نظرية العرف

تأليف

الدكتور

عبد العزيز الخياط

الاستاذ المساعد بالجامعة الاردنية

نشر

مكتبة الأقصى ـ عمان

١٣٩٧ هـ — ١٩٧٧م

مطابع وزارة الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية / عمان

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــه

تعتمد الشريعة الاسلامية على الكتاب والسنة المصدرين الاســاسين للتشريع والقانون بالاجمــاع ، ويعتبر جمهور الفقهاء الاجمــاع والقياس مصدرين اساسيين آخرين ، ولكل مجتهد من المجتهدين مصادر فرعية اعتمدها كالاستحسان عند ابي حنيفة وعمل اهل المدينة والمصالح المرسلة عند مالك ، والاستصحاب عند الشافعي ، والاباحة الاصلية عند ابن حنبل .

والعرف واحد من المصادر الفرعية لاستقاء الاحكام واستنباطها ضمن شروط موسعة او مضيقة بحسب اختلاف العلماء ، وقد اتخذته بعض الدول الغربية مصدراً اساسياً في التقنين ، وقدمته على الدين باعتبــار ان العرف اقدم الاثنين وجوداً في تصورهم ، وهو تصور خاطىء ، لان الدين وحي الله والله خالق الكون والانسان والحياة ، فالعرف حادث والدين ازلي ، والحادث طارىء متاخر في الوجود .

والعرف في نظر القانونيين امـا ان يكون القــاعدة القانونية ذاتها او مصدراً رسمياً للقاعدة القانونية ، والارجح أنه مصدر القاعدة القــانونية ، لان العرف اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم في المجتمع ، ولذلك تنشأ عنه القاعدة .

والعرف عند الفقهاء معتبر كمــا هو عند القانونيين بشروط وقيود دقيقة ومفصلة ، كأن يكون مطرداً غالبا مقارنا ولا يعارضه تصريح بخلافه في الشريعة ، ولا يعطل نصا من نصوص الشريعة وقد قيدوه بالعرف الصحيح دون الفاسد ، وقيدوا اعتباره مصدرا بحسب كونه عاما او خاصا .

غير ان القانونيين يقصرون العمل بالعرف على ماكان له علاقة قانونية قائمة بين الاشخاص في دائرة معاملاتهم ، امـــاما يتعلق في المجاملات والمظاهر كتبادل الهدايا والزيارات وغيرها فلا يعتبرون العرف فيها ، بينما فقهاء الشريعة اخذوا بعين الاعتبار ذلك لاسيما فيما يتعلق بالعـــلاقات الاجتماعية الأسرية كالخطبة والزواج وغيرها ، ولم يكن العرف مقيدا في الاخذ به عند القـــانونيين ، غير ان المشرعين الفرنسيين تأثروا بالفقه الاسلامي وعلم الاصول في تقييد العرف بالقيود التي قيده بها الفقهاء كما يتضح ذلك في ما كتبه ليبران عن العرف (١) .

والعمل بالعرف له مزاياه وعيوبه ، فمن محـــاسنه انه تعبير عما يرتضيه افراد الشعب ، وصورة صحيحة عن عاداتهم واصطلاحـــاتهم في مسلكهم في المجتمع ، وهـــو اكثر قابلية للتطور ومواكبة التغيرات التي تحدث في المجتمع ، بينما تجمد في في كثير من الاحيان نصوص القانون المكتوبة فتحتاج الى تغيير او تعديل ، ويساعد في فهم كثير من النصوص والاجتهاد منها بما يسد الحـــاجة الى بيان حكم الشريعة فيما يجد من المسائل ، ويعين في حل كثير من المشكلات الطارئة في ضوء النصوص والقواعد الشرعية ولا سيما فيما يتعلق بالمعاملات الجارية في البيع والتجارة والاجارة والزراعة والارتفاق والزواج والحلف والنذر . ولكن اكبر عيب للعرف انه يقف حاجزا امام التقدم والاصلاح إذا كان قد استقر فاسدا والف الناس فيه الفساد ، كما نشاهد في استقرار كثير من الاعراف الفاسدة عند جمهور المسلمين حتى في الامور التي تنسب الى الدين واستقر العرف فيها على ذلك والدين منهـــا براء ، فاذا قام المصلحون بالدعوة الى العودة الى جوهر الدين وصفائه ، والتقيد بتعاليمه السامية كان العرف حاجزا يستند اليه المعوقون عن الاصلاح . وإذا كان مستند القـــانون العرف اولا دون ان يكون العرف نفسه مستندا الى اصول دقيقة وخطوط عريضة ثابتة ، فان العرف حينئذ يصبح عائقا اكبر في وجه النظم الاصلاحية وبالتالي يضطر الناس الى ممارسة الازدواجية في مسالكهم فهم يتقيدون بالعرف ويخشون التقاليد ولـــكنهم يريدون التقدم والاصلاح وفق الافكـــار الجديدة والنظم المستحدثة فيضطرون الى اظهار غيرما يبطنون نفاقا ، وممارسة ما يعتقدون مما يخالف العرف السائد الذي رأوا فيه الفساد ، والقـــانون الذي استند الى هذا العرف ولم يقو

---

(١) العرف لليران / ٢٥١ . نقلا عن اصول القانون لحسن كيرة /١٦٥ .

المسئولون على تغييره انصياعا وتمسكا به ، ثم ان العرف حين يتخذ مصدرا للقانون يساعد على تعدد القوانين واختلافها في الدولة الواحدة بسبب اختلافها العرف وتعدد انواعه مما يؤدى الى ضياع وحدة القانون وبالتالي يؤدي الى تفكك وحدتها السياسية وبلبلة مجتمعها ، يضاف الى ذلك ان العرف نفسه إذا لم يكن مستنداً الى اصل منضبط كالقواعد الشرعية والتعاليم الدينية الواضحة ، فانه يفقد وضوحه ويكتنفه الغموض وينتج عن ذلك الاختلاف والتنازع في تحديد قواعدة ومضمونه مما يؤدي الى التعارض حول المعاملات والتنازع فيها فتسود الفوضى وينعدم النظام .

وقد يتساءل انسان ما : هل يكون للعرف قوة ملزمة ، وهل له قوة الاحكام الشرعية او التشريع القانوني الوضعي وسنعرض في هذا البحث للاجـــابة على هذا السؤال الا اننا نستبق القول في توضيح ان العرف في نظر الشريعة لاتكون له القوة الملزمة الا إذا كان عرفـــا صحيحاً أي مستندا الى اصل شرعي او لا يتعارض مع نص شرعي ، وكان عرفا آمرا لامكملا ولا مفسرا ، ولم يكن ثمة نص شرعي ؛ فيجب حينئذ تحكيمه وتطبيقه ، ويستثنى من ذلك العرف الذي ليس بملزم ـعادةـ ولايصلح مستنداً لاثبات الحقوق كالتهادي في مناسبات معينة ، ومايبذله التجـــار عادة لعملائهم من التسهيلات والهدايا لترغيبهم في الشراء او التعامل وماتعارفه الجيران فيما بينهم على سبيل التسامح ، فانه لو ادعى احد شيئاً من هذا امام القضاء لايحكم به . بينما يعطي القانونيون العرف قوة الالزام حين لانجد نصا تشريعيا في المسألة او حين ينص المشرع القانوني على افضلية قواعد العرف في التطبيق على التشريع القانوني رغم وجوده أي تتوقف قوةالعرف على ارادة المشرع ، في الوقت الذي اختلفوا في مصدر قوة الزامه أمصدر هذه القوة من احكام القضـــاء ، أو هل يعتبر المصدر من الضرورات الاجتماعية ؟ وقد راجت النظرية الاولى في عهد الملكية المطلقة في اوربا بتأثر من سيادة نظرية الحق الالهي ، وقل القـــائلون بها بعد التطورات السياسية التي اثرت على التطور القانوني لانها كانت موضع انتقاد المشرعين مـــن ناحية ان العرف اقـــدم وجودا ـ في نظرهم ـ مـــن المشرع ، ولأن العرف قـــد يكون في كثير مـــن المجتمعات اكثر شمـــولا من القانون ، ولانها تجعل القانون تحت تأثير السلطة لا المجتمع إذا جعل تابعـــا للمشرع . كما ان اعتبار قوة العرف ناشئة من احكام القضاء تجعل من العرف عادة لاقيمة لها حتى

يتدخل القضاء فيقرها ويحكم بها ويسبغ عليها القوة الملزمة وهذا ماراج في انجلترا اذ اتخذت السوابق القضائية قانونا، والسوابق القضـــائية في انجلترا بني معظمها على العادة والعرف .

وقد تحمس لهذه النظرية قـــانوني فرنسي هو لامبير معتمداً على ان معظم العرف لنا خرجه الكهنة والقضاة (١) والواقع ان هذه النظرية غير مقبولة عند كثير من القانونيين وقد وجهت لها انتقـــادات كثيرة منها : ان الاستقراء التاريخي يدل على ان العرف اشمل من احكام القضاء واسبق وجودا ولاسيما الاعراف المحلية المهنية ومنها العرف الذي استقر بشأن الحسابات الجـــارية في فرنسا (٢) وان المفروض في وظيفة القضاء ان يطبق احكاما سبقت في الوجود تطبيق المحاكم لهـــا ، وان تطبيقهم العرف دليـــل قوته والزامه فلا يستمدها من التطبيق ، على ان معظم القوانين تجعل العرف مرجعا من المراجع القانونيه والقانون اسبق في الوجود من التطبيق .

والنظرية القائلة بان العرف يستمد قوته الملزمة من الضرورات الاجتماعية لا من ارادة المشرع ولا من احكام القضاء ، هي اكثر قبولا عند القانونيين لقوة الحاجة الاجتماعية ، ولأن العرف اصبح يحكم علاقات الناس في كثير من امورهم ؛ لأنه يرضي مصالحهم ويتجـــاوب مع غرائزهم ، وهذه النظرية راجت عند القانونيين الرومانيين والفرنسيين .

وقد ظهر بان الشريعة الاسلامية لاتأخذ بأي من هذه النظريات وانما تعتمد العرف فيما لا نص فيه ، اذ لامساغ للاجتهـــاد في مورد النص ، واعتمادها العرف ناشيء من اقرار الاصول المعتمدة في التشريع الاســـلامي ، والعرف ليس اسبق وجودا من المشرع في الاسلام لأن المشرع الحقيقي في الاسلام هو الله تبارك وتعالى

---

(١) انظر اصول القـــانون لحسن كيره / ١٦٧ وكتاب المدخل لدراسة القانون والشريعة الاسلامية لعبد الباقي البكرى / ٤٠٧ .

(٢) المصدر السابق / ١٠٧ وكتاب المدخل للعلوم القانونية لسليمان مرقس / ٣٠٥ طبع مصر ١٩٦٨

ولايمنع هذا من ان الاســلام يأخذ بتطور العرف ويحكمه عند استنباط الاحكام الاجتهاديه في الايات ظنية الدلالة .

على ان النظريات المعاصرة تتجه الى تفوق التشريع على العرف ، وان كان بعضها يسوى بينهما كالقانون الالماني ، وربما ذهب بعضها الى اغفال الرجوع الى العرف مثل القانون البرازيلي ، أوعدم قدرته على الغاء القانون كالقانون البرتغالي .

والقوانين المــدنية المصرية والعرأقية والسورية اعتبرت العرف مصدرا من مصادرها بل انها قدمته على الشريعة الاسلامية ، غــيران المشرع الاردني رفض القانون المدني المأخوذ من القوانين الوضعية وفيه تقديم العرف على الشريعة الاسلامية في أفضلية المصادر ، وذلك حين رد مجلس الامة القانون المــدني الذي تقدمت به الحكومة الاردنية نقلا عن القانون المدني السوري وذلك في عام ١٩٥٤ كما رفضه مجلس الاعيان في عام ١٩٦٤ وصدرت الارادة الملكية بضروة وضع قانون مدني مستمد من الشريعة الاسلامية وقد تألفت لجنة من عدد من العلماء والقانونيين لهذه الغاية وباشرت عملها مستعينة بالعلماء والخبراء حتى فرغت من مشروع قانون مدني مستمد من الشريعة الاسلامية سنة ١٩٧٦ (١) واعتمدت العرف في المــادة الثانية منه ونصها :

---

(١) يجدر بنا ان نسرد مراحل وضع القانون المدني الاردني المستمد من الشريعة الاسلامية من البيان الصحفي الذي القاه دولة السيد بهجت التلهوني رئيس مجلس الاعيــان الاردني ورئيس اللجنة المكلفة بوضع مشروع القانون المدني وقد جاء فيه :

يسعدني واخواني اعضاء اللجنه ، وقد انجزنا عملنا بعون الله تعــالى ان نرفع صادق الاجلال والاحترام الى حضرة صاحب الجلالة الهاشمية الملك الحسين بن طلال حفظه الله فقد كان لرسالته السامية المؤرخة في ١٩٦٤/٤/٨ ، وتوجيهه الكريم عظيم العون ، وخير العطــاء ، لنــا في تأدية مهمتنا وتيسير عملنا .

ويسرني وزملائي المحترمين اعضاء اللجنة المكلفة بوضع واعداد مشروع القانون المدني اصحاب السماحة والمعالي والعطوفة السادة : الشيخ عبدالله غوشه ، الشيخ الحميد السائح ، عبد الرحمن خليفه ، علي الهندواي ، أحمــد الطراونه ، يعقوب معمر ، الدكتور عبد العزيز الخياط ، الشيخ عبد الباقي جمو ، سلمان القضاة ، رزق البطاينة ، سعيد الدرة ، الدكتور ابراهيم زيد الكيلاني ان نرحب برجال الاعلام والصحافة ووكالات الانباء في هذا اللقاء الاخوى اجمل ترحيب . =

«العرف كالنص واستعمال الناس حجة فان لم يجد القاضي نصاً في القـانون أو حكماً في الشريعة الاسلامية حكم بمقتضى العرف الغالب» .

= والمؤتمر الذي أعقده اليوم ، انما هو لقاء إعلامي أشرح فيـه لكم ، وللرأي العـام والاخوة المواطنين الخطوات الدقيقة والمراحل الشاقة التي اجتازتها لجنتنا بصمت وصبر وعمل في سبيل إعداد وانجاز هذا المشروع الجليل .

أهمية القانون :

يعتبر القانون المدني من أبرز قوانين الدولة وأهمهـا ، إذ أن له صلة وعلاقـة بكل انسان فهو القانون الذي ينظم معاملات الناس ، ويرتب شؤونها ويحدد شروطها والالتزام بموجبهـا . ولعل المهمة التي أوكلت لنا ، من أقسى ما مر بنا ، فقد تحملنا الامانة والثقة والمسؤولية وهي عبء كبير ندعو الله أن نكون عند حسن الظن بنا . فقد كانت مهمتنا أن نضع مشروع قـانون حديث ، يحل محل مجلة الاحكام العدلية الصادرة سنة ١٢٨٦ هـ يتصف بالاعتدال ويجمع الاستقرار الفقهي والقانوني والقضائي ويطاوع التطور الاقتصادي ، والاجتماعي والزمني . فالاستقرار الذي توخينـا ، يتمثل في وصل الماضي بالحاضر تشريعاً وفقهاً وقضاء والتطور كـان يتراءى لنا في تطلع الحـاضر الى المستقبل المتطور . فكان علينا تجاه مهمتنا الاستعانة بالعلماء والخبراء والفقهاء ليكون عملنـا قائماً على اصوله القانونية ومستنداً على قواعد العلم والفقه والقانون .

مراجع القانون :

وعمدنا الى تحديد عملنا ووضع خطتنا في إعداد المشروع معتمدين على المراجع والمصادر التالية :

* مجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي بجميع مذاهبه .
* التشريعات والقوانين الاردنية المعمول بها .
* مشروع القانون المدني الموجود حالياً في مجلس الأعيان .
* كافة التشريعات والقوانين المعاصرة المستمدة من الفقه الإسلامي .

مكتبة فقهية قانونية :

وعملنا بعد ذلك على تهيئة مكتبة فقهية قانونية تحتوي على كثير من المراجع المفيدة ليستفيد منها العلماء والخبراء والفقهاء ورجال القانون في العمل وواصل الجميع الدراسة والصياغـة والاجتماعات المتكررة حتى أنجزنا العمل ولأول مرة في تاريخ العرب الحديث تقوم المملكة الاردنية الهاشمية باعداد مشروع قانون مدني يتناول أحكام المعاملات مستمد من الفقه الاسلامي بأحكامه الواسعة المتفتحة على الحياة وقواعده المتطورة دائماً مع متطلبات العصر والصالحة للغد ولتبدل الازمـان وهو مشروع رائد ينتظره العرب والمسلمون بفارغ الصبر وهو يحقق رغبة طالما تمناها كثير من رجال القضاء والقانون وعلى رأسهم الدكتور عبدالرزاق السنهوري. =

القانون المدني المصري :

= ويقع مشروع القانون في نحو ١٤٥٠ مادة ، وتستند كل مادة من مواده الى مآخذها ونظائرها في القوانين المعاصرة ومرجعها الفقهي في مذكرات ايضاحية تقع في نحو ١٥٠٠ صفحة وهي شروح وافية لكل مادة وفقرة قانونية لقضائنا ورجال القانون ولا شك فانكم تتسألون عن طول المدة التي قضيناها في عملنا فأجيبكم وبالتواريخ والسنين عن المدة التي استغرقها انجاز القانون المدني المصري .

كان في مصر تقنينان للقضاء مختلط صدر في عام ١٨٧٦ وأهلي صدر عام ١٨٨٣ وقد فكر بتوحيد التقنينين بقانون واحد ، فتشكلت أول لجنة برئاسة المرحوم مراد سيد أحمد باشا بتاريخ ٢٧ شباط ١٩٣٦ وعضوية ثمانية أعضاء من رجال القانون . وفي نفس العام تشكلت لجنة ثانية برئاسة المرحوم كامل صدقي باشا وعشرة أعضاء، وفي عام ١٩٣٨ تولى المرحوم الدكتور عبدالرزاق السنهوري والمسيو لامبير من كبار رجال الفقه في فرنسا وضع مشروع كامل للقانون المدني وقد انجز ذلك وتم طبع المشروع عام ١٩٤٢ وعرض المشروع للاستفتاء مدة ثلاث سنوات حتى عام ١٩٤٥ . وبعد هذا التاريخ وعلى ضوء الملاحظات التي ابديت أحيل المشروع من الحكومة الى مجلس النواب في ١٧ كانون الاول سنة ١٩٤٥ وبقي في مجلس النواب ومجلس الشيوخ حتى ٥ تموز ١٩٤٨ وعمل بالقانون في ١٥ تشرين أول سنة ١٩٤٩ ويعني هذا ان القانون المدني المصري استغرق اثني عشر عاماً حتى عمل به مع ملاحظة ان القانون المدني المصري ومثله القانون المدني السوري والقانون المدني العراقي وان استمدت من الفقه الإسلامي بعض نظرياته وأحكامه إلا أنها كانت في مجموعها واكثريتها أجنبية عن تراثنا ويقتضي من رجال القضاء والقانون والعلماء الرجوع الى تلك المصادر الغريبة عن بيئتنا في تفسيرها وأهدافها مع أن مشروعنا المشار اليه كان في مجموعه واكثره يعتمد على تراثنا ومصدر أمجادنا من الفقه الإسلامي على اختلاف مذاهبه مما يربط حاضرنا بماضينا على وجه يقتضي منا الفخر والاعتزاز. وهذا ما يتفق مع نهضتنا المعاصرة من الحرية والانطلاق وإبراز شخصيتنا وقد تطلب ذلك بحثاً مستفيضاً في المراجع الفقهية والقانونية المتعددة ووقتاً غير قصير .

هذا جوابي ، وانكم بلا شك تشاركوني الرأي بأن العمل القانوني عمل مضن ويحتاج لدراسة ومراجعة وعلم ، وجميع هذا يحتاج الى وقت . ونحن اذ نرفع المشروع الى من عهد الينا بوضعه واعداده فاننا نثق بأنه قد يضاف الى المكتبة القانونية مرجع قانوني هام مع مذكرات ايضاحية مسهبة تشير الى المادة ومرجعها الفقهي ومأخذها القانوني ونؤمن أيضا أن بعض المواد الواردة في هذا المشروع والمأخوذة عن تشريعات معاصرة لن يكون لها تبعية لمصدرها بل ستندمج في روح القانون ومواده ومفهومه وتخضع لأحكامه . فمن المقطوع به ان كل نص تشريعي أو مادة قانونية ينبغي أن تعيش في البيئة التي تطبق فيها والبلد الذي تنفذ فيه مهما كان مصدرها .

مراحل مشروع القانون :

لا بد لي من سرد لمحة تاريخية اشرح فيها المراحل التي مرت على مشروع القانون المدني الموجود حالياً في مجلس الأعيان .

=

قدمت الحكومة مشروع القانون بكتابها رقم ١٣٠٨ تاريخ ١٩٥٤/٢/٤ الى مجلس النواب وبتاريخ ١٩٥٤/١٢/١٠ أقـره المجلس وبتاريخ ١٩٥٥/١/٢٥ رفع الى مجلس الأعيـان وبتاريخ ١٩٥٧/١٢/٩ رده مجلس الأعيان الى مجلس النواب بأسباب موضحة في المحاضر وتوصية هذا نصها : وضع مشروع قانون مدني يقتبس من المجلة ومن كنز شريعتنا ويضـاف اليه من الأحكام مـا يتطلبه تعامل عصرنا ويعدل ما يحتاج التعديل على أن تسبك مواده بلغة عربية بليغة لا ركاكـة فيها ولا تعقيد » وبتاريخ ١٩٥٧/١٢/١٧ أعاد مجلـس النواب النظر في المشروع المعاد فايد مجلس الأعيان وقرر رفض المشروع وأخطر رئيس مجلس النواب رئيس مجلس الأعيان بهذا القرار بكتابه رقم ٦٢٣ تاريخ ٥٧/١٢/١٨ ، وبعد مرور ست سنوات وبدلا من وضع مشروع قانون وفقا لقرار المجلسين الأعيان والنواب طلبت الحكومة من رئيس مجلس النواب اعادة النظر في مشروع القانون فاستعرضه مجلس النواب وأقره بتاريخ ١٩٦٤/٣/١٠ ورفـع الى مجلس الأعيان وأحيل الى اللجنة القانونية في مجلس الأعيان لدراسته واعطاء القرار اللازم بشانه فاوصت الأكثرية بالموافقة عليه وعارض القرار أحد اعضائها بمخالفة ضمنها توصية المجلس الكريم برفض مشروع القانـون المدني المعروض وطالب بوضع مشروع قانون مدني ماخوذ من الفقه الاسـلامي ومستمد من أحكام الشريعة الاسلامية الغراء لا أن يكون ماخوذاً من تشاريع أجنبية كالقانون الفرنسي أو الايطالي وغيرهما .

وأمام مجلس الأعيان دارت مناقشات قانونية حامية وحوار فقهي حول المشروع فريق يناصره وآخر يعارضه مستندا في معارضته الى أقوال واضعه المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري باشـا الذي يصف بوضوح مثالب القانون المصري لأنه ماخوذ عن القانون والفقه الفرنسي . فقد جـاء قوله في كتابي الوسيط ونظريه العقد ما يلي : انني جعلت الفقه والقضاء الفرنسيين وهما من بين سـائر النظم القانونية والاجنبية التي رجعت اليها لم أفعل ذلك دراية للقضاء الفرنسي فهو القضاء الذي نزلنا ضيوفا في ساحته الواسعة ولكن آن للضيف أن يعود الى بيته » ويقول رحمه الله « علينا أن نمصر الفقه فنجعله فقها مصريا خالصا نرى فيه طابع قوميتنا وأثر عقليتنا ففقهنا حتى اليوم لا يزال يحتله الأجنبي والاحتلال هنا فرنسي وهو احتلال ليس باخف وطاة ولا باقل عنتا من أي احتلال آخر » . ويقول رحمه الله « لا يزال الفقه المصري يتلمس في الفقه الفرنسي الهادي والمرشد لا يكاد يتزحزح عن افقه ، أو ينحرف عن مسراه ، فهـو ظله اللاصق وتابعه الامين فاذا قدر لنا أن نستقل بفقهنا وأن نفرغه في جو مصري ، يشب فيه على قـدم مصرية وينمو بمقومات ذاتية بقي علينـا أن نخطو الخطوة الأخيرة فنخرج من الدائرة القوميه الى العالمية» . وقد جاء في الصفحة ١٣ من الجزء الاول من مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ما نصه : « يمكن القول ان تقنيننا المدني فيه نقص ثـم فيه فضول وهو غامض حيث يجب البيان مقتضب حيث تجب الافاضة ثم هو يسترسل في التافه من الأمر فيعني به عناية لا تتفق مع أهميته المحدودة ، يقلد التقنين الفرنسي تقليدا أعمى فينقل كثيرا من عيوبه وهو بعد متناقض في نواح مختلفة ، ويضم الى هذا التناقض أخطاء معيبة » . انني لم استشهد بما سبق الا أن ما ذكرته قد ورد عن المرحوم الدكتور عبد الرزاق السنهوري باشا واضـع القانون المـدني المصري وهي انتقاداته له وماخذه عليه لبعده عن الفقه والشريعة الاسلامية .

أفبعد ما ذكر : يحق لنا أن نترك مصادرنا الفقهية الاسلامية ومراجعنا القانونية ونأخذ بمجموع مشروع القانون المدني المرجود في مجلس الأعيان وهو المنقول نقلا والمترجم ترجمة عن القـانون=

=الفرنسي ؟ . وبعد هذه الاستشهادات والايضاحات والمبررات اعتقدانكم تشاركوننا الرأى بمناصرة الرأي القائل بايجاد البديل الذي يحل محلـه وذلك بوضـع مشروع قانون مـدني مستمد من تراثنا وعقيدتنا وفقهنا وشريعتنا .

رسالة جلالة الملك :

وهكذا فقد بقي الحوار والجدل والمناقشة والمعارضة للمشروع ، حتى جاءت رسالة جلالة الملك المبلغة لدولة رئيس مجلس الأعيان من سيادة رئيس مجلس الوزراء ونصها :

دولة رئيس مجلس الأعيان :

تلقيت بيد الاجلال من صاحب الجلالة الهاشميةمولاي الملك المعظم رسالة ملكية سامية في موضوع مشروع القانون المدني المعروض على مجلسكم الكريم هذا نصها :

تعلمون سيادتكم مدى اهتمام الرأي العام بمشروع القانون المدني المعروض على مجلس الأمة لما لهذا القانون من صلة ومساس بمجتمعنا وعقيدته وتنظيم أمور حياته ومعاملاته ولمـا كان عـدد كبير من رجال العلم والفقه والفكر والقانون قد توجهوا الينا ملتمسين أن تظل مملكتنا الاردنية الهاشمية معتمسكة بقانون مدني منبثق عن شريعتنا الاسلامية . واننا لما لهذا القانون من أهمية وخطورة ، نرغب في أن يصار الى تاليف لجنة تضم كبـار العلماء والفقهاء ورجال القانون لدراسـة مشروع القانون المدني واعادة النظر فيه حتى يظل هذا القانون عند تطبيقه والتوسـع في فهمه والاجتهاد في معانيه ومراميه نابعاً في أصوله ومصادره من حياتنا وحاجاتنا وأخـلاقنا وتقاليدنا مؤملين أن تولوا سيادتكم هـذا الأ ر ما يستحقه من العناية وأن تتخذوا من الخطوات ما يكفل تحقيق الغاية .

ولذلك وصدعا بالامر الملكي السامي وبمـا أنه ليس في العرف الدستوري ما يحول دون استئناس مجلس الأمة برأي الخبراء من أهل الاختصاص في أي شـان من شئون التشريع المعروضة عليه سواء كانوا من الرسميين أو غير الرسميين ـ حسبما بينت في كتـابي السابق رقم م/١٢/١٧٣٦٩ تاريخ ١٩٦٣/١٢/٢٢ الموجه حينه لمعالي القائم باعمال قاضـي القضاة والمرسلة نسخ عنه الى دولتكم والى معالي رئيس مجلس النواب وسماحـة رئيس الهيئة العلمية الاسلامية وفضيلة رئيس محـكمة الاستئناف الشرعية أرجو أن تعملوا دولتكم على تأليف لجنة تضم كبار العلماء والفقهاء ورجال القانون للاشتراك بالتعاون مع اللجنة القانونية لمجلسكم الكريم بدراسة مشروع القانون المذكور واعادة النظر فيه على ضوء التوجيهات التي تضمنتها الرسالة الملكية السامية قبل عرضة على المجلس والتكريم بإعلامي بالاجراءات التي يقرر مجلسكم اتخاذها في هذا السبيل . واقبلوا الاحترام ،،

رئيس الوزراء

حسين بن ناصر

=

تأليف لجنة القانون :

= وعلى ضوء ذلك تألفت لجنة بتاريخ ١٩٦٥/٧/٢٨ مؤلفة من أصحاب السماحة عبد الحميد السائح وعبد العزيز الخياط ومحمد الشنقيطي وابراهيم زيد الكيلاني للاجتماع مع اللجنة القانونية لمجلس الأعيان وبعد عدة لقاءات كان التباين في وجهات النظر كبيرا فلم تتوصل الى نتيجة فأعلمت دولة رئيس المجلس باختلاف وجهة النظر فيما بينها . ولما كانت الرسالة الملكية واضحة المباني ترسم صورة التشريع الواجب اعداده ووضعه ليحل محل مجلة الأحكام العدلية والقوانين الاردنية النافذة والمتفرعة عنها . وحيث أن المملكة الاردنية الهاشمية بمسيس الحاجة لقانون مدني يؤمن مصالح الناس وينظم معاملاتهم في حاضرهم ومستقبلهم ، ويستمد تقنينه من مجموعة المذاهب والقواعد الفقهية المقررة ومن الرصيد الكبير والثروة التشريعية والقانونية العربية من فقه ومن شروح وقرارات محاكم وقضاء . فانه بتاريخ ١٩٦/ ٢/٢١ قرر مجلس الأعيان دعوة المرحوم الدكتور السنهوري والاستاذ أحمد مصطفى الزرقا للاشتراك بوضع مشروع قانون مدني ولكن الدعوة لم تلب . ووقعت حرب حزيران عام ١٩٦٧ ومرت بعد ذلك بضع سنين حتى ١٩٧١/٦/٣ حيث تشكلت اللجنة الحالية والتي اتشرف برئاستها . وساوت بخطوط ايجابية في عملها وفق الأصل الذي انتهجته وخطة العمل التي اتبعتها حتى أدت الأمانة وحققت ما جاء في الرسالة السامية . ان المبادىء والأحكام التي صيغت بها مواد مشروع القانون المدني بنيت على قواعد عاشت معنا وعشنا في أجوائها أعواما طويلة وتركت لقضائنا وعلمائنا ورجال القانون في أمتنا معينا غزيراً ، وكنزا ثمينا من الأسس المتطورة مع الزمان ، ومن حق بلدنا وأمتنا علينا أن لا نأتي بالغريب عن بيئتنا ، فمن أرضنا العربية انتشرت الحضارات والعلوم ، ونحن أخيرا نشكر الباري عز وجل الذي أعاننا على مهمتنا في انجاز هذا المشروع الكبير كما نشكر جلالة الملك المعظم على توجيهاته السامية ورعايته لنا وتشجيعه ايانا منذ بدء عملنا حتى نهايته . ولا يسعنا الا أن نشكر أيضاً دولة رئيس الوزراء السيد زيد الرفاعي والحكومات السابقة المتعاقبة لدعمهم هذا المشروع الجليل . أهـ.

وفي المذكره التي قدمتها لمجلس الوزراء يوم الأحد تاريخ ٢٤ جمادى الأولى سنة ١٣٩٦هـ موافق ٢٣ مايو ١٩٧٦م والتي أقر المجلس فيها العمل بالقانون المدني هذا ابتداء من ١٩٧٧/١/١ وضحت فيها بعض ميزات هذا القانون بشكل عام وهي كما يلي :

نبذة عن مشروع القانون المدني
وكيفية اتمامه والمصادر التي اعتمد عليها

بتكليف من جلالة الملك المعظم في كتابه الموجه الى سيادة رئيس الوزراء ، والذي كلف بدوره رئيس مجلس الأعيان بتشكيل لجنة تضم كبار العلماء والفقهاء ورجال القانون، بتاريخ ١٩٦٤/٤/٨ مهمتها وضع مشروع قانون مدني حديث مستمد من الشريعة الاسلامية ، ومستفيد من القوانين الموضوعة والتجارب القانونية ويتصف بالاعتدال ، ويجمع الاستقرار الفقهي والقانوني والقضائي ،=

=وهو اكب التطور الاقتصادي والاجتماعي، وبذلك يربط بين الماضي المتمثل في التراث الفقهي الاسلامي الثر الذي ساد العالم الاسلامي قروناً طويلة ، والذي يعد بحق أرقى وأشمل مادة تشريعية توصلت اليه البشرية ، وبين الحاضر الذي حاول وضع الحلول للمشاكل المستجدة . وقد قامت اللجنة بالاستعانة بعدد من الخبراء الشرعيين والقانونيين ووضعت مشروع القانون والمذكرات الايضاحية له ، معتمدة على الأسس التالية :ـ

١ ـ مجلة الأحكام العدلية ومصادر الفقه الاسلاميين .

٢ ـ التشريعات الاردنية المعمول بها .

٣ ـ مشروع القانون المدني .

٤ ـ جميع التشريعات المعاصرة والمستمدة من الفقه الاسلامي .

وقد تولى الخبير السوري الاستاذ عبدالقادر الاسود تقنين العقود ، وأنجز الدكتور محمد زكي عبدالبر الخبير المصري الباب التمهيدي، ومصادر الالتزام، والأستاذ محمد مصطفى المنفلوطي الخبير المصري اثبات الالتزام والحقوق العينية والاستاذ علي الخفيف الأجل والشرط والالتزام غير القابل للانقسام والدين المشترك. ثم عهد الى الأستاذ المنفلوطي الخبير المصري بمراجعة وتنسيق جميع ما قننه الخبراء، وقد استغرق ذلك كله حوالي ثلاث سنوات ثم قامت اللجنة الفرعية المؤلفة من عدد من العلماء والقانونيين بمراجعة مواد مشروع القانون والمذكرات التوضيحية مادة مادة ومناقشتها ، مستعينة بمصادر الفقه الاسلامي والقوانين المدنية المصرية والسورية والعراقية ، ومحاضر جلسات مجلس الشيوخ المصري المتعلقة بمناقشة القانون المدني المصري وكتاب الوسيط "لدكتور عبد الرزاق السنهوري والتقرير الذي أعد اللجنة به الأستاذ عبدالوهاب الأزرق الخبير السوري ، ولم تغفل اللجنة بعض الأحكام الواردة في المشروع الأول والتي لا تتعارض مع الفقه بصفة عامة ولا مع روح التشريع الاسلامي بصفة خاصة ، كما راعت جميع مذاهب العلماء وأقوالهم لتصل الى ما يتفق وحاجة المعاملات المتطورة في ظل ما استقر من عادات وأعراف ، وقد اقتضتها المراجعة حذف بعض المواد والموضوعات مثل موضوع الرهن ، واضافة موضوعات أخرى مثل القواعد والمبادىء العامة ، وادخال كثير من التعديلات ، ولما أتمت اللجنة مراجعتها للمواد ، حولت الى اللجنة العامة التي أعادت النظر في ملحوظات اللجنة الفرعية واستعرضت مواد القانون مادة مادة وناقشتها جميعها برئاسة دولة رئيس مجلس الأعيان السيد بهجت التلهوني . ثم بعد ذلك قامت اللجنة الفرعية أو على الأصح بعض أعضائها باعادة ترتيب المواد وترتيب المذكرة الايضاحية على ضوء ذلك .

والقانون المدني يشتمل على تقنين مواد الموضوعات في (١٤٤٩) مادة في الأبواب والموضوعات التالية :ـ

١) الباب التمهيدي : الأحكام العامة المتعلقة بالقانون وتطبيقه الزماني والمكاني ، وبيان أحكام عامة. =

= والشخص الطبيعي والحكمي والأشياء والأموال والحق واثباته وأقسامه .

٢) الكتاب الأول : الباب الأول : الحقوق الشخصية ، ويشمل مصادر الحقوق الشخصية وشروط العقد وأهلية التعاقد والمحل والسبب وأنواع العقود ، والخيارات وآثار العقد والتصرف الانفرادي،والفعل الضار وما يتعلق به من اتلاف للنفس والأموال . وكذلك المسئولية عن فعل الغير وصـــورها كجناية الحيـــوان وانهيار البناء والأشياء والآلات ، والفعل النافع وما يتعلق به من كسب بلا سبب ، وقبض غير المستحق والفضالة وقضاء دين الغير .

الباب الثاني : يشمل آثار الحـــق في الوفاء والتنفيذ والوســـائل المشروعة لحماية الدعاوى والحجز على المدين وحق الاحتباس وغيرها ، ويشمل التصرفات المشروطة بالتعليق والأجل ، وتعدد المحل وطرفي التصرف وانقضاء الحق .

٣) الكتاب الثاني : الباب الأول : عقود التمليك وهي البيع وجميع الالتزامات المتعلقة به والبيوع المختلفة ، والهبة والشركة والقرض والصلح .

الباب الثاني : عقود المنفعة وهـو الاجارة ومنها المزارعة والمغارســـة والمساقاة وايجار الوقف ، والاعارة .

الباب الثالث : عقود العمل : عقد المقاولة ، عقد العمل ، عقد الوكالة، عقد الحراسة ، عقد الايداع.

الباب الرابع : عقود الغرر : الرهان والمقامرة ، والمرتب مدى الحياة، وعقد التأمين .

الباب الخامس : عقـــود التوثيقات الشخصية : عقـــد الكفالة بالنفس وبالدرك ، عقد الحوالة .

٤) الكتاب الثالث : الباب الأول : حق الملكية ، ويشمل حق الملكية بوجه عام ، قيودهـــا ومدى الحق وانقضاؤها وملكية الاسرة ، وملكية الطبقات والشقق واتحاد ملاك الطبقات والشقق وأسباب الكسب بالاحراز والضمان والميراث والوصية.

الباب الثاني : الحقوق المتفرعة عن حق الملكية مثل حق التصرف والانتفاع وحق الاستعمال وحـــق السكن وحق المساطحة ، والوقف والحقـــوق المجرده (مثل حق الحائط المشترك والطريق والمرور والشرب والمجرى والمسيل) .

٥) الكتاب الرابع : التأمينات العينية .

الباب الاول : الرهن التأميني وآثاره ، الباب الثاني . الرهن الحيـــازي وآثاره وانقضاؤه .

= الباب الثالث : التوثيق العيني بنص القانون (حقوق الامتياز) وأنواعها ثم الاحكام الختامية .

ميزات المشروع :

١ ـ حقق ما هدفت اليه الرسالة الملكية من جعله نابعاً في اصوله ومصادره من حياتنا وحاجاتنا وأخلاقنا وتقاليدنا .

٢ ـ استفاد من جميع التشريعات (الشرعية والمدنية) القديمة والمعاصرة ، ومنهـا مجلة الأحكام العدلية ، والفقه الإسلامي بجميع مذاهبه ومشروع القانون الاودني والتشريعـات العربية ، وغيرها .

٣ ـ وصل بين الماضي والحاضر ، وهذه مهمة القانون الذي يهدف الى حفظ المجتمع ، وتثبيت دعائمه لإيجاد الحياة المستقرة التي يسودها العدل والنظام .

٤ ـ اعتمد التشريع الإسلامي مصدراً أساسياً ، وأعاد القانوني الى الرجوع لأحكام الفقه الإسلامي ومبادىء الشريعة الإسلامية ، وطلب الرجوع في فهم النص وتفسيره ، ودلالته الى قواعد أصول الفقه الإسلامي ، وبهذا امتاز على سائر التشريعـات والقوانين العربيـة ، وجعل القانون أصيلا منسجماً مع ما أقرته مجامع الفقه الدولية من اعتبار الشريعة الإسلامية أكبر وأعظم مصدر للقانون ، وسد نقصاً موجوداً في التقنينات العربية الحالية .

٥ ـ أبرز القانون نظريات حفلت بها كتب الفقه ، ولم تتخلف في جدتها وروعتهـا عما قننته بعض القوانين الغربية ، وبهذا يساهم القانون في دعم الفقه المقارن كمصدر أساسي يسهم في فلسفة الفقه الحديث .

٦ ـ إلتزم القانون النزعة المادية الموضوعية وهي التي تراعي الإرادة الظاهرة في العقد وتضع له المقاييس المادية التي تهتم بالعرف الجاري وهي اتجاه الشريعة الإسلامية ، إلا أنه لم يغفل النزعة الشخصية اعتماداً على القاعدة الشرعية ، العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني ، والامور بمقاصدها .

٧ ـ نأى المشروع عن النظريات والأحكام التي تعرضت للخلاف ، وعـالج نظريته العامـة على أساس الحق العام بضروبه المختلفـة مع تقنين مصادره في إطار مـا سارت عليه القوانين الحديثة ، وغير متعارض مع أحكام الفقـه الإسلامي . ولهذا اعتمد نظريـة الحق العام ، وفصل في قواعده الأساسية وأقسامه .

٨ ـ أبرز المشروع نظرية الضرورة مستنداً الى أحكام الضرر في الفقه الحنفي ، كـما طبق منها الأحكام الخاصة بالأهلية وأخصها مسئولية فاقد التمييز . =

٩ـ أخذ المشروع بأحدث النظريات القانونية بالنسبة للعقود وأخضعها للفقه الإسلامي وأحكامه مراعياً في ذلك المصلحة ، وتجنب الاصطلاحات الغريبة الدخيلة التي لها بديل أصلح في الفقه الإسلامي ، مثل تغير العقود القابلة للابطال والشرط الفاسخ والشرط الواقف (يراجع المذكرة الإيضاحية صفحة ٤٦٨ ـ ٤٧٠ ، وأبرز نظرية العقد فيه الفقه الإسلامي وتناول العقود التي جدت بحكم تطور المعاملات كعقد المقاولة والعمل والتأمين .

١٠ ـ ميز المشروع بين حكم العقد وحقوق العقد عملا بأحكام الفقه الإسلامي .

١١ ـ أبرز المشروع من الأحكام ما له طابع خاص في الفقه الإسلامي كأحكام إيجار الوقف والأراضي الزراعة ، وهلاك الزرع وبيع المريض مرض الموت والخيارات ، وتبعة الهلاك ، والأحكام الخاصة بملكية الأسرة وملكية الطبقات والحقوق المجردة .

١٢ ـ أطلق المشروع سلطة القاضي في البحث والتقدير ليتمكن من مواجهة الظروف والتغييرات التي تعرض في كثير من القضايا حتى لا يوصم القانون بالجمود .

١٣ ـ راعى المشروع الأسس الاجتماعية والاقتصادية المتطورة في حدود اتجاهات الدولة وفي نطاق المبادىء الإسلامية .

١٤ ـ استهدف المشروع المصلحة العامة في التعامل حيث لا نص انسجاماً مع القاعدة الشرعية التي قال بها شيخ الإسلام ابن تيمية « حيثما تحققت المصلحة فثم شرع الله » .

١٥ ـ وقف المشروع موقفاً عدلا ، فلم ينجز الى جانب اتجاه اجتماعي خاص أو رأي ينحاز الى مذهب معين (تعصباً) ، بل وفق الى حد بعيد بين حقوق الفرد والجماعة وجعل العدالة والخير مذهبه الأسمى .

١٦ ـ أخذ المشروع بالفعل الضار بحكم الفقه الإسلامي مخالفاً ما سلكه التقنين المصري الذي أخذ عنه القانون السوري والعراقي،واتفق حكم الفقه الإسلامي مع التشريع الألماني وقانون الإلتزامات السويسري والبولوني من حيث عدم ربط المسئولية بالتمييز واقامتها على الضرر لا على الخطأ (المواد ٢٥٧ ـ ٢٧٢ والمذكرة الإيضاحية) .

١٧ ـ سلك المشروع مسلك التفريق بين المال الذي يجب بسبب الجناية ، وهي الدية والأرش ، أو حكومة العدل وبين التعويض عن الضرر ، ففي الحالة الأولى إنما يستحق الدية عن النفس أو ما دونها المجني عليه أو ورثته الشرعيون ، عملا بحكم الشريعة الإسلامية ، وفي الحالة الثانية يستحق المتضررون على قدر تضررهم عملا بالمصالح المرسلة وهي من مصادر الشريعة وبذلك عالج المشروع حالة كان يقصر القضاء الأردني بقصور التشاريع القائمة عن معالجتها .

١٨ ـ لا بد من الإشارة الى مخالفة القوانين المصرية والسورية واللبنانية في الاتجاه الى إلغاء الوقف الذري نظراً للوضع الخاص في القدس وفي مدن الضفة الغربية وما يمكن أن يسلكه العدو من إجراء في تلك الحالة (صفحة ٨٣٢ المذكرات الإيضاحية) .

ويفهم من هذا أن العرف في القانون المدني الأردني جعل له دوران مهمان : أولهما أنه يرجع إليه في المسائل التي لا يجد القاضي فيها نصا في القانون المدني المستمد من الشريعة الإسلامية ، أو في الاجتهادات الفقهية المبثوثة في كتب الفقه ، وثانيهما الرجوع إليه بمقتضى الشريعة الإسلامية وقد تقرر ذلك في القواعد الشرعية المعتبرة مثل « العرف كالنص » ، ومثل « استعمال الناس حجة » ، ومثل « المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً ، ومثل « العادة محكمة » ، وذلك استنادا الى أحاديث النبي ﷺ من مثل قوله « ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن » (١) وقوله ﷺ لهند امرأة أبي سفيان « خذي من مال زوجك ما يكفيك وولدك بالمعروف » (٢) ولا يعني هذا النقص في التشريع الاسلامي بل هو من كماله في اعتبار العرف ، والنقص انما يكون في القانون المستمد ، ولذلك وضع المقنن احتياطات في ذلك المسائل المستجدة أو المشكلات التي غابت عن المقنن بالرجوع إلى أحكام الشريعة الاسلامية أو الرجوع إلى العرف ، وبهذا الاعتبار يظهر الدور الثاني للعرف في كونه مرجعا مساعداً في التشريع ، اعتمادا على ما ذهب إليه بعض الفقهاء ، وقد اتفق الأصوليون

=١٩ ـ في المادة (١٤٤٨) ألغي المشروع العمل بما يتعارض من أحكام هذا القانون من المجلة وذلك لأن المحاكم الشرعية ستلزم بالعمل به كالمحاكم النظامية والقانون لم يتعرض لتفاصيل أحكام البينات (المنصوص عليها في قانون البينات الأردني رقم (٣٠) لسنة ١٩٥٢) والمحاكم الشرعية تعمل بأحكام البينات المنصوص عليها في الكتاب الخامس عشر من المجلة (يراجع المذكرات الإيضاحية صفحة (٩٢٨) .

٢٠ ـ هذا المشروع رائد في بابه لأنه اعتمد أهم مصدر للقانون وهو الشريعة الإسلامية ولم يغفل الأخذ بالتطورات والتجارب القانونية في الأردن والدول الأخرى ، وسيظهر ذلك عند الدراسة العميقة والممارسة والتطبيق .

وبذلك يعتبر إنجاز هذا القانون المدني أعظم إنجاز قانوني في البلاد العربية والإسلامية منذ زوال الاحتلال الأجنبي ، ويعتبر اقراره من مجلس الوزراء الموقر أعظم حدث قانوني وخطوة جريئة لم تقدم عليها حكومة عربية أو اسلامية حديثة .

عبد العزيز الخياط

وزير الأوقاف والشؤون والمقدسات الإسلامية ، وعضو اللجنة

(١) رواه أحمد بن حنبل في مسنده في كتاب السنة موقوفا على عبد الله بن مسعود .
(٢) رواه البخاري .

على أن العرف يخصص النص العام لأن الشارع انما يخاطب الناس بما تعارفوه من الاطلاقات ، وهذا في العرف القولي أما العملي فان الجمهور يرى أن العرف يخصص النص العام وخالف في ذلك أبو حنيفة كما سيأتي تفصيله ، والمختار رأي الجمهور ، وكل ذلك في الحالات التي لا نص فيها في القانون أو في أحكام الشريعة كتفسير نية المتعاقدين وكحقوق الارتفاق حسبما جرى به العرف .

ونحب أن نوضح أن العرف ليس له القدرة على إلغاء نص قانوني سواء أكان عرفاً ايجابياً أوسلبياً(١)وليس للحجج التي يوردها أنصار مخالفي هذا الرأي مقنع لأنها قائمة على أساس أن العرف أصدق تعبيراً من القانون عما في ضمير المجتمع وأن المصلحة تقتضي الاستجابة للناس في اعتبار العرف وعدم التضييق عليهم، وذلك لأنهم أغفلوا منشأ العرف وأنه في المجتمعات السليمة انما ينشأ عن أصل مباح من قانون أو تعاليم سماوية أو تجربة صادقة ، وأن هناك مقياساً لا يضل في وزن العرف ونقده ، وتمييز صحيحه من فاسده وطيبه من خبيثه ، ولذا يجب أن لا يخالف العرف التشريع ، ولا سيما إذا كان تشريعاً سماوياً ذا قواعد ثابتة وخطوط عريضة سليمة ، ومع ذلك فهناك من القانونيين ــ وهم كثر ــ من يذهب إلى أن العرف لا يستطيع إلغاء نص قانوني ، ولا سيما القواعد الآمرة التي تتعلق بنظام المجتمع العام ومصالحه العليا ، وحتى العرف التجاري ليس له القدرة على مخالفة أو إلغاء نص آمر تجاريا كان أم مدنياً ، وان كان بعضهم يجيز أن يستبعد تطبيقها لكنه لا يجوز له أن يلغيها (٢)،وما دامت القوانين الحديثة قد جعلت العرف مصدرا فرعياً للقانون فهي قد غلبت التشريع على العرف واعتبرت عدول القاضي عن نص مكمل أو مفسر الى قاعدة عرفية رهينا بترخيص يتضمنه نص يجيز الرجوع للعرف ، وفي حالة وجود مثل هذا النص الذي يجيز للقاضي الرجوع عند النزاع إلى أحكام الاتفاق أو العرف فيجب عليه أن يحكم بمقتضاها .

---

(١) العرف الايجابي هو ما قام على رضا الجماعة والضرورات الاجتماعية ولو خالف التشريع ، والعرف السلبي هو العرف الملغي بمقتضى عرف آخر .

(٢) انظر المدخل للعلوم القانونية للدكتور سليمان مرقص / ٣٢٧ وشرح الباب التمهيدي للقانون المدني المصري للدكتور كامل مرسي / ٦٣ .

على أن العرف أكثر ما يلجأ إليه في الأمور التجارية والزراعية وهي التي لها مساس مباشر بالأعمـــال اليومية ، وهي أكثر تعرضاً للتغيير والتبديل نتيجة التأثر بالتطورات التي تحدث في المجتمع ، لا ســـيما التطورات الصناعية الهائلة والمخترعات الحديثة التي تؤثر تأثيرا كبيراً في علاقات الناس بعضهم ببعض .

وفي هذه الرســـالة الموجزة التي كتبتها عن نظرية العرف استوفيت القواعد العامة ، والأسس المتكاملة لنظرية العرف ، ولم أخُضْ في عرض التفاصيل الفرعية لكثرتها ، على الرغم من تقصيها في كتب الفقـــه وفي معاملات الناس ، وهـــو أمر ميسور إلا أن ذكرها يخرج هذا البحث عن القصد الأول منه ، وهو إعطـاء فكرة شاملة واضحة المعالم عن هذه النظرية في الوقت الذي اعتبره الفقهاء مصدراً تبعياً من مصادر الأحكام ، بينما يشغل في شتى أبواب الفقه جانباً كبير الأهمية ، وتدور كثير من أحكام الشريعة عليه .

وقـــد تناولت الحديث عن نظرية العرف ، مبتدئاً بأهمية العرف وتعريفه ، والفرق بينه وبين العادة وماضياً في شرح حكم الفقهاء فيه ، ودليل اعتباره ، وأقسام العرف ، من عام وخاص ، أو تعارضه مع اجتهاد مجتهد ، وما معنى تغير الأحكام بتغير الأزمان ، ومتعرضـــاً للقوانـــين العرفية وإلى أي مدى يمكن الأخذ بهـــا في أحكام القضاء .

وقد اعتمدت في كتابة هذه الرسالة على أمرين :

١ ــ المصادر والمراجع الفقهية والقانونية .

٢ ــ تقصي عادات الناس وأعرافهم في معـــاملاتهم وتتبعها عند التجار والزراع والحرفيين والتعرف على ما ســـار عليه الناس في قضاياهم العرفيـــة وشئون حياتهم ، ولا سيما ما تعمد إليه الغرف التجارية وفئات الناس من اعتماد العرف في حل القضايا والمشكلات .

ولا أدعي الكمال فيما كتبت فالكمال لله وحده، ولا أزعم لنفسي انني استوفيت البحث فالانسان يبذل جهده والتوفيق من الله ، ويقدم انتاجه ، والحكم عليه أو له ، انما هو لغيره ، وحسبي أنني حاولت مرضاة الله فيما كتبت وهو حسبي وكفى ، والله المستعان والحمد لله رب العالمين .

الدكتور عبد العزيز الخياط

الأستاذ المساعد بالجامعة الأردنية

وزير الأوقاف والشئون و لمقدسات الإسلامية
سابقاً ١٩٧٣ ـ ١٩٧٦

عميد كلية الشريعة سابقاً ١٩٦٤ ـ ١٩٧٣

٢٥ محـــــرم ١٣٩٧هـ

١٥ كانون الثاني ١٩٧٧م

◇◇◇◇◇◇◇◇◇