الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف – المسيلة

كلية :الحقوق و العلوم السياسية

قسم : الحقوق

ميدان :الحقوق و العلوم السياسية
فرع :الحقوق
تخصص : قانون الأسرة

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر أكاديمي

إعداد:
لعجال بلقاسم و عوينة صابر

تحت عنوان:

أثر اختلاف الدين في أحكام عقد الزواج بين الفقه و المشرع الجزائري

تاريخ المناقشة

السنة الجامعية:2020/2019

شكر وتقدير

بعد العناء المتواصل وسهر الليالي ...وبعد أنمنّ الله عز وجلعليّ بإتمام هذه المذكرة ، أحمد الله تعالى وأزيده حمدًاوشكرًا على ما يسّره لي، وتوفيقنا في إنجاز هذا المجهود المتواضع، فلك اللهم الحمدكثيرًا يا ذا الجلال والإكرام، يا من نعمك لا تعد ولا تحصى، «وإن تعدوا نعمة الله لا تحصوها» كما وأتقدم بخالص الشكر والعرفان إلى الدكتور الفاضل زين رشيد، الذيتفضّل بالإشراف على رسالتي الماستر، ولما بذله مجهود لي من نصح وإرشاد، فجزاه الله عني خير الجزاء، وجعل عمله هذا في ميزان حسناته يوم القيامة .كما ولا أنسى بالشكر والدعاء بالخير لكل من أسدى لنا معروفًاوقدّم لنا النصيحة لإنجاز هذا العمل.

الإهداء

-إلى معلمنا الأول،سيد البشرية جمعاء،محمد صلوات ربي وسلامه عليه.

إلى روح والدي العزيز

تخليدا لذكراه

إلى والدتي

رمز الدعاء الصادق والحنان الدافئ ...والعطاء المتواصل

إلى زوجتي

رمز المحبة الصادقة والطاهرة ...والتضحية اللامحدودة

إلى أولادي

مهجة قلبي ...وشمس دنيتي ونور ظلامي

إلى أخواني والى اخواتى

إلى زملائي

إليهم جميعاً أهُدي هذا العمل

شكر وتقدير

أولا و أبدأ شكري وحمدي له.

كما لا يسعني في هذا المقام إلا أن أشكر أساتذتي الأجلاء:

وإلى أستاذي ومشرفي على هذه المذكرة

/الأستاذ العظيم زين رشيد الذي تخرجت على يديه

أجيالا وأجيالا

قائمة المختصرات:

-ق ، ا ، ش : قانون الأحوال الشخصية.
-ق ، ا ، ج : قانون الأسرة الجزائرية.
-ق ، م ، ج : القانون المدني الجزائري.
-ش ، ا : الشريعة الإسلامية.
-م ، ج : المشرع الجزائري.

فهرس المحتويات :

شكر وتقدير .....

إهداء .....

مقدمة .....

الفصل الأول : .....أثر اختلاف الدين في عقد الزواج

المبحث الأول: أثر اختلاف الدين حول عقد الزواج.....

المطلب الأول: زواج المسلم ممن لها كتاب.....

المطلب الثاني: زواج المسلم ممن لا كتاب لها .....

المطلب الثالث: زواج المسلم ممن لها شبهة كتاب .....

المطلب الرابع: زواج المسلمة بغير المسلم.....

المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين في مقدمات عقد الزواج.....

المطلب الأول : أثر اختلاف الدين في الخطبة .....

المطلب الثاني: أثر اختلاف الدين في الصداق .....

المطلب الثالث: أثر اختلاف دين الولي في دين الزوجين.....

المطلب الرابع: أثر اختلاف دين الشهود في دين الزوجين .....

المبحث الثالث: أثر اختلاف الدين الطارئ على عقد الزواج.....

المطلب الأول :حكم إسلام الزوجين معا في عقد الزواج.....

المطلب الثاني:أثر الفرقة الحاصلة بإسلام احد الزوجين في عقد الزواج.....

المطلب الثالث :حكم ردة الزوجين معا في عقد الزواج.....

المطلب الرابع :أثر الفرقة الحاصلة بردة احد الزوجين في عقد الزواج.....

الفصل الثاني :أثر اختلاف الدين في الطلاق وفي توابع عقد الزواج.....

المبحث الأول:أثر اختلاف الدين في فرق الزواج .....

المطلب الأول أ: أثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة بالخلع.....

المطلب الثاني:أثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة باللعان.....
المطلب الثالث :أثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة بالظهار.....
المبحث الثاني:أثر اختلاف الدين في توابع عقد الزواج.....
المطلب الأول : أثر اختلاف الدين في الولاية .....
المطلب الثاني :أثر اختلاف الدين الحضانة .....
المطلب الثالث :أثر اختلاف الدين النفقة .....
المطلب الرابع :أثر اختلاف الدين الوصاية .....
المبحث الثالث :أثر اختلاف الدين في الوصية والميراث والوقف.....
المطلب الأول : أثر اختلاف الدين في الميراث.....
المطلب الثاني :أثر اختلاف الدين في الوصية.....
المطلب الثالث :أثر اختلاف الدين في الوقف.....
خاتمة .....
قائمة المصادر والمراجع .....
الملخص .....

مقدمة

مقدمة :

الحمد لله حمداً يوافي نعمه، ويكافئ مزيد ، كما يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه ونحمده سبحانه ونثني عليه الخير كله ، ونسأله توفيقاً بعد توفيق، فهو الكريم، الوهاب، الرزاق، المجيب، ذو الجلال والإكرام، وأفضل الصلاة وأتم التسليم على سيدنا الكريم محمد خاتم الأنبياء والمرسلين المبعوث بشريعة ربه إلى العالمين، والرضي عن آله وصحابه الميامين ومن اتبع سنته وبلّغ عنه إلى يوم الدين.

أما بعد:

إن الزواج في الإسلام عقد له مقاصده العظيمة، وغاياته النبيلة، والأسرة هي نواة الأمة وأساسها، وقد اعتنى بها الإسلام عناية فائقة تحفظ كيانها وفي واقعنا المعاصر اليوم يقيم عدد كبير من المسلمين خارج الوطن الإسلامي لأسباب مختلفة، وقد يضطرون إلى الزواج من غير المسلمات، وهو أمر يقع كثيراً في مجتمع الأقليات المسلمة ونظراً لأهمية البحث في فقه الأقليات الإسلامية، فقد وقع اختياري على موضوع" زواج المسلم بغير المسلمة والآثار المترتبة عليه، دراسة فقهية ."ومنهجي في هذا البحث سيكون وفق المنهج الفقهي الاستقرائي في دراسة المسائل الفقهية.

ومن أبرز النتائج التي توصلت إليها الدراسة :أن مسائل الزواج بين المسلمين وغيرهم تشكل أهم مسائل الأحوال الشخصية للأقليات الإسلامية .تحريم نكاح المسلم للمشركة سواء كانت من مشركات العرب، أو من مشركات غير العرب، مما ينسجم تمام الانسجام مطلق مع الحرص على تحقيق مقاصد الزواج ودوام استمراره وفق المنهج الرباني الصحيح .كما أن وقوع الخلل في الظروف والضوابط المحيطة بنكاح المسلم من غير المسلمة بشكل يخرجه عن إطاره الشرعي، يلزم القول بمنعه، أو توقيفه على الأقل،سداً للذريعة ونظراً لما يترتب عليه من مفاسد كثيرة.

لقوله تعالى ﴿وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ ۚ وَلَأَمَةٌ مُؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ ۗ وَلَا تُنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ۚ وَلَعَبْدٌ مُؤْمِنٌ خَيْرٌ مِنْ مُشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ ۗ أُولَٰئِكَ يَدْعُونَ إِلَى النَّارِ ۖ وَاللَّهُ يَدْعُو إِلَى الْجَنَّةِ وَالْمَغْفِرَةِ بِإِذْنِهِ ۖ وَيُبَيِّنُ آيَاتِهِ لِلنَّاسِ لَعَلَّهُمْ يَتَذَكَّرُونَ﴾ البقرة221 .

فإن موضوع البحث بجزئياته كلها يحتاج إلى عدة أبحاث، وليس بحثا واحدا؛ لذلك ارتأينا في الباحث على الاقتصار في هذه المذكرة على أثر اختلاف الدين بين المسلم وغير المسلم في أحكام عقد الزواج بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري .

إشكالية البحث : يمكن صياغة أو طرح الإشكالية على النحو التالي

فيما يتجلى تأثير اختلاف الدين على أحكام عقد الزواج بين الفقه والمشرع الجزائري ؟

هل التزم المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية في أحكام عقد الزواج لاختلاف دين الزوجين؟

أهمية الموضوع وأسباب اختياري له:

إنّ موضوع الزواج بين مختلفي الدين، من الموضوعات الفقهية المعاصرة، والتي لا يخفى ما لها من أهمية بالغة، وقد كثرت تساؤلات الناس في وقتنا الحاضر عن انتشار هذه الظاهرة وماليتعّلق بها من أحكام،

وكما ترجع أهمية هذا البحث ألي أنه يتناول جانبا عمليا في كل من الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري لم له ارتباط واسع بواقع الناس فقد انتشر ظاهرتا بين شبابنا وشاباتنا زواجهم بمن يخالفوهم في الدين، وابتعد الناس عن الإسلام فأصبحوا يحصرونه في الشعائر التعبدّية، وأصبحت الأحكام الشرعيةمغيبّة عن التطبيق العملي على أرض الواقع، ففسدت الأخلاق، وأصبح الكل يبحث عن المتعة والحرية المطلقة دون ضوابط وقيود.ومسألة اختلاط المسلمين مع غير المسلمين منتشرة منذ عهود الإسلام الأولى، فكانحتمًا أن تنشأ علاقات ومعاملات كثيرة بين بعضهم البعض، وهذا الأمر جعلنا فألمسّ الحاجة إلى معرفة أحكامها والوقوف على الحدود التي شرعها الله عز وجل. من هنا كانالزامًعلي أنأبيّن الأحكام الشرعية التيتتعّلق بالزواج بين مختلفي الدين والآثار المترتبة عليه، ومن حّق الإسلامعلي أن أبرز الحلول العظيمة التي لاشكّ بأن الشريعة قادرة على إيجادها في موضوع الزواج بغير المسلمات، لتضيء حياتناوتحّقق مصالحنا، فكان

لا بد من إبراز أهمية هذا الموضوع لجهل كثير من المسلمين به

أسباب ودوافع اختيارنا لهذا الموضوع

1-السعي وراء لملمت شتات هذا الموضوع المتشعب بين أراء الفقهاء و المشرع الجزائري عن طريق المقارنة بينهما.

2-إغفال المشرع على بعض المسائل الهامة في أحكام عقد الزواج .

3-الرغبة في معرفة أو التعرف بوضوح على أثار إختلاف الدين في أحكام عقد الزواج.

أهداف الموضوع: يمكننا تلخصها في ثلاثة نقاط

1-تبين أوجه الشبه وأوجه الإختلاف بين كل من الفقه والمشرع الجزائري.

2-البحث على إيضاح بعض الجوانب بتبسيط وتوضيح بعض المفاهيم ممن يبحث في هذا الموضوع .

3- إضافة موضوع هام في البحث العلمي في مجال المقارنة بين الفقه و القانون الجزائري في أحكام عقد الزواج.

منهج البحث:

لقد اتبعت في بحثي هذا المنهجان التحليلي والمقارن، حيث يظهر المنهج التحليلي من خلال تحليل مضمون من النصوص واستنباط الأحكام منها، ويظهر المنهج المقارن من خلال المقارنة بين أراء الفقهاء فيما بينهم وبين الفقه و القانون .

أسلوب البحث:

سلكت في بحثيأسلوبًا قام على الأسس الآتية:

أولا :الرجوع إلى المصادر المعتمدة، من كتب تفسير وحديث وأصول وفقه ولغة وتراجم، وطائفة من الكتب الحديثة ومجلات ومواقع إنترنتتتعّلق بفقه الأسرة المسلمة.

ثانيًا :اقتصرت في بحث المسائل الفقهية على آراء المذاهب الأربعة، وفي بعض الأحيان سجّلت

آراء الصحابة والتابعين كلما دعت الحاجةلكرً ة ما استطعت منأدّلة كل فريق وحججه، ثم أختم المسألة بالرأي الراجح المستند إلى الدليل.

ثالثًا :توثيق ما نقلتهتوثيقًا كام لا بعزوه إلى مصادره الأصلية.

رابعًا :أوضحت المعاني اللغوية والاصطلاحية لكثير من المصطلحات التي وردت في ثنايا الرسالة، وكان من لزومياتها، مع ذكر بعض معاني الكلمات الغامضة في هذه الرسالة.

خامسًا :عزوة الآيات القرآنية إلى مواضعها من كتاب الله- عز وجل -بذكر السورة ورقم الآية.

سادسًا :عزوة الأحاديث النبوية إلى مصادرها من كتب الحديث وتخريجها والحكم عليها.

سابعا :ذكر اسم المرجع كاملا عند وروده لأول مرة، ثم أذكره مختصرا عند تكرره، بذكر الاسم مختصرا والجزء ورقم الصفحة.

ثامننا :تسجيل أهم النتائج التي توصلت إليها من خلال البحث في الخاتمة.

تاسعا :الاطلاع على الدراسات السابقة ذات الصلة مع موضوع المذكرة والاستفادة منها، وقد تميزت هذه الدراسة عن سابقاتها بشتات ما كان معتبرا وربط الأحكام الشرعية مع النوازل المستجدة وتطبيقها على أرض الواقع، ومن هذه الدراسات :العلاقات الاجتماعية بين المسلمين مع غير المسلمين لبدران أبو العينين وفقه الأسرة المسلمة في المهجر وهبة الزحيلي و السيد سابق وغيرهما..

الفصل الأول

تمهيد :

إن معنى اختلاف الدين في عقد الزواج هو أن يكون دين كل من الشخصين مخالفا لدين آخر، والمراد بالدين العقيدة التي عليها الشخص كان يكون المسلم مع من له كتاب أو مع من لا كتاب له أومن له شبه كتاب، أو تكون المسلمة مع غير المسلم وقد يكون الاختلاف كذلك في مقدمات عقد الزواج كان يختلف دين المخطوبين أو دين الولي مع موليته أو دين الشهود مع الزوجين، أما حينما يطرأ على الشخص دين أخر، كاليهودي يعتنق الإسلام أو كالمسلم يرجع عن إسلامه، فبالرجوع إلى الشريعة الإسلامية ولمعرفة الأحكام الفقهية الإسلامية وموقف المشرع الجزائري من خلال قانون الأسرة في هذا الاختلاف الديني قسمنا هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: أثر اختلاف الدين حول عقد الزواج.

المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين في مقدمات عقد الزواج.

المبحث الثالث: أثر اختلاف الدين الطارئ على عقد الزواج.

المبحث الأول: أثر اختلاف الدين حول عقد الزواج

أحاط الإسلام مسائل الزواج بكثير من العناية وأولاها الاهتمام الكامل فأباح زواج المسلم بمسلمة، ولم تختلف الأديان السماوية الأخرى في ذلك، لكن حين يختلف الدين بين المرأة والرجل فيكون احدهما معتنقا لدين مخالف لدين الأخر فهذا على التفصيل.

حيث قسمنا هذا المبحث إلى أربعة مطالب:

المطلب الأول: زواج المسلم ممن لها كتاب

المطلب الثاني: زواج المسلم ممن لا كتاب لها

المطلب الثالث: زواج المسلم ممن لها شبهة كتاب

المطلب الرابع: زواج المسلمة بغير المسلم

المطلب الأول: زواج المسلم ممن لها كتاب

قبل أن نخوض في بيان حكم الزواج بالكتابية يستحسن بنا أن نعرف معنى الكتابية. حيث اختلف الفقهاء في تحديدهم بعد اتفاقهم على أنهم من غير المسلمين، وأنهم يدخلون في عموم الكافرين على مذهبين:

الأول: للحنفية ولأبي يعلى من الحنابلة: كل من يعتقد دينا سماويا وله كتاب منزل كصحف إبراهيم وشيث وزبور داود فيصدق تعريفهم لأهل الكتاب[1].

الثاني :الشافعية ، وأكثر الحنابلة : فخصوا أهل الكتاب باليهود والنصارى دون غيرهم ممن ذكروا[2].

والرأي الذي يقويه الدليل هو ما ذهب إليه الشافعية والحنابلة ومن وافقهم، ذلك أن القران يقول:" أن تقولوا إنما انزل على طائفتين من قبلنا" الأنعام الآية 156 [3] وهو أن أهل الكتاب مصطلح أطلق في الكتاب والسنة على اليهود والنصارى[4]

[1]– د. محمد يسري إبراهيم، فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار اليسر، القاهرة ، مصر.

[2]– د. بدران أبو العينين بدران، لعلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين، دار النهضة العربية ، بيروت 1404هـ/1994م ، ص 236.

[3]– محمد يسري إبراهيم المرجع السابق ،ص937

[4]– بدران أبو العينين المرجع السابق بدران، ص236

الفرع الأول :حكم زواج المسلم بالكتابية

للفقهاء رأيان: رأي يحل زواج المسلم بالكتابية في دار الإسلام وهو رأي الأكثرين ورأي يحرمها عليه[1].

الرأي الأول: من قال بالحل

اتفق أهل العلم على جواز تزوج المسلم من المرأة الكتابية يهودية كانت أو نصرانية[2] إلا إذا كانت الذمية أو المستأمنة من حرائر أهل الكتاب جاز للمسلم أن يتزوجها[3]

وحجتهم أن قوله تعالى: "ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن" غير موجب لتحريم الكتابيات [4] فهو جائز[5] ذلك أن لفظ المشركات أو المشركين إنما يتناول عبدة الأوثان عند الإطلاق ولا يدخل فيه أهل الكتاب[6] بدليل قوله تعالى :" ما يود الذين كفروا من أهل الكتاب ولا المشركين أن ينزل عليكم من خير من ربكم [7]

ففرق بين أهل الكتاب والمشركين في اللفظ .[8]

وقد سئل ابن تيمية رحمه الله عن هذه الآية فأجاب:نكاح الكتابية جائز في سورة المائدة قال تعالى :وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم وطعامهم حل لهم والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم "وهذا مذهب جماهير السلف والخلف من الأئمة الأربعة وغيرهم"[9]

وقال الشافعية : ولا يشترط في الكتابية أن يكون أبواها كتابيين ، بل يصح نكاحها ولو كان أبوها، أو أمها وثنيا مادامت كتابية[10] .

---

[1]– بدران أبو العينين بدران المرجع نفسه ، ص237

[2]– عمر سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة،دار النفائس للنشر والتوزيع،الأردن ،الطبعة الأولى،1417ه/1994، ص99

[3]– د. ،أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام.مؤسسة الرسالة .بيروت.شارع سوريا.1406ه–1986م ص341

[4]– ، عبد الكريم زيداني ، المرجع نسفه ،ص 343

[5]– د. وهبة الزحيلي الوجيز في الفقه الاسلامي،دار الفكر،دمشق،أفاق المعرفة متجددة ،الطبعة الأولى 2006/1427م،الجزء الثالث ،ص 69

[6]– المرجع السابق عبد الكريم زيدان ، ص343

[7]– سورة الانعام ،الاية 156

[8]– عبد الكريم زيدان، المرجع السابق ص343

[9]– الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية،أحكام الزواج، الطبعة الأولى ،،دار الكتيب العلمية،الطبعة الأولى ،بيروت لبنان،1408ه،1988م ب،ص188

[10]– د عبد الرحمن الجز يري ، كتاب فقه المذاهب الاربع ،الجزء الرابع ،الطبعة الثانية ، منشورات محمد بيضون دار الكتب العلمية بيروت ،لبنان،2003،،ص74

الرأي االثاني: من قال بالتحريم

حيث احتج القائلون بتحريم نكاح الكتابيات بقوله تعالى :« ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » [1] ووجه الدلالة انه سبحانه وتعالى حرم المشركات بالنهي الواردة في الآية، والكتابية مشركة فيحرم نكاحها [2]و روي عن ابن عمر انه كان إذا سئل عن زواج الرجل بالنصرانية أو اليهودية .....قال :وحرم الله المشركات على المؤمنين ، ولا اعرف شيئا من الإشراك أعظم من أن تقول المرأة:ربها عيسى أو عبد من عباد الله[3] والقول الراجح هو قول جماهير أهل العلم وهو قول جماهير الصحابة- رضي الله عنهم- وأما قول ابن عمر فقد انفرد به عن سائر الصحابة فلا يعتد به ، حتى قال ابن المنذر:لا يحفظ عن احد من الأوائل انه حرم ذلك.[4]

الفرع الثاني:شروط زواج المسلم بالكتابية.

1- **الاستيثاق** من كونها كتابية بمعنى إنها تؤمن بدين سماوي الأصل كاليهودية النصرانية، فهي مؤمنة في الجملة بالله ورسالاته والدار الآخرة، وليست ملحدة أو مرتدة عن دينها ، ولا مؤمنة بدين ليس له نسب معروف إلى السماء [5]

2- أن تكون عفيفة محصنة، [6] والمراد بقوله تعالى «والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم » سورة المائدة الآية 5 العفيفات منهن أو الحرائر منهن.[7]

3- يرى بعض العلماء حرمة الزواج من الحربية، [8] أي تحريم الزواج بالكتابية في دار الحرب[9]

4-ألا يكون من وراء الزواج من الكتابية فتنة ولا ضرر محقق أو مرجح[10] فمنطق الشريعة وروحها يقتضي تحريم زواج الرجال المسلمين من غير المسلمات وا ٍلا كانت النتيجة إلا يجد

---

[1]- عبد الكريم زيدان المرجع السابق ،ص343

[2]- بدران ابو العينين بدران المرجع نسفه ،،ص43

[3]- د، سيد سابق،فقه السنة ، المجلد السابع،الطبعة الثالثة،دار النشر و التوزيع دار نوبلس،بيروت لبنان ،2008،ص1115-1116

[4]- سالم ابن عبد الغني الرافعي، المرجع السابق. ص413

[5]- د.يوسف القرضاوي،في فقه الأقليات المسلمة،حياة المسلمين وسط المجتمعات الأخرى،الطبعة الأولى، دارالشروق،القاهرة،مصر،1422هـ-2001م، ص79

[6]- د.يوسف القرضاوي، المرجع نفسه. ص79

[7]- التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي . الجزء الرابع ، دار الوعي للنشر الرويبة الجزائر 2008 ص362

[8]- محمد متولي الصباغ، الإيضاح في أحكام الزواج،مكتبة مدبولي،الطبعة الأولى،1981،ص98

[9]- د.العزيز بن مبروك الأحمدي،اختلاف الدارين وأثاره في أحكام الشريعة الإسلامية ،الطبعة الأولى،1424هـ،المملكة العربية السعودية،الجزء الثاني،ص256

[10]- ، يوسف القرضاوي، المرجع السابق. ص100

بنات المسلمين أو عدد كبير منهن رجال مسلمون يتقدمون للزواج منهم، وحينئذ تتعرض المرأة المسلمة لأحد أمور ثلاث:

أ- إما الزواج من غير المسلم وهذا باطل في الإسلام

ب- وا إما الانحراف والسير في طريق الرذيلة وهذا من كبائر الإثم

ج-وا إما عيشة الحرمان الدائم من الحياة الزوجية والأمومة . [1]

الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري لم يورد أي نص يتعلق بمسائل الزواج بغير المسلمات وترك أحكام هذه المسالة إلى الشريعة الإسلامية ، ما لم يوجد نص نرجع إلى المادة 222من ق.ا.ج.[2]

ونصت المادة 221 من ق.ا.ج على انه «يطبق هذا القانون على كل المواطنين الجزائريين، وعلى غيرهم من المقيمين بالجزائر مع مراعاة الأحكام الواردة في القانون المدني»، وعليه فان قانون الأسرة يطبق على جميع الجزائريين، سواء كانوا حاملين للجنسية الجزائرية الأصلية أو المكتسبة ، أو حاملين لجنسية دولة أخرى إضافة إلى الجنسية الجزائرية، كما انه يطبق على المسلمين (المقيمين بالجزائر)، فيما يخص المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والمواريث، فهذه القاعدة الخاصة بالاختصاص القضائي كانت ولا زالت تطبق الى يومنا هذا من طرف القضاء الجزائري.[3]

أي الإشارة إلى أحكام التنازع المعروفة في نطاق القانون الدولي الخاص والمنصوص عليها في القانون المدني الجزائري (المادة 09 وما بعدها).[4]

وعلى كل حال فان القانون الجزائري الداخلي لا يعترف بعقود الزواج المخالفة لأحكامه والمعقودة في بلاد أجنبية المادة 11من ق.م كما انه يرجح قانون الزوج على قانون الزوجة في حالة التعارض بين القانونين المادة 12 ق.م المعدلة [5]

[1]- محمد يسري إبراهيم المرجع السابق. ، ص1002

[2]- الطالبة، مقري خديجة،أثر اختلاف الدين حول المسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسر الجزائري ،مذكرة تخرج كلية الحقوق جامعة المسيلة المسيلة 2017 ص 2

[3]- د ،بلحاج العربي،الوجيز في شرح القانون الجزائر،الجزء الاولى،الطبعة السادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر2016 ص45

[4]- بن شويخ الرشيد شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع القبة القديمة الجزائر، 2008، ص16

[5]- أ بلحاج العربي، المرجع السابق. ص187

والفقهاء أجازوا للمسلم أن يتزوج بالكتابية، إلا أن هذه الإباحة ليست مطلقة وا ٍنما هي مع الكراهة فمن الأجدر له أن لا يتزوج بغير المسلمة إلا في حالة الضرورة لأن العرق دساس، وذلك لاحتمال تأثر الولد بأمه، ولأن التزوج بالكتابيات يلحق الضرر بالمسلمات لا محالة.[1]

المطلب الثاني:زواج المسلم ممن لا كتاب لها

لقد اتفق الفقهاء على أن عبدة الأوثان مشركون لا تنكح نساؤهم [2] ويفسره الشرعيون بأنه من عبد مع الله غيره ، ممن لا يدعي إتباع نبي ولا كتاب ، وهذا تعريف للحنفية، ويعرفه غيرهم بأنه من عبد غير الله من الأصنام والأوثان والكواكب وما أشبه، [3] فما حكم الزواج بين المسلم وممن لا كتاب لها في الفقه الإسلامي ؟ وما موقف المشرع الجزائري من ذلك؟

الفرع الأول: حكم زواج المسلم ممن لا كتاب

لم يخالف احد الفقهاء في عدم حل تزوج المسلم بمشركة حرة كانت أو امة [4]

لقد اتفق العلماء على انه لا يحل للمسلم أن يتزوج الوثنية، ولا يحل الزندقية، ولا المرتدة عن الإسلام، ولا العابدة البقر، ولا المعتقدة لمذهب الإباحة، كالوجودية ونحوها من مذاهب الملاحدة .[5] ودليل ذلك قوله تعالى :« ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن ولأمة مؤمنة خير من مشركة ولو أعجبتكم ولا تنكحو ا المشركين حتى يؤمنوا ولعبد مؤمن خير من مشرك ولو أعجبكم أولئك يدعون إلى النار والله يدعوا إلى الجنة والمغفرة بإذنه». [6] فهاتان الآيتان تدلان تدلان على انه لا يحل للرجل أن ينكح المشركة على أي حال. [7] بمعنى انه يحرم على المسلم أن يتزوج كافرة، مجوسية كانت أو شيوعية أو وثنية.[8]

الفرع الثاني:الحكمة في تحريم نكاح المشركات دون الكتابيات

إن نكاح المشركة حرام على المسلم خاصة لخبثها وكرامة المسلم ، ففيه معنى الصيانة له عن فراش الخبيثة وبالنكاح ثبت الازدواج ، وا ٍنما يتحقق ذلك بين المتساويين أو متقاربين

---

[1]– أ بلحاج العربي، المرجع نسفه. ص185

[2]– أبو زهرة ، المرجع السابق. ،ص101

[3]– بدران ابو العينين بدران المرجع السابق. ،ص 28

[4]–بدران ابو العينين بدران، المرجع نفسه. ،،ص 32

[5]– سيد سابق، المرجع السابق ، ص1114

[6]– سورة البقرة ،الاية 221

[7]– عبد الرحمان الجزيري ، المرجع السابق ،ص 72

[8]– د ،ابو بكر جابر الجزائري،منهاج المسلم،الطبعة الجديدة،دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة،القاهرة،الجمهورية ط1 1999ص115

الحال ولا مساواة بين المشركة والمسلم عليه .[1] المشركة ليس لها دين يحرم الخيانة ، ويوجب عليها الأمانة ويأمرها بالخير، وينهاها عن الشر ، فهي موكولة إلى طبيعتها وما ترتب عليه في عشيرتها ، وهو خرافات الوثنية وأوهامها وأماني الشياطين وأحلامها تخون زوجها وتفسد عقيدة وكدها.[2]

وقوله تعالى :«ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا.....» وان الآية الكريمة تشير إلى الحكمة في تحريم الزواج من هؤلاء ، إذ يدعون إلى النار أي أن المرأة تستهوي الرجل بحسنها ، ورفق طباعها، وحسن تدبيرها، وان ذلك إن لم يقده إلى دينها ، يضعف الإحساس بدينه في نفسه فيستهين بالفرائض ، وان نابذ دينها كل النابذة.[3]

الفرع الثالث:موقف المشرع الجزائري

لم يأت في نصوص المحرمات شيء يوحي بمنع زواج المشركة ولا غيرها على الرجل اذ لا يمنع القانون الجزائري الرجل من الزواج بالمشركة[4]حيث يبقى الإشكال في قانون الأسرة بالنسبة للذين يحملون الجنسية الجزائرية من غير المسلمين ، فهل.نطبق عليهم أحكام ديانتهم ؟وفي هذه الحالة ما هو القانون الواجب التطبيق؟ لا شك أن في حالة الزواج فان المسالة لا تكون صعبة لان الزواج يغلب عليه الطابع المدني ، فيمكن إجراؤه بصورة قانونية في مقر البلديات ويتم تسجيله بالطرق القانونية ووفقا لما ينص عليه القانون في المادة التاسعة وما بعدها[5]

إلا أن الإسلام حرم على الرجل الزواج من مشركة [6]وهي الحرمة التي تكون لسبب ظرفي مؤقت فإذازال السبب زال التحريم وقد نصت عليها في المادة 30من ق.ا.ج[7]

الأمر الذي يدعوا المشرع إلى التدخل لمعالجة مثل هذه القضايا وعدم الاكتفاء بما تشير إليه المادة 222 من قانون الأسرة التي تحيلنا بدورها إلى أحكام الشريعة الإسلامية في كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون ، أي إلى أحكام الفقه الإسلامي.[8]

---

[1]– التواتي بن التواتي. المرجع السابق ،ص235

[2]– ،سيد سابق، المرجع السابق ص1117

[3]– ابو زهرة المرجع السابق.،ص 99

[4]– د دليلة فركوس ود جمال عياشي محاضرات في قانون الأسرة انعقاد ازواج دار الخلدونية الجزائر 2016،ص180

[5]– بن شويخ الرشيد.، المرجع السابق ص17

[6]–. دليلة وعياشي المرجع السابق ،ص180

[7]– د مولود ديدان قانونالأسرة الجزائري دار بلقيس الدار البيضاء الجزائر 2018،ص34

[8]– ، بن شويخ الرشيد. المرجع السابق ،ص18

المطلب الثالث:زواج المسلم ممن لها شبهة كتاب.

معنى شبهة كتاب :وهؤلاء هم المجوس الذين يعبدون النار[1]والمجوس :كلمة فارسية تطلق على امة من الناس ، يقال تمجس الرجل إذا صار مجوسيا ، قال في القاموس المحيط ، مجوس كصبور رجل صغير الأذنين[2].ومعنى كون لهم شبهة كتاب انه قد انزل على نبيهم زرادشت–كتاب فحرفوه ، وقتلوا نبيهم ، فرفع الله هذا الكتاب من بينهم [3]

الفرع الاول : حكم زواج المسلم ممن لها شبهة كتاب.

اختلف الرأي في ذلك ، بناء على كون المجوس آهل كتاب، أو ليسوا آهل كتاب.[4]

الرأي الأول :من قال بالتحريم

لا يحل للمسلم الزواج بنسائهم عند جمهور العلماء لأنهم ليسوا من اهل الكتاب [5]وروى الشافعي أن عمر ذكر المجوس فقال :ما ادري كيف اصنع في أمرهم .....فقال له عبد الرحمن بن عوف : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول :« سنوا بهم سنة أهل الكتاب »فهذا دليل على انهم ليسوا من اهل الكتاب[6] وان النبي صلى الله عليه وسلم اراد فيما قاله حقن دمائهم وا ٍقرارهم بالجزية لا غير.[7]

وسئل الإمام احمد :أيصح على أن للمجوس كتابا ..فقال هذا باطل واستعظمه جدا.[8]

وما روي عن حذيفة انه تزوج مجوسية فهذا لا يثبت فقد روى انه تزوج يهودية وهذه الرواية أوثق من زواجه بمجوسية، على انه لو ثبت ذلك لما جاز الاحتجاج به مع مخالفته الكتاب والسنة وقول جمهور العلماء.[9] وقوله تعالى :وهذا كتاب أنزلناه مبارك فاتبعوه واتقوا لعلكم ترحمون أن تقولوا إنما انزل الكتاب على طائفتين من قبلنا وان كنا عن دراستهم لغافلين .[10] دلت هذه الآية على ان الكتاب لم ينزل عليهم ، وا ٍنما انزل على طائفتين من

[1]– عبد الرحمن الجز يري ، المرجع السابق ،ص 72

[2]–بدران ابو العينين بدران المرجع السابق ،ص 77

[3]– ، عبد الرحمن الجز يري المرجع السابق ،ص 72

[4]–بدران ابو العينين بدران المرجع السابق ،ص 87

[5]– عبد الكريم زيدان المرجع السابق ،ص 345

[6]– السيد سابق، ، المرجع السابق ا ،ص 1120

[7]–عبد الكريم زيدان المرجع السابق ،ص 345

[8]– سيد سابق، المرجع السابق ، ،ص 1120

[9]– ، عبد الكريم زيدان المرجع السابق ،ص 345–346

[10]– سورة الانعام الاية،155–156

قبلهم هم اليهود والنصارى لا غير ، وا ٍذا كان كذلك فالمجوس ليسوا منهم ، وا ٍلا لزم الكذب في خبره تعالى وهذا محال. [1]

الرأي الثاني :من قال بالحل

حيث ذهب الظاهرية إلى جواز زواج المسلم بالمجوسية بحجة أنها من أهل الكتاب[2] وذهب ابو ثور إلى حل التزوج بالمجوسية لأنهم يقرون على دينهم بالجزية كاليهود والنصارى.[3]

وروى الشافعي وعبد الرزاق وغيرها بإسناد حسن ، عن علي بن أبي طالب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وابا بكر وعمر اخذوا الجزية من المجوس قال علي: وانا اعلم بهم كانوا اهل كتاب يقرؤونه ، وعلم يدرسونه ، فنزع من صدورهم .[4] فدل هذا على أنهم أهل كتاب ، لان الجزية لا تؤخذ إلا من الكتابيين ، كما نطق بذلك قوله تعالى :«قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الأخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب من قبلكم حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون »[5]

أما القول الراجح والصحيح

هو أنها لا تحل مناكحتهم باتفاق أهل الأئمة، [6] قال ابن المنذر :ليس تحريم نكاح المجوس المجوس واكل ذبائحهم متفقا عليه ، ولمن أكثر أهل العلم عليه لأنه ليس لهم كتاب ولا يؤمنون بنبوة ويعبدون النار[7]

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري

يرى انه لا يصح للرجل المسلم أن يتزوج مجوسية (وهي التي تعبد النار)ولا وثنية(وهي التي تعبد الأصنام)ولا البوذية ولا البرهمية وكذا كل امرأة ملحدة لا تدين بدين سماوي المادة 32 ق.ا.ج في نصها و31 ق.ا.ج المعدلة والمادة 138و222 ق.ا.ج. [8]

ونرى قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1016/07/13 ملف رقم 1005800 غرفة شؤون الأسرة والمواريث مجلة المحكمة العليا2016 العدد02 ص207

---

[1]– بدران ابو العينين بدران ،المرجع السابق ،ص 81

[2]– د، عبد الكريم زيدان،المرجع السابق ،ص 345

[3]– د، سيد سابق، المجلد السابع ، المرجع السابق ،ص 1120

[4]– د، بدران ابو العينين بدران،المرجع السابق ،ص 80

[5]–د، عبد الرحمن الجزيري المرجع السابق ،ص 79

[6]– د، عبد الرحمن الجزيري المرجع نفسه ،ص 72

[7]– د، سيد سابق، المجلد السابع المرجع السابق ،ص 1120

[8]– د.بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الجزء الأول،الطبعة السادسة ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر ، ص185

المبدأ توجب الأحكام التنظيمية في زواج الجزائري أو الجزائرية مع الأجانب الحصول على رخصة إدارية سواء كان ذلك لتسجيل الزواج أو لإثباته.[1]

ومن المعلوم أن كل خرق لقانون الأحوال الشخصية يعد مخالفا للنظام العام[2]أما في حالة عدم وجود نص يتم اللجوء من خلال نص المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال الآراء الفقهية.[3]

والتي أتاحت للزوج وخولته الزواج من الكتابية في الحين الذي منعت ذلك عن الزوجة[4]

المطلب الرابع : زواج المسلمة بغير المسلم

هل يجوز زواج الذمي أو المستأمن بالمسلمة؟

اجمع العلماء على انه لا يحل للمسلمة ان تتزوج غير المسلم ، سواء أكان مشركا أو من أهل الكتاب [5]ودليل ذلك قول الله تعالى :«يأيها الذين امنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله اعلم بإيمانهن فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن ».الممتحنة الآية 10.[6] وما رواه الدار قطني والبيهقي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم :«الإسلام يعلو ولا يعلى عليه » وهو حديث حسن دال علو شان الإسلام ورفعة أهله ، فأفاد حرمة امتهان المسلمة لغير المسلم بتزوجه لها.[7]

وقال انس :خطب ابو طلحة ام سليم ، فقالت والله ما مثلك يا ابا طلحة يرد ، ولكنك رجل كافر وانأ امرأة مسلمة ولا يحل لي أن أتزوجك، فان تسلم فذاك مهري وما أسالك غيره، فاسلم فكان ذلك.[8]

ولإجماع الصحابة رضي الله عنهم فانه روي أن رجلا من بني تغلب أسلمت امرأته ، فعرض عمر رضي الله عنه عليه الإسلام فامتنع ففرق بينهما ، وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنه فيكون إجماعا.[9]ولكنك رجل كافر وانأ مسلمة ولا يحل لي أن أتزوجك ،

---

[1]– قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2016/07/13 ملف رقم 1005800 رفة شؤون الاسرة والمواريث مجلة المحكمة العليا، 2016، العدد02، ص 207

[2]–أ، بلحاج العربي ، المرجع السابق، ص187

[3]–د، بن الشويخ الرشيد.، المرجع السابق ص219

[4]–د ليلة وعياشي.،المرجع السابق،ص180

[5]– ،سيد سابق،المجلد السابع،المرجع السابق، ص1121

[6]– سورة الممتحنة ،الاية 10

[7]– بدران أو العينين بدران المرجع السابق ص87

8– سالم بن عبد الغني الرافعي. المرجع السابق ،ص 453

[9]– ،التواتي بن التواتي المرجع السابق ص241

وانعقد إجماعهم على ذلك، فكان ذلك ثابتا بالإجماع مع أن نص القران حجة قاطعة لا مجال للشك فيها.[1]

ومذهب آبي حنيفة في محرمات الزواج الذي ينص على انه لا يصح زواج المسلمة إلا بمسلم، فلا يجوز تزوجها بمشرك ولا يهودي أو نصراني ولا ينعقد النكاح أصلا .[2]
وعلة الحرمة هو أن القوامة بيد الرجل ويستطيع آن يحملها على ترك دينها، وان لم يفعل قد يجبرها على نفسها في رمضان، فهي غير أمنة على دينها ثم إن أبناءها فهم على دين أبيهم لنص الآية «ادعوهم لآبائهم هو اقسط عند الله»سورة الأحزاب ، الآية5 .[3]

الفرع الثاني:الحكمة من تحريم زواج المسلمة بغير المسلم

وحكمة ذلك أن للرجل حق القوامة على زوجته وان عليها طاعته فيما يأمرها به من معروف وفي هذا معنى الولاية والسلطان ، وما كان لكافر أن يكون له سلطان على مسلم أو مسلمة.[4]

لقوله تعالى :« ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا»[5]

لأننا لو أبقينا النكاح بينهما لا تحصل المقاصد، لان المقاصد النكاح لا تحصل إلا بالإستفراش والكافر لا يمكن من استفراش المسلمة[6] ثم إن الزوج الكافر لا يعترف بدين المسلمة بل يكذب بكتابها، ويجحد رسالة نبيها، ولا يمكن لبيت أن يستقر مع هذا الخلاف الواسع والبون الشاسع.[7] وكذلك أيضا حيث المرأة من طبيعتها التحول وسرعة التغير والتبدل ، يخشى عليها من تأثير زوجها ، فقد يطلب الزوج غير المسلم من الزوجة ان تتحول عن دينها الى دينه وتبدل عقيدتها الى عقيدته و[8] إذا كان الإسلام لم يجز للمسلمة أن تتزوج بأحد بأحد من آهل الكتاب –نصراني أو يهودي–مع أن الكتابي يؤمن بالله وكتبه ورسله واليوم

[1]– ابو زهرة، المرجع السابق.،ص102
[2]– د، بدران أو العينين بدران المرجع السابق ص88
[3]– د، التواتي بن التواتي المرجع السابق ص240
[4]– سيد سابق،المجلد السابع. المرجع السابق ،ص 1121
5– سورة النساء،الآية 141
[6]– ، التواتي بن التواتي المرجع السابق ، ،ص241
[7] – سيد سابق، المجلد السابع المرجع السابق ،ص1121
[8]– ، بدران ابو العينين بدران المرجع السابق ، ،ص 87

الأخر في الجملة ، فكيف يجيز أن تتزوج رجلا لا يدين بإلوهية ولا بنبوة ولا قيامة ولا حساب.[1]

الفرع الثالث : موقف المشرع الجزائري

وبخصوص هذه المسالة في القانون الجزائري تنص الفقرة 05 المادة 30 من ق اج (المعدلة بالأمر 02/05) صراحة على تحريم زواج المسلمة بغير المسلم ، وهو ما تقضي به جل التشريعات الإسلامية وذلك لان زواج المسلمة بغير المسلم يجعلها في مرتبة أدنى من الكافر، عرضة لامتهان عقيدتها وا يذائها في شعورها الديني لان القوامة تكون دائما للرجل[2] وفي هذا النص بيان كاف على أن زواج المسلمة الجزائرية من المشرك ممنوع قانونا قانونا لان ق.ا.ج لا يمكن إلزام غير الجزائريين به ولو كانوا مستوطنين في الجزائر تطبيقا لقواعد تنازع القوانين من الشرعة العامة في ق.م.ج .[3] وقد اقتصرت المادة 5/30 ق.ا.ج المعدلة بالمرسوم 02/05 على منع زواج المسلمة من غير المسلم إلا أن الفقه الإسلامي يجيز زواج المسلم بالكتابية عند الضرورة (م 222 ق.ا.ج)[4] وعليه لا تقع العلاقة التي تقام تقام بينها وبينه ذات أثر ولو ظن أطرافها أنهم قاموا بإنشاء عقد زواج بينهما[5]، وروى البيهقي أن ابن عباس رضي الله عنهما قال:"إن الله عز وجل بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق، ليظهره على الدين كله، فديننا خير الأديان، وملتنا فوق الملل ورجالنا فوق نسائهم ، ولا يكون رجالهم فوق نسائنا ".[6] وانطلاقا من فكرة العصمة التي هي للزوج، فان الشريعة الإسلامية أتاحت للزوج في هذه الحالة ما لم تتحه للزوجة بحيث خولته الزواج من الكتابية في الحين الذي منعت ذلك عن الزوجة للسبب المذكور.[7]

ملاحظة قانونية فانه بالنسبة للكافر أو الكتابي إذا اعتنق الإسلام، بصفة جدية وحقيقية، أمكنه أن يتزوج المسلمة حينئذ وفقا للمادة 5/30 ق ا ج وهذا بعد احترام بعض الإجراءات التنظيمية التي فرضها القانون (م 31 ق.ا) فان

---

[1]– ، يوسف القرضاوي المرجع السابق ،ص 90

[2]–د بلحاج العربي،الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري،الجزء الأول،الطبعة السادسة ،ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر 2010،ص184

[3]– د.دليلة فركوس ود. جمال عياشي،محاضرات في قانون الاسرة ،انعقاد الزواج ،دار الخلدونية ،الجزائر، 2016ص 182

[4]– ، بلحاج العربي ، المرجع السابق ص185

[5]– ، د.دليلة فركوس ود. جمال عياشي المرجع السابق ، ص182

[6]– ، بلحاج العربي . المرجع السابق ،ص 183

[7]– ، دليلة فركوس وجمال عياشي. المرجع السابق ، ،ص 180

أحكام قانون الأسرة تسري على معتنق الإسلام (م1 و221ق.ا.ج) ولو كان محتفظا بجنسيته الأصلية ، لان الدين في حالة اعتناق الإسلام يصبح عنصرا لارتباط الدين عوض الجنسية [1]

وقرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2007/11/14 ملف رقم 398948، غرفة الأحوال الشخصية، مجلة المحكمة العليا 2011، العدد 01، ص273
المبدأ : الإشهاد الصادر عن وزارة الشؤون الدينية كاف لإثبات اعتناق الدين الإسلامي.
عن الوجه الثاني والثالث معا نظرا لترابطهما وتشابههما: حيث من المقرر شرعا أن إثبات اعتناق الإسلام يثبت بالتلفظ بالشهادتين أمام الجهة المؤهلة لذلك.
ولما تبين من دعوى الحال أن وزارة الشؤون الدينية أعطت إشهادا للمطعون ضده على اعتناقه الإسلام ، فان تلك الوثيقة تبقى صحيحة، مادام لم يطعن فيها بالتزوير، الأمر الذي يتعين معه رد الوجهين المثارين لعدم التأسيس.[2]

[1]– د، بلحاج العربي، المرجع السابق. ،ص 186

[2]––.اشبايكي نزهة ،قانون الاسرة الجزائري،على ضوء قرارات المحكمة العليا،دار الخلدونية،الجزائر، 2020،ص48

المبحث الثاني أثر اختلاف الدين في مقدمات عقد الزواج

عقد النكاح يدل على صيغة تدل على التراضي بين الزوجين ابتداء من الخطبة وولي وصداق وشهود غير انه قد يوجد اختلاف دين بين الزوجين كان يكون احدهما مسلما والأخر غير مسلم وقد يكون هذا الاختلاف متعلقا بالخطبة كان يختلف دين الزوجين أو بالصداق وبولي المرأة كان يختلف دينه عن دين احد الزوجين أو يتعلق باختلاف دين الشهود كان يختلف دينهم عن دين الزوجين وعلى هذا فإننا سنتناول المبحث في أربعة مطالب:

المطلب الأول : أثر اختلاف الدين في الخطبة

المطلب الثاني: أثر اختلاف الدين في الصداق

المطلب الثالث: أثر اختلاف دين الولي في دين الزوجين

المطلب الرابع: أثر اختلاف دين الشهود في دين الزوجين

المطلب الأول : أثر اختلاف الدين في الخطبة

إن من مقدمات عقد الزواج التي شرعها الإسلام هي الخطبة بكسر الخاء [1]حيث اعتاد الناس أن يخطب الواحد منهم المرأة لأحد أربعة أوصاف وهي الثراء أو المال والحسب والجمال والدين [2] ثم إن الخاطب في الأصل عندما يطلب الفتاة للزواج لا يعدها ولا يعد أهلها بالزواج وا ٍنما يخطبها ليستكمل التعرف عليها ثم يقرر بعد ذلك ما إذا كان سيتزوج بها بالفعل أم يعدل عن طلب الزواج بها[3].

هكذا يكون بين المسلمين لكن عند اختلاف الدين بين الزوجين فمن تباح خطبتها في الفقه الإسلامي؟وما هو موقف المشرع الجزائري ؟

[1]– د،السالم بن عبد الغني الرفاعي ،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب،دار ابن حزم للطباعة والنشر بيروت لبنان،الطبعة الأولى ،1423–2002 ص، 214

[2]– د،،وهبة الزحيلي ،ط1،المرجع السابق ص، 19

[3]– د،عبد الناصر توفيق العطار،خطبة النساء في الشريعة الغسلامية و التشريعات العربية للمسلمين وعير المسلمين ، مطبعة السعادة مصر،1999،ص، 6

الفرع الأول: مفهوم الخطبة.

أولا:التعريف اللغوي:

الَخطبة :فعلة كقعدة وجلسة، يقال خطب المرأة يخطبها خطبا ، وخطبة أي طلبها للزواج بالوسيلة المعروفة بين الناس ، ورجل خطاب :كثير التصرف في الخطبة ، والخطيب والخاطب والخطب :الذي يخطب المرأة وهي خطبه وخطبته. وخطب يخطب:قال كلاما يعظ به ، أو يمدح غيره ونحو ذلك [1]

ولهذا نجد الخطبة من الناحية اللغوية تعني طلب الرجل امرأة معينة للزواج بها.[2]

ثانيا: التعريف الاصطلاحي.

ولا يخرج معنى الخطبة في الشريعة الإسلامية عن معناها اللغوي.[3]فهي اظهار الرغبة في الزواج بامرأة معينة خالية من الموانع الشرعية، يكون بإعلام المرأة أو ووليها بذلك من الخاطب أو أهله ، فان وافقت المخطوبة وأهلها تمت الخطبة.[4]

ثالثا: تعريف المشرع الجزائري.

وقد عرفها المشرع الجزائري في قانون الأسرة في المادة الخامسة فقرة واحد بالقول :« الخطبة وعد بالزواج».[5]

الفرع الثاني :حكم اختلاف الدين في الخطبة في الفقه الإسلامي

لقد كانت الخطبة وسيلة لعقد الزواج ومقدمة له ، فانه لا تباح خطبة امرأة إلا إذا جاز الزواج بها في الحال أما إذا كانت المرأة محرمة على الرجل فلا تجوز خطبتها كقاعدة عامة[6] والمستحب أن لا يتزوج إلا ذات دين سماوي لما روى ابو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : تنكح المرأة لأربع لمالها وحسبها وجمالها ودينها فاظفر بذات الدين تربت يداك»[7] فمن تباح خطبتها ؟

---

[1]– د،احمد عبد العال الطهطاوي،تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق والظهار ،دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، الطبعة الأولى 1424،2002هـ ص، 219

[2]– ،عبد الناصر توفيق العطار ، المرجع السابق ص، 5

[3]– د توفيق العطار المرجع نفسه ص 5

[4]– د، وهبة الزحيلي ج 3 المرجع السابق ص، 17–18

[5]– المادة05 ق.ا.ج

[6]– د، عبد الناصر توفيق العطار ،المرجع السابق،ص 17

[7]– المجموع شرح المهذب ،الجزء السادس عشر،ص132

تباح خطبة المرأة المسلمة أو الكتابية بشرطين :

أولا :الا يحرم الزواج بها شرعا .[1]

حيث اشترط الفقهاء ، لصحة الخطبة أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل حرمة مؤبدة ولا حرمة مؤقتة.[2] وتحرم خطبة المعتدة بالاتفاق ، وهي التي تكون في أثناء العدة من زواج سابق سواء كانت الخطبة صريحة أو بالمواعدة مطلقا.[3]

وهناك تفصيل في هذه المسالة:

1- فالمرأة إذا كانت معتدة من طلاق رجعي ، لا يجوز التقدم لخطبتها بحال، لا تعريضا ولا تصريحا ، وهذا متفق عليه عند العلماء[4]

2-أباحوا التعريض لمعتدة الوفاة كان يقول لها "إن الكثير يرغبون فيك" أو يقدم لها هدية الوفاة على سبيل التودد.[5]

3-إن كانت معتدة طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى ففي خطبتها بالتعريض رأيان:

رأي الحنفية :تحريم خطبتها لان لمطلقها في البينونة الصغرى أن يعقد عليها مرة أخرى فتكون خطبتها اعتداء على حقوقه وان كانت بائنا بينونة كبرى فتحرم خطبتها صراحة أو بالتعريض[6].

رأي الجمهور:انه يجوز التعريض بخطبتها[7]دون التصريح ولانقطاع سلطنة الزوج السابق عن البائن [8]وهذا لما روى أبو داود أن فاطمة بنت قيس لما طلقها زوجها ثلاثا ، قال النبي صلى الله عليه وسلم وهي في عدتها "لا تفوتيني بنفسك " وهذا تعريض بخطبتها في عدتها.[9]

ثانيا :أن لا تكون مخطوبة سابقا

---

[1]- د ، وهبة الزحيلي ط1،المرجع السابقص 20

[2]- د ، سالم عبد الغني الرفاعي ، المرجع السابق ص218

[3]- د ، وهبة الزحيلي ط1، المرجع السابق ص 21

[4]- د ، سالم عبد الغني الرفاعي ، المرجع السابق ص218

[5]- د ، محمد فهد شقفة ، المرجع السابق ص 118

[6]- د ، وهبة الزحيلي ط1، المرجع السابق ص 21-22

[7]- د ، سالم عبد الغني الرفاعي المرجع السابق ،ص 219

[8]- د ، وهبة الزحيلي ط1 المرجع السابق ص 22

[9]- د ، سالم عبد الغني الرفاعي، المرجع السابق ص219

كما تقدم في خطبة المخطوبة للحديث المتقدم :"لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه حتى يترك الخاطب قبله أو يأذن "فعل زواجه صحيح في رأي الجمهور ولكن عليه الإثم.[1]وقال مالك :لا يصح هذا الزواج لأنه نكاح منهي عنه فكان باطلا كنكاح الشغار. [2]

الفرع الثالث موقف المشرع الجزائري

إن الطبيعة القانونية للخطبة أين كيفت المادة الخامسة الفقرة 01من قانون الأسرة المعدل الخطبة على أنها وعد بالزواج [3]أما فيما يتعلق بزواج الأجانب في إطار القانون الدولي الخاص الجزائري وهو الزواج الذي يتم فوق التراب الجزائري بين شخصين يحملان جنسية دولة أجنبية واحدة أو جنسيتين أجنبيتين مختلفتين عن بعضهما انه من حيث القواعد الشكلية يجب إبرام الزواج وفق الشكل الذي يفرضه قانونهما الوطني (م1/19 ق.م المعدلة بالقانون رقم 10/05 وم97 من الأمر رقم 20/70 المتعلق بالحالة المدنية).[4]

وأما فيما يخص القواعد الموضوعية (وهي الشروط الواردة في المادتين 9و9مكررالمضافة بالأمر رقم 02/05 من ق.ا.ج) فانه يطبق عليهما القانون الوطني لكل من الزوجين المادة11ق م، غير انه يسري القانون الجزائري وحده إذاكان احد الزوجين جزائريا وقت إبرام عقد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج المادة 13 ق.م[5] ويعني ذلك عدم وجود مانع يحول دون الزواج [6]وكذا إذاكان الزواج مختلطا وتم إبرامه طبقا للشروط الواردة في قانون الأسرة الجزائري(المادة 13 و13 مكرر و14 و15 المعدلة) فان سمو القانون الجزائري بهذا الصدد واضح مما يستوجب حتما تطبيق قواعد الشريعة الإسلامية واستبعاد الأحكام المنصوص عليها في أي قانون أجنبي أخر مما يؤدي إلى تنازع القوانين على الصعيد الدولي ، وهو ما تعالجه المراجع الخاصة بالقانون الدولي الخاص الجزائري.

[1]– د ، وهبة الزحيلي ط1، المرجع السابق ص22

[2]– د ، ،وهبة الزحيلي، المرجع نفسه ص22

[3]– ، وبن شويخ الرشيد المرجع السابق ،ص 30

[4]– ، بلحاج العربي، المرجع السابق ص46

[5]– ، ، وبن شويخ الرشيد المرجع السابق ص46

[6]– ،دليلة وعياشي المرجع السابق ،ص53

المطلب الثاني أثر اختلاف الدين في الصداق (المهر).

المهر اسم للمال الواجب للمرأة على الرجل بالنكاح أوهو الوطء وقد سماه الله في كتابه :الصداق وأجرا وفريضة لقوله تعالى (واتوا النساء صدقاتهن نحلة)

الفرع الأول :مفهوم الصداق (المهر)

أولا: التعريف اللغوي

الصداق في اللغة: له أسماء كثيرة :منها المهر ، يقال مهرت المرأة إذا أعطيها المهر، ولا يقال أمهرتها ، بمعنى أعطيتها المهر ، وا ٍنما يقال امهرها ، إذا زوجها من غيره على مهر [1] والصداق(بفتح الصاد وكسرها) مأخوذ من الصدق لإشعاره بصدق رغبة الزوج في الزوجة :هو مهر المرأة[2] وان معنى الصداق في اللغة دفع المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج[3]

ثانيا : التعريف الاصطلاحي.

وهو كل مال منقوم معلوم مقدور على تسليمه[4]

وقد عرفه المالكية بأنه : ما يجعل للزوجة نظير الاستمتاع [5]

ثالثا- تعريف المشرع الجزائري

أما المشرع الجزائري فقد عرف الصداق في المادة 14 من ق .ا.ج : الصداق هو ما يدفع نحلة للزوجة من نقود أو غيرها من كل ما هو مباح شرعا وهو ملك تتصرف فيه كما تشاء. [6]

رابعا: دليل مشروعية الصداق(المهر)

الاصل في مشروعية الصداق الكتاب والسنة والإجماع.[7] أما من الكتاب:.قوله تعالى :*واتوا :*واتوا النساء صدقاتهن*سورة النساء الاية4 [8]واما السنة :فقوله صلى الله عليه وسلم لعبد

---

[1]- ،الفقه على الذاهب الاربعة المرجع السابق ،ص89

[2]- ،التواتي بن التواتي ، المرجع السابق ص 140

[3]- ، الفقه على الذاهب الاربعة ، المرجع السابق ص89

[4]- وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي وادلته ،الاحوال الشخصية ،الجزء التاسع،دار الفكر ،دمشق،سوريا،الطبعة 12 من دون سنة،ص6768

[5]- د.محمد كمال الدين امام، الأحوال الشخصية للمسلمين،دراسة فقهية وتشريعية وقضائية (الزواج.الطلاق.الخلع.الحضانة)دار المطبوعات العلم ط2 1997 ص150

[6]- المادة 14،ق.ا.ج

[7]- ،الفقه الحنبلي الميسر المرجع السابق ص159

[8]- سورة النساء الاية 4

الرحمان :*أصدقتها قال:وزن نواة من ذهب*[1] أما الإجماع:فقد نقل ابن عبد البر إجماع اهل العلم على وجوبه ، وفي ذلك يقول *اجمع علماء المسلمين انه لا يجوز له وطء في نكاح بغير صداق مسمى دينا أو نقدا*[2]

الفرع الثاني :حكم اختلاف الدين في الصداق

إذا كان المهر صحيحا قال الحنابلة والشافعية، وهو مذهب الحنفية أيضا قالوا : ما صلح مهرا في نكاح المسلمين فانه يصلح مهرا في نكاح أهل الذمة لاشك ، لأنه لما جاز نكاحنا عليه كان نكاحهم عليه أجوز [3]

والحنفية قالوا :إذا تزوجت ذمية بغير مهر ، ثم اسلما فلا حق لها في مطالبته بعد الإسلام متى كانت شريعتهما ، لا مهر فيها من قبل الإسلام[4]

وا ذا كان المهر فاسدا أي إذا كانت التسمية للمهر بخمر أو خنزير في حق الذميين[5] وقبضتهما المرأة ثم اسلما أو احدها ، فليس للمرأة إلا ما قبضته وبرئت ذمة الزوج منه كما لو تبايعا بيعا فاسدا وتقابضا ، وهذا مذهب الشافعية والحنابلة والحنفية ، ويعلل الحنفية ذلك بان القبض وقع قبل السلام.[6]

وان لم يكن قد قبضته لزم لها قيمة المعين مع الدخول أو النصف قبله. [7]

حيث قال الشافعية والزيدية والحنابلة ، ليس للمرأة المهر المسمى وا نما لها مهر المثل لأنه لا يمكن إجبار الزوج على تسليم الخمر والخنزير لأنهما محرمان ، وان كانت الزوجة قبضت وجب عليه من مهر المثل بنسبة ما بقي من المهر[8]

وعند المالكية لها مهر المثل إذا اسلما ولم تقبض المرأة المهر ، إلا انه إذا كان الإسلام بعد الدخول فلها مهر المثل [9]وا ذا ارتدت الزوجة قبل الدخول، قال الأحناف لا شيء لها ، ثم إذا

[1]– ،الفقه الحنبلي الميسر المرجع السابق ص159

[2]– ،ق.عمر سليمان الاشقر المرجع السابق ص255

[3]– ، احكام الذميين والمستامنين المرجع السابق ص، 373

[4]– ،المذاهب الاربعة، المرجع السابق ص، 113

[5]– ،محمد بن يحيى المطهري، المرجع السابق ص، 482

[6]– ، احكام الذميين والمستامنين، المرجع السابق ص، 374

[7]– ، محمد بن يحيى المطهري المرجع السابق ص، 482

[8]– د ، احكام الذميين والمستامنين المرجع السابق ص، 375

[9]– د ، احكام الذميين والمستامنين ، المرجع نفسه ص375–376

إذا كان الزوج هو المرتد فلها نصف المهر إن كان لم يدخل بها ، ونفقة العدة إن كان دخل بها ، وان كانت هي التي ارتدت فلا مهر لها ، وكذلك قال ابن قدامه والحنبلي [1]

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

تنص م16 من ق.ا.ج على الحالات التي يتأكد فيها استحقاق الزوجة الصداق وهذه الحالات هي :الوفاة والدخول والطلاق قبل الدخول[2]

ما يلاحظ على هذا النص القانوني انه استعمل لفظ الطلاق بصيغة العموم فلم يحدد بدقة من تسبب في الطلاق ، كما لم يحدد الشخص الذي طلق هل الزوج ام الزوجة ام ان الطلاق وقع بالاتفاق بينهما خصوصا وان الطلاق لا يثبت الا بحكم قضائي.[3]

و ما استقر عليه اجتهاد المحكمة العليا من ان عقد الزواج يعتبر صحيحا ، متى تم برضا الزوجين وحضور ولي الزوجة وشاهدين وصداق ، وانتفت الموانع الشرعية ، وابرم امام موثق أو موظف مؤهل قانونا.[4]

فان الزواج الفاسد لصداقه يفسخ قبل الدخول ، ويثبت اي يصبح بعد الدخول بصداق المثل وفقا لنص المادة 2/33 من ق.ا.ج المعدلة.[5] وقوله تعالى :«فأقيموا الصلاة وءاتوا الزكاة واعتصموا بالله هو مولاكم فنعم المولى ونعم النصير»[6] سورة الحج،الآية 78 ويخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى إجراءات تنظيمية والتي اشترطت وجوب الحصول على رخصة إدارية يسلمها والي الولاية لإبرام عقد زواج طرفين احدهما أوكلاهما أجنبي أمام ضابط الحالة المدنية الجزائري.[7]

المطلب الثاني: أثر اختلاف دين الولي عن دين الزوجين على صحة عقد النكاح

لقد جعل الإسلام لولي المرأة دورا في تزويجها حتى لا يغرر بالمرأة ولا يطمع بها، وبما ان الضرر في حال إساءة الاختيار يقع على الطرفين، لكن حينما يختلف دين الولي عن دين الزوجين فهل يصح عقد الزواج؟

---

[1]– د نعمان عبد الرزاق السامرائي،احكام المرتد في الشريعة الاسلامية ،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ،دار العلوم لطباعة والنشر الرياض، السعودية 1403هـ1983م،ص، 224

[2]– د ، دليلة وعياشي ، المرجع السابق، ص، 129

[3]– د ، بن شويخ الرشيد. المرجع السابق ، ص 78

[4]– د ، بلحاج العربي. المرجع السابق ص، 288

[5]– د ، بلحاج العربي المرجع نفسه ص، 299

[6]- سورة الحج،الآية 78

[7]– نجيمي جمال ، المرجع السابق ، ص90

لذا سنتناول في هذا المطلب مفهوم الولاية وأثرها عند اختلاف دين الولي بين الزوجين في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري من ذلك.

الفرع الأول: مفهوم الولاية

أولا : التعريف اللغوي:الولاية- بكسر الواو-هي الخطة والإمارة والسلطان والولاية- بكسر الواو وفتحها- النصرة ، قال سيبويه:الولاية (أي بالفتح) المصدر والولاية (أي بالكسر) الاسم مثل الإمارة والنقابة لأنه اسم لما توليته وقمت به فإذاأرادوا المصدر فتحوا، وقال ابن كثير :«كان الولاية (أي بالكسر)تشعر بالتدبر والقدرة والفعل وما لم يجتمع ذلك فيها لم ينطق عليه اسم الولي»[1] وفي لغة العرب هي تولي الأمر والقيام به أو عليه[2] وقوله تعالى :«فأقيموا الصلاة واتوا الزكاة واعتصموا بالله هو مولاكم فنعم المولى ونعم النصير»[3]

ثانيا : التعريف الاصطلاحي:

الولاية حق شرعي ، ينفذ بمقتضاه الأمر على الغير جبرا عنه .....وهي ولاية عامة ، وولاية خاصة، والولاية الخاصة ولاية على النفس وولاية على المال ، والولاية على النفس هي المقصودة هنا، اي ولاية على النفس في الزواج[4].وكذلك هي سلطة شرعية تجعل لمن ثبتت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة من غير توقف على إجازة احد سواء له ام لغيره [5].

ثالثا :دليل مشروعية الولي.

وقد استدل الجمهور بأحاديث وبآيات قرآنية، فأما الأحاديث فمنها ما رواه الزهري عن عائشة وهو أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل » ومنها ما رواه ابن ماجه، والدار قطني عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال :«لا تزوج المرأة ، ولا تزوج المرأة نفسها ». [6]

---

[1]- د.عوض بن جاد العوفي،الولاية في النكاح،الجزء الثاني ،الطبعة الأولى،المدينة المنورة ،المملكة السعودية،1423هـ/2006م،ص24-

[2]- د محمد مصطفى شحاته الحسيني،الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف،مطبعة دار التأليف، مصر، 1976م ،ص 5

[3]- سورة الحج،الآية 78

[4]- ،سيد سابق ، المجلد السابع المرجع السابق ،ص1145-1146

[5]- فركوس وعياشي المرجع السابق ، ص108

[6]- عبد الرحمان الجز يري، المرجع السابق ،ص46

أما القران الكريم فمنه قوله تعالى:«وإذا طلقتم النساء فبلغن اجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف »سورة البقرة232[1]

و قد نقل عن الشافعي رضي الله عنه قال :إن هذه الآية أصرح أية في الدلالة على ضرورة الولي ، لكن الحنفية قد أجابوا عن هذا بجوابين، الجواب الأول منع كون الآية خطابا للأولياء، بل هي تحتمل أن تكون خطابا للأزواج الذين يطلقون أزواجهم ، وتحتمل أن تكون خطابا للمؤمنين عامة.[2]

وقد اتفق المالكية والشافعية والحنابلة على ضرورة وجود الولي في النكاح فكل نكاح يقع بدون الولي أو من ينوب منابه يقع باطلا ، فليس للمرأة أن تباشر عقد زواجها بحال من الأحوال سواء كانت كبيرة أو صغيرة عاقلة أو مجنونة ، إلا أنها كانت ثيبة لا يصلح زواجها بدون إذنها ورضاها.

وخالف الحنفية في ذلك فقالوا :إن الولي ضروري للصغيرة وللكبيرة المجنونة أما البالغة العاقلة سواء كانت بكرا أو ثيبا فإنها صاحبة الحق في زواج نفسها ممن تشاء ، ثم إن كان كفا فذلك وإلا فلوليها الاعتراض وفسخ النكاح .[3]

الفرع الثاني:ولاية الكافر على موليته المسلمة.

فانه لا يجوز أن يكون لغير المسلم ولاية على المسلم لقوله تعالى :«ولا يجعل الله للكافرين على المزمنين سبيلا»سورة النساء، الآية 141.[4]فالإسلام يعلو ولا يعلى عليه ، به اعز الله عباده، وبه قطع الموالاة بين أوليائه المؤمنين وأعدائه الكافرين[5]، إذ لا ولاية لغير المسلم على المسلم ولان التزاوج وتتبع الإرث على التعصيب ولا توارث مع اختلاف الدين.[6]

وأما من السنة ، قال الشافعي رحمه الله :ولا يكون الكافر وليا لمسلمة وان كانت بنته، قد زوج ابن سعيد بن العاص النبي صلى الله عليه وسلم أم حبيبة، وأبو سفيان حي ، ولأنها كانت مسلمة وابن سعيد مسلم ، لا اعلم مسلما اقرب بها منه ، ولم يكن لأبي سفيان فيها

[1]– سورة البقرة ،الآية 232

[2]– عبد الرحمان الجز يري، المرجع السابق ، ص 47

[3]– د. عبد الرحمان الجز يري المرجع السابق ص50–51

[4]– د.سيد سابق، المرجع السابق ،ص 1146

[5]– د.عوض بن جاد العوفي المرجع السابق ص224

[6]– د.محمد فهد شقفة ،شرح أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين والنصارى واليهود،الجزء الأول ،ص 240

ولاية ، لان الله تبارك وتعالى قطع الموالاة بين المسلمين والمشركين والمواريث والعقل وغير ذلك .[1] وكذلك إذا ارتد الولي فصار كافرا انتقلت ولايته على قريبته المسلمة إلى من بعده من المسلمين على الأصح وبطلت لكفره.[2]

الفرع الثالث: ولاية المسلم على موليته الكافرة

ولا يلي المسلم نكاح الكافرة ، لما تقدم من قطع الموالاة بين المسلمين والكفار ، إلا انه يكون سلطانا أو سيدا لأمة ، فان ولاية السلطان عامة، وأما سيد الأمة فان له أن يزوجها من كافر وان لم يملك تزويج ابنته الكافرة من كافر ، والفرق بينهما انه يزوجها بحكم الملك فجاز ذلك كما لو باعها من كافر، بخلاف ابنته فانه يزوجها بحكم الولاية وقد انقطعت باختلاف الدين كما انقطع التوارث والإنفاق.[3]

الإسلام في الولاية على الكتابية، وفيها يرى المالكية انه يصح أن يزوج المسلم الكتابية للآية 141 من سورة النساء سالفة الذكر، أما الذاهب الأخرى فقد اشترطوا اتحاد الدين بين المرأة ووليها.[4] لقوله سبحانه وتعالى:«والمؤمنون والمؤمنات بعضهم أولياء بعض» [5]

وقوله تعالى:«والذين كفروا بعضهم أولياء بعض» [6]

الفرع الرابع :ولاية الكافر على موليته الكافرة .

وأما ولاية الكافر على الكافرة فهذا لا يخلوا من أن يكون الكافر أصليا أو مرتدا فان كان مرتدا، فلا يجوز ولاية له على احد، ولو على مرتدة مثله، لأنه محكوم عليه بالقتل. وأما إن كان أصليا فله الولاية على قريبته الكافرة، وهي كل من يربطه بها سبب من أسباب الولاية المعروفة في نكاح المسلمين من نسب، أو ولاء، أو سلطان، أو نحوها. [7] ويشترط أن لا يرتكب محضورا في دينه الذي يدين به ولا عبرة باختلاف دينهما ، فلليهودي أن يلي النصرانية وبالعكس. [8]

---

[1]– د. محمد فهد شقفة المرجع نفسه ،ص 235

[2]– د.محمد بن يحيى المظهر،أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية،الجزء الأول،شركة الفرسان للنشر والتوزيع ،القاهرة،مصر،ص 98

[3]–– د.ابن القيم الجوزية،أحكام أهل الذمة،المجلد الأول،الطبعة الأولى،رمادي للنشر،الدمام،المملكة العبية السعودية ، 1418هـ/1997م ، ص282

[4]– د.دليلة وعياشي،المرجع السابق،ص 113

[5]– سورة التوبة، الآية 71

[6]– سورة الأنفال، الآية 73

[7]– المرجع السابق عوض بن جاد العوفي،المرجع السابق، 235

[8]– المرجع السابق عبد الرحمان الجز يري،المرجع السابق،ص 41

الفرع الخامس:موقف المشرع الجز ائري

ان قانون الأسرة الجزائري فقد نص قبل التعديل الجديد في المادة 12 على أن يتولى زواج المرأة وليها ، ولم يسمح لها كما هو واضح من النص من أن تنفرد بإبرام العقد ، وقد ألغيت هذه المادة بمقتضى التعديل الجديد[1]

أما بعد تعديل القانون القديم كما جاء في الأمر رقم 05-02الصادر في 27فبراير 2005فان الماة 11 الجديدة جعلت من المادة القديمة صالحة فقط لحالة زواج المرأة القاصر، أما المرآة الراشدة بحسب النص الجديد فانه بإمكانها أن تختار أي شخص لحضور عقد زواجها بما فيهم والدها أو غيره إذ نصت بعد التعديل على ما يأتي :« تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص تختاره»[2] وبالنسبة إلى الفقرة الثانية من المادة 11 فهي تتعلق بترتيب الأولياء، فتنص هذه الفقرة «يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فاحد الأقارب الأولون والقاضي ولي من لا ولي له .[3] وبهذا يكون القانون قد اقر سلطة التزويج فقط على الزوج القاصر.[4]

أما بالنسبة لاختلاف دين الولي في عقد النكاح فان المشرع الجزائري لم يتطرق إلى حكم عقد نكاح المسلمة بولاية غير المسلم ، فهو يعتمد في هذا الجانب على أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 11 من ق.م.ج التي تحكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج.[5] الزواج.[5]

الفرع السادس : [6] ولاية الكافر على موليته الكافرة .

وأما ولاية الكافر على الكافرة فهذا لا يخلوا من أن يكون الكافر أصليا أو مرتدا فان كان مرتدا، فلا يجوز ولاية له على احد، ولو على مرتدة مثله، لأنه محكوم عليه بالقتل. وأما إن كان أصليا فله الولاية على قريبته الكافرة، وهي كل من يربطه بها سبب من أسباب

[1]- بن شويخ الرشيد،المرجع السابق،ص 65

[2]- العربي بختي ،المرجع السابق،ص 32-33

[3]- فركوس وعياشي ،المرجع السابق،ص114

[4]- بن شويخ الرشيد ،المرجع السابق ،ص 66

[5]- مقري خديجة ،المرجع السابق ،ص35

[6]- د.عوض بن جاد العوفي،المرجع السابق، 235

الولاية المعروفة في نكاح المسلمين من نسب، أو ولاء، أو سلطان، أو نحوها. [1] ويشترط أن لا يرتكب محضورا في دينه الذي يدين به ولا عبرة باختلاف دينهما ، فلليهودي أن يلي النصرانية وبالعكس. [1]

الفرع السابع: موقف المشرع الجزائري

ان قانون الأسرة الجزائري فقد نص قبل التعديل الجديد في المادة 12 على أن يتولى زواج المرأة وليها ، ولم يسمح لها كما هو واضح من النص من أن تنفرد بإبرام العقد ، وقد ألغيت هذه المادة بمقتضى التعديل الجديد[2]

أما بعد تعديل القانون القديم كما جاء في الأمر رقم 05-02الصادر في 27فبراير 2005فان الماة 11 الجديدة جعلت من المادة القديمة صالحة فقط لحالة زواج المرأة القاصر، أما المرآة الراشدة بحسب النص الجديد فانه بإمكانها أن تختار أي شخص لحضور عقد زواجها بما فيهم والدها أو غيره إذ نصت بعد التعديل على ما يأتي :« تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو احد أقاربها أو أي شخص تختاره»[3] وبالنسبة إلى الفقرة الثانية من المادة 11 فهي تتعلق بترتيب الأولياء، فتنص هذه الفقرة «يتولى زواج القصر أوليائهم وهم الأب، فاحد الأقارب الأولون والقاضي ولي من لا ولي له .[4] وبهذا يكون القانون قد اقر سلطة التزويج فقط على الزوج القاصر.[5]

أما بالنسبة لاختلاف دين الولي في عقد النكاح فان المشرع الجزائري لم يتطرق إلى حكم عقد نكاح المسلمة بولاية غير المسلم ، فهو يعتمد في هذا الجانب على أحكام الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 11 من ق.م.ج التي تحكم الشروط الموضوعية لصحة الزواج.[6]
الزواج.[6]

المطلب الرابع **:زواج المسلم بمسلمة بشهادة غير المسلمين.**

[1]- د.عبد الرحمان الجز يري،المرجع السابق،ص 41

[2]- د.بن شويخ الرشيد،المرجع السابق،ص 65

[3]- د. العربي بختي ،المرجع السابق،ص 32-33

[4]- د.فركوس وعياشي ،المرجع السابق،ص114

[5]- بن شويخ الرشيد ،المرجع السابق ،ص 66

[6]- مقري خديجة ،المرجع السابق ،ص42

لم يختلف الفقهاء في اشتراط إسلام الشهود إذا كان العقد بين زوجين مسلمين[1] ولهذا لا تقبل شهادة غير المسلم على المسلمين.[2]

2-الفرع الأول : زواج المسلم بذمية بشهادة ذميين.

فان تزوج المسلم ذمية بشهادة ذميين ، فنص احمد على انه لا يصح ، قال مهنا : سالت احمد عن رجل مسلم تزوج يهودية بشهادة نصرانيين أو مجوسيين ، قال:لا يصلح إلا عدول ، وهذا قول الشافعي [3] وقال أبو حنيفة : إذاكانت المرأة ذمية ، صح بشهادة ذميين.[4] ذميين.[4]

فلا ينعقد نكاح المسلمين بشهادة الذميين إلا إذا كانت المرأة ذمية، والرجل مسلما فانه ينعقد نكاحها بشهادة ذميين سواء كانا موافقين لها في الملة أو مخالفين[5]

الفرع الثاني : زواج المسلم بكتابية بشهادة ذميين

أما إذا كان الزوج مسلما فالراجح عند الأحناف قبول شهادة الكتابيين وعند الشافعية والحنابلة لا يجوز [6] وبهذا قال الشافعي واحمد ، زفر، ومحمد صاحبا أبي حنيفة إلا انه إذالم يوجد مسلمون في محل العقد فتلك ضرورة تبيح جواز الإشهاد عليه من الكتابيين أنفسهم لحديث « وا إذا أمرتم بأمر فاتوا منه ما استطعتم »، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إذا كانت الزوجة كتابية صح العقد عليها بشهادة الكتابيين ولو وجد مسلمون [7].

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري

وحسب المشرع الجزائري إذاتم الزواج بدون شاهدين يفسخ العقد قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل طبقا لما جاء في المادة 2/33من ق.ا.ج [8] ولم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لهذه المسالة فاكتفى في المادة التاسعة مكرر المعدلة بذكر الشاهدين

---

[1]- محمد فهد شقفة، المرجع السابق ،ص 163

[2]- دليلة وعياش ، المرجع السابق ،ص 151

[3]- ابن القيم الجوزية ، المرجع السابق ،ص 788

[4]- د.وهبة الزحيلي ،الفقه الحنبلي الميسر،الجزء الثالث،الطبعة الاولى،دار القلم ،دمشق،سوريا،1418ه/1997م،ص 143

[5]- عبد الرحمان الجز يري، المرجع السابق ،ص 20

[6]- محمد فهد شقفة، المرجع السابق ،ص 163

[7]- محمد بن يحي المطهر، المرجع السابق ،ص 118

8- المرجع السابق مولود ديدان ، ،ص 32

دون تحديد هل من الذكورة فقط أم يصح من الذكورة والإناث، ولعله اغفل هذا لكون الأعراف في الجزائر لا تسمح بشهادة النساء في عقود الزواج.[1]

اما بالنسبة لاختلاف دين الشهود عن دين الزوجين فيكون التعرض للشهادة من باب التحليل القانوني للنصوص من قانون الأسرة الجزائري غير ممكن، إلا من خلال اعتماده على نص المادة 222 من القانون للاستئناس بالشريعة الإسلامية عن طريق استنباط الأحكام منها[2]

المبحث الثالث :أثر اختلاف الدين الطارئ على عقد النكاح.

قد يطرأ تغير الدين لدا الزوجين فهل يكون له تأثير على عقد الزواج ، هذا ما سنتناوله في المبحث من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول :حكم إسلام الزوجين معا في عقد الزواج

المطلب الثاني:أثر الفرقة الحاصلة بإسلام احد الزوجين في عقد الزواج

المطلب الثالث :حكم ردة الزوجين معا في عقد الزواج

المطلب الرابع :أثر الفرقة الحاصلة بردة احد الزوجين في عقد الزواج

[1]– المرجع السابق بن شويخ الرشيد ، ،ص82

[2]–. المرجع السابق دليلة وعياشي، ،ص143

المطلب الأول : إسلام الزوجين معا أو احدهما في عقد الزواج

تبنى أحكام نكاح غير المسلمين الذين يعيشون في ظل الدولة الإسلامية على قاعدة، وهي انه يمنع الحاكم المسلم من التعرض لهم .[1] والمراد بغير المسلمين ما يشمل أهل الكتاب والمشركين وكل من لا يدينون بالإسلام، والأساس الذي بنى عليه الإسلام معاملة المسلمين لمن في بلادهم من غير المسلمين إننا أمرنا بتركهم وما يدينون وعدم التعرض لهم فيما يعتقدون[2] لكن إذا اسلما الزوجين معا أو احدهما في دار الإسلام فما حكم ذلك في الفقه الإسلامي؟ وما موقف المشرع الجزائري ؟

الفرع الأول :حكم إسلام الزوجين معا أو احدهما في عقد الزواج.

أولا:إسلام الزوجين معا

القاعدة العامة عند الحنابلة والشافعية والمالكية والشيعة الأمامية والزيدية أن الزوجين غير المسلمين إذاترافعا أو اسلما اقرأ على نكاحهما إذا كانت المرأة تحل للزوج حال المرافعة أو الإسلام ولا ينظر إلى صيغة العقد ولا إلى كيفية توافر شروط صحته من ولي وشهود فقد اسلم خلق كثير على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم واقروا على أنكحتهم ولم يسألهم النبي صلى الله عليه وسلم عن كيفيتها [3]

قال ابن عبد البر –رحمه الله–:اجمع العلماء على أن الزوجين إذا اسلما في حال واحدة أن لهما المقام على نكاحهما، إلا أن يكون بينهما نسب أو رضاع يوجب التحريم.[4]

ومن المقرر ان الشريعة لا تنظر في الحكم على الشخص بالإسلام الا بالظاهر فإذاشهد بشهادة الإسلام فهو مسلم [1]وقد اجمع فقهاء المسلمين على أن النطق بالشهادتين وهو قول

[1]– الإمام ابن القيم الجوزية،أحكام أهل الذمة،المجلد الأول،الطبعة الأولى،رمادي للنشر،الدمام،المملكة العبية السعودية ، 1418ه/1997م ، ص، 65

[2]– د فهمي هويدي،مواطنون لا ذميون،الطبعة الثالثة ،دار الشروق،القاهرة،مصر ،1420ه/1999م،ص 112

[3]– د بدران ابو العينين بدران المرجع السابق ،ص 363

[4]– د.،سالم بن عبد الغني الرافعي المرجع السابق ،ص 379

„اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول „كاف للدخول في الإسلام وصيرورة الناطق بهما مسلما شريطة أن لا يكون فيه ما يدل على بقائه على عقيدته.[2]

ثانيا: حكم إسلام احد الزوجين في عقد الزواج.

اجمع العلماء على انه إذا اسلم الزوج سواء أكان في دار الإسلام أم في دار الكفر وكانت له امرأة كتابية إن إسلامه لا يؤثر في زواجهما ولا تحصل الفرقة بينهما[3]

أما إذا كانت الزوجة غير كتابية ، بان كانت مجوسية أو وثنية ، واسلم الزوج، أو كانت الزوجة هي التي أسلمت وزوجها كتابي أو غير كتابي، [4]حيث فرق أبو حنيفة بين كونهما في دار الإسلام عرض الإسلام على الأخر ، فان أبى وقعت الفرقة حينئذ ، سواء كان قبل الدخول أو بعده[5]

اما مذهب المالكية يقول:إذا اسلم الزوج وكانت زوجته كافرة غير كتابية ، وقعت الفرقة بينهما إذاعرض الإسلام على الزوجة فلم تسلم، وا إذا اغفل عن العرض حتى تطاول الزمن وقعت الفرقة بينها حتى ولو أسلمت المرأة بعد ذلك ، وقدروا تطاول الزمن الذي تقع الفرقة بعده بمدة شهرين، وهذه الحالة فيما إذا كان إسلام الزوج بعد الدخول اما إذا اسلم الزوج قبل الدخول فان الفرقة تتعجل[6]

وذهب ابن حزم الظاهري الى:ان العقد ينفسخ في الحال ، تقع الفرقة بين الزوجين بمجرد إسلام من اسلم ، حتى إذا اسلم المتأخر من الزوجين بعد ذلك لا يحل الوطء إلا بعقد جديد ، وهذا مذهب جماعة من الصحابة كابن عباس وعمر بن الخطاب ، وبه قال داود وابو ثور.[7]فقد أسلمت امرأة نصرانية ، تحت نصراني ، ففرق بينهما عمر بن الخطاب رضي الله

---

[1]– د.،محمد ابو زهرة المرجع السابق ،ص104

[2]– د. ،محمد فهد شقفة المرجع السابق ،ص337

[3]–د.عبد العزيز بن مبروك الأحمدي ،اختلاف الدارين وأثاره في أحكام الشريعة الإسلامية،الجزء الثاني ،الطبعة الأولى،المدينة المنورة ،المملكة السعودية،1424هـ،2004م،ص261

[4]– د، بدران ابو العينين بدران المرجع السابق ، 93

[5]– د،السالم بن عبد الغني الرافعي،المرجع السابق ص 381

[6]– د، بدران ابو العينين بدران المرجع السابق ص407–408

[7]– د بدران ابو العينين بدران المرجع نفسه،ص 93

عنه .وقال ابن عباس في اليهودية أو النصرانية تسلم تحت اليهودي أو النصراني –يفرق بينهما ، الإسلام يعلو ولا يعلى عليه.[1]

وذهب الشافعية والحنابلة في احدي الروايتين عن احمد إلى:انه إن اسلم احدهما قبل الدخول بطل العقد في الحال ، وان اسلم بعد الدخول ، فان اسلم المتأخر قبل انقضاء العدة فالزواج باق على حاله ، فان لم يسلم حتى انقضت العدة بطل الزواج، ووقعت الفرقة.[2]

وقال ابو حنيفة والصاحبان ، ان كانا ذميين في دار الإسلام وقعت الفرقة من وقت الامتناع عن الإسلام بعد عرضه عليه وان كانا حربيين وقعت الفرقة بينهما بانتهاء العدة لا بذات الإسلام ، ولا بالامتناع عنه ، وان خرجت مهاجرة إلينا كان اختلاف الدار كافيا للفرقة من ير حاجة إلى انتظار عدة.[3]

الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري .

بالنسبة للمشرع الجزائري في موقفه من مسالة إسلام احد الزوجين[4]وتتعلق بالأزواج الأجانب أصحاب الديانات الأخرى والذين تحصلوا على الجنسية الجزائرية، وصاروا مواطنين فإذا تحول الزوجان معا إلى الإسلام أو تحول احدهما فقط إلى الإسلام فهل يؤثر ذلك على زواجهما؟[5]

للإجابة على هذا السؤال يقتضي التفريق بين حالتين ، حالة كون الزوج هو الذي دخل في الإسلام فالعلاقةالزوجية تبقى قائمة لأنه يجوز زواج المسلم بالمسيحية وا ٍذا كانت الزوجة هي التي تحولت إلى الإسلام فهنا يتعين على القاضي أن يفرق بينهما في الحال لان المسالة تصطدم بالنظام العام وتتعارض مع الشرع الإسلامي لأنه لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم ، وا ٍذا تحول الزوجان معا إلى الإسلام ، فان زواجهما يبقى صحيحا استحسانا.هذا بالرغم من ان القانون لم ينص على ما قلناه سابقا سوى ما تعلق بالمادة 30 من ق.ا.ج والتي يمكن تطبيقها على هذه الأحوال .

[1]– د، بدران ابو العينين بدران المرجع نفسه ص404

[2]– د ، بدران ابو العينين بدران،المرجع نفسه ص 93

[3]– د ،محمد ابو زهرة د، المرجع السابق ،ص104

[4]– مقري خديجة، المرجع السابق، ص55

[5]– د ،بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص، 219

وفي حالة عدم وجود نص يتم اللجوء[1]من خلال نص المادة 222 من ق.ا.ج :كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.[2]

المطلب الثاني :أثر الفرقة الحاصلة بإسلام احد الزوجين في عقد الزواج

لقد بنوا الحنفية في هذه القضية على مراعاة اختلاف الدارين بين الزوجين وجعل ذلك علة لما صاروا إليه من الرأي وخالفهم في ذلك الجمهور وأصل التفرقة يعود دلالة أية الممتحنة فهم اتفقوا أن الأية دلت على التفرقة بينهما . ووقع الاختلاف بين الحنفية وجمهور هو اختلاف الدارين واختلاف الدين

الفرع الأول: قول الفقهاء في وقوع الفرقة الحاصلة بإسلام احد الزوجين

فقد اختلف الفقهاء في نوع هذه الفرقة [3] هل هي فسخ أو طلاق؟والآراء في هذا رأيان:

الرأي الأول:إنها فرقة فسخ لا طلاق وهو مذهب جمهور الفقهاء مالك في المشهور من مذهبه والشافعي واحمد وابو يوسف من الحنفية.[4]

واحتج الجمهور لمذهبهم بان الفرقة لم تكن بلفظ الطلاق ونحوه وا ٍنما كانت بحكم الشرع فتكون فسخ لا طلاق كفرقة الرضاع ، وبان هذه الفرقة يشترك في سببها الزوجان ويستويان فيه لان الإباء عن الإسلام من كل واحد منهما سبب الفرقة والفرقة الحاصلة بابائها فرقة فسخ لإطلاق فكذا بابائه تكون الفرقة فرقة فسخ لا فرقة طلاق.[5]إذ العلة اختلاف الدين كالردة [6]

الرأي الثاني :قال أبو حنيفة :لا تعجل الفرقة :بل إن كان في دار الإسلام، عرض الإسلام على الأخر، فان أبى وقعت الفرقة حينئذ، وان كانا في الحرب، وقف ذلك على انقضاء عدتها، فان لم يسلم الأخر وقعت الفرقة، فان كان الإباء من الزوج، كان طلاقا لان الفرقة حصلت من قبله ، فكان طلاقا، كما لو لفظ به ، وان كان من المرأة كان فسخا، لان المرأة لا تملك الطلاق .[7]

---

[1]– ، بن شويخ الرشيد المرجع السابق ،ص، 219

[2]– المادة 222 قانون الأسرة الجزائري،

[3]– ، بدران ابو العينين المرجع السابق ،ص416

[4]– ،بدران ابو العينين المرجع نفسه ،ص117

[5]– ، بدران ابو العينين المرجع نفسه ،ص416

[6]– ،المجموع شرح المهذب المرجع السابق ،ص299

[7]– ، المغني لابن قدامة، الجزء التاسع دار العلم لطباعة والنشر والتوزيع،الطبعة الأولى،1406هـ1986م،ص7

واحتج من قال بأنها فرقة طلاق بان الأصل في الفرقة أن تكون طلاقا فيجب أن تكون كذلك ما أمكن الا انه في حالة تقدم إسلام الزوج ، وا ٍباء الزوجة عن الإسلام ، تعذر أن تكون طلاقا، لما عرف أن المرأة لا تملك شيئا من الطلاق ، فتكون الفرقة فسخا ، لأنه هو الذي تملكه عند مقدرتها على التفريق.[1]

الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري .

إن موقف المشرع الجزائري من مسالة إسلام احد الزوجين دون الأخر يلاحظ انه لم يبين حكم هذه المسالة[2]علما أن اغلب المجتمعات العربية التي تتعدد فيها الشرائع والديانات خصصت لها قوانين مستقلة تخضع لها كمصر وسوريا ولبنان والمغرب (الطائفة اليهودية) وغيرها من الدول العربية الأخرى، وأما في الجزائر فكما هو معلوم لا توجد ديانات أخرى رسمية بسبب عدم وجود طوائف لديانات أخرى زيادة على أن كل الدساتير الجزائرية المتعاقبة (1963-1976-1989-1996) نصت على أن الإسلام دين الدولة.[3]

وبناءا على ذلك فان القانون الأجنبي الذي يقضي بانحلال الرابطة الزوجية في حالة تغير الدين ينبغي أن يستعد إذا كان الزوج هو الذي غير ديانته بان اعتنق الإسلام بينما ظلت الزوجة كتابية ذلك ان الحكم بإنهاء الزوجية يعد مخالفا لأحكام الشريعة الإسلامية التي تعتبر من حق المسلم الزواج بالكتابية

وينبغي أيضا ان يستبعد القانون الأجنبي الذي منع انحلال الرابطة الزوجية في حالة تغيير الدين إذا كانت الزوجة هي التي غيرت ديانتها بان اعتنقت الإسلام بينما بقي زوجها على ديانته ذلك أن الشريعة الإسلامية تمنع استمرار الزوجية في حالة اعتناق الزوجة الإسلام بينما بقي زوجها على كفره.[4]

[1]- ،بدران ابو العينينى المرجع السابق ،ص118

[2]- أ،ميرة وليد،أثر اختلاف الدين على مسائل الاحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي والقانون الاسرة الجزائري ، مذكرة لنيل مقدمة درجة ماجيستر ،جامعة باتنة 2005/2004 ص51

[3]- د بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص، 17

[4]- د طاهري حسين ، المرجع السابق ص،266

وأما المادة 31 عدلت بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005 يخضع زواج الجزائريين والجزائريات بالأجانب من الجنسين إلى أحكام تنظيمية) وقد كانت محررة في ظل القانون رقم 84-11 المؤرخ في 9 يونيو 1984 كما يلي (لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم) تعديل النص قد حذف الفقرة الأولى التي كانت تنص على عدم جواز المسلمة بغير المسلم ونقلها إلى المادة 30 قبله.[1] وفي هذا النص بيان كاف على أن زواج المسلمة الجزائرية من المشرك ممنوعا قانونا.[2]

والملاحظ أيضا بالنسبة للكافر أو الكتابي إذا اعتنق الإسلام بصفة جدية وحقيقية أمكنه أن يتزوج المسلمة حينئذ وفقا للمادة 5/30 ق.ا.ج وهذا بعد احترام بعض الإجراءات التنظيمية التي فرضها القانون م30 ق.ا.ج فان أحكام قانون الآسرة تسري على معتنق الإسلام م1 و221 ق.ا ولو كان محتفظا بجنسيته الأصلية ، لان الدين في حالة اعتناق الإسلام يصبح عنصر الارتباط عوض الجنسية.[3]

وقد نصت المادة 11من القانون المدني (يسري على الشروط الموضوعية الخاصة بصحة الزواج لقانون الوطن لكل من الزوجين) كما نصت المادة 12 من القانون المدني (يسري قانون الدولة وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية والمالية التي يرتبها عقد الزواج) وقد نعترض صعوبات عند تطبيق قانون الجنسية على الشروط الموضوعية لعقد الزواج من هذه الحالات حالة تمتع الشخص بأكثر من جنسية [4]

واوجب المشرع الجزائري في المادة 22 من القانون المدني تطبيق قانون الجنسية الفعلية للشخص وهي تلك الجنسية التي [5]يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها وتظهر بالرباط بها في ظروف الحال كالإقامة في إقليم دولتها إقامة عادية أو انه اتخذ موطنا لممارسة جميع نشاطاته أو انه التحق بإحدى الوظائف العامة فيها وهذا الحل هو الذي تبناه المشرع الجزائري، واستقر عليه القضاء الفرنسي وأخذت به محكمة التحكيم الدائنة بلاهاي في

[1]- د نجيمي جمال، المرجع السابق ، ص،90

[2]-د دليلة وعياشي،المر جع السابق ، ص، 182

[3]- د بلحاج العربي، المرجع السابق ، ص186،

[4]- د طاهري حسين، المرجع السابق ص،255

1994/04/03، ولما توجد من بين الجنسيات التي يتمتع بها الشخص الجنسية الجزائرية، ثابتة عند القاضي تطبيق المادة 22 من القانون المدني.[1]

أما وفي حالة عدم وجود نص يتم اللجوء من خلال نص المادة 222 إلى أحكام الشريعة الإسلامية من خلال الآراء الفقهية.[2]

المطلب الثالث : ردة احد الزوجين معا أو احدهما على عقد الزواج

ان معنى الردة لغة :هي الرجوع عن الشيء إلى غيره، يقال ارتد على عقبيه أي :رجع [3] وكذلك هي الرجوع في الطريق الذي جاء منه ، وهي الارتداد، إلا أنها تختص بالكفر.[4]

والردة شرعا:هي الروع عن الإسلام طوعا بالنية أو بالقول أو بالفعل المكفر [5] ، أي كل من من كفر بعد إيمانه كفرا مخرجا عن الملة، [6]باختياره دون إكراه من احد سواء في ذلك الذكور والإناث.[7]

والمرتد هو : الراجح عن دين الاستلام إلى الكفر.[8]

لقوله تعالى :«ومن يرتدد منكم عن دينه فيمت وهو كافر ، فأولئك حبطت أعمالهم في الدنيا والآخرة وأولئك أصحاب النار هم فيها خالدون» سورة البقرة الآية 217 [9] وقال النبي صلى الله عليه وسلم : من بدل دينه ، فاقتلوه . العلم على وجوب قتل المرتد .[10] وروي عن ابن مسعود انه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :لا يحل دم امراء مسلم إلا بإحدى ثلاث : كفر بعد الإيمان وزنى بعد الإحصان وقتل نفس بغير نفس[11]

ولا يحكم بردة المسلم إلا إذا ثبت ذلك ثبوتا بينا بالإقرار أو بالشهادة ، ويجب التثبت من الشهود في اتهام الكفر صونا للدماء ودرءا للحدود بالشبهات ، فان شهد شاهد على اخر بأنه كفر ، فيقول القاضي :بأي شيء ؟

---

[1]– د، المرجع السابق طاهري حسين ، ص،256

[2]– د، بن شويخ الرشيد ، المرجع السابق ص، 219

[3]– د، ،وهبة الزحيلي،الفقه المالكي الجزء الثالث المرجع السابق ،ص467

[4]– د، سيد سابق،المجلد التاسع المرجع السابق ص1528

[5]– د، وهبة الزحيلي،الفقه المالكي الجزء الثالث المرجع السابق ،ص467

[6]– د، ،يوسف القرضاوي المرجع السابق ،ص93

[7]– د ، السيد سابق ، المرجع السابق ص 1528–1529

[8]– الإمام،المغني لابن قدامة، الجزء التاسع المرجع السابق ،ص3

[9]– سورة البقرة ،الاية ،ص217

[10]– الإمام ،المغني الجزء المرجع السابق 09،ص3

[11]– د، ،السيد سابق، المرجع السابق ص1535

فيقول الشاهد :بكذا، أو بفعل كذا ، لئلا يكون ما صدر عنه ليس كفرا ، واعتقد الشاهد انه كفر[1]

أما عن حكم ردة الزوجين معا أو احدهما وهذا اما سنتناوله من خلال إبراز حكمهما في الفقه الإسلامي وكذا وموقف المشرع الجزائري.

الفر ع الثاني :حكم ردة الزوجين معا أو احدهما على عقد الزواج.

أما في العلاقة الزوجية إذا ارتد احد الزوجين بان ترك دين الإسلام ودخل في دين أخر فقد اتفق الفقهاء على ان الردة تبطل عقد الزواج بينهما وتكون سببا في وقوع الفرقة ولكنهم اختلفوا في وقت وقوعها والحكم بانفساخ العقد [2]

1- **إذا كانت الردة قبل الدخول** :

إذا ارتد احد الزوجين قبل الدخول ، تنجزت الفرقة بينهما ، أي انفسخ النكاح في الحال[3]وا ٍذا ارتدا الزوجان معا ، فحكمهما حكم ما لو ارتد احدهما ، إن كان قبل الدخول [4]
4

2-إذا كانت الردة بعد الدخول :

إن كانت الردة بعد الدخول، توقفت الفرقة أو الفسخ على انقضاء العدة ، وان اسلم الأخر في العدة ، دام النكاح، وان لم يسلم انفسخ النكاح من وقت الردة [5] وهذا على روايتين ، وهذا مذهب الشافعي.قال احمد ، في رواية ابن منصور :إذا ارتدا معا ، أو احدهما ، ثم تابا أو تاب ، فهو أحق بها ما لم تنقض العدة.

[1]- د، ،وهبة الزحيلي الفقه المالكي،ج المرجع السابق 3ص471

[2]- د.،وهبة الزحيلي الفقه المالكي الميسر،ج3 المرجع السابق ص471

[3]- د. ، بدران ابو العينين بدران، المرجع السابق ص 120

[4]- د.،وهبة الزحيلي،الوجيز في الفقه الاسلامي المرجع السابق ص70

[5]- د.،المغني ج10، المرجع السابق ص40

وقال أبو حنيفة :لا ينفسخ النكاح استحسانا ، لأنه لم يختلف بهما الدين فأشبها ما لو اسلما [1] وسئل شيخ الإسلام رحمه الله:عن رجل تكلم بكلمة الكفر، وحكم بكفره، ثم بعد ذلك حلف بالطلاق من امرأته ثلاثا ، فإذا رجع إلى الإسلام هل يجوز له أن يجدد النكاح من غير، تحليل أم لا ؟

فأجاب : الحمد لله:إذا ارتد ولم يعد إلى الإسلام حتى انقضت عدة امرأته ، فإنها تبين منه عند الأئمة الأربعةوا إذا طلقها بعد ذلك ، فقد طلق أجنبية فلا يقع بها الطلاق ، فإذا عاد إلى الإسلام فله أن يتزوجها، وان طلقها في زمن العدة قبل أن يعود إلى الإسلام فهذا فيه قولان للعلماء:

احدهما :أن البينونة تحصل بنفس الردة ، وهذا مذهب أبي حنيفة ومالك في المشهور عنه، واحمد في إحدى الروايتين عنه ، فعلى هذا يكون الطلاق ، بعد هذا طلاق الأجنبية ، فلا يقع.

والثاني :إن النكاح لا يزول حتى تنقضي العدة ، فان اسلم قبل انقضاء العدة فهما على نكاحهما ، وهذا مذهب الشافعي واحمد في الرواية الأخرى عنه[2]

الفرع الثاني :موقف المشرع الجزائري

لم ينص قانون الأسرة على حق التفريق للردة لكنه اعتبر الردة كمانع من موانع الميراث المادة 138 ولفظ الردة لا يطلق إلا على من كان مسلما وأراد الخروج من الإسلام إلى الشرك ا والى الدخول في ديانة أخرى.[3] والردة عن الإسلام تؤدي إلى التفريق الفوري بين الطرفين هو قرار المحكمة العليا المبدأ : يحق للزوجة المسلمة طلب التطليق في حال ارتداد الزوج عن دين الإسلام، يحكم القاضي فورا بالفرقة بين الطرفين مراعاة للنظام العام.[4] كذلك فان نص المادة 30 فقرة**6** يقضي بأنه لا يجوز زواج المسلمة مع غير المسلم وعلى القاضي ان يقضي به من تلقاء نفسه أو بناء على طلب الزوجة.[5] ويستوي عند إطلاق لفظ المشرك

[1]– د. وهبة الزحيلي . ، المرجع السابق ص70

[2]– د.،ابن تيمية أحكام الزواج، المرجع السابق ص163–164

[3]– د. ،بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ص163

[4]– د ،نجيمي جمال، المرجع السابق ص163–

[5]– د ، بن شويخ الرشيد المرجع السابق ص163–

في الزوج الذي يدين بدين سماوي بالذي لا يدين بدين سماوي فهما في التحريم على الزواج بالمسلمة سواء[1]

المطلب الرابع : أثر الفرقة الحاصلة بردة احد الزوجين معا على عقد الزواج

إذا ارتدا احد الزوجين عن دينه أو ارتدا معا فانه يتعلق بذلك أمور :احدهما هل يفسخ عقد الزواج بينهما إذا ارتدا احدهما أو ارتدا معا؟وهل ارتداد الزوج كارتداد المرأة في الفسخ أو لا؟ [2]

الفرع الأول حكم الفرقة الحاصلة بردة احد الزوجين على عقد الزو اج.

اتفق الفقهاء فيما نعلم على الفرقة الحاصلة بردة المرأة تكون فسخا استنادا إلى أن الفرقة حدثت من قبل المرأة، وهي ليس لها من الطلاق شيء، إذ هو بيد الرجل، فلا تكون طلاقا بل فسخا ، [3] أما المالكية قالوا :إذا ارتدت هي ، فان قامت القرائن ان غرضها الاحتيال على الخلاص منه فإنها لا تبين منه، [4]أي وجب معاقبتها على فعلها ومنها معاملتها بنقيض قصدها[5]، فإذا ارتد الزوج ليخلص من زوجته فانه يعامل بقصده وتبين منه، وذلك لان بيده طلاقها .[6] ، أما الفرقة الحاصلة بردة الزوج فقد تعددت فيها الآراء فذهب البعض إلى أنها تكون طلاقا وبه قال مالك ومحمد ابن الحسن [7]، تكون الفرقة طلاقا بسبب ردة احد الزوجين عن الإسلام.[8] وذهب أكثر الفقها ء إلى أنها تكون فسخا، [9] الحنفية قالوا :إذا ارتد الزوج عن دينه بانت منه زوجته في الحال لأنه لا يحل للكافر ان يستولي على المسلمة بحال من الأحوال ، ويفرق بينهما عاجلا بدون قضاء ، أما إذا ارتدت الزوجة وحدها فان في ذلك أقوال ثلاث

القول الأول:أن ردتها تكون فسخا للنكاح

[1]– د ،دليلة وعياشي، المرجع السابق ص163–

[2]– د ،المذاهب الأربعة، المرجع السابق ص198

[3]– د ،بدران ابو العينين، المرجع السابق ص124

[4]– د ، المذاهب الأربعة المرجع السابق ص204

[5]– د ،الطهطاوي ، المرجع السابق ص498

[6]– د ،المذاهب الأربعة، المرجع السابق ص204

[7]– د ،بدران ابو العينين، المرجع السابق ص124

[8]– د ،وهبة الزحيلي ،الفقه المالكي الميسر ، المرجع السابق ص152

[9]– د ،بدران ابو العينين، المرجع السابق ص124

القول الثاني:أن ردة المرأة لا توجب فسخ النكاح مطلقا خصوصا إذا تعمدت الردة لتتخلص من زوجها القول الثالث:أن المرأة إذا ارتدت تصير رقيقة مملوكة للمسلمين فيشتريها زوجها من الحاكم وان كان مصرفا يستحقها صرفها له بدون ثمن ولا تعود حرة إلا بالعتق.[1]

واختلفت الرواية عن احمد، فيما إذا ارتد احد الزوجين بعد الدخول ، حسب اختلافها فيما إذا اسلم احد الزوجين الكافرين ففي إحداهما تتعجل الفرقة .وهو قول أبي حنيفة، ومالك وروي ذلك عن الحسن ، وعمر بن عبد العزيز ، وزفر ، وأبي ثور، وابن المنذر، لان ما اوجب فسخ النكاح إستوى فيه ما قبل الدخول وبعده، الرضاع والثانية يقف على انقضاء العدة، فان اسلم المرتد قبل انقضاءها، فهما على النكاح، وان لم يسلم حتى انقضت بانت منذ اختلف الدينان، وهذا مذهب الشافعي لأنه لفظ تقع به الفرقة[2]

واستدل القائلون بكونها طلاق :بأنه في حالة ردة الزوج تقع الفرقة من قبله وتكون بمنزلة مباشرته الطلاق لان كلا من الردة والطلاق مفوتان للامساك بالمعروف .[3]

واستدل القائلون بكونها فسخا :بأنها فرقة حصلت بسبب يشترك فيه الزوجان ، إذ الردة تكون من الرجل تكون من المرأة، وكل سبب يشترك فيه الزوجان فالفرقة الحاصلة به تكون فسخا لا طلاقا ولو كانت يهودية فتنصرت أو نصرانية فتهودت لم تثبت الفرقة ، وقال الشافعي :لا يمكن من القرار عليه ولكن تجبر أن تعود إلى دينها الأول، فان لم تفعل حتى مضت ثلاث حيض وقعت الفرقة كما في المرتد[4] حيث انه بالرجوع إلى أحكام قانون الأسرة وبخاصة الفصل المتعلق بموانع الزواج يتبين أن زواج المسلمة مع غير المسلم محرم مؤقتا وفقا لنص المادة 30 ويبقى هذا المانع أو التحريم قائما ما بقي السبب وبالتالي فان ارتداد الزوج عن الإسلام تقع به الفرقة في الحال لان الردة كما تمنع الزواج ابتداء فإنها تمنعه بقاء ويكون من حق الزوجة الالتجاء أمام المحكمة للمطالبة بالفرقة وهي غير ملزمة بالبقاء مع الزوج المرتد الذي استعمل حريته في تغيير معتقده بل إن بقاءها معه مخالف للنظام العام طالما أنها أصبحت محرمة عليه.[5]

[1]– د،المذاهب الأربعة، المرجع السابق ص199

[2]– الإمام،المغني ابن قدامة، الجزء العاشر المرجع السابق ،ص39

[3]– د ،بدران ابو العينين المرجع السابق ،ص124

[4]– د ،الكساني، ج2، المرجع السابق ص338

[5]د ، نجيمي جمال، المرجع السابق ، ص،89

ووفقا لإجراءات التقاضي في مسائل الأحوال الشخصية فان المشرع الجزائري ترك رفع الدعوى لصاحب الصفة أو المصلحة فلا تقبل الدعوى من الغير ومن الناحية الشرعية فان الزواج باطل لكن من الناحية القانونية فان الزواج قائم .[1]

ولم ينص قانون الأسرة على حق التفريق للردة لكنه اعتبر الردة كمانع من موانع الميراث في المادة 138 .[2] ومعنى هذا ان عقد الزواج يبقى مسجلا في سجلات الحالة المدنية ، أي أن ضابط الحالة المدنية لا يملك اي صلاحية لفسخ العقد إلا عن طريق القضاء ولهذا فان ق.ا.ج ورغم انه يعتمد على قواعد الشريعة الإسلامية ، غير انه لا يطبق كل هذه القواعد على جميع المسائل المتعلقة بالأسرة وخاصة في مسالة مهمة مثل هذه المسالة.[3]

[1]– ، مقري خديجة، المرجع السابق ، ص،

[2]– ، بن شويخ الرشيد، المرجع السابق ص،218

[3]– ، مقري خديجة، المرجع السابق ص،255

الفصل الثانـي

المبحث الأول:أثر اختلاف الدين في فرق الزواج

المطلب الأول أ: أثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة بالخلع

معنى الخلع:الخلع النزع والفصل لغة يقال خلع نعله خلعا وخلع ثوبه أي نزعه وخالعة المرأة زوجها إذا افتدت نفسها منه وخالعها وخالعا تشبيها لفراقهما بنزع الثياب لان كل واحد منهما لباس الأخر قال تعالى »هن لباس لكم وانتم لباس لهن «سورة البقرة الآية 187 ، وفي الشرع عبارة عن اخذ المال بإزالة ملك النكاح بلفظ الخلع .

وعرفه الأحناف بأنه: إزالة ملك اليمين بلفظ الخلع.

وعرفه المالكية بأنه :الطلاق بعوض

وعرفه النووي والشافعي بأنه :هو فرقة بعوض بلفظ الخلع

وعرفه الحنابلة بأنه: هو فراق امرأته بعوض يأخذه الزوج بألفاظ مخصوص.

وعن ابن عباس :≤أن امرأة ثابت بن قيس بن شماس قالت :يا رسول الله :ثابت لا أعيب عليه في خلق ولا دين ،ولكني اكره الكفر في الإسلام ،قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :أتردين عليه الحديقة؟ قالت :نعم،قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :اقبل الحديقة،وطلقها تطليقه≥رواه البخاري. فدل على آن الخلع طلاق إن جاء بلفظ الطلاق.

هل يجوز الخلع بالنسبة للذميين والمستأمنين ؟

مذهب الحنابلة و الشافعية و الزيدية و الحنفية ،صحة خلع غير المسلم لأنه يملك الطلاق فيملك الخلع ،لان من صح طلاقه صح خلعه ،ولان حكم نكاح غير المسلمين حكم نكاح المسلمين فيما يجب فيه من مهر ووقوع طلاق وخلع و نحو ذلك،فان كان الخلع على عوض صحيح صح الخلع و العوض، وإذا كان العوض محرما، كالخمر والخنزير ،صح الخلع. فيصح الخلع من زوج يصح طلاقه فيصح خلع المسلم، والذمي، والبالغ والصبي المميز الذي يعرف معنى الطلاق و يفعله. أي أن يقع من زوج يصح طلاقه مسلما كان أو ذميا حرا كان أو عبدا كبيرا أو صغيرا يعقله ،رشيدا أو سفيها لأنه إذا ملك الطلاق وهو مجرد إسقاط لا تحصيل فيه فلان يملكه محصلا لعوض أولى. وقال الشافعي :ولو خالعته بمحرم وهما كافران،فقبضه،ثم اسلما أو احدهما ،لا يرجع عليها بشيء،ذلك ان الخلع من الكفار

جائز،سواء كانوا أهل الذمة أو أهل الحرب ،لان من ملك الطلاق ،ملك المعأوضة عليه كالمسلم.

وكما يصح الخلع من الزوج أو نائبه يصح ممن له الولاية كالحكم في الشقاق وكطلاق الحاكم في الإيلاء أو نحوها. أي يصح التوكيل في الخلع من كل واحد من الزوجين ومن احدهما منفردا،وكل من صح ان يتصرف بالخلع لنفسه ،جاز توكيله ووكالته،حرا كان أو عبدا ،ذكرا أو انثى مسلما أو كافرا،محجورا عليه أو رشيدا ،لان كل واحد منهم يجوز ان يوجب الخلع ،فصح ان يكون وكيلا و موكلا فيه كالحر الرشيد.وهذا مذهب الشافعي واصحاب الراي لا خلاف فيه.

الفرع الأول :موقف المشرع الجزائري.

نصت المادة 54 المعدلة من قانون الاسرة على مايلي :„يجوز للزوجة دون موافقة الزوج ان تخالع نفسها بمقبل مالي.وإذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجأوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم ". الخلع هو اتفاق الزوجين على الطلاق نظير عوض تدفعه الزوجة لزوجها إذا كرهت العشرة والعيش مع زوجها ولهذا اجاز لها الشرع الإسلامي ان تفدي نفسها رفعا للحرج الذي أصابها.

والخلع بهذا المعنى والمقرر بالمادة 54 يختلف عن التطليق المقرر بالمادة 53 سالفة الذكر وان كانا يشتركان في إن طلب الفرقة يكون من الزوجة إلا أن أسبابها مختلفة.

وأما فيما يتعلق بقاعدة الإسناد الخاصة بالطلاق (أي بانحلال الرابطة الزوجية)نصت المادة 2/12 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 10/05،على انه يسري على انحلال الزواج القانون الذي ينتمي إليه الزوج،وقت رفع الدعوى.غير انه ووفقا للمادة 13 ق.م يسري القانون الجزائري وحده إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد العقد وفي ذلك يطبق القانون الجزائري ،أي أحكام الشريعة الإسلامية التي تاخذ بأسباب الطلاق المتنوعة :كالطلاق بإرادة الزوج المنفردة ،أو بتراضي الزوجين ،أوالتطليق بطلب من الزوجة،أو بطرق الخلع ،وكذا عند نشوز احد الزوجين(م48 ،53 ،54،55 ق.ا.ج).

المطلب الثاني:أثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة باللعان.

معنى اللعان لغة: مصدر لاعن كقاتل من اللعن :وهو الطرد من رحمة الله تعإلى،وسمي به تلاعن الزوجين لان كل واحد منهما يلعن يلعن نفسه في المرة الخامسة إن كان كاذبا. وهو شرعا :شهادات مؤكدات بإيمان من الجانبين ،مقرونة بلعن أو غضب ،قائمة مقام حد زنا أو حبس في جانب المرأة ،أي إذا أقرت بالزنا أو حبست إلى أن تقر أو تلاعن. فإن تم اللعان بين الزوجين وقعت الفرقة بينهما ،إلا إن الفقهاء اختلفوا فيما وقعت الفرقة وفي صفة هذه الفرقة :فعند مالك تقع الفرقة إذا فرغ الزوجان من اللعان ،والفرقة عنده فسخ بينهما حرمة مؤبدة وعند الشافعية تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده ،وعند الحنابلة روايتان :في احدهما لا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وفي الرواية الثانية تحصل الفرقة بمجرد لعانهما،والفرقة فسخ عند الشافعية والحنابلة توجب الحرمة المؤبدة.

هل يجوز اللعان بين الذميين والمستأمنين؟

اختلف الفقهاء في صفة المتلاعنين الذين يجري بينهما اللعان،والذي يهمنا من اختلافهم في هذا المقام ،اختلافهم في اشتراط صفة الإسلام في الزوجين. فأما الملاعن والملاعنة :فهما الزوجان العاقلان البالغان سواء كانا عدلين أو فاسقين،حرين أو مملوكين، واشترط المالكية في الزوج الإسلام لا في الزوجة،فان الذمية تلاعن لرفع العار عنها.

ولم يشترط الشافعية والحنابلة الإسلام في التلاعن ، وحجة الجمهور عموم قوله تعإلى

"والذين يرمون أزواجهم ≤ولان اللعان يوجب درء العقوبة الواجبة بالقذف ونفي النسب،وغير المسلم كالمسلم في ذلك،كما أنهم يرون أن اللعان ليس شهادات وإنما هو إيمان، فكل من كان من أهل اليمين فهو من أهل اللعان سواء أكان من أهل الشهادة أم لم يكن وحيث أن غير المسلم من أهل اليمين و تلزمه الكفارة بالحلف فان اللعان يثبت بين الزوجين وان كانا غير مسلمين والدليل على أن اللعان ليس شهادات وإنما أيمان ،إنها تتكرر من كل منهما والشهادة لا تتكرر بخلاف اليمين فقد عهد فيه التكرار والتغليظ

واشترط الحنفية لإجراء اللعان بين الزوجين أن يكونا مسلمين،فلا يصح عندهم اللعان بين الزوجين غير المسلمين ،ولا بين الزوج المسلم وزوجته غير المسلمة.

وحجتهم أن اللعان شهادات مؤكدة بالإيمان مقرونة باللعن وبالغضب وانه في جانب الزوج قائم مقام حد القذف وفي جانب الزوجة قائم مقام حد الزنا لان الله تعالى سمي المتلاعنين شهداء وسمي لفظ اللعان شهادة في قوله تعالى :والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة احدهم أربع شهادات با.(سورة النورالاية6). وقول الجمهور هو الراجح لقوة ما استدلوا به،فينبغي المصير إليه فضلا عن أن غير المسلم يحتاج إلى اللعان كحاجة المسلم لنفي نسب من ليس ولده عنه ولا سبيل إلى ذلك إلا باعتبار لعانه.

الفرع الأول :موقف المشرع الجزائري.

بداية نقول بان قانون الأسرة الجزائري لم يأخذ باللعان كسبب للتفريق بين الزوجين في باب الطلاق مع انه منصوص عليه شرعا إلا انه اخذ به كسبب مانع من الميراث في المادة 138

ويعتبر اللعان إحدى الطرق المشروعة التي تفيد نفي النسب طبقا لأحكام المادة 41 من ق.ا.ج باعتباره الوسيلة الوحيدة التي قال بها فقهاء الشريعة الإسلامية في مسالة نفي النسب.

وكان على المشرع أن ينص عليه في باب الطلاق تحت عنوان التفريق القضائي ،نظرا لما يترتب من نتائج على الزوجين وقد تمتد هذه النتائج والآثار إلى النسب والميراث.

غير انه يجب التذكير دائما بان المشرع الجزائري جعل القانون الجزائري يسري وحده على انحلال الزواج في حالة ما إذا كان احد الأطراف جزائريا وكان التنازع دوليا ،وقت انعقاد الزواج طبقا للمادة 13 من ق.م.ج. أما فيما يخص أثار الفرقة الحاصلة باللعان ،فالقاضي الجزائري يرجع دائما للمرجع الأصلي لهذه الأحكام وهي الشريعة

المطلب الثالث :أثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة بالايلاء

معنى الايلاء لغة:هو الحلف أ:يقال أ:إلى يولي ايلاء والية ويقال أ:تإلى يتإلى،وفي الخبر أ:من يتإلى على الله يكذبه ،و الآلية أ:اليمين ،وجمعها الإيلاء كخطايا،وكذلك الالوة، قال ابن قتيبة يولون من نسائهم أ:يحلفون ،إذا حلف إلا يجامعها.

أما الايلاء شرعا : الحلف با تعإلى أو بصفة من صفاته أو بنذر أو تعليق طلاق على ترك قربان زوجته مدة مخصومة ،قال يصح ايلاء الصبي والمجنون ،ويصح ايلاء الكافر عند غير المالكية ،لأنه من اهل الطلاق وينتهي حكم الايلاء بمدة أقصاها أربعة أشهر.

هل يعتبر إسلام الزوج المولي من شروط صحة الايلاء؟

فعند أبي حنيفة يشترط في الزوج المولي أهلية إيقاع الطلاق ، ومعنى هذا عدم اشتراط الإسلام لصحة الايلاء ،فيصح الايلاء من غير المسلم كما يصح من المسلم أما الحنابلة قالوا أ:ان لا يرتد الزوجان أو احدهما، فإذا إلى منها قبل الدخول بها، ثم ارتد أو ارتدت انقطع النكاح بينهما و بطل الايلاء ،وإذا إلى منها بعد الدخول ،فان مدة الردة كلها لا تحسب من الايلاء .

اخبرنا احمد بن محمد بن حازم قال أ:حدثنا إسحاق بن منصور انه قال لأبي عبد الله أ: قال سفيان في نصراني إلى من امرأته فمضت أربعة أشهر ثم اسلما بعد يلزمه ؟.

وقال أ:يعني تطليقة ثانية؟

قال احمدا:النصراني إذا اسلم يوقف مثل المسلم سواء.

وكذلك عند الحنابلة و الشافعية يصح الايلاء من غير المسلم لعموم قوله تعإلى:«للذين يولون من نسائهم»ولان من صح طلاقه يصح ايلاءه .

أما عند المالكية لا يصح الايلاء من غير المسلم. وبالنسبة للذمي يصح ايلاء الذمي ويلزمه ما يلزم المسلم إذا تقاضوا إلينا ،وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي و ابو ثور ،وان اسلم لم ينقطع ايلاءه ، وقال مالك ان اسلم سقط حكم يمينه

الفرع الثاني :موقف المشرع الجزائري

فبالنسبة للمشرع الجزائري لم يورد اي نص فيما يخص الايلاء ،فهذه تعتبر من مسائل الفقه الإسلامي ،والتي تركها لقواعد الشريعة طبقا لنص المادة 222 من ق.ا.ج. أما بالنسبة للقانون الذي يسري على انحلال الزواج فقد اسند القانون الجزائري مسالة انحلال الزواج لقانون جنسية الزوج ،وقت رفع الدعوى دون ان يميز بين الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج أو بالتطليق أو بالتفريق الجثماني. لان فيما يتعلق بقاعدة الإسناد الخاصة بالطلاق (أي

بانحلال الرابطة الزوجية)نصت المادة 2/12 من ق.م المعدلة بالقانون رقم 10/05 على انه يسري على انحلال الزواج القانون الذي ينتمي إليه الزوج،وقت رفع الدعوى. وبخصوص قضايا انحلال الزواج الخاصة بالمسلمين وغير المسلمين التي قد تطرح أمام القضاء ،فان القاضي الجزائري يستند في حكمه لنص المادة 11 من ق.م.ج.

المطلب الثالث :أثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة بالظهار.

هناك عبارة تدل على تحريم الحياة الزوجية،ولا تدل على إرادة التفريق بل تدل على بقاء العلاقة ،وتحولها من علاقة زوجية ،إلى علاقة محرمة بان يشبهها بإحدى محارمه ،فيقول أنت علي كظهر أمي أو نحو ذلك وهذا كان يقع بين المسلمين في العصر الأول ويسمى الظهار. ومعنى الظهار :مشتق من الظهر،وإنما خص به الظهر من بين سائر الأعضاء،لأنه موضع الركوب،فمن قال لزوجته :أنت علي كظهر أمي ،كن معناه انه شبه امرأته بظهر أمه في التحريم ،كان يشير إلى أن ركوبها للوطء حرام،كركوب أمه. وهو شرعا كما ذكر المالكية تشبيه المسلم المكلف من تحل له من النساء بوطء من تحرم عليه منهن تحريما مؤبدا بنسب أو رضاع أو صهر. والظهار لا يكون الا من زوج بالغ عاقل مسلم لزوجة قد انعقد زواجها انعقادا صحيحا نافذا . فهل يصح ظهار غير المسلم؟

لقد اختلف الائمة في مذاهبهم فمن شروط المظاهر، عند المالكية والحنفية:كل زوج مسلم عاقل بالغ فلا يلزم ظهار الذمي.وهو عند الشافعية والحنابلة:كل زوج صح طلاقه،وهو البالغ العاقل سواء كان مسلما أو كافرا. وجاء في المغني لابن قدامة (238/7):فصل: كل زوج صح طلاقه صح ظهاره وهو البالغ العاقل سواء كان مسلما أو كافرا أو حرا أو عبدا. ولان الكافر أهلا للكفارة ،وأهلا للطلاق فيكون أهلا للظهار ،فان كان المظاهر كافرا كفر بالعتق أو الإطعام ،ولا يكفر بالصوم لعدم صحته منه.

الثاني :موقف المشرع الجزائري.

فبالنسبة للمشرع الجزائري فانه لم يورد أي نص فيما يخص الظهار ،فهذه تعتبر من امور الفقه الإسلامي والتي تركها لقواعد الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من ق.ا.ج.

وفي حال تنازع القوانين بين الدول فيما يتعلق بصحة الزواج وانحلاله تطبق أحكام القانون المدني الجزائري ،ويسري على انحلال الزواج والانفصال الجسماني القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى المادة 13 من ق.م. ونستشهد بقرار المحكمة العليا.

المبدأ:من المقرر شرعا انه ‘‘يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج فيما يعود منها إلى المال-ويسري على انحلال الزواج القانون الوطني الذي ينتمي إليه الزوج وقت رفع الدعوى‘‘من المقرر أيضا انه‘‘ يسري القانون الجزائري وحده في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 11 و 12 إذا كان احد الزوجين جزائريا وقت انعقاد الزواج إلا فيما يخص أهلية الزواج ‘‘ومن ثم فان القضاء بخلاف هذين المبدأين يعد مخالفا للقانون.

ولما كان الثابت في قضية الحال أن المحكمة لما قضت بتطبيق القانون الايطالي على القضية الحالية المتعلقة بالطلاق بين زوجة جزائرية وزوج ايطالي بدلا من القانون الجزائري ،لكون الزوجة جزائرية الأصل ولم يثبت نزع جنسيتها الأصلية منها رسميا بعد حصولها على الجنسية الايطالية ،خالفوا القانون و اخطأوا في تطبيقه. أما فيما يخص آثار الفرقة الحاصلة بالظهار فالقاضي يرجع دائما للمرجع الأصلي لهذه الأحكام وهي الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني :اختلاف الدين في توابع عقد الزواج

المطلب الأول : أثر اختلاف الدين في الولاية

المطلب الثاني :أثر اختلاف الدين الحضانة

المطلب الثالث :أثر اختلاف الدين النفقة

المطلب الرابع :أثر اختلاف الدين الوصاية

المطلب الأول: اختلاف الدين في الولاية على المال

الفرع الأول : معنى الولاية لغة : هي تولي الأمر والقيام به أو عليه ،والولاية بكسر الوأو هي :هي الخطة ،والأما

رة والسلطان ،والولاية بكسر الوأو وفتحها –النصرة، قال سيبوبة :الولاية (أي بالفتح) المصدر،والولاية (أي بالكسر) الاسم مثل الأمارة والنقابة،لأنه لما توليته وقمت به ،فإذا أرادوا المصدر فتحوا.

وقال ابن الاثير : كان الولاية (بالكسر) تشعر بالتدبير والقدرة .

ثانيا : التعريف الاصطلاحي.

هي سلطة شرعية تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء العقود والتصرفات النافذة من غير توقف على إجازة احد سواء له أو لغيره .

والولاية على المال وهي قدرة الولي على إنشاء العقود الخاصة بالمال وتنفيذها بما فيه مصلحة االمولي عليه

وهي مشروعة لقوله تعإلى≥ ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قيأما وارزقوهم فيها و اكسوهم وقولوا لهم قولا معروفا **وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح فان أنستم منهم رشدا فادفعوا إليهم أموالكم.

الفرع الثاني :الولاية المالية بين المسلمين و غير المسلمين

أولا: الولاية المالية بين المسلمين و الذميين والمستأمنين

صرح الحنابلة والشافعية بان الولاية المالية تثبت لغير المسلم على غير المسلم لمسأواة الولي للمولى عليه في الكفر،واشترطوا في الولي الكافر أن يكون عدلا في دينه. والحنفية وان لم يصرحوا بما صرح به الحنابلة و الشافعية إلا أنهم قالوا : إن الشرط في الولي أن

يكون مسلما إذا كان المولى عليه مسلما ، فيفهم من هذا أن غير المسلم تثبت له الولاية المالية على غير المسلم

ثانيا : الولاية المالية بين المسلمين وغير المسلمين

لا نزاع في ثبوت الولاية في المال عند اتحاد الدين ،فالمسلم يكون وليا للمسلم والكافر يكون وليا للكافر.أما عند اختلافه فقد. ذهب الحنابلة والشافعية والحنفية إلى ان الولاية المالية لا تثبت لغير المسلم على المسلم . لقوله تعإلى : » ولن يجعل الله للكافرين على المومنين سبيلا « . وكذلك لا تثبت عندهم ،هذه الولاية للمسلم على غير المسلم . لقوله تعإلى : » والذين كفروا بعضهم أولياء بعض «

والشرط العام في ولي المال انه تثبت الولاية للسلطان المسلم أو القاضي المولى من قبله إذا كان مسلما على مال غير المسلم. فلا يشترط فيه اتحاد الدين لان اتحاد الدين انما يشترط في الولاية الخاصة أما الولاية العامة وهي ولاية القاضي فلا يشترط لثبوتها اتحاد الدين

الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري .

نصت المادة 87 من ق.ا.ج :"يكون الأب وليا على أولاده القصر ،وبعد وفاته تحل الأم محله قانونا". والولاية تكون مبدئيا بقوة القانون ولا تحتاج إلى إذن مسبق ،واستثناء تسند الولاية بموجب حكم في حال الطلاق أو المنازعة. وفي حال تنازع القوانين بين الدول فيما يتعلق بصحة الزواج وانحلاله تطبق أحكام القانون المدني الجزائري. ونصت المادة 12 من ق.م:"يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار الشخصية و المالية التي يرتبها عقد الزواج ". وقد حددت في المادة 21 مكرر:"يسري على قواعد الاختصاص و الإجراءات قانون الدولة التي ترفع فيها الدعوة أو تباشر فيها الإجراءات". وفي حالة عدم وجود نص يتم اللجوء من خلال نص المادة 222 من ق.ا.ج إلى أحكام الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني :أثر اختلاف الدين في الحضانة

الفرع الأول : معنى الحضانة : لغة :بفتح الحاء وكسرها –والفتح أشهر-معناها لغة ،مصدر حضنت الصغير حضانة تحملت مؤنتها و تربيته ،مأخوذة من الحضن – بكسر

الحاء –وهو الجنب،لان الحاضنة تضم الطفل إلى جنبها. وفي الحديث عن الأنصار يوم السقيفة حيث أرادوا أن يكون لهم شركة في الخلافة فقالوا لابي بكر رضي الله عنه :أتريدون أن تحضنوننا من هذا الأمر ع.استفهام أي تخرجونا.يقال :حضنت الرجل عن هذا الأمر حضنا وحضانة اذ نحيته عنه واستبددت به وانفردت به دونه كأنه جعله في حضن منه أي ،جانب وحضنته عن حاجته احضنه بالضم أي أحبسته عنها.

ثانيا :التعريف الاصطلاحي.

هي تربية الولد لمن له حق الحضانة ،أو هي تربية وحفظ من لا يستقل بامور نفسه عما يؤذيه لعدم تمييزه،كطفل وكبير مجنون ،وذلك برعاية شؤونه وتدبير طعامه و ملبسه ونومه وتنظيفه و غسله وغسل ثيابه في سن معينة و نحوها.

ثالثا:تعريف المشرع الجزائري

نجد ذلك في المادة 62من ق اج :≥ الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين ابيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ويشترط في الحاضن أن يكون ≤ .

رابعا :حكمها

الوجوب ،فتجب لحفظ المحضون ،لانه يهلك بتركه ويضيع ، فلذلك وجبت كفالته ،حفظا له ،وانجاء له من الهلكة و الضياع، ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل أو المعتوه،أما البالغ الرشيد فلا حضانة عليه ،واليه الخيرة في الاقامة عند من شاء من أبويه

ولقوله تعإلى :≥ لا تكلف نفس إلا وسعها ≤

المعنى أي لا تكلف المرأة الصبر على التقتير في الأجرة ولا يكلف الزوج ماهو إسراف،بل يراعي القصد ،وهذه الآية دليل لمالك على ان الحضانة للام فهي الغلام إلى البلوغ ،وفي الجارية إلى النكاح ،وذلك حق لها

وبما رواه أبو داود عن الأوزاعي قال :حدثني عمر وابن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو ان امراة جاءت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت :يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثدي له سقاء حجري له حواء ،وان أباه طلقني وأراد أن ينتزعه مني ،فقال لها رسول الله أنت أحق بهم مالم تنكحي.

الفرع الثاني :

الإسلام وهو شرط عند الشافعية والحنابلة ،فلا حضانة لكافر على مسلم ،لأنه لا ولاية له عليه ،ولأنه ربما فتنته عن دينه لقوله تعالى :≥ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا≤النساء-الآية 141. فهي كولاية الزواج والمال ،ولأنه يخشى على دينه من الحاضنة لحرصها على تنشئته على دينها ، وتربيته على هذا الدين ،ويصعب عليه بعد ذلك أن يتحول عنه ،وهذا أعظم ضرر يلحق بالطفل. ففي

الحديث :كل مولود يولد على الفطرة فأبويه يهودانه أو ينصرانه أو ينجسانه.

ولم يشترط المالكية و الحنفية هذا الشرط، حيث الحنفية قالوا: يشترط في الحاضن أمور:احدهما ان لا ترتد ،فان ارتدت سقط حقها في الحضانة ،سواء لحقت بدار الحرب أولا ،فان تابت رجع لها حقها.

وإذا انتقلت الحضانة إلى الرجال ،فانه يشترط في الحاضن اتحاد الدين و ذلك لان حق الرجال مبني على الميراث. ولا يشترط في أهليتها لحضانة الطفل الصغير اتحادها معه في الدين ،فلو كانت ام الصغير المسلم غير مسلمة فهي احق بحضانته لان الشفقة الباعثة عن قيام الام بشؤون ابنها أو الاخت بشؤون اخيها لا تختلف باختلاف الدين.

أما المالكية قالوا :ولا يشترط في الحاضن أن يكون مسلما ،ذكرا كان أو أنثى ،فان خيف على الولد من أن تسقيه خمرا ،أو تغذيه بلحم خنزير ضمت حاضنته إلى مسلمين ليراقبوها ولا ينزع منها الولد ،ولا فرق في ذلك بين الذمية و المجوسية.

حيث ذهب الأحناف وابن القاسم من المالكية وأبو ثور إلى أن الحضانة تثبت للحاضنة مع كفرها وإسلام الولد ،لان الحضانة لا تتجأوز رضاع الطفل و خدمته ،وكلاهما يجوز من الكافرة .وروي ابو دأوود و النسائي:ان رافع ابن سنان اسلم ،وأبت امرأته أن تسلم فاتت النبي صلى الله عليه وسلم ،فقالت : ابنتي وهي فطيم ،أو شبهه ،وقال رافع ابنتي ،فقال النبى صلى الله عليه وسلم: اللهم أهدها فمالت إلى أبيها.

الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري

ذكر قانون الأسرة الجزائري شرط واحد للحضانة وذلك في الفقرة الثانية من المادة 62التي تنص على انه ≥ يشترط في الحاضن ان يكون أهلا للقيام بذلك≤ إلا أن استعمال المشرع لكلمة أهلا يفتح المجال لشروط كثيرة.

"ومن القضايا الشائكة في مجال العلاقات الأسرية ما يعرف بالزواج المختلط المشتمل على عنصر أجنبي ،حيث يصعب تطبيق بعض النصوص القانونية المتعلقة بالحضانة ومنها نص المادة 62(المتعلقة بالتربية بدين ابيه) ، في حالة الزواج المختلط إذا كانت الزوجة من أهل الكتاب ،أو زواج الأجانب غير المسلمين المتجنسين بالجنسية الجزائرية ،ثم أسلمت الزوجة وبقي الزوج على ملته فوقع الطلاق فلمن تسند الحضانة؟ وعند إسنادها للام فكيف تربي الطفل على دين أبيه وغير مسلم؟

حسب قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 04/16/ 1979،ملف رقم 10287، غرفة الأحوال الشخصية ،نشرة القضاة 1981، العدد 2،ص 108

المبدأ : لقد ثبت من أوراق ملف القضية أن الأم التي هي مسيحية عمدت تمسيح الأولاد كما ثبت ذلك من سجل الكنيسة والشهادات على التمسيح في الملف لكن المجلس هذا المبطل للحضانة اقرها للام مع أن الطاعن تقدم بطلب إسقاطها ولم يجبه المجلس على ذلك لهذا استوجب النقض.

إن إسناد الحضانة للمرأة غير المسلمة ،لم ينص المشرع الجزائري على هذه الحالة ولكن بالعودة إلى نص المادة 62 من ق ا ج نجد انه يشترط تربية المحضون على دين أبيه وهو الإسلام ويحملون جنسيته طبقا لقانون الجنسية الجزائري (م6و7 ق ج)

ونلاحظ من هذا الخصوص إن مشكل إبرام عقد الزواج المختلط بين جزائري وامرأة أجنبية تتمثل خاصة في مجال الحضانة ،ويمكن حلها عن طريق الاتفاقيات الدولية المبرمة بين الجزائر والدول الغربية كما هو الحال بالنسبة للاتفاقية الجزائرية الفرنسية المؤرخة في 1988/06/21 والمتعلقة بأطفال الأزواج المختلطين الجزائريين والفرنسيين في حالة الانفصال

المطلب الثالث أثر اختلاف الدين في الوصاية

الوصاية لغة :إقامة وصي على غيره أما اصطلاحا :جعل ولاية التصرف في مال القاصر لغير،وتعيين الوصي أما من القاضي فيقال: له وصي القاضي،أو من الولي وهو الأب ويقال له: الوصي المختار. والوصاية: عمل مبرور وقربة يثاب عليها الشخص ،لأنها تعاون على البر والتقوى، لقوله تعإلى‘‘ويسئلونك عن اليتمى قل إصلاح لهم خير،.البقرة، 220.

الفرع الأول :حكم وصاية غير المسلم على المسلم.

فقد قال أكثر الفقهاء بعدم جوازها وبطلانها،وذهبت الحنفية إلى أن المسلم متى أوصى إلى كافر أخرجه القاضي ،واستبدله بغيره وقولهم هذا محتمل لمعنيين :احدهما أن تكون الوصاية صحيحة، وذلك الإخراج يكون بعد الدخول،وذلك فرع صحة الوصية،وثانيهما أن تكون الوصية موقوفة على فسخ الحاكم لكن ذكر محمد ابن الحسن في الأصل أن الوصية باطلة وكأنه بهذا يرى رأي الجمهور في المسالة.

لكن تجوز وصية الذمي إلى ذمي أو إلى مسلم فيما يتعلق بأولاد الكفار ،بشرط كون الذمي عدلا في دينه،كما يجوز أن يكون وليا لهم ،وكذلك بشرط كون المسلم عدلا.

وقد استدل القائلون بعدم الجواز :بان الوصية إلى الكافر يترتب عليها ولاية منه على الكافر وهي ممنوعة شرعا لقوله تعإلى :‘‘ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا‘‘وبان الوصاية على الأولاد خلافة لكون الموصي إليه يخلف الموصي في التصرف، فأشبهت الإرث والإرث غير جائز بين المسلم والكافر فتمتنع الوصاية أيضا وكيف تصح الوصاية على الكافر وهو غير أهل للشهادة على المسلم و الايصاء إنما يصح لمن هو أهل لها،ومن هنا لم تصح وصاية المجنون لانعدام الولاية منه.

الفرع الأول :حكم وصاية المسلم على غير المسلم.

لقد اتفق الفقهاء فأجازوا وصاية المسلم على أولاد غير المسلم حيث أن المسلم ظاهر الأمانة

والعدالة، اللهم إلا إذا كانت تركة غير المسلم مما لا يحل للمسلم فيه كالخمر والخنزير فحينئذ لا يصح ،إذ لا تظهر هناك فائدة في تلك الوصاية،وتكون كعدمها ،وأيضا إنما صحت

هذه الوصاية لكون المسلم أهل للولاية على الكافر فجواز ذلك يكون صادرا من أهله ،مصادفا لمحله.

الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري

من المعلوم أن كل خرق لقانون الأحوال الشخصية يعد مخالفا للنظام العام ،وانه يسري قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت انعقاد الزواج على الآثار التي يرتبها عقد الزواج.

حيث يطبق على الشروط الموضوعية الخاصة بالولاية و الوصاية والقرابة وغيرها من النظم المقررة لحماية القصر وعديمي الأهلية والغائبين قانون الشخص الذي يجب حمايته غير انه يطبق القانون الجزائري بالنسبة للتدابير المستعجلة إذا كانوا القصر وعديم الأهلية والغائبون موجودون في الجزائر وقت اتخاذ هذه التدابير أو تعلقت بأموالهم الموجودة في الجزائر المادة 15 من ق.م.ج.

وشرط الإسلام يكون في حال الموصي المسلم وهذا ما نصت عليه المادة 93 :يشترط في الموصي أن يكون مسلما عاقلا بالغا قادرا أمينا حسن التصرف ،وللقاضي عزله إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكورة.

المطلب الرابع :أثر اختلاف الدين في النفقة

معنى النفقة لغة:الإخراج والذهاب ،يقال:نفقت الدابة إذا خرجت من ملك صاحبها بالبيع أو الهلاك كما يقال :نفقت السلعة ،إذا راجت بالبيع،وبابه دخل ،فمصدره النفوق كالدخول والنفقة اسم المصدر،وجمعها نفقات،ونفاق- بكسر النون – كثمرة وثمار.

أما في الشرع : فهي إخراج الشخص مؤونته من تجب عليه نفقته من خبز، وادم،وكسوة ومسكن،وما يتبع ذلك من ثمن ماء،ودهن،ومصباح،ونحو ذلك.

وعرفها الأحناف بأنها :الإدرار على الشيء بما بيه بقاؤه.

وعرفها الحنابلة بأنها كفاية من يمونه خبزا وإذا ما وكسوة بضم الكاف وكسرها.

أما حكمها التي توصف به،فهو الواجب،فتقول:نفقة واجبة على الزوج أو، الأب ،أو السيد.

وقد ثبت لهؤلاء بالكتاب والسنة والإجماع ،لقوله تعالى :„الرجال قوامون على النساء بما

فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم ،،سورة النساء،الآية 34 وفي قوله تعالى :،،وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن ،، سورة البقرة،الآية 233.

الفرع الأول :حكم النفقة لغير المسلمين من المسلمين.

أولا :نفقة الزوجة:لقد اتفق الفقهاء على وجوب النفقة للزوجة مع اختلاف الدين ما لم تكن ناشزة أو مرتدة واختلفوا في شرط اتحاد الدين. حيث تجب النفقة للزوجة الذمية على زوجها المسلم ،وكذا للمستأمنة إذا تزوجها المسلم.فقد قال الحنفية إن الكتابية في استحقاق النفقة على زوجها المسلم كالمسلمة لاستوائهما في سبب الاستحقاق و شرطه وتثبت هذه النفقة للذمية على زوجها سواء كانت في قيد النكاح أو في عدة تجب فيها النفقة كما هو الحكم بالنسبة للمسلمة. وإذا طلق امرأته وارتدت وهي في العدة سقطت نفقة عدتها،ولو عادت وأسلمت فان نفقتها لا تعود. وإذا اسلم الزوج الكافر فأما أن تكون زوجته كتابية أو غير كتابية ،فان كانت كتابية فحكم نفقتها فهو حكم ما إذا كانت كتابية متزوجة بمسلم وأما إذا كان الزوج هو الذي اسلم وأبت هي الإسلام وكانت وثنية أو مجوسية فالنفقة لا تجب لها. واستدل الجمهور لمذهبهم بان المرأة بتخلفها عن الإسلام قد حبست نفسها عن الزوج ،وهذا الحبس ظلم منها فتسقط نفقتها. ولكن لها السكنى لان القرار في منزل الزوج حق له عليها فلا يسقط بمعصيتها ،أما نفقتها هي فحق لها فتجازى بسقوطه بمعصيتها.وهذا مذهب الحنفية والزيدية والحنابلة والشافعية.

ثانيا:نفقة الأقارب.

انه من المقرر أن لبعض الأقارب نفقة على قريبهم الموسر أو الكسوب القادر،ولكن اختلف الفقهاء في حدود القرابة الموجبة للإنفاق فضيق بعضهم دائرتها ووسع آخرون ،وتوسط بين هؤلاء طائفة ثالثة ،فمالك رضي الله عنه ضيق النفقة الواجبة فجعلها على الأبوين والأولاد الصلبيين ،دون بقية الأصول والفروع

وعند الشافعية لا تجب النفقة إلا في قرابة الولادة،فتجب للأصول على الفروع وبالعكس،وعند الزيدية والحنابلة ،تجب النفقة للأصول وان نزلوا،وان علوا و للفروع وان

نزلوا،كما تجب على كل قريب موسر يرث قريبه المحتاج بفرض أو تعصيب،أما الأقارب غير ذوي الفروض والعصبات ،فلا نفقة لهم أو عليهم إن لم يكونوا من الأصول أو الفروع.

وبما حكاه ابن المنذر من إجماع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين الذين لا كسب لهما ولا مال واجبة على الولد وهو بإطلاقه شامل للوالدين المسلمين والكافرين وللابن المسلم والكافر فد على وجوب النفقة لهما وان اختلفا دينا.

الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري

لقد اخذ بمذهب جمهور الفقهاء نص المقنن الجزائري في المادة 74من ق.ا.ج:'' تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببينة ''ولقد اعتمدت المحكمة العليا على الحكم المصرح به ضمن نص المادة المذكورة في العديد من القرارات الصادرة عنها .

برجوعنا لنص المادة 1/12 ق.م.ج نجدها قد أخضعت النفقة لقانون الجنسية للزوج وقت إبرام الزواج ،على أساس أن النفقة من الآثار الشخصية ذات الطابع المالي فهي تابعة للزوج ،وهذا ما ذهب أليه الفقه الجزائري.

أما في حال تنازع القوانين من حيث المكان بين الدول فيما يتعلق بالنفقة تطبق أحكام المادة 14 من ق.م ج:''يطبق القانون الوطني على الالتزام بالنفقة بين الأقارب للمدين بها،،أي يطبق على الالتزام بالنفقة بين الأقارب القانون الوطني للمدين بها.

وهناك تشريعات لا توجب بالمرة النفقة بين الأقارب هذا الاختلاف يوجب تحديد القانون الذي تخضع له هذه النفقة وفي الجزائر بان القانون الواجب التطبيق هو القانون الوطني المادة 14 من القانون المدني ،وإضافة عبارة الأقارب،،في نص المادة 14 يفيد تجنب عدم الخلط بين هذه النفقة و نفقة الزوجة.

المطلب الأول : أثر اختلاف الدين في الميراث.

معنى الميراث لغة:انتقال الشيء من شخص إلى شخص أو من قوم إلى قوم أو هو بقاء شخص بعد موت أخر بحيث يأخذ الباقي ما يخلفه الميت.

وفقها :ما خلفه الميت من الأموال والحقوق التي يستحقها بموته الوارث الشرعي. وفي رأي الجمهور غير الحنفية:هي كل ما يخلفه الميت من الأموال والحقوق الثابتة مطلقا.وهي تشمل الأموال المادية من عقار و منقول،والحقوق العينية كحقوق الارتفاق كحق المجرى والمسيل والطريق ،والمنافع كحق الانتفاع بالعارية والمأجور،والحقوق الشخصية كحق الشفعة وحق الخيار.

الفرع الأول:الإرث بين المسلم وغير المسلم.

اتفق الفقهاء على أن المسلم يرث المسلم ما لم يكن ثم مانع من ارثه كقتل أو وجود حاجب ،كما اتفقوا على أن الكافر يرث الكافر على خلاف فيما بينهم هل الكفر كله ملة أو ملل متعددة وأيضا اتفقوا أن غير المسلم لا يرث المسلم بالإجماع لقوله تعالى ولن يجعل الله على الكافرين سبيلا،وفي إثبات الميراث جعل للسبيل وهو محضور. ولقوله صلى الله عليه وسلم :„لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم„وعلى هذا إجماع الفقهاء.

واختلفوا في ارث المسلم من غير المسلم فقال جمهور الصحابة والتابعين والفقهاء إن المسلم لا يرث الكافر. واليه ذهب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة. وقول الجمهور هو الصحيح الذي ينبغي المصير إليه لان الحديث الشريف ≤لا يرث المسلم الكافر≥صريح في عدم توريث المسلم من غير المسلم.

وذهب بعض العلماء إلى أن المسلم يرث الكافر دون العكس وحجتهم في ذلك أن الإسلام يعل ولا يعلى عليه وهذا المذهب مروي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه والصحيح الرأي الأول الذي هو رأي الجمهور،عملا بالنص النبوي الواضح ،ولأن الإرث أساسه التناصر والتعاون وهذا منتف بين المسلم وغير المسلم. وعد بعضهم من موانع الإرث (الردة)،وهي الخروج عن ملة الإسلام،والعياذ با،وهي داخلة في اختلاف الدين،ولكن المرتد لا يرث من

المسلم بإجماع العلماء،وأما قريبه المسلم فقد اختلف فيه:هل يرث من المرتد أم لا ؟فجمهور الفقهاء (المالكية والشافعية والصحيح في مذهب الحنابلة)انه لا يرث المسلم من المرتد ،لأنه لا توارث بين المسلم والكافر وبالردة قد خرج عن الإسلام وأصبح كافرا فماله يكون فيئا(أي غنيمة)للمسلمين وعند الأحناف :مال المرتد يكون ميراثا لورثته المسلمين ،وهذا الرأي مروي عن أبي بكر وعلي و ابن مسعود ولعله الأرجح لعدم وجود بيت مال للمسلمين منتظم في هذا الزمان.

الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري.

المواريث هو انتقال الملكية من الميت إلى الورثة الأحياء مهما كان نوع المال المتروك ،أما التركة فهي ما تركه الشخص بعد موته من أموال وحقوق مالية أو غير مالية.

ونصت المادة 128 من ق.ا.ج:"يشترط لاستحقاق الإرث أن يكون الوارث حيا أو حملا وقت افتتاح التركة ،مع ثبوت سبب الإرث وعدم وجود مانع من الإرث".

حيث لا توارث بين الزوج المسلم وزوجته الكتابية لان اختلاف الدين مانع من موانع الإرث لقوله صلى الله عليه وسلم "لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم"،أما الأولاد المزدادون من هذا الزواج فيرثون آباءهم لا أمهم بسبب اتحاد الدين(م222 ق.ا.ج). ويتبع الأولاد والدهم في الدين سواء أكانوا ذكورا أو إناثا (م62 ق.ا)ويحملون جنسيته طبقا لقانون الجنسية الجزائري (م 6 و7 ق.ج).

ونستشهد بقرار المحكمة العليا:

المبدأ:متى كان من المقرر شرعا ،وعلى ما جرى به قضاء المجلس أن الشريعة الإسلامية لا تشترط الجنسية في باب الميراث ولكنها تأمر بإثبات التمسك بالدين الإسلامي ،فان القضاء بما يتفق مع أحكام هذا المبدأ يعد مؤسسا على قواعد الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني :ثر اختلاف الدين في الوصية.

معنى الوصية لغة :العهد بشيء إلى أخر،سواء بالتصرف في المال أو القيام بفعل أمر،أو جعل المال للغير. وهي الأمر،لقوله تعالى :"ذالكم وصكم به"(سورة الأنعام،الآية 151)ومنه قول الخطيب في الجمعة :أوصيكم بتقوى الله وطاعته.

وشرعا :هي الأمر بالتصرف بعد الموت،أو التبرع بمال بعد الموت، وكذلك هي عقد يوجب حقا في ثلث مال عاقده ،يلزم بموته،أو نيابة عنه بعده أو هي الأمر بتنفيذ تصرف واقع قبل الموت.

والوصية مشروعة بالكتاب والسنة والإجماع.فمن الكتاب قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أودين غير مضار،ومن السنة ماروي ان سعد بن أبي وقاص مرض،فزاره النبي صلى الله عليه وسلم ،فقال:يا رسول الله أوصي بجميع مالي ؟ فقال :لا.فقال بثلثي مالي؟قال:لا.قال فنصف مالي؟قال :لا.قال فبثلث مالي؟فقال عليه الصلاة والسلام:الثلث:والثلث كثير.إن تدع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس.وقد انعقد الإجماع على جواز الوصية.

الفرع الأول :الوصايا بين المسلم وغير المسلم.

تصح الوصية لكل من يصح تمليكه من مسلم وكافر ولو مرتدا أو حربيا لقوله تعالى إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا،(سورة الأحزاب ،الاية6) قال محمد بن الحنفية وعطاء وقتادة:هو وصية المسلم لليهودي والنصراني،والقول بصحة الوصية للحربي في دار الحرب هو أيضا قول مالك والشافعي،لأنه تصح هبته،فصحت الوصية له الذمي.وقال أبو حنيفة:لا تصح الوصية للحربي،لان من قاتلنا لا يحل بره،ولئلا يتقوى بها علينا. فأما ان كان الموصي مسلما والموصى له ذميا فالاتفاق بين الفقهاء على جواز الوصية وقد قال بذلك اكثر التابعين واستدلوا أولا:بقوله تعالى »لا ينهاكم الله عن الذين لم يقتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا إليهم أن الله يحب المقسطين «

وثانيا :قوله تعالى إلا أن تفعلوا إلى أوليائكم معروفا،دلت الآية على أن وصية المسلمين لأوليائهم من اليهود والنصارى جائزة لأنها نزلت في وصية المسلم لليهودي والنصارى روى هذا عن محمد بن الحنفية. فعند المالكية تصح وصية الكافر للكافر أو للمسلم بما يصح تملكهما له.فتصبح وصية الكافر للكافر بالخمر ولا تصح للمسلم لان غير المسلم له أن يتملك الخمر ولا يجوز ذلك للمسلم.

أما الوصية للحربي :فهي غير جائزة مطلقا عند المالكية،وإذا كان الموصى له في دار

الحرب عند الحنفية ،وأجاز الشافعية والحنابلة الوصية لحربي معين،لا لكل الحربيين ،سواء كانوا في دارنا أم لا ،إذا كانت الوصية بغير السلاح عند الشافعية،وإذا لم يتصف الحربي بالقتال أو الإعانة علينا في رأي الحنابلة. ولا يشترط لصحة الوصية اتحاد الدين بين الموصي والموصى له:فتجوز وصية ير المسلم للمسلم ووصية المسلم لغير المسلم،وتصح وصايا غير المسلمين مع بعضهم لكن اشترط أبو حنيفة ان يكون الموصى به قربة في عقيدة غير المسلم،فتبطل وصيته لبناء مسجد،لان ذلك ليس قربة عنده، وذهب الصاحبان وبقية الأئمة إلى أن الوصية من غير المسلم باطلة إذا كانت بمعصية ،لأنها إعانة على المعصية.

الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري.

الوصية متصلة بالميراث لذا أخضعها المشرع الجزائري لنفس قاعدة الإسناد التي اخضع لها الميراث ولم يخضعها للشروط الشكلية المتعلقة بالتصرفات القانونية المنصوص عليها بالمادة 19 من القانون المدني وإنما خصها بقاعدة إسناد خاصة بها تتلائم مع طبيعتها. حيث تجوز الوصية بين الزوج المسلم وزوجته الكتابية لان الوصايا لا يشترط فيها اتحاد الدين (م 200 ق.ا.ج)وتكون الوصية في حدود ثلث التركة (م 185 ق.ا.ج). ولقد حددت المادة 16 من القانون المدني القانون الواجب التطبيق في الوصية وهو قانون جنسية الهالك أو الموصي أو من صدر منه التصرف وقت موته وبناء على هاته المادة يمكن للجزائريين إجراء وصاياهم في الخارج أما وفقا للشكل المقرر في القانون الجزائري باعتباره قانونهم الوطني وأما طبقا للشكل المحلي أو في الشكل الذي يقضي به قانون البلد الذي تمت به فيه الوصية .

ونستشهد بقرار المحكمة العليا:

المبدأ :تصح الوصية ،مع اختلاف الدين.وفي قضية الحال فان الطاعنة وهي فرنسية كان قد حرر لها زوجها الجزائري وصية أمام الموثق بفرنسا ولما طالبت بإضفاء الصيغة التنفيذية عليها عن طريق دعوى مدنية ضد وكيل الجمهورية فان قضاة الموضوع (محكمة و

مجلس)قد رفضوا الطلب لعدم التأسيس على أساس انه لا وصية لوارث فتم نقض قرارهم على أساس أن الطاعنة ليست وارثة لزوجها الوصي لاختلاف الدين.

المطلب الثالث :أثر اختلاف الدين في الوقف.

معنى الوقف لغة:الحبس عن التصرف

واصطلاحا في رأي الجمهور غير أبي حنيفة :هو حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه،قطع التصرف في رقبته (ذاته)من الواقف وغيره،على مصرف مباح موجود،أو يصرف ريعه على جهة بر وخير،تقربا إلى الله تعالى.

أما التعريف لأبي حنيفة:وهو حبس العين على حكم ملك الواقف ،والتصدق بالمنفعة على جهة الخير.وبناء عليه لا يلزم زوال الموقوف عن ملك الواقف ويصح له الرجوع عنه،ويجوز بيعه،لان الأصح عند أبي حنيفة أن الوقف جائز غير لازم كالعارية.

والفقهاء متفقون على أن الوقف مستحب شرعا مندوب إليه، وان ثمرة المال الموقوف وغلته تصبح صدقة على الموقوف عليهم يملكونها بالقبض إذا كانوا أشخاصا ويستحقونها إذا كانوا غير ذلك كجهات البر.

الفرع الأول: حكم صحة الوقف في اختلاف الدين.

قال الأحناف،الإسلام ليس بشرط في الواقف، يصح الوقف على آهل الذمة،لأنهم يملكون ملكا محترما ،ويجوز التصدق عليهم ،فجاز الوقف عليهم كالمسلمين،لما روي :،،أن صفية بنت حيي زوج النبي صلى الله عليه وسلم وقفت على أخ لها يهودي،،ولان من جاز أن يقف الذمي عليه ،جاز أن يقف عليه المسلم كالمسلم.ولو وقف على من لم ينزل كنائسهم وبيعهم من المارة والمجتازين،صح أيضا ،كما تقدم،لان الوقف عليهم،لا على الموضع.

ولا يصح الوقف على المسلم أو الذمي في رأي الشافعية على جهة معصية أو ما لا قربة فيه كبناء الكنائس ،أو لمن يرتد عن الدين،لأنها إعانة على معصية ما اخذ به الحنابلة. كما اشترطوا أيضا أن يكون الشيء الموقوف مما يصح تملك الكافر له ،فلا يصح وقف المصحف والعبد المسلم عليه وكذلك قيد المالكية جواز وقف المسلم للذمي و المستأمن

بالكراهية،فقد نقل عن ابن القاسم ذلك ،وصرح الخرشي منهم بان الوقف على أغنياء أهل الذمة وليس هناك صلة رحم مكروه ،أما الوقف على فقرائهم أو على رحم غني فجائز. ومذهب الشافعية أن المستأمن في الوقف كالذمي حتى انه يصح الوقف عليه،كما يصح الوقف منه حتى لمسجد اعتبارا باعتقادنا لا باعتقادهم كما الحكم عندهم بالنسبة للذمي.

الفرع الثاني : وقف غير المسلم .

اتجه الشافعية والحنابلة :إلى أن العبرة في وقف غير المسلم بكون الوقف قربة في نظر الإسلام ،دون نظر إلى اعتقاد الواقف.فيصح وقفه على المسجد لأنه قربة في نظر الإسلام ،ولا يصح وقفه على كنيسة،لأنه ليس قربة في نظر الإسلام. ولا يصح عند الحنفية والمالكية.

وان كانت بعكس السابقة.أي أنها ليست قربة في حكم الإسلام ولكنها قربة في اعتقاد غير المسلم فلا يصح وقفها من المسلم بالاتفاق،ويصح وقفها من غير المسلم إذا وافقت اعتقاده عند المالكية ،ولا يصح عند الأئمة الثلاثة. فالحنفية يشترطون أن تكون قربة في حكم الإسلام واعتقاد الواقف معا،فإذا انتفى الأمران أو احدهما لم يصح الوقف. والشرط لصحة وقف الذمي أن يكون قربة عنده وعندنا،وهذا ما ذكره أئمة الحنفية كالخصاف وغيره ولم يذكروا فيه خلافا بين الأمام أبي حنيفة وصاحبيه كالخلاف الذي ذكروه عنهم في وصايا الذميين حيث ان ا با حنيفة يرى أن الشرط لصحة وصايا الذميين ،فيما يدخل في باب القربات.أما الصاحبان فيشترطان أن تكون وصاياهم قربة عندنا وعندهم. أما مذهب المالكية الشارط أن تكون الجهة قربة في اعتقاده ،فلان الوقف تصدق في سبيل الله،فما لم يكن الواقف معتقدا كون هذه الجهة قربة لا يكون تصدقا فلا يكون وقفا. أما الشافعية والحنابلة :فإنهم نظروا إلى أن الوقف مشروع في الإسلام،ولم يشرع في غيره من الشرائع الأخرى،وهو وان كان صدقة إلا انه صدقة خاصة فيقتصر فيه على ما يعتبره الإسلام قربة،وأما الحنفية فقد راعوا الأمرين معا.

الفرع الثالث :موقف المشرع الجزائري.

لقد تضمنت المادة الأولى من قانون الأسرة الجزائري تعريف الوقف بأنه حبس العين لأي شخص على وجه التأبيد والتصدق ولعل هذا التعريف مانعا وجامعا وقد عرف الوقف

تعريفات مختلفة وهذا الاختلاف مرده إلى اختلاف المذاهب. وكذلك المشرع الجزائري فقد ذكر الوقف في قانون الأسرة ،ج في المواد 213 إلى 220 وبين الأحكام المعمول بها في القضاء الجزائري، أما بالنسبة لوقف غير المسلم على المسلم فلم يتعرض لحكم هذه المسالة فهو يحيلها إلى قواعد الشريعة الإسلامية طبقا لنص المادة 222 من ق.ا.ج. وهذا ما يتبين لنا بان المشرع الجزائري ،اعتبر وقف غير المسلم على المسلم صحيح ،وفقا لما جاء في رأي الفقهاء الأربعة. وان نص المادة 16 ق.م المعدلة عام 2005م،عمد إلى استخدام معيار جنسية الهالك وهو ما أشارت إليه المحكمة العليا في قرارها المعروف في 1990/10/17 ،فالجنسية الجزائرية مرتبطة بالسيادة الوطنية ،وهي متعلقة بأحكام الشريعة الإسلامية.

خاتمـــــة

الخاتمة

تعالج هذه المذكرة جانب من الأحوال الشخصية علاقة المسلمين بغيرهم من مع غير المسلمين خاصة في أحكام الزواج بين الفقه والمشرع الجزائري ومن ثم كان موضوع المذكرة هو "أثر اختلاف الدين على أحكام عقد الزواج بين الفقه والمشرع الجزائري "

ولقد حاولنا أنجد إشكالية لهذا المذكرةفي كيفية صياغة أو طرح الإشكالية على النحو التالي فيما يتجلى تأثير اختلاف الدين على أحكام عقد الزواج بين الفقه والمشرع الجزائري أو بصياغة أخربهل التزم المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية في أحكام عقد الزواج لاختلاف دين الزوجين.

ولقد تناولنا في هذه مذكرة كيفية معالجتها وفق للعناصر التالية: حيث قسم موضوع المذكرة الى فصلينفتطرقنا في الفصل الأول في مبحث الأول أثر اختلاف الدين في عقد الزواجوعرفنا زواج المسلم ممن لها كتابوزواج المسلم ممن لا كتاب لها وزواج المسلم ممن لها شبهة كتاب وزواج المسلمة بغير المسلم.

كما تناولنا في المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين في مقدمات عقد الزواج.

وعالجنا أثر اختلاف الدين في الخطبةأثر اختلاف الدين في الصداق أثراختلاف دين الولي في دينالزوجين أثر اختلاف دين الشهود في دين الزوجين وماهي الشروط الواجبة التطبيق.

وكما عالجنا في المبحث الثالث: أثر اختلاف الدين الطارئ على عقد الزواجحكم إسلام الزوجين معا وماهي أحكام المطبق عليه في عقد الزواجوأثر الفرقة الحاصلة بإسلام أحد الزوجين في عقد الزواجحكم ردةالزوجين معا في عقد الزواجأثر الفرقة الحاصلة بردة أحد الزوجين في عقد الزواج.

أما في الفصل الثاني والذي كانا قد تطرقنا في موضوعها أثر اختلاف الدين في الطلاق وفي توابع عقد الزواج مبينينا في مباحثه الثلث أثراختلاف الدين في فرق الزواج وأثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة بالخلعأثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة باللعان وأثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة بالظهار أثر اختلاف الدين في توابع عقد الزواج.أثر اختلاف الدين في الولايةأثر اختلاف الدين الحضانة وأثر اختلاف الدين النفقة وأثر اختلاف الدين الوصاية وكما عرفنا أثر اختلاف الدين في الوصية والميراث والوقف وأثر اختلاف الدين في الميراث وأثر اختلاف الدين في الوصية و أثر اختلاف الدين في الوقف.

أمابالنسبةللمشرعالجزائريفلميتناولحكمأكثرالمسائلالتيتتعلقبموضوعأثار اختلافالدينفقداكتفىبذكربعضالنقاطفيخمسةموادفقطوهيخمسةموادفي،ق.أ.ج الذي سعىإلىتبيانأحكمها في بعض المواد القانونية ومن جهة أخ التيلميردالنصعليها فيالقانون فقد أحالنا إلىالمادة 222 من،ق.أ.ج، و التي ترجنافيهاإلىأحكامالشريعةالإسلامية ومن المواد التي ذكرنها

المادة30 :بينفيهاأنلايجوززواجالمسلمةبغيرالمسلم في الفقرة05

المادة62 :بينفيهاحكمالحضانة وأن يتبع المحضون دين أبيهإذا كان هناك أبويه مختلفينالدين .

المادة93 :كذلك أيضا بينانه لابدأنيكونالوصيمسلماالوصايةعلىالمال.

المادة138 :بينالموانع من الإرث الردةو اللعان.

المادة200 :بينأنه تصح الوصية رغم اختلافالدين

وفي الأخير ختمنا المذكرة بخاتمة حاولنا من خلالها أن نلمابجميع جوانبها والخروج بأهم النتائج التى توصلنا إليها بفضل الله عزوجل وتوفيقه وقد ألحقنا المذكرة بمجموعة من الفهار

المراجع

قائمة المراجع

أولا: القران الكريم برواية ورش.

ثانينا :الكتب

1. د. محمد يسري إبراهيم، فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا، المجلد الأول، الطبعة الأولى، دار اليسر، القاهرة ، مصر. 2004 م

2. د. بدران أبو العينين بدران، لعلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين، دار النهضة العربية ، بيروت 1404هـ/1994م ،.

3. عمر سليمان الأشقر،أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة،دار النفائس للنشر والتوزيع،الأردن ،الطبعة الأولى،1417هـ/1994،

4. د.عبد الكريم زيداني ،أحكام الذميين والمستأمنين في دار الإسلام.مؤسسة الرسالة .بيروت.شارع سوريا.1406هـ-1986م

5. د. وهبة الزحيلي الوجيز في الفقه الاسلامي،دار الفكر،دمشق،أفاق المعرفة متجددة ،الطبعة الأولى 2006/1427م،الجزء الثالث ،

6. الإمام العلامة تقي الدين ابن تيمية،أحكام الزواج، الطبعة الأولى ،،دار الكتيب العلمية،الطبعة الأولى ،بيروت لبنان،1408هـ،1988م ب،

7. د عبد الرحمن الجز يري ، كتاب فقه المذاهب الاربع ،الجزء الرابع ،الطبعة الثانية ، منشورات محمد بيضون دار الكتب العلمية بيروت ،لبنان،2003،

8. د، سيد سابق،فقه السنة ، المجلد السابع،الطبعة الثالثة،دار النشر و التوزيع دار نوبلس،بيروت لبنان ،2008،

9. د.يوسف القرضاوي،في فقه الأقليات المسلمة،حياة المسلمين وسط المجتمعات الأخرى،الطبعة الأولى،دارالشروق،القاهرة،مصر،1422هـ-2001م،

10. أ.التواتي بن التواتي، المبسط في الفقه المالكي . الجزء الرابع ، دار الوعي للنشر الرويبة الجزائر 2008

11. محمد متولي الصباغ، الإيضاح في أحكام الزواج،مكتبة مدبولي،الطبعة الأولى،1981،

12. د.العزيز بن مبروك الأحمدي،اختلاف الدارين وأثاره في أحكام الشريعة الإسلامية ،الطبعة الأولى،1424هـ،المملكة العربية السعودية،الجزء الثاني،

13. د ،بلحاج العربي،الوجيز في شرح القانون الجزائر،الجزء الاولى،الطبعة السادسة ، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر2016

14. بن شويخ الرشيد شرح قانون الأسرة الجزائري، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر و التوزيع القبة القديمة الجزائر، 2008،

15. ابو بكر جابر الجزائري،منهاج المسلم،الطبعة الجديدة،دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة،القاهرة،الجمهورية 2004

16. د دليلة فركوس ود جمال عياشي محاضرات في قانون الأسرة انعقاد ازواج دار الخلدونية الجزائر 2016،

17. اشبايكي نزهة ،قانون الأسرة الجزائري،على ضوء قرارات المحكمة العليا،دار الخلدونية،الجزائر، 2020،

18. د،السالم بن عبد الغني الرفاعي ،أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب،دار ابن حزم للطباعة والنشر بيروت لبنان،الطبعة الأولى ،1423-2002

19. د،عبد الناصر توفيق العطار،خطبة النساء في الشريعة الغسلامية و التشريعات العربية للمسلمين وعير المسلمين ، مطبعة السعادة مصر،1999

20. د،احمد عبد العال الطهطاوي،تنبيه الأبرار بأحكام الخلع و الطلاق والظهار ،دار الكتب العلمية بيروت لبنان ، الطبعة الأولى 1424،2002هـ

21. وهبة الزحيلي الفقه الاسلامي وادلته ،الاحوال الشخصية ،الجزء التاسع،دار الفكر ،دمشق،سوريا،الطبعة 2/1 سنة، 1985/1984

22. د.محمد كمال الدين إمام، الأحوال الشخصية للمسلمين،دراسة فقهية وتشريعية وقضائية (الزواج.الطلاق.الخلع.الحضانة)دار المطبوعات الكتب مصر 1976م

23. د نعمان عبد الرزاق السامراني،احكام المرتد في الشريعة الاسلامية ،جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية ،دار العلوم لطباغة والنشر الرياض، السعودية 1403هـ1983م،

24. د.عوض بن جاد العوفي،الولاية في النكاح،الجزء الثاني ،الطبعة الأولى،المدينة المنورة ،المملكة السعودية،1423هـ/2006م،

25. محمد مصطفى شحاته الحسيني،الأحوال الشخصية في الولاية والوصية والوقف،مطبعة دار التأليف، مصر، 1976م ،

26. محمد فـهد شقفة ، شرح أحكام الأحوال للمسلمين والنصارى والىهود، دراسة قانونية فقهية مقارنة علي ضوء الاجتهاد القضائي ،جزء الأول قواعد الاختصاص والإثبات – الخطبة والزواج وأثار،دون الطبعة،1973 ،

27. محمد بن يحيى المظهر،أحكام الأحوال الشخصية من فقه الشريعة الإسلامية ، الجزء الأول ، شركة الفرسان للنشر والتوزيع ،القاهرة،مصر،2002/1422م

28. ابن القيم الجوزية،أحكام أهل الذمة،المجلد الأول،الطبعة الأولى،رمادي دار للنشر،الدمام،المملكة العبية السعودية ، 1418هـ/1997م ،

29. د.وهبة الزحيلي ،الفقه الحنبلي الميسر،الجزء الثالث،الطبعة الاولى،دار القلم ،دمشق،سوريا،1418هـ/1997م،

30. فهمي هويدي،مواطنون لا ذميون،الطبعة الثالثة، دار الشروق ، القاهرة،مصر، 1420هـ/1999م ،

31. د.عبد العزيز بن مبروك الأحمدي ،اختلاف الدارين وأثاره في أحكام الشريعة الإسلامية،الجزء الثاني ،الطبعة الأولى،المدينة المنورة ،المملكة السعودية،1424هـ،2004م،

32. الإمام المغني لابن قدامة، الجزء التاسع دار العلم لطباعة والنشر والتوزيع،الطبعة الأولى،1406هـ1986م،

33. فريد دهره ،تبيين الحقائق،الطبعة الأولى،المطبعة الكبرى الأميرية ببولاق ،مصر المحمية الجزء الثاني ،1413هـ1993م ،

34. د.مريم احمد الدغستاني،الآثار المترتبة على الطلاق في الشرعة الإسلامية مع مقارنة خفيفة مع الشرائع الأخرى ،شركة الأمل للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ،1414هـ/1994م

35. د،وهبة الزحيلي ،الفقه المالكي ،الفقه المالكي الميسر، الجزء الأول دار الكلم دمشق طبعة مصححة ومنقحة 1421هـ-2010م

36. إسماعيل بن كثير الدمشقي ،إرشاد الفقيه إلى معرفة أدلة التنبيه،مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر،بيروت ،الطبعة الأولى،1416هـ/1996م،

37. أ دربة امين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارن،جامعة مولاي الطاهر سعيدة الجزائر دفاتر السياسية والقانون العدد 04 جانفي 2011

38. د ،محمد سلام مدكور،الوجيز في احكام الاسرة في الاسلام ،دار النهضة العربية ،القاهرة،مصر،1983م،

8د.جميل فخري محمد جانم،مقومات عقد الزواج في الفقه والقانون ،دار الحامد للنشر والتوزيع ،عمان،الاردن،الطبعة الاولى،2009م،

39. ا شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلي معرفة معاني الفاظ المنهاج، الجزء الثالث،دار المعرفة ،بيروت، لبنان ،الطبعة الاولين1997

40. د،محمد مصطفى شلبي، أحكام الوصايا والأوقاف بين الفقه والقانون مطبعة التأليف الإسكندرية مصر 1382هـ 1963،

ثالثا :النصوص القانونية:

1. قرار المحكمة العليا الصادرة عن غرفة الاحوال الشخصية،الصادر بتاريخ 09 /1984/07 ،ملف رقم 33509،(منشور بالمجلة القضائية)،3/1989،
2. قرار المحكمة العليا الصادر عن غرفة شؤون الاسرة و المواريث،بتاريخ 2013/05/09 ،ملف رقم 0725847 ،المجلة القضائية ،العدد 2/2014،

3. قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 2016/07/13 ملف رقم 1005800 غرفة شؤون الأسرة والمواريث مجلة المحكمة العليا، 2016، العدد02،

رابعا : المذكرات والرسائل الجامعية:

1. أ،ميرة وليد،أثر اختلاف الدين على مسائل الاحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي والقانون الأسرة الجز ائري ، مذكرة لنيل مقدمة درجة ماجيستر،جامعة باتنة 2005/2004 ،

2. الطالبة، مقري خديجة،أثر اختلاف الدين حول المسائل الأحوال الشخصية بين الفقه الإسلامي وقانون الأسر الجزائري ،مذكرةتخرج كلية الحقوق جامعة المسيلة 2017

قرك خ للص خ له

تعالج هذه المذكرة جانب من الأحوال الشخصية علاقة المسلمين بغيرهم من مع غير المسلمين خاصة في أحكام الزواج بين الفقه والمشرع الجزائري ومن ثم كان موضوع المذكرة هو

"أثر اختلاف الدين على أحكام عقد الزواج بين الفقه والمشرع الجزائري "

ولقد حاولنا أنجد إشكالية لهذا المذكرة في كيفية صياغة أو طرح الإشكالية على النحو التالي

فيما يتجلى تأثير اختلاف الدين على أحكام عقد الزواج بين الفقه والمشرع الجزائري أو بصياغة أخرى

هل التزم المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية في أحكام عقد الزواج لاختلاف دين الزوجين .

ولقد تناولنا في هذه مذكرة كيفية معالجتها وفق للعناصر التالية :حيث قسم موضوع المذكرة الى فصلين فتطرقنا في الفصل الأول في مبحث الأول أثر اختلاف الدين في عقد الزواج وعرفنا زواج المسلم ممن لها كتاب وزواج المسلم ممن لا كتاب لها وزواج المسلم ممن لها شبهة كتاب وزواج المسلمة بغير المسلم.

كما تناولنا في المبحث الثاني: أثر اختلاف الدين في مقدمات عقد الزواج.

وعالجنا أثر اختلاف الدين في الخطبة أثر اختلاف الدين في الصداق أثر اختلاف دين الولي في دين الزوجين أثر اختلاف دين الشهود في دين الزوجين وماهي الشروط الواجبة التطبيق .

وكما عالجنا في المبحث الثالث: أثر اختلاف الدين الطارئ على عقد الزواج حكم إسلام الزوجين معا وما هي أحكام المطبق عليه في عقد الزواج وأثر الفرقة الحاصلة بإسلام احد

الزوجين في عقد الزواج حكم ردة الزوجين معا في عقد الزواج أثر الفرقة الحاصلة بردة احد الزوجين في عقد الزواج.

أما في الفصل الثاني والذي كانا قد تطرقنا في موضوعها أثر اختلاف الدين في الطلاق وفي توابع عقد الزواج مبينينا في مباحثه الثلث أثر اختلاف الدين في فرق الزواج وأثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة بالخلع أثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة باللعان وأثر اختلاف الدين في الفرقة الحاصلة بالظهار أثر اختلاف الدين في توابع عقد الزواج.أثر اختلاف الدين في الولاية أثر اختلاف الدين الحضانة و أثر اختلاف الدين النفقة و أثر اختلاف الدين الوصاية وكما عرفنا أثر اختلاف الدين في الوصية والميراث والوقف وأثر اختلاف الدين في الميراث وأثر اختلاف الدين في الوصية و أثر اختلاف الدين في الوقف.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتناول حكم أكثر المسائل التي تتعلق بموضوع أثار اختلاف الدين فقد اكتفى بذكر بعض النقاط في خمسة مواد فقط وهي خمسة مواد في ،ق.أ.ج الذي سعى ألى تبياناً حكمها في بعض المواد القانونية ومن جهة أخ التي لم يرد النص عليها في القانون فقد أحالنا إلى المادة 222 من،ق.أ.ج، و التي ترجنا فيها إلى أحكام الشريعة الإسلامية ومن المواد التي ذكرنها

المادة 30 : بين فيها أن لا يجوز زواج المسلمة بغير المسلم في الفقرة05

المادة 62 : بين فيها حكم الحضانة وأن يتبع المحضون دين أبيه إذا كان هناك أبويه مختلفين الدين .

المادة 93 : كذلك أيضا بين انه لابد أن يكون الوصي مسلما الوصاية على المال.

المادة 138 : بين الموانع من الإرث الردة و اللعان.

المادة 200 : بين أنه تصح الوصية رغم اختلاف الدين

وفي الأخير ختمنا المذكرة بخاتمة حاولنا من خلالها أن نلما بجميع جوانبها والخروج بأهم النتائج التى توصلنا إليها بفضل الله عزوجل وتوفيقه وقد ألحقنا المذكرة بمجموعة من الفهارس .

Conclusion

Ce mémorandum traite d'un aspect du statut personnel, de la relation entre musulmans et autres avec des non-musulmans, notamment dans les dispositions du mariage entre la jurisprudence et le législateur algérien, puis l'objet du mémorandum était

L'effet de la différence de religion sur les dispositions du contrat de mariage entre la jurisprudence et le législateur algérien

Nous avons essayé de trouver une problématique pour cette note dans la façon de formuler ou de mettre en avant le problème comme suit

Comme il est évident l'effet de la différence de religion sur les dispositions du contrat de mariage entre la jurisprudence et le législateur algérien, ou sous une autre forme

Le législateur a-t-il adhéré aux principes de la loi islamique dans les dispositions du contrat de mariage en raison de la différence de religion des époux?

Nous avons traité dans cette note comment le traiter selon les éléments suivants

En ce qui concerne l'effet de la différence de religion sur les dispositions du contrat de mariage entre la jurisprudence et le législateur algérien, ou dans d'autres formulations

Le législateur a-t-il adhéré aux principes de la loi islamique dans les dispositions du contrat de mariage en raison de la différence de religion des époux?

Dans ce mémorandum, nous avons traité de la manière de le traiter en fonction des éléments suivants: Là où le sujet du mémorandum était divisé en deux chapitres, nous avons traité dans le premier paragraphe du premier chapitre de l'effet de la différence de religion sur le contrat de mariage, et nous connaissions le mariage d'un musulman qui a un livre, le mariage d'un musulman avec ceux qui n'ont pas de livre, et le mariage d'une musulmane qui a un livre et un soupçon de mariage de la femme musulmane. Sans musulman.

Nous avons également traité dans le deuxième thème: l'effet de la différence de religion sur les préludes au contrat de mariage.

Et nous avons traité de l'effet de la différence de religion dans le sermon L'effet de la différence de religion sur la dot L'effet de la différence de religion du tuteur sur la religion des époux L'effet de la différence de religion des témoins sur la religion des époux et quelles sont les conditions applicables.

Et comme nous l'avons traité dans le troisième sujet: L'effet de la différence de religion d'urgence sur le contrat de mariage La décision des deux époux de devenir musulmans ensemble et quelles sont les dispositions qui lui sont appliquées dans le contrat de mariage et l'effet de la division se produisant avec l'islam de l'un des époux dans le contrat de mariage La règle de l'apostasie des deux époux ensemble dans le contrat de mariage L'effet de la division se produisant avec l'apostasie de l'un des époux dans le contrat de mariage .

Quant au deuxième chapitre, dont nous avions traité dans son sujet, l'effet de la différence de religion sur le divorce et les conséquences du contrat de mariage, nous avons montré dans sa discussion le troisième l'effet de la différence de religion sur la différence de mariage et l'effet de la différence de religion dans le groupe qui a eu lieu à travers le khula, l'effet de la différence de religion dans le groupe qui a eu lieu avec l'anaan, et l'effet de la différence de religion dans le groupe qui a eu lieu avec l'anaan, et l'effet de la religion sur le groupe qui a eu lieu avec l'anaan, et l'effet du divorce sur le groupe. L'effet de la différence de religion sur les conséquences du contrat de mariage. L'effet de la différence de religion dans l'État, l'effet de la différence de religion, l'effet de la garde, l'effet de la différence de religion, la pension alimentaire, l'effet de la différence de religion, la tutelle et, comme nous le savons, l'effet de la différence de religion sur la volonté, l'héritage et la dotation, l'effet de la différence de religion, l'effet de l'héritage Dans la dotation.

Quant au législateur algérien, la décision n'a pas abordé la plupart des questions liées à un sujet soulevant la différence de religion. Selon la loi, il nous a renvoyé à l'article 222 de la QAJ, dans lequel nous nous sommes référés aux dispositions de la charia islamique et des articles mentionnés par elles.

Article 30: Il est indiqué au paragraphe 05 qu'une femme musulmane ne peut épouser un non-musulman

Article 62: Indiquer la disposition relative à la garde et indiquer que l'enfant nourri doit suivre la religion de son père s'il y a des parents de religions différentes.

Article 93: Il stipule également que le fiduciaire doit être un gardien musulman de l'argent.

Article 138: Parmi les barrières à l'héritage figurent l'apostasie et la malédiction.

Article 200: Montrer que le testament est valable malgré la différence de religion

En fin de compte, nous avons conclu le mémorandum par une conclusion, à travers laquelle nous avons essayé de connaître tous ses aspects et d'arriver aux résultats les plus importants que nous ayons atteints, grâce à Dieu Tout-Puissant et à son succès.