جامعة محمد خيضر بسكرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

مذكرة ماستر

حقوق
قانون خاص
قانون الاسرة

رقم: أدخل رقم تسلسل المذكرة

إعداد الطالب:
طه محمد الأمين شهباوي

يوم: ..29 / 06 / 2022

الكفاءة بين الزوجين بين الفقه الإسلامي وقانون الاسرة الجزائري

لجنة المناقشة:

قروف موسى	محمد خيضر بسكرة	رئيسا
حملاوي دغيش	محمد خيضر بسكرة	مشرفا ومقررا
دعدوعة عبد المنعم	محمد خيضر بسكرة	مناقشا

السنة الجامعية: 2022/2021

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وعرفان

اتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان

للدكتور دغيش حملاوي،

الذي وافق على اشرافه القيم على هذه المذكرة، والذي لم يدخر جهدا في تقديم التوجيه اللازم، والمتابعة الدقيقة، والنصيحة، والسعي الحثيث في كل مراحل البحث بلا كلل ولا ملل.

كما اتقدم بأسمى عبارات الشكر والتبجيل والاحترام، للسادة الدكاترة الأفاضل أعضاء لجنة المناقشة على قراءتهم لبحثنا وتصويبهم ونقدهم البناء، وعلى نفائس دررهم التي أهدوها لنا نصحا وتوجيها.

كما اتقدم بالشكر إلى كل الأساتذة الذين علّمونا وأخذوا بأيدينا في مختلف مراحل التعليم، وإلى كل الأهل والأصدقاء والزملاء،

وكل من قدم لي يد العون من قريب أو بعيد.

الاهداء

الى الوالدين الكريمين

أمي الحبيبة، مصدر قوتي وشجاعتي، إلى من غمرتني بحبها وعطفها، ولم تحرمني يوما من دعائها، حفظها الله وأطال عمرها في طاعته.

ابي الغالي الذي وهب حياته في سبيل تعليما ومرافقتنا دائما في درب العلم والحياة حفظه الله واطال عمره في طاعته.

الى زوجتي الوفية التي سعت جاهدا لمساعدتي ومرافقتي ودعمها اللامحدود في انجاز هذا البحث حفظها الله.

الى اسرتي الصغيرة اخوتي الذين تقاسموا معي هذه الحياة بكل حب واخلاص.

الى اختي الصغيرة الغالية "سندس"

الى الاهل والاصدقاء والزملاء الذين امدوني بالدعم لإنجاز هذا العمل.

مقدمـــــــــــة

مقدمة

الزواج عقد قد يدوم العمر كله فمن الضروري تأمين عناصر الاستقرار له منذ البداية ليضمن الزوجان الانسجام والاتفاق وحسن العشرة المشتركة بينهما، ولهذا جرت العادة أن يبحث كل منهما عن شريك لحياته لا يختلف عنه كثيراً في المقومات الأساسية لهذه الشراكة الدائمة من عناصر دينية واجتماعية وأخلاقية وثقافية ليكون هذا العقد قريباً من النجاح والاستقرار ما بقيت حياة الزوجين قائمة.

إن عقد الزواج عقد جليل أضفى عليه القرآن الكريم قدسية لم يضفها على أي عقد آخر حيث ان هذا الميثاق مبني على أساسٍ من الاستمرار والاستقرار، وبه يبنى أعظم كيان، فالأسرة نواة المجتمع ولبنته، وأساس عمارة الأوطان، بصلاحها ونجاحها يصلح المجتمع، وبفشلها وانهيارها ينهدم، ولأجل هذا الدور المهم والخطير، اهتم الإسلام وأولاها عناية خاصة لم يولها لمؤسسات مالية واقتصادية، وذلك بوضع أسس وشروط متينة كفيلة بجعلها تؤدي دورها المنوط، ولعل أهم هذه الأسس والشروط وأبلغها أثرا هو مراعاة التقارب والملائمة والمساواة بين الزوجين عند اختيار كل واحد منهما للآخر، وهو ما اصطلح الفقهاء على تسميته بالكفاءة في عقد الزواج.

وقد شاء الله أن يجعل في الإنسان شطرين للنفس الواحدة ليكمل أحدهما الآخر، فأعطت الشريعة الاسلامية للرجل الحق في اختيار زوجته التي يسكن إليها وترتاح نفسه معها، ومنحت نفس الحق للمرأة في اختيار الزوج الذي تسعد معه وتستقر أحوالها إلى جانبه، فالكفاءة في الزواج هي الاساس الذي دعا فقهاء الشريعة الاسلامية لمراعاته عند اختيار المرأة لزوجها، لكي تحقق التقارب والتآلف بين الزوجين وضمان استقرار الاسرة، يعود إلى مدى مراعاة أو صاف الكفاءة عند اختيار الزوج.

ونظرا لارتباط الكفاءة في الزواج ارتباطا وطيدا بالأسرة وتأثيرها على عقد الزواج ارتأينا ان يكون عنوان البحث: "الكفاءة في الزواج بين الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري "

اسباب اختيار الموضوع:

لقد كانت هناك عدة اسباب لاختيار هذا الموضوع نذكر منها:

- ارتباط موضوع الكفاءة في الزواج بمجال تخصصنا.

- المظاهر السلبية من عادات وتقاليد وإن كانت في نطاق محدود لكنها تمثل تحديا للفطرة الانسانية في التعارف والتعايش، وبيان ان الشريعة الاسلامية بريئة من العنصرية والتمييز بين افراد المجتمع الواحد.

- كثرة النزاعات والمشاكل العائلية التي غالبا ما تؤدي الى تفكك الاسر وزعزعة استقرارها بسبب الجهل بقدسية الاسرة واهميتها من الناحية الشرعية والقانونية.

اهمية الموضوع:

- الاهتمام الدائم بشؤون الاسرة والسعي المستمر في تطويرها كونها اللبنة الاساسية في بناء المجتمع وتكوين افراد بمستوى اخلاقي عال ليستفيد منهم المجتمع.

- السعي وراء بيان الاوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج والتفرقية بين الاوصاف الاساسية والثانوية.

- الوقوف على الآثار المترتبة عن فقدان الكفاءة في الزواج وتأثيرها على عقد الزواج.

- بيان موقف المشرع الجزائري فيما يخص موضوع الكفاءة في الزواج.

- بيان اختلاف الفقهاء في هذا الموضوع حيث وصل هذا الخلاف في بعض الاحيان الى اختلاف اصحاب المذهب الواحد.

اهداف الدراسة:

- معرفة ما اذا كان تخلف صفة من صفات الكفاءة تؤدي الى فسخ العقد ام انه يمكن استمرار العلاقة الزوجية في حالة غياب البعض من هذه الصفات.
- بيان الصفات الاساسية في الكفاءة، والتي تبنتها الشريعة الاسلامية واجتهاد الفقهاء في الترويج للمبادئ الشرعية لقيام عقد زواج صحيح حول.

اشكالية الموضوع:

مما سبق فان الاشكال الذي يطرح نفسه: "**ما مدى تأثير وجود او غياب شرط الكفاءة على عقد الزواج؟**"

تقودنا هذه الاشكالية الى طرح جملة من التساؤلات:

– ما المقصود بالكفاءة في الزواج؟ وهل هي معتبرة في الزواج؟

– هل يشترط أن تتوافر كل الأوصاف لتحقق الكفاءة أم يكفي بعضها؟

– ما نوع شرط الكفاءة وما أثره على عقد الزواج؟

– ما أثر تخلف الكفاءة أو التغرير بها على عقد الزواج؟

الدراسات السابقة:

– جمادي مسعود، الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطالق في المجتمع الجزائر ي، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2006 – 2007.

– 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 مقارنا بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، إضافة إلى تركيزنا على أثر الكفاءة على عقد الزواج وإمكانية إضافة أوصاف أخرى بحسب التطورات الحاصلة في المجتمع.

- فاطمة عمر نصيف، الكفـاءة في النكاح على ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، المملكة العربيـة السعودية – جدة: دار المحمدي، 1424هـ-2003م.

- هـدى غيظـان، " الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، جامعة العلوم الإسلامية العالمية الأردن، العدد السابع، 2015.

منهجية البحث:

لبلوغ الأهداف المرجوة 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 حيث نقوم بدراسة كل جزئية في الفقه الإسلامي ثم نبين موقف قانون الأسرة الجزائري والقوانين الدول الأخرى.

خطة البحث:

لقد قمنا بتقسيم هذا البحث الى فصلين: حيث كان الفصل الاول بعنوان ماهية الكفاءة في الزواج والذي بدوره يحتوي على مبحثين الاول بعنوان مفهوم الكفاءة في

الزواج، والمبحث الثاني بعنوان موقف الفقه الاسلامي وقانون الاسرة الجزائري من اعتبار شرط الكفاءة في الزواج، حيث تطرقنا في هذا الفصل الى تعريف الزواج لغة واصطلاحا وقانونا والتطرق الى موقف الفقهاء وقانون الاسرة الجزائري حول الكفاءة في وجودها وغيابها.

اما الفصل الثاني فكان بعنوان الاوصاف المعتبرة في الكفاءة والاثار المترتبة على تخلفها في الزواج، حيث يحتوي هذا الفصل على مبحثين الاول بعنوان الاوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج والثاني بعنوان الاثار المترتبة على تخلف شرط الكفاءة في الزواج، فتطرقنا في هدا الجزء من البحث الى حالة تزويج المرأة لنفسها من غير كفـء وأثر حالة التغرير بالكفاءة في الزواج.

الفصل الاول:

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 والاستخفاف 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.

فالانسجام بين الزوجين يوفر المناخ النفسي الملائم الذي تستطيع الاسرة أن تؤدي من خلاله دورها الايجابي في المجتمع والحياة، وهو الذي دفع الفقهاء الى اشتراط الكفاءة في الزواج.

المبحث الأول: مفهوم الكفاءة في الزواج

نظرا 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، وتعريف الكفاءة في الزواج.

المطلب الأول: تعريف الزواج

سيتم من خلال هذا المطلب تعريف الزواج وذلك تمهيدا لبيان المراد بالكفاءة في الزواج، وسيتم تعريفه في اللغة أولا وذلك نظرا لأهمية التعريف اللغوي من حيث ارتباطه بالفقه الإسلامي، ثم تعريفه بعد ذلك في الاصطلاح ثم بعد ذلك نتطرق إلى التعريف القانوني.

الفرع الأول: تعريف الزواج لغة

معنى الزواج في اللغة يأتي على عدة معان، 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.[1]
- وجاء في معجم مقاييس اللغة: زوج (الزاء والواو والجيم) أصل يدل على مقارنة شيء لشيء وقيل يراد به اللون.[2]
- الازدواج: فيقال تزاوج القوم وازدوجوا أي تزوج بعضهم بعضا.[3]

---

[1] ابن منظور، لسان العرب، د ط، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968م، مج2،ص 2.

[2] ابن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1399 هـ، 1979،ج3،ص35.

[3] ابن منظور، المرجع السابق، مج 2،ص 293 .

– وزوج المرأة بعلها وزوج الرجل امرأته.[1]

– الاقتران، والزوج هو القرين.

– النكاح: نكح: نكح فلان امرأة ينكحها نكاحا إذا تزوجها، ولا يعرف شيء من ذكر النكاح في كتاب الله تعالى إلا على معنى التزويج.[2]

– وجاء في معجم مقاييس اللغة: النون والكاف والحاء أصل واحد، وهو البضاع. نكح ينكح. وامرأة ناكح في بني فلان، أي ذات زوج منهم. والنكاح يكون العقد دون الوطء. يقال نكحت: تزوجت وانكحت غيري.[3]

الفرع الثاني: تعريف الزواج اصطلاحا

بعد تطرقنا إلى معنى الزواج في اللغة ووقوفنا على أّن له معان كثيرة وأّن المعنى المراد في هذا البحث هو النكاح، فإننا سنتطرق إلى تعريف الزواج في الاصطلاح؛ أي تعريفه في الفقه الإسلامي.

– وجاء عن الحنفية في رد المحتار على الدر المختار بأن : عقد يفيد ملك المتعة أي حل استمتاع الرجل من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي[4]

–أما المالكية فقد ذهبوا إلى أن النكاح هو:« عقد لحل تمتع بأنثى غير محرم ومجوسية، بصيغة، لقادر محتاج، أو راج نسلا»[5]

[1] إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر وآخرون، المعجم الوسيط، ط4،مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 1425هـ، 2004م، ص405

[2] ابن منظور، المرجع السابق، مج 2،ص 625 .

[3] ابن فارس بن زكريا، المرجع السابق، ج 5،ص 475 .

[4]– 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، 2003مِ ج4،ص 59، 60.

[5] –الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ط3،مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2005م، ج3،ص 18

–وقال ابن عرفة من المالكية: «النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غير موجب قيمتها ببينة قبله غير عالم عاقده حرمتها إن حرمها الكتاب على المشهور أو الإجماع على الآخر»[1]

– في حين ذهب الشافعية إلى القول بأنه :«عقد يتضمن إباحة الوطء بلفظ إنكاح أو تزويج»

الفرع الثالث: تعريف الزواج في القانون

تطرقت 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.[2]

أما بعد تعديل قانون الأسرة الجزائري بموجب الأمر 02/05 المعدل الزوجين والمحافظة على الأنساب » 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.[3]

أضاف المشرع عند تعديله لقانون الأسرة مصطلح "رضائي" منه على رضائية هذا العقد، وعليه فإن المشرع الجزائري في هذا التعريف لم يعد يعترف بولاية الإجبار، وأن

[1] –الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، د ط، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، 2002م، ج5،ص19

[2] 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 يونيو1984م

[3] 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.

المرأة كما الرجل عليها أن تعلن رضاها في العقد، وإلا فإنه يترتب على ذلك بطلان العقد كما جاء في المادة 1 1/33 ق.أ.ج: "يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا".[1]

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» . [2]

وجاء في مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية في المادة 1 ان :"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"[3]«

في حين اننا نجد ان مجلة الاحوال الشخصية التونسية لم تتطرق لتعريف الزواج.[4]

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» [5]

وعرفه قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة 5 منه حيث جاء فيها:" الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا لتكوين أسرة وإيجاد نسل"[6]

---

[1] الأمر رقم: 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

[2] ظهير شريف رقم 04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424هـ الموافق 3 فبراير 2004م بتنفيذ القانون 03.70 بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع 5184،المؤرخ 14 ذي الحجة 1424هـ الموافق 5 فبراير 2004.

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

[4] أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376هـ الموافق ل 13 أوت 1956م المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية للجمهورية التونسية. الرائد الرسمي، ع 66،الصادر في 17 أوت 1956م.

[5] القانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08،ينظر: قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط3،1438هـ، 2019م، ص23,

[6] 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 لـ17 أكتوبر 2010م.

وقد أحسنت التشريعات العربية في إيرادها لتعريف الزواج وتحديد معناه بشكل دقيق، تجنبا 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 ودنيوية يتعهد فيها الزوج بإسعاد زوجته واحترام كرامتها، وتتعهد الزوجة بموجبها بإسعاد زوجها ومساعدته، لإقامةّ وإنشاء أسرة منسجمة ومتحابة، و ان يتعاهدا معا على التضامن والتعاون من أجل إقامة شرع الله.[1]

المطلب الثاني: مفهوم الكفاءة في الزواج

الفرع الأول: تعريف الكفاءة لغة

بالرجوع إلى كتب اللغة والقواميس فنجد أن الكفاءة عرفت بتعاريف عدة منها:

– فالكفاءة في اللغة المساواة، والكفء: النظير، وكذلك الكفء والكفوء، على فعل وفعول. والمصدر الكفاءة، بالفتح والمد. والكفء: النظير المساوي، قال حسان بن ثابت: "وروح القدس ليس له كفاء، أي جبريل عليه السلام ليس له نظير ولا مثيل.[2]

وقيل كل شيء ساوى شيئا حتى صار مثله فهو مكافئ له.

ومنه **قوله تعالى:** "**ولم يكن له كفؤا احد**" الاخلاص 4.

وجاء في معناها أيضا: كل شيء يساوى شيئا حتى صار مثله فهو مكافئ له، والكفء بمعنى المماثل.[3]

[1] –عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3،دار هومة، الجزائر،2007م، ص 81

[2] ابن منظور، المرجع السابق، ص181.

[3] الفيومي، أحمد بن محمد ؛ المصباح المنير، بيروت، المكتبة العلمية: ج2ص112.

الفرع الثاني: تعريف الكفاءة اصطلاحا

اختلف تعريف الفقهاء لها بحسب نواحي اعتبارهم لها، منها المجمل ومنها المفصل وكلها تدور حول معنى واحد فمن تعاريف المذاهب الفقهية:

فالكفاءة هي :أمر يوجب عدمه عار.

وعرفت بأنها: "مساواة الرجل للمرأة في الامور الآتية: الاسلام والنسب، والتقوى، والحرية، والمال والحرفة".[1]

عرف الحنفية الكفاءة بأنها:« المماثلة بين الزوجين في خصوص أمورّ »، أي أن يكون الرجل مكافئا للمرأة في الأوصاف، وأن لا يكون دونها فيها.[2]

وذكر المالكية أّن الكفاءة في الزواج تعني:« المماثلة والمقارب»، وكذلك جاء عنهم أن :« المراد المماثلة في ثلاثة أمور على المذهب: الحال، والدين، والحرية».

وقال الحبيب بن طاهر أّن:« الكفاءة هي المماثلة في الدين والحال»، وذكر الحطاب أن الكفاءة في الدين والحال، إلا أّن القرافي ذكر أن الأوصاف المعتبرة في الكفاءة خمسة هي: الدين، الحرية، الحرفة، الغنا، النسب.

وجاء عن ابن الحاجب أن الكفاءة في الزواج معتبرة في الدين، والحرية، والنسب، والقدر، والحال و المال.[3]

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

وعرفها الشافعية فقالوا : (الكفاءة أمر يوجب عدمه عارا، وضابطها مساواة الزوجة في كمال أو خسة ماعدا السلامة من عيوب النكاح)، فإذا لم يكن الزوج مساويا للزوجة

[1] أبو حبيب، سعدي؛ القاموس الفقهي، الطبعة: الثانية، دمشق – سورية، دار الفكر،3618 هـ، ص320.

[2] علي يوسف السبكي، نظام الأسرة في الإسلام، دط، مكتبة الإيمان للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، دت، ص99.

[3] 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، مج 3، ص2.

بأن كان أدنى منها نسبا وحسبا ومالا وحرفة، تسبب ذلك بإلحاق العار والأذى بالزوجة وأهلها، و يتبين من تعريف الشافعية للكفاءة: أنها تكون لدفع العار في الزواج.

وعرفها الحنابلة بأنها المماثلة والمساواة.[1]

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

أما عن الفقهاء المحدثين فقد ذكر السيد سابق أن الكفاءة هي المساواة والمماثلة، والمقصود ا في باب الزواج أن يكون الزوج كفؤا لزوجته أي مساويا لها في المنزلة ونظيرا لها في المركز الاجتماعي والمستوى الخلقي والمالي.

وعرفها مصطفى شلبي بأنها:« المساواة أو المقاربة بين الزوجين في أمور مخصوصة بحيث لو اختلت كانت الحياة الزوجية غير مستقرة لما يلحق الزوجة وأولياءها من الاذى»[2]

وعرفها ابو الزهراء: « المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسدة للحياة»[3]

وجاء في موسوعة الأحوال الشخصية لمحمد عزمي البكري أن: الكفاءة– في اصطلاح الفقهاء – مساواة الزوج للزوجة أو تقاربه منها في أمور مخصوصة ر الزوجةّ ، بحيث لا تعير الزوجة ولا أوليائها بزواجها منه.[4]

وما يستخلص من مجمل ما جاء من التعريفات : أن الكفاءة في الزواج حالة تناسق وانسجام تكون بين الزوجين في أمور مخصوصة، بحيث يعتبر وجودها في الزواج عامل

[1] –الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ الفتح المعين، د ط، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، دمشق، سوريا، دت، ج3،ص2.

[2] شلبي(مصطفى): أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1403ه، 1983م ص309.

[3] محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د ط، دار الاتحاد العربي للطباعة، دم، ص185.

[4] محمد عزمي البكري، موسـوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، المجلد الأول، الطبعة21، القاهرة: دار محمود، 1961م، ص277.

استقرار ونجاح للحياة الزوجية في غالب الأحوال، و يؤثر اختلالها على استقرار الحياة الزوجية لما يلحقه من ضرر وعار للزوجة وأهلها نتيجة فقدها كونها معتبرة في جانب الزوج دون الزوجة.

الفرع الثالث: 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 العثماني الصادر في 25 أكتوبر 1917م، 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 ه ينبغي أن يكون الرجل كفئا للمرأة التي سيتزوجها، وذكر الأوصاف المعتبرة في الكفاءة.[1]

ان تحديد معنى الكفاءة في القانون يقتضي بداية البحث في مسالة التنظيم القانوني لها في التشريعات المقارنة المتعلقة بالأحوال الشخصية، فمنها من خلت نصوصها من التنظيم الصريح و الواضح لأحكام الكفاءة في الزواج، مثل ما هو الأمر في دول المغرب العربي، منها الجزائر؛ فالمشرع الجزائري لم ينص على الكفاءة في قانون الأسرة، واكتفى بالرجوع للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري [2]،والتي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية لمعالجة الأحكام المتعلقة بالكفاءة، كما لم يتطرق كل من المشرع المغربي والتونسي لأحكامها، في حين نجد بالمقابل موضوع الكفاءة في الزواج ونصت غالبية التشريعات العربية المقارنة صراحة على احكامها؛ و أفردت له نصوصا قانونية تبين من

[1] قانون حقوق العائلة العثماني الصادر 25 أكتوبر1917م، ينظر الرابط: http://www.arabwomenlega تاريخ الاطلاع: 2022/04/04

[2] قانون الأسرة الجزائري الصادر بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005: نصت المادة 222 منه على أن: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية. "

خلالها موقفها من المسائل الخلافية في الكفاءة في الزواج، نذكر منها على سبيل المثال: قانون الأحوال الشخصية الأردني[1]، ومثله قانون الأسرة القطري[2]، وكذلك المشرع الكويتي نص على الكفاءة في الزواج، 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.[3]

الا انها لم توضح في نصوصها تعريف الكفاءة في الزواج، وتركت امر ذلك للفقه.

وما يلاحظ على التشريعات العربية السابقة وإن كانت قد نظمت موضوع الكفاءة في الزواج إلا انها لم تعط لها تعريفا وتركت ذلك للفقه، خاصة وأن القانون ليس من مهامه التعريف، وكما انها 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.

---

[1] –القانون رقم: 36 / 2010م المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

[2] أ نظر قانون الأحوال الشخصية القطري، كتاب مقومات الزواج وأحكامه، الباب الثاني تحت عنوان عقد الزواج، الفصل السادس منه المواد 31إلى 35.

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

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

بعد أن أجلينا الغموض عن مصطلحات البحث، يمكننا التطرق الى موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من مسألة اعتبار الكفاءة من عدمه، وذلك من خلال توضيح الخلاف بين الفقهاء حول هذه المسالة و سرد مختلف المواقف وذكر أدلتهم ومناقشتها والترجيح بينها، وكذا التطرق إلى مدى انعكاس هذا الخلاف على قانون الأسرة الجزائري، وسيتم ذلك من خلال تقسيم المبحث إلى مطلبين، حيث يتم تناول موقف الفقه الإسلامي من اعتبار شرط الكفاءة في الزواج (المطلب الأول)، ثم موقف قانون الأسرة الجزائري من اعتبار شرط الكفاءة (المطلب الثاني).

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.

وسيتم الاكتفاء ببيان أصحاب كلا الرأيين وأدلة كل منهما ومناقشتها، وهذا من خلال تقسيم المطلب إلى فرعين؛ عدم اعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم (الفرع الأول)، ثم اعتبار الكفاءة في الزواج وأدلتهم (الفرع الثاني)

الفرع الأول: عدم اعتبار شرط الكفاءة في الزواج

ذهب بعض الفقهاء المتقدمين إلى عدم اعتبار الكفاءة في الزواج حيث رأوا أنها ليست شرطا أصلا فيه، فيصح الزواج ويلزم سواء أكان الزوج كفؤا للزوجة أم غير كفء، ومنهم أبو الحسن الكرخي من المجتهدين المخرجين في المذهب الحنفي، الذي لم يعتبر الكفاءة في أي حال من الأحوال أو أمر من الأمور والجصاص من الحنفية وسفيان الثوري والحسن البصري، وابن حزم الظاهري وفي رواية ثانية لأحمد بن حنبل وغيرهم، حيث جاء في المبسوط: «ويحكى 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.[1]

وجاء في المحلى بالآثار: « وأهل الإسلام كلهم أخوة لا يحرم على ابن من زنجية لغية نكاح ابنة الخليفة الهاشمي، والفاسق الذي بلغ الغاية من الفسق، المسلم – ما لم يكن زانيا– كفؤ للمسلمة الفاضلة. وكذلك الفاضل المسلم كفؤ للمسلمة الفاسقة ما لم تكن زانية».[2]

وقد استدل اصحاب هذا القول إلى عدد من الأدلة من الكتاب والسنة النبوية المؤيدة لقولهم والتي هي كما يلي:

-أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة من القرآن الكريم:

-قوله تعالى : { إن أكرمكم عند هللا أتقاكم } الحجرات 31.

سبب نزول هذه الآية ما ورد عن الزهري أنه قال: " أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بني بياضة أن يزوجوا أبا هند امرأة منهم، فقالوا لرسول الله صلى الله عليه وسلم: نزوج بناتنا موالينا فأنزل الله عز وجل: { **إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوب.....**} قال الزهري: نزلت في أبي هند خاصة[3]

وفي قوله تعالى:{ انما المؤمنون اخوة فاصلحوا بين اخويكم و اتقو الله لعلكم ترحمون } جاء في تفسير الطبري: أي إخوة في الدين، فلا فضل لأحدهم على الآخر.[4]

[1] السرخسي، كتاب المبسوط، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ت، ج5، ص24

[2] ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1425هـ، 2003م، ج9، ص151.

[3] القرطبي، شمس الدين؛ الجامع لحكام القرآن، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الكتب المصرية، 3186هـ –3446 م: ج34/ص 161.

[4] الإمام الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل القرآن، الجزء 22، تحقيق: أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى، (القاهرة: مؤسسة الرسالة، 1420–هـ 2000 م)، ص297

وفي قوله تعالى:{و انكحو الايمى منكم و الصالحين من عبادكم و امائكم ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله و الله واسع عليم } النور32.

قال الصابوني في تفسيره: أي زوجوا 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 اهم.[1]

-الأدلة على عدم اعتبار الكفاءة في الزواج من السنة النبوية:

عن أبي حاتم المزني أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه سلم: "إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه إلاّ تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير، وما روي عنه صلى الله عليه وسلم أنه خطب فاطمة بنت قيس – وهي قريشية من بني فهر – على أسامة بن زيد وهو من الموالي.[2]

قوله صلى الله عليه وسلم-: «يا بني بياضة، أنكحوا أبا هند، وانكحوا إليه«

. 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.[3]

وقوله صل الله عليه وسلم :" لا فضل لعربي على عجمي، ولا لعجمي على عربي، ولا لاحمر على أسود، ولا أسود على أحمر، الا بالتقوى، إن أكرمكم عند هللا أتقاكم"[4]

---

[1] محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ، 1999م، ج 2، ص743

[2] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، الطبعة الأولى، (الأردن: دار النفائس، 1418 – هـ 1 1997م)، ص203.

[3] -أخرجه: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: أول كتاب النكاح، باب: في الأكفاء، رقم: 2102،ج 3،ص 440.وقال حديث صحيح 2 لغير

[4] رواه البيهقي عن جابر بن عبد الله، كتاب حفظ اللسان عما لا يحتاج إليه، باب مما يجب حفظ اللسان منه الفخر بالآباء وخاصة بالجاهلية والتعظيم الحديث:6226، ج2 الطبعة الاولى، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع ص312.

ومن أدلة عدم اعتبار الكفاءة، أن بلالا مولى الصديق رضي الله عنه نكح هالة بنت عوف أخت عبد الرحمن بن عوف.[1]

– وثبت أن المقداد بن الاسود رضي الله عنه تزوج ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وهي قرشية والمقداد ليس قرشيا.[2]

يفهم من خلال ما استدل به القائلون باعتبار الكفاءة انهم 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.

وقد رد القائلون باعتبار الكفاءة على أصحاب الرأي القائل بعدم اعتبارها أن ما جاء في النصوص القرآنية إنما المقصود ا 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:{قل هل يستوي الذين يعلمون و اللذين لا يعلمون } الزمر 9. [3]

اما الأحاديث التي استدلوا بها فمحمولة على الندب إلى الأفضل وهو اختيار الدين وترك الكفاءة فيما سواه.[4]

---

[1] الامير الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السالم، دار الحديث :ج2 /ص341.

[2] –العسقلاني،: أحمد بن علي بن حجر ؛ فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب بيروت، دار المعرفة، 3124:جً4/ص316.

[3] 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، 1424ه، 2003، ص574.

[4] بدران أبو العينين، المرجع السابق، ص110.

الفرع الثاني: اعتبار شرط 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، ومن الفقهاء المعاصرين سيد سابق، وهبة الزحيلي، وعبد الوهاب خلاف.

ورجح هذا الرأي عديد الباحثين منهم حسن محمد عبد الحميد الكردي.[1]

ذهب أصحاب هذا الراي إلى اعتبار الكفاءة في الزواج، وهو قول أكثر الفقهاء[2]، واستدلوا بالقرآن الكريم والسنة النبوية.

- أدلة المعتبرين للكفاءة في الزواج من القرآن الكريم:

استدل أصحاب هذا الرأي من القرآن الكريم بقوله تعالى:"ومن ايته ان خلق لكم من انفسكم ازواجا لتسكنو اليها وجعل بينكم مودة و رحمة ان في ذلك لايت لقوم يتفكرون " الروم 21.

وجه الدلالة: أن المطلوب من الزواج هو السكون والود والمحبة والرحمة، فتراعى الكفاءة طلبا لدوام ذلك بين الزوجين وذلك لا يتحقق بدونها لأن نفس الشريفة لا تسكن للخسيس، بل ذلك مدعاة للعداوة والفتن والبغضاء والعار، على مر الأعصر في الأخلاف والأسلاف. وهذه هي الحكمة من اعتبار الكفاءة في الزواج.[3]

- أدلة المعتبرين للكفاءة في الزواج من السنة :

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: "لا تنكحوا النساء إلا الاكفاء، ولا يزوجهن إلا الأولياء "

---

[1] -مسعود جمادي، الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري، مذكرة ماجيستير في الفقه وأصوله غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007/2006م، ص85.

[2] ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار شرح تنويه الابصار، الجزء الرابع، دار عالم الكتب، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض 1423- هـ 2003،ص204.

[3] القرافي(شهاب الدين أحمد بن إدريس): الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، ط1،دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994 ص211.

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" ثلاث يا علي لا تؤخرهن: الصلاة إذا آنت، والجنازة إذا حضرت، والايم إذا وجدت كفؤا"[1]

وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم:" تخيروا لنطفكم، فانكحوا الاكفاء، وأنكحوا إليهم"

وجه الدلالة: أن اللفظ جاء بصيغة الأمر، فلا يصح تجاهله بلا مسوغ شرعي[2]

وروي عن الشافعي قوله: " أصل الكفاءة مستنبط من حديث بريرة صار زوجها غير كفء لها، فخيرها رسول الله صلى الله عليه وسلم"[3]

واستدلوا أيضا بما وقع في غزوة بدر حيث خرج بعد عتبة بن ربيعة، بين أخيه شيبة بن ربيعة وابنه الوليد، حتى إذا نصل من الصف دعا إلى المبارزة، فخرج إليه فتية من الأنصار ثلاثة، وهم عوف، ومعوذ ابن 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 عبيدة بن الحارث، وقم يا حمزة، وقم يا علي »، فلما قاموا ودنوا منهم قالوا: من أنتم؟ قال عبيدة: عبيدة وقال حمزة: حمزة، وقال علي: علي؛ قالوا : نعم، أكفاء كرام... »[4]

---

[1] أخرجه الحاكم في مستدركه عن جدة علي بن أبي طالب، كتاب النكاح : الحديث : 2221،ج1.،انظر: النيسابوري، أبوعبد الله الحاكم)المتوفى: 611 هـ(؛ المستدرك على الصحيحين، الطبعة: الأولى، دار التأصيل،2014، 1435 ص434.

[2] الكردي(حسن محمد عبد الحميد): الكفاءة في الزواج مقارنة بقانون الأحوال الشخصية، مذكرة ماجيستير في القضاء الشرعي غير منشورة، الجامعة الإسلامية غزة.ص 49.

[3] -البويطي، مختصر البويطي، دراسة وتحقيق: أيمن بن ناصر بن نايف السلايمة، رسالة ماجيستير غير منشورة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1430هـ/1431هـ، ص370.

[4] ابن هشام، السيرة النبوية، تعليق: عمر عبد السلام تدمري، ط3،دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1410هـ، 1990م، ج2،ص.6،267268،268ص268،267.

و استدلوا كذلك من المعقول حيث قالوا بأن انتظام المصالح بين الزوجين يكون عادة بين المتكافئين لأن الشريفة تأبى أن تكون فراشا للدنيء 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.[1]

ولأن مصالح النكاح تختل عند عدم الكفاءة، لأنها لا تحصل إلا بالاستفراش والمرأة تستنكف عن استفراش غير الكفء، وتعير بذلك فتختل المصالح، ولأن الزوجين تجري بينهما مباسطات في النكاح، ولا يبقى النكاح بدون تحملها عادة، والتحمل من غير الكفء أمر صعب يثقل على الطباع السليمة، فلا يدوم النكاح مع عدم الكفاءة فلزم اعتبارها.[2]

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 يزوجوه 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.[3]

سبق في الرد على أدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة في الزواج بأّنها 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

[1] علي يوسف السبكي، المرجع السابق، ص101.

[2] –الكاساني، المرجع السابق، ج3،ص573.

[3] –الكاساني، المرجع السابق، ج3،ص573.

صلى الله عليه وسلم راعى في ذلك الكفاءة في الدين والصلاح، وقدمها على ما سواها من الأوصاف، بعكس الأدلة التي احتج ا القائلون باعتبار الكفاءة في الزواج التي كانت خاصة، وكذلك يمكن القول أّ ن 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 وسايرهم في هذا أغلب الفقهاء المحدثين، ولو وجد هؤلاء أدلة عدم اعتبارها قوية وصريحة لما خالفوها، كما أم أدرى الناس بالعرف الصحيح والعرف الفاسد فلا يتصور منهم اتفاقهم على مخالفة الشرع.[1]

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، سنتناول في هذا المطلب موقف قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل وبعده، حيث تم تقسيم المطلب الى فرعين: 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 بصدور 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 التموقع الجيد وفق التطورات الحاصلة في الأسرة حيث سن قانونا آخر تحت رقم 244/63 بتاريخ 29 /1963/06م والذي جاء بمبدأ شكلية عقد الزواج بتحديد سن الزواج، حيث جعل السن عند الرجل ببلوغ

[1] – القرافي، المرجع السابق، ج4، ص2012.

18 سنة، وعند المرأة ببلوغ 16 سنة كاملة، وبهذه الشروط المحددة لسن الزواج يكون المشرع الجزائري قد أرسى شرطا جوهريا يتعلق بصحة الزواج،[1]، 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 الإسلامية في هذا المجال، كما أن المحكمة العليا أقرت في الكثير من القرارات القضائية مبدأ الأسبقية المطلقة لتطبيق أحكام الفقه الإسلامي.[2]

الفرع الثاني: قانون الاسرة الجزائري بعد التعديل

ويمكن حصر ما جاء به قانون الأسرة من تعديل في مجال عقد الزواج فيما يأتي:

- حدد سن الزواج ب 19 سنة بالنسبة للرجل و المرأة وفقا للمادة السابعة.
- حفاظا على صحة الزوجين و الأبناء لا يتم الزواج إلا بتقديم شهادات طبية وفقا للمادة 7 مكرر.
- يعد الرضا من العناصر الاساسية لعقد الزواج طبقا للمادة التاسعة.
- إلغاء الزواج عن طريق الوكالة بإلغاء المادة 20 من القانون 84-11.
- حق المرأة في إبرام عقد زواجها، ما يعني به أن المشرع أخذ بمبدأ المساواة بين الجنسين في كل الجوانب المتعلقة بإبرام عقد الزواج أو فك الرابطة الزوجية.

---

[1] -محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008م، ص44،43.

[2] ا -دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجيستير في علم اجتماع القانوني غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، 1 باتنة، 2014/2013م،ص72.

- إلغاء الصلاحيات التقليدية للولي طبقا للمادة 11.

- الاعتراف للقاصر بأهلية التقاضي في مجال الحقوق والالتزامات الناجمة عن عقد الزواج بموجب المادة السابعة[1].

و رغم التعديلات التي جاء بها الأمر05- 02 في هذا الصدد، فإن المتأمل في نصوص هذه المواد يلاحظ وجود ثغرات قانونية تتطلب إعادة نظر ومزيدا من الإثراء.

ومن ثم يبقى هذا التعديل قاصرا لكونه تضمن العديد من الثغرات القانونية التي تخلف آثارا اجتماعية سلبية، كما أعرب عن ذلك مجموعة من رجال الشريعة والقانون[2].

الفرع الثالث: المقارنة بين مواد قانون الاسرة المتعلقة بالكفاءة في الزواج قبل وبعد التعديل

لقد قام المشرع الجزائري بإجراء جملة من التعديلات المتعلقة بقانون الاسرة حيث سنخص بالذكر النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الكفاءة في الزواج، فقد مس هذا التعديل المواد على النحو الاتي ذكره:

- المادة 4: أضاف المشرع كلمة رضائي "الزواج هو عقد رضائي".

وكما هو معلوم بأن عنصر الرضا هو أحد أهم أركان أي عقد، وبهذا يكون المشرع قد أصاب في هذا التعديل إلى حد ما؛ لأن الرضا مهم جدا في عقد الزواج من الناحية الشرعية، بغض النظر عن نية المشرع ووجهته القانونية.

- المادة 7: المادة الجديدة عدلت سن أهلية الزواج وحددته بـ 19 سنة لكل من الرجل والمرأة، بعد أن كان محددا بـ 21 سنة للرجل و18 سنة للمرأة، وأضافت المادة الجديدة اكتساب أهلية التقاضي للزوج القاصر فيما يتعلق بآثار عقد الزواج.

---

[2] محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص: فقه واصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2008-2009، ص60.

- المادة 7 مكرر: وهي مادة متممة للمادة السابقة، وقد اشترطت على كل من الخاطب والمخطوبة تقديم وثيقة طبية تثبت خلوهما من الأمراض التي قد تشكل خطرا يتعارض مع الزواج، وهذا عند تسجيل عقد الزواج بالحالة المدنية، وأحالت هذه المادة شروط تطبيقها للتنظيم.

- المادة 9: الملاحظ أن هذه المادة أفردت عنصر الرضا لصحة عقد الزواج

- المادة 9 مكرر: أضافت باقي شروط صحة عقد الزواج، بما فيها من شرط الولي وصداق وشاهدين وأهلية وانعدام الموانع الشرعية.

- المادة 11: المادة الجديدة جعلت من المادة القديمة صالحة فقط لحالة زواج المرأة القاصرة، أما المرأة الراشدة بحسب النص الجديد فإنه بإمكانها أن تختار أي شخص لحضور عقد زواجها بمن فيهم أبوها أو غيره.

- المادة 13: أصبحت هذه المادة خاصة بحالة إجبار الفتاة القاصرة على الزواج، بعد أن كانت عامة قبل تعديلها تخص الفتاة القاصرة أو الراشدة.

- المادتين 30 و31 :حيث حذفت من أصناف المحرمات من النساء مؤقتا تلك التي تزيد على العدد المرخص به شرعا، و بالمقابل فإنها أضافت فقرة مقتطعة من المادة 31 القديمة و هي متعلقة بزواج المسلمة من غير المسلم.

- المادة 32: محتوى هذه المادة جاء مطلقا وعمد فيها المشرع إلى استبدال عبارة البطلان بعبارة الفسخ وهذا بالنسبة للزواج الذي اختل أحد أركانه.

- المادة 33: هذه المادة يمكن اعتبارها استثناءات للمادة 32؛ لأن المشرع قرر البطلان المطلق للزواج الذي اختل فيه ركن الرضا وصحح النكاح الفاسد الذي اختل أحد أركانه–دون الرضا–بعد الدخول أما إذا كان قبل الدخول فإنه يفسخ.[1]

[1] محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص62-63.

ملخص الفصل الاول

وفي ختام هذا الفصل نتوصل إلى جملة من النتائج :

-اختلف الفقهاء في تحديد نوع شرط الكفاءة من شروط عقد الزواج، فذهب بعضهم إلى أنهم شرط لصحة العقد، وذهب بعضهم الاخر إلى أنه شرط للزوم العقد لصحته.

-اختلف الفقهاء في تحديد الصفات المعتبرة في الكفاءة، فقالوا هي التدين والمال والحرية ومع اختلافهم فقد أجمع العلماء على اعتبار التدين ومراعاة دين الرجل وإسلامه شرط لصحة زواج المسلمة منه، فلا يجوز للمسلمة الزواج من الكافر مع مراعاة الاستقامة والصالح في الكفاءة الزوجية.

-تطرق الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري الى مسألة اعتبار الكفاءة من عدمه، والواقع أنها مسألة خلافية بين الفقهاء وتحتاج إلى سرد مختلف المواقف.

- ذكر أدلتهم ومناقشتها، وكذلك التطرق إلى من لهم الحق في اشتراط الكفاءة في الزواج بالنسبة للقائلين باعتبارها

الفصل الثاني:

الاوصاف المعتبرة في الكفاءة والاثار المترتبة على تخلفها في الزواج.

تمهيد

إن اعتبار الكفاءة في الزواج –كما قال الفقهاء– يساعد في استقرار الأسرة ودوامها، الكفاءة وتفاهم الأسر فيما بينها وترابطها، ومراعاة التقارب بين الزوجين هو نقطة الارتكاز لحل كثير من الخلافات بينهما مما يساعد على الطمأنينة 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 والتغرير بها، وهذا الاختلاف كان له أثر بطريقة مباشرة على عقد الزواج.

وكذلك نجد ان قوانين الاحوال الشخصية تطرقت الى موضوع الكفاءة في الزواج فنجد انها تأثرت بالاختلاف الفقهي فاتفقت في بعض المواقف واختلفت في مواقف اخرى، ومنه سنتطرق في هذا الفصل الى الاوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج والاثار المترتبة على تخلفها حيث قسمنا الفصل الى مبحثين: الاوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج في المبحث الاول، والاثار المترتبة على تخلف شرط الكفاءة في الزواج في المبحث الثاني.

المبحث الاول: الاوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج

على الرغم من أن الفقهاء القائلين باعتبار الكفاءة في الزواج اتفقوا على معناها، إلا أّنهم 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، والبعضّ الآخر خصال، وآخرون يطلقون لفظ معايير، الا ان هذا الخلاف لم يرتب اي اثر فقهي حيث نجد انه هناك تفاوت في الاهتمام ببعض الصفات دون غيرها حسب اهميتها و اثرها على الزواج لهذا ارتاينا ان نقسم المبحث الى مطلبين الاول : الاوصاف الاساسية المعتبرة في الزواج، والمطلب الثاني : الاوصاف الثانوية.

المطلب الاول: الاوصاف الاساسية المعتبرة في الزواج

إن البحث في صفات الكفاءة الأساسية المعتبرة في الزواج مسألة مهمة من الناحية الشر عية والقانونية فتحقق المساواة بين الزوجين مرتبط بتحقق المساواة والمقاربة في الخصائص المعتبرة في الزواج، وقد اختلف الفقهاء في اعتبارها على أقوال يأتي بيانها تبعا مع توضيح موقف القوانين المقارنة من ذلك.

الفرع الاول: الاوصاف الشخصية

الأوصاف الشخصية هي الأوصاف المرتبطة بشخص الإنسان عند الفقهاء الذي هو أساس اختيار الزوجين، والنسب لاهتمام الناس كثيرا به والإسلام لم ينكر عليهم ذلك.

-اولا: صفة الدين

والمراد به الصلاح والاستقامة على أحكام الدين[1] وهو الطاعة والانقياد للشريعة، وهو ما شرعه الله لعباده من أحكام سواء ما يتصل بالعقيدة أو الأخلاق أو الأحكام

[1] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 55 – 59

العملية[1] اما المراد بالكفاءة في الدين فهو الإسلام مع السلامة من الفسق[2] ويعتبر من شروط الكفاءة في الزواج باتفاق الفقهاء، إلا ما روي عن محمد بن الحسن من فقهاء الحنفية بإسقاطه وعدم اعتباره، لقول ابن رشد: "أما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أن الدين معتبر في ذلك وي عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتباره" [3]

موقف الفقهاء من وصف الدين:

يعتبر الدين من أوصاف الكفاءة المتفق عليها عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة، فقد ذهب الحنفية الى ان 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، والتعيير بالفسق أشد وجوه التعيير.

وقال محمد: لا تعتبر الكفاءة في الدين، لأن هذا من أمور الآخرة، والكفاءة من أحكام الدنيا، فلا يقدح فيها الفسق، إلا إذا كان شيئا فاحشا، بأن كان الفاسق ممن يسخر منه ويضحك ويصفع، فإن كان ممن يهاب منه بأن كان أميرا قتالا يكون كفأ، لأن الفسق لا يعد شيئا في العادة، فلا يقدح في الكفاءة، وعن أبي يوسف أن الفاسق إذا كان معلنا لا يكون كفأ وإن كان مستترا يكون كفأ".[4]

---

[1] محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المصطلحات والألفاظ الفقهية، د ط، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، د ت، ج2، ص94

[2] الحطاب، المرجع السابق، ج5، ص279.

[3] عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة. الطبعة الأولى. الأردن: دار النفائس، 1418هـ-1997، ص223

[4] الكاساني، المرجع السابق، ج3، ص 581،582.

ووصف الدين عند المالكية معتبر بلا خلاف[1]، فتطلب الكفاءة في الدين، أي التدين والعمل بالأحكام الشرعية بحيث لا يكون شربيا ولا فاسقاّ [2]، وهذا احترازا من أهل الفسوق، كالزناة والشربيين، ونحوهم[3]، والمراد بالفاسق عندهم هو المرتكب لكبيرة من المعاصي إذا كان معلنا ومجاهرا ا، 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 [4]

-أدلة المعتبرين الدين من صفات المعتبرة في الكفاءة من القرآن الـــكريم:

جاء في قوله تعالى: {الزاني لا ينكح الا زانية او مشركة والزانية لا ينكحها الا زان او مشرك وحرم ذلك على المؤمنين} النور الآية 3.

وجه الدلالة: دلت الآية على حرمة تزويج العفيفة من زان وحرمة تزويجها من مشرك ومنه نجد ان وصف الدين معتبر في الزواج.

وفي قوله تعالى: {افمن كان مؤمنا كمن كان فسقا لا يسترون} سورة السجدة الآية 18.

وجه الدلالة: أن في الآية نفي لمساواة الفاسق بالمؤمن؛ فهو ناقص عند الله تعالى وعند العباد فلا يمكن بحال أن فلا يمكن ان يكون كفؤا لطاهرة عفيفة[5]، والنصوص القرآنية جاءت قطعية الدلالة ومنه فالدين معتبر في الزواج وللمرأة وأوليائها حق طلب الفسخ عند تخلفه.

---

[1] -ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ط1،دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1415ه، 1995م، ج2،ص26.

[2] الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د ط، دار إحياء الكتب العربية، دمشق، سوريا، ص206.

[3] الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج3، ص24.

[4] الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 1423ه، 2002م، ج2، ص50

[5] هــدى غيظــان،" الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني "، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، جامعة العلوم الإسلامية العالمية الأردن، العدد السـابع، 2015، ص443.

- أدلة اعتبار صفة الدين من السنة النبوية:

استدلوا بـ: حديث أبي هريرة –رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله صلى الله عليه سلم: " إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فانكحوه –ثلاث مرات–" أخرجه الترمذي.

فدل الحديث على اعتبار صفة الذين في الزواج فمن لا يرضى دينه فلا يزوج.

موقف القانون من وصف الدين:

سبق الإشارة إلى المشرع الجزائري لم ينضم الكفاءة في الزواج الا انه فيما يخص الدين فقد نص في المادة 5/30 ق.أ. ج يحرم من النساء مؤقتا زواج المسلمة من غير المسلم.[1]

والملاحظ أّ ن المشرع الجزائري لم يقصد بذلك الكفاءة وإنما مسألة زواج المسلمة من غير المسلم انعقد الإجماع على حرمته، ولا تزول هذه الحرمة إلا بإسلام الزوج

ومما سبق يمكن القول إن الدين شرط أساسي في الكفاءة في الزواج، باتفاق الفقهاء، وفي القوانين المقارنة بنصوص مواد صريحة، فهو الأساس الذي تبنى عليه العلاقات والروابط خصوصا في هذه الأزمنة التي طغت فيها النظرة المادية.

-ثانيا: صفة السلامة من العيوب

عرفت السلامة من العيوب بالسلامة من كل عيب أو مرض منفر يمتنع به المقصود من الزواج وهو الرحمة والمودة والاستمتاع. هذا التعريف لم يحدد أنواع العيوب والأمراض مما يفتح الباب واسعا في هذا المجال.

موقف الفقهاء من وصف السلامة من العيوب:

اعتبار الكفاءة في السلامة من العيوب، قال بهذا القول محمد بن الحسن من الحنفية،

[1] –الأمر رقم: 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

واشترط في اعتبار الكفاءة في السلامة من ثلاثة أمراض فقط، وهي: الجنون، والجذام، والبرص إذا كان بحال لا تطيق المقام معه وهو قول المالكية والشافعية.

كما انه هناك القائلون بعدم اعتبار الكفاءة في السلامة من العيوب، قال بهذا الإمام أحمد وبعض الحنفية، ولكن أصحاب هذا القول، قالوا بفسخ الزواج إذا وجد في الزوج عيب يثبت به خيار الفسخ، وذكروا العيوب التي يثبت فيها الفسخ، وهي: العنة، والجذام، والبرص، والجنون عند الحنابلة، وأما الإمام أبو حنيفة وأبو يوسف فقد اعتبرا العيب الذي يمنع الوطء فقط يثبت به خيار الفسخ، ولا يثبت بقية العيوب والخلاصة في رأي الجمهور –وهو الذي يجمع بين أصحاب القول الأول والثاني

أنهم اتفقوا على اعتبار السلامة من بعض العيوب في الزوج، واختلفوا في اعتبار الكفاءة في السلامة من العيوب، فمنهم من اعتبر الكفاءة في السلامة منها، وهي شرط للزوم العقد عندهم، ومنهم من أسقطها ولكن أثبت بها خيار الفسخ.

وهناك من قال بعدم اعتبار الكفاءة في السلامة من العيوب، ولم يثبتوا بالعيوب خيار الفسخ، وهذا قول الظاهرية.[1]

أما المالكية فجاءت عندهم بلفظ كمال الخلقة، وكذلك بلفظ الحال، ومعناه السلامة من العيوب الموجبة للرد واستدلوا بقول عمر رضي الله عنه:" لا تكرهوا فتياتكم على الذميم من الرجال فإن يحببن من ذلك ما تحبون"، ووجه الاعتبار في السلامة من العيوب أنها نقص يوجب الرد، وأن مقصود النكاح لا يحصل بوجودها.[2]

–أدلة المعتبرين السلامة من العيوب من صفات المعتبرة في الكفاءة من القرآن الـــكريم:

قوله تعالى: {فإمساك بمعروف او تسريح بإحسان}

[1] حسن محمد عبد الحميد الكردي، رسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، الكفاءة في الزواج مقارنة بقانون الاحوال الشخصية، الجامعة الاسلامية غزة، ص105

[2] الغرياني، المرجع السابق، ج2، ص508

فقد أوجب الله على الزوج أن يمسك الزوجة بالمعروف، فليس من الإمساك بالمعروف أن تكون الزوجة محرومة الحظ عند زوج معيب.

- أدلة اعتبار صفة السلامة من العيوب من السنة النبوية:

قال النبي صلى الله عليه وسلم:" لا ضرر ولا ضرار"، وجه الاستدلال بهذا الحديث هو أن الزوجة تتضرر وتتأذى ببقائها مع الزوج المعيب، خاصة إذا كان العيب أو المرض خطيرا.[1]

موقف القانون من وصف السلامة من العيوب:

نصت المادة 7 مكرر ق.أ.ج انه على طالبي الزواج أن يقدما وثيقة طبية لا يزيد تاريخها عن ثلاثة أشهر تثبت خلوهما من أي مرض أو عامل قد يشكل خطرا يتعارض مع 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.[2]

وبالتالي فالمشرع الجزائري لا يعتبر السلامة من العيوب وصفا من أوصاف الكفاءة وإنما يعود إلى اختيار الزوجة مثلما قال الحنفية والحنابلة.

[1] حسن محمد عبد الحميد الكردي، مرجع سابق، ص106

[2] -الأمر رقم: 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائر

-ثالثا: صفة النسب

النسب هو القرابة وجمعه أنساب، ويقال رجل نسيب أي شريف معروف حسبه واصوله[1]، والنسب هو صلة الأب بأصوله من الآباء والأجداد، والمقصود من النسب أن يكون الشخص معلوم الأب لا لقيطا أو مولى إذ لا نسب له معلوم[2]، فالنسب هو انتماء شخص إلى أصل معلوم، فإن كانت الزوجة لها نسب متصل بأصل معلوم لا يكون كفئا لها إلا رجل له نسب مثل نسبها [3]

موقف الفقهاء من اعتبار صفة النسب:

كما علمنا أن نسب الإنسان هو الصلة بأصوله من الآباء والأجداد، وقد اختلف الفقهاء في اشتراط هذا الشرط أو هذه الصفة .كفاءة النسب . على رأيين أساسيين:

الأول: اشتراط هذا الوصف جمهور الفقهاء، وأساس اعتباره العرف، الذي يجعل النسب محل التفاخر والتفاضل والتعاير والمدح والهجاء.

فالشافعية قالوا: (فالعجمي ليس بكفء لعربية، ولا غير قرشي لقرشية، ولا غير هاشمي ومطلبي لهما . فاشترطوا النسب . بأن تنسب المرأة إلى من تشرف به، بالنظر إلى من ينسب الزوج إليه؛ لأن العرب تفتخر بأنسابها أتم الافتخار، والاعتبار في النسب بالآباء، فالعجمي أباً وإن كانت أمه عربية ليس بكفء لعبية أباً، وإن كانت أمها أعجمية؛ لأن الله اصطفى العرب على غيرهم، وليس غير القرشي من العرب مكافئاً قريشية لخبر: "قدموا قريشاً ولا تتقدموها"

أما الحنابلة: "فالدليل عندهم على اعتبار النسب في الكفاءة، قول عمر: لأمنعن

[1] –المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري

[2] وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2،دار الفكر، دمشق، سوريا، 1405هـ، 1985، ص243

[3] –مصطفى شلبي، المرجع السابق، ص3

فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء، قال: قلت: وما الأكفاء؟ قال: في الحسب" ولأن العرب يعدون الكفاءة في النسب ويأنفون من نكاح الموالي ويرون ذلك نقصاً وعاراً، وإذا أطلقت الكفاءة وجب حملها على المتعارف" وعلى ذلك يظهر أن النسب عند الحنابلة وصفاً لازماً للكفاءة.

وأما الحنفية فقالوا: "والكفاءة معتبرة؛ لأن انتظام المصالح بين المتكافئين عادة؛ لأن الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس، فلابد من اعتبارها بخلاف جانبها؛ ولأن الزوج متفرشي فلا تغطيه دناءة الفراش، ولذا لو زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما دفعاً لضرر العار على أنفسهم.[1]

وقد خالفهم في القول المالكية وردوا على ما استدل به أصحاب القول الأول بأن الإسلام دين مساواة لا تمييز فيه، وهي ميزة الإسلام الجوهرية والتفاضل بين الناس معياره التقوى والأخلاق والأعمال الصالحة، فالنبي صلى الله عليه وسلم قد اختار لفاطمة بنت قيس وهي أخت الضحاك بن قيس قريشية فهرية مهاجرة وذات حسب وفضل وجمال، أن تنكح أسامة

ابن زيد وكان مولى وابن مولى، وتقدمه على معاوية بن أبي سفيان وأبا جهم، وكانا أشرف نسبا وأعلى حسبا فدل ذلك على عدم اعتبار النسب في الزواج، كما استدلوا بما فعل الرسول صلى الله عليه وسلم حينما زوج ابنتيه عثمان بن عفان وزوج ابا العاص بن الربيع زينب

وهما من عبد شمس، ومن كل ذلك فالكفاءة في النسب غير معتبرة في الزواج بحسب ما استدل به المذهب المالكي، وهو القول الراجح لقوة أدلتهم من جهة، ولتحقيق مقاصد الشريعة الإسلامية.[2]

---

[1] حسن محمد عبد الحميد الكردي، مرجع سابق، ص73

[2] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر أحكام الأسرة، الجزء الثالث، (دمشق: دار الكلم الطيب 1431- هـ 2010 م)، ص119.

-أدلة المعتبرين صفة النسب في الكفاءة

فعند الحنفية تعتبر الكفاءة في النسب، والأصل فيه قول النبي صلى الله عليه وسلم: « قريش بعضهم أكفاء لبعض، بطن ببطن، والعرب بعضهم أكفاء لبعض، قبيلة بقبيلة، والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل »[1]

قال النبي صلى الله عليه وسلم: "الأئمة من قريش" 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.[2]

- أدلة القائلين بعدم اعتبار صفة النسب في الكفاءة:

أما المالكية فالكفاءة هي في الدين والحال، ولا تشترط المماثلة في النسب والحسب والمال، ولا تعتبر من الكفاءة على المعتمد[3]، فمن ساوى المرأة في الدين والحال كان كفؤا لها ومن أدلة ذلك قوله تعالى: "يأيها الناس انا خلقنكم من ذكر وانثى وجعلنكم شعوبا وقبائل لتعارفوا ان اكرمكم عند الله اتقكم ان الله عليم خبير " الحجرات 13.

موقف القانون من اعتبار صفة النسب في الكفاءة:

وبالرجوع لنصوص القوانين المقارنة لم نجد بشأن الكفاءة في النسب نص على ذلك ومن ثم تكون القوانين المقارنة قد رجحت من أقوال الفقهاء مذهب الإمام مالك في عدم اعتباره للنسب، وان كان المتعارف في والمجتمعات الآن سؤال الخاطب عن نسبه وأصله وفصله من باب المعرفة إلا أن المعتبر عندهم التقوى والصلاح والدين والخلق.

---

[1] أخرجه: الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، كتاب: النكاح، فصل: في الكفاءة، رقم: 4901،ج3،ص 197.

[2] – الكاساني، المرجع السابق، ج3،ص 576-580

[3] الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج3،ص247

الفرع الثاني: الاوصاف المالية

المال هو كل ما يملكه الفرد أو تملكه الجماعة من متاع أو عروض تجارة أو عقار أو نقود أو حيوان، وجاء في لسان العرب أن المال هو معروف ما ملكته من جميع الأشياء. [1]

أما المراد بالمال باعتباره صفة من أوصاف الكفاءة في الزواج فعرفه وهبة الزحيلي بانه القدرة على المهر والنفقة على الزوجة، لا الغنى والثراء، فلا يكون المعسر كفئا». وذكر عبد الوهاب خلاف أن المراد بالمال ليس أن يتساويا في الغنى ودرجة اليسار وإنما المراد أن يكون الزوج قادرا على مقدم صداقها والإنفاق عليها شهرا، فمن كان قادرا على ذلك يعتبر كفؤا لها ماليا ولو كانت ثروتها وثروة أبيها أضعاف ماله.[2]

موقف الفقهاء من وصف المال

اختلف الفقهاء على قولين في اعتبار المال في الكفاءة في الزواج:

القول الأول:

ذهب إلى اعتبارها الحنفية، ورواية عن الإمام أحمد اختارها جمع من الحنابلة [3] وبعض الشافية، والمراد بالمال في الكفاءة عندهم أن يكون الزوج قادرا على المهر والنفقة؛[4] فمن لا يقدر على مهر المرأة ونفقتها لا يكون كفئا لها ؛ والقدرة على المهر تكون بما تعارف الناس على تعجيله من دون المؤخر، وأما النفقة فيقصد بها أن يكون الزوج كسوبا،[5] ولم يشترطوا الكفاءة في الغنى، والتي تتحقق إذا كان الزوج في حال من اليسار

[1] ابن منظور (أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم): لسان العرب، د ط، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968م، ص635

[2] عبد الوهاب خلاف أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2،دار القلم، الصفاة، الكويت، 1410هـ، 1990م،ص71.

[3] ابن عابدين، مرجع سابق، ص 206.

[4]أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط3،دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957 ص206.

[5] ابو زهرة، مرجع سابق ص 139.

تكون قريبة من حال الزوجة أو حال أسرتها فلا عبرة له في الكفاءة مهما بلغت المرأة منه، وهو الصحيح عند الحنفية؛ لأن كثرة المال مذمومة ولا ثبات لها، وفارقه في ذلك أبو حنيفة ومحمد باشتراطها، لتفاخر الناس به، والأصح أن ذلك لا يعتبر[1]

القول الثاني:

والمشهور عند المالكية أن الكفاءة هي في الدين والحال ولا تشترط المماثلة في النسب والحسب والمال، 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"[2]

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 بنفقته عليها نفقة المعسرين[3]

ادلة المعتبرين صفة المال في الكفاءة في الزواج

حديث فاطمة بنت قيس إذ قالت: "فلما حللت ذكرت للنبي صلى الله عليه وسلم أن معاوية وأبا جهم خطباها فقال صلى الله عليه وسلم: "أما معاوية فصعلوك ال مال له، وأما جهم فال يضع عصاه من عاتقه، انكحي أسامة بن زيد، فنكحته فجعل هللا فيه خيرا كثيرا فاغتبطت به "

[1] أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، مصر، 1961م ص125.

[2] القرافي، المرجع السابق، ج4، ص21.

[3] الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1418 ، 1997م ص224.

وجه الدلالة: فدل قوله صل الله عليه وسلم "أما معاوية فصعلوك المال له " على أن الكفاءة في المال معتبرة[1]

قال رسول الله صل الله عليه وسلم: " الحسب المال، والكرم التقوى"

وجه الدلالة: في الحديث دلالة على أن صاحب الحسب والمقصود به المال يتفاخر به مثل صاحب النسب فدل ذلك على اعتباره.[2]

ادلة القائلين بعدم اعتبار صفة المال في الكفاءة في الزواج:

لقد استدل اصحاب هذا القول بما يلي:

قوله صلى الله عليه وسلم: "اللهم احيني مسكينا وأمتني مسكينا، واحشرني في زمرة المساكين" رواه الترمذي وابن ماجة وصححه الالباني[3].

فدل قوله صلى الله عليه وسلم أن الفقر شرف الدين.

كما استدلوا بأن الرسول لم يكن من أهل اليسار، ومات ودرعه مرهونة عند يهودي في طعام أهله، ولأن الفقر ليس بنقص في الكفاءة في العادة[4]، حتى ان المرأة لا تعير بفقر زوجها بقدر ما تعير بقلة دينه وفسقه.[5]

ذهب إلى ذلك المالكية في المشهور عنهم[6] وأحمد في الرواية الثانية عنه [7]

و قد استدلوا بما يلي:

---

[1] وهبة الزحيلي؛ الفقه الاسلامي وأدلته: ج4/ص4216

[2] أخرجه الحاكم في مستدركه عن سمرة رضي هللا عنه، كتاب النكاح، الحديث :2262/ ج2/ص346. الحاكم؛ المستدرك على الصحيحين للحاكم.

[3] حسـن محمد عبد الحميد الكردي، مرجع سابق، ص 92.

[4] ع مر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 230

[5] هدي عيظان، مرجع سابق، ص451,

[6] الصاوي، أحمد؛ بلغة السالك أقرب المسالك، تحقيق محمد عبد السالم شاهين، لبنان/ بيروت، دار الكتب العلمية،3631هـ – 2 3441م: ج2، ص 612,

[7] المرداوي، المرجع السابق,ج8,ص 318 ؛ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الطبعة: السابعة والعشرون، الكويت/ بيروت، مؤسسة الرسالة /مكتبة المنار الإسلامية , 1415هـ،1994م، ج1,ص362.

قوله تعالى :"و انكحوا الايامى منكم و الصالحين من عبادكم و امائكم و ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله و الله واسع عليم " **النور 32.**

و الاصح أن اليسار لا يعتبر في خصال الكفاءة، لان المال ظل زائل، وحال حائل، ومال مائل،. ولا يفتخر به أهل المروءات والبصائر[1].

والراجح لدي هو هذا الراي؛ لان الغنى لا دوام له، والمال غاد ورائح، والرزق مقسوم منوط بالكسب، والفقر شرف في الدين[2].

موقف القانون الجزائري من وصف المال

لم يتطرق المشرع الجزائري الى هذا الوصف الا اننا نجد ان بعض البلدان العربية كان لهذا الوصف نصوص قانونية صريحة حول وصف المال مثل المشرع الاردني[3] اما المشرع الكويتي و الاماراتي فلم يتطرقا الى موضوع الكفاءة في المال و تركا هذا الامر للعرف السائد في كل منطقة.

المطلب الثاني: الاوصاف الثانوية

تعتبر هذه الاوصاف من الأوصاف الثانوية والتي حظيت باهتمام أقل من العلماء ولم يتم التطرق لها بالتفصيل لأنها صفات متداولة قديما ولا توجد في زمننا هذا مثل وصف الحرية، كما توجد بعض الصفات التي لم يراعها أغلب العلماء مثل إسلام الأصول، و هي صفات بدأت بالزوال حيث قسمنا هذا المطلب الى ثلاثة فروع:

الفرع الاول: وصف الحرية، الفرع الثاني: وصف فارق السن، الفرع الثالث: وصف الجمال و الحالة الاجتماعية.

---

[1] الشربيني,المرجع السابق، ج6/ص224.

[2] وهبة الزحيلي،المرجع السابق، ج4/ص4216.

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

الفرع الاول: وصف الحرية

لقد كان المجتمع القبلي قبل الإسلام منقسما إلى طبقتين: طبقة الأسياد (الأحرار) وطبقة العبيد، وكان التفاخر والتعاير بين الناس يقع على هذا الأساس، وبمجيء الإسلام لم تندثر تلك الطبقية بسهولة، وظهر الرق بقيّ معها التفاخر بسبق الإسلام وبإسلام الأصول، وتحدث الفقهاء عن الحرية في الكفاءة في الزواج، اما اليوم فأصبحت العبودية جريمة يعاقب عليها القانون.

تعريف 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 المزاحمة، ولم يرد في اللغة إطلاق ما تشتق منه كلمة الحرية ولكن ورد إطلاق ما دل على السلامة من نقائص كانوا يعتبروا من صفات العبيد كالذل والخساسة والكسل [1]، لذا عرفوها بخلافها الرق، والرق هو عجز شرعي مانع للولايات من القضاء والشهادة وملكية المال والتزوج وغيرها[2].

موقف الفقهاء من اعتبار صفة الحرية في الكفاءة في الزواج

الجمهور من الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض المالكية قالوا باعتبار الحرية في الكفاءة[3]، فيما ذهب المالكية في المشهور عندهم إلى عدم اعتبارها في الكفاءة.[4]

[1] محمد الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ط2،الشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1985م، ص162،160.

[2] عبد الرحمن عبد المنعم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د ط، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، د ت،ج2،ص169.

[3] –الكاساني، المرجع السابق، ج3،ص580.

[4] الجزيري عبد الرحمن بن محمد عوض، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج2،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2003م،ص580.

و جاء في تفسير القرطبي: أن العبد الذي لا يملك شيئا ولا يقدر من أمره على شيء و الحر الذي قد رزقه الله رزقا حسنا فهو ينفق كما وصف لا يستويان، فكذلك لا يستوي الكافر العاصي الله المخالف أمره والمؤمن العامل بطاعته[1]

فالحنفية يرون أن النقص والشين بالرق فوق النقص والشين بدناءة النسب، فلا يكون القن والمدبر والمكاتب كفؤا للحرة بحال، ولا يكون مولى العتاقة كفؤا لحرة الأصل، ويكون كفؤا لمثله، لأن التفاخر يقع بالحرية الأصلية، والتعيير يجري في الحرية فلا يكون كفؤا لمن له أبوان فصاعدا في الحرية، ومن له أبوان في الحرية لا يكون كفؤا لمن له آباء كثيرة في الحرية، كما في إسلام الآباء، لأن أصل التعريف بالأب وتمامه بالجد، وليس وراء التمام شيء، وكذا مولى الوضيع لا يكون كفؤا لمولاة الشريف، حتى لا يكون مولى العرب كفؤا لمولاة بني هاشم، حتى لو زوجت مولاة بني هاشم نفسها من مولى العرب (كان لمعتقها حق الاعتراض) لأن الولاء بمنزلة النسب [2]، قال النبي صلى الله عليه وسلم:" الولاء لحمة كلحمة النسب "[3]

وأما الحنابلة فلا يكون العبد ولا المبعض كفؤا لحرة ولو كانت عتيقة لأنه منقوص بالرق ممنوع من التصرف فيكسبه غير مالك له، ولأن ملك السيد لرقبته يشبه ملك البهيمة فلا يساوي الحرة لذلك، والعتيق كله كفء للحرة[4]

ولم يشترط بعض فقهاء المذهب المالكي الكفاءة في الحرية؛ فالعبد كفء للحرة والراجح لديهم إعطاء الحرة الخيار في الرد إذا تزوجها العبد من غير علمه[5]

---

[1] الإمام القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي، الجامع لأحكام القرآن، 20 جزء، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الكتب المصرية، 1384 – ه 1964م)، ص382

[2] الكاساني، المرجع السابق، ج3،ص58.

[3] أخرجه: الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، كتاب: الولاء، رقم: 6895،ج4،ص15.

[4] البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، د ط، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403ه، 1983، ص68.

[5] وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، مرجع سابق، ص 119.

من هذا التفسير نجد ان اغلب العلماء اتفقوا على اختلاف المراتب بين العبد و الحر حيث اعتبروا ان العبد ليس كفء للحرة لوجود العديد من النقائص التي تعتبر من مسقطات الكفاءة في الزواج.

اما في الوقت الراهن فزمن العبودية قد انتهى لهذا اغلب الدراسات الحديثة التي موضوع دراستها حول الكفاءة في الزواج لم يتم صفة الحرية بعين الاعتبار نظرا لانقضاء هذه الحقبة من الزمن.

ادلة المعتبرين صفة الحرية في الكفاءة في الزواج

استدلوا **بقوله تعالى** :" ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء و من رزقناه منا رزقا حسنا فهو ينفق منه سرا و جهرا هل يستوون الحمد لله بل اكثرهم لا يعلمون " سورة النحل، الآية 75.

ومن السنة النبوية الشريفة، استدلوا بقصة بريرة التي ورد ذكرها في الحديث الشريف و سبق ذكر فحواه فيما تقدم، فلو لم تكن الحرية معتبرة لما خيرها الرسول صلى الله عليه وسلم بزوجها الذي لم يعد كفئا لها بعد الحرية في المقام معه أو مفارقته، ولأن الرق نقصه كثيرا وضرره بين فتجده منشغلا عن زوجته بخدمة سيده ولا ينفق نفقة الموسرين وهو كالمعدوم بالنسبة لنفسه [1].

ادلة القائلين بعدم اعتبار صفة الحرية في الكفاءة في الزواج

يقول ابن قدامة: روي أن (الحرية) ليست شرطا في الكفاءة، لأن النبي صلى الله عليه و سلم قال لبريرة : حين عتقت تحت عبد، فاختارت فرقته: (لو راجعتيه) قالت: أتأمرني يا رسول الله؟ قال: لا إنما أنا شفيع. ومراجعتها له ابتداء نكاح عبد لحرة. وروي أنها شرط، وهي الاصح، لأن النبي صلى الله عليه وسلم خير بريرة حين عتقت تحت عبد.

[1] عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص 218.

فإذا ثبت لها الخيار بالحرية الطارئة فبالسابقة اولى، ولان فيه نقصا بالمنصب والاستمتاع والإنفاق، ويلحق به العار فأشبه عدم المنصب[1].

موقف القانون الجزائري من وصف الحرية في الكفاءة في الزواج

في زمننا هذا أصبح الرق جريمة يعاقب عليها القانون و لهذا لم يعد هناك داع للحديث عن الحرية، فنجد ان اغلب قوانين الاحوال الشخصية ان لم نقل كلها لم تتطرق لهذه الصفة في تشريعاتها.

الفرع الثاني: وصف فارق السن

فارق السن له أهمية بالغة في إنجاح العالقة الزوجية، حيث تعتبر المقاربة في السن بين الزوجين سببا لحصول التوافق و الانسجام.

تعريف فارق السن : فارق السن بين الزوجين هو تقارب الزوج مع الزوجة في السن، فلا يكون الرجل الهرم كفؤا للشابة، وكلما زاد التفاوت في السن بين الزوجين ازداد معه الخطر واتسع الضرر على الحياة الزوجية بشكل خاص وعلى المجتمع بشكل عام [2]

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 مفاسد أو مخاطر، ولم يبحثها الفقهاء الأقدمون ربما لعدم الحاجة لبحثها في زمانهم، ولعدم ظهور خطرها 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 اشترطوا الكفاءة لم يجعلوا التفاوت في السن أيضا من شروط الكفاء المطلوبة[3]

---

[1] –ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج3،ص2

[2] –عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1،دار النفائس، عمان، الأردن، 1418هـ، 1998م،ص56

[3] – . عبد الفتاح عمرو، المرجع السابق،ص56،57

إن مع غايات السن تقل الرغبة ويعدم المقصود بالزوجية، والوجه الثاني انه غير معتبر لأنه قد يطول عمر الكبير و يقصر عمر الصغير، وربما قدر الكبير من مقصود النكاح على ما يعجز عنه الصغير، ولأن مع نقص الكبير فضلا لا يوجد في الصغير[1].

ويرى يوسف القرضاوي أنه لا يليق بشاب أن يبحث عن امرأة عجوز، ولا بشابة أن تبحث عن رجل بلغ من 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[2].

كما انه يوجد من لا يشترط السن كمعيار بين الزوجين فهذا الراي كان سائد في زمن مضى فكان الزوجين على قدر عال من المسؤولية لكلا الطرفين، اما 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 غالبا أن صغيرات السن في زماننا أكثرهن لا يعرفن واجباتهن اتجاه أزواجهن، وأزواجهن لا يعرفون الصبر تجاههن، فلا تستقيم الحياة بين بينهم [3]

ادلة المعتبرين شرط فارق السن في الكفاءة في الزواج:

يرى أصحاب هذا الراي أن الكفاءة في السن معتبرة، فالشيخ الهرم ليس بكفء للفتاة الشابة، وهو ما ذهب إليه بعض الشافعية واستدلوا لذلك:

---

[1] الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ، 1994م، ص106.

[2] يوسف القرضاوي، الأسرة كما يريدها الإسلام، ط1،مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، 1426هـ، 2005م، ص20،21.

[3] قاسم الشيخ، أسس اختيار الزوجين وأثره في الحد من الطلاق،ط1،مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، سوريا، 1426هـ، 2005م ص 44،45.

عن عبد الله بن بريدة عن أبيه رضي الله عنه قال:" خطب أبو بكر وعمر رضي الله عنهما فاطمة، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: " إنها صغيرة " فخطبها علي فزوجه منها"[1]

وذلك ان النبي صلى الله عليه وسلم زوج فاطمة ممن يماثلها في السن، فالتكافؤ بين الز وجين في السن هو القاعدة.

أن فارق السن الكبير بين الزوجين يعتبر سببا قويا في سوء التوافق الزوجي وعدم الانسجام، بينهما من التنافي والتباين، وإن مع تفاوت السن تقل الرغبة ويعدم المقصود بالزوجية[2]

ادلة القائلين بعدم اعتبار شرط فارق السن في الكفاءة في الزواج:

يرى أصحاب هذا الراي أن الكفاءة في السن غير معتبرة، حيث استدلوا بجملة من الادلة منها :

تزوج النبي صلى الله عليه وسلم بخديجة وهو ابن خمس وعشرين، وقد جاوزت هي الاربعين رضي الله عنها[3]

تزوج صلى الله عليه وسلم عائشة ودخل بها وعمرها تسع سنوات، وهو قد تجاوز الخمسين.

عن عروة، أن النبي صلى الله عليه وسلم خطب عائشة إلى أبي بكر، فقال له أبو بكر: إنما أنا أخوك، فقال:" أنت أخي في دين الله وكتابه، وهي لي حلال "[4].

---

[1] –أخرجه النسائي في سننه عن أبي عبد هللا بن بريدة، كتاب النكاح، باب تزويج المرأة مثلها في السن، الحديث 3،ج4،ص62

[2] –الماوردي، المرجع السابق،ص264

[3] –الغرياني، الصادق عبد الرحمن؛ مدونة الفقه المالكي وأدلته، الطبعة ألولى، لبنان مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، 3621 3 هـ – 2112 م، ج2،ص509.

[4] رواه البخاري في صحيحه عن عروة، كتاب النكاح، باب تزويج الصغار من الكبار، الحديث:5081 ج2،ص5.

موقف القانون الجزائري من اعتبار شرط فارق السن في الكفاءة في الزواج :

لم يتطرق المشرع الجزائري الى اعتبار فارق السن في الكفاءة في الزواج حيث لم نجد نص صريح في هذا الشأن، عكس بعض الدول العربية التي نجد فيها نصوص صريحة حيث نأخذ على سبيل المثال المشرع الاماراتي حيث جاء في المادة 2/21 انه :" إذا كان الخاطبان غير متناسبين سنا 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"[1]

وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون: «ونظرا إلى أن التفاوت الفاحش في السن بين الزوجين كان موضع استهجان قديما و حديثا، بحيث لا تقوم به حياة زوجية سويةً – في الأغلب الأعم – ويقصد به غالبا تحقق رغبة أحد الطرفين في الاستفادة بمال الطرف الآخر أو جاهه، وحدا ذلك بالإمام الروياني من فقهاءً الشافعية إلى الذهاب إلى القول بأن المسن ليس كفؤا للشابة.

وحذر فقهاء الحنابلة من هذا الزواج، لأنه ربما حمل الفتاة على فعل ما لم ينبغي. وينصح الحنفية الآباء بعدم تزويج بناتهم الشابات للكبار 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 وموافقته على ذلك، وبعد أخذ إذن من القاضي حيث يقدر المصلحة في الزواج من عدمه، وجعل له القانون حق عدم الإذن إن لم ير مصلحة ظاهرة في ذلك[2].

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

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

الفرع الثالث: وصف التحصيل العلمي

يعتبر التحصيل العلمي من أهم معايير الكفاءة لما لهذا الأخير من أثر في تحقيق التقارب والتفاهم ما بين الزوجين.

العلم هو إدراك الشيء بحقيقته، ويعتبر من العلم كل ما فيه نفع للناس ولا يتعارض مع الدين وأهمه العلم الشرعي ثم علوم اللغات والطب والرياضيات والفيزياء، والكيمياء وغيرها، 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 .[1]

والمقصود بالكفاءة في العلم أن يتساوى أو يتقارب الزوجان في المستوى العلمي والثقافي، فلا يكون الجاهل الأمي كفأ للعالمة[2].

موقف الفقهاء من صفة التحصيل العلمي:

ذهب بعض الفقهاء إلى القول بأن العالم العجمي يكون كفؤا للجاهل العربي، والعالم الفقير يكون كفؤا للغني للجاهل، والوجه فيه ظاهر لأن شرف العلم فوق شرف النسب، وذكر الكاساني أنه إذا كان الرجل ذا جاه كالسلطان والعالم، فإنه يكون كفؤا [3]

وجاء عن الشوكاني أنه من جملة الأمور الموجبة لرفعة المتصف بالكفاءة، الصنائع العالية وأعلاها على الإطلاق: العلم، لحديث: "العلماء ورثة الأنبياء"[4]

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

---

[1] حسن محمد عبد الحميد الكردي، المرجع السابق، ص109

[2] مسعود جمادي؛ الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص310.

[3] الكاساني، المرجع السابق، ج3،ص581.

[4] أخرجه: أبو داوود، سنن أبي داوود، كتاب: العلم، باب: الحث على طلب العلم، رقم: 3641،مج5،ص485.

والحال، فإن الأقل جاها وقدرا كالجاهل بالنسبة للعالم، أو المأمور بالنسبة للأمير، والفقير بالنسبة للغني، فهؤلاء أكفاء للمرأة ذات الجاه[1].

ادلة المعتبرين لصفة التحصيل العلمي في الكفاءة في الزواج:

يرى أصحاب هذا الرأي أن الكفاءة في العلم معتبرة، فهم يرون أن الجاهل ليس بكفء للعالمة، وهو مذهب الشافعية حيث استدلوا بما يلي :

قوله تعالى :"قل هل يستوي الذين يعلمون و الذين لا يعلمون " الزمر 9.

و قوله تعالى : " يرفع الله الذين امنوا منكم و الذين اوتوا العلم درجات و الله بما تعملون خبير " المجادلة 11.

وقوله تعالى :"شهد الله انه لا اله الا هو و الملائكة و اولوا العلم " ال عمران 18.

بين سبحانه وتعالى أن العالم والجاهل لا يستوون، فقد فضل أهل العلم ورفع درجتهم على غيرهم من الناس، فوجب اعتبار الكفاءة في التحصيل العلمي[2]

و عن أبي الدرداء قال: سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال:

"إن فضل العالم على الجاهل كفضل القمر على سائر الكواكب، إن العلماء ورثة الأنبياء"[3]

القائلين بعدم اعتبار التحصيل العلمي في الكفاءة في الزواج:

يرى أصحاب هذا الرأي أن الكفاءة في التحصيل العلمي غير معتبرة، ويرون بكفاءة الجاهل للعالمة، وهو ما ذهب إليه جمهور الفقهاء، من الحنفية والمالكية والشافعية

[1] الحبيب بن طاهر، المرجع السابق، ج3،ص249.

[2] القرطبي أبو محمد مكي، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، الطبعة الاولى، 3624 هـ – 2118 م:ج31،ص 4118.

[3] ابن ماجة أبو عبد الله، سنن ابن ماجه، المرجع السابق :ج3،ص83.

والحنابلة، حيث كانت لهم ادلة يدعمون بها هذا الراي القائل بعدم اعتبار التحصيل العلمي كشرط في الزواج و استدلوا بما يلي :

– أن الكثير من الزيجات تمت دون النظر للتقارب العلمي، ويعرف زواجهم نجاحا.

– أن الكفاءة من شرائط اللزوم فمتى كان من الممكن أن تعير المرأة وأولياؤها كان لهم عدم الرضا بغير الكفـء.

– أن فضل العلم وقدر أهله لا يدل على اعتبار العلم من معايير الكفاءة، فكم من أمي هو أفضل بين الناس من متعلم لصالحه وفساد المتعلم[1].

موقف القانون الجزائري من صفة التحصيل العلمي في الكفاءة في الزواج

لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه الصفة في نصوصه القانونية رغم اهمية التحصيل العلمي لان التفاضل اليوم بالمستوى العلمي أكثر من التفاضل بالأنساب والحرفة، فقلة التحصيل العلمي أكثر ما يتعير 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.

مما ما 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 كفـء، أما بقية الأوصاف فهي محل خلاف بين المذاهب، بل وفي المذهب الواحد وجدنا آراء كثيرة، ومرد ذلك أن اعتبار الكفاءة وتحديد أوصافها تفتخر به في منطقة أو مجتمع وهناك اوصاف لا تؤخذ بعين الاعتبار في مجتمعات اخرى، فيبقى اجتهاد فقهي مبني على العرف والعادة، وبالتالي ما يعتد به في

[1] مسعود جمادي، مرجع سابق ص118.

بلد ما أو في عصر ما قد لا يكون كذلك في مكان آخر أو في عصر آخر، ومما لا شك فيه أن من اتصف بكل 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، فليست كل الاوصاف معتبرة و تبطل الزواج الا ما كان منها مبطلا للعقد شرعا او قانونا.

المبحث الثاني: الاثار المترتبة على تخلف شرط الكفاءة في الزواج

الكفاءة في الزواج شرط لزوم فقها وقانونا وأثر ذلك ان 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 التغرير بالكفاءة حيث سنتطرق في المطلب الاول الى الاثر المترتب عن حالات تزويج المرأة من غير كفء والمطلب الثاني الى أثر حالة التغرير بالكفاءة على عقد الزواج في الفقه الاسلامي.

المطلب الاول: الاثر المترتب عن حالات تزويج المرأة من غير كفء

لقد قمنا بتقسيم المطلب الى فرعين الاول بعنوان تزويج المرأة لنفسها من غير كفء وفي الفرع الثاني تزويج الولي للمرأة من غير كفء.

الفرع الاول: تزويج المرأة لنفسها من غير كفء

فعند الحنفية إذا زوجت المرأة نفسها من غير كفء فللأولياء أن يفرقوا بينهما، لأنها ألحقت العار بالأولياء فإنهم يتعيرون بأن ينسب إليهم بالمصاهرة من لا يكافئهم، فكان لهم أن يخاصموا لدفع ذلك عنّ 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 سمى من المهر وعليها العدة، لأن أصل النكاح كان صحيحا فيتقرر المسمى بالتسليم إما بالدخول أو الخلوة، وإذا تزوجت المرأة بغير كفء، 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[1]

هذا ولا بد أن نشير إلى أن صاحب الحق في الكفاءة عند تزويج المرأة نفسها بغير كفء هو الولي القريب لا الولي البعيد؛ ويترتب على ذلك أنه في حال عدم وجود الولي القريب أو لم يكن لها ولي أصلا، أو كان لها ولي غير عاصب ففي الحالتين يصح العقد ويكون لازما؛ ففي الحالة الأولى الأمر ظاهر لأن كفاءة الزوج أصبح لعدم وجود الولي أصلا خالصا لها، أما وجود ولي من غير عصبتها فلا حق له في الكفاءة حتى يعترض على إهمال المرأة اعتبارها عند تزويج نفسها من غير كفء لأنه لا يعير بها[2]

سبق الإشارة إلى أن 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، 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

[1] السرخسي شمس الدين، كتاب المبسوط، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ت، ص25-26.

[2] محمد محي الدين، الأحـوال الشخصية في الشريعـة الإسلامية، بيروت – لبنان، المكتبة العلمية، 1428هـ-2007م، ص79.

ظهر أنه غير كفء، وهو ما يعني أن الكفاءة ليست شرطا لصحة العقد بل شرطا للزومه.

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[1].

الفرع الثاني: تزويج الولي للمرأة من غير كفء

في حالة تزويج الولي المرأة بغير كفء فإن حقه في الاعتراض يسقط ويبقى حقها قائما ما لم ترضى بهذا الزوج قبل العقد، وذهب الشافعية في الأظهر والحنابلة على إحدى الروايتين عن أحمد –من الحالات اعتبار الكفاءة شرط صحة –أن تخلف الرضا يجعل العقد باطلا لأنه على خلاف المصلحة[2]

عند 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 الباقين ممن في درجته بغير كفء صح التزويج، لأن الكفاءة حقها وحق الأولياء، فإن رضوا بإسقاطها فلا اعتراض عليهم، ولو زوجها الأقرب غير كفء برضاها فليس للأبعد الاعتراض، ولو زوجها أحد المستوين بغير كفء برضاها دون رضاهم (أي باقي المستوين)، لم يصح التزويج، لأن لهم حقا في الكفاءة فاعتبر رضاهم كرضا المرأة، وفي قول يصح التزويج، ولهم الفسخ، وفي تزويج الأب بكر صغيرة أو بالغة بغير كفء بغير رضاها ففي الأظهر باطل وفي

[1] عمر مرزوقي، مفتاح عبد الصمد، شرط الكفاءة في الزواج في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر اكاديمي، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة 2019–2020، ص64.

[2] عبد الرحمن الجزيري، مرجع سابق، ص 56

الآخر يصح، وللبالغة الخيار في الحال، وللصغيرة كذلك الخيار إذا بلغت، ولو طلبت المرأة من لا ولي لها خاص أن يزوجها 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.

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.

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[1].

وبالرجوع الى قانون الاسرة الجزائري نجد انه لم يتطرق الى موضوع تزويج الولي للمرأة بغير كفء وبالتالي فسح المجال للعرف السائد في كل منطقة فبقي هذا الموضوع تحت جناح العادات والتقاليد **وخصوصيات** كل منطقة.

المطلب الثاني: أثر حالة التغرير بالكفاءة في الزواج

سيتم التطرق إلى الأثر على عقد الزواج عند ادعاء الخاطب أو الزوج الكفاءة ثم يتضح خلاف ما ادعاه، ولذلك قسمنا هذا المطلب الى فرعين، الاول: أثر التغرير بالكفاءة على عقد الزواج في الفقه الاسلامي والفرع الثاني: أثر التغرير بالكفاءة على عقد الزواج في القانون.

[1] عمر مرزوقي، مرجع سابق، ص70

الفرع الاول: أثر التغرير بالكفاءة على عقد الزواج في الفقه الاسلامي

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 فأفقده حقيقة الرضا، فمن شروط لزوم العقد أن يكون خال من التغرير، وعلى هذا إذا غر الزوج الولي او موليته التي تزوجها بأنه كفء لها، أو ادعى نسبا غير نسبه، فإن ظهر دونه فحق الفسخ ثابت للكل لوجود تغرير بالكفاءة، وإن كان نسبه الحقيقي كفؤا لما انتسب به فحق الفسخ للمرأة دون الأولياء، وإن كان ما ظهر فوق ما أخبر فلا فسخ لأحد، ومن مثال ذلك أيضا كمن أخبر بأنه حر ثم ظهر خلاف ذلك فكان للعاقد حق الفسخ، فلو غر عبد حرة، فإن أجاز السيد نكاحه فلها الخيار، لعدم الكفاءة مالم تمكنه من وطئها بعد علمها، فإن كرهته فرق السلطان بينهما إلا أن يفارق الزوج[1]

الفرع الثاني: أثر التغرير بالكفاءة على عقد الزواج في القانون

التغرير في عقد الزواج يقصد به استعمال وسائل احتيالية، قوليه كانت أو فعلية من قبل أحد الزوجين أو الأولياء أو من الغير لخداع الطرف الآخر وحمله على إبرام عقد الزواج بما لم يكن ليرضى لولا هذه الوسائل وهو عند غير الأحناف يعبر عنه بالتدليس[2]،كما ان الرضا ركنا أساسيا في كل عقد، فان الشارع قد منع كل ما يمكنه أن يمنع تمامه ورتب عليه بعض الأحكام بالنسبة للعقد والمتعاقدين، وباعتبار التغرير أحد عيوب الرضا يؤثر على تمام العقد وقد يسلب لزومه واستمراره، كان له أثر على العقود

[1] القرافي، المرجع السابق، ج4، ص436.

[2] بسمــة عثماني، التغرير وأثره في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة –، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2015 –2016، ص 07.

بشكل عام وعلى عقد الزواج بشكل خاص، فيكون التغرير في ركن الزواج كما قد يكون في شروط النكاح الشرعية، ومنها التغرير في الكفاءة[1].

وقد تطرق قانون الاسرة الجزائري الى مبطلات عقد الزواج، وتكلم المشرع على كل ما يتنافى ومقتضيات ابرام عقد الزواج الصحيح، حيث نجد حالات الحق في فسخ العقد في المواد التالية:

المادة 32: يبطل الزواج، إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد. يفسخ النكاح إذا اختل أحد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أو ثبتت ردة الزوج.[2]

المادة 33: يبطل الزواج إذا اختل ركن الرضا[3].

الدخول بصداق المثل إذا اختل ركن واحد، ويبطل إذا اختل أكثر من ركن واحد.

المادة 34: كل زواج بإحدى المحرمات يفسخ قبل الدخول وبعده، ويترتب عليه ثبوت النسب، ووجوب الاستبراء[4].

المادة 35: إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيحا[5].

---

[1] رحمــة محمود خالد عبد الله، أثر التغرير على عقد النكاح، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، 1432هـ -2011، ص 17.

[2] المادة 32: أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

[3] المادة 33: أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

[4] المادة 34 من قانون الاسرة الجزائري.

[5] المادة 35 من قانون الاسرة الجزائري.

خاتمـــــــة

خاتمة:

سنقوم في نهاية هذا البحث الى عرض النتائج التي توصلنا اليها في هذه الدراسة:

– الكفاءة شرط لزوم في عقد الزواج، وأثرها أن تجعل العقد غير لازم بالنسبة للزوجة و أوليائها إذا تخلفت.

– اشتراط الكفاءة في الزواج لا يتعلق بتكوين العقد ولا بصحته إنما هو أمر اختياري يتوقف على إجازة المرأة وأوليائها عند تخلفه أو الاعتراض وطلب الفسخ.

– اختلف الفقهاء في مسألة اعتبار الكفاءة في الزواج، حيث ذهب قلة منهم إلى عدم اعتبارها كونها تتنافى مع مبدأ المساواة بين الناس، ولأنه لم يقم 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 يقم دليل في الشرع يدل على عدم اعتبارها بل العكس هناك أدلة تقول باعتبارها، والراجح هو اعتبارها.

– الكفاءة في الزواج تقوم على مرجعين، أحدهما ثابت وهو الدين، ومرجعه النص الشرعي غير متغير مهما تغيرت الازمنة والامكنة والاعراف، والاخر متغير يتضمن عناصر الكفاءة الاخرى تبناه العرف ومرجعه تغير الاعراف والامكنة والعصور وترتبط ارتباطا تاما به، وهو الطريق الصحيح في معرفة الكفاءة المطلوبة، وبذلك لا تتوقف صفات الكفاءة على ما ذكره الفقهاء من خصائص فيمكن أن تضاف خصال أخرى حسب العرف شرط عدم مخالفتها لمقاصد الشريعة، مثالها مراعاة المستوى التعليمي.

– 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 التغرير بوجود الكفاءة أو اشتراطها يثبت للمرأة والولي حق الفسخ باتفاق المذاهب الفقهية الأربعة، وهو ما أخذت به التشريعات العربية لأن التغرير يمس بحقيقة الرضا في العقد

-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، لأما قصرا في البحث عن كفاءته، فاعتبرا راضيين اما إذا اشترطت الكفاءة أو أخبر الزوج أنه كفؤ ثم تبين أنه غير كفؤ كان لكل من الولي والزوجة طلب فسخ العقد.

– أفردت التشريعات المقارنة لمسألة الكفاءة في الزواج نصوصا خاصة تتضمن أحكامها لم تخالف في مجملها النتائج المتوصل إليها من القول الراجح للفقهاء، الأمر الذي كان غائبا في نصوص قانون الأسرة الجزائري، وكان على المشرع الجزائري أن ينص على اشتراط الكفاءة في الزواج ويبين مفهومها خصوصا وقد حاول الأخذ بمذهب الحنفية حينما أعطى في نص المادة 11منه للمرأة الراشدة حق تزويج نفسها، غير أنه لم يوفق في الالتزام بما سار عليه الأحناف من شروط الزواج، وتزويج المرأة البالغة واعطاء الولي حق الاعتراض، مما يعرض مؤسسة الأسرة للانحلال نتيجة إبعاد دور الولي فيها والذي هو سند حمايةٍ ، للمحافظة على استمرارية الحياة الزوجية وبعدها عن الانحلال.

بالرغم من التعديلات التي جاء بها قانون الاسرة الجزائري الا انه لم يتطرق لكل صفات الكفاءة التي تطرق لها الفقه الاسلامي والفقهاء وبهذا نجد ان الشريعة الاسلامية اخذت بدراسة صفات الكفاءة على نطاق اوسع من المشرع الجزائري.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

1. أ نظر قانون الأحوال الشخصية القطري، كتاب مقومات الزواج وأحكامه، الباب الثاني تحت عنوان عقد الزواج، الفصل السادس منه المواد 31إلى 35.

2. إبراهيم أنيس، عبد الحليم منتصر وآخرون، المعجم الوسيط، ط4، مكتبة الشروق الدولية، القاهرة، مصر، 1425هـ، 2004م، ص405

3. ابن حزم، المحلى بالآثار، تحقيق: عبد الغفار سليمان البنداري، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1425هـ، 2003م، ج9، ص151.

4. ابن شاس، عقد الجواهر الثمينة في مذهب عالم المدينة، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1415هـ، 1995م، ج2، ص26.

5. 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، 2003مِ ج4، ص 59، 60.

6. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز الدمشقي، رد المحتار على الدر المختار شرح تنويه الابصار، الجزء الرابع، دار عالم الكتب، تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض 1423-هـ 2003، ص204.

7. ابن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق وضبط: عبد السلام محمد هارون، د ط، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1399 هـ، 1979،ج3،ص35.

8. ابن قدامة المقدسي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المرجع السابق، ج3،ص2

9. ابن منظور (أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم): لسان العرب، د ط، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968م، ص635

10. ابن منظور، لسان العرب، د ط، دار صادر، بيروت، لبنان، 1968م، مج2،ص 2.

11. ابن هشام، السيرة النبوية، تعليق: عمر عبد السلام تدمري، ط3،دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1410هـ، 1990م، ج2،ص.6،267268،268ص268،267.

12. أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، مصر، 1961م ص125.

13. أبو حبيب، سعدي؛ القاموس الفقهي، الطبعة: الثانية، دمشق – سورية، دار الفكر،3618 هـ، ص320.

14. أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط3،دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 1957 ص206.

15. أخرجه الحاكم في مستدركه عن جدة علي بن أبي طالب، كتاب النكاح : الحديث : 2221،ج1.،انظر: النيسابوري، أبوعبد الله الحاكم)المتوفى: 611 هـ(؛ المستدرك على الصحيحين، الطبعة: الأولى، دار التأصيل،2014،1435 ص434.

16. أخرجه الحاكم في مستدركه عن سمرة رضي هللا عنه، كتاب النكاح، الحديث :2262/ ج2/ص346. الحاكم؛ المستدرك على الصحيحين للحاكم.

17. أخرجه النسائي في سننه عن أبي عبد هللا بن بريدة، كتاب النكاح، باب تزويج المرأة مثلها في السن، الحديث 3،ج4،ص62

18. أخرجه: أبو داود، سنن أبي داود، كتاب: أول كتاب النكاح، باب: في الأكفاء، رقم: 2102،ج 3،ص 440.وقال حديث صحيح 2 لغير

19. أخرجه: أبو داوود، سنن أبي داوود، كتاب: العلم، باب: الحث على طلب العلم، رقم: 3641،مج5،ص485.

20. أخرجه: الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، كتاب: النكاح، فصل: في الكفاءة، رقم: 4901،ج3،ص 197.

21. أخرجه: الزيلعي، نصب الراية لأحاديث الهداية، كتاب: الولاء، رقم: 6895،ج4،ص15.

22. الإمام الطبري، أبو جعفر محمد بن جرير، جامع البيان في تأويل القرآن، الجزء 22، تحقيق: أحمد محمد شاكر، الطبعة الأولى، (القاهرة: مؤسسة الرسالة، 1420–هـ 2000 م)، ص297

23. الإمام القرطبي، أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن فرج الأنصاري الخزرجي، الجامع لأحكام القرآن، 20 جزء، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الكتب المصرية، 1384 – هـ 1964م)، ص382

24. الأمر رقم: 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

25. الأمر رقم: 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائري.

26. الأمر رقم: 02/05 المعدل والمتمم للقانون 11/84 المتضمن قانون الأسرة الجزائر

27. 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.

28. أمر علي مؤرخ في 6 محرم 1376هـ الموافق ل 13 أوت 1956م المتعلق بإصدار مجلة الأحوال الشخصية للجمهورية التونسية. الرائد الرسمي، ع 66،الصادر في 17 أوت 1956م.

29. الامير الصنعاني، محمد بن إسماعيل، سبل السالم، دار الحديث :ج2 /ص341.

30. بسمــة عثماني، التغرير وأثره في عقد النكاح بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري –دراسة مقارنة –، مذكرة ماجستير في الحقوق، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2015 –2016، ص 07.

31. البهوتي منصور بن يونس بن إدريس، كشاف القناع عن متن الإقناع، د ط، دار عالم الكتب، بيروت، لبنان، 1403هـ، 1983، ص68.

32. البويطي، مختصر البويطي، دراسة وتحقيق: أيمن بن ناصر بن نايف السلايمة، رسالة ماجيستير غير منشورة، الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، المملكة العربية السعودية، 1430هـ/1431هـ، ص370.

33. تاريخ الاطلاع: 2022/04/04

34. الجزيري عبد الرحمن بن محمد عوض، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة، ج2،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ، 2003م،ص580.

35. الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، ط3،مؤسسة المعارف، بيروت، لبنان، 2005م، ج3،ص 18

36. حسن محمد عبد الحميد الكردي، رسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القضاء الشرعي، الكفاءة في الزواج مقارنة بقانون الاحوال الشخصية، الجامعة الاسلامية غزة، ص105

37. الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، تحقيق: زكريا عميرات، د ط، دار عالم الكتب، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1423هـ، 2002م، ج5،ص19

38. الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1418 ، 1997م ص224.

39. 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، مج 3، ص2.

40. الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د ط، دار إحياء الكتب العربية، دمشق، سوريا، ص206.

41. دليلة حمريش، تطور قانون الأسرة في ظل التشريع الجزائري، مذكرة ماجيستير في علم اجتماع القانوني غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، 1 باتنة، 2014/2013م،ص72.

42. الدمياطي، إعانة الطالبين على حل ألفاظ الفتح المعين، د ط، مطبعة دار إحياء الكتب العربية، دمشق، سوريا، دت، ج3،ص2.

43. رحمــة محمود خالد عبد الله، أثر التغرير على عقد النكاح، مذكرة ماجستير في الفقه المقارن، الجامعة الإسلامية غزة، 1432هـ -2011، ص 17.

44. رواه البخاري في صحيحه عن عروة، كتاب النكاح، باب تزويج الصغار من الكبار، الحديث:5081 ج2،ص5.

45. رواه البيهقي عن جابر بن عبد الله، كتاب حفظ اللسان عما لا يحتاج إليه، باب مما يجب حفظ اللسان منه الفخر بالآباء وخاصة بالجاهلية والتعظيم الحديث:6226، ج2 الطبعة الاولى، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع ص312.

46. السرخسي شمس الدين، كتاب المبسوط، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ت، ص25-26.

47. السرخسي، كتاب المبسوط، د ط، دار المعرفة، بيروت، لبنان، د ت، ج5، ص24

48. شلبي(مصطفى): أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1403ه، 1983م ص309.

49. الصاوي، أحمد؛ بلغة السالك أقرب المسالك، تحقيق محمد عبد السالم شاهين، لبنان/ بيروت، دار الكتب العلمية،3631ه - 2 3441م: ج2، ص 612,

50. ظهير شريف رقم 04.22 صادر في 12 ذي الحجة 1424ه الموافق 3 فبراير2004م بتنفيذ القانون 03.70 بمثابة مدونة الأسرة. الجريدة الرسمية للمملكة المغربية، ع 5184،المؤرخ 14 ذي الحجة 1424ه الموافق 5 فبراير 2004.

51. عبد الرحمن عبد المنعم المصطلحات والألفاظ الفقهية، د ط، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، د ت،ج2،ص169.

52. عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري، ط3،دار هومة، الجزائر،2007م، ص 81

53. عبد الفتاح عمرو، السياسة الشرعية في الأحوال الشخصية، ط1،دار النفائس، عمان، الأردن، 1418ه، 1998م،ص56

54. عبد الوهاب خلاف أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2،دار القلم، الصفاة، الكويت، 1410ه، 1990م،ص71.

55. العسقلاني،: أحمد بن علي بن حجر ؛ فتح الباري شرح صحيح البخاري، رقم كتبه وأبوابه وأحاديثه: محمد فؤاد عبد الباقي، قام بإخراجه وصححه وأشرف على طبعه: محب الدين الخطيب بيروت، دار المعرفة، 3124:جً4/ص316.

56. علي يوسف السبكي، نظام الأسرة في الإسلام، دط، مكتبة الإيمان للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، دت، ص99.

57. عمر سليمان الأشقر، أحكـام الزواج في ضوء الكتـاب والسنة. الطبعة الأولى. الأردن: دار النفائس، 1418هـ-1997، ص223

58. عمـر سليمان الأشقر، أحكـام الزواج في ضوء الكتـاب والسنة، الطبعة الأولى، (الأردن: دار النفائس، 1418 - هـ 1 1997م)، ص203.

59. عمر مرزوقي، مفتاح عبد الصمد، شرط الكفاءة في الزواج في الفقه الاسلامي و قانون الاسرة الجزائري، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة ماستر اكاديمي، جامعة محمد بوضياف المسيلة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، السنة 2019-2020، ص64.

60. الغرياني، الصادق عبد الرحمن؛ مدونة الفقه المالكي وأدلته، الطبعة ألولى، لبنان مؤسسة الريان للطباعة والنشر والتوزيع، 3621 3 هـ - 2112 م، ج2،ص509.

61. الغرياني، مدونة الفقه المالكي وأدلته، ط1، مؤسسة الريان، بيروت، لبنان، 1423هـ، 2002م، ج2، ص50

62. الفيومي، أحمد بن محمد ؛ المصباح المنير، بيروت، المكتبة العلمية: ج2ص112.

63. قاسم الشيخ، أسس اختيار الزوجين وأثره في الحد من الطلاق،ط1،مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، سوريا، 1426هـ، 2005م ص 44،45.

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

65. القانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08،ينظر: قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ط1438،3هـ، 2019م، ص23,

66. قانون الأسرة الجزائري الصادر بالأمر 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005: نصت المادة 222 منه على أن: " كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية. "

67. قانون حقوق العائلة العثماني الصادر 25 أكتوبر 1917م، ينظر الرابط: http://www.arabwomenlega

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

69. القانون رقم: 36 / 2010م المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

70. القانون رقم: 2010/36 بتاريخ 26سبتمبر 2010 المتضمن قانون الأحوال الشخصية الأردني.

71. 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 لـ17 أكتوبر 2010م.

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

73. 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 يونيو1984م

74. القرافي(شهاب الدين أحمد بن إدريس): الذخيرة، تحقيق: محمد بو خبزة، ط1،دار الغرب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1994 ص211.

75. القرطبي أبو محمد مكي، الهداية إلى بلوغ النهاية في علم معاني القرآن وتفسيره، الطبعة الاولى، 3624 هـ – 2118 م:ج31،ص 4118.

76. القرطبي، شمس الدين؛ الجامع لحكام القرآن، الطبعة الثانية، القاهرة، دار الكتب المصرية، 3186هـ –3446 م: ج34/ص 161.

77. 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، 2003، ص574.

78. الكردي(حسن محمد عبد الحميد): الكفاءة في الزواج مقارنة بقانون الأحوال الشخصية، مذكرة ماجيستير في القضاء الشرعي غير منشورة، الجامعة الإسلامية غزة.ص 49.

79. المادة 32: أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

80. المادة 33: أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005

81. المادة 34 من قانون الاسرة الجزائري.

82. المادة 35 من قانون الاسرة الجزائري.

83. الماوردي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي، ط1،دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1414هـ، 1994م، ص106.

84. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الاسلامي وتطبيقاته في قانون الاسرة الجزائري، بحث مقدم لنيل شهادة دكتوراه في العلوم الاسلامية، تخصص: فقه واصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، سنة 2008-2009، ص60.

85. محفوظ بن صغير، الاجتهاد القضائي في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في قانون الأسرة الجزائري، أطروحة دكتوراه في العلوم الإسلامية غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2009/2008م، ص43،44.

86. محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، د ط، دار الاتحاد العربي للطباعة، دم، ص185.

87. محمد الطاهر بن عاشور، أصول النظام الاجتماعي في الإسلام، ط2،الشركة التونسية للتوزيع، تونس، 1985م، ص160،162.

88. محمد عزمي البكري، موسـوعة الفقه والقضاء في الأحوال الشخصية، المجلد الأول، الطبعة21، القاهرة: دار محمود، 1961م، ص277.

89. محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ، 1999م، ج 2، ص743

90. محمد محي الدين، الأحـوال الشخصية في الشريعـة الإسلامية، بيروت – لبنان، المكتبة العلمية، 1428هـ-2007م، ص79.

91. محمود عبد الرحمن عبد المنعم، المصطلحات والألفاظ الفقهية، د ط، دار الفضيلة، القاهرة، مصر، د ت، ج2، ص94

92. المذكرة الإيضاحية للقانون الاتحادي رقم: 28 لسنة 2005 المعدل بالقانون رقم 2019/08 المتضمن قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة.

93. المرداوي، المرجع السابق,ج8,ص 318 ؛ ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، الطبعة: السابعة والعشرون، الكويت/ بيروت، مؤسسة الرسالة /مكتبة المنار الإسلامية , 1415هـ،1994م، ج1,ص362.

94. المرسوم التشريعي رقم: 59 لعام 1953 المعدل بالقانون رقم 2019/04 المتضمن قانون الأحوال الشخصية السوري

95. مسعود جمادي، الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري، مذكرة ماجيستير في الفقه وأصوله غير منشورة، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2007/2006م، ص85.

96. مسعود جمادي؛ الكفاءة في الزواج وأثرها في انتشار الطلاق في المجتمع الجزائري، مذكرة لنيل درجة الماجستير في الفقه وأصوله، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الاسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، ص310.

97. هــدى غيظــان،" الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأحوال الشخصية الأردني "، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، جامعة العلوم الإسلامية العالمية الأردن، العدد السـابع، 2015، ص443.

98. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ط2،دار الفكر، دمشق، سوريا، 1405هـ، 1985، ص243

99. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر أحكام الأسرة، الجزء الثالث، (دمشق: دار الكلم الطيب 1431- هـ 2010 م)، ص119.

100. وهبة الزحيلي؛ الفقه الاسلامي وأدلته: ج4/ص4216

101. يوسف القرضاوي، الأسرة كما يريدها الإسلام، ط1،مكتبة وهبة، القاهرة، مصر، 1426هـ، 2005م، ص20،21.

الفهـــــرس

الفهـــــــــــــرس

شكر وعرفان .....

الاهداء .....

مقدمة ..... أ

الفصل الاول: ماهية الكفاءة في الزواج

تمهيد 7

المبحث الأول: مفهوم الكفاءة في الزواج 8

المطلب الأول: تعريف الزواج 8

الفرع الأول: تعريف الزواج لغة 8

الفرع الثاني: تعريف الزواج اصطلاحا 9

الفرع الثالث: تعريف الزواج في القانون 10

المطلب الثاني: مفهوم الكفاءة في الزواج 12

الفرع الأول: تعريف الكفاءة لغة 12

الفرع الثاني: تعريف الكفاءة اصطلاحا 13

الفرع الثالث: تعريف الكفاءة في الزواج في القانون 15

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري من اعتبار شرط الكفاءة في الزواج 17

المطلب الأول: موقف الفقه الإسلامي من اعتبار شرط الكفاءة في الزواج 17

الفرع الأول: عدم اعتبار شرط الكفاءة في الزواج 17

الفرع الثاني: اعتبار شرط الكفاءة في الزواج 21

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري من اعتبار الكفاءة في الزواج 24

الفرع الأول: قانون الأسرة الجزائري قبل التعديل 24

الفرع الثاني: قانون الاسرة الجزائري بعد التعديل 25

الفرع الثالث: المقارنة بين مواد قانون الاسرة المتعلقة بالكفاءة في الزواج قبل وبعد التعديل ... 26

ملخص الفصل الاول 28
الفصل الثاني: الاوصاف المعتبرة في الكفاءة والاثار المترتبة على تخلفها في الزواج
تمهيد 30
المبحث الاول: الاوصاف المعتبرة في الكفاءة في الزواج 31
المطلب الاول: الاوصاف الاساسية المعتبرة في الزواج 31
الفرع الاول: الاوصاف الشخصية 31
الفرع الثاني: الاوصاف المالية.....40
المطلب الثاني: الاوصاف الثانوية.....43
الفرع الاول: وصف الحرية 44
الفرع الثاني: وصف فارق السن 47
الفرع الثالث: وصف التحصيل العلمي.....51
المبحث الثاني: الاثار المترتبة على تخلف شرط الكفاءة في الزواج 55
المطلب الاول: الاثر المترتب عن حالات تزويج المرأة من غير كفء 55
الفرع الاول: تزويج المرأة لنفسها من غير كفء 55
الفرع الثاني: تزويج الولي للمرأة من غير كفء 57
المطلب الثاني: أثر حالة التغرير بالكفاءة في الزواج.....58
الفرع الاول: أثر التغرير بالكفاءة على عقد الزواج في الفقه الاسلامي 59
الفرع الثاني: أثر التغرير بالكفاءة على عقد الزواج في القانون 59
خاتمة: 62
قائمة المصادر والمراجع: 65

ملخص:

أمر الله تعالى بالزواج للحفاظ على استمرار النسل البشري، وجعل لذلك ضوابط لتقوية هذه الرابطة ومنها:

الكفاءة في الزواج، لما لها من أهمية في استمرار الأسرة المسلمة وديمومة سعادتها.

تضمن الكفاءة بين الزوجين التوافق إلى حد كبير بينهما وهو ما يخلق جوا أسريا هادئا مبنيا على الانسجام وتوافق الرؤى والتفكير، كما يفرض المجتمع التوسع في مجالاتها، ان تحقيق الكفاءة في الزواج يضمن إلى حد كبير الألفة والسكينة والمحبة وقيام أسرة متماسكة الأواصر وبذلك مجتمع قوي.

Abstract:

God Almighty commanded marriage to preserve the continuity of the human offspring, and set controls for this to strengthen this bond, including:

Efficiency in marriage, because of its importance in the continuation of the Muslim family and the perpetuation of its happiness.

Efficiency between spouses ensures compatibility largely between them, which creates a calm family atmosphere based on harmony and compatibility of visions and thinking.