Quarterly refereed journal for studies & research (Educational & Human Sciences) No. 27

ISSN (Print) 2596 – 7517
ISSN (Online) 2597 – 307X

FULL PAPER

The Binding Force of Custom in the Saudi Commercial Law

Prepared by

Dr. Elkhatim Abd Elrahman Abu Elhassan
Department of law
Gulf Colleges- Hafr El Batin
alka@gulf.edu.sa

Abstract:

This study investigates the binding nature of commercial custom within the Saudi commercial legal system, its authoritative strength, and its impact on commercial transactions. It also distinguishes commercial customs from other types of customs. The researcher employed descriptive and inductive methodologies to analyze the subject. Key findings reveal that most legal systems, including the Saudi system, do not explicitly define custom despite regulating its application. Custom is classified into various categories depending on the perspective of analysis. Scholars are divided on the legal authority of customs, some consider it a valid source of evidence for deriving legal rulings if specific conditions are met, while others dispute this view. However, there is consensus on its role in legislation, whether as a primary source, a complementary tool, or an interpretive mechanism. The influence of customs varies across different branches of law. Additionally, four main theories explain the basis of custom's binding force: collective conscience, governmental approval, judicial enforcement, or the inherent power of custom itself. Another significant finding is that custom is recognized under Saudi law and has notable implications, such as interpreting statutory language, acknowledging emerging societal practices, clarifying the intent behind verbal expressions, and understanding actions through customary context.

Keywords: Custom, General Custom, Stability of Custom, Valid Custom, Juridical Authority of Custom, Binding Force of Custom.

.

المستخلص:

هدف هذا البحث إلى بيان مدى إلزامية العرف التجاري في النظام التجاري السعودي، وقوة هذه الإلزامية، وآثارها على المعاملات التجارية، مع بيان مميزات العرف التجاري عن الأعراف الأخرى، وقد اتبع فيه الباحث المنهج الوصفي، والاستقرائي، وقد توصل الباحث فيه إلى جملة من النتائج، أهمها أن الغالب في القوانين، والأنظمة، ومنها النظام السعودي أنها لم تعرِّف العرف رغم أنها قد نظمت أحكامه، وأن العرف أقسام متعددة بحسب زاوية النظر إليه، و قد انقسم الفقهاء في حجية العرف؛ فمنهم من يرى أن العرف حجة، ودليل شرعي تثبت به الأحكام، إذا استوفى شروطه؛ ومنهم من خالف في ذلك، مع الاتفاق على دوره في التشريع؛ حيث يعد مصدرا للقوانين، أو مكملا، أو مفسرا لها، كما أن دور العرف يختلف حسب أفرع القانون، وقد تعددت الآراء في أساس القوة الملزمة للعرف في القانون على أربعة أقوال؛ هي ضمير الجماعة، أو رضى السلطة، أو قوة القضاء، أو القوة الذاتية للعرف، ومن النتائج كذلك أن العرف معتبر في النظام السعودي، وله آثار متعددة في مجالات إعماله في هذا النظام؛ منها تفسير ألفاظ النظام، واعتبار ما ينشأ من أعراف، مما يتعارف الناس على أصله، أو بعض أحكامه، وبيان مراد المتكلمين من ألفاظهم، و كشف المراد بالأفعال من خلال القرينة العرفية.

الكلمات المفتاحية: العرف، عموم العرف، ثبات العرف، العرف الصحيح، حُجِيَّة العرف، القوة الإلزامية للعرف.

.

المقدمة:

يشغل العرف التجاري مكانة كبيرة في التعامل التجاري؛ فهو عام، ومجرد، ويتسم بالتلقائية في نشأته؛ بسبب أن قواعده مستمدة من ممارسي مهنة التجارة.

إن الخصائص التي يتميز بها العرف خاصة المرونة تجعله أقدر على تلبية مطلوبات الحركة التجارية، ومعالجة مشاكلها بشكل أفضل من التشريع أحيانا.

إن القوانين والأنظمة لم تتفق في تحديد مرتبة العرف التجاري بوصفه من مصادر التشريع، هذا بالإضافة للجدل القانوني، والقضائي حول نشأة العرف، وتكوينه، وتقنينه، والفرق بينه، وبين العادة، وبينه، وبين القاعدة القانونية، ومدي إلزاميته؛ لاسيما في حالة تعارضه مع قاعدة قانونية، أو عرف محلي، أو دولي، كما امتد الجدل إلى إثبات العرف، وعلى من يقع عبء إثباته، وما قواعد تفسير العرف.

أهمية البحث:

تتجلى أهمية الموضوع في أهمية العرف بالنسبة للقوانين التجارية، تكميلا، وتفسيرا للقوانين المنظمة لأعمال التجارة.

أهداف البحث:

يهدف الباحث من خلال هذا البحث إلى بيان مدى إلزامية العرف التجاري في النظام التجاري السعودي، وإزالة الغموض حول العرف التجاري، وقوته الإلزامية، وبيان الأسباب التي ميزت العرف التجاري عن الأعراف الأخرى، وتحديد آثار إلزامية لعرف التجاري على المعاملات التجارية.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في السؤال الرئيس الآتي: ما مدي الزامية العرف التجاري في النظام التجاري للملكة العربية السعودية

منهج البحث:

سوف يتبع الباحث لتحقيق أهداف هذا البحث المنهج الوصفي والاستقرائي

هيكل البحث:

المبحث الأول: مفهوم العرف، ونشأته وخصائصه، وأقسامه وينقسم الى مطلبين:

المطلب الأول مفهوم العرف لغة، وفقها، وقانونا، وأركانه.

المطلب الثاني: نشأة العرف التجاري وخصائصه، وأقسامه، والفرق بين العرف والعادة.

المبحث الثاني: مكانة العرف وقيمته القانونية، وينقسم الى مطلبين:

المطلب الأول: مكانة العرف في الفقه الإسلامي.

المطلب الثاني: مكانة العرف في القانون.

المطلب الثالث: مرتبة العرف التجاري، والآثار المترتبة على رسميته، وقيمته القانونية.

المبحث الثالث: طرق إثبات العرف، وعبء إثباته ومجالات إعمال العرف التجاري، وينقسم إلى مطلبين:

المطلب الأول: طرق إثبات العرف، وعبئه في المحاكم التجارية.

المطلب الثاني: مجالات إعمال العرف التجاري

المبحث الأول: مفهوم العرف ونشأته وخصائصه

المطلب الأول: مفهوم العرف في اللغة والفقه والقانون وأركانه

أولا: مفهوم العرف في اللغة، والاصطلاح الفقهي، والقانوني:

(أ): العرف لغة:

العين، والراء، والفاء أصلان صحيحان يدلان على معنيين؛ الأول: تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر: السكون، والطمأنينة، كما أن العرف هو المعروف، وأصله من السكون، والطمأنينة، ومن ذلك عرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه. (ابن فارس، 1979: 281/4)

ولعل للعرف الذي نحن بصدده صلة بالأصلين السابقين، من جهة أن العرف لا يكون عرفًا إلا بعد أن يتتابع، فإذا تتابع، وعرفه الناس، فإن النفوس تسكن، وتطمئن إليه. (الحصني، 1997: 362/1)

كما أن العرف يأتي بمعنى المعروف، وهو ما يستحسن من الأقوال، والأفعال. (ابن منظور، 1444: 239/9)

(ب): مفهوم العرف في اصطلاح الفقهاء:

العرف في اصطلاح الفقهاء ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول، (الجرجاني،149،1983) وهو ما يتعارفه أكثر الناس، ويجري بينهم من وسائل التعبير، وأساليب الخطاب والكلام، وما يتواضعون عليه من الأعمال، ويعتادونه من شؤون المعاملات مما لم يوجد في نفيه، ولا إثباته دليل شرعي. (النملة، 1999: 1020/3).

(ج): العرف في القانون:

لم تنص أغلب القوانين على تعريف للعرف صراحة بما في ذلك النظام السعودي، حيث يرجع في ذلك إلى تعريفات الفقه القانوني التي تعددت، وإن كانت تدور كلها حول مفهوم واحد بعبارات مختلفة؛ ومن ذلك ما جاء في المجلة المصرية أنه " سلوك يطرد عليه عمل الناس في أمورهم، ومعاملاتهم، ويعتبرونه ملزما لهم من الوجه القانوني (محمد، 538،2018)، كما عرف بأنه " اعتياد الناس على سلوك معين في العمل مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك. (منصور،2010: 207)

ويمكن القول بأنه اطراد الناس على سلوك معين في العمل، حتى يغلب، مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك.

ثانيا: أركان العرف:

يقوم العرف على ركنين؛ أساسين؛ الأول منهما هو الركن المادي، وهو الجزء المحسوس من العرف، وهو اطراد السلوك على نحو معين، وغلبته، أما الثاني فهو الركن المعنوي، ويتحقق بشعور الجميع باحترام هذا السلوك، وعدم مخالفته..

وهناك عناصر لا بد من توافرها لقيام الركن المادي للعرف هي:

(أ): العموم: والعموم هو الاشتهار بين جميع أفراد المجتمع المعني، بحيث إذا ذكر اللفظ العرفي، أو العمل المتعارف عليه انصرفت الأذهان إلى ذلك المعنى المتعارف عليه، وذلك من كثرة الاستعمال.

(ب): الثبات، أو الاطراد: والثبات ضد الاضطراب؛ أي أن يكون للعرف مسلكا واحدا يسلكه أفراد المجتمع، لا يتغير، ولا يتبدل، والعبرة في ذلك بالعموم.

(ج): القدم: واشتراط القدم احتراز من التصرفات التي تظهر ثم تزول سريعا، أو تضمحل، فلا يعول على العادة إلا إذا تأصلت في نفوس الناس، وليس هناك معيار لقياس القدم من عدمه، بل هي يحكمها العرف أيضا.

ثم إنه لا يكفي الركن المادي لقيام العرف ما لم يصاحب هذا الركن شعور أفراد مجتمعه بضرورته، وعدم القدرة على مخالفته، فإذا تولد هذا الشعور في نفوس الأفراد، فعندئذ يمكن إطلاق مصطلح العرف على ذلك السلوك.

المطلب الثاني: نشأة العرف التجاري وخصائصه، وأقسامه، والفرق بينه وبين العادة:

أولا: نشأة العرف التجاري:

يتفق العرف مع غيره في أطوار النشأة؛ فإنه يبدأ محدودا، ثم ينتشر شيئا فشيئا في مراحل متتابعة، وينشأ العرف التجاري بصور متعددة؛ فمن صوره أن ينشأ على شكل شرط مدرج في اتفاق بين متعاقدين، ثم يفشو هذا الشرط بين التجار، حيث يضمن في عقودهم إلى درجة لا يكاد يخلو عقد منه، حتى يصبح أمرا بديهيا؛ أي تنصرف إليه إرادة المتعاقدين، ولو لم ينص عليه في العقد، ثم يتولد شعور بين التجار بأهمية هذا الشرط، وضرورته، وعندئذ يصبح هذا الشرط عرفا بين التجار.

ثانيا: خصائص العرف:

يمتاز العرف من حيث هو عرف بعدة خصائص تميزه عن غيره أولها ارتباطه الشديد بالمجتمع؛ لأنه وليد اعتياد الناس عليه، خلافا للقانون الذي تفرضه السلطة العامة على المجتمع فرضا، وثانيها أنه أكثر قبولا وخضوعا له من القانون لأنه صادر من وجدان الشعب، كما أن احترامهم له هو اختيارهم الحر المتدرج، وثالثها أنه أكثر مرونة؛ حيث إنه يمنو، ويتطور مع تتطور المعاملات، ويجاري السرعة التي تمتاز بها حركة التجارة.

ثالثا: أقسام العرف:

يمكن تقسيم العرف بالنظر إليه من الزوايا المختلفة إلى أقسام مختلفة، وذلك كما يأتي:

(أ): من حيث نطاق استعماله: وينقسم باعتبار هذه الزاوية للنظر إلى ثلاثة أقسام؛ هي العرف العام، ويقصد به ما تعارف عليه الناس على وجه العموم، وصار مفهوما مشتركا بينهم؛ كالأعراف الدولية المنتشرة بين عدة دول، وإطلاق لفظ الولد للذكر دون الأنثى، والثاني هو العرف الخاص، ويقصد به ما كان خاصا بأهل بلدة معينة، أو طائفة، أو فئة محصورة، والثالث هو العرف الشرعي، وهو ما استعمله الشارع في معنى محدد ينصرف إليه دون معناه اللغوي الموضوع.

(ب): من حيث مصدره: ينقسم العرف بالنظر إليه من هذه الزاوية إلى قسمين؛ الأول هو العرف القولي، وهو ما كان مصدره القول، والمراد به تعارف أكثر الناس على معنى معين يختلف عن المعنى اللغوي للفظ، بحيث إذا ذكر اللفظ، لا يتبادر إلى الذهن إلا المعنى العرفي، ومثاله لفظ الولد؛ ففي اللغة يراد به الذكر، والأنثى، أما في العرف فينصرف الذهن إلى الذكر دون الأنثى، وكذلك لفظ الدابة فهو لفظ وضع

أصلا لكل ما يدب على الأرض، ثم استعمل عرفا لذوات الأربع من الحيوان، والثاني من هذه الزاوية هو العرف العملي، وهو الأعمال التي درج عليها الناس، وانتشرت بينهم؛ كبيع المعاطاة دون صيغة لفظية، فعند بعض الفقهاء لا يصح بيع المعاطاة لأن البيع إيجاب، وقبول، والإيجاب والقبول إرادات قلبية لا تدرك إلا بالتصريح عنها، والمعاطاة لا تصريح فيها، ولكنهم أجازوه لجريان العرف عليه.

هذا والعرف القولي، أو العملي، قد يأخذ وصفا يجعله مندرجا ضمن أحد التقسمات السابقة للعرف من حيث نطاقه.

(ج): من حيث اعتباره: ينقسم العرف بالنظر إليه من زاوية اعتبار الشرع، أو القانون له، أو عدم اعتباره إلى قسمين؛ الأول هو العرف الصحيح، ويراد به ما لم يخالف نصا شرعيا، قانونيا، والثاني هو العرف الفاسد، ويراد به ضد الصحيح؛ أي ما يخالف نصا شرعيا، أو قانونيا.

رابعا: الفرق بين العرف والعادة:

ففي اللغة يدل الْعَيْنُ وَالْوَاوُ وَالدَّالُ على أصلين صحيحين؛ يدل أَحَدُهُمَا عَلَى تَثْنِيَةٍ فِي الْأَمْرِ، وَالْآخَرُ جِنْسٌ مِنَ الْخَشَبِ، (ابن فارس، 181) والعَادَةُ اسم لتكرير الفعل، والانفعال حتى يصير ذلك سهلا تعاطيه كالطّبع، ولذلك قيل العَادَةُ طبيعة ثانية (الأصفهاني،1412: 594)

وهي كذلك ما استمر الناس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرة بعد أخرى (الجرجاني: 146) فهو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول، وهو حجة أيضًا، لكنه أسرع إلى الفهم، وكذا العادة، هي ما استمر الناس عليه على حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى، هذا في اللغة كما أسلفت، أما في اصطلاح الشرع، فلا يفرق المتقدمون من الفقهاء بين العرف، والعادة ويظهر ذلك من التعريفات التي أوردوها، وكذلك القواعد التي قعدوها مثل قاعدة العادة محكمة؛ حيث يعرفون العادة، ويعطفون عليها العرف، فهم يذكرون العرف، والعادة بالعطف، خلافا للقانونيين الذين يفرقون بين العادة، والعرف، فهما عندهم رغم اشتراكهما في الركن المادي إلا أنهما يختلفان في الركن المعنوي؛ حيث يشترط فقهاء القانون توافر الاعتقاد باللزوم في العرف، خلافا للعادة التي لا يشترطون فيها هذا الشرط ، ويمكن القول حسب ما ورد من تعريفات للعرف، والعادة ، أن العادة مرحلة من المراحل التي يقطعها السلوك ليصير عرفا ، والتفرقة بين العرف والعادة لها أهميتها؛ حيث يترتب عليها أمور كثيرة ، من ذلك عبء الإثبات؛ حيث يعتبر العرف قاعدة قانونية ملزمة، وبالتالي يقع عبء إثباتها على القاضي، خلافا للعادة التي يقع عبء إثباتها على من يدعيها، كما أن هنام مترتبات متعلقة بعمل القاضي منها ما يتعلق بعلم القاضي، حيث يفترض علم القاضي بالعرف، أما العادة فلا يجب على القاضي العلم بها، ومن ذلك أن القاضي يمكنه تطبيق العرف من تلقاء نفسه.

ومن ذلك ما يتعلق بالعذر بالجهل؛ فالعرف باعتباره لزومه، فلا يعذر بالجهل به لغلبته، واطراده.

5ومن ذلك أيضا الرقابة، حيث يخضع العرف لرقابة المحكمة العليا باعتباره قانونا، ولأن المحكمة العليا محكمة قانون، وهذا بخلاف العادة، فهي من الوقائع التي ينظرها قاضي الموضوع.

المبحث الثاني: مكانة العرف وقيمته القانونية:

المطلب الأول: مكانة العرف في الفقه الإسلامي:

أولا: مكانة العرف في الفقه الإسلامي:

بدأ تنظيم الحياة الإنسانية معتمدا على الأعراف؛ فقد كانت هي الشرائع الذي يعتمد عليه الناس في تنظيم شؤونهم؛ ثم جاءت الشرائع السماوية، فتولت تنظيم حياة الناس في جوانبها المختلفة حتى ختم الرسالات بشريعة الإسلام التي اهتمت بما تعارف عليه الناس فنقته من مما هو فاسد، وأبقت على كل ما هو صالح؛ فأقرت بعضه، ونهت عن بعضه، وسكتت عن آخر ، ولا خلاف في أن ما أقرته الشريعة من أعراف أصبح يستمد قوته منها ، وما نهت عنه افتقد قوته التي كان قد أكسبها له المجتمع ، وما سكتت عنه الشريعة فهو باق على أصله بما اكتسبه من المجتمع.

إن موقف الفقهاء من العرف فيه شيء من الاختلاف بين الأصوليين، والفقهاء؛ فالأصوليون تناولوا العرف بوصفه مصدرا من مصادر الشريعة، متتما، وكاشفا، ومفسرا للأحكام.

أما الفقهاء، فقد تناولوا العرف، وما يتفرع من قواعد، وأحكام مبنية عليه، ورغم اتفاقهم على مشروعية العرف، إلا اتهم اختلفوا في مكانته إلى قسمين:

(أ): من يرون أن العرف واحد من مصادر التشريع المستقلة، التي تبنى عليها الأحكام الشرعية، ولو لم يوجد نص من، أو إجماع، وقد استدلوا على تلك المكانة بالآتي:

1-القرآن الكريم، ومنه قوله تعالى: " خذ العفو وأمر بالعرف "؛ فالآية صريحة في الأمر بالأخذ بالعرف، ومن معني العرف المذكور في الآية العرف الجاري في الناس مأخوذ به، مرجوع إليه في كثير من الأحكام، (القيرواني، 2011: 317) ومنه قوله تعالى: (واتمروا بينكم بمعروف) (الطلاق، آية 6)، ومثل ذلك في القرآن كثير.

2- السنة النبوية: ومنها ما ثبت عند الشيخين من حديث هِنْد مع زوجها أبي سفيان، قال النبي صلى الله عليه وسلم: (خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك، ويكفي بنيك)، (البخاري، 2011: 3825)

وقد قد طعن بعض الفقهاء في مكانة العرف في الفقه الإسلامي منهم الإمام أبو محمد ابن حزم الأندلسي، وقد استفاضت الردود عليهم في كتب الفروع، حيث فندت دعواهم التي اعتمدوا عليها.

ثانيا: مرتبة العرف في الفقه الإسلامي:

عند الحديث عن مرتبة العرف، فإن الحديث ينصرف إلى العرف الصحيح الذي توافرت فيه جميع الأركان، واستوفى جميع شروطه، والحديث هنا على اعتباره مصدرا تشريعيا، حيث بنيت عليه مجموعة من القواعد منها، قاعدة الثابت بالعرف كالثابت بالنص، وقاعدة العادة محكمة، وقاعدة العادة كالشرع، والعادة، وقاعدة المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا، وقاعدة العبرة للغالب الشائع، لا للنادر ، وقاعدة المعروف بين التجار كالمشروط بينهم ، وقاعدة إنما تعتبر العادة إذا اطردت، أو غلبت وقاعدة الثابت بالعرف كالثابت بالدليل الشرعي ، وقاعدة لا ينكر تغير الأحكام بتغير الزمان، وغير ذلك من القواعد،

ورغم هذا الاتفاق المجمل على كونه مصدرا، إلا أن هناك اختلافا في مرتبته بين المصادر؛ فمن الفقهاء من وضعه بعد الكتاب، والسنة، والإجماع مقدما على القياس؛ كالأحناف، ومنهم من أخره وقدم عليه القياس؛ كالجمهور.(الزحيلي، 2006: 271/1)

ومن صور تقديم العرف على القياس عقد الاستصناع، فقد عدل الأحناف فيه من القياس إلى الاستحسان الذي يراد به العرف عندهم.

ثالثا: حجية العرف في الفقه الإسلامي:

انقسم الفقهاء في حجية العرف فريقين:

الفريق الأول: وهو الفريق الذي يرى أن العرف حجة، ودليل شرعي تثبت به الأحكام، وقد اشترط هذا الفريق لحجية العرف عدة شروط؛ هي العموم، والاطراد، والقدم، والإلزام، وألا يعارض نصا، أو اتفاقا.

هذا وبالنظر إلى حجية العرف في الأحكام الشرعية فإن الشارع قد وضع اعتبارا بينا للأعراف، وبنى عليها أحكاما كثيرة، فمن ذلك ما جاء في قوله تعالى: (لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ) (الطلاق، آية 7) ففيه ما يؤكد أن الثابت بالعرف ثابت بالدليل الشرعي.

ومن ذلك حديث هند بنت عتبة السالف الذكر، حيث أمرها النبي صلى الله عليه، وسلم أن تأخذ ما يكفيها، وولدها بالمعروف، ولذلك أُشترِط في المجتهد أن يكون عارفاً بعادات الناس في عصره وبلده؛ لأن الأحكام المترتّبة على العُرف تختلف باختلاف الأعصار، والأمصار؛ فالمفتي الذي يفتي بالعُرف، لا بد له من معرفة الزمان، وأحوال أهله، ومعرفة أن هذا العُرف خاصٌّ، أو عام، وأنه مخالفٌ للنصّ، أو لا (ابن عابدين، 1907: 129/2) ، وهناك الكثير من القواعد التي تدل على حجية العرف منها سبق ذكرها، والأصل المعروف أن ما تعارفه الناس، وليس في عينه نص يبطله، فهو جائز. (السرخسي، 1993: 45/12)

والقياس يترك لتعامل الناس في ذلك، فإنهم تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه، وسلم، إلى يومنا هذا من غير نكير منكر، وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير، فالعرف، والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام؛ (المالكي، 2003: 288/4) لأن الثابت بدلالة العرف كالثابت بدلالة النص. (السرخسي، 1993: 277/4)

الفريق الثاني: وهذا الفريق يرى أن العرف ليس بحجة، ولا تبنى عليه الأحكام، واستدلوا بالآتي:

(أ): أن العرف ليس من الأدلة المذكورة في حديث معاذ الذي بين مصادر التشريع، لذلك فلا اعتبار له، والمقصود بالحديث هو ما رواه أبو داوود في السنن: «أَنَّ رَسُولَ اللهِ صلى الله عليه وسلم لَمَّا أَرَادَ أَنْ يَبْعَثَ مُعَاذًا إِلَى الْيَمَنِ قَالَ: كَيْفَ تَقْضِي إِذَا عَرَضَ لَكَ قَضَاءٌ؟ قَالَ: أَقْضِي بِكِتَابِ اللهِ. قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي كِتَابِ اللهِ؟ قَالَ: فَبِسُنَّةِ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه، وسلم، قَالَ: فَإِنْ لَمْ تَجِدْ فِي سُنَّةِ رَسُولِ اللهِ صلى الله عليه، وسلم، وَلَا فِي كِتَابِ اللهِ؟ قَالَ: أَجْتَهِدُ بِرَأْيِي، وَلَا آلُو، فَضَرَبَ رَسُولُ اللهِ صلى الله عليه، وسلم صَدْرَهُ، فَقَالَ: الْحَمْدُ لِلهِ الَّذِي وَفَّقَ رَسُولَ رَسُولِ اللهِ لِمَا يُرْضِي رَسُولَ اللهِ.». (أبو داود،1999: 3593)

وقد أجيب على هذا الادعاء بأن العرف راجع إلى الاستحسان، وهو العدول بحكم المسألة عن نظائرها بدليل خاص،

والاستحسان من الأدلة التي اتفق الفقهاء على الأخذ بها مجملا، وهو أنواع منها الاستحسان بالعرف، فمن أخذ بالاستحسان، فقد أخذ بالعرف ضمنيا، ومن احتج بالاستحسان، فقد احتج بالعرف ضمنيا، ومن الإنصاف قول إن هذا الفريق يرى أن العرف ليس منشأ للحكم، ولكن كاشفا له، باعتباره مصدرا تبعيا، وليس أصليا؛ فالأصول عندهم الكتاب، والسنة، والإجماع.

(ب): أن العادة لا اعتبار لها إلا إذا جرى الشارع الحكيم على قبولها، وأن العرف دليل ظاهر يرجع الى الأدلة الأصلية، والعرف إن قبله الشارع أصبح الشارع هو الدليل، وليس العرف.

(ج): أن علماء الأصول لم يتطرقوا للعرف في كتبهم؛ لا سلبا، ولا إيجابا، مما يؤكد أنهم لا يعدونه من مصادر التشريع.

المطلب الثاني: مكانة العرف في القانون

ويشتمل على قسمين:

أولا: أدوار العرف مع التشريع:

يقوم العرف مع القوانين بدورا كبير، يتمثل في أنه يعد مصدرا للقوانين، أو مكملا لها، كما يكون مفسرا للقانون، ويختلف دور العرف حسب أفرع القانون، ففي القانون الجنائي يكون دور العرف ضعيفا؛ وذلك لأن القاعدة أنه لا جريمة، ولا عقوبة إلا بنص تشريعي سابق، ويكبر دور العرف في القانون المدني مقارنة بالجنائي، ويظهر العرف بشكل أكبر في القانون الدستوري، والقانون الدولي، والقانون التجاري، حيث يمثل العرف المنبع الأساسي لهذه القوانين، ويمكن بيان تلك الأدوار في الآتي:

(أ): كون العرف مصدرا مكملا للتشريع: والمراد بذلك أن ينص في القانون على أن العرف يعتبر واحدا من مصادر التشريع في القانون المعين، وذلك يعني أنه يمكن للقاضي، أو المفتي في حالة غياب النص الرجوع للعرف للتوصل للحكم في المسألة المعروضة، مع العلم بأن مرتبة العرف بين مصادر القانون تختلف من بلد الى آخر، فقد يكون العرف المصدر الأول، أو الثاني أو غيره، ولكن يبقى العرف مصدرا تستقى منه الأحكام مباشرة في حالة غياب النص.

(ب): كون العرف معاونا للتشريع: ويكون للعرف هنا دور المساعد للتشريع؛ لأن التشريعات غالبا ما تحيل إلى العرف لتحديد مفهوم، أو مضمون، ولو لم يكن العرف من مصادر التشريع، ويلاحظ ذلك في بعض العبارات التي يكثر ورودها في نصوص القوانين كعبارة ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك.

فالمقصود من هذه العبارة الإحالة إلى العرف السائد، كما يساعد العرف في الكشف عن نية المتعاقدين، ويخصص العام، ويفصل المجمل، ويبين المراد من عبارات العقد، ومثال ذلك إحالة التشريع إلى العرف في كثير من القوانين العربية، لتحديد مفهوم ملحقات المبيع؛ إذ تنص أغلب القوانين على أن التسليم

يشمل ملحقات الشيء المبيع، وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء، وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة هذه الأشياء، أو العرف، أو قصد المتعاقدين.

القسم الثاني: أساس القوة الملزمة للعرف في القانون:

تباينت الآراء في الفقه القانوني حول أساس القوة الملزمة في العرف، ويمكن بيان آراء القانونيين في هذا الأمر في الآتي:

(أ): ضمير الجماعة: ويؤسس أصحاب هذا الرأي رأيهم على أن مصدر القانون هو حاجات المجتمع، ومتطلباته، وتتبنى المدرسة التاريخية هذا الرأي.

(ب): رضا السلطة: ويرى أصحاب هذا الرأي أن أساس القوة التي يتمتع بها العرف هو رضا السلطة العامة بالعرف، وتطبيقها؛ لأن مذهبهم يقوم على أن أساس المشرع هو المصدر الوحيد للقانون، فكما أن القانون اكتسب قوته من رضا المشرع الصريح به، فكذلك العرف يكتسب قوته الإلزامية من رضا المشرع، ولكنه رضى ضمني.

ويتبنى هذه الفكرة أصحاب المدرسة الشكلية التي أساسها أن السلطة العامة هي واضعة التشريع.

ولم يسلم هذا الرأي من النقد فق ووجه بفكرة بسيطة؛ وهي أن العرف أقدم من التشريع، ومن السلطة العامة، وتأسيس فكرتها، مما يؤكد أن وجود العرف لا ينبني على رضا السلطة العامة؛ فهو موجود من قبلها.

(ج): قوة القضاء: يرى أصحاب هذا الرأي أن أساس قوة العرف لا تصدر من العرف نفسه وإنما تؤخذ من القضاء؛ أي كل ما حكم القضاء به، واعتبره عرفا، فإنه يكتسب القوة بهذا الحكم.

(د): القوة الذاتية: ويرى أصحاب هذا الرأي أن أساس القوة ذاتي، نابع من ذات العرف، لا من شيء خارج عنه. (منصور، 2010: 225)

هذا وبالرجوع إلى هذه الآراء الأربعة، فإننا نجد أن الرأي الأول الذي يرجع قوة العرف إلى ضمير الجماعة هو الرأي الأقرب إلى الواقع، وإن قلنا بأنه لا يمكن إغفال بقية الآراء في دورة حياة العرف من ميلاده، وحتى اكتسابه صفة الإلزام، ثم دخوله دورة الحياة القانونية؛ فالعرف وليد ضمير الجماعة الصامت، ولذا يجب ألا يعارض ضمير الجماعة الناطق الذي هو التشريع، وهو ما يمكن أن يستخلص ضمنا من الرأي الأول، وهو رضا السلطة العامة عنه؛ لأنها هي التي تعبر صراحة عن ضمير الأمة، ثم إن دور القضاء هنا ليس دورا مكسبا القوة للعرف، وإنما دور من يطبق القانون وفقا لتدرجه في القوة، فالقضاء لا يمكن أن يعلى القاعدة القانونية الضعيفة القوة على ما هو أقوى منها، فدوره هنا دور أقرب إلى الدور الرقابي من الدور المنشئ، فإذا استقر العرف، واطرد، ولم يعارض نصا، لم يكن أمام القضاء من بد من تطبيقه.

كما أن من نافلة القول إن الرأي الأخير الذي يرد القوة الإلزامية للعرف إلى القوة الذاتية لا يختلف مع الرأي الأول الذي يؤده إلى ضمير الأمة؛ فهما متلازمان، فنسبة القوة إلى ضمير الأمة هي نسبتها إلى

من أنشأها، ونسبتها إلى القوة الذاتية هي نسبتها إلى العرف، والعرف هو نفسه مع صفة القوة من إنتاج ضمير الأمة.

المطلب الثالث: مرتبة العرف التجاري، والآثار المترتبة على قيمته القانونية:

سوف يتناول الباحث هذا المطلب في المحاور الآتية:

(أ): مكانة العرف في النظام التجاري السعودي:

نص نظام المرافعات الشرعية في المادة:(1) منه على ما تطبقه المحاكم حيث جاء فيها: (تطبق المحاكم على القضايا المعروضة أمامها أحكام الشريعة الإسلامية، وفقا لما دل عليه الكتاب، والسنة، وما يصدره ولي الأمر من أنظمة لا تتعارض مع الكتاب، والسنة، وتتقيد في إجراءات نظرها بما ورد في هذا النظام.)

فالمادة صريحة في أن مصادر النظام في المملكة هي الكتاب، والسنة، ثم الأنظمة التي وضعها ولي الأمر، ولم تذكر العرف لا صراحة، ولا تلميحا.

ولكن بالنظر إلى ما جاء في المادة:(88) من نظام الإثبات السعودي1444هـ التي نصت على أنه (يجوز الإثبات بالعرف، أو العادة بين الخصوم، وذلك فيما لم يرد فيه نص خاص، أو اتفاق بين الأطراف، أو فيما لا يخالف النظام العام.)

فأننا نجدها تجيز الإثبات بالعرف، أو العادة، وهذا يؤكد مكانة العرف في النظام السعودي، وقد اشترطت المادة لإعمال العرف غياب النص، ويقصد بالنص، الكتاب، والسنة، والأنظمة، وفي قوله: نص خاص، إشارة لجواز تقديم العرف على النص العام، وبمفهوم المخالفة إذا وجد النص الخاص، فلا مكان للعرف.

كما اشترطت عدم وجود اتفاق بين المتعاقدين، فإنه يقدم الاتفاق بين المتعاقدين على العرف؛ لأن الاتفاق صريح، أما العرف، فهو اتفاق ضمني، فيقدم الصريح على الضمني، ثم اشترطت كذلك عدم مخالفة النظام العام.

(ب): مرتبة العرف في النظام السعودي:

من المعلوم أن النظام القانوني في المملكة العربية السعودية يستند على الشريعة الإسلامية، كما نصت على ذلك المادة:(7) من النظام الأساسي حيث جاء فيها: (يستمد الحكم في المملكة العربية السعودية سلطته من كتاب الله تعالى، وسنة رسوله، وهما الحاكمان على هذا النظام وجميع أنظمة الدولة).

والمادة صريحة بأن الشريعة الإسلامية هي المصدر الأول، وهي التي تسمو على كل الأنظمة في المملكة، أما العرف، فهو بلا شك يأتي في المرتبة بعد الشريعة، والنظم، ولكن تختلف مرتبته باختلاف أفرع القانون.

إن مما نظمته الأنظمة وفقا للنظام الأساسي للحكم الإثبات بالعرف؛ فقد جاء في المادة: (88) من نظام الإثبات السعودي سالفة الذكر أنه يجوز الإثبات بالعرف، أو العادة بين الخصوم، وذلك فيما لم يرد فيه نص خاص، أو اتفاق بين الأطراف، أو فيما لا يخالف النظام العام.

ثم بين النظام في سياق تنظيم العرف، والعادة مراتب العرف، وترتيب العرف والعادة، وذلك في المادة: (90) منه حيث نصت على أنه:(تقدم العادة بين الخصوم، والعرف الخاص على العرف العام عند التعارض.)؛ فالعادة بين الخصوم مقدمة على العرف العام، والعرف الخاص مقدم كذلك على العرف العام.

(ج): الآثار المترتبة على قيمته القانونية:

هناك آثار تترتب على القيمة القانونية للعرف، وسيتناول الباحث أهمها، وهما أثران؛ هما علم القاضي، ومترتبات الإثبات، وذلك على النحو الآتي:

(1): علم القاضي: يقصد بعلم القاضي ظنه المؤكد الذي يجيز له الشهادة لو كان شاهدا، لا مجرد العلم الذي لا يقوم في الشهادة، فيمنع القاضي من الاستناد في حكمه إلى عمله الشخصي عن موضوع النزاع؛ فيجب أن يبني حكمه على الوقائع، أو الأدلة التي تقدم له وفقًا لمقتضى النظام، فإذا علم القاضي واقعة، أو دليلا متعلقا بموضوع القضية التي ينظرها، فلا يجوز الاستناد إليه عند الفصل في موضوع النزاع؛ لأنه لو جاز ذلك لاعتبر علم القاضي دليلًا في القضية، ولأصبح القاضي شاهدا فيها بدل أن يكون فاصلا فيها بحياد بين طرفيها، وقد بينت المادة:(2) من نظام الإثبات أنه: (لا يجوز للقاضي أن يحكم بعلمه الشخصي)ولكن هل يعد علم القاضي بالعرف علما شخصيا؟

هنا لا بد من التفريق بين العرف العام، والعرف الخاص؛ فالعرف العام هو بمنزلة القاعدة القانونية، ولا يعتبر علم القاضي به من قبيل العلم الشخصي، أما العلم بالعرف الخاص، فهو من العلم الشخصي، ولا بد من إثباته ممن يتمسك به على ما سيأتي.

(2): الإثبات: إن مما يترتب على قيمة العرف القانونية عبء الإثبات، والتمييز بين ما يجب على الخصم إثباته، وما لا يجب عليه إثباته من العرف، فالعرف إذا كان عاما، وغلب واطرد حتى استقر، فإنه يأخذ حكم القاعدة القانونية، ولا يحتاج إلى إثبات من الخصوم، لكن إذا كان خاصا، أو كان عادة خاصة، فإنه يجب على من يتمسك به أن يثبته أمام المحكمة، وعلى هذا نصت المادة:(89) من نظام الإثبات السعودي حيث جاء فيها: (على من يتمسك بالعرف، أو العادة بين الخصوم أن يثبت وجودهما وقت الواقعة.)

هذا فيما يتعلق بعبء إثبات العرف، أو العادة، لكن قد تقع مناكرة بين الخصوم في ثبوت العرف، وفي هذا الحال فقد جعل النظام لمن ينكر وجود العرف أن يطعن في ثبوته، كما له أن يعارضه بما هو أقوى منه؛ وهي النظام العام، والنص الخاص، والاتفاق بين الأطراف، حيث نص النظام على ذلك في الفقرة:(2) من المادة:(89) على أنه (لأي من الخصوم الطعن في ثبوت العرف، أو العادة بين الخصوم، كما أن لهم معارضتهما بما هو أقوى منهما.)، ولا شك أن معرفة الأقوى تبنى على مراتب العرف التي ذكرناها؛ وهي العادة بين الخصوم، ثم العرف الخاص، ثم العرف العام، ترتيبا تنازليا من الأقوى.

المبحث الثالث: طرق إثبات العرف، وعبء إثباته ومجالات إعمال العرف التجاري:

المطلب الأول: طرق إثبات العرف، وعبئه في المحاكم التجارية:

(أ): طرق إثبات العرف في المحاكم التجارية: إن طرق الإثبات تختلف من بلد إلى أخرى حسب المذهب المعمول به في البلد فمذاهب الإثبات ثلاثة، المذهب الحر وهو الذي لا يتقيد بطرق إثبات معينة، بل يطلق العنان لإثبات وقائع الدعوى بأي وسيلة كانت، والمذهب المقيد وهو الذي يقيد الأطراف بطرق محددة لإثبات الواقعة محل الدعوى، أما المذهب الثالث، فهو المذهب المختلط، وهو الذي يجمع بين المذهبين الآنفين؛ حيث يقيد من جهة، ويطلق من جهة أخرى.

نصت المادة:(5) من نظام الإثبات السعودي على أنه :(لا يلزم لإثبات الالتزام شكل معين، ما لم يرد فيه نص خاص، أو اتفاق بين الخصوم.)، فهذه المادة صريحة بأن للأطراف مطلق الحرية في إثبات الالتزامات، وقد استثنت ما ورد فيه نص خاص، أو اتفاق بين الخصوم.

كما نصت المادة:(6) فقرة:(1): على أنه: (إذا اتفق الخصوم على قواعد محدد في الإثبات، فتعمل المحكمة اتفاقهم ما لم يخالف النظام العام.).

والجدير بالملاحظة أن النظام قد أجاز للأطراف تجاوز قواعد الإثبات المنصوص عليها، والاتفاق على قواعد غير منصوص عليها، بشرط ألا تخالف النظام العام، لكنها قيد ذلك بالكتابة حيث نصت الفقرة:(2) من ذات المادة على أنه:(لا يعتد باتفاق الخصوم المنصوص عليه في هذا النظام ما لم يكن مكتوبا.).

هذه قواعد عامة في الإثبات يدخل فيها إثبات العرف، لكن نجد أن القانون قد تناول إثبات العرف بالخبرة، وذلك بندب خبير للتحقق من ثبوته، فقد نصت المادة:(91) من نظام الإثبات السعودي على أنه: (للمحكمة عند الاقتضاء ندب خبير للتحقق من ثبوت العرف، أو العادة بين الخصوم وفقا للأحكام المقررة في الباب العاشر من هذا النظام).

والجدير بالذكر في هذا السياق أن المادة:(5) من نظام الغرف التجارية، والصناعية الصادرة بالمرسوم الملكي رقم م/6 1400/4/30 هـ في معرض حديثها عن اختصاصات الغرفة قد نصت على إمداد الجهات الحكومية بالبيانات، والمعلومات في المسائل التجارية، والصناعية، مما يدخل فيه العرف التجاري تبعا، ومن الجدير بالذكر كذلك أن هذه الشهادة ليست ملزمة للمحكمة ، وعليه يجوز للقاضي الأخذ بها، أو الاستعانة بمن يراه للتأكد من ثبوت العرف، أو عدم ثبوته حسب ما نصت عليه المادة:(161) من اللائحة التنفيذية لنظام المحاكم التجارية؛ حيث إنه يثبت العرف بواسطة شهود لديهم خبرة بالمجال المعني، فيقوم الأطراف، أو أحدهم بإحضارهم للشهادة على ثبوت عرف معين، كما يثبت بانتداب المحكمة لخبير للتحقق، حسب ما جاء في المادة:(91) من نظام الإثبات السعودي.

(ب): عبء إثبات العرف في المحاكم التجارية: تناول نظام الإثبات السعودي ما يتعلق بإثبات العرف في المادة:(89) منه، والتي تنص على الآتي:

1- (على من يتمسك بالعرف أو العادة بين الخصوم، أن يثبت وجودهما وقت الواقعة.). وفي هذا النص أوقع النظام عبء الإثبات على عاتق من يتمسك به؛ لأنه من المعلوم أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الظاهر، أو الأصل، والأصل هو عدم نشوء العرف لأنه حادث، فمن يدعيه، أو يتمسك به أن يثبت أمرين متعلقين به:

الأول: وجود هذا العرف، أو العادة، وهذا له السبق في وجوب إثباته على الذي يليه؛ لأنه الأساس الذي يقوم عليه ما يليه.

الثاني: سبق العرف، أو العادة على الواقعة المدعى وقوعها تحت حكمه؛ وذلك لأنه إن كانت الواقعة قد وقعت قبل نشوء العرف بأركانه؛ من غلبة، واطراد، ثم استقراره، فإنها لا تكون محكومة به، فالعرف مثل القاعدة القانونية لا يسري بأثر رجعي، ويقال ذلك في التزامن بين استقرار العرف، أو العادة، وبين وجود الواقعة.

2-:(لأي من الخصوم الطعن في ثبوت العرف أو العادة بين الخصوم، كما أن لهم معارضتها بما هو أقوى منها.) قد علمنا سابقا أن للعرف أركانا لا بد من توافرها حتى يعتبر العرف، ويكتسب قوته، وهي عمومه، والمقصود بالعمود هنا عموه بين أفراده، وثباته، وقدمه، فقد يتمسك أحد الأطراف بالعرف، فينازعه الطرف الآخر، والمنازعة لها طريقان:

الأول المنازعة في الثبوت، ويكفي من ينازع في ثبوت العرف أن يطعن في أحد أركانه الآنفة، ويثبت عدم تحققه.

الثاني: المعارضة، والمعارضة تكون بما هو أقوى من العرف، أو العادة، فالعرف الخاص مقدم على العرف العام، والعادة الخاصة مقدمة على العادة.

كما أن للمحكمة أن نستوثق من ثبوت العرف، أو العادة من تلقاء نفسها متى ما رأت أن هناك مقتضيا، وهذه سلطة جوازية منحتها إياها المادة:(91) من نظام الإثبات السعودي، فقد جاء فيها: (للمحكمة عند الاقتضاء ندب خبير للتحقق من ثبوت العرف أو العادة بين الخصوم وفقا للأحكام المقررة في الباب العاشر من هذا النظام)، فللمحكة أن تندب خبيرا للقيام بهذا المهمة، وعلى الخبير أن يتحرى من قيام أركان العرف، أو العادة حتى يتأكد من ثبوتهما، وحكمه هنا حكم تقديري غير ملزم للمحكمة، وذلك لأن سلطة ندب الخبير هي سلطة جوازية في الأساس، مما ينعكس على إلزامية ما يتوصل إليه.

المطلب الثاني: مجالات إعمال العرف التجاري:

يقصد بإعمال العرف إمضاؤه فيما دل عليه، وهنالك مجالات معين يمكن إعمال العرف فيها في المجال التجاري أظهرها ما يلي:

(أ): تفسير ألفاظ النظام: والمقصود بالتفسير هنا تفسير ما ورد مطلقا من النظام، وهي الألفاظ التي لم يرد في بيانها، أو تحديدها، إن كان ذلك أمر افتراضي في الأنظمة الحديث، إلا أن المرجع في بيان ذلك يكون إلى العرف، فإن ما لم يقدره الشارع، فإنه يرجع فيه إلى العرف (ابن تيمية، 2004: 350/35)،

وقد اشتهر عند الفقهاء أن ما ليس له ضابط في اللغة، ولا في الشرع، يرجع فيه إلى العرف (السيوطي، 1983: 51/1).

ومن أمثلة ذلك العقود المطلقة، فقد يطلق الناس العقد بلا تحديد لنوعه، فما كان من هذه العقود، فإنه يرجع في تحديد نوعه إلى العرف، فما عده الناس بيعا، عد بيع، وما عدوه هبة، عد هبة، وما عدوه إجارة عد إجارة، وهكذا، فكل لفظ عرف به المتعاقدان مقصودهما، انعقد به العقد، وهذا عام في جميع العقود؛ لأن الشارع لم يحدد في ألفاظ العقود حدا، بل تركها مطلقة (ابن تيمية، 2004: 533/20)، فيصار إلى العرف لبيان المقصود، ومن ذلك ما يقطع خيار المجلس، وما يعاب به المبيع، وما يتم به قبض المبيع، والأمثلة على ذلك لا تكاد تحصى كثرة.

(ب): اعتبار ما ينشأ من أعراف تجارية: فقد تنشأ بين الناس معاملات تجارية تكون وليدة تطور حياة الناس، فيتعارفون على أصلها، أو بعض أحكامها، فيعتبر عرفهم فيها، ومثال ذلك اعتبار بعض أنواع القبض الحديثة؛ كاعتبار استلام الشيك قبضا، وتسليم ثمن المبيع عن طريق بطاقة الائتمان، وكاعتبار مالية الحقوق المعنوية، والمعاملات الإلكترونية، ومالية بعض الأشياء المحدثة؛ كالكهرباء، وما تحفظ به الأموال المحدثة؛ كالأحراز الافتراضية.

ومن ذلك ما يتعلق بالتوكيلات التجارية المطلقة؛ حيث تقيد بالعرف في الثمن، أو النقد الذي تجري به المعاملة. (ابن عبد السلام، 2021: 20/ 280).

(ج): بيان مراد المتكلمين من ألفاظهم: قد يورد المتعاقدون ألفاظا في عقودهم نحتاج إلى معرفة مرادهم بها، فيكون المرجع في ذلك إلى العرف، ومن ذلك بيان مراد المتعاقد من كلامه بالمصير إلى عرفه؛ كما لو جرى التوكيل على القيام بعمل بلفظ له مدلول في اللغة، ودلول في عرف المتعاقدين، فيصار إلى العرف في بيان المقصود. (ابن تيمية، 2004: 111/29).

(د): كشف المراد بالأفعال: والقرينة العرفية هي ما يقارن الفعل، فيبين المراد منه، فقد يتعارف الناس على أن فعلا معينا يراد به شيئا معينا، فيكون الحكم لما تعارفوا عليه، وهذه هي القرينة العرفية، والقرينة العرفية، كالقرينة اللفظية.

ومن ذلك الاعتماد في المعاملات على بذل الباذل؛ لأن دلالتها على ملكه، واختصاصه يظهرها العرف؛ مثل دلالة الأيدي على الاستحقاق. (ابن عبد السلام، 2021: 1410).

الخاتمة:

في نهاية هذا البحث توصل الباحث إلى نتائج أهمها ما يأتي:

أولا: أن الغالب في القوانين والأنظمة، ومنها النظام السعودي أنها لم تعرف العرف رغم أنها قد نظمت أحكامه، ويمكن القول إنه اطراد الناس على سلوك معين في العمل، حتى يغلب، مع الاعتقاد بلزوم هذا السلوك.

ثانيا: أن للعرف ركنين أساسين يقوم عليهما الأول منهما هو الركن المادي، وهو الجزء المحسوس من العرف، وهو اطراد السلوك على نحو معين، وغلبته، أما الثاني فهو الركن المعنوي، ويتحقق بشعور الجميع باحترام هذا السلوك، وعدم مخالفته.

ثالثا: يقسم العرف بالنظر إليه من ثلاث زوايا إلى أقسام متعددة؛ فبالنظر إلية من حيث نطاق استعماله يقسم إلى ثلاثة أقسام، هي العرف العام، وهو تعارف عليه الناس على وجه العموم، وصار مفهوما مشتركا بينهم، والعرف الخاص، وهو ما كان خاصا بأهل بلدة معينة، أو طائفة، أو فئة محصورة، والثالث هو العرف الشرعي، وهو ما استعمله الشارع في معنى محدد ينصرف إليه دون معناه اللغوي.

كما يقسم من حيث مصدره إلى قسمين؛ الأول هو العرف القولي، وهو ما كان مصدره القول، والثاني هو العرف العملي، وهو الأعمال التي درج عليها الناس، وانتشرت بينهم، والعرف القولي، أو العملي، قد يأخذ وصفا يجعله مندرجا ضمن أحد التقسمات من حيث نطاقه.

كما يقسم بالنظر إليه من زاوية اعتبار الشرع، أو القانون له، أو عدم اعتباره إلى قسمين؛ الأول هو العرف الصحيح، ويراد به ما لم يخالف نصا شرعيا، قانونيا، والثاني هو العرف الفاسد، ويراد به ضد الصحيح؛ أي ما يخالف نصا شرعيا، أو قانونيا.

رابعا: يعتبر العرف أحد مصادر الشريعة الإسلامية، إلا أن هناك اختلافا في مرتبته بين المصادر؛ فمن الفقهاء من وضعه بعد الكتاب، والسنة، والإجماع مقدما على القياس؛ كالأحناف، ومنهم من أخره وقدم عليه القياس؛ كالجمهور.

خامسا: انقسم الفقهاء في حجية العرف؛ فمنهم من يرى أن العرف حجة، ودليل شرعي تثبت به الأحكام، إذا استوفى شروطه؛ وهي العموم، والاطراد، والقدم، والإلزام، وألا يعارض نصا، أو اتفاقا، ومنهم، وفريق يرى أن العرف ليس بحجة، ولا تبنى عليه الأحكام.

سادسا: يتمثل دور العرف مع التشريع في أنه يعد مصدرا للقوانين، أو مكملا لها، كما قد يكون مفسرا، ويختلف دور العرف حسب أفرع القانون؛ ففي القانون الجنائي يكون دور العرف ضعيفا، ويظهر العرف بشكل أكبر في القانون الدستوري، والقانون الدولي، والقانون التجاري، حيث يمثل العرف المنبع الأساسي لهذه القوانين.

سابعا: تعددت الآراء في أساس القوة الملزمة للعرف في القانون، فمنهم من أرجعها لضمير الجماعة، ومنهم من أرجعها لرضى السلطة، ومنهم من أرجعها لقوة القضاء، ومنهم من أرجعها للقوة الذاتية للعرف، إلا أن رد القوة الإلزامية للعرف إلى القوة الذاتية لا يختلف مع ردها إلى ضمير الأمة؛ فهما متلازمان، فنسبة القوة إلى ضمير الأمة هي نسبتها إلى من أنشأها، ونسبتها إلى القوة الذاتية هي نسبتها إلى العرف، والعرف هو نفسه مع صفة القوة من إنتاج ضمير الأمة.

ثامنا: العرف معتبر في النظام السعودي، وله آثار متعددة؛ فيجوز الإثبات به بشروطه، وله آثار مرتبطة بعلم القاضي، وأحكامه؛ كما يجوز إثباته بواسطة الشهود، والخبير

تاسعا: يقع عبء الإثبات على عاتق من يتمسك به؛ لأنه من المعلوم أن عبء الإثبات يقع على من يدعي خلاف الظاهر، أو الأصل، والأصل هو عدم نشوء العرف لأنه حادث، فعلى من يدعيه، أو يتمسك به أن يثبت وجوده ، أو وجود العادة، كما يجب عليه إثبات سبق العرف، أو العادة على الواقعة المدعى وقوعها تحت حكمه؛ وذلك لأنه إن كانت الواقعة قد وقعت قبل نشوء العرف بأركانه؛ من غلبة، واطراد، ثم استقراره، فإنها لا تكون محكومة به، فالعرف مثل القاعدة القانونية لا يسري بأثر رجعي، ويقال ذلك في التزامن بين استقرار العرف، أو العادة، وبين وجود الواقعة.

عاشرا: إذا حدثت منازعة في ثبوت العرف، فيكفي المنازع أن يطعن في أحد أركانه، أما إذا حدثت معارضة، فتكون بما هو أقوى من العرف، أو العادة، فالعرف الخاص مقدم على العرف العام، والعادة الخاصة مقدمة على العادة، كما أن للمحكمة أن نستوثق من ثبوت العرف، أو العادة من تلقاء نفسها متى ما رأت أن هناك مقتضيا.

حادي عشر: هناك مجالات لإعمال العرف في النظام السعودي، ويقصد بإعمال العرف إمضاؤه فيما دل عليه، ومن هذه المجالات تفسير ألفاظ النظام، واعتبار ما ينشأ من أعراف، مما يتعارف الناس على أصله، أو بعض أحكامه، وبيان مراد المتكلمين من ألفاظهم، وكشف المراد بالأفعال من خلال القرينة العرفية.

المصادر، والمراجع:

1. **القرآن الكريم**
2. ابن تيمية، أحمد بن عبد السلام،(2004). **مجموع الفتاوى**، مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة المنورة، السعودية.
3. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر المعروف،(1907م). **نشر العَرْف في بناء بعض الأحكام على العُرف**، دار سعادت.
4. ابن عبد السلام،(1419هـ). **قواعد الأحكام في مصالح الأنام**، العز، مؤسسة الريان، بيروت.
5. ابن منظور، محمد بن مكرم بن على، أبو الفضل، جمال الدين ابن منظور الأنصاري الإفريقي، (ت ٧١١هـ). **لسان العرب**، دار صادر، بيروت، (1444).
6. أبو الحسين، أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي،(1979). **معجم مقاييس اللغة**، عبد السلام محمد هارون، دار الفكر.
7. أبو داود، سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير الأزدي السجستاني،(1999). **سنن أبي داود مع شرحه عون المعبود**، المطبعة الأنصارية، دلهي، الهند.

8. الأصفهاني، أبو القاسم الحسين بن محمد،(1412هـ). **المفردات في غريب** القرآن، دار القلم الدار الشامية، دمشق، بيروت .
9. البخاري، محمد بن إسماعيل، (2011). **الجامع الصحيح**، مركز الشيخ أبي الحسن الندوي للبحوث والدراسات الإسلامية – مظفر فور، الهند.
10. الجرجاني، علي بن محمد بن علي الزين الشريف ،(1983). **التعريفات**، دار الكتب العلمية بيروت، لبنان.
11. الحصني، أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن، (ت ٨٢٩ هـ). **القواعد**، ، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، المملكة العربية السعودية، (1997).
12. الزحيلي، محمد مصطفى،(2006). **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، دار الخير للطباعة، والنشر والتوزيع، دمشق، سوريا .
13. السرخسي، محمد بن أحمد بن أبي سهل،(1993). **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، لبنان.
14. السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، (1983). **الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية**، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى.
15. القيرواني، عبد الله بن (أبي زيد) عبد الرحمن النفزي، (2011). **الذب عن مذهب الإمام مالك**، مركز الدراسات، والأبحاث، وإحياء التراث، سلسلة نوادر التراث.
16. منصور، محمد حسين،(2010). **المدخل الى القانون**، دار النهضة العربية للطباعة والنشر والتوزيع.
17. نظام الإثبات السعودي (1444هـ).
18. النظام الأساسي للحكم في المملكة العربية السعودية.
19. نظام الغرف التجارية في المملكة العربية السعودية، (1400هـ)
20. نظام المرافعات الشرعية في المملكة العربية السعودية، (1421هـ)
21. النملة، عبد الكريم بن علي بن محمد، الْمهذب في علم أُصول الفقه المقارن، مكتبة الرشد، الرياض (١٩٩٩).