جامعة محمد خيضر – بسكرة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

الكفاءة بين الزوجين ودواعيها

مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص قانون الأحوال الشخصية

إعداد الطالب:
– عثمان بوبكر

إشراف الأستاذ:
– عادل بن عبد الله

الموسم الجامعي: 2016 – 2017

بسم الله الرحمن الرحيم

الإهداء

أهدي عملي المتواضع هذا لوالديا حفظهما الله وقدرني على أن أرد لهما ولو جزءًا بسيطًا مما بذلاه من أجلي، وأسال الله القدير أن يطيل في عمرهما.

إلى إخوتي وجميع أفراد العائلة.

إلى جميع أصدقائي وخاصة أحمد.

إلى جميع طلاب الحقوق تخصص قانون الأحوال الشخصية دفعة 2016 – 2017.

شكر وعرفان

يقول الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم: « **مَنْ لَمْ يَشْكُرْ النَّاسْ لَمْ يَشْكُرْ الله** ».

عملا بقول أفضل الخلق عليه الصلاة والسلام يشرفني أن أتوجه بالشكر والاعتراف إلى كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل المتواضع.

خالص الشكر والعرفان للأستاذ **بن عبد الله عادل** على قبوله الإشراف على مذكرتي.

وجزيل الشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة.

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله الذي خلق فسوى، وقدر فهدى، والصلاة والسلام على سيد الخلق أجمعين محمد بن عبد الله المبعوث رحمة للعالمين، وعلى آله وصحبه أفضل الصلاة والتسليم.

أما بعد:

فقد قضى الإسلام على العصبية الجاهلية بتعاليمه الإنسانية، فوضع ميزاناً للتفاضل بين الناس (التقوى والعمل الصالح)، كما كانت توجيهاته–عليه الصلاة والسلام–تأكيداً لهذا المعنى فقد روى البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: (سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم: أي الناس أكرم؟ قال: (أكرمهم عند الله أتقاهم).

فرسخ–عليه الصلاة والسلام–بسنته القولية والفعلية أصول العقيدة والمبادئ الإنسانية السامية والتي من أهمها مبدأ المساواة، فقال عليه الصلاة والسلام: (إن ربكم واحد، وإن دينكم واحد: أبوكم آدم وآدم خلق من تراب، فلا فضل لعربي على أعجمي، ولا لأحمر على أسود إلا بالتقوى).

بهذا حارب الإسلام هذه العصبية وقضى عليها للآثار السلبية الكثيرة التي ترتبت عليها والتي تضر بالأمة الإسلامية أفراداً وجماعات ضرراً عظيما، روى مسلم في صحيحه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (أربع في أمتي من أمر الجاهلية لا يتركونهن: الفخر بالأحساب، والطعن في الأنساب، والنياحة، والاستسقاء بالنجوم) لقد أطلت العصبية برأسها القبيح في أيامنا المعاصرة، وعاد الناس يتفاخرون بالأحساب والأنساب، والأعمال والأموال، وتعصب كل رجل إلى جنسه وبلده وأرضه ولفئته وقومه وعمله وماله، فصار المسلمون فرقا وأحزابا، كتلاً وجماعات متناحرة متنازعة، مخالفين بذلك أهم تعاليم دينهم وأصول عقيدتهم وأساس اجتماعهم القائم على رابطة الأخوة في الله المنبثقة فهذا الدين يقوم على التوحيد والوحدة فهما صنوان لا يفترقان فأبناء هذه الأمة (المسلمون–كما قال عليه الصلاة والسلام– تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم أدناهم) وهم كالجسد الواحد الذي إذا ما اشتكى فيه عضو تداعى له سائر الجسد بالسهر والحمى. فالإسلام دين الفطرة يتعامل مع الإنسان في حدود فطرته وواقعه وحاجاته الحقيقية، فالذي خلق الإنسان جعل من فطرته(الزوجية) شأن كل شيء خلقه في الوجود، ثم شاء الله أن يجعل من الزوجين في الإنسان شطرين للنفس الواحدة ليكمل أحدهما الآخر. فالأسرة هي المؤسسة الأولى في الحياة الإنسانية، وهي أعظمها وأكرمها؛ لأنها تنشئ

الإنسان أكرم المخلوقات في الوجود وهي التي تمد المجتمع الإنساني بعوامل الاستمرار والبقاء والرقي، وهي فوق ذلك توفر لشطري النفس (الرجل والمرأة) على حد سواء السكن والطمأنينة والستر والإحسان، سكناً للنفس وهدوءاً للأعصاب وعليه فإن تمسك كثير من أولياء الأمور بشرط النسب أو الغنى أو العمل أو التعليم أو...الخ؛ أدى إلى عضل النساء وإلى تفشي العنوسة في المجتمع، فالتزاوج بين المسلمين يجعل الأباعد أقارب ويجعل الشعوب والقبائل والعشائر أصهاراً وإخواناً إن المرأة المسلمة في زماننا تبحث عن مخرج لها من هذا العضل، الذي كان سببه التشدد في الكفاءات وفهمها المغلوط من الأولياء، فرأيت أن هذه المسألة تحتاج إلى تقصي للحقائق وبحث وتمحيص فقررت أن أبحث فيها مستعينا بالله تعالى، سائلاً الله عز وجل التوفيق والسداد.

أهمية الموضوع وسبب اختياره:

1- إن تحري الصلاح والانسجام بين الزوجين لتوفير المناخ النفسي الملائم الذي تستطيع الأسرة أن تؤدي من خلاله دورها الإيجابي في المجتمع والحياة هو الذي دفع الفقهاء وعلماء القانون لاشتراط الكفاءة في الزواج.

2- سبب اختيار الموضوع يرجع إلى ما لاحظه الباحث من مظاهر سلبية أدخل عليها الناس من عادات وتقاليد-وإن كانت في نطاق محدود-لكنها تمثل تحدياً لطبيعة الإنسان السوية، فعمدت في هذه الرسالة أن أبين كيف نظر علماؤنا لموضوع الكفاءة.

3- بيان براءة الدين الإسلامي من تهمة التمييز العنصري والطبقي والعرقي.

4- إثراء المكتبة الإسلامية بأبحاث ذات صلة بالواقع المعاش.

ويمكننا من خلال هذا نطرح السؤال التالي:

إلى أي مدى يمكن اعتبار الكفاءة ما بين الزوجين ؟

الفصل الأول: ماهية الكفاءة الزوجية

الفصل الأول: ماهية الكفاءة الزوجية

يقول المولى عز وجل: ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً﴾[1]، ومن خلال هذه الآية الكريمة تبين لنا أن الله سبحانه وتعالى أعطى للزواج مكانة، وجعله آية من آياته لذلك كان لزاما علينا أن نتناول ماهية الكفاءة الزوجية في الفصل الأول انطلاقا من المبحث الأول الذي سنتطرق فيه إلى مفهوم الكفاءة الزوجية والذي نقسمه إلى مطلبين، الأول تعريف الكفاءة الزوجية لغة واصطلاحا وموقف المشرع الجزائري من الكفاءة، والثاني دليل الكفاءة من الكتاب والسنة، وبما أن هذا الموضوع محل دراسة وجب علينا التعمق في الموضوع من خلال المبحث الثاني الذي سنتطرق من خلاله على ما يترتب من خلاله عن الكفاءة في عقد الزواج، مقسمة كذلك إلى مطلبين أولهما عبارة عن تساؤل، هل الكفاءة شرط لزوم أم شرط صحة؟ والثاني يشترط حق الاعتراف في الكفاءة.

[1] سورة الروم، الآية 21.

المبحث الأول: مفهوم الكفاءة الزوجية

سنتطرق في هذا المبحث إلى مفهوم الكفاءة الزوجية، إذ ارتأينا تقسيمه إلى مطلبين، حديثنا في المطلب الأول عن تعريف الكفاءة الزوجية سواءٌ في اللغة والإصلاح، ثم نلقي نظرة عن موقف المشرع الجزائري منها، أما الحديث في المطلب الثاني فسيكون حول أدلة الكفاءة في الكتاب والسنة.

المطلب الأول: تعريف الكفاءة الزوجية

الفرع الأول: لغة:

هي المساواة والمماثلة[1]، ويدل هذا على قوله تعالى: ﴿قُلْ هُوَ اللَّهُ أَحَدٌ (1) اللَّهُ الصَّمَدُ (2) لَمْ يَلِدْ وَلَمْ يُولَدْ (3) وَلَمْ يَكُن لَّهُ كُفُوًا أَحَدٌ (4)﴾[2]، وقوله تعالى في الآية الأخيرة معناه لم يماثله أحد ولم يساوه، وهو تعريف يكاد أهل اللغة يتفقون عليه.

الفرع الثاني: اصطلاحا:

هي عبارة عن صفات تقوم في الرجل بموجبها لا تعير الزوجة ولا أولياؤها.[3]

والكفاءة غير معتبرة في جانب المرأة، بل في جانب الرجل، بمعنى أن المرأة لا يشترط أن تكون كفؤة للرجل، بل الرجل هو من يشترط أن يكون كفؤا لها، لأن الرجل لا يغيظه دناءة الفراش في العادة، بخلاف المرأة، فإن الشريفة من النساء تعير بالحسيس من الجمال.

ونظرا لقداسة عقد الزواج وأهميته في الشريعة الإسلامية الغراء نجد أن آثاره لا تقتصر على الزوجين فحسب، بل تمتد إلى أقارب الزوجين بما في ذلك من توارث وصلة رحم وتحرير بسبب المصاهرة إلى غيره. فإن لم يكن هناك تراض بين الجهات المعنية بالأمر، فإن العقد يكون عرضة للهشاشة والانهدام غالبا، فلو أمضيناه مع رفضهم له لأدى انهياره إلى حدوث أضرار لا تقتصر على الزوجين فحسب بل يتعدى ذلك إلى أسر الأقارب كذلك ولهذا السبب بالذات تتدخل الشريعة الإسلامية لتدارك ما قد يحدث من أضرار رعاية لأبناء الإسلام وتفاديا لإصابتهم بأي مكروه ليكون بذلك المجتمع متينا حصينا.

---

(1) محمد حسن أبو يحيى، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص 241.

(2) سورة الإخلاص، الآيات 1 – 4.

(3) مجد الدين أبو الفضل الحنفي، **الاختيار لتعليل المختار**، الجزء الثالث، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937، ص 97 – 101. – شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، القسم الأول، ص 102.

ولذا فإن الصفات في الكفاءة هي الصفات التي تستقر الحياة الزوجية غالبا مع حضورها وتوفرها على حسب ما يتعارف عليه الناس وعليه فإن الأمر مختلف من مجتمع الى مجتمع ومن عصر إلى عصر في اعتبار هذه الصفات.[1]

وكما سبق وأشرنا أن الكفاءة معتبرة في النكاح، لأن المصالح إنما تنتظم بين المتكافئين عادة، وهي معتبرة في جانب الرجل لا المرأة لأن الزوجة ترتفع بارتفاع مكانة الرجل، وتأبى الزوجة أن يكون الزوج أدنى منها وتعيره بذلك ولهذا اعتبرت الكفاءة في جانب الرجل لا المرأة. والكفاءة حق للمرأة وأوليائها وهي معتبرة في أول العقد ولا يشترط استمرار وجودها.[2]

وعُني عن البيان أن الشريعة الإسلامية لها ميزان واحد تزن الناس جميعا به وهو ميزان التقوى لقوله تعالى: ﴿ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾[3]، وقوله صلى الله عليه وسلم: "الناس سواسية كأسنان المشط". وهذا المبدأ لا يختلف في أي حال من الأحوال، وليس محلا للاجتهاد ولذا نحن نتحدث عن الكفاءة بين الزوجين إذ أنه من غير الجائز أن نعتقد بأن الإسلام يميز بين الأفراد بمعايير أخرى، أو يقسم الناس إلى طبقات.

والإسلام يجيز عقد الزواج بين الرجل والمرأة إذا كان الرجل ليس كفؤا للمرأة، وإنما اعتبر الإسلام الكفاءة في الرجل شرطا في حال عدم رضى الزوجة أو وليها بالزوج لعدم كفاءته.

يقول الكاساني* رحمه الله: "مصالح الناس تختل عند عدم الكفاءة لأنها لا تحصل بحسن الاختيار، والمرأة قد تعير عند الزواج بغير كفئ فتختل بذلك المصالح، ولأن الزوجين تجري بينهما مباسطات في النكاح لا يبقى النكاح بدون تحملها عادة، والتحمل من غير كفؤ أمر صعب يثقل على الطباع السليمة فلا يدوم مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها، إن المقصود بالكفاءة في الزواج هو توفير دواعي الاستقرار والانسجام في الأسرة وتجنب دواعي الشقاق والضرر

---

[1] مجد الدين أبو الفضل الحنفي، مرجع سابق، ص 101.

[2] محمود علي السرطاوي، **فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)**، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2007، ص 72.

[3] سورة الحجرات، الآية 13.

* **أبو بكر بن مسعود علاء الدين الكاساني:** فقيه حنفي من حلب يكنى بملك العلماء، وينسب لكسان وهي بلد في تركستان.

والتبغيض، لأن النكاح عقد العمر، ويشمل أغراض ومقاصد كالازدواج والصحبة والألفة وتأسيس القرابات ولا ينتظم ذلك عادة إلا بين الأكفاء.[1]

ما يمكن استخلاصه من تعريف الكاساني:

1- أنه اعتبر الكفاءة في عقد النكاح وكذلك اعتبر أن المصالح لا تنتظم إلا بين المتكافئين وهي معتبرة في حق الرجل لا المرأة.

2- رأى بأنه من أجل الاستقرار في الأسرة وتجنب الشقاق بين الزوجين وجب مراعاة الكفاءة وحسن الاختيار.

3- رأى أنه في حال زواج المرأة بغير كفء، قد تعير بسبب ذلك كما أنه يصعب على المرأة أن تتحمل العيش مع غير كفء، لأن مكانتها ترتفع بارتفاع مكانة زوجها.

وقد اختلفت المذاهب الفقهية الأربعة حول تعريف الكفاءة:

أ- عند الحنفية:

اختلف الأحناف في إعطائهم لتعريف لها، إلا أنهم اتفقوا على أن الكفاءة تعتبر في ستة أمور وهي: "النسب، الدين، المال، الحرفة، الإسلام، الحرية"، فهم يعرفونها على أنها المماثلة والمساواة في هذه النقاط الستة.

ب- عند المالكية:

اعتبروا في أن الكفاءة تتمثل في:

"الدين، السلامة من العيوب"، فهم متفقون على أنها المماثلة والمساواة كذلك في هذين الأمرين.

جـ- عند الشافعية:

اكتفوا في تعريفهم لها أنها: أمر يوجب عدمه عارا، وما اتفقوا عليه أن الكفاءة تتمثل في:

"الدين، النسب، والمال، والحرفة، والحرية".

د- عند الحنابلة:

اعتبروا الكفاءة في خمسة أشياء وهي:

" التدين، النسب، الحرية، الصناعة، اليسار"، واتفقوا كذلك على أنها المماثلة والمساواة في هذه

---

[1] أبو بكر بن مسعود علاء الدين الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص 573.

الأمور.[1]

وبناء على هذه التعريفات للكفاءة في النكاح من الناحية الفقهية هو أن الحنابلة والحنفية والمالكية يرون فيها المماثلة والمساواة في أمور معينة، أما تعريف الشافعية فهو مختلف وأكثر وضوحا فهو يحدد الضابط الذي وضعت لأجله الكفاءة وهو عدم حصول العار إضافة الى اشتراطهم خمسة أمور.

وفي الأخير يمكننا أن نستخلص تعريفا جامعا مانعا للكفاءة في الزواج وهو: أن الكفاءة هي المماثلة والمساواة بين الزوجين في أمور اجتماعية واقتصادية من أجل تحقيق السعادة الزوجية وترفع عن المرأة أو أولياؤها الحرج ودفع العار، والمقصود بالمساواة أن يكون الزوج نظيرا لها في المركز الخلقي والمالي.

الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الكفاءة في عقد الزواج

يجب الإشارة في بادئ الأمر أن دول المغرب العربي ككل لم يتطرقوا لموضوع الكفاءة وتركوا حرية الاختيار للأفراد لاختيار من يناسبهم للزواج وتنظيم أوضاعهم الخاصة وفقا لأعراف هذه الدول لنسبية الموضوع.

إن موقف المشرع الجزائري غير واضح في موضوع الكفاءة فقبل تعديل قانون 2005 كان المشرع الجزائري ينص على حالة عضل ومنع الولي من هي في ولايته بالزواج ومن رغبت في ذلك بنص المادة 12 الملغاة، وبعد تعديل 2005 حيث كانت تنص على ما يلي:

"لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه وكان الأصلح لها، وإذا وقع المنع يجوز للقاضي أن يأذن مع مراعاة نص المادة 09 من هذا القانون، غير أن للأب أن يمنع ابنته البكر من الزواج إذا كان في المنع مصلحة للبنت".[2]

وبهذا فإن مسألة اشتراط الولي في عقد النكاح لأجل مصلحة المولى عليها، ولهذا أعطى له المشرع الجزائري دور في زواج المولى، غير أن هذا الدور قيده بجملة من القيود، بأن لا يستطيع الولي أن يمنع موليته من الزواج سواء كانت بكرا أم ثيبا، فالمادة جاءت ولم تميز الحالات المُتحدث عنها، ومن هنا نتساءل ماهي المعايير لتحديد الزوج الأصلح؟ وهل حدد

---

[1] أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم منصور علي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)**، الطبعة الأولى، دار الفكر، مصر، 2008-2009، ص 64.

[2] من القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، ص 911.

المشرع الجزائري معنى "الأصلح"؟ مع العلم أنه من المتفق أنه الأصلح تعني الأكفء من الكفاءة أي أن الزوج يكون أصلح للمولى عليها في حال ما إذا أثبتت البنت أن الزوج أصلح لها ولا يوجد مبرر للمنع. ويصبح الأب في هذه الحالة متعسف في منع ابنته من الزواج بمن هو أصلح لها وبمعنى أدق بمن هو كفء لها، ففي هذه الحالة يحق للبنت أن تلجأ للقاضي دون أن تعود الولاية للذي يليه في حالة عضل الأب الأول في رأي الفقهاء، ثم إن المطلع على نصوص قانون الأسرة الجزائري بعد تعديل 2005 يجد أن المشرع الجزائري لم ينص على الكفاءة في عقد الزواج ولم يوضح موقفه تجاه هذا الموضوع، وعليه وجب في هذه الحالة تطبيق نص 222 من قانون الأسرة الجزائري والتي تنص على: "كل ما لم يرد عليه نص في هذا القانون يرجع فيه الى أحكام الشريعة الإسلامية".[1]

كان من الأحسن للمشرع الجزائري لو تبنى موقف وآراء فقهاء المذهب المالكي من أجل توضيح الصورة وإزالة الخلاف، ولعل أن عدم نص المشرع الجزائري على موضوع الكفاءة في موضوع الزواج يرجع إلى تغير الأعراف حيث أصبحت المرأة في هذا الزمان تتزوج بالرجل دون مراعاة من هو كفء لها ويرجع بسبب ذلك حصر دور الولي في الزواج حيث أصبح الولي بعد تعديل 2005 مجرد شرط في عقد الزواج وليس ركن، فالمشرع الجزائري قد يتماشى مع سلوك وأعراف المجتمع الجزائري.

المطلب الثاني: دليل الكفاءة

لقد جاءت الشريعة الإسلامية متوافقة مع الفطرة البشرية ومما لاشك فيه أن المصالح تنتظم بين المتكافئين وهذا ما أكدته الكثير من النصوص سواء من القرآن الكريم أو من السنة النبوية الشريفة، وكذا من العقل والمعقول.

الفرع الأول: دليل الكفاءة من القرآن الكريم

دلت الكثير من نصوص القرآن الكريم على وجوب مراعاة الكفاءة في الزواج من أجل تحقيق السعادة الزوجية والاستقرار والمودة والرحمة بين أفراد الأسرة الواحدة نذكر منها:

[1] المادة 222 من القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15، ص 911.

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

إن الله تبارك وتعالى قد خلق للرجال من جنسهم إناثا يكنَّ لهم أزواجا، حيث أن المولى عز وجل قد خلق حواء من ضلع آدم الأقصر الأيسر، ولما حدث هذا الائتلاف بينهم وبين الأزواج والتجانس، كان ذلك من رحمة الله ببني آدم أن جعل أزواجهم من جنسهم وجعل بينهم وبينهن مودة ورحمة وهي المحبة، ورحمة ورأفة، وبالتالي فإن ما يكفل ويضمن السعادة بين الزوجين وتحقيق السكينة والمودة والرحمة، إذا قامت على أسس سليمة من حسن الاختيار أي يكون الرجل كفء للمرأة، فإن اختيار المرأة لمن هو كفء لها هو ضرورة من الضروريات في الحياة الاجتماعية يتوقف عليها بقاء الأسرة واستمرار الحياة الزوجية واستقرار النفس والاطمئنان إلى الطرف الآخر والالتزام الخلقي بالحقوق والواجبات وتوزيع المسؤوليات بما يكفل، احتمال الأعباء في الحياة بالتعاون والتعاطف والتفاهم والحب وهذا ما ينعكس أثره على سير الحياة الأسرية من حسن تربية الأبناء.[2]

قال تعالى: ﴿وَالطَّيِّبَاتُ لِلطَّيِّبِينَ وَالطَّيِّبُونَ لِلطَّيِّبَاتِ﴾.[3]

الفرع الثاني: الدليل من السنة النبوية الشريفة

لقد حث الإسلام في الكثير من الأحاديث النبوية الشريفة على أن الكفاءة معتبرة في عقد النكاح ويتجلى ذلك في الكثير من الأحاديث من بينها:

حدثنا أبي بكر بن أبي سيبة، وحدثنا سفيان عن أبي بكر الجهم بن صغير العدوي قال: "سمعت فاطمة بنت قيس تقول أن زوجها طلقها ثلاثا فلم يجعل لها رسول الله سكنا ولا نفقة، قالت: قال لي رسول الله صلى الله عليه وسلم: إذا حللت فآذنتني فآذنته فخطبها معاوية وأبو جهم وأسامة بن زيد فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: طاعة الله وطاعة رسول الله خير لك، فتزوجته فاعتبطت".[4]

---

[1] سورة الروم، الآية 21.

[2] أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، **تفسير القرآن العظيم**، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية، 1997، ص 34.

[3] سورة النور، الآية 26.

[4] أبي لحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، **صحيح مسلم**، دار الرشد للكتاب والقرآن الكريم، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010، رقم الحديث 1480، ص 574.

ما يتضح من هذا الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أوضح بأن معاوية لا مال له، لأن الفقير قد يطلق على من له شيء يسير ولا يقع موقعا من كفايته، وأما أبو جهم فيضرب النساء وقاس في معاملته معهن، فقدم أمرها الرسول عليه الصلاة والسلام بأن تنكح أسامة بن زيد.[1]

وما نستنتجه من هذا الحديث أن الرسول صلى الله وسلم قد اعتبر الكفاءة في عقد الزواج ما يدل على ذلك خطبة معاوية وأبو جهم لفاطمة بنت قيس وكذا أسامة بن زيد فأمره عليه الصلاة والسلام بالزواج بأسامة بن زيد، فقد خير صلى الله عليه وسلم بينهم في ثلاثة وقد رأى كذلك أن أسامة بن زيد أكفء الثلاثة لفاطمة بنت قيس وهو الذي بإمكانها أن تعيش معه ولو لم يكن عليه الصلاة والسلام يعتبر الكفاءة في عقد الزواج لما خيرها على أفضل الصلاة والسلام أسامة بن زيد، وهنا اعتبر الكفاءة في المال وغيره مشروعة في الزواج.

كما نذكر كذلك قصة خديجة رضي الله عنها، فقد قال أبو سلمة ويحي ولما هلكت خديجة رضي الله عنها جاءت خولة بنت حكيم امرأة عثمان بن مظعون، قالت: "يا رسول الله ألا تتزوج؟ قال من؟ إن شئت بكارا وإن شئت ثيبا قال فمن البكر؟ قالت ابنة أخي أقرب خلق الله عز وجل إليك، عائشة بنت أبي بكر، قال ومن الثيب قالت: سودة بنت زمعة فقالت: ماذا أحل الله عز وجل عليك من الخير والبركة؟ قالت وما ذاك؟ قالت: أدخلي إلى أبي فاذكري ذاك له، وكان شيخا كبيرا قد أدركه السن قد تخلف عن الحج فدخلت عليه فحيته بتحية الجاهلية فقال من هذه؟ فقالت خولة بنت الحكيم قال فما شأنك؟ قالت: أرسلني محمد بن عبد الله أخطب عليه سودة قال: كفء كريم، ماذا تقول صاحبتك؟ قالت تحب ذاك، قال: أدعها إن فدعيتها، قال أي بني إن هذه تزعم أن محمد بن عبد المطلب قد أرسل يخطبك وهو كفء كريم أتبين أن أزوجك به، قالت نعم، قالت أوعه لي، فجاء الرسول صلى الله عليه وسلم فزوجها إياه ...".

المطلب الثاني: حكم الكفاءة

لقد أجمع الفقهاء على أن الكفاءة أصل في الدين فالمسلمة ليس لها كفؤ غير المسلم، ولا يصح العقد عليها إلا من الزوج المسلم، ولا يحق للمسلم أن يتزوج الكتابيات على خلاف ضعيف كما أن نصوص القرآن واضحة في ذلك منها:

---

[1] محمد جواد خليل، **صحيح مسلم بين القداسة والموضوعية**، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار البلاغ للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009، ص 361.

قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا﴾.[1]

وقوله: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ وَآتُوهُم مَّا أَنفَقُوا وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وَلَا تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوَافِرِ وَاسْأَلُوا مَا أَنفَقْتُمْ وَلْيَسْأَلُوا مَا أَنفَقُوا ذَٰلِكُمْ حُكْمُ اللَّهِ يَحْكُمُ بَيْنَكُمْ وَاللَّهُ عَلِيمٌ حَكِيمٌ﴾.[2]

فالكفاءة في أصل الدين مما لا خلاف عليها عند العلماء، وكذلك اتفق العلماء على اعتبار الكفاءة في الدين من حيث الصلاح والاستقامة في الدين، فالفاسق ومرتكب الكبائر ليسا كفؤا للمتدينة والتقنية وهذا مما اتفقوا عليه أيضا ولم يخالف ذلك إلا بن حزم، وعلى هذا يقول ابن القيم الجوزية: "فالذي يقتضيه حكمه صلى الله عليه وسلم اعتبار الدين في الكفاءة أصلا وكمالا فلا تتزوج المسلمة بكافر ولا عفيفة بفاجر، فإنه حرم على المسلمة نكاح الزاني الخبيث".

القول الأول:

عدم اعتبار الكفاءة في أي شيء سوى الدين سواء أصل الدين وإكماله فالكفاءة في الأمور الدنيوية ليست شرطا لصحة النكاح أو لزومه وهو ما ذهب إليه ابن حزم فقد قال: أهل الإسلام كلهم إخوة لا يحرم على ابن زنجية نكاح ابنة الخليفة الهاشمي والفاسق الذي بلغ الغاية من الفسق، المسلم مالم يكن زانيا كفؤا للمسلمة الفاضلة، وكذلك الفاضل المسلم كفؤا للمسلمة الفاسقة ما لم تكن زانية، فقال بعض الحنفية كالكاساني والكرخي، واحتج ابن حزم إلى ما ذهب إليه بما يأتي:

1- قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ فَأَصْلِحُوا بَيْنَ أَخَوَيْكُمْ ۚ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُرْحَمُونَ﴾.[3]

وقال أيضا: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ﴾.[4]

وقال بن حزم أن هاتان الآيتان خطاب لجميع المسلمين بلا فرق.[5]

---

[1] سورة البقرة، الآية 221.

[2] سورة الممتحنة، الآية 110.

[3] سورة النساء، الآية 03.

[4] سورة الحجرات، الآية 10.

[5] مصطفى محمد أمين حيدر، **أحكام الزواج والطلاق في فقه الإسلام الظاهري**، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010، ص 113.

وقد أنكح النبي صلى الله عليه وسلم زينب لزيد مولاه وقد كانت بنت عمته، وكذلك زوج المقدار صناعة بنت الزبير بن عبد المطلب.

ومما يؤيد ما ذهب إليه ابن حزم في بعض الأحاديث قوله صلى الله عليه وسلم: "... لا فضل لعربي على أعجمي ولا أعجمي على عربي ولا أحمر على أسود ولا أسود على أحمر إلا بالتقوى ... ".

القول الثاني:

ذهب جمهور العلماء إلى اعتبار الكفاءة في الأمور الدنيوية وممن قال بذلك الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة.

ولقد استدلوا بعدة أدلة نذكر منها:

لقوله صلى الله عليه وسلم: "تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء ...".[1]

وقوله صلى الله عليه وسلم: "....ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجوهن إلا من الأكفاء".[2]

وقال الشافعي أصل الكفاءة حديث بريدة حيث أنها كانت أمة وزوجها عبد فأعتقت فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم في أن تبقى زوجة للعبد وبين الطلاق وهذا يدل على أن العبد ليس كفؤا للمرأة.

وبناء على رأي الفريقين وحججهم ورأي ابن حزم، لكن ليس على إطلاقه كما يقول: فالمسلم الفاسق الذي بلغ الغاية في الفسق كفء للمسلمة الفاضلة، وكذلك الفاضل المسلم كفء للمسلمة الفاسقة إن لم تكن زانية، وقد عارض هذا الكلام حديث الرسول عليه الصلاة والسلام: "إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ألا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد عريض".[3]

وبهذا فالحديث واضح باشتراط الرضا من قبل الأولياء على دين وأخلاق الرجل المتقدم للنكاح، فالرجل الفاسق يحق للأولياء منعه من النكاح لأن النبي صلى الله عليه وسلم ذكر فقط الرجل المتدين، وصاحب الأخلاق الحسنة فمثلا شارب الخمر لا يرضا أحد عليه لا عن دينه ولا عن أخلاقه، لكن بن حزم يجيز له زواج المسلمة الفاضلة المتدينة.[4]

---

[1] رواه الحاكم في **مستدركه**.

[2] رواه البيهقي في **السنن الكبرى**.

[3] رواه الترمذي.

[4] مرجع سابق.

المبحث الثاني: آثار الكفاءة في عقد الزواج

إن الكفاءة في عقد النكاح أمر لابد منه وقد لقي تخلفها فيه عدة اختلافات للعديد من المذاهب الفقهية خاصة المذاهب الفقهية الأربعة، حيث أنه لكل مذهب رأي يستند إليه انطلاقا من دليل شرعي سواء في الكتاب أو السنة وقد اختلف الفقهاء في الكفاءة وقد اختلفوا في ثلاثة آراء:

- **القول الأول:** انها شرط لزوم.
- **القول الثاني:** انها شرط صحة.
- **القول الثالث:** انها ليست شرطا مطلقا.

المطلب الأول: الكفاءة بين اللزوم والصحة

عقد الزواج عقد لازم، ليس لأحد أن يتفرد بفسخه، ويقصد بالفسخ نقض العقد من أصله، واعتباره كأنه لم يكن، ويجب أن يعلم أن الطلاق ليس فسخا لعقد الزواج، وهو من الحقوق التي للزوج بموجب عقد الزواج.

وعقد الزواج وجب أن يكون لازما ليس لأحد نقضه، لأنه لا يمكن تحقيق المقاصد الشرعية منه، إلا اذا كان لازما، فحل الاستماع الذي ينتج عنه النسل وما يترتب عن ذلك عناية بالنشء لا يكون إلا مع لزوم العقد، أما الطلاق فهو إنهاء العقد، عندما تصبح الحياة الزوجية ضررا وظلما، بدل المودة والرحمة.

إن الرضا عنصر أساسي في انشاء العقود في الشريعة الإسلامية، فإذا شاب الرضا إكراه، أو خديعة أو تدليس يكون الرضا في هذه الحالة غير تام، ويكون العاقد الآخر له حق الفسخ، فمن هنا نعرف معنى شروط اللزوم في عقد الزواج فقد يكون ولي الزوجة ليس على علم تام بأحوال الزوج ويكون الزوج قد غرر بأهل الزوجة وبها وانتسب إلى غير قومه أو أوهمها وأوهمهم أنه ذو مال، وذو منصب وتبين لهم غير ذلك، مما لو وضعه أولا لما قبلت الزوجة أو وافق وليها، لهذا كله قد ينشأ العقد، وتترتب عليه أحكامه مع ذلك يكون غير لازم.[1]

---

[1] محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية "شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية"**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص 121.

الفرع الأول الكفاءة شرط لزوم في عقد الزواج

يرى جمهور الفقهاء أن الكفاءة شرط في لزوم الزواج لا صحة فيه واستدلوا فيما يلي:

أ- حديثه صلى الله عليه وسلم: "ثلاث لا تؤخر الصلاة إذا أتت والجنازة إذا حضرت والأيم إذا وجدت لها كفؤا".

ب- وحديثه صلى الله عليه وسلم: " تخيروا لنطفكم وانكحوا الأكفاء".

جـ- وحديث أبي حاتم المزني: "إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فزوجوه ألا تفعلوا، تكن فتنة في الأرض وفساد كبير".

قال الهمام الفقيه الحنفي: "فهذه الأحاديث الضعيفة يتقوى بعضها بعض فتصبح حجة بالتظافر والشواهد وترتفع إلى مرتبة الحسن".

د- وهو أن انتظام المصالح بين الزوجين لا يكون عادة إلا اذا كان هناك تكافؤ بينهما، لأن الشريعة تأبى العيش مع الخسيس فلابد من اعتبار الكفاءة من جانب الرجل لأن الزوج لا يتأثر بعدم الكفاءة عادة. [1]

فشروط اللزوم هي التي يتوقف عليها بقاء العقد واستمراره بحيث لا يكون لأحد الزوجين أو غيرهما حق فسخ العقد بعد أن توافرت شروط انعقاده وشروط صحته إذ لو كان لأحد فسخه لكان غير لازم فالعقد بعد توافر مختلف الشروط ليكون لازما لابد أن تتوافر فيه الشروط الآتية:

1- أن يكون العاقد فاقد الأهلية "الصغير والمجنون" سواء كان الصغر درجة واحدة كما عند الشافعية، أو درجتين كما عند الحنفية.

أن يكون العاقد هو الأب والجد، وقد ذكرنا أحكام تزويج الصغار والمجانين مفصلة في الصفحات الماضية، ويدخل هذا الشرط ضمنها.

فالقانون قد اشترط كفاءة الزوجين، واعتبر عقد زواج الصغار فاسدا، أما عدم الأهلية للجنون والعته، فقد ذكرناه هو الآخر والقانون على اشتراط إذن القاضي عند تحقيق المصلحة وقد أجاز الحنفية لغير الأب عقد زواج الصغير، ولكنهم جعلوا العقد غير لازم أي للصغار الحق بعد البلوغ في فسخ العقد، أما عقد الأب والجد فيكون لازما، وليس للصغير إذا بلغ حق الفسخ وكذلك المجنون إذا أفاق كما مر معنا.

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص 67.

2- أن يكون كل واحد من الزوجين خاليا من العيوب المبيحة للفسخ والتي سنتكلم مفصلا عنها عند الكلام عن التفريق بين الزوجين.

3- إذ يتم الزواج بهم بمهر المثل سواء يتولى عقد النكاح المالي كما عند الشافعية، أن تتولاه المرأة نفسها كما عند الحنفية ففي الحالتين لابد من مهر المثل وذلك لوقوع التفاخر به كما قال الحنفية، فهو من حق الأولياء لدفع العار عنهم والمعتبر في مهر المثل النسب، فيراعى في المرأة المطلوب في مهر مثلها أقرب من تنسب من نساء العصبة إلى من تنسب إليه هذه المرأة[1]

ولقد رد أصحاب هذا القول على القائلين بأن الكفاءة شرط صحة بأنه لو كانت الكفاءة شرطا صحة لما صح العقد وأسقط حق الأولياء والمرأة في الاعتراض، ولقد استدل أصحاب هذا الرأي ببعض الأدلة نذكر منها:

قال تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾.[2]

يتبين لنا من خلال هذه الآية الكريمة أن الله تبارك وتعالى بين أن التفاضل بين الناس يكون فقط بالعمل الصالح والتقوى فقط وهذا ما يجزم بأن الكفاءة شرط لزوم في عقد الزواج.

كما روي عن عبد الله بن عباس: "أن جارية بكرا أتت النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت أن أباها زوجها وهي كارهة فخيرها النبي".[3]

من المعقول: مادامت الكفاءة حق للمرأة وأوليائها، فإنها لن تخرج عن كونها شرط لزوم لأن كل من المرأة وأوليائها الحق في الاعتراض إذا لم يكن الزواج بكفي.[4]

وما يمكننا استنتاجه من هذا الرأي أنهم استدلوا إلى الأحاديث الضعيفة بالدرجة الأولى بالإضافة إلى أنها ظنية وأنها قطعية الدلالة في قولهم بأن الكفاءة شرط لزوم وليست شرط صحة في عقد الزواج.

---

[1] محمد سمارة، مرجع سابق، ص 121.

[2] سورة الحجرات، الآية 13.

[3] محمد أبو زهرة، **عقد الزواج وآثاره**، دار الفكر الجامعي، مصر، 1981، ص 191.

[4] أخرجه أبو داود في **سننه**، رقم الحديث 2096، ص 731.

الفرع الثاني: الكفاءة شرط صحة في عقد الزواج

يرى أصحاب هذا الرأي إلى القول بأن الكفاءة شرط لصحة الزواج وقد قال لهذا الرأي بعض الحنفية، وهو المفتى به والحنابلة في غير المشهور عندهم وقول عند الشافعية وقالوا أن فقدان الكفاءة في عقد الزواج يجعل العقد باطلا ولو رضوا به.

وبذلك فإن شرط الصحة لا يسقط بإسقاطه من المتعاقدين بالإضافة إلى أنهم يعتبرون الكفاءة شرط صحة تبعا لصاحب الحق فيها فهم يرونها حق لله تعالى على أساس شرط الإسلام في عقد الزواج لدى جميع الفقهاء فليس لأحد إسقاطه فلو تزوجت المسلمة من كافر رد نكاحها ولو حصل التراضي وبالتالي فإن شرط الإسلام شرط أساسي في عقد النكاح على المرأة المسلمة

وبهذا نستطيع حصر شروط الصحة الخاصة بالزوج في:

1- الإسلام: فلا يصح من كافر كتابي أو غيره ولو كان المعقود عليها كافرة لما سيأتي أن أنكحنهم فاسدة، وإنما أقروا بعد الإسلام عليها تأليفا لهم، وبهذا الشرط فإن عقد المسلمة على كافر كتابي أو غيره باطل والدليل على ذلك[1] قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّى يُؤْمِنَّ وَلَأَمَةٌ مُّؤْمِنَةٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكَةٍ وَلَوْ أَعْجَبَتْكُمْ وَلَا تُنكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّى يُؤْمِنُوا وَلَعَبْدٌ مُّؤْمِنٌ خَيْرٌ مِّن مُّشْرِكٍ وَلَوْ أَعْجَبَكُمْ﴾.[2]

2- أن لا تكون المرأة محرمة على رجل تحريما بما فيه شبة أو أخلاق:

كما لو كان التحرير قد ثبت بتحرير ظني، فإن انتقلت الحرمة عد العقد صحيحا عند الحنفية وفاسدا عند ثبوتها، وأما العقد عند الشافعية فيكون صحيحا عند انتفاء الحرمة وباطلا عند ثبوت الحرمة لعدم الفرق عندهم بين الباطل والفاسد في عقد النكاح، كالزواج بالمعتدة من طلاق بائن، والتزويج من أخت معتدة من زواج بائن إذا تزوج من امرأة أرضعته مرة واحدة ففي الحالات السابقة إذا اثبتت الحرمة عندهما كان الحكم واحدا وهو الحرمة كما في الزواج بالمعتدة من طلاق بائن، إلا أنه يكون فاسدا عند الحنفية وباطلا عند الشافعية ولكن ما ينبغي الإشارة اليه أن الآثار المترتبة عليه واحدة عند الاثنين ويجب التفريق بينهم.

---

[1] عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص 86.

[2] سورة البقرة، الآية 221.

3- الصيغة:

أن تكون مؤبدة غير مؤقتة فإذا أقترن الزواج بمدة العقد سواء كانت المدة معلومة أو مجهولة كما في نكاح المتعة سواء أعلم بالفساد أو لم يعلم، وحيث لا أحد فوجب المهر والعدة ويثبت النسب.

قلت: أن الأول عد بهذا الشرط من شروط الانعقاد المتعلقة بالصيغة، لأن أثر انعدام هذا الشرط هو البطلان عند الحنفية والشافعية، لا عداهما من شروط الصحة كما فعل ذلك الدكتور وهبة زحيلي، ثم لابد من الفرق من نكاح المتعة فيما إذا انعقد بلفظ التمتع كما لو قيل أعطيك كذا على أن أتمتع بك يوما أو شهرا، وبينما انعقد بلفظ التزويج كأن يقول أتزوجك لمدة عشرة أيام ونحو ذلك فالأول باطل عند الحنفية والجمهور، والثاني فاسد عند الحنفية إلا الإمام زفر إلا أنه قال إن اشترط أصبح باطل والعقد صحيح على اعتبار أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وهذا النوع من الزواج متفق على حرمته ولم يخالف في ذلك الشيعة الإمامية.

4- الولي:

ولقد عد البعض (الكاساني) الولي شرطا من شروط الصحة عند الحنفية والشافعية، وإن عد الولي شرطا ليس صحيحا فهو ركن عند الشافعية ولا يجوز الزواج بدونه وهو مما لابد منه وعند الحنفية من حيث الجملة ليس بشرط لأن للمرأة البالغة أن تزوج نفسها بإذن الولي أو من دون اذنه، فعبارة النساء عندهم صالحة لإنشاء العقد، فالولي ليس شرطا للصحة عند الحنفية والشافعية، كما توهم العديد من الباحثين، وتفصل ذلك يأتي في مسألة الولي.

5- الشهود:

الشهود شرط الصحة باتفاق الحنفية والشافعية (لكن ما يتبين من خلال كتب الشافعية والحنفية) فلا يصح الزواج دون شهود وهو قول الجمهور، إلا الشيعة الجعفرية يرون صحة الزواج دون شهود، والشهود وإن كانوا من شروط الصحة باتفاق الحنفية والشافعية إلا أنه حصل خلاف بينهما في العديد من المسائل.[1]

لا خلاف بين الحنفية والشافعية في عدم صحة انعقاد الزواج دون شهود وإثم العقد دون شهود كان صحيح وموجب للتفريق بين الزوجين.

---

[1] إسماعيل أبا بكر البامري، **أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية**، دراسة مقارنة بالقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص 91.

ولكن الخلاف بينهما قائم في صفات معينة في الشهود كالذكورة فهي شرط فيهما أم لا؟ وبعبارة أخرى هل ينعقد الزواج بشهادة رجل واحد أو امرأتين أم لا؟

مذهب الحنفية:

يصح انعقاد العقد بشهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، فليس الشهادة على عقد الزواج عند الحنفية مقصورا على الرجال لقد استدل الحنفية لمن هبهم بما يأتي

أولا: من الكتاب:

قال تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى﴾.[1]

الآية دليل على صحة انعقاد الزواج بشهادة رجل واحد وامرأتان لأن الأصل كما يقول الزيلعي أن تقبل شهادة النساء مطلقا، ولكن جاء النص بخلاف فلم تجز شهادتهن في الحدود والقصاص كي لا يكثر خروجهن ولأن في شهادتين ضربا من الشك والشبهة والحدود تدر بالشبهات فلا قيمة لشهادتهن فيها، ولكن بقي حكم شهادتهن على الاصل وهو القبول في النكاح والطلاق وغيرهما فالآية وإن كانت واردة في الأموال، ولكن ليس هناك مانع من دخول الشهادة على الزواج فيها، وتخل ابتداء فقياسا.

ولكن رد الشافعية على هذا بقولهم: "إن الأصل عدم قبول شهادة النساء وإنما أجيزت هنا في الأموال استثناء ضرورة احياء حق العباد فلا تدخل شهادة النساء على النكاح في الآية

وأما القبول بأنها تدخل قياسا فغير مقبول لأن الأموال لكثرة وعودها ودنو خطرها كانت القاعدة فيها التوسيع، إذا العادة أن يوسع فيها ما يكثر وقوعه، فلا يلحق بها ما هو أعظم خطرا أو أقل وجودا كالنكاح، ثم إن النكاح يخالف البيع لأن القصد من البيع المال والقصد من النكاح الاستمتاع، وطلب الولد فلا يقاس عليه.

من الأثر: روي أن عمرا وعليا أجازا شهادة النساء مع الرجال والطلاق والفرق، لكن أجيب: "أنه لا حجة في هذا الأثر لأنه منقطع"، ثم إنه من رواية الحجاج وهو لا يحتج به.

من المعقول: أن أهلية الشهادة مبنية على الولاية، والولاية مبنية على الحرية وهي موجودة في النساء في الاتفاق لذا كانت شهادتهن حجة أصلية فأجيزت شهادتهن لتمتعها بالأهلية كالرجل، وأما أهلية التحمل فتكون بالمشاهدة والضبط وقد ساوت المرأة الرجل في ذلك لوجود دلالة القدرة

[1] سورة البقرة، الآية 282.

وهو العقل المميز المدرك للأشياء واللسان الناطق، لكن رد الشافعية على هذا الدليل بقولهم أن شهادة النساء حجة ضرورية حفاظا على حقوق العباد من الضياع، ألا ترى أنه لو وجد رجلان وامرأتان وكلهم شهود فإن القبول هو شهادة الرجلين لا الرجل والمرأتين.[1]

مذهب الشافعية: لا ينعقد النكاح عند الشافعية إلا بشهادة رجلين، ولا يصح انعقاد الزواج بشهادة رجل واحد وامرأتين، واستدل الشافعية لمذهبهم بما يأتي:

أولا: الكتاب

قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾.[2]

وجه الدلالة في الآية أن الله عز وجل نص على الرجلين في الطلاق والرجعة فدل ذلك على أن كمال الشهادة في الطلاق والرجعة شاهدان أن لا نساء فيهما لأن الشاهدين لا يحتمل أن يكونا إلا رجلين في النكاح كالطلاق.

ثانيا: السنة

قوله صلى الله عليه وسلم: "... لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل"، وهذا إنما ينطبق على الرجال وهو تأكيد لقوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾.

ثالثا: من الأثر:

روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما قولهما: "لا تجوز شهادة النساء على الطلاق والنكاح ولا الدماء والحدود".

رابعا: من المعقول:

إن كل من يملك إجراء العقد بنفسه جاز أن يكون شاهدا على العقد نفسه لذا كانت شهادة النساء غير مقبولة في النكاح، لأنها لا تملك إجراء العقد بنفسها، للأدلة القوية الواردة في ذلك.

خامسا: الترجيح

والذي يبدو هو ما ذهب إليه الشافعية لقوة أدلتهم ولما لهذا العقد من خطورة في حياة الناس، فكان لابد من الاستشهاد عليه برجلان وعدم جواز شهادة النساء فيها، لاختلال الضبط ونقص العقل وقصور الولاية والله أعلم.[3]

---

[1] إسماعيل أبا بكر البامري، مرجع سابق، ص 92، 93.

[2] سورة الطلاق، الآية 02.

[3] إسماعيل أبا بكر البامري، مرجع سابق، ص 94، 95.

المطلب الثاني: اشتراط الكفاءة من جانب المرأة وشروط التفادي

الفرع الأول: اشتراط الكفاءة في عقد الزواج

1- إذا زوج فاقد الأهلية غير فروعه أو أصله أو واحد منهما وكان معروفا بسوء الاختيار فإنه يشترط لصحة الزواج كفاءة المرأة.

2- إذا زوج الوكيل وكالة مطلقة موكله كامل الأهلية فإنه يشترط لنفاذ العقد أو يزوجه امرأة تكافئه كما يرى الصاحبان وهو الراجح عند الأحناف.[1]

الفرع الثاني: شرائط النفاذ

يشترط أن يكون كل من العاقدين ذا أهلية يصوغ بها شرعا مباشرة العقد، فإن كان صغيرا غير مميزا أو مجنونا كان عقده باطلا، وإن كان صبيا مميزا كان عقده موقوفا على إجازة وليه، وقد سبق القول بأن القانون منع زواج الصغار وجعل العقد على الصغير من قبل العقد الفاسد فلا حاجة للإعادة.

ويشترط أيضا في عقد الزواج أن يكون العاقد أصيل يعقد لنفسه، أو وكيل يعقد لموكله فإن تولى العقد غيرهما كان العاقد فضوليا، وعقد الفضولي يكون موقوفا على إجازة صاحب الشأن فإن أجازه جاز وإن لم ينجزه كان باطلا ولم يتخذ وقد منع القانون العقد الفضولي.[2]

المطلب الثالث: الكفاءة ليست شرطا مطلقا في عقد الزواج

يرى أصحاب هذا الرأي أن الكفاءة ليست شرط صحة ولا شرط لزوم في عقد الزواج، ومن بينهم المالكية وابن حزم وقالوا أن كل مسلم هو كفء للمسلمة، ولقد استدلوا بأدلة من السنة والكتاب والمعقول.

1- من القرآن الكريم:

قال تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ إِخْوَةٌ﴾.[3]

وقال أيضا: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ بِالْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ الْمُنْكَرِ﴾.[4]

---

[1] محمد كمال الدين إمام، **الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة شرعية وفقهية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007، ص 151.

[2] محمد علي السرطاوي، مرجع سابق، ص 86.

[3] سورة الحجرات، الآية 10.

[4] سورة التوبة، الآية 71.

وجه الدلالة:

- المؤمنون جميعا إخوة لا فرق بينهم.
- إطلاق حلية نكاح النساء دون تقييد.

وإذا اعتبرنا الكفاءة في عقد النكاح فهو مخالف لما جاء في نص الآيتين السابقتين.

2- من السنة:

الحادثة الشهيرة لبلال أنه خطب إلى قوم من الأنصار فأبوا أن يزوجوه فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم قل إن رسول الله يأمركم أن تزوجوني، فأمر الرسول عليه الصلاة والسلام لهم بتزويج بلال دليل على عدم اعتبار الكفاءة لو كانت معتبرة لم يأمرهم بذلك. وكذلك ما فعله رسول الله أنه خطب امرأة قريشية على مولاه أسامة وقدمه على أسامة وقدمه على عبد الرحمن بن عوف وهذا ظاهر على عدم الكفاءة في عقد النكاح.

من المعقول:

لقد جعل الإسلام التساوي في القصاص فيقتل الشريف بمن دونه، فإذا كانت الكفاءة في الجنايات غير معتبرة فعدمها في الزواج من باب أولى، وكذلك الكفاءة في الزواج غير معتبرة في جانب الزوجة فواجب أن تعتبر أيضا في جانب الزوج.[1]

فالشريعة الإسلامية قد ساوت بين الناس في الحقوق والواجبات، ولم تفاضل بينهم وإذا كان هناك تفاضل إنما هو لحكمة فقط أرادها الله عز وجل، كما أنه عد الكفاءة في عقد الزواج يفوت الكثير من المصالح، أما اعتبارها فيؤدي إلى تحقيق مقاصد الزواج من مودة وألفة وحسن المعاشرة بين الزوجين.

بالنظر إلى أدلة الفرق الثلاثة يترجح لنا القول بالرأي الثاني القائل باعتبار الكفاءة شرط لزوم وذلك لقوة أدلته.

هو أكثر تماشيا مع العصر الحالي وأقول أن الأول للمسلمة أن تختار من ترضاه، مراعيا في ذلك الدين والخلق لأنه إذا صلح دين الرجل صلحت جميع صفاته الأخرى، والعكس صحيح وإذا كان غير ذلك، يلحقها تعيير وسب من المجتمع خصوصا في هذا العصر الذي لا يتردد لحظة إلا ويقوم بقذف زوجات الآخرين، كما أنه مادام المشرع الجزائري قد قلل من صلاحيات

---

[1] حسن محمد عبد الحميد الكردي، **الزواج مقارنة بقانون الأحوال الشخصية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008، ص 55.

الولي في عقد الزواج واعتباره شرطا في عقد الزواج، فاعتبار الكفاءة شرط لزوم تخول له فسخ عقد الزواج وحق الاعتراض إذا تزوجت المرأة من هو غير كفئ لها.[1]

[1] حسن محمد عبد الحميد الكردي، مرجع سابق، ص 55.

الفصل الثاني: الخصال المعتبرة في الكفاءة

الفصل الثاني: الخصال المعتبرة في الكفاءة

المبحث الأول: آراء الفقهاء في الخصال المعتبرة في الكفاءة

المطلب الأول: الكفاءة في الدين

الفرع الأول: رأي علي السيد الشرباصي

ليس المقصود بالكفاءة هنا الإسلام للزوج بالنسبة للزوجة المسلمة، وإنما المقصود إسلام الأصول فمن كان أبوه غير مسلم وهو مسلم، لا يكون كفؤا للمسلمة التي لها أب مسلم ومن كان أبوه مسلما فقط لا يكون كفؤا لمن كان أبوه وأجداده مسلمون.[1]

الفرع الثاني: رأي محمد حسن أبو يحي

والمقصود بالدين هنا الإسلام الذي ارتضاه الله وبعث به رسوله وهو الاستسلام لله وحده، وأصله في القلب هو الخضوع لله، ومساواة الزوج والزوجة في الصلاح والتقوى، فالفاسق ليس بكفء للعفيفة أو الصالحة أو المستقيمة، وفسر فقهاء الدين بالديانة لأن مطلق الدين هو الإسلام ولا كلام فيه، لأن إسلام الزوج شرط زواج نكاح المسلمة، إنما الكلام في حق الأولياء في الاعتراض للأولياء بعد انعقاد العقد، وذلك لا يكون إلا في الدين بمعنى الديانة، وقد اعتبر الفقهاء الكفاءة في الدين من أعمال المفاخر، والمرأة تعير بفسق الزوج.[2]

المطلب الثاني: السلامة من العيوب

ونعني بهذه العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج، ولا القدرة على إبرام عقد الزواج ومن بين هذه العيوب ما يوجب الرد ومنها من لا يوجب الرد، فتشمل منها: الرجال والنساء ثلاثة أشياء:

الجنون، والجذام، والبرص، ولقد اختلف الفقهاء في اعتبار السلامة من العيوب المثبتة للخيار على الجذام والجذام على رأيين:

الفرع الأول: الرأي الأول:

استدل أصحاب هذا الرأي من السنة ومن المعقول.

---

[1] رمضان علي الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002، ص 149.

[2] محمد حسن أبو يحي، مرجع سابق، ص 252.

1- السنة:

فيما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم قال: "فر من المجذوم، فرارك من الأسد".[1]

أفاد الأمر الوارد في الحديث وهو الفرار من المجذوم على الاعتماد بشرط السلامة من العيوب، ولو لزم النكاح لما لزم الرسول عليه الصلاة والسلام بذلك.

2- لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لزيد بن الحارثة: "أتزوجت يا زيد؟ قال: لا، قال: تزوج تستعفف مع عفتك ولا تتزوج من النساء خمسا، قال: ما هن يا رسول الله؟ قال: لا تتزوج الشهبرة ولا الهربة ولا النهربة ولا الهيذرة ولا لفوتا، قال: يا رسول الله لا أعرف مما قلت شيئا، فقال: أما الشهبرة فهي الزرقاء البذيئة، وأما الهربة فهي الطويلة المهزولة، أما النهبرة فالعجوز المدبرة، وأما الهيذرة فالقصيرة الذميمة وأما اللفوت فذات الولد من غيرك".

وجه الدلالة:

أفاد الحديث بأن تلك الأحوال لو لم يكن لها تأثير في الكفاءة لما أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بالتحرز منها، فدل ذلك على أن تلك الأحوال ونظائرها من العيوب معتبرة في الكفاءة

3- من المعقول:

لا نسلم بأن النكاح يفسخ بتلك العيوب لأن المعنى يجمعها وهو أن العيب لا يفوت ما هو حكم العقد من جانب المرأة وهو الازدواج الحكمي، وملك الاستمتاع وإنما يختل ويفوت بعض ثمرات ذلك العقد، وفوات ثمرات هذا العقد لا يوجب حق الفسخ، بالإضافة الى أن النفس تعاف صحبة من به بعض تلك العيوب فيختل بها مقصود النكاح.

وكذلك أن الخيار في عملية الجب، والعنة، والتعافن، والخصاء، والخنوثة، إنما ثبت عن رفع الضرر عن المرأة وعيب الجنون، والبرص، والجذام، في إلحاق الضرر بها فوق تلك العيوب المذكورة لأنها من الأدوات المتعدية عادة، فكما ثبت الخيار بتلك العيوب، فلأن يثبت بتلك العيوب الأولى.[2]

---

[1] البخاري، الجزء (158/10).

[2] مجلة الجامعة الإسلامية، **سلسلة الدراسات الإسلامية**، المجلد السابع عشر، العدد الأول، ص 361 – 406.
http://www.iugaza.edu.ps/ara/research/

وعليه فبالنسبة لإسلام الزوج فهذا أمر متفق عليه فلا تحل مسلمة لكافر ولا يكون كفؤا لها لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا جَاءَكُمُ الْمُؤْمِنَاتُ مُهَاجِرَاتٍ فَامْتَحِنُوهُنَّ اللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِهِنَّ فَإِنْ عَلِمْتُمُوهُنَّ مُؤْمِنَاتٍ فَلَا تَرْجِعُوهُنَّ إِلَى الْكُفَّارِ لَا هُنَّ حِلٌّ لَّهُمْ وَلَا هُمْ يَحِلُّونَ لَهُنَّ﴾.[1]

بالإضافة إلى أن الكفاءة في الدين معتبرة في الكثير من الآيات القرآنية مثل قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾[2]، ويقول تعالى كذلك: ﴿أَفَمَنْ كَانَ مُؤْمِنًا كَمَنْ كَانَ فَاسِقًا لا يَسْتَوُونَ﴾.[3]

وجه الدلالة من الآيتين عدم المساواة بين المؤمن والفاسق في كل الأحوال من بينها النكاح فالفاسق ليس كفؤا سوى للفاسقة مثله.

وبالنسبة للتشريعات الوضعية نصت في المادة 12 الملغاة أن الزوجة تختار الأصلح لها، لكنه لم يحدد معايير قياس الصلاح أو أعطى معنى للصلاح، وكذلك نفس الشيء بالنسبة للمشرع السوري في نص المادة 28 من قانون الأحوال الشخصية: "العبرة بالعفاف لعرف البلد"[4]، إذ لم يتطرق المشرع السوري إلى شروط الكفاءة وتركها مراعيا في ذلك العرف السائد وسط المجتمع السوري.

الفرع الثاني: الرأي الثاني:

استدل أصحاب هذا الرأي من المعقول فقالوا أن تلك العيوب لا تمنع من الاستمتاع، أما البرص والجذام فلا يشكل وكذلك الرتق، والقرن، لأن اللحم يقطع والقرن يكسر، فيمكن الاستمتاع، استنادا لهذا المعنى لم يفسخ العقد بتلك العيوب.[5]

الرأي الراجح:

الرأي الذي يترجح لي والأولى بالقبول هو الرأي الذي يثبت الخيار للمرأة وأولياءها معا، لأن خصال الكفاءة حق لكل من المرأة والولي، وهذا ما ذهب إليه بعض من الحنفية والحنابلة الذين

---

[1] سورة الممتحنة، الآية 10.

[2] سورة النور، الآية 03.

[3] سورة السجدة، الآية 18.

[4] المادة 28 من قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 09/53 المؤرخ في 07 يوليو 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية، ص 03.

[5] نفس المرجع.

أعطوا الحق للولي من منع الزوجة من نكاح المجذوم، والأبرص، والمجنون، باعتبار أن تلك العيوب من الأدوات المتعدية عادة كما قال محمد بن الحسن من الحنفية.

أما ما عدا ذلك من العيوب غير المثبتة للخيار كالعمى، وتشويه الصورة، فليست معتبرة أما اشتراط الجمال والثقافة والعلم والسن فلا اعتبار لها لأن الكبير كفء للصغير والقبيح كفء للجميل، والمتعلم كفء للجاهل، ولكن من الأفضل والأولى أن تتقارب هذه الصفات لأن وجودها يدعو إلى تحقيق الوفاق بين الزوجين كما تتباعد وجهات النظر والتقديرات فيما بينها.

المبحث الثاني: الصفات المختلف فيها في الكفاءة

المطلب الأول: النسب والحرية والصناعة

الفرع الأول: النسب

والمقصود بالنسب أن يكون الشخص معلوم الأب لا لفظا، إذ لا نسب معلوم له ويعرف من ذلك على أنه القرابة، وهي الاتصال بين إنسانين بالاشتراك في ولادة قريبة أو بعيدة فالنسب غير معتبر عند المالكية حيث قال الإمام مالك: "أن أهل الإسلام كلهم لبعضهم البعض أكفاء"، واستدلوا على أنه لا فضل لعربي على أعجمي وذلك استنادا لحديث الرسول عليه الصلاة والسلام أنه: "لا فرق بين الناس في اللون والجنس"[1]، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ﴾.[2]

مع أن هناك من اشترط الكفاءة في النسب "الحنفية، الشافعية، والحنابلة" حيث قالوا: "إن أساس الاعتبار العرف الذي يجعل محل التعارف، والتفاضل، والتعبير، والمدح، مستدلين بذلك ببعض الأحاديث التي رويت عن الرسول صلى الله عليه وسلم".

الفرع الثاني: الحرية

الرقيق لا يكون كفؤا للحرة، والعتيق لا يكون كفؤا لحرة الأصل، ومن له أب في الحرية لا يكون كفؤا لمن لها أب وجد في الحرية، ومن له أب وجد في الحرية لا يكون كفؤا لمن لها أب وأجداد في الحرية.

والحكمة من اعتبار الكفاءة في الحرية أن الرق يجلب عارا أكثر مما يجلبه ضعف النسب، والأحرار يعيرون بمصاهرة الارقاء، والعتقاء يعيرون بمصاهرة من دونهم في النسب[3]، ومن الناحية القانونية لم ينص المشرع الجزائري على الكفاءة في عقد الزواج.

---

[1] عامر بن عيسى اللهو، **الكفاءة في النسب وحكمها في النكاح**، مجلة شؤون الأسرة، العدد 12، السعودية، 2008، ص 25 – 27.

[2] سورة الحجرات، الآية 13.

[3] رمضان السيد علي الشرنباصي، مرجع سابق، ص 149.

الفرع الثالث: الصناعة

المقصود بالصناعة هي كل ما يشتغل به الإنسان ويكتسب منه قوتا له، فصاحب الحرفة الدنيئة التي يعاير بها عادة لا يكون كفؤا لبنت الرجل صاحب الحرفة الشريفة، لأن الناس يفتخرون برفعة الحرف، ويتعايرون بدناءتها وهذا برأي المذهب الحنفي.

ونرى أن نستمر في أمر الكفاءة حتى لا يسيء للمرأة في أمر تزويجها إلى وليها بتزويجها لمن هو أقل منها كفاءة وأدنى مرتبة، وقد اتفق الشافعية والحنابلة في اعتبار الكفاءة مع الحنفية في الإسلام والحرية والحرفة والنسب، وزاد الشافعية السلامة من العيوب.

واختلفوا في المال في اليسار فاعتبره الحنفية والحنابلة، ولم يعتبره الشافعية، أما الإمامية والمالكية فلم يعتبروه في الدين والتقوى، فالفاسق ليس كفؤا للصالحة بنت الصالح، ولا عبرة للمال في الكفاءة عند الشيعة الإمامية، فمن قدر على دفع ما تعرف على تعجيله من المهر وعلى نفقتها ولو نفقت يوم إذ كان محترف فهو كفء.

أما الشيعة الزيدية فلا يعتبرون الكفاءة فقد سئل الإمام زيد بن علي زين العابدين على نكاح الأكفاء فقال: "الناس بعضهم أكفاء لبعض وقد تزوج زيد بن الحارثة وهو مولى زينب بنت جحش".[1]

المطلب الثاني: المال والسن

الفرع الأول: المال

ولأن المال من الناحية الفقهية تصاحبه القدرة على المهر والنفقة، لكن ما يمكن ملاحظته في جانب المال عند العامة قد يحمل أبعادا في ثناياها أسباب الطلاق، وقد تصبح المرأة عند الغني الفاحش مجرد سلعة، ويكون المال سلاحا يهدد الرجل به المرأة، وقد يكون المال عاملا رئيسيا لتعدد الزوجات هذا بالنسبة للرجل، أما بالنسبة للمرأة، فالعامة لا ترى الرجل عبدا أو خادما قد تستغني عنه المرأة متى شاءت.[2] من الملاحظ أن ما سبق ذكره بصدد الكفاءة في عقد الزواج في الرأي الراجح هو ما جاء به المذهب الحنفي، وهو المعمول به قانونيا في مصر حيث لا يوجد نص بشأن الكفاءة في الزواج في قوانين الأحوال الشخصية.[3]

---

[1] رمضان السيد علي الشرنباصي، مرجع سابق، ص 151.

[2] أحمد دكار، **الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف**، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر، ص 65.

[3] جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة في الفقه والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية**، دار الجامعة للنشر، مصر، 144.

المبحث الثالث: العضل

إن المصطلح القائم عليه البحث هو العضل وهو لفظة قديمة في المجتمعات الجاهلية ولكنه كان لفظا غير الذي بصدد دراسته في البحث، وهذا بعدما هذبه القرآن الكريم بعد نزوله وقد جاء هذا العضل نتيجة للفهم الخاطئ للمرأة لكانت تتكافؤ في الميزان مع الرجل، إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه، وبين الضوابط لكل الحقوق، بحيث لا يمكن تجاوزها إلا بخرق حق شخص آخر، وهنا قد يقع في المحظور دينيا وبهذا فإن الله بنى مجموعة من المعاملات بين الأفراد بالمودة، والرحمة، والمعاشرة بالمعروف، وبهذا أكد على الجانب الأسري في المجتمع وركز على بناء العلاقات بين الأسر بمجموعة من الأركان والشروط.

وما يخصنا هو الولي الذي أثار جدلا كبيرا بين الفقهاء من حيث ترتبه مع الشروط أو الأركان، وبهذا آثار عدم الاستقرار فيما يترتب عن الولاية من ثغرات، ويأتي فيما إذا وقع ضرر بالمرأة، من يكون أولى بولايتها بعد وليها؟ بعد عضل وليها الأقرب لها، وبهذا كيف عالجت الشريعة الإسلامية أحكام العضل؟

المطلب الأول: مفهوم العضل

الفرع الأول: تعريف العضل

أ- لغة:

عضل الولي على أمره تعضيلا، أي ضيق عليه في أمره فحال بينه وبين ما يريد.

والعضل من عضل يعضل عضلاً من بابي قتل وضرب، والعضل هو الحبس والمنع.[1]

ب- إصطلاحا:

أولا: تعريف القدامى

1- الجمهور من الحنفية، الشافعية، الحنابلة:

أ- **عرفه الكاساني:** منع الحرة البالغة من النكاح بكفء طلبته.

الحرة: قيد أخرج الأمة وهي ملك لسيدها إن شاء أو جهاد وإلا منعها، ومن هنا لا يسمى عضلا.

قيد أخرج غير الكفء.

---

[1] ابن منظور، **لسان العرب**، الجزء الحادي عشر، ص 539.

ب- عرفه الشربيني:

أن تدعو البالغة إلى كفء فيمتنع الولي، وهنا أهمل قيد الحرية وأضاف في البلوغ وبهذا أخرج الصغيرة كونه منعها لأن ذلك لا بعد عضلا.

جـ- عرفه ابن قدامى: منع المرأة من التزويج بكفئها إذا طلبت ذلك، ورغب كل منهما في صاحبه.[1]

2- المالكية

أ- **عرفه عليش:** منع الأب ابنته من النكاح لا لمصلحتها، بل للإضرار بها، وهنا يرى المالكية أن الأب لا يكون عاضلا إلا إذا تحقق ضرر.

سبب خلافه مع الجمهور وخصوا به الولي المجبر بعدم وقوع العضل منه إلا في حال تحقق الضرر، بينما الجمهور اعتبر الجميع في الحال الإمتناع عضلا.

ب- سبب الخلاف: المالكية يرون أنها مربوطة بالولي فقط على خلاف بقية المذاهب وربطها بالضرر النافي للمصلحة.

جـ- التعريف المختار:

بهذا يمكن الجمع بين القيود الواردة فيما ذهب له الجمهور كالقول: "هو منع الولي المرأة العاقلة البالغة من الزواج لكفئها إذا طلبت ذلك ورغب كل واحد منهما في صاحبه".

ثانيا: تعريف المعاصرين

1- محمد عثمان: عرف محمد عثمان العضل بقوله: "منع المرأة من الزواج من الرجل الكفء الذي يدفع للمرأة مهر المثل".

2- عرفه محمد الأشقر ومحمد الحفناوي: منع الولي موليته من الزواج.[2]

الفرع الثاني: حكمه

إن العلماء اجتمعوا على أن العضل حكمه حرام إذا كان ضررا محضا لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ﴾.[3]

---

[1] عبد القدوس السامرائي، **عضل الولي وأثره السيء على المرأة والأسرة والمجتمع**، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، 2011.

[2] نفس المرجع.

[3] سورة البقرة، الآية 232.

وقول معقل ابن يسار: "زوجت أختا لي من رجل فطلقها، حتى إذا انقضت عدتها جاء يخطبها فقلت له: زوجتك، وأفرشتك وأكرمتك فطلقتها، ثم جئت تخطبها لا والله لا تعود اليك أبدا، وكان رجلا لا بأس به وكانت المرأة تريد أن ترجع اليه فأنزل الله تعالى هذه الآية: ﴿ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ﴾، فقلت: الآن أفعل يا رسول الله، قال: فزوجها اياه".[1]

وهناك اختلاف فيما يخص نقصان المهر، المنع له هل يعد عضلا؟

- عند الشافعية والحنابلة وأبي يوسف ومحمد:

ليس للولي العضل لنقصان المهر، لكون المهر حق لها ولم يكن للأولياء الاعتراض عليها فيه.

- عند الحنفية:

للأولياء منع المرأة من التزويج بدون مهر مثلها، لأن عليهم فيه عارا وفيه ضررا على النساء لنقص مهر مثلها.

- عند المالكية، الشافعية، الحنابلة:

إذا طلبت التزويج به وطلبها كفء ورضيت به ومنعها هنا أتفق عليه.[2]

من السنة:

عن أبي ذر عن النبي فيما روى عن الله تعالى بقوله عز وجل: ﴿يَا عِبَادِي إِنِّي حَرَّمْتُ الظُّلْمَ عَلَى نَفْسِي وَجَعَلْتُهُ بَيْنَكُمْ مُحَرَّمًا فَلَا تَظَالَمُوا﴾.[3]

سبب الاختلاف:

أنه يختلف فيما بين المذاهب في حكم المهر إذا كان سببه هو الود بين الزوجين أم لترابط الأسرتين.

---

[1] أخرجه مسلم، **صحيح مسلم، البر والصلة**، حديث رقم 2571.

[2] عبد الرحيم رزق مطر، **الزواج بدون ولي والآثار المترتبة عليه وتطبيقاته في المحاكم الشرعية بقطاع غزة**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة الإسلامية والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 2006، ص 56، 57.

[3] أخرجه مسلم **كتاب البر والصلة**.

المطلب الثاني: أحكام العضل

الفرع الأول: من بتحقق العضل

أ- الولي المجبر يعد عاضلا بمجرد رده لأول خاطب كفء رغبت فيه موليته، وهو قول الحنفية، الشافعية، المالكية.

ب- الولي المجبر (الأب ووصيه) لا يعد عاضلا بمجرد رده لأول خاطب كفء رغبت فيه موليته حتى لو تكرر منه ذلك، إلا إذا كان ضرر وهو قول المالكية.

أدلتهم:

أولا: لم يفرقوا بين الولي المجبر وغيره في مسألة العضل ولم يرد في هذا الشأن أدلة، ومنها قوله تعالى: ﴿فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾.

من المعقول:

إن منع فإنه يعد عاضلا بمجرد امتناعه بتزويجها سواء كان مجبرا أولا.

ثانيا: استدلوا بالمعقول

أ- إن الأب لا يعد عاضلا حتى إذا تكرر وهذا للعرف أنه تسود رأيه الشفقة والمحبة، ولهذا لا يتهم بالعضل إلا أن قصد الإضرار.

ب- لقد خص الولي والراعي بصفة الإجبار لكون تصرفاتهم في المصلحة، التي يحرص الولي المجبر على توفرها في نكاح موليته في وقت جهل موليته مصلحة نفسها وبهذا إذا امتنع وتسبب بالإضرار حكم عليه بالعضل.[1]

سبب الخلاف:

هو ما ذهب إليه كل فريق في تعريف العضل وحقيقته.

الفرع الثاني: صور العضل

اتفق الفقهاء على صور العضل بحيث إنما تكون من الزوج أو الولي.

1- عضل الزوج زوجته:

وذلك يتحقق بمضارتها وسوء معاشرتها قاصدا أن تفتدي منه بما أعطاها من مهر، ويأخذه منها في هذه الحالة لأنه عوض أكرهت المرأة على بذله بغير حق فلم يستحقه ﴿وَلَا تَعْضُلُوهُنَّ

[1] حسن الباري سهاد، **عضل المرأة في النكاح**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، 2007، ص 514.

لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ﴾.[1]

2- عضل الولي:

اتفق الفقهاء على أنه إذا دعت المرأة إلى الزواج من كفء أو خطبها كفء أو امتنع الولي من تزويجه دون سبب القبول[2]، ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَ﴾.[3]

من صور عضل الولي:

إن العلماء متفقون على أن الولي الغير مجبر يجب عليه تزويج موليته من الكفء الذي عينته هي، فإن امتنع عد عضلا ولكن اختلفوا في:

القول الأول: الحنفية، الشافعية، الحنابلة

الولي المجبر يعد عاضلا إن امتنع عن التزويج بالكفء الذي اختارته (لدوام الألفة بينهما ولا عفافهما).

أدلتهم من المعقول:

المودة بينهما وذلك بأن يرضى بتزويجها بالكفء الذي اختارته لدوام الألفة بينهما.

القول الثاني: المالكية:

لا يعد عضلا إذا زوجها بالكفء الذي يريده.

أدلتهم من المعقول:

الخبرة للولي تكون أوسع من البنت ونظرته تكون أوسع لحرصه على مصلحتها.[4]

سبب الخلاف:

هو تضارب المصالح بين البنت والولي لكون الحقوق تتنازع بينهما حول النكاح.

الفرع الثالث: علاجه:

اتفقوا على تحقيق العضل لدى الولي وتحقق الحاكم من ذلك، فإن الحاكم يأمره بتزويجها فإذا امتنع تنتقل لغيره، وهنا فيها قولان:

---

[1] سورة النساء، الآية 19.

[2] الألوكة الشرعية، **عضل النساء:**

http://www.alukah.net/shaaria/0/6024

[3] سورة البقرة، الآية 232.

[4] حسن البياري سهاد، مرجع سابق، ص 52.

1- تنتقل للسلطان وهو قول جمهور الحنفية والمالكية والإمام أحمد في رواية عنه والشافعية، إن كان العضل أقل من ثلاث مرات.

2- من الولي الأقرب للأبعد، فإن عضلوا كلهم تنتقل للحاكم وهو قول الحنفية وابن عبد السلام من المالكية والحنابلة، والشافعية أكثر من ثلاث مرات.

أدلتهم:

القول الأول من السنة:

عن عائشة رضي الله عنها قالت: "فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولى له"، والقياس لأن الحاكم ينتزع دين المرأة من الولي وبهذا ينتزع ولايته في الزواج.

من المعقول:

إن العضل ظلم، وولاية رفع الظلم عن الناس من اختصاص الحاكم.

القول الثاني: من السنة:

من نفس الحديث.

وجه الدلالة هنا أن المرأة لم يكن لها ولي وإلا لحكم الأبعاد، والرأي الثاني فيه أن الكل تشاجر وفيما بينهم.

القياس:

قياس ولاية العاضل على ولاية شارب الخمر بجامع أن كل منهما فاسق، ولا تسقط ولايتهما فكما شارب الخمر تنتقل ولايته للولي الأبعد كذلك الولي.

سبب الخلاف:

الاختلاف في تأويل الحديث، الذي جاء على لسان عائشة رضي الله عنها، للاختلاف في نظرة الفقهاء للعضل.[1]

[1] حسن البياري سهاد، مرجع سابق، ص 75، 76.

الخاتمة:

بعد مناقشة الأدلة لكل من الاختلافات الفقهية الواردة حول موضوع الكفاءة نستنتج من خلال بحثنان الكفاءة في عقد النكاح.

وهي أمر ضروري يكاد يكون بالواجب من الناحية الفقهية التي تعتبر المماثلة والمساوات في أمور اجتماعية واقتصادية من أجل تحقيق السعادة الزوجية.

كما أنها ترفع عن المرأة وأولياءها الحرج ودفع العاروالمقصود أن يكون الزوج نظيرا لها في المركز الخلقي والمالي

فالمرأة ترتفع بمنزلة زوجها وترتقي به وتنسب اليه أما الزوج فلا ينسب الى الزوجة بأي حال من الأحوال كما ا الكفاءة معتبرة في حق المرأة في الغالب ماعدا الحالتين التان تم التطرق لهما.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

أولا: قائمة المصادر:

- القرآن الكريم.
- السنة النبوية الشريفة:

- أبي لحسين مسلم بن الحجاج النيسابوري، **صحيح مسلم**، دار الرشد للكتاب والقرآن الكريم، الطبعة الرابعة، الجزائر، 2010.

- القوانين:

- القانون رقم 84 – 11 المؤرخ في 09 يونيو 1984، المتضمن قانون الأسرة الجزائري، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 15.
- قانون الأحوال الشخصية الأردني.
- قانون الأحوال الشخصية السوري رقم 09/53 المؤرخ في 07 يوليو 1953، المتضمن قانون الأحوال الشخصية، الجريدة الرسمية.

ثانيا: قائمة المراجع:

- **الكتب:**

1- أبو بكر بن مسعود علاء الدين الكاساني، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، الجزء الثالث، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.

2- أبي الفداء إسماعيل بن عمر بن كثير القرشي الدمشقي، **تفسير القرآن العظيم**، الجزء السادس، الطبعة الأولى، دار طيبة للنشر والتوزيع، السعودية، 1997.

3- أحمد بخيت الغزالي، عبد الحليم منصور علي، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي (دراسة مقارنة)**، الطبعة الأولى، دار الفكر، مصر، 2008-2009.

4- أحمد دكار، **الزواج والطلاق في الشريعة والقانون والعرف**، دار الغرب للنشر والتوزيع، الجزائر.

5- إسماعيل أبا بكر البامري، **أحكام الأسرة (الزواج والطلاق) بين الحنفية والشافعية**، دراسة مقارنة بالقانون، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.

6- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **أحكام الأسرة الخاصة في الفقه والقانون والقضاء دراسة لقوانين الأحوال الشخصية**، دار الجامعة للنشر، مصر.

7- رمضان علي الشرنباصي، **أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية**، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2002.

8- عبد القادر بن حرز الله، **الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق**، الطبعة الأولى، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.

9- عبد القدوس السامرائي، **عضل الولي وأثره السيء على المرأة والأسرة والمجتمع**، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيري، دبي، 2011.

10- مجد الدين أبو الفضل الحنفي، **الاختيار لتعليل المختار**، الجزء الثالث، مطبعة الحلبي، القاهرة، 1937.

11- محمد أبو زهرة، **عقد الزواج وآثاره**، دار الفكر الجامعي، مصر، 1981.

محمد جواد خليل، **صحيح مسلم بين القداسة والموضوعية**، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، دار البلاغ للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2009.

12- محمد حسن أبو يحيى، **أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية**، دار يافا العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.

13- محمد سمارة، **أحكام وآثار الزوجية "شرح مقارن لقانون الأحوال الشخصية"**، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

14- محمد كمال الدين إمام، **الزواج في الفقه الإسلامي، دراسة شرعية وفقهية**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2007.

15- محمود علي السرطاوي، **فقه الأحوال الشخصية (الزواج والطلاق)**، دار الفكر للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2007.

16- مصطفى محمد أمين حيدر، **أحكام الزواج والطلاق في فقه الإسلام الظاهري**، الطبعة الأولى، دار قنديل للنشر، الأردن، 2010.

- الرسائل الجامعية:

1- حسن الباري سهاد، **عضل المرأة في النكاح**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، 2007.

2- حسن محمد عبد الحميد الكردي، **الزواج مقارنة بقانون الأحوال الشخصية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة والقانون، الجامعة الإسلامية، غزة، 2008.

3- عبد الرحيم رزق مطر، **الزواج بدون ولي والآثار المترتبة عليه وتطبيقاته في المحاكم الشرعية بقطاع غزة**، رسالة لنيل شهادة الماجستير، كلية الشريعة الإسلامية والقانون، الجامعة الإسلامية، فلسطين، 2006.

- **المجلات:**

1- عامر بن عيسى اللهو، **الكفاءة في النسب وحكمها في النكاح**، مجلة شؤون الأسرة، العدد 12، السعودية، 2008.

2- مجلة الجامعة الإسلامية، **سلسلة الدراسات الإسلامية**، المجلد السابع عشر، العدد الأول، ص 361 – 406.

http://www.iugaza.edu.ps/ara/research/

- **المواقع الإلكترونية:**

1- موقع الألوكة: http://www.alukah.net/shaaria/0/6024

الفهرس

الفهرس:

العنوان	الصفحة
إهداء	
شكر وعرفان	
مقدمة	أ
الفصل الأول: ماهية الكفاءة الزوجية	02
المبحث الأول: مفهوم الكفاءة الزوجية	03
المطلب الأول: تعريف الكفاءة الزوجية	03
الفرع الأول: لغة	03
الفرع الثاني: اصطلاحا	03
الفرع الثالث: موقف المشرع الجزائري من الكفاءة في عقد الزواج	06
المطلب الثاني: دليل الكفاءة	07
الفرع الأول: دليل الكفاءة من القرآن الكريم	07
الفرع الثاني: الدليل من السنة النبوية الشريفة	08
المطلب الثاني: حكم الكفاءة	09
المبحث الثاني: آثار الكفاءة في عقد الزواج	12
المطلب الأول: الكفاءة بين اللزوم والصحة	12
الفرع الأول: الكفاءة شرط لزوم في عقد الزواج	13
الفرع الثاني: الكفاءة شرط صحة في عقد الزواج	15
المطلب الثاني: اشتراط الكفاءة من جانب المرأة وشروط التفادي	19
الفرع الأول: اشتراط الكفاءة في عقد الزواج	19
الفرع الثاني: شرائط النفاذ	19
المطلب الثالث: الكفاءة ليست شرطا مطلقا في عقد الزواج	19
الفصل الثاني: الخصال المعتبرة في الكفاءة	23
المبحث الأول: آراء الفقهاء في الخصال المعتبرة في الكفاءة	23

المطلب الأول: الكفاءة في الدين	23
الفرع الأول: رأي علي السيد الشرباصي	23
الفرع الثاني: رأي محمد حسن أبو يحي	23
المطلب الثاني: السلامة من العيوب	23
الفرع الأول: الرأي الأول	23
الفرع الثاني: الرأي الثاني	25
المبحث الثاني: الصفات المختلف فيها في الكفاءة	27
المطلب الأول: النسب والحرية والصناعة	27
الفرع الأول: النسب	27
الفرع الثاني: الحرية	27
الفرع الثالث: الصناعة	28
المطلب الثاني: المال والسن	28
الفرع الأول: المال	28
المبحث الثالث: العضل	29
المطلب الأول: مفهوم العضل	29
الفرع الأول: تعريف العضل	29
الفرع الثاني: حكمه	30
المطلب الثاني: أحكام العضل	32
الفرع الأول: من بتحقق العضل	32
الفرع الثاني: صور العضل	32
الفرع الثالث: علاجه	33
الخاتمة	36
قائمة المصادر والمراجع	38
الفهرس	42