

زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مواless قادة (1)

(1) طالب دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مخبر البحث حول
فعلية القاعدة القانونية، جامعة بجاية، الجزائر.

البريد الإلكتروني: kada.mouales@univ-bejaia.dz

المخلص:

يعدّ الزواج بين الرجل والمرأة من أهمّ النظم والعقود غير المالية بالنسبة إلى الإنسان، وهو الوجه الصحيح الذي ينبني عليه المجتمع السليم القويّ، فبموجبه تتكوّن الأسر على أساس علاقة طيبة بين الزوجين تحقيقاً لمبدأ السكينة والمودة والرحمة، وضماناً لتحقيق الترابط والتكافل الأسري. إنّ الزواج وباعتباره عقد تحل فيه العشرة بين الرجل والمرأة، قد تنور فيه مسألة دين أحد الزوجين، فالمسلم قد يتزوج كتابية بعقد شرعي مبني على جميع الأركان والشروط التي جاءت بها الشريعة الإسلامية، وكذلك مرتباً لآثاره، ويبقى لزواج المسلم بالكتابية خصوصية في بعض المسائل خلافاً لزواج المسلم بالمسلمة خاصة فيما تعلق بشروط وآثار عقد الزواج.

الكلمات المفتاحية:

الزواج، المسلم، عقد، غير المسلمة، آثار العقد.

تاريخ إرسال المقال: 2023/04/30، تاريخ قبول المقال: 2023/06/02، تاريخ نشر المقال: 2023/06/10

لتهميش المقال: مواless قادة، "زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري"، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد 14، العدد 01، السنة 2023، ص ص 479-498.

<https://www.asjp.cerist.dz/en/PresentationRevue/72>

المقال متوفر على الرابط التالي:

المؤلف المراسل: مواless قادة، kada.mouales@univ-bejaia.dz

Marriage of a Muslim to a woman of the Book In Islamic jurisprudence and Algerian family code

Summary :

Marriage between a man and a woman is one of the most important non-financial systems and contracts for a human being, and it is the right way on which a healthy and strong society is built, according to which families are formed on the basis of a good relationship between the spouses in order to achieve the principle of tranquility, affection and mercy, and to ensure the achievement of family bonding and solidarity.

Marriage, as a contract in which cohabitation is permissible between a man and a woman, may raise the issue of the religion of one of the spouses, as a Muslim may marry a non-Muslim woman of the book with a legal contract based on all the pillars and conditions that came with Islamic law, as well as an arrangement for its effects. The marriage of a Muslim to a non-Muslim woman of the book remains specific in some issues, unlike the marriage of a Muslim man to a Muslim woman, especially with regard to the conditions and effects of the marriage contract.

Keywords:

Marriage, Muslim, Non-Muslim, Contract, Effects of the marriage.

Mariage du musulman avec une femme des gens du Livre dans la jurisprudence islamique et le Code de la Famille algérien

Résumé :

Le mariage entre l'homme et la femme est l'un des plus importants contrats non financiers pour l'humain. C'est la bonne façon de bâtir une société forte et saine. Il permet la construction d'une famille sur la base d'une bonne relation entre le couple pour atteindre les principes de quiétude, d'affection, de miséricorde et garantir la réalisation de la corrélation et de la solidarité familiales.

Le mariage est un contrat qui ouvre la voie à la bonne compagnie au sein du couple. Dans ce contexte, la question de la religion d'une partie du couple peut se poser, dans le cas d'un mariage d'un musulman avec une femme non musulmane des gens du Livre par un contrat légal avec les implications qui doivent obéir aux principes et conditions de la charia islamique. Le mariage de l'homme musulman avec la femme non musulmane aura toujours une spécificité dans certaines questions contrairement à son mariage avec une femme musulmane principalement en ce qui concerne les conditions et les effets du contrat de mariage.

Mots clés:

Le mariage, musulman, non musulmane, contrat, les effets du contrat.

مقدمة

شرّع الله تعالى الزواج وجعله ميثاقاً غليظاً، فهو وسيلة للاستقرار والتنازل والحفاظ على النوع الإنساني، وسكن كلا من الزوجين لبعضهما البعض نظراً للكيان الذي يجمع بينهما بعد الزواج، فيكون كل واحد منهما لباساً للآخر لقول الله تعالى: ﴿هُنَّ لِبَاسٌ لَكُمْ وَأَنْتُمْ لِبَاسٌ لَهُنَّ﴾⁽¹⁾.

ويهدف الزواج لتكوين الأسرة التي تعتبر الخلية الأساسية في المجتمع واللبنة المحورية لتطوره وتماسكه وصلاحيته، فبصلاحها يصلح المجتمع وبفسادها يفسد.

لقد أولى التشريع السماوي ثم من بعده التشريع الوضعي أهمية بالغة لعقد الزواج من حيث تكوينه وآثاره التي تترتب عليه، فالشريعة الإسلامية سعت للحفاظ على هذا العقد وضمان ديمومته وحمايته من كل ما قد يمس بقدسيته، وذلك باشتراط مجموعة من الشروط وتكريس جملة من الأحكام التي لم تكن معروفة في باقي العقود بداية من إنشائه وصولاً لترتيب آثاره بين الزوجين؛ لتأتي بعدها التشريعات الوضعية والتي من ضمنها قانون الأسرة الجزائري وتقر بهذه الشروط والأحكام بتفاصيلها من خلال نصوص قانونية تنظم ذلك لما لها من أهمية وحكمة في عقد الزواج.

إنّ المسلم يحرص على جعل الإسلام في المقام الأول عند كل خطوة يخطوها، فيبحث عن حكمها في الإسلام، لأنّه يخشى إن قام بها أن يحلّ عليه غضب الله وسخطه، فيكون شديد العناية في التوثق من حكم كل مسألة ينوي القيام بها مرضاة لله تعالى ثم حماية لنفسه وماله وعرضه وعقيدته، لأنّ الله لا يحكم بشيء إلاّ وكان من وراء ذلك حكم عظيمة وجليلة.

إن المسلم قد يحبّب إليه أن يتزوج من امرأة وجد فيها ما يريد، وقد تكون هذه المرأة كتابية، وهنا يقع عليه أن يضع دينه الإسلامي في المقدمة ويجعله دستوراً لبناء هذه العلاقة المقدّسة فلا يتزوج إلاّ بما قضى الله تعالى به، فيجب أن يكون الزواج وفق أحكام شرّعها الله عزّ وجلّ حماية لقدسية هذا العقد وتجنّبه أي تصرف أو عمل قد يمسّ بمكانته السامية.

من المسائل التي أصبحت تثار خاصة مؤخراً هو زواج المسلم بالكتابية، وهو الأمر الذي دفعنا للبحث في هذا الموضوع ودراسته من جميع الجوانب سواء الفقهية أو القانونية، ولذلك قمنا بطرح الإشكالية التالية: كيف يمكن لزواج المسلم بالكتابية أن يكون صحيحاً مرتباً لآثاره الشرعية والقانونية؟

تقتضي الإجابة على هذه الإشكالية تقسيم الدراسة إلى مبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: صحة زواج المسلم بالكتابية

المبحث الثاني: آثار زواج المسلم بالكتابية

¹ سورة البقرة، الآية 187.

إنّ مبررات اعتماد هذا التقسيم لأجل دراسة موضوع زواج المسلم بالكتابية، تتمثل في أنه من الضروري التطرق لمسألة مدى صحة زواج المسلم بالكتابية من خلال تبيان أهم ما له علاقة بعقد الزواج من شروط ثم الانتقال لتبيان آثار مثل هذا النوع من الزواج من جوانب مالية أو غير مالية، فعلاقة المبحث الأول بالمبحث الثاني هي علاقة تكاملية بحيث أن لكل عقد صحيح آثار والعكس صحيح فوراء كل آثار عقدية عقد صحيح. إنّ المنهج المتبع خلال دراستنا لهذا الموضوع يتمثل في الاعتماد على كل من المنهج التحليلي والمقارن، ويظهر المنهج التحليلي من خلال تحليل مضمون النصوص واستنباط الأحكام من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية والآراء الفقهية بخصوص المسائل المتعلقة بالدين في الزواج، ثم النصوص القانونية لأجل الوصول لمعرفة مدى تأثرها بالآراء الفقهية المختلفة وموقفها من الموضوع نظرا لعدم إحاطة الباحثين والكتاب بهذا الموضوع في شقّه القانوني وذلك بإبراز موقف المشرع الجزائري. أما المنهج المقارن فيظهر من خلال المقارنة بين آراء الفقهاء فيما بينهم خصوصا.

المبحث الأول: صحة زواج المسلم بالكتابية

أحلّ الله عزّ وجلّ للرجل أن يتزوج امرأة خالية من الموانع الشرعية، مؤقتة⁽²⁾ كانت أو مؤبدة⁽³⁾، ومن بين هذه الموانع أن لا يتزوج الرجل المسلم امرأة غير مسلمة⁽⁴⁾، وفي هذه المسألة المنع ليس مطلقا فالمرأة غير المسلمة قد تكون كتابية، وهنا وجب التطرق لتعريف الكتابية وتبيان حكم زواج المسلم بها وانعقاده سواء في الفقه الإسلامي أو قانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: تعريف الكتابية وحكم زواجها بالمسلم

إنّ تناول مسألة زواج المسلم بالكتابية يقتضي منّا التطرق لتعريف الكتابية ثم البحث عن حكم زواج المسلم بها.

² نص قانون الأسرة الجزائري على المحرمات المؤقتة في نص المادة 24 وهي القرابة، المصاهرة والرضاع. انظر: قانون رقم 84-11، مؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، يتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر عدد 24، الصادر في 12 يونيو 1984، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05-09 المؤرخ في 4 مايو 2005، ج.ر عدد 43، الصادر في 22 يونيو 2005، المتضمن الموافقة على الأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، ج.ر عدد 15، الصادر في 27 فبراير 2005.

³ نص قانون الأسرة الجزائري على المحرمات المؤبدة في نص المادة 30 وهي المحصنة، المعتدة من طلاق أو وفاة، المطلقة ثلاثا، الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها أو خالتها، سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم من رضاع. انظر: المرجع نفسه.

⁴ العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص. 48.

الفرع الأول: تعريف الكتابية

يتفق جمهور أهل العلم، مالك⁽⁵⁾، الشافعي⁽⁶⁾ وأحمد⁽⁷⁾، بأنّ أهل الكتاب هم اليهود والنصارى⁽⁸⁾ دون غيرهم، فهم أهل التوراة والإنجيل⁽⁹⁾، وجاء في المغني: (وأهل الكتاب الذي هذا حكمهم، هم أهل التوراة والإنجيل. قال الله تعالى: ﴿أَنْ تَقُولُوا إِنَّمَا أُنْزِلَ الْكِتَابُ عَلَى طَائِفَتَيْنِ مِنْ قَبْلِنَا وَإِنْ كُنَّا عَنْ دِرَاسَتِهِمْ لَغَافِلِينَ﴾⁽¹⁰⁾، فأهل التوراة اليهود والسامرة، وأهل الإنجيل النصارى، ومن وافقهم في أصل دينهم⁽¹¹⁾).

الفرع الثاني: حكم زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

سنتطرق لحكم زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي ثم التعرّيج على حكمه قانونا من خلال نصوص قانون الأسرة الجزائري.

أولا: حكم زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي

يتفق جمهور أهل العلم، من السلف والخلف من الأئمة الأربعة وغيرهم، أنّ نكاح الكتابية جائز⁽¹²⁾ بشرط أن تكون محصنة⁽¹³⁾، وقد احتجوا في ذلك بالعديد من الأدلة، نذكر منها ما يلي:

⁵ عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج. 4؛ دار الكتب العلمية، بيروت، د.س.ن، ص. 76.

⁶ أبو محمد الحسين بن مسعود، التهذيب في فقه الإمام الشافعي، ج. 5؛ دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص. 368.

⁷ موفق الدين بن قدامة، شمس الدين بن قدامة، المغني ويليهِ الشرح الكبير، ج. 7؛ دار الكتاب العربي، د.ب.ن، د.س.ن، ص. 501.

⁸ عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، الدار الدولية للاستثمارات الثقافية، القاهرة، 2003، ص. 272.

⁹ عبد الله عبد المنعم العسيلي، الفروق الفقهية بين الرجل والمرأة في الأحوال الشخصية، دار النفائس، عمان، 2010، ص. 90.

¹⁰ سورة الأنعام، الآية 156.

¹¹ موفق الدين بن قدامة، شمس الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص. 501.

¹² المرجع نفسه، ص. 503. عبد العظيم شرف الدين، مرجع سابق، ص. 272. عبد الرحمان بن محمد بن قاسم، مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية، المجلد 32؛ مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، 2004، ص. 178. بدران أبو العينين بدران، العلاقات الاجتماعية بين المسلمين وغير المسلمين في الشريعة الإسلامية واليهودية والمسيحية، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1984، ص. 43. سورة المائدة، الآية 5. محمد كمال الدين إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 199، ص. 122. إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، الوسيط في شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الثقافة، عمان، 1999، ص. 44. عبد الله عبد المنعم العسيلي، مرجع سابق، ص. 91. محمد بلتاجي، في أحكام الأسرة، دار التقوى، د.ب.ن، 2001، ص. 289. محمد عبد السلام محمد، العلاقات الأسرية في الإسلام، مكتبة الفلاح، الكويت، 1981، ص. 101. محمد كمال الدين إمام، مسائل الأحوال الشخصية الخاصة بالزواج والفرقة وحقوق الأولاد في الفقه والقانون والقضاء، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص. 184.

- قول الله تعالى: ﴿الْيَوْمَ أُحِلَّ لَكُمْ الطَّيِّبَاتُ وَطَعَامُ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ حِلٌّ لَكُمْ وَطَعَامُكُمْ حِلٌّ لَهُمْ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الَّذِينَ أُوتُوا الْكِتَابَ مِنْ قَبْلِكُمْ﴾⁽¹⁴⁾. وهنا تثار مسألة مهمة يجب التنويه لها في زواج المسلم بالكتابية، بحيث يشترط في الشريعة الإسلامية أن تكون المرأة الكتابية سواء نصرانية أو يهودية محصنة، والمحصنة هي الحرة العفيفة، في أصح أهل التفسير⁽¹⁵⁾.

- قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: "المسلم يتزوج النصرانية ولا يتزوج النصراني المسلمة"⁽¹⁶⁾. إن إباحة زواج المسلم بالكتابية راجع إلى أن المسلم يحترم دين ومعتقدات زوجته الكتابية⁽¹⁷⁾، فهو يؤمن بموسى وعيسى وجميع الأنبياء، فلا يكون لها مانعاً من ممارسة شعائرها الدينية؛ ضف لذلك فإن إباحة زواج المسلم بالكتابية فيه تقريب بين المسلمين وغير المسلمين ممن يؤمنون بوحداية الله، فيكون ذلك باباً لاعتنائهم بالإسلام، وليس هذا فقط بل في ذلك تحصين للمسلم وحمايته من الوقوع في الرذيلة والحرام إذا كان يعيش في مجتمعات غريبة⁽¹⁸⁾.

ثانياً: حكم زواج المسلم بالكتابية في قانون الأسرة الجزائري

بالنسبة للمشرع الجزائري، فإنه لم يورد أي نص يتعلق بهذه المسألة تاركاً إياها لأحكام الشريعة الإسلامية عملاً بأحكام المادة 222 من ق.أ.ج التي تنص على ما يلي: "كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية"⁽¹⁹⁾، وبذلك فإنه يجوز للمسلم الزواج بالكتابية حسب جمهور أهل العلم الذين اعتبروا هذا الزواج جائزاً وصحيحاً.

¹³ موقع الإمام ابن باز، حكم نكاح نساء أهل الكتاب، بدون تاريخ النشر، تم الاطلاع عليه بتاريخ: 2023/04/29، <https://binbaz.org.sa>

¹⁴ سورة المائدة، الآية 5.

¹⁵ موقع الإمام ابن باز، مرجع سابق.

¹⁶ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، السنن الكبرى، ج. 7؛ دار الكتب العلمية، بيروت، 2003، ص. 280.

¹⁷ لقد أباح الإسلام زواج المسلم بغير المسلمة الكتابية سواء كانت نصرانية أو يهودية، والعبرة والحاسم في مثل هذا الزواج هو ما تنص عليه الشريعة الإسلامية، لكن ما يجب التنويه له هو أن معظم الشرائع غير الإسلامية تجعل من اختلاف الدين أو حتى المذهب مانعاً من موانع الزواج، فيشترط الإتحاد في الدين بين المقدمين على الزواج في الشريعة اليهودية في مذهبها الرباني، وفي القرائي على بعض الأقوال، والمذهب الأرثوذكسي من الشريعة المسيحية. انظر: محمد سكري سرور، نظام الزواج في الشرائع اليهودية والمسيحية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997، ص. 180-181.

¹⁸ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. 66-68. إبراهيم عبد الرحمان إبراهيم، مرجع سابق، ص. 44. محمد عبد السلام محمد، مرجع سابق، ص. 101-102.

¹⁹ قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

المطلب الثاني: انعقاد زواج المسلم بالكتابية

يشترط في عقد الزواج لأجل انعقاده توافر جملة من الشروط⁽²⁰⁾ ولعل الشرطين اللذين تطرح بخصوصها بعض الإشكالات سواء في الفقه أو قانون الأسرة الجزائري هو مسألة الولاية أو الشهادة في زواج المسلم بغير المسلمة الكتابية.

الفرع الأول: مسألة الولي في زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

اشترط الإسلام أن يكون الولي متحدا في الدين مع موليته في عقد الزواج، بحيث أن المسلمة في زواجها يجب أن يكون وليها مسلما وهو ما يسمى بالإتحاد في الدين، فلب صحة الولاية هو إسلام الولي، ولكن في ولاية زواج المسلم بالكتابية يطرح التساؤل عن مدى صحة الولاية في هذا الشأن، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال تعريف الولي وتبيان أشكال ولاية الوالي في زواج المسلم بالكتابية من خلال أحكام الفقه الإسلامي ثم قانون الأسرة الجزائري.

أولا: تعريف الولي

1. الولي لغة:

بالكسر توليته ووليت على الصبي والمرأة فالفاعل وال، والجمع ولاة والولاية النصرة⁽²¹⁾.

2. الولي شرعا:

اتفق أهل العلم على أن الولاية هي سلطة شرعية لعصبة نسب، أو من يقوم مقامه، يتوقف عليها تزويج من لم يكن أهلا⁽²²⁾.

ثانيا: أشكال ولاية الولي في زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

تأخذ الولاية في زواج المسلم بالكتابية صورتين، فقد يكون الولي غير مسلم في زواج موليته غير المسلمة الكتابية من مسلم، وقد يكون الولي مسلما في زواج موليته غير المسلمة الكتابية من مسلم.

²⁰ تنص المادة 9 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي: "يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

- أهلية الزواج،
- الصداق،
- الولي،
- شاهدان،

- انعدام الموانع الشرعية للزواج. انظر: قانون الأسرة الجزائري، مرجع سابق.

²¹ أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير، تحقيق يحيى مؤسسة المختار، القاهرة، 2008، ص. 310.

²² عوض بن رجاء العوفي، الولاية في النكاح، ج. 1؛ مكتبة الملك فهد الوطنية، المدينة المنورة، 2002، ص. 29. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، مرجع سابق، ص. 242. بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. 201 - 202. موفق الدين بن قدامة، شمس الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص. 364.

1- ولاية غير المسلم على موليته الكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

اتفق جمهور أهل العلم⁽²³⁾، على جواز ولاية غير المسلم على موليته الكتابية في زواجها من مسلم، حيث اعتبروا العقد صحيحا، وهذا ما ذهب إليه ابن قدامة أين اعتبر تزويج غير المسلم لموليته الكتابية صحيحا⁽²⁴⁾.

أما بخصوص المشرع الجزائري فيحلينا هو كذلك للشرعية الإسلامية دون تحديد لمذهب معين، وعليه فإن حكم ولاية غير المسلم على موليته الكتابية في زواجها من مسلم جائز، على أساس اتفاق جمهور أهل العلم كلهم بجواز ولاية غير المسلم على موليته الكتابية في زواجها من مسلم، حيث اعتبروا العقد صحيحا.

2- ولاية المسلم على موليته الكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري:

يتفق جمهور فقهاء الشافعية⁽²⁵⁾، الحنابلة⁽²⁶⁾، الحنفية⁽²⁷⁾ والمالكية⁽²⁸⁾، على أن المسلم لا يكون وليا في نكاح غير المسلمة.

واستدل هؤلاء في رأيهم بما يلي⁽²⁹⁾:

- أنه لا ولاية بين الكفار والمسلمين لقول الله تعالى: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁽³⁰⁾، وأن ولاية الكافرين لا تكون إلا على الكافر لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾⁽³¹⁾.

- مختلفو الدين لا يتوارثان، أي لا يرث أحدهما الآخر، لذلك فمن غير المعقول أي يلي أحدهما الآخر. لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة لحكم مسألة ولاية المسلم عقد نكاح موليته غير المسلمة الكتابية، تاركا بذلك المجال لتطبيق أحكام المادة 222 من ق.أ.ج التي تحيلنا إلى أحكام الشريعة الإسلامية، أين اتفق جمهور الفقهاء على أن المسلم لا يجوز أن يولى نكاح موليته غير المسلمة الكتابية.

²³ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، مرجع سابق، ص. 242. بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. 201 - 202.

موفق الدين بن قدامة، شمس الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص. 364. بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. 202.

²⁴ موفق الدين بن قدامة، شمس الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص. 364.

²⁵ أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب المارودي البصري، مرجع سابق، ص. 115.

²⁶ موفق الدين بن قدامة، شمس الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص. 363.

²⁷ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، ص. 348.

²⁸ شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، مرجع سابق، ص. 242.

²⁹ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. 202. موفق الدين بن قدامة، شمس الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص. 363.

³⁰ سورة التوبة، الآية 71.

³¹ سورة الأنفال، الآية 73.

الفرع الثاني: مسألة الشهود في زواج المسلم بالكتابية من خلال الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إنّ الهدف من الشهادة في عقد الزواج هو إخراج علاقة الرجل والمرأة من السر إلى العلن، حتى تزول كل شبهة ولا يكون هنا سوء ظن، وهي سبيل لعدم إنكار العقد وإثبات وجوده، وتثير مسألة الشهادة بعض الإشكالات في زواج المسلم بغير المسلمة الكتابية. وهو ما سيدفعنا لتناول تعريف الشهادة ثم تبين حكم الشهادة في مثل هذا النوع من الزواج.

أولاً: تعريف الشهادة

1. الشهادة لغة:

خير قاطع تقول شهد على كذا من باب سلم، وقولهم أشهد بكذا أي ألفت⁽³²⁾.

2. الشهادة شرعاً:

هي إخبار صادق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء⁽³³⁾، وهو ما اتفق عليه أغلب أهل العلم⁽³⁴⁾.

ثانياً: شرط إسلام الشهود لصحة الشهادة في زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

1- شرط إسلام الشهود لصحة الشهادة في زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي:

قد يحدث أن يتزوج رجل مسلم من امرأة غير مسلمة كتابية، يهودية كانت أو نصرانية، في هذه الحالة يرى المالكية⁽³⁵⁾ والشافعية⁽³⁶⁾ والحنابلة⁽³⁷⁾ والحنفية⁽³⁸⁾ أنّ إسلام الشهود شرط لصحة الشهادة في عقد النكاح سواء كانت المرأة مسلمة أو كتابية، فلا تصح شهادة غير المسلمين⁽³⁹⁾. ويستدل الجمهور على رأيهم بما يلي:

³² محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، تحقيق سعيد محمود عقيل، دار الجبل، بيروت، 2002، ص. 363.

³³ توفيق شندارلي، فسح عقد الزواج دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية وقوانين الأحوال الشخصية في البلاد العربية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2012، ص. 143.

³⁴ عبد المالك بن أنس، مرجع سابق، ص. 423. أبو محمد الحسين بن مسعود، مرجع سابق، ص. 262. موفق الدين بن قدامة، شمس الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص. 340. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، ص. 395.

³⁵ عبد المالك بن أنس، مرجع سابق، ص. 423.

³⁶ أبو محمد الحسين بن مسعود، مرجع سابق، ص. 262.

³⁷ موفق الدين بن قدامة، شمس الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص. 340.

³⁸ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، ص. 395.

³⁹ ميرة وليد، مرجع سابق، ص. 35. محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص. 110.

- قول الله تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾⁽⁴⁰⁾، ووجه الدلالة من الآية أنه لا ولاية لغير المسلم على المسلم، وبما أن الشهادة في النكاح هي من باب الولاية فإنها لا تجوز⁽⁴¹⁾.
- قول النبي صلى الله عليه وسلم: "لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"⁽⁴²⁾، فالكاfer ليس من أهل العدالة، فالمراد بالعدالة في الحديث النبوي هي عدالة الدين، والكفر من أغلظ الفسق⁽⁴³⁾.

2- شرط إسلام الشهود لصحة الشهادة في زواج المسلم بالكتابية في قانون الأسرة الجزائري:

اكتفى المشرع الجزائري بذكر الشهود كشرط لعقد الزواج في المادة 9 مكرر من ق.أ.ج، بحيث لم يتطرق إلى اشتراط إسلام الشهود في عقد الزواج، فسكوت المشرع الجزائري على شرط إسلام الشهود في عقد الزواج يجعلنا نطبق أحكام المادة 222 من ق.أ.ج التي تحيل لأحكام الشريعة الإسلامية فيما لم يتم النص عليه في قانون الأسرة، وبذلك فإننا نرى -والله أعلم- أن قول الجمهور هو الأرجح والذي يجب الاستناد إليه في قانون الأسرة الجزائري والذي مضمونه أن الإسلام شرط في الشهود سواء كان عقد الزواج بين مسلمين أو بين مسلم وكتابية.

المبحث الثاني: آثار زواج المسلم بالكتابية

يثير زواج المسلم بالكتابية الكثير من الآثار التي سواء تكون خلال الفترة الزوجية أو حتى بعد انحلال رابطة الزوجية بينهما، ولعل من أهم الجوانب التي تثار في زواج المسلم بغير المسلمة الكتابية هي مسألة النفقة الزوجية وعقيدة الأولاد، ثم الميراث وأخيرا حضانة الأولاد بعد الفرقة بين الزوجين.

المطلب الأول: آثار زواج المسلم بالكتابية على النفقة الزوجية وعقيدة الأولاد

تعتبر مسألة النفقة الزوجية وعقيدة الأولاد من المسائل التي تكتسي أهمية كبيرة، فالأولى لها علاقة مباشرة باستقرار العلاقة الزوجية والثانية تعتبر لبّ العلاقة بحيث أن نتيجة العلاقة الزوجية هي حتما إنجاب الأولاد والذين يربى فيهم حسن الخلق والسلوك ولا يكون ذلك إلا بتعليمهم الدين الإسلامي وتربيتهم على تعاليمه.

الفرع الأول: آثار زواج المسلم بالكتابية على النفقة الزوجية

النفقة الزوجية نوع من التكافل والمعاشرة بالمعروف التي أرسى الإسلام قواعدها، فأصل وجوبها للزوجة على زوجها مقرر في كتاب الله عز وجل ومفصل في أحاديث النبي صلى الله عليه وسلم. وقد يحصل أن يتزوج المسلم كتابية، فيطرح هنا التساؤل حول وجوب النفقة على غير المسلمة للكتابية من عدمه.

⁴⁰ سورة آل عمران، الآية 28.

⁴¹ ميرة وليد، مرجع سابق، ص. 35.

⁴² أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البيهقي، مرجع سابق، ص. 181.

⁴³ أميرة مازن عبد الله أبو رعد، أثر اختلاف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، أطروحة مقدمة لاستكمال متطلبات درجة الماجستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص. 126.

وعليه سنتناول تعريف النفقة الزوجية ثم حكم نفقة الزوج المسلم على زوجته غير المسلمة الكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

أولاً: تعريف النفقة الزوجية

1. النفقة لغة:

اسم وجمعها نفاق مثل رقبة رقاب ونفقات على لفظ الواحدة أيضا ونفق الشيء نفقا⁽⁴⁴⁾.

2. النفقة شرعا:

عرّف الحنفية النفقة على أنّها الطعام والكسوة والسكنى⁽⁴⁵⁾، أما المالكية يقولون أنّ النفقة كسوة ومسكن بالعادة⁽⁴⁶⁾، وعرفها الشافعية على أنها الإخراج في الخير⁽⁴⁷⁾، في حين أنّ الحنابلة فقد عرفوها على أنّها كفاية من يمونه خبزاً وكسوة مسكناً وتوابعها⁽⁴⁸⁾.

ثانياً: حكم نفقة الزوج المسلم على زوجته الكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

1. حكم نفقة الزوج المسلم على زوجته الكتابية في الفقه الإسلامي:

اتفق جمهور أهل العلم على وجوب النفقة الزوجية على الزوج لزوجته سواء كانت مسلمة أو كتابية⁽⁴⁹⁾.

ويستند الفقهاء في رأيهم على عموم النصوص في الكتاب والسنة، والتي نذكر منها ما يلي:

- قول الله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽⁵⁰⁾، فالآية دالة على وجوب إنفاق الزوج على زوجته بالمعروف، كما تدل على أنّ سبب الإنفاق هو الولادة وهذا لا يختلف بين الزوجة المسلمة أو الكتابية، فالآية دالة دلالة واضحة المعنى على وجوب النفقة للزوجة مسلمة كانت أو كتابية⁽⁵¹⁾.

⁴⁴ أحمد بن محمد بن عليّ الفيومي، مرجع سابق، ص. 376.

⁴⁵ ابن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج. 4؛ د.د.ن، د.ب.ن، د.س.ن، ص. 20.

⁴⁶ أبو عبد الله محمد عبد الرحمان المغربي، مواهب الجليل لشرح خليل، ج. 5؛ دار عالم الكتب، د.ب.ن، د.س.ن، ص. 541.

⁴⁷ شرف الدين يحيى النووي، السراج الوهاج شرح متن المنهاج، تحقيق محمد الزهري الغمراوي، دار المعرفة، بيروت، د.س.ن، ص. 465.

⁴⁸ منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج. 5؛ دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص. 546.

⁴⁹ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، مرجع سابق، ج. 4؛ ص. 15. شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ج. 5؛ ص. 181. منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، مرجع سابق، ج. 5؛ ص. 542. أبو عبد الله محمد عبد الرحمان المغربي، مرجع سابق، ج. 5؛ ص. 542.

⁵⁰ سورة البقرة، الآية 233.

⁵¹ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. 136.

- أما من السنة فما رواه جابر بن عبد الله أنّ رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر في خطبة الوداع في حديث طويل: "...ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف"⁽⁵²⁾. فهذه النصوص وغيرها تدل بوضوح على وجوب النفقة للزوجة من زوجها، فشملت نفقة الزوجة المسلمة والكتابية على حد سواء⁽⁵³⁾.

إنّ وجوب النفقة للزوجة سواء كانت مسلمة أو كتابية هو نظير احتباس زوجها لها الثابت بالعقد الصحيح، فالمسلمة أو الكتابية حين تتزوج بمسلم فقد حبست لحقه ولمنفعة تعود عليه، فتجب النفقة عليها⁽⁵⁴⁾. أما الكتابية بوجه أخص فلا يمنع عدم إسلامها استحقاق النفقة، لأنّ الزوجية موجودة، والحقوق التي يكون سببها العقد لا يؤثر فيها عدم الإسلام ولا يسقط ما تجب به كالمهر، وبذلك فإنّ النفقة على الزوجة الكتابية واجبة لها، فهذا لا يختلف عن حكم المسلمة، فكليهما تقع عليهما نفس الأحكام⁽⁵⁵⁾.

2. حكم نفقة الزوج المسلم على زوجته الكتابية في قانون الأسرة الجزائري

لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة وجوب النفقة على الزوجة في نص المادة 74 من ق.أ.ج والتي تنص على ما يلي: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه ببيئة مع مراعاة أحكام المواد 78 و 79 و 80 من هذا القانون"، فيظهر لنا أنّ المشرع الجزائري ومن خلال نص المادة سألفة الذكر لم يحدد هل الزوجة هي المسلمة أو الكتابية أو هما معا، إلّا أنّه رجوعاً للأحكام التي تجيز زواج المسلم بالكتابية في قانون الأسرة الجزائري وتجعله زواجا صحيحا حاله حال زواج المسلم بمسلمة فيفهم أنّ المشرع الجزائري يقصد كلا من المسلمة والكتابية، فتجب عليهن النفقة بمجرد الدخول، وعليه فإنّه لا خلاف بين الفقهاء في أنّ النفقة واجبة للزوجة المسلمة والكتابية معا، وبذلك يتأكد لنا أنّ المشرع الجزائري وكما سبق ذكره يقصد في المادة 74 من ق.أ.ج كلا من الزوجة المسلمة والكتابية.

الفرع الثاني: آثار زواج المسلم بالكتابية على عقيدة الأولاد

لقد جعل الله تعالى الزواج الطريق الأمثل لحفظ النوع الإنساني من الانقراض، وما أن يتزوج رجل وامرأة حتى يتوّج زواجهما بإنجاب الأولاد؛ وهؤلاء الأولاد يتأثرون بالأبوين خاصة من ناحية المعتقدات والدين، فاختلاف دين الأبوين بزواج المسلم بالكتابية سي طرح التساؤل حول هو الدين الذي سيتبعه الولد في هذه الحالة. وللإجابة على هذا سنبين تعريف العقيدة ثم البحث عن مصير عقيدة الأولاد عند زواج المسلم بغير المسلمة الكتابية.

⁵² الحسين مسلم بن الحاج القشيري النيسابوري، صحيح مسلم، (كتاب الحج)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1991، ص. 890.

⁵³ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. 136. محمد خضر قادر، نفقة الزوجة في الشريعة الإسلامية، اليازوري، د.ب.ن، د.س.ن، ص. 130.

⁵⁴ ميرة وليد، مرجع سابق، ص. 84.

⁵⁵ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. 137.

أولاً: تعريف العقيدة

1. العقيدة لغة:

الحكم الذي لا يقبل الشك فيه لدى معتقده، والعقيدة في الدين ما يقصد به الاعتقاد دون العمل، كعقيدة وجود الله وبعث الرسل. والجمع: عقائد وخلاصة ما عقد الإنسان عليه قلبه جازماً به، فهو عقيدة سواء كان حقاً أم باطلاً⁽⁵⁶⁾.

2. العقيدة شرعاً:

هي الأمور التي يجب أن يصدق بها القلب، وتطمئن إليها النفس، حتى تكون يقيناً ثابتاً لا يمازجها ريب ولا يخالطها شك، أي الإيمان الجازم الذي لا يتطرق إليه شك لدى معتقده، ويجب أن يكون مطابقاً للواقع ولا يقبل الشك والظن، فإن لم يصل العلم إلى درجة اليقين الجازم لا يسمى عقيدة، وسميت عقيدة لأن الإنسان يعقد عليها قلبه⁽⁵⁷⁾.

ثانياً: مصير عقيدة الأولاد عند زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

إنَّ اختلاف دين الأبوين سيؤثر حتماً على عقيدة الأولاد، وبالضرورة سيتأثر هؤلاء بدين ومعتقدات أحد أبويهم، ولذلك سنبين رأي الفقهاء في مصير عقيدة الأولاد في هذه الحالة، ثم نبيِّن موقف المشرع الجزائري.

1. مصير عقيدة الأولاد عند زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي:

إنَّ الولد الناتج عن أبوين مسلمين ولد مسلم بغير خلاف، لكن إذا كان الزوج مسلماً والزوجة غير مسلمة كتابية ثار التساؤل المتعلق بمصير عقيدة الأولاد، فهل يدينون بدين الأب أو الأم؟
لقد انقسم الفقهاء في هذا إلى رأيين وهما:

- الرأي الأول هو رأي الحنفية⁽⁵⁸⁾ والشافعية⁽⁵⁹⁾ والحنابلة⁽⁶⁰⁾ وبعض من المالكية⁽⁶¹⁾، بحيث يتفقون على أن الولد الناتج عن أبوين مختلفين في الدين يتبع خير أبويه ديناً، ولا فرق بين إسلام الرجل وإسلام المرأة، فالإسلام خير الأديان وخاتمها، وهو الدين الذي ارتضاه الله عز وجل للبشرية جمعاء. فيتبع الولد خير أبويه ديناً إذا كان

⁵⁶ عبد الله بن عبد الحميد الأثري، الوجيز في عقيدة السلف الصالح، نشر وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، المملكة العربية السعودية، د.س.ن، ص. 29.

⁵⁷ عبد الله بن عبد الحميد الأثري، مرجع سابق، ص. 30.

⁵⁸ شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ج. 10، ص. 63.

⁵⁹ الإمام النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج. 5؛ المكتب الإسلامي، بيروت، 1991، ص. 430.

⁶⁰ موفق الدين بن قدامة، المغني، ج. 9؛ دار الفكر، بيروت، د.س.ن، ص. 26.

⁶¹ عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبي المالكي أبو محمد، التلقيب في الفقه المالكي، ج. 2؛ المكتبة التجارية، مكة المكرمة، 1994، ص.ص. 459 - 460.

تحت سن البلوغ سواء ذكرا أو أنثى، أما إذا كان بالغاً فله حرية الاختيار⁽⁶²⁾. ويستدل أصحاب هذا الرأي بأدلة من القرآن والسنة، نذكر من بينها ما يلي:

* قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾⁽⁶³⁾.

* عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "ما من مولود إلا يولد على الفطرة، فأبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه..."⁽⁶⁴⁾، والمقصود هنا بالفطرة هو الإسلام، فالولد تابع لدين أحد أبويه، فمن باب أولى أن يتبعه في الإسلام⁽⁶⁵⁾.

-أما الرأي الثاني فهو رأي المالكية، فقد وضعوا قاعدة مفادها أن الولد يتبع أباه في الدين والنسب، ويتبع أمه في الرق والحرية⁽⁶⁶⁾، وعملاً بالقاعدة التي وضعها المالكية فإنه إذا كان الأب مسلماً والأم كتابية، فالابن يتبع أباه في الإسلام، ويستدل المالكية في رأيهم هذا إلى قول الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ آمَنُوا وَاتَّبَعَتْهُمْ ذُرِّيَّتُهُمْ بِإِيمَانٍ أَلْحَقْنَا بِهِمْ ذُرِّيَّتَهُمْ﴾⁽⁶⁷⁾.

وأمام هذين القولين فإننا نرى أن القول الأنسب والرأي الأرجح هو رأي الجمهور، فالولد يتبع خير أبويه دينا لقوة أدلتهم وصحتها ولرجاحة رأيهم ومنطقهم.

2. مصير عقيدة الأولاد عند زواج المسلم بالكتابية في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتطرق المشرع الجزائري لمسألة عقيدة الأولاد عندما يكون أحد الأبوين غير مسلم، إلا أنه ومن خلال المادة 62 من ق.أ.ج التي تنص على ما يلي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقاً" فإن الحاضن تقوم بتربية الولد المحضون على دين أبيه، فهذا النص يؤكد بشكل غير مباشر أن الولد يتبع دين أبيه حتى في الحضانة. وما يرجح أكثر هذا الرأي هو عند تطبيق أحكام المادة 222 من ق.أ.ج التي تحيلنا للشرعية الإسلامية فيما لم يتم النص عليه في قانون الأسرة الجزائري، وعليه فإنه وتطبيقاً لأحكام المذهب المالكي فإن الولد يتبع أباه في الدين والنسب.

⁶² أميرة مازن عبد الله أبو رعد، مرجع سابق، ص. 129.

⁶³ سورة الطور، الآية 21.

⁶⁴ الحسين مسلم بن الحاج القشيري النيسابوري، مرجع سابق، (كتاب القدر)، ص. 2047.

⁶⁵ أميرة مازن عبد الله أبو رعد، مرجع سابق، ص. 130. أبو عبد الله بن اسماعيل البخاري، صحيح البخاري، (كتاب الجنائز، باب ما قيل في أولاد المشركين، حديث رقم 1381)، دار ابن كثير، بيروت، 2002، ص. 334.

⁶⁶ شهاب الدين النفراوي الأزهرى المالكي، الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيرواني، ج 2؛ دار الفكر، د.ب.ن، 1995، ص. 26.

⁶⁷ سورة الطور، الآية 21.

المطلب الثاني: آثار زواج المسلم بالكتابية على الميراث والحضانة

إنَّ العبرة من الجمع بين الميراث والحضانة أنَّ كليهما يتحققان كآثار لانحلال الرابطة الزوجية، فالمسلم عن زواجه بغير مسلمة كتابية تقوم مسألة مدى إمكانية التوارث بينهما، كما تنثور مسألة الأحقية في استحقاق الحضانة بين الزوج المسلم أو الزوجة غير المسلمة الكتابية كأثر غير مالي للفرقة الزوجية.

الفرع الأول: آثار زواج المسلم بالكتابية على الميراث

يثبت الميراث لمستحقه من الورثة بعد وفاة المورث وذلك باعتبار الأقرب من الورثة، ومن أسباب الإرث القرابة والزوجية اللتان تعتبران الوصيلتين الوحيدتين لاستحقاق الإرث، إلا أنَّ لمسألة الدين المركز المهم والبارز والمؤثر في استحقاق الوارث لنصيبه من التركة، فلا تكفي القرابة أو الزوجية لاستحقاق هذا النصيب. وهذا ما يثار خصوصا في زواج المسلم بغير المسلمة الكتابية ومدى استحقاق كل منهما للميراث من الآخر.

وهنا سنتناول تعريف الميراث ثم حكم الميراث في زواج المسلم بغير المسلمة الكتابية في الفقه الإسلامي

وقانون الأسرة الجزائري.

أولاً: تعريف الميراث

1. الميراث لغة:

مصدر فعله ورث، تقول ورثت فلانا، ورثا وارثا ووراثته وميراثا، والإرث في اللغة هو البقاء. ويطلق على الميراث لفظين، الأول بمعنى المصدر أي الوارث، والثاني بمعنى اسم المفعول أي الموروث⁽⁶⁸⁾.

2. الميراث شرعاً:

ما يستحقه الوارث من مورثه بسبب من أسباب الإرث، سواء أكان المتروك مالا، أو عقارا، أم حقا من الحقوق الشرعية، فهو علم يعرف بمقتضاه نوع المستحقين للتركة الصافية، ونصيب كل وارث-واحدا أو متعددا- وكيفية تصفية التركة وتسليمها لمستحقها⁽⁶⁹⁾.

عرّف كذلك بأنه استخلاف الإنسان لآخر في ملكيته لمال معين، أو عقار معين، أو منقول معين، وفق أنصبة مقررة شرعا، دون أن يكون لهذا المستخلف أو المستخلف إرادة إجازة، أو إرادة منع، وإنما التوريث والاستخلاف في الملكية يتم وفق إرادة الشرع، وبحسب نسب محددة بدقة متناهية، وقررت العناية الإلهية أن تمدنا بها، حفاظا على روابط الإنسان بأصله وفروعه، وبمن حوله من زوج وأقارب⁽⁷⁰⁾.

⁶⁸ جمعة محمد محمد براح، أحكام الميراث في الشريعة الإسلامية، دار الفكر للنشر والتوزيع، عمان، دون سنة النشر، ص.23.

⁶⁹ العربي بلحاج، أحكام التركات والموارث على ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة، الأردن، 2009، ص.22.

⁷⁰ صالح جبيك الورثاني، الميراث في القانون الجزائري، ط2، دون دار النشر، دون بلد النشر، دون سنة النشر، ص.16.

ثانيا: حكم الميراث في زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

1. حكم الميراث في زواج المسلم بالكتابية في الفقه الإسلامي:

تثور هنا مسألتين تتمثلان في ميراث الزوج المسلم من زوجته غير المسلمة الكتابية وميراث الزوجة غير المسلمة الكتابية من زوجها المسلم.

أ. ميراث الزوج المسلم من الزوجة الكتابية:

لقد اتفق المالكية⁽⁷¹⁾ والشافعية⁽⁷²⁾ والحنابلة⁽⁷³⁾ والحنفية⁽⁷⁴⁾ بأن الزوج المسلم لا يرث من زوجه الكافر، وذلك لما رواه أسامة بن زيد رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "لا يرث المسلم الكافر"⁽⁷⁵⁾، ولقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا يتوارث أهل ملتين شتى"⁽⁷⁶⁾، فلهذه النصوص دلالة واضحة بتحريم التوارث بين المسلم والكافر وبذلك تحريم أن يرث أحد الزوجين المسلم من الآخر الكافر.

ب. ميراث الزوجة الكتابية من الزوج المسلم:

لم يختلف جمهور أهل العلم المالكية⁽⁷⁷⁾، الشافعية⁽⁷⁸⁾، الحنابلة⁽⁷⁹⁾، الحنفية⁽⁸⁰⁾ في أن أحد الزوجين إذا كان كافرا فإنه لا يرث من الآخر إذا كان مسلما، فبما أن المسلم والكافر من ملتين مختلفتين فلا توارث بينهما مهما كانت العلاقة التي تربطهما.

2. حكم الميراث في زواج المسلم بالكتابية في قانون الأسرة الجزائري:

لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة الجزائري لمسألة توارث الزوجين إذا كان أحدهما مسلما والآخر غير مسلم أو العكس، والأكثر من ذلك لم يتطرق لأي حكم بشأن هذه في الكتاب الثالث بعنوان الميراث في ق.أ.ج. وعليه فإنه من الضروري البحث عن حكم هذه المسألة ليستطيع القاضي تطبيقه، وللوصول لذلك

⁷¹ أبو عمر يوسف القرطبي، مرجع سابق، ص. 555.

⁷² أبو محمد الحسين بن مسعود، مرجع سابق، ص. 7. شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة، مرجع سابق، ص. 27.

⁷³ موفق الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص. 165-166.

⁷⁴ شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ج. 30؛ ص. 30.

⁷⁵ محمد ناصر الدين الألباني، مرجع سابق، المجلد 2؛ (كتاب الفرائض، باب هل يرث المسلم الكافر؟، حديث رقم 2909)، ص. 220.

⁷⁶ المرجع نفسه، ص. 221.

⁷⁷ أبو عمر يوسف القرطبي، مرجع سابق، ص. 555.

⁷⁸ أبو محمد الحسين بن مسعود، مرجع سابق، ص. 8.

⁷⁹ موفق الدين بن قدامة، مرجع سابق، ص. 165.

⁸⁰ شمس الدين السرخسي، مرجع سابق، ج. 30؛ ص. 30.

يجب العودة لأحكام الشريعة الإسلامية وفقا للمادة 222 من ق.أ.ج، ومنه فإنّ الفقه الإسلامي يتفق أن لا توارث بين زوجين المسلم من غير المسلم أو غير المسلم من المسلم. كما أنّ الأمر الذي يجعل من المسألة لا إشكال فيها هو اجتهاد المحكمة العليا بخصوص ميراث المسلم من الكافر أو الكافر من المسلم، بحيث أكدّ قضاة المحكمة العليا في قرارهم الصادر بتاريخ 25 جويلية 1995 أنّ الكفر من موانع الميراث، فلا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم⁽⁸¹⁾.

الفرع الثاني: آثار زواج المسلم بالكتابية على الحضانة

تثار مسألة الحضانة عند الفرقة بين الزوجين، فهي أثر غير مالي لانحلال الرابطة الزوجية، فالحضانة هي حماية للطفل غير المدرك لما ينفعه ويضره، والمحتاج للرعاية والحماية، فتثار مسألة استحقاق حضانة المحضون في انحلال عقد زواج مسلم بغير مسلمة كتابية، وهنا سنتناول تعريف الحضانة ثم تبين مدى استحقاق الحضانة بعد الفرقة الزوجية الحاصلة بين المسلم وغير المسلمة الكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

أولاً: تعريف الحضانة

1. الحضانة لغة:

بالفتح والكسر اسم منه والحضن ما دون الإبط إلى الكشح، واحتضنت الشيء جعلته في حضني والجمع أحضان مثل: حمل وأحمال⁽⁸²⁾.

2. الحضانة شرعا:

هي حفظ من لا يستقل بأموره عما يؤذيه، كالصغير والمجنون والمعتوه، برعايته والعناية بمصالحه وتوفير كل ما يحتاجه، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء⁽⁸³⁾.

⁸¹ المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية والموارث، قرار رقم 123051 مؤرخ في 1995/07/25، (قضية لا ص ضد لا م ومن معه)، المجلة القضائية، العدد 1، سنة 1996، ص.ص. 113-116.

⁸² أحمد بن محمد بن علي الفيومي، مرجع سابق، ص. 87.

⁸³ أبو عمر يوسف القرطبي، مرجع سابق، ج. 2؛ ص. 625. الإمام النووي، مرجع سابق، ج. 9؛ ص. 98. منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، مرجع سابق، ص. 583. بدر الدين العيني الحنفي، مرجع سابق، ص. 644.

ثانيا: استحقاق الحضانة بعد الفرقة الزوجية الحاصلة بين المسلم والكتابية في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

1. استحقاق الحضانة بعد الفرقة الزوجية الحاصلة بين المسلم والكتابية في الفقه الإسلامي

إنّ دراسة آراء الفقهاء بخصوص مسألة اشتراط الإتحاد في الدين بين الحاضن والمحضون لاستحقاق الحضانة أي أن يكون كلا من الحاضن والمحضون مسلما، وبذلك من حق الحاضن حضانة المحضون يجعلنا نقف على رأيين وهما:

الرأي الأول وهو قول الحنفية⁽⁸⁴⁾ والمالكية⁽⁸⁵⁾، فهم لا يشترطون إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون، واختلاف الدين بينهما لا يعتبر مانعا لاستحقاق الحضانة، فإذا كان الحاضن كافرا فلا يهم ذلك فتسند له حضانة المحضون بغض النظر على دينه. ويستند أصحاب هذا الرأي في قولهم إلى أنّ رافع بن سنان أسلم وأبنت امرأته أن تسلم، فأنت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: ابنتي وهي فطيم أو شبهه، وقال رافع ابنتي، فقال له النبي صلى الله عليه وسلم أقعد ناحية، وقال لها اقعدي ناحية، وأقعد الصبية بينهما، ثم ادعواها، فمالت الصبية إلى أمها، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: اللهم اهدها، فمالت الصبية إلى أبيها فأخذها⁽⁸⁶⁾.

الرأي الثاني وهو قول الشافعية⁽⁸⁷⁾ والحنابلة⁽⁸⁸⁾، بحيث يرون بأنّ إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون شرط جوهرى لاستحقاق الحضانة، فإذا كان الحاضن غير مسلم والمحضون مسلم فإنّ الحاضن لا يستحق الحضانة ولا يكون حاضنا للمحضون ولا تصح أبدا حضانته له، فالحضانة توكل للمسلم ذكرا كان أو أنثى. ويقول أصحاب هذا الرأي أنّ السبب من رواء اشتراط الإتحاد في الدين بين الحاضن والمحضون هو اعتبارهم أنّ الحضانة نوع من الولاية التي قطعها الله عزّ وجلّ بين المسلمين والكافرين⁽⁸⁹⁾ لقوله تعالى: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾⁽⁹⁰⁾.

⁸⁴ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. 157. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، ج. 4؛ ص. ص. 42 -

43. بدر الدين العيني الحنفي، مرجع سابق، ص. 644.

⁸⁵ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. ص. 156 - 157. محمد بن أحمد الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج. 2؛ دار الفكر، د.س.ن، د.ب.ن، ص. 529.

⁸⁶ محمد ناصر الدين الألباني، صحيح سنن أبي داود، المجلد 2؛ (كتاب الطلاق، باب من أسلم أحد الأبوين، حديث رقم 2244)، مكتبة المعارف، الرياض، 1998، ص. 21.

⁸⁷ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. 157.

⁸⁸ المرجع نفسه، ص. 157.

⁸⁹ بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص. ص. 159-160.

⁹⁰ سورة النساء، الآية 141.

نرى أنّ الرأي الأرجح هو قول الشافعية والحنابلة باشتراط إتحاد الدين بين الحاضن والمحضون وذلك لمصلحة المحضون وحماية لعقيدته، فإذا كان الولد بين أيدي كافر فلا محال بأنّه سيصبح مثله ويتأثر بعقيدته فيكون بذلك خسارة له في الدنيا والآخرة.

2. استحقاق الحضانة بعد الفرقة الزوجية الحاصلة بين المسلم والكتابية في قانون الأسرة الجزائري

لم يتعرض المشرع الجزائري في قانون الأسرة لمسألة حكم الحضانة عند تخلف شرط إسلام الحاضن أو ردّته، فاكتمل في نص المادة 62 من ق.أ.ج بالنص على ما يلي: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا" وبذلك حصر المشرع الجزائري مسألة الدين في مجال ضرورة أن يربى المحضون على دين أبيه.

إنّ سكوت المشرع الجزائري عن مسألة الحضانة عند تخلف شرط إسلام الحاضن يجعلنا أمام ضرورة تطبيق أحكام المادة 222 من ق.أ.ج التي تحيلنا للشرعية الإسلامية.

إنّ الالتباس الواقع في كيفية تطبيق أحكام المادة 222 من ق.أ.ج يجعلنا أمام ضرورة البحث في الاجتهاد القضائي وفي قرارات المحكمة العليا، وبهذا الصدد فإنّ قضاة المحكمة العليا وفي قراراتهم الصادر في 13 مارس سنة 1989 أخذوا بمذهب المالكية بخصوص مسألة حكم الحضانة عند اختلاف الدين أو الردّة، فجاء في قرارها: "من المقرر شرعا وقانونا أنّ الأم أولى بحضانة ولدها ولو كانت كافرة إلا إذا خيف على دينه..."، فيفهم صراحة أن حضانة غير المسلمة للحاضن المسلم تجوز وذلك طبقا لقول المالكية في أن الاختلاف في الدين بين الحاضن والمحضون لا أثر له في استحقاق الحضانة.

خاتمة

يظهر من خلال دراستنا لمسألة زواج المسلم بالكتابية، أنها مسألة جد هامة في الأحوال الشخصية وذات حساسية لأنها تؤدي لخصوصية في بعض المسائل الجوهرية خصوصا التي لها علاقة بالحقوق المالية وغير المالية على غرار النفقة الزوجية وعقيدة الأولاد والحضانة والميراث.

إن دراسة زواج المسلم بالكتابية هو جزئية من بين جزئيات زواج مختلفي الدين، ومن خلال هذا البحث توصلنا لمجموعة من النتائج نذكر منها ما يأتي:

- يجوز للمسلم الزواج بالكتابية كما يجوز له أن يتزوج المسلمة، وذلك في كل من الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

- يجوز أن يتولى الولي غير المسلم زواج موليته الكتابية، في حين أنه لا يجوز ذلك إذا كان مسلما.

- لا تصح الشهادة كشرط في عقد زواج المسلم الكتابية إلا إذا كانت من مسلم.

- تجب النفقة الزوجية على الزوجة الكتابية سواء في الفقه الإسلامي أو في قانون الأسرة الجزائري.

- مسألة الدين لا تعني الزوجين فقط، بل تمسّ بثمرة هذه العلاقة وهم الأولاد وذلك في مسألة العقيدة والحضانة، فبالنسبة للعقيدة فإنّ الفقه الإسلامي كان فيه اختلاف حول مسألة أي دين يتبع الولد عندما يكون أبواه مختلفي الدين إلا أنّ الراجح هو أنّ الولد يتبع خير أبويه ديناً، في حين أنّ قانون الأسرة الجزائري لم يتطرق لهذه المسألة. أما بخصوص الحضانة فاستحقاقها يشترط فيه إسلام الحاضن لدي بعض الفقهاء ولا يعدّ كذلك لدى آخرين، في حين أنّ التشريع الجزائري فلا نجد له أي موقف بخصوص مسألة اشتراط الإسلام من عدمه في الحاضن، وفي ذلك نجد أنّ الاجتهاد القضائي الجزائري يقرّ بعدم اشتراط الإسلام في الأم الحاضن متأثراً في ذلك برأي المالكية.

- أجمع الفقهاء على عدم التوارث بين الزوجين، لا يرث الزوج المسلم زوجته الكتابية، ولا ترث الزوجة غير المسلمة الكتابية زوجها المسلم.

كما منحتنا الدراسة فرصة لتقديم بعض التوصيات نذكر من بينها:

- نوصي أن يمنح المشرع الجزائري مجالا واسعا لمسألة زواج المسلم بالكتابية في كل مسائل الرابطة الزوجية بصفة خاصة وكل ما يتعلق بالأسرة بصفة عامة لأهمية ذلك.

- نرى أنّه من الأجدر على المشرع الجزائري أن يحدد أحكام المسائل الهامة المتعلقة بالدين في الرابطة الزوجية في نصوص قانون الأسرة كالولاية والشهادة في عقد الزواج مثلاً وذلك بغرض اختصار الطريق للقضاء من البحث في الشريعة الإسلامية وتقاديا للأخطاء عند إصدار الأحكام نظراً لغياب تكوين في الفقه الإسلامي للقضاء.

- يجب على المشرع الجزائري أن يولي أهمية لمسألة عقيدة وحضانة الأولاد في زواج المسلم بالكتابية ويدرج نصوص صريحة بخصوصها أو يفصل فيما تم النص عليه.

- نقترح على المشرع الجزائري أن يحدد في المادة 222 من ق.أ.ج المذهب الذي يرجع إليه القاضي وعدم الاكتفاء بالنص على الشريعة الإسلامية تقاديا للإختلالات التي قد تحصل بسبب اختلاف الأحكام القضائية في مسألة واحدة نظراً لاعتماد كل قاض على مذهب معين، وكذلك لمنع القاضي من النظر في حكم المسألة معتمداً على مذهب شاذ غير المذاهب المتعارف عليها، وعليه فيجب على القضاء أن يقوم بتوحيد الاجتهادات القضائية على مستوى غرفة الأحوال الشخصية بالمحكمة العليا.