وسائل التعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني دراسة مقارنة بالقانون الإماراتي

*أحمد ياسين القرالة، محمد خير العمري، محمد علي العمري**

ملخص

تهدف هذه الدراسة إلى بيان أهمية التعبير عن الإرادة حتى تكون تلك الإرادة منشئة لآثارها الشرعية والقانونية، وتهدف أيضاً إلى بيان الطرق التي يتم فيها هذا التعبير والمقصود بالطرق هنا هو الشكل الذي يتم فيها إفراغ تلك الإرادة، وأخيراً انتقلت إلى الحديث عن الوسائل التي سلكتها تلك الطرق للتعبير عن الإرادة، وقد كان قانون الأحوال الشخصية الأردني وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي هما مجال هذه الدراسة ومحدداتها.

الكلمات الدالة: الأحوال الشخصية، التعبير عن الإرادة.

المقدمـــة

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

فلما كانت الإرادة الإنسانية هي المعول عليها في ترتيب الآثار المادية والمعنوية على الأقوال والأفعال التي يقوم بها المكلفون، ولما كانت هذه الإرادة غيباً عنا، كان الوقوف عليها من الأهمية بمكان، ولما كان للتعبير عن الإرادة طرق مختلفة واتخذ هذا التعبير وسائل مختلفة، أضحى من الضروري دراسة هذه الطرق وتلك الوسائل، فكانت هذه الدراسة لبيان ذلك كله، وقد جعلنا قانون الأحوال الشخصية الأردني رقم (36) لعام 2010م باعتباره يمثل الفقه الحنفي، وقانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم (28) لعام 2005م باعتباره يمثل الفقه المالكي، مجالا لهذه الدراسة.

مشكلة البحث

- ما طرق التعبير عن الإرادة التي أخذ بها كل من قانون الأحوال الشخصية الأردني والقانون الإماراتي؟
- ما وسائل التعبير عن الإرادة في كل من قانون الأحوال الشخصية الأردني والقانون الإماراتي؟

منهج البحث:

اعتمد هذا البحث المناهج العلمية الآتية:

أ. المنهج الوصفي: من حيث دراسة طرق التعبير عن الإرادة ووسائله في قانون الأحوال الشخصية بالتعبير عنها تعبيراً كيفيا يصف الحالة 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 الأردني في طرق التعبير عن الإرادة، بالمنهج الذي سار عليه القانون الإماراتي.

خطة البحث

تناولت الدراسة هذا الموضوع في ثلاثة مطالب هي:

المطلب الأول: تعريف الإرادة وضرورة التعبير عنها.

المطلب الثاني: كيفية التعبير عن الإرادة.

الفرع الأول:التعبير الصريح.

الفرع الأول:التعبير الضمني.

المطلب الثالث: وسائل التعبير عن الإرادة.

الفرع الأول:التعبير باللفظ.

الفرع الثاني:التعبير بالكتابة.

الفرع الثالث:التعبير بالإشارة.

الفرع الرابع:التعبير بالفعل.

الفرع الخامس:التعبير بالسكوت.

المطلب الأول: تعريف الإرادة وضرورة التعبير عنها

الإرادة: هي الصفة المخصصة لأحد طرفي الممكن[1] بما

* كلية الشريعة، جامعة آل البيت، الأردن. تاريخ استلام البحث 2015/2/9، وتاريخ قبوله 2015/3/30.

© 2016 عمادة البحث العلمي/ الجامعة الأردنية. جميع الحقوق محفوظة.

هو جائز (القرافي، 1988).

أو هي اعتزام الفعل والاتجاه إليه (الزرقا، 1968).

وهذه الإرادة محلها قلب الإنسان وضميره، وهي غيب عنا لا يمكن لنا الوقوف على حقيقتها والتحقق من وجودها، ولما كانت طبيعة العلاقات الاجتماعية وما ينبني عليها من حقوق وواجبات، وما يترتب عليها من آثار وتبعات تقتضي وتستلزم ضرورة التعبير عنها في ميادين التعامل بين الناس في تصرفاتهم القولية عقوداً كانت أم إرادة منفردة؛ فالإرادة إذا بقيت حبيسة النفس مستكنة في ضمير صاحبها، ولم تخرج إلى حيز الوجود، وتظهر للهيئة الاجتماعية بفعل مادي يدل عليها، فإن هذه الإرادة لا قيمة لها ولا أثر من حيث الأحكام الدنيوية(ابن قيم الجوزية:دون تاريخ)، ودليل ذلك قول رسول الله (ﷺ):« إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها، ما لم يتكلموا، أو يعملوا به»[2]؛ فالحديث الشريف بين أن البواعث والنيات، لا أثر لها إلا إذا ترجمت إلى أفعال أو أقوال، عندها يكون الثواب والعقاب والصحة والفساد.

فالنية لا تعمل وحدها– كما يقول السيوطي–، فمن نوى الطلاق ولم يتلفظ به، فلا طلاق له. ومن نوى الهبة ولم يتلفظ بها، فلا هبة له. وهكذا؛ لذلك لا بد من ظهور الإرادة والتعبير عنها بفعل مادي يدل عليها[3]، وقد عبّرت عن ضرورة الإظهار القاعدة الفقهية: « دليل[4] الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه » (حيدر، د.ت).

أي إن الأمور التي يتعذر أو يتعسر علينا الوقوف على حقيقتها؛ إما لخفائها أو لعدم انضباطها ونحتاج إليها في بناء الأحكام والفصل في القضايا– تقوم دلائلها وأماراتها مقامها فيناط الحكم بالأمارة ويعد وجودها دليلاً على وجود الأمر الخفي، ويعد المدلول مدلولاً متى وجد الدليل (الشاطبي، دون تاريخ، الزرقا:1968).

أي إن الدليل الظاهر يقوم مقام الباطن ويعطى حكمه، ويعد الباطن موجوداً متى وجد دليله[5] (السرخسي، 1973م).

ولقيام الشيء مقام غيره شروط هي: (البخاري:1991م)

1. أن يصلح الظاهر أن يكون دليلاً على الباطن.

فإذا لم يصلح لا يعد دليلاً عليه؛ فعلى سبيل المثال يمكن اعتبار السكوت دليلاً على القبول؛ لأنه مسبوق بدلالة قول أو فعل، ولا يمكن اعتباره دليلاً على الإيجاب؛ لأن الإيجاب هو الكلام الصادر أولاً، فلا يمكن بناؤه على محض السكوت (القرالة، 2014م).

ويمكن اعتبار السكوت دليلاً على الرضا، إذا كان مسبوقاً بموقف إيجابي، ولكن، لا يمكن اعتبار البكاء دليلاً على الرضا.

وقد ذهب قانون الأحوال الشخصية الأردني إلى أنه ليس كل الدلائل تصلح للتعبير عن إرادة الزواج؛ فقد ذهب إلى عدم انعقاد الزواج بقراءة الفاتحة، أو بتقديم الهدايا أو بغيرها، كما نصّت على ذلك الفقرة أ من المادة (3): « لا ينعقد الزواج بالخطبة ولا بقراءة الفاتحة ولا بقبض أي شيء على حساب المهر ولا بقبول الهدية ».

فهذه الأمور كلها لا تصلح للتعبير عن إرادة الزواج، بل لا بد من التعبير بوسائل حصرها المشرّع حصرا، كما سيأتي بيانها.

وفي القانون الإماراتي لا تصلح الخطبة لأن تكون تعبيراً عن عقد الزواج، فقد نصّت الفقرة 1 من المادة (17) منه على ما يأتي: «الخطبة طلب التزوج والوعد به ولا يعد ذلك نكاحا».

كما لا يصلح التعبير بالفعل وهو المسمى بالتعاطي[6] للتعبير عن إرادة الزواج.

2. أن يكون في الوقوف على الأصل حرج لخفائه أو لعدم انضباطه.

أما إذا كان الوقوف على الأصل، أي المدلول، ممكناً دون حرج أو عسر، فلا يقام الدليل مقام المدلول، ويناط الأمر والحكم بالأصل مباشرة (البخاري، 1991).

ومثال ذلك أن التعبير عن إرادة الطلاق يكون بالتعبير اللفظي مثلاً، فإذا تلفظ الشخص باللفظ الصريح مثلاً، فلا يقبل منه قوله عدم القصد إذ يقام لفظه مقام قصده (البابرتي، دون تاريخ)، ويعد دليلاً على إرادته للطلاق.

ولكن إذا كان هناك دليل مادي على انتفاء هذا القصد في التعبير الصريح، فلا يترتب على ذلك التعبير أثر ولا يقع به الطلاق، ومن ذلك مثلاً: طلاق النائم والمغمى عليه، فإن وجود هذه الحالات دالّ على انتفاء القصد، وبالتالي لا يقام اللفظ مقام المعنى (التفتازاني، د.ت)، وهو ما أخذ به قانون الأحوال الشخصية الأردني في المادة (86):

أ– لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره ولا المعتوه ولا المغمى عليه ولا النائم.

ب– المدهوش هو: الذي غلب الخلل في أقواله وأفعاله نتيجة غضب أو غيره بحيث يخرجه عن عادته.

أما القانون الإماراتي فقد اشترط في الطلاق أن يكون صادرا عن عقل واختيار، فقد نصّت المادة (101) على ما يأتي:

1– يشترط في المطلق العقل والاختيار.

2– يقع طلاق فاقد العقل بمحرّم اختياراً.

وهذا الحكم يستند إلى ما ذهب إليه المذهب المالكي، وفي هذا المذهب لا يقع طلاق النائم والمغمى عليه، أما الغضبان

وإن اشتد به الغضب والسكران إذا كان سكره بإرادته– فهولاء جميعاً يقع طلاقهم في المذهب المالكي(الدسوقي، بدون تاريخ)، فيكون واقعا في القانون الإماراتي بناء على نص الفقرة 2 من المادة (2)[7].

وإن مما يدل على ضرورة التعبير عن الإرادة، وضرورة إبرازها للوجود الخارجي، اشتراط القانون الشهادة على عقد الزواج، والشهادة لا يمكن أن تكون إلا على شيء مشاهد ومعلوم، ولم يكتف القانون باشتراط الشهادة، بل اشترط في الشاهدين أن يسمعا كلام العاقدين وأن يفهماه، وهو ما نصّت عليه الفقرة من المادة (8):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.

وهو ما نصّت عليه الفقرة 1 من المادة (48)من القانون الإماراتي والتي جاء فيها: « يشترط لصحة الزواج حضور شاهدين رجلين بالغين عاقلين سامعين كلام المتعاقدين، فاهمين أن المقصود به الزواج».

ويجب حمل السماع هنا على عمومه المجازي[8]، فيكون المقصود به هو العلم بالتعاقد بين الزوجين، فيدخل فيه الرؤية البصرية ليكون شاملاً للإشارة التي اعتبرها القانون وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، فالسماع هنا يدخل فيه الرؤية لإشارة غير الناطق.

المطلب الثاني: كيفية التعبير عن الإرادة

التعبير عن الإرادة لا يخرج عن كيفيتن[9] لا ثالث لهما، فالتعبير إما أن يكون صريحاً وله وسائل، وإمّا أن يكون ضمنيا يشتق ويستنبط من ظروف الحال وملابسات التصرفات، وسنتناول هاتين الكيفيتين في فرعين على النحو الآتي:

الفرع الأول: التعبير الصريح

التعبير لغة: يقول ابن فارس: العين والباء والراء أصل صحيح واحد يدل على النفوذ والمضي في الشيء ومن الباب: عبر الرؤيا يعبرها عبرا وعبارة، ويعبّرها تعبيراً، إذا فسرها... قال الخليل: تقول: عبرت عن فلان تعبيرا، إذا عي بحجته فتكلمت بها عنه (ابن فارس، 1997م).

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي للتعبير عن معناه اللغوي.

التصريح لغة: يقول ابن فارس: الصاد والراء والحاء أصل منقاس، يدل على ظهور الشيء وبروزه. من ذلك الشيء الصريح، وصّرح بما في نفسه: أظهره (ابن فارس، 1997م).

التصريح اصطلاحاً: هو التنصيص على الشيء والإفصاح بذكره (ابن العربي، 2003).

والتعبير الصريح: هو التعبير الذي يكون المظهر الذي اتخذه في التعبير موضوعاً في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف الناس (السنهوري، 1964).

والتصريح ليس مقتصرا على التعبير اللفظي، ولكنه يشمل أيضاً الكتابة والإشارة.

والتصريح في التعبير اللفظي يتناول الصريح والكناية والحقيقة والمجاز، فكلها تعد تعبيراً تصريحياً.

وليس المقصود بالتصريح هو اللفظ الصريح كما أشار إليه علي حيدر في قوله: « إن اللفظ الذي يكون به التصريح يسمى لفظاً صريحاً » (حيدر، بدون تاريخ)، بل هي تشمل كل منطوق، صريحاً كان أم غيرَ غير صريح، فالتصريح هنا هو التعبير بالمنطوق، وهو يقابل ما ليس بمنطوق.

ويعد التعبير الصريح طريقة معتبرة من طرق التعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني، ومع ذلك فإن هذا القانون اشترط الصراحة في التعبير عن بعض الأمور، وهذه الأمور هي:

1. الزواج، فقد حصرت المادة (7) التعبير عن إرادة الزواج بالتعبير الصريح المتمثل باللفظ، وليس أي لفظ بل اللفظ الصريح، ثم الكتابة أو الإشارة للعاجز عنهما، فقد نصّت هذه المادة على ما يأتي: « يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة (كالإنكاح والتزويج) وللعاجز عنهما بكتابته أو بإشارته المعلومة.

وهذه كلها تعبيرات تصريحية.

2. سقوط نفقة العدة، إذ لا تسقط إلا بالنص عليها صراحة، فقد نصّت المادة (109): « نفقة العدة لا تسقط إلا إذا نص عليها صراحة في الخلع ».

3. التفريق للافتداء، إذ لا بد فيه من أن يكون إقرار الزوجة صريحاً بأنها تبغض الحياة معه، وهو ما نصّت عليه الفقرة ب من المادة (114): « إذا أقامت الزوجة بعد الدخول أو الخلوة دعوى تطلب فيها التفريق بينها وبين زوجها، وبيّنت بإقرار صريح منها أنها تبغض الحياة معه وأنه لا سبيل لاستمرار الحياة الزوجية بينهما، وتخشى أن لا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض وافتدت نفسها بالتنازل عن جميع حقوقها الزوجية وردت عليه الصداق الذي استلمته؛ حاولت المحكمة الصلح بين الزوجين، فإن لم تستطع أرسلت حكمين لموالاة مساعي الصلح بينهما خلال مدة لا تتجاوز ثلاثين يوما، فإن لم يتم الصلح حكمت المحكمة بفسخ عقد الزواج بينهما ».

4. الرجوع عن الوصية من قبل الموصي يجب أن يكون صريحاً، كما نصّت على ذلك المادة (258): « يجوز

للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها على أن يكون الرجوع صريحا ومسجلا لدى جهة رسمية ».

أما القانون الإماراتي فلم يشترط الصراحة في رجوع الموصي عن الوصية، كما نصّت على ذلك الفقرة 1 من المادة(270).

5. رد الوصية من الموصى له بعد وفاة الموصي، حيث يشترط لصحة ردها أن يكون الرد صريحاً، فقد نصّت المادة (257) على أنه: «تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي، وترد بردها صراحة بعد وفاة الموصي ».

ومما هو واضح من نص المادة أن قبول الوصية قد يكون دلالة، أما الرد فلا بد أن يكون صريحاً.

الفرع الثاني: التعبير الضمني

ويسميه الفقهاء بالتعبير الدلالي، والدلالة هي: كون الشيء بحال يلزم من العلم به العلم بشيء آخر (الجرجاني، 1983).

والتعبير الضمني: هو التعبير الذي يكون المظهر الذي اتخذه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون افتراض وجود هذه الإرادة (السنهوري، 1964).

فالتعبير الضمني يكشف عن الإرادة بطريق غير مباشر، وذلك عن طريق استنباط التعبير عن الإرادة من أفعال يقوم بها الشخص، وهذه الأفعال لا تعد بذاتها تعبيرا مباشرا عن الإرادة ولكنها مجرد إشارة تكشف عن تلك الإرادة وتنطوي عليها (دغش، 2008).

مثال ذلك أن يبقى المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار بعلم المؤجر ودون اعتراضه، فيستفاد من ذلك إرادة المستأجر تجديد الإيجار لمدة أخرى، وموافقة المؤجر على ذلك، وكالوكيل يقبل الوكالة بتنفيذها (السنهوري، 1964).

وهذا التعبير أخفض رتبةً من التعبير الصريح، فإذا تعارضا أو تزاحما كانت الأولية للتعبير الصريح، وهو ما تنص عليه القاعدة الفقهية: «لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح» (ابن الهمام، د.ت)[10].

والعلة في ذلك أن الدلالة أضعف من التصريح وهو أقوى منها فلا تقدم عليه (حيدر، دون تاريخ)؛ لأنها بدل عن اللفظ والتصريح، ولا يصار إلى البدل مع وجود الأصل.

وهذا التعبير يشتق من أمور عديدة، فقد يكون مستنداً إلى عرف أو إلى دلالة حال[11]، كما قد يستنبط من الظروف المحيطة والمحتفة بالتصرف القائم، وهذا الظرف لا بد أن يكون أمراً إيجابياً، أما العدم المحض فلا يمكن الاستدلال به؛ وبناءً عليه لا يعد السكوت المجرد دلالة صريحة ولا حتى ضمنية، لأن السكوت هو عدم الكلام، والعدم لا يصلح دليلاً (القرالة، 2014م).

ومن أمثلة التعبير الضمني:

1. إذا عقد الرجل عقد زواجه على امرأة تعمل أو تدرس وهو يعلم بذلك، ثم زفت إليه وهي على هذا الحال، فذلك دلالة منه على رضاه بعملها لذلك تستحق النفقة الزوجية، كما ذهب إليه القانون الأردني في الفقرة 1 المادة(61).

وكذلك الحال في القانون الإماراتي حيث لم يعد خروج الزوجة للعمل إخلالاً بالطاعة، إذا كان الزوج قد تزوجها وهي عاملة؛ لأن ذلك دلالة على رضاه بخروجها وعملها. فقد نصّت الفقرة 2 من المادة (72) على ما يأتي: « لا يعد إخلالا بالطاعة الواجبة خروجها للعمل إذا تزوجها وهي عاملة، أو رضي بالعمل بعد الزواج أو اشترطت ذلك في العقد، وعلى المأذون التحقق من هذا الشرط عند إبرام العقد، كل ذلك ما لم يطرأ ما يجعل تنفيذ الشرط منافيا لمصلحة الأسرة ».

2. ومثاله أيضاً تفويت الموصي للمال المعين[12] الذي أوصى به رجوعاً منه عن الوصية.كما نصّت على ذلك الفقرة 4 من المادة (248) من القانون الإماراتي.

فهذا التفويت للمال المعين دلالة على إرادته الرجوع عن الوصية، وهذا الفعل لم يوضع للدلالة على الرجوع وإنما دل عليه.

وقد نصّ قانون الأحوال الشخصية الأردني على اعتبار التعبير الضمني وسيلةً للتعبير عن الإرادة، وهو ما يعبر عنه بالدلالة أحياناً.

ومن التصرفات التي أخذ بها القانون بالتعبير الضمني أو الدلالي:

1. رضا الولي بالنكاح دلالة يعد كرضاه صراحة فلا يجوز له الاعتراض بعد ذلك، فقد نصّت المادة (16) على أن: « رضا أحد الأولياء بالخاطب يسقط اعتراض الآخرين إذا كانوا متساوين في الدرجة، ورضا الولي الأبعد عند غياب الولي الأقرب يسقط اعتراض الولي الغائب، ورضا الولي دلالة كرضاه صراحة » [13].

2. موافقة الزوج على عمل الزوجة دلالة يجعلها مستحقة للنفقة[14]، فقد نصّت المادة (61) على:

أ- تستحق الزوجة التي تعمل خارج البيت النفقة بشرطين:

1- أن يكون العمل مشروعاً.

2- أن يوافق الزوج على العمل صراحة أو دلالة.

ب- لا يجوز للزوج الرجوع عن موافقته على عمل زوجته إلا بسبب مشروع ودون أن يلحق بها ضرراً.

3. رضا الزوجة دلالة بالعيب الذي يمنع الزوج من الدخول بها يسقط حقها في الاعتراض على هذا العيب، فقد نصّت المادة (129)على أن: « الزوجة التي تعلم قبل عقد الزواج بعيب زوجها المانع من الدخول بها، أو التي ترضى بالعيب صراحة أو دلالة بعد العقد- يسقط حقها في التفريق ما عدا العنة فإن العلم بها قبل عقد الزواج لا يسقط حقها ولو سلّمت نفسها».

وهو ما نصّ عليه القانون الإماراتي في المادة (112).

وكذلك الحال بالنسبة إلى الزوج الذي رضي بعيب الزوجة صراحة أو دلالة، فقد نصّت المادة (132) على أن: « للزوج حق طلب فسخ عقد الزواج إذا وجد في زوجته عيباً جنسياً مانعاً من الوصول إليها كالرتق والقرن، أو مرضاً منفّراً بحيث لا يمكن المقام معها عليه بلا ضرر ولم يكن الزوج قد علم به قبل العقد أو رضي به بعده صراحة أو ضمناً ».

4. الإقرار بالنسب كما يكون صريحا يكون ضمنياً، فقد نصّت المادة (161) على ما يأتي: «الإقرار بالنسب يجوز أن يكون صريحاً أو ضمنياً».

أما القانون الإماراتي فقد أطلق الإقرار ولم يقيّده بكونه صريحاً أو ضمنياً.

5. يمتنع على الرجل نفي نسب الحمل أو الولد بعد الاعتراف به صراحة أو دلالة، فقد نصّت المادة (163) على أنه: «يمتنع على الرجل اللعان لنفي نسب الحمل أو الولد في أي من الحالات التالية:

أ- بعد مرور شهر على وقت الولادة أو العلم بها.

ب- إذا اعترف بالنسب صراحة أو ضمناً».

وهو ما أخذ به القانون الإماراتي في الفقرة 1 من المادة (97).

6. قبول الوصية: فهو كما يكون بالتعبير الصريح يكون بالتعبير الدلالي، فقد نصّت المادة (257) على ما يأتي: «تلزم الوصية بقبولها من الموصى له صراحة أو دلالة بعد وفاة الموصي، وترد بردها صراحة بعد وفاة الموصي».

ومن الحالات التي نص عليها القانون الإماراتي دون القانون الأردني:

أ- مسألة سقوط الشرط المقترن بالعقد إذا أسقطه صاحبه صراحة أو دلالة، فقد نصّت الفقرة 7 من المادة (20): يسقط حق الفسخ بإسقاط صاحبه أو رضاه بالمخالفة صراحة أو ضمنا[15]، ويعد في حكم الرضا الضمني مرور سنة على وقوع المخالفة مع العلم بها، وكذا بالطلاق البائن.

ب- المادة (76):

1- يحق للزوج أن يسكن مع زوجته في بيت الزوجية أبويه وأولاده من غيرها متى كان مكلفا بالإنفاق عليهم، بشرط ألا يلحقها ضرر من ذلك.

2- لا يحق للزوجة

أن تسكن معها في بيت الزوجية أولادها من غيره، إلا إذا لم يكن لهم حاضن غيرها، أو يتضررون من مفارقتها، أو رضي الزوج بذلك صراحة أو ضمنا، ويحق له العدول متى لحقه ضرر من ذلك.

والمادة (77) التي تنص على أنه: لا يحق للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها في مسكن واحد، إلا إذا رضيت بذلك، ويحق لها العدول متى لحقها ضرر من ذلك.

أما القانون الأردني فقد نص على تلك الحالات، ولكنه اشترط الرضا ولم يقيده بكونه صريحاً أو ضمنياً، وهذا يعني أنه شامل للأمرين، خاصة وأن هذا الحق يمكن الرجوع عنه وإبطاله.

أ اشترط القانون الإماراتي الفورية في القبول، وأجاز التراخي بينهما بشرط أن لا يوجد فاصل يدل على الإعراض، فهو أخذ هنا بالإعراض دلالة عن التعاقد، بناء على قاعدة "الاشتغال بغير المقصود إعراض عن المقصود" (السيوطي، 1990) وهو ما نصّت عليه الفقرة 4 من المادة (41) التي تناولت شروط الإيجاب والقبول والتي جاء فيها: اتحاد مجلس العقد بين الحاضرين بالمشافهة وحصول القبول فور الإيجاب، وبين الغائبين بحصول القبول في مجلس تلاوة الكتاب أمام الشهود أو إسماعهم مضمونه أو تبليغ الرسول ولا يعد القبول متراخيا عن الإيجاب إذا لم يفصل بينهما ما يدل على الإعراض[16].

المطلب الثالث: وسائل التعبير عن الإرادة

الفرع الأول: التعبير باللفظ

لما كان الإنسان مدنياً بطبعه، لا يستغني عن غيره من بني جنسه مهما ارتفع قدره وسمت مكانته؛ لأنه لا يقوى وحده على إشباع حاجاته المتعددة والمتجددة، احتاج إلى غيره من بني جنسه لتحقيق هذه الرغبات وإشباع تلك الحاجات[17]، وإنّ احتياج الإنسان إلى غيره استتبعته حاجة أخرى وهي حاجته للتفاهم والتواصل معه، ليعبّر له عن هذه الحاجات ويشعره بتلك الرغبات، فكان أن ألهمه الله اللغة والكلام، ليعبّر فيهما عن ضميره، ويصرح بهما بمكنونات نفسه (الرازي، 1412هـ).

ومع أن هناك وسائل يمكن أن تقوم مقام الكلام في حالات معينة، لكن يبقى الكلام متربعاً على عرش وسائل التعبير، وله الميزة الفضلى عليه، لما يأتي (الرازي، 1412هـ، الآمدي، 1402هـ):

1. لأن الكلام لا كلفة فيه ولا مؤونة؛ فالكلام يحصل بالنَفَس الخارج من رئتي الإنسان، فالإنسان وهو يخرج النَفَس من صدره يوظف هذا النَفَس الخارج للكلام، ويستخدمه في التعبير عن مراده، وبالتالي فهو مقدور عليه في كل الأوقات من غير نصب ولا مشقة.

2. إن الكلام لا يفتقر إلى الآلات والأدوات، خلافاً للوسائل الأخرى كالكتابة والرسم وغيرها.

3. ليس في الكلام ضرر الازدحام، فالكلام يتلاشى بمجرد التلفظ به، فلا يبقى زمانين، وبالتالي فلا ازدحام فيه، بخلاف غيره من الكتابة والرسوم وغيرها.

4. إن الكلام لا بقاء له مع الاستغناء عنه.

5. له قدرة فائقة على التعبير العام عن مراد الإنسان ومقاصده، فهو يتناول المحسوس وغير المحسوس(الآمدي، 1402هـ).

6. كثرة المعاني وتكاثرها يجعل من المتعذر– إن لم يكن من المستحيل– التعبير عنها بغير الألفاظ، فكان اللفظ أحسن وسيلة للتعبير عنها.

7. وأخيراً فإن الاحتمال في الألفاظ أقلها من الوسائل الأخرى.

لذلك يعد التعبير باللفظ وسيلة أصلية من وسائل التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي بشكل عام وقانون الأحوال الشخصية الأردني والقانون الإماراتي بشكل خاص سواء في ذلك الزواج والطلاق والرجعة والوصية وغيرها.

واللفظ من حيث دلالته على معناه نوعان:

أولاً اللفظ الصريح:

الصريح: هو ما ظهر المراد منه ظهورا بيناً بكثرة الاستعمال (البخاري، 1991).

وحكمه أنه يثبت الحكم به دون حاجة إلى نية أو قرينة، فهو لا يحتاج إلى ما وراء اللفظ ليكون منتجاً لآثاره، فاللفظ يقوم مقام المعنى (التفتازاني، د.ت).

ولا يشترط في الصريح لترتب الحكم أن يقصد المتكلم المعنى، بل يكتفى فيه أن يقصد اللفظ، فإذا قصد اللفظ يعد قاصداً للمعنى (السيوطي، 1990) ولا خلاف بين الفقهاء في انعقاد العقود والتصرفات القولية بالألفاظ الصريحة، ولكن هل تشترط الصراحة لكل التصرفات والعقود؟

وما يهمنا هو الإجابة على السؤال فيما يتعلق بقانون الأحوال الشخصية، فنقول: اشترط القانون الصراحة في اللفظ في حالة واحدة وهي انعقاد الزواج، فقد اشترط في صيغة عقد النكاح أن تكون صريحة في الدلالة على الزواج[18]، فقد نصّت المادة (7) منه على ما يأتي: « يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة (كالإنكاح والتزويج) وللعاجز عنهما بكتابته أو بإشارته المعلومة ». فغير الصريح من الألفاظ لا يقبل في موضوع الزواج.

وما أخذ به القانون هو قول الشافعية والحنابلة (الشربيني، 1994، ابن قدامة، 1997) حيث ذهبوا إلى أن الزواج لا ينعقد إلا بالألفاظ الصريحة، وهي النكاح والتزويج وما اشتق منهما، ودليلهم ما يلي (السرطاوي، 2010م):

1. قوله ﷺ: اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله[19]. وكلمة الله الواردة في القرآن الكريم هي الإنكاح أو التزويج.

2. إن غير الصريح يكون كناية، والكناية لا تعلم إلا بالنية، ونية الشخص غيب عنا، وإذا كان الزواج يشترط لصحته وجود شاهدين فأنى للشهود الاطلاع على نية العاقدين؟!

وقد أخذ القانون الإماراتي بما أخذ به القانون الأردني؛ فقد نصّت الفقرة 1 من المادة (41)على ما يأتي: « يشترط في الإيجاب والقبول: أن يكونا بلفظ التزويج أو الإنكاح ».

وهذه الصياغة أفضل من الصياغة التي أخذ بها القانون الأردني؛ لأن قول القانون الأردني في المادة (7): يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة (كالإنكاح والتزويج) فيها إيهام، فهل الإنكاح والتزويج مذكوران على سبيل المثال أم الحصر؟ وإذا كان هذان اللفظان هما اللفظين الصريحين في الزواج، ولا توجد ألفاظ صريحة غيرهما، فما هو وجه قوله كالإنكاح والتزويج؟!

أما ما عدا الزواج فلم يشترط فيه الصراحة.

فالطلاق لا يشترط لانعقاده أن يكون اللفظ المستخدم للتعبير عنه صريحاً، فهو يقع بالصريح وغيره، وهو ما نصّت عليه الفقرة أ من المادة (83): « يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة ».

فاللفظ هنا عام، شامل للصريح ولغيره، ولكنّ الفرق بينهما أن الطلاق يقع باللفظ الصريح دون حاجة إلى نية أو قصد، كما نصّت على ذلك المادة (84): « يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون الحاجة إلى نية ».

أما القانون الإماراتي فلم ينصّ على اشتراط الصراحة في الطلاق، إذ جاء في المادة (99) منه:

1– الطلاق حل عقد الزواج الصحيح بالصيغة الموضوعة له شرعا.

2– يقع الطلاق باللفظ أو بالكتابة، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة.

والصيغة الموضوعة له شرعاً تشمل الصريح والكناية كما هو مذهب المالكية (المواق، بدون تاريخ)، الذي يعد المرجع في تفسير هذه المادة بناء على نص الفقرة 2 من المادة (2) والتي جاء فيها: «تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو فحواها، ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه ».

كما أن القانون الإماراتي ذكر بعض حالات الطلاق كما في الفقرتين 1و2 من المادة (103) التي اشترط فيها قصد الطلاق، والطلاق الذي يشترط له القصد والنية هو الطلاق الكنائي.

والوصية، ونص عليها القانون في المادة (256): تنعقد الوصية بالعبارة إن كان الموصي قادراً عليها، وإلا فبالكتابة، فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت بالإشارة المعلومة.

فقد جاءت العبارة عامة ولم تخصص أو تقيد بكونها صريحة فهي شاملة للصريح وغير الصريح.

ثانياً اللفظ الكنائي:

والكناية عند العلماء هي: خلاف الصريح وهو ما استتر المراد به (البخاري، 1991).

ويُشترط للفظ ليكون كناية عن غيره الشروط الآتية (الزركشي، 1985):

1. أن يقصد المتكلم اللفظ، فإذا لم يكن اللفظ مقصوداً فلا يترتب عليه أثر.

2. أن ينوى المعنى، بالإضافة إلى قصده اللفظ، وذلك خلافاً للصريح، الذي يشترط فيه شرط واحد، وهو قصد اللفظ فقط سواء أقصد المعنى أم لا.(السيوطي، 1990).

وحكم اللفظ الكنائي أنه يثبت الحكم بالكناية كما يثبت باللفظ الصريح (التفتازاني، بدون تاريخ)، والفرق بينها وبين الصريح أن الكناية لا يترتب عليه أثرها إلا بالنية أو القرينة خلافاً للصريح.

وقد استثنى قانون الأحوال الشخصية عقد الزواج من انعقاده بالتعبير الكنائي، وما عدا ذلك فقد أجاز القانون التعبير عنه باللفظ الكنائي بشرط اقترانه بالنية، ومن هذه التصرفات التي أجاز القانون التعبير عنها بالكناية:

- الطلاق، فقد نصّت الفقرة ب من المادة (83) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يأتي: «لا يقع الطلاق بالكتابة إلا بالنية». يدل النص بإشارته[20] على أن الطلاق بالكتابة طلاق كنائي؛ لأنه اشترط النية لوقوعه، والطلاق الذي تشترط له النية هو الطلاق الكنائي، أما الصريح فيقع بلا نية[21].

ونصّت المادة (84) على ما يأتي: « يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة وما اشتهر استعماله فيه عرفاً دون الحاجة إلى نية، ويقع بالألفاظ الكنائية وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية ».

ونصّت الفقرة أ من المادة (87) على أنه: «لا يقع الطلاق غير المنجز إذا قصد به الحمل على فعل شئ أو تركه».

والمادة (90) من قانون الأحوال الشخصية الأردني: « اليمين بلفظ، عليَّ الطلاق وعليَّ الحرام وأمثالهما لا يقع الطلاق بهما ما لم تتضمن صيغة الطلاق مخاطبة الزوجة أو إضافته إليها وبنية إيقاع الطلاق ».

وقد ذهب القانون الإماراتي في المادة (103) إلى «أن الطلاق المعلق على فعل شيء أو تركه والطلاق بالحنث بيمين الطلاق أو الحرام لا يقعان إلا إذا قصد بهما الطلاق »، وهذا يعني أنهما من كنايات الطلاق.

- الرجعة حيث تتم باللفظ الكنائي، كما نصّت على ذلك المادة (98): «للزوج حق إرجاع مطلقته رجعياً أثناء العدة قولا أو فعلا، وهذا الحق لا يسقط بالإسقاط، ولا تتوقف الرجعة على رضا الزوجة، ولا يلزم بها مهر جديد ».

فالقول في هذه المادة ورد مطلقاً فيكون شاملاً للصريح والكنائي.

- الخلع: إذ لم يشترط فيه القانون أن يكون صريحا، بل يتم بكل ما يدل على مقصوده وهو حل الرابطة الزوجية بمقابل، كما نصّت على ذلك المادة (102): « الخلع الرضائي هو طلاق الزوج زوجته نظير عوض تراضيا عليه بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو ما في معناها ».

وهو ما نصّت عليه المادة (110) من القانون الإماراتي والتي جاء فيها: « الخلع عقد بين الزوجين يتراضيان فيه على إنهاء عقد الزواج بعوض تبذله الزوجة أو غيرها ».

إذ لم تشترط المادة لفظاً معيناً لحصوله.

ونصّت المادة (108) على ما يأتي: «إذا صرح المتخالعان بنفي العوض وقت الخلع كان الخلع في حكم الطلاق المحض، ووقعت به طلقة رجعية، ما لم يكن مكملا للثلاث أو قبل الدخول، فيكون بائناً ».

فالخلع هو طلاق يوقعه الزوج مقابل مال تدفعه الزوجة ويقع به الطلاق البائن، فإذا وقع الخلع مع نفي المال، كان الواقع به طلاقاً رجعياً؛ لأن الأصل في الطلاق أن يكون رجعياً إلا إذا كان على مال أو قبل الدخول أو كان المكمل للثلاث.

الفرع الثاني: التعبير بالكتابة

الكتابة: هي قول مخطوط (القرالة، 2014م)، وهي وسيلة

مهمة من وسائل التواصل والتفاهم بين البشر، وقد كان لها دور كبير في نقل العلوم والمعارف والتواصل بين الأجيال، كما كان لها إسهامها في تقدم الحياة وتطورها من خلال تقييد العلوم بالخطوط وحفظها بالكتابة ونقلها إلى الأجيال القادمة، كما أن الأجيال اللاحقة قرأت علوم السابقين المسطورة في الكتب وأضافت إليها معارفها وقيدتها وهكذا؛ ولأهمية الكتابة أقسم الله تعالى بها، فقال تعالى: ﴿ ن وَالْقَلَمِ وَمَا يَسْطُرُونَ﴾ القلم:1-2، يقول ابن كثير في معرض تفسيره لهذه الآية: « هو قسم منه تعالى، وتنبيه لخلقه على ما أنعم به عليهم من تعليم الكتابة التي بها تنال العلوم» (ابن كثير، 1419هـ).

ومن الأدلة على أن الكتابة تقوم مقام اللفظ ما يأتي (السرخسي، بدون تاريخ):

1. قوله تعالى: ﴿ اذْهَب بِّكِتَابِي هَذَا فَأَلْقِهْ إِلَيْهِمْ ثُمَّ تَوَلَّ عَنْهُمْ فَانظُرْ مَاذَا يَرْجِعُونَ قَالَتْ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ إِنِّي أُلْقِيَ إِلَيَّ كِتَابٌ كَرِيمٌ إِنَّهُ مِن سُلَيْمَانَ وَإِنَّهُ بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ أَلاَّ تَعْلُوا عَلَيَّ وَأْتُونِي مُسْلِمِينَ﴾ النمل:28-29، فقد عبّر سليمان عليه السلام عن إرادته كتابةً، وأوصل إلى ملكة سبأ ما يريد إيصاله، فقرأت ما فيه وفهمته، واتخذت القرار الذي رأته مناسباً، فالكتابة هنا قامت مقام المشافهة، وأدت ما تؤديه من معاني (القرالة، 2014م).

2. إن رسول الله (ﷺ) كان مأمورا بتبليغ الرسالة بقوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الرَّسُولُ بَلِّغْ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ ﴾ المائدة:67 ، وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان، فإنه كتب إلى ملوك الآفاق يدعوهم إلى الدين، وكان ذلك تبليغاً تاماً (السرخسي، بدون تاريخ).

ولما كان المعنى هو المقصود من اللفظ وليس اللفظ سوى وعاء ووسيلة لذلك المعنى، وبما أن الكتابة توصل المعنى كما اللفظ – لذلك كانت مثله في الأداء والتعبير.

إن الكتابة تؤدي المعنى الذي يؤديه اللفظ، ولما كان المعنى المقصود له حروف ومفهوم يؤدي عن معنى معلوم فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر.

فالكتابة هي إحدى وسائل البيان والتعبير خاصة بين الغائبين؛ لذلك قال العلماء: الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنا، فبالكتابة تستحضر الألفاظ وبالألفاظ تستحضر المعاني الذهنية، والمعاني الذهنية تدل على الموجودات الخارجية، فيحصل المقصود (المظفر، 2006).

ويشترط في الكتابة ليكون لها أثر وتعبر عن الإرادة أن تكون مستبينة، والكتابة المستبينة: هي الكتابة التي يمكن قراءتها وفهمها بعد الفراغ منها، كالكتابة على الصحيفة والحائط والأرض، أما الكتابة غير المستبينة: وهي ما يكتب على الهواء والماء وشيء لا يمكنه فهمه وقراءته (ابن عابدين، 1966).

فهذه الكتابة لا أثر لها ولا يترتب عليها شيء، لأن ما لا تستبين به الحروف لا يسمى كتابة، فكان ملحقا بالعدم، فهي كالنية بلا قول أو فعل، ومن المقرر فقهاً أن النية وحدها لا تعمل، فلو كتب طلاقاً أو ظهاراً أو بيعاً كتابة غير مستبينة، فلا طلاق ولا ظهار ولا بيع يلزمه(الكاساني، 1982م).

والكتابة المستبينة نوعان (الكاساني، 1982):

❖ كتابة مرسومة: وهي التي يكون الكتاب فيها مصدراً ومعنوناً، أي على وجه الخطاب للغير، كأن يكتب لزوجته رسالة يقول لها: أما بعد فأنت طالق، فإن علّق طلاقها بمجيء الكتاب بأن كتب: إذا جاءك كتابي فأنت طالق فجاءها الكتاب فقرأته أو لم تقرأ يقع الطلاق(الكاساني، 1982).

أو كتب كتاباً إلى غيره يقول له فيه: اشتريتُ مالك الفلاني بكذا، أو استأجرتُ دارك الفلانية بكذا، أو بعتك مالي الفلاني بكذا، فهذا كله إيجاب فإذا قبل المخاطب في الصور السابقة فقد انعقد العقد فيها جميعها وأصبح ملزماً بها.

وحكم هذه الكتابة كحكم اللفظ الصريح: يترتب عليها أثرها دون حاجة إلى نية أو قرينة، وبالتالي يمكن وضع هذه الحالة في قاعدة فقهية تنص على أن الكتابة المرسومة كصريح اللفظ.

❖ الكتابة غير المرسومة: وهي التي لا يكون الخطاب فيها مصدراً ومعنوناً، أي ليست على وجه الخطاب (الكاساني، 1982).

كأن يكتب شخص ما: زوجتي طالق، أو بعت مالي الفلاني لفلان، أو وهبت مالي الفلاني لعلان.

فالكتابة السابقة ليست على وجه المخاطبة، أي لا يخاطب بها شخص معين.

وحكم هذه الكتابة كحكم اللفظ الكنائي لا يترتب عليها أثر إلا بالنية، فإن نوى ما كتب انعقد العقد وترتب الأثر، وإن لم ينو شيئاً من ذلك فلا أثر لها، والعلة في ذلك أن الكتابة هنا تحتمل إرادة ما كتبه، وتحتمل إرادة غيره، فلا بد من الوقوف على نيته كاللفظ الكنائي.

مجلس العقد[22] في الكتابة:

من المقرر فقهاً أن العقد لا ينعقد إلا إذا صدر الإيجاب والقبول في مجلس واحد يسمى مجلس العقد، ولما كان المتعاقدان بالكتابة لا يضمهما مجلس واحد[23]؛ لذلك يعد مجلس العقد في الكتابة هو مجلس بلوغ الكتاب؛ لأن خطاب الغائب كتابه، فكأنه حضر بنفسه وخاطب بالإيجاب وقبل الآخر في المجلس.

ولم ينص قانون الأحوال الشخصية الأردني على حكم

مجلس العقد في الكتابة، خلافاً للقانون الإماراتي، الذي نص في الفقرة 4 من المادة (41) [24]على: « اتحاد مجلس العقد بين الحاضرين بالمشافهة وحصول القبول فور الإيجاب، وبين الغائبين بحصول القبول في مجلس تلاوة الكتاب أمام الشهود أو إسماعهم مضمونه أو تبليغ الرسول ولا يعد القبول متراخيا عن الإيجاب إذا لم يفصل بينهما ما يدل على الإعراض».

والفرق بين الكتاب والخطاب هو أن مجلس العقد في الكتاب يتكرر بتكرار قراءة الكتاب، خلافاً للخطاب إذ لا يتكرر بتكرار المجلس، جاء في رد المحتار:

«الكتاب والخطاب سواء إلا في فصل واحد، وهو أنه لو كان حاضرا فخاطبها بالنكاح، فلم تجب في مجلس الخطاب، ثم أجابت في مجلس آخر، فإن النكاح لا يصح وفي الكتاب إذا بلغها وقرأت الكتاب ولم تزوج نفسها منه في المجلس الذي قرأت الكتاب فيه، ثم زوجت نفسها في مجلس آخر بين يدي الشهود، وقد سمعوا كلامها وما في الكتاب يصح النكاح; لأن الغائب إنما صار خاطبا لها بالكتاب والكتاب باق في المجلس الثاني فصار بقاء الكتاب في مجلسه وقد سمع الشهود ما فيه في المجلس الثاني بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر في مجلس آخر فأما إذا كان حاضرا فإنما صار خاطبا لها بالكلام، وما وجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثاني وإنما سمع الشهود في المجلس الثاني أحد شطري العقد (ابن عابدين، 1966).

وللموجب الرجوع عن إيجابه قبل بلوغ الكتاب للطرف الآخر وقبوله؛ لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب ولو خاطب ثم رجع قبل قبول الآخر صح رجوعه فهاهنا أولى (الكاساني، 1982).

مجالات التعبير بالكتابة

ذهب القانون المدني الأردني إلى انعقاد العقد بالكتابة كوسيلة أصلية للتعبير عن الإرادة لا فرق في ذلك بين الحاضرين والغائبين، فقد نصّت المادة (93) منه على ما يأتي: « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي».

أما قانون الأحوال الشخصية الأردني فقد نص على اعتبار الكتابة وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، ولكن اختلفت قوة دلالتها بحسب موضوع الكتابة ومضمونها، حيث اعتبر الكتابة وسيلة أصلية للتعبير عن الإرادة: ومعنى ذلك أن التعبير بها يكون كالتعبير باللفظ، وهي وسيلة أصلية للقادر على النطق وللعاجز عنه.

ومن الموضوعات التي تعد فيها الكتابة وسيلة أصلية للتعبير عن الإرادة في قانون الأحوال الشخصية الأردني:

الطلاق، فقد اعتبرها وسيلة أصلية كاللفظ للتعبير عن إرادة الطلاق[25]، ولكنّه اعتبر دلالتها على الطلاق دلالة كنائية لا يترتب عليها أثر إلا بالنية كما هو مذهب الشافعية، فقد نصّت المادة(83) على ما يأتي:

أ- يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة.

ب-لا يقع الطلاق بالكتابة إلا بالنية.

فالكتابة بحسب هذا القانون وسيلة بديلة للتعبير عن الإرادة: ومعنى ذلك أن الكتابة لا تعد وسيلة للتعبير عن الإرادة إلا للعاجز عن النطق، أما القادر على الكلام فلا يصح منه التعبير بالكتابة، ومن الأمور التي اعتبرت فيها الكتابة وسيلة بديلة الأمور الآتية:

1. الزواج: حيث اعتبر الكتابة فيه وسيلة بديلة لا تقبل من القادر على الكلام، فهي وسيلة التعبير للعاجز عن النطق فقط، أما القادر عليه، فلا ينعقد زواجه إلا باللفظ الصريح، فقد نصّت المادة (7) منه على ما يأتي: « يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة (كالإنكاح والتزويج) وللعاجز عنهما بكتابته أو بإشارته المعلومة».

وهو ما ذهب إليه القانون الإماراتي في الفقرة 6 من المادة (40) التي حددت شروط الصيغة، والتي جاء فيها: « سماع كل من المتعاقدين الحاضرين كلام الآخر ومعرفته أن المقصود به الزواج وإن لم يفهم معاني الألفاظ. وفي حال العجز عن النطق، تقوم الكتابة مقامه، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة».

2. الوصية: فقد نصّت المادة (256) على ما يأتي: «تنعقد الوصية بالعبارة إن كان الموصي قادراً عليها وإلا فبالكتابة، فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت بالإشارة».

3. فوصية القادر على اللفظ لا تكون إلا باللفظ، والكتابة تكون للعاجز غير القادر، فهي وسيلة بديلة، وليست أصلية.

ولسنا مع القانون في هذا الاتجاه الذي عدّ فيه الكتابة وسيلة بديلة لانعقاد الوصية، وكان من الأفضل تيسير سبل الوصية – خاصة وأنها عقد تبرع – واعتبار الكتابة فيها وسيلة أصلية للتعبير عن الإرادة، وهو ما فعله القانون الإماراتي في المادة (246): تنعقد الوصية بالعبارة، أو بالكتابة، فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما فبالإشارة المفهومة.

ولم ينص القانون على حكم الرجعة بالكتابة، ولكن ذلك لا يعني أن الكتابة لا تكون وسيلة للتعبير عن الارتجاع؛ لأن القانون نص على انعقاد الزواج الذي هو ابتداء بالكتابة فمن باب أولى انعقادها بالكتابة التي هي استدامة للعقد السابق[26]،

كما أن المادة(98) من القانون نصّت على أن: « للزوج حق إرجاع مطلقته رجعياً أثناء العدة قولا أو فعلا، وهذا الحق لا يسقط بالإسقاط، ولا تتوقف الرجعة على رضا الزوجة، ولا يلزم بها مهر جديد».

وإذا كانت الرجعة حقاً خالصاً فله أن يمارس الحق بالكتابة كما يمارسه بالقول، ولا فرق بين أن يكون قادرا عن النطق أو عاجزاً عنه.

أما القانون الإماراتي فقد نص صراحة على اعتبار الكتابة وسيلة أصلية للتعبير عن الرجعة كالنطق سواء بسواء، فقد نصّت الفقرة 1 من المادة (109)على ما يأتي: « تقع الرجعة باللفظ، أو بالكتابة، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة، كما تقع بالفعل مع النية».

الفرع الثالث: التعبير بالإشارة

الإشارة: هي تحريك الرأس أو أحد أعضاء الجسم للإعراب عن الضمير(حيدر، د.ت).

كالإشارة باليد أو الحاجب أو رفع الرأس للأعلى للدلالة على الرفض، وخفضه للأسفل للدلالة على الرضا والقبول، وتحريكه يمنة ويسرة للدلالة على الإنكار والاستهجان (حيدر، د.ت).

وكذلك الحركة باليد أو بالأصابع.

قد يعدل الإنسان عن الكلام إلى الإشارة، فتؤدي الإشارة المقصود ما تؤديه العبارة، بدليل قوله تعالى حكايةً عن مريم: ﴿ فَأَشَارَتْ إِلَيْهِ ﴾ ففهم القوم مقصودها وغرضها من تلك الإشارة، فقالوا: ﴿... كَيْفَ نُكَلِّمُ مَنْ كَانَ فِي الْمَهْدِ صَبِيًّا ﴾ مريم:29، فالإشارة هنا قامت مقام العبارة، وأدت الغرض الذي يؤديه الكلام (القرطبي، بدون تاريخ).

ومن الأدلة الدالة على قيام الإشارة مقام الكلام قصة الأمَة السوداء التي قال لها رسول الله (ﷺ): أين الله؟ فأشارت إلى السماء، فقال (ﷺ): أعتِقْها فإنها مؤمنة[27]. فجعل إشارتها كنطقها في الإيمان الذي هو أصل الديانات.

وكذلك ما رواه أنس بن مالك قال: عدا يهودي في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على جارية فأخذ أوضاحا كانت عليها ورضخ رأسها، فأتى بها أهلها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي في آخر رمق، وقد أصمتت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم: من قتلك؟ فلان لغير الذي قتلها فأشارت برأسها أن لا قال. فقال لرجل آخر غير الذي قتلها. فأشارت أن لا، فقال: ففلان لقاتلها، فأشارت أن نعم، فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فرضخ رأسه بين حجرين[28].

جعل فيه النبي (ﷺ) إشارة الجارية التي قتلها اليهودي كنطقها بأن اليهودي قتلها، وأن من سمَّى لها غيره لم يكن هو الذي قتلها.

ولا خلاف بين العلماء في أن إشارة الأخرس معتبرة في التعبير عن إرادته(حيدر، بدون تاريخ)؛ لأنه لو لم تعتبر إشارته لما صحت معاملته لأحد من الناس، ولتعطلت مصالحه ولكان عرضة للموت جوعاً(حيدر، بدون تاريخ)، ويشترط في الإشارة لتكون معتبرة:

1. أن تكون مفهومة، فإذا لم تكن مفهومة فلا يمكن أن نرتب عليها أثراً مثلها مثل اللفظ، فاللفظ إذا لم يكن مفهوماً لا يترتب عليه أثر، عملاً بقاعدة "إذا تعذر إعمال الكلام يُهمل" (المجلة:المادة 62)

2. أن تكون مقصودة، أما الإشارة غير المقصودة كالإشارة التلقائية، أو إشارة الغافل، فلا أثر لها؛ لأن العمل بالإشارة إنما كان احتراماً لما تعبر عنه من قصد أو إرادة، فإذا تجردت عن القصد، أصبحت مجرد فعل مادي، لا فرق بينها وبين تمايل الأغصان وحركتها.

وذهب الشافعية إلى أن إشارة الأخرس نوعان(السيوطي، 1990):

1. الإشارة الصريحة: وهي التي يفهمها كل واحد من الناس، وهذه الإشارة تعتبر كاللفظ الصريح، فيترتب عليها أثرها دون حاجة إلى نية أو قرينة.

2. الإشارة الكنائية: وهي الإشارة غير الصريحة التي لا يفهمها كل واحد من الناس وإنما يختص بفهمها الفطن واللبيب من الناس، وهذه الإشارة تعد كاللفظ الكنائي لا يترتب عليها أثرها إلا بالنية أو القرينة.

وقد وقع خلاف بين العلماء في اعتبار الإشارة وسيلة أصلية أي هل هي وسيلة تعبير للأخرس ولغير الأخرس، أم إنها وسيلة بديلة لا تكون إلا للعاجز عن النطق[29].

وبالقول الأول وهو قول المالكية[30](الحطّاب، 1992) أخذ القانون المدني الأردني، فقد نصّت المادة (93) منه على ما يأتي:

التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي.

وبالقول الثاني أخذت مجلة الأحكام العدلية استناداً إلى رأي الحنفية[31]، ومن ذلك ما نصّت عليه المواد الآتية:

أ- المادة (174): ينعقد البيع بالإشارة المعروفة للأخرس.

ب- المادة (436): كما أن الإجارة تنعقد بالمشافهة، كذلك تنعقد بالمكاتبة وبإشارة الأخرس المعروفة.

ج- المادة (1586): إقرار الأخرس بإشارته المعهودة معتبر، ولكن إقرار الناطق بإشارته لا يعتبر، فمثلا لو قال أحد للناطق: هل لفلان عليك كذا دراهم فلا يكون قد أقر بذلك الحق إذا خفض رأسه.

مجالات التعبير بالإشارة في قانون الأحوال الشخصية

أخذ قانون الأحوال الشخصية بالتعبير الإشاري ولكنه عده وسيلة بديلة[32] للتعبير، فلا تصح من القادر على النطق.

ففي عقد الزواج جعل الإشارة كالكتابة من حيث ترتيبها في التعبير ومن حيث قوة دلالتها، فهي لا تقبل من القادر على النطق، فإذا كان العاقد عاجزاً عنه فله التعبير بالكتابة أو الإشارة، فقد نصّت المادة(7) من قانون الأحوال الشخصية الأردني على ما يأتي: يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة (كالإنكاح والتزويج) وللعاجز عنهما بكتابته أو بإشارته المعلومة.

أما في موضوع الطلاق فقد عد القانون الإشارة وسيلة للتعبير بديلة للتعبير عن الإرادة، وهي وسيلة مشروطة بالعجز عن الكتابة فمن كان قادرا على الكتابة فلا تقبل منه الإشارة، وهو ما نصّت عليه المادة (83):

أ- يقع الطلاق باللفظ أو الكتابة وللعاجز عنهما بإشارته المعلومة.

ب- لا يقع الطلاق بالكتابة إلا بالنية.

وهو ما أخذ به القانون الإماراتي في الفقرة 2 من المادة (99).

وكما هو الحال في الكتابة لم ينص القانون الأردني على التعبير بالإشارة في موضوع الرجعة، ولم يختلف حال الإشارة في الرجعة عن حال الكتابة، حيث لم ينص القانون على حكمها، ولكن هذا لا يعني أن لا يقول بحصول الرجعة بالإشارة، وذلك استناداً لنص المادة (324) التي جاء فيها: «تُطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو في فحواها ويُرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الذي استُمدت منه ».

بالرجوع إلى أحكام المذهب الحنفي الذي استُمِدت منه هذه المادة لم نجد لهم نصا صريحاً في حكم الرجعة بالإشارة، ولكنهم يقولون: إن الإشارة من الأخرس معتبرة وقائمة مقام العبارة في كل شيء كما يقول ابن نجيم (ابن نجيم، بدون تاريخ)؛ لذلك فإن الإشارة تكون وسيلة للتعبير عن الرجعة، ولكنها تكون وسيلة بديلة للعاجز عن النطق.

ولكن ذلك لا يعني أن الكتابة لا تكون وسيلة للتعبير عن الارتجاع؛ لأن القانون نص على انعقاد الزواج الذي هو ابتداء بالكتابة، فمن باب أولى انعقادها بالكتابة التي هي استدامة للعقد السابق[33]، كما أن المادة(98) من القانون نصّت على أن: للزوج حق إرجاع مطلقته رجعياً أثناء العدة قولا أو فعلا، وهذا الحق لا يسقط بالإسقاط، ولا تتوقف الرجعة على رضا الزوجة، ولا يلزم بها مهر جديد.

وإذا كانت الرجعة حقاً خالصاً فله أن يمارس الحق بالكتابة كما يمارسه بالقول، ولا فرق بين أن يكون قادرا عن النطق أو عاجزاً عنه.

أما القانون الإماراتي فقد نص صراحة على اعتبار الإشارة وسيلة للتعبير عن الرجعة ولكنها وسيلة بديلة لا تصح للقادر على النطق، فقد نصّت الفقرة 1 من المادة (109)على ما يأتي: تقع الرجعة باللفظ، أو بالكتابة، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة، كما تقع بالفعل مع النية.

وكذلك الحال بالنسبة للوصية، فلا يعتد بالإشارة إذا كان الموصي قادرا على الكتابة، ومن كان قادرا على النطق فلا يعتد بكتابته، فقد نصّت المادة (256)على أنه: «تنعقد الوصية بالعبارة إن كان الموصي قادراً عليها وإلا فبالكتابة، فإذا كان الموصي عاجزاً عنهما انعقدت بالإشارة».

ونحن نعتقد أن القانون تشدد نوعا ما في موضوع الوصية تشدداً غير مبرر، إذ اشترط العجز عن الكتابة لقبول الإشارة، وهو لا يتسق مع ما ذهب إليه في التعبير عن إرادة الزواج، إذ إنه في موضوع الزواج، وهو أخطر من الوصية، لم يشترط لقبول التعبير الإشاري العجز عن الكتابة، حيث عد كلاً من العبارة والإشارة بدرجة واحدة من حيث التعبير عن إرادة الزواج لمن كان عاجزا عن النطق، وهو ما نصّت عليه المادة (7): « يكون كل من الإيجاب والقبول بالألفاظ الصريحة (كالإنكاح والتزويج) وللعاجز عنهما بكتابته أو بإشارته المعلومة».

وكان من الأفضل أن يوحد القانون اتجاهه في هذا الأمر، فإما أن يقبل بالتعبير الإشاري كوسيلة بديلة للتعبير عن الإرادة، في كل من الزواج والوصية لمن كان عاجزاً عن النطق، بشرط أن يكون عاجزاً عن الكتابة، وهو ما فعله القانون الإماراتي كما نصّت الفقرة 6 من المادة (41) والتي جاء فيها: « وفي حال العجز عن النطق، تقوم الكتابة مقامه، فإن تعذرت فبالإشارة المفهومة».

وإما أن يقبله للعاجز عن النطق حتى وإن كان قادرا على الكتابة في الموضعين، إذ لا نرى مسوغا مقنعا للتفريق بين الحالتين.

الفرع الرابع: التعبير بالفعل

والمقصود بالفعل السلوك المادي للشخص، كالأخذ والإعطاء دون تلفظ بصيغة (الزيلعي، د.ت).

ويعد الفعل وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة في كثير من الأمور في الفقه الإسلامي، وفي القانون المدني[34]، أما في قانون الأحوال الشخصية فتضيق دائرته، إذ ليست كل الأمور يمكن التعبير عن إرادتها بالفعل، بل يمكن القول إن دائرة الفعل تضيق في ميدان الأحوال الشخصية لدرجة كبيرة، فعقد الزواج لا يمكن التعبير عنه بالفعل المسمى بالتعاطي[35]، وهو أن لا يذكر العاقدان شيئا من الإيجاب والقبول، بل يتراضيان على قدر من المهر وينفذه الزوج أو وكيله، وتأخذه المرأة أو وكيلها، وتسلم المرأة نفسها (ملاخسرو، بدون تاريخ). بل إن قانون الأحوال الشخصية لم يُكتف فيه بالتعبير اللفظي وإنما اشترط فيه – بالإضافة إلى ذلك– أن يكون اللفظ صريحاً[36]، مما يدل على أنه لا ينعقد بالكناية، ومن باب أولى أن لا ينعقد بالفعل[37].

وهو ما أخذ به القانون الإماراتي في المادة (41) فقد جاء فيها: « يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا بلفظ التزويج أو الإنكاح».

والطلاق لا يمكن أن يعبِر عنه مجرد الفعل، وكذلك الإيلاء والظهار والوصية، فهذه الأمور لا بد فيها من ألفاظ أو ما يقوم مقامها من الوسائل السابقة للتعبير عن إرادتها.

أما ما عدا ذلك فقد عده القانون وسيلة للتعبير عن الإرادة ومن ذلك:

للزوج التعبير عن الرجعة بالقول أو الفعل[38]، فقد نصّت المادة (92) على ما يأتي: «مع مراعاة ما نصّت عليه المادة (81) من هذا القانون فإن الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية في الحال، وللزوج حق مراجعة زوجته أثناء العدة قولاً أو فعلاً».

وهو ما نصّت عليه أيضاً المادة (98) التي جاء فيها: «للزوج حق إرجاع مطلقته رجعياً أثناء العدة قولا أو فعلا، وهذا الحق لا يسقط بالإسقاط، ولا تتوقف الرجعة على رضا الزوجة، ولا يلزم بها مهر جديد».

وهو ما فعله القانون الإماراتي، إذ عد الفعل صالحاً للتعبير عن إرادة الرجعة ولكنه اشترط فيه نية الإرجاع[39]، فقد نصّت الفقرة 1 من المادة (109) على ما يأتي: « تقع الرجعة باللفظ، أو بالكتابة، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة، كما تقع بالفعل مع النية».

وقد استثنى القانون الأردني لصحة الرجعة في التطليق للإيلاء أن تكون بالفعل وليس بالقول إلا إذا وجد عذر فتجوز بالقول، وهو ما نصّت عليه الفقرة ج من المادة (123) حيث جاء فيها: « يشترط لصحة الرجعة في التطليق للإيلاء أن تكون بالفيء فعلاً أثناء العدة إلا أن يوجد عذر فتصح بالقول».

ذهب القانون الإماراتي خلافاً للقانون الأردني إلى أن الرجوع عن الوصية كما يكون بالقول يكون بالفعل، والرجوع بالفعل يكون بتفويت المال المعين الموصى به، كما نصّت على ذلك الفقرة 4 من المادة (248) والتي جاء فيها: «يعد تفويت الموصي للمال المعين الذي أوصى به رجوعاً منه عن الوصية».

أما القانون الأردني فقد اشترط الصراحة للرجوع عن الوصية، فقد نصّت المادة (258) على ما يأتي: « يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها على أن يكون الرجوع صريحا ومسجلا لدى جهة رسمية».

ونرى أن الرجوع بالفعل هنا أبلغ من الرجوع بالقول الصريح؛ لأن تفويت المال المعين لا يمكن تفسيره إلا بالرجوع عن الوصية، كما أن العقد ينفسخ بفوات محله، وقد زال محل الوصية فترتفع معه الوصية.

الفرع الخامس: التعبير بالسكوت

القاعدة العامة في التشريع الإسلامي أنه: لا ينسب إلى ساكت قول[40](الزركشي، 1985). والسكوت لغة هو عدم الكلام، ولا يختلف مفهوم السكوت عند الفقهاء عنه عند اللغويين، فالساكت هنا هو الشخص الذي لم يصدر منه كلام أو قول يعبر عن ضميره وإرادته.

وقد وردت كلمة (ساكت) وكلمة (قول) نكرتين، ومن المقرر أصولياً أن النكرة في سياق النفي تفيد العموم(السبكي، 1984)، فيكون المعنى بناء على ذلك: لا ينسب لأي ساكت أي قول.

وهذا المعنى الذي دلت عليه القاعدة ثابت بمقتضى العقل واللغة كما يقول الطوفي، إلا إذا دل دليل على أن سكوته كالقول، حكما أو حقيقة؛ لأن السكوت عدم محض، والأحكام لا تترتب على العدم، ولا يستفاد منه الأقوال (الطوفي، 1987). ولأن " السكوت محتمل... والمحتمل لا يكون حجة (السرخسي، د.ت).

وإذا كان المقصود من القول هو التعبير عن الإرادة، فإن النتيجة الطبيعية لذلك هو أن السكوت لا يعد معبرا عن الإرادة؛ لأن انتفاء الإرادة متيقن لأنه الأصل، وثبوتها بمحض السكوت مشكوك فيه، واليقين لا يزول بالشك (الزرقا، 1968).

وقد سار قانون الأحوال الشخصية على هذه القاعدة، فلم يعد السكوت وسيلة للتعبير عن الإرادة إلا في حالة واحدة وهي حالة الامتناع عن الرد بقبول الوصية أو ردها، واستطال الوارث من ذلك، حيث عدّ سكوته عن الرد بقبول الوصية أو رفضها رفضاً للوصية، وهو ما نصّت عليه الفقرة ب من المادة (261) بقولها: « إذا لم يبد الموصى له رأيا بالقبول أو الرد،

واستطال الوارث أو من له تنفيذ الوصية ذلك أو خشي استطالته، فله أن يعذر إليه بواسطة المحكمة بمذكرة خطية تشتمل على تفصيل كاف عن الوصية، ويطلب إليه قبولها أو ردها، ويحدد له أجل لا يقل عن شهر فان لم يجب قابلا أو رادا ولم يكن له عذر مقبول في عدم الإجابة يكون رادا لها حكما».

وهذا الرأي يستند إلى القاعدة الفقهية التي تنص على أن: السكوت في معرض الحاجة بيان (الزرقا، 1968).

فالسكوت هنا ليس كالسكوت الأول، إذ الأول كان مجرداً عن كل ما يعده بياناً، أما السكوت الثاني فقد احتفت به قرائن ودلائل أخرجته عن كونه سكوتاً مجرداً؛ لذلك يسميه القانونيون بالسكوت الملابَس.

ويسمي الحنفية هذا النوع من البيان ببيان الضرورة: أي البيان الذي يقع بما لم يوضع له، فالسكوت لم يوضع للبيان، ولكنه جعل بياناً بمقتضى الضرورة أو لدفع ضرر أو غرر (البخاري، 1991).

فمن بيان الضرورة السكوت لدى الحاجة إلى البيان بما يدل عليه، أي على كون السكوت بياناً لحال المتكلم، أي الذي شأنه التكلم في الحادثة، لا أنه المتكلم بالفعل، فإن السكوت ينافيه(حيدر، د.ت).

ودليل القاعدة ما رواه أبو هريرة أن رسول الله (ﷺ) قال: «لا تنكح الأيّم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا يا رسول الله وكيف إذنها قال أن تسكت »[41].

أما القانون الإماراتي فقد اعتبر السكوت في معرض الحاجة بياناً في عدة حالات، ومن ذلك ما نصّت عليها الفقرة 1 من المادة (114) حيث جاء فيها: « لكل من الزوجين حق طلب التفريق في الحالات الآتية:

إذا حصل تغرير من الزوج الآخر أو بعلمه أدى إلى إبرام عقد الزواج، ويعد السكوت عمداً عن واقعة تغريراً، إذا ثبت أن من غرر به ما كان ليبرم عقد الزواج لو علم بتلك الواقعة».

وما نصّت عليه الفقرة 3 من المادة (152) التي اعتبرت سكوت مستحق الحضانة عن المطالبة بها مدة ستة أشهر من غير عذر، أحد أسباب سقوط حق الحضانة.

وكذلك اعتبر سكوت الموصى له عن قبول الوصية بعد علمه بها مدة ثلاثين يوماً قبولاً لها، فقد نصّت المادة (253) على أنه:

1- لا يشترط قبول الوصية فور وفاة الموصي.

2- يعد سكوت الموصى له بعد علمه بالوصية مدة ثلاثين يوماً قبولاً لها، فإن كانت الوصية محمّلة بالتزام فتمتد المدة إلى خمسين يوماً وذلك ما لم يكن هناك مانع معتبر من رده.

وهو ما فعله القانون الإماراتي؛ إذ اعتبر الفعل صالحاً للتعبير عن إرادة الرجعة ولكنه اشترط فيه نية الإرجاع، فقد نصّت الفقرة 1 من المادة (109) على ما يأتي: « تقع الرجعة باللفظ، أو بالكتابة، وعند العجز عنهما فبالإشارة المفهومة، كما تقع بالفعل مع النية ».

الخاتمة

توصلت هذه الدراسة إلى النتائج الآتية:

1. لا أثر للإرادة ما دامت حبيسة النفس مستكنة في ضمير صاحبها، ولا يترتب عليها أي أثر قانوني إذا لم تظهر إلى الوجود الخارجي بفعل مادي يدل عليها، ويستوي في ذلك الفقه الإسلامي، وقانون الأحوال الشخصية الأردني والإماراتي.

2. التعبير عن الإرادة يكون بطريقين لا ثالث لهما، وهما التعبير الصريح والتعبير الكنائي، وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية الأردني وكذلك الإماراتي اقتداء منهما بالفقه الإسلامي بهذين النوعين من التعبير، وإن اختلفت مساحة كل منهما ومجاله ومتعلقه.

3. وسائل التعبير عن الإرادة كثيرة تتخذ أشكالاً كثيرة ومتعددة، ويعد اللفظ هو الوسيلة الأصلية والمفضلة للتعبير عن الإرادة؛ فهو صالح للتعبير عن الإرادة في جميع الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية بلا فرق، ثم تليه الكتابة والإشارة، والقاعدة العامة فيهما أنهما وسيلتان بديلتان للتعبير عن الإرادة في معظم الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية، لا يصار إليهما إلا عند العجز عن النطق، أما السكوت والفعل فالقاعدة العامة فيهما أنهما لا يصلحان للتعبير عن الإرادة إلا في حالات استثنائية.

4. اشترط كل من قانون الأحوال الشخصية الأردني وكذلك الإماراتي التعبير الصريح للتعبير عن إرادة الزواج، أما ما عدا الزواج فيجوز التعبير عنه بالتعبير الكنائي.

الهوامش

(1) أي الممكن الوقوع، أي جواز وقوعه وعدم وقوعه، مثل كل الأمور الحادثة في هذا الوجود.

(2) رواه مسلم في كتاب الإيمان، باب (باب صدق الإيمان وإخلاصه)، حديث رقم 127.

(3) يقول ابن قيم الجوزية: إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة فعل أو قول، ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً...فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم، هذه قاعدة الشريعة.ابن قيم الجوزية:إعلام الموقعين، ج3، ص76.

(4) الدليل: هو ما يلزم من العلم به العلم بشيء آخر، كاللفظ الذي يعبر به العاقد عن إرادته، فإنه يعد دليلاً على قبوله رضاه. التعريفات، ص10.

(5) أنظر ما كتبه القرافي في الفرق الثامن والتسعين تحت عنوان: 98فرق بين قاعدة البقاع جعلت المظان منها معتبرة في أداء الجمعات وبين قاعدة الأزمان لم تجعل المظان منها معتبرة في رؤية الأهلة.

(6) كما لو قالت امرأة لرجل: زوجتك نفسي منك بدينار فدفع الدينار في المجلس، ولم يقل شيئاً بلسانه لا ينعقد النكاح، وإن كان بحضرة الشهود، والعلة في ذلك صيانة الأبضاع عن الهتك.الزيلعي:تبيين الحقائق ج2، ص95.

(7) ونصها: تطبق نصوص هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها في لفظها أو فحواها، ويرجع في تفسيرها واستكمال أحكامها إلى المذهب الفقهي الذي أخذت منه.

(8) عموم المجاز:هو عبارة عن استعمال اللفظ في معنى كلي شامل للمعنى الحقيقي والمعنى المجازي. انظر شرح علي حيدر للمادة(12) من مجلة الأحكام العدلية.

(9) وهو ما عبرت عنه القاعدة الفقهية التي تنص على أنه: لا عبرة بالدلالة في مقابلة التصريح، فالتعبير إما أن يتخذ شكل التصريح، وإما أن يتخذ شكل الدلالة.

(10) وهذه القاعدة نصّت عليها المجلة في المادة (13)، والقانون المدني الأردني في المادة (215)، قانون المعاملات المدنية الإماراتي (رقم: 5 / 1985) المادة (259).

(11) يقول البهوتي: دلالة الحال كالنية، بدليل أنها تغير حكم الأقوال والأفعال.الجرجاني:كشاف القناع ج5ص251.

(12) التعيين: هو ما به امتياز الشيء عن غيره بحيث لا يشاركه فيه غيره. المناوي: التوقيف على مهمات التعاريف، ص190.
كأن يقول الموصي: أوصيت لفلان بهذه الدار أو هذه السيارة، فهنا تعينت هذه الأشياء للوصية، فالوصية قد وردت عليها بذاتها، وعليه فإن تصرفه فيها تصرفاً مفوتاً لها يعد رجوعاً عنها.

(13) ومثال ذلك أن يشهد الولي على عقد الزواج، أو أن يقبض للمرأة المهر، فهذه الأفعال دليل ضمني على موافقته على الزواج.

(14) ومثال ذلك أن يعقد رجل الزواج على امرأة وهي عاملة، ثم يدخل بها وهي مازلت على ذلك، فهذا دليل ضمني على رضاه بعملها.

(15) ومثال أن يتزوج رجل إمرأة ويشترط عليها أن لا تعمل، ثم يقول بعد ذلك: أسقطت شرطي، أو رضيت بعملها، فهذا إسقاط صريح، أما إن عملت دون أن يصدر منه اعتراض على عملها، فهذا إسقاط ضمني لذلك الشرط.

(16) وهذا القول هو رأي المالكية.

(17) يقول ابن خلدون: الإنسان مدني بالطبع أي لا بد له من الاجتماع الذي هو المدينة في اصطلاحهم وهو معنى العمران. وبيانه أن الله سبحانه خلق الإنسان وركبه على صورة لا يصح حياتها وبقاؤها إلا بالغذاء وهداه إلى التماسه بفطرته وبما ركب فيه من القدرة على تحصيله إلا أن قدرة الواحد من البشر قاصرة عن تحصيل حاجته من ذلك الغذاء غير موفية له بمادة حياته منه ولو فرضنا منه أقل ما يمكن فرضه وهو قوت يوم من الحنطة مثلا فلا يحصل إلا بعلاج كثير من الطحن والعجن والطبخ وكل واحد من هذه الأعمال الثلاثة يحتاج إلى مواعين وآلات لا تتم إلا بصناعات متعددة من حداد ونجار وفاخوري. وهب أنه يأكله حبا من غير علاج فهو أيضا يحتاج في تحصيله أيضا حبا إلى أعمال أخرى أكثر من هذه من الزراعة والحصاد والدراس الذي يخرج الحب من غلاف السنبل ويحتاج كل واحد من هذه آلات متعددة وصنائع كثيرة أكثر من الأولى بكثير ويستحيل أن تفي بذلك كله أو ببعضه قدرة الواحد فلا بد من اجتماع القدر الكثيرة من أبناء جنسه ليحصل القوت له ولهم فيحصل بالتعاون قدر الكفاية من الحاجة لأكثر منهم بأضعاف.المقدمة، ص41.

(18) وقد انعقد الإجماع على انعقاد الزواج بهذين اللفظين، ابن قدامة: المغني، ج9ص460، مسألة 5291.

(19) رواه البيهقي في السنن الكبرى، كتاب القسم والنشوز، باب ما جاء في ضربها، حديث رقم1517.

(20) وتسمى هذه الدلالة بدلالة الإشارة: هي دلالة اللفظ على حكم غير مقصود ولا سيق له النص ولكنه لازم للحكم الذي سيق لإفادته الكلام وليس بظاهر من كل وجه.صالح:تفسير النصوص 478/1.

(21) المادة (84) من قانون الأحوال الشخصية الأردني: يقع الطلاق بالألفاظ الصريحة دون حاجة على نية، وبالألفاظ الكنائية– وهي التي تحتمل معنى الطلاق وغيره– بالنية.

(22) مجلس العقد: هو الحالة التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على إبرام العقد.

(23) وهو ما نصّت عليه المادة (6) من القانون الأردني والتي جاء فيها: ينعقد الزواج بإيجاب من أحد الخاطبين أو وكيله وقبول من الآخر أو وكيله في مجلس العقد.

(24) التي تتحدث عن شروط الإيجاب والقبول.

(25) وقد ذهب بعض الفقهاء كابن حزم إلى أن الطلاق لا يكون إلا باللفظ، فلا يقع الطلاق بالكتابة، المحلى، ج9ص436.

(26) يقول الكاساني عن الرجعة: وعندنا هي استدامة النكاح فلا تختص بالقول. بدائع الصنائع، ج5، ص181.

(27) رواه البخاري في كتاب الطلاق، باب الإشارة في الطلاق والأمور، حديث رقم4989.

(28) رواه البخاري في كتاب الطلاق، باب الإشارة في الطلاق والأمور، حديث رقم 5295.

(29) وهو ما أخذ به الحنفية، يقول الكاساني: ولو حلف لا يتكلم بسر فلان ولا بمكانه فكتب أو أشار لا يحنث لأن الكتابة والإشارة ليست بكلام وإنما تقوم مقامه.بدائع الصنائع ج3ص54.

(30) يقول الحطاب في كتابه مواهب الجليل ما نصه: وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم به البيع وسائر العقود، ج4ص229.

(31) والقاعدة عندهم أن: الإشارات المعهودة للأخرس كالبيان باللسان المجلة المادة (المادة 70).

(32) يقول علي حيدر: الكتابة والإشارة بدرجة واحدة تقريبا من حيث الدلالة على المراد وإليك ما يختلفان فيه من النقاط: فالكتابة مقدمة على الإشارة من حيث إنها تتضمن ما يقصده الكاتب عيناً، والإشارة مقدمة على الكتابة من حيث إنها تكون بالرأس واليدين وهما العضوان اللذان يستعين بهما المتكلم للإعراب عن ضميره. فعليه قد جعل للأخرس الخيار بين أن يستعمل الكتابة في التعبير عن أفكاره؛ لأنه لا مرجح لواحدة منهما على الأخرى.درر الحكام ج1ص71.

(33) يقول الكاساني عن الرجعة: وعندنا هي استدامة النكاح فلا تختص بالقول. بدائع الصنائع، ج5، ص181.

(34) تنص المادة (93) من القانون المدني الأردني على ما يأتي: التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي.

(35) يقول الزيلعي: وهذا العقد لا ينعقد بالتعاطي مبالغة في صيانة الأبضاع من الهتك.تبيين الحقائق ج2ص95.

(36) المادة (7).

(37) يقول الصاوي: وأولى إن لم تقع أصلاً- أي الصيغة- كالمعاطاة. بلغة السالك ج2ص387.

(38) ومثال الفعل المعاشرة الجنسية والتقبيل والنظر إلى عورتها.ابن عابدين: رد المحتار، ج3، ص399.

(39) وهو ما نص عليه المذهب المالكي إذ يشترطون يكون مع الفعل وجود نية الارتجاع.الدسوقي: حاشية الدسوقي ج2ص417.

(40) هذه القاعدة من صناعة الإمام الشافعي رحمه الله حيث يقول في كتابه الأم:
ولا ينسب إلى ساكت قول قائل ولا عمل عامل إنما ينسب إلى كل قوله وعمله.الشافعي: الأم، ج1، 178، ج6، ص618. والمقصود بـ (لا ينسب): أي لا يضاف. وساكت: اسم فاعل، من سكت والمقصود بـ (قول): هو ما تلفظ به اللسان والمقصود به هنا الكلام المفيد الذي يتكون من كلمتين بالإسناد.

(41) رواه مسلم في كتاب النكاح، باب استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، حديث رقم1419.

المصادر والمراجع

الآمدي، ع. 1402هـ، الإحكام في أصول الأحكام، تعليق عبد الرزاق عفيفي، ط2، ج1ص13.

البابرتي، م. د.ت، العناية شرح الهداية، ط2، بيروت، دار الفكر، ج4ص5.

البخاري، ع. 1991م، كشف الأسرار عن أصول البزدوي، ضبط وتعليق محمد المعتصم بالله البغدادي، ط1، بيروت، دار الكتاب العربي، بيروت، ج1ص65، ج3ص147، ج4ص628.

البيهقي، أ. 1344 هـ، السنن الكبرى وفي ذيله الجوهر النقي، ط1، حيدر آباد، مجلس دائرة المعارف النظامية، ج7ص304.

التفتازاني، م. د.ت، شرح التلويح على التوضيح، بدون طبعة، مصر، مكتبة صبيح، ج1 ص 234، 235.

الجرجاني، ع. 1983م، التعريفات، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ص109.

ابن حزم، ع. د.ت، **المحلى بالآثار، بيروت، دار الفكر**، ج9ص436.

الحطاب، م. 1992م، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، ط3، بيروت، دار الفكر، ج4ص229.

حيدر، ع. د.ت، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهد الحسيني، بدون طبعة، بغداد، مكتبة النهضة، ج1ص31، 66، 70، 71، 328.

ابن خلدون،ع. د.ت، مقدمة ابن خلدون، بدون طبعة، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ص41.

الدسوقي، م. د.ت، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج2ص366.
دغش، م. 2008م، المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة دراسة مقارنة، رسالة ماجستير جامعة النجاح الوطنية، ص12.
الرازي، م. 1412هـ، المحصول في علم الأصول، تحقيق طه جابر، ط 2، بيروت، مؤسسة الرسالة، ج1ص193.
الزرقا، م. 1968م، المدخل الفقهي العام، ط10، دمشق، مطبعة طربين، ج1ص51، ج2 ص 967، 973.
الزركشي، م. 1985م، المنثور في القواعد، ط2، الكويت، وزارة الأوقاف الكويتية، ج2 ص310.
الزيلعي،ع. د.ت، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط2، بيروت، دار الكتاب الإسلامي، ج2 ص95.
السرخسي، م. 1973م، المبسوط، تحقيق: أبي الوفا الأفغاني، بد ون طبعة، بيروت، دار المعرفة، ج5ص16، ج30ص140.
السرطاوي، م. 2010م، شرح قانون الأحوال الشخصية الأردني، ط3، عمان، دار الفكر، ص30.
السنهوري، ع. 1964م، الوسيط في شرح القانون المدني، بدون طبعة، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج 1ص146-148.
السيوطي، ع. 1990م، الأشباه والنظائر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ص214، 312.
الشافعي، م. 1990م، الأم، بدون طبعة، بيروت، دار المعرفة، ج1ص178، ج6ص618.
الشربيني، م. 1994م، مغني المحتاج، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ج4ص228.
صالح، م، 1984م، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ط3، بيروت، المكتب الإسلامي، ج1ص478.
الصاوي، أ. د.ت، حاشية الصاوي على الشرح الصغير، بيروت، دار المعارف، ج2ص387.
الطوفي، س. 1987م، مختصر شرح الروضة، بيروت، مؤسسة الرسالة، ج3ص84.
ابن عابدين، م، 1966م، رد المحتار على الدر المختار، ط2، بيروت، دار الفكر، ج 3ص246، 399، ج4ص514.
ابن العربي، م، 2003م، أحكام القرآن، راجع أصوله وخرج أحاديثه وعلَّق عليه: محمد عبد القادر عطا، ط3، بيروت، دار الكتب العلمية، ج1ص285.
ابن فارس، أ. 1997م، معجم مقاييس اللغة، بيروت، دار الفكر، ج3ص347، ج4ص207.
ابن قدامة المقدسي، ع. 1997م، المغني، تحقيق: الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركي، والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، ط3، الرياض، عالم الكتب، ج9ص460.
القرافي، أ. 1988م، الأمنية في إدراك النية، تحقيق: مساعد بن فالح القاسم، ط1، الرياض، مكتبة الحرمين، ص141.
القرالة، أ. 2014م، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، ط1، الأردن، الأكاديميون للنشر والتوزيع، ص103، 115، 116، 126.
القرطبي، م. د.ت، الجامع لأحكام القرآن، بيروت، دار الفكر، ج11ص30.
ابن قيم الجوزية، م. د.ت، إعلام الموقعين، بيروت، دار الكتب العلمية، ج3ص76.
الكاساني، ع. 1982م، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط2، بيروت، دار الكتاب العربي، ج3ص54، 109، ج5ص138، 181.
ابن كثير، إ. 1419هـ، تفسير القرآن العظيم، تحقيق: محمد حسين شمس الدين، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ج8ص205.
المظفر، م. 2006م، المنطق، ط3، دار التعارف للمطبوعات، ص32.
المناوي، م. 1410هـ، التوقيف على مهمات التعاريف، تحقيق د. محمد رضوان الداية، ط1، بيروت، دار الفكر، ص190.
منلاخسو، م. د.ت، درر الحكام شرح درر الأحكام، بيروت، دار إحياء الكتب العربية، ج1ص328.
ابن نجيم، ز. 1985م، الأشباه والنظائر، ط1، بيروت، دار الكتب العلمية، ص312، 379.
النووي، م. 1392هـ، المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، ط2، بيروت، دار إحياء التراث العربي، ج2ص144.
ابن الهمام، م. د.ت، فتح القدير بدون طبعة، دار الفكر، ج8ص254.

Means of theExpression of the Willpower in the Jordanian Personal Status Law: A Comparative Study with the UAE Law

Ahmad Al-Qaraleh, Mohammad K. Al-Omari, Mohammad A. Al-Omari *

ABSTRACT

The present study aims at identifying the importance of the means of expression of the willpower in order to construct legal and Islamic effects of such willpower. It also aims at identifying the means which facilitate such expression. The mean/s, in this study, is intended to indicate the form that willpower is categorized by.The study revealed that the methods used by such means to express the willpower. The Jordanian Personal Status Law and the UAE Law were the scope and the limitations of this study.

Keywords: Personal Status, Expression of the Willpower.

* Faculty of Sharia, Alalbayt University, Jordan. Received on 9/2/2015 and Accepted for Publication on 30/3/2015.