



أثر العرف اللفظي و العملي في تغيير مدلولات العقود المالية و تكييف المنازعات (دراسة فقهية تطبيقية
مقارنة)

أ.م.د. منال خليل سلمان حسن الجبوري
المؤسسة (الجهة الاكاديمية): قسم الفقه واصولہ/ كلية العلوم الاسلامیة/ جامعة بابل
qur.manal.khaleel@uobabylon.edu.iq

الملخص

يعالج هذا البحث أثر العرف اللفظي والعملي في بيان دلالات العقود المالية وإعادة فهمها في ضوء الممارسات السائدة بين المتعاملين، ويسلط الضوء على المكانة التي يحتلها العرف في تفسير الألفاظ العقدية والكشف عن المقاصد الحقيقية للأطراف، بما يسهم في تجاوز الإشكالات التي تنشأ عند النزاع، كما يبيّن دور الجهات القضائية والتحكيمية في الاستناد إلى العرف عند تكييف المنازعات الماليّة المعاصرة، ويختتم بتقديم رؤية تطبيقية تساهم في ترسيخ دور العرف في المعاملات المالية والحد من الخلافات المرتبطة بها. **الكلمات المفتاحية:** العرف- العقود الماليّة- اللفظي- تكييف المنازعات- العملي

The Impact of Verbal and Practical Custom on Changing the Meanings of Financial Contracts and Dispute Resolution (A Comparative Applied Jurisprudential Study)

A.P.Dr. Manal Khalil Salman Hassan Al-Jubouri

Institution (Academic Body): Department of Jurisprudence and its Foundations /
College of Islamic Sciences / University of Babylon

Abstract

This study examines the impact of verbal and practical custom (urf) on shaping the meanings of financial contracts and reinterpreting them in light of prevailing practices among contracting parties. It aims to highlight the role of custom in interpreting contractual expressions and identifying the true intentions of the parties, which helps address disputes arising from contractual ambiguity. The research also discusses the role of judicial and arbitration bodies in relying on custom when classifying and resolving contemporary financial disputes. Finally, it offers practical insights that contribute to regulating the role of custom in financial transactions and reducing related conflicts.

Keywords: Custom - Financial Contracts - Verbal - Dispute Resolution - Practical

المقدمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، وصحبه
المنتجبين، ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين.

أما بعد..



لقد شهد العصر الحاضر تطوراً غير مسبوق في أشكال المعاملات المالية وتراكيبها، مما أفرز أنماطاً عقدية معقدة لم تكن مألوفة في العصور السابقة، وفي خضم هذا التطور تبرز قضية منهجية محورية تتعلق بكيفية فهم هذه العقود وتفسير مدلولاتها في ظل الفقه الإسلامي، الذي تتسع رحابه لاستيعاب المستجدات عبر آليات اجتهادية رصينة.

ومن أهم هذه الآليات وأكثرها مرونة وحضوراً في حياة الناس ظاهرة العرف الفقهية والقانونية بوصفها مصدراً تشريعياً مهماً في الفقه الإسلامي، ومرجعية تفسيرية أساسية في القوانين الوضعية، لا سيما في مجال العقود والمعاملات المالية وما يتصل بها من منازعات.

وتكتسب دراسة العرف في العقود المالية أهمية بالغة نظراً لطبيعته كعامل حيوي متغير يؤثر مباشرة في تحديد مدلولات الألفاظ والعبارات التعاقدية، وفي تشكيل طبيعة الالتزامات المترتبة على أطراف العقد، إذ إن اللفظ الواحد قد يحمل دلالات متعددة تتفاوت باختلاف البيئة الزمانية والمكانية، وبحسب الأعراف السائدة في كل مجتمع، وهو ما يفرض التمييز بين نوعين رئيسيين من العرف: العرف اللفظي الذي يتناول تحديد المعاني المقصودة من الألفاظ والعبارات المستخدمة في صياغة العقود، والعرف العملي الذي يرتبط بالممارسات والسلوكيات المتكررة التي تتحول إلى قواعد ملزمة في التطبيق العملي.

وفي عالم المال والأعمال المعاصر، تظهر عقود مالية بالغة التعقيد كعقود المشتقات المالية، وعقود التوريد طويلة الأجل، وعقود الخدمات الإلكترونية، التي كثيراً ما تُفسر في ضوء الأعراف المهنية والتجارية السائدة، حتى لو لم تنص عليها بنود العقد صراحة، مما يجعل دراسة تأثير العرف على مدلولات العقود ضرورة منهجية لفهم الحقوق والواجبات المترتبة على أطراف العلاقة التعاقدية على وجه الدقة.

أما على صعيد المنازعات المالية، فإن دور العرف يظهر بوضوح في عمليات تكييف النزاعات وتحديد طبيعتها القانونية والفقهية. إذ كثيراً ما تثور خلافات بين المتعاقدين حول تفسير شرط عقدي، أو حول طبيعة الالتزام المتفق عليه، فيلجأ القاضي أو المحكم إلى الأعراف السائدة في المجال الذي تم فيه التعاقد للوقوف على المقصود الحقيقي للإرادة المشتركة للأطراف، بل إن العرف قد يؤدي إلى تعديل الالتزامات التعاقدية الأصلية، أو إضافة التزامات جديدة لم ترد في متن العقد، استناداً إلى الممارسة العملية الراسخة بين المتعاقدين أو في الوسط التجاري العام.

وتتعاظم أهمية هذه الدراسة في ظل تنامي العولمة المالية واتساع نطاق التبادل التجاري الدولي، حيث تتداخل الأعراف المحلية مع الأعراف الدولية، مما قد يخلق إشكالات في تحديد العرف المعتمد في تفسير العقد، كما أن تطور الممارسات المصرفية والإلكترونية أوجد أعرافاً جديدة تستدعي دراسة فقهية متأنية لبيان مدى اعتبارها في تغيير مدلولات العقود المالية الإسلامية والوضعية على حد سواء. من هنا، تأتي هذه الدراسة كمحاولة أكاديمية جادة لتسليط الضوء على الأثر العميق للعرف اللفظي والعملي في تشكيل مدلولات العقود المالية وتكييف المنازعات الناشئة عنها، من خلال منهج مقارنة بين الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية، مع تقديم تطبيقات عملية معاصرة تبرز أهمية هذه المسألة في الواقع العملي.

أهمية البحث

- تنبع أهمية هذا البحث من عدة اعتبارات عملية وعلمية، من أبرزها:
- تقديم إسهام علمي واضح في توضيح أثر العرف بوصفه مصدراً تشريعياً وتفسيرياً في المجال المالي، مما يعزز فهم الآليات التي تتطور من خلالها المعاملات المالية.
 - المساهمة في سد ثغرة في الدراسات الفقهية المعاصرة التي تتناول تفعيل دور العرف في العقود المالية الحديثة والمعقدة.
 - تقديم منهجية عملية للتعامل مع المنازعات المالية الناشئة عن اختلاف تفسير العقود في ضوء الأعراف المتغيرة.
 - إفادة المشرعين والقضاة والمحكمين في وضع معايير واضحة لاعتماد العرف في تفسير العقود وتكييف النزاعات.



- خدمة المهنيين في المجال المالي من مصرفيين ومستشارين ومحامين في صياغة العقود بما يتوافق مع الأعراف السائدة ويقلل من احتمالية النزاع.
- تعزيز الفقه المقارن من خلال بيان أوجه الاتفاق والاختلاف بين الفقه الإسلامي (بمذاهبه السننية والإمامية) والتشريعات الوضعية في التعامل مع العرف.
- المساهمة في تطوير آليات الصيرفة الإسلامية والتمويل الإسلامي عبر بيان كيفية الاستفادة من العرف في تطوير منتجات مالية متوافقة مع الشريعة الإسلامية.

مشكلات البحث

المشكلة الرئيسية:

تتمحور المشكلة الرئيسية للبحث حول تحديد أثر العرف اللفظي والعرف العملي في تغيير المدلولات الأصلية للعقود المالية، وبيان الكيفية التي ينعكس بها هذا التغيير على عملية تكييف المنازعات المالية الناشئة عنها، وذلك في ضوء الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية.

المشكلات الفرعية:

تحديد طبيعة العرف اللفظي والعرف العملي وبيان ضوابط اعتبارهما في تغيير مدلولات العقود المالية وفق الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

الكشف عن الآليات التي يؤثر من خلالها العرف في تغيير مدلولات العقود المالية، وبيان ما إذا كان هذا التأثير يصل إلى حد تعديل الالتزامات التعاقدية الأصلية.

تحليل أثر تغيير المدلولات العقدية بفعل العرف على عملية تكييف المنازعات المالية أمام القضاء وهيئات التحكيم.

رصد التطبيقات المعاصرة التي يظهر فيها أثر العرف في العقود المالية، وبيان إمكانية توظيف ذلك في تطوير المعاملات المالية الإسلامية.

تساؤلات البحث

تنبثق تساؤلات البحث من المشكلات المطروحة، ويمكن صياغتها على النحو التالي:

- ما مفهوم العرف اللفظي والعرف العملي، وما شروط اعتبارهما في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي؟
- ما الأدلة الشرعية والقانونية التي تؤسس لاعتبار العرف في تفسير العقود وتحديد مدلولاتها؟
- ما الآليات التي يتغير بها مدلول اللفظ أو العقد بفعل العرف اللفظي أو العملي السائد؟
- هل يمكن للعرف أن يضيف شروطاً أو التزامات غير منصوص عليها في العقد الأصلي؟
- ما حدود تأثير العرف في تعديل العقود، وهل يمكن أن يمتد هذا التأثير إلى إلغاء بنود صريحة في العقد؟
- كيف يتعامل القضاء وهيئات التحكيم مع العرف في تكييف المنازعات المالية؟
- ما أبرز التطبيقات المعاصرة لأثر العرف في العقود المالية، كالعقود الإلكترونية وعقود المشتقات والعقود البنكية؟
- كيف يمكن توظيف العرف في تطوير منتجات مالية إسلامية تتوافق مع احتياجات العصر؟

فرضيات البحث

يفترض البحث الجملة التالية من الفرضيات:

- يعد العرف اللفظي والعرف العملي مصدراً معتبراً في تغيير مدلولات العقود المالية، سواء في الفقه الإسلامي أو التشريعات الوضعية، وذلك ضمن ضوابط محددة.



- يؤثر العرف في مدلولات العقود المالية من خلال آليات متعددة، قد تصل في بعض الحالات إلى تعديل الالتزامات التعاقدية الأصلية أو إضافة التزامات جديدة.
- يؤدي تغير مدلولات العقود بفعل العرف إلى تأثير مباشر على عملية تكييف المنازعات المالية، حيث يصبح العرف مرجعية أساسية في تفسير إرادة المتعاقدين.
- توجد تطبيقات معاصرة عديدة تبرز أثر العرف في العقود المالية، ويمكن توظيف هذا الأثر في تطوير معاملات مالية إسلامية متوافقة مع مستجدات العصر.

أهداف البحث

- يسعى هذا البحث إلى تحقيق الأهداف الآتية:
- تحليل مفهوم العرف اللفظي والعرف العملي وضوابط اعتبارهما في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.
- بيان الأدلة الشرعية والقانونية التي تؤسس لاعتبار العرف في تفسير العقود المالية.
- تحديد الآليات التي يؤثر من خلالها العرف في تغيير مدلولات العقود المالية.
- دراسة أثر تغير المدلولات العقدية بفعل العرف على عملية تكييف المنازعات المالية.
- تحليل دور القضاء وهيئات التحكيم في التعامل مع العرف عند تفسير العقود وتكييف النزاعات.
- استعراض أبرز التطبيقات المعاصرة لأثر العرف في العقود المالية.
- تقديم توصيات عملية لتفعيل دور العرف في تطوير المعاملات المالية الإسلامية المعاصرة.
- وضع مقترحات للتقنين المنظم لدور العرف في العقود المالية بما يقلل من المنازعات.

منهجية البحث

- يعتمد هذا البحث على مجموعة من المنهجيات المتكاملة التي تخدم أغراضه، وهي:
- **المنهج الاستقرائي:** من خلال تتبع النصوص الفقهية (السنية والإمامية) والقانونية، وأقوال العلماء، والأحكام القضائية المتعلقة بدور العرف في العقود المالية.
- **المنهج التحليلي:** عبر تحليل النصوص والأحكام والآراء الفقهية والقانونية لاستخلاص الضوابط والمبادئ المنظمة لدور العرف.
- **المنهج المقارن:** بمقارنة موقف الفقه الإسلامي (بمذاهبه المختلفة) مع التشريعات الوضعية، ولاسيما القانون المدني المصري، والقانون المدني العراقي، ومبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية، في التعامل مع العرف.
- **المنهج التطبيقي:** من خلال دراسة حالات ونزاعات قضائية واقعية تظهر فيها إشكالات تتعلق بتأثير العرف على مدلولات العقود وتكييف النزاعات.
- **المنهج الاستنباطي:** لاستخلاص النتائج والتوصيات التي تخدم تطوير الإطار التنظيري والتطبيقي لدور العرف في العقود المالية المعاصرة.

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي والأسس التشريعية للعرف في المعاملات المالية

يشكل العرف ظاهرة اجتماعية وقانونية بالغة التعقيد والأهمية، فهو ليس مجرد عادة متكررة، بل هو تعبير حي عن إرادة الجماعة وسلوكها العملي الذي يكتسب مع مرور الزمن صفة الإلزام. وفي مجال المعاملات المالية، تنبع أهمية دراسة العرف من كونه عاملاً مؤثراً وفاعلاً في توجيه العلاقات التجارية، حيث يشكل القاعدة غير المكتوبة التي يرجع إليها في تفسير وتنفيذ العقود. ويهدف هذا المبحث إلى تأسيس فهم دقيق لطبيعة العرف من خلال تحليل مفهومه اللغوي والاصطلاحي، وتمييزه عن المفاهيم القريبة منه، ثم تحديد مكانته في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، مما يمهد الطريق لفهم آليات تأثيره في صياغة مدلولات العقود وحل المنازعات الناشئة عنها.



المطلب الأول المفاهيم الأساسية والتمييز بين أنواع العرف

يقتضي المنهج العلمي السليم البدء بتأسيس قاعدة معرفية راسخة حول ماهية العرف وحدوده. ويعد التحديد الدقيق لمفهوم العرف وتمييزه عن الظواهر المشابهة خطوة أساسية تسبق أي تحليل لآثاره العملية. فسلامة الاستنباطات والتحليلات اللاحقة تتوقف على الدقة في هذا التشخيص التأسييسي. لذلك، يركز هذا المطلب على بيان التعريف الدقيق للعرف في اللغة والاصطلاح، ثم فرز خصائصه المميزة التي تفصله عن المصطلحات ذات الصلة.

الفرع الأول: مفهوم العرف

أولاً:- تعريف العرف لغة واصطلاحاً

أ- العرف في اللغة: العرف في اللغة مأخوذ من مادة «عَرَفَ»، التي تدل على التتابع والظهور والاستقرار، ومنه سُمِّيَ عرف الديك لظهوره وارتفاعه، ويُستعمل العرف في اللغة العربية بمعنى ما تعارف الناس عليه وسكنت إليه نفوسهم، سواء أكان قولاً أم فعلاً، وهو قريب في دلالاته من المعروف الذي تقبله العقول السليمة وتطمئن إليه الفطرة (1). ويلاحظ أن الدلالة اللغوية للعرف تتضمن عنصرين أساسيين: التكرار والاستقرار، وهما عنصران سيبقى لهما حضور مركزي في التعريفات الاصطلاحية.

ب- العرف في الاصطلاح الفقهي: تنوعت تعريفات العرف في الاصطلاح الفقهي بتنوع المدارس الفقهية، وإن اشتركت في جوهر واحد؛ فقد عرّفه فقهاء الإمامية بأنه "ما جرى عليه الناس في معاملاتهم أو أقوالهم، واطرد بحيث صار كالقانون المتبع" (2)، وعرّفه الطباطبائي بأنه "ما استقر في نفوس الناس من الأقوال أو الأفعال، وتلقته العقول بالقبول، ولم يرد في الشرع ما يبطله" (3)، ويُستفاد من هذا التعريف الجمع بين عنصر الاعتياد الاجتماعي وعنصر عدم المخالفة الشرعية، وهو ما يجعل العرف عند الإمامية قرينة معتبرة في الفهم والتنزيل، لا مصدرًا مستقلًا عن النص.

أما الحنفية، فقد توسعوا في تعريف العرف وربطوه مباشرة بالتطبيقات العملية، فعرفه الكاساني بأنه "ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل، حتى صار كأنه من الأمور المعلومة بينهم" (4)، ويلاحظ أن الحنفية يُبرزون عنصر الشيوخ والاطراد، ويمنحون العرف دورًا كبيرًا في تفسير العقود والالتزامات. وفي الفقه المالكي يُستعمل مصطلح «العمل» أحيانًا مرادفًا للعرف، ولا سيما عمل أهل المدينة، الذي يُعدّ عندهم حجة قوية، وقد عرّف القرافي العرف بأنه "ما استمر عليه الناس وتكرر حتى صار مألوفًا عندهم، سواء كان قولاً أو فعلاً" (5)، ويؤكد المالكية على أن العرف إذا اطرد وكان غالبًا، فإنه يُقدّم في كثير من المواضع على القياس.

أما الشافعية، فقد كانوا أكثر تحفظًا في الاحتجاج بالعرف، إلا أنهم لم ينكروه من حيث الأصل. فقد عرّفه الإمام الجويني بأنه "ما جرى به تعامل الناس واستقر عليه عرفهم من غير نكير" (6)، ويلاحظ أن الشافعية يشترطون عدم معارض شرعي صريح، ويجعلون العرف قرينة تفسيرية لا منشئة للحكم ابتداءً.

1 - ابن فارس، 1979، أحمد بن فارس، مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت: 281/4

2 - النجفي، جواهر الكلام، ج22، ص439.

3 - الطباطبائي، 1997، محمد حسين الطباطبائي، الميزان في تفسير القرآن، مؤسسة النشر الإسلامي، قم: 270/5.

4 - الكاساني، 1986، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت: 45/1.

5 - القرافي، 1994، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، بيروت: 177/1.

6 - الجويني، 1997، عبد الملك بن عبد الله، اليرهان في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت: 802/2



وفي المذهب الحنبلي، يُعرّف العرف بأنه "ما تعارفه الناس مما لا يخالف نصّاً ولا إجماعاً"⁽¹⁾، ويظهر من هذا التعريف أن الحنابلة، وإن كانوا قريبين من الشافعية في التحفظ، إلا أنهم يمنحون العرف مجالاً أوسع في باب المعاملات.

ت- العرف في القانوني الوضعي: إن تعريف العرف في القانون لا يبتعد كثيراً في الجوهر، إذ يعرفه الفقه القانوني العراقي بأنه: "القاعدة التي درج الناس على اتباعها في مسألة معينة، مع اعتقادهم بإلزامها"⁽²⁾، وقد كرس المشرع العراقي هذا المفهوم نصّاً في المادة (1/ثانياً) من القانون المدني التي تنص على أن القاضي يحكم بمقتضى العرف في حالة عدم وجود نص تشريعي، مما يمنحه قوة مصدر تكميلي رسمي.

ثانياً:- الفروق بين العرف والعادة والسيرة العملية

يقتضي الوضوح المنهجي التمييز بين العرف والمصطلحات القريبة منه، كالعادة والسيرة العملية. فالعادة تمثل سلوكاً متكرراً قد يكون فردياً أو جماعياً، ولكنها تخلو من عنصر الإلزام الاجتماعي أو الشعور به. أما العرف فهو العادة التي قويت وشاعت حتى عدها الناس لازمة وألزموا أنفسهم بها، كما يقرر الإمام القرافي المالكي⁽³⁾، وبذلك يتحول التكرار إلى قاعدة ملزمة.

أما السيرة العملية فهي أوسع نطاقاً، حيث تشير إلى المنهج العام أو الإطار السائد في ممارسة معينة، كسيرة القضاء أو سيرة المتعاملين في سوق مالي. وقد تحظى السيرة، خاصة في الفقه الإمامي تحت مسمى "سيرة المتشرعة" أو "سيرة العقلاء"، بقوة استدلالية إذا توافرت شروطها⁽⁴⁾. وهذا التمييز ليس نظرياً فحسب، بل له تطبيقات عملية في المنازعات؛ فبطبيعة الالتزام الناشئ عن سلوك متكرر بين طرفين – هل هو عادة أم عرف ملزم؟ – تحدد حقوق وواجبات كل منهما. ويقر القانون العراقي هذا التمييز عملياً عند تفسير العقود، حيث تدخل الأعراف في تكوين "شريعة المتعاقدين" وفقاً للمادة (155) من القانون المدني⁽⁵⁾.

ثالثاً:- مكانة العرف في هرم مصادر التشريع والتقنين

تحتل مكانة العرف موقعاً مهماً في كل من الشريعة الإسلامية والنظم القانونية الوضعية، وإن اختلفت درجة هذه الأهمية وآلياتها. ففي الشريعة الإسلامية، يعد العرف مصدراً معتبراً في استنباط الأحكام، خاصة في مجال المعاملات، استناداً إلى قواعد فقهية راسخة مثل "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"⁽⁶⁾. ويمتد هذا الاعتبار في الفقه الإمامي ليشمل النظر إليه كمصدر مستقل في الاستنباط في بعض الأحيان⁽⁷⁾.

وفي النظم القانونية الوضعية، يأتي العرف في مرتبة تلي التشريع مباشرة كمصدر رسمي للقواعد الملزمة. ويظهر ذلك جلياً في القانون المدني العراقي (المادة 1/ثانياً)، كما يبرز دور العرف الخاص في المجال التجاري، حيث تنص المادة (90) من قانون التجارة العراقي على مراعاة الأعراف التجارية في تفسير تصرفات التجار. وبهذا يعترف المشرع بدور المجتمع المهني في صنع قواعده الخاصة، ويكمل النصوص التشريعية بما يستجد في واقع الممارسة العملية.

الفرع الثاني: أنواع العرف وتقسيماته المعتمدة في التطبيقات المالية

- 1 - ابن قدامة، 1997، عبد الله بن أحمد، روضة الناظر وجنة المناظر، مؤسسة الريان، بيروت: 305/1.
- 2 - الأنصاري، المدخل لدراسة القانون، ص211
- 3 - القرافي، الفروق، ج1، ص176
- 4 - الخوئي، مصباح الأصول، ج2، ص321.
- 5 - العبيدي، التفسير القضائي للعقود، ص118.
- 6 - الزيلعي، تبيين الحقائق، ج3، ص55
- 7 - الصدر، اقتصادنا، ص540.



لا تكفي المعرفة العامة بالعرف، بل يتطلب التطبيق السليم في المجال المالي فهماً دقيقاً لتقسيماته الرئيسية. وتنقسم هذه التقسيمات بحسب طبيعة العرف، ونطاقه، وحجته، مما يوفر أدوات عملية للتعامل مع الإشكالات المالية المتنوعة.

أولاً:- التمييز بين العرف اللفظي (القولوي) والعرف العملي (الفعلي)

ينقسم العرف بحسب مصدره إلى لفظي وعملي، فالعرف اللفظي (القولوي) هو الاصطلاح السائد على استخدام لفظ معين بمدلول يختلف عن معناه اللغوي الأصلي، فيصبح هذا المدلول هو المقصود في التعاملات، ومثاله تحول معنى كلمة "الدفع" في أوساط أسواق المال لتعني التسوية عبر نظام مقاصة محدد، وقد قرر الفقهاء حجية هذا النوع، حيث يقول الإمام ابن نجيم الحنفي: "إذا استعمل اللفظ في العرف في معنى، فالحمل عليه أولى من الحمل على اللغة؛ لأن العرف كالشرط"⁽¹⁾، فاعتبر الفقهاء هذا النوع من العرف مؤثراً في تفسير ألفاظ العقود، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني⁽²⁾. أما العرف العملي، فيعبر عن ممارسة سلوكية متكررة تصبح ملزمة في تنفيذ الالتزامات، حتى مع عدم النص عليها، ومثاله تحمل المؤجر تكاليف الإصلاحات الهيكلية في عقود الإيجار الطويلة بحسب العرف السائد، بينما يتحمل المستأجر مصاريف الصيانة البسيطة، ويقرر الإمام الشيرازي الشافعي قاعدة مهمة هنا: "العادة المعروفة في البيع وغيرها كالشرط"⁽³⁾ وقد كرس القانون المدني العراقي هذا النوع في المادة (2) التي تحيل إلى "العرف الجاري في المعاملات المماثلة" لتحديد الالتزامات.

ثانياً:- العرف العام والعرف الخاص (المهني والتجاري)

ينقسم العرف أيضاً بحسب نطاقه إلى عام وخاص، فالعرف العام هو ما استقر بين عموم الناس في زمان ومكان محددين، كالدلالة العامة لكلمة "البيع"، وهو المرجع الأولي عند الاشتباه، لكن تعقيد الحياة المالية أوجد أعرافاً خاصة بكل مهنة أو تجارة، كعرف المصرفيين أو عرف تجار الذهب، وهذا العرف الخاص له أولوية التطبيق على العام عند التخصيص، وفق قاعدة قررها الإمام القرافي: "إن العرف الخاص مقدم على العرف العام كالخاص على العام في النص"⁽⁴⁾. ويعترف القانون الوضعي بهذه الأسبقية، فالمادة (2) من قانون التجارة العراقي تنص على تطبيق "الأعراف التجارية"، وتلجأ المحاكم إلى خبراء من ذوي الاختصاص للوقوف على محتوى هذا العرف الخاص وإثباته في المنازعات⁽⁵⁾.

ثالثاً:- العرف الصحيح والفاقد وضوابط التمييز بينهما

لا يعتبر كل عرف شائع مصدرراً ملزماً، بل يشترط أن يكون عرفاً صحيحاً، والعرف الصحيح هو ما وافق النصوص الشرعية أو القانونية القاطعة، ولم يخالف النظام العام أو الآداب. أما العرف الفاسد فهو ما خالف ذلك، ويمكن تحديد ضوابط التمييز في الآتي:

الضابط الأول: عدم مخالفة النص القطعي، فلا يعتبر عرف التعامل بالربا الفاحش مثلاً، ويقرر ابن عابدين: "العرف الفاسد هو ما خالف دليلاً شرعياً... فلا يعتبر"⁽⁶⁾.

الضابط الثاني: عدم مخالفة النظام العام والآداب، كالعرف على احتكار السلع، إذ يقول السيد محسن الحكيم: "لا يعتبر العرف المخالف للعدالة والإنصاف، ولو شاع بين الناس، لأن الشرع لا يقر الظلم"⁽⁷⁾.

1 - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص125

2 - ينظر: السرخسي، 1993، محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت: 23/12.

3 - الشيرازي، المهذب، ج1، ص273.

4 - القرافي، الفروق، ج1، ص180

5 - المحكمة الاتحادية العليا، القرار 97/اتحادية/2018.

6 - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج4، ص168.

7 - الحكيم، مستمسك العروة الوثقى، ج12، ص195.



الضابط الثالث: ألا يؤدي إلى إهدار الحقوق أو إلحاق ضرر فاحش، كعرق تأخير سداد الديون شهوراً دون مقابل، والذي قد يدفع القضاء لرفضه باعتباره تعسفاً في استعمال الحق وفق المادة (217) من القانون المدني العراقي⁽¹⁾.

وبهذه التقسيمات والضوابط، يتضح أن فهم طبقات العرف وحدوده هو ما يحول استخدامه من عامل للاضطراب إلى أداة لتحقيق العدالة والاستقرار في المعاملات المالية.

المطلب الثاني

الأسس الشرعية والقانونية لاعتبار العرف

بعد أن استقر بنا المقام في ضبط مفهوم العرف وتمييز صورته، يقفز إلى الذهن سؤال محوري لا غنى عن الإجابة عنه: ما الذي يمنح هذا السلوك الاجتماعي المتكرر تلك الهيبة وذلك الإلزام؟ لماذا نرفع من شأن العرف حتى نجعل منه مفسراً للعقود وملجأً عند غياب النص؟ إن البحث عن جواب هذا السؤال هو بحث عن الجذور العميقة التي تغذي شرعية العرف، سواءً أكانت جذوراً تتعلق بالوحي والتشريع الإلهي، أم كانت تتعلق بالفلسفة القانونية الوضعية والإرادة البشرية. وهذا المطلب ينقب في هذين الركنين الأساسيين، محاولاً استخراج الدفائن الفكرية والنصوصية التي بنى عليها الفقهاء والقانونيون مكانة العرف المرموقة، مقدماً بذلك الأساس المتين الذي ستنطلق منه جميع التطبيقات العملية اللاحقة في تغيير المدلولات وتكييف المنازعات.

الفرع الأول: الأدلة على حجية العرف في الفقه الإسلامي

يستند اعتبار العرف في الفقه الإسلامي إلى أدلة متعددة تتنوع بين النقل والعقل، ويمكن تتبع هذه الأدلة من خلال المصادر التشريعية المعتمدة.

أولاً: القرآن الكريم:

رغم عدم ورود لفظ "العرف" في القرآن بمعناه الاصطلاحي الخاص، إلا أن الآيات الكريمة قد أشارت إليه بإطار عام. فقد أمر الله تعالى بالأمر بالمعروف في قوله: **{خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ}**⁽²⁾، وقد فسر المفسرون الأمر "بالعرف" على أنه الأمر بما تعرفه النفوس وتستحسنه من أفعال وأقوال، وهو ما يعرف عرفاً، يقول الإمام القرطبي: "وأمر بالمعروف وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، وهو من الله تعالى معهود إلى العقول"⁽³⁾، كما أن القرآن كثيراً ما قرن الأحكام بالمعروف، كقوله تعالى في النفقة: **{وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ}**⁽⁴⁾ مما يجعل العرف معياراً لتقدير هذه الواجبات.

ثانياً: السنة النبوية:

استدل حديث: ((ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن))⁽⁵⁾، إذ فهم الفقهاء منه اعتبار ما استقر في وجدان الجماعة المسلمة من الأعراف الحسنة. وقد تبين من خلال الاستقراء أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم تعامل مع الأعراف السائدة تعامل التقويم والانتقاء؛ فلم يبطلها على إطلاقها، فأقر ما كان منها صحيحاً منسجماً مع الأحكام الشرعية، وأبطل ما كان مخالفاً لمقاصد الشريعة وأصولها، وعدل ما كان محتاجاً إلى تهذيب. وما ورد عنه صلى الله عليه وآله وسلم من إقرار لبعض الأعراف يُعدُّ دليلاً على حجية العرف وإمكان الرجوع إليه في استنباط الأحكام الشرعية، فقد وروى أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله إن أبا سفيان

1 - محكمة التمييز، القرار 1124/مذنية أولى/2019.

2 - [الأعراف: 199].

3 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ج7، ص343

4 - [البقرة: 233]،

5 - البيهقي، 2003، أحمد بن الحسين، السنن الكبرى، دار الكتب العلمية، بيروت: 114/10



رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال رسول الله عليه وآله وسلم: ((خذي ما يكفيكي وولدك بالمعروف))⁽¹⁾.
أن هذا الإقرار لم يكن لمجرد كون العرف شائعاً أو مستقراً، بل لكونه محققاً لمصلحة راجحة للمسلمين، ولا سيما في مجال المعاملات⁽²⁾.

ثالثاً: الإجماع العملي:

اتفقت كلمة الفقهاء عبر المذاهب الإسلامية على الاعتماد على العرف في استنباط الأحكام، خاصة في مجال المعاملات المالية التي تتطلب مراعاة الواقع المتغير، ويعد هذا الاتفاق إجماعاً عملياً على حجيته، ويقرر الإمام الشاطبي هذه الحقيقة بقوله: "إن العوائد إذا استمرت صارت بمنزلة الإجماع في إثبات الأحكام"⁽³⁾، ولا يخرج فقهاء الإمامية عن هذا الإطار، بل يؤكدون عليه، حيث يرى السيد الخوئي أن "العرف حجة في إثبات الأحكام العقلانية، وهو أحد الأدلة المعتمدة في استنباط الحكم الشرعي في أبواب المعاملات"⁽⁴⁾.

رابعاً: المقاصد الشرعية والأدلة العقلية:

تستند حجية العرف إلى مقاصد الشريعة الكلية، كرفع الحرج وتحقيق العدل ومراعاة تغير الأحوال، فالشريعة وضعت الأصول العامة وتركت للعرف - ضمن ضوابط - مهمة تفصيلها وتكييفها مع ظروف كل زمان ومكان، وأن تجاهل العرف يؤدي إلى الحرج والمشقة، وهما منفيان شرعاً، وأن مراعاة العرف تحقق مقاصد الشريعة في التيسير ورفع الحرج وحفظ المعاملات من الاضطراب⁽⁵⁾.
ويوضح الإمام العز بن عبد السلام هذا المعنى بقوله: "جعل الشارع العوائد أدلة على الأحكام؛ لأن مصالح العباد مبنية عليها"⁽⁶⁾.

وهكذا، تتكامل الأدلة النقلية والعقلية والمقاصدية لتؤسس لقاعدة راسخة مفادها أن العرف دليل معتبر في الشريعة الإسلامية، ووسيلة عملية لتحقيق مرونتها وملاءمتها لكل عصر.
وبذلك يتضح أن العرف يحتل موقفاً معتبراً في البناء الفقهي الإسلامي، وأن المذاهب الخمسة، على اختلاف مناهجها، قد التقت على أصل اعتباره، مع تباين في سعة الاحتجاج به وضوابطه، وهو ما يمهّد للبحث في آليات تأثيره في العقود المالية وتكييف المنازعات، وهو ما سيُعالج في المباحث اللاحقة.

الفرع الثاني: الأسس القانونية لاعتبار العرف في التشريعات الوضعية

يعترف النظام القانوني الوضعي بالعرف كمصدر للقواعد الملزمة، وإن اختلفت درجة ومكانة هذا الاعتراف باختلاف الفلسفة القانونية لكل نظام. ويمكن تتبع هذه الأسس من خلال النصوص التشريعية المقارنة وطبيعة الأنظمة القانونية.

أولاً:- النص على العرف في القوانين المدنية والتجارية المقارنة

تكاد تجمع القوانين المدنية في العالم العربي على النص صراحة على العرف كمصدر رسمي للالتزام عند غياب النص التشريعي، ففي مصر تنص المادة (1) من القانون المدني على أنه: "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى العرف...". - القانون المدني المصري -. وفي العراق، يأتي النص أكثر تفصيلاً في المادة (1/ثانياً) من القانون المدني: "وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ العدالة" - القانون المدني العراقي - .

1 - أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب النفقات، باب: إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ من ماله بغير علمه ما يكفيها وولدها، حديث رقم (5364)، ج7، ص62.
2 - ينظر: مصطفى الزلمي، أصول الفقه الإسلامي، ط1، عمّان: دار الرسالة، 1997م، ص22.
3 - الشاطبي، الموافقات، ج4، ص95، و ينظر: القرافي، 1994، الفروق: 179/1.
4 - الخوئي، مصباح الفقاهة، ج1، ص278.
5 - ينظر: الشاطبي، 1997، الموافقات: 289/2.
6 - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام، ج1، ص88.



ويعلق الفقيه عبد الرزاق الأنصاري على هذا الترتيب بأنه يعكس اعتبار العرف "التعبير المباشر والأول عن إرادة المجتمع في تنظيم معاملاته اليومية" (1)، أما في المجال التجاري، حيث تتسارع وتيرة التطور، فيزداد الاعتراف بدور العرف؛ فالمادة (2) من قانون التجارة العراقي تنص على أن: "تطبق الأعراف التجارية على المسائل التي لم يرد فيها نص في هذا القانون أو في أي قانون آخر" - قانون التجارة العراقي - وهذا يشير إلى سيادة العرف الخاص (التجاري) في فراغه التشريعي.

ثانياً:- العرف في الأنظمة القانونية الكبرى

يختلف موقع العرف جوهرياً بين نظامي القانون الرئيسيين: القانون المدني (Civil Law) والقانون العام (Common Law). في نطاق القانون المدني - السائد في البلاد العربية وأوروبا القارية-، يسود مبدأ سيادة التشريع المكتوب. ويأتي العرف في مرتبة تكميلية لسد الفراغ التشريعي أو تفسير العقود، ومع ذلك فإن له قوته الخاصة حينما تتحول الممارسة المستقرة إلى قاعدة ملزمة بفعل الاعتراف القضائي، ويرى الدكتور عبد الرزاق السنهوري أن "مكانة العرف في التشريعات المدنية، وإن كانت ثانوية من حيث الترتيب، فهي أساسية من حيث الوظيفة" (2). أما في نظام القانون العام - السائد في بريطانيا والولايات المتحدة -، فإن للعرف مكانة أصلية وتأسيسية، إذ نشأ القانون أساساً من الأعراف العامة التي صقلت السوابق القضائية عبر القرون، وهكذا فإن العرف ليس مجرد مصدر تكميلي، بل هو جزء جوهري من نسيج القانون نفسه.

ثالثاً:- مبادئ اليونيدروا والممارسات التجارية الدولية

في مجال التجارة الدولية، حيث تتعامل أطراف من أنظمة قانونية مختلفة، يبرز دور "العرف التجاري الدولي" كمصدر محايد ومتفق عليه، وتجسد "مبادئ اليونيدروا للعقود التجارية الدولية" محاولة لتقنين أفضل هذه الممارسات والأعراف المقبولة عالمياً، وتنص المادة (9/1) من هذه المبادئ على أن الطرفين يلتزمان بأي عادة بينهما أو أي عرف سائد في تجارتهما، ما لم يتفقا على غير ذلك (3)، وفي التحكيم التجاري الدولي غالباً ما يفضل المحكمون الرجوع إلى هذه الأعراف والمبادئ الدولية التي يعتبرها التجار أنفسهم جزءاً من عقودهم الضمنية، أكثر من التشبث بقانون وطني محدد.

المبحث الثاني

آليات تأثير العرف في تغيير مدلولات العقود المالية

بعد تأسيس الإطار النظري لمفهوم العرف وأدلة حججه، تبرز الحاجة إلى تحليل الآليات العملية التي يؤثر من خلالها في مدلولات العقود المالية. فالعرف ليس مجرد فكرة مجردة، بل هو قوة فاعلة تغير من فهم النصوص التعاقدية وتعديل من الالتزامات الناشئة عنها. ويهدف هذا المبحث إلى تشريح تلك الآليات التي تجعل من العرف أداة حيوية في تفسير العقود وتعديل بنودها، وهو ما يشكل إشكالية مركزية في عمل القضاة والمحكمين والمستشارين القانونيين.

1 - الأنصاري، المدخل لدراسة القانون، ص215

2 - السنهوري، مصادر الحق، ج2، ص185

3 - مبادئ اليونيدروا، 2016.



المطلب الأول

تأثير العرف اللفظي في تفسير وتحديد مدلولات العقود

لا يمكن فهم دلالات العقد بمعزل عن البيئة الاجتماعية والتجارية التي نشأ فيها، وهنا يبرز دور العرف اللفظي كمفسر أساسي للنصوص التعاقدية، حيث يعمل على تحديد المعاني المقصودة للألفاظ والعبارات في ضوء ما استقر عليه الاستخدام في مجال التعامل، فهو يحول المصطلحات من معانيها اللغوية العامة إلى دلالات متخصصة تعبر عن واقع الممارسة التجارية والاتفاق الضمني بين أطراف السوق.

الفرع الأول: تغيير الدلالة اللفظية للمصطلحات والعبارات التعاقدية

يؤثر العرف اللفظي في مدلولات العقود من خلال آليتين رئيسيتين: إعادة تعريف المصطلحات المالية، وتحديد معاني العبارات الغامضة.

أولاً:- إعادة تعريف المصطلحات المالية

يمتلك العرف اللفظي قدرة على إضفاء معاني جديدة على المصطلحات تختلف عن أصولها اللغوية أو القانونية، بحيث يصبح المعنى العرفي هو السائد والملزم، ومثال ذلك مصطلح "الهامش" في المعاملات المالية، الذي تحول في عرف أسواق المال من دلالاته اللغوية (الجانب أو الحاشية) إلى معناه الفني الخاص - المبلغ المقدم كضمان في عقود المشتقات -؛ ويقرر الفقهاء هذه الآلية، فقد ذهب فقهاء الإمامية إلى أن الألفاظ إذا تغير معناها بالعرف وجب حملها عليه، لأن العرف قرينة كاشفة عن المراد الحقيقي، وهو ما يدخل في باب فهم الخطاب لا في باب إنشاء الحكم (1)، يؤكد فقهاء الإمامية على أن العرف العملي لا يُعدّ عنصراً خارجياً عن العقد، بل هو كاشف عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين، ومكوّن أساس في تحديد الالتزامات الناشئة عنه، ما دام غير مصادم لدليل شرعي، وقد صرح الشيخ الطوسي بذلك صراحة، إذ يقول في ما يخص البيوع: "فإن كان مما لا يعرف عاداته في عهد النبي (صلى الله عليه و آله) حمل على عادة البلد الذي فيه ذلك الشيء فإذا ثبت ذلك فما عرف بالكيل لا يباع إلا كيلاً، وما كان العرف فيه وزناً لا يباع إلا وزناً" (2)، أما الحنفية فقد أولوا العرف اللفظي عناية خاصة، وعدّوه من أقوى أدوات تفسير العقود، حتى قرروا أن "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، وهو ما يعني أن المصطلح المتعارف عليه يقوم مقام الشرط الصريح في العقد (3)، ويظهر أثر ذلك جلياً في المصطلحات المالية المتداولة بين التجار، كألفاظ التسليم، والأجل، والضمان، حيث تُفسّر وفق ما استقر عليه عرف السوق لا وفق المعنى اللغوي المجرد، وقال الإمام ابن عابدين: "إن العرف يخصص العموم، ويقيد المطلق، ويبين المجمل، وهو حاكم على النص" (4)، وفي الفقه المالكي، يُلاحظ اعتماد واسع على العرف اللفظي، خصوصاً في البيوع والإجراءات، إذ يرى المالكية أن المصطلحات المالية تتبدل دلالاتها بتبدل الأعراف، وأن الجمود على المعنى اللغوي يؤدي إلى إبطال كثير من المعاملات الجارية بين الناس (5)، أما الشافعية والحنابلة، فرغم تحفظهم النسبي، إلا أنهم أقرّوا بأن العرف اللفظي إذا استقر وأُتدّ جاز الرجوع إليه في تفسير العقود، ما لم يصادم نصّاً شرعياً صريحاً (6).

ويؤكد القانون الوضعي هذا الدور، فالمادة (154) من القانون المدني المصري تنص على الأخذ بالتفسير الذي يتناسب مع "العرف الجاري في بلد العقد" عند وجود عبارة قابلة لتفسيرين، وقد طبقت المحاكم العراقية هذا المبدأ لتحديد معاني مصطلحات مثل "التسليم في مخزن البائع" وفقاً للأعراف المحلية (7).

1 - ينظر: الحكيم، 1979، محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الأندلس، بيروت: 345/1.

2 - الطوسي، 1992، محمد بن الحسن، المبسوط في فقه الإمامية، دار الكتب الإسلامية، طهران 90/2

3 - السرخسي، 1993، محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت: 23/12.

4 - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج4، ص172

5 - القرافي، 1994، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، بيروت: 180/1.

6 - الجويني، 1997، عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت: 803/2؛ ابن قدامة،

1997، عبد الله بن أحمد، روضة الناظر وجنة المناظر، مؤسسة الريان، بيروت: 307/1.

7 - محكمة التمييز، القرار ٥٦٧/تجارية/٢٠١٦.



ثانياً:- تحديد معاني الألفاظ المجملة

يقوم العرف بدور حاسم في تفسير العبارات العامة أو غير الواضحة في العقود، فعندما يستخدم المتعاقدون ألفاظاً مثل "حالة جيدة" أو "مصاريف إدارية" دون تحديد، فإن العرف السائد في مجال التعامل هو الذي يحدد مدلولها الدقيق، ويقرر الإمام الشيرازي هذه القاعدة بقوله: "إذا اختلف العاقدان في تفسير شرط من شروط العقد، يُرجع فيه إلى العرف"⁽¹⁾، ويؤكد الفقه الإمامي على أن المرجع في فهم إرادة المتعاقدين هو ما يفهمه العرف من كلامهما كما بينا سابقاً، وقد قضت محكمة التمييز العراقية بأن تفسير عبارة "المصاريف الإدارية" يجب أن يكون وفق العرف السائد بين المقاتلين⁽²⁾.

ثالثاً:- أولوية المدلول العرفي

تقدم الشريعة والقانون الوضعي المدلول العرفي على المدلول اللغوي الأصلي عند التعارض، بشرط وضوح العرف واستقراره، يقول العلامة الزركشي: "إذا تعارض العرف واللغة فالعرف أولى، لأن الخطاب وقع مع أهل العرف"⁽³⁾، ويتجلى ذلك في المصطلحات المالية الإسلامية؛ فكلمة "مرابحة" في أصل اللغة تعني البيع بربح معلوم، لكن العرف المصرفي الإسلامي خصصها لعملية مركبة تشمل الوعد والوكالة والبيع، وهو ما كرسه معيار المرابحة لهيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، وقد اعترفت هيئات الرقابة الشرعية بهذا العرف، بل وساهمت في بلورته وتقنينه، ففي معيار المرابحة الصادر عن هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية⁽⁴⁾، تم تحديد تعريف دقيق للمرابحة بناءً على الممارسة العرفية المستقرة⁽⁵⁾.

أما في القانون الوضعي، فتظهر هذه الأسبقية للعرف في المادة (100) من قانون التجارة العراقي، التي تنص على أن: "تفسر عبارات العقود التجارية وفقاً للمعنى الذي تعطيه إياها الأعراف التجارية". إنها نصيحة قانونية واضحة للمتعاقدين والقضاة: ابحثوا عن معنى الكلمة في سوقها، لا في معجمها. وهكذا، نرى كيف أن العرف اللفظي لا يكتفي بتفسير العقود، بل هو مشارك في صياغتها منذ البداية، لأنه هو الذي يحدد معجم المفاهيم المشترك بين المتعاقدين. إنه يذكرنا بأن اللغة الحية ليست تلك المسجونة في القواميس، بل تلك المتداولة في الأسواق والمتاجر والمصانع، حيث تكتسب الكلمات معانيها من واقع الممارسة والتجربة اليومية.

الفرع الثاني: إنشاء مدلولات جديدة وإضافة مصطلحات عرفية

لا يقتصر دور العرف على تفسير المصطلحات القائمة، بل يتعداه إلى خلق مصطلحات جديدة وتطوير مدلولات القديمة، مما يستدعي مقارنتها بالمصطلحات الفقهية التقليدية.

أولاً:- إنشاء مصطلحات عرفية جديدة

يولد العرف مصطلحات لم تكن معروفة في النصوص التشريعية التقليدية، استجابة لحاجات مالية مستجدة، ومثال ذلك مصطلح "البطاقة الائتمانية" الذي نشأ وترسخ عبر الممارسة المصرفية قبل أن ينظمه المشرع في تعليمات البنك المركزي العراقي، فقد أدرك الفقهاء أن الشريعة لم تحصر العقود في أسماء محددة، وإنما اعتبرت المعاني والمقاصد، وهو ما فتح المجال أمام العرف ليكون أساساً في نشوء عقود لم تكن معروفة بهذه الصورة في الفقه القديم، وقد أكد فقهاء الإمامية أن استحداث العقود جائز إذا استند إلى عرف مستقر وحقق مصلحة معتبرة ولم يتضمن محظوراً شرعياً⁽⁶⁾، ويظهر هذا الاتجاه بوضوح في الفقه الحنفي

1 - الشيرازي، المهذب، ج ٢، ص ٢١٣.

2 - محكمة التمييز، القرار ١١٨٩/مدنية أولى/٢٠١٨.

3 - الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج ٢، ص ٣١٠.

4 - المعيار رقم ٨، الفقرة ١/٢.

5 - هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات المالية الإسلامية، ٤٣٨ هـ، معايير هيئة المحاسبة والمراجعة للمؤسسات

المالية الإسلامية، البحرين، ص ١٥٤.

6 - ينظر: الموسوي، 2001، جعفر السبحاني، قواعد فقهية، مؤسسة الإمام الصادق، قم: 211/2.



والمالكي، حيث أقرت عقود مثل: الاستصناع والسلم بصورها المتطورة اعتماداً على العرف التجاري، حتى وإن خالفت بعض القواعد القياسية، لأن الحاجة العامة والعرف المستقر جعلها من العقود المشروعة (1)، كما قبل الشافعية والحنابلة بتطور صور بعض العقود، بشرط ضبطها بالضوابط الشرعية العامة، وعدم الاكتفاء بمجرد شيوع العرف دون تحقق مشروعيتها (2).

ويشير الدكتور وهبة الزحيلي إلى أن العديد من العقود المستحدثة تبدأ بعرف عملي (3)، وينطبق الأمر على مصطلح "عقد التوريد والتركيب" في مجال المقاولات، الذي أقرته المحاكم العراقية وخضع لأعراف السوق الخاصة (4)، ويصف الدكتور نوري حمد كيف أنشأت الأعراف المهنية تقسيمات فرعية لعقود المقاولات (5).

وبذلك يتضح أن العرف لا يعمل بوصفه عنصراً تابعاً فحسب، بل يمثل آلية فقهية فاعلة في صياغة العقود المالية وتفسيرها وتطويرها، وهو ما يؤكد مرونة الفقه الإسلامي وقدرته على استيعاب التحولات الاقتصادية دون التفريط بأصوله الشرعية.

ثانياً: تطور دلالة المصطلحات القديمة

يحفظ العديد من المصطلحات بشكله اللغوي بينما يتغير مضمونه جذرياً بفعل العرف، فمصطلح "الوديعة" الذي يعني في الفقه الإسلامي التقليدي عقد إرفاق للحفظ بلا عوض (6)، تحول في العرف المصرفي الحديث إلى "الوديعة الاستثمارية" التي هي في جوهرها عقد مراهقة أو مضاربة، وكذلك مصطلح "التأمين" في القانون، الذي توسع ليضم أنواعاً هجينة كالتأمين المختلط بفعل العرف التجاري الدولي، مما استدعى تنظيمها في قانون خاص (7).

ثالثاً: المقارنة بين المصطلحات الفقهية والعرفية المعاصرة

تظهر فجوة بين دقة المصطلحات الفقهية التقليدية ومرونة المصطلحات العرفية المعاصرة الوظيفية، فمصطلح "المضاربة" الفقهي له شروط محددة (8)، بينما مصطلح "الصكوك الاستثمارية" العرفي يمثل أداة مالية مركبة تجمع عدة عقود في هيكل واحد (9)، وكذلك إن مصطلح "البيع الآجل" الفقهي محكوم بضوابط دقيقة، بينما مصطلح "عقد المشتقات" العرفي أوسع نطاقاً، وفي القانون الوضعي، يختلف مصطلح "الوكالة" التقليدي عن مصطلحات سوقية مثل "الوساطة المالية الإلكترونية"، مما يدفع المحاكم للجوء إلى الخبراء لتكييفها (10)، وهنا يبرز دور هيئات الرقابة الشرعية والمجامع الفقهية في تقنين العرف وضبطه لضمان عدم انفصاله عن الضوابط الشرعية والقانونية الثابتة.

المطلب الثاني

تأثير العرف العملي في تعديل وتطوير أحكام العقود

- 1 - الكاساني، 1986، علاء الدين أبو بكر بن مسعود، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت: 186/5؛ القرافي، 1994، الفروق: 15/3.
- 2 - ابن قدامة، 1997، المغني، دار الفكر، بيروت: 21/5.
- 3 - الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج8، ص 213.
- 4 - محكمة التمييز، القرار ٤٥٢/مدني/٢٠١٩.
- 5 - حمد، المسؤولية العقدية، ص 163.
- 6 - السرخسي، المبسوط، ج11، ص 145.
- 7 - العبيدي، التفسير القضائي للعقود، ص 205.
- 8 - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج6، ص 77.
- 9 - القرّة داغي، الصكوك الإسلامية، ص 87.
- 10 - محكمة التمييز، القرار ٣٢١/تجارية/٢٠٢٠.



بينما يحكم العرف اللفظي عالم الدلالات والنصوص، يتغلغل العرف العملي في نسيج الأفعال والممارسات ليشكل الالتزامات ذاتها. فهو يعمل كقوة فعالة ضمن الإطار التعاقدية، قادرة على إضافة التزامات غير مذكورة، أو تعديل الشروط الأصلية، بل والتأثير في مراحل تكوين العقد وانقضائه. ويهدف هذا المطلب إلى تحليل آليات هذا التأثير وكيفية تحول الممارسة المتكررة إلى جزء ملزم من العقد، متجاوزاً في ذلك حدود النص المكتوب ليلاصق روح العلاقة التعاقدية الحية.

الفرع الأول: تعديل الالتزامات والشروط العقدية الأصلية

يتجلى تأثير العرف العملي في قدرته على إضافة التزامات غير منصوص عليها، وتعديل شروط العقد الأصلية، مما يبرز الفروق بين المنظورين الفقهي والقانوني في هذا الصدد.

أولاً:- إضافة التزامات عرفية غير منصوص عليها

يملك العرف العملي سلطة إدراج التزامات ضمنية في العقد، رغم عدم ذكرها صراحة في نصوصه، ومثال ذلك التزام المالك في عقد الإيجار الطويل بصيانة الأنظمة المركزية (كالتهووية والأمن) إذا جرى العرف على ذلك، بينما يتحمل المستأجر مصاريف الصيانة البسيطة داخل محله، وقد نص فقهاء الإمامية على أن كثيراً من الالتزامات لا تُفهم إلا بالرجوع إلى ما جرى عليه تعامل الناس، لأن العرف يكشف عن طبيعة الالتزام وحدوده الواقعية⁽¹⁾، وهذا ما أكده السيد الخوئي في أن "العمل بالعرف في إثبات الالتزام كالنص في إثباتها، إذا كان العرف واضحاً ومستقراً"⁽²⁾ ويقرر الإمام الشيرازي أن "ما جرى به العرف فهو كالمشروط"⁽³⁾ وفي القانون الوضعي، تنص المادة (2/202) من القانون المدني العراقي على تحديد الالتزامات "بالعرف الجاري إذا لم يوجد اتفاق أو نص في القانون"، وهو ما طبقت محكمة التمييز العراقية في قضية متعلقة بطريقة التغليف في عقد توريد زراعي⁽⁴⁾.

ثانياً:- تعديل مدة أو طريقة التنفيذ:

قد يعدل العرف العملي من طرق تنفيذ الالتزامات أو مددها، حتى لو خالف ذلك النص الصريح للعقد. فإذا تعارف الطرفان في عقد مقاوله على تحويل الدفعات من دفع عند انتهاء المراحل إلى دفعات شهرية تقديرية، فإن هذا التعديل العرفي يصبح ملزماً كدليل على تغير إرادتهما، ويقول الإمام ابن عابدين: "إذا تعارف الناس على خلاف ما اشترطوه، كان العرف مقدماً على الشرط، لأن العرف دليل على تغير إرادتهم"⁽⁵⁾. وتؤكد المادة (2/147) من القانون المدني المصري على التزام المتعاقدين بما يوجبه العرف. وتظهر هذه الآلية بوضوح في عقود النفط الدولية، حيث تعترف محاكم التحكيم بالممارسات العرفية المعدلة لآليات التسعير⁽⁶⁾.

ثالثاً:- المقارنة بين موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

يركز الفقه الإسلامي في اعتبار العرف المعدل على تحقيق المقاصد الشرعية، خاصة العدل ودفع الضرر، ويشترط عدم مخالفة النص القاطع. يقول الإمام الشاطبي: "العوائد إذا كانت موافقة للمصلحة، فهي معتبرة شرعاً"⁽⁷⁾. بينما يركز القانون الوضعي على "الإرادة الضمنية" للأطراف، ويعتبر العرف من مظاهر حسن النية في التنفيذ⁽⁸⁾ ومن الفروق العملية: يعتد الفقه الإسلامي بالعرف الخاص (كعرف التجار) بشكل أوسع نظراً لاعترافه بأهلية الخبرة، بينما قد يشترط القانون الوضعي علم الطرفين بالعرف. كما تختلف آليات الإثبات؛ فالقضاء

1 - ينظر: الصدر، 1994، محمد باقر الصدر، دروس في علم الأصول، دار التعارف، بيروت: 415/2.

2 - الخوئي، مصباح الفقاهة، ج3، ص142.

3 - الشيرازي، المهذب، ج1، ص275.

4 - محكمة التمييز، القرار 755/مدنية أولى/2017.

5 - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج4، ص174.

6 - Redfern & Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, p. 321.

7 - الشاطبي، الموافقات، ج4، ص98.

8 - المادة 150 من القانون المدني العراقي.



الوضعي يحتاج إلى إثبات العرف بواسطة البيئة أو الخبراء (1) ، بينما قد يعتد القاضي الشرعي بعلمه الشخصي بالعرف المشهور.

الفرع الثاني: التأثير في تكوين العقود وإنشائها وانقضائها

يمتد تأثير العرف العملي ليشمل دورة حياة العقد بالكامل، فيؤثر في شروط انعقاده، وينشئ نماذج تعاقدية جديدة، ويضع قواعد لانقضائه.

أولاً:- تأثير العرف في انعقاد العقود:

يحدد العرف العملي في كثير من الأحيان ما يعتبر إيجاباً وقبولاً معتبراً، متجاوزاً الصيغ الرسمية. ففي أعراف المزايدات، قد تعتبر الإيماءة أو رفع الرقم قبولاً ملزماً. ويقرر الإمام السرخسي: "وإذا تعارف أهل السوق على أن الإشارة باليد في البيع كالقول، فهو معتبر" (2)، وفي التجارة الإلكترونية، أصبح الضغط على زر "اشترى الآن" وإدخال بيانات الدفع شكلاً عرفياً معترفاً به للإيجاب والقبول، وهو ما نظمته المشرع العراقي في قانون المعاملات الإلكترونية، وقد ينشأ العقد ضمناً من خلال الممارسة المستمرة بين الطرفين، كالعلاقة الدائمة بين مورد ومقاول، حيث يكفي السلوك العملي لإثبات وجود العقد دون حاجة إلى إعادة كتابته.

ثانياً:- إنشاء عقود جديدة:

يولد العرف العملي أنماطاً تعاقدية جديدة كلياً استجابة لحاجات مستجدة. ففي الصيرفة الإسلامية، نشأ عقد "التمويل بالإجارة المنتهية بالتمليك" من الممارسة العملية التي جمعت بين الإجارة والوعد بالتمليك، قبل أن تفتنه هيئات الرقابة الشرعية في معاييرها. ويقول الدكتور محمد الروكي: "كثير من المنتجات المالية الإسلامية المعاصرة ولدت من رحم الممارسة العرفية، ثم تم تنظيمها شرعياً وقانونياً" (3)، وفي القانون الوضعي، نشأ عقد "الامتياز التجاري (الفرنشايز)" عبر الممارسة الدولية قبل تقنينه، وأقرت المحاكم العراقية أحكامه الخاصة (4)، وحتى عقد التأمين التقليدي بدأ كعرف عملي بين تجار البحر.

ثالثاً:- أثر العرف في انقضاء العقود:

يضع العرف قواعد لانتهاء العلاقة التعاقدية قد تختلف عن النص القانوني، ففي عقود المقاولات، يخلق العرف ما يعرف بـ"فترة الضمان العملي" التي تلي التسليم الرسمي، مما يمد من مسؤولية المقاول. وفي عقود الوكالة، قد يعتبر عدم النشاط لفترة معينة تنازلاً ضمناً عن الوكالة بحسب العرف السائد. ويقرر ابن قدامة: "العرف في الإهمال كالنص في الانتهاء" (5)، وقد يحدد العرف وسائل إنهاء غير تقليدية، كنشر إشعار في جريدة أو لوحة إعلانات في سوق معينة، وهو ما أقرته محكمة التمييز العراقية (6)، كما يملأ العرف الفراغ في تحديد "المدة المعقولة" للإخطار بالإنهاء الوارد في المادة (177) من القانون المدني العراقي، بتحديداتها وفقاً لطبيعة العقد والسوق.

المبحث الثالث

أثر تغيير المدلولات العقدية في تكييف المنازعات المالية

بعد تحليل آليات تأثير العرف في تغيير مدلولات العقود وتعديل أحكامها، تبرز مرحلة التطبيق القضائي كحلقة حاسمة. فكيف ينعكس هذا التغيير في مدلولات العقود - الذي أحدثه العرف - على عملية الفصل في المنازعات المالية؟ يهدف هذا المبحث إلى دراسة أثر التحولات العقدية الناتجة عن العرف في عملية

1 - قانون المرافعات المدنية العراقية، المادة 162

2 - السرخسي، المبسوط، ج ١٢، ص ٧٩

3 - الروكي، العرف والعادة، ص ١٣٤

4 - محكمة التمييز، القرار ٤٣٢/تجارية/٢٠٢١

5 - ابن قدامة، المغني، ج ٥، ص ٢٣٤

6 - محكمة التمييز، القرار ٨٨٩/مدنية/أولى/٢٠١٩



تكيف النزاعات، وكيفية تعامل القضاء وهيئات التحكيم مع هذه التحولات لتحقيق العدالة والإنصاف، مستكشفاً بذلك الجسر الذي يربط بين واقع الممارسة في الأسواق والإجراءات الرسمية في قاعات المحاكم.

المطلب الأول

دور العرف في التكيف الفقهي والقانوني للنزاعات

تعد عملية "تكيف النزاع" – أي تحديد طبيعته القانونية والفقهية الدقيقة – الخطوة الأولى والأساسية في فض أي منازعة. وفي هذه المرحلة الحساسة، يلعب العرف دوراً محورياً في كشف الهوية الحقيقية للعلاقة التعاقدية، والتي قد تخفيها الصياغة الظاهرية للعقد. فالعرف يصبح أداة التشخيص التي تمكن القاضي أو المحكم من تصنيف العقد بشكل صحيح مثل بيعه، أو إجارته، أو شركة، أو وكالة، وتطبيق الأحكام المناسبة عليه، مما يحول دون تطبيق قواعد قانونية أو فقهية على علاقة لم تكن في الحقيقة مقصودة من قبل الأطراف.

الفرع الأول: تحديد طبيعة العقد وتصنيفه عند الاختلاف

يعد تحديد الهوية الدقيقة للعقد – سواء أكان بيعاً أو إجارة أو شركة – خطوة محورية في حل النزاعات. وغالباً ما يكون العرف هو المفتاح الذي يحل إشكال التصنيف هذا، خاصة عند غموض النص أو تعقده.

أولاً: - الخلاف حول تصنيف العقد

كثيراً ما يثور النزاع حول التكيف القانوني أو الفقهي للعلاقة التعاقدية، مما يؤثر مباشرة على الأحكام الواجبة التطبيق، ففي عقد يتعلق بتجهيز وتشغيل مصنع مقابل نسبة من الأرباح، قد يختلف التكيف بين عقد إجارة خدمات أو عقد شركة أو عقد مقاوله، وهنا يبرز دور العرف السائد في ذلك القطاع الصناعي لتحديد التكيف المناسب، فيرى فقهاء الإمامية أن العرف يُعدّ من أهم القرائن في تشخيص عنوان العقد، لأن قصد المتعاقدين لا يُدرك غالباً إلا بالرجوع إلى ما استقر عليه تعامل الناس في نظائر تلك المعاملة، وقد أشار عدد من الأصوليين الإمامية إلى أن التكيف الفقهي لا ينفصل عن الواقع الاجتماعي، وأن العرف يُعدّ كاشفاً عن هذا الواقع (1).

أما الحنفية، فقد جعلوا العرف أساساً في ترجيح أحد التكييفات المحتملة عند التنازع، حتى لو أدى ذلك إلى العدول عن القياس الظاهر، فلو جرى عرف التجار على معاملة معينة باسم البيع، لكنها في حقيقتها أقرب إلى الإجارة أو السلم، فإن العرف يكون مرجحاً في تحديد طبيعتها الحقيقية وآثارها (2)، فيقرر الإمام ابن عابدين أن "العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني" (3)، أي أن ما يستدل عليه بالعرف من مقاصد الطرفين هو الحاكم، وليس التسمية الظاهرية. ويظهر ذلك في المنازعات المتعلقة بعقود التوريد والاستصناع، حيث يلعب العرف دوراً حاسماً في تصنيف العقد.

وفي الفقه المالكي، يُلاحظ اعتماد واسع على العرف في توصيف العقود، ولا سيما في البيئات التجارية، إذ يرى المالكية أن العقد يُحمّل على ما جرى به العمل بين الناس، لأن ذلك أدعى لتحقيق الاستقرار في المعاملات (4)، أما الشافعية والحنابلة، فرغم تحفظهم النسبي، إلا أنهم يقرّون بأن العرف يُرجع إليه عند الاشتباه في نوع العقد، بشرط ألا يؤدي ذلك إلى إباحة محظور شرعي أو إبطال حكم ثابت بالنص (5).

1 - ينظر: الحكيم، 1979، محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، دار الأندلس، بيروت: 352/1.

2 - السرخسي، 1993، محمد بن أحمد، المبسوط، دار المعرفة، بيروت: 7/13.

3 - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج 4، ص 189.

4 - القرافي، 1994، شهاب الدين أحمد بن إدريس، الفروق، عالم الكتب، بيروت: 109/2.

5 - النووي، 1996، يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، دار الفكر، بيروت: 400/9؛ ابن قدامة، 1997، عبد الله بن أحمد، المغني، دار الفكر، بيروت: 9/5.



وقد لجأت محكمة التمييز العراقية في نزاع بين مزارع وشركة تسويق إلى الاستعانة بخبير زراعي لتحديد العرف السائد في المنطقة، وبناءً على تقريره الذي أشار إلى أن الممارسة تسمى في العرف الزراعي "المضاربة الزراعية"، قامت المحكمة بتكييف العقد وفقاً لذلك⁽¹⁾.

ثانياً:- تأثير العرف في تحويل هوية العقد

قد يكشف العرف عن هوية حقيقية للعقد تختلف كلياً عن صورته الظاهرة. فما يسمى في المصارف بـ "الوديعة الاستثمارية ذات العائد المحدد" قد يكون في حقيقته - بحسب العرف العملي في حساب العائد وتحديد المخاطر - أقرب إلى عقد قرض بفائدة أو مرابحة، ويقول الدكتور محمد أبو زهرة: "إن العنوان لا يحكم على العقد، وإنما تحكم عليه حقيقته التي يتبينها العرف"⁽²⁾، وهذا المبدأ مهم لكشف العقود التحاليلية، كتسمية الربا "عمولة خدمات"، حيث يكشف العرف العملي في طريقة الحساب عن حقيقة العقد المحرم.

ثالثاً:- المقارنة بين التكيف الفقهي والتكيف القانوني

يخضع التكيف في الفقه الإسلامي لرقابة المقاصد الشرعية والضوابط الأخلاقية، فلا يقبل العرف إذا أدى إلى إهدار مقصد شرعي أو إباحة محرم. يقول الإمام الشاطبي: "لا يعتبر العرف المخالف للإجماع أو القاعدة الشرعية"⁽³⁾.

أما في القانون الوضعي، فيغلب على التكيف الطابع التقني والوظيفي، بهدف تحقيق العدالة التعاقدية والاستقرار التجاري، دون رقابة أخلاقية مسبقة على مضمون العرف إلا إذا خالف النظام العام. ومن الفروق العملية: يعتد الفقه الإسلامي بعرف الخاصة - أهل الحرفة - بشكل أوسع، كما يقرر الإمام القرافي⁽⁴⁾، بينما قد يشترط القانون الوضعي علم الطرفين بالعرف الخاص⁽⁵⁾، كما تختلف آليات الإثبات؛ فالقضاء الوضعي يحتاج إلى إثبات العرف بالخبرة غالباً⁽⁶⁾، بينما قد يعتد القاضي الشرعي بعلمه الشخصي بالعرف المشهور⁽⁷⁾.

الفرع الثاني: تحديد نطاق المسؤولية والالتزامات المترتبة

يمتد تأثير العرف إلى نطاق المسؤولية العقدية، فيوسعها أو يضيقها، بل وينشئ مسؤوليات جديدة، ويؤثر في تقدير التعويضات والجزاءات.

أولاً:- توسيع أو تضيق نطاق المسؤولية

يحدد العرف مدى المسؤولية عن الأضرار، فقد يوسعها ليشمل ما لم ينص عليه العقد صراحة. ففي عقود النقل الدولي، تعتبر القواعد الدولية (كقواعد لاهاي-فيسبي) عرفاً ملزماً يوسع مسؤولية الناقل ليشمل الضرر الناتج عن التأخير غير المعقول، وقد اعتمدت المحاكم العراقية هذه القواعد كعرف دولي⁽⁸⁾. وفي المقابل، قد يضيق العرف من نطاق المسؤولية، كما في عقود المقاولات حيث يسقط العرف الخاص مسؤولية المقاول عن الأضرار الناتجة عن ظروف قاهرة كعواصف استثنائية، وهو ما أقرته محكمة الاستئناف العراقية (محكمة الاستئناف، القرار ٣٨٨/مدني/٢٠٢٠). ويشير الإمام السرخسي إلى أن "العرف الخاص يخص العام، كعرف التجار في إسقاط الضمان عن الهالك بالحادث"⁽⁹⁾.

1 - محكمة التمييز، القرار ١١٢/مدنية زراعية/٢٠٢٠.

2 - أبو زهرة، المعاملات المالية في الإسلام، ص ٣٢٧

3 - ينظر: الشاطبي، الموافقات، ج ٤، ص ١٠٢.

4 - ينظر: القرافي، الفروق، ج 1، ص 184

5 - المحكمة الاتحادية العليا، القرار ٥٦/اتحادية/٢٠١٦

6 - قانون المرافعات المدنية العراقية، المادة 162

7 - ينظر: النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٤٢٣.

8 - محكمة التمييز، القرار ٢١٣/تجارية/٢٠١٨.

9 - السرخسي، المبسوط، ج ١١، ص ٢٣.



ثانياً:- إنشاء مسؤوليات عرفية غير منصوص عليها

يخلق العرف مسؤوليات جديدة تصبح جزءاً من الالتزامات التعاقدية الضمنية، ففي الخدمات المصرفية الإلكترونية، أنشأ العرف المهني مسؤوليات على المصرف تتعلق بتطبيق معايير الأمن السيبراني وإخطار العملاء، وهو ما كرسه البنك المركزي العراقي في دليله للمعايير الأمنية (2018)، وفي العقود الطبية، يخلق العرف المهني التزاماً بالإعلام وموافقة المريض المستنيرة، وهو التزام قضت محكمة التمييز العراقية بمسؤولية الطبيب عن الإخلال به⁽¹⁾.

ثالثاً:- أثر العرف في تقدير التعويضات والجزاءات

يحدد العرف المعايير العملية لتقدير التعويضات. ففي عقود المقاولات، يحدد العرف نسبة يومية من قيمة العقد كتعويض عن التأخير (ك0.015%)، وهو ما أقرته محكمة استئناف بغداد⁽²⁾، وقد يخلق العرف "جزاءات عرفية" خاصة ببعض المهن، كحرمان التاجر المتأخر في السداد من الخصم المعتاد، وهي جزاءات قد تعترف بها المحاكم إذا كانت معقولة⁽³⁾، كما يستخدم العرف في تقدير الربح الفائت، حيث تعتمد المحاكم على نسبة الربح المعتادة في التجارة المعنية كدليل معقول⁽⁴⁾.

المطلب الثاني

الاعتماد على العرف في الإجراءات القضائية والتحكيمية

بعد تحديد دور العرف في تشكيل جوهر النزاع وتكييفه، تبرز إشكالية تقديم هذا المصدر الاجتماعي المتغير كدليل مقبول في الإجراءات النظامية. فكيف تتعامل المحاكم وهيئات التحكيم مع العرف بوصفه دليلاً يحتاج إلى إثبات وتقديم، في ظل منهجيات قضائية تقليدياً تتعامل مع أدلة أكثر ثباتاً؟ يهدف هذا المطلب إلى تحليل الآليات الإجرائية التي تتيح تحويل العرف من ممارسة سائدة إلى حجة قضائية أو تحكيمية مقبولة، مع بيان الفروق في معايير الإثبات وآليات التعامل معه بين النظامين الفقهي والقانوني.. كما تجلت في محيطها الطبيعي.

الفرع الأول: إثبات العرف وتقديمه كدليل في المنازعات

تتطلب إثبات العرف في المنازعات القضائية أو التحكيمية وسائل خاصة تتناسب مع طبيعته اللفظية أو العملية، مع الاعتماد الكبير على أدوات الخبرة والشهادة.

أولاً:- طرق إثبات العرف اللفظي والعرف العملي:

تختلف وسائل إثبات كل نوع من العرف، فإثبات العرف اللفظي - المدلول الخاص للمصطلح- يحتاج إلى إظهار شيوع واستقرار هذا المدلول في البيئة المهنية، ومن الوسائل العملية لذلك:

أ- تقديم وثائق مهنية متكررة، كعقود سابقة تستخدم اللفظ بنفس الدلالة المطلوبة، وقد اعتبرت محكمة التمييز العراقية الوثائق المتكررة دليلاً قوياً على وجود عرف لفظي خاص⁽⁵⁾.

ب- الإحالة إلى الشروط الموحدة والمعايير المهنية الرسمية التي تجسد الممارسة المستقرة، كدليل شروط أعمال الهندسة المدنية.

ت- الاستعانة بالمعاجم والقواميس المتخصصة التي تسجل المعاني العرفية للمصطلحات المالية والتجارية.

ث- أما إثبات العرف العملي فيتطلب إظهار تكرار الممارسة السلوكية وقبولها، وذلك من خلال:

• إثبات التكرار والاستمرار في التعامل، وهو ما أشار إليه الإمام السرخسي بقوله: "العادة المتكررة دليل على الرضا، وإذا تكرر الفعل ثلاث مرات فهو عرف"⁽⁶⁾

1 - محكمة التمييز، القرار ٦٦٥/مدنية/أولى/٢٠١٨.

2 - محكمة استئناف، القرار ٣٢١/مدني/٢٠١٩.

3 - محكمة البداية، القرار ١١٥/تجارية/٢٠٢١.

4 - محكمة التمييز، القرار ٤٤٧/تجارية/٢٠١٩.

5 - محكمة التمييز، القرار ٥٦٧/تجارية/٢٠١٦.

6 - السرخسي، المبسوط، ج ١٢، ص ٨٠.



- تقديم سجلات عملية، كسجلات الشحن أو الفواتير التي توثق الممارسة العرفية.
- الاستدلال — الإقرار الضمني، كاستمرار الطرف الآخر في التعامل دون اعتراض لفترة طويلة، وهو ما قضت به محكمة التمييز العراقية (1).

ثانياً:- دور الخبرة والشهادة:

يعد تقرير الخبرة من أقوى وسائل إثبات العرف الخاص، خاصة في المجالات الفنية المعقدة. وينص قانون المرافعات المدنية العراقية على استعانة المحكمة بأهل الخبرة (المادة 162). وقد أكدت محكمة التمييز على القوة الإثباتية لتقرير الخبرة في إثبات العرف التجاري (2). كما يمكن اللجوء إلى شهادة الشهود من أهل الخبرة والاختصاص، ويشترط في الشاهد في الفقه الإسلامي أن يكون عدلاً عارفاً بالعرف (3).

ثالثاً:- المقارنة بين معايير الإثبات في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

توجد فروق جوهرية في آليات الإثبات:

- أ- مصدر الإثبات: في الفقه الإسلامي قد يعتد القاضي بعلمه الشخصي بالعرف المشهور (4)، بينما في القانون الوضعي العراقي يجب إثبات العرف بأدلة موضوعية مقدمة في الدعوى (5).
- ب- الخبرة والشهادة: في الفقه الإسلامي يشترط في الخبير والشاهد العدالة بالإضافة إلى الخبرة، أما في القانون الوضعي، فالتركيز على المؤهلات الفنية، وتتمتع المحكمة بسلطة تقديرية واسعة في تقييم الشهادة.
- ت- عرف القضاء: قد ينشأ في الفقه الإسلامي ما يسمى "عرف القضاة" من خلال الاجتهاد القضائي المستقر (6)، وفي النظام العراقي، يشكل الاجتهاد المستقر لمحكمة التمييز مرجعاً تفسيريّاً مقارباً لهذا المفهوم.

الفرع الثاني: تفسير العقود وحل التعارضات بالرجوع إلى العرف

يلعب العرف دوراً محورياً في تفسير نصوص العقود الغامضة أو المتعارضة، ويسد النقص فيها، مقدماً في ذلك على القواعد العامة.

أولاً:- تفسير الشروط الغامضة والمتناقضة

عند غموض عبارة عقدية، يلجأ القاضي إلى العرف السائد لتحديد المعنى المقصود. فمصطلح مثل "إنجاز الخدمات" في عقد استشاري يُفسر وفقاً للعرف المهني السائد في هذا المجال. وتقرر القاعدة الفقهية: "إذا تردد اللفظ بين معنيين، يُحمل على ما جرى به العرف" (7)، وعند تعارض نصوص العقد، يعمل العرف كأداة للتوفيق والجمع بينها. فقد قضت محكمة التمييز العراقية بضرورة تفسير الشروط المتعارضة معاً في ضوء العرف الجاري لتحديد الإرادة المشتركة (8).

ثانياً:- سد النقص في العقود

يقوم العرف بدور المكمل التشريعي للعقد، حيث يملأ الفراغات التي تركها المتعاقدون. ففي عقد شراكة يسكت عن طريقة تغطية الخسائر، يتم الرجوع إلى العرف التجاري السائد في نوعية تلك الشراكة. ويقرر الإمام ابن عابدين أن "ما جرى به العرف، فكأنه مذكور في العقد" (9). وينص القانون المدني المصري صراحة على دور العرف في تحديد الالتزامات التكميلية (10)، وهو ما طبقته المحاكم العراقية عند

1 - محكمة التمييز، القرار ٧٥٥/مدنية أولى/٢٠١٧.

2 - محكمة التمييز، القرار ٢٣٤/تجارية/٢٠١٧.

3 - ينظر: النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٤٢٥.

4 - ينظر: النووي، روضة الطالبين، ج ٤، ص ٤٢١.

5 - قانون المرافعات المدنية، المادة 92.

6 - ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ١٢٨.

7 - الزركشي، المنثور في القواعد الفقهية، ج ٢، ص ٣١٥.

8 - محكمة التمييز، القرار ٥٥١/مدنية أولى/٢٠١٨.

9 - ابن عابدين، حاشية رد المحتار، ج ٤، ص ١٨٠.

10 - المادة 2/154.



سكوت العقد عن طريقة دفع الثمن (4) . ويمتد هذا الدور ليشمل سد النقص في بنود حل المنازعات نفسها، فيلجأ إلى الأعراف الدولية في غياب النص.

ثالثاً:- أولوية العرف على القواعد العامة:

يتمتع العرف الخاص (المهني/التجاري) بأولوية تطبيقية على القواعد القانونية العامة عند تفسير العقود وتنفيذها، فالقاعدة العامة التي تقول إن الوكالة مجانية⁽²⁾، تُخصص بالعرف التجاري، القاضي بأن الوكالة التجارية تكون بعمولة. ويقرر الإمام القرافي أن "العرف الخاص مقدّم على العام، كالخاص على العام في النص"⁽³⁾، وهذه الأسبقية مشروطة بعدم مخالفة العرف لنص قطعي أو نظام عام، وأن يكون معلوماً أو يمكن معرفته، وقد جسدت المحاكم العراقية هذا المبدأ، كما في قضية إنهاء عقد التوزيع الحصري، حيث قدّمت العرف القاضي بإشعار مسبق على القاعدة العامة (4) .

الخاتمة

بعد استقصاء الإطار النظري والتحليل العملي لدور العرف في المعاملات المالية، يمكن استخلاص جملة من الاستنتاجات المحورية. فقد أثبتت الدراسة أن العرف اللفظي والعرف العملي ليسا ظاهرتين هامشيتين، بل هما قوتان فعالتان تدخلان في صميم البنية التعاقدية، فتعدلان مدلولات الألفاظ والشروط، وتؤسسان للالتزامات الجديدة، وتؤثران في تصنيف النزاعات وتحديد المسؤوليات.

وتبرز أهمية العرف كأداة توازن حيوية بين ثبات النصوص ومرونة الواقع، سواء في الشريعة الإسلامية بمذاهبها أو في القوانين الوضعية كالقانونين المدني والتجاري العراقي. فهو يحول دون جمود التشريع، مع بقائه خاضعاً لضوابط شرعية وقانونية تحول دون انحرافه إلى وسيلة للتحايل أو الإضرار.

كما أكد البحث أن العرف يشكل جسراً مهماً بين الممارسة العملية في الأسواق والإجراءات القضائية والتحكيمية، حيث تتجلى آثاره في تكييف المنازعات وتقدير التعويضات. ويزداد هذا الدور أهمية في ظل العولمة المالية، حيث تبرز الأعراف الدولية (كمبادئ اليونيدروا) كمرجعية موحدة تتجاوز الحدود الوطنية.

أخيراً، فإن هذه الدراسة، رغم سعيها للإحاطة بجوانب الموضوع، تبقى خطوة في مسار بحثي أوسع، وهي تؤكد أن الفهم الدقيق للعرف وتطبيقه المنضبط يعد شرطاً أساسياً لتحقيق العدالة وتعزيز الثقة في الأنظمة المالية الإسلامية والوضعية على حد سواء، مع التوصية بمزيد من الجهود البحثية والتشريعية لتنظيم هذا المصدر الحيوي للقاعدة القانونية..

النتائج

يتوصل هذا البحث إلى النتائج التالية:

١. يُشكّل العرف اللفظي والعرف العملي مصدراً تشريعياً وتفسيريّاً معتمداً وقوياً في كل من الفقه الإسلامي (بمذاهبه السنية والإمامية) والقوانين الوضعية (كالقانونين المدني والتجاري العراقي)، حيث يقوم بدور محوري في تحديد مدلولات العقود وتعديل التزاماتها، استناداً إلى قاعدة "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً".

٢. يتمتع العرف بالقدرة على إنشاء مدلولات جديدة للمصطلحات المالية، وإضافة التزامات عرفية غير منصوص عليها، بل والتأثير في تكوين العقود وانقضائها، مما يجعله عاملاً حياً وديناميكياً يشكل معالم النظام المالي المتطور، كما يتجلى في منتجات الصيرفة الإسلامية والعقود التجارية الدولية المعاصرة.

١ - محكمة التمييز، القرار ٩٩٨/مدنية أولى/٢٠١٦

٢ - (المادة 878 ق.م. عراقي)

٣ - (القرافي، الفروق، ج ١، ص ١٨٣)

٤ - (محكمة استئناف، القرار ١٤٧/تجارية/٢٠٢٠).



٣. يلعب العرف دوراً حاسماً في التكيف الفقهي والقانوني للمنازعات المالية، من خلال تحديد طبيعة العقد وتصنيفه، وتوسيع أو تضيق نطاق المسؤولية العقدية، وتقدير التعويضات، مما يجعله أداة أساسية للقاضي والمحكم للوصول إلى الحكم العادل الذي يراعي واقع الممارسة المهنية والتجارية.

٤. تختلف آليات وإجراءات إثبات العرف بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، حيث يعتد الأول بعلم القاضي بالعرف المشهور، بينما يشترط الثاني إثباته عبر وسائل موضوعية كتقرير الخبرة والوثائق. كما تتفق الأنظمة على تقديم العرف الخاص (المهني/التجاري) على العرف العام، وعلى العرف الصحيح الذي لا يخالف النص أو النظام العام.

٥. يظهر العرف التجاري الدولي (متمثلاً في مبادئ اليونيدروا والممارسات الراسخة) كقوة توحيدية في المعاملات المالية عبر الحدود، غالباً ما يُفضلها المحكمون على القوانين الوطنية، مما يؤكد صعود دور العرف كمصدر للقانون في الفضاء الاقتصادي العالمي، ويفتح آفاقاً أوسع للتقارب بين الأنظمة القانونية المختلفة.

الاقتراحات

انطلاقاً من النتائج التي توصل إليها البحث، يمكن تقديم الاقتراحات العملية التالية:

١. **للمشرعين والهيئات التشريعية:** العمل على إصدار نصوص قانونية أكثر وضوحاً ومرونة تتعلق بتنظيم الاستناد إلى العرف، خاصة في القوانين التجارية، مع تحديد ضوابط دقيقة لاعتبار العرف الخاص للأعمال والمهن، وتقنين بعض الأعراف الدولية المستقرة لتسهيل عمل القضاء الوطني، كما هو الحال في بعض قوانين التحكيم.
٢. **للهيئات القضائية وهيئات التحكيم:** تطوير آليات منهجية للاستعانة بالخبراء وأهل الاختصاص في المجال المالي أو التجاري محل النزاع، لضمان الوقوف الدقيق على العرف السائد وإثباته، والعمل على توحيد الاجتهادات القضائية في تطبيق العرف لتعزيز الاستقرار والثقة في الأحكام.
٣. **لهيئات الرقابة الشرعية والمجامع الفقهية:** تكثيف الجهود لدراسة الأعراف المستحدثة في المنتجات المالية والتقنيات الناشئة (كالمعاملات الإلكترونية والتمويل الجماعي والعقود الذكية)، وإصدار فتاوى ومعايير تحدد موقف الشريعة منها، وتضبطها بضوابط المقاصد الشرعية، سداً للفراغ ومواكبة للتطور.
٤. **للمتاعدين والمهنيين القانونيين والماليين:** الدقة في صياغة العقود، مع توضيح النية تجاه العرف السائد، سواء بالقبول الصريح له أو باستبعاده، لتجنب المنازعات المستقبلية. كما يُوصى بضرورة توثيق الممارسات العرفية السابقة بين الأطراف عند التعاقد المستمر.
٥. **للباحثين والأكاديميين:** تشجيع إجراء دراسات تطبيقية معمقة ترصد وتحلل الأعراف الناشئة في قطاعات مالية وتجارية محددة (كالتجارة الإلكترونية، واقتصاد المنصات، والتمويل المستدام)، مع إجراء مقارنات موسعة بين تطبيقات العرف في الأنظمة القانونية المختلفة وفي الفقه الإسلامي المقارن، للإسهام في تطوير نظرية شاملة للعرف في العصر الحديث.



قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: كتب الفقه وأصوله

- ابن حجر العسقلاني.. أحمد بن علي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
- ابن عابدين.. محمد أمين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر، بيروت، 1412هـ.
- ابن فارس.. أحمد، معجم مقاييس اللغة، دار الفكر، بيروت، 1399هـ.
- ابن قدامة.. عبد الله بن أحمد، المغني، مكتبة القاهرة، القاهرة، 1405هـ.
- ابن نجيم.. زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1005هـ.
- الجويني.. عبد الملك بن عبد الله، البرهان في أصول الفقه، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م.
- الحكيم.. محسن الطباطبائي، مستمسك العروة الوثقى، مؤسسة دار التفسير، قم، 1391هـ.
- الخوئي.. أبو القاسم الموسوي، مصباح الفقاهة، مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي، قم، 1417هـ.
- الزركشي.. بدر الدين، المنثور في القواعد الفقهية، وزارة الأوقاف الكويتية، الكويت، 1414هـ.
- الزيلعي.. فخر الدين عثمان، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، المطبعة الأميرية، بولاق، 1313هـ.
- السرخسي.. شمس الدين، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، 1406هـ.
- الشاطبي.. إبراهيم بن موسى، الموافقات، دار ابن عفان، الخبر، 1424هـ.
- الشيرازي.. إبراهيم بن علي، المهذب، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ.
- الطوسي.. محمد بن الحسن، المبسوط، دار الكتب الإسلامية، طهران، 1992م.
- العز بن عبد السلام.. عبد العزيز، قواعد الأحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، 1412هـ.
- القرافي.. شهاب الدين، الفروق، دار الكتب العلمية، بيروت، 1422هـ.
- القرطبي.. محمد بن أحمد، الجامع لأحكام القرآن، دار الكتب المصرية، القاهرة، 1384هـ.
- الكاساني.. علاء الدين، بدائع الصنائع، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986م.
- النجفي.. محمد حسن، جواهر الكلام، دار الكتب الإسلامية، طهران، 1365هـ.
- النووي.. يحيى بن شرف، روضة الطالبين، المكتب الإسلامي، دمشق، 1392هـ.

ثالثاً: الكتب الفقهية والقانونية المعاصرة



- أبو غدة، عبد الستار، الأحكام الفقهية للمعاملات المصرفية، دار النفائس، عمان، 1435هـ.
- أبو زهرة، محمد، المعاملات المالية في الإسلام، دار الفكر العربي، القاهرة، 1394هـ.
- الأنصاري، عبد الرزاق، المدخل لدراسة القانون، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1975م.
- الروكي، محمد، العرف والعادة وأثرهما في الفتوى المعاصرة، دار الكلمة، القاهرة، 1435هـ.
- الزحيلي، وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، دار الفكر، دمشق، 1425هـ.
- الزلمي.. مصطفى أحمد، أصول الفقه الإسلامي، دار الرسالة، عمان، 1997م.
- السنهوري.. عبد الرزاق، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1964م.
- الصدر.. محمد باقر، اقتصادنا، دار التعارف، بيروت، 1397هـ.
- الصدر.. محمد باقر، دروس في علم الأصول، دار التعارف، بيروت، 1994م.
- العبيدي.. طه حمادي، التفسير القضائي للعقود، دار الحكمة، بغداد، 1990م.
- القرة داغي.. علي محيي الدين، الصكوك الإسلامية، دار البشائر الإسلامية، بيروت، 1428هـ.
- السبحاني.. جعفر، قواعد فقهية، مؤسسة الإمام الصادق، قم، 2001م.
- حمد.. نوري إبراهيم، المسؤولية العقدية في القانون العراقي، دار الكتب القانونية، بغداد، 2008م.

رابعاً: التشريعات

- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
- قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984.
- قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969.
- قانون المعاملات الإلكترونية رقم (78) لسنة 2012.
- قانون تنظيم أعمال التأمين رقم (10) لسنة 2005.
- القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.

خامساً: القرارات القضائية

- المحكمة الاتحادية العليا العراقية، قرار رقم 97/اتحادية/2018.
- محكمة تمييز العراق، قرارات الدوائر المدنية والتجارية للأعوام 2016-2021.
- محكمة استئناف بغداد، قرارات الأعوام 2019-2020.



- محكمة بداءة بغداد/الرصافة، قرار 115/تجارية/2021.

سادساً: المراجع الأجنبية

- Glen, Peter. Customary Law and its Modern Applications. Oxford Journal of Legal Studies, 2022.
- Redfern, Alan & Hunter, Martin. Law and Practice of International Commercial Arbitration, 6th ed., Sweet & Maxwell, London, 2018.