



جامعة الأزهر
كلية الشريعة والقانون
بالقاهرة

مجلة الشريعة والقانون

مجلة علمية نصف سنوية محكمة
تعنى بالدراسات الشرعية والقانونية والقضائية

تصدرها
كلية الشريعة والقانون بالقاهرة
جامعة الأزهر

العدد الثالث والأربعون
أبريل ٢٠٢٤م

توجه جميع المراسلات باسم الأستاذ الدكتور: رئيس تحرير مجلة الشريعة والقانون
جمهورية مصر العربية - كلية الشريعة والقانون - القاهرة - الدراسة - شارع جوهر القائد

ت: ٢٥١٠٧٦٨٧

فاكس: ٢٥١٠٧٧٣٨

<http://fshariaandlaw.edu.eg>



جميع الآراء الواردة في هذه المجلة تعبر عن وجهة نظر أصحابها،
ولا تعبر بالضرورة عن وجهة نظر المجلة وليست مسؤولة عنها



رقم الإيداع

٢٠٢٤ / ١٨٠٥٣

الترقيم الدولي للطباعة

ISSN: 2812-4774

الترقيم الدولي الإلكتروني:

ISSN: 2812-5282



دور العرف في المعاملات التعاقدية

دراسة مقارنة

إعداد

د. مصطفى راتب حسن علي

أستاذ القانون المدني المساعد

كلية الدراسات الإنسانية والإدارية - كليات عنيزة

المملكة العربية السعودية



دور العرف في المعاملات التعاقدية دراسة مقارنة

مصطفى راتب حسن علي

قسم الأنظمة، كلية الدراسات الإنسانية والإدارية، كليات عنيزة، المملكة العربية
السعودية

البريد الإلكتروني: a.mrateb96@gmail.com

ملخص البحث:

يتناول هذا البحث مسألة مهمة، وهي العرف وأثره في الأحوال الشخصية في العلاقات التعاقدية، وقد عمد الباحث إلى دراسة العرف وما يتعلق به من مسائل، حيث اشتملت الدراسة على ماهية العرف من حيث تعريفه والفرق بينه وبين العادة الاتفاقية وأركان العرف ومزاياه، واشتملت كذلك الدراسة على دور العرف في العلاقات التعاقدية، من حيث التعبير عن الإرادة سواء باللفظ أو بالكتابة أو الإشارة، أو المعاطاة، أو السكوت، وكذلك دور العرف في تفسير إرادة المتعاقدين، وفي إثبات المدعى به، سواء الإثبات بالكتابة أو بالقرائن، وكذلك اشتملت الدراسة على بعض التطبيقات العملية لدور العرف في العلاقات التعاقدية، مثل دور العرف في عقد البيع، من حيث عدم الاعتداد بالجهالة اليسيرة في المبيع، وتقدير الثمن وتحديد ملحقات البيع وتحديد التزامات المتبايعين، من حيث مكان وزمان تسليم المبيع والوفاء بالثمن، وكذلك دور العرف في عقد الوديعة، من حيث افتراض الأجر وتقديره في الوديعة وتحديد زمانه ومكانه، ومن حيث تحديد معيار حفظ الوديعة وضابط الحرز، واختتمت الدراسة بخاتمة اشتملت على بعض النتائج والتوصيات المستنبطة منها.

كلمات مفتاحية: العرف، العقود، العادة، الاتفاق، البيع، الوديعة.



The role of custom in contractual transactions - a comparative study

Mustafa Rateb Hassan Ali

Systems Department, College of Humanities and Administrative Studies,
Unaizah Colleges, Saudi Arabia

Email: a.mrateb96@gmail.com

Abstract:

This research deals with an important issue, which is custom and its impact on personal status in contractual relations, the researcher has deliberately studied custom and related issues, where the study included the nature of custom in terms of its definition and the difference between it and the convention habit and the pillars of custom and its advantages, and the study also included the role of custom in contractual relations, in terms of expressing the will, whether verbally or in writing or signal, or given, or silence, as well as the role of custom in interpreting the will of the contractors, In proving the defendant, whether by writing or evidence, the study also included some practical applications of the role of custom in contractual relations, such as the role of custom in the contract of sale, in terms of not considering easy ignorance in the sale, estimating the price, determining the accessories of the sale, determining the obligations of the sellers, in terms of the place and time of delivery of the sale and payment of the price, As well as the role of custom in the deposit contract, in terms of assuming the wage and its estimate in the deposit and determining its time and place, and in terms of determining the standard of keeping the deposit and the guard officer, and the study concluded with a conclusion that included some of the results and recommendations deduced from it.

Keywords: Custom, Contracts, Custom, Agreement, Sale, Deposit.



المقدمة

موضوع الدراسة:

يعمل الناس في كل العصور أعمالاً تضطرهم إليها ضرورات الحياة، فيتعارفون فيما بينهم ابتداءً، ثم تتكرر تلك الأعمال أو الأقوال المتعارفة، وتستمر وتشيع حتى تصبح عرفاً وعادةً، تتناقله أجيال عن أجيال، تثيره بينهم مقاصد خيرية سالمة من الأضرار، أو تُلهمهم إياه توفيقات إلهية، منزهة عن الغايات الخبيثة.

ثم ينتقل ذلك العمل فيما بعد فيصبح عرفاً يتعامل الناس به، فيكسب بذلك قبولاً واعتباراً، فينتج عن ذلك القبول والاعتبار تأثير في توجيه الأحكام الشرعية وفي النصوص القانونية على تفاوت في ذلك الاعتبار والتأثير.

حيث قال سبحانه وتعالى مخاطباً نبيه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ﴾^(١) وقال تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُمْ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٢)، وقال تعالى: ﴿وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾^(٣).

وأيضاً من نظر في أغلب قوانين الدول المعاصرة وجد أن العرف والعادة مصدرين رسميين وأساسيين من مصادر تلك القوانين، فلم يؤثر فيهما اتساع التشريع والتقنين، وإنما أثر اتساع التشريع وانتشاره في المنزلة التي يشغلها العرف أو العادة في قانون كل بلد^(٤).

ولما كان سلطان العرف وتأثيره - إذاً - يشمل أغلب أبواب الفقه، وجل نصوص القوانين المعاصرة - بل ربما بالغ في التأثير أحياناً فقيده مطلقاً الشرع وخصص عموماته، وجعل مصدرًا أول لقوانين بعض الدول - احتج إلى بيان صور

(١) سورة الأعراف: الآية ١٩٩.

(٢) سورة النساء: الآية ١٩.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٢٨.

(٤) د. معروف الدواليبي، المدخل إلى التاريخ العام...، دار الشواف للنشر والتوزيع، الرياض،

السعودية، ١٩٩٥م، ص ٧٦.



ذلك التأثير، الذي يشمل الشرع والقانون، وترتيبه علمياً مستمداً من مذاهب علماء الأمصار وفقهاء القانون.

فيعتبر العرف من أهم المعاملات العقدية، فهو ينشئ أنواع التصرف، ويضع أوجه التعامل والمبادلات، حيث ذكر الفقهاء أن للعرف السلطة الاعتبارية، فقال الإمام السرخسي الحنفي: " أن الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي"^(١)، وقال الفقهاء في قواعدهم أن العادة محكمة، أي أن لها في الشرع سلطة تخضع لها أحكام التصرفات، فتثبت تل الأحكام على وفق ما تقضي به العادات والأعراف، وضرب ابن قدامة مثلاً على أهمية العرف في بيان الأحكام بقوله: "أن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف"^(٢).

أهمية الدراسة:

تكمن أهمية الدراسة في هذا الموضوع في أنها تسهم في معرفة دور العرف ومكانته في القانون السعودي كمصدر مهم من مصادر التشريع.

كما أن أهمية العرف تكمن في أن دوره يتميز ونجمه يسطع في مجالات المعاملات العقدية، والتي يظهر فيها دوره بوضوح ابتداءً من تعضيد القول بإباحة بعض العقود التي جرى عرف الناس على التعامل فيها، مثل الإجارة والاستصناع والسلم.. وغيرها، ومروراً بدوره في مجال التعبير عن الإرادة، وفي مجال الشروط التي يجوز اشتراطها في العقود، ثم دوره في تحديد الالتزامات التي يلتزم بها كل واحد من المتعاقدين، بالإضافة إلى دوره في إثبات ما ينشأ عن العقود من حقوق وواجبات من خلال ما ينشئه العرف من قرائن تعضد الحجة، وترجع جانب من يتمسك بها، وهي ما تسمى "بالقرائن العرفية"، إلى غير ذلك من الأمور المتعلقة بالعقد، والتي يظهر فيها دور العرف بوضوح وجللاء.

(١) المبسوط، للإمام محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، السرخسي، دار المعرفة، بيروت، د.ت، ج١٣، ص١٤.

(٢) المغني، لأبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة، مكتبة القاهرة، د.ط، ج٣، ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٨م ص٤٨١.



إشكاليات الدراسة:

- تتمثل إشكاليات الدراسة في الإجابة على الأسئلة الآتية:
- ١- ما العرف ؟ وما هي شروطه وأركانه ومميزاته وعيوبه؟
 - ٢- ما مكانة العرف في القانون المدني؟
 - ٣- ما تأثير العرف في القانون السعودي والمقارن؟
 - ٤- ما دور العرف في بعض التطبيقات العملية في عقود المعاملات العقدية؟

منهج الدراسة:

اعتمد الباحث في هذه الدراسة على ثلاثة مناهج، أولاً: المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء المواد القانونية التي تناولت العرف في نظام المعاملات المدنية السعودي، ثانياً: اعتمد على المنهج الوصفي وذلك لوصف وتعريف العرف وأركانه وما يميزه عما يشبهه، وعلاقته بالعلاقة التعاقدية، ثالثاً: اعتمد الباحث - كذلك - على المنهج التحليلي، وذلك بتحليل الآراء الفقهية المتعلقة بأثر العرف في عقود المعاوضات المالية، ومناقشتها واختيار الراجح منها، هذا بالإضافة للمنهج التطبيقي وذلك لعرض بعض حالات المعاملات العقدية وأثر العرف فيها.

خطة الدراسة:

تم تقسيم هذه الدراسة، كما يلي:

المبحث التمهيدي: ماهية العرف.

- المطلب الأول: تعريف العرف.

- المطلب الثاني: الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية.

- المطلب الثالث: أركان العرف.

- المطلب الرابع: مزايا العرف وعيوبه.

الفصل الأول: دور العرف في العلاقات التعاقدية على وجه العموم.

المبحث الأول: دور العرف في التعبير عن الإرادة.



- المطلب الأول: دور العرف في التعبير عن الإرادة باللفظ.
- المطلب الثاني: دور العرف في التعبير عن الإرادة بالكتابة.
- المطلب الثالث: دور العرف في التعبير عن الإرادة بالإشارة.
- المطلب الرابع: دور العرف في التعبير عن الإرادة بالمعاطاة.
- المطلب الخامس: دور العرف في اعتبار السكوت معبراً عن الإرادة.
- المبحث الثاني: دور العرف في تفسير إرادة المتعاقدين.**
- المبحث الثالث: دور العرف في إثبات المدعى به.**
- المطلب الأول: دور العرف في كفاية البيينة لإثبات ما يجب إثباته بالكتابة
- المطلب الثاني: دور العرف في مجال القرائن.
- الفصل الثاني: تطبيقات لدور العرف في العلاقات العقدية.**
- المبحث الأول: دور العرف في عقد البيع.**
- المطلب الأول: دور العرف في العقود عليه في عقد البيع.
- الفرع الأول: دور العرف في عدم الاعتداد بالجهالة اليسيرة في المبيع.
- الفرع الثاني: دور العرف في تقدير الثمن في عقد البيع.
- الفرع الثالث: دور العرف في تحديد ملحقات المبيع.
- المطلب الثاني: دور العرف في تحديد التزامات المتبايعين.
- الفرع الأول: دور العرف في تحديد زمان تسليم المبيع والوفاء بالثمن.
- الفرع الثاني: دور العرف في تحديد مكان تسليم المبيع والوفاء بالثمن.
- الفرع الثالث: دور العرف في تحديد الملتمزم بنفقات تسليم المبيع والوفاء بالثمن.
- المبحث الثاني: دور العرف في عقد الوديعة.**
- المطلب الأول: دور العرف في افتراض الأجر وتقديره في الوديعة وتحديد



زمانه ومكانه.

- المطلب الثاني: دور العرف في تحديد معيار حفظ الوديعة وضابط الحرز.

الخاتمة.

قائمة المراجع.

الفهرس.



المبحث التمهيدي ماهية العرف

كل عمل اختياري لا بد له من باعث، وهذا الباعث إما أن يكون باعث مادي، مثل ظهور منفعة من شئ أو عمل، وإما أن يكون باعث معنوي أي نفسي، مثل الحياء الشديد الباعث على السكوت أو التحجب في بعض المواطنين من بعض الأشخاص. فإذا ارتاح الإنسان للفعل الذي مال إليه بذلك الباعث، وكرره أصبح بهذا التكرار عادة له. وعندما يحاكيه غيره بدافع حب التقليد، ويتكرر ذلك، أي تتكرر المحاكاة وتنتشر بين معظم الأفراد، يتكون بذلك العرف، الذي هو في الحقيقة عادة الجماعة.

ومثلما يحدث ذلك في الأفعال، يحدث أيضًا في الأقوال، فالإنسان مضطر إلى التفاهم مع من يعيش بينهم، ولذا لجأ البشر إلى طريق التعبير بالألفاظ التي هو أصوات يعتادون التعبير بها، حتى تصبح لغة عامة بينهم، أو لهجة خاصة بهم. ومعظم العادات تنشأ عن الحاجة، حيث يعرض للناس ظرف خاص يدعوهم إلى عمل خاص، فيتكرر العمل ويشيع حتى يصبح عرفاً دارجاً.

وهذه العادات تختلف بحسب البيئة والطبيعة ومرافقتها، وبحسب البيئات الاجتماعية وأنظمتها ومميزاتها.

ويمكن أن تنشأ هذه العادات والأعراف بأمر صاحب السلطات الحاكم، أو برغبته وتوجيهه. كما قد تكون العادات والأعراف وراثية محضة عن الأسلاف دون أن تدعو إليها حاجة حقيقية، أو ناشئة عن الأهواء والشهوات وفساد الأخلاق. وللعادات والأعراف سلطان على النفوس، وتحكم في العقول، فمتى رسخت العادة اعتبرت من ضرورات الحياة.

لذا سوف نعرض لتعريف العرف، والفرق بينه وبين العادة، ثم نبين أركان العرف، وكذلك مزاياه وعيوبه وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: تعريف العرف.

المطلب الثاني: الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية.

المطلب الثالث: أركان العرف.

المطلب الرابع: مزايا العرف وعيوبه.



المطلب الأول تعريف العرف

نعرض في هذا المطلب لتعريف العرف في اللغة، ثم تعريفه في الاصطلاح، وذلك من خلال التالي:

أولاً: تعريف العرف في اللغة.

نعرض - هنا - لتعريف ملخص لأهم المعاني التي تدون عليها مادة "ع ر ف" - بضم العين أو فتحها أو كسرهما - فيما يلي:

١- العُرف بضم العين: المعروف، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير، وتطمئن إليه، والعرف والعارفة والمعروف واحد، ضد التُّكر.

٢- العُرف أيضاً- بضم العين: الاسم من الاعتراف، والرمل المرتفع، ومنيت الشعر، والریش من العنق، نحو عُرف الديك والفرس والدابة وغيرها.

٣- العُرف بفتح العين: الرائحة، وأكثر ما تستعمل في الطيبة.

٤- العُرف بكسر العين: الصبر.

٥- أن هذه المعاني ونحوها ترجع - عند ابن فارس- إلى أصليين اثنين، هما: أ - تتابع الشيء متصلاً ببعضه ببعض. ب- السكون والطمأنينة^(١).

ثانياً: العرف في الاصطلاح.

يعتبر لفظ العرف في الاصطلاح مثل لفظ التشريع، يُستعمل ويراد به أحد هذين المعنيين^(٢).

(١) معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق/ عبدالسلام محمد هارون، مصر، مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية، ١٣٩١هـ/ ١٩٧١م، ٤/٢٨١.

(٢) في هذا المعنى انظر: د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول - المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، مطبعة السلام، ١٩٨٧م، ص٢٨٦؛ د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨م، ص١٧٨؛ د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة التعاون الجامعي، طبعة عام



الأول: يمكن أن يستعمل العرف بمعنى المصدر المنشئ للقاعدة القانونية أو للتعبير عن عملية نشأة القاعدة القانونية العرفية من خلال اعتياد الأفراد على سلوك معين في مسأة ما، مع توافر الاعتقاد لديهم بإلزامية هذا السلوك، مثلما هو الحال في استعمال التشريع حينما يستخدم للدلالة على عملية وضع وصياغة القواعد التشريعية، أي بمعنى المصدر الرسمي المنشئ للقاعدة التشريعية.

الثاني: ويمكن أن يستعمل العرف للتعبير عن القاعدة القانونية العرفية ذاتها التي تنشأ من العرف، مثلما هو الحال في استعمال لفظ التشريع كتعبير عن القاعدة القانونية التشريعية ذاتها التي مصدرها التشريع.

وبهذا، يستعمل العرف أو التشريع مرة للدلالة على القاعدة العرفية أو التشريعية، وقد يستعمل مرة أخرى للدلالة على المصدر المنشئ لأي من هاتين القاعدتين.

والعرف - باعتباره مصدر مهم من مصادر القانون - ينشأ في المجتمع بصورة تلقائية نتيجة لاعتياد الأفراد على سلوك معين في مسألة معينة لمدة طويلة من الزمن، مع توافر العقيدة لديهم في إلزامية هذا السلوك بالنسبة لهم، بحيث يتعرض من يخالف هذا السلوك لجزاء يناسب تلك المخالفة.



المطلب الثاني أركان العرف

يتكون العرف من ركنين أساسيين، أحدهما مادي، ويتمثل في اعتياد الأفراد لسلوك معين في مسألة معينة، والآخر معنوي، ويتمثل في الاعتقاد بإلزامية هذا السلوك والشعور بضروريته بالنسبة لهم.

ولئن كان التثبت من توافر الركن المادي للعرف يتسم بالسهولة واليسر، نظرًا لقيامه واعتماده على مظاهر خارجية محسوسة، فإن من العسير التحقق من توافر ركنه المعنوي، حيث يكون التعويل في إثباته على مشاعر نفسية داخلية لدى الأفراد في المجتمع^(١)، الأمر الذي يصعب من مهمة إثباته، وفيما يلي نتناول هذين الركنين تفصيلاً، على النحو التالي:

أولاً: الركن المادي:

يتمثل هذا الركن في اعتياد الأفراد على اتباع سلوك معين في مسألة معينة، أو تواتر اتباعهم لهذا السلوك بشأن هذه المسألة بصورة منتظمة.

ولا يكفي أن يتحقق الاعتياد بمجرد توافر الركن المادي للعرف، بل يلزم أيضاً أن تتوافر في الاعتياد أوصاف وشروط محددة تتمثل فيما يلي:

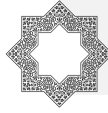
١ - صفة العمومية:

تعد صفة العمومية من أبرز وأهم صفات القاعدة القانونية وخصائصها أيًا كان مصدرها، أي سواء كان مصدرها التشريع أو العرف أو غيرهما، بحيث يجري تطبيق تلك القاعدة على الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم^(٢).

ويقصد بصفة العموم في الاعتياد، كركن مادي للعرف، أن تكون العادة أو

(١) د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ١٨٠.

(٢) د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق، ص ١٨١؛ د. حمدي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص ٦٠؛ د. عبدالناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة، بند ١٨، ص ٢٦٣؛ د. محمد سعد خليفة، محاضرات في المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول - نظرية القانون، طبعة عام ١٩٩٠م، ص ١٧٢.



السنة متبعة من أغلبية أفراد الجماعة، بحيث لا يقتصر اتباعها على شخص معين بذاته أو أشخاص معينين بذواتهم، فلا يكفي مثلاً لتكوين قاعدة عرفية بين الطلاب أو الأساتذة أن يعتاد طالب معين أو قلة من الطلاب على سلوك معين في مسألة معينة، أو أن يعتاد أستاذ معين أو عدد من الأساتذة على نهج محدد بشأن مسألة محددة، ولكن ينبغي أن يدرج على اتباع هذا السلوك أو ذات غالبية الطلاب أو الأساتذة، حتى يمكننا القول بأن ثمة قاعدة عرفية تحقق لها ركنها المادي بين طائفة الطلاب أو الأساتذة^(١).

ولا ينبغي أن يفهم وصف العموم على أنه يستلزم إجماع الناس كافة على اتباع السنة أو العادة حتى تكتسب صفة القاعدة العرفية، بحيث تزول عنها تلك الصفة إذا لم يتحقق لها مثل هذا الإجماع، حيث يكفي أن يدرج على اتباعها غالبية الأشخاص الذين تعينهم أو تتعلق بشئونهم ومصالحهم، ولو شذ عن اتباعها بعض الأشخاص، فهذا مما لا يقدر في عموميتها^(٢).

٢- صفة القدم.

ينبغي في الاعتياد أن يكون قديماً، بمعنى أن يرتد اعتياد الأفراد على ممارسة العادة أو السنة إلى زمن بعيد يستفاد من قدمه تأصلها في نفوسهم ورسوخها واستقرارها في وجدانهم، وأنها ليست مجرد سلوك عابر أو نزعة عارضة^(٣).

وليس ثمة مقياس أو معيار محدد يمكن التعويل عليه في تحديد المدة الزمنية اللازمة لاكتساب السلوك أو العادة لوصف القدم، فالأمر يختلف باختلاف العادات

(١) د. محمد لبيب شنب، مذكرات في المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٧٦م، ص ١١٥؛ د. حمدي محمد عطيفي، ص ١٥٥.

(٢) د. محمد حسام لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، د.ن، طبعة ١٩٩٣/١٩٩٤م، ص ١٦٦، ١٦٧؛ د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٣٨٨؛ د. عبدالناصر توفيق العطار، مرجع سابق، ص ٢٦٣؛ د. حسن كيرة، مرجع سابق، ص ٢٧٤؛ د. حمدي محمد عطيفي، مرجع سابق، ص ١٥٥، ١٥٦.

(٣) د. نعمان جمعة، مرجع سابق، ص ٢٠٤، ٢٠٥؛ د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ٣٨٨؛ د. حسن كيرة، مرجع سابق، ص ٢٧٤.



أو السنن وباختلاف ظروف الجماعة التي نشأت فيها، ولذلك تترك هذه المسألة لتقدير القاضي، فهو الذي يقدر كفاية أو عدم كفاية المدة التي درج الأفراد خلالها على اتباع هذه العادات أو السنن لاتسامها بطابع القدم، باعتبارها من مسائل الواقع التي يستقل القاضي بتقديرها دون رقابة عليه من محكمة النقض، مستهدياً في تقديره بظروف كل عادة على حدة وظروف الجماعة التي نبتت فيها، ودرجة وضوحها وأهميتها في هذه الجماعة، ويكفيه في ذلك أن يتأكد من أن الفترة الزمنية الماضية التي اعتاد الأفراد خلالها على اتباع عادة ما كافية للقول برسوخها في ضمائرهم واستقرارها في نفوسهم^(١).

٣- صفة الثبات والاستقرار.

لاشك أن وصف الثبات والاستقرار، يعتبر أكثر أوصاف الاعتیاد التصاقاً وارتباطاً بوصف القدم، فلا اعتبار لقدم عادة أو سلوك لم يتسم اتباع الأفراد له بالثبات والاستقرار.

فالعادة المنقطعة أو السلوك المتأرجح بين الأخذ والترك من جانب أفراد المجتمع لا يمكن أن يشكل عرفاً مهماً توغل في القدم، فلا بد أن يكون إدراج الناس على الأخذ بالعادة أو السنة القديمة متصفاً بالثبات والاستقرار، بمعنى أن يتواصل الأفراد في اتباعها جيلاً بعد جيل فتحظى بالاتباع المستمر منذ بداية نشأتها وتكوينها دون توقف أو انقطاع أو تردد بين سلوك سبيل تلك العادة وسلوك غيرها من العادات المخالفة لها^(٢).

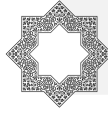
فاتباع الأفراد لعادة من العادات لفترة طويلة من الزمن ثم تراجعهم عنها وعدولهم عن العمل بها بعد ذلك، ثم عودتهم إليها مرة أخرى يتنافى مع الثبات والاستقرار اللازم لتوافر الركن المادي للعرف^(٣).

(١) د. شمس الدين الوكيل، مرجع سابق، ص ١٨٢؛ حسن كيرة، مرجع سابق، ص ٢٧٥؛ د. حمدي

عبدالرحمن، مرجع سابق، ص ٦١.

(٢) د. عبدالودود يحيى، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة عام ١٩٧٥م، ص ١١٧؛ نعمان جمعة، مرجع سابق، ص ٢٠٥. ح. محمد حسام لطفي، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(٣) د. سليمان مرقس، مرجع سابق، ص ٣٨٩.



فالاتياد الذي يفتقر إلى وصف الثبات والاستمرار لا يمكن أن يحقق الركن المادي اللازم لتكوين العرف.

ولاشك أن مسألة ثبات العادة كمسألة القدم، تعتبر من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرها قاضي الموضوع دون رقابة عليه فيها من محكمة النقض، طالما أن استخلاصه لها كان سائغاً ومقبولاً^(١).

٤- مخالفة النظام العام أو الآداب.

يشترط جانب كبير من الفقه^(٢) في الاعتياد - إلى جانب الأوصاف الثلاثة السابقة المجمع عليها- ألا ينطوي على مخالفة للنظام العام أو الآداب، وهذا شرط منطقي لا سيما في الأعراف المحلية أو الطائفية، أو المهنية التي قد تخالف الأسس الاجتماعية أو الاقتصادية أو الأخلاقية التي تقوم عليها فكرة النظام العام أو الآداب في المجتمع، حيث لا يتصور نشأة عرف عام في المجتمع على نحو مخالف لفكرة النظام العام والآداب فيه، نظراً لأن هذا العرف العام يساهم عادة بدور كبير وفعال في بناء وتكوين هذه الفكرة باعتباره أكثر مصادر القانون صدقاً في التعبير عن إحساس المجتمع^(٣).

فالعرف الذي يناهض المبادئ الأساسية في المجتمع، يعتبر عرفاً فاسداً، لا يعتد به قانوناً، ولا يمكن أن تتولد عنه قاعدة قانونية، حتى وإن توافرت فيه أوصاف الاعتياد اللازمة للركن المادي في العرف ورسخ في نفوس بعض الأفراد الاعتقاد بإلزاميته فتحقق له العنصر المعنوي للعرف، فعلى سبيل المثال يشيع في بعض أقاليم الدولة عادة الأخذ بالثأر وهي عادة عامة في هذه الأقاليم وتتسم بالثبات والقدم، فضلاً عن استقرارها في نفوس أفراد هذه الأقاليم، ومع ذلك لا يمكن أن يتولد عنها عرف واجب الاحترام قانوناً، لمخالفتها للنظام العام والآداب

(١) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الباب التمهيدي، طبعة عام ١٩٥٤م، نبذة ٦٣٥.

(٢) د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية القانون، الطبعة الرابعة، دار الكتاب العربي بمصر، عام ١٩٦٥م، فقرة ١١٧؛ حمدي عطيفي، مرجع سابق، ص ١٥٦.

(٣) د. حسن كيرة، مرجع سابق، ص ٢٧٥.



في المجتمع الذي يجعل سلطة الثواب العقاب من اختصاص الدولة فقط، وإلا شاعت الفوضى والاضطراب في المجتمع إذا ما ترك للأفراد مزاحمة الدولة في مباشرة هذه السلطة^(١).

ثانياً: الركن المعنوي.

لا شك أن العرف لا يولد لمجرد توافر ركنه المادي - الذي يتمثل في اعتياد غالبية الأفراد على اتباع عادة معينة في مجال معين بصورة منتظمة منذ فترة طويلة - بل ينبغي أيضاً توافر ركن معنوي يتمثل في الشعور بإلزامية هذه العادة وضرورتها بالنسبة لأفراد المجتمع، بحيث يتعرض من يخالفها لجزاء معين يناسب هذه المخالفة.

فالركن المعنوي في العرف هو الذي يميزه عن مجرد العادة، ففي أي مجتمع من المجتمعات تشيع فيه كثير من العادات والتقاليد التي يدرج الأفراد على اتباعها بصورة منتظمة ولفترات زمنية طويلة، ومع ذلك لا ترقى إلى مصاف الأعراف لافتقارها إلى الركن المعنوي المتمثل في توافر الاعتقاد في إلزاميتها من جانب الأفراد، حيث لا يشعرون بأن هذه العادات تحظى في نفوسهم بطابع الإلزام الذي تحظى به القواعد القانونية العرفية.

(١) د. نعمان جمعة، مرجع سابق، ص ٢٠٥؛ د. حمدي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص ٦١؛ د. حسام لطفي، مرجع سابق، ص ١٦٨.



المطلب الثالث

الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية

يمكن أن يقع خلطاً كبيراً بين العرف والعادة، فقد يُستعمل اللفظان - في أغلب الأحيان - للدلالة على معنًى واحداً، في ذات الحين، فإن الفقهاء المعاصرين يميزون بينهما في الاصطلاح القانوني، ولعل المعيار في ذلك هو عنصر الإلزام، لأن العرف هو الذي يعتبر حكمه أقوى، حيث يتوفر له الركن المعنوي، باعتقاد الناس لهم بإلزاميته، مع توافر الركن المادي في نفس الوقت، وهو اعتياد الناس على سلوك معين مع وضع الجزاء في حال مخالفة أحكامه، وبذلك يجتمع الركنان المادي والمعنوي^(١).

أما بالنسبة للعادة - وإن توافر فيها الركن المادي - فإنه لا يتوافر لها الركن المعنوي، حيث يجوز لأي من الأفراد في أي تعامل بينهما أن يقوموا بالاتفاق صراحة على اتباع أي عادة في اتفاقهم، أما إذا لم يتم الاتفاق حولها فلا تلزم أحد، وبالتالي فإن العادة الاتفاقية لا تستمد قوتها من نفسها؛ وإنما من اتفاق الأطراف حولها، أما القاعدة العرفية فإنها تستمد إلزاميتها من ذاتها، ولهذا فإن العرف يعتبر قاعدة قانونية ملزمة بذاتها، بينما العادة الاتفاقية لا تعتبر قاعدة ملزمة بذاتها^(٢).

أولاً: النتائج التي تترتب على التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية.

هناك عديد من النتائج التي تترتب على التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية، من أهمها ما يلي:

١- أن العرف يعتبر مصدراً من مصادر القانوني: فبما أن العرف يعتبر مصدراً من مصادر القانون، فإنه من المفترض أن يكون القاضي على علم به، وليس من واجب الأفراد أن يقوموا بإثبات العرف للقاضي لكي يتم تطبيقه بواسطة

(١) د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط٣، ٢٠١٤م، ص١٨٤، ١٨٥.

(٢) د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، المدخل للعلوم القانونية، دن، ١٩٩٠م، ص٢٥٤.



المحكمة، لأن المحكمة لها أن تأخذ علماً قضائياً بالعرف، ومن المعلوم بأن العلم القضائي يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات.

أما بالنسبة للعادة الاتفاقية فهي ليست بقانون، وبذلك فلا يتصور علم القاضي بها، وإنما تعتبر - في هذه الحالة - بمثابة واقعة، ويجب على الطرف الذي يتمسك بها أن يقوم بإثباتها أمام القاضي^(١).

٢- أن يقوم القاضي بالتحري عن العرف: حيث يقوم القاضي بالتحري عن العرف من تلقاء نفسه، لأنه يعتبر بمثابة تشريع، ولا يتصور أن يقوم القاضي برفض تطبيقه بحجة عدم إثباته بواسطة الأطراف، لأن الخصوم ليسوا ملزمين بإثبات العرف، وذلك بنفس الصورة التي لا تلزمهم بإثبات التشريع، على العكس من ذلك تماماً، فإن العادة الاتفاقية تكون إلزاميتها نتيجة لاتفاق الأطراف حولها، لذلك، فإن من يتمسك بها من الأطراف أن يقوم بإثباتها أمام المحكمة وإثبات قصد الأطراف الالتزام بها^(٢).

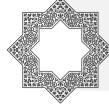
٣- أنه يجب على القاضي أن يطبق العرف: حيث إن العرف يعتبر مصدراً من مصادر القانون، فلذلك يجب على القاضي أن يقوم بتطبيقه على الأطراف من تلقاء نفسه، حتى لو لم يطلب الأطراف ذلك، حيث إن العرف يعتبر بمثابة قانون، فالقاضي لا يقوم بتطبيقه بطلب الخصم الذي له مصلحة في ذلك، وعلى النقيض من ذلك تماماً في العادة الاتفاقية؛ فإن الخصم الذي له مصلحة في تطبيقها، عليه أن يطلب ذلك، ويقوم بإثباتها أمام المحكمة^(٣).

٤- أن يخضع العرف لرقابة المحكمة العليا: فلأن العرف يعتبر بمثابة قاعدة لقانونية، لذلك فإنه يخضع لرقابة المحكمة العليا، كما هو متبع في بعض الدول العربية، مثل مصر، باعتبارها أعلى جهة قضائية، فيجوز لها أن تتحقق من

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج٢، القاهرة، ٢٠٠٤م، ص٥١.

(٢) د. علي محمد بدير، المدخل لدراسة القانون، البصرة، ١٩٧٠م، ص١٧٩.

(٣) د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩م، ص٣٤١، ٣٤٢.



وجود العرف، كما يجوز لها التعقيب على قاضي محكمة الموضوع في حالة قيامه بتطبيق عرف غير قائم، كما يحق لها التعقيب عليه، إذا أغفل تطبيق عرف قائم، أما العادة الاتفاقية فهي مجرد وقائع ويترك تقديرها لمحكمة الموضوع، ولا تخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا أو محكمة النقض.

٥- أن يعلم الناس بالعرف: العرف كالتشريع، يفترض أن يعلم به كافة الناس، وبالتالي فهو يطبق على الكافة، أما العادة فعلى النقيض من ذلك، فهي تعتبر مجرد واقعة مادية يتعين لتطبيقها على الأطراف علمهم بها، وانصراف إرادتهما إلى تطبيقها، فإن



المطلب الثالث مزايا العرف وعيوبه

يعتبر العرف من أقدم مصادر القانون ظهوراً في حياة المجتمعات الإنسانية، وقد ظل لحقب زمنية عجاف - نظراً لبساطة المجتمعات الإنسانية الأولى كالمجتمعات البدائية والقبلية، سواء من حيث عدد سكانها أو من حيث طبيعة وحجم المعاملات بين أفرادها- المصدر الأوحده للقانون فيها؛ بل إنه حتى مع ظهور مصادر أخرى جديدة للقانون في المجتمعات المدنية القديمة، مثل التشريع، لم يفقد العرف مركز الصدارة بين مصادر القانون، فقد حفظت له مزاياه ومكانته وأهميته بين هذه المصادر.

وسوف نعرض لمزايا العرف وعيوبه، من خلال التقسيم التالي:

الفرع الأول: مزايا العرف

يتسم العرف - كأحد مصادر القانون - بعدد من المزايا والمحاسن التي يتفوق بها على غيره من مصادر القانون الأخرى، مثل التشريع، سوف نجملها من خلال البنود التالية:

أولاً: العرف تعبير صادق عن حاجة الجماعة.

بلا شك أن تلقائية العرف في نشأته وقيامه، تضي عليه قدرًا كبيراً من المصدقية في التعبير عن إرادة الجماعة وتلبية حاجاتها، حيث لا تنشأ القاعدة العرفية إلا إذا بدأت في صورة عادة أو سنة يستحسنها الأفراد، فيدرجوا على اتباعها والعمل بها بصورة منتظمة، وهذا يمثل الركن المادي اللازم لنشأة القاعدة العرفية، ولا يقف الأمر عند حد هذا الوجود المادي، ولكن يلزم لاكتساب العادة أو السنة صفة العرف رسوخ العمل بها في وجدان الجماعة، فتشعر بإلزاميتها وبحاجتها الملحة إليها كجزء ضروري لا غنى عنه في بنائها القانوني الذي يضبط سلوك أفرادها، بحيث يتعرض من يخالفها لجزاء مادي رادع تقرره الجماعة، وهذا يمثل الركن المعنوي اللازم لاكتمال ميلاد القاعدة العرفية، كقاعدة قانونية ملزمة للأفراد.



ثانياً: العرف يتطور تلقائياً بتطور حاجات الجماعة.

القاعدة العرفية ليست قاعدة قانونية جامدة تستعصي على التغيير والتطور، بل هي قاعدة قانونية مرنة تتطور بصورة تلقائية بتطور ظروف الجماعة وتغير حاجاتها.

فكما أن العرف قانون تلقائي النشأة، بحيث ينشأ بصفة تلقائية استجابة لواقع الجماعة وظروفها من اعتيادها على سلوك معين في مسألة معينة مدة طويلة بصورة منتظمة، وشعورها أيضاً بالزاميته مع فرض جزاء رادع يوقع على من يخالفه، فهو أيضاً تلقائي التطور يتغير بصورة تلقائية بتغير ظروف الجماعة وتبدل حاجاتها، حيث إنه بمجرد أن تشعر الجماعة بعدم ملائمة قاعدة عرفية معينة فتتهجرها فترة من الزمن بحيث تفقد هذه القاعدة شعور الجماعة بالزاميتها، وتدرج الجماعة على اتباع غيرها حتى يكتمل لها عنصرا العرف، تزول القاعدة العرفية القديمة لتحل محلها القاعدة العرفية الجديدة التي تواكب التطور الذي حدث في ظروف الجماعة.

ثالثاً: العرف عامل مساعد للتشريع.

فإنه، وإن كان الطابع السائد في الدول الحديثة أن للتشريع اليد الطولى في ميدان التنافس مع غيره من مصادر القانون الأخرى، كالعرف مثلاً، لاسيما مع طغيان المبادئ والأفكار الاشتراكية فيها والتي تملي عليها ضرورة التدخل بسن وصياغة كثير من القواعد التشريعية الآمرة، لا لحفظ الأمن والنظام لحسب، ولكن أيضاً لإحكام قبضتها وسيطرتها على كافة جوانب النشاط الإنساني في المجتمع (أي النشاط السياسي والاقتصادي والاجتماعي)، إلا أن ذلك لم يحل دون قيام العرف بأداء دور بارز الأهمية في مد المجتمع بعدد غير قليل من القواعد العرفية التي قد يغفل التشريع عن إفرازها رغم حاجة المجتمع إليها.

الفرع الثاني: عيوب العرف

أولاً: العرف بطيء التكوين أو النشأة.

فالعرف بطبيعته بطيء التكوين أو النشأة، حيث لا يكتسب السلوك الإنساني الذي ينتهجه الأفراد صفة العرف بمجرد إثباته مرة واحدة أو مرتين أو



ثلاث مرات، ولكن ينبغي أن يدرجوا على اتباعه فترة زمنية طويلة وبصورة منتظمة حتى يستقر في وجدانهم الشعور بإلزاميته، كجزء لا غنى عنه في التنظيم القانوني الذي يضبط سلوكهم.

وهو بذلك يختلف عن التشريع الذي يمثل أداة سهلة وسريعة لخلق القواعد القانونية، فإجراءات سنه ونفاذه لا يستغرق إتمامها وقتاً طويلاً؛ بل يمكن للسلطة التشريعية في يوم واحد أن تقوم بسن النصوص التشريعية لالزمة في المجتمع، أو كما يقول البعض يستطيع واضع القانون بجرة قلم أن يسن تشريعاً صالحاً^(١).

ثانياً: العرف بطيء التطور أو التغيير.

كما أن العرف بطيء في تكوينه ونشأته - على نحو ما ذكرنا- فهو أيضاً بطيء في تطوره وتغييره، فمن الصعب أن يهجر الأفراد سريعاً عرفاً درجوا على اتباعه منذ فترة زمنية طويلة.

والعرف بذلك يتفوق عليه التشريع الذي يتسم بالسهولة والسرعة في تعديله أو إلغائه، حيث يتسنى للسلطة التشريعية التدخل سريعاً لتعديل التشريع أو إلغائه ليتلاءم مع التطور الإنساني في المجتمع^(٢).

ثالثاً: العرف ضيق النطاق.

يندر في العرف أن يكون عاماً وشاملاً، بحيث يجري تطبيق حكمه أو مضمونه على جميع الأفراد في كل أقاليم الدولة، بعكس التشريع الذي يصدر عادة ليخضع لسلطانه وقهره كل الأشخاص في الدولة وإن اختلفت أقاليمهم أو مهنتهم أو طوائفهم.

فأحياناً ينشأ العرف حسب ما هو متبع في إقليم معين، أو مهنة معينة، أو طائفة ما، وهو بذلك يكون ضيق الأثر أو النطاق، حيث يجري تطبيقه فقط على أبناء الإقليم فقط دون غيره من الأقاليم، إن كان العرف إقليمياً، أو على من يمتن مهنة معينة أو أبناء طائفة محددة دون غيرها من المهن أو الطوائف إن كان

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٩٥.

(٢) د. توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٩٤.



العرف مهنيًا أو طائفيًا، على أساس أنه ما يعد عرفًا في إقليم أو مهنة أو طائفة قد لا يعد كذلك في إقليم آخر أو طائفة أو مهنة أخرى.

رابعًا: العرف يفتقر إلى الدقة والوضوح.

يفتقر العرف - على خلاف التشريع - إلى الصياغة التي تضي على قواعده طابع الدقة والوضوح، حيث لا تصاغ هذه القواعد قواعده في قالب مكتوب بألفاظ دقيقة وعبارات واضحة تعين من يطلع عليها على معرفة مضامينها وحقيقة معانيها، ولكنها تظهر إلى حيز الوجود بطريقة غير محسوسة عند اعتياد الأفراد على اتباعها كسلوكيات معينة يشعرون بمرور الوقت بالزاميتها بالنسبة لهم، دون حاجة إلى صياغتها أو كتابتها، الأمر الذي يصعب على الأفراد تحديد نطاقها وأثرها.

خامسًا: العرف صعب الإثبات.

لا شك أن تطبيق القاعدة القانونية - أيًا كان مصدرها - أي سواء أكان مصدرها التشريع أم العرف - مرهون بإثبات وجودها.

ولئن كان إثبات وجود القاعدة التشريعية يعتبر أمرًا سهلًا وميسورًا (حيث يمكن لكل ذي مصلحة - خصمًا كان أو قاضيًا - إذا ما أراد التحقق من وجود هذه القاعدة أن يرجع إلى التقنين الذي يشتمل عليها دون عناء أو مشقة)، فإن إثبات وجود القاعدة العرفية يعتبر أمرًا عسيرًا يتسم بالصعوبة والتعقيد.



الفصل الأول

دور العرف في العلاقات التعاقدية على وجه العموم

إن عقود المعاملات ينظر فيها إلى المقاصد والمصالح، فالمعاملات - كما يقول البعض - فالأصل فيها تحقيق المصالح للناس في الأمور الحياتية والمعاشية ورفع الحرج عنهم بعيداً عن الحرام والباطل، وأن العرف في المعاملات هو نتيجة الاجتهاد والاستنباط حسب ما تقتضيه الوقائع المتجددة المتغيرة تبعاً للعرف والمصلحة^(١).

وفي هذا الفصل، نتعرف أولاً على دور العرف في التعبير عن الإرادة، وثانياً نتعرف على دور العرف في تفسير إرادة المتعاقدين، ثم ثالثاً نعرض لدور العرف في إثبات المدعى به، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المبحث الأول: دور العرف في التعبير عن الإرادة

المبحث الثاني: دور العرف في تفسير إرادة المتعاقدين

المبحث الثالث: دور العرف في إثبات المدعى به

(١) الفتاوى لأحمد بن عبد الرحيم بن تيمية، ج ٢٩، المطبعة العلمية، دم، دت ص ١٦، ١٧.



المبحث الأول

دور العرف في التعبير عن الإرادة

تتعدد مصادر الالتزام، أي الأسباب المولدة له، وتدرج تحت قسمين أولهما يتعلق بالمصادر الإرادية وهي العقد والإرادة المنفردة^(١)، فيعتمد هذا التقسيم أساساً على دور الإرادة الفردية في إنشاء الرابطة القانونية، فالإرادة يتم التعبير عنها بتصرفات خارجية تصدر عن الشخص الطبيعي للكشف عن نيته في التعاقد^(٢).

وللعرف دور في التعبير عن الإرادة، فيمكن التعبير عن الإرادة باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة، أو بالمعاطاة، كما يمكن اعتبار السكوت معبراً عن الإرادة. ولذا، سوف نعرض لما سبق طبقاً للتقسيم التالي:

المطلب الأول: دور العرف في التعبير عن الإرادة باللفظ.

المطلب الثاني: دور العرف في التعبير عن الإرادة بالكتابة.

المطلب الثالث: دور العرف في التعبير عن الإرادة بالإشارة.

المطلب الرابع: دور العرف في التعبير عن الإرادة بالمعاطاة.

المطلب الخامس: دور العرف في اعتبار السكوت معبراً عن الإرادة.

(١) د. يعيش مجيد، دور السكوت في التصرفات القانونية، رسالة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، ٢٠٠٨م، ص ٢.

(٢) د. محمود فياض، الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام في الأنظمة القانونية الغربية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٤م، ص ٢٢-٢٦.



المطلب الأول

دور العرف في التعبير عن الإرادة باللفظ

لكي يعتد قانونياً بالإرادة، يجب أن تتخذ مظهرًا خارجيًا، حيث لا يكفي وجود الإرادة كامنة في النفس مجرد نية ليست معلنة.

ويتمثل هذا المظهر الخارجي في التعبير عن الإرادة، فهو يحول الإرادة من مجرد نية - أو أمر نفسي - غلى رضا قانوني تترتب عليه آثار قانونية، سواء تمثلت في حقوق أو تمثلت في التزامات.

والتعبير عن الإرادة، هو كل سلوك إيجابي أو سلبي يسمح باستخلاص وجود إرادة محددة معلنة للغير، وتتجه إلى الارتباط القانوني^(١).

والمظهر الذي تظهر فيه هذه الإرادة إلى العالم الخارجي، يكون عن طريق التعبير عن هذه الإرادة.

وهناك العديد من وسائل التعبير عن إرادة التعاقد في القانون المدني، منها وسائل صريحة، ووسائل ضمنية.

فبالنسبة لنظام المعاملات المدنية السعودي^(٢)، فقد نصت المادة (٣٣) منه على ما يلي: "١- يكون الإيجاب والقبول بكل ما يدل على الإرادة. ٢- يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة أو بالمعاطاة، وأن يكون صريحاً أو ضمناً، وذلك ما لم تقتض النصوص النظامية أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة خلاف ذلك".

وأما بالنسبة للقانون المدني المصري فقد نصت المادة (٩٠) منه على وسائل التعبير عن الإرادة كما يلي: "١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة وبالإشارة

(١) د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول (المصادر)، الطبعة الثالثة، د.م، عام ٢٠٠٠م، ص٧٦.

(٢) نظام المعاملات المدنية السعودي أقره مجلس الوزراء السعودي في ٢٩ ذو القعدة عام ١٤٤٤هـ الموافق ١٤ يونية عام ٢٠٢٣م، وتم إصداره بالمرسوم الملكي رقم م/ ١٩١، وتاريخ نشره ١ ذو الحجة عام ١٤٤٤هـ.



المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه. ٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

يتضح من النصين السابقين، أن نظام المعاملات المدنية السعودي والقانون المدني المصري لم يشترطا وسيلة أو طريقة معينة في التعبير عن الإرادة، ولكن تركا المجال واسعاً للمتعاقدين في أن يختاروا الوسيلة التي يعبرون بها عن إرادة التعاقد طبقاً لما جرى عليه العرف بينهم - فيما عدا بعض الحالات التي استلزم القانون فيها شكلاً معيناً في التعبير عن الإرادة^(١).

ولكي نوضح دور العرف في نطاق التعبير عن الإرادة، وكذلك دوره في تحديد المعيار الذي يميز بين التعبير الصريح والتعبير الضمني عن الإرادة، رأينا أن نعرض ذلك من خلال الآتي:

الفرع الأول: دور العرف في تحديد معيار التفرقة بين التعبير الصريح والتعبير الضمني.

الفرع الثاني: دور العرف في نطاق التعبير عن الإرادة باللفظ.

الفرع الأول: دور العرف في تحديد معيار التفرقة بين التعبير الصريح والتعبير الضمني

رغم تعدد وسائل التعبير عن الإرادة في القانون المدني؛ إلا أنها لا تستوي في إفادتها ودلالاتها على ما اتجهت إليه الإرادة، فأحياناً تكون دلالة الوسيلة المستخدمة في الإفصاح عن الإرادة صريحة، وأحياناً أخرى تكون ضمنية.

(١) هذا، مثل أن يشترط المتعاقدان أن التعبير عن الإرادة لا يكون إلا صريحاً، أو بشكل محدد، فإن العقد لا يتم بدون مراعاة ذلك، كما قد يشترط القانون - في بعض الأحيان - شكلاً خاصاً في انعقاد العقد، مثل اشتراط الرسمية في عقد الرهن الرسمي. انظر في ذلك: د. حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول (المصادر)، مطبعة مصر، عام ١٩٥٤م، د.ت، ص ٧٤.



أولاً: التعبير الصريح عن الإرادة.

والمقصود بالتعبير الصريح عن الإرادة، أن يدل التعبير المستخدم على المعنى المقصود مباشرة، من غير احتمال معنى آخر^(١). أي إذا كان المظهر الذي اتخذه صاحب التعبير قد وضع للكشف عن الإرادة بطريق مباشر طبقاً للصور المألوفة بين الناس^(٢). بمعنى اتخاذ وسيلة موضوعة في ذاتها، للكشف عن الإرادة، بحسب المألوف والمتعارف بين الناس، سواء كانت هذه الوسيلة هي اللفظ، أو الإشارة المتداولة عرفاً، أو الكتابة، أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في معناه المقصود بحسب المألوف والمعروف بين الناس^(٣).

ثانياً: التعبير الضمني عن الإرادة.

هذا التعبير لا يدل على المعنى المقصود مباشرة، وإن كانت القرائن المحيطة به تدل على الرضا بما اتجهت إليه الإرادة^(٤).

وعرفه آخرون، بأنه: "الإفصاح عن الإرادة بمظهر ليس موضوعاً في ذاته للكشف عنها، إلا أنه لا يمكن حمله دون افتراض وجود هذه الإرادة"^(٥).

وهو ما يعني أن الإرادة في هذا التعبير الضمني لم تتخذ في التعبير عنها وسيلة موضوعة في ذاتها للكشف عن الإرادة، وإنما يمكن استنباطها من موقف اتخذه الشخص بصدد التعبير عن إرادته، فيترجح معه أن إرادته قد انصرفت إلى معنى معين.

(١) د. عبدالودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، المصادر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م، ص ٢٩.

(٢) د. عبدالرازق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة المدني بمصر، ١٤٠٠هـ/ ١٩٨٠م، ص ٢١.

(٣) د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، المصادر، مكتبة عبدالله وهبة بمصر، ١٩٦٦م، ص ٨٠.

(٤) د. عبدالسميع أبوالخير، دور العرف في وسائل التعبير عن الإرادة، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر الشريف، العدد التاسع، عام ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م، ص ٤١٥.

(٥) د. عبدالرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بمصر، عام ١٩٤٠م، ص ٤٦.



وذلك مثل بقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، وسكون المؤجر على ذلك وقبوله الأجرة، ومثل قيام الشخص ببيع ما تم عرضه عليه ليشتريه؛ فذلك يدل على قبوله للشراء^(١)

(١) د. جلال علي العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م، ص ٩٧، ٩٨؛ د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٨١.



المطلب الثاني

دور العرف في التعبير عن الإرادة بالكتابة

معلوم من نص المادة رقم (٢/٣٣) من نظام المعاملات المدنية السعودي على وسائل التعبير عن الإرادة بما يلي: "٢... يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المفهومة أو بالمعاطاة، وأن يكون صريحاً أو ضمناً، وذلك ما لم تقتض النصوص النظامية أو الاتفاق أو طبيعة المعاملات خلاف ذلك"^(١).

فلا شك في نطاق القانون المدني في صلاحية الكتابة للتعبير عن الإرادة^(٢).

كما أنه ليس بشرط أن يتم التعبير بالكتابة في شكل معين، حيث يمكن أن تصدر الكتابة في أي شكل، فيصح التعبير بها، سواء كانت عرفية أو رسمية، وسواء كانت مكتوبة بخط اليد، أو مطبوعة^(٣).

ويصح التعبير بالكتابة بأية عبارات يدل معناها - كما ذكرنا سابقاً - لغة أو عرفاً، أو بحسب ظروف الحال، على إرادة التعاقد^(٤).

ويتضح دور العرف بالنسبة للتعبير عن الإرادة بالكتابة في التعاقد بين غائبين، فقد اشتهر التعامل عن طريق الكتابة بين الغائبين، خاصة مع تطور وسائل التعبير التي يمكن أن تستخدم عن طريق الكتابة.

فيمكن التعبير عن الإرادة بالكتابة عن طريق خطاب مثلاً، أو تليفون، أو فاكس، أو الإنترنت... إلخ^(٥).

ولذلك، يتضح دور العرف في وسيلة التعبير عن الإرادة بالكتابة، والعرف

(١) وانظر أيضاً المادة رقم ٩٠ من القانون المدني المصري.

(٢) د. حسام الدين الأهواني، مرجع سابق، ص ٧٨. د. محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة الأولى، ٢٠٠٨م، ص ٤٣.

(٣) وهذا، باستثناء ما اشترطه القانون من الكتابة الرسمية في بعض العقود، مثل عقد الرهن الرسمي.

(٤) د. جلال العدوي، أصول الالتزامات، مرجع سابق، ص ٩٠.

(٥) د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١٤٢.



- يحدد كذلك صيغة ودلالة الكتابة، وما إذا كان التعبير بها صريحاً أو ضمناً.
- فإذا تم التعبير بالكتابة بطريقة تستخدمها الناس ودرجوا على اتباعها وتعارفوا عليها، حتى أصبحت تعبر عن المعنى بصورة مباشرة يفهمها عموم الناس، كانت - في هذه الحالة - دلالتها صريحة.
- ولكن، يشترط في الكتابة، حتى تعتبر وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة عدة شروط تقوم على إعطاء الثقة في معناها ودلالتها، وظهور غرادة الشخص من خلالها، ومن أهم هذه الشروط ما يأتي:
- ١- تكون الكتابة مرسومة بالطريقة المعتادة بين الناس، حتى تكون واضحة ومقروءة.
 - ٢- تكون مكتوبة على شئ يمكن أن تظهر عليه، مثل الورق والجلد وما إلى ذلك.
 - ٣- أن تثبت نسبة الكتابة المعبرة عن الإرادة إلى المتعاقد، أو إلى المتعاقدين، والتثبت من ذلك ليتحقق لها الاعتبار.
- وجدير بالذكر، أنه يصح التعبير عن الإرادة بالكتابة من الأخرس، وغير الأخرس على حد سواء^(١).

(١) د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول- المصادر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م، ص ٤٩.



المطلب الثالث

دور العرف في التعبير عن الإرادة بالإشارة

التعبير عن الإرادة بالإشارة، هو إيماء الشخص تعبيراً عن موقف معين جرى العرف على إعطائه معنى خاص محدد^(١).

يعني ذلك، أن العرف هو الذي يحدد دلالة الإشارة، ويجوز أيضاً التعبير عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفاً، سواء كان ذلك بين عامة الناس، أو بين فئة بعينها مثل العاجزين عن النطق.

ولما كان واقع الحال قد أثبت دور العرف الفعال في نطاق التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة، فإن هذا الدور تزيد فاعليته في وسيلة التعبير عن الإرادة بالإشارة.

وكما قلنا- فالقانون المدني المصري، نص على ذلك في المادة (٩٠) في الفقرة رقم (١) على أن: "١- التعبير عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود..".

يتضح من المادة السابقة، أن القانون قد اشترط في الإشارة التي تصلح تعبيراً عن الإرادة أن تكون متداولة عرفاً، وذلك مثل هزّ الرأس عمودياً للدلالة على الموافقة، وعلى العكس من ذلك فهزّ الرأس أفقياً للدلالة على الرفض.

وكذلك، مثل رفع اليد في الطريق للدلالة على المناداة لسيارة الأجرة، والتعبير عن الرغبة في الانتقال بواسطتها^(٢).

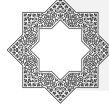
فكل إشارة تعارف الناس على استخدامها لتعبر عن الإرادة، ثم بها العقد حسب المتعارف بين الناس.

(١) د. حمدي عبدالرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر

الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ثانية، ٢٠١٠م، ص١٣٧، ١٣٨.

(٢) د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص٧٩؛ د. محمد حسين

منصور، مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص١١٢.



ومن الجدير بالذكر، أن الإشارة قد يختلف أسلوبها ودلالاتها على حسب المتعارف بين الناس في كل زمان ومكان.

فيمكن أن يعدل الناس أو يغيروا من أسلوب التعبير عن الإرادة بالإشارة، فقد تتحول دلالة الإشارة عما كانت عليه في زمان ما أو في مكان معين، إلى دلالة أخرى في زمان أو في مكان آخر^(١).

ونشير هنا، إلى أن القانون المصري، عندما جعل الإشارة المتداولة عرفاً صالحة للتعبير عن الإرادة، لم يشترط لجواز استعمالها وقوعها من الأخرس، وهو ما يعني صحة التعاقد بها من الأخرس ومن غيره، مادام العرف قد جرى على استعمالها وتحديد مضمونها على انعقاد العقد^(٢).

(١) د. حسام لطفي، مرجع سابق، ص ٢٥، ٢٦.

(٢) د. عبدالسميع أبو الخير، دور العرف في وسائل التعبير عن الإرادة، مرجع سابق، ص ٤٢٥.



المطلب الرابع

دور العرف في التعبير عن الإرادة بالمعاطاة

أتى نظام المعاملات المدنية السعودي، بوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة - بالإضافة إلى وسائل اللفظ والكتابة والإشارة - تعتبر من أقرب الوسائل إلى وسيلة المعاطاة التي يأخذ بها الفقه الإسلامي، وهي وسيلة التعبير باتخاذ موقف معين.

وعند التعبير باتخاذ موقف محدد، لا يتم التعبير عن الإرادة باللفظ، ولا بالكتابة، ولا بالإشارة، وإنما يتم التعبير باتخاذ موقف محدد لا يدع مجالاً للشك في المقصود به.

والتعبير باتخاذ ذلك الموقف يتسع لكل موقف إيجابي يكون قاطعاً في الدلالة على اتجاه الإرادة إلى ما انصرفت إليه وفقاً للمألوف في تعامل الناس^(١).

ومثال على ذلك، عرض السلع في واجهات المحلات التجارية مع بيان أثمانها، فإن هذا يعتبر تعبيراً عن الرغبة في إرادة بيعها بالسعر المبين عليها، وكذلك مثل وقوف سيارات أجرة في الموقف المخصص لها، فذلك يدل على عرض تأجيرها، أو إبرام عقد نقل بواسطتها مع من يرغب في ذلك، وأيضاً وضع آلة في الطريق لتقديم خدمة معينة، وتوضع قطعة من النقود بها، مقابل هذه الخدمة، فهذا يدل على الرغبة في تقديم الخدمة مقابل الأجر المحدد لها^(٢).

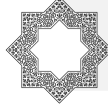
وبذلك، يتضح أن العرف هو الذي يعطي هذه الوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة هذه القيمة، فالعرف هو الذي يفسر أيّاً من تلك المواقف السابقة، ويدل على إرادة التعاقد به.

فمثلاً في الأمثلة السابقة، يتضح أن العرف يدل على رغبة صاحب السلع في إرادة بيعها عندما يقوم بعرضها في واجهة المحل مع بيان ثمنها، والعرف هو الذي يفسر رغبة صاحب سيارة الأجرة في إبرام عقد نقل بواسطتها، عندما يوقفها في

(١) د. جلال العدوي، أصول الالتزامات، مرجع سابق، ص ٩٠، ٩١.

(٢) د. حسام الأهواني، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٧٩؛ د. محمد حسين منصور،

مصادر الالتزام، مرجع سابق، ص ١١٢.



الموقف المخصص لمكان النقل... وهكذا.

لذلك، فلا شك أن التعاقد بطريق المعاطاة، يدخل ضمن وسائل التعبير عن الإرادة، فالشخص الذي يقدم الثمن إلى البائع ويأخذ المبيع دون لفظ أو كتابة، أو إشارة، يكون قد اتخذ موقفاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على المقصود به، وهو ما يعبر عن إرادة التعاقد بالبيع^(١).

(١) د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ٤٩.

د. عبدالقادر الفار، مصادر الالتزام، مكتبة دار الثقافة بعمان، ١٩٩٦م، ص ٤٢.

د. محمد عبد الظاهر حسين، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م، ص ٤٦.



المطلب الخامس

دور العرف في اعتبار السكوت معبراً عن الإرادة

السكوت في التعاقد، هو ذلك الموقف السلبي الذي لا يدل على القبول أو الرفض، وهو بذلك يختلف عن التعبير الضمني، لأن التعبير الضمني يتمثل في وضع إيجابي يفترض مسلكاً معيناً يدل على إرادة صاحبه.

فقيام شخص بشحن بضاعة معينة طلب منه بيعها، أو تنفيذ الشخص وكالة طلب منه القيام بها، يعتبر ذلك تعبيراً ضمناً عن القبول، وهو بذلك يختلف عن السكوت.

ومن المعلوم أو من المتفق عليه أن السكوت لا يصلح للتعبير عن الإيجاب، لأن الإيجاب عرض موجه من شخص إلى آخر، ولا يتخيل عملاً استخلاص مثل هذا العرض من سكوت مجرد^(١).

وبالنسبة لصلاحية السكوت للتعبير عن القبول، مثل أن يوجب شخص إلى آخر إيجاباً ما، فيسكت من وجه إليه الإيجاب، ولا يرد بقول أو برفض، فإن فيه قاعدة واستثناء، وهو ما نشير إليه فيما يلي:

١ - القاعدة في السكوت.

القاعدة في القانون المدني أن السكوت لا يصلح بذاته تعبيراً عن الإرادة حتى عن القبول، وهذا ما يتفق ومنطق القانون، وذلك تطبيقاً للقاعدة التي تقضي بأنه لا ينسب لساكت قول، والقول بغير ذلك ينطوي على مساس الحرية العقدية، والحرية الشخصية، فالشخص حر في الرد أو عدم الرد على الإيجاب، وليس من المنطقي أن يُجبر الشخص الذي وجه إليه الإيجاب إليه على الرد، سواء بالقبول أو بالرفض^(٢).

(١) د. عبدالرازق حسن فرج، مرجع سابق، ص ٣٣؛ د. حشمت أبو ستيت، مرجع سابق، ص ٧٦.

د. خالد حمدي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص ٦٩، ٧٠.

(٢) د. عبدالحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، المصادر، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤م، ص ١٧٢.

د. نزيه الصادق المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام،



٢ - الاستثناء.

رغم أن الأصل في السكوت هو عدم اعتباره طريقاً من طرق التعبير عن الإرادة، ولكن فقهاء القانون المدني قد اتفقوا على أن السكوت يكون قبولاً إذا وُجد في الظروف ما يرجح دلالة السكوت على القبول، وما يطلق عليه "السكوت الملابس".

فيقوم أساساً للتعبير عن القبول بناءً على ما لابس من ظروف خارجية، ترجح معها استنباط الدلالة على القبول من هذا السكوت.

ثم إن السكوت يكون قبولاً إذا وجدت قاعدة قانونية تقضي بذلك، ويقصد بالقاعدة القانونية - هنا - معناها الواسع الذي يشمل النص التشريعي، والقاعدة العرفية^(١).

ولذلك، فإن السكوت يعتبر قبولاً بناءً على نص قانوني (أي قاعدة تشريعية) أو بناءً على قاعدة عرفية، واعتبار السكوت قبولاً بناءً على نص قانوني يرجع مستند ذلك النص القانوني - في الغالب - إلى العرف، ونوضح ذلك في الآتي:

اعتبار السكوت قبولاً بناءً على نص قانوني.

نصت المادة (٢/٣٧) من نظام المعاملات المدنية السعودي على ما يلي: "٢.... - يعد السكوت قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو كان هذا الإيجاب لمحض منفعة الموجب له"^(٢).

فقد نص القانون المدني على اعتبار السكوت قبولاً في بعض الحالات، وهي حالات السكوت الملابس، ومن أهم هذه الحالات التي لها علاقة بالعرف، ما يلي:

١ - إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، واتصل الإيجاب بهذا التعامل.

بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد ١، ٢، السنة ٤٩، ص ٢٤٠.

(١) د. نزيه الصادق المهدي، المرجع السابق، ص ٢٤٢.

(٢) يقابلها في ذلك نص المادة (٢/٩٨) من القانون المدني المصري حيث على أنه: "٢... - ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً، إذا كان هناك تعامل مسبق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمحض إيجاب لمنفعة من وجه إليه".



ويقصد بعبارة "التعامل السابق بين المتعاقدين"، أي وجود معاملات سابقة بين المتعاقدين من نفس طبيعة العقود التي صدر بشأنها الإيجاب.

ويقصد باتصال الإيجاب بتعامل سابق، أي أن يكون الإيجاب تكررًا لإيجابات سابقة التزم المخاطب إزاءها الصمت وكان صمته قبولاً^(١).

ففي هذه الحالة، يعتبر السكوت ملائماً، ويفيد القبول لما صاحبه من ظروف، فإذا اعتاد تاجر إرسال البضاعة المطلوبة منه خلال فترة معينة دون أن يرد على العميل بالقبول، فإنه عند طلب العميل بضاعة مماثلة، وظل معها التاجر ساكناً، فإن سكوته هذا يعتبر قبولاً إذا تجاوز المدة المعقولة^(٢).

٢ - طبيعة المعاملة.

لقد نص القانون على اعتبار طبيعة المعاملة، وأنها يمكن أن تدل على اعتبار السكوت قبولاً، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، فإن ذلك ليس بعيداً عن العرف.

فيستدل على طبيعة المعاملة مما يجري عليه العمل في الوسط الحرفي، أو المهني، أو التجاري، وما يجري عليه العمل في مثل هذه الأوساط، إما أن يكون عادة اعتادوا عليها، وإما أن يرقى فيكون عرفاً خاصاً استشعروا إلزامه، وتعاملوا به فيما بينهم.

اعتبار السكوت قبولاً بناءً على قاعدة عرفية.

قد تنشأ قاعدة عرفية بين الناس، أو بين فئة منهم، مثل التجار، تقضي - في بعض الحالات - باعتبار السكوت قبولاً، أو إذا صاحبه ظروف معينة، ويترتب على ذلك اعتبار السكوت - في هذه الحالة - قبولاً من جانب الساكت.

ويوسع بعض الفقهاء من المقصود بالقاعدة العرفية التي تقضي باعتبار السكوت قبولاً، فيعتبر السكوت قبولاً في هذا الشأن إذا كان من وجه إليه الإيجاب

(١) د. عبدالقادر قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩١م، ص ٣٢٣.

(٢) د. عبدالرازق حسن فرج، مرجع سابق، ص ١٠٤ وما بعدها.



ملزماً بالرد وفقاً للعرف الساري في مهنة معينة، أو في مكان محدد^(١).
ويقصد بذلك، أن العرف ليس فقط العرف العام، بل يشمل العرف الخاص
كذلك، أو المهني، أو الطائفي.
وفي هذا الإطار، يظهر دور العرف في مجال صلاحية السكوت للتعبير عن
الإرادة في القبول.

وقد أوضحت المادة (١/٧٤) من قانون المعاملات المدنية أن السكوت في بعض
الحالات يعتبر قبولاً، حيث نصت على أنه: "١- لا ينسب إلى ساكت قول، ومع ذلك
فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر قبولاً إذا اقترن به ما يجعله دالاً على
الرضا".

لذلك، ذهب جانب من الفقه إلى جواز اعتبار السكوت قبولاً إذا كان الموجب
لا ينتظر تصريحاً بالقبول من الموجب له في عرف التجار، فإذا جرى العرف بين
التجار على اعتبار هذا السكوت- في مثل هذه الحالات- قبولاً جاز اعتباره كذلك^(٢).

(١) د. نزيه الصادق المهدي، مرجع سابق، ص ٢٤٤.

(٢) د. عبدالقادر قحطان، مرجع سابق، ص ٣٢٨.



المبحث الثاني

دور العرف في تفسير إرادة المتعاقدين

إن التعبير عن إرادة المتعاقدين يتم بإظهار كل واحد من المتعاقدين رغبته في التعاقد، بأي وسيلة تعارف الناس عليها، سواء أكانت باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفاً... إلخ. وفي بعض الأحيان ينتاب هذا التعبير بعض الغموض من حيث دلالاته ومعناه، وهو ما يثير العديد من المشكلات عند تنفيذ العقد. ولذلك فإن التفسير في مثل هذه الحالة يكون ضرورياً لكي يمكن التوصل إلى الحقيقة التي اتجهت إليها إرادة المتعاقدين.

وسوف نعرض في هذا المبحث للمقصود بتفسير إرادة المتعاقدين، وضوابط هذا التفسير، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: المقصود بتفسير إرادة المتعاقدين وشروطها.

المطلب الثاني: ضوابط تفسير إرادة المتعاقدين بالعرف.



المطلب الأول

المقصود بتفسير إرادة المتعاقدين وشروطها

نعرض في هذا المطلب للمقصود بتفسير إرادة المتعاقدين، وذلك من حيث تفسير العقد عند فقهاء القانون، وما يشترط لإعمال العرف عند تفسير إرادة المتعاقدين، وذلك من خلال التقسيم التالي:

الفرع الأول: تفسير العقد كما عرفه فقهاء القانون.

الفرع الثاني: شرط إعمال العرف عند تفسير إرادة المتعاقدين.

الفرع الأول: تفسير العقد كما عرفه فقهاء القانون

تعتبر عملية تفسير العقد من العمليات الذهنية التي يقوم بها المفسر بسبب ما انتاب العقد من غموض، وذلك للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للمتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجية عنه والمرتبطة به^(١).

وبذلك، فيكون المقصود بتفسير إرادة المتعاقدين، هو التوصل إلى ما أراداه المتعاقدان من العقد، وإلى نيتهما المشتركة من خلال كشف الغموض الذي شاب وسيلة التعبير التي استخدمها في التعبير عن إرادتهما، ولذا، فيكمن الهدف من التفسير في التوصل إلى النية المشتركة للمتعاقدين، وذلك أمر في غاية الأهمية، حيث إنه عند التوصل إلى تلك النية المشتركة للمتعاقدين، وما رآده من العقد، يسهل تحديد الالتزامات التي تقع على عاتق كل منهما، لأنه غالباً ما تثار المشاكل بشأنها.

الفرع الثاني: شرط إعمال العرف عند تفسير إرادة المتعاقدين

يشترط لإعمال العرف عند تفسير إرادة المتعاقدين ألا تكون إرادة المتعاقدين واضحة، ويعتبر هذا الشرط من الشروط العامة التي يجب أن تتوافر للجوء إلى

(١) د. عبد الحكم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ١٧.



التفسير، وليس شرطاً خاصاً بالعرف دون غيره، حيث يشترط لكي يمكن للقاضي أن يلجأ إلى تفسير العقد والتعرف على الإرادة المشتركة للمتعاقدين وإعمال العرف في ذلك ألا تكون عبارة العقد واضحة.

وفي ذلك نصت الفقرة الأولى من المادة (١٠٤) من نظام المعاملات المدنية السعودي على ما يلي: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يعدل عن مدلولها بحجة تفسيرها بحثاً عن إرادة المتعاقدين،...."^(١).

وليس المقصود من وضوح عبارة العقد هو وضوح كل كلمة على حدة؛ بل يقصد وضوح دلالة العقد من مجموعة ما ورد فيه من عبارات، لأن العقد وحدة متكاملة أجزاؤه مكملة لبعضها البعض^(٢).

ويرى بعض الفقه، أن الفقرة الأولى من المادة (١٠٤) من نظام المعاملات المدنية السعودي، عندما نصت على عدم جواز اللجوء للتفسير إذا كانت عبارة العقد واضحة، فإنها قصدت بهذا الوضوح وضوح الإرادة، وليس وضوح اللفظ، وإن كان الغالب أن اللفظ إذا كان واضحاً، فإنه يعبر عن قصد المتعاقدين^(٣).

(١) يقابلها في ذلك نص المادة (١/١٥٠) من القانون المدني المصري، والتي تنص على ما يلي: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين".

(٢) د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول- المصادر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م، ص ٣٦٩، ٣٧٠؛ د. عبدالحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ص ١٣٤.

(٣) د. حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٣٠٦.



المطلب الثاني

ضوابط تفسير إرادة المتعاقدين بالعرف

عندما يستند القاضي أو المفسر إلى العرف لتفسير إرادة المتعاقدين، فهناك ضوابط يجب اتباعها في ذلك، ويجب عدم غرض الطرف عنها، حتى تنضبط الأحكام وتستقر التفسيرات بحسب أن العرف قانون ملزم.

وسوف نعرض لهذه الضوابط من خلال البنود التالية:

البند الأول: التفسير طبقاً لعرف بلد إبرام العقد.

كما ذكرنا عند حديثنا على أنواع العرف، فإن العرف تتعدد أنواعه، فهناك عرف شامل يتبع كل أفراد الدولة، بغض النظر عن المهنة، أو الطائفة، أو الإقليم، وهناك عرف إقليمي يتبعه أهل إقليم معين من أقاليم الدولة الواحدة، وهناك عرف مهني أو عرف طائفي يتبعه أهل مهنة، أو حرفة، أو طائفة معينة داخل الدولة.

فعند اللجوء للعرف في التفسير، فإن الأمر لا يتوقف على العرف الشامل؛ بل يمكن الاستعانة بالعرف المهني، أو الإقليمي في تفسير إرادة المتعاقدين.

وإن كان المفسر يتبع في تفسيره العقد العرف الشامل لكل أنحاء الدولة، فلا مشكلة في ذلك، طالما التعاقد قد تم داخل نطاق الدولة الواحدة^(١).

ثانياً: التفسير طبقاً للعرف السائد وقت إبرام العقد.

يجب على القاضي أو المفسر عندما يرجع للعرف للقيام بتفسير إرادة المتعاقدين أن يستند إلى العرف القائم وقت إنشاء العقد، أما العرف الذي ينشأ بعد ذلك - ولو وقت التفسير - فلا يصح الاستعانة به في مجال تفسير العقد، لأن البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين إنما يتحدد بوقف إبرام العقد^(٢).

(١) د. أحمد شوقي عبدالرحمن، المرجع السابق، ص ١٤٧.

(٢) د. أحمد شوقي عبدالرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام التعاقدية، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٢٩.



ويفترض أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت ضمناً إلى تطبيق العرف القائم وقت إبرام العقد في المسائل التي لم ينص على خلافه فيها، أما العرف الذي أعقب قيام العقد، فإن المتعاقدين لم يقصدا إليه، حيث لم يعلما به أصلاً، حيث إنه كيف يمكن العلم بعرف لم ينشأ بعد؟

ثم إن ذلك من مقتضى قاعدة بطلان الأثر الرجعي للقاعدة القانونية.

ثالثاً: اللجوء إلى التفسير ولو كان هناك جهل بالعرف.

إذا نشأ العرف وتكون بركنيه المادي والمعني، أصبح - في هذه الحالة - قانوناً ملزماً، شأنه شأن القاعدة التشريعية المكتوبة، ولذلك، فلا يعذر بالجهل به، كما لا يعذر بالجهل بالقاعدة المكتوبة.

وبناء على ذلك، فإذا ادعى أحد المتعاقدين جهله بالعرف، لا يقبل منه، ولا يقوم هذا الادعاء حائلاً دون قيام المفسر بتفسير العقد بناء على العرف الجاري، لأنه يفترض في العرف العلم به.

وهذا - كما ذكرنا سابقاً - هو الفارق بين العرف الملزم قانوناً وبين العادة الاتفاقية التي يجب لكي يمكن الاستناد إليها أن يثبت علم الأفراد بها، وذلك لأنها لم ترق إلى مرتبة العرف الملزم قانوناً، والذي يفترض علم الكافة به، مثل التشريع^(١).

رابعاً: تقديم العرف على اللغة عند التفسير.

يعني ذلك، أنه على القاضي عند قيامه بتفسير العقد أن يراعي معاني الألفاظ التي جرى عرف الناس على إرادتها وقصدها باستخدام عبارات وألفاظ معينة.

فإذا كانت عبارة المتعاقدين تحتمل أكثر من معنى في لغة الناس، فإنه يجب

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مرجع سابق، ص٤٢٧؛ د. أحمد سلامة، مرجع سابق، ص١٦٣. د. سعيد سعد عبدالسلام، المدخل في نظرية القانون، مطابع الولاة الحديثة بشبين الكوم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م، ص٢٣٠.



حملها - عند التفسير - على المعنى الذي يتفق مع العرف، لأنه مقصود في الغالب^(١).
فالعبرة في العقود للمعاني والمقاصد، لا للألفاظ والمباني، فعندما يقوم
القاضي بتفسير العقد يجب عليه النظر إلى مقاصد المتعاقدين الحقيقية التي
انصرفت تجاه العقد.

(١) د. عبدالودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، مرجع سابق، ص ١٧٢.



المبحث الثالث

دور العرف في إثبات المدعى به

للعرف دور مهم في مجال إثبات المدعى به في القانون المدني، ويتمثل ذلك في كثير من الأمور، من أبرزها هو ما يقوم به العرف من دور في جواز الإثبات بغير الكتابة، فيما يجب إثباته بالكتابة من حيث الأصل، ودوره في مجال القرائن بوجه عام.

وسوف نعرض لهذا المبحث من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: دور العرف في كفاية البينة لإثبات ما يجب إثباته بالكتابة.

المطلب الثاني: دور العرف في مجال القرائن.

المطلب الأول

دور العرف في كفاية البينة لإثبات ما يجب إثباته بالكتابة

تعتبر الكتابة من أهم وسائل الإثبات في القانون المدني، فقد اشترط المشرع السعودي الكتابة في إثبات بعض التصرفات القانونية، حيث قصر طرق إثباتها على الكتابة، ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (٦٦) من نظام الإثبات السعودي رقم م/٤٣ بتاريخ ١٤٤٣/٥/٢٦هـ، حيث نصت هذه الفقرة على ما يلي: "٢... لا تقبل شهادة الشهود في إثبات وجود أو انقضاء التصرفات الواردة في الفقرة (١) من هذه المادة، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك"^(١). ونص في المادة (٦٧) من ذات القانون على أنه: لا يجوز الإثبات بشهادة الشهود ولو لم تزد قيمة التصرف على (مائة ألف ريال أو ما يعادلها) في الحالات الآتية: ١- فيما اشترط النظام لصحته أو إثباته أن يكون مكتوباً. ٢- إذا كان المطلوب هو الباقي أو

(١) يقابلها في ذلك نص المادة رقم (٦٠) من قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية المصري رقم ٣٥ لسنة ١٩٦٨ معدلاً بالقانون ٢٣ لسنة ١٩٩٢ والقانون ١٨ لسنة ١٩٩٩، حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".



جزء من حق لا يجوز إثباته إلا بالكتابة. ٣- فيما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي.".

ولذلك، فإنه لا يصح إثبات التصرف القانوني المدني بغير الكتابة حتى ولو لم تجاوز قيمته مائة ألف ريال سعودي أو ما يعادلها.

وأن اشتراط المشرع السعودي وجوب الإثبات بالكتابة في بعض التصرفات، يعني أنه لا يجوز إثبات هذه التصرفات بغير الكتابة، فلا يصح إثباتها بشهادة الشهود مثلاً.

واستثناء من ذلك، قد أجاز المشرع السعودي الإثبات بالبينة فيما يتعلق بالتصرفات التي كان يجب إثباتها بالكتابة، وذلك في حالات معينة، وهي: وجود مبدأ ثبوت بالكتابة^(١)، فقد السند الكتابي بسبب أجنبي^(٢)، وجود مانع من الحصول على دليل كتابي، سواء أكان هذا المانع مادياً أو أدبياً^(٣).

(١) في تفصيل ذلك انظر: د. عبدالسميع أبو الخير، الوجيز في شرح قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١٣٥؛ د. مفلح القضاة، البيئات في المواد المدنية والتجارية، المطابع التعاونية بعمان، طبعة ثانية، ١٩٩٤م، ص ١٣٢-١٣٦.

(٢) في تفصيل ذلك انظر: د. عبدالودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١٢٨؛ د. ياسين محمد يحيى، أصول الإثبات في القانون المصري والسوداني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٩٠م، ص ٢٨٥-٢٨٧.

(٣) انظر المادة (٦٨) من نظام المعاملات المدنية السعودي، والتي تنص على ما يلي: "يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما يجب إثباته بالكتابة في الأحوال الآتية: ١- إذا وجد مبدأ الثبوت بالكتابة. ٢- إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي، ويعد من الموانع المادية عدم وجود من يستطيع الكتابة، أو أن يكون طالب الإثبات شخصاً ثالثاً لم يكن طرفاً في العقد. ويعد من الموانع الأدبية رابطة الزوجية، وصلة القرابة والمصاهرة حتى الدرجة الرابعة. ٣- إذا ثبت أن المدعي فقد دليله الكتابي بسبب لا يد له فيه". وهو نفس المعنى الذي ورد في نص المادتين (٦٢) و (٦٣) من قانون الإثبات المصري.



المطلب الثاني دور العرف في مجال القرائن

القرائن، هي ما يستنبطه القاضي من أمور معلومة للدلالة على أمور مجهولة^(١).

وتعتبر القرائن دليلاً غير مباشر في الإثبات، فهي لا تؤدي إلى إثبات الواقعة بطريقة مباشرة، بل تؤدي إليها بطريق غير مباشر.

وحيث أن القرينة تعتبر استنباط واقعة مجهولة من واقعة معلومة، لذا، فإن عملية الاستنباط قد يقوم بها المقنن المدني ذاته بالنص على القرينة في القانون، وقد يقوم بها القاضي.

وتسمى القرينة في الحالة الأولى بالقرينة القانونية، وأما في الحالة الثانية فتسمى بالقرينة القضائية.

وسوف أعرض لنوعي القرائن، لكي يظهر دور العرف في الإثبات، وذلك من خلال الآتي:

أولاً: القرائن القانونية.

يقصد بالقرائن القانونية، أي ما يستنبطه المشرع من حالات يغلب وقوعها عملاً، وينص عليها في قاعدة عامة مجردة^(٢).

ولهذا، فإن القرينة القانونية يقوم المشرع ذاته باستنباطها عملاً بالغالب الوقوع في العمل، ويتولى النص عليها، بحيث تكون ملزمة للقاضي، فيتعين عليه الأخذ بدلالة القرينة دون اجتهاد منه.

(١) د. محمد رفعت الصباحي، محاضرات في مبادئ وطرق الإثبات القضائي، د.م، دن، ١٩٩٠م، ص ١٩١؛ د. مصطفى هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧م، ص ١١١.

(٢) د. رفعت الصباحي، مرجع سابق، ص ١٩١؛ د. عبدالودود يحيى، الموجز في قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١٤٤.



ويظهر دور العرف في القرائن القانونية من خلال مساعدته للمقنن في استنباط القرائن القانونية، لأن المقنن يقوم بالنص على إحدى القرائن القانونية، حيث إنه يستقيها - في الغالب - من المؤلف الذي تعارف عليه الناس، وجرت عليه معاملاتهم^(١).

وذلك يعتبر من الحكم والأغراض التي يرمي المقنن المدني إلى تحقيقها من وراء تقريره القرائن القانونية، فالمقنن ينظر فيما بين الناس من أعراف وعادات ألفوها وساروا عليها، ويأخذ منها قواعد معينة ينص عليها، مثل قرائن قانونية تمشيًا مع ما درجوا عليه في معاملاتهم تحقيقًا لمصالحهم التي وضع القانون في الأصل لتنظيمها وحمايتها^(٢).

ومثال ذلك ما نصت عليه المادة (٦٧٤) من نظام المعاملات المدنية السعودي، حيث جاء فيها: "يُعد حيازة المنقول قرينة على الملكية عند النزاع فيها"^(٣).

فهذا، أقام المشرع المدني السعودي قرينة قانونية تفيد ملكية الحائز بوضع اليد للحق الذي يحوزه، وليس ذلك بعيداً عن العرف، فالغالب أن الحائز يملك ما يحوز حتى يثبت العكس.

ثانياً: القرائن القضائية.

يقصد بالقرائن القضائية، أي تلك القرائن التي يستنبطها القاضي من وقائع

(١) د. ياسين محمد يحيى، مرجع سابق، ص ٣٨٥؛ د. عبدالسميع أبوالخير، الوجيز في شرح قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١٦٥؛ د. مصطفى هرجة، مرجع سابق، ص ١١١؛ د. حسام لطفي، مرجع سابق، ص ١٢٢.

(٢) د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، دار الجيل للطباعة بمصر، طبعة رابعة، ١٩٨٦م، ص ١١٢، ١١٣؛ د. يوسف المصاروة، الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة أولى، ١٩٩٦م، ص ٦١.

(٣) يقابلها في ذلك: الفقرة (٣) من المادة (٩٧٦) من القانون المدني المصري، والتي تنص على أن: "الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك".



معلومة لكي يستدل بها على وقائع أخرى مجهولة^(١).

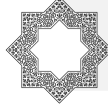
ولذا، فإن القرينة القضائية لم ينص عليها المشرع المدني، مثل القرينة القانونية؛ بل ترك أمر استنباطها للقاضي، عندما يقتنع بان لواقعة معينة دلالة معينة، فهي متروكة لسلطة القاضي المطلقة الذي له الحرية في استمداد الوقائع التي تعتبر قرائن مما يجده من وقائع تعرف أمامه، سواء أكانت متعلقة بموضوع الدعوى أم غير متعلقة به^(٢).

والقرينة القضائية يستخلصها القاضي من وقائع ثابتة لديه، وهو ما يعني أنها دليل غير مباشرة للإثبات، يستلزم ثبوت بعض الوقائع قضاءً أولاً، وهو ما يمثل الركن المادي للقرينة القضائية، ثم قيام القاضي بإعمال عقله لكي يستنبط وقائع أخرى غير ثابتة من الوقائع الأولى الثابتة لديه، وتمثل عملية الاستنباط هذه الركن المعنوي للقرينة^(٣).

(١) د. محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١٦٢.

(٢) د. مفتح القضاة، مرجع سابق، ص ٢١٠؛ د. يوسف المصاروة، مرجع سابق، ص ٩٧، ٩٨.

(٣) د. محمد حسين منصور، قانون الإثبات، مرجع سابق، ص ١٦٢، ١٦٣.



الفصل الثاني

تطبيقات لدور العرف في العلاقات العقدية

التطبيقات على دور العرف في المعاملات العقدية كثيرة، ولا يتسع المقام لدراستها في هذا البحث، ولكننا سوف نتناول منها نوعين كتطبيقين مهمين لدور العرف في الحياة العملية، ومن هذه التطبيقات العملية لدور العرف في مجالات العلاقات العقدية، هو دور العرف في عقد البيع، وكذلك دور العرف في عقد الوديعة.

ولذا، ومن هذا المنطلق، سوف نعرض لهذين التطبيقين، كل في مبحث مستقل، على النحو التالي:

المبحث الأول: دور العرف في عقد البيع.

المبحث الثاني: دور العرف في عقد الوديعة.



المبحث الأول دور العرف في عقد البيع

وفي هذا المبحث، نعرض لدور العرف في العقود عليه في عقد البيع، ثم نعرض لدوره في التزامات المتبايعين، كمثالين مهمين لدور العرف في عقد البيع، وذلك من خلال التقسيم التالي:

المطلب الأول: دور العرف في العقود عليه في عقد البيع.

المطلب الثاني: دور العرف في التزامات المتبايعين.

المطلب الأول دور العرف في العقود عليه في عقد البيع

يمكن أن يتمثل دور العرف في العقود عليه في عقد البيع، في عدم الاعتداد بالجهالة اليسيرة في المبيع، ودوره في تقدير الثمن في عقد البيع، ودوره كذلك في تحديد ملحقات المبيع.

ولذا، رأينا أن نقسم هذا المطلب إلى ما يلي:

الفرع الأول: دور العرف في عدم الاعتداد بالجهالة اليسيرة في المبيع

في هذا الشأن، يجب أن يكون المبيع معلوماً علماً تاماً نافياً للجهالة، وإلا تعرض للبطلان، فإذا أثبت المشتري عدم علمه بالمبيع كان العقد قابلاً للإبطال لمصلحته^(١).

حيث نصت المادة (٣٠٨) من نظام المعاملات المدنية السعودي على ما يلي:
"١- يجب أن يكون المبيع معلوماً للمشتري برؤيته أو ببيان صفاته المميزة له. ٢- إذا تضمن عقد البيع أن المشتري عالم بالمبيع فلا حق له في طلب إبطال العقد لعدم العلم إلا إذا أثبت تغير البائع به"^(٢).

(١) د. عبدالسميع أبو الخير، الوجيز في شرح أحكام عقد البيع، طبعة ٢٠٠٢م، ص ٢٦، ٢٧.
(٢) يقابلها في ذلك نص الفقرة الأولى من المادة (٤١٩) من القانون المدني المصري، والتي تنص على ما يلي: "١- يجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، ويعتبر العلم كافياً إذا اشتمل



وبالرغم من ذلك، فإن العرف له دور في التجاوز عن الجهالة اليسيرة التي توجد بالمبيع، بل له دور في رفع هذه الجهالة في بعض الحالات. وسوف نعرض فيما يلي لدور العرف في رفع الجهالة اليسيرة الواقعة بالمبيع، وذلك من خلال البندين التاليين:

أولاً: دور العرف في رفع الجهالة الناشئة عن إغفال المسائل التفصيلية عند التعاقد.

ففي الأصل، يجب على المتعاقدان أن يتفقا في عقد البيع على جميع المسائل التي تتعلق بالعقد، ولكن يمكن للمتعاقدين أن يتفقا على معظم المسائل المتعلقة بالعقد، وبغفلا بعض المسائل التفصيلية، يتفقان عليها فيما بعد، ومع ذلك يكون العقد صحيحاً، ولكن بشرط عدم الاتفاق على أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق على هذه المسائل^(١).

فقد نصت المادة (٤٢) من نظام المعاملات المدنية السعودي، والتي جاء فيها ما يلي: "١- إذا اتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية في العقد وعلى إرجاء الاتفاق على المسائل غير الجوهرية، كان ذلك كافياً لاعتبار القبول مطابقاً للإيجاب، ولا يؤثر اختلافهما في المسائل غير الجوهرية في انعقاد العقد ما لم يكونا قد ربطا انعقاده بالاتفاق اللاحق على تلك المسائل. ٢- إذا لم يتفق المتعاقدان على المسائل غير الجوهرية، حددتها المحكمة وفقاً لأحكام النصوص النظامية وطبيعة المعاملة والعرف"^(٢).

العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بياناً يمكن من تعرفه..."

(١) د. محمد نصر الدين منصور، مباحث البيع في القانون المدني وفي الشريعة الإسلامية، طبعة دار الحقوق، مصر، ١٩٨٥م، ص ٦٥.

(٢) يقابلها في ذلك نص المادة (٩٥) من القانون المدني المصري، والتي تنص على ما يلي: "إذا تفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".



ثانياً: دور العرف في رفع الجهالة الناشئة عن عدم تحديد درجة جودة المبيع.

ينشأ في جانب البائع التزاما عند اتمام عقد البيع، يتعين عليه بموجب هذا الالتزام أن يقوم بتسليم المبيع إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت التعاقد، وهذا ما نصت عليه المادة (١/٣٢١) من نظام المعاملات المدنية السعودي، حيث جاء فيها ما يلي: "١- يلتزم البائع بتسليم المبيع إلى المشتري بالحال التي كان عليها وقت البيع، وتكون نفقات تسليم المبيع على البائع، وذلك كله ما لم يتفق على خلافه"^(١). ويجب أن يكون المبيع على درجة معينة من الجودة، وتحدد هذه الدرجة بالاتفاق أو العرف.

فإذا تم الاتفاق على درجة معينة من الجودة التزم البائع بتسليم المبيع على ذات الدرجة التي تم الاتفاق عليها، فإن اراد البائع تسليم المبيع بدرجة تقل عن الدرجة المتفق عليها من حيث الجودة، ففي هذه الحالة يحق للمشتري أن يمتنع عن تسلّم المبيع^(٢).

الفرع الثاني: دور العرف في تقدير الثمن في عقد البيع

يمثل تحديد الثمن في فقه القانون المدني ركناً في عقد البيع لا يتم العقد إلا به، ولضرورة وجوب تحقق الأركان، والاتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد، فإن عقد البيع إذا خلا من تقدير الثمن، فإن العقد لا ينعقد. وللمتعاقدين الحرية في اختيار نوع النقد الذي يكون ثمناً للمبيع، ولذلك، فإن إطلاق النقد بين المتعاقدين ينصرف إلى ما جرى عليه التعامل في مكان التعاقد، أي ما جرى عليه العرف في هذا المكان.

وبالنسبة لتقدير الثمن، فإنه يتم الاتفاق عليه في العقد ذاته، مثل أن ينص المتعاقدان - في عقد بيع سيارة- على أن ثمنها عشرة آلاف ريال سعودي مثلاً، ولكن

(١) وهذا ما نصت عليه أيضاً المادة (٤٣١) من القانون المدني المصري، حيث جاء فيها: "يلتزم

البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع".

(٢) د. عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع في القانون المدني، دار الكتاب العربي، مصر، طبعة أولى،



إن كان هذا هو الأصل، فإن العقد يصح ولو لم يتفق المتعاقدان صراحة على تقدير الثمن، بشرط أن يتضمن العقد الأسس التي يتم تقدير الثمن على أساسها، ويمكن أن يتم الاتفاق على هذه الأسس صراحة أو ضمناً^(١).

فإذا لم يتفق المتعاقدان على تقدير الثمن أو على هذه الأسس التي يتم تقدير الثمن عليها، لا صراحة ولا ضمناً، لم ينعقد العقد، لتخلف ركن من أركانه^(٢).

ولكن ما المقصود بالثمن القابل للتقدير، ومتى تتحقق إمكانية تقدير الثمن؟

نصت المادة (٣١٤) من نظام المعاملات المدنية السعودي على ما يلي: "إذا اتفق المتعاقدان على تحديد الثمن بسعر السوق أعتبر سعر السوق في زمان البيع ومكانه، فإن لم يكن في مكان البيع سوق اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية".

وكذلك نصت المادة (٤٢٣) من القانون المدني المصري على ما يلي: "١- يجوز أن يقتصر تقدير الثمن على بيان الأسس التي يحدد بمقضاها فيما بعد. ٢- وإذا اتفق على أن الثمن هو سعر السوق وجب عند الشك أن يكون الثمن سعر السوق في المكان والزمان اللذين يجب فيهما تسليم المبيع للمشتري، فإذا لم يكن في مكان التسليم سوق، وجب الرجوع إلى سعر السوق في المكان الذي يقضي العرف أن تكون أسعاره هي السارية".

لذلك، يجوز للمتعاقدين الاتفاق على الأسس التي يمكن من خلالها تقدير الثمن، ويعتبر الأمر كذلك إذا تضمن العقد أسساً يمكن للقاضي من خلالها استخلاص تقدير الثمن من خلال ظروف التعاقد، أو من سبق التعامل بين الطرفين، أو من العرف الجاري.

فإذا اتضح من ظروف التعاقد^(٣) أن المتعاقدين اتفقا على سعر السوق، وهو

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، العقود التي ترد على الملكية (البيع والمقايضة)، منشأة المعارف الإسكندرية، ٢٠٠٤م، ص ٣١٩، ٣٢٠.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، طبعة الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر، ص ١١٢.

(٣) د. عبدالمنعم البدرأوي، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص ١٩٦؛ د. سمير تناغو،



سعر المبيع في السوق والذي جرى التعامل به بين الناس، أو اتفقا على السعر الذي سبق التعامل به بينهما، كما لو كانت بينهما معاملات سابقة، كما يجري عليه العمل بين تجار سلعة معينة، ففي هذه الحالة لا يبطل العقد، وإنما يتم البيع.

الفرع الثالث: دور العرف في تحديد ملحقات المبيع

بالنسبة لالتزامات البائع، فهو لا يقوم بتسليم المبيع فقط، بل يجب عليه تسليم ملحقات المبيع كذلك.

حيث نصت المادة (٣٨١) على ما يلي: "يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وفقاً لما تقتضي به طبيعة الشئ المبيع وكل ما جرى العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد".

وفي ذلك - أيضاً- نصت المادة (٤٣٢) من القانون المدني المصري على ما يلي: "يشمل التسليم ملحقات الشئ المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشئ، وذلك طبقاً لما تقتضي به طبيعة الأشياء، وعرف الجهة، وقصد المتعاقدين".

ويرى فقهاء القانون المدني أن ملحقات الشئ هي: كل ما أعد بصفة دائمة لاستعماله طبقاً لما تقتضي به طبيعة الأشياء، وعرف الجهة، وقصد المتعاقدين^(١).

وقد تعرضت هذه المادة السابقة للانتقاد، من بعض الوجوه التي من أهمها أن صياغتها توحي بأن ملحقات المبيع تختلف عما أعد لاستعماله بصفة دائمة، رغم أن الصواب أن ملحقات المبيع تشمل ما أعد لاستعماله بصفة دائمة^(٢).

يتضح من النص السابق، أن تحديد الملحقات التي يجب على البائع تسليمها مع المبيع ذاته؛ إنما يرجع في تحديدها إلى قصد المتعاقدين، فإن لم يكن ثمة اتفاق

عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٠٦؛ د. حمدي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص ١٤٩.

(١) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٢٣٠؛ د. عبدالسميع أبو الخير، الوجيز في شرح أحكام عقد البيع، مرجع سابق، ص ١١٦؛ د. عبدالمنعم البدرأوي، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٤٠١.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥٠٤؛ د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص ٢٣٠.



بينهما على هذه الملحقات؛ فإنه يرجع للعرف الساري، فإن لم يوجد عرف وجب الرجوع إلى طبيعة الأشياء^(١).

ومن أمثل ذلك، عند بيع منزل، يعتبر من ملحقاته الأشياء المثبتة فيه، كالأفراد المثبتة في المطابخ، والمصعد الكهربائي، والحديقة الداخلة في السور المحيط بالمنزل، ولا يعتبر من ملحقاته ما يكون فيه منقولات يمكن فصلها دون تلف، مثل المراوح والنجف.

ومثال آخر، عند بيع سيارة، يعتبر من ملحقاتها سندات ملكيتها، ورخصتها الخاصة بها، ووثيقة التأمين عليها، والإطار الخامس الاحتياطي.

ومثال ثالث، عند بيع جهاز كمبيوتر، يدخل من ملحقاته اسطوانة التعريف الخاصة به، والفأرة ولوحة المفاتيح، وكل ذلك تابع للعرف.

وكذلك في بيع المحل التجاري، يعتبر من ملحقاته البضائع الموجودة فيه، والعناصر المعنوية الأخرى، مثل السمة التجارية والاتصال بالعملاء، وإذا كان المبيع بستاناً دخل في ملحقاته الأشجار المغروسة فيه، والعقار بالتخصيص كآلة الري الخاصة به والمثبتة بداخله، وإذا كان المبيع مصنعاً، أُعتبر من ملحقاته السيارات المخصصة لنقل البضائع^(٢).

يتضح مما سبق، أن الأمر يخضع لطبيعة الأشياء والعرف وقصد المتعاقدين^(٣).

(١) د. عبدالناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، مطبعة عابدين، القاهرة، مصر، د.ت، ص١٨٨؛ د. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص٥٠٥، ٥٠٦؛ د. سليمان مرقس، عقد البيع، مرجع سابق، ص٣٥٢، ٣٥٣.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٥٠٧، ٥٠٩؛ د. سليمان مرقس، عقد البيع، مرجع سابق، ص٣٥٣؛ د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص٢٢.

(٣) د. عبدالمنعم البدرأوي، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص٤٠٢، ٤٠٣.



المطلب الثاني

دور العرف في تحديد التزامات المتبايعين

من أدوار العرف في تحديد التزامات المتبايعين، هو دوره في زمان تسليم المبيع والوفاء بالثمن، ودوره في تحديد مكان تسليم المبيع والوفاء بالثمن، ثم دوره في تحديد الملتزم بنفقات تسليم المبيع والوفاء بالثمن.

ولذا، سوف نعرض لهذا المطلب من خلال التقسيم التالي:

الفرع الأول: دور العرف في تحديد زمان تسليم المبيع والوفاء بالثمن.

الفرع الثاني: دور العرف في تحديد مكان تسليم المبيع والوفاء بالثمن.

الفرع الثالث: دور العرف في تحديد الملتزم بنفقات تسليم المبيع والوفاء بالثمن.

الفرع الأول: دور العرف في تحديد زمان تسليم المبيع والثمن

للعرف دور في تحديد زمان تسليم المبيع، وكذلك في زمان الوفاء بالثمن في القانون المدني. وسوف نعرض لذلك من خلال التالي:

أولاً: دور العرف في تحديد زمان تسليم المبيع.

وفقاً للقواعد العامة المتعلقة بزمان تسليم المبيع، فإن التسليم يتم الرجوع في تحديده إلى اتفاق المتعاقدين، بحيث إذا كان هناك اتفاق بين المتعاقدين بتحديد وقت معين للتسليم، وجب تسليم المبيع فيه، وإن لم يوجد اتفاق بينهما، ففي هذه الحالة يتم التسليم فور انعقاد العقد.

غير أنه، يجب - رغم ذلك - مراعاة العرف الجاري بين الناس بشأن زمان تسليم المبيع، وبخاصة العرف التجاري، حيث يقضي في بعض الأحيان بمنح مهلة للبائع، فيما يتعلق بوقت التسليم، فلا يجب على البائع تبعاً لذلك تسليم المبيع فور انعقاد العقد، وإنما ينظر المهلة التي يقضي بها العرف التجاري، ولو لم ينص على ذلك في العقد^(١).

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٥١٩، ٥٢٠؛ د. عبدالمنعم البدرأوي، عقد



ومن ذلك، يتضح أن العرف يقوم بدور مهم في تحديد زمان تسليم المبيع إذا لم يتم الاتفاق عليه بين الطرفين.

ومن الجدير بالإشارة - هنا - أن اتفاق أحكام زمان تسليم المبيع مع أحكام زمان تسلمه من حيث دور العرف في ذلك، لارتباط زمان التسلم بزمان التسليم.

فالبائع يلتزم بتسليم المبيع في زمان محدد، ويلتزم المشتري - عادة - بتسلم المبيع في نفس الزمان^(١).

غير أنه، وإن كان هذا هو الأصل، وهو ارتباط زمان التسلم بزمان التسليم، فإنه قد يختلف زمان التسلم عن زمان التسليم، وذلك كما لو حدد الاتفاق، أو العرف زماناً للتسلم يلي زمان التسليم.

وذلك، وإن كان قليل الوقوع، ولكنه متوقع، كما لو كان المبيع منقولاً مودعاً في مكان معين، فيتم الاتفاق على أن يقوم البائع بوضع مفاتيح هذا المكان في جهة معينة يستطيع المشتري أن يتسلمها في أي وقت على ألا يتأخر عن تسلم هذه المفاتيح عن مدة معينة من وقت إيداعها، فهنا يكون زمان التسلم غير زمان التسليم^(٢).

ثانياً: دور العرف في تحديد زمان تسليم الثمن.

من التزامات المبيع - أيضاً - هو التزام المشتري بأن يفي بالثمن في وقت محدد، فليس الوقت متروكاً لحرية المطلقة، حيث نصت المادة (٣٤٥) من نظام المعاملات المدنية السعودي، على ما يلي: "يلزم المشتري أداء الثمن قبل تسليم المبيع، ما لم يتفق على خلاف ذلك".

ولكن المادة (١/٤٥٧) من القانون المدني المصري نصت على ما يلي: "يكون

البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٤١٣، ٤١٤؛ د. سليمان مرقس، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٣٥٤، ٣٥٥.

(١) د. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٧٤٦؛ د. عبدالمنعم البدرابي، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٥٦٤، ٥٦٥.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٣٧٢؛ د. سليمان مرقس، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٤٤٢؛ د. سعيد جبر، مرجع سابق، ص ٢٢٣.



الثلث مستحق الوفاء في الوقت الذي سلم فيه المبيع، ما لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك".

نلاحظ من القانونين السابقين السعودي والمصري، أن الأصل في تحديد زمان الوفاء بالثلث هو اتفاق المتعاقدين، فإن لم يوجد اتفاق بخصوص تحديد وقت الوفاء بالثلث، فإنه يرجع للعرف الجاري بين الناس في تحديد زمان الوفاء بالثلث، فإن لم يوجد اتفاق أو عرف، فيتم الرجوع إلى تطبيق النصوص المذكورة سابقاً، أي أن يكون الوفاء بالثلث قبل تسليم المبيع في القانون السعودي، وفي وقت تسليم المبيع في القانون المصري^(١).

وهذا يعني أن قاعدة وجوب الوفاء بالثلث وقت تسليم المبيع ليست قاعدة من قواعد النظام العام، وإنما يجوز مخالفة حكمها، إما باتفاق المتعاقدين أو بتطبيق العرف الجاري على تحديد وقت معين للوفاء بالثلث^(٢).

فعند وجود عرف يحدد وقت الوفاء بالثلث، كان هذا العرف واجب التطبيق، ويلتزم الطرفان بتنفيذ ما يقضي به من الوفاء بالثلث في الوقت الذي يحدده، كما لو جرى على تحديد وقت الوفاء بالثلث بالنسبة لمبيعات معينة قبل التسليم أو بعده وليس معه، فإن العرف يكون واجب التطبيق ما لم يتفق على غير ذلك^(٣).

وبذلك، نجد أن العرف في هذا الشأن، يكون في دائرة العرف المعاون للتشريع، وذلك لأن القاعدة التشريعية قد أحالت إليه في تكملة اتفاق المتعاقدين في المسائل التفصيلية التي أرجئ الاتفاق عليها، ولم يتم ذلك الاتفاق، ومن هذه المسائل تحديد زمان تسليم المبيع، وتسلمه، وأحال إليه التشريع أيضاً في تكملة اتفاق المتعاقدين بتحديد وقت الوفاء بالأجر، فكان بذلك العرف معاوناً للتشريع لهذين السببين.

(١) د. عبدالسميع أبوالخير، الوجيز في شرح أحكام عقد البيع، مرجع سابق، ص ١٩٥، ١٩٦؛ د. حمدي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص ١٥٣.

(٢) د. عبدالناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، مرجع سابق، ص ٢٦٧، ٢٦٨.

(٣) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، جزء رابع، ص ٦٩٠، د. سليمان مرقس، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٤٢١.



الفرع الثاني: دور العرف في تحديد مكان تسليم المبيع والوفاء بالثمن

للعرف دور مهم بالنسبة لتحديد مكان تسليم المبيع، ومكان الوفاء بالثمن، وهو ما نعرض له من خلال الآتي:

أولاً: دور العرف في تحديد مكان تسليم المبيع.

تطبيقاً للقواعد العامة، يجب أن يكون تسليم المبيع في المكان الذي يحدده المتعاقدان باتفاقهما، سواء أكان هو المكان الذي يوجد فيه المبيع أو كان مكاناً آخر. ولكن، إذا لم يتفق الطرفان على مكان تسليم المبيع، فإنه يمكن الرجوع في تحديد هذا المكان إلى العرف الجاري^(١).

وتوضح ذلك المادة رقم (١/١٧٧) من نظام المعاملات المدنية السعودي، حيث نصت على أنه: " يكون مكان الوفاء عند عدم تعيينه بالاتفاق أو بنص نظامي على النحو الآتي: أ- إذا كان الالتزام تعاقدياً، ففي مكان نشوء الالتزام، ما لم يكن محل الالتزام معيئاً بالذات فيجب تسليمه في المكان الذي كان موجوداً فيه وقت نشوء الالتزام. ب- إذا كان الالتزام غير تعاقدي، ففي موطن المدين وقت الوفاء، أو في المكان الذي يباشر فيه أعماله إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال...".^(٢)

وهو ما ينطبق على مكان تسليم المبيع، وتفرق هذه المادة - بصدد تحديد مكان التسليم- بين ما إذا كان محل الالتزام شيئاً معيئاً بالذات أو شيئاً آخر.

فإن كان محل الالتزام شيئاً معيئاً بذاته، وجب تسليمه في المكان الذي يكون موجوداً فيه وقت البيع، إلا كان هناك اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك.

ولكن إذا كان محل الالتزام شيئاً غير معيّن بالذات، مثل أن يكون معيئاً بالنوع، فإن مكان التسليم يكون في موطن المدين "البائع" وقت الوفاء "التسليم"، أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال البائع إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه

(١) د. عبد المنعم البدر اوي، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٤١١-٤١٣؛ د. عبدالناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، مرجع سابق، ص ١٩٦؛ د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص ١٨٤، ١٨٥.

(٢) وذات المعنى في المادة (١/٣٤٧) مدني مصري.



الأعمال، كما لو كان المبيع بضاعة يسلمها التاجر إلى بعض عملائه^(١).
إلا أن هذه الأحكام يستبعد تطبيقها إذا وجد اتفاق يخالف أحكامها، أو وجد عرف يقضي بغيرها^(٢).

لذلك، فإن المرجع في تحديد مكان تسليم المبيع يكون مرجعه إلى اتفاق الطرفين الصريح، أو الضمني، فإن لم يكن، فيجب الرجوع إلى العرف^(٣).
والرجوع إلى العرف في تحديد مكان تسليم المبيع عند عدم وجود اتفاق بين الطرفين، يرجع إلى أن المشرع المدني قد افترض انصراف إرادة المتعاقدين الضمنية إلى الرغبة في تطبيق العرف عند خلو العقد من اتفاق، وإلا نص على خلافه.

وبناءً على ذلك، فإنه يتم الرجوع إلى العرف في تحديد مكان تسليم المبيع، وسواء في ذلك العرف العام أو العرف الخاص، فإذا جرى عرف خاص بمهنة معينة، أو بين تجار سلعة معينة يتعلق بتحديد مكان تسليم المبيع، فإن هذا العرف يطبق بين أصحاب هذه المهنة، أو بين تجار تلك السلعة.

مثلاً هو الشأن في شركات المواد البترولية التي تلتزم بتسليم المواد المباعة من بنزين إلى محطات البنزين في أماكن وجود هذه المحطات، وأيضاً مثلاً يتم تسليم المبيع إلى موطن المشتري في السلع التي تباع عبر شبكة الإنترنت أو عبر وسائل الإعلام..إلخ.

وبذلك، يتم تطبيق العرف الخاص بكل مهنة، أو طائفة، فيما يتعلق بمكان تسليم المبيع، وقد يختلف العرف في ذلك بحسب اختلاف المبيع وطبيعته، فقد يجري العرف مثلاً على أن يكون تسليم مبيع معين في موطن المشتري، وأن مبيعاً آخر يكون تسليمه في موطن البائع.

(١) أما بالنسبة للالتزامات الأخرى، فيكون الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء أو في المكان الذي يوجد فيه مركز أعمال المدين إذا ان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال.

(٢) د. عبدالناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، مرجع سابق، ص ١٩٦؛ د. عبدالسميع أبو الخير، نظرية الالتزام، مرجع سابق، ص ٦٩.

(٣) د. عبدالمنعم البدرابي، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٤١٢.



ومن الجدير بالإشارة - هنا - أن اتفاق أحكام مكان تسليم المبيع مع أحكام مكان تسلمه من حيث دور العرف في ذلك، نظراً لارتباط التسليم بالتسليم.

حيث يكون مكان تسلم المبيع في ذات مكان تسليمه، فالبائع يلتزم بتسليم المبيع في مكان معين، ويلتزم المشتري بتسليم المبيع في ذات المكان^(١).

والأصل في تحديد مكان تسلم المبيع هو اتفاق الطرفين، فإن اتفقا على أن يتم تسلم المشتري للمبيع في مكان معين وجب الالتزام باتفاقهما، وإن لم يكن هناك اتفاق فيرجع للعرف في تحديد ذلك.

ثانياً: دور العرف في مكان الوفاء بالثمن.

من التزامات المبيع، أن يلتزم المشتري بالوفاء بالثمن، مثلما التزم البائع بتسليم المبيع.

وذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (٢٤٨) من نظام المعاملات المدنية السعودي، حيث نصت على ما يلي: "يلتزم المشتري بأداء الثمن الذي استحق وفاؤه وقت تسليم المبيع في مكان التسليم، وإذا لم يكن الثمن مستحق الوفاء وقت تسليم المبيع، لزم أدائه في مكان العقد، وذلك كله ما لم يتفق على خلافه".

ونصت المادة (٤٥٦) مدني مصري على ما يلي: "١- يكون الثمن مستحق الوفاء في المكان الذي سلم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك. ٢- فإذا لم يكن الثمن مستحقاً وقت تسليم المبيع، وجب الوفاء به في المكان الذي يوجد فيه موطن المشتري وقت استحقاق الثمن".

فالأصل في تحديد مكان الوفاء بالثمن هو اتفاق الطرفين، فإن اتفقا في ذلك على شيء وجب التزامهما به، وإن لم يتفقا فيتم الرجوع إلى العرف في تحديد مكان الوفاء بالثمن^(٢).

وإن لم يوجد عرف، يتم تطبيق أحكام المادة السابقة، والتي تفرق بين ما إذا

(١) د. السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص ٧٤٦.

(٢) د. عبدالناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، مرجع سابق، ص ٢٧٨؛ د. سعيد جبر، مرجع سابق، ص ٢٠٨، ٢٠٩.



كان الثمن مستحق الوفاء وقت تسليم المبيع، وبين ما إذا كان الثمن غير مستحق الوفاء في ذلك الوقت.

فإذا كان الثمن مستحق الوفاء وقت تسليم المبيع، فإنه يكون واجب الوفاء في مكان تسليم المبيع.

أما في حالة ما إذا كان الثمن غير مستحق الوفاء به وقت تسليم المبيع، فيتم الوفاء في موطن المدين بالالتزام (وهو المشتري) فيكون مكان الوفاء بالثمن هو موطنه وقت استحقاق الثمن^(١).

مما سبق، يتضح أنه يتم الرجوع إلى العرف في تحديد مكان الوفاء بالثمن، فإذا جرى العرف على أن يكون مكان الوفاء بالثمن هو مكان تسليم المبيع وجب العمل بذلك، كما يجري في المعاملات التي تتم في عصرنا الحالي عن طريق وسائل الإعلام من رؤية السلعة في التلفاز مثلاً مع الاستماع إلى مواصفاتها، ومميزاتها، ثم يطلبها المشتري عبر الهاتف، فيتم نقلها إليه في مكان يحدد هو - وغالبًا ما يكون موطنه - فيتسلمها ويدفع الثمن في ذات مكان الاستلام.

وأما إذا جرى العرف على أن يتم دفع الثمن في مكان البائع، أو مكان آخر كان هذا هو الواجب الاتباع.

ومن ذلك، يتضح أنه إذا خلا اتفاق الطرفين من النص على تحديد مكان الوفاء بالثمن في عقد البيع، فإنه يتم الاستعانة بالعرف في تحديد ذلك المكان.

الفرع الثالث: دور العرف في تحديد الملتزم بنفقات تسليم المبيع والوفاء بالثمن

قد يحتاج تسليم المبيع والوفاء بالثمن بنفقات معينة، وأن الأصل في هذه النفقات يتم بالاتفاق على من يلتزم بها من الطرفين، ولكن العرف يقوم بدور مهم في هذا الخصوص.

لذا سوف نعرض لموضوع هذا الفرع من خلال الآتي:

(١) د. حمدي عبدالرحمن، مرجع سابق، ص ١٥٦؛ د. سعيد جبر، مرجع سابق، ص ٢٠٨، ٢٠٩؛ د. عبدالناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، مرجع سابق، ص ٢٧٨.



أولاً: دور العرف في تحديد الملتمزم بنفقات تسليم المبيع.

فوفقاً لما تقضي به القواعد العامة في القانون المدني، والتي تختص بتعيين من يجب عليه نفقات، أو مصاريف الوفاء، فإن مصاريف تسليم المبيع تقع على عاتق البائع، لأنه المدين بالالتزام.

وهذا هو الأصل، إلا أنه يستبعد تطبيق تلك القاعدة إذا وجد اتفاق بين المتعاقدين، أو وجد عرف يقضي بغير ذلك فيما يتعلق بنفقات التسليم^(١).

والمقصود بنفقات التسليم، هو كل النفقات اللازمة لوضع المبيع تحت تصرف المشتري، وإعلامه بذلك^(٢).

ويدخل فيها - أيضاً - أجره نقل المبيع إلى المكان الذي يتم التسليم فيه، ونفقات إفرازه، ووزنه، وكيله، وقياسه... إلخ.

وإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن تكون نفقات التسليم على البائع، غير أنه لو وجد عرف يقضي بغير ذلك عمل به، كما لو كان العرف أن نفقات تسليم المبيع تكون على المشتري، أو بين البائع والمشتري مناصفة، ففي هذه الحالة يتم تطبيق العرف ما لم يفق المتعاقدان على غير ذلك^(٣).

ومن الجدير بالإشارة - هنا - أن اتفاق أحكام تسليم المبيع مع أحكام تسليم المبيع من حيث دور العرف في تحديد الملتمزم بنفقات التسليم أو التسلم، مع ملاحظة أنه إذا كان الأصل أن يتحمل البائع نفقات التسليم، فإن الأصل أن يتحمل المشتري نفقات التسلم.

وهذا ما نصت عليه المادة (٣٥٢) من نظام المعاملات المدنية السعودي، حيث جاء فيها: "تكون نفقات الوفاء بالثمن وتسلم المبيع وعقد البيع وتسجيله على المشتري، وذلك كله ما لم يتفق على خلافه".

(١) د. عبدالناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، مرجع سابق، ص١٩٦؛ د. مصطفى الجمال، مرجع سابق، ص١٨٧، ١٨٨.

(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، ص٢٤١، ٢٤٢.

(٣) د. عبدالمنعم البدرأوي، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص٤١٤، ٤١٥؛ د. سمير عبد السيد تناغو، مرجع سابق، ص٢٤٢.



ولذلك، يرجع للعرف على نطاق واسع بين بيان الملتزم بنفقات تسلم المبيع، فإذا قضى العرف بأن يكون البائع هو الملتزم بنفقات التسلم وجب عليه تنفيذ هذه الالتزام، وإن جرى العرف على تحمل البائع والمشتري مناصفة هذه النفقات، وجب عليهما الالتزام بذلك، بحيث لا يجوز لأحد المتعاقدين أن يتحلل من التزامه الذي يقضي به العرف، ما لم يكون هناك اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

ومثال ذلك، ما يقضي به العرف التجاري، بأن مصروفات تفريغ المبيع تكون على البائع، ولذلك يلتزم بها وفقاً للعرف الجاري^(١).

ثانياً: دور العرف في تحديد الملتزم بنفقات الوفاء بالثمن.

المقصود بنفقات الوفاء بالثمن، أي تلك النفقات التي تلزم لكي يوفي المشتري بالثمن للبائع، مثل نفقات إرسال الثمن إلى البائع، والرسوم، والمصاريف التي يحصلها البنك لإصدار الشيك إذا كان الاتفاق على أن يتم الوفاء بمقتضى شيك مصرفي، وكذلك رسم الدمغة الذي يفرض على المخالصات، ونفقات الحوالة البريدية الخاصة بالثمن.... إلخ^(٢).

ووفقاً للقواعد العامة في الالتزام، فإن مصاريف ونفقات الوفاء بالثمن تكون على عاتق المشتري، لأنه المدين بالوفاء.

ويدل ذلك، على أن الأصل في تحديد من يتحمل نفقات الوفاء بالثمن هو اتفاق المتعاقدين، أو النص القانوني، إلا أن اتفاق المتعاقدين على تحديد الملتزم منهما بنفقات الوفاء بالثمن لا يشترط فيه أن يكون صريحاً، بل يمكن أن يكون ضمناً يستفاد من العرف الجاري في المعاملات.

وإذا لم يوجد اتفاق صريح من الطرفين، ووجد عرف صحيح يحدد الملتزم بنفقات دفع الثمن، فإنه يجب الرجوع إلى هذا العرف لتحديد من يتحمل نفقات الوفاء بالثمن، لأن المتعاقدين إذا لم يتفقا على تحديد ذلك، فإنه يفترض انصراف

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ج٤، ص٧٤٧؛ د. عبدالناصر العطار، شرح

أحكام البيع، مرجع سابق، ص٢٦٢.

(٢) د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، مرجع ساب، ص٤٧٩؛ د.

أحمد شوقي عبدالرحمن، أحكام الالتزام والإثبات، مرجع سابق، ص٢٥٨.



إرادتهما الضمنية إلى تطبيق العرف، وإلا نصوا على خلافه.

فإذا جرى العرف على أن يتحمل البائع وحده هذه النفقات التي تتعلق بالثمن، أو أن يتحملها البائع والمشتري، فإن القاعدة العرفية هي التي يجب أن تطبق، ولا يلتزم المشتري بهذه النفقات بمفرده ما لم يتفق على خلاف ذلك، فإن لم يوجد اتفاق أو عرف التزم المشتري بنفقات الوفاء بالثمن^(١).

(١) د. عبدالمنعم البدرأوي، عقد البيع في القانون المدني، مرجع سابق، ص ٥٢٣؛ د. سليمان مرقس، عقد البيع، مرجع سابق، ص ٤٢٢.



المبحث الثاني

دور العرف في عقد الوديعة

من مهام العرف في عقد الوديعة، هو افتراض وتقدير الأجر، وتحديد زمانه ومكانه، كما أن من مهام العرف في ذلك، هو دوره في تحديد معيار حفظ الوديعة وضابط الحرز.

لذا، نقسم هذا المبحث إلى ما يلي:

المطلب الأول: دور العرف في افتراض الأجر وتقديره في الوديعة وتحديد زمانه ومكانه.

المطلب الثاني: دور العرف في تحديد معيار حفظ الوديعة وضابط الحرز.

المطلب الأول

دور العرف في افتراض الأجر وتقديره في الوديعة وتحديد زمانه ومكانه

وانطلاقاً من عنوان هذا المطلب، نعرض أولاً لدور العرف في افتراض الأجر وتقديره، ثم نعرض لدور العرف في تحديد زمان ومكان الوفاء بالأجر. وذلك من خلال التقسيم التالي:

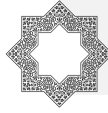
الفرع الأول: دور العرف في افتراض الأجر وتقديره.

الفرع الثاني: دور العرف في تحديد زمان ومكان الوفاء بالأجر.

الفرع الأول: دور العرف في افتراض الأجر وتقديره

إن الأصل في الوديعة أن تكون بدون أجر، بمعنى أنها تبرع من جانب المودع عنده، غير أنه يمكن أن يحدث أن يتفق الطرفان على أجر مقابل حفظ الوديعة، وفي هذه الحالة يلتزم المودع بدفع الأجر الذي تم الاتفاق عليه للمودع عنده.

ولذلك، فإن الأجر لا يجب في الوديعة، إلا إذا ظهر اتفاق بين المتعاقدين على ذلك، وهذا الاتفاق على الأجر يمكن أن يكون صريحاً أو ضمناً.



فإذا كان المودع عنده كان قد اتخذ تلقي الودائع وحفظها عملاً أو مهنةً له، فإن ذلك يفيد أن الوديعة بأجر، فيلتزم به المودع ولو لم يتفق عليه صراحة، وهذا مثلما هو الشأن في مخازن الاستيداع بالجمارك، ومخازن السكك الحديدية، ومخازن الجراجات العامة، حيث يفترض الأجر في مثل هذه الحالات^(١).

بالإضافة إلى أن العرف، وإن كان يفترض معه الأجر في الوديعة في الحالة التي جرى فيها على أن تكون الوديعة بأجر، فإنه على العكس من ذلك، فإن هناك حالات جرى العرف على عدم الأجر فيها؛ وإن كان الأصل فيها وجوب الأجر، مثل ما هو الشأن في الوديعة الاضطرارية وهي: الوديعة التي يضطر صاحبها إلى إيداعها لتفادي خطر ضياعها أو تلفها بسبب نشوء حريق أو تهدم بناء أو ما شاكل ذلك.

فالأصل في هذه الوديعة أنها تكون بأجر، غير أنه إذا تم الاتفاق أو جرى العرف على عدم الأجر فيها لم يستحق المودع عنده الأجر عملاً بالاتفاق أو تمشياً مع العرف^(٢).

ويعتبر العرف - هنا - من العرف المكمل للتشريع، ذلك أن القاضي يجب عليه الحكم بما يجري عليه العرف من استحقاق المودع عنده للأجر أو عدم استحقاقه، فالعرف هو المصدر الثاني للقاعدة القانونية، وما دام التشريع المكتوب قد خلا من النص على حكم ذلك، فلا بد من رجوع القاضي إلى العرف الذي يكمل ما تركه المشرع المدني تنظيمه من المسائل.

وأما دور العرف في تقدير الأجر، فيكون في حالة ما إذا تم الاتفاق على الأجر في الوديعة، أو أمكن وجود دفعه من العرف، فإنه - حينئذٍ - يتم تقديره

(١) د. محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في التأمين والعقود الصغيرة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، عام ١٩٥٠م، ص ٤٩٥؛ د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوديعة في التشريع المصري والمقارن مدينياً وجنائياً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م، ص ٧٨؛ مستشار د. أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م، ص ٥٠٧.

(٢) د. علي عرفة، مرجع سابق، ص ٥٠٩؛ د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوديعة، مرجع سابق، ص ١٠٧؛ د. أنور العمروسي، مرجع سابق، ص ٥١٦.



باتفاق الطرفين، فإن تركا ذلك التقدير أمكن الرجوع إلى العرف الذي يستعان به - إلى حد كبير - في تقدير الأجر الذي يستحقه المودع عنده^(١).

الفرع الثاني: دور العرف في تحديد زمان ومكان الوفاء بالأجر

بالإضافة إلى أن العرف يتم الرجوع إليه في افتراض الأجر وتقديره في حالة خلو اتفاق المتعاقدين من النص على ذلك، فإنه - كذلك - يتم الرجوع إليه في تحديد الوقت الذي يلتزم فيه المودع بدفع الأجر إلى المودع عنده إذا لم يحدد المتعاقدان ذلك، فيرجع للوقت الذي جرى العرف بدفع أجر الوديعة فيه، والذي قد يكون جملة واحدة، وقد يجري العرف بدفعه على أقساط^(٢).

فإذا لم يحدد الاتفاق أو العرف وقتاً للوفاء بالأجر، وجب على المودع أن يدفع الأجر وقت انتهاء الوديعة، وفقاً لنص المادة (٥١٢) من نظام المعاملات المدنية السعودي، والتي تنص على ما يلي: "إذا كان الإيداع بأجر فعلى المودع أن يؤدي الأجر المتفق عليه في الوقت الذي انتهى فيه حفظ الوديعة ما لم يتفق على خلاف ذلك"^(٣).

وأيضاً - يحدد العرف مكان الوفاء بالأجر، ذلك لأن الأصل في تحديد مكان دفع الأجرة هو اتفاق المتعاقدين، حيث يرجع إلى اتفاقهما بداية، فإن لم يتفق المتعاقدان على ذلك، فإن المرجع في تحديد مكان دفع الأجر هو العرف.

فإذا جرى العرف على دفع الأجر في مكان حفظ الوديعة التزام المودع بدفع الأجر في هذا المكان، وإذا جرى العرف على دفع الأجر في موطن المودع عنده التزم بدفع الأجر فيه... وهكذا.

(١) د. قدرى عبد الفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوديعة، مرجع سابق، ص ٧٨؛ المستشار/ أنور العمروسي، مرجع سابق، ص ٥٠٧.

(٢) د. أنور العمروسي، مرجع سابق، ص ٥٠٧؛ المستشار/ أنور طلبة، مرجع سابق، ص ١٥٠؛ د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوديعة، مرجع سابق، ص ٨٠.

(٣) وانظر كذلك، المادة (٧٢٤) مدني مصري، والتي تنص على أنه: "الأصل في الوديعة أن تكون بغير أجر، فإذا اتفق على أجر وجب على المودع أن يؤديه وقت انتهاء الوديعة، ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك".



فإذا لم يوجد عرف - بشأن مكان دفع الأجر في الوديعة - فعلى المودع أن يلتزم بدفع الأجر في موطنه، حيث إنه هو المدين بالأجر، أو في الجهة التي يقع فيها مقر أعماله إذا كانت الوديعة متعلقة بعمل من هذه الأعمال^(١).

(١) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج٧، ص ٧٠٢؛ د. قدرى الشهاوي، مرجع سابق، ص ٨٠.
د. أنور طلبية، القانون المدني معلقاً على نصوصه بأراء الفقه وأحكام النقض، ج٢، طبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، طبعة أولى، ١٩٧٦م، ص ١٥٠.



المطلب الثاني

دور العرف في تحديد معيار حفظ الوديعة وضابط الحرز

للعرف دور بارز في تحديد معيار الحفظ الواجب في الوديعة، كما يقوم أيضاً بدور في تحديد ضابط الحرز الواجب حفظ الوديعة في مثله.

ولذا، أقسم هذا المطلب إلى ما يلي:

الفرع الأول: دور العرف في تحديد معيار الحفظ في الوديعة.

الفرع الثاني: دور العرف في تحديد ضابط الحرز في الوديعة.

الفرع الأول: دور العرف في تحديد معيار الحفظ في الوديعة

إن الالتزام الذي يقع على عاتق المودع عنده يتمثل في حفظ الوديعة، حيث إن غرض الوديعة الأساسي هو حفظها، ويظهر ذلك من التعريف الذي ساقه المشرع المدني للوديعة في المادة (٥٠٦) من نظام المعاملات المدنية السعودي، والتي تنص على ما يلي: "الإيداع عقد يحفظ بمقتضاه المودع لديه مال المودع على أن يرده بعينه"^(١).

ونصت أيضاً المادة (٥٠٩) من نظام المعاملات المدنية السعودي، على ما يلي: "يلتزم المودع لديه بأن يبذل في حفظ الوديعة العناية التي يبذلها في حفظ ماله الخاص دون أن يكلف في ذلك أكثر من عناية الشخص المعتاد، فإن كان الإيداع بأجر فعليه أن يبذل في حفظها عناية الشخص المعتاد"^(٢).

ومن غير أن ندخل في تفاصيل، فإنه يرجع للعرف على نطاق واسع في بيان درجة العناية المطلوبة، فإن كان القانون المدني يتطلب في حفظ الوديعة درجة

(١) وانظر كذلك المادة (٧١٨) من القانون المدني المصري والتي تنص على أن: الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عيئاً".

(٢) وانظر أيضاً المادة (٧٢٠) من القانون المدني المصري، والتي تنص على ما يلي: "١- إذا كانت الوديعة بغير أجر وجب على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ ماله، دون أن يكلف في ذلك أكثر من عناية الرجل المعتاد. ٢- أما إذا كانت الوديعة بأجر فيجب أن يبذل في حفظ الوديعة عناية الرجل المعتاد".



عناية الرجل العادي، فإنه يرجع للعرف في بيان هذه الدرجة، وتقدير عناية المودع لديه وما إذا كان قد قام بعناية الرجل العادي، وما يترتب على ذلك من وفائه بالتزامه في حفظ هذه الوديعة، أم أن ما قام به لا يصل إلى هذا الحد، مما يترتب عليه قيام مسؤوليته عما يلحق الوديعة من هلاك أو تلف^(١).

الفرع الثاني: دور العرف في تحديد ضابط الحرز في الوديعة

حفظ الوديعة يتطلب حرز لحفظها يناسب طبيعتها، لذلك يجب على المودع عنده أن يحفظ الوديعة في مثل ما يحفظ فيه مثلها، وأن يراعي ما جرى عليه العرف في طريقة حفظها.

فمثلاً إذا كانت الوديعة من المجوهرات، وجب على المودع عنده أن يضعها في مكان يغلق عليه، فإن وضعها في دولاب أو خزانة غير مغلقة وسرقت ضمنها، وإذا كانت الوديعة من الدواب، وجب على المودع عنده أن يضعها في مثل ما توضع فيه الدواب، كالحظيرة المناسبة مثلاً، وإذا كانت الوديعة من الأخشاب، وجب على المودع عنده أن يضعها في حرز مناسب بعيداً عن الماء والنار، وما قد يؤدي إلى تلفها، ... وهكذا يجب حفظ الوديعة كل طبقاً لما يناسبها من حرز، كما جرى عليه العرف.

كما لا يصح للمودع عنده أن يسافر مصطحباً الوديعة؛ إلا إذا اضطر لذلك، فإن سافر بها لضرورة أو حاجة، وجب أن يؤمن عليها إن كان العرف يقرر أنه من شأن الوديعة أن يؤمن عليها عند السفر، فيلتزم المودع عنده بما عليه العرف في ذلك^(٢).

(١) د. عبدالسميع أبو الخير، التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون واستثماره، دار أبي المجد للطباعة، ٢٠٠٧م، ص ١٠، ١٥، ٢١.

(٢) د. محمد كامل مرسي، العقود المدنية الصغيرة، طبعة مطبعة فتح الله إلياس نوري، مصر، الطبعة الثالثة، ١٩٤٢م، ص ٣٩٥، هامش ٣؛ د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج ٧، ص ٦٦٩؛ د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوديعة، مرجع سابق، ص ٤٠ هامش رقم (١٣)؛ د. محمد علي عرفة، مرجع سابق، ص ٤٦٥، ٤٦٦.



الخاتمة

خرجنا ببعض النتائج والتوصيات التالية، والتي سوف نسردها من خلال العرض الآتي:

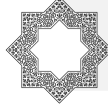
نتائج الدراسة:

- ١- أن القانون يعتبر العادة أنها ركن من أركان العرف، ويعتبر العرف في كل فروعه على تفاوت في ذلك الاعتبار.
- ٢- يعتبر العرف قانوناً إذا كان مضطرباً ثابتاً قبل الحكم به، ولم يشتمل على مخالفة نص قانوني أو قاعدة تشريعية.
- ٣- يعتبر العرف مصدراً من مصادر قانون المعاملات المدنية.
- ٤- تبين أن للعرف كبير الأثر في نظام المعاملات المدنية السعودي، حيث اعتمد عليه المشرع في كثير من المواقف وأسند إليه أدواراً عديدة، كما تم سرده تفصيلاً خلال هذه الدراسة.

وأما توصيات الدراسة فهي كالتالي:

ثانياً: توصيات الدراسة.

- ١- نوصي المشرع والقاضي السعودي والمصريين، بعدم البت في الخصومات التي لها علاقة بالعرف بين الناس؛ إلا بعد الرجوع إلى العرف الواجب تطبيقه في مسألة ما، ومعرفة مدلوله.
- ٢- نوصي العلماء والباحثين وخاصة الباحثين القانونيين بمراجعة دائمة للأعراف والعادات المستحدثة، وبيان ما اشتمل منها على مخالفة نصوص أو قواعد تشريعية.
- ٣- نوصي المشرعين السعودي والمصري، بإضافة بعض القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف، لأهمية هذه القواعد التي يستند إليها القاضي في حكمه، وهذا لأن المملكة العربية السعودية بدأت تأخذ فيها الأعراف والعادات بين الناس أهمية كبيرة.



٤- كما أوصي المراكز البحثية والمؤسسات المالية العربية بنشر إصدارات علمية تشتمل على صيغ عقود المعاملات، التي تختلف أحكامها باختلاف أعراف بلدانها.

٥- يقترح الباحث على الجهات المعنية بالمعاملات المالية والتجارية، مثل الغرف التجارية ومكاتب العمل والعمال والمجالس البلدية، أن تدون الأعراف التجارية والعوائد العمالية والمدنية، وما يجري تطبيق مطلقات العقود بين الموظفين ونحوهم من العمال، وتحديد الالتزامات والحقوق العقدية، بذلك الأمثلة والتطبيقات، في كل ما سكتت عنه نصوص القانون.



قائمة المراجع

أولاً: القرآن الكريم.

ثانياً: المعاجم اللغوية.

١. معجم مقاييس اللغة، لأبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، تحقيق/ عبدالسلام محمد هارون، مصر، ٢٨١/٤، مصطفى البابي الحلبي، الطبعة الثانية، ١٣٩١هـ/ ١٩٧١م

ثالثاً: المراجع الفقهية.

٢. الفتاوى لأحمد بن عبدالرحيم بن تيمية، ج ٢٩، المطبعة العلمية، دم، دت.
٣. المبسوط، للإمام محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة، السرخسي، دار المعرفة، بيروت، دت، ج ١٣
٤. المغني، لأبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة، مكتبة القاهرة، دط، ج ٣، ١٣٨٨هـ/ ١٩٦٨م

رابعاً: الكتب

٥. د. إسماعيل عبدالنبي شاهين، ضوابط مبدأ عدم رجعية القوانين - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، طبعة دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة أولى، ١٩٩٥م
٦. د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، المصادر، مكتبة عبدالله وهبة بمصر، ١٩٦٦م
٧. د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤م
٨. د. أحمد شوقي عبدالرحمن، النظرية العامة للالتزام - العقد والإرادة المنفردة في الفقه وقضاء النقض المصري والفرنسي، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، ٢٠٠٤م
٩. د. أحمد شوقي عبدالرحمن، تفسير العقد ومضمون الالتزام العقدي وفقاً لقواعد الإثبات، دراسة فقهية وقضائية، طبعة النسر الذهبي، القاهرة، توزيع منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م
١٠. د. أحمد محمد أحمد الزين، قواعد الإثبات العماني، دار الكتاب الجامعي، العين، الإمارات، ٢٠١٥م
١١. د. أنور العمروسي، العقود الواردة على العمل في القانون المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٣م
١٢. د. أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م
١٣. د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٥م



١٤. د. أنور طلبة، القانون المدني معلقاً على نصوصه بآراء الفقه وأحكام النقض، ج٢، طبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، طبعة أولى، ١٩٧٦م
١٥. د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، المدخل للعلوم القانونية، دن، ١٩٩٠م
١٦. د. جلال العدوي، أصول الالتزامات، مصادر الالتزام، طبعة منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٧م
١٧. د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول- المصادر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١م
١٨. د. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول (المصادر)، الطبعة الثالثة، د.م، عام ٢٠٠٠م
١٩. د. حسن عامر، القوة الملزمة للعقد، مطبعة مصر، طبعة أولى، عام ١٩٤٩م
٢٠. د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة السادسة، ١٩٩٣م
٢١. د. حشمت أبوستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، الكتاب الأول (المصادر)، مطبعة مصر، عام ١٩٥٤م، د.ت
٢٢. د. حمدي عبدالرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ثانية، ٢٠١٠م
٢٣. د. حمدي عبدالرحمن، مبادئ القانون، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، عام ١٩٧٥م
٢٤. د. رمضان أبوالسعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، الطبعة الثانية، الإسكندرية، عام ١٩٨١م
٢٥. د. سعيد سعد عبدالسلام، المدخل في نظرية القانون، مطابع الولاء الحديثة بشبين الكوم، الطبعة الأولى، ٢٠٠٣م
٢٦. د. سعيد سليمان جبر، العقود المسماة - البيع والإيجار، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة أولى، ٢٠٠٧م
٢٧. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، الجزء الأول - المدخل للعلوم القانونية، الطبعة السادسة، مطبعة السلام، ١٩٨٧م
٢٨. د. سليمان مرقس، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية في القانون المصري مقارناً بتقنيات سائر البلاد العربية، دار الجيل للطباعة بمصر، طبعة رابعة، ١٩٨٦م
٢٩. د. سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤م
٣٠. د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، طبعة الفنية للطباعة والنشر، الإسكندرية، مصر، بدون تاريخ نشر
٣١. د. شمس الدين الوكيل، مبادئ القانون، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٨م



٣٢. د. عبد الباقي البكري، وآخرون، المدخل لدراسة القانون، مطابع مديرية دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، عام ١٩٨٢م
٣٣. د. عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م
٣٤. د. عبد الحى حجازي، النظرية العامة للالتزام، المصادر، مطبعة نهضة مصر، ١٩٥٤م
٣٥. د. عبدالرازق حسن فرج، دور السكوت في التصرفات القانونية- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، مطبعة المدني بمصر، ١٤٠٠هـ / ١٩٨٠م
٣٦. د. عبدالرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر بمصر، عام ١٩٤٠م
٣٧. د. عبدالرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج٢، القاهرة، ٢٠٠٤م
٣٨. د. عبدالسميع أبو الخير، التزام المرتهن بحفظ الشيء المرهون واستثماره، دار أبي المجد للطباعة، ٢٠٠٧م
٣٩. د. عبدالسميع أبو الخير، الوجيز في شرح أحكام عقد البيع، طبعة ٢٠٠٢م
٤٠. د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية القانون، الطبعة الرابعة، دار الكتاب العربي بمصر، عام ١٩٦٥م
٤١. د. عبدالمنعم البدراوي، عقد البيع في القانون المدني، دار الكتاب العربي، مصر، طبعة أولى، ١٩٥٧م
٤٢. د. عبدالناصر توفيق العطار، شرح أحكام البيع، مطبعة عابدين، القاهرة، مصر، د.ت
٤٣. د. عبدالناصر توفيق العطار، مدخل لدراسة القانون وتطبيق الشريعة الإسلامية، دار النهضة العربية، القاهرة
٤٤. د. عبدالودود يحيى، المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة عام ١٩٧٥م
٤٥. د. عبدالودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، القسم الأول، المصادر، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٥م
٤٦. د. عصام أنور سليم، محمد حسن قاسم، المدخل إلى القانون، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، عام ١٩٩٣م
٤٧. د. علي محمد بدير، المدخل لدراسة القانون، البصرة، ١٩٧٠م
٤٨. د. علي نجيدة، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول- المصادر، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥م
٤٩. د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،



- الأردن، ط٣، ٢٠١٤م
٥٠. د. قدرى عبدالفتاح الشهاوي، أحكام عقد الوديعة في التشريع المصري والمقارن مدنيًا وجنائياً، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٢م
٥١. د. محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة الأولى، ٢٠٠٨م
٥٢. د. محمد حسام لطفي، المدخل لدراسة القانون في ضوء آراء الفقه وأحكام القضاء، دن، طبعة ١٩٩٣/١٩٩٤م
٥٣. د. محمد حسين عبدالعال، مبادئ القانون، الجزء الأول، النظرية العامة للقانون، القاهرة، دار النهضة العربية، طبعة عام ١٩٩٥م
٥٤. د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩م
٥٥. د. محمد رفعت الصباحي، محاضرات في مبادئ وطرق الإثبات القضائي، دم، دن، ١٩٩٠م
٥٦. د. محمد سعد خليفة، محاضرات في المدخل لدراسة القانون، الجزء الأول - نظرية القانون، طبعة عام ١٩٩٠م
٥٧. د. محمد عبدالظاهر حسين، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨م
٥٨. د. محمد علي عرفة، شرح القانون المدني الجديد في التأمين والعقود الصغيرة، مطبعة جامعة فؤاد الأول، عام ١٩٥٠م
٥٩. د. محمد كامل مرسي، العقود المدنية الصغيرة، طبعة مطبعة فتح الله إلياس نوري، مصر، الطبعة الثالثة، ١٩٤٢م
٦٠. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني الجديد، الباب التمهيدي، طبعة عام ١٩٥٤م
٦١. د. محمد لبيب شنب، مذكرات في المدخل لدراسة القانون، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة ١٩٧٦م
٦٢. د. محمد نصر الدين منصور، مباحث البيع في القانون المدني وفي الشريعة الإسلامية، طبعة دار الحقوق، مصر، ١٩٨٥م
٦٣. د. مصطفى الجمال، عقد البيع، مطبعة الفتح، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٨م
٦٤. د. مصطفى هرجة، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، الجزء الثاني، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، ١٩٨٧م
٦٥. د. معروف الدواليبي، المدخل إلى التاريخ العام...، دار الشواف للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، ١٩٩٥م
٦٦. د. مفلح القضاة، البيئات في المواد المدنية والتجارية، المطابع التعاونية بعمان، طبعة ثانية، ١٩٩٤م



٦٧. د. منصور مصطفى منصور، دروس في المدخل لدراسة العلوم القانونية "مبادئ القانون"، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة عام ١٩٧٢م
٦٨. د. نعمان محمد خليل جمعة، دروس في المدخل للعلوم القانونية، مؤسسة التعاون الجامعي، طبعة عام ١٩٨٠م
٦٩. د. ياسين محمد يحيى، أصول الإثبات في القانون المصري والسوداني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ١٩٩٠م
٧٠. د. يوسف المصاروة، الإثبات بالقرائن في المواد المدنية والتجارية، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، طبعة أولى، ١٩٩٦م

خامساً: الرسائل العلمية.

٧١. د. عبدالقادر قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٩١م
٧٢. د. مؤيد عيسى محمد دغش، المساعدة القضائية في التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، تخصص قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة فلسطين، ٢٠٠٨م
٧٣. د. يعيش مجيد، دور السكوت في التصرفات القانونية، رسالة ماجستير في القانون، تخصص قانون خاص، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، ٢٠٠٨م
٧٤. سادساً: المجلات والدوريات.
٧٥. د. خليل أحمد حسين قداد، الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره القانوني والشرعي، مجلة جامعة الأزهر بغزة، سلسلة العلوم الإنسانية، المجلد الثامن، العدد الثاني، ٢٠٠٦م
٧٦. د. عبدالسميع أبو الخير، دور العرف في وسائل التعبير عن الإرادة، بحث منشور بمجلة كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر الشريف، العدد التاسع، عام ١٤١٥هـ/ ١٩٩٤م
٧٧. د. محمود فياض، الطبيعة القانونية لمصادر الالتزام في الأنظمة القانونية الغربية، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ٢٠١٤م
٧٨. د. نزيه الصادق المهدي، محاولة للتوفيق بين المذهبين الشخصي والموضوعي في الالتزام، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد ١، ٢، السنة ٤٩



List of references

First: the Holy Quran.

Secondly: linguistic dictionaries.

1. Dictionary of language standards, by Abu al-Hussein Ahmed bin Fares Bin Zakaria, an investigation/ Abdus Salam Mohammed Haroun, Egypt, 4/281, Mustafa al-Babi al-Halabi, second edition, 1391 Ah/ 1971 ad

Third: the Fiqh references.

2. Fatwas of Ahmed bin Abdulrahim bin Taymiyah, C. 29, scientific press, Dr.M, D.T
3. Al-mabsut, by Imam Muhammad ibn Ahmad ibn Abi Sahl Shams Al-imams, Al-sarakhsi, Dar Al-marefa, Beirut, Dr.T, C13
4. The singer, by Abu Muhammad Muwaffaq al-Din Abdullah bin Ahmad Bin Muhammad Bin Qudamah al-Maqdisi and then the Hanbali Damascene, famous for Ibn Qudamah, Cairo Library, Dr.I, C3, 1388h/ 1968g

Fourth: books

5. Dr. Ismail Abdul Nabi Shahin, the rules of the principle of non-retroactivity of laws- a comparative study of Islamic jurisprudence, edition of Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, first edition, 1995
6. Dr. Ismail Ghanem, General Theory of commitment, sources, Abdullah Wahba library in Egypt, 1966
7. Dr. Ahmed Salama, introduction to the study of law, legal rule, book I, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1984
8. Dr. Ahmed Shawky Abdel Rahman, the general theory of commitment-contract and individual will in Egyptian and French jurisprudence and Cassation law, Golden Eagle press, Cairo, 2004
9. Dr. Ahmed Shawky Abdel Rahman, interpretation of the contract and the content of the contractual obligation according to the rules of evidence, a juristic and judicial study, Golden Eagle edition, Cairo, distribution of the Al-Ma'arif establishment, Alexandria, 2003
10. Dr. Ahmed Mohammed Ahmed Al Zain, Omani rules of evidence, University Book House, Al Ain, UAE, 2015
11. Dr. Anwar El amroussi, contracts received for work in civil law, Maarif establishment, Alexandria, 2003
12. Dr. Anwar Sultan, abstract in the general theory of commitment, sources of



- commitment, new university House, Alexandria, 2005
13. Dr. Anwar Sultan, the general theory of commitment - sources of commitment, new university House, Alexandria, 2005
 14. Dr. Anwar Talba, civil law commenting on his texts with opinions of jurisprudence and judgments of Cassation, P. 2, edition of the publishing house of culture, Alexandria, First Edition, 1976
 15. Dr. Tawfiq Hassan Faraj, D. Sc. Mohammed Yahya Matar, entrance to legal Sciences, Dr.N, 1990 ad
 16. Dr. Galal Al-Adawi, origins of obligations, sources of commitment, Maarif establishment edition, Alexandria, 1997
 17. Dr. Jamil al-Sharqawi, the general theory of commitment, book I-sources, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1981
 18. Dr. Hussam al-Din al-Ahwani, the general theory of commitment, part I (sources), third edition, D.M., year 2000
 19. Dr. Hassan Amer, the binding force of the contract, Egypt Press, first edition, 1949
 20. Dr. Hassan Kira, introduction to law, Maarif establishment, Alexandria, sixth edition, 1993
 21. Dr. Hashmat apostit, the theory of obligation in the new civil law, the first book (sources), Egypt press, 1954, Dr.T
 22. Dr. Hamdi Abdul Rahman, mediator in the general theory of obligations, book I, the voluntary sources of commitment, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, second edition, 2010
 23. Dr. Hamdi Abdul Rahman, principles of Law, first edition, Arab Thought House, 1975
 24. Dr. Ramadan Abu Al-Saud, the mediator in explaining the introduction of Civil Law, second edition, Alexandria, 1981
 25. Dr. Said Saad Abdul Salam, introduction to the theory of law, modern loyalty presses in shebeen al-Kom, first edition, 2003
 26. Dr. Said Suleiman Gabr, named contracts-sale and lease, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo, first edition, 2007
 27. Dr. Suleiman mark, a comprehensive commentary on civil law, Part I-introduction to legal Sciences, sixth edition, peace press, 1987
 28. Dr. Suleiman mark, the origins of proof and its procedures in the civil articles in the Egyptian law compared to the techniques of the rest of the Arab countries, house of generation printing in Egypt, fourth edition, 1986
 29. Dr. Samir Abdel Sayed tanago, General Theory of law, Maarif establishment,



- Alexandria, 1974
30. Dr. Samir Abdel Sayed tanago, contract of sale, Technical Edition for printing and publishing, Alexandria, Egypt, no publication date
 31. Dr. Shams al-Din al-Wakil, principles of Law, first edition, knowledge establishment, Alexandria, 1968
 32. Dr. Abdul Baqi Al-Bakri and others, the entrance to the study of law, presses of the Directorate of the House of books for printing and publishing, University of Mosul, 1982
 33. Dr. Abdel Hakam Fouda, contract interpretation in Egyptian civil and Comparative Law, Maarif establishment, Alexandria, 2002
 34. Dr. Abdel Hai Hegazy, the general theory of commitment, sources, Nahdet Misr press, 1954
 35. Dr. Abdul Razek Hassan Farag, the role of silence in legal actions-a comparative study of Islamic jurisprudence, Al-Madani press, Egypt, 1400 Ah/ 1980 ad
 36. Dr. Abdul Razzaq Al-Sanhouri, summary of the general theory of obligations in the Egyptian civil law, the press of the committee of authorship, translation and publication in Egypt, 1940
 37. Dr. Abdul Razzaq Al-Sanhouri, the mediator in explaining the civil law, volume I, C2, Cairo, 2004
 38. Dr. Abdul Samie Abu Al-Khair, the mortgagee's obligation to save and invest the mortgaged thing, Abi Al-Majd printing house, 2007
 39. Dr. Abdul Samie Abu Al-Khair, a brief explanation of the terms of the sales contract, 2002 edition
 40. Dr. Abdel Fattah Abdel Baqi, theory of law, fourth edition, Arab Book House in Egypt, 1965
 41. Dr. Abdel Moneim Al-Badrawi, the contract of sale in civil law, Arab Book House, Egypt, first edition, 1957
 42. Dr. Abdel Nasser Tawfik Al-Attar, explanation of the terms of sale, Abdin press, Cairo, Egypt, Dr.T
 43. Dr. Abdel Nasser Tawfik Al Attar, introduction to the study of law and the application of Islamic law, Dar Al Nahda Al Arabiya, Cairo
 44. Dr. Abdul Wadud Yahya, the entrance to the study of law, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, edition of 1975
 45. Dr. Abdul Wadood Yahya, summary in the general theory of obligations, section I, sources, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1985
 46. Dr. Essam Anwar Selim, Mohamed Hassan Kassem, introduction to law, new



- University Publishing House, Alexandria, Egypt, 1993
47. Dr. Ali Mohammed Badir, entrance to the study of law, Basra, 1970
 48. Dr. Ali nagida, the general theory of commitment, book I-sources, Arab renaissance House, Cairo, 2005
 49. Dr. Ghaleb Ali Daoudi, introduction to the science of law, House of culture for publishing and distribution, Amman, Jordan, Vol. 3, 2014
 50. Dr. Kadry Abdel Fattah el-shehawy, the provisions of the deposit contract in the Egyptian and comparative civil and criminal legislation, Maarif establishment, Alexandria, 2002
 51. Dr. Mohamed Morsi Zahra, civil protection for e-commerce, Arab renaissance House, Cairo, first edition, 2008
 52. Dr. Mohamed Hossam Lotfi, introduction to the study of law in the light of jurisprudence opinions and judicial rulings, Dr.N, 1993/1994 edition
 53. Dr. Mohamed Hussein Abdel Aal, principles of law, Part I, General Theory of law, Cairo, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, 1995 edition
 54. Dr. Mohamed Hussein Mansour, theory of law, new university House, Alexandria, 2009
 55. Dr. Mohammed Refaat Al-Sabahi, lectures on the principles and methods of judicial proof, Dr.M, D.N, 1990 ad
 56. Dr. Mohammed Saad Khalifa, lectures at the entrance to the study of law, Part I-theory of law, 1990 edition
 57. Dr. Mohamed abdelhafer Hussein, sources of commitment, Arab renaissance House, Cairo, 2008
 58. Dr. Muhammad Ali Arafa, explanation of the new civil law in insurance and small contracts, Fuad I University Press, 1950
 59. Dr. Mohamed Kamel Morsi, small civil contracts, printed by Fathallah Elias Nouri, Egypt, third edition, 1942
 60. Dr. Mohamed Kamel Morsi, explanation of the new civil code, introductory section, 1954 edition
 61. Dr. Mohammed Labib shennab, memoirs in the entrance to the study of law, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, edition 1976
 62. Dr. Mohamed Nasreddin Mansour, sales investigations in civil law and Islamic law, edition of Dar Al-law, Egypt, 1985
 63. Dr. Mostafa El Gamal, contract of Sale, el Fath press, Alexandria, Egypt, 1998
 64. Dr. Mustafa harja, the law of proof in civil and commercial subjects, Part II, University Publishing House, Alexandria, 1987



65. Dr. Known as Al-Dawalibi, the entrance to the General History..., Dar Al-Shawaf publishing and distribution, Riyadh, Saudi Arabia, 1995
 66. Dr. Mufleh Al-Qadi, evidence in civil and commercial materials, Amman cooperative Press, second edition, 1994
 67. Dr. Mansour Mostafa Mansour, lessons in the entrance to the study of Legal Sciences "principles of law", Arab renaissance House, Cairo, edition of 1972
 68. Dr. Noman Mohammed Khalil Juma, lessons in the entrance to legal Sciences, University Cooperation Foundation, 1980 edition
 69. Dr. Yassin Mohammed Yahya, the origins of proof in Egyptian and Sudanese law, Arab renaissance House, Cairo, third edition, 1990
 70. Dr. Yusuf al-masarawa, proof by evidence in civil and commercial materials, library of the House of culture for publishing and distribution, Amman, first edition, 1996
- Fifth: scientific theses.
71. Dr. Abdulqader Qahtan, silence expressing will and its impact on actions, PhD thesis, Faculty of law, Ain Shams University, 1991
 72. Dr. Moayyed Issa Mohammed daghsh, judicial assistance in the expression of will, comparative study, master thesis, special law specialization, Faculty of Graduate Studies, University of Palestine, 2008
 73. Dr. Majid lives, the role of silence in legal actions, master's thesis in law, special law specialization, Abu Bakr Belkaid Tlemcen university, 2008
- Sixth: magazines and periodicals.**
75. Dr. Khalil Ahmed Hussein quada, the time when the expression of will produces its legal and legitimate effect, Journal of Al-Azhar University in Gaza, Humanities series, Volume VIII, second issue, 2006
 76. Dr. Abdul Samie Abu Al-Khair, the role of custom in the means of expressing the Will, a research published in the Journal of the Faculty of Sharia and law, Al-Azhar University, the ninth issue, in 1415 Ah/ 1994 ad
 77. Dr. Mahmoud Fayad, the legal nature of sources of obligation in Western legal systems, Journal of Sharia and law, United Arab Emirates University, 2014
 78. Dr. Nazih Al-Sadiq al-Mahdi, an attempt to reconcile the personal and objective doctrines in commitment, a research published in the Journal of law and economics, issue 1, 2, year 49



فهرس الموضوعات

الموضوع	الصفحة
المقدمة.....	١٥٩٣
المبحث التمهيدي ماهية العرف.....	١٥٩٨
المطلب الأول تعريف العرف.....	١٥٩٩
المطلب الثاني أركان العرف.....	١٦٠١
المطلب الثالث الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية.....	١٦٠٦
المطلب الثالث مزايا العرف وعيوبه.....	١٦٠٩
الفرع الأول: مزايا العرف.....	١٦٠٩
الفرع الثاني: عيوب العرف.....	١٦١٠
الفصل الأول دور العرف في العلاقات التعاقدية على وجه العموم.....	١٦١٣
المبحث الأول دور العرف في التعبير عن الإرادة.....	١٦١٤
المطلب الأول دور العرف في التعبير عن الإرادة باللفظ.....	١٦١٥
الفرع الأول: دور العرف في تحديد معيار التفرقة.....	١٦١٦
المطلب الثاني دور العرف في التعبير عن الإرادة بالكتابة.....	١٦١٩
المطلب الثالث دور العرف في التعبير عن الإرادة بالإشارة.....	١٦٢١
المطلب الرابع دور العرف في التعبير عن الإرادة بالمعاطاة.....	١٦٢٣
المطلب الخامس دور العرف في اعتبار السكوت معبراً عن الإرادة.....	١٦٢٥
المبحث الثاني دور العرف في تفسير إرادة المتعاقدين.....	١٦٢٩
المطلب الأول المقصود بتفسير إرادة المتعاقدين وشروطها.....	١٦٣٠
الفرع الأول: تفسير العقد كما عرفه فقهاء القانون.....	١٦٣٠
الفرع الثاني: شرط إعمال العرف عند تفسير إرادة المتعاقدين.....	١٦٣٠
المطلب الثاني ضوابط تفسير إرادة المتعاقدين بالعرف.....	١٦٣٢
المبحث الثالث دور العرف في إثبات المدعى به.....	١٦٣٥
المطلب الأول دور العرف في كفاية البيئة لإثبات ما يجب إثباته بالكتابة.....	١٦٣٥
المطلب الثاني دور العرف في مجال القرائن.....	١٦٣٧
الفصل الثاني تطبيقات لدور العرف في العلاقات العقدية.....	١٦٤٠
المبحث الأول دور العرف في عقد البيع.....	١٦٤١
المطلب الأول دور العرف في العقود عليه في عقد البيع.....	١٦٤١
الفرع الأول: دور العرف في عدم الاعتداد بالجهالة اليسيرة في المبيع.....	١٦٤١



الفرع الثاني: دور العرف في تقدير الثمن في عقد البيع.....	١٦٤٣
الفرع الثالث: دور العرف في تحديد ملحقات المبيع.....	١٦٤٥
المطلب الثاني دور العرف في تحديد التزامات المتبايعين.....	١٦٤٧
الفرع الأول: دور العرف في تحديد زمان تسليم المبيع والثمن.....	١٦٤٧
الفرع الثاني: دور العرف في تحديد مكان تسليم المبيع والوفاء بالثمن.....	١٦٥٠
الفرع الثالث: دور العرف في تحديد الملتزم بنفقات تسليم المبيع والوفاء بالثمن.....	١٦٥٣
المبحث الثاني دور العرف في عقد الوديعة.....	١٦٥٧
المطلب الأول دور العرف في افتراض الأجر وتقديره في الوديعة وتحديد زمانه ومكانه.....	١٦٥٧
الفرع الأول: دور العرف في افتراض الأجر وتقديره.....	١٦٥٧
الفرع الثاني: دور العرف في تحديد زمان ومكان الوفاء بالأجر.....	١٦٥٩
المطلب الثاني دور العرف في تحديد معيار حفظ الوديعة وضابط الحرز.....	١٦٦١
الفرع الأول: دور العرف في تحديد معيار الحفظ في الوديعة.....	١٦٦١
الفرع الثاني: دور العرف في تحديد ضابط الحرز في الوديعة.....	١٦٦٢
الخاتمة.....	١٦٦٣
قائمة المراجع.....	١٦٦٥
فهرس الموضوعات.....	١٦٧٥