International Journal of Financial, Administrative, and Economic Sciences (IJFAES)
Vol. (5), No. (4)
IJFAES
April 2026
المجلة الدولية للعلوم المالية والإدارية والاقتصادية
الإصدار (5)، العدد (4)

العرف في الأحكام القضائية الحديثة وحجيته كشرط صامت لتوثيق واستقرار المعاملات في الحقوق المعنوية: دراسة قانونية فقهية تطبيقية

عثمان أحمد عثمان علوب
أستاذ مشارك، قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة البريمي، سلطنة عمان
osman.a@uob.edu.om

ملخص البحث

يعتبر العرف من مصادر التشريع الاحتياطية وهي الأساس التشريعي لكل ظاهرة جديدة لا ينظمها القانون، والعرف نوعان عرف معتبر شرعاً وهو ما صادف قبول الفقهاء وأهل العلم ولم يخالف النظام العام ولا الآداب، ويعتبر عرفاً صالحاً ومفيداً تجب له الحماية، وعرفاً فاسداً لأنه نظم عادة التصقت بنشاط أو سلوك منكر من قبل المجتمع وبالتالي فهو منكر من جانب القواعد الفقهية والقانونية. تناول هذا البحث وضع العرف وأثره على الحقوق المعنوية، وتم اختيار ثلاثة حقوق فقط لشرح الرؤية العامة لموضوع البحث وهي (حق التأليف وحق المؤلف، وحق براءة الاختراع، وحق الاسم التجاري والحقوق ذات الصلة بالاسم التجاري من -علامة تجارية ...، الخ.

وقد توصل الباحث إلى نتائج أهمها:

- العرف مع كونه مرجع وضابط لمعرفة الأحكام للمستجد من الظواهر والتصرفات، إلَّا أنه ضابط ومرجع متسع تتفاوت تطبيقاته والإحالة إليه تحتاج لمعرفة بالعرف وأحكام الأخذ به واعتباره شرعاً.
- حق التأليف وحق المؤلف وحق براءة الاختراع والحقوق المتصلة بالاسم التجاري، كلها حقوق مالية يقرها الشرع والقانون ويفرض لها حماية قانونية واجبة لما لها من مصالح معتبرة في الشأن العام للأمه، وأساس هذه الحقوق هو العرف القديم المستقر المعتبر.

وتوصيات أهمها:

- ضرورة نشر مفهوم الحقوق المعنوية الحديثة وضوابط حمايتها والجهات الرسمية -الوطنية والدولية -المسؤولة عن حمايتها وإجراءات وطرق طلب تلك الحماية، لتسهيل الأمر لمن يطلب تلك الحماية، على الرغم من تطور القوانين في الدول العربية في هذا المجال.
- نشر الاهتمام بفقه المعاملات المالية بين طلاب القانون والقانونيين عامة وأصحاب الفتوى والقضاء، لما له من صلة وثيقة بالعرف وكيفية معرفة الصالح والفاسد منه وطرق استنتاج أحكام المعاملات والتصرفات المالية بصفة عامة.
- إن جمع وتدوين الأعراف يساهم في تطوير الأحكام والقوانين، والاشتغال بتدوينها يعتبر من أعظم الأعمال التي يمكن القيام بها خدمة للقانون وأهل الحكم.

الكلمات المفتاحية: العرف، الحق المعنوي، حق النسبة، حق سلامة المصنف، حق النشر والتعديل، الطبيعة القانونية.

International Journal of Financial, Administrative, and Economic Sciences (IJFAES)
Vol. (5), No. (4)
IJFAES
April 2026
المجلة الدولية للعلوم المالية والإدارية والاقتصادية
الإصدار (5)، العدد (4)

Custom in modern judicial rulings and its legal force as a silent condition for documenting and stabilizing transactions in intellectual property rights: Applied legal and jurisprudential study

Osman Ahmed Osman Aloub
Associate Professor, Private Law, College of Law, University of Buraimi, Sultanate of Oman
osman.a@uob.edu.om

Abstract

Custom is considered one of the reserve sources of legislation and is the legislative basis for every new phenomenon that is not regulated by law. Custom is of two types: custom that is considered legitimate by Sharia, which is what has been accepted by jurists and scholars and does not violate public order or morals & it is considered a valid and beneficial custom that must be protected, and a corrupt custom because it regulates a habit that is associated with an activity or behavior that is considered reprehensible by society, and therefore it is reprehensible from the perspective of jurisprudential and legal rules.

This research dealt with the status of customs and its impact on moral rights. Only three rights were chosen to explain the general vision of the research topic, namely (the right of authorship and copyright, the right of patent, and the right of the trade name and the rights related to the trade name - trademark, etc.)

The researcher reached some important conclusions, including:

- Custom, while being a reference and control for knowing the rulings for new phenomena and actions, is a broad control and reference whose applications vary, and referring to it requires knowledge of custom and the rulings for adopting and accepting it in jurisprudence and law.
- Copyright, intellectual property rights, patent rights, and rights related to trade names are all financial rights recognized by Sharia and law and are entitled to legal protection due to their significant public benefit to the nation. The foundation of these rights is established and respected custom.

The most important recommendations are:

- The need to spread the concept of modern moral rights, the controls for their protection, the official bodies -national and international -responsible for protecting them, and the procedures and methods for requesting such protection, in order to facilitate the matter for those who request such protection, despite the development of laws in Arab countries in this field.
- Spreading interest in the jurisprudence of financial transactions among law students, legal professionals in general, and those who issue fatwas and judges, due to its close connection with custom and how to know what is good and bad from it and the methods of deducing rulings on financial transactions and dealings in general.

- Collecting and recording customs contributes to the development of rulings and laws, and working on recording them is considered one of the greatest works that can be done in service of the law and the people of the government.

Keywords: Custom, Moral Right, Paternity Right, Integrity Right, Right to Copyright and Modification, Legal Nature.

مصطلحات الدراسة

- **العرف:** هو اطراد العمل بين الناس وفقا لسلوك معين، اطرادا مقترنا بإحساسهم بوجود جزاء قانوني يكفل احترام هذا السلوك.
- **الحق المعنوي**: الحق المعنوي (Moral Rights) هو مجموعة من الحقوق الشخصية غير المادية التي يمنحها القانون لمبدعي الأعمال الأدبية، الفنية، أو الذهنية، تهدف لحماية علاقتهم بأعمالهم. تشمل الحق في نسبة العمل للمؤلف، ونشره، والحفاظ على سلامته من التشويه، وهي حقوق لا تقبل التنازل أو النقل، وتنفصل عن الحقوق المالية.
- **حق النسبة** (Paternity Right): حق المؤلف في ذكر اسمه على المصنف أو استخدامه باسم مستعار.
- **حق سلامة المصنف** (Integrity Right): الحق في منع أي تعديل، تشويه، أو تحريف للعمل يسيء لسمعة المبدع أو شرفه.
- **حق النشر والتعديل**: للمؤلف وحده حق تقرير نشر عمله، إدخال تعديلات عليه، أو حتى سحبه من التداول.
- **الطبيعة القانونية:** هي حقوق شخصية، دائمة لا تسقط بالتقادم، ولا يجوز التنازل عنها، وتظل محفوظة للمبدع، حتى لو باع الحقوق المالية للعمل.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين، ونصلي ونسلم على المبعوث رحمة للعالمين، سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

من المعلوم بأن العرف كمصدر للالتزام في القانون المدني هو سلوك متواتر يشعر الإنسان بالتزامه القانوني، مما يجعله قاعدة قانونية ملزمة رغم أنه غير مكتوب، ويعد مصدراً من مصادر التشريع في القانون والفقه، وينظر إلى جميع المعاملات المالية والتصرفات بعناية واهتمام من جانب علماء القانون وفقهاء الشريعة الإسلامية، لأن هذه التصرفات تمثل عصب الحياة اليومية للأفراد والدول، والمعاملات الواردة على الحقوق المعنوية تعتبر من ضمن المعاملات المبتكرة حديثاً، وقد حظيت بجانب كبير من الاهتمام المذكور، ومن ضمن الرعاية التي شملت هذه الحقوق مراعاة العلماء والفقهاء والقضاة إلى جانب العرف والعادة عند الاجتهاد لتحديد القاعدة القانونية واجبة التطبيق على الحقوق المعنوية، وذلك لأن الناس يختلفون في عاداتهم وأعرافهم من مكان إلى مكان آخر، ومن زمان إلى زمان آخر.

لقد كان العرف ولا يزال يمثل المصدر الأول والأساسي للمجتمعات البدائية والمتمدينة، وأصبح للعرف دور المساعد للقانون، وحالياً حل القانون محل الأعراف والعادات وأصبح ينسخ اعتبارها فألغى منها المشرع ما هو فاسد واعتبر منها ما كان صالحاً عبر تقنينه وبذلك أصبحت العبرة للنصوص، حتى وإن كان مصدرها عرفاً مقنناً. فالعرف ورغم اختلاف الفقهاء حوله حيث هناك من يرى فيه مصدر مستقلاً من مصادر التشريع وهناك من يرى أنه مصدر تابع، لكن وبالرغم من هذا الاختلاف إلا أنه من غير الممكن إلغاء دوره وأهميته في مجالات عدة، حيث أنه يلعب دور مهم في إنشاء الأحكام كما في تعديلها أو تفسيرها وحتى في تطبيقها. هذه المرونة التي اتسم بها العرف جعلته صالحاً لكل زمان ومكان مما جعل منه المصدر الملائم والمناسب للتشريع رفعاً للحرج عن الناس في معظم الدول ولأغلب التصرفات، وبعد نزول الرسالة المحمدية بالشريعة السمحة، وجدت كثيراً من الأعراف في المجتمع العربي، فأقرت الصالح وألغت الفاسد من تلك العادات والأعراف، والعرف الصحيح كالمصالح المرسلة، يعتبر مصدرا للفتوى والقضاء والاجتهاد فينبغي أن يراعى عند تشريع الأحكام أو تفسير النصوص.

أهمية البحث

تتضح أهمية البحث في الآتي:

1. الوقوف على معنى العرف لغة واصطلاحا والأدلة على حجية الأخذ والعمل بالعرف.
2. تفسير المقصود بالحقوق المعنوية في الشرع والقانون.
3. التأكيد على حجية العرف وضرورته في حماية الحقوق المعنوية.
4. بيان الأحكام الخاصة بأثر العرف في الحقوق المعنوية، ويتضح ذلك من آراء معظم الفقهاء حول العرف، حيث يقول الإمام السرخسي[1] "إن الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي" ويقول الفقهاء "العادة مُحَكَّمةٌ"[2]، وضرب الإمام ابن قدامة[3] مثالاً على أهمية العرف في بيان الأحكام، حيث قال "إن الله أحل البيع، ولم يبين كيفيته، فوجب الرجوع فيه إلى العرف" والحقوق المعنوية تعتبر من الحقوق الحديثة التي تحتاج إلى إيضاح وتفسير.
5. للعرف أهمية كبرى وأثر ظاهر وبليغ في تحديد نوع المعاملات ذات الصلة بالحقوق المالية عامة والحقوق المعنوية بصفة خاصة.
6. إن الربط بين الجانبين العملي التطبيقي والنظري له أهمية قصوى في توضيح أحكام العرف في المعاملات والتصرفات والحقوق بصفة عامه والحقوق المعنوية على وجه الخصوص، حيث يستند الفقهاء في إصدار الفتاوى، والقضاة في أحكامهم على تلك الأعراف، مما يظهر أهميتها كركن من أركان الاجتهاد الصحيح.

أهداف البحث

يهدف هذا البحث الي:

1. بيان ماهية العرف لغة واصطلاحاً، وبيان المقصود بالحقوق المعنوية.
2. توضيح القواعد القانونية والفقهية المرتبطة بالعرف وذات الصلة بالحقوق المعنوية (حق التأليف، وحق براءة الاختراع، وحق الاسم التجاري والحقوق المتصلة به من علامة تجارية وعنوان تجاري وغيره).
3. بيان مدى الاعتبار بأثر العرف في الحقوق المعنوية، تأليف، اختراع، واسم تجاري.
4. الربط ما بين القواعد والنصوص القانونية أو الفقهية المتعلقة بأسس عرفية من الناحية النظرية، والتطبيقات العملية الواقعية في مجال فض منازعات المعاملات والتصرفات ذات الصلة بالحقوق المعنوية.

مشكلة البحث

تكمن مشكلة هذا البحث في أن:

أثر العرف في الحقوق المعنوية -باعتبارها حقوقاً مستحدثة -غير واضح في الفقه والقانون، واجتهادات القضاة في هذا المجال تكاد تكون محدودة لأنها مرتبطة بالمنازعات القليلة التي تعرض عليهم، بالإضافة إلى انتشار القواعد الفقهية -رقم قلتها -بين كتب فقهاء المذاهب وتلاميذهم، وكتب شراح القوانين، وما يرتبط بذلك من عناء جمع وتحليل هذه الآراء بغرض استخلاص

---

[1]- وتعتبر قاعدة "الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعي" من أصول الفقه الحنفي الهامة، وقد ذكرها الإمام السرخسي في كتابه الشهير "[المبسوط]" في مواضع متعددة، لا سيما في كتاب "الاستحسان" و"الوكالة" والإجازات"، مؤكداً بها على اعتماد العادة في المعاملات.

[2]- العادة محكمة: والعادة في اللغة: مأخوذة من العود وهو: التكرار، ومعنى محكمة: أن نجعلها حاكماً في فصل النزاع. والمعنى العام: أن العادة هي المرجع للفصل في التنازع، ولكن هذا ليس على الإطلاق، فلا بد له من تقييد، وهو أن العادة تكون مرجعاً للفصل في التنازع إن لم نجد من الشرع الأدلة التي تفصل في النزاعات.

[3]- ويُعد الإمام ابن قدامة المقدسي (صاحب "المغني") من أبرز فقهاء الحنابلة الذين اعتدوا بالعرف (العادة) في الفقه، حيث أرجع إليه تحديد المكيال والموزون، وفهم مصطلحات التعاملات المالية، وتحديد ضوابط العادات اليومية في المعاملات، رابطاً الأحكام بـ «العرف» ما لم يصطدم بنص شرعي.

الأحكام، وتتفرع من المشكلة عدة أسئلة على النحو التالي.

أسئلة البحث

1. ما مفهوم العرف وما معنى الحقوق المعنوية؟
2. كيف يمكن توضيح أثر العرف على الحقوق المعنوية؟
3. ما هي التطبيقات المعاصرة على أثر العرف على الحقوق المعنوية (حق التأليف -حق براءة الاختراع -حقوق الاسم التجاري والتصرف فيه؟
4. ما مدى قوة تأثير العرف على القانون ونصوصه الحاكمة للتصرفات المالية في الحقوق المعنوية؟

الدراسات السابقة

الدراسة الأولى: بعنوان: تطبيقات العرف في المعاملات المالية المعاصرة، للطالب: محمد محمود محمد الجمال، رسالة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون، 2007، جامعة الأزهر، حيث بينت الدراسة العرف والعادة في القانون المصري، كما أوضحت مسألة النقود والكيل والميزان، وأثر القيمة الاقتصادية لبعض العقود، كالسلم والاستصناع وبعض عقود التبرعات.

وتميزت هذه الدراسة عنها بالتركيز على القانون العماني بدل المصري، وجعل الحقوق المعنوية محلاً للدراسة بدلاً عن عقود الاستصناع والسلم والتبرعات.

الدراسة الثانية: بعنوان: أثر العرف في عقود المعاوضات المالية، دراسة فقهية مقارنة، من إعداد الطالب: طلال أحمد مجلي الجلابنه، قُدمت للحصول على درجة الماجستير في الفقه وأصوله، 1441-2020هـ -كلية الشريعة /قسم الفقه وأصوله، ركزت الدراسة على العقود في المعاوضات المالية بصفة عامة، وما يميز هذه الدراسة تركيزها على الوضع في القانون العماني وقوانين بعض الدول الأخرى، وعلى الحقوق المعنوية بدلاً عن المعاوضات المالية.

الدراسة الثالثة: رسالة ماجستير: العرف حجيته وأثره في فكر المعاملات المالية عند الحنابلة -دراسة نظريه تأصيليه تطبيقيه، للأستاذ عادل بن عبد القادر محمد قوته، جامعه أم القرى، السعودية، 1994 حيث أوضحت هذه الدراسة حجية العرف من الناحية الأصولية ثم استطرد الباحث في ذلك وأبرز أثر العرف في المعاملات المالية بمجملها بما في ذلك عقود التوثيقات والتبرعات والشركات وغيرها واختصت ببيان المذهب الحنبلي في ذلك، وتميزت هذه الدراسة عنها في أن اساس الدراسة مبني على القانون العماني والعرف مع المقارنة بآراء الفقه الحديث.

منهج البحث

اعتمد الباحث في هذه الدراسة على عدد من المناهج على النحو التالي:

1. المنهج الاستقرائي: بغرض استقراء الآراء القانونية والفقهية ذات الصلة بأثر العرف في المعاملات المالية المتصلة بالحقوق المعنوية، مما يسهل من استعراض تلك الأحكام ودلالاتها.
2. المنهج التحليلي: بغرض تحليل الآراء الفقهية والقانونية المتعلقة بأثر العرف في الحقوق المعنوية.
3. المنهج المقارن: بغرض إجراء المقارنات الفقهيه الفقهية والفقهية القانونية والقانونية القانونية، المتعلقة بمسائل الدراسة ذات الصلة بالحقوق المعنوية.

حدود البحث

- **الحدود الموضوعية:** تتناول الدراسة أثر العرف في الحقوق المعنوية المذكورة أعلاه (حقوق التأليف، حقوق الاختراع، وحقوق الاسم التجاري) باعتبارها حقوقاً مستحدثة ومبتكره، واردة في أحكام الاسم التجاري في سلطنة عمان وهي مجموعة من المراسيم السلطانية بالإضافة إلى اللوائح الصادرة عن وزارة التجارة والصناعة وترويج الاستثمار، وأبرزها

قانون التجارة الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 1990/55، وقانون العلامات التجارية 2017/33، ولائحة تسجيل الأسماء التجارية (قرار 2016/124)، والمرسوم السلطاني رقم 65-لسنة 2008 قانون حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وحماية حقوق الاختراع بموجب أحكام حق الاختراع في سلطنة عمان وبشكل أساسي قانون حقوق الملكية الصناعية الصادر بموجب المرسوم السلطاني رقم ٦٧ / ٢٠٠٨، والذي يحدد شروط الحماية (الجدّة، الخطوة الإبداعية، القابلية للتطبيق الصناعي)، بالإضافة إلى المرسوم السلطاني رقم 2000-82 بإصدار قانون براءات الاختراع واللائحة التنفيذية الصادرة بالقرار الوزاري رقم 2005-73.

- **الحدود المكانية:** تقتصر الدراسة التطبيقية لهذا الموضوع على القضايا الصادرة من المحاكم المختصة -في سلطنة عمان وبعض الدول العربية. ولذلك لا تخرج الحدود المكانية عن الإطار الجغرافي للدول العربية.
- **الحدود الزمانية:** من العام 1990 -والى الوقت الحالي 2026م.

خطة البحث

والبحث يتكون من مقدمة وثلاثة مباحث وخاتمة على النحو التالي:

- المبحث الأول: تعريف العرف وحجيته وعناصره وأركانه وشروط اعتباره وطرق التثبت من قيامه وإثباته.
- المبحث الثاني: أثر العرف في الاستقرار الصامت للتصرفات في الحقوق المعنوية.
- المبحث الثالث: تطبيقات المحاكم على أثر العرف في تصرفات الحقوق المعنوية.
- الخاتمة: وتحتوي على أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول: تعريف العرف وحجيته فقهاً وقانوناً

ونتناول هذا المبحث في مطلبين على النحو التالي:

- المطلب الأول: تعريف العرف والعادة والفرق بينهما.
- المطلب الثاني: حجية العرف في الفقه وشروط اعتباره في القانون.

المطلب الأول: تعريف العرف والعادة والفرق بينهما:

أولاً: تعريف العرف:

فإن العرف في اصطلاح الأصوليين: "هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم أو لفظ تعارفوا على إطلاقه لمعنى خاص لا يتبادر غيره عند سماعه، وهذا يشمل العرف العملي والعرف القولي... والعرف العملي، مثل: اعتياد الناس بيع المعاطاة من غير وجود صيغة لفظية، وتعارفهم قسمة المهر في الزواج إلى مقدم ومؤخر...الخ

والعرف القولي مثل: تعارف الناس إطلاق الولد على الذكر دون الأنثى، وعدم إطلاق لفظ اللحم على السمك، وإطلاق لفظ الدابة على الفرس[1] ..."

والعرف يؤخذ به في الناحية الشرعية إن كان صحيحاً لا إن كان فاسداً، قال د. وهبة الزحيلي: والعرف ينقسم باعتباره شرعاً إلى صحيح وفاسد، والعرف الصحيح هو ما اعتاده الناس دون أن يصادم الشرع، فلا يحرم حلالاً ولا يحل حراماً... والعرف الفاسد هو ما اعتاده الناس ولكنه يحل حراماً أو يحرم حلالاً، كتعارفهم على بعض العقود الربوية ونحو ذلك.

وقد اتفق الفقهاء على أن العرف دليل أو مصدر من مصادر التشريع الإسلامي، وتوسع الحنفية والمالكية في العمل به أكثر من غيرهم، واعتمدوه مستنداً في كثير من الأحكام العملية، وفي فهم النصوص الشرعية، بتقييد إطلاقها وفي تبيان أحكام الفقه المختلفة في دائرة العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والتعزيرات الجزائية... [835/2]. وعن سؤالك الثالث، فإن كنت

[1]- انظر أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي (829/2) المتوفى 2015م، من سوريا. دار الفكر 1986م.

تعني بترتيبه شروط اعتباره، فإن له أربعة شروط لا يمكن اعتباره إلا إذا توفرت، وهي: 1-أن يكون مطرداً أو غالباً. 2-أن يكون قائماً عند إنشاء التصرف المراد تحكيم العرف فيه. 3-ألا يعارض العرف تصريح بخلافه: (أي لم يوجد من المتعاقدين تصريح بخلاف مضمونه). 4-ألا يكون مخالفاً لنص شرعي أو أصل قطعي.

الثابت عملاً هو أن العرف هو سنة –سلوك -يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها إلزاماً قانونياً. فالعرف هو اطراد العمل بين الناس وفقاً لسلوك معين، اطراداً مقترناً بإحساسهم بوجود جزاء قانوني يكفل احترام هذا السلوك. أما العرف باعتباره سلوكاً يتواتر الناس على اتباعه، هو واقعة مادية، أو مجموعة من الوقائع المادية، وهذه الواقعة المادية تمثل العنصر الأول أو الركن الأول من أركان العرف، ولكن الواقعة المادية لا تنشئ أمراً، أي لا تحدد ما ينبغي أن يكون أي لا تنشئ قاعدة من قواعد السلوك.

ولذلك، لابد أن يضاف إلى هذا الركن المادي، ركن آخر معنوي، وهو الشعور بضرورة إتباع هذا السلوك، وهذا الشعور بالإلزام هو الذي يجعل من الواقعة أمراً، ومن التواتر قاعدة قانونية. وبالجمع، بين الركنين المادي المعنوي، يصبح العرف قاعدة قانونية[1]، أي يصبح أمراً ملزماً باتباع سلوك معين عند توافر شروط معينة. وإذا كان العرف يتميز بأنه قانون غير مكتوب، فإنه من المتصور مع ذلك كتابة العرف بعد نشأته، أي تجميعه بعد وجوده. والمثل البارز على ذلك، ما تم من تجميع العرف في فرنسا، ولكن رغم هذا التجميع والكتابة فإن العرف يظل قانوناً غير مكتوب بمعنى أن مصدر إلزامه ليس هو تجميعه وكتابته. وإنما هو شعور الناس بقوته القانونية، وهو الشعور الذي جعل من العرف قانوناً قبل أن يتم تجميعه. ويخلص مما سبق، أن العرف هو قانون غير مكتوب ينشأ عن تواتر الناس على اتباع سلوك معين مع شعورهم بوجود جزاء قهري يكفل احترام هذا السلوك.

العرف لغة:

أصله من مادة (عرف) ويعود في مجمله إلى معانٍ عدة منها:

1. تتابع الشيء متصلاً بعضه ببعض، فعرف الفرس سمي بذلك لتتابع الشعر عليه[2]، ويقال أيضاً جاءت القطا[3] عرفاً عرفاً، أي بعضها خلف بعض، ومنها قوله تعالى: (وَالْمُرْسَلاتِ عُرْفًا)[4] فقال بعضهم: معنى ذلك: والرياح المرسلات يتبع بعضها بعضاً.
2. السكون والطمأنينة: وهو ضد النكر والجهل، تقول عرف فلان فلاناً عرفاناً ومعرفةً، وهذا أمر معروف وهذا يدل على السكون إليه لأن من أنكر شيئاً توحش منه ونأى عنه[5]. وعموماً ومن خلال الاطلاع على تعريفات أهل اللغة أعلاه، نجد أن الكلمة (العرف) وإن كانت ذات أصول ومعان عدة، إلا أنها تدل على أمر اعتاده الناس والفته قلوبهم ونفوسهم، وحكموا به تصرفاتهم وأعمالهم وأقوالهم أو على الأقل لم ينكروه بل واستحسنوه فيما بينهم.

ثانياً: العرف اصطلاحاً:

في الاصطلاح، من أقدم التعاريف ما ذكره الشيخ أحمد أونسه[6]، وهو تعريف عبدالله بن أحمد النسفي الحنفي حيث قال في المستصفى (العادة والعرف ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول)[7]، وعرفه الفقهاء المعاصرون بأنه" الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قراراتها وألفته، مستندةً في ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره

[1]- الدكتور سمير تناغو – مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية -2009– ص 423 وما بعدها.
[2]- راجع الفيروز أبادي، مجدالدين أبوطاهر محمد بن يعقوب، ت 817هـ -ص217 -والقاموس المحيط ط8، الناشر -مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت -لبنان -2005ص836.
[3]- القطا نوع من الحمام، والواحدة قطاة ويجمع أيضاً على قطوات، راجع أحمد بن محمد بن علي الفيومي الحموي، أبو العباس ت 770هـ -والمصباح المنير، ب ط ج2، الناشر المكتبة العلمية -بيروت-ب ت ص ص 510.
[4]- سورة المرسلات -الآية: 1.
[5]- راجع أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسن ت 395ه، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام محمد هارون ب ط ج 4 الناشر -دار الفكر 1979-ص281.
[6]- راجع أحمد فهمي أونسه، العرف والعادة في رأي الفقهاء، الناشر مطبعة الأزهر 1997 ص8.
[7]- راجع عبدالله بن أحمد النسفي -710هـ، كشف الأسرار، شرح المصنف على المنار، ج2، الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت ص593.

أصحاب الذوق السليم في الجماعة"[1]. كما عرفه الشيخ الزرقا[2] بأنه "عادةُ جمهور قوم في قول أو فعل"، أما السيد صالح عوض[3] فقد عرف العرف بأنه "ما استقر في النفوس، واستحسنته العقول، وتلقته الطباع السليمة بالقبول، واستمر عليه الناس، مما لا ترده الشريعة وأقرتهم عليه".

ونلاحظ الفرق ما بين تعريف العرف عند قدامى الكتاب والمعاصرين، حيث لم يتطرق القدامى إلى العادات الفاسدة في تعريفاتهم، ومن المعاصرين من وافقهم في ذلك مثل الشيخ الزرقا، ومنهم من خالفهم مثل السيد صالح عوض، والراجح عندي هو تعريف السيد صالح الحديث لأنه مرن وشامل ومقبول قانوناً.

ثانياً: تعريف العادة لغةً واصطلاحاً:

1. **تعريف العادة لغة:** تطلق على تكرار الشيء مرة بعد مرة. أنشد ابن الأعرابي:

لم تزل تلك عادة الله عندي والفتى ألفُ لما يستعيد [4]

ومن العادة قوله تعالى: **(وَلَوْ رُدُّوا لَعَادُوا لِمَا نُهُوا عَنْهُ وَإِنَّهُمْ لَكَاذِبُونَ)**[5]. وسياق المشهد: هنا هو أن الكفار وقفوا على النار ورأوا العذاب، وتمنّوا العودة للدنيا، ولو أعيدوا لما اهتدوا (وإنهم لكاذبون) سيجحدون مرة أخرى.

2. **تعريف العادة: اصطلاحاً:** ذكر الهندي في شرح المغني (العادة عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة [6]" فهي الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية)[7].

وفي الفرق بين العرف والعادة، اختلف الفقهاء إلى ثلاثة اتجاهات على النحو التالي:

- الاتجاه الأول: يرى أن العرف والعادة لفظان مترادفان لنفس المعنى، ومن أنصار هذا الرأي، الإمام النسفي الحنفي، وابن عابدين، ومن المعاصرين الإمام محمد أبو زهرة[8]، حيث اعتبروا العرف والعادة بمعنى واحد.

- الاتجاه الثاني: أن العرف مخصص بالقول والعادة مخصصة بالفعل، وعليه فالعرف أعم من العادة، وممن قال بهذا الرأي ابن الهمام[9].

- الاتجاه الثالث: وعندهم العادة أعم من العرف، لأن العادة تشمل العمل الناشئ عن عمل طبيعي، والعمل الفردي وعادة الجمهور التي هي العرف، وعليه تكون النسبة بين العرف والعادة في العموم والخصوص المطلق، إذ العادة أعم من العرف مطلقاً وأبداً، والعرف أخص من العادة مطلقاً، فكل عرف عادة وليس كل عادة عرفاً، لأن العادة قد تكون فردية أو مشتركة[10].

والراجح عندي هو عكس ما ذهب إليه الرأي الثالث لأن العرف في التشريع الحديث هو الأعم والعادة هي الأخص وإن تعارضت العادة مع العرف ساد العرف، فالمعروف عرفاً عند التجار يعمل به ولو لم يضمن في العقد بينما العادة لا تطبق إلا إذا ضمنت في العقد.

---

[1] -أونسه، العرف والعادة، مرجع سابق ص8.
[2] -راجع مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2-ج2 -الناشر، دار الأرقم، دمشق 2004ص872.
[3] -راجع السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، الناشر: دار الكتاب الجامعي، القاهرة، بدون سنة نشر، ص52.
[4] -راجع ابن منظور، لسان العرب، ل محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري -المولود في محرم 630ه، ط3-ص316.
[5] -سورة الأنعام -الآية 28.
[6] -زين الدين بن إبراهيم بن محمد، بن نجيم ت970ه، الأشباه والنظائر على مذهب ابن حنيفة النعمان ط1، الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1999 ص79.
[7] -راجع أمير بادشاه الحنفي، محمد أمين بن محمود البخاري، ت 972ه، تيسير التحري ج1، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت 1983ص317.
[8] -محمد أبو زهره، أصول الفقه ت1974م، الناشر: دار الفكر العربي ص273.
[9] -أبو عبدالله شمس الدين محمد بن محمد المعروف بابن الهمام، ابن أمير حاج ت 879ه، كتاب التقرير والتحبير ط2، ج1، الناشر، دار الكتب العلمية، 1983ص282.
[10] -الزرقاء: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص874.

منزلة العرف في التشريع الإسلامي:

أرسل الله تعالى نبينا محمد ﷺ إلى الناس كافة لتنظيم جميع علاقاتهم إلى يوم القيامة، فلا يقال إن أمراً من الأمور لا حكم له في الاسلام. لقوله تعالى {الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِينًا}[1]، ولقوله تعالى: {وَنَزَّلْنَا عَلَيْكَ الْكِتَابَ تِبْيَانًا لِّكُلِّ شَيْءٍ وَهُدًى وَرَحْمَةً وَبُشْرَى لِلْمُسْلِمِينَ}[2] ويحرم على المسلم أن يصف فعلاً أو شيئاً بالحلال أو الحرام دون الاستناد إلى دليل شرعي لقوله تعالى: {وَلاَ تَقُولُواْ لِمَا تَصِفُ أَلْسِنَتُكُمُ الْكَذِبَ هَذَا حَلاَلٌ وَهَذَا حَرَامٌ لِّتَفْتَرُواْ عَلَى اللّهِ الْكَذِبَ إِنَّ الَّذِينَ يَفْتَرُونَ عَلَى اللّهِ الْكَذِبَ لاَ يُفْلِحُونَ}[3].

فإن لم يجد المسلمين حكم شيء أو فعل في الأدلة الشرعية، فإن ذلك ليس بسبب نقص أو قصور في الأدلة الشرعية وإنما هو بسبب تقصيرهم في استنباط الأحكام، والمسلمون مأمورون شرعاً أن يأخذوا ما جاء به الرسول صلى الله عليه وسلم من عند الله تعالى، قال تعالى: {وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانتَهُوا وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ}[4] والمصدر التشريعي أساس للأحكام، فلا بد أن يكون هذا الأساس متين ومحدد، ولا بد أن تطمئن نفس المسلم إلى المصدر الذي يأخذ منه أحكامه الشرعية، ومن أجل ذلك كان الارتكان للأعراف فيه استقرار وطمأنينة للنفوس وحجة عليها.

المطلب الثاني: حجية العرف وشروط اعتباره في الفقه والقانون:

أولاً: حجية العرف في الفقه:

السنة التقريرية:

والمراد بها أن يسكت النبي (ﷺ) عن إنكار قول قيل بين يديه أو في عصره وعلم به، أو أن يسكت عن إنكار فعل فُعل بين يديه أو في عصره وعلم به، وهذا يدل على الجواز، ومثل ذلك إجازته للعوائد والأعراف السائدة في عهده، لأن الظاهر اطلاعه عليها لشيوعها وانتشارها مثل أنواع التجارات والصنائع التي كانت موجودة في عصره وبيع السلم والعرايا بعد نهيه عن المزابنة لأنه كان عرفاً شائعاً بين المسلمين ولا يتعارض مع الشرع والحاجة عندهم داعية إليه، وأقر النبي (ﷺ) القسامة على ما كانت عليه في الجاهلية، ووضع الدية على العاقلة، وأقر لبس الثياب التي نسجها الكفار والتعامل بما ضربوه من دراهم ودنانير وإن كانت تحمل نقوشهم[5].

الاجماع:

وهو اتفاق مجتهدو الأمة[6] بعد وفاته (ﷺ)، في عصر من العصور، على أمر من الأمور. وقد علق الإمام الشوكاني على عبارة (أمر من الأمور) الواردة في التعريف بأنها تتناول الشرعيات، والعقليات، والعرفيات، واللغويات[7]. فالإجماع الذي يرد إليه العرف هو: الإجماع التقريري العملي، لأنه اتفاق في الفعل وهو نوع معتبر من أنواع الإجماع، وهو العرف الذي جرى عليه عمل الناس وأقروه ولم ينكره أحد منهم، وهو من أنواع الإجماع السكوتي.

رفع الحرج:

لأن الأعراف الحسنة والمباحة التي يقبلها الشرع ينبغي مراعاتها واحترامها، بل تحكيمها والاعتداد بها وذلك لأنَّ (في نزع الناس عن عاداتهم حرجاً بيناً يجب رفعه) لأن المشقة تجلب التيسير[8].

---

[1]- سورة المائدة: الآية (3) وهي عبارة عن إعلان إلهي بكمال الشريعة الإسلامية، نزلت يوم عرفة في حجة الوداع 10 من الهجرة، حيث تم إتمام الفرائض والسنن والحلال والحرام. تُعدّ من أكبر نعم الله، حيث لا يحتاج الدين إلى إضافة، وقد رضي الله الإسلام ديناً شاملاً للمسلمين.

[2]- سورة النحل -الآية 89 أي نزل عليك يا محمد هذا القرآن بيانا لكلّ ما بالناس إليه الحاجة من معرفة الحلال والحرام.

[3]- سورة النحل (116) نهي إلهي عن تحليل أو تحريم الأمور بناءً على الهوى أو الأكاذيب.

[4]- سورة الحشر (الآية 7) تُعد أصلاً عظيماً في وجوب اتباع السنة النبوية، حيث تأمر بأخذ كل ما جاء به النبي ﷺ من أوامر وتشريعات، والانتهاء عما نهى عنه، وهي دلالة على حجية السنة وشموليتها لأصول الدين وفروعه.

[5]- إرشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني (1173-1250ه) 41/1.

[6]- راجع شرح تنقيح الفصول في إظهار المحصول، للشيخ العلامة: ابن العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي -دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.

[7]- إرشاد الفحول، مرجع سابق ص71.

[8]- نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، لخاتمة المحققين محمد أمين أبن عابدين الحنفي 203/2.

أصل المنافع والمضار:

المدرك الصحيح العام الذي يعمل به حال فقد الدليل، هو أن الأصل في المنافع الإباحة: لقوله تعالى: (هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا....)[1] وفي المضار: التحريم، لقوله (ﷺ) (لا ضرر ولا ضرار)[2]، وعليه: فالأمر الذي يتعارفه الناس إن كان فيه مصلحة لهم يُرد إلى أصل الإباحة، وإن كان فيه ضرر لهم رد إلى أصل الحظر.

نصوص الشريعة المطلقة الموجبة لتحكيم العرف:

ورد العرف والأمر به في مواضع كثيرة من القرآن، وفي استيفاء الحقوق[3]. وفي المختار من الحديث الشريف عن عائشة رضي الله عنها (-جاءت هندٌ إلى النَّبيِّ صلَّى اللَّهُ عليْهِ وسلَّم، فقالت: يا رسولَ اللَّهِ إنَّ أبا سفيانَ رجلٌ شحيحٌ، لا يعطيني ما يَكفيني وولَدي، إلَّا ما أخذتُ من مالِهِ، وَهوَ لا يعلَمُ، فقال: خُذي ما يَكفيكِ وولدَكِ بالمعروفِ)[4]، قال الإمام الحافظ -رحمه الله - شارحاً المراد بالعرف، مبيناً ثبوت الأصل المتقدم، وتقرير القاعدة السابقة (..... فإحالها على العرف فيما ليس فيه تحديد شرعي).

وكذلك قوله تعالى: {أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ}[5]، وذلك راجع إلى العرف. ومما سبق من براهين وأدلة شرعية يتضح لنا أن العرف يعتبر ركيزة من ركائز مصادر التشريع عند الأمة الإسلامية، ويجري العمل به وتطبيقه.

والعرف عادة أو سنة تواترت في جماعة وتراضت على الالتزام بها في معاملاتها. فالعادة محكمة كما نص الفقهاء، ويعني هذا أن العادة عامةً كانت أو خاصة تُجعل حكمًا لإثبات حكم شرعي. فهي المرجع عند النزاع. وهي مأخوذة من قول سيدنا رسول الله -صلى الله عليه وسلم-: (ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن). وتكون العادة معتبرة إذا اطردت أو غلبت. وعلى هذا يكون للعرف عنصران يجب توافرهما لينتقل من خانة العادة إلى اعتباره سنة ملزمة.

والعرف مع كونه مرجع للفقهاء والعلماء لاستنتاج الحكمة لما لا حكم له من الظواهر والمعاملات المستحدثة، إلَّا أنه ضابط ومرجع متسع وحد رجراج وأصل يتفاوت تطبيقه بطبيعته ومكانه وزمانه، والإحالة إليه أو الاستناد عليه قد يقع فيها في بعض الأوقات إلباس، وذلك لقول ووصف بعض الأئمة والفقهاء لذلك ومنهم:

1. الإمام الغزالي[6]: (وجميع ضوابط الشرع فيما يُعلم بالعادة، ... ينقسم إلى أطرافٍ واضحةٍ، وأوساط مُشكلة).
2. والإمام التقي السبكي[7]: (الإحالة على العرف قد يقع فيها في بعض الأوقات إلباس).
3. والإمام الكمال ابن الهمام[8]: (.....والعرف يتفاوت، وقد يتحقق فيه اختلاف لذلك).

عناصر العرف:

عنصر مادي والآخر معنوي: المعنوي: هو عنصر العادة. أي: أن يكون السلوك سنة متواترة بين الأفراد. والمادي: أن يكون له

---

[1]- البقرة / الآية 29.
[2]- هو حديث صحيح، ويعتبر من أصول الإسلام وقواعده الفقهية العظيمة، ويوصف بأنه حديث حسن (أو صحيح لغيره) رواه ابن ماجه والدار قطني وغيرهما. صححه العديد من العلماء كالحاكم والنووي، ومجموع طرقه يقوي بعضها بعضاً.
[3]- راجع سورة البقرة الآية 178 والتي تبين تشريع القصاص في القتل العمد (الحر بالحر، والعبد بالعبد، والأنثى بالأنثى)، وتفتح باب العفو بقبول الدية (اتباع بالمعروف وأداء بإحسان).
[4]- خلاصة حكم المحدث: صحيح. الراوي: عائشة أم المؤمنين |المحدث: الألباني |المصدر: صحيح ابن ماجه |الصفحة أو الرقم: 1871 |التخريج: أخرجه البخاري (3825)، ومسلم (1714)، وأبو داود (3532)، والنسائي (5420)، وابن ماجه (2293) واللفظ له، وأحمد (24163).
[5]- [الطلاق: الآية 6] تأمر بتوفير مسكن للمطلقات (الرجعيّات أو الحوامل) في جزء من مسكن الزوجية وعلى قدر سعة الزوج المالية (وجْدكم) وتحدد السعة هنا عرفاً لعدم وجود معيار شرعي محدد، مع تحريم إلحاق الضرر بهنّ أو التضييق عليهنّ لإجبارهن على الخروج، ووجوب النفقة للحامل حتى الوضع.
[6]- إحياء علوم الدين، للغزالي: 67/2.
[7]- تكملة المجموع للسبكي: 548/11.
[8]- فتح القدير: لابن الهمام: 380/5.

طابع الإلزام. ومتى استوفى العرف عنصريه على النحو السابق أصبح قاعدة قانونية مثلها مثل: القاعدة القانونية التشريعية، وتتساوى معها في كافة الوجوه عندما يلجأ القاضي إلى تطبيقها على النزاع في حالة عدم وجود نص تشريعي يسري في شأنه.

إثبات العرف:

تتطلب الأدلة الإجرائية لنظام[1] الإثبات المصري أن: (على من يتمسك بالعرف أو العادة أن يبين العرف أو العادة التي يتمسك بها، وصلتهما بالدعوى، وأثرهما فيها، وما يثبت وجودهما وقت الواقعة). فيجب على من يدعي وجود العرف أن يبينه ويظهر صلته بالدعوى وأثره فيها وما يثبت وجودهما وقت الواقعة. ولا يعني أن هذا عدم إمكان تطبيق القاضي للقاعدة العرفية فالقاعدة العرفية قاعدة تشريعية تثبت بموجب أحكام النظام، فهي بمثابة مصدر احتياطي لا تثريب على القاضي إن تحقق من قيامها وحكم بمقتضاها طالما لم يوجد نص تشريعي ينظم المسألة المعروضة أمامه، فمن حقه تطبيق القاعدة العرفية والبحث عنها من تلقاء نفسه دون حاجة، ولا يحول هذا دون قيام الخصوم بإثبات وجود قاعدة عرفية يحق لهم التمسك بها أمام المحكمة.

وإذا ما أراد الخصم الطعن في ثبوت العرف أو العادة تعين عليه أن: (أن يبين وجه طعنه، أو ما يثبت معارضتهما بما هو أقوى منهما)[2].

التثبت من قيام العرف:

إذا ما دفع أحد أطراف الدعوى أمام القضاء بوجود عرف معين، (كأن يتمسك الطاعن بوجود عرف يقضي باستحقاق الأجرة عند انتهاء الإيجار، وكان الحكم قد قضى في الدعوى على أساس وجود عرف يقضي باستحقاق الأجرة قبل تاريخ الإيجار، دون أن تتثبت المحكمة من قيام ذلك العرف أو بيان مصدره، فإنها تكون قد خالفت القانون)[3]. على أن التحقق من قيام العرف أمر متروك لقاضي الموضوع لا تصح إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض[4].

كما ذهبت محكمة النقض المصرية أيضًا إلى أنه وإن كان التثبت من قيام العرف متروك لقاضي الموضوع، إلا أنه لا يعفى من بيان دليله على قيامه والمصدر الذي استقى منه ذلك إذا نازع أحد الخصوم في وجوده.

قاعدة (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص):

هي القاعدة الرابعة الواردة ضمن مجموعة القواعد الكلية الواردة في الأحكام الختامية لنظام المعاملات المدنية المصري، وقد نصت عليها مجلة الأحكام العدلية من قبل في المادة رقم (45) من المجلة. وقد وردت في الكتب الفقهية عبارات أخرى بهذا المعنى منها: (الثابت بالعرف كالثابت بالنص)، و(المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ). فلو اشترى شخص بقرة وتبين له بعد شرائها أنها غير حلوب وأراد ردها، فينظر إلى حاله إن كان ممن يشتري للذبح كأن يكون قصابًا فلا يجوز له الرد، وإن كان ممن يشتري لأجل الانتفاع بحليبها جاز له الرد.

قاعدة (المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا):

هي القاعدة الخامسة الواردة ضمن مجموعة القواعد الكلية الواردة في الأحكام الختامية لنظام المعاملات المدنية المصري، وقد نصت عليها مجلة الأحكام العدلية من قبل في المادة رقم (43) من المجلة. وقد أوردت المجلة مثالًا على هذه القاعدة في المادة رقم (472)، وفيها تقول: (من استعمل مال غيره من دون عقد فإن كان معدًا للاستغلال تلزمه أجرة المثل وإلا فلا، لكن لو استعمله بعد مطالبة صاحب المال الأجرة وإن لم يكن معدًا للاستغلال يلزمه إعطاء الأجرة لأنه باستعماله في هذا الحال يكون راضيًا بإعطاء الأجرة).

---

[1]- راجع في ذلك نظام الإثبات المصري الصادرة بقرار وزارة العدل رقم 921 وتاريخ 16-02-1444 على من يقع عبء إثبات وجود العرف حيث بينت المادة رقم (90) ذلك بوضوح /لا يوجد نص صريح ومباشر في قانون الإثبات في المعاملات المدنية والتجارية العماني (الصادر بالمرسوم السلطاني رقم 2008/68) يحمل عنوان "التمسك بالعرف"، ولكن العرف يُعد مصدراً تكميلياً للقواعد القانونية ويظهر أثره في الإثبات من خلال عدة مواد قانونية في المنظومة التشريعية العمانية.

[2]- وفق نص المادة (91) من (الأدلة الإجرائية لنظام الإثبات) الصادرة بقرار وزارة العدل رقم 921 وتاريخ 16-02-1444.

[3]- راجع قرار محكمة (نقض 1966/4/31).

[4]- راجع قرار محكمة (نقض 1977/4/22).

العرف في النظام القانوني العماني:

يعتبر العرف مصدراً تكميلياً هاماً في التشريع العماني، حيث نصت القوانين العمانية، خاصة المدنية والتجارية، على الرجوع إليه في حال غياب النص القانوني الصريح. يتقدم العرف الخاص على العام، ويُحكم به في المعاملات، وعيوب المبيع، وتحديد المواطن التجارية وفقاً للمادة 5 من قانون التجارة والمادة 401 من قانون المعاملات المدنية.

ويمكن رصد أبرز النصوص المتعلقة بالعرف في القوانين العمانية على النحو التالي:

قانون التجارة (معدل): نصت المادة (5) على أنه "إذا لم يوجد نص تشريعي، سرت قواعد العرف، ويقدم العرف الخاص أو العرف المحلي على العرف العام، فإذا لم يوجد عرف طبقت أحكام الشريعة الإسلامية الغراء ثم قواعد العدالة".

قانون المعاملات المدنية:

- المادة (401): تُسقط حق المشتري في ضمان العيب الخفي إذا "جرى العرف على التسامح فيه".
- المادة (٤٠١) (لا يضمن البائع عيبا جرى العرف على التسامح فيه).
- المادة (38): تعتمد العرف في تحديد الموطن التجاري، حيث يعتبر مكان مباشرة الشخص للتجارة أو الحرفة موطناً له في الأعمال المتعلقة بها. حيث نصت المادة المذكورة على أنه: (يعتبر المكان الذي يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطنا بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة).

قانون الإثبات في المعاملات المدنية: أشارت المادة (15) إلى المحررات العرفية (الأوراق الموقعة من الأطراف دون توثيق رسمي) كدليل إثبات، ما لم ينكرها صاحبها.

ثانياً: شروط اعتبار العرف كمصدر للالتزام في الفقه والقانون:

1. شروط اعتبار العرف كمصدر للالتزام في الفقه:

وضع الفقهاء عدة شروط للأخذ بالعرف وهي:

- أن يكون العرف غالباً ومضطرداً، وهذا يعني بأن العرف لا يعمل به إلا إذا كان مستمراً وغير مضطرباً تماماً، كما وضّح ذلك الإمام السيوطي حيث قال (إنما تعتبر العادة إذا أطردت فإن اضطربت فلا)[1].

وقال الإمام الشاطبي: (وإذا كانت العوائد معتبرة شرعاً، فلا يقدح في اعتبارها وانحرافها ما بقيت عادة على الجملة)[2]. وهذا يعني بأنه إذا توقف العمل بالعرف في بعض النماذج والحالات النادرة والوقائع، فإن هذا لا يؤثر بالعادة على اعتبار العرف والأخذ به، وقد سبق ذلك بالقول الإمام ابن نجيم: حيث قال (إنما تعتبر العادة إذا طردت أو غلبت)[3].

- الّا يخالف العرف نصاً من القرآن أو السنة: ويفسد إذا خالف العرف أيهما، كما هو الحاصل اليوم من تعامل بالربا وشرب الخمر وبيعها، فهذه أعراف لا تحترم[4].

- يشترط في العرف لاعتباره، عدم نص الشروط الموجودة في العقود بين المتعاقدين في ترك العمل به، فإذا اتفق الطرفان على إهمال العرف فإنه يكون موافقاً لقصد العقد، مثلاً إذا اشترط المستأجر على الاجير مواصلة العمل نهاراً دون انقطاع ومن غير فترة راحة للأكل والشرب، ووافق في العقد، لزمه وذلك لأن هذه الأوقات خرجت بالعرف[5].

- ثالثاً: يشترط في العرف المعتبر أنه يكون قائماً ومعروفاً بين الناس قبل حصول الأمر أو الحادثة التي يراد الحكم فيها.

---

[1]- السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن ت 911ه، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ج21-171، دار الكتب العلمية ط1-1983،1403م ص167.

[2]- الشاطبي، أبو اسحاق ابراهيم بن موسي بن محمد اللخمي، ت790 ه، كتاب الموافقات ،288-2، دار ابن عفان، ط-1 -1417ه -1997م ص193.

[3]- الاشباه والنظائر، لابن نجيم ط-1، ص94

[4]- وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، 2006، ج2 ص122.

[5]- وهبه الزحيلي -أصول الفقه الإسلامي -إصدار سنة 2006 ج 2 ص122.

والعرف الذي تحمل عليه الالفاظ إنما هو المقارن السابق دون تأخير، ولذا قالوا العبرة بالعرف الطارئ).

2. شروط اعتبار العرف كمصدر للالتزام في القانون:

يشترط لكي يصبح العرف مصدراً من مصادر القانون أن تتوافر فيه عدة شروط وهي:

- **ثالثاً: أن يكون العرف عاماً:** ذلك أن العرف ينشئ قاعدة قانونية، والقاعدة لابد أن تكون عامة مجردة، فلا ينصرف حكمها الى شخص معين بذاته، أو إلى أشخاص معينين بالذات.

وليس معنى هذا أن يكون العرف شاملاً لكل الأشخاص في الدولة، ولكنه قد يكون خاصاً بإقليم معين منها، وفي هذه الحالة يعتبر العرف محلياً. وقد ينشأ العرف ويكون خاصاً بفئة من الأشخاص فقط، ومع ذلك لا يفقد صفة العمومية، وهذا هو الشأن بالنسبة للعرف الذي ينشأ بين طائفة التجار أو المزارعين أو أصحاب مهنة معنية، وفي هذه الحالة يعتبر العرف مهنياً أو طائفياً.

بل إن العرف قد ينشأ من تعود شخص واحد، شخص غير معين بذاته، على سلوك مسلك معين في أمر من الأمور، كما إذا تعود رئيس الدولة على إصدار قرارات من نوع خاص في أمر من الأمور.

إذ قد يترتب على هذا أن تتكون قاعدة عرفية تخول رئيس الدولة إصدار مثل تلك القرارات.

- **أن يكون العرف قديماً:** معنى ذلك أن يمضي على إتباعه فترة طويلة بحيث يمكن أن يقال إن الأمر قد استقر في الجماعة على اتباعه، ولا يوجد حد معين لهذه المدة، إذ تختلف المسألة باختلاف الظروف. ولهذا يترك للقضاء تقدير ما إذا كان اعتياد الناس على القيام بهذا الأمر قد أصبح قديماً بحيث يمكن القول إنه استقر أو لم يستقر.
- **أن يكون العرف ثابتاً:** معنى ذلك، أن يتبعه الناس بانتظام بطريقة لا تتغير ولا تنقطع، فلا يتبعه الناس في بعض الأوقات، ويتركونه في أوقات أخرى، ويترك تقدير هذا الموضوع كذلك للقضاء.
- **أن يكون العرف مطابقاً للنظام العام والآداب في المجتمع:** فإذا جرت عادة الناس على أمر من الأمور التي تتنافى مع النظام العام مثلاً، كما هو الشأن بالنسبة لعادة الأخذ بالثأر في بعض الأقاليم، فإنه لا ينشأ عنها عرف ملزم قانوناً. لأن هذا يتعارض مع قاعدة أساسية من القواعد التي يقوم عليها المجتمع، مقتضاها أن الدولة هي التي تتولى القصاص من الأفراد الذين يعتدون على حياة الغير.
- **أن يتولد في أذهان الناس الشعور بضرورة احترام العرف:** وأن مخالفته تستوجب توقيع الجزاء عليهم، وهذا الشعور بالإلزام شرط جوهري لتكوين العرف. فإذا ما استقر هذا الشعور لدى الأفراد بصورة قديمة وثابتة، يصبح بعد ذلك قاعدة قانونية واجبة الاحترام، أي تصبح ملزمة للأفراد.

هذه هي الشروط اللازمة لقيام العرف في القانون.

العرف في النظام القانوني العماني:

يُعد العرف في القانون العماني مصدراً احتياطياً هاماً للقانون (بعد التشريع والشريعة)، حيث يُلزم القضاء بالرجوع إليه في حال غياب النص التشريعي، خاصة في المعاملات المدنية والتجارية، بشرط عدم مخالفته للنظام العام. وقد أقره المشرع في قانون المعاملات المدنية كمرجع لتفسير العقود وتحديد العرف والعادة.

النص القانوني المحدد:

أكدت المادة (165) من قانون المعاملات المدنية العماني على دور العرف في تفسير العقود، حيث تنص على أنه:

"...يجب تفسيرها للبحث عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، ويستهدى في ذلك بطبيعة التعامل وبالعرف الجاري، وبما ينبغي أن يسود من أمانة وثقة بين المتعاقدين".

كما اعتبرت المادة (59) العرف معياراً لقياس التعسف في استعمال الحق:

"يجيب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع، ويكون استعمال الحق غير مشروع في الأحوال الآتية: 4-إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة".

شروط العرف في القانون العماني:

أن يكون عاماً، قديماً، مستقراً، وغير مخالف للنظام العام أو الآداب.

العرف في النظام القانوني السوداني:

يُعد العرف مصدراً احتياطياً وتكميلياً هاماً في القانون السوداني، حيث يُطبق عند غياب النص التشريعي الصريح (المواد 5 من قانون المعاملات المدنية 1984، والمادة 13 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1983)، حيث يشترط للاعتداد به أن يكون مستمراً، غالباً، غير مخالف للشريعة الإسلامية أو للنظام العام والآداب، ولا يصادم نصاً تشريعياً.[1]

شروط تطبيق العرف في النظام القانوني السوداني:

- عدم مخالفة الشريعة: لا يُعتد بالعرف إذا كان مخالفاً لنص شرعي قطعي.
- الاطراد والعموم: أن تكون العادة قد استمرت وشاعت بين الناس في معاملاتهم.
- عدم مخالفة الاتفاق: ألا يصرح المتعاقدان بخلافه.

المبحث الثاني: أثر العرف في الاستقرار الصامت للتصرفات المالية في الحقوق المعنوية

الحقوق المعنوية أو ما تعرف بالحقوق الفكرية[2] هي الحقوق التي لا تكون في أصلها محسوسة للناظر مثل حقوق الملكية الاخرى أو الحقوق العينية، وهي في مجملها تمثل قيم ناتجة عن مهارات صاحبها في مجال معين كالتجارة والمعارف والابتكار العلمي أو غير ذلك من الأعمال، وهي حقوق مستحدثة قل ما تجد نصاً في الكتاب أو السنة يحكم مسألة ما من مسائل هذه الحقوق، وكثيراً ما يلجأ أصحاب الفتوى والقانون إلى العرف لحسم الخلاف حولها حتى بعد ظهور بعض القوانين التي تنظم المعاملات في الحقوق المعنوية.

والفرق بين الحق المعنوي والمالي هو أنه:

في حين تركز الحقوق المالية على استغلال العمل تجارياً، تركز الحقوق المعنوية على حماية الجانب الأدبي والروحي بين الفنان وإبداعه. أما الحقوق المعنوية في الفقه الإسلامي: فقد اعتبرت المجامع الفقهية (مثل مجمع الفقه الإسلامي الدولي) أن الحقوق المعنوية (مثل الاسم التجاري، العلامة التجارية، حقوق التأليف) هي حقوق خاصة معتبرة شرعاً، ولها قيمة مالية، ولا يجوز الاعتداء عليها.

وسنتناول هذا المبحث في ثلاث مطالب على النحو التالي:

- المطلب الأول: أثر العرف على الحق في التأليف وحق المؤلف.
- المطلب الثاني: أثر العرف على حق براءة الاختراع.
- المطلب الثالث: أثر العرف على حق الاسم التجاري والحقوق المتصلة به.

ونبدأ المبحث بالمطلب الأول الخاص بحق التأليف والمؤلف وذلك على النحو التالي:

---

[1]- النصوص المحددة للعرف في القانون السوداني: قانون المعاملات المدنية لسنة 1984م: يُشير إلى دور العرف في تفسير العقود وتحديد مستلزماتها (العقد لا يقتصر على التزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة)، وقانون الإجراءات المدنية لسنة 1983م (المادة 13): تنص على أنه "في المسائل التي لا يحكمها أي نص تشريعي تطبق المحاكم الشريعة الإسلامية والمبادئ التي استقرت قضاءً في السودان والعرف والعدالة والوجدان السليم". وله استخدامات أخرى حيث يُستخدم العرف في تفسير الالتزامات، وتحديد العيوب في المبيعات، ومسؤولية الأطراف في العقود.

[2]- عرفها فتحي الدريني حيث قال: (الصورة الفكرية التي تفتقت عنها الملكة الراسخة في نفس العالم أو الأدبية ونحوه مما يكون قد أبدعه هو ولم يسبقه إليه أحد، راجع كتابة بحوث مقارنة في الفقه الإسلامي وأصوله ط2ج2، الناشر مؤسسة الرسالة -بيروت -ص2008ص6.

المطلب الأول: أثر العرف على الحق في التأليف وحق المؤلف:

التأليف لغة:

من الفعل الثلاثي (ألَّفَ) ويأتي بمعنى الضم والجمع والوصل، ويكون التأليف بجمع الأشياء المتناسقة بعضها ببعض، ولذلك أطلق على جمع الكلمة تأليفاً، ومنها قوله تعالى: ({وَأَلَّفَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ ۚ لَوْ أَنفَقْتَ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مَّا أَلَّفْتَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَلَٰكِنَّ اللَّهَ أَلَّفَ بَيْنَهُمْ ۚ إِنَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ}[1]. وتُؤكد الآية أن تأليف القلوب رزقٌ من الله، لا يُشترى بمال، وتُعبر عن عجز البشر عن إيجاد المحبة التي خلقها الله بين المؤمنين، لأن القلوب المؤلفة في بينها مجتمعة على قلب واحد ومتناسقة.

هذا ولا يختلف المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي، فالمؤلف يجمع المعلومات ويعرضها في ترتيب منطقي، ليصل من خلال تقنينها الى معنى ظاهر يريده، لذلك نقول تأليف الكتب وهو من معاني التأليف لغة، وعلى ذلك يكون التأليف في الاصطلاح (جمع علم من العلوم بترتيب منطقي في كتاب واحد للاستفادة منه)، أما حق التأليف فهو ما يثبت للمؤلف من حقوق وامتيازات سواء كانت فكرية أو مالية أو غير ذلك تخص ما قام بتأليفه وإعداده بعد أن يتم تسجيل ذلك رسمياً[2]. وعرفه الشهراني: بأنه (إبداع العالم أو الكاتب ما يحصل في الضمير من الصور العلمية في كتاب ونحوه)[3].

حق التأليف في القانون العماني:

ينظم حق المؤلف في القانون العماني بموجب المرسوم السلطاني رقم 65/لسنة 2008م، وتطبيقه منوط بوزارة التجارة والصناعة، ويعرف المؤلف بأنه (الشخص الطبيعي الذي يبتكر المصنف)، والمصنف هو: (كل إنتاج مبتكر في المجال الأدبي أو الفني أو العلمي أياً كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض منه)، والابتكار بأنه: (الطابع الإبداعي الذي يضفي الأصالة والتميز على المصنف).

وتتمثل الحماية القانونية لحقوق المؤلف في سلطنة عمان وفقاً للمرسوم المذكور أعلاه وحسب النصوص التالية في:

أولاً: الحقوق الأدبية:

وفقاً للمادة (٥) (يتمتع المؤلف بحقوق أدبية غير قابلة للتقادم أو التصرف فيها وهي:

أ-الحق في نسبة المصنف إليه بالطريقة التي يحددها، ب-الحق في تقرير نشر مصنفه لأول مرة، ج-الحق في منع أي تحريف أو تشويه أو تعديل أو أي مساس بمصنفه يكون من شأنه الإضرار بشرفه أو سمعته. ويقع باطلًا بطلاناً مطلقاً التصرف في أي من تلك الحقوق سواء أكان التصرف بعوض أم بغير عوض.

ثانياً: الحقوق المالية:

وفقاً للمادة (٦) (يتمتع المؤلف أو خلفه بالحقوق المالية الاستئثارية الآتية: أ-نسخ مصنفه، ب-ترجمة مصنفه إلى لغة أخرى أو اقتباسه أو توزيعه موسيقياً أو تحويره إلى شكل آخر. ج-التصرف في أصل أو نسخ من مصنفه للجمهور بالبيع أو بأي تصرف آخر ناقل للملكية. د-تأجير أصل أو نسخ من مصنفه المجسد في تسجيل صوتي أو من مصنفه السينمائي أو من مصنفه الذي يكون عبارة عن برنامج حاسب آلي، وذلك لأغراض تجارية. هـ-الأداء العلني لمصنفه. و-عرض أصل أو نسخ من مصنفه للجمهور بأية طريقة كانت. ز-إذاعة مصنفه.

التكييف الفقهي لحق التأليف:

هذا الحق يجمع بين حقين، الأول حق خاص والثاني حق عام، فالخاص هو حق المؤلف نفسه وهو من حقوق الملكية الفكرية والأدبية وهو حق مالي أيضاً لأن إنتاجه العلمي يعبر عن شخصيته، والمؤلف جزء من فكره، فيكون له الحق في نشر هذا الفكر ونسبته إليه ثم الرقابة على دور النشر لعدم نشر الفكرة (المؤلف) دون إذن منه.

[1]- سورة الأنفال -الآية 63.
[2]- راجع محمد أحمد القضاة، حق التأليف، مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله، بحث منشور في المجلة الأردنية -العدد 1-2014م ص58.
[3]- راجع حسين بن معلوي الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي -ط1-الناشر: دار طيبه للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2004- ص83.

الحق العام، فهو ما تعلق بحق الأمه تجاه ذلك الحق -حق التأليف – من حيث احتياجاتها له وتطبيقه إن كان صالحاً للتطبيق، أو الانتفاع به في جوانب الحياة العلمية ما أمكن ذلك، استناداً إلى قول النبي ﷺ (إِذَا مَاتَ الإِنْسَانُ انْقَطَعَ عَمَلُهُ إِلاَّ مِنْ ثَلاَثَةٍ، إِلاَّ مِنْ صَدَقَةٍ جَارِيَةٍ، أَوْ عِلْمٍ يُنْتَفَعُ بِهِ، أَوْ وَلَدٍ صَالِحٍ يَدْعُو لَهُ). والصدقة الجارية ممكن أن تكون كتاباً ألفه أو علم علمه لتلاميذه، ولأن علم الإنسان ليس محصوراً في إبداعه وفكره هو وإنما هو خبرة تراكمية علمية أخذها الإنسان من علوم الأمة وخبرات علمائها أثناء اختلاطه بهم، فالأمة صاحبة فضل عليه فكان على المبتكر أو المؤلف أن يقدم لأبناء الأمة خبرته كما قدمها له الأجداد، ومن هنا جاءت فكرة الحق العام للأمة[1]، بعد ثبوت الحق ونشره والانتفاع به على الوجه الذي يحدده القانون من مدة محددة.

الخلاف الفقهي حول تأصيل حق المؤلف: اختلف الفقهاء على ثلاث آراء:

الأول: يصفه بأنه حق عيني متقرر، والحق المتقرر هو ماله تعلق بمحله تعلق استمرار، ولا يتصور انفراده عن محله، ومثاله حق القصاص فيكون متقرراً بثبوت الحق على القاتل ويسقط بسقوط الحكم[2]، وهو قول وهبة الزحيلي وفتحي الدريني، فالمنافع التي بذل فيها المؤلف فكره ووقته، انبثقت عنه وانفصلت واستقرت في المصنف أو الكتاب، فبتنازله عن حقه في المصنف يتغير الحكم بتغير ذلك الاسقاط، فيصبح مباحاً بعد إن كان مقصوراً على المؤلف[3].

الثاني: يعتبر التأليف حقاً مجرداً: وهو قول أحمد الحجي الكردي، والحق المجرد، هو اصطلاح حنفي محض[4]، ما كان غير متقرر في محله، بمعنى أنه لا يترتب على تعلقه بمحله أثر قائم لا يزول إلّا بالتنازل عنه، بل مرجعه إلى رغبة مالكه دون أن يترتب على تركه والتنازل عنه تغير في حكم ذلك المحل كحق الشفعة مثلاً، فإنه في الحقيقة نوع من الولاية أعطيت للشفيع في أن يتملك العقار بعد أن يتملكه المشتري، فأثر تملك المشتري للعقار قبل الشفعة وبعدها هو نفسه، كما لا يرى للشفيع حق ظاهر في العقار مستقر يحد من تصرف المشتري فيه أو الانتفاع به، فحاله بعد التنازل عن الشفعة هي حاله قبل التنازل عنها.

الثالث: يرى أن حق التأليف، حق جديد ومستقل عن الحقوق المالية المعروفة سابقاً، ولا يندرج تحت الحقوق العينية، لأنّه لا يرد على الأعيان، كما لا يندرج تحت الحقوق الشخصية لأنه لا يفرض تكليفاً على شخص معين تلزمه القيام بعمل محدد، فهذا الحق يرد على أشياء غير مادية مما لا يندرج تحت الحقين السابقين ويؤيد هذا القول العلامة مصطفى الزرقاء ومحمد شبير[5].

حكم العوض المالي عن حق التأليف:

هنالك خلاف بين الفقهاء في جواز أخذ العوض عن إسقاط المؤلف حقه في نشر مؤلفه وذلك على قولين:

الأول: يقول بأن حق التأليف لا يعد حقاً مالياً، وبناءً على ذلك لا يجوز أخذ العوض عنه، وهذا رأي الدكتور أحمد الحجي الكردي، والشيخ محمد شفيع -مفتي باكستان -والشيخ تقي الدين النبهاني[6].

وحجة رأيهم تمثلت في الآتي:

1. اعتبار حق التأليف حقاً مالياً يؤدى الى حبس المؤلف لمصنفه العلمي عن الطبع والنشر، إلّا في مقابل عوض مالي يحصل عليه، وهذا يعتبر من باب كتم العلم المنهي عنه، لقول النبي ﷺ (من سُئل عن علمٍ فكتمه ألجمه اللهُ بلِجامٍ من نارٍ يومَ القيامةِ)[7]، ووجه الدلالة في الحديث أن حبس الكتب عمن يطلبها للانتفاع بها داخل في الوعيد المذكور في الحديث[8].

[1]- راجع بكر بن عبدالله أبوزيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، ط1-ج2-الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت ،1996ص160. راجع أيضاً، أديب فايز المضمور، تزاحم الحقوق على الإثبات وأثرها في اعتبار الحق المالي في الفقه، بحث منشور في المجلة الأردنية للدراسات العليا -المجلد العاشر – العدد 3 سنة 2014م ص346.

[2]- راجع سامي حبيلي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية -2005ص16.

[3]- راجع الدريني، بحوث مقارنة في الفقه وأصوله -مرجع سابق ص29.

[4]- راجع محمد القضاة، حق التأليف، مرجع سابق ص60.

[5]- راجع الزرقاء: المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه -ط1، الناشر، دار الأرقم، دمشق 1999ص31. / ومحمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه -دار النفائس، ط-6، 2007، ص395.

[6]- راجع بكر أبوزيد -فقه النوازل – مرجع سابق ج2 ص170-182 / وسامي حليبي، الحقوق المجردة، مرجع سابق ص151.

[7]- الراوي: أبو هريرة |المحدث: الألباني |المصدر: صحيح أبي داود الصفحة أو الرقم: 3658 |خلاصة حكم المحدث: حسن صحيح التخريج: أخرجه أبو داود (3658) واللفظ له، والترمذي (2649)، وابن ماجه (266)، وأحمد (7571).

2. قياس حق التأليف على حق الشفعة من حيث كونه حق مجرداً، والحقوق المجردة عند الحنفية لا يجوز العوض عنها ومن ثم لا يجوز الحصول على مقابل مادي لإنتاجه الذهني العلمي.

القول الثاني: ذهب كثير من الفقهاء إلى اعتبار حق المؤلف حقاً مالياً، فللمؤلف أخذ العوض نظير إسقاطه لحقه في نشر الكتاب سواءً بالتنازل المؤقت أو التنازل الأبدي وهو قول الشيخ محمد تقي العثماني، والأستاذ محمد برهان الدين السنبهلي والدكتور محمد سعيد ومجمع الفقه الاسلامي[1].

واستدلوا على ذلك:

1. أن المنافع تعتبر أموالاً عند جمهور الفقهاء -سوى الحنفية -فحق التأليف اختصاص منفعة تعلقت بعين مالية فكانت مالاً يجوز المعاوضة عنه شرعاً.
2. العرف العام جرى على اعتبار حق المؤلف في تأليفه وإبداعه، ومعلوم أن العرف العام يعد مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي ما لم يتعارض مع نص شرعي أو مقصداً عاماً أو أصلاً عاماً.
3. عملاً بقاعدة (الغنم بالغرم) وقاعدة (الخراج بالضمان) فالمؤلف مسؤول عما يكتبه، فهو كذلك يثبت له الحق فيما أبدعه وابتكره بما يخرج عنه من عوض مالي.
4. اعتبار الحق المالي للمؤلف فيه نفع ظاهر للأمة، وهو حافزا قوياً لأهل الفكر والإبداع، وفي عدمه انقطاع للعلماء عن التأليف.

والراجح هو أنَّ حق التأليف حق معتبر شرعاً يجوز التعويض عنه سواءً بالتنازل المؤقت عنه في نشر المصنف لزمن محدد أو بالتنازل الدائم وذلك بيع الحق (إسقاطه) في النشر مقابل عوض مالي.

أثر العرف في حق التأليف:

من القواعد المشهورة في الفقه ولدى الفقهاء (إن ما ليس له حد في الشرع ولا في اللغة، يرجع فيه الى العرف) والعرف العام يعد مصدراً من مصادر التشريع، وعليه يكون العرف سبباً في تشريع حق التأليف[2]. ومن قبيل العرف أن المصلحة المتحققة لمجموعة من الناس أو سائرهم، فإنها تكون متقدمة على غيرها من المصالح التي تتعلق بمجموعة أقل، مادام المصلحتان لم يرد فيهما نص في الكتب أو السنة أو الاجتهاد، ويكون مرد ذلك إلى ما تعارف عليه الناس[3].

وعلى العموم يمكننا القول بأن العرف المعاصر يؤدي دوراً جوهرياً في إثبات وحماية حق التأليف، حيث استقر في الوعي المجتمعي والتعاملات المالية المعاصرة أن للمؤلف حقاً معنوياً ومادياً في إنتاجه الفكري لا يجوز الاعتداء عليه. وتتجلى آثار العرف في حق التأليف من خلال الجوانب التالية: يعد مصدراً أساسياً في إقرار حقوق التأليف والنشر كحقوق مالية معتبرة شرعاً (حقوق معنوية)، إذ تحول الجهد الذهني إلى "مال" له قيمة في التعاملات، مما يحرم الاعتداء عليه أو نسخه دون إذن. ويستند هذا إلى اعتبار العرف مستنداً لتحديد المصالح والمعاملات المالية المعاصرة.

أثر العرف على حق التأليف:

1. إكساب الحق المالي: مؤخراً تحولت الحقوق المعنوية (التأليف، الابتكار) نتيجة العرف المعاصر وتطور المطابع إلى حقوق مالية معتبرة، ويثبت للمؤلف حق الاستغلال والانتفاع بمؤلفه. ومن نتائج ذلك إضفاء القيمة المالية للحقوق المعنوية، حيث أصبح لأسماء الكتب، وحقوق النشر، والابتكارات قيمة مالية معتبرة في العرف المعاصر، مما جعلها حقوقاً مصونة شرعاً وقانوناً.

---

[8]- راجع سليمان بن الاشعث بن اسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الازدي، أبو داود (ت275ه) سنن أبو داؤود (تحقيق محمد محي الدين عبدالحميد ج3، الناشر: المكتبة العصرية، صيدا -بيروت، باب كراهية منع العلم، حديث رقم 3658ص321، حديث حسن صحيح

[1]- راجع وهبه الزحيلي، المعاملات المالية المعاصرة -مرجع سابق ص507-513. /محمد زغلول ومحمد عزام، الحقوق المالية للمؤلف ص 7-9.

[2]- راجع تقي الدين أبو الحسن علي بن عبد الكافي يحي السبكي، السبكي (ت756ه) الابهاج في تشريع المنهاج ج1: الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت 1416ه ص365،

[3]- الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ص313.

2. حماية الحقوق: حيث يقر العرف في جميع الدول حديثاً بحق المؤلف في تصرفاته المادية، ولا يجوز الاعتداء عليها، وتعتبر السرقة الأدبية أو نسخ الكتب للمتاجرة بها -دون إذن -خرقاً لهذا العرف.
3. تقييد الانتفاع: حيث يمنع العرف نسخ البرامج أو المؤلفات التي تذكر "حقوق الطبع محفوظة" للاستخدام التجاري، ويقتصر استخدامها على إذن صاحبها.
4. استثناءات عند الحاجة: في سياق الكتب العلمية والشرعية، يرى بعض الفقهاء أن الأولى هو نشر العلم، ولكن إذا كان للمؤلف حاجة، فإن العرف يقدر له حقاً مالياً. وينظم العرف الاستخدام الأمثل والانتفاع، وذلك عن طريق الإذن والاستغلال: حيث يمنع العرف استغلال المصنفات (مثل نسخ البرامج أو الكتب) للأغراض التجارية دون إذن صاحبها، ويعتبر ذلك اعتداءً على ملكيته. وكذلك نظم الإعارة: فجرى العرف على أن شراء الكتاب يمنح المشتري حق "الانتفاع الشخصي" (كالقراءة والإعارة الشخصية)، لكنه لا يمنحه حق "إعادة الإنتاج" أو التصوير التجاري.
5. قياس المؤلف على الصانع: يرى اتجاه فقهي أن العرف يُجيز قياس المؤلف على الصانع، فكلاهما يبذل جهداً ويستحق الانتفاع المادي من ثمار عمله، وباختصار، يلعب العرف دوراً في تأطير هذه الحقوق مالياً، محولاً إياها من مجرد مجهود فردي إلى أصول ذات قيمة مالية محمية. ويعامل العرف المؤلف "كصانع" استثمر جهداً ذهنياً ومادياً، وبالتالي له الحق في الانتفاع بثمار هذا الجهد.
6. تحديد التعويضات والحقوق المالية: يُستند إلى العرف في تقدير "أجر المثل" أو التعويضات في حال النزاع على استغلال المؤلفات، كونه مصدراً لاستكمال التصور القضائي الصحيح في المسائل المستحدثة.

ونستنتج مما تقدم أن الضوابط الشرعية لاعتبار العرف في حق التأليف تتمثل في:

- **عدم معارضة النص:** يُعمل بالعرف في حق التأليف ما لم يصادم نصاً شرعياً، مثل تحريم كتمان العلم النافع؛ لذا يرى بعض العلماء أن العرف يدعم الحقوق المالية للمؤلف **بشرط ألا** يؤدي ذلك إلى حرمان المجتمع من العلم.
- **العرف الفاسد:** لا يُعتد بأي عرف يسمح بالقرصنة أو التزوير، حيث يعتبر ذلك "عرفاً فاسداً" لمخالفته أصل حفظ حقوق الناس.

المطلب الثاني: أثر العرف على الحق في براءة الاختراع:

هنالك تشابه ما بين حق التأليف وحق براءة الاختراع، والخلاف بينهما يكمن في أنَّ الأول يتعلق بأفكار أدبية تترجم على شكل كتب علمية ومصنفات، أما حق براءة الاختراع فإنها عبارة عن أفكار عقلية تترجم الي آلات أو مجسمات أو مشاريع خدمية أو علمية، وهنا بصدد التعريف بملف براءة الاختراع ودور العرف فيها.

المعنى الاصطلاحي لبراءة الاختراع: ويجب أن نفرق بين البراءة وبين الاختراع نفسه وذلك على النحو التالي:

البراءة لغةً:

من برأ، وتأتي بمعنى الخلق، ومنه قوله تعالى (فَتُوبُوا إِلَى بَارِئِكُمْ فَاقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ)[1] أي توبوا الى خالقكم، كما تأتي بمعنى السلامة من السقم كقولك برأ جرح فلان أي شفي فلان وسلم من السقم، وتأتي بمعنى الخروج من الشيء والمفارقة له، وتأتي بمعنى القطع والتباعد في الشيء والمزايلة[2].

الاختراع لغةً:

يأتي بمعنى الإبداع والإنشاء لشيء لم يكن موجوداً قبل ذلك، فالمخترع يقوم بتحويل ما في ذهنه من الأفكار والتصورات الى شيء مادي ملموس يتمثل بألة أو جهاز لم يسبقه إليه أحد.

[1]- سورة البقرة -الآية 54
[2]- راجع ابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق ج1 ص31.

معنى براءة الاختراع اصطلاحاً:

هو ما يثبت للمبتكر من سلطة على ما ابتكره، بحيث يتمكن من نسب ذلك الاقتراع لنفسه، وأن يحتكر منفعة اختراعه معنوياً ومادياً، بالإضافة الى حقه في بيع اختراعه والتصرف فيه[1].

التكييف الفقهي لحق براءة الاختراع:

تجب الاشارة أولاً إلى أن الآلات والأجهزة التي تخدم المحرمات مستبعدة من هذه الدراسة، وأي وسيلة أو ابتكار تساهم في نشر الحلال وخدمته تنطبق عليها الدراسة ويدخل فيها العرف، والاختراعات غير النافعة هي في الأصل ابتكارات ممنوعة شرعاً فلا يدخل فيها العرف.

أثر العرف في حق براءة الاختراع (ذات الأثر النافع للأمة):

يظهر أثر العرف في براءة الاختراع من حيث اعتبار الآلة أو المعدات أو الوسائل والتقنيات باعتبارها أمور جديدة لم يوجد مثيل لها من قبل، والعرف يجري على ضرورة تسجيل الاختراع من قبل صاحبه بغرض فرض الحماية القانونية وذلك بمجرد إخراجه الى أرض الواقع وينسب لشخصه. فان تأخر المخترع في تسجيل حقه في الاختراع يفقد حقه عرفاً ولا يعد مخترعاً، ومن حقوق المخترع حرمان الآخرين –الغير -من استغلال فكرته المسجلة إلّا بعد أخذ موافقته أوز ذكر اسمه عليها وهو ما يعرف (بالحق الفكري) الذي يؤدي له حق التأليف، وبناءً على ذلك يكون لصاحب براءة الاختراع كامل الحق المعنوي في نشر أفكاره وإنشائها وتصنيفها وبيعها إن شاء محتفظاً بحقه المادي. ودور العرف والعادة في براءة الاختراع، يظهر لكون العرف هو الذي يحدد أن الشيء المخترع مقيداً وذا قيمة نافعة وجرى اعتباره من الأشياء التي يجري فيها السبق بين الناس عرفاً وقانوناً، وما ثبت بالعرف كونه مفيداً وذا قيمة مالية يجوز التنازل عنه ويجوز كذلك الاعتياض عنه.

ومما سبق نستنتج أن العرف، يُعد مصدراً أساسياً في نشأة وتطور حقوق الملكية الفكرية، بما فيها براءات الاختراع، حيث يمثل القواعد التي تعارف عليها أهل الاختصاص (الصناع، التجار) لحماية مبتكراتهم قبل تقنينها. ويؤثر العرف بصورة مباشرة في تحديد معايير عناصر الجدة، والقابلية للتطبيق الصناعي، ويُرجع إليه في تفسير العقود والنزاعات عند غياب النص الصريح.

ومن أبرز آثار العرف في براءات الاختراع:

1. **تحديد معيار "الجدة" و"الابتكار":** حيث يعتمد الفحص الفني للاختراع على ما هو "معروف" (Prior Art) في مجال الصناعة، والعرف هو ما يحدد مستوى المهارة العادية في الفن، وبالتالي ما إذا كان الاختراع يمثل إضافة جديدة فعلاً.
2. **تفسير العقود والترخيص:** في حالات النزاع حول عقود نقل التكنولوجيا أو تراخيص الاستغلال، يتم الاحتكام إلى الأعراف التجارية والصناعية المستقرة لتحديد حقوق والتزامات كل طرف.
3. **تشكيل التطور التشريعي:** وتنشأ براءات الاختراع غالباً من "أعراف" خاصة بين أهل حرفة معينة، ثم تتطور لتصبح نصوصاً قانونية ملزمة.
4. **حماية المبتكرات التقليدية:** حيث يُستخدم العرف في تحديد القيمة الاقتصادية والمعنوية لبعض الاختراعات التي تتعلق بممارسات تعارف عليها الناس، خاصة في الحرف اليدوية أو الصناعات التقليدية.

وعلى الرغم من أهمية العرف، إلا أنه يجب ألا يخالف القواعد الآمرة في قوانين الملكية الفكرية، ومثال ذلك كله ما أقره المشرع والنظام العام من ضوابط أو شروط.

براءة الاختراع في النظام القانوني العماني:

ينظمها قانون براءة الاختراع العماني[2]، حيث أسند قرار الحماية الى دائرة بالوزارة وهي: (دائرة الوكالات والملكية الفكرية

[1]- راجع: الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ص76.
[2] -راجع المرسوم السلطاني رقم 82/ لسنة 2000م.

(مكتب براءات الاختراع). وعرف براءة الاختراع بأنها: (الوثيقة التي تمنحها الدائرة لصاحب الاختراع ليتمتع اختراعه بالحماية القانونية طبقاً لأحكام هذا القانون ولائحته التنفيذية). وأوضح القانون شروط منح البراءة في المادة (٢) والتي تقرأ (يكون الاختراع قابلاً للحصول على براءة اختراع إذا كان جديداً ومنطوياً على فكرة مبتكرة، وقابلاً للتطبيق الصناعي سواء تعلق بمنتجات صناعية جديدة أو بطرق أو وسائل صناعية مستخدمة أو بتطبيق جديد لطرق أو وسائل صناعية معروفة، وألا يكون مخالفاً للنظام العام أو الآداب العامة أو يمس الأمن الوطني أو متعارضاً مع أحكام الشريعة الإسلامية).

المطلب الثالث: أثر العرف على الحق في تملك الاسم التجاري والحقوق المتصلة به:

العرف التجاري:

هو من الحقوق المعنوية التي ظهرت بناءً على العرف السائد بين التجار، ولولا العرف والعادات لما ظهر هذا الحق، ومن المعلوم أن لكل حرفة أو تجمع أعراف خاصة بهم، فكما أن للفقهاء أعرافهم الخاصة فان للأدباء أعرافهم وللنجارين والتجار ... الخ، ومن بين تلك الأعراف يهمنا ما يُعرف بالاسم التجاري وما يلتصق به من حقوق.

المقصود بالاسم التجاري:

الاسم: هو (ما يعرف به الشيء ويستدل به عليه، وهو ما دل على معنى في نفسه غير مقترن بزمن كرجل وفرس)[1]. وكلمة التجاري: نسبة للتجارة، وهو من تجر يتجر تجراً، وهو البيع والشراء، والتاجر: هو الذي يبيع ويشتري[2].

الاسم التجاري:

هو التسمية التي يستخدمها التاجر كعلامة مميزة لمشروعه التجاري عن نظائره ليعرف الزبائن والعملاء المتعاملون معه نوعاً خاصاً من المنتجات والسلع وحسن المعاملة والعرض والخدمات[3]. أما العلامة التجارية: فهي إشارة أو رمز مميز يستخدم لتمييز المنتج أو البضاعة للدلالة على مصدرها أو نوعها أو مرتبتها أو ضمانها أو طريقة تحضيرها أو غير ذلك[4] مما يرغب الزبائن والعملاء، ويقنعهم بالمنتج الذي تعرضه وتسوق له الشركة.

ويمكن أن يكون الاسم التجاري هو ذاته اسم صاحب المنشأة أو الشركة، أو يكون اسماً لغيره من الأفراد أو المنشآت، أو يكون علامةً يعرف بها المنتج، ومثال ذلك (منتجات سامسونج) في مجال أجهزة التكييف والجوالات المحمولة ومنتجات (توشيبا) في مجال الاجهزة الكهربائية .... الخ.

أثر العرف في حق الاسم التجاري:

مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته للمؤتمر الخامس المنعقدة في الكويت عام 1988م، قرر بأن الاسم التجاري حق خاص لأصحابه، وبذلك أصبح الاسم التجاري مثل غيره من الحقوق المعنوية ضمن الحقوق الثابتة بالعرف لأصحابها[5]. ولأصحاب هذه الحقوق الحرية المطلقة في استخدامها ومنع الآخرين من ذلك إلا بموافقتهم المسبقة، كما قرر مجمع الفقه جواز التصرف في هذه الحقوق ونقل أي منها بعوض مالي أذا انتفى الغرر والتدليس والغش عملاً بالعرف السائد.

وبذلك يكون الاسم التجاري من الحقوق الثابتة عرفاً، فلولا كون العرف مصدراً من مصادر التشريع المعتبرة لكان القول بمشروعية مثل هذه الحقوق المعنوية من المستحيلات، ومما تعارف عليه التجار بخصوص هذا الحق أنه يمكن بيعه والتنازل عنه ومنحه بلا مقابل للآخرين، وقد قضت المحاكم بموجب هذا الحق لصاحب السبق في التسجيل (تسجيل الاسم التجاري) لدى

---

[1]- راجع المعجم الوسيط، ابراهيم مصطفى وآخرين، مجمع اللغة العربية بالقاهرة، الناشر: دار الدعوة ص 452 / وابن منظور، لسان العرب، مرجع سابق ج4ص89.

[2]- راجع الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مرجع سابق ص256.

[3]- راجع شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، مرجع سابق ص53.

[4]- أنظر /عجيل جاسم النشمي، الحقوق المعنوية (بيع الاسم التجاري في الفقه الإسلامي) مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية -السنة السادسة، العدد 13، جامعة الكويت، 14009ص287.

[5]- راجع مجلة الفقه الإسلامي (الاسم التجاري، العنوان التجاري، العلامة التجارية، وحق التأليف والاختراع والابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، وقد أصبح لها في العرف المعاصر قيم مالية معتبرة شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها)، /الدورة الخامسة، العدد الخامس للعام 1988م ص2267.

الجهات الحكومية الرسمية بالدولة. فإن تنازع تاجران على الاسم التجاري المشترك بينهما، كان صاحب الحق بالاسم التجاري هو من بادر بتسجيله لدى السلطات المختصة.

ومما سبق يتضح لنا بأن العرف التجاري يلعب دوراً حيوياً في تنظيم الاسم التجاري كونه مصدراً غير مكتوب ينشأ من استقرار التعامل بين التجار، ويستخدم لتفسير قواعد تسجيله، حمايته، واستخدامه. كما يساهم العرف في تشكيل "الركن المعنوي" للاسم التجاري لتمييز المنشآت، ويعتبر مرجعاً للقضاء في حال غياب النص التشريعي، بشرط ألّا يخالف النظام العام والآداب.

أبرز آثار العرف في الاسم التجاري:

1. تحديد الاستخدام المسموح: يُحدد العرف ما هو مقبول أو مضلل في اختيار الاسم التجاري (مثل استخدام الألقاب أو أسماء معينة) بناءً على مستقرات المهنة.
2. عنصر التمييز والحماية: يكرّس العرف فكرة حماية الاسم كحق معنوي (علامة تجارية) يربط بين جودة السلعة والمنشأة.
3. سد الفراغ القانوني: يُلجأ للعرف في فض النزاعات التجارية عندما لا يوجد نص قانوني صريح ينظم واقعة معينة تتعلق بالاسم.
4. المرونة والسرعة: يتطور العرف مع التطور التجاري أسرع من التشريعات، مما يمنح التجار مرونة في تحديث أسمائهم التجارية.
5. الإثبات: يُعد العرف الجاري بين التجار وسيلة إثبات قوية أمام المحاكم التجارية لإثبات الحق في استخدام اسم معين.

الاسم التجاري والحقوق المتصلة به في النظام القانوني العماني:

الاسم التجاري في القانون العماني هو التسمية التي يزاول بها التاجر (فرد أو شركة) تجارته، ويجب قيده في السجل التجاري[1] يتميز بكونه وحدة لا تتجزأ، يجب أن يكون حقيقياً، مبتكراً، غير مضلل، ولا يمس الصالح العام، ويمنح صاحبه حماية قانونية حصرية. وتعتبر من أبرز أحكام الاسم التجاري في القانون العماني: مكونات الاسم: حيث يجب أن يتألف من اسم التاجر ولقبه، أو تسمية مبتكرة، أو كليهما، ويجوز أن يتضمن نوع النشاط. والتسجيل والحماية: حيث يقيد الاسم التجاري في وزارة التجارة والصناعة وترويج الاستثمار، ويمنع استخدام اسم مشابه أو مطابق لاسم مقيد سابقاً في نفس النشاط. الوحدة وعدم التجزئة: فيعتبر الاسم وحدة واحدة لا تتجزأ، ولا يجوز تعديله أو حذف أجزاء منه بعد تسجيله، ويمنع استخدامه لغير الغرض المسجل من أجله. واستخدام الاسم: حيث يجب على التاجر استخدام اسمه التجاري في كافة معاملاته وأوراقه التجارية. وبخصوص التصرف في الاسم: يجوز التصرف في الاسم التجاري بشكل مستقل عن المتجر، بشرط قيد هذا التصرف وشهرته في السجل التجاري.

وتنحصر خطوات حجز الاسم التجاري في العملية عبر منصة عمان للأعمال التابعة لوزارة التجارة والصناعة وترويج الاستثمار، حيث يتم البحث عن الاسم المقترح، والتأكد من عدم وجود تشابه، ثم تقديم طلب الحجز.

المبحث الثالث: تطبيقات المحاكم على أثر العرف في التصرفات المالية بالحقوق المعنوية

في المجلدات المنشورة لأحكام المحاكم العمانية، لا يوجد من السوابق القضائية في مجال الحقوق المعنوية ما يكفي للبحث سواء من ناحية المبادئ أو الموضوعات، ويعد ذلك قصوراً واضحاً في هذا المجال الحيوي الحديث.

المطلب الأول: بعض تطبيقات المحاكم المصرية والسعودية:

العرف من المصادر الرسمية للقاعدة القانونية في القانون المدني المصري، فهو المصدر الأول من المصادر الاحتياطية التي تلي التشريع؛ فقد نصت المادة الأولى من القانون المدني المصري على أن: (تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف،

[1]- راجع المرسوم السلطاني 90/55 ولائحة تسجيل الأسماء التجارية رقم 2016/124. .

فإذا لم يوجد فبمقتضى الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة)، ويقصد بالمصادر الرسمية: التي يستقي منها القاضي الحكم في النزاع المطروح دون أن يتعداها إلى سواها فيطبق القاضي على النزاع المعروض أمامه أحكام القانون المدني إن كان قد نظم المسألة المعروضة أمامه صراحةً أو ضمنًا، وإلا كان حكمه معيبًا بمخالفة القانون، فإن لم يوجد نص قانوني انتقل إلى المصدر التالي وهو العرف.

ويمكن اعتبار العرف في ضوء نظام المعاملات المدنية في نفس الموضع الذي وضعه القانون المدني المصري باعتباره مصدرًا احتياطيًا يلي التشريع في القوة. فالعرف من ضمن مجموعة القواعد الكلية الواردة في الأحكام الختامية لنظام المعاملات المدنية والتي نص النظام على اتباع القاضي لها إن لم يوجد نص نظامي يمكن تطبيقه. فمن القواعد التي تنظم العرف القاعدتان الرابعة التي تنص على أن: (التعيين بالعرف كالتعيين بالنص)، والخامسة التي تنص على أن: (المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا). وقد نصت المادة رقم (88) من نظام الإثبات 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).

وقد وردت تطبيقات ومبادئ قضائية في المملكة العربية السعودية على هذه القواعد منها ما قرره (مجلس القضاء الأعلى بهيئته الدائمة) من أن: (الشرط الجزائي معتبر، إذا كان في حدود المعقول عرفاً)[1]. كما قرر مجلس القضاء الأعلى أيضًا أنه: (ينبغي للقاضي ألا يتصور انحصار الشركات فيما ذكر الفقهاء رحمهم الله، بل الأمر يرجع إلى العُرف، إلا إذا وجد دليل من الشارع يحدد الشركات، وإنما الفقهاء ذكروا مسميات ما وجد، وعدم وجود اسم آخر على فرض حصول الحصر لا يدل على بطلان ما يوجد بعد، إذا لم يخالف نصًا)[2].. كما قرر مجلس القضاء الأعلى أيضًا أنه: (عند النظر القضائي ينبغي مراعاة المبلغ المطالب به، فإن كان كثيرا فإن أعراف الناس عادة لا تدفع إلّا بموجب عقود ومستندات، فينبغي التأكد من ذلك)[3].

المطلب الثاني: بعض تطبيقات المحاكم القطرية:

استناداً إلى نشرات الأحكام القضائية القطرية وقانون محكمة الاستثمار والتجارة رقم (21) لسنة 2021، الذي يُعد المرجع الرئيسي لمنازعات الملكية الفكرية، فيما يلي سوابق قضائية حديثة ومهمة:

1. **سابقة قضائية عن[4] التقليد والتشابه المضلل في الاسم التجاري:**

حيث ألزمت محكمة الاستثمار والتجارة مطعماً بوقف استخدام علامة تجارية مقلدة، حيث ثبت استخدام المدعى عليه لاسم تجاري مشابه جداً لعلامة تجارية مسجلة ومحمية باللغة العربية تابعة للمدعية، مما يؤدي إلى تضليل الجمهور والالتفاف على الاسم التجاري الأصلي. والمبدأ المحمي هنا: الحماية القانونية للاسم التجاري تمنع الغير من استخدام اسم مشابه يُحدث لبساً لدى المستهلك، وتُجيز المحكمة إيقاف النشاط المقلد.

2. **سابقة قضائية في حق التأليف والنشر (محكمة التمييز/الاستئناف) موضوعها منع التعدي على حقوق المؤلف وحق النشر (نسخ غير مرخص):**

وتفاصيل وقائع السابقة تتمثل في: وجود قضايا متعلقة بحماية حق المؤلف، استقرت المحاكم على أن إعادة طبع أو نسخ أو نشر كتب ومصنفات أدبية دون الحصول على إذن خطي من المؤلف أو صاحب الحق يُعد تعدياً، حتى لو تم توثيق العقود لاحقاً. والمبدأ المحمي هنا هو: أن المحكمة تعاقب على التعدي بالمصادرة والتعويض، وتتطلب حماية حق المؤلف إذنًا مسبقًا وليس مجرد وجود عقد استيراد.

---

[1]- راجع في ذلك قرار المجلس رقم (8/5/1421)، (4 /320). المبدأ (59) المنشور في المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئات القضائية لمجلس القضاء الاعلى والمحكمة العليا.

[2]- راجع المبدأ (174) المنشور في المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئات القضائية لمجلس القضاء الاعلى والمحكمة العليا، (102/6)، (27/1/1418).

[3]- راجع المبدأ (2152) .(1419/2/28) المنشور في المبادئ والقرارات الصادرة من الهيئات القضائية لمجلس القضاء الاعلى والمحكمة العليا. (579/6).

[4]- محكمة الاستثمار والتجارة -يونيو – 2025.

3. سابقة قضائية في حق الاختراع (براءات الاختراع)، الموضوع: التعدي على براءة اختراع بمنتج منافس:

الوقائع: أقيمت دعوى أمام محكمة الاستثمار والتجارة بناءً على تعدي شركة على براءة اختراع مسجلة لدى وزارة التجارة والصناعة، حيث قضت المحاكم القطرية بحماية البراءة المدنية، ورفضت المنافسة غير المشروعة التي تعتمد على "تقليد المنتج المبتكر". والمبدأ هنا: يحق لصاحب البراءة طلب وقف الاعتداء بصفة مستعجلة، والتعويض عن الأضرار المادية والمعنوية الناتجة عن التعدي على الحق الصناعي.

المطلب الثالث: بعض تطبيقات المحاكم السودانية:

تُعد قضايا حق المؤلف والحقوق المجاورة في السودان من المواضيع القانونية الهامة التي شهدت تطوراً ملحوظاً، خاصة مع صدور قوانين حديثة تهدف لحماية المبدعين والمصنفات الأدبية والفنية، ويمكن الاشارة الى الوضع في السودان من خلال النقاط التالية:

الإطار القانوني: يُعد قانون حماية حق المؤلف والحقوق المجاورة والمصنفات الأدبية والفنية لسنة 2013 هو التشريع الرئيسي الحالي في السودان. وقد حل هذا القانون محل قوانين أقدم (مثل قانون 1974 وقانون 1996) لتتوافق مع التطورات التكنولوجية.

من السوابق القضائية: توجد إشراقات جدية في الاحكام القضائية السودانية التي تمتاز بالرصانة والقوة. ومن القضايا الشهيرة التي تم تناولها في هذا السياق قضايا تتعلق بالاعتداء على الحقوق المادية والأدبية.

مثل قضية شركة "يا زول للإرسال الفضائي" ضد السيد محمد علي العزايزي[1]، التي أثيرت بموجب قانون حماية حق المؤلف. حيث أرست مبدأً جديداً مهماً هو:

حماية حق المؤلف في قانون الملكية الفكرية السوداني تمتد لتشمل الأجنبي حتى ولو كانت إقامته بالبلاد عابرة.

لا مجال لمناقشة المعاملة بالمثل طالما أن القانون السوداني منح كل الأجانب حق الحماية دون استثناء.

حماية التراث الثقافي: تتضمن القوانين السودانية حماية لأشكال التعبير الثقافي التقليدي، وهو ما يركز عليه القانون السوداني لحماية حق المؤلف. وبالنسبة للالتزام الدولي: السودان ملتزم بحماية حقوق المؤلفين والشركات الصغيرة، وينشط في التوعية والتثقيف بحقوق المؤلفين والمبدعين.

مدة الحماية: وفقاً للتشريعات السودانية (قانون 1974) تستمر حماية حق المؤلف في المصنف مدى حياة المؤلف ولمدة 25 عاماً بعد وفاته. وأبرز الحقوق المحمية قانونا هي :1-كشف المصنف للجمهور. 2-نسبة المصنف للمؤلف. 3-الاعتراض على أي تحريف أو تشويه للمصنف. ويهدف السودان من خلال هذه القوانين إلى تعزيز الوعي العلمي والقانوني بحقوق الملكية الفكرية.

وبخصوص الحماية المفروضة على براءات الاختراع في التشريع السوداني وأحكام المحاكم يمكن توضيح التالي:

قانون براءات الاختراع السوداني ينص على أنه 1-مع مراعاة أحكام المادة 10 يكون الحق في البراءة للمخترع أو لمن آلت اليه حقوقه. ويستند حق براءة الاختراع في السودان إلى إطار قانوني قوي، أبرزه قانون براءات الاختراع لسنة 1971م (وتعديلاته)، والذي ينظم تسجيل وحماية الاختراعات، ويمنح المخترع حقوقاً حصرية، مع توفير حماية قضائية مدنية وجنائية ضد التعدي على هذه الحقوق، ولتوضيح ذلك يمكن تناول النقاط التالية:

الأساس القانوني والحماية:

حيث يمنح القانون السوداني براءة اختراع لكل اختراع جديد، ناشئ عن جهد ابتكاري، وقابل للاستغلال الصناعي (بما في ذلك

[1]- راجع الموقع https://sj.gov.sd/ar/content/book/%D8%B4%D8%B1%D9%83%D8%A9-%D9%8A%D8%A7-%D8%B2%D9%88%D9%84-
تمت الزيارة يوم 17-4-2026 الساعة 1:25 ظهراً. طعن رقم الرقم م ع/ط م/2011/2804م-مجلة الأحكام المجلات من 2010 الى 2019 العدد 2011 شركة يا زول للإرسال الفضائي الطاعنة // ضد // السيد محمد علي العزايزي المطعون ضده.

الزراعة). بينما لا تعد القواعد النظرية والاكتشافات العلمية المجردة اختراعات قابلة للحماية. ويثبت الحق في البراءة للمخترع أو من آلت إليه حقوقه، وفي حال العمل المشترك، تكون الحقوق مشتركة.

الحماية القضائية (الجنائية والمدنية):

الحماية الجنائية: يعاقب القانون كل تعدٍ مقصود على حقوق مالك البراءة المسجلة. وينص القانون على عقوبات (سجن لا يتجاوز سنة أو غرامة أو العقوبتين معاً) لمن يعتدي على براءة الاختراع، مع مضاعفة العقوبة في حال تكرار الجريمة خلال خمس سنوات. ولإثبات سوء القصد: يجب أن يثبت أن المعتدي حقق كسباً غير مشروع وتسبب بخسارة لمالك البراءة.

حقوق صاحب البراءة: من ضمن الحقوق المحمية حق الاستئثار باستغلال الاختراع (صنعاً، بيعاً، استيراداً) خلال مدة الحماية. كما يمكن الترخيص باستعمال الاختراع (حصرياً أو غير حصري)، ويشترط تسجيل الترخيص ليكون حجة تجاه الغير.

قيود وإبطال الحقوق: هنالك بعض القيود التي وضعها القانون على مالك البراءة مثل الترخيص الإجباري: حيث يمكن إخضاع الاختراع للترخيص الإجباري إذا لم يقم المالك باستغلاله في السودان خلال 4 سنوات من تاريخ الإيداع أو 3 سنوات من تاريخ المنح.

النظام العام: ولا يجوز منح براءات الاختراع التي يكون في نشرها أو استغلالها إخلال بالنظام العام أو الآداب.

إجراءات النزاعات: وفي حالات النزاع: يُشترط تسجيل التنازل عن البراءة أو التراخيص لدى مسجل براءات الاختراع ليصبح حجة تجاه الغير. وبشكل عام، تعتبر الأحكام القضائية السودانية متميزة في فرض الحماية على براءات الاختراع، استناداً إلى قانون 1971م، حماية قانونية شاملة توازن بين حق المخترع في حماية ابتكاره وبين المصلحة العامة والتقدم الصناعي. ومن ناحية الاحكام القضائية فللمحاكم السودانية أحكام حديثة مثل:

قضية نادي الهلال، حيث أصدرت محكمة الملكية الفكرية -تأسست 2002م -في السودان حكماً بارزاً في نزاع حول الحقوق التجارية (والذي ينطبق على أسس حماية الملكية الصناعية وبراءات الاختراع) لصالح نادي الهلال السوداني ضد رجل أعمال كان قد سجل "شعار الهلال" كعلامة تجارية خاصة به.

الوقائع والحكم: تعلقت بنزاع قانوني حول ملكية الشعار، حيث سجل رجل أعمال سوداني يدعى (عصمت محمد الحسن) الشعار كعلامة تجارية باسمه في عام 2007.ثم ادعى تسجيله واحتكاره وملكيته لشعار نادي الهلال كعلامة تجارية، مما هدد حقوق النادي في تسويق الشعار الخاص به. وهذا دفع المحكمة للتدخل. قرار المحكمة: رفضت المحكمة الحيثيات التي قدمها رجل الأعمال، وأصدرت حكماً بملكية الشعار لنادي الهلال، حيثيات الحكم: اعتبرت المحكمة أن تسجيل الشعار من قبل غير النادي يعد تضليلاً، وأكدت أن الشعار ملك للنادي ولا يجوز احتكاره أو تسجيله دون موافقته. ونزاع شعار الهلال يعتبر (قضية ملكية فكرية شهيرة): رغم أنها قضية علامة تجارية وليست براءة اختراع، إلا أنها تُعد أشهر أحكام محكمة الملكية الفكرية السودانية؛ حيث فصلت المحكمة في عام 2014 لصالح "نادي الهلال السوداني" ضد رجل أعمال حاول تسجيل الشعار كعلامة تجارية خاصة بشركته، واعتبرت المحكمة ذلك تضليلاً للجمهور.

الخاتمة

وفي الختام نحمد الله العلي القدير الذي يسر لنا عملنا هذا ونصلي ونسلم على رسول الله المبعوث رحمة للعالمين، والذي وضح شرع الله بسننه القولية والفعلية والتقريرية، فكانت مرجعاً عاماً للتشريع في جميع الدول الإسلامية ومقياساً لصلاح العرف من فساده، وهو موضوع بحثنا هذا، وقد تم تناول الموضوع -أثر العرف في التصرفات ذات الصلة بالحقوق المعنوية -في ثلاث مباحث متداخلة من حيث المعلومات ومتصلة شكلاً وموضوعاً، وتوصلنا من خلالها الى بعض النتائج والتوصيات كانت على النحو التالي:

أولاً: النتائج:

1. القانون لا يعترف فقط بما اتفق عليه الخصوم كتابةً، بل بما جرى عليه العمل واستقر في معاملاتهم، ما لم يخالف ذلك نصاً قانونياً صريحاً أو نظاماً عاماً، وهذا يمثل القوة الالزامية للعرف.

2. العرف مع كونه مرجع وضابط لمعرفة الأحكام للمستجد من الظواهر والتصرفات، إلَّا أنه ضابط ومرجع متسع تتفاوت تطبيقاته والإحالة إليه تحتاج لمعرفة بالعرف وأحكام الأخذ به واعتباره شرعاً.
3. حق التأليف وحق المؤلف وحق براءة الاختراع والحقوق المتصلة بالاسم التجاري، كلها حقوق مالية يقرها الشرع والقانون ويفرض لها حماية قانونية واجبة لما لها من مصالح معتبرة في الشأن العام للأمه، وأساس هذه الحقوق هو العرف القديم المستقر المعتبر.
4. حق براءة الاختراع حق مالي لا يعتد به إلَّا بعد تسجيله لدى الدائرة المختصة، يحدد العرف فيما إذا كان الاختراع يصلح أن يكون محل للبراءة أم لا. أما الاسم التجاري فهو حق مالي، ظهر بناءً على عادة التجار وثبته العرف وحق الحماية فيه يكفل لمن سجل أولاً.
5. من وسائل الإثبات في المنازعات المرتبطة بالحقوق المعنوية العرف، ولا عبرة لأي عرف مستجد مع وجود عرف قائم قديم معارض له.

ثانياً: التوصيات:

1. ضرورة نشر مفهوم الحقوق المعنوية الحديثة وضوابط حمايتها والجهات الرسمية -الوطنية والدولية -المسؤولة عن حمايتها وإجراءات وطرق طلب تلك الحماية، لتسهيل الأمر لمن يطلب تلك الحماية، على الرغم من تطور القوانين في الدول العربية في هذا المجال.
2. نشر الاهتمام بالعرف كأحد مصادر التشريع تدريساً وتأليفاً وإعلاماً بنشر الأعراف والأمثلة بعد حصرها من الجهات المعنية بذلك، وأيضاً الاهتمام بفقه المعاملات المالية بين طلاب القانون والقانونيين عامة وأصحاب الفتوى والقضاء، لما له من صلة وثيقة بالعرف وكيفية معرفة الصالح والفاسد منه وطرق استنتاج أحكام المعاملات والتصرفات المالية بصفة عامة
3. على الجهات المعنية بالمعاملات المالية والعقود والحقوق والالتزامات، كالغرف التجارية ومكاتب العمل ومجالس البلديات، العمل على جمع وتدوين الأعراف التجارية وما يجري تطبيقه من عقود بين العمال وأصحاب العمل وما بين التجار والصناع وتحديد الالتزامات العرفية المصاحبة لتلك العقود مع الأمثلة الواقعية التطبيقية لكل ما سُكت عنه عقداً وأُثبت عرفاً، على أن يكون ذلك التدوين تحت إشراف الفقهاء وعلماء القانون لا الحكام، لأن ذلك يساهم في تطوير الأحكام والقوانين، والاشتغال بتدوينها يعتبر من أعظم الأعمال التي يمكن القيام بها خدمة للقانون وأهل الحكم .

قائمة أهم المراجع

كتب قانونية:

1. الدكتور سمير تناغو – مصادر الالتزام، مكتبة الوفاء القانونية -2009.
2. راجع أحمد فهمي أونسه، العرف والعادة في رأي الفقهاء، الناشر مطبعة الأزهر 1997.
3. مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2-ج2 -الناشر، دار الأرقم، دمشق 2004.
4. السيد صالح عوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، الناشر: دار الكتاب الجامعي، القاهرة، بدون سنة نشر.
5. نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، لخاتمة المحققين محمد أمين أبن عابدين الحنفي 203/2.
6. راجع محمد احمد القضاة، حق التأليف، مفهومه وتكييفه والتعسف في استعماله، بحث منشور في المجلة الأردنية - العدد 1-2014 م.
7. راجع حسين بن معلوي الشهراني، حقوق الاختراع والتأليف في الفقه الإسلامي -ط1-الناشر: دار طيبه للنشر والتوزيع، الرياض، السعودية، 2004.
8. بكر بن عبدالله أبوزيد، فقه النوازل قضايا فقهية معاصرة، ط1-ج2-الناشر: مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996.

9. أديب فايز المضمور، تزاحم الحقوق على الإثبات وأثرها في اعتبار الحق المالي في الفقه، بحث منشور في المجلة الأردنية للدراسات العليا -المجلد العاشر –العدد 3 سنة 2014م.

10. سامي حبيلي، الحقوق المجردة في الفقه المالي الإسلامي، رسالة ماجستير، كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية - 2005.

كتب فقهية:

1. [1]انظر أصول الفقه الإسلامي، د. وهبة الزحيلي (829/2) المتوفى 2015م، من سوريا. دار الفكر 1986م.
2. عبدالله بن أحمد النسفي -710ه، كشف الأسرار، شرح المصنف على المنار، ج2، الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت.
3. أحمد فهمي أونسه، العرف والعادة في رأي الفقهاء، الناشر مطبعة الأزهر 1997.
4. زين الدين بن إبراهيم بن محمد، بن نجيم ت 970هـ، الأشباه والنظائر على مذهب ابن حنيفة النعمان ط1، الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،1999.
5. أمير بادشاه الحنفي، محمد أمين بن محمود البخاري، ت 972هـ، تيسير التحري ج1، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت 1983ص317.
6. محمد أبو زهره، أصول الفقه ت1974م، الناشر: دار الفكر العربي ص273.
7. أبو عبدالله شمس الدين محمد بن محمد المعروف بابن الهمام، ابن أمير حاج ت 879هـ، كتاب التقرير والتحبير ط2، ج1، الناشر، دار الكتب العلمية، 1983.
8. إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني (1173-1250ه) 41/1.
9. راجع شرح تنقيح الفصول في إظهار المحصول، للشيخ العلامة: ابن العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي المالكي -دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع.
10. راجع أمير بادشاه الحنفي، محمد أمين بن محمود البخاري، ت 972ه، تيسير التحري ج1، الناشر: دار الكتب العلمية، بيروت 1983.
11. السيوطي، جلال الدين عبدالرحمن ت 911هـ، الاشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ج21-171، دار الكتب العلمية ط1-1983،1403م.
12. الشاطبي، أبو اسحاق ابراهيم بن موسي بن محمد اللخمي، ت790 هـ، كتاب الموافقات ،288-2، دار ابن عفان، ط-1 - 1417ه -1997م.

كتب اللغة:

1. الفيروز أبادي، مجدالدين أبوطاهر محمد بن يعقوب، ت 817ه.
2. القاموس المحيط ط 8، الناشر -مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع بيروت -لبنان -2005.
3. المصباح المنير، ب ط ج2، الناشر المكتبة العلمية -بيروت-ب ت ص ص 510.
4. أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي، أبو الحسن ت 395ه، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبدالسلام محمد هارون ب ط ج 4 الناشر -دار الفكر 1979-ص281.
5. إبن منظور، لسان العرب، ل محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل، جمال الدين الأنصاري -المولود في محرم 630ه، ط3.

قوانين ومراسيم:

1. راجع في ذلك نظام الإثبات المصري الصادرة بقرار وزارة العدل رقم 921 وتاريخ 16-02-1444.

2. قانون المعاملات المدنية السوداني -لسنة 1984م.
3. وقانون الإجراءات المدنية السوداني -لسنة 1983م.
4. المرسوم السلطاني رقم 82/ لسنة 2000م قانون براءات الاختراع العماني.
5. المرسوم السلطاني 90/55 قانون التجارة العماني، ولائحة تسجيل الأسماء التجارية رقم 2016/124. .

الرسائل العلمية والمجلات:

1. رسالة ماجستير: العرف حجيته وأثره في فكر المعاملات المالية عند الحنابلة-دراسة نظريه تأصيليه تطبيقيه، للأستاذ عادل بن عبد القادر محمد قوته، جامعه ام القرى، السعودية.
2. مجلة الفقه الاسلامي (الاسم التجاري، العنوان التجاري، العلامة التجارية، وحق التأليف والاختراع والابتكار، هي حقوق خاصة لأصحابها، وقد أصبح لها في العرف المعاصر قيم مالية معتبرة شرعاً، فلا يجوز الاعتداء عليها)، / الدورة الخامسة، العدد الخامس للعام 1988م.

المواقع الإلكترونية الهامة:

1. https://sj.gov.sd/ar/content/book/%D8%B4%D8%B1%D9%83%D8%A9-%D9%8A%D8%A7-%D8%B2%D9%88%D9%84-
2. https//:www.wipo.int/ar/web/copyright