

## دور العرف في وسائل التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة

للدكتور عبد السميع أبو الخير (٠)

الحمد لله رب العالمين، وصلى اللهم وسلم وبارك على  
رسول الشريعة الخالدة، سيدنا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين  
أما بعد -

فلا ريب أن المشرع الإسلامي يعتد بالعرف الذي لا يصادم  
نفاً أو إجماعاً يقينياً، وهو ما يمثل آية صدق على مرونة الفقه  
الإسلامي وتجده، وذلك بحسب أن العرف الصحيح يمثل إحدى  
الوسائل الشرعية لمواكبة التطور البشري والتغير الزماني  
والمكاني، ولا شك أن ذلك يدحض ما يروجه أعداء الإسلام من  
إتهام للفقه الإسلامي بالجمود وعدم الصلاحية لمواجهة ما يجد من  
أحداث الحياة.

ولقد كانت الشريعة الإسلامية هي أساس التشريع والقضاء  
في العالم الإسلامي كله قرابة ثلاثة عشر قرناً، دخلت فيها مختلف  
البيئات وحكمت فيها شتى الأجناس والتقت فيها بعدد من  
الحضارات، ولكنها ما ضاقت يوماً بجديدها، ولا قعدت عن الوفاء  
بطلبها، بل كان عندها لكل مشكلة علاج ولكل حادثة حديث.

ولقد نوه فقهاء الشريعة الإسلامية بالعرف الصحيح شرعاً،  
وبنوا عليه كثيراً من الأحكام رعاية لمصالح الناس المتمثلة في  
أقارامهم على ما ألفوه وتعارفوه واستقر عليه أمرهم وذلك من باب

(٠) أستاذ القانون المدني المساعد - كلية الشريعة والقانون - القاهرة

٣٥ - مجموع الفتاوى الكبرى لشيخ الإسلام ابن تيمية (١٣٠٠هـ)  
- مطبعة الحكومة مكة المكرمة ١٣٣٥هـ - ج ١٥ ص ١٥٠  
٣٦ - الفتاوى لشيخ الإسلام ابن تيمية (١٣٠٠هـ)  
- مطبعة دار الفقه الإسلامي - القاهرة ١٩٧٤هـ - ج ١ ص ١٥٠

٣٧ - الفتاوى والشرح الكبير لشيخ الإسلام ابن تيمية (١٣٠٠هـ)  
- مطبعة دار الفقه الإسلامي - القاهرة ١٩٧٤هـ - ج ١ ص ١٥٠  
٣٨ - المقتضب للإمام موفق الدين عبد الله بن أحمد بن حنبل  
القدس مع حاشية ط. ثالثه - ١٩٧٣هـ

٣٩ - المحلى أبو محمد علي بن محمد بن سعيد بن عمار  
الظاهري - مطبعة دار الفكر - تحقيق الأستاذ أحمد شاكر

٤٠ - الطهارة المعنوية ودراسة شرعية لدراسة عبد الله  
تأليف د/ سعد الدين محمد حلال ط. أول الطبعة ١٩٧٤هـ  
الطبعة بالمصورة

رفع الحرج إعمالاً لقول الله تعالى: ﴿هو إجتباكم وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ (١) وتحقيقاً لليسر الذي أرادة الله بهذه الأمة مصداقاً لقوله تعالى: ﴿يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر﴾ (٢).  
ويعلم الثناء من دراسى الفقه الإسلامى مدى الأهمية البالغة التى أنزلها الشارع الإسلامى للعرف الصحيح وبخاصة فى مجال المعاملات المالية، حتى مثلت الأحكام المبنية على العرف جزءاً هاماً من ثروتنا الفقهية الخالدة.

وتنصب عناية هذا البحث المتواضع على دراسة جانب من الأحكام الشرعية التى كان للعرف فيها أثر بالغ الأهمية وهو ذلك الجانب المتمثل فى وسائل التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى بحسب أن الرضا يمثل الركن الركين فى نشأة العقد الذى يعتبر المصدر الرئيسى للإلتزام سواء فى ظل الفقه الإسلامى أو فى ظل القانون المدنى الوضعى.

ومن المعلوم أن وسائل التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى تتمثل فى اللفظ والكتابة والإشارة والفعل المعبر عنه فقها بالمعاطاه، وذلك فضلاً عن اعتبار الشارع الإسلامى للسكوت كوسيلة للتعبير عن الإرادة بالقبول متى كان ذلك السكوت موصفاً أو ملابساً.  
وما من شك فى أن العرف كان له دور بالغ الأهمية فى هذا الصدد.

وعلى سبيل المثال: فإن التعبير عن الإرادة باللفظ قد يكون صريحاً وقد يكون كنايةً بيد أن العرف كان له دور هام فى معيار

(١) سورة الحج الآيتة ٧٨.

(٢) سورة البقرة الآيتة ١٨٥.

التفرقة بينهما، كما كان للعرف دوره البالغ فى عدم ضرورة التقيد بصيغة زمنية معينة للفظ خلافاً لما كان يراه قدامى الفقهاء من ضرورة استعمال صيغة الماضى مثلاً فى كثير من الحالات.

والأمر كذلك فى مجال التعبير عن الإرادة بالكتابة فقد كان قدامى الفقهاء يرون جواز استعمالها بين الغائبين فقط ومن ثم قضوا بعدم جواز استعمالها بين حاضرين إلا لضرورة.

والأمر كذلك بالنسبة للإشارة حيث كان الفقه فيما مضى يقصر استعمالها على الأخرس دون غيره، وذلك فضلاً عما كان للفقه قديماً من تحفظ على استعمال الفعل فى التعبير عن الإرادة.

وهنا نهض العرف بدوره المنوط به شرعاً كما سنراه إن شاء الله.

وتعرض هذه الدراسة لدور العرف إزاء تلك الوسائل فى مطالب خمسة:

المطلب الأول: دور العرف فى إطار التعبير عن الإرادة باللفظ.

المطلب الثانى: دور العرف فى شرعية التعبير عن الإرادة بالكتابة بين حاضرين.

المطلب الثالث: دور العرف فى شرعية التعبير عن الإرادة بالإشارة من غير الأخرس.

المطلب الرابع: دور العرف فى شرعية التعبير عن الإرادة بالفعل عن طرفى التعاقد.

المطلب الخامس: دور العرف فى شرعية اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة بالقبول.

ولله المنة من قبل ومن بعد وله الحمد فى الأولى والآخرة وهو سبحانه ولى التوفيق

## المطلب الأول

### دور العرف في إطار التعبير عن الإرادة باللفظ

#### تمهيد وتقسيم:

من المعلوم ان اللفظ هو الأصل في التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي، إلا أننا نجد أن العرف قد قام بدور مؤثر في هذا الصدد، سواء في التفرقة بين الصريح والكنائي من تلك الألفاظ أو في تعيين الصورة اللفظية الدالة على إرادة المتعاقد، ونعرض لذلك فيما يلي:

#### ١- دور العرف في التفرقة بين الصريح والكنائي من الألفاظ:

من المعلوم أن الفقه الإسلامي يقسم الألفاظ من حيث ظهور المراد منها على نحو محدد أو عدم ظهوره إلى تعبير صريح وتعبير كنائي.

ومن المعلوم كذلك أن التعبير الصريح ينطوي على تدرية ذاتية تحدد المعنى الذي يدل عليه اللفظ بحيث يسبق هذا المعنى إلى فهم السامع بمجرد سماعه له، نظراً لكونه موضوعاً لمعنى معين لا يفهم منه غيره عند الإطلاق كعبت واشترت.. إلخ ومن ثم عرفه

الأصولين بأنه «إسم لما فهم معناه منه بنفسه» (١). أو هو اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق» (٢) أو هو «إسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد منه عند السامع» (٣).

وذلك على خلاف التعبير الكنائي الذي تعجز ألفاظه عن تحديد المعنى المقصود منه لاحتماله أكثر من معنى، ومن ثم عرف الأصوليون بأنه «ما ستر المراد منه في نفسه حقيقة أو مجازاً» (٤).

وبالتالي فإن تحديد المعنى الذي يهدف إليه الناطق بهذا التعبير الأخير إما يحتاج إلى نية أو قرينة مصاحبة أو بيان لاحق عليه حتى يمكن ترتيب آثاره الشرعية عليه ولقد أرجع الأصوليون السبب في ظهور وتحديد معنى اللفظ الصريح واستتار هذا المعنى في التعبير الكنائي أرجعوا ذلك إلى كثرة الاستعمال العرفي للأول دون الأخير، وذلك هو ما عبر عنه الشيخ الأزميري في حاشيته على المرأة بقوله «إن منشأ الاستتار في الكناية ليس قصد التكلم بالاستتار بل قلة الاستعمال كما أن منشأ الظهور في الصريح إلى كثرة الاستعمال» (٥). وذلك هو ما استتبع قضاء الفقهاء بالاحتكام إلى العرف للتمييز بين التعبير الصريح والتعبير الكنائي إذ يقول الإمام ابن الهمام «العرف هو الموجب لثبوت الصراحة».

وتأصيل ذلك: أن استقرار العرف على استعمال لفظ معين في معنى معين يدل عليه بمجرد سماعه إنما يستتبع وجود الثقة في

هذا اللفظ والاطمئنان إلى فحواه، نظراً لاستقراره، في وجدان المجتمع وذاكرته، وذلك هو ما يستلزم وجوب الاعتداء به ومنحه الأولوية على باقي المعاني التي توارت أمامه والتي لا محل للاعتداد بها (١). وهنا يتبدى جلياً دور العرف، إذ من الممكن أن يستتبع كثرة الاستعمال العرفي للفظ كناية في مراد معين بحيث يتبادر معناه المحدد إلى ذهن السامع بمجرد سماعه يستتبع تحول هذا اللفظ من كناية إلى صريح حيث "إن لوجود العرف وغلبه الاستعمال وعدمه الأثر في صراحة الصيغ وكنايتها، فقد يغلب على الألسنة استعمال صيغة من الصيغ في مراد خاص فيتبادر منها فتصير صريحاً لا يفتقر إلى نية وقرينة كما في الحقيقة العرفية منقولة أو مرتجلة، والحقيقة اللغوية التي أقرها العرف والمشارك الذي جرى العرف على استعماله في أحد معانيه والمجاز المتعارف، وقد يحتمل اللفظ معاني ولا يغلب استعماله في أحدها فيستتر المراد منه فيكون كناية ولا يرتب عليه أثره إلا مع نية أو قرينة حالية أو مقالية كما في المشترك والمجاز غير المتعارفين إذا خفيت قرينتهما (٢) وذلك هو ما عبر عنه الإمام القرافي بقوله "مهما تجدد العرف فاعتبره ومهما سقط فأسقطه.." وعلى هذه القاعدة تخرج إيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات، فقد يصير الصريح

(١) انظر في هذا المعنى: د/ وحيد الدين سوار في رسالته التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ف ٣١٢ ص ٣٠٦، ٣٠٧  
 أستاذنا الدكتور السيد صالح في رسالته أثر العرف في الشريعة الإسلامية ط ١٩٨١ ص ٢٨٤.  
 (٢) فضيلة الأستاذ الدكتور أحمد فهمي أبو سنه في رسالته العرف والعادة في رأى الفقهاء ط ١٩٤٧ ص ١٤٨.

كناية يفتقر إلى النية وقد تصير الكناية صريحاً مستغنياً عن النية (١).

ولعل من أبرز الأمثلة على دور العرف في هذا الصدد أن تدامى الفقهاء كانوا يعتبرون قول الزوج لزوجيه أنت على حرام من تليل الكناية في الطلاق، إن نواه وقع والافلا، وذلك نظراً لأن هذا اللفظ كان يحتمل أكثر من معنى، فقد كان يحتمل اتجاه إرادة الزوج إلى منعها من متع الزواج كما يحتمل الكذب في وصفها بالتحريم لأنها حلال في الواقع وذلك فضلاً عن أنه كان يحتمل اتجاه إرادة الزوج إلى تحريمها عليه بطلاق رجعي أو بائن، وإزاء هذه الاحتمالات قضى جمهور الفقهاء قديماً باعتبار هذا اللفظ من تليل كنايات الطلاق.

بيد أن العرف الذي استقر فيما بعد قد جرى على استعمال هذا اللفظ للدلالة على الرغبة في الطلاق دون سواه، وهنا تبدلت الفتوى إعمالاً للعرف، وقضى جمهور المتأخرين من الفقهاء بصراحة هذا اللفظ في التعبير عن الإرادة بالطلاق ومن ثم قضوا بأن استعماله في هذا الصدد لا يحتاج إلى نية (٢).

(١) الفروق للقرافي ح ١ ص ١٧٦.

(٢) انظر في ذلك:

فتح القدير ح ٤ ص ٣٧٣ - ورد المختار على الدر المختار أو حاشية ابن عابدين ح ٢ ص ٤٦٩، الفروق للقرافي ح ١ ص ١٧٦، ٤٠ - شرح الصاوي على الدردير ح ١ ص ٤١٥، المجموع للنووي ح ٨ ص - أعلام الموقعين ح ٣ ص ٦٠ وما بعدها  
 وأنظر كذلك:

العرف والعادة المرجع السابق ص ١٤٨ - ١٥٠، التعبير عن الإرادة المرجع السابق ف ٣١٠ ص ٣٠٦ / ٣٠٨ - أثر العرف في التشريع الإسلامي - المرجع السابق ص ٢٨٤ / ٢٩٠.

وتجدد الإشارة في هذا الصدد إلى الملاحظات التالية:

### الملاحظة الأولى:

أن تقسيم الفقهاء لصيغ التعبير عن الإرادة إلى صريحة وكنائية لا يقتصر على اللفظ وحده.

فقد توصف الكتابة في بعض الأحوال بأنها تعبير صريح متى أنبأت بمعنى محدد يفهمه القارئ بمجرد قراءته لما هو مكتوب، ومن ثم اعتبر فقهاء الأحناف أن تعبير الزوج عن إرادته بالطلاق بمقتضى الكتابة إلى زوجته على وجه المخاطبة (١) إنما هو تعبير صريح متى كان الكتاب مصدراً إلى الزوجة ومعنوياً بعنوانها كما هي الحال فيما لو كتب رجل إلى زوجته يا فلانة أنت طالق (٢).

ومثال ذلك أيضاً ما لو كتب الموجب إلى الموجب إليه قائلاً إنى اشتريت منك كذا بكذا.

وما كانت الكتابة على هذا الوجه من قبيل التعبير الصريح إلا لأنها تدل على الإرادة القطعية ممن وجهها.

والأمر على غير ذلك فيما لو كانت الكتابة غير معبرة عن الإرادة تعبيراً قاطعاً كما هي الحال في الكتابة التي لا تكون على وجه المخاطبة، كأن يكتب شخص على الورق أو على لوح «أمراته

(١) والكتابة على وجه المخاطبة هي التي يسميها الفقهاء بالكتابة المرسوفة المستبينة.

(٢) انظر في ذلك:

البدايع - ٣ ص ١٠٩ حيث يعلل لذلك قائلاً لأن «الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب قصار كأنه خاطبها بالطلاق عند الحضرة فقال لها أنت طالق... فإذا قال ما أردت به الطلاق فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره فلا يصدق».

طالق» حيث تحتمل هذه العبارة المكتوبة على هذا النحو التعبير عن إرادة الزوج بالطلاق، وقد تحتمل الكناية لتجويد الخط مثلاً، ومتى تعددت الاحتمالات فإن التعبير المكتوب على هذا الوجه يكون كنايةاً (١).

### والأمر كذلك بالنسبة للإشارة

فقد يكون التعبير بها صريحاً وقد يكون كنايةً، وهو الأمر الذي وضع له الفقه الشافعي ضابطاً يتمثل في اعتبار الإشارة من تيل التعبير الصريح كلما كان فهمها مقدوراً للرجل العادي أو المتوسط وذلك على خلاف ما لو كان فهم مدلولها يقتصر على الرجل الذكي وحده فإنها تكون حينئذ من قبيل الكنايات (٢).

ويصدق ما تقدم على التعبير عن الإرادة بمقتضى الفعل (التعاطي).

إذ قد يكون التعبير به صريحاً وقد يكون كنايةً. وقد مثل الفقه لذلك بما لو تبين لمشتري الدابة أن بها عيباً قبل أن

(١) انظر في ذلك البدايع في المرجع والموضع السابق حيث يقول «وأما النوع الثاني فهو أن يكتب على قرطاس أو لوح أو حائط كتابة مستبينة لكن لا على وجه المخاطبة «أمراته طالق» فيسأل عن نيته فإن قال نويت الطلاق وقع وإن قال لم أنويه صدق في القضاء لأن الكتابة على هذا الوجه بمنزلة الكناية لأن الإنسان قد يكتب على هذا الوجه ويريد به الطلاق وقد يكتب لتجويد الخط فلا يحمل على الطلاق إلا النية».

(٢) وفي ذلك يقول الإمام الرملي في نهاية المحتاج - ٣ ص ١١ بصدده حديثه عن إشارة الأخرس «إن فهمها - أي الإشارة - كل أحد فصريحة أو الفطن وحده فكناية وحينئذ فيحتاج إلى إشارة أخرى».

كما ذكر أيضاً في المرجع السابق - ٥ ص ١٦٣ بصدده حديثه عن نكاح الأخرس، «وينعقد نكاح الأخرس بإشارته التي لا يختص بفهمها الفطن».

يتسلمها من البائع، وكان هذا العيب مما يخوله الرجوع بالضمان فيما لو أراد.

يبد أنه مع ذلك تسلم الدابة من المشتري وركبها بالفعل، إذ يعتبر ركوبه لها في تلك الحالة بعد تسلمها مسقطا لحقه في الرجوع على البائع بضمان العيب.

ولا يلتفت في تلك الحالة للبائع عن تسلم الدابة وركوبها نظراً لصراحة الفعل المعبر عن إرادته في إسقاط حقه جزئياً إعمالاً لما جرى عليه العرف.

والأمر على خلاف ذلك في حالة خيار الشرط إذ يمكن أن يقال عن نفس المثال السابق، إن ركوب المشتري صاحب خيار الشرط لتلك الدابة يحتمل انصراف قصده إلى التجربة، كما يحتمل انصراف إرادته إلى إسقاط حقه في الخيار، ومع تعدد الاحتمالات في تلك الحالة فإن الفعل يكون من قبيل الكناية التي تقتقر إلى النية (١).

(١) انظر في ذلك البدائع ح ٥ ص ٢٧٠ حيث جاء فيه.

«ولو كان المبيع دابة فإن ركبها لحاجة في نفسه كان إجازة وإن ركبها ليسقيها أو يشتري لها علفاً أو ليردها على بائعها فالقياس أن يكون إجازة لأنه يمكنه أن يفعل ذلك قوداً وفي الاستحسان لا يكون إجازة وهو على خياره لأن ذلك مما لا بد منه خصوصاً إذا كانت الدابة صعبة لانتقاد بالقوة فكان ذلك من ضرورات الرد فلا يجعل إجازة، ولو ركبها لينظر إلى سيرها لا يبطل خيار. لأنه لا بد من ذلك للإختيار بخلاف خيار العيب أنه إذا ركبها بعد ما علم بالعيب أنه يبطل خياره لأن له منه بدا ولا حاجة إلى الركوب هناك لمعرفة سيرها فكان ذلك دليل الرضا بالعيب».

### الملاحظة الثانية:

أن المشرع لم يقصر دور العرف - في هذا الصدد - على التمييز بين الصريح والكنائي من الألفاظ ولكنه أقر كذلك ما جرى عليه العرف من استعمال بعض الألفاظ في معان معينة لا تقتضيها اللغة متى تبادر معناها العرفي إلى ذهن السامع بمجرد سماعه لها وذلك هو ما أشار إليه الإمام القرافي بقوله «الحقائق العرفية مقدمة على الحقائق اللغوية» (١).

ومرد إقرار المشرع لما جرى عليه العرف في هذا الصدد أن هجر المجتمع للمدلول اللغوي أو الأصلي للفظ إنما يستتبع نقل معناه إلى ما استقر عليه العرف ويعتبر هذا النقل بمثابة وضع جديد لمعنى اللفظ فتصير بذلك حقيقة عرفية في معناه.

ولما كان العرف هو المناط في صراحة اللفظ كما تقدم قضى الفقهاء بتلك القاعدة التي مفادها أن الحقيقة العرفية مقدمة على الحقيقة اللغوية، وذلك هو ما عبر عنه الشيخ اللكنوي بقوله «إنما نزلت الحقيقة بدلالة العادة لأن الكلام موضوع للإفهام فإذا كان استعمالاً عرفياً وتقل عن معناه اللغوي فهذه العادة - أي عادة الاستعمال - رجحت إرادته فيترك معناه الحقيقي» (٢).

ولقد ضرب الفقهاء الكثير من الأمثلة لهذه القاعدة. ومنها ما يلي.

(١) القرافي في الفروق ح ١ ص ١٧٣ والحقيقة العرفية هي ما شتهر فيها المدلول العرفي للفظ على المدلول اللغوي أو الأصلي له.

(٢) انظر حاشية اللكنوي على كشف الأسرار للنسفي ح ١ ص ١٨٢.

## موقف الفقه القانوني من اعتبار العرف مناطاً للتمييز بين الصريح والضمني:

من المسلم به أن وصف التعبير عن الإرادة بكونه صريحاً أو ضمناً يصدق على سائر وسائل التعبير عن الإرادة، سواء تمثلت تلك الوسيلة في اللفظ أو الكتابة أو الإشارة... إلخ.

ولا ريب أن التعبير يكون صريحاً متى دل على المعنى المقصود مباشرة دون احتمال معنى آخر، كما أن التعبير يكون ضمناً متى كان غير دال بذاته على المعنى المقصود مباشرة وإن كانت الفرائض المحيطة به تدل على الرضا بما اتجهت إليه الإرادة.

إلا أنه قد ثار جدل فقهي حول معيار التفرقة بين الصريح والضمني من وسائل التعبير عن الإرادة.

فبينما يذهب جانب من الفقه إلى اعتماد المعيار الشكلي وسيلة لتلك التفرقة وهو ذلك المعيار الذي يستند إلى فكرة التعبير المباشر وغير المباشر. ومن ثم يكون التعبير الصريح - وفقاً لهذا الاتجاه - هو التعبير المباشر أي الذي يقصد به صاحبه إحاطة الغير علماً بإرادة من وجه التعبير، كما أن التعبير الضمني هو ذلك التعبير غير المباشر أي الذي لم تقصد به إرادة صاحبه إحاطة الغير علماً بمضمونها وإن كان ذلك التعبير يدل على هذا المضمون (١).

إلا أن جمهور الفقه يرى - وبحق - أن أساس التفرقة بين التعبير الصريح والتعبير الضمني يرجع إلى كون التعبير مألوفاً لدى الناس في حالة الصريح وغير مألوف لديهم في حالة التعبير

(١) د/ محمود جمال زكي في الوجيز في نظرية الالتزامات في ٣٧ ص ٧٠/٦٨  
د/ على بهجت بدوي في أصول الالتزامات، نظرية العقد في ٥٣ ص ٨٢.

١- أن المفهوم الأصلي للفظ (الولد) يصدق لغوياً على الذكر والأنثى (١)، بيد أن عرف الاستعمال جرى على قصر مدلول هذا اللفظ على الذكر دون الأنثى ومن ثم فإنه لو نص في عقد جرى بين أب وأولاده على بيع الأول للأخريين منزلاً فإن الملكية تنتقل إلى الذكور دون الإناث إعمالاً لما عليه العرف.

٢- تقضى الدلالة الأصلية للفظ «اللحم» بشموله للحم السمك وغيره (٢) بيد أن العرف قد جرى على إطلاق لفظ اللحم على السمك.

٣- تقضى الدلالة الأصلية للفظ «الدابة» بأنه يطلق على كل مادب على الأرض، بيد أن العرف قد جرى على قصر مدلول هذا اللفظ على ذوات الأربع من الدواب.

## الملاحظة الثالثة:

أن العرف الذي يعتد به في هذا الصدد لا يقتصر على العرف العام بل إنه يصدق كذلك على العرف الخاص كما هي الحال في الألفاظ التي أصطلح على مدلولها أهل العلوم وأرباب الحرف والصناعات وإن تعارض ما جرى عليه عرفهم مع مدلولاتها اللغوية الأصلية (٣).

(١) وهو ما جاء في قول الله تعالى «ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد» جزء من الآية رقم ١٢ من سورة النساء.  
(٢) وهو ما جاء في قول الله تعالى «وهو الذي سخر لكم البحر لتأكلوا منه لحماً طرياً» جزء من الآية رقم ١٤ من سورة النحل.  
(٣) العرف والعادة المرجع السابق ص ١٧، ١٨ - أثر العرف المرجع السابق ص ١٢٥، ٢٦٣.

تبيّننا للعلماء بفرعنا المتدا منه ربحنا اتفاقاً حقيقياً بفقهاء  
الضمني (١).

ومع أن التقنين المدني المصري لم يشأ حسم هذا الأمر بل ترك البحث عن المعيار السليم للفقهاء والقضاء إلا أن التقنين المدني العراقي شاء حسم هذا الأمر حيث نصت الفقرة الأولى من المادة ٧٧ مدني على أن «أن الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد...»

ومن ثم فإن التقنين المدني العراقي يكون قد جعل من العرف معياراً للتفرقة بين التعبير الصريح والتعبير الضمني.

## ٢- دور العرف في تعيين الصورة اللفظية المعبرة عن الإرادة:

يجمع الفقهاء الإسلامي على أن صيغة الماضي كبعث وأشريت هي أدل الصور اللفظية المعبرة عما تتجه إليه الإرادة، فهي بالتالي أكثر الصور اللفظية دلالة على التراضي لكونها تدل على تحقق الوجود (٢) ومن ثم انعقد إجماع الفقهاء على إنعقاد العقود والتصرفات بتلك الصيغة الزمنية الماضية بمجرد صدورها دون حاجة إلى نية أو قرينة تؤكد ماتجهت إليه الإرادة.

كما إنعقد إجماع الفقهاء كذلك على صلاحية الصيغة

(١) د. السنهوري في الوسيط - ١ ص ٢٢٠، د/ جميل الشراوي في النظرية العامة للإلتزام مصادر الإلتزام ف ١٩ ص ٨١، د/ عبد المنعم فرج الصدة في مصادر الإلتزام ف ٧٠ ص ٨٧، أستاذنا د/ عبد الرازق حسن فرج في دور السكوت في التعبير التصرفات القانونية ف ١٠ ص ٢١.

(٢) انظر في ذلك الهداية على فتح القدير - ١ ص ٨٨، شرح الكنز - ١ ص ١١٤، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر - ٢ ص ٢٤ - شرح الحطاب - ٤ ص ٣٢، القواعد النورانية لابن تيمية ص ١٠٥.

المضارعة للتعبير عن الإرادة إيجاباً وقبولاً، متى اقترنت بما ينبىء عما اتجهت إليه الإرادة على نحو جازم، كأن يقول شخص لآخر أبيعك كذا الآن فيقول المشتري قبلت (١).

ومع أن الفقهاء قد اختلفت حول تعليقه لما تدل عليه صيغة الماضي من قطعية في التعبير عن الإرادة (٢) إلا أنه يبدو لنا صدق ما ذهب إليه جانب من الفقهاء من أن العرف كان هو العامل الحاسم في قطعية ما تدل عليه تلك الصيغة من إرادة جازمة، وذلك هو ما عبر عنه الإمام الحطاب بقوله «لأن الفعل الماضي يدل على الرضا عرفاً» (٣).

ولعل أوضح الأدلة على أن العرف كان إليه المرجع في اعتبار الفعل الماضي أدل الصيغ الزمنية على تحقق الإرادة، أن الفقهاء قد نصوا على ضرورة استعمال الصيغة المضارعة في الشهادة

(١) أنظر فتح القدير - ٢ ص ٣٤٤/٣٤٥.

(٢) حيث ذهب جانب من الفقهاء إلى القول بأن دلالة صيغة الماضية على الجزم إنما هو راجع إلى الشرع حيث دلت الآثار المرورية عن رسول الله - ﷺ - أنه كان يستعمل صيغة الماضي في عقوده مع اقتضائه عليها، وذلك فضلاً عن أن العقود إنما هي أمور معنوية أعطاها الشارع أحكاماً وآثاراً لا يجوز للعاقدين أن يعدل فيها ولما كانت التصرفات التي أجازها الشارع إنما هي تصرفات شرعية فوجب من ثم الإلتزام بالعبارات الموضوعية لإنشاء تلك العقود.

أنظر في ذلك العناية على الهداية - ٥ ص ٧٥ حيث يقول «وإنما لا ينعقد بغير الماضي لأن النبي - ﷺ - استعمل فيه لفظ الماضي الذي يدل على تحقق وجوده فكان الانعقاد مقتصر عليه».

يبد أننا نرى مع جانب من الفقهاء أن النبي - ﷺ - قد استعمل صيغة المضارع كما استعمل صيغة الماضي فدل ذلك على أن دلالة الماضي على تحقق الوجود لا يرجع إلى الشرع وإنما يرجع إلى العرف.

أنظر في ترجيح ذلك أثر العرف في التشريع الإسلامي المرجع السابق ص ٢٩٥، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ف ٣٢٢ ص ٣١٥، ٣١٦.

(٣) شرح الحطاب على مختصر خليل - ٤ ص ٣٢٨.



لما لها من دلالة عرفية على الحال، وذلك على الرغم من أن دلالتها اللغوية الأصلية تقضى بصلاحياتها للدلالة على الاستقبال كذلك - ومن ثم - قضى الفقهاء بأن «الشهادة تصح بالمضارع دون الماضي واسم الفاعل فيقول الشاهد أشهد بكذا... ولو قال أشهدت بكذا أو أنا شاهد بكذا لم يقبل منه»(١).

وما كان قضاء الفقهاء بذلك إلا لأن العرف قد جرى على استعمال المضارع في الشهادة لتمحضه عرفاً في الدلالة على الحال، وذلك هو ما عبر عنه الإمام القرافي بعد أن تحدث عن دور العرف في تحويل الخبر إلى إنشاء فيقول «فنقلت العادة في الشهادة المضارع وحده وفي الطلاق والعتاق اسم الفاعل والماضي»(٢).

وذلك هو ما ينبئ عن أن هذا العرف لو تغير فاستعملت صيغة الماضي في الشهادة لم يكن ثمة مانع من ذلك، وهذا هو ما عبر عنه الإمام القرافي بقوله أيضاً «فإن اتفق أن العوائد تغيرت وصار الماضي موضوعاً لإنشاء الشهادة... جاز للحاكم الاعتماد على ما صار موضوعاً للإنشاء ولا يجوز له الاعتماد على العرف الأول»(٣). وأيما كان التعليل الفقهي لضرورة استعمال الصيغة الماضية في العقود والتصرفات عند بعض الفقهاء(٤) أو أفضليتها عند

(١) الفروق للقرافي - ١ ص ٥٣.

(٢) الفروق للقرافي - ١ ص ٥٣.

(٣) الفروق - ٤ ص ٥٧.

(٤) انظر ابن رشد في بداية المجتهد - ٢ ص ١٦٤ حيث يقول «والعقد لا يصح إلا بالفاظ البيع والشراء التي صيغتها ما ضوية مثل أن يقول البائع قد بعث منك كذا ويقول المشتري اشتريت منك».

البعض الآخر(١) فإنه يبدو جلياً أن العرف كان له دوره المؤثر والفعال في إقرار الفقهاء لاستعمال الصيغة المضارعية في إنشاء العقود والتصرفات متى جرى العرف على استعمالها للحال وذلك على الرغم من كونها محتملة للإستقبال - بحسب الأصل - افتقار الإنعقاد بها إلى نية أو قرينة وذلك هو ما عبر عنه الفقيه الحنفي ابن بختيم بقوله «وفي القنية إنما يحتاج المضارع إلى النية إن لم يكن أهل البلد يستعملون المضارع للحال بل الوعد والاستقبال فإن كان كذلك كأهل خوازم لا يحتاج إليها»(٢).

كما يقول الفقيه المالكي الإمام الحطاب «وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم البيع بحجرها حتى ينزل بها عرف أو عادة أو ما يدل على البيع»(٣).

ولم يقتصر أثر العرف في هذا الصدد على جواز إنعقاد العقد بصيغة المضارعة إيجاباً وقبولاً متى تمخضت للحال عرفاً، وإنما كان للعرف دوره البالغ كذلك في إجازة الإنعقاد بصيغة الأمر إيجاباً وقبولاً كذلك متى جرى العرف على استعمالها للحال، بل إن الفقه المالكي يرى أن صيغة الأمر متى تمخضت للحال كانت أدل على اتجاه الإرادة عرفاً من صيغة المضارعة حتى ولو كانت هذه الصيغة الأخيرة متمحضة للحال كذلك(٤)، وذلك هو ما تأيد بما

(١) انظر الفتاوى الهنديه - ٣ ص ٤٢ حيث جاء فيها «قال أصحابنا رحمهم الله كل لفظين ينبئان عن التملك والتملك على صيغة الماضي أو الحال ينعقد بها البيع».

(٢) انظر في ذلك البحر الرائق - ٥ ص ٢٦٤.

(٣) شرح الحطاب - ٤ ص ٢٢٩.

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - ٣ ص ٤، ٣ حيث يقول «المطلوب في إنعقاد البيع ما يدل على الرضا عرفاً وإن كانت في أصل اللغة محتملة...»

ذهب إليه جانب من الفقه الشافعي (١) وجانب من الفقه الحنبلي (٢) وإلى الدور الهام الذي يقوم به العرف في هذا المجال يشير الأستاذ الدكتور/ أبو سنه بقوله «إن كل متكلم يحمل كلامه على عرفه سواء كان ذلك في خطاب الشارع أو تصرفات الناس .. بمعنى أن الأحكام التي تترتب على الإلتزامات الفقهية من عقود وفسوخ وشروط وغيرها تجرى على حسب ما يفيد اللفظ عرفاً بحيث تكون الصيغ العرفية في الإلتزامات عللاً جعلية للأحكام تسبب من الأثر بقدر ما يفهمه أهل العرف كما في البيع والإجارة والزواج وشروط الواقين والطلاق واليمين، فمثلاً الأصل في البيع أن لا ينمقد إلا بماضين وإن وجد في صيغة المضارع فلا بد من قرينة الحال أو نيته، لأن المضارع وإن كان حقيقة للحال يغلب إستعماله في الاستقبال والوعد واستثنوا من ذلك ما إذا تعارفه قوم للحال كأهل خوازم فإنه يصح بلا نية ولا قرينة (٣).

ونود أن نشير في هذا الصدد إلى أن الفقه القانوني المدني يتفق على اعتبار اللفظ وسيلة للتعبير عن الإرادة دون

= لكن العرف دل على رضاه به وحينئذ فيستوى مع الماضي»  
وانظر في نفس المعنى حاشية الصاوي ح ٢ ص ٣، والحطاب ح ٢ ص ٢٣٠، ٢٢٩.

- (١) انظر في ذلك نهاية المحتاج شرح المنهاج ح ٣ ص ٣٧٨.  
(٢) انظر المغنى لابن قدامة ح ٤ ص ٤٢٣ حيث جاء فيه «إن تقدم - أي المشتري - بلفظ الطلب فقال بمعنى ثوبك ففيه روايتان أحدهما يصح... والثانية لا يصح» وذلك خلافاً لما ذهب إليه الفقه الحنفي من عدم جواز إنعقاد العقد بصيغة الأمر إلا في بعض العقود كالبيع في بعض الحالات وعقود النكاح والخلع والطلاق على حال. انظر في ذلك البدائع ح ٢ ص ١٤٣ ص ٢٣١، ح ٥ ص ١٢٣، وأحكام القرآن ح ٢ ص ١٧٣.  
(٣) فضيلة الشيخ الدكتور/ أحمد أبو سنه في العرف والعادة في رأى الفقهاء المرجع السابق ص ٥٤.

إشراط صورة لفظية له، ومن ثم فكل لفظ يدل على المعنى المقصود يجوز التعبير به عن الرضا متى كان قاطعاً في دلالة على ما توجهت إليه الإرادة، ويستوى من بعد أن يكون اللفظ بصيغة الماضي أو المضارع أو الأمر، طالما أن المقصود هو إبرام العقد في الحال (١).

### المطلب الثاني

#### دور العرف في شرعية التعبير عن الإرادة بالكتابة بين حاضرين دون مانع من اللفظ

لئن كان جمهور الفقه الإسلامي قد استقر على جواز التعبير عن الإرادة بالكتابة بين غائبين للضرورة (٢) إلا أن استعمالها كوسيلة للتعبير عن الإرادة بين حاضرين ودون مانع عن التلفظ كان موضع خلاف بينهم.

والذي يعنين هنا أن أشير إلى أن كلا من الفقه المالكي والفقه الحنبلي لم يرثمة مانع من استعمال الكتابة للتعبير عن

- (١) د/ عبد الفتاح عبد الباقي في مصادر الإلتزام في قانون التجارة الكويتي ونظرية العقود في ٣٦ ص ٧٩ هامش ٦ أستاذنا د/ عبد الناصر العطار في نظرية الإلتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ف ٢٠ ص ٣٢.  
(٢) وذلك هو ما ذهب إليه الحنفية والمالكية والشافعية.  
انظر في ذلك/ المبسوط ح ٥ ص ١٥ - البدائع ح ٥ ص ١٣٨ - فتح القدير ح ٥ ص ٤٦١ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ح ٣ ص ٣ - شرح الخرشى على مختصر خليل ح ٣ ص ٣٦١ - نهاية المحتاج ح ٣ ص ٨٩.  
٨ - المهذب ح ١ ص ٢٥٧. إعلام الموقعين ح ١ ص ٨٩.  
وانظر كذلك التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ف ٢١٧ ص ٢٠٨، ٢٠٩، وأثر العرف في التشريع الإسلامي ص ٣٢٠.

دور العرف في شرعية التعبير عن  
الإرادة بالإشارة من غير الأخرس

إعمالاً للقاعدة المقررة في كل من الفقه المالكي والفقه الحنبلي من أن العقد ينعقد بكل ما يدل على الرضا عرفاً، فقد اتجه هذا الجانب من الفقه إلى القول بشرعية التعبير عن الإرادة بتفسي الإشارة الدالة على ذلك عرفاً حتى من غير الأخرس.

بل إن الإمام الحطاب المالكي يرى أن التعبير عن الإرادة بالإشارة من غير الأخرس إنما هو أولى من التعبير عنها بمقتضى المعاطاة (أي الفعل) وذلك نظراً لأن الإشارة من غير الأخرس تعتبر في عرف الشارع كلاماً (١) وذلك بدلالة قول الله تعالى: ﴿قال رب اجعل لي آية قال آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً﴾ (٢) ذلك هو ما توجه إليه الفقه الحنبلي كذلك (٣) ومن ثم: فإن هذا

(١) انظر شرح الحطاب على مختصر خليل ح ٤ ص ٢٢٩ حيث جاء فيه «وعلم أيضاً أنه ينعقد بكل قول يدل على الرضا وبالإشارة الدالة على ذلك، وهو أولى بالجواز من المعاطاة لأنه يطلق عليها أنها كلام قال الله تعالى: ﴿آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً﴾ والرمز بالإشارة وغير الأخرس كالأخرس. قال أبو الحسن في شرح المدونة المذكورة ونصه «وكذا غير الأخرس إذا فهم عنه الإشارة وإنما ذكر الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها، وكل لفظ أو إشارة فهم منها الإيجاب والقبول لزم بها البيع وسائر العقود» وانظر في نفس المعنى: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ح ٣ ص ٣.

(٢) سورة آل عمران: الآية ٤١.

(٣) انظر إعلام الموقعين ح ١ ص ١٧٩، وذلك خلافاً لما ذهب إليه الشافعية من عدم صلاحية الإشارة للتعبير بها عن إرادة غير الأخرس.

انظر في ذلك: الأشباة والنظائر للسيوطي ص ٣١٢ حيث نص على صلاحية الإشارة للتعبير بها عن الإرادة بالنسبة للأخرس فقط ومن كان في حكمة لعقل اللسان.

الإرادة في تلك الحالة الأخيرة إعمالاً لما جرى عليه العرف (١).

إذ يقول صاحب الشرح الكبير المالكي «وينعقد - أي البيع - بما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما أو من أحدهما» ويعلق الإمام الدسوقي على ذلك في حاشيته على الشرح الكبير بقوله: «قوله بما يدل أي عرفاً سواء دل على الرضا لغة أيضاً أو لا كبت وأشترت وغيره من الأقوال كالكتابة والإشارة والمعاطاة .. وقوله منهما أو من أحدهما يرجع للقول وما بعده أي قول من الجانبين أو من جانب وقول أو كتابة من الآخر» (٢).

وذلك هو ما عبر عنه الإمام ابن تيمية بقوله «فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب إتباع مراده... فإن ظهر مراده ووضع بأي طريق كان عمل بمقتضاه سواء كان بإشارة أو كتابة أو إيحاء أو دلالة عقلية أو قرينة حالية أو عادة له مطردة لا يخل بها» (٣).

ومن ثم: فإن هذا الاتجاه الفقهي قد اعتبر الكتابة ندا للفظ في تلك الحالة إعمالاً لما استقر عليه العرف وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن إجماع الفقه الإسلامي يرى عدم صلاحية الكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة بإنشاء عقد الزواج بين حاضرين متى انتفى المانع من التعبير عن تلك الإرادة باللفظ (٤).

(١) وذلك خلافاً لما ذهب إليه الحنفية والشافعية من عدم جواز الكتابة بين حاضرين إلا بالنسبة للأخرس، انظر في ذلك: البدائع وفتح القدير في المرجعين والموضعين السابقين، والمجموع للنووي شرح المذهب ح ٩ ص ١٦٧.

(٢) انظر في ذلك الدسوقي على الشرح الكبير ح ٣ ص ٣، وفي نفس المعنى شرح الخرشى ح ٣ ص ٦٣١.

(٣) أعلام الموقعين ح ١ ص ١٨٩.

(٤) فتح القدير ح ٥ ص ٤٦١ - المجموع شرح المذهب ح ٩ ص ١٦٧.

الاتجاه الفقهي يكون قد أنزل التعبير عن الإرادة بالإشارة الدالة على ذلك عرفاً منزلة التعبير عنها باللفظ.

إلا أن الفقه الحنفي قد اتجه إلى قبول الإشارة من غير الأخرس في بعض الحالات دون بعضها الآخر، إذ نراهم يعتدون بالإشارة المتداوله عرفاً في باب الإيمان دون سائر المجالات الأخرى. فبصد حديثهم عن الطلاق نراهم يقررون أن لفظ الطلاق متى اقترن بإشارة دالة على عدده عرفاً فإن الطلاق يقع بحسب العدد المشار إليه، كما لو أشار بأصبع أو اثنين أو ثلاثة وذلك إعمالاً لما جرى عليه العرف (١).

أما في غير ذلك من المجالات فإنهم قد قرروا عدم صلاحية الإشارة للتعبير عن الإرادة في تلك الحالة (٢).

بيد أن تعليلهم لذلك ينبئ عن أنهم قد حكموا العرف الذي كان يجرى في زمانهم والذي كان يقضى بعدم جواز استعمال الإشارة للتعبير عن الإرادة في تلك الحالة الأخيرة.

وذلك هو ما عبر عنه الإمام ابن عابدين بقوله: «الكلام والتحديث لا يكون إلا باللسان، فلا يحث بإشارة وكذا بإرسال رسول لأنه لا يسمى كلاماً عرفاً خلافاً لمالك وأحمد رحمهما الله» (٣) ولأن «الكلام العرفي اسم لحروف منطوقة تدل على معنى مفهوم

(١) انظر في ذلك: البدائع ح ٣ ص ١٠٩ حيث جاء فيه «الصريح البائن إذا كان مقروناً بعدد الثلاث نصاً وكذا إذا أشار إلى عدد الثلاث بأن قال لها أنت طالق هكذا يشير بالإبهام والسبابة والوسطى... والمعتبر في الأصابع عدد المرسل منها دون المقبوض لاعتقاد العرف والعادة».

(٢) انظر في ذلك حاشية ابن عابدين ح ٤ ص ١١ حيث يقول «تحريك الرأس في حق الناطق لا يعتبر... وفي الأشباه من أحكام الإشارة. وإن لم يكن معقل اللسان لا تعتبر إشارته إلا في أربع. الكفر والإسلام والنسب والإفتاء».

وذلك هو ما ذهب إليه الفقه الزيدي: انظر البحر الزخار ح ٣ ص ٢٩٨

(٣) حاشية ابن عابدية ح ٣ ص ١٤٢.

وذلك لا يوجد في الإشارة» (١).

ويرى بعض الشراح - بحق - أنه إذا كان الفقه الحنفي قد اعتد بالإشارة المتداولة عرفاً كوسيلة صالحة للتعبير في بعض الحالات فضلاً عن أنه قد اعتد بالسكوت كوسيلة صالحة للتعبير كذلك بالقبول متى كان في معرض الحاجة، فإنه كان أولى بالفقه الحنفي أن يعتد بالإشارة الصادرة من غير الأخرس في جميع الحالات نظراً لأن الإشارة أقوى دلالة على التعبير عن الإرادة من السكوت الذي يكون في معرض الحاجة، وذلك بحسب أن الإشارة الملازمة أقرب إلى الإيجابية بينما السكوت الملازم أقرب إلى السلبية (٢).

بيد أنه يجب للاعتداد بالإشارة في تلك الحالة كونها معهودة ممن يعبر بها ومفهومة في العرف وإلا فلا عبرة بها، وإن كان لا يلزم لذلك فهم كل شخص لمدلول تلك الإشارة (٣). وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن التقنين المدني المصري وإن كان قد جعل من الإشارة وسيلة للتعبير عن الإرادة إلا أنه قد سوى في جواز استعمالها بين الأخرس وغيره شريطة جريان العرف على مضمونها حتى تكون دالة على اتجاه الإرادة (٤).

(١) البدائع ح ٣ ص ٥٤.

(٢) د/ وحيد الدين سوار في التعبير عن الإرادة ف ٢٣٧ ص ٢٢٨.

(٣) معنى المحتاج ح ٢ ص ٧.

(٤) د/ السنهوري في الوسيط ح ١ ف ٧٦ ص ١٨٨، د/ محمد لبيب شنب في مصادر الالتزام ف ٦٥ ص ٨٥ - أستاذنا د/ عبد الناصر العطار في نظرية

الالتزام في الشريعة الإسلامية والتشريعات العربية ف ٢٠ ص ٣٧.

## دور العرف في شرعية التعبير عن الإرادة بالفعل من طرفي التعاقد

يطلق الفقه الإسلامي على التعبير عن الإرادة بمقتضى الفعل الصادر من المتعاقدين. تعبير التعاطي أو المعاطاة وذلك نظراً لما يتخذه هذا الفعل من شكل المبادلة للفعل الذي يفيد الأخذ والإعطاء من طرفي العقد، كما هي الحال فيما لو أعطى المشتري ثمن المبيع للبائع وتسلمه منه دون تلفظ منهما بإيجاب وقبول، إذ يكون كل من المتعاقدين في تلك الحالة أخذاً ومعطياً وتلك هي الصورة الغالبة في عرف الفقهاء للتعبير عن الإرادة بالفعل (١).

(١) انظر في ذلك البدائع حـ ٥ ص ١٣٤ حيث يقول «المبادلة بالتعاطي هي الأخذ والإعطاء» وانظر كذلك شرح الحطاب حـ ٤ ص ٢٨٨ حيث يقول «المعاطاة هي أن يعطيك الثمن فتعطيه المثل من غير إيجاب ولا استيجاب». ومع ذلك فإن هناك جانباً من الفقه يرى أنه يمكن أن تتخذ المعاطاة الدالة على التراضي شكل الأخذ من أحد الجانبين دون إعطاء منه للثاني مع رضا هذا الأخير، كما هي الحال فيما لو أخذ ما علم ثمنه من مالكة برضا منه دون دفع الثمن،

وتلك هي الصورة التي يطلق عليها بعض الفقهاء المعاصرين مسمى المعاطاة بالمعنى الواسع للتمييز بينها وبين الصورة الغالبة بين الفقهاء والتي أطلق عليها مسمى المعاطاة بالمعنى الضيق. انظر في ذلك د/ وحيد الدين سوار في التعبير عن الإرادة المرجع السابق ف ٢٤٢ ص ٢٣٣. ويتحدد مناط الفرق بين كل من الصورتين من حيث النطاق العقدي لكل منهما في أن المعاطاة التي تتمثل في الأخذ والإعطاء من طرفي العقد لا تتحقق إلا حينما يكون التصرف من قبيل المعاوضات المالية فقط بخلاف المعاطاة بالمعنى الواسع التي تجد مجالها في التبرعات والمعاوضات على السواء.

ومثال ذلك في التبرعات من دفع إلى فقير جنيهاً أو قدم إلى زوجته هدية مثلاً وأما في المعاوضات فمثال ذلك أن يتفق البائع مع المشتري على ثمن المبيع ثم يأخذه المشتري برضا من هذا الأخير دون دفع للثمن، أو يدفع =

ويتجه الجانب الأكبر من الفقه الإسلامي إلى القول بملاحية الفعل للتعبير عن الرضا بما تتجه إليه الإرادة إعمالاً لما استقر عليه العرف من صلاحيته للتعبير عن الإرادة في تلك الحالة. وذلك هو ما ينطق به إجماع الفقه المالكي والحنبلي منذ بواكيرهما فضلاً عما استقر عليه رأى متأخري الحنفية وجانب من الفقه الشافعي.

إذ نرى الفقه المالكي يصرح بأن الصيغة التي ينعقد بها البيع تكون «بكل ما يدل على الرضا وسواء كان قولاً... أو كان فعلاً كالمعاطاة وهي المناولة... لأن الفعل يدل على الرضا عرفاً» ولأن «الأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ ما في يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما فتكفي دلالة العرف في ذلك على طيب النفس» (١).

كما نرى الحنبلي وهو يصرح بأن «الله قد أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع إلى العرف كما رجع إليه في القبض والإحراز والتفرق والمسلمون في أسواقهم وبياعاتهم على ذلك» (٢). وذلك هو ما عين ما تنطق به عبارات متأخري الحنفية في

= المشتري الثمن للبائع دون أن يتسلم هذا الأخير من الأول شيئاً. انظر في ذلك: تكملة رد المحتار حـ ٢ ص ٢٩٩ حيث جاء فيها بخصوص ذلك في التبرعات «إن التلفظ بالإيجاب والقبول لا يشترط، بل تكفي القرائن الدالة على التملك كمن دفع إلى فقير شيئاً وقبضه ولم يتلفظ بشيء وكذا يقع في الهدية ونحوها فاحفظه، ومثله ما يدفعه لزوجه وغيرها فتصح الهبة بالتعاطي».

(١) انظر في ذلك شرح الحطاب حـ ٤ ص ٢٢٨ وفي نفس المعنى: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير حـ ٣ ص ٣، وشرح الخرشبي حـ ٤ ص ٣٦١، والفرق وتهذيبه حـ ٣ ص ١٨١. وحاشية الصاوي حـ ٢ ص ٣.

(٢) انظر ذلك: المغني لابن قدامة حـ ٤ ص ٤ وفي نفس المعنى: فتاوى الإمام ابن يمنية حـ ٣ ص ٣. والقواعد النورانية لابن تيمية أيضاً ص ١٠٥ - ١١١.

مثل قولهم «وقد قال أصحابنا فيما جرت به العادة بأنهم يريدون به إيجاب التملك وإيقاع العقد إنه يقع به العقد وهو أن يساومه على شيء ثم يزن له الدراهم ويأخذ المبيع فجعلوا ذلك عقداً لوقوع تراضيهما به وتسليم كل واحد منها إلى صاحبه ما طلبه منه وذلك لأن جريان العادة بشيء كالنطق به» (١).

كما نرى بعض فقهاء الشافعية يصرح بأن «كل ماجرت العادة بالمعاطاه فيه وعده الناس بيعاً فهو بيع وما لم تجري العادة فيه بالمعاطاه لا يكون بيعاً بها... فوجب الرجوع إلى العرف» (٢).

(١) انظر في ذلك: أحكام القرآن للجصاص - ٢ ص ١٧٣، وفي نفس المعنى الفتاوى الهندية - ٣ ص ٩ - حاشية ابن عابدين - ٢ ص ١٧، البحر الرائق - ٥ ص ٢٩ وذلك خلافاً لما كان يذهب إليه متقدموا الحنفية من أن التعاطي يصلح دليلاً على التراضي في الأشياء الخسيسة دون النفيسة. انظر في ذلك: البدائع - ٥ ص ٣٤.

(٢) انظر في ذلك: المجموع للنووي شرح المذهب - ٩ ص ١٦٢، ١٦٣ حيث ذكر قبل ذلك أن هذا هو رأي جماعة من فقهاء الشافعية إذ يقول «واختارت جماعة من أصحابنا جواز البيع بالمعاطاه فيما يعد بيعاً» إلى أن قال «وهذا هو المختار للفتوى لأن الله تعالى أحل البيع ولم يثبت في الشرع لفظ له فوجب الرجوع إلى العرف فكل ما عده الناس بيعاً كان بيعاً...» وذلك خلافاً لما كان يذهب إليه الإمام الشافعي وبعض أصحابه من القول بعدم صلاحية المعاطاه للتعبير عن الإرادة.

انظر في ذلك: نهاية المحتاج للرملي - ٣ ص ٤ حيث يقول «والرضا أمر خفي لإطلاع لنا عليه فجعلت الصيغة دليلاً على الرضا فلا ينقصد بمعاطاه وهي أن يتراضياً مع السكوت منهما...».

ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الإمام الشافعي ومن رأي رأيه من أصحابه قد رأوا أن العرف الجاري في زمنهم يقضي بأن المعاطاه لا تصلح وسيلة للتعبير عن الإرادة فلما أصبحت كذلك فيما بعد. أفتى المتأخرون من فقهاء الشافعية بجواز البيع بالمعاطاه.

انظر في هذا المعنى: أثر العرف في التشريع الإسلامي المرجع السابق ص ٣٣٩.

وذلك هو ما عبرت عنه القاعدة التي نص عليها صاحب الإشباه والنظائر الشافعي من أن «كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة يرجع فيه إلى العرف».

يبد أن الفعل الذي يصلح دلالة على التراضي عرفاً لا بد أن يكون الرضا هو الباعث عليه وعلى وجه لا يرقى إليه شك، وذلك نظراً لأن القول باعتبار التعاطي وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة إعمالاً للعرف إنما هو استثناء على الأصل المقرر لدى الفقهاء من أن اللفظ هو الوسيلة الأصلية للتعبير عن تلك الإرادة متى كان ذلك ممكناً، وبالتالي فإن مجرد التحقق المادي للفعل لا يكون دليلاً على الرضا متى كان هذا الأخير مشكوكاً في وجوده. كما هي الحال فيما لو كان هناك تبادل فعلي من المتعاقدين لمحل التعاقد يبد أن هذا التبادل كان مصحوباً برفض من أحد الجانبين فإن العقد لا ينعقد في تلك الحالة، وذلك نظراً لأن التعاطي يفيد الرضا دلالة ولا ريب أن الدلالة لا تقوى على الوقوف في وجه التعبير الصريح حتى ولو أمكن حمل هذا الرفض على غير ظاهره بأن يحمل على تظاهر المتعاقد بالرفض لتطبيب قلب المتعاقد الآخر وجعله يعتقد أن الصفقة لمصلحته، وهذا لأن الأصل في الفقه الإسلامي هو تقديم اللفظ على غيره إذ هو أدل على الإرادة الظاهرة» (١).

وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى الملاحظتين التاليتين.

### الملاحظة الأولى:

أن الفقه قد ميز بوضوح بين التعاطي كفعل دال على الإرادة عرفاً وبين الفعل الذي يصدر كتعبير ضمني عن إرادة أحد المتعاقدين بعد إيجاب صادر من المتعاقد الآخر.

(١) د/ السنهوري في مصادر الحق في الفقه الإسلامي - ١ ص ١١٤، د/ السيد صالح في أثر العرف، المرجع السابق ص ٣٣٦.

وقد مثل الفقه لهذه الحالة الأخيرة بما لو قبض المشتري المبيع بعد إيجاب صادر من البائع، إذ يعتبر هذا القبض بمثابة تعبير ضمني عن القبول، وذلك هو ما عبر عنه الإمام بن عابدين بقوله: «لو قال بعثته بألف فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولاً وليس من بيع التعاطي» (١).

### الملاحظة الثانية:

أن ما ذهب إليه جمهور الفقهاء من القول بصلاحية التعاطي للتعبير عن الإرادة، إعمالاً للعرف، إنما يتحدد نطاقه بما سوى عقد النكاح من عقود حيث، يجمع الفقه الإسلامي على عدم صلاحية التعاطي للتعبير عن الإرادة بإنشاء عقد الزواج كما لم تصلح لإنشائه الكتابة بين حاضرين مع انتفاء الموانع من التلغظ، وكما لم تصلح الإشارة من غير الأخرس للتعبير عن الإرادة في إنشائه. ويرجع ذلك إلى الأمور التالية.

**الأمر الأول:** أن عقد النكاح في الفقه الإسلامي لا يتم بالإشهاد عليه، وبدهي أنه لو جاز عقد النكاح بمقتضى الفعل الدال على الرضا بالزواج لتعزز الإشهاد عليه، ولا ريب أن الأمر على خلاف ذلك بالنسبة لما سوى عقد النكاح من عقود إذا ليس بالإشهاد شرطاً في صحتها (٢).

(١) حاشية ابن عابدين ح ٤ ص ١٦ / ١٧.

(٢) انظر في ذلك: الفروق وتهذيبه ح ٣ ص ١٨١ حيث يقول «وقاعدة النكاح وقع التشدد فيها: فقد اتفقوا - أي الفقهاء - على اشتراط الصيغ فيه حتى لا يعلم أنه وجد لأحد منهم قول بالمعاطاة فيه البتة ويفرق بين قاعدة البيع وقاعدة النكاح على هذا أن النكاح لا بد فيه أن يشهد عليه أنه تزويج لا زنا وسفاح بخلاف البيع وليس بالإشهاد فيه شرطاً فلذا جوز فيه المناولة».

**الأمر الثاني:** أنه من المسلم به أن التعاطي يفيد الرضا دلالة لاصراحة ومن ثم فإنه لا يصلح وسيلة للتعبير عن الإرادة بإنشاء هذا العقد نظراً لضرورة الصيغة اللفظية الصريحة في التعبير عن الإرادة في إنشائه متى كان ذلك ممكناً (١) لما تنطوي عليه تلك الوسيلة الأخيرة من أهمية في إبراز عقد الزواج وتمييزه عن المخادنه، وذلك فضلاً عما لهذا العقد من صلته بالنظام العام وما يتعلق به من حقوق للغير وهو النسل وبدهي أنه «ليس كاللفظ أدل وأبين على التمييز بين حالة النكاح المشروع الذي تصان به حقوق هذا الغير والسفاح الممنوع الذي تتهد به هذه الحقوق» (٢).

**الأمر الثالث:** أن الأصل في الأموال قابليتها للبذل والإباحة للغير ومن ثم جاز التعبير عن الرضا بالفعل في عقود المعاوضات لكون الفعل الدال على الرضا في تلك الحالة محققاً للمقصود الشرعي وهو التمييز بين أخذ المال بالحق وأخذه بالباطل.

وذلك بخلاف الأعراض التي تقضى القاعدة العامة فيها بعدم قابليتها للبذل والإباحة للغير وهو ما يستتبع حتمية الصراحة في الصيغة اللفظية الدالة على إباحتها في عقد الزواج، ولما كان التعبير عن الرضا في عقد الزواج بمقتضى التعاطي يحتمل ولو من بعيد مجرد التراضي على المعاشرة فقط دون قصد الزواج فإن الفقهاء قضوا بعدم صلاحيته للتعبير عن الإرادة في إنشاء هذا العقد

(١) انظر في ذلك: البحر الرائق ح ٣ ص ٨١.

(٢) التعبير عن الإرادة المرجع السابق ف ٢٤٥ ص ٢٣٨.

دراً لهذا الاحتمال الذي يزول باستعمال اللفظ الصريح في كل من الإيجاب والقبول متى كان ذلك ممكناً (١).

ولما كانت المعاطاة لا تعدوا أن تكون متمثلة في إتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على المعنى المراد فإن ذلك يستتبع القول بأنه لا خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في هذا الصدد.

### المطلب الخامس

## دور العرف في شرعية اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة بالقبول

يجمع الفقه الإسلامي على أن السكوت لا يصلح أن يكون تعبيراً عن الإرادة في الإيجاب، نظر لأن السكوت وضع سلبى فهو من ثم لا يصلح للدلالة على وضع إيجابى وهو الإيجاب الذي يتمثل في عرض موجه من شخص إلى الآخر، ومن البدهى أنه لا يمكن استخلاص هذا العرض من مجرد السكوت.

كما يجمع الفقه الإسلامي كذلك على أن السكوت المجرد لا يصلح بذاته أن يكون وسيلة للتعبير عن الإرادة بالقبول.

ومع ذلك فإن الفقه الإسلامي يرى صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة بالقبول حالة ما يكون السكوت موصوفاً أو ملابساً.

والذي يعينني في هذا الصدد أن أشير إلى أن جانباً من الفقه الإسلامي قد ذهب إلى القول بصلاحية ما يجري عليه العرف لاعتباره قرينة تحدد دلالة السكوت على القبول.

(١) أثر العرف. المرجع السابق ص ٣٣١، ٣٣٢.

ولقد ضرب الفقه الإسلامي لذلك عدداً من الأمثلة ومنها ما يلي.

١- سكوت السيد حين يرى عبده يبيع ويشترى ولا ينهيه عن ذلك، إذ يعتبر هذا السكوت إذناً للعبد بالتجارة ومن ثم قبولاً لما يعقده من تصرفات، متى جرى العرف على استدلال الناس بسكوت السيد على الإذن لعبده بالتجارة (١).

٢- على الرغم من أن الأصل في عقد البيع هو تعجيل الوفاء بالثمن لاستيفاء المشتري حقه في قبض المبيع وتسلمه دون حاجة إلى النص على ذلك لاقتراضه، إلا أن جانباً من الفقه الإسلامي يرى أن سكوت البائع على عدم النص على ضرورة تعجيل الثمن مع جريان العرف على تأجيل كل الثمن أو بعضه أنثذ، إنما يعتبر قبولاً من البائع بهذا التأجيل (٢).

٣- يرى جانب من الفقه المالكي أن السكوت يمكن أن يعتبر إقراراً من الساكت متى جرى العرف على حمل السكوت على ذلك كما هي الحال فيما لو قال رجل بمحضر من القوم أشهدكم

(١) وقد ذهب الإمام زفر من الحنفية إلى عدم اعتبار السكوت في تلك الحالة دلالة على القبول أو للإذن من السيد لعبده في التجارة وذلك نظراً لاحتمال أن يكون هذا السكوت دلالة على الرضا كما يحتمل أن يكون دلالة على فرط غيظه، والمحمّل لا يكون حجة.

وقد أوجب عن ذلك: بأن جانب الرضا يترجح بدلالة العرف، فإن العرف جار على أن السيد الذي لا يرضى بتصرف العبد يظهر النهي ويرد عليه بل ويؤذبه على ذلك.

انظر في ذلك: كشف الأسرار شرح المنار للنسفي - ح ٢ ص ٧٨، وفي نفس المعنى التلويح شرح التوضيح - ح ٢ ص ٤٠، كشف الأسرار للبزدوى - ح ٢ ص ٨٧١.

(٢) انظر في ذلك: رسالة نشر العرف لابن عابدين ص ١٣٣، تبیین الحقائق - ح ٤ ص ٥، وشرح الخطاب على متن خليل - ح ٤ ص ٤٧٠، والأحكام للقرافي ص ٦٨، الشرح الصغير للدردير - ح ٢ ص ٤٠.



أن لي على فلان هذا كذا فسكت هذا الأخير ولم يقل نعم أولاً (١).

٤- ما يراه الفقه الشافعي من أن سكوت الشريك عن المطالبة بحق في الشفعة على الرغم من وجوده وحضوره بيع شريكه لحصته دون أن يكون لدى الشريك الساكت غدر يمنعه عن تلك المطالبة ومضت المدة التي تدل على الرضا عرفاً، فإن سكوته في تلك الحالة يعتبر بمثابة نزول عن حقه لجري العرف على ذلك (٢).

٥- إذا اتفق المتبايعان على تحديد ثمن المبيع، بيد أنهما سكتا عن تحديد نوع النقد الذي يجب الوفاء به مع وجود أكثر من نوع من النقود المتساوية في المالية والرواج، فلقد اتفق الفقه الإسلامي على أن العرف هو الذي يحدد دلالة هذا السكوت على أنه قبول بالنقد الذي يغلب التعامل به في بلد البيع عملاً بما يجري عليه العرف (٣).

٦- إذا سكت المتعاقدان في عقد الإيجار عن تعيين المنفعة في العين المؤجرة فإن العرف يحدد دلالة هذا السكوت على أنه قبول بما يجري عليه العرف في هذا الصدد كتأخير الدور إذ

(١) انظر في ذلك الخطاب في مواهب الجليل شرح مختصر خليل ح ٥ ص ٢١٦ حيث جاء فيه «قال محمد بن رشد: اختلف في السكوت هل يعتبر إقراراً على قولين مشهورين في المذهب منصوص عليها لابن القاسم في غير موضع من كتابه. أحدهما أنه إذن والثاني أنه ليس بإذن وهو قول ابن القاسم وأظهر القولين أنه ليس بإذن لأن قول النبي ﷺ: «البكر تستأذن في نفسها وإذنها صمتها، أي إقرارها يكون بسكوت وصمتها دليل على أن غير البكر بخلاف البكر في الصمت، وأجمعوا على ذلك في النكاح فوجب أن يقاس عليه ما عداه إلا ما يعلم بمستقر العادة أن أحداً لا يسكت إلا برضا منه فلا يختلف في أن السكوت عليه إقرار...».

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٤٢.

(٣) الخطاب في مواهب الجليل في المرجع والموضع السابق.

ينصرف إلى السكني عرفاً.

وذلك هو ما عبر عنه الإمام القرافي بقوله: «وتعيين المنفعة من الأعيان المستأجرة إذا سكت عنها فتصرف بالمادة للمنفعة المقصودة منها عادة» (١).

٧- ما نص عليه الفقه الزيدي من سقوط خيار الرؤية بكل ما يفيد إمضاء العقد من المشتري عرفاً، متى سكت هذا الأخير عن ذلك (٢).

دور العرف في اعتبار السكوت قبولاً في القانون المدني: نصت الفترة الأولى من المادة ٩٨ مدني على أن السكوت يعتبر قبولاً «إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ليبتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب».

ومن تطبيقات ذلك ما يلي:

١- ما يراه جانب من الفقه المصري من أن السكوت عن رفض الإيجاب المعدل لعقد سابق يعتبر قبولاً متى جرى العرف على ذلك: كما هي الحال في الشروط الجديدة التي تدرج في الفواتير ويكون فيها مخالفة للشروط المتفق عليها (٣) وإن كان

(١) الفرق للقرافي ح ٣ ص ٧٨ / ٨٨.

(٢) البحر الزخار ح ١ ص ٣٥١.

(٣) د/ عبد الحي حجازي في النظرية العامة للإلتزام ح ١ ص ٥١٦، أستاذنا د/ عبد الرازق حسن فرج في دور السكوت في التصرفات القانونية ص ١٢٤ حيث يقول «وجدير بالذكر أن للجوء إلى العرف والعادات هو التبرير الغالب لاعتبار السكوت قبولاً بالنسبة لما يرد في الفواتير من شروط أو تعديلات جديدة وإن لم يكن هناك اتفاق بين الطرفين على هذه التعديلات، فإنه يجب»

للقاضي سلطة في تقدير مدى اعتبار سكوت من تلقى هذه الفواتير قبولاً لما ورد بها من شروط وتعديلات جديدة.

٢- يرى الفقه اعتبار السكوت من جانب الوكيل قبولاً بالوكالة بعد الإيجاب الموجه إليه من الموكل بتوكيله، كما هي الحال فيما جرى عليه عرف محترفي الوكالة كالمحامي والوكيل بالعمولة، إذ يرى الفقه أن سكوت الوكيل في مثل تلك الحالات لا يفسر إلا على أنه قبول بالوكالة وفقاً لما جرى عليه العرف، والأمر كذلك فيما لو جرى العرف على أن يقوم الوكيل بأعمال لحساب الوكيل وهو ساكت فإنه يعتبر قبولاً (١).

### خاتمة:

بعد أن استعرضنا دور العرف في وسائل التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي فإنه يمكن القول في خاتمة هذه الدراسة أن سائر ما نص عليه القانون المدني من وسائل للتعبير عن الإرادة إنما يستظل بظل المشروعية الإسلامية وهو ما يستتبع القول بأنه لا خلاف بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في هذا الصدد.  
والله ولي التوفيق.

---

= أن تكون متفقة ومطابقة لعرف المهنة حتى يعتبر سكوت من وجهت إليه أو تسلمها قبولاً».

وانظر عكس ذلك د/ السنهوري في الوسيط ح ١ ف ١١٣ ص ٢٢٣، حيث يرى أن السكوت في تلك الحالة اعتبر قبولاً تطبيقاً لما تقضي به طبيعة المعاملة.

(١) د/ محمد على عرفة في التأمين والعقود الصغيرة ط ١٩٥٠ ص ٣٥٧، أستاذنا د/ عبد الرازق حسن فرج في المرجع السابق ف ٩٤ ص ١٣١، ١٣٢، ف ٢٦٣ ص ٣٢٤ / ٣٤٥.