جامعة اكلي محند اولحاج –البويرة–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

الكفاءة في الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وبعض تشريعات الأسرة العربية

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون

تخصص: قانون أسرة

من إعداد الطالبة:
❖ بن ضياف حياة

تحت إشراف الأستاذ:
د/ غجاتي فؤاد

أعضاء لجنة المناقشة

الأستاذ (ة) د/عينوش عائشة.....رئيسا

الأستاذ: د/ غجاتي فؤاد.....مشرفا ومقررا

الأستاذ :أ. د/ ضريفي الصادق.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2023-2024

شكر وعرفان

الحمد لله الذي وفقنا، الحمد لله على احسانه و على فضله و على جوده و كرمه حمدا يوافي نعمه و الصلاة و السلام على سيدنا و نبينا و شفيعنا خير خلقه و على أله و من تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، أما بعد: قال رسول الله صلى الله عليه و سلم

من لم شكر الناس لم شكر الله

أتقدم بالشكر و الامتنان و التقدير و الاحترام لمن منحني وقته الثمين و أفادني بتوجيهاته و ملاحظاته، أستاذي الكريم و الفاضل لأستاذ المشرف الدكتور غجاتي فؤاد الذي كان نعم الأستاذ و الذي تكرم علي بقبول الاشراف على هذه المذكرة، كذلك شكر موصول إلى لأساتذة الدكاترة أعضاء لجنة المناقشة المقرة.

اهداء

أول اهداء:

إلى الوالدين الكرامين

نبع الحنان أمي ورمز العطاء أبي

إلى أسرتي زوجي وأبنائي لينا وعبد الحق و حسام

إلى إخوتي و إلى أمينة و دعاء و كل من كان سندا و دعما

مقدمة

مقدمة

لطالما اهتمت الشريعة الإسلامية بالأسرة وذلك من خلال تقديس الزواج واعطائه مكانة عظيمة حيث تم تقييده بأحكام وشروط وهذا لتحقيق الغاية ومنه والمقصد الذي شرع من أجله، فقد جعله الله سبحانه وتعالى ميثاقا غليظا مبني على المودة والرحمة والسكينة بين الرجل والمرأة قال تعالى: ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ الروم، آية 21.

فخلق النفس آية من آيات الله سبحانه وتعالى وأكثر من ذلك جعلها تسكن وترتاح وتنشرح إلى نفس أخرى تماثلها فكان الرجل سكنا للمرأة وكانت المرأة سكنا للرجل قال تعالى﴿ هُنَّ لِبَاسٌ لَّكُمْ وَأَنتُمْ لِبَاسٌ لَّهُنَّ ۗ﴾ البقرة، آية 187.

فكل منهما ستر للآخر ومقاس مفصل كل حسب الآخر فلذلك وجب التحري والحيطة عند الزواج فكل يختار الشريك الذي يماثله ويكافئه ويسكن إليه ولهذا السبب وضعت أسس وشروط للزواج أهما مراعاة التقارب بين الزوجين عند الاختيار وهذا ما تعارف عليه الفقهاء بمصطلح الكفاءة في الزواج ولأن الاصل في الزواج الديمومة والاستمرارية فقد جاءت الكفاءة تحقيقا لهذا الهدف, ومراعاة التقارب من الناحية الدينية والأخلاقية والاجتماعية والثقافية يؤدي حتما إلى تحقيق الهدف المنشود من الزواج وذلك بتفادي المشاكل والخلافات الأسرية الناتجة عن عدم التوافق، فالسعادة الزوجية هي مطلب كل من له رغبة في الزواج.

آثار هذا الموضوع اختلاف وجدال بين الفقهاء في جوانب عديدة من حيث اعتبار الكفاءة هل هي شرطا لصحة عقد الزواج حتى في أحكامها من حيث وقت اعتبارها ومن صاحب الحق فيها وأهم عنصر اختلف فيه الفقهاء هي الصفات المعتبرة فيها، كذلك بالنسبة للتشريعات الأحوال الشخصية العربية فهناك تشريعات أخذت بالكفاءة ونظمت أحكامها ووضعت لها نصوصا خاصة، في حين نجد تشريعات عربية أخرى لم تأخذ بها ولم تتناولها

لهذا كان موضوع بحثنا الكفاءة في الزواج دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وبعض تشريعات الاسرة العربية.

وتكمن أهمية البحث في أننا سنناقش موضوع على علاقة وطيدة باستقرار الأسرة التي هي نواة المجتمع لما أعطاها الله من مكانة كذلك أن آثار هذا الاستقرار ستعود على الأولاد بثمار النجاح وهذا هدف الشريعة الإسلامية انشاء فرد صالح منتج مفيد على الأمة بالخير, **لذلك من أسباب اختياري لهذا الموضوع:**

رغبة شخصية في دراسة هذا الموضوع لما له من أهمية بالغة في استقرار الأسرة حيث تعود ثمار هذا الاستقرار بالفائدة على الأولاد.

جهل شبابنا طالبي الزواج بأهمية الموضوع وحقهم في الاختيار السليم، كذلك نقص وعي الأولياء بوجوب دفع بناتهم لإختيار الأكفاء من الرجال وتقييمه وفق ما جاء في الكتاب والسنة.

تغير المعايير المعتبرة في الكفاءة بتغير الزمان والمكان.

اغفال المشرع الجزائري لموضوع الكفاءة وعدم تنظيمها خاصة في تعديله الأخير.

بالنسبة للدراسات السابقة

فنجد الكتب الفقهية القديمة قد عالجت موضوع الكفاءة في الزواج فلا توجد نقطة في هذا الموضوع إلا وقد عالجها الفقه وهذا نظرا لأهمية الموضوع، أما بالنسبة للناحية القانونية فهي قليلة مقارنة بالدراسات الفقهية، أما بالنسبة للدراسات الأكاديمية فنجد رسالة ماجستير في الفقه وأصوله لصاحبها جمادي مسعود، تحت عنوان: **الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري**. طرح فيها الباحث علاقة انتفاء الكفاءة بحالات الطلاق في

المجتمع الجزائري وهي دراسة ميدانية، غير أن بحثنا يعتمد على دراسة مقارنة وكذا وضع مقاربة فقهية وقانونية حول مسألة اعتبار الكفاءة.

رسالة ماجستير لـ: حسن محمد عبد الحميد الكردي، تحت عنوان: **الكفاءة في الزواج مقارنة بقانون الأحوال الشخصية**، فهي دراسة مقارنة بين الفقه الاسلامي وقانون الأحوال الشخصية الفلسطيني، غير أن بحثنا فهو دراسة مقارنة بين الفقه وقوانين الأحوال الشخصية العربية، كذلك في كل مرة كنا نركز على المشرع الجزائري لإغفاله لموضوع الكفاءة وكأننا في كل مرة ننتقد المشرع على عدم تنظيميه لأحكام الكفاءة، كما ركزنا على آثار تخلف شرط الكفاءة.

دراسة مهمة للباحثة يمنى عدنان وهي رسالة ماجستير في الفقه وأصوله بعنوان: التفريق بين الزوجين لعدم الكفاءة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية الأردنية، هي دراسة مقارنة بين الفقه وقانون الأحوال الشخصية الأردني، طرحت فيها الباحثة مشكلة تطبيق دعوى التفريق لعدم الكفاءة في قانون الأحوال الشخصية الأردني.

كذلك دراسة لهدى غيضان، الكفاءة في الزوج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، هي دراسة فقهية مقارنة اهتمت بالتركيز على الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وتبيان آراء الفقهاء فيها.

أهداف الدراسة

- الوقوف على الجدل الفقهي حول مسألة اعتبار الكفاءة والصفات المعتبرة عند الفقهاء.

- التطرق إلى موقف المشرع الجزائري حول اغفاله لمسألة الكفاءة.

- تسليط الضوء على بعض التشريعات العربية التي تناولت موضوع الكفاءة ونظمته وأفرد له نصوصا خاصا.

- تبيان ما يترتب على تخلف شرط الكفاءة وتأثيرها على عقد الزواج.

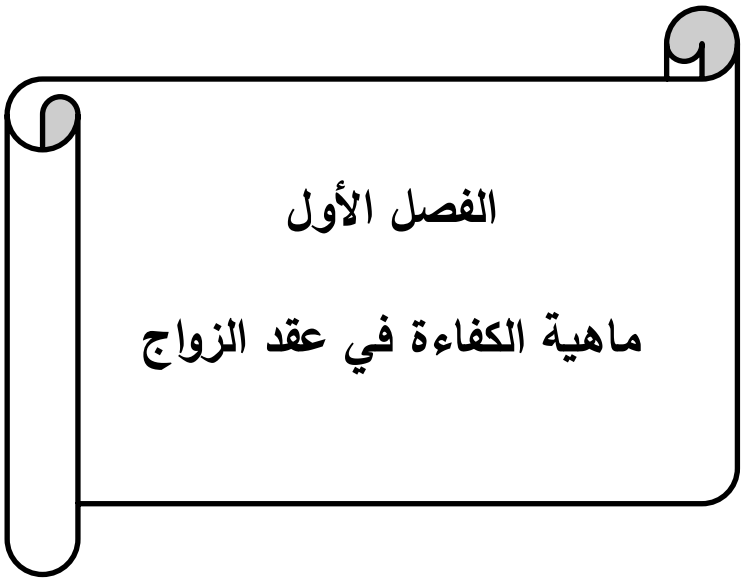
فكانت الإشكالية المطروحة: ما مدى اعتبار الكفاءة بين الزوجين كشرط لقيام الرابطة الزوجية في الفقه الإسلامي وبعض التشريعات العربية؟، وفيما تكمن الآثار الشرعية والقانونية المترتبة عن تخلفها؟

للإجابة على الاشكالية اعتمدنا على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي من خلال تحليل النصوص القانونية الوطنية والعربية التي نظمت موضوع الكفاءة، بالإضافة إلى المنهج المقارن من خلال تسليط الضوء على الآراء الفقهية للمذاهب الأربعة واسقاطها على ما ورد في القوانين الوضعية.

خطة الدراسة

لمعالجة هذا الموضوع اعتمدنا على التقسيم الثنائي التالي:

مقدمة وفصلين، حيث الفصل الأول تحت عنوان ماهية الكفاءة في الزواج، أما الفصل الثاني يتمحور حول أحكام اعتبار الكفاءة في الزواج والآثار المترتبة عن تخلفها، وختاما توصلنا لمجموعة من الناتج واقتراح بعض التوصيات.


الفصل الأول
ماهية الكفاءة في عقد الزواج

الفصل الأول

ماهية الكفاءة في عقد الزواج

جعل الله الزواج سببا لاستمرار النسل البشري ووضع له أحكاما خاصة به تضمن له الاستمرارية والاستقرار وهنا تظهر أهمية الكفاءة بين الزوجين التي هي أساس هذا الاستقرار،

فالرجل غالبا هو المبادر للزواج أو هو الذي يتقدم بطلب المرأة للزواج فيختار المرأة الصالحة التي تكون ملتزمة ومتمسكة بدينها وأخلاقها وهذا ما حثنا عليه الاسلام كذلك جاء في الحديث" تنكح المرأة لأربع لجمالها ولحسبها ولمالها ولدينا فاظفر بذات الدين تربت يداك"، فهذه مقاصد الرجل في الزواج فكل يبحث عما يناسبه فلا عيب أن يقصد الرجل الخصال الأربع لكن الحديث حث على مصاحبة صاحبة الدين لأنها الأنفع والأصلح فبصلاحها تصلح الاسرة وأفرادها وكما جاء في الحديث دفع الرجال على اختيار الصالحات من النساء كذلك كان للمرأة اختيار الكفء من الرجال فالمرأة لها حق القبول أو الاعتراض على الرجل المتقدم للزواج منها فإذا لم تجده كفؤا لها فمن حقها الاعتراض.

المبحث الأول

مفهوم الكفاءة في عقد الزواج

سنتناول في هذا المبحث تعريف الكفاءة لغة واصطلاحا حتى نزيل الغموض عنها ونعرف معناها بدقة في الفقه الاسلامي والقانون لكن قبل ذلك علينا ان نعرج على تعريف الزواج لغة واصطلاحا وهذا تمهيدا لدراسة الكفاءة في عقد الزواج والمسائل المتعلقة بها.

المطلب الأول

تعريف الزواج

سنتعرف في هذا المطلب على معنى الزواج لغة واصطلاحا وذلك بالتطرق إلى تعريفه في الفقه الاسلامي وتعريفه القانوني.

الفرع الأول: تعريف الزواج لغة

الزواج لغة يأتي في عدة معاني وجاء بمعنى:

زوج: خلاف فرد يقال زوج أو فرد.[1]

كذلك يعرف الزواج أنه الاقتران والازدواج والارتباط يقال زوج الشيء وزوجه إليه قرنه به.[2]

قال الله تعالى﴿ كَذَٰلِكَ وَزَوَّجْنَاهُم بِحُورٍ عِينٍ﴾[3] أي قرناهم بهم[4].

وكذلك قوله تعالى ﴿ احْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ﴾[5]، أي وقرائنهم[6] فيقصد التماثل والتناظر.

وقوله تعالى﴿ وَالْأَرْضَ مَدَدْنَاهَا وَأَلْقَيْنَا فِيهَا رَوَاسِيَ وَأَنبَتْنَا فِيهَا مِن كُلِّ زَوْجٍ بَهِيجٍ﴾[7] أي جميع الزروع والثمار والنبات والأنواع.[1]

---

(1) ابن منظور، أبو الفضل الدين محمد بن مكرم الأنصاري، لسان العرب، دار صادر، بيروت، لبنان، ج 7، ص 76.

(2) بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 1429 هـ/ 2008 م، ص 23.

(3) سورة الدخان، آية 54.

(4) ابن منظور المرجع السابق

(5) سورة الصافات، آية 22.

(6) ابن منظور المرجع السابق

(7) سورة ق، آية 7.

قال تعالى﴿ وَمِن كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾[2] أي جميع المخلوقات أزواج سماء وأرض ، ليل ونهار، شمس وقمر، بحر وبر، ضياء وظلام[3] والمقصود به الشيء ونظيره.

والنكاح بمعنى نكح يَنْكِح نكاحا، وتطلق كلمة النكاح على الضم والجمع فيقال:" تناكحت الأشجار أي انضمت إلى بعضها ويقال نكح المطر الأرض أي اختلط فيها.[4]

كما ان له معنى الوطء ويطلق على العقد مجازا لأنه سبب في الوطء.[5]

وجاء ذكر النكاح في القرآن الكريم بمعنى التزويج فقط قال تعالى ﴿ وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ ﴾[6]، وكذلك قال تعالى ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾[7].

إذن الزوج له معاني عدة في اللغة والمعنى المقصود في بحثي هذا هو النكاح وهو لفظ استخدمه علماء الفقه الاسلامي للدلالة على الزواج.

الفرع الثاني: تعريف الزواج اصطلاحا

بعد ان تعرفنا على المعنى اللغوي للزواج في الفرع الأول سنتطرق في الفرع الثاني إلى المعنى الاصطلاحي للزواج وذلك من خلال تعريفه في الفقه الاسلامي ثم ثانيا تعريفه في القانون.

---

(1) ابن كثير، تفسير القرآن الكريم العظيم، ط1، دار بن الهيثم، القاهرة، 1426 هـ/ 2005 م، ج4، ص 2684.

(2) سورة الذاريات، آية 49.

(3) تفسير ابن كثير، المرجع السابق، ج4، ص 2703.

(4) ابن منظور، لسان العرب، 1885، ص

(5) عبد الرحمان الجزائري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424 هـ/ 2002 م، ج 4، ص 07.

(6) النور، آية 32.

(7) سورة الاحزاب، آية 49.

أولا: تعريف الزواج في الفقه الاسلامي

بالنسبة لكلمة الزواج فقد شاع استعمالها للارتباط بين المرأة والرجل وهذا قصد الاستئناس وتحقيقا للمقاصد التي شرع لأجلها الزواج وهي الحفاظ على النسل البشري فقد جاء في الحديث الشريف قوله صلى الله عليه وسلم (تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم)[1]، والمراد هنا الحث على الزواج لما فيه من اعفاف لشبابنا المسلم وتحقيقا لأهدافه،

أما في المعنى الفقهي فنجد أن الفقهاء قد اختلفوا فيه حيث نجد أن الحنفية عرفوه بأنه:" عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصرا"[2].

ومعنى "ملك المتعة" اختصاص الرجل ببعض المرأة حيث يقول بعضهم أنه يفيد ملك الذات في حق الاستمتاع [3]

أما الشافعية فقد ذهبوا إلى انه:" عقد يتضمن ملك وطء بلفظ انكاح أو تزويج أو معناهما" والمراد أنه يترتب عليه ملك الانتفاع باللّذة المعروفة .[4]

في حين ذهب المالكية الى أنه:" عقد على مجرد متعة التلذذ بأدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقدة حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الاجماع على غير المشهور" ومعناه أن النكاح عبارة عن عقد على متعة التلذذ المجردة .[5]

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، حديث رقم 5066 وأخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم 1400.

(2) عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ/2003 م، ج 4، ص8.

(3) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1402 هـ/ 1982 م، ص

(4) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص8.

(5) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص8

إذن قوله هو" عقد "بمعنى يقوم على رضا كل من الطرفين أما قوله: على مجرد متعة التلذذ بآدمية فهي الطريقة التي شرعها الله لتنظيم المعاشرة بين الزوجين.

وقوله إنه "غير موجب لقيمتها" فهو ليس بيع حتى يوجب قيمة الزوجة كذلك في قوله "ببينة قبله" يقصد الإشهاد، وإن كانت محرمة عليه بالكتاب وعقد عليها وقع العقد باطلا فلا يسمى نكاحا وإن كانت محرمة بالإجماع سمي نكاحا فاسدا.[1]

أما الحنابلة فقد عرفوه بانه:" النكاح عقد التزويج أي عقد يعتبر فقط لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمة أو حقيقة في العقد مجاز في الوطء لأنه المشهور في القرآن الكريم والاخبار"[2].

نجد ان تعريف الحنابلة قريب من الشافعيةوالملاحظ أن التعريفات السابقة اشتملت على لفظ النكاح واكتفت بالغرض من العقد هو المتعة.

أما الفقهاء المعاصرون فنجد ان أبو زهرة عرف النكاح بانه:" هو عقد يفيد رجل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يتقاضاه الطبع الانساني وتعاونها مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات".[3]

كذلك عرفه مصطفى شلبي على أنه :"عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل التمتع بامرأة ما لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها وحل استمتاع المرأة به"[4].

---

(1) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص8

(2) البهوتي: كشاف القناع عن متن الاقناع، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403 ه/ 1983 م، ج 5، ص 5.

(3) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1329ه/ 1950م، ص 17.

(4) محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1403 ه/1983 م، ص46.

وعرفه عبد الوهاب خلاف:" هو عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع ويجعل لكل منهما حقوقا قبل صاحبه وواجبات عليه فهو من عقود التمليك.[1]

ونجد السيد سابق في فقه السنة عرفه على انه:" عقد يفيد حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر على الوجه الذي شرعه الله".[2]

إذن من الملاحظ ان لفظ النكاح أكثر استعمالا لدى الفقهاء القدامى في حين يكون لفظ النكاح والزواج لهما نفس المعنى في الاصطلاح بينما يختلف معناهما لغويا.

ثانيا: التعريف القانوني للزواج

بعد أن تطرقنا إلى التعريف الفقهي للزواج حيث وجدنا في كل التعريفات السابقة او اغلبها انه عقد يفيد اباحه استمتاع الرجل بالمرأة بالطريقة الشرعية التي اباحها الله عز وجل ولفظ النكاح يفيد الوطء ويطلق على العقد مجازا , سنتطرق الان إلى التعريف القانوني للزواج حيث ان اغلب قوانين الاحوال الشخصية العربية عرفت الزواج وسنذكر منها على سبيل المثال .

1-تعريف المشرع الجزائري للزواج:

لقد عرف المشرع الجزائري الزواج في نص المادة الرابعة من الأمر رقم 05 -02 المؤرخ في 15 فبراير 2005 المتضمن قانون الأسرة على أنه:" الزواج هو عقدنا رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي من أهدافه التكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون

---

[1] عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2017، ص15.

[2] السيد سابق، فقه السنة، مجلد 2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، . 1403 هـ/ 1983 م، ص7.

واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"[1]والملاحظ في هذه المادة المعدلة بموجب الأمر رقم 05 -02 المعدل والمتمم للقانون رقم 84- 11 أن المشرع أضاف عند تعديله للمادة جملة "رضائي" أي انه صرح بعنصر الرضا بين الطرفين المتعاقدين في عقد الزواج وهما الرجل والمرأة[2] وهذا يدل على أن الزواج يقوم أساسا على الرضا باعتباره عنصرا اساسيا في العقد[3] ومنه نستنتج أن المشرع أعطى للمرأة الحق في اعلان رضاها و عند تخلفه ينتج عنه بطلان العقد وهذا ما جاء في المادة 33 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه:" يبطل الزواج اذا اختل ركن الرضا"[4], كذلك نجده اكد على أن هذا العقد يتم على الوجه الشرعي وذكر الهدف من عقد الزواج وهو تكوين اسرة متماسكه كذلك واحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب وهذه الاهداف من المقاصد الشرعية للزواج التي جاءت بها الشريعة الإسلامية, و نلاحظ كذلك أنه لم يتعرض لموضوع عقد الزواج [5]وبهذا يكون القانون قد أهمل موضوع العقد وذكر غايته فموضوع الزواج هو الاستمتاع والمعاشرة واثاره حل الاستمتاع على الوجه المشروع.[6]

أما بالنسبة للدول العربية الاخرى فمثلا دول المغرب العربي فنجد أن مجلة الأحوال التونسية لم تتعرض لتعريف الزواج[7]، أما بالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية الموريتانية فنجدها عرفت الزواج في المادة الاولى من الكتاب الأول:" الزواج عقد شرعي بين رجل

---

(1) قانون رقم 84 / 11مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 05/ 02المؤرخ في 27 فبراير 2005.

(2) عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1428، 2007م، ص 26.

(3) بن شويخ الرشيد، المرجع السابق، ص24.

(4) أمر رقم 02/05 المعدل والمتمم للقانون رقم 11/84 المتضمن قانون الاسرة الجزائري

(5) عبد القادر بن حرز الله، المرجع السابق، ص26.

(6) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية،

(7) أمر عدلي مؤرخ في 06 محرم 1376 هـ الموافق لـ 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الاحوال الشخصية للجمهورية التونسية.

وامرأة على وجه الاستمرار يقصد منه الاحصان والانجاب بإنشاء اسرة تحت قوامة الزوج على اسس ثابته تضمن للزوجين القيام بواجبات الزوجية في ود واحترام"[1]

كما نجد أن مدونة الأسرة المغربية عرفت الزواج في المادة الرابعة من الكتاب الاول الزواج القسم الأول الخطبة والزواج على أنه:" الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الاحصان والعفاف وانشاء اسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة"[2].

في حين نجد قانون الأحوال الشخصية الليبي عرفه في المادة الثانية من الباب الأول الزواج الفصل الثاني الأحكام العامة أنه:" الزواج ميثاق شرعي يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة تحل به العلاقة بين رجل وامرأة ليس أحد هما محرم على الآخر"[3].

أما بالنسبة لدول المشرق العربي نذكر منها:

قانون الأحوال الشخصية السوري تنص المادة الأولى على ان: "الزواج عقد بين رجل وامرأة يحل كل منهما للأخر شرعا غايته انشاء رابطة للحياة المشتركة وللنسل"[4].

في حين عرفه قانون الاحوال الشخصية الأردني في المادة الخامسة منه: "الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا لتكوين اسرة وايجاد نسل"[5].

---

(1) قانون رقم 52/2001 بتاريخ 19 يوليو 2001م يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية، الجريدة الرسمية ع 1004 ,15,أغسطس 2001م .

(2) ظهير شريف 22/04 الصادر في 12 ذي الحجة 1424 هـ الموافق ل 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة الجريدة الرسمية عدد 5184 المؤرخ في 14 ذي الحجة 1424 هـ الموافق ل 05 فبراير 2004 م.

(3) قانون رقم 10 لسنة 1984 بإنشاء الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم. وتم تعديل بعض احكامه بالقانون 14لسنة 2015م

(4) مرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

(5) القانون رقم 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية عدد 5061 المؤرخ يوم الاحد 9 ذو القعدة 1431هـ الموافق ل17 أكتوبر 2010م.

نصت المادة 19 من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي:" الزواج عقد يفيد حل استمتاع احد الزوجين بالأخر شرعا غايته الاحصان وانشاء أسرة برعاية الزوج على اسس تكفل لهم تحمل اعبائهما بمودة ورحمة"[1].

أما قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت فعرفه في المادة الأولى منه:" الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته السكن والاحصان وقوة الأمة".[2]

الفرع الثالث: الحكمة من الزواج ومقاصده الشرعية

أكيد بالنسبة للزواج فهو مشروع بالكتاب والسنة فنجد في الكتاب قوله تعالى﴿ فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ ۖ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ۚ ذَٰلِكَ أَدْنَىٰ أَلَّا تَعُولُوا ﴾[3]

كذلك قوله تعالى﴿ وَأَنكِحُوا الأيامى مِنكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِن يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ ﴾[4]

وكذلك قوله تعالى﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[5]

أما بالنسبة للسنة فقد وردت أحاديث كثيرة تحث على الزواج وترغب فيه منها:

قوله صلى الله عليه وسلم{ يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج }[1]

---

(1) القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

(2) القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون اجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء.

(3) سورة النساء، آية 03

(4) سورة النور، آية 32.

(5) سورة الروم، آية 21.

كذلك قوله صلى الله عليه وسلم {تزوجوا الولود الودود فاني مكاثر بكم الامم يوم القيامة}[2].

كذلك قوله صلى الله عليه وسلم {النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني}[3]

إذا تمعنا نجد أن الإسلام رغب في الزواج وإنما رغب فيه على هذا النحو لما يترتب عليه من آثار تعود على الفرد والمجتمع بالنفع وعلى البشرية عامة , فالزواج أحسن وضع طبيعي وأنسب مجال لإشباع الغريزة [4] إذا فهو إعفاف للزوجين وصيانتهما عن الوقوع في المحرمات وتحقيق السكينة والطمأنينة لكل من الزوجين لقوله تعالى﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا ﴾[5]

فحفظ النسل فهو الوسيلة الشرعية لإنجاب الأولاد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "تزوجوا الولود الودود فاني مكاثر بكم الأمم",فنجد دولا عديدة أصبحت تحرص أو تعمل على تشجيع الولادات وهذا بإعطائي مكافآت لمن زاد عدد أفراده لما فيه من المصالح العامة والخاصة كذلك حفظ الأنساب من الاختلاط وهذا لا يكون إلا بالزواج الشرعي الصحيح لحفظ النوع البشري بشكل سليم إذ القصد الأصلي هو التناسل وحفظ النوع البشري وتحقيق الغرض من خلق الإنسان وهو اعمار الأرض لقوله تعالى﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَائِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾[6]ومن تأمل قوله تعالى﴿ نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَّكُمْ فَأْتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّىٰ شِئْتُمْ ۖ وَقَدِّمُوا لِأَنفُسِكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّكُم مُّلَاقُوهُ ۗ وَبَشِّرِ الْمُؤْمِنِينَ﴾[7]نجدها تشير إلى أن الزواج

---

(1) أخرجه البخاري في صحيحه، حديث رقم 5066 وأخرجه مسلم في صحيحه حديث رقم 1400.

(2) أخرجه أحمد في المسند 156/3 وأخرجه البيهقي في سننه في كتاب النكاح باب استحباب التزويج بالولود 81/7 واسناده حسن.

(3) اخرجه البخاري في كتاب النكاح، باب الترغيب في النكاح، حديث رقم 5063.

(4) السيد سابق، المرجع السابق، ص10.

(5) سورة الروم، آية 21.

(6) سورة البقرة، آية 30.

(7) البقرة، أية 223.

شرع للنسل لأنه أخبر أن النساء موضع حرث الرجال والحرث لا يكون إلا للأنبات[1] فالله سبحانه وتعالى بتشريعه للزواج كرم الإنسان ورفع من شأنه وجعل اجتماع الذكر بالأنثى تحكمه ضوابط وتنشأ عنه حقوق وواجبات لكل من الطرفين.

المطلب الثاني

تعريف الكفاءة في الزواج ومشروعيتها

بعد أن تطرقنا في المطلب الأول الى التعريف بالزواج والإشارة الى مقاصده وجدنا أنه من اهم العلاقات أو بالأحرى من أخطارها والتي يتوجب تحري فيها الحذر والدقة هي اختيار الطرف الآخر أو الشريك لأن اختيار الشريك الصالح ينتج عنه اقامة حياة اسرية مستقرة طيبة تسودها السكينة والرحمة والمودة وهذا يضمن الاستمرارية والديمومة وهكذا يتحقق اهم مقصد للزواج فالإسلام كان دائما يسعى إلى تكوين الفرد وجعله صالحا مؤهلا لتكوين مجتمع سوي فاذا تمعنا في النفس البشرية نقف عاجزين أمام قدرة الله عز وجل فقد جعل الاختيار فطرة فأهل الايمان تتألف أرواحهم لذا وجب توخي الصلاح في الزوجين اذا اردنا للزواج أن يأتي بثماره ويحقق مقاصده التي جاء من أجلها وجب ان يكون هناك تكافؤ بين الزوجين.

سنتناول في هذا المطلب تعريف الكفاءة في اللغة والفقه الاسلامي والقانون في الفرعين الأول والثاني ثم في الفرع الثالث سنتناول مشروعيه الكفاءة.

الفرع الأول تعريف الكفاءة لغة

الكفاءة في اللغة من الكَفِيءُ أي النَظيرُ وكذلك الكفـءُ والكُفِؤُ على فُعْلٍ وفُعُولٍ ومصدره الكفاءة بالفتح والمدّ وتقول لا كِفَاءَ له بالكسر أي لا نظير له، والكُفـءُ النظيرُ

---

[1] مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص56.

والمساوي ومنه الكفاءة في النكاح، وهو أن يكون الرجل مساويا للمرأة في الدين وما إلى ذلك[1].

قوله تعالى ﴿ وَلَمْ يَكُن لَّهُۥ كُفُوًا أَحَدٌۢ ﴾[2] أي لا مثيل له فلا يساويه احد.

وفي الحديث {المسلمون تتكافؤ دمائهم} أي تتساوى وفي حديث العقيقه "شاتان متكافئتان"[3] أي متساويتان والتكافؤ الاستواء[4].

إذا الكفاءة في اللغة تعني المماثلة والمساواة والمناظرة.

الفرع الثاني: تعريف الكفاءة في الزواج اصطلاحا

رأينا معنى الكفاءة لغة والان سنتطرق في هذا الفرع إلى تعريف الكفاءة اصطلاحا من خلال معرفة تعاريف الكفاءة في الفقه الاسلامي واستعراض آراء فقهاء المذاهب الأربعة وتعريفات بعض الفقهاء المعاصرين ثم نتطرق إلى التعريف القانوني فنستعرض تعريفات بعض تشريعات الاحوال الشخصية في القوانين العربية.

أولا : تعريف الكفاءة في الزواج لدى الفقه الاسلامي

عند الحنفية : الكفاءة هي المساواة الرجل للمرأة في امور مخصوصه وهي ست النسب والاسلام والحرفة والحرية والديانة والمال[5] وهو تعريف مأخوذ من اللغة.

---

(1) ابن منظور، مرجع سابق، ط1، ج2، ص 139.

(2) الاخلاص، آية 04.

(3) أبو حمزة سعيد بن عبد القادر بن سالم باشنفر، الكفاءة في النكاح بين العرف والشرع، ط 1، 1468 هـ/ 2007م، دار ابن حزم، بيروت، ص07.

(4) ابراهيم رفعت الجمال، معايير الكفاءة في النكاح، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2005، ص 09.

(5) عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2002، ص53.

أما المالكية: فقد عرفوها بانها المماثلة في أمرين: أحدهما التدين بأن يكون مسلما غير فاسق ثانيهما السلامة من العيوب التي توجب للمرأة الخيار في الزواج[1].

عرفها الشافعية: أن الكفاءة أمر يوجب عدمه عارا وضابطها مساواة الزوجة في كمال أو خسة ما عدا السلام من عيوب النكاح[2].

أما الحنابلة: فقالوا الكفاءة هي المساواة في خمسه أمور الديانة، الصناعة، واليسار، الحرية والنسب[3].

اذا نلتمس من تعريف فقهاء المذاهب الأربعة ان الكفاءة عندهم تتحقق بتحقق المساواة في أوصاف مخصوصة حسب اجتهاداتهم اي مماثله الزوج للزوجة في أوصاف مخصوصة ونجد ان آرائهم تفاوتت بين التوسيع والتضييق، الا أن تعريف الشافعية جاء شاملا حيث أنه تطرق إلى لفظ أي أمر يوجب عدمه عار أي ذكر عله اعتبار الكفاءة .

أما بالنسبة للفقهاء المعاصرين

فقد عرفها السيد سابق: "والمقصود فيها باب الزواج ان يكون الزوج كفؤا للزوجة أي مساويا لها في المنزلة ونظيرا لها في المركز الاجتماعي والمستوى الخلقي والمالي"[4] ثم نجده يفسر تعريفه بي لا شك في أنه كلما كانت منزلة الرجل مساوية لمنزلة المرأة كان ذلك ادعى لنجاح الحياة الزوجية واحفظ لها من الفشل والاخفاق.[5]

---

(1) المرجع نفسه، ص57.

(2) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص57.

(3) المرجع نفسه، ص59.

(4) السيد سابق، المرجع السابق، ص126.

(5) المرجع نفسه.

عرفها وهبه الزحيلي بقوله: "المماثلة بين الزوجين دفعا للعار في أمور مخصوصة"[1] ويراد منها تحقيق المساواة في أمور اجتماعية من أجل توفير استقرار الحياة الزوجية وتحقيق السعادة بين الزوجين حيث لا تعير المرأة أو أوليائها بالزواج بحسب العرف".

أما بالنسبة لعبد الوهاب خلاف فعرفها على أنها: "مساواة الزوج زوجته في المنزلة بحيث لا تكون الزوجة ولا أوليائها عرضه للتعيير بهذه المصاهرة حسب العرف "[2].

أما الدكتور مصطفى شلبي فعرفها: "المساواة أو المقاربة بين الزوجين في امور مخصوصه بحيث لو اختلت كانت الحياة الزوجية غير مستقرة لما يلحق الزوجة وأوليائها من التعيير والاذى" .[3]

أما أبو زهرة فعرفها: "المراد بها في النكاح المساواة بين الزوجين في امور مخصوصة يعتبر الاخلال بها مفسدا للحياة الزوجية"[4].

والملاحظ من هذه التعريفات أنها لا تختلف كثيرا عن تعريفات الفقهاء الأربعة فالكفاءة عندهم هي المماثلة والمساواة في امور مخصوصة رغم اختلاف التعابير.

ثانيا: التعريف القانوني للكفاءة في الزواج

بعد ان رأينا التعريف الفقهي للكفاءة في الزواج واتفاق أغلبيه الفقهاء على انها المساواة بين الزوجين في امور مخصوصة وجب علينا التطرق الى التعريف القانوني والبحث في مسالة التنظيم القانوني لأحكامها في التشريعات العربية المقارنة الخاصة بالأحوال الشخصية حيث نجد ان دول المغرب العربي لم تتطرق الى مساله الكفاءة في الزواج منها الجزائر باستثناء القانون الليبي.

---

(1) وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1985، ج7، ص 229.

(2) عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص70.

(3) مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 309.

(4) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، ص 185.

لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة صراحة على مسالة الكفاءة في الزواج حيث اكتفى بالمادة 222 من الأمر رقم 05-02 التي تحيلنا بطبيعة الحال إلى احكام الشريعة الإسلامية اذ لم يرد نص[1], في نفس الوقت نجد أن أغلب التشريعات العربية المقارنة نظمت موضوع الكفاءة في الزواج كذلك وضعت احكام وافردت لها نصوص خاصة من بينها :

القانون الليبي حيث نظمها في المادة 15 من الفصل الثالث بعنوان اركان الزواج وشروطه[2].

في حين نظمها المشرع السوري في سبع مواد من المادة 26 إلى المادة 32 من قانون الأحوال الشخصية.[3]

أما بالنسبة للقانون الاماراتي فنجد انه نظم الكفاءة في الزواج في خمس مواد من المادة 21 الى المادة 25 من قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة في الكتاب الاول الباب الثاني[4].

أما قانون الأسرة القطري فنجده نظمها في الفصل السادس من الكتاب الاول من المادة 31 الى المادة 35 من قانون الأسرة القطري[5].

أما المشرع الاردني نظمها في ثلاث مواد من المادة 21 إلى المادة 23 من الفصل الرابع تحت عنوان الكفاءة في الزواج في الباب الاول مقدمات الزواج[1].

---

(1) المادة 222 من الأمر رقم 05 /02 المعدل والمتمم لقانون رقم 11/84.

(2) قانون رقم 10 لسنه 1984 بلسان الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق واثارهم تنفيذا لقرارات المؤتمرات الشعبية الأساسية في دور انعقادها العادي الثالث لسنه 1983/1393/92.

(3) المرسوم التشريعي 59 لعام 53 المعدل بالقانون رقم 04 لسنه 2019 المؤرخ في 7 فبراير 2019 المتضمن قانون الاحوال الشخصية السوري.

(4) القانون الاتحادي رقم 28 لسنه 2005 المعدل والمتمم بالقانون رقم 08 لسنه 2019 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدوله الامارات العربية المتحدة.

(5) قانون رقم 22 لسنة 2006 قانون الاسرة القطري .

في حين أن المشرع الكويتي نظمها تحت عنوان الكفاءة في الفصل الأول من الباب الثالث المعنون بالزواج من قانون الأحوال الشخصية الكويتي من المادة 34 الى المادة 39.

ما نلاحظه مما سبق انه غالبية القوانين العربية نظمت أحكام الكفاءة في الزواج واخذت بها فهي تتفق مع الفقه الاسلامي في الاخذ بها وما يؤخذ عليها انها لم تضع لها تعريفا محددا وترك الأمر للفقه.

المطلب الثالث

الحكمة من الكفاءة في الزواج ومشروعيتها

بعد انتهائنا من ازاله الغموض عن مصطلح الكفاءة والزواج لغويا وفقهيا وقانونيا يمكننا الآن التطرق إلى مسالة مشروعيه الكفاءة في الزواج في الفقه الاسلامي وكذلك في القانون لكن قبل ذلك تجب الإشارة إلى الحكمة من اعتبار الكفاءة في الزواج.

الفرع الأول: الحكمة من تشريع الكفاءة الزوجية

الله سبحانه وتعالى عند تشريعه أمرا فالحكمة من هذا التشريع هي درء مفسده وجلب مصلحته قال الله تعالى﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ ﴾[2]

وقال تعالى ﴿ هُوَ الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا ﴾[3]

والمقصود بالسكن هو الائتلاف أي الألفة والمحبة ,ونجد ابن كثير يقول في تفسيره لهذه الآية فان الرجل يمسك المرأة إنما لمحبته لها أو لرحمته بها بأن يكون لها منه ولد أو

---

(1) القانون رقم 36 لسنه 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(2) سورة الروم، آية 21.

(3) الاعراف، آية 189.

محتاجة اليه في الانفاق أو الألفة بينهما وغير ذلك[1], فالعلاقة المبنية بين الرجل والمرأة على المودة والرحمة يكون مصيرها الدوام والاستقرار فالأرواح الطيبة تتآلف في الخير والعمل الصالح وتحري الكفاءة في الزواج يذهب أثره إلى الأولاد لأن أغلب الظن عدم تكافؤ الزوجين ينتهي بالفراق وتبعات الانفصال تعود على الأولاد ويتحملون آثارها وهذا طبعا يكون جرما في حقهم , بهذا نصل إلى أن الكفاءة في الزواج تحقق المقاصد الشرعية للزواج.

الفرع الثاني: مشروعيه الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي

سنتعرف في هذا الفرع على آراء الفقهاء حول اعتبار الكفاءة فهي تعتبر من الأمور المختلف فيها بينهم ولهذا سنتطرق إلى عرض موقف الفقهاء من اعتبار الكفاءة والوقوف عند أدلتهم ومناقشتها والترجيح بينها.

أولا: القائلون بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج وادلتهم

سنتناول القائلين بعدم اعتبار الكفاءة وادلتهم على ذلك ثم الرد عليها ومناقشتها

يرى أصحاب هذا القول عدم اعتبار الكفاءة في الزواج، أي أنها ليست شرط فيه أصلا فيصح بذلك الزواج ويلزم سواء أكان الزوج كفؤا للزوجة أو غير كفء[2].

ذهب الى ذلك أبي الحسن الكرخي والجصاص وسفيان الثوري والحسن البصري وابن حزم الظاهري' وابو الحسن الكرخي من المجتهدين المخرجين في المذهب الحنفي الذي لم يعتبر الكفاءة في أي حال من الأحوال أو أمر من الأمور[3].

وقال ابن حزم أي مسلم ما لم يكن زانيا فله الحق ان يتزوج أيه مسلمه ما لم تكن زانيه[1].

---

(1) ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار ابن الهيثم، مصر، 1426هـ/2005 م، ط 1، ج3، ص2209.

(2) ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق ص18.

(3) وهبه الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر العربي، دمشق، 2010، ج8، ص228.

أدلتهم في ذلك:

1-من المنقول:

*من الكتاب : قوله تعالى﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴾[2]

تدل الآية على المساواة المطلقة بين الناس وأنه لا فضل بينهم إلا بالتقوى والعمل الصالح.[3]

وجاء في تفسير ابن كثير فجميع الناس في الشرف بالنسبة الطينية إلى آدم وحواء عليهم السلام سواء وانما يتفاضلون بالأمور الدينية، كذلك قوله تعالى﴿ والمؤمنون وَالمؤمنات بعضهم أولياء بَعض﴾[4] وقوله تعالى:﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ ﴾[5] أي الجميع اخوة في الدين.[6]

* **من السنة:** استدلوا من السنة بأحاديث كثيرة نذكر منها:

ما روي عن ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم قال: {الناس كلهم بنو ادم وادم خلق من تراب}[7]

كذلك قال رسول الله –صلى الله عليه وسلم– {الناس سواسية كأسنان المشط لا فضل لأحد على أحد إلا بالتقوى}[8].

---

(1) السيد سابق، المرجع الاسبق، ص126.

(2) سورة الحجرات، آية13.

(3) ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص24.

(4) سورة التوبة، آية 71.

(5) سورة الحجرات، آية 10.

(6) ابن كثير، المرجع السابق، ص2669، ج4.

(7) اخرجه الترميذي ، سنن الترميذي رقم3955 .

(8) سنن الترمذي، 835/5.

وجه الدلالة يدل الحديث على المساواة المطلقة بين الناس.

عن أبي نظرة حدثني من سمع خطبه رسول الله –صلى الله عليه وسلم– في وسط أيام التشريق فقال:" يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد وان آباءكم واحد ألا لا فضل لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي ولا أحمر على أسود ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى" أبلغت قالوا: بلغ رسول الله ، ثم قال: أي يوم هذا قالوا : يوم حرام ثم قال : أي شهر هذا، قالوا : شهر حرام ثم قال: أي بلد هذا قالوا : بلد حرام، قال: "فإن الله قد حرم بينكم دماءكم وأموالكم" قال: ولا أدري قال: أو "أعراضكم" ام لا "كحرمه يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا" أبلغت قالوا بلغ رسول الله قال: ليبلغ الشاهد الغائب".[1]

فموضوع الشاهد هنا لا فضل لعربي على عجمي الا بالتقوى.

وجه الدلالة أن البشر متساوون وان التفضيل يكون بتقوى الله فكان الحديث نص على عدم اشتراط الكفاءة .[2]

وما روي عنه –صلى الله عليه وسلم– أنه خطب فاطمة بنت قيس وكانت قرشية من بني فهر على أسامة بن زيد وهو من الموالي.[3]

وزوج الرسول –صلى الله عليه وسلم– ابنته من عثمان –رضي الله عنه– وزوج ابنته زينب من العاص بن الربيع وروى الدارقطني أن عبد الرحمن بن عوف زوج بلالا الحبشي أخته [4].

وجه الدلالة: أن الكفاءة لو كانت معتبرة لما قام رسول الله –صلى الله عليه وسلم–بتزويج هؤلاء .

---

[1] أخرجه أبو نعيم في ((حلية الأولياء)) (100/3)، والبيهقي في ((شعب الإيمان)) (5137)

[2] يمني عدنان حمدان، التفريق بين الزوجين لعدم الكفاءة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية الأردنية، رسالة ماجستير في الفقه وأصولهن كليه الشريعة، جامعه اليرموك، 2018 2019، ص

[3] عمر سليمان الاشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنه، دار النفائس، الاردن، ط1، 1418 – 1997، ص203.

[4] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص203.

2-أدلتهم من المعقول :

استدلوا أن الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع لكان الأولى اعتبارها في الدماء والقصاص فيقتل الشريف بالوضيع والعالم بالجاهل، فإذا كانت غير معتبرة في الدماء فلا تكون معتبرة في الزواج .[1]

جاء في المبسوط ويحكى عن الكرخي -رحمه الله-أنه كان يقول:" الأصح عندي ان لا تعتبر الكفاءة في النكاح أصلا لأن الكفاءة غير معتبرة فيما هو أهم من النكاح وهو الدماء، فان لا تعتبر في النكاح أولى"[2].

بالنظر إلى أدله أصحاب هذا الرأي من المنقول والمعقول أنهم يؤكدون على المساواة المطلقة بين الناس وأنهم لا يتفاضلون إلا بالتقوى.

3-الرد على ادلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج

رد القائلون باعتبار الكفاءة في الزواج على أصحاب الرأي القائل بعدم اعتبارها أن المراد من الآيات القرآنية بيان أحوال الآخرة إذ لا يمكن حملها على أحكام الدنيا[3], فالمقصود بها التفاضل يوم القيامة.

والمراد بالسواسية في الحديث السابق أن الناس متساوون في الحقوق والواجبات وفي أمور الدين أما ما وراء ذلك فلا شك أن الناس متفاوتون في المنازل والدرجات فهناك تفاضل في الرزق والثروة .[4]

قال تعالى﴿ وَاللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ ﴾[5]، كما ان هناك تفاضل في العلم قال تعالى {يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ ۚ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ}[1]

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص229.

[2] شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج5، ص 24.

[3] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص24.

[4] وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ص228.

[5] سورة النحل، آية 71.

قال تعالى{ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ}[2]

ورد على أحاديث تزويج النبي عند عدم الكفاءة بمعارضتها بأحاديث تتطلب الكفاءة فتكون محمولة على الندب والأفضل[3].

اما الرد على ادلتهم العقلية :

فلا يصح القياس على ذلك, فلو كانت الكفاءة معتبرة في القصاص لأدى ذلك الى تضيع المعنى الحقيقي الذي شرع لأجله القصاص,أما بالنسبة لاعتبار الكفاءة في الزواج فلتحقيق مصالح الزوجين ولا تتحقق تلك المصالح إلا باشتراط الكفاءة[4].

ثانيا: القائلون باعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم

سنتطرق إلى ذكر أصحاب الرأي القائل باعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم والرد عليها ومناقشتها .

اعتبر أصحاب هذا الرأي أن الكفاءة معنية في الزواج وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الرواية الأولى عن أحمد[5].

حيث استدل القائلون باعتبار الكفاءة في الزواج بنصوص من القران واحاديث من السنة النبوية والمعقول.

وأدلتهم في ذلك :

---

[1] سورة المجادلة، آية 11.

[2] سورة الزمر، آية 09.

[3] وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ص229.

[4] المرجع والصفحة نفسها

[5] ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي، رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار، دار عالم الكتب، الرياض، 1423 2003، ص204.

1-من المنقول :

***من الكتاب :**

قوله تعالى ﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [1]

فموضوع الشاهد : هنا وجعل بينكم مودة ورحمة.

وجه الدلالة : المقصود من الزواج هو المودة والسكون والرحمة, أي أن الأصل في اعتبار الكفاءة في الزواج هو الاستقرار فدوام الاستقرار, لا يتحقق بدونهما لأن النفس الشريفة ذات المنصب لا تسكن للخسيس, بل ذلك سبب العداوة والفتن والبغضاء والعار على مر الأزمان[2].

***من السنه :**

بالنسبة للسنة النبوية الشريفة فقد استدلوا بأحاديث كثيرة نذكر منها :

ما روي عن عائشة –رضي الله عنها– قالت:" اشتريت بريرة فاشترط اهلها ولاءها فذكرت ذلك للنبي –صلى الله عليه وسلم– فقال: اعتقيها لمن اعطى الورق فاعتقتها فدعاها النبي –صلى الله عليه وسلم– فخيرها من زوجها فقالت: لو اعطاني كذا وكذا ما ثبت عنده, فاختارت نفسها".

موضع الشاهد: هنا "فخيرها رسول الله" .

---

[1] سورة الروم، آية 21

[2] يمني عدنان حمدان، المرجع السابق، ص15.

وجه الدلالة: لما كانت الكفاءة معتبرة لما خيرها رسول الله –صلى الله عليه وسلم– فزوجها لم يكن كفئا لها بعد الحرية حيث إنها كملت تحت ناقص فانتفت كفاءته لها.[1]

حيث قال الشافعي في هذا الحديث "أصل الكفاءة في النكاح حديث بريرة".

ما روي عن هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة قالت: قال" رسول الله –صلى الله عليه وسلم–" تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء وانكحوا إليهم"[2]

موضع الشاهد : "وانكحوا الاكفاء" .

وجه الدلالة : أنه جاء بصيغه الأمر أي أمرنا النبي صلى الله عليه و سلم أن نطلب خير المناكح وأزكاها وأن نطلب لبناتنا الأكفاء[3].

كذلك بالنسبة للحديث النبوي الشريف أن النبي –صلى الله عليه وسلم– قال:" يا علي ثلاث لا تأخرها, الصلاة إذا أتت والجنازة إذ حضرت والأيم* أن وجدت كفؤا"[4].

كذلك قوله –صلى الله عليه وسلم "لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ولا يزوجونهم الا الأولياء"[5]

موضوع الشاهد : "لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء" .

وجه الدلالة : أنه منع الزواج بغير الكفؤ كما منع الزواج دون ولي, يمكن القول إن النهي الوارد في الحديث تيسير إلى اشتراط الكفاءة في عقد الزواج ومنع زواج غير الكفء .[6]

---

[1] ابن عابدين، المرجع السابق، ص204.

[2] محمد ناصر الدين الالباني صحيح الجامع 2928، اخرجه ابن ماجه، 1968،والحاكم (2687) والبيهقي (14130).

[3] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص19.

* الأيم: هي المرأة لا زوج لها وتطلق على المرأة والرجل.

[4] الترميذي، سنن الترميذي، رقم 171 مج 1، ص213.

[5] الدار قطني، سنن الدار قطني كتاب: النكاح رقم 3545 ج 3، ص175.

[6] يمني عدنان حمدان، المرجع السابق، ص17.

كما روي عن عمر –رضي الله عنه– أنه قال:" لا امنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء".[1]

2_من المعقول :

استدل أصحاب هذا الرأي بأن مصالح الزواج تختل عند عدم الكفاءة فهي لا تحصل إلا بالاستفراش, والمرأة الشريفة تستنكف استفراش غير الكفء[2].

كذلك مراعاة الكفاءة في الزواج تهيئ أسباب الألفة بين الزوجين، وهذا سيساعد على دوام حسن العشرة وبقاء الرابطة الزوجية وهذا لا يحصل إذا لم تعتبر الكفاءة[3] ,كذلك الضرر والعار يلحق الأولياء من مصاهرة من لا يناسبهم فتختل روابط المصاهرة, ولا مقاربة للنفوس عند مباعدة الأنساب[4],كما أن الزوج لا يتاثر بعدم الكفاءة عادة إلا أن للعادة والعرف السلطان الأقوى والتأثير أكبر على الزوجة[5].

الرد على ادله القائلين باعتبار الكفاءة في الزواج :

رد أصحاب الرأي غير المعتبر للكفاءة على ما استدل به المعتبرون بالكفاءة في الزواج من أحاديث السنة النبوية أنها كانت ضعيفة قال الكمال ابن الهمام:" هذه الأحاديث الضعيفة من طرق عديدة يقوي بعضها بعضا فتصبح حجة بالتظافر والشواهد, وترتفع إلى مرتبه الحسن لحصول الظن بحجه المعنى وثبوته عنه –صلى الله عليه وسلم– وفي هذا كفاية".[6]

---

[1] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص327.

[2] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص22.

[3] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص239.

[4] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص23.

[5] المرجع نفسه، ص 23.

[6] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص231.

أما استدلالهم بالمعقول فيعتمد على العرف، ولأن الدليل الأقوى للجمهور وهو المعقول يعتمد على العرف، فإن كان العرف بين الناس كما في عصرنا الحاضر هو عدم النظر إلى الكفاءة أصبح مبدأ المساواة هو الأساس في التعامل فلم يعد هناك داع للكفاءة[1].

ثالثا: الترجيح

بعد عرض آراء الفقهاء وأدلتهم ومناقشتها يتبين لنا أن رأي جمهور الفقهاء أولى بالترجيح والقبول لقوه أدلتهم فأدلة غير المعتبرين للكفاءة في الزواج أدلة عامة لم تخصص للنكاح فقط خاصة فيما استند إليه بالنسبة للقران الكريم كما أن عدم اعتبار الكفاءة مطلقا يؤثر سلبا على الزوجين ولطالما راعت الشريعة الإسلامية مصلحة الزوجين خاصة أن آثار الزواج تلحق بالأولياء والأولاد.

الفرع الثالث: مشروعيه الكفاءة في الزواج قانونا

بعد أن رأينا موقف الفقه الإسلامي من اعتبار الكفاءة في الزواج، سنتطرق الآن إلى موقف القانون من اعتبار الكفاءة في الزواج وذلك من خلال التطرق إلى موقف المشرع الجزائري من الكفاءة في الزواج وذلك بالتطرق إليه قبل التعديل وبعد التعديل والتعريج على بعض التشريعات العربية.

كما ذكرنا فيما سبق لم يتطرق قانون الاسرة الجزائري إلى موضوع الكفاءة في الزواج فأول قانون أسرة صدر عام 1984 وهو القانون 84-14[2] بتاريخ 9 رمضان 1404 هجري الموافق ل 9 جوان 1984 حيث لم يتم التطرق فيه إلى موضوع الكفاءة، فبالرجوع إلى المادة 222 من قانون الأسرة التي تنص على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية في حالة

---

[1] نفسه، ص 231.

[2] قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 0502 المؤرخ في 27 فبراير 2005.

عدم ورود نص قانوني فهل يمكن لقاضي شؤون الأسرة تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية خاصة أن بها مذاهب مختلفة كما أن مسألة الكفاءة في الزواج اختلف حولها الفقهاء من حيث اعتبارها إلى نوع شرط الكفاءة حتى الأوصاف المعتبرة حدث فيها اختلاف في الآراء,

نفهم ان سكوت المشرع الجزائري عن تنظيم موضوع الكفاءة في الزواج هو عدم اعتبار لها قبل تعديل 2005 كان المشرع الجزائري ينص في المادة 12 الملغاة على مسالة العضل التي تنص:" لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان الأصلح لها وإذا وقع المنع يجوز للقاضي أن يأذن به مع مراعاة المادة 09 من هذا القانون غير أنه للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إن كان في المنع مصلحة للبنت".

استعمل المشرع كلمه "الأصلح" لها يمكن أن يفهم منها "الأكفأ" لها وهنا إشارة ضمنية غير صريحة للكفاءة ويجوز لها اللجوء إلى القضاء في حالة المنع.

أما بعد أن صادقت الجزائر على اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة سيداو

كذلك اختلاف التيارات والاتجاهات الفكرية والاختلاف الأيديولوجي السياسي بين المحافظين والعلمانيين حتى هناك من طلب بإلغاء قانون الأسرة 84-11 لأنه لم يعد متماشيا مع متطلبات العصر نظرا للتفتح السياسي والديمقراطي الذي عرفته الجزائر حسب رأيهم.

رغم الجدل الحاصل, إلا أنه تم تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 05 -02 تحت تأثير الاتفاقيات والالتزامات الدولية والتي تنادى بمساواة المرأة بالرجل وتم تعديل العديد من المواد أهمها المادة 11 التي تجعل من دور الولي حضوريا بالنسبة للمرأة الراشدة كما تم إلغاء المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري التي ألغيت بموجب الأمر 05- 02 التي تنص على عضل الولي كذلك المادة 13 من قانون الأسرة الجزائري التي عدلت بموجب الأمر 05

-02 التي تنص على منع الولي من إجبار من في ولايته قاصرا أو راشدة على الزواج حتى ولو كان الزوج كفؤا, كذلك الغيت المادة 39[1] التي تنص على:" القوامة للزواج" كما تم توسيع أسباب الطلاق وهذا في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري تطبيقا والتزاما بالاتفاقيات الدولية.

إلا أنه وبعد التعديل لم ينص المشرع الجزائري في قانون الأسرة على مسالة الكفاءة في الزواج، ولا ربما من الأسباب التي لم ينص فيها المشرع على الكفاءة في الزواج هو تغيير المجتمع الجزائري ومحاولة المرأة مزاحمة للرجل والمساواة به في كل الميادين وأخذ حقوقها المنتهكة على حسب راي بعض الحركات النسوية العلمانية التي تدعي التحرر وجعل المرأة المسلمة مرأة متخلفة مضطهده منتهكه الحقوق لأنها متمسكة بدينها وبمبادئها غير ان الكفاءة شرعت لتضمن حقوقها بان يكون لها زوج كفؤ تطيب به العشرة الزوجية وتضمن استقرار الاسرة و صلاحها.

فبالنسبة لموقف الدول العربية من الكفاءة فقد سبق ذكر الدول التي تطرقت إلى تنظيم الكفاءة في الزواج مثل سوريا والأردن والكويت والإمارات العربية المتحدة على خلاف دول المغرب العربي التي لم تتطرق لموضوع الكفاءة في الزواج وسيتم التفصيل لاحقا بالنسبة للنوع صفه شرط الكفاءة في الزواج والجانب الذي تعتبر فيه

المبحث الثاني

الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج

بعد أن تطرقنا في المبحث الأول إلى تعريف الكفاءة في الزواج فقهيا وقانونا كذلك تطرقنا إلى مشروعيتها والحكمة منها في الفقه الإسلامي وعرضنا آراء الفقهاء بين معتبر لها

[1] قانون رقم 84-11، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، السالف الذكر.

وغير معتبر كذلك تطرقنا إلى أدلتهم الشرعية وناقشناها واستخلصنا الراجحة منها كذلك تطرقنا إلى بعض القوانين العربية التي تضمنت الكفاءة في الزواج وأخذت بها على غرار بعض الدول التي لم تتطرق لها ولم تنظمها ومثال ذلك قانون الأسرة الجزائري الذي يعتبر سكت عنها ولم يعتبر بها خاصة في تعديل قانون الاسرة سنة 2005

إذا سنتطرق في هذا المبحث إلى الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج

سنقسم المبحث إلى مطلبي الأوصاف المتفق على اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية في المطلب الأول ونتطرق فيه إلى الأوصاف المتفق على اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية في الفقه الإسلامي في الفرع الاول اما في الفرع الثاني الأوصاف المتفق على اعتبارها قانونا في القانون ثم نتطرق إلى الأوصاف المختلف في اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية في المطلب الثاني ونقسمها إلى أوصاف مختلف فيها في الفقه الإسلامي في الفرع الاول وأوصاف مختلف فيها قانونا في الفرع الثاني.

المطلب الأول

الاوصاف المتفق على اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية

اختلف الفقهاء في الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج، فقد قال ابن القيم في زاد المعاد حول آراء العلماء "وقد تنازع الفقهاء في أوصاف الكفاءة، فقال مالك في ظاهر مذهبه إنها الدين، وفي رواية عنه أنها ثلاثة الدين والحرية والسلامة من العيوب، وقال أبو حنيفة هي النسب والدين، وقال أحمد في رواية عنه هي الدين والنسب خاصة وفي رواية أخرى هي

خمسة الدين والنسب والحرية والصناعة والمال، وقال أصحاب الشافعي يعتبرون فيها الدين والنسب والحرية والصناعة والسلامة من العيوب المنفرة"[1].

مما تقدم نفهم أن الفقهاء اختلفوا فيما تكون الكفاءة، غير أنهم اتفقوا على اعتبار أمر واحد وهو الدين الذي أجمع عليه جميع الفقهاء .

لذا؛ سنرى في هذا المطلب الأوصاف المتفق عليها في الفقه الإسلامي ونعرض رأي الفقهاء وذكر الراجح من القول في الفرع الأول، ونتطرق إلى رأي القانون في الصفات المتفق عليها في الكفاءة في الزواج بالنسبة لبعض التشريعات العربية المعتبرة للكفاءة في الزواج في الفرع الثاني .

الفرع الأول: الاوصاف المتفق على اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية في الفقه الاسلامي.

أولا: الكفاءة في الدين

المراد بالدين الإسلام ويراد به في الكفاءة التقوى والصلاح[2] كذلك المراد به الصلاح والاستقامة.[3] فلا يكون الفاجر الفاسق كفؤا للمرأة الصالحة[4] لأن الفاسق مردود الشهادة والرواية، وهو نقص في إنسانيته ولأن المرأة تعير بفسق الزوج [5].

الرجل الكافر ليس بكفء للمسلمة فهو محرم زواج المرأة المسلمة بكافر أيا كانت ديانته أما المقصود هنا هو ما يقابل الفسق فاختلف الفقهاء في التسمية بين العفة الصلاح، التقوى، الديانة، وكلها بمضمون واحد.

---

[1] ابن قيم الجوزية، زاد الميعاد في هدى خير العباد، مؤسسه الرسالة، بيروت، الطبعة الاولى، 1430هـ/ 2009م، ص 799.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص332.

[3] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص71.

[4] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص332.

[5] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص238.

قال ابن القيم في زاد المعاد:" لم يعتبر القران والسنة في الكفاءة إلا الدين، فالذي يقتضيه حكمه –صلى الله عليه وسلم–اعتبار الدين في الكفاءة أصلا وكمالا، فلا تزوج مسلمة بكافر ولا عفيفة بفاجر، ولم يعتبر القران والسنة في الكفاءة أمرا وراء ذلك فإنه، حرم على المسلمة نكاح الزاني الخبيث، ولم يعتبر نسبا ولا صناعة ولا غنى ولا حرية، فجوز للعبد نكاح الحرة النسبية الغنية إذا كان عفيفا مسلما، وجوز لغير القرشيين نكاح القرشيات ولغير الهاشميين نكاح الهاشميات وللفقراء نكاح الموسرات" .[1]

فيعتبر الدين من أوصاف الكفاءة المعتبرة عند جمهور الحنفية, وخالفهم في ذلك محمد بن الحسن الشيباني كما اعتبرها الشافعية والمالكية والحنابلة.

حيث يقول الكاساني عن الحنفية[2]:" تعتبر الكفاءة في الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف حتى لو إن امرأة من بنات الصالحين إذا زوجت نفسها من فاسق كان للأولياء حق الاعتراض عندهما لأن التفاخر بالدين أحق من التفاخر بالنسب والحرية والمال والتعبير بالفسق أشد أوجه التعبير"[3].

وقال المالكية باعتبار الكفاءة في الدين أي التدين أي كونه غير فاسق لا بمعنى الدين أي الإسلام[4]. أما الشافعية فقالوا ينبغي أن يكون الرجل مساويا للمرأة في العفة والاستقامة فإن كان فاسقا فإنه لا يكون كفئا للعفيفة .[5] وعند الحنابلة:" لا يكون الفاجر الفاسق كفؤا للصالحة العدل العفيفة لأنه مردود الشهادة والرواية وذلك نقص في إنسانيته".[6]

---

[1] ابن قيم الجوزية، المرجع السابق، ص799.

[2] الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص 320، عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص224.

[3] المرجع نفسه، ص321.

[4] يمني عدنان حمدان، المرجع السابق، ص36.

[5] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص58.

[6] المرجع نفسه، ص59.

أولا: أدله الجمهور من شرط التدين.

1_من المنقول :

***الكتاب :**

قال تعالى{ الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ}[1].

وجه الدلالة : حرمة تزويج الرجل الفاسق بالعفيفة وكذا الفاجرة يحرم تزويجها بالرجل العفيف[2].

ورد عليه أن هذه الآية منسوخه بقوله تعالى: {وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ}.[3]

كما استدلوا بقوله تعالى﴿ أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا ۚ لَّا يَسْتَوُونَ﴾[4]

وجه الدلالة: دلت الآية على ان الفاسق لا يكون كفؤا إلا لفاسقه مثله[5] ورد عليه أن هذه الآية في حق الكافر والمؤمن عند الله يوم القيامة.

2-من السنة النبوية:

عن ابي حاتم المزني قال، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:{ اذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه إلا تفعلوا تكن فتنه في الأرض وفساد عريض} .[6]

وجه الدلالة: اعتبار الكفاءة في الدين

---

[1] سورة النور، آية 03.

[2] تفسير ابن كثير، ص 2000، ج3.

[3] سورة النور، آية 32.

[4] سورة السجدة، آية 18.

[5] هدى غيضان، الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الانسانية، المجلد 29، (7)، 2015، ص 442.

[6] سبق تخريجه،

ورد عن أبي نظرة قال حدثني من سمع خطبة رسول الله –صلى الله عليه وسلم– في وسط أيام التشريق:" لا فضل لعربي على عجمي ولا لعجمي على عربي"[1]

وجه الدلالة: دل على أن الأفضلية بين الناس بالتقوى معتبرة, وعليه, فإنه يعتبر في الزواج ورد عليه أنه يحمل أمور الآخرة لا الدنيا, فمثل هذه الأمور علمها عند الله فلا يبنى عليه أحكام الدنيا .[2]

المعقول: التفاخر بالدين أولى من التفاخر بالنسب والمال والحرية والتعيير بالفسق أشد أنواع التعيير[3].

الرأي الثاني: والذي يرى عدم اعتبار الدين في الكفاءة

وهو قول محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية فقد كان رأيه أن التدين غير معتبر فلا يقدح بالفسق، إلا إذا كان شيئا فاحشا بان كان الفاسق ممن يسخر منه ويضحك عليه، وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان معلنا لا يكون كفئا، وإن كان مستترا يكون كفؤا[4].

واستدل بالمعقول: لا تعتبر الكفاءة في الدين لأن هذا من أمور الآخرة والكفاءة من أحكام الدنيا .[5]

الرأي الراجح :

اعتبار الدين والأخذ برأي جمهور الفقهاء هو الأولى لأن الرجل الفاسق ليس كفؤا للمرأة الصالحة، ومنه حفاظا على حقوقها وحماية لنفسها ودينها ومالها وولدها من فسقه.

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 238.

[2] الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص317.

[3] الكاساني، المرجع السابّق، ص320.

[4] الكاساني، المرجع السابق، ص320.

[5] نفسه، ص320.

الفرع الثاني: الأوصاف المتفق عل اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية قانونا

بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري سبق ذكر أنه لم يتطرق لموضوع الكفاءة ولم ينظمها واكتفى فقط بالمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري التي تنص على أنه كلما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية.[1]

إلا أنه فيما يخص الدين فقد نص في المادة 05/30 من ق أ ج على أنه" يحرم من النساء مؤقتا زواج المسلمة من غير المسلم".[2]

وما يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يقصد بالدين مسالة الكفاءة خاصة وإنما قصد الدين الإسلامي عامة زواج المسلمة من غير المسلم، أما الدين المعتبر في الكفاءة في الزواج والذي يقصد به الصلاح والاستقامة إنما المقصود الدين الإسلامي للزوج لأنها ستكون ارفع منه شانا بإسلامها ولا ولاية لكافر على مسلم،

كما تجدر الإشارة إلى أن المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري الملغاة بالأمر رقم 05 –02 والتي كانت تتضمن عبارة "الأصلح" أي الاكفء والتي يقصد بها الدين والخلق كما ورد في الحديث عن النبي –صلى الله عليه وسلم–" إذا جاءكم من ترضونه دينه وخلقه فزوجوه" .

وكأنما المادة كانت تعبر عن الكفاءة –ضمنيا–فما يمكن قوله هنا أن إلغاء المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري لم يكن في محله .[3]

أما بالنسبة للتشريعات العربية التي أخذت بوصف الدين ونصت عليه صراحة نجد:

---

[1] المادة 222 من ق أ ج الأمر رقم 02/05 المعدل والمتمم للأمر رقم 11/84.

[2] المادة 30 من قانون الاسرة الجزائري.

[3] المادة 12 من قانون الأسرة الجزائري الملغاة بالأمر رقم 05 02 لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها وإذا وقع المنع يجوز للقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة تسعة من هذا القانون غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".

المشرع الإماراتي فقد جاء في المادة 22 من القانون الاتحادي:" العبرة في الكفاءة بصلاح الزوج دينا ويعتبر العرف في تحديد الكفاءة في غير الدين" .[1]

لم يستخدم عبارة الدين بل نجده أستخدم مصطلح الصلاح وهذا يدل على أنه لم يقصد الدين الإسلامي بل صلاح الرجل واستقامته في دينه وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الاتحادي في شرح المادة 22" أول ما يعتبر فيه الكفاءة هو صلاح الرجل في دينه ويكفي فيه ظاهر العدالة فلا تتزوج عفيفة بفاجر مستهتر".[2]

أما المشرع الأردني فقد نص في المادة 21" يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة في التدين والمال".[3]

فالمصطلح الذي استخدمه المشرع الأردني هو التدين وليس الدين وهو شامل لكثير من الأوصاف منها العفة والصلاح وحسن السمعة والخلق ويدخل فيه أمور العبادات وغير مما يراه الناس مدعاة ليكون الرجل متدينا .[4]

أما بالنسبة لقانون الأسرة القطري فقد نص في المادة 31 منه على أنه:" الكفاءة شرط في لزوم الزواج والعبرة فيها بالصلاح في الدين والخلق عند العقد"[5].

فنلاحظ أن المشرع القطري اعتبر أن الدين ويقصد به الصلاح والاستقامة في الخلق والدين معتمدا في ذلك إلى ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، أي لا تتزوج المرأة الصالحة بالرجل الفاسق لأنه غير كفء لها .

---

(1) القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

(2) المذكرة الايضاحية للقانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

(3) القانون رقم 362010 بتاريخ 26 سبتمبر المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

(4) يمنى عدنان حمدان، المرجع السابق، ص72.

(5) قانون رقم 22 لسنة 2006، المتضمن قانون الأسرة القطري.

أما المشرع الكويتي فقد تطرق في قانون الأحوال الشخصية في المادة 35 منه:" أن العبرة في الكفاءة في الصلاح في الدين".[1]

فجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون:" ويكفي فيه ظاهر العدالة فلا تتزوج عفيفة بفاجر مستهتر وهو ما يتناول الأخلاق الفاضلة ولا سيما ما تحتاج إليه الأمة[2]"

أي أن يكون الرجل صالح الدين غير فاسق فالمشرع الكويتي وضح معيارا واحدا للكفاءة وهو الصلاح والاستقامة.

مما سبق ذكره نستخلص إلى أن وصف الدين شرط أساسي في الكفاءة في الزواج وذلك باتفاق الفقهاء وحسب أغلب القوانين التي نضمت الكفاءة في الزواج وهذا بنصوص قانونية صريحة وواضحة غير أن هناك من ترك الأمر لعرف البلد السائد مثل القانون السوري وذلك في المادة 28 من قانون الأحوال الشخصية السوري:" العبرة في الكفاءة لعرف البلد"[3].

المطلب الثاني

الأوصاف المختلف في اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية

بعد أن رأينا في المطلب الأول الصفة المتفق عليها جمهور الفقهاء وهي صفة الدين بمعنى التقوى والصلاح، كذلك تطرقنا إلى أدله الجمهور في وصف الدين وكذا الرأي الثاني بعدم اعتبار الدين والراي الراجح بينهما وذكرنا القوانين العربية التي تعتبر وصف الدين شرطا أساسيا، ثم سنتطرق في هذا المطلب إلى الأوصاف المختلف فيها في الفقه الإسلامي في الفرع الأول ثم نرى نظره القانون في ذلك .

---

[1] القانون رقم 51 لسنة 1984 في شان الأحوال الشخصية الكويتي.

[2] القانون نفسه.

[3] القانون رقم 1953/59 المتضمن الأحوال الشخصية في الجمهورية العربية السورية.

الفرع الأول: الاوصاف المختلف في اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية في الفقه الاسلامي.

أولا: وصف النسب

يعتبر النسب من الخصال أو الصفات التي وقع الخلاف على اعتبارها في الكفاءة والمراد بالنسب هو صلة الإنسان بأصوله من الآباء والأجداد ويقصد به أن يكون الولد معلوم الأب لا لقيط أو مولى إذ لا نسب له معلوم[1], وجود النسب لا يستلزم الحسب[2], لكن وجود الحسب يستلزم النسب[3].

لم يعتبر المالكية الكفاءة في النسب، أما الحنفية فقد اعتبروا الكفاءة في النسب في الزواج من العرب فقد جاء في المبسوط على أنه:" قريش بعضهم أكفاء لبعض والعرب بعضهم أكفاء لبعض ولا يكون أحدا من العرب بكفء لقريش ولا يكون أحدا من الموالي[4] بكفء للعرب"[5].

ويعرف الأدنى نسبا ألا يكون من جنسها أو من قبيلتها لأن الناس صنفان عجم وعرب والعرب صنفان قرشي وغير قرشي فالعجمي ليس كفؤا للعربية وأن العربي من غير قريش ليس كفؤا للقريشية.[6]

أما عند الشافعية المرأة إذا كانت تنسب إلى شخص تشرف به وجب أن يكون الزوج منتسبا إلى مثل هذا الشخص سواء كان من العجم أو من العرب[1] فالقرشيون أكفاء لبعضهم

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص240.

[2] الحسب: هو الصفات الحميدة التي يتصف بها الأصول أو مفاخرة الآباء.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص240.

[4] الموالي: جمع مولى وهم خدم والخلفاء في لغة العرب واستخدم اللفظ للإشارة إلى المسلمين من غير العرب كالفرس والأفارقة.

[5] محمد مستوري، الكفاءة في الزواج ودور العرف في التوسعة من مجلاتها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 1، افريل 2020، ص 318.

[6] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص 53.

بعضا وبقية العرب ليسوا أكفاء لقريش ولكنهم أكفاء لبعض والعجم ليسوا أكفاء للعرب وما قيل في العرب يقال في العجم[2].

أما بالنسبة للحنابلة, فجاء النسب بلفظ المنصب فلا يكون العجمي وهو ليس من العرب كفا للعربية فإذا زوجها لولي من غير كفء وبغير رضاها كان اثما ويفسق الولي.[3]

والعرب بعضهم لبعض أكفاء والعجم بعضهم لبعض أكفاء غير قريش من العرب لا يكافئها وغير بني هاشم لا يكافئهم وهذا ما روي عن النبي –صلى الله عليه وسلم– "أن الله اصطفى من كنانة من ولد إسماعيل واصطفى من كنانة قريش واصطفى من قريش بني هاشم واصطفاني من بني هاشم"[4].

ان اعتبار النسب في الكفاءة ليس صحيحا لأنه ميزة الإسلام الجوهرية هي الدعوة إلى المساواة ومحاربة التمييز العرقي والعنصري[5].

ثانيا وصف المال

المراد بالمال باعتباره صفة من أوصاف الكفاءة في الزواج هو القدرة على المهر والنفقة على الزوجة، لا الغنى والثراء، فلا يكون المعسر كفؤا لموسرة.[6]

كذلك أن يكون قادرا على المهر والنفقة، لأنه من لا يقدر على مهر امرأته ونفقاتها لا يكون كفؤا لها أن المهر حكم من أحكام العقد ومن لم يكن قادرا عليه لا يكون قادرا على تكليفه[7].

---

(1) المرجع نفسه، ج4، ص58.

(2) عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص 58.

(3) نفسه، ص59.

(4) عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ج6، ص334.

(5) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص241.

(6) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص242.

(7) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ص 139.

بالنسبة للحنفية: فقد اعتبروا المال من أوصاف الكفاءة حيث يذكر الكاساني في البدائع:" فلا يكون الفقير كفؤا للغنية لان التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة و–خصوصا– في زماننا هذا ولان للنكاح تعلق بالمهر والنفقة تعلقا لازما فإنه لا يجوز دون المهر والنفقة لازمة والمعتبر فيه القدرة على مهر مثلها والنفقة",[1]وقداختلفوا في النفقة فقال بعضهم إنه يشترط أن يساويها في الغنى وقال بعضهم إنه يكفي أن يكون قادرا على دفع ما تعارفوا على تعجيله وأن يكون معه نفقه شهر إن لم يكن محترفا وان لا, فإن كان يكسب كل يوم كفايته فإنه يكون كفؤا لها في باب المال وهو ظاهر الرواية وهو الصحيح.[2]

وجعلوا شرط يسار الزوج قدرته على الإنفاق على زوجته.

أما عند المالكية: المشهور عندهم لا تعتبر الكفاءة في المال لكن منهم من يرى اعتبار المال من خصال الكفاءة في الزواج، قال الدردير في شرح الصغير:" الراجح أن هذه الثلاثة أي الحسب والنسب والمال لا تعيير فيها فالفقير كفء للحرة الشريفة ذات الجاه والغنية لعدم اشتراط النسب والمال والحال كما تقدم"[3].

وقد اعتبر ابن رشد الكفاءة في المال في بداية المجتهد بقوله:" ولم يختلف المذهب أيضا أن الفقر مما يوجب فسخ انكاح الأب ابنته البكر أعني إذا كان فقيرا غير قادر على النفقة عليها".[4]

أما الشافعية: فقد ذكروا المال بلفظ اليسار والأصح عندهم عدم اعتبار المال في الكفاءة فإذا تزوج الفقير غنية كان كفؤا لها ولا يقابل بعضه هذه الخصال ببعض .[5]

---

[1] الكاساني، المرجع السابق، ج 2، ص319.

[2] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص54.

[3] الدردير، الشرح الصغير، تحقيق مصطفى كمال وصفي، دار المعارف، القاهرة، ج2، ص 399.

[4] ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، دار المعرفة، بيروت، ط6، 1982، ج2، ص16.

[5] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص230.

قال الشربيني: "الأصح إن اليسار لا يعتبر في خصال الكفاءة لأنه ظل زائل وحال حائل ومال مائل ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر".[1]

أما الحنابلة: فذكروا لفظ اليسار مثل الشافعية ولهم روايتان الأولى : معتبر لليسار في الكفاءة وهو أن يقدر الزوج الإنفاق على زوجته, كما يجب, وكذلك تمكنه من أداء مهرها فلا يكون المعسر كفؤا للموسرة[2]، أما الثانية : غير معتبر لليسار في الكفاءة لان الفقر شرفا في الدين وليس أمرا لازما.

ثالثا :وصف الحرفة

الحرفة يراد بها العمل الذي يكسب به الإنسان قوت عيشه ويومه ويكون الزوج كفؤا للزوجة إذا كانت حرفتة مساوية أو مقاربة لحرفة الزوجة وأهلها.

فإذا كانت المرأة من أسرة تمارس حرفة شريفة فلا يكون صاحب الحرفة الدنيئة كفؤا لها[3] والعرف هو الذي يحدد شرف الحرفة من دناءتها فتختلف حسب الزمان والمكان[4].

فبالنسبة للحنفية: فلهم روايتان, ذكر الكرخي أن" الكفاءة معتبرة عند أبي يوسف فلا يكون الحائك كفؤا للجوهري والصيرفي وذكروا أن أبا حنيفة بنى الأمر فيها على عادة العرب أن مواليهم يعملون هذه الأعمال لا يقصدون بها الحرف فلا يعيرون بها وأجاب أبو يوسف على عادة أهل البلاد أنهم يتخذون ذلك حرفه فيعيرون بالدنيء من الصنائع فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة, وكذا ذكر القاضي في شرحه مختصر الطحاوي اعتبار الكفاءة في الحرفة ولم يذكر الخلاف فثبت الكفاءة بين الحرفتين في جنس واحد كالبزاز مع البزاز[5]

---

[1] عمر سليمان الأشقر، المرجع السابق، ص59.

[2] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص59.

[3] السيد سابق، المرجع السابق، المجلد الثاني، ص 131.

[4] المرجع نفسه، ص 131.

[5] البزاز: البز هو القماش والبزاز هو التاجر الذي يتاجر في القماش.

والحائك مع الحائك وتثبت عند اختلاف جنسي الحرف إذا كان يقارب بعضها بعضا كالبزاز مع الصائغ والصائغ مع العطار ولا تثبت فيما لا مقاربة كالعطار مع البيطار[1] والبزاز مع الخراز".[2]

جاء في المبسوط للسرخسي:" الحرفة ليست شيئ لازم فالمرأ تارة يحترف بحرفه نفيسة وتارة بحرفه خسيسة بخلاف صفه النسب لأنه لازم له وذل الفقر كذلك فإنه لا يفارقه"[3].

أما المالكية : لم يذكر الحرفة من خصال الكفاءة لأنها ليست بنقص في الدين ولا هي وصف لازم[4].

و الشافعية: لقد اعتبروا الكفاءة في الحرفة فإن أرباب الحرف الدنيئة في العرف كالكناس والحجام والحارس ليس كفؤا لصاحبه الحرفة الشريفة كالخياطة أو من أبوها خياط أو نحو ذلك من المهن الشريفة وصاحب المهنة ليس كفؤا لبنت التاجر وابن التاجر ليس كفؤا لبنت العالم أو القاضي نظرا للعرف في ذلك.[5]

أما الحنابلة: فذكروا الحرفة بلفظ الصناعة وللإمام أحمد روايتان في ذلك: أحدهما أن صاحب الصناعة الدنيئة لا يكون كفؤا لبنت صاحب الصناعة الشريفة، فالحجام والزبال لا يكونان كفؤا لبنت التاجر والبزاز الذي يتاجر في القماش.[6]

أما الثانية فلا تعتبرها من الكفاءة ولا يمكن الجزم بشرطيتها لأنها ليست بنقص في الدين ولا من لوازمه.

---

(1) البيطار: معالج الدواب.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص320، ابن عابدين، رد المختار، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423، 2003، ج4، ص 215.

(3) السرخسي، المرجع السابق، ص25.

(4) وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص243.

(5) عبد الرحمان الجزيري، ج4، ص58.

(6) عبد الرحمان الجزيري، ج4، ص59.

رابعا: السلامة من العيوب

يقصد بالسلامة من العيوب الجسمية المستحكمة التي لا يمكن العشرة معها إلا بعذر وتثبت للزوجة حق الخيار.[1]

حيث ذهب إلى اعتبارها المالكية والشافعية فقط أما الحنفية والحنابلة فذهبوا إلى عدم اعتبارها

بالنسبة للمالكية: اشترطوا السلامة من العيوب ولو من غير الخيار وقيل المراد مساواته لها فيما هي عليه من صفات الكمال[2]، واعتبرها القرافي في "الذخيرة" كمال الخلقة وفي الجواهر :" يأمر الولي باختيار كامل الخلق لقول عمر –رضي الله عنه–:" لا يزوج الرجل وليته للقبيح الذميم وإلى الشيخ الكبير فإن كان النقص يضر كالجنون والجذام, أو يؤدي إلى نقص الوطء كالعيوب المثبتة للخيار أبطل الله الكفاءة وكان لها رد النكاح وإلا فلا"[3].

والعيوب الموجبة للرد هي العيوب التي توجب الخيار لأحد الزوجين، وهي عند المالكية 13 عيبا أربع مشتركة بين الرجل والمرأة مثل الجنون والجذام والبرص، فمن كان به عيب منها رجلا أو امرأة ليس كفؤا للسليم من العيوب.[4]

أما بالنسبة للشافعية: فقط اعتبر السلامة من العيوب من الكفاءة حيث إن من كان به جنون أو جذام أو برص ليس كفؤا للسليمة عنها لأن النفس تعاف صحبة من به بعضها ويختل به مقصود النكاح[5].

ونجد الحنابلة: قد أشاروا إلى أن السلامة من العيوب ليست شرطا من شروط الكفاءة فإنه لا خلاف في أنه لا يبطل النكاح بعدمها، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون الأولياء[1].

---

(1) أمينة محمد يوسف الجابر، الكفاءة في الزواج بين الفقه والتقاليد، ص371.

(2) فاطمة عمر نصيف، الكفاءة في النكاح على ضوء الكتاب والسنة، دار الحمدي، السعودية، ط1، 1442هـ/2003 م، ص25.

(3) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الاسلامي، ط1، 1994، ج4ن ص 214.

(4) وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ص244.

(5) فاطمة عمر نصيف، المرجع السابق، ص25.

فوصف السلامة من العيوب كثيرا ما يؤدي إلى عدم استقرار الحياة الزوجية حيث يثير إشكالات عديدة والخيار يترك للزوجة في إسقاط هذا الحق أو انفاذه .

خامسا: وصف الاسلام

وهو شرط انفرد به الحنفية بالنسبة لغير العرب خلافا للجمهور والمراد به إسلام الأصول أي الآباء[2].

أما العرب فلا يعتبر فيهم لأنهم اكتفوا بالتفاخر بأنسابهم ولا يتفاخرون بإسلام أصولهم.[3]

ويرى أبو يوسف أن من له أب واحد في الإسلام كفء لمن لها آباء، لان التعريف عنده يكون كاملا بذكر الأب، أما أبو حنيفة ومحمد فلا يكون التعريف عندهما كاملا إلا بالأب والجد' أما الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة فيكفي عندهم إسلام الزوج دون آبائه.

سادسا: وصف الحرية

لفظ الحرية يفيد في معناه ضد الرق[4] والعبودية أي الحر يقابله العبد، كما يطلق على العبد القن [5]كذلك المكاتب[6]فالحرية من الصفات المعتبرة في الكفاءة عند الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية.

فبالنسبة للحنفية ذكر الكاساني في البدائع باعتبارها بقوله:" ومنها الحرية لأن النقص والشين بالرق فوق النقص والشين بدناءة النسب فلا يكون القن والمدبر والمكاتب كفؤا للمرأة بحال ولا يكون مولى العتاقة كفؤا لحرة الأصل و يكون كفؤا لمثله لان التفاخر يقع بالحرة الاصيلة و التعيير يجري في الحرية.

---

(1) المرجع نفسه، ص26.

(2) وهبه الزحيلي، المرجع السابق، ص239.

(3) السيد سابق، المرجع السابق، ص130.

(4) الرق: المملوك كلا أو بعضا جمع الرقيق

(5) القن: هو العبد الكامل في العبودية الذي لا يجوز بيعه ولا شراؤه.

(6) المكاتب: العبد الذي كاتبه مولاه.

كما اشترط الحنفية حرية الأصل أيضا فمن كان أحد آبائه رقيقا ليس كفؤا لحر الأصل.[1]

أما الشافعية: فقد ذهبوا إلى اعتبار الحرية من الكفاءة فقالوا الرقيق كلا أو بعضا ليس كفؤا لحره ولو عتيقة، لأنها تعير به، كما أنها تتضرر بسبب النفقة، فلا ينفق إنفاق الموسر واستدلوا بحديث بريرة.

وعند المالكية: وقع خلاف فجاء عن القرافي أن الكفاءة معتبرة في خمسة أوصاف منها الحرية فذكر أن مالكا استثقل زواج العبد ابنة سيده[2].

أما عن الحنابلة: فقالوا بأن الحرية من شروط الكفاءة في الزواج، فلا يكون العبد كفؤا لحرة والعتيق كله كفؤا للحرة.[3]

يقول ابن قدامة روى أن الحرية ليست شرطا في الكفاءة واستدل بحديث بريرة[4].

إذا مما سبق يتضح لنا اختلاف الفقهاء بين معتبر وغير معتبر للمعايير والأوصاف في الكفاءة للزواج إلا أن هذا الاختلاف مطلوب فهو مجموع اجتهادات لم تأت من فراغ بل الهدف منها المصلحة العامة والاحتياط حتى لا يقع الإنسان في الخطأ.

الفرع الثاني الأوصاف المختلف قانونا في اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية

بعد أن فصلنا في الأوصاف المعتبر في الكفاءة المختلف فيها بين الفقهاء سنتطرق في هذا الفرع إلى الأوصاف المختلف فيها في القانون حسب أعراف الدول وتشريعاتها بين معتبر وغير معتبر.

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص239.

[2] القرافي، المرجع السابق، ج 4، ص213.

[3] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج8، ص239.

[4] ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ج3، ص 22.

أولا: وصف النسب في القانون

بالنسبة للمشرع الجزائري سبق وذكرنا أنه لم يتطرق إلى موضوع الكفاءة ولم يبين أحكامها ولا أوصافها فنجده ترك الحرية للأفراد في تنظيم أوضاعهم ولعل هذا راجع لنسبية الموضوع[1].

كما نلاحظ عدم اعتبار النسب في الكفاءة في الزواج بالنسبة لقوانين الأحوال الشخصية العربية ولعل هذا السكوت هو تأثر بمذهب الإمام مالك وما ذهب إليه في مذهبه من عدم اعتبار لصفه النسب[2] غير أننا نجد قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني انفرد في نص المادة 65:" شرف العلم فوق شرف النسب فغير العربي العالم كفؤا للعربية وكانت قرشية والعالم الفقير كفؤ لبنت الغني الجاهل".[3]

فاعتبرت المادة شرفا العلم فوق وارفع من شرف النسب وهي تؤكد على عدم اعتباره شرطا لازما في الكفاءة.[4]

ثانيا: وصف المال في القانون

بالنسبة للمشرع الجزائري لم يتطرق إلى هذا الوصف باعتباره لم يتطرق إلى موضوع الكفاءة كذلك بالنسبة لدول المغرب العربي إلا أن المشرع الليبي فقط ترك الأمر إلى العرف فذكر في المادة 15 من قانون الأحوال الشخصية الليبي:" تراعى الكفاءة بين الزوجين حين العقد ويرجع في تفسيرها إلى العرف".[5]

---

[1] محمد مستوري، الكفاءة في الزواج ودور العرف في التوسعة من مجالاتها، المرجع السابق، ص319.

[2] بن شويخ رشيد، المرجع السابق، ص104.

[3] المادة 65 مجموعة القوانين الفلسطينية 11/10.

[4] حسن محمد عبد الحميد الكردي، الكفاءة في الزواج مقارنة بقانون الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية القانون ، الجامعة الاسلامية، غزة، ص 88.

[5] قانون الأحوال الشخصية الليبي.

كذلك الحال بالنسبة للمشرع السوري فقد ترك الأمر للعرف وذلك في نص المادة 28 من قانون الأحوال الشخصية السوري التي تنص:" العبرة في الكفاءة لعرف البلد".[1]

أما المشرع الكويتي والإماراتي فلم يتم التطرق إلى مسألة الكفاءة في المال وكذلك المشرع القطري.

إلا أن المشرع الأردني فقد نص صراحة على الكفاءة في المال وذلك في المادة 12:" يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة في التدين والمال وكفاءة المال أن يكون الزوج قادرا على المهر المعجل ونفقة الزوجة".[2]

يتضح جليا هنا تأثر المشرع الأردني بفقهاء الشريعة في اعتبار صفه المال حيث جعل الحد الأدنى أن يكون الزوج قادرا على المهر المعجل ونفقة الزوجة وهذا يوافق المقصد الشرعي وواقع المجتمع اليوم .[3]

كذلك نجد المادة 25 من قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني نصت على أنه:" يشترط في لزوم النكاح أن يكون كفؤا للمرأة في المال والحرفة"[4]، كذلك المادة 66 منه:" لا عبرة بكثرة المال في النكاح فمن قدر على المهر المتعارف تعجيله نفقة شهر"[5] وهنا نجده قد اعتبر الكفاءة باليسار هي كفاءة النفقة والمهر وأن يستطيع الإنفاق على زوجته ويكفل لها المعيشة".[6]

---

[1] مصطفى السباعي، المرجع السابق، ص155.

[2] القانون رقم 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[3] يمني عدنان حمدان، المرجع السابق، ص79.

[4] مجموعة القوانين الفلسطينية 11/10 من قانون حقوق العائلة

[5] مجموعة القوانين الفلسطينية 11/10

[6] حسن محمد عبد الحميد الكردي، المرجع السابق، ص95.

ثالثا: وصف الحرفة

بالرجوع إلى القوانين الأحوال الشخصية العربية نجد أن أغلبها لم تنص صراحة على ضرورة التكافؤ في الحرفة في حين ترك المشرع السوري تحديد الخصال لعرف البلد السائد في المادة 28 منه.

في حين نجد قانون الأحوال الشخصية الفلسطيني نص في المادة 63 على اعتبار الكفاءة في الحرفة حيث نصت:" يشترط لصحة النكاح أن يكون الزوج كفؤا للمرأة نسبيا إن كانا غريبين أصلا وإسلاما وصلاحا وحرفة"، ذكر مصطلح حرفة دليل على اعتبارها[1].

رابعا: السلامة من العيوب

بالنسبة للمشرع الجزائري فقد وضع نصا قانونيا يقوم بموجبه الراغبون في الزواج بتقديم وثيقة طبية حيث جاء في المادة 07 مكرر من قانون الأسرة الجزائري على أنه:" يجب على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو أي عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج"[2].

ما يتضح من هذه المادة شرط تقديم وثيقة طبية تؤكد خلو الطرفين من الأمراض التي تشكل خطرا وتتعارض مع أهداف الزواج كالسيدا وغيرها, كما ذكرت المادة على ضابط الحالة المدنية التأكد قبل تحرير العقد من خضوع الطرفين إلى الفحوصات، وضرورة التأشير بذلك في عقد الزواج، فيمكن القول إن العقد يكون موقوفا حتى يتم تقديم الوثائق الطبية من طرف الزوجين ,[3]كما جاء في المادة02/53 من قانون الأسرة الجزائري من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج من أسباب طلب الزوجة التطليق أي تمنحها الحق في

---

[1] الكردي، المرجع السابق، ص88.

[2] أمر رقم 05-02 المتضمن قانون الأسرة، السالف الذكر.

[3] حسن مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة مسائل الزواج وآثاره مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009، 2010، ص30.

طلب التطليق وإذا لم تكن على علم بالعيوب قبل الزواج ,هنا المشرع الجزائري جعل الأمر يعود إلى اختيار الزوجة .

أما المشرع الليبي الذي نظم الكفاءة في المادة 15 منه فقد نص في المادة سالفة الذكر فقرة 03 على أنه:" تراعى الكفاءة بين الزوجين حين العقد ويرجع في تفسيرها إلى العرف[1]".

كذلك قول المشرع السوري حيث جاء في المادة 28 منه العبرة في الكفاءة لعرف البلد إلا أنه في المادة 305 من قانون الأحوال الشخصية ذكر" كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي"[2].

إذا القانون السوري إذ أخذ بوصفي السلامة من العيوب فإنه سيأخذ بالمذهب الحنفي.

أما بالنسبة للقوانين العربية فلم تشر نصوصها في قوانين الأحوال الشخصية لمسألة السلامة من العيوب في باب الكفاءة، بل أوردت لها بابا خاصا تحت عنوان التفريق للعيوب ونظمت له أحكام مثل المادة 128 بالنسبة لقانون الأحوال الشخصية الأردني كذلك المادة 105 من قانون الأحوال الشخصية السوري كذلك نجد في فصل الفسخ للعيب للقانون الكويتي المادة 139 أما القانون القطري المادة 123 منه وما يليها.

إلا أن قانون الاحوال الشخصي الفلسطيني في المادة 298 منه نص على موضوع السلامة من العيوب بالنسبة للرجل حيث يحق للزوجة طلب التفريق بينها وبين زوجها.

خامسا : الاسلام

والتي يقصد بها اسلام الاصول

---

[1] القانون رقم 10 لسنة 1884

[2] المرسوم التشريعي رقم 59 لعام 53 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية.

فنجد أن القوانين العربية اكتفت بذكر صفه الدين والتي يقصد بها الصلاح والتقوى –كما سبق–الذكر وعليه فإن إسلام الأصول غير معتبر في الكفاءة في الزواج.

ولا يمكننا التحدث في وصف الحرية لأنه لم يعد هناك سببا لذكره في عصرنا وهذا لانعدام الرق وهذا بفضل ما جاء به الإسلام غير أنه يمكننا الحديث في صفات أخرى نص عليها القانون مثل وصف فارق السن فقد تطرق إليه المشرع الكويتي صراحة في المادة 36 منه جاء فيها:" التناسب في السن بين الزوجين يعتبر حقا للزوجة وحدها".[1]

كذلك نجد المشرع الإماراتي في المادة 21 نصا على أنه:" إذا كان الخطيبان غير مناسبين سنا بان كان سن الخاطب ضعف سن المخطوبة أو أكثر فلا يعقد الزواج إلا بموافقة الخاطبين وعلمهما وبعد إذن القاضي وللقاضي إلا يأذن ما لم تكن مصلحة في هذا الزواج"[2].

أما المشرع السوري فجاء في المادة 19 على أن:" إذا كان الخاطبان غير متناسبين سنا ولم يكن مصلحة في هذا الزواج فللقاضي إلا يأذن به.[3]

كما نص المشرع البحريني في المادة 37 التناسب في السن بين الزوجين يعتبر للزوجة وحدها.

ولعل من ابرز الصفات الحديثة التي تتغير بتغير الزمان والمكان و الاعراف هي التحصيل العلمي فعلماء الفقه الاسلامي واضحة اوصاف الكفاءة في الزواج عندهم وهي التي سبق ذكرها الا اننا نجد من الفقهاء المعاصرين من راعى مساله التحصيل العلمي.

---

[1] القانون رقم 51 لسنة 1984 م في شان الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون اجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء.

[2] القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[3] قانون الاحوال الشخصية السوري، السالف الذكر.

حيث اختلف مراتب التحصيل العلمي في وقتنا الحاضر وأصبح من الممكن للمرأة أن تتحصل على شهادات جامعية وتصل إلى مستويات عالية من التحصيل العلمي، وهذا يؤهلها إلى مسك مناصب عالية ومهمة، وهنا يكون فارقا بين المرأة المتعلمة ورجل لم يكمل تعليمه أو لم يتعلم، وهذا يؤثر على سيرورة الحياة الأسرية واستقرارها وقدرتها على الحوار والتفاهم، فأصبح من الضروري الأخذ بهذا الوصف خاصة أن في زماننا هذا الفارق في المستوى العلمي أصبح أكثر ما يتعير به الناس فمراعاته أصبح أمر لازم.

لكن تبقى الإشارة إلى انه لم يتم التطرق الى مسالة المستوى التعليمي في التشريعات العربية.

الفصل الثاني

أحكام اعتبار الكفاءة في الزواج والآثار المترتبة عن تخلفها

بعد أن تناولنا في الفصل الاول تعريف الكفاءة في الزواج ومشروعيتها في الفقه والقانون كذلك فصلنا في الاوصاف المعتبرة لدى الفقه الاسلامي والأوصاف المعتبرة قانونا وجب علينا البحث في الاثار المترتبة على اعتبارها وكذا الآثار المترتبة على تخلفها وللخوض في هذه المسالة وجب التطرق الى التكيف الشرعي والقانوني للكفاءة في الزواج في المبحث الاول سنتطرق في المطلب الاول لنوع شرط الكفاة والجانب الذي تعتبر فيه اما المطلب الثاني وقت اعتبار الكفاءة في الزواج وصاحب الحق فيها ثم نتطرق في المبحث الثاني الى الاثار المترتبة على تخلف شرط الكفاءة سنرى في المطلب الاول اثر تخلف شرط الكفاءة في الفقه والقانون ثم اثر التغرير والجهل بالكفاءة في المطلب الثاني اما في المطلب الثالث سنقف عند مسقطات حق الفسخ لعدم الكفاءة

المبحث الأول

التكييف الفقهي والقانوني للكفاءة في الزواج

اعتبار الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي أو في بعض تشريعات الأحوال الشخصية العربية يأخذنا إلى ما يترتب على هذا الاعتبار أو ينشأ من هذا الاعتبار من أحكام سواء بالنسبة للجانب الذي تشترط فيه أو من حيث وقت مراعاتها وكذلك من حيث أصحاب الحق فيها لكن قبل أن نتطرق إلى هذه النقاط علينا التعريج أولا إلى التكييف الشرعي للكفاءة في الزواج وكذا القانوني والمقصود هنا بالتكييف الشرعي أي نوع شرط الكفاءة في الزواج هل هي شرط صحة؟ أم شرط لزوم؟ بما أن لعقد الزواج شروط وهي شروط الانعقاد وشروط الصحة وشروط النفاذ، شروط اللزوم.

كذلك نتطرق الي التكييف القانوني وذلك من خلال التطرق إلى بعض التشريعات العربية التي نظمت موضوع الكفاءة في الزواج وهل أخذت بشرط اللزوم أو شروط الصحة؟ وكذا الجانب الذي تشترط فيه ووقف اعتبارها وأصحاب الحق فيها ؟

المطلب الأول

نوع شرط الكفاءة في الزواج والجانب الذي تشترط فيه

كما سبق لنا وأن تطرقنا إلى مشروعية الكفاءة في الزواج ورأينا آراء فقهاء الشريعة بين معتبر وغير معتبر كذلك تطرقنا إلى القوانين العربية المعتبرة للكفاءة في الزواج لكن حتى وإن اتفق جمهور الفقهاء على اعتبارها في الزواج إلا أنه وقع الاختلاف بينهم حول التكييف الفقهي لهذا الشرط من حيث تحديد نوعه وبالتالي تأثيره على عقد الزواج فمنهم من اعتبره شرط صحة في النكاح حيث لا يصح التنازل عنه هنا يكون العقد باطلا أي تخلفه يؤثر على صحة عقد الزواج ومنهم من يراه شرط لزوم حيث أن تخلفه لا يؤثر في العقد بل يعطي الخيار لمن له الحق في طلب الفسخ وسنفصل في هذه الأمور في لاحقا.

لذا سنرى في الفرع الأول نوع شرط الكفاءة ورأي الفقهاء في تكييفهم لشرط الكفاءة وكذا تأثيره على عقد الزواج وكذا الجانب الذي تعتبر فيه ثم التطرق في الفرع الثاني إلى نوعها و تكييفها من المنظور القانوني وكذا الجانب الذي تشترط فيه الكفاءة.

الفرع الأول: نوع شرط الكفاءة في الزواج والجانب الذي تعتبر فيه في الفقه الاسلامي

بعد أن ثبت أن اشتراط الكفاءة في الزواج هو امر ثابت عند أغلب الفقهاء إلا أنهم اختلفوا في تحديد نوع هذا الشرط، فذهب فريق إلى اعتبارها شرط لزوم وهناك من اعتبرها شرط صحة.

أولا: القائلين بأنها شرط لزوم[1]

ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية في ظاهر الرواية والشافعية والمالكية والراجح عند الحنابلة[2] إلى أن الكفاءة شرط للزوم العقد لا لصحته فبانتفائها يصح العقد إلا أنه غير لازم فيثبت هنا حق الفسخ.

---

[1] شرط لزوم: هو شرط الذي لا يكون العقد لازما بالنسبة لكل من طرفيه إلا بوجوده.

[2] الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 318، وهبة الزحلي، المرجع السابق، ج8، ص 232.

أدلة القائلين بأنها شرط لزوم

1-من المنقول

أ/ من الكتاب: استدلوا في ذلك بـ:

قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ﴾[1]

موضع الشاهد هنا:" إن أكرمكم عند الله أتقاكم"

وجه الدلالة هنا: أن الآية الكريمة جعلت ميزان التفاضل هو التقوى.

ب/ من السنة:

استدلوا بما روي عن أبي هريرة أن أبا هند حجم النبي صلى الله عليه وسلم في اليافوخ [2]، فقال النبي صلى الله عليه وسلم:" يا بني بياضة أنكحوا أبا هند وأنكحوا إليه، وقال:" إن كان في شيء مما تداوون به خير فالحجامة*".[3]

وجه الدلالة:

أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر بتزويج أبا هند وكان حجاما فلو كانت الكفاءة شرطا لصحة العقد ما أمر النبي صلى الله عليه وسلم بتزويج أبا هند.

وكذلك استدلوا بالحديث عن بريدة عن أبيه قال:" جاءت فتاة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت أن أبي زوجني أبن أخيه ليدفع به خسيسته، قال: فجعل الأمر اليها قالت: قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن تعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء.

---

[1] سورة الحجرات، آية 13.

[2] اليافوخ: حيث التقى عظم مقدم الرأس وعظم مؤخرة أي وسط الرأس.

* الحجامة: هي شق عرق من عروق الجسم لإخراج الدم الفاسد منه وكان النبي صلى الله عليه وسلم يحث على الحجامة.

[3] أخرجه أبو داود(2102) وابن حبان (3476) وأحمد (8513).

موضع الشاهد: " فجعل الأمر إليها"

وجه الدلالة: هو أن النبي صلى الله عليه وسلم خيرها وجعل الامر لها وبيدها فلم يبطل النكاح وهو يدل على أنه ليس شرطا من شروط الصحة وإنما للزومه, فالنقص الموجود في العقد لا يمنع صحته إنما يثبت الخيار.[1]

كذلك الحديث عن عائشة رضي الله عنها قالت:" دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب فقال لها : "تريدين الحج"؟ قالت: "أجدني شاكية" قال لها: "حجي واشترطي أن محلى حيث حبستني"[2] وكانت تحت المقداد ابن الأسود[3].

وجه الدلالة: أن المقداد مولى من الموالي وتزوج من هي أفضل منه بموافقتها فلوا كانت الكفاءة شرط في صحة العقد ما كان لها حق الإختيار[4].

كذلك استدلوا بان النبي صلى الله عليه وسلم خطب فاطمة بنت قيس وكانت قرشية من بني فهر على أسامة بن زيد، كذلك زوج عبد الرحمان بن عوف اخته من بلال وكذلك أبو حذيفة بن عتبة بن ربيعة زوج ابنة أخيه من مولاه.[5]

وجه الدلالة هنا: أن الكفاءة لو كانت شرطا لصحة عقد الزواج لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتزويج هؤلاء.

ورد عليه: أن الأمر بالتزويج هنا يحتمل أن كان ندبا لهم إلى الأفضل.

2- أدلتهم من المعقول

---

[1] هدى غيضان، المرجع السابق، ص441.

[2] صحيح البخاري، ج7، ص 67، حديث رقم 5089.

[3] يمني عدنان حمدان، المرجع السابق، ص30.

[4] أحمد بن محمود آل رجب، الكفاءة في الزواج ، دار الفقراء، ط1، 1440هـ/2013م، ص 28.

[5] هدى غضبان، المرجع السابق، ص440.

بما أن الكفاءة حق للمرأة وأوليائها فإنها تخرج عن كونها شرط لزوم في عقد الزواج فهي حق من حقوق العباد فيمكن اسقاطها ويمكن تداركها بثبوت الخيار أي للمرأة وأوليائها حق الإعتراض إذ لم يكن الزوج بكفؤ[1] كما أنهم يتفاخرون بعلو نسب من يكافئهم ويعيرون بدناءة نسب من لا يكافئهم فالاعتراض هنا لدفع الضرر وهذا ما يثبت أنها شرط لزوم وليس شرط لصحة العقد.[2]

ثانيا: القائلين بأن الكفاءة شرط صحة

ذهب في ذلك بعض فقهاء الحنفية[3] ورواية عن الحسن بن زياد ورواية عن أحمد بن حنبل[4] وكذلك الشافعية.[5] على أن الكفاءة شرط صحة في العقد فإذا زوجت نفسها أو قام وليها بتزويجها بغير كفء فالعقد باطل لا ينعقد أصلا لأنها حق لله تعالى وللمرأة وللأولياء[6] فلا يجوز اسقاطها.

أدلة القائلين بانها شرط صحة

استدلوا من السنة الشريفة

عن جابر بن عبد الله قال:" قال رسول الله صلى الله عليه وسلم{ لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء ولا يزوجوهن إلا الأولياء ولا مهر دون عشرة دراهم}.

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص232.

[2] الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 318.

[3] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص55، 56.

[4] ابن عابدين، المرجع السابق، ج3، ص 84.

[5] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص55.

[6] هدى غضبان، المرجع السابق، ص438.

– عن عبد الله بن عمر قال؛ قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:{ العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل والموالي بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائك أو حجام}[1].

كذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له:{ يا علي ثلاث لا تؤخرها الصلاة إذا أتت والجنازة أذا حضرت والايم إذا وجدت لها كفؤا}.

وجه الدلالة هنا أن هذه الأحاديث أكدت على زواج الأكفاء ونهي النبي عن نكاح غير الكفؤ ولهذا فهي تعتبر من شروط صحة النكاح ويبطل العقد بفقدانها.[2]

ورد عليه أصحاب القول الآخر أن هذه الأحاديث ضعيفة لا يحتج بها[3] وإن أخذ بها فهي على سبيل الاستحباب.

من المعقول :

استدل الفقهاء على ان النكاح يعقد للعمر ويشمل على أغراض ومقاصد من الصحبة والألفة والعشرة وتأسيس القربات واعتبارها شرط صحة يضمن تحقيق هذه الأغراض.[4]

كذلك أن النكاح تصرف يتضرر به من لم يرضى.

الراجح من القولين:

هو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء على أنها شرط لزوم وهذا ما أخذت به أغلب القوانين العربية المعتبرة للكفاءة كما سنرى لاحقا.

---

[1] أخرجه البيقهي، السنن الكبرى(134/7) (13547).

[2] شرح فتح القدير 294/3 .عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ص55، 59.

[3] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص31.

[4] السرخسي، المرجع السابق، ص 23؛ الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 117؛ فتح القدير ، ج3، ص 283.

فالفرق بين الشرط الصحة وشرط اللزوم كبير لأن شرط الصحة ينتج عن تخلف الكفاءة في الزواج بطلان العقد، غير ان شرط اللزوم يعطي الحق للمرأة والأولياء إذا تخلفت الكفاءة في الزواج الحق في الاعتراض وطلب الفسخ.

البند الثاني: الجانب الذي تشترط فيه الكفاءة في الفقه الإسلامي

تعتبر الكفاءة من جانب الرجال للنساء[1]ولا تعتبر من جانب النساء للرجال[2] وهذا لأن أغلب النصوص الواردة في الكفاءة جاءت في جانب الرجل وهذا لأن الرجل لا يستنكف عن إستفراش المرأة إن كانت غير كفؤة له في حين تستنكف المرأة أن يستفرشها الرجل إذا لم يكن كفؤا لها.[3]

فيشترط في الرجل أن يكون مماثلا للمرأة في أمور معينة فصل فيها الفقهاء في حين لا يشترط في المرأة أن تكون مماثلة أو مقاربة للرجل حيث جعل الله سبحانه وتعالى القوامة بيد الرجل وله، قال تعالى : { الرجال قوامون عن النساء} [4]، فالزوجة تتضرر من كون زوجها القوام عليها المنسوب إليه أولادها خسيسا.[5]

غير كفؤ لها حتى أولياؤها يعيرون عن مصاهرة من هو أدنى منهم غير أن الزواج لا يعير بزوجته الأدنى منه وكم ملوك وخلفاء كانت زوجاتهم من الإماء.[6]

لهذا لو تزوجت المرأة من هو خير منها أو زوجها أحد اوليائها فليس للأولياء الآخرين حق الإعتراض.[7]

---

[1] بدران أبو العين بدران، الزواج والطلاق في الاسلام، مطبعة دار التأليف، ط2، 1961، ص 11.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص329.

[3] المرجع نفسه، ص328.

[4] سورة النساء، آية 34.

[5] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 74.

[6] المرجع نفسه، الصفحة نفسها.

[7] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص330.

كذلك من الأسباب التي جعلت الكفاءة تعبر من جانب الرجل لا من جانب المرأة.

ان الرجل إذا كان صاحب منزلة فإنه يرفع من شأن زوجته إذا كانت أقل كفاءة منه، أما المرأة فمهما كان منزلتها أرفع منه فلا ترفع من شأنه شيء.[1]

كذلك الرجل بيده الطلاق أما المرأة فلا تملك ايقاع الطلاق على زوجها إلا بطلب التطليق أمام القاضي في حال توفرت أسباب التطليق.[2]

إلا أن هناك استثناء فلكل قاعدة استثناء فتكون بها الكفاءة معتبرة في جانب الزوجة في حالتين حسب المذهب الحنفي:

الأولى: إذا زوج فاقد الأهلية أو ناقصها غير الأب والجد من غير كفؤ أو زوجها الأب والجد وكان مشهورا بسوء الاختيار فإنه يشترط لصحة هذا الزواج أن تكون الزوجة مكافئة للزوج وهذا طبعا لأن الولي هنا مطالب بالاحتياط لمصلحة المولى عليه,[3]

أما الثانية إذا وكل الرجل عنه رجلا آخر غيره وكالة مطلقة في أن يزوجه فهنا يشترط لنفاذ[4] هذا العقد أن يكون الزواج بامرأة تكافئه وهذا على قول الصحابيين وهو الراجح[5].

ويقصد بالوكالة المطلقة هنا أي أنه يوكله دون تقييده أي تزوجيه من امرأة معينة أو مهر معلوم.

---

[1] أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الجزء الأول والثاني، 1430هـ/2009م، ص 217.

[2] المرجع نفسه، ص 217.

[3] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص74/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص217،، مصطفى شلبي ، المرجع السابق، ص302.

[4] **شرط النفاذ:** هو الشرط الذي بدونه لا ينفذ العقد على كل العاقدين ويظل موقوفا حتى يجيزه من له حق الإجازة فينفذ.

[5] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص74/ أحمد محمد علي داود، المرجع السابق، ص217،، مصطفى شلبي ، المرجع السابق، ص302.

جاء في البدائع أن من أصل الصحابيين أبي يوسف محمد أن التوكيل المطلق يتقيد بالعرف والعادة فينصرف إلى المتعارف كما في الوكيل في البيع المطلق ومن أصل أبي حنيفة أنه يجري على إطلاقه في غير موضع الضرورة والتهمة.[1]

وجاء في فتح القدير أن امر غيره بتزويجه فزوجه امرأة لا تكافئه ولا تهمه ولو زوجة عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة جاز عنده خلافا لهما ولو زوج وكيل المرأة غير كفء قبل هو على الخلاف وقيل الصحيح ألا يجوز اتفاقا.[2]

وجاء في الهداية اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لأن كل أحد لا يعجز عن التزويج بمطلق الزوج فكانت الاستعانة في التزويج بالكفء.[3]

مما سبق ذكره يمكن لنا القول أن الكفاءة في الزواج تشترط في جانب الرجل دائما إلا استثناءا كما سبق الذكر.

الفرع الثاني: نوع شرط الكفاءة في الزواج والجانب الذي يعتبر فيه في القانون

أولا: نوع شرط الكفاءة

غذا تطرقنا لقوانين الأحوال الشخصية العربية التي تضمنت الكفاءة واشترطت الكفاءة في عقد الزواج نذكر:

بالنسبة للمشرع الإماراتي: اشترط الكفاءة في عقد الزواج كشرط لزوم ونجده في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي تنص على:" يشترط في لزوم الزواج ان يكون

---

[1] الكاساني: المرجع السابق، ج2، ص 320، أحمد محمد علي داود المرجع السابق، ج1، ص 218.

[2] فتح القدير، ج3، ص 302.

[3] أحمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ص218.

الرجل كفؤا للمرأة وقت العقد فقط، ولكل من المرأة ووليها الحق في طلب الفسخ عند فوات الكفاءة ولا يؤثر في العقد زوال الكفاءة بعده".[1]

ما يستنتج من هذه المادة أن المشرع الإماراتي اعتبر الكفاءة في الزواج شرط لزوم لا شرط صحته، يترتب على فواتها الحق في طلب الفسخ ممن له الحق.

أما بالنسبة للمشرع الكويتي فهو كذلك اعتبر الكفاءة شرط لزوم في عقد الزواج فنصت المادة 34 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه:" يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة وفق العقد ويثبت حق الفسخ لكل من المرأة ووليها عند فوات الكفاءة".[2]

والمشرع السوري يعتبر الكفاءة شرط لزوم وذلك صراحة حيث نجده في قانون الأحوال الشخصية السوري نص على ذلك في المادة السادسة والعشرون منه حيث جاء فيها:" يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة...".[3]

– كذلك نجد المشرع الأردني اعتبر شرط الكفاءة في الزواج شرط لزوم وهذا من خلال المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية الأردني التي جاء فيها:" يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا في الدين والمال.[4]

كذلك المشرع القطري اعتبر في المادة 31 من قانون الأسرة الكفاءة شرط لزوم في عقد الزواج حيث نصت المادة:" الكفاءة شرط لزوم في عقد الزواج والعبرة فيها بالصلاح في الدين والخلق عند العقد".[5]

---

[1] القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2009/8 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[2] القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون اجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء.

[3] المرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

[4] القانون رقم 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[5] قانون الأسرة القطري رقم 22 لسنة 2006.

أما بالنسبة لدول المغرب العربي فقد سبق الذكر أنهم لم يتطرقوا لموضوع الكفاءة على غرار المشرع الجزائري ما عدا المشرع الليبي الذي اعتبر الكفاءة شرط لزوم في عقد الزواج ونظمها في المادة 15 من القانون رقم 10 لسنة 1984.[1]

ثانيا: الجانب الذي تشترط فيه الكفاءة في القانون

مما سبق فأغلب تشريعات الأحوال الشخصية العربية نظمت الكفاءة وأفردت نصوصا خاصة، وأحاطها بأحكام وهذا كله لضمان حقوق الزوجة وعدم إلحاق الضرر بها وحتى يتم التوازن بين حق المرأة في اختيار الشريك وكذلك الرجل في اختيار الزوجة وكذا حق الولي في الموافقة على الزوج وهذا حفاظا على العلاقات الأسرية, لأن الحياة الزوجية تنظم وتستمر بين المتكافئين ولهذا اشترطت الكفاءة في الزواج ضمانا لحقوق المرأة وتحقيقا لمسواتها بالرجل في الحقوق والواجبات.

أما بالنسبة للجانب الذي تشترط فيه الكفاءة في الزواج في القوانين فنجد المشرع الأردني في المادة 21 [2]من قانون الأحوال الشخصية الأردني اشترط ان الرجل هو الذي يكون كفؤا للمرأة عند عقد الزواج.

كذلك المشرع الإماراتي اشترط الكفاءة في جانب الرجل للمرأة وذلك في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي.[3]

كذلك الامر للمشرع الكويتي الذي اعتبرها في جانب الرجال للنساء في المادة 34 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي.[4]

---

[1] قانون رقم 10 لسنة 1984 في شأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم المعدل أحكامه بالقانون 14 لسنة 2015.

[2] القانون رقم 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[3] القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2009/8 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[4] القانون رقم 51 لسنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون اجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء.

والمشرع السوري في المادة 26 من قانون الأحوال الشخصية السوري " أن يكون كفؤا للمرأة" فالكفاءة معتبرة من جانب الرجل لكن في الفقرة الثانية يكون استثناء وهو اعتبرا الكفاءة من جانب المرأة في حالة الوكالة المطلقة أي إذا وكل الرجل كغيره في تزويجه وهذا ما يوافق رأي بعض من الحنفية كما سبق ذكره في الجانب الفقهي.

إذن ما نراه أن أغلب التشريعات العربية التي نظمت الكفاءة في الزواج اعتبرها من جانب الرجل وهذا هو الأصل في الكفاءة معتبرة في جانب الرجال فقط.

وكما قال أبو زهرة:" إن العار لا يلحق بأسرة الرجل لو تزوج الخسيسة وهو يلحق بأسرة المرأة لو تزوجت خسيسا ولأن الرجل الرفيع في نظر الناس يرفع امرأته والمرأة لا ترفع خسيسة زوجها و لو كانت رفيعة، والرجل يملك الطلاق في كل وقت فيستطيع دفع المغبنة عن نفسه بخلاف المرأة أقصى ما تملكه طلب التطليق من القاضي .[1]

المطلب الثاني

وقت اعتبار الكفاءة وصاحب الحق فيها

بعد أن تحدثنا عن الجانب الذي يعتبر فيه الكفاءة في الزواج وبعد أن وجدنا أن جمهور الفقهاء اتفقوا على أن تعتبر أو تشترط في جانب الرجال للنساء وجب التطرق إلى وقت اعتبراها وكذلك من له الحق فيها.

لذلك سنتطرق في الفرع الاول إلى وقت اعتبار الكفاءة وصاحب الحق فيها من المنظور الفقهي وسنرى آراء الفقهاء في ذلك ثم نتطرق في الفرع الثاني إلى وقت اعتبار الكفاءة وصاحب الحق فيها من المنظور القانوني ورأي التشريعات العربية في ذلك.

---

[1] أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص142.

الفرع الأول: وقت اعتبار الكفاءة في الزواج وصاحب الحق فيها في الفقه الإسلامي

نقصد بوقت مراعاة الكفاءة وهو الوقت الذي ينظر فيه للرجل هل هو كفؤ لها أم لا، حيث أنه وجب هنا التساؤل هل يجب على الرجل أن يكون كفؤا للمرأة في كل الأوقات؟

أولا: وقت اعتبار الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي

تعتبر الكفاءة عند ابتداء العقد فلا يضر زوالها بعده لأنها شرط انشاء لا شرط بقاء[1] فلو كان الزوج كفؤا ثم زالت الكفاءة فلا يضر ذلك فقد اعتبر الفقهاء مراعاة شرط الكفاءة هو وقت انشاء عقد الزواج فإذا زال وصف من اوصاف الكفاءة القابلة للتخلف كأن يكون غنيا فيفتقر أي بعد الزواج أصبح غير قادر على الانفاق فلا يمكن طلب فسخ عقد الزواج لزوال الكفاءة.

حيث يرى بعض الفقهاء عدم اشتراط استمرار الكفاءة لأن بقاء الشخص على حالة واحدة امرا نادرا .[2]

فموضوع دوام الكفاءة من الأمور التي لا يمكن ضمانها فتقلب أحوال الناس من سنة الحياة فتكون المرأة هنا في هذه الحالة محمودة مشكورة ببقائها مع زوجها إذا زالت كفاءته وهذا لصبرها ورضاها بقدر الله[3].

لكن الحنابلة يرون أن دوام الكفاءة شرط للزوم عقد النكاح بالنسبة للمرأة أي بعد عقد النكاح إذا زالت وتخلفت الكفاءة فلها الحق وحدها في فسخ النكاح.[4]

---

[1] أحمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ص218./ مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص302.

[2] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص331.

[3] أ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص331.حمد محمد على داوود، المرجع السابق، ص219/ ابراهيم رفعت الحمال، المرجع السابق، ص78.

[4]

إذن ذهب جمهور الفقهاء إلى أن وقت اعتبار الكفاءة في الزواج يكون عند عقد الزواج ولا تؤثر إذا زالت بعده وهذا باعتبار أن الزواج يعد عقد العمر ومن المقاصد التي اشترطت لأجلها الكفاءة و هي تحقيق الاستمرارية والديمومة وتوفيرا للألفة و تأسيسا للقرابات، [1]وهذا من اهم اهدف الزواج .

كذلك إذا كان الرجل كفؤا وقت انشاء العقد فلا يهم ما يحدث بعد ذلك فالكفاءة شرط ابتداء كما ذكرنا لا استمرار و إذا وقع ضرر على المرأة لها حق الاختيار .

ثانيا: أصحاب الحق في الكفاءة في الفقه الاسلامي

اعتبار الكفاءة لدى الفقهاء واشتراطها في عقد الزواج ما هو إلا لدفع الضرر عن الزوجة ومساواتها بالرجل وعدم إلحاق التعيير لها ولأوليائها وهذا ما إلتمسناه في رأي الفقهاء حول تحري الرجل الكفؤ للمرأة، ومنه فالكفاءة عند الفقهاء هي حق للمرأة وأوليائها وهو حق ثابت لكل منهما.

المرأة هي الطرف المعني بالزواج فلها حق طلب الزوج الكفء وإن تمسك بهذا الحق كما أن لها الحق في أن تتنازل عنه، كما روي عن فتاة جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ابي زوجني من ابن أخيه ليرفع بي خسيسة فجعل الامر إليها قالت اجزت ما صنع ابي ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء".[2]

من هذا الحديث نفهم أن المرأة لها الحق في اختيار الزوج، ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الكفاءة حق للزوجة والأولياء وهو حق ثابت لكل منهما ولو أسقط طرف حقه يبقى حق الطرف الآخر.[3]

---

[1] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص77.

[2] رواه ابن ماجه، كتاب النكاح، باب من زوج ابنته وهي كارهة، حديث رقم 1874، ص326.

[3] أحمد محمد داوود، المرجع الاسبق، ص219.

وهذا الحق ثابت للولي من غير استثناء أما للمرأة ففي صورة واحدة وهي إذا كانت فاقدة الأهلية وزوجها وليها من غير كفء من اصولها او من فروعها غير معروف بسوء الاختيار فإن العقد صحيح عند أبي حنيفة.[1]

فجاء عن الحنفية للمرأة وللأولياء حق الكفاءة.[2]

وجاء عن المالكية الحاصل ان المرأة إن تركتها فحق الأولياء باق والعكس.[3]

وعن الشافعية فهي من حق المرأة والولي معا.[4]

أما الحنابلة هي حق للمرأة والاولياء جميعهم.[5]

ويترتب في كون الكفاءة حق للمرأة والولي ببعض المسائل كانت محل خلاف بين الفقهاء[6].

وسنتطرق إلى حالتين:

أولا: تعدد الاولياء المتساوون في الدرجة كالإخوة الأشقاء أو الأعمام الأشقاء ورضى بعض منهم بالزواج بغير كفء وعدم رضى البعض ذهب الفقهاء في هذا إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى أصحابه أن العقد يقع باطل وهو قول الإمام الشافعي ورواية عن احمد بن حنبل.[7]

واستدل في ذلك بأن العقد تصرف في حق غيره فإذا أفرط بطل العقد والكفاءة حق لجميعهم والعاقد تصرف بغير رضاهم.

---

[1] مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص321.

[2] ابن عابدين، المرجع السابق، ص 207.

[3] عبد الرحمان الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص 59.

[4] المرجع نفسه، ص59.

[5] وهبة الزحلي، المرجع السابق، ج8، ص 235.

[6] ابراهيم رفعت الحمال، المرجع السابق، ص79.

[7] المرجع نفسه، ص 80.

أما **الرأي الثاني:** يرى أصحابه أن العقد وقع صحيحا لكن يثبت لمن لم يرضى الفسخ والاعتراض وهذا قول آخر للشافعي ورواية لأحمد كذلك قال به أبو يوسف وزفر من الحنفية.[1]

خالفهم في هذا الرأي أبو حنيفة ومحمد ابن الحسن قال أن رضا البعض مسقط لحق الباقين في الفسخ والاعتراض.[2]

واستدلوا:

من السنة: بحديث رواه عبد الله عن بريدة عن عائشة رضي الله عنها عن فتاة أنها دخلت فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بن خسيسة وأنا كارهة قالت اجلسي حتى يأتي النبي صلى الله عليه وسلم فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأرسل أبيها فدعاه فجعل الأمر إليها فقالت يا رسول الله قد أجزت ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم النساء من الأمر شيء.[3]

وجه الدلالة : في حديث الحديث أن الرسول صلى الله عليه وسلم جعل الأمر إليها.

واستدلوا بالمعقول: إن العقد وقع بالإذن والنقص الموجود فيه لا يمنع الصحة وإنما يثبت الخيار.[4]

ثانيا: بالنسبة لرضا الأب من غير كفء مع رضا المرأة هل يعطي للأخوة حق الفسخ والاعتراض.

كذلك اختلف الفقهاء هنا إلى رأيين:

---

[1] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص80. مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص323.

[2] الكاساني، المرجع السابق، ج25، ص318.

[3] سبق تخريجه.

[4] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص82.

الرأي الاول: يرى أصحابه أنه ليس للولي البعيد حق الاعتراض ذهب إلى ذلك الحنفية[1] والشافعية.[2]

واستدلوا لاحق للأبعد في التزويج وأن لا ولاية له مع الأقرب فرضاه لا يعتبر.[3]

والرأي الثاني: يرى أصحابه أن للولي البعيد حق الإعتراض وبهذا قال الحنابلة.[4]

واستدلوا بأن العار في التزويج بغير كفؤ يلحقهم جميعا فبزوال الكفاءة يملك الفسخ[5].

والراجح من كل هذا ما ذهب إليه الجمهور من حق للمرأة والأولياء.

فإن اتفقوا على تركها جاز العقد وإذا رضيت المرأة بغير كفء ورضى الأولياء صح النكاح والأصح لها الكفؤ ومادامت رضيت بالعقد يصح.[6]

الفرع الثاني: وقت اعتبار الكفاءة وأصحاب الحق فيها في القانون

بعد أن تطرقنا إلى بيان وقت اعتبار الكفاءة في الزواج وأصحاب الحق فيها في الفقه الإسلامي في الفرع الأول سنرى الآن رأي القانون في هذه المسألة.

أولا: وقت اعتبار الكفاءة

أشارت أغلب القوانين الأحوال الشخصية العربية إلى شرط الكفاءة يراعى وقت العقد حيث نصت في قوانينها على ما يلي:

---

[1] مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص 323.

[2] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع، ص86.

[3] أحمد محمود آل رجب، المرجع السابق، ص41.

[4] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص86.

[5] السيد سابق، المرجع السابق، ج2، ص 151.

[6] أحمد بن محمود آل رجبن المرجع السابق، ص43.

بالنسبة للمشرع الليبي فقد أكد صراحة على مراعاة الكفاءة وقت العقد وهي في المادة 3/15 من قانون الأحوال الشخصية الليبي:" تراعى الكفاءة بين الزوجين وقت العقد"[1]

كذلك الحال بالنسبة للمشرع الإماراتي فهو أيضا نص على مراعاة الكفاءة وقت فقط وذلك في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية الاماراتي:" يتشرط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة وقت العقد فقط".[2]

أما عن المشرع الكويتي فذكر في المادة 34 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي أنه:" يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة وقت العقد...".[3]

المشرع السوري اعتبر شرط الكفاءة في الزواج وقت العقد فجاء في المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية السوري :" تراعي الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعده".[4]

كذلك المشرع الأردني أخذ بنفس الشيء وهو اشتراط الكفاءة وقت العقد في المادة 02:" الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي وتراعى عند العقد" وإذا زالت بعد العقد فلا يؤثر في الزواج.[5]

ونص قانون الأسرة القطري في المادة 31:" والعبرة فيها بالصلاح في الدين والخلق عند العقد"[6]

مما سبق عرضه من النصوص القانونية لقوانين الأحوال الشخصية العربية نجد أن أغلبها أو في مجملها تتفق على أن شرط الكفاءة شرط لابتداء العقد لا لإستمراره وهذا ما

---

[1] قانون الأحوال الشخصية الليبي، السالف الذكر.

[2] قانون الأحوال الشخصية الاماراتي، السالف الذكر.

[3] قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

[4] المرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 قانون الأحوال الشخصية السوري، السالف الذكر.

[5] قانون الأحوال الشخصية الأردني، السالف الذكر.

[6] قانون الاسرة القطري رقم 22 لسنة 2006.

رأيناه في موقف الفقه الإسلامي من وقت اعتبار الكفاءة كما أن زوالها بعده لا يؤثر في الزواج.

ثانيا: أصحاب الحق في الكفاءة في القانون

أما بالنسبة لأصحاب الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج فهي تتفق مع الفقه الإسلامي فأغلب التشريعات أشارت إلى أن المرأة وأوليائهم أصحاب الحق في اشتراط الكفاءة حيث نجد المشرع الإماراتي حدد من له الحق في الكفاءة ومنحها للمرأة ووليها وهذا في نص المادة 23 على أن:" الكفاءة لكل من المرأة ووليها الكامل الأهلية".[1]

وفي الفقرة 02 ليس للأبعد من الأولياء حق الاعتراض على عدم الكفاءة إلا عند عدم الأقرب أو نقص أهليته.

إذن حسب هذه المادة الكفاءة حق مشترك للمرأة ووليها العاصب ولو تنازل أحدهما عنها لا يسقط حق الآخر.

أما بالنسبة للقانون الكويتي فذكر في المادة 34 من قانون الأحوال الشخصية منه أن المشرع الكويتي منح لكل من المرأة ووليها الحق في الكفاءة وطلب الفسخ عند انعدامها أو فواتها واعتبر الولي الذي له الحق في الكفاءة هو الولي العاصب وذكر ذلك في المادة 37 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي حيث ذكر:" الولي في الكفاءة من العصبة".[2]

في حين اعتبر المشرع الأردني الكفاءة حقا للمرأة ووليها كما أعطاها حق طلب فسخ عقد الزواج إذا تم استشراف الكفاءة وقت العقد أو قبله عند تخلف الكفاءة.

فذكر في المادة 21 منه الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي.[3]

---

[1] قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 2005/23، السالف الذكر.

[2] قانون الأحوال الشخصية الكويتي قسم 51 لسنة 1984.

[3] قانون الأحوال الشخصية الأردني، رقم 15 لسنة 2019.

كذلك المشرع السوري اعتبر ذكر في المادة 29 من قانون الأحوال الشخصية السوري الكفاءة حق خاص للمرأة والولي[1] ومنح الحق للزوجة ووليها طلب الفسخ في حال تخلف الكفاءة في المادة 32 منه.

ونصت المادة 32 من قانون الاسرة القطري على أن الكفاءة حق خاص للمرأة وليها ومنح للزوجة والولي حق الفسخ في حال تخلف الكفاءة وهذا في المادة 35 من قانون الأسرة القطري.

إذن التشريعات العربية لم تخالف الفقه الاسلامي أو رأي الفقهاء بل أخذت برأي الجمهور في جعل الكفاءة حق خاص للمرأة وأوليائها وكذا حقهم في جعل الكفاءة حق خاص للمرأة وأوليائها وكذا حقهم في طلب الفسخ في حال تخلفها.

المبحث الثاني

الآثار المترتبة عن تخلف شرط الكفاءة في الزواج

من الآثار المترتبة على الكفاءة اذا تحققت بين الزوجين ترتب على ذلك علاقه اسرية قوية بين الزوجين وبين عائلتيهما وهذا في صالح المجتمع فنكون امام اسرة سوية كما اراد لها الاسلام ومن الاثار التي يحققها توفر الكفاءة في الزواج اولا تحقيق التقارب بين الزوجين وهذا التقارب يجعل الزواج يحقق اهدافه ومقاصده ويأتي بثماره كذلك مراعاة الكفاءة في الزواج من اثاره تأدية الزوج لمعنى القوامة فقد فضل الله الرجال وخصهم بالقوامة وهذا حكمة منه, وعليه لا بد ان يكون الرجل كفئا لزوجته, فمن اهم الاثار التي تنتج عن مراعاة الكفاءة في الزواج هي تجنب التفكك الاسري و عدم الاستقرار في العلاقة الزوجية الذي يؤدي إلى خلق مشاكل وخلافات في الزواج, وما شرعت الكفاءة الا لضمان استقرار الأسرة

[1] قانون الأحوال الخصية السوري رقم 59 لعام 1953.

والحفاظ على دوام العشرة بين الزوجين وتحقيقا للمقاصد الشرعية التي شرع لأجلها النكاح وهي الدوام والاستمرارية والسكينة والاطمئنان.

خلال هذا المبحث سنتطرق إلى مسألة مهمة وهي ما يترتب على تخلف شرط الكفاءة في المطلب الأول كما سنرى في المطلب الثاني التغرير أو الجهل بالكفاءة وأخيرا نتطرق إلى مسقطات حق الفسخ لعدم الكفاءة.

المطلب الأول

أثر التخلف الكفاءة في عقد الزواج

أهم ما نحاول مناقشته في موضوع الكفاءة هو ما يترتب على زواج المرأة بغير الكفء سواء كان برضاها أو برضا وليها فمما سبق رأينا أن الكفاءة في الزواج شرط اللزوم عند جمهور الفقهاء وهذا ما أخذت به التشريعات العربية وهي حق للمرأة وليها ولهم الحق في طلب الفسق والاعتراض في حال تخلفها وهذا ما سنراه في هذا الفرع الأول أثر تخلف شرط الكفاءة لدى الفقه الإسلامي وفي الفرع الثاني أثر تخلف شرط الكفاءة في القانون.

الفرع الأول: أثر تخلف شرط الكفاءة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

لما كانت الكفاءة من شروط اللزوم عقد الزواج وجب علينا التطرق إلى أثر تخلفها عند الفقهاء وآرائهم في ذلك وهذا في حالتين أولا في حالة ما إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء وثانيا في حالة ما إذا زوجها وليها بغير كفء وسنفصل في كل حالة على حدى.

أولا: تزويج المرأة البالغة نفسها بغير كفء

هناك في حالة المرأة البالغة وجب لنا الإشارة إلى أن الولاية على النفس نوعان ولاية اجبار وولاية ندب واستحباب (اختيار) فبالنسبة لولاية الاجبار تثبت لأحد الأسباب إما

الجنون أو الصغر، أما ولاية الاختيار تثبت للبالغة الحرة العاقلة فيستحب أن تأخذ اذن وليها في عقد الزواج.

فإذا طلبت في هذه الحالة المرأة من وليها تزويجها من رجل كفء لها لزمه تزويجها فإن رفض الولي تزويجها اعتبر هنا عاضلا فينوب فيه القاضي وهذا ما اتفق عليه الفقهاء[1].

واتفق الفقهاء على أن العاقلة الراشدة إذا زوجها وليها برضاها يكون العقد صحيحا نافذا ودفع خلاف بينهم في حالة ما إذا باشرت العقد بنفسها اصالة ونيابة عن الغير هل يصح العقد أم لا[2].

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العقد باطل لأن الولي شرط لصحة العقد[3]، غير أن الحنفية ذهبوا في ظاهر الرواية إلى صحة هذا العقد بناء لعدم اشتراط الولي لصحة النكاح ولهذا سنفصل في النقاط التالية:

أ/ زواج المرأة البالغة نفسها برضا الأولياء من غير الكفء :

إذا زوجت المرأة البالغة نفسها برضاها ورضا جميع الأولياء من غير الكفء كان الزواج صحيحا ولا يكون لأحدهم حق الاعتراض[4] فإن برضاهم يسقط حقهم في الاعتراض والدليل على ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمر فاطمة بنت قيس بنكاح أسامة وهو من الموالي[5]. وهذا دليل على أن المرأة إذا رضيت بغير الكفء كذلك رضي وليها صح الزواج وسقط حقه في الاعتراض.

---

[1] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص90.

[2] القرافي، المرجع السابق، ص201.

[3] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص340/ الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص 248

[4] الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص247.

[5] سبق تخريجه.

ب/ زواج المرأة البالغة نفسها من غير الكفء برضا بعض الأولياء دون البعض الآخر :

هنا نكون أمام مسألة رضا بعض الأولياء دون البعض الآخر فيمكن أن يكون الولي في النكاح بمفرده كالأب وإما أن يكون أولياء متعددون ومتساوون في الدرجة كالأخوة الأشقاء أو الأعمام الأشقاء أو غير متساويين في الدرجة كالولي القريب أو الولي البعيد.

فالإشكال المطروح هنا أي عند تعدد الأولياء وكذلك في حالة رضا الولي القريب كالأب وعدم رضا الولي البعيد كالأخوة فهل لهم حق الفسخ؟ هذه المسألة عالجناها من قبل في أصحاب الحق في الكفاءة وما يترتب عنها فلا داعي لإعادة مناقشتها وطرحها مجددا.

ج/ تزويج المرأة البالغة نفسها بغير كفء وبغير رضا الأولياء :

أشرنا من قبل أن المرأة البالغة الراشدة إذا زوجها وليها برضاها كان العقد صحيحا[1] لكن اختلفوا حول ما إذا كان يجوز لها عقد نكاحها بنفسها فذهبوا إلى فريقين

الرأي الأول يقول اصحابه ان النكاح لا يصح إلا بولي فإذا عقدت نكاحها من غير وليها فهو باطل وذهب في ذلك المالكية والشافعية والحنابلة[2].

إما الرأي الثاني يرى أصحابه أن المرأة يجوز لها عقد زواجها بنفسها ولا يشترط الولي في الزواج وقال بذلك الحنفية[3].

جاء في البدائع الحرة البالغة العاقلة أذا زوجت نفسها من رجل أو أوكلت رجلا بالتزويج فزوجها أو زوجها فضولي فأجازت جاز في قول أبي حنيفة وزفر وأبي يوسف الأول سواء زوجت نفسها من كفء أو غير كفء بمهر وافر أو قاصر، غير أنها إن زوجت

---

[1] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص90.

[2] الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص247/ أحمد محمد علي داوود، المرجع السابق، ج1، ص 219.

[3] الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص318.

نفسها من غير كفء فللأولياء حق الاعتراض وكذا إذا زوجت نفسها بمهر قاصر عند ابي حنيفة خلافا لهما.

ثانيا: تزويج الولي المرأة بغير كفء

إذا زوج الولي المرأة بغير كفء ولم تكن راضية عن هذا الزواج ففي هذه الحالة ذهب الفقهاء إلى رأيين:

الرأي الأول: وهو القائل بأن العقد صحيح فيرى أصحاب هذا الرأي أن الولي إذا زوج المرأة من غير كفء فان العقد صحيح شرط ان تكون صغيرة وهو أحد اقوال الشافعي اينما ذهب أحمد في قول اخر إلى أن الولاية قاصرة على الاب فقط لا تتعداه إلى غيره ولا يهم ان تكون صغيرة أو كبيرة.[1]

واستدلوا في ذلك من المعقول سواء قام بالعقد الأب أو الجد أو كانت صغيرة أو كبيرة العقد لازم بصدوره ممن له كمال نظرا لكمال الشفقة بخلاف ولاية الأخ والعم من غير الكفء فلا يجوز لأنه ضرر محض[2].

عدم الكفاءة يعد عيبا في المعقود عليه فلم يمنع الصحة كشراء المعيب الذي لا يعلم عيبه.

أما الرأي الثاني فيرى أن هذا العقد لا يصح وباطل إذا كان الأب أو الجد يعرف بسوء الاختيار وهذا رأي أحمد بن حنبل وكذلك أبو يوسف ومحمد بن الحسن من الحنفية[3].

واستدلوا من المعقول أن الولاية مقيده بالنظر ليبطل العقد.

ولأنه لا يجوز تزويجها من غير كفء فلم يصح كسائر الأنكحة[4].

---

[1] المرجع نفسه، ص318.

[2] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص97

[3] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص97

[4] الكاساني، المرجع السابق، ج2، ص318.

ولأن عقد موليته عقدا لاحظ فيه بغير اذنها فلم يصح كبيعه عقارها من غير غبطة ولا حاجة أو بيعة دون ثمن مثله[1].

والراجح بينهما الرأي القائل ببطلان عقد النكاح إذا كان الولي يعرف بسوء الاختيار.

الفرع الثاني: أثر تخلف شرط الكفاءة على عقد الزواج في القانون

بالنسبة لموقف التشريعات العربية من هذه المسألة فسنذكر بعض منها والتي تطرقت لهذه الحالة غير أننا نجد أنها لم تعالج الطريقة التي سبق توضيحها في الفقه الإسلامي غير أنها تطرقت لبعض الجوانب.

حيث نجد أن المشرع السوري مثلا في المادة 27 منه نص على "إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة اولي، فإن كان الزوج كفأ لزم العقد، وإلا فللولي طلب فسخ النكاح"[2]، ففي هذه المادة اعتبر مباشرة المرأة البالغة لعقد الزواج بنفسها دون موافقة الولي عقدا صحيحا لازما إذا ما كان الزوج كفـءً لها وفي حالة كان غير كفـءً لها يكون غير لازم وهنا يكون للولي حق طلب الفسخ، أخذ بقول الحنفية وذلك بإجازة تزويج المرأة البالغة نفسها بغير إذن الولي.

كما نص نفس القانون في المادة 2/22 على درجة الأولياء فجاء فيها "إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشرائطه جاز"[3].

ونصت المادة 23 من القانون نفسه على أنه "إذا غاب الولي الأُقرب ورأى القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج انتقلت الولاية لمن يليه"[4].

---

[1] ابراهيم رفعت الجمال، المرجع السابق، ص97

[2] المرسوم التشريعي رقم 59 عام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

[3] نفس القانون.

[4] نفس المرجع.

ذكرت المادة 20 من القانون السوري أن: "الكبيرة إذا أتمت السابعة عشر إذا أرادت الزواج يطلب القاضي من وليها بيان رأيه خلال مدة يحددها فإذا لم يتعرض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار بإذن القاضي يزوجها بشرط الكفاءة"[1].

بالنسبة للمشرع الأردني نجده في المادة 21[2] منه نص على ان الكفاءة حق خاص بالمرأة والوالي وكذلك يجب مراعاتها وقت العقد فإذا زالت لا يؤثر ذلك على الزواج فإذا المرأة تنازلت عن اشتراط الكفاءة فلا يسقط حق الولي في المطالبة بها فلو تزوجت بغير كفء للولي حق الاعتراض.

فجاء في المادة 18 من نفس القانون: "مع مراعاة المادة 10 من هذا القانون بإذن القاضي عند الطلب بتزويج البكر التي اتمت الخامسة عشر سنة شمسية من عمرها من الكفؤ في حال عضل الولي إذا كان عضله بلا سبب مشروع"[3].

كذلك جاء في المادة 119 منه: "لا تشترط موافقة الولي في زواج المرأة الثيب العاقلة المتجاوزة من العمر ثماني عشر سنة"[4].

كذلك في المادة 20 أكد على أن إذن القاضي بالتزويج مشروط بأن لا يقل المهر على مهر المثل.

أي اشترط المشرع الأردني الرجل الكفء ومهر المثل أخذاً بمذهب الإمام أبي حنيفة.

أما بالنسبة للأولياء في حالة تعدد الأولياء وتساويهم في الدرجة جاء في المادة 16 من قانون الأحوال الشخصية الأردني "رضا أحد الأولياء بالخاطب يسقط اعتراض الآخرين إذا

---

[1] المرسوم التشريعي رقم 59 عام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04.

[2] القانون رقم 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[3] نفس القانون.

[4] نفس القانون.

كانوا متساوين في الدرجة ورضا الولي الأبعد عند غياب الولي الأقرب يسقط اعتراض الولي الغائب، ورضا الولي دلالة كرضاه صراحة"[1].

أما قانون الأسرة القطري:

جاء في المادة 27 منه:

"إذا استوى وليان في القرب فأيهما تولى الزواج بشروطه جاز، وإذا تولى العقد الولي الأبعد مع وجود الولي الأقرب انعقد الزواج نافذا ما لم يكن الأقرب أباً فينعقد موقوفا على إجازته فإن لم يجزه فله طلب الفسح وللقاضي اتخاذ ما يراه مناسبا وفق ملابسات الحال ومقتضيات المصلحة"[2].

أما المادة 29 فجاء فيها: "يتم الزواج بإذن القاضي بولاية الولي الأبعد في الحالتين التاليتين:

1-إذا عضل الولي الأقرب المرأة أو تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعا أو اختلفوا.

2-إذا غاب الولي الأقرب، وقدر القاضي أن في انتظار رأيه فوات مصلحة في الزواج"[3].

أما المشرع الكويتي:

جاء في المادة 30 من القانون الأحوال الشخصية الكويتي "الثيب أو من بلغت الخامسة والعشرين من عمرها، الرأيُ لها في زواجها، ولكن لا تباشر العقد بنفسها بل ذلك لوليها واستثناءا للفقرة السابقة بجواز للثيب أن تطلب من قاضي التوثيقات الشرعية أن يتولى مباشرة عقد زواجها من زوجها من زوجها السابق وذلك بعد إخطار وليها لسماع رأيه"[4].

---

[1] نفس القانون.

[2] قانون 22 سنة 2006، المتضمن قانون الأسرة القطري.

[3] نفسه.

[4] قانون رقم 51 سنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل بالقوانين 61 سنة 1996، و29 سنة 2004، و66 سنة 2007، وقانون إجراءات دعوى النسب وتصحيح الأسماء.

ونصت المادة 31:

"إذا عضل الوليّ الفتاة، فلها أن ترفع الأمر إلى القاضي ليأمر أو لا يأمر بالتزويج وكذلك إذا تعدد الأولياء وكانوا في درجة واحدة وعضلوا جميعا أو اختلفوا"[1].

أما بالنسبة للمشرع الإماراتي:

جاء في المادة 23 منه: "الكفاءة حق لكل من المرأة ووليها الكامل الأهلية، ليس للأبعد من الأولياء حق الاعتراض على عدم الكفاءة إلا عند عدم وجود الأُقرب أو ناقص أهليته"[2].

أما المادة 34 فنصت على أنه:

"إذا غاب الوليّ الأقرب عيبة منقطعة، أو جُهل مكانه أو لم يتمكن من الاتصال به انتقلت الولاية لمن يليه بإذن من القاضي وفي حالة العضل تنتقل إلى القاضي"[3].

كذلك ذكرت المادة 26: "ليس للولي طلب الفسح لنقصان المهر عن مهر المثل"[4].

---

[1] قانون رقم 51 سنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي

[2] القانون الاتحادي رقم 22 لسنة 2005، المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[3] نفس القانون.

[4] نفس القانون.

المطلب الثاني

أثر التغرير والجهل بالكفاءة على عقد الزواج

توصلنا مما سبق اشتراط الكفاءة في الزواج يعطي الزوجة وأوليائها حق الفسخ في حالة تخلفها، فيمكن أن تكون أمام حالة التغرير بالكفاءة، حيث يدعى الزوج الكفاءة أو تكون أمام حالة جهل الأولياء بعدم الكفاءة أو عدم اشتراطها وهذا له أثر على عقد الزواج وفي مطلبنا هذا سنتطرق في (الفرع الأول) إلى أثر التغرير في الجهل بالكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي، وفي (الفرع الثاني) أثر التغرير والجهل بالكفاءة على عقد الزواج في القانون.

الفرع الأول: أثر التغرير في الجهل بالكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي

أولا: تعريف التغرير فقهاً

أ-تعريف التغرير لغة: التغرير مصدر من الفعل غرّر يقال: غَرَهُ، يَغُرُّه، غَرًّا وغِرّهُ فهو مَغَرُورْ وغَريرً، أي: خدعه وأطعمه بالباطل[1].

قال أبو إسحاق في قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الْإِنسَانُ مَا غَرَّكَ بِرَبِّكَ الْكَرِيمِ﴾[2]، أي ما خدعك رسوّل لك حتى أضعت ما وجب عليك[3].

ب-تعريف التغرير اصطلاحاً:

لا يوجد تعريف للتغرير جامع.

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، ط 1، 3232/5.

[2] سورة الانفطار، الآية: 06.

[3] ابن منظور، المرجع السابق، ص3233.

فنجد الحنفية عرفوه بأنه: "إذا ما غر البائع المشتري أو بالعكس ووقع البيع بينهما بغيت فاحش، فلا يورث لأنه مجر حق يثبت للبائع أو المشتري"[1].

أما المالكية: التغرير الفعلي كالشرطي وهو أن يفعل البائع في المبيع فعلاً يظن به المشتري كمالاً فلا يوجد[2].

أما الشافعية: هو ما إنطوى عنه أمره خُفي عليه عاقبته[3].

يرى الحنابلة التغرير وجهان يتمثل أحدهما في كتمان العيب، والثاني في فعل يزيد به الثمن كتحمير وجه الجارية وتسويد شعرها[4].

يعرف التغرير بهذا المصطلح عند الأحناف أما بالنسبة للمالكية والشافعية والحنابلة يعرف لمصطلح التدليس[5].

أمّأ بالنسبة للفقهاء المعاصرين فنجد تعريفهم ضابط أكثر.

فنجد مصطفى الزرقا عرفه بقوله "هو الإغراء بوسيلة قولية أو فعلية كاذبة لترغيب أحد المتعاقدين في العقد وحمله عليه[6].

---

[1] شيخي زادة الكليوبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1988، ج 3، ص43.

[2] الخطاب الريعني المالكي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1995، ج 6، ص349.

[3] الشيرازي، الهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الشامية، ط 1، 1997، ج 1، ص262.

[4] البهوتي، كشاف القناع على متن الإقناع، ج 2، ص463.

[5] نسيمة عثماني، التغرير وأثره في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي وقانون أ.ج –دراسة مقارنة مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016/2015، ص07.

[6] مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، لبنان، ط 1، 1998، ج 1، ص463.

في حالة تغرير الزوج بالكفاءة يترتب أثر على عقد الزواج من حيث فسخه، فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التغرير لا يؤثر على صحة العقد بل يبقى غير لازم وعلى الطرف المتضرر اختيار فسخ العقد أو إمضائه [1].

ولو أن رجلاً غر امرأة وأولياءها بادعائه نسباً فقبل المرأة ووليها بتزويجها منه ويثبت العكس فلهما الاعتراض بطلب فسخ العقد[2].

كما يرى الفقهاء من شروط لزوم العقد ان يكون خاليا من التغرير [3].

من أهم صور التغرير: التغرير بالنية أو القلب كالزواج بنية الطلاق، حيث لم تعلم به الزوجة ووليها، كذلك التغرير بالقول، كذلك التغرير بالفعل والكتمان كإخفاء عيب خفي مثل مرض...[4].

ثانيا: في حالة الجهل وعدم العلم بالكفاءة

يمكن للمرأة أن تتزوج من رجل دون ان تشترط عليه الكفاءة وتجهل كفاءته من عدمها ففي هذه الحالة تفقد المرأة حقها في طلب الفسخ لعدم الكفاءة، فهنا أسقطت حقها في الاعتراض بعدم البحث والتحري عن الخاطب قبل العقد وكذلك بعدم اشتراطها عليه أن يكون كفأً لكن يبقى حق الاعتراض للأولياء لأن الكفاءة حق للمرأة والأولياء وإسقاط حق أحدهما لا يؤثر في حق الآخر [5].

أما إذا زوج الولي المرأة دون البحث والتحري عن الخاطب في حالة أنه كفء بها أو غير كفء ثم ظهر أنه غير كفء فيفقد الولي الحق في الاعتراض لتقصيره في البحث ولكن يثبت للمرأة حق الاعتراض والفسخ . كما أنه إذا زوج الولي المرأة برضاها وبعلمها

---

[1] نسيمة عثماني، المرجع السابق، ص118.

[2] بدران أو العنين، المرجع السابق، ص2526؛ عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص331.

[3] عبد الكريم زيدان، المرجع السابق، ص128.

[4] علي عبد بن أحمد أبو البصل، المرجع السابق، ص18.

[5] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص72.

رجلاً دون البحث في كفاءته من عدمها والتحري عنه سقط حقهما في طلب الفسخ وذلك لتقصيرهما في البحث عن الكفاءة ويصير العقد نافذاً ولازماً[1].

الفرع الثاني: أثر التغرير والجهل الكفاءة على عقد الزواج في القانون

بالنسبة لموقف التشريعات العربية من هذه المسألة فسنذكر بعضها، حيث نجد أن أغلبها نصت على حالة التغرير بالكفاءة وإدعاء الزوج أنه كفء ففي هذه الحالة أعطت اغلب التشريعات العربية ال في حق الاعتراض والفسخ للزوجة وأوليائها ولم تشر لحالة الجهل بالكفاءة إلا أن المشرع الأردني نص صراحة على حالتي الجهل والتغرير.

فذكر في نص المادة 22 ق.أ.ش "إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كفاءته ثم تبين أنه غير كفء فليس لأي منهما حق الاعتراض، فاذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو قبله أو أخبر الزوج أو اصطنع ما يوهم أنه كفؤ ثم تبين أنه غير ذلك فلكل من الزوجة والولي طلب فسخ الزواج، فإذا كان كفؤاً حين الخصومة فلا يحق لأحد منهما طلب الفسخ"[2].

فإذا زوج الولي المرأة برضاها ثم تبين أنه غير كفء فليس للولي والزوجة حق الاعتراض بعدم كفاءة الزوج.

ما يفهم من هذه المادة أنه على الأولياء التحري والبحث عن كفاءة الزوج قبل العقد وإلا تفقد الزوجة والأولياء حقهما في الاعتراض.

كذلك جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو قبله وظهر أنه غير كفء على غير إدعائه فللمرأة ووليها حق الاعتراض وطلب الفسخ.

---

[1] عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص72.

[2] القانون رقم 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

أما بالنسبة للمشرع السوري فجاء في نص المادة 32 من قانون الأحوال الشخصية السوري "إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفء ثم تبين أنه غير كفؤ، كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد"[1].

حيث أن الكفاءة حق للولي والزوجة فإن رضيا بالزواج من غير الكفء فالعقد صحيح. أما إذا رضي أحدهما فحق الاعتراض وطلب الفسخ يبقى للطرف الأخر.

أما القانون الكويتي فجاء في المادة 38 منه "إذا إدعى الرجل الكفاءة ثم تبين أنه غير كفء كان لكل من الزوجة ووليها حق الفسخ"[2].

فهنا في حالة تغرير أو تدليس الزوج بإدعائه الكفاءة وثبت انعدامها أعطى المشرع الكويتي الحق للزوجة ووليها حق طلب فسخ عقد الزواج.

أما عن المشرع الإماراتي فعالج في المادة 24 منه حالة التدليس بإدعاء الزوج الكفاءة كذبا حيث نصت: "إذا إدعى الرجل الكفاءة أو اصطنع ما يوهم بها، أو اشترطت الكفاءة في العقد ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ"[3].

يجوز للزوجة ووليها طلب الفسخ ولا يؤثر إذا أسقط أحدهما حقه في الاعتراض والفسخ على حق الطرف الآخر.

جاء في المادة 35 من قانون الأسرة القطري أنه "إذا إدعى الزوج الكفاءة ثم تبين أنه غير كفء كان لكل من الزوجة أو وليها حق طلب الفسخ"[4].

---

[1] المرسوم التشريعي رقم 59 عام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

[2] قانون رقم 51 سنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل بالقوانين 61 سنة 1996، و29 سنة 2004، و66 سنة 2007، وقانون إجراءات دعوى النسب وتصحيح الأسماء.

[3] القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005، المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

[4] قانون 22 سنة 2006، المتضمن قانون الأسرة القطري.

فإذا اثبت إدعاء الزوج الكفاءة وهو غير كفء كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ والاعتراض.

بالنسبة للمشرع الليبي كذلك تطرق إلى حالة التغرير في الكفاءة في المادة 15 الفقرة الرابعة جاء فيها: "إذا إدعى الرجل الكفاءة أو اشترطت عليه في العقد ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ ..."[1].

من القوانين العربية السابقة نلاحظ ان الفسخ هو نقض لعقد الزواج بسبب خلّل فيه والفسخ حث ثابت للمرأة ووليها فإذا طالبوا بالفسخ أصبح العقد كأن لم يكن.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري كما تطرقنا سابقا لم ينص على موضوع الكفاءة في الزواج ولم يضعها في قانون الأسرة، إلا أنه في مسألة التغرير استعمل المشرع لفظ التدليس، وهو صورة من صور التغرير ونصت المادة 08 مكرر "في حالة التدليس يجوز لكل زوجة رفع دعوى قضائية ضد الزوج للمطالبة بالتطليق"[2]، حيث أعطى المشرع للزوجة الحق في طلب التطليق نتيجة تعرضها للتغرير وجاءت هذه المادة 08 في مسألة التعدد.

كما نجد في المادة 6/53[3] أنه نص: "يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية: – مخالفة الأحكام الواردة في المادة 08 أعلاه"، فإذا تزوج الرجل دون إعلام زوجته وخالف أحكام المادة 08 حقّ للزوجة طلب التطليق عن طريق القضاء.

---

[1] القانون رقم 10 سنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهم، المعدل بعض أحكامه بالقانون رقم 14 سنة 2015.

[2] الامر رقم 11/84 المتضن قانون الاسرة الجزائري المعدل والمتمم بالقانون02/05

[3] نفس القانون

المطلب الثالث

مسقطات حق الفسخ في عقد الزواج لعدم الكفاءة

بعد أن رأينا أنه يتخلف شرط الكفاءة يحق للزوجة ووليها طلب الفسخ بحكم أن الكفاءة حق مشترك لكن لهذا الحق أي طلب الفسخ مسقطات، سنتطرق إليها وذلك من خلال الوقوف على رأي الفقه الإسلامي في (الفرع الأول)، ثم التطرق إلى الناحية القانونية في (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مسقطات حق الفسخ في عقد الزواج لعدم الكفاءة في الفقه الإسلامي

يجوز للمرأة ولأوليائها الاعتراض على عقد الزواج وفسخه طبعاً إذا تخلف شرط الكفاءة فهو حق ثابت لهم ولا يسقط إلا برضاهم، لكن هناك حالات لا تحتاج إلى رضاهم فيسقط حقهم في الاعتراض تلقائيا فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أن حق الكفاءة في الزواج لا يسقط بأي حال من الأحوال وقال بهذا المالكية والشافعية والحنابلة[1].

إلاّ أن الحنفية قالوا أن الاعتراض وطلب الفسخ ليس مطلقا عن الزمان بل يسقط في حالة ما إذا ولدت الزوجة[2].

فليس للأولياء طلب فسخ عقد الزواج لعدم الكفاءة فهم يرون انه يسقط حق الفسخ بالولادة و هذا من أجل مصلحة الولد لأنها تفوق تقديم مصلحة الكفاءة.

كما يلحق بعض الحنفية بالولادة الحمل الظاهر فبمجرد حصول الحمل يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة[3]، لما قبل الحمل يبقى حق الاعتراض والفسخ للمرأة ووليها.

---

[1] محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر، مصر، 2020، مج 1، ص288.

[2] محمد أبو زهرة، المرجع السابق، ص146.

[3] محمد عزمي البكري، المرجع السابق، ص288.

الفرع الثاني: مسقطات حق الفسخ لعدم الكفاءة في القانون

استنادا إلى نصوص قوانين الأحوال الشخصية العربية نجدها نصت وأشارت إلى جملة من الحالات التي يسقط فيها حق طلب الفسخ لعدم الكفاءة.

فقد نص المشرع الأردني في المادة 23 من قانون الأحوال الشخصية: "يسقط حق فسخ عقد الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج إذا حملت الزوجة أو سبق الرضا أو مرت ثلاثة أشهر على علم الولي بالزواج"[1]، فنجد أن القانون حددّ في هذه المادة ثلاثة أسباب لسقوط الحق في طلب الفسخ لإنعدام الكفاءة وهي حمل الزوجة، إذا سبق رضاها بالزواج كذلك مرور ثلاثة أشهر على علم الولي بالزواج.

أما المشرع السوري أشار في المادة 30 إلى سبب واحد فقط لسقوط حق الفسخ وهو حمل الزوجة فجاء في المادة: "يسقط حق الكفاءة إذا حملت المرأة"[2].

والمشرع الإماراتي نص في المادة 25 على أنه: "يسقط الحق في طلب الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت الزوجة أو انقضت سنة بعد العلم بالزواج أو سبق الرضا من له طلب الفسخ"[3].

كذلك حدّد المشرع الإماراتي ثلاثة أسباب لسقوط الفسخ وهي: حمل الزوجة، وانقضاء سنة على العلم بالزواج، كذلك وجود الرضا.

كما نص المشرع الكويتي في المادة 39 ق. أ. ش الكويتي كذلك على ثلاثة أسباب وهي حمل الزوجة، وانقضاء سنة على الزواج كذلك توفر الرضا بإنعدام الكفاءة جاء في

---

[1] القانون رقم 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010، المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[2] المرسوم التشريعي رقم 59 عام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04، المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

[3] القانون الاتحادي رقم 22 لسنة 2005، المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

المادة 39: "يسقط حق الفسخ بحمل الزوجة أو يسبق الرضا أو بانقضاء سنة على العلم بالزواج"[1].

وحدّد المشرع القطري في المادة 35 من قانون الأسرة أسباب سقوط الفسخ وجاء فيها: "يسقط حق طلب الفسخ لانتفاء الكفاءة بحمل الزوجة أو انقضاء سنة على انعقاد الزواج"[2].

ولم يبتعد المشرع الليبي عن نفس أسباب سقوط الفسخ فقد جاء في المادة 15/ج "... لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ مالم تحمل الزوجة أو تنقضي سنة بعد النكاح أو سبق الرضا صراحة أو ضمناً ممن يطلب الفسخ ..."[3].

ما يلاحظ من نصوص القوانين العربية أنها أخذت بما قال به الحنفية من وجود حالات يسقط فيها حق المرأة والولي لطلب فسخ عقد الزواج لعدم الكفاءة.

---

[1] قانون رقم 51 سنة 1984 في شأن الأحوال الشخصية الكويتي، المعدل بالقوانين 61 سنة 1996، و29 سنة 2004، و66 سنة 2007، وقانون إجراءات دعوى النسب وتصحيح الأسماء.

[2] قانون 22 سنة 2006، المتضمن قانون الأسرة القطري.

[3] القانون رقم 10 سنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وأثارهم، المعدل بعض أحكامه بالقانون رقم 14 سنة 2015.

خاتمة

الخاتمة:

في الأخير توصلنا الى أن:

الكفاءة في الزواج تعني المساواة والمماثلة بين الزوجين في أمور مخصوصة اختلف الفقهاء في تسميتها بين أوصاف أو خصال كما اختلف في اعتبارها بين أوصاف مختلف فيها وأوصاف متفق على اعتبارها، وأهم مسألة اختلف فيها الفقهاء هي مسألة اعتبار الكفاءة في الزواج هل هي معتبرة ام لا، فمنهم من قال بعدم اعتبارها تماما حيث لم يقم دليل من الشرع على اعتبارها كونها تتنافى مع مبدا المساواة، اما جمهور الفقهاء قالوا باعتبارها، وأكيد أن الراجع هو اعتبارها في عقد الزواج.

كذلك ذهبت بعض التشريعات العربية الى الاخذ بالكفاءة واعتبارها وتنظيم احكامها الا أن هناك بعض التشريعات العربية على غرار دول المغرب العربي ونخص بالذكر المشرع الجزائري لم يتطرق لموضوع الكفاءة في قانون الاسرة الجزائري، الا ان ما جاء في المادة 222 ق أ ج لا يمكن تطبيقه لأن الموضوع مختلف فيه عند الفقهاء وفيه خلاف كبير من حيث الاوصاف المعتبرة فيها والاحكام والآثار المترتبة عليها، كما نجد ان دول المغرب العربي حذت حذوه في عدم تنظيمها، عدا المشرع الليبي.

والوصف الذي اتفق على اعتباره جميع الفقهاء وحتى القوانين العربية التي نصت على موضوع الكفاءة هو وصف الدين أي بمعنى الصلاح والتقوى، الا ان هناك اوصاف مختلف فيها بين المذاهب الفقهية، وما يمكن قوله ان هذا الاختلاف راجع لأعراف الدول واختلاف الازمنة حتى ان هناك معايير حديثة ظهرت أصبح من الضروري مراعاتها.

ذهب جمهور الفقهاء الى أن الكفاءة شرط لزوم في عقد الزواج فبوجودها يكون العقد صحيحا ولازما، وينتج عن تخلفها أن العقد يكون صحيحا غير لازم، فيكون للزوجة وأوليائها حق الاعتراض وطلب الفسخ فالكفاءة حق مشترك بين المرأة واوليائها.

كذلك التشريعات العربية التي نصت على الكفاءة وأخذت بها ذهبت الى أن الكفاءة شرط لزوم في عقد الزواج ويترتب عنه أن للزوجة واوليائها حق الاعتراض وطلب الفسخ في حالة تخلفها.

أما بالنسبة لوقت اعتبار الكفاءة فتكون عند انشاء العقد ولا يؤثر زوالها بعده فلا يحق للمرأة واوليائها التمسك بحق الاعتراض فالعبرة بالكفاءة تكون بمراعاة حال الزوج عند انشاء العقد لا بعده، وبهذا أخذت التشريعات العربية.

في حالة إذا ما زوجت المرأة نفسها لرجل غير كفِء فليس لها حق الاعتراض لأنها قصرت في التحري عن كفاءته، وإذا زوج الولي البكر برضاها لرجل دون التحري عن كفاءته فليس للولي ولا للزوجة الحق في الاعتراض لانهما قصرا في البحث.

وفي حالة التغرير فإذا ثبت أن الرجل ادعى الكفاءة ثم ظهر أنه غير كفء فللزوجة والاولياء حق الاعتراض وطلب الفسخ وبهذا أخذت التشريعات العربية المعتبرة للكفاءة،

أما بالنسبة لحالة سقوط حق الفسخ لعدم الكفاءة فحق الاعتراض والفسخ حق ثابت للمرأة والاولياء ولا يسقط الا بالرضا أو تقصيرهم في التحري عن الزوج كذلك يسقط بولادة الزوجة او بظهور الحمل

في الأخير على المشرع الجزائري تنظيم موضوع الكفاءة في قانون الاسرة في نصوص صريحة لما يكتسيه الموضوع من أهمية حيث ان الكفاءة مقررة لحماية المرأة وضمانا لحقوقها ممن ليس بكفء لها، كذلك عليهم مراعاة المعمول به في عرف المجتمع خاصة انه في المادة 11 منه حاول مسالة تزوج الراشدة نفسها الاخذ براي الحنفية الا انه لم يوفق وذلك بجعل دور الولي كان لم يكن غير ان الولي هو سند الحماية للمرأة.

كان من الاجدر عدم الغاء المادة 12 من القانون المعدل، وهذا للتخفيف من حالات التفكك الاسري التي طالت المجتمع الجزائري.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المصادر

1- القرآن الكريم

2- علوم القرآن الكريم

1. ابن كثير، تفسير القرآن العظيم، دار ابن الهيثم، مصر، 1426هـ/2005 م، ط 1، ج3،
2. ابن كثير، تفسير القرآن الكريم العظيم، ط1، دار بن الهيثم، القاهرة، 1426 هـ/ 2005 م، ج4.

2 السنة النبوية

1. أحمد بن حنبل المسند 156/3، تحقيق شعيب الأرناؤوط، عادل مرشد، ط1، مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، 1421 هـ/2001 م.
2. محمد ناصر الدين الالباني صحيح الجامع
3. أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني ابن ماجة، سنن ابن ماجة، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
4. احمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، السنن الكبرى، تحقيق محمد عبد القادر، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2003.
5. أبو عبد الله محمد إسماعيل البخاري, صحيح البخاري, ط1, دار ابن كثير, دمشق,1423هـ/2002م.

3-المعاجم

1. ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، دار صادر لبنان 1374هـ/1955م، ج1

4-الكتب الفقهية

ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، دار المعرفة، بيروت، ط6، 1982، ج2.

ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار عالم الكتب، الرياض، طبعة خاصة، 1423، 2003، ج4.

ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ج3.

ابن قيم الجوزية، زاد الميعاد في هدى خير العباد، مؤسسه الرسالة، بيروت، الطبعة الاولى، 1430هـ/ 2009م.

3. البهوتي: كشاف القناع عن متن الاقناع، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403 هـ/ 1983 م، ج 5.

4. ابي عبد الله محمد بن الحسن الشيباني، الجامع الصغير، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراشني، باكستان,1411هـ/1990م.

5. شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ج5

6. الخطاب الريعني المالكي، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1995، ج 6.

7. السيد سابق، فقه السنة، مجلد 2، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، . 1403 هـ/ 1983.

8. الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، دار الشامية، ط 1، 1997، ج 1.

9. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الذخيرة، تحقيق محمد بوخبزة، دار الغرب الاسلامي، ط1، 1994، ج4.

10. شيخي زادة الكليوبي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط 1، 1988، ج 3.

11. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1402 هـ/ 1982 م.
12. وهبه الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط2، 1985، ج7.
13. وهبه الزحيلي، موسوعة الفقه الاسلامي والقضايا المعاصرة، دار الفكر العربي، دمشق، 2010، ج8.
14. عبد الرحمان الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424 هـ/ 2002 م، ج 4.
15. عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الاسلامية، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت.
16. بدران أبو العين بدران، الزواج والطلاق في الاسلام، مطبعة دار التأليف، ط2، 1961.
17. عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة و البيت المسلم، ط1,مؤسسة الرسالة, بيروت ج6, 1413هـ/1993م.
18. عمر سليمان الاشقر، احكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الاردن، ط1، 1418 – 1997.
19. محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط2، دار الفكر العربي، القاهرة، 1329هـ/ 1950م.
20. محمد أبو زهرة، عقد الزواج واثاره، دار الفكر العربي، القاهرة
21. محمد مصطفى شلبي، أحكام الاسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، 1403 هـ/1983 م.
22. مصطفى أحمد الزرقا، الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، لبنان، ط 1، 1998، ج 1 .

ثانيا: المراجع

الكتب العامة

1. ابراهيم رفعت الجمال، معيار الكفاءة في النكاح، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، 2005.
2. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، دار محمود للنشر، مصر، 2020، مج 1، ص288.
3. مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط9، دار الورق، الرياض، دار النيربين، دمشق1422هـ/2001م
4. العربي بلحاج، الوجيز، في شرح قانون الاسرة الجزائري المعدل، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،2010.
5. أبو حمزة سعيد بن عبد القادر بن سالم باشنفر، الكفاءة في النكاح بين العرف والشرع، ط 1، 1468 هـ/ 2007م، دار ابن حزم، بيروت.
6. أحمد بن محمود آل رجب، الكفاءة في الزواج، دار الفقراء، ط1، 1440هـ/2013م،
7. أحمد محمد علي داود، الأحوال الشخصية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط1، الجزء الأول والثاني، 1430هـ/2009م.
8. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 1429 هـ/ 2008 م.
9. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في احكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 1428، 2007م.
10. فاطمة عمر نصيف، الكفاءة في النكاح على ضوء الكتاب والسنة، دار الحمدي، السعودية، ط1، 1442هـ/2003 م.

11. عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري، ط1، دار الخلدونية, 1428هـ/2007م

الرسائل والمذكرات الجامعية

1. حسن محمد عبد الحميد الكردي، الكفاءة في الزواج مقارنة بقانون الأحوال الشخصية، رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، كلية القانون، الجامعة الاسلامية، غزة.
2. حسن مهداوي، دراسة نقدية للتعديلات الواردة على قانون الأسرة مسائل الزواج وآثاره مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تلمسان، 2009، 2010.
3. نسيمة عثماني، التغرير وأثره في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي وقانون لأسرة الجزائري –دراسة مقارنة مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2016/2015،
4. يمني عدنان حمدان، التفريق بين الزوجين لعدم الكفاءة وتطبيقاتها في المحاكم الشرعية الأردنية، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، كلية الشريعة، جامعه اليرموك، 2018 /2019.
5. جمادي مسعود، الكفاءة في الزواج و اثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري، ماجستار في الفقه و اصوله، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007/2006.

المقالات العلمية

1. محمد مستوري، الكفاءة في الزواج ودور العرف في التوسعة من مجلاتها، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، العدد 1، افريل 2020.
2. هدى غيضان، الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث والعلوم الانسانية، المجلد 29، (7)، 2015.

3. بن شويخ الرشيد، قانون الاسرة بين التعديل و التبديل، مجلة كلية العلوم الإسلامية، جامعة الجزائر، ع9، 1425هـ/2004م.

النصوص القانونية

أ/ النصوص الوطنية

1. قانون رقم 84-11 مؤرخ في 09 يونيو 1984 والمتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 27 فبراير 2005.
2. قانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005، المتضمن القانون المدني المعدل للأمر 75-58، المؤرخ في 1975/09/26.

النصوص الأجنبية

1. قانون رقم 10 لسنه 1984 بلسان الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق واثارهم المعدل بعض أحكامه بال قانون14 لسنة2015.
2. مرسوم تشريعي 59 لعام 53 المعدل بالقانون رقم 04 لسنه 2019 المؤرخ في 7 فبراير 2019 المتضمن قانون الاحوال الشخصية السوري.
3. المذكرة الايضاحية للقانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
4. القانون رقم 51 لسنة 1984 م في شان الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و29 لسنة 2004 و66 لسنة 2007 وقانون اجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء.
5. قانون رقم 10 لسنة 1984 في شأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم المعدل أحكامه بالقانون 14 لسنة 2015 لدولة ليبيا.

6. أمر عدلي مؤرخ في 06 محرم 1376 هـ الموافق لـ 13 أوت 1956 المتعلق بإصدار مجلة الاحوال الشخصية للجمهورية التونسية.
7. قانون رقم 052/2001 بتاريخ 19 يوليو 2001م يتضمن مدونة الأحوال الشخصية. لدولة موريتانية الجريدة الرسمية ع 1004، 15اغسطس2001م.
8. ظهير شريف 22/04 الصادر في 22 ذي الحجة 1424 هـ الموافق ل 03 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70/03 بمثابة مدونة الأسرة المغربية، الجريدة الرسمية عدد 5184 المؤرخ في 14 ذي الحجة 1424 هـ الموافق ل 05 فبراير 2004 م.
9. القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2009/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
10. القانون رقم 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني. الجريدة الرسمية، ع5061، المؤرخ يوم الاحد9 ذو القعدة 1431هـ الموافق ل17 اكتوبر2010م.
11. المرسوم التشريعي رقم 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.
12. القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.
13. قانون رقم 22 لسنة 2006، المتضمن قانون الأسرة القطري.
14. التقريران الدوريان الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع اشكال التمييز ضد المرأة، الأمم المتحدة، 18 ماي 2009م، وثيقة رقم:4-CEDAW /C/DZA /3

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
شكر وعرفان	//
اهداء	//
مقدمة	01
الفصل الأول: ماهية الكفاءة في عقد الزواج	
المبحث الأول: مفهوم الكفاءة في عقد الزواج	6
الفرع الأول: تعريف الزواج لغة	7
الفرع الثاني: تعريف الزواج اصطلاحا	8
أولا: تعريف الزواج في الفقه الاسلامي	9
ثانيا: التعريف القانوني للزواج	11
الفرع الثالث: الحكمة من الزواج ومقاصده الشرعية	14
المطلب الثاني: تعريف الكفاءة في الزواج ومشروعيتها	16
الفرع الأول تعريف الكفاءة لغة	17
الفرع الثاني: تعريف الكفاءة في الزواج اصطلاحا	18
أولا: تعريف الكفاءة في الزواج لدى الفقه الاسلامي	18
ثانيا: التعريف القانوني للكفاءة في الزواج	19
المطلب الثالث: الحكمة من الكفاءة في الزواج ومشروعيتها	21
الفرع الأول: الحكمة من تشريع الكفاءة الزوجية	21
الفرع الثاني: مشروعيه الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي	22
أولا: القائلون بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج وادلتهم	22
ثانيا: القائلون باعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم	26
ثالثا: الترجيح	30
الفرع الثالث: مشروعيه الكفاءة في الزواج قانونا	30
المبحث الثاني: الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج	33
المطلب الأول: الأوصاف المتفق على اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية	34

الفرع الأول: الاوصاف المتفق على اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية في الفقه الاسلامي.	**35**
الفرع الثاني: الأوصاف المتفق عل اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية قانونا	**38**
المطلب الثاني: الأوصاف المختلف في اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية	**41**
الفرع الأول: الاوصاف المختلف في اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية في الفقه الاسلامي.	**41**
أولا: وصف النسب	**42**
ثانيا وصف المال	**43**
ثالثا :وصف الحرفة	**45**
رابعا: السلامة من العيوب	**46**
خامسا: وصف الاسلام	**47**
سادسا: وصف الحرية	**48**
الفرع الثاني الأوصاف المختلف قانونا في اعتبارها ضمن الكفاءة الزوجية	**49**
أولا: وصف النسب في القانون	**49**
ثانيا: وصف المال في القانون	**50**
ثالثا: وصف الحرفة	**51**
رابعا: السلامة من العيوب	**52**
خامسا : الاسلام	**53**
الفصل الثاني: أحكام اعتبار الكفاءة في الزواج والآثار المترتبة عن تخلفها	
المبحث الأول: التكييف الفقهي والقانوني للكفاءة في الزواج	**57**
المطلب الأول: نوع شرط الكفاءة في الزواج والجانب الذي تعتبر فيه	**58**
الفرع الأول: نوع شرط الكفاءة في الزواج والجانب الذي تعتبر فيه في الفقه الاسلامي	**58**
أولا: القائلين بأنها شرط لزوم	**58**
ثانيا: القائلين بأن الكفاءة شرط صحة	**61**

الفرع الثاني: نوع شرط الكفاءة في الزواج والجانب الذي تعتبر فيه في القانون	**65**
أولا: نوع شرط الكفاءة	**65**
ثانيا: الجانب الذي تشترط فيه الكفاءة في القانون	**67**
المطلب الثاني: وقت اعتبار الكفاءة وصاحب الحق فيها	**68**
الفرع الأول: وقت اعتبار الكفاءة في الزواج وصاحب الحق فيها في الفقه الإسلامي	**69**
أولا: وقت اعتبار الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي	**69**
ثانيا: أصحاب الحق في الكفاءة في الفقه الاسلامي	**70**
الفرع الثاني: وقت اعتبار الكفاءة وأصحاب الحق فيها في القانون	**73**
أولا: وقت اعتبار الكفاءة	**73**
ثانيا: أصحاب الحق في الكفاءة في القانون	**75**
المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن تخلف شرط الكفاءة في الزواج	**76**
المطلب الأول: أثر التخلف الكفاءة في عقد الزواج	**77**
الفرع الأول: أثر تخلف شرط الكفاءة في عقد الزواج في الفقه الإسلامي	**77**
أولا: تزويج المرأة البالغة نفسها بغير كفء	**77**
ثانيا: تزويج الولي المرأة بغير كفء	**80**
الفرع الثاني: أثر تخلف شرط الكفاءة على عقد الزواج في القانون	**81**
المطلب الثاني: أثر التغرير والجهل بالكفاءة على عقد الزواج	**85**
الفرع الأول: أثر التغرير في الجهل بالكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي	**85**
أولا: تعريف التغرير فقهاً	**85**
ثانيا: في حالة الجهل وعدم العلم بالكفاءة	**88**
الفرع الثاني: أثر التغرير والجهل بالكفاءة على عقد الزواج في القانون	**89**
المطلب الثالث: مسقطات حق الفسخ في عقد الزواج لعدم الكفاءة	**92**

الفرع الأول: مسقطات حق الفسخ في عقد الزواج لعدم الكفاءة في الفقه الإسلامي	**92**
الفرع الثاني: مسقطات حق الفسخ لعدم الكفاءة في القانون	**94**
خاتمة	**96**
قائمة المصادر والمراجع	**99**
الفهرس	**107**