دور العرف في تفسير العقد (دراسة مقارنة)

الأستاذ الدكتور
حيدر حسين كاظم الشمري
جامعة كربلاء - كلية القانون
المدرس المساعد
صباح عريس عبد الرؤوف
جامعة الكوفة - كلية القانون

The Role of Custom in Contract Interpretation (Comparative Study)

Prof. Dr
Haider Hussein Kazem Al - Shammari
Karbala University - Faculty of Law
Assistant Lec.
Sabah Aris Abdel Raouf
University of Kufa - Faculty of Law

الملخص:

ان للعـرف وظـائف مختلفـة في نطـاق العقود الامر الذي ينعكس في ذلك على وجوب التحديد الدقيق لمضمون العقد باعتبار ان هذا المضمون يحدده عبارات المتعاقدين التي تدل على ارادتهما المشتركة بطبيعة الحال، وحيث انه في بعض الأحيان تكون هذه العبارات غامضة ومن ثم تحتاج لتفسير من قبل القاضي فيعد العرف احد العوامل التي يسترشد فيها في تفسير هذا الغموض وذلك ببيان معاني الألفاظ والتصرفات ودلالتها على النيات والمقاصد الحقيقية التي ارادها المتعاقدين عن طريق استغلال جميع القرائن المقترنة والدلائل المحيطة بالنص لكن هذا من دون ان يغفر له التمسك الحرفي بظاهر اللفظ على أساس كون اعتبار الألفاظ قوالب مرنة من شأنها ابراز الروح من المعنى الذي تحمله وبذلك لا غرابة في ان يختلف معنى اللفظ تبعاً لتغير الظروف والأوضاع ولذلك يعد العرف وسيلة مهمة تساعد القاضي للوصول الى النية الحقيقية للمتعاقدين وذلك من اجل تحديد معنى الألفاظ الواردة في العقد.

الكلمات المفتاحية: العقد ، تفسير ، العرف ، العام، المطلق ، الدلالة الفظية

ABSTRACT

Customs have different functions within the scope of the contracts and this is reflected in the need to determine the exact content of the contract

Considering that this content determines contractor's phrases that indicate their shared will naturally, where sometimes these terms are ambiguous and thus need to be explained by the judge, so customs is considered one of the factors that inferred in interpretation of this ambiguity by clarifying the meanings of the words and actions and significance of the real intentions and purposes that contractors willing to throughout using all the clues and evidence associated with the surrounding text, but this without forgive him stick to the apparent meaning of the literal wording on the basis of the fact that considered words as flexible templates that will highlight the spirit of meaning.

Keywords: contract, interpretation, custom, general, absolute, verbal significance

المقدمة

ما دام ان العقد عبارة عن توافق ارادتين على احداث اثر قانوني يظهر في المركز القانوني لكلا المتعاقدين فان الامر يقتضي ان تكون الارادتان معبراً عنهما ومتطابقتين معاً، ولكن قد يحدث ان هنالك لبساً او غموضاً او عدم وضوح في الفاظ وكلام المتعاقدين في مرحلة ابرام العقد مما يؤدي الى حدوث نزاع ومشاكل يمكن ان تظهر في مرحلة تنفيذ بنود العقد لذلك يكون من الضروري الوقوف عند العبارات او المعاني الغامضة وإيجاد التفسير المناسب لها ومع ما يتفق وإرادة المتعاقدين.

هذا ويعد العرف الجاري احد الوسائل المهمة في تفكيك الغموض او الابهام الذي ينتاب بنداً من بنود العقد، واذا تتبعنا موقف كل من الفقه الاسلامي والقانون الوضعي نجد ان لكل من الاتجاهين معالجة خاصة لهذا الموضوع، فبينما نجد ان الاتجاه الفقهي قد ركز على نقطة مساهمة العرف في دلالة الفاظ الناس وما يصدر عنهم مرتباً على ذلك الكثير من الاستنتاجات والحقائق التي توصلوا اليها، في حين نجد ان اتجاه القوانين المقارنة كان صوب العرف الذي يحيل اليه المشرع في تفسير اللفظ او المجموعات اللفظية التي يتكون منها النص التشريعي وبهذا نجد ان العرف والعادات المتبعة من الناس في معاملاتهم سواء محلية او مهنية الاثر البالغ في تفسير غموض بنود او شروط العقد.

ولأجل تسليط الضوء على هذين الاتجاهين المتقدمين سنقسم الكلام في هذا البحث على مبحثين سنبحث في المبحث الاول في مساهمة العرف في الدلالة اللفظية مقسمين اياه اللى اربعة مطالب سنتكلم في المطلب الاول عن مساهمة العرف في نقل الدلالة اللفظية من معنى لآخر، ونتناول في المطلب الثاني دور العرف في تخصيص العام وتقييد المطلق، ونتطرق في ثالثهما لبيان دور العرف في تصريح اللفظ الكنائي وتكنية الصريح، في حين نبحث في المطلب الاخير دور العرف في نقل اللفظ من الحقيقة الى المجاز وبالعكس.

اما المبحث الثاني فسيكون الكلام فيه عن موقف التشريعات المقارنة من العرف المفسر وذلك بتقسيمه الى مطلبين سنتكلم في المطلب الاول عن شروط اعمال العادة في نطاق تفسير العقد وبدوره يقسم على فرعين سنتطرق في الفرع الاول الى شرط غموض عبارة العقد في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين، ونتكلم في الفرع الثاني عن شرط تحقق موافقة المتعاقدين على العادة الاتفاقية، في حين سنبحث في المطلب الثاني عن حكم القوانين المقارنة من التنازع المكاني والزماني في الاعراف وعلى التفصيل الآتي:

المبحث الأول

مساهمة العرف في الدلالة اللفظية

للعرف دور مهم في الدلالة اللفظية يمكن ان يتجلى في المطالب الاربعة الآتية: -

المطلب الأول

مساهمة العرف في نقل الدلالة اللفظية من معنى لأخر

يتدخل العرف في الفاظ الناس بحيث ينصرف اللفظ الى المعاني المقصودة بالعرف ولو أدى الأمر الى مخالفة المعاني الحقيقية التي وضعت في اللغة، مما يؤدي الى نشوء ما يعرف (بالحقيقة العرفية)، حيث عرفت الحقيقة العرفية بانها اللفظ المستعمل فيما هو الموضوع له عرفاً، سواء كان ذلك الموضوع له العرفي هو عين الموضوع له اللغوي ام غيره، لان العرف قد يخصص اللفظ في بعض مصاديقها اللغوية[1] وتصبح حقيقة عرفية فيه فقط، ويخرج باقي المصاديق والتي يراد بها ما تعارف الناس على اطلاق لفظ على معنى غير معناه اللغوي بحيث يتبادل منه هذا المعنى العرفي عند اطلاقه من دون الحاجة الى قرينة- ثم قال- حتى سمو استعمال اللفظ فيه حقيقة عرفية[2]، وذات الدلالة في التعريف تنطبق على العرف القولي الذي ينصرف معناه الى "ما تعارف عليه الناس من إرادة معنى من لفظ ما غير تمام المعنى الموضوع له لغةً، بحيث اذا اطلق هذا اللفظ انصرف اليه من غير حاجة الى قرينة[3]. وبذلك فأن انصراف كلام المتكلم يكون الى الحقيقة العرفية، اذ لو حدث العكس وصرف نحو الحقيقة اللغوية لترتب عليه إلزام في عقوده وسائر تصرفاته القولية بما لا يعينه ولا يفهمه الناس من كلامه، اذ قد يكون معنى في أصل اللغة عقداً ملزماً فيصبح في العرف وعداً غير ملزم، وقد يكون معناه بيعاً ومعاوضة فيصبح هبة وغير ذلك[4]. وكاستخدام لفظ الولد للذكر مع انه يشمل الذكر والانثى كما في قوله تعالى(يوصيكم الله في اولادكم)[5] فان الآية دالة على الاستعمال في الذكر والانثى بخلاف العرف فانه يدل على الذكر فلو ذكر في الوصية (ان ما اوصيه الى ولدي الأكبر) فانه يحمل على الولد الأكبر دون الانثى، وكذلك اطلاق لفظ اللحم على غير السمك مع ان القران صرح بانه لحم اذ قال تعالى (وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا)[6] فلو نذر على ان لا يأكل لحماً فاكل سمكاً لم يأثم وذلك لمعرفة الموضوع وتشخيصه يرجح للمعنى المراد من العرف وحيث ان العرف يوجب انعقاد الظهور للفظ في ما يستعمل فيه وتعارفوا[7].

وكذلك لو حلف احدهم بان لا يضع قدمه في دار فلان انصرفت اليمين الى معنى دخول الدار بوصفه المعنى العرفي لا الى مجرد وضع القدم الذي هو الحقيقة اللغوية، فلو دخلها راكباً دون ان تمس قدمه ارضاً يحنث في يمينه شرعاً، وتجب عليه كفارة ولو مد رجله من خارجها فوضعها فيها دون ان يدخل لا يحنث[٨]. وبهذا نجد ان الحقيقة اللغوية أصل للحقيقة العرفية مادام ان العرف نقلها عن اللغة، كما ان الوضع في الحقيقة اللغوية غير الوضع في العرفية اذ انه في الأولى يكون تعليق اللفظ بإزاء معنى لم يعرف به غير ذلك الوضع، فأما في العرف فبمعنى غلبة الاستعمال[٩]. كما ان النسبة ستكون بين اللغوية والعرفية عموم وخصوص ومن وجه، لانهما يتصادقان في بعض الأحيان، ولذلك لا غرابة في ان نلتمس الكثير من العبارات الفقهية في مورد التصادق (لغة وعرفا) ، في حين يختلفان في الموضوع له اللغوي فيصدق عليه الحقيقة اللغوية لا العرفية، وفي الموضوع له العرفي الحادث بالنقل او بغير النقل مع عدم وجوده في الزمان السابق وتجدده بعده، فيصدق عليه العرفية لا اللغوية[١٠].

وفي حالة حدوث تعارض بين الحقيقة العرفية مع اللغوية نجد ان هناك عدة تصورات للفقه الإسلامي تحوم حول المسألة وهي: -

الصورة الأولى: -اذا ورد لفظ من الشارع الاقدس له معنى لغوي وعرفي ونعلم بتاخر العرفي عند صدور الخطاب فهنا يكون الحمل على المعنى اللغوي لعدم وجود تعارض بين الاثنين أي لفرض عدم العرفية، ولان اللغوية هي الأصل في هذا الفرض.

الصورة الثانية: -في حال ورود لفظ من الشارع الاقدس له معنى لغوي واخر عرفي ويعلم بحدوث عرف عام له وصل الى حد الحقيقة حين صدور الخطاب فهنا نجد قولين الأول يذهب بالحمل على الحقيقة اللغوية والثاني يقر بالحمل على العرفية. لذلك نرى ان الشيخ الطوسي قد قدم العرف واهمل المعنى اللغوي عندما قال:- (فمتى ورد خطاب من الله عز وجل امر من النبي (ص واله) نظر فيه، فان كان استعماله في اللغة والعرف والشرع سواء حمل على مقتضى اللغة، وان كان له حقيقة في اللغة وصار في العرف حقيقة في غيره وجب حمله على ما تعارف في العرف[١١]).

ولكن في مواضع أخرى للشيخ الطوسي نراه قد قدم الحقيقة اللغوية على نظيرتها العرفية اذ ذكر في الرضاع ان الكلام في بيان ما هو رضعه وما ليس برضعه، فالمرجع في ذلك الى العرف فما كان في العرف رضعه فهو رضعه وما ليس في العرف برضعه فليس

برضعه، لان ما حد له في الشرع ولا في اللغة يرجح فيه الى العرف[١٢]. فترتيب مراحل الرجوع من الشرع الى اللغة ثم العرف يقضي بتقديم اللغة على العرف.

اما زين الدين بن علي العاملي فقد أشار بتقديم اللغة في شرحه لعبارة صاحب الشرائع (وفي قتل الكثير من الجراد دم شاة) فقال (المرجح في الكثير الى العرف، ويحتمل اللغة فتكون الثلاثة كثيرة، ولكنه قدم العرف على اللغة بصريح العبارة عندما قال : ان العرف مقدم على اللغة، ثم انه احتمل الامرين وان كان ميوله للعرف في مسألة تعليق الظهار، فقال: لو علق الظهار على مخالفتها الامر، فقال ان خالفت امري فانت كظهر امي، ثم قال لها: لا تكلمي زيداً او لا تخرجي من الدار، فكلمته او خرجت، لم يقع الظهار لانها لم تخافه امره وانما خالفت نهيه ويحتمل الوقوع نظراً الى انه يسمى في العرف مخالفة امره، ويقوي ذلك ان استقر العرف عليه أي أصبحت حقيقة عرفية والا فالعبرة بالمعنى المصطلح عليه[١٣].

الصورة الثالثة: - ورد لفظ من الشارع له معنى لغوي واخر عرفي الا انه يوجد شك في ثبوت المعنى العرفي حين صدور الخطاب او قد يعلم بوجوده لكن الشك يحوم حول وصوله الى حد الحقيقة، وهناك قولان في هذه الصورة: -

القول الأول: - يذهب الى الحمل الى الحقيقة اللغوية على أساس ان الحقيقة العرفية حادثة فينطبق اصالة تأخر الحادث، اما اللغوية فهي باقية اذ يشك فيها الزمان اللاحق فتستصحب.

القول الثاني: - ذهب الى ترجيح الحقيقة العرفية وذلك من عدة جوانب منها ثبوت العرف العام قبل التشريع، وسريان السيرة العامة عند الناس على محل اللفظ على ما يفهمونه من معنى دون اللجوء الى المعنى اللغوي، فمثلاً عن غالبية ثبوت العرف عادة في زمن الشارع بالإضافة الى مشهوريه العمل على العرف[١٤].

الا انه مع الاختلافات المتقدمة في الآراء انه نجد ان بعضاً من الفقهاء قد حسموا الامر بصورة مطلقة لصالح الحقيقة العرفية اذ يقول الشيخ الدكتور مصطفى الزرقا (ان كل متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه، فينصرف الى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم، وان خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في اصل اللغة، ذلك لان العرف الطارئ قد نقل تلك الالفاظ الى معاني أخرى صارت هي الحقيقة العرفية المقصودة باللفظ في مقابل الحقيقة اللغوية، فلو صرف كلام المتكلم الى الحقيقة اللغوية

دون العرفية التي هي معناه في عرف المتكلم، لترتب عليه الزام المتكلم في عقوده واقراره وحلفه وطلاقه وسائر تصرفاته القولية بما لا يعنيه هو، ولا يفهمه الناس من كلامه[١٥])، ومن جانب اخر نجد ان بعض الفقهاء كابن ادريس من الامامية كان متمسكاً بترجيح العمل بالحقيقة اللغوية في جميع الفروض والحالات (فلو حق مثلا احدهم الا يأكل بيضاً) يقول ابن ادريس والذي يقتضيه مذهبنا ان يحنث بأكل جميع ما يطلق عليه اسم البيض لان البيض يقع حقيقة على جميع ذلك والايمان انما تتعلق بحقائق الأشياء ومخارج الأسماء والافعال من دون الرجوع للمعاني لذلك اذا كان اسم البيض ينصرف على بيض السمك حقيقة ومن ثم شمله الايمان كذلك[١٦].

وبذلك ظل ابن ادريس متمسكاً بالمعنى الحرفي والوضع اللغوي حتى في الموارد التي يصعب التمسك بها فقال: إذا قال الخليفة او الملك والله لأضربن عبدي، ثم امر به فضربه لم يحنث حينئذ[١٧]. فالعرف وان اعتبر الآمر هو الضارب ولكن تمسك ابن ادريس بالوضع جعله يعد المباشر هو الضارب وليس الامر ولهذا كانت النتيجة عدم الحنث والخلاصة مما تقدم يلاحظ ان الفقهاء على قولين:-

الأول:- تقديم اللغة على العرف مطلقاً كما اشرنا في موقف الفقيه ابن ادريس

الثاني:- تقديم اللغة على العرف في حال عدم تحقق الحقيقة العرفية او في اختلافهما مع ان اللغة هي الغالبة، اما في حال تحقق العرفية فيقدم العرف مما أدى الى ان يكون هناك اختلاف في مواقف الفقهاء تارة للعرف وتارة للغة ولذلك نرى اختلاف اقوال الفقهاء وعباراتهم بهذا الخصوص اذ يقول السيوطي(ان تطابق العرف والوضع فذاك، وان اختلفا، فكلام الاصحاب يميل الى الوضع)[١٨].

المطلب الثاني

دور العرف في تخصيص العام وتقييد المطلق

يتعلق الشق الأول بتخصيص العام وقد عرف التخصيص بعدة تعاريف منها على انه تمييز بعض الجملة بالحكم[١٩] أي إخراجه كإخراج المعاهدين[٢٠]. من قوله تعالى (فاقتلوا المشركين)[٢١]. كما عرف على انه قصر العام على بعض مسمياته[٢٢]. اذ ورد بان لفظ القصر يحتمل القصر في التناول او الدلالة او الحمل او الاستعمال، وبذلك فيطلق التخصيص على قصر اللفظ على بعض مسمياته، وان لم يكن عاماً، كما عرف على انه اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه الى

ذهن أحدهم بمجرد سماعه[٢٣]. وواضح ان تخصيص العام عند الجمهور ما هو الا بيان مالم يرد بلفظ عام، ومن ثم لا ضرورة ان يكون هناك تعارضاً بين العام والخاص لان من شأن الظني لا يعارض القطعي ولذلك فالتخصيص انما هو تفسيراً وبياناً للعام الذي ترد فيه احتمالات اما إرادة العموم او الخصوص وبهذا يعني التخصيص صرف اللفظ عن عمومية وإرادة بعض ما يتناوله بدليل من الأدلة، او هو قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل سواء كان قطعياً ام ظنياً، مستقلاً ام غير مستقل.

هذا وقد ذكر الشيخ محمد رضا المظفر بمناسبة الكلام عن المخصص المتصل والمفصل بانه (لا فرق بين القسمين من ناحية القرينة على مراد المتكلم، وانما الفرق بينهما من ناحية أخرى وهي ناحية انعقاد الظهور في العموم: ففي المتصل لا ينعقد للكلام ظهور الا في الخصوص، وفي المنفصل ينعقد ظهور العام في عمومه ، غير ان الخاص ظهوره اقوى، فيقدم عليه من باب تقديم الاظهر على الظاهر او النص على الظاهر. والسر في ذلك: ان الكلام مطلقاً العام وغيره- لا يستقر له الظهور ولا ينعقد الا بعد الانتهاء منه والانطاع عرفاً، على وجه لا يبقى بحسب العرف مجال لإلحاقه بضميمة تصلح لان تكون قرينة تصرفه عن ظهوره الابتدائي الاولي، والا فالكلام مادام متصلاً عرفاً فان ظهوره مراعى، فان انقطع من دون ورود قرينة على خلافه استقر ظهوره الأول، وانعقد الكلام وان لحقته القرينة، وانعقد حينئذ على الظهور الثاني. ولذا لو كانت القرينة مجملة او ان وجد في الكلام ما يحتمل ان يكون قرينة اوجب ذلك عدم انعقاد الظهور الأول، ولا ظهور اخر، فيعود الكلام برمته مجملاً[٢٤]).

اما الحنفية فقد عرفوا التخصيص على انه (قصر العام على بعض افراده بدليل مستقل مقترن)[٢٥]. وأشار صاحب هذا التعريف الى قيود عليه حيث ذكر بانه (واحترزنا بقولنا مستقل عن الصفة والاستثناء ونحوهما اذ لا بد عندنا للتخصيص من معنى المعارضة وليس في الصفة ذلك ولا في الاستثناء، وبقولنا: مقترن عن الناسخ فانه إذا تراخى دليل التخصيص، انما يكون نسخاً لا تخصيصاً. ولهذا كان تصوير الاحناف ان التخصيص ما هو الا نوع من البيان تضمن معنى المعارضة وليس بياناً صرفاً وكونه بيان فانه نابع من إرادة الشارع المقدس، ومادام يرتكز على معنى المعارضة فبذلك يعني ان العام قطعي في دلالته كالخاص. وهذا ما جعلهم يشترطون في الدليل المخصص للعام لا بد ان يقترن به في الزمن وإذا تراخى عدّ ناسخاً لا مخصصاً وكذلك لا بد ان يكون

الخاص مساوياً للعام من حيث القطعية او الظنية فيما يتعلق بقوة الدلالة واخيراً لا بد ان يكون الدليل مستقلاً[٢٦].

وإذا أردنا ان نقارن بين موقف جمهور الفقهاء والاحناف نجدهما يتفقان في ان التخصيص قصر العام على بعض افراده بدليل، غير انهما يختلفان في شروط ذلك الدليل اذ رأينا ان الاحناف يشترطون شروط محددة في المخصص كما أسلفنا قبل قليل، في حين ان الجمهور لا يشترطون ذلك بسبب انبثاق تلك الشروط عن مفهوم التخصيص وطبيعته فالتخصيص يتم بأي دليل من الأدلة مطلقاً وبذلك نلحظ ان التخصيص عند الجمهور قصراً للعام بالدليل مطلقاً اما عند الاحناف فقصر العام بدليل مستقل مساوٍ للعام في قوة الدلالة[٢٧]. وحقيقة الامر انه قد يخصص العام بالعرف والذي قد يكون عرفاً قولياً او فعلياً[٢٨]، حيث ان المقصود بالعرف القولي او اللفظي ان يتعارف أكثر الناس على إطلاق لفظ على معنى ليس موضوعاً له. بحيث يتبادر الى الذهن عند سماعه من غير قرينة ولا علاقة عقلية. اما العرف الفعلي فهو ما كان موضوعه بعض الاعمال التي اعتاد الناس في افعالهم العادية او معاملاتهم المدنية مثل بيع المعاطاة. وفي كلتا الحالتين اما ان يكون سابقاً او مقارناً للفظ العام لورود العام، واما حادثاً بعده، اذ اتفق معظم الفقهاء على ان العرف القولي يخصص عموم النص[٢٩]. ومثال ذلك لفظ الدابة اذ انه موضوع لكل ما يدب على الأرض وقد تعورف استعماله في ذوات الأربع في بعض البلدان وفي الخيل فقط في بلدان أخرى وهكذا في كل لفظ تم استعماله في بعض مسمياته وكذلك لفظ الولد انما هو لفظ عام يمثل الذكر والانثى بدليل قوله تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين)[٣٠]، الا ان جرى العرف ان يقوم الناس على قصره للذكور فقط فلو قال وقفت على اولادي، فان الوقف يختص بالذكور فقط. اذ يقول ابن رجب (تخصيص العموم بالعرف وله صورتان: احداهما استعمال الاسم العام في بعض افراده حتى صار حقيقة عرفية، فهذا التخصص به العموم بلا خلاف، فلو حلف لا يأكل شواء اختصت يمينه باللحم المشوي دون البيض وغيره مما يشوى، وكذلك لو حلف على لفظ الدابة والسقف والسراج والوتر لا يتناول الا ما

يسمى في العرف كذلك، دون الادمي والسماء والشمس والجبل، فان هذه التسمية فيها جرت حتى عادت مجازاً[٣١]).

وعلى الرغم من ذلك الا ان البعض يرى ان هذا ليس تخصيصاً بالعرف لان اسم الدابة لا يصير مستعملاً في العرف الا في ذوات الأربع او فقط او الخيل بحيث يصور عدم استعماله ابداً الا في ذلك[٣٢]، ويتفرع عن هذا الرأي المعترض كذلك بانه لو قال الحالف: والله لا أأكل لحماً فأكل سمكاً فانه حينئذ لا يحنث، او قال لا اجلس على بساط مجلس على الأرض فانه لا يحنث كذلك وذلك اعمالاً بالعرف على خلاف النص اذ سمى القران الكريم السمك لماً كما في قوله تعالى (ومن كل تأكلون لحما طرياً)[٣٣]، وسمى الأرض بساطاً كما في قوله تعالى (والله جعل لكم الأرض بساطاً)[٣٤]، لذلك يعتقد هذا الراي العرف في هذه الأمثلة ما هو الا بيان لآراء الحالف واظهارها ليس من شأنه تخصيص العموم بحيث دور العرف هنا من باب توجيه الالفاظ الى معانيها المألوفة عند الناس عملاً بقاعدة (يحمل اللفظ على معناه الحقيقي ما لم تقم قرينة على أراده اعجاز)[٣٥]، اما ما ذكرناه عنه أعلاه (بخصوص اتفاق معظم الفقهاء على تخصيص العموم بالعرف القولي) انما أرادوا المعنى اللغوي وليس النص القرآني او الحديث النبوي.

هذا وقد اختلف الفقهاء في تخصيص العام بالعرف العملي القائم عند ورود النص الشرعي فمنهم من جوزه ومنهم من منعه(حرمه)، اذ ذهب الحنفية وجمهور المالكية الى ان كلاً من العرف القولي يخصص العام فلو قال شخص لأخر موكلاً إياه: اشترِ لي لحماً، فاللحم هنا ما هو الا لفظ عاماً لغة يشمل جميع أنواع اللحوم من اللحم الأحمر كلحم الضأن وكذلك اللحم الأبيض كلحم السمك غير ان عرف الناس وعاداتهم درجت على تخصيص اللفظ المذكور واقتصاره الى اللحم الأحمر كلحم البقر والضأن[٣٦]، هذا وقد اختلف أصحاب هذا الاتجاه بشأن العرف العملي في مدى صلاحيته لتخصيص النص العام من عدمه اذ فرقوا بين ماذا كان عاماً او خاصاً، فاذا كان عاماً فان العمل بالعرف في موضوعه لا يكون تعطيلاً للنص بل يبقى النص معمولاً به في مشمولاته الأخرى التي يتناولها عمومه فليس في تخصيص النص بالعرف عندئذ اهمال النص، بل هو اعمال للعرف والنص معاً وذلك طبقاً للقاعدة القائلة (اعمال النصين معاً خير من اهمال احدهما)[٣٧].

مثال ذلك نهي الرسول (ص واله) عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم فهذا نص عام في منع كل أنواع البيع التي لا يكون الشيء المبيع فيها موجوداً في ملك البائع ما عدا السلم للمصلحة التي يحملها.

وينطبق الحال نفسه على عقد الاستصناع الذي يشمله عموم النص المانع الا ان الناس تعارفوا عليه لاحتياجاتهم اليه ومن ثم اقره الفقهاء طبقاً للعرف الجاري وعُدّ مخصصاً لعموم النص وبذلك يشمل صنع النص كل أنواع بيع المعدوم الا الاستصناع وبالتالي يجمع بين العرف والنص معاً[٣٨]، وكذلك استثناء المرأة الشريفة من عموم قوله تعالى (والوالدات يرضعن اولادهن)[٣٩]، اذ تم اخراج المرأة الشريفة من هذا العموم بانها لا يجب عليها الارضاع استناداً من عادة العرب بان المرأة الشريفة القدر لا ترضع عندهم بعد ان ثبت في زمن الرسول (ص واله) واقرهم عليها ومن ثم كانت مخصصة لعموم الآية الكريمة[٤٠].

اما اذا كان العرف خاصاً وعارض نصاً عاماً بان كان ذلك العرف خاصاً بمكان دون اخر، او بفئة من الناس دون غيرها كعرف بعض ارباب المهن دون غيرهم كعرف التجار او الصناع او بعض البلدان فلا يمكنه – على الراجح عند الاحناف – ان يخصص النص العام ولو كان قائما عند ورود النص[٤١]، لأنه اذا كان عرف بعض البلدان او الناس يقتضي تخصيص النص فان عدم هذا العرف لدى الأماكن الأخرى او الناس لا يقتضيه فحينئذٍ لا يثبت التخصيص بالشك، اذ طالما ان التخصيص بيان لإرادة الشارع الحكيم من النص العام ومن ثم فان مثل تلك الإرادة لا تعرف من ثلة قليلة من الناس او جزء بسيط من الارض[٤٢]، اما المالكية[٤٣] اذ ذهب هذا المذهب الى ان العرف العملي القائم عند ورود النص يخصص النص العام ومن بينهم ما ذهب اليه ابن غازي من تخصيص العرف الفعلي والقولي العام. وكذلك نقل الدسوقي عن ابن عبد السلام ان ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العرف وان كان فعلياً، ونقل الوانوغي عن الباجي انه صرح بان العرف العملي يعتبر مخصصاً وهذا نفس ما ذهب اليه القلشاني.

اما القائلون بعدم جواز تخصيص العرف العملي للعموم فهم الشافعية اذ ذهبوا الى ان العرف العملي لا يقوى على تخصيص العام[٤٤]، ويوافق الشافعية كذلك البعض من فقهاء المالكية وهم القرافي حيث ذهب الى ان العرف العملي لا يصلح لتخصيص اللفظ او تقيده[٤٥]، وكذلك الوتشريسي حيث ذكر بان العادة الفعلية لا تخصص العام[٤٦]،

وكذلك ابن تيمية من الحنابلة حيث قرر بانه (لا يجوز تخصيص العموم بالعادات عندنا)[٤٧]، وهذا وقد استدلوا بان الصيغة المستعملة وان صاحبها العرف العملي صيغة عامة بحسب اللغة لا مخصص لها، ومن ثم تتبقى على عمومها هذا من جانب[٤٨]، ومن جانب اخر ان العادة الفعلية ليست بحجة، على اعتبار ان الناس يعتادون الحسنى كما يعتادون القبيح، وانما الحجة في النصوص ولو كانت عامة، وهي تعد الحاكمة على العوائد من غير ان تكون العوائد حاكمة عليها[٤٩].

ومما تقدم نتفق مع من يرى بأن المناط في قدرة العرف العملي على تخصيص العموم من عدمه انما يتوقف على تحقيق مناط التخصيص، فحيثما تحقق، وجب القول وقتئذٍ بوجوب التخصيص، من دون التفريق بين عام وخاص او قولي وعملي، اما الشق الثاني فيتعلق بتقييد المطلق

وقد عرف المطلق بعدة تعريفات تلتقي عند دلالته على الحقيقة من حيث هي، اذ عرفه الرازي[٥٠] على انه اللفظ الدال على الحقيقة من حيث هي، وعرفه كذلك ابن قدامه المقدسي من الحنابلة على انه(المتناول الواحد لا بعينه باعتبار حقيقة شاملة لجنسه) وعرف كذلك على انه (ما تناول واحداً غير معين باعتبار حقيقة شاملة لجنسه)[٥١] وعرف كذلك على انه (لفظ دال على ماهية مشتركة بين عدة أنواع او أصناف او افراد يصلح لان يراد به أي واحد منها)[٥٢] وعرفه الآمدي على انه (المطلق هو الدال على مدلول شائع في جنسه)[٥٣] ويبدو ان التعريف الأخير هو الشائع والأرجح.

اما المقيد فقد عرف هو الاخر بتعريفات عدة منها تعريف ابن قدامة المقدسي على انه اللفظ المتناول لمعين او غير معين موصوف بأمر زائد على الحقيقة الشاملة لجنسه[٥٤]، وقد عرف كذلك على انه (ما خرج عن انتشار بوجه ما)[٥٥]، وعرف ايضاً تقييد المطلق بانه (بيان المطلق للمقيد بان يقلل من شيوعه)[٥٦] والاصل ان اللفظ اذا ورد في النصوص مطلقاً فيعمل به على طلاقه ولا يجوز تقييده لان في تقييده تقليل من شيوعه مما يشكل ذلك تعد على إرادة المتكلم اذ ان إيراده للفظ بصيغة مطلقة انما يدل على اتجاه ارادته الى شيوعه ولو اتجهت نيته الى تقييد ذلك المطلق ما دام انه امرى من في النفس وغائب عن العالم الخارجي[٥٧]، لذلك ليس من حق المفسر التقليل من شيوع ذلك اللفظ المطلق الا اذا قام الدليل على التقييد بحيث يثبت وجود ما يفيد ان المراد من اللفظ المطلق الشائع في افراده كثيره، فرد واحد معين بقيد ما من وصف او شرط او نحو

ذلك[٥٨]. وهذا التقييد قد يكون صريحاً بلفظ اخر وهو ما يحدث في الغالب الاعم وقد لا يكون كذلك ولكنه يدل دلالة على نية المتكلم ويبين ارادته من اللفظ المطلق، ويعد العرف اهم هذه الوسائل الدلالية التي تساهم في تقييد المطلق على اعتبارات المتكلم عندما يتكلم فانه يقصد المعاني المعروضة له دون غيرها لطالما ان الناس يستخدم الكثير من الالفاظ بمعانيها العرفية دون اللغوية التي تعد غائبة عن اذهانهم[٥٩]، ومن الأمثلة على ذلك لو وكل الانسان وكيلاً بشراء لحم او خبزاً او ثوب مثلاً تقيد عقد الوكالة بنوع اللحم او الخبز المعتاد اكله، وبالثوب المعتاد لبسه، فلو اشترى له نوعاً اخر غير معتاد لا يسري الشراء على الموكل يلتزم به الوكيل[٦٠] ، وكذلك لو استأجر دابة للحمل، فانه له تحميلها النوع والقدر المعتاد مما لا ضرر فيه عليها، فليس له ان يحملها اكثر من طاقتها المعتادة مطلقاً، ولا ان يحملها الأشياء الثقيلة كالحديد والحجار الا ان يؤذن المؤجر. وعندئذ يتقيد من حيث المقدار ايضاً بطاقتها المعتادة والا كان ضامناً للدابة إذا تلفت، اذ يعد متعدياً، ولو استأجر دابة ليحمل عليها مقداراً معينا فحمل عليها أكثر منه فان سلمت لزمه الاجر المسمى[٦١].

وكذلك ما نصت عليه مجلة الاحكام العدلية في المادة (٥٢٧) التي نصت على انه (يصح استئجار الدار والحانوت بدون بيان كونه لأي شيء واما كيفية استعماله فتتصرف الى العرف والعادة) وأيضا ما نصت عليه المادة (١٤٩٨) من مجلة الاحكام العدلية على انه (للوكيل المطلق بالبيع ان يبيع مال موكله نقداً او نسيئه لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال، وليس له ان يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة) وكذلك تشير المادة (٤٥) من مجلة الاحكام العدلية على ان (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)، وواضح من هذه المادة الاخيرة الدور الذي يلعبه العرف في تقييد المطلق اذ يعلق السرخسي على هذه المادة من ان (التعيين يثبت بالنص تارة وبالدلالة أخرى.... والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص) كمن اشترى بدراهم مطلقة ينصرف الى نقد البلد بدلالة العرف[٦٢] ، اما بخصوص موقف المذاهب الإسلامية من تقييد المطلق بالعرف فيتمثل بنفس الآراء التي اشرنا اليها بموضوع تخصيص العموم بالعرف اذ يشيرون في عباراتهم والفاظهم الى تخصيص العام وتقييد المطلق بالعرف وبذلك لا حاجة للتكرار.

اما بالنسبة لموقف التشريعات المقارنة فيلاحظ ان في القانون المدني العراقي توجد نصوص كثيرة تشير الى تقييد المطلق بالعرف ومن ذلك ما نصت عليه المادة (٨٥٢) بأنه (

اذا اطلق المعير للمستعير الانتفاع في الوقت والمكان والنوع الاستعمال، جاز له ان ينتفع بالعارية في أي وقت وفي أي مكان وباي استعمال اراده، بشرط الا يجاوز المعهود المعروف فان جاوزه وهلكت العارية ضمنها) في حين نصت الفقرة الأولى من المادة (٦٣٩) من القانون المدني المصري على انه (١- ليس للمستعير ان يستعمل الشيء المعار الا على الوجه المعين وبالقدر المحدود. وذلك طبقا لما يبينه العقد او تقبله طبيعة الشيء او يعينه العرف. ولا يجوز له دون اذن المعير ان ينزل عن الاستعمال للغير ولو على سبيل التبرع) وكذلك المادة (٧٦٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (أيا كان الماجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الايجار، فان سكت العقد وجب عليه يستعمله بحسب ما اعده له وفقا لما يقتضيه العرف) وكذلك الفقرة (٢) من المادة (٧٦٤) من نفس القانون التي نصت على انه

(٢- واستعمال المستأجر على خلاف المعتاد تعد يضمن الضرر المتولد عنه)

المطلب الثالث

دور العرف في تصريح اللفظ الكنائي وتكنية الصريح

عرف اللفظ الصريح بانه (ما ظهر المراد به ظهوراً بيناً زائداً)[٦٣] وعرف كذلك على انه (ما تبادر خصوص المراد منه لغلبة الاستعمال)[٦٤] ولو كان المعول في تحديد صفة اللفظ هو استعماله فاننا نجد ان بعض اللفاظ تستعمل بمعانٍ عدة ويغلب استعمالها بتلك المعاني وبالشكل الذي يصبح ذلك المعنى معروف لكل سامع للفظ المذكور[٦٥].

وهذا ما يراد بمضمون اللفظ الصريح لطالما ان البيان الزائد هو الذي جعل المعنى مكشوفاً في اللفظ الصريح[٦٦] وذلك لوجود العرف وغلبة الاستعمال التي جعلت المعنى مألوف لسامعه، اذ قد يغلب على اللسان استعمال صيغة من الصيغ في مراد خاص فيتبادر منها فتصير صريحاً لا يفتقر الى نية ولا قرينه[٦٧].

وجاء في اعلام الموقعين وعلى هذه القاعدة أي اعتبار العوائد، تخرج ايمان الطلاق والعتاق ويصغ الصرائح والكنايات. فقد يصير الصريح كناية يفتقر الى النية وقد تصير الكناية صريحاً تستغني عن النية) وقيل في فتح التقدير من اخر الايلاء (والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة)[٦٨].

ومما تقدم فان دور العرف هنا يظهر في تثبيت اللفظ الصريح، ومن ثم يترتب عليه اثاره دون قرينة، وامثله ذلك كثيرة، منها ما يتعلق في الفاظ الطلاق والعتاق، فلو جرى

عرف اهل بلد او طائفة في استعمالهم لفظ الحرية في العفة دون العتق، فاذا قال احدهم عن مملوكه انه حر، او عن جاريته انها حرة، وعادته استعمال ذلك في العفة، لم يخطر بباله غيرها، لم يعتق بذلك قطعاً وان كان اللفظ صريحاً عند من الف استعماله في العتق، وكذلك اذا جرى عرف طائفة في الطلاق بلفظ التسميح، بحيث لا يعرفون لهذا المعنى غيره فاذا قالت: اسمح لي: فقال "سمحتك او سمحت لكِ" فهذا صريح في الطلاق عندهم(٦٩).

وكذلك انعقاد الزواج بالألفاظ المصحفة كجوزت وتجوزت ان جرى بها العرف الصحيح من صيغ الزواج هو كلمتا النكاح والتزويج، اذ بعد ان تعارفه الناس مريدين منه معنى الزواج بحيث تبادر هذا المراد منه، ومن ثم اصبح من صيغة اللفظ الصريح(٧٠).هذا وقد حملت عبارات بعض الفقهاء النهج المتقدم فمثلاً يذكر الزركشي ان (اللفظ الصريح في الإقرار يجري على موجب ظاهره ، ولا يشترط ان يكون نصاً في وضع اللسان لا يتطرق اليه تأويل، فان الصريح ما يتكرر على الشيوع، اما في عرف الشرع او عرف اللسان(٧١)).

وكذلك ما ذكره الباجي بقوله (ان معنى الصريح البين، فان الصريح من الطلاق ما يفهم من لفظ الطلاق مما يستعمل فيه كثيراً، كفارقتك، وسرقتك، وخليتك، وبنت منك، وانت حرام لان هذه الالفاظ وان استعملت في الطلاق وغيره الا انه قد كثر استعمالها في الطلاق وعرفت به، فصارت بينة واضحة في إيقاع الطلاق، كالغائط الذي وضع للمطمئن من الأرض ثم استعمل على وجه المجاز في إتيان قضاء الحاجة، فكان ابين واشهر منه في وضع له، وكذا في مسألتنا مثله(٧٢).

وبالمقابل قد يقل استعمال الناس بذلك المعنى مما يؤدي الى استتاره وراء اللفظ الامر الذي لا يمكن استنباطه من مجرده، ومن ثم تكون الحاجة ملحة للبحث عن النية او القرينة التي من شأنها كشف المعنى وهذا هو الكناية التي يراد بها ما استتر مراده بحيث لا يفهم الا بقرينة(٧٣).

وعرف اللفظ الكنائي على انه (لفظ استتر المراد منه عند السامع)(٧٤)، ومثال ذلك قول الاب في الزواج وهبتك ابنتي وكقول البائع: جعلت لك هذه الضيعة وسلطتك عليها بكذا وكذلك حينما يتبدل مدلول اللفظ في عرف بعض الاقوام فمثلاً يمكن ان تصور ان يكون التطليق بألفاظ أخرى جرى عرف اقوام باستعمالها في الطلاق فيبرز

دور العرف هنا في تحديد المراد من هذه الالفاظ العرفية وهو ما يدعى بألفاظ الكناية وأيا كانت ظاهره كالحرام واللازم او خفيه كقوله: انتِ خليه، وبرية، وحبلك على غاربك[٧٥] لذلك يلعب العرف دوراً بارزاً في نقل بعض الالفاظ من الكناية الى الصريح، ومن ثم يظهر اللفظ واضح المعنى من دون نية او قرينة مساعدة لبيان المراد منه بعد ان كان محتملاً لاكثر من معنى وهذا ما المح اليه بعض الفقهاء في عباراتهم والتي منها

(ان لفظ الحرام ينبغي ان يدور لفظ الفتيا فيها وفي اخواتها، مع اشتهارها في العرف وجوداً وعدماً، ففي أي شيء اشتهرت حملت عليه بغير نية، ومالم يشتهر فيه لم يحمل عليه الا بنية، ولا يكفي في الاشتهار كون المفتي يعتقد بذلك... بل الاشتهار ان يكون اهل ذلك المهر لا يفهمون من الطلاق الا ذلك المعنى .... فهذا هو الاشتهار المفيد لنقل اللفظ من اللغة الى العرف[٧٦]

ويقول القرافي كذلك (والجمود على المنقولات ابداً ضلال في الدين وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضيين، وعلى ذلك تتخرج ايمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات، فقد يصير الصريح كناية يفتقر الى النية، وقد تصير الكناية صريحة مستغنية عن النية)[٧٧]

المطلب الرابع

دور العرف في نقل اللفظ من الحقيقة الى المجاز وبالعكس

تعرف الحقيقة بانها لفظ استعمل فيما وضع له في الاصطلاح الذي به التخاطب لصلة بينه وبين المعنى الحقيقي مع قرينة من إرادة الموضوع له[٧٨]. وعرفت كذلك على انها استعمال اللفظ فيما وضع له، اما المجاز فهو استعمال اللفظ في غير ما وضع له[٧٩]. وحقيقة الامر ان وصف اللفظ بالحقيقة او المجاز يجب ان ينسب الى الواضع فان كان اهل اللغة يكون الوصف حقيقة لغوية ويقابلها المجاز اللغوي وان كان اهل الشرع يكون حقيقة شرعية ويقابلها المجاز الشرعي وان كان اهل العرف يكون حقيقة عرفية ويقابلها المجاز العرفي[٨٠].

والواضع الأخير هو الذي يهمنا هنا لطالما ان ما اعتاد عليه الناس وتعارفوا عليه هو المحدد لصفة اللفظ فيمكن ان نتصور هجر الناس استعمال اللفظ في اطار حقيقته اللغوية وينتقلون به الى معنى جديد فيغدو هذا الأخير هو المعنى الحقيقي للفظ، وبالمقابل يكون

المعنى الأصلي للفظ مجازاً لا يصار اليه الا بقرينة بسبب قلة استعمال اللفظ في معناه الحقيق وذلك نظراً لعدم شيوع التعامل بذلك المعنى ومثال ذلك الاكل من القمح اذ تتمثل حقيقته المستعملة اكل عينة غير ني، اما المجاز المتعارف فهو ما يعم الحقيقة غالباً كأكل ما يتخذ منه كالخبز وكذلك اكل اللحم اذ ينصرف المعنى الحقيقي اكل أي نوع من انواعه ولو لحم الظباء او الحمر الوحشية الا ان المعنى المجازي يتمثل بأكل ما اعتيد من اللحوم[٨١]

واذا نظرنا للامر بالاتجاه الاخر نجد انه لا غرابة تذكر في ترك المعنى الحقيقي واللجوء الى المجاز الذي يشيع بين الناس ويشتهر بحيث يكون هو المتبادر للذهن فيصبح اللفظ حقيقة في هذا المعنى المجازي[٨٢] ولعل السبب في تعذر التمسك بالمعنى الحقيقي يكمن في عدم القدرة على الوصول اليه اصلاً كالحلف على عدم الاكل من المرجل، اذ ان المعلوم ان جسم المرجل لا يمكن اكله فيصار حينئذ الى المجاز الأقرب وهو ما يحله من مطبوخ وغيره.

وربما يكون السبب الاخر في تعذر التمسك بالمعنى الحقيقي هو لصعوبة التمسك به كما لو حلف شخص على الا يأكل من جسم الكرمة، طالما انه من المعلوم ان جسم الكرمة يمكن اكله لكن بعسر فبالتالي يصير الى مجازه الأقرب وهو ما يخرج منها، فان لم يكون للكرمة ثمر بان كانت من الصغار، تحول الى المجاز الذي يأتي في القرب الى الأول وهو ثمنها ومن ثم فان العمل على الحقيقة في الصورتين الأخيرتين ما هو الا الغاء الكلام العاقل[٨٣].

وتجدر الإشارة الى ان اقوال وعبارات بعض الفقهاء جاءت موافقة لما تقدم، اذ يقول البخاري (لان الكلام موضوع لاستعمال الناس وحاجتهم، فيصير المجاز باستعمالهم كالحقيقة، ومثاله ما قال علماؤنا رحمهم الله فيمن نذر صلاة او حجاً او المشي الى بيت الله، او ان يضرب بثوبه حطيم الكعبة، ان ذلك ينصرف الى المجاز المتعارف وامثلته كثيرة وقالو، فيمن حلف لا يأكل راساً انه يقع على المتعارف استحساناً على حسب ما اختلفوا ويسقط غيره وهو حقيقة، وكذلك لو حلف لا يأكل بيضاً انه يختص ببيض الاوز والدجاجة استحساناً، ولو حلف لا يأكل طبيخاً او شواء انه يقع على اللحم خاصة استحساناً وكل عام سقط بعضه كان شبيهاً بالمجاز)[٨٤]

ويقول ابن فرحون (وينبغي ان نعلم ان معنى العادة في اللفظ ان يغلب إطلاق لفظ واستعماله في معنى، حتى يصير هو المتبادر الى الذهن ومن ذلك اللفظ عند الاطلاق، مع ان اللغة لا تقتضيه، فهذا هو معنى العادة في اللفظ، وهو الحقيقة العرفية، وهو المجاز الراجح في الاغلب)[٨٥]

المبحث الثاني

موقف التشريعات المقارنة من العرف المفسر

يراد بالعرف المفسر للألفاظ قانوناً بانه ذك العرف الذي يحيل اليه المشرع في تفسير اللفظ او المجموعات اللفظية التي يتكون منها النص التشريعي او تتكون منها شروط العقد[٨٦].

ولذلك يمكن ان يلعب العرف[٨٧] دوراً في تفسير غموض بنود وشروط العقد. ولغرض بيان مدى الأهمية التي تتمتع بها العادة في تغيير العقد سنقسم الكلام بخصوص ذلك في مطلبين نتطرق في الأول للإشارة الى شروط اعمالها، وفي الثاني للتنازع الحاصل بخصوصها مكانياً وعلى النحو الاتي: -

المطلب الأول

شروط اعمال العادة في نطاق تفسير العقد

يشترط لتطبيق العادة بوصفها عنصراً معبراً عن النية المشتركة للمتعاقدين توفر ما يأتي: -

١- غموض عبارة العقد في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين.

ينبغي عدم اشتمال العقد على شروط تتعارض مع حكم العادة حتى يتسنى العمل بموجب العادة على اعتبار وجود هذه الشروط يمثل تعبيراً عن النية المشتركة للمتعاقدين ومن ثم لا أهمية للعادة في التعبير المذكور وفي مجال التفسير لا بد من وجود الغموض في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين حتى يكون للعادة أثرها الفاعل في نطاق التفسير، ولا غرابة في إمكانية نشوء هذا الغموض وذلك بسبب استخدام عبارات ينقصها الوضوح والتحديد[٨٨].

هذا ولقد تسال الفقه الفرنسي عن تصور وجود غموض بالرغم من استخدام عبارات واضحة في العقد. اذ ذهب جانب من الفقه الى انه بالإمكان اللجوء الى العادة بالرغم من وضوح عبارات العقد، وذلك على اعتبار ان سلطة القاضي في التفسير

تتبلور في حال وجود شك، وقد يتحقق ذلك نتيجة التعارض بين عبارات العقد والعناصر الخارجية عنه[٨٩].

ويستخلص من هذا الاتجاه انه بالإمكان تطبيق العادة باعتبارها التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين بالرغم من وضوح عبارة العقد. وتجدر الإشارة الى ان جانب الفقه المصري[٩٠] قد اتجه بنفس هذا الاتجاه معتبراً ان العبارة الواضحة للعقد لا تعني دائماً وضوح الإرادة ذاتها، اذ ان الظروف الخارجية تلعب، بجانب عبارة العقد دوراً في الافصاح عن النية المشتركة للمتعاقدين، بحيث يجوز للقاضي ان يعدل عن المعنى المستمد من العبارة الواضحة للعقد، بناءاً على الظروف الخارجية التي تتضمن معنى مخالفاً مستند في ذلك الى المادة (٩٠) من القانون المدني المصري التي تنص على انه (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود).

الا ان هذا الراي قد تعرض الى عدة انتقادات تكمن في تعارضه مع القاعدة التي نص عليها المشرع المتضمنة عدم جواز تحريف او تغيير المعنى المستمد من عبارة العقد الواضحة اذ تبقى العبرة بالنية المشتركة، كما انه لا يجوز اثبات عكس النية المستمدة من عبارات العقد الواضحة بناءاً على عنصر خارجي عن العقد اذ ان مثل هذا الاثبات يتضمن مخالفة الدليل المكتوب، وهو امر غير جائز الا بالكتابة، بالإضافة الى ذلك انه بالعكس ما يراه هذا الراي فان القضاء الفرنسي لا يجيز تطبيق العادة الا حين يكون هناك غموض في عبارات العقد، بحيث لا يجوز تطبيق حكم العادة مع وضوح عبارة العقد[٩١].

وكذلك الحال بالنسبة للاتجاه المصري المتقدم فانه قد تعرض الى عدة انتقادات منها تعارضه مع الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) من القانون المدني المصري التي تنص على انه (١- اذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين) فبذلك يتضح تمسك المشرع المصري على عبارة العقد الواضحة، ومن ثم عدم الاعتداد بالظروف الخارجية التي من شأنها ان تغير من المعنى المستمد من عبارة العقد، اما بخصوص تعويل الاتجاه المصري المذكور على نص المادة (٩٠) السالفة الذكر، فهذه المادة اذا تمعنا النظر فيها نجد انها قد حددت طرق متعددة للتعبير عن الإرادة واختيار المتعاقدين للكتابة يخضعهم لحكم الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) من

القانون المدني المصري والتي تعتد كما قلنا بعبارة العقد الواضحة، ومن ثم يمتنع اللجوء الى أي وسيلة أخرى تتعارض مع المدلول الكتابي.

ولذا نجد ان القضاء المصري يشترط غموض العبارة من اجل تطبيق العادة[٩٢]. ومع ذلك فقد أصدرت الدائرة المدنية لمحكمة النقض المصرية حكماً قضت فيه بان النص المطلق الوارد في العقد يقيد بالعرف الجاري، اذ لا يجوز التقيد بما قصده المتعاقدان مع ملاحظة ما تقتضيه نوع المشارطة والعرف الجاري[٩٣]، ونتفق مع الانتقادات الموجهة للاتجاه السالف الذكر اذ طالما ان هناك نصاً صريحاً من جانب المشرع يمنع الانحراف عن عبارة العقد الواضحة فإذن لا يجوز الاجتهاد في مورد النص، بالإضافة الى ذلك إعطاء مثل ذه السلطة للقاضي يعني إعطائه دوراً تشريعياً يؤدي الى مصادرة وإلغاء القانون، ومن ثم لم يعد الفرق واضحاً بينه وبين المشرع في حين يتقيد دوره في تطبيق القانون وتفسيره ان اقتضت الحاجة.

٢- تحقق موافقة المتعاقدين على العادة الاتفاقية

حتى تكون العادة الاتفاقية تعبيرا عن النية المشتركة للمتعاقدين لا بد ان تكون هناك موافقة عليها من المتعاقدين وقت ابرام العقد وهذا الاتفاق قد يكون صريحاً وهنا لا تثار صعوبة اذ يعمل بالاتفاق بينهم وقد يكون ضمنياً يستخلص من ظروف الاتفاق بين الافراد والغرض منه ومن المعاملات السابقة بينهم ومهنة كل منهم وهذه مسالة تترك للقاضي لكي يثبتها من الظروف[٩٤].

كما قد يحيل المشرع القاضي الى هذه العادات لتفسير الشرط الغامض في بعض التصرفات التي حددها متجاوزاً في تسميتها فيطلق عليها اسم العرف[٩٥]. فيكون القاضي ملزماً بتغيير الشرط المذكور استناداً لأحكام العرف الذي رفعه المشرع لمستوى القاعدة القانونية المفسرة فيلزم المتعاقدين به سواء علما ام لم يعلما بوجوده، ويترتب على هذه الإحالة ان العادة لا تستمد قوتها من اتفاق الطرفين بل من نص القانون مما يؤدي الى الالزام باتباعها ومن ثم تطبق عليها سواء اتجهت ارادتهما الى الاخذ بها ام لم تتجه لذلك وسواء علما بها ام لم يعلما الا إذا اتفقا على حكم مخالفاً لحكمها[٩٦].

اما إذا لم توجد مثل هذه الحالة من قبل المشرع او المتعاقدين فهل يمكن ان يكون للعرف دور لإيضاح الشرط الغامض الذي لم يستطيع القاضي التعرف من خلاله على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين؟

هناك من يرى الى ان المتعاقدين اذا كان كان يعلمان بوجود هذا العرف ولم يستبعدا احكامه صراحةً في العقد فهذا يعني انهما يريدان تطبيق احكامه ويجب على القاضي الزام المتعاقدين به على اعتبار انه يعبر عن ارادتهما الضمنية(٩٧).

بينما يرى اخر ان ضرورة تطبيق احكام العرف هنا على المتعاقدين دون اشتراط علمهما بوجوده، اذ يكفي لتطبيقه على المتعاقدين عدم وجود أراده عكسية تقوم باستبعاده(٩٨).

ومن الجدير بالذكر ان شرط العلم الذي يوجبه الراي الأول ما هو الا افتراض لارادة تحيل للعرف، وبطبيعة الحال لا تعد إرادة حقيقية على اعتبار ان مجرد العلم بوجود العرف لا يعد قاطعاً على اتجاه إرادة المتعاقدين عليه بل لا يرضى تحقق الموافقة على مضمونه من اجل ان يصبح تعبيراً عن ارادتهما الحقيقية، ومن جانب اخر قد يقتضي البحث عن علم الطرفين بوجود العرف الى نتيجة سلبية وهي عدم العلم اذ ليس بالضرورة ان تكون النتيجة الوصول الحتمي للعلم به ومن تبقى المشكلة بحاجة الى حل قبل المحكمة التي قد لا تجد هي الأخرى الحل مما يجعلها ان تتجه نحو العرف المتبع في التعامل بوصفه الحل الأمثل الذي يحقق مصلحة الطرفين(٩٩).

وليس هذا فحسب اذ نجد ان بعض الفقهاء يفضل العمل بالعرف الجاري في التعامل على العرف القانوني المفسر بل حتى على القاعدة القانونية المفسرة معارضين في ذلك قاعدة تدرج القوانين والاحكام التي تستلزم تفضيل القاعدة العليا على القاعدة الأدنى في العمل(١٠٠).

المطلب الثاني

حكم القوانين من التنازع المكاني والزماني في الأعراف

يمكن ان ينشأ التنازع المكاني في حالة ما اذا كان العرف خاصاً بمكان معين او مهنة معينة بحيث يختلف مضمونه من مكان لأخر كما في حال العرف المحلي او المهني حيث يختلف تطبيقه في المناطق التجارية عن نظيراتها الزراعية او الصناعية او في بعض الموانئ(١٠١)، وفي ظل مثل هذا العرف يثور التساؤل عن كيفية تفسير الشروط الغامضة في العقد وذلك في ظل تنوع واختلاف العادات المكانية التي يمكن ان تكون مكان ابرام العقد او مكان تنفيذه.

واذا رجعنا للقوانين نجد ان المادة (١٣٦٨) من القانون المدني الإيطالي قد نصت على انه (الشروط الغامضة تفسر وفقاً للعرف المتبع في المكان الذي انعقد فيه العقد) وأشارت كذلك المادة (١١٥٩) من القانون المدني الفرنسي بان يكون تفسير هذه الشروط حسب عرف البلد الذي ابرم فيه التصرف.

ويتضح من المادتين انهما تشيران الى معيار العائدة السائدة في بلد ابرام العقد، وحقيقة الامر ان تطبيق هذا المعيار يكون في حالة اتحاد محل الابرام مع محل تنفيذ العقد، اما اذا اختلفا فلا بد وقتئذٍ من التفرقة بين التصرفات التي ترد على منقول او تلك التي ترد على عقار اذ يذهب غالبية الفقه الفرنسي الى ترجيح محل التنفيذ اذا كان الامر متعلقاً بالعقار[١٠٢].

اما بالنسبة للتنازع الزماني في انه يثور عندما تكون هناك عادات للمتعاقدين من عقودهم السابقة وأخرى لا حقة على العقد ومن ثم يثور التساؤل عن أي منها التي تعتمد في تفسير الشرط الغامض[١٠٣].

وحقيقة الامر انه لا بد من اعتماد العادات السابقة التي كانت سائدة في وقت ابرام العقد لان الاحكام المفسرة والمكملة هي جزء من العقد وبذلك فان الاحكام اللاحقة على وجود العقد ليس لها أي اثر رجعي[١٠٤]، مع اشتراط ان تكون العقود السابقة قد تمت بين طرفي العقد والمراد تفسيره اما اذا صدرت الاتفاقات السابقة من احد طرفي العقد، فيمكن ان يحتج في مواجهته بالمعنى المستمد من هذه العقود[١٠٥].

وأود ان اشير الى ان جميع ما تكلمنا بخصوص شروط اعمال العادات وانواعها هو لبيان دور الأعراف في تفسير غموض بنود وشروط العقد هذا من جانب، ومن جانب اخر قد يضطلع العرف بدور اخر في نطاق التفسير وهو تفسيره للألفاظ التي يتكون منها اذ قد يحيل اليه المشرع في تفسير اللفظ او المجموعات اللفظية التي يتكون منها النص التشريعي[١٠٦]، لذلك نرى ان المادة (١٥٦) من القانون المدني العرقي قد تنص على انه (تترك الحقيقة بدلالة العادة) وكذلك مثلاً نرى ان الفقرة الأولى من المادة (٧٥٦) من القانون المدني العراقي تنص على انه (يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في الماجور من عيوب تحول دون الانتفاع به او تنقص من هذا الانتفاع انقاصاً كبيراً، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها)[١٠٧]. حيث يتولى العرف هنا تحديد المقصود بالعيب الذي يتم التسامح فيه. وكذلك ما نصت عليه المادة (٤٤٨) من القانون

المدني المصري التي تنص على انه (لا يضمن البائع عيب جرى العرف على التسامح فيه).

وإذا مررنا بموقف القانون المدني العراقي من العرف المفسر نجد انه أشار الى قواعد عامة يمكن ان يسترشد بها القاضي في تفسير العقد ومن بينها أربعة مواد أعطت للعرف دوراً في تنظيم بعضاً من العلاقات الاجتماعية سنمر عليها عبر أربعة محاور هي: -

المحور الأول: علاقة العرف بالحقيقة

تنص المادة (١٥٦) من القانون المدني العراقي على انه (تترك الحقيقة بدلالة العادة)، وهذه المادة مأخوذة من المادة (٤٠) من مجلة الاحكام العدلية التي تنص على انه (الحقيقة تترك بدلالة العادة)، وتعني هذه بوجوب الرجوع الى الاخذ بالقرينة العارفة عن الحقيقة، فالعاده ان كانت قرينة في المورد الخاص من موارد الاستعمال وجب رفع اليد بها عن الحقيقة، والا فأصالة الحقيقة هي المحكمة ولا عبرة بالعادة مالم يعلم اسناد المتكلم اليها[١٠٨].

وبذلك تشكل هذه القاعدة احدى القرائن المانعة من أراده المعنى الحقيقي وهذه القرينة تتمثل بالعادة التي يرجع اليها في التعرف على معاني الالفاظ المستعملة، ومن المقصود ان يكون المعنى الحقيقي مهجوراً بفعل العادة فيصار وقتئذ الى المعنى المجازي[١٠٩].

وبذلك فانه في حال تعارض الحقيقة القانونية والحقيقة الشرعية وليس الحقيقة المجردة- كما يتبادر للذهن- الواردة بالعقد مع العادة فتهمل الحقيقة القانونية ويؤخذ بالعادة، ومثال ذلك الاكل من الشجرة بالمعنى الواقعي والحقيقي يتمثل الاكل من ثمر الشجرة وغيره، اما العادة او المعنى المجازي فيتحدد بثمر الشجرة فقط وينبني على ذلك قيام التعويض لصاحب الشجرة في حال الاكل من غير الثمر[١١٠]، وكذلك لو قال الرجل لخادمه اشعل الفنار كان عليه ان يشعل الشمعة التي في الفنار ولو اشعله فاحترق ضمن لان مفهوم كلام الامر عرف اشعال الشمعة اذ غرض الامر يتمثل بإشعالها لا اشعاله[١١١]، وغير ذلك من الأمثلة.

المحور الثاني: علاقة العرف بالشرط

تنص المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي على انه (١-المعروف عرفاً كالمشروط شرطا والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص. ٢-المعروف بين التجار كالمشروط بينهم. ٣- والممتنع عادة كالممتنع حقيقةً)

وهذ المادة مسقاة من المواد (٣٨، ٤٢، ٤٤، ٤٥) من مجلة الاحكام العدلية. ومرجع الفقرة الأولى هو انه الغلبة والمعروفية توجب حمل اللفظ المطلق على المقيد، وتكون الغلبة قرينة حالية على القيد او الاطلاق، وجميع فقرات النص القانوني المذكور يرجع لقاعدة واحدة هي ان القرينة الحلية-كالقرينة المقالية – يجب اتباعها، والغلبة والعرف الخاص او العام من اقوى القرائن على توجيه الكلام[١١٢].

ومعنى هذه القاعدة ان ما ثبت عن طريق العرف يكون كالشرط في نص العقد ولهذا يعبر البعض عن هذه القاعدة بقوله: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم[١١٣]. وبذلك فان الأمور المعتادة بين الناس والمعروفة بينهم في المعاملات تعتبر كأنها مشروطة عند اجرائها ومن تطبيقات ذلك انه إذا استعمل أحد مال غيره المعد للاستغلال – كبيت السكنى-فعليه اجر المثل، وذلك لان المعد للاستغلال لا يستعمل الا باجره[١١٤]. وكذلك الحال فيما لو تعارف اهل السوق على ان يتحمل المشتري نفقات نقل البضاعة فانه يحكم هذا العرف[١١٥].

اما القاعدة الثانية (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم)[١١٦] فينصرف معناها الى وجوب مراعاة ما جرى عليه التجار من اعراف خاصة بهم في نطاق معاملاتهم ومن غير نص عليه في العقد، ويعتبر في نظر الشارع كالشرط المنصوص عليه صراحةً كان يجري البيع على البضاعة مطروحة في موضعها او منقولة الى المشتري، او كما لو اشترى تاجر شيئاً من السوق بثمن معلوم ولم يصرحا بحلول ولا تأجيل وكان المتعارف فيما بينهم ان البائع يأخذ كل جمعة او كل شهر جميع الثمن او بعضاً معيناً منه انصرف اليه بلا بيان لأنه حيث كان متعارفاً عند التجار فصار كأنهما اتفقا عليه.

اما القاعدة الثالثة (الممتنع عادة كالممتنع حقيقةً) فتعني ان ما كان حسب العادة في الأمور الممتنع وقوعها، فانه يعد في حكم الممتنع في نفس الامر والواقع أي في حكم المستحيل ويكون التعويل في الحكم على العادة ومن دون ان ننظر الى الإمكان العقلي كما لو ادعى المعروف بالفقر انه اقرض رجلاً يسيراً مبلغاً كبيراً دفعه واحدة لا تسمع دعواه لا متناع زعمه عادة لمخالفته ذلك العرف[١١٧].

والملاحظ ان تبني المشرع العراقي لهذه القواعد العرفية يعني ثبوت الزاميتها على المتعاقدين في حال عدم وجود شرط في العقد يجعل من هذا الشرط واجب التطبيق

وبذلك حافظ المشرع العراقي على خصوصية تلك القواعد بما يتلاءم مع مصلحة المتعاقدين.

المحور الثالث: علاقة العادة بالقانون

تنص المادة (١٦٤) من القانون المدني العراقي على انه (١- العادة محكمة عامة كانت او خاصة. ٢- واستعمال الناس حجة يجب العمل بها)

وهذه المادة مسقاة من المادتين (٣٦، ٣٧) من مجلة الاحكام العدلية. وتعني القاعدة الأولى ان العادة عامة او خاصة تجعل حكماً لإثبات حكم شرعي[١١٨] أي تجعل طريقاً لإثبات حكم شرعي، لطالما ان الشارع المقدس اعتبرها في بناء الاحكام عليها جاعلاً إياها دليلاً على الاحكام كما حكمها فيما لا نص فيه استناداً لقول الرسول (ص واله) (ماراه المسلمون حسن فهو عند الله حسن)[١١٩]، ومن ثم فان العادة تستمد قوتها من الشرع وهذا اخلافاً لما ذهب اليه الامامية من عدم خلو واقعه من الدليل على حكمها بالعموم او الخصوص وعلى فرض تحقق هذا الخلو فان العادة عن الامامية لا يعتبر بها ولا تصلح لإثبات حكم شرعي، والحديث النبوي الشريف لا يدل على حجية العادة واعتبارها دليلاً شرعياً لإثبات حكم شرعي، وليس كل حسن عند الناس حسناً واقعاً او شرعاً اذ ان العادة ليس لها أي علاقة بالشرع لتكون دليلاً على حكم من احكامه وان لم يكن فيه نص كما في اكل لحم الارنب او شرب النبيذ اذ لم يرد فيه نص وكان هناك عادة من اهل البادية على اكله لكن ذلك لا يمكن الاستدلال به على حليته مع الإقرار انه يمكن الحمل على العادة لتعيين موضوع كلام المتعاقدين اذ لو كانت عادة بلد تقتضي بان الحمال يحمل المتاع الى باب الدار، فاستؤجر حمال فلا يحق للمستأجر المطالبة بإدخال المتاع الى داخل الدار ولو انعكس الامر كان له المطالبة وان لم يشترط ذلك في العقد[١٢٠].

وكذلك الحال فيما لم ينص المتعاقدين على امر من الأمور فالعادة او العرف هو الفيصل في الامر المتنازع فيه فلو افترضنا ان شخصاً اشترى ألف طن من التمر مثلاً ولم يذكر الطرفان على من تقع اجرة وزن التمر وتحميله في سيارات النقل حينها يرجع الى العرف في تقرير ذلك[١٢١].

اما القاعدة الثانية (واستعمال الناس حجة يجب العمل بها)[١٢٢] فتقضي ان التعامل بين الناس إذا لم يكن مخالفاً لنص شرعي فانه يجب الرجوع اليه والعمل بمقتضاه اذ ما جرى عليه تعامل الناس ينبغي ان يكون حجة ملزمة لهم في فض النزاع ومن تطبيقات

ذلك استعانة شخص باخر لبيع متاعه في السوق وبعد البيع طالبه الرجل بأجرته فينظر هنا الى تعامل اهل السوق فان كانت العادة ان يعمل مثل هذا العمل بالأجرة فله اجر المثل والا فلا.

المحور الرابع: علاقة العائدة السائدة بالقانون

تنص المادة (١٦٥) من القانون المدني العراقي على انه (انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر)

وهي مستقاة من المواد (٤١، ٤٢) من مجلة الاحكام العدلية. وتعني القاعدة الأولى ان العبرة تكون بالعادات المطردة او الغالبة، لا العادات المتقطعة اذ لا بد من العادة ان تكون معروفة وجارية في جميع الأوقات اذ لو باع احد بدراهم او دنانير في بلد اختلفت فيه النقود مع الاختلاف في المالية انصرف البيع الى الاغلب[١٢٣].

اما القاعدة الثانية فتعني انه ينبغي ان تكون العادة شائعة ومعروفة بشكل واسع على النطاقين الخاص والعام وسائدة ومتغلبه على صعيد النطاقين المذكورين كما هو الحال في الحكم بالبلوغ اذا بلغ الصبي الخامسة عشر لأنه السن الذي يبلغ به الاولاد غالباً فمن خرج منهم عن هذه القاعدة كان نادراً لا يعتد به[١٢٤].

وأود الإشارة الى ان القواعد المتقدمة الذكر وكذلك القواعد الكلية الاخرى[١٢٥] التي تساعد القاضي. على تفسير العقد انما هي قواعد استرشاديه[١٢٦] غير ملزمة للقاضي فسواء اخذ بها ام لم يأخذ هذا من ناحية.ومن ناحية أخرى انها يعوزها الانسجام وتفتقر الى الترابط فيما بينها، ومن ثم لا يجمعها نظرية موحده ومتماسكة نابعة من فكر قانوني وفقهي حديث، اذ جاءت شبيهة بنصوص متفرقة ينتابها بعض الغموض في جزء منها ومن ثم كانت الحاجة الى الوقوف على فحواها ومعانيها.

ونرى انه كان من الاجدر على المشرع العراقي لو كان هناك نصاً قانونياً موحداً يعالج تفسير العقد كما فعلت بعض القوانين كالمصري وغير ذلك ليكون بديلاً ناجحاً عن القواعد الكلية المنصوص عليها في قانوننا المدني، اذ قام القانون الأخير(المصري) بإيراد نص يعالج المسالة وهو نص المادة (١٥٠) التي جاء فيها (١- اذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. ٢- اما اذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للالفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل. وما ينبغي ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين. وفقاً للعرف الجاري في المعاملات)، اذ يتضح من

النص المصري ان هناك عوامل داخلية وخارجية يستهدي بها القاضي للكشف عن النية المشتركة للمتعاقدين. اذ تتمثل العوامل الداخلية بطبيعة المعاملة وكذلك ما يجب ان يتوافر من امانة وثقة بين المتعاقدين[١٢٧].

ومن العوامل الخارجية التي يسترشد بها القاضي وتساعده في تفسير العقد (العرف الجاري) اذ لا بد ان يفسر العقد استناداً لما يفرضه العرف لان المسائل التي استقر فيها عرف قد جرى عليها العمل وهذا ما يفرض منطقياً علم المتعاقدين به ورضاؤهما إياه والا لو أرادا عكس ذلك لصرحا بمخالفته[١٢٨].

وقد قضت محكمة استئناف مصر الاهلية بانه (يجب في تفسير المشارطات اتباع العرف، وهو يقضي بانه إذا دفع المشتري مبلغاً بصفة عربون وعدل عن الشراء، فلا يكون له الحق في المطالبة بهذا المبلغ، وان مثل هذا الشرط كما يصح ان يكون قد وضع لمصلحة البائع بطلب الفسخ مع حفظ العربون يجوز عدلاً ن يستفيد منه المشتري للتخلص من العقد تحمله دفع قيمة العربون)[١٢٩].

وقضت نفس المحكمة ايضاً بانه (اذا لم يبين الشركاء بطريقة صحيحة قاطعة ما هي حصة كل منهم في الأرباح، كان للمحكمة ان تحددها بطريقة العدالة بين الخصوم، وقد جرت العادة في هذه البلاد على انه اذا اشترك شخصان، وقدم احدهما راس المال وتعهد الثاني بإدارة الاعمال فيكون للأول ثلثا الأرباح وللثاني الثلث)[١٣٠].

وقضت محكمة الاستئناف المختلطة بان العرف يقضي بان يكون اجر السمسار ٢,٥ من قيمة الصفقة[١٣١].

ويمكن إضافة طريقة تنفيذ العقد الى العوامل الخارجية اذ لا غرابة في إمكانية تفسير إرادة المتعاقدين المشتركة في ضوء طريقة التنفيذ التي تراضيا عليها فاذا اعتاد المستأجر ان يدفع الأجرة مدة من الزمن في محل المؤجر، حُمل ذلك على ان المتعاقدين قصدا مخالفة القاعدة العامة التي تقضي بان يكون الدفع في محل المستأجر[١٣٢].

اما بالنسبة للقانون المدني الفرنسي فقد كان للعرف دور في تفسير بنود العقد وهذا ما يتضح من المادتين (١١٥٩، ١١٦٠) من هذا القانون اذ اشارت الأولى منهما الى انه (يفسر الالتباس بما هو متعارف في البلد الذي حرر فيه العقد). ويتضح من هذا النص الى انه لا بد من الرجوع الى العرف السائد في مكان تحرير العقد من اجل تفسير

الغموض الذي ينتاب بنود العقد، ولذلك ذهبت محكمة النقض التجارية الفرنسية في حكم لها الى انه (فقدان الأساس القانوني للقرار الذي يفسر بنداً منازعاً فيه حسب عرف ما، دون التشبث من ان الأطراف أرادوا صراحة اعتماده)[١٣٣]

في حين نصت المادة الأخرى على انه (يجب إتمام العقد ببنود مرعية عرفاً ولو لم تكن واردة فيه) واذا كان هذا النص يسمح بإضافة البنود العرفية الى العقود، الا انه لا يهدف ولا يمتد اثره الى تعديل التوازن الاقتصادي للعقد من خلال إضافة بند يعدل حقوق الأطراف والتزاماتهم الأساسية من جراء سكوتهم، ومن ثم لا يكون هذا البند عرفياً الا اذا افترض ان اغفاله قد حصل بصورة سهواً وارادوا الأطراف تطبيقه، ومن جانب اخر انه اذا كان هذا التطبيق ممكناً دون ان يحدد القاضي العناصر الواقعية العائد اختيارها للأطراف – فلا يحل ارادته محل ارادتهم[١٣٤]، وفي الحالة الحاضرة لا يبدو ان اغفال بند إعادة النظر بالثمن كان نتيجة مجرد السهو[١٣٥].

الخاتمة:

توصلنا من خلال البحث الى النتائج الآتية:

١. يضطلع العرف بدور مهم في نقل اللفظ من الحقيقة إلى المجاز أو بالعكس لطالما إنّ ما اعتاد وتعارف عليه الناس يُعدّ المعيار المحدد لصفة اللفظ، ومن ثم لا غرابة لترك الناس للحقيقة اللغوية للّفظ والإنتقال إلى معنى جديد ليكون بمثابة المعنى الحقيقي له. وفي نظير ذلك يكون المعنى الأصلي مجازاً لا يصار إليه إلاّ بقرينة نظراً لقلّة استعماله وذلك لعدم شيوع التعامل بذلك المعنى بين الناس.
٢. الاختلاف الواضح في الفقه الإسلامي بشأن حدوث حالة التعارض بين الحقيقة العرفية واللغوية بحيث تفرع هذا الاختلاف الى عدة صور وفروض، في حين نجد ان بعضاً من هذا الفقه قد اتجه لتقديم الحقيقة اللغوية على العرفية وفي مقابل ذلك رجح البعض الآخر الحقيقة العرفية على اللغوية ولكل من هذه الاتجاهات والتصورات دلائله التي يتمسك بها.
٣. إن مناط قدرة العرف العملي على تخصيص العموم من عدمه يتوقف على تحقق مناط التخصيص، فريثما تحقق وجوب القول بوقتئذٍ بوجوب التخصيص، ومن غير تمييز بين عرف عام أو خاص أو قولي أو عملي، كما ويُعدّ العرف في الوقت ذاته من أهم الوسائل الدلالية التي تساهم في تقييد المطلق إنطلاقاً من قصد المتكلم للمعاني المعروضة

له دون غيرها وذلك عندما يتكلم، إذ يستخدم الناس الكثير من الألفاظ بمعانيها العرفية دون اللغوية.

٤. تساهم العادات التي يتبعها الناس في معاملاتهم – سواء كانت محلية او مهنية والمستمدة قوتها الملزمة من اتفاق المتعاقدين – دوراً فاعلاً في تفسير غموض بنود وشروط العقد وذلك في حال غموض عبارة العقد في التعبير عن النية المشتركة للمتعاقدين من جانب، وتحقق موافقة المتعاقدين على هذه العادة الاتفاقية من جانب آخر.

٥. أورد المشرّع العراقي قواعد إسترشادية غير ملزمة لقاضي الموضوع، عالجت تفسير العقد. ولاحظنا فيها إستقاءها من مجلة الأحكام العدلية، وكانت تركز بوجوب الركون للعادات والأعراف الشائعة هذا من جانب، ومن جانب آخر تفتقر إلى الترابط والإنسجام ومن ثم لا تركز على نظرية متماسكة وموحّدة نابعة من فكر قانوني رصين، بعكس القانون المدني المصري، الذي أورد نصّاً عالج فيه تفسير العقد، وهو نص المادة (١٥٠) من هذا القانون، و الذي جعل العرف الجاري من العوامل الخارجية التي يمكن أن تساعد القاضي في تفسير العقد.

٦. يضطلع العرف بدور مهم كذلك في تفسير اللفظ او المجموعات اللفظية التي يتكون منها النص التشريعي فمثلاً تنص الفقرة الاولى من المادة (٧٥٦) من القانون المدني العراقي على انه

(يضمن المؤجر للمستأجر جميع مايوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به او تنقص من هذا الانتفاع انقاصاً كبيراً، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها) حيث يتولى العرف تحديد المراد بالعيب المسموح فيه.

٧. لاحظنا الموقف الصريح للقانون المدني الفرنسي بشأن دور العرف في تفسير بنود العقد من خلال المادتين(١١٥٩، ١١٦٠) اذا شارت الاولى الى انه (يفسر الالتباس بما هو متعارف في البلد الذي حرر فيه العقد) واستناداً لهذا النص يقتضي الحال الرجوع للعرف السائد في مكان تحرير العقد من اجل تفسير الغموض الذي ينتاب بنود العقد، في حين نصت المادة الاخرى (١١٦٠) من القانون ذاته على انه (يجب اتمام العقد ببنود مرعية عرفاً ولو لم تكن واردةً فيه) ويلاحظ على هذا النص انه اذا كان يسمح باضافة بنوداً عرفية للعقد الا ان ذلك لا يمتد اثره لتعديل التوازن الاقتصادي للعقد من خلال اضافة بند من شأنه ان يعدل حقوق الاطراف والتزاماتهم من جراء سكوتهم هذا من جانب، ومن جانب

آخر اذا كان هذا التطبيق ممكناً من دون ان يحدد القاضي العناصر الواقعية المختارة من المتعاقدين فلا يعني ذلك احلال ارادته محل ارادة المتعاقدين.

٨. اصبح الاتجاه القضائي في فرنسا ومصر سائراً باتجاه ابراز دور واضح للأعراف والعادات السائدة في تفسير الغموض والابهام الذي ينتاب شروط وبنود العقد وهذا ما اتضح من الاحكام القضائية التي صدرت عن محكمتي النقض المصرية والفرنسية على السواء.

هوامش البحث

١. يقصد بالحقيقة اللغوية هي اللفظ المستعمل من اهل اللغة فيما وضعوه له، واذا استعملوه في معنى اخر لعلاقة بينه وبين الموضوع له يكون مجازاً لغوياً كاستعمال لفظ (اسد) في الحيوان المفترس حقيقة وفي الانسان الشجاع مجازاً، اما الحقيقة الشرعية فهي لفظ مستعمل من اهل الشرع فيما وضعوه له ويكون مجازاً شرعياً ان استعملوه في معنى اخر له الصلة بالموضوع له، كالصلاة تعد صيغة شرعية في العبادة المعروفة، وفي الدعاء تعد مجازاً شرعياً. ينظر: د. مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج١، ط٢، بغداد: شركة الخنساء للطباعة، ٢٠٠٢ ، ص٣٨٧.

٢. ينظر:محمد مصطفى شلبي، المدخل الى التعريف بالفقه الاسلامي (وقواعد الملكية والعقود فيه)، بيروت: دار النهضة العربية، ١٩٨١، ص٣٢٦.

٣. ينظر: عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط٥، بيروت: مؤسسة الرساله، ١٤١٧هـ ١٩٩٦م، ص٧٨.

٤. ينظر:مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ط١، دمشق دار القلم، ١٩٩٨م، ص٨٨٠-٨٨١.

٥. النساء/ الآية ١١

٦. النمل/ الاية ١٤

٧. ينظر: الشيخ أسعد كاشف الغطاء، العرف، حقيقته وحجيته، بحث في مكتبة آل كاشف الغطاء، النجف الأشرف، ص٨-٩.

٨. ينظر: د. عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، فيما لا نص فيه، ط٣، الكويت: دار القلم، ١٩٧٢، ص١٤٥.

٩. ينظر: احمد القرالة، مصدر سابق، ص١٩٨.

١٠. ينظر: الميرزا الرشتي، بدائع الأفكار، قم المقدسة: مؤسسة ال البيت (ع)، ١٣١٣هـ، ص١١٢.
١١. ينظر: الطوسي، الخلاف، ج٣، ط١، قم المقدسة: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٧هـ، ص١٧٢.
١٢. ينظر: الشيخ الطوسي، المبسوط في فقه الامامية ، ج١، م٣، المكتبة المرتضوية لإحياء الاثار الجعفرية، ١٩٦٧، ص٣٩٠.
١٣. ينظر: زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) ، ج٩، ط١، ايران: مؤسسة المعارف الإسلامية، ١٤١٤هـ، ص٥٢٤.
١٤. ينظر: نذير الحسيني، نظرية العرف بين الشريعة والقانون، ط١، منشورات المركز العالمي للدراسات الاسلامية،(١٣٢٧ه)، ص٢١٨-٢١٩
١٥. ينظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مصدر سابق، ص٨٥٢.
١٦. ينظر: محمد بن منصور بن احمد الحلي (ابن ادريس الحلي)، السرائر، ج٣، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، جامعة المدرسين، (بدون سنة طبع)، ص٥١.
١٧. ينظر: ابن ادريس الحلي، ج٣، المصدر نفسه، ص٥٠.
١٨. ينظر: جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفقه الشافعيه،ج١، القاهرة مصطفى البابي الحلبي، (بدون سنة طبع)، ص٩٤.
١٩. ينظر: ابن النجار الحنبلي، شرح الكواكب، ج٣، مصدر سابق، ص٢٦٧.
٢٠. (اهم أصحاب العهد الذين يعقدون العهود مع المسلمين ويؤدون الجزية للمسلمين وغالباً ما يكونوا اهل الكتاب)
٢١. سورة التوبة/ الآية (٥)
٢٢. ينظر: ابن الحاجب، مختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته، ج٢، دار الكتب العلمية، (بدون مكان وسنة طبع) ص١٢٩.
٢٣. ينظر: علي حيدر، درر الحكام شرح مجله الاحكام، ج١، دار عالم الكتب،(١٤٢٣ه-٢٠٠٣)، ص٤٥.
٢٤. ينظر: الشيخ محمد رضا المظفر، أصول الفقه، م١، بيروت: دار التعارف للمطبوعات، (١٤٣٢هـ - ٢٠١١م)، ص١٣٢-١٣٣.

٢٥. ينظر: د. محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، ط٢، دمشق: الشركة المتحدة للتوزيع، ١٩٦٥م،ص٥٥٧.
٢٦. ينظر: عبد العزيز البخاري، كشف الاسرار، ج١، دار الكتاب الإسلامي، (بدون مكان وسنة طبع) ص٢٩١-٢٩٢.
٢٧. ينظر: د. محمد فتحي الدريني، مصدر سابق، ص٤٣٨، وكذلك ينظر: د. ماهر الحولي، تخصيص العموم بالعرف واثره في الفروع الفقهية، بحث منشور في مجلة الجامعة الاسلامية (سلسلة الدراسات الانسانية)، مجلد ١٨ عدد ٢، ص٦.
٢٨. ينظر: د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص٢٥٢-٢٥٣، وكذلك ينظر: محمد مصطفى شلبي، مصدر سابق، ص٣١٣.
٢٩. ينظر:أبو حامد الغزالي، إحياء علوم الدين، ج٢، ط١، جده: دار المنهاج، ١٤٣٢هـ، ص١١٢، وكذلك ينظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، مصدر سابق، ص٨٨٨.
٣٠. سورة النساء/ الآية ١١.
٣١. ينظر: زين الدين عبد الرحمن بن احمد (ابن رجب الحنبلي)، القواعد، دار الكتب العلمية، (بدون سنة طبع)، ص٢٧٣.
٣٢. ينظر: محمد بن علي أبو الحسن البصري، المعتمد في أصول الفقه، ج١، ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ، ص٢٧٩.
٣٣. سورة فاطر/ الآية ١٢.
٣٤. سورة نوح/ الآية ١٩.
٣٥. ينظر: عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، المغرب : مطبعة فضالة، ١٩٨٢، ص١٧٢.
٣٦. ينظر: أبو حامد الغزالي، المستصفى من علم الاصول، مصدر سابق، ص٣٤٥.
٣٧. ينظر: احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط٢، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م، ص٣١٥-٣١٦. وكذلك عبد الكريم زيدان ، مصدر سابق، ص٢٥٢-٢٥٣
٣٨. ينظر: محمد بن علي الشوكاني، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول، ج٢، ط١، دار الكتاب العربي، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م، ص١٤٣.

٣٩. سورة البقرة/ الآية ٢٣٣.
٤٠. ينظر: محمد بن احمد القرطبي، الجامع لأحكام القران (تفسير القرطبي)، ج٣، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٧هـ -٢٠٠٦م، ص١٦١.
٤١. ينظر: زين الدين ابن إبراهيم ابن نجيم، الاشباه والنظائر مع شرحه غمز عيون البصائر، ج١، ط١، بيروت: دار الكتب العلمية،١٤٠٥ه، ص١٠٢.
٤٢. ينظر: مصطفى الزرقا، المخل الفقهي العام، ج٢، مصدر سابق، ص٨٩٢.
٤٣. ينظر: عمر الجيدي، مصدر سابق، ص١٧٥.
٤٤. ينظر: سيف الدين ابو الحسن الامدي، الاحكام في أصول الاحكام، ج٢،ط١، الرياض: مؤسسة النور ، ١٣٨٧هـ، ص٤٨٦.
٤٥. ينظر: شهاب الدين القرافي، الفروق، ج١، بيروت: عالم الكتب، بدون سنة طبع، ص١٧٣.
٤٦. ينظر: عمر الجيدي مصدر سابق، ص١٧٥.
٤٧. ينظر: ابن تيمية، المسودة في أصول الفقه، القاهرة: مطبعة المدني، ١٣٨٤هـ -١٩٦٤م، ص١٢٣.
٤٨. ينظر: الايجي عضد الملة والدين- عثمان بن عمر (ابن الحاجب المالكي)، شرح العضد على مختصر المنتهى الاصولي، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م، ص١٥٢.
٤٩. ينظر: محمد بن علي البصري، المعتمد في أصول الفقه، ج١، (بدون مكان وسنة طبع) ص٢٧٨.
٥٠. ينظر: محمد مصطفى شلبي، مصدر سابق، ص١٨٦، وكذلك ينظر: د. محمد فتحي الدريني، مصدر سابق، ص٤٦١.
٥١. ينظر: محمد اديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ج١، ط٢، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٩٨٤م، ص١٥٨.
٥٢. ينظر:د. مصطفى الزلمي، مصدر سابق، ص٣١٧.
٥٣. ينظر: الامدي، الاحكام في أصول الاحكام، ج٣، مصدر سابق، ص٣
٥٤. ينظر: ابن قدامة، روضة الناظر وجنة المناظر مع شرحه نزهة الخاطر العاطر لابن بدران، ج٢، مصر: المطبعة السلفية، ١٣٤٢هـ، ص١٩١.

٥٥. ينظر عبد العلي محمد الانصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ج٢، دار الكتب العلمية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م، ص٢٨٤.
٥٦. ينظر محمد فتحي الدريني، مصدر سابق، ص٦٧٦.
٥٧. ينظر: ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، بيروت: دار البيان، ص٢٦٧.
٥٨. ينظر: محمد اديب الصالح، مصدر سابق، ص١٦٢.
٥٩. ينظر: احمد القرالة، مصدر سابق، ص٢٠٠-٢٠١.
٦٠. ينظر: محمد أمين بن عابدين الحنفي، نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف، ج٢، لاهور مطابع ايركرين بريس، سهيل اكيديمي، ١٣٩٦ه- ١٩٧٦م، ص١١٥.
٦١. ينظر: المادة (٥٥٥) من جملة الاحكام العدلية وشرحها في: سليم رستم،شرح المجلة،ط٣،المجلد الاول، منشورات الحلبي الحقوقية،بدون مكان وسنة طبع، ص٢٩٩.
٦٢. ينظر: محمد بن احمد السرخسي،المبسوط،ج٤، بيروت: دار المعرفة، ١٤٠٩هـ -١٩٨٩م، ص١٥٢.
٦٣. ينظر: عبد العزيز احمد البخاري، كشف الاسرار، ج١، مصدر سابق، ص١٠.
٦٤. ينظر: احمد فهمي أبو سنة، مصدر سابق، ص١٤٨.
٦٥. ينظر: أبو بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٥، ط٢، دار الكتب العلمية، (١٤٠٦ه-١٩٨٦م)، ص١٠١.
٦٦. (هناك من عرف الصريح على انه " كل لفظ مكشوف المعنى والمراد" يراجع في ذلك احمد بن ابي سهل السرخسي، أصول السرخسي، ج١، ط١، لجنة احياء المعارف العثمانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، ص١٨٧.
٦٧. ينظر: احمد فهمي أبو سنه، العرف والعادة في راي الفقهاء، مطبعة الازهر، ١٩٤٧، ص١٤٨.
٦٨. مشار اليها في: محمد وحيد الدين سوار،التعبير عن الادارة في الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي -،ط٢، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،١٩٩٨م، ص٣٠٨.
٦٩. ينظر: محمد بن ابراهيم،الاجتهاد والعرف،ط١ القاهرة: دار السلام،(١٤٣٠-٢٠٠٩)، ص١٨٥.
٧٠. ينظر: احمد فهمي أبو سنة، مصدر سابق، ص١٤٩.

٧١. ينظر: بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، ج٣، ط٦، دار الكتب العلمية، ١٢٤١هـ - ٢٠٠٠م، ص١٣٦.
٧٢. ينظر: سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج٤، ط٤، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٤م، ص٦.
٧٣. ينظر: احمد القرالة، مصدر سابق، ص٢٠٢.
٧٤. ينظر: الكاساني، ج٣، مصدر سابق، ص١٠٥.
٧٥. ينظر: محمد بن إبراهيم، مصدر سابق، ص١٩١، ١٩٢.
٧٦. ينظر: برهان الدين ابي الوفا بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام، ج٢، الرياض: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، ١٤٢٣هـ -٢٠٠٣م، ص٧٨.
٧٧. ينظر: القرافي، الفروق، ج١، مصدر سابق، ص١٧٧.
٧٨. ينظر: د. مصطفى الزلمي، ج٢، مصدر سابق، ص٣٨٦، ٣٨٧.
٧٩. ينظر: الشوكاني، ارشاد الفحول، مصدر سابق، ص٥٥,٥٦.
٨٠. ينظر: احمد فهمي أبو سنة، مصدر سابق، ص١٤٨.
٨١. ينظر: احمد فهمي أبو سنة، مصدر سابق، ص١٢٦.
٨٢. ينظر: احمد القرالة، مصدر سابق، ص٢٠٣.
٨٣. ينظر: احمد فهمي أبو سنة، مصدر سابق، ص١٢٨.
٨٤. ينظر: علي بن محمد البزدوي الحنفي، أصول البزدوي، ج١، كراتشي: مطبعة جاويد بريس، بدون سنة طبع، ص٨٧.
٨٥. ينظر: ابن فرحون، ج٢، مصدر سابق، ص٧٥.
٨٦. ينظر: د. جاسم علي سالم، العرف في القانون الخاص لدولة الامارات العربية المتحدة: مركزه ومفهومه، بحث مقدم الى مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة التاسعة عشرة، ١٩٩٥م، ص٢١٢.
٨٧. يقصد بالعرف هنا العادات التي يتبعها الناس في معاملاتهم سواء كانت محلية او مهنية والتي تستمد قوتها الملزمة من اتفاق المتعاقدين على العمل بأحكامها لذا يطلق عليها بعض الفقهاء " العادة الاتفاقية" تمييزاً لها عن العرف بمعنى القاعدة القانونية الملزمة، فهي لا تستند الى قوة قانونية ملزمة لعدم توفر الشعور بالإلزام كعنصر معنوي او نفسي

وبالشكل الذي يلزم المتعاقدان بأحكامها اذا توافرت شروطها حتى لو لم يعلموا بوجودها، لذلك يعتد بالنية المشتركة للمتعاقدين في تفسير العقد للوصول الى النية المشتركة للمتعاقدين، للتفاصيل اكثر يراجع

٨٨. د. حسن كيره، المدخل الى القانون، بيروت: دار النهضة العربية، ٢٠١٤م، ص٢٧٧.

٨٩. ينظر: د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد،الاسكندرية: منشاة المعارف،٢٠٠٦م، ص٥٠٠، ٥٠١.

٩٠. ينظر

91. Callatay n. 6, p.12, n. 58, p. 124

٩٢. نقلاً عن د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن مصدر سابق، ص٥٠١.

٩٣. ينظر: (احمد حشمت أبو ستيت، نظرية اللتزام في القانون المدني المصري، ١٩٥٤، فقرة ٣٣٣، فقرة ٣٣٣. وكذلك د. جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٧٤، ص٣٥٦. وكذلك إسماعيل غانم: في النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، مكتبة عبد الله وهبة، ١٩٩٦م، فقرة ١٥٢. شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات، ١٩٦٠، ص١٤٣,١٤٢. عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج١،م١،ط٣،نهضة مصر،٢٠١١، ص١٨١. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني،الالتزامات (نظرية العقد والارادة المنفردة)، ج٢، المجلد الاول، ط٤، بيروت مكتبة صادر،١٩٨٧، فقرة ٢٥٧,٢٥٨.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون المدني الكويتي، ج١، بلا مكان طبع، ١٩٧٤، فقرة ٣٠٠، ٣٠١، د. احمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٥، فقرة١٠٠)

٩٤. ينظر:

95. Civ. 6 dec. 1989 J. c. p. 1990, 2, 21534,2 15092, obs, delebecque, Rev, trim. Drcivil 990,277, obs. Mestre, com. 17 mai 1998, J. c. P. 1988, 4, 256; cass. Com 2dec. 1947, Gaz. Pal. 1948, 1, 36, mazeaad h. l. rev. trim. Dedr. Civ 1948, P. 332, civ. 4 nov. 1918, d.p. 1923, 1, 102.

٩٦. (مشار اليه عند: د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، دراسات البحثية في نظرية العقد، مصدر سابق، ص٥٠٢).

٩٧. نقض مدني ١٩٤٠/٣/٢٨ مجموعة عمر مدنية، ج٣، رقم٤٧، ص١٤١. منشور في مجموعة القواعد القانونية، ج٢، رقم ٩٩.

٩٨. المجموعة الرسمية رقم ١٨٤ سنة ٣٣ ص ٢٥٨ مجموعة عمر، ج١، رقم ٦٤٢، مشار اليها في د. برهان زريق، نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، (بدون سنة طبع)، ص١٢٠.

٩٩. ينظر: د. عوض الزعبي، المدخل الى علم القانون، ط٢، عمان: دار وائل، ٢٠٠٣م، ص١٤٣، وكذلك د. أنور سلطان: أحكام الإلتزام، (بدون مكان طبع)، ١٩٧٥م، ص ١٤٢.

١٠٠. ومن امثلة ذلك ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (١٦٤) من القانون المدني العراقي التي نصت على انه (١- العادة محكمة عامة كانت او خاصة)

١٠١. وكذلك ما اشارت اليه المادة (١٦٥) من نفس القانون المذكور التي نصت على انه (انما تعتبر العادة اذا اطردت او غلبت والعبرة للغالب الشائع لا للنادر)

١٠٢. ينظر:ادريس العلوي، المدخل لدراسة القانون، ج١(نظرية القانون)، الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، ١٩٧٥م، ص٥٨٢، وكذلك: د. عبد المنعم فرج الصده، المدخل للعلوم القانونية، بيروت، ١٩٧٤، ص١٥٠.

١٠٣.ينظر: توفيق حسن فرج: الأصول العامة للقانون، بيروت: ١٩٧٥م، ص١٦٨.

١٠٤. ينظر:

105. Marty: OP. cit. , p. 22

١٠٦.نقلا عن: عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة الى البحوث والدراسات القانونية، ١٩٩٨م، ص٢٣٥.

١٠٧.ينظر: عبد الفتاح حجازي، مصدر سابق، ص٢٣٦.

١٠٨.ينظر: عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الإسكندرية: منشأة المعارف، ط٢، ٢٠٠٢، ص١٤٠، ١٤١.

١٠٩. ينظر: د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي(دراسة مقارنة)، ج١، مطبوعات جامعة الكويت: كلية الحقوق والشريعة، ١٩٧٢م، ص٤٥٥.

١١٠. ينظر:

111. Baurdy et Bard: op. cit., no. 562, p. 510.511. Bossnart: op. cit., p. 121.

١١٢. نقلاً عن: عبد الفتاح حجازي، مصدر سابق، ص٢٧٣.

١١٣. ينظر: برهان زريق، مصدر سابق، ١٢٣.

١١٤. ينظر: د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصدر سابق، ٦٣٠.

١١٥. ينظر: د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد، مصدر سابق، ص٥٠٧.

١١٦. ينظر: د. جاسم علي سالم، مصدر سابق، ص٢١٢.

١١٧. تقابلها في مضمون المعنى الفقرة الأولى من المادة (٥٧٦) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

١١٨. ينظر: محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج١، ط١، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية، ١٤٢٢ ه، ص١٦٠.

١١٩. ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مع المقارنة بالفقه الإسلامي، ج١، بغداد: شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٣، ص١٥٤.

١٢٠. ينظر: علي السوداني، العرف والقانون العراقي، بحث يتناول علاقة العرف بالقانون العراقي، بغداد، ٢٠٠٤م، ص٥٣.

١٢١. ينظر: سليم رستم، مصدر سابق، ص٣٩.

١٢٢. ينظر: الشيخ حسين كاشف الغطاء، ج١، مصدر سابق، ص١٥٨.

١٢٣. ينظر: د. حسنين محمود حسنين، العرف واثره في الفقه الإسلامي، بحث منشور بالانترنيت، ص٤٦.

١٢٤. ينظر: علي حيدر، مصدر سابق، ص٤٦.

١٢٥. نظر: د. سعد العنزي، العرف والعادة في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع١، س٢٣، ١٩٩٩، ص٢٣٢.

١٢٦. ينظر: مصطفى الزرقا، المدخل الفقي العام، ج١ مصدر سابق، ص٦٧٠. وكذلك: سليم رستم، المصدر نفسه، ص٣٨.

١٢٧. ينظر: علي حيدر، مصدر سابق، ص٤٥. وينظر كذلك: نزال عقاب، العرف في الفقه الإسلامي، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص٣٩.

١٢٨. ينظر: السيوطي، الاشباه والنظائر، مصدر سابق، ص١٨٢، وكذلك: ابن نجيم، الاشباه والنظائر، مصدر سابق، ص١١٥.

١٢٩. ينظر: أبو عبد الله احمد بن محمد بن حنبل الشيباني، مسند احمد بن حنبل، ج١، ط١، مؤسسة الرسالة، (١٤٢١هـ- ٢٠٠١م)، ص٣٧٩. وينظر كذلك: إسماعيل بن محمد العجلوني الجراحي، كشف الخفاء ومزيل الالباس، ج٢، مكتبة حسام الدين القدسي، ١٣٥١هـ، ص٢٧٣.

١٣٠. ينظر: الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، ج١، مصدر سابق، ص١٥٤، ١٥٥.

١٣١. ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، ج١، مصدر سابق، ص٣٣٢.

١٣٢. ينظر: علي حيدر، ج١، مصدر سابق، ص٤١. وكذلك: مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، مصدر سابق، ص٦٦٩.

١٣٣. ينظر: د. محي هلال السرحان، تبسيط القواعد الفقهية، ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٥م، ص٤٥. وينظر كذلك: السيوطي، الاشباه والنظائر، مصدر سابق، ص٩٢.

١٣٤. ينظر: سليم رستم، مصدر سابق، ص٣٧.

١٣٥. المواد من (١٥٥-١٦٥) من القانون المدني العراقي، اذ انها مأخوذة من مجلة الاحكام العدلية. اما المادة (١٦٦) فمأخوذة من القانون المدني المصري اذ تقابلها الفقرة الأولى من المادة (١٥١) من هذا القانون. في حين ان المادة (١٦٧) مأخوذة من القانون التجارة العراقي السابق.

١٣٦. د. عبد المجيد الحكيم، القانون المدني، مصادر الالتزام، ج١، مصدر سابق، ص١٥٣.

١٣٧. أضاف القانون المدني الفرنسي بعضاً من العوامل الداخلية من ذلك انه اذا تحملت العبارة اكثر من معنى واحد فتحمل على المعنى الذي يجعلها تنتج اثراً قانونياً طبقاً للمادة (١١٥٧) من القانون المذكور، ومن العوامل ايضاً ان عبارات العقد يفسر بعضها بعضاً استناداً للمادة (١١٦١) من القانون المشار اليه، فضلاً عن عامل اخر وهو تخصيص حالة بالذكر لا يجعلها تتفرد بالحكم وفقاً للمادة (١١٦٤) من القانون المذكور. (يراجع في ذلك:

دالوز، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، ط ١٠٨، بيروت: جامعة القديس يوسف، ٢٠٠٩م، ص١١٥٦، ١١٥٧. بالإضافة الى قاعدة أخرى وهي ان تفسر العقود وتفهم وفقاً لمبادئ حسن النية والانصاف والعرف اذ ان الأخير يمكن ان يعتد به القاضي بافتراض معرفة المتعاقدين به وان لم يحيلوا العقد عليه او يذكروه فيه، فالعرف ما هو الا قواعد عامة متداولة ومعروفة من الجميع يلتزمون بها باعتبارها المعبر عن إرادة جماعية تمثل العدالة في التعامل على نهج النصوص القانونية، ولا يتطلب الامر اثباتها امام القاضي اذا كانت معروفة منه، ويتطلع القاضي لتفسير العقد او لتحديد الالتزامات الفرعية من خلال العرف عند سكوت العقد عن تنظيم ذلك او لم يكن النص في العقد دقيقاً على مثل هذه الأمور وهذه القاعدة نصت عليها المادة (٢٢١) من قانون الموجبات والعقود اللبناني. مشار اليها في: د. مصطفى العوجي، القانون المدني، ج١، العقد، ط٥، منشورات الحلبي الحقوقية ص٧١٦ وتقابلها المادة (١١٣٥) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على انه (تلزم الاتفاقيات ليس فقط بما هو معبر عنه فيها بل ايضاً بجميع النتائج التي يقرها الانصاف او العرف او القانون لالتزام بحسب طبيعته) ويذهب هنا جانب من الفقه الفرنسي الى وجوب احترام أرادة المتعاقدين بحيث لايجوز تعديل الألتزامات التعاقدية عند أستعانة قاضي الموضوع بالأنصاف أو العُرف أو نَص القانون ومن ثم لابد من الحفاظ على القوة الملزمة للعقد ، وهذا ماأكده الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية والذي نَصَ بالأتي ((إذا كان الأنصاف أو العادة ينبغي أخذها بنظر الأعتبار عند تفسير العقد ، فليس بأمكان القاضي التمسك بها لتجنيب أحد المتعاقدين القيام بتعهداته الواضحة والدقيقة التي التزم بها بحرية)) . حكم محكمة النقض الفرنسية في ١٩٤٧/١٢/٢ أشار اليه جاك غستان ، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد او آثاره) ، ترجمة منصور القاضي ، ط١ ، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، ٢٠٠١ ، ص٨١ ، ٦٠ .

١٣٨. ينظر: د. السنهوري، نظرية العقد، ج٢، مصدر سابق، ص٩٤٤.

١٣٩. مجلة المحاماة، ج٤، رقم ٢٧٠ في تاريخ ٢٧ نوفمبر عام ١٩٢٣). أشار اليه د. السنهوري، المصدر نفسه، ص٩٤٤.

١٤٠. (مجلة المحاماة، ج٣، رقم ٣٣٩ في تاريخ ٢٧فبراير عام ١٩٢٣)، أشار اليه د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد،ج٢، ط٢،بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية،١٩٩٨، ص٩٤٤.

١٤١. (٣٠ ديسمبر سنة ١٩٣١م٣ ص١٠٩، أشار اليه د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصدر سابق، ص٦٨٣.

١٤٢.ينظر: أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ج١، ط٤، القاهرة: دار العدالة، (٢٠٠٩ ـ ٢٠١٠)، ص٤٥١.

١٤٣. محكمة النقض التجارية، ١٧ أيار ١٩٩٨: نشر مدنية ١٧، رقم ١٦٧. منصوص عليه في: دالوز، مصدر سابق، ص١١٥٦، ١١٥٧.

١٤٤. نقلاً عن: دالوز: مصدر سابق، ص١١٦٤.

١٤٥.روان، ٢٩ تشرين الثاني، ١٩٦٨: د١٩٦٩. (١٤٦) مشار اليه في: دالوز، المصدر نفسه، ص١١٦٤.

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

اولاً: المصادر العربية

أ- كتب اللغة والمصطلحات

١. محمد بن احمد عبد العزيز القتويلي (ابن النجار الحنبلي)، شرح الكواكب، ج١، تحقيق د. محمد الزحيلي ود. نزيه حماد، ط١، مكة: مركز البحث العلمي واحياء التراث الإسلامي، جامعة ام القرى، ١٤٠٣ه- -١٩٨٣م.

ب-كتب التفسير

١. محمد بن احمد القرطبي، الجامع لأحكام القران (تفسير القرطبي)، ج٣، مؤسسة الرسالة، ١٤٢٧هـ -٢٠٠٦م.

ج- **كتب الحديث**

١. أبو عبد الله احمد بن محمد بن حنبل الشيباني، مسند احمد بن حنبل، ج١، ط١، مؤسسة الرسالة، (١٤٢١هـ- ٢٠٠١م).

٢. إسماعيل بن محمد العلجوني الجراحي، كشف الخفاء ومزيل الالباس، ج٢، مكتبة حسام الدين القدسي، ١٣٥١ه.

د- كتب اصول الفقه

١. ابن تيمية، المسودة في أصول الفقه، القاهرة: مطبعة المدني، ١٣٨٤هـ -١٩٦٤م.
٢. ابن قيم الجوزية، الطرق الحكمية، بيروت: دار البيان (بدون سنة طبع).
٣. أبو محمد موفق الدين (ابن قدامة)، روضة الناظر وجنة المناظر مع شرحه نزهة الخاطر العاطر لابن بدران، ج٢، مصر: المطبعة السلفية، ١٣٤٢هـ.
٤. احمد بن ابي سهل السرخسي، أصول السرخسي، ج١، ط١، لجنة احياء المعارف العثمانية، ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م.
٥. د. احمد فهمي أبو سنه، العرف والعادة في راي الفقهاء، مطبعة الازهر، ١٩٤٧.
٦. الايجي عضد المله والدين- عثمان بن عمر (ابن الحاجب المالكي)، شرح العضد على مختصر المنتهى الاصولي، ج٢، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤٢١هـ -٢٠٠٠م.
٧. برهان الدين ابي الوفا بن فرحون المالكي، تبصرة الحكام في أصول الاقضية ومناهج الاحكام، ج٢، الرياض: دار عالم الكتب للنشر والتوزيع، ١٤٢٣هـ -٢٠٠٣م.
٨. سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج٤، ط٤، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٤م.
٩. سيف الدين ابو الحسن الامدي، الاحكام في أصول الاحكام، ج٢،ط١، الرياض: مؤسسة النور، ١٣٨٧هـ.
١٠. شهاب الدين القرافي، الفروق، ج٣، بيروت: عالم الكتب، بدون سنة طبع.
١١. عبد العزيز البخاري، كشف الاسرار، ج١، دار الكتاب الإسلامي، (بدون مكان وسنة طبع).
١٢. عبد العلي محمد الانصاري، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ج٢، دار الكتب العلمية، ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٢م.
١٣. د.عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط٥، بيروت: مؤسسة الرساله، ١٤١٧هـ ١٩٩٦م.

١٤. الشيخ عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع الإسلامي، فيما لا نص فيه، ط٣، الكويت: دار القلم، ١٩٧٢.
١٥. علي بن محمد البزدوي الحنفي، أصول البزدوي، ج١، كراتشي: مطبعة جاويد بريس، بدون سنة طبع.
١٦. محمد بن علي أبو الحسن البصري، المعتمد في أصول الفقه، ج١، ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤٠٣هـ.
١٧. محمد بن علي الشوكاني، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول، ج٢، ط١، دار الكتاب العربي، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
١٨. الشيخ محمد رضا المظفر، أصول الفقه، م١، بيروت: دار التعارف للمطبوعات، (١٤٣٢هـ - ٢٠١١م)
١٩. د.محمد فتحي الدريني، المناهج الأصولية في الاجتهاد بالرأي، ط٢، دمشق: الشركة المتحدة للتوزيع، ١٩٦٥م.
٢٠. د.مصطفى الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، ج١، ط٢، بغداد: شركة الخنساء للطباعة، ٢٠٠٢.

هـ - كتب الفقه الاسلامي

كتب الامامية:

١. الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي بن الحسن الطوسي المبسوط، ج٢، المكتبة المرتضويه لاحياء الاثار الجعفرية، بدون مكان وسنة طبع.
٢. الشيخ الطوسي، الخلاف، ج٣، ط١، قم المقدسة: مؤسسة النشر الإسلامي، ١٤١٧هـ.
٣.الميرزا الرشتي، بدائع الأفكار، قم المقدسة: مؤسسة ال البيت (ع)، ١٣١٣هـ.
٤. زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني) ، ج٩، ط١، ايران: مؤسسة المعارف الإسلامية، ١٤١٤هـ.
٥. محمد بن منصور بن احمد الحلي (ابن ادريس الحلي)، السرائر، ج٣، قم: مؤسسة النشر الإسلامي، جامعة المدرسين، (بدون سنة طبع).

- **الفقه الحنفي:**

١. ابو بكر بن مسعود الكاساني: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع،ج٥، ط٢، دار الكتب العلمية، (١٤٠٦ه-١٩٨٦م).
٢. حافظ الدين عبدالله بن احمد النسفي، المستصفى في الفقه الحنفي، مخطوط بدار الكتب المصرية.
٣.زين الدين ابن إبراهيم ابن نجيم، الاشباه والنظائر مع شرحه غمز عيون البصائر، ج١، ط١، بيروت: دار الكتب العلمية،١٤٠٥هـ.
٤. محمد أمين بن عابدين الحنفي، نشر العرف في بناء بعض الاحكام على العرف، ج٢، لاهور مطابع ايركرين بريس، سهيل اكيديمي، ١٣٩٦ه- - ١٩٧٦م.
٥. محمد بن احمد السرخسي، المبسوط، بيروت: دار المعرفة، ١٤٠٩هـ-١٩٨٩م.

- الفقه الشافعي

١. بدر الدين الزركشي، المنثور في القواعد، ج٣، ط٦، دار الكتب العلمية، ١٢٤١هـ -٢٠٠٠م.
٢. جلال الدين عبدالرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفقه الشافعيه، القاهرة مصطفى البابي الحلبي، (بدون سنة طبع).

- الفقه الحنبلي

١. زين الدين عبد الرحمن بن احمد (ابن رجب الحنبلي)، القواعد، دار الكتب العلمية، (بدون سنة طبع).

- الفقه المالكي

١. ابن الحاجب المالكي، مختصر المنتهى مع شرحه وحاشيته، ج٢، دار الكتب العلمية، (بدون مكان وسنة طبع).
٢. د.عمر الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، المغرب : مطبعة فضالة، ١٩٨٢.

و- كتب الفقه الإسلامي الحديث والمقارن

١. سليم رستم، شرح المجلة،ط٣،المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون مكان وسنة طبع. محمد مصطفى شلبي، المدخل الى التعريف بالفقه الإسلامي (وقواعد الملكية والعقود فيه)، بيروت: دار النهضة العربية، ١٩٨١.
٢. علي حيدر، درر الحكام شرح مجله الأحكام، ج١، دار عالم الكتب،(١٤٢٣ه-٢٠٠٣).

٣. د. محمد اديب الصالح، تفسير النصوص في الفقه الإسلامي، ج١، ط٢، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٩٨٤م.
٤. محمد بن ابراهيم، الاجتهاد والعرف،ط١ القاهرة: دار السلام،(١٤٣٠-٢٠٠٩).
٥. الشيخ محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة،ج١،ط١، المجمع العلمي للتقريب بين المذاهب الاسلامية،١٤٢٢ه.
٦. د.محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الإدارة في الفقه الإسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي –،ط٢، عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع،١٩٩٨م.
٧. د.محي هلال السرحان، تبسيط القواعد الفقهية، ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، ٢٠٠٥م.
٨. د.مصطفى احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط٢، ١٤٠٩هـ - ١٩٨٩م.
٩. د.مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج١، ط١، دمشق دار القلم، ١٩٩٨م.
١٠. السيد نذير الحسيني، نظرية العرف بين الشريعة والقانون، ط١، منشورات المركز العالمي للدراسات الإسلامية،(١٣٢٧ه).
١١. نزال عقاب، العرف في الفقه الإسلامي، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٦.

ز- الكتب القانونية

١. د. احمد حشمت أبو ستيت، نظرية اللتزام في القانون المدني المصري، ١٩٥٤.
٢. د.احمد سلامة، مذكرات في نظرية الالتزام الكتاب الأول، مصادر الالتزام، ١٩٧٥.
٣. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد،الاسكندرية: منشاة المعارف،٢٠٠٦م.
٤. د.ادريس العلوي، المدخل لدراسة القانون، ج١(نظرية القانون)، الدار البيضاء: مطبعة النجاح الجديدة، ١٩٧٥م.
٥. د.إسماعيل غانم: في النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، مكتبة عبد الله وهبة، ١٩٩٦م.
٦. أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ج١، ط٤، القاهرة: دار العدالة، (٢٠٠٩ - ٢٠١٠).
٧. د. أنور سلطان: أحكام الإلتزام، (بدون مكان طبع)، ١٩٧٥م.
٨. د.برهان زريق، نظرية تفسير العقد في القانونين المدني والإداري، (بدون سنة طبع).
٩. د.توفيق حسن فرج: الأصول العامة للقانون، بيروت: ١٩٧٥م.

١٠. جاك غستان، المطول في القانون المدني (مفاعيل العقد او آثاره)، ترجمة منصور القاضي، ط١، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ٢٠٠١.
١١. د.جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ١٩٧٤.
١٢. د.حسن كيره، المدخل الى القانون، بيروت: دار النهضة العربية، ٢٠١٤م.
١٣. دالوز، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، ط١٠٨، بيروت: جامعة القديس يوسف، ٢٠٠٩م
١٤. د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني،الالتزامات (نظرية العقد والارادة المنفردة)، المجلد الاول، ط٤، بيروت مكتبة صادر،١٩٨٧.
١٥. شمس الدين الوكيل، دروس في الالتزامات (بدون مكان طبع)، ١٩٦٠.
١٦. د.عبد الحكم فوده، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، الإسكندرية: منشأة المعارف، ط٢، ٢٠٠٢.
١٧. د.عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون المدني الكويتي، ج١، بلا مكان طبع، ١٩٧٤.
١٨. د.عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية وفقاً للقانون الكويتي(دراسة مقارنة)، ج١، مطبوعات جامعة الكويت: كلية الحقوق والشريعة، ١٩٧٢م.
١٩. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد،ج١، ط٢،بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية،١٩٩٨.
٢٠. د.عبد الرزاق أحمد السنهوري،الوسيط في شرح القانون المدني الجديد،ج١،م١،ط٣،نهضة مصر،٢٠١١.
٢١. د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، مع المقارنة بالفقه الإسلامي، ج١، بغداد: شركة الطبع والنشر الاهلية، ١٩٦٣.
٢٢. د.عبد المنعم فرج الصده، المدخل للعلوم القانونية، بيروت، ١٩٧٤.
٢٣. د.عوض الزعبي، المدخل الى علم القانون، ط٢، عمان: دار وائل، ٢٠٠٣م.
٢٤. د.مصطفى العوجي، القانون المدني، ج١، العقد، ط٥، منشورات الحلبي الحقوقية، (بدون مكان وسنة طبع).

ح- الاطاريح والرسائل الجامعية

١. عبد الفتاح حجازي، تفسير العقد في القانون المدني العراقي والمقارن، رسالة ماجستير مقدمة الى البحوث والدراسات القانونية، ١٩٩٨م.

ط- البحوث والتعليقات

١. د.احمد القرالة، وظائف العرف في التشريع الإسلامي، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، م٣، ع١، (١٤٢٨هـ -٢٠٠٧م).
٢. الشيخ أسعد كاشف الغطاء، العرف، حقيقته وحجيته، بحث في مكتبة آل كاشف الغطاء، النجف الأشرف.
٣. د. جاسم علي سالم، العرف في القانون الخاص لدولة الامارات العربية المتحدة: مركزه ومفهومه، بحث مقدم الى مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثاني، السنة التاسعة عشرة، ١٩٩٥م.
٤. د. حسنين محمود حسنين، العرف واثره في الفقه الإسلامي، بحث منشور بالانترنيت.
٥. د.سعد العنزي، العرف والعادة في الشريعة والقانون، بحث منشور في مجلة الحقوق الصادرة عن مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ع١، س٢٣، ١٩٩٩م.
٦. علي السوداني، العرف والقانون العراقي، بحث يتناول علاقة العرف بالقانون العراقي، بغداد، ٢٠٠٤م.
٧. د.ماهر الحولي، تخصيص العموم بالعرف واثره في الفروع الفقهية، بحث منشور في مجلة الجامعة الاسلامية (سلسلة الدراسات الانسانية)، مجلد ١٨ عدد ٢.

ي- القوانين

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٢. القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤.
٣.القانون المدني المصري رقم ١٣١ سنة ١٩٤٨.
٤. قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر عام ١٩٣٢.

ك – المجموعات القضائية

١. مجموعة القواعد القانونية المصرية، ج١ و٢، رقم ٩٩.
٢. المجموعة الرسمية المصرية رقم ١٨٤ لسنة ١٩٣٣.

٣. مجلة المحاماة المصرية (ع٣، س٢٣)، (ع٤، س٢٣).

ثانياً: المصادر الاجنبية

1. Baurdy et Bard: traite the oriaue et partique se clroitcivil, Des obligations, T.4, Parise 1906.
2. Callatay Etudes sur I' interpretation des conventions, Bruxelle 1947.
3. Marty et Raynaud, Droit civil, t, 2, Iv., les obligation, 1962.