

التعريف بالعرف وأنواعه، دراسة قانونية، أصولية

Definition of Custom and its Types: A Legal and Foundational Study

د. محمد المدني، صالح الشريف^{1*}، د. محمد عبد الله حسن حمد²

¹كلية الحقوق، جامعة ظفار، (سلطنة عمان) melmadni@du.edu.om

²كلية العلوم والدراسات النظرية، الجامعة السعودية الإلكترونية، (المملكة العربية السعودية)

mhamad@seu.edu.sa

تاريخ الاستلام: 2025/01/10 تاريخ القبول: 2025/06/01 تاريخ النشر: 2025/06/05

ملخص: يهدف هذا البحث إلى بيان دور العرف بمختلف أقسامه في مجال العمل القضائي، مع اخضاع الأحكام القضائية التي استند فيها القضاء على العرف للدراسة بغرض الوقوف على فهم القضاء السوداني لدور العرف في فهم قانون المعاملات المدنية، وفي معالجة حالات النقص، أو القصور الذي تعترضه، وهو ما يعكس مشكلة هذه الدراسة التي تتلخص في كيفية اعتماد المحكمة على العرف لفهم مقاصد المشرع من التشريع، وقد تم الاعتماد في اعداد المادة العلمية لهذا البحث على كل من المنهج الوصفي، والمنهج الاستقراء، والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن، وقد خلص البحث إلى العديد من النتائج، منها: اعتراف المشرع بدور العرف في مجال العمل القانوني فيه دلالة على أنه يحرص على أن يكون التشريع الذي ينظم حياة المجتمع أكثر واقعية، وأقرب إلى العدل والانصاف، وأكثر تعبيراً عن حاجات المجتمع ومتطلبات الأفراد، ومنها: إحالة المشرع إلى العرف يملئ على القاضي أن يكون موسعي المعرفة كثير الاطلاع، حريص على تحديد مخزونه العلمي والمعرفي حتى يمكنه العمل الوصول إلى تقرير أحكام قضائية بما يحقق مقاصد التشريع، ويحفظ حقوق المتقاضين، ومنها في بعض الحالات قد يكون العرف من مسائل الوقائع التي تستغل بالحكم فيها محكمة الموضوع، وفي حالات أخرى قد يكون العرف من مسائل القانون التي تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة المحكمة العليا فيما تقرره بشأنها.

الكلمات المفتاحية: العرف؛ العادات الاتفاقية؛ الإحالة إلى العرف؛ تفسير التشريع.

Abstract:

This research aims to clarify the role of custom in its various sections in the field of judicial work, while subjecting the judicial rulings in which the judiciary relied on custom for the purpose of the Sudanese judiciary's

understanding of the role of custom, understanding the civil transactions law, and in addressing cases of deficiency that afflicts it. This reflects the problem of this study that summarized in how the court relies on customs to understand the legislator's purposes from legislation. The methodologies for this research were based on descriptive, inductive, analytical, and comparative approaches. This paper revealed that the legislator's recognition of the role of custom in the field of legal work indicates that he is keen to make the legislation that regulates the life of society more realistic, closer to justice and fairness, and more expressive of the needs of society and the requirements of individuals. These regulations emphasized that the legislator's referral to custom dictates to the judge to be knowledgeable and well-read, keen to renew his scientific and cognitive knowledge so that he can report judicial rulings that achieve the objectives of legislation and preserve the rights of litigants. In some cases, custom may be one of the issues of facts that the court of subject matter exploits in ruling on, and in other cases, custom may be one of the issues of law in which the court of subject matter is subject to the supervision of the Supreme Court in what it decides regarding it.

Keywords: Custom; Conventional customs; Referral to custom; Interpretation of legislation

مقدمة:

من المعلوم بالضرورة أنَّ المشرع عند وضعه للتشريع يعمل على اعداد نصوصه بصيغة العموم والتجريد؛ وذلك للعديد من الأسباب، لعل أهمها أنَّ الوقائع التي تحفل بها الحياة في مسيرتها، ومن الممكن أنَّ تكون محلاً للتقاضي لا يمكن اخضاعها للحصر بصورة مفصلة بحيث لا تفوت منها على المشرع شاردة أو واردة، خاصة فيما يتعلق بتنظيم المعاملات التي تقع في اطار القانون المدني الذي يتسم بالسعة والشمول؛ لذلك لم يكن أمام المشرع إلا الإحالة إلى العرف ليقوم بدور المفسر للتشريع، المكمل لنقصانه، المخصص لعمومه، المقيد لإطلاقه، في الحالات التي تستدعي المحكمة للقيام بذلك، الأمر اليَّ أفسح للعرف بمختلف أقسامه دوراً كبيراً في تقرير الأحكام التي يصدرها القضاء السوداني بموجب قانون المعاملات المدنية لسنة 1984، سواء تعلقت هذه الأحكام بفهم قصد المشرع، أم بفهم قصد الأفراد في معاملاتهم، حيث تعرض البحث العديد من

هذه الأحكام مراعيًا في ذلك تنوعها تبعًا لتنوع العرف ما بين العرف اللفظي، والعرف العملي، والعرف العام، والعرف الخاص، والعرف الصحيح، والعرف الفاسد، ولأجل تحقيق الهدف الذي سعى إليه البحث، فقد تم التعرض بالدراسة للعرف اللفظي الذي يعد من قبيل اللغة الخاصة التي يجب مراعاتها ولو تعارض في الدلالة على معناها مع اللغة العامة، بجانب العرف العملي المرتبط بالمعاملات التي تتم بين الأفراد في مختلف المجالات، بالإضافة إلى العرف العام الذي يكون متبعًا على نطاق واسع على المستوى المحلي أو الدولي، والعرف الخاص الذي يقع إطار العمل به في مستوى أضيق في حدود بعض أقاليم الدولة الواحدة، أو في حدود بعض المهن، والأعمال، مع التعرض للعرف الصحيح، والعرف الفاسد.

قبلولوج إلى تفاصيل هذه الدراسة نشير إلى عناصر مقدمتها هذه بما يلي:

أولاً - أهمية الدراسة:

تستمد هذه الدراسة أهميتها من الأهمية التي يتمتع بها العرف في مجال المعاملات المدنية، باعتبارها أحد الأسس التي يمكن للمحكمة الاعتماد عليها في العمل بالقواعد المنظمة للمعاملات.

ثانياً - أهداف الدراسة:

يهدف هذا البحث إلى التعرف على دور العرف في تفسير النصوص القانونية، وحينما يحيل إليه المشرف لتحديد نطاق الالتزامات التعاقدية التي تتم بين الأفراد، وذلك عن طريق استقراء المبادئ القضائية التي أرساها القضاء السوداني اعتماداً على العرف، بجانب ذلك يهدف البحث إلى جمع شتات المادة العلمية بغرض تبصير الدارسين بالعلاقة بين العرف والتشريع المكتوب.

ثالثاً - مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة هذا البحث في أنَّ التشريع على مستوى قانون المعاملات المدنية لا يمكن للمشروع أن يضعه بالمستوى الذي يضمن معه القاضي إيجاد الحل المباشر لجميع الوقائع التي تعرض

أمامه بصورة تفصيلية، مما يطرح التساؤل حول المدى الذي يمكن للمشرع الاعتماد على العرف في الإحالة إليه؟ ونوع هذه الإحالة؟ وطبيعتها؟

رابعاً - منهج الدراسة:

تم اتباع عدد من المناهج المتعارف عليها في مجال اعداد البحوث القانونية، وهي المنهج الوصفي، والمنهج الاستقرائي، والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن.

خامساً - خطة الدراسة:

تتكون خطة هذه الدراسة من تمهيد يرتبط بتعريف العرف والفرق بينه وبين العادات الاتفاقية، وأربعة مطالب، **المطلب الأول** عن: العرف اللَّفْظي، **المطلب الثاني** عن: العرف العملي، **المطلب الثالث** عن العرف العام، **المطلب الرابع** عن العرف الخاص، **المطلب الخامس** والأخير عن العرف الصحيح، والعرف الفاسد.

تمهيد: العرف والعادات الاتفاقية

العرف لغة ضد النكر، وجمعه أعراف (الجهوري، 1974) وفي الاصطلاح هو القول أو الفعل الذي تكرر استعماله حتى استقر في نفوس الناس ورعوه في تصرفاتهم وتقبلته عقولهم (الزلي، د.ت) وبنفس هذا المعنى جرى تعريفه بأنه: الأمر المستقر في النفوس من جهة العقول وتلقي الطباع السليمة له بالقبول (الزهاوي، 1315) وعَرَّفَه البعض بأنه: عادة جمهور قوم في قول أو فعل (الزرقاء، 1998) وبنفس هذا المعنى عَرَّفَه فقهاء القانون بأنه: "اعتقاد النَّاس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة" (الأصدة، 1998م) ولا يكفي اتباع قاعدة معينة على وجه التكرار بل لابد أن يصاحب ذلك اعتقاد الكافة بالإلزامية اتباعها. وتقضي صحة العرف أن يتوفر فيه ركنين: ركن مادي، يتمثل في اعتياد الناس واستمراريتهم على تعاطي عادة معينة، وركن معنوي، وهو اعتقاد الناس بالإلزامية ما يعتادونه،

وللعرف حجية معتبرة على مستوى الأحكام الشرعية، والقضائية حينما يحيل إليه المشرع لتحديد أمر معين أو تقديره.

يفرق فقهاء القانون بين العرف والعادات الاتفاقية؛ إذ العادة عندهم أخص من العرف فكل عرف عادة، وليس كل عادة عرف، وبناءً عليه يعدون العادات الاتفاقية عرفاً ناقصاً توفر فيه الركن المادي دون الركن المعنوي، أي عدم الاعتقاد بلزومها.

يتضح من تعريف كل من العرف والعادات الاتفاقية أنَّ بين المصطلحين عمومًا وخصوصًا؛ لكون العادة أعم من العرف، والعرف أخص منها، فكل عرف عادة وليست كل عادة عرف لما تبين من أنَّ العادة قد تكون فردية وقد تكون مشتركة، وبناءً عليه يمكن بيان العلاقة بين العرف والعادة الاتفاقية بما يلي:

أولاً - يُعدُّ العرف قاعدة قانونية تستمد إلزاميتها من نفسها، ولذلك لا يتوقف تطبيقه على الوقائع على رضا المتعاقدين، بخلاف العادة فإنَّها لا تلزم الأفراد من تلقاء نفسها بل لا بد من الاتفاق عليها بين الأطراف سواء أكان اتفاقهم صريحاً أم ضمنياً، وحينما يتفقون عليها فإنَّ إلزاميتها لهم لا تستمد من كونها قاعدة قانونية بصورة مباشرة وإنَّما من الاتفاق الحاصل بينهما.

ثانياً - يرى بعض الفقهاء ضرورة أن يكون العرف عاماً حتى يُعتبر قاعدة قانونية بخلاف العادة الاتفاقية إذ يكفي لإعمالها أن يضطر العمل بها مدَّة كافية بين الطرفين.

ثالثاً - من الجائز أن تكون القاعدة العرفية، عرفاً آمراً، أو مكماً ومفسراً، أمَّا العادة الاتفاقية فلا يمكن أن تكون قاعدة آمرة؛ لكون العمل بها يتوقف على اتفاق الطرفين الملزمين بها.

المطلب الأول: العرف اللَّفْظي

يعرف العلماء العرف اللَّفْظي بأنَّه: "المعنى الَّذي تعارف عليه النَّاس في خطابهم وجرث به عاداتهم، أي أن يشيع بين النَّاس استعمال بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معيَّن بالقدر الَّذي يكون هو المفهوم والمتبادر إلى الأذهان عند إطلاقه بلا قرينة ولا علاقة عقلية" (الزرقاء، 1998).

ويسمى بالعرف الاستعمالي، ولا يختص بمهنة معينة فقد يكون عرفاً شرعياً، أو قانونياً، أو اقتصادياً، وغير ذلك من الأعراف الخاصة، وهو بهذه المثابة من قبيل اللغة الخاصة التي تقوم بدور مهم وأساسي في فهم وتطبيق العلوم المتعلقة بها في الواقع العملي بما يحقق المقصد منها، بما في ذلك القانون حيث تقوم لغته الخاصة بدور مهم في تفسير النصوص القانونية، والعقود بما يتفق مع قصد المشرع من التشريع، وإرادة المتعاقدين في معاملاتهم العقدية، ولهذا نصَّ المشرع السوداني في قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م في المادة (2/140) على أنه: "إذا كان هناك مجال لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدین دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ...". ثمَّ جعل من العُرف أحد الوسائل التي يستهدي بها القاضي للتعرف على النية المشتركة للمتعاقدین.

وفي إشارة إلى أهمية العمل بالعرف اللفظي قال ابن تيمية: "الأسماء التي علق الله بها الأحكام في الكتاب والسنة: منها ما يعرف حده ومسماه بالشرع، فقد بينه الله ورسوله كاسم الصلاة والزكاة والصيام والحج، والكفر والنفاق، ومنه ما يعرف حده باللغة، كالشمس والقمر والسماء والأرض، والبر والبحر، ومنه ما يرجع حده إلى عادة الناس وعرفهم فيتنوع بحسب عاداتهم، كاسم البيع والنكاح، والقبض والدرهم والدينار، ونحو ذلك من الأسماء التي لم يحدّها الشارع بحد، ولا لها حد واحد يشترك فيه جميع أهل اللغة، بل يختلف قدره وصفته باختلاف عادات الناس" (ابن تيمية، 2006).

ومرجع العرف اللفظي إلى هجران المعنى الأصلي للفظ إلى معنى جديد عن طريق تكرار وشيوع استعماله في هذا المعنى، مثال ذلك إطلاق لفظ البيت في بعض البلاد بمعنى الغرفة، وفي غيرها يطلق على الدار بأكملها وكذلك تعارف الناس على إطلاق لفظ الولد على الذكر دون الأنثى مع أنَّ أصل وضعه اللغوي يشمل الاثنين معاً، ومنه عدم تسمية السمك لحماً؛ ولهذا قال

القراقي أن: "دلالة العرف مقدمة على دلالة اللغة؛ لأنَّ العرف ناسخ للغة، والناسخ يقدم على المنسوخ" (القراقي، 1306).

بناءً على ذلك إذا كان للفظ معنى عُرفي، ومعنى لُغوي يجب حمله على معناه العُرفي حتى لا يتم إلزام المتكلم بشيء لا يقصده، فكلام المتكلم في عقود وإقراره وسائر تصرفاته يجب أن يفهم على ما جرى عليه العُرف، ولهذا يجب أن يحمل كلام الناس في عقودهم ووصاياهم وسائر التزاماتهم على المعاني والمقاصد المتعارف عليها بينهم، سواء اتفق ذلك مع اللُغة العامة أم لم يتفق" (ابن عابدين، 1306).

ولهذا فإنَّ من الضروري لمن يود احترام مهنة القانون أن يكون ملماً باللُغة القانونية المتعارف عليها في أوساط مهنة القانون التي تتضمن معاني المصطلحات القانونية التي تُفسر النصوص القانونية على ضوءها، وهو ما يعبر عن معنى العرف اللُغوي الخاص الَّذي تتمظهر فيه اللُغة القانونية في شكل مصطلحات متعارف عليها بين أهل المهنة، أي مجموعة الكلمات الفنية الخاصة التي لها معنى قانوني محدد، ومن ثم تمثل معرفتها أهمية كبرى بالنسبة للقاضي، والفقهاء، والمحامي، باعتبارها أحد أهم أسس العمل القانوني بكافة صوره التشريعي، والقضائي، والفقهي، لارتباطها بصورة وثيقة بالعمل القانوني الَّذي يتصل بالتعبير عن الأفكار.

وتظهر أهمية اللُغة القانونية بدرجة أكبر في العقود والمعاملات لكون المعنى العرفي يتطابق مع قصد المتكلم فتكون العبرة به دون المعنى اللُغوي؛ ولهذا نص فقهاء الشريعة الإسلامية على قاعدة: "الحقيقة تترك بدلالة العادة" (الزرقاء، 1998) ومعناها أنَّه إذا تعارض المعنى الحقيقي للفظ مع المعنى العرفي يُعمل بالمعنى الَّذي غلب فيه استعمال الناس، وهو المعنى العرفي، وقد أورد المشرع السوداني هذه القاعدة مع جملة من القواعد المتعلقة بالعرف في المادة (5) من قانون المعاملات المدنية السوداني لتستهدي بها المحاكم في تطبيق القانون، منها قاعدة: "العادة محكمة" وقاعدة:

"التعيين بالعرف كالتعيين بالنص" وقاعدة: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً" وقاعدة: "ما لا حد له في الشرع ولا في اللغة يُرجع فيه إلى العرف".

وفي مجال فهم الأدلة الشرعية نشير إلى ما قاله الامام الشاطبي بأثره: "لا بد من فهم الشريعة من اتباع معهود الأميين وهم العرب الذين نزل القرآن بلسانهم، فإن كان للعرب في لسانهم عرف مستمر فلا يصح العدول عنه في فهم الشريعة، وإن لم يكن ثم عرف فلا يصح أن يجري في فهمها على ما لا تعرفه، وهذا جارٍ في المعاني والألفاظ والأساليب" (الشاطبي، 1417). كما قال بعد أن قسم العوائد إلى عوائد ثابتة وإلى عوائد متبدلة: "ومنها ما يختلف في التعبير عن المقاصد فتتصرف العبارة إلى عبارة أخرى، أمّا بالنسبة إلى اختلاف الأمم كالعرب مع غيرهم أو بالنسبة إلى الأمة الواحدة كاختلاف العبارات بحسب اصطلاح أرباب الصنائع في صنائعهم مع اصطلاح الجمهور، أو بالنسبة إلى غلبة الاستعمال في بعض المعاني، حتى صار ذلك اللفظ إنما يسبق منه إلى الفهم معنى ما... والحكم أيضاً يتنزل على ما هو معتاد فيه بالنسبة إلى من إعتاده دون من لم يعتده، وهذا المعنى يجري كثيراً في الإيمان والعقود، والطلاق كناية وتصريحاً" (الشاطبي، 1417). ويروى عن الامام مالك رضي الله تعالى عنه قوله: "لا أوتي برجل يفسر كتاب الله وهو غير عالم بلغة العرب إلّا جعلته نكالاً" (البيهقي، 1410).

على أنه تجب الإشارة إلى أمر مهم وهو إذا كان التفسير متعلق بنص تشريعي فيجب الالتزام بمعناه وقت صدور التشريع ولا أثر لمعناه وقت تفسير النص لكون معناه وقتها يحمل ارادة المشرع من التشريع ولا يُتصور أن يكون المشرع قد وضعه مراعيّاً تغيير معناه بفعل العرف (حامدي، 2005). وهذا ما نبه إليه الطاهر بن عاشور عند النظر في تفسير المصطلحات الشرعية، بقوله: "فالأسماء الشرعية إنما تعتبر باعتبار مطابقتها للمعاني الملحوظة شرعاً في مسمياتها عند وضع المصطلحات الشرعية، فإذا تغير المسمى لم يكن لوجود الاسم اعتبار" (ابن عاشور، د.ت).

بناءً على ما تمت الإشارة إليه فإنه يجب على القاضي أن يعمل على تفسير النصوص القانونية على ضوء معانيها المتعارف عليها بين الناس، أو قصدها المشرع في عرف لغة التشريع، وليس على حسب معانيها في اللغة العامة، فإذا تعارف الناس على إعطاء لفظ من الألفاظ معنى معين، أو درج المشرع على استعمال لفظ في غير معناه الموضوع له في أصل اللغة فإن هذا المعنى هو الذي يجب يُفسر على ضوءه ما صدر عن المشرع أو من الأفراد (ابن عابدين، 1907) فعلى سبيل المثال أن لكلمة "المرن" مدلول عربي في السودان؛ إذ يُقصد بها خط وهمي في منتصف نهر النيل يقسم ملكية الأراضي التي ينكشف عنها النهر بين سكان الضفتين فما كان واقعاً من الأراضي غرب هذا الخط يتبع لسكان الضفة الغربية، وما كان واقعاً من الأراضي شرق هذا الخط يتبع لسكان الضفة الشرقية، وما تجدر الإشارة إليه هنا أن كلمة شرق النهر، وغرب النهر لا تعني بالضرورة الجهات المعروفة التي تطلق عليها أصالة، وإنما يُقصد بها في عرف الناس الساكنين على ضفتي النهر، يمين النهر وشمال النهر أي كانت الوجهة التي يتخذها مجرى النهر، حيث درجوا على أن يطلقوا على يمين مجرى النهر الشرق، وعلى شمال مجرى النهر الغرب بصرف النظر عن تغيير النهر لمساره (المحكمة العليا السودانية، 1987). وبهذا يتبين أن العرف اللفظي تنشأ به لغة جديدة تكون لها الأولوية في الاعتبار عند إرادة فهم كلام الناس وتفسيره وتحديد معنى تصرفاتهم القولية، وما يترتب عليها من حقوق وواجبات (الزرقاء، 1998) وهو بهذه المثابة يُعد من قبيل اللغة الخاصة؛ حيث تكون للكلمات والعبارات المتعارف عليها وضعية مميزة بحيث تستفاد منها معانيها من مجرد اللفظ دون حاجة إلى قرينة تُبين المراد منه، ولهذا لا يجوز للمفتي أن يعلق فتواه، أو للقاضي أن يعلق حكمه فيما يخص الألفاظ حتى يكون ملماً بعرف المتكلمين بما لكي يحملها على ما اعتادوه وعرفوه مما يعبر عن مقاصدهم في كلامهم وإن كان الذي اعتادوه مخالفاً لحقائق أصلها في اللغة، فالعرف يقدم على الحقيقة المهجورة (ابن القيم، 1991).

المطلب الثاني: العرف العملي

العرف العملي هو: اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية (الزرقاء، 1998). كالأكل والشرب، وإنشاء بعض الحقوق أو إسقاطها كالنكاح والبيع، والإبراء، والقبض والأداء وتعارفهم على بيع التعاطي دون التلفظ بإيجاب أو قبول، وكعرف التجار فيما يعتبرونه عيباً في البضاعة، وتعارفهم على حجية الدفاتر في إثبات الديون (الزرقاء، 1998). واعتياد الناس على التعطيل عن العمل في بعض الأيام وكعادتهم في لبسهم، واعتيادهم تقسيط الأجور السنوية للعقارات إلى أقساط معدودة، ومنه - أيضاً - تعجيل جانب من المهر وتأخير الباقي، وتعارفهم في بعض المهن والصناعات أنَّ المتدرب يدفع أجراً نظير تعلمه للصنعة أو العكس (الزرقاء، 1998). وغير ذلك الكثير من الأعراف العملية التي تحفل بها الحياة في مختلف جوانبها، وهو أي العرف العملي قد يكون عاماً، أو خاصاً بأهل بلد معين، أو حرفة معينة.

ويعد العرف العملي في الشريعة الإسلامية من ضمن الأدلة التي يمكن الاحتكام إليها والعمل بها في الكثير من الحالات خاصة في جانب المعاملات التي تتم بين الأفراد؛ ولهذا قال ابن تيمية: "وأهل المدينة جعلوا المرجع في العقود إلى عُرف النَّاس وعاداتهم فما عدَّه النَّاس بيعاً فهو بيع، وما عدَّوه هبة فهو هبة، وهذا أشبه بالكتاب والسنة والعدل" (ابن تيمية، 1907) فكما أنَّ النصوص التشريعية تكون في العادة وليدة البيئة التي تعيش فيها في الغالب الأعم؛ فكذلك الأعراف والتقاليد تستمد صلتها من الجذور الاجتماعية والثقافية، والدينية للمجتمع مما يجعل الأعراف والتقاليد المجتمعية تعبيراً صادقاً عن اختيارات المجتمع، وتوجهاته.

ومن الشواهد على اعتداد نظم التشريع الوضعية بالعرف العملي ما جاء في الفقرة (2) من المادة (74) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م من اعتبار الإشارة المتداولة عُرفاً ضمن وسائل التعبير الصريح عن الإرادة، حيث نصَّت المادة المذكورة آنفاً على أنَّ: "يكون التعبير

عن الإرادة باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عُرفاً ولو من غير الأخرس ... " حيث جعل القانون من هذه الإشارة المتعارف على دلالتها أحد وسائل التعبير الصريح عن الإرادة الباطنة.

ومن الأحكام القضائية التي استعانت فيها المحكمة بالعرف العملي في تفسير النصوص القانونية ما قضت به محكمة النقض المصرية في تفسيرها للائحة المرور الخاصة بقيادات السيارات التي تنص على عدم جواز قيادة بسرعة وبكيفية تشكل خطراً على حياة الجمهور، حيث انتهت هذه المحكمة إلى أنَّ العرف جرى على الزام سائقي السيارات بالسير على الجانب الأيمن من الطريق رغم أنَّ النص لم يفصح عن ذلك؛ فتكون المحكمة بذلك قد استعانت بالعرف العملي لفهم مضمون النص، وليس لاستنباط الحكم الذي يجب أن يطبق على الوقائع لكون الحكم الذي يمنع هذا الفعل أو التصرف المضر بالغير موجود مسبقاً بما هو منصوص عليه باللائحة (محكمة النقض الدائرة الجنائية، ١٩٤٨) ومن هذه الأحكام - أيضاً - ما قرره المحكمة العليا السودانية بمناسبة قضية تتلخص وقائعها حول طلاق للضرر حيث قررت بأن: "الأصل الذي يُرجع إليه في تقدير الضرر هو العرف والبيئة بالنسبة للزوجين، سواء وقع الضرر مرة واحدة، أو كان لا يقبل التكرار بطبيعته، أو لبشاعته" (المحكمة العليا السودانية، 1973، ص8) وفي قضية أخرى قضت نفس المحكمة بأن: "العوائد وهي ما يدفعه الزوج بغرض الزواج تُعد من الصداق، ويُحكم بما إذا جرى بها العرف باعتبارها جزءاً من الصداق؛ لأنَّ ما جرى به العرف لازم حسب النصوص الشريعة" (المحكمة العليا السودانية، 1982، ص3). كذلك من الأحكام التي ذهبت فيها المحكمة للفصل في القضية اعتماداً على العرف المعمول به بين الناس ما قرره المحكمة العليا السودانية في دعوى تتلخص وقائعها حول نزاع الزوجين حول طبيعة ما قدمه الزوج لزوجته أثناء فترة الخطبة، حيث قضت هذه المحكمة بأنه: "من الثابت شرعاً أن المهر هو ما سمي في مجلس العقد، وهو حق ثابت للزوجة أما ما يدفع من مال بعد الخطبة ... فالحكم فيه للعرف ويقضي العرف باعتبار ما يقابل الجهاز" (المحكمة العليا السودانية، 1982، ص110).

المطلب الثالث: العرف العام

العرف العام هو العرف الذي يكون فاشياً في جميع البلاد بين جميع الناس في أمرٍ من الأمور (الزرقاء، 1998) وهو أكثر سعةً في عمومته من العرف الخاص، لكونه لا يكون خاصاً بأهل صنعة معينة، أو أهل مهنة محدّدة أو أهل إقليم معيّن من أقاليم البلاد، وعند التعارض بين العرف العام، والعرف الخاص يرجح العمل بالعرف الخاص دون العرف العام بناءً على أنّ الخاص يقيّد العام، وقد نصّت المادة (4) من القانون التجاري اللبناني على أنّ العرف قد يكون عاماً، وهو ما يعمل به في دولة واحدة، أو عدّة دول، ويُعد العرف العام مصدراً من مصادر القانون ويفترض علم القاضي به ولا يطالب الخصوم بإثباته؛ وله أن يطلب من الخصم الذي يحتج به بإثباته، كما له الاستعانة بأهل الخبرة لتحقيق هذا الغرض، ولهذا قضت محكمة استئناف الخرطوم بأنّه: "أنّ من يدعي وجود عرف عليه إثباته بعناصره إلّا إذا كان ذلك العرف عرفاً عاماً استتب بقدر جعله مصدراً من مصادر القانون" (مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1983، ص 199). وتعبيراً عن هذا المعنى قضت المحكمة العليا السودانية بأنّ: "الأموال التي تخرج عن نطاق الهدية، والمهر وتدخل في باب التعامل العادي كالديون والودائع، فمن غير المألوف عرفاً حدوثها بين خاطب ومخطوبته في فترة الإعداد للزواج وما قبل العقد، وإذا ادعى حدوثها فلا بد لثبوتها من قيام دليل معقول خالٍ من الشبهة يُثبت الظاهر المتعارف عليه بأنّ ما يُدفع من أموال في هذه الفترة يدور عادة بين الهدية التي تؤكد الرغبة في الزواج وبين المهر الذي يُدفع قبل فترة من تاريخ العقد بغرض الإعداد له" (مجلة الأحكام القضائية لسنة 1979م، ص 25).

ومن الأمثلة على الأعراف العامة تسليم المجرمين بين الدول، وعدم تفتيش البعثات الدبلوماسية، ومراسيم الزيارات الرسمية لرؤساء الدول، وأعراف التجارة الدولية، وكاعتیاد الناس إطلاق لفظ الدراهم على جميع أنواع النقود المتداولة في البلد، مع أنّ لفظ الدرهم في الأصل يُطلق على نقد فضي مسكوك بوزن معين وقيمة شرائية محدّدة (الزرقاء، 1998). وهو من جنس

العرف اللَّفْظي، ومنه تعارق النَّاس على كسوة الأب لأبنائه وزوجته في المناسبات العامة والخاصة؛ ولهذا قررت المحكمة العليا السودانية بأنَّ: "كسوة الأب لأبنائه في المناسبات لا يسقط عنه فرض النفقة للكسوة المقررة شرعاً، لأنَّ الأول يعتبر من قبيل التبرع - العرفي - والصلة وتتحكم فيه الظروف والمزاج" (مجلة الأحكام القضائية لسنة 1982م، الخرطوم، ص 37).

ولعل المشرع السوداني قد أصاب كبد الحقيقة حينما استمد نظرية ملكية الأراضي ملكاً حرّاً، من صميم العرف السوداني السائد بين جميع الناس، ولم تكن مستوردة من أي نظام قانوني أجنبي، حيث استند على هذا العرف فيما يتعلق بحق ملكية العين، وحق الانتفاع، وحق المسوق، وحق المزارعة، وغيرها من حقوق منفعة الأراضي المملوكة للأفراد، حيث بناء قانون تسوية الأراضي وتسجيلها لسنة 1925م حين صدوره على هذه الأعراف، مراعيّاً عرف كل منطقة، سواء أكانت أراضي زراعية، أم مرعى، أم محتطب، أم أراضي مدن وقرى.

ومن الأحكام القضائية التي اعتمدت فيها المحكمة العليا السودانية على العرف العام ما قرره بمناسبة نزاع حول الطبيعة القانونية للمال الذي يقدمه الزوج لزوجته كرضوة حيث قررت بأنَّ: "لا يُشترط في الرضوة التمليك بالقبض كالهبة؛ لأنَّها مال قضى به العرف زائد على المهر بعد العقد يعطيه الزوج لزوجته ارضاءً لها؛ وبذلك فهي مال لازم يجب أدائه لأنَّ المعروف في المشروط" (مجلة الأحكام القضائية لسنة 1998م، ص 18).

كذلك من الأحكام القضائية التي اعتمدت فيها المحكمة العليا السودانية على العرف العام ما قرره بمناسبة دعوى طلاق للضرر بأنَّ: "استحالة العشرة بسبب الضرر وإن كانت تختلف باختلاف بيئة الزوجين إلا أنَّ امتداد الأذى والضرر إلى أم الزوجة، أو اختها بالضرب مع التهديد بالقتل لا يُتصور بعده بقاء العشرة على اختلاف البيئات" (مجلة الأحكام القضائية لسنة 1975م، ص 35).

كما قضت نفس المحكمة بأن: "سكوت المدعي وعدم تصريحه للمدعى عليها بأنه أحضر المصاغ على سبيل الهبة، أو العارية، الاحتكام فيه إلى العرف" (مجلة الأحكام القضائية لسنة 1975م، ص 35).

قال الامام القراني: "الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت، فتبطل معها إذا بطلت كالتقود في المعاملات، والعيوب في الأعراض في البياعات ونحو ذلك، فلو تغيرت العادة في النقد، والسكة إلى سكة أخرى لحُمل الثمن في البيع على الإطلاق على السكة التي تجددت العادة بها دون قبلها، وكذلك إذا كان الشيء عيباً على الثياب في عادة رددنا به المبيع، فإذا تغيرت العادة وصار ذلك محبوباً موجباً لزيادة الثمن لم تُرد به، وبهذا القانون تُعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء، لا خلاف فيه" (أبو العباس، د.ت). وذلك لأن كثيراً من أعمال التي يقوم بها الناس وألفاظهم التي يعقدون بها معاملاتهم لترتيب شؤون حياتهم تقوم على اعتادوه، وتعارفوا عليه، وعدم الالتفات لذلك قد يؤدي إلى الاضطراب في حياتهم.

ومما تجدر الإشارة إليه أنَّ العرف الذي استوفي شروط العمل به يصلح دليلاً على تخصيص النص العام أنَّ كانت دلالة العام على معناه دلالة ظنية، منها تخصيص العيب الذي يوجب خيار المشتري في رد المبيع بأنه العيب الذي جري العرف على اعتباره عيباً وليس مطلق العيب، أما العيب المغتفر بموجب العرف فلا يُعد عيباً (الشوكاني، 1414، 151). وهو من باب تخصيص النص العام بالعرف العملي، ومنه كذلك اعتبار الدفاتر التي تثبت بها الديون التجارية دليلاً من أدلة الاثبات لمصلحة التاجر، وهو ما يشير إلى تخصيص القاعدة العامة التي تقضي بأنه لا يجوز للشخص أن يصنع دليلاً لنفسه (الزلمي، د.ت) وهو - أيضاً - من باب تخصيص النص العام بالعرف العملي، وهو ما عليه الأمر - أيضاً - في أحكام الشريعة الإسلامية فلفظ الصلوة،

والصِّيَام، والزَّكَاةُ بمفهوما الشَّرْعِي، هي من الألفاظ التي نقلها الشارع الحكيم من معانيها اللُّغوية إلى معاني اصطلاحية خاصة تعبر عن مضمون خاص في فهم الأحكام الشرعية.

المطلب الرابع: العرف الخاص

العُرف الخاص هو العُرف الَّذِي يكون خاصاً بإقليم معين دون آخر، أو بمنطقة معينة دون أخرى، أو بين فئة من النَّاس، أو أصحاب حرفة، أو مهنة معينة (الزرقا، 1998) كالعُرف الَّذِي يكون معمولاً به بين أهل إقليم معيّن أو بين التجار، أو العمال، أو الصيادين، أو المزارعين، أو الأطباء، أو المهندسين، وقد يكون العرف الخاص عرفاً لفظياً أو عرفاً عملياً، فالعرف اللفظي عبارة عن المصطلحات الفنية التي تتوضع عليها فئة معينة بحيث إذا أُطلق اللفظ انصرفت أذهانهم إلى ذلك المعنى مباشرة دون غيره (بيومي، 2020، 388) والعُرف الخاص بصفة عامة تما لا يمكن حصره لا عدداً ولا نوعاً؛ لأنَّ النَّاس لا يتوقفون عن ابتداع السبل التي تسهل لهم طرق معاملاتهم وتلبية احتياجاتهم المتعدّدة والمتجدّدة مع تطور الحياة.

ومن الأمثلة على العُرف الخاص عُرف التجار فيما يعدونه عيباً يوجب نقصان ثمن المبيع أو ما لا يُعدُّ كذلك، وكذلك عُرفهم أنَّ يكون ثمن بعض البضائع المبيعة بالجملة مقسّطاً إلى عدد معلوم من الأقساط، وعُرفهم ألا تقبل أجزاء النقود الصغيرة في الصفقات الكبيرة إلا بنسبة ضئيلة، ومن الأعراف الخاصة - أيضاً - عُرف المحامين في بعض البلاد أنَّ جانباً معلوماً من أجر الدعاوى يكون مؤجلاً أو معلقاً على كسب الدعوى، وهكذا (الزرقاء، 1998).

ومن الأمثلة على القواعد القانونية التي أحالت إلى الأعراف الخاصة ما ورد بالمادة (3) من قانون التجارة المصري ما نصه: "تسري على المواد التجارية أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، فإذا لم يوجد هذا الاتفاق سرت نصوص هذا القانون، أو غيره من القوانين المتعلقة بالمواد التجارية ثم قواعد العرف التجارية، والعادات التجارية، فإذا لم يوجد عرف تجاري، أو عادة تجارية، وجب تطبيق أحكام القانون المدني"، ومنها ما ورد بالمادة (2) من مدونة التجارة المغربية: "يفصل في

المسائل التجارية بمقتضى قوانين، وأعراف، وعادات التجار، أو بمقتضى القانون المدني، ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون المدني" وباستقراء قواعد القوانين المدنية - بصفة عامة - نجدها حافلة بالكثير من القواعد القانونية التي أحالت في حكمها على الوقائع إلى العرف الخاص منها تحديد ثمن المبيع عندما يغفل عنه الطرفان، وتحديد أجر العامل في قانون العمل حينما لا يتطرق إليه العقد، والتأشير على السند ودلالته على الوفاء، وكيفية استعمال العين أو السيارة محل الاجارة، والحكم على مضار الجوار بكونها مألوفة، أو غير مألوفة، والحكم على العيب الذي يرد به المبيع أو يتم التسامح فيه، وتعيين مستلزمات المبيع عند الخلاف فيها بين البائع والمشتري، والتعبير عن الإرادة بالإشارة المتداولة عرفاً، كذلك الاعتماد على العرف في النفقة الزوجية وفي تسمية المهر، وما ينفقه الزوج على زوجته وأولاده من أجل السكن والمعاش، والكسوة، وغير ذلك مما يجعل عن الحصر، ومن التطبيقات القضائية في هذا الصدد ما قرره المحكمة العليا السودانية في دعوى تتلخص وقائعها في مقدار النفقة الواجبة للزوجة في حالة الزوج الغائب الذي لم يُعرف مكانه بأنه: "من المقرر فقهاً أنَّ للزوجة الحق في أخذ ما يكفيها بالمعروف من مال زوجها الغائب الذي هو تحت يدها متى كان المال من جنس النفقة كالغلال والنقود؛ وذلك من غير حاجة إلى قضاء" (مجلة الأحكام القضائية لسنة 1985م، ص 35).

ولهذا نجد أنَّ القضاء كثيراً ما يستند في أحكامه على الأعراف الخاصة فمن الأحكام القضائية التي استندت فيها المحكمة على العرف الخاص بالزراع في حكمها على وقائع الدَّعوى القضائية، ما قرره المحكمة العليا السودانية بأنَّ: "حق العمارة هو حق عرقي يقوم بموجبه العماري، أو سيد العمارة بتنظيف أرض سيد الأصل وتهميتها للزراعة، ويكون له الحق في اقتسام محصول الأرض مناصفة مع سيد الأصل، فإذا قام بزراعة الأرض كلها يكون له حق الانتفاع بنصف الأرض" (مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1980م، ص 189)، وفي حكم آخر يتعلق بعرف النطرة وهو عرف خاص بالزراع - أيضاً - قررت المحكمة العليا السودانية بأنَّ: "النطرة عرف محلي

في مناطق الزراعة المطرية يدفع بموجبه مستلم الأرض بغرض الزراعة 10% من قيمة المحصول، وإذا كان الاستئجار بغرض طق الهشاب - شجر الصمغ العربي - يدفع المستأجر ما يعادل نصف المحصول" (مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1973م، ص 118) وفي قضية أخرى تتعلق بالنقل البحري استندت نفس المحكمة على العرف البحري الخاص بشحن البضائع للفصل في القضية مقرر في ذلك بأن: "العرف البحري السائد أن تسليم البضاعة للمشتري يتم بوضعها على ظهر السفينة وفق بوليصة الشحن التي يستخدمها قبطان السفينة، ويُفضل الحق في التسليم لمن بيده بوليصة الشحن، أو من تُظهر له البوليصة" (مجلة الأحكام القضائية لسنة 2003م، الخرطوم، ص 237).

وسواءً أكانت الأعراف عامة أم خاصة فإن منها ما يتميز بالثبات لكونها لا تتأثر بالزمان والمكان، ومنها ما يكون عرضة للتبديل والتغيير بمرور الزمان، أو بسبب اختلاف المكان؛ ولهذا نص الفقهاء على قاعدة: "لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأزمان" وقد نص المشرع السوداني في قانون المعاملات المدنية لسنة 1983م على هذه القاعدة بالمادة (5) باعتبارها إحدى القواعد الكلية التي تستهدي وتسترشد بها المحاكم في العمل بهذا القانون، مما يعني أن الأحكام المبنية على العرف تتغير تبعاً لتغير العرف، لأن في الأعراف تعبير عن حاجة المجتمع، ومتطلباته التي تجعل من تعاطيه مع الحياة أمراً ميسراً وسهلاً، فالكثير من الأحكام قد تختلف باختلاف الزمان، مما يترتب على ثبات الأحكام المبنية على العرف على الرقم من تغيره المشقة بالناس والحاق الضرر بهم.

المطلب الخامس: العرف الصحيح، والعرف الفاسد

العرف الصحيح، هو العرف الذي ينشأ مستوفياً للشروط اللازمة لصحة العمل به شرعاً وقانونياً، أو هو العرف الذي لا يصادم الأحكام الشرعية، أو القانونية، ولا يتعارض مع قواعد النظام العام، والآداب، كتعارف الناس على التسامح في العيوب الخفيفة التي تلحق بالمبيع وعدم فسخ العقد بسببها، وتعارفهم على تأنيث بيت الزوجية مناصفة بين الزوجين، وأن ما يقدمه

الخطيب لمخطوبته من الهدايا كالحلي والثياب وما شابه هدية لا مهر، وتعارف التجار على اعتبار التوقيع على ظهر الشيك تظهراً ناقلاً للملكية (همام، 2010م، ص 67).

ومثل هذا العرف تجب مراعاته عند تقرير الأحكام الشرعية، أو القضائية؛ لأنَّ الأعراف الصحيحة مما يتوافق مع مصلحة المجتمع في تنظيم حياته، ويضمن لها الاستقرار (صالح، د.ت). ولهذا فإنَّ المشرع حينما يحيل في أحكامه إلى العرف إنما يحيل إلى الأعراف الصحيحة التي تتفق بصفة عامة مع المبادئ التي يقوم عليها القانون في جلب المصالح، ودفع المفاسد، وإقامة العدل بين الناس، ويُعبر تعبيراً صادقاً عن حاجاتهم ومصالحهم.

أما العرف الفاسد فهو العرف الذي يفتقر إلى الشروط اللازمة لصحته، أو هو العرف الذي يتعارض مع قواعد القانون والنظام العام والمبادئ العامة للتشريع، أو يخالف أحكام الشريعة الإسلامية، كتعارف الناس في بعض البلاد على حرمان الإناث من الميراث في العقار، على أنَّ ترث النساء فيما دون ذلك من تركة المورث، ولعب القمار، والتعامل بالفوائد، واحتكار السلع الاستهلاكية في الظروف الاستثنائية، وتعارف بعض المجتمعات على الأخذ بالثأر دون اللجوء للسلطات العامة في الدولة (الزلمي، د.ت). وهو ما يتعارض مع النصوص الشرعية، والقانونية الآمرة.

ولهذا إذا كان العرف صحيحاً مستوفياً لشروط العمل به فإنه يكون حجه في العمل به في الأحكام الشرعية، وكذلك في الأحكام التي يقرها القضاء في نظم التشريع الوضعية، فإنَّ كان فاسداً فلا عبرة به، لمصادمته للنصوص القانونية، ومخالفته للمبادئ العامة التي يقوم عليها القانون ومناقضته لمقاصد التشريع؛ فلا عبرة بجريان العادة إذا خالفت نصاً شرعياً (مجلة الأحكام القضائية لسنة 1981م، ص 42). ولذلك قررت المحكمة العليا السودانية في قضية تدور وقائعها حول اثبات طلاق ونفقة بأنَّه: "لا اعتداد بجريان العادة إذا خالفت نصاً شرعياً" (مجلة الأحكام القضائية لسنة

1981، ص 42). وتعبيراً عن هذا المعنى قال ابن عاشور: "من هنا تعلم أنَّ القضاء بالعوائد يرجع إلى معنى الفطرة؛ لأنَّ شرط العادة التي يقضي بها ألا تنافيها الأحكام الشرعية، فهي تدخل تحت أحكام الإباحة، وقد علمت أنَّها من الفطرة، إما لأنَّها لا تنافيها، وحينئذ فالحصول عليها مرغوب لفطرة النَّاس، وإما لأنَّ الفطرة تناسبها وهو ظاهر" (ابن عاشور، 2004).

ومن الأحكام القضائية التي لم تعترف فيها المحكمة بالعرف لفساده ما قرره المحكمة العليا السودانية بأنَّ: "دفع الزوج بعرف القبيلة الَّذي يقضي بتتصيف الصداق بين الزوجين في حالة الطلاق بعد الدخول عرف باطل لا يعتبر لمخالفته لمقتضى الشرع" (مجلة الأحكام القضائية لسنة 1974، ص 27). كما جاء في رأي عابر بمناسبة نظر محكمة استئناف الإقليم الشمالي بالسودان لقضية حكومة السودان ضد ب، أ، ح، بأنَّ: "العرف الَّذي يرسى قاعدة تخليف المتهمين في الأضرحة، ويلحق الضَّرر بالمتهم، وقد يسلبه حقوقه ليس جديراً بالإبقاء عليه" (مجلة الأحكام القضائية لسنة 1983م، ص 124). ولكن في حكم قضائي آخر قررت المحكمة العليا السودانية بأنَّ مذهب الإمام مالك: "أجاز تغليظ اليمين على الأضرحة بأنَّ يحلف داخل الضريح بالله العظيم ولا مانع من وضع يد الحالف على الكتاب؛ ولكن الحلف يجب أن يكون بالله لا بالولي، أو الشيخ الَّذي يتم في ضريح" (مجلة الأحكام القضائية لسنة 1983، ص 143). كذلك من الأحكام التي لم تعترف فيها المحكمة بالعرف لتعارضه من النص مع القانوني الصَّريح ما قرره محكمة استئناف الخرطوم بأنَّه: "إذا وجد عرف محلي يقضي بعدم صحة وضع اليد في أراضي الحدود لعدم وضوح تلك الحدود فهو عرف غير مقبول لتعارضه مع قانون التقادم المكسب للملكية" (مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1983، ص 199). فمن الأهمية بمكان أنَّ يراعي المفتي أو القاضي في اجتهاداتهما العرف الصحيح، ويتحاشيان تقرير الأحكام بناءً على الأعراف الفاسدة، قال ابن عابدين: "المفتي الَّذي يفتي بالعرف لا بد له من معرفة الزمان وأحوال الناس، ومعرفة أنَّ هذا العرف خاص أو عام، وأنَّه مخالف للنص أو لا" (ابن عابدين، د.ت).

الخاتمة:

في ختام هذا البحث، يمكن الإشارة إلى أهم نتائجه، وتوصياته بما يلي:

أولاً - النتائج:

1/ اعتراف المشرع بدور العرف في مجال العمل القانوني فيه دلالة على أنه يحرص على أن يكون التشريع الذي ينظم حياة المجتمع أكثر واقعية، وأقرب إلى العدل والانصاف، وأكثر تعبيراً عن حاجات المجتمع ومتطلبات الأفراد.

2/ إحالة المشرع إلى العرف يملئ على القاضي أن يكون موسعي المعرفة كثير الاطلاع، حريص على تحديد مخزونه العلمي والمعرفي حتى يمكنه العمل الوصول إلى تقرير أحكام قضائية بما يحقق مقاصد التشريع، ويحفظ حقوق المتقاضين.

3/ في بعض الحالات قد يكون العرف من مسائل الوقائع التي تستغل بالحكم فيها محكمة الموضوع، وفي حالات أخرى قد يكون العرف من مسائل القانون التي تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة المحكمة العليا فيما تقرر بشأنها.

4/ مخالفة العرف للنص الصادر عن السلطة التشريعية لا يبطله في جميع الحالات، ما لم يكن النص الذي خالفة العرف من قبيل النصوص القطعية في دلالته الآمرة في معناها.

ثانياً - التوصيات:

1/ سن قانون خاص بوسائل تفسير النصوص القانونية بصورة تفصيلية تُعين القضاة على التمكن من هذه الوسائل للارتقاء بمهاراتهم في توجيه القواعد القانونية صوب الحق والعدل، حتى لا تقل عناية المشرع بالتشريع عن عناية بمهارات تطبيقه في الحياة.

2/ التوسع في سلطة القضاة التي تتعلق بفهم القانون عند العمل به، لكون إحالة المشرع للعرف في مسائل المعاملات المدنية خاصة تشير إلى استحالة تنظيم هذه المعاملات بأحكام تفصيلية في جميع وقائع الدعاوى التي تُعرض أمام القضاء.

3/ استحداث قاعدة قانونية في قانون المعاملات المدنية، أو في قانون تفسير القوانين تنص صراحة على تخصيص النصوص القانونية العامة بالعرف، مع الإشارة في فقرات هذه المادة للشروط القانونية اللازمة لصحة تخصيص النص العام بالعرف.

4/ حصر رقابة المحكمة العليا باعتبارها محكمة قانون في حالة استناد المحاكم الأدنى على العرف فيما تقرره من أحكام على العمل بالعرف العام، دون الأعراف الخاصة، لكون الأعراف الخاصة تجل عن الحصر، مع تشعبها وتفرقها وقابليتها للتجدد المستمر على الدوام.

المصادر والمراجع:

أولاً - الكتب:

- 1/ ابن القيم، محمد بن أبي بكر بن أيوب (1991م)، اعلام الموقعين عن رب العالمين، (ط 1) دار الكتب العلمية، بيروت.
- 2/ ابن تيمية، تقي الدين، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم (2006م) مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية مخرجة ومحققة، دار الوفاء.
- 3/ ابن عابدين، محمد أمين أفندي الشهير بابن عابدين(د.ت) نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، الناشر در سعادت، إسطنبول.
- 4/ ابن عاشور، الطاهر (بدون تاريخ) مقاصد الشريعة الإسلامية، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر.

- 5/ ابن عاشور، محمد الطاهر بن محمد بن محمد الطاهر (2004م) مقاصد الشريعة الإسلامية، الناشر: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطر،
- 6/ ابن منظور، محمد بن مكرم بن علي (١٤١٤هـ) أبو الفضل، لسان العرب، دار صادر، (ط 3)
- 7/ ابن نجيم، زين الدين بن إبراهيم بن محمد (د. ت) الاشباه والنظائر (ط 1) دار الكتب العلمية، بيروت.
- 8/ أبو العباس، شهاب الدين أحمد أنوار (د. ت) البروق في أنواء الفروق، الناشر، عالم الكتب.
- 9/ البيهقي، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى ((1410) شعب الايمان، تحقيق محمد بسيوني زغلول، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت.
- 10/ بيومي، سعيد أحمد (2020م) لغة القانون في ضوء علم لغة النص، (ط 1) مكتبة الآداب.
- 11/ الجوهري، اسماعيل بن حماد (1974م) الصحاح في اللغة والعلوم، دار الحضارة العربية.
- 12/ حامدي، عبد الكريم (2005م) ضوابط فهم النص، كتاب الأمة، قطر،
- 13/ الزرقا، مصطفى أحمد (1998م) المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، (ط 1)
- 13/ الزلمي، مصطفى إبراهيم (د. ت) أصول الفقه في نسيجه الجديد، مكتبة التفسير، العراق، أربيل، (ط 25).
- 14/ الزهاوي، حاشية الزهاوي على (1315هـ) شرح المنار لابن مالك مطبعة دار السعادة.
- 15/ الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي (١٤١٧ هـ - ١٩٩٧) الموافقات، الطبعة: الأولى، م الناشر، دار ابن عفان.
- 16/ الشوكاني، محمد بن علي بن محمد بن عبد الله (1414) فتح القدير ص 151 - (ط 1) الناشر: دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت.

- 17/ الصّدة، عبد المنعم (1998م)، أصول القانون، (ط 1) دار النهضة العربية للطباعة والنشر.
- 18/ عوض، السيد صالح (د. ت) أثر العرف في التشريع الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الكتاب الجامعي، بيروت.
- 19/ القراني، شهاب الدين (1306هـ) تنقيح الفصول في الأصول، المطبعة المنيرية.
- 20/ الكاساني، علاء الدين، أبو بكر بن مسعود (د. ت) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع (5/ 274) (ط 1) مطبعة الجمالية، مصر.
- 21/ همام محمد محمود وآخرون (2010م) مبادئ القانون، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي، بيروت.

ثانياً - المبادئ القضائية:

- 1/ المحكمة العليا السودانية، قضية: ع ح "الطاعن" ضد ع ع ح وآخرين "المطعون ضدهم" بالرقم (م ع/ ط م/ 1980م) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1980م.
- 2/ المحكمة العليا السودانية، قضية ح أ م، "الطاعن" ضد ع ح ز "المطعون ضده" بالرقم (م ع/ ط م/ 198 / 1973م) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1973م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 3/ المحكمة العليا السودانية، الشامي فورست "مقدمي طلب المراجعة" ضد أعمال م ع "مقدم ضدهم طلب المراجعة" بالرقم م ع/ ط م/ 124 / 2003م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 2003م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 4/ محكمة الاستئناف بالخرطوم، قضية نفقة زوجية، قرار الاستئناف رقم 65 / 1985م، الصادر في يوم 23 / 11 / 1986م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1985م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

- 5/ المحكمة العليا السودانية، قضية اثبات طلاق ونفقة، قرار النقض 164/ 1981م، الصادر في يوم السبت الموافق، 24/ أكتوبر/ 1981م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1981، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 6/ المحكمة العليا السودانية، قضية طلب صداق، قرار النقض نمرة: 90/ 1974م، الصادر في يوم الأربعاء، الموافق 31/ 7/ 1974م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1974، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 7/ محكمة استئناف الإقليم الشمالي، حكومة السودان ضد ب أ ح ب بالرقم (م أ/ أ س ج/ 138/ 83) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1983م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 8/ المحكمة العليا السودانية، قضية اثبات طلاق ونفقة، قرار النقض 164/ 1981م، الصادر في يوم السبت الموافق 24/ أكتوبر 1981م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1981م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 9/ المحكمة العليا السودانية، حكومة السودان ضد م آ ب بالرقم (م أ/ أ س ج/ 312/ 1983م) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1983 السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 10/ محكمة الاستئناف، أصحاب الساقية رقم (9) "المستأنف" ضد أصحاب الساقية رقم (10) "المستأنف ضدهم" قضية بالرقم (م أ/ س م 728/ 1976م) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1983، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 11/ المحكمة العليا السودانية، قضية (م خ) ضد (أ ي) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1987م السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 12/ المحكمة العليا السودانية، قضية طلاق للضرر، قرار النقض رقم 5/ 1973م، الصادر في شهر فبراير 1973م، مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1973م، السلطة القضائية، المنكب الفني.

- 13/ المحكمة العليا السودانية، قضية رد صدق وعوائد، قرار النقض 1982/2م، الصادر في يوم الاثنين الموافق 14/ يناير 1982م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1982م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 14/ المحكمة العليا السودانية، قضية رد أمتعة منزلية، قرار النقض 1982/254م، الصادر في يوم الاربعاء الموافق 15/12/1982، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1982م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 15/ محكمة الاستئناف، أصحاب الساقية رقم (9) "المستأنف" ضد أصحاب الساقية رقم (10) "المستأنف ضدهم" قضية بالرقم (م أ/ س م / 728 / 1976م) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1983، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 16/ المحكمة العليا السودانية، قضية نفقة، قرار النقض نمرة 16/1979م، صادر في يوم الخميس الموافق 1/فبراير/ 1979م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1979م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 17/ المحكمة العليا السودانية، قرار النقض نمرة 80/1982م، صادر في يوم السبت الموافق 17/ابريل/ 1982م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1982م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 18/ المحكمة العليا السودانية، قضية نفقة عدة، ومال رضوة، قرار التمييز نمرة 99/ 1998/ الصادر في يوم 19/09/ 1998م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1998م، السلطة القضائية، المكتب الفني.
- 19/ المحكمة العليا السودانية، قضية طلاق للضرر، قرار النقض نمرة 214/ 1975م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1975م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 20/ المحكمة العليا السودانية، قرار النقض نمرة 143/ 1975م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1975م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.