

## الشهادة على آثار فك الرابطة الزوجية في قانون شؤون الأسرة الجزائري

### *The Power of the Family Judge in the Appreciation of the Evidences*

نشر المقال: 2021/06/30

قبول المقال للنشر: 2021/03/02

استلام المقال: 2020 /11/03

أ.د. منصور المبروك

المركز الجامعي لتامنغست، (الجزائر) mansourielmabrouk@yahoo.fr

#### ملخص:

تتناول هذه الدراسة الإشهاد على آثار فك الرابطة الزوجية بواسطة شهادة الشهود، لما يترتب على عقد الزواج من آثار كبيرة جدا، يستعصى على قضاة الموضوع أثباتها بأي وسيلة أخرى من وسائل الإثبات، خاصة تلك الآثار المتعلقة بحقوق الزوجين، وما يتعلق من آثار لها صلة بحقوق الأولاد، خاصة إذا علمنا إن الفقه الإسلامي قد أعطى مكانة رفيعة للإثبات بالشهادة، فهي الدليل السائد وبلا منازع في مسائل الأحوال الشخصية. لما لها من الضوابط ما يجعلها تعزز مكانتها بين مختلف وسائل الإثبات الأخرى .

**الكلمات المفتاحية:** الشهادة، الإثبات، حقوق الزوجين، حقوق الأولاد، شؤون الأسرة، الشهود.

#### Abstract:

This article examines the dimension of judge of family affairs in the appreciation of evidences, Because it is deemed one of the most important proof on which the judge of the family affairs works in issuing judgements. It is the first one in the field of family affairs especially in the states where there is illitrateness. The role of the witness has changes according to the era. The islamic law gives a great importance to the proof by witness, it makes a set of rules and conditions on the person and the object of witness.

**Keywords:** Witness, proof, appreciation of proof, power of judge, family affairs.

**مقدمة:** لقد أعطى الفقه الإسلامي للشهادة مكانة عالية في الإثبات، فقد أحاطها بمجموعة من القيود والشروط ما يجعلها تستحق تلك المكانة، حيث شدد الفقه في شروط صحتها من جهة، وفي شروط الشاهد من جهة أخرى، فهم لا يقبلون شهادة الأطفال، كما يقبلون شهادة البالغ ناقص الأهلية لانسياقه وراء عواطفه.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> انظر، شهادة هابيل البر شاوي، الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعلمية، دار الفكر العربي، القاهرة 1982، ص 8، انظر كذلك، يقاش فراس الشهادة الزور في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة وهران كلية الحقوق، سنة 2004، ص 1

بالإضافة إلى ذلك تظهر أهمية الشهادة في أنها ذكرت أكثر من مرة في القرآن الكريم كقوله تعالى: ( وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَنْ يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ عَلِيمٌ )<sup>1</sup>، وكما قال الرسول صلى الله عليه وسلم: "ألا أخبركم بخير الشهداء هو الذي يأتي بالشهادة قبل أن يسألها." ويرى موران Morand في هذا الشأن إن سبب ذلك يرجع إلى أنها هي الوسيلة الوحيدة لإثبات<sup>2</sup>. حيث أن كل القضايا والنزاعات التي تعرض على القضاء تتطلب إقامة الحجج على الوقائع التي يدعي بها أصحابها، فعدم إقامة الدليل على الحق المطالب به يجعله غير موجود أصلا ودون أي قوة قانونية.<sup>3</sup> وفي هذا الصدد أن الشهادة لا تخلو من الإشكالات الكثيرة والمتعددة، إذ قد يكون الشاهد صادقا أحيانا في شهادته وأحيانا أخرى يدلي بأقوال خاطئة؛ وذلك يرجع لعدة عوامل، فما مدى حجية الشهادة كدليل من أدلة الإثبات على آثار فك الرابطة الزوجية في قانون شؤون الأسرة؟.

للإجابة على هذه الإشكالية سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول الشهادة على حقوق الزوجين ونبين في المطلب الثاني الشهادة على حقوق الأولاد.

### المطلب الأول: الشهادة على حقوق الزوجين

سنتناول في هذا المطلب ثلاثة فروع حيث نوضح في الفرع الأول الشهادة على الخلوة الصحيحة، ثم نعالج في الفرع الثاني الشهادة على استحقاق المهر.

### الفرع الأول: الشهادة على الخلوة الصحيحة

تعارف الناس في أغلب المجتمعات أنه لا يجوز للرجل أن يختلي بزوجه قبل الدخول؛ رفعا للحرج أو اتهام الزوجين بالزنا، إلا أنه إذا حدث ذلك، أستحقه المهر كاملا ويثبت نسب المولود، إذا حملت منه، لكن قد يصعب إثبات هذه الخلوة، حيث لا يمكن للزوجة إثباتها إلا بشهادة الشهود، وقبل أن نبرز دور هذه الشهادة في إثبات الخلوة الصحيحة، لا بد أن نبين ما المقصود من الخلوة وما حكمها؟.

<sup>1</sup> - سورة البقرة ، الآية رقم 283.

<sup>2</sup> - Marcel Morand, Etudes de droit Musulman Algérien. Alger Imprimeur. Librairie de l'université, 1910, p 314.

<sup>3</sup> - انظر، يقاش فراس الشهادة الزور في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة وهران كلية الحقوق، سنة 2004، ص1.

أولاً- المقصود بالخلوة الصحيحة: يطلق عليها أسم الدخول الحكمي<sup>1</sup>، ونعني بها اجتماع الزوجان بعد عقد الزواج الصحيح في مكان يأمن فيه الطرفان، عدم دخول أحد عليهما؛ أو يأمان عدم اطلاع الناس عليهما، أو وقوف الناس على أسرارهما<sup>2</sup>، كشقة أو منزل مغلق الباب، أو كان في صحراء قاحلة يخلوان فيها لأنفسهم<sup>3</sup>. كما لا تتحقق الخلوة الصحيحة، إذا لم يكن بأي أحد منهما مانع من موانع الاتصال الجنسي<sup>4</sup>. فعند توفر شروط الخلوة الصحيحة، تُعتبر كالدخول الحقيقي، فيها يتأكد المهر وكل ما يترتب من آثار الزواج والطلاق، كالعدة والنسب..الخ.

ومن آثارها عند الحنفية والحنابلة أنها تؤكد المهر، أما الشافعية، فيرون أن لا تأثيرا لها على المهر أو غيره، فالدخول الحقيقي عندهم هو المعول عليه، وقال المالكية: "إذا خلا الزوج بزوجه، واستقرت لمدة طويلة، تأكد المهر وإن لم يدخل بها"، مصداقا لقوله تعالى: (وَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ) <sup>5</sup>، وأما حكم تأكيد المهر كاملا للزوجة بعد الطلاق قبل الدخول، قوله تعالى: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ وَأَنْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا أَتَأْخُذُونَهُ بُهْتَانًا وَإِثْمًا مُبِينًا، كَيْفَ تَأْخُذُونَهُ وَقَدْ أَفْضَى بَعْضُكُمْ إِلَى بَعْضٍ وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا) <sup>6</sup>، وفسر الإفضاء بالاختلاط الجنسي، الذي يتضمن الدخول الحقيقي الموجب للمهر. لكن المالكيين يقرون أن للخلوة الصحيحة، حكمين:

أ- وجوب عدة المرأة، حتى ولو أنفق الزوج والزوجة على عدم حدوث الوطء فيما بينهما؛ فهي لا تسقط بمجرد اتفاق الزوجين على نكران الجماع، وفي نفس الوقت يعترفان بوقوع الخلوة؛ لأنها حق من حقوق الله.

1 - أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 109.

2 - أنظر محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص 81. أنظر أيضا وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 321. أنظر كذلك محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 220. أنظر كذلك بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 201.

3 - أنظر، فضيل سعد المرجع السابق، 102.

4 - ولمزيد من التفصيل راجع محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص 220-221. راجع أيضا وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 321-322. أنظر كذلك بدران أبو العنين بدران، المرجع السابق، ص 201.

5 - سورة البقرة، الآية 237.

6 - سورة النساء، الآيتان 20-21.

ب- تصبح الخلوة عند المالكيين، قرينة قاطعة على حدوث الجماع عند اختلاف الزوجين في وقوعه، فإذا اهتدى الزوج إلى زوجته واختلى بها أرخاء الستور. ثم طلقها وأختلف في حدوث الوطء، صدقت الزوجة بيمينها فيما تدعيه. فإذا رفضت اليمين وأدى الزوج اليمين استحققت نصف المهر، وإن نكل الزوج لزمه كل الصداق. وأما سكوت المشرع الجزائري، على اعتبار الخلوة الصحيحة بين الزوجين، لسببا أو حالة من حالات استحقاق الصداق، راجع اقتصاره الخلوة الصحيحة على الدخول الحقيقي، فإذا حدث نزاع بين الزوجين في الوطء أو عدمه، فذلك لا يؤثر على الدخول الذي صار متوفرا بمجرد اللمس ليلة الزفاف بشهادة الحاضرين، حتى وإن لم يتمكن من الزوجة؛ لسبب عجزه؛ حيث يفسر هذا التمكين على أنه دخول حقيقي.<sup>1</sup>

ثانيا- إثبات الخلوة الصحيحة بالشهادة: إذا حدث نزاع بين الزوجين في حصول الخلوة الصحيحة، من عدمها، فإن الإثبات بالشهادة يقع على عاتق الزوجة لإثبات ما تدعيه، ذلك بحسب أنها تدعي خلاف الأصل؛ لأن الأصل العام عدم حدوث الخلوة إلا بالدخول الحقيقي؛ لأن هذه الخلوة طارئة، والمبدأ العام في الإثبات هو على من يدعي خلاف الأصل إثبات دعواه. وبعد عجز الزوجة عن إثبات الخلوة، بشهادة الشهود فعليها أن تطلب توجيه اليمين إلى الزوج، فإذا حلف اليمين قضي بعدم الخلوة، وأن نكل اليمين ولم يحلفه، قضي بها؛ لأن الخلوة بمنزلة شاهد، والنكول عن اليمين بمنزلة شاهد آخر.<sup>2</sup>

يقدر بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، ويكفي أن يشهد على اختلاء الزوجين ببعضهما البعض، في مكان يأمنان فيه من دخول أحد عليهما ويطلع على أسرهما، ولا يجب على الشهود أن يشهدا خلوة الزوجين من موانع الوطء السابقة الذكر، التي تحول دون وقوع الاتصال الجنسي؛ لأن الأصل في الطرفين خلوهما من هذه الموانع؛ لأن إذا ادعى الزوج عدم وقوع الوطء، يقع عليه عبء الإثبات، والقول قول الزوجة مع اليمين، وعلى القاضي أن يراعي السلطة التقديرية الكاملة في تقدير عادات وتقاليد وأعراف المجتمع، على الخلوة بعد العقد قبل الزفاف.

نلاحظ أن المشرع الجزائري، لا يميز بين الدخول الحقيقي والخلوة، بل يعتبرهما شيئا واحدا طالما حدث ذلك بعد إبرام العقد، ولا يعتبر دخولا ما يقع بين الزوجين قبل إبرام عقد الزواج.<sup>3</sup> إذ لم يخطر بباله وقوعها بين الزوجين، فوفقا لأحكام المادة 16 من ق.أ: " تستحق الزوجة الصداق كاملا بالدخول، أو بوفاة الزوج،

<sup>1</sup> - أنظر فضيل سعد، المرجع السابق، ص 104. أنظر كذلك عبد العزيز سعد، المرجع السابق، ص 136.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 323.

<sup>3</sup> - م.ع، غ.أ. ش، 1984/11/19، ملف رقم 34046 أنظر بلحاج العربي، قانون الأسرة مبادئ الاجتهاد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، ديوان المطبوعات الجامعية، سنة 2000، ص 18.

وتستحق نصفه عند الطلاق قبل الدخول<sup>1</sup>. الشيء الذي يبين أنه سوى بينهما وهذا ما يؤكد القضاء الجزائري في بعض الاجتهادات القضائية، حيث اعتبرت أنه: " من المقرر شرعا أن انتقال الزوجة إلى بيت الزوجية واختلاء الزوج بها في بيته وغلق بابه عليها وهو ما يعبر عنه شرعا- بإرخاء الستور أو خلوة الاهتداء - يعتبر دخولا فعليا يرتب عليه الآثار الشرعية وتقال الزوجة كامل صداقها"، ومن المقرر أيضا: " أن دخول المسلم بها يوجب العدة، حتى ولو أتفق الطرفان على عدم المس، ويوجب نفقتها ونفقة ما قبلها في غياب المسقط عليها ومن ثم فان النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون في غير محله".<sup>2</sup> قرار رقم 55116 المؤرخ بتاريخ 1989/10/02.<sup>3</sup>

### الفرع الثاني: الشهادة على مهر المثل.

لقد نظم المشرع الجزائري شرط الصداق في المواد 14 و 15 و 16 و 17 من قانون الأسرة، بعد أن نص عليه في المادة 9 منه، ضمن شروط عقد الزواج، وللمهر في النكاح نوعان مهر مسمى ومهر غير مسمى، فالأول لا نحتاج إلى إثباته، أما الثاني فهو جدير بالإثبات، والوسيلة الوحيدة في إثباته هي شهادة الشهود. وقبل أن نبين دور الشهادة في إثبات صداق المثل، لا بد أن نتعرض مفهوم الصداق.

**أولاً- مفهوم المهر:** يعتبر الصداق في الفقه والقانون من أهم آثار عقد الزواج، ذلك لأنه يحق للزوجة بمجرد وقوع الخلوة الصحيحة، فهو واجب على الرجل دون المرأة، ويجب في العقد الصحيح سواء سمي فيه أم لم يسم وسواء كانت التسمية صحيحة أو غير صحيحة.<sup>4</sup> فما هو الصداق وما مقداره؟.

**1- تعريف المهر:** يطلق هذا الاسم على المال الذي تستحقه الزوجة على زوجها، بمجرد العقد عليها، أو بسبب الدخول بها دخولا حقيقيا. أو هو حق مالي أوجبه الشارع للمرأة في عقد زواج صحيح أو دخول بشبهة أو بعد عقد فاسد. ومن هنا نستخلص ما يلي:

أ- أنه واجب: أي على الرجل دون المرأة بالعقد، ويستحق نصف المهر بالطلاق قبل الدخول.

ب- الدخول الحقيقي: فالمهر كما قدمنا يثبت بالدخول في العقد الفاسد، وهو غير محتمل السقوط، إلا بالأداء والإبراء.

<sup>1</sup> - قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 جوان 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27-02-2005.

<sup>2</sup> - أنظر، عمر بن سعيد، الاجتهاد القضائي وفقا لأحكام قانون الأسرة، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، سنة 2004، ص 16

<sup>3</sup> - المجلة القضائية، لسنة 1991، العدد الأول، ص 34.

<sup>4</sup> - أنظر عبد المجيد محمود مطلوب، الوجيز في أحكام الأسرة الإسلامية، الطبعة الأولى، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع، سنة 2004، ص 151.

هذا وقد عرفه المالكية: بأنه يجعل للزوجة عوض الاستمتاع بها. وقد عرفته الشافعية: بأنه ما وجب بنكاح أو وطء أو تقويت بضع قهرا، كرضاع ورجوع شهود. وعرفه الحنابلة: بأنه العوض في الجماع، والعوض في الوطء في النكاح بشبهة ووطء الكراهية.<sup>1</sup>

أما المهر المسمى في العقد، هو ما يقدمه الرجل للمرأة قبل الدخول أو بعده، كهدية الزفاف أو ثياب الدخول، أو ما تعارف عليه الناس كالمشروط في العقد لفظا، فعند المالكية إذا طُلقَت الزوجة قبل الدخول، يجب عليها أن ترجع للزوج نصف ما أهداه لها.

**2- مهر المثل:** وهو مهر مثيلتها من النساء، من جهة أبيها، كأختها، أو بنت أخيها، أو عمتها، مع مراعاة تساوي المرأتين وقت العقد، من حيث الثقافة، والجمال، ومن حيث السن، والثبوبة، والبركة، ومن حيث المال والعقل، ومن حيث الأخلاق والأدب. وإذا لم توجد مثيلتها، كقربيتها من أبيها، انتقلت المماثلة إلى أبعد منها تماثلا، وبعد الاتفاق على قيمة مهر المثل، يجب أدائه للزوجة، كما يجب إتمام ما بقى منه عند العقد، وإذا لم يسم تسمية صحيحة، أو تم الدخول بها في حالة شبهة، أو كان العقد فاسدا، وفقا لأحكام المادة 33 من ق.أ.ج، وجب مهر المثل.<sup>2</sup> وعند اختلافهما على مهر مثيلتها، كان يدعي الزوج أن مهر مثلها يقدر بقيمة كذا، والزوجة هي الأخرى تدعي بأن مهر مثيلتها، يقدر بقيمة أعلى من تلك القيمة، فالقول لمن أثبت مزاعمه بشهادة الشهود.<sup>3</sup>

**3- مقدار المهر:** لقد حاول عمر بن الخطاب رضي الله عنه تحديد المهور، لكن امرأة عارضته في المسجد قائلة: كيف يجوز لك ذلك، والله يقول: (وَإِنْ أَرَدْتُمْ اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأْخُذُوا مِنْهُ شَيْئًا)،<sup>4</sup> فقال عمر: "أصابت امرأة وأخطأ عمر".

من هنا اتفق الفقهاء على أن الصداق ليس له حد أدنى ولا حد أعلى،<sup>5</sup> وأنه يصلح على كل من يطلق على اسمه مال، جاز أن يكون مهرا، لقوله تعالى: (... وَأُحِلَّ لَكُمْ مَّا وَّرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ... )، ولقوله عليه السلام: "أن أعظم النكاح بركة أيسره مئونة"، رواه الإمام أحمد أبو حنبل

1 - أنظر ذلك وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 250.

2 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 103-104.

3 - محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص 80.

4 - سورة النساء، الآية 20.

5 - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 134.

أما فيما يتعلق بقانون الأسرة الجزائري، جاء في نص المادة 14 ما يلي: "الصدّاق هو ما يدفع نحلة"، للزوجة من نقود أو غيرها ومن كل ما هو مباح شرعا وهو ملك لها تتصرف فيه كما تشاء. نستخلص من النص أن المهر غير محدد بقيمة معينة، والأكثر من ذلك أن من يصح امتلاكه شرعا، جاز أن يكون مهرا، بغض النظر على طبيعة المال كونه عقارا أو منقولا أو نقودا أو حتى منفعة. أما إذا كان خلاف ذلك، كأن يكون المهر مالا غير مشروع، أو أن يكون الصدّاق عملا محرما، أو شيئا محرما، كآلة لهو أو طرب، فلا يجوز أن يكون مهرا في الفقه الإسلامي<sup>1</sup>.

**ثانيا- نصاب الشهادة في إثبات مهر المثل:** في حالة وجود نزاع بين الزوجين، على استلام الصدّاق من عدمه، يجب على المدعي أن يثبت ذلك، وبما انه يجوز له إثبات مثل هذه الوقائع بشهادة الشهود فما عليه إلا إحضار شاهدين اثنين أمام القضاء. ويشترط عند الحنفية لثبوت مهر المثل إخبار رجلين، وامرأتين - شهود عدول-، والفظ الشهادة، وعند عدم وجود بينة فالقول هو قول الزوج مع يمينه؛ لأنه رافض لزيادة قيمة المهر أو أنه قد ادعى تسديد مقدار المهر<sup>2</sup>. أما في حالة ما إذا قدم كل من الزوج والزوجة، ادعائهما وأقام كل واحد منهما البينة على ما يدعيه من أجل الإثبات، فإن القول قول الزوجة؛ لأنه يفترض فيها أنها تدعي الزيادة، والزوج ينكر ذلك وشرعت الأدلة لإثبات الدعاوى لا لنفيها ودفعها. وفقا للمبدأ القائل البينة على من أدعى واليمين على من أنكر<sup>3</sup>.

لم ينص المشرع الجزائري صراحة، على ضرورة الشهادة على استحقاق الصدّاق، لكن من خلال المادة 09 من قانون الأسرة الجزائري نستشف أن شرط الشاهدين في عقد الزواج دورهما الحقيقي هو التأكد أولا على رضا الزوجين ثم الإشهاد على الاتفاق على الشروط التي يريانها مناسبة في العقد، إضافة إلى التأكد من قبض المهر من عدمه، والتأكد أيضا من أن المهر مسمى أو غير مسمى أو هو صدّاق مؤجل أو معجل... فشرط الشاهدين إنما هو في الحقيقة إشهاد على شروط العقد لأجل صحته، ومن أجل الإثبات إذا اقتضت الضرورة، في حالة نكرانه. ونصاب الشهادة حسب ما جرى عنه العرف القضائي لقرارات المحكمة العليا في مسائل شؤون الأسرة شهادة رجلين<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 105- 106.

<sup>2</sup> - أنظر، وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 266. أنظر كذلك محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص 80.

<sup>3</sup> - أنظر محمد مصطفى الشلبي، المرجع السابق، ص 371.

<sup>4</sup> - أنظر، ملف رقم 43889 قرار بتاريخ 15/12/1986. المجلة القضائية، سنة 1993، العدد 02، ص 37.

## الفرع الثالث: الشهادة على النفقة.

في الواقع هناك حالات كثيرة، في الحياة الزوجية، يحدث فيها تخلي الزوج عن التزاماته المالية، نحو الزوجة والأبناء، فيتركها وأولادها تصارع الحياة، فلا أحد يهتم بها وينفق عليها. فقد تلجا الزوجة إلى القضاء للمطالبة بحق النفقة، ولا يمكنها ذلك، إلا بوسطة إثبات ما تدعيه بشهادة الشهود أو غيرها من الوسائل الأخرى، وما يهمنا هنا الإثبات بالشهادة فقط<sup>1</sup>. وقبل الدخول إلى موضوع الشهادة، لا بد من معرفة النفقة الشرعية.

**أولاً- النفقة الشرعية:** تعد النفقة أحد أهم حقوق الزوجة على زوجها، إذ تجب عليه جراء احتباسها في البيت، وقصر نفسها على بعلمها، بحكم العقد الصحيح الذي يربطهما، احتباسا يؤدي إلى استيفاء المقصود بالزواج<sup>2</sup>. نبحث في هذه النقطة مفهوم النفقة ودليل مشروعيتها ثم أتعرض أخيرا إلى شروط استحقاق النفقة الزوجية.

### 1- مفهوم النفقة: للنفقة معنيان معنى لغوي ومعنى اصطلاحي.

**أ- النفقة لغة:** مشتقة من النفوق؛ أي الهلاك كقولك نفق الحصان أي هلك، أو مشتقة من النفاق؛ أي الرواج، كقولك نفقت السلعة أي راجت.<sup>3</sup> والنفقة لغة قد تعني الإخراج والذهاب، يقال نفقت الدابة؛ أي خرجت من ملك صاحبها بالبيع. والنفقة اسم مصدر وجمعها نفقات.<sup>4</sup>

**ب- النفقة اصطلاحا:** وهي في الشرع ما يصرفه الرجل على زوجته، وأبنائه، وأقاربه، أو أصوله، دون إسراف. من طعام، وكسوة، ومسكن، كما عرفه التسولي.<sup>5</sup>

من هنا فرض المشرع الجزائري النفقة الشرعية على الزوج، للزوجة والأولاد، حسب قدرته واستطاعته وفقا لأحكام المواد 1/37، 74، 77، 78، 79، والمادة 80 من ق.أ، وفي حالة عدم استطاعة الزوج على الأنفاق تجب على الأبناء وعلى الأم إذا كانت قادرة عليها، وهذا ما تضمنته المادة

1 - أنظر، عبد الفتاح تقية، المرجع السابق، ص 164-165.

2 - أنظر، محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص 83.

3 - أنظر، أين منظور، لسان العرب، الجزء السادس، ص 4507. أنظر كذلك، عبد المؤمن بلباقي، التفريق القضائي بين الزوجين في الفقه الإسلامي، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، سنة 2000، ص 10-11.

4 - أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، المرجع السابق، ص 169.

5 - التسولي: هو أبو الحسن علي أبو عبد السلام التسولي قاضي فأس وتيطوان، حافظ وجامع للعلوم، له إلى جانب شرح التحفة، شرح الشامل لبهرام، وحاشية على الزقاقية وفتاوى في سفرين وغيرها، هامش عبد المؤمن بلباقي، المرجع نفسه، ص 11.



76 من نفس القانون. كما تجب نفقة الفروع على الأصول، والعكس حسب القدرة ودرجة قرابة الميراث، وفقا لنص المادة 77 من ق.أ.

تجب النفقة الزوجية على الزوج، بغض النظر عن ديانة زوجته، فهي تحق للزوجة المسلمة وغير المسلمة؛ أي تجوز للزوجة الكتابية؛ اليهودية والنصرانية، منذ إنشاء العقد الصحيح، كما تجوز أيضا للزوجة الغنية حتى ولو كان زوجها فقيرا، حسب م 74 من ق.أ.<sup>1</sup>

**2- دليل وجوبها:** اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها، ودليلهم في ذلك، ما جاء به الكتاب والسنة النبوية، و ما أجمع عليه فقهاء الإسلام، وما يتقبله العقل البشري.

من الكتاب فقد أمر الله سبحانه وتعالى الأزواج بالإنفاق على المطلقات مقابل الرضاعة، دليلا لوجوب النفقة للزوجة، فإذا كان من حق المطلقات، فحق الزوجات من باب أولى، لقوله تعالى: (... وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ...)<sup>2</sup>، ولقد جاء في حق الزوجات حال قيام الزوجية، وفي حق المطلقات أثناء العدة، قوله تعالى: (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرْ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا).<sup>3</sup>

من السنة روي أن هند بنت عتبة زوج أبي سفيان قالت: يا رسول الله، أن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي أبنائي، فقال رسول الله: " خذي ما يفيك وولدك بالمعروف "، رواه البخاري ومسلم،<sup>4</sup> في حجة الوداع قال عليه الصلاة والسلام: " ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف " رواه مسلم وأبو داود.

ومن الإجماع لقد أجمع فقهاء الشريعة الإسلامية، على أن النفقة تجب على الزوج البالغ لزوجته بالدخول، إلا الناشز منهن، قياسا على القواعد العامة، من حبس لحق غيره فنفقتها واجبة عليه، واستثنى الحنفية الزوج الصغير؛ لأنه لا يستطيع أن يستمتع بها.<sup>5</sup>

فهي بهذا لا يمكنها الخروج لطلب الرزق، فعلى هذا الأساس استحقت النفقة، جزاء لخدمة زوجها ورعاية مصالح أبنائها في البيت، مثلها مثل من يعمل لصالح الدولة، أو من يعمل لجهة أخرى، وهو ما أقرته القواعد الاجتماعية، والشريعة الإسلامية الشئ الذي يتقبله العقل الإنساني.

1 - أنظر، نبيل صقر، قانون الأسرة نصوصها وتطبيقاتها، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، سنة 2006، ص 270.

2 - سورة البقرة، الآية 231.

3 - سورة الطلاق، الآية 7.

4 - أنظر، عبد المؤمن بلباقي، المرجع السابق، ص 12.

5 - لمزيد من التفصيل أنظر بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 236. أنظر كذلك وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، المرجع السابق، ص 787.

**3- استحقاق النفقة الزوجية:** يتضح لنا من خلال دراسة المادة 74 من ق.أ، الشروط التي يجب توافرها لاستحقاق النفقة الزوجية و هي كالتالي:

**أ- الخلوة الصحيحة:** أي بمعنى الدخول بالزوجة، بغض النظر عن حدوث الاتصال الجنسي فعلا، أو لم يحدث لأن العجز عن المخالطة الجنسية في هذه الحالة، يعود إلى ضعف الزوج وعدم قدرته على ذلك، لكن إذا كانت مقاومة الزوجة هي السبب، فوفقا لأحكام المادة 1/37 من ق.أ تعتبر ناشزا وعليه لا تستحق الزوجة النفقة، ولا يثبت النشوز في القانون الجزائري إلا بحكم قضائي ((محضر عدم الرجوع)).

**ب- العقد الصحيح:** يجب أن يكون عقد الزواج صحيحا طبقا لنص المادة 09 من ق.أ مستوفيا لأركانه وشروطه، مع توفر شرط الاحتباس من قبل الزوجة، واستعدادها له وعليه إذا كان العقد فاسدا وفقا لأحكام المادة 32 من نفس القانون، فلا تجب لها النفقة الزوجية، ولا حتى في عدتها أيضا الشيء الذي أقرته المحكمة العليا في قرار لها لم تنشره.<sup>1</sup>

**ج- أن تكون الزوجة صالحة للمعايشة:** أي أن تكون الزوجة قادرة على الوطاء أو للالتئاس وخدمة زوجها، فإن كانت صغيرة لا تصلح للمداعبة و الخدمة فلا تستحق النفقة ولا ينطبق عليها الاحتباس. لذا يشترط القانون الجزائري في المرأة تسعة عشر سنة كاملة حسب نص المادة 07 من ق.أ، ولا يمكن لأي امرأة كانت أن تبرم عقد زواجها وهي أقل من هذا السن إلا بترخيص من القاضي، حرصا على مصلحة الزوجين؛ وحتى تتمكن الزوجة من القيام بواجباتها اتجاه زوجها وتتمكن من استحقاق النفقة، ذلك أن النفقة مرتبطة بحق التمتع بها ولو حكما حسب المحكمة العليا.

**ثانيا- إثبات النفقة بشهادة الشهود:** قد يحدث نزاع بين الزوج وزوجته على النفقة، وتقوم هذه الأخيرة برفع دعوى قضائية ضد بعضها مطالبة منه دفع قيمة النفقة الشرعية لها، وتمكنت من إقامة البينة على يساره، وقبل قاضي شؤون الأسرة بينتها، وأقام الزوج بدوره البينة على إعساره، هنا تكون البينة بينة الزوجة؛ لأن بينة الزوج لا تثبت شيئا. وتكفي في هذا المقام شهادة الاستكشاف، التي هي شهادة الإخبار بواقعة لمجرد الاستعلام واستطلاع الرأي، مثل أخبار أهل الخبرة والمترجم ولا يشترط فيها لفظ - أشهد - وهي تأخذ ممن تتوفر فيهم الثقة وتقديرها متروك للقاضي. فشهادة الاستكشاف تكفي في القضاء بالنفقات، بجميع أنواعها، نفقة الأولاد ونفقة الزوجة، وحتى نفقة الأقارب، كما تجوز أيضا في الشهادة على أجرة الرضاع والسكن والحضانة؛ بسبب طبيعة الدعاوى المعروضة على القضاء<sup>2</sup>. وهذه الشهادة لا تتطلب

<sup>1</sup> - إن نفقة العدة تظل واجبة شرعا وقانونا للزوجة على زوجها سواء كانت ظالمة أو مظلومة والقضاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا لأحكام الشريعة الإسلامية. نقلا هامش بلحاج العربي المرجع السابق، ص 172.

<sup>2</sup> - أنظر، عبد الحميد أشورابي، المرجع نفسه، ص 290.

توافر ما يشترطه الفقه الإسلامى من شروط الخاصة بالشهادة، ومنه لا يجبر الشاهد بالحضور إلى الجلسة؛ ليدلى بما رآه وما شاهده لقاضى الموضوع، وأمام الطرفين المتخاصمين<sup>1</sup>.

يلجأ القاضى فى أغلب الأحيان إلى تعيين أحد الأفراد؛ للاطلاع على تقديم النفقة الزوجية فى الفقه الإسلامى، لكي يمكنه من تقدير قيمتها، إلا أن تقدير النفقة يرجع إلى هيئة المحكمة المختصة، فله أن يطمئن لها، أو يطرحها، وما يثبت ذلك تحريات أمير المؤمنين، ورجال إدارته عن أحوال الناس والأزواج. أما فيما يخص تقدير النفقة المستعجلة التي شرعت لسد حاجيات الأسرة الزوجة والأبناء فى حالة الضرورة، بأمر من رئيس المحكمة، ريثما يفصل فى أصل الدعوى، أن هذه النفقة تكون لصالح زوجة المعسر، وهي تمثل رحمة لها بعد طول انتظار؛ وتصدر النفقة المؤقتة من لدن القاضى الاستعجالي، حيث لا تتطلب الإثبات بشهادة الشهود؛ لأن الأمر الصادر فيها غير قابل للمعارضة ولا للاعتراض على التنفيذ المعجل<sup>2</sup>. ودعوى النفقة يجوز إقامتها أمام قاضى الأمور المستعجلة فى كل وقت، حتى ولو كانت دعوى الطلاق و دعوى الرجوع مطروحة أمام القضاء<sup>3</sup>.

### المطلب الثانى: الشهادة على حقوق الأولاد.

إن الشريعة الغراء منحت لأولاد حقوقا مختلفة تضمن لهم الحياة الكريمة والمعيشة الرغدة وتكمن هذه الحقوق فى ثبوت النسب وحق الميراث. والمقصود بالشهادة على حقوق الأولاد، الإشهاد على الآثار المترتبة على عقد الزواج، كإثبات النسب بشهادة الشهود، وإثبات الإرث بالشهادة، لذا يجب علينا أن نقسم المطلب إلى فرعين حيث نتناول فى الفرع الأول إثبات النسب بالشهادة، ونبين فى الفرع الثانى دور شهادة الشهود فى إثبات الإرث.

### الفرع الأول: الشهادة على النسب.

تنص المادة 40 من قانون الأسرة: " يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و 33 و 34 من هذا القانون. يجوز للقاضى اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب ". ولدراسة هذا الموضوع سنتعرض أولا إلى مفهوم البينة فى مادة النسب ثم نتناول بعد ذلك إثبات نسب ولد المعتدة.

1 - أنظر، محمد أحمد عابدين، المرجع السابق، ص 84.

2 - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 363.

3 - أنظر، عبد الفتاح تقيّة، المرجع السابق، ص 166.

**أولاً- مفهوم البيّنة في مادة النسب:** نقصد بالبيّنة في هذا المقام شهادة الشهود دون غيرها من الأدلة الأخرى<sup>1</sup>، إلا أن المشرع الجزائري في المادة السابقة استعمل في النص العربي مصطلح البيّنة وفي النص الفرنسي مصطلح **la preuve** مما يفهم أن المقصود منه هو البيّنة بمفهوم عام؛ أي هي الدلائل أو الحجج التي تؤكد وجود واقعة مادية وجوداً حقيقياً بواسطة السمع، وغيرها من وسائل الإثبات في ق.إ.ج. والشهادة في مواد النسب أقوى إثباتاً من الإقرار<sup>2</sup>.

لازال الغموض يكتنف المشرع الجزائري في استعماله للكثير من المصطلحات، وقد أكدت المحكمة العليا هذا في القرار الصادر في 15 / 06 / 1999، ملف رقم 222674<sup>3</sup> التي رفضت المحكمة الحكم لتجاوز السلطة من طرف قضاة المجلس، الذي جاء فيه: " أن القرار المنتقد القاضي بتعين خبرة طبية قصد تحليل الدم للوصول إلى تحديد نسب الولدين بأن ينسباً للطعن أم لا. حيث أن إثبات النسب قد حددته المادة 40 وما بعدها من قانون الأسرة الذي جعل له قواعد إثبات مسطرة وضوابط محددة تقي بكل الحالات التي يمكن أن تحدث ولم يكن من بين هذه القواعد تحليل الدم الذي ذهب إليه قضاة الموضوع فدل ذلك أنه قد تجاوزوا سلطتهم الحاكمة إلى السلطة التشريعية الأمر الذي يتعين معه نقض القرار المطعون فيه وإحالة نفسه للمجلس ". حيث يلاحظ أن البصمة الوراثية جعلت من نص المادة 40 من قانون الأسرة بين التغير والجمود<sup>4</sup>.

أن رفض المحكمة العليا للطرق العلمية الحديثة لإثبات النسب آنذاك في هذا القرار يرجع إلى المفهوم العام للبيّنة، وإنما كان يقصد من لفظ البيّنة في نص المادة هو الإثبات بشهادة الشهود<sup>5</sup>. مادام المفهوم العام يشمل كل وسائل وطرق الإثبات.

**1- أنواع البيّنة:** بعد أن تطرقنا إلى تعريف البيّنة سابقاً، سنبين في هذا الموضوع أنواع البيّنة في مادة النسب نظراً لقاعدة إحياء الولد، التي جعلت إمكانية إثباته بكل أنواع الشهادة، فيمكن إثباته بالشهادة المباشرة، وبالشهادة على الشهادة، وبالشهادة السماعية، وحتى بالخبر المحمول وبالشهادة بالشهرة العامة

1 - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 310.

2 - أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، 199. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع نفسه، ص 217.

3 - أنظر، الاجتهاد القضائي لغرفة الأحوال الشخصية، عدد خاص، ص 88.

4 - محافظي محمود، دور البصمة الوراثية D.N.A، في تحديد النسب، دراسات قانونية، العدد 08، دار النشر والتوزيع الجزائر، سنة 2003، ص 70-71.

5 - لكن بعد التعديل الأخير لقانون الأسرة، حسب قانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو سنة 2005، قد أجاز المشرع الجزائري، إثبات النسب بالطرق العلمية الحديثة من خلال أحكام المادة 40، أعلاه.

التي هي ورقة مكتوبة تحرر أمام جهة رسمية، تدون فيها وقائع معينة، يشهد بها شهود يعرفون تلك الوقائع عن طريق الشهرة العامة<sup>1</sup>. كما يمكن إثبات النسب بالخبر المحمول.

وبما أن المادة 45 مكرر من ق.أ، كرست حق اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي، باعتباره أحدث الوسائل العلمية للإنجاب<sup>2</sup>، فإنه يمكن للفريق الطبي الذي أجرى عملية تلقيح بويضة الزوجة بماء زوجها، أن يكون شاهداً على إثبات نسب الطفل الذي نتج عن هذه العملية، وبالتالي يلحق نسبه للزوج.

**2- كيفية ثبوت النسب بالبينة:** يثبت النسب بالبينة الكاملة؛ أي بشهادة رجلين عدلين، أو رجل وامرأتين عدول<sup>3</sup>، وشهادة الفريق الطبي الذي أجرى عملية التلقيح، حتى ولو كانوا نساء. فإذا حدث نزاع بين أكثر من شخص على نسب طفل واحد، فأدعى كل واحد منهما أنه أبنه، فينسب هذا الولد لمن أقام بينته عليه وأثبت ذلك بشهادة الشهود. وإذا ادعى رجل على آخر أنه بنوة، أو أبوة، أو أخوة، أو عمومة، أو أي قرابة، وأنكر المدعي عليه دعواه، فعلى المدعي إثبات دعواه بالشهادة، ومتى صحت دعواه وكانت البينة كافية لإثباتها وحكم له بثبوت نسبه، صارت له كل الحقوق والأحكام المقررة شرعاً بسبب البنوة أو الأبوة. ولكن يجب الإشارة هنا إلى أنه متى كان المدعي عليه ميتاً، وجب سماع الدعوى مصحوبة بحق آخر كالميراث والدين والنفقة، والتالي تكون هذه الحقوق هي موضوع الخصومة الحقيقي؛ لأن الدعوى على الميت مثلها مثل الدعوى على الغائب وبالتالي فلا تسمع، وفقاً لمضمون المادة 85 من ق.أ.م.<sup>4</sup>

نلاحظ أن المشرع الجزائري لا يجيز إثبات نسب بالبينة، إلا في حالة وجود زواج صحيح، أو فاسد. فإذا كانت علاقتهما علاقة غير قانونية، وغير شرعية، ونتج عنها ابن و تم في شأنه نزاع، فلا يمكن إثباته بشهادة الشهود، كما لا يمكن تسجيله في سجلات الحالة المدنية باسم أبيه، وإنما يسجل على اسم أمه؛ لأنه ابن طبيعى طبقاً لنص المادة 41 من ق.أ.<sup>5</sup>

1 - أنظر، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 310 - 311 - و - 317.

2 - أنظر، بن داود عبد القادر، المرجع السابق، ص 111.

3 - أنظر، كمال صالح ألبنا، المشكلات العلمية في دعاوى النسب وإلرث، الطبعة الأولى، عالم الكتب، سنة 2002، ص 14 - 15.

- أن البينة القاطعة حسب المحكمة العليا هي شهادة المعاينة أو السماع الفاشي والشهادة المعتبرة هي شهادة عدلين ذكرين، وردت شهادة امرأتين، قرار المحكمة العليا ملف رقم 43889 قرار بتاريخ 15/12/1986. يوسف دلاند، الوجيز في شهادة الشهود، المرجع السابق، ص 150.

4 - أنظر، بلحاج العربي، المرجع السابق، 199.

5 - أنظر، عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، المرجع السابق، ص 218.

**ثانيا-** **ثبوت نسب المعتدة:** فإذا جاءت المرأة بولد لأقل من ستة أشهر من تاريخ الزواج، لم يثبت نسبه من الزوج، وهذا ما تضمنته المادة 42 من ق.أ؛ لأنه يحتمل أن يكون هذا الولد عالقا قبل النكاح، أما إذا أتت به بعد هذه المدة؛ أي لسته أشهر فأكثر، فيثبت نسبه إلى الزوج؛ بسبب الفراش مالم ينفيه بالطرق المشروعة ( اللعان). ما دام ثبتت ولادته بشهادة القابلة، أو بشهادة الفريق الطبي.

**1- إثبات نسب ولد المعتدة من طلاق:** ذهب أحمد أبى حنبل، أن المعتدة من طلاق إذا ولدت وأنكر الزوج ولدها ، لم ينسب له إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان، معللا بقوله بأن العدة ليست قائمة، وقد صارت امرأة أجنبية. أما إذا كانت المرأة حاملا، وكان قد أعترف الزوج بالولادة فيثبت النسب بدون شهادة؛ لأن هذا الأخير ثابت في البطن قبل الولادة، لكن لا بد من إثبات الولادة بشهادة القابلة وحدها؛ لأن شهادتها وحدها في هذا المجال مقبولة شرعا؛ لأن هذه الأمور لا يطلع عليها الرجال.<sup>1</sup>

وقد ذهب محمد وأبو يوسف أن نسب ابن المعتدة من طلاق، يثبت بشهادة امرأة واحدة في كل الحالات، وهذا ما ذهب له جمهور الفقهاء؛ لأن سبب ذلك الفراش قائم بقيام العدة<sup>2</sup>. فإذا أدعت المعتدة من الطلاق الرجعي الولادة، لأكثر من سنتين فإن النسب يكون ثابتا بالفراش القائم و الولادة أو التعيين يثبتان بشهادة المرأة الواحدة<sup>3</sup>.

**2- إثبات نسب المعتدة من وفاة:** إذا ولدت المعتدة من وفاة، ولم يشهد ولادتها أي أحد، ولكن صدقها الورثة، فيثبت نسب المولود للمتوفى اتفاقا، هذا التصديق يقبل في حق الورثة؛ لأن ثبوت النسب هنا في حق الإرث. أما في حالة ثبوت النسب من المتوفى من حيث الظاهر؛ أي ليظهر للناس كافة، فيه عدة تفاصيل

أ- إذا كان الورثة المقررون بالولادة عدولا في شهادتهم ، فإن النسب يثبت في حق الجميع، فيشارك المولود المقرين من الورثة و المنكرين، و لا تحتاج هذه الشهادة أن تكون في مجلس القضاء.

ب- أما إذا كان الورثة المقرون بالولادة ليسوا من أهل الشهادة، فلا يثبت نسب الولد في حقهم بل يثبت في حق المقرين فقط.

ج- فإذا كان مع الورثة المقرين بالولادة شهود أجنب، فهنا يجب أن تكون خصومة قضائية، و بالتالي تكون الشهادة في مجلس القضاء؛ لأن الشهود في هذه الحالة يؤدون شهادة محضة؛ بالنظر إلى قاعدة الحنفية، مفادها إذا تعارض ظاهران في إثبات النسب قدم المثبت له لوجوب الاحتياط في إثباته، ومن

1 - أنظر، كمال صالح ألبنا، المرجع السابق، ص 14.

2 - أنظر، عبد الحميد أشوربي، المرجع نفسه، ص 404.

3 - أنظر، كمال صالح ألبنا، المرجع نفسه، ص 14.

هذه القاعدة يثبت النسب بالإيماء. والشبهة عندهم تعمل عمل الحقيقة، وأمر النسب مبني على الاحتياط. لذلك إذا أثبت النسب بالشبهة، لا يمكن نفيه باللعان.<sup>1</sup>

إن إثبات النسب بواسطة شهادة الميلاد وحدها ليست حجة كافية لذلك، وإن كانت تعد قرينة عليه؛ لأن القيد في الدفاتر وفي سجلات المستشفى و الحالة المدنية، لا يشترط فيه أن يكون بناء على طلب الأب ووكيله، بل يكون بإملاء من القابلة أو الأم.

وإن ما يمكن قوله في المعتدة من طلاق أو المعتدة من وفاة، إذا أدعت الولادة لأقل من سنة من يوم الفراق، وأنكرها الزوج أو الورثة فلا يثبت بشهادة القابلة؛ لأن نصاب الشهادة في النسب رجلان أو رجل وامرأتان، فشهادتها تصح فقط على واقعة الولادة.<sup>2</sup>

نلاحظ أن المشرع الجزائري، قد حسم هذا النزاع بالنسبة للمعتدة من طلاق أو من وفاة، في مهديه من خلال أحكام المادة 43 من ق.أ، في نصها التالي: " ينسب الولد لأبيه إذا وضع الحمل خلال عشرة أشهر من تاريخ الانفصال أو الوفاة ". وفي نظري لا ينطبق نفس الحكم على التلقيح الاصطناعي بنوعيه الداخلي عن طريق الإدخال والخارجي عن طريق أطفال الأنابيب؛ لأن صاحب ماء البويضة معلوم وهو الزوج طبقاً للشروط الواردة في المادة 45 مكرر من قانون الأسرة الجديد.

### الفرع الثاني: الشهادة على الميراث.

إن نظام التوريث الذي وضعته الشريعة الإسلامية، يعتبر أحسن النظم المالية وأحكمها وأعدلها على لإطلاق، فقرر الدين الإسلامي، ملكية الإنسان للمال، سواء كان رجلاً أو امرأة، بالطرق الشرعية، وقبل الخوض في موضوع الشهادة على الإرث سنتناول في النقطة الأولى مفهوم الميراث.<sup>3</sup>

أولاً- مفهوم الميراث: وهو أسم لما يستحقه الوارث بسبب من أسباب الإرث وعلم الميراث يتوصل به إلى معرفة التركة ونصيب كل وارث، وهو من الحقوق التي لا تقبل الإسقاط، وسندرس في هذا الموضوع ثلاث نقاط، تعريف الميراث، ومنزلته وأهميته دراسته، وأخيراً نوضح الحكمة من مشروعيته.

### 1- تعريف الميراث: وللميراث معنيان معنى لغوي ومعنى اصطلاحى

<sup>1</sup> - إن نفي النسب في الزواج الصحيح، لا يكون إلا باللعان، وهذا الأخير لا يجري في النكاح الفاسد والوطء بشبهة، أنظر عبد الحميد الشواربي، المرجع نفسه، ص 405.

<sup>2</sup> - أنظر، كمال صالح ألبنا، المرجع نفسه، ص 14.

<sup>3</sup> - أنظر عدلي أمير خالد، المرجع السابق، ص 437 و 465.

أ- الميراث لغة: هو مصدر لفعل ورث يرث إرثا و ميراثا، يقال عند العرب ورث فلان قريبه، وورث أباه، قال تعالى: ( وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُودَ )<sup>1</sup>، وقوله تعالى: ( وَإِنَّا لَنَحْنُ نُحْيِي وَنُمِيتُ وَنَحْنُ الْوَارِثُونَ )<sup>2</sup>. ومعنى الميراث في اللغة أيضا: انتقال الشيء من شخص لآخر، أو من قوم إلى قوم آخرين، سواء كان بالمال أو بالعلم لقوله صلى الله عليه وسلم: "العلماء ورثة الأنبياء وإن الأنبياء لم يورثوا درهما ولا دينارا، وإنما ورثوا العلم، فمن أخذه أخذ بحظ وافر"<sup>3</sup>.

ب- الميراث اصطلاحا: المقصود به في الاصطلاح الفقهي هو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، أو هو اسم لما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث. والمقصود بعلم الميراث، هو مجموعة القواعد الفقهية وتلك العمليات الحسابية التي يعرف بها حق أو فرض ونصيب كل وراث شرعي من التركة، وقد عرفه المالكية بأنه علم من العلوم الشرعية، يحدد من يرث ومن لا يرث ويعرف به مقدار ما لكل وارث.<sup>4</sup>

واستمد علم الميراث من الكتاب والسنة والإجماع، كما يطلق عليه أسم آخر يدعى علم الفرائض، وهو جمع فريضة بمعنى التقدير، مصداقا لقوله تعالى: ( وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ )<sup>5</sup>، وقوله أيضا: ( فَرِيضَةٌ مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا )<sup>6</sup>. ومعنى هذا التقدير؛ لأن أنصبة الورثة مقدرة من عند الله.

لم يعرف المشرع الجزائري الميراث في قانون الأسرة، بل ترك ذلك للفقهاء والقضاء، خلافا للمشرع المغربي، فقد عرفه في نص المادة 219 من مدونة قانون الأحوال الشخصية المغربية.

2- أهمية علم الميراث: تكمن أهمية علم الميراث، من خلال مكانته العالية التي يحتلها، في أبواب الفقه الإسلامي، التي لم يحظ بها غيره من الأبواب الفقهية الأخرى، إضافة إلى الاهتمام الكبير الذي أولاه به الخلفاء، وإلى العناية الكبيرة من طرف الفقهاء، حيث أفردته بالتأليف. وقد أعتبر هذا العلم بأنه ثلث علم الدين، وهناك من يعتبره نصف العلم لقوله عليه الصلاة والسلام: " تعلموا الفرائض وعلموها الناس، فإنها

1 - سورة النمل، الآية 16.

2 - سورة الحجر، الآية 23.

3 - أنظر، محمد علي الصابوني، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب و السنة، بدون طبعة، دار رحاب للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، ص 33-34.

4 - أنظر، بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، (الموارث والوصية) الجزء الثاني، بدون طبعة، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، سنة 1999، ص 10.

5 - سورة البقرة، الآية 237.

6 - سورة النساء، الآية 11.



نصف العلم، وهو ينسى، وهو أول شيء ينزع من أمّتي<sup>1</sup>. ومن العلماء من أعتبر علم الفرائض علما قائما بذاته.

وتظهر أهمية دراسته في الميادين التطبيقية و العملية للقانون، خاصة في مجال التوثيق الذي يكلف بأعداد الفريضة للورثة في حالة النزاع، كما أنه لا بد للقاضي والمحامي من فهم أسس ومبادئ الميراث، حتى يسهل عليهما حل المسائل في المجال القضائي.

**3 -الحكمة من مشروعية الميراث:** لقد قدر الشارع الحكيم نصيب كل وارث بكل عدل وإنصاف، على أساس رابطة الزوجية والبنوة والأبوة والأخوة، والقرباة، لما لها من عطف وحب وتكافل اجتماعي، وتحقيقا للمصالح الاجتماعية الأخرى، شرع الميراث وجعل تركة المتوفى ملكا لأفراد عائلته وورثته، احتراماً للملكية الإنسان.

أن من الدوافع التي تجعل الإنسان يكذب ويجتهد في جمع المال هو علمه المسبق بأنها بعد مماته تعود إلى أولاده وذويه، ولولا هذا الدافع لما أكتسب الفرد أموالاً طائلة تفوق حاجته. لذا من المنطق السليم أن تتحول أموال المتوفى إلى ورثته<sup>2</sup>، لذلك قال الله تعالى: (لِّلرِّجَالِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ وَلِلنِّسَاءِ نَصِيبٌ مِّمَّا تَرَكَ الْوَالِدَانِ وَالْأَقْرَبُونَ مِمَّا قَلَّ مِنْهُ أَوْ كَثُرَ نَصِيبًا مَّفْرُوضًا)<sup>3</sup>. كما يجب مراعاة أحساس اليتامى والمساكين ممن حضروا القسمة. ومنه فقد أبطل الإسلام نظام الإرث الذي كان سائداً في الجاهلية، واعترف بحق الصبي والبنات في الميراث، وألحق الزوجة بالقرباة تقديساً للصلة بين الزوجين وإظهاراً للوفاء<sup>4</sup>. ومن تخطى حدود هذه القسمة الربانية فله عقاب شديد، لقوله تعالى: (وَمَنْ يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَاراً خَالِداً فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ)<sup>5</sup>.

**ثانياً- إثبات الإرث بالشهادة:** بعد وفاة الشخص يترك أموالاً وحقوقاً مالية وغير مالية، لكن هذه الأموال تحتاج في حد ذاتها إلى إثبات بالبينة على أنها ملك للمالك ويلزم لصحة الشهادة بالإرث ما يأتي:

**1- إثبات الإرث بتقديم البينة:** أي أن يقدم البينة الكاملة على أن التركة ملك للمتوفى، وكانت للمورث قبل وفاته، ويبين أنه مات وتركها ميراثاً لأقاربه، وهذا يسمى عند الفقهاء بجر الميراث من الوارث إلى الورثة، والأصل فيه إنه شرط لصحة دعوى الإرث. ونعني بالجر هو انتقال المال من المورث إلى الوارث

1 - رواه ابن ماجه والدر قطني عن أبي هريرة.

2 - لأن الأقارب قد ينتصر بهم في حياته، إضافة إلى أنهم يكونون قد ساهموا في تنمية ماله، وإذا كان عليه ديون فالورثة وحدهم هم الذين يتحملون مسائلة رد ديونه، حسب الأقرب فالأقرب.

3 - سورة النساء، الآية 7.

4 - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري الموارث والوصية، المرجع السابق، ص 12- 13.

5 - سورة النساء، الآية 14.

أو إلى الورثة. وقال أبو يوسف في هذا الشأن، إن الجر ليس شرطاً؛ لأن الوارث يملك المال خلافة عن مورثه، ولذلك تكون الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث.

وفي هذه الحالة يجب على الشاهد أن يقول بصريح العبارة أن المورث مات وترك - كذا - ميراثاً لمورثته، أو ما يقوم مقام الصريح كأن يقول الشاهد أن الملك للمورث أو لفظ آخر يفيد نفس المعنى. ومنه يجب أن يثبت أن للمتوفى ما لا تركه لورثته شرعاً، وتخضع إجراءات ثبوت الملكية للمورث لأحكام القانون المدني الجزائري، أما أحكام ثبوت الإرث فتخضع لقانون الأسرة الجزائري، وفقاً لأحكام الموارث.<sup>1</sup>

**2- بيان سبب الإرث:** وهو أن يلتقي المتوفى مع الوارث في جد واحد يجمع بينهما، فإذا شهد الشهود أن المدعي أخو الهالك أو عمه أو غير ذلك. لا تقبل شهادتهم حتى يثبتوا الأسباب لمورثه الميت، فأهمية التعريف تكمن في التعرف على الوارث من غيره من الورثة؛ لأن جهات الإرث كثيرة بعضها يحجب بعضها.<sup>2</sup>

يجب التأكد من حياة الوارث، حياة حقيقية، أو تقديرية كما هو الشأن للجنين في بطن أمه، بعد وفاة المورث سواء كانت وفاة حقيقية أو موتاً حكماً، كما هو الشأن بالنسبة للمفقود؛ لأن الإرث يقتضي وفاة المورث وحياة الوارث.

وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في قانون الأسرة: "يستحق الميراث بموت المورث حقيقية أو باعتباره ميتاً بحكم القاضي".<sup>3</sup>

**3- تأكد الشهود من الوارث:** وهو أن يصرح الشاهدان بالقول، بالأول وارث للهالك غير المدعي، مع التأكد على عدم وجود وارث آخر للمتوفى؛ لأن الغرض من هذا الشرط هو إسقاط التلوم عن القاضي، فإذا لم يتمكن الشاهدان من قول عبارة ( لا نعلم له وارثاً غيره)، يجب على القاضي أن يتلوم لمد معينة، أي أن يتحرى احتمال وجود عاصب يحجب المدعي حجب حرمان، وبعد انقضاء المهلة المحددة، في هذه الحالة على القاضي أن يحكم بالميراث للمدعي.<sup>4</sup> أما في حال ما إذا شهد الشهود على أن الهالك ترك تركة لمورثه، ولم يثبتوا إن للمتوفى وارثاً غير المدعي، ففي هذه الحالة تفاصيل عدة:

أ- إذا كان المدعي ممن يحرمون من الميراث، أو من الذين يحجبون حجب حرمان لا يحكم له القاضي باستحقاقه للإرث؛ لأنه في هذه الحالة، لا يرث المدعي وإن كان في الفريضة من ضمن الورثة.

<sup>1</sup> - أنظر، عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 396.

<sup>2</sup> - أنظر، معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الطبعة السابعة، توزيع منشأ المعارف بالإسكندرية، سنة 1997، ص 188.

<sup>3</sup> - أنظر، المادة 127 من قانون الأسرة.

<sup>4</sup> - معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 189.

ب- أما إذا كان المدعي ممن يحجبون حجب نقصان، فعلى القاضي أن ينتظر مدة معينة، حتى يتبين له وارث آخر، فإذا لم يظهر أي وارث يجب على القاضي أن يحكم بالتركة.

ج- في حالة إذا كان ميراث المدعي، يتغير بتغير الأحوال يحكم له القاضي بأقل مقدار مثل ميراث الأم الثلث في حالة عدم وجود الفرع الوارث و عدم وجود عدد الإخوة أكثر من أخوين، أو السدس في حالة عدم وجود الفرع الوارث مطلقا، وعدم وجود التعدد من الإخوة، فهنا يحكم القاضي بالسدس؛ باعتبار أقل المقدارين. شأنه شأن الربع للزوج والثلث للزوجة.<sup>1</sup>

ونلاحظ أن المشرع الجزائري، لم ينص على الشك في أسبقية الوفاة، كمانع من موانع الميراث، وإنما أحالنا إلى الشريعة الإسلامية بموجب المادة 222 من ق.أ، وعليه إذا جهل تاريخ وفاة المورث والوارث ولم يعرف أيهما مات قبل الآخر، فلا توارث بينهما، وتظهر هذه الحالة جلية في الموت غرقا، أو الموت في حالة الكوارث الطبيعية كالزلازل و البراكين و الحوادث، لكن مع تطور الطب الشرعي، حيث يمكن للطبيب المختص معرفة أسبقية وفاة فلان عن فلان، نرى ألا مجال للاحتجاج بالشك في أسبقية الوفاة كمانع من موانع الميراث.

4- أن يشهد الشاهدان بأن المال كان في يد الهالك: المقصود بهذا على الشهود أن يعاينا المال - التركة - في يد الهالك قبل وفاته، فإذا شهد الشهود أن فلانا ابن فلان، توفي وترك منزلا ولم يدركا، حياة الهالك، فشهادتهما في هذه الحالة تكون شهادة باطلة؛ أي أنهما شهدا على ملك لم يعايناه في حياة المورث.

ومن فقهاء الأحناف، من أجاز شهادة الشاهدين، إذا عاينا الملك دون المالك كعائنة ملك جد الوارث، ويثبت أن هذا الملك لفلان ابن فلان حتى ولو لم يعاين الشاهدان هذا المال، ولا يعرفان مقداره؛ لأن النسب ممن يثبت بالتسامع والشهرة، فيصير الملك معروفا بين الناس بالتسامع، ومنه ترفع الجهالة عنه.

واشترط الحنفية سماع بيعة الإرث بحضور الخصوم، سواء كان وارثا، أو غريما للهالك أو كان له دين على الميت، أو له هبة أو وصية.

ثالثا- الشك في ديانة الهالك: إذا توفي الرجل وله أبوان غير مسلمين؛ أي ذميان وله ولد مسلم، واختلف في الديانة التي مات عليها، وقال أبنه أنه مات على دين الإسلام، و شهد أنه قد نطق بالشهادة،<sup>2</sup> بينما قال أبواه غير ذلك فالقول قول الابن، ويحكم له بالميراث؛ لقاعدة لا توارث بين أهل ملتين، شأنه شأن

1 - أنظر عبد الحميد الشوربي، المرجع السابق، ص 396.

2- أنظر، معوض عبد التواب، المرجع السابق، ص 189.

المرأة التي أثبتت أن زوجها توفي على دين الإسلام، وأدعى أولاده الكفار أن والدهما قد مات كافرا، على غير دين المسلمين.<sup>1</sup>

**ميراث الذمي:** إذا توفي ذمي وأسلمت زوجته بعد وفاته، تستحق الميراث؛ لأن سبب الإرث الوفاة، أما إذا كانت الزوجة على غير دينه؛ بمعنى أسلمت قبل وفاته وثبت ذلك بالبينة وصدقوا الشهود في قولهم، فلا ترث الزوجة منه شيئا.

ولقبول الشهادة على الإرث في الفقه الحنفي، لا بد من ذكر سبب وطريقة الميراث، فإذا شهدوا أن المالك هو من أخوة أو أبن عمومة أو أحد أقارب الميت ممن يرثونه، لا تقبل شهادتهم حتى يثبتوا سبب ذلك.<sup>2</sup>

### **خاتمة:**

لقد كان هدفنا من هذه الدراسة إبراز وإظهار إمكانية الإثبات بالشهادة في مادة شؤون الأسرة الجزائري من ناحية، ومن ناحية أخرى الوقوف على مدى مسابقة القانون الجزائري للفقه الإسلامي في هذه المسائل.

ومن خلال دراسة هذا الموضوع، يلاحظ أن غلاء المهور يشجع الشباب على الأعراس عن الزواج، ويؤدي إلى ظهور الفساد ولما ينشأ عن ذلك من مخاطر اجتماعية تحد من انتشار نسبة الزواج، وليس ذلك من مصلحة المجتمع.

كما اتضح أيضا أن لشهادة الشهود حجية بالغة ومكانة عالية في الإثبات في قانون شؤون الأسرة، رغم التقدم العلمي في مختلف المجالات، الذي أدى إلى ظهور تقنيات علمية حديثة، كتحليل الدم، والبصمة الوراثية، إلا أننا نجد تقدم الشهادة على الكتابة وعلى باقي الوسائل الأخرى السالفة الذكر، خاصة في إثبات آثار فك العصمة الزوجية وما يترتب عليه من آثار.

ومن خلال هذه الملاحظات نقترح على المشرع الجزائري ما يلي:

- إعادة تنظيم أحكام الشهادة في كل القوانين الجزائرية بصفة عامة وبصفة خاصة في قانون شؤون الأسرة بما يُسائر التطور العلمي بشكل واضح، كعلم النفس لإجلاء الأمراض النفسية وعلم الاجتماع وغيرها من العلوم الأخرى التي لها تأثير مباشر على شخصية الشاهد.

<sup>1</sup> - أنظر عبد الحميد الشوربي، المرجع السابق، ص 397-398.

- أنظر، معوض عبد التواب، المرجع نفسه، ص 189<sup>2</sup>

- إضافة نص في قانون الأسرة يقرر السلطة التقديرية المطلقة للقاضي، للأخذ أو عدم الأخذ بأقوال الشهود يتضمن مبدأ الاقتناع الشخصي للقاضي في قانون شؤون الأسرة، كما هو الشأن بالنسبة للقاضي الجزائري.

عقد دورات تكوينية وتدريبية، تخصص للقضاة لاسيما منهم قضاة شؤون الأسرة تحت إشراف علماء النفس المتخصصين في أصول نقد شهادة الشهود حتى يستطيعوا بأنفسهم فحص شهادة الشهود فحصا علميا دقيقا.

#### المصادر والمراجع:

##### أولاً: الكتب

- إبراهيم إبراهيم الغماز ، الشهادة كدليل إثبات في المواد الجنائية دراسة قانونية نفسية، عالم الكتاب، القاهرة، سنة 1980.
- الغوتي بن ملح، قواعد وطرق الإثبات ومباشرتها في النظام القانوني الجزائري، الطبعة الأولى، الديوان الوطني للإشغال التربوية، الجزائر، سنة 2001.
- جلال علي العدوي، أصول أحكام الالتزام والإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية سنة 1996 .
- هابيل البر ش+اوي، الشهادة الزور من الناحيتين القانونية والعلمية، دار الفكر العربي، القاهرة 1982 .
- يوسف دلاندة ، الوجيز في شهادة الشهود ، دار هومه ، سنة 2004.
- محمد حسين منصور، قانون الإثبات مبادئ الإثبات وطرقه، توزيع منشأة المعارف، بالإسكندرية، سنة 1998 .
- نبيل إبراهيم سعد ، الإثبات في المواد المدنية والتجارية في ضوء الفقه والقضاء ، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية ، سنة 2000 .
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - الإثبات آثار الالتزام - الطبعة الثالثة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت - لبنان ، سنة 1998 ، ص319.
- عبد الحميد الشواربي، الإثبات بشهادة الشهود، منشأة المعارف، الإسكندرية، سنة 1996.
- عماد محمد ربيع ، حجية الشهادة في الإثبات الجزائري ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، سنة 1999 ، ص 384.

##### ثانياً: الرسائل والمذكرات

- صالح إبراهيمي ، الإثبات بشهادة الشهود في القانون الجزائري ، رسالة ماجستير في المسؤولية والعقود ، معهد الحقوق بن عكنون جامعة ، الجزائر، سنة 1992.
- يقاش فراس، الشهادة الزور في القانون الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة وهران كلية الحقوق، سنة 2004.
- منصورى المبروك، الإثبات بشهادة الشهود في مسائل الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، رسالة ماجستير تخصص قانون أسرة، معهد الحقوق، المركز الجامعي بشار، 2008.

##### ثالثاً: النصوص القانونية

- الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 08/06/1996 ، يتضمن قانون العقوبات ، المعدل والمتمم ، بالقانون 04-15 المؤرخ في 10/11/2004 ، ج ر رقم 71/2004 .

– القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

– Marcel Morand, Etudes de droit Musulman Algérien, Alger Imprimerie, Librairie de l'université, 1910.