eISSN 2600-8408
http://journals.iium.edu.my/al-fiqh
Pp. 33 - 42

Copyright (C) 2020
IIUM Press
International Islamic University Malaysia

أثر قاعدة العادة محكَّمة في القانون المدني العراقي وتطبيقاتها: دراسة تحليلية

أردوان مصطفى إسماعيل[1]، عارف علي عارف[2]

ملخص البحث

تعد القواعد الفقهية جزءًا رصينًا من الفقه الإسلامي؛ ذلك أن تلك القواعد تجمع شتات المسائل الفقهية في أبوابٍ مختلفةٍ، وموضوعاتٍ متشعبة، فترد الجزئيات إلى الكليات، والفروع إلى الأصول. من هنا؛ فإن البحث يسعى إلى استجلاء أثر القاعدة الفقهية الكبرى العادة محكمة في القانون المدني العراقي، وذلك باستخدام المناهج الاستقرائية والتحليلية والوصفية. وقد جلّى البحث أن هذه القاعدة أثَّرت في القانون المدني العراقي تأثيرًا عميقًا؛ ذلك لأنها وردت منصوصًا عليها في القانون، وكذلك القواعد المتفرعة عنها. ثم يستعرض البحث أبرز مواد القانون المدني العراقي التي هي تطبيقاتٌ لهذه القاعدة الكبرى والقواعد المتفرعة عنها، لاسيما في البيع والإجارة والمساقاة وعقد العمل. وقد خلُص البحث إلى أن القاعدة الفقهية العادة محكمة والقواعد المتفرعة عنها أثرت في القانون المدني العراقي، وجعلته قويمًا في صياغته وموادّه. ويوصي البحث المقننين وأصحاب القرار في العالم الإسلامي بالعودة إلى ينبوع القواعد الفقهية، والاستفادة منها في تقنين القوانين في شتى حلائب الحياة.

الكلمات المفتاحية: أثر، القاعدة الفقهية، العادة محكمة، القانون المدني، العراق.

The Effect and Applications of the Legal Maxim "Custom is an Arbitrator" in Iraqi Civil Law: An Analytical Study

Abstract

The legal maxims are an integral part of Islamic jurisprudence. These maxims combine the various issues of jurisprudence, from different sections and diverse topics, so that the particulars (al-juz'iyyāt) are referred to the universals (al-kulliyyāt) and the branches (al-furūʿ) to the basic principles (al-uṣūl). Hence, the research seeks to clarify the impact of a major Islamic legal maxim which is "Custom is an arbitrator" in the Iraqi civil law, using the inductive, analytical and descriptive methods. The research has shown that since this maxim and other maxims branching from it have been mentioned and referred to in the law, these maxims therefore have profoundly affected Iraqi civil law. Then, the study reviews the most prominent articles of the Iraqi civil law which are applications of this major maxim and its subsidiary maxims, especially in the selling and buying, lease, sharecropping contract and work contract. The research concludes that the Islamic legal maxim "Custom is an arbitrator" and its subsidiary maxims influenced the Iraqi civil law and made it strong in its formulation and articles. This research recommends the codifiers and decision-makers of the Islamic world to return to the wellspring of Islamic legal maxims and use them in codifying laws in various spheres of life.

Keywords: Effect, Islamic Legal Maxim, Custom Is An Arbitrator, Civil Law, Iraq.

[1] محاضر، كلية العلوم الإسلامية، جامعة صلاح الدين، كردستان، العراق. ardawan.ismael@su.edu.krd
[2] أستاذ، قسم الفقه وأصول الفقه، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية، ماليزيا. arif.ali@iium.edu.my

المحتوى

المقدمة	33
المبحث الأول: أثر قاعدة العادة محكمة في القانون المدني العراقي	36
المطلب الأول: أهمية قاعدة العادة محكمة ومفهومها	36
المطلب الثاني: ورود قاعدة العادة محكمة في القانون المدني العراقي	36
المطلب الثالث: القواعد المتفرعة عن قاعدة العادة محكمة الواردة في القانون المدني العراقي	37
المبحث الثاني: أبرز تطبيقات قاعدة العادة محكمة وما تفرع عنها في القانون المدني العراقي	38
الخاتمة	41
التوصيات	41
المراجع	42

المقدمة

تلعب القواعد الفقهية دورًا مرموقًا في مضمار الفقه الإسلامي؛ ذلك أنها تنتهض بضبط الفروع الفقهية المتناثرة في أبوابٍ متشعبة، وردِّ الجزئيات إلى الكليات، وتدل على إنجاز رائع من فقهاء الإسلام؛ ذلك أنهم صاغوا تلك القواعد صياغةً قويمةً مستقاةً من نصوص الوحيين، بألفاظٍ وجيزةٍ؛ لتستوعب فروعاً عديدة. ومن هنا؛ فإن الفقيه والقاضي والمفتي والمجتهد والمقنّن يتيسَّر لهم إيجاد الحلول للقضايا المعاصرة، وإصدار الأحكام والقرارات بوجهٍ صائبٍ.

ولم يقف دور القواعد الفقهية في هذا الميدان فحسب، بل تجاوزه إلى حقل القوانين والتشريعات في العالم الإسلامي،

لاسيما التقنينات المدنية؛ إذ استفادت من تلك القواعد بالنصِّ على عديدٍ منها، وانعكس ذلك في موادِّها؛ ذلك أن التقدم الذي حدث في فنِّ التقعيد للأحكام الشرعية، وجد آذانًا صاغيةً من لدن فقهاء القانون، فصاغوا قوانين وتقنينات تأسيسًا على تلك القواعد.

ومِمَّا يجدر بالإلماع هنا، أن القواعد الفقهية قد وصلت مرحلةً متقدمةً وقتَ صيغت صياغةً قانونية في مجلة الأحكام العدلية (١٢٣٨هـ)، وأمسى للمجلة صدىً وصوىً كبير في التقنينات في العالم الإسلامي، بل أثَّرت المجلة في الفقه القانوني الغربي، وانتهض الباحثون لدراستها تحليلاً وتقويمًا وكشفًا.

إشكاليَّة البحث:

تلوح مشكلة البحث في أن القواعد الفقهية لها مكانةٌ نشيطةٌ في التشريع الإسلامي؛ ذلك أنها تثري الفقه الإسلامي، وتجعله يواكِب متغيرات الحياة في شتى حلائب الحياة. ولم تكنِ القوانينُ الوضعية في العالم الإسلامي، بعيدةً عن القواعد الفقهية، لاسيما القوانين المدنية، وفي طليعتها: القانون المدني العراقي، فقد كان للقواعد الفقهية دورٌ متوقِّد، وموقع نشيطٌ، في إثراء هذا القانون، وتطبيقه في حياة المواطنين. من أجل ذلك؛ يرنو هذا البحث إلى استكشاف أثر وتجليَّات إحدى القواعد الفقهية الكبرى العادة محكمة مع القواعد المتفرِّعة عنها في هذا القانون، وتجلية دورها وموقعها في تطويره وإثرائه؛ إبرازًا لمكانة الفقه الإسلامي، ودعوةً إلى الرجوع إلى ينبوع هذا الفقه الثري بأحكامه وحلوله، عندَ سنِّ القوانين والتشريعات في العالم الإسلامي.

أسئلة البحث:

يجيب البحث عن السؤالين الآتيين:

١. ما أثر قاعدة العادة محكمة في القانون المدني العراقي؟
٢. ما أبرز تطبيقات قاعدة العادة محكمة وما تفرع عنها في القانون المدني العراقي؟

أهداف البحث:

يرمي البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:

١. بيان الحضور القوي للقاعدة الفقهية العادة محكمة في القانون المدني العراقي.
٢. تجلية الأثر الذي تركته قاعدة (لعادة محكمة في القانون المدني العراقي.
٣. إعلام المقننين والقضاة والقانونيين بضرورة إعادة الاعتبار للقواعد الفقهية، والاستفادة من ينبوعها في التقنينات القانونية، والاجتهادات والقرارات القضائية.
٤. تبيان صلاحية الشريعة الإسلامية لكل زمانٍ ومكانٍ، وأن شبهات القائلين بجمود الفقه الإسلامي وعُقمه داحضةٌ وباطلة.

الدراسات السابقة:

المؤلفات والدراسات والأبحاث متشعبةٌ في حقل قاعدة العادة محكمة، وذلك من الناحيتين النظرية والتطبيقية، بيدَ أن تأثُّر القوانين الوضعية، والتشريعات المدنية، بالقواعد الفقهية بشكل عام، وقاعدة العادة محكمة بشكل خاص، والتأثير الكبير الذي أحدثته القواعد الفقهية في تلك القوانين، لم يحظَ بدراساتٍ جدية، ولم يعثر الباحث في هذا المضمار على دراساتٍ مستقلةٍ. هذا، ونستعرض أهمَّ الدراسات التي لها صلةٌ وُثْقَى بموضوع البحث فيما يأتي:

بحث: "**القواعد الفقهية في القانون المدني الأردني مقارنة بالفقه الإسلامي شكلا ومضمونا**"، للباحث أحمد ياسين القرالة؛ إذ سعى البحث إلى استجلاء القواعد الفقهية الثاوية في القانون المدني الأردني، في أبوابٍ وموادٍ مختلفة، وهي أكثر من خمسين قاعدة فقهية. وأبان أن القانون قد أورد بعض تلك القواعد كما وردت في الفقه الإسلامي، وتصرف في البعض الآخر. وأوضح البحث التعديل والتغيير الذي أحدثتهما القواعد الفقهية في القانون، من الناحية الشكلية والموضوعية. ويتباين بحثنا عنه في تبيان الأثر الذي أحدثته قاعدة العادة محكمة في القانون المدني العراقي.

وكتاب **تبسيط القواعد الفقهية شرحها ودورها في إثراء التشريعات الحديثة** لمحيي الدين هلال السرحان، وقد اضطلع المؤلف بتعريف القاعدة الفقهية لغة واصطلاحا،

وأوضح قيمتها التشريعية، والفرق بينها وبين القواعد الأصولية، وبيان نشـــأة القواعد الفقهية. ثم اســـتعرض جملةً من القواعد الفقهية، مبيّنًا التطبيقات المتفرعة عنها. وعند التدقيق في عنوان الكتاب ومضمونه نلفي بينهما تباعدًا كبيرًا كبُعدِ المشرقين؛ إذ لم يوضح المؤلف دور القواعد الفقهية في إثراء التشريعات الحديثة، ولم يفصـــح عن وجه ذلك ســـوى إشـــاراتٍ عابرة إلى مواد في القـانون المدني العراقي أو قـانون الإثبـات العراقي. ودراســـتنـا تختلف عنه في اســـتجلاء أثر قاعدة العادة محكمة في القانون المدني العراقي.

منهج البحث:

ينتهج البحث المنهجين الآتيين:

المنهج الاســـتقرائي: ويتم اســـتخدامه في تتبع مواد القـانون المـدني العراقي التي وردت فيهـا قـاعـدة العـادة محكمـة والقواعد المتفرعة عنها، وكذلك اســـتقراء القاعدة من مؤلفات القواعد الفقهية الأصيلة.

المنهج التحليلي الوصـــفي: ويتوســـل به إلى تحليل وتوصـــيف قاعدة العادة محكمة، واســـتجلاء أثرها في القانون المدني العراقي.

تمهيد:

يرنو هـذا التمهيـد إلى التحـدث عن مفهوم القواعـد الفقهيـة والقانون المدني، بأسلوبٍ وجيزٍ، وذلك في الأفرع الآتية.

الفرع الأول: القواعد الفقهية في اللغة

القواعد جمع قاعدة، وهي تعني: أصـــل الأسّ، وأســـاس البناء. والقواعد هي الأســـاس. ومن هذا الباب قوله تعالى: ﴿**وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَاهِيمُ الْقَوَاعِدَ مِنَ الْبَيْتِ وَإِسْمَاعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّا**﴾ [البقرة:١٢٧]، ومنـه قولـه تعـالى:﴿**فَأَتَى اللهُ بُنْيَانَهُمْ مِنَ الْقَوَاعِدِ**﴾ [النحل:٢٦]. وقالوا: في المرأة التي قعدت عن الحيض والأزواج قاعد، والجمع قواعد (ابن فارس، ١٠٩/٥)، ومنه قوله تعالى: ﴿**وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَـــاءِ اللَّاتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا**﴾ [النور:٦].

ومن معاني القاعدة في اللغة: الضـــابط وهو: الأمر الكلي الذي ينطبق على جزئيات (المعجم الوسيط، ٧٤٨/٢).

والفقهية نســـبة إلى الفقه، وهو لغةً الفهم؛ إذ "الفاء والقاف والهاء أصـــلٌ واحد صـــحيح، يدلُّ على إدراكِ الشَّـــيء والعِلمِ به" (ابن فارس، ٤٤٢/٤).

الفرع الثاني: القواعد الفقهية في الاصطلاح:

عُرِّفَت القواعد الفقهية بتعريفاتٍ عديدة، تدور معظمها في محور واحد، نستعرض أبرزها فيما يأتي:

١. هي "قضـــية كلية منطبقة على جميع جزئياتها" (الجرجاني، ١٧١).
٢. وعرفت بأنها: "قضـــية كلية، يتعرف منها أحكام جزئياتها" (العطار، ٣١/١، ٣٢).
٣. وتعرف بأنها: "الأمر الكلي الـذي ينطبق عليـه جزئيات كثيرة، يفهم أحكامها منها" (الســـبكي، ١١/١).
٤. وعرفها مصـطفى الزرقا بأنها: "أصـول فقهية كلية في نصـوص موجزة دستورية، تتضـمن أحكاماً تشـريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضـــوعها" (الزرقا، ٥٥٦).
٥. كذلك عرفت بأنها: "حكم أو أمر كلي أو قضـــية كلية، تفهم منها أحكام الجزئيات التي تندرج تحت موضوعها وتنطبق عليها"(البورنو، ٢٢/١).

ويبدو من هذه التعريفات، أن القاعدة الفقهية: أمر كلي، يســـتوعب جزئياتٍ عديدة في أبواب الفقه الإســـلامي المتنوعة، وينطبق عليها.

الفرع الثالث: مفهوم القانون المدني:

ينقسـم القانون بشـكل عام إلى القانون العام والقانون الخاص، ويعدّ القـانون المدني من فروع القـانون الخـاص، بـل هو عمـاد القانون الخاص وأســـاس فروعه، ويعرف بأنه: "مجموعة القواعد القانونية التي تحكم المعاملات المالية بين الأفراد، أو بينهم وبين الدولة على اعتبارها شـخصًـا معنويًا عاديًا" (البكري، ١٩٨).

وتعد الشريعة الإسلامية مصدرًا تاريخيًا للقانون المدني العراقي (البكري، ٢٠٠). ويعد القانون المدني من أقدم فروع القانون؛ ذلك أن علاقاتِ الناس في القديم كانت تخضع للقانون المدني بغض النظر عن طبيعة وفحوى تلك العلاقات، بيدَ أن التطورات التي حدثت في المجالين الاقتصادي والاجتماعي أفضت إلى نشوء فروع قانونية أخرى، مثل القانون التجاري، وقانون العمل، وغيرهما (الداودي، ٢٠٠٤، ٥٨).

المبحث الأول: أثر قاعدة العادة محكمة في القانون المدني العراقي

يعدُّ القانون المدني العراقي من بين القوانين المدنية في العالم الإسلامي، التي ترتكز على الشريعة الإسلامية ارتكازًا قويمًا، والقانون العراقي عدَّ الشريعة مصدرًا رئيسا من مصادره؛ لذلك أضحى أثر الشريعة الإسلامية بأصولها وقواعدها ومقاصدها بارزًا في هذا القانون. ومن هنا؛ أصبح قانونًا ثريًا من الناحية الشكلية والموضوعية، إلى حدٍّ بعيد.

يقول وهبة الزحيلي: "والكثرة الغالبة من أحكام القانون العراقي قد خرِّجت على الفقه الإسلامي في مذاهبه المختلفة دون تقيد بمذهب معين، واستطاع مشروع هذا القانون أن يجد من غير عناء مادة خصبة في الفقه الإسلامي، يصوغ منها طائفة العقود المسماة، سواء وقع العقد على الملكية كالبيع والهبة والشركة والقرض، أم وقع على المنفعة كالإيجار والإعارة، أو وقع على العمل كالمقاولة وعقد العمل والوكالة والوديعة" (الزحيلي، د.ت، ٧٠٦/٤).

ومما يجدر بالإلماح هنا، أنْ كان للقواعد الفقهية أثرٌ بالغٌ في إثراء هذا القانون شكلاً ومضمونا، مبنىً ومعنىً، واستطاع من خلال تلك القواعد أن يعالج مسائل الالتزامات المدنية، والمعاملات الجارية بين الناس. ويتضمن هذا المبحث المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: أهمية قاعدة العادة محكمة ومفهومها

تعد هذه القاعدة إحدى القواعد الفقهية الخمسة الكبرى التي بُنِيَ عليها الفقه الإسلامي (السبكي، ١٩٩١م، ٢٤/١)، وإن التأمل في هاته القاعدة ينبيء عن مرونة الفقه الإسلامي، وسعة آفاقه، وقابليته الكاملة لمسايرة متغيرات الحياة، وصلاحيته لكل صقع وزمان، وذلك بتقديم العلاجات السديدة للقضايا المعاصرة، والمسائل المستجدة.

وتبرز أهمية القاعدة في هذا العصر بشكلٍ كبير؛ ذلك أن الأعراف قد كثرت، والعادات قد تعددت، وصار لكل مهنةٍ أعرافها، ولكل قومٍ عاداتهم، ولكل فنٍّ ديدنه، فالبيئة التجارية تتميز بأعرافها، والشركات لها عاداتها، وكذلك البنوك التجارية، والبورصات العالمية، والأسواق المالية، والالتزامات المدنية، والمعاملات المالية. ولابن القيم كلام يستضاء به في هذا السياق، إذ يقول: "مهما تجدد في العرف فاعتبره، ومهما سقط فألغه، ولا تجمد على المنقول في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير إقليمك يستفتيك، فلا تُجْرِهِ على عرف بلدك، وسَلْهُ عن عرف بلده، فأجرِهِ عليه، وأفته به دون عرف بلدك والمذكور في كتبك" (ابن القيم، ١٩٧٣م، ٧٨/٣).

ومعنى القاعدة إجمالاً: أن العرف يُجعل حَكَمًا لإثبات حكم شرعي، سواء كان عرفا عامًا أم خاصا، إذا كان مطردًا، ولم يخالف نصًا شرعيًا، أو شرطا لأحد المتعاقدين أو التصريح بخلافه (علي حيدر، ٤٠/١؛ البورنو ٣٣٨/٦). وفي هذا الشأن، يقول السيوطي: "اعلم أن اعتبار العادة والعرف رُجع إليه في الفقه في مسائل لا تعد كثرة" (السيوطي، ١٤٠٣هـ، ٩٠).

المطلب الثاني: ورود قاعدة العادة محكمة في القانون المدني العراقي

وردت هاته القاعدة نصًا في المادة ١٦٤ مرة واحدة، وهي: "العادة محكمة عامة كانت أو خاصة". والصياغة الفقهية للقاعدة في الفقه الإسلامي هي: العادة محكمة (السيوطي، ١٤٠٣هـ، ٧). وقد انتهضت مجلة الأحكام العدلية بإضافة "عامة كانت أو خاصة" إلى القاعدة في المادة (٣٦). (علي

حيدر، ١/٤٠). ويبدو، أن القانون المدني العراقي قد سار على مَهْيَعِ مجلة الأحكام العدلية فيما أضافه إلى أصل القاعدة الفقهية. وهاته إضافة مفيدة؛ إذ تساعد القاضي والحاكم في الاستدلال بمضمون القاعدة، وفهمها فهمًا صحيحًا سليمًا دون عناءٍ. لا سيما وأن العرف نوعان: خاص وعام، فيستدل بكليهما.

وقد خطَّأ مصطفى إبراهيم الزَّلَمي الصياغة اللفظية للقاعدة، وبين أن الصواب أن تكون القاعدة (العرف محكم)؛ ذلك أن العادة صفة ذاتية وميزة شخصية للفرد، ليس لها أي دور في علاج النزاعات بين الناس على المستوى الدولي والداخلي، وإذا دامت قد تتحول إلى الإدمان، كعادة تعاطي المسكرات، وعادة التدخين. أما العرف، فهو وضع اقتصادي أو اجتماعي أو سياسي، حيث يشترك فيه مجتمع من الناس، فيتكرر في المجتمع، ويستقر بين الناس (الزلمي، 2014م،٢٣١). إلا أنه ينبغي ألا يغيب عن الذِّهن أن الفقهاء قد اختلفوا في المقصود بالعرف والعادة، فمنهم من عدَّهما مترادفين، وأنهما بمعنىً واحد (الجرجاني، ١٩٣؛ ابن عابدين، ٢/١١٤؛ علي حيدر، ١/٤٠)؛ وحينئذٍ تكون النسبة بينهما نسبةَ التساوي في علم المنطق. ومنهم من فرَّق بينهما، فجعل العادة أعمَّ من العرف، وأن النسبة بينهما عموم وخصوص مطلق، فالعادة أعم مطلقًا، والعرف أخص، وأن كلَّ عرفٍ عادةٌ، وليست كل عادةٍ عرفا (أبو سنة،١٩٤٧م، ١٣). وقد نقل ابن نجيم الحنفي في أشباهه أن العادة: "عبارة عما يستقرُّ في النفوس، من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة" (ابن نجيم، ١٩٨٠م، ٩٣). وقد أضاف ابن عطية قيدًا إلى تعريف العرف قائلاً: "ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة" (ابن عطية، ١٩٩٣م، ٢/٤٩١). وهذه الإضافة ضرورية؛ إذ العرف المخالف للشرع مردودٌ.

هذا، وقد استخدم القانون المدني العراقي العرف والعادة بمعنىً واحد أسوةً بالاتجاه الغالب في الفقه الإسلامي. أضف إلى ذلك، أنه لا إنكار في مسائل الخلاف، ولا مشاحّة في الاصطلاح إذا كانت المعاني واضحةً.

المطلب الثالث: القواعد المتفرعة عن قاعدة العادة محكمة الواردة في القانون المدني العراقي

تجدر الإشارة إلى أن القواعد المتفرعة عن القاعدة الكبرى العادة محكمة قد وردت في القانون المدني العراقي بالصياغة التي جاءت في الفقه الإسلامي أو قريبة جدًا منها، وذلك على الشكل الآتي:

١. وردت في المادة ١٥٦ القاعدة الفقهية: "تترك الحقيقة بدلالة العادة". ومعنى القاعدة: أن العادة قد تكون قرينة وحجة مانعة عن إرادة المعنى الحقيقي؛ ذلك أن المعنى الحقيقي قد أصبح مهجورا عرفا وعادة. وهنا؛ يجب الأخذ بالمعنى المجازي وترك المعنى الحقيقي (الباحسين، ٢١٣؛ الزلمي،٢٠١٤م، ٢٣٩).

ويرى **الباحث** أن هذه القاعدة داخلةٌ في معنى وعموم قاعدة العادة محكمة، فلم يكن واضعو القانون المدني العراقي بحاجةٍ إلى ذكرها؛ ذلك أن نصوص القانون تقتضي الاقتصار والخلوَّ من الحشو، أما التفصيل؛ فمحله شروح القانون.

٢. جاءت في المادة ١٦٣ القاعدة الفقهية: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص". ومعنى القاعدة: أن ما تعارف عليه الناس في المعاملات المالية، والأحوال الشخصية، وشؤون حياتهم، يقوم مقام الشرط في الالتزام والتقييد، وإن لم يذكر صريحًا.

٣. وردت في المادة نفسها القاعدة الفقهية الجزئية: "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم". وهذه القاعدة كسابقتها إلا أنها خاصة بالعرف التجاري، فإذا وقع التعارف والاستعمال بين فئة التجار على شيء غير مخالف لنصوص الشريعة الإسلامية، يتبع ذلك الشيء، وينصرف إليه عند الإطلاق، ولا تسمع دعوى إرادة خلافه (الزرقا، ٢٠٠٤م، ٢٢٨).

٤. كذلك، جاءت في المادة عينها القاعدة الفقهية: "الممتنع عادة كالممتنع حقيقة". والمقصود بها: أن ما استحال عادة لا تسمع فيه الدعوى كالمستحيل عقلا، كمن اشترى

حاجة بتاريخ معين، ثم ثبت أن البائع كان متوفى في ذلك التاريخ.

٥. كذلك، وردت في المادة ١٦٤ القاعدة الفقهية: "استعمال الناس حجة، يجب العمل بها". والقاعدة تروم إلى بيان أن عاداتِ الناس وأعرافهم -إذا لم تكن مخالفة للشريعة الإسلامية- حجة وبرهان، يجب العمل بمقتضاها (البورنو، ٣٨٨/١).

ويبدو **للباحث** أن القانون المدني العراقي كان في غنية عن إيراد هذه القاعدة؛ لأنها مندرجة في مفهوم القاعدة الكلية: العادة محكمة.

٦. استكمالاً لهاته القواعد الفرعية، أورد القانون في المادة ١٦٥ قاعدتين فقهيتين، تُجَلِّيَانِ شروط العمل بالعرف، وهما: "إنما تعتبر العادة إذا اطَّردت أو غلبت" و"العبرة للغالب الشائع لا للنادر". والمقصود بهاتين القاعدتين: أن من شروط العمل بالعادة أن تكون شائعة ومستقرةً بين أهلها في جميع الحوادث ولا تتخلف، أو كانت تتخلف قليلا، وذلك بأن يعمل أكثر الناس بها في جميع الأمور أو غالبها، سواء أكان بين الناس كلهم في جميع البلاد، أم في بلد خاص، أم بين أصحاب مهنةٍ معينةٍ (معلمة زايد، مجموعة من المؤلفين، ٢٠١٣م، ١٤٩/٨).

ومما يجدر ذكره أن هاته القواعد مقتبسةٌ من الصياغة الفقهية (ابن نجيم، ٩٣-١٠٠؛ علي حيدر، ٤٠-٨٠؛ الزرقا، ٢١١، ٢٢٥؛ معلمة زايد، ١١٣/٨-١١٦).

المبحث الثاني: أبرز تطبيقات قاعدة العادة محكمة وما تفرع عنها في القانون المدني العراقي

إذا أحدقنا النظر في تضاعيف القانون المدني العراقي ومواده، نلفي أن هاته القاعدة والقواعد المتفرعة عنها، قد طبقت في عديد من أبواب المعاملات المالية، والالتزامات المدنية، لاسيما في أبواب البيع، والإجارة، والعارية، وعقد المساقاة، وعقد المغارسة، وعقد العمل وغير ذلك. نوضِّحُ أبرزها في النقاط الآتية:

١. الشروط في العقد:

أبانت المادة (١٣١) أنه "يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه، أو يلائمه، أو يكون جاريًا به العرف والعادة". فتفيد هذه المادة أن الشروط الصحيحة في العقد ثلاثة أقسامٍ، هي:

أ-ما يقتضيه العقد: كما لو باع بشرط أن يحبس المبيع إلى أن يقبض الثمن، فهذا الشرط يؤكد مقتضى العقد ولا يضر.

ب-ما يلائم العقد: وذلك مثل اشتراط البائع أو المشتري أو كليهما إجراء عقد البيع أمام شهود.

ج-ما جرى به العرف: كشراء الثلاجة أو غيرها من الأجهزة الكهربائية بشرط أن يصلحها البائع إلى سنةٍ إذا حدث خللٌ (علي حيدر، ١٣٥/١-١٣٧؛ الزرقا، ٣٨).

٢. ما يدخل في البيع:

تطرقت المادة ٥٣٧ إلى تبيان ما يدخل في البيع من غير تصريح، فنصت على أنه: "يدخل في البيع من غير ذكر:

أ-ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظرًا إلى الغرض من الشراء، فإذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن؛ دخل تبيعها الرضيع.

ب-توابع المبيع المتصلة المستقرة، فإذا بيعت دار؛ دخل البستان الواقع في حدودها، والطرق الخاصة الموصلة إلى الطريق العام، وحقوق الارتفاق التي للدار. وإذا بيعت عرصة؛ دخلت الأشجار المغروسة على سبيل الاستقرار.

ج-كل ما يجري العرف على أنه من مشتملات المبيع. وهذه الفقرة الأخيرة من المادة تجلي أن العرف يمسي حَكَمًا فيما يدخل في البيع وما لا يدخل، وأن كل ما جرى العرف على أنه من مشتملات المبيع يدخل في البيع تبعًا ولو لم يصرَّح به في العقد. وقد ورد في شرح مجلة الأحكام العدلية في المادة (٢٣٠) أن كل ما جرى في عرف البلدة على أنه من مشتملات المبيع يدخل في البيع من غير ذكر. مثلا: في بيع الدار يدخل المطبخ، وفي بيع حديقة زيتون تدخل أشجار الزيتون من غير ذكر. والمراد من عرف البلدة: التعارف الجاري في البيع (علي حيدر، ١٧٩/١).

٣. نقل المبيع:

ورد في المادة ٥٨٥ أن "ما يباع محمولاً تكون أجرة نقله وإيصاله إلى بيت المشتري جارية على حسب الاتفاق أو العرف". وهذه المادة توضّح أن أجرة نقل المبيع تكون حسب العرف الجاري في البيئة التجارية، إذا لم يكن ثمة اتفاق بين المتعاقدَين.

٤. تسلم المبيع:

جاء في المادة ٥٨٦ أنه: "إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف زمانًا أو مكانًا لتسلم المبيع؛ وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يجب أن يسلمه فيه البائع، وأن ينقله دون إبطاء، إلا ما يقتضيه النقل من زمن". وهذه الفقرة توضح أن العرف أحد مشخِّصات مكان وزمان تسلم المبيع.

٥. نفقات تسلم المبيع:

ورد في المادة ٥٨٧ أن: "نفقات تسلم المبيع على المشتري، ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك". ففي هذه المادة تنصيص على أنه إذا كان في البيئة التجارية عرف فيما يتعلق بنفقات تسلم المبيع؛ وجب الرجوع إلى ذلك العرف، وتحكيمه، إذا لم يكن هناك اتفاق بخلافه.

٦. صيغة العقد:

ورد في المادة ٧٧ أن "الإيجاب والقبول: كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر فهو إيجاب، والثاني قبول". ويتبين من هذه المادة مدى تأثُّر القانون المدني العراقي بقاعدة العادة محكمة، وأن العرف حَكَم في تحديد ألفاظ الإيجاب والقبول فيما يتعلق بتأسيس العقد. وفي هذا الشأن، بيَّن الدسوقي المالكي أن البيع ينعقد بما يدل على الرضا عرفًا، سواء دلَّ لغة أو لا، من قول أو كتابة أو إشارة، منهما أو من أحدهما (الدسوقي، ٣/٣).

٧. زيادة المبيع:

احتوت المادة ٥٧٢ على أن: "الزيادة الحاصلة في المبيع بعد العقد وقبل القبض -كالثمرة والنتاج- تكون حقا للمشتري، وعليه تكاليف المبيع، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك". وقد أبانت المادة أن العرف إذا كان بخلاف محتويات المادة؛ فإنه يصبح حَكَمًا، إذا لم يكن ثمة اتفاق على نقيض ذلك.

٨. مكان أداء الثمن:

تضمنت المادة ٥٧٣ أنه: "إذا كان مكان أداء الثمن معيناً في العقد، لزم أداؤه في المكان المشترط أداؤه فيه، فإذا لم يعين المكان، وجب أداؤه في المكان الذي يسلم فيه المبيع. وإذا لم يكن الثمن مستحقاً عند تسليم المبيع، وجب الوفاء به في موطن المشتري وقت الاستحقاق، ما لم يوجد عرف أو قانون يقضي بغير ذلك".

٩. ضمان عيوب المأجور:

أوضحت المادة ٧٥٦ أنه: "يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به، أو تنقص من هذا الانتفاع إنقاصًا كبيرًا، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها". وقد أوضحت هذه المادة أن العرف له دور في تشخيص ضمان عيوب العين المأجور، وأن المؤجر لا يضمن العيوب التي يتسامح فيها العرف الجاري في البلدة.

١٠. استعمال المأجور:

بينت المادة ٧٦٢ أنه: "أيًّا كان المأجور؛ يجب على المستأجر أن يستعمله على النحو المبين في عقد الإيجار، فإن سكت العقد وجب عليه أن يستعمله بحسب ما أعدَّ له، ووفقًا لما يقتضيه العرف". وهذه المادة توضح أن على المستأجر استخدام المأجور والانتفاع به على الوجه الذي جرى التنصيص عليه في العقد، فإذا لم يكن منصوصًا عليه في العقد، فإن نوع هذا الاستخدام والعمل يرجع فيه إلى العرف الجاري، ويحكم العرف في النزاع بين المؤجر والمستأجر. وأثر قاعدة العادة محكمة وما تفرع عنها ظاهرٌ في هذه المادة.

١١. إصلاح المأجور:

أوضحت المادة ٧٦٣ أن: "١- الترميمات التي يقوم بها المستأجر بإذن المؤجر: إن كانت عائدة إلى إصلاح المأجور وصيانته، رجع بها عليه وإن لم يشترط الرجوع، وإن كانت عائدة لمنافع المستأجر، فلا يرجع بها إلا إذا اشترط ذلك. ٢- على

المستأجر إجراء الترميمات الطفيفة التي يقضي بها العرف". وقد أبانت الفقرة الثانية أن المستأجر يجب أن يقوم بإصلاح المأجور إذا كانت الترميمات طفيفةً في إطار عرف البلدة، وذلك مثل إصلاح حنفيات المياه نتيجة إهمال المستأجر.

١٢. رد المأجور:

أوضحت المادة ٧٧١ أنه: "إذا انقضى عقد الإيجار، وجب على المستأجر أن يخلي المأجور للمؤجر في المكان الذي تسلمه فيه، إذا لم يحدد الاتفاق أو العرف مكاناً آخر". فالعرف أحد محدِّدات مكان رد العين المأجور.

١٣. تأجير المستأجر للمأجور:

أبانت المادة ٧٧٥ أنه: "للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه، بعد قبضه أو قبله، في العقار وفي المنقول، وله كذلك أن يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره". وقد ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والمالكية والشافعية والأصح عند الحنابلة إلى جواز تأجير المستأجر للعين المستأجرة، ما دامت العين لا تتأثر باختلاف الاستعمال، وقد أجازه كثير من فقهاء السلف، سواء أكان بمثل الأجرة أم بزيادة (الموسوعة الفقهية الكويتية، ١٤٠٤هـ، ١/٢٦٧).

١٤. نطاق سلطة صاحب الأرض في عقد المساقاة:

ورد في المادة ٨٠٨ أن: "لصاحب الأرض ولاية التوجيه في استغلالها، وله الرقابة على أعمال الزراعة، وسلطته في ذلك يحددها القانون أو الاتفاق أو العرف". ووفقًا للمادة المذكورة، فإن العرف أحد محددات سلطة صاحب الأرض في عقد المساقاة.

١٥. من أحكام المساقاة:

أبانت المادة ٨١٩ أن: "الأعمال اللازمة للثمر قبل إدراكه كالسقي والتلقيح والحفظ تلزم المساقي، والأعمال اللازمة بعد إدراك الثمر كالجذاذ ونحوه تلزم كلا العاقدين، كل هذا مالم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك". وهنا، فإن العرف حَكَم في توزيع مهام المساقي وصاحب الأرض، إذا لم يكن هناك اتفاق على نقيض العرف الجاري بين المتعاقدين.

١٦. مدة المغارسة:

جلَّت المادة ٨٢٥ أنه: "إذا لم تُحَدَّد للمغارسة مدة، فيرجع في تقديرها إلى العرف. ولا يجوز أن تقل المدة في جميع الأحوال عن خمسة عشر سنة". فالمادة تبين أن العرف يقدّر مدة عقد المغارسة، وهو محكم.

١٧. من أحكام المغارسة:

جاء في المادة ٨٣٣ أنه: "يتبع في المغارسة الشروط المتفق عليها بين الطرفين والعرف الجاري". وهذا يوضح أن العرف أيضًا حَكَمٌ في شروط المغارسة.

١٨. رد العارية:

تضمنت المادة ٨٦٠ أنه: "متى انتهت الإعارة؛ وجب على المستعير أن يردَّ العارية إلى المعير بنفسه، أو على يد أمينة. فإن كانت من الأشياء النفيسة سلَّمها ليد المعير نفسه، وإلا فلمن يقضي الاتفاق أو العرف بتسليمها إليه". وهنا، فإن العارية إذا كانت نفيسةً فتُردّ إلى المعير عينه، وإلا فإن الاتفاق أو العرف يحكم في رد العارية.

١٩. دفع أجرة العمل:

ورد في المادة ٩٠٤ أنه: "إذا لم ينص العقد على المواعيد والقواعد التي تتبع في دفع الأجور، روعي في ذلك ما تقرره القوانين الخاصة أو العرف". وهذه المادة توضِّح أن العرف محكَّم في ضبط مواعيد وقواعد دفع الأجور.

٢٠. عقد تعليم المهنة:

احتوت المادة ٩٢٦ على أن: "١- عقد تعليم المهنة: هو أن يتعهد ربُّ مؤسسة صناعية أو تجارية أو زراعية أو صناع بأن يخرج أو يعمل على تخريج شخص في مهنة مقابل التزام هذا الشخص بنفسه، أو بوليه أن يشتغل لحساب رب العمل على شروط ولمدة يتفق عليها. ٢- تخضع شروط صحة العقد وأحكامه لعادات المهنة والعرف الجاري فيها". وهاتان المادتان تكشفان أهمية العرف، وأن عقد المهنة بشروطها وأحكامها خاضع تمامًا للعرف التجاري، وأعراف المهنة.

٢١. استعمال الوديعة:

أبانت المادة ٩٧١ أنه: "إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان الوديع مأذوناً في استعماله؛ اعتبر العقد قرضًا ما لم يقضِ العرف بغير ذلك". وهنا، يتبين أن العرف له دور حيوي في تحديد نوعية العقود؛ ذلك أن الوديعة عقد معروف في الفقه الإسلامي، وكذلك القرض. فالأول يحفظ ولا يستخدم، والثاني يستساغ استخدامه، فإذا تمَّ استخدام الوديعة؛ تحولت إلى عقد قرض.

ويجب هنا التنبيه إلى أن العرف إذا كان مناقضًا للشريعة الإسلامية، فيعد باطلاً، وذلك كالعرف الشائع في العصر الحاضر في البنوك التقليدية من أخذ الفائدة على الوديعة بنسبةٍ ثابتةٍ، فهذا العرف باطل؛ لمناقضته لأصول الشرع التي تحرم الربا، وهذا العقد يمسي قرضا وليس وديعةً، والعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني.

٢٢. نطاق ملكية الشيء:

بينت المادة ١٠٤٩ أنَّ "مالك الشيء يملك كل ما يعد في حكم العرف من عناصره الجوهرية، بحيث لا يمكن فصله عنه دون أن يهلك أو يتلف أو يتغير". وأثر قاعدة (العادة محكمة) واضح في هذه المادة؛ ذلك أن العرف يحدد نطاق ملكية المالك للعناصر الأساسية للشيء المملوك.

٢٣. حقوق الارتفاق:

ورد في المادة ١٢٧٥ أنه: "تخضع حقوق الارتفاق للقواعد المقررة في سند إنشائها، ولما جرى به العرف". وهاته المادة تكشف أن العرف له أثر كبير في مسألة حقوق الارتفاق.

٢٤. دفع المصروفات:

أوضحت المادة ٥٨٣ أن: "نفقات عقد البيع ورسوم التسجيل وغيرها من الرسوم، وأجرة كتابة السندات والصكوك، وغير ذلك من المصروفات التي يقتضيها البيع، تكون على المشتري، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك".

الخاتمة

توصل البحث إلى ما يلي:

١. وردت القاعدة الفقهية الكبرى العادة محكمة في المادة ١٦٤ مرة واحدة في القانون المدني العراقي، وهي: "العادة محكمة عامة كانت أو خاصة". والصياغة الفقهية للقاعدة في الفقه الإسلامي هي: " العادة محكمة"، بيدَ أن مجلة الأحكام العدلية قامت بإضافة (عامة كانت أو خاصة) إلى القاعدة في المادة (٣٦). ويظهر، أن القانون المدني العراقي قد سار على منهج مجلة الأحكام العدلية فيما أضافه إلى أصل القاعدة الفقهية. وهي إضافة مفيدة؛ إذ تساعد القاضي والحاكم في الاستدلال بمضمون القاعدة وفهمها فهمًا صحيحًا، لا سيما وأن العرف نوعان: خاص وعام، فيستدل بكليهما.

٢. أورد القانون المدني العراقي في المواد (١٥٦، ١٦٣، ١٦٤) القواعد المتفرعة عن القاعدة الكبرى العادة محكمة، ملتزما الصياغة التي جاءت في الفقه الإسلامي، أو بتصرف يسير جدًا، وهذه القواعد هي: "تترك الحقيقة بدلالة العادة، والمعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، والتعيين بالعرف كالتعيين بالنص، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم، والممتنع عادة كالممتنع حقيقة، واستعمال الناس حجة يجب العمل بها". وكان قَمِينًا بواضعي القانون عدم ذكر قاعدتيَ: "تترك الحقيقة بدلالة العادة، واستعمال الناس حجة يجب العمل بها"؛ لدخولهما في عموم قاعدة العادة محكمة، لاسيما وأن شأن القوانين الاقتصار، وتجنب الحشو والزيادة.

٣. نجد في تضاعيف القانون المدني العراقي ومواده أن مغزى قاعدة العادة محكمة والقواعد المتفرعة عنها قد طُبِّقَ في عديد من أبواب المعاملات المالية، والالتزامات المدنية، وتحديدًا عقد البيع، والإجارة، والمساقاة، وعقد العارية، والوديعة وغير ذلك، وذلك في أكثر من ثلاثين مادة قانونية.

التوصيات

يوصي البحث:

١. أصحاب القرار، والقانونيين، بالرجوع إلى القواعد الفقهية والاستفادة منها، عند سنِّ التشريعات، في العالم الإسلامي.

٢. جعل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيس للتشريعات في العالم الإسلامي.

المراجع

Abū Sinah, Aḥmad Fahmī. (1948). Al-ʿUrf Wa al-ʿĀdah Fī Raʾy al-Fuqahāʾ. Maṭbaʿah al-Azhār.

Al-ʿAṭṭār, Ḥasan. (1999). Ḥāshiyah al-ʿAṭṭār ʿAlā al-Muḥallā. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.

Al-Bāhīsayn, Yaʿqūb bin ʿAbd al-Wahhāb. (2012). Qāʿidah al-ʿĀdah Muḥakkamah. Riyadh: Maktabah al-Rushd.

Al-Bakrī, ʿAbd al-Bāqī. (n.d.). Al-Madkhal Li Dirāsah al-Qānūn. Cairo: Sharikah al-ʿĀtik.

Al-Burnū, Muḥammad Ṣidqī. (n.d.). Mawsūʿah al-Qawāʿid al-Fiqhiyyah. Beirut: Muassasah al-Risālah.

Al-Dasūqī, Muḥammad ʿArfah. (n.d.). Ḥāshiyah al-Dasūqī ʿAlā al-Sharḥ al-Kabīr. Taḥqīq: Muḥammad ʿIllish. Beirut: Dār al-Fikr.

Al-Dāwūdī, Ghālib ʿAlī. (2004). Al-Madkhal Ilā ʿIlm al-Qānūn. Amman: Dār Wāʾil.

Al-Jurjānī, ʿAlī bin Muḥammad. (1405AH). Al-Taʿrīfāt. Taḥqīq: Ibrāhim al-Anbārī. Beirut: Dār al-Kitāb al-ʿArabī.

Al-Mawsūʿah al-Fiqhiyyah al-Kuwaitīyyah. (1404AH). Kuwait: Dār al-Salāsil.

Al-Sarḥān, Muḥyī Hilāl. (2005). Tabsīṭ al-Qawāʿid al-Fiqhiyyah Wa Sharḥuhā Wa Dawruhā Fī ʾIthrāʾ al-Tashrīʿāt al-Ḥadīthah. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.

Al-Subkī, ʿAbd al-Wahhāb bin ʿAlī. (1991). Al-Ashbāh Wa al-Naẓāʾir. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.

Al-Suyūṭī, ʿAbd al-Raḥmān bin Abī Bakr. (1403AH). Al-Ashbāh Wa al-Naẓāʾir. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.

Al-Zalmī, Muṣṭafā Ibrāhim. (2014). ʾIḍāḥ al-Fawāʾid Fī Sharḥ al-Qawāʿid ʿAlā Namṭ Jadīd. Tehran: Dār Iḥsān.

Al-Zarqā, Muṣṭafā Aḥmad. (1433AH). ʿAqd al-Bayʿ. Damascus: Dār al-Qalam.

Al-Zarqā, Muṣṭafā Aḥmad. (2004). Al-Madkhal al-Fiqhī al-ʿĀmm. Damascus: Dār al-Qalam.

Al-Zuhaylī, Wahbah. (n.d.). Al-Fiqh al-Islāmī Wa Adillātuhu. Damascus: Dār al-Fikr.

Ḥaydar, ʿAlī. (2003). Durar al-Ḥukkām. Taḥqīq: Fahmī al-Ḥusaynī. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.

Ibn al-Qayyim, Muḥammad bin Abī Bakr. (1973). Iʿlām al-Muwaqqiʿīn ʿAn Rabb al-ʿĀlamīn. Taḥqīq: Ṭāha ʿAbd al-Raʾūf. Beirut: Dār al-Jayl.

Ibn ʿAṭiyyah, ʿAbd al-Ḥaqq bin Ghālib. (1993). Al-Muḥarrar al-Wajīz. Taḥqīq: ʿAbd al-Salām ʿAbd al-Shāfī. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.

Ibn Fāris, Aḥmad bin Zakariyā. (1979). Muʿjam Maqāyīs al-Lughah. Taḥqīq: ʿAbd al-Salām Muḥammad Hārūn. Dār al-Fikr.

Ibn Nujaym, Zayn al-ʿĀbidīn bin Ibrāhim. (1980). Al-Ashbāh Wa al-Naẓāʾir. Beirut: Dār al-Kutub al-ʿIlmiyyah.

Ibrāhim Muṣṭafā. (n.d). Al-Muʿjam al-Wasīṭ. Dār al-Daʿwah, Majmaʿ al-Lughah al-ʿArabiyyah.

Maʿlamah Zāyid Li al-Qawāʿid al-Fiqhiyyah Wa al-Uṣūliyyah. (2013). Abu Dhabi.