

Journal Sharia and Law

Volume 2015
Number 62 Year 29, Issue No. 62 April 2015

Article 7

April 2015

Legislative Drafting of the Pillars of the Marriage Contract In the Civil Status Law of Oman: A comparative study

Ahmad Yasin Alqaraleh
Al al-Bayt University, alosool@yahoo.com

Mohammed Ali Al-Omari
Al-albayt University, m_omari71@yahoo.co.uk

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Family Law Commons](#)

Recommended Citation

Alqaraleh, Ahmad Yasin and Al-Omari, Mohammed Ali (2015) "Legislative Drafting of the Pillars of the Marriage Contract In the Civil Status Law of Oman: A comparative study," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2015 : No. 62 , Article 7.

Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2015/iss62/7

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

Legislative Drafting of the Pillars of the Marriage Contract In the Civil Status Law of Oman: A comparative study

Cover Page Footnote

Prof. Ahmed Yassin Alaqralh alosool@yahoo.com Dr. Muhammad Ali Mohamed Omri
m_omari71@yahoo.co.uk Al al-Bayt University College of Sharia- Jordan - amman

[أ.د. أحمد ياسين القرالة ود. محمد علي العمري]

الصياغة التشريعية لأركان عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية العماني دراسة مقارنة*

أ.د. أحمد ياسين القرالة*

د. محمد علي محمد العمري*

ملخص البحث:

تناولت هذه الدراسة الصياغة التشريعية لأركان عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية العماني، من حيث مدى الاتساق والانسجام بين نصوص القانون التي أورثته هذه الصياغة، وقد توصلت الدراسة إلى أن هذه الصياغة أدت إلى وجود بعض التناقضات بين نصوص القانون، كما أن صياغة بعض هذه المواد كان يفتقر إلى الضبط والتحديد مما يؤدي إلى الاضطراب في التطبيق، وقدمت هذه الدراسة عدداً من التوصيات ترفع التناقض والتعارض بين نصوص هذا القانون.

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلم، وبعد :

فلما كانت الأسرة هي الوحدة الأساسية في بناء المجتمع الإسلامي، إذ باستقرارها يستقر المجتمع، وباضطرابها واختلالها يختل المجمع؛ لذلك أولاهما التشريع الإسلامي عناية خاصة، وجعل عقد الزواج وحده هو سبب وجودها

- أجاز للنشر بتاريخ ١٦/٩/٢٠١٣.
- * أستاذ الفقه وأصوله - كلية الشريعة - جامعة آل البيت - الأردن.
- * أستاذ الفقه المساعد - كلية الشريعة - جامعة آل البيت - الأردن.

[الصياغة التشريعية لأركان عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية العماني]

وقيامها، فنظم أمور الزواج تنظيمًا محكمًا ودقيقًا، كما أن التشريعات المعاصرة اهتمت بهذا الموضوع وافردت له قوانين خاصة تنظم أحكامه ومن هذه القوانين قانون الأحوال الشخصية العماني.

وبما أن هذا القانون قد تأثر ببعض الآراء والتشريعات السابقة عليه فقد أدى هذا التأثير إلى وجود بعض الانتقادات لهذا القانون خاصة فيما يتعلق بأركان عقد الزواج، فجاءت هذه الدراسة لمحاولة علاج أسباب هذه الانتقادات والتخلص منها.

مشكلة البحث:

تكمن مشكلة البحث في الإجابة على الأسئلة الآتية:

هل كانت صياغة قانون الأحوال الشخصية العماني لأركان عقد الزواج سليمة؟ ما الآثار التي ترتبت على تلك الصياغة؟ ما الحلول المقترحة للصياغة السليمة لأركان عقد الزواج؟

حدود المشكلة:

ليس من هدف هذا البحث دراسة كل ما يتعلق بأركان عقد الزواج، وإنما ستكون حدود البحث مقتصرة على الصياغة التشريعية فقط لهذه الأركان والآثار المترتبة عليها باعتباره عملاً تشريعياً، وسيكون مجال الدراسة في قانون الأحوال الشخصية العماني.

فرضيات البحث:

ينطلق هذا البحث من فرضية محددة هي أن الصياغة القانونية لأركان عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية العماني لم تكن متوافقة مع أصول التقنين السليم للتشريع، والبحث يسعى إلى إثبات صدق هذه الفرضية أو خطئها.

منهج البحث: اعتمد هذا البحث على المناهج الآتية:

أ. المنهج الوصفي: من حيث دراسة صياغة قانون الأحوال الشخصية

[أ.د. أحمد ياسين القرالة ود. محمد علي العمري]

العماني لأركان عقد الزواج بالتعبير عنها تعبيراً كيفياً يصف الحال كما هي ويوضح خصائصها.

ب. المنهج الاستنباطي: وذلك بربط المقدمات بنتائجها، والوصول بالكليات إلى الجزئيات باستخدام الاستدلال المباشر وغير المباشر.

ج. المنهج المقارن: حيث تمت مقارنة المنهج الذي سار عليه قانون الأحوال الشخصية العماني في صياغة أركان عقد الزواج، بالمنهج الذي سار عليه الفقه الإسلامي، وبعض التشريعات العربية التي نظمت أحكام الأحوال الشخصية.

أركان عقد الزواج:

تحقيق معنى الركن: للركن معنيان^(١):

الركن: ما يكون به قوام الشيء ووجوده بحيث يعد جزءاً داخلياً في ماهيته^(٢). فالركنية بناء على هذا المفهوم لا تتحصل إلا بأمرين:

الأمر الأول: توقف الشيء على وجودها.

الأمر الثاني: كونها جزءاً من ماهية الشيء وحقيقتها.

والأمر الثاني هو ما يميز الركن عن الشرط، فالشيء لا يوجد دون شرطه تماماً كما لا يوجد دون ركنه^(٣)، والفرق بينهما أن الركن جزء من ماهية الشيء خلافاً للشرط^(٤)، ويترتب على ذلك بالحتم الاختلاف في الأثر الذي يفترض ترتبه على تخلف أي منهما^(٥).

(١) البخاري: كشف الأسرار ١١٩/٣ .

(٢) الزرقا: المدخل الفقهي العام ٣٨٩/١ .

(٣) الزركشي: البرح المحيط ٤٥٥/١ .

(٤) البهوتي: كشاف القناع ٣٦/٥، زيدان: الوجيز ص ٥٩ .

(٥) خلاف، علم أصول الفقه، ص ١١١ .

يقول البهوتي "أركان الشيء أجزاء ماهيته، والماهية لا توجد بدون أجزائها فكذا الشيء لا يتم بدون ركنه، والشرط ما ينتفي المشروط بانتفائه وليس جزءاً للماهية^(٦)"، وليس صحيحاً ما ذهب إليه البعض من أنه لا طائل من التفريق بين الركن والشرط؛ لأن الأثر المترتب على تخلف كل من الشرط والركن واحد وهو ما ذكره الأهل عند حديثه عن الخلاف في ركنية الولاية والشهادة حيث يقول: " أما الولاية والإشهاد فبعضهم عدما من جملة الأركان وبعضهم من جملة الشروط، ولا طائل تحت هذا الخلاف، وقد عرفنا أن الراجح أن كلاً من الركن والشرط لا بد منه، إذ أن كل واحد يتوقف عليه صحة النكاح^(٧)". إن مثل هذا الكلام يلغي الفرق بين الركن والشرط، ويجعلهما شيئاً واحداً والمفروض أنهما مختلفان مفهوماً وأثراً، واختلاف الأسماء دلالة اختلاف المسميات^(٨). فهما مختلفان مفهوماً وأثراً.

ومثال الركن بناء على هذا المفهوم صيغة في العقد، إذ يتوقف وجود العقد على وجودها، وهي جزء ماهيته، بل هي ماهيته على ما ذهب إليه الحنفية. أما العاقد فليس جزءاً من ماهية العقد؛ إذا هو المباشر للعقد فكيف يكون جزءاً منه؟

الثاني: ما لا وجود للشيء إلا به^(٩).

فيدخل بناء على هذا المفهوم العاقد والمحل والصيغة في أركان العقد. ونحن نميل إلى الأخذ بالمفهوم الأول للركن؛ لأنه هو المعنى الأصوب والأسلم، فالصلاة على سبيل المثال لا يتصور وجودها دون المصلي ولكن لم يعتبر أحد من الفقهاء المصلي ركناً في الصلاة، وكذلك الزواج لا يتصور وجوده دون

(٦) البهوتي: كشف القناع ٣٧/٥.
 (٧) الأهل: الأنكحة الفاسدة ص ٤٥.
 (٨) النووي: المجموع شرح المذهب ٣٥١/٨.
 (٩) وهو ما أخذ به القانون اليمني حيث نصت المادة (٨) على ما يأتي: أركان العقد التي لا تتم ما هيته بدونها أربعة: زوج وزوجة وهما محل العقد، وإيجاب وقبول...

[أ.د. أحمد ياسين القرائة ود. محمد علي العمري]

الزوجين، ولكن لا يمكن اعتبارهما أركاناً؛ لأن الزوجين ذاتان والنكاح عقد وهو معنى فلا يصح كونهما ركنين له^(١٠).

هذا وقد اختلف الفقهاء في أركان عقد الزواج على عدة أقوال هي:

القول الأول: وهو قول الحنفية^(١١) حيث ذهبوا إلى أن الصيغة وحدها هي ركن العقد.

القول الثاني: وهو قول المالكية^(١٢) وذهبوا إلى أن أركان الزواج أربعة هي ولي وصداق ومحل وصيغة.

القول الثالث: وهو قول الشافعية الصيغة والزوجة والزوج والولي والشاهدان^(١٣).

القول الرابع: وهو قول الحنابلة الصيغة والزوجان^(١٤).

ونحن نرى أن ما ذهب إليه الحنفية هو الأرجح؛ لأنه الذي ينسجم مع المعنى الفني لمفهوم الركن.

أما قوانين الأحوال الشخصية فقد اختلفت في تنظيم هذا الأمر على اتجاهين اثنين هما:

الاتجاه الأول: هو الذي نص على أركان عقد الزواج ومن هذه القوانين القانون العماني^(١٥)، والقانون القطري^(١٦)، والقانون اليمني^(١٧)، والقانون

(١٠) إمام، الزواج في الفقه الإسلامي، ص ٧٦.

(١١) الكاساني: بدائع الصنائع ٢/٢٢٩.

(١٢) وهي -عندهم- في الحقيقة خمسة؛ لأن المحل يشمل الزوج والزوجة وقد عدها ابن راشد في اللباب خمسة، وقال الشارح جعل ابن محرز الولي والشهود والصدقات شروطاً وهو أقرب مما هنا لكن الأمر في ذلك قريب. مواهب الجليل ٣/١٩.

(١٣) الهيتمي: تحفة المحتاج، ٧/٢١٨.

(١٤) البهوتي: كشف القناع ٥/٣٧.

(١٥) المادة (١٦).

(١٦) المادة (١٤).

(١٧) المادة (٨).

السوداني^(١٨)، ووثيقة مسقط^(١٩).

الاتجاه الثاني: هو الذي تجنب النص على هذه الأركان، ومن هذه القوانين القانون السوري والقانون الأردني والقانون الكويتي^(٢٠)، وقبلها جميعها الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لقدري باشا.

هذا ولم تتفق القوانين التي نصت على أركان عقد الزواج على تحديد هذه الأركان فذهب بعضهم إلى أنها أربعة أركان، ومن ذلك القانون اليمني والقانون العماني، وذهب بعضهم إلى أنهما اثنان، ومن هذه القوانين القانون السوداني ووثيقة مسقط، أما القانون الكويتي فالذي يفهم من نص المادة (١٦) منه هو أن ركن الزواج واحد وهو الإيجاب والقبول.

أركان الزواج في قانون الأحوال الشخصية العماني:

تقييم ما ذهب إليه القانون العماني:

ذهب قانون الأحوال الشخصية العماني إلى أن للزواج أربعة أركان، فقد نصت
نصت المادة(١٦) على ما يأتي: أركان عقد الزواج: الإيجاب والقبول:

أ- الولي ب- الصداق ج- البينة د الصيغة

ويلاحظ على القانون العماني ما يأتي:

أولاً: لم يذهب القانون إلى ما ذهبت إليه بعض المذاهب والقوانين^(٢١) من اعتبار الزوجين ركناً من أركان العقد؛ فالركن كما بينا سابقاً هو ما كان جزءاً من حقيقة الشيء وما هيته، ومن المعلوم بدهاءة أن العاقد ليس جزءاً من ما هيته العقد

(١٨) المادة(١٢).

(١٩) المادة(١٧).

(٢٠) لم ينص القانون الكويتي على أركان عقد الزواج، ولكن جعل الباب الثاني معنوناً بأركان الزواج، وأورد فيه نص المادة(٨) والتي تنص على ما يأتي: ينقذ الزواج بإيجاب من ولي الزوجة وقبول من الزوج أو ممن يقوم مقامهما.

(٢١) كالقانون السوداني ووثيقة مسقط.

[أ.د. أحمد ياسين القرالة ود. محمد علي العمري]

بل هو أمر خارج عنه، إذ هو من يبرم العقد، فيه يوجد العقد، فكيف يكون جزءاً منه؟

وما ذهب إليه القانون العماني إجراء حسن، ولكنه أورد قبل حديثه عن الأركان المادة(١٥) التي نصها: الزوجان هما أي رجل وامرأة يصح أن يتزوج كل منهما الآخر إذا انتفت الموانع الشرعية.

وفي المحرمات أورد المادة(٢٩) التي نصها: يشترط لانعقاد الزواج أن لا تكون المرأة محرمة على الرجل ولو كان التحريم مؤقتاً.

كان بالإمكان الاستغناء بالمادة(٢٩) عن المادة(١٥) لما يأتي:

١. لأن صياغة المادة(٢٩) أفضل من المادة(١٥)؛ لأنها ترتب أثراً قانونياً على مخالفتها وهو عدم انعقاد العقد.

٢. لم يذكر القانون من الموانع، سوى الحرمة الثابتة بين الزوجين، فهو المانع الوحيد الذي نص عليه.

٣. إن المادة(٢٩) عبرت بالشرطية ، والمادة(١٥) بالمانعية لأمر واحد، وهو المحرمية.

ثانياً: اقترب القانون العماني كثيراً من صنيع المالكية في تحديد أركان العقد، ولكنه اعتبر (البينة) الشهادة ركناً في العقد خلافاً للمالكية، ولم ينص على محل العقد كما فعل المالكية.

وإذا كان من المقرر فقهاً وقانوناً أنه لا بد لكل عقد من محل يظهر فيه أثر العقد وحكمه^(٢٢)، فإن القانون العماني قد ابتعد كثيراً عن أصول التقنين السليم بإغفاله النص على محل العقد^(٢٣).

(٢٢) الزرقا: المدخل الفقهي العام ١/٤٠٠.

(٢٣) ذهب القانون اليمني في المادة(٨) إلى أن الزوج والزوجة هما محل العقد.

ثم كيف يكون المهر ركناً في عقد الزواج، ولا يكون المحل ركناً؟
والسؤال الذي يطرح نفسه هنا ما المحل في عقد الزواج؟ اختلف الفقهاء في محل العقد على أقوال:

فمن الفقهاء كالمالكية من يرى أن الزوجين هما محل العقد^(٢٤)، فإذا كان كان الزوجان هما المحل، فأين هما العاقدان؟ وكيف يكون العاقد والمحل شيئاً واحداً؟ ومنهم من يرى أن الزوجة هي المحل وبناء عليه يكون العاقدان هما الولي والزوج. ويذهب العلامة مصطفى الزرقا - وهو ما نعتقه الأصوب- إلى أن "إن محله في الحقيقة هو المتعة المشتركة بين الزوجين ... وبما أن غرض هذه المتعة التي هي محل العقد إنما هو الاستيلاء لذلك يقولون : إن محله الحقيقي إنما هو المتعة الجنسية المشتركة لا المرأة، وإلا كان في النكاح محل العقد والعاقد شيئاً واحداً^(٢٥)"

وهذا المحل له شروط ومن شروطه " أن يكون قابلاً لحكم العقد، بأن لا يكون بين الزوجين حرمة تمنع إجراء العقد بينهما، وعند هذا الشرط تذكر المحرمات من النساء، ليكون تناسق القانون وتسلسل أحكامه وسلاستها. وبالتالي يمكن صياغة المادة (٢٩) على النحو الآتي:

يشترط لا انعقاد الزواج أن يكون محل العقد قابلاً لحكمه بأن لا يكون بين الزوجين حرمة دائمة أو مؤقتة تمنع إبرام العقد بينهما.

هذا بالنسبة إلى محل العقد أما بالنسبة إلى حكمه، فهو في عقد الزواج هو حل استمتاع كل منهما بالآخر على الوجه المأذون فيه شرعاً^(٢٦)، وهو ما نصت عليه الفقرة ١ من المادة (٣٦) من القانون العماني، إلا أن المادة اعتبرته من الحقوق المشتركة بين العاقدين، والصواب أنه حكم للعقد وليس حقاً من حقوق

(٢٤) الخطاب: مواهب الجليل ١٩/٣.

(٢٥) الزرقا: المدخل الفقهي العام ٤٠١/١ الهامش.

(٢٦) ابن الهمام: فتح القدير ١٨٧/٣.

[أ.د. أحمد ياسين القزالة ود. محمد علي العمري]

العقد؛ لأن حقوق العقد هي من فعل العاقدين، أما حكم العقد فليس فعلاً للعاقدين^(٢٧)، بل هو فعل للشارع، فالعقد إذا انعقد صحيحاً ترتب عليه أثره في الحال، وهو حل المتعة بين الزوجين، والذي رتب الأثر هو الشارع وليس العاقدين^(٢٨)، فالحل حكم شرعي ليس فعلاً للعاقد حتى يكون واجباً على أحد طرفيه، وفعل المكلف أو العاقد هو التمكين من ذلك الأمر^(٢٩)، لذلك نقترح تعديل الفقرة ١ من المادة (٣٦) لتصبح على النحو الآتي:

الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

١. تمكين كل من الزوجين الآخر من الاستمتاع فيما أباحه الشارع.

ثالثاً: من المعلوم أن العقد لا ينعقد إلا بتوافر جميع أركانه، ولكن القانون العماني في المادة (١٧) نسف هذا الأمر ونص على انعقاد العقد بالإيجاب والقبول مع وجود الولي. فقد نصت المادة (١٧) منه على ما يأتي: مع مراعاة أحكام المادة (١٩) من هذا القانون ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول الآخر صادرين عن رضا تام، بألفاظ تفيد معناه لغة أو عرفاً، وفي حال العجز عن النطق تقوم الكتابة مقامه، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة.

والمادة (١٩) أوجبت المادة السابقة مراعاتها تنص على ما يأتي:

(٢٧) يميز الفقه الإسلامي بين حكم العقد وحقوق العقد، فحكم العقد هو الأثر الأصلي للعقد والغرض الذي قصد إليه العاقدان من إنشائه، وحقوق العقد هي ما يستتبعه العقد من التزامات ومطالبات تؤكد حكمه وتحفظه وتكمله. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني ج ٢٢٨/١.

(٢٨) إن الذي للمكلف تعاطي السبب، وإنما المسببات من فعل الله وحكمه. الموافقات ج ٢٢٨/١، ويقول أيضاً في ص ٢١٤: إن متعاطي السبب إذا أتى به بكمال شروطه وانتفاء موانعه ثم قصد أن لا يقع مسببه فقد قصد محالاً، وتكلف رفع ما ليس له رفعه، ومنع ما لم يجعل له منعه، فمن عقد نكاحاً على ما وضع له في الشرع... ثم قصد أن لا يستبيح بذلك العقد ما عقد عليه، فقد وقع قصده عبثاً، ووقع المسبب الذي أوقع سببه.

(٢٩) فرق القانون المدني الأردني - وحسناً فعل - بين حكم العقد وحقوقه فقد نصت المادة (١٩٩) على ما يأتي: ١. يثبت حكم العقد في المعقود عليه وبدله بمجرد انعقاده دون توقف على القبض أو أي شئ آخر ما لم ينص القانون على غير ذلك. ٢. أما حقوق العقد فيجب على كل من الطرفين الوفاء بما أوجبه العقد عليه منهما.

يتولى ولي المرأة عقد زواجها برضاها.

وهذا يدل دلالة قاطعة على أن الصيغة وحدها هي ركن الزواج، وإلا لما انعقد العقد إلا باجتماع كل الأركان، كما نصت على ذلك المادة (١١٧): لا ينعقد الزواج إذا اختل أحد أركانه، أو وقع على إحدى المحرمات.

وما أخذ به القانون العماني في المادة (١٧) هو ما أخذ به القانون الأردني في المادة (٦)، والقانون الكويتي^(٣٠) في المادة (٨)، والقانون الجزائري المادة (٩).

والفرق بينها وبين القانون العماني أن هذه القوانين كانت متسقة مع نفسها منسجمة البناء القانوني للتشريع، إذا إنها اعتبرت الصيغة وحدها هي ركن العقد، والنتيجة الطبيعية لذلك هو انعقاد العقد بها وحدها.

أما القانون العماني فهو باعتباره المهر والولي والبينة أركاناً في عقد الزواج أضحت هذه المادة غير منسجمة مع بنائه القانوني، فأحدثت تناقضاً بين أحكامه وأورثت التعارض بين نصوصه، إذ أن المادة (١٦) تقضي بأن للعقد أربعة أركان، والمادة (١٧) تقضي بأن له ركناً واحداً وهو الإيجاب والقبول.

وكان من المفروض بناء على نص المادة (١٦) التي نصت على الأركان الأربعة للزواج، أن يكون نص المادة (١٧) على النحو الآتي:

مع مراعاة أحكام المادة (١٦) من هذا القانون ينعقد الزواج بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر... فتكون المراعاة للمادة (١٦) وليس للمادة (١٩) التي هي جزء من المادة (١٦).

فيكون القانون بذلك متسقاً مع نفسه؛ لأن المادة (١٦) هي التي تنص على

(٣٠) الفرق بين قانون الأحوال الشخصية الأردني والقانون الكويتي هو أن القانون الأردني اعتبر العقد منعقداً بإيجاب وقبول من الخاطبين أو وكيليهما، أما الكويتي فقد اشترط صدور الإيجاب من الزوجة وليس من وليها فقد نصت المادة (٨) منه على ما يأتي: ينعقد الزواج بإيجاب من ولي الزوجة وقبول من الزوج أو ممن يقوم مقامه.

[أ.د. أحمد ياسين القرالة ود. محمد علي العمري]

أركان عقد الزواج، فالزواج بناء على ذلك ينعقد بإيجاب صادر من أحد العاقدين وقبول الآخر مع وجود بقية الأركان.

أما بناء على الصيغة القائمة فإن العقد ينعقد بارتباط القول الصادر من أحد المتعاقدين مع ولي الزوجة.

وإن القول بأن المشرع قصد من الإحالة على المادة (١٩) القول بعدم انعقاد الزواج بعبارة النساء، لا يزيل هذا الإشكال؛ لأن هذا الأمر فضلاً عن كونه ثابتاً بنصوص القانون دون حاجة إلى إحالة؛ لأن نصوص القانون تعتبر وحدة واحدة^(٣١)، لا يرفع الإشكال الذي أحدثته هذه الإحالة.

هذا من جانب ومن جانب آخر يمكن التخلص من الإحالة الواردة في المادة (١٧) وذلك بحذف المادة (١٩) وتضمينها في المادة (١٧)، وإعادة صياغة المادة (١٧) لتصبح على النحو الآتي: ينعقد الزواج بإيجاب من ولي الزوجة وقبول من الآخر صادرين عن رضا تام، بألفاظ تفيد معناه لغة أو عرفاً، وفي حالة العجز عن النطق تقوم الكتابة مقامه، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة.

وهو ما فعله المشرع الكويتي في المادة (٨) والتي تنص على ما يأتي: ينعقد الزواج بإيجاب من ولي الزوجة وقبول من الزوج أو ممن يقوم مقامهما.

لذلك فالمخرج الوحيد للقانون هو إما أن يعدل المادة بما ذكرنا، أو يحذف المادة (١٦) لأننا نعتقد أنها بصياغتها الحالية عديمة الفائدة، هذا فضلاً عن الإشكالات التي أدت إلى التعارض بين نصوص القانون.

الركن الأول: الإيجاب والقبول:

تحدث القانون العماني عن صيغة العقد في المادتين (١٧) وقد علقنا عليها سابقاً، والمادة (١٨) وقد خصصها للحديث عن شروط القبول، وهي تنص على ما

(٣١) شريف: نظرية تفسير النصوص المدنية ص ٢٤٥.

يأتي: يشترط في القبول:

١. أن يكون موافقاً للإيجاب صراحة أو ضمناً.
٢. أن يكون مقترناً بالإيجاب في مجلس واحد.
٣. أن يكون هو والإيجاب منجزين^(٣٢).

وكان الأفضل أن تكون المادة للحديث عن شروط الصيغة بشقيها الإيجاب والقبول^(٣٣)، فكما أن للقبول شروطاً للإيجاب أيضاً شروطه، خاصة أن القانون اضطر في الشرط الثالث من هذه المادة إلى الحديث عن شرط من شروط الإيجاب وهو التنجيز، فجاءت الصياغة ضعيفة.

الركن الثاني: الولي:

اعتبر قانون الأحوال الشخصية العماني الولي ركناً في عقد الزواج، وهو ما ذهب إليه المذهب المالكي^(٣٤) والشافعي.

ولعل المشرع العماني أراد بهذا الصنيع أن يراعي طبيعة المجتمع العماني، ولكننا نرى أنه كان من الأفضل أن يبتعد عن هذا الأمر، وكان بإمكانه أن يعتبر الولي شرط صحة للعقد لا أكثر؛ لأن ذلك هو الذي يتفق مع المفهوم الدقيق للركن، فالولي ليس جزءاً من ماهية العقد.

والغريب أننا وجدنا القانون يورد موضوع الكفاءة عند حديثه عن ركنية الولي،

(٣٢) لو قال: أن يكون منجزاً كالإيجاب. لكن أحسن في الصياغة.
(٣٣) وهو ما نصت عليه المادة (١٠) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي، التي جاء فيها: يشترط في الإيجاب والقبول: ١- أن يكونا منجزين غير دالين على التوقيت. ٢- موقفة القبول للإيجاب صراحة أو ضمناً. ٣- اتحاد مجلس العقد للعاقدين الحاضرين، ويبدأ المجلس بين الغائبين منذ اطلاع المخاطب بالإيجاب على مضمون الكتاب، أو سماعه بلاغ الرسول، ويعتبر المجلس في هذه الحال مستمرا ثلاثة أيام يصح خلالها القبول ما لم يحدد في الإيجاب مهلة أخرى كافية، أو يصدر من المرسل إليه ما يفيد الرفض. ٤- بقاء الإيجاب صحيحاً إلى حين صدور القبول. ٥- أن يكون كل من العاقدين الحاضرين سامعاً كلام الآخر، فاهماً أن المقصود به الزواج.
(٣٤) وهذا من التسامح في إطلاق العبارات، فهم يرون أن الولي شرط وليس ركناً، يقول الخطاب: أما الولي والزوجة والزوج والصيغة فلا بد منها ولا يكون نكاح شرعي إلا بها لكن الظاهر أن الزوج والزوجة ركنان والولي والصيغة شرطان. مواهب الجليل ٤١٩/٣.

[أ.د. أحمد ياسين القزالة ود. محمد علي العمري]

مع أنهما مختلفان في المفهوم والأثر.

فالكفاءة في الزواج هي ألا يكون الزوج دون الزوجة بحيث تتغير به هي وأوليائها^(٣٥).

وقد اختلف الفقهاء في طبيعة هذا الشرط في عقد الزواج هل هو شرط صحة أو لزوم أو ليس شرطاً أصلاً^(٣٦)؟

وقد نص القانون على موضوع الكفاءة^(٣٧) في الفصل الأول الذي يحمل عنوان الأركان والشروط، وأورد الحديث عنها عند حديثه عن الولي، على النحو الآتي: المادة (١٩): يتولى ولي المرأة عقد زواجها برضاها. المادة (٢٠):

أ- الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي.

ب- تراعى الكفاءة حين العقد ويرجع في تقديرها إلى الدين ثم العرف.

ويلاحظ على ذلك ما يأتي:

أولاً: لم يبين المشرع نوعية هذا الشرط في الكفاءة، هل هو شرط انعقاد أو صحة أو لزوم، وهذا أمر مهم؛ لأن الأثر المترتب على تخلف هذه الشروط ليس واحداً، وقد أحسنت كثيراً التشريعات التي اعتبرت الكفاءة شرط لزوم، يترتب على انعدامها اعتبار العقد غير لازم في حق الزوجة أو أوليائها، ومن هذه القوانين القانون السوري^(٣٨) والقانون الأردني^(٣٩) والقانون الكويتي^(٤٠).

لذلك نتمنى على المشرع العماني أن يعدل عن هذه الصياغة ويزيل الإبهام ويحدد نوعية هذا الشرط، ويفضل اعتباره شرط لزوم لا أكثر؛ لأنه اعتبر الكفاءة

(٣٥) إبراهيم بك، وواصل علاء الدين: أحكام الأحوال الشخصية، ص ١٤٣.

(٣٦) ابن قدامة: المغني مع الشرح الكبير ٣٧١/٧.

(٣٧) أغفل القانون العراقي النص على الكفاءة ولم يعتبرها أحد شرطاً في عقد النكاح.

(٣٨) المادة (٢٦).

(٣٩) المادة (٢١).

(٤٠) المادة (٣٤).

[الصياغة التشريعية لأركان عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية العماني]

حقاً خالصاً للزوجة ولأوليائها، وهذا الحق يتكفل شرط اللزوم بحمايته، إذ لا ضرر على الزوجة والأولياء في صحة العقد، وإنما الضرر عليهم يكون في لزوم العقد^(٤١).

كما أن الكفاءة ليس فيها ما يخل بالجوانب الشرعية لعقد الزواج، فهي من الأمور التحسينية لعقد الزواج، فلا يجوز أن نعطيها أكثر مما تستحق ونرتقي بها لنجعلها في مصاف شروط الصحة أو الانعقاد.

ثانياً: لم يحدد ما هي الكفاءة وإنما أحال فيها على الدين والعرف، وهذا يؤدي إلى الاختلاف في تحديدها، وكان من الأولى أن يفعل المشرع كما فعل الكثير من التشريعات التي نصت على مفهوم الكفاءة ومعاييرها المحدد^(٤٢)، ومن ذلك القانون الأردني حيث اعتبرها من شروط اللزوم واعتبر معيارها هو التدين والمال، وجعلها حقاً للولي والزوجة، وبين متى يسقط حق الاعتراض على عدم الكفاءة، وحبذا لو سار المشرع العماني على هذه السنن وحسم الأمور وأزال عن كاهل القضاة الاجتهاد المرهق مع كثرة القضايا وتزاحمها.

صحيح أن المشرع نص في الفقرة (د) من المادة (٢٨١) على ما يأتي: إذا لم يوجد نص في هذا القانون يحكم بمقتضى قواعد الشريعة الأكثر ملاءمة لنصوص هذا القانون.

ويمكن للقاضي أن يرجع إلى القواعد الشرعية، ولكننا في مثل هذه الأمور لا نفضل مثل هذا الإجراء لما يأتي:

أ. الأصل أن يعالج القانون الوقائع بالنص عليها خاصة إذا كانت هذه الوقائع مألوفة للمشرع، وهي واقعة فعلاً ويترتب عليها آثار عملية ليست سهلة.

(٤١) السرخسي: المبسوط ٢٦/٥.

(٤٢) نعم ذهب بعض التشريعات إلى عدم تحديدها وتركت للعرف أمر تحديدها ومن هذه التشريعات القانون السوري، ولكن إذا أدركنا أن قانون الأحوال الشخصية السوري قد صدر في العام ١٩٥٩ فإننا نلتمس له العذر في ذلك.

[أ.د. أحمد ياسين القرالة ود. محمد علي العمري]

ب.إنه من المعلوم أن اختلاف الفقهاء واسع في معظم القضايا الاجتهادية ، وإن هذا الاختلاف يؤدي إلى اختلاف المحاكم في أحكامها بل قد يؤدي إلى تناقضها، ومن ذلك مسألة الكفاءة محل خلاف واسع بين الفقهاء من حيث معاييرها ومن حيث نوعية شرطها هل هو شرط صحة أو لزوم ، وهما مختلفان مفهوماً وأثراً. لذلك نقترح على المشرع العماني أن ينص على اعتبار الكفاءة شرط لزوم وأن يحدد معيارها بشكل أدق لنأى بالزواج من أن تعصف به الاجتهادات المختلفة في تحديد مفهوم الكفاءة وتحديدها، وحسناً يفعل لو أخذ بنص المواد التي عالجت موضوع الكفاءة في قانون الأحوال الشخصية الأردني، فقد عالجت الموضوع بطريقة علمية وعملية توفق بين مصالح جميع الأطراف، وتحفظ لعقد الزواج بقاءه واستمراره، وهذه المواد هي:

المادة (٢١)

أ- يشترط في لزوم الزواج أن يكون الرجل كفوفاً للمرأة في التدين والمال ، وكفاءة المال أن يكون الزوج قادراً على المهر المعجل ونفقة الزوجة.
ب- الكفاءة حق خاص بالمرأة والولي، وتراعى عند العقد، فإذا زالت بعده فلا يؤثر ذلك في الزواج.

المادة (٢٢):

أ- إذا زوج الولي البكر أو الثيب برضاها لرجل لا يعلمان كفاءته ثم تبين أنه غير كفء فليس لأي منهما حق الاعتراض.

ب- إذا اشترطت الكفاءة حين العقد أو قبله أو أخبر الزوج أو اصطنع ما يوهم أنه كفء ثم تبين أنه غير ذلك فلكل من الزوجة والولي حق طلب فسخ الزواج فإن كان كفوفاً حين الخصومة فلا يحق لأحد منهما طلب الفسخ.
المادة(٢٣): يسقط حق فسخ عقد الزواج بسبب عدم كفاءة الزوج إذا حملت الزوجة

أو سبق الرضا أو مرت ثلاثة أشهر على علم الولي بالزواج.

الركن الثالث: الصداق:

ذهب القانون العماني في المادة (١٦) إلى أن الصداق ركن من أركان العقد. وهو بهذا الصنيع قد تقف أثر المذهب المالكي الذي يعتبر المهر ركناً من أركان العقد^(٤٣).

ويلاحظ على هذا الصنيع ما يأتي:

أولاً: لا يوجد مبرر شرعي أو واقعي لاعتبار المهر ركناً من أركان عقد الزواج، خاصة أن ارتفاع المهور أصبح يشكل معضلة أمام المقبلين على الزواج، وكان من المفروض وعلاجاً لظاهرة العنوسة أن يتخفف القانون من مسألة المهر ويتهاون في أحكامه ليسهل سبل الزواج، لا أن يرفع من قدره ويعلي من شأنه ليجعله ركناً من أركان العقد ويجعله قسيماً للصيغة والولي والشهادة.

ثانياً: الصداق عبارة عن مال يقدمه الزوج للزوجة في عقد الزواج، وهو ليس من مقاصد عقد الزواج ولا من غايته، فغاية الزواج هي المتعة المشتركة بين الزوجين، وتحقيق السكينة والمودة بينهما، وهذا هو ما ذهب إليه القانون العماني نفسه حيث اعتبر الغاية من عقد الزواج الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة^(٤٤)، فهو ليس عقد معاوضة، لذلك كان من المستغرب اعتبار المهر ركناً فيه.

ثالثاً: ذهب جمهور العلماء إلى أن المهر ليس ركناً ولا شرطاً في عقد الزواج، لقوله تعالى قوله تعالى: {لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمْسُوهُنَّ أَوْ تَقْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً} البقرة: ٢٢٦.

تدل الآية بإشارتها على أن المهر ليس شرطاً ولا ركناً في عقد الزواج، وأن

(٤٣) الخطاب: مواهب الجليل ٣/٤١٩.

(٤٤) المادة (٤) الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة غايته الإحصان وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوج على أسس تكفل لهما تحمل أعبائها بمودة ورحمة.

[أ.د. أحمد ياسين القرائة ود. محمد علي العمري]

عقد الزواج دون مهر عقد صحيح^(٤٥)؛ لأن التعبير بلفظ الطلاق يستلزم وجود عقد صحيح سابق عليه، وهذا العقد لم يكن فيه مهر، فدل ذلك على صحة العقد دون مهر^(٤٦).

هذا ويذهب بعض علماء المذهب المالكي إلى أن اعتبار المهر ركناً في عقد الزواج أو حتى اعتباره شرطاً نوعاً من التسامح في استخدام المصطلحات وإطلاقها، فلا ينبغي أن يعد في الأركان ولا في الشروط؛ لوجود النكاح الشرعي دونه، غاية الأمر أنه يشترط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق، فالفقهاء يتسامحون في مثل هذا فيسمون ما يتوقف عليه الشيء أركاناً ويسمون شروطاً تارة أخرى^(٤٧).

وإن صحة النكاح دون مهر يكاد يكون موضع إجماع بين الفقهاء، والخلاف بينهم إنما هو في حال الاتفاق على نفيه وإسقاطه حيث ذهب المالكية إلى فساد العقد في هذه الحال^(٤٨).

يقول الحطاب: وأما الشهود والصداق فلا ينبغي أن يعدا في الأركان ولا في الشروط لوجود النكاح الشرعي دونهما، غاية الأمر أنه شرط في صحة النكاح أن لا يشترط فيه سقوط الصداق ويشترط في جواز الدخول بالإشهاد^(٤٩).

ويقول الدسوقي "ومعنى كونه ركناً أنه لا يصح اشتراط إسقاطه لا أنه يشترط تسميته^(٥٠)"

وقد اتفق الظاهرية مع المالكية في حكم الزواج الذي اتفق فيه على إسقاط

(٤٥) يقول الإمام الشافعي: وليس المهر من إفساد العقد ولا إصلاحه بسبيل. الأم ٧٦/٥.

(٤٦) الكاساني: بدائع الصنائع ٢/٢٧٤.

(٤٧) ابن عاصم، حلي المعاصم ١/٢٧٧.

(٤٨) يقول ابن رشد وأما حكمه فإنهم اتفقوا على أنه شرط من شروط الصحة وأنه لا يجوز التواطؤ على تركه لقوله تعالى "وأتوا النساء صدقاتهن نحلة" وقوله تعالى "فانكحوهن بإذن أهلن وأتوهن أجورهن" بداية المجتهد ٢/١٩.

(٤٩) الحطاب: مواهب الجليل ٣/٤١٩.

(٥٠) الدسوقي: حاشية الدسوقي ٢/٢٩٤.

[الصياغة التشريعية لأركان عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية العماني]

المهر، لا لأنهم يعتبرون المهر ركناً في عقد الزواج ولا حتى شرطاً من شروطه، فهم يقولون بصحة النكاح بغير ذكر للصداق كما هو مذهب الجمهور، وإنما لاقتران الزواج بشرط باطل يؤدي إلى فساد النكاح^(٥١).

وهو القول الذي سوغه الإمام السالمي إلا أنه قال بصحة العقد وبطلان الشرط حيث يقول: إذا تزوجها على غير صفاق ففيل بفساد التزويج؛ لأنهم شرطوا فيه شرطاً فاسداً وأوقفوا على خلاف السنة، ويسوغ فيه القول بثبوت التزويج ولزوم صفاق المثل، فيكون التزويج صحيحاً والشرط باطلاً^(٥٢).

وإذا كان الأمر كذلك كان من المستغرب جداً أن يذهب القانون إلى ركنية الصفاق التي يؤدي اختلالها إلى بطلان العقد مما يجعل العقد يبطل بأمر خارج عن موضوعه وغايته، بناء على نص المادة (١١٧): لا ينعقد الزواج إذا اختل أحد أركانه أو وقع على إحدى المحرمات.

وإذا كان الباطل معدوم الأثر كما على ذلك المادة (٤٣) من القانون العماني^(٥٣)؛ لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً، مما يدل على خطورة مثل هذا الاتجاه الذي ذهب إليه المشرع العماني.

خاصة أن الزواج عقد انضمام وازدواج بين اثنين يقصد منه التوالد وحفظ النوع، فليس المال جزءاً من مفهومه بل المهر حكم من أحكامه^(٥٤)، وعلى ذلك يتم العقد دون تسمية المهر؛ لأن حكم العقد لا يشترط ذكره في العقد لأنه أثر يترتب عليه شرعاً سواء ذكر أو لم يذكر^(٥٥).

رابعاً: لم يبين القانون المقصود بركنية الصفاق في عقد الزواج، فهل المقصود

(٥١) لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « كل شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل . وهذا شرط ليس في كتاب الله عز وجل فهو باطل " المحلي س/.

(٥٢) السالمي، جوابات الإمام السالمي، تنسيق ومراجعة د. عبدالستار أبو غدة، ج ٤، ص ٤٥٢.

(٥٣) لا يترتب على الباطل أي أثر .

(٥٤) بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ص ١٤١.

(٥٥) أحمد إبراهيم بك، وواصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية، ط ٥، ٢٠٠٥م، ص ٧٨.

[أ.د. أحمد ياسين القرائة ود. محمد علي العمري]

بركنيته هو عدم ذكره، أو جهالة مقداره أو أجله، أو أن المقصود به نفيه كلياً، وكان من الواجب حسماً للنزاع أن يبين ذلك بشكل واضح وجلي، كما أنه لم يبين شروط هذا الركن كما فعل في بقية الأركان من الصيغة^(٥٦) والبينة^(٥٧) والولي^(٥٨)، وإنما تحدث عن الأحكام المتعلقة بالصدّاق، ومن المعلوم أن الأحكام لا تثبت إلا بعد تحقيق شروطها، فالقانون عندما تحدث عن الصدّاق في المواد من ٢١-٢٧ لم يتعرض لشيء من ذلك وكان من المفروض أن يحسم هذا الأمر ويبين المقصود به.

خامساً: نصت الفقرة ب من المادة (٢٤) أنه: تستحق المطلقة قبل الدخول نصف الصدّاق إن كان مسمى وإلا حكم لها القاضي بالمتعة.

إن نص المادة (١٦) يتعارض مع نص الفقرة ب من المادة (٢٤) من وجهين: **الوجه الأول:** إن معنى كون المهر ركناً في العقد أن العقد متوقف عليه إذ لا وجود للعقد دون ركنه^(٥٩)، وهذا يناقض الفقرة ب المادة (٢٤) التي تنص على أنه: يجب الصدّاق بالعقد الصحيح ويتأكد كله بالدخول أو الخلوة الصحيحة أو الوفاة، ويستحق المؤجل منه بالوفاة أو البيونة ما لم ينص في العقد على خلاف ذلك، وتستحق المطلقة قبل الدخول نصف الصدّاق إن كان مسمى وإلا حكم القاضي لها بالمتعة.

فهذه المادة تعتبر المهر أثراً من آثار عقد الزواج الصحيح، فالمهر يجب بالعقد الصحيح، إذ لا مهر بلا عقد صحيح.

وبالنتيجة فإنه لا عقد بلا مهر كما تنص على ذلك المادة (١٦) ، ولا مهر بلا

(٥٦) فقد نص القانون العماني على ألفاظ الصيغة وشروطها في المواد (١٧، ١٨).

(٥٧) نصت المادة (٢٨) على الشروط المتعلقة بالبينة.

(٥٨) نصت المادة (١١) على الشروط المتعلقة بالولي.

(٥٩) يقول السرخسي "فلانعدام ما هو ركن العقد لم ينعقد العقد لأن انعقاده شرعاً لا يكون بدون ركنه" أصول السرخسي ٩٩/١.

[الصياغة التشريعية لأركان عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية العماني]

عقد كما تنص على ذلك الفقرة ب من المادة (٢٤)، فأضحى المهر متوقفاً على نفسه وهذا يؤدي إلى الدور، وهو باطل.

والذي أدى بالقانون إلى هذا التناقض هو الجمع والتلفيق بين أكثر من قانون، فالقانون اقتبس الفقرة ب من المادة (٢٤) من التقنيات التي اعتمدت على المذهب الحنفي الذي يذهب إلى أن المهر ليس شرطاً ولا ركناً في عقد النكاح^(٦٠)، وإنما هو أثر من آثاره، ومسبب عنه، ومن المعلوم بداهة أن الأثر لا يتقدم على المؤثر والمسبب لا يتقدم سببه.

فحيث كان المهر ركناً في العقد لا يمكن أن يكون نتيجة وثمره للعقد، والمخرج الوحيد للقانون هو إلغاء المادة (١٦) لأنها:

١. بوضها الحالي غير مفيدة من الناحية العملية، لأن النص على الركنية وحده لا يكفي في العمل التقني، فالركن بحاجة إلى شروط تضبطه وتحدده^(٦١)، وبالتالي فعن طريق الشروط يمكن تناول الأركان.
٢. إن هذه المادة خلقت التناقض والتعارض بين نصوص القانون.

الوجه الثاني: إن نص المادة (٢٤) على استحقاق المطلقة قبل الدخول للمتعة إذا لم يكن الصداق مسمى، فيه نفي لركنية الصداق في عقد الزواج، إذ لو كان ركناً لما صح مع عدمه النكاح، وإذا لم يصح النكاح لم يصح الطلاق بداهة؛ لأن الطلاق يستلزم وجود عقد زواج صحيح سابق عليه كما نصت على ذلك المادة (٨٤) من القانون العماني: لا يقع الطلاق على الزوجة إلا إذا كانت في زواج صحيح وغير معتدة.

ولو كان ركناً لما صح السكوت عنه، إذ كيف يكون ركناً مع عدم ذكره والنص

(٦٠) ومن هذه التقنيات التقنين السوري في المادة (٥٣) والأردني المادة (٤٠).
(٦١) يقول السرخسي "الحكم لا يثبت بوجود ركن الشيء مع انعدام شرطه" أصول السرخسي ٢٣٥/٢.

[أ.د. أحمد ياسين القزائله ود. محمد علي العمري]

عليه. وعدم التسمية هذه قد تتناول الحال التي تركت فيها تسمية المهر لسبب ما كما تتناول حال اشتراط نفي المهر، وبالبداهة تتناول جهالته من باب أولى.

وعلى فرض أن حال عدم التسمية مغايرة لحال اشتراط نفي المهر^(٦٢)، فإن حال اشتراط نفي المهر لا تخرج عن كونها شرطاً فاسداً اقترن بالعقد، فلماذا لا يقال ببطلان الشرط وصحة العقد؟ ومن المقرر أن عقد الزواج، لا يفسد بالشروط الفاسدة؛ وبناء عليه فإن العقد صحيح والشرط باطل، وهذا ما ذهب إليه القانون في مسألة اقتران عقد الزواج بالشرط الفاسد، فقد نصت الفقرة ب من المادة (٥) على ما يأتي: إذا اقترن العقد بشرط ينافي غايته أو مقاصده، فالشرط باطل والعقد صحيح.

فإذا كان الشرط الذي يناقض غاية العقد وينافي مقاصده يعتبر باطلاً وحده ولا أثر له في بطلان العقد، فلماذا لا يعتبر ما هو أخف منه وهو في الوقت نفسه لا يناقض مقصد العقد ولا مقتضاه شرطاً باطلاً، يبطل وحده ويبقى العقد صحيحاً؟

الوجه الثالث: إن النص على استحقاق المطلقة قبل الدخول للمتعة إذا لم يكن الصداق مسمى فيه، يدل على أن المهر أثر من آثار عقد النكاح وليس ركناً من أركانه؛ لأنه لو كان ركناً لم يصح النكاح دونه، ولكان العقد فاسداً، ومن المعلوم أن العقد الفاسد لا يترتب عليه شيء قبل الدخول^(٦٣)، فلما أثبت القانون لها المتعة دل ذلك على أن الزواج صحيح، والمهر لا يخرج عن كونه أثراً للعقد لا أكثر.

والسؤال الذي يطرح نفسه هنا: لماذا نص القانون على المطلقة قبل الدخول وأغفل الحديث عن المطلقة بعد الدخول؟

(٦٢) مع أنه لافرق بينهما من حيث النتيجة مما يجعل الركنية أمراً شكلياً لا معنى؛ لأنه يؤدي إلى أن يكون هناك حالتان تشتركان في انعدام المهر وتختلفان في الحكم، فالأولى صحيحة والثانية باطلة، مع أن كليهما انعدم فيه المهر.
(٦٣) وهو ما نصت عليه الفقرة ب من المادة (٤١) والتي تنص على ما يأتي: لا يترتب على الزواج الفاسد أي أثر قبل الدخول.

ونتيجة لذلك نقول: أي فرق بين الزواج الذي لم يسم فيه المهر أو كانت التسمية فيه فاسدة وبين الطلاق الذي نفي فيه المهر؟

خامساً: إن الشروط و الأحكام التي أوردها القانون للصدّاق تتأى به عن أن يكون ركناً من أركان عقد الزواج، فالصدّاق هو ما يبذله الزوج من مال بقصد الزواج^(٦٤)، وكل ما صح التزامه شرعاً صلح أن يكون مهراً^(٦٥)، وهو حق من حقوق الزوجة تتصرف فيه كيف شاءت^(٦٦)، ويجوز تعجيله أو تأجيله كله أو بعضه^(٦٧)، وللزوجة الامتناع عن الدخول حتى تستوفي حال صدّاقها فإذا رضيت بالدخول قبل قبضه فهو دين في ذمة الزوج^(٦٨).

سادساً: لم ينص القانون العماني على الحد الأدنى للمهر، فهل من المعقول أن يكون المهر ركناً في عقد الزواج ثم لا يكون لهذا الركن المالي حداً أدنى، فما هي قيمة ركنيته إذن؟!

الركن الرابع: البينة:

ذهب القانون العماني في المادة (١٦) إلى اعتبار البينة (الشهادة) ركناً من أركان عقد الزواج مقتضياً بذلك أثر المذهب الشافعي الذي يعتبر الشهادة ركناً، وإن كان بعض شراح المتون الشافعية يذهبون إلى أن اعتبار الشهادة شرطاً في عقد الزواج أولى من اعتبارها ركناً^(٦٩)؛ لخروجها عن ماهية العقد لتحققها دونه^(٧٠).

فكان الأولى بالقانون أن يذهب إلى هذا الرأي فلا ينص على ركنية الشهادة، بل يكفي بنص المادة (٢٨) والتي جاء: يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين من أهل الثقة، سامعين معاً كلام المتعاقدين فاهمين

(٦٤) المادة (٢٢).

(٦٥) المادة (٢٢).

(٦٦) المادة (٢٣).

(٦٧) المادة (٢٤).

(٦٨) المادة (٢٥).

(٦٩) بجيرمي: التجريد لنفع العبيد ٣ / ٣٣٢.

(٧٠) حاشية الجمل ج/٨ / ١٠٧.

المراد منه.

ونص هذه المادة -بالوضع القائم^(٧١)- لا يستقيم مع اعتبار الشهادة ركناً من أركان العقد؛ للأمر الآتية:

أولاً: لأن المادة (١٦) تنص على أن الشهادة ركن، وهذه المادة تنص على أن الشهادة شرط، ومفهوم الركن يختلف عن مفهوم الشرط فقهاً وأصولاً.

إذ إن "أركان الشيء أجزاء ماهيته، والماهية لا توجد دون أجزائها فكذا الشيء لا يتم دون ركنه، والشرط ما ينتفي المشروط بانتفائه وليس جزءاً للماهية^(٧٢)" فكيف يكون شيء بذاته جزءاً من ماهية أمر آخر وهو في الوقت نفسه خارج عن ماهيته؟ وبالتالي فإن اعتبار الشهادة شرطاً في عقد الزواج ينفي عنها صفة الركن والعكس صحيح.

ثانياً: إن الأثر المترتب على فوات الركن هو البطلان بينما الأثر المترتب على فوات شرط الصحة^(٧٣) هو الفساد، وهما أمران مختلفان كلياً ولا يجوز وضع أحدهما موضع الآخر، خاصة وأن القانون قد أخذ بنظرية الفساد وميزها عن البطلان، ورتب على العقد الفاسد بعض الآثار خلافاً للبطلان.

ثالثاً: وعلى فرض أن المقصود بصحة العقد هو الانعقاد الذي يقابله البطلان، فإذا هذه الصياغة غير مقبولة في لغة التشريع؛ لأن لغة التشريع تقوم على الوضوح والتحديد، والابتعاد عن الخلط في المصطلحات التي توقع في الخلط والاضطراب، ومن المعلوم أن استخدام المصطلح في غير ما وضع له يؤدي إلى سوء الفهم، خاصة إذا كان ذلك الاستخدام غير مقترن بما يدل على خلاف المقصود منه، فكيف إذا كانت القرائن تدل على خلافه.

(٧١) أي مع وجود المادة (١٦).

(٧٢) البهوتي: كشف القناع ٣٧/٥.

(٧٣) قسم الحنفية شروط العقد إلى أربعة أقسام ولكل نوع منها مفهوم وله أثر، وترتيبها التصاعدي يبدأ من شروط الانعقاد مروراً بشروط الصحة فشروط النفاذ فشروط اللزوم، والأثر المترتب على تخلف الشروط السابقة على التوالي هو البطلان فالفساد فالتوقف فعدم اللزوم، وغير الحنفية لا يميز بين شروط الانعقاد وبين شروط الصحة وبالتالي فأثر تخلف أي منهما واحد، وهو البطلان.

[الصياغة التشريعية لأركان عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية العماني]

يقول العلامة السنهوري "لغة التشريع يجب أن تكون واضحة دقيقة، فاللغة المعقدة تجعل القانون مغلقاً، كما أن اللغة غير الدقيقة تجعل القانون مبهماً، ويجب أن يكون للتشريع لغة فنية خاصة به، يكون كل لفظ فيها موزوناً محدد المعنى، ولا يجوز أن يتغير معنى اللفظ الواحد باستعماله في ظروف مختلفة، كما أنه إذا عبر عن معنى بلفظ معين وجب أن لا يتغير هذا اللفظ إذا أريد التعبير عن هذا المعنى مرة أخرى"، والسؤال الذي يطرح نفسه الآن: ما حكم الزواج دون شهود، هل هو فاسد أو باطل؟ لكل من الرأيين سند في القانون:

فبالنسبة إلى الفساد يسند التعبير بلفظ شرط الصحة وتخلف شرط الصحة يورث الفساد وليس البطلان.

كما أن القانون فرق بين العقد الباطل والعقد الفاسد، واعتبر العقد فاسداً إذا فقد بعض شروطه.

أما بالنسبة إلى البطلان فيسند كون البيئة ركناً في عقد الزواج، وإن تخلف الركن يؤدي إلى البطلان كما نصت على ذلك المادة (١١٧).

لذلك كان من المهم أن يفصح القانون عن الاتجاه الذي ذهب إليه في حكم اشتراط البيئة، فإذا كان يعتبر الشهادة شرط صحة، وهو ما نميل إليه^(٧٤)، فعليه أن يحذفها من قائمة الأركان، وتبقى هذه المادة على حالها، وبالتالي تعتبر الشهادة من شروط الصحة، وفواتها يؤدي إلى فساد العقد لا إلى بطلانه.

(٧٤) خاصة أن القانون العماني فرق بين الزواج الباطل والفساد ورتب على الفساد آثاراً لم يرتبها على الباطل، وإذا كان المقصد من ابتكار نظرية الفساد في العقود هو التصحيح من دائرة بطلان وذلك بالتفريق بينه وبين الباطل؛ لأن الباطل يجرّد التصرف من آثاره القانونية ويجعله والعدم سواء، كما أن لهذه النظرية وظيفة مهمة وهي حماية مصالح المتعاقدين زوجاً وزوجة، برد الحد عنهما، وإثبات المهر للزوجة، كما يحمي مصالح الغير من المتأثرين بهذا العقد، كالأبناء حيث يثبت لهم النسب، كل هذا لا يمكن إثباته بالقول ببطلان العقد. هذا من جانب ومن جانب آخر فإن الخلاف بين المذاهب الإسلامية في اشتراط الشهادة في عقد الزواج ووقتها، حيث ذهب الإمامية إلى عدم اشتراطها أصلاً، بينما ذهب المالكية إلى عد اشتراطها وقت العقد، مما يجعلنا نميل بقوة إلى القول بالفساد وليس البطلان للتقليل من الآثار السلبية للبطلان في مسألة مختلف فيها بين الفقهاء.

[أ.د. أحمد ياسين القزارة ود. محمد علي العمري]

وهذا ما ذهبت إليه معظم التشريعات العربية ، ومن تلك التشريعات قانون الأحوال الشخصية السوري في المادة (١٢)^(٧٥) والكويتي في المادة (١١)^(٧٦) والأردني^(٧٧) والسوداني في المادة^(٧٨) والمشروع العربي الموحد للأحوال الشخصية في المادة (٣٢)^(٧٩)، ووثيقة مسقط في المادة (٢٩)^(٨٠).

وهو ما نصت عليه المادة (٧)^(٨١) من كتاب أحكام الشرعية في الأحوال الشخصية لمحمد قذافي باشا.

وإن كان القانون يميل إلى اعتبار الشهادة ركناً في عقد الزواج، وهذا ما يريده المشرع بدلالة اعتبار البيئة ركناً في عقد الزواج، فتجب صياغة المادة على النحو الآتي: يشترط لانعقاد الزواج حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين من أهل الثقة، سامعين معاً كلام المتعاقدين فاهمين المراد منه.

(٧٥) ونصها "يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين مسلمين عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما".

(٧٦) ونصها "أ- يشترط في صحة الزواج حضور شاهدين مسلمين، بالغين، عاقلين، رجلين، سامعين معاً كلام المتعاقدين، فاهمين المراد منه. ب- وتصح شهادة كتابيين في زواج المسلم بالكتابية".

(٧٧) ونصها "أ- يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين رجلين أو رجل وامرأتين من المسلمين (إذا كان الزوجان مسلمين) عاقلين بالغين سامعين الإيجاب والقبول فاهمين المقصود بهما. ب- تجوز شهادة أصول كل من الخاطب والمخطوبة وفروع كل منهما على عقد الزواج، وكذلك شهادة أهل الكتاب على زواج المسلم من كتابية".

(٧٨) ونصها "يشترط لصحة عقد الزواج: ١- إسهاد شاهدين. ٢- عدم إسقاط المهر. ٣- موافقة الولي طبقاً لأحكام هذا القانون".

(٧٩) ونصها "يشترط في صحة الزواج: ١- إسهاد شاهدين. ٢- عدم إسقاط المهر. ٣- موافقة الولي لمن لم تكمل أهلية الزواج وفق أحكام هذا القانون".

(٨٠) ونصها "مع مراعاة أحكام المواد (٨، ٩، ١٨) من هذا القانون يشترط في صحة عقد الزواج: ١. الإسهاد بالنصاب الشرعي. ٢. عدم نفي الصداق".

(٨١) ونصها " لا يصح عقد النكاح إلا بحضور شاهدين حرين أو حر وحرتين عاقلين بالغين مسلمين لنكاح مسلم ومسلمة سامعين قول العاقدین معاً فاهمين أنه عقد نكاح ولو كانا أعميين أو فاسقين أو ابني الزوجين أو ابني أحدهما، والصح لا يصلح شاهداً في النكاح ولا الناثم ولا السكران الذي لا يعي ما يسمع ولا يذكره فلا ينعقد النكاح صحيحاً بحضورهم".

أنواع الزواج

قسم قانون الأحوال الشخصية العماني عقد الزواج من حيث صحته إلى قسمين^(٨٢): صحيح وغير صحيح، وجعل غير الصحيح في قسمين هما الباطل والفاسد، وعرف الصحيح بأنه ما توافرت أركانه وشروطه وانتفت موانعه^(٨٣)، وحكمه أنه تترتب عليه آثاره منذ انعقاده^(٨٤).

والزواج الفاسد^(٨٥) ما اختلت بعض شروطه^(٨٦). وحكمه لا يترتب عليه أي أثر قبل الدخول^(٨٧). أما بعد الدخول فتترتب عليه بعض الآثار وهي: الأقل من الصداق المسمى وصداق المثل^(٨٨)، النسب وحرمة المصاهرة، العدة، النفقة ما دامت الزوجة جاهلة فساد العقد^(٨٩).

ولم يعرف القانون الباطل ولكنه ذكر نصاً في المادة (١١٧) من الباب الرابع تحت عنوان الفسخ على ما يأتي: لا ينعقد الزواج إذا اختل أحد أركانه، أو وقع على إحدى المحرمات. والعقد الباطل لا يترتب عليه^(٩٠) أي أثر^(٩١).

ومن القوانين التي ذهبت إلى التفريق بين الباطل والفاسد في عقد الزواج،

(٨٢) المادة (٣٩) الزواج صحيح وغير صحيح، وغير الصحيح يشمل الباطل والفاسد. وهي مادة غير مفيدة قانوناً، وما بعدها يغني عنها.

(٨٣) المادة (٤٠) الفقرة أ.

(٨٤) المادة (٤٠) الفقرة ب.

(٨٥) عرفت مجلة الأحكام العدلية في المادة (١٠٩) الفاسد بقولها: هو المشروع أصلاً لا وصفاً يعني أنه يكون صحيحاً باعتبار ذاته فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجة. ويمثله عرفه صاحب مرشد الحيران في المادة (٢١٨).

(٨٦) المادة (٤١) الفقرة أ.

(٨٧) المادة (٤١) الفقرة ب.

(٨٨) أخذ القانون برأي جمهور الحنفية، وذهب زفر إلى أن الواجب مهر المثل بالغاً ما بلغ، ونحن نرى أن هذا الرأي هو الأعدل؛ لأنها لو تزوجت بعقد فاسد لم يسم فيه المهر لتبث لها فيه مهر المثل بالغاً ما بلغ.

(٨٩) المادة (٤٢).

(٩٠) تنص القاعدة الفقهية على أن "المعذور شرعاً كالمعذور حساً"، ويقول الكاساني "إذ الموجود الملحق بالعدم شرعاً والعدم الأصلي سواء الكاساني: بدائع الصنائع ٢٩٩/٥.

(٩١) المادة (٤٣).

القانون الأردني^(٩٢)، والسوري^(٩٣)، والكويتي^(٩٤) والقطري^(٩٥)

ويلاحظ على هذه القسمة ما يأتي:

أولاً: إن هذه القسمة للعقد من حيث المفهوم والآثار هي صناعة حنفية انفرادية فيها عن بقية المذاهب الإسلامية^(٩٦)، فهم الذين قسموا العقد هذه القسمة الثلاثية، وجعلوا الفاسد مباحاً للبطل^(٩٧)، واعتبروه في منزلة بين المنزلتين، أما بقية المذاهب الإسلامية فلم يأخذوا بهذه النظرية. هذا في باب المعاملات أما في الزواج فمنهم من يرى أنه لا فرق بينهما^(٩٨).

ولم تكن قسمتهم للعقد بهذه الصورة اعتباطية أو ارتجالية، وإنما كان قسمة بناء على تأصيل فقهي وتعميد منطقي، وهو ما حمل القرافي على أن يصف صنيعهم بأنه "فقه حسن"^(٩٩)، ووصفه السنهوري بأنه "صناعة فقهية محكمة قد انفرادوا بها"^(١٠٠) فالحنفية اعتمدوا في هذه الصناعة على التفريق بين أصل العقد ووصفه، فهم يرون أن النهي عن الأصل يستلزم البطلان، أما النهي عن الوصف فهو يقتضي الفساد، والأصل عندهم هو ركن العقد والشروط المتعلقة به، ويسمى الحنفية بشروط الانعقاد، ويترتب على فوات هذه الشروط بطلان التصرف، والباطل

(٩٢) المواد (٣٠، ٣١).

(٩٣) المواد (٥٠، ٥١).

(٩٤) المواد (٤٩، ٥٠).

(٩٥) المواد (٦٢، ٦٤).

(٩٦) يقول الأمدي "وأما الفساد فمرادف للبطل عندنا وهو عند أبي حنيفة قسم ثالث مغاير للصحيح والباطل وهو ما كان مشروعاً بأصله ممنوعاً بوصفه" ج.

(٩٧) جاء في التلويح ١٢٣/٢ "الصحة والبطلان والفساد معان متقابلة، حاصلها أن الصحيح ما يكون مشروعاً بأصله دون وصفه، وهذا معنى قولهم الصحيح ما استجمع أركانه وشرايطه، بحيث يكون معتبراً في حق الحكم، والفساد ما كان مشروعاً في نفسه فانت المعنى من وجه لملزمة ما ليس بمشروع إياه بحكم الحال، مع تصور الانفصال في الجملة، والباطل ما فانت المعنى من كل وجه مع وجود الصورة".

(٩٨) يقول ابن نجيم "الباطل والفساد عندنا في العبادات مترادفان وفي النكاح كذلك" ابن نجيم: الأشباه والنظائر، ص ٣٧٢.

(٩٩) القرافي: الفروق ٨٣/٢، الفرق السبعون.

(١٠٠) السنهوري: مصادر الحق ١٥٠/٤.

[الصياغة التشريعية لأركان عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية العماني]

لا أثر له ولا يترتب عليه شيء من أحكام الزواج؛ لأن المردوم شرعاً كالمردوم حساً.

أما الوصف فهو الشروط المتعلقة بغير الركن ويسمياها الحنفية بشروط الصحة^(١٠١)، ويترتب على فواتها فساد العقد وليس بطلانه، وهو يختلف عن الباطل من حيث الأثر؛ فإذا العقد الباطل لا يترتب أثراً قبل الدخول ولا حتى بعده، فإن العقد الفاسد بعد الدخول تترتب عليه جملة من الآثار.

إن هذه القسمة من الحنفية أدت إلى نتائج عظيمة حيث إنها قللت من دائرة بطلان العقود لحساب دائرة الفساد، وإذا كان من المعلوم أن الباطل يجرّد العقد من آثاره ويجعله والعدم سواء؛ لأن "المردوم شرعاً كالمردوم حساً"، فإن نظرية الفساد قد قللت من الآثار السلبية للبطلان، ورتبت عليه في حالات معينة آثاراً محددة، حماية لمصالح أطرافه والمتأثرين به، ولما كان الزواج عقداً له طبيعة خاصة فهو أولى بحمايته والتقليل من بطلانه؛ لأن عدم التفريق بين الفاسد والباطل يؤدي إلى آثار كارثية تلحق بأطراف العقد، لذلك وجدنا معظم المذاهب الإسلامية حتى التي لا تفرق بين الباطل والفساد، ترتب بعض الآثار على عقد الزواج الذي فيه خلل في بعض شروطه، بل إنهم يربطون تلك الآثار حتى ولو لم يكن هناك عقد، كما لو كان الدخول بشبهة، ولا شبهة أقوى من شبهة العقد.

وبالتالي فإنه يحمّد للقانون العماني هذا الصنيع وهو التفريق بين العقد الباطل والفساد.

ولكن القانون العماني وللأسف لم يميّز قُدماً مع هذه القسمة ولم يذهب معها إلى نهايتها؛ لأن هذه القسمة مبنية على تقسيم دقيق ومحكم للشروط^(١٠٢)، إذ لا

(١٠١) بدران: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ص ١٨٢ .
(١٠٢) قسمة العقد عن الحنفية إلى باطل وفساد نتيجة منطقية لقسمتهم للشروط المتعلقة بالعقد، فشرط الاعتقاد يترتب على فواتها بطلان العقد، أما شروط الصحة فتخلفها يورث الفساد .

[أ.د. أحمد ياسين القزارة ود. محمد علي العمري]

يمكن الحديث عن عقد صحيح وآخر باطل، إلا إذا كان ذلك مسبقاً بقسمة علمية وعملية للشروط المتعلقة بالعقد؛ إذ من المعلوم أن البطلان والفساد جزاءات وآثار يرتبها الشارع على المخالفات التي تتم في ميدان التعاقد فإذا كانت المخالفة جوهرية أدت إلى البطلان، وإن كانت دون ذلك كان أثرها هو الفساد.

لذلك ذهب الحنفية إلى قسمة الشروط المتعلقة بالعقد إلى أقسام تتسلسل ابتداءً من الانعقاد حتى اللزوم، فأهمها وأقواها هي شروط الانعقاد، وهي غالباً الشروط الجوهرية المتعلقة بالعقد كالأهلية، والمحل من حيث اشتراط صلاحيته لورود العقد عليه، والصيغة، وهذه الشروط التي يؤدي اختلالها إلى بطلان العقد.

فبها يوجد التصرف ويثبت، ولكن وجوده لا يستلزم صحته، وحتى يكون صحيحاً لا بد أن تتوافر فيه شروط الصحة، فإذا وجدت كان العقد صحيحاً وإذا انتفت أو انتفى واحد منها كان العقد منعقداً ولكنه فاسد، فالباطل والفاقد مختلفان مفهوماً وأسباباً وآثاراً.

وبالتالي لا يمكن الحديث عن قسمة العقد إلى صحيح وفساد وباطل إلا بعد قسمة صحيحة للشروط تقضي إلى هذه المآلات، وهذا ما لم يفعله القانون العماني. وترتب على ذلك الأمور الآتية:

١. إنه أصبح من العسير إن لم يكن من المتعذر تحديد متى يكون الزواج باطلاً ومتى يكون فاسداً، وهذا له نتائج خطيرة.

٢. إن تعريف القانون العماني للزواج الفاسد بقوله ما اختلت بعض شروطه. تعريف فيه غموض وإبهام من النواحي الآتية:

أ إن الفساد لا يقتضي أن يكون لبعض الشروط بل يكفي فيه بشرط واحد، وبالتالي كان الأحرى بالقانون أن يقول أحد شروطه.

ب إن الشروط في عقد الزواج متعددة ومتنوعة، بعضها يورث البطلان والبعض الآخر يؤدي إلى الفساد، فما هي الشروط التي إذا اختلت جعلت العقد

فاسداً؟ وكيف أثبت القانون للزوجة في المادة المهر إذا كانت جاهلة بسبب فساد العقد^(١٠٣)، وكيف لها أن تعلم سبب الفساد إذا كان القانون لم يفصح عن هذه الأسباب؟.

٣. هذا بالنسبة إلى الفاسد، أما الباطل فإن القانون لم يبين متى يكون العقد باطلاً، ولكنه نص في المادة (١١٧) لا ينعقد الزواج إذا اختل أحد أركانه، أو وقع على إحدى المحرمات.

وهذا تعريف غير دقيق للأمور الآتية :

أ. لأنه اعتبر المحرمات بدرجة واحدة، مع أنهن لسن بدرجة واحدة فليس العقد على الأخت أو الأم كالعقد على الخامسة لمن في عصمته أربع نساء، فالأول محرم لذاته وحرمة دائمة، وهو يؤدي إلى البطلان باتفاق المذاهب الإسلامية ، أما الثاني فهو محرم لغيره وحرمة مؤقتة، وهو يؤدي إلى الفساد عند الحنفية، بل إن هذا هو الذي حمل الحنفية على التفريق بين الباطل والفساد، وكذلك اعتبر المحرمات بالرضاع على درجة واحدة مع التحريم بالنسب مع أن الرضاع مختلف في كثير من قضاياها، ومن ذلك المحرمات بالرضاع، ومقدار الرضاع المحرم ووقته، وبالتالي فليس من الحكمة ولا المصلحة اعتبارها في درجة واحدة، واعتبار الأثر المترتب عليهما واحداً.

ب. إن القانون نص على عدم انعقاد العقد في غير هذه الحالات وعدم الانعقاد هو البطلان، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة أ من المادة (٨) والتي جاء فيها: لا ينعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه بعد صدور إذن من القاضي بذلك^(١٠٤). وهذه الحال لا تدخل في الأركان ولا في المحرمات.

٤. إن أخذ القانون برأي الحنفية في تقسيم العقد إلى باطل وفساد لا يستقيم

(١٠٣) الفقرة د من المادة (٤٢).

(١٠٤) الفقرة أ من المادة (٨).

[أ.د. أحمد ياسين القرالة ود. محمد علي العمري]

مع عدم التفريق بين شروط الانعقاد وشروط الصحة، ولا يتفق مع الغاية والمبرر العملي لابتكار العقد الفاسد، وهو التقليل من حالات البطلان والتخفيف من الآثار السلبية التي يربتها البطلان، فليس من المقبول أبداً أن يأخذ القانون بالعقد الفاسد استناداً إلى رأي الحنفية، ثم يذهب إلى اعتبار المهر والولي والبينة من أركان العقد بحيث يؤدي اختلالها إلى بطلان العقد، وإذا كان الباطل لا ينتج أثراً كما نصت على ذلك المادة (٤٣) من القانون نفسه، فإن هذه النتيجة لا تستقيم أبداً مع تلك القسمة.

فإذا كان القانون لجأ إلى نظرية العقد الفاسد لذلك المقصد فإنه بصنيعه في أركان العقد قد نقض ذلك.

لذلك وحتى تكون قسمة العقد إلى باطل وفاسد مفيدة ومحقة لمقصودها، يفضل للمشرع العماني أن يلجأ إلى إحدى الطرق الآتية:

١. حصر حالات البطلان^(١٠٥) والفساد بالنص عليها، بالصيغة الآتية:

- يكون الزواج باطلاً في الحالات الآتية: ثم يذكر هذه الحالات.

- يكون الزواج فاسداً في الحالات الآتية: وتذكر هذه الحالات.

٢. التمييز بين شروط الانعقاد وشروط الصحة وبيان الجزاءات المترتبة على

تخلفها، على النحو الآتي:

يشترط لانعقاد النكاح:

أ. أن يكون العاقد أهلاً لإبرام العقد، وتكتمل أهلية النكاح ببلوغ الشخص

عاقلاً الثامنة عشرة من عمره.

ب. أن يكون المحل قابلاً لحكمه، بأن لا تكون بين الزوجين حرمة تمنع إبرام

(١٠٥) وهو ما فعله القانون الكويتي حيث نص على في المادة (٤٩) على الحالات التي يكون الزواج فيها باطلاً، واعتبر في المادة (٥٠) كل زواج غير صحيح سوى المذكور في المادة السابقة يعتبر فاسداً.

العقد بينهما، والحرمة المانعة هي الواردة في المواد ...

يشترط لصحة النكاح:

أ. حضور شاهدين مسلمين بالغين عاقلين رجلين من أهل الثقة، سامعين معاً كلام المتعاقدين فاهمين المراد منه.

ب. أن لا تقترن الصيغة بما يدل على التأقيت.

ثم بعد ذلك ينص على حالات البطلان على النحو الآتي:

- يكون العقد باطلاً إذا فقد شرطاً من شروط انعقاده أو إذا نص على عدم انعقاده في هذا القانون.

- يكون العقد فاسداً إذا فقد شرطاً من شروط صحته أو إذا نص على عدم صحته في هذا القانون.

خطبة المعتدة وتوثيق عقد الزواج:

وأخيراً لا بد من الإشارة إلى أن لغة التشريع تقوم على تحديد المكلف بالفعل لتتم محاسبته على تقصيره، كما تقتضي أن يكون هناك جزاءات تترتب على المخالفين لأحكام القانون، وقد تتكبد قانون الأحوال الشخصية لهذين الأمرين، ومن ذلك:

١. ما نصت عليه المادة (٢) والتي جاء فيها: تمنع خطبة المرأة المحرمة ولو كان التحريم مؤقتاً، ويجوز التعريض بخطبة معتدة الوفاة.

هذه المادة عديمة الفائدة من الناحية القانونية؛ لأن الخطبة ليست عقداً^(١٠٦) ليتولى القضاء تنظيمها أو البت في أحكامها، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، لم يرتب القانون أي جزاء على مخالفة هذا المنع^(١٠٧)، مما

(١٠٦) وهو ما نص عليه القانون نفسه في المادة (١) والتي جاء فيها: الخطبة طلب التزوج والوعد به. (١٠٧) إن من أبرز خصائص القاعدة القانونية هو الإلزام، ويراد به "أن يكون لها جزاء مادي توقعه"

[أ.د. أحمد ياسين القرالة ود. محمد علي العمري]

يجعل هذه المادة مفتقرة للمؤيد القضائي^(١٠٨)، مما يجعلها عديمة الفائدة، لذلك وجدنا كثيراً من القوانين أغفلت النص على هذا الحكم، ومن هذه القوانين القانون السوري والقانون الأردني، والقانون الكويتي ومدونة الأحوال الشخصية التونسية

٢. وما نصت عليه المادة (٦) والتي جاء فيها: يوثق الزواج رسمياً، ويجوز اعتباراً لواقع معين، إثبات الزواج بالبينة أو بالتصادق.

وهو إجراء جيد وحسن وهم ما أخذت به معظم القوانين العربية، وأجاز القانون إثبات الزواج غير الموثق بالبينة أو بالتصادق.

ولكن القانون لم يبين من هو المكلف بتسجيل الزواج^(١٠٩)، ولم ينص على الأثر أو الجزاء المترتب على عدم توثيق الزواج، وإن انعدام النص على هذا الجزاء يفقد هذا النص مضمونه، مادام أن الزواج في النهاية يمكن إثباته بالبينة أو بالتصادق.

هذا وقد نصت القوانين التي أوجبت توثيق الزواج على الجزاء المترتب على

السلطة العامة جبراً على من يخالفها" فالجزاء: هو الأثر الذي يرتبه القانون على مخالفة قاعده من قواعده، وهو من أهم الأمور التي تحفظ للقاعدة القانونية هيبتها وتمنع من مخالفتها، بما يحقق لها صفة اللزوم.

ويمتاز الجزاء في القاعدة القانونية بأنه: مادي ومحسوس: فهو يتخذ مظهراً خارجياً يصيب المخالف في جسده أو في حريته أو في ماله بغرامة أو تعويض، أو يكون بحرمان من آثار تصرف معين، وهو بذلك يتميز عن الجزاء الأخلاقي الذي يقوم على تأنيب الضمير أو الاستنكار.

حال وديني: فهو يتم بمجرد ثبوت ارتكاب المخالفة، فهو يختلف عن الجزاء الديني الأخرى. منظم توقعه السلطة العامة في المجتمع.

ولا تختلف القاعدة القانونية عن الحكم الشرعي من حيث خصائصها إلا ما كان له بعد ديني، فالقانون مثلاً لا يجعل من جزاءاته الجزاء الأخرى خلافاً للحكم الشرعي، والحكم الشرعي يشمل على المندوب والمكره خلافاً للقاعدة القانونية. ننظر في المقارنة بينهما، الصده: دراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ص ٢٩، عبدالبر: الحكم الشرعي والقاعدة القانونية ص ٨٢.

(١٠٨) من التقنينات التي نصت على هذا تقنين قذري باشا المسمى بأحكام أحوال الشخصية في المادة (٢) ومن المعلوم أن تقنين قذري باشا لم يكن تقنيناً رسمياً مؤيداً بالجانب القضائي، لذلك اشتمل على العديد من القواعد ذات البعد الديني التي لا تدخل في دائرة القضاء ومن ذلك المادة (٣) ونصها: يجوز للخاطب أن يبصر المخطوبة وينظر إلى وجهها وكفيها.

ومن القوانين التي ذهبت هذا الاتجاه القانون الجزائري في المادة (١)، والقانون اليمني المادة (٢) (١٠٩) حددت المادة (٤٥) المكلف بتسجيل عقد الزواج، وهو المساعد .

[الصياغة التشريعية لأركان عقد الزواج في قانون الأحوال الشخصية العماني]

عدم توثيقه ومن ذلك، القانون الأردني في المادة (٣٦)، والقانون العراقي المادة (١٠)، واليميني المادة (١٤) وقد اختلفت مناهج هذه القوانين في النص على العقوبة فقد نص القانون العراقي على هذه العقوبة^(١١٠)، بينما أحال القانون الأردني على قانون العقوبات^(١١١).

لذلك نقترح صياغة المادة على النحو الآتي:

يوثق الزواج رسمياً، وإذا جرى الزواج دون وثيقة رسمية فيعاقب كل من العاقد والزوجين والشهود بـ ()، ويجوز اعتباراً لواقع معين إثبات الزواج بالبينة أو بالتصادق.

وما قلناه عن هذه المادة يقال أيضاً على نص الفقرة ب من المادة (٩٣) التي تنص على ما يأتي: توثق الرجعة وتعلم بها الزوجة في الحال.

حيث لم تبين المادة من المكلف بتوثيق هذه الرجعة، وتبليغ الزوجة بها، ولم تبين الجزاء المترتب على الإخلال بهذا التكليف، وقد أحسن قانون الأحوال الشخصية الأردني بحسم هذه الأمور وتحديدها بشكل واضح ودقيق^(١١٢)، ونحن ندعو المشرع العماني للاستفادة منه.

(١١٠) نصت الفقرة رقم (٥) على ما يأتي يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ستة أشهر، ولا تزيد على سنة، أو بغرامة لا تقل عن ثلاثمائة دينار، ولا تزيد على ألف دينار، كل رجل عقد زواجه خارج المحكمة، وتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاث سنوات، ولا تزيد على خمس سنوات، إذا عقد خارج المحكمة زوجاً آخر مع قيام الزوجية.

(١١١) وهو ما نصت عليه المادة (٢٧٩) من قانون العقوبات الأردني: يعاقب بالحبس من شهر إلى ستة أشهر كل من أجرى مراسيم زواج أو كان طرفاً في إجراء تلك المراسيم بصورة لا تتفق مع أحكام قانون الأحوال الشخصية أو أي تشريعات أخرى نافذة.

(١١٢) فقد نصت المادة (٩٧) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يأتي: يجب على الزوج أن يسجل طلاقه ورجعته أمام القاضي، وإذا طلق زوجته خارج المحكمة ولم يسجله فعليه أن يراجع المحكمة لتسجيل الطلاق خلال شهر وكل من تخلف عن ذلك يعاقب بالعقوبة المنصوص عليها في قانون العقوبات، وعلى المحكمة أن تقوم بتبليغ الطلاق الغيابي والرجعة للزوجة خلال أسبوع من تسجيله.

الخاتمة

بعد دراسة موضوع الصياغة التشريعية لأركان العقد في قانون الأحوال الشخصية العماني، توصل البحث إلى النتائج الآتية:

1. أثارت المادة (١٦) من قانون الأحوال الشخصية العماني الكثير من الإشكالات بين نصوص القانون، حيث أدى وجودها إلى التعارض بينها وبين غيرها من المواد خاصة المادة (١٧) والفقرة ب من المادة (٢٤).
2. لم يحدد قانون الأحوال الشخصية العماني نوعية الشرط في الكفاءة كما أنه لم يضع لها معياراً محدداً.
3. قسم القانون عقد الزواج غير الصحيح إلى قسمين هما الباطل والفساد، ولم يضع معياراً واضحاً ومحدداً لماهية كل منهما، مما أورث غموضاً وإبهاماً في تحديد حالاتهما والتمييز بينهما.

التوصيات:

حتى يؤدي قانون الأحوال الشخصية العماني دوره القانوني بشكل سليم ويزول التعارض الموجود بين مواده يوصي الباحثان بالآتي:

1. حذف المادة (١٦) من القانون لعدم فائدتها من جانب، ولإثارتها التعارض مع غيرها من النصوص.
2. تقسيم الشروط المتعلقة بعقد الزواج إلى شروط صحة وشروط انعقاد وشروط لزوم، وترتيب الجزاءات المترتبة على تخلفها بطلاناً وفساداً وعدم لزوم حسب الترتيب السابق.
3. الاستفادة من قانون الأحوال الشخصية الأردني في تنظيمه للكفاءة في عقد الزواج.

المصادر والمراجع

١. ابن النجار: محمد بن أحمد بن علي الفتوحى، شرح الكوكب المنير، تحقيق د. محمد الزحيلي، ود. نزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، ١٩٩٣م.
٢. ابن الهمام: فتح القدير شرح الهداية، دار الفكر، بيروت، ط٢، دون تاريخ.
٣. ابن رشد: أبو الوليد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المكتبة العصرية، ط١، ٢٠٠٢م.
٤. ابن عاصم، محمد بن محمد القادري، حلي المعاصم، مطبوع بهامش البهجة في شرح التحفة، ضبط محمد عبدالقادر شاهين، دار الكتب العلمية، ٢٠٠٩م.
٥. ابن نجيم: زين العابدين بن إبراهيم ، الأشباه والنظائر، تحقيق عبدالكريم الفضيلي، المكتبة العصرية ٢٠٠٣م.
٦. أحمد إبراهيم بك، وواصل علاء الدين، أحكام الأحوال الشخصية، ط٥، ٢٠٠٥م.
٧. إمام: محمد كمال الدين ، الزواج في الفقه الإسلامي دراسة تشريعية وفقهية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٦م.
٨. بدران: بدران أبو العينين: أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، مطبعة دار التأليف، ط٢، ١٩٦١.
٩. البزدوي: عبد العزيز بن أحمد بن محمد، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام.
١٠. البهوتي: منصور بن يونس، كشف القناع عن متن الإقناع، دار الفكر، ١٩٨٢م.
١١. الجمل: الشيخ سليمان، حاشية الجمل على المنهج، دار الفكر، بيروت.

[أ.د. أحمد ياسين القزاة ود. محمد علي العمري]

١٢. الخطاب: محمد بن محمد بن عبدالرحمن، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، دار الفكر، دون تاريخ.
١٣. خلاف: عبدالوهاب، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، ط٨، دون تاريخ.
١٤. الدسوقي: محمد بن أحمد بن عرفة، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار إحياء الكتب العربية، دون تاريخ.
١٥. الزركشي: بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر، البحر المحيط في أصول الفقه، تحقيق محمد محمد تامر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط١، ٢٠٠٠م.
١٦. زيدان: عبدالكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، ١٩٨٧م.
١٧. السرخسي: محمد بن أبي الفضل، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ط١٩٨٦.
١٨. السنهوري: عبدالرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
١٩. الشافعي: محمد بن إدريس، الأم، دار المعرفة، دون تاريخ.
٢٠. شريف: محمد، نظرية تفسير النصوص المدنية دراسة مقارنة بين الفقهاء المدني والإسلامي، مطبعة وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، بغداد، دون تاريخ.
٢١. عامر: عبد العزيز، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٨٤م.
٢٢. عبدالرحمن الأهدل، الأنكحة الفاسدة دراسة فقهية مقارنة، المكتبة الدولية الرياض، ط١، ١٩٨٣م.
٢٣. العطار : عبد الناصر توفيق، الوسيط في أحكام الأسرة، المكتبة الأزهرية

للتراث، ٢٠٠٨م.

٢٤. القرافي: أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، دون تاريخ.

٢٥. المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني، بإدارة المحامي إبراهيم أبو رحمة، ط٢، ١٩٨٥.

٢٦. المرغيناني: برهان الدين علي بن أبي بكر، الهداية شرح بداية المبتدي، تحقيق محمد حمد تامر، وحافظ عاشور، دار السلام، ط٢، ٢٠٠٦م.

٢٧. النووي: أبو زكريا يحيى بن شرف، المجموع شرح المذهب، المطبعة المنيرية، دون تاريخ.

٢٨. الهيتمي: أحمد بن محمد، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، دار إحياء التراث العربي، دون تاريخ.