

## دور العرف في سد الفراغ التشريعي (بحث مقارنة بالشريعة الإسلامية)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

### ملخص البحث

يعتبر العرف قانوناً ملزماً بعد أن تتوفر له عناصره المادية والمعنوية، ولكن السؤال الذي يطرح نفسه أين تكمن هذه القوة الملزمة التي جعلته مصدراً رسمياً من بين مصادر القانون؟

وفي معرض الإجابة على هذا السؤال تعددت الآراء، فهناك من أرجع ذلك إلى (رضا المجتمع) وهناك من يرى أساس هذه القوة (الضرورات الاجتماعية) أي للعرف قوة ذاتية، وهناك من أنكروا ما تقدم وذهب إلى أن أساس ذلك هو جهة معينة أضفت عليه هذه القوة، وهي (القضاء)، ورأي آخر يرى تلك الجهة هي (المشرع).

ورغم تعدد الآراء، ولكن لا أحد ينكر عنصر الإلزام فيه الذي رقى به إلى الرتبة الرسمية كما تقدم، ففي البلدان - كالعراق ومصر - التي جعلته في المرتبة الثانية بعد التشريع صار للعرف دور في سد الفراغ التشريعي، فتؤخذ منه القاعدة القانونية حين افتقاد النص، وبهذا يكون له دور مكمل للتشريع، وله دور آخر - أيضاً - حين إرادة تطبيق النص إذ يُرجع إليه لمعرفة مستلزمات هذا التطبيق أو لتشخيص موضوع الحكم القانوني، أو لمعرفة دلالة الألفاظ المستعملة في النص التشريعي، وبهذا يكون له دور مساعد للتشريع.

وقد تناولنا ما تقدم في فقه القانون وأصوله مع بيان ما في الفقه الإسلامي وأصوله وتقريب ما في هذا الثاني - لاسيما في الأسس والأدلة في قوته وحجته - من الأول كي نوظف ما فيه لتقييم دور العرف في سد الفراغ التشريعي الذي يبتني على أساس ما ورد في إطار تقدير تلك الأسس والأدلة، وهو المحور الجوهر في هذا البحث، كي تنتهي هل أن تلك الأسس تنهض به إلى القيام بالدورين المذكورين أعلاه، أم أن له دوراً محدداً؟

وقد توصلنا في خاتمة البحث إلى أن العرف - بحسب الأسس والأدلة المحتج بها - أنه لا يصلح كمصدر مستقل منشئ للحكم القانوني، وإنما يقتصر دوره على كونه مساعداً للتشريع من أجل سلامة تطبيق النصوص ومعرفة الأحكام منها فهو إلى المصادر التفسيرية أقرب منه إلى المصادر الرسمية للقانون.

### المقدمة

رب اشرح لي صدري ويسر لي أمري، واحلل عقدة من لساني يفقهوا قولي، وصلى الله على محمد وآله وصحبه الميامين، وبعد:

تجسد أهمية هذا البحث في أنه ينصب على مصدر من مصادر التنظيم القانوني للحياة الاجتماعية الا وهو العرف القانوني، ولا يخفى على كل المعنيين في الشأن القانوني مدى أهمية الحديث في مصادر القانون على مستوى التشريع والقضاء والفقه.

وما نراه اليوم في بعض التشريعات المعاصرة من عدّ العرف مصدراً واصلًا للقاعدة القانونية وأنه يسد الفراغ التشريعي عند افتقاد النص، وأنه يكون معيناً للقاضي في سلامة تطبيق الحكم القانوني، فهل هذا الدور

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

وهذه القوة تبنتني على أساس ودليل بحيث ينهض به الى هذه المرتبة ام ان متطلبات البحث العلمي تفرض علينا نطاقاً محدداً للعرف خصوصاً في البلدان التي قدمته حتى على مبادئ الشريعة الإسلامية من بين مصادر القانون كالعراق ومصر .

ويتركز البحث على محور جوهري وهو تقييم وتقدير الأسس والادلة للقوة الملزمة للعرف التي جعلت له الدور المشار اليه اعلاه، وعليه فيخرج عن نطاق هذا البحث كل ما يتعلق بالعرف مما هو ليس داخل في هذا المحور عدا ما تعرضنا إليه تمهيداً في بيان ماهيته، واستكمالاً في بيان دوره المكمل والمساعد للتشريع . . ومنهجنا في عرض المادة العلمية في هذا البحث؛ لقد قمنا أولاً بعرض ما في فقه القانون وأصوله ثم نعرض ما هو قريب من ذلك في أصول الفقه الإسلامي، فنقارب بينهما على نحو بحيث يمكننا توظيف ما في هذا الاخير لتقييم ما في الاول لا سيما في مثل هذا الموضوع، لأن ماهية العرف واحدة في كلا الفقهيين، ومع ذلك عززنا بعض المواضع — ولو هامشاً — بالنصوص التشريعية لدى المشرع العراقي والمصري .

واما خطة البحث وبحسب ما يقتضيه عنوانه لا بد لنا ان نبين أولاً وعلى نحو تمهيدي في بيان ماهية العرف بالتعرض إلى معناه وعناصره في مطلب أول ومن ثم تمييزه عن التشريع في مطلب ثانٍ، وهذا ما تضمنه المبحث الأول، فإذا تم ذلك فعندئذ يمكن ان نستفهم عن أساس القوة الملزمة للعرف التي اعطته صفة القانون ومناقشة تلك الأسس التي في ضوئها نقيم العرف في دوره بسد الفراغ التشريعي وهذا ما تضمنه المبحث الثاني وعرضنا فيه أساس (رضا المجتمع) و أساس (الضرورات الاجتماعية) في مطلب أول، وأساس (تطبيق القضاء) وأساس (رضا المشرع) في مطلب ثانٍ، واستكمالاً للبحث بيّنا في المبحث الثالث الدور الذي يؤديه العرف - فعلاً - في الحياة القانونية وهو (سد الفراغ التشريعي)، وذلك في مطلبين تناولنا في الأول : بيان دوره المكمل للتشريع وفي الثاني بيان دوره المساعد للتشريع .

وبعد أن أنهينا من عرض المباحث الثلاثة أعلاه نكون قد وصلنا الى الخاتمة التي لخصنا فيها اهم النتائج التي تمخض عنها البحث وما يبنتني عليها في تقييم العرف كمصدر للقاعدة القانونية حين الفراغ التشريعي وما ينبغي له من دور بناءً على ما تقتضيه تلك الأسس في قوته الملزمة .

وفي ختام هذه المقدمة أقول بذلت جهدي في ان أقدم للمكتبة القانونية بحثاً يكون له أثر في فقه القانون والاستفادة مما فيه في مجال الإصلاحات التشريعية، وما توفيقى إلا بالله سبحانه وتعالى .

## المبحث الأول

### ماهية العرف القانوني

لابد ان نمهد لمحور البحث بالوقوف على ماهية هذا العرف التي تختلف عن بقية الأعراف الاجتماعية الأخرى, واستجلاء لهذه الماهية نتعرض في المطلب الأول من هذا المبحث إلى معنى العرف وعناصره, ونتناول في المطلب الثاني منه : تميزه عن التشريع .

## المطلب الأول

### معنى العرف وعناصره

وردت في فقه القانون عدة تعريفات للعرف تبين معناه باعتباره مصدر للقاعدة القانونية وهذه التعاريف وأن اختلفت في بعض ألفاظها إلا أنها قريبة من بعضها من حيث المضمون, فقد عرّف أنه (اعتیاد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة)<sup>(١)</sup>, وعرّف أيضاً أنه (مجموعة من القواعد التي نشأت من اطراد سلوك الناس زمناً طويلاً مع اعتقادهم بإلزامها وبأن مخالفتها تستتبع توقيع جزاء مادي)<sup>(٢)</sup>, وعرّفه الدكتور عبد الحي حجازي أنه (الاعتیاد على سلوك معين بصفة عامة موحدة مستمرة مع الاعتقاد في إلزامية هذه القاعدة ...)<sup>(٣)</sup>.

وفي نطاق الفقه الإسلامي هناك عدد من التعاريف التي هي قريبة مما هو وارد في فقه القانون منها أنه (ما استقر في النفوس من جهة العقول ونقلته الطباع السليمة بالقبول)<sup>(٤)</sup>, ومنها أيضاً هو (ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك)<sup>(٥)</sup>.

وعرّفه أستاذنا الدكتور الزلمي بأنه (ما تكرر استعماله من فعل أو قول حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات)<sup>(٦)</sup>.

وإذا دققنا النظر في التعاريف المتقدمة نستنتج أن للعرف القانوني عنصرين: الأول : وهو العنصر المادي الذي يتمثل في الاعتیاد على سلوك معين, والعنصر الثاني: وهو العنصر المعنوي الذي يتمثل في الشعور بأن هذا الاعتیاد على هذا السلوك ملزم .

أولاً : العنصر المادي

قد يعبر عن هذا العنصر بالعنصر الموضوعي, وهو امرٌ خارجي بمعنى ان يصدر سلوك معين بنحو عام ويتكرر هذا السلوك ويستمر بشكل موحد في ظروف واحدة فقوام هذا العنصر هو اعتیاد الناس على سلوك اجتماعي معين, ولكن ليس كل سلوك معتاد يعتبر عرفاً قانونياً إذ لابد ان تتوفر في هذا السلوك شروط أربعة

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

١ - يجب أن يكون هذا الاعتياد على السلوك عاماً:-

بمعنى أن يصدر هذا السلوك بشكل عام وعلى نحو متكرر ولكن ليس بالضرورة حتى تتوافر هذه العمومية , يجب ان يصدر هذا السلوك من كل فرد من أفراد المجتمع بل يكفي أن يصدر ولو من فئة معينة من المجتمع ولكن يلحظ بهذه الفئة الصفات لا ذوات من صدر منهم السلوك كما لو صدر من فئة المحامين فيتكون عندئذ عرف مهني يلزم نه كل من توافرت فيه صفة المحامي .

٢ - يجب أن يكون هذا السلوك مطرداً:-

أي يصدر هذا السلوك كلما توافرت نفس الظروف من أبناء المجتمع علماً بأن شذوذ بعض الافراد عنه لا يقدرح من اعتباره سلوكاً سائداً مطبقاً في ذلك المجتمع .

٣ - يجب أن يكون قديماً:-

ويراد بالقدم هنا أن تمضي فترة زمنية على نشوئه مما يدل على رسوخ هذا السلوك واطمئنان الناس بالحل الذي تعارف فيما بينهم.

٤ - يجب أن يكون هذا السلوك محلاً للتنظيم القانوني:-

أي أنه منظماً للعلاقات الاجتماعية مع أغير وإلا يكون عرفاً اجتماعياً خر غير العرف القانوني أمثال الأعراف السائدة في ارتداء زي معين بالمناسبات<sup>(٧)</sup>.

ثانياً : العنصر المعنوي

وقد يعبر عن هذا العنصر بـ(عنصر الإلزام), وهو شعور المجتمع بان هذا الاعتياد على هذا السلوك الاجتماعي هو ملزم لهم, فيعتقدون أن امتثاله باعتباره منظماً لعلاقاتهم الاجتماعية فيما بينهم أمر واجب عليهم وأن من سيخالف ذلك يتعرض إلى الجزاء القانوني.

وبهذا العنصر يتميز العرف القانوني عن بقية الأعراف والعادات الاجتماعية التي تفتقر لمثل هذا الشعور بالقوة الملزمة, وكذا يتميز عن العادات الاتفاقية التي يتوافر فيها الركن المادي فقط, ولا تكون ملزمة للأفراد إلا متى اتفقوا على اعتبارها صراحةً أو ضمناً, أو أحال اليها المشرع بنص تشريعي فتصبح واجبة الاتباع<sup>(٨)</sup>.

المطلب الثاني

تميز العرف عن التشريع

يتشابه العرف مع التشريع في كون كل منهما مصدراً للقاعدة القانونية بصورة رسمية، فإذا لم يجد القاضي نصاً تشريعياً، ينتقل عندئذ للبحث عن القاعدة التي تحكم النزاع إلى العرف، فتكون مرتبته بين المصادر الرسمية هي الثانية بعد التشريع كما عليه القانون المدني العراقي والمصري كما سيأتي:

ومع ذلك يتميز العرف عن التشريع بالأمور الآتية :-

- ١- العرف يتولد تلقائياً في حياة المجتمع بينما التشريع ليس كذلك، إذ لا بد أن تتصدى الإرادة التشريعية لسنة ولا يكون نافداً إلا بعد إصداره ونشره، ولذا يطلق على العرف بالـ(القانون التلقائي)، ولا نجد هذه التلقائية في التشريع كما تقدم<sup>(٩)</sup>.
- ٢- العرف يعالج المراكز القانونية التي تحققت ولا يمكن أن يُنشئ قاعدة قانونية لعلاج حالة مستقبلية؛ وهذا بخلاف التشريع الذي يمكن أن يوضع مسبقاً لتفادي ما سيقع من منازعات مستقبلاً.
- ٣- العرف قد يؤدي إلى تعدد القواعد القانونية بسبب اختلافه من مكان إلى آخر حتى في الدولة الواحدة كما هو في (العرف المحلي)، في حين أن التشريع يسري في جميع أنحاء الدولة وبالتالي يحقق الوحدة القانونية.
- ٤- لم يأت العرف بصورة ذات صياغة واضحة محددة، بينما يأتي التشريع بصورة مكتوبة وبصياغة محددة، وإن كان هذا المائز ليس من الأهمية بمكان أن أريد به عدم توافر الكتابة في العرف، إذ بالامكان جمع الأعراف وكتابتها في مدونات، ولكن هذا لا يُغيّر من طبيعة قواعده إذ هي عرضة للزوال والتغيير إذا تعارف الناس على تطبيق قواعد عرفية أخرى في حياتهم الاجتماعية تحل محل تلك القواعد العرفية المكتوبة<sup>(١٠)</sup>.

المبحث الثاني

أساس القوة الملزمة للعرف

إذا أستجمع العرف لعناصره واكتسب صفة الإلزام، فالسؤال الذي يطرح نفسه؛ ما هو أساس هذه القوة الملزمة؟ وبتعبير آخر أين تكمن قوة العرف عندما يتخذ الصفة الرسمية كمصدر من مصادر القاعدة القانونية؟ لقد اهتم فقهاء القانون بالإجابة على هذا السؤال والبحث عن هذا الأساس ولا يقل اهتمامهم عن اهتمام علماء الأنثروبولوجيا بتقصي مصادر الأعراف، إلا انه تعددت آراءهم واتجاهاتهم في بيان أساس هذه القوة، وسنتناول في هذا المبحث عرض أربعة أسس استدل بها فقهاء القانون هي، أساس (رضا المجتمع) و(الضرورات الاجتماعية) و (تطبيق القضاء) و (رضا المشرع)، وتتناول الأساس الأول والثاني في المطلب الأول من هذا

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

المبحث بعنوان ؛ الأسس العامة ، لان هذين الأساسين ينشان في المجتمع بصورة عامة من دون وجود جهة خاصة تضيف على العرف هذه القوة، ثم نتناول الأساس الثالث والرابع في المطلب الثاني من هذا المبحث بعنوان؛ الأسس الخاصة ، لان هذين الأساسين ينشان من إضفاء جهة خاصة وهي القضاء او المشرع .

### المطلب الأول

#### الأسس العامة

يندرج تحت هذه الأسس أساس (رضا المجتمع) وأساس (الضرورات الاجتماعية) وفيما يأتي عرض لهذين الأساسين بفرعين في هذا المطلب مبينين مضمونهما وتأصيلهما وتقييمهما والمقاربة بينهما وبين ما في أصول التشريع الإسلامي .

#### الفرع الأول

##### رضا المجتمع

مضمون هذا الأساس في فقه القانون؛ ان العرف يستمد قوته الملزمة من الرضا الضمني لأفراد الشعب أي ان الشعب هو الذي يخلق العرف ويطبقه، فبعدما نشأ العرف تلقائياً من عادات درج عليها الناس أجمعوا على الاعتقاد في لزومه<sup>(١١)</sup>.

ويستند هذا التأسيس الى تصوير المدرسة التاريخية التي يقودها الفقيه الألماني (سافيني) بان القانون ظاهرة اجتماعية متطورة تلقائياً نتيجة ما يتفاعل في ضمير الجماعة من عوامل مختلفة، فالعرف وسيلة التعبير المباشر عن هذا الضمير الذي يخرج منه القانون، وبالتالي فالعرف هو الشكل الأساسي الطبيعي للقانون لا سيما في صورته الأولى، وانه مظهر من مظاهر الحياة الاجتماعية وجزء من التراث القومي كاللغة والدين<sup>(١٢)</sup>.

ونوقش هذا الأساس بان فكرة الضمير الجماعي او ضمير الشعب فكره غامضة مبهمة مما يجعل وجود هذا الضمير محل لبس، وانه من الصعب ان يتحدد على أساسها القانون المطبق في الدولة<sup>(١٣)</sup>.

وقريب من الأساس المتقدم أستدل بعض المدارس الفقهية في أصول التشريع الإسلامي على حجية العرف باعتباره أصلاً ودليلاً تبتني عليه الأحكام الشرعية استدلوا بروية المجتمع المسلم ، فما أستحسنه من الأعراف يكون ملاكاً للحكم الشرعي، واستندوا في ذلك الى ما رواه ابن مسعود عن النبي (ص) : (ما راه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن، وما راه المسلمون سيئاً فهو عند الله سيء)<sup>(١٤)</sup>.

ونوقش هذا الاستدلال بان التعبير بالرؤية لا يساوق معنى العرف، فالرؤى والأفكار ليست دائماً — هي منشأ العرف، إذ الأعراف تنشأ من ظروف قاهرة تقتضيها التركيبة الاجتماعية والثقافات الموروثة

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

والمغيرات الحاصلة من التداخل بين الأمم، وليس شيء من ذلك يتصل بالرؤية والفكر هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا علاقة للمعرف بعوالم الحسن لعدم ابتناؤه عليها — غالباً — اذ هناك الكثير من الأعراف نجعل العلة منها، وعلى فرض تمامية الاستدلال — هنا — فانه لا ينهض بان يجعل العرف أصلاً وإنما يكون من صغريات حكم العقل، فالحديث — على تقدير سلامة سنده<sup>(١٥)</sup> — إنما جاء تأكيداً لحكم العقل، علماً بان كل ما يتصل بتشخيص الصغرى لمسألة أصولية هو ليس من الأصول بشيء<sup>(١٦)</sup>.

### الفرع الثاني

#### الضرورات الاجتماعية

يتبنى الكثير من فقهاء القانون هذا الأساس، ويريدون به ان للعرف قوة ذاتية منشأها الضرورات الاجتماعية، وهذه الضرورات يقتضيها تنظيم حياة المجتمع فعندما لا يوجد قانون ينظم الحياة كما كانت عليه المجتمعات البدائية او عندما يفتقد التشريع لتنظيم حالة معينة كما هو في المجتمعات الحديثة، يرون — واقعاً — ان العرف هو الذي يحل محل القانون — حينئذ — لتنظيم العلاقات الاجتماعية، فالعرف هو الوسيلة الفطرية الطبيعية لكل جماعة في حكم السلوك فيها وفي التصدي لتنظيم ما قد يستعصي على التشريع تنظيمه، وعليه فهو يملك قوة ذاتية في سد الفراغ التشريعي، وهناك اعتبارات كثيرة أعطته هذه القوة منها؛ ما للقديم من قدسية في النفوس، وكذلك الشعور بالاستقرار في حالة تطبيق ما جرى الناس على اتباعه زمنياً طويلاً في مجال التعامل الاجتماعي<sup>(١٧)</sup>.

ونوقش هذا الأساس بأنه يخلط بين علة الإلزام ومصدره، فعلة الإلزام في العرف - كغيره من القواعد القانونية - هي ضرورة تنظيم المجتمع، أما مصدر الإلزام فلا يكون إلا من إرادة قادرة على توجيه الأمر إلى المخاطبين بالقاعدة، ومفاد ذلك أن ضرورة العرف هي التي تبرر جعله مصدراً رسمياً للقانون وتعجز عن جعله ملزماً، بالإضافة إلى ذلك ان التعبير بالقوة الذاتية للعرف لا تفسر أساس الإلزام لكنها تعبر فقط عن استقلال العرف كمصدر قائم بذاته الى جانب التشريع والقضاء<sup>(١٨)</sup>.

وقريب من الأساس أعلاه استدلل البعض على حجية العرف في الشريعة الإسلامية كمصدر للحكم الشرعي فيما لا نص فيه بان ((ما يتعارفه الناس من قول او فعل يصير من نظام حياتهم ومن حاجاتهم فإذا قالوا أو كتبوا فإنما يعنون المعنى المتعارف لهم وإذا عملوا فإنما يعملون على وفق ما تعارفوه واعتادوا، وإذا سكتوا عن التصريح بشيء فهو اكتفاء بما يقضي به عرفهم لذا قال الفقهاء: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وقالوا ان الشرط في العقد يكون صحيحاً اذا اقتضاه العقد وورد به الشرع أو جرى به العرف))<sup>(١٩)</sup>.

ونوقش هذا الدليل - بعد أن عرفنا مناقشة فقهاء القانون لأساس الضرورات الاجتماعية كما تقدم - بأنه لا يصلح لاستكشاف الحكم الشرعي منه، فليس عندنا من الأدلة ما يسمى بـ (نظام الحياة)، وان الأنظمة السائدة

# النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

التي تعارف عليها الناس فبعضها أقرها الإسلام فتكون حجة لأنها من السنة، إذ الإقرار صورة من صور السنة، وبعضها لم يقرها فليست بحجة ولا يسوغ الركون إليها، وكما من الأعراف التي كانت سائدة في مجتمع الجزيرة قبل الإسلام قد استأصلت في الإسلام، وبعضها مجهول الحال لعدم الدليل على إثباته أو نفيه فيبقى محكوماً بالإباحة الظاهرية<sup>(٢٠)</sup>.

## المطلب الثاني

### الأسس الخاصة

يندرج تحت هذه الأسس أساس (تطبيق القضاء)، وأساس (رضا المشرع) وفيما يأتي عرض لهذين الأساسين بفرعين في هذا المطلب على النحو الذي نهجناه في المطلب الأول.

### الفرع الأول

#### تطبيق القضاء

من الأسس الواردة — أيضاً — في فقه القانون هذا الأساس، وبموجبه أن إلزام العرف لا ينشأ من تلقاء نفسه، وإنما هناك جهة هي التي تضي عليه هذه القوة وهي الجهة القضائية، فعندما ترفع المنازعات إلى القضاء ويقوم القضاء بتطبيق العرف عليها باعتباره قانوناً يحكم العلاقات الاجتماعية فعندئذ يتصف العرف بالقوة الملزمة، وقد يعبر عن ذلك بأن القضاء هو الذي يحول العادة بتطبيقها إلى عرف ملزم، يعني حينما يصدر منه حكماً في القضية المنظورة أمامه مستندا فيه إلى العادة السائدة في المجتمع فتصبح عندئذ عرفاً ملزماً، ويرى البعض أن العرف الملزم يتولد من استقرار القضاء على الحكم في مسائل معينة بأحكام معينة ومن شأن هذا الاستقرار على هذه الأحكام أن يضفي القضاء عليها صفة العرف الملزم<sup>(٢١)</sup>.

ولهذا الأساس أنصار كثيرون ليس فقط في ظل القانون الاتكليزي، إذ فضلاً عما له من تأييد في نظام السوابق القضائية المقرر في القانون أعلاه، يجد له أنصار أيضاً في الفقه الفرنسي، أبرزهم الفقيه لامبير الذي من خلال استقرائه للتاريخ توصل إلى أن العرف في الجماعات البدائية لم يخرج — خلافاً للشائع — من العادات الشعبية وإنما خرج من أحكام الكهنة القضاة الذين يستمدون سلطتهم في القضاء من صفتهم الدينية إذ كان الدين يومذاك هو المهيمن في المجتمع، ولم يتغير الحال بعد أن أصبح القضاة مدنيين يستمدون سلطتهم من الدولة، فالقضاء هو الذي يعطي وصف القواعد القانونية لما يوجد في الجماعة من عادات وأعراف مختلفة<sup>(٢٢)</sup>.

ونوقش هذا الأساس بأن القضاء لا يملك إنشاء القواعد القانونية بناءً على مبدأ الفصل بين السلطات، وإنما يطبق تلك القواعد بعد أن تكون قانون، فهو يطبق العرف بعد نشأته وصيرورته قانوناً أي بعد أن اكتسب



## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

القوة الملزمة، وانه من الثابت ان بعض العادات العرفية قد ظهرت واستقرت قبل ان تطبقها المحاكم خاصة الأعراف المهنية او تلك التي تنظم الملكية<sup>(٢٣)</sup>.

ونرى بان هذا الأساس يلزم منه الدور بمعنى ان القضاء لا يطبق العرف حتى يكون قانوناً، والعرف لا يكون قانوناً حتى يطبقه القضاء، والمنطق يقضي باستحالة هذا الدور<sup>(٢٤)</sup>، فضلاً عن ذلك ان بعض من يذهب اليه خلط بين مسألة أساس القوة الملزمة للعرف ومسألة المبادئ القانونية المستخلصة من استقرار المحاكم على إتباعها والحكم بمقتضاها<sup>(٢٥)</sup>، ولا يُنكر ان هذا الاستقرار على هذه المبادئ قد يمهد لخلق العرف حيث يجري الأفراد تنظيم أمورهم طبقاً لما يستقر عليه القضاء ثم يتولد الشعور بوجود احترامه ثم يتطور إلى شعور الناس بأنه ملزم لهم<sup>(٢٦)</sup> ولا يُنكر — أيضاً — أن التطبيق القضائي للعرف يؤدي إلى إزالة الغموض الذي يكتنفه إذ بهذا التطبيق يتحدد مضمون هذا العرف وتدعم قوة إزمائه التي كان يعتقدونها الناس<sup>(٢٧)</sup>.

هذا ولم نجد في أصول التشريع الإسلامي من يذهب إلى مثل هذا الاحتجاج أو قريب منه، فالقاضي الإسلامي ملزم بتطبيق الأحكام الشرعية التي قامت عليها الأدلة، أي أن العرف هل هو حجة أم لا، سابق على التطبيق القضائي.

### الفرع الثاني

#### رضا المشرع

هناك اتجاه في فقه القانون بل هناك مدرسة تنكر القوة الذاتية للعرف وتذهب إلى أن أساس قوته الملزمة إنما تستمد من إرادة المشرع، فإذا لم يعترض المشرع على العرف السائد فهذا يعني انه راض به لحكم العلاقات القانونية أي سكوت المشرع عنه يفسر بأنه رضا ضمني به، وعندئذ يكون للعرف قوة تجعله مصدراً مستقلاً للقاعدة القانونية إلى جانب المصادر الأخرى<sup>(٢٨)</sup>.

ويستند هذا الأساس إلى تصوير المدرسة الشكلية، مدرسة أوستن الذي ربط القانون بوجود الدولة، وان أحكام العرف لا تتخذ صفة القانون إلا إذا أجازتها الدولة أو الهيئة ذات السيادة، وهذا ينسجم مع نظرة أوستن الفلسفية للقانون بأنه الأمر الصادر من الهيئة السياسية السامية، ومع ذلك لا ينكر أوستن بان هناك قواعد تعارف عليها الأفراد في علاقاتهم الاجتماعية لكنه يطلق عليها اصطلاح الأخلاق الوضعية<sup>(٢٩)</sup>.

ونوقش هذا الأساس بأنه يخالف ما هو ثابت تاريخياً من ان العرف اسبق وجوداً من التشريع، فهو قد وجد كمصدر مستقل دون إقرار المشرع له، وبذلك يظهر عجز هذا الأساس عن تبرير قوة العرف الملزمة لا سيما في المجتمعات البدائية التي لم تكن قد عرفت المشرع بعد، وبناءً على هذه الحقيقة التاريخية فالعرف لا يكون ملزماً لأن الدولة تقره وتطبقه وإنما الدولة تقوم بتطبيقه لأنه ملزم بذاته من قبل هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ان أوستن لم يفصح بشكل مقنع عن سبب عدم اتصاف الأحكام المتعارفة التي سماها بالأخلاق الوضعية

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

بالصفة القانونية<sup>(٣٠)</sup>.

واعتقد ان المناقشة في مسألة كون العرف اسبق وجوداً من التشريع تصح اذا أريد به التشريع الوضعي الذي يصدر من الدولة وألا إذا أريد به الاعم من ذلك فمحل نظر اذ التشريع الالهي والتشريعات الدينية وجدت منذ ان وجد الانسان على هذه البسيطة إذ أن آدم (ع) نبي من أنبياء الله، فما صدر منه لتنظيم حياته وحياة اسرته آنذاك هو بمثابة تشريع الهي، وحتى بعد حصول الفيضان وبدء عهد جديد للإنسانية فان نوح (ع) يعتبر اول نبي بعث برسالة وشريعة<sup>(٣١)</sup>، ولكن لما انحرفت المجتمعات - بحسب فترات التاريخ — عن التشريعات الدينية، ولم يكن لديها من يضع لها قانون فحينئذ نظمت علاقاتها الاجتماعية على أساس ما تعارف فيها من سلوكيات وعادات، وحتى هذه الأعراف إذا دققنا النظر فيها نجد منها كان موجودا في الشرائع الدينية السابقة<sup>(٣٢)</sup>، إذن التشريع — بالنظر الأعم من الوضعي الصادر من الدولة — هو اسبق وجوداً من العرف، وهذا لا يعني أن هناك مانعاً من نشأة العرف ليتناول أنماطاً من السلوك لم يتناولها المشرع سيما تلك التي لا تتقاطع مع مبادئ الشرائع.

وقريب من الأساس المتقدم ترى بعض المدارس الفقهية في أصول التشريع الإسلامي انه لا حجية للعرف إلا إذا كان قد أمضاه الشارع، فإذا تعارف العقلاء سلوكاً معيناً وكان بمرأى او بمسمع أو بعلم الشارع ولم يعترض عليه، فان سكوته يكشف عن رضائه وإمضائه لذلك العرف، فإذا كان العرف جارياً على معاملة معينة وسكت الشارع عن ذلك فهذا يكشف عن إمضائه لها، فالشارع — مثلاً — امضى عقد الاستصناع — وهو حكم عرفي — ولم يمضي جميع ما لدى العرف من احكام، اذن لا قيمة للعرف ان لم يكن قد حظى بإقرار الشارع صراحة أو إمضاه، ويدخل في ضمن هذا المجال كل ما قامت عليه سيرة العقلاء من الأعراف العامة التي تتصل بعصر التشريع، فالعرف بأي شكل أفترض لا يكون مصدراً من مصادر التشريع بل تكون دليلاً عليه على الحكم الشرعي راجعة لكشفه عن تقرير الشارع وإمضاه<sup>(٣٣)</sup>.

### المبحث الثالث

## دور العرف في سد الفراغ التشريعي

إتماماً للبحث واستكمالاً للتقييم لابد من البحث في دور العرف في سد الفراغ التشريعي، وهو ما نتعرض له في هذا المبحث، فالقضاء يلجأ إلى العرف حين يفتقد النص التشريعي لمعالجة القضية المعروضة أمامه، وذلك في الدول - كالعراق ومصر - التي تجعله يلي التشريع من بين مصادر القاعدة القانونية .

إلا أن دوره لم يقتصر عند هذا الحد، إذ قد يُلجأ إليه لتحديد مفهوم معين أو تفسير لفظة معينة أو تشخيص موضوع يتعلق بتطبيق نص تشريعي، اذن الفراغ تارة يحصل حين افتقاد النص وعندئذ يكون للعرف دور مكمل للتشريع، وتارة أخرى يحصل الفراغ حين إرادة تطبيق النص، وعندئذ يكون للعرف دور مساعد للتشريع، بمعنى انه في الصورة الأولى لا يوجد تنظيم قانوني لحسم القضية المعروضة محل النزاع، أما في الصورة الثانية هناك نص تنظيمي ولكن قد نستعين بالعرف - وبتوجيه من القاعدة التشريعية - لمسألة معينة يكون هو اقدر وأكثر ملاءمة من التشريع في تحقيق أغراضها.

فالفارق بين الصورتين انه في الأولى مصدر للقاعدة القانونية قائم بذاته بينما في الثانية يكون مصدر مساعد إلى جانب القاعدة التشريعية .

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نتناول في الأول: دوره المكمل للتشريع، وفي الثاني دوره المساعد للتشريع.

## المطلب الأول

### دوره المكمل للتشريع

يُعبّر فقهاء القانون عن هذا الدور بان للقاعدة القانونية العرفية دور مكمل للنقص الموجود في التشريع، فعندما لا يجد القاضي نصاً تشريعياً يستند اليه لتحصيل الحكم القانوني للفصل في القضية المعروضة عليه عندئذ يلجأ الى العرف باعتباره مصدراً رسمياً جعله المشرع احتياطياً يأتي بعد التشريع كما هو لدى المشرع العراقي والمشرع المصري<sup>(٣٤)</sup>، وان كان هناك بعض الدول كالجائر واليمن والأردن جعلته يأتي بعد مبادئ الشريعة الإسلامية<sup>(٣٥)</sup>، ففي هذه الدول إذا لم يحصل القاضي على الحكم القانوني في التشريع، عليه ان يبحث عنه في مبادئ الشريعة ثم العرف .

اذن — هنا — العرف مصدر للقاعدة القانونية أي انه يُنشئ الحكم القانوني كالقاعدة التشريعية سوى انه لم يكن قد سُنَّ بالطريقة التي يصدر فيها التشريع .

٧٢٤ يقتصر هذا الدور على فرع معين من فروع القانون، فهو يعم فروع القانون الخاص عدا الاحوال الشخصية لدى المشرع العراقي اذ حصر مصادر هذا القانون بمصدرين فقط هما التشريع والشريعة

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

الإسلامية<sup>(٣٦)</sup>، وكذلك له هذا الدور في فروع القانون العام عدا التشريعات الجنائية والمالية كما سيأتي، وقد جاء في الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري بان (العرف هو المصدر الذي يلي التشريع في المرتبة فمن الواجب ان يلجأ إليه القاضي مباشرة إذا افتقد النص ... وسيظل الى جانب التشريع مصدراً تكميلياً خصباً لا يقف عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي يسري في شأنه قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء)<sup>(٣٧)</sup>.

ففي نطاق القانون المدني: نجد للعرف دوراً هاماً في المعاملات المالية، لا سيما ان معالجة ترتيب مصادر القانون يتصدى المشرعون لها في هذا القانون، ولكن نصيبه لم يكن بمستوى العرف التجاري وذلك لكثرة نصوص القانون المدني التي تناولت احكاماً كثيرة في المعاملات المالية فضلاً عن وجود النظرية العامة للالتزامات التي هي بمثابة الشريعة العامة، إذ يرجع اليه عندما يفترق النص الخاص لحكم حالة معينة، ويورد الفقهاء الأمثلة للعرف المدني التي منها: احكام العقود غير المسماة التي لم يرد لها تنظيم في التشريع نحو عقد الإقامة في الفندق<sup>(٣٨)</sup>، وأيضاً مثاله احتفاظ الزوجة بلقبها بعد الزواج كما في مصر والعراق دون ان تكتسب حق استعمال لقب الزوج بينما يجري في كثير من الدول الغربية وخاصة فرنسا للزوجة ان تكتسب الى جانب لقبها الاصلي لقب الزوج بمجرد الزواج<sup>(٣٩)</sup>، وجرى العرف في مصر على ان توزيع اعباء تأثيث بيت الزوجية بين الزوجين<sup>(٤٠)</sup>.

اما في نطاق القانون التجاري: تعتبر البيئة التجارية هي البيئة الخصبة لنشوء الأعراف القانونية، فتتنظم تلك الأعراف العلاقات التجارية عند افتقاد النص التشريعي، وقد يغلبه المشرع على التشريع عند تعارضهما في حالات معينة بل يذهب بعض المشرعين الى تفوقه حتى على النص الأمر<sup>(٤١)</sup>.

ويعتبر التضامن بين المدنيين في الديون التجارية امراً مفترضاً بحسب ما يقضى به العرف في حين لا يفترض لو كانت الديون مدنية<sup>(٤٢)</sup>، فالعرف في هذا النطاق انشأ حكماً قانونياً هو جعل المسؤولية تضامنية بين المدنيين وجرى العرف التجاري ايضاً على اعتبار التوقيع على ظهر الشيك تظهيراً ناقلاً للملكية ما لم يثبت ان التوقيع قصد به التظهير التوكيلي<sup>(٤٣)</sup>، وجرى كذلك على تخفيض الثمن عوضاً عن الفسخ في حالة تأخر البائع تسليم المبيع<sup>(٤٤)</sup>.

وأما في نطاق قانون العمل: هناك قواعد قد تعارف عليها بين العمال وأرباب العمل نحو الأعراف المنظمة لمواعيد الاخطار لدى انتهاء عقد العمل والأعراف المنظمة لقواعد توزيع الوهبة — البخشيش — بين العمال، إذ يعتبر ما يدفع لاحد العمال من عطاء — بحشيش — حقاً لجميع العمال، فالعرف انشأ حقاً لبقية العمال وإن لم يدفع ذلك العطاء إليهم مباشرة<sup>(٤٥)</sup>، فهذه الأعراف تطبق مع عدم وجود نص في قانون العمل، وان كان هناك من يذهب الى وجوب تطبيق العرف حتى مع وجود النص بل حتى وان كان آمراً ما دامت القاعدة العرفية أفضل للعامل من القاعدة التشريعية<sup>(٤٦)</sup>.

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

وأما في نطاق القانون الدولي الخاص: يورد البعض أمثلة لهذا الفرع في قدرة العرف على انشاء القواعد القانونية منها فيما يتعلق بالجنسية وفيما يتعلق بتنازع القوانين، فبالنسبة للجنسية يوجد عرف دولي ملزم للدولة بشأن ضرورة توفر رابطة أصلية بين الدولة والفرد لمنح الجنسية، أما بالنسبة لقواعد تنازع القوانين، فانه لا يجوز للدولة — بمقتضى العرف الدولي السائد — أن تمتنع عن تطبيق القانون الاجنبي بصورة مطلقة في العلاقات الدولية ذات العنصر الأجنبي<sup>(٤٧)</sup>، وهذه الأعراف في الواقع هي أعراف دولية لا داخلية فهي إلى فرع القانون الدولي العام اقرب منها إلى الدولي الخاص .

فيما تقدم بعض المصاديق للعرف القانوني في بعض فروع القانون الخاص، وسبق أن ذكرنا بان دور العرف في سد الفراغ التشريعي يعم أيضاً فروع القانون العام :

ففي نطاق القانون الدستوري: نجد للعرف دوراً بارزاً، فإذا كان القانون التجاري من بين فروع القانون الخاص يعتبر البيئة الخصبة لنشوء الأعراف، فالقانون الدستوري من بين فروع القانون العام له الصدارة في نشوء الأعراف، بل في هذا الفرع تقسم الدساتير — ابتداءً — إلى دساتير مكتوبة، ودساتير عرفية لم يسن المشرع الدستوري أحكامها بل ترجع قواعدها إلى العرف، والأمثلة كثيرة في هذا النطاق منها؛ ما استقر في فرنسا من إلزام الملك باختيار رئيس الأغلبية البرلمانية رئيساً للوزراء، وفي مصر يعتبرون ما كان في ظل دستور ١٩٢٣ من حق السلطة التنفيذية في إصدار اللوائح منشأه العرف الدستوري آنذاك، فهي صاحبة الاختصاص الأصيل في إصدار التشريعات الفرعية وان لم يوجد نص في الدستور يخولها ذلك، ولهذا يذهب العميد دوجي إلى أن العرف المكمل يعد في مرتبة الدستور لأنه ينصرف أثره إلى تنظيم موضوعات لم يتطرق المشرع الدستوري إليها<sup>(٤٨)</sup> .

وأما في نطاق القانون الإداري: لقد درج العمل في المجال الإداري على إتباع قواعد العرف باعتباره أهم مصادر القانون الإداري غير المقتن، فالإدارة إذا التزمت قاعدة واتخذتها منهاجاً لها فإنها مسؤولة عن مخالفتها . من ناحية أخرى، هذه القاعدة التنظيمية الملزمة أي يكون قانون يجب احترامه<sup>(٤٩)</sup> .

وأما في نطاق القانون الدولي العام: فان للأعراف الدولية شأن كبير في نشأت هذا القانون ولا زالت هذه الأعراف تحكم العلاقات الدولية، ومن هذا القبيل يعتبر — عرفاً — بان قواعد القانون الدولي العام مندمجة في القانون الداخلي دون حاجة إلى إجراء تشريعي<sup>(٥٠)</sup>، وتعدّ المعاهدات الشارعة بالنسبة للدول التي لم تنظم اليها عرفاً دولياً ملزماً كما هو الحال في معاهدة قانون البحار لسنة ١٩٨٢ فقد ذهبت محكمة العدل الدولية إلى أنها ملزمة لبقية الدول بوصفها عرفاً دولياً .

وأما نطاق القانون الجنائي: فليس للعرف دور في مجال التجريم والعقاب، فالتشريع هو المصدر الوحيد لذلك اذ لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، فاذا وجد القاضي فراغاً تشريعياً في هذا المجال، فليس له ان يرجع الى

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

العرف ليس هذا النقص وعندئذ يكون ذلك الفعل مباحاً<sup>(٥١)</sup>، ويلاحظ أن هذا المبدأ — اعني مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات — يتصل فقط في القواعد الخاصة بإنشاء الجرائم والعقوبات مما يترتب عليه ان بقية قواعد قانون العقوبات كالقواعد الخاصة بتحقيق العقاب او استبعاده أو أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية لا تنحصر مصادر التنظيم القانوني لها في النصوص التشريعية وإنما ممكن أن يكون العرف مصدراً لها<sup>(٥٢)</sup>.

وعلى صعيد الفقه الإسلامي<sup>(٥٣)</sup>: يعبر بعض الفقهاء عن هذا المطلب بأنه ما يستكشف منه حكم شرعي فيما لا نص فيه، ومنهم من يتعرض لذلك تحت عنوان العرف العملي، فيراد بذلك معرفة حكم الشارع من خلال العرف السائد في المجتمع الإسلامي، وان كان هناك من يرى ان العرف نفسه يكون ملاكاً لجعل الشارع الحكم على طبقه، فيعتبرون العرف دليلاً شرعياً واصلاً من أصول الاستنباط<sup>(٥٤)</sup>.

ومن الأمثلة على ذلك: عقد الاستصناع، فإذا رجعنا الى النصوص الشرعية نجدها تناولت أحكام عقد البيع وعقد الايجار ولم تتعرض للعقد أعلاه، ولكن جرى تعامل الناس به أي كان متعارفاً في المجتمع رغم ان بيع المعلوم خلاف ما تقضي به القواعد العامة<sup>(٥٥)</sup>.

وكذا في ضمان من أتلّف شيئاً مثلياً أو قيمياً، فعندما نرجع إلى أدلة الضمانات لا نجدها تتناول ذلك، ولكن المجتمع تعارف على كيفية ضمانتهما، فيفهم ان طريقة الشارع هي الطريقة العرفية اذ لو كان له طريقة غير ذلك لبينها، فإن — هنا — نستكشف من خلال العرف الحكم الشرعي في هذا الضمان<sup>(٥٦)</sup> وأيضاً الحال نفسه في بيع المعاوضة إذ كشفنا جوازه من اعتياد الناس على التعامل به رغم عدم وجود صيغة لفظية للإيجاب والقبول فيه<sup>(٥٧)</sup>.

### المطلب الثاني

#### دوره المساعد للتشريع

ما تقدم في المطلب الاول من ان القاضي حين يريد الفصل في نزاع ما، فعندما لا يجد نصاً تشريعياً لحكم الحالة المعروضة امامه فحينئذ يواجه فراغاً تشريعياً يسده بالقاعدة القانونية العرفية هذا من جهة، ومن جهة أخرى قد يجد النص التشريعي ولكن حين يتصدى لتطبيقه يواجه فراغاً في أمور يستلزمها ذلك التطبيق أو قد يحتاج لاجل سلامة تطبيقه إلى ضبط صياغته أو تفسير ألفاظه أولاً.

ففي هذه الصور أعلاه يستعين القاضي بالعرف، وهذه الاستعانة في بعضها لاسيما في تنظيم مسألة أو أمر معين نجد ان إرادة المشرع اتجهت إلى ذلك من خلال النص المراد تطبيقه أي أن المشرع نفسه أحاله على ذلك<sup>(٥٨)</sup>.

ويلاحظ عندما يلزم تطبيق النص الى تفسير في ضوء ما هو متعارف، لا يجوز الرجوع إلى العرف حينئذ

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

إذا أمكن تفسير النص من عبارته بصورة واضحة<sup>(٥٩)</sup>.

وهذا الدور للعرف لا يستثنى أي قانون منه سواء من فروع القانون الخاص أم العام وحتى تلك القوانين التي لم يكن لها مصدر سوى التشريع .

ففي مجال المعاملات المالية؛ نجد المشرع يحيل الى العرف في تحديد مستلزمات العقد فلا يقتصر العقد على التزام المتعاقد فيما ورد فيه ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للعرف<sup>(٦٠)</sup>.

وكذلك يكون العرف مرجعاً في حالة اذا عيّن في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا المقدار بحسب ما يقضي به العرف<sup>(٦١)</sup>، وكذلك الحال عند تسليم المبيع فان ذلك يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد له بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء لما تقضي به طبيعة الأشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين<sup>(٦٢)</sup>.

ومن الأمور التي يوضحها العرف — مثلاً — مزار الجوار المألوفة فهي تلك التي جرى العرف على ان يتحملها الجيران<sup>(٦٣)</sup>.

وفي عقد الإيجار يتحمل المستأجر الترميمات البسيطة وهي تلك التي يقضي بها العرف مثل الخلل الذي يحصل في أنابيب المياه وأسلاك الكهرباء<sup>(٦٤)</sup>.

وفي مجال تفسير العقد، نص المشرع العراقي على ان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعيين بالعرف كالتعيين في العقد<sup>(٦٥)</sup>.

فهذه بعض المصاديق القانونية لدوره المساعد للتشريع، وقد رأينا إحالة بعض النصوص التشريعية الى العرف، فيستعين القاضي به في الواقع العملي، وكما اشرنا سابقاً ان هذا الدور او هذه الاستعانة بالعرف نجدها حتى في نطاق القانون الجنائي، فالقاضي يفهم النصوص التشريعية حتى ولو كانت جنائية في ضوء العرف السائد في المجتمع، فقد استعانت محكمة النقض المصرية في تفسير نص لائحة السيارات التي تقرر لا يجوز قيادة السيارة بسرعة وكيفية ينجم منها — بحسب ظروف الأحوال — خطر على حياة الجمهور، حيث انتهت إلى ان العرف جرى على إلزام سائقي السيارات السير على الجانب الأيمن من الطريق اثناء قيادة السيارة رغم عدم إفصاح النص عن ذلك<sup>(٦٦)</sup>، فهذه المحكمة لم ترجع إلى العرف بوصفه مصدراً رسمياً منشئاً لجريمة او فرضاً لعقوبة وإنما استعانت به على فهم مضمون النص التشريعي الموجود أصلاً<sup>(٦٧)</sup>.

وعلى صعيد الفقه الإسلامي: عندما يراد تطبيق الكثير من الاحكام الشرعية نجد ان هذه الأحكام تتعلق بموضوعات، وهذه الموضوعات لم يحددها الشارع المقدس، فعندئذ يكون العرف مرجعاً لتشخيصها، وبما أن الأعراف تتفاوت زماناً ومكاناً فبالتالي ستتفاوت هذه الموضوعات، ولذا نرى — هنا — تفاوت الاحكام تبعاً

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

لذلك وترتبط بدرجة حضارة كل أمة ومستوياتها<sup>(٦٨)</sup>.

فمثلاً من الأحكام الشرعية؛ يجب على البائع تسليم المبيع إذا كان عقاراً، كيف يتحقق ذلك؟ وعندما نرجع إلى الشرع لم نجد فيه تحديداً لهذا الموضوع، فحينئذ نرجع إلى العرف، فنجده يشخص لنا ذلك بالتخلية أي على البائع أن يرفع يده عنه بحيث يتمكن المشتري من قبضه والتصرف فيه<sup>(٦٩)</sup>.

وأيضاً نرى الشيء نفسه — مثلاً — في قضايا الاسرة، ومنها ما يتعلق بمسائل الرضاع، فأى رضعة تنشر الحرمة؟ إذ يعتبر ان تكون الرضعة كاملة، فموضوع هذا الحكم وهو كمالية الرضعة، لم نجد له تحديداً في النصوص الشرعية إذ وردت على نحو الإطلاق، وعليه فمعرفة ذلك موكول إلى العرف<sup>(٧٠)</sup>.

وهذا التشخيص ليس وفقاً على المعاملات المدنية وقضايا الأحوال الشخصية، وإنما أيضاً يرجع إلى تشخيص الموضوع حتى ولو كان حكم التشريع جنائياً ما دام لم يرد له تحديد من قبل الشارع، فمثلاً عقوبة السرقة وهي قطع اليد لا تطبق إلا إذا كان السارق قد سرق من حرز، ولمعرفة الحرز — وهو موضوع حكم قطع اليد — نرجع به إلى العرف<sup>(٧١)</sup>، وغير ذلك من المصاديق والتطبيقات المذكورة في مظانها.

وللعرف دور — أيضاً — في مجال استكشاف مراديات المتكلمين، أي ما يرد من الفاظ في نصوص الحصاصات الشرعية والمحاويرات الإنسانية، وتطلق بعض المدارس الفقهية على هذا العرف بـ (العرف القولي) ويقصدون بذلك هو ما تعارف الناس من اطلاق لفظ على غير معناه اللغوي بحيث يهجر المعنى الاول ويصبح اللفظ حقيقة في المعنى الثاني، وعليه لا بد من ملاحظة الالفاظ بملازماتها العرفية لا بمعانيها الحرفية، فيستعين الفقيه والقاضي في تفسير النصوص والخطابات الشرعية وفهمها في ضوء دلالاتها العرفية سواء كان العرف عاماً أم خاصاً<sup>(٧٢)</sup>.

ومثال ذلك إطلاق لفظ (الولد) فإنه يطلق بحسب اللغة على الذكر والأنثى وقد أطلقه القرآن الكريم عليهما في قوله تعالى: (يُؤْصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ)<sup>(٧٣)</sup>، في حين نرى اطلاقه بحسب ما هو متعارف في المحاورات الاجتماعية على الذكر فقط<sup>(٧٤)</sup>، وبهذا تقييد معنى النص بما هو متعارف.

ويقول الشيخ الطوسي في هذا الصدد: ((ألا ترى ان قوله (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ)<sup>(٧٥)</sup> التحريم يتناول هاهنا العقد والوطء، وليس كذلك في قوله (حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ الْمَيْتَةُ)<sup>(٧٦)</sup> بل المراد هاهنا غير المراد هناك، وذلك انه لا يمتنع ان يتعارف استعمال التحريم المعلق بالعين في اعيان مختلفة بحسب ما جرت العادة بفعلها في الاعيان ويتعارف عن تحريم الامهات الاستمتاع، ومن تحريم الميتة الاكل، لان اللفظة الواحدة لا يمتنع ان يختلف المعقول بها بحسب اختلاف ما تعلق به (...))<sup>(٧٧)</sup>.

ونظراً لما تقدم: ينبغي على من يتعامل مع النصوص وتطبيق الأحكام سواء في المباحث القانونية أم الشرعية الإحاطة بالأعراف في مقام تشخيص موضوعات الأحكام والإحاطة بالمعاني الحرفية والعرفية للألفاظ



## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

المستعملة، وبهذا يمتلك قوة على الربط بين ما هو ثابت وما هو متغير مع مراعاة الدقة في كل ذلك كي لا يتقاطع ما يذهب إليه مع أهداف المشرع والشارع المقدس<sup>(٧٨)</sup>.

### الخاتمة

وفي ختام البحث نستعرض فيما يأتي اهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها:

أولاً : النتائج :

- (١) الأسس والأدلة الواردة في أساس قوة العرف وحجيته لا تنهض بان يكون العرف مصدراً او اصلاً للحكم القانوني — فهو إلى المصادر التفسيرية أقرب من عدّه ضمن المصادر الرسمية للقاعدة القانونية .
- (٢) يتعاضد دور العرف باعتباره مساعداً للتشريع فيكون مُعيناً للقاضي في مستلزمات وموضوعات تطبيق الحكم القانوني ومعرفة المراد بالخطابات القانونية وعليه ينبغي التركيز على هذا الدور إلى جانب الفقه والقضاء، ومسايرة التطور من خلال ملاحظة ما هو ثابت وما هو متغير.
- (٣) اذا كانت هناك أعراف جديدة بان تحكم العلاقات الاجتماعية، على المشرع ان يتخذ منها مصدراً لإنشاء القاعدة التشريعية، فضلاً عن دخولها ضمن المصادر المادية للقانون.

ثانياً: التوصيات

- (١) نوصي المشرع العراقي ان يعيد النظر في ترتيب مصادر القانون التي نصت عليها المادة الأولى من القانون المدني العراقي ولاسيما مسألة تقديمه العرف على الشريعة الإسلامية .

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

العدد الثاني/السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

### الهوامش

١. د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، مطبعة مصطفى البابي، مصر، ١٩٦٥، ص ١٢٢ .
٢. د. توفيق حسن فرج، د. محمد يحيى مطر، الأصول العامة لقانون، الدار الجامعية، بيروت، دون تاريخ، ص ١٠٤ .
٣. د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٢، ص ٤٤٦ .
٤. محمد امين بن عمر بن عبد العزيز (المشهور بابن عابدين)، مجموعة رسائل ابن عابدين، ج ٢، المكتبة الرقمية العربية، دون مكان، ٢٠١٦، ص ١١٤ .
٥. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط ٢٠، دار القلم، دون مكان، ١٩٨٦م، ص ٨٩ .
٦. مصطفى إبراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١م، ص ٧٧ .
٧. د. عبد المنعم فرج الصده، مصدر سابق، ص ١٢٧، د. توفيق حسن فرج وآخرون، مصدر سابق، ص ١٠٦، د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٤٤٧-٤٤٩ .
٨. د. شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل دراسة القانون، ط ١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٥، ص ١٨٤، د. حسن الخطيب، مبادئ أصول القانون، مطبعة حداد، البصرة، ١٩٦٣، ص ١٣٦، عبد الملك ياس، أصول القانون، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد، ١٩٦٨، ص ١٧٠ .
٩. د. عبد الحي حجازي، مصدر سابق، ص ٤٤١، د. توفيق حسن فرج وآخرون، مصدر سابق، ص ١٠٨ .
١٠. د. توفيق حسن فرج وآخرون، المصدر نفسه، ص ١٠٨-١٠٩، د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص ١٩١، د. حسن الخطيب، مصدر سابق، ص ١٣٥ .
١١. د. محمد حسام محمود، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، ط ٣، بلا ناشر، القاهرة، ١٩٩٧م، ص ١٨٣ - د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩م، ص ٣٥٨ .
١٢. د. رياض القيسي، علم اصول القانون، ط ١، بيت الحكمة بغداد، ٢٠٠٢م، ص ١٤١-١٤٢ وهامش ٢٧ ص ١٧٢، د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، ط ٥، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٧٤م، ص ٢٨٥ .
١٣. د. حسن كيرة، المصدر نفسه، ص ٥٨٦ .
١٤. أبو بكر مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٥، ط ١، المكتبة الحبيبية، باكستان، ١٤٠٧هـ، ص ٢-٣ - شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ٥، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦هـ، ص ٤٥ .
١٥. في هذا الصدد؛ قال الزيلعي عن هذا الحديث بانه ((غريب مرفوعاً، ولم اجده الا موقوفاً على بن مسعود)) انظر له: نصب الراية لاحاديث الهداية، ج ٥، ط ١، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٥م، ص ٢٨٨ - وقال الغزالي ((انه خبر واحد لا تثبت به الاصول...)) انظر له: المستصفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ، ص ١٧٢ - وانظر في هذا الصدد ايضاً: السيوطي، الاشباه والنظائر، ج ١، دار الكتب العربية، بيروت، ط ١، ١٩٩٠م، ص ٦٠ .
١٦. السيد محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الاندلس، بيروت، ١٩٦٣م، ص ٤٢٤-٤٢٥ - الشيخ محمد صنقور علي، المعجم الأصولي، ج ٢، ط ٣، منشورات الطيار، دون مكان، ٢٠٠٧م، ص ٣١٨ .
١٧. ١٨- د. محمد احمد عبد النعيم، المدخل لدراسة القانون، مطبعة العشري، دون تاريخ، ص ١٣٠ - د. عبد الرشيد

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني/السنة التاسعة ٢٠١٧

- مأمون، الوجيز في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص ٢٠٧—٢٠٨- د. حسن كبيرة، مصدر سابق، ص ٢٨٩- د. محمد حسام محمود، مصدر سابق، ص ١٨٢ .
١٩. عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٥٥م، ص ١٢٤ .
٢٠. السيد محمد تقي الحكيم، مصدر سابق، ص ٤٢٥—٤٢٦ .
٢١. د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق، ص ٣٥٧- د. عمار بوضياف، الوسيط في النظرية العامة للقانون، ط ١، دار الثقافة، عمان، ٢٠١٠م، ص ١٩٢- د. عبد الرشيد مأمون، مصدر سابق، ص ٢٠٥—٢٠٦- د. حسن كبيرة، مصدر سابق، ص ٢٨٦—٢٨٩- د. محمد حسام محمود، مصدر سابق، ص ١٨٢—١٨٣ .
٢٢. ٢٣. د. محمد حسين منصور ، المصدر نفسه، ص ٣٥٧- د. عمار بوضياف، المصدر السابق، ص ١٩٢- د. عبد الرشيد مأمون، المصدر نفسه ، ص ٢٠٥—٢٠٦- د. حسن كبيرة، المصدر نفسه، ص ٢٨٦—٢٨٩- د. محمد حسام محمود، المصدر نفسه ، ص ١٨٢—١٨٣ .
٢٤. الدور: توقف وجود الشيء على ما يتوقف عليه وجوده .. وهو مستحيل لأنه يستلزم توقف وجود الشيء على نفسه، انظر: السيد محمد حسين الطباطبائي، بداية الحكمة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٨هـ، ص ١١٦ .
٢٥. وهو معنى القضاء باعتباره مصدراً تفسيريّاً، انظر: استاذنا عبد الباقي البكري ، والمدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، دون تاريخ، ص ١٥٤ .
٢٦. د. محمد حسين منصور، المصدر نفسه ، ص ٢٥٨—٢٥٩ .
٢٧. د. حسن كبيرة، المصدر نفسه ، ص ٢٨٨—٢٨٩ .
٢٨. د. عبد الرشيد مأمون، مصدر سابق، ص ٢٢٥- د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٣٥٧- د. محمد حسام محمود، مصدر سابق، ص ١٨٢ .
٢٩. د. رياض القيسي ، مصدر سابق ، ص ١٤١ .
٣٠. د. عمار بوضياف، مصدر سابق، ص ١٩٣- د. رياض القيسي، المصدر نفسه، ص ١٤١- د. حسن كبيرة، مصدر سابق، ص ٢٨٤—٢٨٥ .
٣١. الشيخ ناصر مكارم الشيرازي — الامثل في تفسير كتاب الله المنزل — ج ٢، ط ٢ الاميرة — بيروت — ٢٠٠٩، ص ٥٨ .
٣٢. انظر بهذا الشأن استاذنا: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مصدر سابق، ص ٨٢ .
٣٣. السيد محمد تقي الحكيم، مصدر سابق، ص ٤٢٢—٤٢٤- السيد نذير الحسيني، نظرية العرف بين الشريعة والقانون، ط ١، المركز العالمي للدراسات الإسلامية، قم، ١٣٢٧هـ ، ص ٩٨—١٠٠- الشيخ محمد صنقور علي، مصدر سابق، ص ٣٢٠—٣٢١ .
٣٤. فقد نص المشرع العراقي في م ٢/١ مدني (فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فاذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة.)، ونص المشرع المصري في م ٢/١ مدني على انه (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فاذا لم

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني/السنة التاسعة ٢٠١٧

- يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة).
٣٥. انظر: د. احمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، ط١، دار الاكاديمية، الجزائر، ٢٠١٢م ص ٣٢٠—٣٢١ - د. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٦م، ص ٦٣ .
٣٦. لقد نصت المادة ٢/١ من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم ١٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل على انه (اذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه فيحكم بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون)، انظر: د. احمد علي، ود. حميد عبيد، ود. محمد عباس، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٨٠م، ص ١٢ .
٣٧. نقلاً عن د. همام محمد محمود و د. مصطفى احمد ابو عمرو، مبادئ القانون، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١٠م، ص ٦٧ .
٣٨. د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٣٤٢ .
٣٩. د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص ٢٩٦ .
٤٠. د. همام محمد محمود وآخرون، مصدر سابق، ص ٩٨ .
٤١. الاستاذ عبد الباقي البكري، وآخرون، مصدر سابق، ص ١٤٤—١٤٥ .
٤٢. لقد نص المشرع العراقي في م ٣٢٠ مدني على ان (التضامن ما بين المدنيين لا يفترض وانما يكون بناءً على اتفاق او نص في القانون) .
٤٣. د. همام محمد محمود وآخرون، مصدر سابق، ص ٦٨ .
٤٤. د. عمار بوضياف، المصدر نفسه، ص ١٩٩ .
٤٥. د. احمد سي علي، مصدر سابق، ص ٣٢٢ - د. همام محمد محمود وآخرون، مصدر سابق، ص ٦٩ .
٤٦. د. يوسف الياس، قانون العمل العراقي، ج ١، ط٢، مكتبة التحرير، بغداد، ١٩٨٠م، ص ٤٧ .
٤٧. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، ط٢، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٧، ص ١٩ - د. جابر ابراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، جامعة بغداد، ١٩٧٢م، ص ٢٢ .
٤٨. د. شمس مرغي علي، القانون الدستوري، عالم الكتب، مصر، ١٩٧٨م، ص ٦٦ و ص ١١٩ - د. سعد عبد الجبار العلوش، دراسات معمقة في العرف الدستوري، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨م، ص ١٩٠—١٩١ - د. حسن كيرة، مصدر سابق، ص ٢٩٩ .
٤٩. د. محمد حسام محمود، مصدر سابق، ص ١٧٦ - د. عمار بو ضياف، مصدر سابق، ص ٩٧ - د. علي محمد بدير، ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي، ود. مهدي السلامي، مبادئ واحكام القانون الاداري، دار الكتب، بغداد، ١٩٩٣م، ص ٤٩ .
٥٠. د. محمد حسام محمود، المصدر نفسه، ص ١٧٥ .
٥١. د. همام محمد محمود وآخرون، مصدر سابق، ص ٦٩ - ويقول استاذنا عبد الباقي البكري: (ولا اثر للعرف في بعض فروع القانون كالقانون المالي والقانون الجنائي وقوانين الإجراءات كأصول المحاكمات الجزائية وقوانين المرافعات المدنية والتجارية لان التشريع هو المصدر الوحيد لكل من القانون المالي والجنائي ولان النصوص التشريعية هي المصدر الفرد لقواعد الاجراءات جنائية او مدنية او تجارية)، انظر له، مصدر سابق، ص ١٤٥ .
٥٢. د. علي حسين خلف، والأستاذ سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بغداد، دون

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

تاريخ، ص ٣٦—٣٧ .

٥٣. في هذا الفقه — كما عليه القانون — يكون العرف مرجعاً لسد الفراغ على مستوى (حين افتقاد النص) وعلى مستوى (حين إرادة تطبيق النص)، اذ يقول الدكتور حمد الكبيسي في هذا الصدد (ان العرف يرجع اليه حيث لا نص بل ويرجع اليه في تطبيق النص وفهمه) انظر له: أصول الاحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٥، ص ١٤٠ .

٥٤. السيد محمد تقي الحكيم، مصدر سابق، ص ٤٢٢- د. وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، ط ٢، بلا ناشر، دون تاريخ، ص ٥٢٢- الشيخ محمد صنقور علي، مصدر سابق، ص ٣١٦ .

٥٥. السيد نذير الحسيني، مصدر سابق، ص ١١٩-١٢٠- زكي الدين شعبان، اصول الفقه الإسلامي، ط ٣، جامعة بنغازي، بنغازي، ١٩٧٤م، ص ١٩٣ .

٥٦. السيد نذير الحسيني، المصدر نفسه، ص ٨٣ .

٥٧. السيد عبد المحسن فضل الله، الإسلام وأسس التشريع، دار الاضواء، بيروت، ١٩٨٧م، ص ١٦٢ - د. وهبة الزحيلي، مصدر سابق، ص ٥٢١ .

٥٨. د. محمد حسام محمود، مصدر سابق، ص ١٧٨ .

٥٩. قررت محكمة النقض المصرية: (بانه لا تثريب على محكمة الموضوع اذ هي رفضت الاستجابة الى ما طلبه الطاعن من احواله الدعوى الى التحقيق ليثبت ما ادعاه من قيام عرف تجاري مبناه ان التعامل في سوق البصل في الاسكندرية يجري على اساس معاينة المبيع وان البيع لا يتم على مقتضى عينة خاصة ذلك ان دفاع الطاعن في هذا الخصوص لم يكن مبناه ثمة عرفاً تجارياً يناهض نصاً مفسراً وانما مبناه ان هذا العرف هو الذي يتحدد به مراد الشارع في نص م ٣٤ من القرار الوزاري رقم ٨١ لسنة ١٩٤٢، واذا كان هذا ما استهدفه الطاعن بطلب الاحالة الى التحقيق فانه لاجرح على محكمة الموضوع اذ هي التفتت عنه واخذت تفسير ذلك النص بما يدل عليه عبارته الواضحة)، انظر: قرار محكمة النقض ١٥/١٠/١٩٥٩/١٠ ص ٥٦٨ نقلاً عن د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، هامش (١) ص ٣٤٣ .

٦٠. نص المشرع العراقي في م ٢/١٥٠ مدني على انه (لا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام) . ونص المشرع المصري في م ٢/١٤٨ مدني على نفس النص اعلاه، انظر: د. همام محمد محمود، وآخرون، مصدر سابق، ص ٦٩ .

٦١. لقد نص المشرع المصري في م ١/٤٣٣ مدني على انه (اذا عين في العقد مقدار المبيع كان البائع مسؤولاً عن نقص هذا القدر بحسب ما يقضي به العرف ما لم يتفق على غير ذلك ...) .

٦٢. فقد نص المشرع المصري في م ٤٣٢ مدني على ان (يشمل التسليم ملحقات الشيء المبيع وكل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقاً لما تقضي به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين) ونص المشرع العراقي في م 537/ج على انه (يدخل في البيع من غير ذكر ... كل ما يجري العرف على انه في مشتملات المبيع) .

٦٣. فقاضي الموضوع يسترشد بالعرف لتحديد فيما اذا كان الضرر مألوفاً ام غير مألوف، وقد نص المشرع المصري في م ٨٠٧ مدني على انه (ليس للجار ان يرجع على جاره في مضار الجوار المألوفة التي لا يمكن تجنبها وإنما له أن يطلب إزالة هذه المضار اذا تجاوزت الحد المألوف على ان يراعى في ذلك العرف وطبيعة العقارات وموقع

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

- كل منها ... بينما المعيار لدى المشرع العراقي هو الاضرار الفاحشة فقد نص في م ١٠٥١ مدني على انه (لا يجوز للمالك ان يتصرف في ملكه تصرفاً مضرّاً بالجار ضرراً فاحشاً والضرر الفاحش يزال سواء كان حادثاً او قديماً) ، انظر: د. سعيد عبد الكريم مبارك، الحقوق العينية الاصلية، ط١، جامعة بغداد، بغداد، ١٩٧٣م ، ص٥٦- ويرى د. صلاح الدين الناهي: بالرغم من اختلاف صياغة المادتين فإن مفادهما واحد، انظر له: الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ١٩٦١، ص٨٤ .
٦٤. م٧٦٣مدني عراقي: (على المستأجر اجراء الترميمات الطفيفة التي يقضي بها العرف) - م ٥٨٢مدني مصري: (يلزم المستأجر باجراء الترميمات التأجيرية التي يقضي بها العرف ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك).
٦٥. انظر: م١/١٦٣مدني عراقي .
٦٦. انظر: قرار محكمة النقض الدائرة الجنائية، ٦ ابريل سنة ١٩٤٨ / المحاماة س٢٩ رقم ٣١٦ ص٧١٧ نقلاً عن د. محمد حسام محمود، مصدر سابق، هامش ٣٨٩ ص١٧٦ .
٦٧. د. حسن كيرة، مصدر سابق، هامش (٣) ص٢٩٧- د. همام محمد محمود وآخرون، مصدر سابق ، ص٧٠ .
٦٨. السيد محمد تقي الحكيم، مصدر سابق، ص٤٢٢ - السيد نذير الحسيني، مصدر سابق، ص٨٤ — ٨٥ .
٦٩. زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)، مسالك الافهام، ج٣، ط١، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ١٤١٤هـ ، ص٢٣٩ .
٧٠. الحسن بن يوسف بن المطهر (العلامة الحلبي)، تذكرة الفقهاء، ج٢، مكتبة الرضوية لاحياء الآثار الجعفرية، دون مكان، دون تاريخ، ص٦٢٠ .
٧١. محمد بن الحسن بن علي (الشيخ الطوسي)، المبسوط في فقه الامامية، ج٨، المكتبة المرتضوية، دون مكان، دون تاريخ، ص٢٢ .
٧٢. الشيخ محمد صنقور علي، مصدر سابق، ص٢٨٦—٢٨٧- د. وهبه الزحيلي، مصدر سابق، ص٥٢١ — السيد نذير الحسيني، مصدر سابق، ص٣٤ — السيد محمد تقي الحكيم، مصدر سابق، ص٤٢٣ .
٧٣. الآية ١١ النساء .
٧٤. زكي الدين شعبان، مصدر سابق، ص١٩١- د. حمد الكبيسي، مصدر سابق، ص١٣٦ .
٧٥. الآية ٢٣ النساء .
٧٦. الآية ٣ المائدة .
٧٧. محمد بن الحسن بن علي (الشيخ الطوسي)، العدة في أصول الفقه، ج٢، ط١، ستارة، قم، ١٤١٧هـ، ص٤٢٧—٤٣٨ .
٧٨. انظر: السيد نذير الحسيني، المصدر نفسه، ص٣٤—٣٥ .

المصادر

القرآن الكريم .

أولاً: كتب فقه القانون وأصوله:

١. د. احمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية، ط١، دار الاكاديمية، الجزائر، ٢٠١٢ م .
٢. د. أحمد علي، ود. حميد عبيد، و د. محمد عباس، شرح قانون الاحوال الشخصية، ط١، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق، ١٩٨٠ م .
٣. د. توفيق حسن فرج ، د. محمد يحي مطر ، الأصول العامة لقانون، الدار الجامعية، بيروت، دون تاريخ.
٤. د. جابر ابراهيم الراوي، مبادئ القانون الدولي الخاص، جامعة بغداد، ١٩٧٢ م.
٥. د.حسن الخطيب، مبادئ أصول القانون، مطبعة حداد، البصرة، ١٩٦٣ م.
٦. د. حسن كبيرة، المدخل الى القانون، ط٥، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٩ م .
٧. د. رياض القيسي، علم أصول القانون، ط١، بيت الحكمة، بغداد، ٢٠٠٢ م .
٨. د. سعد عبد الجبار العلوش، دراسات معمقة في العرف الدستوري، ط١، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٨ م .
٩. د. سعيد عبد الكريم مبارك، الحقوق العينية الاصلية، ط١، جامعة بغداد، ١٩٧٣ م .
١٠. د. شمس الدين الوكيل، الموجز في المدخل لدراسة القانون، ط١، منشأة المعارف، الاسكندرية، ١٩٦٥ م .
١١. د. شمس مرغي علي، القانون الدستوري، عالم الكتب، مصر، ١٩٧٨ م .
١٢. د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، شركة الطبع والنشر الاصلية، بغداد، ١٩٦١ م .
١٣. الاستاذ عبد الباقي البكري، والمدرس زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، المكتبة القانونية، بغداد، دون تاريخ .
١٤. د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، جامعة الكويت، الكويت، ١٩٧٢ م.
١٥. د. عبد الرشيد مأمون، الوجيز في المدخل للعلوم القانونية، دار النهضة العربية، دون تاريخ .
١٦. د. عبد القادر الفار، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٦٦ م .
١٧. د. عبد الملك ياس، أصول القانون، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد، ١٩٦٨ م .
١٨. د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون، مطبعة مصطفى البابي، مصر، ١٩٦٥ م .
١٩. د. علي حسين خلف، والاستاذ سلطان الشاوي، المبادئ العامة في قانون العقوبات، مكتبة السنهوري، بغداد، دون تاريخ .



## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني/السنة التاسعة ٢٠١٧

٢٠. د. علي محمد بدير، ود. عصام البرزنجي، ود. مهدي السلامي، مبادئ واحكام القانون الإداري، دار الكتب، بغداد، ١٩٩٣ م.
٢١. د. عمار بوضياف، الوسيط في النظرية العامة للقانون، ط١، دار الثقافة عمان، ٢٠١٠ م.
٢٢. د. محمد أحمد عبد النعيم، المدخل لدراسة القانون، مطبعة العشري، دون تاريخ.
٢٣. د. محمد حسام محمود، المدخل لدراسة القانون، نظرية القانون، ط٣، بلا ناشر، القاهرة، ١٩٩٧ م.
٢٤. د. محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩ م.
٢٥. د. ممدوح عبد الكريم حافظ، القانون الدولي الخاص، ط٢، دار الحرية، بغداد ١٩٧٧ م.
٢٦. د. همام محمد محمود، ود. مصطفى احمد ابو عمرو، مبادئ القانون، ط١، منشورات الحلبي، بيروت، ٢٠١٠ م.

ثانياً: كتب الفقه الإسلامي وأصوله:

١. ابو بكر بن مسعود بن احمد (الكاساني)، بدائع الصنائع، ج٥، ط١، المكتبة الحبيبية، باكستان، ١٤٠٧ م.
٢. الحسن بن يوسف بن المطهر (العلامة الحلبي)، تذكرة الفقهاء، ج٢، مكتبة الرضوية لاحياء الآثار الجعفرية، دون مكان، دون تاريخ.
٣. د. حمد الكبيسي، أصول الاحكام وطرق الاستنباط في التشريع الإسلامي، دار الحرية، بغداد، ١٩٧٥ م.
٤. زكي الدين شعبان، أصول الفقه الإسلامي، ط٣، جامعة بنغازي، بنغازي، ١٩٧٤ م.
٥. زين الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)، مسالك الافهام، ج٣، ط١، مؤسسة المعارف الإسلامية، قم، ١٤١٤ هـ.
٦. عبد الله بن يوسف بن محمد (جمال الدين الزيلعي)، نصب الرأية لاحاديث الهداية، ج٥، ط١، دار الحديث، القاهرة، ١٩٩٥ م.
٧. السيد عبد المحسن فضل الله، الإسلام وأسس التشريع، دار الاضواء، بيروت، ١٩٧٨ م.
٨. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ط٢٠، دار القلم، دون مكان، ١٩٨٦ م.
٩. عبد الوهاب خلاف، مصادر التشريع فيما لا نص فيه، معهد الدراسات العربية العالية، مصر، ١٩٥٥ م.
١٠. محمد امين بن عمر بن عبد العزيز (المشهور بابن عابدين)، مجموعة رسائل ابن عابدين، المكتبة الرقمية العربية، دون مكان، ٢٠١٦ م.
١١. محمد بن احمد بن سهل (شمس الدين السرخسي)، المبسوط، ج٥، دار المعرفة، بيروت، ١٤٠٦ هـ.
١٢. محمد بن الحسن بن علي (الشيخ الطوسي)، العدة في أصول الفقه، ج٢، ط١، ستارة، قم، ١٤١٧ هـ.
١٣. محمد بن الحسن بن علي (الشيخ الطوسي)، المبسوط في فقه الامامية، ج٨، المكتبة المرتضوية، دون مكان، دون تاريخ.
١٤. السيد محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الاندلس، بيروت، ١٩٦٣ م.
١٥. الشيخ محمد صنقور علي، المعجم الأصولي، ج٢، ط٣١، منشورات الطيار، دون مكان، ٢٠٠٧ م.

## النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية العدد الثاني/السنة التاسعة ٢٠١٧

١٦. محمد بن محمد بن محمد (الغزالي)، المستصفي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤١٧هـ .
١٧. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، المكتبة القانونية، بغداد، ٢٠١١م .
١٨. السيد نذير الحسيني، نظرية العرف بين الشريعة والقانون، ط١، المركز العالمي للدراسات الإسلامية، قم، ١٣٢٧هـ .
١٩. د. وهبة الزحيلي، الوسيط في أصول الفقه الإسلامي، ط٢، بلا ناشر، دون تاريخ .

ثالثاً: القوانين:

١. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ .
٢. القانون المدني العراقي ٤٠ لسنة ١٩٥١ .
٣. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم ٨٨ لسنة ١٩٥٩ المعدل .

رابعاً: كتب متفرقة:

١. السيد محمد حسين الطباطبائي، بداية الحكمة، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، ١٤١٨هـ .
٢. الشيخ ناصر مكارم الشيرازي، الأمثل في تفسير كتاب الله المنزل، ج٢، ط٢، الأميرة، بيروت، ٢٠٠٩م .

## Abstract

The custom plays an important role in two occasions first : when there is a shortage in the legation then the custom completes it (complementary to the legislation ) . this is in countries which deem the custom as an official (source of law like Iraq and Egypt second : when the legislation is implemented , here the custom clarifies the requirements of this implementation here, custom is (assistant to the legislation )

Then the question is : what is the basis of the power of custom that gives custom the characteristic of law ? in the answer of this question , we find four

Direction : some refers to (the consent of society ) another refers to the (social necessities) A third direction find the basis of the power in the (judicial application ) and fourthly is the (consent of the legislator) .

Our study is comparative on between the legal jurisprudence and the Islamic jurisprudence the study concluded that custom should not be deemed as an independent , and creative source of the legal rule , however , it can be referred to , for the proper application of legislation . custom is closer to the interpretation sources rather than official sources of law .

# **The role of custom In filling the shortage of Legalization**

**(Comparative Study with Islamic law)**

**Asst. Lecturer Tareg Abdulrazzaq Saheed**

النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

---

النظام القانوني لشهادة التوثيق الإلكتروني (دراسة مقارنة)

العدد الثاني / السنة التاسعة ٢٠١٧

مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية

---