



أصول القانون LECTURE HANDOUT # 7

المدخل لدراسة العلوم القانونية نظرية القانون

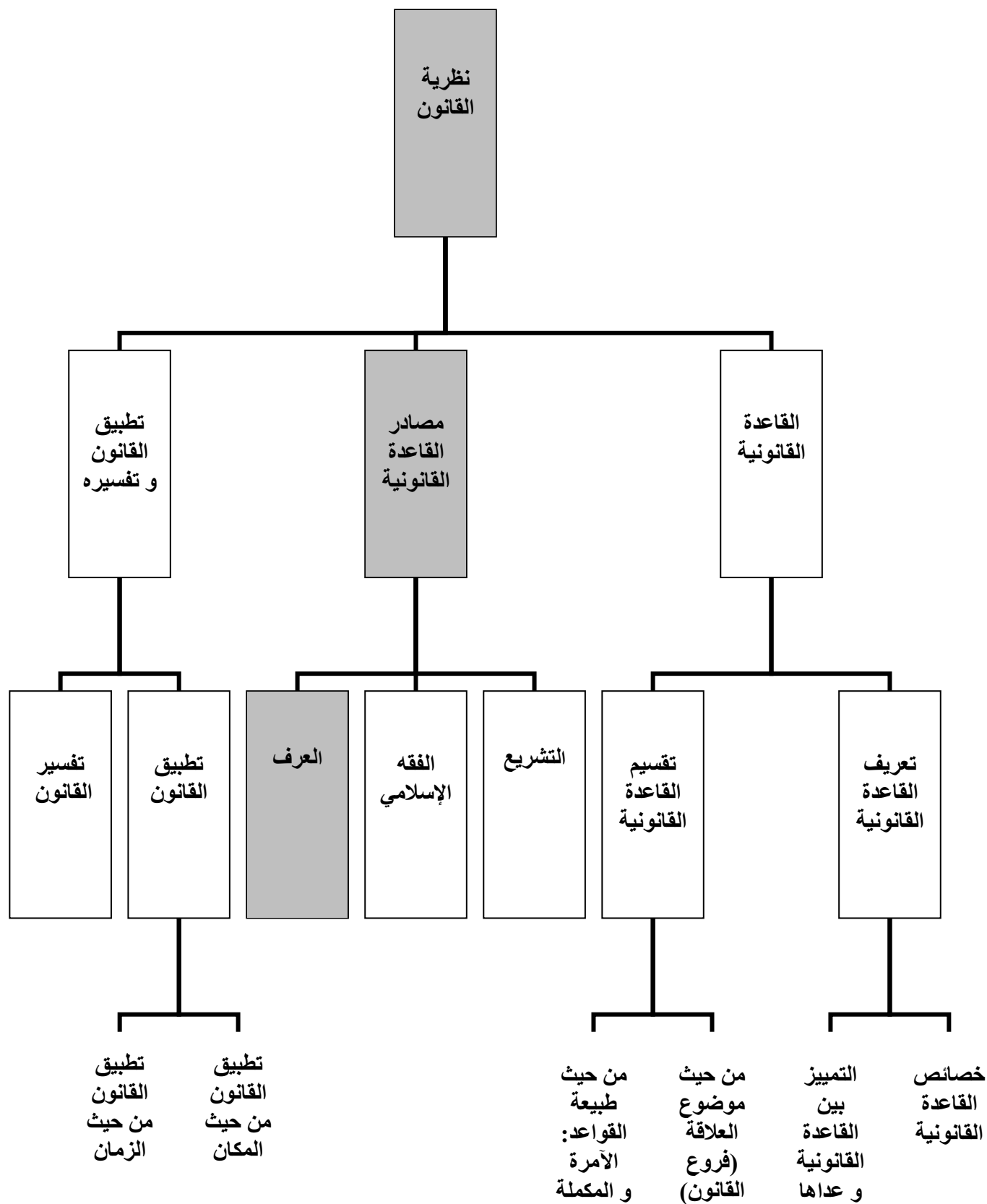
مصادر القواعد القانونية في القانون المدني الكويتي ثالثاً: العرف

Sources of Legal Rules: (3) Custom

د. مشاعل عبد العزيز الهاجري
Mashaël.alhajeri@ku.edu.kw
قسم القانون الخاص
كلية الحقوق - جامعة الكويت

المحتويات

3	المقصود بالعرف
3	أركان العرف
3	ولاً - الركن المادي للعرف (ركن الاعتقاد) - الشروط
4	ثانياً - الركن المعنوي للعرف (ركن الاعتقاد)
5	أنواع العرف
5	a. العرف المكمل
5	b. العرف المفسر (المساعد)
5	c. العرف المخالف للتشريع (المعدل)
6	تقييم العرف (مقارنةً بالتشريع)
6	أولاً - مزايا العرف
6	ثانياً - عيوب العرف
6	مسرد (Glossary)
8	للإطلاع (Supplemental Reading)



مصادر القاعدة القانونية¹

1. التشريع
2. الفقه الإسلامي
3. العرف

المقصود بالعرف

- تعريف العرف ← هو اعتياد الأفراد على انتهاج عادة / سلوك معين فترة زمنية طويلة، بحيث يقوم في ضمير الجماعة شعور قوي بأن هذا السلوك ملزم، فيصبح عندها قاعدة قانونية جرى بها العرف. و بذلك ، فان للعرف ركنان، ركن مادي و ركن معنوي.
- أمثلة:
 - دفع نسبة معينة من النقود لقاء الخدمة في المطعم / الفندق
 - تسليم البضائع يكون في موطن المشتري

أركان العرف

ولاً – الركن المادي للعرف (ركن الاعتياد) - الشروط

1. أن تكون العادة عامة
- المقصود أن يكون الخطاب في العادة المعنية موجهاً إلى مجموعة من الأشخاص غير معينين بذواتهم بل بصفاتهم (وفقاً للمفهوم السابق تناوله بشأن شرط عمومية القاعدة القانونية).
2. أن تكون العادة قديمة (شرط المدة)
- بمعنى تواتر الجماعة على تطبيق هذه القاعدة دون اعتراض على مدى فترة زمنية تكفي لتحقيق معنى الاطراد، ، ويوفر المدة المعقولة.
3. أن تكون العادة ثابتة (مستمرة / مكررة)
- أي أنه يشترط اطراد التطبيق، بحيث يتم استخدام هذه العادة باستمرار كلما قامت شروط تطبيقها (أي الثبات في تطبيق القاعدة بما يستبعد معه الانقطاع)
- المقصود بالتكرار هو تكرر وتتطابق وقائع معينة و بذات الشروط، فقيام واقعة واحدة فلا يكفي لتحقيق شرط التكرار.
4. ألا تخالف العادة النظام العام
- المقصود هو ألا تخالف العادة قاعدة قانونية أمرة، أو مجموعة الأفكار والمبادئ والمصالح الأساسية التي يقوم عليها كيان الجماعة.

¹ هذا هو الترتيب الجديد لمصادر القانون المدني رقم 67 لسنة 1980 بعد أن عدلت المادة الثانية منه بالقانون رقم 15 لسنة 1996، المنشور في الجريدة الرسمية العدد 259 بتاريخ 2 يونيو 1996. و قد كان النص قبل تعديله على الوجه التالي: "فان لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى العرف، فان لم يوجد عرف، اجتهد القاضي رأيه مستهدياً بأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد و مصالحها"، فأصبح بعد تعديله " فان لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي وفقاً لأحكام الفقه الإسلامي الأكثر اتفاقاً مع واقع البلاد و مصالحها فان لم يوجد حكم بمقتضى العرف".

ثانياً – الركن المعنوي للعرف (ركن الاعتقاد)

- هو شعور الناس بأن هذه العادة (الركن مادي للعرف) أصبحت ملزمة لهم (أي أن مخالفتها تستوجب الجزاء).
- بذلك، فإن الاعتقاد بالزامية العرف هو ما يميزه عن العادة الاتفاقية (التراور / العزاء / تقديم الهدايا بالمناسبات الاجتماعية).
- العرف × العادة الاتفاقية :

المسألة	العرف	العادة الاتفاقية
الطبيعة	هو قانون	ليست بقانون
الأركان	العرف يستلزم التواتر + الشعور بالإلزام (أي يتطلب توافر الركنين المادي المعنوي)	العادة الاتفاقية ما هي إلا مجرد إتباع الناس لسلوك معين بالنسبة لمسألة معينة، دون اعتقادهم بالزاميتها (أي تتكون من ركن واحد فقط من أركان العرف، هو الركن المادي، دون نظيره المعنوي).
الإلزام	يطبق القاضي العرف من تلقاء نفسه	لا يطبق القاضي العادة الاتفاقية إلا إذا طلب منه الخصوم ذلك
العلم	يفترض علم القاضي به	على من يدعيها إثبات وجودها
الادعاء بالجهل	لا يقبل من أحد الادعاء بالجهل بوجود العرف	يقبل الادعاء بالجهل بوجود العادة الاتفاقية
الرقابة	العرف مسألة قانون، فيخضع القاضي في تطبيقه له لرقابه محكمة التمييز	العادة الاتفاقية مسألة واقع، فلا يخضع القاضي في تطبيقه لها لرقابه محكمة التمييز

○ العادة الاتفاقية × القاعدة القانونية المكملة:

- القاعدة القانونية المكملة ⇨ في حالة عدم الاتفاق على مخالفتها، تطبق تلقائياً (دون حاجة للاتفاق على تطبيقها).
- العادة الاتفاقية ⇨ لا تطبق تلقائياً، بل لا بد من الاتفاق على تطبيقها بشكل صريح / ضمني.

أنواع العرف

1. من حيث التطبيق الجغرافي

- a. العرف العام ⇨ يطبق في جميع أرجاء الدولة (و هو أمر يندر في الأعراف)
b. العرف المحلي ⇨ يطبق في بعض أجزاء / أقاليم الدولة (كالعرف المطبق في منطقة تجارية أو زراعية أو موانئ بحرية)

2. من حيث العلاقات التي ينطبق عليها

- a. العرف العام ⇨ ينظم جميع العلاقات التي تنطوي تحت نوع واحد
b. العرف الخاص ⇨ يطبق على نوع معين من العلاقات (العلاقات التجارية أو الزراعية أو الصناعية)

3. من حيث مكانته من التشريع²

a. العرف المكمل

- هو العرف الذي يتدخل لتنظيم موضوعات لم يرد بشأنها نص في التشريع / قصرت بشأنها نصوص التشريع.
- عادة ما يطبق بصدد المستجدات العملية في القانون (لا سيما في العقود غير المسماة، المسائل البحرية، الشؤون المصرفية، إضافة إلى القوانين الدستوري والإداري والدولي العام).
- صياغة المادة التي تشير إلى العرف المكمل: "... مع الاستهداء بطبيعة التعامل و العادات الجارية".

b. العرف المفسر (المساعد)

- وهو العرف الذي يحيل عليه المشرع، لتفسير إرادة المتعاقدين. تطبيقات: المواد 74، 1/193، 195، و 490 من القانون المدني.

• العرف المكمل × العرف المفسر:

- العرف المكمل ⇨ ملزم بذاته (يعمل تلقائياً في حالة قصور التشريع).
- العرف المفسر ⇨ غير ملزم بذاته، بل يستمد إلزاميته من اعتراف المشرع به.

c. العرف المخالف للتشريع (المعدل)

- لا يقوم إلا إذا سمح النص التشريعي للعرف بمخالفته.
- يكون التعديل بالإضافة إلى أحكام القانون / بالحذف منها.
- تطبيقات: المواد 477، 597 من القانون المدني.

² في القانون الدستوري، هناك نوع رابع من أنواع العرف، هو العرف المنشئ، و يقوم عندما يسكت الدستور تماماً عن معالجة قضية معينة، فيخلق العرف المنشئ هنا قاعدة دستورية جديدة تنظم هذه المسألة، شريطة عدم مخالفة أحكام الدستور (من ذلك أنه يعتبر عرفاً دستورياً منشئاً ما جرى عليه العمل في مجلس الأمة منذ نشأته بشأن طلب الوزراء في بعض إجاباتهم على أسئلة النواب بأن تكون إجاباتهم سرية).

تقييم العرف (مقارنةً بالتشريع)

أولاً – مزايا العرف

1. ينشأ العرف تدريجياً بالمسايرة لظروف الجماعة و بإرادتها × ينشأ التشريع دفعة واحدة وبإرادة المشرع، فلا يكون، أحياناً، معبراً عن إرادة الجماعة.
2. ويتطور العرف بتغير ظروف الجماعة × قد يتخلف التشريع عن متابعة المستجدات في المجتمع.
3. يعتبر العرف مصدراً مكملاً للتشريع، فالتشريع لا يستطيع أن يضع حلولاً لكل المسائل التي قد تواجهه.

ثانياً – عيوب العرف

1. البطء في التكوين (الركن المادي يتطلب المدة و الاستمرار).
2. الغموض (يصعب التثبت من وجود أركانه، لا سيما الركن المعنوي).
3. قد يؤدي تعدد الأعراف إلى تعدد الأنظمة و اختلافها في المجتمع الواحد (كما هو الحال مع العرف الإقليمي أو العرف الخاص)، الأمر الذي يعيق وحدة القانون في المجتمع.

مسرد (Glossary)*

English Term	Arabic Term	Notes
Custom	العرف	
Usage / trade customs / usages of trade	العادات الاتفاقية	
Local law	القانون المحلي	<i>Les loci</i> (Latin)
Trade usage	العرف التجاري	

* Terms indicated in the Glossary are primarily in English. Italicized terms are in French or Latin, unless otherwise specified.

تطبيقات من القانون المقارن – العادة الاتفاقية (USA)

“Trade Customs” for the Printing Industry

Novice print buyers are often surprised to learn that they have to pay for a press over run or they have to buy litho negatives when they thought they already paid for them. The rules are strange, but they have a long history and judges respect that history. Originally adopted by the United Typothetae of America (now, Printing Industries of America) in 1922, the printing trade customs have been revised and promulgated by various printing associations. The following version is close to most. We make no claims for its completeness, however. Printers often print “customs” on the back of printing quotations and, as such, they are a binding part of the contract.

You can't beat printing trade customs unless you spell out your variations on the terms when you write your specifications. Communicate with the printer. Keep your quotations and schedules active. If you have to postpone a job be sure to let the printer know. Sometimes, printers have to order special stock for a job. Printers are not willing to eat those costs. Also, you could be liable for other charges – press down time, waiting or stand-by, canceled work, etc.

Sample “customs”

1. **Quotation:** A quotation not accepted within thirty days may be changed.
2. **Experimental Work:** Experimental or preliminary work performed at customer's request will be charged to the customer at the provider's current rates. This work cannot be used without the provider's written consent.
3. **Creative Work:** Sketches, copy, dummies and all other creative work developed or furnished by the provider are the provider's exclusive property. The provider must give written approval for all use of this work and for any derivation of ideas from it.
4. **Storage:** The provider will retain intermediate materials until the related end product has been accepted by the customer. If requested by the customer, intermediate materials will be stored for an additional period at additional charge. The provider is not liable for any loss or damage to stored material beyond what is recoverable by the provider's fire and extended insurance coverage.

<http://www.web-landmann.com/trade%20customs.htm>

Supplemental Reading للإطلاع

باللغة العربية:

1. إبراهيم أبو الليل و محمد الألفي، المدخل إلى نظرية القانون ونظرية الحق (الكويت: جامعة الكويت، 1986).
2. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون – الجزء الأول: نظرية القانون (الكويت: جامعة الكويت، 2006).
3. أحمد سعيد الزقرد، النظرية العامة للحق (المنصور: دار أم القرى، 1993).
4. بدر جاسم اليعقوب، أصول الالتزام في القانون المدني الكويتي، ط 6 (الكويت: جامعة الكويت، 2003).
5. جاسم علي سالم، "العرف في القانون الخاص لدولة الإمارات العربية المتحدة: مركز ومفهومه"، مجلة الحقوق، المجلد 19 العدد 2.
6. جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، محمد حسن قاسم، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1996).
7. حسام الدين كامل الأهواني و محمد محمد أبو زيد، فكرة القانون تقسيم القانون تفسيره تطبيقه (القاهرة: دار الإيمان للطباعة والأوفست، 1993).
8. حليلة بلال عبد الله و مصطفى عبد الجواد، المدخل لدراسة القانون (الكويت: مكتبة دار البيان، 2000).
9. خميس خضر، المدخل للدراسات القانونية الجزء الثاني نظرية الحق (القاهرة: مطبعة جامعة القاهرة، 1986).
10. رمضان محمد أبو السعود و محمد حسن قاسم، مبادئ القانون: المدخل إلى العلوم القانونية والالتزامات (الإسكندرية: منشأة المعارف، 1990).
11. سعد العنزي، "العرف والعادة في الشريعة والقانون"، مجلة الحقوق، المجلد 23 العدد 1.
12. عاطف عبد الحميد حسن، المدخل لدراسة القانون: نظرية القاعدة القانونية (الكويت: أكاديمية سعد العبد الله للعلوم الأمنية، 2004).
13. عبد الحميد عثمان الحنفي، المدخل لدراسة العلوم القانونية (المنصورة: مكتبة العالمية، 1992).
14. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية: القانون وفقا للقانون الكويتي (الكويت: جامعة الكويت، 1972).
15. عبد الرزاق حسين يس و حمدي محمد عفيفي، دروس في مبادئ القانون (أسبوط: جامعة أسبوط، 1991).
16. عبد المنعم البدرابي، فتحي عبد لرحيم عبد الله، أبو زيد عبد الباقي، مدخل للقانون نظرية القانون ونظرية الحق (المنصورة: مكتبة الجلاء الجديد، 1981).
17. عثمان حسين عبد الله، "ملاحظات على بعض نصوص القانون المدني الكويتي"، مجلة الحقوق، السنة 21، العدد الأول، مارس 1997، ص 247-255.
18. عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري و المؤسسات السياسية في الكويت (الكويت: مطابع كويت تايمز التجارية، 1989).
19. عكاشة محمد عبد العال و طارق المجذوب، تاريخ النظم القانونية و الاجتماعية (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، 2002)، ص 291.
20. محمد حسام محمود لطفي و محمد عبد الظاهر حسين، المدخل للدراسات القانونية: نظرية القانون (القاهرة: المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، 1992).
21. محمود عبد الرحمن محمد، الحلول الشخصي: دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي (القاهرة: دار النهضة العربية، 1993).
22. مصطفى أحمد عبد الجواد، الوجيز في مقدمة الدراسات القانونية: النظرية العامة للحق (القاهرة: جامعة القاهرة، 1993).
23. موسى رزيق، مدخل إلى دراسة القانون (الشارقة: جامعة الشارقة، 2004).
24. نجيب محمد بكير، موجز محاضرات في نظرية القانون وأحكامه: القانون المدني (القاهرة: مكتبة عين شمس).

باللغة الانجليزية:

1. Barry Nicholas, *The French Law of Contract*, 2nd edn (Oxford: Clarendon Press, 1992).
2. F H Lawson, A E Anton and L Neville Brown, *Amos and Walton's Introduction to French Law*, 3rd edn (Oxford: Clarendon P1).
3. Hossam El-Ehwany and Nader Mohamed Ibrahim, *Introduction to Law, Part I: The Theory of Law* (Beiruth: Al-Halabi Legal Publications, 2004).
4. John Bell, Sophie Boyron and Simon Whittaker, *Principles of French Law* (Oxford: Oxford University Press, 1998).
5. *The French Civil Code: Revised Edition as Amended to 1 July 1994*, trans. by John H Crabb (Littleton: Rothman & Co/Kluwer Law and Taxation Publishers, 1995).

6. Walter Cairns and Robert McKeon, *Introduction to French Law* (London: Cavendish Publications Ltd, 1998).
7. Peter Karsten, *Between Law and Custom: 'High' and 'Low' Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora - The United States, Canada, Australia, and New Zealand 1600-1900* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002). Available on line:
http://books.google.com/books?id=EQ_qQL-YnroC&pg=PA394&lpg=PA394&dq=%22new+zealand%22+%22french+law%22+accidents&source=web&ots=1XFPZ6Jvqr&sig=0Y439H2D7tWPnq2c5iIhCstvO7k#PPP1,M1

باللغة الفرنسية:

1. François Terré, *Introduction générale au droit*, (Paris: Dalloz, 2000), p. 231.