

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق



أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال
الشخصية بين الفقه والقانون

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون الأحوال الشخصية

المشرف: الضيف كيفاجي

من تقديم الطالبة: دنيا زاد شاوي

لجنة المناقشة:

رئيسا
مشرفا
مناقشا

د/ بودفع علي
أ/ كيفاجي الضيف
أ/ رواق أمال

دورة جوان 2015

شكر و تقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الذي أعانني على إتمام عملي هذا وسخر لي من عباده الصالحين من يعينني،
بالنصح والتوجيه، أما بعد:

أتوجه بشكر وامتنان إلى:

من ساعدني وقام بدوره على أكمل وجه ولم يبخل عليّ بالنصح والتوجيه الأستاذ المشرف
"كيفاجي الضيف" جزاك الله كل خير.

والي أستاذي الذي درسني وكان لنا سندا الأستاذ **"بودفع علي"**.

كما أتقدم بخالص الشكر إلى جميع الأساتذة الذين كان لي شرف الدراسة على أيديهم.

إهداء

الحمد لله أولاً و أخيراً:

الحمد لله الذي سألته العون فأعانني و سألته النجاح فوفقتني.

إلى معلمنا الأول سيد البشرية جمعاء محمد صلوات ربي و سلاميه عليه.

إلى الوجهين الطافحين حبا و حنانا و رأفة و مودة والديا الكريمين أطال الله عمريهما.

فأنا أهدي ثمرة عملي إلى تاج رأسي و مفتاح نفسي إلى القلب الذي يفيض ألحانا عذبة أمي
الحنون "عزيزة"، اللهم أشفيها بشفائك.

" ربي أسألك الرحمة لأم أنجبتني "

و إلى رمز التضحية و العزة و الفداء إلى من كشف عني ستار الجهل ليسترني أبي العزيز
"موسى"

" ربي أسألك الرحمة لأبٍ ختم به اسمي "

إلى قرة عيني أخي الوحيد "علي"

"اللهم اجعله مسند ظهري"

إلى لؤلؤة البيت أختي "آمال"

ركتني بسمة الحياة أختي "سمية" و إلى صديقاتي "نصيرة، حنان، ابتسام" إلى الأستاذ

الفاضل و المشرف على هذا العمل "كيفاجي الضيف"، و إلى كل من أمد لي يد العون.

مقدمة

الحمد لله الذي أرسل رسوله بالهدى ودين الحق ليظهره على الدين كله ولو كره المشركين والصلاة والسلام على خاتم رسول الله المبعوث رحمة للعالمين.
ويعد:

فإن الإسلام منهاج حياة ، ودستور أمة ، شمل جميع جوانب الحياة وخلص العقيدة مما اختلط بها من الشرك والوثنية ، وطهر نفوس البشر من كل الرذائل التي عايشوها في عصر الجاهلية ، ونظم علاقات الإنسان بالله سبحانه وتعالى وبالناس ولما خلق الله الإنسان واستخلف في الأرض ، وجعل منه نسلا يستمر به هذا الاستخلاف وطريق هذا الأخير هو الزواج الذي به تثبت الأنساب ويكثر النسل وبه يحافظ على الأمة من الاندثار .

ولكن من طبيعة الإنسان الاختلاط مع بني جنسه من بقية البشر إما للعمل أو للزواج، وهذا الأمر سار عليه المسلمون حيث يتعايشون مع غيرهم من المجتمعات الأخرى بالتجارة أو بالعمل أو بالزواج، وعلى الرغم من إن الإسلام أوصانا على اختيار الزوجة الصالحة لأنها المودة والرحمة والسكن وهي المرية الأولي للأولاد، إلا إن الإسلام قد أباح الاختلاط مع غير المسلمين أي بالزواج منهم ولكن بشروط معينة يجب توافرها.

ومما لاشك فيه أن موضوع اختلاف الدين يطرح العديد من التساؤلات والقضايا التي تحتاج إلى توضيح وجواب ومنها:

هل إذا اختلف دين الزوجين ، بحيث يكون لكل زوج دين مغاير لدين الآخر يؤثر ذلك على صحة عقد الزواج؟

وهل إذا اختلف الدين بين الزوجين يترتب على هذا الزواج نفس الآثار التي يترتبها الزواج بين الزوجين من نفس الدين؟

وهل يتغير الحكم عند اختلاف الدين على أثار الأحوال الشخصية ؟
أهمية الموضوع: تكمن أهمية هذا الموضوع في أنه يبحث في أمر ملازم لواقع هذه الأمة، فكم من حالة اختلاط الأديان وقعت سواء كانت في زواج أو ميراث أو نفقة، كأن يكون أطرافها مسلمين مع غير المسلمين، حيث نجد صعوبة كبيرة في حل مثل هذه الحالات، ومن هنا تظهر أهمية هذا الموضوع.

سبب اختيار الموضوع: هناك أسباب عدة دفعتني لاختيار هذا الموضوع

منها:

أنه موضوع فقهي وقانوني يتصل بواقع الأسرة والمجتمع ويمس باستقرارهما وسلامتهما.

العلم بالأحكام الشرعية المتعلقة باختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية، وموقف المشرع الجزائري منها.

إغفال المشرع الجزائري عن إعطاء حكم خاص بمعظم مسائل الأحوال الشخصية.

عدم وجود دراسات وافية في هذا الموضوع الهام والحساس وخاصة بالنسبة للمسلمين الذي يعيشون في ديار الغربة أو في المجتمعات التي تتعدد فيها الديانات

أهداف الموضوع: تسليط الضوء على موضوع أثر اختلاف الدين على

مسائل الأحوال الشخصية بغرض رفع الغموض الذي يكتنف بعض أحكامه.

مسألة اختلاط المسلمين مع غيرهم منتشرة منذ عهود الإسلام الأولى، فكان حتما أن تنشأ علاقات ومعاملات كثيرة بين بعضهم البعض، وهذا الأمر جعلنا في

أمس الحاجة إلي معرفة أحكامها والوقوف على الحدود التي شرعها الله عز وجل.

وكذلك بيان أوجه الشبه والاختلاف بين كل من الفقه الإسلامي وقانون

الأسرة الجزائري فيما يتعلق بهذا الجانب من موضوع بحثنا.

الدراسات السابقة :

إن موضوع أثر اختلاف الدين موضوع مشوق، إلا أنه لا نجده محور بحث الباحثين، فهناك من تناول هذا الموضوع بنفس العنوان أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية، وهي رسالة ماجستير : للطالب ميرة وليد جامعة باتنة تخصص شريعة وقانون سنة 2004/2005.

وهناك باحث آخر تناول موضوع أثر اختلاف الدين علي عقد الزواج في الفقه الإسلامي للطالب : أميرة مازن جامعة نابلس فلسطين.

منهج الدراسة: لقد اتبعت في دراستي كلا من المنهجين التحليلي والمقارن: حيث يظهر المنهج التحليلي من خلال تحليل مضمون النصوص، واستخراج الأحكام المتعلقة بها.

ويظهر المنهج المقارن من خلال المقارنة بين آراء الفقهاء وموقف المشرع الجزائري إن وجد نص بتعلق بخصوص المسألة المطروحة.

صعوبات البحث: واجهت عند إعداد هذه المذكرة عدة صعوبات كأني بحث أكاديمي آخر، من بين هذه الصعوبات اذكر منها:

قلة المراجع الملمة بالموضوع سواء من الناحية الفقهية أو من الناحية القانونية.

موضوع صعب وشاق نظرا لتشعب عناصره في أبواب مختلفة من الفقه والقانون

وضيق الوقت الممنوح للقيام بالبحث وصعوبة تسييره للانتهاء في الأجل المحددة.

وعليه للإجابة علي التساؤلات التي سبق طرحها، قسمت بحثي كآتي:

مقدمة

خصت الفصل الأول لأثر اختلاف الدين على الرابطة الزوجية، حيث تطرقت فيه إلى أثر اختلاف الدين على الزوجين كمبحث أول، والمبحث الثاني لأثر اختلاف الدين على الولي والشهود.

أما الفصل الثاني فقد تطرقت فيه إلى أثر اختلاف الدين على الآثار المالية وغير المالية لمسائل الأحوال الشخصية وتقسيمه إلى مبحثين، المبحث الأول خصته إلى أثر اختلاف الدين على الآثار المالية والمبحث الثاني لأثر اختلاف الدين على الآثار غير المالية. وذلك وفق الخطة التالية :

مقدمة

الفصل الأول: أثر اختلاف الدين على الرابطة الزوجية

المبحث الأول: أثر اختلاف الدين على الزوجين

المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين على الولي والشهود

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية وغير المالية لمسائل

الأحوال الشخصية.

المبحث الأول: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية لمسائل الأحوال

الشخصية.

المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار غير المالية لمسائل الأحوال

الشخصية.

الخاتمة.



المبحث الأول: أثر اختلاف الدين على الزوجين.

استعملت كلمة الزواج عند العرب بمعنى اقتران أحد الشئيين بالآخر، ثم استعملت نفس الكلمة اقتران الرجل بالمرأة.

وفي الاصطلاح الفقهي عرف الزواج: " عقد يفيد حل الاستمتاع لكل من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع"⁽¹⁾.

وقانون الأسرة الجزائري عرف الزواج، في المادة الرابعة منه بقوله: (الزواج هو عقد يتم بين الرجل والمرأة على الوجه الشرعي أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الإنسان)⁽²⁾.

وعقد الزواج يتم بصيغة تدل على التراضي بين الزوجين وولي وشهود وصداق. غير أنه قد يوجد اختلاف بين دين الزوجين كأن يكون أحدهما مسلم والآخر كافرا وقد يكون هذا الاختلاف متعلقا بولي المرأة كأن يختلف دينه عن دين أحد الزوجين أو يتعلق باختلاف دين الشهود كأن يختلف دينهم عن دين الزوجين وهو ما سنتطرق إليه في هذا المبحث الذي سنتناول فيه. زواج المسلم بغير المسلمة. وزواج المسلمة بغير المسلم. وأثر تغييرا دين الزوجين. ويكون ذلك في مطالب ثلاثة.

(1) الغوثي بن ملح، قانون الأسرة على ضوء الفقه والقضاء، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر، الطبعة الثانية، (دون تاريخ الطبع)، ص 27.

(2) المادة الرابعة من الأمر 02-05 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م (الجريدة الرسمية العدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005 م).

المطلب الأول: زواج المسلم بغير المسلمة.

والمقصود بغير المسلمة من لا تؤمن بكتاب سماوي أنزل على رسول من الرسل
الله. ولتوضيح هذه العبارة نقول إن المخالفين للمسلمين ثلاثة أصناف⁽¹⁾.

الفرع الأول: زواج المسلم بمن ليس لها كتاب.

أولاً: تعريف من ليس لها كتاب.

وهؤلاء هم الذين يعبدون الأصنام والأوثان والشمس والقمر والنجوم والنار، وما
شابه ذلك كمشركات عرب الجاهلية وما شابههن⁽²⁾.

فالفرق شاسع بينهما فالزوج يؤمن بالله وبالنبوة، أما تلك المشركة فهي منكرة بالله
وبالنبوة. ثم أن كلا الزوجين عماد الأسرة وبهما تقوم لها قائمة وبلا شك في أن التنافر في
الديانات سيؤدي لا محال إلى هدم الحياة.

ثانياً: حكم زواج المسلم بمن ليس لها كتاب.

فإذا كانت المرأة مشركة تحرم على المسلم أن يتزوج بها بصريح النهي الوارد في
قوله تعالى: {وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُوْمِنَ وَلَّامَةً مُّؤْمِنَةً حَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ
أَعْجَبَتْكُمْ} ⁽³⁾.

والمقتضى هذه الآية لا يحل للمسلم أن يتزوج وثنية أو بوذية. لأن كل أولئك لم
يكن لهم نبي مبعوث ذكره القرآن الكريم ولو كانوا قد حرفوا الكلام من بعده عن
مواضعه⁽⁴⁾.

(1) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعي للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الرابعة
1983، ص 239.

(2) المرجع السابق، ص 293.

(3) سورة البقرة، الآية: 221.

(4) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي للطبع و النشر، (دون مكان الطبع)، الطبعة
الثانية، (دون تاريخ الطبع)، ص 143.

ثالثاً: الحكمة من تحريم زواج المسلم بمن ليس لها كتاب سماوي.

إن الآية الكريمة تشير إلى أن الحكمة من تحريم الزواج من هؤلاء إذ أنهم يدعون إلى النار أي أن المرأة تستهوي الرجل بحسنها، ورفق طباعها وحسن تدبيرها فيستحسن ما تستحسنه، ويستهن ما تستهجنه. فلا يستتكر أوثانها وإن ذلك إن لم يقده إلى دينها انه يضعف الإحساس بدينه في نفسه، فيستهين بالفرائض.

هذا وإن التنافر بين الإسلام والأديان شديد لا يمكن أن تكون معه عشرة متلائمة متفقة و كيف نتصور عشرة بين الزوجين، إذ نجد أن الزوج مثلاً يتقرب إلى الله عز وجل بذبح بقرة وتوزيعها صدقات في حين أن الزوجة تعبد هذه البقرة أو على الأقل تقديسها⁽¹⁾.

الفرع الثاني: زواج المسلم بمن لها شبهة كتاب (مجوس).**أولاً: تعريف المجوسية.**

لغة: هي كلمة فارسية تطلق على أمة من الناس، ومجوس الرجل صغير الأذنين وضع ديناً ودعا إليه⁽²⁾.

اصطلاحاً: أصل دين المجوس مبني على تعظيم الأنوار والنيران والماء والأرض ويرون أنه كان للمجوس كتاب فرغ فصار لهم شبهة كتاب⁽³⁾.

ثانياً: حكم زواج المسلم بمن لها شبهة كتاب.

اختلف الفقهاء في حكم زواج المسلم بالمرأة المجوسية وهناك من اعتبرها من أهل الكتاب ومنهم من اعتبرها ليس من أهل الكتاب وبذلك اختلفوا على رأيين:

(1) محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 143.

(2) الرافعي أحمد بن علي، المصباح المنير، المطبعة الأميرية، القاهرة، الطبعة السادسة، (دون تاريخ الطبع)، الجزء 2 ص 755.

(3) ابن عبد الله قدامه موفق الدين، المغنى، دار الكتاب العربي، بيروت، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع) الجزء 9، ص 264.

فأولهما لا يحل للمسلم أن يتزوج بامرأة من نساء المجوس عند جمهور أهل العلم وهو رأي الحنفية والمشهور عند المالكية⁽¹⁾.

ويقول الشيخ أبو حامد الغزالي رحمه الله: "في أصناف من لا يحل نكاحهم وذبائحهم: والصنف الثالث المجوس"⁽²⁾، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: {أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أَنْزَلَ الْكِتَابَ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا}⁽³⁾، والآية تدل بصريح العبارة أن أهل الكتاب طائفتان ولو كان المجوس من أهل الكتاب لاقتضى ذلك أن يكونوا ثلاثة طوائف⁽⁴⁾.

وقال أيضا: {وَلَا تَتَّخِذُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ}⁽⁵⁾، وقوله تعالى: {وَلَا تُمَسِّكُوا بِعَصَمِ الْكُوفِرِ}⁽⁶⁾، فقد حرم الله سبحانه وتعالى نكاح المشركات واستثنى منهم أهل الكتاب.

أما الرأي الثاني: فيرى أنصاره أنه يجوز للمسلم أن يتزوج من نساء أهل المجوس وهؤلاء هم الظاهرية وأبي ثور، واستدلوا على ذلك من السنة قوله صلى الله عليه وسلم ((سنوا بهم سنة أهل الكتاب))⁽⁷⁾. وفي هذا الحديث دلالة على إلحاق المجوس بأهل الكتاب بدليل أن الرسول صلى الله عليه وسلم أخذ الجزية منهم، فثبتت الجزية على اليهود والنصارى بالكتاب وعلى المجوس بالسنة.

(4) ابن قدامة، المغنى، (100/7).

(2) الغزالي أبو حامد محمد بن محمد، الوسيط، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، 1417، الجزء 5، ص 125.

(3) سورة الأنعام، الآية: 156.

(4) علاء الدين لكساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع) الجزء 2، ص 271.

(5) سورة البقرة الآية: 221.

(6) سورة الممتحنة الآية: 10.

(7) أخرجه ممالك في الموطأ، كتاب الزكاة باب الجزية أهل الكتاب والمجوس رقم: 42.

وبالإضافة إلى ذلك أن عبد الرحمن بن عوف قال : ((أشهد بالله على رسول الله صلى الله عليه وسلم لسمعته يقول : إنما المجوس طائفة من أهل الكتاب، فاحملوهم على ما تحملون عليه أهل الكتاب))⁽¹⁾.

الفرع الثالث: زواج المسلم بمن لها كتاب.

أولاً: تعريف من لها كتاب.

اختلف الفقهاء في تعريف أهل الكتاب فهناك من عرفهم على " أنهم أهل التوراة والإنجيل أي اليهود والنصارى دون غيرهم " لقوله تعالى: { أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا }⁽²⁾.

ووجه الدلالة من الآية أن سبحانه وتعالى خص أهل الكتاب بطائفتين فقط هم اليهود وكتابهم التوراة والنصارى وكتابهم الإنجيل، وهذا ما ذهب إليه جمهور أهل الفقه بأن أهل الكتاب هم اليهود والنصارى فقط، وهو وصف يدخل فيه كل من اعتقد ديناً سماوياً.

ثانياً: حكم زواج المسلم بمن لها كتاب.

ذهب الفقهاء في حكم الزواج المسلم بالكتابية على رأيين:

الرأي الأول: يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجوز للمسلم أن يتزوج بامرأة من أهل الكتاب، وهو ما ذهب إليه جمهور أهل العلم واستدلوا على ذلك من القرآن الكريم، حيث قال الله تعالى: { الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ }⁽³⁾.

(1) ابن حجر أحمد بن علي الدراية، في تخریج أحاديث الهداية، دار المعرفة، بيروت، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع)، الجزء 2، ص 134.

(2) سورة الأنعام، الآية: 156.

(3) سورة المائدة، الآية: 5.

ويقصد بالمحصنات في هذه الآية الكريمة بالنساء العفاف من أهل الكتاب والدليل الثاني على ذلك قوله تعالى: { وَأُحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ } (1).

ويتضح من هذه الآية أنها وردت بعد ذكر المحرمات من النساء ولم تذكر معهن الكتابيات، وبالتالي يحل للمسلم أن يتزوج بامرأة من أهل الكتاب.

كما استدلوا أيضا من الحديث، ما رواه ابن جرير الطبري في تفسيره عن جابر بن عبد الله عن الرسول صلى الله عليه وسلم قال: ((نتزوج نساء أهل الكتاب ولا يتزوجون نساءنا)) (2).

أما الرأي الثاني : فيرى أنصاره أنه لا يجوز للمسلم أن يتزوج الكتابية واستدلوا على ذلك بقوله تعالى : { وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَ وَلَا أُمَّةً مُؤْمِنَةً خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ } (3).

ووجه الدلالة من هذه الآية أن الله عز وجل حرم على المسلم نكاح الكتابية ، لأن الآية صريحة في تحريم نكاح المشركات، وكان عبد الله بن عمر إذا سئل عن نكاح الرجل اليهودية والنصرانية قال : ((إن الله حرم المشركات على المؤمنين، ولا أعلم من الإشراف أكبر من أن تقول المرأة ربها عيسى وهو عبد من عباد الله)) (4).

وقد روي عن عمر بن الخطاب كان ينهي المسلمين عن التزوج بالكتابية، ولما سأله حذيفة بن اليمان: ((أحرام يا أمير المؤمنين؟ قال لا : ولكنني أخاف أن يقتدي بك المسلمون فيختارون نساء أهل الذمة لما لهن، وكفى بذلك فتنة لنساء المسلمين)) (5).

(1) سورة النساء، الآية: 24.

(2) محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (378/2).

(3) سورة البقرة، الآية: 221.

(4) البخاري، حديث رقم: (2024/5).

(5) عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، 2004، ص

ثالثا : الحكمة من نكاح الكتابية.

أحل الله زواج المسلم بالكتابية لأنها تتفق معه في الإيمان بالله تعالى والرسول واليوم الآخر، وكثير من الفضائل لذا فلا خطر منها على عقيدته، لأن أغلب النساء نجدهن يتأثرن بأزواجهن، حيث نجد أن الحكمة من نكاح الكتابية ما يرجى من ميلها إلى دين زوجها، فإن الغالب على النساء الميل إلى أزواجهن.

كما نجد أن الزواج بين المسلم والكتابية قد يساعد أهل الكتاب على الإطلاع على مبادئ الإسلام وأخلاقه ويبينون أن الإسلام ليس ديناً تعصبياً، وفي ذلك يقول الشيخ محمد محي الدين عبد الحميد : "فليس تعصبا ولا أنانية ولا استعلاء على الناس أن يبيح الإسلام للرجل المسلم أن يتزوج المرأة الكتابية ولا يبيح للرجل الكتابي أن يتزوج المرأة المسلمة"⁽¹⁾. هذا بالنسبة لحكم زواج المسلم بغير المسلمة في الفقه الإسلامي أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه لم يتطرق إلى هذه المسألة، إذن فلم يبق لنا إلا العمل بنص المادة مائتين وعشرون من قانون الأسرة الجزائري، وعلى هذا يمكن للمسلم أن يتزوج الكتابية لأنها تتفق معه في كثير من الأمور كالإيمان بالله والرسول واليوم الآخر... الخ.

(1) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية للشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية، بيروت، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع)، ص 243.

المطلب الثاني: زواج المسلمة بغير المسلم.

عقد الزوجية في الإسلام علاقة ربانية شرعها الله تعالى وائتمن عليها الزوجين ووصفها بالميثاق الغليظ حيث قال تعالى : { وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ }⁽¹⁾. وقال أيضا: { وَأَخَذْنَا مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا }⁽²⁾.

وقال الرسول الله صلى الله عليه وسلم في خطبة حجة الوداع: ((فاتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله))⁽³⁾. ولقوة هذا الميثاق وعظم مسؤوليته، اقتضى أن يكون بين الزوجين من الانسجام ما يحفظ أسرتهما و يبيري ذمتهما عند المساءلة بين يدي الله عز وجل.

الفرع الأول: حكم زواج المسلمة بغير المسلم.

اتفق جمهور الفقهاء على أنه لا يجوز تزويج المسلمة بكافر أيا كان مذهبه سواء كان كتابي أو وثني أو ملحدا أو مرتدا أو مجوسيا. وهذا التحريم ثابت بما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية:
أولا: من القرآن الكريم.

قال الله تعالى : { وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ }⁽⁴⁾.

(1) سورة الروم، الآية: 21.

(2) سورة النساء الآية: 21.

(3) صحيح المسلم، حديث رقم: (889/2).

(4) سورة البقرة، الآية: 221.

والملاحظ أن النهي الوارد في الآية يشير إلى باب من أبواب التحريم، فلا يحل للمسلمة أن تتكح غير المسلم الذي يؤمن بالديانات الأخرى غير دينها وغير ما تؤمن به كاليهود والنصارى وغيرهم من الكفار ، كالمجوسي، والشيعي، والوثني ...

وهو ما قال به ابن جرير الطبري في تأويله لقوله تعالى : { وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّنْ مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ } (1).

يعني أن الله عز وجل حرم على المؤمنات أن تتكحن من مشرك كائنا من كان المشرك ومن أي أصناف الشرك كان (2) بما فيهم مشركي أهل الكتاب، والسبب عائد إلى أنهم يدعون إلى الكفر بالله ورسوله.

وقال الله تعالى: { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا } (3).

ووجه الدلالة من الآية أنه لا يجوز للمسلمة أن تتكح غير المسلم حتى ولو كان كتابيا لأن الإسلام جعل للمسلم أي الزوج سلطة على زوجته بأمرها بطاعته بالمعروف ولو تزوجت به لما كان له عليها سلطان.

هذا من جهة ومن جهة أخرى لأن الولد يتبع أباه في الديانة فإذا تزوجت من كافر تكون قد رضيت لأبنائها أن ينشأن على الكفر، ومن رضي بالكفر لأحد خرج عن الإسلام وارتد عنه بخلاف زواج الرجل المسلم بالكتابية فإن أبناءه ينشئون على الإسلام (4).

كما نجد أن من شروط الزواج أن يكون الزوج مسلما وهو ما أمر ثابت ثبوتا قطعيا من القرآن الكريم.

(1) سورة البقرة، الآية: 221.

(2) محمد بن جرير الطبري، تفسير الطبري، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، (391/2).

(3) سورة النساء، الآية: 141.

(4) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة من أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2007، ص

فالتكذيب بما جاء به الله عز وجل ونبيه محمد صلى الله عليه وسلم هو كفر بالشرعية ومتضمن للشرك كاليهود والنصارى الذين يعبدون الأحجار والرهبان والأحبار. هذا من جهة ومن جهة ثانية نجد أن القرآن الكريم وصف الكتابيين بأنهم كفار ومشركون بالله عز وجل بدليل ما قاله تعالى: { لَقَدْ كَفَرَ الَّذِينَ قَالُوا إِنَّ اللَّهَ ثَالِثُ ثَلَاثَةٍ وَمَا مِنْ إِلَهٍ إِلَّا إِلَهٌ وَاحِدٌ وَإِنْ لَمْ يَنْتَهُوا عَمَّا يَقُولُونَ لَيَمَسَّنَّ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ } (1).

وقال الله تعالى: { لَقَدْ كَفَرَ الَّذِينَ قَالُوا إِنَّ اللَّهَ هُوَ الْمَسِيحُ ابْنُ مَرْيَمَ } (2).

والملاحظ أن هذه الآيات الكريمة صريحة في أن اليهود والنصارى مشركون وأنه لا يحل للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم حتى ولو كان من أهل الكتاب. قال الله تعالى: { فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ } (3).

ووجه الدلالة من الآية أن إسلام المرأة يجعل نكاحها المعقود بينها وبين كافر في ظل الكفر غير قائم ما دام الزوج قد بقى على كفره وظلاله، ولا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن وانعقد الإجماع على ذلك.

ثانيا : من الحديث الشريف وأقوال بعض الصحابة.

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((تتزوج نساء أهل الكتاب ولا يتزوجون نساءنا)) (4). وعن أنس بن مالك رضي الله عنه قال: ((خطب أبو طلحة أم سليم قالت: والله ما مثلك يا أبا طلحة يرد، ولكنك رجل كافر أنا امرأة مسلمة ولا يحل لي أن أتزوجك، فإن تسلم فذاك مهري وما أسألك غيره، فأسلم فكان ذلك مهرها، قال ثابت : فما سمعوا بامرأة قط كانت أكرم مهر من أم سليم)) (5).

(1) سورة المائدة، الآية: 73.

(2) سورة المائدة، الآية: 17.

(3) سورة الممتحنة، الآية: 10.

(4) تفسير الطبري، مرجع سابق، (390/2).

(5) سنن النسائي، حديث رقم: (114/6).

الفرع الثاني: الحكمة من تحريم نكاح المسلمة بغير المسلم.

حرم الله عز وجل للمرأة أن تتكح غير المسلم للأسباب التالية:

1/ لو تزوجت المرأة المسلمة برجل كافر فنكاحها لغو، فهي حرام عليه وهو حرام عليها وهي زانية ولو عاشت معه ستين عاما لها حكم الزانية، وأولادها أبناء زنا ولو أسلم من بعد⁽¹⁾.

2/ يثبت في الزواج نوع من الولاية للزوج على الزوجة وهو ما قال به الله تعالى: **{ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا }**⁽¹⁾. وفي إجازة النكاح الكافر للمؤمنة إثبات للولاية عليها منه وهذا لا يجوز عملا بقوله الله تعالى **{ وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا }**⁽²⁾.

3/ لما كانت المرأة من طبعها التحول وسرعة التبدل والتغيير فإنه يخشى عليها من تأثير زوجها على عقيدتها، فلا يرضى زوجها غير المسلم إلا أن تتحول إلى دينه وكدليل على ذلك قال الله تعالى: **{ وَلَنْ تَرْضَى عَنْكَ الْيَهُودُ وَلَا النَّصَارَى حَتَّى تَتَّبِعَ مِلَّتَهُمْ }**⁽³⁾.

4/ إن المسلم يؤمن بكل الرسل والأديان وبأصولها الصحيحة فلا خطر منه على الزوجة في عقيدتها أو مشاعرها لأنه يعترف بموسى وعيسى عليهما الصلاة والسلام. أما غير المسلم فلا يؤمن بالإسلام فيكون الخطر محققا بجعل زوجته تتأثر بدينه بدليل ما تم الإشارة إليه في آخر الآية: **{ أُولَئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ }**⁽⁴⁾. أي يدعون المؤمنات إلى الكفر والدعاء إلى الكفر هو دعاء إلى النار لأن الكفر يوجب النار فكان زواج الكافر بالمسلمة سببا داعيا إلى الحرام فكان الزواج حرام وباطل والدعاء إلى النار يعم الكفرة أجمع فيتعمم الحكم بعموم العلة⁽⁵⁾.

(1) سورة الممتحنة، الآية:3.

(2) سورة النساء، الآية:14.

(3) سورة البقرة، الآية: 120.

(4) سورة البقرة، الآية: 221.

(5) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، دار الفكر، الطبعة الثالثة، 2012، الجزء 8، ص 158.

5/ وعليه لا يجوز زواج الكتابي بالمسلمة كما لا يجوز للوثني والمجوسي الزواج من المسلمة أيضا لأن الله تعالى كما سبق التطرق إليه قطع ولاية الكافرين عن المؤمنين بقوله تعالى: { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا }⁽¹⁾. فلو جاز تزويج الكافر بالمؤمنة لثبت عليها سبيل، وهذا لا يجوز شرعا⁽²⁾.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حسم الأمر أي زواج المسلمة بغير المسلم بوضوح تام دون أن يترك مجالا للاحتمال أو التأويل أو الشك بحيث أنه جاء في المادة ثلاثون الفقرة خمسة من قانون الأسرة، إن كلا من القانونين السماوي وقانون الأسرة الجزائري المؤيد له ينهيان عن زواج المسلمة بغير المسلم نهى تحريم، وهذا يعني أن أي عقود زواج بين أية امرأة مسلمة وأي رجل لا يؤمن بالإسلام يكون باطلا لا وجود له مطلقا في نظم الشريعة الإسلامية أو في نظم قانون الأسرة على السواء⁽³⁾.

(1) سورة النساء، الآية: 141.

(2) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 158.

(3) عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996 ص 108 .

المطلب الثالث: أثر تعيين الدين على عقد النكاح.

وفي هذا المطلب سنتناول أثر إسلام أحد الزوجين وأثر ردة أحدهما على عقد النكاح.

الفرع الأول: أثر إسلام أحد الزوجين على عقد النكاح.

لقد تحدثنا سابقا أنه لا يجوز للمرأة المسلمة أن تتزوج برجل غير مسلم سواء كان كتابي أم لا، وأنه لا يجوز زواج المسلم بغير المسلمة أي الكافرة والمشركة. وهذا على أساس القاعدة الفقهية التي تقول: "يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الابتداء". وهذا معناه أن الحكم بحرمة زواج المسلمة بغير المسلم وحرمة زواج المسلم بالمشركة فإنه ينطبق ويؤثر في بداية النكاح أكثر منه في بقاءه واستمراره. وبناء على تحريم زواج المسلم بغير المسلمة وزواج المسلمة بغير المسلم تصادفنا حيرة وإشكالا وهي كيف يصير الكافر مسلما؟ وما أثر إسلام أحدهما على عقد الزواج؟ وما أثر تفرقة الحاصلة؟.

أولا: متى يصير الكافر مسلما؟.

يصير الكافر مسلما وذلك بإيتائه الشهادتين بالنطق بهما، والتجريد من كل دين غير الدين الإسلامي وصيغة الشهادة تأتي على النحو الآتي: "أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمدا رسول الله عليه الصلاة والسلام". وفي هذا الصدد يقول النووي اتفق أهل السنة من المحدثين والفقهاء على أن المؤمن الذي يحكم بأنه من أهل القبلة ولا يخلد في النار لا يكون الأمن اعتقد بقلبه دين الإسلام ونطق بالشهادتين⁽¹⁾.

(1) صحيح مسلم، حديث رقم: (201/1).

ليس النطق بالشهادتين هو المسلك الوحيد ليصبح الكافر مسلماً وإنما هناك منحى آخر عند الفقهاء وهو ما يعرف بالإسلام بالتبعية ذلك أنه إذا أسلم الأب وله أولاد صغار غير بالغين فإنه يحكم عليهم بإسلام تبعا لأبيهم.

ويكمن الاختلاف بين مذهب حنفيه والشافعية وبين مذهب المالكية حيث يعتبر أبى حنيفة وأحمد الشافعي أنه إذا أسلمت الأم فإن الولد يتبع خير الأبوين ديناً⁽¹⁾. سواء كان أحسن الدين، دين الأم أو دين الأب، وعليه فإنه إذا أسلم أحد الأبوين يصير مسلماً بالتبعية في حين يذهب المالكية إلى أن الولد يتبع أباه المسلم لأن العبرة عندهم بإسلام الأب وليس بإسلام الأم.

والراجع في هذه المسألة أن الولد يتبع خير الأبوين ديناً سواء من ناحية دين الأب أو دين الأم وما يثبت ذلك قول أن ابن عباس كان هو وأمه من المستضعفين من المؤمنين حيث أن أمه أسلمت ولم يسلم أبيه فاتبع أمه في الدين. وعليه فإن المقرر في الشريعة الإسلامية أنها لا تنتظر في الحكم على الشخص بالإسلام إلا بالظاهر فإذا شهد الشخص بشهادة الإسلام فإنه مسلم، ولكن الشخص على الرغم من نطقه بالشهادتين إلا أنه لا يبدوا التزام ولا رغبة في الالتزام بشرع الله تعالى حتى إذا قضى غايته عاد إلى دينه الأصلي وأظهر حقيقته.

ثانياً: أثر إسلام أحد الزوجين على عقد النكاح.

قال الدسوقي في حاشيته ظاهرة الإسلام يتقرر بمجرد النطق بالشهادتين مختاراً ولو لم يقف على الدعائم و ليس كذلك بل لا بد في تقرير الإسلام من الوقوف على الدعائم والتزامه بالأحكام بعد نطقه بالشهادتين⁽²⁾.

(1) ابن نجيم ابن إبراهيم، البحر الرائق، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (364/3).

(2) محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي، دار الفكر، بيروت، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع)، (301/4).

وقال ابن حجر عند شرحه لقول الرسول صلى الله عليه وسلم ((أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله)). حيث أن رسول الله منع قتل من قال لا إله إلا الله ولو لم يزد عليها.

وعليه فكل نكاح صح بين المسلمين فهو صحيح من أهل الكفر لتضافر الاعتقادين على صحته(1).

لكن قد سلم الزوج وزوجته الكتابية عند ذلك فإنهما يقتربان على نكاحهما لأنه يصح ابتداءً، فاستدامته أولى بالصحة والجواز.

ولا خلاف في هذا عند القائلين بجواز نكاح الكتابية، أما إذا كانت وثنية فيعرض عليها، أو الدخول في دين سماوي آخر فإن أبت وأصرت على ذلك وقعت الفرقة بينهما(2).

ثالثاً: أثر الفرقة الحاصلة بإسلام أحد الزوجين على عقد النكاح.

اتفق الفقهاء على أنه إذا أسلمت الزوجة وامتنع زوجها عن الإسلام يفرق بينهما إلا أنهم اختلفوا في وقت التفريق على مذهبين:

المذهب الأول: قال أنصار هذا المذهب أن الفرقة تكون بعد أن تنتهي عدتها، فإن أسلم في أي وقت قبل انتهاء العدة فهي زوجته وهذا ما ذهب إليه الحنيفة والمالكية والشافعية والحنابلة أي جمهور الفقهاء واستدلوا على ذلك أن زوجة صفوان بن أمية رضي الله عنها أسلمت قبله ثم أسلم بعدها فأقره رسول الله صلى الله عليه وسلم على نكاحه، قالوا: "كان بين صفوان وإسلام زوجته نحو شهر، ولم يبلغنا أن امرأة هاجرت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وزوجها كافر، إلا فرقت هجرتها بينها وبين زوجها، إلا أن تقدم زوجها مهاجر قبل أن تنقضي عدتها".

(1) السرخسي محمد بن أبي سهل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، (40/5).

(2) محمد محي الدين عبد الحميد، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص243.

المذهب الثاني: يرى المؤيدين لهذا المذهب أن المرأة إذا انقضت عدتها تخير بين أن تتزوج من شاءت، ومن أن تقيم حتى يسلم وهو ما ذهب إليه ابن تيمية واختاره ابن القيم⁽¹⁾.

واستدلوا على ذلك بروايات عن بعض الصحابة و التابعين منها:

ما أخرجه ابن أبي شبيب يسنده عن سعيد بن المسبب أن علب بن أبي طالب رضي الله عنه قال: "في الزوجين يسلم أحدهما هو أملك ببعضهما ما دامت في دار هجرتها وفي رواية: "هو أحق بها ما لم يخرج من مصرها". وعن الزهري قال: "إذا أسلمت ولم يسلم زوجها فهما على نكاحهما ما لم يفرق بينهما سلطان"⁽²⁾.

وأثر عن عمر رضي الله عنه أن نصرانيا أسلمت زوجته فخيرها عمر رضي الله عنه إن شاءت فارقت وإن شاءت أقامت عليه⁽³⁾، والإقامة عليه يعني أنها تنتظره وتترصب إسلامه⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: ردّة أحد الزوجين.

أولاً: تعريف الردّة.

1 / لغة: الردة بالكسر اسم من الارتداء والفعل ارتد، الارتداء يعني الرجوع ومنه المرتد اسم فاعل من الارتداد وهو الرجوع على الإطلاق.

وارتد الشخص أي رد نفسه إلى الكفر⁽⁵⁾ والردّة أن يشرق ضرع الناقة ويقع منه اللبن وقد أرتد، وتطلق الردة على تقاعس في الذنن إذا كان في الوجه بعض القباحة

(1) ابن القيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، دار رماد للنشر، السعودية، الطبعة الأولى، 1997، الجزء 1، ص 320.
(2) ابن أبي شيبعة عبد الله بن محمد، مصنف بن أبي شيبعة، مكتبة الرشد الرياض، الطبعة الأولى، (دون تاريخ الطبع)، (106/4).
(3) ابن حجر أحمد بن علي، فتح الباري، دار المعرفة، بيروت، (121/15).
(4) ينظر ابن القيم الجوزية، مرجع سابق، (320/1).
(5) الرافعي، المصباح المنير، مرجع سابق، (306/1).

ويعني به شيء من الجمال والردة والردد أن تشرب الإبل الماء علا فترتد الألبان في ضروعها⁽¹⁾.

2/ اصطلاحاً: اختلف الفقهاء في تعريف الردة ولكل مذهب تعريفه.

الردة عند الحنفية: عبارة عن "الرجوع في الإيمان وركنها إجراء كلمة الكفر على اللسان بعد وجود الإيمان"⁽²⁾.

والردة عند المالكية يكون "إما بقول كلمة كفر صريحة، كالقول بأن الله ثالث ثلاثة أو التلفظ بقول يقتضى الكفر كأن ينكر أمر معلوم من الدين بالضرورة كفريضة الصلاة أو فعل أمر يستلزم الكفر كالقاء مصحف في القاذورات".

وعرف الشافعية الردة أنها "أفحش أنواع الكفر وأشدّها حكماً، وتعني قطع الإسلام⁽³⁾، وعند الحنابلة الرجوع عن دين الإسلام"⁽⁴⁾.

والردة إما أن تكون قولاً أو فعلاً أو اعتقاداً. والقول كأن يقول شخص أن المسيح صلب أو أنه ابن الله أو أن الله ثالث ثلاثة، ومثاله الفعل السجود لصنم أو كما قلنا سابقاً إلقاء المصحف في القاذورات، ومثال الاعتقاد أن يعتقد أمر منافي لما هو معلوم في الدين بالضرورة لمن ينكر بنوة الأنبياء أو يعتقد حل ما هو حرام⁽⁵⁾.

ومن خلال ما سبق نلاحظ أن تعريفات المذاهب للردة وإن اختلفت ألفاظها فقد اتفقت جميعها على أن الردة هي "الرجوع عن الإسلام إلى الكفر".

(1) أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (1/149-150).

(2) علاء الدين لكساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية، 1982، (7/134).

(3) يحيى بن شرف الدين النووي، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع)، (10/64-65).

(4) ابن قدامه، الكافي، (4/155).

(5) النووي، مرجع سابق، (10/64-65).

ثانياً: أثر ارتداد أحد الزوجين على عقد النكاح

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز للمسلم والمسلمة أن يتزوج كل منهما مرتد أو مرتدة.

وعليه إذا وقع هذا النكاح فإنه باطل⁽¹⁾، أما إذا كان الزواج قائماً بينهما ثم ارتد أحد الزوجين، فنكاحهما باطل باتفاق العلماء⁽²⁾.

وقد ذهب العلماء في ذلك على رأيين:

أولهما ذهب الحنيفة والمالكية إلى أنه إذا ارتد أحد الزوجين عن إسلام تحصل فرقة بينهما في الحال سواء كان الزوجين مسلمين أو كان الزوج مسلماً والزوجة كتابية أي كانت تابعة لغير دينه سواء كان ذلك قبل الدخول أو بعده بدليل أنه لا يجوز للكافرين يستولي على المسلمة ولوجود التنافي فإن الردة منافية للعصمة.

في حين يذهب الشافعية وأحمد في رواية أخرى أنه إذا ارتد أحد الزوجين فإن كان قبل الدخول وقعت بينهما فرقة أما إذا حصل ذلك بعد الدخول فلا بد أن تتوقف الفرقة إلى غاية انقضاء العدة.

فإذا أسلم المرتد منهما قبل انقضاء العدة فهما على نكاحهما، أما إذا انقضت العدة دون أن يسلم المرتد يفسح النكاح بينهما.

واستدلوا على ذلك بقول الله تعالى: { وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ }⁽³⁾. ويقول الله تعالى: { لَا هُنَّ حِلٌّ لَهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ }⁽⁴⁾.

(1) ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، (134/7).

(2) المرجع السابق، (133-134/7).

(3) سورة الممتحنة، الآية: 10.

(4) سورة الممتحنة، الآية: 10.

فإذا كان الزوج هو المرتد، وكان قد دخل بزوجته فلها كامل المهر، لأنه قد استقر بالدخول، وإن كان لم يدخل بها بعد، فلها نصف المهر لأنها فرقة حصلت من الزوج قبل الدخول وهي فرقة تتصف المهر⁽¹⁾.

أما إذا كانت المرأة هي المرتدة، وكانت الردة قبل الدخول فلها المهر، لأنها منعت المعقود عليه بالارتداد فصارت كالبائع إذا أتلّف المبيع قبل القبض إن كانت الردة بعد الدخول بها، فلها المهر كاملاً⁽²⁾.

إن ارتد الزوجان معا أو لم يعلم سبق أحدهما، ثم عادا إلى الإسلام معا فهما على نكاحهما استحسانا لعدم اختلاف دينها⁽³⁾.

هذا فيها يخص أثر إسلام وردة أحد الزوجين على عقد النكاح من الناحية الفقهية أما بالنسبة للمشرع الجزائري في هذه المسألة أي مسألة إسلام وارتداد أحد الزوجين دون الآخر يلاحظ أنه لم يبين حكم هذه المسألة وعليه لم يبق لنا سوى الرجوع والعمل بنص المادة مائتين واثنين وعشرون من قانون الأسرة، أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية. وهذا ما سبق بيانه من أقوال الفقهاء.

(1) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، (588/8).

(2) المرجع السابق، (588/8).

(3) ابن قدامه، المغنى، (28/6).

المبحث الثاني: أثر اختلاف دين الولي والشهود.

في هذا المبحث سنتناول في المطلب الأول أثر اختلاف دين الولي على عقد النكاح وفي المطلب الثاني أثر اختلاف دين الشهود على عقد النكاح.

المطلب الأول: أثر اختلاف دين الولي.

قبل أي نتطرق إلى أثر اختلاف دين الولي لابد من التطرق إلى تعريف، الولاية لغة واصطلاحاً والشروط.

تعريف الولاية:

1/ لغة: الولاية بفتح الواو وكسرهما وهي مصدر ولي الرجل إذا أعانه ونصره أو قام بأمره وتولى شؤونه، وهي من ولي الشيء وولي عليه.

الولاية بالكسر هي السلطان وبالفتح والكسر هي النصرة والمحبة والتوكيل فمن فتحها جعلها في النصرة والنسب والعق ومن كسر جعلها في الإمارة. قال سيبويه: "الولاية يفتح الواو: المصدر، والولاية بالكسر: بالاسم}. ولهذا قيل : ولي الشيء وعليه ولاية إذا ملك أمره وقام به".

والولي سيكون اللام يعني القرب والدنو يقال تباعد بعد ولي أي دنو، والولي اسم من أسماء الله الحسنى وهو الناصر المتولي بأمر الخلائق كلها، ومالك الأشياء جميعها المتصرف فيها والولي من الناس التابع والمحب والصديق والنصير. وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها ولا يدعها تستبد بعقد النكاح بدونه⁽¹⁾.

اصطلاحاً: الولاية هي سلطة شرعية على النفس والمال وتنفذ على الغير شاء أم أباً وعرفها مصطفى الزرقاء بقوله : " هي قيام شخص كبير راشد على شخص قاصر في تدبير شؤونه الشخصية والمالية"⁽²⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، (405/15)..

(2) أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، منشورات جامعة دمشق، الطبعة التاسعة، 2005، ص 68.

وقد عرفها فقهاء آخرون لقولهم : " إن الولاية قوة شرعية يملك صاحبها التصرف في شؤون غيره جبرا عليه" (1).

ويشترط في الولي عدة شروط يتضح مما سبق أن للولي شروط معتبرة تضمن سلامته تصرفه ومن بينهما أن يكون موافقا لأحد الزوجين في الدين إذ قيل: لا ولاية لغير المسلم على المسلم وأن يكون بالغاً عاقلاً لأن البلوغ والعقل هما أساسا التكليف إضافة إسلامية الدين عملاً بقول الله تعالى: { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا } (2).

ويلحق بهذه الشروط القدرة على القيام بمهام هذه الولاية، وقد اتفق فقهاء المذاهب على أن يكون الولي معروف بالأمانة وحسن الرأي والتدبير (3).

وذهب جمهور الفقهاء أن المرأة لا يجوز لها عقد نكاحها بنفسها وأنه لا بد لها من ولي سواء كانت ثيباً أو بكراً.

في حين ذهب الحنفية إلى أن ولاية الرجل على المرأة البالغة مستحبة فقط وأنه يجوز لها عقد نكاحها بنفسها سواء كانت ثيباً أو بكراً من غير إذن وليها إذا تزوجت بكفء ولم ينقص صداقها عن صداق مثلها.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ ما قال به جمهور الفقهاء في اشتراط الولي في عقد الزواج حيث نصت المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري: (يجب أن تتوفر في عقد الزواج أربعة شروط: وهي أهلية الزواج.

والصداق.

والولي.

(1) العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الأولاد في الفقه الإسلامي، مؤسسة كنوز الحكمة للنشر والتوزيع، (دون مكان الطبع)، الطبعة الأولى، 2013، ص 275.

(2) سورة النساء، الآية 141.

(3) العربي بن بختي، مرجع سابق، ص 284 - 285.

والشاهدان.

وانعدام الموانع الشرعية للزواج).

فهذا تعريف الولي والشروط الواجب توافرها فيه، وحكمه في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، إلا أنه قد يختلف دين الولي عن دين أحد الزوجين وهو ما سننتظر إليه في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: ولاية المسلم على غير المسلم.

لا خلاف بين العلماء في ولاية المسلم على المسلمة فالمسلم له أن يزوج موليته المسلمة سواء كان الولي أباً أو جداً أو ابناً .

ولكن الخلاف بين الفقهاء يكمن في ولاية المسلم على غير المسلمة فذهب جمهور الفقهاء من الحنيفة والراجح عند المالكية وهو مذهب الشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجوز للمسلم أن يلي غير المسلم حتى ولو كان أباً.

والدليل على ذلك ما جاء في قول الله تعالى: { مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ }⁽¹⁾. والآيات الدالة على عدم ولاية المسلم على غير المسلمة كثيرة من بينها قال الله تعالى: { وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ }⁽²⁾.

وقال أيضاً: { وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ }⁽³⁾. وقال أيضاً عز وجل: { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا }⁽⁴⁾.

ووجه الدلالة من الآيات هو انقطاع الولاية بين المسلمين و الكفار بالإجماع وكذلك لا يجوز للمسلم أن يلي عقد النكاح موليته غير مسلمة لأنهما يختلفان في الدين ولا يرث أحدهما الآخر.

(1) سورة الأنفال، الآية: 72.

(2) سورة التوبة، الآية: 71.

(3) سورة الأنفال، الآية: 73.

(4) سورة النساء، الآية: 141.

ومن الحديث: ((الإسلام يعلو ولا يعلى عليه)).

بينما ذهب البعض الآخر من فقهاء المذهب المالكي إلى جواز ولاية المسلم على موليته غير المسلمة على أن يزوجها والدها من المسلم ولا يزوجها من النصراني ذلك لأن المسلم أفضل من غيره. واستدلوا على ذلك من الآية الكريمة: ﴿وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ﴾⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الآية الكريمة أن الرحم أولى برحمة دون أن ينظر إلى الدين.

وبعد استعراض أدلة الفقهاء تبين لي أن الرأي الراجح هو رأي الشافعية والحنابلة القائلين بعدم جواز ولاية المسلم على غير المسلمة وهو الرأي الصائب لقوة أدلتهم، ذلك لأن الإسلام هو من شروط الولي.

هذا بالنسبة للفقهاء الإسلاميين أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتعرض لهذه المسألة وبالرجوع إلى أحكام نص المادة مائتين وعشرون من قانون الأسرة الجزائري فإنه لا يجوز للمسلم أن يلي عقد نكاح موليته غير مسلمة على الرأي الراجح من أقوال الفقهاء كما تطرقنا إلى ذلك سابقا.

الفرع الثاني: ولاية غير المسلم على المسلمة.

اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز لغير المسلم أن يلي المسلمة، وأنه لا تثبت ولاية تزويج الكافر للمسلمة، فلو كانت المرأة مسلمة ولها أخ مسلم وآخر نصراني فالولاية تكون لأخيها المسلم واستدلوا على ذلك بالقرآن والسنة.

1/ من القرآن: قال الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁽²⁾.

وقال أيضا: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽³⁾.

(1) سورة الأنفال، الآية: 75.

(2) سورة التوبة، الآية: 71.

(3) سورة النساء، الآية: 141.

ووجه الدلالة من الآية أنه في تولي الكافر عقد النكاح المسلمة فيه إثبات للسبيل التي نهى عنها الشارع الحكيم و أنه في ذلك إذلالا لها وقال الله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَتَّخِذُوا الْيَهُودَ وَالنَّصَارَىٰ أَوْلِيَاءَ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ ۗ ﴾ (1).

ومن السنة: أن النبي صلى الله عليه وسلم لما أراد أن يتزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان وكان أبوها وإخوتها كفارا، وهي مسلمة مهاجرة بأرض الحبشة تزوجها من أقرب عصبتها وهو خالد بن سعيد بن العاص وهو من المسلمين.

فيدل ذلك على أن الكفر مسقطا لولاية التزويج وناقل لها إلى من يليه من

المسلمين.

فالأدلة السابقة من القرآن والسنة تدل على أن لا ولاية لغير المسلم على المسلم ولا للمسلم على غير المسلم أي لا يزوج عند الحنابلة وقال الشافعية وغيرهم يزوج الكافر الكافرة ولا الولاية للمرتد على أحد مسلم أو كافر (2).

هذا الحكم لولاية غير المسلم على المسلم في الفقه الإسلامي أما بالنسبة للمشرع الجزائري كذلك لم يتطرق إلى هذه المسألة فترك لنا المجال في المادة مائتين واثنين وعشرون من قانون الأسرة الجزائري فإنه لا يجوز ولاية غير مسلم على المسلم على أقوال الفقهاء.

(1) سورة المائدة، الآية: 51.

(2) عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 60.

المطلب الثاني: أثر اختلاف دين الشهود.

1/ تعريف الشهادة:

* لغة: جمع شهادة مصدر شهد من الشهود بمعنى الحضور، من قولهم شهد فلان الواقعة إذا حضرها لقول الله تعالى: { فَمَنْ شَهِدَ مِنْكُمُ الشَّهْرَ فَلْيَصُمْهُ }⁽¹⁾. أي من كان منكم حاضرا في شهر رمضان، مقيما غير مسافرا فليصمه.

وشهد الشهادة بمعنى بين ووضح، كقوله شهد الشاهد عند الحاكم أي بين ما عنده.

* اصطلاحا: المشاهدة بمعنى المعاينة، فالشاهد هو من عاين الشيء ورآه بعينه، والشهادة مأخوذة من الإسلام قال الله تعالى: { شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ }⁽²⁾.

أي أعلم الناس أنه لا إله إلا هو. وقد تكون شهد بمعنى حلف، فيقول شهد بكذا أي حلف عليه ومنه قول الله تعالى: { وَيَذُرُّ عَلَيْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ }⁽³⁾، أي أن تحلف أنه من الكاذبين.

2/ حكم الشهادة في عقد الزواج.

اختص عقد الزواج باشتراط الشهادة عليه دون سائر العقود، لأنه عقد له خطره وشأنه وما يترتب عليه من آثار وحقوق بالنسبة للرجل والمرأة و الأولاد والنظام الاجتماعي ككل⁽⁴⁾.

حيث تقتضي المادة التاسعة مكرر من قانون الأسرة الجزائري، المضافة بالأمر 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 بما يلي: (يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية

وهي: أهلية الزواج.

والصداق.

والولي.

(1) سورة البقرة، الآية: 185.

(2) سورة آل عمران، الآية: 18.

(3) سورة النور، الآية: 8.

(4) أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، (دون مكان الطبع)، (دون رقم الطبعة)، 1997، ص 100.

والشاهدان.

وانعدام الموانع الشرعية).

يتضح من مقتضيات هذا النص أنه تشترط الإشهاد لصحة الزواج، وبذلك لا يصح عقد الزواج في التشريع الجزائري إلا بحضور شاهدي عدل المادة الثالثة والثلاثون في فقرتها الثانية المعدلة بالأمر 02/05⁽¹⁾.

واتفقت المذاهب الأربعة على أن الشهادة شرط من شروط صحة الزواج فلا يصح إلا بشهادة اثنين غير الولي، لقوله صلى الله عليه وسلم فيما روته عائشة "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل". وروى الدار قطني حديث عن عائشة "لا بد في النكاح من أربعة: الولي، الزوج، الزوجة، الشاهدين".

وروى الترمذي عن ابن عباس من قول الرسول صلى الله عليه وسلم "البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة"⁽²⁾. وتأكيدا للشرط الشهادة قال المالكية يفسح نكاح السر⁽³⁾.

هذا فيما يخص تعريف الشهادة وحكمها في الزواج ولكن هناك ما حكم شهادة المسلم وغير المسلم؟.

(1) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، (دون مكان الطبع)، الطبعة السادسة، 2010، الجزء 1، ص 251.

(2) نقل عن عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 142.

(3) نكاح السر: وهو الذي يوصى فيه الزوج الشهود بكتمه عن الجماعة ولو من أهل المنزل.

الفرع الأول: شهادة غير المسلم على المسلم.

ذهب أغلب الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا يجوز شهادة غير المسلم أي أنهم اشترطوا إسلام الشهود وذلك بغض النظر عن كون الزوجة كتابية أو مسلمة وعليه لا يصح أن يشهد على عقد الزواج غير المسلم ، فإن كان الشهود غير مسلمين فإن العقد لا يصح في رأي أغلب الفقهاء⁽¹⁾، وقد اكتفى الحنيفة بشرط إسلام الشهود إذا كانت الزوجة مسلمة⁽²⁾ واستدلوا على ذلك بأن الشهادة من باب الولاية ولا يكون الكافر وليا على مسلم لقول الله تعالى : {وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا}⁽³⁾. وفي قبول الشهادة الكافر على المسلم إثباتا لسبيل الكافر على المسلمين.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ((لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل))⁽⁴⁾. ويقصد بكلمة العدالة في هذا الحديث هو عدالة الدين، والكفر هو من أغلظ الفسق. حيث قال الله تعالى: { وَأَشْهَدُوا ذَوِي عَدْلٍ مِنْكُمْ وَأَقِيمُوا الشَّهَادَةَ لِلَّهِ ذَلِكَ يُوعَظُ بِهِ مَنْ كَانَ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ }⁽⁵⁾.

والله أمر بإشهاد المسلم العدل لأن الكافر أي غير المسلم هو ليس عدلا وهو ليس أهلا للشهادة فإذا لا يقبل شهادة الكافر. كما أن الكافر يفوت التكريم بشهادته كما أنه لا يتحقق به الإسلام المطلوب⁽⁶⁾.

(1) بدائع الصنائع، (2/253).

(2) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 86.

(3) سورة النساء، الآية: 141.

(4) سنن البيهقي، كتاب النكاح، باب لا نكاح إلا بولي، رقم: 13423، (7/111).

(5) سورة الطلاق، الآية: 2.

(6) بدران أبو العنين بدران، أحكام الزواج و الطلاق في الفقه الإسلامي، مطبعة دار التأليف، (دون مكان الطبع) الطبعة الثانية، 1961، ص 66.

وعلى النقيض مما سبق أنه يجوز نكاح المسلمين بشهادة غير المسلم أي شهادة الكفار واستدلوا على ذلك بعموم الآيات والأحاديث الواردة في النكاح أنها لم تبين ولم توضح اشتراط إسلام الشهود منها:

قال الله تعالى: { فَاتَّكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ }⁽¹⁾.

وقال أيضا: { وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ أَنْ تَبْتَغُوا بِأَمْوَالِكُمْ مُحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَافِحِينَ }⁽²⁾.

وقال صلى الله عليه وسلم: ((لا نكاح إلا بشهود)).

وعليه فإنهم لم يشترطوا في الشهود الإسلام وإنما الشهود وضعوا بهدف الإعلام والبيان حيث نجد أن الكافر قادر على القيام بذلك أي أنه أهلا للإعلام والبيان. والرأي الراجح في هذه المسألة هو الرأي الأول أي انه لا تجوز شهادة غير المسلم علي المسلم.

وعليه فإنه لا يجوز شهادة غير المسلم على المسلم في الفقه الإسلامي أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يتطرق إلى هذه المسألة مما يوجب علينا العمل بنص المادة مائتين واثنين وعشرون من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى الشريعة الإسلامية وعليه فإنه لا يجوز شهادة غير المسلم على المسلم.

الفرع الثاني: شهادة المسلم على غير المسلم.

ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا تقبل شهادة غير المسلم على المسلم، ولكنهم ذهبوا إلى جواز شهادة المسلم علي الكافر، ولكن اشترطوا ألا تكون بينهم عداوة والعداوة التي يقصد بها هي العداوة بين الأشخاص في حياتهم، حيث أنه في رأيهم أن العداوة الدينية لا تؤثر في قبول الشهادة⁽³⁾.

(1) سورة النساء، الآية: 3.

(2) سورة النساء، الآية: 24.

(3) ابن نجيم، البحر الرائق، مرجع سابق، (56/7).

هذا بالنسبة لموقف الفقه من شهادة المسلم على غير المسلم، أما قانون الأسرة الجزائري فلم يورد أي نص يبين فيه هل تقبل فيه شهادة المسلم على غير المسلم وبمقتضى المادة مائتين واثنين وعشرون من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى العمل بقواعد الشريعة الإسلامية فيما لم يرد فيه النص وعليه فإنه وعلى رأي جمهور الفقهاء فإنه تقبل شهادة المسلم على غير المسلم.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

يترتب علي مسائل الأحوال الشخصية آثار عدة إما مالية أو غير مالية وفي هذا الفصل سنتناول هذه الآثار في المبحثين الآتيين:

المبحث الأول: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

من الآثار المالية لمسائل الأحوال الشخصية نجد النفقة، الوصية والميراث، وفي هذا المبحث سنتطرق إلى هذه الآثار، ونخصص لكل أثر مطلباً، حيث سنتناول في المطلب الأول: آثار اختلاف الدين على النفقة. وفي المطلب الثاني: آثار اختلاف الدين على الوصية. وفي المطلب الثالث: آثار اختلاف الدين على الميراث.

المطلب الأول: أثر اختلاف الدين على النفقة.

قبل أن نتطرق إلى اثر اختلاف الدين علي النفقة لا بد من معرفة ماهي النفقة.
تعريف النفقة.

أ- لغة: هي بذل المال في وجه من وجوه الخير، وما يفرض للزوجة على زوجها من مال كطعام وكساء وسكن ونحوها شرعاً، والجمع نفقات ونفاق وسميت كذلك لأنها مشتقة من النفوق وهو الهلاك، يقال: نفقت الدراهم أي نفدت، ونفقت الدابة نفوقاً أي ماتت.

أو من النفاق وهو الرواج، يقال نفقت البضاعة نفاقاً أي راجت ورغب فيها. ونفقت المرأة أي كثر خطابها، وأنفق المال افتقر وذهب ماله⁽¹⁾.

(1) إبراهيم المصطفى، معجم الوسيط، معجم اللغة العربية، مطبعة مصر، (دون رقم الطبعة)، 1961، الجزء 1، ص 950-951.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

وأنفقوا: نفقت أموالهم وأنفق الرجل إذا افتقر ومنه قوله تعالى: {إذا لأمسكتم خشية الإنفاق}{⁽¹⁾ أي خشية النفاذ والفاء.

ب - تعريف النفقة اصطلاحاً: ورد في تعريفها عدة أقوال⁽²⁾:

عرف الحنفية النفقة بقولهم: "وهي الطعام والكسوة والسكنى".

وعرفها المالكية بقولهم: "ما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف".

وعرف الحنابلة النفقة بقولهم: "هي كفاية من يمونه خبزاً وإداماً، وكسوة ومسكناً وتوابعها".

وفي معجم لغة الفقهاء: "النفقة هي ما يجب من المال لتأمين ضروريات البقاء"⁽³⁾.

ولعل أحسن تعريف هو كآتي: "النفقة هي كفاية من يمونه من الطعام والكسوة والسكنى"⁽⁴⁾.

وتنقسم النفقة إلى قسمين:

القسم الأول: نفقة الإنسان على نفسه: وهي واجبة عليه إذا قدر عليها، ويجب أن يقدمها على نفقة غيره، والدليل على ذلك ما روي عن جابر رضي الله عنه قال: ((أبدأ بنفسك فتصدق عليها فإن فضل شيء فلاهلك))⁽⁵⁾.

القسم الثاني: وهي نفقة الإنسان على غيره: وأسباب وجوبها أربعة: الزوجية والقرابة، الملك والالتزام، الذي أضافه المذهب المالكي.

والذي يهمننا في أقسام النفقة هو القسم الثاني أي نفقة الإنسان على غيره.

(1) سورة الاسراء، الآية 100.

(2) جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه والقانون، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص 221.

(3) محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس بيروت، الطبعة الأولى، (دون تاريخ الطبع)، ص 485.

(4) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج7، ص768.

(5) صحيح مسلم، حديث رقم: (90/4).

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

الفرع الأول: أثر اختلاف الدين على نفقة الزوجية

النفقة الزوجية هي اسم للمال الذي يجب للزوجة على زوجها لأجل معيشتها من طعام وشراب وكسوة وخدمة وعلاج⁽¹⁾.

واتفق الفقهاء على أن نفقة الزوجة على زوجها واجبة أي أنه يجب على الزوج أن ينفق على زوجته سواء كانت فقيرة أم غنية بإجماع أهل العلم⁽²⁾. وقد ثبت وجوبها بالكتاب والسنة والإجماع⁽³⁾.

أ - من الكتاب: قول الله تعالى: { وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ

بِالْمَعْرُوفِ }⁽⁴⁾. والمولود له هو الزوج فيكون المراد إيجاب النفقة على الزوج لزوجته⁽⁵⁾.

وقال تعالى أيضا: { لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قَدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا

آتَاهُ اللَّهُ }⁽⁶⁾.

وقال أيضا: { أَسْكِنُوهُنَّ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِّنْ وُجْدِكُمْ }⁽⁷⁾.

ب- من السنة: عن جابر بن عبد الله أن رسول الله - صلى الله عليه وسلم -

قال في خطبة حجة الوداع: ((انقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمان الله، واستحللتم

(1) جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 223.

(2) المصري مبروك، الطلاق وآثاره من قانون الأسرة الجزائري، دار هومة، الجزائر، (دون رقم الطبعة)، 2010، ص 453.

(3) جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 224.

(4) سورة البقرة، الآية: 233.

(5) جميل فخري محمد جانم، مرجع سابق، ص 224.

(6) سورة الطلاق، الآية: 7.

(7) سورة الطلاق، الآية: 6.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

فروجهن بكلمة الله، ولكم عليهن ألا يوطئن فرشكم أحدا تكرهونه فإن فعلن فاضربوهن ضربا غير مبرح، ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف⁽¹⁾.

ووجه الدلالة من الحديث هو وجوب النفقة للزوجة على زوجها بالمعروف.

ج - من الإجماع: انعقد إجماع المسلمين منذ عصر الرسول عليه الصلاة والسلام، حتى وقتنا الحاضر على وجوب نفقة الزوجة على زوجها⁽²⁾.

هذا بالنسبة لنفقة الزوجة المسلمة على زوجها المسلم، ولكن الإشكال في حالة كون الزوجة غير مسلمة وكانت كتابية وهل يؤثر إسلام الزوجة أو ردتها أو ردة زوجها على وجوب النفقة؟ هذا ما سنتولى بيانه فيما يلي:

أولاً: نفقة المرأة الكتابية.

لا خلاف بين الفقهاء في وجوب نفقة الزوجة الكتابية على زوجها المسلم، والدليل على ذلك هو العموم في النصوص السابقة، فإنها غير مقيدة بإسلام الزوجة وبالتالي تدخل الكتابية بعموم النصوص وتكون نفقتها واجبة على زوجها.

ومن بين هذه النصوص قول الله تعالى: { وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ }⁽³⁾.

ووجه الدلالة أنه يجب على الزوج الإنفاق على زوجته كما دلت الآية على أن سبب الإنفاق هو الولادة لتعليق الحكم فيها على المشتق.

والتعليق بالمشتق يؤذن بالعلة ما منه الاشتقاق وعليه لا تختلف بإسلام الزوجة أو

(1) صحيح مسلم، حديث رقم: (432/4).

(2) ابن قدامة، المغنى، مرجع سابق، (236/9).

(3) سورة البقرة، الآية: 233.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

عدمه أي سواء كانت مسلمة أو كتابية⁽¹⁾.

هذا حكم نفقة الزوجة الكتابية في الفقه الإسلامي، أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه لم يورد نص، وبمقتضى المادة مائتين واثنين وعشرون من قانون الأسرة الجزائري، فإن نفقة الزوجة الكتابية واجبة على زوجها المسلم حسب ما تم بيانه من أقوال الفقهاء.

ثانيا: نفقة الزوجة عند إسلامها.

وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: يرى المالكية والشافعية والحنابلة أنه إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب إسلام الزوجة وإبائه الزوج الإسلام، فإن النفقة واجبة للزوجة مدة العدة سواء أسلم الزوج خلال العدة أو انتهت بإسلامه. والدليل على ذلك أن الزوج ارتكب معصية برفضه للإسلام، وكان هذا الرفض هو سبب في حصول الفرقة بين الزوجين، لأنه كان قادرا على إبقاء زوجته في عصمته شرط إسلامه لذلك وجبت نفقتها عليه⁽²⁾.

كما نجد أيضا أن الزوج برفضه للإسلام قد فوت على نفسه إمساك زوجته بالمعروف، فكان واجبا عليه تسريحها بإحسان أو إنفاقه بإحسانه⁽³⁾.

الرأي الثاني: يرى الشافعية في قول والمالكية في قول على أنه إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب إسلام المرأة ورفض زوجها الإسلام. فإنه لا نفقة لها على زوجها وقد استدلوا على ذلك أنه لا تستحق الزوجة النفقة لأنها قد أحدثت المانع بسبب زواجها منه

(1) بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية، (دون رقم الطبعة)، 1984، ص 136.

(2) إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب، دار الفكر بيروت، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع)، الجزء 2، ص 160.

(3) محمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع)، الجزء

5، ص 201.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

بإقدامها على الإسلام. في حين لم يحصل أي شيء من جهة الزوج. والمانع إذا حصل من قبل الزوجة أسقط نفقتها ولا يضر كونها مطيعة بفعلها⁽¹⁾.

كما نجد أيضا أن المرأة بإسلامها تبين من زوجها والبائن لا نفقة لها⁽²⁾.

هذا حكم نفقة الزوجة عند إسلامها وردة زوجها في الفقه الإسلامي ، أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه لم يورد أي نص، وبمقتضى نص المادة مائتين واثنين وعشرون من قانون الأسرة الجزائري فإن نفقة الزوجة علي زوجها واجبة مدة العدة سواء أسلم الزوج خلال العدة أو انتهت دون إسلامه.

ثالثا: نفقة الزوجة عند ردة الزوج.

اختلف الفقهاء على هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: يرى الحنفية والشافعية والحنابلة على أن ردة الزوج لا تسقط بها نفقة الزوجة حتى تنقضي عدتها أو يقتل الزوج بسبب الردة واستدلوا على ذلك أن الزوجة لا دخل لها ولا ذنب لها على ردة زوجها حتى تحرم من النفقة مع كون العشرة الزوجية محرمة بينهما إلا أنه له الحق في رجوع الزوجة في أي وقت طالما رجع عن عدته وعاد إلى الإسلام ما دامت العدة مازالت قائمة⁽³⁾.

الرأي الثاني: يرى المالكية أنه لا تجب نفقة الزوجة على زوجها في حالة كان زوجها مرتدا ولكنهم اشترطوا شرطا أنها تستحق النفقة إذا كانت حاملا، فيبقى الزوج ملزما بالنفقة حتى تضع حملها⁽⁴⁾.

(1) مغنى المحتاج، مرجع سابق، (266/3).

(2) ابن القيم، أحكام أهل الذمة، مرجع سابق، ج2، ص662.

(3) الشيرازي، المهذب، مرجع سابق، (160/2).

(4) حاشية الدسوقي، مرجع سابق، (269/2).

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

والراجع في هذه المسألة تبين أن الرأي الأول وهو رأي جمهور الفقهاء أن الزوجة تستحق النفقة من زوجها لأنها لا ذنب لها على ردة زوجها.

هذا بالنسبة لموقف الفقهاء أي الفقه الإسلامي من نفقة الزوجة من ردة زوجها، أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري عند ردة احد الزوجين فإنه كعادته لم يورد أي نص وبمقتضى نص المادة مائتين واثنين وعشرون من قانون الأسرة الجزائري فإن الزوجة تستحق النفقة والزوج المرتد ملزم بالنفقة لزوجته لأنها ليست مذنبة لردة زوجها.

نفقة الزوجة عند ردها:

كما في المسائل السابقة نجد أن الفقهاء قد ذهبوا على رأيين:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة أن نفقة الزوجة تسقط عن زوجها ولا حق لها فيها لأن المرأة بارتدادها منعت زوجها من التمكن منها فتكون في حكم ناشز.

والناشز عند جمهور أهل العلم لا نفقة لها كما نجد أيضا أن الفرقة بينهما وقعت ردة الزوج وبالتالي هي التي تستحق العقوبة والحرمان، وكذلك أنه إذا ارتدت المرأة عن الإسلام ووقعت الفرقة بينها وبين زوجها، فلا نفقة لها، أو وقوع الفرقة بسبب من قبلها، وكذلك إذا تابت لأن أصل الفرقة كان من جهتها بمعصية.

وهذه الفرقة أزلت العصمة والنفقة باعتبار بقاء العصمة والردة وبعدها الفرقة قاطعة للعصمة⁽¹⁾.

الرأي الثاني: في حين يرى الحنفية أن الزوجة تستحق النفقة ما دامت عدتها مازالت قائمة ولم تنقضي بعد وما دامت العدة قائمة فهي في عصمة زوجها وبالتالي لا تستطيع أن تتزوج بآخر.

(1) أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية مصر، (دون رقم الطبعة)،

2004، ص 151.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

ولأصوب هنا هو الرأي الأول أي رأي جمهور الفقهاء، لأن المرأة هي التي ارتكبت المعصية وبالتالي تسقط عنها النفقة.

الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين على نفقة الأقارب.

قبل أن نبين أثر اختلاف الدين على نفقة الأقارب، لا بد أن نبين القرابة الموجبة للنفقة أولاً.

أ - القرابة الموجبة للنفقة: اختلف الفقهاء في تحديد القرابة الموجبة للنفقة على القريب على عدة آراء:

عند المالكية: إن القرابة الموجبة للنفقة على القريب هي قرابة الولادة المباشرة بمعنى أن الأب والأم تجب نفقتها على ولدهما ذكراً كان أو أنثى، كما تجب نفقة الولد ذكراً كان أو أنثى على الأب ولا تجب على الأم.

وهذا الرأي حدد نفقة الأقارب في نطاق ضيق هو الولادة أي نفقة الأصل تكون على فرعه ونفقة الفرع تكون على أصله⁽¹⁾.

واحتجوا على ذلك: بقول الله تعالى: { وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا }⁽²⁾. وقوله أيضاً: { وَصَاحِبَهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا }⁽³⁾.

وقال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ((أطيب مما من كسبتم وأن أولادكم من كسبكم فكلوه هنيئاً مريئاً))⁽⁴⁾.

(1) أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات، مرجع سابق، ص 235 - 236.

(2) سورة الإسراء، الآية: 23.

(3) سورة لقمان، الآية: 15.

(4) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب ما جاء في الرجل يأكل من مال ولده، رقم: 1142.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

عند الشافعية: يرى فقهاء الشافعية أن القرابة الموجبة للنفقة على القريب هي قرابة الولادة مطلقا مباشرة أو غير مباشرة، بمعنى أن نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول دون تحديد درجة القرابة، وقالوا إن الأجداد آباء وأولاد الأولاد أبناء⁽¹⁾.
عند الحنفية: إن القرابة الموجبة لنفقة القريب على قريبه هي قرابة الرحم التي تحرم الزواج بمعنى أنه إذا كان أحد القريبين ذكر الآخر أنثى حرم عليهما الزواج⁽²⁾، واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: { وَاعْبُدُوا اللَّهَ وَلَا تُشْرِكُوا بِهِ شَيْئًا وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا وَبِذِي الْقُرْبَىٰ }⁽³⁾.

عند الحنابلة: تجب النفقة عند المذهب الحنفي لكل قريب يرث قريبه بالفرض أو بالتعصيب فتجب النفقة على الأصول والفروع والحواشي كالأقارب غير ذوي عمودي النسب، كالإخوة وأبناء الإخوة⁽⁴⁾.

هذا بالنسبة للأقارب الذين يستحقون النفقة في الفقه الإسلامي، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقه أخذ بمذهب الشافعية في تحديد القرابة التي تستحق النفقة حيث تقتضي المادة سبعة وسبعون من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: (تجب نفقة الأصول على الفروع والفروع على الأصول حسب القدرة والاحتياج ودرجة القرابة في الإرث).
وبناء على هذا النص فإن نفقة الأقارب تشمل جميع الأصول وإن علوا وجميع الفروع وإن نزلوا.

ويعد أن تطرقنا إلى الأقارب الذين يستحقون للنفقة نعالج الآن:

(1) أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص 236.

(2) المرجع السابق، ص 20-40.

(3) سورة النساء، الآية: 36.

(4) السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، (دون مكان الطبع)، الطبعة الأولى، (دون تاريخ الطبع)، الجزء 3، ص 614.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

ب - أثر اختلاف الدين على نفقة الأقارب.

اختلف الفقهاء في مسألة أثر اختلاف الدين على نفقة الأقارب على رأيين:
الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء أنه لا يشترط اتحاد الدين بين القريب وقريبه لوجوب النفقة بينهما، وبالتالي الكافر يمكن أن ينفق على قريبه المسلم، والعكس صحيح، واستدلوا على ذلك بعموم الآيات التي تدل على وجوب النفقة كقوله تعالى: ﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا، إما أن يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما﴾⁽¹⁾. وقال أيضا: ﴿وإن جاهدك على أن تشرك بي شيئا فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾⁽²⁾. وكذلك أن القريب بعض من قريبه والإنسان لا يمنع من نفقة نفسه بسبب الكفر وكذلك لا يمنع نفقة جزءه أو بعضه بمانع الكفر.

والرأي الراجح عند ابن القيم في هذه المسألة: صحة وجوبها مع اختلاف الدين⁽³⁾.
الرأي الثاني: يرى الحنابلة أن نفقة القريب على قريبه تتوقف على اتحاد الدين سواء كان هؤلاء الأقارب من الأصول أو الفروع أو غيرهم من الحواشي واستدلوا على ذلك بقوله تعالى: ﴿وعلى الوارث مثل ذلك﴾⁽⁴⁾.

كما أن النفقة وجبت للمواساة ولا مواساة عند اختلاف الدين ولأنها وجبت بسبب الإرث ولا إرث مع اختلاف الدين.

هذا أثر اختلاف الدين على نفقة الأقارب في الفقه الإسلامي، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يرد نص بخصوص هذه المسألة أي مسألة اختلاف الدين على نفقة الأقارب وبمقتضى نص المادة مائتين واثنين وعشرون من قانون الأسرة الجزائري ، فإننا

(1) سورة الإسراء، الآية: 23.

(2) سورة لقمان، الآية: 15.

(3) ابن القيم، أحكام أهل الذمة، (907/2).

(4) سورة البقرة، الآية: 233.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

نرى ما ذهب إليه جمهور أهل العلم أنه لا أثر لاختلاف الدين على نفقة الأقارب وهو الرأي الصواب.

المطلب الثاني: أثر اختلاف الدين على الوصية.

تعد الوصية من المسائل الهامة والمرتبطة بالميراث والتي أولاها الشارع الحكيم اهتماما بالغاً لقوله تعالى: {كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين}(1)، وقال أيضاً: {من بعد وصية يوصي بها أو دين}(2).

الوصية لغة: اسم مصدر بمعنى التوصية(3)، ومنه قوله تعالى: {حين الوصية}(4). وقد تطلق على الشيء الموصى به لقوله تعالى: {من بعد وصية يوصون بها أو دين}(5). وهي من وصيت الشيء أوصيته، ويقال أرض واصية أي متصلة النبات(6). وسميت وصية لأن الميت يصل بها ما كان في حياته بعد مماته، وتطلق على اسم الموصى وما يوصي به من مال أو غير من عهد ونحوه(7).

فالوصية في المفهوم اللغوي تطلق على أمرين: الأول: فعل الموصي ومنه قوله تعالى: {يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةٌ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا

(1) سورة البقرة، الآية: 180.

(2) سورة النساء، الآية: 111.

(3) محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع)، الجزء2، ص 743.

(4) سورة المائدة، الآية: 106

(5) سورة النساء، الآية: 12.

(6) ابن منظور، لسان العرب، (395/15).

(7) إلياس ناصيف، الوصية للمسلمين وفي القانون الدولي الخاص، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، (دون مكان الطبع)، الطبعة الثانية، 2007، الجزء2، ص 9.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ أَخْرَانٍ مِنْ غَيْرِكُمْ⁽¹⁾. وهي بهذا المعنى مصدر بمعنى الإيضاء وإنما سمي فعل الشخص هذا وصية لأنه وصل به ما بعد موته بما كان في حياته⁽²⁾.

الثاني: تكون الوصية فيه اسم مفعول بمعنى الموصى به نقول أوصيت إلى فلان أو أوصيت إلى فلان فيشمل العهد والتمليك. ⁽³⁾ ومن ذلك قوله تعالى: {من بعد وصية يوصون بها أو دين}⁽⁴⁾.

أما المفهوم الاصطلاحي للوصية: وضع فقهاء الشريعة الإسلامية من مختلف المذاهب تعاريف متعددة للوصية، تعبر جميعها عن عمل ينطوي على أي من المفردات التالية: التملك، سواء للعين أو المنفعة أو للعهد بالتصرف بأمرها بعد الوفاة بطريق التبرع.

وقد تقاربت تعاريف الفقهاء حول هذا المعنى للوصية:

ف لدى الأحناف: " تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع".

ولدى المذهب المالكي: " هو عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده يلزم بموته أو يوجب نيابة عنه بعده".

ولدى المذهب الحنبلي: "وقد عرفها ابن قدامة بأنها التبرع بالمال بعد الموت".

وإن اختلفت المذاهب في تعريف الوصية إلا أنها اتفقت جميعا على أنه تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت.

حيث عرفها المشرع الجزائري في المادة مئة وأربعة وثمانون من قانون الأسرة

الجزائري: (الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع).

(1) سورة المائدة، الآية: 106.

(2) محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2007، ص 389.

(3) المرجع السابق، ص 389.

(4) سورة النساء، الآية: 12.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

بالإضافة إلى تعريف الوصية فهناك إشكال يصادفنا وهو: هل يؤثر اختلاف الدين على الوصية؟

الفرع الأول: وصية المسلم للكافر.

لا يشترط لصحة الوصية اتحاد الدين وينبغي على ذلك أن وصية المسلم لغير المسلم جائزة⁽¹⁾. بدليل قوله تعالى: {لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ} ⁽²⁾.

ولكن تختلف أحكام وصية غير المسلم تبعا لاختلاف موطنه الذي يعيش فيه لأنه إما أن يكون موجودا في دولة إسلامية يعيش فيها عيشة دائمة، متجنسا بجنسيتها بحيث يصبح من رعاياها ويسمى في عرف الفقهاء "الذمي"⁽³⁾، وإما أن يكون قد دخلها بأمان ليعيش فيها مدة محدودة من غير أن يكتسب جنسية ولا رعية ويسمى في عرف الفقهاء كذلك "المستأمن" وإما أن يكون في بلده الذي ليست بينه وبين دار الإسلام عهد ولا أمان ويسمى "حربي"⁽⁴⁾.

أولا: وصية الذمي.

وهو المقيم في دولة إسلامية ويكون حاملا لجنسيتها فتجوز وصيته إذا كانت قرينة في دينه أو قرينة في الإسلام أو قرينة فيهما معا.

(1) محمد زيد الأبياني، مرجع سابق، ص 758.

(2) سورة الممتحنة، الآية: 8.

(3) بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 253.

(4) حمدي باشا عمر، عقود التبرعات بين الهبة و الوصية و الوقف، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع،

الجزائر، (دون رقم الطبعة)، 2004، ص 49.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

فإذا لم تكن الوصية قريبة لا في دينه ولا في الإسلام فلا تصح، وإذا كان له ورثة أخذت وصيته حكم وصية المسلم من أنها تنفذ في مقدار الثلث وتتوقف فيما زاد عليه على إجازة ورثته مراعاة لحقهم المقرر، وذلك لأن هذه الأحكام من النظام العام فتسري على المسلم وعلى غير المسلم بالإضافة إلى كون الأحكام الموضوعية في قانون الوصية تشمل المواطنين جميعاً على اختلاف أديانهم وطوائفهم⁽¹⁾.

ثانياً: وصية المستأمن.

هو الأجنبي الذي دخل إلى الدولة الإسلامية تجارة أو سياحة أو إقامة مؤقتة⁽²⁾. فتأخذ وصية المستأمن حكم وصية الذمي لأنه مادام في دارنا يكون كالذمي في المعاملات، فتصبح وصيته للمسلم والذمي للمستأمن ولأي جهة ما لم تكن محرمة في شريعته وفي الإسلام معاً.

ووصية المستأمن فيما زاد على الثلث يتوقف على إجازة ورثته في صورتين:

الأولى: إذا كانوا معه في دارنا بأمان.

الثانية: إذا كانوا في بلده وكان القانون يبيح توارث الأجنبي من قريبه فيه⁽³⁾. وفيما

عدي هاتين الصورتين لا تتوقف.

ثالثاً: وصية الحربي.

الحربي هو غير المسلم التابع في رعيته لدولة غير إسلامية ولا يقيم في دولة إسلامية فلا شأن لها بوصيته، كما لا شأن لنا بجميع تصرفاته، حيث لا سلطان لإسلام

(1) محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 412 - 413.

(2) المرجع السابق، ص 413.

(3) حمدي باشا عمر، مرجع سابق، ص 50.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

عليه في هذه الحالة، فإذا انتقل إلى دار الإسلام ومكن من الإقامة بها أصبح مستأمنًا تؤخذ وصيته الحكم المقرر في وصية المستأمن⁽¹⁾.

الفرع الثاني: وصية الكافر للمسلم.

اتفق الفقهاء على أن وصية الكافر للمسلم صحيحة ولكنهم اشترطوا ما يلي:
الشرط الأول: ألا تكون الوصية بمحرم، كما لو أوصاني بخمر أو خنزير لمسلم فلا تصح هذه الوصية لأن المسلم ممنوع من تملكها⁽²⁾.
الشرط الثاني: أن تكون في دار الإسلام فإذا كانت الوصية في دار الحرب لا تصح.

الفرع الثالث: وصية المرتد.

والردة تكون من الرجل والمرأة وفقهاء الحنفية اتفقوا على أن وصية المرتد صحيحة ونافذة لبقاء ملكها بعد الردة وهي لا تستحق القتل على ردتها بل تستتاب في أن أبت الرجوع إلى الإسلام حبست⁽³⁾.
وأما المرتد فيرى أبو يوسف ومحمد أن وصيته صحيحة نافذة لأن صحتها ترتبط بالأهلية فهذا يعتمد على الملك وهما عنده ثابتان للمرتد فبالتالي تصح وصية وصيته⁽⁴⁾
أما أبو حنيفة يرى أن وصيته تقع موقوفة بمعنى أنه إذا عاد إلى الإسلام كانت نافذة وإن لحق بدار الحرب أو مات على رده كانت باطلة⁽⁵⁾.

(1) المرجع السابق، ص 50.

(2) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 8، ص 26.

(3) عبد الودود محمد السرييني، الوصايا والأوقاف والمواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، (دون مكان الطبع)، (دون رقم الطبعة)، 1997، ص 51.

(4) محمد كمال الدين إمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 412.

(5) عبد الودود محمد السرييني، مرجع سابق، ص 52.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

وعند الشافعية والمالكية، فإن مال المرتد يصبح ملكا لبيت مال المسلمين أو الخزينة العامة وبالتالي لا وصية ولا ميراث، كما خالف ابن حنبل وكذا أبو يوسف والشيباني الأفكار السابقة واعتبر وصية المرتد صحيحة لأن في اعتقادهم لا تزيل من الشخص ملكية أمواله وتبقى له إلى أن يموت⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فالوصية بين المسلم والمرتد تجوز طبقا للمادة مائتين من قانون الأسرة الجزائري التي ورد فيها: (تجوز الوصية مع اختلاف الدين). وبناء على هذا النص فإن وصية المرتد للمسلم صحيحة.

(1) بلحاج العربي، مرجع سابق، الجزء 2، ص 252.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

المطلب الثالث: أثر اختلاف الدين على الميراث.

الميراث لغة: مصدر الفعل ورث يرث إرثاً وميراثاً، يقال: "ورث فلان أباه، ويرث الشيء من أبيه".

فكل من الميراث والإرث في الأصل مصدر للفعل المذكور وأصل الفعل موراث، انقلبت الواو ياء لسكونها وكسر ما قبلها⁽¹⁾.

ويطلق الميراث في اللغة على معنيين:

الأول: "البقاء" ومنه قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ((اللهم متعني بسمعي وبصري واجعلهما الوارث مني)). أي أبقيهما معي سالمين صحيحين حتى أموت⁽²⁾.

الثاني: "انتقال الشيء من قوم إلى قوم آخرين سواء كان مادياً كأموال أو معنوياً كالمجد والأخلاق".

وفي هذا جاء قوله تعالى: { وَوَرِثَ سُلَيْمَانُ دَاوُودَ }⁽³⁾. وقال أيضاً: { وَكُنَّا نَحْنُ الْوَارِثِينَ }⁽⁴⁾، وقال أيضاً: { وَإِنَّا لَنَحْنُ نُحْيِي وَنُمِيتُ وَنَحْنُ الْوَارِثُونَ }⁽⁵⁾. وقال تعالى: { إِنَّا نَحْنُ نَرِثُ الْأَرْضَ وَمَنْ عَلَيْهَا وَإِلَيْنَا يُرْجَعُونَ }⁽⁶⁾. وكذا قوله عز وجل: { وَلِلَّهِ مِيرَاثُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ }⁽⁷⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، باب التاء، فصل الواو، الجزء 2، ص 199 - 200.

(2) معجم الوسيط، مرجع سابق، (231/2).

(3) سورة النمل، الآية: 16.

(4) سورة القصص، الآية: 58.

(5) سورة الحجر، الآية: 23.

(6) سورة مريم، الآية: 40.

(7) سورة آل عمران، الآية: 180.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

وقوله - صلى الله عليه وسلم-: ((من ترك حقا أو مالا فهو لورثته))⁽¹⁾.
وإذا أطلقت مادة ورث، بمعنى اسم المفعول أي " الموروث" كان مرادفا لتراث،
والإرث هو ما يخلفه الإنسان لورثته⁽²⁾.
فالميراث" اسم للمال المتروك وأما الإرث فهو اسم للشيء الموروث، ومن ثم فإنه
يصطلح على هذا العلم، بعلم التوارث والمواريث والميراث" وكلها مسميات لمسمى واحد،
وهو معرفة من يرث ومن لا يرث ومقدار ما لكل وارث.
اصطلاحا: هو انتقال مال إلى الغير على سبيل الخلافة أو هو حق قابل للتجزيء
ثبت لمستحقه بعد موت من كان له ذلك لقربا بينهما أو نحوه⁽³⁾.
إذا الميراث هو اسم لما يستحقه الوارث من موروثه لسبب من أسباب الإرث سواء
كان المتروك مالا أو عقارا أم حق من الحقوق الشرعية⁽⁴⁾، فهو علم يعرف بمقتضاه نوع
المستحقين للتركة الصافية ونصيب كل واحد أو متعدد وكيفية تصفية التركة وتسليمها
لمستحقيها وهو وكذا علم ما بعد الموت، لان الإرث لا يكون إلا بعد وفاة المورث⁽⁵⁾.
لم يورد المشرع الجزائري تعريفا للميراث بل ترك ذلك للفقهاء والقضاء في حين عرفت
المحكمة العليا الميراث بأنه: (ما يخلفه المورث من أموال جمعها وتملكها أثناء
حياته)⁽⁶⁾.

(1) رواه البخاري ومسلم وابن ماجه وأحمد عن أبي هريرة رضي الله عنه بدون رقم.

(2) ابن منظور، لسان العرب، (199/2).

(3) محمود عبد الله بخيت ومحمد عقلة العلي، الوسيط في فقه المواريث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (دون مكان الطبع)، الطبعة الأولى، 2007، ص 13.

(4) بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، (دون مكان الطبع)، الطبعة الأولى، 2009، ص 22.

(5) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 1998/03/17، ملف رقم 179555، عدد خاص، ص 340.

(6) المحكمة العليا غرفة الأحوال الشخصية، 1982/04/14، ملف رقم 24770، عدد4، ص 55.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

ومن ثم فإن التعويض عن الأضرار ليس إرثا ولا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته واستحقاق لكل متضرر وارثا كان أو غير وارث، ولخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر⁽¹⁾.

ومن أسباب استحقاق الميراث النكاح والقرابة:

النكاح: ويقصد به عقد الزوجية الصحيح أو المختلف في فساده كنكاح الشغار أو المحرم ويعتبر النوعان سببا من أسباب الميراث.

من أسباب الميراث عندنا خلافا للشافعية والحنفية والحنابلة الذين لا يعتدون إلا بالنكاح الصحيح.

ولقد جاء قانون الأسرة ذاكرا لزوجية مطلقة دون تفرقة بين صحيح ومختلف فيه مما جعلنا نقول بأن الزواج بجميع أنواعه وصوره سببا للميراث ما لم يكن باطلا المادة

مئة وستة وعشرون من قانون الأسرة الجزائري⁽²⁾.

والنكاح الصحيح هو الذي يحدث به التوارث حتى لو لم يتم وطأ أو خلوة وهو ما نص عليه قانون الأسرة الجزائري في المادة مئة وثلاثون التي تنص علي: (يوجب النكاح التوارث بين الزوجين ولو لم يقع بناء).

وهو ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1993/04/7، وما جاء فيه أنه من المستقر عليه شرعا وقضاء أن (العلاقة الزوجية هي سبب من أسباب الميراث).

(1) المحكمة العليا 14/04/1982، ملف رقم 24770، عدد4، ص 87.

(2) محمد محدة، التركات والموارث، دار الفجر للنشر والتوزيع، (دون مكان الطبع)، الطبعة الأولى، 2004، ص 70.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

2- القرابة: والمقصود بها صلة النسب التي تربط بين الوارث والمورث ويرث بهذا الطريق الأبوان ومن تقرب منهما من حواشي قريبه وهم: الإخوة، أبنائهم أو حواشي بعيدة وهم الأعمام وأبنائهم.

كما يرث الأبناء ومن تقرب بهم، كما يرث الأولاد ومن تقرب بهم ما لم تفصل بينهم وبين المورث أنثى وهذا الطريق هو الأصل في الميراث ويعد أقوى الأسباب وأكثرها عدادا.

وقد نص المشرع الجزائري على هذا السبب مقدما إياه على غيره من الأسباب الأخرى وذلك في المادة مئة وستة وعشرون من قانون الأسرة الجزائري ، هذا التقديم آت من أهمية ذات الصلة وشدة تحملها لمتاعب الحياة والإشراك في الواجبات بين الأقارب⁽¹⁾.

إلا أنه قد يوجد اختلاف الدين بين القريب قريبه الوارث أو بين الزوج وزوجته كأن يكون أحدهما مسلما والآخر كافرا، أو ميراث المرتد، فهل يصح التوارث بينهما أم لا؟ وهو ما سنتطرق إليه في الفروع التالية:

الفرع الأول: ميراث المسلم من الكافر.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: ذهب أصحابه إلى أن المسلم لا يرث الكافر وهذا الأمر مجمع عليه حسمه الرسول - صلى الله عليه وسلم- في حديثه الصحيح: ((لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم)).

(1) محمد محدة، مرجع سابق، ص 74.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

وهذا هو مذهب الأئمة الأربعة ذلك لأن الإرث أساسه التعاون والتناصر والولاية وهذه الأمور منتفية كلها بين المسلم والكافر⁽¹⁾ وهو ما لا يتحقق مع اختلاف العقيدة والعبرة بكونه مسلماً أو كافراً وقت وفاة المورث. واستدلوا على ذلك بما يلي:

1- قال رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ((لا يتوارث أهل ملتين شيئاً))⁽²⁾.

وهذا النص يقضي أنه لا يرث المسلم من الكافر إذ أنه مما لا شك فيه أن المسلم من ملة والكافر من ملة أخرى.

2- ما رواه الشيخان أن أسامة بن زيد رضي الله عنهما قال ((يا رسول الله أين تنزل في دارك بمكة؟ فقال: "وهل ترك لنا عقيل، ورث أبا طالب، هو طالب ولم يرثه جعفر ولا علي رضي الله عنهما شيئاً لأنهما كانا مسلمين. وكان عقيل وطالب كافرين، فكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يقول: "لا يرث المؤمن الكافر))⁽³⁾.

كما نجد أيضاً أنه لا يجوز أن يرث المسلم الكافر وذلك على أساس أن الميراث يبنى على الولاية والمحبة بين الوارث والمورث وهي ما لا تتحقق مع اختلاف الملة⁽⁴⁾.

فإنه لا ولاية بين المسلم وغير المسلم⁽⁵⁾ وهذا بقوله تعالى: { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ

لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا }⁽⁶⁾.

(1) منصور كافي، الموارث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع، (دون مكان الطبع)، (دون رقم الطبعة)، 2008، ص 42.

(2) أخرجه أبو داود، كتاب الفرائض، باب أهل يرث المسلم الكافر، رقم: 2911.

(3) صحيح مسلم، باب النزول بمكة للحج، برقم: 3281.

(4) بلحاج العربي، أحكام التركات والموارث، مرجع سابق، ص 119.

(5) محمد أبو زهرة، أحكام التركات والموارث، دار الفكر العربي، بيروت، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع)، ص 118.

(6) سورة النساء، الآية: 141.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

الرأي الثاني: يرى أنصار هذا الاتجاه إلى أنه يمكن أن يرث المسلم من أهل الكتاب الذميين وهو قول معاذ بن جبل ومعاوية من الصحابة وسعيد بن المسيب⁽¹⁾ شبهوا ذلك بنكاح نسائهم أما مناكحتهم فلا ،كذلك فميراثهم منهم جائز وميراثهم منا لا⁽²⁾.

الفرع الثاني: ميراث الكافر من المسلم.

لقد اجمع الفقهاء على أنه لايجوز أن يرث الكافر من المسلم، ولكن هناك إشكال وهو إذا أسلم الكافر بعد موت مورثه؟.

إن العبرة بكون الوارث مسلماً أو كافراً وقت موت المورث. فلو مات شخص وفي ورثته كافر فأسلم بعد الوفاة وقبل قسمة التركة، فإنه لا يرث عند جمهور أهل العلم. وهو ما قال به علي رضي الله عنه وسعيد بن المسيب حيث أنه إذا مات شخص وخلف ولداً كافراً وأخاً مسلماً فإن الميراث كله للأخ والابن يحرم من الميراث⁽³⁾.

في حين ذهب الحنابلة إلى أنه إذا أسلم الكافر قبل قسمة التركة، ولو كان مرتداً فإنه يرث ترغيباً له في الإسلام، ولو أسلم قبل قسمة بعضها، ورث فيما بقي ويرث عندهم المسلم من عتيقة الكافر، ومن عتيقة المسلم⁽⁴⁾ وهو ما قال به عمر وعثمان والحسن بن علي... الخ، واحتجوا على ذلك بما قاله رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ((من أسلم على شيء فهو له))⁽⁵⁾.

والرأي الراجح في هذه المسألة أن ميراث الكافر من المسلم فإنه يجوز أن يرث من أسلم قبل قسمة التركة لأنه أقرب على الصواب لان في ذلك ترغيباً في الإسلام وانه أيضا

(1) ابن رشد، بداية المجتهد، دار الفكر، بيروت، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع)، الجزء 2، ص 295.

(2) محمد محدة، مرجع سابق، ص 88.

(3) عبد المؤمن بالباقي التركات والمواريث، دار الهدى عين مليلة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2003، ص 17.

(4) محمود عبد الله بخيت ومحمد عقله العلي، مرجع سابق، ص 32.

(5) أخرجه سعيد ابن منصور في سنته كتاب الفرائض، باب من أسلم على ميراث قبل أن يقسم، رقم: 190.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

من محاسن الشريعة وكمالها ألا يحرم ولد رجل ميراثه بمانع قد زال فعل المقتضى عمله. كما شبهوا الميراث أيضا بالقصاص في الدماء وعدم تكافؤها بين المسلم والكافر⁽¹⁾. وأيضا عبد الله بن معقل قال: ((ما رأيت قضاء بعد قضاء أصحاب رسول الله - صلى الله عليه وسلم- أحسن من قضاء معاوية في أهل الكتاب نرثهم ولا يرثوننا كما يحل لنا النكاح فيهم ولا يحل لهم فينا))⁽²⁾.

والرأي الراجح هو الرأي الأول أي رأي جمهور الفقهاء في قولهم بأنه لا توارث بين المسلم والكافر لأنه كما قلنا سابقا أن الرسول - صلى الله عليه وسلم- حسم هذا الأمر في حديث صحيح ((لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم)).

هذا بالنسبة لحكم الميراث بين المسلم والكافر الأصلي في الفقه الإسلامي من خلال عرض أقوال الفقهاء، أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فإنه لم يتطرق إلي هذه المسألة ولم يورد أي نص بخصوص حكم الميراث بين المسلم والكافر، وعليه فإن ذلك يوجب علينا الرجوع إلي المادة مائتين واثنين وعشرون من قانون الأسرة الجزائري وبالتالي فإنه لا توارث بين المسلم والكافر كما نجد أن المشرع قد ذكر في المادة مئة وثمانية وثلاثون الردة، وهذا يعني أنه لا توارث بين المسلم والكافر.

الفرع الثالث: ميراث المرتد.

المرتد هو الشخص، الذي كان مسلما وترك الإسلام طواعية منه، وسمي المرتد بذلك لأن الارتداد يعني الرجوع إلى الوراء، والمرتد قد رجع إلى الظلمة بعد أن كان في النور ورجع إلى الضلال بعد أن كان في الهداية ورجع إلى الكفر بعد أن كان في الإسلام.

(1) المرجع السابق، ص 88.

(2) مصنف بن أبي شيبة، (11/287).

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

والارتداد يكون بإنكار أمر معلوم من الدين بالضرورة كفريضة الصلاة أو الزكاة أو الصوم أو الحج حيث كل الناس حتى العامة يعلمون فرضيتها ويقرونها⁽¹⁾.
قد أجمع العلماء على أن المرتد عن الإسلام يستتاب ويعطى له مهلة للعدول عن رده فإن لم يتب حكم على الرجل بالقتل لقوله - صلى الله عليه وسلم -: ((من بدل دينه فاقتلوه))⁽²⁾، وعلى المرأة بالسجن حتى تتوب⁽³⁾.
ولكن الإشكال الذي يطرح نفسه، هل يجوز للمسلم أن يرث من المرتد؟ وهل للمرتد أن يرث من المسلم؟

أولاً: ميراث المسلم من المرتد.

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على رأيين:

الرأي الأول: يرى جمهور الفقهاء أن المسلم لا يرث المرتد، لأنه لا توارث بين المسلم والكافر وماله في هذه الحالة يكون غنيمة للمسلمين⁽⁴⁾.
ذلك أن الردة ملحقة بالكفر أصلاً وليست لمانع مستقل وعلى هذا فإن المرتد لا يرثه أحد، وتذهب أمواله إلى بيت مال المسلمين (الخزينة العامة) ويستوي أن يكون المرتد رجلاً أو امرأة فلا يرثه المسلم⁽⁵⁾ واستدلوا على ذلك ((لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم))⁽⁶⁾، وقال أيضاً: ((لا يتوارث أهل الملتين شيء))⁽⁷⁾.

(1) محمد محدة، مرجع سابق، ص 93.

(2) رواه البخاري، حديث رقم: 2682/6.

(3) بلحاج العربي، أحكام التركات و الموارث، مرجع سابق، ص 116.

(4) منصور كافي، الموارث في الشريعة القانون، مرجع سابق، ص 43.

(5) بلحاج العربي، أحكام التركات و الموارث، مرجع سابق، ص 117.

(6) أخرجه أبو داود، كتاب الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر، برقم: 2911.

(7) المرجع السابق.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

ووجه الدلالة من الحديثين أن المرتد هو كافر أصلا فلا يرثه المسلم. أما المرتدة فما لها لورثتها للمسلمين بلا فرق بين ما اكتسبته حال إسلامها أو حال ردتها⁽¹⁾.

الرأي الثاني: اختلف أنصار هذا الاتجاه على ثلاثة آراء:

الرأي الأول: ذهب أبو حنيفة إلى أن ما اكتسبه في إسلامه ينتقل إلى ورثته المسلمين وما اكتسبه بعد رده يكون فيئا يوضع في بيت المال.

الرأي الثاني: ذهب الصحابان (أبو يوسف ومحمد) إلى أن مال المرتد كله لورثته المسلمين لا فرق في ذلك بين ما اكتسبه حال إسلامه أو حال رده، وهو قول أبي بكر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم.

الرأي الثالث: ذهب داوود الظاهري ورواية عن أحمد إلى أن مال المرتد يكون لأهل دينه الذي اختاره إن كان منهم من يرثه وإلا فإنه يوضع في بيت المال.

ثانيا: ميراث المرتد من المسلم.

اتفق الفقهاء جميعا على أن المرتد لا يرث المسلم، ولا يوجد في هذه المسألة خلاف وقد استدلوا بنفس الأدلة السابقة يقول رسول الله - صلى الله عليه وسلم -: ((لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم)).

هذا بالنسبة لحكم الميراث بين المرتد والمسلم في الفقه الإسلامي، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه نص في المادة مئة وثمانية وثلاثون من قانون الأسرة الجزائري علي أنه: (يمنع الإرث اللعان والردة) ويلاحظ على هذه المادة أن المشرع جعل الردة مانعا من موانع الميراث وبالتالي لا يرث المسلم المرتد ولا المرتد المسلم.

(1) محمود عبد الله بخيت ومحمد عقلة العلي، مرجع سابق، ص 33.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار غير المالية.

يترتب على اختلاف الدين بين الزوجين آثار غير مالية كثيرة وهي من الأهمية بحيث لا يمكن إغفالها ومن بينها الحضانة والولاية والوصاية، وهي ما يعبر عنها بصور النيابة الشرعية التي سنتطرق لها في مطلبين اثنين ، حيث نخصص المطلب الأول: لأثر اختلاف الدين على الحضانة. والمطلب الثاني: لأثر اختلاف الدين على صور النيابة الشرعية.

المطلب الأول: أثر اختلاف الدين على الحضانة.

من أهم الآثار القانونية لانحلال عقد الزواج هو وضع الطفل عند من هو أقدر على الاهتمام به والعناية بشؤونه، والحضانة هي نوع من هذه الرعاية بالطفولة بحيث يكفل للطفل التربية الصحيحة والخلفية السليمة. ومن هنا فإن أحكام الحضانة هي مظهر من مظاهر عناية التشريع الإسلامي والقانوني بالطفولة.

إذن فما هي الحضانة؟ وما أثر اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون ؟

الفرع الأول: تعريف الحضانة.

لغة: معناها ضم الشيء إلى الحضن⁽¹⁾، وهو الصدر والعضدان وما بينهما.

يقال: حضنت الصبي حضنا وحضانة، إذا جعلته في هذا الموضع⁽²⁾، ويقال الحضانة من حضن الطير بيضه من باب نصر ودخل إذا ضمه إلى نفسه تحت جناحه⁽³⁾.

اصطلاحاً: هناك عدة تعريفات للحضانة، ورغم وجود ما يميزها عن بعضها البعض

من جوانب محددة نجد أن جلها يصب في قالب واحد وهو رعاية الصغير والتكفل به

(1) ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق، (571/2).

(2) عثمان التكروري، مرجع سابق، ص: 265.

(3) المصري مبروك، مرجع سابق، ص: 505.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

صحيا واجتماعيا وتربويا وأخلاقيا⁽¹⁾.

فقد عرف الفقهاء الحضانة على أنها " تربية الولد، ورعاية شؤونه لمن حق له الحضانة حتى يبلغ سنا معينه"⁽²⁾.

وكذلك المعتوه الذي لا يميز ولا يستقر بأمره وتعهده، بما يصلحه ويقيه مما يؤذيه أو يضره وتربيته جسميا ونفسيا وعقليا⁽³⁾.

والإمام مالك عرفها على أنها " تربية الولد وحفظه وصيانته حتى يحتلم ثم يذهب الغلام حيث يشاء".

والشافعية عرفوها: "على أنها حفظ من لا يستقل بأمره وتربيته بما يصلحه ويقيه ما يضره"⁽⁴⁾.

وكذلك عرفها المشرع الجزائري ولم يتركها للاجتهاد القضائي في المادة اثنين وستون من قانون الأسرة الجزائري التي جاء فيها ما يلي: (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا. ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك).

والحضانة نوع ولاية وسلطة، لكن الإناث أليق بها وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال، فإذا بلغ الطفل سنا معينة، كان الحق في تربيته للرجل، لأنه أقدر على حمايته وصيانته وتربيته من النساء⁽⁵⁾.

(1) باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع)، ص: 49.

(2) بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ص: 379.

(3) باديس ديابي، مرجع سابق، ص: 49.

(4) المرجع السابق، ص: 50.

(5) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص (679/8).

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

وتجدر الإشارة إلى أن الحضانة على أكمل وجه إلا من خلال النساء، مصدر الحنان والرفق والشفقة وعلى رأسهم الأم، حيث يقول أبو زهرة: "إنما ثبت وجوب الحضانة على النساء أولاً لأن الطفل في ذلك الدور من حياته يحتاج إلى رعايتهن"⁽¹⁾. كما روي عن عمر بن شعيب عن أبيه وجده عبد الله بن عمرو: ((أن امرأة قالت يا رسول الله إن ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقاء وحجري له حواء، وإن أباه طلقني وأراد أن ينزعه مني، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: أنت أحق به ما لم تتكحي))⁽²⁾.

الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين بين الحاضن والمحضون.

اختلف الفقهاء في حكم هذه المسألة على رأيين: الرأي الأول: يرى الحنفية والمالكية أنه يجوز حضانة غير المسلمة للمسلم أي أنه يجوز أن تكون الحاضنة كتابية أو غير ذلك كانت أما أو غيرها⁽³⁾. واستدلوا على ذلك: أن رافع بن سنان أبت امرأته أن تسلم فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ((ابنتي وهي فطيم⁽⁴⁾) وقال رافع ابنتي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم، أقعده ناحية وقال لها أقعدي ناحية، وأقعد الصبية بينهما، ثم قال ادعواها فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: اللهم أهداها، فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها)). وما يفهم من هذا الحديث أن الأب كان مسلماً والأم كانت كافرة فتخيير النبي صلى الله عليه وسلم بين الأب المسلم والأم الكافرة دلالة على جواز حضانة الأم الكافرة للمسلم.

(1) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، (دون مكان الطبع)، الطبعة الثالثة، 1957، ص: 406.

(2) رواه أبو داود في السنن، الطلاق، باب من أحق بالولد رقم: 2276-2277. 707/2-709.

(3) باديس ديابي، مرجع سابق، ص: 61.

(4) الفطيم نكرا كان أم أنثى ويقال فطم، الصبي أي تم فصله عن الرضاع.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

واستدلوا أيضا على أن الحضانة شرعت للقيام بتربية الصغير أو الصغيرة ورعايته وحفظه والقيام بجميع أموره في سن معينه⁽¹⁾، وكذلك كون الحضانة لا تتعدى إرضاع الطفل وخدمته وذلك يجوز للمسلمة وغيرها، ومناطقها الشفقة، والشفقة لا تختلف باختلاف الدين وقيد ذلك ألا يعقل المحضون والأديان الأخرى⁽²⁾.

وكذلك نجد أنه إذا كانت الحاضنة كتابية، فلا يسقط حقها في الحضانة ويبقى لها هذا الحق إلى أن يتضح أن في بقائه معها خطر على دينه، بأن بدأت تعلمه أمور دينها، أو تقوم بها أمامه، أو تذهب به إلى معابدها، أو تعوده على شرب الخمر أو أكل لحم الخنزير لأنها في هذه الحالة تفقد شرط الأمانة الواجب توفره في الحاضنة⁽³⁾.
أما المدة التي يبقى المحضون فيها عند الحاضنة غير المسلمة لم تكن واحدة عندهم:

فالأحناف قالوا "يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه سن السابعة ويتجلى أنه في مكوثه لديها خطر عليه أي تقوم أمامه ما هو محرم على المسلمين".
والمالكية قالوا "ببقاء المحضون مع الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا، فإن خيف عليه من الحاضنة أعطى حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد"⁽⁴⁾.

الرأي الثاني: يرى الشافعية والحنابلة وابن القيم والظاهرية أن الإسلام شرط لممارسة الحضانة فلا إسناد الحضانة عندهم لغير المسلمة.

(1) أحمد نصر الجندي، الحضانة والنفقات في الشرع والقانون، دار الكتب القانونية، مصر، (دون رقم الطبعة) 2004، ص: 7.

(2) أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص: 21.

(3) نقل عن عثمان التكروري، مرجع سابق، ص: 271.

(4) باديس ديابي، مرجع سابق، ص: 62.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

لأن الحضانة ولاية ويؤكدون أن الولاية للكافر على المسلم لا تجوز⁽¹⁾ مستشهدين

بقوله تعالى: { وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا }⁽²⁾.

واعتبر الحضانة ولاية وهي شبيهة بولاية الزواج والمال، ويخشى على المحضون في دينه إن هو نشأ نشأة الكفار والنصارى، وذلك أعظم ضرر يلحق بالمحضون وقد يغيره عن فطرة الله التي فطر الله عليها عباده، حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ((كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه))⁽³⁾.

ويسقط أيضا حق الحاضنة إذا كانت مرتدة أي لا دين لها لأن حكم المرتدة عند الأحناف أنها تحبس حتى ترجع إلى الإسلام أو تموت⁽⁴⁾، فالمرتدة لا تتاح لها فرصة حضانة الطفل فإن تابت وعادت، عاد لها حق الحضانة⁽⁵⁾.

هذا بالنسبة لحكم حضانة غير المسلمة للمسلم في الفقه الإسلامي، أما بالنسبة لموقف المشرع الجزائري فنجد أنه ساير المذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرط لممارسة الحضانة، لكون هذه الأخيرة لا تتعدى حد الإرضاع وخدمة المحضون، ودليل ذلك ما ورد في المادة اثنين وستون من قانون الأسرة الجزائري ، التي نصت على: (الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك". فعبارة (القيام بتربيته على دين أبيه) تعنى بمفهوم المخالفة أن الزوج الذي يجب أن يكون مسلما، يمكن أن يتزوج بامرأة غير مسلمة.

(1) المرجع السابق، ص: 61.

(2) سورة النساء، الآية: 141.

(3) أخرجه البخاري، كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، رقم: 1385.

(4) عثمان التكروري، مرجع سابق، ص: 270-271.

(5) باديس ديابي، مرجع سابق، ص: 62.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

وأن هذه الأخيرة في حال وجود أبناء يجب أن تربي أبنائها على دين أبيهم وهو الإسلام، ولا يمكن تصور الأمر معكوساً.

وقد أكدت المحكمة العليا هذا الاتجاه في عدة قرارات من بينها القرار المؤرخ في 13 مارس 1989 والذي جاء فيه ما يلي: (من المقرر شرعاً وقانوناً أن الأم أولى بحضانة ولدها، ولو كانت كافرة إلا إذا أخيف على دينه وأن حضانة الذكر للبلوغ وحضانة الأنثى حتى سن الزواج، ومن ثمة فإن القضاء بخلاف هذا المبدأ يعد خرقاً للأحكام الشرعية والقانونية)⁽¹⁾.

المطلب الثاني: أثر اختلاف الدين على صور النيابة الشرعية.

إن النيابة الشرعية والقانونية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين نظام تقتضيه حاجة الناس، وتلح عليه متطلباتهم لما يجري بينهم من معاملات متعددة الجوانب والصور في واقعهم المعيشي، لأن الحياة البشرية تقوم على مجالات متنوعة تقتضي التعاون لأجل وجودها وصيانتها واستمرارها.

مع العلم أن النيابة تعتبر مجالاً واسعاً من مجالات التعاون التي تساهم في مساعدة الناس في معاملاتهم.

كما أن فكرة النيابة الشرعية لم يكن غامض المعني عند فقهاء الشريعة، بل كان واضحاً في أذهانهم كل الوضوح وذلك تبعاً لوضوحه في القرآن الكريم من خلال الآية قال تعالى: " { وَكَفَى بِاللَّهِ وَكَيْلًا }"⁽²⁾ وقال أيضاً: " { أَلَا تَتَّخِذُوا مِنْ دُونِي وَكَيْلًا }"⁽³⁾.

(1) المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، قرار مؤرخ في 13 مارس 1989 برقم: 52221.

(2) سورة النساء، الآية: 132.

(3) سورة الإسراء، الآية: 2.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

وعليه تنص المادة واحد وثمانون من قانون الأسرة الجزائري علي أنه: (من كان فاقد الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو جنون أو عته أو سفه، ينوب عنه قانونا ولي أو وصي أو مقدم طبقا لأحكام هذا القانون).

وما يفهم من هذه المادة أن النيابة الشرعية تكون في حالة ما إذا كان الطفل ناقص الأهلية أو فاقدها لأي سبب من أسباب نقص الأهلية أو فقدها ولهذا يكون للنيابة الشرعية عدة صور: الولاية، الوصاية، التقديم... الخ.

ولكن هل إذا اختلف الدين بين الولي والمولي عليه أو بين الوصي والموصي إليه، هل يؤثر على صحة هذا التصرف؟ وهذا ما سنتطرق إليه في الفروع الآتية:

الفرع الأول: أثر اختلاف الدين على الولاية.

قرر نظام الولاية على المال لتغطية حالات انعدام الأهلية أو نقصها، بحيث يمكن إجراء تصرفات قانونية تنصرف آثارها مباشرة للشخص الذي لا تتوافر فيه القدرة على القيام بها.

والشخص بالنسبة للتصرفات القانونية على أمواله إما عديم الأهلية كالصبي غير المميز، المجنون والمعتوه، وإما ناقص الأهلية كالصبي المميز والسفيه وذو الغفلة⁽¹⁾.

أولاً: تعريف الولاية على المال.

لغة: الولاية بفتح الواو وكسرها وهي مصدر ولي الرجل إذا أعانه ونصره أو قام بأمره وتولى شؤونه، وهي من ولي الشيء أو وولي عليه؛ وولي إذا ملك أمره وكان له القيام عليه⁽²⁾.

(1) أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية، مصر، (دون رقم الطبعة)، 2004، ص: 19.

(2) ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004، ص: 56.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

والولاية بالكسر هي السلطان وبالفتح والكسر هي النصر، فمن فتحها جعلها في النصر والنسب والعنق ومن كسرها جعلها في الإمارة حيث قال سيبويه: "الولاية بالفتح المصدر وبالكسر الإسم".

والولي بسكون اللام القرب والدنو، يقال تباعد بعد لي أي دنو، والولي اسم من أسماء الله الحسنى وهو الناصر المتولي بأمور الخلائق كلها، ومالك الأشياء جميعها المتصرف فيها والولي من الناس التابع والمحب والصديق والنصير⁽¹⁾

الولاية اصطلاحاً: عرفها فقهاء الحنفية، وجاء تعريفهم على النحو الآتي:

فقد عرفها الكاساني بأنها "تتفيذ القول على الغير"⁽²⁾.

وقد عرفها من الفقهاء المعاصرين أبو زهرة فقال: "الولاية هي القدرة على إنشاء العقد نافذا"⁽³⁾. وعرفها عبد الكريم زيدان أنها "قدرة الشخص على إنشاء التصرف الصحيح النافذ على نفسه أو ماله أو على نفس الغير أو ماله"⁽⁴⁾.

وتعرف أيضاً في الاصطلاح أنها "نيابة شرعية يتولى بموجبها الولي الشرعي حفظ وتنمية أموال من تحت ولايته جبراً لعجزه عن النظر فيها تحقيقاً لمصلحة المولى عليه، وهي تكون في المسائل المالية الخاصة بأموال المولى عليه، وتجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات المتعلقة بالأموال نافذة كولاية الوصي على الموصي عليه".

والولاية على النفس والمال معاً كولاية الأب على أولاده فاقدى الأهلية أو ناقصيها.

(1) ابن منظور، لسان العرب، (405/15).

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، (253/2).

(3) أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص: 107.

(4) ابن نجيم، البحر الرائق، 3(117).

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

وهي أيضا "نفاذ الأعمال القانونية التي يجريها الولي أو الوصي أو القيم على مال الغير"، ولذلك لا يقال بأن للولي أهلية التصرف في هذا المال. أما الأهلية فهي "صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية بالنسبة لمال الشخص نفسه"⁽¹⁾.

ثانيا: أثر اختلاف الدين بين الولي والمولى عليه.

نجد أن من بين شروط الولاية على المال اتحاد الدين مع القاصر فلا تثبت ولاية لغير المسلم على المسلم، كما لا ولاية للمسلم على غير المسلم لقوله تعالى: **لَوْلَن يَجْعَلُ اللهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ سَبِيلًا**⁽²⁾. أي أنه لغير المسلم لا تثبت له ولاية على المسلم⁽³⁾، بمعنى أنه يجب اشتراط الإسلام بين الولي والمولى عليه لدى جميع الفقهاء، ولذلك قضي بثبوت ولاية المسلم على الكافر، وبعدم ثبوت ولاية الكافر على المسلم للنص المتقدم.

والفقه لم يستثن من ثبوت ولاية المسلم على الكافر إلا ولاية التزويج بالقرابة وولاية التصرف في المال وما عدا ذلك تثبت ولاية المسلم على الكافر، ولا تثبت ولاية الكافر على المسلم⁽⁴⁾ لقوله تعالى: **{ وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ }**⁽⁵⁾، وأيضا لا تثبت ولاية الكافر على المسلم ولا تثبت ولاية المسلم على الكافر أي ولاية التزويج وولاية التصرف في المال إلا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا فتثبت له ولاية التزويج

(1) أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، ص: 19.

(2) سورة النساء، الآية: 141.

(3) أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، ص: 18.

(4) فاطمة شحاتة أحمد زيدان، تشريعات الطفولة، دار الجامعة الجديدة، (دون مكان الطبع)، (دون رقم الطبعة) ،

2008، ص: 56.

(5) سورة الأنفال، الآية: 73.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

بالقربة وولاية التصرف في المال لأن سلطان المسلمين تثبت له الولاية العامة على الجميع⁽¹⁾

وفي المبسوط أن الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر لولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم لأن الكفر يسلب أهلية ولاية الكافر على المسلم لأن ولاية النكاح بالقربة وولاية التصرف في المال التي لم تثبت للمسلم على الكافر مبناها التوارث ولا توارث مع اختلاف الدين، أما سائر أنواع الولاية فتأبته للمسلم على الكافر⁽²⁾. كما أنه إذا كان الأب غير مسلم فلا يلي أمور ابنه المسلم⁽³⁾.

هذا بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من اختلاف الدين بين الولي والمولي عليه، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم يورد أي نص يتعلق بخصوص هذه المسألة وعملا بنص المادة مائتين واثنين وعشرون من قانون الأسرة الجزائري فتجوز ولاية المسلم على غير المسلم حسب ما ورد في الفقه الإسلامي.

الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين على الوصاية.

أولاً: الوصاية لغة.

والوصاية والوصية والوصاة كلها بمعنى واحد هو الموصى به، وهي مصدر وصي تعني طلب شخص شيئاً من غيره ليفعله حال حياته، وهي أوصيت إليه إذا جعلته وصياً⁽⁴⁾. والاسم (الوصاية) بفتح الواو وكسرهما⁽⁵⁾. والوصي أيضاً من يوصى لأجل القيام على شؤون الصغير⁽⁶⁾.

(1) أحمد نصر الجندي، مرجع سابق، ص: 18-19.

(2) المرجع السابق، ص: 19.

(3) وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، الجزء 8، ص: 711.

(4) ابن منظور، لسان العرب، (394/15).

(5) الرازي، مختار الصحاح، ص: 387.

(6) إبراهيم مصطفى، المعجم الوسيط، المكتبة الإسلامية، الجزء 2، ص: 1038.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

الوصاية اصطلاحاً: هي إقامة الإنسان غيره مقام نفسه بعد وفاته لينظر في شؤون تركته وما يتعلق بها من ديون ووصايا في شؤون أولاده الصغار ورعايتهم وهي اسم لما أوجبه الموصي في ماله بعد موته⁽¹⁾.

وهي تعني أيضاً من يعينه الولي أو القاضي لحفظ ورعاية مال القاصر والوصي هو من يقيم مقام الولي الشرعي وقد يكون مختاراً أي حصل اختياره من أحد الوالدين من بعدهما بطريق الإيصاء وقد يكون معيناً من قبل القاضي⁽²⁾.

والوصاية تثبت لكل شخص غير الأب والجد⁽³⁾.

ويصح الإيصاء للمرأة في رأي أكثرية العلماء لأن عمر رضي الله عنه أوصى إلى ابنته حفصة أم المؤمنين، ولأنه تصح شهادتها وتصرفاتها المالية كالرجل فتجوز وصايتها.

ويصح الإيصاء للأعمى في رأي الجمهور، لأنه خبير يحسن التصرف كالمبصر، ولأنه تصح شهادته وولايته في الزواج وعلى أولاده الصغار فيصح الإيصاء إليه⁽⁴⁾.

والإيصاء شرط استمراره صحيحاً إلى وقت موت الموصي أن يستمر الموصي عاقلاً إلى وقت وفاته، فإذا جن الموصي أو عته ولو بعد قبول الموصي إليه فإن الإيصاء يبطل ولو استفاق بعد ذلك، فإنه لا بد من إيجاب جديد، وذلك لأن الإيصاء تصرف غير لازم والتصرفات الغير لازمة يشترط في بقائها ما يشترط في إنشائها من الأهلية المكتملة لمنشأها⁽⁵⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، 7/333.

(2) بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية، دار النشر، مطبعة المنار، سطيف، الطبعة الأولى، 2011، ص: 27-28.

(3) فاطمة شجاعة، مرجع سابق، ص: 62.

(4) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ج 8، ص714.

(5) أبو زهرة، مرجع سابق، ص: 483.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

ثانيا: أثر اختلاف الدين بين الموصي والموصي إليه.

يشترط في الوصي الذي يختاره الأب أو الجد أن يكون بالغاً عاقلاً رشيداً متحداً الدين مع المولى عليه.

كما انه يتم اشتراط الإسلام في حق المولى عليه المسلم، فلا ولاية لكافر على مسلم، لأن الإيضاء كالولاية، ولا ولاية لغير المسلم على المسلم⁽¹⁾.

وعليه لا تصح الوصاية لغير المسلم كما ذكرنا سابقاً لأن الوصاية كالولاية لقوله تعالى: {ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً}⁽²⁾.

ويشترط أيضاً في الوصي أن يكون عدلاً والكافر هو غير عادل وبالتالي لا تصح وصايته وهذا ما جاء في قوله تعالى: {لَا يَرْقُبُونَ فِي مُؤْمِنٍ إِلَّا وِلَاةً نَّمَةً}⁽³⁾.

هذا بالنسبة لموقف الفقه الإسلامي من مسألة اختلاف الدين بين الوصي والموصي إليه، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فنجده يشترط في الوصي ما يشترطه الفقه الإسلامي حيث نجده نص صراحة على اشتراط الإسلام في الوصي بنص المادة ثلاثة وتسعون من قانون الأسرة الجزائري علي: (يشترط في الوصي أن يكون مسلماً عاقلاً بالغاً أميناً حسب التصرف وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة).

الفرع الثالث: أثر اختلاف الدين على التقديم.

أولاً: تعريف القوامة.

لغة: مأخوذة من قام على الشيء قياماً أي حافظ عليه وراعى مصالحه، ومن ذلك القيم وهو الذي يقوم على شأن شيء، ويليه ويصلحه ويتعهدده ويحسن رعايته، والقيم

(1) وهبة الزحيلي، مرجع سابق، (714/8).

(2) سورة النساء، الآية: 141.

(3) سورة التوبة، الآية: 10.

الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و غير المالية لمسائل الأحوال الشخصية.

والقوام بمعنى واحد والقوام أبلغ وهو القائم بالمصالح والتدبير والتأديب والقيم والناظر والمتولي في باب الوقف بمعنى واحد⁽¹⁾.

فالقيم إذا لغة هو سيد الأمر، بمعنى التكفل لقوله تعالى: {الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ}⁽²⁾. فالمراد بها قيام الرجال بأمر النساء والتكفل بشؤونهن.

القوامة اصطلاحاً: اصطلاح الفقهاء على لفظ القيم بمعنى المتولي والناظر، وهو القيم على الصغير والمجنون والسفيه والمال. ويريدون به الأمين يتولى أمره ويقوم بمصالحه قيام الحفظ والصيانة⁽³⁾، وعليه فإن القيم هو نائب عن المحجور عليه يعينه القاضي لبيأشر به عنه التصرفات الشرعية⁽⁴⁾.

وعليه المقدم حسب المادة تسعة وتسعون من قانون الأسرة الجزائري هو: (المقدم هو من تعينه المحكمة في حالة عدم وجود ولي أو وصي على من كان فاقد الأهلية أو ناقصها بناء على طلب أحد الأقارب أو ممن له مصلحة أو من النيابة العامة)، والمقدم يقوم مقام الوصي ويخضع لنفس الأحكام⁽⁵⁾.

ثانياً: أثر اختلاف الدين بين المقدم والمقدم عليه.

يشترط في المقدم ما يشترط في الوصي حسب المادة مئة من ق.أ.ج، وعليه يشترط في المقدم أن يكون عدلاً أميناً ويحسن التصرف وأن يكون من نفس الدين، أي لا يوجد اختلاف بينهما في الدين، وعليه إذا اختلف الدين بينهما لا يصح التقديم، لأن ذلك بنص صريح في قانون الأسرة الجزائري وفي المادة مئة منه التي جاء فيها مايلي: (يقوم المقدم مقام الوصي).

(1) ابن منظور، لسان العرب، (3784/15).

(2) سورة النساء، الآية: 34.

(3) بلقاسم شتوان، مرجع سابق، ص: 29-30.

(4) المرجع السابق، ص: 30.

(5) أحمد نصر الجندي، شرح قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق، ص: 183.

الخاتمة

من خلال هذه الدراسة البسيطة لأثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري، يتبين لنا أن أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية يختلف من مسألة إلى أخرى. فقد بذلت قصارى جهدي ليخرج هذا الموضوع بشكل مبسط ومتكامل وعليه فقد توصلنا إلى النتائج التالية:

- شرع الله عز وجل الزواج ، وجعله الطريق المشروع لحفظ النوع الإنساني وإعفاف المرء من الوقوع في الفاحشة. كلا من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري لا يسمحان بالزواج بين المسلم وغير المسلمة أي المرأة التي لا تدين بدين سماوي باستثناء المرأة الكتابية. كما أنه لا يجيز كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري للمسلمة بالزواج مع غير المسلم أيا كان سواء كان كتابي أو لا، وهذا المنع ثابت في القرآن والسنة.
- إذا ارتد أحد الزوجين دون الآخر فيكون الزواج بهذه الردة باطلا.
- ذهب جمهور الفقهاء إلي أنه لا يجوز للمسلم أن يلي زواج موليته غير مسلمة حتى ولو كان أبا ، وكذلك لا يجوز لغير المسلم أن يلي المسلم.
- اتفق معظم الفقهاء على أنه لا يصح زواج مسلم مع مسلمة بشهادة غير المسلم وكذلك لا تجوز شهادة غير المسلم بغض النظر عن كون الزوجة كتابية أم مسلمة. وذهبوا أيضا إلا أنه تجوز شهادة المسلم على غير المسلم بشرط ألا تكون بينهما عداوة.
- لا خلافا بين الفقهاء في وجوب نفقة الزوجة الكتابية علي زوجها المسلم يري جمهور الفقهاء أن الزوجة تستحق النفقة من زوجها عند رده أمه إذا كانت الزوجة هي المرتدة فتسقط نفقتها.
- تصح الوصية مع اختلاف الدين سواء كانت من المسلم إلى الكافر أو العكس، وكذلك تعتبر صحيحة وصية المرتد.

الخاتمة

- لا يرث كل من الكافر والمرتد المسلم، وكذلك لا يرث المسلم الكافر والمرتد.
- لا تصح الحضانة مع اختلاف الدين في الفقه الإسلامي، أما المشرع الجزائري فلم يشترط إسلام الحاضن.
- لا تصح الوصاية والتقديم مع اختلاف الدين .

التوصيات:

نجد أن المشرع الجزائري أغفل ذكر أحكام المسائل الخاصة بموضوع بحثنا حيث نجده أهمل الكثير من المسائل ولم يورد لها نص خاص بها كزواج المسلم بغير المسلمة، واختلاف الدين في الولاية على الزواج والشهادة. واختلاف الدين في الحضانة والنفقة تاركا الحكم في هذه المسائل للشريعة الإسلامية بنص المادة مائتين واثنين وعشرون بقولها: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون ترجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية". إلا أنه قد اكتفى بذكر خمسة مواد فقط. ولهذا نوصي بتعديل قانون الأسرة الجزائري وإضافة مواد جديدة تتعلق بهذه المسائل.

قائمة المراجع المعتمدة

• القرآن الكريم.

• الحديث الشريف.

1- أبو عبد الله محمد إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع).

2- مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، بيروت لبنان، دار إحياء التراث العربي، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع).

3- شيخ الحافظ جلال الدين السيوطي، سنن النسائي، دار المعرفة، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 1991

أولاً: الكتب

4- ابن القيم الجوزية، أحكام أهل الذمة، دار رماد للنشر و التوزيع، السعودية، الطبعة الأولى 1997.

5- أحمد الحجي الكردي، الأحوال الشخصية، منشورات جامعة دمشق، الطبعة التاسعة 2005.

6- أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، (دون رقم الطبعة)، 1997.

7- أحمد نصر الجندي، التعليق على قانون الولاية على المال، دار الكتب القانونية مصر (دون رقم الطبعة)، 2004.

8- أحمد نصر الجندي، الحضانة و النفقات في الشرع و القانون، دار الكتب القانونية (دون رقم الطبعة)، 2004.

- 9- باديس ديابي، آثار فك الرابطة الزوجية، دار الهدى، عين مليلة، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع).
- 10- بدران أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، مطبعة دار التأليف (دون مكان الطبع)، الطبعة الثانية، 1961.
- 11- بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشرعية الإسلامية واليهودية والمسيحية، مؤسسة شباب الجامعة الإسكندرية (دون رقم الطبعة)، 1984.
- 12- بلحاج العربي، أحكام التركات والمواريث، دار الثقافة للنشر والتوزيع (دم)، الطبعة الأولى، 2009.
- 13- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية (دون مكان الطبع)، الطبعة السادسة، 2010.
- 14- بلقاسم شتوان، النيابة الشرعية في ضوء المذاهب الفقهية والقوانين العربية دار النشر مطبعة المنار، سطيف، الطبعة الأولى، 2011.
- 15- جميل فخري محمد جانم، آثار عقد الزواج في الفقه الإسلامي و القانون، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.
- 16- حمدي باشا عمر، عقود التبرعات بين الهبة والوصية والوقف، دار هومة للطباعة والنشر و التوزيع، الجزائر، (دون رقم الطبعة)، 2004.
- 17- السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، (دون مكان الطبع)، الطبعة الأولى، (دون تاريخ الطبع).
- 18- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر، الطبعة الثالثة، 1996.

19- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية الطبعة الأولى، 2007.

20- عبد المؤمن بلباقي، التركات و المواريث، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر الطبعة الثانية 2003.

21- عبد الودود محمد السرييني، الوصايا و الأوقاف و المواريث في الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية للطباعة و النشر، (دون مكان الطبع)، (دون رقم الطبعة)، 1997.

22- عبد الله بن قدامه، المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع).

23- عثمان التكروري، شرح قانون الأحوال الشخصية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، (دون مكان الطبع)، الطبعة الأولى، 2004.

24- العربي بختي، أحكام الطلاق وحقوق الاولاد في الفقه الإسلامي، مؤسسة كنوز للحكمة للنشر والتوزيع، (دون مكان الطبع)، الطبعة الأولى، 2013.

25- علاء الدين الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع).

26- الغوثي بن ملح، قانون الأسرة الجزائري على ضوء الفقه و القضاء، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، الطبعة الثانية، (دون تاريخ الطبع).

27- ماجدة مصطفى شبانة، النيابة القانونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى 2004.

28- محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج و آثاره، دار الفكر العربي للطبع والنشر (دون مكان الطبع)، الطبعة الثانية، (دون تاريخ الطبع).

- 29- محمد زيد الأبياني، شرح الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، منشورات الحلبي الحقوقية، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع).
- 30- محمد عبد الله بخيت و محمد عقلة العلي، الوسيط في فقه المواريث، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2007.
- 31- محمد كمال الدين الإمام وجابر عبد الهادي سالم الشافعي، مسائل الأحوال الشخصية منشورات الحلبي الحقوقية، (دون مكان الطبع)، الطبعة الأولى، 2007.
- 32- محمد محدة، التركات و المواريث، دار الفجر للنشر و التوزيع، (دون مكان الطبع) الطبعة الأولى، 2004.
- 33- محمد محي الدين، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، المكتبة العلمية (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع).
- 34- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية للطباعة والنشر بيروت، الطبعة الرابعة، 1983.
- 35- المصري مبروك، الطلاق وآثاره في قانون الأسرة الجزائري، دار هومة الجزائر (دون رقم الطبعة)، 2010.
- 36- منصور كافي، المواريث في الشريعة والقانون، دار العلوم للنشر والتوزيع (دون مكان الطبع)، (دون رقم الطبعة)، 2008.
- 37- وهبة الزحيلي، موسوعة الفقه الإسلامي، دار الفكر، (دون مكان الطبع)، الطبعة الثالثة 2012.
- 38- الياس ناصيف، الوصية للمسلمين في القانون الدولي الخاص، توزيع منشورات الحلبي، (دون مكان الطبع)، الطبعة الثانية، 2007.

ثانيا: المعاجم و القواميس

- 39- ابراهيم المصطفى، معجم الوسيط، مطبعة الأميرية، مصر، (دون رقم الطبعة)، 1961.
- 40- ابن منظور، لسان العرب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، (دون رقم الطبعة)، (دون تاريخ الطبع).
- 41- أحمد ابن علي الرافعي، المصباح المنير، المطبعة الأميرية، القاهرة، الطبعة السادسة (دون تاريخ الطبع).
- 42- محمد رواس، معجم لغة الفقهاء، دار النفائس، بيروت، الطبعة الأولى، (دون تاريخ الطبع).

ثالثا: النصوص القانونية والاجتهادات القضائية.

- 1- القانون 84-11، مؤرخ في 09 رمضان عام 1404هـ الموافق 09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر 05-02 المؤرخ في 18 محرم عام 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م (الجريدة الرسمية العدد 15، مؤرخة في 27 فبراير 2005 م)
- 2- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 17/03/1998 ملف رقم 179555، عدد خاص.
- 3- قرار صادر عن المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، بتاريخ 14/04/1982 ملف رقم 24770، عدد4.

فهرس الموضوعات

- مقدمة.....أ-ث
- 1.....الفصل الأول: أثر اختلاف الدين على الرابطة الزوجية.
- 2.....المبحث الأول: أثر اختلاف الدين على الزوجين
- 3.....المطلب الأول: زواج المسلم بغير المسلمة.
- 3.....الفرع الأول: زواج المسلم بمن ليس لها كتاب
- 3.....أولاً: تعريف من ليس لها كتاب
- 3.....ثانياً: حكم زواج المسلم بمن ليس كتاب
- 4.....ثالثاً: الحكمة من تحريم زواج المسلم بمن ليس لها كتاب
- 4.....الفرع الثاني: زواج المسلم بمن لها شبهة كتاب (مجوسية)
- 4.....أولاً: تعريف المجوسية.
- 4.....ثانياً: حكم زواج المسلم بمن لها شبهة كتاب
- 6.....الفرع الثالث: زواج المسلم بمن لها كتاب
- 6.....أولاً: تعريف أهل الكتاب
- 6.....ثانياً: حكم زواج المسلم بمن لها كتاب
- 8.....ثالثاً: الحكمة من نكاح الكتابية.
- 9.....المطلب الثاني: زواج المسلمة بغير المسلم
- 9.....الفرع الأول: حكم زواج المسلمة بغير المسلم
- 9.....أولاً: من القرآن الكريم
- 11.....ثانياً: من الحديث و أقوال بعض الصحابة
- 12.....الفرع الثاني: الحكمة من تحريم نكاح المسلمة بغير المسلم

- 14.....المطلب الثالث: أثر تغيير الدين على عقد النكاح.
- 14.....الفرع الأول: إسلام أحد الزوجين.
- 14.....أولا: متى يصير الكافر مسلما.
- 15.....ثانيا: أثر إسلام أحد الزوجين على عقد النكاح.
- 16.....ثالثا: أثر الفرقة الحاصلة بإسلام أحد الزوجين على عقد النكاح.
- 17.....الفرع الثاني: ردة أحد الزوجين.
- 17.....أولا: تعريف الردة.
- 19.....ثانيا: أثر ارتداد أحد الزوجين على عقد النكاح.
- 21.....المبحث الثاني: أثر اختلاف دين الولي و الشهود.
- 21.....المطلب الأول: أثر اختلاف دين الولي.
- 23.....الفرع الأول: ولاية المسلم على غير المسلم.
- 24.....الفرع الثاني: ولاية غير المسلم على المسلم.
- 26.....المطلب الثاني: أثر اختلاف دين الشهود.
- 28.....الفرع الأول: شهادة غير المسلم على المسلم.
- 29.....الفرع الثاني: شهادة المسلم على غير المسلم.
- الفصل الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية و الغير مالية لمسائل الأحوال الشخصية
- 31.....
- المبحث الأول: أثر اختلاف الدين على الآثار المالية لمسائل الأحوال الشخصية.
- 32.....
- المطلب الأول: أثر اختلاف الدين على النفقة.
- 32.....

- 34.....الفرع الأول: أثر اختلاف الدين على نفقة الزوجة.
- 35.....أولا: نفقة الزوجة الكتابية.
- 36.....ثانيا: نفقة الزوجة عند إسلامها.
- 37.....ثالثا: نفقة الزوجة عند ردة الزوج.
- 38.....رابعا: نفقة الزوجة عند ردتها.
- 39.....الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين على نفقة الأقارب.
- 42.....المطلب الثاني: أثر اختلاف الدين على الوصية.
- 44.....الفرع الأول: وصية المسلم للكافر.
- 44.....أولا: وصية الذمي.
- 45.....ثانيا: وصية المستأمن.
- 45.....ثالثا: وصية الحربي.
- 46.....الفرع الثاني: وصية الكافر للمسلم.
- 46.....الفرع الثالث: وصية المرتد.
- 48.....المطلب الثالث: أثر اختلاف الدين على الميراث.
- 51.....الفرع الأول: ميراث المسلم من الكافر.
- 53.....الفرع الثاني: ميراث الكافر من المسلم.
- 54.....الفرع الثالث: ميراث المرتد.
- 55.....أولا: ميراث المسلم من المرتد.
- 56.....ثانيا: ميراث المرتد من المسلم.

المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين على الآثار الغير مالية لمسائل الأحوال

57.....	الشخصية.....
57.....	المطلب الأول: أثر اختلاف الدين على الحضانة.....
57.....	الفرع الأول: تعريف الحضانة.....
59.....	الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين بين الحاضن و المحضون.....
62.....	المطلب الثاني: أثر اختلاف الدين على صور النيابة الشرعية.....
63.....	الفرع الأول: أثر اختلاف الدين على الولاية.....
63.....	أولاً: تعريف الولاية على المال.....
65.....	ثانياً: أثر اختلاف الدين بين الولي و المولى عليه.....
66.....	الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين على الوصاية.....
66.....	أولاً: تعريف الوصاية.....
68.....	ثانياً: أثر اختلاف الدين بين الموصي و الموصى عليه.....
68.....	الفرع الثالث: أثر اختلاف الدين على التقديم.....
68.....	أولاً: تعريف القوامة.....
69.....	ثانياً: أثر اختلاف الدين بين المقدم والمقدم عليه.....
71.....	الخاتمة.....
74.....	قائمة المراجع المعتمدة.....
80.....	فهرس الموضوعات.....