

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

ميدان: الحقوق والعلوم السياسية  
تخصص: قانون الأسرة



كلية: الحقوق والعلوم السياسية  
قسم: الحقوق

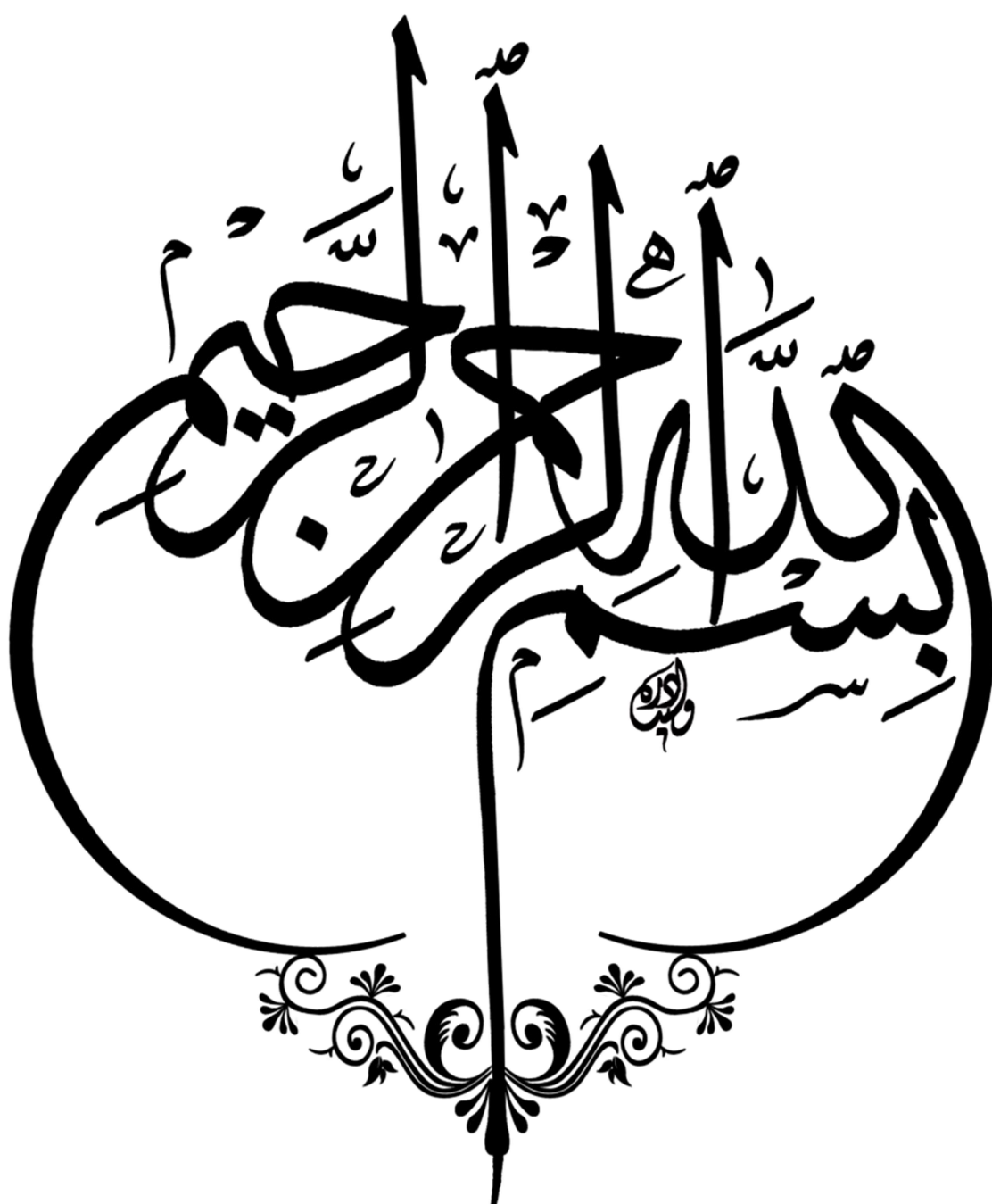
مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر أكاديمي  
إعداد الطالبين: عمر مرزوقي  
مفتاح عبد الصمد  
تحت عنوان:

## شرط الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

| الاسم واللقب             | الرتبة العلمية | الجامعة                    | الصفة        |
|--------------------------|----------------|----------------------------|--------------|
| د/ سامية شرفة            | أستاذ محاضر ب  | جامعة محمد بوضياف بالمسيلة | رئيسا        |
| د/ ليلي إبراهيم العدواني | أستاذ محاضر ب  | جامعة محمد بوضياف بالمسيلة | مشرفا ومقررا |
| د/ مريم ياحي             | أستاذ محاضر أ  | جامعة محمد بوضياف بالمسيلة | مناقشا       |

السنة الجامعية : 2020/2019





﴿ وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا  
إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ  
يَتَفَكَّرُونَ ﴾ (الروم: 20).

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

« إِذَا خَطَبَ إِلَيْكُمْ مَنْ تَرْضَوْنَ دِينَهُ وَخُلُقَهُ فَرَّوْجُوهُ، إِلَّا  
تَفَعَّلُوا تَكُنْ فِتْنَةً فِي الْأَرْضِ، وَفَسَادٌ عَرِيضٌ » (أخرجه الترمذي).

# الإهداء

إلى الوالدين الكريمين

نبح الحنان الذي لا ينضب، مثال التضحية والإيثار والحب والوفاء

أمي

رمز العطاء الذي أخذ بيدي دوما في طريق الحياة وطريق العلم

أبي

إلى الأسرة الصغيرة والعائلة الكبيرة، الذين تقاسموا معي أعباء الحياة، وساروا معي دروبها بحب وإخلاص

إلى كل الأهل والأصدقاء والزملاء المخلصين الذين لم يبخلوا عليّ بدعمهم، وعونهم وكرمهم وخالص دعائهم.

إلى كل هؤلاء جميعا أهدي هذا العمل الذي أسأل الله أن

يجعله في ميزان حسناتي.

# شكر وفقد

الحمد لله على إحسانه والشكر له على توفيقه وامتنانه، القائل في محكم قرآنه: ﴿وَإِذْ تَأَذَّنَ رَبُّكُمْ لَئِنْ شَكَرْتُمْ لَأَزِيدَنَّكُمْ﴾ (إبراهيم:9). والصلاة والسلام على سيدنا ونبينا محمد عبده ورسوله الداعي إلى رضوانه، وعلى آله وأصحابه وإخوانه القائل: «لَا يَشْكُرُ اللَّهُ مَنْ لَا يَشْكُرُ النَّاسَ».

نتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان للدكتورة ليلى إبراهيم العدواني، على إشرافها القيم على هذه المذكرة، والتي لم تدخر جهدا في تقديم التوجيه اللازم، والمتابعة الدقيقة، والنصيحة الصادقة، والسعي الحثيث في كل مراحل البحث بلا كلل ولا ملل.

ونتقدم بأسمى عبارات الشكر والتبجيل والاحترام، للسادة الدكاترة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على قراءتهم لبحثنا وتصويبهم ونقدمهم البناء، وعلى نفائس دررهم التي أهدوها لنا نصحا وإرشادا.

كما نتقدم بشكرنا إلى كل الأساتذة الذين علّمونا وأخذوا بأيدينا في مختلف مراحل التعليم، وإلى كل الأهل والأصدقاء والزملاء، وكل من قدم لنا يد العون من قريب أو بعيد.

## رموز البحث

| الرمز | الشرح                 |
|-------|-----------------------|
| ج     | الجزء                 |
| د ت   | دون تاريخ             |
| د ط   | دون طبعة              |
| س     | السنة                 |
| سا    | الساعة                |
| ص     | الصفحة                |
| ط خ   | طبعة خاصة             |
| ط     | الطبعة                |
| ع     | العدد                 |
| ق أ ج | قانون الأسرة الجزائري |
| مج    | المجلد                |

# مقدمة

## 1- التعريف بالموضوع وأهميته

إن الزواج رباط مقدس مبني على المودة والرحمة والاطمئنان بين الرجل والمرأة، قال تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (الروم: 20)، وقد شرعه الله للحفاظ على النفس والتسل، وترابط القربان وتكوين أسر شريفة تسودها المحبة والألفة، وتكريم الإنسان والترفع به إلى العلاقة الزوجية الراقية وتكريمه عن سائر المخلوقات.

وإن عقد الزواج عقد جليل أضفى عليه القرآن الكريم قدسية لم يضيفها على أي عقد آخر حيث وصفه بأنه ميثاق غليظ في قوله تعالى: ﴿وَأَخَذَ مِنْكُمْ مِيثَاقًا غَلِيظًا﴾ (النساء: 21). وهذا الميثاق مبني على أساس من الاستمرار والاستقرار، وبه يبنى أعظم كيان، إنها الأسرة نواة المجتمع ولبنته، وأساس عمارة الأوطان، بصلاحها ونجاحها يصلح المجتمع، وبفسادها وانحيارها يهدم، ولأجل هذا الدور المهم والخطير، اهتم الإسلام بها أعظم اهتمام وأولاه عناية خاصة لم يولها المؤسسات المالية واقتصادية، وذلك بوضع أسس وشروط متينة كفيلة بجعلها تؤدي دورها المنوط بها، ولعل أهم هذه الأسس والشروط وأبلغها أثرا هو مراعاة التقارب والملائمة والمساواة بين الزوجين عند اختيار كل واحد منهما للآخر، وهو ما اصطلاح الفقهاء على تسميته بالكفاءة في الزواج.

والكفاءة في الزواج المراد بها تحقيق التقارب بين الزوجين في أمور عديدة كي يتحقق الانسجام ومن ثمّ التآلف واستمرار العشرة بينهما على أساس الاحترام المتبادل، ويمتد ذلك إلى ترابط الأسر وتكاتفها، ومع ذلك فإنّ مراعاتها تكون في جانب الرجل لصالح المرأة، وقد اختلف الفقهاء في هذا الموضوع اختلافا واسعا في جزئيات كثيرة بدءا بالأخذ بالكفاءة أولا حيث اعتبرها البعض في خانة التمييز العنصري الذي جاء الإسلام لمحاربه على أساس مساواة الناس في أصل الخلقة ولا مفاضلة بينهم إلا بالتقوى، وصولا إلى اختلافهم حول أصحاب الحق في طلبها، والأوصاف المعتبرة ونوع شرط الكفاءة ووقت مراعاتها وتحلفها أو تحلف بعض الأوصاف والتغريب بها، وما يترتب عن ذلك. لذا ارتأينا أن يكون عنوان البحث: "شرط الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري".

وتكمن أهمية البحث في هذا الموضوع في كونه مرتبطا بالأسرة. تلك المؤسسة العظيمة التي تهتم بالإنسان وتسهر على تخريجها ليكون فردا صالحا مفيدا لدولته وأمتة ومجتمعه. وكذلك من حيث مساهمته في استقرارها واستمرارها من عدمه، وإن كانت هذه المسألة بحاجة إلى دراسات ميدانية لإثباتها، وكذلك لما لها من أثر على عقد الزواج.

## 2- إشكالية البحث

مما تقدم فإنّ الإشكال الرئيس الذي يطرح ونسعى للإجابة عنه من خلال هذا البحث هو:

ما الأثر المترتب عن وجود أو انعدام شرط الكفاءة بأوصافها المختلفة على عقد الزواج؟

وهذا يقودنا إلى طرح تساؤلات فرعية عديدة منها:

- ما المقصود بالكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي والقانون؟
  - ما الراجح من اختلاف الفقهاء حول الأخذ بالكفاءة؟
  - هل لاعتبار الكفاءة في الزواج منافاة لمبدأ المساواة بين الناس المقرر في الإسلام؟
  - ما الأوصاف التي تتحقق بها الكفاءة وما الأساس في اعتبارها؟
  - هل يشترط أن تتوافر كل الأوصاف لتحقيق الكفاءة أم يكفي بعضها؟
  - من له الحق في طلب الكفاءة؟
  - ما نوع شرط الكفاءة وما أثره على عقد الزواج؟
  - متى يحق الاعتراض على شرط الكفاءة ومتى يسقط هذا الحق وما أثر ذلك على عقد الزواج؟
  - ما أثر تخلف الكفاءة أو التغير بها على عقد الزواج؟
- 3\_ أهداف البحث:** تتمثل الأهداف المرجو تحقيقها من خلال البحث في هذا الموضوع في ما يلي:
- الوقوف على الاختلافات الفقهية حول مسألة اعتبار الكفاءة وأدلة كل فريق.
  - بيان موقف المشرع الجزائري من مسألة اعتبار الكفاءة.
  - التطرق إلى أوصاف الكفاءة التي قال بها الفقهاء والتي أخذت بها قوانين الأسرة ومدى إمكانية إضافة أوصاف أخرى من عدمه.

- الوقوف على الآثار المترتبة عن فقدان الكفاءة في الزواج وتأثيرها على عقد الزواج.
- 4\_ أسباب اختيار الموضوع:** إن الأسباب التي دفعتنا لاختيار موضوع شرط الكفاءة في الزواج ما يلي:
- ارتباط موضوع الكفاءة في الزواج بالأسرة، وهو مجال تخصصنا.
  - التنويه بأهمية موضوع شرط الكفاءة وضرورة اهتمام المشرع الجزائري به، خاصة في ظل تزايد الشقاق بين الزوجين وكثرة حالات الطلاق والخلع والتطليق في المجتمع الجزائري، فرما يمكن للكفاءة أن تساهم في الحد من هذه الحالات.

- المساهمة بدراسة علمية تتناول جانبا مختلفا من جوانب الكفاءة والمتمثل في أثرها على عقد الزواج، ليتسنى الوقوف على إمكانية الأخذ بها من قبل المشرع الجزائري.

## 5\_ الدراسات السابقة

لم يكد يخلو كتاب من كتب الفقه من موضوع الكفاءة في الزواج وهذا دليل أهميته وجديته، وبالمقابل فإنه من الناحية القانونية قلما تناوله فقهاء القانون، أما فيما يخص الدراسات الأكاديمية فقد عثرنا في حدود اجتهادنا على دراسة موسومة بـ: **الكفاءة في النكاح على ضوء الكتاب والسنة** لفاطمة عمر نصيف، والتي تمحور بحثها على الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي فقط واقتصر على مناقشة اعتبار الكفاءة من عدمه وقوة دليل كل فريق، فهي تختلف كثيرا عن بحثنا لأن دراستنا مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مع إشارتنا إلى بعض التشريعات الأسرية، كما أننا تناولنا جانباً لم تطرقه والمتعلق بأثر الكفاءة على عقد الزواج.

كما توجد دراسة تتمثل في رسالة ماجستير غير منشورة في الفقه وأصوله عنوانها: "الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري" لجمادي مسعود، وهي دراسة ميدانية ركز فيها الباحث على الربط بين الكفاءة وانتشار حالات الطلاق في المجتمع الجزائري، وبذلك فهي تختلف عن دراستنا كونها دراسة نظرية كما أنها ركزت على أوصاف الكفاءة المعتبرة وكذلك على أثر شرط الكفاءة على عقد الزواج، إن كانت دراسة الباحث قد أفادتنا في جوانب عديدة تطرق إليها الباحث.

وتوجد كذلك رسالة ماجستير غير منشورة في القضاء الشرعي موسومة بـ: "الكفاءة في الزواج مقارنة بقانون الأحوال الشخصية" لحسن محمد عبد الحميد الكردي، وهي دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الفلسطيني، تناول فيها مفهوم الكفاءة ومشروعيتها وحكمها وفصل بشكل كبير في الأوصاف المعتبرة، وبذلك فهو يختلف عن بحثنا في كونه مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، إضافة إلى تركيزنا على أثر الكفاءة على عقد الزواج وإمكانية إضافة أوصاف أخرى بحسب التطورات الحاصلة في المجتمع.

## 6\_ المنهج المتبع

لبلوغ الأهداف المتوخاة من البحث والإجابة عن التساؤلات بأكثر دقة استدعى الأمر الاعتماد على المنهج الاستقرائي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن، حيث اعتمدنا المنهج الاستقرائي في تتبع مختلف جزئيات الموضوع والخلافات الفقهية وكذلك النصوص القانونية التي تناولت الكفاءة، والمنهج التحليلي في عرض وتحليل الأفكار والآراء والأدلة والنصوص القانونية المتعلقة بالكفاءة، والمنهج المقارن من أجل المقارنة بين أقوال الفقهاء في ما بينهم، وفيما بين الفقهاء وقانون الأسرة الجزائري وما ورد في قوانين الأسرة لبعض الدول لمعرفة أوجه الاتفاق والاختلاف بينهم، واعتمدنا في ذلك المقارنة العمودية حيث نقوم بدراسة كل جزئية في الفقه الإسلامي ثم نبين موقف قانون الأسرة الجزائري والقوانين الدول الأخرى منها مع المناقشة والترجيح وبيان الرأي الذي أخذ به كل تشريع.

أما عن منهجية البحث فقد حاولنا قدر المستطاع المقارنة بين ما جاء في الفقه الإسلامي وموقف المشرع الجزائري، كما أسندنا الآيات إلى سورها بذكر اسم السورة ورقم الآية في المتن، وقمنا بتخريج الأحاديث الشريفة الواردة في البحث، وبيان معاني الكلمات الغامضة، وفق ما تقتضيه مثل هذه الدراسات.

## 7\_ خطة البحث

تم تقسيم البحث إلى مقدمة، وفصلين:

حيث تناولنا في الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج، ويحتوي على مبحثين، المبحث الأول: مفهوم الكفاءة في الزواج، وفيه تم تعريف الزواج ثم الكفاءة في الزواج، والمبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من اعتبار شرط الكفاءة في الزواج، وتم التطرق فيه الخلافات الفقهية حول اعتبار الكفاءة

وأدلة الفريقين، وموقف قانون الأسرة الجزائري من ذلك مع الإشارة إلى قوانين بعض الدول العربية، وأصحاب الحق في اشتراط الكفاءة في الفقه الإسلامي والقانون.

وتناولنا في الفصل الثاني: الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج. ويحتوي على مبحثين، المبحث الأول: الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج، وقد تم فيه التطرق إلى الأوصاف الأساسية والثانوية وبيان موقف القانون منها، والمبحث الثاني: أثر شرط الكفاءة على عقد الزواج، وقد تم التطرق فيه إلى بيان نوع شرط الكفاءة ووقت مراعاتها فقها وقانونا وأثر ذلك على عقد الزواج، وتختلف شرط الكفاءة والتعريف بالكفاءة وأثر ذلك على عقد الزواج.

وقد ذيلنا البحث بخاتمة ضمناها أهم النتائج والاقتراحات.

# الفصل الأول:

## ماهية الكفاءة في الزواج

### تمهيد:

إن بناء الأسرة بناء سليما له انعكاساته الإيجابية على المجتمع، إذ عليه تتوقف سلامته، وهي سبب استمراره ودوامه، فالأسرة هي التي تمد المجتمع ببني الإنسان والأجيال التي يفترض فيها أن تضطلع بمهمة عمارة الأرض والاستخلاف فيها وهي الغاية الأسمى التي خلق الإنسان من أجلها، لذا وجب الحرص على أن يكون هذا البناء على أسس صحيحة ومتينة ليضمن هذه الديمومة والاستمرارية والاستقرار، وإن تحري الصلاح والكفاءة بين الزوجين لربما من شأنه أن يكون أساسا لهذا البناء، وهو ما دفع الفقهاء قديما وحديثا للخوض كثيرا في مسألة الكفاءة في الزواج، وقد اختلفوا فيها أيما اختلاف بدءا من اعتبارها في الزواج من عدمه وصولا إلى الأوصاف المعتبرة وآثارها...الخ.

وعلى الرغم من ذلك فإنه لا يمكن إنكار أهمية الكفاءة في الزواج، وضرورة البحث فيها من أجل الوقوف على موقف الفقهاء من اعتبارها في الزواج وكذا موقف قانون الأسرة الجزائري، وقبل ذلك كان ضروريا استجلاء الغموض عن مفهومها من خلال تعريفها وتحديد معناها في الفقه الإسلامي والقانون، وكذا تحديد موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من اعتبار شرط الكفاءة في الزواج، وهو ما سيتم دراسته من خلال هذا الفصل الذي تم تقسيمه كالتالي:

### المبحث الأول: مفهوم الكفاءة في الزواج

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من اعتبار شرط الكفاءة في

الزواج

## المبحث الأول: مفهوم الكفاءة في الزواج

قبل الخوض في أي مسألة تتعلق بالكفاءة في الزواج فإنّ الأمر يستدعي منّا إجلاء الغموض عنها وبيان المراد بها أولاً، وذلك من خلال تعريفها وتحديد معناها بدقة في اللغة وفي الفقه الإسلامي وكذا في القانون، وذلك نظراً لأهمية التعريف الذي يسمح بضبط المصطلح ليتضح المعنى الذي أراده الفقهاء والقانون للانتقال إلى دراسة المسائل المتعلقة به والوصول إلى نتائج أكثر دقة، لذلك تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين حيث نتناول، تعريف الزواج (المطلب الأول)، وتعريف الكفاءة في الزواج (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: تعريف الزواج

سيتم من خلال هذا المطلب تعريف الزواج وذلك تمهيداً لبيان المراد بالكفاءة في الزواج، وسيتم تعريفه في اللغة أولاً وذلك نظراً لأهمية التعريف اللغوي من حيث ارتباطه بالفقه الإسلامي، ثم تعريفه بعد ذلك في الاصطلاح، وعليه تم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث نتناول، تعريف الزواج لغة (الفرع الأول)، تعريف الزواج اصطلاحاً (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: تعريف الزواج لغة

معنى الزواج في اللغة يأتي على عدة معانٍ، وسيتم عرض المعاني التي اشتملت عليها المعاجم اللغوية، وبعد ذلك بيان المعنى الذي يقصده الفقهاء والذي اعتمدوه في كتاباتهم عن الزواج، فقد جاء الزواج في اللغة بمعنى:

- التماثل والتناظر: قال تعالى: ﴿ أَحْشُرُوا الَّذِينَ ظَلَمُوا وَأَزْوَاجَهُمْ وَمَا كَانُوا يَعْبُدُونَ ﴾

(الصفات: 22)، أي ونظراءهم وضرباءهم أي أشباههم<sup>1</sup>.

وجاء في المصباح المنير: الزوج هو الشكل يكون له نظير كالأصناف والألوان، أو يكون له نقيض كالرطب واليابس والذكر والأنثى، والليل والنهار والحلو والمر<sup>2</sup>.

وجاء في معجم مقاييس اللغة: زوج (الزء والواو والجيم) أصل يدل على مقارنة شيء لشيء وقيل يراد

به اللون<sup>3</sup>، ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَالْأَرْضَ مَدَدْنَاهَا وَأَلْقَيْنَا فِيهَا رَوْسِيَ وَأَنْبَتْنَا فِيهَا مِنْ كُلِّ

نَوْحٍ بِهَيْجٍ﴾ (ق: 7)

<sup>1</sup> - ابن منظور، لسان العرب، د ط، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968م، مج2، ص 293.

<sup>2</sup> - أحمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، القاهرة، مصر، دت، ص 258.

<sup>3</sup> - ابن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1399هـ، 1979م، ج 3، ص 35.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

- الزواج: فيقال تزوج القوم وازدوجوا أي تزوج بعضهم بعضاً<sup>1</sup>، زوجت فلانا امرأة يتعدى بنفسه إلى اثنين فتزوجها لأنه بمعنى أنكحته امرأة فنكحها، والزواج أيضا بالفتح يجعل اسماً من زوج<sup>2</sup>.

- زوج المرأة بعلمها وزوج الرجل امرأته<sup>3</sup>، قال تعالى: ﴿مُتَّكِئِينَ عَلَى سُرُرٍ مَّصْفُوفَةٍ

وَزَوَاجِهِمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾ (الطور: 20).

- الاقتران، والزوج هو القرين<sup>4</sup>.

- النكاح: نكح: نكح فلان امرأة ينكحها نكاحاً إذا تزوجها، ولا يعرف شيء من ذكر النكاح في كتاب الله تعالى إلا على معنى التزويج، قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ﴾ (النور: 32)، فهذا تزويج لاشك فيه؛ وقال تعالى: ﴿يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ﴾ (الأحزاب: 49)؛ فاعلم أن عقد التزويج يسمى النكاح<sup>5</sup>.

وجاء في معجم مقاييس اللغة: النون والكاف والحاء أصل واحد، وهو البضاع. ونكح ينكح. وامرأة ناكح في بني فلان، أي ذات زوج منهم. والنكاح يكون العقد دون الوطاء. يقال نكحت: تزوجت. وأنكحت غيري<sup>6</sup>.

من خلال ما سبق يتضح أن كلمة الزواج في اللغة لها معان عدة -وقد سبق ذكر ذلك-، ولها استعمالات كثيرة سواء للتعبير عن الحقيقة أو المجاز، لكن المعنى الأخير - أي النكاح - هو المعنى المقصود في هذا البحث، وهو المعنى الذي استخدمه الفقهاء للدلالة على الزواج.

### الفرع الثاني: تعريف الزواج اصطلاحاً

بعد تطرقنا إلى معنى الزواج في اللغة ووقوفنا على أنّ له معان كثيرة وأنّ المعنى المراد في هذا البحث هو النكاح، فإننا سنتطرق إلى تعريف الزواج في الاصطلاح؛ أي تعريفه في الفقه الإسلامي ثم بعدها في القانون، وهذا من خلال تقسيم الفرع إلى بندين، حيث نتناول، تعريف الزواج في الفقه الإسلامي (البند الأول)، وتعريف الزواج في القانون (البند الثاني).

<sup>1</sup> - ابن منظور، المرجع السابق، مج 2، ص 293.

<sup>2</sup> - أحمد بن محمد الفيومي، المرجع السابق، ص 259.

<sup>3</sup> - ابن منظور، المرجع السابق، مج 2، ص 292.

<sup>4</sup> - إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر وآخرون، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 1425هـ، 2004م، ص 405.

<sup>5</sup> - ابن منظور، المرجع السابق، مج 2، ص 625.

<sup>6</sup> - ابن فارس بن زكريا، المرجع السابق، ج 5، ص 475.

### البند الأول: تعريف الزواج في الفقه الإسلامي

عرّف الحنفية الزواج بأنه: «عقد وضع لتملك المتعة بالأنثى قصدا»<sup>1</sup>.  
وجاء عنهم أيضا في رد المحتار على الدر المختار بأنه: «عقد يفيد ملك المتعة أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي»<sup>2</sup>.  
أما المالكية فقد ذهبوا إلى أنّ النكاح هو: «عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية، بصيغة، لقادر، محتاج، أو راج نسلا»<sup>3</sup>.  
وقال ابن عرفة من المالكية: «النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها بينة قبله غير عالم عاقده حرمتها إن حرّمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر»<sup>4</sup>.  
في حين ذهب الشافعية إلى القول بأنه: «عقد يتضمن إباحة الوطء بلفظ إنكاح أو تزويج»<sup>5</sup>.  
أما الحنابلة فقد عرفوه أنه: «عقد التزويج فعند إطلاقه ينصرف إليه ما لم يصرفه عنه دليل»<sup>6</sup>.  
وذكر البهوتي من الحنابلة: «النكاح هو عقد التزويج أي عقد يعتبر فيه لفظ نكاح أو تزويج أو ترجمته (وهو حقيقة في العقد، مجاز في الوطء) لأنه المشهور في القرآن والأخبار»<sup>7</sup>.  
الملاحظ على التعريفات السابقة المأخوذة من أمّهات الكتب الفقهية أنها استخدمت لفظ النكاح لأن أكثر تعبيرات القرآن الكريم جاءت به، كما يلاحظ أيضا أنها قصرت الغرض من هذا العقد على المتعة، ولم تتعرض للمظاهر النفسية والاجتماعية للنكاح، كما أنّ غالب التعريفات نصت على أنه عقد بين أنثى ورجل أو امرأة ورجل مما يستبعد معه زواج المثليين، وأي مفهوم آخر للزواج.  
أما عن تعريف الفقهاء المحدثين للزواج فقد جاء عن أبو زهرة أنه: «عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات»<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2003م، ج3، ص309.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط خ، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، 2003م، ج4، ص59، 60.

<sup>3</sup> - الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ط3، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2005م، ج3، ص183.

<sup>4</sup> - الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، د ط، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، 2002م، ج5، ص19.

<sup>5</sup> - الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1418هـ، 1997م، ج3، ص165.

<sup>6</sup> - ابن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق: عبدالله التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417هـ، 1997م، ج9، ص339.

<sup>7</sup> - البهوتي، كشف القناع عن متن الإقناع، د ط، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403هـ، 1983م، ج5، ص5.

<sup>8</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957م، ص17.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

وعرفه عبد الوهاب خلاف بقوله: «عقد يفيد حل استمتاع كل واحد من الزوجين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا قبل صاحبه وواجبات عليه»<sup>1</sup>.

وعرفه علي حسب الله علي أنه: «اتفاق يقصد به حل استمتاع كل من الزوجين بالآخر وائتناسه به طلبا للنسل على الوجه المشروع»<sup>2</sup>.

وعرفه مصطفى شلي: «عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بامرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها، وحل استمتاع المرأة به»<sup>3</sup>.

ما يمكن ملاحظته مما تقدم هو شيوع استعمال لفظ النكاح بدل الزواج عند الفقهاء القدامى، بينما لفظ الزواج هو الأكثر استعمالا من طرف الفقهاء المعاصرين، كما أنه اللفظ الذي شاع استعماله في قوانين الأحوال الشخصية في الوطن العربي، فيكون لفظ الزواج والنكاح في الاصطلاح الفقهي واحدا، بينما في اللغة مختلف<sup>4</sup>؛ أي أنه في الفقه الإسلامي يمكن استخدام كلا المصطلحين لأنّ دلالتهما واحدة، أما في اللغة فإنّ لهما دلالات كثيرة.

كما أنّ تعريف الفقهاء القدامى أو المحدثين للزواج لا يختلف كثيرا، إلا فيما زاده المحدثين من أهداف للزواج، والتي فرضتها التغيرات الحاصلة في المجتمعات الإسلامية وخاصة على الصعيد الثقافي.

### البند الثاني: تعريف الزواج في القانون

تطرت أغلب قوانين الأحوال الشخصية في البلدان العربية إلى تعريف الزواج، نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر تعريف المشرع الجزائري في المادة 4 من القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة بقوله: «الزواج عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب»<sup>5</sup>، أما بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 فقد جاء فيه: «الزواج عقد رضائي يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الوهاب خلاف، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الصفاة، الكويت، 1410هـ، 1990م، ص15.

<sup>2</sup> - علي حسب الله، الزواج في الشريعة الإسلامية، دط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1971م، ص25.

<sup>3</sup> - مصطفى شلي، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1403هـ، 1983م، ص46.

<sup>4</sup> - زازون أكلي، حبار آمال، الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر، الجزائر، ع1، ج4، ص16.

<sup>5</sup> - القانون رقم: 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع24، س21، المؤرخ يوم الثلاثاء 12 رمضان 1404هـ، الموافق 12 يونيو 1984م.

<sup>6</sup> - الأمر رقم: 02/05 مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع15، س42، المؤرخ يوم الأحد 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

فالمشرع الجزائري أضاف عند تعديله لقانون الأسرة مصطلح "رضائي" في تعريفه للزواج، وهذا تأكيداً منه على رضائية هذا العقد، وعليه فإن المشرع الجزائري بهذا التعريف لم يعد يعترف بولاية الإجماع، وأن المرأة كما الرجل عليها أن تعلن رضاها بهذا العقد، وإلا فإنه يترتب على ذلك بطلان العقد كما جاء في المادة 1/33 ق.أ.ج: «يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا»<sup>1</sup>.

أما مدونة الأسرة المغربية فقد عرفت الزواج في المادة 4 حيث جاء فيها: «ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين»<sup>2</sup>. وجاء في مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية في المادة 1: «الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستمرار، يقصد منه الإحصان والإنجاب، بإنشاء أسرة تحت قوامة الزوج على أسس ثابتة تضمن للزوجين القيام بواجبات الزوجية في ود واحترام»<sup>3</sup>.

وجاء في القانون الليبي المتعلق بالأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم في المادة 2 منه: «الزواج ميثاق شرعي يقوم على أسس من المودة والرحمة والسكينة، تحل به العلاقة بين رجل وامرأة ليس أحدهما محرماً على الآخر»<sup>4</sup>.

بينما نجد أنّ مجلة الأحوال الشخصية التونسية لم تتعرض لتعريف الزواج<sup>5</sup>. أما قانون الأحوال الشخصية السوري فقد ذكر في مادته الأولى أنّ: «الزواج عقد بين رجل وامرأة يحل كل منهما للآخر شرعاً غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة وللنسل»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - الأمر رقم: 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - ظهير شريف رقم 22.04 صادر في 12 ذي الحجة 1424 هـ الموافق 3 فبراير 2004م بتنفيذ القانون 70.03 بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع 5184، المؤرخ 14 ذي الحجة 1424 هـ الموافق 5 فبراير 2004م.

<sup>3</sup> - القانون رقم 052/2001 بتاريخ 19 يوليو 2001م يتضمن مدونة الأحوال الشخصية. الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، ع 1004، 15 أغسطس 2001م.

<sup>4</sup> - القانون رقم: 10 لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم وتم تعديل بعض أحكامه بالقانون 14 لسنة 2015م ينظر الرابط: <https://aladel.gov.ly/home/?p=1246> ، تاريخ الاطلاع: 09 أوت 2020، سا 9:30. ويراجع تعديل بعض أحكام القانون: الجريدة الرسمية لدولة ليبيا، ع 5، س 4، المؤرخ في 5 محرم 1437 هـ الموافق لـ 17/11/2015م.

<sup>5</sup> - الأمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376 هـ الموافق لـ 13 أوت 1956م المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية للجمهورية التونسية. الرائد الرسمي، ع 66، الصادر في 17 أوت 1956م.

<sup>6</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم: 2019/04 الصادر بتاريخ 07/02/2019م المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري. ينظر الرابط: <http://www.egov.sy/law/ar/294> ، تاريخ الاطلاع: 11 أبريل 2020، سا 10:25.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

وعرفه قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 5 منه حيث جاء فيها: «الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا لتكوين أسرة وإيجاد نسل»<sup>1</sup>.

ونصت المادة 1 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي: «الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا غايته السكن والإحصان وقوة الأمة»<sup>2</sup>.

وعرفه قانون الأحوال الشخصية الإماراتي في المادة 19 منه: «الزواج عقد يفيد حل استمتاع أحد الزوجين بالآخر شرعا، غايته الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج، على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة»<sup>3</sup>.

ما يلاحظ على تعريفات التشريعات العربية للزواج أنها وصفته بالعقد ماعدا المشرع المغربي والليبي اللذان وصفاه بالميثاق وهو مصطلح مستمد من القرآن الكريم، وفيه إشارة إلى قدسية هذا العقد ومكانته التي لا يضاهيها أي عقد آخر، كما ذكرت كل التعاريف الغاية منه والمتمثلة عموما في طلب النسل وتكوين الأسرة والإحصان، وما يلاحظ على تعريف المشرع الجزائري في الأمر 02/05 وكذلك المشرع المغربي والليبي تأكيدهم رضائية هذا العقد، وما يلاحظ كذلك أنّ التشريعات نصت على أنّ الزواج يكون بين رجل وامرأة، وهي بذلك أخرجت كل أنواع الزيجات التي يروج لها الغرب على غرار زواج المثليين والمتحولين إلخ، ما عدا المشرع الإماراتي الذي استعمل مصطلح الزوجين بدل الرجل والمرأة، وانفرد المشرع الموريتاني من بين التعريفات بنصه على قوامه الزوج للأسرة، أي رئاسته لها.

وقد أحسنت التشريعات العربية في إيرادها لتعريف الزواج وتحديد معناه بشكل دقيق، تجنباً لأي فهم مخالف لما يريده المشرع، ولما يتنافى ومفهوم هذا العقد في الفقه الإسلامي.

أما بالنسبة للفقه القانوني فقد عرفه عبد العزيز سعد بأنه: «عقد معاهدة ذات أبعاد دينية ودينية يتعهد فيها الزوج بإسعاد زوجته واحترام كرامتها، وتتعهد الزوجة بموجبها بإسعاد زوجها ومساعدته، وأن يتعاهدا معا على التضامن والتعاون من أجل إقامة شرع الله وإنشاء أسرة منسجمة ومتحابّة تكوّن نواة لإقامة

<sup>1</sup> - القانون رقم: 2010/36م المؤرخ في 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني. الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، ع 5061، المؤرخ يوم الأحد 9 ذو القعدة 1431هـ الموافق لـ 17 أكتوبر 2010م.

<sup>2</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء. ينظر: وزارة العدل الكويتية، قانون الأحوال الشخصية، ط1، وزارة العدل، 2011م، ج8، ص 13.

<sup>3</sup> - القانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08، ينظر: قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط3، 1438هـ، 2019م، ص23.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

مجتمع المودة والرحمة والاستقرار»<sup>1</sup>، وفقا لقوله تعالى: ﴿وَمِنْ ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا﴾ (الروم: 21).

وذكر بلحاج العربي أن الزواج هو عقد الرجل على امرأة تحل له شرعا، بحيث يفيد حل استمتاع كل من العاقدين بالآخر على الوجه المشروع، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات على الآخر<sup>2</sup>. وما يلاحظ على التعريف القانوني للزواج أنه لم يخرج عن معناه في الفقه الإسلامي، على أنه يستحسن في تعريفه الإشارة إلى أنه عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، وهذا ما أشارت إليه أغلب التعريفات.

### المطلب الثاني: تعريف الكفاءة في الزواج

بعد الوقوف على معنى الزواج لغة وفقها وقانونا فإن الأمر يستدعي بيان معنى الكفاءة في الزواج، أو المراد بالكفاءة في الزواج في اللغة والفقه الإسلامي والقانون، وهذا تمهيدا للحديث عن المسائل المتعلقة بها والتي يسعى هذا البحث للتطرق إليها، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين حيث نتناول تعريف الكفاءة لغة (الفرع الأول)، ثم تعريف الكفاءة اصطلاحاً (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول : تعريف الكفاءة لغة

سبق وعرفنا الزواج لغة في فرع سابق لذلك سنكتفي بتعريف الكفاءة فقط لغة من خلال هذا الفرع، لأنه في اللغة يستحيل تعريف المصطلح مركبا وإنما ينبغي تفكيكه، والذي يتضح من خلال المعاجم اللغوية أنها جاءت كما يلي:

الكفاءة مصدر للفعل كفأ، الكُفء والكُفْيء هو النظير والمساوي ومنه الكفاءة في النكاح، وهو أن يكون الزوج مساويا للمرأة في حسبها ودينها ونسبها وبيتها وغير ذلك، وتكافأ الشيئان تماثلا وهذا كفء هذا وكفأته وكفئته وكُفُوهُ كُفُوهُ كُفُوهُ أي مثله ويكون في كل شيء<sup>3</sup>.

وجاء في معجم مقاييس اللغة الكُفء: المثل، قال الله تعالى: ﴿وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ﴾ (الإخلاص: 4)، والتكافؤ: التساوي<sup>4</sup>.

وجاء في معناها أيضا: كل شيء ساوى شيئا حتى صار مثله فهو مكافئ له، والكفء على وزن فعيل والكُفُو على وزن فعول والكُفء كلها بمعنى المماثل<sup>5</sup>.

من خلال ما سبق يتضح أن معنى الكفاءة في اللغة هي المماثلة والمناظرة والمساواة.

<sup>1</sup> - عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 2007م، ص 81.

<sup>2</sup> - بلحاج العربي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط6، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010م، ص 56.

<sup>3</sup> - ابن منظور، المرجع السابق، مج1، ص 139.

<sup>4</sup> - ابن فارس، المرجع السابق، ج5، ص 189.

<sup>5</sup> - أحمد بن محمد الفيومي، المرجع السابق، ص 537.

## الفرع الثاني : تعريف الكفاءة في الزواج اصطلاحا

بعد تطرقنا إلى المعنى اللغوي سيتم في هذا الفرع تعريف الكفاءة في الفقه الإسلامي من خلال التطرق إلى تعريف فقهاء المذاهب الأربعة، وكذلك تعريفات بعض الفقهاء المتأخرين والباحثين إن أمكن، ثم بعد ذلك التطرق إلى تعريفها من الناحية القانونية، وهذا لفهم المقصود بالكفاءة في الزواج بشكل أكثر دقة، وهذا من خلال تناول، تعريف الكفاءة في الفقه الإسلامي (البند الأول)، تعريف الكفاءة في القانون (البند الثاني).

### البند الأول: تعريف الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي

عرّف الحنفية الكفاءة بأنها: «المماثلة بين الزوجين في خصوص أمور»<sup>1</sup>، أي أن يكون الرجل مكافئاً للمرأة في الأوصاف، وأن لا يكون دونها فيها<sup>2</sup>.

وذكر المالكية أنّ الكفاءة في الزواج تعني: «المماثلة والمقاربة»<sup>3</sup>.

وكذلك جاء عنهم أنّ: «المراد بها المماثلة في ثلاثة أمور على المذهب: الحال، والدين، والحرية»<sup>4</sup>.

وقال الحبيب بن طاهر أنّ: «الكفاءة هي المماثلة في الدين والحال»<sup>5</sup>، وذكر الخطاب أن الكفاءة في الدين والحال<sup>6</sup>، إلا أنّ القرافي ذكر أن الأوصاف المعتبرة في الكفاءة خمسة هي: الدين، الحرية، الحرفة، الغنا، النسب<sup>7</sup>، وجاء عن ابن الحاجب أن الكفاءة في الزواج معتبرة في الدين، والحرية، والنسب، والقدر، والحال، والمال<sup>8</sup>.

وعموماً فإن الكفاءة عند المالكية تعني المماثلة والمقاربة في أمور على اختلاف بينهم في تعداد الأوصاف.

وعرفها الشافعية بأنها: «أمر يوجب عدمه عارا، وضابطها مساواة الزوج للزوجة في كمال أو خسة، ماعدا السلامة من عيوب النكاح»<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> - ابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ، 1997م، ج3، ص225.

<sup>2</sup> - علي يوسف السبكي، نظام الأسرة في الإسلام، دط، مكتبة الإيمان للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، دت، ص99.

<sup>3</sup> - الرصاع، شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأحفان، الطاهر المعموري، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993م، ص246. وكذلك: ابن عرفة التونسي، المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، ط1، مسجد ومركز الفاروق عمر بن الخطاب، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 1435هـ، 2014م، ج3، ص256.

<sup>4</sup> - الدردير، الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، د ط، دار المعارف، القاهرة، مصر، د ت، ج2، ص399. وكذلك: الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د ط، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، مصر، د ت، ج2، ص226.

<sup>5</sup> - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج3، ص247.

<sup>6</sup> - الخطاب، المرجع السابق، ج5، ص106.

<sup>7</sup> - القرافي، الذخيرة، تحقيق: محمد بوخبزة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994م، ج4، ص212.

<sup>8</sup> - خليل بن اسحاق الجندي المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: أبو الفضل الدمياطي، أحمد بن علي، ط1، مركز التراث الثقافي المغربي، دار البيضاء، المملكة المغربية، 1433هـ، 2012م، مج3، ص207.

<sup>9</sup> - الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ الفتح المعين، د ط، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، دمشق، سوريا، دت، ج3، ص330.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

وعرفها الحنابلة بأنها المماثلة والمساواة<sup>1</sup>.

الملاحظ أن المراد بالكفاءة عند فقهاء المذاهب الأربعة هي المماثلة والمساواة، وعند ربطها بالزواج فإنهم يقصدون بها مماثلة ومساواة الزوج للزوجة في أمور مخصوصة.

أما عن الفقهاء المحدثين فقد ذكر السيد سابق أن الكفاءة هي المساواة والمماثلة، والمقصود بها في باب الزواج أن يكون الزوج كفؤاً لزوجته أي مساوياً لها في المنزل ونظيراً لها في المركز الاجتماعي والمستوى الخلقي والمالي<sup>2</sup>.

وعرفها عبد الوهاب خلاف بأنها مساواة الزوج وزوجته في المنزل بحيث لا تكون الزوجة ولا أولياؤها عرضة للتغير بهذه المصاهرة حسب العرف<sup>3</sup>.

وعرفها عبد الرحمن الصابوني بقوله: «الكفاءة في الزواج هي المساواة في أمور اجتماعية تساعد على التقارب والاستقرار بين الزوجين»<sup>4</sup>.

وعرفها مصطفى شلي بأنها: «المساواة أو المقاربة بين الزوجين في أمور مخصوصة بحيث لو اختلت كانت الحياة الزوجية غير مستقرة لما يلحق الزوجة وأولياؤها من التغير والأذى»<sup>5</sup>.

وعرفها أبو زهرة بأنها: «المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسدة للحياة الزوجية»<sup>6</sup>.

وعرفها وهبة الزحيلي بقوله: «يراد منها-الكفاءة- تحقيق المساواة في أمور اجتماعية من أجل توفير استقرار الحياة الزوجية، وتحقيق السعادة بين الزوجين، بحيث لا تتغير المرأة وأولياؤها بالزوج بحسب العرف»<sup>7</sup>.

وعرفها محمد الشماخ بقوله: «هي المساواة بين الزوجين في أمور مادية واجتماعية، بحيث تتحقق السعادة الزوجية بينهما ويندفع العار أو الحرج عن المرأة وعن أوليائها»<sup>8</sup>.

الملاحظ أن تعريفات الفقهاء المتأخرين لم تختلف عن تعريفات الفقهاء المتقدمين، فالكفاءة عندهم جميعاً هي المساواة والمماثلة والمناظرة في أمور مخصوصة.

<sup>1</sup> - البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص68.

<sup>2</sup> - السيد سابق، فقه السنة، ط1، دار الفتح، القاهرة، مصر، 1421 هـ، 2000 م، مج2، ص93، 94.

<sup>3</sup> - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص69.

<sup>4</sup> - عبد الرحمن الصابوني، نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ط1، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2001 م، ص69.

<sup>5</sup> - مصطفى شلي، المرجع السابق، ص309.

<sup>6</sup> - محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د ط، دار الاتحاد العربي للطباعة، دم، د ت، ص185.

<sup>7</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1405 هـ، 1985 م، ج7، ص229، 230.

<sup>8</sup> - محمد الشماخ، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1416 هـ، 1995 م، ص49.

## البند الثاني: تعريف الكفاءة في الزواج في القانون

لم يصدر في البلاد العربية والإسلامية قانون للأحوال الشخصية إلا في العهد العثماني، حيث كان القضاة في البلاد الإسلامية يحكمون بالنصوص الشرعية والأحكام الفقهية حسب المذاهب السائدة في البلاد الإسلامية وكان أول ما صدر هو قانون حقوق العائلة العثمانية الصادر في 25 أكتوبر 1917م<sup>1</sup>، هذا القانون الذي قنن أحكام الأسرة في الزواج والطلاق ولم يتقيد بمذهب معين وإنما أخذ من المذاهب الأربعة، ونظم هذا القانون موضوع الكفاءة في الزواج في الفصل الثاني في ست مواد من المادة 25 إلى المادة 30 منه، إلا أنه لم يتطرق إلى تعريف الكفاءة، واكتفى في المادة 25 منه بالنص على أنه ينبغي أن يكون الرجل كفئاً للمرأة التي سيتزوجها، وذكر الأوصاف المعتبرة في الكفاءة<sup>2</sup>.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فلم يتطرق - على غرار مشرعي دول المغرب العربي ماعدا المشرع الليبي<sup>3</sup> - إلى موضوع الكفاءة في الزواج سواء في القانون 11/84 بتاريخ 09 جوان 1984 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، أو في الأمر 02/05 بتاريخ 27 فيفري 2005 المعدل والمتمم له، لكنه نص في المادة 222 منه على أن كل ما لم يرد في هذا القانون يحال فيما يتعلق به إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فهل هذا يعني أنه في ما يتعلق بالكفاءة في الزواج يمكن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية أم أنه كان ينبغي على المشرع الجزائري تنظيمها بموجب نصوص صريحة، خاصة وأن موضوع الكفاءة يترتب عليه آثار؟ في حين نجد بعض التشريعات العربية قد نظمت موضوع الكفاءة ونصت صراحة على أحكامها على غرار قانون الأحوال الشخصية السوري وكذا قانون الأحوال الشخصية الأردني وقانون الأحوال الشخصية الكويتي وكذا قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة وغيرها.

حيث نظم المشرع الليبي موضوع الكفاءة في المادة 15 من الفصل الثالث بعنوان أركان الزواج وشروطه.

<sup>1</sup> - رشيد بن شويخ، قانون الأسرة بين التعديل والتبديل، مجلة كلية العلوم الإسلامية - الصراط-، جامعة الجزائر، ع9، س4، جمادى الأولى 1425هـ، جويلية 2004م، ص113، 114.

<sup>2</sup> - قانون حقوق العائلة العثمانية الصادر 25 أكتوبر 1917م، ينظر الرابط:

<http://www.arabwomenlegal->

[emap.org/document%20legalsystem](http://emap.org/document%20legalsystem) قانون%20حقوق%20العائلة%20العثمانية%20الصادر%1917-10-2025 ، تاريخ الاطلاع: 23 جويلية 2020 سا11:22.

<sup>3</sup> - ظهير شريف رقم: 22.04 بمثابة مدونة الأسرة للمملكة المغربية. وكذلك: أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376هـ الموافق ل 13 أوت 1956م، 1956م، المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية للجمهورية التونسية. وكذلك: القانون رقم: 052/2001 بتاريخ 19 يوليو 2001 م يتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية. وكذلك: القانون رقم: 10 لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم المعدل بعض أحكامه بالقانون رقم 14 لسنة 2015م.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

ونظم المشرع السوري موضوع الكفاءة في الزواج في سبع مواد من المادة 26 إلى المادة 32 من قانون الأحوال الشخصية<sup>1</sup>، في حين نظمها المشرع الأردني في ثلاث مواد من المادة 21 إلى المادة 23 من الفصل الرابع تحت عنوان الكفاءة في الزواج في الباب الأول المعنون بمقدمات الزواج<sup>2</sup>.

أما المشرع الكويتي فقد أسهب في تنظيمها في ست مواد من قانون الأحوال الشخصية من المادة 34 إلى المادة 39 منه تحت عنوان الكفاءة، وهذا في الفرع الثالث من الفصل الأول من الباب الثالث من الكتاب الأول للقسم الأول المعنون بالزواج<sup>3</sup>.

وكذلك فعل المشرع الإماراتي إذ نظمها في خمس مواد من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة من المادة 21 إلى المادة 25 منه في الكتاب الأول بعنوان الزواج من الباب الثاني منه تحت عنوان الأحكام العامة للزواج<sup>4</sup>.

وما يلاحظ على التشريعات العربية السابقة أنّها وإن كانت قد نظمت موضوع الكفاءة في الزواج إلا أنّها لم تعط لها تعريفا وتركت ذلك للفقهاء، خاصة وأنّ القانون ليس من مهامه التعريف، وكما يبدو أيضا أنّها لم تجد داعيا لتعريفها، نظرا لوجود اتفاق حول معناها عند الفقهاء والذي هو المماثلة والمساواة. وبناء على ما تقدم يمكن تعريف الكفاءة بأنها المساواة أو المقاربة بين الزوجين في أمور مخصوصة، تتحقق السعادة بوجودها ويندفع العار والأذى بحضورها.

<sup>1</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953م المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

<sup>2</sup> - القانون رقم: 36 / 2010م المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

<sup>3</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء.

<sup>4</sup> - القانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

## المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من اعتبار شرط

### الكفاءة في الزواج

بعد أن أجبنا الغموض عن مصطلحات البحث، بحيث عرّفنا الزواج والكفاءة فيه، فإنّ الأمر يقتضي التطرق إلى موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من مسألة اعتبار الكفاءة من عدمه، والواقع أنّها مسألة خلافية بين الفقهاء وتحتاج إلى سرد مختلف المواقف وذكر أدلتهم ومناقشتها والترجيح بينها، وكذلك التطرق إلى من لهم الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج بالنسبة للقائلين باعتبارها، وكذا التطرق إلى مدى انعكاس هذا الخلاف على قانون الأسرة الجزائري خاصة مع الإشارة في هذه النقطة إلى بعض قوانين الأسرة العربية، وسيتم ذلك من خلال تقسيم المبحث إلى ثلاث مطالب، حيث يتم تناول موقف الفقه الإسلامي من اعتبار شرط الكفاءة في الزواج (المطلب الأول)، ثم موقف قانون الأسرة الجزائري من اعتبار شرط الكفاءة في الزواج (المطلب الثاني)، ثم أصحاب الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج (المطلب الثالث).

### المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من اعتبار شرط الكفاءة في الزواج

اختلف الفقه الإسلامي في اعتبار الكفاءة في الزواج بين رافض ومؤيد، وحتى الذين أيدوا اختلفوا فيما بينهم هل تعتبر شرط أم لا وهل هي شرط صحة أم لزوم في الزواج، وكذا اختلفوا في الأوصاف المعتمدة في الكفاءة، وسيتم الاكتفاء ببيان أصحاب كلا الرأيين وأدلة كل منهما ومناقشتها والترجيح، وتأجيل باقي الخلافات إلى موضع آخر في البحث، وهذا من خلال تقسيم المطلب إلى فرعين؛ القائلون بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم (الفرع الأول)، ثم القائلون باعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم (الفرع الثاني).

### الفرع الأول : القائلون بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم

سيتم ذكر أصحاب الرأي القائل بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم والرد على هذه الأدلة ومناقشتها، وذلك من خلال العناصر الآتية؛ القائلون بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج (البند الأول)، أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج (البند الثاني)، الرد على أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج (البند الثالث).

### البند الأول: القائلون بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج

ذهب بعض الفقهاء المتقدمين إلى عدم اعتبار الكفاءة في الزواج حيث رأوا أنّها ليست شرطا أصلا فيه، فيصح الزواج ويلزم سواء أكان الزوج كفؤا للزوجة أم غير كفء، ومنهم أبو الحسن الكرخي والخصاص من الحنفية وسفيان الثوري والحسن البصري<sup>1</sup>، وابن حزم الظاهري وفي رواية ثانية لأحمد بن حنبل وغيرهم، حيث

<sup>1</sup> - فاطمة عمر نصيف، الكفاءة في النكاح على ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار المحمدي للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، 1424هـ، 2003م، ص11. وكذلك: علي يوسف السبكي، المرجع السابق، ص99.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

جاء في المبسوط: «ويحكى عن الكرخي - رحمه الله - أنه كان يقول الأصح عندي أن لا تعتبر الكفاءة في النكاح أصلاً لأن الكفاءة غير معتبرة فيما هو أهم من النكاح وهو الدماء فلأن لا تعتبر في النكاح أولى»<sup>1</sup>. وجاء في المحلى بالآثار: «وأهل الإسلام كلهم أخوة لا يحرم على ابن من زنجية لِعِيَّة نكاح ابنة الخليفة الهاشمي، والفساق الذي بلغ الغاية من الفسق، المسلم - ما لم يكن زانياً - كفؤ للمسلمة الفاضلة. وكذلك الفاضل المسلم كفؤ للمسلمة الفاسقة ما لم تكن زانية»<sup>2</sup>.

ومن الباحثين الذين أيدوا هذا الرأي فاطمة عمر نصيف وكذلك علي يوسف السبكي<sup>3</sup>.

### البند الثاني: أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج

وقد استدلل أصحاب هذا الرأي فيما ذهبوا إليه بأدلة تأتي على ذكرها فيما يلي:

أولاً: أدلتهم من المنقول

1- من الكتاب: قوله تعالى: ﴿يَتَأْتِيَ النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاهُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا<sup>٤</sup> إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُمْ<sup>٥</sup> إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ

(الحجرات : 13)

وجه الاستدلال في هذه الآية أن جميع الناس في الشرف بالنسبة الطينية إلى آدم وحواء سواء، وإنما يتفاضلون بالأمر الدينية وهي طاعة الله ومتابعة رسوله صلى الله عليه وسلم، ولهذا قال تعالى بعد النهي عن الغيبة واحتقار بعض الناس بعضها على تساويهم في البشرية ﴿يَتَأْتِيَ النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَىٰ وَجَعَلْنَاهُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا﴾ (الحجرات : 13)، أي ليحصل التعارف بينهم كل يرجع إلى قبيلته<sup>4</sup>.

وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلَحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ<sup>٦</sup> وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ

(الحجرات : 10). قال ابن كثير: أي الجميع إخوة في الدين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - السرخسي، كتاب المبسوط، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ت، ج 5، ص 24.

<sup>2</sup> - ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1425هـ، 2003م، ج 9، ص 151.

<sup>3</sup> - فاطمة عمر نصيف، المرجع السابق، ص 14 وما بعدها. وكذلك: علي يوسف السبكي، المرجع السابق، ص 103.

<sup>4</sup> - ابن كثير، تفسير ابن كثير، ط 3، دار الإمام مالك، باب الوادي، الجزائر، 1434هـ، 2013م، ج 4، ص 315.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ص 307.

وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ۚ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْغِنِهِمْ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ۗ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ (النور: 32).

قال الصابوني في تفسيره: أي زوّجوا أيها المؤمنون من لا زوج له من الرجال والنساء من أحرار رجالكم ونسائكم، وأنكحوا كذلك أهل التقى والصلاح من عبيدكم وجواريكم، قال البيضاوي: وتخصيص الصالحين لأن إحصان دينهم والاهتمام بشأنهم أهم<sup>1</sup>.

2- من السنة: قوله صلى الله عليه وسلم: «الناس كأسنان المشط، لا فضل لأحد على أحد إلا بالتقوى»<sup>2</sup>.

وجه الدلالة: أن حديث الرسول صلى الله عليه وسلم يدل على المساواة المطلقة بين الناس، وعلى عدم اشتراط الكفاءة في الزواج، ويقوي هذا الحديث قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾

(سورة الحجرات : 13)، وقوله تعالى: ﴿وَهُوَ الَّذِي خَلَقَ مِنَ الْمَاءِ بَشَرًا﴾ (الفرقان: 54)<sup>3</sup>.

ونقل عن سعيد الجريري عن أبي نضرة حدثني من سمع خطبة رسول الله صلى الله عليه وسلم في وسط أيام التشريق فقال: «يا أيها الناس ألا إن ربكم واحد وإن أباكم واحد ألا لا فضل لعربي على أعجمي ولا لعجمي على عربي ولا لأحمر على أسود ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى...»<sup>4</sup>.

وجه الدلالة: أنّ هذا الحديث دل على المساواة المطلقة، وأن التفاضل بينهم لا يكون إلا بالتقوى، وعلى عدم اشتراط الكفاءة في الزواج<sup>5</sup>.

ويفهم مما تقدّم أن القول باعتبار الكفاءة يلغي المساواة المطلقة بين الناس والتي نص عليها هذا الحديث، ويجعل التفاضل بينهم في أمور أخرى وعدم الاكتفاء بالتقوى، وفي هذا مخالفة للحديث.

وخطب رسول الله صلى الله عليه وسلم فاطمة بنت قيس وكانت قرشية من بني فهر على أسامة بن زيد، وكان من الموالي، و زوّجت ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب من المقداد، وزوّجت أخت عبد الرحمن بن عوف من بلال، وزوّج أبو حذيفة بن عتبة بن ربيعة ابنة أخيه من سالم مولاه<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ، 1999م، ج 2، ص 743.

<sup>2</sup> - أخرجه: العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، كتاب: النكاح، باب: الكفاءة والخيار، رقم: 940، ج 3، ص 354.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 7، ص 230.

<sup>4</sup> - أخرجه: أحمد بن حنبل، المسند، عبد الله بن مالك بن بجنة، أبو أيوب الأنصاري رضي الله عنهما، رقم: 23489، ج 38، ص 474.

وقال حديث صحيح.

<sup>5</sup> - وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 7، ص 230.

<sup>6</sup> - أخرجه: البيهقي، معرفة السنن والآثار، كتاب: النكاح، باب: اعتبار الكفاءة، رقم: 13686-13689، مج 10، ص 66.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

وجه الدلالة: أن الكفاءة لو كانت معتبرة لما فعل وأمر الرسول صلى الله عليه وسلم بتزويج هؤلاء<sup>1</sup>.  
عن أبي هريرة -رضي الله عنه-، أن أبا هند حَجَمَ النبي -صلى الله عليه وسلم- في اليافوخ، فقال النبي -صلى الله عليه وسلم-: «يا بني بياضة، أنكحوا أبا هند، وانكحوا إليه»<sup>2</sup>.  
وجه الدلالة: أن الرسول صلى الله عليه وسلم أمرهم بالتزويج مع عدم الكفاءة، ولو كانت معتبرة ما أمر لأن التزويج من غير كفء غير مأمور به<sup>3</sup>.

**ثانيا: أدلتهم من المعقول:** واستدل أصحاب هذا الرأي من المعقول بقولهم أن الكفاءة لو كانت معتبرة في الشرع لكان الأولى اعتبارها بالقصاص لأنه يحتاط فيه ما لا يحتاط في غيره، فيقتل الشريف بالوضيع<sup>4</sup>. وهو ما نقل عن الكرخي، حيث جاء في المبسوط: «ويحكي عن الكرخي -رحمه الله- أنه كان يقول الأصح عندي أن لا تعتبر الكفاءة في النكاح أصلا لأن الكفاءة غير معتبرة فيما هو أهم من النكاح وهو الدماء فلأن لا تعتبر في النكاح أولى»<sup>5</sup>.

يفهم من خلال ما استدل به أصحاب هذا الرأي من المنقول والمعقول أنهم يؤكدون على المساواة المطلقة بين الناس وأن الأفضلية بينهم بالتقوى، والقول باعتبار الكفاءة يخالف الأدلة القائلة بالمساواة بين الناس وأن التفاضل بينهم لا يكون إلا على أساس التقوى ولا شيء غيره، ولو كانت معتبرة لنصت عليها الأدلة صراحة ولأخذ بها النبي صلى الله عليه وسلم.

### البند الثالث: الرد على أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج

رد القائلون باعتبار الكفاءة على أصحاب الرأي القائل بعدم اعتبارها أن ما جاء في النصوص القرآنية إنما المقصود بها التفاضل يوم القيامة، كما أن اشتراط الكفاءة لا ينافي مبدأ المساواة الذي يدعو الإسلام إليه، فالمقصود بالمساواة هو الحقوق والواجبات أما فيما وراء ذلك فالناس متفاوتون منزلة ودرجة لقوله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ (الزمر: 9)<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - هدى غيطان، الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، ع 7، 2015م، ص 435.

<sup>2</sup> - أخرجه: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: أول كتاب النكاح، باب: في الأكفاء، رقم: 2102، ج 3، ص 440. وقال حديث صحيح لغيره.

<sup>3</sup> - فاطمة عمر نصيف، المرجع السابق، ص 12.

<sup>4</sup> - بدران أبو العينين، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط 2، دار التأليف، مصر، 1961م، ص 109. وكذلك: فاطمة عمر نصيف، المرجع السابق، ص 12.

<sup>5</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج 5، ص 24.

<sup>6</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 574. وكذلك: هدى غيطان، المرجع السابق، ص 436.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

أما الأحاديث التي استدلو بها فمحمولة على النذب إلى الأفضل<sup>1</sup>، وهو اختيار الدين وترك الكفاءة فيما سواه.

أما أدلتهم العقلية فالحجية بما غير سديدة فلو كانت الكفاءة معتبرة في القصاص لأدى ذلك إلى تفويت المعنى الذي شرع القصاص من أجله، لأن كل واحد يقصد قتل عدوه الذي لا يكافئه، فتفوت المصلحة من شرعية القصاص وفي ذلك مفسدة للكون وإخلال بالنظام لقوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ

حَيَوةٌ﴾ (البقرة: 179)، أما في باب الزواج فقد جاء اعتبار الكفاءة فيه تحقيقاً للمصالح المرجوة من الزواج والتي لا تتحقق إلا بين متكافئين والقاعدة أن كل عقد لا يحصل الحكمة التي شرع لأجلها لا يشرع<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: القائلون باعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم

سيتم ذكر أصحاب الرأي القائل باعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم والرد على هذه الأدلة ومناقشتها، وذلك من خلال العناصر الآتية؛ القائلون باعتبار الكفاءة في الزواج (البند الأول)، أدلة القائلين باعتبار الكفاءة في الزواج (البند الثاني)، الرد على أدلة القائلين باعتبار الكفاءة في الزواج (البند الثالث).

### البند الأول: القائلون باعتبار الكفاءة في الزواج

ذهب أصحاب هذا الرأي إلى اعتبار الكفاءة في الزواج وهو قول جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة في الرواية الأولى عن أحمد<sup>3</sup>، ومن الفقهاء المعاصرين سيد سابق، وهبة الزحيلي، وعبد الوهاب خلاف.

ورجح هذا الرأي عديد الباحثين منهم مسعود جمادي وهدى غيطان وكذلك طه صالح خلف وكذلك حسن محمد عبد الحميد الكردي<sup>4</sup>.

### البند الثاني: أدلة القائلين باعتبار الكفاءة في الزواج

استدل أصحاب هذا الرأي بأدلة من المنقول والمعقول وتتمثل في ما يلي:

<sup>1</sup> - بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص 110.

<sup>2</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 574. وكذلك القراني: المرجع السابق، ج 4، ص 212. وكذلك: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 7، ص 231، 232. وكذلك: هدى غيطان، المرجع السابق، ص 433.

<sup>3</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4، ص 204. وكذلك: القراني، المرجع السابق، ص 211. وكذلك: الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 3، ص 219. وكذلك: ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج 9، ص 387.

<sup>4</sup> - مسعود جمادي، الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري، مذكرة ماجستير في الفقه وأصوله غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2006/2007م، ص 85. وكذلك: هدى غيطان، المرجع السابق، ص 437. وكذلك: طه صالح خلف، الكفاءة في عقد الزواج، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، مج 3، ع 10، ص 3، 261. وكذلك: حسن محمد عبد الحميد الكردي، الكفاءة في الزواج مقارنة بقانون الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي غير منشورة، الجامعة الإسلامية غزة، فلسطين، د ت، ص 43.

أولاً: من المنقول:

**1- من الكتاب:** استدل أصحاب هذا الرأي من القرآن الكريم بقوله تعالى: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (الروم:21).

وجه الدلالة: أن المطلوب من الزواج هو السكون والود والمحبة والرحمة، فتراعى الكفاءة طلباً لدوام ذلك بين الزوجين وذلك لا يتحقق بدونها لأن نفس الشريفة لا تسكن للخسيس، بل ذلك مدعاة للعداوة والفتن والبغضاء والعار، على مر الأعصار في الأخلاف والأسلاف<sup>1</sup>. وهذه هي الحكمة من اعتبار الكفاءة في الزواج.

**2- من السنة:** أما من السنة النبوية الشريفة فقد استدلوا بأحاديث كثيرة نذكر منها: ما روي عن عائشة رضي الله عنها، قالت: «خيرت بريرة على زوجها حين عتقت». ولمسلم عنها أن زوجها كان عبداً<sup>2</sup>. ففارقت.

وعن ابن عباس رضي الله عنه، قال: لما خيرت بريرة، قال: رأيت زوجها يتبعها في أزقة المدينة، ودموعه تسيل على لحيته، قال: فكلّم العباس؛ ليتكلم فيه النبي صلى الله عليه وسلم، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لبريرة: إنه زوجك، قالت: أأمرني به يا رسول الله؟ قال: إنما أنا شافع، قال: فخبرها، فاختارت نفسها، قال: وكان عبداً لبني المغيرة يقال له: مغيث<sup>3</sup>.

وجه الدلالة: دل هذا الحديث أن الكفاءة معتبرة، وإلا ما خيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم بزوها لما لم يكن زوجها كفواً لها بعد الحرية في المقام معه أو أن تفارقه، أي أنها كملت تحت ناقص فانتفتت كفاءته لها<sup>4</sup>.

وروي عن الشافعي قوله: «أصل الكفاءة مستنبط من حديث بريرة صار زوجها غير كفء لها، فخبرها رسول الله صلى الله عليه وسلم»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - القرائي، المرجع السابق، ج4، ص211.

<sup>2</sup> - أخرجه: العسقلاني، سبل السلام شرح بلوغ المرام، كتاب: النكاح، باب: الكفاءة والخيار، رقم: 943، ج3، ص357. وقال حديث متفق عليه.

<sup>3</sup> - أخرجه: الدار قطني، سنن الدار قطني، كتاب: النكاح، باب: المهر، رقم: 3717، ج3، ص222.

<sup>4</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص204.

<sup>5</sup> - البويطي، مختصر البويطي، دراسة وتحقيق: أيمن بن ناصر بن نايف السلامة، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1430هـ/1431هـ، ص370.

## الفصل الأول:..... ماهية الكفاءة في الزواج

وحديث علي كرم الله وجهه: أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: « يا علي، ثلاث لا تؤخرها : الصلاة إذا أتت، والجنائز إذا حضرت ، والأئمة إذا وجدت كفؤاً»<sup>1</sup>. فدل ذلك على اعتبار الكفاءة في الزواج. وقوله صلى الله عليه وسلم: «لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء»<sup>2</sup>. وحديث عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: « تخيروا لنطفكم ، لا تضعوها إلا في الأكفاء ، قال الأشج: تخيروا لنطفكم، وأنكحوا الأكفاء، وأنكحوا إليهم»<sup>3</sup>. وجه الدلالة: أن اللفظ جاء بصيغة الأمر، فلا يصح تجاهله بلا مسوغ شرعي<sup>4</sup>. وقول عمر رضي الله عنه: « لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»<sup>5</sup>. فدل ذلك على وجوب اعتبار الكفاءة في الزواج.

واستدلوا أيضاً بما وقع في غزوة بدر حيث خرج بعد عتبة بن ربيعة، بين أخيه شيبه بن ربيعة و ابنه الوليد، حتى إذا نصل من الصف دعا إلى المبارزة، فخرج إليه فتية من الأنصار ثلاثة، وهم عوف، ومعوذ ابنا الحارث - وأمهما عفراء- ورجل آخر يقال: هو عبد الله بن رواحة؛ فقالوا: من أنتم؟ فقالوا: رهط من الأنصار؛ قالوا: ما لنا بكم من حاجة، ثم نادى مناديهم: يا محمد، أخرج لنا أكفاءنا من قومنا؛ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «قم يا عبدة بن الحارث، وقم يا حمزة، وقم يا علي»، فلما قاموا ودنوا منهم قالوا: من أنتم؟ قال عبدة: عبدة وقال حمزة: حمزة، وقال علي: علي؛ قالوا: نعم، أكفاء كرام...»<sup>6</sup>. وجه الدلالة: إذا كانت الكفاءة معتبرة في الحرب وذلك في ساعة، ففي النكاح وهو للعمر أولى<sup>7</sup>.

**ثانياً: من المعقول:** استدلو بأن انتظام المصالح بين الزوجين يكون عادة بين المتكافئين لأن الشريعة تأبى أن تكون فراشا للدين<sup>8</sup>، وكذلك أولياء المرأة يتعيرون من مصاهرة من لا يناسبهم في جاههم ونسبهم فتختل روابط المصاهرة وتضعف، ولا تتحقق مصالح الزواج. ولأن الزوج لا يتأثر بعدم الكفاءة عادة، وللعادة والعرف سلطان أقوى وتأثير أكبر على الزوجة<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> - أخرجه: الترمذي، سنن الترمذي، باب: ما جاء في الوقت الأول من الفضل، رقم: 171، مج 1، ص 213. قال هذا حديث غريب.  
<sup>2</sup> - أخرجه: الدار قطني، سنن الدار قطني، كتاب: النكاح، باب: المهر، رقم: 3545، ج 3، ص 175.  
<sup>3</sup> - أخرجه: الدار قطني، سنن الدار قطني، كتاب: النكاح، باب: المهر، رقم: 3732، ج 3، ص 227.  
<sup>4</sup> - حسن محمد عبد الحميد الكردي، المرجع السابق، ص 49.  
<sup>5</sup> - أخرجه: الدار قطني، سنن الدار قطني، كتاب: النكاح، باب: المهر، رقم: 3729، ج 3، ص 226.  
<sup>6</sup> - ابن هشام، السيرة النبوية، تعليق: عمر عبد السلام تدمري، ط 3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1410هـ، 1990م، ج 2، ص 268، ص 267، 268.  
<sup>7</sup> - ابن الهمام، شرح فتح القدير، تعليق: عبد الرزاق غالب المهدي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2003م، ج 3، ص 282.  
<sup>8</sup> - المرجع نفسه، ج 3، ص 280-283. وكذلك ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4، ص 207. وكذلك: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 7، ص 233. وكذلك: فاطمة عمر نصيف، المرجع السابق، ص 13.  
<sup>9</sup> - علي يوسف السبيكي، المرجع السابق، ص 101.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

يقول الكاساني: روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: « لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء ولا مهر دون عشرة دراهم »<sup>1</sup>. ولأن مصالح النكاح تختل عند عدم الكفاءة، لأنها لا تحصل إلا بالاستفراش والمرأة تستنكف عن استفراش غير الكفء، وتعتبر بذلك فتختل المصالح، ولأن الزوجين تجري بينهما مبادطات في النكاح، ولا يبقى النكاح بدون تحملها عادة، والتحمل من غير الكفاء أمر صعب يثقل على الطباع السليمة، فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها<sup>2</sup>.

وقال ابن الهمام: « أن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة، لأن نفس الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها، بخلاف جانبها لأن الزوج مستفرش فلا تغيظه دناءة الفراش »<sup>3</sup>.

ولا حجة لهم بالحديثين الذين يستند عليهما أصحاب الرأي الأول وهما حديث «أنكحوا أبا طيبة، إن لم تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»، وحديث أن بلالا خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: « قل لهم: إن رسول الله يأمركم أن تزوجوني»، لأن الأمر بالتزويج يحتمل أنه كان ندبا لهم إلى الأفضل وهو اختيار الدين وترك الكفاءة فيما سواه، وعندنا الأفضل اعتبار الدين والاقتصار عليه، ويحتمل أنه كان أمر إيجاب، أمرهم بالتزويج منهما مع عدم الكفاءة تخصيصا لهما بذلك<sup>4</sup>.

ويقول القراني: «وأصل اعتبارها أن المطلوب في النكاح: السكون والود والمحبة لقول الله تعالى: ﴿وَمِنْ

ءَايَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً

إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ (الروم: 21). ونفس الشريفة ذات المنصب لا تسكن للخسيس،

بل ذلك سبب العداوة والفتن والبغضاء، والعار على مر الأعصار في الأحلاف والأسلاف، فإن مقارنة الديني تضع، ومقاربة العلي ترفع، والقاعدة: أن كل عقد لا يحصل الحكمة التي شرع لأجلها لا يشرع، والكفاءة متفق عليها بين العلماء، إنما الخلاف بأي شيء تحصل»<sup>5</sup>.

ويقول الدمياطي أن الكفاءة معتبرة في النكاح لأنها حق للمرأة والولي<sup>6</sup>.

أما عند الحنابلة فقد اختلفت الرواية عن أحمد في اشتراط الكفاءة في الزواج، فروي عنه أنها تشترط له لقول عمر رضي الله عنه: « لأمنع تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء »<sup>7</sup>، ولأن التزويج مع من فقد

<sup>1</sup> - أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى، كتاب: النكاح، باب: اعتبار الكفاءة، رقم: 13760، ج7، ص215. وقال هذا حديث ضعيف.

<sup>2</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص573.

<sup>3</sup> - ابن الهمام، المرجع السابق، ج3، ص280-283.

<sup>4</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص573.

<sup>5</sup> - القراني، المرجع السابق، ج4، ص211، 212.

<sup>6</sup> - الدمياطي، المرجع السابق، ج3، ص330.

<sup>7</sup> - سبق تخريجه، ص20.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

الكفاءة، تصرف في حق من يحدث من الأولياء بغير إذنها، وقد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: «لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء»<sup>1</sup>. إلا أن عبد البر قال هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتج بمثله<sup>2</sup>.

يقول السيد سابق: «ما من شك في أنه كلما كانت منزلة الرجل مساوية لمنزلة المرأة كان ذلك أدعى لنجاح الحياة الزوجية واحفظ لها من الفشل والإخفاق»<sup>3</sup>.

ويقول عبدالرحمن الصابوني: «والذي نراه في هذا الموضوع أن الفقهاء الذين اشتروا الكفاءة في الزوج لم يفكر أحد منهم بأفضلية فرد على فرد أو طبقة على طبقة، وإلا كانوا يخالفون ما جاء به القرآن الكريم وما أتى به الرسول عليه الصلاة والسلام، إنما حرص هؤلاء الفقهاء على أمر واحد وهو أن يجعلوا الحياة الزوجية حياة أبدية، فكل ما يساعد على ذلك من استقرار وانسجام دعوا إليه، وكل ما يؤدي إلى التفرقة والشقاق وحصول الضرر بين الزوجين نفّروا منه. والكفاءة من هذا النوع فعناصرها أمور اجتماعية تقارب بين الزوجين وتخلق جوا من الود والمحبة طالما كانا من بيئة واحدة لا تختلف فيها حياة الفتاة في بيت أبيها عنها في بيت زوجها»<sup>4</sup>.

وكذلك نجد أنّ مصطفى شلي و وهبة الزحيلي وأبو زهرة عند تعريفهم للكفاءة في الزواج أكدوا على أنّ اعتبارها في الزواج من شأنه أن يؤدي إلى استقرار الحياة الزوجية ودوامها، وانعدامها يسبب اختلالها ويسبب الأذى للزوجة وأولائها<sup>5</sup>.

### البند الثالث: الرد على أدلة القائلين باعتبار الكفاءة في الزواج

ويرد على أدلة القائلين باعتبار الكفاءة في الزواج أن ما استشهدوا به من أحاديث كلها ضعيفة مردودة، لا يحتج بها، وإن احتج بها فهي على الاستحباب دون الإيجاب<sup>6</sup>، وإن كانت كما قال ابن الهمام: «هذه الأحاديث الضعيفة من طرق عديدة يقوي بعضها بعضا، فتصبح حجة بالتضافر والشواهد، وترتفع إلى مرتبة الحسن، لحصول الظن بصحة المعنى، وثبوته عنه صلى الله عليه وسلم»<sup>7</sup>.

ولكن كما هو معروف في علم الحديث أن الأحاديث الضعيفة حتى وإن ارتفعت إلى درجة الحسن بالشواهد ويسمى الحسن لغيره يجب ألا تكون معارضة لأحاديث صحيحة أقوى منها أو حتى لحديث حسن

<sup>1</sup> - سبق تخريجه، ص 20.

<sup>2</sup> - ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج 9، ص 388.

<sup>3</sup> - السيد سابق، المرجع السابق، مج 2، ص 94.

<sup>4</sup> - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 70.

<sup>5</sup> - مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 309. وكذلك: محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، المرجع السابق، ص 185. وكذلك:

وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج 7، ص 229، 230.

<sup>6</sup> - هدى غيطان، المرجع السابق، ص 438.

<sup>7</sup> - ابن الهمام، المرجع السابق، ج 3، ص 280، 281.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

لذاته، وهذا لم يحصل في هذا المقام، فالأحاديث الصحيحة وردت كلها معارضة لهذه الأحاديث، فيبطل الاحتجاج بأدلتهم<sup>1</sup>.

أما استدلالهم بحادثة غزوة بدر فالقياس غير صحيح، فحالة الحرب تستلزم صفات غير الصفات المستلزمة للنكاح، ثم إن الكفاءة مطلوبة لنصرة الدين، وربما يرجع سبب استحابة النبي صلى الله عليه وسلم لطلبهم لمصلحة رآها، ورغبته في معاملتهم بنفس مقاييسهم الجاهلية التي يتعاملون بها في حالات الحرب وحتى لا يقولوا أن المسلمين جنباء، وكذا حتى لا يقال أنه يضمن بأهله وخاصته<sup>2</sup>.

وأما استدلالهم بالمعقول فيعتمد على العرف، ومن المعلوم في أصول الفقه أن العرف إذا كان موافقا للشرع أخذنا به، وإذا كان مخالفا لأصول الدين أو الشرع فلا يجوز اعتباره ويعتبر عرفا فاسدا، ولما كان في مراعاة العرف في هذه الحالة معارضة للأدلة الصحيحة التي استشهد بها أصحاب الرأي القائل بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج فلا يصح اعتباره<sup>3</sup>.

### الترجيح:

سبق في الرد على أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج بأنها أدلة عامة فهي ليست مخصصة في النكاح فقط، وخصوصا ما استند إلى القرآن الكريم، وبعضها يمكن أن يحمل على التخصيص كتزويج أبا هند أو تزويج بلال، كما يمكن أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم راعى في ذلك الكفاءة في الدين والصالح، وقدمها على ما سواها من الأوصاف، بعكس الأدلة التي احتج بها القائلون باعتبار الكفاءة في الزواج التي كانت خاصة، وكذلك يمكن القول أن المساواة التي جاءت بها الأحاديث يقصد بها المساواة في الحقوق والواجبات، ومن جهة أخرى فإن القائلين بعدم اعتبارها قلة من الفقهاء مقارنة بمن قال باعتبارها وهم جمهور الفقهاء وسائرهم في هذا أغلب الفقهاء المحدثين، ولو وجد هؤلاء أن أدلة عدم اعتبارها قوية وصریحة لما خالفوها، كما أنهم أدركوا الناس بالعرف الصحيح والعرف الفاسد فلا يتصور منهم اتفاقهم على مخالفة الشرع. كذلك فإن الزواج عقد أبدي ويشتمل على أهداف ومقاصد من الصحبة والألفة والعشرة وتأسيس القربات، وبدون الكفاءة يتعذر تحصيل ذلك، والقاعدة أن كل عقد لا يحصل الحكمة التي شرع لأجلها لا يشرع، فيلزم اعتبارها<sup>4</sup>.

كما أن اعتبار الكفاءة من شأنه كما قال الفقهاء أن يساعد في استقرار الأسرة ودوامها، ويرى حسن محمد عبد الحميد الكردي أن مراعاة التقارب بين الزوجين من حيث الصفات نقطة ارتكاز لحل كثير من

<sup>1</sup> - علي يوسف السبيكي، المرجع السابق، ص102.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ص102.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ص102.

<sup>4</sup> - القرائي، المرجع السابق، ج4، ص212.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

الخلافات النفسية بينهما مما يساعد على الاستقرار والطمأنينة<sup>1</sup>، وقد ربط مسعود جمادي العلاقة بين عدم اعتبار الكفاءة وانتشار حالات الطلاق من خلال دراسة ميدانية قام بها على مستوى ولاية سطيف، إذ توصل إلى أن التكافؤ بين الزوجين قد يكون سببا من الأسباب الموصلة إلى السعادة الزوجية، وأن عدم مراعاة ذلك قد يكون سببا في نشوب الخلافات المؤدية إلى الطلاق<sup>2</sup>، والرأي ذاته يراه طه صالح خلف لضمان استمرار الرابطة الزوجية ودفع العار عن الزوجة وأوليائها<sup>3</sup>.

ونظرا لما تقدم فإنّ الرأي الأقرب إلى الصحة هو القائل باعتبار الكفاءة في الزواج.

### المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من اعتبار الكفاءة في الزواج

بعد أن تطرقنا إلى موقف الفقه الإسلامي من اعتبار الكفاءة في الزواج من عدمه، سيتم التطرق إلى موقف قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده، مقسمين المطلب بذلك إلى فرعين حيث نتناول، قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل (الفرع الأول)، ثم قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول : قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل

بعد الاستقلال سنة 1962م وجدت الجزائر نفسها في فراغ تشريعي، وهذا بعد دخولها مرحلة القطيعة مع عهد الاحتلال الفرنسي لا سيما في مجال الأحوال الشخصية، إذ استمر القضاء المتعلق بالأسرة وفق قواعد النظام الفرنسي بصدر القانون 157/62 المؤرخ في 1962/12/31م والقاضي بمواصلة العمل بالتشريعات التي كانت سائدة في عهد الاحتلال، ماعدا ما تعلق بالمواد الاستعمارية أو العنصرية، أو تلك المخالفة للحقوق والحريات العامة، وفي الوقت ذاته كان المشرع يبادر إلى التموّع الجيد وفق التطورات الحاصلة في الأسرة حيث سن قانونا آخر تحت رقم 244/63 بتاريخ 1963/06/29م والذي جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج بتحديد سن الزواج، حيث جعل السن عند الرجل ببلوغ 18 سنة، وعند المرأة ببلوغ 16 سنة كاملة، وبهذه الشروط المحددة لسن الزواج يكون المشرع الجزائري قد أرسى شرطا جوهريا يتعلق بصحة الزواج<sup>4</sup>، ليصدر أمرا رقم 72/69 بتاريخ 1969/09/16 تم بموجبه تعديل القانون 244/63 في ما يتعلق بإثبات الزواج، وفي 1973/07/05 ألغى المشرع الجزائري القوانين الفرنسية الداخلية ابتداء من 1975/07/01 بعد أن قام بثورة تشريعية شاملة للقضاء على التبعية القانونية، حيث تم فيها ترك كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية للشريعة والعرف، وهذا ما يستخلص من الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني بموجب الأمر 58/75 بتاريخ 1975/09/26، حيث أنه لا يوجد قانون ينظم الأحوال الشخصية مما يلزم القاضي تطبيق مبادئ الشريعة

<sup>1</sup> - حسن محمد عبد الحميد الكردي، المرجع السابق، ص 112.

<sup>2</sup> - مسعود جمادي، المرجع السابق، ص 414.

<sup>3</sup> - طه صالح خلف، المرجع السابق، ص 292.

<sup>4</sup> - محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2008/2009م، ص 43، 44.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

الإسلامية في هذا المجال، كما أن المحكمة العليا أقرت في الكثير من قراراتها القضائية مبدأ الأسبقية المطلقة لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي<sup>1</sup>.

واستمر الوضع على حاله إلى أن صدر أول قانون أسرة عام 1984 وهو القانون 11/84 بتاريخ 09 رمضان 1404 هـ الموافق 09 جوان 1984م حيث جاء في 224 مادة في أربعة كتب؛ الكتاب الأول كتاب الزواج والخلاله، ولم يتم التطرق فيه إلى موضوع الكفاءة في الزواج كما فعلت العديد من التشريعات العربية، لكن وبالرجوع إلى نص المادة 222 منه والتي تنص: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية»<sup>2</sup>، فهل من الممكن أن نعود فيما يخص الكفاءة في الزواج إلى نص المادة 222 ق.أ.ج؟ فالذي يرجح هو أنه لا يمكن ذلك خاصة وأن مسألة الكفاءة في الزواج اختلف الفقهاء حولها بدءا من اعتبارها- وقد سبق التطرق إلى ذلك- وصولا إلى اختلاف القائلين باعتبارها في الأوصاف المعتمدة وفي الآثار المترتبة على عقد الزواج عند عدم مراعاتها، كما يمكننا من جهة أخرى أن نفهم أنّ سكوت المشرع الجزائري عن تنظيمها صراحة يعني عدم اعتباره لها.

مع ذلك فإننا نجد من خلال استقراء نص المادة 12 ق.أ.ج<sup>3</sup>- ألغيت بموجب الأمر 02/05- والتي تناولت مسألة العزل، إذ جاء في مضمونها أنّه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إن رغبت فيه وكان أصلح لها، وإن وقع المنع فللقاضي أن يأذن بالزواج، فاستعمال المشرع الجزائري مصطلح "أصلح لها" يمكن أن يفهم منه أنه كفاء لها، ويُفهم أنّ في هذا إشارة ضمنية إلى الكفاءة، وقد جاء عن المحكمة العليا في قرار لها بتاريخ 30 مارس 1993 أنّه: ومتى تبين في قضية الحال أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بنى عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بالإذن للمدعي بالزواج طبقوا صحيح القانون<sup>4</sup>. كما منح المشرع الجزائري بموجب المادة نفسها للأب فقط منع من في ولايته وهي ابنته البكر من الزواج إن كان في المنع مصلحة لها، ويمكن أن يكون المنع مصلحة لها إن اختارت ورضيت بالزواج بغير كفاء لها. من جهة أخرى نجد أنّ المشرع الجزائري من خلال المادة 13 ق.أ.ج<sup>5</sup>- والتي عدلت بموجب الأمر 02/05- يمنع الولي من إجبار من في ولايته قاصرا أو راشدا بكرة على الزواج حتى وإن كان المتقدم للزواج بها

<sup>1</sup> - دليّة حريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في علم اجتماع القانوني غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2013/2014م، ص 72.

<sup>2</sup> - القانون رقم: 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

<sup>3</sup> - حيث جاء نص المادة: «لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان أصلح لها، وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 9 من هذا القانون. غير أن للأب أن يمنع بنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت». ينظر: القانون رقم: 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

<sup>4</sup> - المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 90468، بتاريخ 1993/03/30، قضية (ر، ب) ضد (ر، ز و ص، م)، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001، ص 35.

<sup>5</sup> - حيث جاء نص المادة: «لا يجوز للولي أبّا كان أو غيره أن يجبر من في ولايته على الزواج، ولا يجوز له أن يزوجه بدون موافقتها». القانون رقم: 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

كفئاً لها ويخاف أن لا يجد أو لا يتقدم لها كفء مثله إن لم يزوجها، والملاحظ أنه وإن كانت المادة تتحدث عن ولاية الإجماع إلا أنها تعكس عدم اهتمام المشرع الجزائري بالكفاءة في الزواج. ومما تقدم يمكننا أن نخلص إلى أن المشرع الجزائري لم ينص على الكفاءة ولم يأخذها بعين الاعتبار.

### الفرع الثاني : قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل

واجه قانون الأسرة 11/84 بقواعده ومحتواه العديد من التجاذبات من تيارات واتجاهات فكرية متضاربة بين مؤيد ومعارض؛ هذا التضارب ليس وليد الصدفة، بل راجع لالتزامات الجزائر الدولية لاسيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW)<sup>1</sup>، والتي صادقت عليها الجزائر بتحفظ سنة 1996م<sup>2</sup>، وكذلك للاختلاف الإيديولوجي السياسي بين المحافظين والعلمانيين<sup>3</sup>، فمنهم من طالب بإلغائه باعتباره لم يعد متماشيا مع متطلبات العصر انطلاقا من التفتح السياسي والديمقراطي الذي عرفته الجزائر ابتداء من سنة 1989م، وانطلاقا من القواعد الدستورية ذهب الاتجاه الرافض لهذا القانون إلى كونه لم يحترم المبادئ الواردة في الدستور فيما يتعلق بمركز المرأة، بل تضمن أحكاما وقواعد قانونية متناقضة مع الدستور والاتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر<sup>4</sup>، واتجاه معاكس يرى القانون انعكاسا وتطبيقا لمبادئ الشريعة الإسلامية ولاسيما القاعدة الدستورية التي تجعل الإسلام دين الدولة<sup>5</sup>، فنصت المادة الثانية من الدستور: «الإسلام دين الدولة»<sup>6</sup>.

ورغم التجاذبات والجدل إلا أنه تم تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05، وبغض النظر عما قيل عنه فإنّ الجزائر أخذت فيه بعين الاعتبار التزاماتها الدولية، لا سيما اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة (CEDAW) التي تنادي بتمكين المرأة ومساواتها بالرجل، ويظهر ذلك من خلال تعديل العديد من مواد القانون لتتوافق واتجاهات الاتفاقية منها على سبيل المثال المادة 4 التي أضافت مصطلح رضائي لعقد الزواج، المادة 1/11 التي جعلت دور الولي يقتصر على الحضور دون الفعل بالنسبة للمرأة الراشدة، وكذلك توسيع أسباب التطليق في المادة 53، توحيد السن الأدنى للزواج بالنسبة للمرأة والرجل في المادة 7، إلغاء المادة

<sup>1</sup> - اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180 المؤرخ في 18 ديسمبر 1997م ودخلت حيز النفاذ 3 سبتمبر 1981م، وثيقة رقم: 60793/03/A.

<sup>2</sup> - المرسوم 51/96 مؤرخ في 2 رمضان عام 1416هـ الموافق 22 يناير سنة 1996م، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979م. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع6، س33، الأربعاء 4 رمضان عام 1416هـ، الموافق 24 يناير سنة 1996م.

<sup>3</sup> - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص49.

<sup>4</sup> - فايزة مخازني، مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، دفا تر السياسة والقانون، الجزائر، ع17، جوان 2017م، ص 16.

<sup>5</sup> - محفوظ بن صغير، المرجع السابق، ص49.

<sup>6</sup> - دستور 1996 المعدل بالقانون رقم: 03/02 المؤرخ في 10 أبريل 2002م، والقانون رقم: 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008م، والقانون رقم: 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016م.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

39 التي تنص على القوامة للزوج أو رئاسته للأسرة... إلخ، وقد قدمت الجزائر تقريراً للجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة يؤكد التزام الجزائر بتعديلات تتوافق مع الاتجاه العام الذي جاءت الاتفاقية لتحقيقه<sup>1</sup>.

وعلى الرغم من التعديلات الجوهرية لقانون الأسرة إلا أنه لم يأت بجديد فيما يخص تنظيم الكفاءة في الزواج على غرار ما قامت به بعض الدول العربية كسوريا والأردن والكويت والإمارات العربية المتحدة، واكتفى بالرجوع إلى نص المادة 222 منه أي الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية في ما لم يرد ذكره في الأمر 02/05، إلا أنه من الصعب العودة بالنسبة للكفاءة في الزواج إلى هذه المادة نظراً لما يترتب عن الكفاءة من آثار تستوجب وجود نصوص صريحة، إضافة إلى صعوبة الرجوع إلى هذه المادة نظراً لوجود خلافات كثيرة بين الفقهاء فيما يخص الكفاءة في الزواج والمشرع الجزائري لم يشير إلى أي مذهب وجب الرجوع إليه، بل ترك الأمر واسعاً وللقاضي كل الحرية في الرجوع إلى أي مذهب شاء على غرار المشرع الليبي الذي ذكر في المادة 72 في فقرتها الثانية أنه إذا لم يوجد نص تشريعي فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون<sup>2</sup>.

على خلاف بعض التشريعات العربية التي اعتمدت مرجعية كما هو الحال بالنسبة للمشرع الموريتاني في مادته 311 من مدونة الأحوال الشخصية حيث نصت: «يرجع في تفسير مدلولات هذه المدونة عند الإشكال إلى مشهور مذهب مالك»<sup>3</sup>. وكذا المشرع المغربي في المادة 400 من مدونة الأسرة المغربية والتي نصت على ما يلي: «كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف»<sup>4</sup>. وهو ما قال به أيضاً المشرع السوري في المادة 305 من قانون الأحوال الشخصية بقوله: «كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي»<sup>5</sup>. وهو الذي نص عليه قانون الأحوال الشخصية الأردني في مادته 325: «ما لا ذكر له في هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - التقريران الدوريان الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الأمم المتحدة، 18 ماي 2009م، وثيقة رقم: CEDAW/C/DZA/3-4

<sup>2</sup> - القانون رقم: 10 لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم المعدل بعض أحكامه بالقانون رقم 14 لسنة 2015.

<sup>3</sup> - القانون رقم: 052/2001 المتضمن مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية.

<sup>4</sup> - ظهير شريف رقم: 22.04 المتضمن مدونة الأسرة المغربية.

<sup>5</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

<sup>6</sup> - القانون رقم: 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010م المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

وكذا المشرع الكويتي في المادة 343: « كل ما لم يرد في هذا القانون يرجع فيه إلى المشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد المشهور طبق غيره، فإن لم يوجد حكم أصلاً، طبقت المبادئ العامة في المذهب»<sup>1</sup>. والأمر نفسه ذهب إليه المشرع الإماراتي في مادته الثانية: « يرجع في فهم النصوص التشريعية في هذا القانون، وتفسيرها وتأويلها، إلى أصول الفقه الإسلامي وقواعده. تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو فحواها، ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه. فإذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى المشهور من مذهب مالك، ثم مذهب أحمد، ثم مذهب الشافعي، ثم مذهب أي حنيفة»<sup>2</sup>. ومما تقدم نلاحظ أن المشرع الجزائري سكت عن تنظيم موضوع الكفاءة في الزواج مما يوحي بأنه لا يأخذ بها، أو يقول بعدم اعتبارها.

### المطلب الثالث: أصحاب الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج

بعد تطرقنا إلى موقف الفقه الإسلامي وكذا قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده من مسألة اعتبار الكفاءة من عدمه في الزواج، سنبين في هذا المطلب موقفهم من أصحاب الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج، أي من الذين يحق لهم أن يشترطوا الكفاءة في الزواج؟ وقد ارتأينا أن يقسم المطلب إلى فرعين، حيث يتم تناول أصحاب الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم أصحاب الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج في القانون (الفرع الثاني).

#### الفرع الأول : أصحاب الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي

يرى جمهور الفقهاء<sup>3</sup> أن الكفاءة تطلب للنساء لا للرجال، بمعنى أن الكفاءة تعد في جانب الرجال للنساء، فهو حق في صالح المرأة لا في صالح الرجل، فيشترط أن يكون الرجل ممثلاً أو مقارباً لها في أمور الكفاءة، ولا يشترط في المرأة أن تكون مساوية للرجل أو مقاربة له، بل يصح أن تكون أقل منه في أمور الكفاءة؛ لأن الرجل لا يعبر بزوجة أدنى حالاً منه، أما المرأة وأقاربها فيعبرون بزواج أقل منها منزلة، لكن استثنى بعض من الحنفية من هذا الأصل مسألتين تشترط فيهما الكفاءة من جانب المرأة وهما<sup>4</sup>:

<sup>1</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء .

<sup>2</sup> - القانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

<sup>3</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 576. وكذلك: القرافي، المرجع السابق، ج4، ص 215. وكذلك: الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص219. وكذلك: البهوتي، المرجع السابق، ج9، ص67.

<sup>4</sup> - الشيباني، الجامع الصغير، د ط، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، 1411هـ، 1990م، ص175. وكذلك: وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ج7، ص239، 240. وكذلك: السيد سابق، المرجع السابق، مج2، ص99.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

الأولى: أن يزوج غير الأب أو الجد عديم الأهلية أو ناقصها، أو يزوجه الأب أو الجد الذي عرف قبل العقد بسوء الاختيار، فإنه يشترط لصحة هذا الزواج أن تكون الزوجة مكافئة له، احتياطاً لمصلحة الزوج، وإلا لم يصح الزواج.

الثانية: أن يوكل الرجل غيره في تزويجه وكالة مطلقة، فإنه يشترط لنفاذ العقد على الموكل في رأي المالكية وأبي يوسف ومحمد أن تكون الزوجة كفؤاً له.

أما أصحاب الحق في الكفاءة في الزواج فقد اتفق أصحاب الرأي -القائلين باعتبار الكفاءة في الزواج- على أن الكفاءة حق لكل من المرأة وأوليائها، حيث جاء عن الحنفية: «إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فلا أولياء أن يفرقوا بينهما، لأنها ألحقت العار بالأولياء فإنهم يتعيرون بأن ينسب إليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم فكان لهم أن يخاصموا لدفع ذلك عن أنفسهم»<sup>1</sup>.

وإذا اختلفت رتبة الأولياء فالكفاءة حق أقربهم، فإذا رضي الأقرب بغير الكفاء فلا حق للبعيد في الاعتراض وطلب الفسخ، وإذا استنوا في الدرجة كإخوة أشقاء فهي حق لكل واحد منهم لا يتجزأ، فإذا رضي أحدهم بغير الكفاء، فقد سقط حقهم واعتبر رضاه رضي منهم فليس لأحدهم الاعتراض وطلب الفسخ<sup>2</sup>. وجاء عن المالكية: «الكفاءة حقها وحق الأولياء، فإذا اتفقت معهم على تركها جاز»<sup>3</sup>.

والاعتراض على الزواج من غير كفء عند المالكية حق مشترك لكل الأولياء فلو زوجها أحد الأولياء من غير كفء برضاها من غير رضي الباقيين لم يلزم النكاح، وإذا رضي بعض الأولياء المتساويين في الدرجة لم يسقط حق الباقيين في الاعتراض لأن الكفاءة حق مشترك ثبت لكل<sup>4</sup>.

أما الشافعية فجاء عنهم: «بل هي حق للمرأة والولي فلهما إسقاطها، وحينئذ فإذا زوجها الولي المنفرد كآب أو عم غير كفء برضاها أو زوجها بعض الأولياء المستوين كإخوة وأعمام برضاها ورضا الباقيين ممن في درجته غير كفء، صح التزويج لأن الكفاءة حقها وحق الأولياء»<sup>5</sup>.

وقال الحنابلة: «فهي حق للمرأة، والأولياء كلهم، القريب، والبعيد، حتى من يحدث منهم بعد العقد لتساويهم في حقوق العار بفقد الكفاءة. فلو زوجت المرأة بغير كفء فلمن لم يرض بالنكاح الفسخ من المرأة والأولياء جميعهم بيان لمن لم يرض فوراً وتراخيا لأنه خيار لنقض في المعقود عليه أشبه بخيار البيع وبملكه الأبعد من الأولياء مع رضا الأقرب منهم به، ومع رضا الزوجة دفعا لما يلحقه من حقوق العار»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص25، 26.

<sup>2</sup> - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص72.

<sup>3</sup> - القرائي، المرجع السابق، ج4، ص215.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، د ط، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا، 1431هـ، 2010م، ج3، ص116، 117.

<sup>5</sup> - الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص219.

<sup>6</sup> - البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص67.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

ومما تقدم نجد أنّ الكفاءة في الزواج تعتبر للنساء لا الرجال، لأن النصوص وردت بالاعتبار في جانب الرجال خاصة. وكذا المعنى الذي شرعت له الكفاءة يوجب اختصاص اعتبارها بجانبهم، لأن المرأة هي التي تستنكف لا الرجل، لأنها هي المستفرشة، فأما الزوج فهو المستفرش، فلا تلحقه الأنفة من قبلها، وهي حق لكل من المرأة وأوليائها.

### الفرع الثاني : أصحاب الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج في القانون

لم يتطرق المشرع الجزائري إلى موضوع الكفاءة في الزواج - كما سبق الإشارة إليه - وأحال كل ما لم يرد ذكره في القانون إلى أحكام الشريعة الإسلامية استنادا إلى نص المادة 222 ق.أ. ج التي جاء فيها: « كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية »<sup>1</sup>، وإن كان موضوع الكفاءة في الزواج لا يمكن الرجوع فيه إلى نص المادة 222 للأسباب التي سبق ذكرها، وكذلك نحى مشرعو دول المغرب العربي منحى المشرع الجزائري في عدم تنظيمهم للكفاءة في الزواج ماعدا المشرع الليبي والذي أشار إلى أصحاب الحق في الكفاءة في الزواج وهما المرأة والولي بنص المادة 1/15: « الكفاءة حق خاص للمرأة والولي »<sup>2</sup>، وحدد في الفقرة الثانية المقصود بالولي بقوله: « الولي في الكفاءة: الابن ثم الجد الصحيح ثم الأخ الشقيق دون سواهم »<sup>3</sup>.

في حين نجد أن بعض التشريعات العربية الأخرى نظمت الموضوع وتطرقت إلى مسألة فيمن تعتبر الكفاءة في الزواج وأصحاب الحق في اشتراطها، كالمشرع السوري حيث نجد أنه نص في المادة 26 قانون الأحوال الشخصية: « يشترط في لزوم الزواج :

1- أن يكون الزوج كفؤا للمرأة.

2- أن تكون المرأة كفؤا للرجل إذا وكل الرجل غيره وكالة مطلقة بتزويجه »<sup>4</sup>.

فلنلاحظ من خلال الفقرة الأولى أنها تشترط الكفاءة للمرأة كقاعدة عامة أو أصل، أي أنها معتبرة من جانب الرجل وهو ما قال به جمهور الفقهاء، أما الفقرة الثانية فذكرت استثناء من الأصل وهو اعتبار الكفاءة من جانب المرأة في حالة وكل الرجل غيره في تزويجه وكالة مطلقة وهو ما يوافق رأي بعض من الحنفية كما سبقت الإشارة إليه.

<sup>1</sup> - الأمر رقم: 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - القانون رقم: 10 لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم المعدل بعض أحكامه بالقانون رقم 14 لسنة 2015.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه.

<sup>4</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

ونصت المادة 29 منه: «الكفاءة حق خاص للمرأة والولي»<sup>1</sup>، أي أن الكفاءة حق مخصوص لكل من المرأة والولي، والولي في الزواج هو العصبه بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً، كما نص عليه المشرع السوري في المادة 1/21 بقوله: «الولي في الزواج هو العصبه بنفسه على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرماً»<sup>2</sup>.

ويثبت هذا الحق للأقرب من الأولياء العصبه فالأقرب وفق ما جاء في المذهب الحنفي في هذه المسألة. ونص المشرع الأردني في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية أنه: «أ. يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة في الدين والمال، وكفاءة المال أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة. ب. الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي، وتراعى عند العقد، فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج»<sup>3</sup>. فملاحظ أن المشرع الأردني يعتبر الكفاءة في الزواج في جانب الرجل للمرأة وهي حق للمرأة والولي. وجاء في المادة 14 أن: «الولي في الزواج هو العصبه بنفسه على الترتيب المنصوص عليه في القول الراجع من مذهب أبي حنيفة»<sup>4</sup>.

وذكر المشرع الكويتي في مادته 34 من مدونة الأسرة أنه: «يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة وقت العقد، ويثبت حق الفسخ لكل من المرأة ووليها عند فوات الكفاءة»<sup>5</sup>. الملاحظ أن المشرع الكويتي نص على أن الكفاءة تكون معتبرة من جانب الرجل فقط، أي أنه يشترط أن يكون الزوج كفؤاً للزوجة شأنه في هذا شأن المشرع الأردني، أما أصحاب الحق في اشتراطها فهم المرأة ووليها.

ورتب المشرع الكويتي الأولياء في الكفاءة في نص المادة 37 بقوله: «الولي في الكفاءة من العصبه هو الأب، فالابن، فالجد العاصب، فالأخ الشقيق ثم لأب، فالعم الشقيق، ثم لأب»<sup>6</sup>. أما المشرع الإماراتي فقد ذكر في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية: «يشترط في لزوم العقد أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة»<sup>7</sup>.

وذكر في المادة 1/23: «الكفاءة حق لكل من المرأة ووليها الكامل الأهلية»<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - القانون رقم: 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه.

<sup>5</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996م و 29 لسنة 2004م و 66 لسنة 2007م وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء.

<sup>6</sup> - المرجع نفسه.

<sup>7</sup> - القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

<sup>8</sup> - المرجع نفسه.

## الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج

الملاحظ أن المشرع الإماراتي نحي منحى المشرع الأردني والكويتي في القول بأن الكفاءة معتبرة في جانب الرجل فقط، وهو موقف جمهور الفقهاء، كما أنه منح حق اشتراط الكفاءة للمرأة ووليها شرط أن يكون الولي كامل الأهلية، وهذا ما انفرد به المشرع الإماراتي، فإذا أسقط أحدهما حقه لم يؤثر ذلك في حق الآخر، وأضافت المادة 2/23: «ليس للأبعد من الأولياء حق الاعتراض على عدم الكفاءة إلا عند عدم الأقرب أو نقص أهلية». إذا لا يحق للبعيد من الأولياء الاعتراض على عدم الكفاءة إلا في حالة عدم وجود الولي الأقرب. وعدم الأقرب كما ورد؛ يراد به ما يشمل عدم وجوده أصلاً، أو غيابه بحيث لا تمكن مشاورته. كما أن للولي البعيد حق الاعتراض في حالة وجود الأقرب مع نقص أهليته، وقد أخذ القانون الإماراتي بمذهب المالكية والشافعية في أن حق الكفاءة للولي الأقرب.

وحق الاعتراض على عدم الكفاءة يثبت للولي ولو جاوزت المرأة سن الرشد، لأن المقصود به حماية سمعة الأسرة، لا حماية الحقوق المالية للمرأة<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> - المذكرة الإيضاحية للقانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية للدولة الإمارات العربية المتحدة. ينظر الرابط:

<https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=687>، تاريخ الاطلاع: 18 جوان 2020، سا 18:45.

## الفصل الثاني:

الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج

وأثرها على عقد الزواج

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

### تمهيد:

إنّ اعتبار الكفاءة في الزواج من شأنه - كما قال الفقهاء- أن يساعد في استقرار الأسرة ودوامها، وتفاهم الأسر فيما بينها وترابطها. ومراعاة التقارب بين الزوجين هو نقطة الارتكاز لحل كثير من الخلافات بينهما مما يساعد على السكينة والطمأنينة والتفاهم وبالتالي نجاح الحياة الزوجية، والمماثلة والتقارب بين الرجل والمرأة لا تكون في وصف واحد ولا تكون في الأوصاف كلها، بل هي مجموعة عناصر وأوصاف مصدرها الأول هو العرف واجتهاد الفقهاء، لذلك كانت هذه الأوصاف محل اختلاف كبير بين الفقهاء من حيث تعدادها، ومن حيث وقت اعتبارها في الكفاءة وتخلفها والتغريب بها، وهذا الاختلاف كان له أثره على عقد الزواج.

إضافة إلى ذلك فإنّ هذا الاختلاف الفقهي ألقى بظلاله على قوانين الأحوال الشخصية التي اهتمت وأخذت باعتبار الكفاءة في الزواج، فتباينت المواقف أحيانا واتفقت أحيانا أخرى، وعلى ذلك فإننا من خلال هذا الفصل سنتطرق إلى الأوصاف المعتبرة في الكفاءة عند الفقهاء ونبين موقف قانون الأسرة الجزائري منها إضافة إلى قوانين بعض الدول العربية، وذلك كلما نص القانون على اعتبار وصف من الأوصاف، بينما نتجنب التطرق إلى موقف القانون في الأوصاف التي لم يتطرق إليها ولم يأخذ بها، ومن أجل ذلك قسمنا الفصل كالتالي:

### المبحث الأول: الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج

#### المبحث الثاني: أثر شرط الكفاءة على عقد الزواج

## المبحث الأول: الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج

على الرغم من أن الفقهاء القائلين باعتبار الكفاءة في الزواج اتفقوا على معناها، إلا أنهم اختلفوا في تعداد الأوصاف التي يجب أن يكافئ فيها الرجل المرأة، كما استعملوا مصطلحات متنوعة للدلالة عليها، فالبعض يسميها أمورا مخصوصة أو خصائص أو أشياء، والبعض يطلق عليها صفات أو أوصاف، والبعض الآخر خصال، وآخرون يطلقون لفظ معايير، ولأنه لا مشاحة في الاصطلاح فإن هذا الخلاف في الإطلاق لم يرتب أي أثر فقهي، وانطلاقا من تفاوت اهتمام الفقهاء ببعض الأوصاف دون بعضها الآخر، وانعكاس ذلك على التشريعات المختلفة فإنه سيتم دراستها من خلال تقسيمها إلى نوعين من الأوصاف: الأوصاف الأساسية (المطلب الأول)، الأوصاف الثانوية (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: الأوصاف الأساسية

الأوصاف الأساسية هي الأوصاف التي حظيت باهتمام الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، وعرفت تجاذبا بينهم من حيث الاتفاق والاختلاف حولها حتى داخل المذهب الواحد، وسيتم التعرّض لكل وصف من هذه الأوصاف على حدة، من حيث المقصود به، ورأي الفقهاء في مختلف المذاهب منه، وذكر الراجح من القول في كل وصف من الأوصاف، وقد قسمنا هذه الأوصاف الأساسية إلى نوعين: الأوصاف الشخصية، ونتناول فيها وصف الدين و وصف السلامة من العيوب و وصف النسب (الفرع الأول)، والأوصاف المالية، ونتناول فيها وصف المال ثم وصف الحرفة (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الأوصاف الشخصية

الأوصاف الشخصية هي الأوصاف المرتبطة بشخص الإنسان والمعتبر منها عند الفقهاء الدين الذي هو أساس اختيار الزوجين، والنسب لاهتمام الناس كثيرا به والإسلام لم ينكر عليهم ذلك، وكذلك مراعاة السلامة من العيوب لتحقيق المقصد من الزواج، هذا ما سيتم بحثه من خلال، وصف الدين (البند الأول)، وصف السلامة من العيوب (البند الثاني)، وصف النسب (البند الثالث).

### البند الأول: وصف الدين

سيتم تناوله من خلال تعريفه ثم بيان أقوال الفقهاء في شأنه وكذلك موقف القانون منه وهذا كما يلي:  
**أولا: المقصود بوصف الدين:** الدين بصفة عامة هو الطاعة والانقياد للشرعة، وهو ما شرعه الله لعباده من أحكام سواء ما يتصل بالعقيدة أو الأخلاق أو الأحكام العملية<sup>1</sup>، والدين عند الله الإسلام، فلا يقبل الله من الناس دينا غيره لقوله تعالى: ﴿إِنَّ الدِّينَ عِنْدَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ﴾ (آل عمران: 19).

<sup>1</sup> - محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المصطلحات والألفاظ الفقهية، د ط، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، د ت، ج 2، ص 94.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

وقال تعالى: ﴿وَمَنْ يَتَّبِعْ غَيْرَ الْإِسْلَامِ دِينًا فَلَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ وَهُوَ فِي الْآخِرَةِ مِنَ الْخَسِرِينَ﴾<sup>١</sup>  
(آل عمران: 85).

أما المراد بالكفاءة في الدين فهو الإسلام مع السلامة من الفسق<sup>١</sup>، والصلاح والاستقامة<sup>٢</sup>، والكف عما لا يحل<sup>٣</sup>، فليس المقصود بالدين هنا أن يكون الرجل مسلماً وحسب، فهذا متفق على وجوب وجوده بالنسبة للرجل كي يستطيع الزواج بالمسلمة، بل يضاف إليه الصلاح والسلامة من الفسق كذلك.  
وهو المفهوم الذي ذهب إليه ابن القيم في قوله: « فالذي يقتضيه حكمه صلى الله عليه وسلم اعتبار الدين في الكفاءة أصلاً وكاملاً، فلا تزوج مسلمة بكافر ولا عفيفة بفاجر »<sup>٤</sup>.

وبين القرضاوي معنى الكفاءة في الدين وأهميته بقوله: «من الأمور الأساسية الصلاح، أعني صلاح الدين والخلق، ومن فقد الدين والخلق لا يصلح شريكاً في تجارة، فكيف يكون شريكاً في حياة دائمة»<sup>٥</sup>.

**ثانياً: موقف الفقهاء من وصف الدين:** يعتبر الدين من أوصاف الكفاءة المتفق عليها عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة<sup>٦</sup>، فقد ذهب الحنفية إلى أن الدين من صفات الكفاءة في الزواج وخالفهم في ذلك محمد بن الحسن الشيباني، حيث جاء عن الكاساني قوله: « الدين في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الأنصاري، حتى لو أن امرأة من بنات الصالحين إذا زوجت نفسها من فاسق، كان للأولياء حق الاعتراض عندهما، لأن التفاخر بالدين أحق من التفاخر بالنسب والحرية والمال، والتعير بالفسق أشد وجوه التعير. وقال محمد: لا تعتبر الكفاءة في الدين، لأن هذا من أمور الآخرة، والكفاءة من أحكام الدنيا، فلا يقدح فيها الفسق، إلا إذا كان شيئاً فاحشاً، بأن كان الفاسق ممن يسخر منه ويضحك ويصفع، فإن كان ممن يهاب منه بأن كان أميراً قتلاً يكون كفاً، لأن الفسق لا يعد شيئاً في العادة، فلا يقدح في الكفاءة، وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان معلناً لا يكون كفاً وإن كان مستتراً يكون كفاً»<sup>٧</sup>.

والملاحظ أن الحسن الشيباني لا ينفي صفة الدين في الكفاءة مطلقاً لكنه يشترط أن يكون الفسق فاحشاً، واستثنى ممن يهاب منه كالأمرء فلا ينظر إلى فسقهم، وقد رجح محمد مصطفى شلبي اعتبار الدين في الكفاءة بقوله: « والراجح اعتبار ذلك، لأن الصلاح من أعلى المفاخر، والأتقياء الصالحون يعيرون بمصاهرة

<sup>١</sup> - الخطاب، المرجع السابق، ج ٥، ص 279. وكذلك: خليل بن اسحاق الجندي، المرجع السابق، مج 3، ص 207.

<sup>٢</sup> - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص 71. وكذلك: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 241.

<sup>٣</sup> - الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 3، ص 223.

<sup>٤</sup> - ابن القيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، ضبط: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرئؤوط، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1430 هـ، 2009 م، ص 799.

<sup>٥</sup> - يوسف القرضاوي، الأسرة كما يريد الإسلام، ط 1، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، 1426 هـ، 2005 م، ص 14.

<sup>٦</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 581. وكذلك: الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج 5، ص 247. وكذلك: الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 3، ص 223. وكذلك: البهوتي، المرجع السابق، ج 5، ص 67.

<sup>٧</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 581، 582.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

الفساق المستهترين، وأن المرأة الصالحة تعيّر بفسق زوجها أكثر مما تعيّر بصفة نسبه ويرشد لذلك قول الرسول صلى الله عليه وسلم: «إذا خطب إليكم من ترضون دينه وخلقه، فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة وفساد عريض»<sup>1 2</sup>.

ووصف الدين عند المالكية معتبر بلا خلاف<sup>3</sup>، فتطلب الكفاءة في الدين، أي التدين والعمل بالأحكام بالأحكام الشرعية بحيث لا يكون شريئاً ولا فاسقاً<sup>4</sup>، وهذا احترازاً من أهل الفسوق، كالزناة والشرييين، ونحوهم<sup>5</sup>، والمراد بالفاسق عندهم هو المرتكب لكبيرة من المعاصي إذا كان معلناً ومجاهراً بها، مثل تارك الصلاة، أو الزكاة، وشارب الخمر، والزاني، والمقامر، ومن كان كسبه من حرام، ومن كان كثير الأيمان بالطلاق، لأن الغالب على مثله الحنث وعدم المبالاة<sup>6</sup>. ومن بين الأدلة التي اعتمدوا عليها ما يلي:

قوله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتَقَدُّكُمْ﴾ (الحجرات : 13). وقوله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ﴾ (النور: 32).

وعن أبي حاتم المزني قال: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: «إذا جاءكم من ترضون دينه وخلقه؛ فأنكحوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد»<sup>7</sup>. وفي رواية : وفساد عريض<sup>8</sup>.  
وأما الشافعية فقد اعتمدوا لفظ العفة للدلالة على الدين والصلاح والكف عما لا يحل، فليس فاسق كفاء عفيفة لقيام الدليل على عدم المساواة، قال تعالى: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا يَسْتَوُونَ﴾ (السجدة: 18)، وقال تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً﴾ (النور: 03)<sup>9</sup>.

وذهب الحنابلة كذلك إلى اعتبار الكفاءة في الدين فلا يكون الفاجر والفاسق كفواً لعفيفة عدل، وذلك لنقص في إنسانيته، فلا يكون كفواً لعدل، يؤيده قوله تعالى: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لَا

<sup>1</sup> - أخرجه: الترمذي، سنن الترمذي، باب: ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، رقم: 1084، مج 2، ص 381.

<sup>2</sup> - مصطفى شلي، المرجع السابق، ص 318.

<sup>3</sup> - ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد أبو الأحفان، عبد الحفيظ منصور، ط 1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1415هـ، 1995م، ج 2، ص 26. وكذلك: خليل بن اسحاق الجندي، المرجع السابق، مج 3، ص 206.

<sup>4</sup> - الدسوقي، المرجع السابق، ج 2، ص 226.

<sup>5</sup> - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج 3، ص 247.

<sup>6</sup> - الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط 1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 1423هـ، 2002م، ج 2، ص 507.

<sup>7</sup> - أخرجه: الترمذي، سنن الترمذي، باب: ما جاء إذا جاءكم من ترضون دينه فزوجوه، رقم: 1085، مج 2، ص 381.

<sup>8</sup> - أخرجه: ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب: النكاح، باب: الأكفاء، رقم: 1967، ج 1، ص 633. وقال حسن.

<sup>9</sup> - الخطيب الشرييني، المرجع السابق، ج 3، ص 223.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

يَسْتَوُونَ ﴿ (السجدة:18) <sup>1</sup>، ولأن الفاسق مرذول، مردود الشهادة والرواية، غير مأمون على النفس والمال، مسلوب الولايات، ناقص عند الله وعند خلقه، قليل الحظ في الدنيا والآخرة، فلا يجوز أن يكون كفؤاً لعفيفة ولا مساوياً لها، لكن كفؤاً لمثله <sup>2</sup>.

كما أنّ الزوج صاحب الدين يجعل من دينه دستوراً في معاملاته اليومية خصوصاً في أسرته ويحتكم إليه في قراراته دائماً، روي عن الحسن بن علي رضي الله عنهما أنه جاءه رجل وقال: «إن عندي ابنة لي، وقد خطبت إليّ فمن أزوجه؟ قال: زوجها من يخاف الله، فإن أحبها أكرمها، وإن أبغضها لم يظلمها» <sup>3</sup>. لذلك فإن مراعاة وصف الدين والذي هو الإسلام والصالح في الكفاءة في الزواج هو ميزان التفاضل بين الناس لذلك لم يكن هناك خلاف حول اعتباره.

**ثالثاً: موقف القانون من وصف الدين:** سبق الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم ينظم الكفاءة في الزواج، إلا أنّه فيما يخص الدين فقد نص في المادة 5/30 ق.أ. ج أنّه: «يحرم من النساء مؤقتاً: -زواج المسلمة من غير المسلم» <sup>4</sup>.

والملاحظ أنّ المشرع الجزائري لم يقصد بذلك الكفاءة وإنما مسألة زواج المسلمة من غير المسلم انعقد الإجماع على حرمة، ولا تزول هذه الحرمة إلا بإسلام الزوج، أما الصلاح فلم يتطرق إليه المشرع الجزائري. أما المشرع الأردني فقد نص في المادة 1/21: «يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة في الدين والمال...» <sup>5</sup>، فالملاحظ أنّ المشرع الأردني استخدم مصطلح الدين بدل الدين، فأول ما تعتبر فيه الكفاءة هو صلاح الرجل في دينه، ويكفي فيه ظاهر العدالة، فلا تتزوج متدينة برجل فاجر مستهتر <sup>6</sup>. وتطرق قانون الأحوال الشخصية لدولة الكويت إلى وصف الدين في الكفاءة في الزواج، حيث جاء في المادة 35: «العبرة في الكفاءة بالصلاح في الدين» <sup>7</sup>.

وجاء في المذكرة الإيضاحية المرافقة لمشروع قانون الأحوال الشخصية الكويتي تفسيراً وتسبيحاً لما جاء في المادة 35 ما يلي: «اختلف العلماء في تحديد عناصر الكفاءة، ومنها ما تخالفه مقاييس هذا العصر، واعتبار

<sup>1</sup> - البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص67.

<sup>2</sup> - ابن قدامة المقدسي، المرجع السابق، ج9، ص391.

<sup>3</sup> - ابن أبي الدنيا، العيال، تحقيق: نجم عبد الرحمن خلف، ط1، دار ابن القيم، الدمام، المملكة العربية السعودية، 1410هـ، 1990م، ج1، ص273.

<sup>4</sup> - الأمر رقم: 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

<sup>5</sup> - القانون رقم: 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

<sup>6</sup> - محمد أحمد حسن القضاة، الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد، د ط، المكتبة الوطنية، عمان، الأردن، 1433هـ، 2012م، ص86.

<sup>7</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء .

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

الدين وحده، على أنه حق المرأة ووليها، هو فقه مالك المتبع الآن، والمنقول عن عمر، وابن مسعود، وابن سيرين، وعمر بن عبد العزيز، وحمام، وقد انتصر البخاري له في صحيحه. ويدل عليه قوله تعالى: ﴿إِنَّ

أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾ (الحجرات : 13). والحديث النبوي: «إذا خطب إليكم من ترضون

دينه وخلقه؛ فزوجوه»<sup>1</sup>. فرأت اللجنة أن تصرح بعنصر الدين، لكي يبرز في الكفاءة بصورة واضحة، ويكفي فيه ظاهر العدالة، فلا تتزوج عفيفة بفاجر مستهتر، وهو يتناول الأخلاق الفاضلة، ولا سيما ما تحتاج إليه الأمة في حياتها السياسية والاجتماعية، والاقتصادية<sup>2</sup>.

كذلك نص القانون الاتحادي رقم (28) لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية، على صفة الدين لكنه استخدم مصطلح الصلاح للدلالة على أنّ العبرة ليست باعتماد الدين الاسلامي فحسب بل لا بد من الصلاح أيضاً، حيث جاء في المادة 22: «العبرة في الكفاءة بصلاح الزوج دينا، ويعتبر العرف في تحديد الكفاءة في غير الدين»<sup>3</sup>.

وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الاتحادي في شرح المادة 22 ما يلي: «نصت المادة على اعتبار الدين في الكفاءة وعرف البلد في غير الدين، وفي تصريح المادة بعنصر الدين- مع أن للدين اعتباراً في الكفاءة في عرف الناس- إبراز لهذا العنصر في الكفاءة بصورة واضحة، فإن أول ما تعتبر فيه الكفاءة هو صلاح الرجل في دينه، ويكفي فيه ظاهر العدالة، فلا تتزوج عفيفة بفاجر مستهتر. وفيما عدا الدين يُرجع إلى العرف الذي يُحدد ما تتغير به الزوجة وأولياؤها وهذا يختلف باختلاف أنظار الناس زماناً ومكاناً، واعتبار الدين وحده هو رأي جمع كبير من الصحابة و التابعين و المجتهدين منهم عمر ، وابن مسعود ، وعمر بن عبدالعزيز ، وأيدهم البخاري رحمه الله في صحيحه... وقد أخذ القانون بمذهب الجمهور في عناصر الكفاءة»<sup>4</sup>.

### البند الثاني: وصف السلامة من العيوب

سيتم تناوله من خلال تعريفه ثم بيان أقوال الفقهاء في شأنه وكذلك موقف القانون منه وهذا كما يلي:  
**أولاً: المقصود بوصف السلامة من العيوب:** جاء عن الدردير: «الحال: أي السلامة من العيوب الموجبة للرد، لا بمعنى الحسب والنسب»<sup>5</sup>. والعيوب الموجبة للرد هي العيوب التي توجب الخيار لأحد

<sup>1</sup> - سبق تخريجه، ص 37.

<sup>2</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء .

<sup>3</sup> - القانون الاتحادي رقم 28: لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

<sup>4</sup> - المذكرة الإيضاحية للقانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

<sup>5</sup> - الدردير، المرجع السابق، ج2، ص400.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

الزوجين، وجعلتها عند المالكية ثلاثة عشر عيباً، أربعة مشتركة بين الرجل والمرأة وهي: الجنون<sup>1</sup>، الجذام<sup>2</sup>، البرص<sup>3</sup>، العذيمة<sup>4</sup>، وأربعة خاصة بالرجل وهي: الحب<sup>5</sup>، الخشاء<sup>6</sup>، الاعتراض<sup>7</sup>، العنة<sup>8</sup>، وخمسة خاصة بالمرأة وهي: الرتق<sup>9</sup>، القرن<sup>10</sup>، العقل<sup>11</sup>، الإفضاء<sup>12</sup>، البخر<sup>13</sup>، ومن العلماء من يلحق بهذه العيوب كل عيب ينفر منه الزوج الآخر من غير تحديد لعدد مثل العمى والطرش والخرس وقطع الأعضاء وكل ما لا يحصل به مقصود النكاح من الرحمة والمودة من قبح الخلقة<sup>14</sup>.

وعرفت السلامة من العيوب أيضاً بأنها السلامة من كل عيب أو مرض منفر يمتنع به المقصود من الزواج وهو الرحمة والمودة والاستمتاع<sup>15</sup>. هذا التعريف لم يحدد أنواع العيوب والأمراض مما يفتح الباب واسعاً في هذا المجال.

وقيل هي الأمراض التي أخفاها الزوج عن زوجته أو العكس وتكون معدية مثلاً، أو مستحيل العشرة بها، مثل: الجذام، البرص، الجنون، الإيدز، ووجودها يعطي الخيار للزوجة في فسخ العقد وغير هذه الأمراض لا

<sup>1</sup> - الجنون: زوال العقل أو اختلاله بحيث يمنع جريان الفعال والأقوال على نصح العقلاء إلا نادراً. ينظر: محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، ج1، ص542.

<sup>2</sup> - الجذام: مأخوذ من الجذم وهو القطع، قال الجواهري: لا يقال أجذوم، وهو داء معروف تنهات منه الأطراف ويتناثر منه اللحم. ينظر: المرجع نفسه، ج1، ص524.

<sup>3</sup> - البرص: إذا ابيض جلده، واسود بعلّة وقيل: داء وهو بياض يقع في ظهر الجلد ويذهب دمويته. ينظر: المرجع نفسه، ج1، ص373، 374.

<sup>4</sup> - العذيمة: خروج الغائط عند الجماع. ينظر: المرجع نفسه، ج2، ص487.

<sup>5</sup> - الحب: قطع جميع الذكر مع بقاء الأثنين، وقيل: أو لم يبق منه قدر الحشفة، وقيل: قطع الذكر والأثنين. ينظر: المرجع نفسه، ج1، ص519.

<sup>6</sup> - الخشاء: سل الخصيتين، وهما البيضتان من أعضاء التناسل. ينظر: المرجع نفسه، ج2، ص31.

<sup>7</sup> - الاعتراض: عدم انتشار الذكر للجماع، وقيل يكون الاعتراض قبل الإيلاج أو بعده. ينظر: المرجع نفسه، ج1، ص525.

<sup>8</sup> - العنة: قيل علة في القلب والكبد أو الدماغ أو الآلة تسقط الشهوة الناشئة للآلة فتمنع الجماع، وقيل: صغر الذكر جداً، وقيل أيضاً: عجز الرجل عن إتيان النساء وقد يكون عنينا دون أخرى. ينظر: المرجع نفسه، ج2، ص550.

<sup>9</sup> - الرتق: الضم والالتحام خلقة كان أو لا، وقيل: انسداد مدخل الذكر من الفرج. ينظر: المرجع نفسه، ج2، ص124.

<sup>10</sup> - القرن: هو عظم أو غدة مانعة ولوج الذكر، وقيل: ما يمنع سلوك الذكر في الفرج. وذكر بعضهم أن القرن عظم ناتئ محدد الرأس كقرن الغزالة يمنع الجماع. ينظر: المرجع نفسه، ج3، ص84.

<sup>11</sup> - العقل: ورم يكون بين مسلكي المرأة فيضيق فرجها حتى يمتنع الإيلاج، وقيل: رغبة في الفرج عند الجماع. ينظر: المرجع نفسه، ج2، ص514.

<sup>12</sup> - الإفضاء: خلط السيلين، وقيل: اختلاط مسلك البول والغائط. ينظر: المرجع نفسه، ج1، ص251.

<sup>13</sup> - البخر: نتن رائحة الفم، وقيل: النتن يكون من الفم وغيره. واستعمال الفقهاء للبخر مخصوص بالرائحة الكريهة في الفم فقط. ينظر: المرجع نفسه، ج1، ص360.

<sup>14</sup> - الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص277. وكذلك: الغرياني، المرجع السابق، ج2، ص508.

<sup>15</sup> - قاسم الشيخ، أسس اختيار الزوجين وأثره في الحد من الطلاق، ط1، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، 1426هـ، 2005م، ص27.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

تعتبر من الكفاءة<sup>1</sup>، وقيل بأنّ السلامة من العيوب في الكفاءة في الزواج هي سلامة الزوج من العيوب الجسمية الجسمية المستحكمة التي لا يمكن دوام العشرة معها إلا بضرر كالجدام والجنون والبرص<sup>2</sup>.

**ثانيا: موقف الفقهاء من وصف السلامة من العيوب:** السلامة من العيوب معتبرة في الكفاءة عند المالكية والشافعية، ولم تعتبر عند الحنفية والحنابلة<sup>3</sup>، يقول وهبة الزحيلي: «لم يعتبر الحنفية والحنابلة السلامة من العيوب من شروط الكفاءة، ولكنها تثبت الخيار للمرأة دون أوليائها؛ لأن الضرر مختص بها، ولوليها منعها من نكاح المجذوم والأبرص والجنون. وهذا الرأي هو الأولى عندي؛ لأن خصال الكفاءة حق لكل من المرأة والأولياء»<sup>4</sup>.

أما المالكية فجاءت عندهم بلفظ كمال الخلقة<sup>5</sup>، وكذلك بلفظ الحال، ومعناه السلامة من العيوب الموجبة للرد واستدلوا بقول عمر رضي الله عنه: «لا تكرهوا فتياتكم على الذميم من الرجال فإنهن يجبن من ذلك ما تحبون»<sup>6</sup>، ووجه الاعتبار في السلامة من العيوب أنها نقص يوجب الرد<sup>7</sup>، وأن مقصود النكاح لا يحصل بوجودها<sup>8</sup>.

وذهب الشافعية إلى أنّ من به بعض العيوب كجنون أو جذام أو برص ليس كفؤا للسليمة منها، لأن النفس تعاف صعبة من به بعضها ويختل بها مقصود الزواج وألحقوا العيوب المنفردة كالعمى والقطع وتشوه الصورة، والتنقي من العيوب إنما يعتبر في الزوجين خاصة دون آبائهما فابن الأبرص كفء لمن أبوها سليم<sup>9</sup>. وقد رجحت هدى غيطان رأي الحنفية والحنابلة<sup>10</sup>، إلا أنّ وصف السلامة من العيوب كثيرا ما يثير إشكالات في استقرار الأسرة مما يجعل رأي المالكية هو الأقرب للصحة.

**ثالثا: موقف القانون من وصف السلامة من العيوب:** نصت المادة 7 مكرر ق.أ.ج أنه: «يجب على طالبي الزواج أن يقدموا وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوها من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع الزواج.

<sup>1</sup> - أكرم رضا، قواعد تكوين البيت المسلم، ط1، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة، مصر، 1425هـ، 2004م، ص178.

<sup>2</sup> - فاطمة عمر نصيف، المرجع السابق، ص23.

<sup>3</sup> - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج3، ص247. وكذلك: الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص221. وكذلك: وهبة الزحيلي، الفقه الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص247.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص247.

<sup>5</sup> - القرائي، المرجع السابق، ج4، ص214.

<sup>6</sup> - أخرجه: ابن أبي شيبة، المصنف، كتاب: النكاح، باب: من يكره المرأة على ما لا تحوى من الرجال رقم: 17951، مج6، ص304. وقال إسناده مرسل.

<sup>7</sup> - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج3، ص247، 248.

<sup>8</sup> - الغرياني، المرجع السابق، ج2، ص508.

<sup>9</sup> - الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص221.

<sup>10</sup> - هدى غيطان، المرجع السابق، ص453، 454.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

يتعين على الموثق أو ضابط الحالة المدنية، أن يتأكد قبل تحرير عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية ومن علمهما بما قد تكشف عنه من أمراض أو عوامل قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، ويؤشر بذلك في عقد الزواج»<sup>1</sup>. عند قراءة هذه المادة نجد أن ضابط الحالة المدنية أو الموثق عليه التأكد قبل تحريره عقد الزواج من خضوع الطرفين للفحوصات الطبية عن طريق تسليم الطرفين شهادة طبية، ويعلم كل واحد منهما بما أسفرت عنه هذه الفحوصات فإن وافقا فإنه يؤشر بذلك على عقد الزواج، أي أن موافقتهم وقبولهما رغم علمهما يجعل الموثق أو ضابط الحالة المدنية لا سلطة له في عدم تحرير عقد الزواج، وعند العودة إلى نص المادة 2/53 ق.أ.ج نجد أن المشرع الجزائري جعل من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج أحد الأسباب التي تمنح الزوجة حق طلب التطليق وهذا إن لم تكن على علم بهذه العيوب.

وبالتالي فالمشرع الجزائري لا يعتبر السلامة من العيوب وصفا من أوصاف الكفاءة وإنما يعود إلى اختيار الزوجة مثلما قال الحنفية والحنابلة، أما المشرع الليبي فقد نص في المادة 3/15 «تراعى الكفاءة بين الزوجين حين العقد ويرجع في تفسيرها إلى العرف»<sup>2</sup>، ولم يبين هل يمكن الإحالة إلى أي مذهب في ذلك وبالتالي موقفه يبدو غامضا، ونص المشرع السوري في المادة 305 من قانون الأحوال الشخصية أن: «كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه إلى القول الأرجح في المذهب الحنفي»<sup>3</sup>، وجاء في المادة 28 من القانون نفسه: «العبارة في الكفاءة لعرف البلد»<sup>4</sup>، فبما أن القانون السوري نظم الكفاءة في الزواج فإنه في حال كان عرف البلد يأخذ بوصف السلامة من العيوب فإنه سيتم الأخذ برأي الحنفية في هذا المجال، أما القانون الأردني والكويتي والإماراتي فلم يتطرقوا إلى صفة السلامة من العيوب في الكفاءة في الزواج.

### البند الثالث: وصف النسب

سيتم تناوله من خلال تعريفه ثم بيان أقوال الفقهاء في شأنه وهذا كما يلي:

**أولا: المقصود بوصف النسب:** النسب هو القرابة وجمعه أنساب، ويقال رجل نسيب أي شريف معروف حسبته<sup>5</sup> وأصوله<sup>6</sup>، والنسب هو صلة الأب بأصوله من الآباء والأجداد، والمقصود من النسب أن يكون

<sup>1</sup> - الأمر رقم: 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

<sup>2</sup> - القانون رقم: 10 لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم المعدل بعض أحكامه بالقانون رقم: 14 لسنة 2015.

<sup>3</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه.

<sup>5</sup> - الحسب هو الصفات الحميدة التي يتصف بها الأصول أو مفاخر الآباء كالعلم والشجاعة والجد والتقوى، ووجود النسب لا يستلزم الحسب، ولكن وجود الحسب يستلزم النسب. ينظر: وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 243.

<sup>6</sup> - إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر وآخرون، المرجع السابق، ص 916، 917.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

يكون الشخص معلوم الأب لا لقيطا أو مولى إذ لا نسب له معلوم<sup>1</sup>، فالنسب هو انتماء شخص إلى أصل معلوم، فإن كانت الزوجة لها نسب متصل بأصل معلوم لا يكون كفتا لها إلا رجل له نسب مثل نسبها<sup>2</sup>.

**ثانيا: موقف الفقهاء من وصف النسب:** ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة إلى اعتبار النسب في الكفاءة في الزواج، فيما ذهب المالكية، وفي رواية عن الإمام أحمد إلى عدم اعتبار النسب من الخصال المعتبرة في الكفاءة<sup>3</sup>.

فعند الحنفية تعتبر الكفاءة في النسب، والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: «**قريش بعضهم أكفاء لبعض، بطن بطن، والعرب بعضهم أكفاء لبعض، قبيلة بقيلة، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل**»<sup>4</sup>، لأن التفاخر والتعير يقعان بالأنساب، فتلحق النقيصة بدناءة النسب، فتعتبر فيه الكفاءة، فقريش بعضهم أكفاء لبعض، على اختلاف قبائلهم حتى يكون القرشي الذي ليس بهاشمي، كالتمي والأموي والعدوي، ونحو ذلك كفا للهاشمي، ولا تكون العرب كفا لقريش لفضيلة قريش على سائر العرب، ولذلك اختصت بالإمامة، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «**الأئمة من قريش**»<sup>5</sup>، ولا تكون الموالي أكفاء للعرب، لفضل العرب على العجم، والموالي بعضهم أكفاء لبعض بالنص، وموالي العرب أكفاء لموالي قريش، لعموم قوله والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل<sup>6</sup>.

وأما عند الشافعية فتنسب المرأة إلى من تشرف به بالنظر إلى من ينسب الزوج إليه، لأن العرب تفتخر بأنسابها أتم الافتخار والاعتبار بالنسب بالآباء، فالعجمي ليس كفء عربية، ولا غير قرشي قرشية، ولا غير هاشمي ومطلبي لهما، والأصح اعتبار النسب في العجم كالعرب<sup>7</sup>.

وجاء النسب بلفظ المنصب عند الحنابلة، حيث ذكر البهوتي: «**المنصب وهو النسب فلا يكون العجمي وهو من ليس من العرب كفؤا لعربية لقول عمر: «لأمنع تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»**»<sup>8</sup>، «**ولأن العرب يعتدون الكفاءة في النسب ويأنفون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصا وعارا**»<sup>9</sup>، حيث لا

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، **الفقه الإسلامي وأدلته**، المرجع السابق، ج7، ص243.

<sup>2</sup> - مصطفى شلي، المرجع السابق، ص313.

<sup>3</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص576. وكذلك: الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج3، ص249. وكذلك: الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص222. وكذلك: ابن قدامة المقدسي، **الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل**، تحقيق: محمد فارس، مسعد عبد الحميد السعدي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ، 1994م، ج3، ص22.

<sup>4</sup> - أخرجه: الزيلعي، **نصب الراية لأحاديث الهداية**، كتاب: النكاح، فصل: في الكفاءة، رقم: 4901، ج3، ص197. وقال ابن عبد البر حديث منكر موضوع.

<sup>5</sup> - أخرجه: أحمد بن حنبل، **المسند**، تمتة مسند أنس بن مالك رضي الله عنه، رقم: 12900، ج20، ص249.

<sup>6</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص576-580.

<sup>7</sup> - الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص222.

<sup>8</sup> - سبق ترجمته ص20.

<sup>9</sup> - البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص67.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

يكون المولى والعجمي كفئاً لعربية، وقال سلمان الجريز: إنكم معشر العرب لا تتقدم في صلاتكم، ولا ننكح نسائكم، إن الله فضلكم علينا بمحمد صلى الله عليه وسلم وجعله فيكم، والعرب بعضهم لبعض أكفاء، والعجم بعضهم لبعض أكفاء، وإن غير قريش لا يكافئهم، وغير بني هاشم لا يكافئهم، لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: « إن الله اصطفى كنانة من ولد إسماعيل، واصطفى من كنانة قريشا، واصطفى من قريش بني هاشم، واصطفاني من بني هاشم ».<sup>1 2</sup>

أما المالكية فالكفاءة هي في الدين والحال<sup>3</sup>، ولا تشترط المماثلة في النسب والحسب والمال، ولا تعتبر من الكفاءة على المعتمد، فمن ساوى المرأة في الدين والحال كان كفؤاً لها ومن أدلة ذلك قوله تعالى:

﴿ يَأْتِيهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاهُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاهُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا <sup>٤</sup> إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاهُ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ <sup>٥</sup> ﴾ (الحجرات:13)<sup>4</sup>.

وبناء على أن الكفاءة هي في الدين والحال فإن مجهول النسب، وغير الشريف، وهو الديني في نفسه، أو في حرفته، والأقل جاهها وقدرها، فهؤلاء أكفاء للمرأة ذات الجاه، وذلك لعدم اشتراط النسب والحسب والمال، ولهذا كان الإمام مالك يقول بأن المولى كفء للعربية<sup>5</sup>، على أن القرافي وابن الحاجب أخذوا بصفة النسب<sup>6</sup>.

إن من يرى عدم اعتبار وصف الكفاءة في النسب يستندون إلى أن تفضيل قريش على سائر العرب، ثم تفضيل العرب على العجم، لم يدل عليه شيء من السنة، بل ورد في السنة خلافه؛ لأن النبي صلى الله عليه وسلم زوج ابنته عثمان، وزوج أبا العاص بن ربيع زينب، وهما من بني عبد شمس، وزوج علي عمر ابنته أم كلثوم، وزوج النبي بنت عمته زينب وهي قرشية زيد بن حارثة وهو من الموالي، وتزوج أسامة ابن زيد فاطمة بنت قيس وهي من قريش وهو ما ذهب إليه الشيباني في الجامع الصغير<sup>7</sup>، وهذا رأي وهبة الزحيلي لأن مزية الإسلام الجوهرية هي الدعوة إلى المساواة ومحاربة التمييز العرقي أو العنصري، ودعوات الجاهلية القبلية والنسبية،

<sup>1</sup> - أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، كتاب: الفضائل، باب: فضل نسب النبي صلى الله عليه وسلم وتسليم الحجر عليه قبل النبوة، رقم: 2276، مج 2، ص 1080.

<sup>2</sup> - ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج 3، ص 22.

<sup>3</sup> - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج 3، ص 247. وكذلك: الخطاب، المرجع السابق، ج 5، ص 279.

<sup>4</sup> - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج 3، ص 247.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ج 3، ص 249.

<sup>6</sup> - القرافي، المرجع السابق، ج 4، ص 212. وكذلك: خليل بن اسحاق الجندي المالكي، المرجع السابق، مج 3، ص 207.

<sup>7</sup> - الشيباني، المرجع السابق، ص 173.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

ولأن انتشار الإسلام بين الناس غير العرب إنما كان أساساً لهذه المزية، وإعلان حجة الوداع واضح وهو أن الناس جميعاً أبناء آدم، وليس لعربي على عجمي فضل إلا بالتقوى<sup>1</sup>، وهذا الرأي الأقرب للصواب.

### الفرع الثاني: الأوصاف المالية

يؤثر التفاوت في المال والحرف على العلاقات الاجتماعية بين الناس، ونظراً لأهميته اعتبره الفقهاء من أوصاف الكفاءة، وسيتم التطرق له من خلال، وصف المال (البند الأول)، وصف الحرفة (البند الثاني).

#### البند الأول: وصف المال

سيتم تناوله من خلال تعريفه ثم بيان أقوال الفقهاء في شأنه وكذلك موقف القانون منه وهذا كما يلي:  
**أولاً: المقصود بوصف المال:** المال هو كل ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع أو عروض تجارة أو عقار أو نقود أو حيوان<sup>2</sup>، وجاء في لسان العرب أن المال هو معروف ما ملكته من جميع الأشياء<sup>3</sup>.  
أما المراد بالمال باعتباره صفة من أوصاف الكفاءة في الزواج فعرفه وهبة الزحيلي بأنه: «القدرة على المهر والنفقة على الزوجة، لا الغنى والشرء، فلا يكون المعسر كفوئاً لموسرة»<sup>4</sup>.

وذكر عبد الوهاب خلاف أن المراد بالمال ليس أن يتساويا في الغنى ودرجة اليسار وإنما المراد أن يكون الزوج قادراً على مقدم صداقها والإنفاق عليها شهراً، فمن كان قادراً على ذلك يعتبر كفوئاً لها مالياً ولو كانت ثروتها وثروة أبيها أضعاف ماله<sup>5</sup>.

**ثانياً: موقف الفقهاء من وصف المال:** ذهب الحنفية إلى اعتبار المال من أوصاف الكفاءة، ورأي للمالكية، ورواية عن الإمام أحمد، في حين ذهب المالكية والشافعية في المشهور عنهم وفي الرواية الثانية عن أحمد إلى عدم اعتبار المال من الخصال المعتبرة في الكفاءة في الزواج<sup>6</sup>.

فالحنفية لا يكون عندهم الفقير كفوئاً للغنية، لأن التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره عادة، ولأن للنكاح تعلقاً بالمهر والنفقة تعلقاً لازماً، فإنه لا يجوز بدون المهر، والنفقة لازمة، ولا تعلق له بالنسب والحرية، فلما اعتبرت الكفاءة ثمة، فإن اعتبارها هنا أولى، والمعتبر فيه القدرة على مهر مثلها، والنفقة. ولا تعتبر الزيادة

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص245.

<sup>2</sup> - أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1429هـ، 2008م، مج3، ص2139.

<sup>3</sup> - ابن منظور، المرجع السابق، مج11، ص635.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص246.

<sup>5</sup> - عبد الوهاب خلاف، المرجع السابق، ص71.

<sup>6</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص580. وكذلك: القرائي، المرجع السابق، ج4، ص215. وكذلك: الحبيب بن طاهر، المرجع السابق،

ج3، ص247. وكذلك: الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص224. وكذلك: ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن

حنبل، المرجع السابق، ج3، ص23. وكذلك: الجزيري، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،

1424هـ، 2003م، ج4، ص57.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

على ذلك، حتى أن الزوج إذا كان قادرا على مهر مثلها ونفقتها - يكون كفؤا لها، وإن كان لا يساويها في المال، هكذا روي عن أبي حنيفة في ظاهر الروايات. وذكر في غير رواية الأصول أن تساويهما في الغنى شرط تحقق الكفاءة في قول أبي حنيفة ومحمد، خلافا لأبي يوسف، لأن التفاخر يقع في الغنى عادة، والصحيح هو الأول، لأن الغنى لا ثبات له، لأن المال غاد ورائح، فلا تعتبر المساواة في الغنى، ومن لا يملك مهرا ولا نفقة لا يكون كفؤا، لأن المهر عوض ما يملك بهذا العقد، فلا بد من القدرة عليه، وقيام الازدواج بالنفقة، فلا بد من القدرة عليها، ولأن من لا قدرة له على المهر والنفقة يستحقر ويستهان في العادة، كمن له نسب ديني، فتختل به المصالح كما تختل عند دناءة النسب<sup>1</sup>.

والمشهور عند المالكية أن الكفاءة هي في الدين والحال ولا تشترط المماثلة في النسب والحسب والمال<sup>2</sup>، لكن منهم من يرى اعتبار المال، حيث جاء عن القرافي: «روي عن ابن القاسم: إذا خالف الولي المرأة في خاطب أمره السلطان بتزويجها منه، إن كافأها في القدر والحال والمال»<sup>3</sup>

والشافعية ذكروا المال بلفظ اليسار، والأصح عندهم أن اليسار لا يعتبر في الكفاءة، لأن المال ظل زائل وحال حائل ومال مائل لا يفتخر به أهل المروءات والبصائر، ولهم رأي يقول يعتبر، لأنه إذا كان معسرا لم ينفق على الولد وتتضرر هي بنفخته عليها نفقة المعسر<sup>4</sup>، واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم: «أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه، وأما معاوية فصعلوك لا مال له. انكحي أسامة بن زيد»<sup>5</sup>.

وأما الحنابلة فقد ذكروا المال بلفظ اليسار مثل الشافعية ولهم فيه روايتان<sup>6</sup>:

إحدهما: اليسار من شروط الكفاءة، لقول النبي صلى الله عليه وسلم: «الحسب المال، والكرم التقوى»<sup>7</sup>، ولأن على الموسرة ضررا في إعسار زوجها، لإخلاله بنفقتها ونفقة ولدها<sup>8</sup>.

والثانية: غير معتبر لأن الفقر شرف في الدين. قال النبي صلى الله عليه وسلم: «اللهم أحيني مسكينا، وأمتني مسكينا، واحشرنني في زمرة المساكين يوم القيامة»<sup>9</sup>، وليس أمرا لازما، فأشبهه العافية من المرض، واليسار المعتبر: ما يقدر به على الإنفاق عليها حسب ما يجب لها<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 580، 581.

<sup>2</sup> - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج3، ص 247.

<sup>3</sup> - القرافي، المرجع السابق، ج4، ص 215.

<sup>4</sup> - الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص 224.

<sup>5</sup> - أخرجه: مسلم، صحيح مسلم، كتاب: الطلاق، باب: المطلقة ثلاثا لا نفقة لها، رقم: 1480، مج 2، ص 686.

<sup>6</sup> - ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج3، ص 23.

<sup>7</sup> - أخرجه: الترمذي، سنن الترمذي، باب: ومن سورة الحجرات، رقم: 3271، مج 5، ص 310. قال حديث حسن صحيح غريب.

<sup>8</sup> - ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج3، ص 23.

<sup>9</sup> - أخرجه: الترمذي، سنن الترمذي، باب: ما جاء أن فقراء المهاجرين يدخلون الجنة قبل أغنيائهم، رقم: 2352، مج4، ص 272. قال صحيح.

<sup>10</sup> - ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج3، ص 23.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتمدة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

ومما تقدم رجع وهبة الزحيلي رأي المالكية والأصح عند الشافعية<sup>1</sup>، ورجح القرضاوي مراعاة الفارق المادي بين الرجل والمرأة التي يرغب في الزواج بها، إذ لا ينبغي للرجل الفقير أن يطلب زوجة ثرية، تدل عليه بمالها، ويعيش عائلة عليها، فالأصل في الرجال أن يكونوا قوامين على النساء، وينفقوا عليهن، فإن كانت هي التي تنفق عليه، فلا تكون قوامته عليها كاملة<sup>2</sup>، وهذا القول الأخير يبدو أقرب للصحة

**ثالثاً: موقف القانون من وصف المال:** لم يتطرق المشرع الجزائري إلى هذا الوصف وكذلك التشريع المغربي والتونسي والموريتاني، أما الليبي فقد أحال الأمر إلى العرف مما يصعب الحكم على موقفه، وكذلك فعل المشرع السوري، أما المشرع الأردني فقد نص على الكفاءة في المال في المادة 1/21: «يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة في التدين والمال وكفاءة المال أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة»<sup>3</sup>، أي أنّ الحد الأدنى من المال أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة، ولا بد للولي أن يتحقق يتحقق من ذلك، لأن الحياة الزوجية في أيامنا تحتاج إلى توفير متطلبات الحياة الكريمة المادية على وجه الخصوص، ودونها تتعثر وتتأثر العلاقة بين الزوجين<sup>4</sup>.

أما المشرع الكويتي والإماراتي فلم يتطرقا إلى مسألة الكفاءة في المال صراحة وتركوا ذلك للعرف السائد.

### البند الثاني: وصف الحرفة

سيتم تناولها من خلال تعريفه ثم بيان أقوال الفقهاء في شأنها وهذا كما يلي:

**أولاً: المقصود بوصف الحرفة:** الحرفة هي وسيلة الكسب من زراعة وصناعة وتجارة وغيرها<sup>5</sup>.

وعرفها مصطفى شلي بأنها: «العمل الذي يزاوله الإنسان ليكسب منه رزقه، من صناعة وتجارة وزراعة ووظيفة، ومعنى اعتبار الحرفة في الكفاءة، أن تكون حرفة الزوج أو أهله مقاربة لحرفة ولي الزوجة، وليس بلام أن يكونا متحدين، فإذا كانت لا تقاربا بأن كانت أقل منها لا يكون كفؤاً لها»<sup>6</sup>.

تعريف مصطفى شلي ربط الكفاءة في الحرفة بين حرفة الزوج أو أهله بحرفة ولي الزوجة وهو ما قال به الفقهاء المتقدمون من الحنفية والشافعية والحنابلة<sup>7</sup>، وهذا يستقيم إن كانت الزوجة لا تعمل، لكن في عصرنا أصبحت المرأة تخرج للعمل لذلك وجب أن يشمل التعريف ذلك.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص246.

<sup>2</sup> - يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص20.

<sup>3</sup> - القانون رقم: 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

<sup>4</sup> - محمد أحمد حسن القضاة، المرجع السابق، ص86.

<sup>5</sup> - إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر وآخرون، المرجع السابق، ص167.

<sup>6</sup> - مصطفى شلي، المرجع السابق، ص316.

<sup>7</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص582. وكذلك: الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص223. وكذلك: ابن قدامة المقدسي،

الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج3، ص23.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

وعزفها وهبة الزحيلي أتمها: « العمل الذي يمارسه الإنسان لكسب رزقه وعيشه، ومنه الوظيفة في الحكومة. وقد عدّ الجمهور غير المالكية الحرفة في خصال الكفاءة، بأن تكون حرفة الزوج أو أهله مساوية أو مقاربة لحرفة الزوجة أو أهلها»<sup>1</sup>.

ما يستشف من تعريف وهبة الزحيلي أنه أخذ بعين الاعتبار عمل المرأة فربط الكفاءة في الحرفة بين حرفة الزوج أو أهله من جهة وحرفة الزوجة أو أهلها من جهة أخرى وهذا أعم وأشمل.

**ثانيا: موقف الفقهاء من وصف الحرفة:** جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة قالوا باعتبار الحرفة من أوصاف الكفاءة، فيما ذهب المالكية إلى عدم اعتبارها<sup>2</sup>، خلافا لما ورد عن القراني<sup>3</sup>، وضابط التمييز بين الحرف هو اعتبار بعض الحرف ذنيعة مقارنة بأخرى، والحرف الدنيعة هي الصنائع التي دلت ملابستها أي مصاحبتها على انحطاط المروءة أو سقوطها<sup>4</sup>.

فالمعتمد عن المالكية أنّ الحرفة ليست من خصال الكفاءة؛ لأنها ليست بنقص في الدين، ولا هي وصف لازم، كالمال، فأشبه كل منهما الضعف والمرض والعافية والصحة<sup>5</sup>.

أما الجمهور فقد اعتبروها من خصال الكفاءة، وجاء عن الكرخي أن الكفاءة في الحرف والصناعات معتبرة عند أبي يوسف فلا يكون الحائك كفئا للجوهري والصيرفي، وذكر 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 حرفة فيعيرون بالديء من الصنائع، فلا يكون بينهم خلاف في الحقيقة، وكذا ذكر القاضي في شرحه (مختصر الطحاوي) اعتبار الكفاءة في الحرفة ولم يذكر الخلاف، فثبتت الكفاءة بين الحرفتين في جنس واحد، كالبزاز مع البزاز، والحائك مع الحائك وتثبت عند اختلاف جنس الحرف إذا كان يقارب بعضها بعضا، كالبزاز مع الصائغ، والصائغ مع العطار، والحائك مع الحجام، والحجام مع الدباغ، ولا تثبت فيما لا مقاربة بينهما، كالعطار مع البيطار، والبزاز مع الخراز<sup>6</sup>.

وذكر السرخسي الكفاءة في الحرف والمروي عن أبي حنيفة أن ذلك غير معتبر أصلا وعن أبي يوسف أنه معتبر حتى أن الدباغ والحجام والحائك والكناس لا يكون كفؤا لبنت البزاز و العطار وكأنه اعتبر العادة في ذلك وورد حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «العرب بعضها أكفاء لبعض، قبيلة بقبيلة

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص246.

<sup>2</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص582. وكذلك: الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص223. وكذلك: ابن قدامة المقدسي،

الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج3، ص23. وكذلك: الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص57.

<sup>3</sup> - القراني، المرجع السابق، ج4، ص212.

<sup>4</sup> - الدمياطي، المرجع السابق، ج3، ص332.

<sup>5</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص247.

<sup>6</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص582.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

ورجل برجل، والموالي أكفاء لبعض قبيلة بقيلة ورجل برجل إلا الحائك والحجام»<sup>1</sup>، ولكن أبا حنيفة قال: الحديث شاذ لا يؤخذ به فيما تعم به البلوى والحرفة ليست بشيء لازم فالمرء تارة يحترف بحرفة نفيسة وتارة بحرفة خسيصة بخلاف صفة النسب لأنه لازم له وذل الفقر كذلك فإنه لا يفارقه<sup>2</sup>.

وأما الشافعية فجاء عنهم: «صاحب حرفة دنيئة ليس كفء أرفع منه، فكناس وحجام وحارس وراع وقيم حمام ليس كفء بنت خياط، ولا خياط بنت تاجر أو بزاز، ولا هما بنت عالم وقاض، واستدل لذلك بقوله تعالى: ﴿وَاللَّهُ فَضَّلَ بَعْضَكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ﴾ (النحل: 71). أي في سببه فبعضهم

يصل إليه بجز وراحة، وبعضهم بذل وشقة. وبقوله تعالى: ﴿قَالُوا أَنْتُمْ لَكُمْ وَاتَّبَعَكَ الْأَرْذَلُونَ﴾ (الشعراء: 111). قال المفسرون كانوا حاكاة ولم ينكر عليهم هذه التسمية. وذكر أنه تراعى العادة في الحرف والصنائع، فإن الزراعة في بعض البلاد أولى من التجارة، وفي بعضها العكس»<sup>3</sup>.  
في حين ذكر الحنابلة الحرفة بلفظ الصناعة، وفي المسألة عندهم روايتان<sup>4</sup>:

أحدهما: أن أصحاب الصنائع الدنيئة لا يكافئون من هم أعلى منهم، فالحائك والحجام والكساح والزبال وقيم الحمام لا يكون كفئا لمن هو أعلى منه، لأنه نقص في عرف الناس، وتتعيّر المرأة به، فأشبهه نقص النسب، والثانية: ليس هذا شرطا، لأنه ليس بنقص في الدين، ولا هو بلازم، فأشبهه المرض. وقد أنشدوا:

وليس على عبد تقي نقيصة إذا حقق التقوى وإن حاك أو حجم.

وما يمكن قوله مما تقدم أنّ المرأة دائما تتوق إلى الزواج بمن هو أفضل منها أو يماثلها في الحرفة أو الوظيفة أو العمل فالطبيبة أو المعلمة أو المهندسة أو الوزيرة أو القاضية إن تزوجت بمن هو أقل منها في الوظيفة أو الحرفة فإن الحياة الزوجية لن تستقر غالبا، ذلك أنها ستخجل من عمل زوجها وربما تخجل من أن يصطحبها أو يظهر معها في المناسبات وأمام أهلها، كما أن الزوج أيضا سيشعر بعقدة النقص أمام زوجة هي أفضل منه في الحرفة، وفي ظل هذا الصراع فإن الأسرة لن تستقر والحياة الزوجية يصعب أن تستمر إلا نادرا.

وربما المالكية عندما رجّحوا عدم اعتبارها لم تكن الحرف أو الوظائف على أساس الشهادات في الغالب الأعم، وكذلك المرأة لم تكن تعمل وإنما والدها فهنا يمكن أن تستقر حياتهما الزوجية وحتى زوجها يمكنه بواسطة حصوله على المال أن يغيّر الحرفة، لكن حاليا الأمر مختلف، المرأة تعمل بناء على شهادتها العلمية والزواج إن لم تكن له شهادة علمية يصعب عليه في الغالب أن يغيّر الوظيفة، كما يمكن أن يصعب عليه الحصول على أموال لاحتراف عمل أفضل.

<sup>1</sup> - أخرجه: البيهقي، السنن الكبرى، كتاب: النكاح، باب: اعتبار الصنعة في الكفاءة، رقم: 13769، مج 7، ص 217. قال حديث ضعيف.

<sup>2</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج 5، ص 25.

<sup>3</sup> - الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 3، ص 223، 224.

<sup>4</sup> - ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج 3، ص 23.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

وعلى الرغم من أن عدم التكافؤ في الحرفة ليس بنقص في الدين كما قال به المالكية، إلا أن عدم مراعاتها يتسبب في عدم استقرار الأسرة، ومن هنا يستحسن أن يكون الزوج كفؤاً للزوجة في هذا الجانب كي لا يحس بالنقص في قوامته ولا يختل مركزه في الأسرة، لذلك فإن الرأي الراجح هو ما ذهب إليه الجمهور.

### المطلب الثاني: الأوصاف الثانوية

الأوصاف الثانوية هي الخصال التي حظيت باهتمام أقل من العلماء قديماً وحديثاً، وذلك كونها صفة مندرجة تجاوزها الزمن مثل الحرية، أو لم يراعها أغلب العلماء مثل إسلام الأصول، أو هي صفات بدأ الاهتمام بها حديثاً ولم يهتم بها الفقهاء قديماً، وقسمناها إلى قسمين كما يلي، الأوصاف الشخصية (الفرع الأول)، والأوصاف الجمالية والاجتماعية (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: الأوصاف الشخصية

لقد كان المجتمع القبلي قبل الإسلام منقسماً إلى طبقتين: طبقة الأسياد (الأحرار) وطبقة العبيد، وكان التفاخر والتعابر بين الناس يقع على هذا الأساس، وبمجيء الإسلام لم تندثر تلك الطبقات بسهولة، وظهر معها التفاخر بسبق الإسلام وبإسلام الأصول، وتحدث الفقهاء عن الحرية في الكفاءة في الزواج كون الرق بقي منتشراً، لكنه أصبح جريمة لكن هذا لا يمنع من الحديث عنه لمزيد الفائدة ولبقاء انتشاره في بعض مناطق العالم، وسيتم ذلك كما يلي، وصف الحرية (البند الأول)، وصف إسلام الأصول (البند الثاني).

### البند الأول: وصف الحرية

سيتم تناوله من خلال تعريفه ثم بيان أقوال الفقهاء في شأنه وهذا كما يلي:

**أولاً: المقصود بوصف الحرية:** لفظ الحرية وما اشتق منه في العربية يفيد معنى مضاد لمعنى الرق والعبودية، فالحر من ليس بعبد، وهي وصف فطري نشأ عليه البشر وتصرفوا في أول وجودهم على الأرض حتى حدثت بينهم المزاخمة، ولم يرد في اللغة إطلاق ما تشتق منه كلمة الحرية ولكن ورد إطلاق مادتها على السلامة من نقائص كانوا يعتبرونها من صفات العبيد كالذل والخساسة والكسل<sup>1</sup>، لذا عرفوها بخلافها الرق، والرق هو عجز شرعي مانع للولايات من القضاء والشهادة وملكية المال والتزوج وغيرها<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - محمد الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ط2، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1985م، ص160-162.

<sup>2</sup> - محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، ج2، ص169.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتمدة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

وجاء في معجم اللغة العربية المعاصرة أنها حالة يكون عليها الكائن الحي الذي لا يخضع لقهر أو قيد أو غلبة ويتصرف طبقاً لإرادته وطبيعته، خلاف عبودية<sup>1</sup>، وللرقائق أسماء أخرى بحسب نوعه وحاله كالقن<sup>2</sup> والمدبر<sup>3</sup> والمكاتب<sup>4</sup> والمبعض<sup>5</sup>.

**ثانياً: موقف الفقهاء من وصف الحرية:** الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية قالوا باعتبار الحرية في الكفاءة<sup>6</sup>، فيما ذهب المالكية في المشهور عندهم إلى عدم اعتبارها في الكفاءة<sup>7</sup>.

فالحنفية يرون أن النقص والشين بالرق فوق النقص والشين بدناءة النسب، فلا يكون القن والمدبر والمكاتب كفواً للحرية بحال، ولا يكون مولى العتاقة كفواً لحرية الأصل، ويكون كفواً لمثله، لأن التفاخر يقع بالحرية الأصلية، والتعير يجري في الحرية فلا يكون كفواً لمن له أبوان فصاعداً في الحرية، ومن له أبوان في الحرية لا يكون كفواً لمن له آباء كثيرة في الحرية، كما في إسلام الآباء، لأن أصل التعريف بالأب وتماحه بالجد، وليس وراء التمام شيء، وكذا مولى الوضع لا يكون كفواً لمولاة الشريف، حتى لا يكون مولى العرب كفواً لمولاة بني هاشم، حتى لو زوجت مولاة بني هاشم نفسها من مولى العرب (كان لمعتقها حق الاعتراض) لأن الولاء بمنزلة النسب<sup>8</sup>، قال النبي صلى الله عليه وسلم: «**الولاء لحمة لحمة النسب**»<sup>9</sup>.

أما الشافعية فقالوا أن الرقيق كلاً أو بعضاً ليس كفواً لحرية ولو عتيقة، لأنها تعير به وتتضرر بسبب النفقة، ولهذا خيرت بريرة لما عتقت تحت زوجها وكان عبداً، والعتيق كفاء لعتيقة وليس كفواً لحرية أصيلة لنقصه عنها، وليس من مسّ الرق أحد آبائه أو أبا أقرب كفواً لخلافه. والرق في الأمهات لا يؤثر<sup>10</sup>.

وأما الحنابلة فلا يكون العبد ولا المبعوض كفواً لحرية ولو كانت عتيقة لأنه منقوص بالرق ممنوع من التصرف في كسبه غير مالك له، ولأن ملك السيد لرقبته يشبه ملك البهيمة فلا يساوي الحرية لذلك، والعتيق كله كفاء للحرية<sup>11</sup>. ويقول ابن قدامة: روي أنها (الحرية) ليست شرطاً في الكفاءة، لأن النبي صلى الله عليه

<sup>1</sup> - أحمد مختار عمر، المرجع السابق، ج1، ص470.

<sup>2</sup> - القن: هو من لا عتق فيه أصلاً. ينظر: محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المرجع السابق، ج2، ص169.

<sup>3</sup> - المدبر: الذي علق سيده عتقه على موته، سمي به لأن الموت دبر الحياة، ودبر كل شيء. ينظر: المرجع نفسه، ج3، ص244.

<sup>4</sup> - المكاتب: العبد الذي كاتبه مولاه. ينظر: المرجع نفسه، ج3، ص399.

<sup>5</sup> - المبعوض: وهو المعتق بعضه وسائر رقيق، ومن فيه شائبة حرية، وهو من انعقد له سبب العتق كالمكاتب والمدبر. ينظر: المرجع نفسه، ج2، ص169.

<sup>6</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص580. وكذلك: القرافي، المرجع السابق، ج4، ص213. وكذلك: الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص226. وكذلك: الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص221. وكذلك: البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص68.

<sup>7</sup> - الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص57.

<sup>8</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص580.

<sup>9</sup> - أخرجه: الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، كتاب: الولاء، رقم: 6895، ج4، ص151. قال له طرق.

<sup>10</sup> - الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص221، 222.

<sup>11</sup> - البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص68.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

وسلم قال لبريرة حين عتقت تحت عبد، فاختارت فرقة: (لو راجعتيه) قالت: أتأمرني يارسول الله؟ قال: لا إنما أنا شفيع. ومراجعتها له ابتداء نكاح عبد لحرّة. وروي أنها شرط، وهي أصح، لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد. فإذا ثبت لها الخيار بالحرية الطارئة، فبالسابقة أولى. ولأن فيه نقصاً في المنصب والاستمتاع والإنفاق، ويلحق به العار فأشبهه عدم المنصب<sup>1</sup>.

في حين الكفاءة عند المالكية هي المماثلة في الدين والحال<sup>2</sup>، وقالوا في كفاءة العبد للحرّة وعدم كفاءته لها على الأرجح تأويلان أنه ليس بكفء، والراجح أنه كفء<sup>3</sup>، وجاء عن القرافي أن الكفاءة معتبرة في خمسة أوصاف منها الحرية، وقال أن مالكا استثقل زواج العبد ابنة سيده<sup>4</sup>، وذكر الدردير أن المماثلة في ثلاثة أمور على المذهب: الحال، والدين والحرية<sup>5</sup>.

بما أنّ الرق جريمة وقد اندثر اليوم فلا مجال للحديث عن هذه الصفة من حيث الترجيح أو موقف القانون من اعتبارها في الزواج.

### البند الثاني: وصف إسلام الأصول

سيتم تناوله من خلال بيان المقصود بها وأقوال الفقهاء في شأنها وهذا كما يلي:

**أولاً: المقصود بوصف إسلام الأصول:** المقصود بإسلام الأصول هو إسلام الآباء<sup>6</sup> وليس إسلام الزوج، لأن إسلام الزوج شرط من شروط انعقاد عقد الزواج فلا يجوز زواج المسلمة من غير المسلم<sup>7</sup>، أما المعنى المراد هنا فهو إسلام الآباء والأجداد.

**ثانياً: موقف الفقهاء من وصف إسلام الأصول:** ذهب الحنفية والشافعية في قول لهم إلى اعتبار إسلام الأصول في الكفاءة في الزواج<sup>8</sup>، فيما ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة إلى عدم اعتباره من خصال الكفاءة<sup>9</sup>.

<sup>1</sup> - ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج3، ص22.

<sup>2</sup> - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج3، ص247. وكذلك: الخطاب، المرجع السابق، ج5، ص106.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص243.

<sup>4</sup> - القرافي، المرجع السابق، ج4، ص213.

<sup>5</sup> - الدردير، المرجع السابق، ج2، ص399.

<sup>6</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص242.

<sup>7</sup> - قحطان هادي عبد، الكفاءة في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، مج14، ع6، حزيران 2007، ص204.

<sup>8</sup> - ابن نجيم المصري، المرجع السابق، ج3، ص231. وكذلك: ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص211. وكذلك: السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص24. وكذلك: السيد سابق، المرجع السابق، ج2، ص97.

<sup>9</sup> - القرافي، المرجع السابق، ج4، ص212. وكذلك: خليل بن اسحاق الجندي المالكي، المرجع السابق، مج3، ص207. وكذلك: ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج3، ص21-23. وكذلك: الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص57.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

فالحنفية أطلقوا عليها لفظ الإسلام، أي التكافؤ في إسلام الأصول، وهو معتبر في غير العرب، أما العرب فلا يعتبر فيهم، لأنهم اكتفوا بالتفاخر بأنسابهم ولا يتفاخرون بإسلام أصولهم، أما غير العرب من الموالي والأعاجم فيتفاخرون بإسلام الأصول، فإذا كانت المرأة مسلمة لها أب وأجداد مسلمون فإنه لا يكافئها المسلم الذي ليس له في الإسلام أب ولا جد، ومن لها أب واحد في الإسلام يكافئها من له أب واحد فيه، ومن له أب وجد في الإسلام فهو كفء لمن لها أب وأجداد، لأن تعريف المرء يتم بأبيه وجدته، فلا يلتفت إلى ما زاد، ورأي أبي يوسف أن من له أب واحد في الإسلام كفء لمن لها آباء، لأن التعريف عنده يكون كاملاً بذكر الأب، أما أبو حنيفة ومحمد فلا يكون التعريف عندهما كاملاً إلا بالأب والجد<sup>1</sup>.

أما الشافعية فلم يذكروه منفصلاً على خلاف الحنفية بل ذكر مع وصف الدين (العفة) عند بعضهم، وذكر مع وصف النسب عند البعض، كما ذكر الخطيب الشربيني أنه لا يكافئ من أسلم أو أسلم أحد أجداده الأقربين أقدم منه في الإسلام، فمن أسلم بنفسه ليس كفواً لمن لها أب أو أكثر في الإسلام، ومن له أبوان في الإسلام ليس كفواً لمن لها ثلاثة آباء فيه، فإن قيل: قضية هذا أن من أسلم بنفسه من الصحابة رضي الله تعالى عنهم لا يكون كفواً لبنات التابعين، وهذا زلل، وكيف لا يكون كفواً لمن وهم أفضل الأمة؟ أجيب بأنه لا مانع من ذلك، لأن النظر في الآباء لا يمنع أن يكون ابن غير الشريف أفضل من ابن الشريف وليس كفواً له<sup>2</sup>.

والراجح ما ذهب إليه الجمهور من المالكية والشافعية والحنابلة، إذ يكفي إسلام الزوج دون آبائه.

### الفرع الثاني: الأوصاف الجمالية والاجتماعية

المقصود بالأوصاف الجمالية والاجتماعية الأوصاف التي يستحسن الناس والمرأة عادة وجودها في الرجل المتقدم للزواج، إلى جانب الجوانب المتعلقة بالناحية الاجتماعية من مستوى علمي وبلد الإقامة، فهل تلحق هذه الأوصاف بالكفاءة في الزواج أم هي مرتبطة بالميل الشخصية في الاختيار فقط؟ سيتم التطرق إلى ذلك من خلال، وصف فارق السن (البند الأول)، وصف الجمال (البند الثاني)، وصف البلد (البند الثالث)، وصف العلم (البند الرابع)،

#### البند الأول: وصف فارق السن

سيتم تناوله من خلال تعريفه ثم بيان أقوال الفقهاء في شأنه وكذلك موقف القانون منه وهذا كما يلي:

**أولاً: المقصود بوصف فارق السن:** المقصود بوصف فارق السن بين الزوجين تقارب الزوج مع الزوجة

في السن، فلا يكون الرجل الهرم كفواً للشابة، وكلما زاد التفاوت في السن بين الزوجين ازداد معه الخطر واتسع الضرر على الحياة الزوجية بشكل خاص وعلى المجتمع بشكل عام<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - السيد سابق، المرجع السابق، ج2، ص97.

<sup>2</sup> - الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص223.

<sup>3</sup> - عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1418هـ، 1998م، ص56.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

ثانيا: موقف الفقهاء من وصف فارق السن: قد تكون هذه المسألة في زمن من الأزمان أو بيئة من البيئات غير ذات بال إذا لم تظهر معها مفسد أو مخاطر، ولم يبحثها الفقهاء الأقدمون ربما لعدم الحاجة لبحثها في زمانهم، ولعدم ظهور خطرهما في بيئتهم، ولم يرد في كتبهم حكم فقهي يمنع الزواج في مثل هذه الحالة، فلم يجعلوا عدم التفاوت في السن من شروط انعقاد العقد ولا من شروط صحته ولا من شروط نفاذه أو لزومه، حتى أن الفقهاء الذين اشتراطوا الكفاءة لم يجعلوا التفاوت في السن أيضا من شروط الكفاءة المطلوبة<sup>1</sup>.

فقد ذكر الغرياني أنه لم يعد العلماء فارق السن بين الزوجين شيئا في الكفاءة، وقد تزوج النبي صلى الله عليه وسلم خديجة وهو ابن خمس وعشرين، وقد جاوزت هي الأربعين رضي الله تعالى عنها، وتزوج عائشة رضي الله عنها ودخل بها وعمرها تسع سنوات وهو قد جاوز الخمسين، إلا أنه إذا أخذنا بما تقدم في العيوب الموجبة للرد، أن كل عيب يغزر به أحد الزوجين صاحبه وكان مما ينفر الطرف الآخر فله الرد به، وبناء عليه فإن الصغيرة إذا غرر بها فوجدت زوجها شيخا، أو الشاب إذا غرر به فوجد زوجته عانس طاعنة في السن، فإن ذلك يوجب لهما الخيار<sup>2</sup>.

وجاء عن الماوردي أنه إن لم يختلفا في طرفيه (أي السن) فهو غير معتبر في الكفاءة، فيكون الحدث كفؤا للشاب والشاب كفؤا للكهل والكهل كفؤا للشيخ، ولكن إذا اختلفا في طرفيه فكان أحدهما في أول سنه كالغلام والحارية، والآخر في غاية سنه كالشيخ والعجوز ففي اعتباره في الكفاءة وجهان: أحدهما: أنه شرط معتبر فلا يكون الشيخ كفؤا للطفلة ولا العجوز كفؤا للطفل، لما بينهما من التنافي والتباين، وإن مع غايات السن تقل الرغبة ويعدم المقصود بالزوجية، والوجه الثاني أنه غير معتبر، لأنه قد يطول عمر الكبير ويقصر عمر الصغير، وربما قدر الكبير من مقصود النكاح على ما يعجز عنه الصغير، ولأن مع نقص الكبير فضلا لا يوجد في الصغير<sup>3</sup>.

لكن في عصرنا الحاضر خاصة في بعض الأوساط على الأقل ترى أن الرجل المهرم غير كفء للشابة<sup>4</sup>، ويرى يوسف القرضاوي أنه لا يليق بشاب أن يبحث عن امرأة عجوز، ولا بشابة أن تبحث عن رجل بلغ من الكبر عتيا، لأن هذا في الغالب يكون وراءه بواعث مادية، كثيرا ما تفسد أمر الزواج، وتكدر صفاءه، ولكن إن حدث وأراد الرجل الزواج بمن تكبره سنا لا بد أن يكون ذلك لاعتبارات قوية اقتنع بها كل من الطرفين، ورضيا بها عن طيب نفس، حتى تستقر حياتهما على أساس متين<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - عبد الفتاح عمرو، المرجع السابق، ص 56، 57.

<sup>2</sup> - الغرياني، المرجع السابق، ج 2، ص 509، 510.

<sup>3</sup> - الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ، 1994م، ج 9، ص 106.

<sup>4</sup> - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 71.

<sup>5</sup> - يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 20، 21.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

ويرى قاسم الشيخ أنّ الإسلام لا يشترط حداً معيناً لفارق السن بين الزوجين، مادام الرجل قادراً على القيام بأعباء الزوجية صحياً ومالياً، وقد دلت الأحاديث على جواز تزويج الكبير صغيرة السن، وهذا الأمر كان في عهد السلف الصالح لا يشكل خطراً على مصير الزوجة، لأن الأزواج كانوا على مستوى عالٍ من الخلق والدين بحيث لا تجد عندهم مشاكل اجتماعية أو جسمية، أما اليوم فإن الزواج بصغيرات السن في بعض المجتمعات له أخطاره العظيمة، إذ تبين أن نسبة الطلاق عند صغيرات السن أعلى من نسبة الطلاق عند المتزوجات في سن كبير، وسبب ذلك غالباً أن صغيرات السن في زماننا أكثرهن لا يعرفن واجباتهن اتجاه أزواجهن، وأزواجهن لا يعرفون الصبر تجاههن، فلا تستقيم الحياة بينهما<sup>1</sup>.

**ثالثاً: موقف القانون من وصف فارق السن:** أشار المشرع الكويتي صراحة إلى مسألة التناسب في السن بين الزوجين واعتبره حقاً للزوجة وحدها في المادة 36 التي جاء فيها: «التناسب في السن بين الزوجين يعتبر حقاً للزوجة وحدها»<sup>2</sup>.

وكذلك اهتم بها المشرع الإماراتي في المادة 2/21 حيث جاء أنّه: «إذا كان الخاطبان غير متناسبين سناً، بأن كانت سن الخاطب ضعف سن المخطوبة أو أكثر، فلا يعقد الزواج إلا بموافقة الخاطبين وعلمهما وبعد إذن القاضي، وللقاضي أن لا يأذن به ما لم تكن مصلحة في هذا الزواج»<sup>3</sup>.

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون: «ونظراً إلى أن التفاوت الفاحش في السن بين الزوجين كان موضع استهجان قديماً وحديثاً، بحيث لا تقوم به حياة زوجية سوية - في الأغلب الأعم -، ويقصد به غالباً تحقق رغبة أحد الطرفين في الاستفادة بمال الطرف الآخر أو جاهه، وحداً ذلك بالإمام الروياني من فقهاء الشافعية إلى الذهاب إلى القول بأن المسن ليس كفواً للشابة. وحذر فقهاء الحنابلة من هذا الزواج، لأنه ربما حمل الفتاة على فعل ما لم ينبغي. وينصح الحنفية الآباء بعدم تزويج بناتهم للشباب في السن. واعتبار الضعف في العمر جدير بالأخذ به... وبناء على ما سبق فقد قرر القانون عدم إجراء عقود مثل هذه الزيجات بين من تتفاوت أعمارهم بنسبة الضعف أو أكثر إلا بعد علم كلا الطرفين بواقع الآخر وموافقتهم على ذلك، وبعد أخذ إذن من القاضي حيث يقدر المصلحة في ذلك الزواج من عدمه، وجعل له القانون حق عدم الإذن إن لم ير مصلحة ظاهرة في ذلك»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - قاسم الشيخ، المرجع السابق، ص 44، 45.

<sup>2</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء .

<sup>3</sup> - القانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

<sup>4</sup> - المذكرة الإيضاحية للقانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

والذي يتضح أن وصف فارق السن خاصة إن كان كبيرا جدا له تأثير على استمرار الزواج، مما يتعين أخذه بعين الاعتبار في الكفاءة، وما ذهب إليه التشريع الإماراتي يبدو أقرب للصحة والواقع.

### البند الثاني: وصف الجمال

سيتم تناوله من خلال تعريفه ثم بيان أقوال الفقهاء في شأنه وهذا كما يلي:

**أولاً: المقصود بوصف الجمال:** الجمال صفة تلحظ في الأشياء، وتبعث في النفس سرورا ورضا، والجميل هو من حسن خلقه وحسن خلقه<sup>1</sup>. والمقصود به في الكفاءة في الزواج أن يكون الزوج مقاربا لزوجته في الحسن والجمال حتى يكون كفؤا لها، أما إذا كان قبيحا وكانت هي جميلة فهو ليس كفؤا لها.

**ثانيا: موقف الفقهاء من وصف الجمال:** تطرق بعض من الفقهاء إلى صفة الجمال فذهب الحنفية إلى القول: «أما قبح المنظر فليس بعيب، فإذا كانت جميلة وهو قبيح المنظر فليس لها ولا لوليها حق المطالبة بالفسخ»<sup>2</sup>.

وذكر ابن عابدين أنه لا عبرة بالجمال، لكن النصيحة أن يراعي الأولياء المجانسة في الحسن والجمال<sup>3</sup>. ومن الشافعية يرى النووي أنه ليس من الخصال المعتبرة في الكفاءة الجمال ونقيضه<sup>4</sup>. في حين يرى الأذرعى وهو شافعي أيضا أنه لا ينبغي للأب أن يزوج ابنته ممن أفرط في القصر، فإنه مما تعير به المرأة<sup>5</sup>. وقيل يحسن بالمرأة أن تبحث على الرجل الجميل، لأن امرأة ثابت لم تعب على ثابت سوء دينه وخلقه، ولكنه كان دميما، وهي امرأة جميلة كما في روايات أخرى، وقد بان لها دمامته حين رفع جانب الخباء فرأته قد أقبل في عدد من الرجال، فإذا هو أشدهم سوادا، وأقصرهم قاما، وأقبحهم وجها، حيث جاء أنه «عن ابن عباس رضي الله عنه أن امرأة ثابت بن قيس أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت: يا رسول الله! ثابت بن قيس؛ أما إنني ما أعيب عليه من خلق ولا دين، ولكن أكره الكفر في الإسلام! فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: أتردين عليه حديقته؟، قالت: نعم، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: اقبل الحديقة، وطلقها تطليقة»<sup>6 7</sup>.

<sup>1</sup> - إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر وآخرون، المرجع السابق، ص136.

<sup>2</sup> - الجزيري، المرجع السابق، ج4، ص56.

<sup>3</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص219.

<sup>4</sup> - النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1412هـ، 1991م، ج7، ص83.

<sup>5</sup> - عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1418هـ، 1997م، ص238.

<sup>6</sup> - أخرجه: النسائي، سنن النسائي، كتاب: الطلاق، باب: ما جاء في الخلع، رقم: 3463، ص813.

<sup>7</sup> - قاسم الشيخ، المرجع السابق، ص40.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتمدة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

وذكر وهبة الزحيلي أن الجمال لا يعتبر من أوصاف الكفاءة في الزواج، لكن يستحسن التقارب والتجانس بين الزوجين في هذه المسألة حتى يتحقق الوفاق والوئام بينهما فيسعدان بعضهما البعض<sup>1</sup>.

مما تقدم فإنّ الجمال مرغوب في الزواج من جانب الرجل كما هو في جانب المرأة، ولا يجب أن تجبر المرأة على الزواج من الدميم، الذي لا تسر به، فمراعاة هذا الجانب متروك للميول الشخصية والرضا، ولكن هذا لا يعني أن الدميم ليس كفؤاً للجميلة، لأنه لم يقدّم دليل على ذلك.

### البند الثالث: وصف البلد

سيتم تناوله من خلال تعريفه ثم بيان أقوال الفقهاء في شأنه وهذا كما يلي:

**أولاً: المقصود بوصف البلد:** يقصد بالكفاءة في البلد أن يكون مقر سكن الرجل في بلد المرأة أو في مكان قريب منه، فلا يكون الزوج الساكن بالقرية كفؤاً لسكانة المدينة، ولا الساكن بالريف كفؤاً لسكانة الحضر، إنما ساكن الريف كفء لسكانته، وساكن المدينة كفء لسكانته<sup>2</sup>، وكذلك يمكن أن يدخل من ضمنه الزواج المعروف حالياً بالمختلط لأنّه من جنسيات مختلفة وبلدان مختلفة.

**ثانياً: موقف الفقهاء من وصف البلد:** إن زواج المرأة برجل من غير بيئتها يعني انتقالها إلى بيئة أخرى غير تلك التي ألفتها وترت فيها، وقد يؤدي ذلك إلى عدم انسجامها معها أو عدم تقبل البيئة الجديدة لها، خاصة إن كانت أقل شأنًا من بيئتها، فتكثر المشاكل داخل الأسرة، فهل هذا يدعو إلى اعتبار صفة البلد من أوصاف الكفاءة؟

لم يتطرق الفقهاء لهذه الصفة إلا قليلاً، فذكر ابن عابدين أن القروي كفء للمدني فلا عبرة بالبلد، فالتاجر في القرى كفء لبنت التاجر في المصر للتقارب<sup>3</sup>.

وقال الصميري من الشافعية: واعتبر قوم البلدان، فقالوا: ساكنوا مكة والمدينة والبصرة والكوفة ليسوا بكفاء لمن سكن الجبال<sup>4</sup>.

إن هذا الأثر القليل يدل بوضوح أن أغلب الفقهاء لم يروا في البلد وصفاً من أوصاف الكفاءة، وهو الرأي الراجح لدينا، لكن مراعاة ذلك عرفاً في اختيار الزوج لا شك أنه أمر مستحسن، ليس بسبب لحوق العار بالمرأة وأوليائها، ولكن لأنه يسمح للمرأة بالبقاء والعيش في البيئة التي ألفتها، والقريبة من أهلها.

### البند الرابع: وصف العلم

سيتم تناوله من خلال تعريفه ثم بيان أقوال الفقهاء في شأنه وهذا كما يلي:

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص248.

<sup>2</sup> - مسعود جمادي، المرجع السابق، ص319.

<sup>3</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص219.

<sup>4</sup> - النووي، المرجع السابق، ج7، ص83.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

**أولاً: المقصود بوصف العلم:** العلم هو إدراك الشيء بحقيقته<sup>1</sup>، ويعتبر من العلم كل ما فيه نفع للناس ولا يتعارض مع الدين وأهمه العلم الشرعي ثم علوم اللغات والطب والرياضيات والفيزياء، والكيمياء وغيرها<sup>2</sup>، والمستوى التعليمي هو مقدار المعرفة والثقافة والمهارة التي حصل عليها الفرد نتيجة التدريب والمرور بخبرات سابقة، فهو يبين درجة المعارف أو التطور العقلي الذي وصل إليه.

والمقصود بالكفاءة في العلم أن يتساوى أو يتقارب الزوجان في المستوى العلمي والثقافي، فلا يكون الجاهل الأمي كفاً للعالم<sup>3</sup>.

**ثانياً: موقف الفقهاء من وصف العلم:** ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن العالم العجمي يكون كفوًا للجاهل العربي، والعالم الفقير يكون كفوًا للغني للجاهل، والوجه فيه ظاهر لأن شرف العلم فوق شرف النسب<sup>4</sup>، وذكر الكاساني أنه إذا كان الرجل ذا جاه كالسلطان والعالم، فإنه يكون كفوًا<sup>5</sup>.

وجاء عن الشوكاني أنه من جملة الأمور الموجبة لرفعة المتصف بالكفاءة، الصنائع العالية وأعلاها على الإطلاق: العلم، لحديث: «العلماء ورثة الأنبياء»<sup>6</sup>، والقرآن شاهد صدق على ما ذكرنا، فمن ذلك قوله تعالى: ﴿قُلْ هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ﴾ (الزمر: 9).

وقوله تعالى: ﴿يَرْفَعُ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ﴾ (المجادلة: 11).

وقوله تعالى: ﴿شَهِدَ اللَّهُ أَنَّهُ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ وَالْمَلَائِكَةُ وَأُولُوا الْعِلْمِ﴾ (آل عمران: 18)<sup>7</sup>.

لكن الإشكال يطرح لدى الجاهل الأمي الذي يريد الزواج من ذات المستوى العلمي أو الشهادة العلمية العالية، يرى الحبيب بن طاهر أنه بناء على أن الكفاءة في الدين والحال، فإن الأقل جاهاً وقدراً كالجاهل بالنسبة للعالم، أو المأمور بالنسبة للأمير، والفقير بالنسبة للغني، فهؤلاء أكفاء للمرأة ذات الجاه<sup>8</sup>.

وذكر الخطيب الشربيني أن الروياني رجح أن الجاهل ليس كفوًا للمتعلمة، وأن من يعتبرون العلم في الأب فاعتباره في نفس المرأة أولى<sup>9</sup>، ويقول عبد الرحمن الصابوني: «وفي رأينا أن من عناصر الكفاءة في عصرنا

<sup>1</sup> - إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر وآخرون، المرجع السابق، ص 624.

<sup>2</sup> - حسن محمد عبد الحميد الكردي، المرجع السابق، ص 109.

<sup>3</sup> - مسعود جمادي، المرجع السابق، ص 310.

<sup>4</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4، ص 218. وكذلك: الجزيري، المرجع السابق، ج 4، ص 54.

<sup>5</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج 3، ص 581.

<sup>6</sup> - أخرجه: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: العلم، باب: الحث على طلب العلم، رقم: 3641، مج 5، ص 485.

<sup>7</sup> - الشوكاني، نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق، ط 1، دار ابن الجوزي، الدمام، المملكة العربية

السعودية، 1427هـ، ج 12، ص 106، 107.

<sup>8</sup> - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج 3، ص 249.

<sup>9</sup> - الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج 3، ص 224.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

الحاضر- في بعض الأوساط على الأقل- الرجل الجاهل الأمي غير كفء للفتاة المثقفة»<sup>1</sup>، ويقول يوسف القرضاوي: «لا ينبغي لرجل أمي أو شبه أمي أن يتزوج امرأة جامعية مثقفة، أو العكس، لبعد الفارق الثقافي بينهما، فلا يكاد يتشاركان إلا في الطعام والشراب، والمتاع الجنسي»<sup>2</sup>.

إن التفاضل اليوم بالمستوى العلمي أكثر من التفاضل بالأنساب والحرفة، فقلة التحصيل العلمي أكثر ما يتعبر به الناس في زماننا هذا، فاعتبار هذه الصفة عرفا قد يكون أولى من صفات النسب والحرفة والمال، ومراعاة الكفاءة فيها عند طالب الزواج أمر مهم، لكن الاعتداد بها شرعا في الكفاءة لم يقم له دليل.

### الترجيح:

مما سبق يتبين أن المتفق عليه بين الفقهاء والمعتبر شرعا هو اعتبار الكفاءة في الدين أي الإسلام والذي يعتبر شرطا لصحة الزواج فلا يمكن لغير المسلم أن يتزوج بالمسلمة، ويضاف في معنى الدين أيضا عند غالب الآراء أن الفاسق فسقا ظاهرا حيث لا تأمن المرأة إلى جانبه هو أيضا غير كفء، أما بقية الأوصاف فهي محل خلاف بين المذاهب، بل وفي المذهب الواحد وجدنا آراء كثيرة، ومرد ذلك أن اعتبار الكفاءة وتحديد أوصافها هو اجتهاد فقهي مبني على العرف والعادة، وبالتالي ما يُعبر به أو يُفتخر به في منطقة أو مجتمع أو بلد ما أو في عصر ما قد لا يكون كذلك في مكان آخر أو في عصر آخر، ومما لا شك فيه أن من ملك كل تلك الأوصاف فقد حقق تمام الكفاءة، ونقص بعضها هو نقص في الكفاءة يؤثر على استقرار الزواج، لكنه لا يؤثر على صحته إلا وصف الدين، أما وصف السلامة من العيوب فالظاهر اعتباره لما له من أثر بالغ على استمرار العشرة الزوجية، أما المال والحرفة والمستوى العلمي وفارق السن والجمال والبلد وإسلام الأصول فهي معتبرة عرفا لا شرعا، ومراعاتها عند الزواج من شأنه أن ينعكس إيجابا على نجاح الزواج واستقراره واستمراره.

<sup>1</sup> - عبد الرحمن الصابوني، المرجع السابق، ص 71.

<sup>2</sup> - يوسف القرضاوي، المرجع السابق، ص 20.

## المبحث الثاني: أثر شرط الكفاءة على عقد الزواج

إن اعتبار الكفاءة شرطاً في الزواج يترتب آثاراً عديدة على عقد الزواج، وهذا إذا ما نظرنا إلى نوع شرط الكفاءة ووقت مراعاتها وما يترتب عن تخلفها وكذلك التعبير بها، وعلى هذا الأساس سيتم التعرض بشيء من التفصيل للآثار المترتبة من اعتبار الكفاءة شرطاً في الزواج على عقد الزواج في الفقه الإسلامي وفي قوانين الأحوال الشخصية لبعض الدول العربية، وذلك كما يلي، أثر نوع شرط الكفاءة ووقت مراعاتها على عقد الزواج (المطلب الأول)، أثر تخلف شرط الكفاءة والتغيير بها على عقد الزواج (المطلب الثاني).

### المطلب الأول: أثر نوع شرط الكفاءة ووقت مراعاتها على عقد الزواج

اتفق جمهور الفقهاء على اشتراط الكفاءة في الزواج لكنهم اختلفوا في نوع هذا الشرط وبالتالي تأثيره في عقد الزواج، وهذا يتطلب أيضاً التطرق إلى وقت مراعاتها وما يترتب عليه، مع بيان موقف القانون من ذلك، وهذا كما يلي: أثر نوع شرط الكفاءة على عقد الزواج (الفرع الأول)، أثر وقت مراعاة شرط الكفاءة على عقد الزواج (الفرع الثاني).

### الفرع الأول: أثر نوع شرط الكفاءة على عقد الزواج

إنّ شروط<sup>1</sup> كل عقد من العقود - ومنها الزواج - أربعة أنواع: شروط الانعقاد، وشروط الصحة، وشروط النفاذ، وشروط لزوم<sup>2</sup>، وعليه سيتم تناول نوع الشرط في الكفاءة في الزواج حسب أقوال الفقهاء وما اختارته التشريعات الأسرية وأثر ذلك على عقد الزواج، كما يلي؛ أثر نوع شرط الكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي (البند الأول)، أثر نوع شرط الكفاءة على عقد الزواج في القانون (البند الثاني).

### البند الأول: أثر نوع شرط الكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي

سيتم التطرق إلى القائلين بأن الكفاءة شرط لزوم وأثر ذلك كما يلي:

#### أولاً: الكفاءة شرط لزوم

أ- تعريف شرط اللزوم: هي الشروط التي لا يلزم العقد كلا طرفيه إلا بوجودها، بغيرها يكون لأحد العاقدين أن يفسخ العقد<sup>3</sup>، ولكن لا يؤثر تخلفها أثناء العقد على صحة الزواج، فلا تبطل العقد ولا تفسده<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - تعريف الشرط في الفقه الإسلامي: هو أمر خارج عن ماهية الشيء وحقيقته، يتوقف عليه وجود ذلك الشيء شرعاً. مثل حضور الشهود في الزواج عند جمهور الفقهاء فإنه أمر خارج عن حقيقة الزواج، لكنه يتوقف عليه وجود الزواج واعتباره صحيحاً في نظر الشارع عندهم. ينظر: مصطفى شليبي، المرجع السابق، ص 95.

<sup>2</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 47.

<sup>3</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص 52.

<sup>4</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 7، ص 235.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

**ب- القائلين بأنها شرط لزوم:** اتفق جمهور الفقهاء في المشهور عند الحنفية والمعتمد عند المالكية والأظهر عند الشافعية والراجح عند الحنابلة على أن الكفاءة شرط لزوم في الزواج<sup>1</sup>، فعند الحنفية تعتبر الكفاءة للزوم النكاح<sup>2</sup>، والنكاح الذي فيه الكفاءة شرط لزوم هو نكاح المرأة نفسها من غير كفء من غير رضا الأولياء فلا يلزم، فلاولياء حق الاعتراض لأن الكفاءة حق لهم<sup>3</sup>. وعند المالكية الكفاءة شرط في لزوم العقد واستمراره، وليست شرطاً لصحته<sup>4</sup>. وعند الشافعية، الكفاءة المعتبرة في الزواج دفعا للعار، وليست شرطاً لصحة الزواج، بل هي حق للمرأة والولي فلهما إسقاطها<sup>5</sup>.

وعند الحنابلة في الراجح أن الكفاءة في الزواج شرط للزوم النكاح لا لصحته، هذا المذهب عند أكثر المتأخرين، لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر فاطمة بنت قيس أن تنكح أسامة بن زيد مولاه فنكحها بأمره، وروت عائشة أن أبا حذيفة بن عقبة بن ربيعة بنى سالماً وأنكحه ابنة أخيه الوليد بن عقبة وهو مولى لامرأة من الأنصار، فعلى هذا يصح النكاح مع فقدها أي فقد الكفاءة، فهي حق للمرأة والأولياء كلهم القريب والبعيد، حتى من يحدث منهم بعد العقد لتساويهم في حقوق العار بفقد الكفاءة، فلو تزوجت المرأة بغير كفء فلمن لم يرض بالنكاح الفسخ من المرأة والأولياء جميعهم<sup>6</sup>.

### ثانياً: الكفاءة شرط صحة

**أ- تعريف شرط الصحة:** شروط الصحة هي الشروط التي لا يعتبر العقد بغيرها موجوداً وجوداً يحترمه الشارع، ويثبت فيه الأحكام التي ناطها بالعقد<sup>7</sup>.

**ب- القائلين بأنها شرط صحة:** ذهب الحنفية في رواية لهم عن أبي حنيفة وفي رأي للشافعية والحنابلة في رواية لهم عن أحمد إلى اعتبار الكفاءة شرط صحة في الزواج، فلو تزوجت المرأة من غير كفء لما صح الزواج أصلاً، حتى ولو أسقط الأولياء حقهم في الاعتراض؛ لأن شرط الصحة لا يسقط بالإسقاط. فالحالات التي تكون الكفاءة فيها شرطاً لصحة الزواج عند الحنفية هي<sup>8</sup>.

<sup>1</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص574. وكذلك: الغرياني، المرجع السابق، ج2، ص510. وكذلك: الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص219. وكذلك: البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص67.

<sup>2</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص209.

<sup>3</sup> - الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص574.

<sup>4</sup> - الغرياني، المرجع السابق، ج2، ص510.

<sup>5</sup> - الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص219.

<sup>6</sup> - البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص67.

<sup>7</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص52.

<sup>8</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص235، 236.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

- إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها من غير كفاءة أو بغبن فاحش، وكان لها ولي عاصب لم يرض بهذا الزواج قبل العقد، لم يصح الزواج أصلاً، لا لازماً ولا موقوفاً على الرضا بعد البلوغ.

- إذا زوج غير الأصل (الأب والجد) أو الفرع (الابن) عدس الأهلية أو ناقصها، أي المجنون والمجنونة أو الصغير والصغيرة من غير كفاءة، فإن الزواج فاسد؛ لأن ولاية هؤلاء منوطة بالمصلحة، ولا مصلحة في التزويج بغير الكفاءة.

- إذا زوج الأب أو الابن المعروف بسوء الاختيار عدس الأهلية أو ناقصها من غير كفاءة أو بغبن فاحش لم يصح النكاح اتفاقاً، وكذا لو كان سكران فزوج المرأة من فاسق أو شرير أو فقير أو ذي حرفة دنيئة، لظهور سوء اختياره، وانعدام المصلحة في هذا الزواج.

ويلزم النكاح ولو بغبن فاحش بنقص مهرها وزيادة مهره، أو زوجها بغير كفاءة إن كان الولي المزوج أباً أو جداً أو ابن المجنونة إذا لم يعرف منهما سوء الاختيار<sup>1</sup>.

وذكر الدمياطي رأياً للشافعية أن القول باعتبار الكفاءة في الزواج لا لصحته، لا ينافي أنها قد تعتبر للصحة كما في التزويج بالإيجاب<sup>2</sup>.

أما عند الحنابلة ففي رواية الكفاءة هي شرط لصحة النكاح، فإن فاتت لم يصح وإن رضوا به، لما روى الدار قطني بإسناده عن جابر قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: «لا تنكحوا النساء إلا الأكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء»<sup>3</sup>، وقال عمر: «لأمنع تزوج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»<sup>4</sup>، ولأنه تصرف يتضرر به من لو يرض به فلم يصح، كما لو زوجها وليها بغير رضاها<sup>5</sup>.

وقال ابن القيم: «وقال أحمد في رواية ثالثة إنها حق الله فلا يصح رضاهم بإسقاطه. ولكن على هذه الرواية لا تعتبر الحرية ولا اليسار ولا الصناعة ولا النسب وإنما يعتبر الدين فقط، فإنه لم يقل أحمد ولا أحد العلماء إن نكاح الفقير لموسرة باطل وإن رضيت، ولا يقول هو ولا أحد إن نكاح الهاشمية لغير الهاشمي والقرشية لغير القرشي باطل»<sup>6</sup>.

### ثالثاً: الكفاءة شرط نفاذ

أ- تعريف شرط النفاذ: هي الشروط التي لا تنفذ أحكام العقد على كل عاقيه بغير وجودها، ويستمر العقد موقوفاً إذا لم تتوافر هذه الشروط، حتى تكون الإجازة، فيكون النفاذ<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص236، 235.

<sup>2</sup> - الدمياطي، المرجع السابق، ج3، ص330.

<sup>3</sup> - سبق تخريجه، ص20.

<sup>4</sup> - سبق تخريجه، ص20.

<sup>5</sup> - ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج3، ص21.

<sup>6</sup> - ابن القيم الجوزية، المرجع السابق، ص799.

<sup>7</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص52.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

ب- القائلين بأنّ الكفاءة شرط نفاذ: وهي حالة انفراد بالإشارة إليها المتأخرين من الحنفية، عند تفصيلهم لنوع شرط الكفاءة في الزواج<sup>1</sup>.

حيث تكون الكفاءة شرطاً لنفاذ الزواج إذا وكلت المرأة البالغة العاقلة شخصاً في زواجها، سواء أكان ولياً أم أجنبياً عنها، فزوّجها بغير كفاء، كان العقد موقوفاً على إجازتها؛ لأن الكفاءة حق للمرأة ولأوليائها، فإذا لم يكن الزوج كفئاً لها، لا ينفذ العقد إلا برضاها<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنّ الفقهاء لم يعتبروا أن الكفاءة شرط انعقاد والذي يلزم توافره في أركان العقد، أو في أسسه، وإذا تخلف كان العقد باطلاً بالاتفاق<sup>3</sup>.

### البند الثاني: أثر نوع شرط الكفاءة في عقد الزواج في القانون

سبق الإشارة إلى أنّ المشرع الجزائري لم ينص على الكفاءة ولم يأخذها بعين الاعتبار- على غرار مشرعي دول المغرب العربي ماعدا المشرع الليبي- سواء في القانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري أو حتى بعد تعديله بموجب الأمر 02/05.

أما بالنسبة للتشريعات التي نظمت الكفاءة في الزواج فقد اعتبر المشرع الليبي الكفاءة شرط لزوم في الزواج، دون ذكر ذلك صراحة حيث نص في المادة 15 من القانون رقم 10 لسنة 1984<sup>4</sup>، أن الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي، وفي الفقرة الرابعة من ذات المادة أشار إلى حق طلب الفسخ من الزوجة أو وليها إذا ادعى الرجل الكفاءة، ثم ظهر أنه غير كفء، وهو ما يعني أن الكفاءة ليست شرطاً لصحة العقد بل شرطاً للزومه.

أما المشرع السوري فيعتبر شرط الكفاءة في الزواج شرط لزوم وذلك بصريح النص، حيث جاء في قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة 26: «يشترط في لزوم الزواج: أن يكون الرجل كفئاً للمرأة»<sup>5</sup>.

ويعتبر المشرع الأردني أيضاً شرط الكفاءة في الزواج شرط لزوم وذلك بصريح العبارة، حيث جاء في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية: «يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفئاً للمرأة في التدين والمال...»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج7، ص236.

<sup>2</sup> - المرجع نفسه، ج7، ص236.

<sup>3</sup> - المرجع نفسه، ج7، ص47.

<sup>4</sup> - القانون رقم: 10 لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم المعدل بعض أحكامه بالقانون رقم 14 لسنة 2015.

<sup>2</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

<sup>6</sup> - القانون رقم: 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

واعتبر المشرع الكويتي شرط الكفاءة في الزواج شرط لزوم كذلك، حيث نص قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 34: « يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة وقت العقد»<sup>1</sup>.

وفي دولة الإمارات العربية المتحدة تعتبر الكفاءة كذلك شرط لزوم، حيث نص القانون الاتحادي رقم (28) لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية في المادة 1/21: « يشترط في لزوم الزواج أن يكون كفواً للمرأة وقت العقد فقط...»<sup>2</sup>.

الملاحظ أن كل التشريعات السابقة اتفقت على اعتبار الكفاءة في الزواج شرط لزوم وليس صحة أو نفاذ، وذلك ما أخذ به جمهور الفقهاء، لأن تخلف شرط الكفاءة لا يؤثر على صحة العقد، لأن الزواج ينعقد مكتمل الأركان والشروط، لكنه يكون غير لازم لأنه يعطي حق الاعتراض وطلب الفسخ للمرأة وأوليائها.

### الفرع الثاني: أثر وقت مراعاة شرط الكفاءة على عقد الزواج

المقصود بوقت مراعاة الكفاءة هو الوقت الذي ينظر فيه للرجل هل هو كفؤ للمرأة أم لا؟ فهل يجب أن يكون الزوج كفؤاً لها في كل وقت؟، وهل يمكن فسخ العقد إذا فقد الرجل كفاءته بسبب عارض ما بعد الزواج؟ وهل يمكن أن يسقط حق الاعتراض على الكفاءة في وقت من الأوقات؟ وما أثر ذلك على عقد الزواج في الفقه والقانون؟ هذا ما سيتم التطرق إليه كما يلي: أثر وقت مراعاة شرط الكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي (البند الأول)، أثر وقت مراعاة شرط الكفاءة على عقد الزواج في القانون (البند الثاني).

#### البند الأول: أثر وقت مراعاة شرط الكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي

سيتم التطرق إلى الوقت الذي يؤخذ بعين الاعتبار عند الاعتراض، ثم الوقت الذي يسقط فيه حق الاعتراض مع بيان أثر ذلك على عقد الزواج، وهذا كما يلي:

**أولاً: الوقت المعتبر لحق الاعتراض على الكفاءة:** ذهب الحنفية إلى أن وقت مراعاة الكفاءة هو عند ابتداء العقد، فلا يضر زوالها بعده، فلو كان الزوج وقتها كفؤاً ثم فجر لم يفسخ العقد<sup>3</sup>، واعتبارهم وقت مراعاة شرط الكفاءة هو وقت إنشاء عقد الزواج لأنها شرط إنشاء لا شرط بقاء، وعلى هذا إذا تخلف وصف من أوصاف الكفاءة، كالمال بأن كان قادراً على الإنفاق ثم صار غير قادر بعد الزواج، أو كان متديناً فشذ ففسق، ففي هذه الأحوال لا يفسخ النكاح لتخلف الكفاءة بل يبقى، لأن النكاح قد تقرر فلا يفسخ بهذه الأمور العارضة، ولا عار في بقاء المرأة مع زوجها إن تغيرت حاله، بل هو الصبر والرضى بحكم القدر وهما أمران محمودان<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء .

<sup>2</sup> - القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

<sup>3</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص217.

<sup>4</sup> - محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص143.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

أما المالكية فالكفاءة المعتد بها هي ما عليه حال الزوج وقت العقد لا بعده، فإذا كان الزوج وقت العقد لا عيب فيه وبعد ذلك صار فاسقا، أو أصابه مرض يوجب الخيار، فليس للزوجة أو وليها رد النكاح وإنما للزوجة الحق في رفع دعوى الضرر ليحكم لها القاضي بالطلاق إذا ثبت الضرر<sup>1</sup>.

وعند الشافعية العبرة بالكفاءة بحال العقد فلا يؤثر طروها بعده، ماعدا الرق فإن طروه يبطل النكاح، ولا وجودها مع زوالها قبله، فترك الحرفة الدنيئة قبله لا يؤثر إلا إذا مضت عنه سنة بحيث يزول عنه اسمها، وإلا فلا بد من مضي زمن يقطع نسبتها عنه بحيث صار لا يعير بها، والأمر ذاته للفاسق إذا تاب<sup>2</sup>.

وعند الحنابلة فإن حق الأولياء يثبت في ابتداء العقد لا في استدامته، ولو زالت الكفاءة بعد العقد فليس لهم حق طلب الفسخ، ويبقى هذا الحق للزوجة فقط دون أوليائها كعتقها تحت عبد<sup>3</sup>.

مما سبق يتضح لنا اتفاق جمهور الفقهاء في المذاهب الأربعة أن وقت اعتبار الكفاءة يكون عند عقد الزواج، ولا يؤثر زوالها بعده، لأن الزواج عقد مبني على الدوام فلا يفسخ بالأمر العارضة، لكن عند وقوع ضرر للزوجة فلها الحق في التطليق برفع دعوى الضرر ليحكم لها القاضي بالطلاق إذا ثبت الضرر.

**ثانيا: وقت سقوط حق الاعتراض على الكفاءة:** إذا زوجت المرأة البالغة نفسها من غير كفاء فإن العقد يكون صحيحا، ولكن يكون للولي حق الاعتراض عليه وطلب نقضه، ولا ينقض إلا بحكم القاضي، ولا يسقط ذلك الحق إلا بالرضا صراحة أو دلالة لأن العقد نشأ مستوفيا كل شروطه، ولكن فيه ما يمس غير العاقلين بالضرر وهم الأولياء، فيكون طلب النقض دفعا للضرر عنهم، وفي رأي للحنفية فإن حق الاعتراض وطلب الفسخ ليس مطلقا عن الزمان، بل إن حق الفسخ يسقط إذا ولدت الزوجة حفظا للولد، لكي يتربي بين أبويه، وألحق بعض الفقهاء الحمل الظاهر بالولادة<sup>4</sup>.

ولا يكون سكوت الولي رضى إلا إن سكت إلى أن ولدت الزوجة فليس له حينئذ التفريق<sup>5</sup>، فالسكوت لا يعبر عن الرضى وإن طال ما لم تلد الزوجة وله الخصومة إن شاء، لأن هذا الحق ثبت والسكوت ليس بمبطل للحق الثابت<sup>6</sup>.

وعند المالكية للزوجة ولوليها الحق في ترك الكفاءة والرضا بعدمها، والتزويج بفاسق ومعيب، ويكون النكاح صحيحا، فإذا أسقطا حقهما منها جاز، وهو المشهور في المذهب، فإن لم يرضا معا بإسقاطها،

<sup>1</sup> - الغرياني، المرجع السابق، ج2، ص 510.

<sup>2</sup> - الدمياطي، المرجع السابق، ج3، ص331.

<sup>3</sup> - البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص67.

<sup>4</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص156. وكذلك: محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، المرجع السابق، ص145، 146.

<sup>5</sup> - ابن الممام، المرجع السابق، ج3، ص284.

<sup>6</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص27. وكذلك: ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص156.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

فالقول لمن امتنع، وعلى الحاكم منع من رضي منهما<sup>1</sup>. وإذا أنكر الولي على موليته نكاح رجل فاسق كان له حق طلب الفسخ ما لم يدخل بها، لكن إن دخل بها لا يفسخ<sup>2</sup>.

وفي الأظهر عند الحنابلة الكفاءة ليست شرطاً للصحة بل للزوم، ولمن لم يرض من المرأة والأولياء جميعهم، فوراً وتراخياً، فهي حق للأولياء والمرأة<sup>3</sup>، وفي باب العيوب فهي تثبت الخيار وهو على التراخي، لا يسقط إلا أن يوجد منه دلالة على الرضا من قول أو وطء أو تمكين مع العلم به، ولا يصح فسخ إلا بحكم حاكم<sup>4</sup>.

والراجح لدينا في هذه المسألة، هو ما ذهب إليه الحنفية من أن حق الفسخ يسقط بالرضا الصريح من الزوجة وأولائها، أو إذا ولدت الزوجة أو بالحمل الظاهر بالولادة حفظاً لمصلحة الولد.

### البند الثاني: أثر وقت مراعاة شرط الكفاءة على عقد الزواج في القانون

بعد بيان رأي الفقه الإسلامي حول وقت مراعاة شرط الكفاءة وأثره، سيتم التطرق إلى رأي القانون في هذه المسألة وهذا كما يلي:

**أولاً: الوقت المعتبر لحق الاعتراض على الكفاءة:** ذهب المشرع الليبي صراحة إلى اعتبار الكفاءة في الزواج وقت العقد، حيث نص في المادة 03/15 من القانون رقم 10 لسنة 1984 أنه: «تراعى الكفاءة بين الزوجين حين العقد»<sup>5</sup>.

والأمر ذاته عند المشرع السوري فيعتبر شرط الكفاءة في الزواج وقت العقد، ولا يؤثر زوالها بعده، حيث جاء في المادة 31 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «تراعى الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها بعده»<sup>6</sup>. وكذلك نص المشرع الأردني على أن الكفاءة في الزواج تعتبر وقت العقد، حيث جاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 2/21: «الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي، وتراعى عند العقد، فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج»<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج3، ص 249.

<sup>2</sup> - الخطاب، المرجع السابق، مج4، ص280.

<sup>3</sup> - أحمد الشويكي، التوضيح في الجمع بين المقتنع والتنقيح، تحقيق: ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان، د ط، المكتبة المكية، المملكة العربية السعودية، د ت، ج2، ص 962.

<sup>4</sup> - المرجع نفسه، ج2، ص980، 981.

<sup>5</sup> - القانون رقم: 10 لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم المعدل بعض أحكامه بالقانون رقم 14 لسنة 2015.

<sup>4</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

<sup>7</sup> - القانون رقم: 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتمدة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

وهو ما ذهب إليه المشرع الكويتي في المادة 34 من قانون الأحوال الشخصية الكويتي التي جاء فيها أنه: « يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة وقت العقد ويثبت حق الفسخ لكل من المرأة ووليها عند فوات الكفاءة»<sup>1</sup>.

وهو ذاته اتجاه المشرع الإماراتي حيث اعتبر الكفاءة وقت العقد فقط، وذلك في المادة 21 من القانون الاتحادي رقم (28) لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية التي جاء فيها أنه: « يشترط في لزوم الزواج أن يكون كفؤاً للمرأة وقت العقد فقط، ولكل من المرأة ووليها الحق في طلب الفسخ عند فوات الكفاءة، ولا يؤثر في العقد زوال الكفاءة بعده»<sup>2</sup>.

فالحاصل إذا اتفاق جل التشريعات العربية الخاصة بالأحوال الشخصية التي أخذت باعتبار الكفاءة في الزواج على أن وقت اعتبار الكفاءة يكون عند عقد الزواج ولا يؤثر زوالها بعده، وهو نتيجة منطقية لاتفاق فقهي في هذه المسألة كما رأينا.

**ثانياً: وقت سقوط حق الاعتراض على الكفاءة:** يرى المشرع الليبي أن حق طلب فسخ الزواج يسقط بحمل الزوجة أو بمضي سنة بعد الزواج أو أن من له حق الفسخ عبر صراحة أو ضمناً بسبق رضاه، فنص في المادة 04/15 من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم: «إذا ادعى الرجل الكفاءة أو اشترطت عليه في العقد ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ ما لم تحمل الزوجة أو تنقضي سنة بعد النكاح أو يسبق الرضا صراحة أو ضمناً ممن يطلب الفسخ»<sup>3</sup>.

أما المشرع السوري فيربط سقوط حق الفسخ بحمل المرأة فقط، حيث جاء في المادة 30 من قانون الأحوال الشخصية السوري: « يسقط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت المرأة »<sup>4</sup>.

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني، فحدد ثلاثة أسباب لسقوط الحق في الكفاءة، فجاء في المادة 23: « يسقط حق فسخ عقد الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج إذا حملت الزوجة أو سبق الرضا، أو مرت ثلاثة أشهر على علم الولي بالزواج»<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء .

<sup>2</sup> - القانون الاتحادي رقم 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

<sup>3</sup> - القانون رقم: 10 لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم المعدل بعض أحكامه بالقانون رقم 14 لسنة 2015.

<sup>2</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

<sup>5</sup> - القانون رقم: 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 39: « يسقط حق الفسخ بحمل الزوجة، أو بسبق الرضا، أو بانقضاء سنة العلم بالزواج»<sup>1</sup>. فإذا حملت الزوجة أصبح في فسخ الزواج لنقص الكفاءة ضرر يتعدى إلى الوليد، وإذا انقضت سنة العلم بالزواج ازداد حق الكفاءة ضعفاً، ومن رضي فقد أسقط حقه، والساقط لا يعود، ولهذا، وأخذاً برأي النافين لاعتبار الكفاءة تقرر سقوط الحق في طلب الفسخ في الحالات المذكورة، لأن الأولى هو استقرار الأسرة<sup>2</sup>.

ونص القانون الاتحادي الإماراتي رقم (28) لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية في المادة 25: « يسقط الحق في طلب الفسخ لعدم الكفاءة إذا حملت الزوجة أو انقضت سنة بعد العلم بالزواج، أو بسبق الرضا ممن له طلب الفسخ»<sup>3</sup>. وقد أخذ هذا القانون بسقوط طلب الفسخ بالرضا وبحمل الزوجة وأضاف إلى ذلك انقضاء سنة بعد العلم بالزواج بما يدل على الرضا، وبما أن الزوجة إذا حملت أصبح في فسخ النكاح لنقص الكفاءة ضرر سيلحق بالوليد أثره، مما يجعل الإبقاء على الزواج خيراً من فسخه، وألحق بهما حالة سبق الرضا ممن له طلب الفسخ، لأن من رضي فقد أسقط حقه، والساقط لا يعود، وهو مما لا خلاف فيه عند أهل العلم<sup>4</sup>.

مما سبق يظهر لنا جلياً أن التشريعات السابقة أخذت برأي المذهب الحنفي في هذه المسألة حيث اتفقت على سقوط حق الفسخ لعدم الكفاءة إذا سبق الرضا بنقص الكفاءة أو إذا حملت الزوجة، وأضافت بعضها مرور مدة معينة (سنة على الراجح) بعد العلم بالزواج بما يدل على الرضا، لأن الأولى هو مصلحة الأسرة واستقرارها.

### المطلب الثاني: أثر تخلف شرط الكفاءة والتغير بها على عقد الزواج

الكفاءة في الزواج شرط لزوم فقها وقانوناً وأثر ذلك أنّ العقد صحيح ولمن له الحق في طلبها الفسخ، وتعتبر وقت العقد فإن فقدت بعد العقد لا يمكن فسخه لمن له الحق في طلبها، ويبقى أن نتطرق إلى حالة ما إذا تخلف شرط الكفاءة على عقد الزواج، وفي حال ما إذا تم التغير بالكفاءة، وسيتم ذلك من خلال، أثر تخلف شرط الكفاءة على عقد الزواج (الفرع الأول)، أثر التغير بالكفاءة على عقد الزواج (الفرع الثاني).

<sup>1</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء .

<sup>2</sup> - المرجع نفسه.

<sup>3</sup> - القانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

<sup>4</sup> - المذكرة الإيضاحية للقانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

### الفرع الأول: أثر تخلف شرط الكفاءة على عقد الزواج

سيتم من خلال هذا العنصر التطرق إلى الأثر المترتب على تخلف شرط الكفاءة فقها وقانونا على عقد الزواج، وذلك كما يلي: أثر تخلف شرط الكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي (البند الأول)، أثر تخلف شرط الكفاءة على عقد الزواج في القانون (البند الثاني).

### البند الأول: أثر تخلف شرط الكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي

تباينت آراء الفقهاء أحيانا وتوافقت أحيانا أخرى، في تبيان الآثار المترتبة عن تخلف شرط الكفاءة في الزواج.

فعند الحنفية إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفاء فلا أولياء أن يفرقوا بينهما، لأنها ألحقت العار بالأولياء فإنهم يتعبرون بأن ينسب إليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم، فكان لهم أن يخاصموا لدفع ذلك عن أنفسهم، ولا يكون التفريق بذلك إلا عند القاضي لأنه فسخ للعقد بسبب نقص، فكان قياس الرد بالعيب بعد القبض، وذلك لا يثبت إلا بقضاء القاضي، لأنه مختلف فيه بين العلماء فكان لكل واحد من الخصمين نوع حجة فيما يقول فلا يكون التفريق إلا بالقضاء، وما لم يفرق القاضي بينهما فحكم الطلاق والظهار والايلاء والتوارث قائم بينهما، لأن أصل النكاح انعقد صحيحا في ظاهر الرواية فإنه لا ضرر على الأولياء في صحة العقد، وإنما الضرر عليهم في اللزوم فتتوفر عليه أحكام العقد الصحيح، فإذا فرق بينهما القاضي كان فرقة بغير طلاق، لأن هذا التفريق كان على سبيل الفسخ لأصل النكاح، والطلاق تصرف في النكاح، فما يكون فسخا لأصل النكاح لا يكون تصرفا فيه، ولأن الطلاق إلى الزوج فتفريق القاضي متى كان على وجه النيابة عن الزوج كان طلاقا، وهذا التفريق ليس على وجه النيابة عنه، فإذا لم يكن طلاقا قلنا لا مهر لها عليه إن لم يكن دخل بها، وإن كان دخل بها أو خلا بها فلها ما سمي من المهر وعليها العدة، لأن أصل النكاح كان صحيحا فيقرر المسمى بالتسليم إما بالدخول أو الخلوة، وإذا تزوجت المرأة بغير كفاء، فرضي به أحد الأولياء جاز ذلك ولا يكون لمن هو مثله في الولاية أو أبعد منه أن ينقضه إلا أن يكون أقرب منه فحينئذ له المطالبة بالتفريق<sup>1</sup>.

وإذا اشترط العاقد الكفاءة أو أخبر الزوج بها، فإذا تخلفت الكفاءة كان للعاقد حق التفريق، وإذا لم يشترط العاقد الكفاءة ولم يخبر الزوج بها، فمن زوجت نفسها مما لا يعلم حاله، فإذا هو عبد مأذون له بالزواج مثلا فليس لها الفسخ بل للأولياء، أو زوجها الأولياء ممن لا يعلمون حاله ولم يخبرهم بحريته ورقه، فإذا هو عبد مأذون له بالزواج ليس لهم الفسخ<sup>2</sup>.

أما المالكية فالكفاءة عندهم شرط في لزوم العقد واستمراره وليست شرطا لصحته، وعليه فيجوز للزوجة إذا كانت هي صاحبة الحق في الكفاءة أن تتنازل عن حقها وترضى بغير الكفاء، مثل ما إذا كان بالزوج عيب

<sup>1</sup> - السرخسي، المرجع السابق، ج5، ص26، 25. وكذلك: ابن الهمام، المرجع السابق، ج3، ص284، 283.

<sup>2</sup> - ابن الهمام، المرجع السابق، ج3، ص284. وكذلك: ابن عابدين، المرجع السابق، ج4، ص208.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

من العيوب البدنية الموجبة للرد ورضيت به، فإذا رضيت الزوجة وأسقطت حقها، وكانت ثيبا رشيدة، فليس لوليها أن يعترض، أما إذا كان الحق في الكفاءة مشتركا بين الزوجة والولي، مثل زواج المرأة بفاسق، فلا بد من رضا الولي والزوجة معا، ولا يكفي رضا الزوجة وحدها، لأن زواجها من فاسق يلحق المعرة بالولي، هذا ما لم يكن في الكفاءة حق لله تعالى أيضا، فإن كان فيها حق لله تعالى فيجب رد النكاح، ولو رضيت الزوجة ووليها، مثل زواج المرأة من فاسق يخاف عليها منه، فإنه يجب على القاضي رد النكاح لحق الله تعالى حفاظا على النفوس، فيجب على القاضي فسخ العقد إذا كان الزوج فاسقا لا يؤمن على الزوجة منه، فإذا كان فاسقا ويؤمن على الزوجة منه: قيل النكاح فاسد ويجب فسخه قبل الدخول وبعده وقيل النكاح صحيح<sup>1</sup>. وإذا زوجها الولي من ناقص نقصا يضر بها كالجنون والجذام والبرص أو يؤدي إلى نقص الوطاء كأحد العيوب المثبتة للخيار للرد، لم يكن كفؤا وكان لها رد النكاح<sup>2</sup>.

وعند الشافعية أيضا الكفاءة ليست شرطا في صحة النكاح، بل هي حق للمرأة والولي فلهما إسقاطها، وحينئذ فلو زوجها الولي المنفرد كأب أو عم غير كفء برضاها، أو زوجها بعض الأولياء المستوين كإخوة وأعمام برضاها ورضا الباقيين ممن في درجته بغير كفء صح التزويج، لأن الكفاءة حقها وحق الأولياء كما مر، فإن رضوا بإسقاطها فلا اعتراض عليهم، ولو زوجها الأقرب غير كفء برضاها فليس للأبعد الاعتراض، ولو زوجها أحد المستوين بغير كفء برضاها دون رضاها (أي باقي المستوين)، لم يصح التزويج، لأن لهم حقا في الكفاءة فاعتبر رضاها كرضا المرأة، وفي قول يصح التزويج، ولهم الفسخ، وفي تزويج الأب بكر صغيرة أو بالغة بغير كفء بغير رضاها ففي الأظهر باطل وفي الآخر يصح، وللبالغة الخيار في الحال، وللصغيرة كذلك الخيار إذا بلغت، ولو طلبت المرأة من لا ولي لها خاص أن يزوجه السلطان أو نائبه بغير كفء ففعل لم يصح تزويجه به في الأصح، لأنه نائب المسلمين ولهم حظ في الكفاءة، ولو كان لها ولي ولكن زوجها السلطان لغيبته أو عضله أو إحرامه فلا تزوج إلا من كفء قطعا لأنه نائب عنه في التصرف فلا يصح ذلك مع عدم إذنه<sup>3</sup>.

ولو طلبت المرأة التزويج برجل وادعت كفاءته، وقال الولي أنه ليس بكفء، رفع إلى القاضي فإن ثبتت كفاءته ألزمه تزويجها، فإن امتنع زوجها القاضي، وإن لم تثبت لم يلزمه تزويجه به<sup>4</sup>.

أما إن ظنت المرأة الرجل كفؤا لها، وأذنت في تزويجها إياه فبان غير كفء، فلا خيار لها إن كان فوات الكفاءة لدناءة نسبه، أو حرفته أو فسقه، وإن كان لعيبه أو رقه فيثبت لها الخيار<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - الغرياني، المرجع السابق، ج2، ص508. وكذلك: الدردير، المرجع السابق، ج2، ص401. وكذلك: الخطاب، المرجع السابق، ج5، ص280. وكذلك: الدسوقي، المرجع السابق، ج2، ص249. وكذلك: الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج3، ص249.

<sup>2</sup> - ابن شاس، المرجع السابق، ج2، ص28.

<sup>3</sup> - الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ج3، ص221، 220.

<sup>4</sup> - النووي، المرجع السابق، ج7، ص187.

<sup>5</sup> - المرجع نفسه، ج7، ص185.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

وعند الحنابلة إذا لم ترض المرأة، ولم يرض بعض الأولياء ففيه روايتان<sup>1</sup>:

أحدهما: العقد باطل، لأن الكفاءة حقهم، تصرف فيه بغير رضاهم، فلم يصح، كتصرف الفضولي.  
والثانية: يصح، ولمن لم يرض الفسخ، فلو زوج الأب بغير الكفاءة فرضيت البنت، كان للإخوة الفسخ، لأنه ولي في حال يلحقه العار بفقد الكفاءة فملك الفسخ، كالمساويين.

وعلى هذا يصح النكاح مع فقد الكفاءة، فهي حق للمرأة والأولياء كلهم القريب والبعيد، حتى من يحدث منهم بعد العقد لتساويهم في حقوق العار بفقد الكفاءة، فلو زوجت المرأة بغير كفاءة فلمن لم يرض بالنكاح الفسخ من المرأة والأولياء جميعهم بيان لمن لم يرض فوراً وتراجها لأنه خيار لنقص في المعقود عليه أشبه خيار البيع، ويملكه الأبعد من الأولياء مع رضا الأقرب منهم به ومع رضا الزوجة، دفعاً لما يلحقه من حقوق العار، ولو زالت الكفاءة بعد العقد فلها أي الزوجة الفسخ فقط دون أوليائها كعتقها تحت عبد ولأن حق الأولياء في ابتداء العقد لا في استدامته<sup>2</sup>.

من خلال ما سبق يتبين أن الرأي الراجح عند المذاهب الأربعة هو اعتبار الكفاءة شرط لزوم ورتبت على ذلك حق طلب فسخ عقد الزواج من الزوجة وأوليائها إذا تخلف شرط الكفاءة، على اختلاف بينها في التفصيل.

### البند الثاني: أثر تخلف شرط الكفاءة على عقد الزواج في القانون

كما لم يذكر المشرع الليبي أن الكفاءة شرط لزوم في الزواج صراحة، فإنه لم يذكر أيضاً ماذا يترتب على ذلك، فاكتمل في المادة 15 من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم، بالإشارة أن الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي، وفي الفقرة الرابعة من ذات المادة أشار إلى حق طلب الفسخ من الزوجة أو وليها في حالة التغير بالكفاءة، أو في حالة اشتراطها في العقد فقط<sup>3</sup>.

أما المشرع الأردني فنص في المادة 22 من قانون الأحوال الشخصية: «إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كفاءته ثم تبين أنه غير كفء فليس لأبي منهما حق الاعتراض. إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو قبله أو أخبر الزوج أو اصطنع ما يوهم أنه كفؤ ثم تبين أنه غير ذلك، فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج، فإن كان كفؤاً حين الخصومة فلا يحق لأحد منهما طلب الفسخ»<sup>4</sup>. فإذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل من غير البحث عن كفاءته، ثم تبين أنه غير كفء، فليس للولي أو الزوجة حق الاعتراض بعدم كفاءة الزوج، لأنهما قصرا في البحث عن كفاءته، فاعتبرا راضيين، وكذلك إذا زوجت المرأة

<sup>1</sup> - ابن قدامة، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج3، ص22.

<sup>2</sup> - البهوتي، المرجع السابق، ج5، ص67.

<sup>3</sup> - القانون رقم: 10 لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم المعدل بعض أحكامه بالقانون رقم 14 لسنة 2015.

<sup>4</sup> - المذكرة الإيضاحية للقانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

نفسها لرجل من غير بحث عن كفاءته، ثم تبين لها أنه غير كفء، فليس لها حق الاعتراض لتقصيره في البحث عنه. أما إذا اشترطت الزوجة أن الزوج كفؤاً أثناء العقد أو قبله وتبين أنه ليس كفؤاً، كان للزوجة أو الولي حق الاعتراض وفسخ الزواج<sup>1</sup>.

في حين نص المشرع السوري في المادة 27 من قانون الأحوال الشخصية: «إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة الولي، فإن كان الزوج كفئاً، لزم العقد، وإلا فللولي طلب فسخ النكاح»<sup>2</sup>.

والأمر ذاته ذهب إليه المشرع الكويتي حيث نص قانون الأحوال الشخصية في المادة 34: «يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤاً للمرأة وقت العقد ويثبت حق الفسخ لكل من المرأة ووليها عند فوات الكفاءة»<sup>3</sup>، وجاء في المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون الأحوال الشخصية أنه يراد بالكفاءة في الزواج ألا يكون الزوج دون الزوجة بحيث تتعير به هي وأولياؤها، وهي حق لكل من المرأة ووليها، فلكل منهما أن يطلب فسخ العقد عند فواتها، وإذا أسقط أحدهما حقه لم يؤثر ذلك في حق الآخر، والمقصود بحق طلب الفسخ لعدم الكفاءة هو حماية سمعة الأسرة لا حماية الحقوق المالية للمرأة، فيثبت هذا الحق للأولياء المذكورين، ولو جاوزت المرأة سن الخامسة والعشرين، أما فارق السن بين الزوجين فرأت لجنة المشروع علاج ذلك باعتبار التناسب في السن حقاً للزوجة وحدها، تنفرد هي بالرأي فيه<sup>4</sup>.

وجاء في المادة 21 من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي: «يشترط في لزوم الزواج أن يكون كفؤاً للمرأة وقت العقد فقط، ولكل من المرأة ووليها الحق في طلب الفسخ عند فوات الكفاءة، ولا يؤثر في العقد زوال الكفاءة بعده. إذا كان الخاطبان غير متناسبين سناً، بأن كانت سن الخاطب ضعف سن المخطوبة أو أكثر، فلا يعقد الزواج إلا بموافقة الخاطبين وعلمهما وبعد إذن القاضي، وللقاضي أن لا يأذن به ما لم تكن مصلحة في هذا الزواج».

ونصت المادة 26: «ليس للولي طلب الفسخ لنقصان المهر عن مهر المثل»<sup>5</sup>.

ومما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون الأحوال الشخصية الإماراتي أن الكفاءة حق لكل من المرأة والولي، وبناءً عليه فلكل منهما أن يطلب فسخ العقد إذا تبين انتفاؤها حين إبرامه، لأن المقصود بحق طلب الفسخ لعدم الكفاءة هو حماية سمعة الأسرة، وإذا أسقط أحدهما حقه لم يؤثر ذلك في حق الآخر، وحق الاعتراض على عدم الكفاءة يثبت للولي ولو جاوزت المرأة سن الرشد، لأن المقصود به حماية سمعة الأسرة لا

<sup>1</sup> - محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان، الأردن، 1431هـ، 2010م، ص78.

<sup>2</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

<sup>3</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء .

<sup>4</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء .

<sup>5</sup> - القانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

حماية الحقوق المالية للمرأة، إذا تم العقد ولم يكن الزوج كفؤاً للزوجة كان العقد صحيحاً وثبت للمرأة أو لوليها حق الاعتراض عليه وطلب فسخه، وارتفاعاً بمكانة الزواج عن المساومات المالية لم يعط الولي حق الاعتراض على نقص المهر إذا كان الزوج كفواً للمرأة<sup>1</sup>.

اعتبرت جل التشريعات العربية الكفاءة في الزواج شرط لزوم، وبالتالي رتب على ذلك حق طلب فسخ عقد الزواج من الزوجة وأوليائها إذا تخلف شرط الكفاءة، وهو الرأي الراجح عند المذاهب الأربعة كما رأينا.

### الفرع الثاني: أثر التغير بالکفاءة على عقد الزواج

سيتم التطرق إلى الأثر على عقد الزواج عند ادعاء الخاطب أو الزوج الكفاءة ثم يتضح خلاف ما ادعاه، وذلك كما يلي: أثر التغير بالکفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي (البند الأول)، أثر التغير بالکفاءة على عقد الزواج في القانون (البند الثاني).

#### البند الأول: أثر التغير بالکفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي

عرف وهبة الزحيلي التغير<sup>2</sup> بأنه إغراء العاقد وخديعته ليقدم على العقد ظاناً أنه في مصلحته والواقع خلاف ذلك، وهو أنواع منها الفعلي والقولي وكتمان الحقيقة<sup>3</sup>، فماذا يترتب جراء ذلك من أثر على العقد؟ ما من شك أن المقصود من الكفاءة هو حماية المرأة نفسها كي لا تقع ضحية تدليس أو غش أو خداع من خاطب يدعي ما ليس فيه، وكذلك حماية سمعة الأسرة، فإذا ادعى خاطب ما يرغب فيه ثم تبين بعد العقد خلاف ما ادعاه، جاز لكل من الزوجة والولي طلب الفسخ للغش الذي صاحب العقد فأفقدته حقيقة الرضا<sup>4</sup>. فمن شروط لزوم العقد أن يكون خالياً من التغير، وعلى هذا إذا غرّ الزوج الولي أو موليته التي تزوجها بأنه كفء لها، أو ادعى نسباً غير نسبه، فإن ظهر دونه فحق الفسخ ثابت للكل لوجود تغير بالکفاءة، وإن كان نسبه الحقيقي كفؤاً لما انتسب به فحق الفسخ للمرأة دون الأولياء، وإن كان ما ظهر فوق ما أخبر فلا فسخ لأحد<sup>5</sup>، ومن مثال ذلك أيضاً كمن أخبر بأنه حر ثم ظهر خلاف ذلك فكان للعاقد حق الفسخ<sup>6</sup>. فلو غر عبد حرة، فإن أجاز السيد نكاحه فلها الخيار، لعدم الكفاءة ما لم تمكنه من وطئها بعد علمها، فإن كرهته ففرّق السلطان بينهما إلا أن يفارق الزوج<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء

<sup>2</sup> - التغير لغة: غرّ به تغرياً أي عرضه للهلكة، واغتر به أي خدع به، والغرّ هو الخضر. ينظر: إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر، المرجع السابق، ص 648.

<sup>3</sup> - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، المرجع السابق، ج 4، ص 218.

<sup>4</sup> - الشماخ، المرجع السابق، ص 49، 50.

<sup>5</sup> - ابن عابدين، المرجع السابق، ج 4، ص 208. وكذلك: النووي، المرجع السابق، ج 7، ص 183، 184. وكذلك: عبد الكريم زيدان، المفصل المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1413هـ، 1993م، ج 6، ص 172.

<sup>6</sup> - ابن الممام، المرجع السابق، ج 3، ص 284. وكذلك: النووي، المرجع السابق، ج 7، ص 183، 184.

<sup>7</sup> - القرافي، المرجع السابق، ج 4، ص 436.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

كذلك إذا غرر الزوج بإخفاء عيب من العيوب التي لا يحصل مقصود النكاح معها ثبت للزوجة حق الرد وطلب الفسخ<sup>1</sup>.

من ذلك كله يتبين لنا أنه في حال وجود تغير بالكفاءة، فإنه يترتب عليه ما يترتب على التغير في العقود عامة، وهو حق طلب الفسخ لمصلحة العاقد المتضرر وهو هنا الزوجة وأوليائها، وذلك لأن التغير يفقد العقد حقيقة الرضا.

### البند الثاني: أثر التغير بالكفاءة على عقد الزواج في القانون

نص المشرع الليبي على أن التغير بالكفاءة يترتب حق طلب الفسخ للزوجة أو وليها، فنص في المادة 04/15 من القانون رقم 10 لسنة 1984 بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم: «إذا ادّعى الرجل الكفاءة أو اشترطت عليه في العقد ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ ما لم تحمل الزوجة أو تنقضي سنة بعد النكاح أو يسبق الرضا صراحة أو ضمناً ممن يطلب الفسخ»<sup>2</sup>.

والأمر ذاته ذهب إليه المشرع السوري حيث جاء في المادة 32 من قانون الأحوال الشخصية السوري: «إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفء كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد»<sup>3</sup>.

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 02/22: «إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو قبله أو أخبر الزوج أو اصطنع ما يوهم أنه كفؤ ثم تبين أنه غير ذلك، فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج، فإن كان كفؤاً حين الخصومة فلا يحق لأحد منهما طلب الفسخ»<sup>4</sup>.

وجاء في قانون الأحوال الشخصية الكويتي في المادة 38: «إذا ادّعى الرجل الكفاءة، ثم تبين أنه غير كفء، كان لكل من الزوجة ووليها حق الفسخ»<sup>5</sup>. فأوردت هذه المادة حكم التغير بالكفاءة، فإذا ادّعاها الرجل ثم تبين أنها لم تكن قائمة وقت العقد، جاز لكل من المرأة ووليها حق طلب الفسخ للتغير الذي لازم العقد فأفقدته حقيقة الرضا<sup>6</sup>.

ونص القانون الاتحادي للإمارات رقم (28) لسنة 2005 في شأن الأحوال الشخصية في المادة 24: «إذا ادّعى الرجل الكفاءة أو اصطنع ما يوهم بها، أو اشترطت الكفاءة في العقد ثم ظهر بعد ذلك أنه

<sup>1</sup> - الغرياني، المرجع السابق، ج2، ص508.

<sup>2</sup> - القانون رقم: 10 لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم المعدل بعض أحكامه بالقانون رقم 14 لسنة 2015.

<sup>2</sup> - المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.

<sup>4</sup> - القانون رقم: 2010/36 بتاريخ 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

<sup>5</sup> - القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية الكويتي المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة

2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء .

<sup>6</sup> - المرجع نفسه.

## الفصل الثاني:.....الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج

غير كفء كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ <sup>1</sup>. فلو أخبر الزوج الزوجة أو وليها بكفائه، أو نسب نفسه إلى غير نسبه الحقيقي، أو قال إنه يشغل وظيفة كذا، ثم تبين كذبه كان لكل من الزوجة ووليها حق الفسخ ورفع الأمر إلى القضاء، فلو رضيت الزوجة به لم يسقط حق الولي في ذلك وكان له حق طلب الفسخ والتفريق، ولو رضي به ولم ترض الزوجة لم يسقط حقها وكان لها حق الفسخ، لأن حق الكفاءة يثبت لكل من المرأة والولي على حدة فإذا أسقط أحدهما حقه لم يسقط حق الآخر بإسقاطه، والمشهور عند المالكية أنه إذا تم العقد ولم يكن الزوج كفؤاً للزوجة، كان العقد صحيحاً، وثبت للمرأة أو لوليها حق الاعتراض عليه وطلب فسخه <sup>2</sup>.

لم نجد فيما قدمناه من نماذج لقوانين الأحوال الشخصية العربية اختلافاً عما ذهب إليه كل المذاهب الفقهية الأربعة في مسألة التغيرير بالكفاءة وما يترتب عنه، فإذا ادّعى الرجل الكفاءة ثم ظهر بعد ذلك أنه غير كفء كان لكل من الزوجة ووليها حق طلب الفسخ، لوجود تغيرير في الكفاءة يفقد العقد حقيقة الرضا.

<sup>1</sup> - القانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

<sup>2</sup> - المذكرة الإيضاحية للقانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

خاتمة

- خلصنا في نهاية هذا البحث إلى نتائج نستعرضها كما يلي:
- الكفاءة تعني المساواة والمماثلة والمقاربة في أوصاف مخصوصة، وبعضهم أطلق عليها: صفات، وأمور، وأشياء، وخصال، وهذا الاختلاف في تسميتها لا تأثير له.
  - اختلف الفقهاء في مسألة اعتبار الكفاءة في الزواج، حيث ذهب قلة منهم إلى عدم اعتبارها كونها تتنافى مع مبدأ المساواة بين الناس، ولأنه لم يقدّم دليل من الشرع على اعتبارها، بينما ذهب الجمهور إلى القول باعتبارها ووافقهم في هذا العديد من الفقهاء المعاصرين، مثبتين أنها لا تتنافى مع مبدأ المساواة، كما أنه لم يقدّم دليل في الشرع يدل على عدم اعتبارها بل العكس هناك أدلة تقول باعتبارها، والراجح هو اعتبارها.
  - لم يتطرق المشرع الجزائري في قانون الأسرة إلى موضوع الكفاءة في الزواج، ولا يمكن الأخذ بالمادة 222 ق.أج، لوجود خلاف حول اعتبار الكفاءة والآثار التي تترتب عنها على عقد الزواج في حال الأخذ بها، كما أنّ سكوت المشرع الجزائري عن تنظيمها يمكن أن يفهم منه عدم أخذه بها، وحذا حذو المشرع الجزائري في السكوت عن الكفاءة كل من المشرع المغربي والتونسي والموريتاني.
  - أقرت كثير من التشريعات العربية بشرط الكفاءة في الزواج، ونظمتها في مواد في قوانينها للأحوال الشخصية، على غرار سوريا، الأردن، ليبيا، الكويت، الإمارات العربية المتحدة.
  - الكفاءة حق للمرأة والأولياء، تراعى في جانب الرجل كأصل حماية للمرأة وأوليائها من الضرر بالزواج من غير كفء، أي أنّ الكفاءة شرّعت لصالح المرأة، وذلك لأنّ المرأة وأوليائها هم من يتأثرون ويعيرون بالزواج ومصاهرة من هو أقل منهم شأنًا.
  - تقوم الكفاءة على عنصرين، أحدهما ثابت شرعا وهو الدين واتفق الفقهاء على مراعاته، ولا يعني الإسلام فقط وإنما الصلاح أيضا، والآخر متغير حسب العرف والزمان والمكان ويتضمن مجموعة من الصفات المتفاوتة والمختلف حولها فقها وقانونا، منها الأساسية النسب، السلامة من العيوب، الحرفة، المال، ومنها الثانوية الحرية، إسلام الأصول، فارق السن، المستوى العلمي، الجمال والبلد.
  - اتفق الفقهاء على أنّ الكفاءة شرط لزوم في عقد الزواج، بوجودها يكون العقد صحيحا ولازما، وبثخلفها يكون العقد صحيحا غير لازم، بمعنى أن للزوجة ووليها حق الاعتراض، وطلب الفسخ لعدم الكفاءة، وقد اخذت القوانين بهذا الرأي.
  - العبرة بالكفاءة تكون وقت العقد، ولا يضر زوالها بعده وهو ماذا أخذت به القوانين، حيث لكل من المرأة ووليها الحق في طلب الفسخ عند فوات الكفاءة، لكن إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل من غير البحث عن كفاءته ثم تبين أنه غير كفء، فليس للولي أو الزوجة حق الاعتراض بعدم كفاءة الزوج، لأنهما قصرا في البحث عن كفاءته فاعتبرا راضيين، وكذلك إذا زوجت المرأة نفسها لرجل من غير بحث عن كفاءته، ثم تبين لها أنه غير كفء، فليس لها حق الاعتراض لتقصيرها في البحث والسؤال عنه. وهو الأمر الذي ذهبت إليه أغلب قوانين الأحوال الشخصية العربية مع اختلاف بينها في مسألة التقصير في السؤال عن الكفاءة.

- حق الاعتراض على الكفاءة ثابت لا يسقط إلا برضا المرأة وأوليائها بإسقاطه، أو تقصيرهم في البحث والسؤال عن الخاطب، أو بولادة الزوجة أو بحملها حملا ظاهرا.

- في حالة التغير بوجود الكفاءة أو اشتراطها يثبت للمرأة والولي حق الفسخ باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة. وهو ما أخذت به التشريعات العربية لأن التغير يمس بحقيقة الرضا في العقد. أما عن الاقتراحات فتتمثل في:

- التوعية بأهمية الكفاءة وضرورة مراعاتها - عبر وسائل الإعلام - وخصوصا الدين، والسلامة من العيوب، والحرفة، وكذلك هناك أوصاف رغم تصنيفها ثانوية إلا أنّ لها أثرا مهما في استقرار الزواج منها فارق السن، والتعليم.

- ينبغي على المشرع الجزائري تنظيم الكفاءة في قانون الأسرة الجزائري، ولأجل هذا الغرض نقترح بعد المادتين 11 و13 ق.أ.ج إدراج المادة الآتية:

« يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفؤا للمرأة عند العقد، ولا يؤثر زوال الكفاءة بعده. تعتبر الكفاءة في الدين، ويراعى العرف فيما سواه.

الكفاءة حق للمرأة وأوليائها، ولهما الحق في طلب الفسخ عند فواتها، لكن إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها أو إذا زوجت المرأة نفسها لرجل من غير البحث عن كفاءته، ثم تبين أنه غير كفء، فليس للولي أو الزوجة حق الاعتراض بعدم كفاءة الزوج، لأنهما قصرنا في البحث عن كفاءته، فاعتبرا راضيين. إذا اشترطت الكفاءة أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفؤ كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد.

يسقط حق الفسخ بسبق الرضا، أو بحمل الزوجة، أو بانقضاء سنة على العلم بالزواج».

- إن إحالة المشرع الجزائري في المادة 222 ق.أ.ج كل ما لم يرد فيه النص إلى أحكام الشريعة الإسلامية، خلق صعوبة بالغة نظرا لوجود مذاهب فقهية متنوعة ولوجود خلافات كثيرة بين الفقهاء، فالمشرع الجزائري لم يشر إلى المذهب الذي يجب الرجوع إليه، وكان الأجدر به توجيه القاضي في هذه المسألة على غرار ما فعلت الكثير من التشريعات العربية كما رأينا، وإذا عدنا إلى الواقع فإن المذهب المالكي هو السائد في مجتمعنا، وهو مصدر الفتوى لغالبية الأئمة والمشايخ، لذلك كان على المشرع أن يراعي ذلك ويتمشى مع السائد في المجتمع بإعادة صياغة المادة 222 كما يلي: «كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى الشريعة الإسلامية والمشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد فيرجع إلى أحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون».

وفي الأخير نسأل الله أن نكون قد وفقنا في عملنا هذا، وأن يتقبله منا خالصا لوجهه الكريم.

# الفهارس

أولاً: قائمة المصادر والمراجع  
ثانياً: فهرس الموضوعات

## أولاً: قائمة المصادر والمراجع

### القرآن الكريم برواية حفص

#### أولاً: كتب التفسير

- الصابوني (محمد علي): صفوة التفاسير، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ، 1999م.
- القرطبي (محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح): جامع أحكام القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1427هـ، 2006م.
- ابن كثير (عماد الدين أبو الفدا إسماعيل بن عمر): تفسير ابن كثير، ط3، دار الإمام مالك، باب الوادي، الجزائر، 1434هـ، 2013م.

#### ثانياً: كتب الحديث

- البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي): السنن الكبرى، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، ط3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2003م.
- البيهقي (أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي): معرفة السنن والآثار، تحقيق: عبد المعطي امين قلنجي، ط1، دار قتيبة، دمشق، سوريا، 1411هـ، 1991م.
- الترمذي (محمد بن عيسى بن سورة): سنن الترمذي، تحقيق: بشار عواد معروف، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1996م.
- ابن حنبل (أبو عبد الله أحمد بن محمد): مسند الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1421هـ، 2001م.
- الدار قطني (علي بن عمر): سنن الدار قطني، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1422هـ، 2001م.
- أبو داود (سليمان بن الأشعث الأزدي السجستاني): سنن أبي داود، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، محمد كامل قره بللي، ط خ، دار الرسالة العالمية، 1430هـ، 2009م.
- الزيلعي (جمال الدين أبو محمد عبد الله بن يوسف): نصب الراية لأحاديث الهداية، د ط، دار القبلة للثقافة الإسلامية، جدة، المملكة العربية السعودية، د ت.
- الشوكاني (محمد بن علي): نيل الأوطار من أسرار منتقى الأخبار، تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق، ط1، دار ابن الجوزي، الدمام، المملكة العربية السعودية، 1427هـ.
- ابن أبي شيبه (أبو بكر عبد الله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبه العبسي): المصنف، تحقيق: أبو محمد أسامة بن إبراهيم بن محمد، ط1، الفاروق الحديثة، القاهرة، مصر، 1429هـ، 2008م.

- العسقلاني (ابن حجر): سبل السلام شرح بلوغ المرام، ط1، مكتبة المعارف، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1427هـ، 2006م.
- ابن ماجة (أبو عبد الله محمد بن يزيد القزويني): سنن ابن ماجة، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، د ط، دار إحياء الكتب العربية، د م، د ت.
- مسلم (بن الحجاج بن مسلم بن ورد بن كوشاذ القشيري النيسابوري، أبو الحسين): صحيح مسلم، تحقيق: أبو قتيبة، ط1، دار طيبة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1427هـ، 2006م.

#### ثالثا: معاجم اللغة العربية

- أنيس (إبراهيم)، منتصر (عبد الحليم) وآخرون: المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 1425هـ، 2004م.
- ابن فارس (أبو الحسين أحمد بن زكريا): معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1399هـ، 1979م.
- الفيومي (أحمد بن محمد): المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، تحقيق: عبد العظيم الشناوي، ط2، دار المعارف، القاهرة، مصر، د ت.
- مختار عمر (أحمد): معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، القاهرة، مصر، 1429هـ، 2008م.
- ابن منظور (أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم): لسان العرب، د ط، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968م.

#### رابعا: كتب الفقه على المذاهب

##### 1\_ الفقه المالكي

- الجندي (خليل بن اسحاق المالكي): التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، تحقيق: أبو الفضل الدمياطي، أحمد بن علي، ط1، مركز التراث الثقافي المغربي، دار البيضاء، المملكة المغربية، 1433هـ، 2012م.
- الخطاب (أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن): مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، د ط، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، 2002م.
- الدردير (أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد): الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، د ط، دار المعارف، القاهرة، مصر، د ت.
- الدسوقي (شمس الدين محمد عرفة): حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د ط، دار إحياء الكتب العربية، دمشق، سوريا، د ت.

- الرصاع (أبو عبد الله محمد الأنصاري): شرح حدود ابن عرفة، تحقيق: محمد أبو الأجنان، الطاهر المعموري، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1993.
- ابن شاس (جلال الدين عبد الله بن نجم): عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، تحقيق: محمد أبو الأجنان، عبد الحفيظ منصور، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1415هـ، 1995م.
- ابن طاهر (الحبيب): الفقه المالكي وأدلته، ط3، مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2005م.
- ابن عرفة (محمد): المختصر الفقهي، تحقيق: حافظ عبد الرحمن محمد خير، ط1، مسجد ومركز الفاروق عمر بن الخطاب، دبي، الإمارات العربية المتحدة، 1435هـ، 2014م.
- الغرياني (الصادق عبد الرحمن): مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 1423هـ، 2002م.
- القرافي (شهاب الدين أحمد بن إدريس): الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994م.

## 2\_ الفقه الحنفي

- السرخسي (شمس الدين): كتاب المبسوط، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ت.
- الشيباني (أبو عبد الله محمد بن الحسن): الجامع الصغير، د ط، إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي، باكستان، 1411هـ، 1990م.
- ابن عابدين (محمد أمين): رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تحقيق وتعليق: عادل أحمد عبد الموجود، علي محمد معوض، ط خ، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، 2003م.
- الكاساني (علاء الدين أبو بكر بن مسعود): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، تحقيق وتعليق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2003م.
- ابن نجيم المصري (زين الدين بن إبراهيم بن محمد): البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ، 1997م.
- ابن الهمام (كمال الدين محمد بن عبد الواحد): شرح فتح القدير، تعليق: عبد الرزاق غالب المهدي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2003م.

## 3\_ الفقه الشافعي

- البويطي (أبو يعقوب يوسف بن يحيى): مختصر البويطي، دراسة وتحقيق: أيمن بن ناصر بن نايف السلامة، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1431/1430هـ.

- الخطيب الشربيني (شمس الدين محمد): مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1418، 1997م.
- الدمياطي (أبو بكر بن محمد شطا): إعانة الطالبين على حل ألفاظ الفتح المعين، د ط، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، دمشق، سوريا، دت.
- الماوردي (أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب): الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، تحقيق: علي محمد معوض، عادل أحمد عبد الموجود، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ، 1994م.
- النووي (يحيى بن شرف النووي محي الدين أبو زكريا): روضة الطالبين وعمدة المفتين، إشراف: زهير الشاويش، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1412هـ، 1992م.

#### 4\_ الفقه الحنبلي

- البهوتي (منصور بن يونس بن إدريس): كشف القناع عن متن الإقناع، د ط، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403هـ، 1983م.
- ابن أبي الدنيا (أبو بكر عبد الله بن محمد بن عبيد): العيال، تحقيق: نجم عبد الرحمن خلف، ط1، دار ابن القيم، الدمام، المملكة العربية السعودية، 1410هـ، 1990م.
- الشويكي (أحمد بن محمد بن أحمد): التوضيح في الجمع بين المقنع والتنقيح، تحقيق: ناصر بن عبد الله بن عبد العزيز الميمان، د ط، المكتبة المكية، المملكة العربية السعودية، د ت.
- ابن قدامة المقدسي (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد): المغني، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، عبد الفتاح محمد الحلو، ط3، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417هـ، 1997م.
- ابن قدامة المقدسي (موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد): الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، تحقيق: محمد فارس، مسعد عبد الحميد السعدني، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ، 1994م.

#### 5\_ الفقه الظاهري

- ابن حزم (أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد): المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1425هـ، 2003م.

#### خامسا: كتب الفقه الحديثة

- الأشقر (عمر سليمان): أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1418هـ، 1997م.

- الجزيري (عبد الرحمن بن محمد عوض): كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2003م.
- حسب الله (علي): الزواج في الشريعة الإسلامية، دط، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1971م.
- خلاف (عبد الوهاب): أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الصفاة، الكويت، 1410هـ، 1990م.
- رضا (أكرم): قواعد تكوين البيت المسلم، ط1، دار التوزيع والنشر الإسلامية، القاهرة، مصر، 1425هـ، 2004م.
- الزحيلي (وهبة): الفقه الإسلامي وأدلته، ط2، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1405هـ، 1985م.
- الزحيلي (وهبة): الفقه المالكي الميسر، دط، دار الكلم الطيب، دمشق، سوريا، 1431هـ، 2010م.
- أبو زهرة (محمد): الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957م.
- أبو زهرة (محمد): محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دط، دار الاتحاد العربي للطباعة، د م، د ت.
- زيدان (عبد الكريم): المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1413هـ، 1993.
- سابق (السيد): فقه السنة، ط1، دار الفتح، القاهرة، مصر، 1421هـ، 2000م.
- السبكي (علي يوسف): نظام الأسرة في الإسلام، دط، مكتبة الإيمان للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، د ت.
- شلي (مصطفى): أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1403هـ، 1983م.
- الشماع (محمد): المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1416هـ، 1995م.
- الشيخ (قاسم): أسس اختيار الزوجين وأثره في الحد من الطلاق، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، سوريا، 1426هـ، 2005م.
- الصابوني (عبد الرحمن): نظام الأسرة وحل مشكلاتها في ضوء الإسلام، ط3، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1426هـ، 2005م.
- بن عاشور (محمد الطاهر): أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ط2، الشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1985م.
- عبد الرحمن عبد المنعم (محمود): المصطلحات والألفاظ الفقهية، دط، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، د ت.

• عبد الفتاح (عمرو) : السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1418هـ، 1998م.

• عمر نصيف (فاطمة) : الكفاءة في النكاح على ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار المحمدي للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، 1424هـ، 2003م.

• أبو العينين (بدران): أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، مصر، 1961م.

• القرضاوي (يوسف): الأسرة كما يريد الإسلام، ط1، مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، 1426هـ، 2005م.

• ابن قيم الجوزية (شمس الدين أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب): زاد المعاد في هدي خير العباد، ضبط: شعيب الأرنؤوط، عبد القادر الأرنؤوط، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1430هـ، 2009م.

#### سادسا: كتب السيرة النبوية الشريفة

• ابن هشام (أبو محمد عبد الملك): السيرة النبوية، تعليق: عمر عبد السلام تدمري، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1410هـ، 1990م،

#### سابعا: الاتفاقيات والقوانين

• دستور 1996 المعدل بالقانون رقم: 03/02 المؤرخ في 10 أفريل 2002م، والقانون رقم: 19/08 المؤرخ في 15 نوفمبر 2008م، والقانون رقم: 01/16 المؤرخ في 6 مارس 2016م.

• اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، اعتمدت وعرضت للتوقيع والتصديق والانضمام بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة 34/180 المؤرخ في 18 ديسمبر 1997م ودخلت حيز النفاذ 3 سبتمبر 1981م، وثيقة رقم: 60793/03/A.

• القانون 11/84 المؤرخ في 9 رمضان 1404هـ الموافق 9 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع24، س21، المؤرخ يوم الثلاثاء 12 رمضان 1404هـ، الموافق 12 يونيو 1984م.

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

• قانون حقوق العائلة العثماني الصادر 25 أكتوبر 1917م، ينظر الرابط:

<http://www.arabwomenlegal->

[emap.org/document%20legalsystem](http://emap.org/document%20legalsystem) /قانون 20% حقوق 20% العائلة 20% العثماني %

20 الصادر 2025-10-1917، تاريخ الاطلاع: 23 جويلية 2020 سا 22:11.

• القانون رقم: 052/2001 بتاريخ 19 يوليو 2001م يتضمن مدونة الأحوال الشخصية. الجريدة الرسمية للجمهورية الإسلامية الموريتانية، ع 1004، 15 أغسطس 2001م.

- القانون رقم: 10 لسنة 1984 ف بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهم المعدل بعض أحكامه بالقانون 14 لسنة 2015م.
- القانون رقم: 2010/36م المؤرخ في 26 سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني. الجريدة الرسمية للملكة الأردنية الهاشمية، ع5061، المؤرخ يوم الأحد 9 ذو القعدة 1431هـ الموافق لـ 17 أكتوبر 2010م.
- القانون رقم: 51 لسنة 1984م في شأن الأحوال الشخصية المعدل بالقوانين 61 لسنة 1996 و 29 لسنة 2004 و 66 لسنة 2007 وقانون إجراءات دعاوى النسب وتصحيح الأسماء.
- الأمر رقم: 02/05 مؤرخ في 18 محرم 1426هـ الموافق 27 فبراير 2005م المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري. الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع15، س 42، المؤرخ يوم الأحد 18 محرم 1426هـ الموافق لـ 27 فبراير 2005م.
- ظهير شريف رقم: 22.04 صادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق 3 فبراير 2004م بتنفيذ القانون 70.03 بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع 5184، المؤرخ 14 ذي الحجة 1424هـ الموافق 5 فبراير 2004م.
- أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376هـ الموافق لـ 13 أوت 1956م المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية للجمهورية التونسية. الرائد الرسمي، ع 66، الصادر في 17 أوت 1956م.
- المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 الصادر بتاريخ 2019/02/07م المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري.
- المرسوم 51/96 مؤرخ في 2 رمضان عام 1416هـ الموافق 22 يناير سنة 1996م، يتضمن انضمام الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية مع التحفظ إلى اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة لسنة 1979، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية، ع6، س33، الأربعاء 4 رمضان عام 1416هـ، الموافق 24 يناير سنة 1996م.
- المحكمة العليا، غرفة الأحوال الشخصية، ملف رقم: 90468، بتاريخ 1993/03/30، قضية (ر، ب) ضد (ر، ز و ص، م)، المجلة القضائية، عدد خاص، 2001م.
- المذكرة الإيضاحية للقانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة. ينظر الرابط: <https://www.dc.gov.ae/PublicServices/LegislationDetails.aspx?LawKey=687>
- التقريران الدوريان الثالث والرابع للجزائر عن تنفيذ اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، الأمم المتحدة، 18 ماي 2009م، وثيقة رقم: CEDAW/C/DZA/3-4

### ثامنا: كتب القانون

- بلحاج (العربي): الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2010م.
- السرطاوي (محمود علي): شرح قانون الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر، عمان، الأردن، 1431هـ، 2010م.
- سعد (عبد العزيز): الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3، دار هومة، الجزائر، 2007م.
- القضاة (محمد أحمد حسن): الوافي في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني الجديد، ط3، المكتبة الوطنية، عمان، الأردن، 1433هـ، 2012م.

### تاسعا: المقالات العلمية

- زازون (أكلي)، حبار (أمال): الإشهاد على عقد الزواج بين الشريعة وقانون الأسرة الجزائري، حوليات جامعة الجزائر، الجزائر، ع1، ج4.
- بن شويخ (رشيد): قانون الأسرة بين التعديل والتبديل، مجلة كلية العلوم الإسلامية - الصراط-، جامعة الجزائر، ع9، س4، جمادى الأولى 1425هـ، جويلية 2004م.
- صالح خلف (طه): الكفاءة في عقد الزواج، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية والسياسية، مج3، ع10، س3.
- غيطان (هدى): الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، ع7، 2015م.
- مخازني (فايزة): مبدأ المساواة بين الزوجين وآثار عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، الجزائر، ع17، جوان 2017م.
- هادي عبد (قحطان): الكفاءة في عقد الزواج في الشريعة الإسلامية والقانون، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، مج14، ع6، حزيران 2007م.

### عاشرا: الرسائل الجامعية

- بن صغير (محفوظ): الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008.
- جمادي (مسعود): الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري، مذكرة ماجستير في الفقه وأصوله غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007/2006.
- حمريش (دليلة): تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير في علم اجتماع القانوني غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014/ 2013.

- الكردي(حسن محمد عبد الحميد): الكفاءة في الزواج مقارنة بقانون الأحوال الشخصية، مذكرة ماجستير في القضاء الشرعي غير منشورة، الجامعة الإسلامية غزة.

## ثانيا: فهرس الموضوعات

| الصفحة | الموضوع                                                                                   |
|--------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
|        | الإهداء:                                                                                  |
|        | شكر وتقدير:                                                                               |
|        | رموز البحث                                                                                |
| أ-د    | مقدمة:                                                                                    |
|        | الفصل الأول: ماهية الكفاءة في الزواج                                                      |
| 2      | تمهيد:                                                                                    |
| 3      | المبحث الأول: مفهوم الكفاءة في الزواج                                                     |
| 3      | المطلب الأول: تعريف الزواج                                                                |
| 3      | الفرع الأول: تعريف الزواج لغة                                                             |
| 4      | الفرع الثاني: تعريف الزواج اصطلاحا                                                        |
| 5      | البند الأول: تعريف الزواج في الفقه الإسلامي                                               |
| 6      | البند الثاني: تعريف الزواج في القانون                                                     |
| 9      | المطلب الثاني: تعريف الكفاءة في الزواج                                                    |
| 9      | الفرع الأول: تعريف الكفاءة لغة                                                            |
| 10     | الفرع الثاني: تعريف الكفاءة في الزواج اصطلاحا                                             |
| 10     | البند الأول: تعريف الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي                                    |
| 12     | البند الثاني: تعريف الكفاءة في الزواج في القانون                                          |
| 14     | المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من اعتبار شرط الكفاءة في الزواج |
| 14     | المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من اعتبار شرط الكفاءة في الزواج                         |
| 14     | الفرع الأول: القائلون بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم                               |
| 14     | البند الأول: القائلون بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج                                       |
| 15     | البند الثاني: أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج                                 |
| 17     | البند الثالث: الرد على أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج                        |

|    |                                                                       |
|----|-----------------------------------------------------------------------|
| 18 | الفرع الثاني: القائلون باعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم              |
| 18 | البند الأول: القائلون باعتبار الكفاءة في الزواج                       |
| 18 | البند الثاني: أدلة القائلين باعتبار الكفاءة في الزواج                 |
| 22 | البند الثالث: الرد على أدلة القائلين باعتبار الكفاءة في الزواج        |
| 24 | المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من اعتبار الكفاءة في الزواج |
| 24 | الفرع الأول: قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل                        |
| 26 | الفرع الثاني: قانون الأسرة الجزائري بعد التعديل                       |
| 28 | المطلب الثالث: أصحاب الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج                 |
| 28 | الفرع الأول: أصحاب الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي |
| 30 | الفرع الثاني: أصحاب الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج في القانون       |
|    | الفصل الثاني: الأوصاف المعتبرة في الكفاءة وأثرها على عقد الزواج       |
| 34 | تمهيد:                                                                |
| 35 | المبحث الأول: الأوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج                   |
| 35 | المطلب الأول: الأوصاف الأساسية                                        |
| 35 | الفرع الأول: الأوصاف الشخصية                                          |
| 35 | البند الأول: وصف الدين                                                |
| 39 | البند الثاني: وصف السلامة من العيوب                                   |
| 42 | البند الثالث: وصف النسب                                               |
| 45 | الفرع الثاني: الأوصاف المالية                                         |
| 45 | البند الأول: وصف المال                                                |
| 47 | البند الثاني: وصف الحرفة                                              |
| 50 | المطلب الثاني: الأوصاف الثانوية                                       |
| 50 | الفرع الأول: الأوصاف الشخصية                                          |
| 50 | البند الأول: وصف الحرية                                               |
| 52 | البند الثاني: وصف إسلام الأصول                                        |
| 53 | الفرع الثاني: الأوصاف الجمالية والاجتماعية                            |
| 53 | البند الأول: وصف فارق السن                                            |

|    |                                                                          |
|----|--------------------------------------------------------------------------|
| 56 | البند الثاني: وصف الجمال                                                 |
| 57 | البند الثالث: وصف البلد                                                  |
| 57 | البند الرابع: وصف العلم                                                  |
| 60 | المبحث الثاني: أثر شرط الكفاءة على عقد الزواج                            |
| 60 | المطلب الأول: أثر نوع شرط الكفاءة ووقت مراعاتها على عقد الزواج           |
| 60 | الفرع الأول: أثر نوع شرط الكفاءة على عقد الزواج                          |
| 60 | البند الأول: أثر نوع شرط الكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي        |
| 63 | البند الثاني: أثر نوع شرط الكفاءة على عقد الزواج في القانون              |
| 64 | الفرع الثاني: أثر وقت مراعاة شرط الكفاءة على عقد الزواج                  |
| 64 | البند الأول: أثر وقت مراعاة شرط الكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي |
| 66 | البند الثاني: أثر وقت مراعاة شرط الكفاءة على عقد الزواج في القانون       |
| 68 | المطلب الثاني: أثر تخلف شرط الكفاءة والتغيرير بها على عقد الزواج         |
| 69 | الفرع الأول: أثر تخلف شرط الكفاءة على عقد الزواج                         |
| 69 | البند الأول: أثر تخلف شرط الكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي       |
| 71 | البند الثاني: أثر تخلف شرط الكفاءة على عقد الزواج في القانون             |
| 73 | الفرع الثاني: أثر التغيرير بالكفاءة على عقد الزواج                       |
| 73 | البند الأول: أثر التغيرير بالكفاءة على عقد الزواج في الفقه الإسلامي      |
| 74 | البند الثاني: أثر التغيرير بالكفاءة على عقد الزواج في القانون            |
| 77 | خاتمة                                                                    |
|    | الفهارس                                                                  |
| 80 | أولاً: قائمة المصادر والمراجع:                                           |
| 89 | ثانياً: فهرس الموضوعات:                                                  |
|    | ملخص البحث بالعربية:                                                     |
|    | ملخص البحث بالإنجليزية:                                                  |

## ملخص البحث

اهتم الإسلام بالأسرة اهتماما بالغاً، واعتبرها اللبنة الأساسية لبناء المجتمع، ولأجل ذلك شرع الزواج ليكون السبيل الوحيد لتأسيسها، والذي يجب أن يتوافر على أركان وشروط شرعية، كما حرص الفقهاء من خلال اجتهادهم على الأخذ بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى منع الشقاق بين الزوجين وديمومة الزواج ليحقق المقصود منه وهو حفظ النسل، ومن تلك المسائل مراعاة التقارب بين الزوجين في جوانب متعددة وهو ما يسمى بالكفاءة في الزواج، والتي ثار بشأنها اختلاف بين قائل باعتبارها وبين قائل بعدم اعتبارها لمنافاتها مبدأ المساواة بين الناس الذي جاء الإسلام لإقراره، وحتى القائلين باعتبارها اختلفوا في الأوصاف التي يجب مراعاتها، ومع ذلك فقد اتفقت كلمتهم على اعتبارها شرط لزوم في الزواج، وتطرقوا إلى جزئيات كثيرة متعلقة بهذا الموضوع كان لها أثرها على عقد الزواج.

ولذلك فإنّ هذه الدراسة المقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري والتي قسمناها إلى فصلين؛ حاولنا تسليط الضوء على هذا الموضوع المهم والمؤثر على الزواج والأسرة، وذلك انطلاقاً من تعريفها ومناقشة أدلة القائلين باعتبارها وكذا القائلين بعدم اعتبارها، وموقف قانون الأسرة من هذه المسألة مع التطرق إلى موقف بعض قوانين الأسرة العربية لإثراء الموضوع، وبيان أصحاب الحق في طلب الكفاءة، وأوصاف الكفاءة وأثرها على عقد الزواج، وحرصنا على الترجيح بين الآراء قدر المستطاع للوصول إلى نتائج واقتراحات تساهم في إثراء قانون الأسرة الجزائري بما يتناسب والمجتمع الجزائري.

## **Abstract**

Islam has shown a great interest in family, considering it as the basic building block of society, and for this reason has legislated marriage to be the sole way to found it, and which must have legal elements and conditions. Islamic jurists, through diligence, have taken into consideration anything that would prevent discord between spouses, and the continuity of marriage to achieve its finality which is preserving the species. Of those questions, the closeness of spouses in diverse sides called competence in marriage and which has been a point of difference among those who postulate its relevance and those who think it is irrelevant being contradictory to the principle of equality among people that Islam has endorsed. Even those who postulate the relevance of competence have disagreed on the characteristics to be considered, however they agreed upon its necessity for marriage, and have further studied a multitude of details pertaining to the subject, that have had their impact on the marriage contract.

This study is a comparison between islamic jurisprudence and the Algerian family code, and is divided into two chapters. Having a great influence on marriage and family, the important subject of competence in marriage has been highlighted by defining it and discussing arguments of its relevance and those of its irrelevance, and the standpoint of family code vis-à-vis the question, as well as that of Arab family codes to enrich the study, stating those who have the right to ask for competence, and the descriptions of competence. We have strived to balance arguments as much as we could in order to reach results and suggestions that would contribute to the enrichment of the Algerian family code that best suits the Algerian society.