

جامعة مولود معمري- تيزي وزو

كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق



أثر اختلاف الدين على الحقوق المتعلقة بقضايا الأسرة في ضوء قانون الأسرة الجزائري

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر

تخصص القانون الخاص الداخلي

تحت إشراف الأستاذ:

زوانتي بلحسن

من إعداد الطالبة:

عبد مزيام فتيحة

لجنة المناقشة:

الأستاذ(ة): بوفراش صفيان رئيسا.

الأستاذ(ة): زوانتي بلحسن مشرفا و مقرا.

الأستاذ(ة): شيهاني أعر ممتحنا.

السنة الجامعية:

2017/2016

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الإهداء

لي أُمِّي قرة عيني التي رآني قلبها قبل عينها و حضنتني أحشاءها قبل يديها و التي

حُرمت نفسها لتسعينني

لي أبي الذي كبرني و علمني اللهم ارزقه جزاء إحسانه لي الفردوس الأعلى من الجنة رحمه الله

لي ألفتي و بحجتي ابنتي الغالية مريم

لي رمز الصداقة و الفخر و الأخوة صديفتي الحبيبة و الغالية ذهبية

لي أخواتي النعمة التي لا يعرف عظمها إلا من تمتع بها بي أسعدهم و لا تخرمني وجودهم

لي صديفتي حياة و لي كل من يعرفني و من قدم لي المساعدة

لي من قدم لي يد العون و لم يخذل بالنصائح لي أستاذي العزيز زوانتي لحسن

شكر و تقدير

الحمد لله الذي أنار لي درب العلم و المعرفة و أعانني على أداء

هذا الواجب و وفقني على إنجاز هذا العمل.

أتوجه بجزيل الشكر و الإمتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو

من بعيد على إنجاز هذا العمل، و أخص بالذكر الأستاذ

المشرف زوانتي بالحسن الذي لم يبخل علي بالتوجيهات و

نصائحه القيّمة التي كانت عوناً لي في إتمام هذا البحث.

قائمة المختصرات:

ح ر : حديث رقم

د س : دون سنة

ص : الصفحة

ع : عدد

غ أ ش : غرفة أحوال الشخصية

ق أ ج : قانون الأسرة الجزائري

ق م : قانون مدني

ق ج : قانون الجنسية

م ع : المحكمة العليا

م م : معدل و متمم

ق : قانون

ط : طبعة

م ق : مجلة قضائية

د ط : دون طبعة

م أ : مجلس الأعلى

مقدمة

لقد عاش المسلمون قديما كما يعيشون حديثا، في جو من التعايش مع كثير من الطوائف التي تخالفهم في العقيدة، و ظل هذا شأنهم عبر كل العصور المختلفة، و كان حتما أن تتصل تلك الطوائف بالمسلمين، فتنشأ بينهم علاقات و معاملات متنوعة، تستدعي الحاجة إلى معرفة حكمها، و هذا ما يؤدي إلى ظهور مسألة اختلاف الدين، وما يترتب عليها من أحكام في العادات والعبادات، كأن يكون بين شخصين مختلفين في الدين، أحدهما مسلما، و الآخر غير مسلم (مشركا)، أو مجوسيا أو يهوديا أو نصرانيا، علاقة تتعلق بالتزويج أو الوصاية أو الكفالة أو الميراث أو تصرف من تصرفات التبرع وغيرها.

و المقصود بالدين العقيدة التي عليها الشخص، لكن قد يكون اختلاف الدين أصليا، و قد يكون طارئا كيهودي يعتنق الإسلام، كما يعتبر أيضا الزواج المختلط سببا في ظهور هذه المسألة. وقد اقتصرنا في بحثنا على دراسة أثر اختلاف الدين على الحقوق المتعلقة بشؤون الأسرة دون غيرها، لأهمية هذا الموضوع و كثرة انتشار هذه الظاهرة، وعدم اهتمام الناس بها رغم خطورتها، وقد تطرقنا إلى المسائل التي يترتب على اختلاف الدين فيها الأثر البالغ في التعامل بين الأشخاص من المنظور القانوني والشرعي، لذا سنحاول أن نبين رأي المشرع الجزائري و موقفه في معالجة هذه المسألة، مع ذكر آراء الفقهاء المسلمين بشأن ذلك.

ولعل من أهم الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار الموضوع هو الانتشار اللافت لظاهرة اختلاف الدين في المجتمع مع غياب الشعور العام بخطورة ذلك، خاصة مع زيادة عدد غير المسلمين في المجتمع الجزائري، و ذلك بسبب كثرة المؤسسات و الاستثمارات الأجنبية التي جلبت عدد كبير من الأجانب الذين يعملون على فرض عاداتهم وثقافتهم في مجتمعنا، وأيضاً ما فرضته الوسائل الحديثة لتكنولوجيا الإعلام والاتصال من تسهيل لعمليات التعارف ومن ثم إقامة الكثير من العلاقات بين الأفراد من مختلف المجتمعات

عبر العالم، كالزواج والتبرعات فيما بينهم مثلا دون مراعاة مسائل اختلاف الدين بين هؤلاء. ومع هذا نجد أن المشرع لم يتطرق إلى الكثير من المسائل التي تترتب عنها أحكام خاصة، فيما يتعلق باختلاف الدين بشأن أطرافها.

في ضوء هذه الاعتبارات التي كانت حافزا لنا لتناول هذا الموضوع نحاول معالجته من خلال طرح الإشكالية التالية: ما هي المسائل المتعلقة بالأسرة والتي يجب مراعاة اختلاف الدين بين أطرافها، لما يترتب عن ذلك من أحكام؟ وما موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

لدراسة هذا الموضوع والإجابة على الإشكالية المطروحة، قمنا بتوظيف المنهجان الوصفي والتحليلي، من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع اختلاف الدين التي وردت في قانون الأسرة الجزائري، مع ذكر موقف فقهاء الشريعة متى اقتضى الحال ذلك، لكشف الاختلافات والثغرات التي شابت قانون الأسرة .

هذا وقد اعترضتنا بعض الصعوبات أثناء البحث تجسدت بشكل خاص في قلة المراجع التي تناولت موضوع اختلاف الدين في الحقوق المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة بوجه عام، وندرة المراجع الجزائرية بوجه خاص، لهذا اضطررنا إلى الاستعانة بالمراجع التي تتناول قوانين أجنبية بالرغم أن الموضوع يدور حول رأي المشرع الجزائري.

وقد تناولنا هذا البحث وفق خطة مقسمة إلى مقدمة و فصلين و خاتمة.

تناولنا في الفصل الأول أثر اختلاف الدين على الحقوق غير المالية المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة، الذي قسمناه بدوره إلى مبحثين، بحيث خصصنا المبحث الأول لأثر اختلاف الدين على الحقوق المتعلقة بالنيابة الشرعية التي تشمل الولاية على النفس و الكفالة و الوصاية، أما المبحث الثاني لأثر اختلاف الدين في الحضانة التي خصصنا لها مبحث كامل لسعة نطاقها.

أما الفصل الثاني نتناول فيه أثر اختلاف الدين على الحقوق المالية (المادية) المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة، الذي قسمناه بدوره إلى مبحثين، فقد خصصنا المبحث الأول لأثر اختلاف الدين في الحقوق المتعلقة بالتصرفات التبرعية، و المبحث الثاني لأثر اختلاف الدين في الحقوق المتعلقة بالتصرفات غير التبرعية.

الفصل الأول :

أثر اختلاف الدين على الحقوق
غير المالية المتعلقة بقضايا شؤون
الأسرة

الحقوق غير المالية هي الحقوق التي لا تقبل التقويم بالنقود ، وبالتالي فهي حقوق خارجة عن دائرة التعامل لا يجوز التصرف في هذه الحقوق بأي نوع من أنواع التصرف ، كما أنه لا يجوز الحجر عليها ، و من الجدير بالذكر أيضا أن الحقوق غير المالية كحق الأسرة أو الحقوق اللصيقة بالشخصية لا تخضع لقواعد النظرية العامة للالتزام في القانون المدني ، و تنقسم الحقوق غير المالية إلى نوعين و هي الحقوق اللصيقة بالشخصية و حقوق الأسرة ، و ما يهمنا في موضوعنا هو الحقوق المتعلقة بالأسرة و التي سندرسها من حيث الآثار التي تترتب عن اختلاف الدين بين الأطراف أصحاب الشأن بهذه الحقوق، وهي النقطة المهمة التي سنحاول معالجتها في مبحثين ، على النحو التالي :

المبحث الأول : أثر اختلاف الدين على الحقوق المتعلقة بالنيابة الشرعية.

المبحث الثاني : أثر اختلاف الدين على الحضانة.

المبحث الأول : أثر اختلاف الدين على الحقوق المتعلقة بالنيابة الشرعية

نصت المادة 44 من القانون المدني على أن : " يخضع فاقد الأهلية ، و ناقصوها ، بحسب الأحوال لأحكام الولاية ، أو الوصاية ، أو القوامة ، ضمن الشروط و وفقا للقواعد المقررة في القانون "(1) و القانون المقصود هنا هو قانون 84-11 المتضمن تقنين الأسرة الجزائري المعدل و المتمم ، و الذي يختص بتنظيم النيابة الشرعية في الباب الثاني ، حيث تنص المادة 81 من القانون الأسرة الجزائري على : " 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 "(2) و من خلال نص هذه المادة فإن النيابة الشرعية تكون عن طريق الولاية و الوصاية و التقديم و ذلك وفقا لشروط معينة ، و تضاف إليها الكفالة التي وردت في الفصل السابع من نفس الباب. و ما يهمنا في هذا النظام هو معرفة أثر اختلاف الدين في موضوع الولاية و الوصاية و الكفالة ، و هذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المبحث الذي قسمناه إلى ثلاثة مطالب :

المطلب الأول : أثر اختلاف الدين في الولاية على النفس.

المطلب الثاني : أثر اختلاف الدين في الوصاية.

المطلب الثالث : أثر اختلاف الدين في الكفالة.

¹ - الأمر رقم 75-58 ، المؤرخ في 26/09/1975 ، يتضمن قانون المدني الجزائري ، المعدل و المتمم بقانون 07-05 ، المؤرخ في 13/05/2007 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية عدد 31 ، ، المادة 44.

² - قانون رقم 84/11 ، مؤرخ في 09/09/1984 ، يتضمن قانون الأسرة الجزائري ، معدل و متمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27/02/2005 . الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، عدد 15 ، المادة 81.

المطلب الأول : أثر اختلاف الدين في الولاية على النفس.

لقد جاء الإسلام مقررًا حقيقة عظيمة تتمثل في جعل الولاية من أعظم واجبات الدين ، بحيث قال الله تعالى : " و المؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض يأمرون بالمعروف و ينهون عن المنكر و تقيمون الصلاة و يؤتون الزكاة و يطيعون الله و رسوله أولئك سيرحمهم الله إن الله عزيز حكيم "(1). و الولاية تنقسم إلى قسمين و هي الولاية على المال و الولاية على النفس ، و في موضوعنا سنقوم بدراسة اختلاف الدين فيما يخص الولاية على النفس ، و سوف نخصص الفرع الأول لتعريفها و الفرع الثاني الولاية على النفس عند اختلاف الدين.

الفرع الأول : تعريف الولاية على النفس

الولاي على النفس هي العناية بكل ما له علاقة بشخص قاصر وهي على أنواع ، الأولى ولاية التأديب و التعليم ، و الثانية ولاية الحفظ و الصيانة ، و الثالثة ولاية التزويج ، و هذه الأخيرة تنقسم إلى ولاية إجبار و ولاية اختيار ، فولاية الإجبار هي الولاية التي تثبت على القاصر و يكون للولي حق التزويج القاصر جبرا عنه ، دون أن يتوقف ذلك مع إذنه أو إذن شخص آخر غيره ، أما ولاية الاختيار فهي التي تثبت على المرأة البالغة العاقلة و التي تكون للمرأة فيها حق المشاركة مع الولي في اختيار الزوج و ما يتعلق بالزواج من أمور أخرى.(2)

و تثبت الولاية على النفس أولا للبنوة ثم الأبوة ثم الأخوة ثم العمومة ، فإن وجد شخصان من جهة واحدة كالأب و الجد الصحيح ، قدم الأقرب ، فإن اتحد شخصان في الجهة و

¹ - سورة التوبة ، الآية 71.

² - حميد سلطان علي الخالدي ، الحقوق للصيغة بشخصية الطفل ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ،

2013 ، ص 359.

الدرجة كالأخ الشقيق مع الأخ لأب قدم الأقوى و هو الشقيق ، و إن اتحد شخصان في الجهة و القوة كابنين و أخوين شقيقين تثبت الولاية لكل منهما⁽¹⁾.

إلا أن الفقهاء اختلف آراءهم في ترتيب الحق في الولاية على النفس :

أولاً : مذهب الحنفية من الولاية على النفس

يرى أصحاب هذا المذهب أن الولاية على النفس سواء كانت ولاية صيانة و حفظ أم كانت ولاية تأديب و تعليم ، أو كانت ولاية التزويج اختيارية أم إجبارية ، تثبت للعصبات من الذكور و هم الذين لا تكون قرابتهم عن طريق الأنثى فقط، و هم مرتبون في استحقاقهم للولاية بحسب ترتيبهم في الميراث فالأبعد يكون محجوباً بالأقرب و حسب الترتيب التالي :

- جهة البنوة ، و أولها الابن ثم ابنه و إن نزل.
- جهة الأبوة ، و أولها الأب ثم الجد لأب ، و إن علا.
- جهة الأخوة ، و أولها الأخ الشقيق ثم الأب ثم ابن الأخ الشقيق ثم ابن الأخ لأب ثم أولادهم على ذات الترتيب.
- جهة العمومة ، و أولها العم الشقيق ثم لأب ثم لأبنائهم و إن نزلوا على ذات الترتيب⁽²⁾.

ثانياً : مذهب المالكية

ذهب فقهاء هذا المذهب إلى ترتيب الأولياء على النفس على النحو التالي:

- الابن و إن كان من الزنا لأنه عصبه.
- الأب.
- الإخوة و يقدم منهم الذي لأب و أم على الذي لأب.

¹ - احمد محمد علي داود ، الأحوال الشخصية ، الجزء 3 و 4 ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2009 ، ص 296.

² - حميد سلطان علي الخالدي ، مرجع سابق ، ص 360.

- الأجداد وإن علوا.
- الأعمام و يقدم منهم الذي لأب و أم على الذي لأب.
- السلطان أو القاضي.
- عامة المسلمين و ذلك في حالة عدم وجود أحد ممن ذكر فيكون لعامة من يحضر من المسلمين الولاية على الصغير و ذلك باختيار من يمثلهم في هذا الأمر⁽¹⁾.

ثالثا: مذهب الشافعية.

ترتيب الأولياء على النفس عند فقهاء هذا المذهب في غير ولاية الإجماع يكون على النحو التالي:

- الأصول، و يتقدم الأب ثم الجد للأب و إن علا.
 - الإخوة، و يقدم الأشقاء منهم على الذين لأب ثم أبناءهم و إن نزلوا و يقدم الشقيق منهم على الذي لأب.
 - الأعمام، و يقدم منهم الذي لأبوين على الذي لأب، ثم أبناءهم و إن نزلوا و يقدم الشقيق منهم.
 - السلطان أو القاضي.
- إما بالنسبة للولاية الإجماع فهي تثبت للأب ثم للجد⁽²⁾.

رابعا: مذهب الحنابلة.

ولاية الحفظ و الصيانة و ولاية التعليم و التأديب، ولاية الاختيار في الزواج تكون بالترتيب الآتي:

- الأصول يقدم الأب ثم الجد و إن علا.
- الأبناء ثم أبناءهم و إن نزلوا.

¹ - حميد سلطان علي الخالدي ، مرجع سابق ، ص 360.

² - مرجع نفسه، ص 360 و 363 و 364.

- الإخوة، ويقدم منهم الشقيق على الذي لأب، ثم أبناءهم و إن نزلوا و يقدم ابن الأخ الشقيق على الذي لأب.
 - الأعمام، و يقدم الذي لأب و أم، على الذي لأب، ثم أبناءهم و إن نزلوا و يقدم الشقيق منهم على الذي لأب.
 - أعمام الأب ثم أبناءهم و إن نزلوا.
 - مولى العتاقة و يسميه فقهاء الحنابلة بالمولى المنعم اي المتفضل بالعتق ثم عصابته بحسب ترتيبهم في الميراث.
 - السلطان أو القاضي.
- إما ولاية الإجماع فهي تثبت للأب ووصيه⁽¹⁾.

الفرع الثاني: الولاية على النفس عند اختلاف الدين.

من أهم الولاية التي تثبت على النفس نجد الولاية على القاصر، و الولاية على النكاح. و سوف نحاول في هذا الفرع إبراز أثر اختلاف الدين في الولاية على النفس لدى القاصر و في النكاح.

أولاً: أثر اختلاف الدين في الولاية على القاصر

لقد اشترط الإسلام في الولي أن يكون أمينا على المولى عليه في نفسه ودينه و متحدا معه في الدين ، فلا ولاية لغير مسلم على المسلم⁽²⁾، و الدليل على ذلك قول الله تعالى : " و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"⁽³⁾ فانه سبحانه و تعالى لن يجعل للكافرين على المؤمنين سبيلا بشرع ، فإن وجد فهذا يخالف الشرع ، و أيضا قال الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين"⁽⁴⁾

¹ - حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل، مرجع سابق، ص 364 و 365.

² - أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 296 و 297.

³ - سورة النساء، الآية 141.

⁴ - سورة النساء، الآية 144.

فمن خلال هذه الآية الله تعالى ينهي عباده المؤمنين عن اتخاذ الكافرين أولياء من دون المؤمنين ، في قول أبو جعفر : و هذا نهى من الله على عباده المؤمنين أن يتخلقوا بأخلاق المنافقين الذين يتخذون الكافرون أولياء من دون المؤمنين ، فيكونوا مثلهم في ركوب ما نهاهم عنه من موالاته أعداءه ، يقول لهم جل ثناؤه : يا أيها الذين آمنوا بالله و رسوله ، لا توالوا الكفار فتؤازروهم من دون أهل ملتكم و دينكم من المؤمنين ، فتكون كمن أوجبت له النار من المنافقين. ثم قال جل ثناؤه متوعدا من اتخذ منهم الكافرين أولياء من دون المؤمنين ، أن هو لم يرتدع عن موالاته ، و ينزجر عن مخالته ، أن يلحقه بأهل ولايتهم من المنافقين الذين أمر نبيه صلى بتبشيرهم بأن لهم عذاب أليم⁽¹⁾.

يشترط في الولي أن يكون متحدا في الدين مع المولى عليه ، فلا تثبت الولاية لغير المسلم ، و في هذا المعنى يقول الإمام ابن قدامة في بيانه لشروط الولاية "الشرط الثالث الإسلام و لا يثبت لكافر ولاية على مسلم و هو قول عامة أهل العلم". و لأن ولاية الكافر على المسلم إذلال لهذا الأخير ، و لأنه يخشى أن يؤثر الولي على الصغير فيحوله عن دين الإسلام إلى دين آخر ، و كما لا تجوز ولاية الكافر على المسلم كذلك لا تجوز ولاية المسلم على الكافر. و في هذا المعنى جاء في الفتاوى الهندية " و لا ولاية لكافر على مسلم أو مسلمة و لا مسلم على كافر أو كافرة ". و يستثنى من هذا الحكم حالة ما لو كان الولي هو القاضي فلا يشترط الإتحاد في الدين بين القاضي و الصغير لأن ولاية القاضي عامة فهو ولي لمن لا ولي له ، سواء كان هذا الأخير مسلما أم غير مسلم ، متحدا في الدين مع القاضي أم لا⁽²⁾.

نستنتج مما سبق أنه لا بد من وحدة الدين بين الولي و المولى عليه، غير أن الثابت في الشريعة الإسلامية أن القاصر عندما يكون في مركز الولد يجب أن يكون على ملة أبيه ، و عليه إذا كان الولي كافرا فلا مانع من أن يكون ولدا على ابنه لأن هذا الأخير ليس أهلا لأن يختار دينه، أما إذا كان الولي مسلما ثم ارتد ففي هذه الحالة يفقد ولايته على أبنائه

¹ - أبو جعفر الطبري ، جامع البيان في تأويل القرآن ، ط 1 ، ج 24 ، مؤسسة الرسالة ، 2000 ، ص 101.

² - حميد سلطان الخالدي ، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل، مرجع سابق ، ص 347 348.

المسلمين بالفطرة، مصداقا لقول الرسول صلى الله عليه و سلم : " كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه"¹

أما المشرع الجزائري عالج مسألة الولاية في الفصل الثاني من الباب الثاني "النيابة الشرعية" ، و لقد بين من خلال المادة 87 قانون الأسرة الجزائري لمن له الحق في الولاية بحيث تنص على "يكون الأب وليا على أولاده القصر ، و بعد وفاته تحل الأم محله قانونا. و في حالة غياب الأب أو حصول مانع له ، تحل الأم محله في القيام بالأمور المستعجلة المتعلقة بالأولاد ، و في حالة طلاق ، يمنح القاضي الولاية لمن استندت إليه حضانة الأولاد"⁽²⁾.

و يبدوا أن المشرع قد حرص على إعطاء الحاضن صلاحيات واسعة ، بحيث جمع في يده الولاية و الحضانة و هو ما يخدم مصلحة القاصر أكثر ، لأن منح الحضانة لشخص و الولاية لآخر من شأنه تعطيل مصالح. إلا أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى مسألة اختلاف الدين في الولاية و لم تنص أي مادة على ذلك ، إلا أن المشرع أحالنا من خلال نص المادة 222 من ق أ ج إلى الشريعة الإسلامية و ذلك في حالة عدم وجود نص قانوني نطبقه.

و بما أن المشرع الجزائري أحالنا إلى الشريعة الإسلامية ، نطبق ما ذهب إليه الفقهاء الذين اشترطوا الإسلام لدى الولي على القاصر ، فيجب أن يكون مسلما و إن كان غير ذلك فلا تجوز الولاية لغير مسلم على مسلم و لا لمسلم على غير مسلم إلا في حالة عدم وجود ولي فالقاضي يكون ولي حتى لو كان غير مسلم لأن هذه الولاية تسمى ولاية عامة.

¹ - محمد بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ج8، دار طوق النجاة، بيروت، 1422هـ، ح ر 6599، ص 23.

² - أمر رقم 02-05 م م، مرجع سابق ، المادة 87 .

ثانيا : أثر اختلاف الدين في الولاية على التزويج

اتفق الفقهاء على أن المرأة إن لم تكن بالغة فلا بد لها من ولي يتولى عقد نكاحها ، أما إذا كانت بالغة فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يجوز لها أن تتولى عقد نكاحها بنفسها ، و أنه لا بد لها من ولي سواء كانت ثيبا أو بكرا . إلا أن الحنفية ذهبوا إلى القول أن ولاية الرجل على المرأة البالغة مستحبة فقط ، و أنه يجوز لها أن تتولى نكاحها بنفسها سواء كانت ثيبا أو بكرا من غير إذن وليها إذا تزوجت بكفاء ، ولم ينقص صداقها عن صداق مثلها⁽¹⁾.

و بالنسبة للمشرع الجزائري فقد أخذ بمذهب جمهور الفقهاء في اشتراط الولي في عقد النكاح و هذا يتبين من خلال نص المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري حيث تنص على ما يلي :

" يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشروط التالية :

- أهلية الزواج

- الصداق

- الولي

- شاهدان

- انعدام الموانع الشرعية للزواج."⁽²⁾

و يترتب على تخلف الولي على عقد الزواج فسخ العقد إن لم يحصل الدخول ، أما بعد الدخول فإنه يثبت⁽³⁾.

هذا حكم الولي في عقد النكاح في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري ، و اتفق الأئمة على أن المسلم يملك أن يزوج المسلمة و الدليل على ذلك قول الله تعالى :

¹ - محمد أبو زهرة ، الولاية على النفس ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ب ط ، ب س ، ص 108.

² - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 09 مكرر ، مرجع سابق.

³ - عبد العزيز سعد ، الزواج و الطلاق في ق أ ج ، ط 3 ، دار هومة ، الجزائر ، 1996 ، ص 127.

" و المؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض "(1) و أن غير المسلم يملك أن يزوج غير المسلمة(2) و الدليل على ذلك قوله عز و جل : " و الذين كفروا بعضهم أولياء بعض "(3) إلا أنه قد يختلف دين الولي عن دين أحد الزوجين و هذا ما يثير مشكلة تزويج المسلم لغير المسلمة و تزويج غير المسلم للمسلمة.

أ- ولاية غير المسلم على المسلمة :

الكافر ليس من أهل الولاية على المسلم ، لأن الشرع قطع ولاية الكافر على مسلمين ، قال الله تعالى : " و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"(4) ، و لان إثبات الولاية للكافر على المسلم تشعر بإذلال لمسلم من جهة الكافر و هذا لا يجوز ، و لهذا صينت المسلمة عن نكاح الكافر(5) . فقد اتفقت المذاهب الأربعة على عدم ثبوتية ولاية الكافر في تزويج مسلمة ، اذ اشترطوا في ولي التزويج أن يكون متحدا مع المولى عليها ديناً . و معناه أنه لو كانت المسلمة التي يراد تزويجها لها أخوان شقيقان أحدهما مسلم و الآخر مسيحي مثلاً ، فالولاية في التزويج للأخ المسلم، و على ذلك فليس للأب غير مسلم ولاية تزويج على ولده المسلم لقوله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود و النصارى أولياء بعضهم أولياء بعض "(6) . فمن خلال هذه الآية فإن الله تعالى ينهي عن اتخاذ اليهود و النصارى أولياء للمسلمين(7) .

1 - سورة التوبة، الآية 71.

2 - بدران أبو العينين بدران ، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية ، مؤسسة شباب الجامعة ، الإسكندرية ، 1984 ، ص 200.

3 - سورة الأنفال ، الآية 31.

4 - سورة النساء ، الآية 141.

5 - احمد محمد علي داود ، مرجع سابق ، ص 294.

6 - سورة المائدة ، الآية 51.

7 - بدران ابو العينين بدران ، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية، مرجع سابق ، ص 201.

و من السنة أن النبي صلى الله عليه و سلم لما أراد أن يتزوج أم حبيبة بنت أبي سفيان و كان أبوها و أخوتها كفارا و هي مسلمة مهاجرة بأرض الحبشة تزوجها من أقرب عصباتها من المسلمين و هو خالد بن سعيد بن العاص⁽¹⁾.

و من خلال مما تقدم ، فإن ولاية غير المسلم على المسلمة محرمة و هذا مستفاد من الأدلة المقدمة ، حتى و لو كان المسلم ابعد نسب و قرابة ، إلا أنه أحق بولاية التزويج من قريب الكافر. أما المرأة التي لم يكن لها ولي من المسلمين فإن القاضي هو الذي يقوم بتزويجها.

كذلك لا ولاية للمرتد مطلقا ، لا على مسلم و لا على كافر، ولا حق على مرتد مثله ، بل و لا ولاية له على نفسه ، فلا يجوز له الزواج من مسلم أو كافر، أو مرتد⁽²⁾.

أما فيما يخص تولي الكتابي لتزويج المسلمة ، فهنا اختلف الأئمة في ذلك حيث اتفقت الحنفية و المالكية و الشافعية و أبو الخطاب من الحنابلة بصحة العقد ، و قال القاضي من الحنابلة إنه لا يزوجه إلا الحاكم ، لأن احمد قال لا يعقد يهودي و لا نصراني في عقد زواج مسلم⁽³⁾.

و بالعودة إلى موقف المشرع الجزائري في ولاية غير مسلم لتزويج المسلمة نجده لم يتطرق إلى حكمه ، بل اكتفى فقط الإشارة إلى أن الولي ركن من أركان الزواج و هذا في المادة 09 مكرر من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر، و ترك تفاصيل شروط الولي إلى أحكام الشريعة الإسلامية وفقا لأحكام المادة 222 ق.أ.ج، التي تنص : " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية "⁽⁴⁾.

¹ - أحمد بن الحسين بن علي بكر البهقي ، دلائل النبوة ، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت ، 1988 ، ص 461.

² - الكساني ، علاء الدين بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2 ، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص 239.

³ - بدران أبو العينين بدران ، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية، مرجع سابق ، ص 201.

⁴ - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 222 ، مرجع سابق.

إلا أن المشرع الجزائري قد ذكر في شخص أولى من الولي شرط الإسلام ألا و هو الوصي، و ذلك في نص المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري ، حيث جاء فيها : " يشترط في الوصي أن يكون مسلماً... " (1) ، و مع ذلك كان عليه أن يبين شروط الولي و أوصافه. و مما سبق بيانه فإنه لا يجوز لغير مسلم أن يلي تزويج موليته المسلمة ، و أن ولي المرأة إذا كان غير مسلم فهو و المعدوم سواء، فتنتقل ولاية المرأة المسلمة إلى من يليه من أصحاب العصابات ، فإن لم يوجد لها ولي مسلم فإن الولاية تنتقل إلى السلطان أو نائبه، و السلطان هو القاضي ، حيث نصت المادة 11 فقرة 2 قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : " ... و القاضي ولي من لا ولي له " (2) ، و ليس المقصود بالقاضي هنا قاضي أحوال الشخصية بل المقصود به حسب ما جرى عليه العمل القضائي رئيس المحكمة التي يقع بدائرة اختصاصها محل إقامة المرأة التي ليس لها ولي (3) .

ب- ولاية المسلم على غير المسلمة:

اتفق الفقهاء في ولاية المسلم على غير مسلمة ، فذهب جمهور الفقهاء عن الحنفية و الراجح عند المالكية ، و هو مذهب الشافعية و الحنابلة إلا أنه لا يجوز للمسلم أن يولي غير المسلمة حتى و لو كان الولي أبا ، و استدلوا على ذلك بنفس الأدلة في تحريم ولاية الكافر على مسلمة ، لقوله تعالى : " ما لكم من ولايتهم من شيء " (4) ، و قال المالكية في القول الثاني عندهم ، يجوز ولاية المسلم على ابنته غير مسلمة، على أن يزوجها والدها من المسلم دون النصراني ، و ذلك لأفضلية المسلم على الكافر، فيثبت

1 - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 93 ، مرجع سابق.

2 - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 11 ، مرجع سابق.

3 - ميرة وليد، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي و القانون ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في العلوم الإسلامية ، تخصص شريعة و القانون، جامعة باتنة ، 2004-2005 ، ص52.

4 - سورة الأنفال، الآية 72.

له ما لا يثبت لغيره⁽¹⁾، بدليل قول الله تعالى : " وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله"⁽²⁾.

هناك حالتين استثنائيتين أين يمكن للمسلم أن يقوم بتولي تزويج غير مسلمة و هما :

- الحالة الأولى: تولي الحاكم المسلم تزويج المرأة غير مسلمة

اتفق الفقهاء على أن للحاكم المسلم تزويج المرأة غير مسلمة ، استنادا إلى أن استحقاقه لهذه الولاية لم يكن بطريق الموالة كالنسب ، حتى يؤثر فيها اختلاف الدين و يكون مانعها، و لكنها استحقت بطريقة الولاية العامة التي بين فيها التقدم صحة ثبوتها من المسلمين على غير المسلمين بصفة كونهم في دار الإسلام ، و على ذلك متى انعدم الولي المناسب للكافرة، زوجها الحاكم المسلم و تولي عقد زواجها من كفاء لها من المسلمين أو الكفار، في قوله عليه الصلاة و السلام : " السلطان ولي لمن لا ولي له"⁽³⁾.

- الحالة الثانية : تولي السيد المسلم تزويج مملوكته غير مسلمة

لقد اتفق الفقهاء في حكمها، بحيث ذهبت الحنفية و الملكية الحنابلة و الشافعية في ظاهر من إلى القول بثبوتها ، و قال المزني و أبو القاسم الدارقي و طائفة إلى أن إسلام السيد يمنعه من تزويج ابنته فيكون مانعا له من تزويج أمته ، و لأن في تزويجه لها تغليباً لولاية الزواج فان المرأة لا تزوج أمتها و إن ملكت عقود إكسابها. و قد نوقش هذا الدليل بأنه لا رابط بين ملك الإكساب و ولاية الزواج ، و استدل الجمهور لمذهبهم بأن ولاية تزويج السيد لأمته ، ولاية لم تستحق بموالة النسب ، فلذا لا يؤثر فيها اختلاف الدين لأنه كولاية المال فلم يمنعها كون السيد مسلماً و الأمة غير مسلمة كسائر الولاية.

¹ - أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي ، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية ، فلسطين ، 2007، ص124.

² - سورة الأنفال، الآية 75.

³ - بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية، مرجع سابق، ص 203.

و لأن هذه الأمة بحاجة إلى تزويج إن لم يستولدها ، و لا ولي لها غيره ، فكان السيد هو المرجع الوحيد لتزويجها فيتولى عقدها لذلك⁽¹⁾.

في حين أن قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق إلى هذه المسألة و ترك الحكم فيها للشريعة، و أحالنا إلى العمل بأحكام المادة 222 من نفس القانون.

المطلب الثاني: أثر اختلاف الدين في الوصاية

تطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري إلى موضوع الوصاية في الفصل الثالث من الكتاب الثاني بعنوان النيابة الشرعية ، و الذي يبدأ بالمادة 92 من قانون الأسرة الجزائري التي تبرز أصحاب الحق في الوصاية ، و سنحاول دراسة موضوع الوصاية من جانب الديني الذي يشمل على أثر اختلاف الدين بين الوصي و الموصى والذي سنعالجه في الفرع الثاني بعد تعريف الوصاية عامة في الفرع الأول. أما فيما يخص مشروعيتها ، فقد اتفق الفقهاء على ثبوتها لمن ثبتت له ولاية في مال ولده، إذ يجوز له أن يوصي إلى من ينظر في ماله فيما بعده. لما روى عن هشام بن عروة أنه قال: "أوصى إلى الزبير تسعة من أصحاب النبي صلى الله عليه و سلم منهم عثمان و المقداد و عبد الرحمن بن عوف و ابن مسعود، فكان يحفظ عليهم أموالهم"⁽²⁾.

الفرع الأول: تعريف الوصاية

الوصاية لغة: يدور معناها حول مدلول واحد و هو العهد إلى الغير للقيام بأمر ما.

أما اصطلاحاً: عرفه الفقهاء كما يلي:

- الحنفية: عرفوا الوصاية على أنها طلب شيء من الغير ليفعله بعد وفاته أو غيبته كقضاء ديونه، و تزويج بناته. فالوصاية عند الحنفية إنابة بعد الموت أو الغيبة.

¹ - بدران أبو العينين بدران ، العلاقات الإجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية ، مرجع سابق ، ص 204.

² - ميرة وليد ، مرجع سابق، ص 77.

• و عرفها المالكية بأنها: عقد يوجب نيابة عن عاقده بعد موته.

• أما الشافعية: فالوصاية عندهم تعريفان هما:

التعريف الأول: إثبات تصرف مضاف لما بعد الموت.

التعريف الثاني: العهد إلى من يقوم على أولاده بعده.

• الحنابلة: جعل التصرف لغيره بعد موته، فيما كان التصرف فيه (1).

فهنا يمكن القول على أن الوصاية حسب تعريفات الفقهاء أنها تكون بعد وفاة الموصى، و على أنها أخص من الوصية و إقامة شخص ما للنظر في شؤون أولاد غيره ، يقوم بأمرهم و يرعى شؤونهم.

و للوصاية قسمان هما:

- الأولى: الوصي المختار و هو الذي يعهد إليه الأب أو الجد بالإشراف على أموال أولاده أو أحفاده.

- الثانية : وصي القاضي و هو الذي ينصبه القاضي للإشراف على التركة و الأولاد و وصي الميت أقوى من وصي القاضي (2) ، و هذه هي وصاية التعيين.

فالوصاية لها دور في حفظ مال القاصر كما قد يكون لها دور في حفظ نفسه (3) ، حسب المادة 92 في قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي : " يجوز للأب و الجد تعيين وصي للولد القاصر إذا لم تكن له أم تتولى أموره..." (4).

فهنا موقف المشرع الجزائري لم يعرف معنى الوصاية ، و لكن قد نظم القانون 84-11 المؤرخ في 13 جانفي 1984 المعدل و المتمم الوصاية في المواد من 92 إلى 98 مع ورود إحالة إلى المواد 88.89.90 من نفس القانون و المتعلقة بسلطات الولي فقد تطرقت هذه المواد إلى من له حق تعيين الوصي ثم شروط تعيينه و السلطات المخولة

¹ - عبد الله محمد سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه و قانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة لحصول على شهادة الدكتوراة في الفقه و الأصول، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، الأردن، 2005، ص 17 و 18.

² - نبيل صقير، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006، ص 295.

³ - عبد الله محمد سعيد ربابعة، مرجع سابق، ص 26.

⁴ - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 92 ، مرجع سابق.

له، ثم انتهاء مهمته ، و في الأخير نصت على محاسبة الوصي و تقديم حساب إلى المحكمة عند انتهاء مهامه.

الفرع الثاني: الوصاية عند اختلاف الدين.

الوصاية هي جعل الغير وصيا على أولاده ، يقوم بأمرهم و يرفع شأنهم ، و من هنا سنتطرق إلى مسألتين تتمثل في دين الوصي و الموصى عند اختلافهما و أثره ، و عليه تتمثل المسألة الأولى في وصاية غير مسلم على أولاد المسلم ، و الثانية هي وصاية المسلم على أولاد غير المسلم، هاتين المسألتين مهمتين في موضوعنا ، لأن عند وصاية مسلم لمسلم أو غير مسلم لغير مسلم فهذا يجوز و لا يثور إشكال .

أولاً: وصاية غير المسلم على أولاد المسلم

اتفق الفقهاء بعدم جوازها ، و ذهب الحنفية إلى أن متى أوصى إلى الكافر أخرجه القاضي و استبدله بغيره⁽¹⁾، و أن الكافر ليس من أهل الولاية على مسلم ، و في هذا القول ربنا تبارك و تعالى : " و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا "(2) هذا و لأن الكافر غير عادل و غير العدل لا تجوز وصايته ، خصوصا إذا كان بأمر يتصل بالمسلمين الذين هم في عدااء معهم ، و الذين وصفهم القرآن الكريم⁽³⁾ بقوله تعالى : " لا يرقبون في مؤمن إلا و لا ذمة "(4) ، و قال الله أيضا : " لا يألونكم خبالا ودوا ما عنتم "(5). هذا حكم وصاية الكافر على المسلم في الفقه الإسلامي و هذا ما اتخذ به المشرع الجزائري ، فقد نص بصراحة على أن يشترط في الوصي أن يكون مسلما حيث نصت المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي : "يشترط في الوصي أن

¹ - بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير مسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية، مرجع سابق، ص 181.182.

² - سورة النساء، الآية 141.

³ - بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير مسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية، مرجع سابق، ص 183.

⁴ - سورة التوبة، الآية 10.

⁵ - سورة آل عمران، الآية 118.

يكون مسلماً... "(1). فهذا المشرع أكد على شرط الإسلام في الوصي، كما أن للقاضي عزله إذا لم يتوفر فيه شرط الإسلام ابتداءً أو بعد ثبوت الوصاية له. كما لو ارتد من الإسلام، وهو ما نصت عليه المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري : "... و للقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة "(2).

كما أن الوصاية لا تثبت إلا بعد عرضها على القاضي، حتى يتسنى لمراقبة مدى توافر الشروط المنصوص عليها في المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري، والتي يأتي في مقدمتها كون الوصي مسلماً، وهو ما أشارت عليه المادة 94 من ق.أ.ج، والتي تنص على ما يلي : " يجب عرض الوصاية على القاضي بمجرد وفاة الأب لتثبيتها أو رفضها "(3). والمعني في ذلك كما سبق الذكر على أن القاضي يراعي شروط المنصوص عليها في المادة 93 من قانون الأسرة الجزائري السالفة الذكر، وفيها إذا توفرت كل الشروط وما فيها من الإسلام يثبت القاضي الوصاية ولكن إذا أخل أحد الشروط فعلى القاضي رفضها، لأن للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً لأحكام المواد (90.89.88) من هذا القانون وهذا ما جاءت به المادة 95 من قانون الأسرة الجزائري(4).

و من هنا يمكن أن نقول أن المشرع الجزائري أخذ بعين الاعتبار شرط الإسلام في الوصي، فلا يجوز وصاية غير مسلم على أولاد المسلم، وهذا ما جاء به بوضوح في المادة 93 قانون الأسرة الجزائري، لأن الوصاية كالولاية، فيجب أن يكون الخلف من جنس السلف(5).

ثانياً: وصاية المسلم على أولاد غير المسلم

لقد اتفق الفقهاء على جواز وصاية مسلم لأولاد غير مسلم، حيث إن المسلم ظاهر الأمانة والعدالة، اللهم إلا إذا كانت تركة غير مسلم مما لا يحل للمسلم التصرف فيه كالخمر والخنزير فحينئذ لا تصح، فجواز ذلك يكون تصرفاً صادراً من أهله(6). لأن في

1 - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة، المادة 93، مرجع سابق.

2 - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة، المادة 93، مرجع سابق.

3 - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة، المادة 94، مرجع سابق.

4 - تنص المادة 95 ق.أ.ج، على ما يلي: " للوصي نفس سلطة الولي في التصرف وفقاً لأحكام المواد (90.89.88) من هذا القانون.

5 - نبيل صقر، مرجع سابق، ص 296.

6 - بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير مسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية، مرجع سابق، ص 181.

في ذلك إعانة لهم على المعصية و الله جل و علا يقول:" و تعاونوا على البر و التقوى و لا تعاونوا على الإثم و العدوان"(1).

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه نص على وجوب الإسلام لدى الموصى دون الموصى عليه في المادة 93 من قانون الأسرة المذكورة أعلاه ، و من ثم فقد يتعين العمل بما نص عليه الفقهاء ، في هذه الحالة بمقتضى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ، التي تحيل القاضي إلى الرجوع لقواعد الشريعة الإسلامية فيما لم يرد النص عليه في القانون، فإنه يجوز أن يكون المسلم وصيا على أولاد غير مسلم، فهذا ان كانت تركته من حلال و الممكن التصرف فيها ، و إذا كانت التركة غير حلال و لا يمكن التصرف فيها فللمسلم رفضها و عدم جوازها.

المطلب الثالث : أثر اختلاف الدين في الكفالة

من المسائل التي فرضت نفسها هي وضعية الطفل سواء كان أبواه مجهولين أو أحدهما، أو كان أبواه معلومين لم يقدر على رعايته و تربيته لظروف اجتماعية و أخرى اقتصادية أجبرتهم على وضعه أو تسليمه إلى من يستطيع اجتماعيا و ماديا رعايته (المادة 119 من قانون الأسرة الجزائري) ، و هذا ما يعرف بالكفالة التي تطرق إليها المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري ، و لقد شرعها الله و الدليل على ذلك في قوله : " و كفلهما زكريا "(2) و قال أيضا ﷺ : " فقال اكفليها و عزني في الخطاب "(3).

و عليه سنخصص الفرع الأول لتعريف الكفالة ، و الفرع الثاني للكفالة عند اختلاف الدين.

الفرع الأول : تعريف الكفالة

يمكن تعريف الكفالة لغة على أنها تربية و رعاية ، فالكافل هو القائم بأمر اليتيم و المربي له(4).

أما اصطلاحا فقد عرفها الفقهاء كما يلي :

ما يعني الولاية على النفس القاصر، و التي هي كفالة القاصر من ناحية المالية و النفسية(1). و تعتبر أيضا إحدى صور الرعاية البديلة التي تعترف بها الشريعة

1 - سورة المائدة، الآية 02.

2 - سورة آل عمران ، الآية 37.

3 - سورة ص ، الآية 23.

4 - علي محمد عبد الحافظ السيد ، الكفالة و تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي ، ط 1 ، دار الفكر ، الإسكندرية ،

2008 ، ص 5.

الإسلامية للطفل الذي فقد رعاية والديه، سواء كان معلوم أو مجهول النسب⁽²⁾. و يعني بها رعاية الطفل من قبل أسرة غير أسرته النووية، سواء كانت من أقاربه أو من غيرهم، و لم تكثف الشريعة الإسلامية بتنظيم الكفالة من خلال نظامها التشريعي، بل شجعت عليها عن طريق قواعد الدينية. و إذن فكفالة الطفل الذي فقد رعاية والديه ممكنة من قبل الأشخاص و الأسر في الشريعة الإسلامية، مع مراعاة مصلحة المكفول في كل ذلك، و هي عبارة عن نظام قانوني محدد في قانون الأسرة الجزائري.

و قد جاء المشرع الجزائري بتعريف الكفالة في نص المادة 116 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي : " الكفالة التزام على وجه التبرع بالقيام بولد قاصر من نفقة و تربية و رعاية قيام الأب بابنه و تتم بعقد شرعي "⁽³⁾.

و من خلال هذه المادة تفيد الكفالة بكونها عبارة عن التزام تطوعي للتكفل برعاية طفل قاصر و تربيته و حمايته بنفس الطريقة التي يتعامل بها الأب مع ابنه ، و تمنح الكفالة بناء على طلب المعني و تكون سواءا أمام القاضي المختص أو الموثق ، و في حالة وجود أبوي الطفل يشترط رضائهما على ذلك ، و خلاف هذا لا يمكن أن تكون الكفالة صحيحة ، و هذا ما نصت عليه المادة 117 من قانون الأسرة الجزائري : "يجب أن تكون الكفالة أمام المحكمة أو أمام الموثق و أن تتم برضا من له أبوان"⁽⁴⁾.

الفرع الثاني : الكفالة عند اختلاف الدين

الكفالة هي رعاية ولد قاصر و تولي شؤونته و لكن المشكل المطروح في حالة اختلاف الدين بين الطرفين سواءا من جهة الكافل أم من جهة المكفول. و هذا ما سنحاول دراسته في هذا الفرع.

أولا : كفالة غير المسلم للمسلم

لقد أوجب قانون الأسرة الجزائري شرط الإسلام ، أي أن يكون الكافل مسلم أي يدين بدين الإسلام حتى يمكنه أن يتكفل بطفل ، و هذا ما نصت عليه المادة 118 من القانون السالف الذكر : " يشترط أن يكون الكافل مسلما... "⁽⁵⁾ ، فإن كان الكافل غير مسلم سواء كان يهوديا أو نصرانيا لا يمكنه أن يمارس الكفالة على طفل مسلم لأن ذلك لا يجوز

¹ - مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط، ط2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007، ص 1065.

² - مجد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 400.

³ - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 116 ، مرجع سابق.

⁴ - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 118 ، مرجع سابق.

⁵ - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 118 ، مرجع سابق.

قانونا و لا شرعا، و أساس ذلك يرجع إلى أن الكافل سيمارس الولاية على نفس المكفول و يتولى كل أموره ، و على ذلك فيجب أن يكون مسلم لقوله تعالى : " لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين و من يفعل ذلك فليس من الله في شيء " (1) و بقوله عز وجل " بشر المنافقين بأن لهم عذابا أليما ، الذين يتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين أيبئتغون عندهم العزة ، فإن العزة لله جميعا " (2) و ما دامت الكفالة تركز أساسا على رعاية المكفول ، فإن الإسلام هو الديانة الفضلى في تربية الفرد و في تكوين أخلاقه و ذلك لقوله عز و جل : " و إنك لعلی خلق عظیم " (3) ، و الأخلاق الإسلامية التي أوصانا بها الرسول صلى الله عليه و سلم تتضمن الصدق و الأمانة و روح المسؤولية و هذه الصفة الأخيرة هي التي تجعل المكفول عندما يكون لدى الكافل في مأمن من كل ما قد يتعرض له من ضرر لروح المسؤولية التي يتصف بها المسلم الكافل.

و ما دامت الجوائر حسب الدستور ديانتها الإسلام ، فإذا وجد أي طفل لقيط فوق أرضها فيسمون بالمسلمين الأحرار كونهم وجدوا في دار الإسلام ، كما أنهم يكتسبون الجنسية الجزائرية طبقا للمادة 7 من قانون الجنسية (4) باعتبارهم مجهولي الأبوين أو مجهولي الأب.

و عليه فالمشرع اعتبر شرط الإسلام شرطا ضروريا و بالتالي غير المسلم سواء مسيحي أو يهودي الديانة أو الملحد أو المشترك عندما يقدم طلب كفالة طفل قاصر يرفض طلبه فالمادة 118 من قانون الأسرة الجزائري واضحة بعبارتها لجعل الإسلام كشرط للكفالة ، و يبقى الإشكال في إثبات شرط الإسلام ، و في مدى اعتبار كل جزائري مسلما خصوصا إذا تحصل على الجنسية بطريقة التجنس ، و كذلك في حالة إن كان مولودا أو مقيما في الخارج خصوصا في دولة أوروبية من أب جزائري و أم أجنبية. كما أن كون الشخص مسلما يعتبر قرينة بسيطة على حسن الخلق إلى حين إثبات العكس من خلال التحقيق الاجتماعي و النفسي الذي تقوم به الجهة المكلفة بإسناد الكفالة.

ثانيا : كفالة المسلم لغير مسلم

إن البر و الإحسان إلى الناس في الإسلام و التعاون بينهم في الطاعات و إقامة المصالح العامة ، كل ذلك جائز بين أهل الأديان المختلفة ، لأنها جميعا قد أمرت بالتراحم و التواصل و التعاون على البر ، و قد ضرب الإسلام المثل الأعلى بالبر بغير

1 - سورة آل عمران ، الآية 28.

2 - سورة النساء ، الآية 138-139.

3 - سورة القلم ، الآية 4.

4 - الأمر رقم 70-86، المؤرخ في 15-12-1970، يتضمن قانون الجنسية الجزائري، م م بالأمر رقم 05-01،

المؤرخ في 27-02-2005، و الموافق بالقانون رقم 05-08، المؤرخ في 04-05-2005، م 7.

المسلمين⁽¹⁾ ، و لقد أباح الله سبحانه في القرآن الكريم تناول طعام أهل الكتاب و تزوج نسائهم في قوله تعالى : " اليوم أحل لكم الطيبات و طعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم و طعامكم حل لهم و المحصنات من المؤمنات و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين و لا متخذي أخدان و من يكفر بالإيمان فقد حبط عمله و هو في الآخرة من الخاسرين "⁽²⁾ ، توجهنا الآية الكريمة إلى حل التعامل مع أهل الكتاب (اليهود و النصارى) و تبادل المنافع معهم و إباحة طعامهم ضيافة و شراء و تزوج من نسائهم ، فمن هنا يمكن أن نقول أن المسلم يمكنه أن يكفل المسلم.

إلا أن كفالة الأيتام غير المسلمين تجوز بشرطين ، الأول يتمثل في عدم تأثيرها على كفالة المسلمين ، و يتمثل الثاني في أن يكون أولئك الأيتام في رعاية و عناية المسلمين ، و بين أظهرهم ، فإن كانوا عند أهلهم الكفار ، أو في ديار الكفر عند مؤسساتهم و مراكزهم لم يجز كفالتهم ، فلا يجوز كفالة أيتام النصارى إذا كانوا في بلادهم و بين ظهرائهم ، حيث أنهم في الغالب بعد البلوغ يكونون بين النصارى و يبقون على دينهم و كفرهم ، فيكون الذي كفلهم قد أعان الكفار و تعاون معهم على بقاء الكفر و تمكنه ، بخلاف ما إذا كان أولاد النصارى قد نزحوا عن بلاد الكفر و استوطنوا بين المسلمين و انقطعت صلتهم بأهل دين النصرانية ، فإنهم يتربون على دين من نشأوا عنده ، و ذلك لأن كل مولود يولد على الفطرة ، و إنما يتغير بسبب التربية ، ثم إذا وجد أولاد المسلمين اليتامى في بعض البلاد التي هي بحاجة إلى الدعم فإنهم أحق بالحضانة و الكفالة من أولاد النصارى⁽³⁾.

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري فيما يخص كفالة المسلم و غير المسلم ، فإن المادة 118 من قانون الأسرة الجزائري المذكورة أعلاه اشترطت فقط إسلام الكافل، و لم يذكر أو يشترط الإسلام في المكفول.

¹ - فتوى إسلام أون لاين ، كفالة المسلم لغير المسلمين ، net.Islamonline.fatawa/ ، شهود يوم 21h30 ، 17/05/21.

² - سورة المائدة ، الآية 5.

³ - الشيخ المنجد صالح المنجد ، الإسلام سؤال و جواب ، <http://islamqa.info> ، شهود يوم 17/05/22 ، 14h00.

المبحث الثاني : أثر اختلاف الدين في الحضانة

يعتبر حق الحضانة من أهم الحقوق التي تؤثر على حياة الطفل سلبا و إيجابا ، لما لهذا الحق من أهمية بالغة في حفظ الصغير و رعايته و القيام بشؤونه التي لا يستطيع القيام بها بمفرده ، و هذا الحق أقرته الشريعة الإسلامية و أحاطته بمجموعة من الضمانات لحماية الصغير ، كما أن المشرع الجزائري خصص المواد من 62 إلى 72 من قانون الأسرة الجزائري مقرا فيها حق الطفل ، و التي تتمثل في رعايته و تربيته و الإحسان إليه. و لكن إذا اختلف دين الزوجين بحيث يكون أحدهما مسلم و الآخر غير مسلم ، ففي هذه الحالة لمن تسند الحضانة ؟ و هذا سنحاول الإجابة عليه في المطلب الثاني بعد التطرق إلى تعريف الحضانة و مشروعيتها في المطلب الأول.

المطلب الأول : تعريف الحضانة و مشروعيتها

من الحقوق العظيمة التي أقرتها الشريعة الإسلامية للطفل هي الحق في الرعاية و التربية و هذا ما اصطلح على تسميته بالحضانة في قانون الأسرة ، فهي من أبرز الآثار المتولدة عن انحلال الرابطة الزوجية. و سوف نتطرق من خلال هذا المطلب إلى تعريف الحضانة في الفرع الأول و مشروعيتها في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تعريف الحضانة

يمكن تعريف الحضانة لغة : بأنها مشتقة من كلمة حضن ، و هو ما دون الإبط إلى الكشح و قيل هو الصدر و العضدان و ما بينهما ، و الجمع أحضان و منه الاحتضان و هو احتمالك الشيء و جعله في حضنك كما تحضن المرأة ولدها فتحمله في إحدى شقيها، و حضن الصبي يحضنه حضن و الحضانة جعله في حضنه⁽¹⁾. فالحضانة هي تربية و حفظ و رعاية و وصاية.

أما اصطلاحا اختلفت آراء الفقهاء في تعريفها منها :

¹ - ابن منظور ، لسان العرب ، دار لسان العرب ، بيروت لبنان ، ص 152.

- عرفها الحنفية كما يلي : الحضانة شرعا تربية الولد ممن له حق الحضانة .
- عرفتھا المالكية بقولهم : حفظ الولد و القيام بمصالحه و القيام بشأنه في نومه و يقظته⁽¹⁾.
- عرفتھا الشافعية بقولهم : الحضانة شرعا هي حفظ من لا يستقل بأموره عما يؤذيه أي تنميه المحضون بما يصلحه بتعهده بطعامه و شرابه و نحو ذلك⁽²⁾.
- عرفها الحنابلة : حفظ الصغير و المجنون و للمعتوه و هو مختل العقل عما يضرهم و تربيتهم بالعمل لصالحهم⁽³⁾.

و من خلال كل هذا يمكننا القول عل أن الحضانة شرعا هي القيام بحفظ من لا يميز و لا يستقل بأمره و تربيته بما يصلحه بدنيا و معنويا ، و وقايته عما يؤذيه ، فقد اختلف الفقهاء في عبارات تعريف الحضانة إلا أنهم اتفقوا جميعا على أنها حفظ الصغير و رعايته و العناية به بتوفير ما يحتاجه.

و عرف المشرع الجزائري الحضانة في قانون الأسرة الجزائري في نص المادة 62 من قانون السالف الذكر التي تنص : " الحضانة هي رعاية الولد و تعليمه و القيام بتربيته على دين أبيه و السهر على حمايته و حفظه صحة و خلقا. و يشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك "⁽⁴⁾ ، فإن هذا التعريف يعتبر أحسن تعريف على الرغم من احتوائه على أهداف الحضانة و أسبابها و ذلك بشموليته على أفكار يشملهم غير من القوانين العربية ، حيث أنه جمع في عمومياته كل ما يتعلق بحاجيات الطفل الدينية و الصحية و الخلقية و التربوية و المالية⁽⁵⁾. فالحضانة هي تربية الولد حتى يبلغ أشده ،

¹ - احمد محمد علي داوود ، مرجع سابق ، ص 9 و 10.

² - محمد ابن خطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المنهاج ، ج 3 ، ط 1 ، دار المعرفة ، بيروت لبنان، 1997 ، ص 452.

³ - احمد محمد علي داود ، مرجع سابق ، ص 10.

⁴ - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 62 ، مرجع سابق.

⁵ - عبد العزيز سعد ، مرجع سابق ، ص 293.

ممن له حق الحضانة و أساسها هي مصلحة الطفل التي توجب وضعه عند من هو أقدر على الاهتمام به و العناية بشؤونه في كل فترة حياته⁽¹⁾.

الفرع الثاني : مشروعية الحضانة

هناك آيات كثيرة دلت على مشروعية الحضانة نذكر منها قول الله تعالى : "و الوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"⁽²⁾ و وجهة الدلالة أن الله سبحانه و تعالى طالب الأمهات بإرضاع أولادهن ، و الحضانة من لوازم الرضاعة فدللت الآية على مشروعية الحضانة.

كما ثبتت أيضا مشروعيتها في السنة من خلال أحاديث تدل على ذلك منها : "عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه الصلاة و السلام ، جاءته امرأة فقالت : يا رسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، و ثدي له سقاء ، و حجري له حواء ، و أن أباه طلقني ، و أراد أن ينزعه مني ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تنكحي" يدل هذا الحديث دلالة واضحة على مشروعيتها الحضانة و أن الأم أحق بحضانة طفلها ما لم تتزوج⁽³⁾.

و في الإجماع لا خلاف بين أحد من الأئمة على مشروعية الحضانة و دليل ذلك على أن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه طلق جميلة أم عاصم الأنصارية ، ثم أتى عليها و في حجرها عاصم ، و أراد أن يأخذها منها ، فتجاذباه بينهما حتى بكى الغلام، فانطلق إلى أبي بكر الصديق رضي الله عنه ، فقال أبو بكر لعمر : "خل بينهما و بينه ، فإن مسحها و حجرها و ريحها له منك ، حتى يشب الصبي" و الصحابة رضوان الله عليهم حاضرون متوافرون ، و لم ينكر أحد منهم ذلك ، فكان إجماعا⁽⁴⁾.

¹ - بلحاج العربي ، الوجيز في ق أ ج (الزواج و الطلاق) ، ج 1 ، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون الجزائر ، 1999 ، ص 380.

² - سورة البقرة ، الآية 233.

³ - عابدة سليمان ابو سالم ، الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون أش الفلسطينيين ، مذكرة لنيل درجة الماجستير ، كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية بغزة ، 2003 ، ص 14.

⁴ - مرجع نفسه ، ص 17.

و من خلال كل ما تقدم فإن الأمة اجتمعت على مشروعية الحضانة.

المطلب الثاني : الحضانة عند اختلاف الدين

يثير مسألة اختلاف الدين بين الحاضن و المحضون مشكل في من له حق إسناد الحضانة عند عدم إتحاد الدين أو اختلافه ، و عليه يمكن دراسة هذا الإشكال في فرعين، بحيث سنخصص الأول لأثر اختلاف الدين بين الحاضن (رجلا) والمحضون ، أما الثاني فسنتناول فيه أثر اختلاف الدين بين الحاضنة و المحضون.

الفرع الأول : أثر اختلاف الدين بين الحاضن (رجلا) و المحضون

اشترط الشافعية و الحنابلة شرط الإسلام لدى الحاضن. فالمذهب الشافعي جاءوا بعدم ثبوتية الحضانة لكافر على مسلم ، لأن الحضانة جعلت لحظ الولد و لا حظ للولد المسلم في حضانة الكافر ، لأنه يفتنه عن دينه و ذلك من أعظم الضرر ، فيحضنه أقاربه المسلمون و مؤنته في ماله ، فإن لم يكن له مال فعلى من تلزمه نفقته ، فإن لم يكن فهو من محاييج المسلمين.

و هذا ما أخذ به أيضا مذهب الحنابلة بحيث لا تثبت الحضانة لكافر على مسلم ، لأنها من الولاية ، فلا تثبت لكافر على مسلم ، كولاية النكاح و المال ، و لأنها إذا لم تثبت للفاسق فالكافر أولى ، فإن ضرره أكثر ، فإنه يفتنه عن دينه و يخرج عن الإسلام بتعليمه الكفر و تزيينه له ، و تربيته عليه ، و هذا أعظم الضرر ، و الحضانة إنما تثبت لحظ الولد ، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه و هلاك دينه.

أما المذهب الحنفي يشترط أن يكون الحاضن مسلما إذا كان المحضون مسلما، فإنه يشترط في الحاضن اتحاد الدين لأن حق الرجال في الحضانة مبني على الميراث.

أما مذهب المالكية لا يشترط إسلام الحاضن كالحاضنة، لأن حق الحضانة لا تثبت للرجل عندهم، إلا إذا كان عنده من النساء من لا تصلح للحضانة⁽¹⁾.

فمن خلال وجهة نظر الفقهاء فلا تثبت حضانة كافر على مسلم ، بحيث يجب أن يكون الحاضن و المحضون متحددين في الدين ، لأن حق الرجل في الحضانة مبني على الميراث، و لا توارث بين المسلم و الغير مسلم ، و ذلك إذا كان الولد غير مسلم و كان ذو الرحم المحرم مسلما ، فليس له حق في الحضانة بل حضانتها إلى ذي رحمه من محارم أهل دينه ، و إذا كان الولد مسلما و ذو رحمه غير مسلم فلا تستند الحضانة إليه ، لأنه لا توارث بينهما⁽²⁾. فمن له أخوان شقيقان أحدهما مسلم و الآخر غير مسلم و الطفل مسلم ، فحضانتها لأخيه المسلم هذا و جميع الديانات غير الإسلام تعتبر ديننا واحدا كما في الميراث⁽³⁾.

و نجد أن المشرع الجزائري أخذ نفس الحكم الذي اتخذه الفقهاء ، بحيث أن المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري تحت على تربية الولد على دين أبيه ، أي أن يكون دين الأب و دين الابن متحدان ، إلا أن المشرع الجزائري لم يوضح ما أراد أن يقصده بعبارة دين أبيه، فإن كان الأب كافرا فعلى الحاضن أن يربي الولد على كفر أبيه و هذا مخالف لما شرعه الله عز و جل ، فنص هذه المادة يحتاج إلى إعادة النظر في صياغته حتى يتفق مع ما تقرره قواعد الشريعة الإسلامية.

الفرع الثاني : أثر اختلاف الدين بين الحاضنة و المحضون

لقد جاء في شرح الزيلعي على الكنز "فإن الحضانة مردها الشفقة و بالتالي فلا داعي إلى حرمان الذمية حضانة ابنها ما دامت تكن له الشفقة ، و لا يعقل هو ديننا لأن ذلك لا يؤثر عليه ، أما إذا كان يعقل الدين فإنه ينتزع منها لاحتمال الإضرار به ، و يحدد السن

¹ - احمد محمد علي داود ، مرجع سابق ، ص 34.

² - مرجع نفسه ، ص 34.

³ - محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، ط 2 ، دار الفكر العربي ، مصر ، 1957 ، ص 408.

الذي يعقل فيه الدين ب 7 سنوات لأنه في هذا السن يخشى على الصغير من تعلم الكفر و الاعتياد عليه⁽¹⁾.

و حسب المالكية فإن إتحاد الدين ليس شرطاً فإن خيف على الولد أن يسقيه خمراً أو تغذيه بلحم الخنزير ضمت حاضنته إلى المسلمين ليراقبوها و لا ينزع منها الولد ، و لا فرق في ذلك بين الذمية و المجوسية⁽²⁾. و قد استشهدوا على رأيهم هذا بما يروى عن عبد الحميد بن جعفر عن أبيه عن جده رافع بن سنان أنه أسلم و أبت زوجته أن تسلم فأنت النبي عليه الصلاة و السلام فقالت : " ابنتي و هي فطيم أو شبهه " و قال رافع : " ابنتي " فقال النبي ﷺ : " اقعد ناحية " و قال لها : " اقعدي ناحيتي " و قال : " ادعوها " فمالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي ﷺ : " اللهم أهداها " فمالت إلى أبيها فأخذها⁽³⁾، فتخير النبي صلى الله عليه و سلم للبت في هذا الحديث يدل على أن اختلاف الدين ليس شرطاً لاستحقاق الحضانة.

و هذا ما أخذ به أيضا الأحناف إن رأوا جواز حضانة الكافرة، حيث يرون أن اختلاف الدين لا يؤثر في ثبوت الحق في الحضانة، فاتحاد الدين ليس بشرط في استحقاق الحضانة، فلأم الحق في حضانة ولدها المسلم سواء كانت مسلمة أو غير مسلمة، فالأم الكتابية أحق بولدها المسلم، لأن الحضانة تتبنى على الشفقة، و هي أشفق عليه، فتكون حضانتها له أصلح، لأن الشفقة لا تختلف باختلاف الدين. و ما قيل في المساواة في استحقاق الحضانة و عدم تأثرها باختلاف الدين بين الأم المسلمة و الغير المسلمة، يقال كذلك عن باقي النساء اللواتي لهن الحق في حضانة الولد المسلم، فتستوي فيهن المرأة المسلمة و الغير المسلمة⁽⁴⁾. إلا أنهم اشترطوا أن لا تكون مرتدة ، لأن المرتدة تستحق

¹ - وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي و أدلته ، ج 7 ، ط 2 ، دار الفكر ، 1985 ، ص 726.

² - تواتي بن تواتي ، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة ، ج 4 ، كتاب الأحوال الشخصية ، ط 2 ، دار الوعي ، الجزائر ، 2010 ، ص 880.

³ - أبو المحاسن ، يوسف بن موسى الحنفي ، معاصر من مختصر من مشكل الآثار ، ج 1 ، ط 2 ، عالم الكتب ، لبنان ، 1362 هـ ، ص 325.

⁴ - أحمد حسين الطاهر ، أثر اختلاف الدين في مسائل الأحوال الشخصية فقها و قانونا، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، ع6، 2015، ص 271.

الحبس حتى تتوب و تعود للإسلام أو تتوب في الحبس ، فلا تتاح لها الفرصة لحضانة الطفل ، فإن تابت و عادت عاد لها الق على الحضانة⁽¹⁾.

أما الشافعية و الحنابلة فإنهم يقومون بحرمان الحاضنة من الحضانة لاختلاف الدين لأنها قد تخرجه من الإسلام ، حيث جاء في المذهب الشافعي أنه لا تثبت الحضانة لكافر على مسلم لأن الحضانة جعلت لحظ الولد ، و لا حظ للولد المسلم في حضانة الكافر لأنه يفتنه عن دينه و ذلك من أعظم الضرر، و يحتاجون لذلك بأمرين:

• الأول: أن الثابت من خلال نصوص الشرع أنه لا ولاية للكافر على المسلم بصفة عامة.

• الثاني: أن الحضانة إنما شرعت لمصلحة الولد المحضون، و لا مصلحة له في حضانة غير المسلمة له، لأنه لا يؤمن أن يفتن عن دين أبيه⁽²⁾.

كما جاء في المذهب الحنبلي أنه لا تثبت الحضانة لكافر على مسلم ، كولاية النكاح و المال و لأنها إذ لم تثبت للفاسق فالكافر أولى ، فإن ضرره أكثر ، فإنه يفتنه عن دينه ، و يخرج عن الإسلام بتعليمه الكفر و تربيته له و تربيته عليه و هذا أعظم الضرر ، و الحضانة إنما تثبت لحفظ الولد ، فلا تشرع على وجه يكون فيه هلاكه و هلاك دينه⁽³⁾.

و من خلال ما سبق يمكن القول أن الشافعية و الحنابلة اشترطت الإسلام في الحاضنة على عكس الحنفية و المالكية لم تشترط إسلام الحاضنة ، فيمكن أن تكون كتابية أو غير كتابية سواء أما أو غيرها ، إلا أنهما يختلفان في مدة بقاء المحضون عند الحاضنة غير المسلمة ، بحيث ترى الحنفية أنه يبقى عندها إلى أن يعقل الأديان ببلوغه سن السابعة ، أو يتضح أن بقاءه معها خطر على دينه بأن بدأت تعليمه أمور دينها أو تذهب به إلى معابدها أو تعوده على شرب الخمر و أكل لحم الخنزير. أما المالكية يرون بأنه يبقى مع

¹ - احمد نصر الجندي ، الطلاق و التطلق و أثرهما ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2004 ، ص 605-606.

² - أحمد حسين الطاهر، مرجع سابق، ص 273.

³ - احمد محمد علي داود ، مرجع سابق ، ص 22-23.

الحاضنة إلى انتهاء مدة الحضانة شرعا، و لكنها تمنع من تغذيته بلحم الخنزير و الخمر، فإن خشيت أن تفعل الحرام أعطى حق الرقابة إلى أحد المسلمين ليحفظ الولد من الفساد⁽¹⁾. إلا أن ردة الحاضنة تكون سببا في إسقاط حضانتها عن الصغير و ذلك لأن حكم المرتدة أنها نجس فهي تحبس و تضرب حتى تعود إلى الإسلام ، فلا يمكن مع ذلك أن تتولى حضانة الصغير، هذا من جانب و من جانب آخر فإن المرتدة يخشى منها على الصغير أن تبدل دينه إلى دينها الجديد ، و بالتالي فهي لا تكون مأمونة عليه ، و في هذا المعنى يقول الإمام ابن نجيم : " المرتدة لا حق لها فيها لأنها تحبس و تضرب فلا تتفرغ له..."⁽²⁾.

و بالرجوع إلى موقف المشرع الجزائري فنجد أنه قد سائر المذهب المالكي في اتجاهه القائل بأن الإسلام ليس شرطا لممارسة الحضانة، لكون هذه الأخيرة لا تتعدى حد الرضاعة و خدمة المحضون و الدليل على ذلك ما ورد في نص المادة 62 من قانون الأسرة الجزائري⁽³⁾. إلا أنها اشترطت شرطين:

- أمن المكان: فلا بد أن تكون إقامة المحضون في مكان يؤمن فيه على حياته و عرضه و ماله، فلا حضانة للمرأة غير المسلمة إن كانت تعيش في المنزل يخشى فيه على الطفل المحضون من الفسق و الفجور، أو على حياة المحضون أو ماله سواء كان ذكر أم أنثى.
- سلامة الدين: فمن الضروري أن ينشأ المحضون على دين الإسلام و الذي هو دين أبيه، حيث أكد عليه المشرع الجزائري هو أيضا، فإن خيف من قيام حاضنته غير المسلمة بتلقيه ديناً غير الإسلام أو بتعويده على أكل المحرمات و شربها،

¹ - وهبة الزحيلي ، مرجع سابق ، ص 7306.

² - حميد سلطان علي الخالدي ، مرجع سابق ، ص 209.

³ - بلحاج العربي ، قانون الأسرة ، مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا ، دار المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية ، بن عكنون الجزائر ، 2000 ، ص 339.

صار لزاماً أن تكون تصرفات هذه الحاضنة اتجاه الطفل المحضون تحت رقابة مستمرة، و لا يتأتى إلا بضمها و إياه إلى أناس مؤتمنين⁽¹⁾.

كما أكدت نفس المادة على أن يربى الطفل على دين أبيه ، و لا فرق بين المسلمة و غير المسلمة في مسألة الحضانة ، و يتضح من خلال تفحص أحكام و قرارات القضاء ، حيث سوى بين الأم المسلمة و غير المسلمة في استحقاق الحضانة ، و هذا ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1989/03/13 ، حيث جاء فيها ما يلي : " من المقرر شرعا و قانونا أن الأم أولى بحضانة ولدها و لو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه ، و إن حضانة الذكر إلى البلوغ و حضانة الأنثى حتى سن الزواج ، و من ثم فإن القضاء بخلاف ذلك يعد خرقاً لأحكام الشريعة الإسلامية و القانون "⁽²⁾.

و من خلال هذا القرار يتضح لنا أن الاجتهاد القضائي يسند الحضانة للأم مهما كان اختلاف دينها عن المحضون ، إلا إن تبين أن هناك خوف على دين الولد فتسقط الحضانة منها ، فالأم هي الأولى بالحضانة و هذا ما يتبين من خلال نص المادة 64 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على ما يلي : " الأم أولى بحضانة ولدها... "⁽³⁾ كما قضى المجلس الأعلى في القرار الصادر في تاريخ 1989/12/25 : " من المقرر قضاءً بمسألة الحضانة أنه في حالة وجود أحد الأبوين في دولة أجنبية غير مسلمة ، و تخصماً على الأولاد بالجزائر ، فإن من يوجد بها أحق بهم و لو كانت الأم غير مسلمة "⁽⁴⁾.

¹ - محمد عيش، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج4، دار الفكر، بيروت، 1989، ص 426 و 427.

² - م ع ، غ أ ش ، قرار صادر بتاريخ 1989/03/13 ، ملف رقم 52421 ، م ق لسنة 1993 ، ع 1 ، ص 48.

³ - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 64 ، مرجع سابق.

⁴ - م أ ، غ أ ش ، قرار بتاريخ 1989/12/25 ، ملف رقم 56597 ، م ق لسنة 1991 ، ع 3 ، ص 262.

الفصل الثاني :

أثر اختلاف الدين على الحقوق
المالية (المادية) المتعلقة بقضايا
شؤون الأسرة

نقصد بالحقوق المالية التي يمكن تقويم محل الحق فيها بالنقود ، و ترمي هذه الحقوق إلى حصول صاحبها على فائدة مادية ، و هي لذلك تختلف عن جميع الحقوق السابقة في أنها بحسب الأصل يجوز التصرف فيها و يرد التقادم عليها و تنتقل إلى ورثة صاحبها بعد وفاته وهذا ما يعرف بالتركة ، كما تنتقل أيضا عن طريق النفقة التي يقدمها الزوج لزوجته أو لفروعه و أصوله أو لأقاربه ، وهذين النوعين من الحقوق غير المالية تدعى بالتصرفات غير التبرعية. و كذلك تنتقل هذه الحقوق عن طريق الهبة التي يقدمها الشخص لغيره سواء كان من أهله أو غيرهم ، و تنتقل أيضا عن طريق الوصية التي يوصي بها الشخص لغيره و يكون الغير من أحد أقاربه أو غيرهم و تؤول إليهم بعد وفاته ، و هذه التصرفات تدعى بالتصرفات التبرعية ، و نفس التسمية أعطاهها المشرع الجزائري لهذه التصرفات في قانون الأسرة الجزائري. إلا أن المشكل الذي يطرح نفسه هو اختلاف الدين بين الأطراف ، فهل يجوز القيام بهذه التصرفات بين المسلم و الغير المسلم ؟ و هذا ما سنحاول الإجابة عليه من خلال هذا الفصل ، بحيث قسمناه إلى مبحثين على النحو التالي :

- المبحث الأول : أثر اختلاف الدين في الحقوق المتعلقة بالتصرفات التبرعية.
- المبحث الثاني : أثر اختلاف الدين في الحقوق المتعلقة بالتصرفات غير التبرعية.

المبحث الأول : أثر اختلاف الدين في الحقوق المتعلقة بالتصرفات التبرعية.

تعتبر التبرعات من أهم المواضيع التي كانت مؤطرة بقواعد الفقه الإسلامي و القانون، حيث أبدعت المصنفات الفقهية و شروحاتها المتعددة و كتب النوازل المختلفة قديما و حديثا بالبحث و التدقيق فيها.

و التبرعات بصفة عامة هي ما يعطيه الإنسان مجانا دون مقابل كالهبة و الوصية ... ، مما ينتظم تحت إسم واحد و هو الإعطاء أو العطاءات ، و مجموع هذه العطايا لا تختلف عن بعضها البعض من حيث الأحكام العامة إلا في بعض الجزئيات التي اعتبرها المشرع الجزائري في كل فصل، و نظمها في باب تحت عنوان التبرعات ، حيث خصص الفصل الأول للوصية ، و الفصل الثاني للهبة ، و الفصل الثالث خصصه للوقف. و في الواقع ما يهمننا هو الوصية و الهبة من ناحية الدينية عند اختلاف أحد الطرفين في دينه ، و سبب ذلك هو كثرة اختلاط الأجناس بمختلف دياناتهم و الصداقة فيما بينهم ، و عليه ما سنحاول دراسته في هذا المبحث هو أثر اختلاف الدين في كل من الوصية و الهبة ، و الذي قسمناه إلى مطلبين.

المطلب الأول : اختلاف الدين في الوصية

للوصية أهمية كثيرا في الحياة العملية ، باعتبارها من أهم التبرعات بالأموال بعد الموت ، أو من أهم التصرفات المالية القانونية المضافة إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع ، و لقد عالجتها الشريعة الإسلامية و المشرع الجزائري بحيث وضعوا شروط و أحكامها ، و نحن ما يهمننا في هذا الموضوع هو دراسة الجانب الديني عند اختلافه لدى الوصي و الموصى ، و في هذا الصدد سنحاول تعريف الوصية في الفرع الأول ، و أثر اختلاف الدين فيها في الفرع الثاني.

الفرع الأول : تعريف الوصية

الوصية لغة : تطلق في اللغة على فعل الموصى و هو الإيضاء كما تطلق على ما يوصي به الإنسان من مال أو غيره ، و هو الوصية ، بمعنى أن اللغويين لم يفرقوا معنى الوصية و الإيضاء فجعلوا لفظ الوصية يدل على التملك المضاف إلى مكان بعد الموت، و لفظ الإيضاء يدل على جعل الغير وصيا على من يلي أمره بعد وفاته⁽¹⁾.

¹ - محمد خضر قادر، دور الإدارة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية ، دراسة فقهية مقارنة ، دار اليازوري، الأردن ، 2010، ص 323.

أما اصطلاحا : تعددت آراء الفقهاء في تعريف الوصية.

- عرفها الحنفيون : تملك مضاف إلى ما بعد الموت عن طريق التبرع، سواء كان ذلك في الأعيان أو في المنافع.
- و عرفها المالكيون : الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع⁽¹⁾.
- أما الشافعية : تبرع بحق مضاف و لو تقديرا لما بعد الموت.
- أما الحنابلة : التبرع بالمال بعد الموت⁽²⁾.

من هذه التعريفات يتبين أن الفقهاء اتفقوا على أن الوصية تكون بعد الموت الوصي تبرعا للموصى.

و بالانتقال إلى تعريف المشرع الجزائري للوصية فنجد أنه لم يبتعد عن تعريف الفقهاء لها حيث جاء في المادة 184 من ق.أ.ج،: " الوصية تملك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع"⁽³⁾.

و المقصود بكلمة " تملك " الواردة في المادة 184 قانون الأسرة الجزائري ، هو الوصية بالأعيان من منقول أو عقار ، و كذا الوصية سواء كانت بالمال أو غيره⁽⁴⁾.

و المراد بعبارة " مضاف إلى ما بعد الموت " إن أثر التصرف الذي تم في حياة الوصي لا تترتب إلا بعد موته ، و من يخرج من نطاقها التصرف الواقع في الحياة كالهبة.

أما المقصود بكلمة " التبرع " فهو أن الوصية تتم بدون عوض باعتباره مال أوجه الموصى في ماله تطوعا بعد موته ، و من ثمة لا يأخذ الموصى مقابلا لوصيته.

و الملاحظ في التعريف اعتماد المشرع الجزائري على حصر الوصية في كل ما يعتبر تملكيا فقط، ذلك أن الوصية تشمل المال أو المنفعة و تشمل الإسقاطات لتكاليف المعينة ، كالأجراء من الدين و تأجيله أو الكفالة ، كما تشمل جهة من الجهات ، كالوصية للمساجد و المستشفيات و الملاجئ و نحوها و ليس الوصية للأشخاص المعينين بالاسم أو الوصف فقط⁽⁵⁾. كما أنه أشار إلى الوصية في القانون المدني في

¹ - سليمان بن جاسر بن عبد الكريم الجاسر ، لمحات مهمة في الوصية ، جزء الأول ، ط 2 ، مدار الوطن للنشر ، الرياض-المملكة العربية السعودية ، 2013، ص 113.

² - أحمد محمد علي داود ، مرجع سابق ، ص 401.

³ - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 184 ، مرجع سابق.

⁴ - بلحاج لعربي ، الوجيز في شرح ق.أ.ج ، ج 2 ، ط 5 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 2007 ، ص 231.

⁵ - شيخ نسيم ، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في ق.ج ، الهبة و الوصية- الوقف ، دار هومة ، الجزائر ، 2012 ، ص 180 و 181.

المادة 775 و التي تنص " يسري على الوصية قانون الأحوال الشخصية و النصوص القانونية المتعلقة بها "(1) ، و المقصود بهذا أن المشرع أعطى أهمية كبيرة للوصية بحيث عالجها في كل من قانون المدني و قانون الأسرة ، كما أن في هذه المادة أعطى المشرع الأولوية لإحالتنا لقانون الأحوال الشخصية عند وجود مسألة أسرية.

و لقد شرع الله ﷻ الوصية و الدليل على ذلك قوله تعالى : " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين "(2) ، هنا الله سبحانه و تعالى يقول إذا أحد جاءه الموت و لديه منافع يريد أن يعطيها لأحد من عائلته أو شخص ما فهنا يمكن له إعطاءها بواسطة الوصية ، و قوله تعالى : " من بعد وصية يوصي بها أو دين "(3). كما روى ابن عمر رضي الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه و سلم : " ما حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا و وصيته مكتوبة عنده "(4).

الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين في الوصية.

إذا أوصى المسلم لمثله ، أو أوصى غير مسلم لمثله فلا خلاف في صحة الوصية متى استوفت كل شروطها ، أما إذا أوصى المسلم لغير مسلم أو غير مسلم لمسلم ، فهنا يوجد الإشكال و هذا ما سنحاول توضيحه في هذا الفرع.

أولا : وصية المسلم لغير المسلم

- يرى مذهب الحنفية : أن اختلاف الدين لا يؤثر في الوصية ، فيجوز للمسلم أن يوصي لغير المسلم ، كما يجوز لغير مسلم أن يوصي للمسلم ، إلا أن لهم تفصيلا في ذلك ، فيقولون أن وصية المسلم لذمي و المستأمن صحيحة لأن الذمي صار بعقد الذمة متساويا مع المسلم في المعاملات ، و كذلك المستأمن بعقد الأمان ، أما وصية المسلم للكافر الحربي تكون باطلة لأنه سيعود إلى بلاده و بدفع الوصية إليه تقوية له و لبلده ضد المسلمين.
- في حين أن المالكية : يفرقون حكم وصية المسلم لغير المسلم بين الوصية للذمي و الحربي ، فلا تصح وصية المسلم للحربي و إن حصل و أوصى المسلم بجزء من ماله لحربي ، فإن هذا المال يرجع إلى ورثته ، أما الوصية للذمي فمن هؤلاء الفقهاء من يقول بصحتها مطلقا دون أي شروط ، و منهم من يذهب إلى أنه

¹ - أمر رقم 75-58 ، مؤرخ في 20 رمضان 1395هـ الموافق ل 1975/09/26 ، يتضمن ق م ج ، م م بق رقم 07-

05 المؤرخ في 2007/05/13 ، (ج ر ج ، عدد 30 ، الصادرة بتاريخ 2007/05/13 ، ص 03) ، ص 151.

² - سورة البقرة ، الآية 180.

³ - سورة النساء ، الآية 11.

⁴ - البخاري ، صحيح بخاري ، مرجع سابق ، ج 4 ، ح ر 2738 ، ص 02.

- يشترط لهذه الوصية أن تكون على سبيل الصلة ، كأن يكون هذا الذمي قريبا للمسلم الموصي أو جار له أو سبق منه معروف لهذا المسلم.
- و مذهب الشافعية : أجازوا وصية المسلم للذمي لأنه موضع للقربة. أما وصية المسلم للحربي لا تصح لأن القصد منها نفع الموصى له، و هو أمر لا ينبغي أن يكون مع من يقاتل المسلمين.
 - و يرى أصحاب مذهب الحنابلة : صحة وصية المسلم للذمي ، أما وصية المسلم للحربي فلا تصح⁽¹⁾.

و من خلال ما سبق ، فإذا كان الوصي مسلما و الموصى له ذميا اتفق الفقهاء على جواز الوصية و قد قال بذلك أكثر التابعين⁽²⁾ ، و استدلوا بقول الله تعالى : " لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين و لم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم و تقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين "⁽³⁾، أما عند كون الوصية من المسلم للحربي فهنا لا تصح الوصية لأنها باطلة و هذا ما جاء في قول الله تعالى : " إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين و أخرجوكم من دياركم و ظاهروا على إخراجكم أن تولوهم و من يتولهم فأولئك هم الظالمون "⁽⁴⁾.

أما وصية المسلم للمرتد ، فذهب جماعة من الفقهاء إلى أن الوصية للمرتد لا تصح و هو قول عند الشافعية و قول عند الحنابلة لأن ملكه غير مستقر ، فلا يرث و لا يورث. فهو كالمرتد لأن ملكه يزول عن ماله فلا يثبت له ملك بالوصية. في حين ذهب آخرون إلى أن الوصية له صحيحة لأن الهبة له صحيحة و هو قول المالكية و قول الحنابلة⁽⁵⁾.

فيما يخص موقف المشرع الجزائري من وصية المسلم لغير المسلم فإن المادة 200 من قانون الأسرة الجزائري جاء بعبارة واضحة و صريحة ، حيث تنص على ما يلي : " تصح الوصية مع اختلاف الدين "⁽⁶⁾، فحسب هذه المادة نرى أن وصية مسلم لغير مسلم جائزة لأن اختلاف الدين بين الموصي و الموصى له ليس له أي أثر على صحة الوصية. بالنسبة لوصية المسلم للمرتد نجد أن المشرع الجزائري أخذ نفس حكم وصية المسلم لغير المسلم و التي تعتبر جائزة حسب المادة السالفة الذكر.

ثانيا: وصية غير المسلم للمسلم

1 - أحمد حسين الطاهر ، مرجع سابق ، ص 276 و 277 و 278.
 2 - بدران أبو العينين بدران ، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية، مرجع سابق ، ص 174.
 3 - سورة الممتحنة ، الآية 8.
 4 - سورة الممتحنة ، الآية 9.
 5 - ميرة وليد ، مرجع سابق ، ص 97.
 6 - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 200 ، مرجع سابق.

يرى فقهاء مذهب الحنفية : بأن اختلاف الدين لا يؤثر في الوصية ، فيجوز لغير مسلم أن يوصي لمسلم.

و يقول مذهب المالكية : أن الوصية من غير مسلم للمسلم صحيحة ، و ذلك لانطباق شروط الوصية على غير مسلم ، فهو حر و مالك لما يوصى به و مميز ، فله أن يوصي بأي شيء عدا ما لا يباح به للمسلم أن يملكه كالخمر و نحوه.

و يذهب فقهاء الشافعية : إلى جواز وصية غير مسلم للمسلم شرط ألا تكون بما حرم به و بما لا يجوز للمسلم التملك به كالخمر.

أما مذهب الحنابلة : يرى صحة وصية غير مسلم للمسلم ، و يشترط فيها ألا تكون فيما لا يجوز للمسلم تملكه⁽¹⁾.

و من خلال ما سبق نستنتج أن وصية غير مسلم للمسلم حسب موقف الفقهاء جائزة ، بشرط أن لا تكون بشيء مما لا يباح للمسلم ، كقطيع من الخنزير أو الخمار و التي هي محرمة على المسلم من عند الله تعالى.

فأما الذمي إذا أوصى للمسلم بخمر أو الخنزير فلا تجوز أيضا وصيته ، لأن المسلم ممنوع من تملكها فلا فائدة في جوازها ، فإذا كانت الوصية بغير ذلك صحت و جازت مثل وصية المسلم للمسلم ، لأنهم مثل المسلمين في المعاملات بمقتضى عقد الذمة الذي أعطي لهم ، قال عليه الصلاة و السلام: فإذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين و عليهم ما عليهم ، و لقوله عليه السلام : " لهم ما لنا و عليهم ما علينا " ، و لأن التبرع من الجانبين جائز حال الحياة اتفاقا ، فكذا يجوز التبرع المضاف إلى ما بعد الممات ، و لأن الوصية من الذمي للمسلم عطية مالك ملكا تاما لمتملك صالح تملكه ، لأن لم يوجد هناك مانع ، فتكون جائزة لصدورها من أهلها في محلها⁽²⁾.

أما وصية الحربي مستأمن كان أو غير مستأمن للمسلم ، فهي صحيحة أيضا متى كان المسلم معهما في دار الإسلام عند الحنفية ، لكن قالوا في المستأمن يوصي بجميع ماله للمسلم في دار الإسلام ببطان الوصية ، وجوز الشافعية و المالكية وصيتهما للمسلم و قيدت بعض النقول الصحة بما عدا الخمر و الخنزير ، لأن المسلم لا يملكها و دليل الجواز هو كونه حر مالك مميز فيصح تصرفه⁽³⁾.

¹ - أحمد حسين الطاهر ، مرجع سابق ، ص 277 و 278.

² - بدران أبو العينين بدران ، ع إ بين المسلمين و غير المسلمين في شريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية، مرجع سابق ، ص 178.

³ - المرجع نفسه ، ص 178.

أما وصية المرتد الذي كان على دين الإسلام و ارتد عنه إلى دين آخر أو إلى الكفر للمسلم ، يرى المذهب الحنفي أن وصيته مثل كل تصرفاته تبقى موقوفة إلى أن يتقرر أمره ، فإن عاد إلى الإسلام تعاد أمواله إليه و تعتبر وصيته صحيحة ، و إن أصر على رده يقتل أو يعتبر ميتا حكما أن تعذر قتله حقيقة و أمواله تزال عنه من تاريخ رده ، وتبطل جميع تصرفاته و منها إنشاء الوصية.

و كذا عند المالكية و الشافعية ، فإن مال المرتد يصبح ملكا لبيت مال المسلمين أو الخزينة العامة و لا وصية و لا ميراث. و لقد خالف الحنابلة و الحنفية الأفكار السابقة واعتبروا وصية المرتد صحيحة ، لأن الردة في اعتقادهم لا تزيل من الشخص المرتد ملكيته و أمواله و تبقى له إلى أن يموت ، إذا لا وصية للمرتد عند المالكية و الشافعية.

أما بالنسبة للمرأة المرتدة ، فالرأي الراجح في المذهب الحنفي هو أن وصيتها تبقى صحيحة لأن المرأة لا تقتل بل تخير بين التوبة و الحبس ، و في كلتا الحالتين تبقى مالكة لأموالها⁽¹⁾.

فيما يخص المشرع الجزائري فنجده أجاز وصية غير مسلم للمسلم و نفس موقف الذي اتخذه في وصية مسلم لغير مسلم ، و عليه فإن اختلاف الدين بينهما لا يؤثر على صحة الوصية حسب مادة 200 من قانون الأسرة الجزائري ، فالإسلام ليس شرطا لصحتها ، فوصية غير مسلم لمسلم صحيحة شرعا و قانونا. و نجد أنه لم يرد أي نص في وصية المرتد للمسلم ، مما يوجب الأخذ بالمذهب المالكي الذي يقول بأن مال المرتد يوضع في بيت مال المسلمين أي الخزينة العامة ، فلا وصية و لا ميراث⁽²⁾.

المطلب الثاني: اختلاف الدين في الهبة

تعتبر الهبة عقدا من عقود التبرع التي أباحتها الشريعة الإسلامية و رغبت فيها، و عالجه المشرع الجزائري في الفصل الثاني من الكتاب الرابع. وما يهمنا في الموضوع الهبة هو اختلاف الدين من الواهب و الموهوب له، لذا سنحاول وضع تعريف الهبة في الفرع الأول و أثر اختلاف الدين فيها في الفرع الثاني.

¹ - بلحاج لعربي ، الوجيز في الشرح ق.أ . ج ، مرجع سابق ، ص 251 و 252.

² - مرجع نفسه ، ص 252.

الفرع الأول: تعريف الهبة

الهبة لغة : التبرع و التفضيل على الغير و لو بغير المال ، أي بما ينتفع به مطلقا سواء كان مالا أو غير ذلك ⁽¹⁾، قال الله تعالى : " و هبنا له إسحاق و يعقوب " ⁽²⁾، كما قال الله تعالى : " يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء الذكور " ⁽³⁾.

أما اصطلاحا : تعددت تعريفات الفقهاء لها بحيث :

- الحنفية : على أنها " تملك العين بغير العوض " ⁽⁴⁾، و معنى ذلك أن الشخص الذي يملك عينا ملكا صحيحا يجوز له أن يهب لغيره من دون أن يأخذ منه عوضا في الحال أو المستقبل و ذلك أثناء حياته.
- المالكية : قسم المالكية الهبة إلى قسمين و هما : الهبة لغير ثواب و الثاني هي هبة الثواب. فالأولى هي : " تملك من له التبرع ذاتا تنقل شرعا بلا عوض لأهل بصيغة أو ما يدل عليه " ⁽⁵⁾ أي أن الهبة تمنح من ذي أهلية خالي من عيوب الإرادة يريد بها وجه الشخص و مرضاة الله. أما الثانية فقد عرفها الإمام ابن عرفة " عطية قصد بها عوض مالي " ⁽⁶⁾، و هذا النوع من الهبة يعد بيعا من البيوع لا شتما لها على العوض.
- الشافعية : " تملك بلا عوض " و المقصود من هذا التعريف أن تملك العين أو الدين أو منفعة بلا عوض، يعتبر هبة، فهي تمثل الهدية و الصدقة ⁽⁷⁾.
- الحنابلة : تعددت تعريفاتهم للهبة مع وجود التقارب فيما بينها ، و من هذه التعريفات عرفها ابن قدامة بأنها : " تملك في حياته بغير عوض ". أما ابن مفلح فقد عرفها : " تبرع الحي بما يعد هبة في حياته " ⁽⁸⁾.

و مما سبق نستخلص إلى أن عقد الهبة هو عقد موضوعه تملك الإنسان ماله لغيره في الحياة بلا عوض، كما يطلق لفظ الصدقة على الهبة التي يراد بها وجه الله و لكنها بواسطة عقد، وهبة التودد التي يراد بها التودد و المحبة ،أي يقصد بها وجه المخلوق،

¹ - كمال حمدي ، المواريث و الهبة و الوصية ، دار المطبوعات الجامعية ، إسكندرية ، 1987 ، ص 145.

² - سورة الأنعام ، الآية 84.

³ - سورة الشورى ، الآية 49.

⁴ - حسن محمد بوى ، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و ق الوضعي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 20.

⁵ - المرجع نفسه ، ص 21.

⁶ - المرجع نفسه ، ص 21.

⁷ - محمد بن أحمد تقيّة ، دراسة عن الهبة في ق.أ.ج. ، الديوان الوطني للأشغال التربوية ، الجزائر ، 2003 ، ص 16.

⁸ - سعيد وجيه سعيد منصور ، أحكام الهبة في الفقه الإسلامي ، أطروحة حصول على درجة الماجستير في الفقه و التشريع ، كلية نابلس ، فلسطين ، 2012 ، ص 12.

و هبة الثواب على هبة العوض⁽¹⁾، و يمكن القول أيضا أنها تمليك المال في الحال مجانا، و قيل تمليك المال بلا عوض حال حياة المالك⁽²⁾.

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده عرفها في المادة 202 من قانون الأسرة الجزائري : " الهبة تمليك بلا عوض. و يجوز للواهب أن يشترط على الموهوب له القيام بالتزام يتوقف على انجاز الشرط "⁽³⁾.

و عليه يمكن القول على أن المشرع الجزائري أجاز الهبة ، و تعني عبارة الهبة " تمليك " أن الهبة وسيلة تمليك تنتقل بواسطتها ملكية مال الموهوب من الواهب إلى الموهوب له، و عملية نقل الملكية تنتج عنها عنصران آخران و هما : عنصر افتقار من جانب الواهب و عنصر اغتناء من جهة الموهوب له⁽⁴⁾ ، أما عبارة " بلا عوض " معناها أن المال الموهوب كله أو جزءه ينتقل إلى الموهوب له مجانا بدون مقابل ، و يتلزم مع وجود عنصر آخر هو نية التبرع من الواهب بغية التودد و تحبب إلى الموهوب له ، أو التقرب به لوجه الله أو للأمرين معا⁽⁵⁾.

الفرع الثاني: أثر اختلاف الدين في الهبة

من صفات المجتمع الإسلامي أنه مجتمع متواصل مع محيطه في الداخل و الخارج ، و هذا المحيط يشمل المسلم و غير المسلم ، و قد أقر القرآن الكريم هذا التواصل و التعارف بقوله تعالى : " وجعلناكم شعوبا و قبائل لتعارفوا "⁽⁶⁾، فإن الأمر بالإحسان شمل الكفار غير المعادين ، و ذلك من خلال قوله تعالى : " لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين و لم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم و تقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين "⁽⁷⁾. و ذهب المفسرون في تفسير هذه الآية إلى أن الهبة للكافر و التعارف و الإحسان و التواصل المطلوب ، سواء كانت هذه العلاقة في ديار المسلمين أم ديار غير المسلمين ، فذهب أكثر علماء الأمة إلى جواز الهبة لدليل الحديث في قول رسول الله صلى الله عليه و سلم : " تهادوا تحابوا "⁽⁸⁾. و نستدل بذلك على جواز قبول هبة غير مسلم إليه، و ذلك من باب تأليف قلبه للإسلام ، بشرط أن لا يكونوا من العادين المقاتلين، لأن الله تعالى نهانا عن التعامل مع الحربيين كما قال الله تعالى : " إنما ينهاكم الله عن

1 - محمد بن أحمد تقيّة، مرجع سابق ، ص 17.

2 - كمال حمدي ، مرجع سابق ، ص 145.

3 - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 202 ، مرجع سابق.

4 - عبد الفاتح تقيّة ، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية ، دار هومة ، الجزائر ، 2000 ، ص 106.

5 - المرجع نفسه ، ص 107.

6 - سورة الحجرات ، الآية 13.

7 - سورة الممتحنة ، الآية 8.

8 - البخاري، الأدب المفرد، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، ط3، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1989، حديث رقم

594، ص 208.

الذين قاتلوكم في الدين و أخرجوكم من دياركم و ظاهروا على خراجكم أن تولوهم و من يتولاهم فأولئك هم الظالمون "(1)، فهذا يتضح لنا أن الله حرم كل التعاملات أيا كانت مع الكافر الحربي ، إذن تجوز هبة غير مسلم للمسلم من دون الحربي ، بناء على صحة الأدلة و الأحاديث الواردة عن الرسول عليه الصلاة و السلام.

نستنتج أن جواز التهادي بين المسلمين و غير المسلمين بشكل عام، إذا كان الهدف من الهبة هو التأليف و إعطاء صورة حسنة لقلوب هؤلاء الكفار عن دين الإسلام ، و هذا منهج الرسول عليه الصلاة و السلام في قبوله لهبة غير مسلم ، أي من باب تأليف القلوب و المحبة(2).

فيما يخص المشرع الجزائري للهبة ، نجد أنه لم يتناول شرط الإسلام في قانون الأسرة الجزائري للهبة ، و في هذه الحالة يحيلنا إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ، التي تحيلنا بدورها إلى الرجوع للشريعة الإسلامية، وهو الأمر الذي بيناه سلفاً.

¹ - سورة الممتحنة ، الآية 9.

² - سعيد وجية سعيد منصور ، مرجع سابق ، ص 76.

المبحث الثاني : أثر اختلاف الدين على الحقوق المتعلقة بالتصرفات غير التبرعية.

درسنا فيما سبق أثر اختلاف الدين فيما يتعلق بالحقوق المتعلقة بالتصرفات التبرعية (الوصية و الهبة)، و في هذا المبحث سنقوم بدراسة أثر اختلاف الدين في الحقوق المتعلقة بالتصرفات غير التبرعية، و التي تتمثل في الميراث الذي شرعه الله و نظمه المشرع الجزائري في قانون الأسرة في الكتاب الثالث تحت عنوان الميراث، و النفقة التي عالجها المشرع في القانون السالف الذكر، في الكتاب الأول تحت عنوان الزواج و انحلاله في الفصل الثالث (النفقة) من الباب الثاني (انحلال الزواج)، و عليه سنقسمه على النحو التالي:

- المطلب الأول : أثر اختلاف الدين في النفقة.
- المطلب الثاني : أثر اختلاف الدين في الميراث.

المطلب الأول : اختلاف الدين في النفقة

إن نظام النفقة في الإسلام يعتبر مظهر التعاون و التكافل الاجتماعي بين الأقرباء، و الفقهاء اتفقوا على مبدأ وجوب نفقة القريب المعسر على الموسر وفقا للأوصاف و الشروط المحددة ، كما أن المشرع الجزائري ذكر النفقة في الفصل الثالث من الكتاب الأول تحت عنوان الزواج و انحلاله . و سوف نحاول من خلال هذا المطلب دراسة موضوع النفقة في حالة اختلاف دين الطرفين في الفرع الثاني ، و سوف نعطي لمحة عن تعريفها في الفرع الأول.

الفرع الأول: تعريف النفقة

النفقة لغة : هي اسم من الإنفاق ، أي ما ينفق من الدراهم و الزاد و نحوهما ، أما من حيث مصدر اشتقاقها ، فهي إما أن تكون مشتقة من النفوق أي الهلاك فيقال نفقت الدابة نفوقا ، و أما أن تكون مشتقة من النفاق أي الرواج فيقال نفقت السلعة نفاقا ، أي راجت⁽¹⁾. و عرفت أيضا بمعنى الإخراج و الذهاب ، يقال نفقت الدابة إذا خرجت من

¹ - حميد سلطان علي الخالدي ، مرجع سابق ، ص 269.

ملك صاحبها بالبيع ، و المصدر النفوق كالدخول ، و النفقة اسم مصدر و جمعها نفقات⁽¹⁾.

النفقة اصطلاحاً : وردت في تعريفها عدة أقوال منها :

- قال الحنفية : هي الطعام و اللباس و السكنى.
- قال المالكية : ما به قوام معتاد حال الأدمي دون سرف.
- قال الحنابلة : هي كفاية من يمونه خبزاً أو أدماً أو نحوها.

هذه بعض تعارف المذاهب للنفقة ، و لعل أحسن تعريف لها ما ذكره الشيخ وهبة الزحيلي حيث عرف النفقة بما يلي : "كفالة من يمونه من الطعام و الكسوة و السكنى"⁽²⁾.

و عرفها أيضا في الشرع بأنها ما يصرفه الزوج على زوجته ، و أولاده و أقاربه، من طعام و كسوه ، و مسكن ، و كل ما يلزم للمعيشة بحسب المتعارف بين الناس و حسب وسع الزوج⁽³⁾.

أما المشرع الجزائري فلم يعط تعريف للنفقة ، و اكتفى بفرض النفقة على الزوج حسب وسعه على الزوجة و الأولاد في المادة 74 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص : "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون " و أيضا ما جاء في المادة 75 من نفس القانون ، و في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم ، إذا كانت قادرة على ذلك و هذا في المادة 76 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص : " في حالة عجز الأب تجب نفقة الأولاد على الأم إذا كانت قادرة على ذلك "⁽⁴⁾ كما توجب نفقة الأصول على الفروع، و الفروع على الأصول حسب قدرة الحاجة و درجة القرابة في الإرث ، و ذلك ما نصت عليه المادة 77 من القانون المذكور أعلاه، كما ذكر مشتملات النفقة في هذا القانون في مادة 78 منه.

و من هنا يمكننا القول أن المشرع لم يعرف النفقة إلا أنه من خلال هذه المواد يمكننا أن نستنتج تعريفها على النحو التالي : النفقة واجبة على الزوج لزوجته و أولاده و في حالة عجزه فتكون واجبة على الأم إن كانت قادرة على ذلك ، و تجب للأصول على الفروع

¹ - بلحاج لعربي ، الوجيز في شرح ق. أ. ج، ج 1 ، مرجع سابق ، ص 169.

² - ميرة وليد ، مرجع سابق، ص 81.

³ - بلحاج لعربي ، الوجيز في شرح ق. أ. ج، ج 1 ، مرجع سابق ، ص 169.

⁴ - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 76 ، مرجع سابق.

و العكس صحيح ، و ذلك حسب القدرة. بحيث تشمل النفقة كل من الغذاء و الكسوة و العلاج و السكن أو الأجرة ، و ما يشمل ضروريات الحياة.

الفرع الثاني : نفقة الشخص على غيره عند اختلاف الدين

للنفقة ثلاث أنواع و هي كل من النفقة الزوجية و نفقة الأصول و الفروع و نفقة الأقارب ، و سوف نحاول في هذا الفرع دراسة أثر اختلاف الدين في كل منها.

أولاً: أثر اختلاف الدين في النفقة الزوجية

يعتبر الزواج باختلاف الدين غير صحيح ، إلا في حالة واحدة و هي عند زواج المسلم بالكتابية ، أما غيره من الحالات فلا يصح، إلا أنه قد يطرأ اختلاف الدين بين الزوجين بعد قيام الرابطة الزوجية ، و ذلك بإسلام أحد الزوجين الكافرين أو ردة أحد الزوجين المسلمين. و لهذا ستكون دراستنا لأثر اختلاف الدين في النفقة في ثلاث حالات و هي نفقة الزوجة عند إسلام أحد الزوجين ، و عند ردة أحدهما ، و نفقة الزوجة الكتابية التي يكون زوجها مسلماً.

فيما يخص نفقة الزوجة المسلمة على زوجها المسلم لا خلاف في وجوبها ، و ثبت ذلك بالقرآن الكريم ، و ذلك في قول الله تعالى: " أسكنوهن من حيث سكنتم "(1)، و قوله تعالى : " و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف "(2)، و قوله عز و جل : " لينفق ذو سعة من سعته و من قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله "(3)

أ - حالة نفقة الزوجية عند إسلام أحد الزوجين : في هذه الحالة نتطرق إلى نقطتين و هي حالة إسلام الزوجة و إبقاء الزوج و حالة إسلام الزوج و إبقاء الزوجة للإسلام:

- إسلام الزوجة و إبقاء الزوج للإسلام : إذا وقعت الفرقة بين الزوجين بسبب إسلام المرأة و إبقاء الزوج للإسلام ، فإن النفقة واجبة للزوجة مدة العدة ، سواء أسلم الزوج خلال العدة أو انتهت العدة بعدم إسلامه ، و هو رأي الحنفية و القول المختار عند المالكية ، و الصحيح عند الشافعية و الحنابلة(4) و الدليل على ذلك أن الزوج ارتكب معصية بإيائه للإسلام ، و إياؤه كان السبب في حصول الفرقة الزوجية ، مع قدرته على إبقاء زوجته في عصمته لو أنه أسلم ، ثم إن تحريم استمتاعه بها كان بسبب معصية كان هو سببها فوجبت نفقها عليه(5)، و كذلك

1 - سورة الطلاق ، آية 6.

2 - سورة البقرة ، آية 233.

3 - سورة الطلاق ، آية 7.

4 - محمد بن أحمد بن أبي سهل ، المبسوط ، ج 5 ، دار المعرفة ، بيروت ، 1986 ، ص 226.

5 - إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي ، المذهب في فقه الإمام الشافعي ، ج 2 ، دار الفكر ، بيروت ، ص 160.

بإيائه الإسلام قد فوت إمساك زوجته بالمعروف ، فكان واجبا عليه تسريحها بإحسان ، و إنفاقه على زوجته من التسريح بإحسان⁽¹⁾.

● إسلام الزوج و إبقاء الزوجة الإسلام : إذا أسلم الزوج و كانت زوجته من غير أهل الكتاب و أبت الإسلام ، فقد ذهب الحنفية و المالكية و الشافعية في قول ، و الحنابلة إلى عدم وجوب النفقة على الزوجة ، أما السكني فلا تسقط لأنها حق للزوجة على زوجها في حالة وجود الأولاد. و استدلوا بأن الفرقة حصلت بسبب إبقاء الزوجة الإسلام ، و الزوج في هذه الحالة لا يمكن من امرأته ، فتكون الزوجة في حكم الناشز و الناشز لا نفقة لها لارتكابها معصية أوجبت الفرقة⁽²⁾. و الدليل على ذلك أيضا قول الله تعالى : " و لا تمسكوا بعصم الكوافر"⁽³⁾. إلا أنه إن كانت المرأة حاملا فإنه تجب لها النفقة لقوله تعالى : " و إن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن"⁽⁴⁾ لأن الولد يعتبر ابنه فتجب عليه النفقة ، و لا يمكن ذلك إلا بالإنفاق عليها لأن الحمل يتغذى منها فوجب الإنفاق عليها حتى تضع حملها.

ب - نفقة الزوجة الكتابية التي يكون زوجها مسلما :

لم يختلفوا الفقهاء في وجوب نفقة الزوج المسلم على زوجته الكتابية، و الدليل على ذلك قول الله تعالى : " و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف"⁽⁵⁾، فقد دلت الآية على وجوب إنفاق الزوج على زوجته بالمعروف ، كما دلت على أن سبب الإنفاق هو الولادة ، التعليق الحكم فيها على المشتق ، و التعليق بالمشتق يؤذن بعلة ما منه الاشتقاق ، و إذا كانت العلة هي الولادة و هي لا تختلف بإسلام الزوجة أو عدم إسلامها ، كان ذلك دليلا على أن الآية أفادت وجوب النفقة للزوجة الكتابية كما وجبت للمسلمة⁽⁶⁾. و قوله تعالى : " أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"⁽⁷⁾، و ما رواه مسلم و أبو داود عن جابر بن عبد الله أن الرسول صلى الله عليه و سلم ، ذكر خطبة الوداع في حديث طويل : " و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف "، و ما رواه البخاري و مسلم في حديث هند بنت عتبة زوج أبي سفيان حيث قال لها الرسول عليه الصلاة و السلام و قد شكت إليه شح زوجها : " خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك

1 - محمد بن أحمد بن أبي سهل ، مرجع سابق ، ص 201.

2 - مرجع نفسه ، ص 200.

3 - سورة الممتحنة ، الآية 10.

4 - سورة الطلاق ، الآية 6.

5 - سورة البقرة ، الآية 233.

6 - ميرة وليد ، مرجع سابق ، ص 83.

7 - سورة الطلاق ، الآية 6.

و يكفي بيتك "، و دلت الروايتان بالعموم الوارد فيها عدم تخصيص النفقة بالزوجة المسلمة فشملت أيضا الكتابية⁽¹⁾.

فالنفقة واجبة للزوجة نظير احتباس زوجها لها ، الثابت بالعقد الصحيح ، و الكتابية حيث تتزوج بمسلم حبست لحقه و لمنفعة تعود إليه ، و فرغت نفسها له ، فتكون كفايتها من ماله ، فتجب نفقتها على زوجها ، كالقاضي لما فرغ نفسه لأعمال المسلمين كانت نفقته في بيت مالهم. مع القول بأن النفقة عوض و جزاء عن الملك ، و ليست جزاء الاحتباس تكون نفقة الكتابية واجبة لها ، لأن ملك الزوجية على غير مسلمة عليها لا تختلف عن المسلمة ، فكما هو واقع على هذه يكون على تلك⁽²⁾.

ت - نفقة الزوجة عند ردة أحد الزوجين : يختلف الحكم بحسب ما إذا كانت الردة من الزوج أو الزوجة

• ردة الزوج :

تجب النفقة للزوجة على زوجها حتى تنقضي العدة ما دام الزوج لم يقتل ، و هو رأي الجمهور من الحنفية ، الشافعية و الحنابلة⁽³⁾. و لم يخالف في ذلك سوى المالكية في قول ، فلم يوجب لها النفقة في حين ردته ، إلا إذا كانت حاملا ، و لعل دليلهم هو أن المرأة متى ارتدت زوجها تبين منه في الحال ، و تنقطع الزوجية بينهما، و البائن لا نفقة لها، اللهم إلا إذا كانت حاملا ، فنفتها تبقى حتى أن تضع الحمل لحبسها بسبب الزوج⁽⁴⁾. إلا أن جمهور الفقهاء استوجبوا النفقة على الزوج و استدلو بأن الفرقة وقعت بسبب الزوج و هو هنا سبب محذور ، و لا ذنب للزوجة حتى تحرم من النفقة ، و مع كون المعاشرة الزوجية محرمة بينهما ، إلا أنه يملك معاشرتها في أي وقت يرجع فيه عن ردته ما دامت في فترة العدة⁽⁵⁾. و عليه فإن الزوجة تستحق النفقة ، فهي لم ترتكب ذنبا و الفرقة حصلت بسبب معصية الزوج و الله تعالى أعلم بالصواب.

• ردة الزوجة :

إذا ارتدت الزوجة عن الإسلام دون زوجها ، قال جمهور الفقهاء بسقوط نفقتها سواء أسلمت في العدة أو لم تسلم ، و استدلو على أن المرأة بارتدادها منعت

¹ - بدران أبو العينين بدران ، ع إ بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية، مرجع سابق ، ص 136.

² - نفس المرجع ، ص 137.

³ - علاء الدين أبو بكر بن سعود بن أحمد الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 4 ، ط 2 ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، 1982 ، ص 16 و 17.

⁴ - بدران أبو العينين بدران ، ع إ ، مرجع بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية ، سابق ، ص 142.

⁵ - علاء الدين أبو بكر بن سعود بن أحمد الكسائي ، مرجع سابق ، ص 17.

زوجها من التمكن منها ، فتكون في حكم الناشز فلا نفقة لها، و أن الفرقة وقعت بسبب معصية الزوجة ، و هي بذلك تستحق العقوبة و الحرمان كالقاتل يحرم من الميراث بسبب قتل مورثه ، لأن من استعجل شيء قبل أوانه عوقب بحرمانه. إلا أن الحنفية في قولهم الثاني أن الزوجة تستحق النفقة لأنها ما زالت في عصمته خلال فترة العدة ، و لا يسمح لها بالزواج بآخر فهي محبوسة على زوجها⁽¹⁾. و الرأي الراجح هو رأي الجمهور لقوة أدلتهم، و لأن الزوجة ارتكبت محضورا بردتها فناسب ذلك حرمانها من النفقة.

و فيما يخص المشرع الجزائري في موقفه لنفقة الزوجية عند اختلاف الدين لم يتطرق إليها في الحالات الثلاث السالفة الذكر، و بهذا يرجعنا إلى موقف الفقهاء، و هذا وفقا لأحكام المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود نص قانوني صريح.

ثانيا: أثر اختلاف الدين في نفقة الأصول و الفروع

سنتناول في هذا المقام المسائل التالية:

أ- نفقة الأصل المباشر (الأب و الأم) :

إذا كان الابن موسرا و أبواه فقيران معسران مخالفان له في الدين ، فأكثر الأئمة يقولون بوجوب النفقة للوالدين على الابن ، و إنها لا تسقط بإسلام أحدهما أو رده و في رواية عند الحنابلة لا تجب على الابن نفقة لأبيه عندما يختلفان في الدين استنادا إلى أن هذه النفقة وجبت للمواساة ، و لا موساة في اختلاف الدين ، و لأنها وجبت بسبب الإرث. و هو منعدم عند اختلاف الدين أيضا. و قد رد هذا الدليل بكون الموساة مع اختلاف الدين واجبة بأدلة كثيرة وردت في الكتاب العزيز ، قال تعالى : " ووصينا الإنسان بوالديه حسنا "⁽²⁾، و قال سبحانه تعالى : " و بالوالدين إحسانا "⁽³⁾، فإنها لم تخص مسلما من كافر، و الإرث لا اعتبار له في النفقة بين الابن و أصله بدليل أن الحنابلة لم يشترطوا في الإنفاق عليهم أرثهم⁽⁴⁾.

ب- نفقة الفرع المباشر (الولد) :

اتفقوا على أن اختلاف الدين لا تأثير له في إنفاق الأب على ابنه. فتجب النفقة على الأبوين الكافرين ، أو المسلمين لابنهما الكافر أو المسلم ، و الدليل على

¹ - علاء الدين أبو بكر بن سعود بن أحمد الكسائي، مرجع سابق ، ص 17.

² - سورة العنكبوت، الآية 08.

³ - سورة الاسراء، الآية 46.

⁴ - بدران أبو العينين بدران، ع إ بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية، مرجع سابق، ص 139 و 140.

ذلك قول الله تعالى : " و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف "1، فقد دلت الآية على وجوب النفقة للزوجة بسبب الولد ، فتجب النفقة له من باب أولى و إذا وجبت للزوجة و إن كانت كافرة تجب للولد أيضا و إن كان كافرا، اذ النفقة على الولد ألزم و أوجب من نفقة الزوجة، لوجود معنى جزئية ، و لكون الفرع أحرى بالتعهد و الخدمة من غيره(2). موقف المشرع نفسه مع نفقة الزوجة ، و هذا بالعودة إلى المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

ثالثا: أثر اختلاف الدين على نفقة الأقارب:

عند اتحاد الدين لدى الأقارب ، النفقة واجبة و هذا ما أخذ به كل من الحنفية و الحنابلة، أما حين اختلافه فقد اتفق الفقهاء على عدم وجوبها ، فلذا لا تجب نفقة الأخ النصراني على أخيه المسلم ، ولا للأخ المسلم إنفاق على أخيه اليهودي مثلا ، لأن اختلاف الدين بين الأقارب له تأثير عظيم في إسقاط النفقة. كون النفقة في هذا الصنف تعتمد على الإرث كما صرح بذلك سبحانه وتعالى بقوله : " و على الوارث مثل ذلك "3، فقد أفاد أن النفقة للقريب على قريبه إنما كانت لكونه وارثا في الجملة. أي أهلا لأن يكون له الميراث في الجملة، حيث لا يوجد من يحجبه ، و لهذا لا يدخل الخال و الخالة ، فكان المراد هو أن يثبت له ميراث يفيد كونه وارث في صورة وجوب النفقة(4).

و عليه فموقف المشرع الجزائري هنا لم يفصل في هذه المسألة لذا علينا الرجوع دائما إلى الشريعة الإسلامية حسب المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري ، فهنا يمكن القول أنه لا تجوز نفقة الأقارب بسبب اختلاف دينهم ، و أيضا أن المشرع لم يتناول موضوع اختلاف الدين في النفقة ، فالمشرع يعمل بحسب موقف الفقهاء التي لم تجز نفقات الأقارب.

المطلب الثاني : أثر اختلاف الدين في الميراث

لقد شرع الله سبحانه وتعالى الميراث ، و بين أحكامه بنفسه ، و تركها للاجتهاد وقد جاء تفصيل ذلك في قوله تعالى: "يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمُ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ الثُّلُثُ فَإِنْ كَانَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِأُمِّهِ السُّدُسُ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ

1 - سورة البقرة ، الآية 233.

2 - بدران أبو العينين بدران ، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية ، ص 146.

3 - سورة البقرة، الآية 233.

4 - بدران أبو العينين بدران، ع إ بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية ، مرجع سابق، ص 150.

أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةً مِّنَ اللَّهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا. وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّهُنَّ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلَكُمْ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُّوصِينَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَتُمْ إِن لَّمْ يَكُن لَّكُمْ وَلَدٌ فَإِن كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثَّمَنُ مِمَّا تَرَكَتُمْ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِن كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِن كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِّنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ".⁽¹⁾ وقوله: "يَسْتَفْتُونَكَ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنِ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتٌ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِن لَّمْ يَكُن لَهَا وَلَدٌ فَإِن كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِن كَانُوا إِخْوَةً رِّجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَن تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"⁽²⁾.

بعد موت الشخص تنتقل ممتلكاته إلى من بعده من الذين يستحقون تركته و توزع عليهم بطريقة شرعية منتظمة، وذلك بعد استقفاء حقوق الميت وتسديد ديونه و إخراج الوصايا و الهبات إن كانت عليه ، ثم يأتي دور الورثة فتوزع عليهم كل حسب حصة و مكانته ، و ذلك باستيفاء شروط الميراث و انتفاء موانعها التي من بينها اختلاف الدين باعتباره مانع من موانع الميراث ، و هذا ما سندرسه في الفرع الأول بعد تقديم لمحة عن تعريف الميراث في الفرع الأول.

الفرع الأول : تعريف الميراث

يعرف الميراث لغة على أنه هو مصدر لفعل ورث إرثا ميراثا ، يقال : ورث فلان أباه، و يرث الشيء من أبيه. فكل من الميراث و الإرث في الأصل مصدر لفعل مذكر و معناهما واحد⁽³⁾. و هو البقاء و انتقال الشيء من شخص إلى آخر أو من يقوم إلى آخرين و يشمل المال و الجاه و السلطان و الشرف و السمعة و حق العلم لقوله عليه الصلاة و السلام : " العلماء ورثة الأنبياء ، و ان الأنبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما ، و إنما أورثوا العلم ، فمن أخذه أخذ بحظ وافر "⁽⁴⁾.

أما اصطلاحا فهو انتقال الملكية من الميت إلى ورثته الأحياء، سواء كان المتروك مالا عقارا أو منقولا ، أو حقا من الحقوق الشرعية القابلة للانتقال بطريق الميراث⁽⁵⁾. فهو علم يعرف بمقتضاه نوع المستحقين للتركة الصافية ، و نصيب كل وارث أو متعددا ، و كيفية تصفية التركة و تسليمها لمستحقيها ، فهو علم ما بعد الموت لأن الإرث لا يكون إلا بعد وفاة المورث. أما المقصود بعلم الميراث فهو القواعد الفقهية و الحسابية التي

¹ - سورة النساء، الآية: 11_12.

² - سورة النساء الآية: 178.

³ - لعربي بلحاج ، أحكام التركات و الموارث ، ط 1 ، دار الثقافة للنشر ، الجزائر ، 2009 ، ص 21.

⁴ - بن الشويخ الرشد ، الوصية و الميراث ، ط 1 ، دار الخلدونية ، الجزائر ، 2008 ، ص 74.

⁵ - محمد علي الصابوني ، الموارث في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب و السنة ، مكتبة رحاب ، الجزائر ،

1990 ، ص 90.

يعرف بها حق أو نصيب كل وارث من التركة ، و عرفه المالكية بأنه علم من العلوم الشرعية ، يعرف به من يرث و من لا يرث و مقدار ما لكل وارث⁽¹⁾.

في حين نجد أن المشرع الجزائري لم يقدم تعريفا للميراث تاركا ذلك للفقهاء و القضاء ، فقد عرفت المحكمة العليا في قرارها الصادر في تاريخ 1982/04/14 : " الميراث ما يخلفه المورث من أموال جمعها و تملكها أثناء حياته "⁽²⁾ ، و جاء فيها أيضا : " ... و من ثمة فإن التعويض عن الأضرار ليس إرثا ، و لا يدخل ضمن عناصر التركة لشموليته و استحقاقه لكل متضرر وارث ، و لخضوع التقدير فيه لجسامة الضرر ". كما جاء في القرار الصادر من المحكمة العليا في 1993/12/22 : " ... و أنه لا ترك إلا بعد وفاة المورث ، و تصنيفاتها من الحقوق المتعلقة بها حسب الترتيب المنصوص عليه في المادة 180 من قانون الأسرة "⁽³⁾. و جاء أيضا في القرار الصادر في 1997/06/10 من المحكمة العليا : " ... بعد إعداد عريضة شرعية ، و من ثم انتقالها إلى مستحقها انتقالا شرعيا بقوة القانون "⁽⁴⁾.

و من خلال هذه القرارات يمكننا أن نقول أن القضاء عرف الميراث على أنه ما يتركه الشخص بعد وفاته من أموال جمعها و تملكها في حياته ، و يتم تقسيمها بين الورثة بعد استفاء حقوق الميت و تسديد ديونه و إخراج الوصية إن كانت عليه.

الفرع الثاني : الميراث عند اختلاف الدين

ينشأ اختلاف الدين بين المسلم و غير المسلم إما بكفر أصلي أو ارتداد المسلم أو اسلام الكافر ، كما قد يحدث بسبب الزواج المختلط كأن يتزوج جزائري مسلم بمن تدين بدين سماوي آخر كاليهودية ، و نظام الإرث يحمل أهمية كبيرة في التشريع الإسلامي ، فما حكم التوارث بين الأقارب في حال اختلاف الدين بين الوارث و المورث ؟ سوف نحاول الإجابة على هذا التساؤل في هذه الحالات التالية :

أولا : ميراث المسلم لغير المسلم و غير المسلم للمسلم

اتفق الفقهاء على أن المسلم يرث المسلم ما لم يكن هناك مانع من الإرث كالقتل عمدا أو وجود حاجب ، كما اتفقوا أيضا على أن غير الكافر يرث الكافر خلافا فيما بينهم إن كان الكفر ملة واحدة أو ملل مختلفة.

¹ - لعربي بلحاج ، أحكام التركات و الموارث ، مرجع سابق ، ص 23.

² - م ع ، غ م ، قرار صادر في 1982/04/14 ، ملف رقم 24770 ، م ق 1989 ، ع 4 ، ص 55.

³ - م ع ، غ أ ش ، قرار صادر في 1993/12/22 ، ملف رقم 102567 ، م ق 1994 ، ع 3 ، ص 22.

⁴ - م ع ، غ أ ش ، قرار صادر في 1997/06/10 ، ملف رقم 163414 ، م ق 1998 ، ع 1 ، ص 120.

أ- ميراث المسلم من غير مسلم :

ذهب أصحاب المذاهب الأربعة إلى أنه لا يجوز التوارث بين المسلم و غير المسلم فلا يجوز توريث المسلم من الذمي أو المستأمن⁽¹⁾ ، و هذا لقول الرسول صلى الله عليه وسلم : " لا يرث المسلم الكافر و لا الكافر المسلم "⁽²⁾ ، فإذا كان الميت مسلماً و الوارث كافراً و لو كان يهودياً أو نصرانياً أو وثنياً ، فإنه لا توارث بين ملتين لقوله صلى الله عليه وسلم : " لا يتوارث أهل ملتين شتى " ، و في رواية أخرى " لا يتوارث أهل ملتين "⁽³⁾ . و لأن التوارث مستحقاً بالولاية و الولاية منقطعة بين المسلم و الكافر فلا يتوارثان.

و لقد استدلل فقهاء الحنفية و الحنابلة و المالكية ، الشافعية على عدم ميراث المسلم الكافر بما روي عن ابن شهاب عن علي بن حسين قال : " ورث أبي طالب عقيل و طالب و لم يرثه علي "⁽⁴⁾ ، و هذا لأن علي كان مسلماً حين توفي والده أبو طالب الذي مات على غير الإسلام. و بما رواه أيضاً سليمان بن يسار من أن محمد ابن الأشعث أخبره أن عمة له يهودية أو نصرانية توفيت و أن محمداً بن الأشعث ذكر ذلك لعمر بن الخطاب رضي الله عنه و قال له : " من يرثها ؟ فقال له عمر : يرثها أهل دينها "⁽⁵⁾.

إلا أن بعض مصادر الفقه الإسلامي تورد القول بتوريث المسلم من الكافر ، بحيث استندوا في ذلك على قول الرسول صلى الله عليه وسلم : " الإسلام يعلو و لا يعلى عليه "⁽⁶⁾ فالإرث فيه نوع من ولاية للوارث على المورث ، فلعنوا الإسلام تثبت هذه الولاية للمسلم على الكافر⁽⁷⁾ ، و بقوله صلى الله عليه وسلم : " الإسلام يزيد و لا ينقص "⁽⁸⁾ و وجه الدلالة فيه أن الإسلام لما كان سبباً في زيادة أهل ملته على غيرهم ، اقتضى أن يرث المسلم ممن خالفه الملة ، دون أن يرثه أهل الملل الأخرى من المسلمين ، لأن المسلم إذا لم يرث و قد كان مستحقاً للإرث من قريبه الكافر قبل أن يسلم ، لنقص إسلامه من حقه و ذلك لا يجوز ، كما أن أموال المشركين يجوز أن تصير إلى المسلمين

¹ - بلحاج العربي ، أحكام التركات و الموارث ، مرجع سابق ، ص 118-119.

² - مسلم ، صحيح مسلم ، كتاب الفرائض ، باب ألحقوا الفرائض بأهلها ، ج 3 ، دار إحياء التراث العربي - بيروت (د.ت) رقم الحديث 1614 ، ص 1233.

³ - أبو داود ، سنن أبو داود ، باب : هل يرث المسلم الكافر ، ج 3 ، المكتبة العصرية ، بيروت (د.ت) رقم الحديث 2911 ، ص 125.

⁴ - مالك بن أنس ، الموطأ ، كتاب الفرائض ، باب : ميراث أهل الملل ، ط2 ، المكتبة العلمية ، المملكة العربية السعودية (د.ت) حديث رقم 729 ، ص 255.

⁵ - مرجع نفسه ، حديث رقم 12 ، ص 411.

⁶ - البيهقي ، السنن الكبرى ، باب : ذكر من صار مسلماً بإسلام أبويه ، ج 6 ، دار الباز ، السعودية ، رقم الحديث 11935 ، ص 205.

⁷ - أحمد حسين الطاهر ، مرجع سابق ، ص 282.

⁸ - أبو داود ، سنن أبو داود ، مرجع سابق ، باب : هل يرث المسلم الكافر ، ج 3 رقم الحديث 2912 ، ص 126.

قهرًا ، فأولى أن تصير إليهم إرثًا ، و أيضا جاز للمسلم أن يتزوج الزميمة ، فيكون الميراث كذلك فيجوز للمسلم أن يرث الزميمة⁽¹⁾.

من خلال تقديم أدلة الفريقين يتضح لنا أن قول الجمهور الذين هم أصحاب المذاهب هو الراجح لقوة أدلتهم ، فحديث الرسول صلى الله عليه و سلم " لا يرث المسلم الكافر و لا الكافر المسلم " و كذلك حديثه صلى الله عليه و سلم " لا يتوارث أهل ملتين شتى " صريحان في منع توريث المسلم من غير المسلم ، فهما حديثان واضحا الدلالة في عدم توريث المسلم من الكافر⁽²⁾. أما فيما يخص حديث الرسول صلى الله عليه و سلم " الإسلام يعلو و لا يعلو عليه " لا حجة فيه لأن المراد به فضل الإسلام على غيره و لم يتعرض فيه للميراث ، و أما قوله صلى الله عليه و سلم : " الإسلام يزيد و لا ينقص " فقد يكون المراد به أن الإسلام يزيد بمن أسلم و لا ينقص بالمرتدين⁽³⁾.

أما القول بأن أموال المشركين تصير إلى المسلمين قهرًا ، فأولى أن تصير إليهم إرثًا ، يجاب عنه بأن أخذ أموالهم قهرًا لا يوجب الإرث منهم ، فالشارع الحكيم فرق بين أموال المشركين التي يستولي عليها المسلمون غلبة و قهرًا و بين ما يتركونه ميراثًا ، فأجاز الأولى و منع الثانية⁽⁴⁾. أما قياسهم على إباحة زواج المسلم بالكتابية فهو قياس مع الفارق، فالتوارث مبني على الموالاة بين الكافر و المسلم⁽⁵⁾.

ب- ميراث غير المسلم من المسلم :

ذهب فقهاء الحنفية و المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى أن اختلاف الدين بين الوارث و المورث أثرا في مدى استحقاق الإرث، فقالوا: إن الكافر لا يرث المسلم، و هو ما أجمع عليه الصحابة و التابعون، و من جاء بعدهم من أهل العلم⁽⁶⁾.

و من هنا فإن ميراث الكافر من المسلم لا يوجد فيه خلاف بين الفقهاء و لا بين أهل العلم، فقد أجمع المسلمون جميعا على أن الكافر لا يرث المسلم.

* بعد دراسة موقف الفقهاء لحالة ميراث المسلم لغير المسلم و غير المسلم للمسلم ، نجد أن المشرع الجزائري قد أغفل ذكر اختلاف الدين كمانع من موانع الميراث في المواد الخاصة بموانع الميراث (من 135 إلى 138 ق أ ج).

¹ - بدران أبو العنين بدران ، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في ش إ و ي و م ، مرجع سابق ، ص 233.

² - ميرة وليد ، مرجع سابق ، ص 101.

³ - أحمد حسين الطاهر، مرجع سابق ، ص 282.

⁴ - ميرة وليد ، مرجع سابق ، ص 101.

⁵ - أميرة مازن ، مرجع سابق ، ص 157.

⁶ - أحمد حسين الطاهر ، مرجع سابق ، ص 281.

إلا أن سكوته عن هذا المانع لا يعني أنه قد أسقطه من موانع الميراث ، فقد جاءت المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري مقررة الرجوع إلى الشريعة الإسلامية في القضايا التي لم يرد فيها نص ، و الشريعة الإسلامية تمنع الإرث في حالة اختلاف الدين و هذا ما أخذ به المشرع الجزائري حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 1995/07/25 : " من الثابت شرعا أنه لا يرث الكافر المسلم و لا المسلم الكافر ، و لا يتوارث أهل الملتين شيئا (المادة 222 من ق أ ج) فإنه من موانع الميراث الكفر ، و ان الطاعن لم يتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك إلا بعد وفاة أمه المسلمة ، و عليه فلا توارث بينهما "(1).

و من هذا القرار يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بموقف الفقهاء بحيث جعل اختلاف الدين كمانع من موانع الميراث برغم من عدم وروده في نص قانوني صريح. كما أن الفتاوى الشرعية الصادرة عن المجلس الإسلامي الأعلى بالجزائر تحت رقم 1987/227 نصت على أنه " لا يجوز التوارث بين المسلم و الكافر "(2).

و ما تجدر الإشارة إليه أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث لكنها تأمر بإثبات تمسك بالدين الإسلامي(3) ، و نفس الموقف اتخذه المشرع الجزائري و ذلك واضح من خلال القرار الصادر من المحكمة العليا في 1984/07/09 : " ... الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في الميراث ، و لكنها تأمر بالتمسك بالدين الإسلامي ، فإن القضاء بما يتفق مع أحكام هذا المبدأ يعد مؤسسا على قواعد الشريعة الإسلامية "(4).

فمن هنا فإن اختلاف الدين هو المانع من الميراث و ليس الاختلاف في الجنسية.

ثانيا : التوارث عند إسلام الوارث الكافر بعد موت مورثه مسلما

اتفق الفقهاء على أن الكافر إذا أسلم بعد موت مورثه المسلم يحرم من الميراث إذا كان إسلامه قد حصل بعد قسمة التركة بين الورثة المسلمين ، أما إذا أسلم الكافر بعد موت مورثه و قبل قسمة التركة فالجمهور و هم الأئمة الثلاثة الشافعي و أبو حنيفة و مالك في رواية على القول بحرمانه من الميراث و أنه لا شيء له(5). بحيث ذهبوا إلى أن اختلاف اختلاف الدين له أثر في منع التوارث بين المسلم و غير المسلم إذا وجب استحقاق الإرث و هو حين وفاة المورث ، فمثلا إذا مات ولد مسلم و له أب نصراني فإن هذا

¹ - م ع ، غ أ ش ، القرار الصادر في 1995/07/25 ، ملف رقم 123051 ، م ق لسنة 1996 ، ع 1 ، ص 113.

² - زروتي الطيب ، أثر اختلاف اديانة الزوجين أو جنسيتهما في الزواج المختلط ، مجلة جزائري ، 1993 ، ع 4 ، ص 952.

³ - بلحاج العربي الوجيز في شرح ق أ ج ، مرجع سابق ، ص 62.

⁴ - م ع ، غ أ ش ، قرار صادر في 1984/07/09 ، ملف رقم 33509 ، م ق لسنة 1989 ، ع 3 ، ص 60.

⁵ - بدران أبو العنين بدران ، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية ، مرجع سابق ، ص 239.

الأب النصراني لا يرث ابنه المسلم و لو أسلم بعد وفاة ولده بلحظة واحدة ، ما دام الأب كان وقت وفاة ابنه المسلم كان على دين النصرانية ، لأن اختلاف الدين و هو مانع من الإرث كان قائما و أنتج أثره وقت استحقاق الإرث ، فلم يكن لإسلام هذا الأب بعد هذا الوقت أثر في استحقاق الإرث ، فسواء حصل إسلامه قبل قسمة التركة أم بعدها ما دام أنه حصل بعد وفاة الابن ، و الأمر ذاته ينطبق على كل وارث و مورث ، و الزوجة الكتابية التي توفي عنها زوجها المسلم هي كذلك لا تستحق الإرث من تركته حتى و إن أسلمت قبل قسمة التركة ، لأن العبرة بديانتها وقت وفاته⁽¹⁾. و لقد استدلوا في قولهم هذا على قول الله تعالى : " إن أمروا هلك ليس له ولد و له أخت فلها نصف ما ترك " ⁽²⁾ و قال تعالى : " و لكم نصف ما ترك أزواجكم " ⁽³⁾ ، فقد دلت الآيتان عل أن التركة تكون للوارث من غير شرط القسمة ، إذ هي إنما تكون فيما قد ملك ، و بذلك لا تكون للقسمة أي أثر في استحقاق الميراث أو عدم استحقاقه لأنها للملك، و حيث كان ذلك وجب ألا يزول بعدها ، فإن تأخير القسمة غير موجب لتوريث من ليس بوارث ، كما أن تقديمها لا يوجب سقوط إرث الوارث⁽⁴⁾.

و من هنا فإن ملكية الإرث لدى الجمهور تتحدد من وقت موت المورث و لا عبرة لتقسيم التركة.

إلا أن الحنابلة فقد ذهبوا إلى أن الكافر إذا أسلم قبل قسمة التركة فإنه يرث مورثه ، أما إذا قسمت التركة ثم أسلم فإنه لا يرث شيئا ، و إذا قسم بعض التركة قبل إسلامه و بقي البعض آخر من غير تقسيم و أسلم ورث مما بقي⁽⁵⁾. مستدلين بقول الرسول صلى الله عليه و سلم : " من أسلم على شيء فهو له " ⁽⁶⁾ و بقوله صلى الله عليه و سلم : " كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم ، و كل قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام " ⁽⁷⁾. و قد روى ابن عبد البر في التمهيد عن يزيد بن قتادة قال : " إن إنسانا من أهله مات على غير دين الإسلام ، فورثته ابنتي دوني ، و كانت على دينه ، ثم إن جدي أسلم و شهد مع النبي صلى الله عليه و سلم حينما فتوفى ، و ترك نخلا ، ثم إن أختي أسلمت فخاصمتني في الميراث إلى عثمان ، فحدث عبد الله بن أرقم أن عمر قضى أن من أسلم على ميراث قبل أن يقسم فإنه يصيبه ، فقضى له عثمان ، فذهبت بأولى و شاركتني في

1 - أحمد حسين الطاهر ، مرجع سابق ، ص 284.

2 - سورة النساء ، الآية 176.

3 - سورة النساء ، الآية 12.

4 - بدران أبو العنين بدران ، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية، مرجع سابق ، ص 240-541.

5 - أميرة مازن ، مرجع سابق ، ص 154.

6 - البيهقي ، السنن الكبرى ، مرجع سابق ، باب من أسلم على شيء فهو له ، ج 9 ، حديث رقم 18038 ، ص 113.

7 - ابن ماجه ، سنن ابن ماجه ، باب قسم الماء ، ج 2 / دار الفكر ، بيروت لبنان ، رقم الحديث 2485 ، ص 831.

الآخرة" (1)، و من هنا فإن ظاهر الدلالة عندهم أن الأمر متوقف على القسمة فيعتبر التوارث و عدمه بحالها ، كما أنه في الحكم في توريثه هو الترغيب على الإسلام و الحث عليه.

و في هذا السياق نجد أن المشرع الجزائري قد حذى حذو جمهور الأئمة (الشافعية ، المالكية ، الحنفية) حيث جاء في قرار المحكمة العليا الصادر في 2001/06/20 : " يجب الميراث لمن كان مسلماً يوم موت ، و من أسلم بعد موته فلا حق له في الميراث حسب قول الإمام مالك ، و أن القضاء بمنح صفة الوارثة للزوجة الأجنبية التي لم تعتنق الإسلام في حياة زوجها إلا بعد وفاته هو مخالف للقانون " (2) ، فمن خلال هذا القرار يتوضح لنا موقف المشرع الجزائري الذي اتخذ موقف المالكية ، حيث حرم الزوجة الأجنبية من ميراث زوجها باعتباره مسلماً و هي لم تعتنق الإسلام إلا بعد وفاته ، فمانع الميراث كان متوفراً فيها في اختلاف دينها على المورث وقت وفاته.

ثالثاً : أثر الردة في الميراث

تعتبر الردة إعلان عن خروج المسلم من الإسلام و تحوله إلى النصراني أو اليهودي أو غيره، و يعتبر في الإسلام لا دين له، و لبيان حكم ميراث المرتد من الغير، و ميراث الغير من المرتد ، فنجد أن الفقهاء اتفقوا على أن المرتد عن الإسلام لا يرث غيره مهما كانت ديانة المورث و لو كان مرتداً مثله لأن المرتد في حكم الميت ، و الميت لا يرث ، و لأنه ليس أهلاً للتملك ، فلا يصلح للخلافة (3)، و استدلوأ بحديث الرسول صلى الله عليه و سلم : " لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى الثلاث ... و ذكر منها و كفر بعد الإيمان " (4)، و من خلال هذا الحديث نجد الرسول صلى الله عليه و سلم سمي الردة بالكفر، و تقدم سابقاً أن الكافر لا يرث المسلم، فالمرتد لا يرث من غيره إطلاقاً لا مسلماً و لا غير مسلم و لا مرتد مثله.

أما فيما يتعلق بميراث الغير من المرتد فقد اختلف أقوال الفقهاء ، حيث ذهب كل من المالكية و الشافعية و الحنابلة إلى أن تركة المرتد كلها فيء للمسلمين ، فلا يرث أحد المرتد سواء اكتسب ماله حال إسلامه أو حال رده (5)، قال النووي : " لا يرث المرتد أحداً و لا يرثه أحد "، و ماله فيء سواء كسبه في الإسلام أو الردة (6) ، و استدلوأ في

1 - ابن عبد البر ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني و المسانيد ، ج 2 ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب ، 1387هـ ، ص 57.

2 - م ع ، غ ش أ ، قرار صادر في 2001/06/20 ، ملف رقم 244899 ، م ق لسنة 2003 ، ع 1 ، ص 345.

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

4 - أبو داود ، سنن أبو داود ، مرجع سابق ، باب الحكم فيمن سب النبي (ص) ، ج 4 ، حديث رقم 3465 ، ص 226.

5 - أميرة مازن ، مرجع سابق ، ص 158.

6 - ابن عبد البر ، مرجع سابق ، ص 320.

في ذلك لقول الرسول صلى الله عليه و سلم : " لا يرث المسلم الكافر و لا الكافر المسلم " ، فالمرتد إذا مات أو قتل فكل أمواله تكون فيء للمسلمين فلا يرثها عنه أقاربه المسلمون.

أما فقهاء الحنفية يفرقون بين المرتد و المرتدة ، ففيما يتعلق بمال المرتد فماله قبل الردة فلورثته المسلمين ، و ماله بعد الردة توضع في بيت مال المسلمين ، لأن المرتد بعد رده يكون في حكم الميت ، أما المرتدة إذا ماتت فإن كل أموالها التي اكتسبتها حال إسلامها أو بعد ردها هي لورثتها من أقاربها المسلمين⁽¹⁾.

و بالرجوع إلى المشرع الجزائري فنجد أنه أورد نصا يتعلق بهذه المسألة في قانون الأسرة و ذلك في المادة 138 منه حيث جاء فيها ما يلي : "يمنع من الإرث اللعان و الردة"⁽²⁾، و ما نلاحظه أن المشرع كان واضحا و صريحا في هذه المادة بحيث أن المرتد لا يرث ، و بذلك يصبح حكمه حكم المعدوم من الميراث.

فمن هنا نجد أن المشرع الجزائري قد جعل الردة مانعا من موانع الميراث فلا يرث المرتد المسلم و هذا ما أجمع عليه المسلمون ، و لا يرث المسلم المرتد حيث أخذ المشرع في هذه الحالة بمذهب الجمهور المالكي و الشافعي و الحنبلي⁽³⁾.

¹ - أحمد حسين الطاهر ، مرجع سابق ، ص 284.

² - أمر رقم 02-05 م م المتعلق بقانون الأسرة ، المادة 138 ، مرجع سابق.

³ - ميرة وليد ، مرجع سابق، ص 107.

خاتمة

يظهر لنا في ختام هذا البحث أن موضوع أثر اختلاف الدين في المسائل المتعلقة بشؤون الأسرة، يمس مجموعة من القضايا ترتبط بها بعض الحقوق، وقد تبين لنا أن اختلاف الدين في تلك المسائل يختلف من مسألة إلى أخرى، وهو الأمر الذي خلصنا إليه على النحو الآتي:

- اختلاف الدين فيما يتعلق بالولاية على النفس له أثره على ولاية القاصر، حيث يجب أن يكون الولي مسلماً، وإن كان غير ذلك فلا تجوز الولاية لغير المسلم على المسلم، ولا مسلم على غير مسلم. ونفس الشيء في ولاية التزويج، فلا يصح زواج المسلمة بولاية غير المسلم، كما لا يجوز للمسلم أن يتولى عقد نكاح موليته غير المسلمة.
- لا تجوز وصاية غير المسلم على أولاد المسلم، بعكس وصاية المسلم لأولاد غير المسلم فإنها تجوز.
- يعتبر شرط الإسلام في الكفالة مهم جداً وواجب على الكافل أن يكون مسلماً لكي تصح كفالته، في حالة إن كان المكفول مسلماً.
- إذا كان الحاضن رجلاً فيجب أن يكون هو والمحضون متحدين في الدين، في حين أن المرأة الحاضنة لا يشترط فيها ذلك.
- تصح الوصية مع اختلاف الدين وليس له أثر عليها، بحيث تجوز من المسلم إلى غير المسلم والعكس صحيح.
- ليس لاختلاف الدين أثر على الهبة.
- بالنسبة لاختلاف الدين في النفقة، يجب التمييز بين نفقة الزوجة، ونفقة الفروع والأصول والأقارب، ففيما يتعلق بنفقة الزوجة لها ثلاث حالات: الأولى استحقاق النفقة إن أسلمت ولم يسلم زوجها، وعدم استحقاقها إن أسلم الزوج ولم تسلم هي، إلا أن تكون كتابية أو حامل فحينئذ تستحقها، الثانية أن تكون الزوجة من أهل

الكتاب والزوج مسلما، وفي هذه الحالة تستحق الزوجة النفقة في كل الأحوال، والثالثة أن يرد أحد الزوجين، وهنا إذا كانت الردة من الزوج، فالزوجة تستحق النفقة إلى أن تنتهي عدتها التي كانت بسبب الفرقة الحاصلة من رده، وإن كانت الردة من الزوجة فلا نفقة لها في كل الأحوال. أما في حالة النفقة بين الأصول و الفروع فلا يترتب أي أثر عن اختلاف الدين بينهما، و لكن في النفقة بين الأقارب فإنه تسقط نفقة المسلم على قريبه الغير المسلم.

- اختلاف الدين بين المورث والوارث يمنع من التوارث بينهما، كما لا يرث المرتد من المسلم باعتبار الردة أيضا من موانع الميراث.

بالنسبة لموقف المشرع الجزائري بخصوص كل ما تقدم، تبين أنه أغفل بيان حكم معظم المسائل التي تتعلق ببحثنا ، و هذا ما جعلنا نستند في كل مرة على المادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تحيلنا إلى الرجوع لأحكام الشريعة الإسلامية ، وقد بينا أحكام تلك المسائل من خلالها، مما يستدعي من المشرع إدراج تلك الأحكام ضمن قانون الأسرة.

قائمة المراجع

أولاً : المصادر

1- القرآن الكريم ، الخطاط عثمان طه ، الطبعة 3 ، بيت القرآن ، سوري، 2008.

ثانياً : الكتب

- 1- ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج 2، دار الفكر، بيروت، بدون سنة.
- 2- ابن عبد البر ، التمهيد لما في الموطأ من المعاني والمسانيد ، ج 2 ، وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلامية - المغرب ، 1387هـ.
- 3- ابن ماجه ، سنن أبى ماجه ، باب قسم الماء ، ج 2 / دار الفكر ، بيروت لبنان ، رقم الحديث 2485.
- 4- ابن منظور، لسان العرب، دار لسان العرب، بيروت، لبنان، بدون سنة.
- 5- أبو جعفر الطبري، جامع البيان في تأويل القرآن، ط 1، ج 24، مؤسسة الرسالة، 2000.
- 6- أبو داود ، سنن أبو داود ، باب : هل يرث المسلم الكافر ، ج 3 ، المكتبة العصرية، بيروت (د.ت) رقم الحديث 2911.
- 7- أبوالمحاسن يوسف بن موسى الحنفي، معتصر من المختصر من مشكل الآثار، ج ، ط 2، عالم الكتب، لبنان، 1362.
- 8- أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، ج 3 و 4، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.
- 9- أحمد نصر الجندي، الطلاق و التطليق و آثارهما، دار الكتب القانونية، مصر، 2004.
- 10- بدران أبو العنين بدران، العلاقات الإجتماعية بين المسلمين و غير المسلمين في الشريعة الإسلامية و اليهودية و المسيحية، مؤسسة الشباب الجامعة الإسكندرية، مصر، 1984.
- 11- بلحاج العربي، أحكام التركات و الموارد، ط 1، دار الثقافة للنشر، 2009.
- 12- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 1 (الزواج و الطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 1999.
- 13- بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج 2، ط 5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2007.

- 14- بلحاج العربي، قانون الأسرة، مبادئ الإجتهد القضائي وفقا لقرارات المحكمة العليا، دار المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية بن عكنون، الجزائر، 2000.
- 15- بن شويخ رشيد، الوصية و الميراث، ط 1، دار الخلدونية للنشر، الجزائر، 2008.
- 16- البهيقي ، السنن الكبرى ، باب : ذكر من صار مسلما بإسلام أبويه ، ج 6 ، دار الباز ، السعودية ، رقم الحديث 11935.
- 17- التواتي بن تواتي، المبسط في الفقه المالكي بالأدلة، ج 4، كتاب الأحوال الشخصية، ط2، دار الوعي، الجزائر، 2010.
- 18- حسن محمد بودي، موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإسلامي و القانون الوضعيين دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
- 19- حميد سلطان علي الخالدي، الحقوق للصيقة بشخصية الطفل، منشورات الجلي الحقوقية، بيروت لبنان، 2013.
- 20- سليمان بن جاسر بن عبد الكريم الجاسر، لمحات مهمة في الوصية، ج 1 ، ط 2 ، مدار الوطن للنشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2013.
- 21- شيخ نسيم، أحكام الرجوع في التصرفات التبرعية في القانون الجزائري (الهبة- الوصية-الوقف)، دار هومة، الجزائر، 2012.
- 22- عبد العزيز سعد، الزواج و الطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط 3، دار هومة قسنطينة، الجزائر، 1996.
- 23- عبد الفتاح تقيّة، محاضرات في قانون الأحوال الشخصية، دار هومة، الجزائر، 2000.
- 24- علاء الدين أبو بكر بن سعود بن أحمد الكساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 4، ط 4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982.
- 25- علي محمد عبد الحافظ السيد، الكفالة و تطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 26- الكساني، علاء الدين بن مسعود بن أحمد، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 2، ط 2، دار الكتب العلمية ، بيروت، 1986.
- 27- كمال حمدي، الموارد و الهبة و الوصية ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1987.
- 28- مالك بن أنس، الموطأ ، كتاب الفرائض ، باب : ميراث أهل الملل ، ط2، المكتبة العلمية، المملكة العربية السعودية (دت) حديث رقم 729.
- 29- مجد الدين محمد بن يعقوب، القاموس المحيط ، ط 2، دار الكتب العلمية، لبنان، 2007.

- 30- محمد ابن خطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج 3، ط1، دار المعرفة، بيروت لبنان، 1997.
- 31- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط 2، دار الفكر العربي، مصر، 1957.
- 32- محمد أبو زهرة، الولاية على النفس، دار الفكر العربي، مصر.
- 33- محمد بن احمد بن ابي سهل، المبسوط، ج 5، دار المعرفة، بيروت، 1986.
- 34- محمد بن احمد تقيّة، دراسة عن الهبة في قانون الأسرة الجزائري، ديوان الوطني للأطفال التربوية، الجزائر، 2003.
- 35- محمد بن حبان، صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان، شعيب الأرنؤوط، ج 5، ط 2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993.
- 36- محمد خضر قادر، دور الإرادة في أحكام الزواج و الطلاق و الوصية، دراسة فقهية مقارنة، دار اليازوزي، الأردن، 2010.
- 37- محمد علي الصابوني، الموارد في الشريعة الإسلامية في ضوء الكتاب و السنة، مكتبة رحاب، الجزائر، 1990.
- 38- محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج 4، دار الفكر، بيروت، 1989.
- 39- محمد محي الدين عبد المجيد، مجمع الأمثال، ج 2، دار المعرفة، بيروت، ب س.
- 40- مسلم، صحيح مسلم، كتاب الفرائض، باب ألحقوا الفرائض بأهلها، ج 3، دار إحياء التراث العربي - بيروت (د.ت) رقم الحديث 1614.
- 41- نبيل صقر، قانون الأسرة نصا و فقها و تطبيقا، دار الهدى، الجزائر، 2006.
- 42- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، ج 7، ط 2، دار الفكر، دمشق، 1985.

ثالثا : المقالات

- 1- أحمد حسين الطاهر، أثر اختلاف الدين في مسائل من الأحوال الشخصية فقها و قانونا، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، ع 6، يونيو 2015.
- 2- زروتي الطيب، أثر اختلاف ديانة الزوجين و جنسيتها في الزواج المختلط، مجلة الجزائري، 1993، ع 4.

رابعاً : المذكرات

- 1- أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه و التشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.
- 2- سعيد وجيه سعيد منصور، أحكام الهبة في الفقه الإسلامي، أطروحة حصول على درجة الماجستير في الفقه و التشريع، كلية نابلس، فلسطين، 2012.
- 3- عايدة سليمان أبو سالم، الحضانة في الفقه الإسلامي و قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، مذكرة لنيل درجة الماجستير، كلية الشريعة بالجامعة الإسلامية، غزة، 2003.
- 4- عبد الله سعيد ربابعة، الوصاية في الفقه و قانون الأحوال الشخصية الأردني، أطروحة لحصول على شهادة الدكتوراة في الفقه و الأصول، كلية الدراسات العليا، جامعة الأردن، 2005.
- 5- ميرة وليد، أثر اختلاف الدين على مسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي و قأج، مذكرة لنيل شهادة درجة الماجستير في العلوم الإسلامية، تخصص شريعة و قانون، كلية العلوم الاجتماعية و العلوم الإسلامية، باتنة 2004-2005.

خامساً : المجالات القضائية

- 1- المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 1.
- 2- المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 3.
- 3- المجلة القضائية لسنة 1989، عدد 4.
- 4- المجلة القضائية لسنة 1991، عدد 3.
- 5- المجلة القضائية لسنة 1994، عدد 3.
- 6- المجلة القضائية لسنة 1996، عدد 1.
- 7- المجلة القضائية لسنة 1998، عدد 1.
- 8- المجلة القضائية لسنة 2001، عدد 1.

سادسا : القوانين

- 1- الأمر رقم 58-75، المؤرخ في 1975/09/26، يتضمن ق.م.ج،مم لقانون 05-07 المؤرخ في 2007/05/13، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 31.
- 2- الأمر رقم 86-70، المؤرخ في 1970/12/15، يتضمن قانون الجنسية الجزائري، مم بالأمر رقم 01-05، المؤرخ في 2005/02/27، و الموافق بالقانون رقم 08-05 المؤرخ في 2005/05/04.
- 3- قانون رقم 11-84، مؤرخ في 1984/09/09، يتضمن ق.أ.ج، مم بالأمر رقم 02-05، المؤرخ في 2005/02/27، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، عدد 15.

سابعا : مواقع الأنترنت

- 1- . <http://ftwa.islamonline.net>
- 2- . <http://islamqa.info>

الفهارس

أولا : فهرس الآيات القرآنية و الأحاديث النبوية

فهرس الآيات القرآنية			
رقم الآية	محتوى الآية	السورة	الصفحة
141	"و لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا"	النساء	16
144	"يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا الكافرين أولياء من دون المؤمنين"		
31	"و المؤمنون و المؤمنات بعضهم أولياء بعض"	التوبة	19
141	"و الذين كفروا بعضهم أولياء بعض"	الأنفال	
51	"يا أيها الذين آمنوا لا تتخذوا اليهود و النصارى أولياء بعضهم أولياء بعض"	المائدة	20
72	"ما لكم من ولايتهم من شيء"	الأنفال	21
75	"و أولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله"	الأنفال	22
10	"لا يرقبون في مؤمن إلا و لا ذمة"	التوبة	25
118	"لا يألونكم خبالا و دّوا ما عنتم"	آل عمران	
2	"و تعاونوا على البر و التقوى و لا تعاونوا على الإثم و العدوان"	المائدة	26
37	"و كفلهما زكريا"	آل عمران	27
23	"فقال اكفليها و عزني في الخطاب"	ص	
28	"لا يتخذ المؤمنون الكافرين أولياء من دون المؤمنين و من يفعل ذلك فليس من الله شيء"	آل عمران	28
-138 139	"بشر المنافقين بأن لهم عذابا أليما، الذين يتخذون الكافرين أولياء من دون المؤمنين أيتنغون عندهم العزة، فإن العزة لله جميعا"	النساء	29
4	"و إنك لعلی خلق عظیم"	القلم	

5	" اليوم أحل لكم الطيبات و طعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم و طعامكم حل لهم و المحصنات من المؤمنات و المحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا أتيتموهن أجورهن محصنين غير مسافحين و لا متخذي أخدان و من يكفر بالإيمان فقد حبط عمله و هو في الآخرة من الخاسرين"	المائدة	30
233	"و الولدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة"	البقرة	33
180	"كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين"	البقرة	44
11	"من بعد وصية يوصى بها أو دين"	النساء	44
8	"لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين و لم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم و تسقطوا إليهم إن الله يحب المسقطين"	المتحنة	45
9	"إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين و أخرجوكم من دياركم و ظاهروا على إخراجكم أن تولوهم و من يتولهم فأولئك هم الظالمون"	المتحنة	46
84	"و وهبنا له إسحاق و يعقوب"	الأنعام	48
49	"يهب لمن يشاء إناثا و يهب لمن يشاء الذكور"	الشورى	48
13	"و جعلناكم شعوبا و قبائل لتعارفوا"	الحجرات	49
8	"لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين و لم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم و تقسطوا إليهم إن الله يحب المقسطين"	المتحنة	50
9	"إنما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين و أخرجوكم من دياركم و ظاهروا على إخراجكم أن تولوهم و من يتولاهم فأولئك هم الظالمون"	المتحنة	50
6	"أسكنوهم من حيث سكنتم"	الطلاق	53
233	"و على المولود له رزقهن و كسوتهن بالمعروف"	البقرة	54
7	"لينفق ذو سعة من سعته و من قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله"	الطلاق	54
10	"و لا تمسكوا بعصم الكوافر"	المتحنة	54

6	"و إن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن"	الطلاق	
6	"أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم"	الطلاق	55
29	"و وصينا الإنسان بوالديه حسنا"	العنكبوت	57
23	"و بالوالدين إحسانا"	الإسراء	57
233	"و على الوارث مثل ذلك"	البقرة	57
12-11	"يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ فَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوْقَ اثْنَتَيْنِ فَلَهُنَّ ثُلُثَا مَا تَرَكَ وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ وَوَرِثَهُ أَبَوَاهُ فَلِلْمِثْلِ ثُلُثُ مَا تَرَكَ لَهُ إِخْوَةٌ فَلِلْمِثْلِ السُّدُسُ مِمَّنْ بَعْدَ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ آبَاؤُكُمْ وَأَبْنَاؤُكُمْ لَا تَدْرُونَ أَيُّهُمْ أَقْرَبُ لَكُمْ نَفْعًا فَرِيضَةٌ مِنَ اللَّهِ إِنْ اللَّهُ كَانَ عَلِيمًا حَكِيمًا. وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَهُنَّ وَلَدٌ فَلِكُمُ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِيَنَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَلَهُنَّ الرُّبْعُ مِمَّا تَرَكَنَّ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَكُمْ وَلَدٌ فَإِنْ كَانَ لَكُمْ وَلَدٌ فَلَهُنَّ الثُّمُنُ مِمَّا تَرَكَنَّ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ تُوصُونَ بِهَا أَوْ دَيْنٍ وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورِثُ كَلَالَةً أَوْ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتُ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ فَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصَى بِهَا أَوْ دَيْنٍ غَيْرِ مُضَارٍّ وَصِيَّةً مِنَ اللَّهِ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَلِيمٌ"	النساء	58
178	"سَتَقْنُونَكُمْ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِي الْكَلَالَةِ إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ وَهُوَ يَرِثُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا وَلَدٌ فَإِنْ كَانَتَا اثْنَتَيْنِ فَلَهُمَا الثُّلُثَانِ مِمَّا تَرَكَ وَإِنْ كَانُوا إِخْوَةً رِجَالًا وَنِسَاءً فَلِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ أَنْ تَضِلُّوا وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ"		
176	" إِنْ امْرُؤٌ هَلَكَ لَيْسَ لَهُ وَلَدٌ وَلَهُ أُخْتُ فَلَهَا نِصْفُ مَا تَرَكَ "	النساء	63
12	" و لكم نصف ما ترك أزواجكم "		

فهرس الأحاديث النبوية	
الصفحة	الحديث
33	"عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه الصلاة و السلام ، جاءتة امرأة فقالت : يا رسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، و ثدي له سقاء ، و حجري له حواء ، و أن أباه طلقني ، و أراد أن ينزعه مني ، فقال لها رسول الله صلى الله عليه و سلم أنت أحق به ما لم تتكحي" "خل بينهما و بينه ، فإن مسحها و حجرها و ريحها له منك ، حتى يشب الصبي"
36	"ابنتي و هي فطيم أو شبهه" و قال رافع : "ابنتي" فقال النبي ﷺ : "اقعد ناحية" و قال لها : "اقعدي ناحيتي" و قال : "ادعوها" فمالت الصبية إلى أمها ، فقال النبي ﷺ : "اللهم أهداها" فمالت إلى أبيها فأخذها"
44	"ما حق امرئ مسلم له شئ يوصي فيه يبيت ليلتين إلا و وصيته مكتوبة عنده"
47	"لهم ما لنا و عليهم ما علينا"
50	"تهادوا تحابوا"
55	"و لهن عليكم رزقهن و كسوتهن بالمعروف" "خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك و يكفي بيتك"
59	"لعلماء ورثة الأنبياء ، و ان الأنبياء لم يورثوا دينارا و لا درهما ، و إنما أورثوا العلم ، فمن أخذه أخذ بحظ وافر"
60	"لا يرث المسلم الكافر و لا الكافر المسلم" "لا يتوارث أهل ملتين شتى"
61	"الإسلام يعلو و لا يعلى عليه" "الإسلام يزيد و لا ينقص"
64	"من أسلم على شئ فهو له" "كل قسم قسم في الجاهلية فهو على ما قسم ، و كل قسم أدركه الإسلام فهو على قسم الإسلام"
65	"لا يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى الثلاث ... و ذكر منها و كفر بعد الإيمان"

ثانيا: فهرس الموضوع

صفحة	العناوين
6	- المقدمة
10	- الفصل الأول : أثر اختلاف الدين على الحقوق غير المالية المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة
12	- المبحث الأول : أثر اختلاف الدين على الحقوق المتعلقة بالنيابة الشرعية
13	- المطلب الأول : أثر اختلاف الدين في الولاية على النفس
13	- الفرع الأول : تعريف الولاية على النفس
14	اولا : مذهب الحنفية
14	ثانيا : مذهب المالكية
15	ثالثا : مذهب الشافعية
15	رابعا : مذهب الحنابلة
16	- الفرع الثاني : الولاية على النفس عند اختلاف الدين
16	أولا : أثر اختلاف الدين على القاصر
18	ثانيا : أثر اختلاف الدين في الولاية على التزويج
19	ا. ولاية غير المسلم على مسلمة
21	ب. ولاية المسلم على غير المسلمة
23	- المطلب الثاني : أثر اختلاف الدين في الوصاية
23	- الفرع الأول : تعريف الوصاية

25	- الفرع الثاني : الوصاية عند اختلاف الدين
25	أولا : وصاية غير مسلم على أولاد المسلم
26	ثانيا : وصاية المسلم على أولاد غير المسلم
27	- المطلب الثالث : أثر اختلاف الدين في الكفالة
27	- الفرع الأول : تعريف الكفالة
28	- الفرع الثاني : الكفالة عند اختلاف الدين
28	أولا : كفالة غير المسلم للمسلم
29	ثانيا : كفالة المسلم لغير المسلم
31	- المبحث الثاني : أثر اختلاف الدين في الحضانة
31	- المطلب الأول: تعريف الحضانة و مشروعيتها
31	- الفرع الأول : تعريف الحضانة
33	- الفرع الثاني : مشروعية الحضانة
34	- المطلب الثاني : الحضانة عند اختلاف الدين
34	- الفرع الأول : أثر اختلاف الدين بين الحاضن (رجلا) و المحضون
35	- الفرع الثاني : أثر اختلاف الدين بين الحاضنة و المحضون
40	- الفصل الثاني : أثر اختلاف الدين على الحقوق المالية المتعلقة بقضايا شؤون الأسرة
42	- المبحث الأول : أثر اختلاف الدين في الحقوق المتعلقة بالتصرفات التبرعية
43	- المطلب الأول : اختلاف الدين في الوصية

43	- الفرع الأول : تعريف الوصية
45	- الفرع الثاني : أثر اختلاف الدين في الوصية
45	أولا : وصية المسلم لغير المسلم
46	ثانيا : وصية غير المسلم للمسلم
48	- المطلب الثاني : اختلاف الدين في الهبة
48	- الفرع الأول : تعريف الهبة
49	- الفرع الثاني : أثر اختلاف الدين في الهبة
51	- المبحث الثاني : أثر اختلاف الدين على الحقوق المتعلقة بالتصرفات غير التبرعية
52	- المطلب الأول : اختلاف الدين في النفقة
52	- الفرع الأول : تعريف النفقة
53	- الفرع الثاني : نفقة الشخص على غيره عند اختلاف الدين
53	أولا : أثر اختلاف الدين في النفقة الزوجية
54	أ. حالة نفقة الزوجية عند إسلام أحد الزوجين
54	ب. نفقة الزوجة الكتابية التي يكون زوجها مسلما
55	ت. نفقة الزوجة عند ردة أحد الزوجين
56	ثانيا : أثر اختلاف الدين في نفقة الأصول و الفروع
56	أ. نفقة الأئـل المباشر (الأب و الأم)
57	ب. نفقة الفرع المباشر (الولد)
57	ثالثا : أثر اختلاف الدين على نفقة الأقارب

58	- المطلب الثاني : أثر اختلاف الدين في الميراث
59	- الفرع الأول : تعريف الميراث
60	- الفرع الثاني : الميراث عند اختلاف الدين
60	أولا : ميراث المسلم لغير المسلم و غير المسلم للمسلم
60	أ. ميراث المسلم من غير المسلم
62	ب. ميراث غير المسلم من المسلم
63	ثانيا : التوارث عند إسلام الوارث الكافر بعد موت مورثه مسلما
65	ثالثا : أثر الردة في الميراث
67	- الخاتمة
70	- قائمة المراجع
76	- الفهرس