كلية الحقوق و العلوم السياسية

قسم الحقوق

العنوان: الكفاءة في الزاوج وأثـرها على إستقرار العلاقة الزوجية

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في تخصص: الأحوال الشخصية

من تقديم الطالبة : بوشارب مريم **المشرف :الأستاذ الدكتور رحماني منصور**

لجنة المناقشة :

أ/ سيليني كريمة	**رئيسا**
د/ رحماني منصور	**مشرفا و مقررا**
أ/ عتيق نظيرة	**مناقشا**

دورة جوان 2014

شــكر و عرفان

أشكر في بادئ الأمر الله عز وجل على توفيقه لي في انجاز

هذا العمل رغم الصعوبات .

وأتوجه بالشكر و التقدير إلى أساتذتي الكرام و أخص بالذكر

الأستاذ الدكتور:

رحماني منصور

الذي وجهني و نصحني ، والأستاذ كيفاجي الضيف

و إلى أستاذتي ومناقشتي عتيق نظيرة و أعضاء لجنة المناقشة.

الإهـداء

أهدى عملي هذا إلى والـــدتي العزيزة ، حافزي و دافعي إلى التقدم و النجاح.

إلى روح والـــدي الحبيب طيب الله ثراه و اسكنه فسيح جنانه .

إلى كل أفراد عائلتي و بلأخص إلى شقيقتي ناني و شهرة و أشقائي كمال ،كريم، مهدي، و عادل.

إلي صديقاتي اللاتي عشن معي لحظات الفرح و الحزن مريم ،سلمى ،وسيلة ،بسمة

إلى كل من ساعدني في انجاز هذا العمل .

مقـــــــدمة

بسم الله الرحمن الرحيم الواحد الأحد الذي منى علينا بنعمة الإسلام وعلى سيدنا محمد و على آله وصحبه و من تبعه بإحسان إلى يوم الدين إما بعد: عقد الزواج نعمة أنعمها الله على عباده وبه تنشأ الأسرة اللبنة الأولى للمجتمعات و منه يكون النسل والذرية و فيه تسكن النفوس و تطمئن و تتراحم و تتآلف لقوله عزوجل : ﴿ و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة و رحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾ سورة الروم الآية21.

إلا أن هذه السكينة و الرحمة و الألفة بين الزوجين قد تتعرض لما يعكرها و يذهب رونقها وصفوها و السبب في ذلك إختلال التوازن بين الزوجين لتخلف أمر مهم تتوقف سعادة الأسرة واستقرارها عليه و هو حسن إختيار كلا الزوجين للآخر إختيارا واعيا قائما على شروط تتوافق وأحكام الشرع والقانون، لا على أسس آنية و عاطفية تزول مع ظهور عقبات الحياة الزوجية الأولى و ينجر عن ذلك شقاق دائم وشقاء لذا وجب تقصي توافر هذه الشروط و من بينها شرط الكفاءة وهو موضوع بحثي .

إشكالية البحث :

و تتمثل الإشكالية الرئيسية لهذا البحث:

- ما هي الكفاءة المطلوبة في عقد الزواج؟ و تتفرع عنها الإشكاليات الثانوية التالية :
- ما هو الخلاف الفقهي في اشتراطها وماهي نظرة قانون الأسرة الجزائري و كذا القوانين العربية المقارنة للكفاءة.
- و ما هي الخصال المعتبرة فيها ؟

أسباب اختيار الموضوع :

-رغبتي الكبيرة في إلقاء الضوء على عنصر مهم في الغالب يتم إغفاله و هو الكفاءة و الذي يلعب دورا كبيرا ومهما في إنسجام الزوجين و أسرتيهما و بالتالي استقرار الحياة الزوجية وثبتها.

-نشوب خلافات و شقاق مرده في النهاية إلى إختلال مراكز الزوجين الإجتماعية و الإقتصادية و الثقافية (انعدام الكفاءة).

أهمية الموضوع

-الكفاءة في الزواج عامل مهم لتوفر الإنسجام والمناخ الملائم الذي يمكن الأسرة من القيام الواجبات الإجتماعية و القانونية الملقاة على عاتقها و هو الأمر الذي دفع بفقهاء و رجال القانون لإشتراطها في الزواج .

-قلة البحوث القانونية المتعلقة بهذا الموضوع رغم صلته الوطيدة بمؤسسة الزواج و ثباتها واستقرارها.

صعوبات الموضوع

-قلة تناول الموضوع قانونيا تجعل دراسته تقتضي التعميق في جانب الشرعي و الوقوف على أراء الفقهاء كما أنه لا بد من إلمام بالموضوع فقهيا قبل التطرق إليه قانونيا.

-قلة المواجع القانونية المتخصصة في الموضوع .

-المنهاج المتبع

-أعتمدت الإجابة على إشكاليات الموضوع المنهجين الإستقرائي و المقارن حيث استعنت بالمنهاج الإستقرائي في عرض الآراد الفقهية حول الموضوع و موقف القانون من المسألة والمنهاج المقارن فيما يخص مقارنة قانون الأسرة بالقوانين العربية المقارنة (السوري و الكويتي).

خطة البـــحث

الفصل التمهيدي: مفاهيم عامة حول الزواج.

المبحث الأول: مفهوم الزواج و حكمه.

المطلب الأول: تعريف الزواج

المطلب الثاني: حكم الزواج

المبحث الثاني:أهمية الزواج و مشروعيته.

المطلب الأول: مشروعية الزواج

المطلب الثاني : أهمية الزواج.

المطلب الثالث : طبيعة عقد الزواج

الفصل الأول : الكفاءة و أحكامها

المبحث الأول: معنى الكفاءة و حكمها.

المطلب الأول: تعريف الكفاءة

المطلب الثاني : شرطية الكفاءة و صاحب الحق فيها .

المبحث الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الكفاءة و موقف قانون الأسرة الجزائري و قوانين المقارنه منها.

المطلب الأول: من لهم حق في الكفاءة و ترتيبهم

المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات العربية المقارنة

الفصل الثاني: خصال الكفاءة

المبحث الأول: كفاءة الإسلام و الحرية و النسب و التدين

المطلب الأول: صفة الإسلام و الحرية.

المطلب الثاني: صفة النسب و التدين

المبحث الثاني : الكفاءة الجسدية و كفاءة المال و الحرفة و التحصيل العلمي .

المطلب الأول : صفة السلامة من العيوب و المال .

المطلب الثاني : صفة الحرفة و التحصيل العلمي و السن.

خاتمة.

الفصل التمهيدي: مفاهيم عامة حول الزواج

المبحث الأول: مفـــــهوم الزواج و حكمه.

المطلب الأول تعريف الزوج

الفـــــرع الأول : التعريف اللغوي

يطلق الزواج في لغة العرب على الصنف والنوع من كل شيء وكل شيئين مقترنين شكلين كانا او نقيضين فهما زوجان ،وكل واحد منهما زوج و يدل على أن الزوجين وكل واحد منهما زوج وما يدل على أن الزوجين في كلام العرب اثنان قول الله عز وجل« وانه خلق الزوجين الذكر و الأنثى» فكل واحد منهما زوج ذكرا كان او أنثى1

والزواج من فعل زوج و يراد به الاقتران فالزاء و الواو و الجيم أصل يدل على مقارنة شيء لشيء 2وهو الاقتران لأحد الشيئين بالآخر وازدواجهما بعد أن كان كل منهما منفردا عن الآخر ومنهما آخذ اقتران الرجل بالمرأة بعد أن كانا منفصلين صارا يكونان أسرة واحدة3

الفـــــرع الثاني : التعريف الاصطلاحي

تنوعت واختلفت تعاريف الزواج عند الفقهاء فعرفه الحنفية«عقد يفيد ملك المتعة قصدا أي حل استمتاع الرجل من المرأة، لم يمنع من نكاحها مانع شرعي بالقصد المباشر»4

1–محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب ، باب الزاي،، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، ج2،ص 1885

2–– أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر 1979،ج3،ص35 .

3–– محمد مصطفى شلبي ،أحكام الأسرة في الإسلام ، دار النهضة العربية ، ط2، 1977،ص 29

4––وهبة الزحيلي ،موسوعة الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة،ج8،دار الفكر ،دمشق ،سوريا ،2010،ص 43.

فعرفه المالكية: «عقد يحل به التمتع بآدمية»[1]،أي بأنثى

عند الشافعية: «هو عقد يتضمن إباحة وطء بلفظ إنكاح أو تزويج أو ترجمته»[2]

عند الحنابلة: «هوعقد التزويج »[3]

او هو عقد وضعه الشارع ليفيد بطريق الأصالة اختصاص الرجل بالتمتع بالمرأة لم يمنع مانع شرعي من العقد عليها و حل استمتاع المرأة به[4]

عقد يفيد حل العشرة بين الرجل و المرأة و تعاونهما و يحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه

من واجبات[5]

المطلب الثاني : حكم الــزواج

الزواج لا يأخذ حكما واحدا في جميع الحالات فتارة يكون مطلوبافيكون مندوبا فيثاب على فعله ولا يعاقب على تركه.

وطورا يكون ممنوعا منعا باتا فيكون حراما يعاقب عليه عقابا شديدا وإما يكون مكروها يعاقب فاعله عقابا أقل من عقاب الحرام[6]

1-الشوالي ابو الحسنعلي بن عبد السلام،البهجة في شرح التحفة،دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان،1998،ط1،ص247.

2-شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني،مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج،، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان ط2000،ج4،ص 200.

3- إبن قدامة المقدسين،المغني مع الشرح الكبير،، دار الحديث ،القاهرة ،مصر، 1996،ص134.

4- محمد مصطفى شلبي،مرجع سابق ، ص.30

5- محمد أبو زهرة،الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، طبعة 1950،،ص 17.

6- محمد مصطفى شلبي ،المرجع السابق،ص4

ويكون الزواج واجبا إذا غلب على ظنه الوقوع في معصية الزنا لو لم يتزوج و كان قادرا على مطالب الزواج المالية من مهر و نفقة ، فكان واثقا من القيام بحقوق الزوجة. ويكون الزواج مندوبا إذا خاف الشخص الوقوع في الزنى إن لم يتزوج و يغلب على ظنه ذلك و كان قادرا على مطالب الزواج المالية من مهر و نفقة وإقامة للعدل مع من يتزوجها و الواجب أقل درجة من الفرض في الإلزام[1]

المبحث الثاني:مشروعية الزواج وأهمية الزواج

المطلب الأول: مشروعية الزواج

تضافرت النصوص القرآنية و الأحاديث الشريفة على مشروعية الزواج وثبتت مشروعية بالكتاب و السنة و الإجماع و العقل.

الفـــــرع الأول : الكتـــاب

تعددت الآيات الكريمات التي تدل على مشروعية الزواج منها :

1. قوله تعالى : « يأيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة و خلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء»، سورة النساء الآية رقم(01)

وجه الدلالة :

أن الله خلق الناس جميعا من نفس واحدة و هي نفس دم ،وخلق من نفس أدم حواء وفرق و نشر في الأرض من هذين النفسين ذرية كثيرة تمثلت في الرجال و النساء و في الآية دلالة واضحة على أن الزواج مشروع و هو سنة من سنن الله في خلقه [2]

2- تعالى :« فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى و ثلاث ورباع ».سورة النساء الأية (3)

1- بدران أبو العينين بدران،الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية و المذهب الجعفري والقانون الزواج و الطلاق ، دار النهضة ، ص 15

2-– أميرة محمد مغازي، المرجع السابق،ص 35

الفرع الثاني :السنة

1-قوله صلى الله عليه وسلم: لا تتزوجوا النساء لحسنهن فعسى حسنهن أن يرديهن1ولا تتزوجوهن لأموالهن فعسى أموالهم أن يطغيهن2و لكن تزوجوهن على الدين ولأمة خرماء3
سوداء ذات دين أفضل4

وهذا الحديث يتحدث النبي فيه عن الزواج والأمور التي نهى عنها في موضوع الزواج و بالتالي فالزواج مشروع في حد ذاته.

2-قوله صلى الله عليه و سلم : « يا معشر الشباب من استطاع منك الباءة فليتزوج فإنه أغض للبصر و أحفظ للفرج ، ومن لم يستطيع فعليه بالصيام فإنه له و جاء »5
3-وقوله صلى الله و سلم : تزوجوا فاني مكاثربكم الأمم و من كان ذا طول فلينكح6
4-وقوله صلى الله عليه وسلم:«إني أتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني»7

الفـــرع الثالث : الإجماع و الـــعقل

وقد انعقد إجماع الأمة على أن الزواج مشروع 8
كما دعا الشرع إلى الزواج، فإن العقل بدوره يدل على الحاجة إليه، فإن كل عاقل يحب أن يرسخ و يبقى باسمه في المعمورة و هذا لا يكون إلا بالتناسل الذي طريقه النكاح9

1-يرديهن:أي يوقعهن في الهلاك بالاعجاب و التكبر.
2- تطغيهن:أي توقعهن في المعاصى والشرور
3-خرماء:أي مقطوعة بعض الانف ومثقوبة الادن
4-ابن ماجة،سنن ابن ماجة،كتاب النكاح،باب تزويج دات الدين،طبعة دار الفكر،بيروت،لبنان،ص597،رقم الحديث18
5 - مسلم بن حجاج، صحيح مسلم، دار احياء التراث العربي، بيروت، حديث رقم 1018
6-القزويني، محمد بن زيد، سنن ابن ماجة، دار الفكر،ج1،ص592
7 -المرجع نفسه، ص593
8 -أميرة محمد مغازي ، مرجع سابق،ص 43
9 -أميرة عبد الله ابو رعد، أثر تخلف الدين في أحكام الزواج في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستر في الفقه الإسلامي و التشريع،كلية الدراسات العليا،جامعة النجاح الوطنية ، نابلس، فلسطين، 2007، ص11

المطلب الثاني : أهمية الزواج

للزواج أهمية كبيرة تعود بالفائدة على الإنسان و المجتمع و هي حكم وافقت الشرع و الطبع وتتجلى في :

1-الزواج يحقق السكينة و الطمأنينة في النفس1قال تعالي﴿ و من آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها و جعل بينكم مودة ورحمة﴾ سورة الروم الآية رقم 21.فهو راحة حقيقية
لكل من الزوجين2

2-وقد أجتمع فيه دواعي الشرع و العقل و الطبع .

دواعي الشرع:

فظاهرة من الآيات الواردة في شأنه في الكتاب و السنة و الإجماع .

دواعي العقل:

فإن كل عاقل يجب أن يبقى إسمه ولا يكون ذلك إلا بالذرية.

دواعي الطبع:

فلأن الطبع البهيمي من الذكر و الأنثى يدعو إلى تحقيق ما اعد له من المباضعات الشهوانية و المضاجعات النفسانية و من هذا يتبين للجميع آن أغراض التشريع الإسلامي نبيلة و سامية.3

1-بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة المعدل، دار الخلذونية،القبة القديمة، الجزائر،2008،ص25

2-أميرة محمد المغازي،المرجع السابق،ص 50

3- مصطفى شحاتة،الأحوال الشخصية في أحكام الزواج و الطلاق و العدة و النفقة و حق الأولاد ، مطبعة دار التأليف بالمالية مصر الطبعة الخامسة 1969،ص 25 -26

1- الإبقاء على النوع البشري (الإنسان و المحافظة عليه من الاختلاط) [1]

2-الزواج فيه وقاية أفراد المجتمع من الفساد و الأمراض الفتاكة[2]

3-الزواج يعمل على إقامة الأسرة التي بها يتم تنظيم المجتمع[3]

4-دفع الشهوة و التحصين من الشيطان[4]

5-تعاون كل من الزوجين على تربية الأولاد و تبادل الحقوق و أداء الوجبات[5]

6- إحكام الصلة بين الأسر و القبائل[6]

المطلب الثالث : طبيعة عقد الزواج

إنطلاقا من التعريف الوارد في المادة 4 من قانون الأسرة نستنتج أن المشرع الجزائري يسمو بالزواج من مجرد عقد يحصل كل طرف على حقوق و مصالح المادية أو المنفعية مقابل ما يلتزم به الطرف الآخر بل هو ترابط معنوي بين الرجل و المرأة على وجه الدوام غير أن طبيعته تستعصي على إخضاعه لحكم واحد[7]

---

[1] 1-عبد الحميد غفار ، الزواج و بناء الأسرة الإسلام ،دار الشهاب ، الجزائر ، ط2، ص، 27.

[2] 2- أميرة مازن عبد الله أبو رعد، المرجع السابق،ص 16

3- وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 45.

4- الإمام أبو زهرة، المرجع السابق، ص 20.

5 - بن شويخ الرشيد ، مرجع سابق، ص 25.

[6] 6-محمد بن صالح العثيمين،المرجع السابق،ص11

7-بلحاج العربي ، احكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديدة ، دار الثقافة ، عمان ، الأردن ، 2012،ص 76

الفرع الأول : الزواج عقد أو إتفاق

ذهب بعض الفقهاء إلى إعتبار الزواج مجرد إتفاق لا يرق لأن يكون عقدا ومن بينهم السنهوري الذي يقول « يجدر أن لا تدعى هذه الإتفاقات عقود وإن وقعت في نطاق القانون الخاص لأنها تخرج عن دائرة المعاملات المالية. » يرد أصحاب الجانب الآخر من الفقه بأنه عقد لم له من مواصفات العقد فهو تصرف إرادي كما يقول الغوثي بن ملحة[1]

الفرع الثاني : الزواج عقد شكلي أو رضائي

ذهب البعض إلى إعتبار عقد الزواج عقد رضائي بإعتبار أن أساسه الرضا في حين ذهب أغلب الفقهاء إلى إعتباره عقد شكلي وهذا لما يشترط فيه من حضور الشهود و الولي وهذين الشرطين شكليين و هذا ما ذهب إليه القضاء الجزائري القديم[2]

الفرع الثالث : خصائص عقد الزواج

من قراءة المادة 4 من قانون الأسرة الجزائري تظهر بعض خصائص عقد الزواج.

1-الزواج عقد من العقود يقوم على أركان وشروط وتترتب عليه آثار قانونية وهو عقد رضائي ينعقد بالإيجاب و القبول.

2-لا يتم إلا بين الرجل و المرأة و هما طرفا العقد . [3]

1- بلعواد زبير ،مذكرة تخرج في اجازة المعهد الوطني للقضاء، أركان و شروط عقد الزواج و أقر تخلفه في الشريعة الإسلامية و القانون 2004، ص 07

2- بلعواد زبير، المرجع نفسه،ص07

3-بلحاج العربي، المرجع السابق، ص76

1. أن يكون الزواج على سبيل الدوام و الإستقرار لما يترتب عليها من آثار مهم تتعلق بالزوجين وولدهما طول الحياة ما لم ينحل العقد بالوفاة أو الطلاق المادة 47 من قانون الأسرة.
2. هو عقد قائما على المودة و الرحمة و التعاون أي على السلام والإحترام.
3. الغاية من عقد الزواج هو الإحصان و العفاف
4. الشكل في إنشاء عقد الزواج معتبرا شرعا و قانونا بخلاف أغلب العقود المدنيةالمالية التي مبناها على التراضي أساسا لخطورة آثاره ومقاصده التي شرع من أجلها.[1]

1- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص76

الفصل الأول: الكفاءة و أحكامها

المبحث الأول: معنى الكفاءة و حكمها

أتناول في هذا المبحث تعريف الكفاءة لغة و اصطلاحا في المطلب الأول وشرطية الكفاءة و صاحب الحق فيها في مطلب ثاني.

المطلب الأول : تعريف الكفاءة

الفرع الأول: لغـــة

الكفاءة : بالفتح و المد و الكفء النظير و كذلك الكفء، والكفوء على فعُل ومنه قول حسان بن ثابت:

وروح القدس ليس له كفاء أي لا نظير ولا مثيل .

وقوله عز وجل « لم يلد و لم يولد ولم يكن له كفؤا أحد»

أي لم يكن احد مثلا لله تعالى ذكره. 1

ويقال فلان كفى فلان و كفؤ فلان.

كفاء: المثل والتكافؤ التساوي.

قول رسول الله صلى الله عليه و سلم: « المسلون تتكافأ دماؤهم »أي تتساوى.

وجاء في الحديث: ذكر العقيقة «شاتان متكافئتان»

قالوا معناه متساويتان في القدروالنسب 2

1- محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب ،باب الكاف، ج5، مرجع سابق، دار إحياء التراث العربي،ص 3892.

2-أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ،معجممقاييس اللغة ،ج5، مرجع سابق ، دار الفكر ،1979،ص 395.

و الكفاءة: المماثلة في القوة و الشرف.1

"إذا ثبت اعتبار الكفاءة فهي المساواة مؤخوذة من كفتي الميزان لتكافئهما.2

ويقال فلان كفؤ فلانة و فلان كفء فلانة إذا كان يصلح لها بعلا و جمع ذلك أكفاء. 3

الفــرع الثاني: اصطلاحا

هي مساواة الزوج زوجته في معان خاصة لا تعير هي ولا أولياؤها به او مساواتها له في معاني بحيث تصلح في العرف أن تكون زوجة لمثله. 4

عرفها المالكية المماثلة و المقاربة في التدين و الحال أي السلامة من العيوب الموجب للخيار.

وعرفها الشافعية: بأنها أمر يوجب عدمه عارا وضابطها مساواة الزوج للزوجة في كمال أو خسة ماعدا السلامة من عيوب النكاح.

وعرفها الحنابلة بأنها المماثلة و المساواة في أمور خمسة. 5

أوهي المساواة بين الزوجين في أمور مخصوصة يعتبر الإخلال بها مفسدا للحياة الزوجية.6

1-أبو الحسن، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا ،دار الفكر ،سوريا ،1988،ص 320

2– أبو عبد الهم محمد بن أحمد الأنصاري ،الجامع لأحكام القرآن ،ج12،دار الإحياء التراث العربي ،بيروت ،ص 340.

3-الماوردي ،الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية،طبعة 1،1994، ص 11.

4-– عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ص 307.

5-نورالدين أبو لحية، الضوابط الشرعية لحماية الزواج ،دار الكتاب الحديث،القاهرة، ص 3.

6-– بدران أبو العينين بدران، المرجع السابق، ص 160.

الكفاءة هي المساواة بين الزوجين في أمور إجتماعية بحيث يعتبر و جودها عاملا من عوامل الإستقرار الزوجي كما يعتبر الإخلال بها معكرا و مفسدا للحياة الزوجية يؤدي إلى الشقاق و الضرر في غالب الأحيان. 1

المطلب الثاني: شرطية الكفاءة و صاحب الحق فيها

الـــفرع الأول : اشتراط الكفاءة

اختلفت أراء الفقهاء في اشتراط الكفاءة فمنهم المثبت لها معتبرا أنها شرط لزوم الزواج أو معتبرا لها شرط صحة و منهم من لا يعتبرها أصلا.

أولا : الرأي الأول

أبو الحسن الكرخي و أبو بكر الرازي و كذلك الثوري و ابن حزم فقال الأخير أي مسلم ما لم يكن زانيا فله الحق أن يتزوج أية مسلمة ما لم تكن زانية .

وقال: «أهل الإسلام كلهم إخوة لا يحرم على ابن زنجية البغية نكاح لإبنة الخليفة الهاشمي والفاسق المسلم الذي بلغ الغيبة من الفسق، ما لم يكن زانيا كفء للمسلمة الفاسقة ما لم تكن زانية».

والحجة في قوله تعالى : « فانكحوا ما طاب لكم من النساء»سورة النساء الأية32

ومن الأدلة القائلين بعدم اعتبار الكفاءة كذلك

قوله عزوجل «إن أكرمكم عند الله أتقاكم »سورة الحجرات،الآية 13.

قوله صلى الله عليه وسلم: «الناس سواسية كأسنان المشط»

« لا فضل لعربي على عجمي و لا لعجمي على عربي ، ولا لأبيض على أسود ، و لا لأسود على أبيض ، إلا بالتقوى ،كلكم من ادم و أدم من تراب». مسند احمد5/ 411

1- نصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الخطبة و الزواج في الشريعة ،دراسة مقارنة مع قانون الأسرة، دار الهدى للطباعة و النشر،عين مليلة، الجزائر،ص 84.

2–السيد سابق،فقه السنة،المجلد2،مكتبة الرشد،ص 246

و أمر الرسول صلى الله عليه وسلم بني بياضة أن يزوجوا أبا هند إمراة منهم
ومنه قول رسول الله صلى الله عليه و سلم «إذا آتاكم من ترضون دينه و خلقه فانكحوه إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»1
و منه أن هالة و هي أخت عبد الرحمن بن عوف كانت تحت بلال وهو مولى للصديق رضي الله عنه .
كما أن المقداد بن الأسود تزوج بنت زبير و هي قرشية و هو ليس بقرشي.
وقوله عز وجل: «هو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا».سورة الفرقان الأية54
وقد استنبط البخاري منه مساواة بني أدم في الزواج و أردفه بيان إنكاح أبي حذيفة مولى ابن حذيفة بن سالم بابنة أخيه هند بنت الوليد بن عتبة و هو مولى من أنصار2
أن الكفاءة لو كان لها إعتبار في الشرع لكان أولى بها من باب الدماء لأنه يحتاط فيه لما لا يحتاط في سائر الأبواب و مع هذا لا تعتبر فالشريف يقتل بالوضيع و العالم بالجاهل ففي الزواج لا تعتبر من باب أولى.3

ثانيا: الرأي الثاني

اعتبار الكفاءة شرط لزوم في النكاح و هو قول جمهور الفقهاءو قد استدلوا على ذلك بـــ:
قوله صلى الله عليه وسلم «أن لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجوهن إلا من الأكفاء»سنن الدرقطني344/3
فإن النكاح يعقد للعمر و يشمل على أغراض و مقاصد منها الازدواج و الصحبة و الألفة و تأسيس القرابات ويكون ذلك على وجهه الصحيح عادة إلا بين الأكفاء و إن العادة جرت على التعبير بعدم الكفاءة فيتضرر الأولياء بعدمهما كما تتضرر الزوجة من زواجها بمن ليس كفاءا لها.4

1–بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية،القبة القديمة، الجزائر،طبعة 2007،ص 56.1
2– محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وأثاره ، دار الفكر ، القاهرة ، ص 192. ص 192.
3– بدران أبو العينينبدران ،المرجع السابق ، ص121
4– عبد العزيز عامر،الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية،فقها و قضاءا ،دار الفكر العربي ،ط1،1984ص 112

إن اعتبار الكفاءة في الزواج انتظام المصالح فالرابطة بين الزوجين تعني بحكم الشرع وحكم العادة أن الزوج و هو ربان السفينة بحكم ولايته و قوامته، فإذا فاتت الكفاءة و نزل الزوج
عن الزوجة قدرا فإنها لا تخضع لرياسته و قوامته ولم يكن منها لزوجها تقدير و لا احترام و لا يخفى ما يترتب عن ذلك من عدم انتظام المصالح بينهم [1]
وقوله عز وجل «أهم يقسمون رحمة ربك، نحن قسمنا بينهم معيشتهم في الحياة الدنيا ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا و رحمة ربك خير مما يجمعون»،الزخرف 32. [2]
وقوله صلى الله عليه وسلم قال:
«العرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل و الموالي بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة ورجل برجل إلا حائك اوحجام».رواه الترميذي
وحديث بريدة الذي جعل فيه النبي صلى الله عليه و سلم الخيار لفتاة زوجها أبوها إبن أخيه ليرفع خسيسته و قيل أصل الكفاءة في النكاح حديث بريدة فقد خيرها النبي صلى الله عليه وسلم .
ما لم يكن زوجها كفألها بعد أن تحررت و كان زوجها عبدا. [3]

ثالثا :الرأي الثالث

من الفقهاء من ذهب إلى اعتبار الكفاءة شرط صحة ،فإذا زوجت المرأة العاقلة البالغة نفسها من غير كفء فإن العقد يكون باطلا، والكفاءة بالأخص عند الحنفية المتأخرين شرط لصحة الزواج في بعض الحالات وشرط لنفاده في بعض الحالات وشرط للزومية في حالات أخرى. [4]

1- الشحات إبراهيم محمد المنصور،أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية،ص 116.
2-عبد العزيز عامر،المرجع السابق،ص 112
3-وهبة الزحيلي، المرجع السابق ،ص 233.
4-أبو محمد محمود بن احمد العيني، البناية في شرح الهداية،دار الفكر 1980،ص152.

أما الحالات التي تكون الكفاءة فيها شرط صحة الزواج فهي:

1- إذا زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها من غير كفء وكان لها ولي عاصب لم يرض بهذا الزواج قبل العقد لم يصح الزواج أصلافلا لازما ولا موقوفا على الرضا بالبلوغ.

2- إذا زوج غير الأصل (الأب ،الجد) او الفرع (الإبن) عديم الأهلية أو ناقصها ،أي المجنون أو المجنونة أو الصغير أو الصغيرة من غير كفء فإن الزواج فاسد لأن ولاية هؤلاء منوطة بالمصلحة ولا مصلحة في التزويج بغير الكفء.

3- إذا زوج الأب او الابن المعروف بسوء الإختيار عديم الأهلية أو ناقصها من غير كفء أو بغبن فاحش لم يصح النكاح إتفاقا و كذا لو كان سكرانا فزوج المرأة من غير كفء لها.1

الـــــفرع الثاني : صاحب الحق في الكفاءة

تشترط الكفاءة لمصلحة الزوجة في جانب الزوج و لا تعتبر في جانب الزوجة لمصلحة الزوج و يؤيد ذلك قوله صلى الله عليه و سلم « من كانت عنده جارية فعلمها وأحسن تعليمها و أحسن إليها ثم أعتقها و تزوجها فله أجران»رواه البخاري حديث رقم2544 و لأن الولد يشرف بشرف أبيه لا أمه فلم يعتبر ذلك . ولأن القوامة بيده والطلاق بيده لهذا تزوج النبي صلى الله عليه وسلم من أحياء العرب ولا مكافئ له.2

إن المعنى الذي شرعت لأجله الكفاءة يوجب إختصاص الرجال لأن المرأة هي التي تستنكف الرجل فهي المستفرشة فلا تلحق الزوج الأنفة من قبلها إذا أن الشريفة تأبي أن تكون فرشا لدنئ و الزوج المستفرش لا تغيطه دناءة الفراش.3

وتعتبر الكفاءة في جانب الرجل لمصلحة المرأة كذلك لأن الرجل يستطيع أن يزوج نفسه بنفسه فلا ولاية لأحد عليه فإذا رضي بالزواج من إمرأة دونه وأمره إليه أما المرأة فإن الأمر إليها و إلى وليها.

1-وهبة الزحيلي، المرجع السابق،ص 233

2-أبو مالك كمال بن السيد سالم ،صحيح السنة،المكتبة التوفيقية ،القاهرة،2003،ج3،ص 107

3-سليمان الأشقر،الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني ، دار النفائس ، الأردن ، ط1 ،1417هـ،ص109.

ولأن الشرع جعل الطلاق في يد الزوج فإذا لم تعجبه المرأة أو لم يرها كفؤا له أمكنه طلاقها بخلاف المرأة لم تجعل بيدها عصمة الطلاق و لأن الرجل هو المتقدم لخطبة المرأة و عادة لا يتقدم إليها بعد اختيار و رضا.1

كما أن الكفاءة تشترط في جانب الرجل لأن النصوص الواردة في الكفاءة تشير كلها إلى اشتراطها في جانب الزوج و لأن العار لا يلحق أسرة الرجل إذا تزوج خسيسة ، و هو يلحق المرأة إذا تزوجت من خسيس ، و لأن الرجل الرفيع في نظر الناس يرفع إمرأته أما الرفيعة فلا ترفع خسيسة زوجها.

وأنه كلما كانت منزلة الرجل أسمي من منزلة المرأة او مساوية لها كان أدعى لنجاح الحياة الزوجية و أحفظ لها من الفشل والإخفاق.2

الفرع الثالث : وقت اعتبار الكفاءة .

تعتبر الكفاءة وقت إنشاء العقد، فهي شرط في إنشائه ولا تشترط في بقائه، وعلى ذلك لو تزوج الرجل امرأة و كانت كفوءا لها ثم زالت كفاءته فالزواج باق لا يفسخ بزوال الكفاءة.3

ويسقط حق الولى في الاعتراض كما يسقط حق المشتري في الرد عند تعيب المبيع بيده وهذا لا يؤثر في الزواج الذي عقد وقت أن كان الزوج كفؤا للزوجة و ليس هناك عار يلحق الزوجة بتغير حال الزوج بل أن تصبر عن تغير الحال هو الذي تحمد عليه الزوجة.4

المبحث الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الكفاءة و موقف القانون من الكفاءة

المطلب الأول : من لـــهم حق الكفاءة و ترتيبهم

تعد كفاءة الزوجة في ماإذ زوجت المرأة البالغة العاقلة نفسها او زوجها وليها حقا لها و للأقرب فالأقرب من أوليائها و يثبت هذا الحق لكل منهما على حدا و يبقى هذا الحق لكل

1-نورالدين أبو لحية،ضوابط الشرعية لحماية الزواج،المرجع السابق،ص3.

2-مصطفى السباعي،شرح قانون الأحوال الشخصية السوري ،المكتب الإسلامي،بيروت، الطبعة السابعة،1417ه ،ص149

3-محمد بكر أسماعيل، الفقه الواضح في الكتاب و السنة على المذاهب الأربعة ،دار المنار ،القاهرة ،مجلد2، 1997،مجلد 2،ص 50.

4- محمد مصطفى شلبي ،المرجع السابق ، ص302.

منهما ما لم يرضى أحدهما بإسقاطه و إن يرضي بعدم الكفاءة فإن رضيا بعدمها سقط هذا الحق ولم يكن لأحدهما طلب الفسخ عند انعدام الكفاءة .

وإن اسقط احدهما طلب الفسخ عند انعدام الكفاءة لم يعد هذا الإسقاط إسقاطا لحق الآخر وأما أن يسقط حقهما معا .

قيام حق الولي و حق المرأة في فسخ العقد.

وهو في حالة إذا ما زوجت المرأة نفسها و اشترطت على الزوج أن يكون كفءا لها أو زوجها وليها وأشترط عليهم الكفاءة لموليته فإنه في هذه الحالة يبقى حق الفسخ قائما لكل منهما عند عدم تحقق شروط الكفاءة.1

قيام حق الولي في فسخ العقد وسقوط حق المرأة

وهو في حالة إذا ما زوجت المرأة نفسها دون أن تعلم أن زوجها كفء أو غير كفء فعندئذ يسقط حقها بالكفاءة فإن ظهر أنه غير كفء لم يكن لها طلب فسخ النكاح لسقوط حقها بتقصيرها في الإشتراط عليه .

ولا يسقط حق الولي في الفسخ ما دام لم يرض بالزوج قبل العقد فيكون له الحق في طلب الفسخ.

سقوط حق الولي في فسخ العقد و بقاء حق المرأة

هو في حالة إذا ما زوج الولي المرأة دون أن يعلم أن الزوج كفؤا لها أم لا . و لم يشترط عليه الكفاءة حينئذ يسقط حقه في الفسخ لتقصيره في الاشتراط عليه أما حق المرأة في الفسخ فيبقى قائما مادامت لم ترض بهذا الزوج قبل العقد فإن تبين فيما بعد أنه غير كفء كان لها الفسخ.2

1-أبو يحي الأنصاري الشافعي، أسنى المطالب شرح روض الطالب ، المكتبة الإسلامية،ج3،ص139 .

2-– محمد قدري باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة مطبعة محمد عطية الكتابي ، القاهرة ،1327ه،ص 115.

سقوط حق المرأة و حق الولي في فسخ العقد

وهو في حالة إذا مازوج الولي المرأة دون أن يعلم أن الزوج كفء أم لا و لم يشترط عليه الكفاءة و رضيت المرأة بهذا الزوج دون أن تعلم حال الزوج ودون أن تشترط الكفاءة فعندئذ يسقط حق الولي لتقصيره في السؤال عنه و للإشتراط عليه قبل الرضا بهذا الزوج ويسقط حق المرأة لتقصيرها في السؤال عنه و إشتراط الكفاءة عليه قبل الزواج.

الفرع الأول: ترتيب حق الأولياء في الكفاءة

الولي الذي له حق الاعتراض على العقد إذا نقصت الكفاءة هو الولي العاصب القريب فليس لأحد من بعده أن يعترض ، إن لم يرض ذلك الولي القريب و لم يؤثر رضا من دونه، لأنه لا ولاية للبعيد مع وجود القريب فليس من بعده أن يعترض إن لم يرض ب ذلك هذا إذا كان الولي القريب واحدا فإن تعدد الأقربون كالإخوة الأشقاء ولم يرض بعضهم قبل العقد أو وقت إنشائه يزيل حق سائرهم في الاعتراض و يلزمه هذا رأي أبو حنيفة.1

وقال المالكية للأولياء الفسخ ما لم يدخل الزوج بالمرأة فإذا دخل بها فلا فسخ والاعتراض حق مشترك لكل الأولياء فلو زوجها أحد الأولياء من كفء برضاها من غير رضا الباقين لم يلزم النكاح و هذا خلافا للحنفية و الشافعية.2

لا يسقط حق الباقين و هو قول أبي يوسف و هو ما روي عن أحمد و هو قول الشافعي ومن أدلة ذلك:

أن حقهم في الكفاءة ثابت مشترك بين الكل فإذ رضا به أحدهم فقد أسقط حق نفسه، فلا يسقط حق الباقين، أن رض أحدهم و لا يكون أكثر من رضاها فإن زوجت نفسها من غير كفء بغير رضاهم لا يسقط حق الأولياء برضاها فلن يسقط برضا أحدهم أولى.3

1محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وأثاره،المرجع السابق،ص 195-

2-وهبة الزحيلي،المرجع السابق،ص 235.

3-نور الدين أبو لحية ،المرجع السابق،ص8.

الفـــــرع الثاني : التغرير بالكفاءة

وهي أن تشترط المرأة الكفاءة عند العقد أو يشترطها الولي و يدعى الزوج انه كفء للمرأة تم يظهر بعد ذلك أن الزوج كاذب في أدعائها، فعند ذلك يحق لكل من الولي والمرأة طلب فسخ الزواج و ذلك لتغرير الذي لزم العقد فأفقده حقيقة الرضا.[1]

وحق الكفاءة يسقط في التغرير في الحالات التالية:

– إذا استمرت الحياة الزوجية فترة من الزمان دون أن تعترضها العقبات و الأزمات فيغلب الظن بذلك على استقرار الحياة الزوجية و انتفاء الأسباب المهددة لها .

– و كذلك يسقط حق الكفاءة إذا نتج عن هذه الرابطة الزوجية أبناء تكون مسألة الأبناء أولى بالرعاية من سواها.

المطلب الثاني : موقف قانون الأسرة الجزائري وبعض التشريعات العربية المقارنة (القانون الأحوال الشخصية السوري و قانون الأحوال الشخصية الكويتي)

–الفرع الأول : موقف قانون الأسرة الجزائري

–بالنسبة لقانون الأسرة الجزائري فإنه سكت و كذا التعديلات اللاحقة به عن تنظيم موضوع الكفاءة فلم يتطرق قانون الأسرة الجزائري لأي مسألة من مسائل هذا الموضوع و لم يفرد له أي نص قانوني صريح لأي منه تلك المسائل ، فلم يظهر أنه شرط صحة عقد الزواج أو شرطا لنفاده أو لزومه .

– إلا أنه يمكن استنتاج بعض الإشارة الضمنية لمسألة الكفاءة لبعض مواد هذا القانون مثل المادة 07(تكتمل أهلية الرجل و المرأة في الزواج بتمام 19 سنة و للقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك متى تأكدت قدرة الطرفان على الزواج.

–يكتسب الزوج القاصر أهلية التقاضي فيما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق و إلتزامات)[2]

1–مصطفى السباعي،المرجع السابق،ص 177

2–قانون رقم 84–11–المؤرخ في 9 يونيو سنة 1984، و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم – 05–02 المؤرخ في 27 فبراير 2009

بعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة 7 من قانون الأسرة المعدلة على أهلية زواج الفتى و الفتاة لا تكتمل بدون بلوغ سن 19 سنة.

نصت الفقرة الثانية منه على أنه يجوز للقاضي أن يرخص لهما أو لأحدهما بالزواج قبل ذلك لمصلحة او ضرورة متى تأكدت قدرة الطرفين على الزواج و يعنى ذلك انه يشترط لإمكانية أبرام عقد الزواج بلوغ سن 19 سنة فما فوق و إذا رغب أو رغب وليه في تزويجه ولم يبلغ أحدهما او كلاهما هذا السن لا يجوز زواجهما إلا بعد الحصول على ترخيص من رئيس محكمة مكان الإقامةبناءا على طلب ولي القاصر أو ممثله القانوني متى تحققت المصلحة و الضرورة إلى جانب هذا لا يجوز للقاضي منح الترخيص إلا إذا تبث قدرة الفتى و الفتاة على تحمل أعباء الزواج و ما يترتب عليه من أثار.كقدرة على الإنفاق و القدرة الجسدية .1

ويمكن القول أن رئيس المحكمة عند منحه الترخيص يراعي القدرة الجسدية أو السلامة من العيوب الزواج بتقديم القاصر شهادة طبية تثبت تلك القدرة وأيضا قدرته على تحمل تبعات المادية للزواج من إنفاق و مسكن و غيرها و نفس الأمر بالنسبة للقاصرة في مسألة الشهادة الطبية و يمكن اعتبار هذا من قبيل كفاءة السلامة من العيوب وكفاءة اليسار.

كما يلاحظ على نص هذه المادة أن القانون لم يعطى حدا السلطة القاضي في الإعفاء من السن الأدنى لإمكانية منح الترخيص للزواج مما يحمل على الاعتقاد بأن القاضي بإمكانه أن يمنح الإعفاء في السن المبكرة كالعاشرة مثلا كما انه لم يوضح الطريقة التي يقدم بها الإعفاء2

1–عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد ،دار هومة ،2011،ص 52

2–– كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة،جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ، ص 16

ومراعاة الضوابط الأخرى المنصوص عليها في القانون القدرة الجسدية والمادية بالإضافة إلى القدرة على تحمل المسؤولية.1

إن تحديد الحد الأدنى للزواج إجراء تنظيمي يجوز للسلطة العامة باعتبارها تحافظ بقوانينها على سلامة الفرد و المجتمع و تحميه مبررة عملها هذا بما أتبثه الأطباء وعلماء الاجتماع من أن زواج الصغار عادة ما يترتب عنه أضرار جسمانية و نفسية و اجتماعية و ذلك بالنظر إلى تعقد الحياة و صعوبة طرق المعيشة خاصة و أن الزوج مطالب بتأمينات تبعات الزواج المالية من نفقة و سكن و غيرها.2

كما نصت المادة 7 مكرر على وجوب تقديم طالبي الزواج و ثيقة طبية بقصد خلو كل واحد من الزوجين من الأمراض المعدية و من العوامل التي يمكن ان تشكل خطرا يتعارض مع الأغراض الأساسية للزواج مثل الأمراض المعدية كالايدز و الأمراض المانعة للإنجاب و هو شرط يتطلب تقديم مثل هذه الشهادة الطبية كل من الزوجين إلا الموثق او ضابط الحالة المدنية المكلفين و المؤهلين بتحرير عقود الزواج قبل شروع في تحريرها.3

لم يتعرض قانون الأسرة الجزائري لمسألة رغبة الفتاة الراشدة أو القاصرة في الزواج بمن ترغب فيه فتلقى معرضة من أهلها أو من الولي بالرغم من أنه أخذ بولاية الإختيار بالنسبة للقاصرة فقط لأن الراشدة تتولى زواجها بنفسها ومع ذلك فإن اعتراض الولي على الزوج مسألة واردة فهل يجوز للقاضي أن يأذن بذلك إذا رفعت إليه أمره

لقد كانت المادة 12 من قانون الأسرة قبل التعديل تعالج هذا المشكل ففي حالة المنع يجوز أن يأذن القاضي إذا رأي في ذلك مصلح. 4أولم يكن للولي مبرر بأن كان الزوج صالحا وكفئا للزوجة

1-بن شويخ رشيد ،المرجع السابق،ص 61

2-مرمول موسى ،دروس في مقياس قانون الأسرة ،جامعة منتوري قسنطينة،ص 37

3-عبد العزيز سعد ، المرجع السابق،ص 62

4- بن شويخ رشيد المرجع السابق، ص 69

وكان أولى أن لا يحذف نص هذه المادة أو إشترط الكفاءة لتزويج المرأة لنفسها في نص المادة 11

المادة 19 (للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج او عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، ولا سيما شرط عدم تعدد الزوجات و عمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون).[1]

و الملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري فتح مجالا واسعا لإشتراط الزوجين ما لم يكن مخالفا لقانون الأسرة على أساس جملة مواده قد بينت إختياراته فيما يكون من مقتضى العقد و قد نصت المادة 32 على انه (يبطل الشرط و يعتبر الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد)،خلافا لما رآه المالكيةو الملاحظ أن قانون الأسرة الجزائري فتح مجالا واسعا لإشتراط الزوجين ما لم يكن مخالفا لقانون الأسرة على أساس جملة مواده قد بينت إختياراته فيما يكون من مقتضى العقد و قد نصت المادة 32 على انه (يبطل الشرط و يعتبر الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى و مقتضيات العقد)،خلافا لما رآه المالكية من أن الشرط إذا مما يقتضيه العقد وأعتبر المشرع مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج سببا مجيزا لطلب الزوجة التطليق وهو السبب التاسع المنصوص عليه في المادة 53. [2]

وبما أن الكفاءة شرط للزوم العقد فيمكن اشتراطها في عقد الزواج و ليس في عقد لاحق، وعلى الرغم من هذا الاستدلال و إحالة المادة 222 إلى مبادئ الشريعة في المسائل التي لم ينص عليها القانون فإن سكوت المشرع الجزائري عن تنظيم موضوع الكفاءة في عقد الزواج يعد نقصا تشريعيا و ذلك لسببين هما :

1– القانون رقم –84–11–المؤرخ في 9 يونيو 1984، و المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم بالأمر رقم –05 –02، المؤرخ في 27 فيفري 2009

2–كاملى مراد،مرجع سابق، ص 28.

أولا: كثرة المسائل الخلافية في الفقه الإسلامي بالنسبة لمسائل المتعلقة بالكفاءة إن لم تكن جميعها.

ثانيا : أهمية موضوع الكفاءة في الزواج وأثره على الرابطة الزوجية إنشاءا والحياة الأسرية ثباتا واستقرارا.

الفــرع الثاني : موقف بعض القوانين العربية المقارنة من شرط الكفاءة(قانون الأحوال الشخصية السوري،قانون الأحوال الشخصية الكويتي).

لقد نظمت قوانين الأحوال الشخصية المقارنة موضوع الكفاءة في الزواج فأفردت له نصوصا قانونية تبين موقفها من المسائل الخلافية في الكفاءة فحسمت بذلك الأمر في هذه المسائل مما ساعد على استقرار التعاملات الزوجية والقضاء .

ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية السوري و الذي جاء فيه :

المادة 26 (يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفء للمرأة).

المادة 27 (إذا زوجت الكبيرة نفسها من غير موافقة وليها فإن كان كفئا لزم العقد و إلا للولي طلب فسخ النكاح).

المادة 28 (العبرة في الكفاءة لعرف البلد)

المادة 31 (تراعى الكفاءة عند العقد فلا يؤثر زوالها)

المادة 32 (إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو أخبر الزوج أنه كفء كان لكل من الولي و الزوجة طلب فسخ العقد).

ويلاحظ أن هذه الأحكام تتفق في أغلبها مع مذهب الحنفية ففي المادة الأولى أشترط الكفاءة في جانب الرجل لا جانب المرأة و الثانية لتقرير أن الكفاءة شرط لزوم لا شرط صحة و الثالثة مراعاة مبنى الكفاءة في الأصل و هو العرف ،و الرابعة كون الكفاءة حق لكل من المرأة و الولي و الخامسة تحديد وقت سقوط حق الكفاءة أصلا و السادسة وقت مراعاة الكفاءة و السابعة التغرير بالكفاءة عند إشتراطها أو الإخبار بها.1

1-وهبة الزحيلي،المرجع السابق،ص 244

وأفرد قانون الأحوال الشخصية الكويتي ستة مواد خاصة بالكفاءة من المادة 34 الى المادة 39 .

المادة 34 (يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفء للمرأة وقت العقد و يثبت حق الفسخ لكل من المرأة ووليها عند فوات الكفاءة).

المادة 35 (العبرة بالكفاءة في الصلاح في الدين).

المادة 36 (التناسب في السن بين الزوجين ،يعتبر حق للزوجة وحدها).

المادة 37 (الولي في الكفاءة من العصبة و هو الأب فالإبن، فالجد العاصب فالشقيق ثم لأب فالعم الشقيق ثم لأب).

المادة 38 (إذا أدعى الرجل الكفاءة تم تبين أنه غير كفء كان لكل من الزوجة ووالليها حق الفسخ)

المادة 39 (يسقط حق الفسخ بحمل الزوجة أو سبق الرضا أو بانقضاء سنة على العلم بالزواج).[1] كما سبق و ذكرنا أن عدم تطرق المشرع الجزائري لمسألة الكفاءة في قانون الأسرة الجزائري يعد نقصا تشريعيا بالأخص أن إشتراط الكفاءة عرف إجتماعيا منتشرا في أنحاء البلاد و يختلف من منطقة إلى أخرى فكان من الواجب مراعاة هذا الشرط في التعديلات الواردة على قانون الأسرة .

1–قانون الأحوال الشخصية الكويتي المرقم 51 لسنة 1984

الفصل الثاني: خصال الكفاءة

المبحث الأول: كفاءة الإسلام والحرية والنسب والتدين

المطلب الأول : صفة الإسلام والحرية

الفرع الأول: الإسلام

الإسلام: ويقصد به سبق الدخول في الإسلام وسبق التصديق بالرسالة وسبق الهجرة مع النبي عليه الصلاة والسلام وسبق إسلام الأصول أحدهما أو كلاهما فمن أسلم بنفسه ليس كفؤا لمن لها أبا أو أكثر في الإسلام ، ومن له أبوان في الإسلام ليس كفؤا لمن له ثلاث أباء.1

والمراد بالإسلام المعتبر في الكفاءة هو إسلام الأصول أم إسلام الزوج فهو شرط من شروط انعقاد عقد الزواج فلا يجوز زواج المسلمة من غير المسلم.

وقد قطع الله الولاية من الكفار والمؤمنين فجعل المؤمنين بعضهم أولياء بعض.

قال علماؤنا في الكافرة يكون لها الأخ المسلم: لا يزوجها فلا ولاية بينهما ويزوجها أهل ملتها2.

وإسلام الأصول معتبر في العجم وأما العرب فهو غير معتبر فمن لا أب له في الإسلام وكان من العرب وهو مسلم فهو كفؤ لمن لها أباء في الإسلام وكان من الآن العرب يتفاخرون بالنسب فيعدون النسب كفؤا للنسب الأخر العجم فقد ضيعوا أنسابهم

1- ابو العباس احمد بن عمر، الديربي الشافعي،غاية المقصود لمن يتعاط العقود أحكام الزواج على المذاهب الأربعة، مكتبة الشرق الجديد، بغداد 1406، ص 155.

2- أبو عبد الله محمد بن احمد، الأنصاري القرطبي، مرجع سابق، ص 37.

فمفخرتهم بالإسلام فمن كان له أب في الإسلام يفتخر على من لا أب له فيه ، ولا يعده كفؤا له وحينئذ لا يكون من اسلم بنفسه من العجم كفؤا لمن لها أب في الإسلام .1

ومن له أب في الإسلام ليس كفؤا لمن لها أبوان في الإسلام لان أصل التعريف بالأب وتمامه بالجد فلا يشترط أكثر من ذلك وأورد في أثر سلمان الفارسي حيث تفاخر الصحابة بأنسابهم فقال سلمان : أبي الإسلام لا أب لي سواه إذا افتخروا بقيس أو تميم2.

وتتحقق الكفاءة عند أبي يوسف في الإسلام أن يكون له أب مسلم فالزوج الذي له أب مسلم فقط لا يكون كفئا عند حنفية. إلا أن هذا الشرط لا يعتبر ذلك لأن المسلمين كلهم سواسية وليس العبرة بمن كان آباؤهم وأجدادهم مسلمين فالإسلام يهدم ما قبله.ومن أقوال الحسن بن علي رضي الله عنهما: "إن الله قد رفع بالإسلام الخسيسة وأتم به النقيصة فلا عار على المسلم أي لا يصيب المسلم نقص ولا عار إذا أعلن إسلامه.3

الفرع الثاني :الحرية

فالعبد ليس بكفء للحرة ولا العتيق كفؤا للحرة أصلا ولا من مس الرق أحد آبائه كفؤا لمن لم يمسسها الرق ولا احد من آبائها لان الحرة يلحقها العار بكونها تحت عبد آو تحت من سبق من كان أبائه مسترق4.

وهي نظرة الإسلام إذا هي بالنسبة للعجم وأما للعرب فهي غير لازم لهم لأنه لا يجوز استرقاقهم5.

1- محمد زيد الابياني ، المرجع السابق، ص114.

2-– ابن قدامة، المغني،، المرجع السابق،ص 27.

3- السيد سابق، المرجع السابق، ص 250

4-– حسن محمد عبد الحميد الكردي، مذكرة ماجستير، الكفاءة في الزواج مقارنة بقانون الاحوال الشخصية، الجامعة الإسلامية، غزة ، ص98

5- محمد زيد الأبياني،المرجع السابق، ص114.

لأنه لم يقبل الرق من العرب إلا الإسلام أو القتل والأصل في اعتبارها أن الرق يجلب العار أكثر مما يجلبه سوء النسب.1

قال الدسوقي وظاهر التفصيل فما كان من الجنس الأبيض فهو كفؤ لأن الرغبة فيه أكثر من الأحرار وله الشرف في عرف مصرنا ومن كان من الجنس الأسود فليس بكفءلأن النفوس تنفر منه ويقع به الذم من الزوجة لكن مبادئ الشريعة تناقض هذا القول إذا لا تفرقه في أحكامهما بين الناس بسبب اللون.2

وعلى العموم فصفة الحرية لم يعد لها اعتبار في وقتنا الراهن بحكم أن زمان الرق قد ولى ولم يعد للرق وجود فيه. كما أن صفة إسلام الأصول ليس لها اعتبار كذالك في وقتا فيكفي إسلام الزوج و لا عبرة بكفر و إسلام أصوله.

1-محمد أبو زهرة ، الأحوال الشخصية ، المرجع السابق، ص138

2-وهبة الزحيلي ،المرجع السابق.ص240.

المطلب الثاني: صفة النسب والتدين

الفرع الأول : النسب

وهو أن تنتسب المرأة إلى من تتشرف به بالنظر إلى نسبه وإنما اعتبرت في هذه الأشياء لان التفاخر يقع بها بين الناس فلابد من اعتبارها. [1]وهو رأي جمهور الفقهاء أن الرجل ليس كفئا للمرأة تنتسب الى قبيلة اشرف من قبيلته واستدلو ا على ذلك بقول عمر رضي الله عنه " لأمنعن تزوج ذوات الأحساب إلا من أكفاء"رواه الدرقطني نيل الأوطار127/6.

وعن عمر بن قرة الكندي قال : عرض أبي على سلمان أختا فأبى فتزوج مولاة له تقال لها نعيرة وعنه قال: لا نؤمهم ولا تنكح نساؤهم وقال ابن شهاب العربي والمولى لا يستويان في النسب.[2]

والعربي عند الفقهاء هو من يعرف اتصال نسبه إلى قبيلة من القبائل والأعجمي بخلافه فقريش أكفاء لبعض يعبر التفاضل فيما بين قرشيين ويدل عدم التفاضل بين قريشيا تزويج النبي صلى الله عليه وسلم بنته لعثمان وهو عدوي لا هاشمي وابنته أم كلثوم لعمر وهو عدوي لا هاشمي وهي هاشمية .العرب أكفاء لبعض ولا يكون سائر العرب أكفاء كقريش والعجم ليسوا بأكفاء للعرب والأصل في هذا القول قوله صلى الله عليه وسلم : " قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل" وإنما قال في الموالي رجل برجل لأنهم ضيعوا أنسابهم فلا يتفاخرون بها لجهلها عندهم.[3]

1-محمد زيد الأبياني، المرجعالسابق، ص152.

2-نور الدين أبو لحية ،المرجع السابق، ص 30.

3-محمد زيد الأبياني ، المرجع السابق، ص113

والعربي عند الفقهاء هو من يعرف اتصال نسبه إلى قبيلة من القبائل والأعجمي بخلافه فقريش أكفاء لبعض يعبر التفاضل فيما بين قرشيين ويدل عدم التفاضل بين قريشيا تزويج النبي صلى الله عليه وسلم بنته لعثمان وهو عدوي لا هاشمي وابنته أم كلثوم لعمر وهو عدوي لا هاشمي وهي هاشمية العرب أكفاء لبعض ولا يكون سائر العرب أكفاء كقريش

والعجم ليسوا بأكفاء للعرب والأصل في هذا القول قوله صلى الله عليه وسلم : " قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل" وإنما قال في الموالي رجل برجل لأنهم ضيعوا أنسابهم فلا يتفاخرون بها لجهلها عندهم.1

وقال الغزالي : إن شرف النسب ثلاث جهات إحداها:
الأولى: الانتماء إلى شجرة الرسول عليه الصلاة والسلام وهذا لا يعادله شيء.
الثانية: الانتماء إلى العلماء فإنهم ورثة الأنبياء.

الثالثة : الانتماء إلى أهل الصلاح والتقوى ولا عبرة بالانتساب إلى عظماء الدنيا الظلمة المسئولين على الرقاب وان تفاخر بهم الناس.2

على أن شرف العلم دونه كل نسب وكل شرف فالعالم كفء لأن امرأة مهما كان نسبها وان لم يكن له نسب معروف لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : " الناس معادن كمعدن الذهب والفضة خيارهم في الجاهلية خيارهم في الإسلام إذا فقهوا" وقوله تعالى: يرفع الله الذين امنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات" سورة المجادلة 11.

1-السيد سابق، المرجع السابق، ص250

2 -شمس الدين بن محمد الشربيني الخطيب ، المرجع السابق ، ص164

وقوله عز وجل : ﴿ قل هل يستوي الذين يعلمون والذين لا يعلمون﴾ سورة الزمر،الأية09 وكما روى عن الإمام الشافعي :" أن الكفاءة في النسب معتبرة عند العجم فيما بينهم قياسا على اعتباره عند العرب لان العلة التي من أجلها أعتبر النسب في الكفاءة عند العرب هي حفظهم أنسابهم وتفاخرهم بها ، فإذا وجد شيء من ذلك عند غيرهم كذلك وعلى هذا الرأي جرى أكثر أصحابه من بعده.1

أما رأي المالكية فقد ذهب إلى عدم اعتبار النسب في الكفاءة دليلهم تزويج الرسول ببناته ممن هم أدنى منهن نسبا وزواج المقداد بن الأسود من بنت الزبير بن عبد المطلبابنة عم الرسول صلى الله عليه وسلم ومن الواضح أن تحديد معنى النسب هدا مرده أعراف الناس ونظرتهم العامة فإذا اختلف العرب في هذا المنحى وجب اخذ العرف في الاعتبار عند تقرير موضوع النسب.2

الفرع الثاني : التدين

وهو التقوى والصلاح فليس الفاجر كفئا للعفيفة وليس الفاسق كفئا للصالحة المستقيمة والمعتبر في الصلاح الزوج والزوجة أنفسهما فالرجل الصالح كفء للمرأة الصالحة وان كان أباه فاسقا والمرأة الصالحة كفء للرجل الصالح وان كان أباها فاسقا فلا عبرة بصلاح الأهل أو فسادهم فالعبرةبصلاح او فساد كلا من الزوجة والزوج وذلك لقوله عز وجل: " قل أغير الله ابغي ربا وهو رب كل شيء ولا تكسب كل نفس إلا عليها و لا تزر وزارة وزرأخرى ثم إلى ربكم مرجعكم فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون " سورة الأنعام آية(164).3

وذهب جماعة إلى الكفاءة ولكن اعتبارها بالاستقامة والخلق خاصة فلا اعتبار لنسب ولا لصناعة ولا لشيء آخر فيجوز للرجل الصالح الذي لا نسب له أن يتزوج المرأة النسبية ولصاحب الحرفة الدنيئة ، أن يتزوج صاحبة الجاه والشهرة ، ما دام مسلما عفيفا فان لم يتوفر فيه شرط استقامة، فلا يكون كفؤا للمرأة الصالحة ولها حق طلب فسخ العقد إن كانت بكرا وأجبرها أبوها على الزواج من فاسق.

1-محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق ، ص296

2-محمد أحمد سراج ومحمد كمال ، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية ، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية ، مصر، 1999. ص155.

3-علاء الدين الإمام الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت ج2، ص 317

واختلف النقل عن أئمة المذهب الحنفي في اعتبار هذا النوع من الكفاءة وأصبح محمدا يرى اعتبارها إلا أن يكون الفاسق مهيبلذا شوكة بين الناس.
ولم يعتبرها أبو حنيفة مطلقا لأن الفسق قابل للزوال وقال ذلك القول أبو يوسف إلا إذا كان ،الفاسق يجهر بفسقه بين الناس ولا يخفيه وفي هذه الحالة لا يكون كفءا للصالحة، وقد أحتج محمد لإعتبار الكفاءة في الدين لأن الصلاح من أعلى المفاخر والمرأة تعاير بفسق زوجها ، كما أن الفاسق يخل بأحكام الزواج .1

كما أن المالكية أعتبر وأن البكر كأن زوجها الأب من شارب الخمر وبالجملة من الفاسق، أن لها أن تمنع نفسها من النكاح وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما وكذلك إذا زوجها ممن ماله حرام، أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق واستدل أصحاب هذا المذهب بما يلي:
أن الله تعالى قال: يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوبا وقبائل لتعارفوا إن أكرمكم عند الله اتقاكم" سورة الحجرات الآية 13 . 2

ولقد اعتبر الإمام مالك وابن القيم رحمة الله عليهما أن الكفاءة في الدين أصلا وكمالا فلا تتزوج مسلمة بكافر ولا العفيفة بالفاجر ولم يعتبر نسبا و صناعة ولا غنى ولا حرفة فيجوز للعبد أن ينكح الحرة النسيبة الغنية إذا كان عفيفا مسلما وجوب لغير القريشيين نكاح القريشيات ولغير الهاشميين نكاح الهاشميات وللفقراء نكاح الميسورات.3
قد حث النبي عليه الصلاة والسلام على الزواج من ذوات الدين فقال:" تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها فاظفر بذات الدين تربت يداك".رواه البخاري الحديث رقم590

وقوله صلى الله عليه وسلم :" الدنيا متاع وخير متاعها المرأة الصالحة". رواه مسلم الحديث رقم 1467

1- محمد أبو زهرة ، المرجع السابق ، ص189

2- السيد سابق، المرجع السابق، ص 237.

3-سلمان نصر وسعاد سطحي ، المرجع السابق، ص91

المبحث الثالث: الكفاءة الجسدية وكفاءة المال والحرفة والتحصيل العلمي

المطلب الأول: صفة السلامة من العيوب والمال

الفرع الأول: السلامة من العيوب

السلامة من العيوب كالجنون والجذام والبرصإعتبرها المالكية والشافعية من خصال الكفاءة فمن كان به عيب منها رجل كان أو امرأة ليس كفئا لسليم من العيوب لان النفس تعاف من به بعضها ويختل مقصود النكاح بها. ولم يعتبر الحنفية والحنابلة السلامة من العيوب من شروط الكفاءة لكنها تبثث الخيار للمرأة دون أوليائها لان الضرر مختص بها ولوليها منعها من نكاح المجذوم والأبرص والمجنون. 1ولا يبطل النكاح بعدها ولكن يثبت الخيار للمرأة دون أوليائها لان هذا الضرر يخصها.2

إذا ثبت للمرأة طلب التفريق وإن وجدت بزوجها عيبا من العيوب المنصوص عليها ، فهم يشترطون بذلك خلو الزوج من العيوب لاستدامة النكاح وبقاءه.

ولكن ما حكم لو علمت المرأة بإصابة زوجها بمرض الإيدز ومع ذلك رضيت بهذا الأمر؟ فهذه الحالة يجوز للأولياء أن يمنعوا المرأة من هذا النكاح بمقتضى الحق الثابت لهم بصريح نص القران والسنة فإن لم يعجل الولي فالأمر موقوف إلى السلطان حيث انه ولي من لا ولي له وقد عرض ابن قدامة المقدسي لما كان من حق الولي أن يمنع موليته من الزواج من الأبرص والمجذوم.3

1- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 246

2-سلمان نصر وسعاد سطحي، المرجع السابق، ص 89

3-أحمد محمد لطفي ، الايدز وأثاره الشرعية والقانونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2005 ، ص337

الأول : ليس له المنع ما دامت قد رضيت بذلك لأن الحق لها والضرر عليها لا على غيرها.

الثاني : له منعها لأن عليه ضررا إذ أنه يعبر به ويخشى تعدي هذا الضرر بالولد فشبهه بالتزويج لمن لا يكافئها.

وجزم البيهقي في شرح منتهى الإرادات بأحقية الولي في منعها فقال : " وان اختارت مكلفة أن تتزوج مجنونا أو مجذوما أو أبرصا فلوليها العاقل منعها منه لأن فيه عار عليها وعلى أهلها وضرر يخشى تعديه إلى الولد كمنعها من تزويجها بغير كفء.2

وان كان بالمرأة عيب أيضا فلا كفاءة بينهما سواء بإختلاف العيبان كالرتقاء ومجنون أو إتفاق كبرصاء وأبرص أو كان بها أكبر وأسوء لأن الإنسان يعاف من غيره ما لا يعافه من نفسه.1

الفرع الثاني : المال

ونعني به الكفاءة المالية فلا يكون الفقير كفءا للغنية لان التفاخر بالمال أكثر من التفاخر بغيره وخصوصا في زماننا هذا ولأن للنكاح تعلق بالمال تعلقا لازما فهو متعلق بالمهر والنفقة عليها.

والمعتبر في المال هو القدرة على مهر مثلها والقدرة على النفقة عليها ولا تعتبر الزيادة على ذلك فإن كان الزوج قادرا على مهر مثلها ونفقتها فإنه يكون كفئا لها وإن كان لا يساويها في اليسار هذا ما روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد في ظاهر الروايات.4

1-أحمد محمد لطفي، المرجع السابق، ص 378

2-أحمد محمد لطفي، المرجع نفسه ، ص 378

3- شمس الدين ابن محمد الخطيب الشربيني، المرجع السابق، ص165.

4-محمد قدري باشا، المرجع السابق،ص14

ومن لا يملك مهرا ولا نفقة لا يكون كفئا لأن المهر عوض ما يملك بهذا العقد ولأن من لا قدرة له على النفقة يستحقر ويهان.

في الغالب المراد من المهر القدرالمعجل عرفا دون ما في الذمة يسامح بتأخيره إلى وقت اليسر وروي عن أبي يوسف انه إذا ملك نفقة يكون كفئا للعربية ولو لم يملك المهر.1

فالأعجمي لا يكون كفئا للعربية ولو كان ذا جاها بأن كان سلطانا أوعالما وقال البعض إن كان الحسب والجاه آتيان من جهة السلطة فلا يكون كفئا لها وأما كانا من جهة العلم كان كفئا لها لان شرف العلم فوق شرف النسب ولذا قيل إن عائشة أفضل من فاطمة رضي الله عنهما بكثرة علمها وفوق شرف المال أيضا ولذا يكون العالم الفقير كفؤا لبنت الغني الجاهل.2

ويعتبر الزوج قادرا على ذلك بنفسه أو بقدرة أبيه أو جده أو ما جرت العادة بأنهم يدفعون مهورهم ويقومون بالإنفاق عليهم.3

لأن المقصود حصول الدفع والإنفاق من جهة الزوج ، فان تحقق هذا يكون الزوج كفءا لمن فاقته في الثراء مع أن أهل الزوجة يتعيرون بتزويج من هم أقل منهم ثراء في عرف الناس.

ومن القدرة على النفقة أن يكون الشخص كسوبا ولو كان لا يكتسب إلا من ينفق منه يوم بيوم وقيل أن يملك نفقة الشهر وقيل ستة أشهر وقيل سنة وقيل إن كان من أهل الحرف تكون القدرة بكونه كسوبا فان لم يكن ذا حرفة فالقدرة على نفقة الشهر.4

1-محمد قدري باشا، المرجع السابق، ص 14

2-نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص 34.

3-محمد مصطفى شلبي ، المرجع السابق، ص299.

4- بدارن أبو العينين، المرجع السابق، ص129.

الاعتراض لأن الكفاءة غير موجودة من جهة الزوج فالفائقة في اليسار لا يكافئها القادر على المهر والنفقة لأن الناس يتفاخرون بالغنى و يتعيرون بالفقر.1

واشترطو اليسار في الكفاءة الحنفية والحنابلة لقول النبي صلى الله عليه وسلم : " أما معاوية فصعلوك لا مال له".
ولأن الموسرة تتضرر من إعسار زوجها لإخلاله بنفقتها ومؤونة أولادها، ولهذا ملكت الفسخ لإخلاله في النفقة لأن عدم اليسار نقمة في عرف الناس يتفاضلون به كتفاضلهم في النسب.2

وروي عن عائشة رضي الله عنه فقالت " رأيت ذا المال عند الناس مهيبا ورأيت ذا الفقر مهينا " وقالت : " إن أحساب أهل الدنيا بنيت على مال"

أما الشافعية والمالكية قالوا: لا يعد اليسار من خصال الكفاءة لأن المال ظل زائل وحال حائل ، ومال مائل ولا يفتخر به أهل المروءة والبصائر.
والراجح أن هذا الرأي لأن الغنى لا يدوم والمال غادا ورائح والرزق مقسوم منوط بالكسب والفقر شرف في الدين وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم : " اللهم أحييني وامتني مسكينا "3

1–محمد زيد الأبياتي، المرجع السابق، ص 115.

2–وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص139

3–وهبة الزحيلي،المرجع نفسه،ص 243

المطلب الثاني: صفة الحرفة والتحصيل العلمي وتقارب السن

الفرع الأول: الحرفة

وهي الاكتساب بالصناعة والتجارة وعرفت بأنها الصناعة وحدها في البحر الرائق " والظاهر أن الحرفة أهم من الصناعة لأنها الحاصل من التمرن على العمل وعرفت بأنها الصناعة وجهة الكسب.1

وذكر الجمهور غير المالكية الحرفية في خصال الكفاءة بأن تكون حرفة الزوج أو أهله مساوية أو مقاربة لحرفة الزوجة وأهلها.2

ولم يعتبره أبو حنيفة وروي عن أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة إلا أن تفحشه كالحجام والدباغ والسائق وغيرهم من ذوي الحرف التي تنزل بأصحابها من مراتب أصحاب البيوتات في عرف الناس.

وأن من اعتبر هذا النوع من الكفاءة نظر إلى عرف الناس إذا أن الناس ينفرون من الزواج ممن دونهم حرفة وخصوصا إذا فحش الفارق بينهما.3

كما ذهب الفقهاء القائلون بكفاءة الحرفة إلى أعتبارها حيث العقد، فإن كان مارس قبله حرفة دنيئة فان ذلك لا يؤثر في كفاءته بشرط أن تمضي سنة عند بعضهم إن زال عنه إسمها ولم ينتسب إليها أصلا فلابد من مضي زمن يقطع نسبتها عنه.4

والمعمول به إعتبارها لأن الناس يتفاخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وهي وإن مكن تركها يبقى عارها وحينئذ يكون المدار فيها على التفاخر و التعير ولذلك كانت معتبرة في العجم لأن أفتخارهم بها لا بالنسب بخلاف العرب فإن إفتخارهم بنسبهم لا بها.

1-نور الدين أبو لحية ، المرجع السابق.ص 45.

2-وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 243.

3- محمد ابو زهرة ، عقد الزواج وآثاره ، المرجع السابق ، ص 190.

4-نور الدين أبو لحية، المرجع السابق، ص46.

إلا إذا كان العربي محترفا بنفسه حرفة دنيئة فإنها تعتبر فصاحب الحرفة الدنيئة لا يكون كفؤا لبنت صاحب الحرفة الشريفة ولا يمكن في هذا المقام حصر الحرف وبيان الشريفة والخسيسة لكثرتها وتشعبها .

فإن اتفقت الحرف فالأمر ظاهر وأن إختلفت ولكنها متقاربة كالحائك و الحجام فلا يعتبر التقارب وتثبث الكفاءة فالحائك كفؤا للدباغ والدباغ كفؤا للكناس وهؤلاء ليسوا كفؤا لنكاح بنت العطار والجوهري والعطار كفؤا للبزاز وحينئذ يترك الحكم للعرف لأن بعض البلاد تعد بعض الحرف شريفة في حالة بدا لبعض دنيئة بحسب عرفه.1

ومنها أن الحرفة ليست نقصا في الدين لا هي لازمة للإنسان فيمكن التحول من مهنة إلى أخرى فيتحول من المهنة الدنيئة إلى الرفيعة لذا فهي غير معتبرة في الكفاءة.2

ولأهمية المهنة وتأثيرها على حياة الإنسان وقيمة الاجتماعية أرى أعتبارها في الكفاءة لأن الحرفة الوضعية نقص في عرف الناس والمهنة الشريفة ترفع صاحبها بين الناس إذا ما اقترنت بصلاح صاحبها كطبيب ومهندس وأستاذ في عصرنا.

الفرع الثاني التحصيل العلمي وتقارب السن

لم يتناول فقهاء الماضي مسالة الكفاءة في التحصيل العلمي أو العلم بالرغم من إجلالهم للعلم والعلماء ولعل أسباب عدم اعتبارهم الكفاءة في العلم من معايير الكفاءة رغم اعتبارهم ما هو اقل منها أو أدنى:

التحصيل العلمي لم يكن منضبطا ومقننا كما هي الحال في هذا الزمان فالمرأة لم تأخذ حظها من العلم كما هو حال الرجل.3

-إن شرف العلم فوق شرف النسب لذا فأعتبارها من باب أولى إذا كانت عالمة فلا كفاءة إن كان الزوج جاهلا ولا تفاهم ولا إستقرار للحياة الزوجية على هذا الغرض المقصود منه إن لم يكن الزوج أعلم من الزوجة أو بمستوى علمها على أقل تقدير.

1-محمد زيد الأبياني، المرجع السابق، ص116

2-ابن قدامة، المغني، المرجع السابق ، ص29.

3-حسن محمد عبد الحميد الكردي،المرجع السابق،ص109

-إن تقارب السن من عناصر الكفاءة عند بعض المتأخرين فلا يكون للهرم كفئا للمرأة اليافعة لان كل ما يؤثر في العلاقة بين الزوجين قوة وفتورا يؤثر في الكفاءة.1

1-محمد عقلة ، نظام الأسرة في الإسلام ، ج1، ط1، مكتبة الرسالة الحديثة ، عمان 1983، ص310

الخاتـــــــمة

مما سبق ذكره توصلت إلى مجموعة من النتائج المتعلقة بموضوع البحث و هي كما يلي

- الكفاءة هي مماثلة الزوج للزوجته في أمور و صفات معتبرة أو أن يكون أعلى منها في هذه الصفات لئلا تعير المرأة و أولياؤها لإنعدامها .
- يحق للمرأة و الولي إسقاط إشتراطها برضاهما
- إختلف الفقهاء في إعتبار الكفاءة فكانوا ثلاثة أراء
- فريق أول رأ ى عدم اعتبارها أصلا في الزواج وفريق رأ ى أنها شرط لزوم وأخيرا إعتبرها شرط صحة .
- تشترط الكفاءة في جانب الرجل لصالح المرأة و لا تشترط في الزوجة إلا في حالتين حالة التوكيل المطلق للشخص لإبرام عقد الزواج وأخرى عند تزويج القصر من غير الأب و الجد .
- وقت إبرام العقد هو الوقت الذي تعتبر فيه الكفاءة و غيابها فيما بعد لا يغير في العقد شيئا.
- صاحب الحق في الكفاءة هي المرأة و وليها و تنازل أي منهما لا يسقط حق الأخر فيها .
- اختلفت أراء الفقهاء في أحقية الأولياء الأبعد فمنهم المسقط لحقهم في الكفاءة بموافقة الولي الأقرب ومنهم المبقي لهم لهذا الحق .
- سكت قانون الأسرة الجزائري عن تنظيم مسألة الكفاءة على خلاف تشريعات عربية أخرى كالقانون السوري و الكويتي .
- إختلف الفقهاء في الخصال المعتبرة في الكفاءة فقالوا هي الإسلام و الدين و الحرية والنسب والحرفة.

- المعيار في إعتبار صفات الكفاءة هو عرف البلد و زمانه فهناك صفات كان لها اعتبار في الماضي لم يعد لها وجود في وقتنا الحاضر.

التوصيات :

وبما أن المشرع الجزائري سكت عن تنظيم مسألة الكفاءة بالرغم من أهميتها و وتأثيرها الكبير على الحياة الزوجية وجب على المشرع إفراد نصوص خاصة بها في قانون الأسرة من مثل :

- الكفاءة شرط لزوم عقد الزواج و يحق للمرأة و وليها فسخ عقد الزواج في حال إشتراطها قبل العقد و دلس الزوج عليهما بإدعائها .
- صفات الكفاءة تخضع للعرف المنتشر في البلاد والزمان.
- يسقط حق الكفاءة بتنازل المرأة ووليها عنه كما يسقط بإنجاب الزوجة أو بمرور مدة طويلة بعد معرفة تخلف شرط الكفاءة.

ملف رقم 90468 قرار بتاريخ 1993/03/30

قضية (ر ب) ضد: (ر ز) و (ص م)

امتناع الأب عن تزويج ابنته الراشدة بدون مبرر– إذن القاضي بالزواج– تطبيق صحيح القانون .

(المادة 12 من ق أ)

من المقرر قانونا انه لا يجوز للولي أن يمنع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها .

وإذا وقع المنع فللقاضي أن يأذن به مع مراعاة أحكام المادة 09 من هذا القانون .

ومتى تبين– في قضية الحال – أن الأب امتنع عن تزويج ابنته دون توضيح الأسباب التي بني عليها هذا الامتناع، فإن القضاة بقضائهم بإذن المدعية بالزواج طبقوا صحيح القانون .

و متى كان كذلك استوجب رفض الطعن.

إن المحكمة العليا

في جلستها العلنية المنعقدة بمقرها الكائن بشارع 11 ديسمبر 1960 الأبيار، الجزائر العاصمة.

بعد المداولة القانونية أصدرت القرار الآتي نصه:

بناءا على المواد 231،233، 239،244،257 و ما بعدها من قانون الإجراءات المدنية.

بعد الإطلاع على مجموع أوراق ملف الدعوى و على عريضة الطعن بالنقض المودعة كتابة الضبط بتاريخ 21 جانفي 1991 و على مذكرة الجواب التي قدمها محامي المطعون ضدهما.

بعد الإستماع إلى السيد الهاشمي هويدي المستشار المقرر في تلاوة تقريره المكتوب و إلى السيد عيبود رابح المحامي العام في تقديم طلباته المكتوبة.

حيث أن المسمى (ر ب) قد طلب نقض و إبطال القرار الصادر عن مجلس قضاء تيارت بتاريخ 1990/10/14 القاضي بتأييد حكم محكمة برج بونعامة المؤرخ في 11/13 1989 القاضي بالإذن بزواج المدعية.

حيث استند الطاعن في طلبه على وجه وحيد للنقض.

حيث التمس المطعون ضدهما رفض الطعن.

حيث أن النيابة العامة قد التمست رفض الطعن.

عن الوجه الوحيد الماخوذ من مخالفة الفقرة الثانية من المادة 12 من ق س:

بدعوى أن قضاء الموضوع قد خالفوا الفقرة الثانية من المادة 12 من ق س التي تسمح للأب بمنع زواج ابنته البكر إذا كان في المنع مصلحة لها .

لكن حيث إن امتناع الطاعن من تزوج ابنته الراشدة المطعون ضدها لم يوضح فيه الأسباب التي بني عليها هذا لامتناع خصوصا و أنها مولود في شهر مارس 1969 و حصلت على نهاية التعليم الثانوي في جوان 1989 و أن الراغب في الزواج بها معلم و له سكن وظيفي وقد عبرت عن رضاها و قبولها بالزواج به أمام القاضي الأول و أن الفقرة الأولى من المادة 12 من ق س لا تجبر الولي منع من في ولايته من الزواج إذا رغبت فيه و كان أصلح لها و عند حصول المنع فللقاضي أن بإذن به و هذا ما يتفق مع قول خليل و الثيب تعرب كبكر رشدت أو عضلت أي منعها والدها من النكاح و ليس لها مصلحة في هذا المنع بل عنادا و إضرار بها .

وعليه فالوجه غير مؤسسة، الأمر الذي يتعين معه رفض الطعن.

لهذه الأسباب

قررت المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – رفض طعن الطاعن و تحميل الطاعن المصاريف القضائية .

بذا صدر القرار ووقع التصريح به في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ ثلاثين من شهر مارس سنة ثلاثة و تسعين و تسعمائة و ألف ميلادية من قبل المحكمة العليا – غرفة الأحوال الشخصية – المتركبة من السادة :

دحماني محمد	الرئيس
الهاشمي هويدي	المستشار المقرر
الأبيض أحمد	المستشار

بحضور عيبودي رابح المحامي العام، و بمساعدة السيد دليش صالح كاتب ضبط.

قائـــــــــــمة المصـــــادر و المراجـــــع

-الــقرآن الكريم

-الكـــتـــــب

1)أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقايس اللغة، دار الفكر، الجزء3، الجزء5 ، 1979

2)أبو عباس أحمد بن عمر الديربي الشافعي، غاية المقصود لمن يتعاطي العقود، أحكام الزواج على المذاهب الأربعة، مكتبة الشرق الجديد، بغداد، 1406ه

3)أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري، الجامع لأحكام القرآن، الجزء12، دار إحياء التراث العربية، بيروت

قائـــــــــــمة المصـــــادر و المراجـــــع أبو مالك كمال بن السيد سالم، صحيح السنة، الجزء3، المكتبة التوفقية، القاهرة، 2003

4)أبو محمد محمود العيني، البناية في شرح الهداية، دار الفكر، 1980

5)أبو يحى الأنصاري الشافعين، أسني المطالبشرح روض الطالب، الجزء3، المكتبة الإسلامية

6)أحمد سراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1999

7)أحمد محمد لطفي، الإيذز و آثاره الشرعية و القانونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،2005

8) أميرة محمد المغازي، الممارسات الضارة وآثارها على العلاقة الزوجية، دارسة فقهية مقارنة، دار الجامعة الجديدة

9) بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية بين المذاهب الأربعة السنية، الزواج و الطلاق، دار النهضة.
10) بلحاج العربي، أحكام الزواج في ضوء قانون الأسرة الجديد، دار الثقافة،عمان،الأردن 2012.
11) بن شويخ رشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، دارسة مقارنة لبعض التشريعات العربية، دار الخلدونية، الجزائر، 20.
12) السيد سابق، فقه السنة، المجلد2، مكتبة الرشد.
13) الشحات إبراهيم محمد منصور، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية.
14) شمس الدين محمد بن الخطيب الشرباني، مغني محتاج إلى معرفة ألفاظ. المنهاج، دار الكتب العلمية،200،الجزء 4
15)عبد العزيز سعد، قانون الأسرة الجزائري في ثوبه الجديد، دار هومه، 2011
16)عبد العزيز عامر، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية فقها و قضاءا، دار الفكر العربية، طبعة1، 1984.
17)عبد العظيم شرف الدين، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعية الإسلامية.
18)عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج و الطلاق، دار الخلدونية، القبة القديمة، الجزائر، 2007
19) علاء الدين إبن مسعود الكساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1982.
20) عمر سليمان الأشقر الواضح في شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، دار النفائس ، الأردن،ط1417،1ه
21) القزويني محمد بن زيد، سنن إبن ماجة، دار الفكر، الجزء1.
22) كاملي مراد، الوجيز في قانون الأسرة، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي
23) الماوردي، الحاوي الكبير، دار الكتب العلمية، طبعة1، 1994.

24) محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر العربية طبعة2، 1950
25) محمد أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر.
26)محمد أحمد سراج و محمد كمال إمام،أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية .1999
27) محمد بكر إسماعيل، الفقه الواضح في الكتاب و السنة على المذاهب الأربعة، المجلد2، طبعة2، دار المنار، القاهرة، .1997
28) محمد بن صالح العثيمين، الزواج في الشريعية الإسلامية، دار الإمام مالك، طبعة1، طبعة خاصة بالجزائر، .2003
29) محمد بن مكرم بن منظور،لسان العرب، باب الزاي، الجزء12،طبعة2،الجزء5،باب الكاف،الجزء12، باب الزاي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
30) محمد زيد الأبياني، شرح الأحكتم الشرعية في الأحوال الشخصية، الجزء1، منشاورات الحلبي،بيروت .2006
31) محمد عقلة، نضام الأسرة في الإسلام، الجزء1، طبعة1، مكتبةة الرسالة الحديثة، عمان، .1983
32) محمد قدري باش، الأحكام الشريعة في الأحوال الشخصية على مذهب ابى حنيفة، مطبعة محمد عطي الكتابي،القاهرة 1327ه
33) محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دار النهضة العربية، 1977، طبعة2.
34) مرمولي موسى، دروس في مقياس قانون الأسرة، جامعة منتوري، قسنطينة
35) مسلم بن حجاج، دار إحياء التراث العربية، بيروت.
36) مصطفى السباعي، شرح قانون الأحوال الشخصية، الجزء1، مطبعة جامعة دمشق، 1417.

37) مصطفى شحاته،الأحوال الشخصية في أحكام الزواج و الطلاق والعدة والنفقة وحق الأولاد،مطبعة دار التأليف، المالية،مصر،ط1969،5.

38) ناصر سلمان و سعاد سطحي، أحكام الخطبة والزواج في الشريعة، دارسة مقارنة مع قانون الأسرة الجزائري، دار الهدى لطباعة والنشر، عين مليلة، الجزائر.

39) نور الددين أبو لحية، الظوابط الشرعية لحماية الزواج، دار الكتاب الحديث، القاهرة.

40) وهبه الزحيلي، الفقه الإسلامي و القضايا المعاصرة، الجزء8، دار الفكر، دمشق،سوريا، .2010

مذكـــرات و رســـائل

41) أميرة عبد الله أبورعد، آثار تخلف الدين في احكام الزواج، رسالة ماجستيرفي الفقه الإسلامي و التشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية،نابلس، فلسطين.

42) بولعود زبير،مذكرة التخرج في إجازة المعهد الوطني للقضاء،أركان و شروط عقد الزواج و آثار تخلفها في الشريعة الإسلامية و القانون، .2004

43) حسان محمد عبد الحميد الكردي، مذكرة ماجستير، الكفاءة في الزواج مقارنة بقانون الأحوال الشخصية، الجامعة الإسلامية، غزة، فلسطين

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
شكر و عرفان	
إهداء	
مقدمة	أ- ج
الفصل التمهيدي : مفاهيم عامة حول الزواج	4-11
المبحث الأول : مفهوم الزواج و حكمه	4- 5
المطلب الأول : التعريف بالزواج	4
الفرع الأول: التعريف اللغوي	4
الفرع الثاني : التعريف الاصطلاحي	4- 5
المطلب الثاني : حكم الزواج	5-6
المبحث الثاني : أهمية ومشروعية الزواج	6-11
المطلب الأول: مشروعية الزواج	6-8
الفرع الأول : الكتاب	6
الفرع الثاني : السنة	7
الفرع : الثالث : الإجماع	7
المطلب الثاني:أهمية الزواج	8- 9
المطلب الثالث : طبيعة عقد الزواج	9- 11
الفرع الأول : الزواج عقد أو اتفاق	10
الفرع الثاني :الزواج عقد شكلي أو رضائي	10
الفرع الثالث : خصائص عقد الزواج	11
الفصل الأول : الكفاءة و أحكامها	12- 26
المبحث الأول: معنى الكفاءة و حكمها	12-18
المطلب الأول : تعريف الكفاءة	12-14
الفرع الأول: لغة	12-13

الفرع الثاني: اصطلاحا .	14-13
المطلب الثاني: شرطية الكفاءة و صاحب الحق فيها.	18-14
الفرع الأول: اشتراط الكفاءة.	17-14
الفرع الثاني: صاحب الحق في الكفاءة.	18-17
الفرع الثالث : وقت اعتبار الكفاءة	18
المبحث الثاني: ترتيب أصحاب الحق في الكفاءة.	26-18
المطلب الأول: من لهم حق الكفاءة و ترتيبهم.	20-18
الفرع الأول: ترتيب الأولياء.	21
الفرع الثاني: التغرير بالكفاءة.	21
المطلب الثاني: موقف قانون الأسرة الجزائري و بعض التشريعات العربية المقارنة (قانون السوري و القانون الكويتي).	26-21
الفرع الأول: موقف قانون الأسرة الجزائري.	25-21
الفرع الثاني: موقف بعض القوانين العربية المقارنة من شرط الكفاءة.	26-25
الفصل الثاني: خصال الكفاءة.	33-27
المبحث الأول: كفاءة الإسلام و الحرية و النسب و التدين.	40 -27
المطلب الأول: صفة الإسلام و الحرية	29-27
الفرع الأول: الإسلام	28-27
الفرع الثاني: الحرية	29-28
المطلب الثاني: صفة النسب و التدين	33 -30
الفرع الأول: النسب	32-30
الفرع الثاني: التدين	33-32
المبحث الثاني : الكفاءة الجسدية و كفاءة المال و الحرفةالتحصيل العلمي و	40-34
المطلب الأول : صفة السلامة من العيوب و المال	37-34
الفرع الأول : صفة السلامة من العيوب	35-34

الفرع الثاني: المال	35-38
المبحث الثاني : صفة الحرفة و التحصيل العلمي و تقارب السن	38-40
الفرع الأول: الحرفة	38-39
الفرع الثاني : التحصيل العلمي و تقارب السن	39-40
خاتمة	41-42
قائمة المراجع	43-45
الملاحق	