

تاريخ النشر: 2025/02/05

تاريخ الإرسال: 2025/01/19

دور العرف في مجال العمل القانوني

"دراسة استقرائية، تحليلية، مقارنة"

The Role of Custom in the Field of Legal Work: An Inductive,
Analytical, and Comparative Study

الباحث الأول: د. محمد المدني، صالح الشريف، الأستاذ المشارك، بقسم القانون
الخاص، كلية الحقوق، جامعة ظفار، سلطنة عمان.

البريد الإلكتروني : melmadni@du.edu.om

الباحث الثاني: د. محمد عبد الله حسن حمد، الأستاذ المساعد، بقسم القانون، كلية
العلوم والدراسات النظرية، الجامعة السعودية الإلكترونية، المملكة العربية السعودية.

البريد الإلكتروني : mhamad@seu.edu.sa

الملخص : يهدف هذا البحث إلى تسليط الضوء على دور العرف والعادات الاتفاقية في مجال العمل القانوني بما يشمل فهم القواعد القانونية بغرض تطبيقها على وقائع النزاع، ومعالجة حالة الفراغ التشريعي التي تنتج عن عدم وجود نص يحكم وقائع النزاع، وذلك لمعالجة مشكلة البحث التي تكمن في تنامي النصوص مع عدم تنامي الوقائع مما يتطلب أن يكون للعرف دوراً كبيراً في معالجة هذه الإشكالية على مستوى القانون، متبعاً في ذلك العديد من المناهج أهمها المنهج الاستقرائي، والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن

وقد توصلت الدراسة لعدد من النتائج منها أنَّ المشرع السوداني يخلط بين العرف، والعادة الاتفاقية في بعض الحالات، فيطلق مسمي العادة على العرف، أو العكس، من الأمثلة على ذلك قاعدة: "العادة محكمة" التي يقصد بها المشرع السوداني العرف، ومنها أنَّه يجوز من الناحية القانونية للقاضي أن يعمل على تخصيص النص العام بالعرف، أو بالعادة الاتفاقية في بعض الحالات التي تقتضي ذلك، ومنها أنَّ إشكالية تجدد الوقائع المرتبطة بحركة الحياة في تطورها وتقلباتها سنة كونية لا يمكن معالجتها من خلال التشريع بصورة دقيقة ومحكمة، مهما تفاني المشرع في تجويده وإحكامه، ولقد أوصينا المشرع باستحداث مادة تتكون من فقرتين لتعريف العرف والعادة، وبيان الفرق بينهما من حيث شروط صحتها ونطاق العمل بكل منهما، ومن حيث مستوى القوة الملزمة ل كليهما، وذلك منعاً للخلط بينهما.

الكلمات المفتاحية: العرف - نوع العرف - العادة - العادة الاتفاقية - التشريع.

Abstract:

This research aims to shed light on the role of custom and contractual custom in the field of legal work, including understanding the legal rules for the purpose of applying them to the facts in dispute, and addressing the state of legislative vacuum resulting from the absence of a text governing the facts in dispute, in order to address the research problem that lies in the finiteness of texts with the infinity of facts, which requires that custom have a major role in addressing this problem at the level of law. Following many approaches, the most important of which are the inductive, analytical, and comparative approach. The study revealed that the Sudanese legislator sometimes confuses custom and contractual custom in certain cases, using the term "custom" to refer to "contractual custom," or vice versa. An example of this is the rule

"custom is binding", where the Sudanese legislator actually means "custom." Additionally, the study found that legally, a judge may use custom or contractual custom to specify a general provision in certain cases where this is necessary. Another finding was that the issue of the renewal of facts associated with the movement of life in its development and fluctuations is a universal principle that cannot be precisely and perfectly addressed through legislation, regardless of how diligent the legislator is in refining and perfecting it. The study recommended that the legislator introduce an article consisting of two paragraphs to define both custom and convention, clarifying the difference between them in terms of their validity conditions, their scope of application, and their binding force, to prevent confusion between the two concepts.

Keywords: Custom - Type of custom - Habit - Contractual custom - Legislation.

مقدمة:

يُعدُّ العرف والعادات الاتفاقية أحد الأدلة غير النصية التي يستند إليها المجتهد في استنباط الأحكام الشرعية، كما يعتمد عليها القاضي في نظم التشريع الوضعية في استنباط الأحكام التفصيلية من أدلتها العمومية، الأمر الذي يعني أنَّ العرف يمثل أحد طرق استنباط الأحكام من النصوص القانونية، كما هو الحال في الأحكام الشرعية، لذلك جاء هذا البحث ليكشف عن الحالات التي يمكن فيها للعرف أن يكون أحد وسائل تفسير النصوص القانونية التي يعتمد عليها القاضي في تقرير أحكامه القضائية، وباستقراء السوابق القضائية نجد أنَّهالك الكثير من الأحكام القضائية التي اعتمد فيها القضاء على العرف في تقريره للأحكام التي يصدرها للفصل في الدعاوى المعروضة أمامه، فقواعد العرف من جنس القواعد القانونية؛ ولهذا يحيل إليه

المشرع في الكثير من الأحيان لمد المحكمة بالحكم المناسب في مختلف الوقائع التي تدخل في الاطار العام لقانون المعاملات المدنية بمفهومه الموسع، بما يشمل القانون التجاري وقانون العمل وقانون الإيجارات، وغيرها من فروع القانون المدني

لذلك تم تقسيم المادة العلمية لموضوع البحث إلى ثلاثة مطالب، تناول **المطلب الأول: العرف المفسر للتشريع**، وتناول **المطلب الثاني: العرف المكمل للتشريع**، بينما تناول **المطلب الثالث والأخير: العرف المخالف للتشريع**.

أولاً - أهمية الدراسة:

يستمد هذا البحث أهميته من كونه يتناول دور العرف والعادات الاتفاقية في مجال العمل بقانون المعاملات المدنية بما يحقق مقاصده العامة والخاصة، خاصة فيما يتعلق بفهم هذا القانون، ومعالجة الإشكاليات التي تنتج عن عدم وجود نص يحكم وقائع النزاع.

ثانياً - أهداف الدراسة:

1 - التعريف بدور العرف باعتباره أحد طرق استنباط القواعد القانونية من النصوص العامة التي يعتمد عليها القضاء في استنباط الحلول المناسبة للمشكلات العملية التي تثيرها الوقائع التي تقع في إطار قانون المعاملات

2- الكشف عن العلاقة بين التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، وبين العرف والعادات الاتفاقية التي تستمد وجودها من حركة الحياة في المجتمع بحسب ما يراه الناس محققاً لمصالحهم ومعبراً عن حاجاتهم.

3- استقراء المبادئ والسوابق القضائية التي تعكس فهم القضاء السوداني لدور العرف في تفسير النصوص القانونية، وفي معالجة حالات الفراغ التشريعي التي تحدث بسبب إغفال المشرع عن تنظيم بعض الوقائع التي تعرض أمام القضاء.

ثالثاً - مشكلة الدراسة:

تكمن مشكلة الدراسة في أن النصوص القانونية التي تصدرها السلطة التشريعية بغرض تنظيم حياة المجتمع والعمل على تحقيق مصالحه واستقرارها ليست كافية في رد القاضي بالحلول المناسبة لكل الوقائع التي تعرض أمامه، مما يثير العديد من التساؤلات حول دور العرف في معالجة هذه الإشكالية؟ وطبيعة هذا الدور؟ وحدود العلاقة بين التشريع والعرف؟

رابعاً - منهج الدراسة: تم اتباع العديد من المناهج في الدراسة أهمها المنهج الاستقرائي، والمنهج التحليلي، والمنهج المقارن.

خامساً - خطة البحث: جرى تقسيم هذا البحث إلى ثلاثة مطالب: المطلب عن: العرف المفسر للتشريع، والمطلب الثاني عن: العرف المكمل للتشريع، والمطلب الثالث: عن العرف المخالف للتشريع.

المطلب الأول : العرف المفسر للتشريع .

اقتضت فلسفة المشرع في تنظيم بعض المسائل أن يحيل في حكمها إلى العرف؛ أي أن يترك له مهمة تنظيم مسألة من المسائل، وفي هذه الحالة يقوم العرف بدور معاون للتشريع في فهمه وتفسيره بغرض وضع الحلول المناسبة للمشكلات القانونية، فإذا جاء البيع مطلقاً - مثلاً - من ناحية نوع العملة العملة الواجب السداد بها، وكان بالبلد أكثر من عمله، يجب السداد بالعملة الأكثر رواجاً والمتعارف عليها بين الناس في معاملاتهم ما لم يصرح طرفا العقد بخلاف ذلك⁽¹⁾ كذلك الأمر إذا كانت العادة في النكاح قبض الصداق قبل الدخول، أو أن البيع في بعض المبيعات يكون نقداً لا بالنسيئة، أو العكس، ففي هذه الحالة يلزم القضاء بما جرى به العرف، ما لم يتفق الطرفان على خلافه، فحينئذٍ يجب العمل بالاتفاق⁽²⁾.

ترجع الأسباب التي تحمل المشرع إلى الإحالة إلى العرف للعديد من الاعتبارات العملية، منها تجدد الوقائع واختلافها، وتغيرها وتبدلها المرتبط بتطور الحياة، أو حين ما تكون الوقائع بحسب طبيعتها عصية على التنظيم بقواعد قانونية واضحة بما فيه الكفاية؛ أو عندما يريد المشرع منح الأفراد حرية أكبر لاختيار ما يرونه مناسباً لرعاية مصالحهم، الأمر الذي أفسح

1/ القرافي، القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، الناشر، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ص 219 - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الناشر: دار الكتب العلمية، (ط1) 1983م ص 92 - بيومي، سعيد أحمد، لغة القانون في ضوء علم لغة النص، (ط 1) مكتبة الآداب، 2020م ص 482.

2/ الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الموافقات (491/2) الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م الناشر، دار ابن عفان.

للعرف مكانة كبيرة ليقوم بدور المعاون للتشريع في أداء مهمته في مواطن لا تحصى عدداً، ويطلق البعض على العرف المعاون للتشريع مسمى العرف المفسر لكونه يساعد القاضي في تحديد معاني النصوص القانونية، كما يساعده في تحديد نطاق الالتزام، أو مقداره، أو مواعيد الوفاء به، وغير ذلك الكثير مما يجلب عن الحصر، ومما تجدر الإشارة إليه أنَّ العرف المعاون أو المفسر للتشريع لا ينشئ قاعدة قانونية جديدة وإنما يساعد القاضي في فهم النص القانوني، من جهة دلالاته على معناه وفقاً لقصد المشرع، وهو بهذه المثابة جزء من النص المكتوب الصادر عن السلطة التشريعية⁽³⁾ قال الدكتور وهبة الزحيلي معبراً عن أهمية العرف في الاجتهاد عند تطبيق الأحكام العامة في الواقع العملي: "نطاق تأثير العرف عند الفقهاء يتحدد في أنَّه حجة في تفسير النصوص التشريعية، وقد يُراعى في تشريع، وتوليد، وتعديل الأحكام، وبيان وتحديد أنواع الإلزامات والالتزامات في العقود، والتصرفات، والأفعال العادية حيث لا دليل سواه، وعلى هذا فقد يُترك النص الخاص ويُؤخذ بالعرف عند الضرورة، وقد يُخصص النص بالعرف، أو تعامل الناس، وقد يُقيد إطلاقه به، وقد يُترك به القياس الاجتهادي، أو الاستصلاح الذي لا يستند إلى نص، بل إلى مجرد المصلحة الزمنية، لأنَّ العرف دليل الضرورة، أو الحاجة، فهو أقوى من القياس، ونحوه"⁽⁴⁾.

3/ جمال الدين، محمود سامي، المبادئ الأساسية في القانون الإداري لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار القلم للنشر والتوزيع، دمشق، 1990م، ص 32.

4/ العرف بين الشرع، والقانون، مقال منشور في موقع البلاغ على الأنترنت، نقلاً عن: الجميلي، عمر، فقه المآلات، وقضايا العصر، دار النفائس للطباعة، والنشر، والتوزيع، الطبعة الأولى، 1016، ص 218.

وعلى صعيد العمل بالأدلة الشرعية نجد أنَّ بعض العلماء قد فسروا معنى الاطعام الوارد في قول الله تعالى: "مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ"⁽⁵⁾ بالرجوع إلى العرف، قال ابن تيمية: "أَمَرَ الله تعالى بإطعام المساكين من أوسط ما يطعم الناس أهلكهم، وقد تنازع العلماء في ذلك: هل ذلك مقدر بالشرع، أو يُرجع فيه إلى العرف ... والراجح في هذا كله أنَّ يُرجع فيه إلى العرف فيطعم كل قوم مما يطعمون أهلكهم"⁽⁶⁾ كما قال بخصوص مقدار النفقة الواجبة للزوجة: "والصواب المقطوع به عند جمهور العلماء أنَّ نفقة الزوجة مرجعها إلى العرف، وليست مقدرة بالشرع، بل تختلف باختلاف أحوال البلاد والأزمنة، وحال الزوجين وعادتهما"⁽⁷⁾.

كذلك الأمر في نظم التشريع الوضعية، حيث نجد أنَّ المشرع قد أحال إلى العرف في تحديد نطاق الكثير من الالتزامات التعاقدية منها الخلاف بين البائع والمشتري حول مستلزمات المبيع وتوابعها والآلات والمعدات الموجودة بمزرعة تمَّ بيعها، وهو مانصَّت عليه المادة (1/190) من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1984م بأن: "يشمل التسليم ملحقات المبيع ... وكل ما جرى العرف على أنَّه من توابع المبيع ولو لم تذكر في العقد" ومنها ما نصت عليه المادة (1/211) بأن يكون ثمن المبيع مستحقَّ الوفاء في المكان الذي يُسَلَّم فيه المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك، وقد جاء نصّها كما يلي: "يلزم المشتري تسليم الثمن المعجل في مكان وجود

5/ سورة المائدة: 89.

6/ ابن تيمية، تقي الدين، أبو العباس أحمد بن عبد الحليم، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية مخرجة ومحقة (26/ 114). دار الوفاء، 2006م.

7/ مجموع الفتاوى لابن تيمية، المرجع السابق (34/ 83).

المبيع وقت العقد ما لم يوجد اتفاق أو عُرف يغير ذلك" وكذلك نفقات ما يحتاج إليه المَقاول من آلات وأدوات ومعدات فقد أوجبت المادة (382) من نفس القانون هذه النفقات على المَقاول ما لم يقض الاتفاق أو العُرف بغير ذلك ونصّها: "على المَقاول أن يأتي بما يحتاج إليه في إنجاز العمل من آلات وأدوات إضافية على نفقته ما لم يقض الاتفاق أو العُرف بغيره" كما يتمّ الرجوع إلى العُرف عند خلاف المتعاقدين على المسائل التفصيلية في العقد بعد اتفاقهم على المسائل الجوهرية، وكذلك يجب اتباع ما جرى به العُرف على أن يتحمّل المؤجر ما يستهلكه المستأجر من المياه والكهرباء، أو العكس، وأنّ تضاف نسبة معينة إلى حساب العميل في المطاعم والفنادق والمحلات السياحية لقاء ما يقدّم إليه من خدمة(8).

كذلك الأمر فقد يتمّ الرجوع إلى العرف عند تقدير التعويض اللّازم لجبر الضرر وهو ما قرّرت المحكمة العليا السودانية في قضية تتعلّق وقائعها بالمطالبة بالتعويض العُرفي بما نصه: "إذا كانت المطالبة بالتعويض العُرفي على المحكمة أن تستمع إلى بيّنة عن التعويض الذي يجري به العُرف في تلك المنطقة بالنسبة للإصابة"(9) كما يمكن للمحكمة اتباع العُرف الذي يقضي بأنّه إذا دفع المشتري مبلغاً من المال بصفته عربون وعدل عن الشراء فلا يكون له الحقّ في المطالبة بهذا المبلغ وإذا كان العدول من جانب البائع ردّه مضاعفاً، وقد جاء في إحدى السوابق القضائية التي نظر وقائعها

8/ الشريف، محمد المدني صالح، تفسير القوانين، المبادئ العامة في تفسير النصوص القانونية، والعقود، الطبعة الأولى، دار الآفاق، مصر، الإمارات، 2024م ص 325.

9/ المحكمة العليا السودانية الطعن رقم (م أ/ أ س م /1976/710م) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1976م، السلطة القضائية المكتب الفني، الخرطوم، ص. 389.

مجلس اللوردات الإنجليزي: "إنَّ العُرف - إنَّ وُجد - يكون جزءاً من الصفقة فإذا تم التعبير عن الصفقة جزئياً بالكتابة وتم التعبير عن بعضها ضمناً بموجب أعراف تجارية فإنَّ المهمة الأساسية للمحكمين هي التحقق من معاني عبارات العقد أو التحقق من العُرف أي أخذ كل ذلك في الاعتبار"(10).

كذلك من الأحكام التي قضت فيها المحكمة استناداً إلى العرف ما قرره المحكمة العليا السودانية بأنَّ: "الاتفاق على بيع شيء محدد مقدار المبيع فيه بالتقريب يسمح فيه التجاوز في مقدار المبيع إلى الحد المعقول، وفق العرف والظروف..."⁽¹¹⁾ وفي دعوى نزاع حول الأرض التي ينكشف عنها نهر النيل قضت نفس المحكمة بأنَّ: "تكون الأرض التي ينكشف عنها النهر مملوكة للملاك الذين تقع أراضيهم قصاد الأرض المنكشفة وإلى خط مفترض في منتصف مجرى النهر ما لم يوجد عرف يقضي بغير ذلك"⁽¹²⁾. ونظراً لأهمية العرف في مجال العمل بالأحكام الشرعية، قال الإمام القرافي: "ينبغي على المفتي إذا ورد عليه مستفت لا يعلم أنَّه من أهل البلد الذي منه المفتي وموضع الفتيا ألاَّ يفتيه بما عاداته يُفتي به حتى يسأله عن

10/ فيفوت، م، ب، فيرمستون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، ظواهر الاتفاق وقواعد الإيجاب والقبول، (ط 1) دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع، بيروت، لبنان، ص 315.

11/ المحكمة العليا السودانية، شركة جوالات البلاستيك "الطاعة" ضد عبد القادر محمد "المطعون ضده" بالنمرة (م ع/ ط م/ 1974/152) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1973م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 197.

12/ المحكمة العليا السودانية، ملاك السواقي 6/7/10/11/12/13/14/15/ "الطاعون" ضد ع ح وآخرين، وملاك السواقي (2 - 5) "المطعون ضدهم" بالنمرة (م ع/ ط م/ 748 / 1993م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1993، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 167.

بلده"⁽¹³⁾ويقريب من هذا المعنى قضت المحكمة العليا السودان بخصوص ضوابط استرشاد المحاكم الأدنى بالسوابق القضائية أن: "السوابق القضائية لا ينبغي الاسترشاد بها من غير نظر إلى وقائع الأقضية ومدى تطابق ملابساتها، فالأقضية ووقائعها قد تختلف باختلاف المتخاصمين وعاداتهم وبيئاتهم، ومن ثم فلا ينبغي قراءة المبدأ الذي أرسته السابقة القضائية من غير نظر إلى ملابسات الحال، وأحوال الناس وأعرافهم"⁽¹⁴⁾

وفي هذا المعنى قال الإمام النووي: "لا يجوز أن يُفتي في الإيمان والإقرار ونحوهما مما يتعلق بالألفاظ إلا أن يكون من أهل بلد اللفظ أو متزلاً منزلتهم في الخبرة بمرادهم من ألفاظهم وعرفهم فيها"⁽¹⁵⁾ ذلك لكون الأحكام المبنية على العرف تختلف من بلد إلى آخر، وفي هذه الحالة يجب أن يختلف الحكم تبعاً لها وقد مثل لها الإمام الشاطبي بقوله: "مثل كشف الرأس، فإنه يختلف بحسب البقاع في الواقع، فهو لذي المروءات قبيح في البلاد الشرقية، وغير قبيح في البلاد المغربية، فالحكم الشرعي يختلف باختلاف ذلك، فيكون عند أهل المشرق قاذحاً في العدالة، وعند أهل المغرب غير قاذح"⁽¹⁶⁾ وقال الامام القرافي: "إن إجراء الأحكام التي مدركها العوائد مع تغير تلك العوائد خلاف الإجماع، وجهالة في الدين، بل كل ما هو في الشريعة يتبع العوائد يتغير الحكم فيه عند تغير العادة إلى ما تقتضيه العادة

13/ القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام مرجع سايف، ص 232.

14/ المحكمة العليا السودانية، نفقة زوجية، ونفقة بنوة، قرار النقض 111/ 1992م، الصادر في 13/7/ 1992م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1992م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 17.

15/ النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المذهب (46/1) الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ -

١٩٩٧ م، الناشر، إدارة الطباعة المنيرية، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة

16/ الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق (489/2).

المتجددة"⁽¹⁷⁾ علماً بأنَّ هذا التغيير في الأحكام ليس اختلاف في أصل الخطاب، وإنما مرده اختلاف العرف الذي بني عليه الحكم ابتداءً، فالأحكام ثابتة ولكنها تتبع أسبابها باطلاق⁽¹⁸⁾.

المطلب الثاني : العرف المكمل للتشريع

العرف المكمل للتشريع هو العرف الذي يقوم بعملية إكمال النص القانوني عندما يعتريه قصور، أو إبهام في دلالاته على معناه، حيث يكسب النص القانوني المرونة اللازمة لمسايرة تطور الروابط الاجتماعية، وما يطرأ على الحياة من مستجدات⁽¹⁹⁾ فمن المعلوم بالضرورة أنَّ القاضي لا يحكم في وقائع النزاع المعروض أمامه إلاَّ استناداً على نص تشريعي، وهي ضرورة تملئها صحة الحكم القضائي ومشروعيته؛ ولكن مع ذلك فإنَّ من المسلم به أنَّ التشريع مهما تمتع بالدقة والإحكام فإنَّه لن يستطيع أنَّ يحيط بما هو واقع، وبما هو متوقع بحيث يعمل على توفير الحل المناسب لكل قضية تعرض أمام القضاء أياً كان موضوعها أو طبيعتها؛ وذلك للعديد من الأسباب أظهرها عجز الإرادة التشريعية عن ادراك جميع الحقائق الحياتية واحاطتها بالتنظيم، وتجدد الروابط الاجتماعية وتغيرها، وغلبة التجريد على قواعد القانون، وسكوت المشرع عمداً لإفساح المجال لمحكمة الموضوع لتقرر ما تراه مناسباً بحسب ظروف الحال المحتفة بكل قضية⁽²⁰⁾ (فغياب النص

17/ القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، مرجع سابق، ص219.

18/ الشاطبي، الموافقات، المرجع السابق (491/2).

19/ بيومي، سعيد أحمد، لغة القانون، مرجع سابق، ص 386.

20/ البغدادي، حسن أحمد، النقص الفطري في أحكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية،

بغداد، العدد، (4 - 5) 1945م، ص 399.

التشريعي لا يمكن تفسيره في كل الحالات على أنه حبر على صلاحية القاضي في الحكم بما يراه مناسباً في الدعوى⁽²¹⁾ وتعبيراً عن ذلك قررت محكمة الاستئناف بالخرطوم بأن: "سكوت المادة (28) من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1974م عن شطب الدعوى لسقوطها بالتقادم لا يُنقص من سلطة المحكمة في شطبها في أي مرحلة من مراحل التقاضي وفقاً للمادة (7) من قانون الحق المكتسب بالتقادم لسنة 1928" (22) ولهذا يحق للمحكمة أن تقوم بأي عمل لازم لتحقيق العدالة عند خلو التشريع عن اسعافها بالحل المطلوب⁽²³⁾ وتأكيذاً لهذا المعنى الأخير قضت المحكمة العليا السودانية بأن: "سكوت المشرع عن تحديد مدة لإعادة التشييد في المادة (11) فُصد به أن تقوم المحكمة بذلك بعد أن تنظر إلى كافة الظروف التي تُحيط بالمطالبة، وبالطرفين"⁽²⁴⁾.

كما قد يرجع السبب في حالة الفراغ التشريعي لعدم تناهي الوقائع كسنة كونية، وقد عبر الإمام الشهرستاني عن هذا المعنى - وهو بصدد التأكيد على صحة القياس كمنهج لاستنباط الأحكام الشرعية - بقوله: " وبالجملة نعلم قطعاً وبقيناً أن الحوادث والوقائع في العبادات والتصرفات مما لا يقبل

21/ محكمة استئناف الخرطوم، حكومة السودان ضد ص ع أ قضية بالرقم (م أ/ أ ن ج/ 156 / 76) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1976م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 768 "بتصرف".
22/ محكمة الاستئناف م ي "المستأنف" ضد مصنع خشم القرية "المستأنف ضده" بالرقم (م أ/ أ س م/ 637 / 1975م) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1975م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 273.

23/ المحكمة العليا السودانية، حكومة السودان ضد س م أ قضية بالرقم (م ع/ ط ج/ 62 / 1975م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1975م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 443 "بتصرف".

24/ المحكمة العليا السودانية، طلب مراجعة رقم 86/2006، مجلة الأحكام القضائية لسنة 2007م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 217.

الحصر، والعد، ونعلم قطعاً - أيضاً - أنه لم يرد في كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً، والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب⁽²⁵⁾ وتعبيراً عن نفس هذا المعنى قال ابن رشد: "إن الوقائع بين الناس غير متناهية، والنصوص والأفعال والإقرارات متناهية، ومحال أن يقابل ما لا يتناهى بما يتناهى"⁽²⁶⁾ الأمر الذي أفسح للعرف دوراً كبيراً في معالجة الحالات التي تستعصى في تقنينها على المشرع مما يمكنه من سد حالات الفراغ التشريعي مما يساعد التشريع في ضمان استقرار المجتمع.

لهذه الأسباب سألقة الذكر، وغيرها من الأسباب الفنية فإن افتراض وجود حالة أمام القضاء لم يتطرق لها المشرع بالمعالجة والتنظيم من الأمور المسلم بها فقهاً وقضاً حيث يشهد الواقع بوجود الكثير من الحالات التي تعرض أمام القضاء للفصل فيها ولا يجد لها القاضي حلاً مباشراً في التشريع، وبما أن قواعد العرف التي تفرزها حركة المجتمع تعد من قبيل القواعد القانونية، ومن ثم تتمتع بنفس القوة الإلزامية للتشريع الصادر عن السلطة التشريعية ما دامت مستوفية للشروط القانونية اللازمة للعمل بها، فإن المشرع في جميع نظم التشريع الوضعية جعل من العرف أحد المصادر الاحتياط للتشريع تلك المصادر التي يلجأ إليها القاضي عند عدم وجود نص يحكم النزاع المطروح أمام المحكمة، لكي يستعين به على اكمال التشريع

25/ الزلمي، مصطفى إبراهيم، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، 1986م، ص

47،، نقلاً عن كتاب المال والنحل للشهرستاني.

26/ ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (1/3) الناشر، دار

الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤

وسد ثغراته وتلأفي نقصانه، مما يعني إنَّ الخصوم ليسوا بحاجة لإثبات العرف الذي يتحاكمون إليه؛ لكونه جزء من القانون الذي تعد معرفته شأن يخص المحكمة، وأنَّ للقاضي أن يطبقه على الوقائع كالتشريع ولو لم يتمسك به الخصوم⁽²⁷⁾ ومع ذلك يجب علنا لخصوم التعاون مع المحكمة للثبوت من العرف في الحالات التي تقتضي ذلك؛ أي حينما يكون عرفاً خاصاً؛ ولهذا قضت المحكمة العليا السودانية بأنَّ: "عرف الأصلحية في قضايا الأمتعة المنزلية إنما يُدرك بالتحري والتحقيق؛ لأنَّه يختلف باختلاف العادات وبحسب الأزمنة، والأمكنة"⁽²⁸⁾.

وإيماناً من المشرِّع السودانيَّان ما يتعارف عليه الناس ويرتضونه يصبح ملبياً لحاجاتهم ومتفقاً مع مصالحهم، نصَّ قانون أصول الأحكام القضائية السوداني لسنة 1983م في الفقرة السادسة من المادة الثالثة التي خصصها للقضاء في حالة عدم نص يحكم الوقائع على ضرورة: "مراعاة العرف القائم في المعاملات فيما لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية أو مبادئ العدالة الفطرية" حيث وضعه في المرتبة السادسة⁽²⁹⁾ من بين المصادر الاحتياطية للتشريع، مما يعني أنَّ العمل بالعرف مشروط بعدم وجود نص يحكم الوقائع، لهذا نص فقهاء الشريعة الإسلامية على قاعدة: "العرف إنما يُعتبر فيما لا

27/ خطاب، ضياء شيت، فن القضاء، قسم البحوث، والدراسات القانونية في معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984، ص 70.

28/ المحكمة العليا السودانية، قضية أمتعة منزلية، قرار النقض 1992/41م، صادر في 13/ مارس/ 1992م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1992م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 6.
29/ راجع المادة (3) من قانون أصول الأحكام القضائية التي خصصها المشرع السوداني لما يجب أن تقوم به المحكمة في حالة عدم وجود نص يحكم وقائع النزاع.

نص يخالفه " ⁽³⁰⁾ لكون النص أقوى في دلالاته من العرف، وعند تعارض دليلين يجب العمل بالأقوى.

كما جاء في الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري أنَّ: "العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة فمن الواجب أن يلجأ إليه القاضي مباشرة إذا افتقد النص ... وسيظل إلى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي يسري في شأنها قواعد القانون المدني، وسائر قواعد القانون الخاص والعام على السواء" ⁽³¹⁾ الأمر الذي يعني أنَّ المشرع في نظم التشريع الوضعية يستند على الأعراف والعادات الاتفاقية في الكثير من الأحيان بغرض سد الثغرات القانونية التي تنتج عن العديد من الأسباب بما فيها عموم القواعد القانونية الذي يُعد أحد خصائصها الأساسية؛ مما يؤكد على أنَّ للعرف دوراً واسعاً في مجال القانون بما يشمل سن التشريع، وتعبيراً عن ذلك قضت المحكمة العليا السودانية في قضية تدور وقائعها حول مطالبة الزوج برد صداق في زواج فاسد بأنَّ: "العوائد - ما يدفعه الزوج بغرض الزواج - تُعد

30/ السرخسي، محمد بن أحمد بن سهل، المبسوط، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1989، الجزء الرابع عشر، ص 137.

31/ أبو السعود، رمضان، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، (ط 1) الدار الجامعية للطباعة والنشر، ص 507-كيرة، حسن، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، مصر، الاسكندرية، ص ٢٨٨.

من الصداق ويحكم بها إذا جرى العرف باعتبارها جزءاً من الصداق؛ لأنَّ ما جرى به العرف لازم حسب النصوص الشرعية⁽³²⁾.

ولذلك يُعدُّ العُرف أحد مصادر التشريع المهمة وتزداد هذه الأهمية في القانون المدني وفي القانون التجاري على وجه الخصوص⁽³³⁾؛ حيث يُعدُّ القانون التجاري من أكثر القوانين التي تلعب فيها الأعراف والعادات التجارية دوراً كبيراً في تنظيم معاملات التجار، علماً بأنَّ العُرف التجاري يختلف عن العادات التجارية، فالعادات التجارية، أحكام درج التجار على إتباعها في معاملاتهم دون أن يتوافر لديهم الاعتقاد بأنها ملزمة لهم⁽³⁴⁾ فالعادة التجارية يتوافر لها عنصر الاضطراد في السلوك؛ ولكنها تفتقر إلى عنصر الاعتقاد بقوتها الإلزامية، لكونها تستند إلى الرضا المتبادل بين التجار واتفاقهم على العمل بها، ويترتب على ذلك أنَّ الإرادات الخاصة قادرة على مخالفة العادات التجارية (العادات الاتفاقية) في حين لا يجوز لها مخالفة العُرف التجاري باعتباره قاعدة قانونية تتمتع بقوة الإلزام كما هو الحال في التشريع الصادر عن السلطة التشريعية، ومن ثم فهو ليس بحاجة إلى إثبات

32/ المحكمة العليا السودانية، قضية رد صداق وعوائد، قرار النقض 1982/2م، الصادر في يوم الاثنين الموافق 1982/1/4م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1982م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 3.

33/ كما يمكن العمل بالعرف في مسائل الجنيات في غير القواعد المتعلقة بالتجريم والعقاب، وذلك مثل أسباب الإباحة، وموانع المسؤولية الجنائية؛ لكون مصادر التنظيم للوقائع المرتبطة بها لا تنحصر في النصوص الجنائية الخاصة بالتجريم الأفعال والعقاب عليها، ومن ثم فمن الممكن للعرف أن يكون أحد مصادرها. خلف، علي حسين، وآخر، المبادئ العامة في قانون العقوبات، الطبعة الأولى، مكتبة السنهوري، بغداد العراق، ص 37، نقلاً عن: بحث دور العرف في سد الفراغ التشريعي، بحث مقارناً بالشريعة الإسلامية، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية، والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2017م، 726.

34/ أبو السعود، رمضان، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، ص38.

أمام القاضي من قبل الطرف الذي يحتج به؛ لكونه مما يدخل في نطاق علم القاضي بالقانون بخلاف العادات التجارية التي يجب على الطرف الذي يدعيها إثباتها أمام محكمة الموضوع⁽³⁵⁾ وبالرجوع إلى تاريخ القانون التجاري نجد أنه قد ظلّ وعلى مدى طويل قانوناً عرفياً، حتى بعد تقنين قواعده ظلّ العرف يشغل دوراً مهماً في المعاملات التجارية، حيث يقوم بسد الثغرات في التشريعات التجارية لما يتمتع به من قدرة على الإحاطة بكل ما يهم المجتمع التجاري في تنظيم علاقاته، ومن الأحكام القضائية التي استندت فيها المحكمة على العرف عند عدم وجود نص يحكم الوقائع ما قرره المحكمة العليا السودانية في قضية تتلخص وقائعها حول النفقة ببذل الكسوة للزوجة وللأبناء، حيث قررت بأنّه: "لم ينص القانون على أن يفرض بدل الكسوة كل أربعة أشهر بل أنّه لم يُحدد زمناً لدفعها إلى مستحقها، وكل ما ذكره هو أن يُراعى في تقدير النفقة الكفاية حسب العرف... جرى العرف في المحاكم بأن يُقدر بدل كسوة الزوجة كل ستة أشهر، وبدل كسوة الأبناء كل أربعة أشهر، وهو عرف مؤيد بالفقه، ولا تعني مخالفته مخالفة الشرع"⁽³⁶⁾.

وكما للعرف دورٌ كبيرٌ في سد ثغرات التشريع في نظم التشريع الوضعية، فإنّ له دوراً كبيراً - أيضاً - في مجال الأحكام الشرعية حيث يعين المجتهد

35/ محمد فريد العيني القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1987م ص 34 - 35- الشريف، محمد المدني صالح، تفسير القوانين، المبادئ العامة في تفسير النصوص القانونية، والعقود، مرجع سابق، ص 330.

36/ المحكمة العليا السودانية، قضية نفقة، قرار النقض رقم 186 / 2005م، الصادر في يوم 15 / 06 / 2005م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 2005م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 3.

في استنباط الأحكام والفتاوى من أدلتها الشرعية وتزليلها على الواقع العملي، ولهذا قال الامام السيوطي: "أعلم أنَّ اعتبار العادة، والعرف رجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة"⁽³⁷⁾.

المطلب الثالث : العرف المخالف للتشريع

العرف المخالف للتشريع هو العرف الذي يتعارض مع نص تشريعي قائم، وعند مخالفة العرف للتشريع فإنَّ هذه المخالفة إما أنَّ تكون مخالفة كلية، أم جزئية، فإنَّ كانت مخالفة جزئية فمن الجائز اعتبار العرف مخصصاً لعموم القاعدة القانونية، أما إنَّ كانت مخالفة العرف للقاعدة القانونية مخالفة كلية، فمتى كانت القاعدة القانونيّة التي خالفها العرف مخالفة كلية قاعدة أمرّة وجب حينئذٍ العمل بالقاعدة القانونيّة الأمرّة دون العرف، باستثناء الأعراف المتعلقة بقانون العمل التي تكون في مصلحة العامل، إذ يجوز مخالفتها للقواعد الأمرّة في قانون العمل.

أمّا إذا كانت القاعدة القانونيّة التي خالفها العرف مخالفة كلية قاعدة مكملة، أو مفسرة فمن الجائز أنَّ يُترك العمل بالقاعدة المكملة، أوالمفسرقيُصار إلى العمل بالعُرف وذلك؛لأنَّ القواعد القانونية المكملة، أو المفسرة يكون القصد منها أنَّ يتم العمل بها عند عدم وجود اتفاق، أو عرف يخالفها فإنَّ لم يتفق الطرفين على خلاف حكمها فإنَّ المُشرّع يرى من الأوفق أنَّ يصار إلى العُرف(38)، ولكن لما كان عدم وجود الاتفاق أو العُرف أمراً محتملاً، يلجأ المُشرّع من باب الاحتياط إلى تنظيم هذه العلاقة بقواعد مكملة، أو

37/ السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق، ص، 100.

38/ لغة القانون، مرجع سابق، ص 388.

مفسرة(39) ويأتي هذا الترتيب على نحو ما تقدمت الإشارة إليه لأنَّ من المعلوم أنَّ القاعدة العرفية أدنى مرتبة من القاعدة القانونية التي سنتها السلطة التشريعية؛ ولهذا السبب عادة ما يضع المشرع في نظم التشريع الوضعية العرف من ضمن المصادر الاحتياطية للقانون التي لا يجوز الرجوع إليها إلا في حالة خلو التشريع من نص يتعلق بتنظيم الوقائع.

قال العلامة الشيخ مصطفى الزرقا عن عرف المعاملات المدنية: "عندما يكون عرف الناس منصباً على توزيع الحقوق والالتزامات بين طرفين في بعض المعاملات المدنية دون أنَّ يُصادم نصاً تشريعياً أمراً يكون من الطبيعي بل من البديهي احترام سلطان هذا العرف في اثبات الحقوق وانتقائها؛ لأنَّه عندئذٍ يكون في قوة العبارة المنشئة للحق، وصراحة الشروط الجائزة؛ إذ يُعتبر أنَّ المتعاقدين يتركان التصريح بما جرى عليه التعارف اعتماداً منهما على العرف"⁽⁴⁰⁾ لكون العرف يجري مجري القانون ويكمل نطاقه، ويفصح عن إرادة المشرع من التشريع، ويعين القاضي على تطبيق المفاهيم العامة لقواعد القانون بما يتفق مع قصد المشرع من التشريع، ومع قصد المتعاقدين في معاملاتهم العقدية⁽⁴¹⁾، وحينما يقوم العرف بدوره المنوط به في مجال العمل القانوني، أو الشرعي، لا يقوم به باعتباره مصدراً اجتهادياً مستقلاً، وإنما يُعتبر العمل به من قبيل رعاية مصالح الأفراد

39/ الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، مرجع السابق 514.

40/ الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام (2/ 863) دار القلم، دمشق، سوريا، (ط 1) 1998م.

41/ المذكرة التفسيرية لمشروع القانون المدني السوداني لسنة 1971م، الخرطوم، ص 169.

والمجتمع تأسيساً على أن ما يتعارف عليه الناس ويرتضوه كاشفاً عن حاجاتهم ومعبراً عن مصالحهم⁽⁴²⁾.

بالنظر إلى قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة 1983م نجد أنه حافل بالقواعد القانونية التي يجوز للعرف، أو للاتفاق مخالفتها لكونها قواعد مكملة، أو مفسرة، منها الفقرة (1) من المادة (312) التي تنص على أن: "يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به، أو تُنقص منه نقصاً فاحشاً، ولا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها" ومنها بداية مدة العمل في عقد العمل حيث نصت الفقرة (4) من المادة (40) على أن: "تبدأ مدة العمل من الوقت الذي عين في العقد فإذا لم يُعين وقت بدئه فمن تاريخ العقد ما لم يقض العرف، أو ظروف العقد غير ذلك" كذلك مما أحال فيه القانون إلى العرف الإصلاحات والترميمات المتعارف عليها، حيث الزم بها المستأجر بما نصه في الفقرة (6) من المادة (315) بأن: "يلزم المستأجر بإجراء الترميمات التي تم الاتفاق عليها، أو جرى العرف على أنه مكلف بها، ويقع في عهده خلال مدة الإيجار تنظيف المأجور وإزالة ما تراكم فيه من أتربة، أو نفايات، وسائر ما يقضي به العرف أنه مكلف به"، ومنها الحالة التي يختلف فيها الطرفان في عقود تعلم المهنة فيمن يدفع الأجر للآخر، وقد نصت الفقرة (4) من المادة (403) على أنه: "إذا كان العمل المعقود عليه تعليم شيء مما يكون

42/ الحسن، خليفة بابكر، الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، (ط 1) الناشر، مكتبة وهبه، 1407هـ - نقلاً عن تخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية عند الأصوليين، الناشر، مكتبة وهبه، 1992 للمؤلف ص 115.

في تعليمه مساعدة من المتعلم للمعلم، ولم يبين في العقد أيهما يستحق أجراً على الآخر، فإنه يتبع في ذلك عرف ذوي الشأن في مكان العمل".

كما قد يُعدل بعض شروط العقد وأحكامه فمن الجائز اعتبار العادة الجارية بين الطرفين معدلة لحكم من أحكام العقد المبرم بينهما حيث يُترك ما اتفق عليه الطرفين في العقد ويُعمل بما جرت عليه العادة بينهما، ومن الأمثلة على ذلك العادة التي تُجيز منح الأرض لأحد ورثة المتوفى المتعاقد مع مشروع الجزيرة الزراعي بالسودان على الرغم من أن العلاقة بين إدارة المشروع والمزارع علاقة تعاقدية يفترض أن تنتهي بموت المزارع، ولهذا قضت المحكمة السودانية بأن: "العلاقة بين المزارع وإدارة مشروع الجزيرة علاقة تعاقدية تنتهي بموت المستأجر (المزارع) ولكن جرى العرف على منح الحواشي بعد موت المزارع لأحد ورثته ممن يعتمدون عليها في معيشتهم على أن تتوفر فيه الكفاءة وحسن تسيير العمل"⁽⁴³⁾.

كما يمكن للعادة الاتفاقية - أيضاً - أن تعدل في الالتزامات التي يفرضها القانون على الطرفين إذا كان تنظيم هذه العلاقة قد تم بموجب قواعد مكملية، أو مفسرة تجيز للأفراد الاتفاق على خلاف ما تقضي به⁽⁴⁴⁾ وفي قضية تلخص وقائعها في خلو العقد من طريقة معينة لسداد الأجرة قضت المحكمة العليا السودانية بأنه: "إذا درج المالك على السعي إلى

43/ محكمة استئناف الجزيرة والنيلين ب، م، أ، و، ف م أ "الطاعنتين" ضد إدارة مشروع الجزيرة المطعون ضدها (م أ/ عريضة/ 242 / 1981) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1981، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 304.

44/ زهرة، محمد المرسى، أبو زيد، محمد، المدخل لدراسة القانون، وفقاً للقانون العماني، الطبعة الثانية، دار الكتاب الجامعي، الإمارات، 2015. ص 28 - 29.

المستأجر لتحصيل الأجرة خلال الاجارة التعاقدية يعتبر سعيه شرطاً ضمنياً من شروط العقد، ويكون ملزماً بالسعي إلى المستأجر لاستلام الأجرة. أما إذا خلاء العقد من تحديد طريقة معينة للوفاء يكون المستأجر ملزماً بالسعي إلى المالك لدفع الأجرة⁽⁴⁵⁾ وهو التزام مفروض عليه بموجب النص العام الوارد بالمادة (59/1) من قانون العقود، وما درج عليه الطرفان من سعي المالك لاستلام الأجرة من المستأجر مخالفين بذلك ما نصَّ عليه القانون يُعد من قبيل تخصيص النص العام بالعادة الاتفاقية.

على أنه تجب الإشارة إلى أنَّ العادة الاتفاقية التي يجب الاعتداد بها قانوناً في تخصيص النص العام، أو تخصيص بند من بنود العقد هي العادة المضطربة، وليست العادة التي يلتزم بها الطرفان فترة ويتركها فترة أخرى وتعبيراً عن ذلك قضت المحكمة العليا السودانية بأنَّه: "إذا نص العقد على واقعة معينة فلا يعتبر الطرفان قد عدلا عنها لسلوكهما إلا إذا جرى العمل بينهما على ذلك التعديل فترة ممتدة من الزمن، وعليه فإنَّ الواقعة الواحدة المنعزلة لا تعتبر عرفاً جديداً معدلاً لنصوص الاتفاق الساري المفعول"⁽⁴⁶⁾ كما قضت نفس المحكمة في قضية مشابهة بأنَّه: "استقر قضاء المحاكم على أنَّ قبول المالك الأجرة مجمعة لأكثر من شهر لا يعني بالضرورة قبوله لتعديل التزام المستأجر بدفع الأجرة شهرياً ما لم يرق ذلك الدفع المؤجل إلى

45/ المحكمة العليا السودانية، شركة كوتسودس وكونسيتينينو "الطاعون" ضد سفينة نخلة وآخرون "المطعون ضدهم بالرقم (م/ع ط م/ 1982/142 ص 241.

46/ المحكمة العليا السودانية، بنك النيلين "الطاعن" ضد م، ز "المطعون ضده" (م/ع ط م/ 234/ 1979) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1979م السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 296.

تعديل في شروط العقد الأساسي"⁽⁴⁷⁾ أي أن تضطرد العادة في العمل بها بين الطرفين لفترة زمنية طويلة.

ولكن يجب التنبيه إلى أن الاعتداد بالعرف مشروط بعدم الاتفاق على مخالفته حيث لا يجوز العمل بالعرف إذا صرح المتعاقدان بما يخالفه؛ لكون العمل بما اتفق عليه المتعاقدان أولى من العمل بالعرف لدلالته الصريحة على إرادة الطرفين خلافاً لدلالة العرف فإنها ضمنية، ومن القواعد التي يجب الاستهداء بها في هذا الشأن قاعدة: "لا عبء للدلالة في مقابلة التصريح"؛ ولهذا قضت المحكمة العليا السودانية بأنه: "لا يلتفت إلى العرف بعد تسمية المهر"⁽⁴⁸⁾ فكل ما ثبت بالعرف يجب تركه إذا صرح المتعاقدان بخلافه والعمل بما اتفقا عليه صراحة استناداً على القاعدة الشهيرة: "العقد شريعة المتعاقدين".

47/ المحكمة العليا السودانية، م، ع، "الطاعن" ضد ع أ ج "المطعون ضده" بالرقم (م ع/ ط م/2/

1975م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1975، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 216.

48/ المحكمة العليا السودانية، قضية صداق، قرار النقض نمرة 1973/6م، الصادر في يوم الخميس

الموافق 1973/3/1م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1973م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم،

ص 11.

الخاتمة:

في الختام توصل هذا البحث لعدد من النتائج، والتوصيات أهمها ما يلي:

أولاً - النتائج:

1/ في بعض الحالات يخلط المشرع في قانون المعاملات المدنية السوداني بين العرف، والعادة، فيطلق مسمي العادة على العرف، أو العكس، من الأمثلة على ذلك قاعدة: "العادة محكمة" التي يقصد بها المشرع السوداني العرف.

2/ واقع الحياة الذي يتسم بالتغيير والتبديل والتطور بصورة مستمرة، فرض على المشرع أن يضع النصوص القانونية المنظمة للمعاملات المدنية في شكل قواعد عامة ومجردة بحاجة إلى فهم قد يختلف تبعاً للسياقات التي تحيط بظروف الوقائع محل الدعوى.

3/ إشكالية تجدد الوقائع وتغيرها وتبدلها المرتبطة بحركة الحياة في تطورها وتقلباتها سنة كونية لا يمكن للمشرع معالجتها من خلال التشريع بصورة دقيقة ومحكمة، مهما تفاني في تجويده وإحكامه.

4/ حالة الفراغ التشريعي التي تستدعي من القاضي الاجتهاد لمعالجتها باجتهاده المستند على فهم مقاصد التشريع، ومبادئه العامة من المسائل التي تستعصى على الحل الجذري لكون العوامل التي تتسبب فيها غير قابلة للتحكم فيها من قبل المشرع.

ثانياً - التوصيات:

1/ استحداث مادة تتكون من فقرتين لتعريف العرف والعادة، وبيان الفرق بينهما من حيث شروط صحتها ونطاق العمل بكل منهما، ومن حيث مستوى القوة الملزمة ل كليهما، وذلك منعاً للخلط بينهما.

2/ استحداث مادة بقانون المعاملات المدنية تنص على جواز تخصيص النص العام بالعرف، أو بالعادة الاتفاقية، في بعض الحالات التي تقتضي ذلك. مع الإشارة إلى الشروط اللازمة لصحة هذا التخصيص.

3/ التوسع في سلطة القاضي التقديرية الخاصة بتفسير النصوص القانونية بغرض تطبيقها على الوقائع المتنازع عليها بالقدر الذي يمكنه من تطويع النصوص القانونية في بعض الحالات التي يستدعيها حكم القسط، ورعاية المصالح العامة والخاصة.

4/ الحد من رقابة المحاكم الأعلى لمحكمة الموضوع فيما تقرر به بشأن وجود العرف؛ لكونها هي الجهة الأقرب إلى الوصول إلى حقيقة وجوده من عدمه.

المصادر والمراجع:

- 1/ ابن تيمية، تقي الدين، أبو العباس أحمد بن عبد الحلیم، مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية مخرجة ومحقة، دار الوفاء، 2006م.
- 2/ ابن رشد، أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد (1/3) الناشر، دار الحديث، القاهرة، ٢٠٠٤

3/ أبو السعود، رمضان، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، المدخل إلى القانون وبخاصة المصري واللبناني، (ط 1) الدار الجامعية للطباعة والنشر.

4/ البغدادي، حسن أحمد، النقص الفطري في أحكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء العراقية، بغداد، العدد، (4 - 5) 1945م.

5/ بيومي، سعيد أحمد، لغة القانون في ضوء علم لغة النص، (ط 1) مكتبة الآداب، 2020م.

6/ جمال الدين، محمود سامي، المبادئ الأساسية في القانون الإداري لدولة الإمارات العربية المتحدة، دار القلم للنشر والتوزيع، دمشق، 1990م.

7/ الحسن، خليفة بابكر، الأدلة المختلف فيها عند الأصوليين، (ط 1) الناشر، مكتبة وهبه، 1407هـ

8/ الحسن، خليفة بابكر، تخصيص النصوص بالأدلة الاجتهادية عند الأصوليين، الناشر، مكتبة وهبه، 1992م.

9/ خطاب، ضياء شيت، فن القضاء، قسم البحوث، والدراسات القانونية في معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1984م.

10/ الزحيلي، العرف بين الشرع، والقانون، مقال منشور في موقع البلاغ على الأنترنت، نقلاً عن: الجميلي، عمر، فقه المآلات، وقضايا العصر، دار النفائس للطباعة، والنشر، والتوزيع، الطبعة الأولى.

11/ الزرقا، مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، سوريا، (ط 1) 1998م.

- 12/ الزلمي، مصطفى إبراهيم، الصلة بين علم المنطق والقانون، مطبعة شفيق، بغداد، 1986م.
- 13/ زهرة، محمد المرسي، أبو زيد، محمد، المدخل لدراسة القانون، وفقاً للقانون العماني، الطبعة الثانية، دار الكتاب الجامعي، الإمارات، 2015م.
- 14/ السرخسي، محمد بن أحمد بن سهل، المبسوط، الطبعة الأولى، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1989، الجزء الرابع عشر.
- 15/ السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، الناشر، دار الكتب العلمية، (ط1) 1983م
- 16/ الشاطبي، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى بن محمد اللخمي، الموافقات، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م الناشر، دار ابن عفا.
- 17/ الشريف، محمد المدني صالح، تفسير القوانين، المبادئ العامة في تفسير النصوص القانونية، والعقود، الطبعة الأولى، دار الآفاق، مصر، الإمارات، 2024م.
- 18/ فيفوت، م، ب، فيرمستون، أحكام العقد في القانون الإنجليزي، ظواهر الاتفاق وقواعد الايجاب والقبول، (ط 1) دار الجيل للنشر والطباعة والتوزيع، بيروت، لبنان.
- 19/ القرافي، القرافي شهاب الدين أبو العباس أحمد، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، الناشر، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- 20/ كيرة، حسن، المدخل إلى القانون، الطبعة الخامسة، منشأة المعارف، مصر، الاسكندرية.

21/ محمد فريد العيني القانون التجاري، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية 1987م.

22/ المذكرة التفسيرية لمشروع القانون المدني السوداني لسنة 1971م، الخرطوم.

23/ النووي، أبو زكريا محيي الدين بن شرف، المجموع شرح المذهب، الطبعة: الأولى، ١٤١٧ هـ - ١٩٩٧ م، الناشر، إدارة الطباعة المنيرية، مطبعة التضامن الأخوي، القاهرة.

ثانياً - المبادئ القضائية:

1/ محكمة استئناف الجزيرة والنيلين ب، م، أ، و، ف م أ "الطاعنتين" ضد إدارة مشروع الجزيرة المطعون ضدها (م أ/ عريضة/ 242 / 1981) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1981، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 304.

2/ محكمة استئناف الخرطوم، حكومة السودان ضد ص ع أ قضية بالرقم (م أ/ أن ج/ 156 / 76) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1976م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

3/ محكمة الاستئناف م ي "المستأنف" ضد مصنع خشم القرية "المستأنف ضده" بالرقم (م أ/ أ س م / 637 / 1975م) مجلة الأحكام القضائية السودانية لسنة 1975م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

4/ المحكمة العليا السودانية الطعن رقم (م أ/ أ س م / 710/ 1976م) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1976م، السلطة القضائية المكتب الفني، الخرطوم.

- 5/ المحكمة العليا السودانية، بنك النيلين "الطاعن" ضد م، م، ز "المطعون ضده" (م ع/ ط م / 234 / 1979) مجلة الأحكام القضائية لسنة 1979م السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 6/ المحكمة العليا السودانية، حكومة السودان ضد س م قضية بالرقم (م ع/ ط ج / 62 / 1975م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1975م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم، ص 443 "بتصرف".
- 7/ المحكمة العليا السودانية، شركة جوالات البلاستيك "الطاعنة" ضد عبد القادر محمد "المطعون ضده" بالنمرة (م ع/ ط م / 152 / 1974م مجلة الأحكام القضائية لسنة 1973م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 8/ المحكمة العليا السودانية، شركة كوتسودس وكونستينينو "الطاعنون" ضد سفينة نخلة وآخرون "المطعون ضدهم بالرقم (م ع/ ط م / 142 / 1982م.
- 9/ المحكمة العليا السودانية، طلب مراجعة رقم 86/2006، مجلة الأحكام القضائية لسنة 2007م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 10/ المحكمة العليا السودانية، قضية أمتعة منزلية، قرار النقض 41/1992م، صادر في 13/ مارس/ 1992م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1992م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 11/ المحكمة العليا السودانية، قضية رد صداق وعوائد، قرار النقض 2/1982م، الصادر في يوم الاثنين الموافق 4/1/1982م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1982م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 12/ المحكمة العليا السودانية، قضية صداق، قرار النقض نمرة 6/1973م، الصادر في يوم الخميس الموافق 1/3/1973م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1973م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.

- 13/ المحكمة العليا السودانية، قضية نفقة، قرار النقض رقم 186/2005م، الصادر في يوم 15/06/2005م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 2005م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم
- 14/ المحكمة العليا السودانية، م، ع، "الطاعن" ضد ع أ ج "المطعون ضده" بالرقم (م ع/ ط م/ 2/ 1975م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1975، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 15/ المحكمة العليا السودانية، ملاك السواقي 15/14/13/12/11/10/7/6 "الطاعنون" ضد ع ح وآخرين، وملاك السواقي (2 - 5) "المطعون ضدهم" بالنمرة (م ع/ ط م/ 748 / 1993م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1993، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.
- 16/ المحكمة العليا السودانية، نفقة زوجية، ونفقة بنوة، قرار النقض 111/1992م، الصادر في 13/7/1992م، مجلة الأحكام القضائية لسنة 1992م، السلطة القضائية، المكتب الفني، الخرطوم.