"العرف و أثره في استنباط الحكم القانوني"

م .د . كاظم حمادي يوسف الحلفي

الجامعة المستنصرية- كلية القانون

lawyeralhilfy@gmail.com

م .د . صدام بدن رحيمة الساعدي

كلية الرافدين الجامعة _ قسم القانون

Saddam.bedan@gmail.com

المستخلص :

ان العرف تارة يستدل به على تفسير أرادة المتعاقدين ، وتارة أخرى يستدل به على تحديد موضوع العقد وبيان نطاقه القانوني ، وذلك لان القانون المدني جاء منسجما مع العرف ومؤكدا عليه ، فالعرف لا يقل في اهميته عن كونه دليلا كاشفا عن الحكم القانوني كما في تحكيمه بالفصل بين المعنى الحقيقي المتروك والمعنى المجازي المعمول به، ومثل هذه المعاني تختلف باختلاف المكان والزمان ، فهذه المعاني يفسرها العرف وهي كثيرة من ذلك ، كما تظهر أهميته بوصفه دليلا منشئا للحكم القانوني عندما يتعلق الأمر بتحديد مضمون العقد، وما يشتمل عليه من تفصيلات لم يتم الاتفاق عليها بين الاطراف المتعاقدة ، فهذا المضمون يكمله العرف وله مواطن عديدة ، إذ تمثل قواعد التطبيق العملي أي العرف مبدأ من مبادئ القانون بسبب اشتراكها مع قواعد القانون في مميزاته العامة فهي قواعد تطبيق عامة مجردة تنظم سلوك الافراد مع الاعتقاد بإلزاميتها ، ومن ثم اصطلح على قواعد التطبيق العملي بمصطلح القانون غير المدون. فالعرف و التشريع الى جانب مبادئ الشريعة الاسلامية ،وقواعد العدالة يمثلون المصادر الرسمية لقواعد القانون المدني وان كان ترتيب اهميتها يختلف باختلاف

النظم السياسية في كل دولة. وهو ما يضفي الاهمية والاثر البالغ على هذا المصدر الذي يعد أنه الأبرز بين كل المصادر الأخرى ،وبغض النظر عن الترتيب الذي يشغله.

الكلمات الرئيسية : القاعدة العرفية ، حجية العرف ، عرف مفسر ، عرف مكمل .

Abstract:

The custom is sometimes inferred to explain the will of the contracting parties, and at other times it is inferred to determine the subject of the contract and indicate its legal scope, because the civil law came in harmony with the custom and confirms it. The left real meaning and the metaphorical meaning in force, and such meanings vary according to place and time, as these meanings are interpreted by custom and are many of that, and its importance appears as a guide that establishes the legal rule when it comes to determining the content of the contract, and the details that it contains that were not agreed upon between The contracting parties, this content is complemented by custom and has many aspects, as the rules of practical application, i.e. custom, represent a principle of law because of their participation with the rules of law in its general characteristics. They are abstract general application rules that regulate the behavior of individuals with the

belief in their binding, and then the rules of practical application are termed as The unmodified law.

Custom and legislation, along with the principles of Islamic law, and the rules of justice represent the official sources for the rules of civil law, although the order of their importance varies according to the different political systems in each country. This gives great importance and influence to this source, which is considered to be the most prominent among all other sources, regardless of the order it occupies.

Keywords: customary rule, authoritative custom, interpreted custom, complementary custom.

المقدمة :

أولا- التعريف بموضوع البحث

يعد العرف من المصادر المهمة في القانون بصورة عامة إذ يمتاز بطبيعته المتطورة، وبقدرته على مسايرة الأحوال المتغيرة للحياة الاجتماعية، وقد كان فيما مضى المصدر الرئيس، والفعال في المعاملات بين الأفراد قبل أن تجعله مصدرا ثانويا حركة تقنين القواعد القانونية ،إذ يرتبط ظهوره بظهور القبائل، والتجمعات البشرية بصورتها الأولية، وحتى قبل أن تتخذ مفهوم الدول بشكلها المعاصر، حيث برزت حقبة التقاليد العرفية حتى ترسخت متخذة شكل القاعدة القانونية في مفهومها العام ، ومع ان العرف في وقتنا الحاضر يعد مصدرا ثانويا للقانون المدني ، غير انه في حالات مهمة من الحياة العملية تبرز حاجته في معالجة الكثير من المعاملات العالقة بين الافراد التي تعتمد على قواعد التطبيق العملي ، سواء في تفسير عبارات العقود، أو في تكملتها ، فهو بمنزلة المظهر الخارجي للشعور الانساني الذي يتكون من أفعال، وسلوك متكرر بصفة مستمرة ومشتملة على الاعتقاد بإلزاميتها كقاعدة قانونية واجبة التطبيق .

ثانيا – أهمية البحث

تتجلى أهمية البحث في إيضاح حدود أعمال قواعد التطبيق العملي أي العرف لاسيما عند تطبيقها بصدد منازعات تتعلق بعبارات عقد قصدها المتعاقدان او لا ، وسواء أكانت هذه العبارات واضحة أم يشوبها الغموض ، ففي عقود الاذعان قد تكون عبارات العقد واضحة ، غير أن الاستعجال، و الحاجة للسلعة، او الخدمة محل العقد قد لا تسعف المتعاقد في فهم عبارات العقد ، كما قد يتعلق تطبيق هذه القواعد بصدد منازعات حول مسائل تفصيلية لم يتناولها المتعاقدان بالتنظيم ، لذلك يعد العرف بقواعده العملية وسيلة وطريقة مهمة تسعف الافراد المتنازعين في أنقاذ ما يمكن إنقاذه من معاملاتهم ، كما أنه مصدر يلهم القضاء في التوصل للقصد الحقيقي لإرادة المتعاقدين ، سواء من أجل التوصل الى معاني الألفاظ المستخدمة في عقودهم ،أم من أجل تكميل مضمونها .

ثالثا ـ نطاق البحث

يتحدد نطاق بحثنا حول دراسة حالات تطبيق العرف ، وكيف يساعد القضاء في مواجهة منازعات تتعلق بإرادة المتعاقدين وتحديد مقصدها ، وذلك في ظل القواعد المفسرة، والمكملة الواردة في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١وتعديلاته ، وهذه الحالات التي تمثل محل قواعد التطبيق العملي عموما ، منها ما يتعلق بمواجهة العبارات الواضحة ، والغامضة في تعاملات الافراد ، ومنها ما يعمل على أكمال القواعد القانونية ، وهو موضوع دراستنا .

رابعا ـ منهجية البحث

بالنظر لأهمية البحث والأثر البالغ للعرف في إنقاذ ما يمكن إنقاذه من العقود وفض المنازعات ومن أجل تكوين رأي قانوني وعلمي سليم في إطار أثر العرف في استنباط الحكم القانوني ، فقد آثرنا أن نتبع في دراستنا لهذا الموضوع المنهج الوصفي، و التحليلي القانوني من خلال تحليل الآراء، والمواقف، وتمحيصها وبيان مدى تطابقها مع أحكام نصوص القانون المدني العراقي، فكل ذلك يكون سببا في التأصيل والمقارنة كلما كان لذلك محل، للتوصل لكل حل جديد قد يغني الفكر القانوني ويعزز العدالة في المجتمع .

خامسا ـ خطة البحث

إن إتباع تلك المنهجية في البحث تتطلب أن نقسمه إلى مبحثين، نتعرض في المبحث الاول لماهية العرف في ثلاث مطالب نبين فيهما مفهوم العرف والعادة بوجه عام لتحديد عناصره

ومن ثم نوضح حجيته وشروطه ، لنقف بعد ذلك على كيفية أثبات العرف ورقابة المحكمة عليه، وبعد ذلك نبين في المبحث الثاني أقسام العرف أيضا في ثلاث مطالب ، نوضح فيها العرف المفسر، والعرف المكمل ، والعرف المخالف لكل منها مطلب مستقل .

المبحث الأول

ماهـــــــــــــية العـــــــــــــرف

لاشك أن تحديد كنه العرف، وحقيقته يقتضي أولا بيان مفهومه ، ومن ثم تمييزه عن العادة لتتضح بعد ذلك عناصره (مطلب أول) ، كما ان الوقوف على فحوى، ومضمون العرف تستوجب إيضاح حجية وبرهان الاستدلال به ، وإيضاح شروطه (مطلب ثاني) ،وبعد ذلك تتطلب حقيقته إقامة الدليل على وجوده من عدمه أمام القضاء بإثباته ورقابة محكمة التمييز عليه (مطلب ثالث).

المطلب الأول

مفهوم العـــــــرف

يعد العرف مصدرا مساعدا للقانون ، ونشاطه يتضح بوصفه الدليل الواقعي الذي تتدفق منه سلوكيات الأفراد وطموحاتهم في ضوء حاجاتهم على مر الازمان وفي مختلف البيئات ، وإذا كان كل من العرف والتشريع يعد من مصادر القاعدة القانونية ، إلا أن العرف مختلف عن التشريع ، ذلك أن الأخير لا يرى النور ولا يشرع الا من جهة مختصة ، أما العرف فهو خلاصة ، وخاتمة ما اعتاد الناس عليه وتكرر منهم لفترة معينة من سلوك قد يكون إيجابي ، أو سلبي معين، مع الاعتقاد بإلزامية هذا السلوك ،والاعتقاد هنا لا يراد منه الوهم الذي يخالف الواقع والباقي في الاذهان ، إنما هو السلوك المصمم عليه ، وما عقد عليه

العقل ، والقلب ، لذا يذهب البعض ([1])، في تعريفه للعرف بأنه " ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول، أو فعل، أوترك ويسمى العادة "

كما يعرف بأنه " ما اعتاد الناس من المعاملات واستقامت عليه أمورهم " ([2])

فيلاحظ من هذه التعريفات بأنها تساوي بين العرف والعادة فهل يوجد فرق بينهما ؟

إن العادة في اللغة تطلق على تكرار الشيء مرة بعد أخرى ، قال الله تعالى ((***ربنا أخرجنا منها فإن عدنا فإنا ظالمون***)) ([3]) ، وأيضا قال تعالى ((***ولو ردوا لعادوا لما نهوا عنه***)) ([4]) .

لذا يذهب الفقه في التمييز بين العرف والعادة الى عدة أراء :

يذهب الرأي الاول ([5]) ، الى أن المراد بالعادة هي ما أعتاده الناس بالأعمال التي يمارسونها أي العرف العملي، وهو ما اعتاده الناس من فعل وجرى عليه عملهم ، كما في اعتياد الناس في البيع والشراء بالمعاطاة ، وتقسيم مهر الزوجة إلى معجل ومؤجل، فالمعاطاة هو كل عقد يتم بالأفعال لا بالألفاظ ، كأن يعطى البائع المبيع بقصد إنشاء الايجاب ويقدم المشتري الثمن بقصد إنشاء القبول ، وأصطلح عليه بالمعاطاة لأنه عقد يتم بالعطاء ،والتناول ([6]).

، أما المراد بالعرف هو ما تكرر باللسان أي بالقول فهو عرف قولى ، **فالعرف القولي** هو ما تعارف عليه الناس وكرروه في أغلب ألفاظهم، بأن يبتغوا بها مقصدا معينا غير الموضوع لها، كما في إطلاق لفظ الولد على الذكر ، وليس الأنثى مع ان القرآن الكريم يطلق هذا اللفظ على كل من الذكر ، والانثى قال عز وجل {يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين} ([7])، وإطلاق مصطلح اللحم على غير الأسماك ، مع أن القرآن الكريم يعد الأسماك من اللحوم ، قال عز وجل { وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا } ([8]) .

([1]) ينظر: الشيخ علي كاشف الغطاء – مصادر الحكم الشرعي والقانون المدني – مطبعة الأداب ، النجف الأشرف ، المجلد ١ ، الطبعة ١ ، ١٩٨٨ ، ص ١١٨ .

([2]) ينظر: عبد الوهاب خلاف – علم أصول الفقه وخلاصة تاريخ التشريع الاسلامي – مكتبة الدعوة ، القاهرة ، ١٩٥٦، ص ٢٣.

([3]) الايه (١٠٧) من سورة المؤمنون

([4]) الايه (٢٨) من سورة الانعام

([5]) ينظر: صالح عوض – أثر العرف في التشريع الاسلامي – دار الكتاب الجامعي ، القاهرة ، ١٩٨١، ص ٨١ .

([6]) ينظر: العلامة الشيخ محمد جواد مغنيه – فقه الامام جعفر الصادق (ع) – ج٣ ، أنتشرات قدس محمدي ، ٢٠١٦ ، ص ١١١.

([7]) الايه (١١) من سورة النساء

([8]) الايه (١٤) من سورة النحل

أما الرأي الثاني ([1]) ، ذهب الى أن العرف يغاير العادة من حيث أن التمييز بينهما يتعلق بالعموم والخصوص المطلق ، فالعادة تعد أشمل من العرف مطلقا ، حيث يطلق على العادة الجماعية - العرف ـ ويطلق على العادة الفردية، العادة ،أي أن كل عرف عادة ولايصح العكس

أذ يذهب هذا الرأي الى أن العادة أعم و أشمل من العرف ، فالأخير نوع منها لان العادة هي السلوك المتكرر المأخوذ من العود أي المعاودة بمعنى التكرار فإذا صدر من الأنسان فعل وتكرر منه حتى اصبح عليه من اليسير إتيانه وصعب عليه تركه ، سمي هذا الفعل عادة له ، وسواء كان الفعل صادرا من فرد، أو من الجماعة فيطلق على الأولى عادة فردية ، ويطلق على الثانية عادة اجتماعية والعرف حسب قولهم لا يكون إلا على النوع الثاني أي الجماعي .

أما الرأي الثالث ([2]) ، فقد ذهب الى أنه لا فرق بين العرف والعادة ، فإذا كان ثمة فرق بين العرف والعادة بحقيقتهما اللغوية من حيث ان العرف بمعنى المعروف والعادة بمعنى التكرار ، إلا انه في لحاظ حقيقتهما العرفية الخاصة لا فرق.

وإذا كان هذا ما أكده المشرع المدني العراقي الذي إستعمل كل من العرف والعادة في نصوص متفرقة كمترادفين في المعنى ، غير انه لا يمكن إغفال الفرق الجوهري بينهما وهو الالزام ، حيث جاء في المادة (١٣١) من القانون المدني العراقي على إنه ((يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف والعادة)) كما تنص المادة(١٥٦)على إنه ((تترك الحقيقة بدلالة العادة)) ، بمعنى إذا كان المفهوم الواقعي مهجورا بفعل العادة فيصار عندئذ الى المقصد المجازي ، مثل القول للنائم أقعد أي إستيقظ من النوم ، فالمعنى الحقيقي اللغوي يتمثل بالانتقال من العلو الى السفل جلوسا ، أما العادة ومعناها المجازي يتحدد في الانتقال من السفل الى العلو استيقاظا .

كما جاء في المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي بأنه (١- المعروف عرفا كالمشروط شرطا ، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص . ٢- والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم . ٣- والممتنع عادة كالممتنع حقيقة)) ، بمعنى أن ما تعارف عليه الناس و اعتادوا عليه لا يحتاج إلى اشتراط في عقودهم بل يدل مطلق كلام المتعاقدين عليه

([1]) ينظر : عبد الرحمن حسن الميداني - ضوابط المعرفة وأصول الاستدلال والمناظرة - دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٣ ، ص ٥٧ .
([2]) ينظر: عبد الوهاب خلاف - مرجع سابق - ص ٤٠٥.

([1]) ، وأيضا ما جاء في الفقرة اولا من المادة (١٦٤) بنصها ((١- العادة محكمة عامة كانت او خاصة)) ، أي يرجع إلى العادة في الحكم عند الاختلاف في بعض الأمور، فتكون العادة هى القضاء والفصل بين الناس، أن العادة تكون حكما للاستدلال على حكم شرعى، أو قانونى إذا لم يرد نص فى ذلك ، فإذا وجد النص كان له الفضلى و عمل بموجبه، ولا يجوز أهمال النص ، وأعمال العادة، لأنه ليس للعادة مكنة نسخ النصوص، فقد يكون العرف مستندا على أمر مخالف للنظام العام والاداب والقانون فلا يجوز الركون اليه.

من هنا يتضح ، أن كل من العرف والعادة في القانون المدني لا يختلفان الا من حيث الالزام القانوني بوصف العرف كمجموعة من القواعد القانونية التي تترتب من اعتياد الناس على نوع معين من السلوك مع اعتقادهم بأنه ملزم لهم قانونا .

أما العادة فتوصف بالاعتياد على إتباع نوع معين من السلوك من دون الشعور بأنه ملزم قانونا ، أي إننا نجد ان هذا الالزام هو الفرق الجوهري بين العرف ، والعادة، ومن ثم لا يمكن القول ان كل من العرف ، والعادة مترادفان في المعنى، فالعادة تبقى مجرد سلوك متكرر غير ملزم ، بخلاف العرف الذي تكرر وإستقر إلزامه في نفوس واعتقاد الناس ، ومن خلال هذا الفرق الجوهري بينهما تتحدد العناصر المكونة للعرف .

فالعرف له عنصران ، مادي وهو التكرار أو الاعتياد ، ومعنوي ، وهو الشعور، أو الاعتقاد بالإلزام ، أما العادة فليس فيها إلا عنصر واحد ، وهو التكرار ، أو الاعتياد وليس به الزام قانوني، ولذلك فالعرف يعد مصدرا من مصادر القانون ، والقاعدة القانونية العرفية ملزمة. أما العادة فليست ملزمة في الاصل إلا انها تكون كذلك بالاتفاق الصريح، أو الضمني ، ومن هنا يتضح أثر الارادة في جعل العادة ملزمة قانونا ،فإذا كان التصرف في الشيء المعروض للشراء قبل شراؤه ، يدل على موافقة المشتري الضمنية على شروط البائع و هذا مجرى العرف، فإن دفع قماش للخياط على ان يخيطه قميص ، ووضع الخياط للخيط والأزرار من عنده يدل على موافقته الضمنية على إتمام العقد وهذا مجرى العادة التي أصبحت ملزمة بالاتفاق

ومن ثم ، يمكن بيان مفهوم العرف :
(بأنه سلوك إيجابي أو سلبي درج الناس على اتباعه في معاملاتهم فترة من الزمن حتى استشعروا بوجوب العمل به صراحة أو ضمنا إتقاء للجزاء .الذي قد يقع عليهم عند مخالفته).

([1]) ينظر : د. عبد المجيد الحكيم أخرون - الوجيز في نظرية الالتزام - مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ ، ص ١٥٧ .

المطلب الثاني

حجية العـــــرف في الفقه القانوني وشروط تطبيقه

بعد أن اتضح لنا مفهوم العرف بتمييزه عن مفهوم العادة ، وبيان العناصر المكونة له ، يقتضي الوقوف على حجيته لدى فقهاء القانون لتتضح شروط اعتباره ، والعمل به ، وكما يأتي :

اولا ـ حجية العرف في الفقه القانوني

استدلال القضاء بالعرف لاستنباط أي حكم قانوني ، هل يعني هذا أن القاضي هو الذي يضفي على العادة الصفة العرفية أم أن المشرع هو الذي يجعل من العرف ملزما و حجة على الناس كافة ؟ للجواب نشير إلى إن لكلا السلطتين أنصار في الفقه القانوني ، إذ يذهب أنصار السلطة القضائية إلى أن قواعد التطبيق العملي لا تكون حجة ومن ثم لا تكون ملزمة مالم يكرس من قبل الجهة المكلفة بتطبيق القانون ، لأن هذه القواعد عاجزة عن فرض نفسها في مجتمع طالما لم تقر من قبل جهة قضائية بوصف العرف قاعدة قانونية ، أي ان العادة من الممكن أن تتحول إلى قاعدة عرفية ملزمة شأنها شأن القواعد القانونية ، من دوام السلطة القضائية عليها والاستناد إليها في أحكمها ([1]) .

أما بالنسبة لأنصار السلطة التشريعية بشأن إلزاميتهم للعرف ، فيروا إن قواعد التطبيق العملي العرفية لا تظهر للوجود القانوني تلقائيا ، أي لا تتحول الى قاعدة قانونية مالم يؤسس لها من قبل السلطة التشريعية صراحة أو ضمنا ، بعدم إعتراضها على الأعراف السائدة بوصفها منظمة للعلاقات القانونية بين الافراد ([2]) ، ومن ثم يتخذ العرف حجيته من سلطة

([1]) ينظر: د. منذر أبراهيم الشاوي – فلسفة القانون – دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ط٢ ، ٢٠١١، ص ١٨٤ ، د. محمد حسين منصور – نظرية القانون – مفهوم وفلسفة وجوهر القانون ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ط١ ، ٢٠٠٩ ، ص ٣٥٨ .

([2]) ينظر: د. رياض القيسي – علم أصول الفقه – بيت الحكمة ، بغداد ، العراق ، ط١ ، ٢٠٠٢ ، ص ١٤١، د. عبد الرشيد مأمون –

المشرع وإرادته، ففي القانون المدني العراقي وتحديدا المادة الاولى منه نلاحظ ان المشرع جعل من العرف في الترتيب يأتي ثانيا بعد نصوص التشريع، ثم تأتي الشريعة الإسلامية .في المرتبة الثالثة فقد ورد في الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ ما نصه :

((٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة)).

وهذا طبعا مما يؤخذ على المشرع العراقي الذي جعل من الشريعة الإسلامية في الترتيب الثالث، بعد النص التشريعي و العرف، إذ كان يجب أن تكون الشريعة الاسلامية المصدر الرئيس للتشريع ، وهذا مما أكدته المبادئ الأساسية لدستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥ أذ جاء في المادة الثانية من الدستور الفقرة أولا :((اولا: الاسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع))

وبالعودة لما سبق نجد أن العرف بهذا المقام يقع مصدرا تكميليا تبعيا بنص القانون لا يؤخذ به إلا إذا فقد النص التشريعي أما النص الشرعي المتمثل بالشريعة الاسلامية فيكون مصدر ثانوي لا يؤخذ به إلا اذا فقد النص التشريعي و السلوك العرفي ، فبحسب هذا الرأي تكون حجية العرف وأساس القوة الملزمة له هي السلطة المباشرة للمشرع.

غير اننا نجد ، مع وجاهة الآراء السابقة ، أن العرف لم يكتسب حجيته وقوته الملزمة من أرادة وسلطة المشرع أو القضاء ، بل تكونت حجيته بتكون عناصره من الاعتياد والشعور بالإلزام لدى اعتقاد الجماعة ، فالأعراف المشروعة التي اعتدادها الافراد واستقرت إلزاميتها في نفوسهم ، هي الاعراف الملزمة حتى قبل وجود التشريع والقضاء ، بل حتى أن الشريعة الاسلامية أقرت أغلب الاعراف المشروعة التي كانت شائعة قبل الاسلام ، وألغت بالمقابل الكثير من الأعراف غير المشروعة ، أي ان العرف يكتسب حجيته من إرادة الافراد ، ولكن ليست كل الاعراف تعد حجة بل لابد ان تمتلك هذه الاعراف شروط معينة شرعا وقانونا للأخذ بحجيتها ، ومن هنا يقتضي إيضاح شروط اعتبار الاعراف الملزمة وهذا ما سنبينه في الفقرة الأتية.

الوجيز في المدخل للعلوم القانونية - دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٣ ، ص ٢٠٧ .

ثانيا ـ شروط القاعدة العرفية

حتى يعتد بالعرف ويرتقي لمرتبة القاعدة العرفية الملزمة بأن يكون مصدرا من مصادر القانون ، وجب أن تتوافر فيه عدة شروط ، وهذه الشروط هي التي يجب أن تكتسبها العادة حتى تكون عرفا وتتمثل فيما يأتي:

أ ـ يجب أن يكون العرف عاما

وهو شرط لازم حتى يكتسب السلوك صفة القاعدة العرفية التي تتخذ كمصدر للقانون، أي أن تكون في جوهرها موجه إلى عموم الافراد من دون تخصيص ، إذ يشترط فيه أن يكون غالبا ملازما للأفراد بمعنى ان يتم إتباعه ، غير أنه لا يشترط فيه أن يكون متبعا من جميع أفراد المجتمع ، فإن كان الأعم الاغلب منهم يعرفونه فأنه يعد عرفا ، ولو كان البعض كان تاركا له ، فلو تعارف مواطنو بلد معين على التعامل بعملات مختلفة كالدينار العراقي ، والاردني والكويتي ،وقال المشتري اشتريت المبيع بدينار كان الثمن هو الدينار الذي يغلب التعامل فيه عموما و باستمرار من دون الدنانير من العملات الاخرى إن كان التعامل به متعارفا ، أي ليس معنى الأغلبية والعمومية أن يكون هذا التعامل واردا في كل مدن الدولة، إذ قد يكون خاصا بمجموعة أو مدينة معينة ([1])، أو بأهل مهنة معينة، كالتجار، كما في التصرف المتفق عليه مسبقا بين تاجر الجملة وتاجر المفرد على تسديد ثمن المبيع لاحقا ، فأخذ الأخير للمبيع وسكوت التاجر الأول عن هذا التصرف ، يدل عرفا على قبوله إياه، كونه تصرفا عاما بين التجار، ومن هنا يتضح أن العموم والأغلبية في العرف ليس معناه الإجماع والشمول وانما يكفي الشيوع لإلزامه ([2]) .

ب ـ يجب أن يكون العرف معتادا متكررا

حتى ينشأ العرف ويتحقق ركنه المادي يجب أن ينقاد الناس على تقليد ، وتعقب سلوك معين مدة زمنية طويلة ومعناه استمرار العمل به، أما إذا كان معتادا عليه في بعض الوقائع متروكا في بعضها الاخر فلا يصح عده حجة ودليل لتعارض الاخذ به مع الترك ([3]) ، وتختلف المدة اللازمة لتحقق الاستمرار، والقدم من سلوك إلى آخر، ومن مجتمع إلى آخر، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كانت هذه المدة

([1])ينظر: د. مصطفى أبراهيم الزلمي - أصول الفقة في نسيجه الجديد - المكتبة القانونية ، بغداد ، العراق ، ٢٠١١ ، ص ٧٨، د. رياض القيسي - مرجع سابق - ص ١١٧ .

([2]) ينظر: د. حبيب أبراهيم الخليلي - المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون - ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٨٣ ، ص ١٤٢.

([3]) ينظر: د. بدران أبو العينين بدران - مرجع سابق - ص ٣٣٢ .

الزمنية كافية لاعتياد السلوك، واستقراره كعرف يعتد به [1] .

أي يجب أن يكون تطبيق القاعدة العرفية مطردا بين من تعارفوا عليه ، ومن هنا تم الاستدلال على القاعدة الفقهية التي تقضي بأنه "تعتبر العادة إذا أطردت " بمعنى أن يكون معتادا بين الأفراد في تعاملاتهم ومجتمعهم من دون مخالفته ، أي أن يكون العمل به متكررا بصورة منتظمة غير متقطعة ، فلا يعتبر عرفا ما كان يعمل به مرة ثم يعدل عنه في أخرى ، فحتى تكتسب العادة قوة العرف بتوافر عناصره ، يشترط فيها أن يتبعها الأفراد بطريقة منتظمة، من دون انقطاع ، فالعمل بالسلوك تارة وتركه تارة أخرى لا يمكن عده سلوك عرفي لفقدانه التكرار ، والانتظام في مدة زمنية معينة [2].

جـ - أن يكون العرف غير مناقض للنظام العام والآداب والقانون أو لاتفاق المتعاقدين

أي يشترط في العرف أن يكون مشروعا ، أي لا يغاير النصوص التشريعية وقد تتحقق هذه المغايرة في طريقين هما :

الطريق الأول : مغايرة العرف للنصوص التشريعية الآمرة : عند تحقق هذا السلوك يهمل بنقيضه فهو غير معتبر ، فلو تعارف الناس مثلا على السماح للصغير غير المميز على إتيان التصرفات الضارة أو الدائرة بين النفع والضرر ، فمثل هذه الأعراف تعد غير صحيحة وان إعتادها الأفراد في تعاملاتهم ، كونها تغاير قواعد قانونية آمره [3] ، كما إن التعارف على ممارسة لعب القمار يعد عرفا فاسدا غير مشروع ، لأنه يناقض النص التشريعي الذي يقضي بتجريم هذا الفعل [4].

الطريق الثاني : مغايرة العرف للنصوص التشريعية المكملة : ويتحقق ذلك عندما يسمح المشرع للمتعاقدين حرية الأخذ بهذه النصوص أو لا ، كونها ليست من النظام العام ولم تعزم إرادة المتعاقدين على الأخذ بها ، فيعمل بما تعارف الأفراد عليه حتى و إن كانت هذه الأعراف مغايرة ومناقضة للنصوص التشريعية المكملة

([1]) ينظر: د. غالب علي الداودي - المدخل الى علم القانون - دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان ، الاردن ، ط٢ ، ٢٠١٢ ، ص ١٨٠ .

([2]) ينظر: أبو محمد عز الدين الدمشقي - مرجع سابق - ص ٨٩ ، الشيخ محمد رضا المظفر - مرجع سابق - ص ١٥٥ .

([3]) تنص المادة (٩٦) من القانون المدني العراقي على إنه (تصرفات الصغير غير المميز باطلة وان أذن له وليه)

([4]) ينظر: المادة (٣٨٩) من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل .

([1]) ، وهذا بخلاف العرف المخالف للقواعد الآمرة الذي يعد عرفا غير مشروع لا يجوز الاخذ به .

كما لا يجوز ان تكون قواعد التطبيق العملي العرفية مناقضة لاتفاق المتعاقدين ، لان العقد شريعة المتعاقدين فيتم إعمال هذا الاتفاق ويهمل العرف ، فلا يجوز الحكم بالعرف مع وجود نص صريح يخالفه في إطار التصرفات القولية أو الفعلية للمتعاقدين ، فلو إشترط الطرفان شرطا معينا ، ففي هذه الحالة يصار الى الشرط ويترك العرف ، فلا عبرة بالدلالة العرفية مع التصريح .

كما لو إتفق الزوجان على تقديم المهر رغم ان العرف يجري على تجزئة المهر الى مقدم ومؤخر ، أو يتفق المتعاقدان في ان يقدم الزبون القماش والخيوط والازرار من عنده رغم أن الجاري عرفا هو ان تكون مستلزمات الخياطة من الخياط ، فإنه يصح الشرط وتترك القواعد العرفية ، وعليه فكل ما ثبت في تعارف الناس اذا صرح المتعاقدان بخلافه فإنه يترك ويعمل بالاتفاق .

فإذا توافرت هذه الشروط في قواعد التطبيق العملي عدت عرفا ملزما وحجة يستنبط منها الحكم القانوني فيما لم يرد فيه نص تشريعي ، وبخلافه تبقى هذه القواعد مجرد سلوك إعتاد الناس على إتيانه من دون الشعور بإلزاميته .

المطلب الثالث
الرقابة القضائية على العـــرف

عند فقدان النص التشريعي الخاص بالدعوى المعروضة أمام القضاء ، يلجأ الأخير الى قواعد التطبيق العملي العرفية بوصفها المصدر الثاني للقانون المدني العراقي ، ومن هنا يتحدد أثر الأعراف في سد الفراغ التشريعي ، فيقوم القاضي بنظر أساس الدعوى بتحري وقائعها وتطبيق الحكم القانوني عليها ، ومثل هذا التحري يقتضي من القضاء التثبت من وجود هذه الأعراف وتوافر شروطها ، فهل تعد هذه الأعراف من مسائل الواقع أم القانون عند نظرها والتحقق منها ، وهل تقتصر رقابة محكمة التمييز على ما توصل إليه القضاء من حكم صادر في الدعوى أم تمتد لتشمل الوقائع الثابتة في الدعوى هذا ما سنوضحه في الفقرتين الآتيتين :

أولا ــ إثبات العرف

([1]) ينظر: المواد (٥٧٢ و ٥٧٣) من القانون المدني العراقي .

إن كان العرف يعد من مسائل الواقع فيتم إثباته بجميع وسائل الأثبات ، ومن ثم فالمكلف بإثبات الواقع هم الخصوم من دون أن يقع عليهم عبء إثبات القانون ، غير أن العرف ليس كذلك ، فالقضاء يتأثر بالنص القانوني المدون بالتشريع، والسلوك المنتظم المطبق بالعرف ، فالأخير يعد قاعدة قانونية مصدرها ينبع من اعتياد الناس عليها ، ومن الاعتقاد بإلزاميتها بتوافر شروطها ، ومن ثم يكون شأنها في الاثبات شأن القواعد القانونية التي يكون مصدرها التشريع ([1]) ، فالقواعد القانونية سواء أكانت تشريعية أم قواعد عرفية تعد قانون واجب التطبيق يلزم القاضي بتقصيه و أثباته من تلقاء نفسه لتطبيقه من دون حاجة الى اثباته من جانب أطراف الدعوى ([2]) ، ونظرا لطبيعة العرف القانونية الملزمة ، فإن القاضي يفترض فيه العلم بهذه القواعد العرفية ،وهو يقضي فيها بعلمه وفقا لقاعدة القاضي يعلم القانون ([3]) ، ولا يطلب من الخصوم إثباتها ، غير إنه في بعض الاحيان قد يصعب معرفة العرف من الناحية العملية ، فللخصوم معاونة القاضي في التثبت والتأكد من وجود العرف وبيان مضمونه ، ومع هذا يبقى للقاضي تقدير وجود العرف من عدمه وفي تفسيره ، ولمحكمة التمييز الرقابة عليه ، ونقض حكمه إذا طبق عرفا غير ملزم أو أغفل عرفا ملزما ، أما العادة فهي مجرد واقعة مادية وعلى من يتمسك بها أن يثبت وجودها وفحواها ، ويخضع هذا الإثبات لسلطة القاضي التقديرية ويجوز إثبات العادة والاتفاق عليها بطرق الإثبات كافة.

ثانيا ـ الرقابة على العرف

تذهب القوانين المقارنة ([4]) ، إلى إن إعمال العرف والتثبت من قيامه يعد من مسائل الواقع التي لا تخضع

([1]) ينظر: د. قدري عبد الفتاح الشهاوي - إلأثبات مناطه وضوابطه - منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٥٠.

([2]) ينظر: د. قدري عبد الفتاح الشهاوي - الأثبات مناطه وضوابطه ،المرجع السابق، ص ٥١ .

([3]) ينظر: د. الانصاري حسن النيداني - قانون المرافعات المدنية والتجارية - نشر كلية الحقوق ، جامعة بنها ، ٢٠٠١ ، ص ٢٩٨

([4]) ينظر: المادة (٦٠٤) من قانون الاجراءات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة ١٩٧٥ ، لمزيد من التفاصيل أنظر: .د .عبد الرزاق عبد الوهاب - الطعن في الأحكام بالتمييز - دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩١ ، ص ٨ ، كما تنص المادة (٢٤٨) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦ على إنه ((للخصوم أن يطعنوا أمام محكمة النقض في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في الاحوال التالية : ١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنيا على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله . ٢- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم))

لرقابة محكمة التمييز وليس من مسائل القانون ، غير أن الرقابة على عمل القضاء في العراق آخذة في التوسع ، فإذا كانت الوقائع حسب القوانين المقارنة التي لا تخضع لرقابة محكمة التمييز تلك الوقائع المنتجة في الدعوى بما يقدمه الخصوم ويعرضها للمحكمة ويعتد بها القانون بما في ذلك الاعراف ، غير أن الوضع يختلف في القانون العراقي ، فهذه الأعراف سواء أكانت من مسائل الوقائع ، التي يجب تكييفها بإعطائها الوصف القانوني ،أم كانت من مسائل القانون تبقى خاضعة لرقابة محكمة التمييز ، لأطلاق نص المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩، والمطلق يجري على إطلاقه ([1]) ، ، إذ جاء في الفقرة الخامسة من المادة (٢٠٣) بأنه :

((للخصوم أن يطعنوا بطريق التمييز في الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف أو محاكم البداءة أو الصلح وفي الأحكام الصادرة من المحاكم الشرعية في الأحوال الآتية :

٥- إذا وقع في الحكم خطأ جوهري.

ويعد الخطأ جوهريا إذا أخطأ الحكم في فهم الوقائع أو اغفل الفصل في جهة من جهات الدعوى أو فصل في شيء لم يدع به الخصوم أو قضى بأكثر مما طلبوه أو قضى على خلاف ما هو ثابت في محضر الدعوى أو على خلاف دلالة الأوراق والسندات المقدمة من الخصوم أو كان منطوق الحكم مناقضا بعضه لبعض أو كان الحكم غير جامع لشروطه القانونية.

وبما إن العرف يعد من مسائل القانون ، فالقاضي ملزم بتقصيه كالتشريع ويستطيع إعماله من تلقاء نفسه ولا يوصف ذلك تدخلا منه في مسائل الواقع ([2]) ، فيأتي دور القاضي بتطبيقه حتى اذا لم يتمسك به الخصوم او لم يقيموا الدليل على فحواه ([3]) ، ولكن المشكلات العملية المتعلقة بإثباته تصعب تطبيقه كون قواعد العرف غير مدونة بخلاف القواعد التشريعية المدونة ، فاذا كان القاضي لا يجوز له الامتناع عن الحكم لفقدان النص فإنه يجوز له في إطار العرف لتفصيلاته

([1]) ينظر: المادة (١٦٠) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١

([2]) ينظر: د. أحمد السيد الصاوي - نطاق رقابة محكمة النقض - دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٤ ، ص ٦٩

([3]) ينظر: د. توفيق حسن فرج - قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية -مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٢ ، ص ٨٠ .

وجزئياته المتشعبة ، أن يلجأ الى متخصصين أكثر منه خبرة في مجال معين كما يستطيع ان يطلب من الخصوم إقامة الدليل على وجوده واثباته بكل وسائل الاثبات من دون أن يعد ذلك تخويل منه لسلطاته فيما يتعلق بالقانون ([1]) .

نخلص الى القول ان الأعراف تنشأ عند تعاقب التطبيق العملي المستمر الملازم لنوع معين من النشاط ، ويعمل به فيما إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه لحسم نزاع ولعدم كفاية القانون المدون ، سواء كان تجاريا أم مدنيا أم غير ذلك لاستيعاب جميع أشكال التعاملات وجزئياتها وحل مشكلاتها ، فقد أجاز المشرع الاستعانة بقواعد التطبيق العملي العرفية ، إلا أن الرجوع الى هذه القواعد لا يمكن أن يقع إلا بتحقق عناصرها وتوافر شروطها وفي الأحوال التي تتعلق بتفسير الغموض الوارد في هذه التعاملات ،وبخلاف ذلك فلا مجال لاعتباره مصدرا للقانون المدني وفي جميع الاحوال يخضع إعمال العرف لرقابة محكمة التمييز .

المبحث الثاني

اثر العرف في النص التشريعي

يعد العرف مصدرا رسميا للقانون، وان كان مصدرا تكميليا ، أو احتياطيا بالنسبة للتقنين، وهذا ما اكدته احكام الفقرة ثانيا من المادة الاولى من القانون المدني العراقي[2]، وعلى اساس ذلك ينبغي على قاضي الموضوع اللجوء الى العرف إذا فقد النص، ومن ثم استمر العمل بالعرف في التشريع القانوني والتطبيق القضائي،

([1]) ينظر: د. عزمي عبد الفتاح – أساس الادعاء أمام القضاء المدني – نشر مطبعة جامعة الكويت ، ١٩٨٧ ، ص ١٨٥.

[2] وهذا ما جاءت به الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ وتعديلاته، فقد اشارت اللائحة للقانون المدني العراقي، على ان قواعد القانون المدني استمدت من مصادر متباينة فبعضها اخذ من الفقه الاسلامي مباشرة، وبعضها نقل عن الفقه الاسلامي مقننا في مجلة الاحكام العدلية، والبعض الاخر هو بقية من القوانين الثمانية العتيقة، وهذه القوانين بدورها قد اشتقت احكامها بوجه خاص من القانون الفرنسي ، والعرف المحلي.

بكونه المصدر المكمل الذي يمتد اثره الى سائر قواعد فروع القانون الخاص والعام على السواء[١].

وقد ينحصر اثر العرف في ظل القانون المدني، اذ ان القواعد العرفية في نطاق القانون المدني تكاد تكوت قليلة ، ونادرة ، وقد يرجع ذلك لقدم العمل بالقوانين المدنية واعتمادها على التشريع كأداة لوضع القواعد المدنية، إذا بلغ التشريع قدرا كبيرا من الشمول لكافة موضوعاته[٢].

ولبيان اثر العرف في النص التشريعي فلابد من التعريف بأقسام العرف، من حيث العرف المفسر (المطلب الاول)، والعرف المكمل (المطلب الثاني)، والعرف المخالف (المطلب الثالث) وكما يأتي بيانه:

المطلب الاول

العـــــرف المفسر

يقصد بالعرف المفسر والذي يسمى كذاك " بالعرف المساعد، أو المعاون للتشريع"، هو ما جرى به التعامل بين الناس ، وبه يعرف المراد من النص، وما يقتضي من شروط في تطبيقه. ففي نطاق القانون الخاص قد يحيل التشريع على العرف للاستعانة به في تفسير بعض المعايير المرنة التي نص عليها في القاعدة القانونية، أو للاسترشاد به في استخلاص نية المتعاقدين،أو لبيان تفسير فكرة معينة يفضل المشرع ألا يحددها لا بطريقة جامدة ولا بطريقة مرنة[٣].

ولبيان اثر العرف المفسر في تفسير النص القانون ، نظرا لاختلاف طبيعته تبعا لنوع القاعدة القانونية التي يفسرها. فلابد من الاخذ ببعض النصوص القانونية التي تقرر الإحالة على العرف للاستعانة به في تفسير المعايير المرنة، ومنها ما نصت عليه الفقرة ثانيا من المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي، في تعيين ما يلتزم به المتعاقدان بمقتضى العقد، إذ تنص

---

[١] ينظر: د. بكر القباني - العرف كمصدر للقانون الاداري - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٣ ، ١٩٧٥ ،ص٥٥.
[٢] ينظر: د. حسن كيرة - المدخل الى القانون - مؤسسة المعارف للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٤، ص ٩٥ وما بعدها.
[٣] ينظر: د. منصور مصطفى منصور ، مرجع سابق، ص١٤٧.

على انه " ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة بحسب طبيعة الالتزام "[1].

ويتبين من النص آنف الذكر، ان لفظ المستلزمات معيار مرن يصعب تحديد ما يصدق عليه، ومن ثم فإن المشرع قد أحال على العرف مع غيره من الادوات لبيان ماهية هذا المعيار.

وكما ان من النصوص القانونية التي تحيل على العرف لبيان نية المتعاقدين، ما تنص عليه المادة (١٥٦)، التي تنص على انه " تترك الحقيقة بدلالة العادة". وهنا بيان واضح لإرادة المتعاقدين في ترك الحقيقة لغموضها وعدم دلالتها والاخذ بالعادة التي يستشف منها على ارادة المتعاقدين بكل وضوح. وبمعنى آخر ان العرف يجري خلاف المعنى اللغوي للألفاظ، فيعمل به لأنه هو الذي يوصل للإرادة المشتركة للمتعاقدين.

وكذلك تنص الفقرة ثانيا من المادة (١٥٠) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وتعديلاته، بالأخذ بالعرف لبيان نية المتعاقدين، والتي تنص على انه " أما اذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

وتبين من النص آنف الذكر، انه قد يوصل العرف الى معنى خلاف المعنى اللغوي للألفاظ، فيعمل به لأنه هو الذي يبين إرادة المتعاقدين المشتركة في غموض الالفاظ التعاقدية.

ومن النصوص القانونية التي تحيل على العرف لبيان حدود عيوب المبيع التي يتم التسامح بها مثلا، ما تنص عليه المادة (٤٤٨) من القانون المدني المصري، على انه " لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه". وهنا يتبين اثر العرف في بيان العيوب التي يعفى البائع من ضمانها كونها عيوب لا تنقص من قيمة

---

[1] ويقابلها نص الفقرة ثانيا من المادة (١٤٨) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل. ويقابلها نص المادة (١١٩٤) من القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.

المبيع، والذي يحدد ذلك هو عرف التعامل المعول عليه بين المتعاقدين .

وقد يكون للعرف رغم مخالفته للنص القانوني التقدم على الاخير، وهذا يتبين بحكم المادة (٥٨٣) من القانون المدني العراقي، التي تنص على انه " نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم واجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك"[١].

ونخلص الى القول ان العرف المفسر لا ينشئ قاعدة جديدة، بل يساعد النص المكتوب، وهنا فلابد من القول انه في مجال القانون الإداري، يرى بعض فقهاء القانون الاداري، انه لا يترتب على العرف المفسر بذاته نتائج، أو آثار قانونية إذ هو ليس إلا مسلكا للسلطات العامة فيما يتعلق بتفسير نص غامض، وهذا المسلك لا ينشئ عناصر جديدة في مبدأ المشروعية، ومن ثم فإن الالزام في العرف المفسر إنما مرجعه الى النص المكتوب، على اعتبار ان العرف المفسر جزءا من النص محل التفسير ذاته[٢].

لذلك فان فكرة الالزام في العرف المفسر، تقوم على اساس ان الغموض في النص المكتوب إنما يرجع لأسباب اهمها التركيب اللغوي في النص واستعمال ألفاظ لها اكثر من معنى، وقد يرجع الغموض الى انطباق النص على بعض الوقائع، وهل تدخل في نطاقه أم لا ؟. وهذا يجعل النص يتقبل اكثر من احتمال فيأتي العرف المفسر فيرجح احد هذه الاحتمالات بل ليقرر في بعض حالاته نية المتعاقدين. ومن ثم ان العرف المفسر إنما يرجح بل يؤكد احد احتمالات النص، وليلغ الاحتمالات الاخرى، وهذا هو معنى الإلزام فيه.

المطلب الثاني

العـــرف المكمل

---

[١] وتقابلها نص (٤٦٢) من القانون المدني المصري، ونص المادة (٣٢٩) من القانون التجاري الكويتي.

[٢] ينظر: د.محمود سامي جمال الدين، المبادئ الاساسية في القانون الإداري لدولة الامارات العربية المتحدة - دار القلم للنشر والتوزيع ، دمشق ، ١٩٩٠، ص٣٢.

يقصد بالعرف المكمل، هو العرف الذي يكمل نقصا في القانون المكتوب، اذ يعد فقهاء القانون وظيفة العرف المعول عليها هي تكملة ما في القانون المكتوب من نقص، واغلب القوانين العربية المدنية تقرر هذه الوظيفة الاساس للعرف، بل ان بعضها يقدم العرف على التشريع الاسلامي في تبيان اولوية مصادر القاعدة القانونية المدنية.

كما ان العرف يقوم بهذه الوظيفة في كل فروع القانون الخاص، والعام عدا قانون العقوبات على اساس قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات، والتي تقضي بأنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص". ومن ثم يتبين لا دور للعرف في التجريم ، ولا في العقوبة على الجرائم "[1].

ومن الجدير بالذكر ان اثر العرف المكمل في نطاق القانون المدني، يكاد يكون نادرا ، ومع ذلك يرى فقهاء القانون ان العرف المكمل يمكن ان ينشئ قاعدة آمرة كما ينشئ قاعدة مكملة.

وهناك من القواعد العرفية التي لها الاثر في تكميل نصوص القانون المدني، ومنها القاعدة التي تعد قرينة على اعتبار اثاث المنزل بالنسبة للمسلمين في مصر مملوكا للزوجة حتى يثبت الدليل على عكس ذلك، فقد جرت العادة على تطبيق هذه القاعدة لمدة طويلة، من دون تشريع بذلك، وتأصلت هذه العادة حتى اصبح الناس يعتقدون دائما بأن الزوجة هي المالكة للأثاث المنزلي، اذ تم تطبيق هذه العادة من قبل القضاء . كما انه في نطاق القانون التجاري يتضمن قاعدة تجيز للوكيل بالعمولة ان يتعاقد مع نفسه لحساب شخصين مختلفين[2].

ويتبين من القاعدتين اعلاه انه يمكن اتفاق الاطراف على مخالفتهما، طالما ان الاصل فيه جواز الاتفاق على مخالفته ، ومع ذلك يرى فقهاء القانون ان العرف يمكن ان ينشئ قاعدة آمرة، كما في العرف الذي كان معمول به في مصر قبل صدور قانون العمل، والذي يوجب على صاحب العمل اعطاء شهادة خبرة للعامل عند

---

[1] ينظر: د.عبد المنعم البدراوي واخرون - أصول القانون المدني المقارن - مطابع دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٥٩ ، ص٢٥٩.

[2] ينظر: د.فؤاد العطار- النظم السياسية والقانون الدستوري - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦، ص١٨٩.

انتهاء خدمته، واذ تم تنظيم هذا العرف في قانون العمل المصري[1].

ونخلص الى القول ان العرف المكمل عرفا منشئا للقاعدة القانونية، وهو عرف معول عليه وله قيمته من دون شك بين فقهاء القانون، ومن المعروف انه لا يمكن ان يكون مخالفا للتشريع لأنه يعمل به اذ لا نص فيسد النقص الحاصل في القانون.

المطلب الثالث

العـــــرف المخالف

يرى فقهاء القانون انه من الممكن ان ينشأ عرف على خلاف قاعدة قانونية، وبمعنى آخر ان حكم القاعدة القانونية لا يطبق إلا إذا لم يوجد اتفاق، أو عرف يقضي بخلاف ذلك، اذ يطبق اولا ما اتفق عليه المتعاقدان، فإذا لم يوجد اتفاق طبق العرف إن وجد، فإذا لم يوجد طبق حكم القاعدة المكتوبة .

وهناك الكثير من التطبيقات القانونية للعرف المخالف، منها نص المادة (٥٨٣) من القانون المدني العراقي، بصدد تحمل مصروفات عقد البيع، والتي تنص على انه " نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم واجرة كتابة السندات والصكوك وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع تكون على المشتري، مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك"[2].

كما ان نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري مالم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٨٧) من القانون المدني العراقي[3]. ونجد هنا ان العرف صاحب اولوية وتقدم على الاتفاق في مخالفة القاعدة القانونية المتعلقة بتحمل نفقات تحمل المبيع، ومن ثم ينشئ عرفا مخالفا.

---

(١) ينظر: د.فتحي عبد الرحيم عبد الله - قانون العمل والتأمينات الإجتماعية - ج١ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٧١،ص٢٧٧ وما بعدها .

(٢) يقابلها نص المادة (٤٦٢) من القانون المدني المصري.

(٣) يقابلها نص المادة (٤٦٤) من القانون المدني المصري.

وكذلك يتبين اثر العرف المخالف في حفظ المأجور واستعماله، اذ تنص المادة (٧٦٢) من القانون المدني العراقي، على انه " آيا كان المأجور يجب على المستأجران يستعمله على النحو المبين في عقد الايجار، فان سكت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما اعد له ووفقا لما يقتضيه العرف". وهنا يتبين اثر العرف في كيفية استعمال المأجور الواجب على المستأجر .

وكما ان للعرف المخالف اثر في حالة انه للمستأجر ان يؤجر المأجور وتنازل عن الايجار مالم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، وهذا ما نصت عليه " الفقرة اولا من المادة (٧٧٥)" والتي تنص على انه " للمستأجر ان يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول ، وله كذلك ان يتنازل لغير المؤجر عن الايجار كل هذا ما لم يقضي الاتفاق أو العرف بغيره".

ونخلص الى القول ان القاعدة العرفية المخالفة، مجال تطبيقها يكون في حالة إذا لم يوجد اتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم توجد القاعدة العرفية يطبق التشريع، وهنا يتبين ان العرف لم يلغ النص المكتوب (التشريع)، اذ ان مجال تطبيق التشريع يكون في حالة غياب العرف، ومع ذلك قد توجد قاعدة عرفية في بلد ولا توجد في بلد آخر، وقد توجد بالنسبة لمهنة معينة ولا توجد بالنسبة لمهنة آخرى. بينما العرف المكمل يكون مجال تطبيقه عند غياب النص المكتوب(التشريع)، في حين ان القاعدة المكتوبة (التشريع) مجالها تطبيقها عند غياب العرف.

الخاتمة

في ختام دراسة موضوع العرف وأثره في استنباط الحكم القانوني لابد من بيان اهم النتائج والتوصيات التي انتهت بها دراستنا :

أولا – النتائج

١- يعرف العرف بأنه سلوك إيجابي أو سلبي درج الناس على اتباعه في معاملاتهم فترة من الزمن حتى استشعروا بوجوب العمل به صراحة أو ضمنا أتقاء للجزاء .الذي قد يقع عليهم عند مخالفته .

٢- إن كان المشرع العراقي قد ساوى بين مفهومي العرف والعادة غير أن بينهما فرق جوهري وهو الشعور بالإلزام الذي يمتاز به العرف وتفتقر له العادة وان كانت الاخيرة يمكن جعلها ملزمة باتفاق المتعاقدين .

٣- لا يمكن النص على وجود العرف إلا بتوافر عنصريه المادي وهو الاعتياد والعنصر الاخر وهو المعنوي أي الاعتقاد بإلزاميته ، ومثل هذا الالزام يقتضي توافر عدة شروط من عمومية وتكرار وعدم مناقضة نص تشريعي أو اتفاقي ، لكي يرتقي لمستوى القاعدة القانونية .

٤- القواعد العرفية بوصفها قاعدة قانونية تعد قانون واجب التطبيق يلزم القاضي بتقصيه و إثباته من تلقاء نفسه لتطبيقه من دون حاجة الى اثباته من جانب أطراف الدعوى .

٥- وجدنا إن العرف يعد من مسائل القانون ، فالقاضي ملزم بتقصيه كالتشريع ويستطيع إعماله من تلقاء نفسه ولا يوصف ذلك تدخلا منه في مسائل الواقع وهو يخضع في جميع ذلك لرقابة محكمة التمييز .

ثانيا ـ التوصيات

١- نقترح على المشرع العراقي ان يعد نصوص الدستور بما يتلاءم مع مصادر القانون المدني العراقي التي نصت عليها المادة الأولى منه.
٢- نقترح تعديل نص المادة (٢٠٣) من قانون المرافعات المدنية العراقي وتحديد سلطة محكمة التمييز بوصفها هيئة عليا للرقابة على الاحكام من ناحية القانون من دون التدخل بمسائل الواقع مطلقا.

قائمة المصادر

أولا ـ الكتب العربية

١-د. أحمد السيد الصاوي - نطاق رقابة محكمة النقض - دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٨٤.
٢-د. الانصاري حسن النيداني - قانون المرافعات المدنية والتجارية - نشر كلية الحقوق ، جامعة بنها ، ٢٠٠١.

٣-د. بكر القباني - العرف كمصدر للقانون الاداري - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط٣ ، ١٩٧٥ .
٤-د. توفيق حسن فرج - قواعد الاثبات في المواد المدنية والتجارية -مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٨٢.
٥-د. جعفر محمد الفضلي - الوجيز في العقود المدنية - البيع ، الايجار ، المقاولة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، ٢٠١٧.
٦-د. حبيب أبراهيم الخليلي - المدخل للعلوم القانونية ، النظرية العامة للقانون - ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، ١٩٨٣.
٧-د. حسن كيرة - المدخل الى القانون - مؤسسة المعارف للطباعة والنشر ، بيروت ، ١٩٧٤.
٨-د. عبد الرشيد مأمون - الوجيز في المدخل للعلوم القانونية - دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٣
٩- .د .عبد الرزاق عبد الوهاب - الطعن في الأحكام بالتمييز - دار الحكمة ، بغداد ، ١٩٩١ .
١٠- د. عبد المجيد الحكيم أخرون - الوجيز في نظرية الالتزام - مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠٠٨ .
١١- د.عبد المنعم البدراوي واخرون - أصول القانون المدني المقارن - مطابع دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٥٩ .
١٢- د. عزمي عبد الفتاح - أساس الادعاء أمام القضاء المدني - نشر مطبعة جامعة الكويت ، الكويت ، ١٩٨٧.
١٣- د. غالب علي الداودي - المدخل الى علم القانون - دار الثقافة للنشر والتوزيع . عمان ، الاردن ، ط٢ ، ٢٠١٢ .
١٤- د.فتحي عبد الرحيم عبد الله - قانون العمل والتأمينات الإجتماعية - ج١ ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، الاسكندرية ، ١٩٧١.
١٥- د.فؤاد العطار- النظم السياسية والقانون الدستوري - دار النهضة العربية ، القاهرة ، ١٩٦٦.
١٦- د. قدري عبد الفتاح الشهاوي - الأثبات مناطه وضوابطه - منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٥
١٧- د. محمد حسين منصور - نظرية القانون - مفهوم وفلسفة وجوهر القانون ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، مصر ، ط١ ، ٢٠٠٩

١٨- د.محمود سامي جمال الدين، المبادئ الاساسية في القانون الإداري لدولة الامارات العربية المتحدة - دار القلم للنشروالتوزيع ، دمشق ، ١٩٩٠ .
١٩- د. منذر أبراهيم الشاوي - فلسفة القانون - دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ط٢ ، ٢٠١١.
٢٠- د.منصور مصطفى منصور- نظرية القانون - مطابع دار الكتاب العربي ، القاهرة ، ١٩٥٩ .

ثانيا ـ البحوث والدراسات القانونية :

١- د. حيدر حسين الشمري و صباح عريس - دور العرف في تفسير العقد (دراسة مقارنة)- بحث منشور في مجلة أداب الكوفة ، كلية الاداب ، جامعة الكوفة ، العدد ٤١ ، ٢٠١٩ .

ثالثا ـ القوانين العراقية والعربية والاجنبية :

١-القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١المعدل.
٢-قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩المعدل.
٣-قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٤-قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم ١٣ لسنة ١٩٨٦.
٥-القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.
٦-القانون المدني الفرنسي لسنة ٢٠١٦.
٧-الاجراءات المدنية الفرنسي رقم (١١٢٣) لسنة ١٩٧٥.