قاعدة السكوت في معرض الحاجة بيان وتطبيقاتها في الفقه والقانون

"دراسة مقارنة"

ا.م. د.نويد النقشبندي

قسم الفقه الشافعي بجامعة كوردستان بسنندج

الباحث: فريا كاكەرش سيد مينه

The rule of silence in the event of need is an explanation and its applications in jurisprudence and law

"A comparative study"

Mother. Dr. Naweed Naqshbandi

Department of Shafi'i Jurisprudence, Kurdistan University, Sanandaj

Researcher: Freya Kakarsh Sayed Minh

المستخلص: يتناول هذا البحث قاعدة "السكوت في معرض الحاجة بيان" وتطبيقاتها في الفقه والقانون، على وجه المقارنة، بحيث يميز بين السكوت –للقادر على الكلام– الذي لا دلالة له عن الارادة الذي يسمى بـ"السكوت المجرد" وهو التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الارادة، والسكوت الغير المجرد الذي يعتبر دلالة وهو التزام موقف سلبي غير مصحوب بقول أو فعل، ولكن تحيط به قرائن أو أوصاف شرعية تخلع عليه دلالة التعبير عن الارادة برفض أمر معين أو قبوله وبما شابه ذلك، وينقسم هذا النوع لقسمين "السكوت الموصوف" و"السكوت الملابس"، ويحصر هذا البحث أماكن السكوت وضوابطه لاجل تميز نوع السكوت المعتبر من عدمه في الفقه والقانون المدني العراقي، مع الاتيان بأهم التطبيقات الواردة للقاعدة. **الكلمات المفتاحية:** السكوت، دلالة السكوت، السكوت الملابس، السكوت الموصوف، البيان.

Abstract

This study investigates the rule of "silence in case of need is a statement" and its applications in Islamic jurisprudence and Iraqi civil

law in a comparative way, so that it differentiates between silence of those who are able to speak and the one which has no indication of the will, which is called "mere silence". Moreover, it is a commitment to a negative condition that is not accompanied by a word, a writing, a sign, or an action that carries the meaning of expressing the will. and The non mere silence considered as an indication is a commitment to a negative attitude that is not accompanied by a saying or an action, but surrounded by legal evidence or descriptions that give it the indication of expressing the will by rejecting or accepting a specific matter and the like. This type is divided into two parts: "Silence described" and "Sensible silence", and this study confines the places of silence and its controls in order to distinguish the type of silence considered or not in jurisprudence and Iraqi civil law, with the most important applications of the rule. **Keywords**: silence, the significance of silence, Sensible Silence, silence described, statement.

المقدمة

لما كان القول في الجملة طريقا للتعبير عن الارادة، وكانت شاملة للامور الوجودية دون السلبية والسكوت من الامور السلبية أي العدمية، وهو عدم الكلام، فلا يكون تعبيرا عموما عن أي نوع من أنواع الارادة، لكن لما كان بعض أنواع السكوت تعتريه قرائن وملابسات يمكن من خلالها حمله على القبول أو غيره، كان للفقه رأيه فأتى الفقهاء ووضعوا قواعد لضبطه وضبط حالات السكوت المعتبر من غيره. ومن القواعد التي أطلقوها السكوت في معرض الحاجة بيان والقانون المدني بتبعيته للفقه الاسلامي كان له رأيه حول القاعدة، كما وله تأثير في الموضوع أيضا. لكن لما كانت التطبيقات مشوشة أو في الظاهر قليلة والضوابط خفية أراد الباحث التعرض لضوابطه مع بيان الحالات العتبرة فيها السكوت، وذلك غبر المقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي حول هذه القاعدة.

أهمية الموضوع: تكمن أهية هذا الموضوع في أنه يتعلق بحياة كل فرد من الأفراد حيث يمكن من خلال هذا الموضوع أن يعرفوا ويميزوا حالات وضوابط السكوت المعتبرة التي يكون السكوت فيها دلالة على الرضا أو غيره والحالات التي لا يكون للسكوت دلالة، أيضا يبرز هذا الموضوع مكانة وفضل فقهاء الاسلام الذين سبقوا أرباب المقننين بسنوات ويظهر أهمية الرجوع للشريعة الاسلامية لاجل وضع قواعد ثابتة متينة منضبطة بحيث لا تشوبها شائبة.

اشكالية البحث: يتبادر إلى الذهن عند سماع هذه القاعدة أسئلة عديدة منها ما السكوت المقصود في القاعدة؟ وما هو معرض الحاجة؟ كما ان نماذج ومواطن السكوت لا تنحصر من حيث الموضوع فيحتاج الى ضوابط لأجل معرفة السكوت المعتبر من عدمه لأجل ألا يقع الخبط في أنواعه وغير ذلك، ومتى يعتبر السكوت في الشريعة أو القانون المدني قبولا من عدمه، فمثل هذه الاشكاليات وغيرها مما سيتصدى له هذا البحث إن شاء الله مستعينا به.

منهج البحث: وقد سلك البحث في تغطية مباحثه ودرس فقراته العلمية المنهج "الوصفي التحليلي" مقترناً بالمقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون المدني العراقي، فضلاً عن الاشارة الى القوانين العربية في المواضع المطلوبة.

هيكل البحث: وقد اقتضت المادة العلمية أن تتكون من مبحث تمهيدي مع ثلاثة مباحث تبتدأ بمقدمة وتنتهي بخاتمة، هي كالآتي:

المبحث التمهيدي: تعريف مصطلحات العنوان والفرق بين القاعدة القانونية والفقهية.

المبحث الأول: أصل القاعدة ودليلها وشرحها في الفقه والقانون.

المبحث الثاني: ضوابط اعتبار السكوت بيانا وحالاتها.

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة.

المبحث التمهيدي: تعريف مصطلحات العنوان والفرق بين القاعدة القانونية والفقهية

المطلب الأول: تعريف القاعدة والسكوت وأنواعه:

أولا: تعريف القاعدة لغة واصطلاحا:

أما القاعدة فإنها في اللغة: الأساس، قال تعالى: (وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت...) فإن القواعد جمع قاعدة وقواعد البيت أساسه[١] والمراد من القاعدة للمقصود اساس غير حسي.

وأما اصطلاحا فهي: قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها[٢] أو هي:قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها، وتسمى فروعا، واستخراجها منها تفريعا كقولنا: كل إجماع حقوالقاعدة: هي الأساس والأصل لما فوقها، وهي تجمع فروعا من أبواب شتى.[٣]

ثانيا: تعريف السكوت وأنواعه: **السكوت لغة:** قال ابن منظور في اللسان:"السكت والسكوت: خلاف النطق؛ وقد سكت يسكت سكتا وسكاتا وسكوتا، وأسكت،..وقيل: سكت تعمد السكوت".[٤] وقد يرد السكوت بمعنى السكون فتقول سكت الغضب، بمعنى سكن، قال تعالى: (ولما سكت عن موسى الغضب) أي سكن.[٥] وعرف بعض المحققين السكوت بأنه : ترك التكلم مع القدرة عليه.[٦]

وهذا التعريف أوفق بعنواننا، وهومما أشار اليه ابن المنظور بـ"وقيل تعمد السكوت"، وعلى هذا لا يتصف الاخرس وغيره بأنه ساكت. لكن الاشارة بالنسبة للأخرس قائم مقام الكلام فعندما لا يعطي الاشارة يكون بمثابة السكوت وإن لم يسمى سكوتا من حيث اللغة، لان إشارة الاخرس كالنطق من الناطق، فما كان من الاشارات واضحا يفمه كل عاقل كان صريحا وما كان بحيث لا يفهمه إلا الفطن فهو الكناية وإن لم يشر أصلا مع القدرة عليه كان كالسكوت.[٧] ومما يدل

---

[١]. معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ- ١٩٧٩م، ١٠٩/٥، وينظر: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية – بيروت، ٥١٠/٢.

[٢]. كتاب التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ)، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان، ١٧١.
الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م

[٣]. ينظر: الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، لأيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ)، المحقق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة –بيروت، ٧٢٨.

[٤]. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ)، دار صادر – بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ، ٤٣/٢.

[٥]. ينظر: : معجم مقاييس اللغة، ٨٩/٣.

[٦]. كتاب التعريفات، ١٢٠، ينظر: تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين، ٥٥٩/٤.

[٧]. ينظر: أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ، ٥٤١/١. أيضا: المنهاج القويم، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: ٩٧٤هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ-٢٠٠٠م، ٣٠٧. أيضا: المبسوط للسرخسي، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس

أيضا لقولنا بأن السكوت قد لا يكون بازاء القول فقط بل بايزاء الفعل أيضا نفس القاعدة فانه استعمل في السكوت مع البيان والبيان قد يكون بالقول وقد يكون بغيره.

وأما أنواع السكوت: فينقسم لقسمين: الاول: السكوت المحض أو المجرد. والثاني: السكوت المحتف بالقرائن أو السكوت مع القرينة وتسمى بالسكوت الملابس أيضا.

فأما الأول: فأفضل تعريف رأيته هو تعريف من عرفه بأنه "التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الارادة"[١] لان هذا التعريف فيه بيانا تاما للسكوت المجرد وسلب فيه جميع ما يمكن جعله قرينة من قول أو كتابة أو اشارة أو عمل.

وهذا القسم من السكوت بهذا التعريف غير مقصود في بحثنا لكون هذا النوع من السكوت لا مساغ له في معرض الحاجة وما إلى ذلك.

وأما الثاني: فأفضل تعريف وأشمله مما اطلعت عليه–وإن كان لا يخلو عن الاطالة– هو بانه "التزام موقف سلبي غير مصحوب بقول أو فعل، ولكن تحيط به قرائن أو أوصاف شرعية تخلع عليه دلالة التعبير عن الارادة برفض أمر معين أو قبوله وبما شابه ذلك"[٢] وهذا النوع هو السكوت المراد والمقصود في عنوان بحثنا وسيأتي مزيد تفصيل في المباحث القادمة إن شاء الله تعالى. وأما فقهاء القانون فلا يخرج تعريفاتهم من هذا المعنى ان السكوت هو موقف سلبي، فهو عدم والعدم لا ينبئ عن شيء، وهذا هو ما سموه " بالسكوت المجرد " وهو الاصل، ويرون بأن السكوت إذا وجدت دلائل أوظروف تحيط به، وتفيد بأنه يعبر عن الارادة في معنى معين، فإنه يُعد كذلك استثناء ،وهذا ما يسمونه " بالسكوت الملابس"، كما ان القانون قد ينص على ان السكوت يفيد امراً معيناً، فيُعد كذلك ايضاً، وهذا ما يسمى " بالسكوت الموصوف"، فحصلت ثلاثة معاني للسكوت عنهم لا تخرج استعمالاتهم عن واحدة منها.[٣]

الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م، ٧٦/٧. أيضا: المغني لابن قدامة، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، مكتبة القاهرة، الطبعة: بدون طبعة، ١٥٩/٤.

[١]. السكوت ودلالته على الاحكام، للدكتور رمضان الشرنباصي، دار الفكر العربي، ١٦.

[٢]. السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات : دراسة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي، للدكتور عبد القادر محمد قحطان، أطروحة (دكتوراه)-جامعة عين شمس، ١٩٩١ م، ٤٩.

٣. ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، للدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري،٢٣٥/١ فما بعد. أيضا: نظرية الالتزام، للدكتورعبدالرازق حسن فرج، القاهرة- دار الفجر الجديد، ١٩٨٥م، ٢٢ فما بعد.

المطلب الثاني: معنى القاعدة وتعريف الفقه والقانون المدني العراقي:

أولا: المعنى الاجمالي للقاعدة: وهي أن السكوت من القادر على الكلام قد ينزل منزلة القول فيعطى أحكامه، وذلك عند وجود الحاجة إلى البيان، لأن السكوت ممن يقوى على الكلام في المواضع المحتاجة فيها إلى البيان بيان في ذاته وإلا كان اضرارا بالمقاصد لان الموقف موقف حاجة فكان بمثابة جلب منفعة أو درء مفسدة، فوجب اعتبار السكوت مع وجود مثل هذه الحاجة بيانا ودليلا على الارادة.[1]

ثانيا: تعريف الفقه لغة وأصطلاحاً:

الفقه في اللغة: فقه: قال الفراهيدي: "الفقه: العلم في الدين. يقال: فقه الرجل يفقه فقها فهو فقيه. وفقه يفقه فقها إذا فهم. وأفقهته: بينت له. والتفقه: تعلم الفقه"[2] وقال أبو الحسين الرازي: "الفاء والقاف والهاء أصل واحد صحيح، يدل على إدراك الشيء والعلم به. تقول: فقهت الحديث أفقهه. وكل علم بشيء فهو فقه. يقولون: لا يفقه ولا ينقه. ثم اختص بذلك علم الشريعة، فقيل لكل عالم بالحلال والحرام: فقيه. وأفقهتك الشيء، إذا بينته لك."[3]

والفقه اصطلاحا هو: العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية. وقيل: هو الإصابة والوقوف على المعنى الخفي الذي يتعلق به الحكم. وهو علم مستنبط بالرأي والاجتهاد، ويحتاج فيه إلى النظر والتأمل، ولهذا لا يجوز أن يسمى الله تعالى فقيهًا؛ لأنه لا يخفى عليه شيء.[4] وقيد الاسلامي أي الفقه المنسوب للإسلام لا غيره من الشرائع وما شابه ذلك.

ثالثا: تعريف القانون المدني العراقي:

أما تعريف القانون المدني فقد يتغير من دولة لأخرى لكون القانون المدني في الغرب نفس القانون الخاص بخلاف الدول العربية –وبضمنها العراق– التي تعتمد على الشريعة أيضا، فعلى هذا يمكن تعريف القانون المدني في الدول الغربية بأنه (مجموعة القواعد التي تحكم الروابط

[1]. ينظر: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة، للدكتور محمد الزحيلي، دار الفكر- دمشق، الطبعة الاولى، ١٤٢٨هـ، ١٧٢/١. أيضا: السكوت وأثره على الأحكام، للدكتور رمزي محمد دراز، القاهرة- دار الجامعة الجديدة، ١٤٢٥هـ، ٣١٦.

[2]. كتاب العين، لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، المحقق: د مهدي، المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال، ٣٧٠/٣.

[3]. معجم مقاييس اللغة، ٤٤٢/٤.

[4]. كتاب التعريفات، ١٦٨.

الخاصة بين الأفراد أو بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصا معنويا عاديا سواء كانت روابط أسرة أو معاملات مالية)، ولما كان القانون المدني في الدول عربية تقتصر على المعاملات – وبالاخص العراق فإن القوانين الخاصة بالاسرة لها قانون خاص تضمها تسمى بقانون الاحوال الشخصية– فيمكن تعريف المدني بالنسبة للعراق، بأنه: (مجموعة القواعد القانونية التي تحكم المعاملات المالية بين الافراد أو بينهم وبين الدولة على اعتبارها شخصا معنويا عاديا).[١] وهذا التعريف هو المعني في عنواننا. والنسبة للعراق أي القانون المدني الخاص بالعراق لا غيرها من الدول.

المطلب الثالث: أوجه الاتفاق والخلاف بين القاعدة القانونية والقاعدة الفقهية اجمالا:

قبل الخوض في أوجه الاتفاق والخلاف ينبغي علينا أن نقوم بتعريف كل من القاعدة القانونية والقاعدة الفقهية ثم نشرع تحت ضوء تعريفيهما في المقارنة.

فأما تعريف القاعدة الفقهية فهي: "كل كلي أخص من الأصول وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة"[٢]، والمقصود بالكلي أو الكلية أي العموم أي أنه عام يشمل مجموعة أفراد متجانسة، ومراده من الاصول أي أصول الشرع والقواعد العامة فيه، لان الاصول أعم وأوسع من القواعد الفقهية[٣] والخلاصة أن القاعدة الفقهية أخص من الاصول وأعم الضابط الفقهي الذي يجمع فروعا من باب واحد[٤].

وأما القاعدة القانونية فعرفها فقهاء القانون بأنها: ما عبر عن الوحدة التي يتكون منها القانون، على اعتبار أن القانون عبارة عن مجموعة من القواعد التي يطلق على كل منها قاعدة.[٥]

ثم إن للقاعدة الفقهية أوجها تتفق مع القاعدة القانونية وأوجها تختلفان فيه، فأما النقاط المشتركة:

فمن أشهر ما يجمع القاعدة الفقهية والقاعدة القانونية هو:

---

[١]. ينظر: المدخل لدراسة القانون، لعبد الباقي البكرى و زهير البشير، ٢٠١١م، ١٩٨. أيضا: المدخل لدراسة العلوم القانونية، للدكتور اسماعيل عبد النبي شاهين ، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م، ٩٠.

[٢]. القواعد، لأبي عبد الله محمد بن محمد المقري تـ ٧٥٨هـ، التحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الاسلامي بجامعة أم القرى، بدون طبعة، ٢١٢/١.

[٣].ينظر: قواعد الفقه الاسلامي من خلال كتاب الاشراف على مسائل الخلاف، لمحمد الروكي، الطبعة: الاولى، دار القلم، ١٩٩٨م، ١٠٩.

[٤]. ينظر: الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ٧٢٨.

[٥]. المدخل لدراسة القانون، لأحمد سلامة، القاهرة مكتبة عين الشمس، ١٩٧٩م، ٢٢.

١. الشمول أو الاطراد: فإن كلا منهما يتصفان بالشمولية حيث أن تحتهما أفرادا كثيرة تشملها القاعدة، وأما الاطراد بأن لا تبقى جزئية تشملها القاعدة إلا وتنتطبق عليها، فلا تظهر جزئية إلا وتنطبق عليها، فإن هذا نادرا ما يحصل وذلك لانه في الجملة ما من القاعدة أي عموم إلا ويتطرق له تخصيص أو استثناء في الجملة.[١]

٢. التجرد: بأن تكون القاعدة مجردة عن العلاقة بجزئية خاصة دون غيرها، لكي تصير موضوعية وجامعة ومستوعبة بحيث تصير صالحة لان تنتطبق على جميع أو معظم جزئياتها، فمتى ما فقدت القاعدة عنصر التجريد فقدت عنصر الاستيعاب.[٢]

٣. تتضمنان تنظيم علاقة الفرد بالمجتمع أو تنظيم الروابط: فإن الانسان كائن اجتماعي وكلتا القاعدتين تتضمنان الجانب التنظيمي للسلوك الانساني،وذلك بفرض أمر أو نهيه عنه أو اباحته له.[٣]

٤. اقترانهما بالجزاء: فانه لما كانت الشريعة الاسلامية عبارة عن أوامر ونواه صادرة من الله تعالى كانت مقترنة بالجزاء، ولما كان للافراد اختيار الطاعة أو العصيان كان لا بد للقانون من فرض العقوبة المادية مثلا لاجل اجبارهم على الامتثال فكان أيضا مقترنا بالجزاء.[٤]

وأما أوجه الاختلاف اجمالا فهي:

١. القواعد الفقهية تمتاز بمزيد ايجاز على العموم من القاعدة القانونية: وذلك لان القواعد الفقهية في الغالب مأخوذة من الشريعة المحمدية صلى الله عليه وسلم الذي اعطي جوامع الكلم، والعلماء بسبب اطلاعهم وعلمهم الشديد باللغة في النحو والصرف والبلاغة ومباحث الالفاظ في علم اصول الفقه ومبحث القضايا في المنطق فلشدة هذه

[١]. ينظر: نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء – رسالة دكتوراه-، لمحمد الروكي، بيروت – دار ابن حزم، الطبعة: الاولى، ٢٠٠٠م، ، ٧١.

[٢]. ينظر: المصدر نفسه، ٧١، أيضا: المدخل الى القانون، لحسن كيرة، الاسكندرية – منشأة المعارف، ٢٠٠٠م، ٢٣.

[٣]. ينظر: أصول القانون، لعبد المنعم فرج الصده، بيروت – دار النهضة العربية، بدون طبعة، ١٤.

[٤]. ينظر: الفقه المقارن، لعبد الفتاح كبارة، بيروت- دار النفائس، الطبعة الاولى، ١٩٩٧م، ٤٢. أيضا: المدخل الى القانون، لحسن كيرة، الاسكندرية – منشأة المعارف، ٢٠٠٠م، ٣٦.

العناية كان لهم اليد الطولى في جعل القواعد مختصرا وجامعا بأوجز عبارة وهذا مطلوب جدا في القواعد الفقهية بخلاف القانون.[١]

٢. من حيث المصدر: فإن مصدر القواعد الفقهية هي النص من الكتاب أو السنة إما بالأخذ منهما نصا أو معنى أو استنباطا، أو بالاستقراء أو بالقياس أو بالاستدلال أو بالترجيح.[٢]

أما مصدر القواعد القانونية فإن لها مصدرين المصادر الموضوعية أي الواقع الذي أثر في تكوين القاعدة سواء كان هذا الاثر تاريخيا أو اقتصاديا أو غيرهما[٣]والمصادر الرسمية وهي التي تحول القانون الصادر في المصدر السابق الى صيغة قانونية. لكن الذي ينبغي أن يعلم أن من مصادر القانون الشريعة الاسلامية وبالتالي فإن الكثير من القواعد القانونية هي نفسها قواعد فقهية كما هو حال القاعدة التي نحن بصددها، لكن المهم أنه بما أن المصدر اختلف فبالتالي يوجد تفاوت في مصدرهما وتوجد الكثير من الاختلاف في نوعية القاعدة، ومكان الاخذ. وقد نصت المادة الاولى من القانون المدني العراقي على تلك المصادر فقالت: "١. تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها ٢. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة."[٤] وقد يعتبر الفقه والقضاء كمصدرين مفسرين[٥] وقد لا يعتبران، إذا فخلاصة هذه المصادر هي التشريع ومبادئ الشريعة الاسلامية والعرف و مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العدالة، وبهذا نعلم أنه يوجد في هذه النقطة وهي المصدر حدا مشتركا بين قواعد الفقه والقانون وذلك في حال ما اعتمد المشرع القانوني على نص شرعي وصاغ قواعد قانونية.

---

[١]. ينظر: شرح القواعد الفقهية احمد محمد الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، صححه: عبد الستار أبو غدة، بيروت-دار الغرب الاسلامي، الطبعة الاولى، ١٩٨٣م، ٥-٦.

[٢]. ينظر: نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ٩٧-٢٠٦. أيضا: القواعد الفقهية، ليعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، ١٩٩٨م، ١٩٢-٢٥٧.

[٣]. ينظر: مدخل الى العلوم القانونية، لمحمد سعيد جعفور، الجزائر- دار هومه، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩، ١٢٥.

[٤]. المصدر نفسه، ١٢٦ فما بعد.

[٥]. كما هو بخصوص القانون المدني العراقي حيث نصت الفقرة ٣ من المادة المذكورة على انه: "وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقه في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية."

٣. إن القواعد الفقهية أعم من القواعد القانونية: بمعنى أن القاعدة الفقهية تضم فروعا كثيرة جدا ومسائل من أبواب كثيرة بحيث تسري هذه القاعدة في جميع تلك الجزئيات والفروع.[١] بخلاف القانون فإن لكل قسم منه له قواعده الخاصة والتي لا تشمل غير موضوعاته دون الفروع المختلفة من القانون.

٤. اختلافهما في الغاية والهدف: فإن هدف القواعد الفقهية والشريعة عموما العاجل والآجل والعدل والعدالة وتنظيم السلوك الانساني مع نفسه وربه والناس جميعا وجميع المخلوقات، ويهمها الوسيلة بأن تكون أخلاقية أيضا وغير ذلك[٢]، بخلاف القانون فإنه لا يهتم إلا بتنظيم علاقة الافراد فيما بينهم، وعلاقتهم بالجماعة، والدول وما إلى ذلك، –فإن عدله نسبي– ويراعي في ذلك المكان والزمان المحدد مع أشخاص محصورين، مقتصرا على المصلحة الدنيوية الخاصة.[٣]

٥. يختلفان في الجزاء: فإن الجزاء في القواعد الفقهية أي الشريعة، قد يكون دنيويا وقد يكون اخرويا وقد يكون ماديا وقد يكون معنويا، وكما توجد العقوبة توجد المكافئة، فإنه كما يوجد إثم وعقوبة وزجر مقابل العصيان توجد حسنة ومكافئة ومدح للممتثل، بخلاف القانون فإنه لا يوجد لديه الجزاءالاخروي ولا المكافئة، بل جزائه دنيوي حسي على شكل العقوبة والزجر فقط.[٤]

[١]. ينظر: الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، ٧٢٨. أيضا: نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء، ٦٨.

[٢]. ينظر: مبادئ الفقه الاسلامي، ليوسف قاسم، القاهرة- دار النهضة العربية، ١٩٨٧م، ٥٦.

[٣]. ينظر: المصدر نفسه، ٥٧. أيضا: الفقه المقارن، ٤٣.

[٤]. ينظر: المصدر نفسه، ٤٣-٤٤. أيضا: المدخل الى القانون، لحسن كيرة، الاسكندرية – منشأة المعارف، ٢٠٠٠م، ٣٧-٤١.

المبحث الأول: أصل القاعدة ودليلها وشرحها في الفقه والقانون

المطلب الأول: أصل وجود القاعدة في الكتب الفقهية والقانون المدني العراقي وأدلتها:

أولا وجود القاعدة في الشريعة: إن قاعدة (السكوت في معرض الحاجة بيان) إنما هي في الاصلذكرت مثل استثناء من القاعدة التي قالها لأول مرة الامام الشافعي اثناء نقاش موضوع الاجماع (لا ينسب لساكت قول)[١]، وذكرها كاستثناء في الحقيقة ظلم من القاعدة لان استثنائتها قد بلغت مبلغا تعتبر فيها قاعدة كما سيأتي نطاق شمولها في المباحث القادمة ان شاء الله، وأما من أوائل من قال بقاعدة السكوت في معرض الحاجة بيان الحنفية ويؤكد هذا القول فضيلة الدكتور علي الندوي[٢]، فقالتها الحنفية كقاعدة مستقلة وعبروا عنه بـ(السكوت في موضع الحاجة إلى البيان بيان)[٣] وممن ذكره مستقلا منهم هو النسفي[٤].

ثانيا وجود القاعدة في القانون المدني العراقي: أما وجود هذه القاعدة في القانون المدني العراقي فقد وردت في الفقرة الاولى من المادة ٨١ من القانون المدني نصا حيث قالت: "لا ينسب لساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قولا" ووردت معناها أيضا في أولى الفقرة الثانية من المادة ٨١ فقالت : "ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص...".

ثالثا أدلة القاعدة:

أما أدلة القاعدة فبعد البحث اطلعت على العديد من الادلة لاجل القاعدة كاقرارات النبي صلى الله عليه وسلم وحاجة الناس لكني لما رايتها قابلة للجدل الكثير أعرضت عنها، فلم أورد الا دليلا واحدا وهو حديث عائشة رضي الله تعالى عنها فعن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: (البكر تستأذن، قلت: إن البكر تستحي، قال إذنها صماتها)[٥] حيث في هذا الحديث جعل النبي صلى الله علي وسلم سكوت البكر بيانا عن

---

[١]. ينظر: الأم، للشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، دار المعرفة – بيروت، الطبعة: بدون طبعة، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م، ١٧٨/١.

[٢]. ينظر: القواعد الفقهية، للدكتور علي الندوي، دار القلم، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ،١٠١ و ٤١٩.

[٣]. ينظر: كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري (المتوفى : ٧٣٠هـ)، المحقق : عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية –بيروت، الطبعة : الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م،

[٤]. ينظر: كشف الاسرا شرح المصنف على المنار، لأبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي تـ٧١٠هـ، بيروت- دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى، ١٤٠٦هـ، ٤٢١/١.

[٥]. أخرجه بهذا اللفظ البخاري في صحيحه ٢٩١/٤، كتاب الحيل، باب النكاح، رقم الحديث: ٦٩٧١.

رضاها بتزويجها وذلك بسبب حالها التي توجب ذلك الا وهي الحياء، فكان هذا الحديث أصلا لقاعدتنا.

هذا كان في الشرع أما في القانون فلا يحتاج دليلا لأن ذات وجوده كقاعدة قانونية في القانون المدني هو الدليل وذلك لان من صفات القاعدة القانونية أنها ملزمة إذا صدرت من المشرع فبالتالي لا تحتاج لدليل تعطيها الشرعية أو المصداقية لان القانون المدني كالنصوص الشرعية، فإنه عماد القانون الخاص أساسا[١].

المطلب الثاني: شرح القاعدة من منظور الفقه الاسلامي والقانون المدني:

أولا شرح القاعدة من المنظور الفقهي:إن الصيغة الشائعة المنضبطة لهذه القاعدة هي (لكن السكوت في معرض الحاجة بيان) فتبدأ القاعدة بلفظة استدراكية قد يقع في كثير من الاذهان أنه استثناء من لا ينسب لساكت قول لكن الحقيقة ليست كذلك بل هذا استدراك في أن السكوت قد تدل إذا كان في معرض الحاجة ووردت هذه القاعدة بصيغ كثيرة في كتب الفقه مثل: (السكوت دليل الرضا)[٢]و(السكوت عن النهي بمنزلة التصريح بالاذن)[٣]و(السكوت عن النهي مع التمكن من النهي دليل الرضا)[٤]و(السكوت قائم مقام النطق إذا اعتبره الشرع أو العرف)[٥]...الخ.

فهذه القواعد تشير إلى بناء حكم شرعي على أمر استثنائي؛ لأن الأصل في بناء الأحكام على النطق والعبارات الصادرة عن الله عز وجل أو رسوله – صلى الله عليه وسلم – أو عن المكلفين؛ لأن الألفاظ هي التي تدل على مراد المتكلم وقصده، ولكن المشرع الحكيم علم أن من عباده من لا يستطيع الكلام بسبب من الأسباب فلو لم يبن علي سكوته حكماً شرعياً لوقع في

[١]. ينظر: المدخل لدراسة القانون، لعبد الباقي البكرى و زهير البشير، ٢٠١١م، ١٩٨. أيضا: المدخل لدراسة العلوم القانونية، للدكتور اسماعيل عبد النبي شاهين ، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م، ٩٠.

[٢]. المبسوط للسرخسي، ٣٥٧/٤.

[٣]. المرجع نفسه، ٧٩/٢٥.

[٤]. المرجع نفسه، ٦٤/٢٥.

[٥]. الجمع والفرق (أو كتاب الفروق)، لأبي محمد عبد الله بن يوسف الجويني (ت ٤٣٨ هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، أصل هذا الكتاب أطروحتان: الأولى ماجستير والثانية دكتوراه لنفس الباحث، دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع – بيروت، رقم الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م، ٧٤٢/٣.

الحرج والضرر، ولكن لما كان الحرج والضرر في الشريعة ممنوعين ومرفوعين اعتبر الشارع الحكيم السكوت كالنطق في بعض المواطن بناءً على أسباب توجب اعتبار السكوت كالنطق.[١]

وجائت هذه القاعدة في مجلة الأحكام العدلية –ولأول مرة جاءت على شكل شبه استثناء فيها – في المادة ٦٧ منها:"لا ينسب إلى ساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان.يعني: أنه لا يعد ساكت أنه قال كذا , لكن السكوت فيما يلزم التكلم به إقرار وبيان"[٢]

فحاصل الأمر أن هذه القاعدة كالاستثناء مما قبلها– اي لا ينسب لساكت قول– ، وهي قاعدة ذكرها الأصوليون أيضاً حيث أفادت أن السكوت في حكم النطق، وذلك في كل موضع تمس الحاجة فيه إلى البيان، وسمى الأصوليون هذا بيان الضرورة، وهو نوع من أنواع البيان يقوم السكوت فيه مقام الكلام، إما لدلالة حال في المتكلم، وإما لأجل حال في الشخص اعتبر سكوته كلاماً لأجل حاله.[٣]

ثانيا: شرح القاعدة من منظور القانون المدني العراقي: وأما معنى القاعدة في المنظور القانوني فلا تختلف كثيرا عن المعنى الموجود في الشريعة الاسلامية بل هي نفسها، خصوصا وهي مأخوذة أساسة من الشريعة، وفسروا هذه القاعدة القانونية تحت ضوء الشريعة الاسلامية كما لا يخفى على أحد، فبالتالي النظرة القانونية وضوابطها وأثرها لا تختلف كثيرا عن الشريعة الاسلامية، بل معظمها مجرد تغير في الاصطلاحات. ففي القانون الأصل والمبدأ العام في السكوت أنه لا دلالة له ولا يعتبر كلاما ولا تعبيرا عن الايجاب فإنه لا يتصور أن يكون مجرد السكوت إيجابا، ولكن هل يجوز أن يكون قبولا؟ فيمكن القول بوجه عام ان السكوت في ذاته مجردا عن أي ظرف ملابس له لا يكون تعبيرا عن الارادة ولو قبولالكون الارادة ايجابيا والسكوت أمر سلبي، والسكوت بما أنه ليس إرادة ضمنية، لكن الارادة انما تستخلص من الظروف الايجابية، فلو كان السكوت دالا على شيء فإن دلالته على الرفض أولى من القبول لكونه أنسب به، وهذا ما يقول به الفقه والقضاء معا، وهذا النوع من السكوت هو المقصود في

---

[١]. مُوْسُوعَة القَواعِدُ الفِقْهِيَّة، لمحمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م، ٤١/٥.

[٢]. مجلة الأحكام العدلية، للجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي، ٢٤.

[٣]. الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، للشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة: الرابعة، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م، ٢٠٥/١.

القاعدة القانونية، أي أن السكوت في حال ما وجد ملابسات وظروف تدل على نوع من الارادة يكون هذا السكوت بمثابة القول .[١] أما شرح الانواع وحالات والضوابط للسكوت المعتبر في القانون المدني العراقي فسيأتي بيانها في مطالبها الخاصة الموضوعة لها في المبحث القادم إن شاء الله تعالى.

المبحث الثاني: ضوابط اعتبار السكوت بيانا وحالاتها

المطلب الأول: ضوابط اعتبار السكوت بيانا وحالاتها في الفقه الاسلامي:

السكوت إن من يطلع على الأمثلة والقيود والحالات التي أوردها العلماء في كتبهم أثناء طرحهم لهذه القاعدة يجد أنهم ذكروا ضوابط دقيقة لحالات السكوت التي تعتبر بيانا، وتتلخص في ست نقاط أساسية، اجمالها كالآتي:

١. أن لا يكون سكوتا مجردا بل محتفا بقرينة تدل على الرضا أو الرفض أو نحو ذلك، لان السكوت الجرد لا يدل على شيء والساكت لا ينسب له قول.[٢]
٢. أن يكون السكوت في معرض الحاجة: وهذا كما لا يخفى مصرح به، بمعنى أن السكوت قد ينزل منزلة القول فيعطى أحكامه وذلك في حال وجود الداعي الى البيان.[٣]
٣. أن يكون الساكت كامل الأهلية ليكون أهلا للمسئولية عن التعبير عن ارادته، وذلك بأن يكون بالغا عاقلا رشيدا.[٤]
٤. عدم وجود ما يمنع الساكت من التعبير عن إرادته، فلو وجد مانع لا يمكن اعتبار هذا السكوت بيانا.[٥]
٥. وأن يكون الساكت عالما بالمسكوت عنه، وإلا فلا يكون له مجرد الارادة فما بالك بالبيان والرضا من عدمه وما الى ذلك، لان الرضا وما الى ذلك قبل العلم بالمرضي عنه لا يتصور.[١]

---

[١]. ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، لفضيلة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، بيروت- دار احياء التراث العربي، ٢٢٠/١ – ٢٢١/١.

[٢]. ينظر: السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات : دراسة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي، للدكتور عبد القادر محمد قحطان، أطروحة (دكتوراه)-جامعة عين شمس، ١٩٩١ م، ٨٠٢.

[٣]. ينظر: السكوت وأثره على الأحكام، للدكتور رمزي محمد دراز، القاهرة- دار الجامعة الجديدة، ١٤٢٥هـ، ٣٢٤-٣٢٥. أيضا: القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ١٦٠/١.

[٤]. ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ٤٨٥/٣.

[٥]. ينظر:المصدر نفسه، ٣/ ١٢ – ٤٨٥/٣.

٦. أن يكون المسكوت عنه أمرا يتعلق به ثبوت حق للساكت أو عليه، فإما أن يتعلق بهذا السكوت حق له أو عليه.[٢]

أما الحالات التي تعتد فيها السكوت فقد جمعها معلمة القواعد ولخصها في أربعة حالات هي[٣]:

١. الحالات التي يكون السكوت فيها جالبا لمنفعة من وجه اليه، مثل سكوت الموقوف عليه، والمتصدق عليه، ونحو هذا.
٢. الحالات التي يتوافر فيها تعامل سابق بين المتعاقدين، ويتصل الاجاب بهذا التعامل، كالرهن والهبة اللذين لم يقترنا بالقبض، فإذا ما قبض المرتهن المرهون بعد العقد، واقترن هذا القبض بسكوت الراهن اعتبر هذا السكوت إذنا بالقبض.
٣. ما عدتها العدالة رضى، كسكوت الولي حين يرى موليه الصغير يبيع ويشتري، فإنه يجعل إذنا له في التجارة دفعا للضرر عمن يعامل الصغير.
٤. ما كان حسب الاعراف رضى، ، كسكوت البكر عند استئذان وكيلها لها بالتزويج، فإن سكوتها يعتبر قبولا للخاطب.

المطلب الثاني: ضوابط اعتبار السكوت بيانا وحالاتها في القانون المدني العراقي:

أولا/ ضوابط السكوت في القانون المدني العراقي: لقد نظم المشرع العراقي وغيره من المشرعين دلالة السكوت من خلال ماوردت في القانون المدني من نصوص، وذلك بغية ضبط الحالات المعتبرة فيها السكوت، فقد نصت الفقرة اولاً من المادة(٨١) من القانون المدني العراقي النافذ[٤]، على انه: " لا ينسب الى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يُعتبر قبولاً" .

ونصت أيضا الفقرة ثانياً من المادة المذكورة، على انه :" ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض

---

[١].ينظر: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني، سنة الولادة / سنة الوفاة ٥٨٧، دار الكتاب العربي، بيروت ١٩٨٢م، ٢٤٣/٢ – ٢٤/٥.

[٢]. ينظر: السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات : دراسة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي، للدكتور عبد القادر محمد قحطان، أطروحة (دكتوراه)-جامعة عين شمس، ١٩٩١ م، ٨٨٥-٨٨٦.

[٣].ينظر: معلمة زايد للقواعد الفقهية والاصولية،لمؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، الطبعة الاولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م، ٢٦٩/١٠ – ٢٧٠.

٤. رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م المعدل.

الايجاب لمنفعة من وجه اليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط".

فمن هذه النصوص القانونية نستنتج أنها تقصد بالسكوت الصمت أوعدم الكلام أو عدم النطق، ووضعت ايطاراً اوأصلاً عاماً وهو لا ينسب الى من هو ساكت قول، فلا يقال لساكت أنه قال شيئاً، فالسكوت هو العدم والساكت ما عبر عن ارادته، ولكن هذا الاصل العام قد اتبع بقاعدة استثنائية تجيز ان يكون للسكوت دلالة على التعبير عن الارادة، والسكوت الذي يعتبر قبولاً هو ما سمّاه المشرع العراقي بـ "السكوت في معرض الحاجة" أو ما يطلق عليه الفقه القانون المدني اسم "السكوت المسبب" [1]

وفي هذا الصدد وردت نصوص قانونية تضع القاعدة العامة لهذا الاستثناء، وتحدد المعنى المقصود من السكوت المعتبر كدليل على الارادة، من هذه النصوص.

وهذا النص الذي تتفق كثير من القوانين العربية معه[2]، وإن تباينت في بعض الفاظ الصياغة، أو في ذكر حالات دون اخرى:

فقد نصت المادة ٩٤ من القانون المدني الاردني لسنة ١٩٧٦م المعدل على انه:

١. لا ينسب الى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولا.
٢. ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذ ا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه اليه.

وكذا نصت المادة ٧٣ من القانون القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤م باصدار المدني على انه:

١. لا ينسب إلى ساكت قول، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى بيان يعتبر قبولاً.
٢. ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.وكذلك يعتبر سكوت المشتري بعد أن يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

كما نصت المادة ٩٩ من القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩م المعدل بانه:

---

[1] .ينظر: شرح القانون المدني" اصول الالتزام"، د.حسن علي الذنون، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠م، ص٥٦.

٢. وبنفس المعنى، المادة (١/٧٤) من القانون المدني العماني، و المادة (٣٨) من قانون الالتزامات و العقود المغربي، والمادة (٤٢) من القانون المدني البحريني، و المادة (٦٨) من القانون المدني الجزائري، و المادة (٤٤) من القانون المدني الكويتي، والمادة (٩٨) من القانون المدني الليبي، و المادة (٩٨) من القانون المدني المصري،والمادة(٨٣) من القانون المدني السوداني، والمادة(١٨٠)من قانون الموجبات والعقود اللبناني، والمادة(٢٩) من القانون المدني التونسي.

١ . إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

٢ . ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل،أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجّه إليه.

و نصت المادة ٨٠ من القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢م على انه:

١. لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان، يعد قبولاً.

٢. ويعد السكوت قبولاً بوجه خاص:

١. إذا نص القانون على ذلك.

٢. إذا كان هناك تعامل سابق، واتصل الإيجاب بهذا التعامل، وسكت من وجه إليه الإيجاب عن الرد.

٣. إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه.

٤. إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم ينتظر تصريحاً بالقبول ولم يتم رفض الإيجاب في وقت مناسب.

وبهذا المعنى وبصيغة قريبة منه جاء نص من المادة(١١٢٠) من قانون العقود الفرنسي لسنة ٢٠١٦ النافذ، حيث نصت على انه: " لا يُعد السكوت قبولاً، مالم يتبين عكس ذلك من نص القانون، أو من العرف، أو علاقات الاعمال، أو الظروف الخاصة".

يتبين لنا ما ذهبت اليه القوانين من اعطاء مدلول للسكوت الذي يمكن ان يُستخلص منه التعبير عن الارادة، انه ذلك السكوت الذي يمكن ان يدل على مقصود صاحبه بمساعدة العوامل والظروف التي تحيط به. وبذلك تكون النصوص القانونية بعد ان استعملت السكوت لمدلول الصمت وعدم الكلام(الموقف السلبي المجرد)، قد استعملته لمدلول الموقف السلبي المصاحب بملابسات ترفعه من حالة العدم الى حالة الوجود، وقررت النصوص امكانية حصول ذلك على سبيل الاستثناء وكقاعدة عامة بهذا الصدد، وعليه شكّلت النصوص المذكورة ضوابط مرنة تمثل أداة عملية بيد القاضي بغية التوجيه.

وبالتالي فان الحالات القانونية التي تصلح أن يكون السكوت فيها بيانا وتعبيرا عن الارادةتنقسم لحالتين رأيسيتين وتتلخص فيهما وقد سبق ذكرهما، "سكوت موصوف" و "سكوت ملابس": فأما السكوت الموصوف فهو أن يفرضه أو يحدده القانون أو الشرع بأنه في الحالة الفلانية مثلا دلالة السكوت هي الرضا أو الرفض أو النكول وهكذا فإنه في هذه الحالة لا بد للساكت إذا أراد أن لا يدل سكوته على الموصوف أن يتكلم ويعبر عن خلافه فيبطل دلالة السكوت بتصريحه لانه ما دام ساكتا سيوجه سكوته للمعنى الموصوف في القانون، فبناء على هذا كل سكوت تم تحديد دلالته مسبقا بأن تم النص عليه أو تعارفه الناس فيما بينهم أو تم الاتفاق عليه فهو السكوت الموصوف ويتكفل القانون بتوصيفه وتحديد دلالته. وأما السكوت الملابس أو المسبب فهو أنيكون هناك قرائن وظروف يمكن من خلالها تحديد ارادة الساكت من رضا أو خلافه[1]وفي القانون المدني العراقي حددت حالات كسكوت معتبر أو ملابس او المسبب: الحالة الأولى: السكوت في معرض الحاجة. الحالة الثانية: القبول بالسكوت استناداً الى وجود تعامل سابق بين المتعاقدين وكان الايجاب متصلاً بهذا التعامل. الحالة الثالثة: القبول بالسكوت إذا كان الايجاب متمخض لمصلحة الموجه اليه الايجاب. الحالة الرابعة: القبول بالسكوت إذا تسلم المشتري البضائع مع قائمة الثمن وما ورد فيها من شروط.

و يلاحظ بانه فضلاً عنهذه الحالات، والتي نظمها المشرع العراقي في المادة(٨١) في القانون المدني، ثمة حالات أخرى لم يتطرق لها،كما في نص المادة(٩٩) من القانون المدني السوري، والتي اضيفت اليه حالاتأخرى لسكوت الملابس، واعترتها حالة القبول بالسكوت، وهي: حالة القبول بالسكوت إذا اقتضته طبيعة المعاملة أو اقتضاه عرف تجاري. وقد تعرض المشرع الفلسطيني أيضاً لحالات أخرى، الا وهي وجود النص، أو العرف و كذا عنما تستوجب طبيعة المعاملة الى ذلك، وذلك في المادة (٨٠) منه.

[1].ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، ١/ص٢٢٤.

المبحث الثالث: تطبيقات القاعدة

المطلب الاول: تطبيقات القاعدة في الفقه الاسلامي:

إن تطبيقات هذه القاعدة كثيرة جدا كما تمت الاشارة اليه من قبل، فمنهم من أوصلها لسبعة وثلاثين مسألة كصاحب الاشباه والنظائر[١]، إلا أن تطبيقات هذه القاعدة لا تنحصر في هذه الاعداد ولا في المئات ولا ألف، كما توصل الى ذلك السوبيني، لكنه رد جميعها تحت خمس أصول، أوردها ههنا تتمة للفائدة[٢]:

١. الساكت الذي لم يصدر منه قول ولا فعل ولا نية، ولكن عرف شيئا فسكت فقام سكوته مقام قبوله: كالبكر التي يستأذنها الولي فتسكت، فيكون سكوتها بمثابة قولها "أذنت"، وكما إذا عرف عيب المبيع أو أدرك أحد الزوجين عيب الآخر، وسكت المتضرر عليه من غير عذر فإن سكوته بمنزلة قوله "رضيت بما هو أو هي عليه" ومثله سكوت الشفيع عن طلب الشفعة بعد علمه بالبيع والثمن.

٢. الساكت الذي لم يصدر منه قول ولا فعل، غير أنه نوى نية، حلت محل نطقه: وذلك كالوديعة إذا انعقد قلبه على الخيانة فيها وأقر بذلك، فيسقط قوله في دعوى تلفها، وكانت نيته بمثابة قوله "خنت صاحب الوديعة". وفي هذا المثال حقيقة نظر إذ إن اقراره الذي هو نطق هو السبب في سقوط دعوى التلف حقيقة لا النية فحتى لو كان قوله كذبا في أنه خان سيكون نفس النتيجة وما كان وجودا وعدما مع شيء فذلك الشيء هو مسبب الشيء الآخر لا شيئا آخر، اللهم أن يقال إن إقراره كان بالسكوت المحتف بقرائن الاعتراف حين سؤاله هل نويت الخيانة فسكت، ويكون المثال حينئذ داخلا في قسم آخر أيضا فليتأمل والله تعالى أعلم.

٣. الساكت الذي لم يصدر منه قول ولا نية، ولكنه فعل فعلا قام مقام قوله، وذلك كضيافة فإن من وضع في بيته طعاما من الأطعمة فإنه يجوز لصاحبه الأكل منه في حال إذا علم أو اعتقد الرضا.

---

[١].ينظر: الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م، ١٢٩-١٣١.

[٢]. مسألة الساكت من الأمور المهمة، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن عمر بن ابراهيم السوبينيالطرابلسي الشافعي ت٨٥٨هـ، بعناية عمار أحمد الصياصنة، دار المنهاج، الطبعة الاولى، ١٤٣٠هـ- ١٩٩٦م، ٤٩-٥٢ و ٦٠-١٠٧.

٤. الساكت الذي صدر قول عنه، فنسب إليه آخر بناء عليه، كما لو خالعت المرأة زوجها دون اتفاق على قدر معين من المال، صح خلعها، ولزمها مهر مثلها فقولها –وهو طلب الخلع– نسب إليها قولا آخر، وهو وجوب التزام دفع مهر المثل، ليتمكن من الإتيان بمثلها نكاحا.

٥. الساكت الذي لم يصدر قول عنه، ولكن صدر فعل مقترن بالنية، فقام مقام نطقه، ككتابة الناطق، فإنها كناية ولكن كتابته مصحوبة بنيته قائمة مقام نطقه.

أما التطبيقات في باب المعاملات خاصة فينبغي أن نورد منها أكثر لأنها هي التي تكون بمقابل التطبيقات على القوانين المدنية لكونها مختصة بالمعاملات كما بينا ذلك فيما مضى، وهي الآتي:

أولا: السكوت قبل البيع عند الإخبار بالعيب رضا بالعيب، إن كان المخبر عدلا، لا لو كان فاسقا عنده، وعندهما هو رضا ولو فاسقا.أيسكوت المشتري على عيب يعرفه في السلعة من غير عذر يكون بمثابة قوله "رضيت بالعيب". وهذا على رأي بعض الفقهاء من المالكية[١] والحنفية[٢] والشافعية[٣] والحنابلة[٤].وكما جاء في المادة ٣٤١ من مجلة الاحكام العدلية : (إذا ذكر أن في المبيع عيب كذا وكذا، وقبل المشتري مع علمه بالعيب، فلا يكون له الخيار بسبب ذلك العيب)[٥] كما ذكر هذه المسألة علي الحدري في درر الأحكام وذكر جميع الحالات التي لا يكون للمشتري الرد بالعيب[٦].

الثاني: متى قبض المشتري السلعة والبائع حاضر فسكت البائع يكون سكوته هذا بمثابته الإذن والرضا بالقبض،ذكر ابن نجيم هذه المسألة فقال: "سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع إذن بقبضه، صحيحا كان البيع أم فاسدا"[٧]

---

[١]. ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ١٢١/٣.

[٢]. ينظر: الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، ١٣٠. أيضا: : حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، لابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ٤٨٢/٤.

[٣]. ينظر: كتاب الحاوى الكبير - الماوردى، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، دار الفكر - بيروت، ٥٥٣/٥.

[٤]. ينظر: العدة شرح العمدة [وهو شرح لكتاب عمدة الفقه ، لموفق الدين بن قدامة المقدسي]، لعبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (المتوفى : ٦٢٤هـ)، المحقق : صلاح بن محمد عويضة، دار الكتب العلمية، الطبعة : الطبعة الثانية، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م، ٢٨/٢.

[٥]. مجلة الاحكام العدلية، لمجموعة من علماء الدولة العثمانية، طبع بعناية بسام عبد الوهاب الجابي، دار ابن حزم، الطبعة الاولى، ١٤٢٤هـ، ١٤٥.

[٦]. ينظر: درر الاحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي الحيدري تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب- رياض، ١٤٢٣هـ، ٦٧/١ و ٣٧٤/١ المادة ٣٤١.

[٧]. الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، ١٣٠.

الثالث: السكوت في الاجارة من أحد المتعاقدين مع قول الآخر يعتبر قبولا ورضا، ونصت مجلة الأحكام العدلية في المادة ٤٣٨ على هذه المسألة واعتبرت السكوت في الاجارة قبولا ورضا.[١] وذكر لهذه المسئلة الشيخ علي الحيدر في الدرر العديد من الصور فليراجع هناك.[٢]

رابعا: الوديعة تنعقد بالإيجاب والقبول صراحة أو دلالة، ويكفي أيضا في قبول الوديعة السكوت والرضا، كما ذكر هذه المسألة نصا فقهاء الشافعية[٣] والمالكية[٤] والحنفية[٥].

خامسا: سكوت الشفيع حين علم بالبيع مسقط للشفعة[٦]، فإذا علم الشريك بالبيع وسكت عن الاخذ بالشفعة وليس هناك عذر كان سكوته بمثابة قوله "اسقطت حقي في الشفعة". وهذا انما على قول أكثر الحنفية[٧] والشافعية [٨]والحنابلة[٩].

سادسا: السكوت من قبل الراهن عندما يقبض المرتهن العين المرهونة يكون إذنا منه بالقبض، فإن الاذن في الرهن إما صريح أو ما يجري مجرى الصريح وهو الاذن دلالة.[١٠]

وتوجد تطبيقات أخرى كثيرة، منها ما ذكره ابن نجيم في الاشباه والنظائر[١١]، مثل:(سكوت الوكيل قبول بالوكالة ويكون بمثابة قوله "قبلت" ويرتد برده بأن يقول لا أقبل. وسكوت المقر له قبول

---

[١]. ينظر: مجلة الاحكام العدلية، لمجموعة من علماء الدولة العثمانية، طبع بعناية بسام عبد الوهاب الجابي، دار ابن حزم، الطبعة الاولى، ١٤٢٤هـ، ١٦٥.

[٢]. ينظر: درر الاحكام شرح مجلة الأحكام، ٤٧٧/١، من المادة ٤٣٦.

[٣]. ينظر: حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، لأبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٤٤/٣.

[٤]. ينظر: حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ٤١٩/٣.

[٥].ينظر: حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، لابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ٤٨٣/٤.

[٦]. الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، ١٣٠.

[٧]. الهداية في شرح بداية المبتدي، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت – لبنان، ٣١٦/٤.

[٨]. ينظر: مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)،
دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م، ٣٩٢/٣.

[٩]. ينظر: المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، دار الفكر – بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥، ٤٧٧/٥.

[١٠]. ينظر: البدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ١٣٨/٨. أيضا: الفتاوى الهندية، للسلطان أبي المظفر محيي الدين محمد أورنك، دار المعرفة – بيروت، ٤٣٣/٥.

[١١]. ينظر: الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، ١٢٩-١٣١.

ويكون بمثابة قوله "نعم هذا لي" ويرتد برده. وسكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة[1]، حين قال صاحبه قد بدا لي أن أجعله بيعا صحيحا. وسكوت المالك القديم حين قسمة ماله بين الغانمين رضا، وسكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشتري مسقط لخياره. وسكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشتري إذن في التجارة، ولو كان قد حلف ألا يأذن له فراه يحنث بالسكوت. وسكوت القن وانقياده عند بيعه أو رهنه أو دفعه بجناية إقرار برقه إن كان يعقل، بخلاف سكوته عند إجارته أو عرضه للبيع أو تزويجه. وكذلك سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقارا إقرار بأنه ليس له، على ما أفتى به مشايخ سمرقند خلافا لمشايخ بخارى، فينظر المفتي فيه. وسكوت ولي الصبي العاقل، إذا رآه يبيع ويشتري إذن. وكذلك لو باع جارية وعليها حلي وقوطان، ولم يشترط ذلك للمشتري لكن سلم المشتري الجارية وذهب بها والبائع ساكت، كان سكوته بمنزلة التسليم، فكان الحلي لها.)

المطلب الثاني: تطبيقات القاعدة في القانون المدني العراقي:

أولا لقد مرت الاشارة الى الحالات التي يعتبر فيها السكوت فقد جاء في القانون من أنه: ١. السكوت في معرض الحاجة الى البيان يُعتبر قبولاً. ٢. يعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل. ٣. إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه. فتحت ضوء ما تمت الاشارة اليه جاء في التطبيقات القانونية في القوانين المدنية العراقية الآتي:

- في حال وجود تعامل سابق بين المتعاقدين يكون السكوت معتبرا، فمثلا صاحب أي محل أو مطعم أو شركة إعتاد على شراء المواد اللازمة لمحله أو مطعمه من شخص معين وأرسل في طلبيات معينة وسكت الشخص وأرسل له ما يحتاج يكون هذا السكوت بمثابة القبول وذلك للملابسات الموجودة وهي التعاقد السابق وإعتياده عليه والارسال، فإذا أراد الشخص الرفض فعليه التصريح.[2]

[1]. بيع التلجئة: هو أن يتواطأ البائع والمشتري على أن يظهرا بيعا صوريا عند الناس أي لا يقصدان البيع في حقيقة الامر بل يكون ذلك خشية السلطان أو غيره من غصب المبيع أو الظفر به. ينظر: حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفةابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م، ٤٨٢/٤.

[2]. ينظر: الموجز في شرح القانون المدني العراقي – مصادر الالتزام- الجزء الاول-، شركة الطبع والنشر الاهلية – بغداد، الطبعة الثالثة، ١٩٦٩م، ٧٩. أيضا: . ينظر: الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، لفضيلة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، بيروت- دار احياء التراث العربي، ٢٢٠/١ – ٢٢٣/١.

- نوعية المعاملة أو العرف التجاري يجعل السكوت تعبيرا: فقد نصت "الفقرة ثانياً من المادة(٨١) من القانون المدني العراقي، على انه يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط" يعني مثلا لو أرسل التاجر البضاعة لمن طلبها وأضاف في قامة الحساب شرطا كأن اشترط قبض الثمن في مكان عمله ولم يتم الاتفاق على هذا الشرط مسبقا مع المشتري ولم يعترض المشتري فسكت فسكوته يعتبر رضا بهذا الشرط، فإن العرف التجاري ههنا بمثابة ظرف ملابس يقتضي كون السكوت بمثابة القبول ولو كان ثمت اعتراض عليه فينبغي التصريح به[١].
- إذا كان الايجاب منفعة محضة لمن وجه إليه، يكون سكوت الموجه له الايجاب رضا، وذلك كالهبة التي لا تشترط فيها الرسمية تعرض على الموهوب له فإن سكوته يفسر على أنه قبول للهبة، وكذلك عارية الاستعمال تعرض على المستعير فيلزم الصمت.[٢]
- نصت "الفقرة اولاً من المادة(٥٢٤)" من القانون المدني العراقي النافذ،على انه : " في البيع بشرط التجربة يجوز للمشتري ان يقبل المبيع،أو يرفضه وعلى البائع ان يمكنه من التجربة،فإذا رفض المشتري المبيع وجب ان يعلن الرفض في المدة المتفق عليها،فإذا لم يكن هناك اتفاق على المدة ففي مدة معقولة يعينها البائع ،فإذا انقضت هذه المدة وسكت المشتري مع تمكنه من تجربة المبيع اعتبر سكوته قبولاً للبيع"
- وكما نصت المادة (٣٤٠) من القانون المدني العراقي، على انه : " وإذا قام المحيل، أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له،وحدد له اجلاً معقولاً لقبول الحوالة، ثم انقضى الاجل من دون ان يصدر القبول اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة ".
- وكذا نصت المادة ٧١٦ بأن "الصلح عن انكار او سكوت، هو في حق المدعي معاوضة في حق المدعى عليه خلاص من اليمين وقطع للمنازعة".
- كذلك نصت المادة (٢/٧٨١) على انه "اما اذا طلب المؤجر بعد انقضاء المدة من المستأجر زيادة على الاجر المسمى وعين تلك الزيادة وطلب منه قبولها او الاخلاء بسكت

[١]. . المصدر نفسه، ٢٢٠/١ – ٢٢٢/١.
[٢].ينظر: المصدر نفسه، ٢٢٤/١.

المستأجر، فان سكوته يعتبر رضا وقبولا للزيادة من اول المدة التي اعقبت انتهاء ا لاجارة الاولى".

- كل سكوت يكون في معرض الحاجة يكون بيانا: كما إذا علم الموكل بمجاوزة الوكيل حدود الوكالة فان سكوته يعتبر اجازة للوكيل، وكذلك المالك الحقيقي في بيع ملك الغير إذا علم بالبيع وسكت دون عذر كان سكوته إقرارا بالبيع. فإن هذه الأماكن أماكن ليست للسكوت محل غير الرضا لأنها أماكن الحاجة إلى الكلام في حال الاعتراض.[1]

ورغم ذلك من المستحسن طرداً للباب ازدياد حالة ضمن الحالات الخاصة التي اوردها المشرع العراقي في المادة ٢/٨١، الا وهي حالة "وجود النص" كما جاء بها القانون الفلسطيني.

وتجدر الاشارة الى ان الأمثلة المذكورة ليست على سبيل الحصر في القانون المدني العراقي وغيره فإن كل سكوت لازمه ملابسات تدل على الرضا فهو سكوت ملابس وبالتالي يعتبر قبولا[2].

الخاتمة:

أولاً/ النتائج:

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، فبعد دراسة هذا الموضوع توصل البحث لجملة من النتائج من أهمها:

١. يطلق السكوت في الفقه والقانون أيضا على من لا يتكلم مع قدرته على الكلام. وهذا النوع من السكوت هو المقصود في قاعدة السكوت في معرض الحاجة بيان.
٢. أول من أطلق قاعدة "السكوت في معرض الحاجة الى البيان بيان" وبشكل مستقل هم الحنفية.
٣. الحالات التي يعتد فيها السكوت في الفقه أربع، هي: الحالة الاولى: حيث يكون السكوت فيها جالبا لمنفعة من وجه اليه، مثل سكوت الموقوف عليه، والمتصدق عليه، ونحو هذا. الحالة الثانية: الحالات التي يتوافر فيها تعامل سابق بين المتعاقدين، ويتصل الاجاب بهذا التعامل، كالرهن والهبة اللذين لم يقترنا بالقبض، فإذا ما قبض المرتهن المرهون بعد العقد، واقترن هذا القبض بسكوت الراهن اعتبر هذا السكوت إذنا بالقبض. الحالة الثالثة: ما عدتها العدالة رضى،

[1]. ينظر: المصدر نفسه، ٢٢٠/١ – ٢٢٤/١.
[2].ينظر: المصدر نفسه، ٢٢٤/١.

كسكوت الولي حين يرى موليه الصغير يبيع ويشتري، فإنه يجعل إذنا له في التجارة دفعا للضرر عمن يعامل الصغير. الحالة الرابعة: ما كان حسب الاعراف رضى، ، كسكوت البكر عند استئذان وكيلها لها بالتزويج، فإن سكوتها يعتبر قبولا للخاطب.

٤. يتمثل السكوت المعتبر في القانون المدني العراقي، في: (السكوت في معرض الحاجة) – (القبول بالسكوت إذا تسلم المشتري البضائع مع قائمة الثمن وما ورد فيها من شروط) – (القبول بالسكوت إذا كان الايجاب متمخض لمصلحة الموجه اليه الايجاب) – (بالسكوت استناداً الى وجود تعامل سابق بين المتعاقدين وكان الايجاب متصلاً بهذا التعامل). وثمة حالة أخرى أخذ بها المشرع العراقي دون أن ينص عليها صراحةً ضمن هذه الحالات، الا وهي عندما يوجد نص يقضي بذلك.

٥. يمكن حصر جميع تطبيقات السكوت المعتبر لهذه القاعدة في الفقه إلى خمس أصول، هي: ١. الساكت الذي لم يصدر منه قول ولا فعل ولا نية، ولكن عرف شيئا فسكت فقام سكوته مقام قبوله. ٢. الساكت الذي لم يصدر منه قول ولا فعل، غير أنه نوى نية، حلت محل نطقه. ٣. الساكت الذي لم يصدر منه قول ولا نية، ولكنه فعل فعلا قام مقام قوله. ٤. الساكت الذي صدر قول عنه، فنسب إليه آخر بناء عليه. ٥. الساكت الذي لم يصدر قول عنه، ولكن صدر فعل مقترن بالنية، فقام مقام نطقه.

ثانياً/التوصيات:

أوصي المشرع العراقي بتعديل ما نظمه بخصوص السكوت في المادة ٨١، وذلك لتشمل حالات أخرى وهي: "إذا نص القانون على ذلك" وكذا حالة "وجود العرف" أو عندما تقتضي "طبيعة المعاملة" الى ذلك، وعليه نقترح اعادة صياغة المادة ٨١، لتكون على النحو الآتي:

١. لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قولاً.

٢. ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل او اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط.

٣. إذا نص القانون على ذلك.

٤. إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم ينتظر تصريحاً بالقبول ولم يتم رفض الإيجاب في وقت مناسب.

قائمة المصادر والمراجع

بعد القرآن الكريم:

أولاً/ الكتب:

١. أسنى المطالب في شرح روض الطالب، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاري، زين الدين أبو يحيى السنيكي (المتوفى: ٩٢٦هـ)، دار الكتاب الإسلامي، الطبعة: بدون طبعة وبدون تاريخ.
٢. الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري (المتوفى: ٩٧٠هـ)، وضع حواشيه وخرج أحاديثه: الشيخ زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م.
٣. أصول القانون، لعبد المنعم فرج الصده، بيروت – دار النهضة العربية، بدون طبعة.
٤. الأم، للشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي (المتوفى: ٢٠٤هـ)، دار المعرفة – بيروت، الطبعة: بدون طبعة، ١٤١٠هـ/١٩٩٠م.
٥. بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين الكاساني، سنة الولادة / سنة الوفاة ٥٨٧، دار الكتاب العربي، بيروت ١٩٨٢م.
٦. تاج العروس من جواهر القاموس، لمحمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق الحسيني، أبو الفيض، الملقّب بمرتضى، الزَّبيدي (المتوفى: ١٢٠٥هـ)، المحقق: مجموعة من المحققين.
٧. الجمع والفرق (أو كتاب الفروق)، لأبي محمد عبد الله بن يوسف الجويني (ت ٤٣٨ هـ)، المحقق: عبد الرحمن بن سلامة بن عبد الله المزيني، أصل هذا الكتاب أطروحتان: الأولى ماجستير والثانية دكتوراه لنفس الباحث، دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع – بيروت، رقم الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٤ م.
٨. حاشية إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين لشرح قرة العين بمهمات الدين، لأبي بكر ابن السيد محمد شطا الدمياطي، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت.
٩. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، محمد عرفه الدسوقي، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت.
١٠. حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار فقه أبو حنيفة، لابن عابدين، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت ، ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.
١١. درر الاحكام شرح مجلة الأحكام، لعلي الحيدري تعريب المحامي فهمي الحسيني، دار عالم الكتب- رياض، ١٤٢٣هـ.
١٢. السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات : دراسة في القانون المدني المصري ونظيره اليمني مقارنة بالفقه الإسلامي، للدكتور عبد القادر محمد قحطان، أطروحة (دكتوراه)-جامعة عين شمس، ١٩٩١ م.
١٣. السكوت وأثره على الأحكام، للدكتور رمزي محمد دراز، القاهرة- دار الجامعة الجديدة، ١٤٢٥هـ.
١٤. السكوت ودلالته على الاحكام، للدكتور رمضان الشرنباصي، دار الفكر العربي.
١٥. شرح القانون المدني" اصول الالتزام"، د.حسن علي الذنون، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠م
١٦. شرح القواعد الفقهية احمد محمد الزرقا، مصطفى أحمد الزرقا، صححه: عبد الستار أبو غدة، بيروت-دار الغرب الاسلامي، الطبعة الاولى، ١٩٨٣م.
١٧. صحيح البخاري، لمحمد بن اسماعيل البخاري(المتوفي:٢٥٦هـ)، دار إبن كثير، بيروت-لبنان، ٢٠١٨م.
١٨. العدة شرح العمدة [وهو شرح لكتاب عمدة الفقه ، لموفق الدين بن قدامة المقدسي]، لعبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد، أبو محمد بهاء الدين المقدسي (المتوفى : ٦٢٤هـ)، المحقق : صلاح بن محمد عويضة، دار الكتب العلمية، الطبعة : الطبعة الثانية، ١٤٢٦هـ/٢٠٠٥م.
١٩. الفتاوى الهندية، للسلطان أبي المظفر محيي الدين محمد أورنك، دار المعرفة – بيروت.
٢٠. الفقه المقارن، لعبد الفتاح كبارة، بيروت- دارن النفائس، الطبعة الاولى، ١٩٩٧م.
٢١. قواعد الفقه الاسلامي من خلال كتاب الاشراف على مسائل الخلاف، لمحمد الروكي، الطبعة: الاولى، دار القلم، ١٩٩٨م.
٢٢. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، د. محمد مصطفى الزحيلي، عميد كلية الشريعة والدراسات الإسلامية - جامعة الشارقة، دار الفكر – دمشق، الطبعة: الأولى، ١٤٢٧ هـ - ٢٠٠٦ م.

٢٣. القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الاربعة، للدكتور محمد الزحيلي، دار الفكر- دمشق، الطبعة الاولى، ١٤٢٨هـ.
٢٤. القواعد الفقهية، للدكتور علي الندوي، دار القلم، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
٢٥. القواعد الفقهية، ليعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، مكتبة الرشد، ١٩٩٨م.
٢٦. القواعد، لأبي عبد الله محمد بن محمد المقري تـ ٧٥٨هـ، التحقيق: أحمد بن عبد الله بن حميد، مركز إحياء التراث الاسلامي بجامعة أم القرى، بدون طبعة.
٢٧. كتاب التعريفات، لعلي بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجاني (المتوفى: ٨١٦هـ)، المحقق: ضبطه وصححه جماعة من العلماء، دار الكتب العلمية بيروت –لبنان الطبعة: الأولى ١٤٠٣هـ -١٩٨٣م.
٢٨. كتاب الحاوى الكبير - الماوردى، لأبي الحسن علي بن محمد بن محمد بن حبيب البصري البغدادي، الشهير بالماوردي (المتوفى: ٤٥٠هـ)، دار الفكر - بيروت.
٢٩. كتاب العين، لأبي عبد الرحمن الخليل بن أحمد بن عمرو بن تميم الفراهيدي البصري (المتوفى: ١٧٠هـ)، المحقق: د مهدي، المخزومي، د إبراهيم السامرائي، دار ومكتبة الهلال.
٣٠. كشف الاسرا شرح المصنف على المنار، لأبي البركات عبد الله بن أحمد المعروف بحافظ الدين النسفي تـ٧١٠هـ، بيروت- دار الكتب العلمية، الطبعة الاولى، ١٤٠٦هـ.
٣١. كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، عبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاري (المتوفى : ٧٣٠هـ)، المحقق : عبد الله محمود محمد عمر، دار الكتب العلمية –بيروت، الطبعة : الطبعة الأولى ١٤١٨هـ/١٩٩٧م.
٣٢. الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، لأيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي، أبو البقاء الحنفي (المتوفى: ١٠٩٤هـ)، المحقق: عدنان درويش - محمد المصري، مؤسسة الرسالة –بيروت.
٣٣. لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعى الإفريقى (المتوفى: ٧١١هـ)، دار صادر – بيروت، الطبعة: الثالثة - ١٤١٤ هـ.
٣٤. مبادئ الفقه الاسلامي، ليوسف قاسم، القاهرة- دار النهضة العربية، ١٩٨٧م.
٣٥. المبسوط للسرخسي، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي (المتوفى: ٤٨٣هـ)، دراسة وتحقيق: خليل محي الدين الميس، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ ٢٠٠٠م.
٣٦. مجلة الأحكام العدلية، للجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية، المحقق: نجيب هواويني، نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.
٣٧. مدخل الى العلوم القانونية، لمحمد سعيد جعفور، الجزائر- دار هومه، الطبعة الثالثة، ١٩٩٩م.
٣٨. المدخل الى القانون، لحسن كيرة، الاسكندرية – منشأة المعارف، ٢٠٠٠م.
٣٩. المدخل لدراسة العلوم القانونية، للدكتور اسماعيل عبد النبي شاهين ، مكتبة الوفاء القانونية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣م.
٤٠. المدخل لدراسة القانون، لأحمد سلامة، القاهرة مكتبة عين الشمس، ١٩٧٩م.
٤١. المدخل لدراسة القانون، لعبد الباقي البكرى و زهير البشير، ٢٠١١م.
٤٢. مسألة الساكت من الأمور المهمة، للقاضي برهان الدين إبراهيم بن عمر بن ابراهيم السوبينيالطرابلسي الشافعي ت٨٥٨هـ، بعناية عمار أحمد الصياصنة، دار المنهاج، الطبعة الاولى، ١٤٣٠هـ- ١٩٩٦م.
٤٣. المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي، أبو العباس (المتوفى: نحو ٧٧٠هـ)، المكتبة العلمية – بيروت.
٤٤. معجم مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزويني الرازي، أبو الحسين (المتوفى: ٣٩٥هـ)، المحقق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٤٥. معلمة زايد للقواعد الفقهية والاصولية،لمؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، الطبعة الاولى، ١٤٣٤هـ - ٢٠١٣م.
٤٦. مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي (المتوفى: ٩٧٧هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٤٧. المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، دار الفكر – بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.

٤٨. المنهاج القويم، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي السعدي الأنصاري، شهاب الدين شيخ الإسلام، أبو العباس (المتوفى: ٩٧٤هـ)، دار الكتب العلمية، الطبعة: الأولى ١٤٢٠هـ.
٤٩. مُوْسُوعَة القَوَاعِدُ الفِقْهِيَّة، لمحمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة: الأولى، ١٤٢٤ هـ - ٢٠٠٣ م.
٥٠. نظرية الالتزام، للدكتورعبدالرازق حسن فرج، القاهرة- دار الفجر الجديد، ١٩٨٥م.
٥١. نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء –عبارة عن رسالة دكتوراه-، لمحمد الروكي، بيروت – دار ابن حزم، الطبعة: الاولى، ٢٠٠٠م.
٥٢. الهداية في شرح بداية المبتدي، لعلي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني، أبو الحسن برهان الدين (المتوفى: ٥٩٣هـ)، المحقق: طلال يوسف، دار احياء التراث العربي - بيروت – لبنان.
٥٣. الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية، للشيخ الدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزي، مؤسسة الرسالة، بيروت – لبنان، الطبعة: الرابعة، ١٤١٦ هـ - ١٩٩٦ م.
٥٤. الوسيط في شرح القانون المدني الجديد نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام، لفضيلة الدكتور عبد الرزاق أحمد السنهوري، بيروت- دار احياء التراث العربي.

ثانياً/ القوانين:

٥٥. القانون المدني السوري رقم ٨٤ لسنة ١٩٤٩م.
٥٦. القانون المدني الاردني لسنة ١٩٧٦م.
٥٧. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.
٥٨. القانون القطري رقم ٢٢ لسنة ٢٠٠٤م باصدار المدني.
٥٩. القانون المدني الفلسطيني رقم ٤ لسنة ٢٠١٢م.