنسبة للزوجة في درء حد الزنا عن نفسها، لاحتمال أن يكون حملها بسبب وطء بشبهة، وإن كان ضد الزوج وتبين بالبصمة الوراثية أن الولد منه، وجب عليه حد القذف إلا على قول من يرى أن حد القذف حق للمرأة ولها أن تسقطه، أو أن يكون اللعان من أجل تهمتها بالزنى، وليس من أجل نفي الولد، فيكون اللعان هو الإستثناء وليس الأصل(١).

القول الثاني: لا يجوز للبصمة الوراثية أن تساوي اللعان فضلاً أن تتقدم عليه بأي حال من الأحوال. وهو موقف المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي وعدد من الباحثين(٢). إلا أنه يمكن ألا يستغنى عن البصمة الوراثية نهائيا، فيستعان بها في تقليل حالات اللعان، إذا أثبت التحليل بنوة المولود من الزوج، وهي قرينة قد تحمل الزوج على العدول عن اللعان، هذا إذا رضي الزوج بإجراء التحليل، لكن لو أصرّ على اللعان فذلك حقه(٣).

القول الثالث: وهو وسط بين القولين السابقين، حيث يرى إمكان العمل باللعان والبصمة الوراثية معاً, فيجري القاضي الملاعنة كإجراء للتفريق بين الزوجين، ويستجيب أيضاً لطلب تحليل البصمة الوراثية لمعرفة ما إذا كان الزوج الملاعن هو الأب الحقيقي أم لا، ويرتب هذا الحكم بناء على أن التعارض بينهما ظاهري أكثر منه حقيقي(٤).

---

(١) محمد مختار السلامي- المرجع السابق – ج١ ص ٤٠٥. د. سعد الدين مسعد هلالي – المرجع السابق- ص ٣٥١، ٣٥٢. د. إبراهيم صادق الجندي والمقدم حسين حسن الحصيني – المرجع السابق – ص ١٢٧.

(٢) المجمع الفقهي الإسلامي الدورة السادسة عشرة – القرار السابع – ثالثا: "لا يجوز شرعا الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها على اللعان". د. عبد الهادي الشبيلي – المرجع السابق – ص ٢٧، ٣١. د. عمر السبيل – المرجع السابق – ص ٢٥، د. وهبة الزحيلي – البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها – ص ١٥. د. محمد سليمان الأشقر – المرجع السابق – ص ٤٦٠.

(٣) د. ناصر عبد الله الميمان – المرجع السابق – ص ٢٢٩ وما بعدها. وذكر أنه: "ينبغي أن يوعظ الزوج وينبهه إلى أنه قد يدخل في وعيد من جحد ولده وهو ينظر إليه". د.عمر السبيل- المرجع السابق- ص٢٥.

(٤) د. محمد أبو زيد – المرجع السابق – ص ٢٨٧.

الأدلة والمناقشات

أدلة الفريق الأول:

١- **من الكتاب:** قوله تعالى:﴿ والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم﴾(١).

وجه الدلالة: أن الزوج يلجأ للعان لنفي النسب عند فقد من يشهد له، ومع التقدم العلمي لم يبق الزوج وحيدا لا سند له، بل أصبح معه شاهد يتمثل في البصمة الوراثية(٢).

نوقش هذا الإستدلال من وجهين:

الوجه الأول: أن لفظ الشهادة في الآية ما يوهن ذلك القول، إذ لا يمكن اعتبار البصمة الوراثية من الشهداء بحال من الأحوال، نعم لو كانت الآية قد وردت فيها كلمة "بينة" مكان "شهداء"، لكان لهذا الرأي نوع من التوجيه، أما ولم ترد فلا وجه له إذا(٣).

الوجه الثاني: أن البصمة الوراثية لا يجوز أن تعتبر في قوة الشهادة في إثبات الزنى، لأن الشهادة لا بد أن تكون صريحة وتامة في مشاهدة الواقعة ذاتها، بدليل أنه لو تخلى واحد من الأربعة حد الثلاثة وبطلت الشهادة(٤).

٢- **من القياس:** وذلك بقياس البصمة الوراثية على الإثبات بالشبه بعد اللعان، كما في حديث هلال بن أمية، وقوله صلى الله عليه وسلم: "لولا الأيمان لكان لي ولها شأن"، فأفاد الحديث أنه حتى لو تمت الملاعنة بين الزوجين وولد الطفل شبيهاً بالزوج صاحب الفراش، فإنه ينسب له ولا ينفى عنه، وتقاس فحوصات البصمة الوراثية على ذلك من باب أولى، لأنها أقوى من مجرد التشابه في الشكل الذي أخذ به رسول الله صلى الله عليه وسلم في إثبات النسب(٥).

واعترض على هذا القياس بأن الحديث الذي استدل به إنما يفيد أن النسب باق على حكمه بالنفي بعد الملاعنة، حتى ولو جاء الولد شبيهاً بالزوج صاحب الفراش، فإذا انتفى حكم الفراش بما هو أقوى منه وهو اللعان، فانتفاء حكم الشبه به من باب أولى(٦).

---

(١) سورة النور- آية ٦.

(٢) محمد المختار السلامي – المرجع السابق- ج١ – ص ٤٠٥.

(٣) د. ناصر عبد الله الميمان – المرجع السابق- ص ٢٢١.

(٤) عبد الله المنيع- مناقشات ندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم البشري والعلاج الجيني- ج١ ص ٥١١.

(٥) هذا ما أفتت به دار الإفتاء المصرية في القضية رقم ٦٣٥ لسنة ١٩٩٥ – بمحكمة شمال القاهرة.

(٦) أنظر في شرح الحديث وبيان تقدم دليل الفراش على دليل الشبه: إعلام الموقعين- ج٣ ص ١١٤.

٣- **ومن المعقول:** إذا كان الشرع قد اشترط لإجراء اللعان انعدام الدليل مع الزوج، فلم يبق لإجرائه وجه إذا ثبت يقينا بالبصمة الوراثية أن الولد ليس من الزوج، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فقد يكون باعث الزوج في الملاعنة هو الكيد للزوجة(١).

اعترض على هذا الاستدلال بعدة اعتراضات، أهمها:

- أن اللعان حكم شرعي ثابت بالكتاب والسنة والإجماع، وله صفة تعبدية في إقامته فلا يجوز إلغاؤه، أو إحلال غيره محله - مهما بلغ من الدقة والصحة - إلا بنص شرعي يدل على نسخة، وهو أمر مستحيل.

- أن الأدلة العلمية لا تتجاوز وظيفتها في إثبات أو نفي البنوة، بخلاف اللعان الذي تترتب عليه آثار شرعية غير انتفاء الولد، كدرء الحد والتفريق بين الزوجين(٢).

أدلة الفريق الثاني: استدلوا من الكتاب والسنة والقياس والمعقول.

١- **الكتاب:** قوله تعالى: ﴿ وما كان لمؤمن ولا مؤمنة إذا قضى الله ورسوله أمراً أن يكون لهم الخيرة من أمرهم ﴾(٣).

وجه الدلالة: أنه لا يحل لمن يؤمن بالله إذا قضى الله أمرا بالجواز أو المنع، أن يختار من أمر نفسه ما شاء، بل يجب عليه أن يذعن للقضاء، والقول بالاكتفاء بالبصمة الوراثية عن اللعان هو إلغاء لحكم شرعي بناء على نظريات علمية مظنونة، وهذه الجرأة لإبطال نص شرعي لا ينبغي أن تصدر ممن اتصف بالإيمان(٤).

٢- **من السنة:** قوله صلى الله عليه وسلم:"الولد للفراش وللعاهر الحجر".

وجه الدلالة: أن النسب يلحق الزوج ولا ينتفي عنه إلا باللعان، كما لا يعتبر الشبه مع الفراش(٥).

٣- **القياس:** فالبصمة الوراثية مقيسة على القافة، فتأخذ حكمها، وكما تقدم فإن القافة تعتمد على الشبه، وقد أهدر النبي صلى الله عليه وسلم الشبه مقابل اللعان(٦)، و"التفريق بين

---

(١) د. سعد الدين مسعد هلالي - المرجع السابق- ص٣٥٢. د. نصر فريد واصل - المرجع السابق- ص٣٠.

(٢) د. عمر السبيل - المرجع السابق- ص ٢٤. د. ناصر عبد الله الميمان- المرجع السابق- ص ٢٢٠.

(٣) سورة الأحزاب - آية ٣٦.

(٤) تفسير السعدي- ص٧١١. د. عمر السبيل - المرجع السابق- نفس الموضع.

(٥) د. عمر السبيل - المرجع السابق- ص ٢٣، ٢٤.

(٦) د. ناصر عبد الله الميمان - المرجع السابق- نفس الموضع.

الأنواع المشتركة من هذا الجنس تفريق بين متماثلين وخروج عن موجب القياس الصحيح، كما هو خروج عن موجب النصوص"(١).

٤- **المعقول:** إن منهج الشارع في نفي النسب هو التضييق منه ما أمكن، فجعل له طريقاً واحداً هو اللعان، وشدد في شروطه حتى لا يتجرأ كل من سولت له نفسه قذف زوجته ونفي الولد، فلا يلجأ إليه إلا المضطر، ولو اعتمد على البصمة الوراثية في النفي دون اللعان لأدى ذلك إلى مفاسد عظيمة وشرور خطيرة(٢).

أدلة الفريق الثالث: يرى في جمعه بين القولين السابقين، وإلحاقه للعان بالبصمة الوراثية، بأن انتفاء النسب ليس من لزوم اللعان، ويدلل على صحة ذلك بالقياس، وذلك من وجهين(٣):

أحدهما: أنه لا يصح نفي النسب بالملاعنة بعد الإقرار به، فإذا أنكر الزوج نسب ولده بعد الإقرار به، كان للزوجة الحق في طلب اللعان دفعا للعار عنها دون أن يؤثر في بقاء النسب ثابتاً، حيث يتعطل أثره في نفي النسب، وتبعا لذلك يرى إمكانية إجراء الملاعنة للتفريق بين الزوجين، وإجراء البصمة الوراثية للتأكد من انتفاء النسب أو ثبوته من الزوج الملاعن.

وثانيهما: فهو أن تكذيب الزوج لنفسه بعد إجراء اللعان يزيل نفي النسب كأثر للملاعنة، ويثبت به النسب سواء اعتبرت الفرقة فسخاً موجبا لحرمة مؤبدة، أو طلاقا.

وفي ضوء ذلك يمكن للقاضي أن يجري الملاعنة، ولكن أثره في نفي النسب، ويأمر بخضوع الأطراف لفحص البصمة الوراثية، كما أن لتكذيب الزوج نفسه أثرا في ثبوت النسب بعد أن كان منتفيا، فإن إثبات كذبه عن طريق البصمة الوراثية يدل على أنه الأب الحقيقي، فيثبت النسب ويبقى اللعان قائما كسبب للفرقة. ويسري هذا الحكم حتى ولو قضى القاضي بترتيب اللعان لأثره في نفي النسب.

ويجاب على هذا الإتدلال بأنه في غير محله، وقياس تكذيب الزوج لنفسه في ثبوت النسب بعد نفيه بإثبات كذبه عن طريق البصمة الوراثية هو قياس فاسد، لأن انتفاء أثر اللعان في نفي النسب، بعد إكذاب الزوج لنفسه، أو تعطيل أثر اللعان في نفي النسب بعد رجوع الزوج عن إقراره به، إنما مرد ذلك إلى الإقرار، وهو دليل شرعي ثابت، فكان حكما شرعيا محكما وقطعيا

---

(١) ما بين المعقوفين لابن تيمية – مجموع الفتاوى – ج١٩ ص ٢٢٨.

(٢) د. ناصر عبد الله الميمان – المرجع السابق– ص ٢٢١.

(٣) د. محمد أبو زيد – المرجع السابق – ص ٢٨٨ وما بعدها.

في الدلالة، بخلاف البصمة الوراثية التي تقوم على أساس تحاليل علمية، وهي قرينة، والخلاف قائم – ما ذكرنا – ي أنها تفيد الظن أو اليقين، وهي في الأخير مسألة اجتهادية ليس فيها دليل قطعي، كما أن المرء مؤاخذ بإقراره.

ومن ثم فقياس البصمة الوراثية على اللعان هو قياس مع الفارق، لعدم وجود ترابط علة ين المقيس والمقيس عنه، بل كيف يسوغ عقلاً أن يفرق بين الرجل وزوجته، ويلزم بمولود – بموجب دليل علمي – قد نفاه شرعا وهل تكون الأحكام الشرعية القطعية بذلك عرضة لأن تتجزأ دون ما مسوغ نقلي أو عقلي

الترجيح: بعد عرض أقوال أهل العلم والباحثين في هذه المسألة، وما تيسر لنا جمعه من أدلة كل قول، وما ورد على بعضها من مناقشات، فيظهر لي أن الراجح منها هو القول الثاني بحصر النفي في طريق معين، فضلا أن يتقدم عليه طريق علمي آخر، الذي يقتصر استخدامه في إثبات النسب – وفقا لما ذكرناه من الشروط – لا في نفيه. وهذا الترجيح مبني على مرجحات، لعلّ أهمها:

١– أن مسألة نفي النسب حصرها الشارع في وسيلة واحدة، وهي اللعان فيمتنع من اللجوء إلى وسيلة غيرها، وقد منع الشرع الانتفاء من النسب بغير اللعان كما في اعتراض النبي صلى الله عليه وسلم على ذلك الرجل الذي جاء يلوح بالإنتفاء من ولده بدعوى اختلافه عنه في اللون(١). وحاصل ما ذكره العلماء أنهم أوردوا عدم المشابهة، ونفي النسب اعتماداً على العزل، في جملة أسباب اللعان، ولم يعتبروها أسبابا مستقلة في نفي الولد، فألحقوا الولد بأبيه في هذه المسائل ولا عبرة بمجرد نفيه، لأن مدار النفي جميعاً هو اللعان.

وأرى – والله أعلم – أنّهم لو عرفوا البصمة الوراثية في عهدهم لناقشوها ضمن أسباب اللعان، ولنفوا اللعان اعتمادا عليها.

٢– أن الله تعالى خاطب المؤمنين إذا تنازعوا في أمر من أمور دينهم أن يكون الرد

---

(١) شرح النووي على مسلم – ج٥ ص ٣٨٥ . يقول الحافظ ابن حجر في شرحه لهذا الحديث: "وفيه أن الزوج لا يجوز له الإنتفاء من ولده بمجرد الظن، وأن الولد يلحق به ولو خالف لونه لون أمه..وفيه الاحتياط للأنساب وإبقائها مع الإمكان والزجر عن تحقيق ظن السوء" فتح الباري – ج١٠ ص٦٣٧٧. وجاء في جواهر الإكليل شرح مختصر خليل– ج١ ص ٣٨٢: " ففهم الأئمة من هذا الحديث أن المشابهة لا يعتمد عليها في اللعان وأنها لا تصلح مظنة في ذلك ولا علة ". أنظر أيضا: حاشية الدسوقي–ج٢ ص٤٦١. شرح الخرشي– ج ٣ ص ٢٦٧. المغني– ج ٩ ص٤٢.

إلى كتابه العزيز وإلى سنة نبيه صلى الله عليه وسلم، في قوله: ﴿ فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا ﴾[1]. وكما حصل الخلاف في أمر البصمة الوراثية وحكم اعتمادها في نفي النسب دون اللعان، وكان للأمر المتنازع فيه حكما شرعيا في الكتاب والسنة، فلا سبيل إلى الاجتهاد، ومتى حصل ذلك الرد كان أحسن مآلا وعاقبة[2].

٣- ذكر ابن القيم في أحكام اللعان مسألة في شكل سؤال قد تعترض الباحث في مسائل اللعان وهي أن النبي صلى الله عليه وسلم قد حكم بعد اللعان ونفي الولد، بأنه إن جاء يشبه الزوج صاحب الفراش فهو له، وإن جاء يشبه الذي رميت به فهو له، فإذا لاعن امرأته وانتفى من ولدها ثم جاء الولد يشبهه هل تلحقونه به بالشبه عملاً بالقافة، أو تحكمون بانقطاع نسبه منه عملاً بموجب لعانه ؟

إذا جعلنا البصمة الوراثية بدل القافة باعتبار أنها مقيسة عليها وتأخذ حكمها، نصيغ السؤال الصياغة الآتية: إذا جاءت نتيجة البصمة الوراثية تؤكد ثبوت نسب الولد من الزوج الملاعن، هل تلحقونه به عملا بالبصمة الوراثية، أو تحكمون بانقطاع نسبه منه عملاً بموجب لعانه؟

فأجاب رحمه الله: "هذا مجال ضنك وموضع ضيق تجاذب أعنته اللعان المقتضي لانقطاع النسب وانتفاء الولد، وأنه يدعى لأمه ولا يدعى لأب، والشبه الدال على ثبوت نسبه من الزوج، وأنه ابنه مع شهادة النبي صلى الله عليه وسلم بأنها إن جاءت به على شبهه فالولد له، وأنه كذب عليها، فهذا مضيق لا يتخلص منه إلا المستبصر البصير بأدلة الشرع وأسراره والخبير بجمعه وفرقه". ثم ختم بعد هذه التوطئة "الذي يظهر في هذا والله المستعان وعليه التكلان، أن حكم اللعان قطع حكم الشبه وصار معه بمنزلة أقوى الدليلين مع أضعفهما، فلا عبرة للشبه بعد مضي حكم اللعان في تغيير أحكامه[3]، والنبي صلى الله عليه وسلم لم يخبر عن شأن الولد وشبهه ليغير بذلك حكم اللعان، وإنما أخبر عنه ليتبين الصادق منهما من الكاذب... ويدل

---

(١) سورة النساء آية ٥٩.

(٢) تفسير ابن كثير- ج١ ص ٥١٨. فتح القدير للشوكاني – ج ١ ص ٤٨١.

(٣) قد يفهم من كلام ابن القيم من العبارة الأخيرة أن للشبه اعتبار قبل مضي حكم اللعان، وهذا غلط، فالحكم فيهما سواء، وفي بقية كلامه ما يفيد ذلك.

عليه أنه صلى الله عليه وسلم قال ذلك بعد انتفائه من الولد"(١).

فهذا الكلام ينطبق تماما على مسألتنا موضوع البحث.

٤- يلزم من الباحثين الشرعيين التروي في النظر، فكثير من النظريات والإكتشافات الحديثة كان يقطع بصحتها علمياً، وأنها لا تنزل عن مرتبة اليقين، أصبحت بمرور الزمن غير صحيحة، أو على الأقل مجال شك ونظر، وهذا الأمر المعلوم يستوجب عدم الاندفاع بقبول كل جديد - أو ما يمكن تسميته بالآراء الانطباعية - ولو اقتضى ذلك إحلاله محل أدلة شرعية،

لذا ينبغي التوقف عند حدود الله وعدم التعرض للعان، و إلا كان ذلك بداية تعريض أحكام شرعية أخرى كالحدود والتفريق بين الزوجين.. وما يترتب على ذلك من المفاسد. وكأن لسان الحال يقول "إن الله لم يرع مصلحة الزوجة حينما قرر اللعان بهذه الطريقة، وهذا محض البهتان والإثم العظيم: ﴿ ولا تتخذوا آيات الله هزواً ﴾.

٥- قياس البصمة الوراثية باللعان هو قياس فاسد بعدم وجود العلة في البصمة الوراثية التي قيست على اللعان، لأن القياس الصحيح أن تكون العلة التي علق بها الحكم في الأصل موجودة في الفرع من غير معارض يمنع حكمها، وكيف نحل أمر ظني، بحكم شرعي قطعي الثبوت والدلالة.

٦- على فرض أن نفي النسب بطريق البصمة الوراثية يقوم على اليقين، بخلاف اللعان الذي يقوم على الظن، فإن المصلحة تقتضي منع استخدام البصمة الوراثية في نفي النسب، حفاظا لحدود الله أن يعتدى عليها، وصوناً للأعراض أن تنتهك، وفقا لقاعدة سد الذرائع، وهذا باب عظيم من تبين له جليا وضح له وجه الحق في هذه المسألة.

كما أن هناك أسئلة لا أدري هل خطرت في ذهن من قال بجواز الاكتفاء بالبصمة الوراثية لنفي النسب دون اللعان، أو بتعطيل أثر اللعان في نفي النسب، أو عدم إلغائه واعتباره لاحقا، وهي: هل تستطيع البصمة الوراثية أن توقع الفرقة بين الزوجين ؟ وهل الفرقة فسخ موجب لحرمة مؤبدة أم تعد طلاقا بائنا يمكن أن تعود المرأة إلى زوجها إذا أكذب نفسه ؟

وإذا ما جاءت نتيجة الفحص تؤكد انتفاء النسب، وعاد الزوج وكذب نفسه، فهل يثبت النسب بهذا التكذيب أم ترجح نتيجة الفحص بالنفي ؟ وهل يفرق بين الزوجين بدون لعان ؟ هذا ما وقف عنده أصحاب القول الأول، ولم يشيروا إليه لا بالتصريح ولا بالتلميح!!

---

(١) زاد المعاد - ج٤ ص ١٤٢.

وسؤالنا إلى الفريق الثالث ماذا لو حصلت الفرقة بين المتلاعنين وأكذب الزوج نفسه، وعاد واستلحق الولد بنسبه وكانت نتيجة الفحص تقضي بانتفاء النسب، فهل يعمل بنتيجة الفحص ويضرب بإجماع الفقهاء – بأن الملاعن إذا أكذب نفسه واستلحق الولد بعد نفيه فإنه يقبل منه ويلحق نسبه سواء كان استلحاقه بسبب أم بغير سبب – عرض الحائط ؟ أم يترتب على هذا الإكذاب ثبوت النسب منه ؟ وهذا عين التناقض والفساد !!.

وهل يسقط العذاب عن الزوجة الحد أو الحبس – على الخلاف المذكور – إذا كانت نتيجة الفحص تؤكد ثبوت النسب من الزوج الملاعن ؟ وهل يثبت بذلك كذب الزوج فيحد على القذف، مادام ليس له بينة، ولا يشرع له لعان ؟

وفي المقابل ماذا لو جاءت النتيجة تؤكد دعوى الزوج في انتفاء النسب ؟ هل تحد الزوجة ؟ ويثبت زناها ؟ ولو قلنا تعزر، فعلى ماذا تعزر ؟

فعلم بذلك صحة ما رجحناه، لدلالة الكتاب والسنة والقياس الجلي عليه، وكل قول سواه تناقض ومخالف للنصوص.

بعد أن بيّنا موقفنا من حكم اعتماد البصمة الوراثية في نفي النسب ومنزلتها من اللعان، وخلصنا إلى الاكتفاء باللعان في نفي النسب، وأن البصمة الوراثية لا موقع لها في هذا الباب. قد يطرح رأي وهو إمكانية العمل بهما معا، وتعضيد البصمة الوراثية للعان، فيستعان بها كقرينة من القرائن على التحقق من صحة دعوى الزوج أو عدمها، وحيث أنه لا يمكن العمل بالبصمة الوراثية واللعان معا، فإن الآلية في ذلك هو إبطال المحكمة إجراء البصمة الوراثية وتأخير اللعان إلى حين التحقق من نسب الولد، وهو ما يطرح إشكالية جواز هذا الإجراء القضائي ومدى مشروعيته ؟

بالتفحص جيدا في هذا العمل القضائي، نجد أنه تعتريه كثير من المخالفات الشرعية، لعل أهمها:

١- أنه يؤدي إلى تعطيل حكم شرعي قطعي، لمجرد دليل علمي لا يعدو أن يكون بقرينة، وأي مفسدة أعظم من هذا !!. والمقرر أن الحكم الشرعي لا يجوز إبطاله أو ترك العمل به إلا بدليل نصي، وهو غير ممكن.

٢- في ذلك مخالفة صريحة لنصوص اللعان، إذ كانت أقوال الرسول صلى الله عليه وسلم وفعله فور نزول الوحي، وهذا من رحمته بالأمة، فلا يؤخر البيان عن وقت الحاجة إليه، ولم يؤخره صلى الله عليه وسلم إلا في انتظار الوحي وهو البيان، فلا يسوغ التأويل أو الإدعاء

بالرأي، وذلك والعياذ بالله اتباع للهوى.

٣- من حق الزوج نفي النسب الباطل عن نفسه، ودرء حد القذف عنه، والزوجة لترد اتهام الزوج لها فتحفظ شرفها، وتدفع العار عن نفسها، فيتحقق بذلك الستر والمعافاة، ولو أمرنا بإجراء البصمة الوراثية وتأخير اللعان، لكان في ذلك تعطيل لحدود الله وتنتفي معه مقاصد الشرع في درء الحد والتفريق بين الزوجين، فلو جاءت نتيجة التحليل تؤكد ثبوت النسب وكان الزوج قد قذف زوجته بالزنا أو نفى ولده عنها، فهل يتعطل حد القذف عن الزوج بنتيجة البصمة الوراثية ؟

٤- وقد تأتي نتيجة الفحص سلبية خلاف ما كان يرجى منها، فيفتح بذلك القاضي على نفسه أبواباً من المشاكل بعد أن كان في سعة من أمره، حيث تتقوى حجة الزوج، ويثبت لدى القاضي بيقين صدق الزوج، بعد أن كان الأمر متروكا لظاهر الحال، والله يتولى السرائر. وسيكون نتيجة ذلك فضح امرأة كانت مستورة باللعان، وما يجره إشهار هذا التقرير بين الناس على الأبناء والأسرة من المفاسد التي لا تحصى، هذا إذا علمنا قلة حالات اللعان نظرا لهيبته والآثار المترتبة عليه، وكثيرا ما تنتهي حالات نفي الولد أو اتهام الزوجة بالزنا بالطلاق دون الملاعنة.

٥- المقرر فقها أنه يجوز للزوج أن يكذب نفسه بعد الملاعنة، فيترتب على هذا التكذيب ثبوت النسب منه ويحد عن قذفه، أما الإقدام على التحليل البيولوجي وتأخير اللعان على فرض أن نتيجة التحليل جاءت تؤكد انتفاء النسب، وتمت الملاعنة بعدها، فهل يتصور من رجل عاقل تقرر له يقيناً أن الولد ليس منه وأن زوجته باغية، بعد أن كان ذلك قبل التحليل مبنيا - ربّما - على الظن، أو تسرع في طلب اللعان، وبعد علم الناس حقيقة العلم بذلك، فهل يتصور بعد ذلك أن يرجع ويكذب نفسه ؟

بل هل يجوز أن يقدم إقرارا بكذب اتهامه على البصمة الوراثية، مؤاخذة له بإقراره، وحفظا للنسب من الضياع ؟ فالبصمة الوراثية قد كشفت عيبا في الإقرار وحالت دون تصور المعنى الشرعي له، بعد أن تقرر حساً وشرعا انتفاء الولد عن الزوج(١).

ومما تقدم نخلص إلى القول بأن إجراء التحليل البيولوجي وتأخير اللعان لانتظار ما

---

(١) فتكون البصمة الوراثية قد أثرت في الإقرار بالنسب وأثرت في شرط من شروطه، وهو ألاّ يخالف الإقرار الحس أو العقل، لكن هذا لا يجعلها تتقدم على الإقرار وهي دونه في الحجية، فمتى صحّ الإقرار لا مكان للبصمة الوراثية، ولا يحق للمقر ولا لغيره أن يثير أي دفع لإبطال مفعول هذا الإقرار.

تكشف عنه نتيجة التحليل هو قول لا محل له في الشرع، إذ لا دليل ينصره و ولا قاعدة تضبطه وتقرره، ولا مصلحة تدعو إليه، بل هو سبيل لمفاسد لا تحصى، فضلا عن معارضته لنصوص شرعية كما بيّنا.

لذا فعلى القضاء منع هذا الإجراء وعدم السماح لأطراف الدعوى من الخوض فيه، سواء قبل اللعان أو بعده.

الفرع الثاني:حكم استخدام البصمة الوراثية للتحقق من صحة النسب الثابت أو تسجيله به جبريا

قد يظهر البعض بعدما ظهر من ثبوت صحة نتائج البصمة الوراثية أن يتجه إلى التأكد والتثبت من نسبه أو نسب غيره، لذا كان السؤال عن حكم هذا الإجراء من حيث الجواز أو المنع؟

وقد ذهب بعض الباحثين في الفقه إلى جواز إجراء البصمة الوراثية لتسجيلها على شهادة ميلاد المولود، أو لمعرفة هوية معدوم النسب كاللّقطاء، ودعا إلى ضرورة استصدار قرار إداري بمنع استخراج شهادة بقيد ميلاد طفل إلا بعد إجراء البصمة الوراثية، على أن تكون بصمة الطفل مطابقة لبصمة الأبوين اللذين تثبت علاقتهما الشرعية في وثيقة الزواج.

وهذا الأمر يستلزم أن تسجل البصمة الوراثية لكل من الزوجين بمجرد العقد، وقبل الدخول، وتقرن بقسيمة الزواج، حتى إذا رزقا بولد تم تسجيل اسمه مع بصمته الوراثية التي يجب أن تتطابق مع بصمة والديه(١). لذا كان البحث في مدى وجاهة هذا الرأي والأسباب الداعية له، أمرا ذي أهمية.

أولا: حكم إجراء البصمة الوراثية للتحقق من النسب الثابت:

إن تحقق صاحب النسب المعروف من نسبه عن طريق البصمة الوراثية لا يخلو من مفاسد كثيرة وشرور عظيمة، لعل أهمها:

١- التشكيك في الأنساب وصحتها، وفتح لباب الوساوس والظنون والنزاعات، التي جاءت الشريعة لصدها، بل وسد أبواب الذرائع إليها، كما أن فيه إفساد للعلاقات الزوجية وتقويض لبنيان الأسر المسلمة.

٢- أما القول بأن منع ذلك يتعارض مع حقيقة شرعية، وهي التشوف لإثبات الحقيقة،

---

(١) د. سعد الدين مسعد هلالي - المرجع السابق - ص ٢٠٩.

ووضع الحقائق في مكانها المناسب استدلالا بالآيات التي تأمر بالتبين والتثبت للحقائق قبل بناء الأحكام عليها، فلا يصح الاستناد إليها، لأن التثبت إنما يحتاج إليه في الأمور المشكلة غير الواضحة[1]، فلا يقدم على الأمر حتى يتبصر في عواقبه، أما الأمور الواضحة البينة كالأسباب الثابتة بالأدلة الشرعية فلا تحتاج إلى تثبت وتبين، لأنها تحصيل حاصل، بل التثبت في هذه الأمور الجلية المستقرة فتح لشرور عظيمة.

٣- فيه من التعرض بالآباء والأمهات، وما يترتب على ذلك من قطيعة الرحم وعقوق الوالدين.

٤- أن الشريعة الإسلامية نهت عن البحث عن أمور لا حاجة للإنسان فيها، فحذرنا الله تعالى من سياسة نبش القبور في قوله: ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تسألوا عن أشياء إن تبد لكم تسؤكم ﴾[2]، فلا فائدة في السؤال والتنقيب عن النسب الثابت المستقر سوى التشهي والتأكد الزائد، ولو ظهرت لنا أمور سترها الله علينا برحمته وحكمته، لربما ساءتنا وشقّ علينا سماعها، كيف والنصوص الكثيرة تحث على السِّتر.

٥- أن ذلك من خلال الجاهلية التي حذرنا النبي صلى الله عليه وسلم منها في قوله صلى الله عليه وسلم: "أربع في أمتي من أمر الجاهلية لا يتركوهن الفخر في الأحساب والطعن

---

(١) تفسير القرطبي- ج٥ ص٣٤١. تفسير السعدي- ص ١٧٩.

(٢) سورة المائدة - آية ١٠١. وذكر أهل العلم سبب نزول هذه الآية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن أشياء كرهها، فلما أكثر عليه غضب، ثم قال للناس سلوني عما شئتم، قال رجل وهو عبد الله بن حذافة القرشي السهمي: من أبي، قال أبوك حذافة، فقام آخر من أبي يا رسول الله، فقال: أبوك سالم مولى شيبة، فلما رأى عمر ما في وجهه قال يا رسول الله إنا نتوب إلى الله عز وجل. وقيل في سبب سؤال عبد الله بن حذافة أن الناس كانوا يطعنون في نسبه على عادة الجاهلية من الطعن في الأنساب، فإذا خاصم أحد الآخر أو سابه طعن في نسبه، ووجه الدلالة أن مجرد غضبه صلى الله عليه وسلم عن الشيء دال على تحريمه أو كراهته.

وروى مسلم في صحيحه أن أم عبد الله بن حذافة قالت لعبد الله بن حذافة ما سمعت بابن قط أعقّ منك أأمنت أن تكون أمك قد قارفت بعض ما ما تقارف نساء أهل الجاهلية فتفضحها على أعين الناس، قال عبد الله بن حذافة: والله لو ألحقني بعبد أسود للحقته". وفي الحديث كما ذكر ابن حجر: "إيثار الستر على المسلمين، وكراهية التشديد عليهم، وكراهة التنقيب عما لم يقع". صحيح البخاري مع الفتح- كتاب الفتن- باب التعوذ من الفتن- ج١٤ ص٨٧٨٠ رقم (٧٠٨٩). صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب الفضائل- باب توقيره صلى الله عليه وسلم وترك إكثار سؤاله- ج٨ ص ١٢١، ١٢٢ رقم (٢٣٥٩).

في الأنساب والإستسقاء بالنجوم والنياحة"(١). أوَ ليس في البصمة الوراثية تشكيك في ذمم الناس وهتك لأعراضهم، فتكون في هذه الحالة خلة من خلال الجاهلية أو ذريعة إليها؟

٦- نهى الشارع عن اتباع الفتن وإشاعة الفواحش بين المسلمين، فحذرنا الله تعالى من ذلك في قوله: ﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم في الدنيا والآخرة﴾(٢)، فإذا كان الشارع قد نهى عن محبة إشاعة الفاحشة بين المسلمين واستحلاء ذلك بالقلب، فكيف بما هو أعظم من ذلك، بإظهارها ونقلها؟ وسواء كانت الفاحشة قد ظهرت أو لم تظهر. ولا شك إن القول بإجراء البصمة الوراثية للأنساب القائمة عموما أو أفرادا هو من هذا الباب، ومن غواية الشيطان الذي يأمر بما تستفحشه العقول والشرائع من الذنوب العظيمة، مع ميل بعض النفوس إليه(٣).

٧- إذا كان لا يجوز نفي النسب بعد ثبوته بغير لعان، فإنه لا يجوز أيضا استخدام البصمة الوراثية أو أي وسيلة أخرى قد تدل على انتفاء النسب ونفيه عن صاحبه، لأن المقرر في القواعد أن للوسائل حكم الغايات، فما كان وسيلة لغاية محرمة فإن للوسيلة حكم الغاية(٤).

ثانيا: إجراء البصمة الوراثية جبريا لتسجيل النسب:

ذهب بعض الباحثين(٥) إلى اقتراح إجراء البصمة الوراثية لكل زوج وتسجيلها في عقد الزواج، وعلى شهادة شهادة ميلاد المولود، إلى غير ذلك من وسائل الإشهار الرسمي، ويخلص إلى أن مثل ذلك نتائج عظيمة في التضييق على المنحرفين والمزورين كالحمل في غياب الزوج، أو في حال مرضه الجنسي، والنساء اللاتي عرفن بالانحراف، وحالات سرقات المواليد الجدد، كما أن في العمل بهذا الإجراء للأطفال اللقطاء ومجهولي النسب للبحث عن والديهم أو معرفة أمهاتهم على الأقل، ما يمكن معه تحقيق انتسابهم إليهن شرعا، وبذلك تنعدم أو تقل ظاهرة انتشار دور الأيتام من اللقطاء.

---

(١) صحيح مسلم بشرح النووي- كتاب الجنائز- باب التشديد في النياحة- ج٣ ص٥٠٧ رقم (٩٣٤).

(٢) سورة النور- آية ١٩.

(٣) تفسير السعدي- ص ٥٩٨.

(٤) د. عمر السبيل- البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها- ص ٤٠. كما قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة عشرة بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها - رابعا: لا يجوز استخدام البصمة الوراثية بقصد التأكد من صحة الأنساب الثابتة شرعا، ويجب على الجهات المختصة منعه وفرض العقوبات الزاجرة، لأن في ذلك المنع حماية لأعراض الناس وصوناً لأنسابهم.

(٥) د. سعد الدين مسعد هلالي - المرجع السابق - ص ٢١٠

بالتفحص جيدا في هذا الاقتراح نجده يتنافى وروح الشريعة الإسلامية التي جعلت أمور الناس مبنية على السهولة واليسر، والعمل بالظاهر، وإحسان الظن، وترك الشكوك والظنون السيّئة(١).

كما أن مثل هذا المسلك هو دعوة للإسراف وصرف المال من غير دليل شرعي يبرره، أو مسوغ واقعي يقتضيه، وهو عين التكلف الذي نهيت عنه الأمة، فضلاً عما في ذلك من إضاعة لجهد ووقت أولى أن تسخر في مجالات أهم دعت إليها المصلحة الراجحة.

و أياً كان فهو مجرد رأي خاص لصاحبه - وفقه الله للخير - وإنّما أوردناه للمناقشة خشية أن يستحسن في بعض الندوات، فيجد له سبيلاً إلى التقنين ولو بأوامر تنظيمية، ولكم صدرت نصوص أو إجراءات تنظيمية تتنافى مع أحكام الشرع، أو لم تجد لها حتى المناخ العملي والتطبيقي لتقبلها. وإنّي بذلك أناشد الجهات المسئولة في البلاد الإسلامية منع ذلك والحيلولة دون حصوله، وإيقاع العقوبات الزاجرة على المخالفين حفظا للأنساب وصيانة لأعراض الناس، ودرءا للمفاسد التي تقدم ذكر طرف منها.

---

(١) د. ناصر عبد الله الميمان - المرجع السابق- ص ٢٢٥.

الفصل الثاني

الإثبات في دعاوى الخلوة والوطء ونفقة الزوجية

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الإثبات في دعوى الخلوة والوطء.

المبحث الثاني: الإثبات في دعوى نفقة الزوجية.

المبحث الأول

الإثبات في دعوى الخلوة والوطء

وفيه مطلبان:

المطلب الأول: الخلوة الشرعية واختلاف الزوجين فيها.

المطلب الثاني: اختلاف الزوجين في الوطء.

المطلب الأول

معنى الخلوة واختلاف الزوجين فيها

أولا: معنى الخلوة:

١- في اللغة: من خلا الشيء والمكان يخلو خلوا وخلاء، أي فرغ، والخلاء من الأرض قرار خال، وخلا المنزل من أهله فهو خال، إذا لم يكن فيه أحد، وخلوت به خلوة وخلا إليه اجتمع معه في خلوة، قال الله تعالى: (وإذا خلوا إلى شياطينهم)[١] ويقال "إلى" بمعنى "مع"، كما في قوله تعالى: (من أنصاري إلى الله)[٢]، وخلا بزيد خلوة انفرد به، وكذلك خلا بزوجته، ولا تسمى خلوة إلا بالاستمتاع بالمفاخذة، والخلوة الاسم، وامرأة خالية: لا زوج لها[٣].

٢- وفي الإصطلاح: لا يخرج استعمال الفقهاء لهذا المصطلح عن معناه اللغوي، ومعناها انفراد الزوج بزوجته بعد العقد، وقبل البناء بها، في مكان يأمنان فيه اطلاع الغير عليهما، ولم يكن في الخلوة مانع حقيقي ولا شرعي ولا طبعي، مع اختلاف الفقهاء في تحديد الخلوة التي يترتب

---

(١) سورة البقرة- آية ١٤ .

(٢) سورة آل عمران- آية٥٢ .

(٣) لسان العرب- فصل الخاء- حرف الواو والياء- ج١٨ ص ٢٦٠. القاموس المحيط- مادة خلا- ج٣ ص٣٢٦، ٣٢٧. مختار الصحاح- ص ٢٠٧. المصباح المنير-الخاء مع اللام وما يثلثها- ج١ ص ١٩٤.

عليها أثر في أمور الزوجية[1].

ثانيا: اختلاف الزوجين في الخلوة:

إذا اختلف الزوجان في حصول الخلوة مع عدمها، كأن تدعي الزوجة أن الزوج قد اختلى بها خلوة شرعية صحيحة وطلقها بعد ذلك، وأنكر الزوج حصول الخلوة فالقول قوله بيمينه والبينة عليها، عملا بما تقضي به القواعد العامة في الإثبات، فإذا عجزت عن إثباتها كان لها أن تطلب توجيه اليمين للزوج، فإن حلفها قضى بعدم الخلوة.

وإذا نكل المدعي عليه هل يحكم بنكوله، أم ترد اليمين على المدعي، أم يحبس حتى يقر أو ينكر، أقوال ثلاثة في الفقه الإسلامي[2].

أما نصاب الشهادة في الخلوة فعند الحنفية رجل وامرأتان[3]، وعند الحنابلة[4] في الصحيح تثبت برجلين، لأنه يجب بها العدة وهي من حق الله تعالى، كما يثبت بها النسب، وتنتشر بها الحرمة على خلاف بين أهل العلم، أما المالكية[5] فتثبت بشهادة امرأتين، وعللوا ذلك بمشقة إثباتها.

ويكفي في الشهادة أن يشهد الشاهدان باختلاء الزوجين في مكان يأمنان فيه من اطلاع الغير عليهما، أو دخوله عليهما بلا إذن، ولا يلزم شهادتهما على خلو الزوجين من الموانع التي تحول دون الوطء - على خلاف بين المذاهب في اعتبار بعضها - لأن الأصل خلوهما منها، فإذا ادعى

---

(١) المانع الحقيقي هو أن يكون أحد الزوجين مريضا بمرض يمنع الجماع، أو صغيرا لا يجامع مثله، أو صغيرة لا يجامع مثلها، أو كانت رتقاء، أو قرناء.. والمانع الشرعي: فهو صوم أحدهما أو إحرامه أو كون المرأة حائضا أو نفساء.. والمانع الطبعي: فهو أن يكون معهما شخص ثالث، سواء أكان الثالث بصيرا أو أعمى، يقظانا أم نائما.

وقد اختلف الفقهاء في اعتبار هذه الموانع أو بعضها لصحة الخلوة بين موسع فيها ومضيق، حيث اعتبر الحنفية انتفاء هذه الموانع لصحة الخلوة وترتب آثارها، أما المالكية فتصح الخلوة عندهم من البالغ المريض (غير المجبوب) إذا كان مطيقا للجماع والمريضة، ولا يمنع من الخلوة وجود مانع شرعي، أما الحنابلة فتصح الخلوة عندهم ولو بوجود مانع حسي بأحد الزوجين، كجب ورتق، أو مانع شرعي، أما الشافعية فلا اعتبار للخلوة عندهم أصلا، ولا تؤثر في أمور الزوجية على قولهم الجديد،

المبسوط- ج٥ ص١٤١، ١٤٢. تبيين الحقائق- ج٢ ص١٤٢. شرح الخرشي- ج٣ ص ٩٦. حاشية الدسوقي- ج٢ ص٣٠٠. الفواكه الدواني-ج٢ ص٦٤. المدونة-ج٢ ص ٣٢١. روضة الطالبين- ج٥ ص٥٨٧. الحاوي- ج١٠ ص٣٢٢. المغني-ج٨ ص٦٤.الإنصاف-ج ٨ ص٢٨٣.

(٢) أنظر تفصيل هذه الأقوال وأدلتها ومناقشتها ص ١٣٢ من هذه الرسالة. وعند المالكية إن نكل غرم جميع الصداق لأن الخلوة بمنزلة شاهد ونكوله بمنزلة شاهد آخر. حاشية الصاوي- ج٢ ص٤٣٩.

(٣)تحفة الفقهاء- ج٣ ص٦٢٤. المبسوط- ج١٦ ص١٣٥. بدائع الصنائع- ج٩ ص٤٠٥٨. الهداية- ج٣ ص١١٣.

(٤) المغني- ج١٢ ص ٧. الإقناع - ج٤ ص٤٤٥. الكافي - ج٤ ص ٥٣٩.

(٥) الفواكه الدواني- ج٢ ص ٦٤. الشرح الصغير على أقرب المسالك- ج٢ ص٤٣٩.

الزوج غير ذلك فعليه إثباته، والقول في ذلك للزوجة بيمينها.

و أياً كان فإنه يتعذر على مدعي المانع إثبات وجوده، سيما وأنه لا يمكن الاطمئنان للشهود لعدم إحاطتهم بذلك بحال من الأحوال.

ولا ريب أن العرف القائم في محيط الزوجين له اعتباره ودوره الرئيس في تكوين قناعة القاضي واطمئنانه لشهادة الشهود، فإذا جرى العرف على خلوة الزوجين بعد العقد وقبل البناء، فعلى القاضي أن يراعي ذلك في الخصومة، وما قد تتأيد به دعوى الزوجة بحوادث إيجابية[1].

ومتى ثبتت الخلوة الشرعية استتبع ذلك ترتب الحقوق المقررة للمدخول بها فيما عدا التوارث بين الزوجين للطلاق البائن، على خلاف بين الفقهاء في ثبوت بعضها أو جميعها[2].

---

(١) وإذا أصرّت الزوجة على أن القول قولها، والبينة على الزوج لا عليها، اعتبرت عاجزة عن الإثبات، واعتبر قرارا منها بأنه لا بينة لها. ولا تثبت الخلوة بالقرائن، وتحليف الزوج على نفي الخلوة لا يكون إلا بطلبها. حكم محكمة الأزبكية الشرعية الصادرة في ١٩٢٩/٥/٤- مجلة المحاماة- السنة الثانية- العدد الرابع- ص ٣٨٣. حكم محكمة المنشية الصادر في ١٩٤٤/٣/٤- مجلة المحاماة- الأعداد ٨، ٩، ١٠- ص ٣٩٨- السنة ١٧. وقضت محكمة الإستئناف الشرعية الأردنية بأنه: " إذا عجزت الزوجة عن إثبات ادعائها الدخول توجه اليمين للزوج، فإذا لم يحضر بعد تبليغه يعتبر ناكلا وعندها توجه اليمين إليها، فإذا حلفت تفهم بأن عليها العدة من تاريخ الطلاق المسند إلى زمن مضى". قرار رقم ١٣٨٣٠. محمد حمزة العربي- مرجع سابق- ص ٢٦٣.

(٢) فأمّا أثرها في المهر فيتأكد بها جميعه عاجله وآجله عند جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والحنابلة استدلالاً بقوله تعالى: (وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض) النساء، آية٢١. نهى عن استرداد شيء من الصداق بعد الخلوة، فإن الإفضاء عبارة عن الخلوة، ولما روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما: "إذا أغلق بابا وأرخى سترا فقد وجب الصداق". سنن البيهقي- ج٧ ص٢٥٥. ومضت السنة بذلك من الخلفاء الراشدين رضي الله عنهم، وحكى الطحاوي إجماع الصحابة من الخلفاء وغيرهم في هذه المسألة، كما أنها أتت بتسليم المستحق عليها بالعقد فيتقرر حقها في البدل كما إذا وطئها الزوج.

وخالف في ذلك الشافعي في الجديد، وأنه لا تؤثر الخلوة في المهر، وحجته في ذلك قوله تعالى (وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم) البقرة، آية ٢٣٧. والمراد بالمسيس الجماع، ووافقه في ذلك ابن حزم الظاهري.

- وأمّا أثرها في العدة فمذهب الجمهور كسابقه هو وجوب العدة لقيام الخلوة الصحيحة في النكاح الصحيح مقام الدخول في وجوبها احتياطاً, إقامة للسبب مقام المسبب، فكل موضع صحت الخلوة فيه وتأكد المهر وجبت العدة، لأنها لما أوجبت كمال المهر فلأن توجب العدة أولى، لأن المهر خالص للعبد، والعدة حق الله تعالى.

وفي الجديد عند الشافعية لا تجب العدة، لأنها خلت عن الإصابة، فهي كالخلوة الفاسدة لقوله تعالى: (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها) الأحزاب، آية ٤٩.

- وأمّا أثرها في الرجعة: فذهب الحنفية إلى أن الخلوة ليست برجعة لعدم وجود ما يدل على الرجعة لا قولا ولا فعلا. وذهب المالكية إلى أن شرط صحة الإرتجاع علم الدخول وعدم إنكار الوطء، فإن أنكرته لم تصح الرجعة، وظاهره سواء اختلى بها في زيارة أو خلوة بناء - كما سيأتي تفصيله - وهو المشهور، وقيل أن ذلك في خلوة الزيارة فقط. أما الحنابلة فعندهم أن الخلوة كالإصابة في إثبات الرجعة. =

المطلب الثاني

اختلاف الزوجين في الوطء

إذا اختلف الزوجان في الوطء إما مع عدم الخلوة ومع وجودها، ففي المسألة أقوال ثلاثة في الفقه.

القول الأول: يعتبر قول منكر الوطء، وبهذا قال الحنفية[١]، والحنابلة في أصح الروايتين[٢]، والشافعي في الجديد من قوليه، سواء مع عدم الخلوة أو مع وجودها، إذ لا تأثير للخلوة عنده في الوطء[٣].

القول الثاني: قول مدعيه، ذهب إلى هذا الشافعي في القديم[٤]، وبعض الحنابلة[٥].

القول الثالث: التفرقة بين خلوة الإهتداء وخلوة الزيارة، وهو مذهب المالكية[٦].

الأدلة:

أدلة القول الأول: إذا اختلف الزوجان في الوطء، فقال الزوج قد أصبتك فلي الرجعة، أو قالت قد أصابني فلي المهر كاملاً، فالقول قول المنكر منهما، لأن الأصل معه، وهو عدم الوطء، فلا يزول إلا بيقين[٧].

= - أمّا في ثبوت النسب فالزوجة تكون فراشا بمجرد الخلوة فيلحقه الولد وإن لم يعترف بالوطء.

- وأمّا في انتشار الحرمة، حيث يحرم نكاح أخت المختلى بها، والجمع بينهما وبين محرم لها، وكذا الجمع بينهما وبين أربع سواها في عدتها، أما فرع المختلى بها، فيجوز التزوج بها بعد انتهاء العدة في الصحيح من أقوال أهل العلم.

أنظر في تفصيل هذه الأقوال وأدلتها والمناقشات الواردة عليها: بدائع الصنائع- ج٣ ص ١٤٥٨.الأشباه لابن نجيم- ص٣٤٩. شرح الخرشي- ج٣ ص ٩٨. حاشية الدسوقي- ج٢ ص ٢٩٢. الفواكه الدواني- ج٢ ص ٦٤. روضة الطالبين- ج٥ ص ٥٨٧. المغني- ج٨ ص٦١ وما بعدها. الإنصاف- ج ٨ ص ٢٨٤. كشاف القناع- ج ٥ ص ١٥١.

(١) المبسوط- ج٥ ص ١٤١. بدائع الصنائع- ج ٣ ص ١٤٦١. تبيين الحقائق- ج ٢ ص ١٤٢.

(٢) المغني- ج ٨ ص ١٦٤. شرح الإرادات- ج ٣ ص ٧٦.

(٣) روضة الطالبين- ج ٥ ص ٥٣٤. الحاوي- ج ١٠ ص ٣٢٢. الأشباه للسيوطي- ص ٦٥.

(٤) مراجع الشافعية السابقة.

(٥) كشاف القناع- ج ٥ ص١٥٢.

(٦) المدونة- ج ٥ ص٣٢٠. شرح الخرشي- ج٣ ص ٩٩. حاشية الدسوقي- ج٢ ص٣٠١. الشرح الصغير- ج٢ ص٤٣٩. الفواكه الدواني- ج٢ ص ٦٤.

(٧) الأصل نافي الوطء إلا في مسائل محصورة ، قبل فيها قول مدعيه منها:

أ- إذا ادعى العنين الإصابة، فالقول قوله بيمين، سواء كان قبل المدة أو بعدها.

ب- إذا طالبته في الإيلاء بالفيأة والطلاق، فقال: وطئتها، فالقول قوله استدامة للنكاح.

وقد اعترض على هذا القول لم قبلتم قول المولى والعنين في الوطء ولم تقبلوه هاهنا؟ =

فإن قلنا قولها وأنه طلقها من غير وطء فلا عدة عليها، ولا رجعة له، أما المهر فإن كان في يد الزوج فلا تستحق إلا نصفه، لأنها مقرة بذلك ولا تدعي أكثر منه، وإن كان بيدها لم يكن للزوج مطالبتها بشيء منه، لأنه مقر لها به.

وإن قلنا أن القول للزوج بإنكاره الوطء فلا تستحق من المهر إلا نصفه إن كان غير مقبوض، وإن كان مقبوض رجع عليها بنصفه ولا نفقة لها ولا رجعة له، وعليها العدة بإقرارها.

ولما كانت دعواها متضمنة لما ينفعها وما يضرها، فقبل قولها فيما يضرها من وجوب العدة، ورد فيما ينفعها من كمال المهر ووجوب النفقة[1].

وهل تشرع اليمين في حق من القول قوله ها هنا؟

مذهب الصاحبان من الحنفية[2]، والشافعية[3]، والحنابلة في رواية[4] أنه يستحلف المدعي

= فأجيب عن ذلك: بأن المولى والعنين يدعيان ما يبقى النكاح على الصحة ويمنع فسخه، والأصل صحة العقد وسلامته، فكان القول قولهما في ادعاء الإصابة استصحاباً لهذا في ثبوت العقد، أما في مسألتنا، فالأصل فيها وقوع الفرقة، وإنما اختلف الزوجان فيما يرفع حكم الطلاق ويثبت له الرجعة، والأصل عدم ذلك، فكان القول قول من يدعي عدم الوطء استصحابا لهذا الأصل في ثبوت الفرقة.

وزيادة على ذلك، فإن المولى والعنين إنما يدعيان الوطء في موضع تحققت فيه الخلوة والتمكين من الوطء، لأنه لو لم يوجد ذلك لما استحقتا الفسخ بعد الوطء، وإنما قبل قولهما في الوطء للضرورة وتعذر البينة، أما في مسألتنا فكان الاختلاف في أمر ظاهر لا يختص بالزوج، فلم يقبل فيه قول مدعيه إلا ببينة.

ج- إذا اختلفا في الطلاق، فادعت الزوجة أنه كان بعد الدخول، فلها المهر كاملاً، وادعى أنه كان قبله، فلها النصف وعليها العدة مؤاخذة بقولها، ولا نفقة لها، ولا سكنى، وللزوج نكاح بنتها وأربع سواها في الحال.

د- إذا ادعت المطلقة ثلاثاأن المحلل وطئها وفارقها وانقضت عدتها، وأنكر المحلل، فتصدق بيمينها لحلها للأول. هـ- إذا علق طلاقها بالوطء فادعى الوطء وأنكرته صدق بيمينه، ومثل ذلك أيضاً ما إذا قال لها: إذا لم أنفق عليك اليوم فأنت طالق، وادعى الإنفاق، فيصدق عملاً بالأصل في بقاء العصمة وبقاء النفقة.

و- إذا قال لزوجته وكانت طاهرا أنت طالق للسنة، واختلفا في الوطء في هذا الطهر فادعاه وأنكرته، فالقول قوله. وقد نظم بعض الشافعية هذه المواضع في قوله:

القول قول واطئ في ستة مضبوطة بالحفظ عند الثقة
الخلف في التحليل والثيوبة والوطء مع فرع أتي وعنة
ومثل ذا الإيلاء والتعليق بطلقة لسنة تحقيق

ابن نجيم- الأشباه والنظائر- ص ٣٣٥، ٣٣٦. روضة الطالبين- ج ٥ ص ٥٣٣. حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب- ج٣ ص ٣٨٩. تحفةالحبيب على شرح الخطيب- ج٣ ص ٣٦٧. الحاوي- ج١٠ ص ٣٢٢. السيوطي- الأشباه والنظائر- ص٦٥. حاشية إعانة الطالبين- ج٣ ص٣٥٢. معين الحكام- ص٦٣.

(١) روضة الطالبين – ج٥ ص ٥٣٣، ٥٣٤.

(٢) البحر الرائق- ج٧ ص ٢٠٧. البدائع- ج ٨ ص ٣٩٢٨. الهداية- ج٣ ص ١٧٦. الفتاوى الهندية-ج٤ ص١٥.

(٣) روضة الطالبين- ج٨ ص ٣١٦. نهاية المحتاج – ج٨ ص ٣٥٢.

(٤) المغني – ج٩ ص ٢٧٢. كشاف القناع – ج٤ ص ٢٨٥.

عليه المنكر، فإن حلف الزوج كان أو زوجة حكم فيه ما ذكرنا، وإن نكل هل يقضي عليه بالنكول أم ترد اليمين على المدعي؟

مذهب الصاحبان[١] أنه كما يجري الاستحلاف في الوطء يقضي فيه بالنكول، وهو المشهور من مذهب الحنابلة في إحدى الروايتين[٢]، لأنه من طرق الحكم ولا ترد اليمين على المدعي. وهو مذهب المالكية لأن الخلوة بمنزلة شاهد ونكوله بمنزلة شاهد آخر، فإن نكل غرم جميع الصداق[٣]. أما عند الشافعي[٤] فالنكول وحده لا يوجب الحكم على المدعى عليه بثبوت الوطء، بل ترد اليمين على المدعي، فإن كانت الزوجة هي المنكرة ونكلت عن اليمين ردت على الزوج، فإذا حلفها حكمنا عليها بالعدة، وله الرجعة لأنه حق عليها، فقبل فيه رجوعها. وإن نكل الزوج ردت اليمين على الزوجة، فإذا حلفت حكمنا لها عليه بكمال المهر، ووجوب النفقة، ويلزمها العدة لإقرارها بها في الأول، ولا رجعة للزوج لأنه بإنكاره للوطء فقد أبطل الرجعة[٥].

أما ما ذهب إليه أبو حنيفة[٦]، والمشهور عند الحنابلة[٧]، فلا يستحلف المدعي عليه المنكر ولا تعرض عليه اليمين، لأن الأصل في الأبضاع التحريم، فلا تحل إلا بيقين من شهادة أو إقرار ونحوهما، وفائدة الاستحلاف هو القضاء بالنكول، والنكول بذل وقطع للخصومة بها، فلما لم يجر البذل في الوطء فلا يستحلف المدعي عليه فيه لعدم الفائدة في الإستحلاف.

أدلة القول الثاني: استدل أصحابه بأنه إذا اختلف الزوجان في الوطء في الخلوة فإنه يقبل قول مدعيه عملاً بالظاهر، وهو أن الخلوة تدل على الوطء، لأن الرجل لا يفارق المرأة - إذا خلى بها - حتى يصل إليها وسواء كان مدعي الوطء الزوجة أو الزوج[٨].

أدلة القول الثالث: الخلوة عند المالكية خلوتان: الأولى خلوة اهتداء أو بناء[٩]، والثانية خلوة

---

(١) المبسوط – ج٦ ص١٦٠. البحر الرائق- ج٧ ص ٢٠٥. حاشية رد المحتار – ج٢ ص ٢٠٢. الهداية- ج٣ ص ١٧٥. معين الحكام – ص ٩٥.

(٢) المغني – ج١٢ ص ١٢٤. الإقناع- ج٤ ص ٣٥٣. الطرق الحكمية – ص ١٥٤.

(٣) الشرح الصغير- ج٢ ص٤٣٩.

(٤) الحاوي – ج١٠ ص ٣٢٢. الأم – ج٥ ص ٢٥٥. مغني المحتاج – ج٤ ص ٤٦٨.

(٥) الحاوي – نفس الموضع.

(٦) بدائع الصنائع- ج٨ ص ٣٩٢٨. فتح القدير – ج٦ ص ١٦٣. روضة القضاة – ج٣ ص ٩١٥.

(٧) المغني- ج١٢ ص١٢٧، ١٢٨. الإقناع- ج٤ ص٤٥٣. الإنصاف- ج١١ ص ١١٦. الفروع-١١ ص٢٧٣.

(٨) روضة الطالبين- ج٥ ص٥٨٧. المغني- ج٨ ص ٤٩٢. كشاف القناع- ج ٥ ص١٥٢ .

(٩) خلوة اهتداء: هي التي تكون عند الدخول حين تزف العروس إلى زوجها، مأخوذة من الهدوء والسكون، لأن كل واحد من الزوجين يسكن إلى الآخر ويطمئن إليه، وتسمى أيضا بخلوة البناء، وهي المعبر عنها أيضا بإرخاء الستور، لأن الغالب عندها إرخاء الستر لمن عنده ستر . حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٣٠١. الشرح الصغير-

زيارة[1]، ورتبوا على كل نوع حكما يختلف عن الآخر في تداعي الزوجين للوطء فيهما.

النوع الأول: فأمّا خلوة الاهتداء، فالمرأة تصدق إذا خلا بها الزوج خلوة بناء، سواء كان الدخول عنده أو عندها، وسواء كانت ثيبا أو بكرا، وسواء كان الزوج صالحا أو لا، بل ولو كان الوطء مصاحباً لمانع شرعي، كما إذا كانت صائمة أو محرمة..[2]، لأن الحامل على الوطء أمر جبلّيٌ لشدة حرص الرجل عليه في أول خلوة، وشدة شوقه إليه، فقل أن يفارقها قبل الوصول إليها، والعرف والعادة يشهدان بذلك. وهل يلزمها يمين أم لا؟ قولان[3].

أما إن صدّقته المرأة في عدم الوطء فلها نصف الصداق وعليها العدة ولا رجعة له، وكذلك إن تصادقا أنه قبل أو باشر أو جرد أو وطئ دون الفرج إلا أن يطول مكثه معها يتلذذ بها، فلها جميع الصداق في المعتمد عند مالك[4].

النوع الثاني: وأما خلوة الزيارة فيصدق الزائر منهما في الوطء[5]، فإذا زارها في بيت أهلها وخلا بها، وقالت أصابني وأنكر ذلك، صدق في إنكاره ولها نصف الصداق، لأن العادة أن الرجل لا ينشط في غير بيته. أما إن كانت هي الزائرة صدقت في الوطء ولا تصدق في عدمه متى أكذبها الزوج، وتحلف على ما ادعته بكرا كانت أم ثيباً.ووجه ذلك أن الرجل ينشط في بيته، أما إن كان زائرا وادعى الوطء وكذبته صدق فيه.

أما إن كان كل منهما زائرا كأن زارا غيرهما، فيصدَّق الزوج، أما إن اختليا في بيت ليس به

ج٢ ص٤٣٩. تهذيب المدونة- ج٢ ص ٣٧٣.

(١) خلوة زيارة: هي التي تكون قبل البناء وبعد العقد . المراجع السابقة.

(٢) سئل الإمام مالك عن الرجل يدخل بامرأته وهي حائض، وتدعي المرأة أنه مسها وأنكر الزوج ذلك ؟ فأجاب: إن القول قولها ويغرم الزوج الصداق إذا أرخيت عليها الستور، فكل من خلا بامرأته ينبغي له أن يجامعها في تلك الحال، فادعت أنه قد مسها فيه كان القول قولها إذا كانت خلوة بناء.
أما إن خلا بها ومعها نسوة فطلقها، وادعى الوطء وأنكرته الزوجة، فالقول قولها ولا عدة عليها. المدونة- ج٥ ص ٣٢٢. تهذيب المدونة – ج ٤ ص ٣٧٤. الفواكه الدواني- ج ٢ ص ٦٤ .

(٣)المدونة- ج٥ ص ٣٢١. شرح الخرشي- ج٣ ص٩٩. حاشية الدسوقي- ج٢ ص٣٠١. عيون المجالس- ج٣ ص١١٥٢. والحكم بقولها مع يمين أو من غير يمين إنما مبناها على جعلنا العادة كالشاهدين أو كالشاهد، فإن جعلناها كالشاهدين حكم للزوجة بالصداق من غير يمين، وإن جعلناها كالشاهد الواحد لزمها اليمين. أنظر في قاعدة "العادة هل هي كالشاهد أو كالشاهدين": إيضاح المسالك- ص١٧٢.د. الصادق عبد الرحمن الغرياني- تطبيقات قواعد الفقه عند المالكية من خلال كتابي إيضاح المسالك للونشريسي وشرح المنهج المنتخب للمنجور- دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث- دبي- ط١- ١٤٢٣هـ ٢٠٠٢م- ٣٥٩.

(٤) تهذيب المدونة - ج٢ ص ٣٧٣.

(٥) وفي المذهب أقوال أخرى منها: أن القول قولها، وقيل القول قول الثيب وينظر النساء البكر. تبصرة الحكام- ج١ ص ٢٦٦. والمشهور في المذهب ما أثبتناه في المتن. حاشية الدسوقي- ج٢ ص ٣٠٢.

أحد أو في فلاة من الأرض فتصدَّق المرأة، لأنه ينشط فيه[1].

الترجيح: يترجح لي قول المالكية في التفريق بين خلوة اهتداء وخلوة زيارة، لقوة حجته واتفاقه مع المصلحة، فضلا عن صلاحه مع واقع الناس اليوم ودعاواهم.

---

(١) شرح الخرشي – ج٣ ص ٩٩. حاشية الصاوي- ج٢ ص٤٣٩.

المبحث الثاني

الإثبات في دعوى نفقة الزوجية

النفقة هي إحدى الحقوق الواجبة للزوجة على زوجها المترتبة على عقد الزواج، سواء أكانت الزوجة مسلمة أم كافرة، فقيرة كانت أو غنية، جزاء احتباسها لحقه ومنفعته[1].

وتعد دعاوى النفقات[2]، ومنها دعوى نفقة الزوجية أكثر الدعاوى شيوعاً في التطبيقات القضائية، ذلك أن حاجة الزوجة للنفقة - أثناء الحياة الزوجية أو بعد الطلاق - مستمرة، سيما إذا كان هناك أطفال في حضانتها، هذا من جهة. ومن جهة أخرى فإن كثيراً من الأزواج غير ملتزمين بأداء النفقة المحكوم بها عليهم مدة وقدرا، والمقرر أن النفقة المقدرة مؤقتة بطبيعتها، حيث تقدر وقت استحقاقها وتتغير تبعا لتغير حال الزوج يسرا أو عسرا، فإذا أصبح الزوج معسراً بها جاز طلب تخفيض النفقة، وإذا زاد يساره جاز للزوجة طلب الزيادة فيها، وعلى هذا الأساس، فإن الحكم الصادر بالنفقة يحوز حجية مؤقتة، ويرد عليه التغيير بحسب تغير حال الزوج يسرا أوعسرا.

وفي المقابل لا يخلو هذا النوع، من دعاوى كيدية من زوجات غرضهن الوحيد هو جر

---

(١) وشروط استحقاق نفقة الزوجية بعضها متفق عليه، والبعض مختلف فيه، ومما تم الاتفاق عليه:

أ- عقد الزواج الصحيح.

ب- التمكين: أي تمكن الزوجة زوجها من نفسها تمكينا تاما لاستيفاء حقه منها، ويكفي في اعتبار التمكين دعوتها له بالدخول، سواء تمت المخالطة الجنسية فعلا أو لم تتم، متى كان العجز عن المخالطة يعود للزوج، أما إن منعت نفسها أو منعها أولياؤها، أو تساكتا بعد العقد فلم تبذل ولم تطلب، فلا نفقة لها، وإن أقاما زمانا، لأن سبب استحقاق الزوجة النفقة على زوجها هو جزاء احتباسها لحقه ومنفعته، ومتى لم يوجد الاحتباس الذي يكون من الزوج على زوجته أو الاستعداد لم تجب النفقة للزوجة.

ج- ألا تكون الزوجة صغيرة غير مطيقة للمعاشرة الجنسية.

ومذهب الحنفية هو تسليم الزوجة للزوج سواء دخل بها أو لم يدخل، أما الصغيرة فلا يتحقق منها التسليم ولو بالدخول لقيام المانع في نفسها من الوطء. أما المالكية فقد أضافوا إلى الشرطين السابقين شرطين آخرين، وهما:

١- سلامة الزوج من المرض. ٢- بلوغ الزوج سن الزواج.

واعتبروها مجتمعة شروطا في وجوب النفقة لغير المدخول بها التي دعت الدخول، أما المدخول بها فيجب لها النفقة من غير شرط، ما لم تكن ناشزاً.

لمزيد من التفصيل أنظر: بدائع الصنائع- ج٤ ص ١٩ المبسوط – ج٥ ص ١٨٧ شرح فتح القدير- ج٣ ص ٣٢٤. حاشية الدسوقي- ج٢ ص ٥٠٨. شرح الخرشي- ج٣ ص ٣٢٣. روضة الطالبين- ج٦ ص ٤٦٨. المغني- ج٩ ص٢٣١. المبدع- ج٨ ص٢٠٠. الكافي- ج٣ ص٣٥٥.

(٢) النفقة في حقيقتها الشرعية تعود إلى أحد سببين اثنين: وهما الزواج والقرابة، وبما أن موضوع بحثنا له ارتباط كبير بالإثبات في الزواج والطلاق وبعض آثارهما المالية وغير المالية، فإننا نقتصر هاهنا على الإثبات في دعاوى الزوجية دون أنواع نفقات الفروع والأصول والأقرباء.

أزواجهن إلى المحاكم نكاية، ورغبة في الإستزاده، سيما إذا بلغ مسامعهن أن أزواجهن قادرين على الأداء بالتزامات مالية أخرى كانوا قد أقدموا عليها اختيارا.

ولا ريب فإن المحور الرئيس في هذه الدعوى هو إثباتها أمام القضاء وكيفيته، وحكم تعارض البينات، وبالأخص ما قد يجيب به كل خصم من دفوع موضوعية لرد دعوى خصمه.

وسنحاول في هذا المبحث استعراض طرق الجوانب المهمة لأحكام الإثبات في دعاوى نفقة الزوجية في الفقه الإسلامي، والجانب التطبيقي للإثبات في الخصومات القضائية.

المطلب الأول

أحكام الإثبات في دعوى نفقة الزوجية في الفقه الإسلامي

تتعدد دعاوى نفقة الزوجية التي تناولها الفقهاء، ويمكن حصرها في ثلاثة أنواع، تبعا لطبيعة الخلاف بين الزوجين:

١- اختلاف الزوجين في الإنفاق من عدمه.

٢- اختلافهما في اليسار من عدمه.

٣- اختلافهما فيما قدم هل هو هدية أم نفقة.

ولعل هذه الدعاوى تتركز في معرفة المدعي من المدعى عليه من الزوجين، باعتبار أن علم القضاء - كما بينا - يدور على معرفة المدعي من المدعى عليه، فهو أصل كل مشكل، ولم يختلف الفقهاء في حكم ما لكل واحد منهما.

أولا: إختلاف الزوجين في الإنفاق من عدمه:

إذا اختلف الزوجان في الإنفاق أو في قبض النفقة، فادعت الزوجة أنه لم ينفق عليها وأنكر الزوج ذلك، ففي الفقه الإسلامي قولان في المسألة:

القول الأول: أن القول للمرأة بيمينها، ذهب إلى هذا الحنفية[١]، والشافعية[٢]، والحنابلة[٣]. وحجتهم في ذلك أن الزوج يدعي قضاء دين عليه، والزوجة منكرة ومتمسكة بالأصل وهو عدم القبض، فيكون القول قولها بيمينها، كما في سائر الديون.

---

(١) المبسوط- ج٥ ص ١٦٩. بدائع الصنائع- ج٥ ص٢٢١٩. العناية شرح الهداية مع الفتح- ج٦ ص٣٣٦. الفتاوى الهندية- ج١ ص٥٤٩.

(٢) السيوطي- الأشباه والنظائر- ص ٥٢.

(٣) المغني - ج٩ ص ٢٥٣.

القول الثاني: أن القول للزوج بيمينه، ولا يقبل قول المرأة في ذلك، ولا في دعواها أنه لم يكسها أو يصرف عليها فيما مضى من الزمان، وبه قال المالكية[1]، ورجحه ابن القيم من الحنابلة[2]. وحجتهم في ذلك هو تكذيب العرف وشاهد الحال، والقرائن الظاهرة للزوجة، كما أن العلم الحاصل بإنفاق الزوج وكسوته فيما مضى من الزمان، اعتماداً على الأمارات الظاهرة، وإدخال الطعام مع طول الصحبة ودوام العشرة أقوى من الظن الحاصل باستصحاب الأصل، والذي بلغ في القوة إلى حد القطع في تكذيبها، سيما إذا تحقق لنا انقطاعها عن الخروج والتصرف.

هذا إذا كان الزوج حاضرا أو مقيما معها، أما إن كان غائباً عنها، فالقول قولها بيمينها.

الترجيح: من الواضح أنه لا نص في المسألة، إذ مبنى قول الجمهور في اعتبار القول قول المرأة هو إلحاق النفقة بسائر الديون، والأصل فيها عدم القبض، أما المالكية ومن وافقهم فجعلوا القول للزوج عملا بالغالب في العادة. ويظهر لي أن القول الثاني هو الراجح، لأن الثابت بالعرف كالثابت بالنص وكيف يقال إن الأصل مع الزوجة والعرف والقرائن ظاهرة في الدلالة على تكذيبها!. والمسائل التي يقدم فيها الظاهر القوي على الأصل أكثر من أن تحصى، وهذه المسألة من مفرداتها.

ولو رجحنا القول بيمينها فلا تتوان امرأة عن المطالبة - وباستمرار - بالنفقة طالما اكتفى بدعواها، لأن الغالب أن تكون المرأة راضية، وإنما تطالب زوجها عند الشقاق.

ثانيا: اختلاف الزوجين في دعوى اليسار والإعسار:

وصورته أن تدعي المرأة يسار الزوج ليفرض لها نفقة الموسرين، وينكر الزوج ذلك جملة، أو يدفع بطروء الإعسار عليه، فاختلف الفقهاء في ذلك على قولين:

القول الأول: ومقتضاه اعتبار القول للزوجة بيمينها، لادعاء الزوج أمرا عارضا لإسقاط النفقة الواجبة عليه، أو الإنقاص من قيمتها، فلا يقبل قوله إلا ببينة، ولأن الأصل في الإنسان أنه مليء حتى يثبت فقره، ذهب إلى هذا المالكية[3].

القول الثاني: أن القول للزوج بيمينه في دعوى الإعسار، ذهب إلى هذا الحنفية[4]

---

(١) تبصرة الحكام- ج٢ ص٦٩

(٢) إعلام الموقعين- ج٣ ص٣٥١.

(٣) المنهج الفائق- ج١ ص ٢١٣. حاشية الدسوقي- ج٢ ص ٢٩٩.

(٤) المبسوط – ج٥ – ص ١٨٠، ١٨١. شرح فتح القدير- ج٥ ص ٤٧٣. الفتاوى الهندية- ج١ ص٥٥١.

والشافعية[1] والحنابلة[2]. وحجتهم أن الفقر في الناس أصل والغنى أمر عارض، ومن ادعاه فعليه البينة.

ومتى وجد القاضي هذا الدليل الصحيح للفصل في الحكم وهو التمسك بالأصل، فليس عليه أن يطلب دليلا آخر، وليس له أن يسأل عن يسار الزوج في السر، متى طلبت للزوجة ذلك منه، ومتى فعل فأتاه من يخبره عن يساره، أو أتت الزوجة بشاهدين عدلين، فيشترط في شهادتهما أن تكون على العلم القطعي لا على مجرد السماع، لأن الشهادة بالتسامع أو بالشهرة إنما أجيزت في بعض المسائل على سبيل الاستثناء، وليس فيها الشهادة على اليسار؛ لأن الأولى مبنية على ظن مرجوح، أو عن خبر من يعتمد خبره، والخبر إذا تداولته الألسنة تتمكن فيه الزيادة والنقصان عادة[3].

أما إن قام كل منهما بينة، المرأة أنه موسر والزوج أنه معسر، رجحت بينة المرأة، لأن معها زيادة علم وإثباتها كان على خلاف الأصل، لما تقرر أن البينات إنما شرعت لإثبات خلاف الأصل أو الظاهر الذي لا يحتاج إلى إثبات.

واستثنى الحنفية في حالة تعارض بينة اليسار والإعسار، أن يدعي الزوج يساره، ويقول أعسرت بعد ذلك، أو ما اصطلح عليه بالإعسار الطارئ، فترجح بينة مدعيه، لأن فيها علماً بأمر حادث، وهو حدوث ذهاب المال[4].

وهذا نظر جيد، لأن الفقر والغنى مطيتان للعباد، فيفتقر الإنسان حيناً ويستغني أخرى، وكم من رجل أصابته الفاقه بعد اليسار، والمال - كما قيل بحق - إنما ظل زائل وحال حائل ومال مائل.

وهذا كله ما لم تكذب القرائن الظاهرة دفع الزوج بالإعسار، كأن عرف له مال سابق، لأن الأصل بقاؤه، أو التزم بالتزامات مالية اختيارا كالمهر، أو دين كفالة ونحوه، فلا قول للزوج هاهنا، لأن إقدامه على الإلتزام بمنزلة إقرار منه على الأداء، فالعاقل لا يلتزم مالا يقدر على أدائه اختيارا[5].

---

(١) نهاية المحتاج- ج٧ ص ٢٠٥. مغني المحتاج- ج٣ ص ٤٤٤. الحاوي- ج١١ ص٤٤٧. روضة الطالبين- ج٦ ص ٤٨٨.

(٢) المغني- ج٩ ص٢٥٣.

(٣) المبسوط – ج٥ ص ١٨١.

(٤) مراجع الحنفية السابقة- نفس المواضع.

(٥) وذكر الفقهاء بعض القرائن الدالة على يسار الزوج. المبسوط - ج٥ ص ١٨٠. المغني- ج٩ ص٢٥٣.

الترجيح:

يظهر لي أن الراجح مما تقدم هو القول الثاني بأن الظاهر في نفقة الزوجية هو الإعسار، وذلك لقوة حجتهم وسلامتها من المعارضة، فضلا عن الفرق الظاهر بين نفقة الزوجية وسائر الديون، التي يقتضي فيها العقد بدلا عما هو مال، فصار الشخص بالشروع في العقد مقرا بملكه للمال، وبالتالي إقراره باليسار، فإذا ادعى الإعسار لم يصدق، فصار الظاهر وجوبها بحق العقد، ومتى علم هذا الفرق تبين وجه الترجيح في المسألة.

ثالثا: اختلاف الزوجين فيما قدم هل هو هدية أم نفقة:

إذا اختلف الزوجان فيما قدم للمرأة هل هو هدية أم نفقة، كأن بعث الزوج إلى زوجته بثوب، فقالت هو هدية، وقال الزوج هو من الكسوة، فالإتفاق أن القول في ذلك للزوج بيمينه، لأنه هو المُمَلِّك، فيرجع إليه في بيان جهة التمليك[1]، والظاهر معه في أنه يسعى لإسقاط ما في ذمته من واجب النفقة، كما أن العادة جارية أن الشخص يعمل ابتداء لإبراء ذمته من الواجب في ذمته من التزامات، ثم يقدم بعد ذلك على الإهداء والتبرع.

وذهب الحنفية إلى أنه إذا أقاما معا البينة قدمت بينة الزوج، معللين وجه ترجيحها أن الزوج يثبت ببينته فراغ ذمته عن حقها من النفقة، وكذلك إن أقام كل واحد منهما البينة على إقرار الآخر بما ادعاه، لأن الزوج هو المدعي للقضاء فيما عليه من الحق، واعتبروا بذلك أن معنى الإثبات في بينته أظهر[2].

ويظهر لي أن القول في تعارض البينتين في وصف ما قدم للزوجة هو ترجيح بينتها، لأن الظاهر مع الزوج ولا يحتاج إلى إثبات، والمقرر أن البينات إنما شرعت لإثبات خلاف الظاهر، فالزوج يسعى لإسقاط ما في ذمته من واجب النفقة، كما أن العادة جارية أن الشخص يعمل ابتداء لإبراء ذمته من الواجب في ذمته من التزام النفقة وغيرها، ثم يقدم بعد ذلك على الإهداء والتبرع، فكان أداء الواجب مقدم على الهدية والله أعلم.

---

(١) المبسوط – ج٥ – ص ١٨١، الفتاوى الهندية- ج١ ص ٥٥٢. السيوطي- الأشباه والنظائر- ص ٥٠٠.
(٢) مراجع الحنفية السابقة.

المطلب الثاني

الجانب التطبيقي للإثبات في دعوى نفقة الزوجية

بعد استكمال الزوجة دعوى طلب النفقة واستيفائها لإجراءاتها القانونية، من حيث التقدم بالدعوى، ودفع الرسوم، وتعيين موعد لرؤيتها، وتبليغ المدعى عليه، وفي اليوم المعين، وبعد حضور الطرفين، أو وكيليهما تبدأ المحاكمة، وبعد أن تقرر المدعية دعواها وتطلب بفرض نفقتها، فإن المحكمة تسأل المدعى عليه عن دعوى المدعية، فهو إما أن يقر بالدعوى، فيثبت استحقاق المدعية للنفقة، أو ينكر فتنوء الزوجة بعبء إثبات ما تدعيه، وللمحكمة أن تفهم الزوجة أن لها الحق في تحليف الزوج، فإن حلف أو لم ترغب بتحليفه ردت دعواها، أما إذا نكل ثبت حق الزوجة فيما تدعيه.هذا إذا كان إنكار الزوج مجملا، أما إذا تحول إلى دفع لدعوى المدعية في عدم استحقاقها للنفقة، فالأمر يختلف.

ودفوع الزوج الموضوعية في عدم استحقاق الزوجة للنفقة لا تخرج عن دفعين رئيسيين:

١-الدفع بعدم تسليم الزوجة نفسها أو عدم التمكين الموجب للنفقة.

٢- الدفع بنشوز الزوجة.

وما يذكر من دفوع أخرى، فهي متفرعة عنها، وهي كثيرة ومتعددة، يتحول فيها الزوج إلى مدع بعد أن كان مدعى عليه، وتصير الزوجة مدعية بعد أن كانت مدعى عليها في الأصل، لما تقرر أن الدفع دعوى، والقاضي لا يسأل المدعى عليه الإجابة على الدفع أو الدعوى إلا بعد التحقق من صحة الدفع أو الدعوى[١].

أولا: الدفع بعدم التمكين:

حيث يدعي فيها الزوج أن زوجته لم تسلم إليه بعد إلى مسكنه الشرعي، ولم يدخل بها بالرغم من طلبه ذلك منها أو من أهلها، ويقبل منه حينئذ هذا الدفع لموافقته للأصل، وهو عدم التمكين[٢].

أوجه جواب المدعى عليها: هناك احتمالين لجواب المدعى عليها على هذا الدفع، فهي إما:

١- أن تقر بما جاء به المدعي، فتقرر المحكمة حينئذ مؤاخذتها بإقرارها، وتقرر ثبوت دفع الزوج بعدم التمكين أو بذل التسليم، ورد دعوى الزوجة طلب النفقة.

---

(١) باز- شرح مجلة الأحكام العدلية- ج٢ ص١١٧٧ .

(٢) الأشباه للسيوطي-ص٥٢، وجاء في قاعدة اليقين لا يزول بالشك: "اختلف الزوجان في التمكين، فقالت: سلمت نفسي إليك من وقت كذا، وأنكر، فالقول قوله، لأن الأصل عدم التمكين". كشاف القناع-ج٥ ص٤٦٨.

٢- أن تنكر دفع المدعي، إما إنكارا عاما، أو يكون منصباً على إحدى جزئيات الدفع، كأن تقول: إنني غير ممتنعة من تسليم نفسي، أو أنه لم يطلبني للانتقال، فيكلف الزوج بإثبات دفعه وتقويته بالبينة، كشهادة الشهود بطلبها للزفاف وامتناعها، أو تحديد موعد له وإخلاف أهلها للموعد، أو أنها طلبت منه تأخير زفافها لانشغالها بالدراسة ونحوه(١).

وإنما أصبح جانب الزوج ضعيفا بالرغم أن الأصل معه، لتكذيب العرف والعادة لذلك الأصل، وهو أن الزوجة لا تعرض تسليم نفسها، بل يكفي لإيجاب النفقة ألا تكون ممتنعة من الانتقال إذا طلبها الزوج للزفاف، فحياء المرأة يمنعها من عرض تسليم نفسها، لما في ذلك من ابتذال - في عرف المجتمع - فمتى أراد الزوج الزفاف طلب ذلك من زوجته أو أهلها، ومراعاة لهذا الظاهر القوي قدمنا العرف على الأصل، وأكثر العلماء يقضون باليد العرفية وتقديمها على اليد الحسية، وبذلك تستحق نفقتها كاملة لأنها سلمت نفسها حكما للزوج. وعليه متى عجز الزوج عن إثبات ما يدعيه ردت المحكمة دفعه وثبت استحقاق الزوجة للنفقة.

ثانيا: الدفع بنشوز الزوجة:

جاء في المادة ٣٧ من قانون الأسرة الجزائري أنه: "تجب على الزوج نحو زوجته النفقة الشرعية حسب وسعه إلا إذا ثبت نشوزها"، ولم يبين القانون طرق إثبات النشوز، لكن المعمول به قضاء أنه لا يحكم بنشوز الزوجة ووقف نفقتها إلا بعد استيفاء الشروط الآتية:

١- صدور حكم قضائي نهائي بالطاعة، يقضي برجوع الزوجة لمحل الزوجية مع تبليغها به من طرف المحضر القضائي(٢).

٢- سعي الزوج لتنفيذ الحكم وامتناع الزوجة عن ذلك.

٣- انتقال المحضر القضائي بطلب من الزوج - لإثبات نشوز الزوجة - إلى مقر الزوجية في

---

(١) فلو أقرت الزوجة بأن سبب امتناعها هو انشغالها بالدراسة، وحتى على فرض أن ذلك شرط وارد في العقد ومتفق عليه، فهو إقرار منها بالنشور وعدم التمكين بالدخول بها، والدفع بما ذكرته غير صحيح، لأن الواجب عليها طاعة الزوج، والقول بصحة الشرط لا يعطي للزوجة الحق في الامتناع، حتى يتحقق الشرط، وغاية ما اشترطته أنه يجيز لها طلب فسخ العقد لعدم الوفاء بالشرط. مأمون محمد أبو سيف- الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – الأردن ١٩٩٩ – ص ٩٢.

(٢) وقد أكدت المحكمة العليا في إحدى قراراتها "أن سقوط النفقة عن الزوجة الناشز لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها لمحل الزوجية، وثبوت امتناعها عن تنفيذ هذا الحكم، مما يجعلها ناشزا عن طاعة زوجها ". غ.أ.ش- قرار رقم ٣٣١/٦٢- بتاريخ ١٩٨٤/٧/٩- غير منشور. مشار إليه عند د.بلحاج العربي – المرجع السابق – ص ١٧٨.

إطار المعاينة المادية المخولة للمحضر قانونا[1]، حيث يقوم بتحرير محضر عدم وجود الزوجة في بيت الزوجية وقت المعاينة، مع الحضور الإلزامي للزوج أثناء المعاينة، ثم يسلم للزوج نسخة من المحضر.

وفي ضوء ذلك يقوم الزوج بتقديم الحكم بالطاعة الذي أصبح نهائيا، ونسخة من المحضر المذكور، ومتى تأكد القاضي من ذلك وصحة المحضر واستيفائه الشروط المطلوبة قانوناً ثبت عنده نشوز الزوجة، ممّا يتعين إسقاط النفقة عنها.

والذي كان معمولا به في القضاء المصري بشأن منازعات الطاعة بين الزوجين هو اعتبارها موضوعا للنزاع القضائي، وما يستتبع ذلك من إصدار الزوج حكما بنشوز الزوجة وقطع نفقتها، أما وبعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فقد اختصرت المادة ١١ مكرر ثانيا الإجراءات[2]، إذا أصبح - بموجب هذا النص - إثبات الزوج نشوز زوجته وامتناعها عن طاعته ومن ثم قطع نفقتها[3] - ورد دعواها في المطالبة بها - أن يدعوها الزوج إلى مسكن الزوجية على يد محضر بإعلان، أي بورقة من أوراق المحضرين مستوفية كافة البيانات القانونية طبقا للمادة ٩ من قانون المرافعات، وأن يشمل هذا الإعلان على بيان المسكن الذي يدعوها للقرار فيه[4].

ويكون ذلك الإعلان لشخصها أو من ينوب عنها، وعدم وجود أي اعتراض من الزوجة على إنذاره إياها خلال الثلاثين يوما، وهذا من غير حاجة لاستصدار حكم قضائي بذلك[5].

وللزوجة أثناء نظر دعوى الزوج بالطاعة - في القضاء الجزائري - أن تتقدم بدفوع لرد دفع

---

(١) القانون رقم ٣/٩١ المؤرخ في ١٩٩١/١/٨ المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

(٢) راجع تفصيل ما ذكرنا من الإثبات في دعاوى الطاعة ص ٤٦١ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٣) وقد أورد النص اصطلاح "توقف" النفقة وهي صياغة معيبة، لأن الناشز لا توقف نفقتها فلا تستحقها في الحال ولا في المآل عن فترة نشوزها. كما عيب على صياغة هذا الحكم أنه تضمن ثلاثة مواعيد متناقضة لسقوط نفقة الزوجة، وهي وقت امتناعها عن طاعة زوجها، ووقت إعلانها من زوجها بطلب عودتها إلى مسكن الزوجية، وبعد ثلاثين يوما من هذا الاعلان إذا لم ترفع دعوى الاعتراض على طلب الطاعة في الميعاد. والصواب هو سقوط نفقتها من وقت امتناعها عن طاعة زوجها بغير حق أو عذر، وهو ما يتفق مع الشرع وما عداه مخالف له، لأن سقوط النفقة هو جزاء لنشوز الزوجة، والنشوز هو امتناع الزوجة عن طاعة زوجها بغير حق أو عذر، فتسقط بذلك النفقة من وقت الامتناع، أما إعلان الزوج لها واعتراضها، أو عدم اعتراضها، فلا يدل بيقين على بداية وقت نشوزها. أنظر: د. عبد الناصر توفيق العطار – الأسرة وقانون الأحوال الشخصية – ص ٧٩.

(٤) جاد الحق علي جاد الحق- أضواء على الإجراءات القانونية والقواعد الموضوعية لقضاء الأحوال الشخصية- وزارة العدل- المركز القومي للدراسات القضائية- نوفمبر ١٩٨٨- ص ٥١، ٥٢.

(٥) والحكم بسقوط النفقة لمجرد عدم اتباع الزوجة شكل معين أو فوات ميعاد تقديم الاعتراض على إعلان الطاعة مخالف للشريعة الإسلامية التي لا تسقط نفقة الزوجة إلا إذا ثبت نشوزها. د. عبد الناصر توفيق العطار- الأسرة وقانون الأحوال الشخصية - ص ٧٦ .

الزوج بالنشوز، كما تعتبر هذه الدفوع وطبقاً للمادة ١١ مكرر ثانيا من القانون المصري الأوجه الشرعية التي تستند إليها الزوجة في امتناعها عن طاعة زوجها، واعتراضها على إعلان زوجها لها بالعودة إلى مسكن الزوجية، فتثبت بهذه الدفوع أن امتناعها مشروعا، وتتمثل بعض هذه الدفوع فيما يأتي:

١- الدفع بعدم شرعية المسكن: حيث تقول الزوجة المدعى عليها بالنشوز في جوابها على الدفع بالنشوز بأن خروجها من مسكن الزوجية كان بحق بسبب عدم شرعية المسكن الذي هيأه المدعي، وعلى الزوجة المدعية بدفع الدفع بالنشوز توضيح دفعها بذكر السبب الذي جعل المسكن غير شرعي، كأن يكون مشغولا بسكنى الغير فيه، كأهل الزوج أو أحد أقاربه[1]، أو وجود الضرة معها في نفس البيت، أو كون مرافقه مشتركة بينهما، والزوجة في هذه الحالة غير مكلفة ببيان وجه الضرر الذي يلحقها بسبب وجود شخص آخر معها في نفس المسكن، ولا بإثباته، لأن الضرر مفترض، وبالأخص في السكن مع الضرة، لأن المنافرة بين الضرائر أوفر.

ومن الأمور التي تقدح في شرعية المسكن أيضاً انتفاء الأمان فيه على النفس، بسبب خرابه وعدم صلاحيته للسكن، أو لانعدام اللوازم الضرورية فيه، أو عدم وجود جيران صالحين حوله، إلى غير ذلك من الأسباب التي يصلح كل واحد منها أن يشكل دفعا صحيحا يقدح في شرعية المسكن.

أوجه جواب الزوج المدعى عليه: للمحكمة بعد نظرها فيما تقدمه الزوجة من دفوع لرد دفع الزوج أن تسأل الزوج عنها، وهو إما أن يقر بصحة الدفع الذي أثارته المدعية، وعندها يثبت دفع الزوجة بعدم شرعية المسكن، ويرد دفع الزوج بالنشوز، ونتيجة ذلك هو ثبوت استحقاق الزوجة النفقة. أو ينكر صحة دفع المدعية جملة وتفصيلا، وعندها تكلف الزوجة بإثبات دفعها بشهادة

---

(١) "فاستناد الزوج في تدعيم طعنه لنقض القرار بأنه سعى إلى تنفيذه عن طريق المحضر كما يثبته المحضر، والزوجة ناشزة لأنها رفضت الرجوع رغم أنه وفر لها سكنا منفردا، إلا أنه لا يوجد بالملف ما يثبت أن الزوج وفر لزوجته سكنا منفردا ومستقلا عن أهله، وبذلك فإن الزوجة لما طلبت خلال إنذارها من طرف المحضر القضائي بأنها مستعدة للرجوع شرط أن يوفر الزوج لها مسكنا منفردا بعيدا عن أهله لا تعد ناشزا، مما يجعل الوجه الذي استند إليه الزوج غير مؤسس". م.ع- غ.أ.ش- قرار رقم ٢١٣٦٦٩ بتاريخ ١٩٩٩/٢/٦- م.ق- ٢٠٠١- ص٢٢٠. كما قضت أيضا بأن: "أساس الرفض هو عدم وجود حكم يدين الزوجة بالرجوع لمقر الزوجية، لأن الزوجة نفسها تطالب بالرجوع على شرط في بيت مستقل عن أهله. وحكم أن النشوز لا يعمل به شرعا إلا إذا وفر الزوج لزوجته كل مطالبها المحكوم لها بها، وبالتالي كان امتناع الزوجة عن الرجوع لا يعد نشوزا ما دام لم يقم الزوج بواجب الإسكان المنفرد الذي تضمنه الحكم الصادر لصالحها". غ.أ.ش- قرار رقم٤٥٣١١ بتاريخ ١٩٨٧/٣/٩ - م.ق-١٩٩٠- عدد٣- ص ٦١.

الشهود، أو بمحضر رسمي، أو اعتمادا على أهل الخبرة في ذلك، فإذا أثبتت دفعها، فإن المحكمة ترد دفع الزوج بالنشوز، وتحكم باستحقاقها للنفقة.

ولا يخفى أن مسألة تقدير مدى شرعية مسكن الطاعة من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع، بما له من سلطة فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة[1].

أمّا إذا عجزت عن إثبات دفعها، فللمحكمة أن تكتفي بما قدمه الزوج من بينة وعدم وجود دفع لها، والحكم بالتالي برفض دعوى الزوجة لثبوت نشوزها.

٢- الدفع بعدم الأمان على النفس: كأن تدعي الزوجة بأن الزوج هو المتسبب الرئيس في خروجها من بيت الزوجية وعدم عودتها إليه، بضربها وسبها، أو قيامه بتصرفات تسيء إليها، أو أنه قد طردها من مسكنه، إلى غير ذلك من أشكال الإيذاء النفسي والبدني، والذي يعد دفعا صحيحا، ومتى أقر الزوج به ثبت دفع الزوجة[2]، ورد دفع الزوج بالنشوز، وثبت بالتالي استحقاقها النفقة، أما إذا أنكر فتكلف الزوجة بإثبات دفعها بطرق الإثبات المقررة.

٣- الدفع بانشغال ذمة الزوج: بأنه لم يوفها عاجل مهرها.

ومتى عجزت الزوجة عن إثبات ما تدعيه من دفوع - طبقا للجاري به القضاء الجزائري- يثبت نشوز الزوجة، في حين يكفي الزوج - طبقا للقانون المصري - سلوك طريق إثبات امتناع الزوجة - الاعتباري - عن طاعة زوجها، والذي رسمته الفقرة الثانية من المادة ١١ مكرر ثانيا، وحصوله على شهادة من جدول المحكمة المختصة بعدم وجود اعتراض من الزوجة على إنذاره إياها بالدخول في طاعته بعد انتهاء مدة الثلاثين يوما الممنوحة لها للاعتراض خلالها، ويكون ذلك دليلا على بدء تاريخ وقف نفقة الزوجة عليه[3].

---

(١) " لما كان الحكم الإبتدائي قد أقام قضاءه برفض اعتراض الطاعنة على دعوة المطعون ضده لها بالدخول في طاعته على سند مما استخلصه من تقرير الباحث الفني من أن مسكن الطاعة يصلح للسكنى ومستوف لجميع الشروط الشرعية، وكان هذا الإستخلاص سائغا وله سنده من الأوراق، ويؤدي إلى النتيجة التي انتهى إليها الحكم، وفيه الرد الضمني المسقط لما أثارته الطاعنة من أن مسكن الطاعة غير مستوف لشروطه الشرعية، ولا على الحكم إذ لم يأخذ بالنتيجة التي انتهى إليها التقرير المذكور، إذ له أن يأخذ ببعض ما يطمئن إليه منه ويطرح بعض ما جاء به، باعتباره عنصراً من عناصر الإثبات التي تخضع لتقدير محكمة الموضوع.." الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٦٢ ق- أ.ش- جلسة ١٩٩٦/١/٢٩- الموسوعة الذهبية- قاعدة رقم ٢٤٩- ص ٣٦٢.

(٢) كقول الزوج المدعى عليه: إني كنت في حالة غضب شديد، أو سكر، ولم أتمالك أعصابي، مما أدى إلى ضربي للمدعية، يعتبر قوله إقرار صريح بدفع المدعية ويؤاخذ بإقراره. مأمون محمد أبو يوسف- المرجع السابق- ص١١٩.

(٣) أنظر الفقرة (٣) من المادة ١١ مكررا ثانيا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩.

كما قد يدفع الزوج طلب الزوجة بالنفقة بسقوطها عنه كعملها بدون إذنه، أو أنها محبوسة في جريمة من الجرائم، بإبرازه بينة خطية متمثلة في حكم رسمي صادر عن الجهات الرسمية المختصة، أو بردتها، أو الدفع بالإبراء من نفقة العدة[١]، ونحو ذلك من مسقطات حق النفقة، وعلى المحكمة أن تنظر في دفوع الطرفين والإثباتات المقدمة.

ومتى حكم للزوجة بالنفقة اعتبرت دينا في ذمة الزوج من وقت امتناعه عن الإنفاق مع وجوبه، شأنها في هذا شأن الديون الثابتة التي لا تسقط إلا بالأداء أو الإبراء[٢]. ويترتب على هذا أن للزوجة أو المطلقة أن تطلب ما تجمد لها من نفقة لم يدفعها زوجها عن مدة سابقة على الترافع إذا ادعت ذلك وأثبتته، ولا يسقط دين النفقة بموت أحد الزوجين ولا بالطلاق، ولو خلعا، ما لم يكن عوضا عن الطلاق أو الخلع، ولا بما تجمد لها من النفقة قبل تاريخ نشوزها.

ولأن الكثير من الزوجات يزعمن أن أزواجهن لم ينفقوا عليهن من مدة طويلة، ويأتين بشهود زور على ذلك، كيدا لأزواجهن بهدف الحكم عليهم بمتجمد نفقة لمدة طويلة، ولا يكون للزوج خيار إلا الدفع أو الحبس، لذلك منع القانون على القاضي أن يحكم بالنفقة بمدة أكثر من سنة قبل رفع الدعوى[٣].

ومنع القاضي من سماع الدعوى بمتجمد النفقة إلا عن مدة معينة، فقد رؤي أخذا بقاعدة تخصيص القضاء بزمان معين[٤]. وهي قاعدة محل خلاف، حيث أجازها بعض الفقهاء[٥] على أساس أنه يجوز لولي الأمر تخصيص القضاء بالزمان أو المكان أو بنوع معين من القضايا، في

---

(١) فقد يكون هذا الإبراء موثقا بموجب وثيقة كوثيقة الطلاق مثلا، مقابل الإبراء العام، فيكفي للإثبات إبراز الوثيقة، أما إن لم يكن موثقا على الزوج إثبات ذلك بالبينة الشخصية.

(٢) الفقرة (٦) من المادة ٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

(٣) الفقرة (٧) من المادة ١ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ "ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى " فتم تعديل المدة من ثلاث سنوات إلى سنة سابقة على رفع الدعوى.
كما تنص المادة ٨٠ من قانون الأسرة الجزائري بأنه: " تستحق النفقة من تاريخ رفع الدعوى وللقاضي أن يحكم باستحقاقها بناء على بينة لمدة لا تتجاوز سنة قبل رفع الدعوى". وبقطع النظر عن كون سبب الدعوى هو النفقة وحدها أو معها سبب آخر، فإن حساب تاريخ بداية استحقاق النفقة يبتدئ من يوم رفع الدعوى. هذا إذا كانت الزوجة هي المدعية، أما إذا كان الزوج هو المدعي ولم تطلب الزوجة النفقة التي تزعم استحقاقها إلا بعد مرور شهر أو شهرين أو أكثر من سير هذه الدعوى، وبطلب عارض أو مقابل، فهنا لا يحكم لها بها إلا ابتداء من يوم طلبها رسميا بموجب عريضة أو مذكرة تبليغ إلى الخصم الآخر، ويجيب عنها كتابيا أو شفهيا بالجلسة.
عبد العزيز سعد– الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري – ص٢٠١.

(٤) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠.

(٥) محمد أبو زهرة- المرجع السابق- ص٢٤٩. محمد بلتاجي- المرجع السابق - ص ٢٦٧.

حين ذهب البعض الآخر[1] إلى عدم جواز المنع من سماع الدعوى لأن الله تعالى جعل القضاء فريضة للفصل في كافة الخصومات وليس هذا المنع من باب تخصيص القضاء.

والحقيقة أن الفكرة في عدم سماع الدعوى في دعوى النفقة هو تعذر وصول القاضي إلى الحقيقة لتقادم العهد بالواقعة محل النزاع، مع احتمال صدق المدعي بها[2]، وليس لدرء الدعاوى التي تكيد فيها الزوجة لزوجها- فهذا عام في حالات المطالبة بالنفقة طالت المدة أو قصرت - أو ترهقه بالنفقة لسنوات مضت، فقد تؤخر رفع دعواها رغبة في فتح فرصة لزوجها لمراجعة نفسه. ولذلك فأضم رأيي إلى من يقترح التوفيق بين الرأيين السابقين[3]، بتعديل عبارة "ولا تسمع دعوى النفقة" إلى النص على أنه: "ويجوز للقاضي ألا يسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لأكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى"، فبدلا من أن يحكم القاضي برفض الدعوى في هذه الحالة، فيكون قضاؤه مخالفا للحقيقة، ويحتمل معه ظلم المدعي في هذه الحالة - إذا كان صادقا- يحكم بعدم سماع الدعوى تعبيرا عن عذره في عدم الوصول إلى الحقيقة بسبب تقادم العهد على واقعة النزاع. أما إذا كان في الدعوى دليل حاسم يمكن معه الوصول إلى الحقيقة ولو تقادم العهد بها، ففي هذه الحالة يحكم بمقتضى هذا الدليل، فتخضع المسألة في جملتها لسلطة القاضي وتقديره بحسب ظروف كل قضية.

---

(١) أنظر بيانا قديما لجبهة علماء الأزهر، بغير توقيع وبدون تاريخ نشرته المطبعة المتحدة بدرب السعادة أشار إليه د. عبد الناصر توفيق العطار- الأسرة وقانون الأحوال الشخصية - ص ٤٦.

(٢) المرجع السابق- نفس الموضع

(٣) المرجع السابق- ص ٤٦ وما بعدها.

الفصل الثالث

الإثبات في دعاوى المهر وجهاز الزوجية ومتاع البيت

وفيه مبحثان:

المبحث الأول: الإثبات في دعاوى المهر.

المبحث الثاني: الإثبات في دعاوى جهاز الزوجية ومتاع البيت.

المبحث الأول

الإثبات في دعاوى المهر

قضايا المهر كثيرة ومتشعبة والحديث عنها مستفيض في كتب الفقهاء، وسنكتفي بذكر أهمها مع بيان قواعد أحكام الإثبات فيها وموقف القانونان المصري والجزائري، وما يجري عليه العمل في المحاكم.

والإختلاف في المهر إما أن يكون في أصل التسمية أو في مقداره، وإما أن يكون في قبض المسمى أو في وصفه، أو في مهر السر والعلانية. وهذا الاختلاف قد يكون بين الزوجين في حياتهما، وقت قيام الزوجية بينهما، أو بعد الفرقة ، وقد يكون بين أحدهما وورثة الآخر بعد موته، وقد يكون بين ورثتهما بعد موتهما.

وفيما يأتي بيان كل صورة من صور الإختلاف وحكم الإثبات فيها.

المطلب الأول

الإختلاف في أصل التسمية

وقد يحصل الإختلاف في حياة الزوجين أو بعد موتهما:

أولا: إذا كان الاختلاف في حياة الزوجين: إذا اختلف الزوجان في تسمية المهر في العقد أو في عدمه، بأن ادعى أحدهما تسمية مقدم معلوم، وأنكرها الطرف الآخر، فالبينة على من ادعى التسمية واليمين على من أنكرها، عملا بالقاعة المقررة، فإن أقام مدعي التسمية البينة على دعواه قضي له بها، لأنه نوّر دعواه بالحجة، فإن أقاما البينة معا، قدمت بينة المرأة إذا كانت تثبت الزيادة على مهر المثل، لأن البينة شُرِّعت لإثبات خلاف الظاهر[1]. وإن عجز مدعي التسمية عن إقامة البينة وطلب تحليف المنكر وجهت إليه اليمين، فإن نكل عن اليمين ثبتت التسمية وحكم عليه بالمسمى، لأن النكول حجة للمدعي على المدعى عليه، وإقرار ضمني بدعواه، وإن حلف بطلت

(١) المبسوط – ج٥ ص ٦٣. تبيين الحقائق – ج٢ ص ١٥٢، ١٥٣.

التسمية وقضى بمهر المثل، لأنه الواجب الأصلي بعقد النكاح[1].

واحتجوا على ذلك بالآتي:

١- أن الواجب الأصلي في النكاح هو مهر المثل، لأنه قيمة البضع وقيمة الشيء مثله من كل وجه، فكان هو العدل، وإنما التسمية تقدير لمهر المثل، فإذا لم تثبت التسمية لوقوع الاختلاف فيها وجب المصير إلى الواجب الأصلي كما تقدم.

٢- لما عجز المدعي عن الإثبات فلا سبيل إلى القضاء بما ادعى فيتعذر وجوب مهر مسمى.

٣- أن اليمين حجة كافية لاعتبار العقد خاليا عن التسمية، فيكون حينئذ مهر المثل هو الواجب[2].

ولا يختلف الحكم بعد موت أحد الزوجين عما كان عليه في حياتهما إذا حصل النزاع بين الحي منهما وورثة الميت، فمن كان القول له لو كان حياً، يكون القول لورثته، لأن مهر المثل لا يسقط اعتباره بموت أحدهما، والوارث يقوم مقام المورث في ذلك، وهذا باتفاق أبي حنيفة وصاحبيه[3].

ثانيا: إذا كان الإختلاف بعد موت الزوجين معا:

أ- مذهب الحنفية: اختلف الحنفية في ذلك، فذهب الصاحبان إلى أن الحكم لا يختلف عما كان عليه حال حياتهما، أو حياة أحدهما وموت الآخر، فيحكم بالمسمى إن ثبت، وإن لم يثبت حكم بمهر المثل لا ينقص عما يدعيه ورثته ولا يزيد عما يدعيه ورثتها، وهو المفتى به في المذهب. ووجه قولهما أن التسمية إذا لم تثبت لاختلافهما وجب مهر المثل بالعقد، ومتى وجب كان ديناً في الذمة لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فيبقى بعد موتها كالمسمى وصار كأنه تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم ماتا[4].

---

(١) بشرط أن لا يزيد على ما ادعته المرأة إذا كانت هي مدعية التسمية لرضاها بذلك القدر، ولا ينقص عما ادعاه الزوج إن كان هو مدعي التسمية، لرضاه بالمسمى الذي ادعاه.

(٢) هذا كله إذا اختلفا حال قيام النكاح أو بعد الطلاق، وكان ذلك بعد الدخول، أو قبل الدخول بعد الخلوة، أما إن اختلفا قبل الدخول بها وقبل الخلوة، وعجز المدعي عن إثبات التسمية، وحلف المنكر اليمين فإنه لا يقضى بمهر المثل، بل يكون الواجب هو المتعة، لأنها تقوم مقام مهر المثل عند عدم التسمية، على ألا تنقص عن نصف ما سماه الزوج إن كان هو المدعي، وألا تزيد على نصف المهر الذي تدعيه الزوجة، إن كانت هي المدعية. شرح العناية على الهداية- ج٢ ص١٥٧. مجمع الأنهر- ج١ ص٣٦١. شرح فتح القدير- ج٢، ص ٤٧٥.

(٣) مراجع الحنفية السابقة.

(٤) بدائع الصنائع- ج٣ ص١٤٩٥. حاشية ابن عابدين- ج٣ ص١٥٠. الهداية- ج١ ص٢٣٠. شرح فتح القدير- نفس الموضع.

أما الإمام أبو حنيفة فيختلف الحكم عنده في حال العجز عن الإثبات، فيحكم بالمسمى إن ثبت ولا يحكم بشيء إن لم يثبت ببينة، وحجته في ذلك؛ أن مهر المثل يقدر بمهر أقرانهما، وموتهما يدل على انقراض أقرانهما، فلا يمكن للقاضي أن يقدر مهر المثل، لتعذر الوقوف على مقداره بتقادم العهد وانقراض أهل ذلك العصر، ولأن القضاء به يؤدي إلى استيفاء مهر المثل مرارا، لأن النكاح يثبت بالإستفاضة والشهرة، فيقضى بمهر المثل، ثم يأتي قوم آخرون فيدّعون ذلك فيقضى لهم بمهر المثل، فيتسلسل إلى آخر الدهر، ولأن الصحابة رضي الله عنهم اختلفوا في سقوطه بموت أحدهما، فكان إجماعا منهم على سقوطه بموتهما.

وفي رواية أخرى عن أبي حنيفة كالصاحبين يقضي بمهر المثل إن لم يتقادم العهد بموتهما[1].

وقد ناقش ابن قدامة الرواية الأولى لأبي حنيفة بأن الحق لا يسقط لتقادم العهد، كما أنه لا يتعذر الرجوع إلى مهر المثل كتقييم سائر المتلفات[2].

ب- مذهب المالكية: لو ادعى الزوج أو ورثته بعد وفاته أنه نكحها تفويضا[3]، وادعت الزوجة تسمية لها، أو ادعى ورثتها ذلك، ولم تكن هناك بينة، فينظر إلى عرف الزوجين، فإن كانا من قوم معتادي التفويض، أي من عادتهم أن يتزوجوا دون تسمية مهر، أو كان ذلك هو الغالب عندهم، أو على التفويض والتسمية على السواء، فالقول قول الزوج أو ورثته بيمين لصدق دعواهم بذلك، فيحلف الزوج في الطلاق، وورثته في الموت ولا شيء لها من المهر ولها الميراث.

أمّا إن كان من قوم اعتادوا التسمية أو غلب ذلك عندهم، فالقول قول الزوجة في الطلاق، وقول ورثتها في الموت بيمين، هذا إذا حصل طلاق أو موت قبل الدخول، فإن حصل ذلك بعد

---

(١) تبيين الحقائق – ج٢ ص ٢٥٨. المبسوط – ج٥ ص٦٣، مجمع الأنهر – ج١ ص ٣٦١. وذكر بعض الأحناف أن هذا الاختلاف كله إذا لم تسلم الزوجة نفسها، فإن سلمت ووقع الاختلاف في حالة الحياة أو بعد الموت، فإنه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها لابد أن تقرّي بما تعجلت و إلا حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل، ثم يعمل في الباقي كما أسلفنا، لأنها لا تسلم نفسها إلا بعد قبض شيء من المهر عادة. حاشية ابن عابدين– ج٣ ص١٥١. بدائع الصنائع– ج٣ ص ١٤٨٩.

(٢) المغني- ج٨ ص ٤٤.

(٣) نكاح التفويض هو إخلاء النكاح من مهر مسمى، وهو قسمان: أن يصرح بالتفويض، أو يسكت عن المهر وهو جائز اتفاقا. أما لو صرحا باشتراط إسقاط المهر لم يجز ذلك، وفسخ قبل الدخول. ولأن الأصل فيه قوله تعالى: (لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة)، فأباح الشارع الطلاق مع عدم الفرض والمسيس، والطلاق المباح لا يكون إلا في نكاح صحيح. التاج والإكليل- ج٣ ص ٥٣٦. مواهب الجليل- ج٣ ص٥١٤. بداية المجتهد- ج٢ ص٢٧٢. الإنصاف- ج٨ ص٢٩٧. المغني- ج٨ ص ٤٧. كشاف القناع- ج٥ ص ١٥٦.

الدخول، فالقول قول الزوج أو ورثته من باب أولى[1].

ج- **مذهب الشافعية:** في المسألة قولان:

الأول: موافق لقول الحنفية وهو أن القول للزوج بيمينه في إنكار أصل التسمية، ويجب مهر المثل.

والثاني: وهو أصحهما أنهما يتحالفان، لأن هذا الاختلاف يتضمن اختلافها في القدر، لأن المنكر يقول الواجب مهر المثل، والآخر يدعي التسمية.

ومحل ذلك أن تدعي أكثر من مهر المثل، ولو أنكرت تسمية المهر، وادعاها الزوج، أو ادعى المنكر منهما التفويض، بأن قال لم تقع تسمية في العقد، وادعى الآخر التسمية، فالأصل عدمها من جانب وعدم التفويض من جانب، فيحلف كل منهما على نفي مدعى الآخر تمسكا بالأصل، وأما إذا ادعى أحدهما التفويض، والآخر السكوت عن المهر صدق الآخر بيمينه، لأن الأصل عدم التفويض فيجب مهر المثل، ولم يتحالف في هذه الحالة، لأن ترك التسمية يفسد النكاح لوقوعه من غير حائزة التصرف[2].

وإذا حكمنا بالتحالف، فحلف أحدهما ونكل الآخر، حكمنا للحالف. وهذا كله إن لم تكن لأحدهما بينة، فإن أقامها حكمنا له بها، وإن أقاما بينتين ففي المذهب وجهان:

أحدهما: يحكم ببينة المرأة لاشتمالها على الزيادة، والثاني: وهو أصحهما أنهما يتعارضان، فإذا قلنا بتساقطهما فلا بينة ويتحالفان ويجب مهر المثل، وإن قلنا بالقرعة، ففي القول باليمين لمن خرجت قرعته وجهان أيضا.

ولا يختلف الحكم بموت أحدهما بين ورثته والحي منهما، ولا بموتهما معا بين ورثتهما، وهو مذهب الحنفية، غير أن الشافعية قالوا لابد من التحالف، والفرق بين الوارث ومورثه أن الزوجين يحلفان على البت في النفي والإثبات، والوارث يحلف على البت في الإثبات وعلى نفي العلم في النفي، على القاعدة في الحلف على فعل الغير[3].

---

(١) الشرح الكبير-ج٢ ص٣٣٤. حاشية العدوي على الخرشي- ج٣ ص٢٩٩. مواهب الجليل- ج٣ ص ٥٣٦ وما بعدها. التاج والإكليل- ج٣ ص٥٣٦. الفواكه الدواني- ج٢ ص ٤٨.

(٢) مغني المحتاج – ج٤ ص ٢٤٢.

(٣) وذكر الشافعية مسألة قريبة من هذه، وتتمثل فيما ادعت الزوجة نكاحا ومهر مثل لعدم تسمية صحيحة، فأقر بالنكاح وأنكر المهر، سواء بنفيه في العقد، أو سكت عنه، بأن قال نكحتها ولم يزد، ولم يدع تفويضا ولا إخلاء النكاح عن ذكر المهر، فأصح الأقوال عدم اعتبار إنكاره له، لأن النكاح يقتضي المهر، فيكلف ببيان مهر المثل، فإن ذكر قدرا وزادت عليه الزوجة تحالفا، لأنه اختلاف في قدر المهر، وإن أصر الزوج منكرا حلفت الزوجة=

د- **مذهب الحنابلة:** إذا اختلف الزوجان - أو ورثتهما أو أحدهما وولي الآخر أو وارثه - في التسمية بأن ادعت الزوجة حصولها وأنكرها الزوج، فإما أن يكون ذلك بعد الدخول أو قبله.

١- فإن كان قبل الدخول: كأن ادعت المرأة مهر مثلها أو دونه فلها ذلك من غير يمين، لأنها لو صدقته في إنكاره لوجب مهر المثل، فلا فائدة في الإختلاف، وإن ادعت أقل من مهر المثل، فهي مقرة بنقصها عما يجب لها، فيجب أن يقبل قولها بغير يمين، وإن ادعت أكثر من مهر المثل لزمته اليمين على نفي دعواها، ويجب لها مهر المثل. وهذا إن لم تكن لها بينة و إلا حكم بها.

٢- أمّا إن كان بعد الدخول: ففي المذهب روايتان: أصحهما أن القول للزوج بيمينه لموافقته للأصل وهو البراءة، والثانية: أن القول لها في تسمية مهر المثل مع يمينها.

وعلى كلتا الروايتين لها مهر المثل، هذا إذا لم يطلقا، أما إن طلقها ولم يدخل بها، فعلى الرواية الأولى في عدم التسمية لها المتعة، وعلى الرواية الثانية لها نصف مهر المثل، لأنه المسمى لها لقبول قولها فيه.

وكذلك الحكم بين ورثتهما، أو ورثة أحدهما والآخر، والفارق أن من حلف من الزوجين والولي قد حلف على فعل نفسه، فكان حلفه على البت، وهو الأصل في اليمين، أما الوارث فحلفه على نفي العلم لا على البت، لأنه حلف على فعل غيره(١).

المطلب الثاني

الإختلاف في مقدار المسمّى

إذا اتفق الزوجان على أصل تسمية المهر، واختلفا في المقدار المسمى، بأن قال الزوج مثلاً تزوجتك على ألف، وقالت الزوجة: تزوجني على ألفين(٢)، وكان ذلك قيام النكاح مطلقا - بل الدخول أو بعده - أو بعد الطلاق والدخول، فقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة إلى أقوال أربعة على النحو الآتي:

= اليمين(وهي يمين مردودة لأنها ردت على المدعي)باستحقاقها عليه مهر مثلها، قضي لها به.
وفي المسألة قولان آخران: أحدهما: أنه لا يكلف بيان المهر، ويكون القول قوله بيمينه بأنها لا تستحق عليه مهرا، لأن الأصل براءة الذمة، وثانيها أن القول قولها بيمينها لأن الظاهر معها.
مغني المحتاج - ج٤ ص ٢٤٢، ٢٤٣. روضة الطالبين- ج٥ ص ٦٣٨. نهاية المحتاج- ج٦ ص ٣٦٧.

(١) كشاف القناع- ج ٥ ص ١٥٤. المغني- ج ٨ ص ٤٥.

(٢) ومنه أيضا اختلاف الزوجان في جنس المهر بأن قال تزوجتك على دراهم، فقالت على دنانير، أو اختلافهما في صفته كأن قالت بدراهم صحيحة، فقال بل مكسرة، أو في عينه بأن قال تزوجتك بهذه السيارة، فقالت بل بهذه العمارة، أو في أجله، بأن قالت تزوجتك بمهر مؤجل، فقال بل بمهر حال.

القول الأول: أن القول لمن يشهد له مهر المثل بيمينه، وبه قال أبو حنيفة ومحمد من الحنفية[١]، وهو رواية عند الحنابلة[٢].

القول الثاني: أن القول للزوج مع يمينه بكل حال، وهي رواية عن أحمد[٣] وبه قال أبو يوسف من الحنفية وابن أبي ليلى[٤]، إلا أن يدعي الزوج مستنكرا والمهر الذي لا يتزوج بمثله في العادة.

القول الثالث: يفرّق فيه فيما إذا اختلف الزوجان قبل الدخول، فيتحالفا ويفسخ النكاح بطلاق. أما إن اختلفا بعد الدخول أو الطلاق أو الموت فالقول للزوج بيمينه، وهو مذهب المالكية[٥].

القول الرابع: يتحالف الزوجان ثم يفسخ المهر ويجب مهر المثل، سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده، حال قيام الزوجية أو بعد زوالها ولا يفسخ النكاح وهو مذهب الشافعية[٦].

مبنى الخلاف: ما ذكر ابن رشد[٧] في أن مبني على اختلافهم في مفهوم حديث "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، هل هو معلل أو غير معلل ؟

فمن قال معلل: اعتبر حلف أقوى المتداعيين شبهة، فإن استويا تحالفا وتفاسخا، ومن قال غير معلل: اعتبر البعض أن القول للزوج بيمينه، لأنها تقر له بالنكاح وجنس الصداق، وتدعي عليه قدرا زائدا، واعتبر البعض الآخر أن كل من الخصمين مدعى عليه فيتحالفان.

تفصيل الأقوال وأدلتها

أدلة القول الأول: قول أبي حنيفة ومحمد ورواية عن الحنابلة بتحكيم مهر المثل، فإن كان يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعيه أو أقل منه يحلف، فإن حلف لزمه ما أقر بتسميته، وإن نكل لزمه ما ادعته الزوجة، أما إن كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما ادعته أو أكثر منه تحلف، فإن حلفت كان لها ما ادعت، وإن نكلت فلها ما أقر الزوج بتسميته. وحجتهم في ذلك أن القول في

---

(١) تبيين الحقائق – ج٢ ص ١٥٧. المبسوط– ج٥ ص٦٢. مجمع الأنهر – ج١ ص ٣٦٠. تحفة الفقهاء – ج٢ ص ٢١٤. بدائع الصنائع– ج٣ ص ١٤٨٨. البحر الرائق– ج٣ ص ١٩٣. شرح العناية على الهداية مع الفتح – ج٢ ص ٤٧٥. معين الحكام – ص ١٠٢.

(٢) كشاف القناع – ج ٥ ص ١٥٤. المغني – ج٨ ص ٣٩.

(٣) مراجع الحنابلة السابقة.

(٤) مراجع الحنفية السابقة.

(٥) المدونة – ج ٤ ص٢٣٩. حاشية الدسوقي– ج٢ ص٣٣٣. مواهب الجليل – ج٣ ص٥٣٧. شرح الخرشي– ج٣ ص١٣٦. بداية المجتهد- ج٢ ص ٢٥.

(٦) الأم- ج٥ ص١٤٣. مغني المحتاج- ج٤ ص ٢٤٢. تكملة المجموع- ج١٥ ص٢٥٨.

(٧) بداية المجتهد- ج٢ ص٢٥.

الشرع والعقل لمن يشهد له الظاهر، والظاهر يشهد لمن يوافق قوله مهر المثل، لأن الناس إنما يقدرون المسمى بمهر المثل وبينونة عليه لا برضا الزوج بالزيادة عليه، والمرأة وأولياؤها لا يرضون بالنقصان عنه فكانت التسمية تقديراً لمهر المثل، كما وأن الزوجين لا يستويان أبدا في الدعوى بل يكون أحدهما ولابد أقوى شبهة، وهو من وافق قوله مهر مثل(١).

وفيما يتعلق بهذا الخلاف، فإنهما اتفقا على أصل مسمى المهر، وهو مانع من وجوب مهر المثل، فيكون القول قول منكر الزيادة عليه، ولم يجر التحالف بينهما، لأن النكاح لفسخ العقد بعد تمامه، والنكاح لا يتحمل هذا النوع من الفسخ، كما أن المصير إلى التحالف إذا لم يمكن ترجيح قول أحدهما على الآخر بشهادة الظاهر له، فلا حاجة إليه هنا، كما لا حاجة في إيجاب مهر المثل إلى يمين من ينفيه.ولأن القول بالتحالف يفضي إلى إيجاب أكثر مما يدعيه أو أقل ممّا يقر لها(٢).

هذا إذا شهد الظاهر وهو مهر المثل لواحد منهما، فإن لم يشهد، بأن كان أكثر مما ادعاه الزوج، وأقل مما ادعته الزوجة، فذهب أبو حنيفة ومحمد بأنه إذا لم تكن لها بينة تحالفا، لأن كل واحد منهما مدع من وجه ومنكر من وجه، أما الزوج فلأن المرأة تدعي عليه الزيادة وهو منكرها، وأما الزوجة فلأن الزوج يدعي عليها تسليم النفس عند تسليم المهر إليها وهي تنكر، فكان كل واحد منهما مدعياً من وجه ومنكرا من وجه آخر، فيتحالفان لقوله صلى الله عليه وسلم: "واليمين على من أنكر"، ولأن ما يقوله كل واحد منهما محتمل للصحة، فلا يعدل عنه إلا بيمين من صاحبه.

ويبدأ القاضي بأيهما شاء والمستحب القرعة(٣)، وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر، لأن النكول إقرار أو بذل وهو حجة في باب الأموال، وإن حلفا فلها مهر المثل، لأنه الواجب الأصلي، وإنما المسمى تقدير له كما تقدم، فلا يعدل عنه إلا عند ثبوت التسمية وصحتها، بحيث لا يزيد مهر المثل عما تدعيه ولا يقل عما يدعيه(٤).

---

(١) بدائع الصنائع – ج٣ ص ١٤٨٨. الهداية – ج١ ص ٢٣١. البحر الرائق – ج٣ ص ٤٧٦. شرح فتح القدير – ج٢ ص ٤٧٦. حاشية رد المحتار – ج٣ ص ١٤٨. شرح منتهى الإرادات- ج٣ ص ٧٨.

(٢) فإذا كان مهر مثلها مائة وادعت ثمانين وادعى الزوج خمسون، أفضى ذلك إلى الإنفاق على عشرين واجبة، ولو ادعت مائتين وادعى مائة وخمسون ومهر مثلها مائة، فأوجب مائة ولأسقط خمسين يتفقان على وجوبها. المغني- ج٨ ص ٤٠ . شرح منتهى الإرادات- ج ٣ ص٧٨.

(٣) وقيل: يبدأ بيمين الزوج، لأنه المنكر قبل تسليم المرأة نفسها وبعده، أما المرأة فلا إنكار منها إلا بعد التسليم، لذا كانت بداية التحليف منه أولى. بدائع الصنائع– ج٣ ص١٤٨٨. البحر الرائق – ج٢ ص ١٩٣.

(٤) بدائع الصنائع– ج٣ ص ١٤٨٩. مجمع الأنهر– ج١ ص ٣٦١. البحر الرائق– ج٢ ص ١٩٣. تحفة الفقهاء– ج٢ ص ٢١٣، ٢١٤. تبيين الحقائق – ج٢ ص ١٥٧. فتح القدير– ج٢ ص ٤٧٦. حاشية رد المحتار- ج٣ ص١٤٩. المغني- ج ٨ ص ٤٠ .

وأيهما أقام البينة قبلت منه، سواء شهد له مهر المثل أو لم يشهد له، ولا يحكم مهر المثل، لأن تحكيمه للضرورة ولا ضرورة عند قيام البينة. وإن أقاما بينتين فترجح بينة من لم يشهد له الظاهر، لأن البينات لإثبات خلاف الظاهر، فإن كان الظاهر[1] يشهد للزوج دون الزوجة كانت بينته مرجوحة وبينتها هي الراجحة، لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، واليمين لإبقاء الأصل[2]، والأصل في النكاح كونه بمهر المثل، فمن ادعى خلافه فبينته أولى، فإن لم يشهد مهر المثل لإحدى البينتين، بأن كان أكثر مما ادعى الزوج وأقل مما ادعته الزوجة تهاترت البينتان.

وما ذكرناه في حياتهما هو أيضاً عند موت أحدهما لاستوائهما، وحكم بمهر المثل.

أما إذا وقع الاختلاف في مقدار المسمى بعد موتهما، فعند أبي حنيفة القول قول ورثة الزوج عملاً بظاهر الدعوى، لأن مهر المثل عنده لا يبقى بعد موتهما، فلا يمكن تحالفهما، هذا ما لم يكن لورثة المرأة بينة على دعواهم فيقضي بها، خلافاً لمحمد والحنابلة في رواية عنهم فإنه يصار إلى تحكيم مهر المثل، لأنه لا يسقط بموتهما، ولقيام كل وارث مقام مورثه[3].

أدلة القول الثاني: اعتبر أبو يوسف والحنابلة في رواية أن القول للزوج بكل حال ولو لم يكن ما ادعاه مهر المثل، لأنها هي المدعية وهو ينكرها، والأصل براءة الذمة[4]، فإن أقامت البينة على دعواها الزيادة حكم لها بمقتضاها، وإن عجزت عن إقامتها حلف اليمين بطلبها، فإن نكل عن اليمين حكم لها بما ادعت، وإن حلف الزوج اليمين حكم له، لأن القول قول المنكر مع يمينه عند عجز المدعي عن إقامة البينة.

وهذا ما لم يدع الزوج أمرا مستنكرا فيما ذهب إليه أبو يوسف[5]، كأن يكون مهر مثلها

---

(١) يرى الأستاذ عبد الوهاب خلاف في القول بأن البينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر، والظاهر هنا مهر المثل، فالبينة التي تخالفه راجحة، فيرى أن في هذا التعليل نظر، لأن كون البينات شرعت أصلا لإثبات خلاف الظاهر لا يقتضي أن وجود قرائن وشواهد تعضدها يجعلها مرجوحة، ويجعل الأخرى التي تكذبها القرائن والشواهد راجحة، مع أن الظاهر قد يكون وحده شهادة، فكيف إذا أيد بينة يضعفها. أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية- مطبعة دار الكتب المصرية- ط٢- القاهرة- ١٣٥٧هـ ١٩٣٨م- ص١٠٠.

(٢) ومثال ذلك إذا كانت بينة الزوج أن المهر المسمى خمسمائة دينار وبينة الزوجة أنه ألف، وكان مهر المثل خمسمائة، أو أقل رجحت بينتها، وحكم بألف دينار، وإن كان مهر مثلها ألف دينار أو أكثر رجحت بينته وحكم لها بخمسمائة دينار.

(٣) بدائع الصنائع – ج٣ ص ١٤٩٥. مجمع الأنهر– ج١ ص ٣٦. شرح فتح القدير– ج٢ ص ٤٧٨. المغني-ج٨ ص ٤٠. حاشية رد المحتار– ج٣ ص ١٤٩.

(٤) المبسوط- ج٥ ص ٦٤. بدائع الصنائع- ج٣ ص ١٤٤٨. البحر الرائق- ج٢ ص ١٩٣. تبيين الحقائق- ج٢ ص ١٥٧. المغني- نفس الموضع. شرح منتهى الإرادات-ج٣ ص٧٨.

(٥) تحفة الفقهاء– ج٢ ص ٢١٤. البحر الرائق – نفس الموضع. وقد اختلف في تفسير المستنكر الذي يدعيه =

خمسمائة فيدعي أن المسمى خمسون، ففي هذه الحالة يكون الظاهر شاهداً لها ولا يلتفت إلى قول الزوج لاستنكاره عرفا.

وقد يكون مدعي الزيادة هو الزوج والزوجة هي المنكرة، كما إذا كان سلمها المهر جميعه ثم طلقها قبل الدخول وقبل الخلوة، وادعى أنه مائة، وادعت أنه خمسون فيسترد نصف المهر، ومن مصلحته أن يدعي الزيادة، فيقع عبء الإثبات هنا على الزوج، لأنه مدعي الزيادة، فإن أقام بينة ثبت ما ادعاه وحكم له به، وإن عجز كان القول قولها بيمينها، إلا إذا ادعت ما يستنكر عرفا، فيحكم حينئذ مهر المثل.

أدلة القول الثالث: وجه قول المالكية في التفرقة بين أن يكون النزاع قبل الدخول أو بعده.

فإن كان قبل الدخول يكلف كل واحد من الزوجين بإثبات ما ادعاه، فإن عجزا عن إقامة البينة، ينظر إذا كان قول أحدهما أشبه بالمتعارف بين أهل بلديهما، فإذا لم يكن أو أتيا معا بما يشبه فإنهما يتحالفان، ويفسخ النكاح بطلاق(١) ولا شيء لها، وكذلك الحكم إن نكلا جميعاً عن اليمين، ويقضي للحالف على الناكل ولا فسخ.

أما إن كان الاختلاف بعد الدخول أو الطلاق أو الموت، سواء كان موت أحدهما أو موتهما معاً، فالقول للزوج أو ورثته بيمين، لأن الزوج قد استوفى منفعة البضع حين مكنته الزوجة من نفسها، ولأنه غارم فكان القول قوله، فإن نكل كان القول لها أو ورثتها بيمين، فإن نكلت هي أو ورثتها قضى للزوج(٢).

أدلة القول الرابع: وجه قول الشافعية أنه إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر يعتبر كل منهما مدع ومدعى عليه وأيهما أقام بينة قضى له بها، ويتفقون في ذلك مع أبي حنيفة ومحمد، أما إذا أقاما بينتين مختلفتين، فالصحيح في المذهب أنهما يتساقطا ويتحالفا، ويجب مهر المثل، سواء كان اختلافهما قبل الدخول أو بعده(٣).

= الزوج، فقيل: هو أن يدعي أنه تزوجها على أقل من عشرة دراهم، وقيل هو أن يدعي أنه تزوجها على ما لا يزوج مثلها به عادة، وهو الأصح. تبيين الحقائق – ج٢ ص ١٥٨.

(١) ولا يقع الفسخ بمجرد الحلف وإنما يتوقف على حكم الحاكم ويقع ظاهرا وباطنا. شرح الخرشي – ج٣ ص ١٣٦. حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٣٣٣.

(٢) حاشية الدسوقي - ج٢ ص ٣٣٤. التاج والإكليل- ج٣ ص ٥٣٦. الشرح الصغير- ج٢ ص ٤٩١. مواهب الجليل- ج٣ ص ٥٣٧. شرح الخرشي- ٣ ص ١٣٧. مختصر العلامة خليل- ص ١٣٠، ١٣١، وجاء فيه: "إذا تنازعا في مقدار المهر أو صفته أو جنسه حلفا وفسخ، والرجوع للأشبه، وانفساخ النكاح بتمام التحالف، وغيره كالبيع، إلا بعد بناء أو طلاق، أو موت، فقوله بيمين". بداية المجتهد- ج٢ ص٢٥.

(٣) وفي المذهب قول آخر وهو تقديم بينة الزوجة لاشتمالها على الزيادة.

والحكم نفسه إذا لم يكن النكاح لهما أو لأحدهما بينة، ومبنى قول الشافعية في ذلك أن عقد النكاح هو عقد معاوضة، فجاز أن يثبت التحالف في قدر عوضه كالبيع، ولحديث "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، فكان كل واحد من الزوجين مدعى عليه، فعليه اليمين. فإن حلفا فسخ المهر ووجب مهر المثل ولو زاد على ما ادعته الزوجة، لأن التحالف يسقط المسمى - وكل منهما قد حقق بيمينه ما حلف عليه- فيصير الاعتبار بمهر المثل، وإن ماتا أو أحدهما قام الوارث مقام مورثه، ولا يفسخ النكاح - خلافا لمالك- لأن الجهالة بالمهر لا تفسد النكاح[1].

المطلب الثالث

الإختلاف في قبض المهر

قد يختلف الزوجان في قبض المهر وفي وصفه:

أولا: الإختلاف في أصل القبض: إذا اختلف الزوجان في قبض المهر أوفي مقدار المقبوض، كأن ادعى الزوج أنه سلمها جميع المهر وهي تنكر، أو أنه سلمها مقدارا معينا، وهي تدعي أنه سلمها أقل منه، فاختلف الفقهاء في ذلك إلى ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: وهو مذهب جمهور الحنفية وعليه الفتوى[2]، ومبناه هو التفرقة بين حصول الاختلاف قبل الدخول أو بعده، فإن كان الإختلاف قبل الدخول كان القول للزوجة وطلب الزوج بالبينة، لأن الظاهر شاهد لها بقاء المهر في ذمته بالعقد، فكان الأصل بقاءه حتى يقوم الدليل على خلافه، فإن أثبت الزوج دعواه بالبينة، أو بنكول الزوجة عن اليمين عند عجزه عن الإثبات، حكم له بدعواه، وإن عجز عن الإثبات وحلفت الزوجة اليمين رفضت دعواه.

وإن كان الإختلاف بينهما بعد الدخول فيفرق فيه بين أن يكون في أصل القبض أو في مقدار منه، فإن كان في أصل القبض بأن ادعى أنه سلمها المهر بتمامه، وهي تنكر، فالقول قول الزوج ولا تسمع دعوى الزوجة في ذلك، لأن ظاهر الحال يشهد للزوج، والعرف العام يستنكر دعواها ويعارضها، لأن الغالب أن الزوجة لا تزف إلى زوجها إلا بعد أن يعجل لها الزوج بعض المهر على الأقل[3].

---

(١) الأم- ج٥ ص١٤٣. مغني المحتاج- ج٤ ص ٢٤٢. نهاية المحتاج – ج٦ ص ٣٦٨.

(٢) بدائع الصنائع-ج٣ ص١٤٩٥. شرح العناية على الهداية- ج٢ ص٤٧٩. حاشية رد المحتار- ج٣ ص١٥١

(٣) هذا هو قول أبي الليث ووافقه في ذلك كثير من فقهاء الحنفية وخالفه فيه بعضهم، ونص قوله: "إذا كان الزوج بنى بها فإنه يمنع منها مقدار ما جرت العادة بتعجيله، ويكون القول قول المرأة فيما زاد على المعجل إلى تمام مهر مثلها". حاشية رد المحتار – نفس الموضع.

وإن كان الإختلاف في مقدار المقبوض لا كله بأن ادعى أنه أقبضها قدرا وادعت أقل منه، وأنه قد بقي في ذمته جزء من مقدمه فتسمع دعواها، وعليه البينة بدفع ما بذمته، فإن عجز عنها كان القول قولها بيمين، لأنه قد ثبت حقها في المهر بمقتضى العقد والظاهر شاهد لها.

والحكم نفسه لا فرق بين أن يكون الإختلاف بين الزوجين، أو بين أحدهما وورثة الآخر، أو بين ورثتهما.

المذهب الثاني: وهو مذهب المالكية، ومبنى قولهم أن الإختلاف إما أن يحصل قبل الدخول أو بعده(١).

فإن كان قبل الدخول فالقول قول الزوجة بيمينها إن كانت رشيدة، فإن لم تكن رشيدة أو كانت محجورا عليها حلف وليّها أو وصيّها، فإن حلف من وجب عليه الحلف منهم دفع الزوج المعجل ثانيا ودخل بأهله، وإن صرفت اليمين عليه حلف وبرئ منه.

فإن نكل من وجب عليه الحلف كالولي أو الوصي غرم لها لإضاعته بنكوله، ما حل من الصداق(٢). وإن كان ذلك الاختلاف بعد الدخول فالقول قول الزوج بيمين، لأن الغالب أن المرأة لا تسلم نفسها حتى تقبض صداقها(٣).

وقد قيّد المالكية قبول قوله بأربعة قيود:

١- أن لا يكون الصداق مكتوبا بكتاب، وإلاّ فالقول قولها بلا يمين.

٢- أن لا يكون العرف في تلك الناحية قد جرى بتأخير ما حلّ من المهر عن الدخول، بأن كان عرفهم تعجيله أو لا عرف، و إلا فالقول قولها بيمين، لأن العرف شاهد لها.

---

(١) هذا إذا تنازع الزوجان في قبضه معجل المهر، أما إن كان مؤجلا، فيختلف الحكم ويكون القول قولها فيما لم يحل، سواء وقع التنازع فيه قبل البناء أو بعده، كسائر الديون من أن من ادعى الدفع فلا يبرئه إلا البينة، أو إقرار من رب الدين.

أما إذا حل أجل المهر وكان الزوج قد دخل بها، فالقول قوله، وقد سئل مالك عن رجل شرطوا عليه في المهر بعضه معجلا وبعضه مؤجلا تزوج امرأة بنقد مائة دينار وخادم إلى سنة، فنقدها المائة فشغلت في جهازها وأبطأ الزوج عن دخولها فدخل بها بعد السنة من يوم تزوجها، ثم ادعت المرأة بعد ذلك أن الزوج لم يعطها خادماً ولم تقبض إلا المعجل، وقال الزوج قد دفعت إليها المعجل والمؤجل. فأجاب مالك: إن كان قد دخل بها بعد مضي السنة أجل المهر، فالقول قول الزوج، وإن كان قد دخل بها قبل مضي السنة فالقول قول المرأة. المدونة – ج٤ ص ٢٣٩، ٢٤٠. مواهب الجليل – ج٣ ص ٥٣٨.

(٢) التاج والإكليل – ج٣ ص ٥٣٨، وفيه قول ابن شاس: "إذا اختلفا في قبض معجل الصداق، فإن استقرت عادة صير إليها، وإلا فالقول قولها إلا أن تكون مدخولاً بها، فالنص أنه تقبل دعواه إلا فيما لم يحل منه".

(٣) هذا إذا كان مالكا لأمر نفسه و إلا فوليه.

٣- أن لا يكون بيدها رهن عليه، وإلا فالقول قولها بيمين.

٤- أن تكون دعواه بعد الدخول دفعه لها قبل الدخول، فإن دفعه فلا يصدق كسائر الديون، لأنه أقر بدين في ذمته، فلا يبرأ منه إلا ببينة على دفعه[١].

وإن مات الزوج وادعت الزوجة على ورثته، أو ماتا جميعا واختلف ورثتهما فالحكم واحد، وقام ورثة كل مورث مقامه.

وقد استحسن بعض المالكية أن يكون القول قولها أبدا لأنها مدعى عليها، ولما رأى مالك قوة الشبه التي للزوج إذا دخل بها قال بذلك، لأن العرف بالمدينة كان عندهم أن لا يدخل الزوج حتى يدفع المهر، فإن كان في بلد ليس فيه هذا العرف، كان القول قولها أنها لم تقبض، مع يمينها [٢].

أدلة المذهب الثالث: أن القول للزوجة مع يمينها مطلقا، سواء اختلفا قبل الدخول أو بعده، وإليه ذهب الشافعية[٣]، والحنابلة[٤]، وبعض الحنفية[٥]، وبه قال الشعبي و سعيد بن جبير وابن شبرمة وابن أبي ليلى وإسحاق. وحجتهم قوله صلى الله عليه وسلم: "واليمين على من أنكر"، والمرأة مدعى عليها، فكان القول قولها، ولأنه ادعى تسليم الحق الذي عليه، والأصل عدم براءته منه، فلا يقبل منه بغير بينة، ولأن النكاح محكم في الوجوب والبناء بها غير محكم في القبض.

وسواء ادعى أنه وفاها الصداق أو ادعى أنها أبرأته منه، أو قال لا تستحق عليّ شيئا، فالحكم واحد. والإختلاف بين أحد الزوجين وورثة الآخر أو بين ورثتهما، كالإختلاف بين الزوجين حال حياتهما.

ويظهر ممّا سبق اتفاق المذاهب جميعا إذا حصل الاختلاف قبل الدخول، وأن الخلاف بينهما حاصل فيما بعد الدخول، فمنهم من حكم العرف وجعله شاهداً للزوج في ادعائه، ومنهم من حكم الأصل وهو عدم براءة الزوج من التزامه، فكان الزوج مدعياً في نفي ذلك.

ويترجح لي ما ذهب إليه المالكية في اعتبار القول قول الزوجة قبل الدخول، وقول الزوجة بعد الدخول، لأن عرف المدينة الذي بنى عليه الإمام مالك هو العرف السائد اليوم، فتثبت الدعوى بالعرف لقيامه هنا مقام البينة للزوج. أما إن وجد عرف يقضي بتأخير الحال من المهر عن الدخول،

---

(١) الشرح الصغير – ج٢ ص ٤٩٦. حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٣٣٥. شرح الخرشي – ج٣ – ص ١٣٨.
(٢) بداية المجتهد- ج٢ ص٢٦. عيون المجالس- ج٣ ص١١٥١.
(٣) الأم- ج ٥ ص ٧٢. تكملة المجموع- ج ١٥ ص٢٦١ .
(٤) المغني- ج٨ ص ٤٢. الإنصاف- ج٨ ص ٢٩٣. كشاف القناع- ج٥ ص١٥٥.
(٥) حاشية رد المحتار- ج٣ ص ١٥١، ومصادر الحنفية السابقة.

فإن الحكم مبناه البينة على من ادعى واليمين على من أنكر، كما أن القيود التي ذكرها المالكية لها اعتبارها في قضايا المهر في واقعنا اليومي.

ثانيا: الإختلاف في وصف المقبوض: إذا بعث الزوج إلى زوجته قبل الدخول بها أو بعده شيئا من النقود أو العروض، واختلفا بعد ذلك، فقالت الزوجة هو هدية، وقال الزوج هو من المهر، فاختلفت أقوال المذاهب في حكم هذا الخلاف إلى قولين:

القول الأول: قول من يشهد له العرف وهو مذهب الحنفية، ووجه قولهم أنه إذا بعث إليها شيئا ولم يذكر وقت الدفع أمهر هو أم هدية، كان كل واحد منهما مدعياً ومنكرا، وأيهما أقام بينة قضي له بها، فإن أقام الزوج بينة على أنه وقت التقديم صرح بأنه جزء من المهر ثبت ما قامت عليه البينة وقضى له بما ادعى، وإن أقامت هي بينة على أنه صدر منه وقت العطاء ما يدل على أنه هدية حكم لها بمقتضاها، وإن أقاما بينتين كانت بينتها هي الراجحة، لأنها تثبت المهر في ذمته وهو ينكره، والبينات شرعت لإثبات خلاف الظاهر الذي لا يحتاج إلى إثبات، وهو هنا مع الزوج(١).

أما إذا لم تكن لأحدهما بينة حُكّم العرف، الذي يختلف باختلاف العصور والأمصار، فإن شهد بأن مثله يقدم كالطعام والمعد للأكل، أو مما يتسارع إليه الفساد مثل الشواء والفواكه والدقيق ونحوه، أو مما يبعثه إليها في بعض النواحي قبل الزفاف في الأعياد والمواسم من ثياب وحلي، فالقول قولها مع يمينها، لأن الظاهر معها لا معه.

وإن شهد العرف بكونه مهرا كالنقود، فالقول قوله بيمينه وإن كان العرف مشتركا فالقول أيضا قوله بيمينه، لأنه المملك لما أعطى، فكان أعرف وأدرى بجهة التمليك هل أعطى ذلك على سبيل الهدية أو هو جزء من المهر، كما أن الظاهر يشهد له، لأنه يسعى في إسقاط ما في ذمته مما هو واجب عليه(٢).

وإذا حلف الزوج وثبت أن المقبوض مهر، فإن كان قائما بيد الزوجة خيرت بين احتسابه من المهر واستيفاء ما بقى منه، أو رده إلى الزوج وترجع عليه بمهرها كاملاً، أما إن هلك أو استهلك احتسب عليها بقيمته، واستوفت الباقي لها من المهر إن بقى لها شيء في ذمة زوجها.

أما إذا ثبت أن ما قدّمه الزوج هبة، لم يحتسب من المهر ولا يرجع عليها بشيء، لأن الزوجية

---

(١) لأنه يسعى لإسقاط الواجب في ذمته وهو المهر، والعادة أن الشخص يعمل ابتداء لإبراء ذمته من الواجب في ذمته من التزامات، ثم بعد ذلك يقدم على الإهداء والتبرع، فكان أداء الواجب مقدما على الهدية.

(٢) بدائع الصنائع- ج٣ ص١٤٩٥. البحر الرائق – ج٢ ص ١٩٤. تبيين الحقائق – ج٢ ص١٥٨. شرح فتح القدير – ج٢ ص٤٧٩. مجمع الأنهر – ج١ ص٣٦١، ٣٦٢. الهداية- ج١ ص ٢٣٢. حاشية رد المحتار – ج٣ ص ١٥١وما بعدها.

القائمة وقت الهبة مانعة من الرجوع فيها[1].

ولو بعث لها ثياباً وقال أنه من المهر وقالت هو من النفقة فيفرق بين حالين:

الأولى: هلاك ما دفعه الزوج: فالقول قولها لسببين، أحدهما: أن الظاهر يصدقها فيه كما في المهيأ للأكل، وثانيهما: أنه لو كان القول له فيه للزم ضياع حقها في الكسوة الواجبة عليه، لأنها من النفقة، وهي تسقط بمضي المدة، فلا يمكنها المطالبة عما مضى منها، كما يلزم بذلك فتح باب الدعاوى الباطلة، حيث يدعي كل زوج بعد عشرين سنة مثلا أن جميع ما دفعه لها من كسوة ونفقة من المهر، فيرجع عليها بقيمته، ولا شك أن في ذلك من الأضرار بالنساء ما لا يرضاه الشرع، فضلاً عن تكذيب الظاهر والعادة له.

الثانية: بقاء ما دفعه الزوج قائما: فالقول قوله لأنه أعرف بجهة التمليك، بخلاف الهالك، لأنه يدعي سقوط بعض المهر المرأة تنكر، وبالهلاك خرج من المملوكية، وحيث لا ملك بحال فالإختلاف في جهة التمليك باطل، فيكون اختلافاً في ضمان الهالك وبدله، فالقول لمن يملك البدل والضمان[2].

وبخلاف الحالة الأولى، فإنه لا ضرر فيه للزوجة، لأنها تطالبه بكسوة أخرى إذا لم يرض بكونه كسوة، ولا تقتضي العادة أن يكون المدفوع كسوتها، لأن له أن يقول: أعطيها كسوة غيرها، ولها أن ترد المتاع لأنها لم ترض بكونه مهرا، وترجع على الزوج بما بقى من المهر[3].

القول الثاني: أن القول في ذلك للزوج مطلقا سواء كان المقبوض من جنس المهر أو غيره،

---

(١) أما لو بعث الزوج إليها بشيء، وبعث إليه أبوها أيضا، ثم قال الزوج هو من المهر، فللأب أن يرجع في هبته بشرطين: أ- أن تكون هبته من مال نفسه. ب- أن يكون الموهوب قائما لم يهلك أو يستهلك. وإن كان الموهوب من مال البنت بإذنها، فليس له الرجوع، لأنه هبة منها، وهي لا ترجع فيما وهبت لزوجها لوجود المانع، إلا إذا كان ما قدمته إليه عوضاً عما قدمه إليها مما ظنته هدية، فإن لها حق الرجوع عليه بما وهبته، لأن القصد بالهبة هنا العوض، فأخذت حكم البيع. مراجع الحنفية السابقة. وجاء في شرح فتح القدير- ج٢ ص ٤٧٩: "وفي فتاوى أهل سمرقند بعث إليها هدايا وعوضته المرأة ثم زفت إليه ثم فارقها، وقال بعثتها إليك عارية وأراد أن يسترده وأرادت هي أن تسترد العوض، فالقول قوله في الحكم، لأنه أنكر التمليك، وإذا استرد تسترد هي ما عوضته، والصحيح في الخلاف بأن قالت الزوجة أن ما قدمه إليها هو من المهر، وقال هو من الوديعة، فالقول قولها إن كان من جنس المهر، وإن كان من خلافه فالقول قوله".

(٢) هذا إذا ادعت عليه الزوجة الكسوة الواجبة عليه، وتحقق أنها مما لا يجب عليه كخُفٍّ وملاءة ونحوها، فإنه يصدق فيها، أما ما يجب عليه من الخمار والدرع وغيرهما، فإن الظاهر يكذبه باعتبارها من الكسوة الواجبة. مراجع الحنفية السابقة.

(٣) البحر الرائق – ج٢ ص ١٩٥. حاشية رد المحتار – ج٣ ص ١٥٢.

وهو مذهب الشافعية[1]، والحنابلة[2].

١- فإن اتفقا أنه لم يجر لفظ واختلفا فيما نوى، فقال قصدت الهبة، وقالت قصدت دفع المهر، فالقول قوله بلا يمين عند الحنابلة وأصح قولي الشافعية، لأنه أعلم بنيته، ولا اطلاع للمرأة عليها، وهو أعرف بكيفية إزالة ملكه.

٢- إن اتفقا على تلفظ الزوج واختلفا في لفظه، فالقول قوله مع يمينه، لأنها تدعي عقدا على ملكه وهو ينكره، والقول قول المالك بيمينه، كما لو اختلفا في إيداع العين المملوكة أو هبتها.

ومتى حكم بقول الزوج فإن كان المقبوض من جنس المهر وقع عنه كما جاء، وإن كان من غير جنس الواجب عليه فلها رده ومطالبته بالصداق الواجب، فإن كان تالفا فلها البدل عليه.

المطلب الرابع

الإختلاف في مهر السر والعلانية

يحدث في كثير من الأحيان أن يتفق الزوجان أو الزوج وولي الزوجة على مهر في السر، ويعلنا مهر آخر في العلن، وغالباً ما يكون العلن أكثر من مهر السر. وقد يكونان من جنس واحد كالنقود مثلاً، أو من جنسين مختلفين كنقود في السر وعروض في العلن، فتثور نزاعات بين الزوجين عن اعتبار أي المهرين.

أولا: مذهب الحنفية: يرون للإختلاف في مهر السر والعلن وجهان:

الوجه الأول: أن يتفقا على قدر المهر في السر من غير عقد، ثم يتعاقدا على مهر أكثر منه في العلن، ومن صوره:

١- أن تكون الزيادة من جنس المهر الذي اتفق عليه في السر، فإن اتفقا على المواضعة في السر، فالمهر مهر السر، أما إذا اختلفا فالمهر المسمى في العقد هو المعتبر، ما لم يقم الزوج البينة على أن الزيادة سمعة وتفاخر، فإن أقامها ثبت مهر السر.

٢- أن تكون الزيادة من غير جنس المهر، فإن اتفقا على الزيادة، وأنهما تواضعا على مهر السر فالواجب مهر المثل باعتباره الأصل.

وإن اختلفا وعجز مدعي السر عن إقامة بينته، فالمهر هو المسمى في العقد.

٣- أن يتفقا في السر على مهر معين، ويتعاقدان على أن لا صداق لها، تهربا من دفع

---

(١) روضة الطالبين – ج٥ ص ٦٤٤. مغني المحتاج – ج٢ ٢٤٤. نهاية المحتاج – ج٦ – ص ٣٦٨.
(٢) المغني- ج٨ ص ٤٢، ٤٣. شرح منتهى الإرادات- ج٣ ص٧٨..

ونحوها، فالمهر هو ما اتفقا عليه في السر.

الوجه الثاني: أن يتعاقدا في السر على مهر ثم يعقدان في العلانية على مهر آخر، فينتظر:

١- إذا أشهدا أنهما يجددان العقد سمعة، فالمهر هو الأول، لأن العقد الثاني بعد الأول لغو، وبالإشهاد يعلم أنهما قصدا الهزل بما أعلنا فيه[١]، وسواء كان من جنسه أو من خلافه[٢].

٢- إذا لم يشهدا في ذلك، فالمهر هو مهر العلانية عند أبي حنيفة ويكون زيادة منه لها[٣]. وعند الصاحبين فالمهر هو الأول، لأن النكاح الأول لا يحتمل الفسخ فيعتبر العقد الثاني لغو، وما ذكر فيه من الزيادة يلغو أيضاً، وقد رجح مجتهدوا الحنفية قول أبي حنيفة[٤].

ثانيا: مذهب المالكية: إذا اتفق الزوجان أو الزوج وولي الزوجة على مهر بينهما في السر وأظهرا في العلن مهراً آخر يخالفه قدراً أو صفة أو جنساً، فالمعتبر هو ما اتفق عليه في السر، سواء كان المهر قليلاً وأظهرا في العلانية أكثر منه تفاخراً، أو كان كثيراً وأظهرا أقل لخوف ظالم يطلع على كثرته فيصادره، وسواء كان شهود العلانية هم شهود السر أو غيرهم، واشترط البعض ضرورة إخبار شهود السر بما وقع في العلانية، وهذا إذا اتفقا.

أما إذا تنازعا وادعت المرأة على الرجل أنهما رجعا عما اتفقا عليه في السر إلى ما أظهراه في العلانية وأنكر الزوج، جاز لها أن تحلفه على ذلك، فإن حلف عمل بمهر السر، وإن نكل عمل بمهر العلانية بعد حلفها على الظاهر.

وإنما يستحلف الزوج إذا لم تقم بينة على أن مهر العلانية لا أصل له، فإن أقامها عمل بمهر السر ولا يمين عليه[٥].

---

(١) إذا أقام كل منهما بينة، أخذ ببينة العلانية وأبطلت بينة السر، لأن نية العلانية دافعة لدعوى مدعي السر، وناسخة لها، إلا إذا كان شهود السر هم شهود العلانية، فيأخذ ببينة السر، لأن الثابت بالبينة كالثابت بالعلانية، أو باتفاق الخصوم، وأن الإشهاد في العلانية كان تحقيقا لما كان بينهما في السر لا فسخا له. المبسوط- ج٥ ص٥٢.

(٢) فإن اتحد جنس المهرين اعتبر مهر العلانية، وإن اختلف الجنس وجب ما سماه في الأول والثاني.

(٣) فإن كان من خلاف جنسه، فجميعه يكون زيادة على المهر الأول، وإن كان من جنسه، فبقدر الزيادة على المهر الأول يكون زيادة. بدائع الصنائع- ج٣ ص ١٤٩٦.

(٤) تحفة الفقهاء – ج٢ ص ٢١٨. المبسوط- ج ٥ ص ٨٢. بدائع الصنائع- ج٣ ص١٤٩١. البحر الرائق – ج٢ ص١٩٥. تبيين الحقائق – ج٢ ص١٥٨. شرح العناية على الهداية – ج٢ ص ٤٨٠. حاشية رد المحتار – ج٣ ص ١٤٩

(٥) وفي هذا يقول الشيخ خليل في مختصر- ص ١٢٦: "وعمل بصداق السر إذا أعلنا غيره، وحلفته إن ادعت الرجوع عنه إلا ببينة أن المعلن لا أصل له". وسئل مالك أرأيت إن سمي في السر مهر وأعلن في العلانية مهرا، فأجاب: يؤخذ بمهر السر إن كانوا أشهدوا على ذلك شهودا" . المدونة- ج ٤ ص٢١٩.

وفي المقابل لو كان مهر السر كثيرا وادعى الزوج الرجوع عنه وأنكرت المرأة، فإنه يحلفها إن لم تقم لها بينة على أن مهر العلانية القليل لا أصل له، فإن نكلت عمل بمهر العلانية القليل[1].

ثالثا: مذهب الشافعية: لو توافق المتداعين على مهر سرا وأعلنوا زيادة، فالمذهب وجوب ما عقد به العقد، فإن عقدا سرا بألف ثم أعيد العقد علانية بألفين تجملا وسمعة، فالواجب مهر السر، واعتبر الثاني صوري. أما إن اتفقوا على ألف من غير عقد - سمعة أو نحوها - ثم عقدا علانية بألفين، فالواجب مهر العلن[2].

رابعا: مذهب الحنابلة: لهم قولان في المسألة:

الأول: أخذ بالمهر الزائد مطلقاً سواء كان الزائد مهر السر أو العلانية، والغالب أن يكون مهر العلانية، فإن كان مهر العلانية أكثر فقد بذل لها الزائد على مهر السر فلزمه، كما لو زادها في مهرها[3]. وإن كان مهر السر أكثر فقد وجب بالعقد ولم تسقطه العلانية، فبقى على وجوبه. ولا فرق بين أن يكون مهر السر من جنس العلانية، أو يكونا من جنسين مختلفين[4].

الثاني: أن الواجب هو المهر الذي انعقد به النكاح سراً أو علانية، وهذا يتفق مع مذهب الشافعية[5].

- ما عليه العمل في القانونين المصري والجزائري:

مما هو معلوم أن غالب قضايا المهر التي تثور في الواقع العملي قد قلت - على الأقل - عمّا

---

(١) الشرح الكبير- ج٢ ص ٣٣٥. التاج والإكليل- ج٣ ص ٥٣٦. حاشية الصاوي - ج٢ ص ٤٩٤.

(٢) وعلى هاتين الحالتين حمل نص الشافعي في موضع على أن المهر مهر السر، وفي موضع آخر على أنه مهر العلانية. الأم- ج٥ ص١٤٤. روضة الطالبين-ج٥ ص ٦٤٢. مغني المحتاج-ج٤ ص ٢٤٤. نهاية المحتاج-ج٦ ص ٣٦٨. وفيه قول الشافعي: "إذا تزوج الرجل امرأة بمهر علانية وأسر قبل ذلك مهراً أقل منه، فالمهر مهر العلانية الذي وقعت عليه عقدة النكاح، إلا أن يكون شهود المهرين واحداً، فيثبتون على أن المهر مهر السر وأن المرأة والزوج عقدا النكاح عليه وأعلنا الخطبة بمهر غيره، أو يشهدون أن المرأة بعد العقد أقرت بأن ما شهد لها به منه سمعة لا مهرا".

(٣) بشرط أن لا تكون الزوجة قد شرطت على نفسها أنها لا تأخذ إلا مهر السر، فينبغي لها أن تفي بما وعدت به وشرطته. المغني- ج٨ ص ٨٨، ٨٩.

(٤) ولو ادعى الزوج أنه عقد واحد عقداه سرا بمهر وعلانية بمهر آخر، أسره ثم أظهره فلا يلزمه إلا مهر واحد، وادعت الزوجة أنها عقدان بينهما فرقة، أي أنه دخل بها في النكاح الأول ثم طلقها طلاقا بائنا ثم نكحها نكاحا ثانيا، حلفت على ذلك واستحقت ما ادعته، لأن الظاهر أن العقد الثاني يفيد حكما كالأول، ولها المهر في العقد الثاني صحيح إن دخل بها ونحوه، ولها نصف مهر العقد الأول إن ادعى سقوط نصفه بالطلاق قبل الدخول، لأن الأصل عدم لزومه له. كشاف القناع- ج٥ ص ١٥٥. الإنصاف- ج٨ ص ٢٩٣.

(٥) الإنصاف- نفس الموضع ومابعدها. المغني- ج٨ ص٨٩. كشاف القناع- نفس الموضع.

كان ذلك في الماضي بعد أن أصبحت وثيقة الزواج هي الدليل، حيث يدون فيها الزوجان تسمية المهر، ومقداره والمعجل منه، وبيان الأجل المحدد لأدائه، وذلك حرصا منهما على مصلحتهما، وحقوقهما الزوجية من الإنكار. هذا في مختلف محاكم الدول العربية وجه عام، وفي مصر على وجه الخصوص لمنع القانون من سماع دعوى الزوجية أو ما يترتب عليها من الأحكام كالمهر والنفقة والطاعة عند إنكار الدعوى إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمي(١).

لذلك فمن النادر أن يحصل خلاف في أصل تسمية المهر بين الزوجين أو ورثتهما، أما بالنسبة للخلاف في مقدار المسمى فإن المعمول به في مصر هو قول أبي يوسف، وهو ما جاء في المادة ١٩ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، والتي نصها: "إذا اختلف الزوجان في مقدار المهر المسمى فالبينة على الزوجة، فإن عجزت كان القول للزوج بيمينه، إلا إذا ادعى ما لا يصلح أن يكون مهرا لمثلها، فيحكم بمهر المثل".

أما باقي المهر فلم يرد بشأنها نص، فيعمل فيها بأرجح الأقوال من مذهب أبي حنيفة.

ولنا أن نتساءل إذا ورد في وثيقة الزواج تسمية المهر ومقداره والمعجل منه والمؤجل، وما تم استيفاؤه، فهل يجوز إثبات خلاف ما ورد في الوثيقة بالبينة وغيرها من طرق الإثبات ؟

إن وثيقة الزواج وإن وضعت أصلاً لإثبات حصول عقد الزواج، فإنها تعد وثيقة رئيسة في إثبات مقداره وما إذا تم الإقرار فيها بقبضه، وهو ما استقرت عليه التطبيقات القضائية بترجيح الأدلة الكتابية على شهادة الشهود، فلا تعارض هذه الأخيرة الأدلة الكتابية، ويلزم عند دفع الدليل الكتابي تقديم سند كتابي يؤيد الدفع(٢).

وفي ضوء ذلك يمكن إثبات خلاف ما ورد في قسيمة الزواج بسند كتابي معد أثناء العقد، أو بعده، أو من قرائن أخرى تدل على بقاء المهر في ذمة الزوج، وأن ما حرر في الوثيقة بإيفاء عاجل المهر لا اعتبار له ولا ما اشتملت عليه الوثيقة في ذلك، أو أن التسمية في المهر للشهرة فقط، ونحو ذلك(٣).

---

(١) راجع ما ذكرناه في نطاق عدم سماع الدعوى وآراء الشراح في هذه المسألة ص ٢٥٥ وما بعدها من هذه الرسالة.

(٢) عبد الرحمن محمد شرفي – المرجع السابق – ص ٢١٨، وكمثال على ذلك جاء في حكم لمحكمة الاستئناف الشرعية الأردنية أنه: "إذا تضمنت وثيقة عقد الزواج إقرارا بوصول المهر أوقسم منه، فلا يجوز سماع البينة على نفي هذا الإقرار". قرار رقم ١١٣٣٧. محمد حمزة العربي – المرجع السابق - ص ٢٨٩.

(٣) مجلة المحاماة الشرعية– السنة الرابعة – العددين ٧، ٨، أبريل ومايو سنة ١٩٣٣- القاعدة ٢١١- ص ٦٥٢. محكمة شبين القناطر الشرعية- حكم ٣ ذي القعدة ١٣٥١هـ الموافق ١٩٣٣/٢/٢٧. وفي حكم لمحكمة المنصورة أن: "تحرير الزوج على نفسه في نفس الوقت الذي يحصل فيه عقد الزواج سندا بما يساوي المهر باسم الزوجة

ومن قبيل ذلك الإدعاء أن المهر المذكور بوثيقة الزواج هو مهر العلانية، وأن الواجب هو مهر السر هو من قبيل ادعاء الكذب في الإقرار لا يقبل إلا بدليل كتابي[1].

أما بالنسبة للقانون الجزائري فقد أوجب تحديد المهر عند التعاقد حيث جاء نص المادة ١٥ صريحا بأنه: "يجب تحديد الصداق في العقد سواء كان معجلاً أو مؤجلاً". والتحديد هو التسمية والتعيين لمقدار ما يدفعه الرجل للمرأة، فلم يعد بإمكان أحدهما السكوت عنه، سيما إذا تم أمام الموثق، فكانت مسائل الخلاف فيها نادرة.

وأمّا ما يتعلق بالمنازعات التي تثور بشأن المهر سيما ما تعلق بأصل قبضه، أو وصف المقبوض منه، فقد أخذ القانون بمذهب مالك بنص في المادة ١٧ منه: "في حالة النزاع في الصداق بين الزوجين أو ورثتهما، وليس لأحدهما بينة وكان قبل الدخول، فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين، وإذا كان بعد الدخول فالقول للزوج أو ورثته مع اليمين".

ففي حالة النزاع قبل الدخول بأن تدعي الزوجة عدم التسمية، أو عدم القبض، ويدعي الزوج خلافها، فيطالب بالبينة على دعواه، و إلا صدقت الزوجة بعد تحليفها إن كانت هي المدعية أو ورثتها[2]. هذا إذا حصل النزاع قبل تسجيل العقد ، أما إذا حصل بعد تسجيل العقد فالكلمة الفصل في ذلك هو لنسخة العقد.

أما في حالة النزاع بعد الدخول فالكلمة للزوج أو ورثته، ويصدقون في دعواهم إذا كانوا مدعين، أو في أقوالهم الدفوعية متى كانوا مدعى عليهم[3].

أو من يلي قبض صداقها شرعا مع عدم بيانه وجها مقبولا لتحرير هذا السند قرينة قاطعة في أن المبلغ المحرر بالسند هو المهر، فلا تجبر الزوجة حينئذ على الطاعة حتى تستوفي عاجل صداقها مما جاء في هذا السند". حكم رقم ٩٣٠/٤٢٤ ك.س- المنصورة بتاريخ ١٩٣١/١١/٣. أحمد نصر الجندي- مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما- المجلد الثاني- المبدأ ٤٦- ص٩٧٧.

(١) أنظر في ذلك حكم محكمة أسيوط رقم ٤٤/١٤٧٤ بتاريخ ١٩٤٦/١/٣٠. أحمد نصر الجندي-المرجع نفسه- المبدأ ٣٩- ص٩٧٥.

(٢) مع أن العرف الجاري هو تسليم المهر للزوجة أو وليها – في الغالب – في مجلس العقد أو بعد الخطبة مباشرة.

(٣) فضيل سعد – المرجع السابق - ص ١٠٨.

المبحث الثاني

الإثبات في دعاوى جهاز الزوجية ومتاع البيت

ونبحث مشتملات هذا المبحث ضمن المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: الإثبات في دعوى الجهاز.

المطلب الثاني: الإثبات في دعوى متاع البيت.

المطلب الأول

الإثبات في دعوى الجهاز

ونتناول ضمنه مسألتين: الأولى تتعلق بمعنى جهاز بيت الزوجية ومسؤولية إعداده، والثانية في تجهيز الأب لابنته والخلاف بينهما في ملكيته.

أولا: معنى جهاز بيت الزوجية ومسئولية إعداده:

المقصود بجهاز مسكن الزوجية هو ما يعد به مسكن الزوجية من أثاث وفراش وأدوات منزلية تأتي به الزوجة عند زفافها إلى زوجها بغرض الانتفاع به في حياتها الزوجية.

والسؤال الذي نستفتح به هذا الموضوع، والذي تقع بسببه نزاعات كثيرة ومختلفة بين الزوجين، هو من الملزم بتجهيز مسكن الزوجية الزوج أم الزوجة ؟

في الفقه الإسلامي قولان مشهوران في المسألة:

فمذهب الجمهور أن الشارع أوجب المهر في الزواج على الزوج لزوجته تعظيما لشأنها وصونا لها من الإبتذال، وإظهارا لشرف النكاح وأهميته الرفيعة، واعتبروا لذلك أن المهر بعد وجوبه حق خالص للمرأة، لها التصرف فيه كما تشاء كسائر أموالها الأخرى[1]، وليس لها أن تتجهز بالمهر الذي تقبضه، أو بشيء منه، أو من غيره إلى زوجها بالأثاث والمفروشات، وسائر الأدوات اللازمة لتجهيز المسكن، كما لا يجبر أبوها، أو من كان وليا عليها، ولا أحد من أقاربها

---

(١) فلها الإنتفاع به كما لها أن تسقطه عن زوجها وتبرئه منه إن كان دينا لم تقبضه، ولها أن تهبه له إن قبضته، أو كان عينا ما دامت من أهل التبرع واستوفى الإبراء أو الهبة شروطها المقررة شرعاً. ففي فقه الحنفية: "أن المهر ملك المرأة وحقها، لأنه بدل بضعها وبضع حقها وملكها" بدائع الصنائع- ج٢ ص ٢٩٠. كما قال الشافعية أنه: "يؤمر الزوج بوضعه (أي المهر) عند عدل وتؤمر الزوجة بالتمكين، فإذا أسلمت نفسها أعطاها العدل المهر". مغني المحتاج- ج٣ ص ٢٢١. وذكر الحنابلة: "إذا كان الولي غير الأب اعتبر رضا المرأة والزوج، لأن الصداق لها وهو عوض منفعتها". المغني- ج٨ ص ٨. وفي مذهب الظاهرية أن: " الصداق والنفقة والكسوة مقضي بها للمرأة على زوجها " المحلى- ج٩ ص ٤٧٢.

على أن يقوم بتجهيزها من مالها، ولا من ماله هو، سواء أكانت بكرا أم ثيبا، كما ليس لزوجها أن يلزمها، أو يلزم أباها بالجهاز، إذ لا يوجد نص من مصادر الشريعة يفيد أن الجهاز واجب على الزوجة، ولا يثبت حق من حقوق الزواج بغير دليل، وإنما يقع عبء ذلك على الزوج، الذي يجب عليه أن يعد المنزل بكل ما يحتاج إليه، ليكون مسكنا شرعيا لائقا بهما، حتى لو زاد الزوج في المهر عن مهر مثلها، فليس عليها الإعداد.

ويترتب على ذلك أنه إذا زفت المرأة إلى زوجها بدون جهاز أو بجهاز قليل لا يتناسب مع المهر الذي دفعه الزوج، فليس له أن يطالبها أو يطالب وليها بجهاز، ولا بإنقاص شيء من المهر الذي دفعه، ولو كان قد بالغ في المهر، رغبة في كثرة الجهاز أو جودته، فإذا قامت به فهي متبرعة[1].

أما المالكية فلم يعتبروا المهر حقا خالصا للزوجة وإنما يلزمها أن تتجهز بما قبضته من مهرها جهازاً يناسب مثلها لمثل زوجها بشروط[2]:

---

(١) فقد أكد الحنفية ذلك بأنه: "تجب النفقة والكسوة والسكن للزوجة على زوجها". مجمع الأنهر- ج١ ص ٤٨٤. واستثناء من هذا الأصل إذا دفع الزوج مالاً زيادة على المهر نظير إعداد جهاز، أو إعداد جهاز من نوع خاص، فإن كان المال المدفوع منفصلا عن المهر واشترط صراحة ما ذكر، أو جرى العرف بذلك، فللزوج أن يطالب زوجته بالجهاز، أو رد المال المدفوع زيادة على المهر، لأنه هبة قام بها الزوج بشرط العوض، إلا إذا سكت عنها بعد زفافها إليه زمانا يمكنه من المطالبة به فلم يفعل، لأنه سكوته على أن الغرض من الزيادة لم يكن الجهاز، فلا يكون له حق الاعتراض.

أما إذا لم يكن المال منفصلا عن المهر، وإنما زيد في المهر بقصد إحضار جهاز مخصوص أو رغبة في كثرة الجهاز، فقد اختلف الأحناف في حكم هذه الحالة، فذهب رأي إلى أن الزوجة إذا لم تقم بالجهاز المتفق عليه، وجب لها مهر المثل، ولا يزيد عن المسمى، لانعدام رضا الزوج بالزيادة على مهر المثل، ونظير ذلك ما إذا زاد الزوج على مهر المثل في مقابل وجود وصف معين بالزوجة كالبكارة، فإن تخلف هذا الشرط وجب مهر المثل لا المسمى. وذهب رأي آخر إلى أن الزوجة لا تلزم بالجهاز، ويجب لها المهر المسمى كله، لأن المهر كله قل أو كثر إنما هو حق خالص لها، وليس في مقابل جهاز تعده لقوله تعالى: (وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئاً). كما قرر الشافعية: "وأما ما يبقى سنة أو أكثر كالفراش والبسط والمشط، فإنما يجدد في وقت تجديده.. ولها على الزوج آلات الطبخ والأكل والشرب". روضة الطالبين- ج٦ ص٤٥٣، ٤٦٤. وذكر الحنابلة "وعليه لها ما تحتاج إليه للنوم، من الفراش واللحاف والوسادة، كل على حسب عادته، فإن كانت ممن عادته النوم في الأكسية والبساط، فعليه لها لنومها ما جرت عادتهم به، ولجلوسها بالنهار البساط والزلي والحصير الرفيع أو الخشن، الموسر على حسب يساره، والمعسر على قدر إعساره، على حسب العوائد ". المغني – ج٩ ص ٢٣٦.

وفي فقه الظاهرية: "ولا يجوز أن تجبر المرأة على أن تتجهز إليه - أي زوجها - بشيء أصلا، لا من صداقها الذي أصدقها، ولا غيره من سائر مالها، والصداق كله لها تفعل فيه كله ما شاءت، لا إذن للزوج في ذلك ولا اعتراض". المحلى – ج٩ ص ٥٠٧.

(٢) الشرح الكبير وبهامشه حاشية الدسوقي – ج٢ ص ٣٢١، ٣٢٢. حاشية الصاوي على الشرح الصغير-ج٢

١- أن يكون القبض قبل الدخول، سواء كان المهر معجلا أو مؤجلا وحل قبل الدخول، فإن دخل بها قبل القبض فلا يلزمها الجهاز، إلا إذا اشترط عليها الجهاز بعد الدخول، أو جرى عرف بذلك.

٢- ألا يسمى الزوج شيئا غير ما قبضه للجهاز، أو يجري به العرف، بأن يدفع الزوج شيئاً للجهاز، فإنه يلزم، سواء كان المسمى، أو الذي جرى به العرف أكثر من المهر أو أقل.

٣- أن يكون الصداق عينا، أما إذا كان عروض تجارة أو عقار، أو مما يكال أو حيوان فإنه لا تلزم ببيعه للتجهيز به.

وأرى أن ما عليه جمهور الفقهاء من وجوب إعداد جهاز الزوجية على الزوج هو الراجح فقهاً ونظراً، لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض، ولقوله تعالى: (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فإن طبن لكم عن شيء منه نفساً فكلوه هنيئا مرئيا)، فقد حرض الله تعالى على الرجال إعطاء النساء المهور، ويكون ذلك على قدر الزوج، لا إضرار بالزوجة وما يوافق عادة البلد، ولا إلزام على الزوجة بإعداد شيء من ذلك. ومع ذلك فإن المتعارف عليه بين الناس، قديما وحديثا أن المرأة لا تزف إلى زوجها دون جهاز، وينفق أهلها عليها زيادة على مهرها في سبيل إعداد جهازها وشراء ماتتزين به من حلي وملابس. وما قد تحمله لبيت الزوجية من أثاث وفرش تعد بعد ذلك من منقولاته، والتي تكون محلا للنزاع مستقبلا.

ثانيا: تجهيز الأب لابنته والخلاف بينهما في ملكيته:

الأب وإن كان غير ملزم شرعا بتجهيز ابنته، إلا أنه قد يتبرع لها بجهاز إما من مهرها، أو من ماله الخاص به. فإن جهّزها من المهر كله، فلا تطالبه بشيء، لأنها استوفت حقها كاملا، وإن جهّزها ببعض مهرها فلها أن تطالبه بما بقي منه، ويجبر الأب على دفعه لها. وإن جهّزها من مال نفسه وكانت البنت بالغة وسلمها الجهاز في حال صحته على أنه هبة ملكته بالقبض، وإن كانت صغيرة في ولايته المالية ملكته بمجرد الشراء، لأن يده قائمة مقام يدها.

ومتى ملكت البنت الجهاز بالقبض، أو بمجرد الشراء، فإنه لا يجوز للأب ولا لورثته استرداد شيء منه إلا برضاها، لأن القرابة المحرمية تمنع الرجوع في الهبة.

ص٤٩٦. مواهب الجليل- ج٢ ص٥٢٣، وفيه قول خليل" ولزمها التجهيز على العادة بما قبضته".
وما عليه العرف في المجتمع الجزائري - عملا بالمذهب المالكي - أن تجهز المرأة نفسها من الصداق المقبوض، كما أن أهل الزوجة يشاركونها في إعداد جهازها من أموالهم الخاصة، وإن كان القانون جاء موافقا لمذهب الجمهور بنصه أن الصداق حق خالص للزوجة تتصرف فيه كيف تشاء (المادة ١٤ ق.أ.) وليس لإعداد الجهاز ولو قبضت المهر. د. بلحاج العربي- المرجع السابق - ص ١١٥.

والحكم ذاته إذا دفعت الأم في تجهيز ابنتها أشياء من أمتعته، أو تجهزها بماله بحضرته وعلمه وهو ساكت، وزفت إلى الزوج فليس للأب أو ورثته أي يسترد ذلك من ابنته لجريان العرف به، ورضا الأب دلالة[1].

وإذا جهّز الأب ابنته من ماله وزفت إلى زوجها بهذا الجهاز، ثم وقع النزاع بينهما، فادعى الأب أو أحد ورثته أن الجهاز ملكه، وأن ما دفعه إليها أو بعضه عارية، أي أنه أعطي لها على سبيل الانتفاع فحسب، وأنكرت الزوجة وادعت حال حياتها، أو ادعى زوجها ذلك بعد وفاتها، أن الإعطاء كان على سبيل الهبة والتمليك.

فذهب الحنفية إلى اعتبار كل من المتداعيين مدعيا، فأيهما أقام بينة على دعواه حكم له بمقتضاها، وإن أقام كل منهما بينة مقبولة على دعواه، رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر، والظاهر هنا العرف، فإذا كان العرف جارياً على أن جهاز الأب من ماله هبة وتمليك لها رجحت بينة مدعي الإعارة، وهو الأب أو ورثته وحكم له برد الجهاز إليه، وإن كان العرف جاريا بأن جهاز الأب لابنته إعارة، رجحت بينة مدعي التمليك.

وإن كان العرف مشتركا، بأن يجري بتمليك البعض وإعارة البعض أو تضاربا، ولم يغلب أحد العرفين على الآخر، سقطت البينتان لتعارضهما وعدم وجود مرجح لإحداهما على الآخر، فالمختار عند الحنفية أن القول للأب بيمينه، لأنه هو المعطي فهو أدرى من غيره بأن الإعطاء كان على سبيل التمليك أو الانتفاع، ولا فرق بين حياته أو موته، لأن ورثته هم خلفاؤه في ماله[2]. وإن عجز كل منهما عن إقامة البينة حكم العرف[3]، والقول قول من يشهد له العرف بيمينه، فإن حلف حكم بدعواه له، وإن نكل حكم للآخر.

وتسري الأحكام المتقدمة على الخلاف الذي يقع بين الأم وابنتها، أو بين الجد وبنت ابنه[4].

أما المالكية فاعتبروا أن الأب مصدق بيمينه فيما ادعى مما جهز به ابنته أنه كان عارية منه لها، ولا يلتفت إلى إنكار البنت في ذلك ولا إقرارها، ووجه قولهم أن عرف الناس الفاشي هو

---

(١) حاشية ابن عابدين – ج٣ ص ١٥٧. البحر الرائق- ج٣ ص٢٠٠. ابن نجيم- الأشباه والنظائر- ص ١٥٦.

(٢) البحر الرائق – نفس الموضع. المحيط البرهاني- ج٤ ص٢٣٣.

(٣) وذكروا من هذه الأعراف أن الغالب في أشراف الناس دفع ما زاد على المهر من الجهاز تمليكا، فلا يقبل قول الأب أنه عارية، كما أن العادة الفاشية في أوساط الناس أن ما يكون على الزوجة ليلة الزفاف من الحلي والثياب، فإن الكثير منه، أو الأكثر عارية، فإن ماتت ليلة الزفاف لم يكن للرجل أن يدعي أنه لها، بل القول فيه للأب والأم أنه عارية. البحر الرائق – نفس الموضع. شرح فتح القدير – ج٢ ص ٤٨٠.

(٤) البحر الرائق – نفس الموضع. تبيين الحقائق – ج٢ ص ١٥٩. شرح العناية على الهداية مع الفتح – ج٢ ص٤٧٩، ٤٨٠. حاشية ابن عابدين – ج٣ ص ١٥٦ وما بعدها.

استعارة المتاع للتجمل به، والاستكثار به، وسواء كان ذلك المتاع معروفاً أصله للأب، أو غير معروف بأن كان ملكا لغيره[1].

واشترطوا لقبول دعوى الأب شروطا:

١- أن يكون ذلك بعد البناء.

٢- أن يكون فيما بقى بعدما ادعاه وفاء بما أصدقه الزوج.

٣- أن تقوم دعوى الأب قبل مضي السنة أو نحوها من يوم الدخول بها، وإن أقامها بعد ذلك سقط قول الأب وبطلت دعواه، إلا إذا أشهد عليها بذلك، أو صادقته على دعواه في حدود الثلث، و إلا فليس له ذلك.

٤- أن تكون البنت بكرا أو ثيبا وهي في ولايته (سفيهة أو نحوها).

والمشهور في المذهب أن الأم والجد والجدة ليسوا كالأب فيما ذكر.[2]

ويظهر لي أن القول بتصديق الأب في ادعائه لما في يد ابنته مطلقا فيه تجني على البنت، وهو ما حمل بعض المالكية بعدم استحسان هذا القول، وأنه من الأمور الضعيفة التي ليس لهم فيها سوى الإتباع لسلفهم من الفقهاء، ولولا ذلك كان الوجه عدم خروج ما بيدها إلا بما تخرج به في سائر الحقوق، ولا سيما ما بيد البكر، وهذا ما لم يجر العرف بخلاف ذلك، لأن الدعوى في الجهاز مبناها على العرف.

أمّا الشافعية فقولهم تلفيق بين مذهب الحنفية والمالكية، ومبنى قولهم أن جهاز البنت في الأصل ليس ملكا لها، ويصدق الأب إن ادعاه في حياتها أو بعد موتها، إلا أن ملكه لها بصيغة، بأن قال: هذا جهاز ابنتي، فهو ملك لها مؤاخذة له بإقراره أما قوله: جهزت ابنتي بهذا، فليس هذا صيغة إقرار بملك وإنما هو عارية، وأيضاً إذا لم يقل شيئاً فهو إعارة، والفرق بين هذه وما سبق أن في الأولى أضاف الأب الجهاز إلى ابنته، والإضافة إلى من يملك تقتضي الملك، فكان إقرار بخلاف ما هنا[3].

أما الحنابلة فاعتبروا تجهيز الأب لابنته أو أخته من باب الهبات، فهو تمليك، والقول قول البنت التي تدعيه، وعللوا قولهم بوجود المعاطاة بالفعل الدال على الهبة، هذا ما لم تقم بينة على

---

(١) وفي المذهب قول آخر ضعيف منسوب لابن القاسم أن الأب إنما يصدق في العارية إذا كان له على أصل العارية بينة، قربت المدة أو بعدت، و إلا لم يصدق. مواهب الجليل- ج٣ ص٥٢٣.

(٢) شرح الخرشي- ج٣ ص ١٢٤ . مواهب الجليل- نفس الموضع. بلغة السالك- ج ١ ص٤٠٣.

(٣) نهاية المحتاج، ج٥، ص ٤٠٨.

خلاف هذا الأصل، ومتى أقامها الأب قضي له بها[1].

المطلب الثاني

الإثبات في دعوى متاع البيت

قبل الخوض في أحكام هذه المسألة، يجب أولا بيان معنى المتاع والتفرقة بينه وبين الجهاز.

فالمتاع في اللغة هو كل ما ينتفع به الإنسان ويستمتع به في حوائجه، كالطعام و اللباس وأثاث البيت، وأصل المتاع ما يتبلغ به من الزاد[2].

والمقصود بمتاع البيت هو ما ينتفع به في بيت الزوجية، ويشمل ذلك الجهاز وغيره، من أثاث البيت والأدوات المنزلية التي يضيفها أحد الزوجين إلى البيت، فكان بذلك معناه أعم وأشمل من معنى الجهاز[3].

وقد يحدث نزاع بين الزوجين أو بين وارثيها، أو بين أحدهما وورثة الآخر، وكل منهم يدعي ملكيته لما في البيت من متاع، أو في بعضه، أو أنه شريك فيه.

أولا: في الفقه الإسلامي: فيما يأتي تفصيل أقوال الفقهاء في ملكية متاع البيت أو بعضه:

أ- الحنفية: إذا اختلف الزوجان حال قيام الزوجية أو بعد الفرقة في متاع البيت الذي يسكنان فيه، سواء كان البيت ملكا لهما، أو لأحدهما، أو ملكا لغيرهما، فادعى كل من الزوجين أن المتاع ملكه، اعتبر كل منهما مدعياً وأيهما أقام بينة قضى له بها، وإن أقام كل منهما بينة رجحت بينة من يثبت خلاف الظاهر، والظاهر في هذا النزاع هو صلاحية المتاع المتنازع فيه لأيهما، فإن كان يصلح للزوج فقط رجحت بينة الزوجة، لإثباتها خلاف الظاهر، وإن كان يصلح للزوجة رجحت بينة الزوج، وإن كان يصلح لهما، سقطت البينتان لتعارضهما وعدم وجود مرجح لإحداهما على الأخر، والقول فيه للزوج مع يمينه، باعتباره صاحب اليد على البيت وما فيه، وهذا ظاهر يشهد له، والقول لمن يشهد له الظاهر بيمينه.

وإذا لم تكن لأحدهما بينة، فما يصلح للرجال كالعمامة والسراويل والفرس ونحوه، فالقول فيه قول الزوج بيمينه، وما يصلح للنساء كالخمار وأدوات الزينة والدرع والملحفة والحلي وما أشبهها،

---

(١) المغني – ج٩ ص ٢٣٦.

(٢) المصباح المنير– كتاب الميم– ج٢ ص ٢٢٦. لسان العرب – فصل اللام والميم- حرف العين- ج١٠ ص٢٠٤. مختار الصحاح – ص ٦٣٩. القاموس المحيط – مادة متع – ج٣ ص ٨٦.

(٣) أنظر في معنى متاع البيت زكي الدين شعبان- المرجع السابق - ص ٢٨٤.

فالقول فيه للزوجة لشهادة الظاهر لها[1]. ومن كان القول قوله ونكل عن اليمين حكم عليه بالنكول، لأن النكول إقرار بدعوى الخصم أو بذل لها.

وإن كان المتاع المتنازع فيه يصلح لهما معاً، كالفراش والأواني والبسط والأرائك ونحوها، فاختلف الحنفية فيه، حيث ذهب أبو حنيفة ومحمد أن القول فيه للزوج بيمينه، لأن الظاهر يشهد له بذلك، وهو أن ما في البيت من المتاع - والمرأة وما في يدها - في يد الزوج، وهي أقوى من يد المرأة، لأن يده يد متصرفة ومستعملة ويدها يد حافظة، ويد التصرف أقوى من يد الحفظ.

وقد يعترض على هذا بأن ما يصلح للمرأة هو تحت يد الزوج المتصرفة أيضاً فكان مقتضى ذلك أن يكون القول فيه للزوج، لأن الظاهر معه.

فيجاب عن ذلك بأن ظاهر الزوج عارضه ظاهر آخر أظهر وأقوى منه، وهو صلاحية الشيء المتنازع فيه للمرأة فسقط اعتباره.

ويرى أبو يوسف أن القول للزوجة إلى قدر ما يجهز مثلها عادة، ثم ما زاد على ذلك يكون القول فيه للزوج بيمينه، لأن الظاهر هنا وهو العرف الجاري بين الناس أن الزوجة لا تزف إلى بيت زوجها إلا مع جهاز مثلها، وما زاد على مقدار ما تجهز به عادة فيكون القول فيه للزوج عملاً باليد المتصرفة كما تقدم[2].

ولا شك أن رأي أبي يوسف في هذه المسألة هو الجدير بالترجيح لموافقته لعادات الناس،

---

(١) وما كان من متاع لتجارة فهو لمن عرف بتعاطي تلك التجارة، حتى وإن كانت مما يصلح للزوج الآخر. المحيط البرهاني- ج٤ ص ٢٢٧. وأحسن وصف لمتاع النساء من متاع الرجال ما ذكره ابن فرحون المالكي في تبصرته، بعد أن عدد أشياء تصلح للنساء فقط، فذكر ما نصه: "وهذا عند المحققين تابع لعرف المتنازعين، فرب متاع يشهد العرف في بلد أو زمان أنه للرجال، ويشهد في بلد آخر أو زمن آخر أنه للنساء، ويشهد في الزمان الواحد والمكان الواحد أنه من متاع النساء بالنسبة إلى قوم، ومن متاع الرجال بالنسبة إلى قوم آخرين، كالنحاس المصنوع في تونس من بلاد المغرب، فإنه من متاع النساء بالنسبة إلى جهاز الأندلس، ومن متاع الرجال بالنسبة إلى جهاز الحضر". تبصرة الحكام- ج٢ ص ٦٨.

(٢) المبسوط – ج٥ ص٢٠١ وما بعدها. بدائع الصنائع – ج٣ ص ١٤٩٦. المحيط البرهاني- ج ٤ ص٢٢٧.
ولفقهاء الحنفية الآخرين أقوال مختلفة فلزفر قولان: أحدهما في المشكل (وهو ما يصلح لهما) يكون بينهما نصفين، والآخر أن الكل بينهما نصفان، لأن كل واحد من الزوجين إذا كانا حرين ثابتة على ما في البيت، واستويا في سبب الاستلحاق، فكان الكل بينهما نصفين، وقوله الأخير هذا يتفق مع الشافعية كما سيأتي.
أما ابن أبي ليلى فيرى أن القول للزوج في الكل إن كان حياً ولورثته إن كان ميتاً، إلا في ثياب بدن المرأة، لأن الزوج أخص بالتصرف فيما في البيت فكان الظاهر شاهداً له إلا في ثياب بدنها، فإن الظاهر يكذبه ويصدقها.
وقال الحسن خلاف هذا تماماً، وهو أن المتاع كله لها، وله ما عليه من ثياب بدنه، لأن يد المرأة على ما في داخل البيت أظهر من يد الرجل، فكان الظاهر شاهداً لها، وهذا كله إذا لم يكن لأحدهما بينة على دعواه، المراجع السابقة.

وهو أن المرأة لا تزف إلى بيت الزوجية بدون جهاز، بل تنفق جميع مهرها وزيادة عليه من مالها، أو مال والديها في الجهاز.

كيف وهو رأي أبي يوسف رئيس القضاة في عصره، خبر قضايا الناس وعاداتهم وأحوالهم، مما يجعل لذلك عنصراً مهما في ترجيح رأيه في أمثال هذه المسألة[1]، التي مبناها في الغالب الأعم على العرف، ولا عبرة باليد هنا، ولا محل لتحكميها في ذلك. وهو ما رجحه عدد من أهل الفقه والنظر المعاصرين[2].

هذا حكم الإختلاف حال حياتهما، ولا يختلف الحكم عند موتهما معاً واختلاف ورثتيهما، فيقوم ورثة كل منهما مقامه، أما إذا كان الاختلاف بعد موت أحدهما بين الحي من الزوجين وورثة الميت، فعند أبي يوسف ومحمد لا يختلف الحكم عن حال الحياة أو موت أحدهما.

أما عند أبي حنيفة فلا يختلف الحكم عنده أيضا إذا كان الاختلاف بين الزوج وورثة الزوجة، فالقول قول الزوج كما هو في حال الحياة بل بعد الموت أولى. أما إذا كان الإختلاف بين الزوجة وورثة الزوج في المتاع الصالح للرجال والنساء فالقول فيه قولها، لأن الظاهر يشهد لها، وهو أن المتاع كان في يدهما في حياتهما، وكانت يد الزوج أقوى فسقطت يدها بيده، فإذا مات الزوج زال المانع فظهرت يدها على المتاع[3]، فيكون القول قولها بيمينها وليس لورثة الزوج في المتاع شيء[4].

وأرى ترجيح قول أبي يوسف باعتباره أعدل الآراء، ولا اختلاف بين حياة أحدهما أو موته في المسألة.

ب- المالكية: لا يختلف مذهب المالكية عمّا ذهب إليه أبو حنيفة ومحمد، فأي من الزوجين أقام بينة قضي له بها، سواء كان الاختلاف قبل الدخول أو بعده، حال قيام الزوجية أو بعد الافتراق أياً كان نوعه.. وسواء كان البيت للزوج أو للزوجة، وسواء في هذا كله كانت لهما عليه يد مشاهدة أو حكمية[5].

---

(١) وقد نقل ابن عابدين في حاشيته بأن الفتوى على قول أبي يوسف فيما يتعلق بالقضاء، لحصول زيادة العلم له بالتجربة. رد المحتار على الدر المختار- ج ١ ص ٧١.

(٢) عمر عبد الله- المرجع السابق - ص ٣٥٥. أحمد إبراهيم بك – واصل علاء الدين أحمد إبراهيم- أحكام الأحوال الشخصية- ص ٢٢١. زكي الدين شعبان- المرجع السابق - ص ٢٨٥.

(٣) لأن يد الباقي يد نفسه، ويد الوارث قائمة مقام يد مورثه، فلهذا كان المشكل للباقي منهما أيهما كان.

(٤) مراجع الحنفية السابقة.

(٥) يد مشاهدة: أن يكونا قابضين على الشيء فيتجاذبانه ويتنازعانه، أما اليد الحكمية: فأن يكونا في الدار التي يسكنانها. تبصرة الحكام- ج١ ص ٦٩. الفروق- الفرق ١٦٠- ج٣ ص ٢٦٩.

غير أنهم اختلفوا عنها فيما لو أقام كل منهما بينة فإنه يقضي بأعدل البينتين، فإن تساويا رجح بسبب من أسباب الترجيح، فإن تكافأتا سقطتا ورجع في ذلك إلى ظاهر آخر، وهو هل يعرف الشيء للرجال أو النساء أو لهما.

أما إن لم يكن لأحدهما بينة أو سقطتا، فجميع ما كان معتاد للنساء قضى به للمرأة مع يمينها[1]، وما كان معتادا للرجال قضى به للزوج بيمينه، أما ما يصلح لهما معاً، فالقول قول الزوج بيمينه، لأن يده هي المغلبة على يد الزوجة[2].

ولا يختلف الحكم عندهم – بخلاف أبي حنيفة – بموت أحدهما بين الحي وورثة الميت، ولا بموتهما معا، فينزل وارث كل منهما منزلة مورثه.

وإن أقام الرجل بينة على شراء ما هو معتاد للنساء، كالحلي مثلاً، حلف مع بينته أنه اشتراه لنفسه لا لزوجته، وقضي له به. هذا إذا اشتراه من غيرها، أما إن شهدت البينة له بأنه اشتراه منها، فهو له بلا يمين، وأيضاً إذا شهدت البينة أنه ورثه أو وهب له، وكذلك الحكم في المرأة إلا أن في يمينها قولين[3]. والورثة في البينة واليمين بمنزلة مورثيها، إلا أنهم لا يحلفون على البت، وإنما على نفي العلم[4].

ج- الشافعية: إذا اختلف الزوجان سواء حال قيام النكاح أم بعد الفراق، وسواء اختلفا هما أو ورثتهما، أو أحدهما وورثة الآخر، وسواء كان فيما يصلح للرجل أو النساء، أولهما، فإن كان لأحدهما بينة قضى بها، وإن لم يكن فما اختص أحدهما باليد عليه حساً، أو حكماً بأن كان في ملكه،

---

(١) وقول آخر في المذهب أن القول قوله لأنه لا يد لها معه، والمشهور في المذهب هو ما أثبتناه في المتن، وهو مقيد بشرطين، أحدهما: أن لا يكون المتاع المعتاد للنساء في حوز الرجل الخاص به كصندوقه وخزانته عليها يغلق. وثانيهما: أن لا تكون المرأة معروفة بالفقر، و إلا فلا يقبل قولها إلا بمقدار صداقها، وما زاد على صداق مثلها فالقول للزوج بيمينه. الشرح الكبير- ج٢ ص ٣٣٦. شرح الخرشي- ج٣ ص ١٣٩. الشرح الصغير- ج ٢ ص ٤٩٦، ٤٩٧.

(٢) وهو مقيد بذات القيدين السابقين في المرأة.

(٣) والقول بيمين المرأة أو لا يمين عليها، مبناه على العرف، فيختلف باختلافه، فإن كان العرف أن الرجال قوّامون على النساء آمرون ناهون قائمون بأمور زوجاتهم فالشأن أن المرأة ما اشترت ذلك إلا لنفسها لا للزوج، فلا تطلب منها اليمين. أما إذا كان عرف قوم أن النساء قوّامات على الرجال، فالظاهر أن يكون حكم نسائهم في هذه المسألة حكم رجال غيرهن منها. شرح الخرشي- ج٣ ص ١٣٩.

(٤) المدونة – ج٤ ص٢٦٧. مختصر العلامة خليل- ص ١٢٦، وجاء فيه: "فللمرأة المعتاد للنساء فقط بيمين، و إلا فله، ولها الغزل إلا أن يثبت أن الكتان له، فشريكان، وإن نسجت كلفت بيان أن الغزل لها، وإن أقام الرجل بينة على شراء ما لها، حلف وقضي له به، كالعكس، وفي حلفها تأويلان". وشروحه: التاج والإكليل- ج ٣ ص ٥٣٩. مواهب الجليل- ج٣ ص ٥٣٩. الشرح الصغير- ج٢ ص ٤٩٦. وأيضا: الفروق- ج٣ ص ٢٦١. عيون المجالس- ج٤ ص ١٥٩٢.

فالقول قوله بيمينه. أما ما كان في يدهما معاً، أو في البيت الذي يسكنانه، فلكل واحد تحليف الآخر، فإن حلفا جعل بينهما نصفين، وإن حلف أحدهما دون الآخر قضى للحالف.

وحجج الشافعية في ذلك:

١- أن الرجل قد يملك متاع النساء بالشراء والميراث وغيره، والمرأة أيضا، وقد استحل علي بن أبي طالب رضي الله عنه فاطمة رضي الله عنها بدرع من حديد[١]، وهو من متاع الرجال، وقد كانت مالكة له في تلك الحال، فلما كان ممكنا وكان المتاع في أيديهما لم يجز أن يحكم فيه إلا بهذا لكينونة الشيء في أيديهما.

٢- قياس ما يحصل بين الزوجين على الدباغ والعطار إذا تداعيا عطرا ودباغا في أيديهما، فإذا حكمنا لكل ما يصلح له، لاستعملنا الظنون وتركنا الظاهر المستفاد من اليد.

٣- حديث "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر"، فكل من الزوجين كان عليه البينة لظاهر الحديث.

٤- أن كل موضع لو كان المتداعيان امرأتين أو رجلين لم يقدم أحدهما على الآخر، فكذلك إذا كانا رجلاً وامرأة لم يقدم أحدهما على الآخر بالصلاحية، بالقياس على ما إذا كان في يد ثالث، فحكم اليد لا يسقط بالصلاحية، فكذلك إذا كانا في الدار فيها ما يصلح لأحدهما[٢].

وقد نوقش قول الشافعية من وجوه:

الوجه الأول: أنه لا خلاف أن المرأة قد تملك ما يصلح للرجال، كما قد يملك الرجل ما يصلح للنساء بأي سبب من أسباب التمليك، إلا أن ذلك أمر عارض، ويبقى الظاهر أن ما في يد الإنسان مما يصلح له فهو ملكه، وهذا هو الغالب، وإذا دار الحكم بين الغالب والنادر، فحمله على الغالب أولى[٣]، فكل ما شهدت به العادة قضي به، لأن القول قول مدعي العادة، إلا أن يكون هناك

---

(١) عن علي رضي الله عنه قال: " أردت أن أخطب إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ابنته، فقلت: مالي من شيء فكيف؟ ثم ذكرت صلته وعائدته، فخطبتها إليه فقال: هل لك من شيء؟ "قلت:لا، قال:"فأين درعك الحطمية التي أعطيتك يوم كذا كذا؟"، قال:هي عندي، قال:فأعطنيها، قال: فأعطيتها إياه". مسند أحمد-ج٢ ص ٤١. ورواه عن ابن عباس النسائي- تحلة الخلوة- ج٦ ص١٢٩، ١٣٠. و أبوداود- باب في الرجل يدخل بامرأته قبل أن ينقدها شيئا- رقم (٢٢٥) و (٢١٢٧).

(٢) الأم- ج٥ ص٨٥. تكملة المجموع- ج١٩ ص ٣٢٢.

(٣) ففي هذه الحالة تعارض ظاهرين: الظاهر المستفاد من اليد وهو ما رجحه الشافعية، والظاهر المستفاد من العادة الغالبة، وهو مذهب الجمهور. فإن كان الزوج فقيهاً فنازعته في كتب الفقه، أو طبيباً فنازعته في كتب الطب، أو حجاماً فنازعته في آلة الحجامة، ونازعها هؤلاء فيما يختص بالنساء، فإنا نجد في أنفسنا ظناً لا يمكننا دفعه أن ما يختص بالأزواج المذكورين لهم، وما يختص بالنساء لهن، وما أبعد المشاركة بين الزوجين في حقيهما، =

بينة[1].

الوجه الثاني: القياس على العطار والدباغ هو قياس مع الفارق، لتعذر الإشهاد بين الزوجين، فهما ملجآن إلى عدم الإشهاد للضرورة، خشية حصول المنافرة وعدم الوداد بينهما، وما قد يفضي إلى الطلاق والقطيعة، بخلاف العطار والدباغ فلا ضرورة تدعوهما لعدم الإشهاد.

الوجه الثالث: أما حديث البينة، فجوابه أن قاعدة المدعي هو حجة للجمهور لا عليهم، لأن قاعدة المدعي هو كل من كان قوله على خلاف أصل أو عرف، والمدعى عليه هو كل من كان قوله على وفق أصل أو عرف، ومتى ادعت المرأة مكحلتها وشبهها كان قولها على وفق الظاهر، وقول الزوج على خلافه.

الوجه الرابع: أنه لا فرق بين الرجل والمرأة، وبين الرجلين والمرأتين، وبين اليد الحكمية والمشاهدة، فلو تعلق رجل وامرأة بخلخال يتجاذبانه قضينا به للمرأة مع يمينها، وأما إذا كان بيد ثالث فليس لأحدهما يد، بخلاف مسألتنا فإن المستند فيها اليد مع الصلاحية[2].

د- الحنابلة: وهو تلفيق بين المذاهب السابقة، فما كان يصلح لأي من الزوجين فهو له بيمين، وهو قول الحنفية والحنابلة، وما يصلح لهما فهو بينهما، وهو قول الشافعية.

هذا إذا كان المتاع في أيديهما، أما إن كان في يد أحدهما فهو له، وإن كان في يد غيرهما ولم يكن لواحد منهما بينة أقرع بينهما، فمن خرجت له القرعة فهي له[3].

الترجيح: بعد عرض ما تقدم من أقوال الفقهاء في اختلاف الزوجين في ملكية متاع البيت أو بعضه، فإني أميل إلى ترجيح ما يأتي:

١- أن ما يصلح للرجال من المتاع فالقول فيه للزوج بيمينه وما يصلح للنساء فالقول فيه للمرأة بيمينها، اعتماداً على الأصل، وهو أن القول قول مدعي العادة ولو لم يقض بذلك لسد الباب على الزوجين وترتبت عليه مفاسد كثيرة، وتفويت لمصالح كثيرة غالبة.

٢- ينقض ذلك الأصل بوجود البينة، وينتفي ظاهر اليد مع الصلاحية بذلك، وإن أقام كل منهما البينة، رجحت بينة من يدعي خلاف الظاهر.

= ولذلك اعتمد الشرع على هذه الدلائل في ثبوت الأحكام كي لا تفوت مصالح كثيرة خشية من وقوع مفاسد قليلة نادرة. قواعد الأحكام في مصالح الأنام- ج٢ ص ٥٦.

(١) تبصرة الحكام- ج٢ ص ٦٩. قواعد الأحكام في مصالح الأنام- نفس الموضع.

(٢) الفروق- ج٣ ص ٢٦٣ .

(٣) المغني- ج١٢ ص ٢٢٥.

٣- أن ما يصلح لهما فالقياس أن يكون للزوج، لأن يده أقوى، والمرأة وما في يدها في يده، إلا أننا تركنا ذلك القياس للعرف الظاهر، إذ يندر أن تزف المرأة إلى بيت زوجها بغير جهاز، فكان القول قولها إلى جهاز مثلها، وما زاد عليه فهو للزوج، وهو قول أبي يوسف الذي رجحناه، إلا أن يعرف أنها خرجت به من بيتها أو تصدق به عليها، أو كسبت مالاً وعرف ذلك واستبان.

٤- إذا ادعى أحد الزوجين ملكية ما اشتراه للزوج الآخر، وأنه كان بيده على وجه العارية، أو ادعى ذلك ورثته فيلزمه البينة لادعائه خلاف الأصل والظاهر، وهو أنه إنما يصرفه له على سبيل التمليك، ولا يوهن ذلك الأصل ادعاءه خشيته أن يقع بينهما ما يوجب الفراق والقطيعة، أو يموت فيذهب الزوج الآخر بماله لزوج غيره، فهذه افتراضات لا ترقى إلا مجرد الظن.

٥- أما إذا كان الخلاف بين الحي منهما وورثة الآخر أو بين ورثتيهما فلا يختلف الحكم، لأن الوارث شأنه أن ينتقل له ما كان لمورثه على الوجه الذي كان له، وهذا أمر عام في جميع الحقوق كالشفعة والرد بالعيب وخيار الشرط وغيره.

ثانيا: منازعات متاع البيت في القانون والقضاء المصري والجزائري:

الجاري في القضاء المصري في دعاوى الجهاز والخلاف بين الأب وابنته بشأنه، وكذا دعاوى متاع البيت والخلاف بين الزوجين أو ورثتهما في ملكيته هو العمل بقول الحنفية، أما ما يصلح للزوجين معاً من المتاع المتنازع فيه، فالعمل بأرجح الأقوال في المذهب، فيكون القول للزوجة أو ورثتها فيما يجهز به أمثالها عادة وفيما زاد على ذلك فالقول للزوج.

وما ينبغي أن يعلم أن ملكية الزوجة لجهاز الزوجية ومتاع البيت سواء أعدته من مالها الخاص أو من المهر المقبوض، أو وهبه لها أبوها، وما جرى به العرف على صلاحية الشيء المتنازع فيه لأي من الزوجين ما هي إلا قرائن بسيطة - استقر عليها العرف - تقررت لمصلحة من يدعيها ووافقت دعواه، فيجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات الشرعية، بما فيها شهادة الشهود والأدلة الخطية.

وقد جاء حكم هذه المنازعات في المادة ٧٣ من قانون الأسرة الجزائري ونصها: "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 يقتسمانها مع اليمين".

يتضح من هذه المادة مسائل:

المسألة الأولى: قررت المادة في مستهلها بأنه[1] "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت" وهو ما يعني أنه يشترط في المتاع موضوع النزاع أن يكون موجودا ومشاهدا، سواء كان موجودا بمسكن الزوجية أو في غيره من الأماكن، ويكفي عدم إنكاره. ومن ثم فإنه لا يمكن إقامة دعوى على متاع غير موجود أصلا، وكان محل إنكار من المدعي عليه، كأن قدم أحد الزوجين قائمة محل إنكار من الخصم، فهنا لابد من إقامة الدليل على هذه القائمة ابتداء[2]، ويكفي المدعى عليه يمين النفي إلى أن يثبت وجود المتاع المتنازع فيه بالإقرار أو نحوه، وهي يمين حاسمة تحسم النزاع القائم[3].

المسألة الثانية: أما إذا لم ينكر المدعى عليه موضوع الدعوى بأن دفع أن المتاع ملكه، أو أن المدعية قد تسلمت أمتعتها، فهنا قد انقلب إلى مدع، وصار كل منهما بذلك مدعيا، فأيهما أنار دعواه بالبينة على ملكه للمتاع أو جزء منه انتهى النزاع لصالحه، أيا كانت طبيعة محل النزاع.

أما إن لم يكن لأحدهما بينة، فإن الفقرة الثانية من المادة قد جعلت الشاهد العرفي حكماً، فمن كان من الزوجين شاهداً له، كان القول قوله بيمين متممة[4]. وإلى هنا كان القانون الجزائري موافقاً لقول الجمهور الحنفية والمالكية و الحنابلة.

---

(١) وقد جاء في حكم لمحكمة الاستئناف المختلطة بتاريخ ١٩١٤/٤/٢٩ بأنه: "يعتبر العرف الجاري بأن الزوجة تحضر أثاث المنزل قرينة على ملكيتها للأثاث، ولكنها ليست قرينة كافية، بل يجب أن تضاف إليها قرائن أخرى لإثبات حقها، كيسار والد الزوجة، أو قرب العهد بالزواج". محمد عزمي البكري - المرجع السابق - ص ٣٩٧.

(٢) الهاشمي هويدي-توضيحات حول تطبيق المادة ٧٣ من قانون الأسرة المتعلقة بالنزاع في متاع البيت- مقال منشور في المجلة القضائية -عدد خاص بالاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية-٢٠٠١- ص٢٤.

(٣) وهو ما أكدته المحكمة العليا في اجتهاداتها بأن: "الإكتفاء بتوجيه اليمين قبل معرفة وجود أو عدم وجود محل النزاع المدعى به يعتبر بمثابة انعدام التسبيب وخرق واضح لقواعد الإثبات، ومن ذلك ما جاء في إحدى قراراتها "بأن الطاعن قد أنكر وجود المتاع والمصوغ لديه وطلب إقامة البينة على دعواها، والتمس الاستماع إلى شهادة ابن المطعون ضدها، فإن قضاة الموضوع لما لم يجيبوا على طلب الطاعن وبادروا بتوجيه اليمين المتممة للمطعون ضدها دون التأكد من وجود المصوغ فإنهم عرضوا قراراهم للقصور في التسبيب وخرقوا قواعد الإثبات". قرار رقم٨٦٠٩٧ بتاريخ ١٩٩٢/١٠/٢٧م.ق- المرجع السابق- ص ٢٣٣.
وفي قرار آخر "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 للمدعى عليه خالفوا القانون وعرضوا قرارهم لانعدام الأساس القانوني". قرار رقم ٢١٦٨٣٦ بتاريخ ١٩٩٩/٣/١٦- المرجع السابق- ص ٢٤٥.

(٤) وقد أكدت المحكمة العليا ذلك بأنه: "من المقرر أن الشريعة الإسلامية قد نظمت مسألة اليمين في متاع البيت وجعلتها على من يقوى ضده العرف وتؤيده القرائن، واليمين على هذا النحو يمين شرعية لا يتوقف أداؤها على طلب الخصم". قرار رقم ٢٦٥٤٥ بتاريخ ١٩٨٢/١/٢٥- نشرة القضاء-عدد خاص ١٩٨٢- ص ٢٤٣.

المسألة الثالثة: وما اشتركا فيه من المتاع فإنهما يقتسمانه مع اليمين[1]، وهو ما يتفق ومذهب الشافعية والحنابلة.

وفي ضوء ذلك فقد قررت المحكمة العليا مبادئ هامة في الإثبات، كاعتبارها توجيه اليمين للمطعون ضده من طرف قاضي الاستئناف بعد نكوله عن تأديتها أمام قاضي درجة أولى خطأ في تطبيق القانون[2]، وأن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين لا يعد طلباً جديداً، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي[3]، كما يجب على قضاة الموضوع أن يردوا على طلب اليمين المعروض من طرف والمقبول من الطرف المقابل في النزاع[4].

وأخيرا: أرى أنه يتوجب على القاضي عند تكليفه أحد الزوجين بأداء اليمين أن يراعي شخصية كل منهما، وظروف وملابسات كل قضية[5]، واستنباط قرائن أخرى كالحالة المادية لهما، وعمل الزوجة، وقرب العهد بالزواج والتي يمكن أن تعزز قناعة القاضي في موضوع الدعوى، ذلك لأن اليمين إذا كانت تؤتي ثمارها فيما مضى فإنها لم تعد كذلك اليوم، بعد اندفاع المجتمع نحو ماديات الحياة وضعف الوازع الديني وانعدام التربية الأخلاقية داخل الأسرة.

---

(١) م.ع- غ.أ.ش- قرار رقم ١٨٩٢٤٥ بتاريخ ١٩٩٨/٤/٢١- م.ق- المرجع السابق- ص٢٤٢ .

(٢) فمتى وجه القاضي الأول للزوجة تأدية اليمين تطبيقا للمادة ٧٣ المذكورة، على تركها أثاث ومصوغ في بيت الزوجية، وامتنعت عن تأديتها، فإنه لا يجوز لقاضي استئناف أن يسمح لها بتأدية اليمين التي وجهت لها سابقا ونكلت عنها، ومتى حكم بذلك كان مخطئاً في تطبيق القانون ومستوجباً لنقض قراره. أنظر في ذلك م.ع- غ.أ.ش- قرار رقم ٨١٨٥٠ بتاريخ ١٩٩٢/٤/١٤- المرجع السابق – ص ٢٣٠.

(٣) فمن المقرر قانونا أن الدفع المتعلق بعدم تأدية اليمين بشأن الأثاث لا يعتبر طلباً جديداً، بل هو دفع يثار في أي درجة من درجات التقاضي، ومن ثم فإن القرار المنتقد عندما اعتبر توجيه اليمين التي أثارها الطاعن طلبا جديدا، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون. قرار رقم ١٠٩٥٩٥ بتاريخ ١٩٩٤/٧/١٩-المرجع السابق- ص٢٣٦.

(٤) م.ع-غ.أ.ش- قرار رقم ٣٩٢٩٤ بتاريخ ١٩٨٥/١٢/٣٠، مشار إليه عند د. بلحاج العربي- المرجع السابق- ص ٣٩٥.

(٥) د. بلحاج العربي-المرجع السابق- نفس الموضع. وهو ما جعل المحكمة العليا في قرارها رقم ٢٥٠٥٥ الصادر بتاريخ ١٩٨١/٣/٩ تقرر بأن الحكم باليمين في مسألة الملابس وغيرها على المدعى عليه وهو يدعي أن له شهودا جاء معيبا من عدة وجوه مما يؤدي إلى نقض .

الخاتمة:

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، ويعفو عن السيئات، وبشكره تزيد العطيات، والصلاة والسلام على خير البريات، وعلى آله وصحبه أجمعين . وبعد:

فإنّي أحمد الله تعالى على عظم منه وكرمه عليّ باتمام هذه الدراسة التي أرجو أن أكون قد وفقت في لم شتات الموضوع، وأحطت بمختلف جوانبه وتفصيلاته، وقد سعيت إلى وصل أرجاء الدراسة وربط الناحية الفقهية والتنظيرية بالناحية التطبيقية، ليكون العمل متآزرا فيما بين جوانبه المختلفة، وحتى تتضح لنا الرؤية جيدا لإصلاح مواضع القصور سواء في فهم بعض الأحكام الفقهية، وما قد ينتج عن ذلك من أحكام خاطئة وغير عادلة، أو في المسلك غير المستقيم لبعض النصوص القانونية.

ولما كان المعتاد في مثل هذا الموضع أن يذكر الباحث أهم النتائج والمقترحات والتوصيات، فهذا ما سنفعله هنا.

أولا: النتائج: وتتخلص أهمها في:

١- الأخذ بنظام الإثبات الشرعي في إطلاق الأدلة وعدم تقييدها فيه تحقيق لمصالح الناس، مادام أنه لا يوجد ما يمنع من العمل به شرعا، وفي ذلك توسعة للقاضي في قبول مايراه منتجا في الدعوى من الأدلة، حتى ولو لم يرد بها نص متى كانت تؤيد الدعوى وتثبت الحق المدعى به.

٢- ترجيح القول بإطلاق معنى البينة وتعميمها في أنها إسم لكل ما يبين به الحق ويظهره فيه تحقيق لمقاصد الشريعة من تثبيت أسس العدل وحفظ الحقوق على أصحابها، سيما في وقتنا الحاضر حيث حقق فيه العلم قفزات هائلة، فتزايد إكتشاف الوسائل العلمية وأصبح الإستعانة بها في الإثبات القضائي أمرا لازما، وهي لا تخرج عن دائرة القرائن.

٣- تباين الفقهاء في حجية بعض وسائل الإثبات ومدى إعتبارها كأدلة شرعية في إثبات بعض التصرفات والوقائع الواردة ضمن نطاق أحكام الأسرة، ومرد ذلك أسباب عديدة منها إطلاق بعض النصوص في طرق الإثبات وعدم التفرقة بين دعاوى الحقوق المالية وغير المالية. أو إلحاق لبعض دعاوى الأسرة بالحدود، أو عدم صحة الحكم ببعض الوسائل أصلا في تلك الدعاوى،إما للإختلاف في الحكم على بعض النصوص الشرعية، أو اختلاف دلالة البعض الآخر منها، أو نتيجة لاختلاف تكييف تلك الأدلة، ومدى كفايتها في إثبات الحق المدعى به.

٤- ماوضعه الفقهاء من أحكام فقهية وحلول تطبيقية لتعارض البينات في دعاوى الأسرة لأمر حقيق أن يشاد به وبسعة نظر الفقهاء فيه، وهو دليل على أن أدلة الإثبات الشرعية هي أدلة حية وعملية

يخاطب بها ضمير القاضي ومدى فقهه للوقائع، فجعلت من نظام الإثبات نظاما حركيا يستجيب لمقتضيات العصر ويكفل إحقاق الحق، وهذا بخلاف المدونات القانونية وشروحها التي تخاطب القاضي والخصوم بنصوص تجريدية، ولعلّ إلقاء نظرة إلى ماألف في باب القضاء ممن تولوا هذا المنصب، فصاغوا تجربتهم القضائية وتطبيقهم لأحكام عملية في مؤلفات قيّمة، يرى ذلك المعنى و يتضح له القصد.

٥- تباين قوانين الأحوال الشخصية في علاجها لظاهرة الزواج الشرعي غير الموثق، فمنها ما اتجهت إلى الوظيفة التربوية للقانون بإصدار قوانين مرنة بهدف توعية الناس بضرورة تسجيل عقود زواجهم دون المساس بحقوقهم الزوجية متى أثبتوا رابطة الزوجية بكافة طرق الإثبات الشرعية. ومنها من اشترطت لسماع دعوى الزوجية عند الإنكار إلا إذا كان الزواج ثابتا بوثيقة رسمية. ومنها من استعملت الوظيفة الردعية للقانون بتجريم الزواج الواقع خارج الدوائر الرسمية. ومنها ماتجاهلت هذه الظاهرة بإبطالها لمثل هذا النوع من الزيجات، فجنت على نفسها جناية لا توصف.

٦- محاولة القانون المصري المتكررة تصفية بعض الأوضاع المجحفة بالمرأة بحل بعض الأغلال التي غلت بها في زواج غير موثق، ممّا قد يفتح لها آفاق الدخول في علاقة زوجية موثقة إلا أن تلك الحلول جاءت قاصرة لم تستجب لما كان منتظرا منها، حيث لا زال الإجراء الشكلي - القائم على ما يسمّى بعدم سماع الدعوى - يمثل عقبة في استيفاء حقوق كثيرة.

٧- عدم استجابة تعديل قانون الأسرة الجزائري الأخير لما كان منتظرا، بتسهيل إجراءات سير الدعاوى أمام القضاء، وحذف بعض النصوص وتعديل أحكام نصوص أخرى لمخالفتها لأحكام شرعية، أو خلوها عن السند الفقهي الذي تعلل به، سيما ما تعلق منها بدعاوى التطليق. ومن ذلك اشتراطه الحكم للزوجة بطلب التطليق لعدم الإنفاق من إجراءات للإثبات ليس لها أي مسوغ شرعي أو واقعي، كما لمسنا من خلال بحثنا هذا مدى الحيف الكبير الذي تمثله اتجاه الزوجة. هذا فضلا عن أحكام القانون الجزائري المتعلقة بالتطليق لغيبة الزوج، وجمعه لدعويين في دعوى واحدة أو ظلم للزوج، وهو ما يقتضي ضرورة إعادة النظر فيها.

٨- ما أورده التعديل الأخير لقانون الأسرة من أحكام في التطليق لتعدد الزوجات بافتراض الضرر فيه، فضلا عما أورده في التطليق للحبس، فيه تعريض للعلاقات الزوجية للتفكك، بإغراء الزوجات وتشجيعهن على خراب بيوتهن وهدم حياتهن الزوجية بلا مسوغ شرعي، ولامبرر واقعي، سيما في فترة التحول الحرجة التي تمر بها الأسر وطبقات المجتمع عموما، نتيجة التأثير

المادي والإعلامي الخطير في مقابل ضعف الوازع الديني والخلقي.

٩- عدم إلزام القاضي بما جاء في تقرير الحكمين - ولو كانا متفقين فيه على رأي واحد - واعتباره ورقة من أوراق الدعوى ودليلا يخضع لتقدير المحكمة ، أمر يذهب بجوهر التحكيم، ولا يحقق الغرض الذي لأجله تم بعث الحكمين.

١٠-إنّ الحل الذي جاء به القانون المصري باستعاضته عن دعوى الطاعة بطلب الطاعة عن طريق الإعلان على يد محضر ودعوى الإعتراض عليها من الزوجة قد يبدو فيه تبسيط وتيسير لإجراءات دعوى الطاعة من غير إقامة الدعوى بالطريق العادي، إلا أن في ذلك قلبا لأحكام الإثبات في دعوى الطاعة رأسا على عقب، وإضرارا بالزوجة والزوج – على حد سواء – ضررا بليغا، ولا شك أن اهتمام المرأة بحكم القضاء وما يستتبعه من آثار، أكثر من اهتمامها بإعلان الزوج عن طريق المحضر.

١١- الطلاق الواقع عن طريق وسائل الإتصال مهاتفة كالهاتف المحمول عبر غرف الدردشة الصوتية بالإنترنت لايمكن اعتبار مايتحصل عليه المدعي من هذه الأجهزة - بعد تسجيلها- أدلة صحيحة تجيز الحكم للمدعي بما ادعاه، وذلك لعدم صدقها وأمانتها من جهة، ومن جهة أخرى امكانية التغيير فيها بالإضافة أو الحذف. أما ما يمكن أن تحمله تلك التسجيلات من صوت وصورة مرئية فهي في أحسن أحوالها مجرد قرائن قضائية ضعيفة، ولا يمكنه الحكم بمجردها في الدعوى.

أما وسائل الإتصال الكتابية كالفاكس والتلكس فيمكن أن ترقى لدرجة المحررات العرفية متى توافرت بعض الشروط، أما الوسائط الاكترونية الكتابية المستخرجة عن طريق الهاتف المحمول والإنترنت، فلا يمكن اعتبارها في الإثبات لعدم التوفر فيها – أوبعضها - شروط الكتابة.

١٢- إن أعمال الخبرة هي من قبيل الإخبار، فلا يشترط فيها مايشترط في الشهادة من الشروط، نظرا لأوجه الفرق العديدة بين الخبرة والشهادة، والخبرة لاتخرج عن دائرة القرائن التي تخضع لتقدير القاضي.

١٣- لا محل للبصمة الوراثية بوجود دليل الفراش، أوالاقرار أو الشهادة في ثبوت النسب، كما أن كل موضع فيه قافة أو قرعة فالبصمة فيه أولى. وحصر النفي في اللعان دون سواه . ولعلّ من اللازم التأكيد هنا على أن مسايرة المستحدثات العلمية الحديثة لاتكون بالإنسياق نحوها جملة وتفصيلا، من غير نظر في عواقب ذلك، او التدقيق في قواعد الشرع وأصوله، وإنما تكون المسايرة بوضع الإطار

السليم للجمع بين مقتضيات العصر وأصول الشرع ومحكماته، وبذلك نتمكن من منع الناس من الجوانب السيئة لتلك المبتكرات العلمية، ويتحقق بذلك الحق في مسائل كثيرة تفرزها التقنية الحديثة سيما مشروعية الإثبات بها والضوابط اللازمة.

١٤- ولا شك أن الخصومات أمام القضاء تكتنفها صعوبتين أو مشقتين، مشقة الإثبات، ومشقة التنفيذ للحصول على الحق أو البراءة من الإلتزام بعد تنفيذه، فالإثبات عملية يحتاج فيها إلى ضبط وسائل وإجراءات معينة، أما التنفيذ فهو عملية إجرائية بحته، وقد بيّنا في ثنايا البحث أنّ بعض مشكلات التنفيذ في دعاوى الأسرة، ومرد ذلك لعدة أسباب لعلّ أهمها سببان. أما أولهما: فهو غياب نصوص مُحْكَمة في المسألة وما نتج عن ذلك من أحكام قضائية غير قارة النسب، وثانيهما: هو وجود بعض النصوص الإجرائية الجائرة لتي لم ترع خصوصية أحكام الأسرة.

ثانيا: التوصيات: وتتخلص في:

١- الدعوة لربط القضاة بميراث الفقهاء في أبواب القضاء والبينات، سيما من اشتغل من الفقهاء بالقضاء والتدريس والإفتاء.

٢- ضرورة تأصيل بعض أحكام قضاء النقض تأصيلا فقهيا وشرعيا مما يمكن أن يعد مبدأ قضائيا تستنير به المحاكم الدنيا وتعلل به أحكامها، ويكفي الإشادة في هذا الباب ببعض أحكام المحكمة الدستورية المصرية.

٣- إن قاعدة عدم سماع أو قبول دعوى الزوجية في القانون المصري وإن كان الدافع إليها حسنا إلا أن تطبيقها قد يؤدي إلى نقيض ماهو مقصود من وضعها بإنكار زيجات شرعية وما يترتب على ذلك من مفاسد. كما أن ما جاء به قانون إجراءات التقاضي من حلول لم يحد من الآثار السلبية لعدم توثيق الزواج، الأمر الذي يحملنا على المناداة بإعادة النظر في نظام عدم سماع دعوى الزوجية الذي يوقعنا في مآزق عديدة. واقتراحنا يتمثل في الجمع بين الوظيفة التربوية والردعية للقانون على المخالفين من أطراف عقد الزواج .

٤- ضرورة إدراج نصوص في قانون الأسرة الجزائري تتعلق بأحكام الإثبات الموضوعية في دعاوى التفريق القضائي، ومن ذلك وجوب الإستعانة بالخبرة الطبية في إثبات العيوب الموجبة للتفريق.

٥- النص صراحة في القانون المصري والجزائري بقبول شهادة السماع لإثبات الضرر الموجب للتفريق. ولعلّ ما ورد في نص المادة ١٣٤ من قانون الأحوال الشخصية يفي بالغرض.

٦- تعديل أحكام التطليق لحبس الزوج في قانون الأسرة الجزائري، وفي شروط التطليق لعدم الإنفاق- وفقا لما أوردناه في البحث- وإلغاء التطليق لارتكاب الزوج فاحشة مبينة.

هذا فضلا عمّا تناثر في نواحي هذا البحث من نتائج واقتراحات مفصّلة ومعلّلة، فاكتفيت بما ذكرنا تجنبا للتكرار .

وختاما فإنّي أعترف بالقصور سائلا المولى عز وجل العفو عما جرى به القلم من خطأ غير مقصود، كيف لا وقد قالوا: " الانسان في فسحة من عقله، وفي سلامة من أفواه جنسه، مالم يضع كتابا، ولم يقل شعرا". أو كما قيل: "من صنف كتابا، فقد استشرف للمدح والذم، فإن أحسن فقد استشرف من الحسد والغيبة، وإن أساء فقد تعرّض للقذف والشتم".

فهذا الجهد المتواضع لا يخلو من خلل ونقص وتقصير، "فإن يك صوابا فمن الله ، وإن خطا فمني ومن الشيطان، والله عز وجل ورسوله بريئان"(١)..ورحم الله امرءا وجد خللا أو خطأ فنبّهني ، فإن "المُتصفِح للكتاب أبْصَرُ بمواقع الخَلل فيه من مُنْشِئِه"(٢).

وأخيرا أسأل الله تعالى أن يغفر لي خطيئاتي، وجرأتي على ما لا أحسن ولا أطيقه، ولا حول ولاقوة الا بالله العلي العظيم ، وصلى اللهم وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا.

---

(١) هذا قول عبد الله بن مسعود أثناء جوابه على استفتاء، أنظر مسند الامام أحمد- ج ٦ ص ١٣٧ رقم (٤٢٧٦).

(٢) قول لإبراهيم الصّوليّ. الأعلام – ج ١ ص ٢٢.

فهرس مصادر ومراجع البحث

مرتبة على الفنون وكل فن على حرف المؤلف

مع إهمال كلمة "ابن" و "ال" التعريف

أولا: علوم القرآن:

١ - الآلوسي: أبوالفضل شهاب الدين السيد محمود الآلوسي (ت١٢٧٠هـ).

- روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، ادارة الطباعة المنيرية، دون مكان وتاريخ الطبع.

٢ - الجصاص: أحمد بن علي أبو بكر الرازي (ت ٣٧٠هـ).

- أحكام القرآن، تحقيق محمد الصادق قمحاوي، دار المصحف شركة مكتبة ومطبعة عبد الرحمن محمد، القاهرة، دون تاريخ الطبع.

٣- ابن حيان :أبوعبد الله محمد بن يوسف بن حيان الأندلسي(ت٧٥٤ هـ).

-البحر المحيط ،مكتبة ومطابع النصر الحديثة، الرياض ، دون تاريخ الطبع.

٤- الرازي: فخر الدين أبو عبد الله محمد بن حسين القرشي الطبرستاني (ت٦٠٦ هـ).

- التفسير الكبير، المطبعة البهية المصرية، مصر، دون تاريخ الطبع.

٥-الزمخشري: أبوالقاسم جار الله محمود بن عمر الزمخشري الخوارزمي (ت٥٢٨هـ).

- الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٨٥هـ١٩٦٦م.

٦- السعدي: عبد الرحمن بن ناصر (ت ١٣٧٦هـ).

- تيسير الكريم الرحمن في تفسير الكلام المنان،مكتبة المعارف،الرياض،ط١، ١٤٢٠هـ١٩٩٩م.

٧- السيوطي- عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد الخضيري (ت٩١١ هـ).

- الدرالمنثور في التفسير المأثور- دار الفكر- بيروت- ط١- ١٤٠٣هـ ١٩٨٣م.

٨- الشوكاني: محمد بن علي بن محمد (ت ١٢٥٠ هـ).

- فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، دار المعرفة، بيروت، دون تاريخ الطبع.

٩- صديق حسن خان (ت ١٢٤٨ هـ).

- فتح البيان في مقاصد القرآن ، مطبعة العاصمة، القاهرة، أكتوبر١٩٦٥ .

١٠- الطبري: أبوجعفر محمد بن جرير (ت ٣١٠هـ).

- جامع البيان عن تأويل آي القرآن، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر،

ط٢، ١٣٧٣هـ ١٩٥٤م.

١١ - ابن العربي: أبو بكر محمد ابن عبد الله (ت ٥٤٣ هـ).

١٢- أحكام القرآن، تحقيق محمد بجاوي، مطبعة عيسى البابي الحلبي وأولاده، ط٢، ١٣٨٧هـ ١٩٦٧م.

١٣- القاسمي: محمد جمال الدين (ت١٣٣٢هـ).

- تفسير القاسمي المسمى بمحاسن التأويل، دار احياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه، ١٣٧٦هـ ١٩٥٧ م.

١٤- القرطبي: أبو عبد الله شمس الدين محمد الأنصاري القرطبي (ت٦٧١ هـ).

- الجامع لأحكام القرآن ، مطبعة دار الكتب المصرية،١٣٥٦هـ ١٩٣٧م.

١٥- ابن كثير: أبو الفداء عماد الدين اسماعيل بن كثير الدمشقي (ت٧٧٤هـ).

- تفسير القرآن العظيم،دار إحياء الكتب العربية،عيسى البابي الحلبي وشركاه،دون تاريخ طبع.

ثانيا: السنة والآثار وعلومهما:

١- آبادي: محمد شمس الحق العظيم أبي الطيب (ت١٣١٠هـ).

-عون المعبود شرح سنن أبي داود،مع شرح ابن القيم الجوزية،المكتبة السلفية، المدينة المنورة،ط٢، ١٣٧٨هـ ١٩٦٨م.

٢- أبوداود: سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني (ت٢٧٥هـ).

- سنن أبي داود، تعليقات الشيخ أحمد سعد علي،مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط١ ،١٣٧١هـ١٩٥٢م.

٣- ابن أبي شيبة: عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي العبسي(ت٢٣٥هـ).

- المصنف، دار الفكر، بيروت، ط١، ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م

٤- ابن الأثير: مجد الدين أبو السعادات المبارك بن محمد الجزري الشافعي(ت٦٠٦هـ).

- النهاية في غريب الحديث والأثر، دار إحياء الكتب العربية، عيسى البابي الحلبي وشركاه،ط١، ١٣٨٣هـ ١٩٦٣م.

٥- البيهقي: أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي (ت٤٥٨هـ).

- السنن الكبرى، دار الفكر، بيروت، دون تاريخ طبع.

٦- الترمذي: أبوعيسى محمد بن عيسى بن سورة (ت٢٧٩هـ).

- الجامع الصحيح وهو سنن الترمذي، تحقيق أحمد محمد شاكر، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ط١، ١٣٥٦هـ ١٩٣٧م.

٧- ابن حجر: أحمد بن علي بن حجر العسقلاني (ت٨٥٢هـ).
- تهذيب التهذيب، دار صادر، بيروت، ١٣٢٥هـ ١٩٦٨م.
- تقريب التهذيب، تحقيق وتعليق عبد الوهاب عبد اللطيف، دار المعرفة، بيروت، ط٢، ١٣٩٥هـ١٩٧٥م.
٨- فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٠هـ ١٩٨٩م.
٩- الدارقطني: علي بن عمر(ت٣٨٥هـ).
- سنن الدارقطني، عالم الكتب، بيروت، ط٣، ١٤١٣هـ ١٩٩٣م.
١٠- الزرقاني: أبو عبد الله محمد بن عبد الباقي بن يوسف(ت ١١٢٢هـ).
- شرح موطأ الامام مالك،مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر،ط١، ١٣٨١هـ١٩٦١م.
١١- الزيلعي: أبو محمد جمال الدين عبد الله بن يوسف الحنفي (ت ٧٦٢هـ).
- نصب الراية لأحاديث الهداية، مطبعة دار المأمون بشبرا، ط١، ١٣٥٧هـ١٩٣٨م.
١٢- الساعاتي: أحمد عبد الرحمن البنا.
- الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد بن حنبل الشيباني(ت ٢٤١ هـ) مع شرحه بلوغ الأماني من أسرار الفتح الرباني، مطبعة الفتح الرباني، ط١، ١٣٥٨هـ.
١٣- الشوكاني: محمد بن علي (ت١٢٥٥هـ).
- نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، ط١، ١٤٢٤هـ٢٠٠٣م.
١٤- الصنعاني: محمد بن اسماعيل أبو ابراهيم عز الدين الأمير (ت ١١٨٢هـ).
- سبل السلام شرح بلوغ المرام من جمع أدلة الأحكام، دار إحياء التراث العربي، ط٣، ١٣٧٩هـ١٩٦٠م.
١٥- الطحاوي: أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة الأزدي الحجري المصري (ت١٣٢١هـ).
- شرح معاني الآثار، حققه وعلق عليه محمد زهري النجار، دار الكتب العلمية، بيروت،ط٢، ١٤٠٧هـ١٩٨٧م.
١٦-عبد الرزاق: أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الصنعاني (ت ٢١١هـ).
١٧- المصنف، تحقيق وتعليق وتخريج حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الاسلامي، بيروت، ط١، ١٣٩٠هـ١٩٧٠م.
١٨- ابن العربي: أبوبكر محمد بن عبد الله الاشبيلي المالكي (ت٥٤٣هـ).
-عارضة الأحوذي بشرح صحيح الترمذي، مكتبة المعارف، بيروت.

١٩- ابن ماجه :أبوعبد الله محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥هـ).
-سنن ابن ماجه، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، عيسى البابي الحلبي وشركاه، دون تاريخ الطبع.
٢٠- مالك: أبوعبد الله مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ).
- الموطأ، رواية محمد بن الحسن الشيباني، تعليق وتحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف، المجلس الأعلى للشؤون الاسلامية، لجنة احياء التراث الاسلامي، القاهرة،١٤٢٦هـ،٢٠٠٥م.
٢١- مسلم: أبو الحسن مسلم بن الحجاج القشيري النيسابوري(ت٢٦١هـ).
- صحيح مسلم بشرح النووي للامام يحيى بن شرف النووي، دار الحديث، القاهرة، ط٤، ١٣٢٢هـ،٢٠٠١ م.
٢٢- النسائي: أبو عبد الرحمن بن شعيب (ت ٣٠٣هـ).
- سنن النسائي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر،١٣٨٣هـ، ١٩٦٤م

ثالثا: كتب اللغة العربية:

١- الجرجاني: علي بن محمد ابن الشريف (ت ٨١٦ هـ).
- التعريفات، دار الكتاب، القاهرة، ط١، ١٩٩١.
٢- الرازي: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي (ت ٦٩١هـ).
- مختار الصحاح،المطبعة الأميرية ،القاهرة، ١٣٥٨هـ١٩٣٩م.
٣ – الزبيدي: محمد مرتضى (ت١٢٠٥هـ).
- تاج العروس من جواهر القاموس، دار مكتبة الحياة، بيروت، دون تاريخ الطبع .
٤ – الزمخشري: أبو القاسم جار الله محمود بن عمر (ت٥٣٨هـ).
- أساس البلاغة، تحقيق عبد الرحيم محمود، دار المعرفة،بيروت، دون تاريخ طبع.
٥- الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب (ت٨١٧هـ).
- القاموس المحيط، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر،ط٢، ١٣٧١هـ، ١٩٥٢م.
٦- الفيومي: أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي(ت٧٧٠هـ).
-المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، دون تاريخ الطبع.
٧- مجمع اللغة العربية: المعجم الوسيط اخراج د.ابراهيم أنيس ود.عبد الحليم منتصر وعطية الصوالحي ومحمد خلف الله أحمد، دار المعارف، مصر ١٣٩٢هـ ١٩٧٣م.
٨- ابن منظور: أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الافريقي المصري(ت ٧١١).
- لسان العرب، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر المحمية، ١٣٠٠هـ.

رابعا: الفقه:

أ- الحنفي:

١- الزيلعي: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي (ت ٧٤٢هـ).

- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق، مصر المحمية، ١٣١٣هـ.

٢- السرخسي: شمس الدين أبو بكر محمد بن أبي سهل (ت٤٩٠هـ).

- المبسوط، دار الكتب العلمية، ط١، ١٤٢١هـ،٢٠٠١م.

٣- السمرقندي: محمد بن أحمد أبوبكر علاء الدين (ت ٤٥٠هـ).

-تحفة الفقهاء،حققه وعلق عليه د.محمد زكي عبد البر،مطبعة جامعة دمشق،ط١، ١٣٧٩هـ، ١٩٥٩م.

٤- السمناني: أبوالقاسم علي بن محمد بن أحمد الرحبي السمناني (ت ٤٩٩هـ).

- روضة القضاة وطريق النجاة، حققها وقدمها د.صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، دار الفرقان، عمان، ط٢، ١٤٠٤هـ، ١٩٨٤م.

٥- ابن شحنة الحنفي: أحمد بن محمد أبو الوليد لسان الدين الثقفي الحلبي (ت ٨٨٢هـ).

- لسان الحكام في معرفة الأحكام، مطبوع مع معين الحكام، دار الفكر،دون مكان وتاريخ الطبع.

٦- شيخي زاده: عبد الرحمن بن محمد بن سليمان (ت ١٠٧٨هـ).

- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الطباعة العامرة،١٣١٧ هـ.

٧- الطرابلسي: علاء الدين الحنفي (ت ١٠٣٢هـ).

- معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين من الأحكام ، دار الفكر، دون تاريخ الطبع.

٨- ابن عابدين: محمد أمين (ت ١٢٥٢هـ).

- حاشية رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط٢، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٦م.

- العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، المطبعة الأميرية، ببولاق، ١٢٧٠هـ.

٩- علاء الدين أفندي: محمد بن محمد أمين ابن عابدين (ت ١٣٠٦هـ).

- قرة عيون الأخبار لتكملة رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار،المطبعة الأميرية ببولاق، مصر المحمية، ط٢، ١٣٢٦هـ.

١٠- الكاساني: علاء أبو بكر بن مسعود الحنفي (ت٥٨٧ هـ).

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، مطبعة الامام، القاهرة، دون تاريخ الطبع.

١١- ابن مازة: برهان الدين أبو العالي محمود بن صدر الشريعة البخاري(ت ٦١٦ هـ).

- المحيط البرهاني لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر والفتاوى والواقعات مدللة بدلائل المتقدمين، مؤسسة نزيه كركي، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م.

١٢ـ المرغيناني: برهان الدين أبو الحسن علي بن أبي بكر بن عبد الجليل (ت ٥٩٣ هـ).
ـ الهداية شرح بداية المبتدي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٠هـ ١٩٩٠م.
١٣ـ منلاخسرو: محمد بن فراموز (ت٨٨٥ هـ).
ـ درر الحكام في شرح غرر الأحكام، مطبعة أحمد كامل، ١٣٣٠ هـ.
١٤ـ ابن نجيم: زين الدين ابن ابراهيم الحنفي (ت ٩٧٠ هـ).
ـ البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار المعرفة ، بيروت، دون تاريخ الطبع .
١٥ـ نظام وجماعة من علماء الهند:
ـ الفتاوى الهندية في مذهب أبي حنيفة النعمان، بهامشه فتاوى قاضيخان والفتاوى البزازية، المكتبة الاسلامية، تركيا، ١٣٩٣هـ ، ١٩٧٣م.
١٦ـ ابن الهمام: كمال الدين محمد بن عبد الواحد (ت ٦٨١هـ).
ـ شرح فتح القدير، وبهامشه شرح العناية على الهداية لأكمل الدين محمد بن محمود البابرتي(ت ٧٨٦)، المطبعة الكبرى الأميرية، ببولاق المحمية، ١٣١٧هـ.

ب- المالكي:

١ـ الأزهري: صالح عبد السميع الآبي.
ـ جواهر الاكليل شرح مختصر العلامة خليل، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، القاهرة، ١٣٦٦ هـ ١٩٤٧م.
٢ـ البراذعي: خلف بن أبي القاسم محمد الأزدي القيرواني (ت ٤٢٨ هـ).
ـ التهذيب في اختصار المدونة، دار البحوث للدراسات الاسلامية واحياء التراث، الإمارات العربية المتحدة ، ط١، ١٤٢٠ هـ ١٩٩٩ م.
٣ـ التسولي : أبوالحسن علي بن عبد السلام (ت ١٢٥٨هـ).
ـ البهجة في شرح التحفة، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط٢، ١٣٧٠هـ ١٩٥١م.
٤ـ ابن جزي: محمد بن أحمد بن جزي الغرناطي المالكي (ت ١٣٤٠ هـ).
ـ قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، عالم الفكر، دون تاريخ الطبع.
٥ـ الحطاب: أبوعبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسي (ت٩٥٤ هـ).
ـ مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، وبهامشه التاج والاكليل لمختصر خليل لمحمد بن يوسف العبدري الشهير بالمواق (ت٨٩٧ هـ)، مكتبة النجاح، طرابلس، ليبيا، دون تاريخ الطبع.

٦- الخرشي: أبوعبد الله محمد بن عبد الله (ت ١١٠١ هـ).
- شرح الخرشي على مختصر خليل ، المطبعة العامرة الشرقية ، ط١، ١٣١٦ هـ.
٧- الدردير: أبوالبركات أحمد بن محمد بن أحمد (ت ١٢٠١ هـ).
- الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، دار المعارف،مصر، دون تاريخ الطبع.
٨- الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة (ت ١٢٣٠ هـ).
- حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية،عيسى البابي الحلبي وشركاه، دون تاريخ الطبع.
٩- ابن رشد: أبوالوليد محمد بن أحمد بن محمد بن رشد الأندلسي (ت٥٢٠ هـ).
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الفكر، مكتبة الخانجي، دون تاريخ الطبع .
١٠- الشاذلي المالكي: علي بن محمد بن خلف المنوفي المصري (ت ٩٣٩ هـ).
- كفاية الطالب الرباني لرسالة أبي زيد القيرواني، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٣٥٧هـ ١٩٣٨م.
١١- الصاوي: أحمد بن محمد الخلوتي (ت ١٢٤١هـ).
- بلغة السالك لأقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، ١٣٧٢هـ ١٩٥٢م.
١٢- العدوي: علي بن أحمد الصعيدي (ت ١١٨٩ هـ).
- حاشية العدوي على شرح كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني، وبهامشه كفاية الطالب الرباني لرسالة ابن أبي زيد القيرواني لعلي أبي الحسن المالكي الشاذلي، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر،١٣٥٧هـ ١٩٣٨م.
١٣- ابن فرحون: أبوالوفاء برهان الدين ابراهيم بن فرحون اليعمري (ت ٧٩٩ هـ).
- تبصرة الحكام في أصول الأقضية و مناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت،ط١، ١٤١٦هـ،١٩٩٥م.
١٤- القاضي عبد الوهاب: عبد الوهاب بن علي بن نصر البغدادي المالكي(ت٤٢٢ هـ).
- عيون المجالس، تحقيق ودراسة امباى بن كيبا كاه، مكتبة الرشد، الرياض،ط١، ١٤٢١هـ، ٢٠٠٠م.
- المعونة على مذهب عالم المدينة،تحقيق خميس عبد الحق،دار الفكر، بيروت،١٤١٥هـ، ١٩٩٥ م.
١٥- القرافي: أبوالعباس شهاب الدين أحمد بن ادريس الصنهاجي (ت ١٢٨٥ هـ).
- الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الاسلامي، ط١، ١٤١٤هـ ١٩٩٤ م.

١٦- مالك: أبوعبد الله مالك بن أنس الأصبحي (ت ١٧٩هـ).
- المدونة الكبرى رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن عبد الرحمن بن القاسم العتقى عن مالك، مطبعة السعادة، مصر، دون تاريخ الطبع .
١٧- النفراوي: أحمد بن غنيم الأزهري المالكي(ت١١٢٠هـ).
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط٣، ١٣٧٤هـ، ١٩٥٥م.
١٨- الونشريسي: أبو العباس أحمد بن يحيى (ت ٩١٤ هـ).
- المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى علماء افريقية والأندلس والمغرب، دار الغرب الاسلامي ، بيروت،١٤٠١هـ، ١٩٨١م.
- المنهج الفائق والمنهل الرائق والمعنى اللائق بآداب الموثق وأحكام الوثائق، دراسة وتحقيق عبد بن حمود بن عبد الرحمن الأطرم، دار البحوث للدراسات الاسلامية واحياء التراث، الامارات العربية المتحدة، ط١، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م.

ج – الشافعي:

١- ابن أبي الدم: أبواسحاق شهاب الدين ابراهيم بن عبد الله الحموي(ت ٦٤٢ هـ).
- كتاب أدب القضاء وهو الدرر المنظومات في الأقضية والحكومات، تحقيق د.محمد مصطفى الزحيلي، مطبعة زيد بن ثابت، دمشق، ١٣٩٥هـ، ١٩٧٥م.
١- البجيرمي: سليمان بن عمر بن محمد (ت ١٢٢١هـ).
- حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب، المكتبة الإسلامية، تركيا، دون تاريخ الطبع.
- حاشية البجيرمي على الخطيب، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٧٠هـ ١٩٥١م.
٢- البكري: أبو بكر بن السيد محمد شطا الدمياطي المصري.
- حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ط٢، ١٣٥٦هـ، ١٩٣٨م.
٣- الرملي: أبو العباس شمس الدين محمد بن ابن شهاب الرملي الأنصاري (ت ١٠٠٤ هـ).
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٨٦ هـ ١٩٦٧م.
٤- الشافعي: أبوعبد الله محمد بن ادريس (ت٢٠٤ هـ).
- كتاب الأم، مطبعة مصورة عن مطبعة بولاق لسنة ١٣٢١، الدار المصرية للتأليف والترجمة.

٥- الشربيني: محمد بن أحمد شمس الدين الشربيني الخطيب (ت ٩٧٧هـ).
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار إحياء التراث العربي، بيروت،دون تاريخ.
- الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، ١٣٥٩هـ ١٩٤٠م.
٦- الشرقاوي: عبد الله بن حجازي بن ابراهيم (ت ١٢٢٧هـ).
- حاشية الشرقاوي على شرح التحرير، دار إحياء الكتب العربية ،دون تاريخ الطبع .
٧- الشرواني وابن القاسم: عبد الحميد الشرواني وأحمد بن القاسم البغدادي.
- حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج لشهاب الدين أحمد بن حجر الهيثمي، دار إحياء التراث العربي، دون تاريخ الطبع .
٨ – الماوردي: أبوالحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري (ت ٤٥٠هـ).
- أدب القاضي ، محيي هلال سرحان، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٩٢هـ ١٩٧٢م.
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، دارالكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤١٤هـ، ١٩٩٤م.
٩ - النووي: أبوزكريا يحيى بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ).
- روضة الطالبين ومعه منتقى الينبوع فيما زاد على الروضة من الفروع لجلال الدين السيوطي، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد عوض، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤١٢هـ ١٩٩٢م.
- المجموع شرح المهذب للشيرازي، حققه وعلق عليه وأكمله بعد نقصانه محمد نجيب المطيعي، مكتبة الإرشاد بجدة، دون تاريخ الطبع.

د- الحنبلي:

١- أبوالبركات: مجد الدين بن عبد السلام بن تيمية الحراني (ت٦٥٢ هـ).
- المحرر في الفقه على مذهب الامام أحمد بن حنبل، تحقيق محمد حامد الفقي، دار الكتاب العربي، بيروت، دون تاريخ الطبع.
٢- البهوتي: منصور بن يونس بن ادريس (ت ١٠٥١هـ).
- شرح منتهى الارادات، دار الفكر، دون تاريخ الطبع.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، دون تاريخ الطبع.
٣- ابن تيمية: أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام الحرّاني الدمشقي (ت ٧٢٨هـ).
- الإختيارات العلمية، مطبعة كردستان العلمية، مصر المحمية، ١٣٢٩هـ.
- مجموع الفتاوى، جمع وترتيب عبد الرحمن بن محمد بن قاسم النجدي وساعده ابنه محمد، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤١٨هـ١٩٩٧م.

٤ـ الحجاوي: أبوالنجا شرف الدين موسى الحجاوي المقدسي (ت٩٦٨هـ).
ـ الإقناع في فقه الامام أحمد بن حنبل، دار المعرفة، بيروت، ١٩٦٨م.
٥ـ ابن قدامة: أبومحمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي (ت ٦٣٠هـ).
ـ المغني على مختصر الخرقي، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ الطبع.
ـ الكافي في فقه الامام أحمد بن حنبل، المكتب الاسلامي، دمشق، بيروت، ط٥، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.
٦ـ ابن قيم الجوزية: أبوعبد الله شمس الدين محمد بن أبي بكر بن القيم (ت ٧٥١هـ).
ـ إعلام الموقعين عن رب العالمين ، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م.
ـ زاد المعاد في هدي خير العباد، دار الريان للتراث، القاهرة، ط١، ١٤٠٧هـ،١٩٨٧م.
٧ـ المرداوي: علاء الدين بن الحسن بن سليمان المرداوي (ت٨٨٥ هـ).
ـ الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الامام أحمد بن حنبل، صححه وعلق عليه محمد حامد الفقي، دار إحياء التراث العربي، ط٢، ١٤٠٦هـ، ١٩٨٦م.
٧ـ ابن مفلح: أبو إسحاق ابراهيم بن محمد بن عبد الله برهان الدين (ت ٨٨٤هـ).
ـ المبدع في شرح المقنع، المكتب الاسلامي، دمشق، بيروت، ١٩٨٠م.
٨ـ ابن مفلح: شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي (ت ٧٦٣هـ).
ـ كتاب الفروع، ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداوي، وحاشية ابن قندس لتقي الدين البعلي (ت ٨٦١هـ)، تحقيق د.عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٣م.

هـ ـ الظاهري:

ـ ابن حزم: أبومحمد علي بن أحمد بن حزم الأندلسي (ت٤٥٦هـ).
ـ المحاى بالآثار، دار الكتب العلمية، بيروت، دون تاريخ الطبع.

خامسا: أصول الفقه وقواعده :

١ـ الآمدي: سيف الدين أبي الحسن علي بن بن محمد(ت٦٣١هـ).
ـ الإحكام في أصول الأحكام، دار الكتب العلمية، دون تاريخ الطبع.
٢ـ الجويني: أبومحمد عبد الله بن يوسف الجويني (ت ٤٧٨ هـ).
ـ الجمع والفرق، تحقيق ودراسة عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزني، دارالجيل، بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ، ٢٠٠٤م.
٣ـ د.الحصري: أحمد محمد الحصري.
ـ القواعد الكلية للفقه الاسلامي، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٩٩٣م.

٤- الحموي: أبو العباس أحمد بن محمد الحنفي الحموي (ت ١٠٩٨هـ).
- غمز عيون البصائر شرح كتاب النظائر لابن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت، ط١، ١٤٠٥هـ، ١٩٨٥م.
٥- الزرقا: مصطفى أحمد الزرقا.
- شرح القواعد الفقهية، دار الغرب الاسلامي، ط١، ١٤٠٣هـ،١٩٨٣م.
٦- السيوطي: جلال الدين عبد الرحمن (ت ٩١١ هـ).
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، مكتبة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ١٣٧٨هـ، ١٩٥٩م.
٧- الشاطبي: أبو إسحاق ابراهيم بن موسى (ت ٧٩٠هـ).
- الموافقات في أصول الشريعة،حقق وعلق عليه خالد عبد الفتاح شبل، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩م.
٨- العز بن عبد السلام: عبد العزيز بن عبد السلام (ت ٦٦٠هـ).
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، راجعه وعلق عليه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م.
٩- علي حسب الله ، أصول التشريع الاسلامي،دار الشفق العربي، ط٦، ١٤٠٢هـ ١٩٨٢م.
١٠- القرافي: أبو العباس أحمد بن ادريس الصنهاجي القرافي(ت٦٨٤هـ).
- الفروق،أو أنوار البروق في أنواء الفروق،مؤسسة الرسالة،بيروت، ط١، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م.
١١- محمد بكر اسماعيل، القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ، دار المنار، ١٩٩٦هـ.
١٢-المرداوي، التحبيرشرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد، الرياض، ط١، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م.
١٣-ابن نجيم: زين الدين بن ابراهيم بن محمد الحنفي (ت ٩٧٠هـ).
-الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، تحقيق عبد العزيز محمد الوكيل، مؤسسة الحلبي وشركاه،١٣٨٧ هـ١٩٦٨م.

سادسا: الرسائل العلمية :

١- ابراهيم عبد الرحمن ابراهيم، الاثبات بالشهادة في الفقه الاسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٤٠٩هـ ١٩٨٩م.
٢- أحمد فراج حسين،الولاية على النفس،دكتوراه،كلية الشريعة والقانون،جامعة الأزهر،١٩٧١م.
٣ - بجاش سرحان محمد المخلافي، القرائن ودورها في الاثبات، دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩٨.

٤- جمعي ليلى، التطليق للضرر في قانون الأسرة الجزائري، ماجستير، جامعة وهران،٢٠٠١.
٧- حمليل صالح، اجراءات التقاضي في مسائل الزواج والطلاق، ماجستير في القانون الخاص، جامعة بلعباس، ١٩٩٨.
٨- خليفة علي الكعبي، البصمة الوراثية، البصمة الوراثية وأثرها على الأحكام الفقهية، دراسة فقهية مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ٢٠٠٣.
٩ - رمزي محمد علي دراز، السكوت وأثره على الأحكام في الفقه الاسلامي، دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية،١٤٢٤ هـ ٢٠٠٣ م.
١٠- رياض خليل جاسم، الجرائم الماسة بالأسرة في قانون الأحوال الشخصية العراقي، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٤٠٩هـ ١٩٨٨م.
١١- سحر عبد الستار امام يوسف، دور القاضي في الاثبات، دراسة مقارنة، دكتوراه، كلية الحقوق،جامعة عين شمس، ١٤٢٢ هـ٢٠٠١م.
١٢- عبد الرحمن عبد العزيز القاسم، مدى حق ولي الأمر في تنظيم القضاء وتقييده،دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٧٣.
١٣ - عبد الرحمن محمد عبد الرحمن شرفي، تعارض البينات القضائية في الفقه الاسلامي، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دكتوراه، كلية دار العلوم، ١٤٠٦هـ ١٩٨٦م.
١٤- عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبرعن الارادة وأثره في التصرفات، دراسة مقارنة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الاسلامي، كلية الحقوق،جامعة عين شمس ، ١٤١٢هـ١٩٩١م.
١٥- علي محيي الدين القره داغي، مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الشريعة الاسلامية والقانون مع بيان موقفي القانونين المصري والعراقي منه، دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٩٨٥.
١٦- عنتر سيد جودة الشريف، حجية القرائن في الاثبات المدني في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دكتوراه، جامعة القاهرة، ١٤٢٣هـ٢٠٠٣م.
١٧- فتح الله زيد- حجية القرائن في القانون والشريعة، دكتوراه، جامعة الأزهر، ١٣٥٥هـ.
١٨- مجيد حميد السماكية، حجية الاقرار في الأحكام القضائية في الشريعة الاسلامية، دراسة فقهية موازنة ومقارنة بالقانون، ماجستير، كلية الآداب، جامعة بغداد، ١٩٧٠.
١٩- محمد مصطفى الزحيلي- وسائل الاثبات في المعاملات المدنية والأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية ، دكتوراه، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ١٣٩١ هـ١٩٧١م.
٢٠- محمد فرج عزب اسماعيل، أدلة إثبات الزواج، ماجستير، كلية الشريعة والقانون، جامعة

الأزهر،١٤١٥هـ ١٩٩٥م.
٢١- نوال محمد شاكر، التفريق بين الزوجين للعيوب، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، ١٤٢١هـ، ٢٠٠١م.

سابعا: كتب عامة:

أ- كتب شرعية عامة ومتخصصة في أحكام الأحوال الشخصية والقضاء الشرعي:

١- أحمد ابراهيم بك وواصل علاء الدين أحمد ابراهيم ، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية والقانون معلقا عليه بأحكام محكمة النقض، مطبعة الخربوطلي، ١٤١٤هـ١٩٩٤م.

٢- أحمد الحصري:

- النكاح والقضايا المتعلقة به، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٣٨٧ هـ١٩٦٧م.
- علم القضاء، أدلة الاثبات في الفقه الاسلامي، مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤٠٠هـ ١٩٨٠م.

٣- أحمد فراج حسين :

- أدلة الاثبات في الفقه الاسلامي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- أحكام الأسرة في الاسلام ، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٤.

٤- أحمد محمد شاكر، نظام الطلاق في الاسلام، مكتبة السنة، القاهرة، ١٤٠٣هـ، ٢٠٠٣م.

٥- أحمد عبد المنعم البهي، من طرق الاثبات في الشريعة والقانون، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٦٥.

٦- د. أحمد الغندور، الطلاق في الشريعة الاسلامية والقانون، دار المعارف، مصر، ط١، ١٣٨٧هـ ١٩٦٧م.

٧- أحمد نصر الجندي:

- مبادئ القضاء الشرعي في خمسين عاما، دار الفكر العربي، ط٢، ١٣٩٨هـ ١٩٧٨م.
- التعليق على نصوص قانون تنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية الصادر بالقانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠، مطبعة أبناء وهبه ، القاهرة، ٢٠٠٠.

٨- أسامة عمر الأشقر، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، عمان، ط١، ١٤٢٠هـ ٢٠٠٠م.

٩- أشرف مصطفى كمال، المشكلات العملية في قانون الأحوال الشخصية، المكتبة القانونية، ط٢، دون ذكر تاريخ الطبع.

١٠- د.أنور دبور، القرائن ودورها في الاثبات الجنائي، دار الثقافة العربية، ١٤٠٥ هـ١٩٨٥م.

١١- د. بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الشريعة الاسلامية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية.

١٢- بكوش يحيى، أدلة الاثبات في القانون المدني الجزائري والفقه الاسلامي، دراسة نظرية

وتطبيقية مقارنة، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، الجزائر، ١٩٨١.
١٣- جاد الحق علي جاد الحق، أضواء على الاجراءات القانونية والقواعد الموضوعية لقضاء الأحوال الشخصية، وزارة العدل، المركز القومي للدراسات القضائية،سلسلة دراسات قضائية، نوفمبر ١٩٨٨.
١٤- جلال سعد عثمان، المشكلات العملية في اجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، السلام الذهبية للطباعة، ط١، ٢٠٠٠.
١٥- جلال عبد السلام، قضايا فقهية معاصرة وأراء أئمة الفقه فيها، مكتبة عالم المعرفة، المنيا، ١٤٢٢هـ ٢٠٠٢م.
١٦- جميل بسيوني، أصول الاثبات شرعا ووضعا، دون ذكر مكان طبع، ١٤٠١ هـ،١٩٨٠م.
١٧- حسن حسن منصور، المحيط في شرح مسائل الأحوال الشخصية، المؤسسة الوطنية للطباعة والنشر والتوزيع، ١٩٩٨.
١٨- د.حسن صلاح الصغير، التهمة في مجال المعاملات وأثرها على التصرف في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٤.
١٩- حسنين مخلوف، فتاوى وبحوث إسلامية، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط٢، ١٣٨٥هـ ١٩٦٥م.
٢٠- رمضان علي الشرنباصي:
- أحكام الأسرة في الشريعة الاسلامية، دار المطبوعات الجامعية،الاسكندرية، ٢٠٠٤.
- السكوت ودلالته على الأحكام الشرعية، دار الفكر العربي، ١٩٨٤.
٢١- د.زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الاسلامية في الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الاسكندرية دون ذكر تاريخ الطبع.
٢٢- سالم البهنساوي، قوانين الأسرة بين عجز النساء وضعف العلماء، دار القلم، الكويت،ط٢، ١٤٠٤هـ ١٩٨٤م
٢٣- د.سعد الدين مسعد هلالي، البصمة الوراثية وعلاقتها الشرعية، دراسة فقهية مقارنة، جامعة الكويت، ١٤٢١هـ ٢٠٠١م.
٢٤- سمير عبد السميع الأودن، الزواج العرفي في ظل قانون الأحوال الشخصية الجديد رقم(١) لسنة ٢٠٠٠، مكتبة الاشعاع، الاسكندرية، ط١، ٢٠٠١.
٢٥- د.سيد قرني أمين، خبرة الطب الشرعي في المسائل المدنية مقارنة بالشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
٢٦- د.صبحي المحمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية، مكتبة جامعة

فاروق الأول، الاسكندرية، ١٩٤٨.

٢٧- صلاح الدين زغو، القضاء الجزئي في مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين، مكتبة الأنجلو المصرية، ط١، ١٩٦٠.

٢٨- د.عبد الحميد الشواربي، الاثبات بشهادة الشهود في المواد المدنية والتجارية والجنائية الأحوال الشخصية، منشأة المعارف الاسكندرية، ١٩٩٦.

٢٩- د.عبد الرحمن الصابوني، مدى حرية الزوجين في الطلاق في الشريعة الاسلامية، دراسة مقارنة، دار الفكر، ط٢، ١٩٦٨.

٣٠- عبد العزيز سعد:

- الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومه، الجزائر، ط٣ ، ١٩٩٨.

- نظام الحالة المدنية في الجزائر، دار هومه، الجزائر، ط٢ ، ١٩٩٥.

٣١- عبد العزيز عامر،الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية فقها وقضاء،دار الفكر العربي، ط٢، ١٣٩٦هـ ١٩٧٦م.

٣٢- د.عبد العظيم شرف الدين،أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية،طبع شرف الدين للتجارة، ط٣، ١٤٠٧هـ١٩٨٧م.

٣٣- د.عبد الغفار ابراهيم صالح، الرجعة في الفقه الاسلامي، مطبعة السعادة، مصر، ط١، ١٣٣٩، ١٩٧٩.

٣٤- د.عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، دراسة معمقة ومقارنة الفقه الاسلامي، الاسكندرية، ١٩٨٤.

٣٥- عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في مسائل الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، ١٤١٦هـ ١٩٩٦م.

٣٦- عبد الفتاح محمد أبو العينين ،أحكام الأسرة في ضوء المذاهب الفقهية، مكتبة دار القلم،المنصورة،١٤١٩هـ ١٩٩٨م.

٣٧- د.عبد الفتاح محمود ادريس، القضاء بالأيمان والنكول، بحث فقهي مقارن، دون مكان الطبع، ط١، ١٤١٤هـ ١٩٩٣م.

٣٨- د.عبد الكريم زيدان،نظام القضاء في الشريعة الاسلامية،مؤسسةالرسالة،ط٣، ١٤١٩ه١٩٩٨م.

٣٩- د.عبد الله محمد عبد الله، أطفال بلا أسر، مطبعة حكومة الكويت، ط١، دون تاريخ الطبع .

٤٠- عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين، دار هومه، الجزائر، ٢٠٠٠.

٤١- د.عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في الشريعة الاسلامية والقانون الوضعي، دار النهضة العربية،ط١، ١٩٩٠.

٤٢- د.عبد الناصر توفيق العطار، الأسرة وقانون الأحوال الشخصية رقم١٠٠ لسنة١٩٨٥، المؤسسة العربية الحديثة للطبع والنشر، القاهرة، دون تاريخ الطبع.
٤٣-عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، مطبعة دار الكتب المصرية، القاهرة،١٣٥٧هـ، ١٩٣٨م.
٤٤- د.عدلي أمير خالد، الجامع لأحكام واجراءات التقاضي في الأحوال الشخصية، منشأة المعارف، الاسكندرية،٢٠٠٢.
٤٥- علي حسب الله، الفرقة بين الزوجين ومايتعلق بها من عدة ونسب، دار الفكر العربي، ط١، ١٣٨٧ هـ، ١٩٦٨م.
٤٦- علي الخفيف، أحكام الوصية، معهد الجامعة العربية، ١٩٦٢.
٤٧- د.عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط١، ١٤١٨هـ،١٩٩٧م.
٤٨- عمر عبد الله، أحكام الشريعة الاسلامية في الأحوال الشخصية، دار المعارف،ط٦، ١٩٦٨.
٤٩- د.فارس عمران، الزواج العرفي وصور أخرى للزواج غير الرسمي، دارالجامعة الجديدة للنشر، ٢٠٠١.
٥٠ - فضيل سعد، شرح قانون الأحوال الشخصية الجزائري، المؤسسة الوطنية للكتاب، ١٩٨٦.
٥١- كمال أحمد عون، الطلاق في الاسلام محددو مقيد، دار النهضة العربية، دون تاريخ طبع.
٥٢- كمال صالح البنا:
- موسوعة الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، ١٩٩٧ .
- الصيغ القانونية لدعاوى الأحوال الشخصية، دار الكتب القانونية، ط٦، ١٩٩٦.
٥٣- محسن ناجي، شرح قانون الأحوال الشخصية العراقي، مطبعة الرابطة، بغداد، ١٩٦٢.
٥٤- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية ، دارالفكر، دون ذكر تاريخ الطبع .
٥٥- محمد أمين الغزالي، حقوق الأولاد،دار الاتحاد العربي للطباعة، دون تاريخ الطبع.
٥٦- د.محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة، دراسة مقارنة، مكتبة الشباب،١٩٨٧.
٥٧- د.محمد الحسيني حنفي، الأحوال الشخصية حقوق الأولاد والأقارب،دار الفكر العربي، ط٤، ١٩٦٥، ١٩٦٦.
٥٨- محمد حمزة العربي، المبادئ القضائية لمحكمة الاستئناف الشرعية في المملكة الأردنية الهاشمية من سنة ١٩٥١ الى سنة ١٩٧٣، مكتبة الأقصى، عمان، ط١، ١٩٧٣.
٥٩- محمد الدجوي، الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين فقها وقضاء، مطبعة دار النشر للجامعات المصرية، دون تاريخ الطبع.

٦٠- محمد زاهد الكوثري، الاشفاق على أحكام الطلاق، طبع مجلة الاسلام، دون تاريخ الطبع.
٦١- محمد زكريا البرديسي،الأحوال الشخصية،مؤسسة سجل العرب،القاهرة،دون تاريخ الطبع.
٦٢ - محمد زيد الأبياني:
- شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية،مكتبة النهضة،بيروت،بغداد،دون تاريخ الطبع.
-كتاب مباحث المرافعات وصور التوثيقات والدعاوى الشرعية،مطبعة عبد الله وهبه،ط٣،١٩٢٤.
٦٣- محمد سلام مدكور،أحكام الأسرة في الاسلام،دار النهضة العربية،ط٢، ١٣٨٩هـ،١٩٦٩م.
٦٤- د.محمد سليمان الأشقر، أبحاث اجتهادية في الفقه الطبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط١، ١٤٢٢ هـ، ٢٠٠١م.
٦٥- د. محمد الشحات الجندي، قراءة في قانون اجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية رقم(١) لسنة ٢٠٠٠، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ٢٠٠٢.
٦٦-محمد ضاحي،الحياة القضائية في البحوث والقضايا ذات المبادئ الشرعية والقانونية،مطبعة النصر، القاهرة،ط١ ، ١٣٥٧هـ، ١٩٣٨م.
٦٧- د.محمد طلبه زايد، ديوان الطلاق، مطبعة الحلبي، ط١، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م.
٦٨- د.محمد عقلة، نظام الأسرة في الاسلام، مكتبة الرسالة، عمان، ط٢، ١٤١١هـ، ١٩٨٩م.
٦٩- د.محمد فتحي نجيب ومحمود محمد غنيم، قانون اجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية،دار الشروق،ط١، ١٤٢٣هـ ، ٢٠٠٢م.
٧٠- محمد قدري باشا، كتاب الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب الامام أبي حنيفة النعمان، دار الندوة الاسلامية، ١٩٨٧، ١٩٨٨.
٧١- د.محمد كمال الدين امام:
- الزواج والطلاق في الفقه الاسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشروالتوزيع، ط١، ١٤١٦هـ، ١٩٩٦م.
- في الصياغة التشريعية، دراسة لبعض أحكام الأسرة في ضوء منهجية التقنين،دار الهداية ، ط١، ١٤١٧ هـ، ١٩٩٧م.
٧٢- محمد محيي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، مكتبة محمد علي صبيح وأولاده،مصر، ط٣، ١٣٨٦هـ، ١٩٦٦م.
٧٣- د.محمد يوسف موسى، أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الاسلامي، مؤسسة الخانجي،القاهرة، مكتبة المثنى،بغداد، ١٣٧٨هـ، ١٩٥٨م.
٧٤- د.محمود محمد هاشم، القضاء ونظام الاثبات في الفقه الاسلامي والأنظمة الوضعية، مطابع جامعة الملك سعود، الرياض، ط١، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.

٧٥- د.محمود مصطفى يونس، تيسير اجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية بين المتطلبات التشريعية والمقتضيات الاجتماعية، دار النهضة العربية، ط١، ٢٠٠٢.
٧٦- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام الى الحقوق المدنية، مكتبة الخليفة، ١٣٧٩، ١٩٥٢ .
٧٧- مصطفى فرغلي الشقيري، التعليق على قانون اجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية مع شرح المشكلات العملية في دعوى الخلع، دار البشرى، القاهرة،ط١، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م.
٧٨- معوض عبد التواب،الوسيط في شرح قوانين الأحوال الشخصية،عالم الكتب،القاهرة، ط٢، ١٩٨٢.
٧٩- معوض محمد مصطفى سرحان، الأحوال الشخصية حسب المعمول به في المحاكم الشرعية المصرية والسودانية والمجالس الحسبية، مطابع رمسيس، الاسكندرية، ط١، ١٣٧٢هـ ١٩٥٣م.
٨٠- د.وحيد الدين سوار، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، مكتبة النهضة المصرية، ط١، ١٣٧٩هـ ١٩٦٠م.
٨١- يوسف دلاندة، الوجيز في شهادة الشهود وفق أحكام الشريعة الاسلامية والقانون، دار هومه، ٢٠٠٤.

ب- كتب قانونية عامة ومتخصصة:

١- د.ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب الالمترونية للتعاملات الالكترونية، مجلس النشرالعلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٣.
٢- أحمد أبو الوفا، التعليق على نصوص قانون الاثبات، ط٣، ١٩٨٧.
٣- د. أحمد سلامة، الوسيط في الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٦٨.
٤- أحمد نشأت، رسالة الاثبات، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٧٢.
٥- آمال عثمان، الخبرة في المسائل الجنائية، دار مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٦٤.
٦- د.بدر الخليفة، الأدلة الجنائية المعملية، مذكرات كلية الحقوق،جامعة الكويت، ١٩٩٤، ١٩٩٥.
٧- د.توفيق حسن فرج، قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مؤسسة الثقافة الجامعية، ١٩٧٦.
٨- د.جميل الشرقاوي، الاثبات في المواد المدنية، دار النهضة العربية، ١٩٨٣.
٩- د.سليمان مرقس، أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارنا بتقنينات سائر البلاد العربية، عالم الكتب، ١٩٨١.
١٠- د.عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان ،الأردن، ١٩٩٧.
١١- د.عبد الرزاق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، مطبعة المدني،

القاهرة، دون تاريخ الطبع.

١٢- د.عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الالتزام بوجه عام، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦.

١٣- د. عبد الحميد المنشاوي، الطب الشرعي وأدلته الفنية ودوره في البحث عن الجريمة، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٠.

١٤- د.عبد الناصر توفيق العطار، أحكام الأسرة عند المسيحيين واليهود المصريين ومدى تطبيقها بالمحاكم، مطبعة السعادة ، ١٩٧٠.

١٥- د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٤.

١٦- د.فتحي والي، قانون القضاء المدني الكويتي، مطبعة جامعة الكويت، ١٩٧٧.

١٧- مأمون محمد أبوسيف، الدفوع الموضوعية في دعاوى النفقات، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٩.

١٨- مجموعة كبار الأطباء الشرعيين والكيميائيين، الطب الشرعي بين الادعاء والدفاع، دار الطباعة الحديثة، ١٩٩٢.

١٩- د.منصور عمر المعايطة، الأدلة الجنائية والتحقيق الجنائي لرجال القضاء والادعاء العام والمحامون، مكتبة دار الثقافة، الأردن، ٢٠٠١.

ج- كتب علمية:

١- د.أحمد مستجير(ترجمة)، الشفرة الوراثية للانسان، القضايا العلمية والاجتماعية لمشروع الجينوم البشري، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، ١٤١٧هـ، ١٩٩٧م.

٢- إدوارد جورج، تنفيذ فاروق العامري، التلكس وكمبيوتر الاتصالات الدولية والآلية، دار الراتب الجامعية، بيروت، ١٩٨٧.

٣- أيمن العشري، المراجع في أساسيات وأسرار الشبكة الدولية، آنترنت، مكتبة الفيروز، ١٩٩٨.

٤- بيل جيتس، ترجمة عبد السلام رضوان، المعلوماتية بعد الانترنت، طريق المستقبل، عالم المعرفة، رقم ٢٣١، مارس ١٩٩٨.

٥- سعيد شعبان، الأقمار الصناعية، وسفن الفضاء، بيروت، دار الفكر، ١٩٧٣.

٦- سوكر أنباك وجوها براكلين، ماهي الإنترنت، مكتبة جرير، بيروت، ط١، ١٩٩٨.

٧- د.عبد الهادي مصباح، الإستنساخ بين العلم والدين، الدار المصرية اللبنانية، ط٢، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.

٨- علي حرب، حديث النهايات، فتوحات العولمة ومآزق الهوية، المركز الثقافي العربي، بيروت، ط١، ٢٠٠٠.

ثامنا: البحوث والمقالات العلمية:

١- أبو القاسم أحمد، الإثبات العلمي ومشكلات التطبيق، مجلة الأمن والقانون، كلية شرطة دبي، السنة الخامسة، العدد الأول، ١٤١٧هـ،١٩٩٧م.

٢- أحمد ابراهيم بك، طرق الإثبات الشرعية، مجلة الحقوق، جامعة فاروق الأول، الاسكندرية، السنة ١، العدد الأول، ١٣٦٢هـ، ١٩٤٣م.

٣- د.أحمد خليل، خصوصيات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على النفس وفقا للقانون المصري رقم (١) لسنة ٢٠٠١، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق، كامعة بيروت، العدد الخامس، يوليو ٢٠٠٠.

٤- حسام الدين الأهوني، حماية حقوق الملكية الفكرية في مجال الإنترنت، المؤتمر العالمي للملكية الفكرية، جامعة اليرموك، الأردن، تموز، ٢٠٠٠.

٥- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت واثبات التعاقد الالكتروني، مجلة الحقوق، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، السنة السادسة والعشرون، شوال ١٤٢٣هـ، ديسمبر ٢٠٠٢.

٦- د.رياض منصور الخليفي، أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد٦١، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م.

٧- د.سمير السيد تناغو، إصطلاح الأحوال الشخصية من مخلفات الإمتيازات الأجنبية وتعدد جهات القضاء، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة الرابعة عشر ١٩٦٩، العددان الثالث والرابع، ١٩٦٨.

٨- عادل حافظ غانم، الخبرة في مجال الإثبات الجنائي، مجلة الأمن العام،رقم ٤٣، لسنة ١٩٨٦.

٩- د.عبد القادر خياط، تقنيات البصمة الوراثية في قضايا النسب وعلاقتها بالشريعة الإسلامية، مؤتمر الهندسة الوراثية بين الشريعة والقانون، ٢٢-٢٤ صفر١٤٢٣هـ ٥-٧ مايو٢٠٠٢م، جامعة الإمارات العربية المتحدة، كلية الشريعة.

١٠- د.عبد الهادي الحسين الشبيلي، إستخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب، نظرة شرعية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد٣٥، محرم١٤٢٤هـ، مارس ٢٠٠٣م.

١١- د.عجيل جاسم النمشي، الوصف الشرعي للجينوم البشري والعلاج الجيني، بحث مقدم لندوة الوراثة والهندسة الوراثية والجينوم والعلاج الجيني، رؤية إسلامية، من ٢٣-٢٥ جمادى الآخرة ١٤١٩هـ الموافق١٣-١٥ أكتوبر ١٩٩٨م، المنظمة الإسلامية للعلوم الطبية، الكويت.

١٢- د.علي المحمدي، مدى ثبوت النسب من الصغير ومن في حكمه، حولية كلية الشريعة

والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد الخامس، ١٤٠٧هـ، ١٩٩٧م.
١٣- د.علي محيي الدين القره داغي، حكم إجراء العقود بآلات الإتصال الحديثة، حولية كلية الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة قطر، العدد الثامن، ١٤١٠هـ ١٩٩٠م.
١٤- عمر زودة، طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثرالطعن فيها، مجلة الفكر القانوني، ١٩٨٦، عدد٣.
١٥- د.عمر السبيل، البصمة الوراثية ومدى مشروعية إستخدامها في النسب والجناية، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية، العدد٣١، محرم١٤٢٢هـ مارس ٢٠٠١م
١٦- د.فريد عبد المعز فرج، التعاقد عبر الإنترنت، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، فرع دمنهور، العدد١١، الجزء الأول، ١٤٢٤هـ ، ٢٠٠٣م.
١٧- د.فواز صالح، حجية البصمات الوراثية في إثبات البنوة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد١٩، ربيع الثاني١٤٢٤هـ يونيو ٢٠٠٣م.
١٨- محمد الزين، أعلى هذا تبقى المحاكم الشرعية ؟ التعديل الأخير في اللائحة، مجلة المحاماة الشرعية، السنة ٣، العدد الأول، ١٣٥٠هـ ١٩٣١م.
١٩- د.محمد الحسيني حنفي، تقنينات الأحوال الشخصية في الجزائر، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الثاني، السنة السادسة عشر، يوليو، ١٩٧٤.
٢٠- د.محمد السعيد رشدي، الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات، الكويت، ١٩٩٨.
٢١- د.محمد فتح الله النشار، القول الوضاء في أحكام شهادة النساء، مجلة البحوث الفقهية والقانونية، جامعة الأزهر، فرع دمنهور، السنة٣ ، العدد الأول، ١٤٢٤ هـ ٢٠٠٤م.
٢٢- د.محمد محمد أبوزيد، دور التقدم البيولوجي في إثبات النسب، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، السنة العشرون، العدد١، شوال ١٤١٦هـ مارس ١٩٩٦م.
٢٣- د.محمد محمد فرحات، ملاحظات حول قانون تنظيم بعض أوضاع وإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، العدد الأول، السنة ٤٣، يناير، ٢٠٠١.
٢٤- د.محمد يحيى النجمي، حكم إبرام عقود الأحوال الشخصية والعقود التجارية عبر الوسائل الالكترونية، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، مجلة علمية فصلية محكمة متخصصة في الفقه الإسلامي لصاحبها د.عبد الرحمن بن حسين النفيسة، العدد٦٠،السنة١٥، ١٤٢٤هـ ٢٠٠٣م.
٢٥-مصطفى حجازي،العولمة والتنشئة المستقبلية،مجلة العلوم الإنسانية،البحرين،العدد٢، ١٩٩٩.
٢٦- د.نادية هاشم، الزواج العرفي بين العرف والواقع، مجلة الزهراء، العدد السابع عشر،

١٤١٩هـ،١٩٩٩م، الجزء الأول.
٢٧- د.ناصر عبد الله الميمان، البصمة الوراثية وحكم إستخدامها في مجال الطب الشرعي والنسب، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد ١٨ ذوالقعدة ١٤٢٣هـ، يناير ٢٠٠٣م.
٢٨- الهاشمي هويدي، توضيحات حول تطبيق المادة ٧٣ من قانون الأسرة المتعلقة بالنزاع في متاع البيت، مقال منشور في المجلة القضائية، عدد خاص بالإجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، ٢٠٠١.

تاسعا: الدوريات وقرارات المجامع الفقهية والندوات العلمية والقوانين:

أ- الدوريات:

١- مجلة الأسرة، مؤسسة الوقف الاسلامي، الرياض، العدد ١١، السنة التاسعة، ١٤٢٣ هـ.
٢- المجلة الإقتصادية، ج١، عدد ١٩٦٨/٦/٢٦.
٣- المجلة القضائية، الديوان الوطني للأشغال التربوية، وزارة العدل:
عدد٣-١٩٨٩.عدد١، ٣-١٩٩٠. عدد ٣، ٤-١٩٩١. عدد٢، ٤-١٩٩٢. عدد ٢، ٣-١٩٩٣. عدد٢-١٩٩٨. عدد ٢-٢٠٠٠. عدد خاص- ٢٠٠١.
٤- مجلة المحاماة الشرعية:
السنة ٢، العدد ٤-٩-١٠. السنة١١، العدد٦. السنة١٤، عدد١٠.
٥- مجلة المحامي: مجلة محكمة شهرية تصدرها جمعية المحامين الكويتية، السنة السادسة، الأعداد أشهر ٨/٩/١٠ ١٩٨٣.
٦- مجموعة أحكام محكمة النقض المصرية، المكتب الفني، وزارة العدل:
- السنة ٧- ١٩٥٦. السنة١٢-١٩٦١. السنة ١٥- ١٩٦٤. السنة ١٨- ١٩٦٧.
- السنة ١٩- ١٩٦٨. السنة ٢١- ١٩٧٠. السنة ٢٢- ١٩٧١. السنة ٢٣- ١٩٧٢.
- السنة ٢٥- ١٩٧٢. السنة ٢٦- ١٩٧٣. السنة ٢٧-١٩٧٤. السنة ٢٨- ١٩٧٥.
- السنة ٣٠- ١٩٧٧. السنة ٣٤- ١٩٨١. السنة ٣٥-١٩٨٤. السنة ٣٩- ١٩٨٨.
- السنة ٤٤- ١٩٩٣. السنة ٤٦- ١٩٩٥. السنة ٤٧-١٩٩٦. السنة ٥٠- ١٩٩٨.
- المستحدث من المبادئ التي قررتها دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة النقض من أول أكتوبر ٢٠٠٠ حتى سبتمبر ٢٠٠١.
٧- نشرة القضاء:
عدد خاص-١٩٨٢. عدد١-١٩٨٥. عدد١-جانفي ١٩٨٦.

ب- القرارات والندوات:

١- قرار مجلس الفقه الاسلامي المنعقد في دورة المؤتمر السادس بجدة، من٧ إلى ٢٣ شعبان ١٤١٠هـ الموافق ل١٤-٢٠ مارس ١٩٩٠م.

٢- قرارات المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي بمكة المكرمة:

- القرار الرابع حول موضوع التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب في الدورة الخامسة المنعقدة من ٨ إلى١٦ ربيع الآخر١٤٠٢هـ.

- القرار الخامس حول التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب في الدورة السابعة المنعقدة من ١١ إلى ١٦ ربيع الآخر١٤٠٤هـ.

- القرار الثاني بشأن التلقيح الصناعي وأطفال الأنابيب في الدورة الثامنة المنعقدة من ٢٨ ربيع الآخر إلى ٧ جمادى الأولى هـ ١٤٠٥هـ.

- القرار الثاني بشأن استفادة المسلمين من علم الهندسة الوراثية في الدورة الخامسة عشرة المنعقدة من ١١ إلى ١٥ رجب ١٤١٩هـ -٣١ اكتوبر ١٩٨٨م.

- القرار السابع بشأن البصمة الوراثية ومجالات الاستفادة منها في الدورة السادسة عشرة المنعقدة من ٢١ إلى ٢٦ شوال ١٤٢٢هـ ٥-١٠ يناير٢٠٠٢م.

- ندوة الرؤية الاسلامية لبعض الممارسات الطبية،المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية،الكويت، ١٩٨٨.

- ملخص الحلقة النقاشية بشأن ندوة مدى حجية استخدام البصمة الوراثية لاثبات البنوة، المنظمة الاسلامية للعلوم الطبية،الكويت،المنعقدة في٢٨، ٢٩محرم١٤٢١ الموافق ٣، ٢٠٠٠/٥/٤.

ج- القوانين، المراسيم، اللوائح:

١- الجزائر:

- الأمر رقم ٢٧٤-٥٩ المؤرخ في ١٩٥٩/٢/٤المتعلق بتنظيم الزواج وانحلاله.

- المرسوم رقم ٨٢-٥٩ المؤرخ في ١٩٥٩/٩/١٧المتضمن اللائحة التنفيذية للأمر السابق.

- القانون رقم ٢٢٤-٦٣ المؤرخ في ١٩٦٣/٦/٢٩ المتعلق بتحديد الحد الأدنى لسن الزواج وإثبات العلاقة الزوجية.

- الأوامر رقم:٩٥-٦٦ المؤرخ في ١٩٦٦/٦/٢٣. ورقم:٥١-٦٨ المؤرخ في ١٩٦٨/٢/٢٢. ورقم:٧٢-٦٩ المؤرخ في ١٩٦٩/٩/١٦. ورقم:٧١/٦٥ المؤرخ في ١٩٧١/٩/٢٢ المتعلقة بكيفية إثبات الزواج.

-الأمر رقم ٢٠-٧٠ قانون الحالة المدنية المتضمن المؤرخ في١٣ذي الحجة١٣٧٩،الموافق ١٩٧٠/٢/١٩.

- الأمر رقم ٥٨-٧٥ المؤرخ في١٩٧٥/٩/٢٦ المتضمن القانون المدني.

- القانون رقم ١١-٨٤ المؤرخ في ٩ رمضان ١٤٠٩ الموافق ١٩٨٤/٦/٩ المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر الرئاسي المؤرخ في ١٨ محرم ١٤٢٦ الموافق ٢٠٠٥/٢/٢٧.
- القانون رقم ٢٧-٨٨ المؤرخ في ١٩٨٨/٧/١٢ المتضمن تنظيم مهنة التوثيق.
- القانون رقم ٣-٩١ المؤرخ في ١٩٩١/١/٨ المتضمن تنظيم مهنة المحضر القضائي.

٢- مصر:

- الأمر العالي بوضع لائحة ترتيب المحاكم الشرعية بتاريخ٢٥ ذي الحجة١٣١٤ الموافق ١٨٩٧/٥/٢٧.
- المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ المتضمن استبدال لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.
- القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ المتضمن إلغاء المحاكم الشرعية.
- لائحة المأذونين الشرعية الصادرة بقرار وزير العدل بتاريخ ١٩٥٥/١/٤.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨.
- قانون الاثبات في المود المدنية والتجارية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨،المؤرخ في ٣ ربيع الأول ١٣٨٨ الموافق ١٩٦٨/٥/٣٠.
- القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المتعلق بأحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥.
- القانون رقم ١ لسنة ٢٠٠٠ المتعلق بتنظيم بعض أوضاع واجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية.
- القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٤ المتعلق بإنشاء محاكم الأسرة.

٣- قوانين عربية:

- المجلة التونسية للأحوال الشخصية الصادرة في١٩٥٦/٨/١٧.
- القانون السوري للأحوال الشخصية الصادر في ١٩٥٣.
- القانون العراقي للأحوال الشخصية الصادر بالأمر رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩.
- القانون الكويتي للأحوال الشخصية الصادر بالأمر رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤.
- قانون أصول المحاكمات اللبناني رقم ٩٠ لسنة ١٩٨٣.
- المدونة المغربية للأسرة الصادرة بتاريخ ١٩٥٧.
- القانون اليمني للأحوال الشخصية رقم ٢٠ لسنة ١٩٩٢.

فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
- المقدمة:.....	٥
- الفصل التمهيدي: ماهية الإثبات	١٠
- المبحث الأول: المبادئ الرئيسة التي يقوم عليها نظام الإثبات في الفقه الإسلامي..... والقانون الوضعي	١٠
- المطلب الأول:تعريف الإثبات وشروطه.....	١٠
- أولا: تعريف الإثبات لغة.....	١٠
- ثانيا: تعريف الإثبات شرعا.....	١١
- ثالثا: تعريف الإثبات قانونا.....	١٢
- رابعا: شروط الإثبات.....	١٣
- المطلب الثاني: مبادئ نظام الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.....	١٦
- الفرع الأول: نظام الإثبات الشرعي.....	١٧
- أولا: مذاهب الإثبات في الفقه الإسلامي.....	١٧
- ثانيا: تمييز الإثبات عن بعض المصطلحات الفقهية المشابهة.....	٢٠
أ- الإثبات والثبوت	٢٠
ب- البينة.....	٢٠
جـ- الإثبات والتوثيق.....	٢٩
- الفرع الثاني: نظام الإثبات القانوني.....	٣٠
- أولا: مذاهب الإثبات القانونية.....	٣٠
- ثانيا: معنى البينة عند القانونيين.....	٣٢
- المبحث الثاني: المبادئ الرئيسة التي تقوم عليها قواعد الإثبات في الفقه الإسلامي..... والقانون الوضعي	٣٤
- المطلب الأول: مبدأ دورالخصوم الإيجابي في الإثبات.....	٣٤
- الفرع الأول: مبدأ دورالخصوم الإيجابي في الإثبات الشرعي.....	٣٤
- الفرع الثاني: مبدأ دورالخصوم الإيجابي في الإثبات القانوني.....	٤٥
- أولا: القواعد التي تحكم الدور الإيجابي للخصوم في الإثبات القانوني.....	٤٥

- ثانيا: قضاء القاضي بعلمه الشخصي في القانون..... ٤٦
- المطلب الثاني: عبء الإثبات..... ٤٧
- المطلب الثالث: دور قاضي الأحوال الشخصية في الإثبات..... ٥٢
- أولا: المقصود باصطلاح الأحوال الشخصية..... ٥٢
- ثانيا: دور قاضي الأحوال الشخصية في مجال الإثبات..... ٥٦
- **الباب الأول: النظام الشرعي والقانوني لإثبات الزواج**..... ٥٩
- **الفصل الأول: أحكام إثبات الزواج في الفقه الإسلامي**..... ٥٩
- المبحث الأول: الإقرار..... ٥٩
- المطلب الأول: تعريف الإقرار والقوة الإستدلالية له..... ٦٠
- الفرع الأول: تعريف الإقرار..... ٦٠
- الفرع الثاني: القوة الإستدلالية للإقرار..... ٦١
- أولا: أصل الإقرار من الكتاب والسنة..... ٦١
- ثانيا: حجية الإقرار..... ٦٢
- المطلب الثاني: أركان الإقرار بالزوجية وشروطه..... ٦٤
- أولا: المقر:..... ٦٤
- ثانيا: المقرله..... ٦٥
- ثالثا: المقر به..... ٦٧
- رابعا: الصيغة..... ٦٨
- المطلب الثالث: أحكام الدعوى بالمجهول في دعوى النكاح..... ٧٥
- المبحث الثالث: الشهادة..... ٨٠
- المطلب الأول: التعريف بالشهادة..... ٨٠
- المطلب الثاني: شروط الشهادة..... ٨٤
- الفرع الأول: شروط ترجع إلى الصيغة..... ٨٤
- الفرع الثاني:شروط ترجع إلى الشاهد..... ٨٨
- أولا: البلوغ..... ٨٨
- ثانيا:العقل..... ٩١
- ثالثا: الإسلام..... ٩٢
- رابعا: العدالة..... ٩٦
- خامسا: اشتراط البصر..... ١٠١

- سادسا: اشتراط النطق..... ١٠٤
- سابعا: اشتراط السمع..... ١٠٥
- ثامنا: الحرية..... ١٠٦
- تاسعا: انتفاء التهمة وعدم وجود الميل على المشهود عليه..... ١٠٧
- الفرع الثالث: شروط ترجع إلى الشهادة ١٢٢
- المطلب الثالث: نصاب الشهادة في إثبات الزواج..... ١٢٦
- الفرع الأول: النصاب المحدد في الشهادة..... ١٢٦
- الفرع الثاني: القضاء في النكاح بشهادة السماع..... ١٣٤
- المبحث الثالث: اليمين والنكول عنه..... ١٣٨
- المطلب الأول: تعريف اليمين ومشروعيتها..... ١٣٨
- المطلب الثاني: شروط اليمين وأثرها..... ١٤٠
- المطلب الثالث: حجية اليمين في إثبات النكاح..... ١٤٦
- المطلب الرابع: النكول عن اليمين..... ١٥١
- الفرع الأول: حقيقة النكول..... ١٥١
- الفرع الثاني: حكم القضاء بالنكول..... ١٥٢
- الفرع الثالث: تكييف النكول عن أداء اليمين..... ١٦١
- الفرع الرابع: حجية النكول عن اليمين واليمين المردودة في إثبات النكاح..... ١٦٢
- المبحث الرابع: القرائن وحجية حكم القاضي بثبوت النكاح ظاهرا وباطنا..... ١٦٦
- المطلب الأول: حكم القضاء بالقرائن في إثبات النكاح..... ١٦٦
- المطلب الثاني: حجية حكم القاضي بثبوت الزواج ظاهرا و باطنا..... ١٦٨
- المبحث الخامس: الأحكام الخاصة بتعارض البينات في أقضية عقد النكاح..... ١٧٤
- المطلب الأول: الترجيح باليد الحكمية..... ١٧٤
- أولا: الترجيح بالدخول..... ١٧٤
- ثانيا: الترجيح بالنقل لمنزل الزوجية..... ١٧٥
- ثالثا: حكم التعارض بين بينة الدخول وبينة النقل..... ١٧٥
- المطلب الثاني:الترجيح بالتصديق وحكم التعارض بين بينة الصحة والفساد..... ١٧٦
- أولا:الترجيح بالتصديق..... ١٧٦
- ثانيا: حكم التعارض بين بينة الصحة والفساد..... ١٧٨
- **الفصل الثاني: أحكام إثبات الزواج في النظامين القانونيين المصري والجزائري**..... ١٨٠

- المبحث الأول: الكتابة ١٨٥
- المطلب الأول: الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج وشروط تسجيله وكيفيته ١٨٦
- الفرع الأول: الجهة المختصة بتسجيل عقد الزواج ١٨٦
- أولا: في القانون المصري ١٨٦
- ثانيا: في القانون الجزائري ١٨٦
- الفرع الثاني: شروط تسجيل عقد الزواج وكيفيته ١٨٧
- أولا: في القانون المصري ١٨٧
- ثانيا: في القانون الجزائري ١٨٨
- المطلب الثاني: إجراءات تسجيل عقد الزواج والحجية القانونية لوثيقة الزواج ١٩١
- الفرع الأول: إجراءات تسجيل عقد الزواج والبيانات التي تسجل فيه ١٩١
- أولا: في القانون المصري ١٩١
- ثانيا: في القانون الجزائري ١٩٢
- الفرع الثاني: الحجية القانونية لوثيقة الزواج ١٩٤
- المبحث الثالث: الشهادة ١٩٧
- المطلب الأول: حجية الشهادة في إثبات الزواج ١٩٧
- المطلب الثاني: الجهات المختصة قانوناً لسماع الشهود وإجراءات سماعهم ٢٠٠
- الفرع الأول: الجهات المختصة قانونا لسماع الشهود ٢٠٠
- الفرع الثاني: إجراءات سماع الشهود ٢٠٤
- المطلب الثالث: التجريح في الشهود ٢٠٧
- المبحث الثالث: الإقرار ٢١٠
- المطلب الأول: الإقرار القضائي ٢١١
- المطلب الثاني: الإقرار غير القضائي ٢١٢
- الفصل الثالث: الزواج الشرعي غير الموثق والحلول لمشكلاته قانوناً ٢١٥
وفي ضوء الفقه والقضاء
- المبحث الأول: حقيقة الزواج الشرعي غير الموثق ٢١٥
- المطلب الأول: التفرقة بين الزواج الشرعي غير الموثق وبين ما يختلط به ٢١٦
- أولا: التفرقة بين الزواج الشرعي غير الموثق وبين الزواج الشرعي ٢١٦
- ثانيا: الفرق بين الزواج الشرعي غير الموثق والزواج السري ٢١٧
- المطلب الثاني: توثيق عقد الزواج: حكمه الشرعي والقانوني ٢٢١

- المبحث الثاني: أسباب انتشار الزواج الشرعي غير الموثق والآثار الناجمة عنه..... ٢٢٢
- المطلب الأول:أسباب انتشار الزواج الشرعي غير الموثق..... ٢٢٢
- المطلب الثاني: الآثار الناجمة عن الزواج الشرعي غير الموثق..... ٢٢٤
- المبحث الثالث: الزواج الشرعي غير الموثق في قوانين الأحوال الشخصية..... ٢٢٩
والتدابير المقترحة
- المطلب الأول: القضاء بتجيل عقد الزواج من غير عقوبة لهذه المخالفة..... ٢٢٩
- المطلب الثاني: القضاء بعدم سماع دعوى الزواج غير الموثق في حالة الإنكار..... ٢٣٥
- أولا: المقصود بعدم سماع الدعوى..... ٢٣٥
- ثانيا: الحكمة من تقنين عدم سماع الدعوى وأساس تقنينها..... ٢٤٧
- ثالثا: المراحل التي مر بها تقنين عدم سماع الدعوى..... ٢٥٤
- رابعا: نطاق عدم سماع الدعوى..... ٢٥٥
-خامسا: قاعدة عدم سماع الدعوى في ضوء قانون إجراءات التقاضي..... ٢٥٨
رقم (١) لسنة ٢٠٠٠.
- المطلب الثالث: تجريم الزواج غير الموثق..... ٢٦١
- المطلب الرابع: القضاء ببطلان الزواج غير الموثق..... ٢٦٣
- المطلب الخامس: التدابير المقترحة للحد من الزواج غير الموثق..... ٢٦٤
- الباب الثاني: النظام الشرعي والقانوني للإثبات في إنهاء الرابطة الزوجية وعودتها..... ٢٦٨
- الفصل الأول: إثبات الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج ٢٦٨
في الفقه الإسلامي والقانون
- المبحث الأول: حالات التنازع في الطلاق حكمها وأدلة إثباتها..... ٢٦٩
- المطلب الأول: حالات التنازع في الطلاق وحكمها..... ٢٦٩
- الفرع الأول:التنازع حول حصول الطلاق أو عدمه..... ٢٦٩
- الفرع الثاني: التنازع حول نوع الطلاق وطبيعته..... ٢٧٥
- المطلب الثاني: أدلة إثبات الطلاق..... ٢٨٢
- الفرع الأول: الشهادة..... ٢٨٢
- أولا: حجية الشهادة في إثبات الطلاق..... ٢٨٢
- ثانيا:حكم الإختلاف في الشهادة والتلفيق فيها..... ٢٨٦
- الفرع الثاني: الإقرار..... ٢٨٦
- الفرع الثالث: اليمين والنكول عنه..... ٢٩٢

- المبحث الثاني: الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي وإجراءات توثيقه في..... ٢٩٤
القانون المصري وموقف القانون الجزائري
- المطلب الأول: الإشهاد على الطلاق في الفقه الإسلامي..... ٢٩٤
- المطلب الثاني: إشهاد الطلاق وإجراءات توثيقه في القانون المصري..... ٣٠٨
- الفرع الأول: إجراءات توثيق الطلاق وضمانات علم الزوجة به..... ٣٠٨
- الفرع الثاني: جزاء مخالفة توثيق إشهاد الطلاق..... ٣١٥
- أولا: اتجاه المطلق..... ٣١٥
- ثانيا: اتجاه الموثق..... ٣١٧
- الفرع الثالث: وقت ترتب آثار الطلاق..... ٣١٨
- الفرع الرابع: التنظيم الجديد لإشهاد الطلاق في قانون إجراءات التقاضي..... ٣٢٣
رقم (١) لسنة ٢٠٠٠
- المطلب الثالث: إثبات الطلاق في القانون الجزائري وتطبيقاته القضائية..... ٣٢٨
- الفرع الأول: كيفية إثبات الطلاق في قانون الأسرة الجزائري..... ٣٢٩
- أولاً: ثبوت الطلاق بحكم قضائي..... ٣٢٩
- ثانياً: إشكاليات الطلاق العرفي في ضوء التطبيقات القضائية..... ٣٣٠
- الفرع الثالث: إجراءات إثبات الطلاق..... ٣٣٢
- أولا: إجراءات استصدار الحكم المثبت للطلاق..... ٣٣٢
- ثانيا: إجراءات إثبات الطلاق العرفي..... ٣٣٣
- المبحث الثالث: وسائل الإتصال الحديثة وحجيتها في إثبات الطلاق..... ٣٣٦
- المطلب الأول: المقصود بوسائل الإتصال الحديثة..... ٣٣٦
- المطلب الثاني: حكم إجراء الطلاق عبر وسائل الإتصال الحديثة..... ٣٤٢
- أولا: الطلاق عبر وسائل الإتصال الحديثة مهاتفة..... ٣٤٣
- ثانيا: الطلاق عبر وسائل الإتصال الحديثة كتابة..... ٣٤٤
- المطلب الثاني: إثبات الطلاق عبر وسائل الإتصال الحديثة..... ٣٤٨
- أولا: إثبات الطلاق الواقع مهاتفة..... ٣٤٨
- ثانيا: حجية وسائل الإتصال الكتابية في إثبات الطلاق..... ٣٤٩
- **الفصل الثاني: إثبات الرجعة**..... ٣٥٦
- المبحث الأول: أحكام الرجعة في الفقه الإسلامي..... ٣٥٦
- المطلب الأول: حقيقة الرجعة وحكمة مشروعيتها..... ٣٥٦

- المطلب الثاني: بيان ماتحصل به الرجعة ٣٥٨
- المطلب الثالث: شروط الرجعة ٣٦٤
- المبحث الثاني: أحكام إثبات الرجعة ٣٦٧
- المطلب الأول: الإشهاد على الرجعة ٣٦٧
- المطلب الثاني: إعلام المطلقة الرجعية ٣٧٢
- المطلب الثالث: الإختلاف في الرجعة ٣٧٥
- أولا: الإختلاف في حصول الرجعة ٣٧٦
- ثانيا: الإختلاف في صحة الرجعة ٣٧٨
- إثبات الرجعة في قانون إجراءات التقاضي رقم(١) لسنة ٢٠٠٠ ..... ٣٧٩
- الفصل الثالث: إثبات موجب التفريق بين الزوجين ٣٨٢
- المبحث الأول: الإثبات في دعوى التفريق لعدم الإنفاق ٣٨٣
- المطلب الأول: حكم التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق ٣٨٣
- المطلب الثاني: كيفية ثبوت الإعسار وعدم الإنفاق ٣٩١
- أولا: كيفية ثبوت الإعسار وعدم الإنفاق في الفقه الإسلامي ٣٩١
- ثانيا: الإثبات في دعوى التفريق لعدم الإنفاق في القانونين المصري والجزائري ٣٩٦
- المبحث الثاني: الإثبات في دعوى التفريق للعيوب ٤٠٠
- المطلب الأول: ماهية العيب وحكم التفريق به ٤٠٠
- المطلب الثاني: العيوب المعتبرة للتفريق، حكمها وشروط تحققها ٤٠٦
- المطلب الثالث: وسائل إثبات العيوب ٤١٤
- الفرع الأول: الوسائل الشرعية في إثبات العيوب ٤١٥
- أولا: في إثبات العيوب التناسلية ٤١٥
- ثانيا: في إثبات العيوب غير التناسلية ٤٢٩
- الفرع الثاني: الخبرة الطبية ودورها في إثبات العيوب ٤٣١
- أولا: تعريف الخبرة الطبية وأساسها في الشريعة الإسلامية ٤٣٢
- ثانيا: دور الخبرة الطبية في إثبات العيوب الموجبة للتفريق ٤٣٣
- الفرع الثالث: إثبات العيوب في القانونين المصري والجزائري ٤٣٧
- المبحث الثالث: الإثبات في دعوى التفريق للضرر ٤٤٣
- المطلب الأول: حالات التفريق للضرر وصورها ٤٤٤

- أولا: التفريق لسوء العشرة..... ٤٤٤
- ثانيا: التفريق لتعدد الزوجات..... ٤٤٧
- ثالثا: التفريق للغياب..... ٤٤٩
-رابعا: التفريق للحبس..... ٤٥٢
- المطلب الثاني: قواعد إثبات الضرر..... ٤٥٤
- أولا: وسائل إثبات الضرر..... ٤٥٤
- ثانيا: إثبات امتناع الزوجة عن طاعة زوجها..... ٤٦١
- ثالثا: ثبوت الضرر عن طريق وقائع معينة..... ٤٦٦
- رابعا: دور القضاء في التوسيع أو التضييق من دائرة إثبات الضرر..... ٤٧٢
- الباب الثالث: نظام الإثبات في بعض آثار الزواج والطلاق..... ٤٧٦
- الفصل الأول: أحكام الإثبات في دعاوى النسب..... ٤٧٦
- المبحث الأول: طرق ثبوت النسب..... ٤٧٨
- المطلب الأول: الطرق الشرعية لثبوت النسب..... ٤٧٩
- الفرع الأول: الفراش..... ٤٧٩
- أولا: معنى الفراش لغة واصطلاحا..... ٤٨٠
- ثانيا: أدلة النسب بالفراش..... ٤٨١
- ثالثا: أقل مدة الحمل وأقصاها..... ٤٨٣
- رابعا: أحوال ثبوت النسب بالفراش..... ٤٨٨
- خامسا: ثبوت النسب بعد الفرقة..... ٤٩٩
- الفرع الثاني: الإقرار..... ٥٠٤
- أولا: أنواع الإقرار وشروطه..... ٥٠٤
- ثانيا: إقرار المرأة بالبنوة..... ٥١١
- ثالثا: الرجوع عن الإقرار بالنسب..... ٥١٢
- الفرع الثالث: الشهادة..... ٥١٣
- الفرع الرابع: حجية اليمين والنكول عنها في دعوى النسب..... ٥١٤
- الفرع الخامس: القافة وحجيتها في إثبات النسب..... ٥١٥
- الفرع السادس: القرعة..... ٥٢٦
- المطلب الثاني: الأدلة العلمية وأثرها في ثبوت النسب..... ٥٣١
- الفرع الأول: ماهية البصمة الوراثية واستخداماتها..... ٥٣٢

- أولا: تعريف البصمة الوراثية..... ٥٣٢
- ثانيا: مراحل إكتشاف البصمة الوراثية..... ٥٣٣
- ثالثا: التقنية الفنية للحصول على البصمة الوراثية وكيفية المقارنة بينها..... ٥٣٤
- رابعا: خصائص البصمة الوراثية..... ٥٣٥
- الفرع الثاني: ضوابط استخدام البصمة الوراثية في مجال النسب..... ٥٣٦
- أولا: الضوابط الشرعية لاستخدام البصمة الوراثية..... ٥٣٦
- ثانيا: الضوابط المعملية والفنية لاستخدام البصمة الوراثية..... ٥٣٦
- الفرع الثالث: حكم استخدام البصمة الوراثية في إثبات النسب..... ٥٠٥
- أولا: ثبوت النسب بالبصمة الوراثية شرعا..... ٥٣٩
- ثانيا: حالات الإستفادة من البصمة الوراثية في إثبات النسب..... ٥٤١
- ثالثا: الفرق بين تحليل البصمة الوراثية وتحليل فصائل الدم..... ٥٤٢
- الفرع الرابع: منزلة البصمة الوراثية بين الطرق الشرعية لثبوت النسب..... ٥٤٣
- أولا: منزلة البصمة الوراثية من الفراش..... ٥٤٣
- ثانيا: منزلة البصمة الوراثية من القافة..... ٥٤٧
- ثالثا: منزلة البصمة الوراثية من الشهادة..... ٥٤٨
- رابعا: منزلة البصمة الوراثية من الإقرار..... ٥٤٩
- خامسا: منزلة البصمة الوراثية من القرعة..... ٥٤٩
- الفرع الخامس: التكييف الفقهي للبصمة الوراثية..... ٥٥٠
- الفرع السادس: البصمة الوراثية في ميزان القضاء..... ٥٥٣
- أولا: موقف القضاء المصري من البصمة الوراثية..... ٥٥٣
- ثانيا: موقف القضاء الجزائري وقانون الأسرة من الأدلة العلمية..... ٥٥٨
- المبحث الثاني: الطريق الشرعي لنفي النسب..... ٥٦٣
- المطلب الأول: اللعان..... ٥٦٣
- الفرع الأول: ماهية اللعان..... ٥٦٣
- أولا: معنى اللعان..... ٥٦٣
- ثانيا: مشروعية اللعان..... ٥٦٤
- الفرع الثاني: شروط صحة اللعان..... ٥٦٨
- أولا: شروط اللعان الموضوعية..... ٥٦٨
- ثانيا: شروط صحة إجراء اللعان..... ٥٧٠

- ثالثا: كيفية اللعان..... ٥٧٠
- الفرع الثالث: التكييف الشرعي للعان..... ٥٧١
- الفرع الرابع: آثار اللعان..... ٥٧٣
- أولا: التفريق بين المتلاعنين..... ٥٧٣
- ثالثا: نفي نسب المولود عن الملاعن وإلحاقه بأمه..... ٥٧٥
- المطلب الثاني: الطرق العلمية وأثرها في نفي النسب..... ٥٧٨
- الفرع الأول: حكم الإعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب..... ٥٧٩
ومنزلتها من اللعان
- الفرع الثاني: حكم استخدام البصمة الوراثية للتحقق من صحة النسب..... ٥٨٨
الثابت أو تسجيله به جبريا
-أولا: حكم استخدام البصمة الوراثية للتحقق من النسب الثابت..... ٥٨٨
- ثانيا: إجراء البصمة الوراثية جبريا لتسجيل النسب..... ٥٩٠
- **الفصل الثاني: الإثبات في دعاوى الخلوة والوطء ونفقة الزوجية**..... ٥٩٢
- المبحث الأول: الإثبات في دعوى الخلوة والوطء..... ٥٩٢
- المطلب الأول: معنى الخلوة واختلاف الزوجين فيها..... ٥٩٢
- المطلب الثاني: إختلاف الزوجين في الوطء..... ٥٩٥
- المبحث الثالث: الإثبات في دعوى نفقة الزوجية..... ٦٠٠
- المطلب الأول: أحكام الإثبات في دعوى نفقة الزوجية في الفقه الإسلامي..... ٦٠٠
- أولا: إختلاف الزوجين في الإنفاق من عدمه..... ٦٠١
- ثانيا: إختلاف الزوجين في دعوى اليسار والإعسار..... ٦٠٢
- ثالثا: إختلاف الزوجين فيما قدم هل هو هدية أم نفقة..... ٦٠٤
- المطلب الثاني: الجانب التطبيقي للإثبات في دعوى نفقة الزوجية..... ٦٠٥
- أولا: الدفع بعدم التمكين..... ٦٠٥
- ثانيا: الدفع بنشوز الزوجة..... ٦٠٦
- **الفصل الثالث: الإثبات في دعاوى المهر وجهاز الزوجية ومتاع البيت**..... ٦١٢
- المبحث الأول: الإثبات في دعاوى المهر..... ٦١٢
- المطلب الأول: الإختلاف في أصل التسمية..... ٦١٢
- المطلب الثاني: الإختلاف في مقدار المسمى..... ٦١٦
- المطلب الثالث: الإختلاف في قبض المهر..... ٦٢١

- أولا: الإختلاف في أصل القبض..... ٦٢١
- ثانيا: الإختلاف في وصف المقبوض..... ٦٢٤
- المطلب الرابع: الإختلاف في مهر السر والعلانية..... ٦٢٦
- المبحث الثاني: الإثبات في دعاوى جهاز الزوجية ومتاع البيت..... ٦٣١
- ما عليه العمل في القانونين المصري والجزائري..... ٦٢٨
- المطلب الأول: الإثبات في دعوى الجهاز..... ٦٣١
- أولا: معنى جهاز بيت الزوجية ومسؤولية إعداده..... ٦٣١
- ثانيا: تجهيز الأب لابنته والخلاف بينهما في ملكيته..... ٦٣٣
- المطلب الثاني: الإثبات في دعوى متاع البيت..... ٦٣٦
- أولا: في الفقه الإسلامي..... ٦٣٦
- ثانيا: منازعات متاع البيت في القانونين والقضائين المصري والجزائري..... ٦٤٢
- الخاتمة..... ٦٤٥
- فهرس مصادر ومراجع البحث..... ٦٥٠
- فهرس الموضوعات..... ٦٧٤