

2020

قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

د. زينب درويش
محامية في نقابة المحامين في دمشق-سوريا, zeinabaldarwich@yahoo.com

Follow this and additional works at: <https://digitalcommons.bau.edu.lb/ljournal>

Recommended Citation

"د. زينب درويش, (2020) "قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" *BAU Journal - Journal of Legal Studies*: Vol. 2019 , Article 9.

Available at: <https://digitalcommons.bau.edu.lb/ljournal/vol2019/iss2019/9>

This Article is brought to you by Digital Commons @ BAU. It has been accepted for inclusion in BAU Journal - Journal of Legal Studies by an authorized editor of Digital Commons @ BAU. For more information, please contact ibtihal@bau.edu.lb.

مقدمة

تعجز جميع دول العالم على أن تحيط وتنظم كافة العلاقات القائمة بين الأفراد بعضهم ببعض أو بين الأفراد والدولة، ولو تم تقنين كل العلاقات لأصبحنا أمام جبال من الورق التي تحتوي على القوانين والأنظمة والتعليمات..... الخ، لذلك كان للمجتمعات هامشاً كبيراً من الأعراف التي تنشأ من الاستعمال المستمر، وبشكل اعتيادي، في موضوع ما، بحيث يتعذر غالباً معرفة متى بدأ العرف؟ أو الشخص الذي أوجده؟، ويختلف منشأ العرف عن منشأ التشريع، فهو يتكون من الاستعمال المتكرر و المستمر بشكل اعتيادي في موضوع معين، إنه ينشأ ببطء واستمرار طويل حتى لا يشعر الناس إلا وقد أصبح متأصلاً، وقائماً في وسطهم الاجتماعي، والعرف قاعدة لا يعرف لها صاحب مبدع، ولعله من الصعب جداً الوقوف على مراحل ولادة العرف وتكونه ونموه ونضوجه، لأنه لا يعرف إلا بعد أن يكون قد تشكل وتم بالخفاء، وبعد أن يكون قد أضحي لازماً، بصورة لا شعورية. أي يشعرون أن احترامه و تطبيقه أصبح واجبا غير متنازع فيه، دون سلطان أو إرادة عليا تفرضه، ومما لا شك فيه أن للعرف ميذاً وتاريخاً، وربما له مبدع وموجه، ولكن ذلك التاريخ وهذا الوجود بظلال مجهولين حتى اكتشاف العرف، أي تعميمه واستقراره^١. ونظراً للأهمية البالغة للأعراف وخاصة القاعدة محل الدراسة وهي " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ". وكونها تتعلق بأحكام قابلة للتجدد بشكل دائم في ضوء المستجدات اليومية والظروف المتغيرة، والأعراف عموماً تتغير بتغير الزمان والمكان والمجتمعات والأنظمة.

بناء على ما تقدم، فكان لا بد من دراسة هذه القاعدة الهامة من خلال طرح عدة أسئلة حولها، هل هذه القاعدة صحيحة وما مفهومها وما حدودها، وما حجبتها وما هي تطبيقاتها؟ وهل إذا كان ما تعارف عليه الناس لا يقبله الشرع، أو لا ينص عليه القانون، يدخل تحت هذه القاعدة، وهل كل ما تعارف عليه الناس، يمكن اعتباره عرفاً، وبالتالي يمكن تطبيقه، أم ما هو الحكم؟؟؟.

لذلك قسمنا هذه الدراسة إلى فرعين رئيسيين:

الفرع الأول: مفهوم قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً
الفرع الثاني: حجية قاعدة المعروف عرفاً والمشروط شرطاً وتطبيقاتها

الفرع الأول

مفهوم قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً

تمهيد

تعتبر هذه القاعدة من أهم القواعد الفقهية، وهي تنفرد عن قاعدة " العادة محكمة^٢، والمراد بالعادة في هذه القاعدة هو العرف بنوعيه اللفظي والعملي، فهي تعبر عن مكانة العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية، وسلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل، وتعتبر هذه القاعدة من أول القواعد الفقهية التي تعبر عن سلطان العرف العملي، وتشارك معها في هذا التعبير " قاعدة المعروف بين التجار كالمشروط بينهم^٣ " وقاعدة " التعيين بالعرف كالتعيين بالنص^٤ "، والقاعدة الثانية، تضع المبدأ المقرر في اعتبار العرف الخاص كعرف التجار، وأرباب الحرف والصنائع^٥.

أولاً: تأصيل قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وتعريفها

١ - تأصيل قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً:

• في الشريعة الإسلامية:

يذكر بعض العلماء من الأدلة الشرعية في الإسلام على اعتبار مكانة العرف في إثبات الأحكام، قوله تعالى " خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين^٦ ". ويستدلون كذلك على مكانة العرف في بناء الأحكام الشرعية بأثر قد روي موقوفاً، عن عبد الله بن مسعود، وهو من كبار فقهاء صحابة الرسول صلى الله عليه وسلم، أنه قال: " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن^٧ ". وقد أثبت الفقهاء قواعد في العرف كانت أسساً وضوابط لكثير من الأحكام الفرعية القائمة على العرف، حتى جعلوا ذلك أصلاً^٨.

١ - د. عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية، الجزء الأول، سورية، دمشق، الطبعة السابعة، ١٩٦٣، ص ٢٥٤

٢ - المادة ٣١/ من مجلة الأحكام العدلية

٣ - المادة ٤٤/ من مجلة الأحكام العدلية

٤ - المادة ٤٥/ من مجلة الأحكام العدلية

٥ - مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي إلى الحقوق المدنية، مطبعة الجامعة السورية، سورية - دمشق - طبعة خامسة منقحة ومزودة - الجزء الأول - المجلد الثاني - بلا سنة، ص ٩٨٥-٩٨٧.

٦ - القرآن الكريم، سورة الأعراف، آية ١٩٩

٧ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المجلد الأول، مطبعة الجامعة السورية، سورية، دمشق، ١٩٥٨، طبعة خامسة منقحة ومزودة، ص ١١١

٨ - العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير (بابن نجيم)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، منشورات علي بيضون، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٧٩

وذكرت مجلة الأحكام العدلية الشرعية، طائفة منها في المواد /٣٦-٣٧-٣٩-٤٠-٤٣-٤٤-٤٥)، ومن أهم هذه القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف هي: "قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، والتي نصت عليها المادة /٤٣/ من المجلة. ويعتبر العرف المصدر الرابع من المصادر التبعية في الفقه الإسلامي بعد الاستحسان والاستصلاح، والمصالح المرسلة^٩.

• في القانون

يعتبر العرف في نظر القانونيين، حتى يومنا هذا، مصدراً من أهم المصادر للقوانين الوضعية ذاتها، فيستمد منها واضعوها كثيراً من الأحكام ويبرزونها في نصوص قانونية. فقد كرس القانون المدني السوري، العرف مصدراً تشريعياً احتياطياً، يلجأ إليه القاضي عند حسم النزاع إذا لم يجد في نص القانون ما يحقق هدفه، فقد جاء في المادة الأولى من القانون المدني السوري والمصري: "١- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. ٢- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف، فإذا لم يجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

٢- تعريف قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً:

وتعني هذه القاعدة أنه، إذا تعارف الناس على أمر من الأمور، وكان غير مخالف لنصوص التشريع أو نص صريح وارد بالعقد يعتبر هذا العرف نافذاً، وكأنه شرط واجب الالتزام به، ومعناها أن ما جرى به العرف بين الناس لا يحتاج إلى اشتراط، لأنه معتبر، فيكون وجود العرف في البلد، كوجود الشرط في العقد، والمقصود أن ما تعارف عليه الناس في حياتهم العملية من بيع وشراء، وما إلى ذلك، لا يحتاج إلى ذكر صريح في العقد، وهو يقوم مقام الشرط في الالتزام، إذا توافرت فيه شروط اعتبار العرف، ومن ذلك ألا يكون مخالفاً لنص من نصوص الشريعة الإسلامية^{١٠}. والعرف في نظر الفقهاء هو: "عادة جمهور قوم في قول أو عمل"^{١١}، ويتبين من هذا التعريف أن العرف نوع من العادة، وأن للعرف أنواع، لفظي وعلمي، عام وخاص، وهناك أيضاً العرف الفاسد.

ثانياً: شروط قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وتمييزها عن غيرها

١- شروط قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً:

إن ما تقدم بيانه حول أهمية العرف، وما له من سلطان بين الأفراد، لا بد أن يكون مشروط بشروط يجب توافرها في العرف لكي يكون له هذا السلطان. ويتبين من التعريف المذكور للعرف، أنه لا يتحقق أمر من الأمور إلا إذا كان مطرداً بين الناس في المكان الجاري فيه، فيجب أن يتحقق في تكوين العرف اعتياد مشترك بين الجمهور، وهذا لا يكون إلا في حالة الاطراد أو الغلبة على الأقل، وإلا كان تصرفاً فردياً لا عرفاً. لذلك وضع الفقهاء القاعدة القائلة: "إنما تعتبر العادة إذا اطرقت أو غلبت ١٢".

وقد لخص الفقهاء هذه الشروط بأربعة وهي:

الشرط الأول: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً:

والمراد هنا من اطراد العرف، أي أن يكون عملهم به مستمراً في جميع الحالات، فالعرف على تقسيم المهر إلى معجل ومؤجل، إنما يكون مطرداً في البلد إذا كان أهله يعتمدون هذا التقسيم في جميع حالات النكاح.

والمراد بالغلبة، أن يكون جريان أهله عليه حاصلاً في أكثر الحوادث، فاشتراط الاطراد والغلبة في العرف معناه اشتراط الأغلبية العملية فيه لأجل اعتباره حاكماً في الحوادث.

ومن شرائط اعتبار العرف بنوعيه اللفظي والعلمي، أن يكون مطرداً أو غالباً.

والاطراد أو الغلبة لا يستلزمان أن يكون العرف عاماً، فإن عموم العرف غير اطراده، فالعرف العام هو الذي يكون منتشرراً في جميع البلاد، والعرف الخاص هو الذي يتعارف في بلد أو بلدان معينة دون سواها، أو بين أهل حرفة أو صناعة مخصوصة دون سواها، كقاعدة "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم". فكل من العرف العام والعرف الخاص، يشترط لاعتباره وتحكيمه في المعاملات، أن يكون مطرداً أو غالباً على أعمال أهله. لأن العرف وإن كان عاماً، قد يكون غالباً أو لا يكون.

والسؤال، العادة المطردة، هل تنزل منزلة الشرط؟ قال في إجازة الظهيرية: والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وقالوا في الإجازات لو دفع ثوباً إلى خياط ليخيطه له أو إلى صباغ ليصبغه له ولم يعين له أجره، ثم اختلفا في الأجر وعدمه،

^٩ - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص ٤٧

^{١٠} - مصطفى أحمد الزرقا، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، دار القلم، دمشق الطبعة الأولى، ص ٦٧، وكذلك الدار الشامية، بيروت، لبنان، ١٩٩٦، ص ٧٦.

^{١١} - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المجلد الأول، مطبعة الجامعة السورية، سورية، دمشق، ١٩٥٨، طبعة خامسة منقحة ومزيدة، ص ١٠٧

^{١٢} - المادة /٤١/ من مجلة الأحكام العدلية

وقد جرت العادة بالعمل بالأجرة، فهل ينزل منزلة شرط الأجرة؟ فيه اختلاف قال الإمام الأعظم: لا أجرة له، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الصابغ حريفاً له أي معاملاً له فله الأجر وإلا فلا، وقال محمد رحمه الله: إن كان الصابغ معروفاً بهذه الصنعة بالأجر وقيام حاله بها، كان القول قوله، وإلا فلا اعتبار للظاهر المعتاد، ولا خصوصية لصابغ، بل إن كل صانع نصب نفسه للعمل بأجرة، فإن السكوت كالاشتراط. ومن هذا القبيل نزول الخان ودخول لحمام والدلال كما في البزازية، ولذا قالوا المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.^{١٣}

الشرط الثاني: أن يكون العرف المراد تحكيمة في التصرفات قائماً عند انشائها:

فالعرف الحاكم في أمر من الأمور بين الناس، يجب أن يكون موجوداً عند وجود هذا الأمر ليصح حمله عليه، وهذا احتراز عن العرف الحادث، فإنه لا عبرة له بالنسبة للماضي ولا يحكم فيه، وهذا الشرط يشمل العرف بأنواعه اللفظي والعملي والخاص والعام، وفي ذلك يقول أحد الفقهاء: "العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر، ولذلك قالوا: لا عبرة بالعرف الطارئ" ١٤.

الشرط الثالث: أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه:

هذا الشرط هو قيد أساسي في القاعدة محل الدراسة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، وأن تنزّل الأمر بالمعروف منزلة المشروط، باعتبار أن ترك التصريح به إنما هو اعتماد على العرف الجاري، فإثبات الحكم المتعارف عليه في هذه الحال إنما هو من قبيل الدلالة، فإذا صرح بخلافه بطلت هذه الدلالة^{١٥}، إذ من القواعد الفقهية المقررة أنه: "لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح" ١٦.

الشرط الرابع:

ألا يكون في العرف تعطيل لنص ثابت أو أصل قطعي في الشريعة

- ١- تمييز قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً عن غيرها
- ٢- العرف والعادة

والعرف أو العادة في اصطلاح الأصوليين، هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول، والعادة مأخوذة من المعاودة، فهي بتكررها ومعاودتها مرة بعد أخرى صارت معروفة مستقرة في النفوس والعقول، فالعادة والعرف بمعنى واحد، وإن اختلفا من حيث المفهوم^{١٧}.

وتحدث عنها فقهاء القانون الدستوري بوصفها القوام الأساسي لكل عرف قانوني تفترض القيام، بسلسلة من الأفعال المتكررة بصورة رتيبة، وأن يكون التكرار فيها غير منقطع والتطبيق الموحد عاماً، وهذا يعني بتعبير آخر أن العادة تنطوي على عدد من الأفعال والوقائع الإيجابية، وفي أحيان أخرى على عدد من أفعال الامتناع أو الإهمال الهادفة بطبيعتها إلى إنشاء علاقات اجتماعية، القابلة في الوقت ذاته لتقرير جزاء قانوني^{١٨}.

والعادة أعم من العرف لأنها تشمل العادة الناشئة عن عامل طبيعي^{١٩}، والعادة الفردية، وعادة الجمهور التي هي العرف، فتكون النسبة بين العادة والعرف هي العموم والخصوص المطلق، لأن العادة أعم مطلقاً وأبداً، والعرف أخص إذ هو عادة مقيدة، فكل عرف هو عادة، وليست كل عادة عرفاً، لأن العادة قد تكون فردية أو مشتركة^{٢٠}.

٢- العرف والقرائن العرفية: يتميز العرف عن القرائن العرفية، وإن كان بينهما تقارب وتناسب، والقرينة العرفية هي التي تكون النسبة بينها وبين مدلولها قائمة على عرف أو عادة تتبعها دلالتها وجوداً وعمداً، وتبديل بتبديلها، كشراء المسلم

^{١٣} - العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير (بابنجيم)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، منشورات علي بيضون، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٨٤-٨٥

^{١٤} - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص ٨٦

^{١٥} - مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي إلى الحقوق المدنية، مطبعة الجامعة السورية، سورية - دمشق - طبعة خامسة منقحة ومزودة - الجزء الأول - المجلد الثاني - بلا سنة، ص ٨٦٨-٨٦٩

^{١٦} - المادة ١٣/ من مجلة الأحكام العدلية

^{١٧} - الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق وتعليق محمد المعتصم بالله البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، ٢٠٠١، هامش رقم ١، ص ١٨٢

^{١٨} - د. سعد عبد الجبار العلوش، دراسات معمقة في العرف الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، ٢٠٠٨، ص ١٥٩

^{١٩} - كإسراع بلوغ الأشخاص في الأقاليم الحارة وإبطائه في الأقاليم الباردة، فمثل هذا الأمر وإن كان مطرداً أو غالباً في بعض البيئات، لا يسمى عرفاً، بل يسمى عادة.

^{٢٠} - مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي إلى الحقوق المدنية، مطبعة الجامعة السورية، سورية - دمشق - طبعة خامسة منقحة ومزودة - الجزء الأول - المجلد الثاني - بلا سنة، ص ٨٣٤

شاة قبيل عيد الأضحى، فإنها قرينة على قصد الأضحية، وكشراء الصائغ خاتماً، فإنه قرينة على أنه اشتراه للتجارة، فلولاً عادة الأضحية عند الأول، والتجارة بالمصوغات عند الثاني لما كان ذلك قرينة^{٢١}.

الفرع الثاني

حجية قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً وتطبيقاتها

أولاً: حجية قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً:

تتضح الأهمية البالغة لحجية هذه القواعد من خلال اتساع نطاق تطبيقها، والذي بدأ يتزايد في الأونة الأخيرة وفي شتى المجالات، فلم تعد هذه القواعد الفقهية يقتصر نطاقها على الدراسات الشرعية الإسلامية، وإنما تعداه إلى مجالات شتى، كالطب والاقتصاد والتجارة والقانون، ولا سيما قانون الأحوال الشخصية، وخاصة الحقوق الزوجية وأحكامها، كالمهر والهدايا بين الزوجين والمتعة.....الخ.

١- حجية العرف في الشريعة:

المبدأ العام في حجية العرف، هو أنه إذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة، لم يكن عندئذ للعرف اعتبار لأن النص مقدم على العرف، وأما إذا لم يترتب على العرف هذا التعطيل، بل كان العرف مما يمكن تنزيل النص الشرعي عليه أو التوفيق بينهما، فالعرف عندئذ معتبر وله سلطان محترم، وبالتالي فإن العرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو شرط لأحد المتعاقدين، فلو استأجر شخص أجيراً للعمل من الظهر إلى العصر فقط، ليس له أن يلزمه بالعمل من الصباح إلى المساء بحجة أن عرف البلدة هكذا^{٢٢}.

٢- حجية العرف في القانون:

لقد وضع المشرع السوري، العرف في المرتبة الثالثة بعد الشريعة الإسلامية، ونظراً للارتباط الوثيق بين السلوك اليومي للمرء وبين الأعراف المحلية، أصبح من الصعب الفصل بينهما، ونجد أن قانون التجارة السوري، يقدم العرف التجاري على القانون في بعض الحالات^{٢٣}، وللعرف حجية في المسائل التجارية، ذلك أن أغلبية قواعد القانون التجاري نشأت كعادات وأعراف متبعة بين التجار ثم دونت معظم هذه القواعد في نصوص تشريعية، وكان ذلك هو السبب في تحول أغلب القواعد العرفية إلى نصوص تشريعية، وذلك لقلّة هذه النصوص في المسائل التجارية وعجزها عن ملاحقة تطور الحياة واحتياجاتها.

وينشأ العرف التجاري بصورة تدريجية، فيندرج أولاً كشرط في اتفاقات التجار سواء تعلق هذا الشرط بأمر مادي كطريقة حزم السلع أو نقلها أو بأمر قانوني كتمديد أجل خاصة لتنفيذ الالتزامات التجارية، وباستمرار إدراج مثل هذه الشروط تصبح عادات تقليدية، ثم تصبح مفهومة ضمناً دون الحاجة إلى النص عليها، وتتواتر الأحكام القضائية على افتراض وجودها، وعندئذ يقال إنها أصبحت عرفاً^{٢٤}.

وكذلك قانون التجارة البحرية يستند في إصدار أحكامه بناء على ما استقر عليه التعامل استناداً للمتعرف عليه في عمليات النقل البحري.

أما على صعيد القانون الدستوري، فقد تبوء العرف مكانة مرموقة بالنظر إلى أن هذا القانون من أكثر فروع القانون الأخرى لا يبدو قادراً على الاستقرار في تضاعيف القانون المكتوب:

وتتضح معالم هذه الحجية من خلال دراسة تطبيقات القاعدة في الفقرة التالية، وفي الكتب الفقهية عبارات أخرى تعبر عن حجية هذه القاعدة وهي:

- أ. الثابت بالعرف كالثابت بالنص
- ب. المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً
- ت. الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي
- ث. المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ

ثانياً: تطبيقات قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً:

يتفرع عن هذه القاعدة المذكورة عدة تطبيقات، نذكر منها:

١- قاعدة " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم "

^{٢١} - مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي إلى الحقوق المدنية، مطبعة الجامعة السورية، سورية - دمشق - طبعة خامسة منقحة ومزينة - الجزء الأول - المجلد الثاني - بلا سنة، ص ٩٠٩

^{٢٢} - مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي إلى الحقوق المدنية، مطبعة الجامعة السورية، سورية - دمشق - طبعة خامسة منقحة ومزينة - الجزء الأول - المجلد الثاني - بلا سنة، ص ٨٦٩-٨٧٠

^{٢٣} - المواد ٣-٤ من قانون التجارة السوري
^{٢٤} - www.iasj.net آخر زيارة ٢٠١٥/١١/١٩، رعد فوزي عبد الطائي، إشكالية تطبيق العرف التجاري، جامعة الكوفة، كلية القانون،

هذه القاعدة في معنى القاعدة " المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، ولا تختلف عنها إلا أن تلك القاعدة في مطلق العرف، وهذه خاصة في عرف التجار، كما أن هذه القاعدة داخلة في قاعدة " التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"^{٢٥}، ولكن العلماء ذكروا هذه القاعدة للاهتمام بشأن المعاملات التجارية، فما يقع بين التجار من المعاملات والعقود ينصرف عند الإطلاق إلى العرف والعادة عندهم، ما دام هذا العرف لا يخالف نصاً شرعياً^{٢٦}.

وقد قدم قانون التجارة السوري، العرف على القانون في بعض الحالات، فقد نصت المادة ٢/ من قانون التجارة السوري على أنه: "١- إذا انتفى النص في هذا القانون فتطبق على المواد التجارية أحكام القانون المدني. ٢- على أن تطبق هذه الأحكام لا يكون إلا على نسبة اتفاقها مع المبادئ المختصة بالقانون التجاري والعرف التجاري". كما نصت المادة ٤/ من القانون المذكور على أنه: "على القاضي عند تحديد آثار العمل التجاري أن يطبق العرف المتوطد إلا إذا ظهر أن المتعاقدين قصدوا مخالفة أحكام العرف أو كان العرف متعارضاً مع النصوص التشريعية الإلزامية. ٢- ويعد العرف الخاص والعرف المحلي مرجحين على العرف العام".

ولقاعدة " المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"، تطبيقات كثيرة أذكر منها، لو تبايع تاجران شيئاً، ولم يصرحا في صلب العقد أن الثمن نقد أو نسيئة، فلو تعارفا تأدية الثمن بعد أسبوع، أو غيره، لا يلزم المشتري أداء الثمن حالاً، ونصرف إلى عرفهم وعادتهم، وكذلك إذا باع تاجر شيئاً، وقد جرى العرف على أن يكون بعض معلوم القدر من الثمن حالاً، أو على أن دفع الثمن يكون منجماً على نجوم معلومة، يكون ذلك العرف مرعياً بمنزلة الشرط الصريح^{٢٧}.

٢- تحديد ما يعد من الهدايا والمهر:

تعتبر هذه المسألة من مسائل الأحوال الشخصية المهمة والتي تثار عادة عند قيام النزاع بين الزوجين أو الخطيبين حول ما قدمه الزوج للزوجة من حلي وملبس، وهل هو على سبيل الهدية؟ أم هو من المهر؟ فيأخذ عندها كلا منهما حكمه الذي يختلف فيه عن الآخر ويخضع لتحديد ذلك لقاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

وبناء عليه يعتبر العرف، مصدراً من مصادر الأحكام التي يرجع إليها في تحديد ما يعد هدية، وما لا يعد عند النزاع بين الطرفين، وإن كان ما قدمه على سبيل الهدية وفق ما يدعيه أحدهما، أو مهر وفق ما يدعيه الآخر، وما له من أثر في إعادته أو قيمته عند تلفه واستهلاكه، خاصة أن المشرع السوري اقتصر بالنص في الفقرة الثالثة من المادة ٣/ من قانون الأحوال الشخصية السوري على أنه " تجري على الهدايا أحكام الهبة"، دون أن يبين بقية ما يتعلق بهذه المسألة من أحكام، وبالتالي فإن الاعتداد بالعرف هو ما ينبغي إعماله لتحديد أن كان ما قدم هدية أو أنه جزء من المهر، وإن الحكم والقول الفصل للعرف الجاري في كل مجتمع^{٢٨}.

٣- تحديد المتعة الخاصة بالزوجة:

يجري في أحكام المتعة الخاصة بالزوجة، العرف المعتبر في كل بلدة، فيما تكتسي به المرأة عند الخروج من دار الزوجية، واعتبارها على حسب حال الزوجين^{٢٩}. إذا جهز الأب ابنته بجهاز ودفعه لها، ثم ادعى أنه عارية، ولا بينة على ذلك، فإنه ينظر إن كان العرف مستمرراً أن الأب يدفع ذلك الجهاز ملكاً لا عارية لم يقبل قوله، وإن كان العرف مشتركاً فالقول للأب. ٣٠ إذا دفع الأب ابنه إلى حائك ليعلمه النسج، ولم يشترط الأجر على أحدهما، فلما تعلم الابن العمل، طلب الأستاذ الأجر من الأب، فإنه ينظر لعرف أهل تلك البلدة للحكم بالأجر ٣١.

٤- العرف البحري:

وللقاعدة تطبيقات كثيرة في مجال قانون التجارة البحرية السوري، فقد استقر الاجتهاد القضائي في سورية على أن العرف من المصادر الهامة في عملية النقل البحري، وأورد بعض الاجتهادات الصادرة عن محكمة النقض السورية المؤيدة لذلك:

التسامح العرفي في حالة النقص بالوزن:

وقد قضت بذلك محكمة النقض السورية في قرار صادر عنها جاء فيه: " يطبق التسامح العرفي في حالة النقص بالوزن نتيجة العوامل الجوية وليس نتيجة فقدان البضاعة ٣٢".

^{٢٥} - المادة ٤٥ من مجلة الأحكام العدلية الشرعية

^{٢٦} - د. محمد مصطفى الزحيلي - القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة - دار الفكر بدمشق - سورية - دمشق - الطبعة الأولى، ٢٠٠٦، ص ٣٥١

^{٢٧} - الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا - بقلم مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف)، شرح القواعد الفقهية، دار القلم سورية - دمشق - الطبعة الثانية - ٢٠٠٧ - ص ٢٣٩

^{٢٨} - محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، ص ٥٤

^{٢٩} - محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، ص ٤٨

^{٣٠} - العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير (بابن نجيم)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، منشورات علي بيضون، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٨٥.

^{٣١} - سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، ١٩٨٦، طبعة ثالثة مصححة ومزيدة، ص ٣٧.

^{٣٢} - نقض سوري، قرار رقم ٣٥٣، أساس ٤٩٧، تاريخ ٢٦/٤/٢٠٠٥، مجلة المحامون، العددان ٥-٦، لعام ٢٠٠٨، ص ٧٣١، القاعدة ٢٢٨.

حالة النقص العرفي هي إحدى حالات الإعفاء من مسؤولية الناقل البحري: وهذا ما قضت به محكمة النقض السورية في قرارها الذي جاء فيه: "إن حالة النقص العرفي هي إحدى حالات الإعفاء من المسؤولية بالنسبة للناقل البحري، إلا أنه على المحكمة أن تتحقق من نسبة النقص المتعارف عليه بتاريخ وصول السفينة الناقلة للبضاعة في ميناء الوصول ٣٣". وقد قضت المحكمة المذكورة بقرار آخر جاء فيه: "الإعفاء العرفي لا يطبق إلا في حالة النقص الطبيعي جراء عوامل الطبيعة والتي لا ينسب فيها أي خطأ أو تقصير للناقل البحري ٣٤".

خاتمة

بناء على ما تقدم، يتضح جلياً، من خلال هذه الدراسة، أهمية القواعد الفقهية عموماً، والقاعدة محل الدراسة خصوصاً، ويتبين أن للعرف مكانة في الشريعة والقانون، وأن القاعدة محل الدراسة، يمكن أن يندرج تحتها العديد من نصوص القانون بمختلف فروعها، وكذلك رأينا وجود العديد من التطبيقات العملية لهذه القاعدة أمام المحاكم، سواء في قانون الأحوال الشخصية أو القانون التجاري أو قانون التجارة البحرية، أو القانون المدني، إضافة لوجود هذه التطبيقات في القانون التجاري الدولي، وهو ما يؤكد على أهمية هذه القاعدة وسعة نطاق إعمالها في مختلف فروع القانون.

لذلك، إن إتباع العرف هو أفضل وسيلة لانتماج الفرد في المجتمع من الناحية القانونية، بحيث يرى الفرد من هو أقدم منه، قد اقتدى بمن سبقه من الأفراد بتطبيق القاعدة القانونية المستقاة من الأعراف السائدة، فتصبح تلك الأعراف جزءاً من مكونات حياته اليومية في كافة مجالات الحياة.

وإن استقرار العرف يعني بالضرورة إتباع سلوك معين بشكل تلقائي في كل مرة تتكرر واقعة أو حادثة، أو تعبير معين أو سلوك محدد، وطالما أن الأعراف السائدة لا تتعارض مع النص القانوني تبقى ملزمة ويجب احترامها من قبل جميع أفراد المجتمع، ولا سيما أنها دخلت في صياغة القاعدة القانونية، وأصبحت مصدراً هاماً من مصادرها.

نتائج البحث

بعد الانتهاء من الدراسة توصلت إلى النتائج الأساسية التالية:

- ١- تعتبر هذه القواعد الفقهية من النصوص العامة والشاملة لجميع أفراد المجتمع، على اختلاف مذاهبهم وبيئاتهم وأعرافهم وألوانهم، وتعتبر القدرة على إيجاد حلول جزئية، كما أنها لا تخلو من النظريات الكلية، إلا أن أغلب الأمثلة الفقهية التي ذكرها الفقهاء، هي أمثلة للأعراف السائدة في زمن قديم، ونحن بحاجة ماسة، إلى استخراج الأمثلة الفقهية المعاصرة المبنية على العرف، وقد حاولت ذلك، من خلال إدراج بعض الأحكام القضائية السورية، التي استندت إلى العرف، في إصدار أحكامها.
- ٢- ضرورة الإلمام بهذه القواعد الفقهية من قبل القضاة والمحامين، والحقوقيين، وكل من يعمل في مجال القانون، ليتمكنوا من الإحاطة بهذا الكنز العظيم في الشريعة الإسلامية المتمثل بالقواعد الفقهية ولا سيما القاعدة محل الدراسة، لئلا يفتقدوا بشكل مباشر مع الأعراف الخاصة بكل مجتمع.
- ٣- تعتبر القاعدة الفقهية محل الدراسة وغيرها من القواعد الأخرى، من النظريات التي تجعل الفقه والقضاء دائم التجدد، فلا تتحجر مسألته، ولا تتجمد قضاياه، وبرأي إن العمل بهذه القواعد الفقهية، سيؤدي إلى توحيد الفكر القانوني، على أسس سليمة.
- ٤- وإني أرى أن هذه القواعد الفقهية، هي السبيل القانوني والفقهية والقضائي، أمام كافة المذاهب، لإيجاد الحلول لكافة الفرضيات التي يمكن أن تطرأ نتيجة تطور المجتمعات.

المقترحات:

- ١- دعوة القضاة في سورية، للاهتمام بإبراز دور القواعد الفقهية عموماً، والقاعدة محل الدراسة خصوصاً من خلال الاستدلال بها في القرارات القضائية، ولا سيما في المسائل التي أعطاها المشرع فيها، سلطة تقديرية، كالمسائل المتعلقة بالنفقة والمهر وأجرة الرضاع والحضانة، وذلك أسوة ببقية المحاكم في باقي الدول العربية الأخرى، وإعمالاً للقاعدة الفقهية " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان"، والتي نصت عليها المادة ٣٩/ من مجلة الأحكام العدلية.
- ٢- إن الحاجة ماسة إلى ضبط مجالات إعمال العرف، لصعوبة الإحاطة بالفروع الفقهية المبنية على العرف، نظراً لكثرتها وتجددها، ولأجل استخراج الأمثلة الفقهية المعاصرة المبنية على العرف، إذ أن أغلب الأمثلة التي ذكرها الفقهاء هي أمثلة للأعراف الموجودة في زمنهم وعصرهم.
- ٣- وأخيراً إنني أرى بضرورة تدريس هذه القواعد الفقهية في كافة الفروع التي تتعلق بالعلوم الإنسانية، ولن أبالغ وأقول بكافة الجامعات، لما لها من أهمية كبيرة على صعيد بناء الأساس القانوني السليم لدى الباحث. وإني أتقدم بخالص شكري وفائق احترامي وتقديري لأعضاء الهيئة التدريسية في كلية الحقوق في جامعة بيروت العربية-أساتذتي الأفاضل - القائمين على متابعة طلاب تمهيدي دكتوراه، على توجيهنا التوجيه الصحيح، لجهة دراسة هذه القواعد القيمة، والتي يجب الاطلاع عليها لكل من يعمل في مجال القانون.

٣٣ - نقض سوري، قرار رقم ٦٥٠، أساس ٧٧٤، تاريخ ٦/٧/٢٠٠٥، مجلة المحامون، العددان ٦-٥، لعام ٢٠٠٨، ص ٧٣٧، القاعدة ٢٣٥

٣٤ - نقض سوري، قرار رقم ٧٣٢، أساس ٧٥٤، تاريخ ٦/٢١/٢٠٠٥، مجلة المحامون، العددان ٦-٥، لعام ٢٠٠٨، ص ٧٤٧، القاعدة ٢٤٥

المصادر:

أولاً: المراجع العامة:

- ١- جون ماري هنكرتس ولويز دوزوالديك، القانون الدولي الإنساني العرفي، المجلد الأول، القواعد، دار الكتب والوثائق القومية، اللجنة الدولية للصليب الأحمر، مصر، القاهرة، بلا طبعة، ٢٠٠٧
- ٢- د. سعد عبد الجبار العلوش، دراسات معمقة في العرف الدستوري، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، الإصدار الأول، ٢٠٠٨
- ٣- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، دار إحياء التراث العربي، لبنان، بيروت، ١٩٨٦، طبعة ثالثة مصححة ومزيدة.
- ٤- عبد الرحمن الصابوني، شرح قانون الأحوال الشخصية السوري، الزواج وآثاره، الجزء الأول، المطبعة الجديدة، دمشق، ١٩٨٥.
- ٥- د. عبد الغني محمود، القاعدة العرفية في القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٠.
- ٦- د. عدنان القوتلي، الوجيز في الحقوق المدنية، الجزء الأول، سورية، دمشق، الطبعة السابعة، ١٩٦٣
- ٧- محمد قدرى باشا، الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار ابن حزم للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ٢٠٠٧
- ٨- د. محمد الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، المطبعة الجديدة، سورية، دمشق، بلا طبعة، ١٩٧٥-١٩٧٦
- ٩- مصطفى أحمد الزرقا، مشروع قانون الأحوال الشخصية الموحد للإقليمين المصري والسوري في عهد الوحدة بينهما، دار القلم، دمشق الطبعة الأولى، وكذلك الدار الشامية، بيروت، لبنان، ١٩٩٦
- ١٠- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي في أسلوه الجديد، دار الكتاب، سورية، دمشق، الطبعة الثانية، مزيدة ومنقحة، ١٩٧٥-١٩٧٦

ثانياً: المراجع الخاصة:

- ١- الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا - بقلم مصطفى أحمد الزرقا (ابن المؤلف)، شرح القواعد الفقهية، دار القلم سورية - دمشق - الطبعة الثانية - ٢٠٠٧
- ٢- المحامي زاهد بن ذاك - استشارات قانونية وشرعية
- ٣- الإمام جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، تحقيق وتعليق محمد المعتصم بالهر البغدادي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الخامسة، ٢٠٠١.
- ٤- العلامة الشيخ زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير (بابن نجيم)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، دار الكتب العلمية، منشورات علي بيضون، لبنان، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٩
- ٥- الإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي المشهور بالقرافي، كتاب الفروق، دراسة وتحقيق، د. محمد أحمد سراج، ود. علي جمعة محمد، مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية، المجلد الرابع، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، ٢٠٠١.
- ٦- د. عماد علي جمعة، القواعد الفقهية المبسرة، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، ٢٠٠٦، الطبعة الأولى
- ٧- د. محمد مصطفى الزحيلي - القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة - دار الفكر بدمشق - سورية - دمشق - الطبعة الأولى، ٢٠٠٦
- ٨- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، المجلد الأول، مطبعة الجامعة السورية، سورية، دمشق، ١٩٥٨، طبعة خامسة منقحة ومزيدة
- ٩- مصطفى أحمد الزرقا - المدخل الفقهي إلى الحقوق المدنية، مطبعة الجامعة السورية، سورية - دمشق - طبعة خامسة منقحة ومزيدة - الجزء الأول - المجلد الثاني - بلا سنة
- ١٠- د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء التاسع، دار الفكر، سورية، دمشق، بلا سنة، الطبعة الرابعة، معدلة.

ثالثاً: المجلات:

- ١- مجلة الأحكام العدلية
- ٢- مجلة المحامون السورية، نقابة المحامين في سورية

رابعاً: التفتيات:

- ١- القانون المدني السوري
- ٢- القانون التجاري السوري
- ٣- قانون التجارة البحرية السوري

خامساً: رسائل الدكتوراه:

- د. برهان خليل زريق، نحو نظرية عامة في العرف الإداري، رسالة دكتوراه في القانون العام، جامعة دمشق، مطبعة عكرمة، دمشق، ١٩٨٦.