

## العرف في القانون الخاص لدولة الإمارات العربية المتحدة : مركزه ومفهومه

الدكتور جاسم علي سالم

كلية الشريعة والقانون  
جامعة الإمارات العربية المتحدة

كان موضوع العرف من أول الموضوعات التي أثارت انتباهنا منذ انتسابنا إلى هيئة التدريس بكلية الشريعة والقانون في جامعة الإمارات العربية المتحدة. وقد نشرنا في وقت مبكر من حياتنا الجامعية بحثاً عنه في مجلة العدالة التي تصدرها وزارة العدل. ومنذ ذلك الحين لم نتوقف عن التفكير في موضوع العرف. وقد انصب تفكيرنا في المقام الأول على وضع العرف في نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية التي تعالج مصادر القانون، وعلى بقية نصوص هذا القانون وموضوعاته المختلفة التي يظهر فيها عمل العرف، وخاصة تلك التي عهد إلينا بتدريسها. ثم صدر قانون المعاملات التجارية، الذي خصص المادة الثانية منه لبيان مصادره بصياغة وترتيب يختلف عن الصياغة والترتيب الموجود في المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية، فأتاح لنا فرصة للمقارنة، وفرصة أخرى لتعميق أفكارنا. وقد صاحب كل ذلك اطلاع أوسع على أعمال غيرنا في هذا المجال، كما صاحبه زيادة تجربتنا في البحث وفي الكتابة.

وقد رأينا أن نعرض الانطباعات التي خرجنا بها من كل ذلك في هذا البحث. ويمكن القول بأن هذه الانطباعات تدور حول نقطتين رئيسيتين. الأولى هي مركز

العرف أو مكانه بين نصوص القانون ومصادره. والثانية هي مفهوم العرف، بمعنى العناصر اللازمة لوجوده، ومدى تميزه عن العادة.

ولا شك أن السياق المنطقي يقتضي تقديم النقطة الأولى وهي مفهوم العرف، على النقطة الثانية وهي مركزه أو مكانه بين نصوص القانون ومصادره، لكن دراستنا لمركز العرف قد كشفت لنا عن تعدد الوظائف التي يقوم بها. كذلك كشفت لنا دراستنا لمفهوم العرف عن الارتباط الوثيق بين مفهوم العرف وبين الوظيفة التي يؤديها في فقه القانون. فالعرف يعني أحياناً مجرد العادة، كما هو الحال في الفقه الإسلامي. وهو يعني أحياناً أخرى العادة التي توافر لها عنصر الإلزام، بحيث لا تعتبر كل عادة عرفاً، وإن اعتبر كل عرف عادة، كما هو الحال في الفقه القانوني المعاصر. واستجابة بعض وظائف العرف للمعنى الأول الموسع لا يبدو محل خلاف. أما استجابة بعضها الآخر لهذا المعنى الموسع فهو غير مسلم. وهذا ما دعانا إلى البدء بمركز العرف، حتى نتضح لنا وظائفه، مثل أن نعرض لمفهومه، ذلك المفهوم الذي يتأثر في قليل أو كثير بهذه الوظائف.

وعلى هذا النحو فسوف نقدم ما وصلنا إليه من نتائج في هذا البحث في مبحثين يدور أولهما حول مركز العرف في نصوص القانون وبين مصادره، ويدور الثاني حول مفهومه.

## المبحث الأول

### مركز العرف في نصوص القانون وبين مصادره

يعرض الفقه للعرف عادة عند دراسته للنصوص المقررة لمصادر القانون، سواء في القانون المدني أو في القانون التجاري. وفي تقديرنا أن هذا المنهج لا يوصل إلى تصور كامل لوظائف العرف في هذين القانونين، وموقعه من نصوص التشريع التي تسلم له بأداء هذه الوظائف. ولذلك فسوف نبدأ بدراسة وتصنيف هذه النصوص ذاتها بقصد بيان موقع العرف من كل صنف منها، قبل أن نعرض لمركز العرف بين مصادر القانون.

## المطلب الأول

### مركز العرف من النصوص التشريعية المنظمة للمعاملات

إن تتبع أحكام القانون الخاص يكشف عن دور كبير للعرف في بنائها، كما يكشف عن أن هذا الدور يكاد يختلف من حكم إلى آخر من هذه الأحكام. ومع ذلك فمحاولة التصنيف التقريبي ليست مستحيلة تماماً، إذ يمكن رد هذه الأدوار إلى مجموعات رئيسية تدرج تحت كل منها مجموعات فرعية. وسوف نحاول في هذا المطلب إجراء تصنيف يعين على التعرف على مركز العرف من مصادر القانون من ناحية، وعلى مفهومه من ناحية أخرى. وقد قادنا استقراء النصوص من هذه الزاوية إلى أنه من المناسب أن نقسم تطبيقات العرف إلى ثلاث مجموعات رئيسية: الأولى يكون فيها العرف متصلاً بالنص التشريعي ومفسراً له بحيث لا يمكن الفصل بينهما. والثانية يكون فيها العرف منفصلاً عن التشريع وبديلاً عنه. والثالثة يقوم فيها العرف بوظيفة التشريع من الأصل ويكون مستقلاً عنه<sup>(١)</sup>.

(١) راجع محاولة أخرى جادة لتصنيف العرف من حيث وظائفه في القانونين الكويتي والمصري في مؤلف المرحوم الدكتور عبدالحى حجازي/ المدخل لدراسة العلوم القانونية/ القانون/ ١٩٧٢/ مطبوعات جامعة الكويت/ كلية الحقوق والشرعة/ ص ٤٥٥ وما بعدها.

## العرف المفسر للتشريع

نقصد بالعرف المفسر للتشريع ذلك العرف الذي يكون جزءا من بناء القاعدة التشريعية ذاتها، حيث لا يعرف مضمونها بدونه. وهذا هو الشأن في كل من العرف المفسر للألفاظ التي يتكون منها النص التشريعي والعرف المفصل للمعايير التي يقررها النص التشريعي.

### العرف المفسر للألفاظ التي يتكون منها النص التشريعي:

أما العرف المفسر للألفاظ التي يتكون منها النص التشريعي، فهو العرف الذي يحيل إليه المشرع في تفسير اللفظ أو المجموعات اللفظية التي يتكون منها النص التشريعي أو تتكون منها شروط العقد.

فالعرف قد يكون مفسرا لألفاظ النص التشريعي. وفي هذا الصدد تنص المادة ٣/٤٦ من قانون المعاملات المدنية: «ترك الحقيقة بدلالة العادة». تطبيقا لذلك فإن المشرع إذ يثبت في المواد ٢٢٦ وما بعدها من قانون المعاملات المدنية خيار الرؤية في العقود التي تحتل الفسخ، لمن صدر له التصرف، حتى تتم الرؤية، فإن المقصود بالرؤية في هذا المقام ليس مجرد الرؤية بالعين، وإنما العلم الكامل بحقيقة المعقود عليه بالحاسة المعهودة في التعرف على المعقود عليه، سواء كانت العين أو اللمس أو الذوق أو السمع. وتطبيقا لذلك تنص المادة ١/٥٤٣ من قانون المعاملات المدنية على أنه «يعتبر البيع منعقدا على أساس خلو المبيع من العيوب إلا ما جرى العرف على التسامح فيه»، حيث يتولى العرف تبعا لذلك تحديد المقصود بالعيوب الذي يتعين خلو المبيع منه.

والعرف قد يكون مفسرا لاتفاق المتعاقدين، وفي هذا الصدد تنص المادة ٢/٢٦٥ من قانون المعاملات المدنية على أنه «إذا كان هناك محل لتفسير العقد، تعين البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة

بين المتعاقدين، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات»، كما تنص المادة ٢٥٨ منه على أن «الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي»<sup>(١)</sup>.

### العرف المفصل للمعايير التي يتضمنها النص التشريعي:

وأما العرف المفصل للمعايير التي يتضمنها فهو عرف يتولى تفصيل المفاهيم التشريعية المجردة. فالمشرع كثيراً ما يكتفي بوضع معايير عامة مجردة للسلوك أو لتعيين الحقوق والواجبات، تاركاً للقاضي تفصيل الأحكام في إطارها، محيلاً إياه إلى العرف في شأن هذا التفصيل<sup>(٢)</sup>.

ولا شك لدينا أن الأمر يتعلق بتفسير للنص التشريعي في هذه الحالة كما في الحالة السابقة عليها. لكن في هذه الحالة الأخيرة - حالة العرف المفصل للأحكام التي يتضمنها النص التشريعي - يتعلق بشكل مباشر برسم وتحديد معايير السلوك - أما في حالته الأولى - حالة العرف المفسر للألفاظ التي يتكون منها النص التشريعي - فالأمر يتعلق بتحديد معاني الألفاظ المستخدمة في النص التشريعي أكثر منه بتحديد معايير السلوك بشكل مباشر. ولذلك آثرنا الفصل بين الحالتين في العرض زيادة في الإيضاح وتطبيقات العرف المفصل للأحكام التي يتضمنها النص التشريعي كثيرة متعددة.

(١) انظر العلامة علي حيدر، در الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب فهمي الحسيني، منشورات مكتبة النهضة، بيروت - بغداد، الكتاب الأول البيوع في شرحه للمادة رقم ٣ من المجلة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني» ص ١٨ وكذلك المادة ١٢ ص ٢٦-٢٧.

كذلك الشيخ أحمد الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، تحقيق د. عبد الستار أبو غدة في شرحه لقاعدة «إذا تعذر الحقيقة يصار إلى المجاز» ص ٢٥٥. وكذلك الدكتور مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام مجلد ٢ ص ٩٦٥ وما بعدها.

(٢) انظر د. مصطفى الزرقاء، المرجع السابق في موضوع عرف المعاملات المدنية، رقم ٤٩٩ ورقم ٥٠٠.

من ذلك مثلاً أن المادة ١٠٦ من قانون المعاملات المدنية توجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع، وتجعل من حالات الاستعمال غير المشروع حالة ما إذا تجاوز الاستعمال ما جرى عليه العرف والعادة. ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١١٤٤ من هذا القانون من أنه «١- على المالك ألا يغلو في استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار. ٢- وليس للجار أن يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار إذا تجاوزت الحد المألوف على أن يراعي في ذلك العرف وطبيعة العقارات...».

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٥١٧ من قانون المعاملات المدنية الواردة ضمن أحكام البيع من أنه: «يشمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على أنه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد»، حيث التوابع مفهوم مجرد، يتولى العرف تحديد محتواه، وما نصت عليه المادة ٢/٥٢٥ منه من أنه «ويكون التسليم في كل شيء حسب طبيعته ووفقاً لما جرى عليه الاتفاق أو العرف»، حيث يتولى العرف تحديد مفهوم التسليم بالنسبة لكل حالة على حدة<sup>(١)</sup>.

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١٣٤٠ منه من أنه «على المنتفع أن يعنى بحفظ الشيء المنتفع به عناية الشخص المعتاد» وما تنص عليه المادة ١/٨٥٤ من أنه إذا لم تقيد مدة الإعارة بزمان ولا عمل فليس له أن يستردها «قبل انتهاء المدة المعتادة في إعارة مثلها»، وما تقضي به المادة ١/٨٦١ من أنه «على المستعير أن يعتني بحفظ العارية وصيانتها عنايته في ماله دون أن تنزل في ذلك عن عناية الشخص العادي بماله»، والمادة ١/٨٦٣ من أنه «للمستعير أن ينتفع بالعارية على الوجه المعتاد في الإعارة المطلقة التي لم تقيد بزمان أو مكان أو بنوع من الانتفاع». ومن

(١) انظر د. مصطفى الزرقا شرح القانون المدني السوري، الطبعة الرابعة ١٩٥٩ مطبوعات جامعة دمشق، عقد البيع والمقايضة ج ٦ رقم ١٠٢ كذلك علي حيدر المرجع السابق ص ٢١٧-٢٢٠.

ذلك ما تنص عليه المادة ٩٣٢/٢ بصدد تحديد المسؤولية التعاقدية للوكيل من أنه «إذا كانت الوكالة بأجر وجب على الوكيل أن يبذل في تنفيذها عناية الرجل المعتاد»، وما نصت عليه المادة ٩٧٦ بصدد تحديدها لمسئولية المودع لديه من أنه «إذا ضاعت الوديعة أو سرقت من المودع عنده بسبب مخالفته لكيفية حفظها التي اتفق عليها أو التي جرى العرف في حفظ مثلها.. فإنه يضمنها..».

ومن ذلك ما هو مسلم به في تحديد التعدي الموجب لضمان العدوان من الرجوع إلى العرف لمعرفة مدى مطابقة سلوك المدعى عليه بالضمان للسلوك الواجب أو انحرافه عنه، فالضمان يقوم كلما كان هناك إخلال بواجب محدد. وقد ينشأ مثل هذا الواجب لا عن نصوص القانون، وإنما عن العرف. فإذا فرض العرف واجبا ما فإن من ينكل عن أداء هذا الواجب يكون متعدياً ويجب عليه الضمان وهذا هو الشأن مثلاً في الطبيب الذي يمر بشخص مشرف على الهلاك، في مكان يصعب فيه استدعاء النجدة، ويمتنع مع ذلك عن إسعافه<sup>(١)</sup>. كذلك ففي هذا المجال يقوم الضمان إذا ما أخل الشخص بالواجب العام بالحيلة والحذر عند مباشرة نشاط من الأنشطة أو عمل من الأعمال، والمعيار في هذا المقام هو معيار الشخص المعتاد. والتعرف على مسلك الشخص العادي في شأن من الشؤون لا يتصور أن يتم إلا باستقراء ما جرى به عرف الناس وعاداتهم. فإذا أراد القاضي مثلاً الوصول إلى مسلك الطبيب العادي إزاء أمر من الأمور فإنه لا يستطيع الوصول إلى ذلك إلا عن طريق استقراء الأعراف والعادات التي استقرت في مهنة الطب بشأنه<sup>(٢)</sup>.

### العرف البديل عن التشريع

نقصد بالعرف البديل عن التشريع تلك الحالة التي يكون هناك فيها حكم

(١) د. مصطفى الجمال، أحكام المعاملات المدنية في إطار الفقهاء الإسلامي والغربي وقانون المعاملات المدنية الإماراتي، مصادر الالتزام، ١٩٩٣-١٩٩٤، مذكرات مطبوعة بكلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات، ص ٥٢٨.

(٢) المرجع السابق، ص ٥٣٨ - ٥٤١.

تشريعي يمكن إعماله بالفعل، ولكن المشرع يجعل حكم العرف - عند وجوده - مقدما عليه. والفكرة في هذا التقديم أن المشرع لا يعنيه أصلاً حكم المسألة على نحو أو آخر، باعتبارها من المسائل المتروكة لحرية المتعاقدين، وأنه ما قام بوضع حكم لها إلا احتياطاً لعدم إقارهم لحكم اتفاقي لها، ولذلك فإذا وجد عرف مخالف لحكم التشريع كان هذا الحكم أقرب إلى التعبير عن مصالح الأطراف بشأنها، على نحو يجعل من المناسب تقديمه على حكم التشريع<sup>(١)</sup>.

وتطبيقات هذا النوع من العرف متعددة، نجدها في النصوص التشريعية المكملة أو المفسرة.

من ذلك مثلاً ما تنص عليه المادة ٥٠٨ من قانون المعاملات المدنية من أنه «يستحق الثمن معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً أو مقسطاً لأجل معلوم».

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٢٣ من هذا القانون من أنه «إذا عين في العقد مقدار المبيع وظهر فيه نقص أو زيادة ولو لم يوجد اتفاق أو عرف بهذا الشأن وجب اتباع القواعد التالية: . . .».

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١/٥٦٢ منه من أنه «يلتزم المشتري بتسليم

(١) انظر أعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ج ٣ ص ١٤ تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، انظر كذلك الأستاذ محمد مصطفى شلبي المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ص ٢٦٥. وهو يقول في ذلك تحت عنوان العرف والتخصيص: «إذا لم يكن التعارض بين العرف والنص كلياً فإن العرف يخصص النص كما ذهب إليه البعض. ومن ذلك ما قرره في مسألة أصناف النوع الواحد من النقود. وكان أحدها أثقل من الآخر، فهذا التفاوت في الوزن لا اعتبار له ما دامت القيمة واحدة، وعمل ابن عابدين في رسالته (مجموعة الرسائل ج ٢ ص ١١٩) نشر العرف هذا بأن الناس لا ينظرون إلى هذا التفاوت في الوزن ما لم تختلف به القيمة، وقد ركز هذا العرف في عقولهم من عالم وجاهل، فيتعين الافتاء به تخريجا على رأس أبي يوسف في النص المعلن بالعرف». انظر كذلك فتح القدير ج ٥ ص ٢٢٩ فيما أفتى به محمد بن الحسن من تخصيص النص بالعرف.

الثلث المعجل في مكان وجود المبيع وقت العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف يغير ذلك».

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٥٦٧ منه من أن «نفقات تسليم الثمن وعقد البيع وتسجيله وغير ذلك من نفقات تكون على المشتري ونفقات تسليم المبيع تكون على البائع كل ذلك ما لم يوجد اتفاق أو نص في قانون أو عرف يخالفه».

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٩٦٥ من أن «ليس للمودع عنده أن يطلب أجره على حفظ الوديعة أو أجره للمحل الذي وضعت فيه إلا إذا اشترط ذلك عند الإيداع أو جرى عرف خاص به».

### العرف المستقل عن التشريع

يقصد بالعرف المستقل عن التشريع في هذا المقام كل عرف لا تستدعيه قاعدة تشريعية لتتبعها أو لمشاركتها مجال تطبيقها، إما لعدم وجود قاعدة تشريعية أصلاً في المجال الذي تنظمه، وإما لوجود قاعدة تشريعية مطلقة لا تقبل مزاحمة العرف لها في مجال أعمالها.

### الفراغ التشريعي

والفرض الأول هو فرض الفراغ التشريعي. فإذا قام عرف لملء هذا الفراغ، كان هذا العرف مصدراً احتياطياً للقانون يقوم بوظيفة التشريع عند غيابه. وأظهر ما يكون هذا النوع من العرف في مجال العقود غير المسماة. فمبدأ الحرية التعاقدية يتيح للمتعاملين تحديد مضمون علاقاتهم بما يلبي حاجاتهم العملية - في حدود النظام العام والآداب - دون تقييد بالقوالب القانونية المعروفة سلفاً والتي هي محل تنظيم من القانون. وتطور الحياة الاقتصادية يؤدي إلى ظهور عديد من الحاجات الجديدة كل يوم مما يستدعي وجود صيغ تعاقدية جديدة باستمرار لمواجهةها<sup>(١)</sup>.

(١) د. مصطفى الجمال، أحكام المعاملات المدنية، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص ٥٥.

وهذه الصيغ الجديدة كثيرا ما تكون نواة لقوالب جديدة مستقلة من العقود، تتحدد ضوابطها من خلال الممارسة العملية اليومية لها أو العرف.

ولعل أهم الأمثلة لذلك عقد التأمين قبل تقنين قواعده، وعقد النشر، وعقود الإنتاج والتوزيع السينمائي وعقود الإعلان والعقد الذي بدأ يأخذ استقلاله في المعاملات المعاصرة تحت اسم «الائتمان الإيجاري» أو Leasing.

وفي مجال الأموال كذلك، المرجع في تمويل الأشياء هو أعراف الناس وعاداتهم<sup>(١)</sup> وفي هذا الصدد يلاحظ البعض أن الفقه الإسلامي قد جرى على أن الكفالة هي من المروءات التي لا تقوم بالمال، إلا أن «جمهور فقهاء المسلمين أسسوا رأيهم على ما قام عليه عرفهم. أما وقد تغير العرف فاتخذ الناس الضمان وتحمل التبعة وسيلة أمان وطمأنينة.. فليس هناك ما يمنع من تقويم هذه الوسيلة ومعاوضتها بالمال..<sup>(٢)</sup>، ويمكن أن نضرب مثلا أوضح لذلك بحقوق المؤلف. فحقوق المؤلف في الجانب المالي منها ظلت غير متمولة حتى بدأ الناس التعامل فيها واعتادوا هذا التعامل فاكسبت الصفة المالية وصارت من عناصر الذمة المالية لصاحبها، مما يجوز له التعامل فيه، فأمكن من بعد تنظيمها بنصوص تشريعية.

### الفراغ العقدي المقترن بفراغ تشريعي:

كثيراً ما يجد المشرع من المناسب عدم وضع قاعدة تشريعية لحكم مسألة معينة، والاكتفاء بشأنها بالإحالة إلى اتفاق الطرفين وإلى العرف في حالة عدم الاتفاق.

(١) د. عبد الحي حجازي في مؤلفه في النظرية العامة للالتزامات وفقا للقانون الكويتي، الذي قام بتجميعه وإعداده للنشر الدكتور محمد جبر الألفي، ١٩٨٢، الجزء الأول ص ٤٥ وما بعدها.

(٢) الشيخ علي الخفيف، في بحث له في التأمين في المؤتمر الثاني لمجمع البحوث الإسلامي بالأزهر، ص ٣، مشار إليه في بحث بعنوان «تأملات في مواقف الفقه الإسلامي المعاصر من قضية التأمين»، للأستاذ الدكتور مصطفى الجمال، منشور في العدد السابع من مجلة الشريعة والقانون التي تصدر عن كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة.

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٢١٩ من قانون المعاملات المدنية من أنه «في العقود اللازمة التي تحتل الفسخ يجوز للمتعاقدين أو لأيهما أن يشترط في العقد أو بعده خيار الشرط لنفسه أو لغيره المدة التي يتفقان عليها فإن لم يتفقا على تحديد المدة جاز للقاضي تحديدها طبقا للعرف» وما نصت عليه المادة ٢/٤٩٤ من قانون المعاملات المدنية من أنه «يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة فإن سكت المتبايعان عن تحديدها في العقد حملت على المدة المعتادة»<sup>(١)</sup>، وما نصت عليه المادة ٥٠٤ من هذا القانون من أنه «إذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق فيعتبر سعر السوق في زمان ومكان البيع وإن لم يكن في هذا المكان سوق اعتبر المكان الذي يقضى العرف بأن تكون أسعاره سارية»<sup>(٢)</sup>.

ومن ذلك ما تنص عليه المادة ١/٨٧٥ من أنه «إذا اشترط صاحب العمل أن يقدم المقاول مادة العمل كلها أو بعضها كان مسئولا عن جودتها طبقا لشروط العقد إذا وجدت وإلا طبقا للعرف الجاري». وما تنص عليه المادة ١/٨٨٩ من أنه «إذا لم يتفق المهندس الذي قام بتصميم البناء والإشراف على تنفيذه على الأجر استحق أجر المثل طبقا لما جرى عليه العرف»، وما تنص عليه المادة ٢/٩٠١ من أنه إن لم يكن أجر العامل مقدرا في العقد «كان للعامل أجر مثله طبقا لما جرى عليه العرف فإذا لم يوجد عرف تولى القاضي تقديره وفقا لمقتضيات العدالة».

### النص التشريعي الأمر:

رأينا قبل أن القاعدة التشريعية المكملة أو المفسرة ترحب بوجود عرف

(١) انظر في المعنى الذي جاءت به النصوص المبسوط للسرخسي ج ١٣ ص ٤١، مختصر الطحاوي ٧٥، البحر الرائق ج ١ ص ٥ الفتاوى الهندية ج ٣ ص ٣٨. والشرح الكبير على مختصر خليل وحاشية الدسوقي ج ٣ ص ٩٥، بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ج ٢ ص ٢٠٩ - المجموع للنووي ج ٩ ص ١٩٠، المقنع في الفقه الحنبلي ج ٢ ص ٣٥، المغني ج ٣ ص ٤٩٨.

(٢) د. مصطفى الزرقا المدخل الفقهي العام مجلد ١ رقم ٢٣٢.

مخالف لها في مجال أو آخر من مجالات تطبيقها فيكون هذا العرف المخالف بديلاً لها في المجال الذي يوجد فيه<sup>(١)</sup>. لكن القاعدة التشريعية قد تكون أمراً. ومثل هذه القاعدة تكون لها السيادة المطلقة على مجال تطبيقها. وهذه السيادة لا تمنع بالطبع من قيام عرف مخالف لها لأن العرف ينشأ بعيداً عن سيطرة المشرع. لكن قيام هذا العرف لا يعني قيام السلطات المختصة في الدولة بتطبيقه. فهذه السلطات يكون عليها أن تطبق القاعدة التشريعية الآمرة وأن تهمل العرف المخالف لها<sup>(٢)</sup>.

وبعبارة أخرى فالعرف المعارض للقاعدة القانونية التشريعية القائمة بالفعل لا يمكن أن يكون له وجود قانوني.

ومع ذلك فنلاحظ أن نظم القانون الخاص تتدرج من العمومية إلى الخصوصية. فقانون المعاملات المدنية هو النظام العام في مجال القانون الخاص. وقانون المعاملات التجارية هو نظام خاص بالنسبة له. وقانون التجارة البحرية هو نظام أخص منه. ومن المسلم به أن كل نظام خاص يستقل بحكم العلاقات الداخلة في مجاله استثناء من النظام العام. ومن هنا فمن المتصور أن يتضمن النظام الخاص قاعدة عرفية لا تخالف القواعد التشريعية الآمرة فيه، وإن كانت تخالف قاعدة تشريعية أمرة في النظام الأعم منه. وفي هذه الحالة تكون لهذه القاعدة العرفية حجية في مجال النظام الخاص الذي نشأت فيه، على الرغم من مخالفتها للقاعدة التشريعية الآمرة في النظام الأعم.

والخلاصة من كل ذلك أن العرف المستقل عن التشريع ينحصر في النهاية في حالة واحدة هي حالة الفراغ التشريعي. لكن هذا الفراغ قد يكون في النظام القانوني

(١) انظر صفحة رقم ٦ من هذا البحث تحت عنوان «العرف البديل عن التشريع».

(٢) د. حسن كيرة المدخل إلى القانون، الناشر منشأة المعارف بالاسكندرية، الطبعة الخامسة، ص ٢٩٢ - د. حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون ١٩٨٨، مطبعة أبناء وهبة حسان، القاهرة ص ١٧٢.

العام أو الأم لمعاملات القانون الخاص، وقد يتحقق في النظام الخاص بالمعاملات التجارية، وقد يتحقق في النظام الأخص منه وهو نظام المعاملات التجارية البحرية. ومن ثم فحالة الفراغ التشريعي في مجال القانون الخاص لها صور ثلاث هي صورة الفراغ في قانون المعاملات المدنية، وصورة الفراغ في قانون المعاملات التجارية وصورة الفراغ في قانون التجارة البحرية.

## المطلب الثاني

### مركز العرف بين مصادر القانون الخاص

#### في دولة الإمارات العربية المتحدة

وضعت المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية التي تعنى بترتيب مصادر القانون العرف بعد النصوص التشريعية وبعد أحكام الشريعة الإسلامية. أما المادة الثانية من قانون المعاملات التجارية لا التي تعنى بترتيب مصادر هذا القانون فقد اتبعت أسلوباً آخر، فقد تمت نصوص قانون المعاملات التجارية الآمرة ثم الاتفاق بين الأطراف، ثم نصوص القانون التجاري غير الآمرة، ثم العرف التجاري، ثم القواعد الآمرة والمكملة في قانون المعاملات المدنية. والظاهر من مقارنة الترتيب الذي أتى به كل من القانونين، أن مركز العرف في قانون المعاملات التجارية يختلف عنه في قانون المعاملات المدنية. لكن دراسة كل من النصين سوف توضح لنا أن الخلاف بين مركز العرف في كل منهما ليس بالدرجة التي تبدو من مجرد مطالعة النصين. وفيما يلي نعرض خلاصة هذه الدراسة.

### مركز العرف بين مصادر قانون المعاملات المدنية

#### التمييز بين العرف البديل وبين أنواع العرف الأخرى:

تنص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية على ما يأتي: «تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مسأغ للاجتهاد في مورد النص قطعي الدلالة. فإن لم يجد القاضي نصاً في هذا القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية، على أن يراعي تخير أنسب

الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة.

فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألا يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة».

والمفهوم من هذا النص أن مكان العرف يأتي دائماً بعد النص التشريعي وبعد الشريعة الإسلامية، ولا شك في أن ذلك ينطبق تمام الانطباق على حالة العرف المستقل عن التشريع. إذ الفرض في هذه الحالة أن هناك فراغاً تشريعياً، حيث إنه ليس هناك نص تشريعي يحكم العلاقة المطروحة، وأن العرف يقدم حكماً لها. والنص صريح في هذه الحالة على ضرورة البدء بالبحث عن حل في الشريعة الإسلامية بمذاهبها الأربعة على الترتيب الوارد بالنص، بحيث لا يكون هناك مجال لإعمال الحل العرفي إلا عند عدم التوصل إلى حكم في الشريعة الإسلامية.

لكن الأمر يختلف بالنسبة لأنواع العرف الأخرى، حيث يرتبط العرف في هذه الأنواع دائماً وأبداً، بنص تشريعي وحيث يكون العروج على مذاهب الفقه الإسلامي على الرغم من وجود العرف مخالفاً للنص التشريعي ذاته.

فالعرف المفسر لألفاظ النص التشريعي يقوم بوظيفة تفسير ألفاظ النص أو المجموعات اللفظية التي يتكون منها. ولا مجال في هذا للعروج على الشريعة الإسلامية للبحث فيها عن تفسير للنص، طالما كان العرف يقدم البيان لألفاظه كل على حدة أو للمجموعات اللفظية التي يتألف منها. وعلينا أن ندرك أن الاعتماد على العرف في تفسير النص - دون المرور بالشريعة الإسلامية - لن يؤدي إلى مخالفة للشريعة الإسلامية، إذ الشريعة الإسلامية تحيل إلى العرف في معرفة المقصود بألفاظ النص، فضلاً عن أن نصوص قانون المعاملات المدنية مأخوذة في

جملتها من الفقه الإسلامي، وأن المعاني العرفية للألفاظ المستخدمة فيه غالباً ما تكون راجعة في أصلها إلى معانيها في الفقه الإسلامي<sup>(١)</sup>.

والأمر كذلك بالنسبة للعرف المفصل للمعايير التي يتضمنها النص التشريعي، إذ العرف المفصل جزء لا يتجزأ من النص التشريعي، بحيث لا يمكن الفصل بينهما. وبعبارة أخرى فالعرف في هذه الحالة يكتسب قوة النص التشريعي ويحتل ذات المركز الذي له، وهو مركز الصدارة بين مصادر القانون. أو في قول موجز يكتسب صفة المصدر الأصلي المقدم على المصادر الاحتياطية ومنها الشريعة الإسلامية. ولا خوف من أن يؤدي ذلك إلى مخالفة الشريعة الإسلامية للاعتبارات ذاتها السابق الإشارة إليها بصدد العرف المفسر.

أما بالنسبة للعرف البديل عن النص التشريعي فالأمر يبدو مختلفاً للوهلة الأولى، إذ نكون بصدد قاعدتين قانونيتين مستقلتين، وقابلتين للتطبيق على النزاع المطروح، إحداهما تشريعية والأخرى عرفية. وهذا ما يسمح بوجود قاعدة ثالثة قابلة للتطبيق مصدرها المباشر هو الشريعة الإسلامية. وإذا كانت القاعدة التشريعية تسمح بتطبيق قاعدة مخالفة لها هي القاعدة العرفية، فيمكن أن يقال بأن القاعدة العرفية تأتي في الترتيب بعد القاعدة المستمدة من الشريعة الإسلامية وفقاً لنص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية، بحيث لا تطبق القاعدة العرفية إلا عند عدم وجود قاعدة في الشريعة الإسلامية.

(١) لمعرفة مدى أثر العرف في بناء الأحكام الشرعية: راجع بحثاً لفضيلة الأستاذ الشيخ عمر عبدالله بعنوان: «العرف في الفقه الإسلامي» مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق، جامعة الاسكندرية، السنة ١٥، عدد ١، ٢ يناير - مارس ١٩٥١، ص ١-٥. الدكتور صوفي أبوطالب في مؤلفه: تطبيق الشريعة الإسلامية في البلاد العربية «الطبعة الثالثة» ١٩٩٠، دار النهضة العربية، ص ١٩٠ وما بعدها. وراجع بحثاً للدكتور صالح بن غانم السدлан الأستاذ المشارك بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بعنوان: «قاعدة العادة محكمة» في الفقه الإسلامي، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، السنة الثالثة، العدد الحادي عشر، ١٩٩٢م، ص ١٥ وما بعدها.

ومع ذلك فنحن نرى تقديم القاعدة العرفية على القاعدة المستمدة من الشريعة الإسلامية، حتى في حالة العرف البديل عن التشريع للأسباب التالية:

١ - أن نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية نص عام، بينما النصوص المتضمنة لقواعد مكملية تسمح للعرف بالتقدم عليها هي نصوص خاصة بالنسبة إلى هذا النص العام، وتكون لذلك مقدمة على هذا النص العام - نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية - كل في مجال تطبيقها. وإذا تحيل هذه النصوص إلى العرف وحده، دون الشريعة الإسلامية، فإنه يكون من المتعين تقديم العرف وحده على القاعدة التشريعية التي تتضمنها، دون النظر إلى ما قد يكون هنالك من قاعدة شرعية مخالفة.

٢ - أن إعمال الشريعة الإسلامية قبل اللجوء إلى العرف - في حال التسليم بوجوبه جدلاً - لن يؤدي إلى حلول مخالفة للعرف. فضلاً عن الأسباب التي سبق ذكرها في شأن العرف المفسر، فإن المشرع ألزم القاضي - عند الرجوع إلى الشريعة الإسلامية، بتخير أنسب الحلول في المذهب الذي عليه أن يرجع إليه، وليس باعتماد الراجح في المذهب، وأنسب الحلول بلا شك هو الحل الذي تعارف عليه الناس من بينها، باعتباره محققاً للمصلحة. يضاف إلى ذلك أن الحل الشرعي المخالف للعرف، الذي يمكن أن يتواجد لدى بعض الفقهاء كثيراً ما يكون مبنيًا على العرف السائد في زمن القضية ومكان وجودها، وأن من المسلم به أن الأحكام المبنية على العرف تحتل التغيير تبعاً لتغير المكان والزمان.

### مدى الحاجة إلى النص على العرف كمصدر احتياطي مستقل:

إن وضع العرف بعد الشريعة الإسلامية في ترتيب المصادر التي يرجع إليها القاضي إذا لم يجد حكماً في القانون، وفقاً لنص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية، يثير التساؤل حول مدى ضرورة النص عليه بين هذه المصادر. ذلك أن القاضي عليه أن يرجع مباشرة عند خلو القانون من الحكم المطلوب إلى الشريعة الإسلامية. والشريعة الإسلامية تقر العرف من بين مصادرها. ومن ثم

فالرجوع إلى الشريعة الإسلامية يعني بالضرورة الرجوع إلى العرف، مما لا تبدو حاجة إلى النص على العرف كمصدر مستقل تال للشريعة الإسلامية ومستقل عنها. وبعبارة أخرى، فمن المتصور أن يقال بأن المشرع وقد ألزم القاضي بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية لم يكن بحاجة إلى النص على العرف بين مصادر القانون الإحتياطية، باعتبار أن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية يعني في الوقت ذاته الرجوع إلى العرف. وهذا ما ذهب إليه البعض فعلا بقوله: «إن القانون قد جعل العرف مصدرا تاليا للشريعة الإسلامية، مع أن الشريعة الإسلامية تجعل من بين مصادرها العرف، فكان على المشرع أن يكتفي بالشريعة الإسلامية، ولا ينص على ما بعدها من مصادر لأنها تتضمن هذه المصادر، ولأن النص على مصادر أخرى بعدها يوحي بنفيه في الشريعة الإسلامية، الأمر الذي لا يقصده المشرع فيما نرى، ولكن عبارة النص توحى به»<sup>(١)</sup>.

لكن هذا الرأي يقوم على تصور نراه غير سديد للمقصود بالشريعة الإسلامية في نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية. إذ أنه يفترض أن المقصود بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية في هذا المقام هو الرجوع إلى مصادرها أو إلى أصولها، باعتبار أن العرف هو أحد هذه المصادر أو الأصول. وهذا ما لا يمكن التسليم به للأسباب التالية:

١ - يبين من مطالعة النص أن المقصود بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية هو الرجوع إلى فقه هذه الشريعة، وليس إلى أصول هذا الفقه. فالنص يقرن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية بتخير أنسب الحلول من المذاهب - على الترتيب الوارد بالنصين - مما يقطع بأن الرجوع إلى الشريعة الإسلامية هو رجوع إلى الأحكام التفصيلية وليس الرجوع إلى الأحكام الكلية. وطالما كان المقصود هو الرجوع إلى الحلول

(١) د. حسنين محمد حسنين، العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دار القلم دبي، الطبعة الأولى، ١٤١٨-١٩٨٨، ص ٢٨. وانظر كذلك ص ٢٩ من المؤلف ذاته.

التفصيلية في المذاهب المختلفة، فإنه يكون من المتصور ألا يجد القاضي حكماً للمسألة المعروضة في فقه المذاهب، باعتبارها مسألة جديدة لم تعرض من قبل لفقهاء المذاهب حتى يقدمون لها الحلول. وفي هذه الحالة يكون على القاضي أن يلجأ إلى العرف. ومن ثم فالنص على العرف في المادة الأولى من قانون المعاملات يضيف جديداً بالفعل إلى النص على الشريعة الإسلامية، طالما كان المقصود بالشريعة الإسلامية هو الأحكام التفصيلية التي تبتتها مذاهب الفقه الإسلامي.

٢ - إنه مما يؤكد هذا التفسير السابق للمقصود بالشريعة الإسلامية في نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية، ويقطع بأنه لا يقصد بها الرجوع المباشر إلى مصادر هذه الشريعة وأصولها، أن لكل مذهب من مذاهب الفقه الإسلامي تصورات الخاصة به في شأن هذه المصادر والأصول، وأن هذه التصورات تكفي دائماً وفي جميع الأحوال للوصول إلى الحكم المنشود، مهما كانت جدة المسألة المراد البحث عن حكم لها، بحيث لا تكون هناك حاجة لتكملة تصورات مذهب معين بتصورات مذهب آخر أو للمفاضلة بين تصورات مذهب معين وتصورات مذهب آخر عند البحث عن حل لقضية معينة. فإذا كانت المذاهب جميعاً تتفق على تقديم المصادر النصية من قرآن وسنة وكذلك الإجماع والقياس إلا أنها تختلف بعد ذلك بشأن المصادر الاجتهادية، والمصادر التبعية كالاستصلاح والاستحسان والاستصحاب والعرف ومذهب الصحابي وإجماع أهل المدينة وشرع من قبلنا وسد الذرائع والأخذ بأقل ما قيل والاستقراء<sup>(١)</sup>.

(١) انظر في ذلك للدكتور محمد شلبي: تعليل الأحكام، عرض، تحليل طريقة التعليل وتطوراتها في عصور الاجتهاد والتقليد سنة ١٩٨١ طبعة دار النهضة العربية - بيروت حيث يعرض للخلاف حول هذه المصادر الاجتهادية وكذلك كتابه أصول الفقه الإسلامي الجزء الأول المقدمة التعريفية بالأصول وأدلة الأحكام وقواعد الاستنباط ١٩٨٦. كذلك د. مصطفى ديب البغا رسالته لنيل الدكتوراه، أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي ج ٢ سنة ١٩٩٣ - دار العلوم الإنسانية دمشق.

ومن ثم فلو أراد المشرع بالرجوع إلى الشريعة الإسلامية الرجوع إلى المصادر والأصول بطريق مباشر، لألزم القاضي بالرجوع إلى مذهب واحد محدد، كالمذهب المالكي أو المذهب الحنبلي، أو لألزم بالرجوع إلى أحد المذهبين السائدين في الدولة، وهما المالكي والحنبلي، كل في الإمارة التي يسود فيها، ولما كان هناك مجال لافتراض الحاجة إلى الالتجاء إلى المذهبين الآخرين وهما الشافعي والحنفي. أما أن يترك الشرع للقاضي حرية البحث عن الحل الأكثر مناسبة في مذاهب السنة الأربعة، فهذا ما يقطع بأن بحثه لا ينصب مطلقاً على المصادر والأصول، وإنما ينصب على الحلول المباشرة للنزاع المعروض، حتى ولو كان عليه أن يبدأ بحثه بالمذهبين المالكي والحنبلي.

٣ - ولا يقلل من صحة التحليل السابق أن نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية يلزم القاضي إذا لم يجد نصاً في القانون أن يحكم بمقتضى الشريعة الإسلامية على أن يراعى تخير أنسب الحلول من المذاهب - على الترتيب الذي أورده - «حسبما تقتضيه المصلحة»، مما قد يوحي بأن المشرع يقصد الرجوع إلى المصلحة المرسلة، ومن ثم يقصد بالشريعة الإسلامية، مصادر هذه الشريعة أو أصولها كما تصورها المذهب الذي يعتمد المصلحة المرسلة وهو المذهب المالكي. ذلك أنه من الواضح أن المشرع يشير إلى المصلحة في مقام المفاضلة بين الحلول التفضيلية المعتمدة في المذاهب، مما يقطع بأن وظيفة المصلحة في هذا الصدد هي وظيفة تقديم المعيار الذي يحتكم إليه القاضي في تخير الحل المناسب من بين الآراء التي يجدها فعلاً في المذاهب، وليس وظيفة الأصل الذي يعتمد عليه في استنباط حكم للنزاع المطروح عليه، مما لم تعرض له المذاهب. وسوف نرى أن وجود عرف في مسألة معينة يعد دليلاً على وجه المصلحة فيها. ولذلك فإن وجد حل في المذهب موافق العرف كان هذا الحل هو الحل الأنسب.

٤ - وإذا كان المقصود بالشريعة الإسلامية، على ما أوضحناه، هو الحلول التفصيلية التي قدمتها مذاهب الفقه الإسلامي لما عرضت له من مسائل وأنزعة، فإنه يمكن

القول باطمئنان كامل إن النص على العرف في المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية، ليس فقط يضيف جديداً إلى النص على الشريعة الإسلامية، وإنما هو أمر حتمي لا سبيل إلى الاستغناء عنه. ذلك أن كثيراً من الأحكام الفقهية التي قدمتها المذاهب قد بنيت على العرف السائد وقت تقديمها. ومن المسلم به أن العرف يتغير بتغير الأمكنة والأزمان، على نحو يتغير معه الحكم الشرعي. ولو اقتصر المشرع على النص على الشريعة الإسلامية بالمفهوم الذي تبناه، لكان على القاضي دائماً وأبداً أن يعتمد الحل الذي تقدمه المذاهب المعتمدة، حتى ولو كان هذا الحل مبنياً على العرف، وكان العرف قد تغير تماماً في زماننا عنه في الزمن الذي صبح فيه هذا الحل، أما النص على العرف بعد الشريعة الإسلامية بهذا المفهوم، فهو يتيح للقاضي التجاوز عن الحل الذي تقدمه المذاهب، إذا ما كان مبنياً على عرف سائد وقت صياغته، والالتجاء مباشرة إلى العرف السائد في الزمن الذي يحكم فيه القاضي.

والخلاصة من كل ما تقدم هي أنه في ظل الصياغة القائمة لنص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية، لا غنى عن إيراد العرف كمصدر احتياطي يلجأ إليه القاضي بعد الشريعة الإسلامية، وأن الاستغناء عن النص على العرف بين المصادر الإحتياطية للقانون يتطلب بالضرورة صياغة أخرى مخالفة لنص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية. صياغة تلزم القاضي بالرجوع أولاً إلى الحلول المقررة في مذاهب الفقه الإسلامي، مع تخير الأنسب منها، وتلزمه إذا لم يجد حلاً فيها بالاجتهاد لاستنباط الحل المناسب بالرجوع إلى مصادر الأحكام الشرعية وأصولها، ففي ظل هذه الصياغة وحدها يجد القاضي أمامه فرصة للجوء إلى العرف - رغم عدم النص عليه صراحة - باعتباره أحد الأصول المعول عليها في استنباط الأحكام الشرعية. وهذا ما فعله المشرع الأردني بالفعل بنصه في المادة الثانية من قانون المعاملات المدنية على أنه إذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون «... حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون، فإذا لم توجد بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية».

## مركز العرف بين مصادر قانون المعاملات التجارية

تقدم أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالنظام العام على العرف التجاري:

تنص المادة الثانية من قانون المعاملات التجارية الصادر بالقانون الاتحادي رقم ١٨ لسنة ٩٣ على أنه: « ١- يسري على التجار وعلى الأعمال التجارية ما اتفق عليه المتعاقدان ما لم يتعارض اتفاقهما مع نص تجاري آمر. ٢- فإذا لم يوجد اتفاق خاص سرت قواعد العرف التجاري فيما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون، أو في غيره من القوانين المتعلقة بالمسائل التجارية ويقدم العرف الخاص أو المحلي على العرف العام فإذا لم يوجد عرف تجاري وجب تطبيق الأحكام الخاصة بالمسائل المدنية فيما لا يتعارض مع المبادئ العامة للنشاط التجاري. ٣- ولا يجوز تطبيق الاتفاقيات الخاصة أو قواعد العرف التجاري إذا تعارضت مع النظام العام أو الآداب».

ولا شك أن القراءة السريعة لهذا النص توحي بأنه لا مكان للشريعة الإسلامية بين مصادر القانون التجاري في دولة الإمارات العربية المتحدة، خلافاً لما عليه الحال في قانون المعاملات المدنية. فمن ناحية أولى يفهم من نص الفقرتين الأولى والثانية من النص أن القاضي عليه أن يبدأ بتطبيق الأحكام الآمرة في التشريعات الخاصة بالتجار أو المنظمة للأعمال التجارية، ثم الاتفاق المنظم لعلاقة الطرفين، ثم العرف التجاري، ثم الأحكام الخاصة بالمسائل المدنية، الآمرة منها وغير الآمرة. ومن ناحية ثانية فقد اشترط المشرع لتطبيق الأحكام الخاصة بالمسائل المدنية، في حالة عدم وجود عرف تجاري، ألا تكون متعارضة مع المبادئ العامة للنشاط التجاري، ولا شك أن هذا الشرط - بالإضافة إلى ترتيبه المصادر المعتمدة للقانون التجاري في نص الفقرتين الأولى والثانية - يوحي باستقلال القانون التجاري بمصادره عن القانون المدني، كما قد يوحي بأن عدم النص على الشريعة الإسلامية بين مصادر القانون التجاري قد قصد به تحرير القانون التجاري منها تصوراً بأن بعض أحكامها تتعارض مع المبادئ العامة للنشاط التجاري.

غير أن هذه النتائج التي يمكن أن يصل إليها القارئ العجل، لا تلبث أن تبدو غير صحيحة على إطلاقها بمجرد أن يربط القارئ المتأن بين نص الفترتين الأولى والثانية من المادة الثانية من قانون المعاملات التجارية وبين فقرتها الثالثة، ويواجه نص هذه المادة برمته في إطار العلاقة المسلمة بين القانون التجاري والقانون المدني، بحسبان الأخير هو القانون العام بالنسبة للأولى.

لئن كان المشرع في المادة ٣ من قانون المعاملات التجارية قد ألزم القاضي بالرجوع مباشرة - بعد أحكام التشريع التجاري الآمرة وأحكام العقد المبرم بين الطرفين ثم أحكام التشريع غير الآمرة - إلى العرف التجاري دون العروج على الشريعة الإسلامية للبحث فيها عن الحل المنشود، إلا أنه ألزمه في الوقت نفسه بعدم الخروج على النظام العام أو الآداب، على نحو يلزم معه إهدار العرف التجاري كلما تعارض مع النظام العام، وإعمال حكم النظام العام بدلا منه. ومن ثم فحتى يمكن القول باستبعاد الشريعة الإسلامية من نطاق مصادر القانون التجاري يتعين أولاً تحديد المقصود بالنظام العام والتأكد من أنه لا أثر للشريعة الإسلامية في تحديد مضمونه. وهذا ما لا يمكن التسليم به بحال من الأحوال.

إن قانون المعاملات التجارية لا يتضمن نصاً يحدد مفهوماً خاصاً به للنظام العام. ومن ثم فإنه يتعين الرجوع في هذا المقام إلى التحديد الوارد له في المادة الثالثة من قانون المعاملات المدنية، الذي يعتبر من النظام العام .. القواعد والأسس التي يقوم عليها المجتمع وذلك بما لا يخالف الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية .

إن أحكام الشريعة الإسلامية في مقدمة القواعد والأسس التي يقوم عليها مجتمع الإمارات. وهذا ما أشارت إليه مقدمة الدستور المؤقت للدولة، وما سجلته بوضوح المادة السابعة منه بقولها: «الإسلام هو الدين الرسمي للاتحاد والشريعة الإسلامية مصدر رئيسي للتشريع فيه». لكن هل معنى ذلك أن جميع أحكام

الشريعة الإسلامية تعد من النظام العام بحيث تتقدم هذه الأحكام برمتها على العرف التجاري؟

## المقصود بالنظام العام وفقاً لأحكام الشريعة الإسلامية:

إن تحديد المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية في هذا الصدد إما أن يؤخذ بمعنى واسع يمتد إلى أحكام الشريعة الإسلامية برمتها، كما قدمها الفقه الإسلامي، وإما أن يؤخذ بمعنى ضيق يقتصر على ما كان من هذه الأحكام من النظام العام بحيث لا يجوز الخروج عليه، وفقاً لمفهوم النظام العام في الشريعة الإسلامية ذاتها.

إن الأخذ بالمفهوم الأول الموسع يؤدي إلى تقديم الحلول المقررة في مذاهب الفقه الإسلامي على العرف بصفة دائمة. على الأقل كلما انعدم دور العرف في بنائها، ويؤدي من ثم إلى تحقيق نوع من التوازي بين مصادر القانون التجاري ومصادر القانون المدني، رغم الاختلاف بين صياغة المادة الثانية من قانون المعاملات التجارية وصياغة المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية. لكن الأخذ بهذا المعنى يؤدي إلى نتيجة غير مقبولة من الشريعة الإسلامية ذاتها، هي إعطاء حجية مطلقة لأحكام فقهية تأبى مبادئ الشريعة ذاتها إضفاء هذه الحجية عليها رغم تغير الواقع الذي صيغت في ظله.

أما الأخذ بالمفهوم الآخر الضيق فيؤدي إلى تقديم أحكام الشريعة الإسلامية المعتبرة من النظام العام في هذه الشريعة، وحدها، على العرف، دون الأحكام الأخرى التي لا تعتبر من النظام العام في هذه الشريعة. وهذه الأحكام التي تعتبر من النظام العام في الشريعة الإسلامية هي الأحكام التي «لا تقبل التغير والتبديل، ولا تختلف باختلاف الأمم والعصور فهي بمثابة تشريع عام لكل الناس في كل زمان ومكان وهي لا تستهدف إلا تحصيل المصالح ودفع المفاسد»<sup>(١)</sup>. وهذه

(١) د. حسام الدين الأهواني، شرح مبادئ الأحوال الشخصية للمسيحيين المصريين، ١٩٩٣-١٩٩٤، ص ٧٥.

القواعد هي القواعد المقررة بنص قطعي الثبوت من قرآن أو سنة متواترة أو إجماع، بدلالة قطعية من النص القرآني أو من السنة المتواترة أو من الإجماع<sup>(١)</sup>. أما غير هذه القواعد، مما يثبت بنص غير قطعي الثبوت أو غير قطعي الدلالة، فهو مجرد فقه يقبل التغير بتغير الزمان والمكان<sup>(٢)</sup>، ولا يعتبر لذلك من النظام العام بمفهوم الشريعة الإسلامية. وهذا هو بعينه المعنى الذي اختاره نص المادة الثالثة من قانون المعاملات المدنية للنظام العام، بنصه على عدم جواز مخالفة «.. الأحكام القطعية والمبادئ الأساسية للشريعة الإسلامية».

ومن أمثلة الأحكام قطعية الثبوت قطعية الدلالة، التي تعتبر من النظام العام في الشريعة الإسلامية، فيكون تطبيقها مقدما على العرف التجاري، تحريم الربا وتحريم الغرر الفاحش<sup>(٣)</sup> وتحريم التعامل في الأموال غير المتقومة تطبيقا لذلك قضت محكمة استئناف أبوظبي<sup>(٤)</sup> بأن «قطعية تحريم بيع لحم الخنزير وإجارته لعلّة النجاسة، وبالتالي يصبح مالا غير متقوم لا ترد عليه المنافع من إجارة وسواها مثل

(١) في هذا المعنى: عبد الوهاب خلاف، تفسير النصوص القانونية وتأويلها، مجلة القانون والاقتصاد، السنة ١٨، ص ١٧٨ وما بعدها، عبد الرحمن تاج، السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، ص ٧-١٤.

(٢) عبد الرحمن تاج، المرجع السابق، ص ٦٤.

(٣) من المهم بأن نلاحظ أن القطعي في مجال الربا والغرر الفاحش هو الحكم العام بالحرمة. لكن اندراج صورة أو أخرى من صور التعامل تحت مفهوم الربا أو الغرر المحرم، ليس دائما بالقطعي. فالإقراض بفائدة في المعاملات المدنية بين الأفراد يدخل في مفهوم الربا ويكون محرما على نحو قطعي لإجماع الفقهاء على ذلك. أما في المعاملات التجارية كاعمال البنوك والاستثمار بصفة عامة، فالأمر محل خلاف بين الفقهاء، على نحو يجعل تحريمه غير مقطوع به.

وبالمثل فالمقامرة تدخل في الغرر المحرم بإجماع الفقهاء. أما التأمين فأمره مختلف عليه بينهم، على نحو لا يمكن معه اعتبار حكم تحريمه قطعيا (انظر: مصطفى محمد الجمل، تأملات في مواقف الفقه الإسلامي المعاصر من قضية التأمين، مجلة الشريعة والقانون، العدد السابع من جمادى الأولى ١٤١٤هـ- نوفمبر ١٩٩١م، ص ١٧ وما بعدها).

(٤) استئناف مدني رقم ٤٧٠ لسنة ١٩٩٢ جلسة ١٩٩٢/٢٩/١٢ مجلة العدالة، العدد ٧٤ السنة ٢ إبريل ١٩٩٣.

النقل . . لأن النقل من توابع العقد وهو عمل لازم لإتمامه فلا يتصور وصول البضاعة لصاحبها بدون نقل، ومحل عقد النقل هنا هو لحم الخنزير وهو مال غير متقوم لا تستحق الأجرة على نقله. ذلك أن المال قد يكون متقوماً أو غير متقوم والمال المتقوم هو ما يباح للمسلم الانتفاع به شرعاً، وغير المتقوم هو ما لا يباح الانتفاع به شرعاً (المادة ٩٦ من قانون المعاملات) وإن كل شيء يمكن مادياً أو معنوياً الانتفاع به انتفاعاً مشروعاً، ولا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية (المادة ٩٧ من قانون المعاملات) ولما كان لحم الخنزير مما لا يباح التعامل به شرعاً فلا يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية».

كذلك قضت المحكمة الاتحادية العليا<sup>(١)</sup> بأنه « . . لما كان الثابت مما ادعاه الطاعن في صحيفة دعواه أنه ساهم في يانصيب جائزته سيارة طرحه المطعون ضده الأول على الجمهور في صورة تذاكر كل منها تحمل رقماً خاصاً وثمانها عشرة دراهم تباع لمن يرغب الاشتراك فيه ثم يجري سحب على هذه التذاكر ومن تقع القرعة على الرقم الذي تحمله التذكرة التي اشتراها يفوز بالسيارة وإذا كانت هذه الواقعة تشكل صورة من صور القمار الذي يتوقف الفوز فيه على مجرد الحظ والتي تحظرها المادة ١٠٢١ من قانون المعاملات المدنية وتقضي ببطلانها إعمالاً لمبادئ الشرع الإسلامي فإن الحكم المطعون فيه إذ انتهى إلى بطلان الاتفاق على اليانصيب موضوع الدعوى يكون قد أصاب صحيح القانون، ولا ينال من ذلك ما يدعيه الطاعن من أنه مرخص به من بلدية أبوظبي وأن العرف جرى به بين الأفراد والدوائر الحكومية لأنه على فرض صدور الترخيص ووجود العرف المدعى به وهو ما لم يقم عليه دليل من الأوراق، فإن الحصول على ترخيص بمثل هذا الاتفاق الباطل بطلاناً مطلقاً وشيوع التعامل به لا يصحح البطلان الذي يلحقه بالتالي يضحى النعي ولا أساس له».

(١) الطعن رقم ٤٨ لسنة ١٤ق، نقض مدني، مجلة العدالة، العدد الرابع والسبعون، السنة العشرون، ص ٥٤ وما بعدها.

والخلاصة مما تقدم أن أحكام الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت قطعية الدلالة تتقدم دائما على العرف التجاري، مثلها في ذلك مثل قواعد التشريع الأمرة. بل إن هذه القواعد تتقدم على أحكام التشريع التجاري الأمرة ذاتها إذا ما تعارضت معها. أما الأحكام الفقهية الشرعية التي لا تستند إلى مصدر شرعي قطعي الثبوت قطعي الدلالة من قرآن أو سنة أو إجماع، فهي لا تتقدم على العرف، ولا يلتزم القاضي بتطبيقها في المسائل التجارية عند وجود عرف مخالف لها.

وإذا ما وصلنا إلى هذه النتيجة فإنه يصح التساؤل عما إذا كان هناك خلاف عملي بين مركز العرف في كل من قانون المعاملات المدنية وقانون المعاملات التجارية في دولة الإمارات، وعن الحجم الحقيقي لهذا الخلاف إن وجد؟

وفي تقديره أنه يمكن الإجابة عن هذا التساؤل بإيراد الملاحظات التالية:

١ - من الواضح أن أحكام الشريعة الإسلامية قطعية الثبوت قطعية الدلالة تتقدم على العرف في مجال إعمال قانون المعاملات المدنية وقانون المعاملات التجارية على حد سواء، ولا خلاف بين القانونيين في هذه المسألة.

٢ - من الواضح أيضا أن أنواع العرف المختلفة عدا العرف المستقل عن التشريع، تتقدم دائما على الشريعة الإسلامية، سواء في قانون المعاملات المدنية أو في قانون المعاملات التجارية، فلا خلاف بين القانونيين في هذا الصدد. وهذا ما ينطبق على العرف المفسر للنص التشريعي بشقيه كما ينطبق على العرف البديل عن النص التشريعي. ولكن تقدم هذه الأعراف لن يؤدي إلى الخروج على أحكام الشريعة الإسلامية، لأن مصدر أحكام الشريعة الإسلامية في هذا المجال هو العرف ذاته، الذي كان سائدا إبان صياغتها.

٣ - من الواضح أخيرا أن مركز العرف المستقل عن التشريع يختلف في قانون المعاملات المدنية عنه في قانون المعاملات التجارية. فهو في قانون المعاملات المدنية يتأخر على الشريعة الإسلامية. أما في قانون المعاملات التجارية فهو يتقدم عليها. بل إن الشك يثور حول ما إذا كانت هناك فرصة لإعمال الشريعة

الإسلامية أصلاً في النطاق المحدد لتطبيق هذا القانون، بالنظر إلى أنه يجعل العرف هو المصدر الأخير له ولا يذكر مصدراً آخر بعده.

## المبحث الثاني مفهوم العرف في القانون الخاص لدولة الإمارات العربية المتحدة

يختلف مفهوم العرف في الفقه القانوني السائد عن مفهومه في الفقه الإسلامي. فهو في الأول يتكون من عنصرين أحدهما مادي وهو الاعتقاد على السلوك، والآخر معنوي هو الاعتقاد في إلزام هذا السلوك، ويتميز لذلك عن مجرد العادة التي تتكون من العنصر المادي وحده. وهو في الثاني يتكون من عنصر الاعتقاد وحده، ويكون لذلك مرادفاً للعادة. والقانون الخاص في دولة الإمارات العربية المتحدة يستمد أحكامه من الفقه الإسلامي أحياناً ومن الفقه القانوني المعاصر أحياناً أخرى. وهذا ما يجعل مسألة مفهوم العرف فيه مسألة غير محسومة يمكن أن يثور الخلاف بشأنها. ونرى أن اتخاذ مسلك من هذه المسألة يتطلب بحثاً مبدئياً لعناصر حلها في الفقه القانوني المعاصر وفي الفقه الإسلامي، باعتبار أن نتائج هذا البحث تعتبر بمثابة المقدمات التي يبنى عليها حكم المسألة في القانون الإماراتي.

### المطلب الأول

#### مفهوم العرف في الفقه القانوني المعاصر

أساس إلزام العرف وأثره في تحديد مفهومه:

تعاقبت على الفقه القانوني المعاصر مدارس ثلاث، هي مدرسة التزام النص، والمدرسة الاجتماعية، والمدرسة العلمية<sup>(١)</sup>. والمدرسة الأولى كانت ترى أن

(١) يراجع في ذلك مؤلف الدكتور مصطفى الجمال، النظرية العامة للقانون، الجزء الأول، القاعدة القانونية، ١٩٨٨م، ص ٢٥١ وما بعدها. وكذلك الدكتور حسن كيرة، المدخل للقانون، ص ٤٠٢-٤١٢.

التشريع هو المصدر الوحيد للقانون، وأن ما عداه من أدوات يلجأ إليها القاضي للبحث عن حكم النزاع المطروح عليه، ومن بينها العرف، ليست إلا وسائل لتفسير التشريع والتعرف على إرادة المشرع فيما يتعلق بحكم هذا النزاع، أما المدرسة الثانية فكانت ترى أن المصدر الحقيقي للقانون هو ضمير الجماعة، الذي يعبر عنه العرف، وأن التشريع هو مجرد تسجيل لضمير الجماعة أو العرف، أو على الأقل يجب أن يكون كذلك. وأما المدرسة الثالثة، فترى أن التشريع هو المصدر الأصلي للقانون، ولكن توجد إلى جانبه مصادر احتياطية أهمها العرف. وإذا كانت الغلبة لهذه المدرسة الأخيرة، فقد صار الفقه القانوني المعاصر يسلم بأن العرف مصدر احتياطي للقانون، يمد القاضي بالقواعد القانونية اللازمة لحكم ما يطرح عليه من منازعات كلما خلا التشريع من قواعد لحكمها.

ورغم شيوع التسليم بالعرف مصدراً للقواعد القانونية يلي التشريع أخذاً بتعاليم المدرسة العلمية، فما زال الخلاف قائماً حول أساس الإلزام به. ويمكن التمييز في هذا الصدد بين اتجاهين رئيسيين، أحدهما يسند إلزام العرف إلى سلطة خارجة عنه، رسمية كانت أو شعبية، والآخر يرى أن للعرف قوة ذاتية تضمني عليه صفة الإلزام، وأنه لا محل للبحث عن البحث عن أساس للإلزام بالعرف خارج العرف ذاته.

أما عن الاتجاه الأول<sup>(١)</sup> فالبعض يؤسس إلزام العرف على إرادة المشرع ذاته. إرادة المشرع الضمنية المستمدة من إقراره الالتجاء إليه لاستنباط القواعد القانونية عند عدم وجود نص تشريعي. والبعض الآخر يؤسس إلزام العرف على قيام القضاء بتطبيقه بالفعل، إذ أن هذا التطبيق هو وحده الذي يحدد القاعدة القانونية العرفية وينقلها من مصاف السلوك التلقائي غير الواعي إلى مصاف القواعد القانونية بالمعنى الدقيق - والبعض الثالث يؤسس إلزام العرف على ذات الضمير الجماعي الذي

(١) يراجع في ذلك بحثنا عن «العرف في تقنيات دولة الإمارات العربية المتحدة، مجلة العدالة، العدد ٧٠، أبريل ١٩٩٢، ص ٧ وما بعدها.

ارتضاه وخضع له، قولاً بأن مرد القانون هو دائماً إرادة الجماعة التي يعبر عنها ممثلوها في حالة التشريع، وتعتبر عنها بطريق مباشر في حالة العرف.

وأما عن الاتجاه الثاني، فأنصاره يتجهون إلى البحث عن أساس إلزام العرف في الحاجات والمصالح العملية التي تستدعي التزام الناس به.

ومن هذا المنطلق يحاول الأستاذ كربونيه في بحث له بعنوان «مبدأ الإلزام المصاحب في تطور العرف»<sup>(١)</sup>، أن يضع فروضاً يمكن أن يبدأ منها الباحث عن الأصل الذي يبدأ منه الإلزام بالعرف أو يرتد إليه هذا الإلزام، فيقسمها إلى فروض تستند إلى ظواهر خارج الإنسان وأخرى تستند إلى ظواهر داخله. وهي فروض لا تتعارض دائماً وإنما تتضافر مع بعضها البعض لتفسير كيفية تولد القوة الملزمة للعرف لدى الناس.

فأما الفروض الخارجية فأولها فرض المحاكاة. فالحياة الاجتماعية تحكمها ظاهرتان أساسيتان هما ظاهرة الإبداع التي تخلق الأفكار والتصرفات، وظاهرة المحاكاة التي تنشرها، وما العرف إلا ظاهرة من ظواهر المحاكاة، التي يركن إليها الإنسان بدافع الخوف من المجهول الذي جبل عليه.

وثاني هذه الفروض الخارجية يتمثل في فكرة «الأسطورة» فالأساطير تعطي لبعض النظم أصلاً أو آخر يتجاوز الطبيعة الملموسة للإنسان مما يعطيها ميزة خاصة في نظره تخلق لديه التزاماً بها. ووفقاً لهذا الفرض فإننا نوجد أمام ظاهرة خاصة من ظواهر المحاكاة، محاكاة القوى العليا خارج الطبيعة التي أبدعت النظام للناس فساروا عليه بحكم تقديسهم لهذه القوى.

وأما الفروض الداخلية فأولها فكرة العادة الذاتية المكتسبة من التكرار، بحسبان ما يحصل للإنسان من ارتياح وتلقائية في ممارسة ما تعود عليه، وما يحتاجه من وقت وجهد لاستبدال غيره به.

(١) Jean Carbonnier, Flexible Droit (مجموعة بحوث) 1979. Paris p.73-86.

وثانيها هو فرض التوافق الاجتماعي، القائم على المعاملة بالمثل تارة وعلى وحدة المصالح تارة أخرى. فالإنسان يلتزم بسلوك معين تجاه غيره، أحياناً لرغبته في أن يحمل الغير على الالتزام بمثل هذا السلوك في مواجهته، ويلتزم به تارة أخرى لما يمثله من توفيق بين مصلحته ومصلحة الغير يفيد منه كما يفيد الغير.

والخلاصة من كل ذلك أن الالتزام بالعرف يستند إلى عوامل عديدة، بعضها ينبع من خارج الإنسان، وبعضها ينبع من داخله. لكنها جميعاً ترد في النهاية إلى نوازع الإنسان، وما جبل عليه من سعي إلى الأمان النفسي والاقتصادي في مواجهة الآخرين.

وأياً كان الرأي في أساس إلزام العرف، فما زالت الغلبة للاتجاه الأول الذي يرجع إلزام العرف إلى قوة أو سلطة خارجة عنه وسابقة عليه. وقد كان لهذه الغلبة تأثير واضح في تحديد مفهوم العرف، والنظر إليه كطائفة من طوائف القواعد القانونية، لا تختلف في حقيقتها عن القواعد التشريعية، وتتكون من ركنين: الركن المادي، الذي يتمثل في مضمون القاعدة والركن المعنوي الذي يتمثل في الاعتقاد الجماعي بالزامها.

### أركان العرف:

العرف في الفقه القانوني المعاصر عبارة عن اعتياد الأفراد على سلوك معين مع اعتقادهم بالزام هذا السلوك. ومن هذا التعريف يتضح لنا أن للعرف ركنين. ركن مادي هو اطراد سلوك الأفراد على العمل بسنة معينة، وركن معنوي هو توافر الاعتقاد في إلزام هذا السلوك.

والركن المادي هو الكيان المادي للعرف. ويتألف هذا الكيان من مجموعة متواترة من التصرفات والأفعال الإيجابية أو السلبية وتتوافر فيها عدة خصائص:

أولها أن يكون الاعتياد على السلوك عاماً General<sup>(١)</sup> والمقصود بعموم السلوك انتشاره في الجماعة ذاتياً بحيث يتبع الأفراد هذا السلوك، تحقيقاً لمعنى عمومية القاعدة القانونية، إذ يلزم أن تكون القاعدة القانونية بالنسبة للأشخاص، فلا

(١) د. عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، رقم ١٢٩ ص ٤٢٨ - د. حسن كيرة، المدخل للعلوم القانونية، رقم ١٤٩ ص ٢٧٤ - د. عبد الحى حجازي، المرجع السابق، رقم ٣٥٠ ص ٤٤٧ - د. حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، ص ١٥٨.

تخاطبهم لذواتهم وإنما تخاطبهم بصفاتهم. ومع ذلك فلا يشترط في السلوك المعتاد أن يكون اتباعه صادرا عن جميع الناس إذ الإجماع إذا كان ممكنا في الجماعات القديمة قليلة العدد فإن ذلك يستحيل تحقيقه في عالمنا المعاصر بعد اتساع الجماعة وتعقدتها، على نحو يتطلب وقتا طويلا لتكوين عرف بإجماع الجماعة<sup>(١)</sup>. ولذا يكتفي بأن يكون صدوره عن معظم الناس. بل إن العرف قد ينشأ من تعود شخص واحد، شخص غير معين بذاته، على سلوك معين في أمر من الأمور، كما إذا تعود رئيس الدولة على إصدار قرارات من نوع خاص في أمر من الأمور، إذ قد يترتب على هذا أن تتكون قاعدة عرفية تخول رئيس الدولة إصدار مثل هذه القرارات<sup>(٢)</sup>. ولا يفترض أن يكون الاعتياد عاما في كل أرجاء الدولة. . إذ العرف كما قد يكون عاما يشمل الدولة كلها، فقد يكون خاصا فيقتصر تطبيقه على نطاق إقليم معين، وقد يكون العرف طائفيا أي ينشأ في طائفة معينة أو بين أرباب مهنة كالعرف التجاري أو الزراعي<sup>(٣)</sup>.

والثانية هي أن يكون قديما بمعنى أن يكون قد مضى على اتباع السلوك زمن كاف للقول بالاعتیاد عليه. إلا أن تحديد المدة هنا لا يلزم. وتقديره مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع، إذ يختلف الزمن الكافي لإنشاء العرف باختلاف العلاقات التي ينشأ كسبب لها. إذ في العلاقات الزراعية مثلا تطول المدة اللازمة لتكوين العرف اعتبارا لبطء هذا النوع من العلاقات، في حين تكون هذه المدة قصيرة في العلاقات التجارية والصناعية لاتسام هذه العلاقات بالنشاط الواسع السريع<sup>(٤)</sup>.

(١) د. عبدالحی حجازي، المرجع السابق، رقم ٣٥٠ ص ٤٤٧ - د. عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، رقم ١٤٣ - د. علي نجيدة، المدخل لعلوم القانون وفقا لقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة، سنة ١٩٩٣ - ١٩٩٤، ص ١٩٨.

(٢) د. توفيق حسن فرج المرجع السابق ص ١٣٧، د. سمير تناغو، النظرية العامة للقانون، ص ٤٢٨ - ٤٢٩.

(٣) د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٤٢٩.

(٤) د. عبدالحی حجازي، المرجع السابق، رقم ٣٥٢ ص ٤٤٨ - د. سمير تناغو، المرجع السابق، ص ٤٣٠ - د. عبد الرحمن عبدالعزيز القاسم، بحث في العرف، مجلة البحوث الفقهية المعاصرة، سنة ١٩٩٠، العدد الثالث، المملكة العربية السعودية.

والثالثة أن يكون السلوك مطرداً، أي أن يكون الأفراد قد استقروا على اتباعه بانتظام وبدون خروج عليه. فإذا اتبعه الأفراد فترة من الزمن وعدلوا عنه ثم عادوا إليه مرة أخرى، فإنه لا يكون اعتياداً. «أنه يجب أن يتكرر نفس المسلك كلما تحققت نفس الظروف التي اتبع فيها هذا المسلك فلا توجد فترات انقطاع لا يتبع فيها نفس المسلك في نفس الظروف»<sup>(١)</sup>. فإذاً المطلوب هو تكرار العمل بالسلوك تكراراً يمنحه معنى الثبات والاستقرار<sup>(٢)</sup> ويصدق ذلك على العرف العام أو الخاص بإقليم معين أو المتعلق بطائفة معينة.

أما عن الركن المعنوي، فلا يكفي لوجود العرف اطراد الجماعة على العمل بالعادة، بل لا بد من الوجود المعنوي لديهم وهو اعتقادهم بأنها أصبحت واجبة الاتباع باعتبارها قاعدة قانونية فالأفعال والوقائع التي ينطوي عليها الركن المادي لا تكفي لتكوين قاعدة قانونية، وإنما لا بد من العنصر المعنوي لقيامها إذ هو الذي يوجب على الأفراد اتباع ذات السلوك الذي اعتادوه<sup>(٣)</sup>. كذلك فالركن المعنوي هو الذي يميز بين العرف وبين العادات الاجتماعية الفردية التي لا تدخل في إطار القانون. فسلوك الأفراد في المجتمع تحكمه عادات كثيرة لا تنطوي على الصفة القانونية الملزمة للجماعة. ومن هذا القبيل تقديم الهدايا في الأعياد والمناسبات وتقديم الهدايا للمولود الجديد وعادات البدو عندنا في تقديم الهدايا النقدية والعينية فهي عادات مجاملة للذي عزم الزواج منهم.

### التمييز بين العرف والعادة:

كذلك فالركن المعنوي هو الذي يميز العرف عن العادة الاتفاقية. فالعرف

- (١) د.عبدالمعنى البدرابي، المرجع السابق، رقم ١٤٣ - د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ١٩٧ - د. صوفي أبوطالب، المرجع السابق، ص ١٨٣.
- (٢) د.عبدالمعنى البدرابي، رقم ١٤٧ - د.عبدالمعنى فرج الصدة، المبادئ العامة في القانون، ١٩٧٧، رقم ٧٣ - د.عبدالحى حجازي، المرجع السابق، ص ٤٤٨.
- (٣) د.عبدالمعنى البدرابي، المرجع رقم ١٤٤ - د.حسن كيرة، المرجع السابق رقم ١٥٠ - د.سمير تناغو، مبادئ القانون ص ٤٣٠ - د.عبدالحى حجازي، المرجع السابق، ص ٤٤٩-٤٥٠ وما بعدها.

يتوافر له الركنان المادي والمعنوي، بخلاف العادة التي لا يتوافر لها سوى الركن المادي. بمعنى أن العادة لم تستقر في ضمير الجماعة بحيث نعتبرها من قواعد السلوك الملزمة وإنما هي مجرد عادة يستطيعون الخروج عليها دون خشية التعرض للجزاء. فهي لا تلزم الأفراد إلا إذا اتجهت إراداتهم إلى الالتزام بها. ولذا فقد سميت بالعادة الاتفاقية بمعنى أنها لا تطبق إلا إذا اتفق المتعاقدان على الالتزام بها. واتجاه الإرادة قد يكون صريحا بأن يحيلها عليها وقد يكون ضمنيا يستنتج من ظروف وملايسات التعاقد ومن معاملات المتعاقدين السابقة<sup>(١)</sup>، ولذلك يجب أن يكون المتعاقدان على علم بها. بخلاف العرف الذي يعبر عن قاعدة قانونية مفروضة على إرادات الأفراد والتي تعد حلا جبريا لمعاملاتهم فلا يستند العرف في إلزامه للجماعة إلى رضا الخاضعين له<sup>(٢)</sup>.

وقد رتب الفقه على التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية عدة نتائج أهمها:

١ - أن العرف إذ يفترض علم الكافة به ومنهم القاضي كما يفترض العلم بأي قاعدة قانونية مكتوبة، فلا يقبل من أحد الاعتذار بجهله<sup>(٣)</sup>.

أما العادة الاتفاقية فلا يفترض العلم بها، ويقع على من يريد التمسك بها إثباتها، وإثبات اتجاه الإرادة صراحة أو ضمنا إلى أعمالها.

٢ - على القاضي أن يطبق العرف من تلقاء نفسه دون طلب من الخصوم ولو كانوا يجهلون وجوده جهلا تاما.

(١) د.عبدالمنعم البدر اوي، رقم ١٤٥ - د. توفيق حسن فرج، المرجع السابق ص ١٤١ - د.حسن كيرة، المرجع السابق، رقم ١٥١.

(٢) د.عبدالمنعم البدر اوي، رقم ١٤٥ المرجع السابق - د.عبدالحى حجازي، المرجع السابق، رقم ٣٥٥.

(٣) د.عبدالحى حجازي، المرجع السابق، رقم ٣٥٦-٣٥٧ - د.حسن كيرة، المرجع السابق، ص ٢٧٩ - د. علي نجيدة، المرجع السابق، ص ٢٠١.

أما العادة الاتفاقية فهي لعدم اعتبارها قاعدة قانونية فإن القاضي لا يطبقها إلا إذا تمسك بها ذوو الشأن<sup>(١)</sup>.

## المطلب الثاني

### مفهوم العرف في الفقه الإسلامي

حجية العرف وأثرها على تحديد مفهومه :

يتفق الفقهاء على حقيقة أن للعرف أثراً في بناء الأحكام الشرعية. لكنهم يختلفون حول مدى هذا الأثر. فالبعض يرى فيه دليلاً مستقلاً من أدلة الأحكام الشرعية. والبعض الآخر يرى فيه دليلاً قاصراً يستمد قوته من غيره من الأدلة. والبعض الثالث يرى فيه مجرد دليل من أدلة تفسير النصوص وتخصيصها، لا يرمي إلى حد إنشائها على النحو المسلم به بالنسبة للمصادر الأخرى النصية والاجتهادية<sup>(٢)</sup>.

أما اعتبار العرف دليلاً مستقلاً فيظهر من ذكر بعض الفقهاء للعرف عند تعدادهم للأدلة، كما هو الحال في قول القرافي المالكي في التنقيح «أدلة الأحكام تسعة عشر ومنها العوائد»<sup>(٣)</sup>، كما يظهر من إسنادهم لكثير من الأحكام الشرعية

(١) د. عبد المنعم البدر اوي، المرجع السابق، رقم ١٤٦ - د. سمير تناغو، صفحة ٤٣٧.

(٢) الأستاذ محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ج ١، ص ٣٢٣ وما بعدها - د. مصطفى البغا، «أثر الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي»، رسالته ج ٢، ص ٢٤٢ وما بعدها.

(٣) شرح التنقيح / ١٩٩، ويقول في ذلك ابن قيم الجوزية في أعلام الموقعين: «هذا فصل عظيم جداً، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة أوجب من الحرج والمشقة وتكليف ما لا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به، فإن الشريعة مبناه وأساسها على الحكم ومصالح العباد في المعاش والمعاد، وهي عدل كلها ورحمة كلها، وحكمة كلها، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور، وعن الرحمة إلى صدها، وعن المصلحة إلى المفسدة، وعن الحكمة إلى العبث، فليست من الشريعة وإن أدخلت فيها بالتأويل، فالشريعة عدل الله بين عباده، ورحمته بين خلقه، وظله في أرضه، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسول الله ﷺ، أتم دلالة وأصدقها. الخ» ج ٣ ص ١٤، =

إليه . مثال ذلك قول بعضهم في تفسير قوله تعالى : ﴿لَيَنْفَقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ﴾ «إنه - يعني الانفاق - ليس له تقدير شرعي إنما أحاله الله تعالى على العادة وهي دليل أصولي بنى الله عليه الأحكام وربط به الحلال والحرام»<sup>(١)</sup> ، أو من بحثهم في الأدلة العقلية والعقلية على حجيته<sup>(٢)</sup> .

أما الاتجاه الثاني ، فيذهب إلى أن العرف دليل من أدلة إثبات الأحكام وتفسير النصوص وتخصيصها على حد سواء : لكنه دائماً دليل تابع لغيره من المصادر النصية أو الاجتهادية . فالأعراف التي أشارت إليها نصوص القرآن والسنة ترد إلى هذه النصوص مباشرة . والأعراف التي كانت قائمة في حياة الرسول ﷺ ، ولم يصدر عنه ما يلغيها بكون دليلها هو الستة التقريرية . والأعراف التي سلم بها أو يمكن أن تسلم من الفقهاء بعد أن ترد إلى الإجماع العملي من المجتهدين أو إلى المصلحة المرسل<sup>(٣)</sup> . وفي ذلك يقول الإمام الشاطبي في موافقاته : « . . . لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لا بد من اعتبار العوائد ، لأنه إذا كان التشريع على وزن واحد دل على جريان المصالح على ذلك لأن أصل التشريع

= ويقول القرافي المالكي في فروقه في الفرق بين قاعدة العرف القولي والعرف العملي في صدد اعتبار العرف وتغييره : «فمهما تحدد العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ، ولا تحمد على المسطور في الكتب طول عمره ، بل إذ جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستثذك لا تجره على عرف بلدك ، واسأله عن عرف بلده وأجره عليه ، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك فهذا هو الحق الواضح ، والجمود على المتقولات أبدا ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين ، ج ١ ص ١٧٦ في الفرق ٢٨ ، انظر كذلك تهذيب الفروق ج ١ ص ١٩١ ، كذلك ابن عابدين في رسالته نشر العرف - مجموعة الرسائل ج ٢ ص ١٢٥ .

- (١) ابن العربي ، القرآن ، ٤ ، ١٨٤٢ .
- (٢) في تفصيل هذه الأدلة : انظر حسنين محمود حسنين ، المرجع السابق ، ص ٧٩ وما بعدها - صالح بن غانم السدلان ، المقال السابق ، ص ١٩ وما بعدها - عمر عبدالله ، المقال السابق - د. مصطفى البغا ، المرجع السابق ص ٢٤٤ وما بعدها .
- (٣) حسنين محمود حسنين ، المرجع السابق ، ص ٩٣ وما بعدها .

سبب المصالح. والتشريع دائم فالمصالح كذلك، وهو معنى اعتباره للعادات في التشريع<sup>(١)</sup>.

وأما الاتجاه الثالث فيقصر أثر العرف على تفسير النصوص، دون تخصيصها أو إثباتها. وهذا ما يتضح من أن أنصاره لا يذكرون العرف إلا في مباحث اللغات على نحو يفصح عن تسليمهم بأثر العرف في تحديد معاني الألفاظ، ثم في مبحث التخصيص مؤكدين عدم جواز تحصيلها بالعرف<sup>(٢)</sup>.

ويمكن أن نخلص من استعراض هذه الاتجاهات بالنتائج التالية:

- ١ - إن العرف يعمل في مجالات ثلاثة متميزة هي مجال تفسير النصوص المقررة للأحكام الشرعية ومجال تخصيصها، ومجال إثباتها. وقد سلم الجميع بحجية العرف في المجال الأول، كما سلم معظمهم بحجيته في المجالين الثاني والثالث.
- ٢ - إن غالبية الفقهاء التي تسلم بحجية العرف في مجال إثبات الأحكام الشرعية تنقسم إلى فريقين: فريق يجعل منه مصدرا مستقلا للأحكام يقف إلى جانب المصادر الأخرى، وفريق يجعل منه مصدرا تابعا لها يعمل في كنفها ويقيم بمعاييرها.
- ٣ - إنه إذا ما سائرنا منطق الفريق الأخير - الذي يجعل العرف مصدرا تابعا لغيره من المصادر - فإن العرف المستجد أو الذي يمكن أن يستجد في عصرنا الحاضر، يكون تابعا للمصلحة المرسله، ويقيم بمعاييرها، بعد أن اكتملت النصوص بانتهاء عهد الرسالة، وبعد أن صار الإجماع بمعناه الدقيق مستحيل التحقيق في الوقت الراهن.
- ٤ - إنه إن كان العرف الحادث في المجتمع المعاصر يستند إلى المصلحة المرسله إلا أنه مع ذلك يتميز عن المصلحة المرسله بصورتها المجردة، في دلالاته على الأحكام الشرعية، مما يسوغ الاعتراف به مصدرا مستقلا عنها يقوم إلى جانب مصادر الشريعة الأخرى بما فيها المصلحة. «وبيان ذلك أن المجتهد عندما يبحث

(١) الموافقات، ج ٢، ٢٨٦.

(٢) د. حسنين محمود حسنين، المرجع السابق، ص ٧٨.

عن حكم فعل من الأفعال وينتهي به المطاف إلى المصلحة - بعد أن يتأكد من عدم وجود حكم في المصادر المقدمة عليها - يعتمد إلى البحث فيما يترتب على الفعل من منافع ومضار ليقره أو يمنعه تبعاً لما ينتهي إليه من رجحان أحدهما على الآخر، وبالتالي تبعاً لثبوت أو عدم ثبوت وجه المصلحة فيه. ووزن الفعل بهذا الميزان أمر تقديري يمكن أن تختلف فيه أنظار المجتهدين. أما إن وجد عرفاً بشأن مثل هذا الفعل، فهذا العرف يكون بذاته دليلاً على أن الفعل محقق لمصلحة الناس وإلا لما اعتادوا عليه. وكل ما يكون على المجتهد بحثه في حالة العرف هذه هو التأكد من كون العرف صحيحاً لا يخالف مقتضى الأدلة القطعية المقدمة عليه. ولذلك فالعرف يعتبر مصدراً متفرداً للأحكام الشرعية وإن يكن مصدراً تبعياً يستمد دلالاته من المصادر الأخرى<sup>(١)</sup>.

#### العرف هو مجرد الاعتياد على قول أو فعل :

يعرّف الفقهاء العرف بصفة عامة بأنه «ما ألفه الناس واعتادوا عليه، واستقر في نفوسهم من جهة العقول، وتلقته طباعهم السليمة بالقبول»<sup>(٢)</sup>. وهذا التعريف يكشف عما يميز العرف في الفقه الإسلامي عنه في الفقه القانوني المعاصر. فالعرف هو مجرد الاعتياد المطرد المستقر، ليس إلا، وليس يلزم له ركن آخر على غرار الركن المعنوي المقول به في الفقه القانون المعاصر.

والمقصود بالاعتياد هو اعتياد الناس أو طائفة أو جماعة منهم على قول أو فعل معين. وهذا الاعتياد لا يكون عرفاً إلا إذا كان اعتياداً جماعياً أي صادراً عن

(١) د. مصطفى الجمال، الشريعة الإسلامية وأزمة مصادر القانون في الوطن العربي، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، عدد تذكاري بمناسبة اليوبيل الذهبي لكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية، ١٩٤٢-١٩٩٢، ص ٣١٥.

(٢) د. حسين محمود حسنين، العرف والعادة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار القلم، ١٩٨٨، ص ٤١ - الأستاذ محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ص ٣١٥ وما بعدها - انظر مصطفى البغا، المرجع السابق، ص ٢٤٢، وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقا في المدخل الفقهي العام بأنه «عادة جمهور قوم في قول أو فعل»، ج ٢، رقم ٤٨٣، ص ٨٤٠.

مجموع من الناس يكونون طائفة أو جماعة تتحدد بالمكان أو المهنة أو بغير ذلك أو تشمل المسلمين كافة<sup>(١)</sup>، كما لا يعتبر عرفاً إلا إذا استمر العمل به في جميع المناسبات أو أغلبها بين الذين عملوا به، فإن اطرده العمل به أو لم يطرده، فلا يعد عرفاً<sup>(٢)</sup>.

ويعبر بعض الفقهاء عن هذا المعنى باشتراطه في العرف أن يكون عاماً أي شائعاً مستفيضاً بين من تعارفوه<sup>(٣)</sup>، كما يعبر عنه البعض الآخر بقولهم: «إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت»<sup>(٤)</sup>. والمراد بذلك أن يكون الاعتياد حاصلًا في أكثر الحوادث حتى وإن لم يحصل في بعضها.

#### وحدة العرف والعادة من حيث الجوهر:

من الواضح أن تعريف العرف على النحو السابق، والاكتفاء لقيامه بتوافر ركن الاعتياد، من شأنه أن يؤدي إلى وحدة العرف والعادة من حيث الجوهر. لكن تتبع كل من الاصطلاحين في الفقه الإسلامي، يكشف أنهما لا يستخدمان دائماً بمعنى واحد. والحقيقة أن هناك ثلاثة اتجاهات في هذا الصدد.

الاتجاه الأول يرى بالفعل أن الاصطلاحين مترادفان، لا فرق بينهما في المعنى. وهذا ما يراه النسفي في المستصفى، وابن عابدين في رسالته نشر العرف حيث يقول: «العادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكرارها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة، حتى صارت حقيقة عرفية، فالعادة والعرف بمعنى واحد من حيث المصدوق، وإن اختلفا من حيث المفهوم»<sup>(٥)</sup> والرهاوي في شرح المنار، وابن

(١) أ.د. مصطفى الجمال، النظرية العامة للقانون، الجزء الأول، القاعدة القانونية، ١٩٨٨، ص ٢٩٩.

(٢) د. حسين محمود حسنين، المرجع السابق، ص ٤٩.

(٣) المرجع السابق، ص ٥٠ - د. صالح بن غانم السدلان، البحث السابق، ص ٢٨.

(٤) الأشباه والنظائر للسيوطي، ٨٢، الأشباه لابن نجيم، تحقيق محمد مطيع الحافظي ص ١٠١ وما بعدها.

(٥) ابن عابدين نشر رسالة العرف، مجموع رسائله، ج ٢ ص ١٢٥ وما بعدها.

نجيم في الأشباه والنظائر، وعلي حيدر في شرحه للمادة السادسة والثلاثين من مجلة الأحكام العدلية، والشيخ عبد الوهاب خلاف في علم أصول الفقه<sup>(١)</sup>.

والاتجاه الثاني يرى أن العرف أعم من العادة، بمعنى أن اصطلاح العرف ينصرف إلى كل ما تعارف عليه الناس من قول أو فعل، أما اصطلاح العادة، فيتنصرف إلى مجال واحد من مجالات العرف، هو مجال الأفعال، وبعبارة أخرى فاصطلاح العرف اصطلاح واسع يشمل ما اعتاده الناس من قول أو عمل. أما اصطلاح العادة، فيتنصرف إلى ما اعتاده الناس من عمل. ومن هذا الاتجاه الكمال بن الهمام، والبزدوي وصاحب التلويح<sup>(٢)</sup>.

والاتجاه الثالث يرى - على العكس من الاتجاه السابق - أن العادة أعم من العرف. إن العادة تنصرف إلى مطلق الأمر المتكرر، بصرف النظر عما إذا كان هذا الأمر قولاً أو فعلاً يرتبط بالإنسان بعلاقة عملية، على النحو المتقدم، أو كان أمراً من أمور الطبيعة كالحيض والحمل والحرارة والبرودة التي تجعل البلوغ عادة مبكرة أو متأخرة<sup>(٣)</sup>.

ويتضح من هذا العرض أمران على جانب كبير من الأهمية لفهم نظرية العرف في الشريعة الإسلامية:

الأول هو أن مصطلح العادة ينصرف عند إطلاقه إلى قواعد العلوم الطبيعية وقواعد العلوم السلوكية على حد سواء. الذي يغنينا هنا في هذا المقام - مقام مصادر القانون - هو القواعد السلوكية وحدها. ولذلك فمصطلح العادة بالمعنى الأخير الواسع غير منتج في دراستنا للعرف بحسبانه مصدراً للقانون.

(١) د. حسنين محمود حسنين، المرجع السابق، ص ١٣ - د. صالح بن غانم السدلان، المقال السابق، ص ١٥ وما بعدها - د. مصطفى البغا، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

(٢) د. حسنين محمود حسنين، المرجع السابق، ص ١٣.

(٣) الأستاذ مصطفى الزرقا / المدخل الفقهي العام / ج ٢ رقم ٤٨٥. حسنين محمود حسنين / المرجع السابق / ص ١٤.

الثاني أن الفقهاء يميزون بوضوح بين الاعتياد على القول والاعتياد على العمل، لكن بعضهم يستخدم مصطلح العرف ومصطلح العادة للتعبير عن الاعتياد بنوعيه القولية والعملية. أما البعض الآخر فيصرف اصطلاح العادة إلى الاعتياد القولية وحده ويصرف اصطلاح العرف إلى الاعتياد العملية وحده.

ونخلص من ذلك إلى أن الفقه الإسلامي لا يميز بين العرف والعادة، على النحو الذي يذهب إليه فقه القانون، وأنه ليس هناك سوى جوهر واحد أو مفهوم واحد، هو الاعتياد على القول أو الفعل، يمكن تسميته بالعرف، كما يمكن تسميته بالعادة، وأنه إذا ما أراد الباحث مزيداً من التحليل لظاهرة الاعتياد كمصدر للأحكام، فإنه يمكنه التمييز بين الاعتياد القولية والاعتياد العملية، وإطلاق مصطلح العادة على الاعتياد القولية، والإبقاء على مصطلح العرف للتعبير عن الاعتياد العملية وحده.

وهذا ما يؤكد ما سبق أن قلناه من أن العرف في الفقه الإسلامي - قولياً كان أو عملياً - يتكون من ركن واحد هو ركن الاعتياد ويتميز لذلك عن العرف في مفهوم الفقه القانوني المعاصر، والذي يتكون من ركنين هما ركن الاعتياد وركن الاعتقاد في إلزام هذا الاعتياد.

### المطلب الثالث

#### مفهوم العرف في قانوني المعاملات المدنية والمعاملات التجارية

مفهوم العرف في النصوص المنظمة لموضوعات المعاملات المدنية والتجارية. رأينا في المبحث الأول من هذه الدراسة أن النصوص التشريعية التفصيلية تحيل إلى العرف صراحة كلما احتاجت إليه لتفسير المقصود بها أو اتخذت منه ضابطاً لتفصيل أحكامها، أو سمحت له بالقيام إلى جانبها ليكون بديلاً عنها. ومن السهل التسليم بأن المقصود بالعرف المحال عليه في هذه الحالات هو العرف بمفهومه الفقهي الإسلامي، الذي يتكون من عنصر واحد هو عنصر الاعتياد، والذي لا يتميز عن العادة.

ففيما يتعلق بالعرف المفسر لألفاظ النص التشريعي، يلاحظ أن الأمر لا يتعلق بتقرير قواعد قانونية للسلوك بالمعنى المعروف لهذه القواعد، وإنما يتعلق بمجرد تحديد معاني الألفاظ أو المصطلحات المستخدمة في النص التشريعي أو النص العقدي. ومن ثم فيكفي أن يصرف العمل اللفظ أو الاصطلاح المستخدم إلى معنى خاص غير معناه اللغوي حتى يؤخذ بهذا المعنى الخاص في تفسير النص. وهذا ما أكدته المشرع ذاته في المواد التي خصصها للقواعد الأصولية الفقهية للتفسير وأعني بها المادة ٣/٤٦ من قانون المعاملات المدنية بقولها «ترك الحقيقة بدلالة العادة»، والمادة ٤٧ من هذا القانون بقولها «استعمال الناس حجة بحب العمل بها»، ثم أعاد النص عليه بصدد تفسير العقود في المادة ٢/٢٥٨ «بقولها الأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي».

وفيما يتعلق بالعرف المفصل للمعايير التي يتضمنها النص التشريعي، يلاحظ كذلك أن المشرع إنما يحيل إلى العرف نكولاً عن وضع حكم واحد ينطبق على جميع الناس في جميع الظروف والأحوال التي تمر بها أوضاع المسألة التي يشرع لها، نظراً لأن كل وضع منها يحتاج إلى معاملة خاصة به، فيكتفي لذلك بوضع المعيار أو المبدأ العام الذي يهتدي به في حلها، محيلاً إلى العرف لاستنباط الحكم الخاص بكل وضع من هذه الأوضاع بالتطبيق لهذا المعيار أو المبدأ العام. ومن ثم فالأمر لا يتعلق في الواقع - وفي هذه الحالة وهي حالة العرف المفصل - بالإحالة إلى قاعدة قانونية مكتملة بالمعنى المفهوم لهذه القاعدة، وإنما يتعلق بالإحالة إلى ما اعتاده الناس، بصرف النظر عن مدى اعتقادهم في إلزام هذا الذي اعتادوا عليه. وكثيراً ما يكون هذا المعنى واضحاً تماماً من العبارة التي يختارها المشرع ذاته. وهذا هو الشأن مثلاً في النصوص التي تحيل إلى معيار الشخص العادي لتحديد التزام أحد المتعاقدين كالمودع لديه أو المستعير أو المستأجر، أو لتحديد واجب الكافة في التزام الحيطه والحذر عند مباشرة النشاط. وهذا هو الشأن أيضاً في النصوص التي تحيل إلى العرف والعادة معاً، كما هو الحال مثلاً في نص المادة ١٠٦ من قانون المعاملات المدنية التي تجعل استعمال الحق غير مشروع «إذا

تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة»، حيث تسوى بين العرف بمعناه الضيق الذي لا يتسع للعادة المجردة عن الاعتقاد بالإلزام، كما يتسع للعرف بمعناه الواسع الذي يشملها.

وأما فيما يتعلق بالعرف البديل عن النصوص القانونية المكمل، فقد يبدو الأمر على خلاف ذلك نظراً لأن النصوص التشريعية التي تحيل إلى العرف تقدم المسألة في صورة قاعدتين قانونيتين متعارضتين إحداهما تشريعية متنتحية والأخرى عرفية تتقدم لتأخذ مكانها، مما يفيد ضرورة أن تكون للقاعدة الأخيرة صفة القاعدة القانونية الكاملة التي تحتوي على الركنين المادي والمعنوي معاً. لكن التعمق في فهم النصوص القانونية المكمل، بجميع أجزائها، دون عزل العرف عن بقية أجزاء النص، يؤكد تماماً عدم صحة هذا التصور. ذلك أن النص المكمل لا يتحدث عن قدرة العرف وحده على مخالفته، وإنما يتحدث كذلك عن مخالفة الاتفاق له، ويسوى بذلك بين منزلة العرف ومنزلة الاتفاق المخالف. ومن المسلم به أن العادة - العارية عن العنصر المعنوي - تنزل منزلة الاتفاق تأسيساً على انصراف إرادة الفرقاء إليها إما صراحة وإما ضمناً بمجرد عدم الاتفاق على خلافها. وهذا ما أكدته المشرع ذاته في أكثر من نص من النصوص التي أوردتها بشأن قواعد الأصول الفقهية التفسيرية. فقد نصت المادة ٥٠ من قانون المعاملات المدنية على أن «المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً»، مما يقطع بأن المقصود بالعرف في هذا المقام معنى واسع يشمل العرف بالمعنى الضيق المتعارف عليه في الفقه القانوني المعاصر، والعادة على حد سواء، ويتلاقى مع مفهوم العرف في الشريعة الإسلامية. كذلك فقد نصت المادة ٥١ من هذا القانون على أن: «التعيين بالعرف كالتعيين بالنص». والمقصود بالنص في هذا المقام النص التشريعي والنص العقدي على حد سواء. وقد عاد المشرع مرة أخرى إلى تأكيد هذا المعنى بنصه في المادة ٢٦٤ من قانون المعاملات المدنية على أن «المعروف بين التجار كالمشروط بينهم».

ولا يبقى بعد ذلك سوى حالة العرف المستقل عن النص التشريعي الذي يقوم

بوظيفة ملء الفراغ الناشيء عن غياب هذا النص. وهذا ما لا يمكن مواجهته إلا من خلال محاولة التعرف على مفهوم العرف في نص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية والمادة الثانية من قانون المعاملات التجارية، اللتان تحددان مصادر القانون ومن بينها العرف.

### مفهوم العرف في النصوص المبينة لمصادر القانون:

لم تعرض المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية، التي تحدد مصادر القانون، ومن بينها العرف، لتحديد المقصود بالعرف فيها. ومع ذلك فموضع العرف من المصادر الاحتياطية التي عدتها هذه المادة توحى بأن المقصود بالعرف معناه في الفقه القانوني المعاصر، الذي يتطلب لقيامه توافر الركن المعنوي إلى جانب الركن المادي، وهو ركن الاعتقاد، على نحو يتميز معه عن العادة. فقد أورد النص العرف بعد الشريعة الإسلامية، واستقلالاً عنها، مما قد يوحي بأن المقصود بالعرف في هذا المقام، معنى مخالفاً لمعناه في الشريعة الإسلامية، ومتميزاً عنه.

أما قانون المعاملات التجارية، فهو بدوره يوحي بأن المقصود بالعرف معناه في الفقه القانوني المعاصر. ذلك أن المادة الأولى من هذا القانون لم تذكر الشريعة الإسلامية بين مصادر هذا القانون. وإذا كنا قد رأينا أن ذلك لا يؤدي إلى استبعاد أحكامها القطعية، فإن وظيفة الشريعة الإسلامية في هذا المقام هي مجرد الرقابة على شرعية العرف التجاري، لا تحديد مفهومه.

لكن إذا كان نص المادتين، الأولى من قانون المعاملات المدنية والثانية من قانون المعاملات التجارية، يوحي بأن المقصود بالعرف فيهما - ذلك العرف الذي يقوم بوظيفة سد النقص في التشريع - هو معناه في الفقه القانوني المعاصر، الذي يتطلب لقيامه ركناً معنوياً، إلى جانب الركن المادي، ويفصل بينه وبين العادة، وليس مفهومه في الفقه الإسلامي، الذي يكتفي بالعنصر المادي وحده ويجعل العرف مرادفاً للعادة إذا كان ذلك، فإن هذه النتيجة تعارضها الأدلة المستمدة من المنقول والمعقول على حد سواء.

أما عن المنقول، فيمكن القول في ضوء إجماع النصين السابقين عند تحديد مقصودهما من العرف، بأن هناك نقصاً تشريعياً محله تحديد المقصود بالعرف في القانون الخاص. وهذا النقص يرجع فيه، بصدد المعاملات المدنية، لنص المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية، التي تجعل الشريعة الإسلامية، وفقاً لأنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد، ثم من مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبو حنيفة، هي القانون الواجب التطبيق لسد النقص في التشريع. وقد سبق أن رأينا أن هذه المذاهب المختلفة تأخذ العرف بمعنى مجرد الاعتياد على السلوك دون أن تتطلب لقيامه وجود ركن معنوي.

يضاف لذلك أن المصدر التاريخي للنصوص التشريعية أداة من أدوات تفسيره، وأن المصدر التاريخي لقانون المعاملات المدنية - أو على الأقل مصدره التاريخي الأساسي - هو الفقه الإسلامي، على نحو يوصل إلى اعتماد المفهوم الذي تبناه الفقه الإسلامي للعرف.

أما في قانون المعاملات التجارية، فالنقص في التشريع يكمله العرف التجاري ذاته. ومن المسلم به أن العادة، مجرد العادة التي لا يتوافر لها العنصر المعنوي وهو عنصر الإلزام، تؤدي دوراً خطراً لا يمكن إغفاله في سد هذا النقص، حتى إن فقه القانون التجاري لا يتحدث في هذا الصدد عن أعراف أو حتى عن عادات، بقدر ما يتحدث عن مجرد ممارسات عملية. وإذ لم يعرض نص المادة الثانية من قانون المعاملات التجارية للعادات أو الممارسات التجارية بجانب العرف، فإن هذا المسلك يستدعي القول بأنه قصد بالعرف معنى واسع يستوعب هذه العادات والممارسات. ولذلك فرغم اختلاف المصادر الاحتياطية واختلاف ترتيبها في كل من قانون المعاملات المدنية وقانون المعاملات التجارية، فالنتيجة واحدة، هي الاكتفاء في العرف بركنه المادي وعدم التمييز بينه وبين العادة.

أما عن المعقول، فقد لاحظ البعض أن التفرقة بين العرف والعادة الاتفاقية على أساس توافر عنصر الإلزام في العرف وعدم توافره في العادة الاتفاقية هي تفرقة تحكمية محضة، إذ «ليس من السهل التمييز في حياة الناس بين سلوك اعتادوا عليه

إلى درجة الشعور بضرورة احترامه، وسلوك اعتادوا عليه دون أن يصل إلى هذه الدرجة فإما اعتياد وإما لا اعتياد ولا مرحلة ثالثة يمكن إضافتها إليهما<sup>(١)</sup>.

وقد كشف بعض الفقهاء أن «الاعتقاد بالإلزام أمر يفضي إلى الدور والوقوع في حلقة مفرغة، وبيان ذلك أن القاعدة العرفية لا تنشأ إلا إذا كان عند الأفراد اعتقاد في إلزاميتها في حين أن الاعتقاد بالإلزام يعني أن قاعدة ما قد نشأت، وبمعنى آخر أن العرف كقاعدة قانونية لا بد أن يكون ملزماً، وإلا لما اعتبر قاعدة، فقولنا: إن العرف لا يتكون إلا إذا اعتقدنا أنه ملزم أمر لا يستقيم، لأن الاعتقاد بأنه ملزم إنما يعني أنه قاعدة وفي نفس الوقت لا يعتبر قاعدة إلا إذا اعتقدنا أنه ملزم وهذا هو معنى الدور<sup>(٢)</sup>.

وقد كانت هذه الملاحظات سبباً لعدول كثير من الفقهاء بالفعل عن اعتبار الركن المعنوي في وجود العرف، وانتهوا إلى أن مجرد قيام العادة يكفي لإنشاء القاعدة القانونية العرفية<sup>(٣)</sup>، أكثر من ذلك «فليس بصحيح أن القاضي في الحياة القانونية المعاصرة يعامل القاعدة العرفية معاملة القاعدة التشريعية من جميع الوجوه. فكثيراً ما يضطر القاضي إلى طلب إثبات ما هو عرف في تقدير فقهاء القانون من الخصوم خلافاً للمقرر من الناحية النظرية. وعلى العكس من ذلك فكثيراً ما يطبق القاضي ما هو مجرد عادة اتفاقية من غير أن يطلب من الخصوم ذلك ويعاملها بالتالي معاملة القاعدة التشريعية»<sup>(٤)</sup>.

(١) د. مصطفى الجمال، الشريعة الإسلامية وأزمة مصادر القانون في الوطن العربي، المقال السابق، ص ٣٢٤ بالهامش.

(٢) العبارة للدكتور حسنين محمود حسنين / المرجع السابق ص ٤٥ / وانظر كذلك د. عبدالحى حجازي / المدخل للعلوم القانونية / ص ٤٥١ / والمراجع المشار إليها في هامش (١) من هذه الصفحة.

(٣) بكر القباني، العرف كمصدر للقانون الإداري، ص ١٩، حيث يشير إلى الفقه الألماني وعلى رأسه الفقيه زيتلمان / عبدالحى حجازي، المرجع السابق / ص ٤٥١ والمراجع المشار إليها فيها.

(٤) مصطفى الجمال / النظرية العامة للقانون / المرجع السابق، ص ٣٠٠ بالهامش.

## الخاتمة

١ - إن العرف يقوم بوظائف أربع في القانون الخاص لدولة الإمارات العربية المتحدة هي تفسير ألفاظ النصوص التشريعية والعقدية، وتفصيل الأحكام التشريعية، ومشاركتها مجال ولايتها، وسد الفراغ الناشيء عن غيابها.

٢ - إن العرف يتقدم على الشريعة الإسلامية في أداء الوظائف الثلاث الأولى في شأن المعاملات المدنية، كما يتقدم على أحكام الشريعة الإسلامية غير القطعية في أداء الوظيفة الرابعة والأخيرة في شأن المعاملات التجارية، بينما تتقدم عليه أحكام الشريعة الإسلامية القطعية في أداء هذه الوظيفة الرابعة.

٣ - إن المقصود بالعرف في القانون الخاص لدولة الإمارات العربية المتحدة، هو معناه في الشريعة الإسلامية، بحيث يقوم العرف بمجرد توافر عنصر الاعتقاد، دون أن يكون هناك محل للتمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية. وهذا المفهوم ينطبق على جميع أنواع العرف، المفسر والمفصل والبديل عن التشريع والنائب عنه في حالة غيابه، دون تمييز في ذلك بين المعاملات المدنية والمعاملات التجارية.

وقد يكون من نافلة القول الإشارة في النهاية إلى أن قلة المراجع في المبحث الأول من هذا البحث مرجعه أن محل الدراسة فيه كان هو الاستقصاء المباشر للنصوص التشريعية وموقع العرف منها، أكثر من تجميع ما تعود الفقه على ترديده في هذا المجال.

تم بحمد الله وتوفيقه،