

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة الدكتور مولاي الطاهر

بسعيدة

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



مذكرة التخرج لنيل شهادة الليسانس



عنوان المذكرة:

طرق الإثبات في مادة شؤون الأسرة



إعداد الطلبة:

- عماري العيد
- بلعيد عبد الحفيظ
- بن دبيش العيد

إشراف الأستاذ:

بوزيان بوشنتوف

السنة الجامعية:

2011-2010

# تسكرات

الحمد لله وحده و الصلاة و السلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء

و المرسلين وعلى آله و صحبه و جميع من و لاه إلى يوم الدين

وبعد:

نتقدم بأسمى معاني الشكر و التقدير إلى:

الأستاذ المؤطر : (بوزيان بوشنتوف) الذي كان له الفضل الكبير في

انجاز و إتمام هذا العمل بنصائحه و توجيهاته القيمة

راجيين من الله عز و جل أن يحفظه و يوفقه في حياته اليومية و المهنية

كما نتقدم بالشكر الجزيل إلى كل من:

- مدير معهد العلوم القانونية و الإدارية

- وخاصة السيد رئيس قسم الحقوق والى كل الأساتذة الأفاضل دون أن

ننسى كل الساهرين على خدمة العلم و المعرفة بهذا المعهد

- والى كل العمال و طلبة دفعة 2011

μ

# الهداء

الحمد لله و الشكر له على جميع نعمه سبحانه و تعالى و الصلاة و السلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء و المرسلين و بعد:

نهدي هذا العمل المتواضع إلى:

- آبائنا و أمهاتنا و إخواننا و أخواتنا و إلى من صادقناهم في حياتنا  
- و إلى من كان قدوتنا الحسنة في تكملة مسيرتنا الدراسية و إلى كل من ساعدنا من قريب أو من بعيد على إتمام عملنا هذا الذي نتمنى أن يكون لبنة حسنة للأجيال القادمة إنشاء الله نثري به مكتبتنا و نؤسس به صرحا علميا يستفيد منه كل طالب علم .

بن دبيش العيد

بلعيد عبد الحفيظ

عمار العيد

## مقدمة :

الإثبات لغة: مأخوذ من القول ثبت الشيء إذا دام واستقر فيقال ثبت بالمكان، بمعنى أقام فيه.

فهو في اللغة تأكيد أمر معين بالدليل والحجة.

أما في اصطلاح الفقهاء: هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددتها الشريعة الإسلامية على حق أم على واقعة تترتب عليها آثار.

أو هو إقامة المدعي الدليل على ثبوت ما يدعيه قبل المدعي عليه, وهو فعل يصدر من المدعي يبرهن بموجبه على صدق دعواه.

و عرفه رجال الفقه القانوني بأنه: " إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق التي حددها القانون على وجود واقعة قانونية تترتب آثارها". في حين يعرف في المواد الجزائية بأنه: "إقامة الدليل لدى السلطات المختصة بالإجراءات الجزائية على حقيقة واقعة قانونية ذات أهمية وذلك بالطرق التي حددها القانون ووفق القواعد التي أخضعها لها". أما الإثبات في الفقه الإسلامي: فيقصد به شرعاً: "الإتيان بالدليل الذي يثبت الحق أو الواقعة المطروحة أمام القضاء وفقاً للطرق المحددة شرعاً".

ويحتل الإثبات أهمية كبيرة من الناحية العملية فينصب على صحة واقعة قانونية لا على الحق المتنازع عليه بعبارة أخرى محل الإثبات ليس هو الحق المدعى به وإنما هو المصدر القانوني الذي ينشئ هذا الحق والوقائع القانونية.

ومن هنا فإن ما يؤرق بال القضاء هو إمكانية الحصول على دليل قاطع بمقتضاه يستطيع القاضي أن يبرر الإدانة أو البراءة التي يحكم بها ويتجنب الانزلاق في أي أخطاء تشوب حكمه.

فوسائل الإثبات تنقسم من عدة نواحي فمن حيث طبيعتها، تنقسم إلى أدلة أصلية وأدلة احتياطية ومن حيث حجيتها تنقسم إلى أدلة ملزمة للقاضي وأدلة غير ملزمة، ومن حيث ما يجب إثباته ، فنقسم إلى أدلة مطلقة تصلح لإثبات جميع الوقائع، وأدلة مقيدة يجوز قبولها في إثبات بعض الوقائع دون بعض.

لقد اعتمد المشرع الجزائري عدة وسائل للإثبات في مواد شؤون الأسرة من إقرار وشهادة شهود، وكتابة، ويمين، إلا أنه خالف الشريعة فيما يخص الشهادة، بحيث لم يحدد نصاب الشهادة، وإنما أجاز شهادة الواحد واعتبرها حجة كاملة وبينه تامة ولم يفرق بين شاهد وآخر، وإنما ترك الأمر للقاضي في قبوله الشهادة، ومدى

القناعة التي يكونها منها سواء كانت من شاهد واحد أو أكثر، أي أن القضاة ينظرون إلى الكيف لا إلى الكم، وعملا بهذا المبدأ يصح أن يعول القاضي على شهادة الفرد وينبذ شهادة الجماعة حسبما يوحي إليه ضميره، وتبعاً للمؤثرات الخاصة التي يستخلصها من وقائع الحال.

وتخضع قواعد الإثبات في مسائل شؤون الأسرة إلى أمرين: هما.

**1-** الدليل يخضع للأحكام الشرعية والمتعلقة بذات الدليل كبيان الشروط الموضوعية اللازمة لصحة وبيان قوته وأثره القانوني.

**2-** إجراءات الدليل فهي خاضعة لقانون الإجراءات المدنية وفي ذلك بيان الوقائع وكيفية التحقيق وسماع الشهود.

و التساؤل المطروح ما هي أهم الطرق التي يعتمد عليها القاضي في حكمه؟ وما هي الطريقة الأنجع في تكوين الحكم؟ وما هو الجديد الذي أتى به المشرع الجزائري في قانون شؤون الأسرة المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في 2005/02/27؟.

## عنوان المذكرة: طرق الإثبات في مادة شؤون الأسرة

الخطوة:

الفصل الأول: طرق الإثبات الشفهية.

المبحث الأول: الإقرار كدليل من أدلة الإثبات وأراء الفقهاء فيه.

المطلب الأول: تعريف الإقرار.

المطلب الثاني: الأحكام التي تعترى الإقرار وأراء الفقهاء فيها.

المطلب الثالث: أقسامه.

المبحث الثاني: الشهادة وضوابطها في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: تعريفها وحكمها.

المطلب الثاني: شروط الشاهد.

المطلب الثالث: آراء الفقهاء في الشهادة.

المبحث الثالث: اليمين والقرائن وضابط الحكم بهما وبيان آراء الفقهاء.

المطلب الأول: تعريف اليمين في القانون والفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أدلة جمهور الفقهاء حول اليمين.

المطلب الثالث: القرائن وضابط الحكم بها وأراء الفقهاء.

الفصل الثاني: طرق الإثبات الكتابية.

المبحث الأول: الأدلة الكتابية ومدى حجيتها.

المطلب الأول: الكتابة كدليل إثبات وآراء الفقهاء.

المطلب الثاني: المحررات الرسمية.

المطلب الثالث: المحررات العرفية.

المبحث الثاني: حجية الحكم.

المطلب الأول: حجية الحكم الجنائي.

المطلب الثاني: حجية حكم الإثبات.

المطلب الثالث: حجية حكم النقض.

المبحث الثالث: الخبرة العلمية.

المطلب الأول: تعريفها.

المطلب الثاني: لجوء القاضي للخبرة العلمية.

المطلب الثالث: القيمة القانونية للخبرة العلمية.

خاتمة.

المراد بالطرق التي يحكم بها القاضي : الحجج أو البيانات الشاملة للإقرار والشهادة واليمين والقرائن وغير ذلك مما يكون طريقاً لحكم القاضي في الدعوى المرفوعة أمامه، وفي البداية نوضح ماهية البيينة.

جاء في لسان الحكام: أعلم أن البيينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وسمى النبي صلى الله عليه وسلم الشهود بيينة لوقوع البيان بقولهم، وارتفاع الإشكال بشهادتهم.. وقد قال ابن قيم الجوزية ، ولم تأت البيينة في القرآن الكريم مراداً بها الشهود ، وإنما أتت مراداً بها الحجة والبرهان مفردة ومجموعة<sup>1</sup> هذا ولما كان الإقرار والشهادة واليمين وغيرها يوضح الواقعة ويرفع الإشكال فيها بأي طريق من هذه الطرق سميت بيينات .

وحتى يستطيع القاضي الفصل في الخصومة المعروضة ، عليه ويكون قضاؤه سليماً وموافقاً للحقيقة لا بد للقاضي أن يعلم بوقائع الدعوى ، ذلك لأن الحكم يصدر في القضية بالنظر إلى مستنداتها المودعة ملفها وغيرها ، وعلمه بوقائع الدعوى ومعرفته لمستندات القضية يكون بمشاهدته حوادث تلك الواقعة ، أو يصل إليه ذلك عن طريق التواتر، ولما كان الأمر يقف عند هذا الحد بالنسبة للقاضي ، وفي هذا ضيق وحرَج ، لأن كثيراً من الحقوق تضيع جوز المشرع قبول الحجة الظنية بعد أخذ كل الاحتياطات اللازمة من القاضي نحوها.

ولطريق العلم بوقائع الدعوى أنواع مختلفة، منها ما هو محل اتفاق، ومنها ما هو محل خلاف.

والحق : أن أي حجة تؤيد الدعوى وتثبت حق المدعى في دعواه يصح للقاضي أن يأخذ بها بعد تقديرها وتوافر ضوابطها والتأكد من صحتها كما سنرى.

ولا خلاف أن الذي يكلف بالإثبات إنما هو المدعى، لقوله صلى الله عليه وسلم: " البيينة على المدعى واليمين على من أنكر"<sup>2</sup> وفي الحقيقة أن المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعى.

<sup>1</sup> د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، ط2، 1973م، ص68.  
<sup>2</sup> د. النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، مع شرح السيوطي و السندي، المطبعة المصرية بالأزهر، ص19.

**ويمكن القول:** بأن المتخاصمين يمكن أن يكون أحدهما مدعياً معنى وحقيقة<sup>1</sup> كما سبق القول في الاختصاص.

**وعلى هذا:** سنقتصر في بحثنا للطرق التي يحكم بها القاضي على المواضيع التي يكون فيها اتفاق أو تكاد تكون كذلك ومنها: الإقرار والشهادة واليمين وغير ذلك.

لكثرة الكتابة في وسائل الإثبات، إذ الإقرار مظهر لثبوت المقر به ، وليس على القاضي إلا أن يأمر بتنفيذ ما التزمه الإقرار، كما أن البيئة التي هي عبارة عن الشهادة عند جمهور الفقهاء ، أو كل ما يتضح به الحق كما يراها البعض، لا مجال للشك في أنها طريق للقضاء بالحق إذا اتصل بها القضاء ، كما أن اليمين اعتبر طريقاً للقضاء في الظاهر حيث إنه يقطع النزاع عادة ، كما أن الخبرة والأدلة الكتابية طرق لإثبات أصل الحق. وسنتناول كل طريقة من هذه الطرق في مبحث خاص موضحاً ضوابطها.

<sup>1</sup> د. محمد الشربيني الخطيب، المغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، طبعة 1958م، دار إحياء التراث العربي، ص461.

**المبحث الأول : الإقرار كدليل من أدلة الإثبات وأراء الفقهاء فيه.**

يعتبر الإقرار من أقوى الأدلة التي يعتمد عليها القاضي في قضائه ، حيث إنه بناء على إقرار المقر فإن الحق يثبت وما على القاضي إلا تنفيذ الحق المقر به إن تبين صحة الإقرار وسلامته.

**المطلب الأول: تعريف الإقرار:**

**الإقرار في اللغة:** هو الاعتراف بالحق مأخوذ من المقر، كأن المقر جعل الحق في موضعه وقرره غيره بالحق حتى أقر به.<sup>1</sup> فالإقرار يعني الإذعان للحق والاعتراف به ، لأن المقر يعترف بحق لغيره " المدعى " وهو يكون على كل من عليه الحق لصاحبه مصداقاً لقوله تعالى : " يأيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم " <sup>2</sup> والشهادة على النفس ما هي إلا إقرار بما وجب عليها.

**واصطلاحاً:** إخبار عن كائن سابق، فيقتضي ثبوت المخبر به سابقاً على إخباره.<sup>3</sup> و**عرف أيضاً:** إظهار مكلف مختار ما عليه لفظاً أو كتابةً أو إشارةً من أحرص أو على موكله أو موليه مما يمكن إنشاؤه لهما أو على مورثه بما يمكن صدقه.<sup>4</sup> **كما عرف بأنه :** خبر وجب حكم صدقه على قائله فقط بلفظه أو لفظ نائبه.<sup>5</sup> فخرج بقوله بالخبر، الإنشاء فإنه لا يسمى إقراراً، وخرج بقوله: وجب حكم صدقه على قائله، القذف، لأن جلد القاذف ليس حظاً اقتضاه صدقه.<sup>6</sup>

**و**عرف:**** أن يعترف المرء بشيء في ذمته لغيره، كأن يقول: إن لزيد عندي خمسين درهماً، وأن المتاع الفلاني لفلان.<sup>7</sup>

**وقانوناً:** هو اعتراف الخصم بواقعة قانونية مدعى بها وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بها الواقعة، وذلك أن لا يكون المقر به محالاً عقداً أو شرعاً.

وقد يكون الإقرار باللفظ الصريح وقد يكون من دلالة التعبير وبالسكوت في بعض الحالات مثل : الأب الساكت بعد التهنة بمولود جديد وهو ما قضت به

<sup>1</sup> د. أبي الطيب صديق الحسنى القنوجي، الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار التراث القاهرة، ص 286.

<sup>2</sup> سورة النساء . الآية (135).

<sup>3</sup> د. براهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص 125.

<sup>4</sup> الشيخ. منصور بن يونس بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع ، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت طبعة ( 1402 هـ/1982م)، ص 124.

<sup>5</sup> د. محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل والشفاء العليل، مكتبة الإرشاد طبعة 1405 هـ 1985م، ص 121.

<sup>6</sup> د. محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل والشفاء العليل، المرجع السابق، ص 127.

<sup>7</sup> د. أبي الطيب صديق الحسنى القنوجي، الروضة الندية شرح الدرر البهية، المرجع السابق، ص 343.

محكمة النقض والتمييز "حيث أن يكون الوالد بعد تهنة الناس بالولد بعد ولادته فقد اعتبر سكوته في هذه الحالة إقراراً منه بأنه ابنه".

وقد يأخذ الإقرار إحدى صورتين فإما أن يكون أمام القضاء ويسمى الإقرار القضائي وإما أن يكون خارج القضاء ويسمى الإقرار غير القضائي.

### المطلب الثاني: الأحكام التي تعترى الإقرار وآراء الفقهاء فيها:

الإقرار من أقوى البينات وأشدها، وذلك لأنه يستند فيه إلى العلم اليقيني، فالحكم به لا مجال للشك فيه إذ أنه خبر صادق، أو يرجح صدقه على كذبه، فيجب الأخذ به مادام توافرت شروطه لقوله صلى الله عليه وسلم: "يا أنيس اغد على امرأة هذا فإن اعترفت فارجمها" <sup>1</sup> و لأنه إذا وجب الحكم بشهادة فلان يجب بالإقرار وهو من الريبة أبعد وأولى. <sup>2</sup>

الإقرار يصح من البالغ العاقل المختار الذي له كامل التصرف، فلا يقبل الإقرار من الصبي والمجنون والمكره، لأن الإقرار قول، وهو لا يصح منه، كما يشترط في المقر له أهلية الاستحقاق. وهذا باتفاق الفقهاء. <sup>3</sup>

صيغ الإقرار تتحقق تصلح في كل لفظ صالح للبناء كقول المقر عند الإدعاء عليه بشيء نعم أو يقول له أقبضها أو انتقدها أو لم تحل بعد، أو سأسلها لك غداً أو أرسل من يقبضها، لم قتلت فلاناً؟ كان ذلك مكتوباً أو قتلت عدوي. كما يصح في صيغ الإقرار أن تكون جملةً وتفصيلاً، وعليه فكل ما صلح للبناء صلح أن يكون صيغة للإقرار، فيقع بلفظ أقر وما في حكمه، بما يدل على الاعتراف بالحق، ولا يشترط أن يكون صريحاً، بل يجوز دلالةً أو بالكتابة أو الإشارة. <sup>4</sup>

إذا أقر المدعى عليه بما ادعاه المدعي في مجلس القضاء، و أنكر المدعى عليه بعد ما حكم عليه بإقراره، فإن هذا الإنكار لا يفيد ولا ينقض حكم القاضي، ولذلك قال الحنابلة والحنفية بأنه ينبغي أن يشهد القاضي على إقراره حتى لا يرجع المقر في إقراره.

إذا أقر ثم أنكر في مجلس القضاء وقبل الحكم عليه فهل يحكم القاضي عليه بإقراره بعدما رجع عنه؟ ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يحكم عليه إذا رجع في إقراره، وذهب البعض من الشافعية والمالكية إلى أنه يحكم عليه وإن رجع في إقراره بعدما أقر به.

<sup>1</sup> النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي سنن النسائي، مع شرح السيوطي والسندي، المرجع السابق، ص37.

<sup>2</sup> د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص125.

<sup>3</sup> الفقيه. كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، فتح القدير، الطبعة الأولى 1970م، ص216.

<sup>4</sup> د. محمد الشربيني الخطيب، المغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ص516.

وقالوا: لأنه حق ثبت لغيره فلا يملك حق إسقاطه بغير رضاه، كما أنهما إذا جلسا للمحاكمة فقد رضيا أن يحكم بينهما بما يقولانه، فلا يفيد رجوعه ويحكم عليه القاضي.

**ولكن الراجح:** أنه إن رجع عن إقراره قبل الحكم عليه فلا يحكم عليه خاصة إذا كان الإقرار في حق من حقوق الله تعالى فوجود الإقرار شبهة تسقط العقوبة.

إذا أكد المقر ما شهد به الشاهدان قبل الحكم، فهل يستند القاضي في حكمه إلى الشهادة و الإقرار أم الإقرار وحده؟

وجهان للشافعية، الأول يستند القاضي إليهما جميعاً وهو الصحيح، وهو الذي عليه جمهور الفقهاء، وقيل يستند إلى إقراره وحده دون الشهادة.<sup>1</sup>

**والراجح:** الأول وذلك حتى لا يطعن على الحكم بعد ذلك فوجود الشهادة بجانب الإقرار تؤكد مستند القاضي في حكمه.

لو أقر بما ادعى عليه ولكنه امتنع عن تنفيذه بعد الحكم عليه والبيئة تؤيد إقراره فيطابق القاضي بينهما، ويكون القضاء على أساس ذلك ويلزمه التنفيذ. إذا ادعى المدعي بشيء فأقر المدعى عليه بغيره، فإن هذا الشيء يلزمه إن صدقه المقر له في ذلك.<sup>2</sup>

إن ادعى زيد على عمرو عيناً في يده، وقال زيد: هي ملك لي، فقال عمرو: بل هي ملك لمحمد، فإن القاضي يسأل محمد هل هي ملك له أم لا؟ فإن قال هي ملكي صارت له وصار محمد خصماً في الدعوى وأصبح عمرو نائباً عنه، حيث أن محمد أصبح مالكاً للعين، إلا إذا كان لزيد بيعة، فإن القاضي يحكم هنا بالبيعة، لأنها أقوى من اليد لحديث "شاهداك أو يمينه"<sup>3</sup> ويكون للمقر له قيمتها على المقر.

أما إذا لم تكن لزيد بيعة فيكون القول هو قول عمرو مع يمينه، لأنه منكر فيدخل في عموم قوله صلى الله عليه وسلم: "واليمين على من أنكر".

الإقرار جائز في جميع الحقوق ولو مجهولة وما هو مضمون منها، وما هو غير مضمون<sup>4</sup>، كما يصح الإقرار للقريب والصديق وغيرهما، إلا أن المالكية قالوا: لا يصح إقرار الوارث والصديق والقريب إذا كان المقر كلاله.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> الفقيه. كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، فتح القدير، المرجع السابق، ص 353.

<sup>2</sup> الشيخ. منصور بن يونس بن ادريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص 354.

<sup>3</sup> الإمام. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، مصطفى الباني الحلبي، الطبعة الأخيرة 1959، ص 139.

<sup>4</sup> الإمام. محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، دار الكتاب العربي، الطبعة الأخيرة، ص 214.

<sup>5</sup> الشيخ. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، طبعة دار إحياء الكتب العربية، مصر، ص 56.

الإقرار بغير الموجود لا يصح، كما أن الإقرار يختص بالمقر به دون غيره ويختص أيضاً بالمقر وحده، ولا يمتد إلى آخرين فهو أي الإقرار شخصي.<sup>1</sup>

اعتراف المفلس أو المحجور عليه في الأمور المالية لا يلزم لاتهام المفلس بحسد الغرماء، و لأن الثاني المحجور عليه إذا قبل إقراره أصبح وكأنه لم يحجر عليه، ويبقى بذمتها ما أقر به فيسددانه بعد زوال المانع.<sup>2</sup> كما أن اعتراف المريض المشرف على الموت لا يصح للورثة إلا ببينة، لأنه يتهم بالمحاباة، فلو قال مريض مشرف اعترف بأن لولدي فلان عندي كذا، لم يقبل منه خشية أن يكون قصد محاباته دون سائر أولاده، يشهد لهذا قوله صلى الله عليه وسلم: " لا وصية لوارث"<sup>3</sup> فقول المريض إن لولدي فلان كذا دون سائر أولاده أشبه شيء بوصية له والرسول صلى الله عليه وسلم نهى عنها إلا أن يجيزها الورثة، ما لم تقم بينة تثبت ما أقر به لوارثه، وعند ذلك يصح إقراره.<sup>4</sup>

هذه هي بعض القواعد والأحكام التي تعتري الإقرار وآراء الفقهاء فيها.

### المطلب الثالث: أقسام الإقرار

الإقرار يكون باللفظ ويكون بالكتابة ويكون بالإشارة.

**الإقرار باللفظ:** الإقرار كما يكون باللفظ صريحاً أو دلالةً يكون بالإشارة بالنسبة لغير القادر على النطق كالأخرس ومعتقل اللسان، وذلك إذا صارت إشارة كل واحد منهما معلومة على مقصودهما، وهذا كله في غير الحدود التي تندري بالشبهات، فتكون الإشارة وعدم النطق شبهة فيها، لأنها تحتل الإقرار وغيره، وهذا عند بعض الفقهاء، على خلاف الشافعية والمالكية حيث أخذوا بصحة إشارة الأخرس في الحدود إذا فهمت، ولا تعتبر شبهة يندري بها الحد، بشرط أن تكون مفهومة على المقصود.

أما معتقل اللسان، فالأصل أنه لا تقبل إشارته مع عدم قدرته على النطق، إلا فيما استثنى من ذلك كالإقرار بالنسب، إذ أنه يحتاط فيه ملا يحتاط في غيره فلهذا تقبل إشارته فيه.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> الإمام. محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ص 225

<sup>2</sup> د. أبي الطيب صديق الحسن الفنجوي، الروضة الندية شرح الدرر البهية، المرجع السابق، ص 363.

<sup>3</sup> الإمام. أبي بكر أحمد بن الحسن ابن علي البهقي، سنن الكبرى البيهقي، الطبعة الأولى، مطبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية بحيدرآباد بالهند، ص306.

<sup>4</sup> د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص 132.

<sup>5</sup> الشيخ. منصور بن يونس بن إدريس الباهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص133.

وكما صح الإقرار بالإشارة فإنه يصح بالكتابة، وهو أن يكتب المقر للمقر له كتاباً بأنه يعترف بما عليه له، وجمهور الفقهاء على أنه لا يعتمد على الإقرار الصادر من المقر بخطه، وذلك بإمكان التزوير عليه لتشابه الخطوط، فيمكن أن يقوم المدعى بتقليد خط المدعى عليه في ورقة بما يدعيه وبذلك يصير ذلك حجة على المدعى عليه فيصير مقراً أمام القاضي، ولذلك منع جمهور الفقهاء من الإقرار بالكتابة غلا إذا قامت بينة عليه أو اعترف المدعى عليه بأن هذا خطه، وهو ما ذهب إليه أكثر الشافعية والمالكية وبعض الحنفية وأكثر الحنابلة.

وذهب أكثر الشافعية وأبي يوسف ومحمد وبعض الحنابلة إلى صحة الإقرار بالكتابة.<sup>1</sup> وواضح أن الذي يمنع الاحتجاج بالكتابة هو خشية التزوير فيها والمحاكاة.

**ولكن الراجح :** هو القول بصحة الإقرار الكتابي، وذلك لأنه خاصة في عصرنا اتسع علم أهل الخبرة في معرفة الخطوط، فعندما يدعى عليه بالتزوير أو يشك فيها، فإنه يمكن لأهل الخبرة أن يفحصوه ويتبين إذا ما كان هذا الخط لمن ادعي عليه أم لا.

كما أن جمهور العلماء على صحة اعتماد خط الراوي في المحفوظ عنه وجواز التحدث به بناء على خطه، ولو لم يعتمد خطه في ذلك لضاعت أحاديث كثيرة، وأحكام فقهية تناولها الفقهاء والمحدثون كتابة، إضافة إلى أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان يبعث كتبه إلى الملوك وغيرهم فيعطي كتابه إلى رسوله مختوم بخاتمه.

والعبرة في الاعتماد على الخط أن يكون معروفاً و مشهوراً. يقول ابن القيم مرجحاً صحة الإقرار بالكتابة: وقد جعل الله تعالى في خط كل كاتب ما يتميز به عن خط غيره كتمييز صورته وصوته.<sup>2</sup> وهذا هو الأساس الذي يعتمد عليه في تمييز الخطوط بعضها عن بعض عند أهل الخبرة.

**وعلى هذا :** فالراجح هو اعتماد الإقرار بالكتابة كما يصح اعتماده باللفظ و الإشارة وإذا ما صدر الإقرار صحيحاً فإن حكمه يكون للزوم، فمن أقر بشيء لإنسان وكان عاقلاً بالغاً مختاراً لزمه لقوله صلى الله عليه وسلم " ...فإن اعترفت

<sup>1</sup> الإمام. محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، دار الكتاب العربي، المرجع السابق، ص 425.

<sup>2</sup> د. علي حيدر، تعريب فهمي الحسن، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، بيروت لبنان، بدون تاريخ، ص 78.

فارجمها " <sup>1</sup> فجعل الرسول صلى الله عليه وسلم اعترافها ملزماً لها بإقامة الحد عليها.

بعد أن تعرضنا لتعريف الإقرار وبيان بعض الأحكام التي تعتريه ثم أقسام الإقرار نستطيع أن نبين الضوابط التي تحكم الإقرار الصادر من المقر:

1. يجب على القاضي أن يتأكد من توافر الشروط اللازمة لكمال أهلية المقر بحيث يكون كامل التصرف و له أهلية الاستحقاق حتى يكون إقراره صحيحاً على الواقعة.

2. إذا كان الإقرار من أقوى الأدلة على صحة الواقعة المعروضة على القاضي إلا أن الإقرار خاصة في زماننا لم يعد هو الدليل القوي على صحة الواقعة المعروضة على القاضي، فقد يؤخذ الإقرار من المقر نتيجة تعذيب أو إكراه دون علم القاضي وبواسطة سلطة الاستدلال - الشرطة - فلم يعد هو الدليل القوي على صحة الدعوى لذلك، أو يقر الشخص على أنه هو الذي ارتكب الواقعة ليفدي غيره من عقوبتها كإقرار الوالد نيابة عن ولده أو العكس.

ولذلك، وجب أن يخضع الإقرار أو الاعتراف لتقدير القاضي الشخصي حتى إذا ما علم أن الإقرار صادر نتيجة تعذيب أو افتداء آخر طرحه وبحث عن أدلة أخرى قد تكون قائمة في الدعوى، فلم يعد الإقرار ملزماً للقاضي لإصدار الحكم، أو كما يعبر الفقهاء: ما على القاضي إلا إصدار الحكم بعد إقرار المقر، لكن على القاضي أن يبحث في ذات الإقرار ويقدره حتى يمكنه الأخذ به، فهو يخضع لسلطة القاضي التقديرية.

3. يجب على القاضي اعتماد الإقرار الصادر نتيجة كتابة أو إشارة مفهومة مع ترك المجال للمقر أن يطعن في الإقرار المدعي عليه به بالتزوير إن قال إن هذا الإقرار لم يصدر مني، ويكون على القاضي أن يحيل الإقرار الكتابي إلى لجنة الخبراء لفحص هذا الاعتراف، فإذا ما ثبت أنه خطه حكم القاضي به إضافة إلى معاقبة المقر لقصد تعطيل أحكام القضاة وضياع وقت المحكمة. وإذا ما ثبت أنه غير خطه رفض القاضي هذا الدليل ومعاقبة المدعي بالتزوير على المدعى عليه وتكون العقوبة في الحالتين تعزيرية، يقدرها القاضي على حسب ظروف كل شخص وبما يراه رادعاً له.

<sup>1</sup> الإمام. أبي بكر أحمد بن الحسن ابن علي البيهقي، سنن الكبرى البيهقي، المرجع السابق، ص317.

4. إذا ما أقر الشخص بما نسب إليه ثم أنكر إقراره، فإن كان الإنكار واقعاً بعد حكم القاضي عليه بالعقوبة، فإن الإنكار لا يفيد وتوقع عليه العقوبة المحكوم بها، لأنه كانت أمامه فرصة الرجوع في مجلس القضاء وقبل الحكم أما وقد حكم القاضي نتيجة هذا الإقرار فإن رجوعه عنه لا يجدي، إذ لو فتح هذا الباب لأمكن لأي شخص أن يتصل من العقوبة، أما إذا أنكر بعدما أقر في مجلس القضاء وقبل الحكم، فإنه لا يؤخذ به ولا يعتبر دليلاً ضده خاصة في مجال الحدود، لأنه يندب فيها الستر، ورجوعه شبهة يدرأ بها الحد، وكذلك يفيد الرجوع في غيرها من الحقوق، لكن يجب أن يكون الإقرار في مجلس القضاء والرجوع عنه قبل الحكم باعثاً لاقتناع القاضي بأن المقر الذي أنكر إقراره مرتكباً للواقعة المعروضة عليه، لكن لا يحكم عليه على أساسه، لأنه قد رجع عنه، أما إذا وجد دليلاً آخر فإنه يؤكد للقاضي ما اقتنع به وبالتالي يحكم عليه، إلا إذا كان قد أقر لخوف أو تهديد وأثبت ذلك، فإنه لا يؤخذ به ولا وسيلة لاقتناع القاضي، لأن وجوده كعدمه.

هذه بعض الضوابط التي يجب أن تراعى في الإقرار كدليل من أدلة الإثبات لدى القاضي.

**المبحث الثاني: الشهادة وضوابطها في الفقه الإسلامي**

**البينة:** اسم لكل ما يبين الشيء ويظهره. <sup>1</sup> وتأتي مرادفة للشهادة عند جمهور الفقهاء، فالشاهدان من البينة إذ لا ريب في أن غيرها من أنواع البينة قد يكون أقوى منها كدلالة الحال على صدق المدعي، فإنها أقوى من دلالة إخبار الشاهد. <sup>2</sup>

وقد قال ابن قدامة في معنى الشهادة: واشتقاق الشهادة من المشاهدة، لأن الشاهد بخبره جعل الحاكم كالمشاهد للمشهود عليه، ويسمى بينة، لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق فيما اختلف فيه. <sup>3</sup>

**المطلب الأول: تعريفها و حكمها**

الشهادة في اللغة وفي عرف الشرع:

**في اللغة:** الشهادة خبر قاطع، تقول: شهد على كذا من باب سلم، وقولهم أشهد بكذا، أي أحلف، والمشاهدة المعاينة، وشهده شهوداً، أي حضره، فهو شاهد وقوم شهود أي حضور، وشهد له بكذا ن أي أدى ما عنده من الشهادة فهو شاهد. <sup>4</sup>

**و قانوناً:** هي قيام شخص من غير أطراف الخصومة بعد حلف اليمين بالإخبار في مجلس القضاء بما يعرفه شخصياً حول وقائع تصلح محلاً للإثبات والأصل أن يدلي الشاهد بما عرفه مباشرة سواء عن طريق السمع أو البصر وهذه هي الشهادة المباشرة إلى جانبها الشهادة غير المباشرة أو السماعية وهي التي تنصب على وقائع نقلت إليه عن آخر يكون قد رآها بعينه أو سمعها بإذنه وهي تجوز فيما تجوز به الشهادة الأصلية. <sup>5</sup>

**في عرف الشرع:** اسم لكل ما يبين الحق ويظهره. <sup>6</sup> وعرفت أيضاً: بأنها إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد. وقيل: هي إخبار عن شيء بلفظ خاص وهو أشهد أو شهدت بكذا.

<sup>1</sup> د.أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم ابن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، طبعة، 1982، المكتب الإسلامي لطباعة والنشر، بيروت، ص72.

<sup>2</sup> د.علي حيدر، تعريب فهمي الحسن، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص85.

<sup>3</sup> د. محمد الشريبي الخطيب، المغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، المرجع السابق، ص585.

<sup>4</sup> د.أبي إسحاق برهان الدين إبراهيم ابن محمد بن مفلح، المبدع في شرح المقنع، المرجع السابق، ص76.

<sup>5</sup> د، شريف الطباخ، الأحوال الشخصية للمسلمين في ضوء الفقه والقضاء وطبقاً لأحكام المحكمة الدستورية العليا، الطبعة الأولى (2002)، ص125.

<sup>6</sup> د. علي بن حسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ص146.

وعلى ذلك : فالشهادة إخبار بثبوت الحق للغير على الغير في مجلس القضاء، وهي حجة يبني عليها الحكم اتفاقاً متى استوفت شروطها واتصل بها حكم القاضي.<sup>1</sup> وهي تختلف عن الإقرار إذ أن حجيتها لا تقتصر على المقضي عليه هذا، والوقائع المعروضة منها ما يلزم فيه رجلان، أو رجل وامرأتان، وهناك ما يحتاج إلى أربعة شهود من الرجال، وهناك ما تقبل فيه شهادة النساء، وهناك ما يكتفي لإثباته بشهادة امرأة واحدة.

أما الشهادة بالتسامع لا تنصب على الواقعة محل الإثبات مباشرة بل تخبر عن الشائع بين الناس عن هذه الواقعة فمصيورها غير معين ومثالها النسب، النكاح، الموت، الميراث وهي غير مقبولة إلا في ما نص عليه القانون.<sup>2</sup>

وعلى هذا سنقوم بتوضيح آراء الفقهاء في الشهادة، ونتعرض أولاً لحكمها وشروط الشاهد حتى نستطيع وضع الضوابط عامة في الشهادة.

**أولاً حكمها :** أما عن حكمها فنجد الفقهاء قد اختلفوا في حكمها إلى رأيين حيث ذهب الحنفية إلى أن تحمل الشهادة فرض كفاية، أما أدائها فهي واجبة عليه، لأن عندهم فرق بين الفرض والواجب على ما هو مبين في موضعه.<sup>3</sup>

**أما المالكية :** فيرون بالنسبة للحدود فجائز فيها الستر فلا يشترط فيها عدم الإدلاء بالشهادة، أما في غيرها ففرض عليه أن يؤديها حفاظاً على الحقوق، وهي فرض كفاية إن كان معه غيره وإلا تعينت عليه الشهادة<sup>4</sup> هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة.

<sup>1</sup> د.محمد الشربيني الخطيب، المغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المرجع السابق، ص596.

<sup>2</sup> د. عبد العزيز سعد، سلسلة تبسيط القوانين، دار هومة للطباعة والنشر 2008، ص33.

<sup>3</sup> د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص256.

<sup>4</sup> د.علي حيدر، تعريب فهمي الحسن، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص96.

### المطلب الثاني: شروط الشاهد

نستطيع أن نجمل الشروط المشترطة في الشاهد كما وضحها الفقهاء فيما يلي:

- 1 - الإسلام والعقل، وهذان الشرطان باتفاق الفقهاء<sup>1</sup>، فلا تقبل شهادة الكافر والمجنون، إلا أن أبا حنيفة جوز شهادة الكافر على الوصية في السفر.<sup>2</sup>
  - 2 - الحرية، فلا تقبل شهادة العبد و الأمة عند جمهور الفقهاء خلافاً للظاهرية وابن المنذر.
  3. البلوغ، فلا تقبل شهادة الصبي عند الجمهور، عدا مالك حيث ذهب إلى صحتها في الدماء بشروط.<sup>3</sup>
  4. العدالة، وهي مشترطة إجماعاً، فلا تقبل شهادة الفاسق عند جمهور الفقهاء<sup>4</sup>
  5. التيقظ، فلا تقبل شهادة المغفل، وذلك لعدم الاعتماد عليه في آراء الشهادة.
  6. النطق، فلا تقبل شهادة الأخرس عند جمهور الفقهاء عدا بعض الشافعية حيث ذهبوا إلى جوازها<sup>5</sup>
- هذه هي الشروط المشترطة في الشاهد حتى يمكن للقاضي الأخذ بها ، بعد ذلك نقوم ببيان أنواع الشهادات :-

إن للشهادة أنواع متعددة بحسب المشهود عليه، ولذلك يختلف نصابها وأنواع الشهود على حسب ما هو مشهود عليه، وهذه الأنواع هي :-

1. الشهادة على جريمة الزنا : ويتعين فيها أربعة شهود لقوله تعالى: ( فاستشهدوا عليهن أربعة منكم )،<sup>6</sup> فلا يكفي فيها ما دون الأربعة بنص الآية<sup>7</sup>
2. الشهادة على غير الزنا من جميع الأمور : فيكفي فيها شاهد عدل لقوله تعالى :  
( واستشهدوا شهيدين من رجالكم )<sup>1</sup>

1 د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص260.

2 د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص288.

3 د. يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، الطبعة 2003، ص35.

4 د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص 341.

5 د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص361.

6 سورة النساء. الآية(15).

7 د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص 390.

3. الشهادة على الأموال : و يكفي فيها شهادة رجل وامرأتين لقوله تعالى : (فإن لم يكونا رجلين فرجل أو امرأتان)<sup>2</sup> فهي مقبولة إلا في الحدود والقصاص.<sup>3</sup>
4. شهادة الحمل والحيض وما لا يطلع عليه إلا النساء : ويكفي فيه شهادة امرأتين.<sup>4</sup>
5. شهادة الأحكام : وهذه سنفصل القول فيها، هل لا بد فيها من شاهدين أم يكفي فيها رجل وامرأتان، أم يكفي فيها شاهد ويمين؟

### المطلب الثالث: آراء الفقهاء في الشهادة

إن الناظر آراء الفقهاء يجد أن الفقهاء قد اتفقوا في عدة مواضع في الشهادة واختلفوا في أشياء فيها.

ف نجد أنهم متفقون على ما يأتي :

1. جريمة الزنا، يجب فيها أربعة شهود للنص القرآني في ذلك.
  2. في غير جريمة الزنا كباقي الحدود والقصاص وغيرهما من الحقوق يجب فيها شاهدان.
  3. في الأموال : يكفي فيها رجل وامرأتان للنص القرآني
- هذه هي مواضع اتفاق الفقهاء في نصاب الشهادة والمشهود عليه.
- واختلفوا في : الشاهد الواحد مع اليمين، أو شهادة المرأتين مع اليمين في الأموال وما يؤول إليها على النحو التالي :-

**ف نجد الحنفية :** ذهبوا إلى القول بأن الأموال وما في معناها، لا يقضى فيه بشهادة الرجل الواحد مع اليمين، بل يكون القضاء إما بالبيينة التامة، وهي شاهدان، أو رجل وامرأتين مع يمين الطالب " المدعي " أو بالنكول عن اليمين إذا ما ردت اليمين على المدعي عليه ونكل عن اليمين فإن للقاضي الحكم عليه لنكوله.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> سورة البقرة. الآية(282).

<sup>2</sup> سورة البقرة. الآية(282).

<sup>3</sup> د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق ص 507.

<sup>4</sup> د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق ص 512.

<sup>5</sup> د. أبو عبد الله محمد بن يونس العبدري لسان العرب، دار صادر، بيروت، ط1، بدون تاريخ، ص 15.

**أما المالكية :** فقالوا : إن شهادة الواحد مع اليمين يفرق فيه بين ما إذا كان المشهود عليه مالاً أو غيره، فإذا كان في الأموال: وكانت البينة شاهداً واحداً فإن المدعي يحلف مع شاهده، فإن امتنع عن اليمين ردت إلى المدعي عليه فإن حلف برئ وإلا قضي عليه، وكذلك الحالف إذا كان الشاهد امرأتين، لأنهما يقومان مقام الرجل، أما في غير الأموال : فإنه ينظر : إن كان المشهود عليه طلاقاً أو عتاقاً، فإن المدعي لا يحلف مع شاهده، بل تجب اليمين على المدعي عليه، فإن حلف برئ، وإن نكل، فقال البعض منهم يقضى عليه، وقال الآخرون يحبس حتى يقر.

أما إذا كان المشهود عليه نكاحاً أو رجعة : فالشاهد الواحد لا يصلح ولا يمين معه فيهما فيكون وجود الشاهد الواحد كالعدم.<sup>1</sup>

**أما الشافعية :** فيثبت الحكم برجل ويمين عندهم ، ولا يثبت بامرأتين ويمين لعدم وروده، و إذا شهد الشاهد حلف المدعي وجوباً أن شاهده صادق، وللمدعي طلب تحليف المدعي عليه دون تحليفه هو، فإن امتنع المدعي عليه عن اليمين ردت على المدعي و حلف في أظهر القولين عندهم و مقابله: إن امتنع المدعي عليه عن اليمين لا ترد على المدعي، بل يحبس المدعي عليه حتى يحلف أو يقر.<sup>2</sup>

**ويرى الحنابلة ما رآه الشافعية،** إلا أنهم لا يشترطون عند يمين عند المدعي أن يقول ان شاهدي صادق، كما يرون مثل الشافعية لا يجوز اليمين مع المرأتين لأن شهادتها ناقصة وجبرت بالرجل.<sup>3</sup>

وعلى ذلك نجد أن في المسألة رأيين :-

**الأول :** وهو صحة القضاء بالشاهد الواحد مع اليمين، وهو ما ذهب إليه جمهور فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة على خلاف بينهم في التفصيلات السابقة.

**الثاني:** لا يصح القضاء بالشاهد الواحد مع اليمين وهو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية في النكاح والرجعة.

**الأدلة: استدلال جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه بما يأتي:-**

1. ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " قضى بالشاهد واليمين " <sup>4</sup> والحديث بمنطوقه يفيد صراحة جواز القضاء بالشاهد الواحد مع اليمين.

<sup>1</sup> د. يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، المرجع السابق، ص47.

<sup>2</sup> د. أبي الطيب صديق الحسن الفوجي، الروضة الندية شرح الدرر البهية، المرجع السابق، ص377.

<sup>3</sup> الشيخ منصور بن يونس بن ادريس الباهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص286.

<sup>4</sup> الإمام أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، المرجع السابق، ص145.

2. ما روي أن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما كل منهما قضى بالشاهد واليمين.<sup>1</sup>

3. إن القضاء بالشاهد واليمين تحسم به الدعوى إذا ردت اليمين إلى على المدعى عليه وحلف أو نكل ففي الحالتين يقضي القاضي ببراءته أو إدانته.<sup>2</sup>

### أدلة الحنفية على ما ذهبوا إليه:-

1. قول النبي صلى الله عليه وسلم : " البينة على امدعى واليمين على من أنكر"<sup>3</sup> حيث جاء النص بأن البينة على المدعي واليمين على من المنكر، فجعل الرسول صلى الله عليه وسلم اليمين في جانب المدعى عليه دون المدعي فلا يصح الحكم بالشاهد واليمين.

2. إن شهادة الواحد مع اليمين فيه مخالفة صريحة لنصوص القرآن الكريم حيث جاء بالرجلين أو الرجل والمرأتين، وهو ما يدل على عدم القبول بالشاهد الواحد واليمين.<sup>4</sup>

**الترجيح :** ويظهر مما تقدم أن الراجح من هذه الآراء هو القول بجواز شهادة الواحد مع اليمين حيث إن طائفة من قضاة السلف أجازوا الحكم بشهادة الواحد مع اليمين، إذا بان عدل الشاهد وصدقه، وذلك لأن اليمين لمجرد الاستيثاق والتأكد، والفرض أن الشاهد موثوق به فإذا كان مع الشاهد يمين المدعي فإن ذلك يكون أكد في الحكم بهما. كما أن القول بجواز الحكم بالشاهد واليمين يقطع النزاع ويحسمه، وذلك إذا طلب المدعي اليمين من المدعى عليه، فإن حلف بريء وإلا قضى عليه. أو حبس حتى يحلف أو يقر. وقول الحنفية : بأن الحديث جاء بأن "البينة على من ادعى واليمين على من أنكر" ومن هنا فلا يمين على المدعي، فهو معارض بحديث أن النبي صلى الله عليه وسلم " قضى بالشاهد واليمين " وللتوفيق بينهما يقال بصحة الحكم بالشاهد واليمين عندما ترد على المدعى عليه بطلب المدعي ، فإنها تكون هنا على المنكر وبالتالي فلا تعارض بين الحديثين. والقول بأن صحة الحكم بالشاهد واليمين تعارض النصوص القرآنية فهي في الحقيقة لا معارضة، حيث إنه شرع

<sup>1</sup> النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي سنن النسائي، مع شرح السيوطي والسندي، المرجع، ص44.

<sup>2</sup> د. يوسف قاسم، نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، المرجع لسابق، ص56.

<sup>3</sup> النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي سنن النسائي، مع شرح السيوطي والسندي، المرجع السابق، ص48.

<sup>4</sup> د. ابراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص533.

بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم، وإلا فنقول بعدم صحة الحكم بشهادة المرأتين أو المرأة فيما لا يطلع عليه الرجال، أو بشهادة الرجل الواحد في رؤية الهلال من هنا كان الراجح هو القول بجواز الحكم بالشاهد مع يمين المدعي. لكن يجب أن نظهر أن نقطة خلاف بين جمهور الفقهاء الذين ذهبوا إلى القول بجواز الحكم بالشاهد الواحد مع اليمين وهي :-

**أن المالكية :** جوزوا الحكم بالمرأتين مع اليمين، وقالوا بقيامهما مع الرجل، على حين منع الشافعية ذلك والحنابلة لعدم وروده. والحق يقال : إن ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة من عدم الحكم بشهادة المرأتين مع يمين المدعي هو الراجح، وذلك لما قالوه

أولاً، بعدم ورود ذلك، وثانياً، لأن النساء ناقصات عقل وقد جبر هذا النقص بوجود الرجل معهن، فلا يصح الحكم بدونه.<sup>1</sup>

**- الشهادة على الزواج:** إن العشرة أو المساكنة لا نعتبرها لوحدها دليلاً شرعياً

على قيام الزوجية بالفراش، وإنما نص فقهاء الحنفية أن يحل للشاهد أن يشهد بالنكاح وإن لم يعاينه متى اشتهر عنده ذلك بعدد نوعي الشهرة الشرعية الحقيقية أو الحكمية. فمن يشهد رجلاً وامرأة يسكنان في موقع أو بينهما انبساط الأزواج وشهد لديه رجلان عدلان بلفظ الشهادة أنها زوجته حل له أن يشهد بالنكاح وإن لم يحضر وقت العقد، ونصاب الشهادة عندهم (الحنفية) رجل وامرأتان.

أما نصاب الشهادة عند المالكية فرجلان عدلان وقد جاء قانون الأسرة الجزائري المعدل بالأمر 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 في المادة 09 مكرر مطابقاً لرأي المالكية

**2- الشهادة على الولادة:** الراجح في مذهب الحنفية أنه يكفي لإثبات الولادة من المعتدة من طلاق بائن إذا أنكرها الزوج بشهادة القابلة أو أي امرأة مسلمة عدلة والشهادة هنا لا تنصب على ثبوت النسب طالما أتت المعتدة بولد في مدة يحتمل أن يكون من مطلقها فهي شهادة عن مجرد واقعية الولادة.

1 د. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة 2006، ص 246.

**3- الشهادة على النسب:** إذا كان ثبوت النسب حق أصلي للأمم لتدفع عن نفسها تهمة الزنا ولأنها تعير بولد ليس له أب معروف فهو في نفس الوقت حق أصلي للولد لأنها يرتب له حقوق بينها الشرع والقوانين كحق النفقة والإرضاع والحضانة والإرث ويتعلق به حق الله تعالى لإيصاله بحقوق وحرمانات أوجب الله رعايتها فلا تملك الأم إسقاط حقوق ولدها أو المساس بحقوق الله.<sup>1</sup>

والنسب كما يثبت بالفراش والإقرار يثبت بالبين، فإذا ادعت امرأة على رجل أنها ولدت منه، ولم تكن فراشاً له فلها إثبات مدعاها بالبينة الكاملة، أي شهادة رجلين عدلين أو رجل وامرأتين عدول، والشهادة المنصبة على النسب لا يشترط فيها معاينة واقعة الولادة أو حضور معين العقد إن كان النسب يثبت في جانب الرجل بالفراش والبينة فإنه يثبت بالإقرار ويشترط لصحة الإقرار بالنبوة أن يكون الولد مجهول النسب وأن يكون ولادته لمثل المقر وأن يصدق الولد المقر في إقرار إذا

كان الولد مميزاً وأنه متى صدر الإقرار مستوفياً هذه الشرائط فإنه لا يحتمل النفي ولا ينفيه بحال سواء كان المقر صادق في الواقع أو كاذباً لأن النفي يكون إنكار بعد

الإقرار فلا يسمع وإذا أنكر الورثة نسب الصغير يعد المقر وفيه تحميل النسب على نفسه وهو أدري من غيره بالنسبة لما أقر به فيرجح قوله على غيره.<sup>2</sup>

**4- الشهادة على الطلاق:** اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في اشتراط الإشهاد على الطلاق فيما أوجبه البعض ذهب الغالبية إلى أنه ليس شرطاً لوقوعه لأن الأمر به في قوله تعالى: " فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوي عدل منكم. " <sup>3</sup>

**5- الشهادة على الإرث:** عند الحنفية الشهادة على الإرث لا بد من ذكر سببه وطريقة فإذا شهدوا أنه أخوه أو ابن عمه لا تقبل حتى يتبينوا طريق الأخوة والعمومة بأن يبينوا الأسباب المورثة للميت وينسبوا الميت والوارث حتى يلتقيا أب واحد.

بعد ذلك نستطيع أن نضع الضوابط العامة للشهادة وهي :-

<sup>1</sup> د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ص199.  
<sup>2</sup> د. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعماً باجتهد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى 2009، ص281.  
<sup>3</sup> سورة الطلاق، الآية ( 2 ).

1. يجب على القاضي أن يتأكد من عدالة الشهود، وأن يحثهما على الصدق في الشهادة قبل الإدلاء بها، وذلك ببيان عقوبة شاهد الزور في الدنيا والآخرة، لما روي أن شريحاً كان إذا حضر شاهدان للشهادة يقول لهما : حضرتما ولم استدعكما، وإن انصرفتما لم أمنعكما، وإن قلتما سمعت لكما، فاتقيا فإنني متق بكما.<sup>1</sup>

2. يجب على القاضي التأكد من شخصية الشاهد، وذلك بذكر اسمه وصناعته وكسبه إن كانت له صناعة، ومسكنه، وذلك حتى يمكن الرجوع وذلك حتى يمكن الرجوع إليه إن احتاجه القاضي، كما أن القاضي يستطيع من خلال ذلك ما إذا كان الشاهد ممن يتردد على المحاكم للشهادة أم لا.

3. يجب على القاضي أن يفرق بين الشهود بحيث يدلي كل واحد منهم بشهادته منفرداً، ثم يقوم القاضي بالمطابقة بينهما ليتأكد من سلامة وصحة أقوال كل منهم، وهذا الضابط يجب على القاضي الأخذ به خاصة في زماننا بعد انتشار شهود الزور، بل إن البعض احترفها وجعلها مهنة يتكسب منها، فإننا لله وإنا إليه راجعون.

4. على القاضي بعد أن يقوم الشهود بالإدلاء بشهادتهم ألا يسلم بها بل إن الشهادة يجب أن يخضعه إلى تقديره الشخصي بحيث يكون على يقين بأن الشهود شهدوا بما هو صدق قبل الحكم بها، فإذا ما شك في صدقها أو كانت ظروف الشهود توحى بكذبها طرحها القاضي ولا يأخذ بها، ويطلب من المدعي دليلاً آخر على صدق دعواه.

5. إذا ما تبين للقاضي أن الشهود قد شهدوا زوراً، فإنه يقوم بتعزيرهم بما يمتنع عن العودة إليها مرة أخرى، كما يجب أن تكون العقوبة علنية بحيث يشهر أمر الشاهد بين الناس، فضلاً عن ارتداع غيره وزجره عن الإقدام على مثل هذا.

6. على القاضي أن يتأكد من أن الشاهد عاين ظروف الواقعة عند ارتكاب المدعي عليه لها، فإنه يشهد بما رآه إلا في مسائل شؤون الأسرة لا سيما مسائل النسب حيث يشهد فيها بما علم وليس بما رأى لأن النسب حق الله تعالى فحرص الشارع على إثباته، بل إن الأمر إذا دار فيه بين الثبوت والنفي ترجح جانب الثبوت، وتقبل الشهادة

<sup>1</sup> د. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر و التوزيع، الجزائر 2010، ص 126.

فيه حسبة، ويغتفر فيه التناقض لما قد يصاحبه من لبس أو خفاء حيث تجوز فيه الشهادة بما هو شائع بين الناس.<sup>1</sup>

7. لا يشترط أن يحلف القاضي الشاهد اليمين قبل أداء الشهادة، لأن الفرض أن الشاهد موثوق به إلا فيما نص الشارع عليه فيجب فيه اليمين كاللعان، فإنه يجب تحليفه، وليس ذلك - عدم التحليف - واجب على القاضي في حالة عدم النص على تحليفه، بل إنه إن رأى بأن الشاهد قد يزجره اليمين على أن يقول الحق فعل ولا حرج عليه في ذلك.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> د. ابراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص543.  
<sup>2</sup> د. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية ، الطبعة الاولى 2007 ، ص 241.

**المبحث الثالث: اليمين و القرائن وضابط الحكم بهما و بيان أراء الفقهاء**

سوف نتناول في هذا المبحث مجموعة من العناصر التي تعتبر أساسية في الإثبات نذكر منها اليمين و القرائن و أراء و أدلة جمهور الفقهاء في هذه المسألة و التي سنتناولها بالتفصيل في ثلاثة مطالب كالتالي:

**المطلب الاول: تعريف اليمين في الفقه الإسلامي و في القانون**

أود أن أشير في هذا المقام إلى أن الشريعة الإسلامية قد عرفت اليمين المتممة عند عدم اكتمال البينة، وهو ما تكلمنا عنه في المبحث السابق، حيث عرفنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم " قضى بالشاهد واليمين " <sup>1</sup> وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء بجواز اليمين المتممة مع الشاهد كدليل إثبات وقد قصرها على الأموال أو ما يؤول إليها. كما عرفت الشريعة الإسلامية نوعاً آخر من اليمين، وهو ما يمكن أن يطلق عليه اليمين الحاسمة، حيث يجوز للقاضي في بعض الحالات أن يقضي على المدعى عليه بنكوله عن اليمين.

**أما في القانون الوضعي إما حاسمة :** وهي التي تحسم الإثبات في الواقعة موضوع اليمين و **إما متممة :** وهي إجراء من إجراءات الإثبات يتخذها القاضي من تلقاء نفسه رغبة منه في تحري الحقيقة ليستكمل به دليلاً ناقصاً في الدعوى، فهي لا تحسم النزاع ولكن للقاضي بعد حلفها أن يقضي على أساسها باعتبارها مكملة لعناصر الإثبات الأخرى القائمة في الدعوى ليبني على ذلك حكمه في موضوع الدعوى، أو في قيمة ما يحكم به، ولذلك يشترط في توجيه اليمين في هذه الدعوى ألا يكون فيها دليل كامل و ألا تكون الدعوى خالية من أي دليل، ولا يجوز أن توجه إلى المدعي لتحديد قيمة المدعي به، إلا إذا استحال تحديد هذه القيمة بطريقة أخرى.

**و أما يمين الجهلة :** فيحلفها الوارث الذي يجهل أن الخط أو الإمضاء أو البصمة الثابتة على الورقة العرفية التي يتمسك بها الدائن هي لمن تلقى الحق عنه، فنفي الوارث علمه بتوقيع مورثه على الورقة العرفية وحلفها اليمين على ذلك يزيل عن الورقة مؤقتاً قوتها في الإثبات وعلى المتمسك بها يقع عبء الإثبات. <sup>2</sup>

**و خلاصة القول أن اليمين هي** إسهاد الله على صدق ما يقوله الحالف أو على صدق ما يقوله الخصم الآخر ولما كانت اليمين عملاً دينياً فالشخص الذي يؤدي

<sup>1</sup> النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي سنن النسائي، المرجع السابق، ص72.

<sup>2</sup> الشيخ. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص80.

اليمن عليه أن يؤديه وفقاً للأوضاع المقررة في ديانته إذا طلب منه ذلك وهناك نوعان من اليمن.

**أ- اليمن غير القضائية:** وهي التي تؤدي خارج مجلس القضاء وهي اليمن التي لم ينظمها قانون الإثبات ومن ثم فهي تخضع للقواعد العامة مثل اليمن الدستورية التي يؤديها رئيس الجمهورية وفقاً لنص المادة 76 من دستور 1996/02/28

**ب- اليمن القضائية:** هي التي يؤديها الحالف أمام القضاء وهي التي نظمها المشرع الجزائري في المواد 343 إلى 350 من القانون المدني الجزائري.

**ج - اليمن القضائية كما وردت في المادة 73 من ق.أ.ج:** ليست كاليمن الحاسمة التي يختص الخصم بتوجيهها إلى خصمه ولاهي كاليمن المتممة التي يختص القاضي بتوجيهها إلى أحد المتقاضين من تلقاء نفسه وإنما هي يمن يمكن تسميته باليمن القانونية الترجيحية باعتبار أنها يمن متميزة وخاصة ولا يجوز استعمالها إلا في حالة واحدة هي حالة اختصام الزوجين أو اختصام أحدهما وورثة الزوج الآخر بشأن متاع البيت وادعائهما أو ادعاء أحدهما بملكية الشيء المتنازع عليه وليس لأحدهما دليل كامل أو حجة قاطعة باعتبار أنها يمن فرضها القانون وفقاً للقواعد العامة لأحكام الشريعة الإسلامية وذلك لتساعد القاضي على تكوين اقتناعه بترجيح ادعاء أحد الطرفين على ادعاءات الطرف الآخر ثم الحكم له بما حلف عليه.

ولكي يتم الفصل في النزاع بين الزوجين المتنازعين على ملكية متاع البيت فصلاً صحيحاً وعادلاً وجب توفر الشروط الآتية:

**أ -** أن يكون النزاع قائماً بين الزوجين أو بين أحدهما وورثة الزوج الآخر فأوجب القانون توفر عقد رسمي بين الزوجين مدون ومسجل في سجلات الحالة المدنية لبلدية إبرام عقد الزواج.

**ب -** قيام النزاع حول ملكية متاع البيت: فيكون النزاع منصباً حول ملكية المتاع وليس منصباً على وجوده أو عدم وجوده في منزل الزوجية وتحت يد الزوج، لأن في مثل هذه الوضعية يستوجب في مجال الإثبات تطبيق القواعد العامة.

وفي هذا المعنى صدر قرار عم المحكمة العليا بتاريخ: 1988/07/18 في القضية رقم 50075 جاء فيه أنه إذا كان متاع البيت في منزل الزوجية وغير مختلف على وجوده ثم وقع الخلاف أو النزاع بشأن ملكيته فإن إثبات ملكيته يقتضي تطبيق المادة

73 من قانون الأسرة وإن لم يكن الأمر كذلك وادعى الزوج أن زوجته قد أخذت أثاثها وخرجت فإنه لا سبيل إلى الفصل في ذلك الخلاف بشكل سليم إلا باللجوء إلى تطبيق قاعدة البينة على من ادعى واليمين على من أنكر أي بمعنى اللجوء إلى القواعد العامة للإثبات المنصوص عليها في المواد 323 ق.م.ج وما بعدها وليس **المادة 73 ق.م.ج<sup>1</sup>**

**ج -** انعدام الأدلة الكافية: إذا كانت المادة 73 من قانون الأسرة الجزائري تنص في مجال الإثبات باليمين القضائية على أنه وقع النزاع بين الزوجين أو وريثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو وريثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول إلى الزوج أو وريثته مع اليمين في المعتاد للرجال فإن تطبيق هذه المادة على مثل هذه الحالة تطبيقاً عادلاً يتطلب حالة قيام عجز المدعي منهما على تقديم الدليل الكافي أو الحجة المقنعة لإثبات ملكية ما يطالب به وما يدعيه لنفسه من حقوق تتعلق بمتاع البيت وعليه فإذا أمكن المدعي منهما دليلاً قانونياً كافياً كتابياً أو شفهياً فما على قاضي الحكم إلا أن يقضي له بما طلب استناداً إلى قواعد الإثبات العامة ولا حاجة إلى ترجيح ذلك باليمين المشار إليها في المادة 73 من ق.أ.ج غير أن المشكلة التي يمكن أن تظهر أثناء التطبيق هي صعوبة التفريق بين ما هو من خصائص النساء عادة وبين ما هو من خصائص الرجال عادة وعرفاً وما يزيد التطبيق صعوبة أن قانون الأسرة لم يضع معياراً محدداً للتمييز بين ما هو للرجال وبين ما هو للنساء من الأشياء المتنازع عليها والمعتبرة من مكونات متاع البيت ومع ذلك حاولت المحكمة العليا أن تضع معياراً مناسباً فأصدرت قراراً بتاريخ: **1989/01/16** في القضية رقم **52212** جاء فيه أن أثاث البيت المخصص لاستعمال الزوجين مثل الفراش والغطاء وغرفة النوم والأرائك والزرابي<sup>2</sup> وأواني المطبخ هو مبدئياً ملك للزوج بصفته رب الأسرة ما لم تثبت الزوجة بالبينة والدليل أن ذلك ملك لها اشترته بمالها الخاص أو هو جزء من صداقها فإن لم تستطع فالزوج أحق به مع يمينه لكن معظم القضاة وبعض الفقهاء انتقدوا هذا المعيار وهذه القاعدة وقالوا: أنه معيار غير عادل لأنه إذا كانت الأعراف والتقاليد قديماً تتطلب أن يلتزم الزوج بإعداد منزل الزوجية وتجهيزه بكل ما يلزم فإن تغير الزمان وتغير

<sup>1</sup> د. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص22.

<sup>2</sup> د بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الاسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، سنة 2007، ص394.

الأفكار في هذا العصر قد غير الأعراف والتقاليد في المجتمعات الإسلامية بما فيهم المجتمع الجزائري.<sup>1</sup>

فأصبحت الزوجة تساهم في إعداد منزل الزوجية بالكثير من مستلزماته بحيث أصبحت تخصص كل صداقها وبعضاً من مالها الخاص أو من مال أهلها لشراء الكثير مما يتطلبه تأثيث منزل الزوجية ويمكن أن يكون يساوي ضعف ما يشتريه الزوج وأحياناً لا يكون لديها دليل كامل لإثبات أنه ملك لها، ولهذا يمكن القول أن هذا المعيار الذي قدرته المحكمة العليا في هذا القرار<sup>2</sup> يمكن اعتباره قراراً مجحفاً بحقوق الزوجة عند النزاع حول متاع البيت بعد أو أثناء دعوى الطلاق ويستحق أن يعاد النظر فيه أو تركه ولذلك فإننا نعتقد أنه من الأفضل أن يترك لقاضي الموضوع سلطة تقدير ذلك على ضوء مستجدات الأعراف والتقاليد المتغيرة بشرط أن يؤسس اقتناعه على أمور مقبولة و مستصاغة ضمن حيثيات واضحة وصريحة. بعد ذلك نستطلع أن نفصل آراء الفقهاء في القضاء باليمين أو نكول المدعي عليه عنه كدليل من أدلة الإثبات :-

**فنجذ الحنفية يرون :** أن اليمين لا تكون في الحدود وكل ما هو حق لله تعالى إذ أن مبنى هذه الحدود والحقوق على الستر والدرء بالشبهة فلا يستحلف فيها وهو ما يراه جميع الفقهاء.<sup>3</sup>

**كما يرى الحنفية :** أن المدعى عليه لا يحلف إلا بطلب المدعي وهو لأبي حنيفة، وعندهما يحلف دون طلبه.<sup>4</sup>

فإذا توجهت اليمين على المدعى عليه وحلف سقط حق المدعي، أما إذا نكل عن اليمين فإن القاضي يقضي عليه بنكوله، ولا ترد اليمين على المدعي، لأن نكول المدعى عليه دليل على صدق المدعي فيما يدعيه، ويغلب على ظن القاضي أنه مبطل فيمكن المدعي من أخذ حقه.<sup>5</sup>

**ويرى المالكية :** أن المدعي إذا ادعى على آخر بشيء وأنكر المدعي عليه، فإن القاضي يحلف المدعي في أنه صادق في دعواه ويبرأ بحلفه من دعوى المدعى عليه

<sup>1</sup> د. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص24.

<sup>2</sup> د. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 1996، الطبعة الثالثة، ص278.

<sup>3</sup> الشيخ منصور بن يونس بن ادريس الباهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص490.

<sup>4</sup> د. علي حيدر، تعريب فهمي الحسن، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص98.

<sup>5</sup> د. علي حيدر، تعريب فهمي الحسن، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص102.

أن المدعي أخذ حقه، فإذا نكل المدعي حلف المدعى عليه وسقط الحق عنه، لأن نكول المدعي يكون تصديقاً للمدعي عليه فيما ينكره، وإذا مات المدعي حلف ورثته أنهم لا يعلمون أن مورثهم استوفى حقه أو أخذ منه شيئاً، فإذا لم يحلفوا ردت اليمين على المدعى عليه ويبرأ من الدعوى.<sup>1</sup>

**ويرى الشافعية :** إذا ادعى على آخر فأقر لزمه ما أقر به، فإن أنكر حلف إن امتنع عن اليمين حلف المدعي ويقضى له بما ادعاه، ولا يحكم القاضي بنكول المدعي عليه بل ترد اليمين على المدعي، واليمين هنا تقطع الخصومة لكن الحق يظل قائماً، فإذا قامت بينة بعد اليمين قضى القاضي بها.<sup>2</sup>

**ويرى الحنابلة :** أن اليمين إذا توجهت إلى المدعي عليه ونكل حكم عليه بنكوله ولا ترد اليمين على المدعي في رواية.

وفي رواية أخرى ترد على المدعي، فإن حلف حكم له بما ادعاه في المال خاصة.

**وقال ابن أبي ليلى :** إذا امتنع المدعى عليه من الحلف لا يترك حتى يقر أو يحلف.<sup>3</sup> وعلى ذلك نجد أن الفقهاء متفقون على :

- أن اليمين لا تدخل حقوق الله تعالى وما يلحق بها، لأن اليمين المقصود منها النكول، و النكول بذل أو إقرار فيه شبهة يندرى بها الحد.

- كما اتفقوا على أن اليمين تقطع الخصومة ولا تنهيهما، بحيث لو أقام المدعي بينة بعد حلف المدعى عليه أخذ بها القاضي.

- كذلك اتفقوا على أن للقاضي أن يوجه اليمين على المدعى عليه في المال أو ما يؤول إليه فإن لم يقر فإن اليمين تتوجه عليه.

- لكنهم اختلفوا في حالة نكول المدعى عليه هل ترد اليمين إلى المدعي أو يقضى على المدعى عليه بنكوله إلى ثلاثة آراء :-

**الأول :** أن المدعى عليه إذا امتنع عن اليمين عندما توجهت إليه، فإنه لا يقضى على المدعى عليه بنكوله بل ترد اليمين على المدعي ، وهو ما ذهب إليه المالكية والشافعية ورواية للحنابلة.

<sup>1</sup> د. علي بن حسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، المرجع السابق، ص 157.

<sup>2</sup> د. أبي الطيب صديق الحسن الفوجي، الروضة الندية شرح الدرر البهية، المرجع السابق، ص 407.

<sup>3</sup> الشيخ منصور بن يونس بن ادريس الباهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، المرجع السابق، ص 499.

**الثاني:** أن المدعى عليه إذا امتنع من اليمين بعد ما توجهت إليه يقضى عليه بنكوله ولا ترد اليمين على المدعى، وهو ما ذهب إليه الحنفية ورواية للحنابلة.

**الثالث:** أن المدعى عليه يجبر على اليمين إذا طلب منه ويضرب على ذلك ويحبس حتى يحلف أو يقر، ولا يقضى بنكوله، ولا ترد اليمين على المدعى وقد قصر أصحاب هذا الرأي رد اليمين على ثلاثة مواضع وهي القسامة والوصية في السفر إذا لم يشهد فيها إلا كافر، وإذا أقام المدعي شاهداً واحداً حلف معه. وهو ما ذهب إليه الظاهرية و ابن أبي ليلى<sup>1</sup>

### المطلب الثاني : أدلة جمهور الفقهاء حول اليمين

استدل جمهور الفقهاء على ما ذهبوا إليه بما يأتي :-

1. ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم رد اليمين طالب الحق<sup>2</sup> وفيه دلالة صريحة على أن المدعى عليه إذا نكل عن اليمين، فإن اليمين ترد إلى المدعي حيث أنه الطالب.
2. أن المدعى عليه إذا نكل ظهر صدق المدعي وقوي جانبه فترد اليمين إلى المدعي ويكون حقاً له قياساً على حق المدعي عليه قبل نكوله.
3. إن اليمين ترد على المدعي عند نكول المدعى عليه قياساً على حال المدعي إذا شهد له شاهداً واحداً فإنه يحلف اليمين معه فكذلك هنا<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> د. علي بن حسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، المرجع السابق، ص160

<sup>2</sup> النسائي، أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب النسائي سنن النسائي، مع شرح السيوطي والسندي، المرجع السابق، ص81.

<sup>3</sup> د. أبي الطيب صديق الحسن الفوجي، الروضة الندية شرح الدرر البهية، المرجع السابق، ص 417

ثانياً : استدلال القائلون بالقضاء على المدعى عليه عند نكوله وعدم رد اليمين على المدعى بما يلي :-

1. قوله صلى الله عليه وسلم " البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه " <sup>1</sup> حيث جعل النبي صلى الله عليه وسلم جنس اليمين في جانب المدعى عليه ، كما جعل جنس البينة في جانب المدعى فلا ترد اليمين على المدعى لمخالفة ذلك للحديث المذكور.

2. ما روي أن ابن عمر قدم إلى عثمان في عبد له، فقال له : احلف أنك ما بعته و به عيب علمته، فأبى ابن عمر ان يحلف فرد العبد عليه ولم يرد اليمين على المدعى.

3. أنه يحكم بالنكول في المال ولا ترد اليمين على المدعى قياساً على من مات ولا وارث له، فوجد أن الإمام له دين على غيره فطالبه به فأنكر وطلب منه اليمين فأنكر فلا خلاف أن اليمين لا ترد، لأن المدعى قد مات ولا وارث له. <sup>2</sup>

**أدلة القائلين بحبسه حتى يقر، أو يحلف وعدم رد اليمين:-**

1. حديث النبي صلى الله عليه وسلم " البينة على من ادعى واليمين على من انكر " حيث قصر النبي صلى الله عليه وسلم أن اليمين على المنكر فوجب حبسه حتى يقر أو يحلف.

2. أن المدعى عليه عند امتناعه عن اليمين للقاضي حبسه حتى يقر أو يحلف وذلك لعدم ورود ما يدل على أن اليمين تكون للمدعى. <sup>3</sup>

**الترجيح :** نستطيع أن نقول أن الراجح من هذه الآراء هو الرأي القائل برد اليمين على المدعى وذلك لقوة أدلتهم، كما أن نكول المدعى عليه عن اليمين قد يكون تورعاً أو خوفاً من عاقبة اليمين وعدم جعل الله عرضة لليمين وأما عن الاستدلال بحديث " البينة على من ادعى " فهو لا ينافي انتقال اليمين إلى المدعى وردها عليه بعد امتناع المدعى عليه عن اليمين.

أما عن القول بان من مات ولا وارث له فعلى من يتصور رد اليمين، فهو مردود بأن الإمام يحل محله بدليل صحة المطالب منه، لذا كان الراجح هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من رد اليمين على المدعى وعدم الحكم بالنكول.

<sup>1</sup> الإمام. محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، المرجع السابق، ص437.

<sup>2</sup> د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، ص568.

<sup>3</sup> د. علي بن حسين الكركي ، جامع المقاصد في شرح القواعد، المرجع السابق، ص163.

**المطلب الثالث: القران وضابط الحكم بها وبيان آراء الفقهاء:-**

من المعلوم أن اشتراط طرق معينة للإثبات في الشريعة الإسلامية إنما هو قيد مقرر لصالح المدعى عليه في المجال المدني، أو المتهم في المجال الجنائي، وموجه أساساً للقاضي بحيث لا يجوز له أن يقبل في الإثبات ما هو أدنى في الدلالة على ثبوت نسبة الدعوى للمدعى عليها و الجريمة إلى المتهم من هذه الطرق، ولكن القاضي يلتزم في الوقت نفسه بألا يكون دوره شكلياً أو ألياً بحتاً بحيث يقضي بالحق أو العقوبة لمجرد أن تقوم لديه بينة مما حددته الشريعة الإسلامية، وإنما على القاضي أن يزن الدليل بميزان ضميره بحيث لا يقضي بالإدانة أو ثبوت الحق إلا وقد ثبت لديه يقيناً نسبة الواقعة للمدعى عليه أو الجريمة للمتهم.

**وقد يقال :** أن القاضي ملزم بالقضاء بما ثبت لديه ببينة صحيحة لا شبهة فيها :-

**ويرد :** بأن هذا مسلم إذا علمنا أن صحة البينة مسألة يجب على القاضي التأكد والتيقن منها، فإذا ثبت لديه صحة البينة أو الأدلة كان ذلك هو طريق ثبوتها وبذلك يصح قضاؤه بها.

أما حين تتخلف الأدلة التي اشترطت الشريعة توافرها فإن القاضي لا يجوز له أن يقضي بالمدعى عليه، ولو غلب على ظنه ارتكاب المدعى عليه أو المتهم – للحق المدعى به أو الجريمة المنسوبة إليه – لأن هذه الأدلة مقررة لمصلحته بحيث لا يجوز إدانته إلا بها أو بما هو أقوى منها في الإثبات.

والسؤال الذي يطرح نفسه هل حصرت الشريعة الإسلامية طرق الإثبات في الشهادة و الإقرار، أو أن الإثبات يمكن أن يكون بغير ذلك من الطرق وبخاصة قرائن الأحوال أو القرائن الواقعية؟

**وللإجابة على ذلك نجد أن:**

الشريعة الإسلامية تجعل للقاضي أن يقضي بما يثبت لديه أنه صحيح، سواء كان طريق الثبوت هو الشهادة أم كان غيرها من الطرق، فنجد أن الفقهاء متفقون على صحة الثبوت هو الشهادة أم كان غيرها من الطرق، فنجد أن الفقهاء متفقون على صحة الحكم بالقرينة الظاهرة لدى القاضي والتي تؤيد الدعوى القائمة أمامه، ومن هذه القرائن ما يلي :-

1. نكول المدعى عليه عن اليمين، حيث يعتبر قرينة على صدق المدعى في دعواه.
2. اللوث، وهو قوة جانب المدعى ضد من ادعى عليه.
3. القيافة، وهي إلحاق الفرع بأصله عند الاشتباه، وهي مقررة كقرينة للقاضي أن يحكم على أساسها عند جمهور الفقهاء عدا الحنفية.<sup>1</sup>
4. كل ما يظهر الحق ويوضحه أمام القاضي من القرائن فيجب الأخذ به واعتباره حيث إن الشارع اعتبرها ورتب عليها الأحكام.<sup>2</sup>

والقضاء بالقرينة يتطلب من القاضي أن يكون فقيه النفس في الإمارات ودلائل الحال ومعرفة شواهد، وفي القرائن الحالية و المقالية، كفقيه في جزئيات وكليات الأحكام، فإنه إن لم يكن فقيهاً في هذا أضاع حقوقاً كثيرة على أصحابها وحكم بما يعلم الناس بطلانه ولا يشكون فيه، اعتماداً منه على نوع ظاهر لم يلتفت إلى باطنه وقرائن الأحوال فيه.

ولذلك يقول ابن القيم في ذلك : فهذا موضع فرطت فيه طائفة فعطلوا الحدود وضيعوا الحقوق، وجرءوا أهل الفجور على الفساد، وجعلوا الشريعة قاصرة لا تقوم بمصالح العباد وسدوا على أنفسهم طرق

صحيحة من طرق معرفة الحق والتنفيذ له، وفرطت طائفة أخرى فسوغت من ذلك ما ينافي حكم الله ورسوله.. فإذا أظهرت أمارات العدل وأسفر وجهه بأي طريق فكان ثم شرع الله ودينه.<sup>3</sup>

فالشريعة الإسلامية لم تحصر طرق الإثبات في الشهادة والإقرار ولكن جعلت كل ما يتضح به الحق ويثبته وسيلة من الوسائل التي يعتمد عليها القاضي في حكمه، كما أنها لا تجيز للقاضي أن يأخذ بشهادة الشهود إذا تبين له بطريق آخر أن ما شهدوا عليه لم يقع، كأن يشهد على امرأة أربعة بالزنى ثم يتبين أنها لا تزال عذراء، فعندئذ لا يجوز القول بأن نصاب الشهادة قد اكتمل فيجب الحكم بها.<sup>4</sup>

ونخلص من ذلك إلى أن الفقهاء متفقون على الأخذ بقرائن الأحوال واعتبارها طريقاً من طرق الإثبات فأى طريق استخرج بها العدل فهي من أمور الدين.. وقد جازت القسامة اعتماداً على القرينة وهي القضاء بالنكول إلا رجوع إلى

1 د. علي بن حسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، مؤسسة آل البيت لإحياء التراث، ص167.

2 د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص572.

3 د. علي حيدر، تعريب فهمي الحسن، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص108.

4 د. علي بن حسين الكركي، جامع المقاصد في شرح القواعد، المرجع السابق، ص172.

مجرد القرينة الظاهرة من أنه لولا صدق المدعي لدفع المدعى عليه دعواه باليمين، فلما نكل عنها كان نكوله قرينةً ظاهرةً دالةً على صدق المدعي، وكثير من القرائن و الإمارات أقوى من النكول، والحس شاهد بذلك، فكيف يجوز تعطيل القرائن مع أن الشارع اعتبرها ورتب عليها الأحكام، وقد حكم عمر ابن الخطاب رضي الله عنه والصحابة معه بإقامة حد الزنى على المرأة التي ظهر بها حمل ولا زوج لها ولا سيد.<sup>1</sup> فللقاضي أن يقدر الدليل الذي يقدم إليه في الدعوى في ضوء ظروفها وقرائن الأحوال فيها، وهو لا يقضي على أية حال إلا إذا تبين أن ما يقضي به تثبته البيئات المعروضة أمامه سواء كانت شهادة أو إقرار أو قرائن أو غيرها.

### بعد هذا البيان نستطيع أن نضع الضوابط العامة لهذا المبحث

1. من حق المدعي عند العجز عن إثبات دعواه و إنكار المدعى عليه لما يدعى عليه به أن يطلب من القاضي توجيه اليمين إلى المدعى عليه، وإذا وجه القاضي اليمين إليه فإنه يطلب منه أن يحلف بالله لا بأي شيء آخر، فإذا نكل عن اليمين رد اليمين على المدعي فيحلف ويحكم له بالحق المدعى به.

2. اليمين ليست طريقاً لإثبات الحق، وإنما يوجه القاضي رجاء النكول فيحلف ويقضي له، ويجب على القاضي تخويف الموجه إليه اليمين من عاقبة اليمين في الدنيا والآخرة، إذ أن ذلك ربما يحمله على الإقرار وبالتالي إنهاء الدعوى.

3. إذا حلف المدعى عليه اليمين فليس معناه انتهاء الخصومة، وإنما اليمين تقطع النزاع فقط، بحيث لو ظهرت أدلة جديدة للمدعي بعد تحليف المدعى عليه، فإن له الحق الكامل في التقدم بها، ويحكم القاضي على أساس هذه البيينة استناداً إلى أن البيينة العادلة أولى من اليمين الفاجرة، كما أن البيينة فيها معنى الإثبات، واليمين للنفي والإثبات أولى من النفي، فكان سقوط الدعوى باليمين ليس موجباً لسقوط الحق، فالحقوق لا تسقط إلا بقبض أو إبراء، واليمين ليست قبضاً ولا إبراء.

4. القرينة وهي الأمانة أو العلامة أو استنباط أمر مجهول من معلوم قد تكون قاطعة كافتراض نتيجة معينة على حدوث شيء، وهي التي يقررها الشارع لأنها بمثابة قاعدة يلتزم القاضي بها، كما أن القرينة تكون بسيطة مرجحة لأدلة قائمة، وهذه متروكة لتقدير القاضي والأخذ بها.

<sup>1</sup> د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص 578.

5. على القاضي أن يقوم بتقدير الدليل المقدم في الدعوى في ضوء ظروفها وقرائن الأحوال فيها، ولا يقضي بأي دليل إلا إذا تيقن أن ما يقضي به تثبته البيئات المعروضة أمامه، حيث أن القرينة وغيرها من وسائل تكوين الاقتناع لدى القاضي.

6. إن القرائن تحتاج إلى جهد وذكاء مفرط من القاضي حتى يستطيع إحقاق الحقيقة عند الأخذ بها في الدعوى. فواجب على القاضي ذكرها في مستند قضائه وأنه كون عقيدة في الحكم على أساسها حتى يكون سبب الحكم فيها واضحاً ومعلومًا.

**الفصل الثاني :**

في هذا الفصل نوضح آراء الفقهاء في الاعتماد على الخط كدليل إثبات يمكن للقاضي الاعتماد عليه في تحقيق الواقعة سواء كان هذا الخط عبارة عن توقيع على محرر عرفي أو رسمي أو اعتراف بخطه يفيد ارتكابه لما نسب إليه، فهل يعتمد القاضي على هذا الخط الكتابي في إثبات ما نسب إلى صاحب هذا الخط، أم أنه لا بد من أدلة أخرى حتى يمكن تحقيق الواقعة و إثبات ما نسب إلى صاحب الخط الكتابي؟.

**المبحث الأول: الأدلة الكتابية ومدى حجيتها**

تعتبر الكتابة من أهم وسائل أو طرق الإثبات جميعاً لما توفره للخصوم من ضمانات لا توفرها لهم غيرها من الأدلة، فالكتابة كدليل لإثبات تصرف قانوني إنما تحرر متعصرة مع قيام هذا التصرف لذلك فقد جعل المشرع الجزائري من الكتابة وسيلة الإثبات الأساسية فيما يتعلق بالتصرفات القانونية معترفاً لها في ذات الوقت بقوة إثبات مطلقة حيث يمكن أن تثبت عن طريقها جميع الوقائع القانونية.

**المطلب الأول: الكتابة كدليل إثبات وأراء الفقهاء فيها**

**أولاً :** يرى الحنفية : جواز الأخذ بالكتابة كدليل على إثبات الحق المدعى به، فإذا ما رفع إلى القاضي ورقة مكتوباً فيها الحق المدعى به وأقره، فإن ذلك يكون حجة للقاضي في أن يحكم بالحق المدعى به، بل أنهم جعلوا تشابه الخطوط دليلاً على صحة الدعوى إذا ما رفع شخص ورقة إلى القاضي يطالب بها صاحب الخط بما كتبه فيها فأنكر أن ذلك خطه، فإن القاضي يستكتبه فإذا وجد بين خطه الذي في الورقة المدعى بها وبين الخط الذي كتبه أمامه تشابهاً، فإن القاضي يحكم به، ويعطي صاحب الحق حقه على أساس التشابه بين الخطين.<sup>1</sup> وهو ما يعرف في عصرنا بعلم الخبرة، و إن كان محمد ذهب إلى القول بعدم اعتبار التشابه حجة يؤخذ بها كدليل في الإثبات، إلا أنه لا يمنع الأخذ بالكتابة كدليل في الإثبات.<sup>2</sup>

**كما قال الحنفية :** لو كتب إلى آخر بحق ثم مات الذي كتب، وأنكر الورثة أن ذلك خطه، وكان خطه معروفاً بين الناس بحيث إذا عرض عليهم ميزوه عن غيره، فإنه يكون حجة في الإثبات.

**وعليه فالحنفية يعتمدون على الخط المجرد كدليل في الإثبات.**

**أما المالكية:** فذهبوا إلى القول بالاعتماد على الكتابة كدليل في الإثبات لكن لا يصح الاعتماد عليه مجرداً، بحيث إذا ما رفع إلى القاضي وثيقة يدعى فيها بحق على آخر فإنه لا يؤخذ بقوله هذا، لأنه اعتماد على خط مجرد، وهو ما يمكن التزوير فيه والتلاعب، ولا يصح اعتماده وحده في الإثبات، لكن إذا كان الخط أو الكتابة مقرونة بالإشهاد عليها فإنه يصح الاعتماد عليها وجعلها حجة في الإثبات.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص582.

<sup>2</sup> د. إبراهيم بن أبي اليمن الحنفي، لسان الحكام، المرجع السابق، ص590.

<sup>3</sup> الشيخ. محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص99.

فلا يجوز الاعتماد على الكتابة وحدها دون إشهاد سواء كان ذلك في ورقة عرفية أو رسمية - كتاب القاضي إلى القاضي ونحوه - إلا إذا كان هناك مشقة في الإشهاد على كتاب القاضي، فإنه يعتمد خطه دون إشهاد للضرورة. وفي ذلك يقول ابن عرفة: اتفق أهل عصرنا على قبول كتب القضاة في الحقوق والأحكام بمجرد معرفة خط القاضي دون إشهاد على ذلك ولا خاتم معروف لضرورة رفع مشقة مجيء البينة مع الكتاب، فإذا ثبت وجه العمل بذلك بأن ثبت خط القاضي ببينة عادلة عارفة بالخطوط وجب العمل به وإن لم تقم بينة بذلك.<sup>1</sup>

وذهب الشافعية والحنابلة إلى ما ذهب إليه الحنفية من اعتبار الكتابة دليل في الإثبات مجردة عن الإشهاد، حيث ذكروا أنه إذا ارتفع احد الناس إلى القاضي واحتج بوجود حجية في ديوان حكمه، فإذا تذكرها القاضي وتذكر خطه فإنه ينفذ حكمه، وإذا لم يتذكر لا ينفذه، وفي رواية للحنابلة ينفذه مطلقاً سواء تذكر أم لا مادام كان خطه، كما جوزوا الاعتماد على الخط المجرد في الأحكام اعتماداً على جواز الأخذ بالخط المجرد في رواية الحديث بخطه أو خط ثقة، ولعمل العلماء سلفاً وخلفاً بذلك.

**وعلى ذلك:** نجد أن الفقهاء متفقون على صحة الأخذ بالكتابة كدليل في الإثبات لكنهم انقسموا إلى رأيين:-

**الأول:** اعتبار الكتابة وحدها دليلاً في الإثبات دون إشهاد، وهو ما ذهب إليه الحنفية والشافعية والحنابلة والمالكية في حالة الضرورة وبخاصة في كتاب القاضي إلى القاضي.

**الثاني:** عدم اعتبار الكتابة دليلاً في الإثبات مجردة بل لابد من الإشهاد عليها وهو ما ذهب إليه المالكية إذا لم توجد ضرورة، وبعض الشافعية.

**وواضح أن الذين يمنعون من اعتبار الكتابة وحدها دليلاً في الإثبات حجتهم هي:-** خشية التزوير فيها والمحاكاة والتلاعب، فكان لابد من الإشهاد عليها خشية هذا التزوير.

**لكن الراجح:** هو الاعتماد على الخط وحده مجرداً، لأن جمهور أهل العلم ذهبوا إلى اعتماد الراوي على الخط المحفوظ عنه وصحة التحدث به، وإذا لم نعتمد ذلك لضاعت أحاديث كثيرة وأحكام فقهية تناولها المحدثون والفقهاء كتابية، كما أن الخط

<sup>1</sup> الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، المرجع السابق، ص113.

جعل الله فيه ما يميز به خط كل شخص عن خط غيره كتمييز صورته وصوته، وهذا هو الأساس الذي يعتمد عليه أهل الخبرة في زماننا، فالخبرة ما هي إلا شهادة ولكن ليس ممن سمع أو رأى أو شاهد وإنما من متخصص في مسألة فنية دقيقة تساعد القاضي على تكوين رأيه في النزاع المعروض عليه، وللخبرة دور كبير في الإثبات لا سيما في المسائل الفنية التي يصعب على القاضي القطع فيها برأى كبحت الخطوط وبصمات الأصابع ومقارنتها بالأصل، ولقد أصبحت الخبرة من العلوم المهمة بعد أن تبين أن بصمة الأصبع وسيلة قاطعة للدلالة للتحقق من الشخصية حيث أثبت العلم الحديث استحالة انطباق بصمتي شخصين مختلفين، أو أصبعين في شخص واحد وهكذا تبين أن لكل إنسان في هذا العالم خصائص تميزه عن الآخر ومنها الكتابة، وهذه إحدى معجزات الخالق جل وعلا " أيحسب الإنسان أن نجعل عظامه. بلى قادرين على أن نسوى بنانه " <sup>1</sup>.

من هنا كان الراجح هو الاعتماد على الكتابة مجردة والأخذ بها كدليل من أدلة الإثبات.

الكتابة حجة بذاتها ما لم ينكرها الخصم أو يدعي تزويرها. وهي وسيلة للإثبات يتطلبها القانون أساساً للتصرف القانوني.

و تنقسم الأوراق التي تصلح دليلاً كتابياً إلى أوراق رسمية وأوراق عرفية، فالأوراق الرسمية هي التي يقوم بتحريرها موظف مختص وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً، أما الأوراق العرفية فهي التي يقوم بتحريرها الأفراد فيما بينهم، ويشترط لصحة الورقة العرفية توقيع المدين عليها إذا كانت معدة للإثبات. <sup>2</sup>

قد عوى الزوجة لا يتم سماعها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة رسمية يصدر الإقرار بها من موظف مختص بمقتضى وظيفته.

ودعوى بشأن الوصية لا تسمع إلا إذا وجدت أوراق رسمية أو مكتوبة جميعها بخط المتوفى وعليها إمضاءه بما ينشأ من صحتها.

<sup>1</sup> سورة القيامة. الآية(43).

<sup>2</sup> د، شريف الطباخ، الإثبات في دعوى الأحوال الشخصية، الأحوال الشخصية للمسلمين في ضوء الفقه والقضاء وطبقاً لأحكام المحكمة الدستورية العليا، المرجع السابق، ص142.

**المطلب الثاني: المحررات الرسمية.**

هي التي يثبت فيها موظف عام أو مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

فإذا لم تكتسب هذه المحررات صفة رسمية فلا يكون لها إلا قيمة المحررات العرفية متى كان ذي الشأن قد وقعها بإمضاءاتهم أو أختامهم أو بصمات أصابعهم.

والمحررات الرسمية حجة على الناس عامة بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً. ويشترط في المحرر أو السند الرسمي توفر ما يلي.

1- أن ينظم المحرر من طرف موظف.

2- صدور المحرر من الموظف في حدود سلطته واختصاصه.

3- مراعاة الأوضاع القانونية في تدوين المحرر الرسمي.

فإذا توفرت في المحرر الرسمي الشروط الثلاثة السابق ذكرها قامت قرينة على سلامته المادية وعلى صدوره ممن وقعوا عليه.

غير أنه إذا كان أصل المحرر الرسمي موجود فإن صورته الرسمية خطية كانت أو فوتوغرافية تكون حجة في الإثبات بالقدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.

أما إذا لم يوجد أصل المحرر الرسمي كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

أ- يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانت أو غير تنفيذية حجة الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

ب- ويكون للصورة الرسمية المأخوذة من الصورة الأصلية الحجية ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكل من الطرفين أن يطلب مراجعتها على الأصل أي الصورة التي أخذت منها بأمر من المحكمة.

ج- أما ما يأخذ من صور رسمية للصور المأخوذة من الصور الأصلية فلا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس تبعاً للظروف.<sup>1</sup> وقد قضت محكمة النقض في الطعن رقم 57 لسنة 55 في أحوال الشخصية جلسة 1986/06/3.

<sup>1</sup> د. نبيل صقر- مكاري نزيهة، الوسيط للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، طبعة 2009، ص82،83،84.

بأن دعاوي النسب لازالت باقية على حكمها المقرر في المذهب الحنفي فلا يشترط لسماع الدعوى إثبات النسب وصحتها إذا كان سببه زواج صحيح أن يكون هذا الزواج ثابتاً بوثيقة رسمية وأنه يصدق عليه هذا الوصف ويصح سبباً لإثبات النسب باعتباره كذلك متى حضره الشهود واستوفى أركانه وسائر شروط صحته شرعاً سواء وثق رسمياً إذا أثبت بمحرر عرفي أو كان بعقد غير مكتوب.<sup>1</sup>

### المطلب الثالث: المحررات العرفية.

يقصد بالمحررات العرفية تلك الصادرة عن الأفراد دون أن يتدخل فيها تحريرها موظف رسمي أو شخص مكلف بخدمة عامة، ويشترط فيه أن يشتمل على توقيع من صدر عنه أو على خاتمه أو بصمة إصبعه وليست له صفة السند الرسمي، وهي نوعان.

أ- محررات عرفية معدة للإثبات وتكون موقعة من ذوي الشأن يعتبر دليلاً مهياً أو دليلاً كاملاً (أدلة كاملة).

ب- محررات عرفية غير معدة للإثبات وغير موقعة ومع ذلك يعطيها القانون قوة في الإثبات بحسب ما يتوافر فيها من عناصر الإثبات كدفاتر التاجر والأوراق المنزلية.<sup>2</sup>

وللمحرر العرفي حجية في النواحي الثلاثة الآتية.

أ- حجية المحرر العرفي بصدوره ممن وقعه.

ب- حجيته بصدق البيانات المدونة فيه.

ج- حجيته بالنسبة للتاريخ المدون به.

ويعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو بصمة أو ختم.

أما الوارث أو الخلف فلا يطلب منه أن الإنكار ويكفي أن يحلف يميناً بأنه لا يعلم أن الخط أو الإمضاء أو الختم أو البصمة هي لمن تلقى عنه الحق ومن احتج عليه بمحرر عرفي وناقش موضوعه لا يقبل منه إنكار الخط أو الإمضاء أو الختم أو

<sup>1</sup> د. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري، نفس المرجع السابق، ص278.

<sup>2</sup> د. نبيل صقر- مكاري نزيهة، الوسيط للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، نفس المرجع السابق، ص96.

البصمة، هذا ولا يكون المحرر العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكون له تاريخ ثابت.

ويكون للمحرر تاريخ ثابت.

أ- من يوم أن يقيد بالسجل المعد لذلك.

ب- من يوم أن يثبت مضمونه في ورقة أخرى ثابتة التاريخ

ج- من يوم أن يؤشر عليه موظف عام مختص.

د- من يوم وفاة أحد ممن لهم على المحرر أثر معترف به من خط أو إمضاء أو بصمة أو ختم أو من يوم أن يصبح مستحيلاً على أحد من هؤلاء أن يكتب أو يبصم لعله في جسمه.

ه- من يوم وقوع أي حادث آخر يكون قاطعاً في أن الورقة قد صدرت قبل وقوعه. وتكون للرسائل الموقع عليها قيمة المحرر العرفي من حيث الإثبات وتكون للبرقيات هذه القيمة أيضاً إذا كان أصلها الودع في مكتب التصدير موقع عليه من مرسلها. وتعتبر البرقية مطابقة لأصلها حتى يقوم الدليل على عكس ذلك.

وإذا أعدم أصل البرقية فلا يعتد بها إلا لمجرد الاستئناس.

**المبحث الثاني: حجية الحكم.**

سنتطرق في هذا المبحث إلى حجية بعض الأحكام في الإثبات منها حجية الحكم الجنائي و حكم الإثبات و حكم النقض و التي فصلناها في ثلاثة مطالب

**المطلب الأول: حجية الحكم الجنائي**

إن الحكم الصادر في الدعوى الجنائية يكون له حجية في الدعوى المدنية كلما قد فصل فصلاً لازماً في وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعوتين الجنائية والمدنية.

وفي الوصف القانوني لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله، فإذا فصلت المحكمة في هذه الأمور فإنه يتمتع على المحاكم المدنية أن تعيد بحثها ويتعين عليها أن تعتبرها وتلتزمها في بحث الحقوق المدنية المتصلة بها، لكي لا يكون حكمها مخالفاً للحكم الجنائي السابق له.

الدفع بعدم جواز الدعوى لسابقة الفصل فيها وحجية الدعوى المراد الاحتجاج بها مشروط باتحاد الموضوع والخصوم. والسبب في الدعويين.<sup>1</sup>

**المطلب الثاني: حجية حكم الإثبات.**

حكم الإثبات لا يحتج به بأي حال من الأحوال، ولا يكون له أي حجية ما لم يكن حكمها نهائياً حائزاً لقوة الأمر المقضي فيه وفصل في مسألة ما بصفة قطعية أو على سبيل الجزم. إن حكم الإثبات لا يحوز قوة الأمر المقضي فيه ما لم يفصل بوجه قطعي في مسألة ما.<sup>2</sup>

**المطلب الثالث : حجية حكم النقض.**

حكم النقض يكتسب حجية الشيء المحكوم فيه وذلك في المسائل التي فصل فيها فيحرم على المحكمة المحال إليها التعرض لهذه الحجية كما أنه لا يجوز الطعن على أحكام محكمة النقض أمام محكمة النقض أو أمام أي محكمة أخرى.

حكم النقض اكتسابه حجية الشيء المحكوم فيه في المسائل التي بث فيها.

عدم جواز مساس محكمة الاستئناف بهذه الحجية أو سلوكها سبيلاً يتعارض معها

<sup>1</sup> د. شريف الطباخ، الإثبات في دعوى الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 175، 176.

<sup>2</sup> د. نبيل صقر- مكارى نزيهة، الوسيط للإثبات في المواد المدنية، دار الهدى، نفس المرجع السابق، ص174.

**المبحث الثالث: الخبرة العلمية كدليل إثبات في مادة شؤون الأسرة**

قد يتعذر على القاضي في بعض المسائل المطروحة عليها أن يباشر بنفسه في كل أو بعض وقائع الدعوى سيما إذا كان التحقيق فيها يتطلب الإلمام بمعلومات فنية دقيقة وهي خارجة نوعاً عن معارف القاضي ولذا يجوز الاستعانة بالخبراء

المختصين في كل المسائل التي يستلزم الفصل فيها، استيعاب نقطة فنية معينة أو كان الفصل في النزاع يتوقف على معرفة معلومات فنية في أي فرع من فروع المعرفة، إذ ليس على القاضي أن يكون خبيراً في كل المواد والأمور التقنية المطروحة عليه بل يفترض فيه أن يكون ملماً بالمبادئ القانونية والقواعد الفقهية والأحكام القضائية التي هي من صميم وظيفته.<sup>1</sup>

**المطلب الأول: التعريف**

الخبرة لغة هي الاختبار، والعلم بشيء على حقيقته، أما اصطلاحاً هي الإخبار عن حقيقة الشيء المتنازع فيه بطلب من القاضي، فالإخبار جنس في التعريف يتناول الإخبار عن حقيقة المتنازع فيه.

ويلجأ القضاة للخبرة في الأمور الفنية التي تحتاج إلى خبرة وعلم وتجربة خارجة عن اختصاص القضاة، فيلجئون إلى الخبراء للاستعانة بخبرتهم في بيان حقيقة الأمر المتنازع فيه .

و الخبراء طائفة من أعوان القضاة لهم معلومات فنية خاصة يحتاج إليها القضاة، فيستعان برأيهم إذا اقتضى تحقيق الدعوى الإلمام بمعلومات لا تشملها معارف القاضي كالتب والزرعة والهندسة، والمحاسبة، والكيمياء والخطوط.

والخبرة وسيله هامة في القانون، نص عليها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية بالمواد ( 47 إلى 55)، وكذا المادة 40 المعدلة من قانون الأسرة في ثوبه الجديد .ويتبين من خلال هذه النصوص أنّ قانون الإجراءات المدنية و قانون الأسرة أجاز للقضاة في المسائل التي تحتاج قبل الفصل فيها إلى خبرة فنية، أن يستعينوا بأهل الخبرة والمعرفة في ذلك، والاستعانة بالخبراء أمر اختياري للقاضي حسب تقديره، وللمحكمة مطلق الحق في تقدير ما أدلى به الخبراء من آراء، فلها أن تأخذ برأيه ونتيجة بحثه وتقريره، ولها أن ترفضه، ورأى الخبير لا يقيد المحكمة ولها أن تحكم بما يخالفه لأنّ القاضي يحكم بما يقتنع به ويرتاح إليه.

<sup>1</sup> د. عبد العزيز سعد، أبحاث تحليلية في قانون الإجراءات المدنية، المرجع السابق، ص 27، 28.

ولأنّ العيوب الزوجية من الأمور التي تحتاج إلى أهل الخبرة والمعرفة، نجد أن القاضي الجزائري ( قاضي شؤون الأسرة )، في معظم الدعاوى يلجأ لإثبات العيب إلى أهل الخبرة، وهذا لإثبات ادعاء الزوجة وتبيين وجود العيب من عدمه، وفي حالة وجود العيب يجب على الخبراء إن يذكروا إذا كان هذا العيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا ؟.

وأنه باستقراء الأحكام القضائية الصادرة في مواد شؤون الأسرة، والتي تخص الفرقة للعيب، نجد أنه كلما ادعت الزوجة أن زوجها معيب بعيب يحول دون تحقيق الهدف من الزواج، يلجأ القاضي قبل الفصل في موضوع التطلاق إلى أهل الخبرة، سواء طلبها الخصوم أو لم يطلبها، بحيث يصدر عن قسم شؤون الأسرة حكما يقضي بتعين خبير مختص في العيوب المدفوع بها، ويكون هذا الحكم قابلا للاستئناف من الطرفين، ويحدد القاضي في الحكم اسم الخبير والمهمة المسندة

إليه، وتوضيح ما إذا كان هذا المرض خطيرا أو معديا، ويحدد كذلك الأجل الممنوح للخبير لأداء مهمته، وبعد إيداع الخبرة بالمحكمة يجوز لطرفي الدعوى إعادة السير فيها، فإذا أثبت الخبرة الطبية وجود العيب الذي تدعيه الزوجة وتبين للقاضي أن هذا العيب يحول دون تحقيق الأهداف المرجوة من الزواج، حكم بصفة نهائية بفك الرابطة الزوجية بين الزوجين للعيب ، هذا إذا كان العيب مستحيل الشفاء أو يتطلب شفاؤه زمنا طويلا ، أما إذا كان العيب من العيوب القابلة لشفاء فيمنح القاضي الزوج مدة سنة لتداوي، وإذا مرت سنة وبقى الزوج على حاله فرق القاضي بينهما بحكم نهائي.

وهذا ما ذهبت إليه محكمة سعيدة في حكم لها بتاريخ، 2004/06/12 وذلك عندما دفعت الزوجة بأن زوجها مصاب بمرض فقدان المناعة المكتسبة (السيدا) ورغم تقديم الزوجة لتحاليل الطبية والشهادات الطبية التي تثبت إصابة زوجها بمرض فقدان المناعة المكتسبة، إلا أن المحكمة أصدرت حكما قبل الفصل في موضوع الطلاق، قضى بالتعيين طبيب مختص لفحص المدعى عليه.

و عموما الخبرة هي إجراء يقصد به الحصول على المعلومات الفنية التي قد تعرض على القاضي ولا يستطيع العلم بها، بل أنه لا يجوز للمحكمة أن تقضي في المسائل الفنية بعلمها بل يجب الرجوع فيه إلى رأي أهل الخبرة.

مثل: فحص جثة القتيل لتحديد أسباب الوفاة أو فحص الدم أو البصمة الوراثية لإثبات النسب.

**المطلب الأول:** لجوء القاضي إلى الخبرة العلمية.

لا يمكن بأي حال من الأحوال لقاضي شؤون الأسرة الفصل في مسألة النسب بالطرق العلمية إلا باللجوء إلى استشارة الخبراء والعلماء المتخصصين في مجال البيولوجيا للتوصل لنتائج علمية دقيقة باعتبارها من المسائل التقنية التي لا يمكن للقاضي الفصل فيها إلا بالاستعانة والاسترشاد بأرائهم.<sup>1</sup>

ومن ثم فإن القاضي في مثل هذه الحالة يلجأ طبقاً للقواعد العامة لفصل في مثل هذه المسائل التقنية إلى الخبرة القضائية التي سيصدر من خلالها حكماً تحضيرياً قبل الفصل في الموضوع بتعيين خبير مختص يوكل له مهام اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات نسب الولد لأبيه أو نفيه بتحديد المهام المنوطة إليه بدقة متناهية والقول أن الحكم تحضيرى مفاده عدم اتضاح نية القاضي في الفصل في مسألة النسب ثبوتاً أم نفيًا، بطبيعة الحال لما يعرف في ذلك عن الأحكام التحضيرية والتمهيدية كذلك.

إلا أن الأمر لا يتوقف عن هذا الحد بل تطرح مسألة تقدير القاضي لهذه الخبرة العلمية ومدى حجيتها باعتبارها حجة علمية اعتمدت على رأي خبراء علميين مختصين في مجال البيولوجيا من جهة واستناداً إلى القيمة العلمية بالطرق الحديثة القطعية منها خاصة كالبصمة الوراثية (ADN) ونظام (HLA) الذي يتصل بالمناعة وهو ما رأى فيه البعض خروجاً عن القواعد العامة في الخبرة القضائية التي تخضع إلى سلطة القاضي التقديرية في الاعتماد عليها رغم أن هذا الطرح قد لا يكون بنفس هذا الوضوح في التطبيق ذلك أن هذه الطرق قد لا يتاح للقاضي فهما وبالتالي يمتنع

حتى عن مناقشتها باعتبارها مسألة تقنية وعلمية بحتة ودقيقة، رغم أن المشرع الجزائري أجازها له في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري.

ولعل جهل القاضي بهذه الطرق و مصطلحاتها قد يقف عائقاً أمام مناقشته له فيلجأ إلى قبولها والاستناد عليها ثبوتاً للنسب أو نفيًا له.

<sup>1</sup> د. محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة، الطبعة 2002، ص 37.

**المطلب الثاني: القيمة القانونية للطرق العلمية.**

لم يشر المشرع الجزائري إلى القيمة القانونية للطرق العلمية ومدى حجيتها في إثبات النسب وسلطة القاضي المكلف بشؤون الأسرة في تقديرها. مما يثير التساؤل عن مدى تأثير تقرير الخبرة العلمية في هذا المجال على الحكم وجوداً أو عدماً وهو ما سنناقشه فيما يلي:

الحجية المطلقة للطرق العلمية لإثبات النسب: لقد تبنى معظم رجال القانون انطلاقاً من القيمة التي تعترى مجال الطرق العلمية فكرة أن لهذه الأخيرة حجية مطلقة ذلك

أن الخبراء الذين يقومون بإجراء هذه الخبراء مختصون في المجال وبالتالي فإن لأرائهم تأثير على قدرات القضاة في تبني اتجاههم، فعلى سبيل المثال يعتبر العلماء أن البصمة الوراثية ذات دلالة تقنية قطعية تتجلى بانفراد كل شخص بنمط وراثي معين، لا يوجد عند أي كائن آخر في العالم، إذ لا يمكن أن يتشابه الـ (ADN) لشخصين إلا مرة واحدة في كل 86 بليون حالة أي نسبة التشابه منعدمة تماماً.

لذلك كانت من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقيق لإلحاق أو نفي نسب الأولاد للآباء لأن الحمض النووي وأيضاً الـ (ADN) يعد دليل إثبات قاطع ونفي

قاطع بنسبة 100% بشرط أن يتم تحليله بطريقة علمية سليمة مادام أن احتمال التشابه بين البشر غير وارد، وتجدر الإشارة إلى أن الطرق العلمية المتمثلة حسب

ما توصل إليه العلماء في البصمة الوراثية (ADN) ونظام (HLA) هي الوحيدة التي تكتسي الحجية القطعية وما يؤكد هذه الحجية المطلقة إمكانية من أي مخالفات أدمية

سائلة (دم، مني) أو أنسجة (لحم، عظم، جلد، شعر) كما أنها تقاوم عوامل التحلل والتعفن والعوامل المناخية المختلفة من حرارة أو برودة أو جفاف ليس ذلك فقط بل أنه يمكن الحصول عليها من الآثار القديمة والحديثة كما حصل في القضاء الفرنسي في قضية الفنان "إيف مونتان" حيث ادعت امرأة أن لها ابنة منه اسمها "أنياس" وما أضفى على الأمر نوعاً من المصدقية أن تلك السيدة كانت تشبه الفنان في ملامح وجهه وقد أمر القاضي الفاصل في هذه القضية بواسطة الخبرة بحفر قبر الفنان وأخذ عينة من جسمه لفحص عينة من حمضه النووي ومقارنتها بالحمض النووي للابنة التي تدعي بأنه أبها وبعد مدة صارت القضية وظهرت النتائج وأثبتت الخبرة

بأنه لا يربط الفنان والسيدة أي علاقة أبوة أو بنوة ولعل اكبر مثال على فعالية فحص الحمض النووي كوسيلة من وسائل إثبات النسب ما ذكرته إحدى الصحف السعودية بخصوص إنسان (النايدات) الذي وجدت جثته محفوظة في الثلج منذ حوالي 9 آلاف سنة وعلم ذلك عن طريق تحليل البصمة الوراثية فكيف لا يكون لها بذلك حجية مطلقة في إثبات أو نفي النسب.<sup>1</sup>

لذلك لا يمكن في كل الأحوال الشك مطلقاً في مستوى نجاعة الاعتماد على هذه الطرق العلمية القطعية التي تعطي نتائج حتمية في مجال إثبات النسب.

الحجية النسبية للطرق العلمية: إذا كان معظم علماء الطب والقانون قد توصلوا إلى اعتبار بعض الطرق العلمية كالبصمة الوراثية (ADN) ونظام (HLA) ذات حجية قطعية الدلالة نظراً للخصائص التي تم التطرق إليها في هذا الباب فإن فريق آخر

تبنى فكرة الحجية النسبية للطرق لهذه العلمية اعتماداً على ما هو جار به العمل في القواعد العامة بالنسبة للخبرة القضائية ولو كانت علمية مبنية على أسس تقنية محضنة.

فالطرق العلمية الظنية كنظام فحص الدم (ABO) أو نظام المفرزات اللعابية تعتبر وسيلة إثبات نسبية لا يرقى الشك فيها إلى درجة اليقين كون أن النتائج التي تصل إليها تبقى محتملة الوقوع لا ترقى أن تكون دليل إثبات حتمي ما دام أن نسبة التشابه فيها بين البشر يبقى وارداً بدرجة كبيرة ومن ثم فإن الخبرة العلمية التي تتضمن هذه الطرق تبقى خاضعة للقواعد العامة للخبرة القضائية العادية.<sup>2</sup>

وتعتبر الخبرة القضائية طبقاً للقواعد العامة بالنسبة للقاضي من المسائل التي تخضع لسلطته التقديرية باعتبارها سلطة مطلقة له فيها أن يصادق على تقرير الخبراء كلياً أو جزئياً كما له الحكم من دونها.

<sup>1</sup> جريدة الوطن السعودية، السبب، 2004/05/01 عدد 1380 السنة 4.

<sup>2</sup> د.نبيل سليم. البصمة الوراثية و تحديد الهوية، مجلة حماية الوطن، عدد 256، الكويت 2004، ص112.

## الخاتمة.

لقد حاولنا من خلال عرضنا المتواضع الكشف عن العديد من طرق الإثبات التي يعتمدها القاضي المكلف بشؤون الأسرة لإيجاد حلول قانونية للمسائل التي يتعرض لها أثناء أداء مهامه، فقانون الأسرة الجزائري لم يتعرض إلى بيان طرق الإثبات ولهذا تطبق القواعد العامة للإثبات في الفقه الإسلامي وتشريعاته تلك الإحاطة الشاملة لجميع أحوال الأسرة والنظام الكامل للحياة البشرية فشرع الله عز وجل نظام الزواج لحكمة بالغة تتمثل في بقاء النوع الإنساني فهو الأساس التي تقوم عليه السعادة البشرية و به يكون صلاح المجتمعات الإنسانية، الأمر الذي يبدو جلياً في تكوين أسرة على أسس متينة، فالأسرة المسلمة في كل زمان ومكان ملزمة بالحفاظ على هاته التشريعات التي جاء بها النص القرآني. ولاسيما في مجال الأسرة والامتنال وعدم مخالفتها أو الخروج عنها سواء تعلق الأمر بالزواج والطلاق والميراث والعدة وحقوق الأهل والأقارب والمرأة زوجة كانت أو أمماً الإنسانية منها أو الاجتماعية أو المالية والتي سارعت التشريعات الوضعية الأسرية المعاصرة في تأسيسها على المصالح والأهواء فأطلقت العنان للحريات دون قيود أو حدود فكانت النتيجة انفساخ الأسرة وانحلالها وتفشي الآفات والأمراض وانتشار الخيانة الزوجية والزنا، وكلها أمور صعبت من مهام القضاء مما جعله يعتمد على طرق قانونية أو علمية في إثبات مسألة ما كإثبات النسب التي أشار إليها المشرع الجزائري في المادة 40 من قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005 والتي حملت الجديد في فقرتها الثالثة المتمثل في دور الطرق العلمية في الإثبات دون تحديد قيمتها القانونية وحجيتها، سواء كانت طرق علمية قطعية كالبصمة الوراثية (ADN) أو ظنية كنظام تحليل الدم (ABO) مما جعلها تخضع إلى سلطة القاضي التقديرية وله أن يحكم بها أو بدونها مما يستوجب تدخل المشرع الجزائري لوضع إطار قانوني لا يدع مجالاً للتأويل أو التفسير أمام موضوع كان و لا يزال يشكل اهتمام القضاة والخبراء في نفس الوقت على حد سواء.

## قائمة المصادر و المراجع:

### 1- المصادر:

- القرآن الكريم
- قانون الأسرة الجزائري العدل و المتمم بالامر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27
- جريدة الوطن السعودية، السبب 2004/05/01 عدد 1380 السنة 4

### 2- المراجع:

- د. أبو عبد الله محمد بن يونس العبدري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، الطبعة الأولى، بدون سنة
- د. ابراهيم ابن اليمن الحنفي، لسان الحكام، مطبعة البابي الحلبي، القاهرة، الطبعة الثانية، 1973
- د. أبي الطيب الحسن بن القنوجي، الروضة الندية شرح الدرر البهية، دار التراث القاهرة، بدون سنة
- د. أبي اسحاق برهان الدين إبراهيم ابن محمد مفلح، المبدع في شرع المقنع، المكتب الإسلامي للطباعة و النشر، بيروت، طبعة 1982
- الإمام، أبي بكر ابن احمد ابن الحسن ابن علي البهقي، السنن الكبرى للبيهقي، الطبعة الأولى و مطبعة مجلس دائرة المعارف، حيدر أباد بالهند
- الإمام، أحمد ابن علي ابن حجر العسقلاني، فتح الباري، شرح صحيح البخاري، مطبعة البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة 1959،
- د. النسائي أبو عبد الرحمان النسائي، سنن النسائي، مع شرح السيوطي و السندي، المطبعة المصرية بالأزهر
- د. بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، الزواج و الطلاق، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الخامسة، سنة 2007
- الإمام، جلال الدين ابن عبد الرحمان السيوطي، الأشباه و النظائر في قواعد و فروع الشافعية، مطبعة

- د. شريف الطباخ، الأحوال الشخصية للمسلمين في ضوء الفقه والقضاء وطبقاً لأحكام المحكمة الدستورية العليا، الطبعة الأولى 2002
- د. طاهري حسين، الأوسط في شرح قانون الأسرة الجزائري مدعماً باجتهاد المحكمة العليا والمذاهب الفقهية، دار الخلدونية، الطبعة الأولى 2009
- د. عبد العزيز سعد، سلسلة تبسيط القوانين، دار هومة للطباعة والنشر 2008
- د. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة للطباعة
- د. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية ، الطبعة الأولى 2007
- د. عبد القادر داودي، أحكام الأسرة بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري، دار البصائر للنشر و التوزيع، الجزائر 2010
- د. علي ابن حسين الكركي، جامع المقاصد في شرح قواعد، مؤسسة إحياء التراث، بدون سنة
- د. علي حيدر، در الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول ، بيروت لبنان، بدون سنة
- د. عيسى حداد، عقد الزواج دراسة مقارنة، منشورات جامعة باجي مختار، عنابة 2006
- الفقيه، كمال الدين بن عبد الواحد السيواسي السكندري المعروف بابن الهمام الحنفي، فتح القدير الطبعة الأولى 1970م
- الإمام، محمد ابن علي الشوكاني، نيل الأوتار، دار الكتاب العربي، الطبعة الأخيرة بدون سنة
- د. محمد الشربيني الخطيب، المغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار إحياء التراث العربي، الطبعة 1958
- د. محمد بن يوسف اطفيش، شرح كتاب النيل و الشفاء العليل، مكتبة الإرشاد ، الطبعة 1985 البابي الحلبي، الطبعة الأخيرة 1959
- د. محمود توفيق اسكندر، الخبرة القضائية، دار هومة، الطبعة 2002.
- الشيخ، محمد عرفة الدسوقي – طبعة دار إحياء الكتب العربية – مصر، بدون سنة

- الشيخ, محمد عليش, شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل, الطبعة الأولى سنة 1984 - دار  
الفكر لطباعة والنشر لبنان

- الشيخ, منصور بن يونس بن إدريس الباهوتي, كشف القناع عن متن الإقناع, دار الفكر للطباعة  
والنشر بيروت طبعة (1402هـ/1982م).

- د. نبيل سليم, البصمة الوراثية, مجلة حماية الوطن, عدد 256, الكويت 2004

- د. نبيل صقر- مكاري نزيهة, الوسيط للإثبات في المواد المدنية, دار الهدى, طبعة 2009

- د. يوسف قاسم, نظرية الدفاع الشرعي في الفقه الجنائي الإسلامي و القانون الجنائي الوضعي, الطبعة

2003