

قواعد العرف في ضوء القانون المدني

د. أحمد محمد أحمد الزين

أستاذ القانون الخاص المشارك - مساعد عميد كلية الحقوق

جامعة ظفار - سلطنة عمان

قسم القانون الخاص - كلية القانون - جامعة شندي - السودان

قواعد العرف في ضوء القانون المدني

د. أحمد محمد أحمد الزين⁽¹⁾

ملخص البحث

يهدف هذا البحث لتسليط الضوء على موضوع دور العرف في ضوء القانون المدني؛ وذلك للأهمية الكبيرة التي يتمتع بها وللدور الكبير الذي يلعبه. خلصت الدراسة إلى: أن العرف يقوم بدور كبير في مجال القانون الخاص، فكثيراً ما يحكم العرف بعض المسائل القانونية في حالة غياب النص، وفي بعض الحالات يلجأ المشرع عند تنظيم موضوع معين إلى العرف؛ وذلك لتفصيل بعض المسائل التي تستلزم تطبيقه.

تناول البحث بالدراسة مزايا العرف وأوضح بأنه من مزايا العرف بأنه يتوافق مع حاجات المجتمع، وأنه مستمد من المجتمع، ويقوم كذلك بسد النقص في التشريع. تعرض البحث بالدراسة أيضاً لأركان العرف التي تتكون من عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي. كذلك ألقى البحث الضوء على القوة الملزمة للعرف، حيث أوضح بأنها تتمثل في الإرادة الضمنية للمشرع، وكذلك فإنها تتبع من إلزام الجماعة، وأحكام القضاء أيضاً، وأخيراً من آراء الفقهاء. وقد توصل البحث إلى عدة نتائج وأختتم البحث بعدد من التوصيات التي قد تعين في هذا المجال.

Abstract:

This research aims to shed light on the issue of the role of custom in the light of civil law;

The study concluded: The custom plays a major role in the field of private law. The custom often governs some legal issues in the

1- د. أحمد محمد أحمد الزين: أستاذ القانون الخاص المشارك- مساعد عميد كلية الحقوق، جامعة ظفار- سلطنة عمان؛ قسم القانون الخاص- كلية القانون- جامعة شندي- السودان.

absence of the text, in order to detail some of the issues that require its application.

The study examined the advantages of custom and explained that it is one of the advantages of custom that it corresponds to the needs of society, and that it is derived from the community, as well as fill the lack of legislation.

The study also examines the elements of custom, which consist of two elements, one physical and the other moral.

The research also shed light on the binding force of custom, where he explained that it is the tacit will of the legislator, as well as stemming from the obligation of the group, and judgments as well, and finally from the opinions of scholars.

The research reached several conclusions and concluded with a number of recommendations that may be identified in this area.

مقدمة:

يعتبر العرف مصدر من مصادر التشريع في القانون المدني، ولكنه يعتبر مصدراً إحتياطياً؛ بحيث لا يلجأ القاضي إلى تطبيق العرف إلا إذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً يمكن تطبيقه على المسألة المعروضة عليه.

لا ينشأ العرف من سلطة محددة في الدولة، بل أنه ينشأ من المجتمع لكي يحل مشكلة من المشاكل ويقوم كذلك بتلبية حاجات المجتمع.

كان العرف في المجتمعات القديمة يحكم كل المسائل التي تثور في المجتمع؛ لأنه لم تكن هنالك سلطة تشريعية تقوم بوضع القوانين، وبالرغم من تطور المجتمعات وقيام سلطات معينة بوضع التشريع إلا أن العرف ما زال يحتل مكانة كبيرة من بين مصادر التشريع.

- 1- **أهداف البحث:** يهدف هذا البحث لدراسة موضوع العرف؛ وذلك لمعرفة طبيعته والقواعد التي تحكمه، كما يهدف البحث إلى تناول الجانب العملي المتمثل في السوابق القضائية في مجال العرف حتى يتم ربط الجانب النظري بالعملي.
- 2- **أهمية البحث:** يعتبر العرف من المسائل التي تكتسب أهمية عظمى لما له من دور كبير في مجال القانون المدني؛ بحيث يتم اللجوء للعرف في العديد من المسائل التي تعرض على المحاكم.
- 3- **منهج البحث:** يتبع الباحث المنهج التحليلي الوصفي، بحيث يتم تحديد وبيان معالم النصوص القانونية المتعلقة بالعرف وتحليلها لمعرفة طبيعتها وغير ذلك مما يحيط بها.
- 4- **أسباب إختيار الموضوع:** هنالك أسباب موضوعية تعتبر الدافع للكتابة في هذا الموضوع تتبع من أهمية البحث بإعتباره مصدراً لا غنى عنه من مصادر التشريع، كما أن هنالك أسباب ذاتية متعلقة بالباحث تتمثل في رغبته في الإسهام في هذا الموضوع بالدراسة.
- 5- **مشكلة البحث:** بالرغم من أن العرف يعتبر من المصادر المهمة للتشريع، إلا أن هنالك صعوبة كبيرة في التعرف على القواعد العرفية، كما أن هنالك خلافاً كبيراً حول تطبيق العرف بواسطة القضاء مما نتج عنه تضارب في الأحكام القاضية، هذه المشكلة تشكل محوراً أساسياً للسؤال الرئيسي لمشكلة البحث الذي يتمحور في هذه الصيغة: ما هي أركان العرف وما هو دوره في التشريع؟
- 6- **فروض البحث:** تتبلور فروض البحث في أن العرف له دور كبير في التشريع في نطاق القانون القانون المدني إذا توافرت أركانه وشروط إنطباقه.
- 7- **هيكل البحث:** تم تقسيم البحث إلى أربعة مباحث: يتناول المبحث مفهوم العرف، ويتعرض المبحث الثاني لمزايا العرف وعيوبه، ويتطرق المبحث الثالث لأركان العرف، أما المبحث الأخير فقد تم تخصيصه لدور العرف وقوته الملزمه.

المبحث الأول: مفهوم العرف

الفرع الأول: تعريف العرف

هو عبارة عن مجموعة من القواعد التي تنبثق من إعتياد الناس على تصرف وسلوك معين وتوافقهم عليه في منحى معين من نواحي حياتهم الإجتماعية، بحيث يتولد

لديهم إعتقاد بالزامية هذا السلوك ووجوب إحترامه وأن مخالفته يستتبعها توقيع جزاء مادي⁽²⁾.

يعتبر العرف المصدر الرابع من بين مصادر التشريع في السودان وهو مصدر إحتياطي، والقاضي لا يلجأ إلى العرف إلا إذا لم يجد نصاً للنزاع المطروح عليه في القانون، وكذلك في الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية، ولذلك يعتبر العرف من المصادر الإحتياطية التي لا يتم اللجوء إليها إلا إذا تعذر وجود حل للمسألة المطروحة على المحكمة في المصادر الأصلية.

هذا وقد كان العرف في المجتمعات القديمة المصدر الوحيد للقانون؛ لأنه عبارة عن العادات والتقاليد التي يتم وراثتها من الآباء إلى الأبناء وهكذا من جيل إلى جيل، لأنهم كانوا على يقين بضرورة إتباعها وذلك لتنظيم حياتهم، لأن حاجاتهم كانت بسيطة والحياة لم تتعقد ولم تتشعب بعد، إلا أن تطور الحياة وإزدياد أعداد الأفراد وتشعب الروابط بين أفراد المجتمع جعل العرف يعجز عن مواكبة ومسايرة التطورات المختلفة، مما أدى إلى إفساح المجال أمام مصادر أخرى كالتشريع وبقية المصادر الأخرى، ولكن مازال العرف يحكم بعض المعاملات وبعض مناحي الحياة الإجتماعية في كثير من الأحيان.

مما سبق يتضح جلياً بأن العرف كمصدر من مصادر التشريع في معظم البلدان لم يكن وليد السلطة التشريعية، ولكنه ينبع من سلوك الناس وإعتيادهم على نمط معين في منطقة معينة وجانب معين من جوانب حياتهم الإجتماعية، فقد يحدث أن يأتي أحد الأفراد بتصرف معين في مناسبة معينة ويقوم بتقليده أحدهم في نفس المناسبة، ويتدرج هذا التقليد حتى يأتي به معظم الناس في مثل هذه المناسبة حتى يتولد لديهم إعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم تماماً مثله مثل القانون في تلك اللحظة يتكون وينشأ العرف، بيد أن العرف غير مكتوب ولكنه يكون في أذهان المجتمع المعين ويظل راسخاً بحيث يصبح قانوناً غير مكتوب⁽³⁾.

2- د. سليمان مرقص، شرح القانون المدني، ج1، 1967م، ص291.

3- د. عبد النبي إسماعيل شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، مكتبة الوفاء بالإسكندرية، 2013م، ص186.

المطلب الثاني

التمييز بين العرف والعادة الإتفاقية

قد يقع الخلط كثيراً بين العرف والعادة، فقد يُستعمل اللفظان في أغلب الأحيان للدلالة على معنى واحداً، في ذات الحين فإن الفقهاء المعاصرين يميزون بينهما في الإصطلاح القانوني، ولعل المعيار في ذلك هو عنصر الإلزام، لأن العرف هو الذي يعتبر حكمه أقوى؛ إذ يتوفر له الركن المعنوي بإعتقاد الناس لهم بالإلزاميته مع توافر الركن المادي في ذات الوقت وهو إعتياد الناس على سلوك معين مع ترتيب الجزاء في حالة مخالفة أحكامه وبالتالي يجتمع الركنان المادي والمعنوي⁽⁴⁾.

أما بالنسبة للعادة وإن توفر فيها الركن المادي فإنه لا يتوافر لها الركن المعنوي، إذ يجوز لأي من الأفراد في أي تعامل بينهما أن يقوموا بالإتفاق صراحة على أتباع أي عادة في إتفاقهم، أما إذا لم يتم الإتفاق حولها فلا تلزم أحد، وبالتالي فإن العادة الإتفاقية لا تستمد قوتها من نفسها وإنما من إتفاق الأطراف حولها⁽⁵⁾، أما القاعدة العرفية فإنها تستمد إلزاميتها من نفسها، ولذلك فإن العرف يعتبر قاعدة قانونية ملزمة بذاتها بينما العادة الإتفاقية لا تعتبر قاعدة ملزمة بذاتها⁽⁶⁾.
أولاً- النتائج المترتبة على التفريق بين العرف والعادة الإتفاقية:

هنالك العديد من النتائج تترتب على التمييز بين العرف والعادة الإتفاقية لعل أهمها:

1- العرف يعتبر مصدر من مصادر القانون: بما أن العرف يعتبر مصدراً من مصادر القانون فإنه من المفترض أن يكون القاضي على علم به، وليس من واجب

4- أ.د. غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط3، 2014، ص184-185.

5- وتطبيقاً لذلك فقد جاء في سابقه حمد يوسف حمدنا الله ضد الزاكي ميرغني، مجلة الأحكام القضائية السوداني 1973م، ص83 "بما أن الطاعن قد حدد ثمن البضاعة ومكانها ونوعها، وبما أن العرف الساري في التعامل بين الطاعن والمطعون ضده هو إرسال البضائع بسعر السوق ومحاسبة الطاعن عليها فيما بعد، فإن إرادة الطاعن تكون قد انصرفت إلى إنشاء العقد وليس إلى مجرد التفاوض أو تقديم عرض أولى.

6- د. توفيق حسن فرج ود. محمد يحيى مطر، المدخل للعلوم القانونية، 1990م، ص254.

الأفراد أن يقوموا بإثبات العرف للقاضي لكي يتم تطبيقه بواسطة المحكمة، لأن المحكمة لها أن تأخذ علماً قضائياً بالعرف ومن المعلوم بأن العلم القضائي يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات.

أما بالنسبة للعادة الإتفاقية فهي ليست بقانون، وبالتالي فليس من المتصور علم القاضي بها وإنما تعتبر في تلك الحالة بمثابة واقعة ويجب على الطرف الذي يتمسك بها أن يقوم بإثباتها أمام القاضي⁽⁷⁾.

إلا أن البعض ذهب للترقية بين العرف العام والعرف الخاص، فإذا كان العرف عاماً بمعنى أن يكون معلوماً في كل القطر، فهذا يأخذ حكم القاعدة القانونية ويفترض أن القاضي على علم به، وليس مطلوباً من الخصم الذي يستند على تلك القاعدة أن يقوم بإثباتها، أما إذا كان العرف محلياً أو خاصاً فيجب على من يستند عليه أن يقوم بإثباته أمام المحكمة؛ إذ ليس من المفترض علم القاضي به، ويأخذ العرف في هذه الحالة حكم القاعدة الإتفاقية⁽⁸⁾.

2- يقوم القاضي بالتحري عن العرف: القاضي يقوم بالتحري عن العرف من تلقاء نفسه؛ لأنه يعتبر بمثابة تشريع، وليس من المتصور أن يقوم القاضي برفض تطبيقه بحجة عدم إثباته بواسطة الأطراف؛ لأن الخصوم ليسوا ملزمين بإثبات العرف وذلك

7- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج2، القاهرة، 2004م، ص51.

8- د. أحمد محمد أحمد الزين، قواعد قانون الإثبات العماني، دار الكتاب الجامعي، العين، الإمارات، 2015، ص38. أنظر كذلك سابقة أهالي القولد قبلي ضد أهالي جزيرة كومي وآخرين، م ع/ ط م / 81/134، مجلة الأحكام القضائية 1981، حيث أن المحكمة العليا ذهبت للقول: "إن حق القصاد نوعان قصاد متصل أو لصيق بالأرض العليا المملوكة والقصاد المنفصل أو القصاد ذو المرن، وحق القصاد بنوعيه ليس حقاً عاماً ومقررراً ومقبولاً ومفروضاً في كل بقاع البلاد بل هو حق ينشأ من العرف وقبول سكان المنطقة له كمياري لتقرير الحقوق، فحق القصاد في المديرية الشماليه مطبق في بعضها دون الآخر، وبالتالي فإن من يدعي ذلك العرف عليه أن يقوم بإثبات وجوده في المنطقة".

بنفس الصورة التي لا تلزمهم بإثبات التشريع، على العكس من ذلك تماماً فإن العادة الإتفاقية تكون إلزاميتها نتيجة لإتفاق الأطراف حولها، لذلك فإن من يتمسك بها من الأطراف أن يقوم بإثباتها أمام المحكمة وإثبات قصد الأطراف الإلتزام بها⁽⁹⁾.

3- يجب على القاضي تطبيق العرف: بما أن العرف يعتبر مصدر من مصادر القانون فيجب على القاضي أن يقوم بتطبيقه على الأطراف من تلقاء نفسه، حتى لو لم يطلب الأطراف ذلك، إذ أنه بمثابة قانون فالقاضي لا يقوم بتطبيقه بطلب الخصم الذي له مصلحة في ذلك، وعلى النقيض من ذلك تماماً في العادة الإتفاقية فإن الخصم الذي له مصلحة في تطبيقها عليه أن يطلب ذلك ويقوم بإثباتها أمام المحكمة⁽¹⁰⁾.

4- يخضع العرف لرقابة المحكمة العليا: بما أن العرف يعتبر بمثابة قاعدة قانونية فإنه يخضع لرقابة المحكمة العليا كما الحال في السودان، أو محكمة النقض كما هو معمول به في جمهورية مصر العربية باعتبارها أعلى جهة قضائية، فيجوز لها أن تتحقق من وجود العرف كما يجوز لها التعقيب على قاضي محكمة الموضوع في حالة قيامه بتطبيق عرف غير قائم⁽¹¹⁾، كما يحق لها أيضاً التعقيب عليه إذا أغفل تطبيق

9- د. علي محمد بدير، المدخل لدراسة القانون، البصرة، 1970م، ص 179.

10- د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009، ص 341-342.

11- من القضايا التي قررت فيها المحكمة العليا عدم وجود عرف سابقة صالح فضل السيد ضد مجلس شعبي تنفيذي الخرطوم، م ع/ ط م / 246 / 76، مجلة الأحكام القضائية 1976 حيث ذهب المحكمة للقول: "تتلخص وقائع تلك السابقة في رفع الطاعن مطالباً مخدمه بتعويض فقدان بصر إحدى عينيه نتيجة وخزة شوكة أثناء القيام بواجبه في تشييد سور من التمر الهندي، القانون يتطلب من المخدم أن يكفل لعماله ما يحميهم وهذا في نظرنا يتطلب معرفة نوع العمل حتى تعرف نوع الحماية المطلوبة وفي القضية التي أمامنا فتشييد الجنائني لم يجر العرف مثلاً بأن يصرف لمن يقوم به نظارات إن المحك كما وصفه القانون هو الفرق بين واقع العمل المفترض في المخدم معرفته وبين الأشياء العابرة التي تعترض العمل من يوم إلي يوم. فلا طبيعة عمل الجنائني ولا العرف الجاري فيه يمليا على المخدم واجباً لم يقم به.

عرف قائم، أما العادة الإتفاقيه فهي مجرد وقائع ويترك تقديرها لمحكمة الموضوع ولا تخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا أو محكمة النقض.

5- علم الناس بالعرف: بما أن العرف كالتشريع تماماً يفترض أن يعلم به كافة الناس، وبالتالي فهو يطبق على كافة الأفراد وذلك بدون إستثناء، على النقيض من ذلك فإن العادة الإتفاقيه تعتبر مجرد واقعة مادية يتعين لتطبيقها على الأطراف علمهم بها، وإنصراف إرادتهما إلى تطبيقها عليهم وضرورة الأخذ بها، فإذا كان أحد الطرفين يجهل تلك القاعدة فإن ذلك يحتم عدم تطبيقها عليهم.

المبحث الثاني: مزايا العرف وعيوبه

المطلب الأول: مزايا العرف

أولاً- العرف يتوافق مع حاجات المجتمع:

إن العرف يتوافق مع عادات الناس وتقاليدهم؛ لأنه يتطور مع تطور عادات الأفراد، لذلك فهو يواكب الأوضاع الإجتماعية بصورة تبدو أكثر من التشريع، بحيث أنه يتكيف مع ظروف الحياة اليومية تغيراً وزوالاً ووجوداً⁽¹²⁾، فيصيبه التغيير وفقاً لظروف الحياة اليومية، وينتهي إذا لم يساير ظروف الأفراد، وهو بهذه الميزة يعتبر أكثر مرونة من التشريع الذي قد يعجز عن مسايرة الظروف الإجتماعية إذا لم يتم تعديله في الوقت المناسب وذلك لظروف مختلفة⁽¹³⁾.

ثانياً- العرف مستمد من المجتمع:

يعبر العرف عن إرادة ورغبة المجتمع؛ لذلك فإنه يختلف عن التشريع المستمد من الحاكم أو من السلطة التشريعية، ولذلك فإن التشريع الذي تقوم بوضعه السلطة

12- من الأعراف التي تتفق مع عادات الناس وتقاليدهم هي مدة الفراش والتي أقرتها المحكمة العليا في سابقة محمد الأمين شعيبو وآخرون ضد ورثة ناير محمد ناير، م ع/ ط م / 169 / 73، مجلة الأحكام القضائية 1973 والتي ذكرت فيها المحكمة: "تكاليف الجنائز والمصروفات اللازمة لإقامة المأتم واستقبال المعزين تدخل في الاعتبار عند تقدير التعويض على أن يقتصر ذلك على مدة الثلاثة أيام التي جرى العرف على إقامة المأتم خلالها".

13- د. نزيه الصادق المهدي، المدخل للعلوم القانونية، ج1، 1990م، ص157.

التشريعية قد لا يتوافق مع رغبة أفراد المجتمع بل قد يتعارض معها، أما العرف فهو من صنع المجتمع لذلك فإنه يتفق مع رغبة أفراد المجتمع وظروفهم وحاجاتهم؛ لأنه يتكون مما تعارف عليه الناس أنفسهم في مختلف أحوالهم الإجتماعية والإقتصادية⁽¹⁴⁾، فهو ينشأ بطريقة تلقائية ولا يستمد من سلطة تشريعية سواء كانت منتخبة أو غير ذلك، لذلك فهو يعتبر مرآة صادقة تعبر عن ضمير أفراد المجتمع ووجدانهم، وليس من المتصور أن يكون هنالك عرف يتعارض مع إرادة الأفراد ورغباتهم، ولهذا السبب فإنه مستحسن ومقبول في التطبيق من قبل المجتمع بأسره، على العكس من ذلك التشريع الذي قد يتم فرضه على المجتمع بالرغم من معارضته، وعدم رضا أفراد المجتمع عنه، وقد لا يكون متوافقاً مع ظروف المجتمع وبالتالي لا يجد قبولاً في التطبيق⁽¹⁵⁾.

14- بختة محمد الماحي وأخري ضد إدارة مشروع الجزيرة وأخرى م أ/ ع /242/ 81، مجلة الأحكام القضائية 1981، والتي قررت فيها المحكمة العليا: "هنالك عرف متبع في مثل هذه الحالة هو أن تؤول الحواشة لواحد من الورثة الذين كانوا يعتمدون في معيشتهم على الحواشة على أن تتوافر كفاءة الأداء وحسن تسيير العمل لدى ذلك الوارث في الحواشة. والعمل على خلاف هذا العرف يرتب على إدارة المشروع التزاماً بإعطاء الحواشة للوارث وإن كان رضيعاً، وهذا يتنافى مع طبيعة العلاقة التعاقدية بين المزارع وإدارة المشروع كما أنه يضر بالمشروع وحسن الأداء فيه.

15- من الأعراف التي وجدت قبولاً وتم العمل بها هو عرف المرن، وهذا ما جاء في سابقة ملاك السواقي 19/ 20/ 22 ضد ملاك السواقي 5/ 6/ 7، م ع/ ط م/ 83/ 84، مجلة الأحكام القضائية 1984، والتي جاء فيها: "أن حق القصاد بمدلوله العرفي المطبق في السودان يعنى تبعية ملكية الأراضي الواطية للأراضي العالية المسجلة حتى منتصف النهر، أي اعتبارها امتداداً طبيعياً لملكية الأراضي العالية. حق القصاد سبب من أسباب كسب الملكية وهو سبب مستقل وقائم بذاته ولا يشترط فيه توافر أي عناصر أخرى لاكتساب ذلك الحق. ولأغراض أعمال المبدأ المذكور يحدد منتصف النهر بخط وهمي يسمى (المرن) وتقسّم الأراضي الجديدة بحسب مواقعها من المرن بين ملاك الضفتين. فالجزء الذي يقع شرق المرن يتبع أهل الشرق والجزء الذي يقع غرب المرن يكون لملاك

ثالثاً- يسد النقص في التشريع:

يعتبر العرف مصدر من مصادر التشريع في مختلف الدول؛ لأن التشريع مهما بلغت دقته قد لا يجد حكماً لكل الأمور التي تواجه أفراد المجتمع خاصة في بعض المسائل المتشعبة والتفصيلية المعقدة، وللعرف الفضل الكبير في تفصيل بعض الأحكام التي تأتي مجتمعة في التشريع، أو في توضيح بعض الأحكام الفنية التي يتعارف عليها أصحاب حرفة أو مهنة معينة قد لا يكون بإمكان المشرع التطرق لها، أو في إيجاد بعض الأحكام التي تخص منطقة معينة أو إقليم معين، لا سيما في بعض المشاكل التي تتعلق بالتجارة أو بمهنة معينة كحرفة الصيد، هذا وقد يتعذر على المشرع إيجاد بعض الحلول اللازمة لمعالجة أمور مستقبلية بإعتبار أن المشرع بشر وليس من المتصور توقعه لحدوث بعض الأمور المستقبلية، لذلك يتم الرجوع للعرف في تلك الحالات لمعالجة النقص في التشريع⁽¹⁶⁾.

المطلب الثاني: عيوب العرف

أولاً- يصعب التعرف عليه:

إن القواعد العرفية يصعب التعرف عليها وتحديدها؛ ولعل السبب يعود في ذلك إلى أنها غير مكتوبة، ولذلك فإنه ليس من السهولة واليسر الرجوع لتلك القواعد، كما أنه يكون من الصعب تحديد الوقت الذي يكون فيه العرف سارياً، حتى يتم التعرف على الحقوق والواجبات التي يكفلها وذلك ضماناً لإستقرار التعامل، وبما أن القاعدة العرفية يعصب التعرف عليها وتحديد مضمونها فإن ذلك قد يثير نوع من الإختلاف عند تطبيق تلك القواعد بواسطة القضاة؛ وذلك نظراً لإختلاف وجهات النظر بينهم، على العكس من القواعد القانونية التي تكون في صورة مكتوبة مكتوبة وبذلك يسهل الرجوع إليها والتعرف عليها وفهم مضمونها ومن ثم تطبيقها⁽¹⁷⁾.

ثانياً- مصدر بطيء في إنشاء القواعد القانونية:

السواقي من ناحية الغرب. وتحدد حصص ملاك الضفتين في الأرض الجديدة بحسب

حصتهم في الأراضي العالية. فالمرن هو الحد الفاصل بين حقوق أهل الشرق أهل الغرب.

16- د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية القانون، ط3، القاهرة، 1965م، ص154.

17- د. عبدالله علي المخلافي، مرجع سابق، ص89.

يعتبر العرف مصدر بطل في تكوين وإنشاء القواعد القانونية، كما أنه بطل في تطور تلك القواعد وزوالها؛ لأن إعتياد الناس على إتباع سلوك معين مدة من الزمن حتى يصبح بمثابة القاعدة التي يعتقدون في إلزاميتها يتطلب فترة من الزمن؛ لذلك فإنه لا يواكب التطورات والتغيرات الجديدة والطارئة التي تحدث في المجتمع، على العكس من ذلك تماماً التشريع الذي يتم إصداره بسرعة وسهولة عن طريق السلطة التشريعية، وهذا الأمر يكون ملائماً مع متغيرات الحياة الحديثة والتي يكون فيها التشريع مواكباً لحاجات المجتمع وتطوره، إذ أن بطء العرف وإن كان يلائم ظروف المجتمعات القديمة- لأن حياتها كانت بدائية وبسيطة- إلا أنه لا يتوافق مع المجتمعات الحديثة التي تتميز بالعلاقات المتطورة والمتشعبة وذات الطبيعة المعقدة⁽¹⁸⁾.

ثالثاً- يؤدي إلى تعدد القواعد القانونية داخل الدولة:

لا يساعد العرف على توحيد النظم القانونية داخل الدولة؛ والسبب في ذلك يرجع إلى أن العرف قد يكون في جزء أو إقليم معين من أقاليم الدولة ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى تعدد الأعراف التي تحكم الأفراد في الدولة المعينة، وذلك حتماً يقود إلى تعدد النظم القانونية داخل الدولة الواحدة ولا يساعد على توحيدها ويؤدي إلى إختلاف وتضارب في الأحكام التي تحكم نفس الموضوع في القطر الواحد، والذي يقود إلى عدم الإنسجام الإجتماعي، وعدم توحيد النظم القانونية، والتي تعتبر الأساس للوحدة السياسية في المجتمع المعين، والتي تحقق المصلحة العامة والوحدة الوطنية، وعلى النقيض من ذلك التشريع الذي يؤدي إلى توحيد النظم القانونية داخل الدولة الواحدة بمختلف أقاليمه⁽¹⁹⁾.

المبحث الثالث: أركان العرف

المطلب الأول: الركن المادي

أولاً- تعريف الركن المادي:

18- د. عبدالرحمن البزاز، مبادئ اصول القانون، بغداد، 1954م، ص 115.

19- د. عبدالمنعم البدرابي، مبادئ القانون، القاهرة، 1970م، ص 109.

هو العنصر المحسوس وهو إعتياد الناس على القيام بسلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الإجتماعية⁽²⁰⁾.

الركن الأول للعرف هو عبارة عن العادة التي يأتي بها الأفراد، ويقومون لمدة طويلة من الزمن بتطبيقها بصورة متكررة في أمر معين في حياتهم الإجتماعية، وهذا يعني بأن الركن المادي للعرف وهو الإعتياد الذي يتطلب التكرار في الفعل؛ لأن حدوث ذلك الأمر مرة واحدة لا يكون عادة، ويلزم بالضرورة لقيام العرف أن يتواتر سلوك الناس مدة طويلة من الزمن على أمر معين بصورة متكررة غير متغيرة. إن إعتياد الناس على إتباع سلوك معين تتكون منه عادة وهذه العادة هي الركن المادي للعرف والذي لا تقوم بفرضه جهة معينة كما هو الحال في التشريع الذي تقوم بوضعه السلطة التشريعية وبطبيعة الحال لا توحى به جهة معينة، بل تنشأ تلك العادة من إختيار الناس وذلك لملائمتها لمعالجة أمر من أمورهم الإجتماعية، أو قد يقدم الناس على تلك العادة بدافع التقليد لأن أسلافهم قد ساروا عليها وتولد لديهم الإعتقاد بضرورة السير على تلك القواعد⁽²¹⁾.

ثانياً- الشروط الواجب توافرها لتكوين الركن المادي:

يجب توافر عدة شروط لتكوين الركن المادي للعرف وهذه الشروط تتمثل في الآتي:

1- يجب أن تكون القاعدة العرفية عامة: يقصد بعمومية القاعدة أن يتم إتباعها من غالبية أفراد المجتمع في منطقة معينة؛ لأن القاعدة تتطلب العمومية والتجريد بحيث لا ينصرف أثرها إلى شخص معين أو أشخاص معينين بذاتهم، ويجب كذلك ألا

20- من ذلك أن العرف جري على أن بعض الإصلاحات يتولاها المستأجر حيث تكررت المحكمة العليا في سابقة شركة جانديل الزراعية ضد خالد عباس عبادي، م ع/ ط م 94/1108، مجلة الأحكام القضائية 1994م: "إن للإصلاحات في مدلولها اللفظي والقانوني غير التغييرات، الإصلاحات المقصودة في مجملها من جنس الإصلاحات العادية التي جري العرف على أن يتولاها المستأجر، وبهذه الصفة فإنها لا تشمل الإنشاءات والأعمال الأساسية".

21- د. سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 292.

تكون قاصرة على فئة صغيرة من الناس بل يجب أن يسلكها غالبية الأفراد⁽²²⁾، وهذا بالطبع لا يعني أنه يجب أن تكون القاعدة العرفية متبعة من كل الأفراد وفي كل اقاليم الدولة، وبالتالي يمكن أن يكون العرف في إقليم معين؛ ولذلك فإن العرف في تلك الحالة يسمى بالعرف المحلي⁽²³⁾، وليس هنالك ثمة ما يمنع أن يكون العرف خاص بطائفة معينة بصفاتهم وليس بذاتهم وهذا لا يفقده صفة العمومية والتجريد، كالتجار أو صائدي الأسماك مثلاً، ويسمى في هذه الحالة بالعرف المهني لأنه متعلق بمهنة معينة دون سواها من المهن المختلفة⁽²⁴⁾.

2- يشترط أن تكون القاعدة العرفية قديمة: يقصد بذلك أن تمر فترة طويلة على إتباع الأفراد لتلك القاعدة العرفية، ويمكن في تلك الحالة القول بأنها قد صارت مستقرة في وجدان الناس، وتحديد المدة يعد أمراً موضوعياً يختلف باختلاف الظروف، بحيث تختلف من قاعدة لأخرى، ومن مجتمع لآخر، ومن طائفة لأخرى، المهم في هذا الأمر أن تكون هذه المدة كافية لكي ترسخ هذه العادة في أذهان الناس بحيث يتبعونها في موقف أو مناسبة معينة، ويتكرر ذات السلوك في نفس المناسبة، بحيث يتولد في إعتقادهم أن تلك القاعدة ملزمة لهم وأن مخالفتها يترتب عليه جزاء مادياً، ويرجع في تحديد كفاية تلك المدة لتقدير القاضي⁽²⁵⁾.

22- هذا ما ذكرته المحكمة العليا في قضية كفيينة جورج وآخرين ضد عبد الرؤوف النور أحمد، م ع/ ط م 76/392، مجلة الأحكام القضائية 1976، حيث ذكرت فيه المحكمة العليا في قضية إسترداد حيازة للحاجة الماسة: "بأن تخصيص صالون لإستقبال الرجال يعتبر مما جرى به العرف".

23- صديق محمد أحمد ومحمد أحمد جميل ضد آدم بشير فضل الماحي، أس، أ س م / 710 / 76، مجلة الأحكام القضائية 1976، وهذا ما أقرته محكمة الإستئناف في تلك السابقة حيث قررت: "إذا كانت المطالبة بالتعويض العرفي على المحكمة أن تستمع إلي بينة عن التعويض الذي يجري به العرف في تلك المنطقة بالنسبة للإصابة.

24- د. علي محمد بدير، مرجع سابق، ص 171.

25- د. حسن الخطيب، مبادئ أصول القانون، البصرة، 1965م، ص 136.

3- يجب أن تكون القاعدة العرفية ثابتة ومطردة: المقصود بذلك هو أن يستمر العمل بالقاعدة العرفية مدة طويلة من الزمن بإستمرار ودون إنقطاع، فإذا كان الأفراد يتبعون أمر ما فترة من الزمن ثم يتركونه فترة من الزمن فلا يعد ذلك عرفاً؛ لأنه لا يصبح ملزماً بصفة مستمرة، إذ أن إستمرار العمل بالقاعدة بصورة مضطربة هو الذي يرسخ في أذهان الأفراد إلزامية القاعدة، على أن هذه المسألة يترك تقديرها للقاضي، ومن قبيل العادات في مصر والتي لها صفة الثبات والإستمرار قيام الزوجة بتأثيث منزل الزوجية، مما يعني معه القول بوجود عرف يقضي بأن الأثاث مملوكاً للزوجة، ومن الأعراف التي إكتسبت صفة الثبات والإستمرارية هو أن التوقيع على ظهر الشيك يعتبر ناقلاً لملكية الشيك⁽²⁶⁾.

4- يشترط في القاعدة العرفية ألا تكون مخالفة للنظام العام والآداب: إن وجود القاعدة التي تصلح أن تكون الركن المادي للعرف يشترط فيها ألا تكون مخالفة للنظام العام والآداب في المجتمع المعين⁽²⁷⁾، بحيث يجب أن تتوافق مع المثل الأخلاقية والإجتماعية للمجتمع؛ بحيث إذا تعارضت مع تلك القيم فإنها لا ترقى إلى مرتبة العرف حتى وإن طال عليها الزمن، فإذا كانت هناك عادة للأخذ بالثأر، أو شرب الخمر فهذه العادات لا يمكن أن تنشأ عنها قاعدة عرفية ملزمة لتعارضها مع النظام العام في المجتمع الحديث، والتي تعطي الدولة حق عقاب الأفراد الذين يعتقدون على حياة الأفراد وكذلك على نظام المجتمع، كما أن شرب الخمر يخالف الشريعة الإسلامية التي تعتبر من مصادر التشريع، ولذلك فإن هذا السلوك لا يمكن أن تتولد منه قاعدة عرفية قانونية لتعارضها مع النظام العام والآداب⁽²⁸⁾.

26- د. إسماعيل عبدالنبي شاهين، مرجع سابق، ص188.

27- شنداق آدم نعم الله ضد إبراهيم يوسف خمجان، م ع/ ط م / 355 / 73، مجلة الأحكام القضائية السودانية 1973.

28- د. عبدالباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، الموصل، 1989م، ص141.

5- يشترط في القاعدة العرفية أن تكون إختيارية: بمعنى أن تكون القاعدة العرفية قد نبعت من المجتمع الذي يقوم بتطبيقها إختياراً لا جبراً؛ إذ يجب ألا تكون القاعدة العرفية قد فرضت من قبل بعض المستفيدين من تطبيق تلك القاعدة على البعض الذي يتضرر منها، ويمكن أن تنشأ القاعدة عن طريق الإكراه، ولكن قد تروق للمجتمع ويظل العمل بها وقتاً طويلاً ينم عن رضا المجتمع بتطبيق تلك القاعدة وفي هذه الحالة تعد هذه القاعدة العرفية مقبولة⁽²⁹⁾.

6- يجب ألا تكون القاعدة مخالفة للقانون: بما أن العرف يعتبر مصدر من مصادر القانون، ويعتبر كذلك مصدر إحتياطي من مصادر القانون، وفي السودان يعتبر المصدر الرابع من مصادر التشريع، ولذلك يجب ألا يأتي مخالف للقانون، فإذا كان مخالفاً للقانون أو لنص تشريعي فإنه يعتبر منعدم القيمة؛ لأن العرف لا يقوم إلا حين لا يكون هنالك نص تشريعي يحكم المسألة المعنية⁽³⁰⁾.

المطلب الثاني

الركن المعنوي

أولاً- تعريف الركن المعنوي:

عبارة عن الإعتقاد لدي الناس بإلزامية تلك القاعدة القانونية، وإن المخالفة لتلك القاعدة يستوجب جزاءً مادياً كما هو الحال في التشريع الصادر عن السلطة التشريعية. ثانياً- الإلزام:

هو أن يكون هنالك شعور لدي الأفراد مترسخ في أذهانهم بأن هنالك إلزام لتطبيق هذه القاعدة وضرورة إحترامها، وأن مخالفتها تستوجب توقيع الجزاء المادي جبراً، وهذا شرطاً جوهرياً ويعتبر أساسياً لتكوين العرف؛ إذ لا تعتبر العادة ملزمة إلا بتوافر الركن المعنوي؛ إذ لا يكفي أن يتوافر في العرف الركن المادي بتوافر الشروط التي تمت الإشارة إليها، إذ يجب توافر صفة الإلزام في القاعدة القانونية التي تُكون الركن المعنوي⁽³¹⁾.

29- د. محمد سامي مذكور، مبادئ القانون، القاهرة، 1960، ص74.

30- د. غالب علي الداودي، مرجع سابق، 180.

31- د. حسن الخطيب، مرجع، ص136.

إن توافر صفة الإلزام في القاعدة القانونية هو ما يميز العرف عن غيره من العادات الاجتماعية والمجاملات، والتي لا يمكن أن نطلق عليها عرفاً كتقديم الهدايا في المناسبات المختلفة وإقامة الولائم، فهذه لا تعتبر عرفاً له صفة الإلزام على الرغم من إتباع الناس لها؛ لأن تقديم الهدايا في هذه المناسبات يكون من قبيل المجاملة الاجتماعية دون أن يكون هنالك شعور من الناس بالزامية تقديم تلك الهدايا، وسيظل هذا النوع من السلوك في نطاق المجاملات، ولا يرقى إلى أن يكون قاعدة قانونية إلا إذا تحقق شرط الإلزام والذي به تتحول القاعدة إلى قاعدة عرفية ملزمة.

المبحث الرابع: أنواع العرف وقوته الملزمة

في السودان فإن التشريع يسمو في المكانة والمرتبة على العرف، إذ أن التشريع يأتي في المرتبة الأولى من بين المصادر الرسمية للقانون في السودان بينما يأتي العرف في المرتبة الرابعة من بين مصادر التشريع بعد أحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية، وبالتالي فإن العرف يعتبر مصدر إحتياطي بالنسبة للتشريع وذلك لتكملة ما فيه من نقص، وقد يأتي مكملاً للتشريع وفي بعض الأحيان قد يكون مفسراً للقانون، وبهذا فإن الدور الذي يلعبه العرف يختلف بحسب النظام القانوني وبحسب الفرع الذي ينتمي إليه من فروع القانون.

المطلب الأول: أنواع العرف

أولاً- العرف المكمل للتشريع:

مما تجدر الإشارة إليه بأن الوظيفة الأساسية للعرف في السودان هي تكملة النقص في التشريع، وذلك في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم المسألة المعروضة فإن القاضي يمكن أن يلجأ إلى العرف ويقوم بتطبيقه حتى يجد حلاً للنزاع المعروض عليه، إذ يتعين على القاضي أن يقوم بالرجوع له، وذلك في حالة عدم وجود نص يحكم المسألة التي تعرض عليه، من المؤكد بأن دور العرف المكمل للتشريع ذو أهمية بالغة؛ وذلك لأن السلطة التشريعية مهما قامت بوضع القوانين التي تنظم حياة الأفراد في المجتمع في كل نواحي الحياة وأنشطتها فإنه يتعذر النص على كل التفاصيل في كل

تلك النواحي وكل تلك الأنشطة، ولهذا السبب فإن العرف يلعب دوره الأساسي في سد النقص الموجود في التشريع⁽³²⁾.

بالنظر إلى دور العرف في البلدان العربية يمكن القول بأن التشريع يأتي في الصدارة بالنسبة لمصادر القانون في كل الدول العربية، أما بالنسبة للعرف فإن كل القوانين في البلدان تعتبره مصدراً مكملاً للتشريع، بيد أن قوانين تلك الدول تختلف في تحديد مرتبته بين مصادر القانون الأخرى، هذا وقد جعله القانون المدني العماني والقانون المدني الأردني مصدراً رسمياً إحتياطياً رابعاً، يأتي بعد التشريع وأحكام الفقه الإسلامي ومبادئ الشريعة الإسلامية، أما فيما يتعلق بالقانون المدني في جمهورية مصر العربية والقانون المدني العراقي فإن العرف يعتبر مصدراً رسمياً إحتياطياً يأتي خلف التشريع مباشرة⁽³³⁾.

من أمثلة العرف في القانون المصري أن الأثاث الذي يوجد في منزل الزوجية يعتبر ملكاً للزوجة، وكذلك تحديد عمولة السمسار بنسبة معينة⁽³⁴⁾.

في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م لم ينص على ما يجب على المحاكم أن تقوم به في حالة غياب النص فقرر في المادة الثالثة من ذات القانون بأنه يجب على المحاكم أن تتبع المبادئ المنصوص عليها في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م⁽³⁵⁾، والذي بدوره نص في المادة 3 من ذات القانون بجعل مرتبة

32- د. توفيق فرج، مرجع سابق، ص 105.

33- د. غالب علي الداودي، مرجع سابق، ص 188-189.

34- د. إسماعيل عبدالنبي شاهين، مرجع سابق، ص 206.

35- المادة 3 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م والتي تنص على: "تسترشد المحاكم في تطبيق أحكام هذا القانون وتفسير الكلمات والعبارات الواردة فيه وكذلك في حالات غياب النص بالمبادئ الشرعية وتتبع القواعد المنصوص عليها في قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983م".

العرف هي السادسة في تناقص مع قانون المعاملات المدنية الذي جعل العرف في بعض الحالات مكملاً للتشريع⁽³⁶⁾.
ثانياً- العرف المعاون للتشريع:

عند تنظيم المشرع لموضوع معين فقد يحيله إلى العرف وذلك لتحديد أو تفسير أو تفصيل أو لبيان بعض المسائل التي تستلزم تطبيقه.

من أمثلة العرف المعاون للتشريع ما نصت عليه الفقرة الثالثة المادة 190 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م: "يشمل التسليم ملحقات المبيع وما

36 المادة 3 من قانون أصول الأحكام القضائية لسنة 1983: على الرغم مما قد يرد في أي قانون آخر وفيما عدا الدعاوي الجنائية إذا لم يوجد نص تشريعي يحكم الواقعة:

(أ) يطبق القاضي ما يجد من حكم شرعي ثابت بنصوص الكتاب والسنة.

(ب) فإن لم يجد القاضي نصاً يجتهد رأيه ويهتدى في سبيل ذلك بالمبادئ التالية بحيث يأخذها على وجه التكامل ويراعى ترتيبها في أولوية النظر والترجيح.

(أولاً) مراعاة الاجماع وما تقتضيه كليات الشريعة ومبادئها العامة وما تهدي إليه توجيهاتها من تفصيل في المسألة،

(ثانياً) القياس على أحكام الشريعة تحقيقاً لعلها أو تمثيلاً لاشباهها أو مضاهاه لمنهجها في نظام الاحكام.

(ثالثاً) اعتبار ما يجلب المصالح ويدرك المفساد وتقدير ذلك بما يتوحي مقاصد الشريعة وأغراض الحياة الشرعية المتكاملة في ظروف الواقع الحاضر وبما لا تلغيه نصوص الشريعة الفرعية.

(رابعاً) استصحاب البراءة في الأحوال والاباحة في الأعمال واليسر في التكليف.

(خامساً) الاسترشاد بما جرت عليه سوابق العمل القضائي في السودان فيما لا يتعارض مع الشريعة وما يذهب اليه جمهور فقهاء الشريعة من فتاوى فرعية وما قروره من قواعد فقهيه،

(سادساً) مراعاة العرف القائم في المعاملات في ما لا يخالف أحكام الشريعة الاسلامية او مبادئ العدالة الفطرية.

(سابعاً) توحي معاني العدالة التي تقرها الشرائع الانسانية الكريمة وحكم القسط الذي ينقدح في الوجدان السليم.

اتصل به اتصال قرار وما أعد لاستعماله بصفة دائمة وكل ما جرى العرف على أنه من توابع المبيع ولو لو تذكر في العقد، فالمشرع إختار أن يكون مرناً ويترك تحديد مضمون كلمة مستلزمات الشيء للعرف ليقرر في ذلك وفقاً لكل حالة على حده لأن المستلزمات تختلف من حالة لأخرى.

من أمثلة العرف المكمل للتشريع والذي أحال فيه المشرع الحكم للعرف وذلك للإستعانة به في تفسير العقد أو عباراته إذا كانت غامضة هو ما نصت عليه المادة 100 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م والتي نصت على: "1- إذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يعدل عنها بحجة تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. 2- أما إذا كان في عبارة العقد غموض فيجب تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ويستهدى في ذلك بطبيعة التعامل وبالعرف الجاري وبما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بين المتعاقدين".

من الأمثلة أيضاً على العرف المكمل للتشريع ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 41 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 والتي نصت على أنه: "يقضي طبعاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة في أي خلاف ينشأ حول المسائل التي لم يتم الإتفاق عليها".

مفاد تلك المادة أنه حالة اتفاق الطرفين على المسائل الجوهرية ولكن لم يكمل اتفاقهم بشأن بعض المسائل التفصيلية ولم يكن هنالك شرط بأن العقد لا يتم إذا لم يتم الاتفاق عليها، فإن العقد يعتبر قد تم، وفي تلك الحالة فإن المحكمة تفصل في شأن تلك المسائل غير الجوهرية وفقاً للأحكام التي جرى عليها العرف وما يحقق العدالة⁽³⁷⁾.

من الأمثلة التي تضرب على تطبيق العرف في تلك الحالة: "إذا طلب (أ) صاحب العقارات من (ب) السمسار أن يبحث له عن مستأجرين لعقاره، دون الوصول إلى إتفاق نهائي فيما يتعلق بمن يدفع عمولة السمسرة، المستأجر أم صاحب العقار؟ ومقدار هذه العمولة؟ وكان العرف الجاري يقضي بأن عبء الدفع على المستأجر حيث يقوم بدفع

37- د. أحمد محمد أحمد الزين، محاضرات في مصادر الإلتزام الإرادية، التعليم المفتوح، جامعة شندي، 2013م، ص33-34.

أجرة شهر، ففي هذه الحالة يطبق ما يقضي به العرف ويقوم المستأجر بدفعها للسماز ولا يتحمل صاحب العقار هذه العمولة⁽³⁸⁾.

من أمثلة العرف المعاون للتشريع ما نصت عليه الفقرة الرابعة من المادة 309 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 والتي تنص على: "إذا أحدث المستأجر بإذن المؤجر إنشاءات أو إصلاح لمنفعة المأجور أو صيانتها رجع عليه بما أنفقه في حدود العرف وإن لم يشترط له حق الرجوع".

كذلك من العرف المعاون للتشريع ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 315 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 والتي تنص على: لا يجوز للمستأجر أن يتجاوز في استعمال المأجور حدود المنفعة المتفق عليها في العقد فإن لم يكن هناك اتفاق وجب الانتفاع به طبقاً لما أعدت له وعلى نحو ما جرى عليه العرف.

مفاد تلك المادة إن استعمال الشيء المؤجر يتم وفقاً للاتفاق، فإذا لم يكن هنالك اتفاق حول استعمال الشيء المؤجر فإن المشرع أحال الحكم ليقرر فيه العرف، فإذا قام المستأجر باستعمال الشيء المؤجر بخلاف ما جرى عليه العرف فيجب عليه أن يقوم بتعويض المؤجر عن الضرر الذي نجم عن ذلك الإستهلال المخالف للعرف. ثالثاً- العرف المخالف للتشريع:

إن التشريع يعتبر أسمى مكانة من العرف، وبناء على ذلك فإن العرف لا يلغي تشريعاً قائماً؛ إذ أن التشريع لا يتم إلغاؤه إلا بتشريع لاحق له يرد فيه نص صريح بإلغاء التشريع القديم أو يتضمن نص فيه تعارض مع النص القديم، أو يقوم من جديد بتنظيم ذات الموضوع الذي نظمه التشريع السابق، وهذا يعني بأن التشريع لا يمكن إلغاؤه إلا بتشريع لاحق له في نفس درجته أو أعلى منه في المرتبة بالنص فيه صراحة على إلغاء التشريع القديم، وهذا يعني بالضرورة أن التشريع لا يجوز أن يتم إلغاؤه بواسطة العرف وهذه هي القاعدة العامة.

38- د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السوداني، ط7، الخرطوم،

2008م، ص41.

بيد أن التشريع في بعض الحالات قد ينص على إمكانية مخالفة العرف لبعض قواعد التشريع المكمل لإرادة الطرفين، ولكنه لا يستطيع مخالفة قواعد التشريع الأمرة بصفة عامة.

1- العرف المخالف للقواعد القانونية الأمرة: مما لا ريب فيه بأن القواعد القانونية الأمرة هي ذلك النوع من القواعد القانونية التي لا يجوز الإتفاق على مخالفتها لأحد فرضين أساسيين: إما لتعلقها بالنظام العام والآداب، وإما لتعلقها بمصالح عامة⁽³⁹⁾.

الجدير بالذكر بأن بعض الفقهاء فيما يتعلق بمخالفة العرف للتشريع قد ذهبوا للتمييز بين القواعد الأمرة المتعلقة بالنظام العام وتلك القواعد الأمرة المتعلقة بمصالح خاصة، فقالوا بأن العرف لا يمكن أن يخالف قاعدة قانونية من قبيل النوع الأول، بيد أنه يمكن أن يقوم بمخالفة قاعدة قانونية من النوع الثاني، ومن الأمثلة على ذلك ما نص عليه قانون العمل السوداني لسنة 1997م في الفقرة الأولى المادة (42) منه التي نصت على أنه: "تكون ساعات العمل العادية ثمانية وأربعين ساعة في الإِسبوع أو ثمان ساعات في اليوم على أن تتخللها فترة للراحة مدفوعة الأجر لا تقل عن نصف ساعة في اليوم وذلك لتناول الطعام أو الراحة، إذ يجوز أن يكون في بعض أعرف المصانع الحد الأقصى لساعات العمل أقل من ذلك، وعلى كل فإن للعرف المدني والتجاري أن يقوم بمخالفة أي من القواعد القانونية الأمرة التي لا تمس مصلحة المجتمع العليا ولا تتعلق بالنظام العام⁽⁴⁰⁾.

هذا وقد ذهب فريق آخر من فقهاء القانون بأنه يجوز مخالفة العرف للقواعد القانونية الأمرة وذلك في بعض الحالات الإستثنائية النادرة، وهي تلك الحالات التي ينص فيها القانون نفسه على جواز مخالفة قواعد العرف للقواعد الأمرة، أي بمعنى أنه يجوز مخالفة العرف التجاري لقواعد القانون المدني مثل ذلك نص المادة 222 من القانون المدني المصري والتي نصت على أنه: "لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد

39- د. سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 329.

40- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري و د. حشمت أبو ستيت، أصول القوانين، 1982م، ص 93.

الفوائد، ولا يجوز في أية حال أن يكون مجموع الفوائد التي يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال، وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية"، بمراجعة هذه المادة نجدتها تتحدث عن قاعدتين آمرتين: القاعدة الأولى هي منع الفوائد المركبة والقاعدة الثانية هي عدم تجاوز الفوائد رأس المال، هذا وقد أتاح المشرع الخروج على هذه القاعدة إذا كان هنالك عرف تجاري يخالفها⁽⁴¹⁾.

2- العرف المخالف للقواعد القانونية المكملّة: إذا كان للأفراد أن يخالفوا القواعد القانونية الأمرة، فإنه من باب أولى مخالفة العرف لقاعدة تشريعية مكملّة، وذلك بوجود نص تشريعي ينص على عدم إعمال تلك القاعدة المكملّة عند وجود العرف أو إتفاق يقضي بخلاف ما نصت عليه القاعدة القانونية المكملّة، فإذا لم يوجد الإتفاق يتم تطبيق العرف، وتطبيق العرف هنا لا يعتبر مخالف للقاعدة القانونية المكملّة؛ لأن المشرع نفسه في القاعدة القانونية المكملّة يقوم بإحالة تنظيم الموضوع الوارد فيه إلى العرف، وفي هذه الحالة يكون تطبيق العرف إعمالاً للقانون، مثل ما نصت عليه الفقرة الأولى المادة 211 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 والتي نصت على: "يلزم المشتري تسليم الثمن المعجل في مكان وجود المبيع وقت العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف يغير ذلك". مفاد هذه المادة أنها قاعدة مكملّة يجوز للأطراف الإتفاق على مخالفتها، والإتفاق على أن يكون تسليم الثمن في محل المشتري، وإذا لم يوجد إتفاق وكان هنالك عرف يحكم في موضوع معين بأن تسليم الثمن في مكان المشتري فإنه يتم تطبيق العرف بموجب النص القانوني نفسه الذي أحال الحكم إلى العرف⁽⁴²⁾.

كذلك من العرف المخالف لقاعدة تشريعية مكملّة ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة 605 من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984 والتي نصت على: "الأراضي التي ينكشف عنها النهر تكون مملوكة المنفعة للملاك الذين تقع الأرض المنكشفة قصاد أراضيهم ويحق لهم تملكها إلى خط مفترض في منتصف مجرى النهر ما لم يوجد عرف يقضي بغير ذلك".

41- د. حسن كيره، الموجز في العلوم القانونية، 1990، ص 292.

42- د. سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، القاهرة، 1973م، ص 481.

المطلب الثاني القوة الملزمة للعرف

تمت الإشارة إلى أن العرف إذا توافر فيه الركن المادي والمعنوي فإنه يصبح قاعدة قانونية ملزمة، لا يحق للأفراد مخالفتها وإلا تم توقيع الجزاء المادي عليهم، بيد أن هنالك عدة نظريات حول المصدر الذي يستمد منه العرف قوته الملزمة التي يتعين توقيع الجزاء عند مخالفتها، هذا وقد تعددت الآراء حول هذا الأمر، لذلك سيتم التعرض لعدد من النظريات فيما يلي:

أولاً- الإرادة الضمنية للمشرع:

أصحاب هذا المذهب لا يعترفون بدور العرف في تكوين القواعد القانونية، إلا إذا قام المشرع بإجازة ذلك صراحة كما ورد الفقرة الأولى المادة 211 من قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 والتي تحكم نفقات تسليم المبيع وقد أحال المشرع الحكم إلى العرف، وفي بعض الحالات قد تكون الموافقة ضمنية وذلك في حالة سكوت المشرع⁽⁴³⁾.

ثانياً- تأسيس العرف على إزام الجماعة:

يذهب أصحاب هذا المذهب بأن المصدر الذي تستقي منه القواعد العرفية إلزاميتها هو إعتياد الجماعة على إتباعها والشعور المتولد في أذهانهم بالزاميتها وعدم مخالفتها، وهذا يدل على رضا المجتمع على الإلتزام بها، إذ أن العرف يستقي تكوينه من المجتمع عندما لا يكون هنالك نص تشريعي يحكم المسألة المعنية، أي في حالة غياب النص؛ إذ أن العرف يكون نتاج طبيعي للتطور الذي ينشأ من عدة عوامل إجتماعية⁽⁴⁴⁾.

ثالثاً- تأسيس إزام العرف على أحكام القضاء:

يرى بعض الفقهاء أن العرف يستمد قوته من تطبيق المحاكم له⁽⁴⁵⁾، إذ أن إتباع الناس لسلوك معين، لا يؤدي حتماً إلى تكوين القاعدة العرفية، وإنما ينشأ من خلال

43- د. حسن كيره، مرجع سابق، ص 284.

44- د. محمد علي بدير، مرجع سابق، ص 174.

45- عبدالله داؤود وآخرين ضد حسن عبدالرحمن الدريدي، م ع / ط م / 49 / 93، مجلة الأحكام القضائية 1993 حيث قامت المحكمة بتطبيق العرف بقولها: "إن العرف قد جرى

تطبيق القاضي له وإستمراره في الأخذ به فيما يثور أمامه من نزاع⁽⁴⁶⁾، بيد أن هذه النظرية تلاقى عدد من الإنتقادات:

1- إن الأخذ بهذه النظرية يوصل إلى نتيجة غير منطقية: هي هذه النتيجة مع التشريع نفسه الذي يقضي بتطبيق القواعد العرفية في حالة عدم وجود نص في التشريع يحكم المسألة المعروضة على القاضي، هذا من جانب ومن جانب آخر فإن العرف يعتبر قاعدة تستمد إلزاميتها بمجرد توافر ركنيها المعنوي والمادي، وذلك قبل أن يتم تطبيقه بواسطة القضاء، ومن جانب ثالث فإن القاضي لا يقوم بتكوين العرف وإنشائه وإنما يتحرى عن وجوده، كما أن الإعتقاد الذي يرسخ في أذهان الناس بالإلزامية العرف يكون سابقاً على رفع الأمر للقضاء، وبالتالي فإن تم رفع الأمر للقضاء وقام بتطبيق العرف فإنه بذلك يقوم بتطبيق قاعدة عرفية كانت موجودة حتماً قبل الحكم بها، ولكن بالرغم من ذلك يجب عدم إغفال الدور الذي يلعبه القضاء في ترسيخ العرف والتأكيد على الصفة الملزمة له في أذهان الأفراد⁽⁴⁷⁾.

2- إن وظيفة القضاء هي الفصل في المنازعات بين الأفراد في المجتمع المعين: ولا تتعدى هذا الدور إلى إنشاء القواعد القانونية؛ إذ أن القاضي يطبق القواعد القانونية الموجودة أصلاً وذلك بالبحث عنها وتطبيقها على النزاع المعروض عليه، وذلك بغض النظر عن المصدر الذي تستمد منه القاعدة القانونية قوتها الملزمة، وليس من المتصور أن يستند القضاء ويطبق قواعد قانونية- في النزاعات التي تعرض عليه- هو من قام بوضعها لأن ذلك يخل بمبدأ الفصل بين السلطات⁽⁴⁸⁾.

علي السماح للمستأجر بتركيب بعض الأجهزة التي يحتاجها استعمال العين كالتلفون والمكيفات ومواسير المياه وهي معدات قد يحتاج تركيبها إلي حفريات بغرض توصيلها دون المساس بسلامة العين ومن ثم فإنها لا تعتبر تلفاً يخول استرداد حيازة العين".

46- د. حسن الخطيب، مرجع سابق، ص138.

47- د. غالب علي الدواوي، مرجع سابق، ص184.

48- د. أحمد سلامة، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، ج1، ص144.

رابعاً- تأسيس إلزام العرف على ضرورته الإجتماعية:

يرى أصحاب هذا المذهب أن العرف يستمد قوته الملزمة من ضرورته لتنظيم المجتمع، بحيث يحتم الأمر ويفرض وجوب تنظيم المجتمع بواسطة العرف في الحالة التي يكون فيها نقص في التشريع أو في حالة غياب النص التشريعي أو عدم كفايته، لذلك فإن ضرورة تنظيم علاقات الأفراد في المجتمع هي التي تمنح العرف قوته الملزمة عند وجود نقص في التشريع، وعلى ذلك فإن العمل بالقاعدة العرفية هو نتيجة لضرورة إجتماعية عند غياب النص أو عدم كفايته⁽⁴⁹⁾.

بيد أن هذه النظرية تم نقدها على أساس أن ضرورة العرف لتنظيم العلاقات بين الأفراد في المجتمع المعين لا تكفي للقول بإلزاميته؛ إذ أن إلزامية القاعدة يكون من سلوك الناس بإعتياد إتباع القاعدة العرفية مع توافر الإعتقاد في أذهان الناس بإلزامية تلك القاعدة العرفية وأن مخالفتها يترتب عليه جزاءً مادياً⁽⁵⁰⁾.
خامساً- تأسيس إلزام العرف على آراء الفقهاء:

أصحاب هذا المذهب قد ذهبوا إلى أن العرف يستمد قوته الملزمة من آراء الفقهاء حينما تجمع على وجود قاعدة عرفية حول مسألة معينة، والإجماع على حل المسألة المعنية على أساس العرف المعين، إذ أن هذا الأمر يعتبر كافياً لإلتزام الأفراد به⁽⁵¹⁾.
بيد أن هذه النظرية قد لاقت بعض الإنتقادات التي عارضت ما ذهب إليه هذه النظرية ولعل أهم تلك الإنتقادات التي تم توجيهها إلى هذه النظرية بأن آراء الفقهاء هي مجرد عدد من وجهات النظر لباحثين لا يتمتعون بصفة رسمية في تكوين وإنشاء القواعد القانونية، بل أن آراء الفقهاء تعتبر من المصادر التفسيرية للقانون، وبالتالي فإن إجماع الفقهاء على وجود عادة معينة لحل مسألة معينة لا يكفي لتكوين عرف يكون ملزماً للأفراد بإتباعه⁽⁵²⁾.

49- د. إسماعيل عبدالنبي شاهين، مرجع سابق، ص 203.

50- د. أحمد سلامه، مرجع سابق، ص 144.

51- د. حسن كيره، مرجع سابق، ص 285.

52- د. سليمان مرقص، مرجع سابق، ص 302.

الخاتمة

الحمد لله الذي أعانني على إنجاز هذا البحث، ولا بد في ختام هذا البحث من إيراد النتائج التوصيات التي توصلت إليها هذه الدراسة:
أولاً- النتائج:

1. لم يرق قانون المعاملات المدنية لسنة 1984 بتحديد ترتيب العرف من بين مصادر التشريع. قام المشرع السوداني في قانون المعاملات المدنية السوداني بالنص في المادة 3 من ذات القانون بأنه في حالة غياب النص يجب الرجوع لقانون أصول الأحكام القضائية 1983م، وبالرجوع للقانون المذكور نص في المادة الثالثة من ذات القانون بتحديد مرتبة العرف كمصدر من مصادر التشريع في المرتبة السادسة.
2. يعتبر العرف العام مصدر من مصادر التشريع؛ ولذلك يجب على القضاة العلم به.
3. العادة الإتفاقية ليس بقانون وليس من واجب القضاة العلم بها.
4. يعتبر العرف مصدر من مصادر التشريع.
5. لا تكتسب العادة الإتفاقية منزلة العرف.
6. يعتبر العرف المكمل للتشريع نوع من أنواع العرف، بحيث يقوم بتكملة النقص في التشريع المعين.
7. هنالك نقص كبير في الدراسات القانونية المتعلقة بدور العرف في القانون الخاص.
8. هنالك نوع من أنواع العرف يسمى العرف المكمل للتشريع.
9. من شروط القاعدة العرفية ألا تكون مخالفة للنظام العام والآداب.

ثانياً- التوصيات:

1. نوصي المشرع السوداني عند النظر في تعديل قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م القيام بتحديد مرتبة الفقه من بين مصادر التشريع، نقترح بأن يقوم المشرع السوداني بجعل مرتبة العرف الرابعة من بين مصادر القانون بعد التشريع ومبادئ الشريعة وأحكام الفقه الإسلامي.

2. نوصي القضاة بالإلمام بالأعراف العامة والتحري عنها؛ لأنها مصدر من مصادر التشريع، وعدم تكليف الخصوم بإثباتها.
3. نوصي القضاة بتكليف الخصم الذي يدعي بوجود العادة الإتفاقية بإثباتها؛ إذ أنها ليست بقانون.
4. نوصي القضاة بتطبيق العرف حتى ولو لم يطلب الأطراف ذلك؛ لأنه مصدر من مصادر القانون.
5. نوصي القضاة بعدم تطبيق العادة الإتفاقية إلا إذا طلب الخصم الذي له مصلحة في تطبيقها.
6. نوصي القضاة بعدم تطبيق العرف المكمل للتشريع إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي يحكم المسألة المعينة.
7. نوصي الجامعات ومركز البحث العلمي بتشجيع البحث العلمي في مجال دور العرف في القانون الخاص.
8. نوصي القضاة بعدم تطبيق العرف المكمل للتشريع إلا إذا كان هنالك نص يحيل تنظيم القانون المعين إلى العرف؛ وذلك لبيان أو تفصيل بعض الأحكام المتعلقة بتطبيقه.
9. نوصي القضاة بعدم تطبيق القواعد العرفية إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب.

المراجع

1. د. أبو ذر الغفاري بشير، العقد والإرادة المنفردة في القانون السوداني، ط7، الخرطوم، 2008م.
2. د. أحمد محمد أحمد الزين، قواعد قانون الإثبات العماني، دار الكتاب الجامعي، العين، الإمارات، 2015.
3. د. أحمد محمد أحمد الزين، محاضرات في مصادر الإلتزام الإرادية، التعليم المفتوح، جامعة شندي، 2013م.

4. د. حسن الخطيب، مبادئ أصول القانون، البصرة، 1965م.
 5. د. حسن كيره، الموجز في العلوم القانونية، 1990.
 6. د. سليمان مرقص، شرح القانون المدني، ج1، 1967م.
 7. د. سمير عبدالسيد تناغو، النظرية العامة للقانون، القاهرة، 1973م.
 8. د. عبدالرحمن البزاز، مبادئ اصول القانون، بغداد، 1954م.
 9. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، ج2، القاهرة، 2004م.
 10. د. عبدالرزاق أحمد السنهوري و د. حشمت أبو ستيت، أصول القوانين، 1982م.
 11. د. عبدالفتاح عبدالباقي، نظرية القانون، ط3، القاهرة، 1965م.
 12. د. عبدالمنعم البدرابي، مبادئ القانون، القاهرة، 1970م.
 13. د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2009.
 14. د. محمد سامي مذكور، مبادئ القانون، القاهرة، 1961م.
- السوابق القضائية السودانية:
1. أهالي القولد قبلي ضد أهالي جزيرة كومي وآخرين، م ع/ ط م / 134 / 81، مجلة الأحكام القضائية 1981.
 2. بخيتة محمد الماحي وأخري ضد إدارة مشروع الجزيرة وأخرى م أ/ ع / 242 / 81، مجلة الأحكام القضائية 1981.
 3. شركة جانديل الزراعية ضد خالد عباس عبادي، م ع/ ط م / 1108 / 94، مجلة الأحكام القضائية 1994م.
 4. شنداق آدم نعم الله ضد إبراهيم يوسف خمجان، م ع/ ط م / 355 / 73، مجلة الأحكام القضائية السودانية 1973.
 5. صالح فضل السيد ضد مجلس شعبي تنفيذي الخرطوم، م ع/ ط م / 246 / 76، مجلة الأحكام القضائية 1976.
 6. صديق محمد أحمد ومحمد أحمد جميل ضد آدم بشير فضل الماحي، أس، أس م / 76 / 710، مجلة الأحكام القضائية 1976.

7. عبدالله داؤود وآخرين ضد حسن عبدالرحمن الدديري، م/ع ط م / 49 / 93، مجلة الأحكام القضائية 1993.
8. كفيينة جورج وآخرين ضد عبد الرؤوف النور أحمد، م/ع ط م / 392 / 76، مجلة الأحكام القضائية 1976.
9. محمد الأمين شعيبو وآخرون ضد ورثة ناير محمد ناير، م/ع ط م / 169 / 73، مجلة الأحكام القضائية 1973.
10. ملاك السواقي 19 / 20 / 22 ضد ملاك السواقي 5 / 6 / 7، م/ع ط م / 83 / 84، مجلة الأحكام القضائية 1984.
11. حمد يوسف حمدنا الله ضد الزاكي ميرغني، مجلة الأحكام القضائية السودانية 1973.