



جامعة آل البيت
كلية الشريعة
قسم الفقه وأصوله

أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني (دراسة مقارنة)

The Effect of Tradition on Omani Civil Transactions Law

(comparative study)

إعداد: طارق بن سعيد بن خلفان السعدي

الرقم الجامعي:(1420104007)

إشراف: أ. د. أحمد ياسين القرالة

قدمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله

2017م

تفويض

أنا الطالب: طارق بن سعيد بن خلفان السعدي، أفوض جامعة آل البيت بتزويد نسخ من رسالتك للمكتبات أو المؤسسات أو الهيئات والأشخاص المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية عند طلبها حسب التعليمات النافذة في الجامعة.

الاسم: طارق بن سعيد بن خلفان السعدي.

التوقيع:

التاريخ: 2017 / 5 / 9 م

إقرار والتزام

الرقم الجامعي (1420104007)

أنا الطالب: طارق بن سعيد بن خلفان السعدي

التخصص: الفقه وأصوله.

كلية: الشريعة

أقرُّ بأنني قد التزمت بقوانين جامعة آل البيت وأنظمتها وتعليماتها وقراراتها السارية المفعول، والمتعلقة بإعداد رسائل الماجستير والدكتوراه، حيث تم تشخيصاً بخصيصة إعداد رسائل الماجستير بعنوان:

"أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني (دراسة مقارنة)"

وذلك

بما ينسجم مع الأمانة العلمية المتعارف عليها في كتابة الرسائل والأطاريح العلمية، كما أنني أقرُّ بأن رسائلتي هذه غير منقولة أو

ستلة من رسائل

الماجستير أو كتباً وأبحاثاً وأية منشورات علمية تم نشرها أو تخزنها في أي وسيلة إعلامية، وتأسيساً على ما تقدم، فإنني أتحمّل لمس

ؤولية بأنواعها كافة فيما لو تبين غير ذلك، بما فيه حق مجلس العمداء في جامعة آل البيت بإلغاء قرار منحها لدرجة العلمية التي حصل

لتعليها، وسحب شهادة التخرج مني بعد صدورها، دون أن يكون لي أي حق في التظلم أو الاعتراض أو الطعن بأية صورة كانت في القرار

الصادر عن مجلس العمداء بهذا الصدد.

توقيع الطالب:

التاريخ: 2017/05/09

قرار لجنة المناقشة

رسالة ماجستير بعنوان

أثر العرفية قانوناً على معاملات المدنية العماني

(دراسة مقارنة)

The Effect of Tradition on Omani Civil Transactions Law

(comparative study)

اعداد الطالب: طارق بن سعيد بن خلفان السعدي

إشراف:

الاستاذ الدكتور: أحمد ياسين القرالة

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة

.....	مشرفاً ورئيساً	الاستاذ الدكتور: أحمد ياسين القرالة.
.....	عضواً	الاستاذ الدكتور: فتح الله أكنم تفاحة
.....	عضواً	الدكتور: حارث محمد العيسى
.....	عضواً خارجياً	الأستاذ الدكتور: محمود صالح جابر

نوقشت هذه الرسالة وأجيزت بتاريخ: // 2017 م.

الإهداء

إلى من ربياني على حب العلم.....أمي وأبي الغاليين
إلى من كانت لي سنداً وعوناً.....زوجتي العزيزة
إلى فلذة كبدي ونبراس حياتي.....ابنتي دانية
إلى عزوتي في الشدائد والمحن.....أخوتي وأخواتي الكرام
أهدي هذا العمل المتواضع

الشكر والتقدير

قال تعالى: ﴿لِنَشْكُرُمُؤْمَلًا زِيدَنَّكُمْ⁽¹⁾﴾، فالحمد لله على ما أنعم، و أعطى وألهم.

بدايةً أتوجه بالشكر الجزيل وعظيم الامتنان إلى كل من:

مشرفي الاستاذ الدكتور أحمد ياسين القرالة، الذي أشرف على هذه الرسالة، وبذل كل ما في وسعه لإظهارها بالشكل المرجو، فكان نعم المعلم والموجه والمرشد.

وأعضاء لجنة المناقشة على تشريفهم بإثراء هذه الرسالة بملاحظاتهم وتوجيهاتهم السديدة. وجامعة آل البيت و كلية الشريعة، وأخص بالشكر وأعضاء الهيئة التدريسية والإدارية على ما بذلوه لنا طوال فترة الدراسة للراقي بمستوانا الفكري والعلمي، وعلى ما لمسناه منهم من تعاون وكرم وحسن خلق. والهيئة العامة للإذاعة والتلفزيون بسلطنة عُمان، وعلى رأسها معالي الدكتور عبدالله بن ناصر الحزاصي رئيس الهيئة، ومدير إذاعة القرآن الكريم الأستاذ أحمد بن مهنا الكندي، على إتاحتهم لي فرصة التفرغ لإكمال دراسة الماجستير.

وأصدقائي وزملائي وإخوتي الذين ساندوني وأعانوني في سبيل إنجاز هذا العمل المتواضع.

لهم مني جميعاً كل الشكر والحب والتقدير...

(1) سورة إبراهيم / الآية 7.

قائمة المحتويات

ب	تفويض
ج	إقرار والتزام
د	قرار لجنة المناقشة
هـ	الإهداء
و	الشكر والتقدير
ز	قائمة المحتويات
ط	الملخص
1	المقدمة
1	إشكالية البحث:
2	أهداف البحث:
2	أهمية البحث:
3	الدراسات السابقة:
4	أهم ما يميز دراستي عن الدراسات السابقة:
5	منهجية الدراسة:
5	خطة الدراسة
7	الفصل الأول العرف ومكانته في الشريعة الإسلامية والقانون، وفيه ثلاثة مباحث:
8	المبحث الأول: تعريف العرف والعادة
8	المطلب الأول: تعريف العرف لغة واصطلاحاً
12	المطلب الثاني: تعريف العادة لغة واصطلاحاً
15	المطلب الثالث: تعريف العرف والعادة في القانون
17	المبحث الثاني: مكانة العرف في الفقه الإسلامي
17	المطلب الأول: حُجِّيَّة العرف الفقهاء الإسلامي
27	المطلب الثاني: أقسام العرف في الفقه الإسلامي
28	المطلب الثالث: شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي
30	المبحث الثالث: مكانة العرف في القانون الوضعي
30	المطلب الأول: شروط اعتبار العرف وأركانه في القانون الوضعي.
34	المطلب الثاني: قانون المعاملات المدنية العماني

38	المطلب الثالث: مكانة العرف في القوانين العماني
44	الفصل الثاني العرف في قانون المعاملات المدنية العماني
45	المبحث الأول: العرف المفسر للقانون العماني، وفيه ستة مطالب:
45	المطلب الأول: معنا لتفسير لغة واصطلاحاً
52	المطلب الثاني: العرف المفسر للقانون:
68	المطلب الثالث: العرف المفسر للعقد.
72	المطلب الرابع: الأشياء التي اعتبر فيها العرف مفسراً للعقد
86	المطلب الخامس: قواعد العرف المفسر
93	المطلب السادس: تطبيقات العرف المفسر في المحاكم العمانية.
95	المبحث الثاني: العرف المكمل للقانون العماني، وفيه ثلاثة مطالب:
95	المبحث الثاني: العرف المكمل للقانون العماني، وفيه ثلاثة مطالب:
95	المطلب الأول: العرف المكمل للقانون والعقد.
101	المطلب الثاني: الأشياء التي اعتبر فيها العرف مكماً للعقد
107	المطلب الثالث: قواعد العرف المكمل
112	المبحث الثالث: العرف معياراً للقانون العماني، وفيه أربعة مطالب:
113	المبحث الثالث: العرف معياراً للقانون العماني، وفيه أربعة مطالب:
113	المطلب الأول: مدى اعتبار العرف ضابطاً ومعياراً:
117	المطلب الثاني: الأشياء التي اعتبر فيها العرف معياراً للعقد.
131	المطلب الثالث: قواعد العرف باعتباره معياراً
134	المطلب الرابع: تطبيقات العرف باعتباره معياراً في المحاكم العمانية.
138	الخاتمة
139	ثانياً: التوصيات:
140	فهرس الآيات:
141	فهرس الأحاديث:
142	المصادر والمراجع
160	ABSTRACT

الملخص

أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني

(دراسة مقارنة)

إعداد: طارق بن سعيد بن خلفان السعدي

إشراف: أ. د. أحمد ياسين القرالة

هدفت هذه الدراسة إلى الكشف عن مكانة العرف في الشريعة الإسلامية والقانون، ومكانته في القوانين العمانية، كما هدفت إلى دراسة السبب في أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني، ومن أجل تحقيق أهداف الدراسة قام الباحث باستقراء مواد قانون المعاملات المدنية العماني التي ألتزم بها العرف، واستنباط أثر العرف في القانون من خلال تلك الحالات، ومقارنته بما جاء في الفقهاء الإسلاميين وأصولهم وبعض القوانين الأخرى كالقانون الأردني، والإماراتي.

وتوصلت الدراسة إلى أن العرف يعتبر مصدراً من مصادر التشريع في الفقه الإسلامي والقانون، وقد اعتمد القانون المدني العماني على العرف وأسند إليه دور المفسر والمكمل للمعيار في كثير من العقود كالبيع والإجارة والإعارة، بالإضافة إلى دور هفتفسير وتكميل القانون نفسه، وكشفت الدراسة عن علاقة الأحكام القضائية التي استندت إليها العرف في المعاملات المدنية، ولعل السبب هو أنهم يرضون عن صدور القانون في الأمد القصير.

بسم الله الرحمن الرحيم

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد،

جاءت الشريعة الإسلامية لتنظم حياة الناس، وتحقق مصالحهم، وتجلب لهم المنافع، وتدرئ عنهم المفاسد، ووضعت لهم من الأحكام ما يحقق تلك الأهداف، واستمدت الشريعة أحكامها من مصادر متعددة منها: القرآن الكريم، والسنة النبوية والإجماع والقياس والاستحسان والمصالح المرسلة والعرف وهو محور حديثنا، وأهتم الفقهاء بهذا المصدر اهتماماً بالغاً، فوضعوا له شروط، وضوابط واستخرجوا به الكثير من الأحكام الشرعية في شتى مجالات الشريعة كالعبادات، والمعاملات، والأحوال الشخصية وغيرها.

واعتمدت القوانين الوضعية على العرف، بل يعد العرف من أهم مصادر القانون والتشريعات الوضعية، لما للعرف من أهمية عند الناس فهو يعبر عن إرادتهم ويتناسب مع رغباتهم وحاجياتهم، ولقد اعتمد المشرع العماني على العرف وجعله من مصادر القانون في كثير من التشريعات كقانون الأحوال الشخصية وقانون المعاملات المدنية، وقانون التجارة العماني والقانون البحري وغيرها.

سأتناول الحديث عن مدى تأثير العرف، ومكانته، وتطبيقاته في قانون المعاملات المدنية العماني مقارناً بما جاء في الفقه الإسلامي وأصوله وفي القانون ومقارنتهم مع بعض القوانين العربية، كالقانون الأردني.

إشكالية البحث:

تكمن إشكالية البحث من خلال ما يسعى الباحث إلى بيانه حول أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني، وذلك من خلال الجواب على السؤال الآتي:

هل اعتمد المشرع العماني على العرف؟.

ويندرج تحت السؤال السابق عدة أسئلة تتركز فيما يأتي:

1- ما هي مكانة العرف في قانون المعاملات المدنية العماني؟

- 2- ما مدى تأثير قانون المعاملات المدنية العماني بالعرف ؟
- 3- ماهي الأشياء التي تأثر فيها قانون المعاملات المدنية العماني بالعرف ؟
- 4- ما هي تطبيقات العرف في المعاملات المدنية في المحاكم العمانية ؟

أهداف البحث:

تتطلع هذه الدراسة الى بيان مكانة العرف في القوانين العمانية، و أثره في قانون المعاملات المدنية العماني ، وتطبيقاته في المحاكم العمانية.

وبناء على ذلك يسعى الباحث الى تحقيق الأهداف من خلال هذه الدراسة تتمثل بالآتي:

- أولاً: بيان مكانة العرف في الشريعة الإسلامية والقانون.
- ثانياً: بيان مكانة العرف في قانون المعاملات المدنية العماني.
- ثالثاً: بيان أثر العرف ودوره في قانون المعاملات المدنية العماني.
- رابعاً: بيان تطبيقات العرف في المحاكم العمانية.

أهمية البحث:

تكمن أهمية البحث في كون الدراسة تتناول قانون المعاملات المدنية العماني وهو قانون بكر والكتابة فيه يوفر أرضية خصبة للباحث في هذا المجال.

ويمكن أن نوجز أهمية الدراسة في النقاط التالية:

أولاً: يُسهم هذا البحث في معرفة دور العرف ومكانته في القوانين والتشريعات العمانية كمصدر مهم لهذه التشريعات.

ثانياً: يساهم في الكشف عن مقدار تأثير المشرع العماني بالعرف والمكانة التي وضعها المشرع للعرف بين المصادر التي اعتمد عليها في صياغة القانون.

ثالثاً: يبين البحث الأثر الذي يقوم به العرف من خلال الاطلاع على المواد القانونية التي اعتبر فيها المشرع العرف إما مفسراً أو مكملًا أو معياراً.

رابعاً: يكشف البحث مدى تطبيق المحاكم العمانية للعرف في قضايا المعاملات المدنية وماهي المجالات التي أخذت المحاكم فيها بالعرف.

الدراسات السابقة:

هناك عدة بحوث تناولت العرف من الناحية الشرعية والقانونية اطلع عليها الباحث واستفاد منها، وسيكون ذكر بيان ما تناولته هذه الدراسات حول موضوع دراستي وما قصرت عنه كالآتي:

(1) رسالة لنيل شهادة العالمية بعنوان: العرف والعادة في رأي الفقهاء، (جامعة الأزهر/1941م)، للأستاذ أحمد فهمي أبو سنة، تحدثت الدراسة عن العرف بتأصيل دقيق، حيث عرفه وذكر أقسامه واعتباره واستعمالاته وأهم الأحكام التي بنيت عليه، والتقت دراستي من حيث تأصيل العرف وذكر أقسامه وأدلة اعتباره واستعمالاته، وتزيد دراستي بالحديث عن العرف في القانون و أثره في قانون المعاملات المدنية العماني.

(2) أطروحة دكتوراه بعنوان: أثر العرف في التشريع الإسلامي، (جامعة الأزهر/1969م)، للدكتور السيد صالح عوض، تحدثت الدراسة عن العرف من جميع جوانبه، وكانت الدراسة مقارنة بين الشريعة والقانون في كل الجوانب، والتقت هذه الرسالة مع رسالة بالحديث عن العرف وشروطه وأقسامه وحججه بشكل مختصر، وتزيد دراستي بالحديث عن أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني وتطبيقاته في المحاكم العمانية.

(3) أطروحة دكتوراه بعنوان: العرف والعمل في المذهب المالكي، دار الحديث الحسنية_ المغرب_1982م)، للدكتور عمر عبدالكريم الجيدي، تحدّث فيه عن العرف وأقسامه ودليل اعتباره، وارتباط الأعراف المغربية بالشريعة الإسلامية، وحددت الدراسة بالمذهب المالكي، والتقت هذه الرسالة مع رسالتي بالحديث عن العرف في المذهب المالكي، وتزيد دراستي بالحديث عن العرف في المذاهب الأربعة، والمذهب الإباضي، والقانون بالإضافة الى الحديث عن أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني وتطبيقاته في المحاكم العمانية.

رسالة ماجستير بعنوان: المسائل المبنية على العرف في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، (جامعة أم (4) القرى، السعودية،1994م)، عادل بن عبدالقادر ولي قوته، تحدثت الدراسة عن العرف وحججه واعتباره في الشريعة الإسلامية، وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، وتزيد دراستي بالحديث عن العرف في القانون وأثره في قانون المعاملات المدنية العماني.

(5) بحث بعنوان: وظائف العرف في التشريع الإسلامي، (المجلة الأردنية لدراسات الإسلامية، 2007م)، للدكتور أحمد ياسين القرالة، تحدث فيه عن وظائف العرف في الشريعة ويمثل ببعض المواد من قانون المعاملات المدنية الأردني ، وقانون الأحوال الشخصية الأردني بشكل مختصر ، والتقى هذا البحث مع رسالتي بالحديث عن العرف ، ووظائفه، وتزيد دراستي بالحديث عن العرف في المذاهب الأربعة والمذهب الإباضي والقانون بالإضافة الى الحديث عن أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني وتطبيقاته في المحاكم العمانية.

(6) رسالة ماجستير بعنوان: العرف ووظائفه وتطبيقاته في الفقه الإسلامي، للطالبة سوسن محمد علي العيسى (جامعة آل البيت، 2008م)، تحدثت الدراسة عن العرف و وظائفه وتطبيقاته، والتقت الدراسة مع رسالتي بالحديث عن العرف في الفقه الإسلامي وأصوله، وتزيد دراستي بالحديث عن العرف في قانون المعاملات المدنية العماني.

(7) رسالة ماجستير بعنوان: أثر العرف في المذهب الإباضي، للطالبة أمل بنت خميس المنذرية (جامعة القاهرة 2009م)، تحدثت الدراسة عن أثر العرف في المذهب الإباضي، والتقت هذه الرسالة مع رسالتي بالحديث عن العرف في المذاهب الأربعة والمذهب الإباضي، وتزيد دراستي بالحديث عن العرف في القانون بالإضافة الى الحديث عن أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني وتطبيقاته في المحاكم العمانية.

أهم ما يميز دراستي عن الدراسات السابقة:

- أول دراسة عن أثر العرف في قانون المعاملات المدنية العماني حيث لم أجد على حد علمي من كتب في هذا المجال ، وهو قانون حديث صدر في عام (2013م) ، ومن المهم بيان أثر العرف، ومكانته كونه قانون حديث النشأة ، و أقارنه بقانون المعاملات المدنية الأردني .
- أغلب الدراسات السابقة التي ذكرت العرف في الفقه الإسلامي اعتمدت على المذاهب الأربعة ، وستزيد دراستي المذهب الإباضي لكونه المذهب الرسمي في البلد الذي صدر فيه القانون .
- ذكر تطبيقات العرف في مجال المعاملات المدنية في المحاكم العمانية.

منهجية الدراسة:

يعتمد الباحث في دراسته على:

- 1- المنهج الاستقرائي ، وذلك بتتبع المواد القانونية التي تحدثت عن العرف في قانون المعاملات المدنية العماني، والقانون المدني الأردني؛ للوصول للوظائف الكلية للعرف.
- 2- المنهج الاستنباطي، وذلك بتطبيق القواعد الكلية والمبادئ العامة على الأدلة الجزئية لاستنباط الأحكام.
- 3- المنهج المقارن: وذلك بالمقارنة بين الفقه الإسلامي وأصوله والقانون.

خطة الدراسة

تشتمل الرسالة على مقدمة وفصلين وخاتمة:

الفصل الأول: العرف ومكانته في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المبحث الأول: تعريف العرف، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العرف لغة.

المطلب الثاني: تعريف العرف اصطلاحاً.

المطلب الثالث: تعريف العرف قانوناً.

المبحث الثاني: مكانة العرف في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول: حجية العرف في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أقسام العرف في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: مكانة العرف في القانون الوضعي.

المطلب الأول: شروط اعتبار العرف وأركانه في القانون الوضعي.

المطلب الثاني: قانون المعاملات المدنية العماني.

المطلب الثالث: مكانة العرف في القوانين العمانية.

الفصل الثاني: العرف في قانون المعاملات المدنية العماني، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: العرف المفسر للقانون العماني، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: معنى التفسير لغةً واصطلاحاً .

المطلب الثاني: العرف المفسر للقانون.

المطلب الثالث: العرف المفسر للعقد.

المطلب الرابع: الأشياء التي أعتبر فيها العرف مفسراً للعقد.

المطلب الخامس: قواعد العرف المفسر.

المطلب السادس: تطبيقات العرف المفسر في المحاكم العمانية .

المبحث الثاني: العرف المكمل للقانون العماني، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: معنى التكميل .

المطلب الثاني: الأشياء التي أعتبر فيها العرف مكماً للعقد .

المطلب الثالث: قواعد العرف المكمل.

المبحث الثالث: العرف معياراً للقانون العماني، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مدى اعتبار العرف ضابطاً ومعياراً.

المطلب الثاني: الأشياء التي أعتبر فيها العرف معياراً للعقد .

المطلب الثالث: قواعد العرف باعتباره معياراً.

المطلب الرابع: تطبيقات العرف باعتباره معياراً في المحاكم العمانية .

الفصل الأول

العرف ومكانته في الشريعة الإسلامية والقانون، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تعريف العرف والعادة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العرف لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف العادة لغة واصطلاحاً.

المطلب الثالث: تعريف العرف والعادة قانوناً.

المبحث الثاني: مكانة العرف في الفقه الإسلامي .

المطلب الأول: حجية العرف في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: أقسام العرف في الفقه الإسلامي.

المطلب الثالث: شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي.

المبحث الثالث: مكانة العرف في القانون الوضعي.

المطلب الأول: مكانة العرف، وشروطه وأركانه في القانون.

المطلب الثاني: قانون المعاملات المدنية العماني.

المطلب الثالث: مكانة العرف في التشريعات العمانية .

المبحث الأول: تعريف العرف والعادة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: تعريف العرف لغة واصطلاحاً

الفرع الأول: العرف لغةً:

العُرْفُ بالضمّ من عرف، ولها في اللُّغة أصلان صحيحان:

الأول: بمعنى تتابع الشيء، ومنه عُرْفُ الفرس، أي تتابع شعره، ومنه جاءت القطا عرفاً عرفاً، أي بعضها خلف بعض، ومنه عُرْفُ الأرض، أي ما ارتفع منها، والعُرْفُ النخل إذا بلغ الإطعام⁽¹⁾.

والثاني: بمعنى السكون والاطمئنان، ومنه المعروف ضد النكرة، أي تعرفه النفس وتسكن إليه، والمعروف عند الناس ما لا ينكرونه إذا رأوه، ومنه المعروف، أي الإحسان والجود، ومنه العُرْفُ أي الرائحة الطيبة؛ لأنّ النفس تسكن إليها⁽²⁾.

نلاحظ أنّ معاني العُرْفِ في اللُّغة كلّها تدور حول معنى التتابع، والمعرفة، والسكون، والاطمئنان.

الفرع الثاني: العرف اصطلاحاً:

عرّف كثير من الفقهاء العرف، وسنكتفي بذكر بعض تعريفات الفقهاء المتقدمين، وأخرى للمتأخرين ثم التعريف المختار:

(1) ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا (ت: 359هـ/1004م)، معجم مقاييس اللغة، مادة: عرف، (تحقيق: عبدالسلام هارون)، ج 4، دار الفكر، 1391هـ/1979م، ص 281. والرازي، محمد بن أبي بكر (ت: 666هـ/—)، مختار الصحاح، مادة: عرف، (تحقيق: محمود خاطر)، مكتبة لبنان، بيروت، 1415هـ/1995م، ص 467. وابن منظور، محمد بن مكرم (ت: 711هـ/1311م)، لسان العرب، مادة: عرف، ط3، 15م، ج 9، دار صادر، بيروت، 1414هـ، ص 239.

(2) ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، مادة: عرف، ج 4، ص 281. والرازي، مختار الصحاح، مادة: عرف، ص 467. وابن منظور، لسان العرب، مادة: عرف، ج 9، ص 239.

أولاً: تعريف المتقدمين:

1. عرّفه الإمام النّسفي كما نقله عنه ابن عابدين بأنه "ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقّته الطباع السليمة بالقبول"⁽¹⁾.

يؤخذ على هذا التعريف الآتي:

- أنه ليس مانع ولا منضبط وهو أقرب إلى بيان مفهوم العرف وليس حداً اصطلاحياً له؛ لأنّه ليس كل ما ترتضيه النفوس يصير عرفاً، وكذلك ليس هناك ميزان تُوزن به الطباع والعقول، فهي تختلف وتتفاوت في كل زمان ومكان⁽²⁾.

- الألف واللام في النفوس والطباع تدل على الاستغراق والعموم وهذا غير صحيح فمن شروط العرف كما سيأتي الاطراد والغلبة، كما أن في العموم إخراج للعرف الخاص وعدم اعتباره⁽³⁾.

- أنه غير جامع؛ لأنه لا يحتوي على أقسام العرف، وطبيعته، و ما يتناوله⁽⁴⁾.

2. وعرفه الجرجاني بأنه "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول"⁽⁵⁾. هذا التعريف نفس معنى التعريف السابق، وكل ما أخذ على التعريف السابق ينطبق على هذا التعريف.

3. وعرفه ابن النجار الحنبلي بأنه "كلّ ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة"⁽⁶⁾.

(1) ابن عابدين، محمد أمين، مجموعة رسائل ابن عابدين، نقلاً عن أبي الحافظ النسفي في كتابه المستصفي، وهو مخطوط، ج2، ص114.

(2) قوته، عادل بن عبدالقادر، العرف، ط1، ج1، المكتبة المكية، مكة المكرمة، السعودية، 1418هـ / 1997م، ص95. ونعراني، خليل محمود، شرح رسالة نشر العرف، الناصرة، الجليل الأسفل، 1433هـ / 2012م، ص34.

(3) قوته، العرف، ج1، ص96.

(4) قوته، العرف، ج1، ص96. ونعراني، شرح رسالة نشر العرف، ص34.

(5) الجرجاني، علي بن محمد (ت: 816هـ)، التعريفات، ط1، (تحقيق: إبراهيم الإيباري)، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ، ص193.

(6) ابن النجار، محمد بن أحمد (ت: 972هـ)، شرح الكوكب المنير، ط2، (تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد)، ج4، مكتبة العبيكان، 1418هـ / 1997م، ص448.

يؤخذ على هذا التعريف ما أخذ على التعريفات السابقة بالإضافة إلى أنه فيه دورٌ واضح، حيث بدأ تعريف العرف بكلمة "ما عرفته"⁽¹⁾.

ثانياً: تعريف المتأخرين:

(1) عرفه عبد الوهاب خلاف بأنه "ما تعارفه الناس وساروا عليه، من قول، أو فعل، أو ترك"⁽²⁾.
يؤخذ على هذا التعريف الآتي:

- لفظ "الناس" من ألفاظ العموم تستعرق جميع أفرادها، فهل بالضرورة أن يكون كل الناس يألفون شيئاً ما ليعد عرفاً؟⁽³⁾.

- أضاف لفظ "الترك" مع أن الترك يعدّ فعلاً، واستدلّ عادل قوته بقوله تعالى ﴿لَوْلَايْنَهُمَا لَمَا رَّبِّئُوْنَ وَالْأَحْبَارُ...﴾⁽⁴⁾، فقد سمى الله - عزّ وجل - ترك الربانيين والأحبار النهيَّ صنعاً، والصنع أخص من مطلق الفعل⁽⁵⁾.

- هذا التعريف فيه دورٌ حيث بدأ التعريف بكلمة "ما تعارفه".

(2) وعرفه الدريني بأنه "ما يغلب على الناس من قول، أو فعل، أو ترك"⁽⁶⁾، يؤخذ على هذا التعريف نفس ما أخذ على التعريف السابق، إلا أنه ليس فيه دور.

(1) قوته، العرف، ج1، ص97.

(2) عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط1، المكتبة التوفيقية، القاهرة، 2014هـ، ص74.

(3) نعراني، شرح رسالة نشر العرف، ص35.

(4) سورة المائدة/ الآية 63.

(5) قوته، العرف، ج2، ص100.

(6) الدريني، محمد فتحي، المناهج الأصولية، ط3، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، 1434هـ / 2013م، ص441.

- (3) وعرفه عبدالكريم زيدان بأنه " ما أُلْفَهُ المجتمع، واعتاده، وسار عليه في حياته من قول، أو فعل"⁽¹⁾، يؤخذ على هذا التعريف بأن ليس مانعاً، فليس كل ما يألّفه المجتمع يعدُّ عرفاً، فقد يألّف أشياء سيئة فهل تعدُّ عرفاً؟، ولأنَّ لفظَ "المجتمع"، من ألفاظ العموم تستعرق جميع أفرادها، فهل بالضرورة أن يكون كل المجتمع، يألّفون شيئاً ما ليعد عرفاً؟⁽²⁾.
- (4) وعرفه الجحافي بأنه "عادة قوم في قولٍ أو فعلٍ، ما لم يخالف الشرع والعقل"⁽³⁾،

يؤخذ على هذا التعريف الآتي:

- كلمة "قوم" عامة؛ لأنها معرفة بالإضافة تشمل كل القوم، ولا يشترط في اعتبار العرف كل القوم.
- أضاف قيد عدم مخالفته الشرع والعقل وهذا من شروط العرف، والصحيح أن يذكر ماهية العرف من حيث هي، بغض النظر عن صحته وفساده .
- التعريف المختار: عرفه الزرقا بأنه "عادة جمهور قومٍ في قولٍ، أو فعلٍ"⁽⁴⁾.
- شرح التعريف⁽⁵⁾:
- عادة: سيأتي الحديث عنها.
- جمهور: بمعنى أن يكون هناك مجموعة من الناس تعتاد وتكرر ذلك الأمر، فالعادة الفردية غير معتبرة وكذلك المشتركة التي لم تطرد.
- قوم: يدخل فيه العرف الخاص والعام.
- قول أو فعل: يدل على أقسام العرف وهما القولي والفعلي، وهذا يدل على أن العرف يكون بإرادة الناس واختيارهم.

(1) عبدالكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، 1436هـ / 2015م، ص237.

(2) نعراني، شرح رسالة نشر العرف، ص35.

(3) الجحافي، حميد بن حمد، العرف عند الأصوليين وأثره في الفقه الإباضي، تونس، 1422هـ/2001م، ص 11.

(4) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، ط3، ج2، دار القلم، دمشق، 1433هـ/ 2012م، ص872.

(5) قوته، العرف، ج1، ص101.

يمكننا القول إنَّ تعريف "الزرقا" أكثرها دقة؛ لأنه يعبر عن ماهية العرف، وتجنّب تلك المآخذ، ويمكن القول إنّه جامع لأهم محتويات العرف، ومانع من دخول كلّ ما تألفه النفوس وتستسيغه العقول.

المطلب الثاني: تعريف العادة لغةً واصطلاحاً

الفرع الأول: العادة لغة:

أصلها من عَوَدَ، ولها معاني كثيرة، منها التثنية، والرجوع، والتكرار، وتطلق على زيارة المريض، والطريق القديم، والعود الخشب، والعائدة المعروف، والعادة الديدن والدرية.⁽¹⁾

الفرع الثاني: العادة اصطلاحاً:

اختلفت تعريفات الفقهاء للعادة لاختلافهم في العلاقة بين العرف والعادة إلى ثلاثة اتجاهات:

الاتجاه الأول: العرف والعادة لفظان مترادفان، فهما بمعنى واحد، وما يطلق على العرف يطلق على العادة.

فقد عرفها النسفي كما نقله عنه ابن عابدين "العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول"⁽²⁾، وقال ابن عابدين: "العادة والعرف بمعنى واحد من حيث الما صدق، وإن اختلفتا من حيث المفهوم"⁽³⁾، وعرفها علي حيدر "هي الأمر الذي يتقرر بالنفوس ويكون مقبولاً عند ذوي الطباع السليمة بتكرار المرة بعد المرة، والعرف بمعنى العادة ايضاً"⁽⁴⁾.

(1) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة: عود، ج4، ص181-182. و ابن منظور، لسان العرب، مادة: عود، ج3، ص315-316. والزيبي، محمد مرتضى (ت: 1205هـ/1790م)، تاج العروس، مادة: عود، ج8، دار الهداية، ص432.
(2) ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، نقلا عن ابي الحافظ النسفي في كتابه المستصفي وهو مخطوط، ج2، ص114.
(3) ابن عابدين، المرجع السابق، ج2، ص114.
(4) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، (ت: 1321هـ)، ط، (تعريب: فهمي الحسيني)، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010، ص40.

وقال عبدالوهاب خلاف في معرض تعريفه للعرف "ويسمى - اي العرف - العادة وفي لسان الشرعيين لا فرق بين العرف والعادة"⁽¹⁾، وإلى هذا الرأي ذهب السيد صالح عوض في معرض ردّه على من فرّق بين العرف والعادة قال: "وفي الحقيقة أنّ هذه التفرقة غير معتبرة لأنّ استعمالات الفقهاء وتفرّيعهم للمسائل يفيد بأنهما بمعنى واحد"⁽²⁾.

الاتجاه الثاني: العرف أعمّ، فهو يشمل الأقوال والأفعال، والعادة تختص بالأفعال

قال الكمال بن الهمام في التحرير: "مسألة العادة والعرف العملي"⁽³⁾، فقد قصر العادة على الأفعال وجعل العرف أعمّ من العادة، وقال البخاري: "يجوز أن يكون الاستعمال راجعاً إلى القول، والعادة راجعة إلى الفعل"⁽⁴⁾، وإلى هذا ذهب التفتازاني بقوله "قد يفرّق بينهما باستعمال العادة في الأفعال، والعرف في الأقوال"⁽⁵⁾.

وعرّفها أحمد الزرقا بقوله: "العادة: هي الاستمرار على شيء مقبول للطبع السليم، والمعاودة إليه مرة بعد أخرى، وهي المراد بالعرف العملي"⁽⁶⁾، أمّا محمد الزحيلي فعرفها بقوله: "فهي بتكرارها ومعاودتها مرّة بعد أخرى صارت معروفة مستقرّة في النفوس والعقول، متلقاة بالقبول من غير علاقة ولا قرينة حتّى صارت حقيقة عرفية"⁽⁷⁾. ويورد على هذا الاتجاه بأنّ الفقهاء قد أطلقوا العادة على الأفعال، والأقوال معاً⁽⁸⁾، ومن الشواهد على أنّ العادة تجري في الأقوال ما قاله السرخسي: "قال محمد: في قوله وأمانة الله يمين أنّه يمين، ثم سئل عن معناه فقال: لا أدري، فكأنّه قال: وجدّ العرب يحلفون بأمانة الله عادة فجعله يميناً"⁽⁹⁾.

(1)خلاف، علم اصول الفقه، ص74.

(2)السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، ص60.

(3) ابن أمير الحاج، محمد بن محمد(ت:879هـ)، التقرير والتحبير، ط2، ج1، دار الكتب العلمية، 1403هـ / 1983م، ص282.

(4)البخاري، عبدالعزيز بن أحمد (730هـ—)، كشف الأسرار، ط2، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009م، ص140.

(5)التفتازاني، مسعود بن عمر (ت:792هـ)، التلويح على التوضيح، ط1، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص169.

(6) الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، ط10، دار القلم، دمشق، 1413هـ/2012م، ص 219.

(7)الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية، ط1، ج1، دار الفكر، دمشق، 2006م، ص 299.

(8)أبوسنة، أحمد فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، 1947هـ، ص11.

(9)السرخسي، محمد بن أحمد(ت:483هـ)، المبسوط، ج8، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ/1993، ص133.

الاتجاه الثالث: العادة والعرف بينهما عمومٌ وخصوص، والعادة أعم.

قال ابن أمير الحاج: "العادة هي الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"⁽¹⁾، وعلى هذا التعريف يظهر لنا أنّ العادة واسعة وشاملة لكل ما تكرر من الأقوال والأفعال، وسواء كانت من الفرد أو الجماعة، سواء أكانت طبيعية أم مما استساغته العقول واطمأنت إليه النفوس⁽²⁾، فالعلاقة العقلية ما يحكم التكرار فيها بالعقل، وليست عادة مثل تحرك الركاب بتحريك السيارة، فهو تلازم عقلي، وتربط بين العلة والمعلول⁽³⁾، وقال ابن فرحون: "العادة غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها"⁽⁴⁾.

الاتجاه المختار: العادة والعرف بينهما عموم وخصوص والعادة أعم.

لأنّ العادة مجالها واسع، فهي تشمل الأفعال، والأقوال، سواء أكانت طبيعية أم مما تقبلته الطباع والعقول، فردية كانت أم جماعية، كما تشمل كلّ حالة متكررة سواء كانت ناشئة عن أمر طبيعي أم ناشئة عن هوى وتشهّي، أو ناشئة عن حوادث خاصة، وعلى هذا الاتجاه سار الفقهاء في تقرير الأحكام وفي القضاء والفتيا⁽⁵⁾. ويرجح الباحث تعريف ابن أمير الحاج للعادة بأنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية؛ لأنه جامع شامل لطبيعة العادة من تكرار الشيء، القولي أو العملي الفردي أو الجماعي، ومانعٌ من دخول ما يحصل مرة واحدة وما يحصل من تلازم عقلي بين العلة والمعلول .

(1) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج1، ص282.

(2) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص871. و أبوسنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص10.

(3) الزحيلي، وهبة مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، ط11، ج2، دار الفكر، دمشق، 1436هـ / 2015م، ص105.

(4) ابن فرحون، إبراهيم بن علي (ت: 799هـ—)، تبصرة الحكام، ط1، ج2، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ — 1986م، ص67.

(5) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص872.

المطلب الثالث: تعريف العرف والعادة في القانون

الفرع الأول: تعريف العرف في القانون:

وردت عدّة تعاريف للعرف عند رجال القانون منها:

1. أنه "مجموعة القواعد التي تنشأ من درج الناس عليها، يتوارثونها جيلا بعد جيل، والتي لها جزاء قانوني

كالقانون المسنون سواء بسواء"⁽¹⁾

2. وقيل "هو اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه

قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة"⁽²⁾.

3. وقيل أنه "اطراد التقليد على اتباع سنّة معينة في العمل، مع الاعتقاد في إلزام هذه السنة كقاعدة

قانونية"⁽³⁾.

4. وقيل هو "اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة من المسائل، يقوم الشعور لدى الجماعة باعتباره

ملزما، وبضرورة تحرك الجماعة لتوقيع على من يخالفه، والقاعدة التي تنشأ بهذا الاعتياد تسمى قاعدة

عرفية"⁽⁴⁾.

نلاحظ من التعاريف السابقة اشتراكها في جزأين مهمين: الاعتياد، والشعور بالإلزام، وهما ركنا العرف:

الركن المادي: وهو الاعتياد، والركن المعنوي: وهو الإلزام.

إذن لابدّ من توفر الركن المادي والمعنوي بشروطهما؛ لكي يصبح السلوك المعتاد عرفاً، وسنفصل الحديث

عن شروط العرف وأركانه في المبحث الثالث من هذا الفصل⁽⁵⁾.

(1) السنهوري، عبدالرزاق أحمد، وأبو شنتيت، أحمد حشمت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1941م، ص82.

(2) فرج الصدة، عبدالمنعم، أصول القانون، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت، ص140.

(3) حسن كبيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1969م، ص261.

(4) الشرقاوي، جميل، دروس في أصول القانون، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م، ص126.

(5) السنهوري و شنتيت، أصول القانون، ص 84. وفرج الصدة، أصول القانون، ص144-147. توفيق حسن فرج، المدخل إلى العلوم القانونية، المكتبة المصرية الحديثة، الاسكندرية، 1970، ص133.

الفرع الثاني: تعريف العادة في القانون.

تناول رجال القانون تعريف العادة تحت مسمى "العادات الاتفاقية" وعرفوها بالآتي: "هي تلك القواعد التي تعارف الناس على اتباعها في معاملاتهم، والتي تصلح لتفسير نية المتعاقدين دون أن تكون ملزمة⁽¹⁾"، أو "هي شرط من شروط التعامل، جرت عادة المتعاملين على ادراجها في اتفاقهم"⁽²⁾.

والملاحظ خلوّ العادات الاتفاقية من ركن الإلزام، فهي ليست ملزمة للمتعاقدين، إلا إذا تراضيا المتعاقدان عليها، ومثال للعادات الاتفاقية، ما جرت عليه العادة في عُمان أنّ العامل الذي يقوم بسقي النخيل، والاعتناء بها يعطى جزءاً من ثمار تلك النخيل، إلا إذا تمّ الاتفاق على خلاف ذلك.

الفرع الثالث: الفرق بين العرف والعادة الاتفاقية في القانون.

أولاً: من حيث شروط التكوين: أهم ما يميّز العرف عن العادة هو توفر الركن المعنوي في العرف، وهو الشعور بالزام السلوك الذي تعارف عليه المجتمع، فأصبح له قوة القاعدة القانونية من دون رضاهم، أما العادة فهي تفتقر إلى الركن المعنوي وعليه لا يتوفر عنصر الإلزام إلا إذا تراضا الطرفان بمحض إرادتهما على العمل بمقتضاها.

ثانياً: من حيث الأثر: العرف إذا توافر فيه الركن المادي والمعنوي نتج عنه قاعدة قانونية ملزمة، أما العادة فهي غير ملزمة ولا تكون قانوناً⁽³⁾.

ومع هذا التفريق فإن العادة وبمرور الزمن وانتشار نطاق استعمالها قد تتحول إلى عرف، وتكون لها قوة الإلزام، وذلك عندما تنفصل عن ارادة الأفراد، وعندئذٍ تصبح قاعدة قانونية ملزمة⁽⁴⁾، وقد يحيل المشرع القانوني - في كثير من المواد القانونية- إلى العادة الاتفاقية،

(1) فرج، المدخل إلى العلوم القانونية، ص 89.

(2) الشرقاوي، دروس في أصول القانون، ص 131.

(3) السنهوري وشتيت، أصول القانون، ص 92. وفرج الصدة، أصول القانون، ص 148. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية القانون، ط5، مطبعة نهضة مصر، 1966م، ص 185.

(4) السنهوري، وشتيت، أصول القانون، ص 93-94.

مثال ذلك ما جاء في الفقرة الرابعة من المادة(59) من قانون المعاملات المدنية العماني "يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع، ويكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: 4- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة"⁽¹⁾ والمشرع قصد بالعرف هنا العادة فما هو الحكم في ذلك؟، إنَّ إحالة المشرع الحكم إلى العادة يجعلها واجبة، ولها قوة الإلزام مثل أيِّ قاعدة قانونية أخرى؛ لأنَّ المشرع لم يجعل هذه الإحالة عبثاً⁽²⁾.

الخلاصة: أن تعريف العرف في الفقه أكثر انضباطاً وانسجاماً مع شروط العرف وأركانه، فذكر القول والفعل، بخلاف تعريفه في القانون فهو غير متناسق مع الشروط فلفظ الناس مثلاً عام يشمل كل الناس والعرف لا يشترط فيه كل الناس، كما أن العرف في القانون يحتوي على ركن الجزاء كالقانون المكتوب أما في الفقه فلا يحتوي على عنصر الجزاء، وإن كان يتفق الفقه والقانون بوجود ركن الشعور بالإلزام.

المبحث الثاني: مكانة العرف في الفقه الإسلامي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: حُجِّيَّة العرف الفقها الإسلامي

الإسلام دين يسرٍ، يقول الله - عزَّ وجلَّ - ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾⁽³⁾، ويقول جلَّ شأنه ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾⁽⁴⁾، ومن هذا المبدأ جاء الإسلام بكلِّ ما يحقق مصالح الناس، ويدراً عنهم المفاسد، ومن ذلك مراعاة أعرافهم، وعوائدهم يقول الشاطبي: " لما كان التكليف مبنياً على استقرار عوائد المكلفين، وجبَ أن يُنظر في حكم العوائد؛ لما يُبنى عليها بالنسبة إلى دخول المكلف تحت حكم التكليف"⁽⁵⁾.

(1) قانون المعاملات المدنية العماني رقم 29/2013.

(2) حسن كبيره، المدخل إلى القانون، ص279. و عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية القانون، ص203.

(3) سورة البقرة / الآية : 185.

(4) سورة الحج / الآية : 78.

(5) الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت: 790هـ)، الموافقات، ط8، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011م، ص212.

وقد تختلف هذه الأعراف وتتغير من زمان إلى آخر، وعليه لابد من تغَيُّر الأحكام مع تغَيُّر الأعراف، يقول القرافي: " كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد، يتغَيَّر الحكم فيه عند تغَيَّر العوائد"⁽¹⁾، ونظراً لأهمية الأعراف والعادات فقد شدّد الفقهاء على ضرورة أخذ المفتي والقاضي بأعراف الناس ومعرفتها، والحكم والإفتاء على مقتضاها، يقول ابن القيم: "ومن أفتى الناس بمجرد المنقول في الكتب على اختلاف عرفهم، وعوائدهم، وأزمنتهم، وأمكنتهم، وأحوالهم، وقرائن أحوالهم، فقد ضل وأضل"⁽²⁾.

وأجرى الأصوليون والفقهاء العرف والعادة في كثير من المسائل الفقهية يقول السيوطي: "واعلم أنّ اعتبار العرف والعادة رُجع إليه في الفقه، في مسائل لا تعدُّ كثرة"⁽³⁾، ويقول الزرقا: "وللعرف سلطان واسع المدى في توليد الأحكام وتجديدها، وتعديلها وتحديثها وإطلاقها وتقييدها... وقلّما يوجد باب من أبواب الفقه لا يكون للعرف مدخل في أحكامه، حتى في باب الجرائم والعقوبات"⁽⁴⁾؛ لأنّ العقوبات والجرائم محدّده بالنص، ومع ذلك العرف له مجرى فيها.

ونظراً لسلطان العرف الواسع، وأهميته في بناء الأحكام الفقهية فقد اعتنى به الأصوليون والفقهاء، وذكروا أدلة اعتباره، وأقسامه، وجعلوا له شروطاً لا بد من تحقُّقها في المسائل التي تبنى عليه.
أدلة حُجِّية العرف:

إنّ المقصود بحُجِّية العرف ليس بوصفه دليلاً من الأدلة الشرعية كالقرآن، والسنة، والإجماع، والقياس، وغيرها، بل المقصود أنّه يُستعان به في تفسير النصوص وألفاظ المتعاقدين واعتباره حكماً ومعياراً للأمر، ويستأنس به عند عدم وجود النصّ⁽⁵⁾،

(1) القرافي، أحمد بن إدريس (ت: 684هـ)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ط5، دار السلام، القاهرة، 1430هـ، 2009م، ص218.

(2) ابن قيم، محمد بن أبي بكر (ت: 751هـ)، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ط2، (تحقيق: محمد عبدالسلام إبراهيم، دار الكتب العلمية)، بيروت، 1435هـ، 2014م، ص525.

(3) السيوطي، عبدالرحمن بن أبي بكر (ت: 911هـ)، الأشباه والنظائر، ط1، (تحقيق: كمال بن السيد سالم)، ج1، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2012م، ص175.

(4) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص879.

(5) الطيب خضري السيد، الاجتهاد فيما لا نص فيه، ط1، ج2، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، 1399هـ، 1979م، ص209.

قال السبكي: "اشتهر عند الفقهاء أنّ ما ليس له ضابط في اللغة، ولا في الشرع يُرجع فيه إلى العرف"⁽¹⁾، والفقهاء متفقون على اعتبار العرف، لكنهم يختلفون بين موسّع ومضيق، وبين مكثّر ومقلّل، على النحو الآتي:

المذهب الحنفي: يُعدُّ من أكثر المذاهب بعد المالكية أخذاً بالعرف، بل يعدّونه من المصادر الشرعية في الاستنباط وأصلاً من الأصول⁽²⁾، ومن النصوص الدالة على هذا الاعتبار قول السرخسي: "الثابتُ بالعرف ثابتٌ بدليلٍ شرعي"⁽³⁾.

المذهب المالكي: هو أكثر المذاهب أخذاً بالعرف، بل يعدّونه أصلاً من الأصول الفقهية، لأنهم يحكمون العرف والعادة ويعتبرونها من المصالح التي يراعيها الفقه المالكي بشكلٍ كبير⁽⁴⁾، ومن النصوص الدالة على هذا الاعتبار قول ابن العربي المالكي: "العرف والعادة أصلٌ من أصولِ الشريعة يُقضى بها في الأحكام"⁽⁵⁾.

المذهب الشافعي: أخذ المذهب الشافعي بالعرف لكنه لا يعتبره حجةً ولا دليلاً شرعياً إلا إذا أرشد إليه الشارع في مصادره الأصلية⁽⁶⁾، ومن النصوص الدالة على هذا الاعتبار قول الزركشي في معرض حديثه عن العادة: "أنّها تُحكّم فيما لا ضبط له شرعاً، وعليه اعتمد الشافعي - رحمه الله - في أقل سن الحيض"⁽⁷⁾.

-
- (1) السبكي، عبد الوهاب بن علي (ت: 771هـ)، الأشباه والنظائر، (تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود وعلي محمد معوض)، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ/2001م، ص 51.
 - (2) ابن عابدين، رسالة نشر العرف، ج2، ص 115. و أبو زهرة، محمد بن أحمد، أبو حنيفة، دار الفكر العربي، القاهرة، ص308.
 - (3) السرخسي، محمد بن أحمد (ت: 483هـ)، المبسوط، ج13، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ، 1993م، ص14.
 - (4) أبو زهرة، محمد بن أحمد، مالك، دار الفكر العربي، القاهرة، 2002م، ص 385. و الجديدي، عمر بن عبد الكريم، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، 1982م، ص 82.
 - (5) ابن العربي، محمد بن عبد الله المعافري الأشبيلي المالكي (ت: 543هـ)، أحكام القرآن، ط3، (تحقيق: محمد عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424 هـ، 2003 م، ص288.
 - (6) العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل (ت: 852هـ)، فتح الباري شرح صحيح البخاري، د. ط، (تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي)، ج4، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، ص406. و الزحيلي، محمد، النظريات الفقهية، ط1، دار القلم، دمشق، 1414هـ، 1993م، ص 171-172.
 - (7) الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله (ت: 794هـ)، المنثور في القواعد، ط1، (تحقيق: محمد حسن اسماعيل)، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421هـ/2000م، ص96.

المذهب الحنبلي: مثله مثل المذهب الشافعي، فهو لا يعدّ العرفَ دليلاً شرعياً مستقلاً⁽¹⁾، ومن النصوص الدّالة على هذا الاعتبار قول الطوفي: "يُرجع في القبض والإحراز - ما لم يردّ من الشرع تحديداً فيه- إلى ما يتعارفه الناس بينهم"⁽²⁾.

المذهب الإباضي: يرى المذهب الإباضي أنّ العرفَ دليلٌ يُستأنس به عند عدم النصّ، وإن كانوا لم يذكروا شروطه وأقسامه، إلا أنّهم ذكروا تطبيقات كثيرة في مختلف فروع الفقه كالعبادات، والمعاملات، والأحوال الشخصية، والقضاء، والإمامة، والآداب، وقد ألف ابن بركة - وهو من علماء القرن الرابع الهجري- كتاب التعارف، وهو عبارة عن مسائل فقهية مبنية على العرف في مختلف فروع الفقه⁽³⁾، ومن النصوص الدّالة على هذا الاعتبار يقول ابن بركة: "ولعلّ جميع ما تعبّد الله به عباده من طريق الشريعة أنّ ما أخذَ عليهم أن يُخرجوا منه بما هو يقين عندهم، بما يستدلون على معرفته بالعادة الجارية والأحوال الظاهرة"⁽⁴⁾، ومن التطبيقات التي ذكرها ابن بركة في كتابه الجامع قوله: "والنظر يوجب عندي أنّ يرعى الحال، فإن كان المضارب معروفاً بالمضاربات إلى أماكن معروفة، وجرت العادة منه في التجارة في بحر، أو برّ فهي على عادته"⁽⁵⁾، وقال الكدّمي: "وقد يخرج في معنى الاطمئنان والتعارف، وما تجري به العادات ما يشبه معنى الحكم الثابت بالأصول، فتصبح بذلك العادات والتعارف في معنى ما يثبت بالأحكام الثابتة"⁽⁶⁾.

(1) ابْنِ قَدَامَةَ، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)، المغني، دط، ج3، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م، ص481. ومحمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص 171-172.

(2) الطوفي، سليمان بن عبد القوي (ت: 716هـ)، شرح مختصر الروضة، ط1، (تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ج3، مؤسسة الرسالة، 1407هـ، 1987م، ص212.

(3) السعدي، جابر بن علي (معاصر)، ابن بركة وأراءه الأصولية، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، 1994م، ص 171، و المنذرية، أمل بنت خميس، أثر العرف في المذهب الإباضي، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، جامعة القاهرة، مصر، 2009م، ص 66-69.

(4) ابن بركة، محمد بن عبد الله البهلوي، (القرن الرابع الهجري)، التعارف، ط1، (تحقيق: بدر بن سيف الراجحي)، ذاكرة عُمان، سلطنة عُمان، مسقط، 1434هـ، 2013م، ص 74.

(5) ابن بركة، محمد بن عبد الله البهلوي، (القرن الرابع الهجري)، الجامع، ج2، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، 1428هـ، 2007م، ص 370.

(6) الكدّمي، محمد بن سعيد، المعتبر، د ط، ج4، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1405هـ، 1985م، ص83.

وهناك طريقتان في الاستدلال على حُجِّية العرف:

الطريقة الأولى: طريقة الجمهور، وهي الطريقة المعتادة بالاستدلال على حُجِّية العرف من القرآن الكريم،
والسنة، والإجماع، والمعقول:

أولاً: من القرآن الكريم: قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ⁽¹⁾ ﴾، واستدلَّ بهذه الآية القرآني ⁽²⁾، والطرابلسي ⁽³⁾، على وجوب القضاء بالعرف تحقيقاً لصيغة الأمر الواردة، ووجه الاستدلال فيها: أنَّ المراد بالعرف ما تعارفه الناس وجرت به عاداتهم في الأقوال والأفعال، فأمر الله رسوله بذلك، وهذا دليل اعتباره في الشرع، وإلا لما كان للأمر فائدة ⁽⁴⁾.

اعتراض على هذا الاستدلال بالآتي:

أنَّ الاستشهاد بهذه الآية حجة ضعيفة وفيه تكلف، فالمراد بالعرف المعروف، سواءً عُرِفَ حُسْنُهُ بالعقل أو الشرع ⁽⁵⁾.

أنَّ الآية مَكِّيَّة، والتشريع في مكة لم يتناول الأحكام الفرعية العملية التي يُعمل فيها بالعرف، وإنما وردت للحثِّ على مكارم الأخلاق ⁽⁶⁾.

(1) سورة الأعراف / الآية : 199.

(2) القرافي، الفروق، ج3، ص 276.

(3) الطرابلسي، علي بن خليل (ت: 844هـ)، معين الحكام، دار الفكر، ص 128.

(4) أبوسنة، العرف والعادة، ص 23.

(5) أبوسنة، المرجع السابق، ص 23. وعبدالكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 238. و محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص 172.

(6) الطيب خضري، الاجتهاد فيما لا نصَّ فيه، ج2، ص 217.

انياً: من السنّة النبوية: قال عبدالله بن مسعود في حديثٍ موقوف: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن" (1) ووجه الاستدلال هنا: أنّ ما استحسّنه المسلمون وتعوّدوا عليه، وتلقته عقولهم واطمأنت إليه نفوسهم يقرّه الله، وما يقرّه الله حقٌّ لا باطلَ فيه، وما ليس بحقٍ فليس عند الله بحسن (2).

اعتراض على هذا الاستدلال بالآتي:

أنه خبر واحد لا تثبت به الأصول (3).

لفظ "المسلمون" يشمل جميع المسلمين، فالمراد به الإجماع، لا ما تعارفوا عليه (4).

يقول محمد توفيق: "العرف لا علاقة له بعوالم الحسن؛ لعدم ابتناؤه عليه غالباً، والمعلّل منها أي الذي يُدرك العقل حسنه نادر جداً" (5). ثالثاً: الإجماع: قال القرافي: "أما العرف فمشتك بين المذاهب، ومن استقرأهم وجدهم يصرحون بذلك" (6)، كما أنّ عمل الفقهاء بالعرف في اجتهاداتهم،

(1) أخرجه أحمد بن حنبل في مسنده، باب مسند عبدالله بن مسعود - رضي الله عنه -، حديث رقم (3600). ابن حنبل، أحمد بن محمد الشيباني، (ت: 221هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط1 تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد، وآخرون، ج6، مؤسسة الرسالة، 1421هـ، 2001م، ص 84. وعلق عليه الحاكم في المستدرک وقال: هذا حديث صحيح. الحاكم، محمد بن عبدالله (ت: 405هـ)، المستدرک على الصحيحين، ط1، (تحقيق: مصطفى عبد القادر عطا)، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ، 1991م، ص 83.

(2) أبو سنة، العرف والعادة، ص 24. والطيب خضري، الاجتهاد فيما لا نصّ فيه، ج2، ص 218. و محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص 173. والباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، قاعدة العادة محمّة، ط1، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1423هـ، 2002م، ص 123.

(3) الغزالي، محمد بن محمد، (ت: 505هـ)، المستصفى من علم الأصول، دط، (تحقيق: طهالشيخ)، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، دت، ص 318.

(4) الأمدي، علي بن أبي علي بن محمد، (ت: 631)، الإحكام في أصول الأحكام، ط5، (تحقيق: ابراهيم العجوز)، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1426هـ، 2005م، ص 394. وأبوسنة، العرف والعادة، ص 25-26.

(5) محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الأندلس للطباعة والنشر، ص 425.

(6) القرافي، أحمد بن إدريس (ت: 684هـ)، شرح تنقيح الفصول، ط1، (تحقيق: طه عبدالرؤف سعد)، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393هـ، 1973م، ص 448.

واحتجاجهم به على مرّ العصور، و تطبيقاتهم في مختلف أبواب الفقه، يكون بمثابة الإجماع السكوتي، مع أنّ البعض صرّح بذلك فيكون اعتباره ثابت بالإجماع⁽¹⁾.

رابعاً: من المعقول: اعتبار العادات الجارية ضرورة شرعية؛ لأنّ فيها تيسير، ورفع للحرج، ولو لم تعتبر لأدى إلى التكليف بما لا يطاق، وهو غير جائز شرعاً، قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا⁽²⁾﴾، وعدم مراعات العوائد تناقض مع هذا المبدأ⁽³⁾.

الطريقة الثانية: هذه الطريقة جاء بها أبو سنّة، حيث قال في معرض حديثه عن اعتبار العرف: "طريقتي في الاستدلال"⁽⁴⁾، وحصّر أبو سنة استعمالات الفقهاء للعرف في أربعة⁽⁵⁾:

الأول: العرف الذي يكون دليلاً على مشروعية الحكم الظاهر:

لا يصح أن يكون العرف مقياساً للمصلحة، ولا دليلاً على مشروعية الأحكام؛ لأنّه لا توجد حجة على اعتباره، ولا يكون دليلاً إلاّ باعتبار الشارع له، ما لم يؤيده أصل من أصول الفقه، ولذلك يرّد العرف إلى الأمور الآتية:

1. ردّ العرف إلى أدلّة الشرع الصحيحة: إنّ التعامل الذي جعل دليلاً على جواز وقف المنقول والاستصناع ودخول الحمّام مردود إلى الإجماع العملي من المجتهدين، قال ابن الهمام في الاستصناع: "ولكنّا جوزناه استحساناً للتعامل الراجع إلى الإجماع العملي"⁽⁶⁾.

(1) أبو سنة، العرف والعادة، ص35. و عبدالكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 240. والزملي، مصطفى إبراهيم، أصول الفقه الإسلامي، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2011م، ص129.

(2) سورة البقرة / الآية : 286.

(3) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص 218-219.

(4) أبو سنة، العرف والعادة، ص 26.

(5) أبو سنة، العرف والعادة، ص 27-55.

(6) ابن الهمام، محمد بن عبدالواحد السواسي (ت: 861هـ)، فتح القدير، ج7، دار الفكر، ص115.

2. ويمكن ردُّ العرف إلى دلالة الإجماع إذا ما انقطع المجتهدون، وما جرى به التعامل كالإجارة، والاستصناع، فقد جوزوه للحاجة ورفع الحرج عن الناس، يقول الزيلعي في الإجارة: "والقياس أن لا تجوز؛ لما فيها من إضافة العقد لما سيوجد، إلا أنها أجيبت للضرورة؛ لشدة الحاجة إليها⁽¹⁾، وبيان ذلك أن المتقدمين إذا أجمعوا على استصناع الأواني بطريق التعامل، كان اجماعاً على ما كان في الصدر الأول ومعلل للضرورة، فإذا تعاملوا في العصور المتأخرة استصناع شيء آخر كالثياب، وذلك دليل على الضرورة أيضاً، فيلحق ما وجد بما أُجمِعَ عليه في حكم الجواز بدلالة الإجماع؛ لتساوي العلة وهي الحاجة والضرورة.

3. ردُّ العرف إلى قاعدة التعليل، أو المصلحة المرسلّة: ومن ذلك اعتبار جنس العلة في جنس الحكم، كاعتبار الشارع المشقّة في التخفيف، أمّا أنّ المشقّة جنس العلة؛ فلأنّها شاملة كمشقة السفر والمريض، وأمّا أنّ التخفيف جنس الحكم؛ فلأنّه شامل للتخفيف بقصر صلاة السفر، فالمشقة تجلب التيسير، والمراد المشقة التي الزائدة التي يضيق بها الصدر، مثل عذر من أسلم في دار الحرب وترك الشرائع جهلاً بها، ولذلك عندما يقال يجوز كذا للعرف ليس للاستدلال به وإما هو استخراج للحكم من قاعدة عامة أثبتها الدليل الشرعي.

4. ردُّ العرف إلى أصل المنافع والمضار: فقد جعل الأصوليون مدركاً عاماً هو أنّ الأصل في المنافع الإباحة، قال تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا⁽²⁾﴾، والأصل في المضار التحريم؛ لحديث "لا ضرر ولا ضرار⁽³⁾"، وهذا المدرك العام يمكن العمل به في أكثر الاعراف الجارية في المعاملات والعادات والاجتماعية والسياسية وغيرها.

(1)الزيلعي، عثمان بن علي (ت:743هـ—)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ط1، ج5، المطبعة الكبرى الأميرية، القاهرة، 1313هـ، ص 105.

(2) سورة البقرة / الآية 29.

(3) أخرجه ابن ماجة في صحيحه، باب من بنى في حقه ما يضر جاره، حديث رقم (2340)، ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، (ت: 273هـ—)، سنن ابن ماجة، ط1، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط وعادل مرشد، ومحمد كامل قره بللي، وعبد اللطيف حرز الله)، ج3، دار الرسالة العالمية، 1430هـ— / 2009م، ص430. قال ابن رجب الحنبلي: "حديث حسن"، انظر: ابن رجب، عبدالرحمن بن أحمد الحنبلي (ت:795هـ)، جامع العلوم والحكم، ط7، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط، و إبراهيم باجس)، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1422هـ، 2000م، ص207.

الثاني: العرف الذي يُرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث:

هناك أحكام تختلف حسب عادات الناس وأحوالهم، وتتغير بتغير مصالحهم، فكان من حكمة الشارع أن شرع للناس أحكاماً مطلقة من البيان والتفصيل، فيمكن تطبيقها في كل زمانٍ ومكان، يقول القرافي: "التعزير يختلف باختلاف الإعصار، والأمصار فربّ تعزيرٍ في بلدٍ يكون إكراماً في بلدٍ آخر، كقلع الطيلسان بمصر تعزير، وفي الشام إكرام، وكشف الرأس عند الأندلس ليس هواناً، وبالعراق ومصر هوان"⁽¹⁾.

ومعنى اعتباره أي الرجوع إليه في الأحكام الكلية عند تطبيقها على جزئيات الحوادث، فالمجتهد أو المفتي، أو القاضي، إذا عرضت عليه حادثة لم يرد من الشرع إلا حكمٌ كلي يجمعها مع أمثالها مثل التعزير وأسبابه رُجع في تطبيقه على هذه الحادثة الجزئية إلى تحكيم العرف والعادة.

الثالث: العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف:

الأصل في التعبير عن المعاني باللفظ؛ لوفائها بتفهم الغرض من غير مشقة، وقد يُستغنى عن اللفظ بالعادة الجارية بين الناس تكون دالة على الإذن في الشيء، أو المنع، أو بيان نوعه، أو قدره، وعلى القاضي والمفتي أن يراعي هذه العادات التي تجري مجرى النطق، ويترتب عليه ما يترتب على الألفاظ من أحكام، مثال تقديم الطعام للضيف، يكون كالإذن الصريح له بتناوله، وهذا النوع معتبرٌ بمعنى قيامه بين الناس يكون مقام النطق، ومنها الدُخول إلى الحمام بدون التصريح على عقد الإجارة، أو مدة الملك، أو قدر الماء الذي يستعمله المستأجر، فهذا كله راجع إلى العرف.

الرابع: العرف القولي:

معنى أن كلّ متكلم يُحملُ كلامه على عرفه، سواء أكان ذلك خطاب الشارع، أو تصرفات الناس، فأقوال الناس التي يُبنى عليها تصرفاتهم وعقودهم، تُحملُ على عرفهم في مخاطبتهم، فالأحكام التي تترتب على الالتزامات الفقهية من عقود، وشروط،

(1) القرافي، الفروق، ج4، 325.

وغيرها تجري على حسب ما يفيد اللفظ عرفاً، مثال: لو قال شخص عندي خمسون ريالاً لزيد، يحمل الإقرار على الأمانة وليس الدين، ولا ضماناً عليه إن هلك، لأن كلمة (عند) في العرف تستعمل للأمانة، فيحمل الكلام على العرف، قال القرافي: "ألا ترى أنهم أجمعوا على أن المعاملات إذا أُطلق فيها الثمن يُحمل على غالب النقود، وإن كانت العادة نقداً معيناً حملنا الإطلاق عليه"⁽¹⁾

الترجيح:

يمكننا القول - بعد النظر في طريقة الاستدلال الأولى- إن أدلتهم - على اعتبار العرف- ليست قوية في الدلالة على حُجِّية العرف، ولا على مكانته بين المصادر الشرعية الأخرى، كما أن دلالتها ليست صريحة، بل تحتل عدة احتمالات، والدليل إذا دخله الاحتمال سقط به الاستدلال؛ لذلك يمكن القول إن طريقة أبو سَنة هي الأقوى لاعتبارات عدّه:

1. لأنه أثبت حُجِّية العرف بطريق الاستقراء الذي يُعدّ من أفضل الطرق للوصول إلى حقيقة شيء ما أو اثبات حجّيته، وذلك بتتبع الأحكام الشرعية التي استندت إلى العرف ثم التوصل إلى حكم كلي في تلك الجزئيات.
2. أثبت أن العرف ليس دليلاً أصلياً يمكن أن تُبنى عليه الأحكام، بل لا بدّ أن يستند إلى دليل أصلي آخر.
3. حصر المصادر الأصلية التي يمكن للعرف أن يُسند إليها، وبالتالي سهّل على المجتهدين والفقهاء إثبات الأحكام الشرعية الجديدة عن طريق العرف.

الخلاصة:

إنّ الجمع بين تلك الأدلة، وتظاferها مع بعضها البعض يعطي دليلاً قوياً على حُجِّية العرف ومشروعيته، وعلى القاضي والمفتي أن يراعيها - في الأحكام والفتوى- عرف الناس في كل زمان ومكان.

(1) القرافي، الإحكام، ص 219.

المطلب الثاني: أقسام العرف في الفقه الإسلامي

يُقَسَّم العرف إلى أقسام متعددة وفق اعتبارات مختلفة نذكر بعضاً منها⁽¹⁾:

أولاً: باعتبار موضوعه ينقسم إلى لفظي وعملي.

العُرف اللفظي: هو أن يتعارف قومٌ على إطلاق لفظٍ على معنى، غير المعنى الموضوع له أصلاً، بحيث يتبادر إلى الأفهام ذلك المعنى⁽²⁾، عند الإطلاق بلا قرينة، ولا علاقة عقلية⁽³⁾ مثال: لفظِ الولد يُطلق في الأصل على الذكر والأنثى، بدليل قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ﴾⁽⁴⁾، ولكن جرى إطلاق لفظِ الولد عرفاً على الذكر دون الأنثى، فأصبح هو المتبادر إلى الأذهان عند سماعه، وكذلك إطلاق لفظِ الدراهم على الورق النقدي مع أن الدراهم في الأصل تطلق على نقد فضي مسكوك له قيمة محددة.

العرف العملي: هو أن يعتاد الناسُ في معاملاتهم المدنية وتصرفاتهم على فعلٍ معين⁽⁵⁾، مثال: بيع التعاطي من دون لفظي الإيجاب والقبول، ومثالٌ في عُمان: دُفِعَ مبلغ الإيجار نهاية الشهر، عكس الأردن يُدفع بداية الشهر، ومن العُرف العملي استعمال مياه الأفلاج⁽⁶⁾ في الشرب والغسيل واستعمال المنازل.

(1) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج2، ص875-878. وأبو سنة، العرف والعادة، ص17-20. و محمد نقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، ص420-421. وعبد العزيز خياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمان، ص32-38. والطيب خضري، بحوث في الاجتهاد في ما لا نص فيه، ج2، ص202-206. و وهبة الزحيلي، اصول الفقه، ج2، ص207-209. و محمد الزحيلي، النظريات الفقهية، ص167-170.

(2) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج1، ص282.

(3) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج2، ص875.

(4) سورة النساء / الآية : 11.

(5) مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، ج2، ص876. والطيب خضري، بحوث في الاجتهاد في ما لا نص فيه، ج2، ص203.

(6) مفرد فلج، وهو نظام لتوفير المياه لمجموعة من الناس للاستعمالات المنزلية والزراعية. ينظر: مجموعة مؤلفين، الموسوعة العمانية، ط1، ج1 وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، مسقط، 1434هـ، 2013م، ص256.

ثانياً: باعتبار شموله ينقسم إلى عام وخاص.

العُرف العام: وهو ما تعارفه الناس في كلِّ الأمصار⁽¹⁾، مثال: بيع المعاطاة، وعقد الاستصناع، وتقسيم المهر إلى عاجلٍ وآجلٍ، والبيع بالتقسيط، وإباحة تناول الثمار الساقطة من أشجار الحدائق والمتنزهات العامة.

العرف الخاص: ما يختص ببلدٍ معين، أو بفتنة معينة من الناس دون أخرى، كأن يكونوا أصحاب مهنة أو حرفة معينة، مثال: كتعارف أصحاب سيارات الأجرة في عُمان على توصيل الأمتعة من منطقة إلى أخرى بنفس سعر ركوب شخص آخر إلى تلك المنطقة، وإن كانت الرسالة عبارة عن ورقة، وتعارف أهل عُمان على جواز أخذ ما يتساقط من ثمار النخيل، والمزروعات المملوكة للغير.

ثالثاً: باعتبار مشروعيته ينقسم إلى عرف صحيح، وفاسد.

العرف الصحيح : هو ما تعارفه الناس، وليس مخالفاً لنصٍ شرعي، ولا مفوَّتاً لمصلحة معتبره، ولا جالباً لمفسدة⁽²⁾، مثال: تعارف الناس على أن ما يقدمه الخاطب لمخطوبته من عطور وحلي وثياب وغيرها تعدُّ هدايا وليست من المهر، وتعارف أهل عُمان على دعوة جمهور من الناس لحضور عقد القرآن وتقديم الحلوى والقهوة لهم.

العرف الفاسد: هو ما تعارفه الناس، لكنَّه يُخالف نصاً شرعياً، أو يجلب ضرراً، أو يدفع مصلحة⁽³⁾، مثال: تعارف الناس في عُمان على تقديم الولائم في العزاء، واعتياد الناس على لعب الميسر والقمار.

المطلب الثالث: شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي

وضع الأصوليون والفقهاء عدَّة شروط لا بد من توفُّرها كلها؛ لاعتبار العرف في التشريع، وإذا تخلَّف أحد الشروط فلا اعتبار للعرف، وهي:

(1) أبو زهرة، محمد بن أحمد، أصول الفقه، دار الفكر العربي، 1433هـ، 2012م، ص247.

(2) عبد الوهاب خَلَّاف، أصول الفقه، ص74. و عبدالكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص 238. وخياط، نظرية العرف، ص37.

(3) عبد الوهاب خَلَّاف، أصول الفقه، ص74. و عبدالكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص237.

الشرط الأول: أن يكون العرف مطرداً أو غالباً⁽¹⁾، والمراد باطراد العرف أن يكون العمل به مستمراً في جميع الحوادث لا يتخلف، فإذا اضطرب العمل به فلا عبرة به، ومعنى الغلبة أن يُعمل به في أكثر الحوادث ولا يتخلف إلا قليلاً⁽²⁾، مثال: تقسيم المهر إلى مُعَجَّلٍ، ومُؤَجَّلٍ، فإنه يعتبر مطرداً إذا كان أهل البلد يُجرونه في جميع أو أغلب حالات النكاح⁽³⁾.

الشرط الثاني: أن يكون العرف عاماً⁽⁴⁾، بمعنى أن يكون شائعاً مستفيضاً بين أهل البلاد كلها، أو أهل بلدة معينة، وليس المراد بالعموم هنا الاطراد؛ لأنَّ العرف قد يكون عاماً، لكنَّه غير مطرد في الحوادث، وقد يكون خاصاً بفئة معينة لكنَّه غير مطرد⁽⁵⁾، قال ابن عابدين: "اعلم أن كلَّ من العرف العام، والخاصَّ إذا كان شائعاً بين أهله يعرفه جميعهم"⁽⁶⁾.

الشرط الثالث: أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرف قائماً عند إنشائها⁽⁷⁾، بمعنى أن يكون العرف سابقاً، أو مقارناً للتصرف المراد إعماله فيه، لأنَّ العرف لا يعمل في ما مضى قبله، وهذا الشرط فيه احتراز من العرف الطارئ فإنه لا يحكم فيه، فإذا كان العرف أن يسلم المهر قبل عقد القران، ثم تبدل العرف، وأصبح يسلم قبل الدخول فإنَّ الذي يحمل على العرف التصرف الجديد وليس القديم⁽⁸⁾.

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، ص 178. وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص 117. و علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص 46.

(2) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص897. وعبدالكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ص241. والسيد صالح، أثر العرف في التشريع، ص190.

(3) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص897.

(4) أبوسنة، العرف والعادة، ص 58. والسيد صالح، أثر العرف في التشريع، ص196. و الطيب خضري، الاجتهاد فيما لا نص فيه، ج2، ص222.

(5) أبوسنة، العرف والعادة، ص 56. و السيد صالح، أثر العرف في التشريع، ص196. و الطيب خضري، الاجتهاد فيما لا نص فيه، ج2، ص222.

(6) ابن عابدين، نشر العرف، ج2، ص134.

(7) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص899.

(8) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص899. و خياط، نظرية العرف، ص54.

الشرط الرابع: أن لا يكون مخالفاً لأدلة الشرع أو قاعدة من قواعده⁽¹⁾، فإذا كان العمل بالعرف فيه تعطيل لنص شرعي، أو أصل قطعي في الشرع، يكون العرف لا اعتبار له، فالنص مقدّم على العرف، مثل العرف الحاصل اليوم بتعامل الناس بالرّبا الذي حرّم بنص قطعي، قال تعالى: ﴿وَاحْلَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾⁽²⁾، فالعرف هنا ليس له أي اعتبار شرعي⁽³⁾.

الشرط الخامس: أن لا يُعارض العرف تصريح بخلافه⁽⁴⁾، معنى ذلك أن يبقى العمل بالعرف الموجود فإذا اتفق المتعاقدان على خلافه فلا اعتبار للعرف، كما لو كان العرف أن ينقل البائع البضاعة إلى منزل المشتري واتفق المتعاقدان صراحةً على أن يتحمّل النقل المشتري، قال العزّ بن عبدالسلام: "كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه ممّا يوافق مقصود العقد صحّ، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكلٍ وشربٍ يقطع المنفعة، لزمه ذلك"⁽⁵⁾، جاء في المادة (13) من مجلة الأحكام " (لا عبرة للدلالة في مقابل التصريح)؛ لأنّ دلالة الحال في مقابل التصريح ضعيفة، فلا تعتبر مقابلة للتصريح القوي"⁽⁶⁾.

المبحث الثالث: مكانة العرف في القانون الوضعي

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: شروط اعتبار العرف وأركانه في القانون الوضعي.

تمهيد:

عاش الناس في العصور القديمة حياةً بسيطة خالية من التعقيد؛ وذلك لقلّة التعاملات والتصرفات، و مع مرور الزمن تطورت الحياة، وزادت نسبة السكان، وتشعبت الحياة وكثرت المعاملات بين الناس؛

(1) أبوسنة، العرف والعادة، ص61. و الطيب خضري، الاجتهاد فيما لا نص فيه، ج2، ص224.

(2) سورة البقرة / الآية: 275.

(3) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص902. و الطيب خضري، الاجتهاد فيما لا نص فيه، ج2، ص224.

(4) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص901.

(5) ابن عبد السلام، عز الدين بن عبد العزيز، (: 660هـ) قواعد الأحكام في إصلاح الأنام، ط5، (تحقيق: نزيه كمال حماد و

عثمان جمعة ضميرية)، ج2، دار القلم، دمشق، 1436هـ/2015م، ص311.

(6) علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص26.

مما اضطرهم إلى وضع تشريعات، وأنظمة تنظم تعاملاتهم، وتصرفاتهم في حياتهم اليومية، فوضعوا القوانين بناءً على عاداتهم، وتقاليدهم، وأعرافهم التي ألفوها وتعودوا عليها؛ ولذلك عرّف القانون بأنه "مجموعة القواعد التي تنظم الروابط الاجتماعية، والتي تقسر الدولة الناس على اتباعها ولو بالقوة عند الاقتضاء"⁽¹⁾، فما هي مصادرهذه القواعد وما دور العرف فيها؟ هذا ما سنتطرق إليه في الفرع الأول من هذا المطلب.

الفرع الأول: مكانة العرف في القانون الوضعي:

للحديث عن مكانة العرف في القانون يمكن تقسيمه إلى مرحلتين:

المرحلة الأولى: قبل وجود التشريع:

كان العرف في المجتمعات القديمة البسيطة - والتي ما زالت الحياة والروابط فيها قليلة وغير معقدة - هو القانون الذي تسير عليه تلك المجتمعات، وإن لم يكن مكتوباً لكن له قوة ملزمة، نشأت تلك القوة عندما اعتاد عليه الناس، واعتقدوا بإلزامه لهم، وعليهم اتباعه ومعاقبة المخالفين له، فهو تعبير صادق عن إرادتهم، حتى إذا زادت متطلبات الحياة وتشعبت المعاملات وكثرت؛ أضطر الناس إلى إيجاد تشريع مكتوب، يستوعب حياتهم الاجتماعية، وتعاملاتهم اليومية، فدوّنوا تلك الأعراف وجعلوها تشريع، عندها أصبح العرف أول مصدر للقانون عرفته البشرية، فالعرف والتشريع المصدرين الرسميين في جميع الشرائع.

المرحلة الثانية: بعد وجود التشريع.

لم يكن العرف قادراً على مواكبة سرعة تطور الحياة وزيادة معاملاتها وروابطها الاجتماعية، وذلك لبطء تكوينه، إذ يحتاج لوقت طويل حتى يكون قاعدة أمره، فلا يواكب حاجة الجماعة وما يطرأ عليهم من أحوال ومتغيرات، كما أنبؤا زيادة الأقاليم والبلدان تنشأ أعرافاً مختلفة بين تلك الأقاليم فيصعب تطبيق عرف معين على كل الأقاليم، وكوّن العرف غير مكتوب؛ فهو غير واضح؛ مما يؤدي إلى الخلاف والنزاع وينعدم استقرار المجتمع، كلّ هذه العيوب في العرف كانت ميزة في التشريع، فحلّ محل العرف في صدارة مصادر القانون، وبدأ العرف ينحسر تدريجياً حتى أصبح اليوم مصدراً احتياطياً بعد التشريع.

(1) السنهوري وأبو سنيت، أصول القانون، ص 13.

ومع ذلك يبقى دور العرف مهمّ في بعض القوانين كالقانون الدولي العام، حيث يعتبر العرف أهم مصادره؛ ذلك لعدم وجود هيئة تشريعية دولية تسنّ القوانين وتجعل الدول ملزمة بها كما في القانون الداخلي، فهو يقوم على ما جرت عليه الأعراف بين مختلف الدول، كما أنّ للعرف التجاري دوراً كبيراً في القانون التجاري لا تقل عن أهميته في القانون الدولي؛ لما تحويه التعاملات التجارية من تعاملات كثيرة ومختلفة ومتشعبة، فتُرك المجال للعرف في الأمور التي لم يتناولها التشريع، والعرف يقوم بدور مهمّ في مختلف فروع القانون العام والخاص على حد سواء إذ يسدّ النقص الموجود بالتشريع فتارة يكون مكملاً، وتارة يكون معاوناً للتشريع، كما يمكن أن يُعتمد عليه في تفسير نية المتعاقدين، وهذا ما سنتناوله بالتفصيل في الفصل الثاني من البحث⁽¹⁾.

الفرع الثاني: شروط اعتبار العرف في القانون الوضعي:

هناك عدة شروط يجب توافرها في العرف حتى يُصبح قاعدة عرفية ومصدراً من مصادر القانون وهي:

1. أن يكون العرف عاماً، وليس المقصود بالعموم أن يكون شاملاً لكل الناس في الدولة، بل المقصود الأغلبية منهم إذا كان العرف على مستوى الدولة، وقد يكون داخل إقليم معين، أو قرية معينة، أو يكون لأصحاب مهنة معينة كأعراف الفلّج عند المزارعين، وأعراف البحر عند الصيادين في عُمان، بل قد يكون العرف لشخص واحد مثل اصدار قرارات خاصة من قبل رئيس الدولة، وبذلك تتحول إلى عرف لدى الناس أن من يخوّل لإصدار تلك القرارات هو الرئيس فقط.
2. أن يكون العرف قديماً، وقدم العرف ليس له حدّ معين بفترة زمنية، فهو أمر نسبي يعتمد على حسب الظروف الزمانية والمكانية، ويترك تقدير ذلك للقضاء، المهم أن يتبع الشيء المتعارف عليه مدة زمنية طويلة، حتى يكون مستقراً في نفوس الناس.

3. أن يكون العرف ثابتاً، بحيث يستمر الناس باتباعه بانتظام دون انقطاع، فإذا ترك في فترة معينة وعادوا إليه مرة أخرى فلا يعتبر عرفاً.

(1) السنهوري وأبوسنتيت، أصول القانون، ص 80، والصدّة، أصول القانون، ص 49 و 140 وما بعدها، و مرقس، سليمان، شرح القانون المدني - المدخل للعلوم القانونية-، ج1، المطبعة العالمية، القاهرة، 1967م، ص 114 وما بعدها.

4. أن لا يكون العرف مخالفاً للقانون والنظام العام، وآداب المجتمع وقيمه، ولو خالف ذلك لا يكون عرفاً؛ لأنَّ العرف تعبير عن إرادة المجمع، مثلاً ذلك عادة الأخذ بالثأر في بعض المناطق في مصر واليمن، فلا يمكن اعتباره عرفاً لمخالفته للقانون الذي جعل الدولة تقوم بالقصاص وليس الأفراد.

5. أن يكون العرف ملزماً، وهو شرط مهم لتكوين العرف، فالعادة وإن كانت عامة وثابتة وقديمة لكنها إذا لم تكن لها صفة الإلزام لا يمكن أن تتحوّل إلى قاعدة قانونية، فلا بد أن يترسخ في أذهان الناس واعتقادهم أنها ملزمة، ويجب عليهم اتباعها، ومعاقبة من يخالفها عندها تصبح العادة عرفاً وقاعدة قانونية⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أركان العرف في القانون الوضعي:

يقوم العرف على ركنين أساسيين هما:

أولاً: الركن المادي وهو الاعتياد: فإذا اعتاد الناس على سلوك معين وألفوه في حياتهم الاجتماعية، أو الاقتصادية، أو السياسية - أصبح ذلك الأمر عادة، ولا بدّ من توفر الشروط الأربعة الأولى للعرف في هذا السلوك المعتاد لكي يصبح عادة وهي: العموم، والقِدَم، والثبات، وعدم مخالفة القانون وآداب المجتمع.

ثانياً: الركن المعنوي وهو الشعور بالإلزام: إنَّ شعور الناس والمجتمع بأنَّ السلوك المعتاد في حياتهم ملزمٌ لهم، واعتقادهم بأنَّه قانون واجب اتباعه، وإذا ما خالفوه فإنَّ هناك جزاء سيُطبق عليهم، عندها تصبح تلك العادة عرفاً، فالعادة ينقصها الركن المادي لتكون عرفاً وهو ما يميز العرف عن العادة، والمقصود بالعادة هنا التي تكون في تعاملات الناس ولها صلة قانونية، وهي ما تسمى بالعادة الاتفاقية⁽²⁾، وليس المقصود العادات التي تكون تقاليد ومجاملات مثل تقديم الهدايا للمولود، وللعروسين والعادات، والتقاليد التي تكون في المناسبات، كلبس الخناجر في الأعراس والعزاء في عُمان، وتوزيع العيديات للأطفال في أيام العيد، فهذه ليست لها علاقة بمسمى العادة في القانون⁽³⁾.

(1) السنهوري وأبو سنيت، أصول القانون، ص82-84. و فرج، المدخل الى العلوم القانونية، ص132-133.

(2) سبق تعريف العادة الاتفاقية في المطلب الثالث من المبحث الأول من هذا الفصل.

(3) الصده، أصول القانون، ص144-148. وعبدالفتاح عبدالباقي، نظرية القانون، ص187.

المطلب الثاني: قانون المعاملات المدنية العماني

تمهيد:

الدراسة تتناول قانون المعاملات المدنية العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم(29/2013)، الذي صدر في (25) من جمادى الثانية سنة (1434هـ)، الموافق (6) من مايو سنة (2013م)، والذي نشر في العدد (1012) من الجريدة الرسمية. وتتناول تعريف قانون المعاملات المدنية، أو القانون المدني كما هو معروف في أغلب القوانين العربية، ثم تتحدث عن تطور قانون المعاملات المدنية العماني، ثم تذكر مصادره، ثم أهمية صدور القانون سواء بالنسبة للسلطة القضائية، أم بالنسبة للمجتمع بشكل عام.

الفرع الأول: تعريف قانون المعاملات المدنية العماني.

"هو مجموعة من القواعد التي تنظم العلاقات الخاصة بين الأشخاص في المجتمع إلا ما يتكفل بتنظيمه قانون خاص آخر"⁽¹⁾.

نلاحظ أنّ التعريف استثنى من العلاقات الخاصة بين الأفراد ما قام بتنظيمه فرع من فروع القانون الخاص؛ لأنّ قانون المعاملات المدنية هو أصل القانون الخاص، وهو الشريعة العامة فيه، بمعنى أنّه إذا لم يوجد فرع - في القانون الخاص - ينظم مسألة معينة فمردها إلى القانون المدني، وإذا كان قانون المعاملات المدنية بهذه الأهمية فمن المستغرب تأخر صدوره في عُمان عن بقية فروع القانون الخاص، كالقانون البحري العماني⁽²⁾ الصادر في سنة (1981م)، وقانون التجارة العماني⁽³⁾ الصادر في سنة (1990م)، وقانون المرور العماني⁽⁴⁾ الصادر في سنة (1993م)، وقانون الأحوال الشخصية العماني⁽⁵⁾ الصادر في سنة (1997م).

(1) الصّدة، أصول القانون، ص 59. و الشرقاوي، دروس في أصول القانون، ص 50.

(2) القانون البحري العماني رقم، 1981/35.

(3) قانون التجارة العماني رقم، 1990/55.

(4) قانون المرور العماني رقم، 1993/82.

(5) قانون الأحوال الشخصية العماني رقم، 1997/32.

الأصل أنّ المعاملات المدنية تُنظم نوعين من العلاقات: الأسرية، والمالية، أمّا الأسرية فهي مسائل الأحوال الشخصية، والتي تتعلق بعلاقة الفرد بالأسرة، من نكاح، ونسب، وميراث، ووقف وغيرها فقد نظمها قانون الأحوال الشخصية، وأمّا المعاملات المالية كالبيع، والإجارة، والهبة، وغيرها فقد نظمها قانون المعاملات المدنية؛ ولذلك نجد بعض المعاصرين يعرفون القانون المدني على اعتبار أنّه يختص بتنظيم الحقوق المالية، وما يترتب عليها من التزامات فعرفوه وفق هذا الاعتبار بأنّه: "مجموعة من القواعد التي تنظم الحقوق المالية للأفراد والالتزامات المترتبة عليها"⁽¹⁾.

وقانون المعاملات المدنية العماني شأنه في ذلك كبقية القوانين العربية الأخرى كالمصري والعراقي والأردني، يختصّ بتنظيم المعاملات المالية، أمّا المعاملات الأسرية فينظمها قانون الأحوال الشخصية، ويتكون قانون المعاملات المدنية العماني من (1086) مادة⁽²⁾، موزعة على باب تمهيدي وأربعة كتب:

الباب التمهيدي: الفصل الأول تناول أحكاماً عامّة، كتعريف القانون وتطبيق القانون، والفصل الثاني تناول أنواع الأشخاص، والفصل الثالث تناول الأشياء والأموال، والفصل الرابع تناول الحق نطاق استعماله وأقسامه.

- الكتاب الأول: الالتزامات أو الحقوق الشخصية، الباب الأول: مصادر الإلزام، الباب الثاني: آثار الإلزام.
- الكتاب الثاني: العقود المسماة، الباب الأول: عقود التمليك، الباب الثاني: عقود المنفعة، الباب الثالث: عقود العمل، الباب الرابع: عقود الغرر.
- الكتاب الثالث: الحقوق العينية الأصلية، الباب الأول: حق الملكية، الباب الثاني: الحقوق المتفرعة عن حق الملكية.

(1) الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ط2، م3، ج1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1432هـ/2011م، ص9.

(2) قانون المعاملات المدنية العماني رقم 29/2013.

– الكتاب الرابع: التأمينات العينية، الباب الأول: الرهن التأميني، الباب الثاني: الرهن الحجازي، الباب الثالث: حقوق الامتياز.

الفرع الثاني: تطور قانون المعاملات المدنية العماني.

تمهيد:

كان القاضي في عُمان قبل صدور القوانين والتشريعات يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية فيستقي حكم الواقعة من القرآن، أو السنة، أو الإجماع، أو القياس، أو العرف، أو غيرها من مصادر الأحكام الشرعية، واستمر الوضع هكذا إلى أن صدرت القوانين والتشريعات العمانية في مختلف فروع القانون، وبسبب تأخر قانون المعاملات المدنية في صدوره؛ فقد كان القاضي في المعاملات المدنية يعتمد على مصادر الشريعة الإسلامية، و يرجع إلى ما كتبه الفقهاء في المعاملات المالية، ويرجع كذلك إلى السوابق القضائية التي حكم بها القضاة من قبلهم إلى أن صدر قانون المعاملات المدنية⁽¹⁾، واستمر العمل في وضع قانون المعاملات المدنية العماني ما يقارب أربعة عشر عاماً وفق مراحل عدة هي:

المرحلة الأولى: تشكيل اللجنة: قرّر مجلس الوزراء، تشكيل لجنة برئاسة وزير العدل والأوقاف والشؤون الإسلامية-آنذاك- وعضوية عدد من المختصين؛ لإعداد مشروع قانون المعاملات المدنية.

المرحلة الثانية: إعداد مشروع القانون: قامت اللجنة بتشكيل لجان فرعية؛ لإعداد مشروع القانون، وقد استقت أحكام المشروع من مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام الفقه الإسلامي، إلى جانب الاسترشاد بالقوانين المقارنة ذات الصلة، والتي أخذت أحكامها أيضاً من الفقه الإسلامي، مثل القانون الإماراتي، والكويتي، واليميني، والأردني، والمصري، ومشروع النظام (القانون) المدني الموحد لدول مجلس التعاون لدول الخليج العربي.

المرحلة الثالثة: مراجعة القانون: عُرض المشروع على مكتب المفتي العام للسلطنة وتم مراعاة ملاحظاته، ومراعاة الأعراف، والتقاليد السائدة في المجتمع العماني؛

(1) مقابلة علمية مع فضيلة الشيخ الدكتور عبدالله بن راشد السيابي، نائب رئيس المحكمة العليا بسلطنة عُمان، حول تطور قانون المعاملات المدنية العماني، أجراها الفاضل : محمد بن سيف الشعلي، الباحث القانوني بالمكتب الفني، وذلك بمكتبه بالمحكمة العليا بمسقط، سلطنة عُمان، يوم الثلاثاء، 8/ صفر/ 1438هـ / 2016/11/8م.

ليكون مشروع القانون-بالتالي- متوافقاً مع فلسفة السياسة التشريعية للسلطنة، ومتوافقاً مع روح النظام الأساسي للدولة، ثم عُرض المشروع على مجلسي الدولة والشورى، وتم مناقشة هذه الملاحظات والأخذ بالمناسب منها، ثم سُكّلت لجنة من المتخصصين لدراسته ومراجعته مراجعةً شاملةً جامعةً، وإعداده في صيغته النهائية، وقد ضمت هذه اللجنة ممثلين عن وزارتي العدل والشؤون القانونية وعدداً من أساتذة الفقه الإسلامي والقانون المدني من جامعة السلطان قابوس، وعليه عكفت هذه اللجنة على دراسة مشروع القانون ومراجعته في ضوء ملاحظات مكتب المفتي العام و مجلسي الدولة والشورى. و خضع لكثير من التدقيق والمراجعة خلال أكثر من أربعة عشر عاماً، والمأمول أن يشكّل لبننةً قويةً متماسكةً في بيان النظام القانوني للسلطنة⁽¹⁾.

الفرع الثالث: أهمية قانون المعاملات المدنية العماني.

يُعدُّ صدور قانون المعاملات المدنية العماني حدثاً مميزاً في مجال التشريعات العمانية، وتطوراً تاريخياً يواكب التطورات التشريعية لدول العالم، وإضافة كبيرة للقضاء، حيث وُقِرَّ الجهد، وأختصر الوقت على القاضي في الجانب المدني، حيث كان يبحث عن الحكم في هذا الكم الهائل من كتب الفقه وأقوال العلماء، ويرجح بينها ثم يختار ما يراه مناسباً؛ ليقضي به في المسألة، وإذا لم يكن هناك ما يحكم به فعليه أن يجتهد، وينظر إلى مصادر التشريع الإسلامي؛ ليستقي منها الحكم وبذلك القانون سهّل له الطريق، كما أن القانون جعل الأحكام متقاربة، ومتشابهة إلى حدٍ كبير، ووضع حداً لاختلاف الآراء والاجتهادات، فبعد أن كان كل قاضٍ يأخذ بما يراه مناسباً من أقوال العلماء، أصبح هناك نصٌّ تشريعي يسير عليه كل القضاة في نفس المسألة، وسهل القانون عمل هيئة توحيد المبادئ القضائية، وسهّل الطريق أمام الخصوم للتقاضي، سواءً من حيث معرفة ماله من حقوق وما عليه من التزامات، أم من حيث معرفة نوع قضيته هل هي مدنية أم تجارية، فقبل صدور القانون كان الخصوم يخلطون كثيراً بين القضية المدنية والتجارية، كما أن صدور القانون أكسب أفراد المجتمع ثقافة قانونية خاصة في القضايا المدنية، وفتح لهم المجال للبحث والدراسة في هذا الجانب⁽²⁾.

(1) مقابلة علمية حول مراحل إعداد مشروع قانون المعاملات المدنية العماني، مع الفاضل/ جمال بن سالم النبهاني، مستشار وزير الشؤون القانونية، بمكتبه في مسقط، سلطنة عمان، بتاريخ الأثنين 24/ ذو الحجة / 1437هـ / 9/26/ 2016م.

(2) الهنائي، الفضل بن غصن، العقد أركانه وشروطه في قانون المعاملات المدنية العماني، ط1، بيت الغشام للصحافة والنشر، سلطنة عمان، مسقط، 2016م، ص 24.

المطلب الثالث: مكانة العرف في القوانين العماني

تمهيد:

تعدُّ القوانين العمانية حديثة النشأة مقارنة بقوانين بعض الدول العربية، كالقانون المصري والسوري والعراقي، حيث صدرت القوانين العمانية بعد عام 1970م، ويعتبر قانون الجزاء العماني الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (1974/7) هو أول تلك القوانين، بعدها تتابع صدور القوانين الأخرى، فمثلاً صدر النظام الأساسي للدولة سنة (1996م) بالمرسوم السلطاني رقم (1996/101)، ونجد قانون المعاملات المدنية الذي يعتبر أصل القوانين الخاصة قد صدر في عام (2013م)، بالمرسوم السلطاني رقم (2013/29).

قبل الحديث عن مكانة العرف في القوانين العمانية نذكر تقسيمات رجال القانون حيث قسموا القانون إلى عام وخاص:

أولاً: فروع القانون العام: ينقسم إلى قانون عام خارجي وهو ما يعرف بالقانون الدولي، وقانون عام داخلي يشمل النظام الأساسي للدولة، والقانون المالي، والقانون الإداري، والقانون الجنائي (قانون الجزاء وقانون الإجراءات الجزائية).

ثانياً: فروع القانون الخاص: حيث يندرج تحت القانون الخاص أغلب القوانين، وأهمها: القانون المدني، وهو أصل القوانين الخاصة، فقد تفرّعت منه بقية القوانين كالقانون التجاري، والقانون البحري، والقانون الجوي، وقانون العمل⁽¹⁾.

الفرع الأول: مكانة العرف في النظام الأساسي للدولة.

لا يوجد للقاعدة العرفية مكانة، ولم يُعطِ المشرِّع أي دور للعرف في النظام الأساسي للدولة؛ لأنَّ القواعد القانونية قد غطت هذا الجانب، كما أنَّ النظام الأساسي جامد يكفي بالقواعد القانونية المكتوبة،

(1) الفار، عبدالقادر، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط6، دار الثقافة، الأردن، عمان، 1437هـ/2016م، ص41 وما بعدها.

بعكس بعض القوانين الدستورية، وخاصة التي لم تكتب، كالقانون الإنجليزي الذي يعتبر العرف مصدراً أساسياً للقواعد الدستورية⁽¹⁾.

الفرع الثاني: مكانة العرف في قانون الجزاء:

من القواعد الأساسية والمعروفة - في أغلب القوانين الجزائية- أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص، وهذا ما جاء في المادة (1) من قانون الجزاء العماني "لا يُعدُّ الفعلُ جُرمًا إذا لم يُوجد نصٌّ على ذلك حين اقتراه، كذلك لا يقضى بأي عقوبة لم يكن منصوصاً عليها حين اعتراف الجرم، يعد الجرم مقترفاً حالما تتمُّ أفعال تنفيذه، دون ما نظر إلى وقت حصول النتيجة"⁽²⁾.

إن تحديد الجرم والعقوبة الخاصة فيه مساواة وضمنان لحقوق الناس والمجتمع، وحماية للدولة واستقرارها الأمني، فلم يترك المجال لاجتهاد أحدٍ في تحديد الجرم والعقوبة، وبالتالي ليس هناك مجال للقاعدة العرفية في قانون الجزاء، ولا توجد مادة أحال فيها المشرع للعرف، وإذا كان العرف لا يحدد جريمة ولا عقوبة لكنه قد يكون معاوناً للتشريع فيرجع إليه في تحديد الأسباب التي تحول دون توقيع العقوبة، كأسباب الإباحة والتبرير، مثل ضرب الآباء لتأديب أبنائهم وأعمال العنف التي تقع أثناء الألعاب الرياضية، وغير ذلك من الأمور التي جاء ذكرها في المادة (38)⁽³⁾ من قانون الجزاء⁽⁴⁾، كما أن العرف قد يكون معياراً للأشياء، فقد جاء في الفقرة الثانية من المادة (281) في سرقة الأموال ذات القيمة التافهة، "يُعاقب على السرقة بالسجن من عشرة أيام إلى ثلاثة أشهر أو بغرامة من ريالين إلى عشرين، بناءً على شكوى المتضرر:

(1) ابن الوكيل، شمس الدين، دروس في القانون، ط1، منشأة المعارف، مصر، الاسكندرية، 1966م، ص116.

(2) قانون الجزاء العماني رقم 1974/7.

(3) المرجع السابق نفسه.

(4) قرني، عادل يحيى، شرح قانون الجزاء العماني، ط2، مجمع الدراسات والبحوث، أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة،

عُمان، 1432هـ، 2011م، ص 23-24.

1- إذا حصلت واستعمل شيئاً وردَّ مالاَ بعد استعماله.

2- إذا حصلت على أشياء ذات قيمة تافهة بما في ذلك الثمار والمحصولات الزراعية قبل قطفها أو حصادها⁽¹⁾.

جاء في المادة السابقة الأشياء ذات القيمة التافهة، وتحديد ما هو الشيء التافه من غيره يختلف حسب الزمان والمكان، فما يعدُّ تافهاً في هذا الزمن قد يكون غير تافه في الزمن الماضي والعكس، وما يعد تافهاً في عُمان قد لا يعدُّ كذلك في الأردن والعكس، والعرف هو المعيار في ذلك، وبذلك يكون للعرف دورٌ بسيطٌ جداً في القانون الجزائي.

الفرع الثالث: مكانة العرف في قانون المعاملات المدنية:

قانون المعاملات المدنية صدر حديثاً؛ لذلك نجدُ القانون قد نظمَ جُلَّ القضايا المدنية، ومع ذلك جعل المشرِّع العرفَ مصدرًا احتياطياً في المرتبة الرابعة بعد القانون، والفقهِ الإسلامي، والمبادئ العامة للشريعة الإسلامية، حيث نصت المادة (1) من هذا القانون: "تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها ومعناها، ولم تنظّمها قوانين خاصة، فإذا لم يوجد نصٌّ في هذا القانون حكمت المحكمة بمقتضى أحكام الفقهِ الإسلامي، فإذا لم توجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى العرف"⁽²⁾.

وأحال المشرِّع في نصوص كثيرة من هذا القانون إلى العرف؛ ليقوم بدور المعاون للتشريع، فتارة مكملاً، وتارة مفسِّراً، وأخرى معياراً،

وقد استقرت أحكامها العمالية علماً نتحريراً لعرفوا التثبت من قيامها مهمناً لأموال التي تختص بها قاضياً لموضوع ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة العليا إلا إذا رفضت تطبيقه عرفاً بتلده يقامه هو يقتضيه هذا التمسك بها أمام محكمة الموضوع والتي يمكنها التثبت من قيامه⁽³⁾، وستتناول تفصيل هذا الجانب في الفصل الثاني.

(1) قانون الجزاء العماني، رقم 1974/7.

(2) قانون الجزاء العماني، رقم 1974/7.

(3) قرار المحكمة العليا رقم 38 في الطن 34/2003م.

الفرع الرابع: مكانة العرف في قانون التجارة:

إنَّ طبيعة المعاملات التجارية من حيث كثرتها وتشعبها وتزايدها في كلِّ يومٍ يجعل من الصعوبة بمكان أن تحتويها القواعد القانونية، فجعل المشرِّع القانوني العرف المصدر الثاني بعد القانون؛ ليكمل النقص الموجود في القانون؛ لأنَّ المعاملات التجارية تحكمها أعرافٌ كثيرة بين التَّجار، فالقاضي عندما لا يجد نصاً في القانون ينظر إلى العرف المعمول به بين التَّجار في تلك الواقعة؛ ويحكم بمقتضى العرف، وبذلك يكون العرف قد أخذ مكانةً كبيرة، ودوراً مهماً في قانون التجارة العماني الذي نصت المادة (5) منه "إذا لم يوجد نص تشريعي، سرت قواعد العرف ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام، فإذا لم يوجد عرف طبَّقت أحكام الشريعة الإسلامية الغراء، ثم قواعد العدالة"⁽¹⁾، ونجد المشرِّع العماني قد نحى منحى القوانين العربية الأخرى كقانون التجارة الأردني في المادة (3)⁽²⁾، وقَدَّم القانون العرفَ الخاصَّ الذي يكون بين فئة من التَّجار، كتجَّار المنسوجات، أو المزروعات وغيرها، والعرف المحلي هو الذي يكون في منطقة معينة دون سائر الدولة، أمَّا العرف العام فهو الذي يكون على مستوى الدولة، وقَدَّم العرفَ الخاصَّ والمحلِّي؛ لأنَّه قريبٌ من التَّجار، ومعبرٌ عن إرادتهم، فإذا لم يكن بينهم عرف خاص أو محلي ينظر إلى العرف العام⁽³⁾.

وقد أحال المشرِّع إلى العرف في نصوص كثيرة من هذا القانون؛ ليقوم بدور المعاين للتشريع، ومثال ذلك ما جاء في المادة (78) "الأعمال والخدمات التي تتعلق بالنشاط التجاري للتاجر والمقدِّمة للغير تكون بعوضٍ، ما لم يثبت خلاف ذلك. ويعيَّن هذا العوض طبقاً للعرف، فإن لم يوجد حدَّدت المحكمة العوض"⁽⁴⁾.

(1) قانون التجارة العماني، الصادر بالمرسوم السلطاني رقم (1990/55).

(2) قانون التجارة الاردني، رقم: 1966/12م.

(3) المقدادي، عادل علي، القانون التجاري المبادئ العامة وفقاً لأحكام قانون التجارة العماني، ط1، دار الثقافة، الأردن، عمان، 1453هـ/2014م، ص 34.

(4) قانون التجارة العماني رقم: 1990/55.

الفرع الخامس: مكانة العرف في القانون البحري:

تُطلُّ عُمان على سواحل بحرية تمتد شواطئها مسافة (3165 كم)، تمتد من مضيق هرمز شمالاً إلى حدود اليمن جنوباً⁽¹⁾، ويعتبر البحر مصدرَ رزقٍ للعُمانيين، فقد مارسوا فيه التجارة البحرية وصيد السمك، ومن خلال هذه النشاطات التجارية تكوّنت لديهم عادات وأعراف كثيرة، وهو ما يسمّى بأعراف البحر، فللعرف دور كبير في الماضي، وهذا ما أخذ به القانون، إذ جعل العرف مصدرًا من مصادر القانون البحري، حيث جاء في المادة (2): "إذا لم يوجد في هذا القانون نصٌّ يمكن تطبيقه، تطبق أحكام المبادئ العامة لأبيّ تشريع عماني آخر خاص بالملاحة البحرية، وأحكام الاتفاقيات الإقليمية والدولية والعرف البحري"⁽²⁾.

ومن ناحية أخرى فقد أحال المشرّع في كثير من المواد إلى العرف ليكمل النقص الموجود في القانون، مثال ذلك ما جاء في المادة (134): "يلتزم المجهّز بأداء أجر البحار في الزمان والمكان المحددين، أو الذين يقضي بهم العرف"⁽³⁾.

الفرع السادس: مكانة العرف في قانون الأحوال الشخصية:

لم يصرّح قانون الأحوال الشخصية العماني باعتبار العرف مصدرًا احتياطيًا، وإمّا أشار إلى ذلك ضمناً عندما جعل قواعد الشريعة الإسلامية المصدر الاحتياطي يُلجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود نصّ في القانون، حيث جاء في الفقرة (د) من المادة (281) "إذا لم يوجد نصّ في هذا القانون يحكم بمقتضى قواعد الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون"⁽⁴⁾، والشريعة الإسلامية قد اعتبرت العرف دليلاً عند عدم ورود النصّ، والمشرّع العماني تأسى بالقوانين الأخرى كقانون الأحوال الشخصية الأردني، فقد جاء في المادة (325) فيه ما نصه: "ما لا ذكّر له في هذا القانون، يُرجع فيه إلى الراجح من مذهب أبي حنيفة، فإذا لم يوجد حكمت المحكمة بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون"⁽⁵⁾.

(1) وزارة الإعلام، سلطنة عمان، عُمان 2013-2014، مؤسسة عمان للصحافة والنشر، مسقط، عُمان، 2013م، ص 42.

(2) القانون البحري العماني رقم 1981/35.

(3) القانون بالبحري بالعماني رقم 1981/35.

(4) قانون الأحوال الشخصية العماني، رقم 1997/32.

(5) قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت، رقم: 2010 /36.

ونلاحظ أنّ المشرّع الأردني ضبط المسألة بشكل أفضل، حيث جعل المصدر الاحتياطي للقاضي في حالة عدم وجود نصّ الأخذ بالراجح من مذهب أبي حنيفة، وبذلك سهّل على القاضي بحيث لا يتيه في البحث عن حكم المسألة في الفقه الإسلاميّ الواسع، كما أنّ هذا الأمر يجعل الأحكام متقاربة ومنضبطة، وقد راعى قانون الأحوال الشخصية العمانيّ العرف في المادة (16)⁽¹⁾ حينما جعل الوليّ ركناً من أركان الزواج، لا يتمّ عقد النكاح إلّا به، وذلك مراعاة لأعراف المجتمع العمانيّ وعاداته، وأحال المشرّع على العرف في بعض المواضع ليقوم بدور المعاونة للتشريع، مثال: ما جاء في المادة (44) "تشمل النفقة الطعام، والكسوة، والمسكن، والتطبيب، وكلّ ما به مقومات حياة الإنسان، حسب العرف"⁽²⁾، فاعتبر العرف في المادة السابقة معياراً لما تقوم به حياة الإنسان، وبذلك يكون العرف مساعداً للقانون.

الخلاصة:

مكانة العرف في القوانين العمانية تتفاوت حسب فروع القانون المختلفة، أما من حيث كونه مصدراً فبعض القوانين يعتبره مصدراً ثانياً، كما في قانون التجارة، والبعض الآخر يجعله في المرتبة الرابعة كما في قانون المعاملات المدنية والقانون البحري، والبعض أشار إليه ضمناً كقانون الأحوال الشخصية، وبعض القوانين لم تعتبره مصدراً لها كالنظام الأساسي وقانون الجزاء، ومن ناحية أخرى فالعرف يساعد التشريع، وكثيراً ما يُحيل القانون إليه، خاصة في القانون التجاري والقانون البحري، وقانون المعاملات المدنية وقانون الأحوال الشخصية وقانون الجزاء، أمّا النظام الأساسي فلم ترد فيه أية إشارة لإحالة للعرف.

(1) قانون الأحوال الشخصية العماني رقم 32 / 1997.

(2) قانون الأحوال الشخصية العماني رقم 32 / 1997.

الفصل الثاني

العُرف في قانون المعاملات المدنية العماني

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: العرف المفسر للقانون العماني. وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: معنى التفسير لغة واصطلاحاً.

المطلب الثاني: العُرف المفسر للقانون.

المطلب الثالث: العُرف المفسر للعقد.

المطلب الرابع: الأشياء التي اعتبر فيها العرف مفسراً للعقد.

المطلب الخامس: قواعد العرف المفسر.

المطلب السادس: تطبيقات العرف المفسر في المحاكم العمانية.

المبحث الثاني: العُرف المكمل للقانون العماني، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: العُرف المكمل للقانون والعقد.

المطلب الثاني: الأشياء التي يعتبر فيها العُرف مُكملاً للعقد.

المطلب الثالث: قواعد العرف المكمل.

المبحث الثالث: العُرف معياراً للقانون العماني، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مدى اعتبار العرف ضابطاً ومعياراً.

المطلب الثاني: الأشياء التي أعتبر فيها العُرف معياراً للعقد.

المطلب الثالث: قواعد العرف باعتبارهم معياراً.

المطلب الرابع: تطبيقات العُرف باعتبارهم معياراً في المحاكم العمانية.

المبحث الأول: العرف المفسر للقانون العُماني، وفيه ستة مطالب:

المطلب الأول: معنا التفسير لغةً واصطلاحاً

تمهيد:

قبلا لحد يثعن معنا التفسير لا بُدَّ من ا لحد يثعن معنا البيان؛ لعلاقتها الوثيقة بالتفسير،

يقول الصالح حفيمةً عن صرذ كره لهذا العلاقة: "... يهدى بالذ لك ما يجد ها الباحث في معاني الألفاظ، وتحديد المصطلحات، منصاد

قال تسيبينا البيان والتفسير" (1).

ويعد التفسير وجهاً من وجوه البيان، يقول الشاشي: "البيان على سبعة أنواع: بيان تقرير، وبيان تفسير، وبيان تغيير، وبيان

ضرورة، وبيان حال، وبيان عطف، وبيان تبديل" (2) وهناك من يعدُّ أوجه البيان خمسة (3)، والبعض عدّها أربعة (4)،

إلّا أنهم متفقون على أنّ التفسير وجه من وجوه البيان.

البيان في اللغة: الفصاحة والفهم والذكاء (5)، ومنه قول تعالى: ﴿عَلَّمَهَا لِبَيَانَ﴾ (6)، قال الزمخشري في تفسيره الآية الكر

يمة: "البيان، هو المنطق الفصيح" (7)،

(1) الصالح، محمد أديب، تفسير النصوص، ط5، م2، ج1، المكتب الإسلامي، بيروت، لبنان، 1429هـ/2008م، ص 23.

(2) الشاشي، علي أحمد محمد (ت: 344)، أصول الشاشي، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2007م، 1428هـ—، ص155.

(3) السرخسي، محمد بن أحمد (ت: 490)، أصول السرخسي، ط3، م2، (تحقيق: أبو الوفاء الأفعاني)، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1436هـ/2015م، ص27. و البخاري، عبدالعزيز بن أحمد (ت: 730هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البرزدي، ط2، م4، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009م، ص 160.

(4) الدبوسي، عبيد الله بن عمر (ت: 430هـ—)، تقويم الأدلة في أصول الفقه، ط1، (تحقيق: عدنان العلي)، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1426هـ/2006م، ص225.

(5) ابن منظور، لسان العرب، مادة: بين، ج13، ص69. و الرازي، مختار الصحاح، مادة: بين، ص 73.

(6) سورة الرحمن/ الآية: 4.

(7) الزمخشري، محمود بن عمرو بن أحمد، (538هـ—)، الكشاف، ط3، م4، ج 4، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1407هـ، ص 442.

ويأتي بمعنى: الكشف، والإيضاح، والإظهار⁽¹⁾، ومنه قولته تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَ هَذَا فَتَبَعْرِزْهُ (18) ثُمَّ نَعْلَمُ بَيَانَهُ﴾⁽²⁾ أ
ي: كشفه وتوضيحه، قال البخاري في كشف الأسرار "إظهار معانيه، وأحكامه وشرائعه"⁽³⁾.

وقال تعالى: ﴿وَلَقَدْ أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ آيَاتٍ بَيِّنَاتٍ وَمَا يَكْفُرُ بِهَا إِلَّا الْفَاسِقُونَ﴾⁽⁴⁾ أي: واضحات، وظاهرات.

البيان في الاصطلاح: إظهار المعنى، وإيضاحه للمخاطب، منفصلاً عما استتر به⁽⁵⁾،
وهذا التعريف يقابلها أكثر الأصوليين⁽⁶⁾، وهو مشتق من المعنى للغوي للبيان، ولم يخرجه عن معانيه الكشوف والإظهار والإيضاح

البيان في الاصطلاح: إظهار المعنى، وإيضاحه للمخاطب، منفصلاً عما استتر به⁽⁷⁾،
وهذا التعريف يقابلها أكثر الأصوليين⁽⁸⁾، وهو مشتق من المعنى للغوي للبيان، ولم يخرجه عن معانيه الكشوف والإظهار والإيضاح.

الفرع الأول: التفسير في اللغة:

فسر: الفَسَّرَ: البيان، والإيضاح، وكشفاً لمغطى، فسَّرَ الشيء: بينه ووضَّحه، وكشف عنه⁽⁹⁾،
جاء فيلسافنا العرب "التفسير كشف المراد عن اللفظ المشكل"⁽¹⁰⁾، ونلاحظ العلاقة بين معناه لتفسير، ومعنى
البيان في اللغة، وهذا يؤكد ما ذكره الفقهاء من اعتبار التفسير نوعاً من أنواع البيان.

- (1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: بين، ج 13، ص 69. و الرازي، مختار الصحاح، مادة: بين، ص 73.
- (2) سورة القيامة/ الآيتان: 18، 19.
- (3) البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج 3، ص 159.
- (4) سورة البقرة / الآية: 99.
- (5) السرخسي، أصول السرخسي، ج 2، ص 26.
- (6) السرخسي، المرجع السابق، ج 2، ص 26.
- (7) السرخسي، أصول السرخسي، ج 2، ص 26.
- (8) السرخسي، المرجع السابق، ج 2، ص 26.
- (9) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة: فسر، ج 4، ص 504. و ابن منظور، لسان العرب، مادة: فسر، ج 5، ص 55.
- (10) ابن منظور، لسان العرب، مادة: فسر، ج 5، ص 55.

الفرع الثاني: التفسير في الاصطلاح:

الحد يثعنا لمعنا الاصطلاح ليلتفسير يقودنا للحد يثعن

معاناً خربهي: التأويل، والدلالة، إذ ورد ذكرها في المادة (2) من قانون المعاملات المدنية العماني "يرجع فيهما النص وتفسير هوت

أويلهود لالتها للقواعد الفقها لإسلاميو أصوله"⁽¹⁾، فقد عطف المشرع القانونيا لتفسير

والتأويل والدلالة علفهها نص، والعطف يقتضيا لمغايرة، وإلما فائدة ذكره إذا لم

كنها معنا مغايراً للتفسير، ولا بد من الإشارة إلى المعاني هذا لمصطلحاته وذلك بعد معرفة معنا لتفسير في الفقه والقانون.

أولاً: التفسير في الفقه الإسلامي:

التفسير: "هو بيان معاني الألفاظ ودلالاتها على الأحكام للمعلب النص على وضعي فهم من النص"⁽²⁾،

وبينا لتفسير: "هو بيان ما فيهم من خفاء من مشتركوا لمجملون نحوهما"⁽³⁾،

وبهذا المعنى نرى أن معنا لتفسير في الفقه لم يخرجهنا لمعنا للغوي كما أنه لم يخرجهنا عن معنينا لتفسير أو البيان بشكل عام، وهو ال

كشفوا لإيضاح الإظهار، فالكشف عن مراد الألفاظ، وإظهار دلالاتها وإيضاح معانيها كل ذلك من التفسير⁽⁴⁾.

ثانياً: التفسير في القانون الوضعي:

ذكر رجال القانون تعريفات مختلفة للتفسير، وذلك حسب نظر تهم لعملية التفسير وما هيته، فهم فيه

علماء أربعة اتجاهات⁽⁵⁾، الاتجاه الأول: قصر التفسير على التشريع⁽⁶⁾،

(1) قانون المعاملات المدنية رقم 29/2013.

(2) الصالح، تفسير النصوص، ج1، ص53.

(3) البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج3، ص163.

(4) البخاري، كشف الأسرار، ج1، ص54.

(5) السعدي، محمد صبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة،

مصر، 1399هـ/1979م ص12-23.

(6) عرفه السنهوري وأبو ستيت بأنه: "توضيح ما أبهم من ألفاظه، وتكميل ما اقتضب من نصوصه، وتخريج ما نقص من

أحكامه، والتوفيق بين أجزاءه المتناقضة"، السنهوري وأبو ستيت، أصول القانون، ص200.

والثاني: مدّها لغير التشريع⁽¹⁾، وثالث: بحثنهد القاعدة⁽²⁾، أما

الرابع: فبحثنا لمعنى لتطبيق القاعدة⁽³⁾، وهذا لاتجاهات تارة تناقصة، فبعضها لم يذكّر ماهية التفسير، والبعض الآخر لم يذكّر موضوع التفسير، وبعضها لم يذكّر طرق التفسير، وبعضها لم يذكّر الهدف من التفسير، وبناءً عليها اختار الباحث التعريف الذي يشمل ماهية التفسير، وموضوعه، وطرقه، وأهدافه: التفسير في القانون: "هو عملية ذهنية منطقية، تؤدّي - باتباع القواعد العلمية - إلى تحقيق غرضها الذي يختلف باختلاف حالة النص، وذلك لاستنباط حكمه؛ لتطبيقه على حالة الواقعة⁽⁴⁾ ونلاحظ أن هذا التعريف مستمد من جملة التعاريف التي ذكرها رجال القانون في هذا الشأن.

الفرع الثالث: معنى التأويل:

أولاً: في

اللغة يأتي بمعنى: الرجوع والعاقبة، أي يؤلّ أي: يرجع، وتأويل الكلام معاقبته، ومنه قولهم تعالى: ﴿هَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا تَأْوِيلَهُ﴾⁽⁵⁾، أي: عاقبته وما يؤولّ له⁽⁶⁾، ويأتي بمعنى: تفسير الكلام⁽⁷⁾.

ثانياً:

في الاصطلاح: ذكر الآمد يتعريف بالتأويل لمنحيته وتأويله بغير نظر عن صحته وبطلان نه فقال: "هو حملاً للفظ على غير مدلولها الظاهر منه، مع احتمال الهله⁽⁸⁾"،

- (1) عرفه الشرقاوي: " هو بيان مضمون قواعده بياناً واضحاً"، الشرقاوي، دروس في أصول القانون، ص 178.
- (2) عرفه حجازي بأنه: " هو تلك العملية الذهنية التي يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها"، حجازي، عبد الحي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج 1، مطبوعات جامعة الكويت، 1972م، ص 510.
- (3) هذا التعريف ذكره صبري السعدي من مصدر أجنبي: "البحث والتحري بهدف إيجاد المعنى الصحيح للقاعدة لتطبيقها بعد ذلك على الحالة الواقعية"، السعدي، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ص 23.
- (4) السعدي، المرجع السابق، ص 28.
- (5) سورة الأعراف/ الآية: 53.
- (6) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة: أول، ج 1، ص 159-162.
- (7) ابن منظور، لسان العرب، مادة: فسر، ج 11، ص 33.
- (8) الآمد، الأحكام في أصول الأحكام، ج 2، ص 50.

ثم ذكر تعريف التأويل والصحيح فقال: "هو حملا للفظ على غير مدلولها الظاهر منه، مع احتمال اللفظ ليلعبه ليلعبه (1)"، وعرفها بوزهرة بقوله: "هو إخراج اللفظ عن ظاهر معناه إلى معنى آخر يحتمله، وليس هو ظاهر فيه (2)".

وهنا كفر قبينا التفسير والتأويل، والحد يثعن هذا الموضوع عي طول، نكتفي بذكر بعض أقوال المفسر ينال تبيين هذا الفرق:

قال الماتريدي: "الفرق بين التفسير والتأويل وهو ما قيل: التفسير للصحابة، رضيا للهنهم، والتأويل للفقهاء، ومعنى ذلك: أن الصحابة شهدوا والمشاهد، وعلموا الأمر الذي نزل فيه القرآن... فال تفسير ذو وجه واحد، والتأويل ذو وجه (3)".

قال الراغب الأصفهاني: "التفسير أعم من التأويل، وأكثر ما يستعمل لتفسير ألفاظ، والتأويل يلفي لمعاني الجمل، وأكثر ما يُستعمل في الكتاب الإلهية، والتفسير يستعمل فيها وفي غيرها (4)".

قال ابن الجوزي نقلًا عن الفقهاء المتقدمين: "التفسير: إخراج الشيء من مقام الخفاء إلى المقام التجلي، والتأويل: نقل الكلام عن وضعه في ما يحتاج جفيا إثباتها لئلا يتركها اللفظ (5)"، وهذا الكلام في غاية البيان والوضوح حول الفرق بين التفسير والتأويل كما ذكر الخليل في تفسيره (6).

وقال القرطبي: "التفسير بيان اللفظ، كقوله ﴿

ذَلِكَ كِتَابٌ لَّا رَيْبَ فِيهِ (7)﴾، أي لا شك فيه، والتأويل بيان المعنى، كقوله لار يفي ه عند المؤمن (8)".

(1) الأمدى، المرجع السابق، ج2، ص50.

(2) محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1433هـ/2012م، ص127.

(3) الماتريدي، محمد بن محمد بن محمود، (ت: 333هـ—)، تأويلات أهل السنة، ط1، (تحقيق: د. مجدي باسلوم)، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1426هـ/2005م، ص349.

(4) السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت: 911هـ—)، الإتيان في علوم القرآن، ط1، (تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم)، ج4، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1394هـ/1974م، ص192.

(5) الجوزي، عبد الرحمن بن علي بن محمد، (ت: 597هـ—)، زاد المسير في علم التفسير، ط1، (تحقيق: عبد الرزاق المهدي)، ج1، دار الكتاب العربي، بيروت، ص12.

(6) الخليلي، أحمد بن حمد، جواهر التفسير، ط1، ج1، مكتبة الاستقامة، روي، سلطنة عُمان، 1404هـ/1984م، ص17.

(7) سورة البقرة/ الآية: 2.

(8) القرطبي، محمد بن أحمد، (ت: 671هـ—)، الجامع لأحكام القرآن، ط2، م10، (تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش)، ج4، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ، 1964م، ص15-16.

قال الخازن: "التفسير يتوقف على النقل المسموع والتأويل يتوقف على الفهم"⁽¹⁾،

وقال أبو طالبة الثعلبي: "التفسير بيان نوضع اللفظ أما حقيقة أو مجازاً، كتفسير الصراط بالطريق، والصيب بالمطر، والتأويل تفسير باطنا للفظ مأخوذ من الألو وهو الرجوع لعاقبة الأمر، فالتأويل إخبار عن حقيقة المراد، والتفسير إخبار عند ليل المراد"⁽²⁾، فالتفسير يبين حقيقة اللفظ من عدمه، والتأويل يبيننا المراد هذا أمذاك⁽³⁾.

وقال

الألوسي: "التأويل إشارة قدسية ومعارف سبحانه تنكشف من سجع عبارات اللسالكين، وتنهل من سحبا الغيب على قلوب العارفين، والتفسير غير ذلك"⁽⁴⁾،

وعلق الخليلي على تفريق الألوسي بقوله: "وهو في هذا ينطلق من نزعتها الصوفية التي كثيرا ما لمسناها في تفسيره"⁽⁵⁾.

الفرع الرابع: معنا الدلالة:

أولاً: في اللغة تأتي بمعنا البيان والمعرفة، تقول دله على الشيء: سدد هياليه، ودللت بهذا الطريق: عرفته⁽⁶⁾.

ثانياً: في الاصطلاح: عرفها الجرجاني بقوله: "الدلالة هي كون الشيء بحالة يلزم من العلم بها العلم بشيء آخر"⁽⁷⁾،

وقد ذكر السيائي تعريفاً للدلالة نسبها لعلماء الأصول والبيان فقال: "الدلالة فهمنا لمعنا للفظ إذ أطلق بالنسبة إلى العالم بالوضع"⁽⁸⁾،

(1) الخازن، علي بن محمد بن إبراهيم، (ت: 741هـ)، لباب التأويل في معاني التنزيل، ط1، (تحقيق: تصحيح محمد علي شاهين)، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415 هـ، ص12.

(2) السيوطي، الإتيان في علوم القرآن، ج4، ص193.

(3) حسين حامد الصالح، التأويل اللغوي في القرآن الكريم، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1426هـ/2005م، ص24-25.

(4) الألوسي، محمود بن عبد الله، (ت: 1270هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، ط1، ص16، (تحقيق: علي عبد الباري عطية)، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415 هـ، ص6.

(5) الخليلي، جواهر التفسير، ج1، ص17.

(6) ابن فارس، مقاييس اللغة، مادة: دل، ج2، ص259. و ابن منظور، لسان العرب، مادة: دلل، ج11، ص249.

(7) الجرجاني، التعريفات، ص139.

(8) السيائي، خلفان بن جميل، فصول الأصول، ط3، (تحقيق: سليم بن سالم آل ثاني)، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عُمان، مسقط، 1436هـ/2015م، ص142.

وشرح هذا التعريف فقال: "اللفظ هو الدليل، والمعنى هو المدلول عليه، والعالم بالوضع الآخذ بالدليل هو المستدل، وفهمال معننا اللفظية بالدلالة الوضعية اللفظية"⁽¹⁾.

يقول أبو زهرة: " إن ما تؤديه الألفاظ من معان هو دلالاتها، وهذه الدلالات تختلف طرقها فاللفظ الواحد يدل على معان متعددة بطرق مختلفة، وهي جميعها متلاقية غير متنافرة"⁽²⁾.

هناك تقسيمان لطرق دلالة اللفظ على الحكم، أحدهما للحنفية والآخر للمتكلمين (الجمهور):

فالحنفية يقسمونها إلى أربعة هي: دلالة العبارة ودلالة الإشارة ودلالة النص ودلالة الاقتضاء.

أما الجمهور فيقسمونها إلى قسمين أساسيين هما: دلالة المنطوق ودلالة المفهوم، ثم يقسمون المنطوق إلى قسمين هما: الصريح، وغير صريح، وغير الصريح يحتوي على ثلاثة أنواع هي: دلالة الاقتضاء، ودلالة الإيماء ودلالة الإشارة، ويقسمون دلالة المفهوم إلى قسمين هما: مفهوم الموافقة ومفهوم المخالفة وفيه أنواع كثيرة منها: مفهوم الصفة، ومفهوم الشرط، ومفهوم الغاية، ومفهوم العدد⁽³⁾.

والاختلاف بين الحنفية والجمهور هو في غالبه اصطلاحى ولا مشاحة فيه عدا مفهوم المخالفة الذي لا يعتبره الحنفية، أما بقية الدلالات الأربع فهي معتبرة عند الفريقين، فدلالة الإشارة ودلالة الاقتضاء محل اتفاق بين الفريقين، ودلالة النص عند الحنفية يقابله مفهوم الموافقة عند الجمهور، ودلالة العبارة عند الحنفية يقابلها المنطوق الصريح عند الجمهور⁽⁴⁾.

(1) السيابي، المرجع السابق، ص 142.

(2) أبو زهرة، أصول الفقه، ص 130.

(3) الدبوسي، تقويم الأدلة، ص 139. والتفتازاني، التلويح على التوضيح، ج 1، ص 242 و 243. والشوكاني، محمد بن علي، (ت: 1250هـ—)، إرشاد الفحول إلى علم الأصول، ط 4، (تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق)، دار الفكر، دمشق، بيروت، 1432هـ—/2011م، ص 5604-587. والصالح، تفسير النصوص، ج 1، ص 475-495. و الزحيلي، أصول الفقه، ج 1، ص 336-353.

(4) الصالح، المرجع السابق، ج 1، ص 496-497.

وهذه التقسيمات لطرق الدلالة ذات أهمية كبيرة في تفسير النصوص وفهمها يقول أبو زهرة : " وهي ضابطة لطرق فهم بعض النصوص القرآنية والنبوية، والنصوص القانونية أياً كان موضوع هذه القوانين"⁽¹⁾.

المطلب الثاني: العُرف المفسّر للقانون:

تمهيد:

القانون يمثل نصوصاً وألفاظاً من وضع المشرّع القانوني، تحتاج إلى تفسير وتوضيح المراد منها؛ كي يطبق القانون على الوقائع، يقول السعدي: "العملية التفسيرية ضرورية في جميع حالات النص"⁽²⁾ يعني النص القانوني، وذكر ذلك في معرض رده على من قال بعدم حاجة النص الواضح إلى تفسير⁽³⁾، وقد اعتنى رجال القانون بهذا الجانب حيث ذكروا أنواع التفسير، ومدارسه، وحالاته، ووسائله، ومن أنواعه: الأعراف، والعادات⁽⁴⁾، فالعُرف إذن وسيلة من وسائل تفسير النصوص القانونية، يقول عبد الفتاح: "يُفسّر العُرف التشريع فيما غمّص من نصوصه"⁽⁵⁾، و للعُرف القدرة على الكشف عن مدلولات الألفاظ ومعانيها، يقول الزقا: "فالعُرف تولده الحاجات ومراميه، ويرسم حدود الحقوق والالتزامات، وينير محجّة القضاء"⁽⁶⁾ والعُرف لا غنى عنه في تفسير النصوص الشرعية أو القانونية؛ لذلك كان محطّ عناية الأصوليين واهتمامهم،

(1) أبو زهرة، أصول الفقه، ص130.

(2) السعدي، تفسير النصوص في القانون والشرعية، ص33.

(3) ذهب بعض رجال القانون إلى القول بعدم تفسير النص الواضح. السنهوري وابو ستيت، أصول القانون، ص204.

(4) أنواع التفسير: التشريعي، والفقه، والقضائي، ومدارس التفسير: مدرسة الشرح على المتن، والمدرسة التاريخية، والمدرسة العلمية. وحالات النص: حالة وضوحه وحالة عدم وضوحه ووسائل التفسير: داخلية (دلالة ألفاظ النصوص وتراكيبها)، والخارجية (حكمة التشريع، الأعمال التحضيرية، والعادات والمصادر التاريخية)،. السنهوري وابو ستيت، أصول القانون، ص201-214، الشرفاوي، دروس في أصول القانون، ص179-189، مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، ط6، ج1، د. ن، 1987م، ص329-370.

(5) عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية القانون، ص197.

(6) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص879.

يقول السريري: " ذلك أنّ رعاية العُرف في تفسير معاني الألفاظ أصلٌ من أصول تفسير النصوص"⁽¹⁾، وعلى المفسّر للقانون المدني، و خاصة تلك القوانين التي تجعل الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً لها أن يقف على كلام الأصوليين في مباحث ألفاظ اللغة ودلالاتها، يقول الشرفاوي: "وهذا ما نفعله أيضاً في تفسير النصوص المأخوذة من أحكام الشريعة الإسلامية، إذ نرجع إلى فقه هذه الشريعة؛ لتحديد المقصود بهذه النصوص، إذا غمّض حكمها"⁽²⁾، وهذا ما أحال إليه قانون المعاملات المدنية العماني تأسياً بالقانون المدني الأردني⁽³⁾ والإماراتي⁽⁴⁾، حيث جاء في المادة (2) "يرجع في فهم النص وتفسيره وتأويله ودلالته إلى قواعد الفقه الإسلامي وأصوله"⁽⁵⁾.

وتبين هذه الإحالة أنّ الفقه الإسلامي وأصوله هو مصدر تاريخي لقانون المعاملات المدنية العماني، وعلى من أراد فهم نصوصه وتفسيرها فعليه بالرجوع إلى أصول الفقه الإسلامي لمعرفة قواعد التفسير، يقول الزحيلي: "إنّ هذا العلم - أي أصول الفقه- بالتالي وسيلة لتطبيق الأحكام الشرعية، كما أنّه أداة صالحة لفهم وتنفيذ القوانين الوضعية، مع الاستعانة بالنظرية العامة للقانون"⁽⁶⁾، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني "رؤي وضع هذه المادة لتثبيت ما يتميز به هذا المشروع من ارتباطه بالفقه الإسلامي وأصوله خصوصاً أنّ أصول الفقه الإسلامي هو عبارة عن مبادئ التفسير، وقواعده حسب ما ارتضاه أئمة ذلك العلم، وقواعد اللغة العربية"⁽⁷⁾، والفقه الإسلامي وأصوله قد اعتبر العُرف، وبنى عليه الفقهاء الكثير من الأحكام، والأصوليون يجعلون العُرف مبحثاً من مباحث الأحكام، والعُرف له أثر كبير في دلالة الالفاظ وتفسيرها، وبما أنّ القانون قد أحال تفسير النصوص إلى أصول الفقه، وأصول الفقه يعتبر العُرف في تفسير النصوص فإنّ القانون يعتبر العُرف مفسراً له، وبالتالي يأخذ العُرف الدور نفسه، فهو يخصص العام، ويقيد المطلق ويجعل الصريح كناية، أو العكس، وينقل اللفظ من الحقيقة إلى المجاز والعكس.

(1) السريري، أبي الطيب مولود، القانون في تفسير النصوص، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1427هـ/2006م، ص77.

(2) الشرفاوي، دروس في أصول القانون، ص189.

(3) القانون المدني الأردني، رقم (63)، لسنة 1976م، المادة (3).

(4) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رقم (5)، لسنة 1985م، المادة (2).

(5) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 29، لسنة 2013م.

(6) الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ج1، ص18.

(7) القضاة، عمار محمد، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الاردني، ط1، دار الثقافة، عمّان، الأردن، 1436هـ/2015م، ص28.

الفرع الأول: تخصيص النص العام⁽¹⁾ بالعرف⁽²⁾.

تخصيص العام عند الحنفية يعني قصر العام على بعض أفراده بدليل مستقل مقارنة⁽³⁾، وتخصيص العام عند الجمهور يعني إخراج بعض ما يتناوله لفظ العموم⁽⁴⁾ بدليل مُخرج له عن دخوله تحت تناوله⁽⁵⁾.

ومن خلال تعريف الحنفية يتبين لنا أنَّ التخصيص عندهم يُشترط فيه أن يكونَ دليلٍ مستقلِّ مقارنة، ومن تلك المخصصات العُرف، يقول الأسنوي: "اعلم أنَّ تخصيص العام ونحوه، كتقييد المطلق، قد يكون باللفظ، وقد يكون بغيره، فغير اللفظ ثلاثة أشياء: النية، والعُرف الشرعي، والعُرف الاستعمالي⁽⁶⁾"، بينما عند الجمهور فإن المخصّصات قسمان: مستقلة ومنها (الحس، والعقل، والعُرف)⁽⁷⁾، وغير مستقلة ومنها (الاستثناء المتصل، والصفة، والشرط، والغاية)⁽⁸⁾.

(1) العام هو " اللفظ المستغرق لجميع ما يصلح له بحسب وضع واحد"، الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، (ت: 606هـ)، المحصول في علم الاصول، ط1، (تحقيق: عبدالقادر عطا)، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420هـ/1999م، ص294.

(2) الحديث هنا عن العرف الصحيح الذي تنطبق عليه شروط العرف التي وضعها فقهاء الشريعة والقانون، والتي جاء بيانها في الفصل الأول من الرسالة.

(3) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج1، ص448.

(4) الجويني، عبد الملك بن عبد الله، (ت: 478)، البرهان في أصول الفقه، ط1، (تحقيق: صلاح محمد عويضة)، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ/1997م، ص257. والسبكي، علي بن عبد الكافي، ت: 771، الإبهاج في شرح المنهاج، ط1، (تحقيق: محمود أمين السيد)، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ/2004م، ص90.

(5) السالمي، عبد الله بين حميد، (ت: 1332هـ)، طلعة الشمس، (تحقيق: عمر القِيَام)، ج1، مكتبة الإمام السالمي، بديّة، سلطنة عمان، 2010م، ج1، ص293.

(6) الأسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، (ت: 772هـ)، التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، ط2، (تحقيق: محمد حسن اسماعيل)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009م، ص471.

(7) الصالح، تفسير النصوص، ج2، ص84-86.

(8) السالمي، طلعة الشمس، ج1، ص295.

أولاً: العُرف القولي:

جمهور الفقهاء والأصوليين من (الحنفية⁽¹⁾، والمالكية⁽²⁾، والشافعية⁽³⁾، والحنابلة⁽⁴⁾، والإباضية⁽⁵⁾)، على أن العُرف القولي يخصّص عموم الشارع، والعُرف القولي الذي يخصّص ألفاظ الشارع هو اللفظ الذي يكثر استعماله بين الناس في معنى مخصوص، إلى درجة أنه يتبادر إلى أذهانهم بمجرد سماعه من دون قرينة ولا علاقة عقلية⁽⁶⁾، وعلى هذا عرّفه ابن أمير الحاج بقوله: "تخصيص العام (بالعُرف القولي) وهو أن يتعارف قومًا بلفظ لمعنى، بحيث لا يتبادر عند سماعها إلا ذلك المعنى"⁽⁷⁾، و يقول علي حيدر: "العُرف القولي: هو اصطلاح جماعة على لفظ يستعملونه في معنى مخصوص حتى يتبادر معناه إلى ذهن أحدهم بمجرد سماعه"⁽⁸⁾.

فإذا كان الاسم عامًا في وضع اللغة، فإن للعرف سلطاناً في تخصيصه ببعض أفراده، وحصر الرازي تصرفات أهل العُرف في أمرين: أحدهما: أن يخصّص أهل العُرف الاسم ببعض مسمياته⁽⁹⁾، ويقول ابن رجب: "تخصيص العموم بالعُرف وله صورتان: أحدهما أن يكون قد غلب استعمال الاسم العام في بعض أفراده حتى صار حقيقة عرفية، وهذا يخصّص به العموم بغير خلاف"⁽¹⁰⁾، ومن الأمثلة على تخصيص عموم الشارع بالعُرف القولي أمور منها:

- (1) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج1، ص282.
- (2) القرافي، أحمد بن إدريس، (ت: 684هـ—)، الفروق، ط1، (تحقيق: خليل المنصور)، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ/1998م، ص318.
- (3) الغزالي، المستصفى، ص338.
- (4) ابن رجب، عبدالرحمن بن أحمد الحنبلي، (795هـ—)، القواعد الفقهية، ط1، (تحقيق: محمد علي البناء، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1429هـ/2008م، ص334.
- (5) السالمي، طلعة الشمس، ج1، ص403.
- (6) يقول الزرقا: "فإذا احتاج فهم المعنى المقصود إلى قرينة أو علاقة عقلية لم يكن ذلك عرفاً بل هو من قبيل المجاز"، الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص876.
- (7) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج1، ص282.
- عدد الأجزاء: 3
- (8) علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص41.
- (9) الرازي، المحصول في علم الأصول، ج1، ص102-103.
- (10) ابن رجب، القواعد الفقهية، ص334.

- 1- لفظ الدابة: قال تعالى: ﴿وَمَا مَنَدَابَةٌ فِي الْأَرْضِ إِلَّا لَعَلَّ اللَّهْرَ رُقُفَهَا⁽¹⁾﴾، هو في أصل اللغة لفظ عام موضوع لكل ما يدبّ على الأرض، ولكن حُصِّصَ باستعمال الناس له في ذات الأربع أو ذات الحوافر، فأصبح هذا المعنى هو المتبادر إلى الذهن عند سماعه.
- 2- لفظ الولد: قال تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلَّذِ كَرَّمْتُمْ لِطُفْلَيْنِ⁽²⁾﴾، فالولد في وضع اللغة يطلق على الذكر والأنثى، ولكن جرى العرف لدى الناس بتخصيص لفظ الولد وقصره على الذكر دون الأنثى، فلو أوصى رجل بثلاث ماله لولد صديقه، وكان عند صديقه ذكر وأنثى، فالمال يعطى الولد الذكر دون الأنثى.
- 3- لفظ السيارة: قال تعالى: ﴿وَجَاءَتْ سَيَّارَةٌ⁽³⁾﴾، قال ابن منظور: "السَّيَّارَةُ: القافلة. والسَّيَّارَةُ: القوم يسرون"⁽⁴⁾، وقال الرازي: "السيارة الجماعة الذين يسرون في الطريق للسفر"⁽⁵⁾، وجرى العرف في هذا الزمان على تخصيص اسم السيارة بالمركبة التي نستخدمها الآن للتنقل من مكان إلى آخر برأ، فلو حلف شخص بأن لا يركب سيارة وركب حصان أو جمل فإنه لا يحنث.

ثانياً: العرف العملي:

في تخصيصه لعموم الشارع فيه خلاف، فالجمهور (الشافعية⁽⁶⁾ والحنابلة⁽⁷⁾ والإباضية⁽⁸⁾) يقولون: إنه لا يخص العام، فإذا كان اللفظ الشرعي ورد عاماً وكان هناك عرف عملي فإن اللفظ يبقى على عمومه ولا يخصه العرف أو العادة.

(1) سورة هود/ الآية: 6.

(2) سورة النساء/ الآية: 11.

(3) سورة يوسف/ الآية: 19.

(4) ابن منظور، لسان العرب، مادة: سير، ج 4، ص 389.

(5) الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، (ت: 606هـ—)، تفسير الرازي، ط3، ج18، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1420هـ، ص 425.

(6) ابن برهان، أحمد بن علي، (ت: 518هـ—)، الوصول إلى علم الأصول، ط2، (تحقيق: د. عبد الحميد علي أبو زنيدي)، ج1، دار الفاروق، عمان، الأردن، 1438هـ/2017م، ص302.

(7) ابن تيمية، عبد السلام بن تيمية (ت: 652هـ—)، المسودة في أصول الفقه، دط، (تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد)، دار الكتاب العربي، د. ن، تاريخ، ص123.

(8) السالمي، طلعة الشمس، ج1، ص320.

قال القرافي: "وأما العُرف الفعلي فمعناه، أن يوضع⁽¹⁾ اللفظ لمعنى يكثر استعمال أهل العُرف لبعض أنواع ذلك المسمى دون بقية أنواعه، مثاله أن لفظ الثوب صادقٌ لغةً على ثياب الكتان والقطن والحرير والوبر والشعر، وأهل العُرف إمَّا يستعملون من الثياب الثلاثة الأول دون الأخيرين⁽²⁾"، قال: أبو المظفر: "وأما التخصيص بالعادة والعُرف فقد قال: أصحابنا لأنَّ الشرع لم يوضع على العادة، وإمَّا وضع في قول بعض أصحابنا على المصلحة، وفي قولنا على ما أراد الله تعالى، ولا معنى للرجوع إلى العادة في شيء من ذلك⁽³⁾"، و يقول أبو الخطاب الحنبلي: "لا يجوز تخصيص العموم بالعادات، نحو أن يكون عادة الناس شرب بعض الدماء، ثم يحرم الله تعالى الدماء بكلام يعمها، فإنه لا يخص هذا العموم بالعادة، بل يجبُ تحريم ما جرت به العادة⁽⁴⁾"، وقال السالمي: "كذلك العادة لا تخص، وقال قوم إنها تخص، أي: إذا ورد الدليل الشرعي عاماً، فلا يصح تخصيصه بعادة المخاطبين⁽⁵⁾"، وعلل الزركشي عدم تخصيص العام بالعُرف الفعلي بقوله: "لأنه ليس عُرفاً لها فلا يكون له سلطان عليها، بل سلطانه على الأفعال⁽⁶⁾".

وأما (الحنفية)⁽⁷⁾ وجمهور⁽⁸⁾ المالكية⁽⁹⁾ فقالوا بأنه يخص العام، فإذا جاء لفظ الشارع عاماً وكان عرف الناس العملي يقتصر على بعض أفراد ذلك العام فالعُرف هنا يخص عموم الشارع، يقول ابن أمير الحاج: "العُرف العملي لقوم مخصص للعام الواقع في مخاطباتهم

(1) الوضع: جعل اللفظ دليل على المعنى، الأسنوي، التمهيد، ص254.

(2) القرافي، الفروق، ج1، ص317.

(3) المرؤزي، أبو المظفر السمعاني، (ت: 489هـ—)، القواطع في أصول الفقه، ط1، (تحقيق: صالح سهيل علي حمودة)، ج1، دار الفاروق، عمان، الأردن، 1432هـ/2011م، ص304.

(4) ابو الخطاب، محفوظ بن أحمد بن الحسن، (ت: 510هـ—)، التمهيد في أصول الفقه، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1437هـ/2016م، ص204.

(5) السالمي، طلعة الشمس، ج1، ص320.

(6) الزركشي، المنثور في القواعد، ج2، ص120.

(7) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج1، ص282.

(8) خالف القرافي جمهور المالكية و قال: "العرف الفعلي لا يؤثر في اللفظ اللغوي، تخصيصاً، ولا تقييداً، ولا إبطالاً، لعدم معارضة الفعل"، القرافي، الفروق، ج1، ص318.

(9) الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة، (ت: 1230هـ—)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دن. ط، ج2، دار الفكر، دن، تاريخ، ص140.

وتخاطبهم، عند الحنفية دون المالكية، كحرمة الطعام وعادتهم -أي المخاطبين- أكل البر انصرف الطعام إليه⁽¹⁾، جاء في حاشية الدسوقي: "وذكر ابن عبد السلام أنّ ظاهر مسائل الفقهاء اعتبار العُرف وإن كان فعلياً، ونقل الوائوغي عن الباجي أنه صرّح بأنّ العُرف يعتبر مخصّصاً ومقيداً⁽²⁾، ورجّح هذا القول بعض المعاصرين⁽³⁾، ومن الأمثلة على ذلك:

- 1- لو جاء لفظ الشارع بحرمة أكل الطعام، وكان عرف الناس العملي أنّهم يأكلون الأرز، فعموم الشرع في لفظ الطعام يخصّص بالأرز، فتقتصر الحرمة على الأرز دون الشعير أو العدس أو غيرها من الأطعمة.
- 2- لفظ الوالدات في قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْتَزِعَهُنَّ﴾⁽⁴⁾، فللفظ الوالدات عامّ، وجرى العُرف العملي أنّ المرأة الشريفة رفيعة القدر لا تُرضع ولدها إلا إذا كان لا يقبل ثدي غيرها، فكان العُرف العملي هنا مخصّص لفظ الوالدات فهو قاصر على غير الشريفة الرفيعة، وهذا ما ذهب إليه الإمام مالك⁽⁵⁾.

أخذ قانون المعاملات المدنية العماني بقول الحنفية وجمهور المالكية بتخصيص العام بالعُرف العملي، ولعلّ السبب في ذلك يرجع إلى تأثيره بالقانون المدني الأردني، الذي يعتبر مجلة الأحكام العدلية التي وضعت وفق المذهب الحنفي مصدراً تاريخياً له⁽⁶⁾.

(1) ابن أمير الحاج، التقرير والتحبير، ج1، ص282.

(2) الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج2، ص140.

(3) رجح أبو سنة القول بتخصيص عموم الشارع بالعرف العملي -أي بالعرف العملي- هو الذي يناسب قصد الشارع من وضع اللغة للإفهام... وهذا إنما يكون باتباع معهود جمهور العرب الذين وصفهم الرسول صلى الله عليه وسلم بالأمية، ومراعات عرفهم في الألفاظ والمعاني، والأساليب... فكما أن لسان بعض الأعاجم لا يمكن أن يفهم من جهة العرب، فكذلك لسان العرب، لا يمكن أن يفهم، إلا من جهة المؤلف لهم والمتبادر من الكلام، أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، ص93، وأختره محمد أديب الصالح، تفسير النصوص، ج2، ص79.

(4) سورة البقرة/ الآية: 233.

(5) ابن العربي، أحكام القرآن، ص275. و الصالح، تفسير النصوص، ج2، ص78.

الطبعة: الثالثة، 1424 هـ - 2003 م

(6) استانبولي، محمد، وبطرس، دورين، و أبو قاعد، منير، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، المكتب الفني، نقابة المحامين، عمّان، 2015، ج1، ص18.

أمثلة على تخصيص العام بالعرف في القانون:

- 1- الآلات والأدوات التي يأتي بها المفاوض: الأصل أنّ المفاوض يأتي بكل ما يحتاج إليه من آلات وأدوات إضافية للبناء كالمناشير والمسامير والأخشاب والحديد الذي يُرفع به السقف وأدوات الصبغ وغيرها على نفقته، إلاّ أنّه قد يجري عرف الناس العملي على بعض تلك الآلات والأدوات على صاحب العمل، فيكون العرف العملي مخصّص لهذا العموم، وهذا ما جاء في المادة(630) من قانون المعاملات المدنية العماني والمادة (784) مدني أردني، التي تنص على الآتي: "على المفاوض أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته ما لم يقضي الاتفاق أو العرف بغير ذلك"⁽¹⁾.
- 2- كسوة العامل: لفظٌ عامٌ قد تكون على العامل نفسه وقد تكون على صاحب العمل، وقد يتعارف الناس في عملهم على أنّ كسوة العامل في بعض الأعمال تكون على صاحب العمل، وبذلك يكون العرف الفعلي قد خصّص هذا العموم، وهذا ما نصّت عليه المادة (666) من قانون المعاملات المدنية العماني، والمادة (824) مدني أردني، "على صاحب العمل كسوة العامل وإطعامه وسكنه إذا جرى العرف أو اقتضت طبيعة العمل ذلك"⁽²⁾، ولم ينصّ القانون الأردني على لفظ السكنى، ولعل ذلك راجع إلى اختلاف أعراف البلدين فيما يخص توفير السكن للعمال من قبل صاحب العمل في بعض الأعمال كعمّال المزارع في عُمان.

الفرع الثاني: تقييد المطلق بالعرف:

المطلق ما دلّ على شائع في جنسه⁽³⁾، وقيل هو ما دلّ على الماهية بلا قيد من حيث هي هي⁽⁴⁾، وقيل هو اللفظ الدّال على الماهية بدون قيد يقلل من شيوعه⁽⁵⁾.

(1) القانون المدني الأردني، رقم (1976/63)، وقانون المعاملات المدنية العماني، رقم (2013/29).

(2) القانون المدني الأردني، رقم (1976/63)، وقانون المعاملات المدنية العماني، رقم (2013/29).

(3) الأمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج3، ص5، والشوكاني، إرشاد الفحول إلى علم الأصول، ص540. والسالمي، طلعة الشمس، ج1، ص183.

(4) الرازي، المحصول، ج1، ص296. والزركشي، البحر المحيط، ج3، ص3.

(5) الصالح، تفسير النصوص، ج2، ص159.

والمقيد ما يدل لا على شائع في جنسه⁽¹⁾، وقيل هو اللفظ الدالُّ على الماهية بقيد يقلل من شيوعه⁽²⁾.

يحمل لفظ الشارع المطلق على شيوعه، ولا يصحُّ تقليل شيوعه، إذ لو أراد الشارع التقييد لفعل ذلك، ويجوز تقييد لفظ الشارع بدليل، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة (64): "المطلق يجري على إطلاقه إذا لم يقم دليل التقييد نصّاً أو دلالة⁽³⁾"، وقد نصّ على هذه المادة القانون المدني الأردني في المادة (218)⁽⁴⁾ والإماراتي في المادة (262)⁽⁵⁾، ولم ينص قانون المعاملات المدنية العماني عليها مع أهميتها في حلّ الكثير من القضايا، وقد قرّر الفقهاء والأصوليون أنّ كلّ ما جاز به تخصيص العام جاز به تقييد المطلق⁽⁶⁾، يقول الآمدي: "فكلُّ ما ذكرناه في مخصّصات العموم من المتفق عليه والمختلف فيه، والمزيف، والمختار، فهو بعينه جارٍ في تقييد المطلق⁽⁷⁾"، ونقل الزركشي قول ابن برهان: "كل دليل يجوز تخصيص العموم به يجوز تقييد المطلق به⁽⁸⁾"، ومن ذلك التقييد بالعرف، يقول الأسنوي: "اعلم أنّ تخصيص العام ونحوه كتقييد المطلق، قد يكون باللفظ، وقد يكون بغيره، فغير اللفظ ثلاثة أشياء، النية، والعرف الشرعي، والعرف الاستعمالي⁽⁹⁾"، فالخلاف الوارد هناك وارد هنا حول تقييد اللفظ بالعرف القولي والعملي، ومن قال بعدم التخصيص بالعرف العملي قال بعدم تقييد المطلق به، يقول القرافي: "العرف الفعلي لا يؤثر في اللفظ اللغوي تخصيصاً ولا تقييداً⁽¹⁰⁾"، ومن قال بتخصيص العادة قال بتقييدها للفظ، يقول صاحب كشف الأسرار: "المطلق يتقيد بدلالة العادة⁽¹¹⁾"، ومن الأمثلة على ذلك:

(1) الشوكاني، إرشاد الفحول، ص 541. و السالمي، طلعة الشمس، ج 1، ص 184.

(2) الشوكاني، المرجع السابق، ص 541. والصالح، تفسير النصوص، ج 2 ص 161.

(3) مجلة الأحكام العدلية، ط 1، دار الثقافة، عمان الأردن، 1999م، ص 13.

(4) القانون المدني الأردني، (1976/13).

(5) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رقم 1985/5.

(6) السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع، ص 367.

(7) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج 2، ص 6.

(8) الزركشي، البحر المحيط، ج 3، ص 11.

(9) الأسنوي، التمهيد في تخرّيج الأصول على الفروع، ص 471.

(10) القرافي، الفروق، ج 1، ص 318.

(11) عبدالعزيز البخاري، كشف الأسرار، ج 2، ص 103.

1- لفظ الريال: فهو مطلق يشمل الريال العماني والسعودي وغيرها، وعرف بالبلد هو من يقيّد نوع النقد،

فإذا كان في عمان يحمل على الريال العماني وإذا كان في السعودية يحمل على الريال السعودي.

2- الوكالة المطلقة في البيع: تتقيّد بالعرف في الثمن إذا لم يحدّد أو في البيع نقداً أو نسيئة، أو في الوقت، بحيث

لا يضرّ التصرف بالموكل، يقول ابن قدامة: "ولا يملك الوكيل من التصرف إلا ما يقتضيه إذن موكله، من جهة

النطق، أو من جهة العرف؛ لأنّ تصرفها بالإذن، فأختص بما أُذِن فيه، والإذن يُعرف بالنطق تارة وبالعرف

أخرى، ولو وكلّ رجلاً في التصرف في زمن مقيد، لم يملك التصرف قبله ولا بعده؛ لأنّه لم يتناوله إذنه مطلقاً ولا

عرفاً⁽¹⁾"، وهذا ما نصّت عليه المادة (854) من القانون المدني الأردني "إذا كان الوكيل بالبيع غير مقيد بالبيع

نقداً فله أن يبيع مال موكله نقداً أو نسيئةً حسب العرف⁽²⁾".

الفرع الثالث: حمل اللفظ الكناي مكان اللفظ الصريح بالعرف.

الصريح: اللفظ الذي ظهر المراد منه ظهوراً بيّناً زائداً بكثرة الاستعمال، سواءً كان حقيقة أو مجازاً⁽³⁾،

وقيل: اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق⁽⁴⁾، أمّا الكناية فهي ما استتر المراد منه في نفسه،

سواءً كان حقيقة أو مجازاً⁽⁵⁾.

قسم الأصوليون اللفظ بحسب استعماله إلى صريح وكناية، والأصل في الكلام الصريح، يقول السرخسي:

"الأصل في الكلام الصريح؛ لأنّه موضوع للإفهام، والصريح هو التأم في هذا المراد، فإنّ الكناية فيه قصور باعتبار

الاشتباه فيما هو مراد⁽⁶⁾"،

(1) ابن قدامة، المغني، ج5، ص95.

(2) القانون المدني الأردني، (1976/13).

(3) السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص187. وعبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج1، ص102. و التفتازاني، التلويح

على التوضيح، ج1، ص131. و السهالوي، عبد العلي محمد نظام الدين، (ت: 1225هـ—)، فواتح الرحموت بشرح مسلم

الثبوت، ط1، (تحقيق: عبدالله محمود محمد عمر)، ج1، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1423هـ/2002م، ص198.

(4) السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر، (ت: 911هـ—)، الأشباه والنظائر، ط1، (تحقيق: كمال بن السيد سالم)،

ج2، المكتبة التوفيقية، 2012م، ص119.

(5) السرخسي، المرجع السابق، ج1، ص187. والتفتازاني، المرجع السابق، ج1، ص131. و السهالوي، المرجع السابق،

ج1، ص199.

(6) السرخسي، المرجع السابق، ج1، ص189.

وهذا ما عبّر عنه القرافي حيث قال: "صحّ من الحاكم اعتماده على المضارع في الشهادة؛ لأنّه موضوع له صريح، والاعتماد على الصريح هو الأصل، ولا يجوز الاعتماد على غير الصريح؛ لعدم تعيين المراد منه"⁽¹⁾، فاللفظ عند الوضع لا يُوصف بالصريح ولا بالكناية، يقول عبدالعزيز البخاري: "فكما أنّ الألفاظ الموضوعية لا تكون حقيقة قبل الاستعمال لا تكون هذه الألفاظ كنيات قبل الاستعمال"⁽²⁾، إنّ كثرة الاستعمال أو العرف بهما تتحدد صفة اللفظ، صريح أم كناية، فاللفظ عندما يُستعمل في معنى معين ويكثر استعمال الناس له في ذلك المعنى حتّى يُصبح متبادراً إلى أذهانهم ولا يحتاجون أنّ يسألوا عن معناه فذلك هو الصريح، يقول الزيلعي: "فالصريح ما ظهر المراد منه ظهوراً بيّناً حتّى صار مكشوف المراد، بحيث يسبق إلى فهم السامع مجرد السماع حقيقة كان أو مجاز"⁽³⁾.

إن غلبة الاستعمال للفظ في معناه حقيقة أو مجازاً⁽⁴⁾ يكشف المراد به، بحيث لا يحتمل معناً آخر، يقول القرافي: "إذا كان اللفظ يدلّ على معنى لا يحتمل غيره إلّا على وجه البعد فهو صريح"⁽⁵⁾، وقال الشلبي: "والصريح ما كان ظاهر المراد منه لغلبة الاستعمال"⁽⁶⁾، وهذا ما بينه الزركشي في القواعد: "فإنّ الصريح ما يتكرر على الشيوع، أمّا في عُرْف الشرع أو عرف اللسان"⁽⁷⁾.

(1) القرافي، الفروق، ج4، ص133.

(2) عبد العزيز البخاري، كشف الأسرار، ج1، ص104.

(3) الزيلعي، عثمان بن علي بن محجن، (ت: 743 هـ)، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: الشلبي أحمد بن محمد بن أحمد (ت: 1021 هـ)، ط1، ج2، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313 هـ، ص197.

(4) وقد بين صاحب التنقيح في أصول الفقه كيف يكون الصريح حقيقة أو مجاز، فقال: "الحقيقة والمجاز إن كان في نفسه بحيث لا يستتر المراد فصريح، وإلا فكناية، والحقيقة التي لم تهجر صريح والتي هجرت وغلب معناها المجازي كناية، والمجاز الغالب الاستعمال صريح وغير الغالب كناية"، التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج1، ص131.

(5) القرافي، الفروق، ج3، ص284.

(6) الزيلعي، المرجع السابق، ج2، ص197.

(7) الزركشي، المنثور في القواعد، ج2، ص241.

استعمال الناس للفظ آخر قد يقلُّ لدرجة أنّ السامع لا يتبادر في ذهنه معناه، لكونه يحتمل عدة احتمالات، فيبقى المعنى مستتراً لا يفهم المراد منه إلا بنية أو قرينة سواء كان قصد المتكلم استتاره أم لا، جاء في حاشية الشلبي: "والكناية ما كان مستتر المراد، فيحتاج فيه إلى نية...والكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه"⁽¹⁾.

الفرق بين الصريح والكناية، أنّ الأول لا يحتاج إلى نية لمعرفة المراد منه والثاني يحتاج إلى النية للكشف عن المعنى، يقول البابرتي: "والصريح يقوم لفظه مقام معناه فلا يفتقر إلى النية"⁽²⁾، وهذا ما جاء في شرح التلويح يقول التفتازاني: "فالصريح لا يحتاج إلى النية، بمعنى أنّ الحكم الشرعي يتعلّق بنفس الكلام، أرادته أو لم يردده... والكناية تحتاج إلى النية أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال، ليزول ما فيها من استتار المراد والتردد فيه"⁽³⁾، يقول الزركشي: "الصرائح تعمل بنفسها من غير استدعاء"⁽⁴⁾.

وعلى ذلك فإن كثرة الاستعمال تؤدي إلى اشتهاار اللفظ؛ ما يجعله واضح الدلالة منكشف المعنى، ويعتبر العُرف من الطرق التي يشتهر بها اللفظ، فقد يستعمل الناس للفظ في معنى معين بكثرة، حتّى يصبح معنى ذلك اللفظ واضحاً وعندها يصبح صريحاً في بيان المراد منه، وقد يقلُّ استعمال الناس للفظ حتّى يصبح غير واضح المراد منه ويحتاج إلى نية أو بيان من المتكلم عند التلفظ به فيكون كناية؛ وبهذا يؤثر العُرف في تحديد ما هو صريح وما هو كناية من الألفاظ، فقد يجعل الصريح كناية والعكس صحيح⁽⁵⁾، وهذا ما دلّت عليه عبارات الفقهاء والأصوليين، يقول الشاطبي: "والحكم ايضاً يتنزل على ما هو معتاد فيه، بالنسبة إلى من اعتاده دون من لم يعتده، وهذا المعنى يجري كثيراً في الأيمان والعقود والطلاق، كنايةً وتصريحاً"⁽⁶⁾، ويقول القرافي في الفروق: "فمهما تجدد في العُرف اعتبره، ومهما سقط اسقطه..."

(1) الزيلعي، المرجع السابق، ج1، ص197 و ص214.

(2) البابرتي، محمد بن محمد بن محمود، (ت: 786هـ)، العناية شرح الهداية، د. ط، ج4، دار الفكر، ص5.

(3) التفتازاني، شرح التلويح، ج1، ص228.

(4) الزركشي، المرجع السابق، ج2، ص63.

(5) القرالة، أحمد ياسين، بحث: أثر العرف في التشريع الإسلامي، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثالث،

العدد(1)، 1428هـ، 2007، ص203.

(6) الشاطبي، الموافقات، ج2، ص216.

والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين، والسلف الماضين، وعلى هذه القاعدة تخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح، والكنيات، فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية، وقد تصير الكناية صريحاً مستغنية عن النية⁽¹⁾، وقال ابن فرحون: "لفظ الحرام ينبغي أن يدور لفظ الفتيا فيها وفي أخواتها، مع اشتهاؤها في العرف وجوداً، وعندما ففي أي شيء اشتهرت حُمِلت عليه بغير نية، وما لم يشتهر فيه لم يُحمل عليه إلا بنية، ولا يكتفي في الاشتهار كون المفتي يعتقد ذلك... بل الاشتهار أن يكون أهل ذلك المصر لا يفهمون عند الاطلاق إلا ذلك المعنى، لا من لفظ الفقهاء، بل استعمالهم هم لذلك اللفظ في ذلك المعنى، فهذا هو الاشتهار المفيد لنقل اللفظ من اللغة للعرف"⁽²⁾، وقال الكمال بن الهمام: "والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة"⁽³⁾، وجاء في حاشية ابن عابدين، "سرحتك" كناية لكنه في عرف الفرغلب استعماله في الصريح، فإذا قال: "رهاكردم" أيسرحتك، يقع به الرجعي، مع أن الأصل كناية أيضاً، وما ذاك إلا لأنه غلب في عرف الفرغلب استعماله في الطلاق"⁽⁴⁾.

الخلاصة: أن العرف هو المحتكم إليه في بيان الصريح والكناية من الألفاظ، وعليه تُحمل ألفاظ البيع والطلاق وغيرها من ألفاظ العقود والتصرفات، فما اشتهر في العرف صريحاً ترتب عليه أثره من دون الحاجة إلى نية، و ما لم يشتهر بأنه صريح لم يترتب عليه أثر حتى يتبين المراد منه⁽⁵⁾.

الفرع الرابع: نقل اللفظ من الحقيقة إلى المجاز بالعرف:

يُقصد بالحقيقة اللفظ المستعمل فيما وضع له أولاً لغة أو شرعاً أو عرفاً⁽⁶⁾، وزاد البعض قيد: (في اصطلاح

التخاطب)⁽⁷⁾.

(1) القرافي، الفروق، ج1، ص322-323.

(2) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص75.

(3) الكمال ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي، (ت: 861هـ)، فتح القدير، د. ط، ج4، دار الفكر، دت، ص209.

(4) ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ت: 1252هـ)، رد المحتار على الدر المختار، ط3، دار الفكر-بيروت، 1412هـ - 1992م، ج3، ص299.

(5) السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، ص283.

(6) السمعاني، الفواطع، ج1، ص413. والآمدي، الأحكام في أصول الأحكام، ج1، ص26. و الزركشي، البحر المحيط، ج1،

ص513. والشوكاني، إرشاد الفحول، ص106. والسالمي، طلعة الشمس، ج1، ص377.

(7) السبكي، الإبهاج في شرح المنهاج، ج1، ص207.

أما المجاز فهو اللفظ المستعمل في غير ما وضع له مع قرينة⁽¹⁾.

قسم الفقهاء والأصوليون الحقيقة إلى ثلاثة أقسام: اللغوية والشرعية والعرفية⁽²⁾، واللفظ بعد الوضع، يتحدد بالاستعمال، يقول الآمدي: "الألفاظ الموضوعية أولاً في ابتداء الوضع في اللغة لا توصف بكونها حقيقة أو مجازاً... وإنما تصير حقيقةً ومجازاً باستعماله بعد ذلك"⁽³⁾، والحقيقة هي الأصل، يقول الرازي: "إجماع الكل على أن الأصل في الكلام الحقيقة"⁽⁴⁾، وهذا ما قاله صاحب كشف الأسرار: "الأصل في الكلام هو الحقيقة؛ لأن الألفاظ وضعت دلالات على المعاني"⁽⁵⁾، فقد يكون اللفظ موضوعاً ابتداءً في اللغة لمعنى معين ثم يستعمل الناس ذلك اللفظ في معنى آخر غير الموضوع له، حتى يصبح ذلك المعنى الجديد هو المتعارف والمتبادر، وتنشأ به حقيقة جديدة تسمى الحقيقة العرفية، والتي عرفها السمعاني: "ما انتقل عن بابه بعرف الاستعمال، وغلبته عليه"⁽⁶⁾، وعرفها الرازي في المحصول بقوله: "هي التي انتقلت عن مسمائها إلى غيره بعرف الاستعمال"⁽⁷⁾، وعرفها الآمدي بقوله: "اللفظ المستعمل فيما وضع له بعرف الاستعمال اللغوي"⁽⁸⁾، والحقيقة اللغوية هي أصل هذه الحقائق، يقول الزركشي: "إن اللغوية أصل الكل، فالعُرف نقلها عن اللغة إلى العُرف، والشرع نقلها عن اللغة والعُرف"⁽⁹⁾، فقد يقوم مجموعة خاصة من الناس كأصحاب مهنة معينة بهذا النقل فتكون حقيقة عرفية خاصة⁽¹⁰⁾، وقد يقوم به طائفة عامة من الناس فتكون حقيقة عرفية عامة، والعامة تكون بأمرين:

1- أن يوضع الاسم لمعنى عام، ثم يخصه العُرف ببعض مسمياتها، مثل لفظ الدابة فهي وضعت في

اللغة لكل ما يدب على وجه الأرض، ثم خصصها العُرف بذوات الأربع.

- (1) الشوكاني، المرجع السابق، ص 107. والسالمي، المرجع السابق، ج 1، ص 386.
- (2) السمعاني، المرجع السابق، ج 1، ص 414. و الزركشي، المرجع السابق، ج 1، ص 514.
- (3) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1، ص 32.
- (4) الرازي، المحصول في علم الأصول، ج 1، ص 128.
- (5) عبدالعزيز البخاري، كشف الأسرار، ج 2، ص 61.
- (6) السمعاني، المرجع السابق، ج 1، ص 420.
- (7) الرازي، المرجع السابق، ج 1، ص 102.
- (8) الآمدي، الإحكام في أصول الأحكام، ج 1، ص 26.
- (9) الزركشي، البحر المحيط، ج 1، ص 514.
- (10) مثل اصطلاحات الفقهاء كالنقض والقلب والفرق. انظر: الرازي، المحصول في علم الأصول، ج 1، ص 103.

أن يوضع الاسم في أصل اللغة لمعنى، ثم يكثر الناس استعماله في معنى آخر، يكون مجازاً بالنسبة للمعنى أصل الوجود، حتى يصبح شائعاً فيه، مثل لفظ الغائط في أصل اللغة موضوع للمكان المطمئن من الأرض، ثم كثر استعماله فيما له علاقة به، وهو قضاء الحاجة⁽¹⁾، وذكر الأصوليون عدة فروق بين الحقيقة اللغوية والعرفية أهمها:

- 1- الحقيقة اللغوية هي الأصل، وبكثرة الاستعمال انتقلت إلى حقيقة عرفية.
- 2- الوجود في اللغوية يختلف عنه في العرفية، في الأولى أهل اللغة وضعوا اللفظ بذلك المعنى، ولم يعرف به غيره، أما العرفية فإن أهل العرف لم يضعوا ذلك المعنى وإنما نقلوه بغلبة الاستعمال إلى المعنى الجديد، مثال لفظ القارورة⁽²⁾.

إنَّ غلبة الاستعمال تجعل المعنى الجديد هو المتبادر إلى الذهن عند سماع اللفظ، فيصبح هذا المعنى هو المقصود، وعليه يُحمل الكلام، وتترك به الحقيقة اللغوية، قال السرخسي: "تترك الحقيقة بالاستعمال عرفاً؛ لأنَّ الكلام موضوع للإفهام والمطلوب ما تسبق إليه الأوهام"⁽³⁾، ويقول السمعاني: "وأما أمانة انتقال الاسم، فهو أن يسبق إلى الأفهام عند سماعه معنى غير ما وضع له في الأصل"⁽⁴⁾، وقال البزدوي: "لأنَّ الكلام موضوع لاستعمال الناس وحاجتهم فيصير المجاز باستعمالهم كالحقيقة"⁽⁵⁾، وقال عبدالعزيز البخاري في شرحه لكلام البزدوي: "لأنَّ الكلام موضوع للإفهام والمطلوب ما يسبق إليه الأفهام فإذا تعارف الناس استعماله لشيء عيناً كان بحكم الاستعمال كالحقيقة فيه"⁽⁶⁾، وقال ابن فرحون: "معنى العادة في اللفظ: أن يغلب إطلاق لفظ واستعماله في معنى، حتَّى يصير هو المتبادر إلى الذهن عند الإطلاق مع أن اللغة لا تقتضيه، فهذا هو معنى العادة في اللفظ وهو الحقيقة العرفية، وهو المجاز الراجح في الأغلب،

(1) الغزالي، المستصفى، ص338. و الرازي، المحصول في علم الأصول، ج1، ص102. و السبكي، الإبهاج، ج1، ص210.

(2) الزركشي، المرجع السابق، ج1، ص514-515.

(3) السرخسي، أصول السرخسي، ج1، ص190.

(4) السمعاني، القواطع في أصول الفقه، ج1، ص420.

(5) عبدالعزيز البخاري، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام البزدوي، ج2، ص142.

(6) عبدالعزيز البخاري، المرجع السابق، ج2، ص142.

وهو معنى قول الفقهاء: إنَّ العُرف يُقدّم على اللغة عند التعارض⁽¹⁾، وهذا المعنى العُرفي الجديد له من القوة ما للمعنى الموضوع ابتداءً في أصل اللغة، نقل الزركشي عن القاضي عبدالوهاب قوله: "إنَّ العُرف بغلبة الاستعمال يقوم مقام ابتداء المواضع، فإذا اختص ابتداء المواضع بأهلها فكذلك العُرف"⁽²⁾، ومع أنَّ الحقيقة العُرفية مثل الحقيقة اللُغوية إلاَّ أنَّه عند التعارض تُقدّم الحقيقة العُرفية، يقول القرافي: "النقل العُرفي يقدّم على موضوع اللغة؛ لأنَّه ناسخ للغة، والناسخ يقدّم على المنسوخ، فهذا هو معنى قولنا: إنَّ الحقائق العُرفية مقدمة على الحقائق اللُغوية"⁽³⁾، وهذا ما عبّر عنه السالمي بقوله: "وكذلك إذا تعارضت الحقيقة العُرفية والحقيقة اللُغوية، فالمقدم منهما الحقيقة العُرفية"⁽⁴⁾.

إذا كانت الحقيقة تنقسم إلى لغوية وشرعية وعرفية فكذلك المجاز ينقسم إلى لغوي وشرعي وعرفي⁽⁵⁾، وإذا كان العُرف ينقل اللفظ من الحقيقة إلى المجاز بكثرة الاستعمال، فإنَّه كذلك ينقل اللفظ من الحقيقة إلى المجاز بقلة الاستعمال، يقول أبو الخطاب الحنبلي: "والحقيقة قد يجوز أن تصير حقيقة بالشرع أو العُرف مجازاً فيما كانت فيه"⁽⁶⁾، وهذا ما قاله الرزي: "الحقيقة إذا قلَّ استعمالها صارت مجازاً عرفياً"⁽⁷⁾، وجاء في التلويح: "الحقيقة إذا قلَّ استعمالها صارت مجازاً"⁽⁸⁾، فالحقيقة اللُغوية التي نقلت إلى حقيقة عرفية أصبحت مجازاً عرفياً، ولا يُصار إليها إلاَّ بقريئة⁽⁹⁾، يقول الزرقا: "لأنَّ العُرف اللفظي يجعل المعنى المتعارف حقيقةً عرفيةً، وهي مقدّمة على الحقيقة اللُغوية التي أصبحت هي بالنسبة إلى الحقيقة العُرفية مجازاً يحتاج إلى قريئة"⁽¹⁰⁾،

(1) ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج2، ص74.

(2) الزركشي، البحر المحيط، ج1، ص516.

(3) القرافي، الفروق، ج1، ص316-317.

(4) السالمي، طلعة الشمس، ج1، ص380.

(5) الزركشي، المرجع السابق، ج1، ص536.

(6) أبو الخطاب محفوظ بن أحمد، التمهيد في أصول الفقه، ص248.

(7) الرازي، المحصول، ج1، ص130.

(8) التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج1، ص131.

(9) القرالة، أحمد ياسين، المبادئ اللغوية في أصول الفقه، ط1، دار جليس الزمان، عمّان، الأردن، 2004م، ص146.

(10) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص914.

وعليه يجب حمل الحقيقة اللغوية على مجازها إذا غلب استعمالها في العرف بغير ما وضعت له⁽¹⁾، كما أنّ كلام الناس وألفاظهم في تعاملاتهم يجب أن تُحمل على لغتهم وعرفهم لأنّه هو المعبر عن قصدهم، وإن خالف أصل اللغة؛ لأنّها انتقلت بالعرف اللفظي، يقول الزقا: " كلّ متكلم يحمل كلامه على لغته وعرفه وإن خالفت المعاني الحقيقية التي وضع لها اللفظ في أصل اللغة؛ ذلك لأنّ العرف الطارئ قد نقل تلك الألفاظ إلى معاني أخرى صارت هي الحقيقة العرفية المقصودة باللفظ، في مقابل الحقيقة اللغوية. فلو صُرف كلام المتكلم إلى حقيقته اللغوية دون العرفية التي هي في معناه في عرف المتكلم لترتب عليه إلزام المتكلم في عقودهِ وإقرارهِ وحلفهِ وطلاقهِ وسائر تصرفاته القولية بما لا يعنيه هو ولا يفهمه الناس من كلامه⁽²⁾".

المطلب الثالث: العرف المفسر للعقد.

الفرع الأول: تعريف تفسير العقد.

قبلا لحد يثعنم عن تفسير العقد لا بدّ من تعريف العقد في الفقه الإسلامي والقانون.

العقد في الفقه: كما عرفها بنعابدين بقوله: "مجموع إيجاب أحد

المتكلمين معقبولا لآخر أو كلاما لواحد القائم مقامهما⁽³⁾".

والعقد في القانون: نصت المادة (66) من قانون المعاملات المدنية العماني "العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول، وتوافقهما

لوجهيبتأثره في المعقود عليه⁽⁴⁾".

تفسير العقد في الفقه الإسلامي بأنه: "بيان المعاني والمقاصد التي قصد المتعاقدان إلى تحقيقها من إصدار

الإيجاب والقبول بدليل⁽⁵⁾"، أمّا تفسير العقد في القانون: فعرفه عبد الحكيم فوده بقوله:

(1) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص234.

(2) الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص880.

(3) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، ص3.

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29، المادة 66.

(5) سوزان عبد الحميد حسين، رسالة ماجستير بعنوان "تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي"، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، 2006، ص22.

"تلك العملية الذهنية التي يقوم بها المفسر، بسبب ما اعترى العقد من غموض، للوقوف على الإرادة الحقيقية المشتركة للطرفين المتعاقدين، مستنداً في ذلك إلى صلب العقد، والعناصر الخارجة عنه والمرتبطة به"⁽¹⁾، وعرفته المذكرة الإيضاحية بأنه: " استخلاص النية المشتركة للمتعاقدين"⁽²⁾.

الفرع الثاني: الفرق بين العرف المفسر للقانون والعرف المفسر للعقد.

إن تفسير العقد في الغالب يحتاج إلى تفسير القانون، إلا أن هذا لا يلغي وجود فوارق بين تفسير القانون وتفسير العقد ومن أهمها:

أولاً: من حيث الأثر، فالقانون يسري على جميع أفراد المجتمع أو الطائفة التي يستهدفها القانون، أما الأثر القانوني للعقد فيسري على المتعاقدين أو على الغير من له مصلحة.

ثانياً: من حيث التعبير عن الإرادة، فالقانون تعبير عن إرادة الشارع في الدائرة التي يحصل فيها التناقض فالفرد يمكن أن يتولى ماله من حق في حدودها، أما العقد فإنه تعبير عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين في أمر معين محدود.

ثالثاً: من حيث معرفة الإرادة، من الصعوبة التعرف على حقيقة مراد الشارع فيما وضع من النص؛ لتعدد الجهات في السلطة التشريعية، أما في العقد فيعرف المتعاقدان وبالتالي يسهل معرفة حقيقة إرادتهما.

رابعاً: من حيث الاستقرار، القانون يسري لمدة طويلة، فالمحاكم يمكنها أن تستقر على تفسير في ما غمض من نصوص القانون، أما في تفسير العقد يكاد من المستحيل الاستقرار على تفسير معين؛ لاختلاف الأوضاع والأحوال والألفاظ على مرور الوقت وطول الأيام.

(1) فودة، عبد الحكم، تفسير العقد في القانون المدني المصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985م، ص11.
(2) المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ج1، ص254.

خامساً: من حيث رقابة المحكمة العليا، تفسير القانون هي مسألة قانون لذلك تخضع لرقابة المحكمة العليا، أما تفسير العقد فهي مسألة واقع يكون الفصل فيها لقاضي الموضوع⁽¹⁾.

الفرع الثالث: متى يكون العرف مفسراً للعقد؟.

إنَّ الألفاظ التي يتلفظ بها الناس في معاملاتهم وتصرفاتهم الهدف منها التعبير عن مقاصدهم وغاياتهم التي يريدونها؛ وهذا ما أكدته القاعدة الفقهية: "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"⁽²⁾، ودلت عليه عبارات الفقهاء، يقول ابن القيم: "إنَّ الله تعالى وضع الألفاظ بين عبادته تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم، فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه، ورتب على تلك الإيرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ، ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة أو فعل أو قول، ولا على مجرد اللفاظ، مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً... فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم"⁽³⁾، كما أنَّ التعبير عن المقاصد قد تختلف بحسب اختلاف الأمم وأحوالها، يقول الشاطبي: "ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد، فتتصرف العبارة عن معنى إلى عبارة أخرى، إمَّا بحسب اختلاف الأمم مع غيرها، أو بالنسبة إلى الأمة الواحدة، كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم"⁽⁴⁾؛ لذلك كان على المفتي أو المفسر أو القاضي، أن يبذل الجهد في سبيل التوصل إلى قصد المتكلم، وأن يستحضر جميع القرائن والدلالات التي تساعد في ذلك دون الوقوف على ظاهر اللفظ؛ لأنَّ صحة العقود والتصرفات متوقفة على مراد المتكلم وقصده⁽⁵⁾، يقول ابن القيم: "إنَّ القصد روح العقد ومصحَّحه ومبطله، فاعتبار القصد في العقود أولى من اعتبار الألفاظ، فإنَّ الألفاظ مقصودة لغيرها، ومقاصد العقود هي التي تراد لأجلها"⁽⁶⁾.

(1) عبد الحميد الشواربي، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، د ط، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988م، ص 46-

47. و حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج 1، ص 580.

(2) مجلة الأحكام العدلية، المادة، 3، ص 11، والقانون المدني الأردني، رقم 1976/43، المادة، 214.

(3) ابن القيم، إعلام الموقعين، ص 541.

(4) الشاطبي، الموافقات، ج 2، ص 216.

(5) د. القرالة، وظائف العرف في التشريع الإسلامي، ص 197.

(6) ابن القيم، إعلام الموقعين، ص 535.

والوقوف على مجرد الألفاظ في العقود، والتصرفات فيه ضرر كبير على الناس، وتحميلهم ما لم يقصدوه ويرتضوه، وفيه إهمال لإرادتهم، يقول الزرقا: " فلوضر فكلما ما متكلما بالحقيقته اللغوية دون العرفية التيهيفي معناه في عرف المتكلم؛ لترتب عليها لزما ما متكلما في عقود هو إقراره وحلفه وطلاقه وسائر تصرفاتها القولية بما لا يعنيه هو ولا يفهمها الناس من كلامه"⁽¹⁾.

ويعتبر العرف من أهم الوسائل التي قد يستعين بها المفسر أو القاضي لمعرفة مقصود المتكلم في تصرفاته ومعاملاته، لما للعرف من قدرة على بيان معاني ومقاصد الناس من ألفاظهم، وعليه يجب حمل ألفاظهم على مقاصدهم في جميع تصرفاتهم، وهذا ما أكدته عبارة الفقهاء يقول ابن عابدين: "إن لفظ الواقف والحالف وكل عاقد يحمل على عادته ولغته، وافقت لغة العرب أم لا"⁽²⁾، وهذا ما عبر عنه السالمي بقوله: " واعتبار العرف عندي أرجح، إذ لكل قوم ما اصطاحوا عليه، وأن اللغات تختلف، ويحكم على كل فريق بما يقتضيه لسانهم من إقرار ووصية وعطية وتزويج وتطليق وبيع وشراء وغير ذلك من المعاني التي يشترط فيها العربية، فكذلك العرف إذا لم يتبادر في الأذهان غيره، وإن كان العلماء يوجهونه إلى وجوه، فإن العوام لا يحضرها ذلك، والمحكوم عليه كلام العامة لا توجيه العلماء"⁽³⁾، وقد اتفق الفقهاء من (الحنفية⁽⁴⁾، والمالكية⁽⁵⁾، والشافعية⁽⁶⁾، والحنابلة⁽⁷⁾، والإباضية⁽⁸⁾)، على أن العرف القولي والعملي يخص ألفاظ الناس ويقيّد مطلقها، وخالف الزيبي⁽⁹⁾

(1) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص880.

(2) ابن عابدين، رسالة نشر العرف، ص253.

(3) السالمي، عبد الله بن حميد، (ت: 1332هـ—)، العقد الثمين، ط1، (تحقيق: سالم بن حمد بن سليمان الحارثي)، ج3، مكتبة الضامري، سلطنة عمان، 1413هـ/1993م، ص، 179، 180.

(4) ابن عابدين، المرجع السابق، ص48.

(5) عليش، محمد بن أحمد بن محمد أبو عبد الله المالكي (ت: 1299هـ—)، منح الجليل شرح مختصر خليل، د. ط، ج3، دار الفكر - بيروت، 1409هـ/1989م، ص50.

(6) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص225.

(7) ابن رجب، القواعد الفقهية، ص336.

(8) ابن بركة، الجامع، ج2، ص89. واطفيش، محمد بن يوسف، (ت: 1332هـ—)، شرح النيل وشفاء العليل، ط2، ج9، مكتبة الإرشاد، جدة، 1405هـ/1985، ص352، 353.

(9) الزيبي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، ج2، ص135.

من الحنفية، والقرافي⁽¹⁾ من المالكية، والزرکشي⁽²⁾ من الشافعية قول الجمهور في العرف العملي، وقالوا بأنه لا يصلح لتخصيص وتقييد ألفاظ الناس.

واعتبار العرف في تفسير ألفاظ الناس، أخذ به القانون المدني الأردني في المادة، (239)⁽³⁾، وقانون المعاملات المدنية العماني، في المادة، (165) حيث نصت على: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يعدل عنها بحجة تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين، أما إذا كان في عبارة العقد غموض فيجب تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، ويستهدى في ذلك بطبيعة التعامل وبالعرف الجاري وبما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بين المتعاقدين"⁽⁴⁾.

المطلب الرابع: الأشياء التي اعتبر فيها العرف مفسراً للعقد

الفرع الأول: دفع العربون:

العربون في الفقه: أنيد فعالمشتر يبعض الثمن، فإناً تمّ العقد اعتبر من ثمن المبيع، وإن ترا جعل ميعد له شيئاً مما دفع، وجوز الحنابلة وبعض المالكية، بيع العربون لتعارف الناس عليه، ولحاجتهم إليه ومنعها لجمهور لأنها كلما لا تناسب الباطل⁽⁵⁾.

العربون

في القانون: عرفها السنهوري تعريفاً قريباً من ذلك حيث قال: "أنيد فعاً أحد المتعاقدين بئلا آخر عند إبرام العقد مبلغاً مالمال يكون دة من النقد"⁽⁶⁾، والعربون يراد منه إمّا حفظ حق الطرف الآخر في العدول

(1) القرافي، الفروق، ج1، ص318.

(2) الزرکشي، المنتور في القواعد، ج2، ص120.

(3) القانون المدني الأردني، رقم، 63/1976، المادة، 239.

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 29/2013.

(5) ابن رشد، محمد بن أحمد، (ت: 595هـ—)، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، ج4، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، 1434هـ/2013م، ص430. و ابن قدامة، المغني، ج4، ص175، وابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله (ت: 884هـ—)، المبدع في شرح المقنع، ط1، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1418 هـ - 1997م، ص58. اطفيش، شرح النيل، ج8، ص149.

(6) السنهوري، عبد الرزاق أحمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص259.

عن إتمام العقد وعليه دفع مبلغ جزاء تراجمه عن إتمام العقد أو يراد منه تأكيد على إتمام العقد والبت فيه بدفع جزء من الثمن، والحاجة إليه ملحة في هذا العصر وضرورة يجب اعتبارها يقول الزحيلي: "قد أصبحت طريقة البيع بالعربون في عصرنا الحاضر أساساً للارتباطات التجارية التي تتضمننا لتعهد بتعوي ضرر الغير عن التعلل والانتظار"⁽¹⁾، فإذا اتفق المتعاقدان على أن العربون هو لجواز العدول فلكل منهما الحق في العدول بشرط دفع مبلغ العربون، وإن اتفقا على أن العربون لتأكيد العقد والبت فيه فإنه لا يجوز العدول، ويجوز لكل منهما المطالبة بتنفيذ العقد، فإذا لم يكن هناك اتفاق فالمرجع في ذلك للعرف لإظهار القصد، وبيان مراد المتعاقدين من العربون، يقول السنهوري: "أمّا دلالة العربون عند الشك، هل هي للبتات أو لجواز العدول، فأمره يترك للعرف والعادة"⁽²⁾، وبناءً على اختلاف الأعراف اختلفت القوانين العربية في تفسير نية المتعاقدين⁽³⁾، فذهب المدني المصري⁽⁴⁾ والأردني⁽⁵⁾ إلى أن المراد به جواز العدول، يقول السنهوري: "ويفسر هذه النية عند غموضها في ظل العرف الجاري، والظاهر أن العرف في مصر يميز بين البيع والإيجار... أخذ القانون المدني الجديد، حسماً للخلاف والتردد، بدلالة جواز العدول"⁽⁶⁾، وجاء في المذكرة الإيضاحية للقانون الأردني: "ومرد الأمر في ذلك إلى العرف والعادة وقد اختار المشروع نزولاً على العادة والعرف في الأردن أن يكون العربون عند الشك لجواز العدول"⁽⁷⁾، وذهب المدني العراقي وحذا حذوه كل من الإماراتي⁽⁸⁾ والعماني إلى أن العربون يعتبر دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه، وقد نصّ قانون المعاملات المدنية العماني على دور العرف في تفسير وإظهار نية المتعاقدين وقصدتهم، فهو المرجع في تحديد

(1) الزحيلي، وهبة مصطفى، الضرورة الشرعية، ط4، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1418هـ/1997م، ص166-167.
(2) السنهوري، عبد الرزاق بن أحمد، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، د ط، ج2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان: 1998، ص 96.

(3) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، ص259-264.

(4) القانون المدني المصري رقم 131/1948، المادة، 103.

(5) القانون المدني الأردني، رقم 34/1976، المادة، 107.

(6) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج1، ص261.

(7) القضاة، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص102.

(8) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رقم 5/1985، المادة، 148.

ما إذا كان العقد باتاً لا يجوز العدول عنه أو العكس، فالعُرف هو الحَكَم في حالة عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين، جاء في المادة،(84) "يعتبر دفع العربون دليلاً على أن العقد أصبح باتاً لا يجوز العدول عنه، إلا إذا قضى الاتفاق أو العُرف بغير ذلك"⁽¹⁾.

الفرع الثاني: البيع بشرط التجربة:

البيع بشرط التجربة: هو الذي يتم فيه الاتفاق

بين المتعاقدين على أن يكون للمشتري حق تجربة المبيع، للتعرف على صلاحية المبيع ولتأكيد من أن المبيع هو الذي يطلبه⁽²⁾.

تجربة المبيع قد تكون ضرورية في أحيانٍ كثيرةٍ، وذلك للتأكد من سلامة المبيع وصلاحيته للاستخدام، فكثير من المبيعات كالأجهزة الإلكترونية والسيارات وغيرها تحتاج إلى التأكد من صلاحيتها، وذلك بتجربتها لفترة معينة، وقد يتم تجربة السلعة لكي يتعرف المشتري على أنها تناسب حاجياته كالملابس، يتم التأكد من قياساتها، والعُرف له دور كبير في تحديد كثير من السلع التي تقع عليها التجربة وإن لم يتفق المتعاقدين عليها صراحة، يقول السنهوري: "وقد يستقر العُرف في أشياء معينة أن يكون شراؤها معلقاً على شرط التجربة، فيفهم الشرط ضمناً عن طريق العُرف"⁽³⁾، وشرط تجربة المبيع يندرج تحت خيار الشرط⁽⁴⁾، الذي جوزه جمهور الفقهاء⁽⁵⁾، واختلّفوا في المدة فذهب الإمام مالك⁽⁶⁾

(1) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29، المادة، 84.

(2) الزحيلي، وهبة مصطفى، العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون المدني الأردني، ص50.

(3) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، ص131.

(4) عرفه ابن عابدين بقوله: "إن خيار الشرط مركب اضافي صار علماً في اصطلاح الفقهاء على ما يثبت لأحد المتعاقدين من الاختيار بين الإمضاء والفسخ"، ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج5، ص567.

(5) الكاساني، مسعود بن أحمد، (ت: 587)، بدائع الصنائع، ط2، ج5، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1406هـ/1986م، ص270. و ابن رشد، بداية المجتهد، ج5، ص53. و الشريبي، محمد بن أحمد الخطيب، (ت: 977هـ—)، معني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ط1، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ/1994م، ص417. و البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، (ت: 1051هـ—)، كشاف القناع عن متن الإقناع، د. ط، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص208. و اطفيش، شرح النيل، ج9، ص246-252. و الشقصي، خميس بن سعيد بن علي بن مسعود، منهج الطالبين وبلغ الراغبين، ط2، ج14، (تحقيق: سالم بن حمد بن سليمان الحارثي)، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1413هـ/1993م، ص219-222.

(6) الباجي، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، (ت: 474هـ—)، المنتقى شرح الموطأ، ط1، ج5، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ، ص56. و ابن رشد، بداية المجتهد، ج5، ص54.

أنَّ المدة تختلف بقدر الحاجة حسب اختلاف المبيعات، وذهب الإمام أبو حنيفة⁽¹⁾ والإمام الشافعي⁽²⁾، وهو الراجح عند الإباضية⁽³⁾، بأنَّ أكثرها ثلاثة أيام ولا يجوز أكثر من ذلك، وذهب الإمام أحمد⁽⁴⁾ إلى جواز أي مدة اشترطت.

وإذا لم تشترط المدة وكان الخيار مطلقاً، ذهب أبو حنيفة⁽⁵⁾ والشافعي⁽⁶⁾ بعدم الجواز وفساد البيع، وجوزه الإمام مالك⁽⁷⁾ على أن يحدده السلطان بأجلٍ مثله، والعرف قد يقيد المدة المطلقة وذلك بحسب اختلاف السلعة يقول الباجي: "إذا شرط الخيار، ولم يقرر المدة لم يبطل المبيع، وحكم في ذلك بمقدار ما تختبر به تلك السلعة في غالب العادة"⁽⁸⁾.

ونصَّ قانون المعاملات المدنية العماني على جواز البيع بشرط التجربة حيث جاء في المادة (360)⁽⁹⁾: "1 يجوز البيع بشرط التجربة مع الاتفاق على مدة معلومة فإن سكت المتعاقدان، عن تحديدها في العقد حملت على المدة المعتادة. 2) ويلتزم البائع بتمكين المشتري من التجربة"⁽¹⁰⁾.

وقد أخذ قانون المعاملات المدنية العماني بما يخص المدة المطلقة التي لم يتفق عليها المتعاقدان، فإنَّ

الأمر يقيد بالعرف

والعادة بحسب اختلاف المبيع، مثلاً تجربة السيارة تحتاج يوماً أو يومين أو ملامبستحتاً جمدة أقل من ساعة، وتجربة بعض الأدوات تاجاً أكثر من أسبوع مثل الآلات الزراعية،

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص157.

(2) الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج.

(3) اطفيش، المرجع السابق نفسه.

(4) البهوتي، المرجع السابق، ج3، ص202.

(5) الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص157.

(6) الشربيني، المرجع السابق، ص221.

(7) ابن رشد، المرجع السابق، ص55.

(8) الباجي، المرجع السابق، ص57.

(9) وتقبلها المادة (470) مدني أردني، رقم، 1976/63، والمادة (494)، المعاملات المدنية الإماراتي، رقم، 1985/5.

(10) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 92 / 2013.

أما إذا اتفقا المتعاقدان على مدة أطول من ذلك وأكثر يجب عليهما أن يلتزما بما اتفقا عليه وإن كان مخالفاً للعرف والعادة⁽¹⁾، وأرى أن القانون العماني قد وفق في هذا الاختيار نظراً لتغير السلع من حيث إمكان حفظها ونقلها إلى مكان آخر ونظراً لتغير ظروف الشحن والنقل فالتقييد بمدة ثلاثة أيام قد لا يصلح مع كل السلع. ومقدار استعمال المبيع في فترة التجربة هو أمر مطلق ليس له حد معين وفي هذه الحالة يكون العرف والعادة وما جرى عليه استعمال الناس هو المقيّد لهذا الإطلاق، فإذا تجاوز من له شرط التجربة في استعمال سلعة معينة وما جرى عليه العرف في ذلك المبيع أو زاد في الوقت زيادة لا يقصد منها التجربة، كأن يستعمل من أراد شراء السيارة لمدة شهر ويذهب بها مسافات طويلة لا يذهب بمثلها في عرف الناس، فإن لم يتفق مع البائع على ذلك فالبيع لازم وهذا ما ذهب إليه الفقهاء⁽²⁾، وأخذ به قانون المعاملات العماني حيث جاء في المادة (366)⁽³⁾، "لا يجوز للمشتري أن يستعمل المبيع في مدة التجربة إلا بقدر ما تتطلبه التجربة على الوجه المتعارف عليه، فإذا زاد في الاستعمال زيادة لا يُقصد منها التجربة لزم البيع"⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: وقت أداء الثمن:

الثمن في الفقه: هو ما يبذله المشتري من عوض للحصول على المبيع⁽⁵⁾، وفي القانون: الثمن ما يتراضى عليه المتعاقدان وقت البيع سواء كان مطابقاً للقيمة أو ناقصاً أو زائداً عنها⁽⁶⁾. الثمن في البيع المطلق الأصل فيه أن يكون معجلاً عموماً، ويدفع بعد أن يتم العقد قبل أن يفترق المتعاقدان، يقول صاحب الدر المختار: "وصح بثمن حالاً،

-
- (1) الزحيلي، العقود المسماة، ص52. ومحمود جلال حمزة، التبسيط في شرح القانون المدني الأردني، ط1، ج4، جمعية عمال المطابع التعاونية، عمان، الأردن، 1426هـ/2005م، ص56.
 - (2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص270. و البهوتي، كشاف القناع، ج3، ص208. و الزحيلي، العقود المسماة، ص53.
 - (3) وتقابلها المادة(467)، مدني أردني، رقم، 1976/63، والمادة (500)، المعاملات المدنية الإماراتي، رقم، 1985/5..
 - (4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013 /29.
 - (5) وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، ج9، دار السلاسل، الكويت، (1404 - 1427 هـ)، ص26.
 - (6) مجلة الأحكام العدلية، المادة(153)، ص18.

وهو الأصل، ومؤجّل إلى معلوم لئلا يفضي إلى النزاع⁽¹⁾، ولكن هذا العموم قد يخصّص بالعرف إذا لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين، يقول الزرقا: "أمّا التأجيل⁽²⁾ والتقسيت⁽³⁾ فإنّهما لا يثبتان إلا بشرط أو بعرفٍ لأنّ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"⁽⁴⁾، فقد يتعارف الناس على بيع سلعة معينة بثمن مؤجّل لمدة معلومة أو يقسط المبلغ لفترات معينة، وجوّز الفقهاء الحنفية تأجيل الثمن كلّهُ أو بعضه أو تقسيطه إلى وقت معلوم، تخفيفاً وتيسيراً على الناس، ومراعاتاً لأعرافهم وحاجاتهم، وهذا التأجيل لا بدّ فيه من تحديد مدة معلومة أو متعارف عليها، كأنّ يكون سنةً أو شهراً أو مقسطاً كلّ ثلاثة أسابيع وهكذا⁽⁵⁾.

وأخذ قانون المعاملات المدنية العماني بما ذهب إليه الأحناف وبما جاء في مجلّة الأحكام العدلية في المواد من، (245 — 249)⁽⁶⁾، حيث نصّت المادة (372): "يُستحق الثمن معجلاً ما لم يتفق أو يتعارف على أن يكون مؤجلاً أو مقسطاً لثمن معلوم"⁽⁷⁾.

الفرع الرابع: إيجار الأراضي الزراعية:

الإجارة في الفقه: تملك منفعة مقصودة من العين بعوض⁽⁸⁾، والإجارة في القانون: أن يمكن المؤجر المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدّة معينة لقاء عوض معلوم⁽⁹⁾.

- (1) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج4، ص531.
- (2) التأجيل: تعليق الدين وتأخيره إلى وقت معين. مجلّة الأحكام العدلية، المادة، (156)، ص18.
- (3) التقسيت: تأجيل أداء الدين مفرقاً إلى أوقات متعددة معينة. مجلّة الأحكام العدلية، المادة، (157)، ص18.
- (4) الزرقا، مصطفى أحمد، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق، 1433هـ — 2012م، ص107.
- (5) علي حيدر، درر الحكام، ج1، 207-211. الزحيلي، العقود المسماة، ص60-61.
- (6) مجلّة الأحكام العدلية، ص29.
- (7) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 92 / 2013. وتقبلها المادة (483) من المدني الأردني، رقم 63/1976، والمادة (508) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رقم، 5/1985.
- (8) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص4. وعلي حيدر، درر الحكام، ج1، ص369. و مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي، (ت: 1243هـ—)، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، ط2، ج3، المكتب الإسلامي، 1415هـ — 1994م، ص579.
- (9) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 29/2013، مادة: 516.

جوز الفقهاء⁽¹⁾ إيجار الأراضي الزراعية، كما أنّ القانون أخذ برأي الفقهاء واستمد أحكامه في هذا الباب من المذهب الحنفي، وخاصة ما ذكرته مجلة الأحكام العدلية، في المواد، (19، و426، و454، و603)⁽²⁾، كما أشارت المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني⁽³⁾، ودور العرف في هذا الجانب يكمن في أمرين:

أحدهما: استعمال الأدوات والآلات الزراعية:

الأصلان

إيجار الأرض الزراعية لا يشمل الأدوات والآلات الخاصة بالزراعة كالتي تستخدم في حراثة الأرض وقطف الثمار أو ضخ المياه وغيرها، ولكن إذا كان الاتفاق يشمل تلك الأدوات والآلات فيجب الالتزام به، وعليها أن يقوم بصيانتها والمحافظة عليها، وطريقة استخدام تلك الأدوات وإن كانت مطلقة في العقد فإنها تتقيد باستعمال العرف فيمثل تلك الأدوات وتوعلا لمستأجر أن لا يتعد في استخدامها ما جربه العرف والعادة⁽⁴⁾، وهذا ما نصت عليها المادة، (565) من قانون المعاملات المدنية العماني: "1 إذا استأجر شخصاً لأرض للزراعة شمالاً لإيجار جميع حقوقها ولا تدخل الآلات الزراعية وما لا يتصل بالأرض اتصا لقرار الإلصاق. 2 إذا تناول العقد إيجار الأدوات والآلات الزراعية وغيرها وجب على المستأجر أن يتعهد بها بالصيانة وأن يستعملها طبقاً للمألوف"⁽⁵⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص175. و ابن عابدين، رد المختار، ج6، ص29. وابن رشد، بداية المجتهد، ج5، ص93. وابن المنذر، محمد بن ابراهيم النيسابوري، (ت:319هـ—)، الإشراف على مذاهب العلماء، ط1، تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد، ج6، 1425هـ/2004م، ص263. وابن قدامة، المغني، ج5، ص362. و اطفيش، شرح النيل، ج10، ص257-263.

(2) علي حيدر، درر الحكم، ج1، ص31 و ص414 و ص458 و ص633.

(3) القضاة، المذكرات الإيضاحية، ص526.

(4) الفضلي، جعفر محمد، الوجيز في العقود المدنية، ط4، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1437هـ/2016م، ص320.

(5) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 92/2013. وتقابلها المادة (715) من المدني الأردني، رقم 63/1976، والمادة (801) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رقم، 1985/5.

وثانيهما: التزامات المستأجر في الأرض الزراعية:

إذا كان الاتفاق في العقد على مطلق الحرية للتصرف في الأرض الزراعية فله أن يزرعها بما شاء من محاصيل صيفية أو شتوية ولكن لا بد عليه أن يتقيّد بالعرف وما هو مألوف في استغلال الأرض بحيث لا يحدث ضرراً أو أثراً يجعل من الأرض غير صالحة للزراعة أو ألا يتمكن من يأتي بعده من الاستفادة منها على الوجه المعتاد، وإلا اعتبر متعدياً، فلا ضرر ولا ضرار في الإسلام⁽¹⁾، وقانون المعاملات المدنية العماني أخذ بتلك الأحكام متأثراً بما جاء في مجلة الأحكام العدلية⁽²⁾، و نص على هذه الأحكام في المادة (568): "على المستأجر أن يستغل الأرض الزراعية وفقاً لاستغلال المألوف وعليه أن يعمل على أن تبقى الأرض صالحة للإنتاج وليس له أن يغير في طريقة الانتفاع بها تغييراً يمتد أثره إلى ما بعد انقضاء الإيجار"⁽³⁾

الفرع الخامس: مدة المساقاة:

المساقاة في الفقه: هو عقد بين مالك الشجر أو الزرع والعامل على أن يقوم العامل بخدمة الشجر أو الزرع مدة معلومة، مقابل جزء معلوم من غلته⁽⁴⁾، وفي القانون: أخذ المشرع العماني بتعريف الفقهاء، وذلك في المادة (585) من قانون المعاملات المدنية العماني⁽⁵⁾.

(1) علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص 31 و ص414 و ص633. والسنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، ص519. والعبودي، عباس، شرح أحكام العقود المسماة، ط3، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1435هـ/2014م، ص343.

(2) مجلة الأحكام العدلية، المادة، 19 و 525 و 603. ص11 و 58 و 66.

(3) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 92 / 2013. وتقبلها المادة (613) مدني مصري، رقم، 131/1948، والمادة (804) مدني عراقي، رقم، 40/1951 و المادة (718) من المدني الأردني، رقم، 63/1976 والمادة (804) القانون الإماراتي، رقم، 5/1985.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص185. ابن قدامة، المغني، ج5، ص290. واطفيش، شرح النيل، ج10، ص65.

(5) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 29/2013.

جوّز جمهور الفقهاء⁽¹⁾ عدا أبو حنيفة⁽²⁾، عقد المساقاة، واشتروا فيه معلومية الأجرة كنصف الثمر أو رבעه أو ثلثه، و تحديد مدة معلومة، كوقت الحصاد أو الجذاذ أو غيرها من الدورات الزراعية، وإذا لم تُذكر المدة فإنّه تنصرف إلى أول غلة تحصل في سنة العقد، بشرط عدم وجود عرف فإذا كان هناك عرف يكون العرف هو المفسر والمبين للمدة، وتحمل مطلق المدة على ما جرى به عرف الاستعمال⁽³⁾.

وأخذ قانون المعاملات المدنية العماني برأي الفقهاء في الرجوع إلى العرف إذا لم يحدد الطرفان وقت المساقاة وبالتالي العرف هو من يقيد المدة المطلقة ويكشف عن هذه المدة حسب ما تعارف عليه الناس، وإذا لم يوجد عرف في ذلك تنصرف إلى أول غلة، كما صرحت المادة (586) جاء في الفقرة الأولى منها: "إذا لم تبين في العقد مدة للمساقاة تنصرف إلى أول غلة في سنة العقد ما لم يجر العرف على غير ذلك"⁽⁴⁾.

(1) مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي، (ت: 179هـ—)، المدونة، ط1، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ/1994م، ص562. و الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص185. و ابن رشد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: 520هـ—)، المقدمات الممهّدات، ط1، ج2 دار الغرب الإسلامي، 1408 هـ - 1988 م، ص548. والشافعي، محمد بن إدريس بن العباس، (ت: 204هـ—)، الأم، د. ط، ج4، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1410هـ— - 1990م، ص11. =الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد، (ت: 450هـ—)، الحاوي الكبير، ط1، (تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود)، ج7، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1419 هـ - 1999 م، ص357. ابن قدامة، المرجع السابق، ج5، ص290. و العبادي، علي بن محمد الحدادي الزبيدي، (ت: 800هـ—)، الجوهرة النيرة على مختصر القدوري، ط1، ج1، المطبعة الخيرية، 1322هـ—، ص373. و ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري (ت: 456هـ—)، المحلى بالآثار، د. ط، ج7، دار الفكر - بيروت، لبنان، ص67. واطفيش، المرجع السابق، ج10، ص66.

(2) الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص185.

(3) مالك، المدونة، ج3، ص570. و الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص186. و ابن رشد، المرجع السابق، ج2، ص553. الماوردي، المرجع السابق، ج7، ص362. و ابن قدامة، المرجع السابق، ج5، ص306. و اطفيش، المرجع السابق، ج10، ص69. و العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، ص354.

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة، (739) مدني أردني، رقم، 1976/63.

الفرع السادس: مدة الإعارة:

الإعارة في الفقه: تملك منفعة بغير عوض، لمدة معينة أو لغرض معين، مع ردها بعد الاستعمال، فالحنفية والمالكية قالوا بتمليك المنفعة، والشافعية والحنابلة قالوا بأنها إباحة المنفعة⁽¹⁾، والقول بأنها تملك المنفعة هو ما أخذ به المشرع العماني، حيث عرفت المادة،(607): الإعارة بأنها: "تمليك الغير منفعة شيء بغير عوض لمدة معينة على أن يرده بعدها"⁽²⁾.

والمدة في الإعارة قد تكون مطلقة، بحيث لا يحدّد الطرفان وقتاً معيناً لرد العارية، وقد تكون مقيدة بزمن معين في العقد كأن تكون يوم أو أسبوع، وإذا لم يكن هناك اتفاق على مدة معينة فإنه ينظر إلى العرف؛ فإنّ العرف يقيد مدّة العاريّة المطلقة، كأن يتعارف الناس على أنّ مدة إعارة فستان الزفاف مثلاً إلى يومين بعد العرس، فإنّ على المستعير أن يتقيد بالعرف ويرجع الفستان في تلك المدة، وعلى مذهب مالك⁽³⁾ ليس للمعير أن يرجع فيها قبل حلول الأجل سواءً كان الأجل محدد بمدة معينة أو التي قيدها العرف؛ لأنّه عقد لازم، وعليه إذا لحق بالمستعير ضرر عليه تعويضه لقاعدة لا ضرر ولا ضرار، خلافاً لمذهب الجمهور⁽⁴⁾ الذين قالوا بأنّه يصح للمعير أن يرجع متى شاء بشرط أن لا يضر بالمستعير، وكذلك يصحّ أن يرجع المستعير العارية لصاحبها في أي وقت شاء قبل انقضاء الأجل؛ لأنّه عقد غير لازم، لا عوض فيه⁽⁵⁾.

- (1) الزيلعي، تبیین الحقائق، ج5، ص83. والكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص216. الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص313. وابن قدامة، المغني، ج5، ص163.
- (2) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29.
- (3) ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي (ت: 463هـ) الكافي في فقه أهل المدينة، ط2، (تحقيق: محمد محمد أحمد ولد مادريك الموريتاني)، ج2، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1400هـ/1980م، ص810. و ابن رشد، بداية المجتهد، ج5، ص406.
- (4) الكاساني، المرجع السابق، ج6، ص216. والشربيني، المرجع السابق، ج3، ص324. و ابن قدامة، المغني، 170. و اطفيش، شرح النيل، ج12، ص126-127.
- (5) علي حيدر، درر الحكام، ج2، ص361-365. و السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، ص1525. و الزحيلي، العقود المسماة، ص275. و القضاة، المذكرات الإيضاحية، ص543. و نسرين سلامة محاسنة، شرح القانون المدني العقود المسماة، ط1، دار وائل، عمان، الأردن، 2013م، ص66.

وأخذ قانون المعاملات المدنية العماني برأي المالكية حيث نصّت الفقرة الأولى من المادة، (615): "إذا كانت الإعارة مؤقتة بأجل نصاً أو عرفاً فرجع المعير فيها قبل حلول الأجل ولحق المستعير ضرراً بسبب ذلك لزم المعير تعويضه عن ضرره"⁽¹⁾.

الفرع السابع: الانتفاع بالعارية:

الإعارة قد تكون مطلقة بحيث لا تحدّد باستعمال معين أو في مكانٍ أو زمانٍ معينٍ أو شخصٍ معينٍ، فقد يستعير شخص من آخر سيارة ولم يشترط عليه أن يستعملها بنفسه أو يذهب بها مكاناً معيناً فقط، أو مسافةً معينةً، وقد تكون مقيّدة في العقد باستعمال معين أو في زمن أو مكان معينين وشخص معين، كأن يعيره أرضاً ليزرع فيها العدس، وقد تكون العارية غير مقيّدة في العقد إلا أن عرف الاستعمال قيدها بنوعٍ من الاستعمال أو بمكان معين، فمثلاً لو استعارت امرأة ذهباً فليس لها أن تلبسه وتذهب به إلى السوق لأنّ العرف أنّ الذهب يُستعار للمناسبات والحفلات فلا بدّ أن يتقيد مطلق العارية بالعرف، فالمعروف عرفاً كامشروط شرطاً⁽²⁾.

وأخذ المشرّع العماني برأي الفقهاء في هذه المسألة حيث نص في الفقرة الأولى من المادة، (618)، على ما يلي: " للمستعير أن ينتفع بالعارية على الوجه المعتاد في الإعارة المطلقة التي لم تقيد بزمن أو مكان أو بنوع من الانتفاع"⁽³⁾.

الفرع الثامن: الآلات والأدوات في عقد المقاولة:

مصطلحالمقاولة مصطلح حديث، ظهر بعد اتساع مجالات العمل، وكثرة الصناعات، هذا ما ذكرته المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، حيث نصّت على ما يلي: "

(1)قانون المعاملات المدنية العماني، المرجع السابق. وتقابلها المادة، (636)، مدني مصري، رقم، 1948/131.

والمادة، (769)، مدني أردني، رقم، 1976/63. والمادة، (854) معاملات مدنية إماراتي، رقم، 1985/5.

(2) الكاساني، بدائع الصنائع، ج6، ص215. و ابن عبد البر، الكافي في فقه أهل المدينة، ج2، ص809. و الشربيني، مغني المحتاج، ج3، ص 321-323. وابن قدامة، المغني، ج5، ص 167-173. واطفيش، شرح النيل، ج12، ص121-125. و علي حيدر، درر الحكام، ج2، ص335. والسنيهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج6، ص1538. و الزحيلي، العقود المسماة، ص278.

(3)قانون المعاملات المدنية العماني، 2013/29. وتقابلها المادة، (639)، مدني مصري، رقم، 1948/131. والمادة، (772)،

مدني أردني، رقم، 1976/63. والمادة، (863) معاملات مدنية إماراتي، رقم، 1985/5.

اتسع ميدان العمل والصناعة واتجه الناس إلى رفع شأن العامل، والإعراض عن تسمية الواحد من أصحاب المهنة بالأجير، وجرى العرف بينهم على اصطلاح عقد المقاولة عوضاً عن عقد الاستصناع⁽¹⁾ الذي كان الفقهاء⁽²⁾ يستعملونه⁽³⁾.

فوضع مجمع اللغة العربية المصري تعريفاً للمقاولة: اتفاق بين طرفين يتعهد أحدهما بأن يقوم لآخر بعملٍ معين بأجر محدود في مدة معينة⁽⁴⁾، وعرفه القانون العماني في المادة، (626): "المقاولة عقد يلتزم بمقتضاه المقاول، بصنع شيء أو أداء عمل لقاء أجر"⁽⁵⁾.

قد يتم الاتفاق بين المقاول وصاحب العمل بخصوص المواد، بحيث يوقرهما المقاول، وقد يتفق على جزءٍ منها يأتي به المقاول والجزء الآخر يأتي به صاحب العمل، وقد يوفر صاحب العمل كل المواد وعلى المقاول العمل فقط سواءً قام بالعمل بنفسه أو عن طريق عمال آخرين ويكون عليه الإشراف، وكون صاحب العمل يوفر كل المواد، لا يعني أن المقاول ليس عليه شيء، فكل الأدوات والآلات التي يحتاجها العمل، كالأخشاب وعربات نقل مواد البناء وخلطة الإسمنت في البناء، وأدوات الجراحة كالمقص ومواد التعقيم وغيرها في مهنة الطب، جميع ذلك يوفره المقاول على نفقته، ولكن قد يخصص العرف بعض الأدوات في بعض المهنة

-
- (1) عرفه الحنفية: هو عقد على مبيع في الزمة وشرط عمله على الصانع. انظر: السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، (ت: نحو 540هـ)، تحفة الفقهاء، ط2، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1414 هـ - 1994 م، ص362. و الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص2.
 - (2) جوز فقهاء الحنفية عقد الاستصناع، استحساناً لتعارف الناس وتعاملهم به وحاجتهم إليه. انظر، السمرقندي، تحفة الفقهاء، ج2، ص363. و الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص2.
 - (3) القضاة، المذكرات الإيضاحية، ص547.
 - (4) إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار، المعجم الوسيط، د. ط، تحقيق: مجمع اللغة العربية، ج2، دار الدعوة، د. ت، ص767. مادة: قول.
 - (5) قانون المعاملات المدنية العماني، 2013/29.

بأن تكون نفقتها على صاحب العمل، كمعدات تسوية الأرض وقصّ التربة، فإنّ نفقة استئجارها تكون على صاحب العمل كما جرى العرف في عُمان، وعليه يجب العمل بمقتضى عرف الناس وما جرت به عادتهم في مثل هذه الأحوال، إذا لم يكن هناك اتفاق بخلافه⁽¹⁾.

وهذا ما ذهب إليه المشرّع العماني، حيث نصت المادة، (630) : "على المفاوض أن يأتي بما يحتاج إليه من آلات وأدوات إضافية على نفقته ما لم يقضي الاتفاق أو العرف بغير ذلك"⁽²⁾.

الفرع التاسع: زمان دفع الأجر في عقد المقاولة:

الأصل أن يقوم صاحب العمل بدفع الأجر عندما يستلم المعقود عليه من المفاوض، ولكن قد يتفق صاحب العمل على طريقة معينة في الدفع كأن يدفع له مقدماً عند بداية العمل جزء من الأجر، وبعد الانتهاء من العمل يسلمه باقي الأجر، أو أن يتفق معه على تقسيط المبلغ حسب مراحل العمل، وغيرها من طرق الوفاء حسب اتفاق المتعاقدين، فإذا لم يوجد اتفاق فإنّ العرف يفسر ويبين زمان الوفاء بالأجر، وذلك حسب ما جرى به العرف في مثل تلك المهنة، مثال: في عُمان يقوم صاحب العمل بدفع مقدم للمفاوض قبل البدء في بناء المنزل، ثم يدفع باقي الأجر مقسماً حسب مراحل العمل ويبقى مبلغ من الأجر يدفع بعد تسليم المنزل، فهذه الأعراف يجب أن تراعى حسب كلّ مهنة إن وجد عرف ولم يكن هناك اتفاق بخلافه⁽³⁾.

(1) علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص385-387. و السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، ص66. و الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ص371. والسرحان، عدنان إبراهيم، شرح القانون المدني العقود المسماة، ط5، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1434هـ- 2013م، ص49-50.

(2) قانون المعاملات المدنية العماني، 2013/29. وتقابلها المادة، (649)، مدني مصري، رقم، 1948/131. والمادة، (784)، مدني أردني، رقم، 1976/63. والمادة، (876) معاملات مدنية إماراتي، رقم، 1985/5.

(3) علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص475. و السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج7، ص198. و الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ص371. والسرحان، شرح القانون المدني العقود المسماة، ص96.

وهذا ما أخذ به المشرع العماني، فنصت المادة، (639)، على أن: " يلتزم صاحب العمل بالوفاء بالأجر عند تسليم المعقود عليه إلا إذا نصّ الاتفاق أو جرى العرف على غير ذلك"⁽¹⁾.

الفرع العاشر: كسوة العامل في عقد العمل:

عرفقانونالمعاملاتالمدنيةالعماني عقدالعمل:هو عقد يلتزمأحد طرفيه بأن يقوم بعمل
لمصلحة الآخر تحت إشرافه وإدارته لقاء أجر⁽²⁾.

جوز الفقهاء كسوة الأجير ونفقته وسكنه بأن تكون على صاحب العمل، وقد جرت العادة بذلك في بعض الأعمال، والأصل أن كسوة العامل وإطعامه وسكنه عليه، وهو من مستلزماته وحاجاته فعليه توفيرها لنفسه، ولكن قد يخصص هذا الأمر بالعرف فقد يجري في عرف الناس وعاداتهم أن بعض الأعمال تكون فيها كسوة العامل من ملابس وأحذية وفراش، وطعامه وتوفير سكن له، كل ذلك على صاحب العمل، كما هو العرف في عمان بالنسبة لعمال المزارع حيث يقوم في العادة صاحب المزرعة بتوفير السكن والطعام والملابس وغيرها؛ ممّا يحتاجه عامل المزرعة، كما أن بعض الأعمال تقتضي بطبيعتها، توفير السكن والطعام للعامل وذلك للضرورة، مثل ما جرى عليه العرف في شركات النفط التي تعمل في الصحراء بعيدة عن المدن، فتقوم بتوفير السكن والطعام والملابس والأحذية الخاصة بالعمل⁽³⁾.

وهذا ما ذهب إليه قانون المعاملات المدنية العماني، حيث نصت المادة (666) أن: "على صاحب العمل كسوة العامل وإطعامه وسكنه إذا جرى العرف أو اقتضت طبيعة العمل ذلك"⁽⁴⁾.

(1) قانون المعاملات المدنية العماني، 2013/29. وتقابلها المادة، (656)، مدني مصري، رقم، 1948/131. والمادة، (793)،

مدني أردني، رقم، 1976/63. والمادة، (885) معاملات مدنية إماراتي، رقم، 1985/5.

(2) قانون المعاملات المدنية العماني، 2013/29. المادة: (651).

(3) ابن قدامة، المغني، ج5، ص364. والبهوتي، كشاف القناع، ج3، ص552. و علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص603-604.

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، 2013/29. 1948. وتقابلها، المادة، (824)، مدني أردني، رقم، 1976/63. والمادة،

(915) معاملات مدنية إماراتي، رقم، 1985/5.

المطلب الخامس: قواعد العرف المفسر

تمهيد:

عرّف الجرجاني القاعدة بقوله: "هي قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها"⁽¹⁾، والقواعد الفقهية باعتبارها مركّباً وصفيّاً، اختلف في تعريفها لوجود مستثنيات، فمن اعتبر أنّ المستثنيات لا تُخلُّ عرفها بقوله⁽²⁾: قضية فقهية كلية منطبقة على جميع جزئياتها، ولهذه القواعد أهمية كبرى في الفقه، ومعرفتها أمرٌ مهمٌ للفقيه، يقول القرافي في بيان أهميتها: "والقسم الثاني: قواعد كلية فقهية جليلة كثيرة العدد عظيمة المدد مشتملة على أسرار الشرع... وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف، ويظهر رونق الفقه ويُعرف، وتتضح مناهج الفتاوى وتُكشف"⁽³⁾، وقال ابن رجب في مقدمة كتابه القواعد الفقهية: "فهذه قواعد مهمة وفوائد جمّة، تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلّعه من مآخذ الفقه على ما كان قد نغيب، وتنظّم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كلّ متباعد"⁽⁴⁾، ولقد اعتنى الفقهاء بالقواعد الفقهية، فدوّنوا تلك القواعد في مؤلفات مستقلة، تحت مسمّيات مختلفة كالأشباه والنظائر والفروق والقواعد الكبرى، والقواعد الفقهية كما هو دارج تسميتها الآن.

ورد في موضوع العرف والعادة، قواعد كثيرة، أهمها قاعدة "العادة محكّمة" والتي اعتبرها الفقهاء من القواعد الست الكبرى⁽⁵⁾، وهذه القاعدة وما تفرع عنها من قواعد لها أهمية كبيرة، فقد يُستعان بها في تفسير العقود وتكميلها ومعرفة معايير الأشياء التي لم يرد ضابط لها، وبعض هذه القواعد كما سنرى يمكن أن يُستعان بها في أكثر عن موضع في التفسير والتكميل والمعيّار.

(1) الجرجاني، التعريفات، ص219.

(2) البرنو، محمد صدقي بن أحمد بن محمد، الوجيز في إيضاح قواعد الفقهية الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1426هـ/1996م، ص 14.

(3) القرافي، الفروق، ج1، ص6.

(4) ابن رجب، القواعد الفقهية، ص7.

(5) والقواعد الست هي: 1- إعمال الكلام أولى من إهماله، 2- المشقة تجلب التيسير، 3- الضرر يزال، 4- اليقين لا يزول بالشك، 5- الأمور بمقاصدها، 6- العادة محكمة. ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، (ت: 970هـ)، الأشباه والنظائر، د ط، (تحقيق: عبد الكريم الفضيلي)، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، لبنان، 1437هـ/2016م، ص129. آل هرموش، محمود مصطفى عبود، القواعد الفقهية الإباضية، ط1، ج1، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عُمان، 1435هـ/2014م، ص81.

الفرع الأول: قاعدة "العادة محكمة"⁽¹⁾.

أولاً: معنى القاعدة: أنَّ العادة تَحْكُمُ الكثير من التصرفات التي لم يرد فيها نصٌّ، أو وردَ لكنه عامٌّ، فتكون هي الحَكْمُ في فضِّ النزاع بين الناس ومقتضاها يَتَّبَتُّ حُكْمٌ شرعيٌّ، والعادة هنا بمعنى العُرف⁽²⁾.

لهذه القاعدة أهمية كبيرة في الفقه الإسلامي، رجع إليها الفقهاء في كثير من المسائل، يقول السيوطي: "اعلم أنَّ اعتبار العُرف والعادة رُجِعَ إليه في الفقه في مسائل لا تُعدُّ كثرة⁽³⁾"، وهي تعبّر عن مكانة العُرف في الشريعة وعلى يُسرِ الإسلام، ومراعاته لمصالح الناس، ورفع الحرج عنهم، وقد يُستعان بها في تفسير مراد المتكلمين من ألفاظهم، وتقييد مطلق تصرفاتهم، فهي الحكم في النزاع بين الناس، حيث تكشف عن مرادهم من أفعالهم وأقوالهم⁽⁴⁾.

ولأهمية هذا القاعدة وبعض القواعد المندرجة تحتها في التشريعات القانونية فقد نصت عليها كثير من القوانين العربية كالعراقي⁽⁵⁾، و الأردني⁽⁶⁾ والإماراتي⁽⁷⁾، والملاحظ أنَّ قانون المعاملات المدنية العماني لم ينصَّ على هذه القاعدة رغم أهميتها.

(1) ابن بركة، الجامع، ج2، ص266. و السبكي، عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي، (ت: 771هـ—)، الأشباه والنظائر، د. ط، (تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد عوض)، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ/2001م، ص50، وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص115، والسيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، ص175، ومجلة الأحكام العدلية، المادة(36)، ص12.

(2) علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص40. أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط10، دار القلم، دمشق، 1433هـ/2012م، ص219.

(3) السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، ص175.

(4) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص1008. والباحسين، يعقوب عبد الوهاب، قاعدة العادة محكمة، ط1، مكتبة الرشد، الرياض، 2002م، ص158.

(5) القانون المدني العراقي، رقم، 1951/40، المادة، 164.

(6) القانون المدني الأردني، رقم 1976/34، المادة، 222.

(7) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رقم 1985/5، المادة، 46.

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية، في مجال التفسير:

- 1- تفسير مراد المتكلمين من ألفاظهم وتصرفاتهم، بحيث تُحمل على العادات والأعراف، ومن ذلك حمل النقود والأثمان في المعاولات على نقد البلد وعملته، فلو اشترى رجل من آخر سيارة واتفقا على أن يكون سعرها ألفين ولم يتفقا على العملة، فإن كانا في عمان يُحمل على الريال العماني، وإن كان في الأردن يُحمل على الدينار الأردني، ومن ذلك أيضاً حمل ألفاظ الودائع والأمانات على حرز المثل الذي جرى العرف والعادة به، فحرز الأشياء النفيسة كالذهب والمجوهرات والنقود يختلف عن حرز الأشياء ذات القيمة المنخفضة، وعليه لو وُضع شخص الوديعة في مكان ظاهر في البيت وكان ثميناً فعليه ضمانه؛ لما جرت به العادة أن الأشياء الثمينة تُحفظ في مكان حصين ومُحكّم بعيداً عن الأنتظار، ويصعبُ وصول اللصوص إليه، وكذلك ألفاظ الواقف والحالف والناذر والموصي، تحمل على ما جرت به العادات والأعراف، فلو حلف لا يأكل لحماً، وكانت عادتهم أكل أنواع معينة من اللحوم ك لحم البقر والماعز فلا يحنت بأكله لحم الضب⁽¹⁾، وهذا ما أكدته المادة (239)⁽²⁾، مدياًردن يويقابلها المادة (165)، المعاملات المدنية العماني، التي نصت على: "إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يُعدّل عنها بحجة تفسيرها، لتعريفها لإرادة المتعاقدين، أما إذا كانت عبارة العقد غموضاً فيجب تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين والوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، ويستهدف بذلك طبيعة التعامل، وبالعرف الجاري، وبما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بين المتعاقدين"⁽³⁾، فقد اعتبر المشرع القانوني العرف وجعلها حكماً في تفسير الألفاظ والتصرفات.
- 2- التوكيل المطلق في البيع والشراء والإجارة وغيرها، تقتيد بما جرى به العرف، فلو وكل شخص آخر ببيع بيته ولم يحدّد الثمن كان على الوكيل أن يبيعه بالثمن المتعارف، وهو ثمن المثل وكذلك في النقد إذا لم يحدّد له فعليه أن يبيعه بنقد البلد، وعملته المتداولة والمعروفة بين الناس، وكذلك في قبض الثمن مؤجلاً أم معجلاً، على الوكيل أن يراعي العرف والعادة في ذلك

(1) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص227. وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص117، والسيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، ص180. وابن رجب، القواعد الفقهية، ص334. ابن عابدين، رسالة نشر العرف، ص253. والسالمي، العقد الثمين، ج3، ص179-180. والباحسين، قاعدة العادة محكمة، ص163.

(2) القانون المدني الأردني، رقم، 63/1976.

(3) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 29/2013.

فإن كان المتعارف قبض الثمن عاجلاً فليس له أن يبيع بثمن مؤجلٍ أو مقسَطٍ⁽¹⁾، وهذا ما نصت عليه المادة (1498) من مجلة الأحكام، "للوكيل المطلق بالبيع أن يبيع مال موكله نقداً أو نسيئةً لمدة معروفة بين التجار في حق ذلك المال، وليس له أن يبيعه لمدة طويلة مخالفة للعرف والعادة"⁽²⁾ وهذا ما أخذ به القانون المدني الأردني⁽³⁾، حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة، (854)، "إذا كان الوكيل بالبيع غير مقيّد بالبيع نقداً فله أن يبيع مال موكله نقداً أو نسيئةً حسب العرف"، وتقابلها الفقرة الأولى من المادة، (946)، الإماراتي⁽⁴⁾، ولم ينصّ قانون المعاملات المدنية العماني على هذه المادة، على الرغم من أهميتها في حلّ كثير من الخلافات والنزاعات التي تقوم بين الموكل والوكيل.

3- الإجارة المطلقة تنقيد بما جرى به العرف واستعمال الناس، فتأجير البيوت والشقق والمحلات والمزارع والسيارات والذهب والأدوات الكهربائية وغيرها ممّا تعارف الناس على تأجيره فإن استعماله والانتفاع به يتقيد بحسب العرف، فلو أستأجر رجل بيتاً ولم يحدّد فيما يستعمله هل للسكنى أم مخزناً لسلع أم ورشة نجارة، هنا يُحتكم إلى العرف فيما يستعمل ذلك البيت⁽⁵⁾، وهذا ما نصّت عليه المادة (545) من قانون المعاملات المدنية العماني: "لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعماله الشيء المؤجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أُعدّ له وعلى نحو ما جرى عليه العرف، فإذا جاوز في الانتفاع حدود الاتفاق أو خالف ما جرى عليه العرف وجب عليه تعويض ما ينجم عن فعله من ضرر"⁽⁶⁾.

-
- (1) ابن بركة، الجامع، ج2، ص293. و ابن عبدالسلام، قواعد الأحكام، ج2، ص225. وابن نجيم، المرجع السابق، ص117. وعلي حيدر، درر الحكام، ج1، ص42. والباحسين، المرجع السابق، ص160.
- (2) مجلة الأحكام العدلية، ص177.
- (3) القانون المدني الأردني، رقم، 63/1976، المادة، 854.
- (4) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رقم 1985/5، المادة، 946.
- (5) ابن عبدالسلام، قواعد الأحكام، ج2، ص227. والسيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، ص178. وعلي حيدر، درر الحكام، ج1، ص548. ويعقوب الباحسين، قاعدة العادة محكمة، ص161.
- (6) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 29/2013. وتقابلها المادة، 693، من قانون المدني الأردني، رقم، 63/1976.

4- الإعارة المطلقة تتقيد بما جرى به العرف في استعمالها، فلو استأجر رجل سيارة فأن يستخدمها في حدود المتعارف، فإن كان مثل تلك السيارة يُستخدم للتنقل فقط فليس له أن يحمل عليها الحيوانات؛ لأنَّ عُرْف الاستعمال قيدها بركوب الناس فقط دون تحميل الحيوانات عليها، ولو استأجرت امرأة من أخرى ذهباً، وجرى العرف أن يستأجر الذهب ليُلبس في الأعراس فليس لها أن تلبسه وهي تعمل في المزرعة أو تذهب به إلى السوق، وهذا ما نصت عليه مجلة الأحكام العدلية في المادة(816): "إذا كانت الإعارة مطلقة أي لم يقيد المعير بزمان أو مكان أو بنوع من أنواع الانتفاع كان للمستعير استعمال العارية في أيِّ مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده لكن يقيد ذلك بالعرف والعادة"⁽¹⁾، وقانون المعاملات المدنيَّة العماني أخذ بذلك حيث نصَّت الفقرة الأولى من المادة (618): "للمستعير أن ينتفع بالعارية على الوجه المعتاد في الإعارة المطلقة، التي لم تقيد بزمن أو مكان أو بنوع من الانتفاع"⁽²⁾.

الفرعالثاني:قاعدة"الحقيقة"⁽³⁾تركبدلالةالعادة"⁽⁴⁾.

أولاً: معنى القاعدة: أنَّ الحقيقة اللُّغويَّة والتي هي الأصل إذا هُجرت وتُرك استعمالها فيما وضعت له واستعملها الناس في معنى آخر، بحيث أصبح ذلك المعنى هو المفهوم لديهم والمتبادر إلى أذهانهم عند سماعه، أصبح ما اعتاده الناس هو الحقيقة بالنسبة لهم، والحقيقة اللُّغويَّة تُصبح مجازاً عندهم لا يُصار إليها إلاً بقريضة، فتُترك الحقيقة ويصار إلى العرف، وعليه تفسر ألفاظ الناس وتصرفاتهم على لغتهم وعرفهم وإن خالفت اللغة العربية⁽⁵⁾، ولم ينصَّ قانون المعاملات العماني على هذه القاعدة ونصَّ القانون المدني الأردني عليها في الفقرة الثالثة من المادة(220)⁽⁶⁾.

(1)مجلة الأحكام العدلية، ص93.

(2)قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29. وتقابلها المادة، 693، من قانون المدني الأردني، رقم، 63 / 1976.

(3) عرفنا الحقيقة وذكرنا أقسامها في المطلب الأول من هذا المبحث. انظر: ص68.

(4) ابن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج2، ص234. نص عليها ابن الهمام في التحرير، انظر: ابن أمير الحاج، التقرير والتحرير، ج1، ص282. و السيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، ص179. والسالمي، طلعة الشمس، ج1، ص380. ومجلة الأحكام العدلية، ص12.

(5) حيدر، درر الحكام، ج1، ص44. و الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص880. و محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط4، ج1، دار الفكر، دمشق، 1434هـ/2013م، ص335. و شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ط4، دار النفائس، الأردن، 1436هـ/2015م، ص253.

(6)القانون المدني الأردني، رقم، 63 / 1976.

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

- 1- ألفاظ الأيمان تنصرف إلى لغة الحالف وعرفه، فلو حلف لا يدخل بيتاً، لا يحنث بدخول المسجد بناءً على عرف الناس لتزكهم تسمية المسجد بالبيت، مع أن المعنى الحقيقي يسمى بيتاً أيضاً، كذلك من حلف لا يأكل بيضاً، فلا يحنث بأكله بيض السمك لأنه مهجور في الاستعمال، وإن كان في اللغة البيض يُطلق على بيض السمك أو الدجاج⁽¹⁾.
- 2- ألفاظ العقود بصيغة الماضي، نحو: بعْتُ، واشترَيْتُ، ووهبْتُ، وأجرْتُ، ينصرف وينعقد العقد بها وإن كانت في الحقيقة اللغوية للماضي، لكن جرى العرف على أن المقصود بها الحاضر⁽²⁾.
- 3- ألفاظ التوكيل تحمل على الحقيقة العرفية، فلو وكل شخص آخر بشراء دابة، فإنه ينصرف إلى ما يُطلق عليه دابة في عرفهم، فإن كان العرف يُطلق الدابة على الفرس؛ ينصرف إليه، وإن كان في أصل اللغة أن الدابة تطلق على كل ما يدب على الأرض، فهي حقيقة مهجورة ومتروكة، وكذلك لو وكل شخص آخر في الخصومة، فإن المقصود في العرف المرافعة وليست الخصومة بمعنى النزاع أو القتال فهذا المعنى متروك عرفاً، وكذلك لو وكله في شراء طعام فإنه ينصرف إلى عرفه فإن كان لفظ الطعام يطلق في العرف على القمح ينصرف إليه دون اللحم مع أن في اللغة يطلق على اللحم أيضاً⁽³⁾.

وبناءً على ما سبق فإن القاضي عليها أن يفسر العبارات الغامضة في

ألفاظ الناس في العقود على أعرافهم وعاداتهم، لا على ما تقتضيهما اللغة، لأن

اللغة قد تكون مهجورة وغير مراد لهم من متكلم، فمن الظلم أن يحمل لفظه على غير مراده، وهذا ما دل عليه المادة (165)⁽⁴⁾، من قانون

المعاملات المدنية، جاء في تفسير العقد، "إذا كان في عبارة العقد غموض فيجب

تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين ودون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ"، والمقصود بالمعنى الحرفي

للألفاظ الوضع اللغوي أو هو الحقيقة اللغوية.

(1) ابن بركة، الجامع، ج2، ص89. و ابن رجب، الفوائد الفقهية، ص334. و ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج3، ص761.

(2) البرنو، الوجيز في إيضاح الفوائد الفقهية الكلية، ص300.

(3) السالمي، معارج الآمال، ج4، ص655، حيدر، درر الحكام، ج1، ص45. أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ص231.

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29. وتقابلها المادة، 239 في القانون المدني الأردني، رقم 1976/63.

الفرع الثالث: قاعدة "التعيين بالعرف كالتعيين بالنص"⁽¹⁾.

أولاً: معنى القاعدة: هذه القاعدة متفرعة من قاعدة " العادة محكمة" وهي في مجال التفسير يقول الباحثين: "فهي تشخيص لقاعدة العادة محكمة في مجال التفسير والبيان لما هو مطلق غير منصوص عليه"⁽²⁾، فكل عام أو مطلق إذا عينه العرف بتخصيص أو تقييد ببعض أفرادها، يصبح كالممنصوص عليه في العقد ويأخذ حكمه⁽³⁾، يقول خياط في معنى القاعدة: " أن ما عينه العرف في أمر ما لم يرد فيه نص شرعي، وتعامل الناس على أساسه واشتهر فيما بينهم، أصبح له حكم التعيين بالنص، وقوة النص في فضّ الخصومات"⁽⁴⁾.

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

1- لو طلب المشتري تجربة المبيع، فإنّ على المشتري أن يتقيّد بما جرى عليه العرف في حدود التجربة، جاء في المادة (366)⁽⁵⁾ من القانون المعاملات المدنية العماني "لا يجوز للمشتري أن يستعمل المبيع لمدة التجربة إلا بقدر ما تتطلبها التجربة علماً لوجه المتعارف عليه، فإذا زاد في الاستعمال زيادة لا يقصد منها التجرب بة لزم البيع"⁽⁶⁾.

2- استغلال الأرض الزراعية في الإجارة وإن لم يعين النص حدود الانتفاع فإن العرف هو من يعين ويقيد هذا الأمر، جاء في المادة (568): من القانون المعاملات المدنية العماني "على المستأجر أن يستغل الأرض الزراعية وفقاً للاستغلال المألوف وعليه أن يعمل على أن تبقى الأرض صالحة للإنتاج وليس له أن يغير في طريقة الانتفاع بها تغييراً يمتد أثره إلى ما بعد انقضاء الإيجار"⁽⁷⁾.

(1) مجلة الأحكام العدلية، المادة: (45)، ص12.

(2) الباحثين، العادة محكمة، ص199.

(3) السدلان، الفواعد الفقهية، ص459. والباحثين، المرجع السابق، ص198. والقرالة، أحمد ياسين، الفواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، ط1، الأكاديميون للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1435هـ/2014م، ص152.

(4) خياط، نظرية العرف، ص102.

(5) وتقبلها المادة (467)، مدني أردني، رقم، 1976/63، والمادة (500)، المعاملات المدنية الإماراتي، رقم، 1985/5..

(6) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 92 /2013.

(7) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 92 /2013. وتقبلها المادة (613) مدني مصري، رقم، 1948/131، والمادة

(804) مدني عراقي، رقم، 1951/40 و المادة (718) من المدني الأردني، رقم، 1976/63 والمادة (804) القانون

الإماراتي، رقم، 1985/5.

3- لو استعار شخص سيارة ولم ينص على نوع الاستعمال، فعليه أن يتقيد بالعرف الجاري في الانتفاع بها، نصت الفقرة الأولى من المادة(618) من قانون المعاملات المدنية العماني: "للمستعير أن ينتفع بالعارية على الوجه المعتاد في الإعارة المطلقة التي لم تقيد بزمن أو مكان أو بنوع من الانتفاع"⁽¹⁾.

المطلب السادس: تطبيقات العرف المفسر في المحاكم العمانية.

الفرع الأول: الانسحاب من الجمعية⁽²⁾.

أولاً: ملخص الواقعة: اشترك رجل في جمعية وبعد مضي خمسة أشهر توقف عن دفع المبلغ الشهري الذي شارك به، وطالب القائم على الجمعية بدفع مستحقاته، ورفض القائمون عليها دفع مستحقاته قبل أن يحين دوره بحسب النظام المتعارف عليه.

ثانياً: قرار المحكمة العليا العمانية، رقم 66/ في الطعن رقم 2005/71م، تاريخ 2005/6/29م. جمعية (انسحاب، دور، استلام).

انسحاب المشترك من الجمعية لا يخوله الحق في استلام ما دفعه فوراً قبل حلول دوره طالما هناك التزامات تعارف عليها جميع المشتركين المساهمين في الجمعية.

ثالثاً: التعليق على قرار المحكمة فيما استندت عليه:

استندت المحكمة إلى العرف، وراعت الالتزامات المتعارف عليها في الجمعية، والعرف هنا يفسر ويبين وقت استحقاق المشترك في الجمعية نصيبه المقرر له.

(1) قانون المعاملات المدنية العماني، 2013/29. وتقابلها المادة، (639)، مدني مصري، رقم، 1948/131. والمادة، (772)، مدني أردني، رقم، 1976/63. والمادة، (863) معاملات مدنية إماراتي، رقم، 1985/5.
(2) المحكمة العليا، المبادئ القضائية، سلطنة عُمان، مسقط، لسنة/2005، ص312-314.

الفرع الثاني: طريقة دفع الراتب⁽¹⁾.

أولاً: ملخص الواقعة: تقاعد شخص من شركة و بطلب منه حوّلت الشركة راتبه إلى حسابه لدى البنك باعتباره مديناً له بمبلغ مالي، ووكيلاً عنه في إيداعه في الحساب، وبعد ذلك طالب الشركة بأنّ تسلّمه راتبه شخصياً، وليس إيداعه في الحساب البنكي.

ثانياً: قرار المحكمة العليا العمانية، رقم 67 / في الطعن رقم 204/2005م، تاريخ 2006/1/4م. راتب "استلامه":

- الأصل استلام الراتب باليد وهو ملك لصاحبه، الاستثناء: تحويل الراتب إلى المؤسسات المصرفية.
- التزام "الالتزام عن الغير"
- الالتزام عن الغير أقرّه العرف والتعاملات والقواعد المصرفية، القاعدة العامة أنّ الالتزام عن الغير أقرّه مصدر من مصادر الالتزام، مؤداه: عدم جواز التملّص من الالتزامات وحقوق الغير.
- من المسلم به فقهاً وقضاءً أنّ الراتب ملكٌ لصاحبه يتسلّمه ويتصرف به كما يحلو له والأصل أنّ استلام الراتب باليد، إلّا أنّ هذا الدفع مردود على الطاعن لأنّ هذا الأصل دخلت عليه الكثير من الاستثناءات، بل الواقع والقاعدة العامة المعمول بها حالياً والعرف المطبّق والمفروض بحكم التطور الهائل في المعاملات أصبح الراتب يحوّل إلى المؤسسات المصرفية.
- الالتزام عن الغير أقرّه العرف والقواعد المصرفية والتعاملات ولا يمكن تجاهله، وبالتالي التملّص من الالتزامات المنشأة وحقوق الغير، ويعتبر مصدرراً من مصادر الالتزام وفقاً للقواعد العامة.

(1) المحكمة العليا، المبادئ القضائية، لسنة 289، 2006-293.

ثالثاً: التعليق على قرار المحكمة فيما استندت عليه:

استندت المحكمة إلى العرف المعمول به في تحويل الرواتب إلى المصارف وأقرته وقدمته على الأصل وهو تسليم الراتب شخصياً، كما اعتبرت ما أقره العرف في مبدأ الالتزام عن الغير، والعرف هنا يفسر ويوضح طريقة الدفع التي تلتزم بها المؤسسات في صرف رواتب موظفيها.

المبحث الثاني: العرف المكمل للقانون العماني، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: العرف المكمل للقانون والعقد.

المطلب الثاني: الأشياء التي اعتبر فيها العرف مكملًا للعقد .

المطلب الثالث: قواعد العرف المكمل.

المبحث الثاني: العرف المكمل للقانون العماني، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول: العرف المكمل للقانون والعقد.

الفرع الأول: معنى التكميل.

كَمَل في اللغة من الكمال: وهو التمام، وتكامل الشيء، وأكَمَلْتُ الشيء أي أجملته وقمته، وأكمله هو

وَأَسْتَكْمَلُهُ وَكَمَّلَهُ⁽¹⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، مادة: كمل ج11، ص 598. والرازي، الصحاح، مادة: كمل، ص586.

الفرع الثاني: العرف المكمل للقانون⁽¹⁾.

تكميل القانون: هو إتمام وعلاج النقص الموجود في القانون المكتوب⁽²⁾.

قد تعرض على القاضي قضية أو حالة ولا يجد لها نصاً في القانون المكتوب، فيعتبر ذلك نقصاً في التشريع، ومشكلة تحتاج إلى حل، و تكميل النقص الموجود أمر ضروري لا بد منه حيث لا يُتصور أن يكون هناك تشريع وضعي كامل لا نقص فيه؛ لأن طبيعة الحياة وتطورها وتشعب مسالكها وكثرة متغيراتها ومستجداتها تتطلب ذلك، بعكس التشريع الذي تبقى نصوصه ثابتة لفترات طويلة، مما يجعل من الصعوبة بمكان وضع تشريع لا يظهر فيه نقص على مرّ الأيام، يقول الشهرستاني: "نعلم قطعاً ويقيناً أنّ الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد؛ ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد في كلّ حادثة نص، ولا يتصور ذلك أيضاً؛ والنصوص إذا كانت متناهية، والوقائع غير متناهية؛ وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى، علم قطعاً أنّ الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار؛ حتى يكون بصدد كلّ حادثة اجتهاد"⁽³⁾.

وبناءً على ما سبق فقد وضع فقهاء القانون طرقاً لتكميل هذا النقص، بعضها داخلية كالقياس الذي يقوم به القاضي لسد النقص، وبعضها خارجية كمبادئ القانون الطبيعي والعدالة والعرف، ودور العرف في تكميل التشريع دور طبيعي؛ لأنه مصدر تاريخي لأنظمة البشرية، ومعبّر عن حاجاتها، ومنظم لتفاصيل معاملاتها اليومية، التي يعجز التشريع في بعض الأحيان عن تناولها، إمّا لكونه غفل عنها أو صعوبة احتوائها لتشعبها، ويبقى العرف مصدراً غنياً ومعيناً لا ينضب يكمل ما نقص في التشريع في جميع فروع القانون الخاص والعام، بما فيها المعاملات المدنية⁽⁴⁾.

(1) المقصود بالقانون هو القانون المكتوب (التشريع).

(2) حجازي، عبد الحي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، د. ط، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1972م، ص538.

(3) الشهرستاني، محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر، (ت: 548هـ)، الملل والنحل، د. ط، ج2، مؤسسة الحلبي، د. ت، ص4.

(4) الصدّه، أصول القانون، ص158. وحجازي، المرجع السابق، ج1، ص544-555. و عبد الفتاح نظرية القانون،

ص197. و السعدي، تفسير النصوص، ص46-56. و الصراف، عباس، و جورج حزبون، المدخل إلى علم القانون،

ط16، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1437هـ - 2016م، ص59-62.

ولأهمية العرف في تكميل التشريع فقد اعتبرته القوانين العربية من مصادر القانون المدني، وإن اختلف ترتيبه بين المصادر، فالمدني المصري⁽¹⁾ والعراقي⁽²⁾ وضعاه في المرتبة الثانية بعد القانون مباشرة، أمّا المدني الأردني⁽³⁾، فوضعه في المرتبة الرابعة وقدّم عليه الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية، وهو ما أخذ به قانون المعاملات المدنية العماني حيث نصت المادة (1) على ما يلي: "تسري أحكام هذا القانون على جميع المسائل التي تناولتها نصوصه في لفظها ومعناها، ولم تنظمها قوانين خاصة، فإذا لم يوجد نصّ في القانون حكمت المحكمة بمقتضى الفقه الإسلامي فإذا لم يوجد فبمقتضى المبادئ العامة للشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف"⁽⁴⁾.

الفرع الثالث: العرف المكمل للعقد:

معنى تكميل العقد في الفقه الإسلامي: "بيان ما ينشأ عن إصدار الإيجاب والقبول من أهلها في محلّه من التزامات وواجبات يترتبان عليهما بطريق التبعية للمقصد الأساسي لهما، ومنع غيرها من الدخول فيهما"⁽⁵⁾. وعرفه رجال القانون بتعريفات عدّه منها: سدّ النقص الطارئ على العقد الصحيح⁽⁶⁾. وقيل هو: بيان الالتزامات التي تترتب على العقد في ذمّة المتعاقدين⁽⁷⁾. وقيل هو: "إكمال النقص في التعبير عن الإرادة بما يتضمنه القانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة العقد"⁽⁸⁾.

(1) القانون المدني المصري، رقم، 1948/131 مادة: (2).

(2) القانون المدني العراقي، رقم، 1951/40. مادة، (1).

(3) القانون المدني الأردني، رقم 1976/63، مادة، (2).

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29.

(5) سوزان، تحديد نطاق العقد، ص112.

(6) محمد وحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، ج1، مطبعة دار الكتاب، 1396هـ/1976م، ص311. و حجازي، عبد الحي، النظرية العامة للالتزام، د. ط، ج1، مطبوعات جامعة الكويت، 1402هـ/1982م، ص566.

(7) رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط3، د. ن، 2003م، ص212. و الصّدة، عبد المنعم فرج، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، د. ط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974م، ص470. ومصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، د. ط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2005م، ص495.

(8) الحديثي، خالد عبد حسين، تكميل العقد، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2012م، ص56.

عندما يتفق العاقدان على أمور العقد يتركز على المسائل الجوهرية فيه، وتبقى المسائل التبعية والتفصيلية يتركها المتعاقدان إما بنسيانها أو للاتفاق عليها فيما بعد لكونها ليست من المسائل الجوهرية، وهذا الأمر قد يؤدي إلى النزاع بعد ذلك فيما يلتزم به كل من العاقدين، وقد اعتبر الفقهاء العرف هو من يحدد ما يلزم كل من المتعاقدين، يقول الزرقا: "إنّ الالتزامات التبعية الناشئة بعقد المعاوضة كأجرة السمسار وكتابة الصك... إلخ، إن سكت المتعاقدان فيه عن بيان ما يلتزم به كل منهما فقد اعتبر الفقهاء العرف أولاً في إلزام كل منهما بما تُعورف أنه يلزمه"⁽¹⁾، كما أنه قد يحصل النزاع حول ما يشمل المبيع وما لا يشمل، مثال قد يتفق العاقدان في البيع على تحديد السلعة وثمانها، وتبقى مسألة مكان التسليم ووقته وما يتبع المبيع، وهناك عدة أمور قد يُستعان بها في حلّ النزاع بين المتعاقدين حول ما يشمل العقد وما لا يشمل، من هذه الأمور التي ذكرها الفقهاء: العرف، وهذا ما نصّت عليه المادة،(230) من مجلة الأحكام العدلية حيث جاء فيها: "كل ما جرى العرف على أنه من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر"⁽²⁾، ويقول الزرقا: "في باب شمول المبيع قرّر الفقهاء جملة من القواعد:"أنّ كل ما جرى عرف الناس على تبعيته للمبيع يدخل في البيع بلا ذكر ويستحقه المشتري بلا ثمن إضافي"⁽³⁾. وأمثلة ذلك: يدخل في بيع الدار المطبخ، وفي بيع الحديقة تدخل الأشجار، وفي بيع السيارة يدخل مفتاحها والإطار الاحتياطي، وفي بيع الهاتف النقال يدخل فيه الشاحن الكهربائي"⁽⁴⁾.

كما أنّ الفقهاء وضعوا جملة من القواعد والضوابط التي تُنظم هذا الجانب، وقد نصّت عليها مجلة الأحكام العدلية⁽⁵⁾، نحو قاعدة العادة محكمة، وقاعدة التعيين بالعرف كالتعيين بالنص، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، ومن الضوابط ما ذكرته مجلة الأحكام العدلية⁽⁶⁾

(1) الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج2، ص890.

(2) مجلة الأحكام العدلية، ص27. وعلي حيدر، درر الحكام، ج1، ص190.

(3) الزرقا، المرجع السابق، ج2، ص890.

(4) العوتبي، سلمة بن مسلم بن ابراهيم، (ت: 453هـ—)، الضياء، ط1، (تحقيق: رزق هيبه)، ج17، وزارة التراث القومي والثقافة، مسقط، سلطنة عمان، ص223. و النووي، يحيى بن شرف (ت: 676هـ—)، المجموع شرح المذهب (مع تكملة السبكي و المطيعي)، د. ط، دار الفكر، د. ت، ج11، ص256، وابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص54. و السالمي، العقد الثمين، ج4، ص73. وعلي حيدر، المرجع السابق، ج1، ص47 و190 و245 و246. الزرقا، عقد البيع، ص55-59.

(5) مجلة الأحكام العدلية، المواد من: 36-50، ص12-13.

(6) مجلة الأحكام العدلية، المواد من: 288-292. ص34. و علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص245-246.

ومنها: المصاريف المتعلقة بالثمن تلزم المشتري، مثل أجره عدّ النقود، والمصاريف المتعلقة بتسليم المبيع تلزم البائع مثل أجره الكيال للمكيلات فهي تلزم البائع، وما يُباع محمولاً على الحيوان، كالحطب تكون أجره نقله إلى بيت المشتري على حسب العرف والعادة، وستتناول هذه القواعد في المطلب الثالث من هذا المبحث.

تناول رجال القانون هذا الموضوع تحت مسمى تحديد نطاق العقد، أو تحديد مضمون العقد، أو تحديد مكملات العقد، بعد أن ينتهي القاضي من تفسير العقد والوقوف على إرادة المتعاقدين ينتقل إلى مرحلة تكميل العقد، ولا يكفي هنا بذكر ما ورد في العقد بل عليه أن يقوم بتحديد مستلزمات العقد ومقتضياته والهدف من ذلك الوصول لإرادة المتعاقدين يقول سميّر تناغو: "تكملة العقد تهدف إلى الوصول بإرادة المتعاقدين إلى غايتها عن طريق إضافة الفرع إلى الأصل"⁽¹⁾، ويحدد القاضي هذه المقتضيات والمستلزمات بناءً على طبيعة الالتزام والقانون، والعرف والعادة، يقول الزرقا في شرح القانون المدني السوري: "فمن حيث المحل يجب ألا يقتصر في تحديد نطاق العقد على ما يذكر صراحة في العقد بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته طبقاً لما تقضي به طبيعة الأشياء والعرف وقصد المتعاقدين"⁽²⁾، ودور العرف بأنه يساعد في تحديد مضمون العقد وما يلتزم به المتعاقدين لأنّ المتعاقدين في الغالب يتفقان على المسائل الجوهرية في العقد تاركين المسائل التفصيلية دون تحديد، والمقصود هنا العرف المكمل لمضمون الالتزام، ويحدد ما هو من مستلزماته، وليس العرف الذي يفسر عبارة العقد الغامضة، ومن الأمثلة على ذلك: بيع المتجر يستلزم وفقاً للعرف دخول الدفاتر، والتي فيها الديون والحقوق، ومن العرف ما يسمى بالشروط المألوفة في العقد مثل النسبة المئوية التي تضاف في الحساب كما في الفنادق والمطاعم وشركات الطيران، فكلّ هذا يحدده العرف"⁽³⁾.

(1) تناغو، سميّر عبد السيد، نظرية الالتزام، د. ط، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 138.

(2) الزرقا، مصطفى أحمد، شرح القانون المدني السوري، ط4، ج1، مطبعة الحياة، دمشق، سوريا، 1384هـ / 1964م، ص 328.

(3) السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، ص 218-219، و 621. و أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، د. ط، ج1، دار المعارف، 1965م، ص 345-348. و فرج، توفيق حسن، النظرية العامة للالتزام، د. ط، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، مصر، 1969م، ص 269-270. والشرقاوي، جميل، النظرية العامة للالتزام، د. ط، ج1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991م، ص 407-408. القضاة، المذكرات الإيضاحية، ص 203-204. والجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، ص 100-101 و 386-387.

هذا وقد ذهب قانون المعاملات المدنية العماني إلى ما ذهب إليه الفقه الإسلامي وما ذهبت إليه القوانين العربية كالمصري⁽¹⁾ والعراقي⁽²⁾ والأردني⁽³⁾، في الرجوع إلى العرف لتحديد نطاق العقود وتكميل مستلزمات العقد ومقتضياته، حيث أشارت المادة، (79) إلى ما يلي: "إذا اتفق الطرفان على العناصر الأساسية للعقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطاً أن العقد لا ينعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تحكم فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف"⁽⁴⁾.

ونصت المادة، (156) على ما يلي: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ولا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة التصرف"⁽⁵⁾. وهناك فرق بين تكملة العقد في المادة، (79) وبين تكملة في المادة، (156)، حيث أنه في المادة الأولى التكملة خاصة، تكون في حالة الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية والثانوية التي لم يتفق عليها، أما التكميل في المادة الثانية، فالتكملة عامة تشمل الثانوية وغيرها من المسائل التي لم يصرح بها المتعاقدان والتي تعد من مستلزمات العقد ومقتضياته"⁽⁶⁾.

الفرع الرابع: الفرق بين تكميل العقد وتفسيره:

يلتقي التكميل مع التفسير في نقاط عدة، أهمها: كلاهما يهدف إلى تحديد نطاق العقد، وكلاهما يرد على عقد صحيح، ولكن هذا الاتفاق لا يمنع من وجود فوارق بين تكميل العقد وتفسيره نوجزها في النقاط التالية:

1) السبب في التكميل هو نقص في تنظيم العقد، أما السبب في التفسير فهو غموض عبارة العقد.

(1) القانون المدني المصري، رقم 131/1948، المادة، (95).

(2) القانون المدني العراقي، رقم 40/1951، المادة، (86).

(3) القانون المدني الأردني، رقم، 63/1976، المادة، (100).

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29م.

(5) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29م. وتقابلها المادة، (148) مدني مصري، المرجع السابق. والمادة (150)،

مدني عراقي، المرجع السابق. والمادة، (202) مدني أردني، المرجع السابق. و معاملات إماراتي، رقم 5/1985م.

المادة، (246).

(6) مصطفى، مصادر الالتزام، ص460.

2) التكميل يهدف إلى سد النقص الطارئ في العقد، أما التفسير فإنه يهدف إلى البحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

3) القاضي يبحث عن تكميل النقص في العقد عن طريق مصادر خارجية يستنتج منها أحكام إضافية غير موجودة فيه، أما التفسير فالحل يكمن في العقد نفسه وعلى القاضي أن يستنتجه باستخدام وسائل التفسير.

4) التكميل مسألة موضوع، لذلك هي تخضع لرقابة المحكمة العليا، أما التفسير فهي مسألة واقع لا تخضع لرقابة المحكمة العليا⁽¹⁾.

المطلب الثاني: الأشياء التي اعتبر فيها العرف مكملاً للعقد

الفرع الأول: تحديد مكان سعر السوق:

جوز ابن تيمية، وابن القيم البيع بما ينقطع به السعر من غير تقدير الثمن، وصورت هذا البيع ذكرها صاحب إعلام الموقعين بقوله: "وصورتها البيع ممن يعامله من خباز أو لحام أو سمان أو غيرهم يأخذ منه كل يوم شيئاً معلوماً ثم يحاسبه عند رأس الشهر أو السنة على الجميع ويعطيه ثمنه⁽²⁾"، وفي جواز ذلك يقول ابن تيمية: "والمرجع في الأجور إلى العرف، وكذلك في البيع... فيجوز الشراء بالعوض المعروف، والاستئجار بالعوض المعروف⁽³⁾"، ويقول في الاختيارات: " صحة البيع بدون تسمية الثمن؛ لانصرافه إلى ثمن المثل⁽⁴⁾"، وعللوا ذلك بأنه مما جرى عليه العمل، وحاجة الناس اليومية له تجري مجرى الضرورة⁽⁵⁾.

(1) حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، ص567-670. والصدّة، عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام، د. ط، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992م، ص354. ووحيد الدين سوار، النظرية العامة للالتزام، ج1، ص311. والحديثي، تكميل العقد، ص61-63.

(2) ابن القيم، إعلام الموقعين، ص714.

(3) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم الحراني (ت: 728هـ)، العقود، د. ط، دار السنة المحمدية، القاهرة، مصر، ص164-165.

(4) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحلیم الحراني (ت: 728هـ)، الاختيارات الفقهية، ط1، م1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، السعودية، 1435هـ، ص407.

(5) ابن تيمية، العقود، ص165. وابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الجوزية، (ت: 751هـ)، بدائع الفوائد، د. ط، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ص50-51.

وهذا يشبه ما أجازه متأخرو الحنفية بما يسمّى ببيع الاستجرار وقد بيّنه ابن عابدين بقوله: "ووجهه أنّ ثمن الخبز معلوم فإذا انعقد بيعاً بالتعاطيوقت العقد مع دفع الثمن قبله، فكذا إذا تأخّر دفع الثمن بالأولى، وهذا ظاهر فيما كانثمنه معلوماً وقت الأخذمثل الخبز واللحم⁽¹⁾.

وذلك خلافاً لما ذهب إليه جمهور الفقهاء من، الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾، والإباضية⁽⁶⁾، فقد قالوا لا يصح البيع من دون تسمية الثمن، لوجود الجهالة والتي قد تفضي إلى النزاع⁽⁷⁾.

وقد أخذت القوانين العربية بما ذهب إليه الحنابلة، وأجازت البيع بسعر السوق وهو المكان الذي يحدث فيه البيع والشراء على نطاق كبير ولا يقتصر على ما يُعرف اليوم بالبورصة، كما هو الحال في الأسواق العُمانية المشهورة كسوق مطرح وسوق نزوى وغيرها، ولم تشترط القوانين تعيين الثمن وإثماً يكفي أن يكون قابلاً للتعيين ومن ذلك الاتفاق على سعر السوق، فإن لم يكن في تلك المنطقة سوق فإنه يرجع إلى العرف في تحديد السوق الذي تكون أسعاره سارية على تلك المنطقة فالعرف هنا يكمل العقد،

- (1) ابن عابدين، ردّ المحتار، ج4، ص516.
- (2) البلدحي، عبد الله بن محمود بن مودود، (ت: 683هـ—)، الاختيار لتعليل المختار، د. ط، ج2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1356هـ - 1937م، ص5.
- (3) الثعلبي، محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، (ت: 422هـ—)، التلقين في الفقه المالكي، ط1، ج2، (تحقيق: ابي أويس محمد بو خبزة الحسني التطواني)، دار الكتب العلمية، 1425هـ-2004م، ص151.
- (4) الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت: 505هـ—)، الوسيط في المذهب، ط1، ج3، (تحقيق: أحمد محمود إبراهيم محمد محمد تامر)، دار السلام، القاهرة، 1417هـ، ص33. و العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم، (ت: 558هـ—)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط1، ج5، (تحقيق: قاسم محمد النوري)، دار المنهاج - جدة، 1421 هـ - 2000 م، ص106.
- (5) ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد المقدسي، (ت: 682هـ—)، الشرح الكبير على متن المقنع، د. ط، ج4، دار الكتاب الجامعي، د. ت، ص33. و ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، (ت: 763هـ—) الفروع ومعه تصحيح الفروع، (تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي)، ط1، ج6، مؤسسة الرسالة، 1424 هـ - 2003 م، ص155.
- (6) لطيفيش، شرح النيل، ج6، ص376.
- (7) الزيلعي، تبين الحقائق، ج4، ص4-5. و ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت: 970هـ—)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، ج5، دار الكتاب الإسلامي، ص294. و شيخه زاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، (ت: 1078)، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، د. ط، ج3، تحقيق: خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ - 1998م، ص11-12.

حيث أنّ المتعاقدين لم يتفقا على السوق الذي تسري عليهم أسعاره فقام العرف بتكميل ما سكت عنه المتعاقدان، مثال ذلك إذا اتفق المتعاقدان في ولاية بوشر على أنّ البيع يكون بثمن السوق، ولم يكن في تلك المنطقة سوق، فإنّ العرف قد يحدّد أسعار سوق مطرح هي السارية على عقدهم⁽¹⁾.

ونصت المادة، (368)، من قانون المعاملات المدنية العماني، على هذا الأمر: "إذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق فيعتبر سعر السوق في زمان ومكان البيع وإن لم يكن في هذا المكان سوق اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية"⁽²⁾.

والملاحظ أنّ القانونين المصري والعراقي اعتبرا سعر السوق وقت تسليم المبيع، بينما ذهب الأردني والإماراتي وأخذ به العماني حيث اعتبروا سعر السوق وقت البيع.

الفرع الثاني: مشتملات المبيع:

مشتملات المبيع: كلّ ما يُعدّ مكملًا للمبيع، وبها يكتمل الانتفاع بالمبيع⁽³⁾، وقد وضع فقهاء الحنفية قواعد تحدّد ما يدخل في المبيع تبعاً دون تصريح، وتحسم النزاع في كلّ مبيع وهي:

- 1- كلّ ما يتناوله اسم المبيع يُعدّ جزءاً حقيقياً من المبيع بحسب مدلول اسمه، مثال: بيع الدار يدخل الغرف فيها.
- 2- كلّ ما كان جزءاً من المبيع ولا ينفك عنه؛ نظراً لغرض الاثراء، مثال: بيع القفل يدخل معه مفتاحه.
- 3- كلّ ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار⁽⁴⁾، وهذه القاعدة مجالها العقارات، مثال: تدخل في الدار الرفوف والأبواب.

(1) السنهوري، الوسيط، ج4، ص376. و الزحيلي، العقود المسماة، ص56. و الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، ص70. و الزعبي، محمد يوسف، عقد البيع في القانون الأردني، ط1، د.ن، 1414هـ / 1993م، ص179-180. الجبوري، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ج1، ص362. والقضاة، المذكرات الإيضاحية، ص456.

(2) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة، (423) مدني مصري، رقم 1948/131. والمادة، (527) مدني عراقي، رقم 1951/40. والمادة، (478) مدني أردني، رقم 1976/63. والمادة، (504) معاملات إماراتي، رقم 1985/5.

(3) العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، ص133.

(4) يقول الزرقا: "وضابط اتصال القرار أن يكون الشيء موضوعاً على وجه الدوام لا ليرفع ويحول. الزرقا، عقد البيع، ص57.

4- كل ما جرى العرف أنه يكون تابعاً للمبيع عند البيع، مثال: مفتاح المنزل يدخل في البيع بمقتضى العرف.

5- كل ما كان من توابع المبيع، التي تسمى في العادة الحقوق والمرافق، مثال: إذا باع أرضاً بجميع حقوقها

ومرافقها يدخل فيها حق المسيل والمرور وإن لم يصرح به في العقد⁽¹⁾.

و قد سئل العلامة السالمي عن رجل باع ماله أصلاً أو خياراً، وفي المال أشجار وآبار وبيوت، هل تدخله

هذه الأشياء في جميع المبيع إن لم تستثن حال صفقة البيع؟ فأجاب: " نعم يرجع بمثل ذلك إلى العرف، فإن

العرف مبني على التعامل ما لم يقع على محرم شرعاً⁽²⁾".

وقد أخذت بعض القوانين العربية كالقانون العراقي⁽³⁾ والأردني⁽⁴⁾ والإماراتي⁽⁵⁾، بما ذهب إليه فقهاء

الحنفية في تحديد مشتملات المبيع، واعتبرت العرف أحد تلك العوامل التي تحدّد مشتملات المبيع وتوابعه وإن

لم ينص عليها صراحة، فالعرف مكمل لعقد البيع، فإذا ما اتفق المتعاقدان على كل المسائل الأساسية في العقد

وحدث نزاع حول الأشياء الجزئية وهل يشملها المبيع، فإن القاضي يستعين بالعرف ليكمل العقد، وهو يختلف

باختلاف الزمان والمكان، فما يُعدّ في العرف سابقاً من توابع المبيع قد يُعدّ الآن ممّا أعد للاستعمال بصفة دائمة،

وما يُعدّ في مكان من توابع المبيع قد يُعدّ في مكان آخر من ملحقاته، مثال: الغطاء الذي تغطى به السيارة يعتبر

من توابعها عرفاً⁽⁶⁾.

وهذا ما أخذ به القانون العماني حيث نصّت المادة (381) على ما يلي: "يشتمل التسليم ملحقات المبيع

وما اتصل به اتصال قرار، وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وفقاً لما تقضي به طبيعة الشيء المبيع، وكل ما جرى

العرف على أنه من توابع المبيع، ولو لم تذكر في العقد⁽⁷⁾".

(1) حيدر، درر الحكم، ج1، ص190-197. و الزرقا، المرجع السابق، ص55-58.

(2) السالمي، عبد الله بن حميد (ت:1332هـ)، جوابات الإمام السالمي، ط1، ج5، مكتبة الإمام السالمي، بديّة، سلطنة عُمان، 2010م، ص173.

(3) القانون المدني العراقي، رقم، 1951/40، المادة، (537).

(4) القانون المدني الأردني، رقم، 1976/63، المادة، (490).

(5) قانون المعاملات المدنية الإماراتي، رقم، 1985/5، المادة، (517).

(6) الزحيلي، العقود المسماة، ص73. و الزعبي، شرح عقد البيع، ص296. و السرحان، عدنان، شرح أحكام العقود

المسماة، ط1، دار وائل، عمان، الأردن، 2005م، ص229. والقضاة، المذكرات الإيضاحية، 459.

(7) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29.

الفرع الثالث: إرسال المبيع إلى المشتري:

أخذ هذا الحكم من الفقه الحنفي كما أشارت المذكرة الإيضاحية⁽¹⁾ للقانون المدني الأردني، الأصل أن التسليم يتم في مكان المبيع وقت العقد، وهذا إذا لم يكن هناك اتفاق بين المتعاقدين على مكان التسليم، فقد يترك المتعاقدان تحديد مكان التسليم بعد أن يتفقا على الأمور الرئيسية في العقد، وعندها يُنظر إلى العرف الجاري في ما يخص مكان التسليم ليكمل العقد فالعرف يحدّد مكان تسليم كثيرٍ من المبيعات، كأن يكون العرف يقضي بإرسال المبيع إلى منزل المشتري، كما في بيع الأثاث الذي يحتاج إلى تركيب، وكما في بيع الأجهزة الكهربائية التي تحتاج إلى التدرّب على كيفية استعمالها، فإذا ترك ما جرى به العرف يعتبر العقد غير مكتمل؛ لأنّ التسليم يعتبر غير تام⁽²⁾.

وأخذ القانون العماني بذلك، واعتبر العرف مكملاً لعقد البيع فيما يخص تحديد مكان تسليم المبيع، ونصّت المادة، (388) على ذلك: "1) يلتزم البائع بتسليم المبيع في محل وجوده وقت العقد. 2) إذا تضمّن العقد أو اقتضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك"⁽³⁾.

الفرع الرابع: مكان ردّ العارية:

ذهب الفقهاء⁽⁴⁾ إلى أنّ المستعير يصحُّ أن يرده العارية إلى المحل الذي جرت العادة والعرف على أن يتم التسليم فيه، كمن استعار حصاناً فإنّه يرده إلى إصطبل المعير أو إلى السائس، والأشياء ذات القيمة التافهة يصحُّ أن تردّ عند الصبي، أو الزوجة أو الخدم، والأشياء النفيسة يجب أن تردّ إلى المعير نفسه؛ لما جرى عليه العرف والعادة أنّ مثل هذه الأشياء لا تسلم للخدم والصبيان، قال صاحب كشاف القناع: "(وإن ردها) أي المستعير الدابة (أو) ردّها (غيرها) من العواري (إلى من جرت عادته بجريان ذلك) أي الرد (على يده كسائس)

(1) القضاة، المذكرات الإيضاحية، ص462.

(2) حيدر، درر الحكام، ج1، ص244-245. الزعبي، عقد البيع، ص467-468. و محمود حمزة، التبسيط في شرح القانون، ج4، ص120. و العبودي، شرح أحكام العقود المسماة، ص140.

(3) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة، (499) مدني أردني، رقم 1976/63. والمادة، (530) معاملات إماراتي، رقم 1985/5.

(4) ابن قدامة، المغني، ج5، ص166. و ابن مفلح، المبدع، ج5، ص12. و ابن عابدين، رد المحتار، ج5، ص683. وحيدر، درر الحكام، ج2، ص358-359.

رد إليه الدابة، (و) ك (زوجته متصرفة في ماله وخازن) إذا ردَّ إليهما ما جرت عادتهما بقبضه (و) ك (وكيل عام في قبض حقوقه قاله) القاضي (في المجرى برئ) المستعير من الضمان؛ لأنه مأذون في ذلك عرفاً أشبه ما لو أُذن له فيه نطقاً⁽¹⁾، فالعرف هنا يكمل عقد العارية حيث يحدّد مكان تسليمها إذا لم يتفق المعير والمستعير على مكان الذي ترد فيه العارية.

واعتبر قانون المعاملات المدنية العماني اعتبار المكان الذي يقضي به العرف في رد العارية، وذلك إذا لم يتفق المتعاقدان على مكان الرد فيأتي العرف ويكمل هذه الجزئية التي لم يتفق عليها المتعاقدان، وإذا لم يحدّد مكان ردّ العارية سواءً بالاتفاق أو بالعرف، فإنّ القانون حدّد المكان الذي أُعيرت فيه، حيث نصّت الفقرة الثانية من المادة (625) على ما يلي: " 2- يجب رد العارية في المكان المتفق عليه وإلا ففي المكان الذي أُعيرت فيه أو الذي يقضي به العرف"⁽²⁾.

الفرع الخامس: توابع العمل:

يحتوي عقد العمل على أمورٍ رئيسة لا بدّ من ذكرها في العقد، كما أنّ يحتوي على أشياء تفصيلية قد لا يتناولها العاقدان عند الاتفاق وهي ما يسمى بتوابع العمل و عند حدوث نزاع أو اختلاف فقد قرر الفقهاء⁽³⁾ أنّ المرجع في تحديد تلك التوابع هو العرف، فما قضى به العرف أنّه على العامل فهو ملزم به، وما قضى أنّه على صاحب العمل فهو ملزم به، يقول صاحب البدائع: "وقد قالوا في توابع العقود التي لا ذكر لها في العقود: إنّها تحمل على عادة كلّ بلد، حتّى قالوا فيمن استأجر رجلاً يضرب له لبناً: أنّ الزنبيل⁽⁴⁾ والملمن على صاحب اللبن، وهذا على عادتهم"⁽⁵⁾، وتوابع العمل وإنّ لم تشترط في العقد

(1) البهوتي، كشاف القناع، ج4، 74.

(2) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها الفقرة الثانية من المادة، (779) مدني أردني، رقم 1976/63.

(3) الكاساني، المرجع السابق، ج4، ص209. والدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج4، ص23. و الرملي، محمد بن أبي العباس، (ت: 1004هـ—)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ط، ج5، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م، ص296.

(4) الزنبيل: الرجراب، وقيل الوعاء يحمل فيه. انظر: ابن منظور، لسان العرب، مادة: زبل، ج11، ص300.

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص209.

فإنَّ العرفَ يكْمَلُ عقدَ العمل، وهذا ما نصت عليه مجلَّة الأحكام العدلية في المادة: (574) "كُلُّ ما كان من توابع العمل ولم يشترط على الأجير يعتبر فيه عرف البلدة وعاداتها، كما أنَّ العادة في كون الخيط على الخياط⁽¹⁾"، ومن الأمثلة على ذلك إخراج الخبز من التنور على الخباز، والصحون في غرف الطعام على الطباخ، وأوراق الطباعة على الطباخ وغيرها من التوابع⁽²⁾.

وأخذَ قانون المعاملات المدنية العماني برأي الفقهاء حيث نصت المادة: (658) على أن "يلتزم العامل بكُلِّ ما جرى العرف على أنه من توابع العمل ولو لم يشترط في العقد⁽³⁾".

المطلب الثالث: قواعد العرف المكمل

الفرع الأول: قاعدة "العادة محكمة"⁽⁴⁾.

أولاً: معنى القاعدة⁽⁵⁾: يمكن الاستعانة بهذه القاعدة في تكميل العقد، يقول الزرقا في معرض حديثه عن هذه القاعدة: "فهي تعبر عن مكانة العرف واعتباره في الشريعة الإسلامية، وعن سلطانه الحاكم بين الناس في توزيع الحقوق والالتزامات بينهم في التعامل⁽⁶⁾"، بمعنى أنَّ العادة يُحتكم إليها عند حدوث النزاع بين الناس حول ما يتعلق بالأمور التفصيلية في العقد، التي لم يتفق المتعاقدان على تنظيم أمورهما، فتقوم العادة بحسم النزاع فيها ويبيان مستلزمات العقد⁽⁷⁾، وهذا ما نصت عليه المادة،(156):

(1) مجلَّة الأحكام العدلية، ص63.

(2) ابن عابدين، رد المحتار، ج6، ص54. و حيدر، درر الحكام، ج1، ص602.

(3) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة: (815)، من القانون المدني الأردني، رقم 1976/63.

(4) ابن بركة، الجامع، ج2، ص266. و السبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص50، وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص115، والسيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، ص175، ومجلَّة الأحكام العدلية، المادة(36)، ص12.

(5) ذكرنا معنا هذه القاعدة في ص90.

(6) الزرقا، المدخل الفقهي، ج2، ص1008.

(7) أحمد الزرقا، القواعد الفقهية، ص219. و القرالة، القواعد الفقهية، ص145، و آل هرموش، القواعد الفقهية الإباضية،

ج1، ص230.

يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه، ولا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة التصرف⁽¹⁾."

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

1- حقوق الارتفاق المتعلقة بالعقار كحقّ الشرب وحقّ المسيل وحقّ الطريق وحق المرور، هذه الحقوق وإن لم يتفق عليها المتعاقدان في العقد فإنّ العرف قد حدّد ما يتبع العقار من حقوق، فإذا ما حدث نزاع فالقول للعادة والعرف في حسمه⁽²⁾.

2- ردّ العارية إلى المكان الذي يقضي به العرف والعادة بأنّ تسلم مثل تلك العارية في مكان تعارف الناس أن ترد فيه، مثال: إذا استعار شخص من آخر سيارة واستلمها من مقر عمل المُعير ولم يتفقا على مكان ردها، وجرت العادة في تلك البلاد أن من استعار سيارة يردّها إلى موقفها المخصص أمام منزل المعير، فالعادة هنا تلزم المستعير بردّ العارية إلى المكان الذي قضى به العرف⁽³⁾، وهذا ما نصت عليه المادة، (625) على ما يلي:
"2- يجب ردّ العارية في المكان المتفق عليه وإلا ففي المكان الذي أُعيرت فيه أو الذي يقضي به العرف⁽⁴⁾."

الفرع الثاني: قاعدة "استعمال الناس حجة يجب العمل بها"⁽⁵⁾:

أولاً: معنى القاعدة: استعمال الناس يعني اعتيادهم وتعاملهم، والاستعمال له وجهان قولي وعملي، والمراد هنا هو العملي، يقول أحمد الزرقا: "وإذا أُريد بالاستعمال العملي يكون موضوع المادة غير داخل تحت الخلاف وهو أولى"⁽⁶⁾.

(1) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29. وتقابلها المادة، (148) مدني مصري، رقم، 1948/131. والمادة (150)، مدني عراقي، رقم، 1951/40. والمادة، (202) مدني أردني، رقم، 1976/63. والمادة، (246)، معاملات إماراتي، رقم 1985/5م.

(2) خياط، نظرية العرف، ص110-115.

(3) البهوتي، كشاف القناع، ج4، 74. وعلي حيدر، درر الحكام، ج2، ص358-359.

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها الفقرة الثانية من المادة، (779) مدني أردني، رقم 1976/63.

(5) مجلة الأحكام العدلية، المادة، (37)، ص12.

(6) أحمد الزرقا، القواعد الفقهية، ص223.

إن تعامل الناس وتعارفهم على أمرٍ لم يرد فيه نصٌّ أو اتفاق، فإنَّ ما جرى به استعمالهم يكون ذلك الأمر ثابتاً ويجب عليهم الأخذ به، وهذه القاعدة مؤكدة ومرادفة ومساوية لقاعدة العادة محكمة⁽¹⁾.

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

- 1- إذا استعان شخص بآخر لشراء مالٍ وبعد أن تمَّ البيع والشراء طالب المستعان به بأجره، فينظر إلى تعامل الناس في السوق فإذا كان من مثله يعطى فله أجره المثل.
 - 2- لو أهدى شخص لآخر شيئاً من الطعام فإنَّ كان الصحن من البلاستيك فالعرف وما عليه عادة الناس أنه لا يرد، بعكس ما لو كان الهدية في صحن من خزف وذات جودة في الصنع فإنَّ العرف يقضي برده.
 - 3- أجره مكاتب السماسرة من يقوم بدفعها إن لم يكن هناك اتفاق؟، ينظر إلى ما جرى عليه عرف، فإن تعارف الناس أن تكون على المشتري كما هو متعارف في عُمان، أو على البائع كما في بلدان أخرى.
 - 4- من استأجر عاملاً يعمل في المزرعة بشكل يوميٍّ، يبقى مدة العمل اليومية، فيقوم العرف بتكميل هذه الجزئية من العقد، وذلك بتحديد عدد الساعات اليومية للعامل.
 - 5- إذا اشترى شخص معدّات زراعية حديثة، أو أدوات كهربائية تحتاج إلى تركيب وتدريب فإنَّ البائع يقوم بتوصيلها وتركيبها وتدريب المشتري على استخدامها؛ لما جرى عليه العرف العملي في مثل هذه الأشياء⁽²⁾.
- وهذا ما ذكرته الفقرة الثانية من المادة (388) من قانون المعاملات المدنية العماني "إذا تضمن العقد أو اقتضى العقد إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتمّ التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك"⁽³⁾.

(1) أحمد الزرقا، القواعد الفقهية، ص223. والباحسين، العادة محكمة، ص191. والقرالة، القواعد الفقهية، ص159.
(2) علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص42. السنهوري، مصادر الحق، ج6، ص44. و السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى، ط1، دار بلنسية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417هـ، ص395.
(3) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة، (499) مدني أردني، رقم 1976/63. والمادة، (530) معاملات إماراتي، رقم 1985/5.

الفرع الثالث: قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"⁽¹⁾:

هذه القاعدة متفرعة من القاعدة الأم " العادة محكمة"، و وردت هذه القاعدة بألفاظ عدة في كتب الفقه، كلها تدور حول هذا المعني، من هذه الألفاظ كما جاء في شرح المجلة لحيدر، "الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي"، و"المعروف عرفاً كالمشروط شرعاً" و"المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ"⁽²⁾.

أولاً: معنى القاعدة: كل ما تعارف الناس عليه وتعاملوا به وإن لم يُشترط ولم يُنص عليه في العقود والمعاملات صراحةً، فإنه ما تعارف عليه يعتبر بمثابة الشرط الصريح ويقوم مقامه، ويصبح ملزماً كالشرط⁽³⁾، يقول أبو سنة: "أن الشيء المعتاد في المعاملات يلزم في العقد كما لو نص عليه فيه نصاً صريحاً"⁽⁴⁾.

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

- 1- لو اشترى شخص بقرة وتبين له أنها غير حلوب فأراد ردّها، فإنه ينظر إلى العرف، فإن كان قصاباً معروفاً بأنه يشتريها للذبح لا ترد، وإذا تبين أنه يشتريها لأجل أن ينتفع بالحليب فإنها ترد⁽⁵⁾.
- 2- على صاحب السفينة التي تنقل الركاب أن يجد في السير ولا يقف في السواحل، وإن لم يشترط ذلك في العقد، فإنه شرط عُرفي لا يحتاج فيه الركاب إلى ذكره⁽⁶⁾.
- 3- لو اختلف البائع والمشتري في ما يدخل في البيع وما لا يدخل، كمفتاح السيارة وخطام البعير وغيرها، فالعرف يحكم هنا⁽⁷⁾، وهذا ما نصت عليه المادة (381) من القانون العماني: "يشتمل التسليم ملحقات المبيع وما اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وفقاً لما تقضي به طبيعة الشيء المبيع وكل ما جرى العرف على أنه من توابع المبيع، ولو لم تذكر في العقد".

(1) ابن نجيم، الاشباه والنظائر، ص122.

(2) حيدر، درر الحكم، ج1، ص46-47.

(3) أحمد الزرقا، القواعد الفقهية، ص237. والباحسين، العادة محكمة، ص196. والقرالة، القواعد الفقهية، ص149.

(4) أبو سنة، العرف والعادة، ص169.

(5) حيدر، المرجع السابق، ج1، ص47.

(6) الكندي، محمد بن إبراهيم، (ت:507هـ)، بيان الشرع، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1408هـ/1988م، ج6، ص105.

(7) الكندي، أحمد بن عبدالله بن موسى، المصنف، (ت:557هـ)، ج25، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1405هـ/1984م، ص69.

4- لو طلب صاحب البضاعة من الحمال نقلها إلى المنزل هل يدخلها أم يضعها عند الباب؟، ينظر في ذلك إلى العرف إن كان يُشترط عرفاً إدخالها إلى المنزل وجب عليه إدخالها، وإن كان العرف يكتفي بوضعها عند الباب فلا يلزم عليه إدخالها⁽¹⁾، جاء في المادة (156) من القانون العماني: "يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه ولا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعادة بحسب طبيعة التصرف"⁽²⁾.

5- الأعمال التي جرى العرف على أنها من توابع العمل على العامل القيام بها وإن لم تشترط في العقد، هذا ما نصت عليه المادة (658)، من القانون العماني: "يلتزم العامل بكل ما جرى العرف أنه من توابع العمل ولو لم يشترط في العقد"⁽³⁾.

الفرع الرابع: قاعدة "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"⁽⁴⁾:

أولاً معنى القاعدة: هذه القاعدة في معنى القاعدة السابقة، تعبر عن سلطان العرف العملي، إلا أنها تفتقر عن سابقتها بأنها تختص بعرف التجار وأصحاب المهن والحرف، أما القاعدة السابقة فهي عامة ومطلقة⁽⁵⁾، يقول الباحثين: "كل ما جرى به التعامل والتعارف بين التجار في مسألة طريقة البيع والتسليم، والنقل وتسديد المبالغ، والنقود والشيكات، وغيرها يُؤخذ بها، وتُحكم عند الاختلاف وعدم النص عليها"⁽⁶⁾.
ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

1- لو اشترى تاجر من آخر بضاعة ولم يشترط التعجيل أو التقسيط، وكان العرف بين التجار أنه يسلم الثمن كل جمعة أو كل شهر، فإن هذا العرف يُصبح كالشرط بين التجار⁽⁷⁾.

(1) أحمد الزرقا، القواعد الفقهية، ص238.

(2) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29. وتقابلها، المادة (202)، مدني الأردني، رقم، 1976/63.

(3) قانون المعاملات المدنية العماني، المرجع السابق. وتقابلها، المادة (815)، مدني الأردني، المرجع السابق.

(4) مجلة الأحكام العدلية، المادة: (44)، ص12.

(5) أحمد الزرقا، القواعد الفقهية، ص239. والسدلان، القواعد الفقهية، ص460.

(6) الباحثين، العادة محكمة، ص196-197.

(7) سليم باز، شرح المجلة، ج1، ص31.

- 2- إذا اشترى تاجر مواد بناء من الصين واختلف على من تكون نفقة شحنه إلى ميناء صحار، فإنه ينظر إلى عرف التجار فإن كان عرفهم أنّ الشحن على البائع لزمه دفع قيمة الشحن، وإلا كان على المشتري دفعها⁽¹⁾.
- 3- البيع بسعر السوق، ينصرف إلى أسعار السوق المتعارف عليها بين التجار، ونصّت المادة (368) من قانون المعاملات المدنية العماني على هذا الأمر: "إذا اتفق المتبايعان على تحديد الثمن بسعر السوق فيعتبر سعر السوق في زمان ومكان البيع، وإن لم يكن في هذا المكان سوق اعتبر المكان الذي يقضي العرف بأن تكون أسعاره سارية"⁽²⁾.
- 4- إذا تعارف التجار على أن البائع أو الموزع يرسل البضاعة إلى مخازن التاجر المشتري، فإن ذلك يُصِحّ كالشرط في البيع وعلى البائع أن يقوم بتوصيلها إلى مخازن المشتري عملاً بالشرط العرفي، نصّت الفقرة الثانية من المادة (388) على ذلك: "إذا تضمن العقد أو اقتضى العرف إرسال المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق على غير ذلك"⁽³⁾.

المبحث الثالث: العرف معياراً للقانون العماني، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مدى اعتبار العرف ضابطاً ومعياراً.

المطلب الثاني: الأشياء التي اعتبر فيها العرف معياراً للعقد.

المطلب الثالث: قواعد العرف باعتباره معياراً.

المطلب الرابع: تطبيقات العرف باعتبارها معياراً في المحاكم العمانية.

(1) خياط، نظرية العرف، ص102.

(2) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة، (423) مدني مصري، رقم 1948/131. والمادة، (527) مدني عراقي، رقم 1951/40. والمادة، (478) مدني أردني، رقم 1976/63. والمادة، (504) معاملات إماراتي، رقم 1985/5.

(3) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة، (499) مدني أردني، رقم 1976/63. والمادة، (530) معاملات إماراتي، رقم 1985/5.

المبحث الثالث: العرف معياراً للقانون العماني، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: مدى اعتبار العرف ضابطاً ومعياراً:

الفرع الأول: معنى المعيار:

المعيار لغةً: جمع معايير، والمعيارُ: جمع عَيْرٍ وهو: الناتئ المرتفع من الأذن، ومنه عَيْرُ الدنانير: امتحنها لمعرفة أوزانها وتساويها، وعَيْرُ الدنانير تعبيراً: إذا وزنت واحدً واحداً، وعَيْرُ المكيال والميزان معايرةً ومعياراً: قدرها ونظر ما بينها. وعيار الشيء: ما جعل نظاماً له⁽¹⁾.

اصطلاحاً المعيار: هو "مقياس يقاس به غيره للحكم والتقييم"⁽²⁾.

والعرف بوصفه معياراً: يقصد به أنه يبين نوع الأشياء المجملة ومقدارها، ومقياس يضبط به غير المنضبط⁽³⁾.

الفرع الثاني: العرف باعتبارهم معياراً للقانون:

اعتبر الفقهاء العرف معياراً وضابطاً لكثير من الأشياء والتصرفات التي تحتاج إلى بيان مقدارها وصفاتها وأنواعها، وتقييد مطلقها وتخصيص عمومها، ومقياس تقاس به التصرفات وتحدّد به التجاوزات، وخاصّة التي تختلف باختلاف الزمان والمكان لصعوبة ضبط مقاييسها وتحديد معيار ثابت لها، مثال نفقة المطلقة جاء في قوله تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقاتِ مِمَّا عَمِلْنَ مَعْرُوفٍ﴾⁽⁴⁾، لفظ المعروف في الآية السابقة مجمل، والعرف هو المعيار الذي تضبط به النفقة⁽⁵⁾.

(1) ابن منظور، لسان العرب، ج4، مادة: عير، ص621-623. والفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقرئ، المصباح المنير، مادة: عار، ج2، المكتبة العلمية، بيروت، لبنان، ص439.

(2) أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، ج2، عالم الكتب، 1429 هـ - 2008 م، ص1582.

(3) القرالة، وظائف العرف في التشريع، ص207.

(4) سورة البقرة، الآية: 241.

(5) القرالة، وظائف العرف في التشريع، ص207.

وقد دلت عبارات الفقهاء على اعتبار العرف معياراً ومقياساً للأشياء، ومن تلك العبارات الآتي:

- يقول القرافي: "وما ليس فيه معيار شرعي اعتبرت فيه العادة العامة"⁽¹⁾.
- ويقول أبو بكر الجصاص في معرض تفسيره لقوله تعالى: ﴿وَعَلَّمَ الْوُلُودَ لَهْرٍ زُقْمُهُنَّ وَكَسَوْنَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾⁽²⁾، "وفي هذه الآية دلالة على توسع اجتهاد الرأي في أحكام الحوادث، إذ لا توصل إلى تقدير النفقة بالمعروف، إلا من جهة غالب الظن وأكثر الرأي، إذا كان ذلك معتبراً بالعادة، وكل ما كان مبنياً على العادة فسبيله الاجتهاد وغالب الظن، إذ العادة ليست مقصورة على مقدار واحد لا زيادة فيه ولا نقصان"⁽³⁾.
- ويقول الإمام الشافعي في معرض ذكره لحديث النبي صلى الله عليه وسلم عندما جاءته هند بنت عتبة فقالت: يا رسول الله إن أبا سفيان رجلاً شحيح وليس لي منه إلا ما يدخل علي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"⁽⁴⁾، قال الشافعي: "والمعروف نفقة مثلها ببلدها الذي هي فيه بُراً كان أو شعيراً أو ذرة، لا يكلف غير الطعام العام الذي ببلده الذي يقتاته مثلها، ومن الكسوة و الأدم بقدر ذلك"⁽⁵⁾.

(1) القرافي، الفروق، ج3، ص431.

(2) سورة البقرة الآية: 233.

(3) الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الحنفي (المتوفى: 370هـ)، أحكام القرآن، ط1، ج1، (تحقيق: عبدالسلام محمد علي شاهين)، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان، 1415هـ/1994م، ص489.

(4) أخرجه البخاري في صحيحه، في كتاب الأحكام، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، حديث رقم: (5364)، البخاري، صحيح البخاري، ج7، ص65. قال ابن حجر: "وهو ضعيف جداً"، انظر: العسقلاني، أحمد بن علي ابن حجر (ت: 852هـ)، التلخيص الحبير، ط1، (تحقيق: أبو عاصم محمد بن عباس بنقطب)، ج4، مؤسسة قرطبة، مصر، 1416هـ/1995م، ص100. وصححه الألباني، انظر: الألباني، محمد ناصر الدين (ت: 1420هـ)، مشكلة الفقر، ط1، المكتبة الإسلامية، بيروت، 1405هـ، 1984م، ص33.

(5) الشافعي، الأم، ج5، ص114.

- ويقول الشوكاني: "والمراد بالمعروف القدر الذي عرف بالعادة أنه الكفاية"⁽¹⁾.
- وجاء في شرح النيل في معرض الحديث عن كسوة المرأة، "وأما اللباس فإن كان إنما استقبل الشتاء أجبروه على لباس الشتاء كله، وكذلك الصيف على قدر عادة الناس في وقت يجددون فيه اللباس ما يجزيهم من اللباس في سنتهم في الشتاء والصيف على قدر الحاجة في ذلك بنظر أهل الصلاح"⁽²⁾.
- ويقول السالمي في تقدير النفقات: "يختلف ذلك باختلاف الأحوال والأوقات ولكل زمان حكم والحاكم إلى نظره أحوج منه إلى أثره، والموجود في آثار المسلمين من تقدير النفقات إنما بحسب زمانهم وأحوالهم؛ ولذا ترى أنظارهم مختلفة في التقديرات بسبب اختلاف الأوقات والأحوال"⁽³⁾.
- ومن الأشياء التي اعتُبر العرف معياراً لها هو المال، يقول أبو سنة: "مقياس المالية تعارف الناس أن هذا الشيء مرغوب فيه ومنتفع به أو عدم تعارفهم"⁽⁴⁾، وهذا ما دلّت عليه التعاريف اللغوية للمال فقد عرفه ابن منظور بقوله: "المال معروف ما ملكته من جميع الأشياء"⁽⁵⁾، وقال الرازي: "المال معروف"⁽⁶⁾، ومعنى ذلك بأن المال معروف عند الناس لا يحتاج إلى بيان وإيضاح، فما تعارفوا على أنه مال فهو كذلك⁽⁷⁾.
- وفي الاصطلاح اختلف الفقهاء في تعريف المال بناءً على تباين وجهات النظر حول حقيقته فالحنفية لا يعتبرون المنافع أموالاً؛ لأنها لا تُدخر والجمهور يرى أن المنافع أموال، فعرفه الحنفية بقولهم: "المال هو كل عين ذات قيمة مادية بين الناس"⁽⁸⁾، وعرفه الجمهور بتعريف فيه بيان لدور العرف باعتباره معياراً للمال فقالوا: "كل ما له قيمة عرفاً، وجاز الانتفاع به شرعاً في حال السعة والاختيار"⁽⁹⁾.

- (1) الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (ت: 1250هـ)، نيل الأوطار، ط1، تحقيق: عصام الدين الصباطي، ج6، دار الحديث، مصر، 1413هـ - 1993م، ص383.
- (2) اطفيش، شرح النيل، ج14، ص224.
- (3) السالمي، الجوابات، ج3، ص320-321.
- (4) أبو سنة، العرف والعادة، ص137.
- (5) ابن منظور، لسان العرب، مادة: مول، ج11، ص635.
- (6) الرازي، مختار الصحاح، مادة: مول، ص642.
- (7) الجمال، محمد محمود، تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007م، ص57.
- (8) الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1420هـ/1999م، ص127.
- (9) الدبو، إبراهيم فاضل، ضمان المنافع، ط2، دار عمار، عمان، الأردن، 1422هـ/2001م، ص229.

وسبب هذا الخلاف هو اختلاف الأعراف والعادات يقول د. نزيه حمّاد: "وسبب اختلاف الحنفية مع سائر الفقهاء في تعريف المال اختلاف الأعراف فيما يُعدُّ مالاً وما لا يعد، حيث إنّ المال ليس له حدٌّ في اللغة، ولا في العرف فرجع في تحديده للعرف"⁽¹⁾.

وأخذ قانون المعاملات المدنية العماني بتعريف الجمهور للمال واعتبر المنافع أموالاً، جاء في المادة (50):
"المال هو كلُّ عينٍ أو منفعةٍ أو حقٍّ له قيمة في التعامل"⁽²⁾.

وقد ورد ذكر المال في النصوص الشرعية في مواضع كثيرة ولم تضع النصوص معياراً معيناً لما يعتبر مال وما لا يعتبر وترك هذا الأمر للعرف ليضبطه، فما يتعارف عليه الناس بأنه مال اعتبر مالاً وتسري عليه أحكام الأموال وما لم يعتبره العرف مال فلا، ومعنى ذلك أن المال قد يختلف باختلاف الزمان والمكان، فما كان مالاً في زمن ما قد لا يعده الناس مالاً في زمن آخر، وما يكون مالاً في مكان قد لا يكون كذلك في مكان آخر، وثبت هذا بالتجارب فقد كان في الماضي أشياء ليست لها قيمة بل تعد من توافه الأمور ثم بعد ذلك صارت من الأشياء القيمة والثمينة، فكل ذلك معياره عرف الناس وتعاملهم به⁽³⁾.

وقد راعت القوانين المدنية اعتبار العرف في تحديد الأموال والأشياء جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: "ولما كان الشيء قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً، وقد كثرت الأشياء المعنوية، وتموّلها الناس، وتعارف الناس ذلك تعارفاً لم يعد مجالاً للشك فيه ولا لإنكاره، فقد حرص المشرّع نزولاً على ما جرى عليه العرف، من اعتبار كثير من الأشياء المعنوية، كالألحان والأسماء التجارية والعلامات التجارية أموالاً"⁽⁴⁾.

(1) نزيه حمّاد، معجم المصطلحات الفقهية في لغة الفقهاء، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1435هـ/2014م، ص388.

(2) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29.

(3) أبو سنة، العرف والعادة، ص137. والقرالة، وظائف العرف، ص207.

(4) القضاة، المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، ص59.

المطلب الثاني: الأشياء التي اعتبر فيها العرف معياراً للعقد.

الفرع الأول: التعسف في استعمال الحق:

عرف الدرّيني التعسف في استعمال الحق فقال: "مناقضة قصد الشارع في تصرفٍ مأذون فيه شرعاً بحسب الأصل⁽¹⁾"، وعرفه عبد الواحد كرم: "استعمال شخص لحق له ينشأ عنه ضرر بالغير⁽²⁾".

الأصل أنّ الإنسان له أن يستعمل حقه كيف يشاء، ويتصرف فيه كيف يشاء، ولكن إذا كان استعماله فيه ضرر به أو بغيره عندها يكون قد تعسف في استعمال حقه، وهذا ما نصّت عليه مجلة الأحكام العدلية: "لا يُمنع أحد من التصرف في ملكه، ما لم يكن فيه ضرر فاحش للغير⁽³⁾"، وليس المقصود بالتعسف التعدي على حق الغير، فذلك يسمى غصباً، وإمّا التعدي أن يمارس الإنسان حقاً من حقوقه وينتج عنه ضرر بالغير، كأن يستأجر الإنسان سيّارة ويستخدمها بما يضر بها، وحرّمت الشريعة الإسلامية التعسف في كثير من النصوص الشرعية⁽⁴⁾، ونظّم الفقه الإسلامي نظرية التعسف، يقول الزرقا: "الشريعة الإسلامية قد سبقت إلى تقرير موضوع هذه النظرية في شتّى فروع الأحكام⁽⁵⁾"، ووضع لها معاييراً تحدّد الاستعمال التعسفي من عدمه، ومن هذه المعايير العُرف، يقول ابن رجب: "أن يتصرف في ملكه بما فيه مصلحة له، فيتعدى ذلك إلى ضرر غيره، أو يمنع غيره من الانتفاع بملكه توفيراً له، فيتضرر الممنوع من ذلك، فأما الأول وهو التصرف في ملكه بما يتعدى ضرره إلى غيره فإن كان على غير الوجه المعتاد، مثل أن يؤجج فيأرضه ناراً في يوم عاصف، فيحترق ما يليه، فإنه متعدّد بذلك، وعليه الضمان⁽⁶⁾"، وكل إنسان يستعمل حقه وينتج عنه ضرر يقاس تعدّيه من عدمه بالنظر إلى عرف الناس واعتيادهم فإن خالف اعتياد الناس اعتبر متعسفاً، والمتضرر يستحق التعويض عما لحق به،

(1) الدرّيني، فتحي محمد، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط3، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، 1434هـ/2013م، ص92.

(2) كرم، عبد الواحد، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، ط2، دن. دار نشر، 1418هـ/1998م، ص123.

(3) مجلة الأحكام العدلية، الماد: (1197)، ص139.

(4) ذكر الدكتور وهبة الزحيلي عدد من الأدلة الشرعية التي تحرم التعسف. انظر، الزحيلي، وهبة مصطفى، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، ج4، دار الفكر، دمشق، سوريا، ص2865.

(5) الزرقا، المدخل الفقهي، ج2، ص887، الهامش رقم: (1).

(6) ابن رجب، عبد الرحمن بن أحمد، (ت: 795هـ-)، جامع العلوم والحكم، ط7، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، و إبراهيم باجس، ج2، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1422هـ - 2001م، ص217.

فمن يستأجر الدار ويستعملها في شيء غير مألوف ويلحق بها ضرراً اعتبر استعماله تعسفاً، ومن استخدم التلفاز في منزله بصوت مرتفع يزعج الجيران فالعرف يعتبر ذلك تعسفاً، ولكن عندما يكون صوت المذياع مرتفعاً في الأعراس فالعرف هنا لا يعتبره تعسفاً⁽¹⁾.

ونظريّة التعسف جاءت بها القوانين الوضعية وصاغتها ونظمتها منذ زمن بعيد، يقول الصّدة: "وليست نظرية التعسف في استعمال الحق نظرية حديثة، إنما هي نظرية قديمة عرفها القانون الروماني وانتقلت إلى القانون الفرنسي، وقد ظهرت على نطاق واسع في الفقه الاسلامي حيث ظفرت بصياغة تضارع ما وصلت إليه القوانين الحديثة"⁽²⁾.

واعتبار العرف مقياساً للتعسف في استعمال الحق أخذ به المشرّع العماني، حيث نصّت المادة: (59) "يجب الضّمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع ويكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية:

- 1- إذا توفر قصد التعدي.
- 2- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة.
- 3- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر.
- 4- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة"⁽³⁾.

الفرع الثاني: الغلط:

عرف السنهوري الغلط بقوله: "حالة تقوم بالنفس تحمل على توهّم غير الواقع، بأن تكون هناك واقعة غير صحيحة يتوهّم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهّم عدم صحتها"⁽⁴⁾، وعرفه الزقا فقال: "الغلط هو: توهّم يتصور فيه العقاد غير الواقع واقعاً، فيحمله ذلك على إبرام عقد لولا هذا التوهّم لما أقدم عليه"⁽⁵⁾.

(1) حيدر، درر الحكام، ج3، ص200-201. و الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج4، ص2870. و السنهوري، الوسيط، ج1، ص844-845، و أنور سلطان، مصادر الالتزام، ص327.

(2) الصّدة، أصول القانون، ص569.

(3) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29. وتقابلها المادة: (66)، مدني أردني، رقم 1876/63.

(4) السنهوري، مصادر الحق، ج2، ص98.

(5) الزرقا، المدخل الفقهي، ج1، ص473.

الفقه الإسلامي لم يتناول الغلط بتنظيم مستقلاً بل كان موضوع نظرية الغلط متفرقة في مجالات شتى وأبواب مختلفة مرتبطة به كما في خيار العيب وخيار الوصف وخيار الرؤية واختلاف الجنس في المعقود عليه، والسبب في ذلك كما يقول الزرقا: "لأن الفقه الإسلامي يعتمد الإرادة الظاهرة (الإيجاب والقبول) أساساً في بناء العقد ما دامت الإرادة الباطنة الحقيقية خفية"⁽¹⁾، والغلط الذي اعتبره الفقهاء سبب يجيز لاحد العقادين إبطال العقد هو الغلط العفوي الواضح الذي ليس فيه مفاجئة للعقد الآخر، لأن الغلط غير الواضح تكون الإرادة الحقيقية فيه مختفيه، وعندها يجب اعتماد الإرادة الظاهرة⁽²⁾، وهذا ما جاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: "القاعدة العامة المستنبطة من فروع الفقهاء أن الاعتداد في العقود بالعبرة لا بالنية، وإن النية إن لم يقد عليها دليل في الصيغة لا اعتداد بها، وعلى ذلك فالغلط إذا كان باطنياً فقط لا يترتب عليه حكم، أما إذا كان ظاهرياً فإنه يؤثر في العقد"⁽³⁾، ومعرفة الغلط الواضح من عدمه يتحدد بعدة معايير ويعتبر العرف والعادة أحد تلك المعايير، جاء في البحر الرائق: "وصحح قاضي خان أنه لو باع جارية على أنها حاملان البيع جائزاً لأنه بمنزلة شرط البراءة من العيب إلا أن يكون في بلد يرغبون في شراء الجوارى لأجل الأولاد... اعلم أن اشتراط الوصف المرغوب فيه إما أن يكون صريحاً أو دلالةً لما في البدائع من خيار العيب والجهل بالطبخ والخبز في الجارية ليس بعيب لكونه حرفة كالخياط إلا أن يكون شرطاً في العقد وإن لم يكن مشروطاً في العقد وكانت تحسن الطبخ والخبز في يد البائع ثم نسيت في يده فاشتراها فوجدها لا تحسن ذلك ردها لأن الظاهر أنه لما اشتراها رغبة في تلك الصفة فصارت مشروطة دلالة وهو كالمشروط نصاً"⁽⁴⁾.

(1) الزرقا، المدخل الفقهي، ج1، ص474-475.

(2) الزرقا، المرجع السابق، ج1، ص475.

(3) القضاة، المذكرات الإيضاحية، ص126.

(4) ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت: 970هـ—)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، ج6، دار الكتاب الإسلامي، د. ت. ط، ص27-28.

واعتبر قانون المعاملات المدنية العماني العرف معياراً للغلط، حيث جاء في المادة: (109) "لا يعتبر الغلط إلا إذا دلت عليه صيغة العقد أو دلت عليه القرائن وظروف الحال أو طبيعة الأشياء أو العرف"⁽¹⁾، وهذه المادة مأخوذة بالنص من مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد، (القانون العربي الموحد على أساس الفقه الإسلامي)⁽²⁾، المادة (148)⁽³⁾.

الفرع الثالث: الشرط الصحيح⁽⁴⁾.

الشرط الصحيح هو: "ما كان موافقاً لمقتضى العقد أو مؤكداً لهذا المقتضى أو أذن به الشرع أو جرى به العرف"⁽⁵⁾.

جوز فقهاء الحنفية الشرط في العقود وفق ضوابط ومعايير معينة، فإذا ما توفرت هذه المعايير كلها أو بعض منها صح الشرط، ومن تلك المعايير التي يُحكم بها على صحة الشرط من عدمه العرف، فقد جوز الحنفية الشرط الذي جرى التعامل به بين الناس استحساناً خلافاً للقياس، كشرط تصليح الآلة المبيعة إذا تعطلت يكون على البائع، وبيع البضاعة بشرط حملها على حساب البائع⁽⁶⁾، يقول السرخسي: "وإن كان شرطاً لا يقتضيه العقد وفيه عرف ظاهر، فذلك جائز، كما لو اشترى نعلًا وشراكاً بشرط أن يحذوه البائع، لأنَّ الثابت بالعرف ثابتٌ بدليل شرعيٍّ؛ ولأنَّ في النزوع عن العادة حرجاً بيناً"⁽⁷⁾.

(1) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29. وتقابلها المادة: (151)، مدني أردني.

(2) ذكر الزرقا ملحق نصوص مواد النظرية العامة للالتزامات في الفقه الإسلامي في مشروع قانون المعاملات المالية العربي الموحد كما أقرتها اللجنة العامة لتوحيد التشريعات بجامعة الدول العربية بناءً على المذكرات التأصيلية والصيغ التي وضعتها لجنة خبراء الأمانة العامة في الدائرة القانونية في جامعة الدول العربية بتونس سنة 1984هـ. أنظر الزرقا، نظرية الالتزام، ص 297.

(3) الزرقا، المرجع السابق، ص 318.

(4) الشرط في العقد من المسائل التي توسع الفقهاء في ذكرها واختلفوا فيها اختلافاً كبيراً بين مضيق كالضاهرية وبين من توسط كالحنفية والمالكية والشافعية والإباضية وبين من توسع كثيراً كالحنبلة والكلام في هذا المجال يطول وقد تناوله الشيخ مصطفى الزرقا بشيء من التفصيل كما ذكره السيد صالح عوض. أنظر: الزرقا، المدخل الفقهي، ج 1، ص 547-588. والسيد صالح، أثر العرف في التشريع، ص 489-495.

(5) السيد صالح، المرجع السابق، ص 494.

(6) السنهوري، مصادر الحق، ج 3، ص 118. و الزرقا، المدخل الفقهي، ج 1، ص 550-552.

(7) السرخسي، المبسوط، ج 13، ص 14.

ويقول الكاساني: "كذلك إذا كان لا يقتضيه العقد ولا يلائم العقد أيضاً، لكنّ للناس فيه تعامل، فالبيع جائز... والقياس ألا يجوز... ولنا أنّ الناس تعاملوا بهذا الشرط في البيع كما تعاملوا الاستصناع فسقط القياس بتعامل الناس كما سقط في الاستصناع"⁽¹⁾.

وذهب قانون المعاملات المدنية العماني إلى اعتبار العرف معياراً للشرط الصحيح الذي يجوز أن يقترن بالعقد حيث جاء في المادة: (120) "يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو جرى به العرف، كما يجوز أن يقترن بشرط يكون فيه نفع لأحد المتعاقدين أو غيرهما ما لم يكن ممنوعاً شرعاً أو قانوناً ففي هذه الحالة يبطل الشرط ويصح البيع، إلا أن يكون هذا الشرط دافعاً للتعاقد فيبطل العقد"⁽²⁾.

الفرع الرابع: الزيادة والنقصان في المبيع:

إذا كان مقدار المبيع محدداً وظهر فيه زيادة أو نقصان، فإن كان هناك اتفاق وجب الأخذ به، وإن لم يكن هناك اتفاق قد يكون العرف هو المعيار والمقياس في تلك الزيادة والنقصان، فإن كان العرف يقضي بأن تلك الزيادة مما يتسامح فيها فإنها تكون للمشتري، وقد يقضي العرف بأن تلك الزيادة ترجع للبائع، وكذلك في النقصان قد يقضي العرف بأنها من النقصان الطفيف لا يعوض المشتري وقد يقضي العرف بأن ذلك النقصان لا يتسامح فيه وعلى البائع تكملة ما نقص، فمعيار كل ذلك عائد إلى العرف⁽³⁾، وهذا ما جاء في المادة: (383)، من قانون المعاملات المدنية العماني، "إذا عيّن في العقد مقدار المبيع من المكيلات أو الموزونات أو المذروعات أو العدديات وظهر فيه نقص أو زيادة ولم يوجد اتفاق أو عرف في هذا الشأن وجب اتباع القواعد الآتية:

1- إذا كان المبيع لا يضره التبعض فالزيادة من حق البائع يستحق استردادها عيناً والنقص يخير فيه المشتري إن شاء فسخه وإن شاء أخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن.

إذا كان المبيع يضره التبعض وسمي ثمنه جملة، ثم وجد عند التسليم ناقصاً فللمشتري فسخ البيع -2 أو أخذ الثمن، وإن وجد زائداً فالزيادة للمشتري، فإذا كان الثمن بسعر الوحدة ثم وجد المبيع زائداً أو ناقصاً فللمشتري فسخ البيع أو أخذ المبيع بحصته من الثمن"⁽⁴⁾.

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص172.

(2) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29. وتقابلها المادة: (164) مدني أردني، رقم 1976/63.

(3) علي حيدر، درر الحكام، ج1، ص 181-190. و الزعبي، عقد البيع، ص297. والعبيدي، العقود المسماة، ص103.

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة: (492)، رقم، 1976/63.

وقد قدم المشرع الاتفاق والعرف على التشريع، وبناءً عليه لو كان العرف يقضي بأن الزيادة تكون للمشتري وطالب البائع بتطبيق الحلول التي وضعها التشريع، فللمشتري الحق بالتمسك بالعرف السائد ولو كان مخالفاً لنص التشريع⁽¹⁾.

الفرع الخامس: العيوب الخفية (خيار العيب):

العيب بالمعنى الفقهي عرفه الزقا بقوله: "ما تخلو عنه الفطرة السليمة، عادة وينقص القيمة عند التجار"⁽²⁾.

والعيب بالمعنى القانوني عرفه الفتلاوي فقال: "هو كل ما يعرض للمبيع فيجعله غير ملائم أو يؤثر على إمكانية تصريفه أو يعوق استعماله العادي ويجب أن يُعتد بكل ذلك قانوناً"⁽³⁾.

وخيار العيب عرفه خياط فقال: "هو الخيار للمشتري أن يفسخ العقد أو يضيئه إذا ظهر في المبيع عيب قديم"⁽⁴⁾.

أقرّ الفقهاء⁽⁵⁾ خيار العيب ووضعوا له شروطاً وضوابط تنظمه، وقرروا أنّ الأصل في المبيع أن يكون خالياً من العيوب، فسلامة المبيع من العيوب وإن لم ينص عليها فهي كالمشروط، يقول البلدحي: "مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع؛ لأنّ الأصل هو السلامة، وهو وصف مطلوب مرغوب عادة، والمطلوب عرفاً كالمشروط نصاً"⁽⁶⁾، فإذا وجد المشتري عيباً رجع فيه إلى البائع، وما يُعدُّ عيباً

(1) الزعبي، عقد البيع، ص297. و السرحان، العقود المسماة، ج1، ص229.

(2) الزرقا، عقد البيع، ص133.

(3) الفتلاوي، صاحب عبيد، ضمان العيوب، ط1، دار الثقافة، عمّان، الأردن، 1417هـ/1997م، ص5.

(4) خياط، نظرية العرف، ص125. في الهامش رقم: (2).

(5) الكاساني، بدائع الصنائع، ج5، ص274 وما بعدها. و الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230هـ—)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، د. ط، ج3، دار الفكر، بيروت، لبنان، د. ت، 105 وما بعدها. و الشربيني، مغني المحتاج، ج2، ص424-425. و ابن قدامة، عبد الرحمن بن محمد بن أحمد (ت: 682هـ—)، الشرح الكبير على متن المقنع، د. ط، ج4، دار الكتاب العربي، د. ت، ص85 وما بعدها.

(6) البلدحي، عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي، (ت: 683هـ—)، الاختيار لتعليل المختار، د. ط، ج2، مطبعة الحلبي - القاهرة، 1356 هـ - 1937 م، ص18.

وما لا يعد معياره عُرف التجار وعادات الناس، يقول الكاساني: "تفسير العيب الذي يوجب الخيار، وتفصيل المفسر، فكل ما يوجب نقصان الثمن في عادة التجار، نقصاً فاحشاً أو يسيراً، فهو عيب يوجب الخيار، وما لا فلا، نحو العمى والعمور والحوال⁽¹⁾"، ويقول ابن قدامة: "العيوب النقائص الموجبة لنقص المالية في عادات التجار؛ لأن المبيع إمَّا صار محلاً للعقد باعتبار صفة المالية فما يوجب نقصاً فيها يكون عيباً، والمرجع في ذلك إلى العادة في عرف التجار⁽²⁾"، فعُرف الناس يرجع إليه في تقدير العيوب فما يعدُّ العرف من العيوب المتسامح فيها فلا يضمنه البائع وما يعتبره العرف والعادة أنه عيباً فاحشاً لا يتسامح فيه جاز للمشتري ردُّه للبائع فالفساد في بعض البرتقال أو التفاح أو التراب اليسير المختلط بالعدس أو القمح يتسامح فيه عادةً أما لو كان العيب فاحشاً كأن تكون صفحات من الكتاب فيها أخطاء مطبعية لا يستطيع الشخص قراءتها فهذا عيب لا يتسامح فيه عادةً، وكل عيب في عرف التجار أو الصنّاع أو غيرهم من أصحاب المهن والحرف إنّه ينقص من ثمن السلعة عندهم أخذ بعرفهم وردّ المبيع إذا كان لا يتسامح فيه وأمّا إذا جرى عُرفهم على التسامح فيه فلا يضمنه البائع واعتبر البيع تاماً، لأن العرف هو الميزان الذي توزن به العيوب ليتميز المتسامح بها من غيرها، وقد يتغير العرف فيصبح ما كان عيباً ليس كذلك وعندها لا يرد المبيع والعكس إذا تغير العرف وأصبح ما كان مسامح فيه عيباً فإنه يرد به المبيع⁽³⁾، يقول صاحب الهداية: "وكُلُّ ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب"؛ لأن الضرر بنقصان المالية، وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في معرفته عرف أهله⁽⁴⁾، والعرف الخاص أو العام كلاهما يعتبر معياراً للعيوب يقول ابو سنة: "ثم العرف في معرفة العيوب مما يرجع فيه إليه في تطبيق الأحكام العامة، فالعرف العام والخاص فيه سواء⁽⁵⁾".

(1) الكاساني، المرجع السابق، ج5، ص274

(2) ابن قدامة، الشرح الكبير، ج4، ص85.

(3) الزرقا، عقد البيع، ص132-135. وسيد صالح، أثر العرف، ص520. و خياط، نظرية العرف، ص126-127.

(4) المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، د. ط، ج3، تحقيق: طلال

يوسف، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د. ت، ص37.

(5) ابو سنة، العرف والعادة، ص175.

هذا ما جاء في مجلة الأحكام العدلية حيث اعتبرت العرف معياراً للعيوب، وذلك في المواد: (352 و 353 و354)⁽¹⁾، وأخذ به قانون المعاملات المدنية العماني حيث نصت المادة: (401)، "لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه"⁽²⁾، ومعنى ذلك أن وجود عيب متسامح فيه لا يعني أن البائع لم يلتزم بتسليم المبيع بدون عيوب، فالعيب المتسامح فيه غير معتبر في هذه الحالة، ولا يضمن البائع المبيع، فلو اشترى رجل من آخر خمسين بيضة وكان العيب في بيضتين لا يضمن البائع شيء لأن العرف تسامح فيه⁽³⁾.

وخيار العيب ليس فقط في المبيع بل يكون في الإجارة والقسمة وغيرها من العقود الناقلة للملكية. يقول علي حيدر: "ويجري خيار العيب أيضاً في الإجارة والقسمة وبديل الصلح"⁽⁴⁾، وفي ما يخص موضوع الإجارة فقد نصت المادة (513) من مجلة الأحكام العدلية على ذلك: "في الإجارة أيضاً خيار العيب كما في المبيع"، وهذا ما نصت عليه المادة (542) من قانون المعاملات العماني: "تسري على وجود العيب أحكام خيار العيب في المبيع فيما لا يتنافى مع طبيعة الإيجار"⁽⁵⁾.

الأصل أن يسلم المؤجر العين خالية من العيوب فإذا ما وجد عيباً يحول دون انتفاع المستأجر بالعين أو ينقص من انتفاعه نقصاً فاحشاً فله أن يرجع إلى المؤجر، وتقدير العيب في العيب معياره العرف فما عده العرف عيباً متسامح فيه فلا يعتبر عيباً يلزم المؤجر بتعويض المستأجر، مثل وجود الرطوبة أو تعطل بعض أقفال الأبواب أو كسر حبة بلاط في العين المؤجرة؛ لأن كل ذلك متسامح فيه عرفاً، وأمّا إذا جرى العرف أنه ينقص من الانتفاع بالعين نقصاً فاحشاً كأن تكون العين المؤجرة مليئة بالحشرات أو يكون تسليك الكهرباء رديء بحيث تنقطع بين فترة وأخرى أو تسرب المياه من السقف أثناء هطول الأمطار فكل تلك العيوب يضمنها المؤجر⁽⁶⁾.

(1) مجلة الأحكام العدلية، ص 41.

(2) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29.

(3) حيدر، درر الحكام، ج 1، ص 331.

(4) حيدر، المرجع السابق، ج 1، ص 301.

(5) قانون المعاملات المدنية العماني، المرجع السابق. وتقابلها المادة: (688) مدني أردني، رقم 1976/63.

(6) حيدر، درر الحكام، ج 1، ص 532-536. والزحيلي، العقود المسماة، ص 230. و محمود جلال، شرح القانون المدني،

ج 4، ص 353.

ولقد اعتبر قانون المعاملات المدنية العماني العرف معياراً للعيوب التي يتسامح فيها حيث جاء في المادة (540): "1" يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في الشيء المؤجر من عيوب تحول دون الانتفاع به أو تنقص منه نقصاً فاحشاً ولا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها. 2) لا يضمن المؤجر العيب إذا كان المستأجر على علم به وقت التعاقد⁽¹⁾".

الفرع السادس: موعد أداء الأجرة المستحقة عن وحدة زمنية⁽²⁾:

الأجرة في الاصطلاح الفقهي هي: العوض الذي يدفعه المستأجر للمؤجر مقابل المنفعة المعقود عليها⁽³⁾. وفي القانون عرفها السنهوري بقوله: "هي المال الذي يلتزم المستأجر بإعطائه للمؤجر في مقابل الانتفاع بالشيء المؤجر"⁽⁴⁾.

قد يتفق المؤجر والمستأجر على أجرة منفعة لمدة زمنية معينة يوماً أو أسبوعاً أو شهراً أو سنه، فإذا لم يحدد العاقدان وقت دفع الأجرة كأن يتفقان على الأجرة لمدة شهر هل يدفع المستأجر العوض بداية الشهر أو منتصفه أو آخره، فإن اتفقا على شيء من ذلك ألتزما به وإن لم يتفقا فإن العرف هو الضابط في تحديد وقت دفع العوض يقول ابن قدامة: "يحتمل أنه توعدده على ترك الإيفاء في الوقت الذي تتوجه المطالبة فيه عادة"⁽⁵⁾.

وجاء في المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني: "أنَّ المعوَّل عليه في مثل هذه الحالة ما يتفق عليه المتعاقدان أو ما يقضي به العرف"⁽⁶⁾، وما جرت عليه العادة في وقت الإيفاء وجب على المتعاقدين الأخذ به إن لم يتفقا، فإذا كانت مدة الإجارة سنةً، فالعرفُ في عُمان أن الإيفاء نهاية كل شهر، وفي الأردن بداية كل شهر، فوجب الالتزام بحسب عرف البلد، يقول الزركشي: "

(1) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة: (686) مدني أردني، رقم 1976/63.

(2) مثال: ان تحدد بيوم أو شهر أو أسبوع...إلخ.

(3) حيدر، درر الحكام، ج1، ص397. وحماد، معجم المصطلحات، ص25.

(4) السنهوري، الوسيط، ج6، ص158.

(5) ابن قدامة، المغني، ج5، ص230.

(6) القضاة، المذكرات الإيضاحية، ص514.

إن لم يوجد شرط لفظي أو عرفي يقتضي التأخير أو التعجيل، فإنه يعمل بمقتضاه، فلو أجره داره شهراً بمائة درهم تحل في آخره، أو أجره على خياطة ثوب بدرهم الآن، عمل على ذلك، وعلى هذا يحمل قول ابن أبي موسى، وإن استؤجر كليون بأجر معلوم، فله أجر كل يوم عند تمامه، إذ عرف الناس المطرد في ذلك، أنهم إذا استأجروا إنساناً شهراً كليون بكذا، فإنهم يعطونه الأجرة في آخر كل يوم، فيجري هذا مجرى الشرط⁽¹⁾، وقد حسمت مجلة الأحكام العدلية هذا الأمر وحددت الإيفاء بانقضاء الوقت المعين فنصت المادة (476)، "إذا كانت الأجرة مؤقتة بوقت معين كالشهرية أو السنوية مثلاً يلزم إيفاؤها عند انقضاء ذلك الوقت"⁽²⁾.

وذهب القانون العماني إلى خلاف ما ذهبت إليه المجلة فلم يحدد وقت الإيفاء وترك الأمر للعرف وذلك مراعاة لما عليه العادة في عمان في هذا الشأن، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (525) على الآتي: "الأجرة المستحقة عن وحدة زمنية يتبع العرف بشأن مواعيد أدائها وإلا حددتها المحكمة بناءً على طلب صاحب المصلحة"⁽³⁾.

الفرع السابع: صيانة المؤجر للمأجور:

التزام المؤجر لا يقتصر على تسليم الشيء المؤجر فقط كما في عقد البيع بل عليه التزامات يقوم بها في سبيل تمكين المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر وهو المقصد من عقد الإجارة، فيتوجب عليه طول فترة العقد أن يلتزم بهذا القصد وذلك بجعل العين المؤجرة صالحة طول فترة الإجارة، وعليه أن يقوم بصيانتها، ومعيار ما يلتزم به المؤجر من صيانة هو العرف والعادة، جاء في شرح منتهى الإرادات: "وعلى مؤجر كل ما جرت به عادة أو عرف"⁽⁴⁾.

(1) الزركشي، محمد بن عبد الله (ت: 772هـ)، شرح الزركشي، ط1، ج4، دار العبيكان، 1413 هـ - 1993 م، ص224.

(2) مجلة الأحكام العدلية، ص53.

(3) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها الفقرة الثانية من المادة: (667) مدني أردني، رقم 1976/63.

(4) البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، (ت: 1051هـ)، دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى

الإرادات، ط1، ج2، عالم الكتب، 1414 هـ - 1993 م، ص261.

فالعرف يحدد ما إذا كان ذلك الخلل يمنع أو ينقص من انتفاع المستأجر بالعين فيكون على المؤجر اصلاحه وقد يكون في العرف أنّ مثل ذلك الخلل متسامح فيه أو بسيط فلا يلتزم بها المؤجر، ومن الأمثلة على ذلك من استأجر منزلاً فإنّ صيانة مواسير الماء وتوصيلات الكهرباء فهي على المؤجر أمّا إصلاح المصباح والأشياء البسيطة فالعرف أنّه يتسامح فيها وللمستأجر إصلاحها إن أراد⁽¹⁾، جاء في شرح المنتهى: "على مؤجر (ما يتمكن به) مستأجر (من نفعك ترميم دار) مؤجرة (بإصلاح منكسر وإقامة مائل) من حائط وسقف وبلاط (وعمل باب وتطيين سطحو تنظيفه من ثلج ونحوه)⁽²⁾"، و خلاصة الحديث في هذا الجانب أنّ الأشياء الضرورية يلتزم بإصلاحها المؤجر كالتدفئة والتكييف، والأشياء الكمالية والتحسينية التي لا علاقة لها بالانتفاع بالشئ المؤجر، كتحسين المطبخ وغيرها فلا يلتزم بها المؤجر، وأمّا الأشياء المستعجلة التي تكون على المؤجر فيحق للمستأجر إصلاحها و ثم يرجع على المؤجر يعرضه ما أنفق في الصيانة⁽³⁾.

وقد بين قانون المعاملات المدنية العماني هذه الأمور في المادة: (535) "1" يلتزم المؤجر بأن يقوم بإصلاح ما يحدث من خلل في الشيء المؤجر يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة فإن لم يفعل جازاً للمستأجر فسح العقد أو الحصول على إذن من المحكمة يخوّله الإصلاح والرجوع على المؤجر بما أنفق بالقدر المتعارف عليه. 2) إذا كان الخلل الذي يلزم المؤجر اصلاحه عرفاً من الأمور البسيطة أو المستعجلة التي لا تحتل التأخير وطلب إليه المستأجر إصلاحه فتأخر أو تعذر الاتصال به جاز للمستأجر إصلاحه واقتطاع نفقته بالقدر المتعارف عليه من الأجر⁽⁴⁾"، وأخذ المشرع في هذه المادة بما جاء في المادتين (529 و 530) من المجلة⁽⁵⁾.

الفرع الثامن: صيانة المستأجر للمأجور:

هناك التزامات على المستأجر أن يقوم بها تجاه الشيء المستأجر منها القيام بالترميمات المتفق عليها، فإذا لم يكن هناك اتفاق فالمعول على العرف في تحديد ما يلتزم به المستأجر من ترميمات، وصيانة الخلل كتغيير قفل الأبواب وتغيير المصابيح ونقاط الكهرباء وسقي مزروعات الحديقة،

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج2، ص208. وحيدر، درر الحكام، ج1، ص551-555.

(2) البهوتي، المرجع السابق، ج2، ص262.

(3) الزحيلي، العقود المسماة، ص237. وقوته، العرف، ج2، ص600.

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة: (681)، مدني أردني، رقم 1976/63.

(5) مجلة الأحكام العدلية، ص58-59.

كما يلتزم المستأجر بإزالة الأتربة والقمامة و وتنظيف البيت والقضاء على الحشرات كالرمة و تفرغ البالوعة وغيرها من الالتزامات على المستأجر⁽¹⁾، وضابط ذلك كله العرف يقول المرادوي: "أن يرجع في ذلك كله إلى العرف"⁽²⁾، وذكرت المادة (532) من مجلة الأحكام العدلية بعض تلك الالتزامات حيث نصت على: "إزالة الغبار والتراب والكناسة والرماد وغير ذلك أثناء مدة الإجارة على المستأجر"⁽³⁾.

ونص قانون المعاملات المدنية العماني على اعتبار ما جرى عليه العرف في التزامات المستأجر بترميم المشيء المؤجر، حيث جاء في المادة (547) "1) يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات التي تمّ الاتفاق عليها أو جرى العرف أنه مكلف بها. 2) يلتزم المستأجر خلال مدة الإجار بتنظيف الشيء المؤجر وإزالة ما تراكم فيه من أتربة أو نفايات وسائر ما يقضي العرف أنه مكلف بها"⁽⁴⁾.

الفرع التاسع: تجاوز المستأجر حدود المنفعة في استعمال الشيء المؤجر:

الأصل أنّ المستأجر يستعمل الشيء المؤجر بحسب ما أعدّ له وبحسب ما جرى به العرف، جاء في شرح المنتهى: "الإجارة تقتضي الانتفاع ... فإنّ أطلق الانتفاع حمل على المعتاد"⁽⁵⁾، وقد يتجاوز المستأجر حدود المنفعة ويعتبر العرف مقياساً لهذا التجاوز، يقول الزقا: "ومقياس التجاوز وعدمه إنما هو العرف العادة"⁽⁶⁾، واستيفاء المنفعة قد يكون بحسب ما أعدت له ولكن يستعملها بخلاف العرف والعادة، ومثال ذلك أنّ يستعمل السيارة بتحميلها أكثر مما تحمله عادة أو الذهاب بالسيارة الصغيرة في مناطق جبلية ذات طرق غير معبدة فالعادة تقضي بعدم استعمال السيارة الصغيرة في مثل تلك المناطق، وكاستعمال المنزل للدعارة،

(1) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص208. والبهوتي، كشاف القناع، ج4، ص21. وحيد، درر الحكم، ج1، ص554-561.

(2) المرادوي، علي بن سليمان، (ت: 885هـ—)، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط2، ج6، دار إحياء التراث العربي، د. ت، ص58.

(3) مجلة الأحكام العدلية، ص59.

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة: (695)، مدني أردني، 1976/63.

(5) البهوتي، شرح المنتهى، ج2، ص249.

(6) الزرقا، ج2، ص887.

أو إخفاء المجرمين بدل السكنى، فهذا كله تجاوز لما جرى عليه العرف، وإذا تجاوز المستأجر في استعماله حدود المنفعة المتفق عليه أو التي جرى بها العرف والعادة فإنه يلزمه ضمان وتعويض ما ينتج عن تجاوزه⁽¹⁾، فزيادة الأجرة بزيادة المنفعة عن المعتاد، يقول السالمي: "إذا زاد عن الحد المعتاد فعليه أن يرضي صاحبه"⁽²⁾.

وهذا ما أخذ به المشرّع العماني حيث اعتبر العرف مقياساً لتحديد تجاوز حدود المنفعة في استعمال الإجارة، جاء في المادة: (545) "1 لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال الشيء المؤجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أعد له وعلى نحو ما جرى عليه العرف فإذا جاوز حدود الاتفاق أو خالف ما جرى عليه العرف وجب عليه تعويض ما ينجم عن فعله من ضرر"⁽³⁾.

الفرع العاشر: تقصير المساقى:

على المساقى — في عقد المساقاة — أن يلتزم بالالتزامات التي اتفق عليها في العقد أو جرى بها العرف، وعليه أن يبذل العناية والجهد في العمل، وفق ما جرى عليه عرف المزارعين، من البذر والسقي والحرث والتسميد، وترميم القناطر والسواقي وغيرها من الأعمال المتعارف عليها، جاء في الدرر السنية: "العامل يقوم بتمام العمل الذي يستحق به نصيبه من النماء، ويحصل به صلاح الثمرة، والعرف الجاري إنما هو بين العمال، مع أن العادة تغيرت على قولكم، فيلزم الفلاح تصليح جميع الثمرة، ولا يمكن من ترك نصيب المالك، لأن العقد عليه، وترك نصيب المالك ينافي مقصود المساقاة"⁽⁴⁾، وبما أن العرف يحدد التزامات العامل في عقد المساقاة فإن حدث تقصير من المساقى يرجع في تحكيم العرف ليكون معياراً لتقصير المساقى، يقول ابن القاسم:

(1) حيدر، درر الحكام، ج1، ص548-551. و السنهوري، الوسيط، ج6، ص519. والزحيلي، العقود المسماة، ص243. وقوته، العرف، ج2، ص603.

(2) السالمي، جوابات السالمي، ج5، ص236.

(3) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة: (695) مدني أردني، رقم 1976/63.

(4) علماء نجد، الدرر السنية في الأجوبة النجدية، ط2، ج6، (تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم)، د ن 1417هـ/1996م، ص326.

" ويلزم العامل كل ما فيه صلاح الثمرة. وصاحب الملك ما يصلحه. والمرجع إلى العرف في هذه الأشياء"⁽¹⁾، فكل ما جرى العرف أنه من التزامات المساقى وحدث فيه تقصير أثر في الغلة، كأن يسقي الزرع مرة والمعروف سقيه ثلاث مرات، أو يقصر في سقي المواشي وعلفها فأصبحت هزيلة، أو يهمل الأدوات ولا يقوم بصيانتها وتنظيفها كل ذلك يعتبر تقصيراً بحسب العرف وعليه الضمان لتعديده وتفريطه، فيحط من حصته بمقدار تقصيره بحسب العرف⁽²⁾.

وهذا ما نصت عليه المادة (592) من قانون المعاملات المدنية العماني، "إذا قصر المساقى في القيام بالعمل الذي شرط عليه أو جرى به العرف فإنه يحط من نصيبه في الغلة بنسبة ما قصر فيه من عمله"⁽³⁾، ولم ينص القانون المدني الأردني على هذه المادة.

الفرع الحادي عشر: ما يستحقه الورثة في عقد المقاولة المنتهي بموت المقاول:

في حالة موقت المقاول وانتهاء عقد المقاولة، إمّا بسبب قيامها على مؤهلات خاصة في المقاول، مثلاً أن يكون المقاول طبيباً تعاقد على إجراء عملية جراحية أو مهندس تعاقد على بناء أو نساج على نسج سجاد، أو انتهت بسبب طلب صاحب العمل أو طلب الورثة، فإن كان المقاول قد بدأ بالعمل سواءً شرع في تنفيذه أو قبل تنفيذه بشراء الأدوات والمواد أو تصميم الخرائط التي يحتاجها العمل، فإن ورثته يستحقون قيمة ما أتم من العمل أو أنفق على المواد وتقديرها بحسب العقد فإن لم يكن مشروع في العقد، يرجع إلى العرف لتقدير قيمة العمل المنجز بحسب عرف أصحاب تلك المهنة أو الحرفة⁽⁴⁾.

(1) ابن القاسم، عبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصمي القحطاني(ت: 1392هـ)، الإحكام شرح أصول الأحكام، ط2، ج3، د.ن، 1406 هـ، ص 266.

(2) السنهوري، الوسيط، ج6، ص 1386-1389. والزحيلي، العقود المسماة، ص265. و قوته، ج2، ص1022-1025.

(3) قانون المعاملات المدنية العماني رقم 29/ 2013. وتقابلها المادة: (833)، معاملات مدنية إماراتي رقم، 1985/5.

(4) الكاساني، بدائع الصنائع، ج4، ص223-224. و الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا السنيكي (ت: 926هـ)، أسنى المطالب في شرح روض الطالب، د. ط، ج2، دار الكتاب الإسلامي، ص431-432. و الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، ج5، ص317-320. و البهوتي، كشاف القناع، ج4، ص31، السنهوري، الوسيط، ج7، ص262. والسرحان، العقود المسماة، ص119.

نصت المادة (649) على الآتي: "1) يفسخ عقد المقاولة بموت المفاوض إذا كان متفقاً على أن يعمل بنفسه أو كانت مؤهلاته الشخصية محل اعتبار في التعاقد. 2) إذا خلا العقد من مثل هذا الشرط أو لم تكن شخصية المفاوض محل اعتبار جاز لصاحب العمل أن يطلب فسخ العقد إذا لم تتوافر في الورثة الضمانات الكافية لحسن تنفيذ العمل. 3) في كلتا الحالتين السابقتين يستحق الورثة قيمة ما تم من الأعمال والنفقات وفقاً لشروط العقد وما يقتضيه العرف"⁽¹⁾.

المطلب الثالث: قواعد العرف باعتباره معياراً

الفرع الأول: قاعدة "العادة محكمة"⁽²⁾

أولاً: معنى القاعدة: ذكرناه سابقاً⁽³⁾ معنى هذه القاعدة، والمقصود بها هنا أن العادة تكون معياراً يحكم به على التصرفات، في التجاوز والتقصير، و معياراً للأشياء المعتبرة التي جرت العادة قبولها والتعامل بها، يقول ابن تيمية: " وأما الدراهم والدنانير فما يعرف له حد طبيعي ولا شرعي، بل مرجعه إلى العادة، والاصطلاح؛ وذلك لأنه في الأصل لا يتعلق المقصود به، بل الغرض أن يكون معياراً لما يتعاملون به"⁽⁴⁾.

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية:

1- معيار للمال، فما يعده العرف وتجري العادة بتموله فهو مال⁽⁵⁾.

(1) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29. وتقابلها المادة: (804)، مدني أردني، رقم، 1976/63.
(2) ابن بركة، الجامع، ج2، ص266. والسبكي، الأشباه والنظائر، ج1، ص50، وابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص115، والسيوطي، الأشباه والنظائر، ج1، ص175، ومجلة الأحكام العدلية، المادة(36)، ص12.
(3) انظر ص90 من هذه الرسالة.
(4) ابن تيمية، أحمد بن عبد الحليم الحراني(ت: 728هـ—)، مجموع الفتاوى، د ط، ج19، (تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم)، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ—/1995م، ص251.
(5) خياط، نظرية العرف، ص107.

- 2- معيار للتعسف في استعمال الحق، فالعرف يحدد ما إذا كان الشخص تجاوز الحد أثناء ممارسة حق أم لا، كم أوقد ناراً في داره أضرت بجيرانه، فإن أوقدها على الوجه المعتاد فلا يضمن، وإن أوقدها بخلاف المعتاد كأن يوقدها باتجاه هبوب الرياح فعليه ضمان⁽¹⁾ ونصت المادة (59) على الحالات التي يعتبر استعمال الحق فيها غير مشروع، حيث جاء في الفقرة الرابعة: "إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة"⁽²⁾.
- 3- معيار للعيوب المتسامح فيها في البيع والإجارة، فكل عيب جرت العادة بالتسامح فيه فلا يحق المطالبة بضمانه، مثل أن يستأجر دار ويوجد فيها بعض البلاط منكسر، فالعادة أنه عيب يتسامح فيه⁽³⁾، هذا ما نصت عليه المادة (401) "لا يضمن البائع عيباً جرى العرف على التسامح فيه"⁽⁴⁾. كما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (540) "يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في الشيء المؤجر من عيوب تحول دون الانتفاع به أو تنقص منه نقصاً فاحشاً ولا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها"⁽⁵⁾، فإذا حدث نزاع بين المؤجر والمستأجر حول عيب في الشيء المؤجر فإن المعيار العرف والعادة هل يعتبر عيب أم يتسامح فيه.
- 4- إذا استأجر شخص منزل لمدة سنة ولم يحدد موعد تسليم الثمن، فعليه تسليم المبلغ نهاية كل شهر لأن العادة جرت عليه في عُمان، حيث نصت الفقرة الثانية من المادة (525) على الآتي: "الأجرة المستحقة عن وحدة زمنية يتبع العرف بشأن مواعيد أدائها وإلا حددتها المحكمة بناءً على طلب صاحب المصلحة"⁽⁶⁾.

(1) الزرقا، المدخل الفقهي، ج2، ص887.

(2) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29.

(3) القرالة، القواعد الفقهية، ص145.

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29.

(5) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم، 2013/29.

(6) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها الفقرة الثانية من المادة: (667) مدني أردني، رقم 1976/63.

الفرع الثاني: قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"⁽¹⁾:

أولاً: معنى القاعدة: ورد معنى هذه القاعدة آنفاً في المبحث الثاني من هذا الفصل، فلا داعي للإعادة⁽²⁾.

ثانياً: تطبيقاتها الفقهية والقانونية.

1- إذا استأجر شقة من آخر فعليه أن يستعملها بما جرت عليه العادة، وليس له أن يتجاوز العرف، كأن يستعملها للدعارة، وإن لم يشترط في العقد فإن المعروف كالمشروط⁽³⁾، وجاء في المادة (545) "1" لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال الشيء المؤجر حدود المنفعة المتفق عليها في العقد، فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أعد له وعلى نحو ما جرى عليه العرف فإذا جاوز حدود الاتفاق أو خالف ما جرى عليه العرف وجب عليه تعويض ما ينجم عن فعله من ضرر⁽⁴⁾"، وعلى المستأجر القيام بتزيم الأشياء التي جرى العرف على أنه ملزم بها وإن لم يشترط عليه في العقد فإن العرف يشترط عليه القيام بذلك حيث جاء في الفقرة الأولى من المادة (547) "1" يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات التي تم الاتفاق عليها أو جرى العرف أنه مكلف بها⁽⁵⁾.

2- على المستأجر أن يقوم بتنظيف الشيء المؤجر وإزالة ما يعلق به من أتربة وغبار، فالعادة تلزمه بذلك وإن لم يشترط في العقد، جاء في الفقرة الثانية من المادة (547)"يلتزم المستأجر خلال مدة الإيجار بتنظيف الشيء المؤجر وإزالة ما تراكم فيه من أتربة أو نفايات وسائر ما يقضي العرف أنه مكلف بها⁽⁶⁾".

3- إصلاح شبكة المياه والتوصيلات الكهربائية، وإن لم يشترط في العقد، فقد جرت العادة على أنه من 3- تبعات المؤجر، جاء في الفقرة الأولى من المادة (535) "1" يلتزم المؤجر بأن يقوم بإصلاح ما يحدث من خلل في الشيء المؤجر يؤثر في استيفاء المنفعة المقصودة فإن لم يفعل جاز للمستأجر فسخ العقد أو الحصول على إذن من المحكمة يخوله الإصلاح والرجوع على المؤجر بما أنفق بالقدر المتعارف عليه⁽⁷⁾".

(1) ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص122.

(2) انظر ص117 من هذه الرسالة.

(3) الزحيلي، العقود المسماة، ص243.

(4) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة: (695) مدني أردني، رقم 1976/63.

(5) قانون المعاملات المدنية العماني، المرجع السابق.

(6) قانون المعاملات المدنية العماني، رقم 2013/29. وتقابلها المادة: (695)، مدني أردني، 1976/63.

(7) قانون المعاملات المدنية العماني، المرجع السابق.

4- على المساقى أن يقوم بالمحافظة على الأدوات والآلات ويقوم بصيانتها وإن لم يشترط عليه في العقد، فالعرف يشترط عليه القيام بذلك، وهذا ما نصت عليه المادة: (592)، من قانون المعاملات المدنية العماني، " إذا قصر المساقى في القيام بالعمل الذي شرط عليه أو جرى به العرف فإنه يحط من نصيبه في الغلة بنسبة ما قصر فيه من عمله⁽¹⁾".

يقول عادل قوته: "والعود إلى العرف — هنا — لتحكيمة واعتبار دلالاته هو: استعمال له فيما ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف، بإخلال المؤجر بشيءٍ منها إخلالاً بما هو كالشرط، إذ المعروف كالمشروط⁽²⁾".

المطلب الرابع: تطبيقات العرف باعتبارهم معياراً في المحاكم العمانية.

الفرع الأول: التناير⁽³⁾ مرافق عامة⁽⁴⁾:

أولاً: ملخص الواقعة: قام شخص برفع دعوى على أهل القرية يطالب فيها بنقل التنور من مكانه الذي وضع فيه منذ زمن بعيد تعارفه الناس وألفوه، مدعي ملكيته للمكان المقام عليه التنور.

ثانياً: قرار المحكمة العليا العمانية، رقم 175 في الطعن رقم 2004/49م، تاريخ 2004/12/4م. تنور (مرفق عام — منشآت ضارة — عرف):

إن التناير من المرافق العامة وهي موجودة في جميع ولايات السلطنة والانتفاع بها عام، ومن ثم لم يسبق لأي جهة على اختلاف اختصاصاتها أن عارضت بناء هذه التناير بالرغم أنها تقام خارج المنازل وفي مواقع غير خاصة وذلك على جهة التوسع والترفق، ولو لا ذلك لضاق الحال بالناس، ولأن العادة محكمة، فيبقى ما كان على ما كان إلا إذا رأى الجميع نقله إلى مكان آخر.

(1) قانون المعاملات المدنية العماني، المرجع السابق. وتقابلها المادة: (833)، معاملات مدنية إماراتي، رقم، 1985/5.

(2) قوته، العرف، ج2، ص593.

(3) التنور: موقد يحفر في الأرض لشيء اللحم أو إعداد الخبز. مجموعة مؤلفين، الموسوعة العمانية، ج2، ص781.

(4) المحكمة العليا، المبادئ القضائية، لسنة 2004م، ص218-221.

ثالثاً: التعليق لقرار المحكمة فيما استندت عليه:

راعت المحكمة المصلحة العامة وطبقت قاعدة العادة محكمة، فالعرف هنا معيار للترجيح بين الخصوص واستدلت المحكمة بالعرف وما جرى عليه استعمال الناس.

الفرع الثاني: سحب الماء من بطون الأودية⁽¹⁾:

أولاً: ملخص الواقعة: قام أهالي بلدة برفع دعوى على أهالي بلدة أخرى، يطالبون فيها بمنعهم من سحب الماء من بطن الوادي الذي يغذي أفلاجهم، لأن ذلك يؤثر على منسوب المياه في تلك الأفلاج، مما يؤدي إلى الإضرار بمزارعهم.

ثانياً: قرار المحكمة العليا العمانية، رقم 35/ في الطعن رقم 2007/417م، تاريخ 2007/5/31م:

— إثبات:

تحصيل الوقائع في الدعوى وتقدير الدليل والضرر هي من اختصاص قاضي الموضوع.

— ثروة وطنية:

المياه هي ثروة وطنية ويقع باطلاً أي اتفاق يخالف النصوص القانونية المنظمة لها لأنها نصوص أمره تحقق المصلحة العامة.

— أفلاج:

السماح بسحب الماء من بطون الأودية التي تتغذى منها الأفلاج والآبار — نتيجته — اختلال بالموازن والأعراف ويوقع الضرر.

(1) المحكمة العليا، المبادئ القضائية، لسنة/2008م، ص283-225.

— الأفلاج — مضرّة:

بعد مكان الأودية عن الأفلاج لا يبرر جواز سحب المياه من الأودية إذا ثبتت مضرته.

ثالثاً: التعليق لقرار المحكمة فيما استندت عليه:

سعت المحكمة إلى دفع الضرر الواقع على الحرث والنسل، ومراعات المصلحة العامة والعادات والأعراف التي تعتبر معياراً لطريقة سحب الماء من بطون الأودية.

الفرع الثالث: السقيا من الأفلاج⁽¹⁾:

أولاً: ملخص الواقعة: أقام شخص دعوى ضد آخرين مدعياً أنهم يتعسفون في استخدام ماء الفلج بخلاف المتعارف عليه، مطالباً منعهم من استخدام مياه الفلج للسقيا.

ثانياً: قرار المحكمة العليا العمانية، رقم 5/ في الطعن رقم 2002/99م، تاريخ 2005/6/29م. مصلحة عامة

— أفلاج — ضرر:

— المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة.

— الورد (السقيا) من الأفلاج مباح حسب العرف.

— الأصل في الأشياء الإباحة ما لم يرد قيد عليها.

— الضرر يزل ولكن لا يزال بضرر أشد.

ثالثاً: التعليق لقرار المحكمة فيما استندت عليه:

قدمت المحكمة المصلحة العامة على الخاصة، كما أنها جعلت العرف معياراً للتعسف في استعمال مياه

الأفلاج، الذي هو حق للناس أباحه العرف، ومن استخدمه بخلاف العرف يعتبر متعسفاً.

(1) المحكمة العليا، المبادئ القضائية، لسنة 2003م، ص 201-203.

الفرع الرابع: الأراضي ذات المصلحة العامة⁽¹⁾:

أولاً: ملخص الواقعة: أقام أهالي القرية بدعوى ضد شخص قام بإحداث بناء بالمواد الثابتة في مكان عام تعارف الناس على استخدامه متفرق لأصحاب المواشي من البادية.

ثانياً: قرار المحكمة العليا العمانية، رقم 33 / في الطعن رقم 2001/1م، تاريخ 2003/6/22م. أدلة — محكمة موضوع — المصلحة — عرف:

— قبول البيانات ورفضها من اختصاص محكمة الموضوع تعديلاً أو تجريحاً، قبولاً أو رفضاً.

— العادة محكمة، والعبرة بالعرف مالم يتعارض مع الشرع والقانون.

— يشترط وجود المصلحة في إقامة الدعوى.

ثالثاً: التعليق لقرار المحكمة فيما استندت عليه:

أقرت المحكمة العادة والعرف الذي لا يتعارض مع الشرع والقانون، و اعتبرته معياراً لفض النزاع بين الخصوص في استخدام الأراضي ذات المصلحة العامة.

الفرع الخامس: قناطر الأفلاج⁽²⁾:

أولاً: ملخص الواقعة: أقام وكيل الفلج بدعوى ضد شخص قام ببناء معبر للسيارات فوق الفلج، مكان المعبر القديم الذي كان يستخدمه للمرور إلى منزله، علماً بأن المعبر القديم كان صغيراً يستخدم للمشاة، والوكيل يرفض إقامة معبر للسيارات.

ثانياً: قرار المحكمة العليا العمانية، رقم 27 / في الطعن رقم 2003/115م، تاريخ 2004/4/10م. أفلاج (قناطر — ضرورات):

(1) المحكمة العليا، المبادئ القضائية، لسنة 2001م، ص 326-327.

(2) المحكمة العليا، المبادئ القضائية، لسنة 2003م، ص 149-152.

- للضرورات أحكام يؤخذ بها في أوقاتها وقد جاء في الأثر جواز وضع القناطر على الأفلاج حسب المتعارف عليه في كثير من الأفلاج في عُمان.
- الحكم الابتدائي المبني على قاعدة مأخوذ بها في الأثر من وضع القناطر على عواميد الأفلاج مع رفع المضرة على الجانبين حكم صحيح.

ثالثاً: التعليق لقرار المحكمة فيما استندت عليه:

راعت المحكمة تغير العرف بتغير الزمان ورفع الضرر والمشقة عن الناس، حيث جرى العرف على إنشاء هذه القناطر، وقد كانت تستخدم للمرور على الأقدام أو وسائل النقل المتوفرة حسب ذلك الزمن ومع تطور وسائل النقل واستخدام السيارة كوسيلة نقل احتاج الناس إلى توسيع القناطر بحيث تتسع لمرور السيارات، فالعرف معيار لما يجوز استحداثه من القناطر فوق الأفلاج.

الخاتمة

توصلاً بالباحثين نهاية هذا لدراسة السعدة نتائجه تمثلت في الإجابة عن الأسئلة المطروحة فيما شكلها بالبحث وهي كما الآتي:

أولاً: النتائج:

(1) أنا العرف مصدر من مصادر قانون المعاملات المدنية

العُماني، حيث وضع المشرع العرف في المرتبة الرابعة بين مصادر قانون المعاملات المدنية العُماني فهو يأتى بعد القانون والفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية.

(2) للعرف أثر كبير في قانون المعاملات المدنية العُماني، فقد اعتمد المشرع على العرف وأسند إليها دوراً ووظائف عدة، فتارة نجد العرف في توضيح مفسر القانون وتارة أخرى يفسر العقود، كما أن العرف يكمل في كثير من الأحيان النقص ويسد الخلل الواقع في القانون من سهاً وفي العقود، كما يعتبر العرف مقياساً ومعياراً لكثير من الأشياء كالتعسف والغلط والمالية وغيرها من الأشياء التي كان العرف ضابطاً لها.

(3) هنا كما يقار بأكثر من مائة إحالة إلى العرف في قانوننا لمعاملات المدينة العمانية خاصة في العقود، كعقد البيع والإجارة والإعارة والمقاول، كانا العرف فيها إما مفسراً أو مكملًا أو معياراً.

(4) لم تكن هنا أحكام قضائية كثيرة استندت إلى العرف في معاملات المدينة؛ ولعل السبب في ذلك يرجع إلى تأخر صدور قانوننا لمعاملات المدينة العماني.

ثانياً: التوصيات:

من خلال هذا الدراسة حول قانوننا لمعاملات المدينة العماني، هنا بعض التوصيات التي يوصي بها الباحث المختصين بها وهي كالآتي:

في:

(1) يقترح الباحث

ضرورة وضع تنظيم خاص لأعراف الفلج، بحيث يسهل على القاضيا الفصل في الكثير من القضايا والنزاعات المتعلقة بالأفلاج.

(2) يقترح الباحث إضافة بعض القواعد الفقهية المتعلقة بالعرف كقاعدة العادة محكمة، وذلك لأهمية هذا القواعد التي يستند إليها القاضي في حكمه، خاصة وأنعمنا نبلد تأخذ فيها العادات والأعراف أهمية كبيرة بيننا الناس.

(3) يقترح الباحث على طلبة العلم بمزيد من البحوث والدراسات في شتى أقسام

هذا القانون البكر الذي وفر أرضاً خصبةً للباحثين في معاملات المدينة، كما أن القانون بحاجة إلى شرح يسترشد بها القضاة وال محامون الباحثون.

فهرس الآيات:

ت	الآية	السورة: رقم الآية	الصفحة
1	﴿ذَلِكِ الْكِتَابُ لِأَرَبِّ فِيهِ﴾	البقرة: 2	52
2	﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾	البقرة: 29	25
3	﴿وَلَقَدْ أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ آيَاتٍ بَيِّنَاتٍ وَمَا يَكْفُرُ بِهَا إِلَّا الْفَاسِقُونَ﴾	البقرة: 99	49
4	﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمْ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمْ الْعُسْرَ﴾	البقرة: 185	18
5	﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِكَامِلَيْنِ لِمَا أَرَادَ أَنْ يُنْمِلَ الرِّضَاعَةَ﴾	البقرة: 233	61
6	﴿وَعَلَّمَ الْمُؤَلَّدِينَ لَهُمْ فُقُهًا لِيَكُونُوا لِمَنْ يُرِثُهُمْ أَلْقَابًا مَعْرُوفِينَ﴾	البقرة: 233	119
7	﴿وَلِلْمُطَلَّقَاتِ مَتَاعٌ بِمَا كَانُوا يَمْسِكْنَ﴾	البقرة: 241	118
8	﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾	البقرة: 275	31
9	﴿لَا يَكُلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾	البقرة: 286	23
10	﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ﴾	النساء: 11	28,59
11	﴿لَوْلَا نِفَاهُ لِمُنَازَعَتِهِ لَوَلَّوْنَا الْأَعْيُنَ عَنْ رِئَاسَتِهِ رَبِّنَا وَلَوْلَا إِصْرُ رَبِّنَا لَمَثُورًا مَتَوَرًّا﴾	المائدة: 63	11
12	﴿هَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا تَأْوِيلَهُ﴾	الأعراف: 53	51
13	﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾	الأعراف: 199	21
14	﴿وَمَا مَنَدَآئِبُ فِي الْأَرْضِ إِلَّا لَعْنًا لِلَّهِ رِزْقُهَا﴾	هود: 6	59
15	﴿وَجَاءَتْ سَيَّارَةٌ﴾	يوسف: 19	59
16	﴿لِنُنشِرَكُمْ مَلَاذِيْدَكُمْ﴾	ابراهيم: 7	و
17	﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾	الحج: 78	18
18	﴿عَلَّمَهُ الْبَيَانَ﴾	الرحمن: 4	48
19	﴿فَإِذَا قَرَأَهُ فَاتَّبِعْ قُرْآنَهُ (18) ثُمَّ إِنَّ عَلَيْنَا بَيَانَهُ﴾	القيامة: 18-19	49

فهرس الأحاديث:

الصفحة	نص الحديث	ت
85، 83، 25	"لا ضرر ولا ضرار".	1
23	قال عبدالله بن مسعود في حديثٍ موقوف: "ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن"	2
120	جاءت هند بنت عتبة فقالت: يا رسول الله! أبا سفيان رجلٌ شحيح وليس لي منه إلا ما يدخل علي، فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"	3

المصادر والمراجع

1. إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات وحامد عبد القادر ومحمد النجار، المعجم الوسيط، د. ط، (تحقيق: مجمع اللغة العربية)، دار الدعوة، د. ن.
2. أحمد مختار عبد الحميد عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، ط1، عالم الكتب، 1429 هـ - 2008 م.
3. استانبولي، محمد، وبطرس، دورين، وأبوقاعود، منير، المذكرات الإيضاحية للقانوناءمدنياالأردني، المكتبالفني، نقابة لمحامين، عمان، 2015.
4. الأسنوي، عبد الرحيم بن الحسن، (ت: 772 هـ)، التمهيد في تخرىج الفروع وعلمها لأصول، ط2، (تحقيق: محمد حسنا سماعيل)، دارالكتبا العلمية، بيروت، لبنان، 2009 م.
5. اطفيش، محمد بن يوسف، (ت: 1332 هـ)، شرح النيلوشفاء العليل، ط2، مكتبة الإرشاد، جدة، 1405 هـ/1985.
6. الألباني، محمد ناصر الدين (ت: 1420 هـ)، مشكلة الفقر، ط1، المكتب الإسلامي، بيروت، 1405 هـ 1984 م.
7. الأوسى، محمود بن عبد الله، (ت: 1270 هـ)، روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني، ط1، (تحقيق: علي عبد البار يعطية)، دارالكتبا العلمية، بيروت، 1415 هـ.
8. الآمدي، علي بن أبي علي بن محمد، (ت: 631)، الإحكام في أصول الأحكام، ط5، (تحقيق: إبراهيم العجوز)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1426 هـ 2005 م.
9. ابنأمرالحاج، محمد بن محمد بن محمد (ت: 879 هـ)، التقرير والتحرير، ط2، دارالكتبا العلمية، بيروت، لبنان، 1403 هـ - 1983 م.
10. الأنصاري، زكريا بن محمد بن زكريا السنيكي (ت: 926 هـ)، أسنا لمطالب في شرح حروض الطالب، د ط، دارالكتبا الإسلامي.
11. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، دارالمعارف، 1965 م.
12. البابرقي، محمد بن محمد بن محمود، (ت: 786 هـ)، العناية شرح الهداية، د ط، دارالفكر.

13. الباجي، سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، (ت: 474هـ)، المنتقى شرح الموطأ، ط1، مطبعة السعادة، مصر، 1332هـ.
14. الباحسين، يعقوب بن عبد الوهاب، قاعدة العادة محممة، ط1، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 1423هـ، 2002م.
15. البخاري، عبد العزيز بن أحمد (ت: 730هـ)، كشف الأسرار عن أصول فخر الإسلام بالبزدوي، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009م.
16. ابن بركة، محمد بن عبد الله البهلوي، (القرن الرابع الهجري)، الجامع، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، 1428هـ، 2007م.
17. - التعارف، ط1، (تحقيق: بدر بن سيف الراجحي)، ذاكرة عُمان، سلطنة عُمان، مسقط، 1434هـ، 2013م.
18. البرنو، محمد صدقي بن أحمد بن محمد، الوجيز في أبحاث قواعد الفقهية الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1426هـ/1996م.
19. ابن برهان، أحمد بن علي، (ت: 518هـ)، الوصول لعلم الأصول، ط2، (تحقيق: د. عبد الحميد علياً بوزبيدة)، دار الفاروق، عمان، الأردن، 1438هـ/2017م.
20. البلدحي، عبد الله بن محمود بن مودود، (ت: 683هـ)، الاختيار لتعليق المختار، دار الكتب العلمية - بيروت، 1356هـ - 1937م.
21. البهوتي، منصور بن يونس بن صلاح الدين، (ت: 1051هـ)، دقائق وأوليا النهل شرحاً لمنتها المعروف بشرح حمتها لإرادات، ط1، عالم الكتب، 1414هـ - 1993م.
22. - كشاف القناع عن منتهى الإقناع، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
23. التفتازاني، مسعود بن عمر (ت: 792هـ)، التلويح جعلها لتوضيح، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.
24. تناغو، سمير عبد السيد، نظرية الالتزام، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

23. توفيق، حسن فرج، المدخل إلى العلوم القانونية، المكتبة المصرية الحديثة، الاسكندرية، 1970.
24. ابنتيمية، أحمد بن عبد الحلیم الحراني (ت):
728هـ)، الاختيارات الفقهية، ط1، دار عالم الفوائد، مكة المكرمة، السعودية.
- العقود، دار السنة المحمدية، القاهرة، مصر.
- مجموع الفتاوى، دط، تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبوية، المملكة العربية السعودية، 1416هـ/1995م.
- المسوّد فی أصول الفقه، دط، (تحقيق: محمد محيي الدين عبد الحميد)، دار الكتاب العربي، د. ت).
25. الثعلبي، محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر، (ت: 422هـ)، التلخيص في الفقه المالكي، ط1، (تحقيق: ابيأويس محمد بن خبزة الحسني التطواني)، دار الكتاب العلمية، 1425هـ-2004م.
26. الجبوري، ياسين محمد، الوجيز في شرح القانون المدني الأردني، ط2، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1432هـ/2011م.
27. الجحافي، حميد بن حمد، العرف عند الأصوليين وأثره في الفقه الإباضي، تونس، 1422هـ/2001م.
28. الجرجاني، علي بن محمد (ت: 816هـ)، التعريفات، ط1، (تحقيق: ابراهيم الإيباري)، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ.
29. الجصاص، أحمد بن علي أبو بكر الحنفي (المتوفى: 370هـ)، أحكام القرآن، ط1، (تحقيق: عبد السلام محمد علي شاهين)، دار الكتاب العلمية بيروت، لبنان، 1415هـ/1994م.

30. الجمال، محمد محمود، تطبيقاتا العرفيا لمعاملات المالية المعاصرة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2007م.
31. الجوزي، عبد الرحمن بن علي بن محمد، (ت: 597هـ)، زاد المسير في علم التفسير، ط1، (تحقيق: عبد الرزاق المهدي)، دار الكتاب العربي، بيروت.
32. الجويني، عبد الملك بن عبد الله، (ت: 478)، البرهان في أصول الفقه، ط1، (تحقيق: صلاح محمد عويضة)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ/1997م.
33. الجيدي، عمر بن عبد الكريم، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة فضالة، المحمدية، المغرب، 1982م.
34. الحاكم، محمد بن عبد الله (ت: 405هـ)، المستدرک علی الصحیحین، ط1، (تحقیق: مصطفی عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ/1991م.
35. حجازي، عبد الحي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دط، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1972م.
- النظرية العامة للالتزام، دط، مطبوعات جامعة الكويت، 1402هـ/1982م.
36. الحديثي، خالد عبد حسين، تكميل العقد، ط1، منشورات الحلبي، بيروت، لبنان، 2012م.
37. ابن حزم، علي بن أحمد بن سعيد الظاهري (ت: 456هـ)، المحلب بالآثار، دار الفكر - بيروت، لبنان.
38. حسين حامد الصالح، التأويل للغوي في القرآن الكريم، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1426هـ/2005م.
39. ابن حنبل، أحمد بن محمد الشيباني، (ت: 221هـ)، مسند الإمام أحمد بن حنبل، ط1، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط - عادل مرشد)، وآخرون، مؤسسة الرسالة، 1421هـ/2001م.
40. الخازن، علي بن محمد بن إبراهيم، (ت: 741هـ)، لبال تأويل في معاني التنزيل، ط1، (تحقيق: تصحيح محمد علي شاهين)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1415هـ.

41. أبو الخطاب، محفوظ بن أحمد بن الحسن، (ت: 510 هـ)، التمهيد في أصول الفقه، ط1، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، 1437 هـ/ 2016 م.
42. الخليلي، أحمد بن محمد، جواهر التفسير، ط1، مكتبة الاستقامة، روي، سلطنة عُمان، 1404 هـ/ 1984 م.
43. خياط، عبدالعزيز، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمان 1977 م، 1397 هـ.
44. الدبوي، إبراهيم مفاضل، ضمانا للمنافع، ط2، دار عمار، عمان، الأردن، 1422 هـ/ 2001 م.
45. الدبوسي، عبيد الله بن عمر (ت: 430 هـ)، تقويم الأدلة في أصول الفقه، ط1، (تحقيق: عدنان العلي)، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1426 هـ/ 2006 م.
46. الدريني، محمد تحي، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط3، مؤسسة الرسالة، دمشق، سوريا، 1434 هـ/ 2013 م.
- المناهج الأصولية، ط3، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، 1434 هـ / 2013 م.
47. الدسوقي، محمد بن أحمد بن عرفة (ت: 1230 هـ)، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دط، دار الفكر، بيروت، لبنان، دت.
48. الرازي، محمد بن أبي بكر (ت: 666 هـ)، مختار الصحاح، (تحقيق: محمود خاطر)، مكتبة لبنان، بيروت، 1415 هـ / 1995 م.
49. الرازي، محمد بن عمر بن الحسين، (ت: 606 هـ)، المحصول في علم الأصول، ط1، (تحقيق: عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1420 هـ/ 1999 م.
- تفسير الرازي، ط3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1420 هـ.
50. ابن زجب، عبد الرحمن بن أحمد الحنبلي (ت: 795 هـ)، جامع العلوم والحكم، ط7، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وإبراهيم جاس)، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1422 هـ، 2000 م.

- القواعد الفقهية، ط1، (تحقيق: محمد علي البنا، دارالكتبة العلمية، بيروت، لبنان، 1429هـ/2008م.
- جامع العلوم والحكم، ط7، (تحقيق: شعيب الأرنؤوط)، وإبراهيم جاس، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1422هـ-2001م.
51. ابن رشد، محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت: 520هـ)، المقدمات للمهدات، ط1، دار الغرب الإسلامي، 1408هـ - 1988م.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، 1434هـ/ 2013م.
52. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، ط3، من دن، 2003م.
53. الرملي، محمد بن أبي العباس، (ت: 1004هـ)، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، دط، دار الفكر، بيروت، 1404هـ/1984م.
54. الزبيدي، محمد مرتضى (ت: 1205هـ/1790م)، تاج العروس، دار الهداية.
55. الزحيلي، محمد مصطفى، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط4، دار الفكر، دمشق، 1434هـ/ 2013م.
- النظريات الفقهية، ط1، دار القلم، دمشق، 1414هـ 1993م.
56. الزحيلي، وهبة مصطفى، أصول الفقه الإسلامي، ط11، دار الفكر، دمشق، 1436هـ/ 2015م.
- الضرورة الشرعية، ط4، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1418هـ/1997م.
- الفقها الإسلامي وأدلته، ط4، دار الفكر، دمشق، سوريا.
57. الزرقا، أحمد بن محمد، شرح القواعد الفقهية، ط10، دار القلم، دمشق، 1413هـ/2012م.

58. الزرقا، مصطفى أحمد، العقود المسماة في الفقه الإسلامي عقد البيع، ط2، دار القلم، دمشق، 1433 هـ/2012 م.
- المدخل الفقهي العام، ط3، دار القلم، دمشق، 1433 هـ/2012 م.
- المدخل للنظرية الالتزام العامة، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1420 هـ/1999 م.
- شرح القانون المدني السوري، ط4، مطبعة الحياة، دمشق، سوريا، 1384 هـ/1964 م.
59. الزركشي، محمد بن بهادر بن عبد الله (ت: 794 هـ)، المنثور في القواعد، ط1، (تحقيق: محمد حسن اسماعيل)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1421 هـ، 2000 م.
- شرح الزركشي، ط1، دار العبيكان، 1413 هـ - 1993 م.
60. الزعبي، محمد يوسف، عقد البيع القانوني الأردني، ط1، د. ن، 1414 هـ/1993 م.
61. الزلمي، مصطفى إبراهيم، أصول الفقه الإسلامي، ط1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2011 م.
62. الزمخشري، محمود بن عمرو بن أحمد، (ت: 538 هـ)، الكشاف، ط3، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، 1407 هـ.
63. الزيلعي، عثمان بن علي بن محمد، (ت: 743 هـ)، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق وحاشية الشلبي، الحاشية: الشلبي أحمد بن محمد بن أحمد (ت: 1021 هـ)، ط1، المطبعة الكبرى الأميرية - بولاق، القاهرة، 1313 هـ.
64. السالمي، عبد الله بن حميد (ت: 1332 هـ)، جوابات الإمام السالمي، ط1، مكتبة الإمام السالمي، بديعة، سلطنة عمان، 2010 م.
- العقد الثمين، ط1، (تحقيق: سالم بن محمد بن سليمان الحارثي)، مكتبة الضامري، سلطنة عمان، 1413 هـ/1993 م.
- طلعة الشمس، (تحقيق: عمر القيام)، مكتبة الإمام السالمي، بديعة، سلطنة عمان، 2010 م.

65. السُّبكي، عبد الوهاب نعلين عبد الكافي، (ت: 771هـ)، الأشباه والنظائر، دط، (تحقيق: عادل أحمد عبد الموجود، وعلي محمد عوض)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1422هـ/2001م.
- الإبهاج في شرح المنهاج، ط1، تحقيق: محمود أمين السيد، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424هـ/2004م.
66. السدلان، صالح بن غانم، القواعد الفقهية الكبرى، ط1، دار بلنسية، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1417هـ.
67. السرحان، عدنان إبراهيم، شرح أحكام العقود المسماة، ط1، دار وائل، عمان، الأردن، 2005م.
- شرح القانون المدني العقود المسماة، ط5، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1434هـ - 2013م.
68. السرخسي، محمد بن أحمد (ت: 490)، أصول السرخسي، ط3، (تحقيق: أبو الوفاء الأفعاني)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1436هـ/2015م.
- المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1414هـ، 1993م.
69. السريري، أبي الطيب مولود، القانون في تفسير النصوص، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1427هـ/2006م.
70. السعدي، جابر بن علي (معاصر)، ابن بركة وأراءه الأصولية، رسالة ماجستير في الفقه وأصوله، الجامعة الأردنية، 1994م.
71. السعدي، محمد صبري، تفسير النصوص في القانون والشريعة الإسلامية، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1399هـ/1979م.
72. السمرقندي، محمد بن أحمد بن أبي أحمد، (ت: نحو 540هـ)، تحفة الفقهاء، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1414هـ - 1994م.
73. السنهوري، عبد الرزاق بن أحمد، مصادر الحنفية الفقه الإسلامي، دط، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان: 1998.

- الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
74. السنهوري، عبدالرزاق أحمد، وأبو شتيت، أحمد حشمت، أصول القانون، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1941م.
75. السهالوي، عبد العليم محمد نظام الدين، (ت: 1225هـ)، فواتح الرحموت بشرح مسلم الثبوت، ط1، (تحقيق: عبد الله محمود محمد عمر)، دار الكتب العلمية بيروت لبنان، 1423هـ/2002م.
76. سوار، محمد وحيد الدين، النظرية العامة للالتزام، مطبعة دار الكتاب، 1396هـ/1976م.
77. سوزان عبد الحميد حسين، تحديد نطاق العقد في الفقه الإسلامي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة آل البيت، المفرق، الأردن، 2006.
78. السيابي، خلفان بن جميل، فصولاً لأصول، ط3، (تحقيق: سليم بن سالم الثاني)، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عُمان، مسقط، 1436هـ/2015م.
79. السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة.
80. السيوطي، عبد الرحمن بن أبي بكر (ت: 911هـ)، الإتقان في علوم القرآن، (تحقيق: محمد أبو الفضل إبراهيم)، الهيئة المصرية العامة للكتاب، 1394هـ/1974م.
- الأشباه والنظائر، ط1، (تحقيق: كمال بن السيد سالم)، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، 2012م.
81. السيوطي، مصطفى بن سعد بن عبده، (ت: 1243هـ)، مطالب أولي النهى في شرح حفاية المنتهى، ط2، المكتبة الإسلامية، 1415هـ - 1994م.
82. الشاشي، علياً حمد محمد (ت: 344)، أصول الشاشي، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2007م، 1428هـ.
83. الشاطبي، إبراهيم بن موسى (ت: 790هـ)، الموافقات، ط8، دار الكتب العلمية، بيروت، 2011م.
84. الشافعي، محمد بن إدريس بن العباس، (ت: 204هـ)، الأم، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1410هـ - 1990م.

85. شبير، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية، ط4، دار النفائس، الأردن، 1436هـ/2015م.
86. الشرييني، محمد بن أحمد الخطيب، (ت: 977هـ)، مغنياً لمحتاجاً للمعرفة معانياً لفاظاً لمنهاج، ط1، دارالكتبا للعلم، بيروت، لبنان، 1415هـ/1994م.
87. الشرفاوي، جميل، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1991م.
- دروس في أصول القانون، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، 1984م.
88. الشقصي، خميس بن سعيد بن علي بن مسعود، منهج الطالبين وبلاغ الراغبين، ط2، تحقيق: سالم بن محمد بن سليمان الحارثي، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1413هـ/1993م.
89. الشهرستاني، محمد بن عبد الكريم بن أبي بكر، (ت: 548هـ)، الملل والنحل، دط، مؤسسة الحلبي، دت.
90. الشواربي، عبد الحميد، المشكلات العملية في تنفيذ العقد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1988م.
91. الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (ت: 1250هـ)، نيل الأوطار، ط1، (تحقيق: عصام الدين الصباطي)، دار الحديث، مصر، 1413هـ - 1993م.
- إرشاد الفحول لإسعاد الأعمال، ط4، (تحقيق: محمد صبحي بن حسن حلاق)، دار الفكر، دمشق، بيروت، 1432هـ/2011م.
92. شيخيزاده، عبد الرحمن بن محمد بن سليمان، (ت: 1078)، مجمع الأنهر في شرح حملتقا لأبهر، دط، (تحقيق: خليل عمرانا المنصور)، دارالكتبا العلمية، بيروت، لبنان، 1419هـ - 1998م.
93. الصّالح، محمد أديب، تفسير النصوص، ط5، المكتبة الإسلامية، بيروت، لبنان، 1429هـ/2008م.
94. الصّدة، عبد المنعم فرج، أصول القانون، دار النهضة للطباعة والنشر، بيروت.
- نظرية العقد في قوانيننا بالبلاد العربية، دط، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1974م.
95. الصراف، عباس جورج، حزبون، المدخل إلى علم القانون، ط16، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1437هـ - 2016م.

96. الطرابلسي، علي بن خليل (ت: 844هـ)، معين الحكّام، دار الفكر.
97. الطوفي، سليمان بن عبدالقوي (ت: 716هـ)، شرح مختصر الروضة، ط1، (تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي)، مؤسسة الرسالة، 1407هـ - 1987م.
98. الطيب خضري السيد، الاجتهاد فيما لا نص فيه، ط1، دار الطباعة المحمدية، القاهرة، 1399هـ - 1979م.
99. عابدينابن، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز (ت: 1252هـ)، ردالمحتار علما لدر المختار، ط3، دار الفكر - بيروت 1412هـ - 1992م.
- مجموعة رسائل ابن عابدين، نقلا عن ابي الحافظ النسفي في كتابه المستصفي، وهو مخطوط.
100. العبادي، علي بن محمد الحداد بالزيدي، (ت: 800هـ)، الجوهرة النيرة علم مختصر القدوري، ط1، المطبعة الخيرية، 1322هـ.
101. ابن عبد البر، يوسف بن عبد الله بن محمد النمري القرطبي (ت: 463هـ) الكافي في فقها أهل المدينة، ط2، تحقيق: محمد محمد أحمد ولد ما ديكالموريتاني، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، المملكة العربية السعودية، 1400هـ / 1980م.
102. ابن عبد السلام، عز الدين بن عبد العزيز، (ت: 660هـ)، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ط5، (تحقيق: نزيه كمال حماد وعثمان جمعة ضميرية)، دار القلم، دمشق، 1436هـ / 2015م.
103. عبد الباقي، نظرية القانون، ط5، مطبعة نهضة مصر، 1966م.
104. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، ط1، مؤسسة الرسالة ناشرون، دمشق، 1436هـ / 2015م.
105. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط1، المكتبة التوفيقية، القاهرة، 2014هـ.
106. العبودي، عباس، شرحاً أحكام العقود المسماة، ط3، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1435هـ / 2014م.

107. ابن العربي، محمد بن عبد الله المعافري الاشبيلي المالكي (ت: 543هـ)، أحكام القرآن، ط3، (تحقيق: محمد عبد القادر عطا)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1424 هـ، 2003 م.
108. العسقلاني، أحمد بن علي بن حجر (ت: 852هـ)، التلخيص الحبير، ط1، (تحقيق: أبو عاصم محسن بن عباس بنقطب)، مؤسسة قرطبة، مصر، 1416 هـ/1995 م.
109. علماء نجد، الدرر السنوية في الأجوبة النجدية، ط2، (تحقيق: عبد الرحمن بن محمد بن قاسم)، د. ن، 1417 هـ/1996 م.
110. علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، (ت: 1321هـ)، ط، (تعريب: فهمي الحسيني)، دار الكتب العلمية، بيروت، 2010.
111. عليش، محمد بن أحمد بن محمد أبو عبد الله المالكي (ت: 1299هـ)، منحة جليل شرحت مختصر خليل، دط، دار الفكر - بيروت، 1409 هـ/1989 م.
112. العمراني، يحيى بن أبي الخير بن سالم، (ت: 558هـ)، البيان في مذهب الإمام الشافعي، ط1، تحقيق: قاسم محمد النوري، دار المنهاج - جدة، 1421 هـ - 2000 م.
113. العوتبي، سلمة بن مسلم بن إبراهيم، (ت: 453هـ)، الضياء، ط1، تحقيق: رزق هيبية، وزارة التراث القومي والثقافة، مسقط، سلطنة عمان.
114. الغزالي، أبو حامد محمد بن محمد الغزالي (ت: 505هـ)، الوسيط في المذهب، ط1، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، 1417 هـ.
- المستصف من علماء الأصول، دط، (تحقيق: طها الشيخ)، المكتبة التوفيقية، القاهرة، مصر، د.ت.
115. الفار، عبد القادر، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ط16، دار الثقافة، الأردن، عمان، 1437 هـ/2016 م.
116. ابن فارس، أحمد بن فارس بن زكريا (ت: 359 هـ/1004 م)، معجم مقاييس اللغة، (تحقيق: عبد السلام هارون)، دار الفكر، 1391 هـ/1979 م.

117. الفتلاوي، صاحبعبيد، ضمانا العيوب، ط1، دارالثقافة، عمان، الأردن، 1417هـ/1997م.
118. فرج، توفيقحسن، النظرية العامة للالتزام، المكتبةالمصرية بالحديث، الإسكندرية، مصر، 1969م.
119. ابن فرحون، إبراهيم بن علي (ت:799هـ)، تبصرة الحكام ، ط1، مكتبة الكليات الأزهرية، 1406هـ
1986/م.
120. الفضلي، جعفرمحمد، الوجيز في العقود المدنية، ط4، دارالثقافة، عمان، الأردن، 1437هـ/2016م.
121. فودة، عبدالحكم، تفسير العقد في القانون المدنى لمصري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1985م.
122. ابنالقاسم، عبدالرحمنبنمحمدبنقاسمالعاصميا القحطاني(ت: 1392هـ)، الإحكام شرح أصول الأحكام، ط2، دن،
1406هـ.
123. قانون الأحوال الشخصية الأردني المؤقت، رقم (2010/36).
124. قانون الأحوال الشخصية العماني رقم (1997/32).
125. القانون البحري العماني رقم (1981/35).
126. قانونالتجارة الأردني رقم (1966/12).
127. قانون التجارة العماني رقم (1990/55).
128. قانون الجزاء العماني رقم (1974/7).
129. القانون المدني الأردني رقم (1976/67).
130. القانون المدني العراقي رقم (1951/40).
131. القانون المدني المصري رقم (1948/131).
132. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (1985/5).
133. قانون المعاملات المدنية العماني رقم 2013/29.

134. ابن قدامة، عبدالرحمن بن محمد بن أحمد (ت: 682هـ)، الشرح الكبير على مئتمن المقنع، دط، دار الكتاب العربي، د.ت.
135. ابن قدامة، عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي (ت: 620هـ)، المغني، دط، مكتبة القاهرة، 1388هـ - 1968م.
136. القرافي، أحمد بن إدريس (ت: 684هـ)، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ط5، دار السلام، القاهرة، 1430هـ، 2009م.
- شرح تنقيح الفصول، ط1، تحقيق: طه عبدالرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، 1393هـ، 1973م.
- الفروق، ط1، (تحقيق: خليل المنصور)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1418هـ/1998م.
137. القرالة، أحمد ياسين، القواعد الفقهية وتطبيقاتها الفقهية والقانونية، الأكاديمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1435هـ/2014م.
- المبادئ اللغوية في أصول الفقه، ط1، دار جليس الزمان، عمان، الأردن، 20014م.
- بحث بعنوان: وظائف العرف في التشريع، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، العدد (1)، 1428هـ، 2007م.
138. القرطبي، محمد بن أحمد، (ت: 671هـ)، الجامع لأحكام القرآن، ط2، (تحقيق: أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش)، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ، 1964م.
139. قرني، عادل يحيى، شرح قانون الجزاء العماني، ط2، مجمع الدراسات والبحوث، أكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة، عمان، 1432هـ، 2011م.
140. القضاة، عمار محمد، المذكرات الإيضاحية للقانوناء لمدنيا لاردني، ط1، دار الثقافة، عمان، الأردن، 1436هـ/ 2015م.
141. قوته، عادل بن عبدالقادر، العرف، ط1 المكتبة المكية، مكة المكرمة، السعودية، 1418هـ/ 1997م.

142. ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الجوزية، (ت: 751هـ)، بدائع الفوائد، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان.
- أعلام الموقعين عن رب العالمين، ط2، (تحقيق: محمد عبدالسلام إبراهيم)، دار الكتب العلمية، بيروت، 1435هـ/2014م.
143. الكاساني، مسعود بن أحمد، (ت: 587)، بدائع الصنائع، ط2، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 1406هـ/1986م.
144. الكدومي، محمد بن سعيد، المعتمد، دط، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1405هـ، 1985م.
145. كرم، عبد الواحد، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، ط2، دن، دار نشر، 1418هـ/1998م.
146. الكمال بن الهمام، محمد بن عبد الواحد السيواسي، (ت: 861هـ)، فتح القدير، دط، دار الفكر، دت.
147. الكندي، أحمد بن عبد الله بن موسى، المصنف، (ت: 557هـ)، وزارة التراث القومي والثقافة، سلطنة عمان، 1405هـ/1984م، ص69.
148. الكندي، محمد بن إبراهيم، (ت: 507هـ)، بيان الشرع، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، 1408هـ/1988م.
149. كيره، حسن، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1969م.
150. الماتريدي، محمد بن محمد بن محمود، (ت: 333هـ)، تأويلات أهل السنة، ط1، (تحقيق: د. مجدي ياسلوم)، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 1426هـ/2005م.
151. ابن ماجة، محمد بن يزيد القزويني، (ت: 273هـ)، سنن ابن ماجة، ط1، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، وعادل مرشد، ومحمد كامل قره بللي، وعبد اللطيف حرز الله، دار الرسالة العالمية، 1430هـ/2009م.
152. مالكن بن أسبنا الكبنع امر الأصبحي، (ت: 179هـ)، المدونة، ط1، دار الكتاب العلمية، بيروت، لبنان، 1415هـ/1994م.
153. الماوردي، أبو الحسن علي بن محمد بن محمد، (ت: 450هـ)، الحاوي الكبير، ط1، (تحقيق: الشيخ خليل بن محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود)، دار الكتاب العلمية، بيروت - لبنان، 1419هـ - 1999م.
154. المحكمة العليا، المبادئ القضائية، سلطنة عمان، مسقط، لسنة، 2003-2008م.

155. مجلة الأحكام العدلية، ط1، دار الثقافة، عمّان للأردن، 1999م.
156. مجموعة مؤلفين، الموسوعة العمانية، ط1، وزارة التراث والثقافة، سلطنة عمان، مسقط، 1434هـ، 2013م.
157. محاسنة، نسر ينسلامة، شرح القانون المدني للعقود المسماة، ط1، دار وائل، عمّان، الأردن، 2013م.
158. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، 1433هـ/2012م.
159. محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الأندلس للطباعة والنشر.
160. محمود جلال حمزة، التبسيط في شرح القانون المدني للأردن، ط1، جمعية عمال المطابع بالتعاون مع عمان، الأردن، 1426هـ/2005م.
161. المراد اوي، علي بن سليمان، (ت: 885هـ)، الإنصاف في معرفة الراجح من خلاف، ط2، دار إحياء التراث العربي، دت.
162. المرغيناني، علي بن أبي بكر بن عبد الجليل، (ت: 593هـ)، الهداية في شرح بداية المبتدي، دط، (تحقيق: طلال يوسف)، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، دت.
163. مرقس، سليمان، الوافي في شرح القانون المدني، ط6، د. ن. د. ت، 1987م.
- شرح القانون المدني - المدخل للعلوم القانونية -، المطبعة العالمية، القاهرة، 1967م.
164. المرزوي، أبو المظفر السمعاني، (ت: 489هـ)، القواطع في أصول الفقه، ط1، (تحقيق: صالح سهيل علي حمودة)، دار الفاروق، عمّان، الأردن، 1432هـ/2011م.
165. مصطفى عبد الجواد، مصادر الالتزام، دط، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2005م.
166. ابن مفلح، إبراهيم بن محمد بن عبد الله، (ت: 884هـ)، المبدع في شرح الملقن، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 1418هـ - 1997م.
167. ابن مفلح، محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، (ت: 763هـ)، الفروع ومعه تصحيح الفروع، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن التركي، ط1، مؤسسة الرسالة، 1424هـ - 2003م.

168. المقدادي، عادل علي، القانون التجاري المبادئ العامة وفقاً لأحكام قانون التجارة العماني، ط1، دار الثقافة، الأردن، عمان، 1453هـ/2014م.
169. ابن المنذر، محمد بن ابراهيم النيسابوري، (ت: 319هـ)، الإشراف على علماء ط1، (تحقيق: صغير أحمد الأنصاري أبو حماد)، 1425هـ/2004م.
170. المنذرية، أمل بنت خميس، أثر العرف في المذهب الإباضي، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة القاهرة، مصر، 2009م.
171. ابن منظور، محمد بن مكرم (ت : 711هـ/1311م)، لسان العرب، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ.
172. ابن النجار، محمد بن أحمد (ت: 972هـ)، شرح الكوكب المنير، ط2، (تحقيق: محمد الزحيلي ونزيه حماد)، مكتبة العبيكان، 1418هـ / 1997م.
173. ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد، (ت: 970هـ)، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط2، دار الكتاب الإسلامي، دت.
- الأشباه والنظائر، دط، (تحقيق: عبد الكريم الفيضلي)، المكتبة العصرية، بيروت، لبنان، 1437هـ/2016م.
174. نزيه حماد، معجم المصطلحات الفقهية في لغة الفقهاء، ط1، دار القلم، دمشق، سوريا، 1435هـ/2014م.
175. نعراني، خليل محمود، شرح رسالة نشر العرف، الناصرة، الجليل الأسفل، 1433هـ / 2012م.
176. النووي، يحيى بن شرف (ت: 676هـ)، المجموع شرح المهذب ((معتكلمة السبكي والمطيعي))، دط، دار الفكر، دت.
177. آل هرموش، محمود ومصطفى عبود، القواعد الفقهية الإباضية، ط1، وزارة الأوقاف والشؤون الدينية، سلطنة عمان، 1435هـ/2014م.
178. ابن الهمام، محمد بن عبد الواحد السواسي (ت: 861هـ)، فتح القدير، دار الفكر.

179. الهنائي، الفضل بن غصن، العقد أركانه وشروطه في قانون المعاملات المدنية العماني، ط1، بيت الغشام للصحافة والنشر، سلطنة عمان، مسقط، 2016م.
180. وزارة الإعلام، سلطنة عمان، عُمان 2013-2014، مؤسسة عُمان للصحافة والنشر، مسقط، عُمان، 2013م.
181. وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، الموسوعة الفقهية الكويتية، ط2، دارالسلاسل، الكويت، (1404 - 1427 هـ).
182. ابن الوكيل، شمس الدين، دروس في القانون، ط1، منشأة المعارف، مصر، الاسكندرية، 1966م.

المقابلات العلمية:

- (1) مقابلة علمية حول مراحل إعداد مشروع قانون المعاملات المدنية العماني، مع الفاضل/ جمال سالم النبهاني، مستشار وزير الشؤون القانونية، بمكتبه في مسقط، سلطنة عمان، بتاريخ الأثنين 24/ ذو الحجة 1437 هـ / 9/26 / 2016م.
- (2) مقابلة علمية مع فضيلة الشيخ الدكتور عبدالله بن راشد السيابي، نائب رئيس المحكمة العليا بسلطنة عُمان، حول تطور قانون المعاملات المدنية العماني، أجراها الفاضل: محمد بن سيف الشعيلي، الباحث القانوني بالمكتب الفني، وذلك بمكتبه بالمحكمة العليا بمسقط، سلطنة عُمان، يوم الثلاثاء، 8/ صفر/ 1438 هـ / 11/8 / 2016م.

ABSTRACT

The Effect of Custom in the Omani Civil Transactions Law

(A Comparative Study)

Prepared by: Tareq Bin Saed Bin Khalfan Al Sadi

Supervision: Dr. Ahmad Yassin Al Qaraleh

The present study aimed to reveal the place of custom in Islamic Sharia and law, as well as its place in the Omani laws. The present study also aimed to demonstrate the effect of custom in the Omani Civil Transactions Law. To achieve the objectives of the present study, the researcher examined the articles of the Omani Civil Transactions Law, which referred to the custom, and concluded the effect of custom in the law through these referrals and compared it with the Islamic jurisprudence and its principals and some other laws such as the Jordanian civil law, and the Emirates civil law.

The present study concluded that custom is a source of legislation in Islamic jurisprudence and law. It was also found that the Omani civil law relied on custom and assigned the interpretation, complementary and standard role to the custom in many contracts such as sale, leasing and lending, in addition to its role in interpreting and complementing the same law. The present study revealed the lack of judicial judgements based on custom in the civil transactions. The reason may be attributed to the fact that the law was only issued recently.