قواعد العادات والأعراف وأثرها
في الشريعة الإسلامية والقانون المدني العراقي

بحث تقدم به

أ.م.د. معن نوري المشوح أ.م.د. أكرم عبيد فريح

جامعة الأنبار / كلية العلوم الإسلامية

المقدمة

الحمد لله الذي اظهر شعائر الشرع ، وأحكامه فتناولت جوانب الحياة كافة فجاءت مفصلة لكل شيء وتبيانا، فارسل رسلا وأنبياء مبينين وكاشفين للشريعة الربانية فصلوات الله وسلامه عليهم أجمعين.

أما بعد:

فلا شك أن العرف يعد من القواعد الأصيلة والعظيمة في الشريعة الإسلامية التي راعت مصالح العباد في دينهم ودنياهم، كما يعد ضابطا مهما لتحقيق منافع الدنيا والآخرة من غير مصادمة لنص أو خرق لإجماع أو أصل كلي، مما جعل هذه الشريعة الغراء مرنة بحسب الأحوال والأمكنة والأزمنة والعادات، تراعي في أحكامها التيسير ورفع الحرج بما يجعل الأمة توائم مستجداتها ونوازلها بما يزيل الإشكالات ويحل المعضلات، وبالتالي يجعلها صالحة لكل زمان ومكان في واقع هلامي لا تثبت فيه عادة، بل الكل فيه نسبي تحت عجلة التطور السريع، مما يجعل آلية الفتوى مواكبة لهذا التسارع الكبير على جميع الأصعدة الاقتصادية والاجتماعية والسياسية، فبتغير هذه العادات والأعراف تتغير الفتاوى والأحكام، الشيء الذي يفرض تحديات هامة على فقهائنا بعيدا عن الجمود على المنقول في كتب الفقهاء من غير مراعاة تبدل الأعراف حتى لا تتعسر أحوال المسلمين معها ، وتنشأ هوة سحيقة بين دينهم وواقعهم تكون سببا لنفرة أهله عنه، فالواجب إسقاط النصوص المطلقة على أعراف الناس وواقعهم لتيسير تطبيق شرع الله جل وعلا وإعلاء لكلمته.

ولأهمية موضوع العرف في حياة الناس؛ إذ يتناول كثير من شؤون حياتهم وكثير من الأمور الشرعية التي أحالها الشارع بحكمته إلى العرف والعادة ليتناسب حالهم وزمانهم.

وبعد التوكل على الله كان ترتيب البحث على النحو الآتي:

المبحث الأول: التعيين بالعرف كالتعيين بالنص .

المطلب الأول: تعريف مفردات القاعدة.

المطلب الثاني: معنى القاعدة.

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية لهذه القاعدة من باب المعاملات.

المطلب الرابع: اثر القاعدة في القانون المدني العراقي.

المبحث الثاني: المعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

المطلب الأول: تعريف مفردات القاعدة.

المطلب الثاني : معنى القاعدة.

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية لهذه القاعدة من باب المعاملات.

المطلب الرابع: اثر القاعدة في القانون المدني العراقي.

المبحث الثالث: ما ثبت بزمان يحكم ببقاءه ما لم يقم دليل على خلافه.

المطلب الأول: تعريف مفردات القاعدة.

المطلب الثاني: معنى القاعدة.

المطلب الثالث : نماذج تطبيقية لهذه القاعدة في المعاملات المدنية.

المطلب الرابع : المستثنى من القاعدة.

المطلب الخامس : اثر القاعدة في القانون المدني العراقي.

المبحث الرابع: استعمال الناس حجة يجب العمل به

المطلب الأول: أصل القاعدة.

المطلب الثاني: معنى القاعدة.

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية لهذهِ القاعدة من باب المعاملات.

المطلب الرابع: أثر القاعدة في القانون المدني العراقي.

الخاتمة.

المصادر.

المبحث الأول

التعيين بالعرف كالتعيين بالنص[1].

المطلب الاول: تعريف مفردات القاعدة:

التعيين لغة: مأخوذ من (العين)، وتعيين الشيء تخصيصه من الجملة، وعينت النية في الصوم اذا نويت صوماً معيناً فهي معينة[2].

وفي الاصطلاح: هو التحديد والاختيار[3].

والعرف في اللغة: مأخوذ من (عرف) وابرز معانيه العلم يقال: عرفه الأمر اعلمه إياه وعرفه بينه اعلمه بمكانه، وقد تعارف القوم أي عرف بعضهم بعضاً[4].

وفي الاصطلاح: أكثر العلماء جعل العرف والعادة بمعنى واحد وانهما مترادفتان. والذين فرقوا بينهما جعلوا العرف اخص من العادة وعلى هذا جاء تعريف مصطفى الزرقا بأن العرف (عادة جمهور قوم في قول أو عمل)[5].

---

[1] مجلة الأحكام العدلية, تأليف: لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية, تحقيق: نجيب هواويني, الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي, المادة (45)، ص92.

[2] الجوهري(ت 393هـ)، الصحاح, دار الكتاب العربي، 217/6، الفيومي، أحمد بن محمد بن علي العزي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، الكتب العلمية – بيروت ، 441/2، مادة (العين).

[3] الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية, ط2، دار السلاسل، الكويت، 1427هـ، 68/5.

[4] ابن منظور، لسان العرب، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن احمد بن قاسم بن منظور، الناشر – دار صادر بيروت– ط1, 226/9، مادة (عرف).

[5] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق ،1425هـ-2004م، 141/1.

والنص في اللغة: مأخوذ من (نص)، ويدل معناه على الرفع، والارتفاع والانتهاء في الشيء، يقال: نص الحديث الى فلان رفعه اليه، والنص في السير ارفعه، وسميت منصة العروس، لانها مرتفعة، ونص كل شيء، منتهاه[1].

والنص في الاصطلاح الفقهي: ما يزداد وضوحاً بقرينة تقترن باللفظ من المتكلم ليس في اللفظ ما يوجب ذلك ظاهراً بدون تلك القرينة[2]. وبعبارة اخرى هو ما يفيد بنفسه من غير احتمال أي لا يتوقف لفظه على امر خارجي يدل إلى معناه، مثل قوله تعالى: چ □ □ □□ چ[3].

المطلب الثاني: معنى القاعدة:

هذه القاعدة تفرعت من قاعدة (العادة محكمة)، ومعناها: ان كل ما عينه العرف فهو كالمنصوص عليه في العقد فما يقضي بتعيينه العرف يكون كالمعين بالنص الصريح[4].

بمعنى، ان التخصيص عرفاً كالتخصيص نصاً، فإذا كان العرف يخصص بعض التصرفات بشيء وجب مراعاة هذا التخصيص في المعاملات كما لو نص على هذا التخصيص عند إجراء المعاملات[5].

---

(1) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين احمد بن زكريا (ت 395هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر (1399هـ-1979م)، 356/5، مادة (نص).

(2) السرخسي، أصول السرخسي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1414، 1993م, 164/1.

(3) البقرة، من الآية، (196).

(4) السدلان صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع منها، ط1، دار بلنسه للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض، ص459.

(5) منير القاضي، شرح المجلة، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1376هـ-1957م، 180/1.

وتدل القاعدة على أن العرف يجب الالتزام والوفاء به ولا يجوز الإخلال به، لان العمل بمقتضاه يكون بمثابة العمل المنصوص عليه، فإذا غاب التعيين بالنص حل مكانه التعيين بالعرف فهما يستويان في الحكم.

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية لهذه القاعدة من باب المعاملات:

1-لو استأجر شخص داراً أو حانوتاً بلا بيان من يسكن، أو بلا بيان ما يعمل به، فله ان ينتفع بجميع أنواع الانتفاع، غير انه لا يسكن حداداً ولا قصاراً ولا صحاناً، من غير إذن المؤجر[1].

2-لو استأجر شخص حانوتاً في سوق البزازين، فليس له ان يتخذه لما يخالف العرف كالحدادة أو الطبخ أو نحو ذلك مما يؤذي جيرانه[2].

3-التوكيل في البيع المطلق يتقيد بثمن المثل وبغالب نقد البلد تنزيلاً للعادة الغالبة منزلة صريح اللفظ، فكأنه قال: بع هذا بثمن مثله وبنقد البلد الغالب[3].

4-لو أعار شخص آخر دابة إعارة مطلقة لا يجوز للمستعير ان يركبها أو يحملها غير المعتاد المتعارف، فلو حملها حديداً، أو سلك بها طريقاً وعراً، وكان تحميل الحديد وسلوك تلك الطريق غير معتاد يضمن[4].

---

[1] احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم - دمشق / سوريا, ط2، 1409هـ - 1989م ص241.

[2] المصدر نفسه، والصفحة ذاتها.

[3] الحصني، أبو بكر تقي الدين بن محمد بن عبد المؤمن(ت829هـ) ، القواعد، تحقيق: عبد الرحمن الشعلان، مكتبة الرشد، الرياض،1415هـ ، ، 364/1.

[4] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المطبعة العباسية، حيفا،1343هـ-1925م, 46/1.

5-لو وكل شخص آخر ببيع شيء وكالة مطلقة فله أن يبيع ذلك المال بثمن معجل أو مؤجل إلى أجل متعارف التأجيل بين التجار ولا يجوز له أن يبيعه لأجل ابعد من المعتاد[1].

6-إذا حمل شخص بضاعة له على سيارة أجرة مستأجرة واشترطا ان تكون الأجرة بما تعارف عليه الناس تبعاً لوزن الحمولة والمسافة، فيعتبر ذلك كتعيين الأجرة بالنص[2].

المطلب الرابع: أثر القاعدة في القانون المدني العراقي:

1-تنص المادة (163 ف1) الجملة الثانية منها من القانون المدني على ما يأتي:

(والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص).

يلاحظ على هذه المادة أنها تدور حول العرف، ومعناها عند اهل القانون لا يختلف عن علماء الشريعة، اذ يرى اهل القانون ان ما جرى عليه الناس واصبحوا يراعونه من غير نص عليه فإنه في نظر القانون كالشرط المنصوص عليه صراحة، ويكون وجوده في المعقود عليه من لوازمه إلا اذا نص المتعاقدان صراحة على خلافه.

فلو اعطى شخص قماشاً لخياط ليخيطه بدلة، فما يلزم للخياطة من خيوط وازرار يكون على الخياط إلا اذا صرح المتعاقدان بخلاف ذلك[3].

---

[1] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 46/1.

[2] البورنو، محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، بيروت ،1418هـ-1997م، 417/4.

[3] الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، عبد المجيد الحكيم، المكتبة القانونية، بغداد،، ص381 ف661.

2-تنص المادة (756 ف1) من القانون المدني على ما يأتي:

(يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به، أو نقص من هذا الانتفاع إنقاصاً كبيراً، ولكنه لا يضمن العيوب التي جَرى العرف بالتسامح فيها).

تقرر الفقرة من هذه المادة أن المؤجر لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها، فقد يكون العيب مؤثراً ولكن العرف في التعامل جرى على عدم اعتباره عيباً، فعند ذلك لا يكون عيباً موجباً للضمان.

وقد جرى العرف بالتسامح في رطوبة المنزل اذا لم تكن رطوبة غير مألوفة، وكان من الممكن توقيها بوسائل التدفئة، وكذلك جرى العرف بالتسامح في الحشائش التي قد توجد في الأرض الزراعية اذا لم يكن من العيب إزالتها[1].

3-تنص المادة (860 ف1) من القانون المدني على ما يأتي:

(متى انتهت الإعارة وجب على المستعير ان يرد العارية إلى المعير نفسه أو على يد أمينة، فإن كانت من الأشياء النفيسة سلمها بيد المعير نفسه وإلا فلمن يقضي الاتفاق أو العرف بتسليمها إليه).

تقرر المادة أن على المستعير ردَّ العارية متى انتهى الوقت المعين لها، والأشياء المعارة ان كانت ثمينة على المستعير تسليمها بيد المعير، أما اذا وجد عرف يحدد الأشخاص الذين تسلم اليهم العارية فيجب على المعير المستعير الالتزام به للخروج من المسؤولية القانونية، فالقانون عين الجهة التي يسترشد بها في معاملات الناس -اعني العرف- والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص في نظر القانون كما هو في نظر الفقه الإسلامي.

---

[1] ينظر: السنهوري، عبد الرزاق بن أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت -لبنان ، 439/6 ف327.

المبحث الثاني

المعروف بين التجار كالمشروط بينهم[1].

المطلب الأول: تعريف مفردات القاعدة:

الشرط في اللغة: العلامة، وأشراط الساعة علاماتها. ويقال: شرط الحاجم، لان ذلك علامة وأكثر[2].

والشرط في الاصطلاح: هو تعليق شيء بشيء بحيث اذا وجد الأول وجد الثاني وقيل في تعريفه: هو ما يتوقف عليه وجود الشيء ويكون خارجاً عن ماهيته ولا يكون مؤثراً في وجوده. وقيل: هو ما يتوقف ثبوت الحكم عليه[3].

والتعريف الثاني لاقى مكانة عند الأصوليين ولكن بالصيغة الآتية:

ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجود ولا عدم لذاته.

واحترز بالقيد الأول: (ما يلزم من عدمه العدم) من المانع فإنه لا يلزم من عدمه شيء. واحترز بالقيد الثاني: (ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم) من السبب فإنه يلزم من وجوده الوجود. واحترز بالقيد الثالث: (لذاته) من مقارنة الشرط للسبب فيلزم الوجود لوجود السبب كوجود الحول الذي هو شرط لوجوب الزكاة مع النصاب الذي هو السبب كوجود الحول الذي هو شرط لوجوب الزكاة مع النصاب الذي هو سبب للوجوب ومن مقارنته للمانع كالدين على القول بإنه مانع من وجوب الزكاة فيلزم العدم فلزوم الوجود والعدم في ذلك لوجود السبب والمانع لا لذات الشرط[4].

---

[1] مجلة الأحكام العدلية، المادة (44)، ص91.

[2] ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 260/3، مادة (شرط)، الفيومي، المصباح المنير، 309/1.

[3] الجرجاني، التعريفات، علي بن محمد بن علي الجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1, 1405هـ, ص166.

[4] الزركشي، البحر المحيط، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي (ت 794هـ)، قام بتحريره، عبد القادر عبد الله العاني، راجعه عمر سليمان الأشقر، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، 1409هـ-1988م، 327/3، حسن العطار، حاشية على جمع الجوامع،(دار الكتب العلمية- بيروت، 1420هـ-1999م، 55/2.

المطلب الثاني : معنى القاعدة:

هذه القاعدة ليست مطلقة في وضع الأحكام عموماً وإنما وضعت المبدأ المقرر في اعتبار العرف الخاص كعرف التجار وأرباب الحرف والصنائع واهل بلد معين، فإن له سلطاناً حاكما بين الفئة المخصوصة كسلطان العرف العام لكنه يقتصر على متعارفيه دون سواهم[1].

وتبحث هذه القاعدة المعروف بين التجار، فيكون المعروف بين التجار في معاملاتهم التجارية هو كالمشروط بينهم، فيلزم اعتباره ولو لم يشرط عند إجراء المعاملات[2].

فإذا وقع التعارف والاستعمال بين التجار وليس فيه ما يخالف نصاً أو يتصادم معه فيعتبر هذا العرف بمنزلة الشرط الصحيح[3].

وتعطينا هذه القاعدة دليلاً على أهمية العرف وبناء الأحكام عليه، إذ تلزم التاجر أو صاحب الحرفة ان يعمل وفق ما يطلبه العرف منه، ويتبيّن لنا ايضاً ان ما يجري بين الناس لم تقيده النصوص الشرعية، إذ إن من حكمة الشرع ان جعل بعض الأعمال خاضعة لسلطان العرف.

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية لهذه القاعدة من باب المعاملات:

1-لو باع احد التجار بضاعة من غير أن يصرح ، يكون الثمن حالاً أو مؤجلاً إلى مدة معلومة أو مقسطاً، وكان عرف التجار جارياً بكون الثمن في مثل بيع ذلك الشيء مقسطاً إلى مدة معروفة بينهم فإن البيع الواقع يعتبر مقسطاً إلى تلك المدة[4].

---

[1] مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، 1009/2.

[2] منير القاضي، شرح المجلة، 106/1.

[3] احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص239.

[4] منير القاضي، شرح المجلة، 107/1.

2-لو اشترى رجل بضاعة مثلاً من بلد اجنبي على أن تشحن له إلى ميناء معين، ولم يوضح في العقد على من تكون أجرة الشحن، فيتبع العرف المشهور بين التجار، ويحكم كأنه شرط متفق عليه سلفاً[1].

3-العمل بالسفتجة، والحوالات المصرفية، والسند المعروف بين التجار والشيكات وغير ذلك، فيجري بينهم على عرفهم[2].

4-اذا وقع شخص على صك يعتبر رضا بالعقد في عرف الناس اليوم ؛ لأن التوقيع انما يوضع عادة للتعبير عن الرضا والموافقة[3].

5-يجوز للمضارب أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله ان يستكريها اعتباراً لعادة التجار[4].

المطلب الرابع: أثر القاعدة في القانون المدني العراقي:

1-تنص المادة (163 ف2) من القانون المدني على ما يأتي:

(والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم)

يلاحظ على هذه الفقرة أنها أعطت قاعدة كلية تدور حول العرف والعادة بين ما يجري من تعامل بين التجار، ويرجع اصل هذه الفقرة إلى الفقه، ويتفق اهل القانون مع فقهاء المسلمين في معنى هذه القاعدة، إذ يرى أهل القانون أن ما جرى عليه التجار من تعامل واصبحوا يراعونه غير نص عليه من لوازمه إلا إذا نص المتعاقدان صراحة على خلافه.

---

[1] السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع منها: 460.

[2] المصدر نفسه، 461.

[3] الزرقا، المدخل الفقهي: الفقرات 43 و45.

[4] ابن غانم البغدادي، أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي(ت1030هـ) ، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان تحقيق: محمد أحمد سراح، علي جمعة محمد، 653/2.

فإذا أعطى شخص لآخر سلعة ليبيعها له في السوق، وبعد البيع طلب هذا الشخص أجرة على ذلك ورفض صاحب المال. في هذه الحالة ينظر إلى العرف الجاري في السوق. فإذا كان هذا العرف يقضي بأخذ مثل هذا الشخص أجرة على عمله استحقها[1].

2-تنص المادة (528) من القانون المدني على ما يأتي:

(اذا لم يحدد المتعاقدان ثمناً للبيع فلا يترتب على ذلك بطلان البيع متى يتبين من الظروف ان المتعاقدين نويا اعتماد السعر المتداول في التجارة أو السعر الذي جرى عليه التعامل بينهما).

تقدم هذه المادة اساساً من الأسس التي يمكن التعويل عليها في تقدير الثمن في حالة اذا لم يحدد المتعاقدان تقدير الثمن، وذلك بالرجوع إلى السعر المتداول في التجارة، اذ يجب التعويل على سعر السوق.

فمثلاً لو اعتاد تاجر المفرد ان يطلب من تاجر الجملة بضاعة معينة كل يوم أو كل أسبوع دون ان يحدد له الثمن، فيكون تحديد الثمن على ما جرى التعامل بينهما، لان العرف بين التجار كالمشروط بينهم[2].

---

[1] عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ص381 ف661.

[2] غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، مطبعة المعارف، بغداد، 1969-1970م، 189/1.

المبحث الثالث

ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يقم دليل على خلافه[1].

المطلب الأول: تعريف مفردات القاعدة:

ثبت في اللغة: يدل على الدوام والاستقرار والإقامة على الشيء، يقال: ثبت الشيء يثبت ثبوتاً دام واستقر[2].

خلاف في اللغة: مشتق من (خلف) وله ثلاثة معان: الأول: ان يجيئ شيء بعد شيء يقوم مقامه، والثاني: خلاف قدام، والثالث: التغير. واقرب المعاني إلى القاعدة المعنى الثالث.

يقال: خلف فم الصائم خلوفاً تغيرت ريحه، وخلف الرجل عن خلق أبيه: تغير. والاختلاف والمخالفة: ان يأخذ كل واحد طريقاً غير طريق الآخر في حاله أو قوله[3].

والخلاف في الاصطلاح: منازعة تجري بين المتعارضين لتحقيق حق أو لإبطال باطل[4].

المطلب الثاني: معنى القاعدة:

تعد هذه القاعدة مطابقة لقاعدة (الأصل بقاء ما كان على ما كان) التي تبحث في الاستصحاب، ومعنى القاعدة: ان الأمور التي ثبتت في الماضي تبقى مستمرة، ويحكم ببقائها في الزمن الحالي ما لم يوجد دليل يحكم على خلاف ذلك[5].

---

(1) مجلة الأحكام العدلية، المادة (10)، ص87.

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 399/1، مادة (ثبت)، الفيومي، المصباح المنير، 80/1.

(3) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 210/2 وما بعدها، مادة (خلف)، الفيومي، المصباح المنير، 178/1.

(4) الجرجاني، التعريفات، ص135.

(5) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 24/1.

فإذا ثبت في زمان ملك شيء لاحد يحكم ببقاء الملك ما لم يوجد ما يزيله سواء أكان ثبوت الملك الماضي بالبينة أو بإقرار المدعى عليه[1].

ودعوى الملك أو الإثبات يقع بثلاثة أوجه:

الأول: ان يدعي الملك في الحال، والشهود تشهد على الماضي كقول المدعي (ان هذا الشيء ملكي، وقول الشهود: ان هذا الشيء كان ملكه). فتقبل حينئذ شهادتهم ويحكم بموجبها.

الثاني: أن المدعي يدعي الملك في الماضي والشهود تشهد على الملك في الماضي فلا تقبل شهادتهم ايضاً، وبسبب عدم قبول شهادة الشهود في الحالتين الاخيريين هو ان إسناد المدعي ملكيته إلى الماضي يتضمن نفس الملك في الحال، لان المدعي لو كان مالكاً في الحال لما كان له فائدة من إسناد الملكية إلى الزمن الماضي، فلهذا تكون تلك الشهادة واقعة في دعوى غير صحيحة فلا تقبل[2].

المطلب الثالث : نماذج تطبيقية لهذه القاعدة في المعاملات المدنية:

1-لو ادعى المدين إيصال الدين للدائن، والدائن انكر الإيصال فالقول مع اليمين للدائن، لان الدين تعلق بذمة المدين في الماضي فيحكم تبعاً لقاعدة استصحاب الماضي بالحال على المدين بتأدية المبلغ بعد حلف الدائن باليمين، وهذا اذا لم يثبت المدين وقوع الإيصال[3].

2-لو ادعت الزوجة على زوجها عدم وصول النفقة المقدرة اليها وادعى الزوج الإيصال فالقول قولها بيمينها، لان الأصل بقاؤها بعد ان كانت ثابتة في ذمته حتى يقوم على خلافه دليل من بينة أو نكول[4].

---

[1] احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص121.

[2] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1/24-25.

[3] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1/21.

[4] احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص88.

3-اذ ادعى شخص أن العين التي بيد المدعي عليه هي ملكي وشهد الشهود له بالملك في الماضي فتصح الدعوة من المدعي وتقبل من الشهود، فيحكم للمدعي بالملك، لأنه لما ثبت ملكه في الزمان الماضي فالأصل ان يحكم ببقائه إذا لم يقم دليل على خلافه إلى أن يوجد ما يزيله كأن يقيم المدعى عليه بينه على الشراء منه مثلاً[1].

4-لو ادعى إنسان ديناً في ذمة حي أو ميت وأقام بينة شهدت له إنه كان له عليه هذا المبلغ المدعى به تقبل الشهادة ويحكم به[2].

5-اذا ادعى اثنان عيناً سواء أكان مالاً أو عقاراً، وأقام كل واحد منهما بينة أنها ملكه، وقد ارخا تاريخاً في احد ادعائهما، ينظر إلى الأسبق تاريخاً، فمن كان اسبق تاريخاً ترجحت بينتهُ، لأنها أظهرت له الملك في وقت لا ينازعه فيه الخصم، فيحكم ببقاء الملك له إلى ان يثبت الخصم سبباً مزيلاً ليحكم له[3].

المطلب الرابع : المستثنى من القاعدة:

لو نفى شخص جميع ما نسب اليه من الأموال، واقر بملكيتها لشخص آخر، وادعى ذلك الشخص المقر له كون المال الذي بيد المقر الآن كان موجوداً بيده حين الإقرار فحسب إقراره هو ملك لي وادعى المقر بملكيته لذلك المال بعد حصول الإقرار فالقول للمقر، ولا يحكم استصحاباً ان المال كان موجوداً بيده في الماضي، لأنه وجد بيده في الحال، لان الأصل براءة الذمة[4].

---

[1] ناظر زاده، نافرزارة، محمد بن سليمان الشهير بناظر زاده ، ترتيب اللآلي في مسلك الامالي، تحقيق: خالد بن عبد العزيز آل سليمان، ط1، مكتبة الرشيد، ناشرون، الرياض- السعودية، 1405هـ-2004م ، 1021/2، القاعدة (216)، احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص121.

[2] احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص122.

[3] الدعاس، القواعد الفقهية، عزت عبيد الدعاس, دار الترمذي, 1409هـ- 1989م, ط3, ص122.

[4] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 25/1.

المطلب الخامس : اثر القاعدة في القانون المدني العراقي:

تنص المادة (99 ف3) من القانون المدني على ما يأتي:

(ما ثبت بزمان يحكم ببقائه ما لم يوجد دليل على خلافه).

يتضح من المادة أن هناك توافقاً بين الفقه الإسلامي والقانون المدني في تقرير هذه القاعدة، إذ يذهب الاتجاه القانوني إلى ان الشيء اذا ثبت لأحد يحكم ببقاء الملك له ما لم يوجد دليل على زواله، فإذا قام الدليل فإنه يعمل به، كما لو ادعى ان هذا الشيء ملكه في الحال وشهد الشهود انه ملكه قبل سنة فإن الشهادة مطابقة للدعوى فيحكم له عملاً بالاستصحاب، ما لم يقم الدليل على انتقالها لشخص آخر بالبيع أو المقايضة أو الهبة وغير ذلك[1].

[1] حسن علي الذنون، أحكام الالتزام، بغداد, مطبعة المعارف, 1970م, ص360.

المبحث الرابع

استعمال الناس حجة يجب العمل به[1].

المطلب الأول: أصل القاعدة:

أصل القاعدة قول ابن مسعود –رضي الله عنه– (ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما رآه سيئاً فهو عند الله سيء)[2].

هذا القول وإن كان موقوفاً على ابن مسعود –رضي الله عنه– فله حكم المرفوع، لأنه لا مدخل للرأي فيه[3].

وهذه القاعدة انبثقت من القاعدة (العادة محكمة).

المطلب الثاني: معنى القاعدة:

إن التعامل الجاري بين الناس وما ألفوه من معاملة إذا لم يكن مخالفاً للنص يعد حجة يجب الرجوع إليه والعمل به.

وبعبارة أخرى: إن العرف العملي غير المخالف للنص يجب الحكم به والفتوى بموجبه.

واستعمال النص إما ان يكون عاماً أو خاصاً، فإن كان عاماً يعد حجة في حق العموم، وإن كان خاصاً في بلد ما يكون حجة لأهل هذا البلد لا لغيرهم، فيثبت به حكماً خاصاً[4].

---

[1] ابن رجب، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1419هـ–1998م، القاعدة 121، 122، مجلة الأحكام العدلية (37)، ص91.

[2] رواه احمد في مسنده بإسناد حسن، 379/1، رقم (3600).

[3] احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص36.

[4] ينظر، علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 41/1–42، منير القاضي، شرح المجلة، 96/1–97.

واستعمال الناس يمثل العادة الفعلية عندهم ، وهي كالعادة القولية في المعاملات المدنية عند واضع القانون، لأن الاستعمالات اللفظية التي يقصد بها إيجاد معاملة مدنية تعتبر ولو كانت مخالفة للأوضاع اللغوية وكذلك الاستعمالات الفعلية[1].

ويعود السبب في اعتبار التعامل غير المخالف للنص حجة أنه أشبه شيئاً بالإجماع، فيما ان الإجماع يعتبر حجة شرعاً فكذا ما هو أشبه به يعتبر حجة شرعاً، فإن اتفاق الناس على شيء غير مخالف للنص الشرعي دليل على انه غير باطل بل ان فيه اشعاراً بأنه متوارث من مصدر التشريع.

أما اذا كان التعامل مخالفاً للنص الشرعي فلا يعتد به فيجب حينئذ إتباع النص وبطلان العمل بالتعامل، كما لو تعامل الناس بالربا فهذا التعامل يعد باطلاً، لأنه خالف نصاً شرعياً[2].

المطلب الثالث: نماذج تطبيقية لهذه القاعدة من باب المعاملات:

1-لو اهدى شخص شيئاً كالتفاح مثلاً في صحن يجب رد الصحن، لأنه يرد عادة. ولو اهدى بلحاً أو عنباً في سل لا يرد السل لصاحبه لجريان العادة بعدم رد السل[3].

2-لو استأجر شخص عاملاً ليعمل له في بستانه يومياً فتعين وقت العمل من اليوم عائد إلى العرف والعادة في تلك البلدة[4].

---

[1] المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، محمد سعيد، مطبعة الترقي، دمشق،1346هـ-1927م، 64/1.

[2] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 41/1-42، منير القاضي، شرح المجلة، 96/1-97.

[3] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 42/1.

[4] المصدر نفسه، والصفحة ذاتها.

3-اذا استعان تاجر بآخر في بيع امواله وطلب المعين من المستعين أجرة عن عمله، ينظر في ذلك إلى عرف التجار، فإن كان العرف قد جرى بأن يأخذ مثل هذا المعين أجرة كان له الأجرة المتعارفة، وإلا فلا أجرة له[1].

4-إذا وكلّ احد شخصاً للخصومة عنه ولم يشترط له أجرة فإن كان الوكيل ممن اتخذ الوكالة حرفة كان له اجر المثل، لان التعامل جرى على ذلك، وإن لم يكن ممن اتخذ الوكالة حرفة كان متبرعاً لا أجرة له[2].

5-لو استأجر إنسان ما أجيراً يعمل له مدة معينة حمل على ما جرت العادة بالعمل فيه من الزمان دون غيره[3].

المطلب الرابع: أثر القاعدة في القانون المدني العراقي:

1-تنص المادة (164 ف2) من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

(واستعمال الناس حجة يجب العمل به).

يلاحظ على هذه المادة أنها قررت قاعدة فقهية تدور حول العرف والعادة، ويذهب شراح القانون في معناها إلى ما ذهب إليه علماء الفقه الإسلامي، إذ يرى أهل القانون بأن ما جرى عليه الناس واصبحوا يراعونه من غير نص عليه يكون بمثابة المنصوص عليه ويجب العمل به، فلو أعطى شخص لآخر مالاً ليبيعه له في السوق، وبعد البيع طلب هذا الشخص أجرة على ذلك ورفض صاحب المال. ففي هذه الحالة ينظر إلى العرف الجاري في السوق، فإذا كان هذا العرف يقضي بأخذ مثل هذا الشخص أجرة على عمله استحقها وإلا فلا[4].

---

[1] منير القاضي، شرح المجلة، 98/1.

[2] المصدر نفسه، والصفحة ذاتها.

[3] علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 41/1-42، ومنير القاضي، شرح المجلة، 96/1-97.

[4] عبد المجيد الحكيم، مصادر الالتزام، ص381 ف661.

2-تنص المادة (525) من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

(اذا بيع الشيء بشرط المذاق كان للمشتري ان يقبل البيع إن شاء، ولكن عليه ان يعلن هذا القبول في المدة التي يعينها الاتفاق أو العرف، ولا ينعقد البيع إلا من الوقت الذي تم فيه هذا الإعلان).

تبين المادة نوعاً من أنواع البيوع المشاع عند اهل القانون بـ(البيع بشرط المذاق). يكون ذلك البيع عادة بأن يشترط المشتري على البائع ان لا يتم البيع إلا اذا ذاق المشتري المبيع وقبله، وهذا الشرط قد يكون صريحاً وقد يكون ضمنياً[1].

يستخلص من الظروف والملابسات. ومن أهم الظروف التي يستخلص منها هذا الشرط طبيعة المبيع، فمن المبيعات ما لا يدرك كنهه إدراكاً إلا بمذاقه، كالزيت والزيتون والخل وبعض أنواع الفواكه وغير ذلك من المأكولات التي تختلف فيها أذواق الناس.

فالمفروض أنه إذا بيع شيء من ذلك ولم تدل الظروف على أنّ المتبايعين أرادا استبعاد شرط المذاق فقد قصد المتبايعان ان يكون البيع بشرط المذاق إلا بعد المذاق وقبول المشتري للبيع.

واذا تم البيع بهذه الصورة على المشتري ان يعلن قبول المبيع بعد مذاقه ولا يكفي سكوته[2]. ومدة القبول يعينه الاتفاق أو جهة العرف، والعرف هنا ما استعمل بين الناس وأشيع بينهم.

والحكمة من النص على هذا النوع من البيوع ان هناك من المبيعات ما تختلف فيه أمزجة الناس وأذواقهم فربما المبيع يروق لهذا ولا يروق لذاك وعلى هذا اعتبر المشرع

---

[1] ضمني: ان يضع المشتري ختمه أو علامة خاصة على المبيع، السنهوري، الوسيط 141/4 ف74.

[2] السنهوري، الوسيط، 139/4-143 ف73-76.

القانوني ذوق المشتري واختباره لطعم المبيع. فبيع المذاق لا ينعقد إلا منذ اللحظة التي يذوق فيها المشتري الشيء المبيع ويرتضيه[1].

وتبين المادة ان العرف واستعمال الناس فيما بينهم هو بمنزلة الاتفاق الذي يقع بينهم بل ويعد قانوناً يسري بينهم.

3-تنص المادة (542) من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

(تكاليف تسليم المبيع كأجرة الكيل والوزن تلزم البائع وحده، ما لم يوجد أتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك).

تبين المادة نفقات تسليم المبيع، وتقرر ان البائع هو الذي يتحمل نفقاته.

ويدخل في هذه النفقات مصروفات الوزن والمقاس والكيل والعد إذا كان المبيع لا يفرز إلا بأحد هذه الطرق، فإن الإفراز عملية ضرورية للتسليم تسبقه وتمهد له. ويدخل كذلك في نفقات التسليم مصروفات حزم البيع ونقله إلى مكان التسليم اذا لم يكن هذا المكان حيث يوجد المبيع فعلاً ووجب نقله إلى مكان آخر ويدخل كذلك في نفقات التسليم مصروفات إرسال مفاتيح الدار المبيعة، أو مفاتيح المكان الذي يوجد فيه المبيع إلى المشتري، وإن كان على المبيع تكاليف تحملها البائع كما اذا كان بضاعة مستوردة ويجب دفع الرسوم الجمركية عليها حتى يتسلمها البائع ليسلمها للمشتري، فتكون الرسوم الجمركية على البائع وكل المصروفات الأخرى يستلزمها وضع المبيع تحت تصرف المشتري حتى يتم التسليم تكون على البائع.

وهذا اذا لم يكن هناك اتفاق أو عرف يجعل مصروفات التسليم على المشتري لا على البائع، فقد يقضي العرف بأن مصروفات الوزن والكيل ونحو ذلك تكون على المشتري لا على البائع، أو مناصفة بين المشتري والبائع[2].

---

[1] غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، مطبعة المعارف، بغداد، 1969-1970م، 146/1-147 ف257.

[2] السنهوري، الوسيط، 602/4 ف313.

ويخلص من هذا أن الاجراءات أو السياقات التي يتعامل فيها الناس حجة يستلزم العمل بمقتضاها، وقد رأينا ان العرف إذا اقتضى اجراءات أخرى أو سياقاً آخر نسير وفقه ونعمل حسب ما يقضي به العرف.

4-تنص المادة (585) من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

(ما يباع محمولاً تكون أجرة نقله وإيصاله إلى بيت المشتري جارية على حسب الاتفاق أو العرف).

هذه المادة تتصل بنفقات تسليم المبيع ايضاً وتبين ما يباع محمولاً على ظهور الحيوانات أو العربات أو على رؤوس الباعة، فتقرر المادة ان المشتري إذا أراد نقلها إلى المكان الذي يريده وجب عليه ان يتحمل هذا النقل، لان مؤونة النقل تعتبر من مصروفات تسلم المبيع فيتحملها المشتري وهذه الاجراءات تسير حسب الاتفاق أو العرف[1].

5-تنص المادة (764) من القانون المدني العراقي على ما يأتي:

(استعمال المستأجر على خلاف المعتاد تعد ويضمن الضرر المتولد عنه).

تبين المادة ان المطلوب من المستأجر ان يحافظ على الشيء المؤجر وأن يعتني به، وعناية المستأجر تكون كعناية الرجل المعتاد لا عنايته بشؤون نفسه، واذا كان متهاوناً مفرطاً ارتفعت العناية المطلوبة عن عنايته في شؤون نفسه.

والتزامه هذا هو التزام ببذل عناية لا التزام بتحقيق غاية، ومن ثم يكون قد وفّى بالتزامه متى بذل العناية المطلوبة منه ولو لم يتحقق الغرض المقصود من هذه العناية وهو سلامة العين المؤجرة.

فقد تتلف أو تهلك، فلا يكون مسؤولاً عن التلف أو الهلاك اذا بذل في المحافظة عليها عناية الرجل المعتاد، فإذا استأجر شخص منزلاً وجب عليه ان يتخذ الاحتياطات اللازمة التي تتخذ عادة حتى لا يتخرب، فيلتزم المستأجر بأن يتعهد الأدوات الصحية

---

[1] غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، 354/1 ف594.

الموجودة بالمنزل المؤجر حتى لا ينشأ عنها ضرر بالمنزل. وعلى المستأجر ان يطهر العين من مكروبات الأمراض المعدية إذا تلوثت بها أثناء مدة الإيجار.

واذا كانت العين المؤجرة ارضاً زراعية وجب على المستأجر ان ينزع منها الحشائش الضارة، وان يطهر المساقي والمصارف.

واذا كانت العين المؤجرة سيارة وجب ان يتعهدها بالصيانة المعتادة من تشحيم وتزييت وتنظيف وإصلاح.

وان كانت العين المؤجرة مصنعاً وجب أن يتعهد الالآت بالصيانة وألا يجعلها تتوقف عن العمل مدة طويلة حتى لا تتلف وغير ذلك مما يستلزم من العناية المعتادة للعين المؤجرة[1].

أما اذا خالف المستأجر العناية المعتادة وقصر في ذلك يُعدُّ تَعَدٍ منه فيضمن الضرر الذي يلحق بالعين المؤجرة.

ويخلص من ذلك أن العناية للعين المؤجرة تكون وفق ما اعتاده الناس والمستعمل بعينهم وهذا الحكم يعد حجة يجب الالتزام به وقد نصت القاعدة الفقهية قبل ذلك بأن (استعمال الناس حجة يجب العمل به) وهذا دليل على أثر القاعدة الفقهية في القوانين الوضعية.

---

[1] السنهوري، الوسيط، 6/533-534 ف380.

الخاتمة

واشتملت على أهم ما توصلت اليه من نتائج :

1- من خلال ما سبق نخلص إلى كون الأحكام تتغير بتغير العرف، أو تبدل مصالح الناس، أو مراعاة الضرورة، أو لفساد الأخلاق المتفشي بعد القرون الفاضلة، أو ضعف الوازع الإيماني، أو لتطور الأزمان وتنظيماته المستحدثة, فيجب تكييف الحكم الشرعي وفق الأعراف لتحقيق المصالح ودرء المفاسد والتيسير على الأمة.

2- أن للعرف دورا هاما في كل من الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي، فكثيرا ما تجد العرف هو المحكم في بيع الناس وشرائهم، بل وفي معاملاتهم كلها.

3- للقواعد الفقهية أهمية كبيرة وقد حضيت باهتمام العلماء جميعاً وكثر الاستشهاد بها، وهذا ما حدا بالبعض إعطائها صفة المصدر التشريعي، وأن قوبل بالرفض من البعض.

4- كشف لنا البحث في القانون انه ضروري ولا يقل أهمية عن حياة الناس ومعاشهم، وأهمية القانون تتفق عليها جميع الأطراف وهذا الاتفاق باستطاعته ان يقرب المسافات بين المختلفين، لاسيما أهل القانون وأهل التشريع الإسلامي.

وختاما أحمد الله على منه وإنعامه وتوفيقه، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

المصادر

القرآن الكريم.

1- ابن رجب، تقرير القواعد وتحرير الفوائد، دار ابن عفان، السعودية، ط1، 1419هـ-1998م.

2- ابن غانم البغدادي، أبو محمد بن غانم بن محمد البغدادي(ت1030هـ)، مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان تحقيق: محمد أحمد سراح ،علي جمعة محمد.

3- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، أبو الحسين احمد بن زكريا (ت 395هـ)، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر (1399هـ-1979م).

4- ابن منظور، لسان العرب، جمال الدين أبو الفضل محمد بن مكرم بن علي بن احمد بن قاسم بن منظور،- دار صادر بيروت- ط1.

5- احمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، دار القلم-دمشق, سوريا, ط2، 1409هـ-1989م.

6- البورنو، محمد صدقي، موسوعة القواعد الفقهية، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، بيروت ،1418هـ-1997م.

7- الجرجاني، التعريفات، علي بن محمد بن علي الجرجاني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1, 1405هـ.

8- الجوهري(ت 393هـ)، الصحاح, دار الكتاب العربي.

9- حسن العطار، حاشية على جمع الجوامع، دار الكتب العلمية- بيروت، 1420هـ-1999م.

10- حسن علي الذنون، أحكام الالتزام، بغداد, مطبعة المعارف, 1970م.

11- الحصني، أبو بكر تقي الدين بن محمد بن عبد المؤمن(ت829هـ) ، القواعد، تحقيق: عبد الرحمن الشعلان، مكتبة الرشد،الرياض،1415هـ.

12- الدعاس، القواعد الفقهية، عزت عبيد الدعاس, دار الترمذي, 1409هـ-1989م, ط3.

13- الزركشي، البحر المحيط، بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي (ت 794هـ)، قام بتحريره، عبد القادر عبد الله العاني، راجعه عمر سليمان الأشقر، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية الكويت، 1409هـ-1988م.
14- السدلان صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع منها، ط1، دار بلنسه للنشر والتوزيع، المملكة العربية السعودية، الرياض.
15- السرخسي، أصول السرخسي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت- لبنان، 1414، 1993م.
16- السنهوري، عبد الرزاق بن أحمد ، الوسيط في شرح القانون المدني، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت -لبنان.
17- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المطبعة العباسية، حيفا،1343هـ-1925م.
18- غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، مطبعة المعارف، بغداد، 1969-1970م.
19- الفيومي، أحمد بن محمد بن علي العزي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي ، الكتب العلمية – بيروت.
20- مجلة الأحكام العدلية, لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الخلافة العثمانية, تحقيق: نجيب هواويني, الناشر: نور محمد، كارخانه تجارتِ كتب، آرام باغ، كراتشي.
21- المحاسني، شرح مجلة الأحكام العدلية، محمد سعيد، مطبعة الترقي، دمشق،1346هـ-1927م.
22- مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم ،دمشق ،1425هـ-2004م.
23- منير القاضي، شرح المجلة، ط1، مطبعة العاني، بغداد، 1376هـ-1957م.
24- الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، عبد المجيد الحكيم، المكتبة القانونية، بغداد.

25- الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية, ط2، دار السلاسل، الكويت، 1427هـ.
26- ناظر زاده، نافرزارة، محمد بن سليمان الشهير بناظر زاده ، ترتيب اللآلي في مسلك الامالي، تحقيق: خالد بن عبد العزيز آل سليمان، ط1، مكتبة الرشيد، ناشرون، الرياض – السعودية ،1405هـ-2004م.