البلاد وصعوبة جمعهم واختلاف مذاهبهم ، وعدم الاخذ بأسلوب الشورى كسبيل للاجتهاد ، وان ما هو موجود عبارة عن احكام اجتهادية في بعض المسائل وجدت واشتهرت ولم يعرف لها مخالف ، لكن ذلك لا يمكن عده اجماعاً.

المقصد الخامس : نسخ الاجماع

اذا انعقد الاجماع في عصر من العصور على حكم مسالة معينة وتوافرت شروطه فهل يمكن نسخه ونقضه ممن اجمعوا عليه ؟ اختلف الفقهاء في حكم هذه المسالة ، فقال بعضهم ان انعقاد الاجماع بشروطه المطلوبة لا يجيز نقضه او نسخه ممن اجمعوا عليه ، وذلك لان الاجماع الاول حجة قطعية يجب العمل بها ولا يجوز مخالفتها .

في حين قال البعض الاخر من الفقهاء بجواز عدول المجتهدين عن اجماعهم اذا تبين لهم خطأهُ بشرط ان يكون جميع المجتهدين في الاجماع الاول لا زالوا على قيد الحياة اما بعد انقراضهم فقد اصبح الاجماع حجة قطعية لا يجوز نقضها او مخالفتها ولا يملك المجتهدون الذين يأتون بعدهم مخالفة الاجماع او نسخه .

ويرى جانب ثالث من الفقه بوجوب التفريق بين الاجماع المستند الى القران او السنة او القياس وبين الاجماع المستند الى المصلحة ، فالأجماع المستند الى الكتاب او السنة او القياس ، لا يمكن مخالفته او نسخه ، اما الاجماع المستند للمصلحة فيمكن نسخ الحكم الثابت به او تعديله اذا ما تغيرت المصلحة التي أنبنى عليها.

الفرع الثاني

الـعـرف

المقصد الاول : تعريف العرف

العرف لغة : الجميل من الاقوال والافعال ، اما **اصطلاحاً فالعرف :** ما تكرر استعماله من قولٍ او فعلٍ حتى اكتسب صفة الاستقرار في النفوس والتقبل في العقول والرعاية في التصرفات ، فالعرف وفقاً لهذا التعريف يتمثل بتكرار اقوال او افعال من قبل الجماعة الى الحد الذي تطمئن نفوسهم لها ، ولا ترفضها عقولهم ، ويراعونها في تصرفاتهم ، وبهذا يختلف العرف عن الاجماع في ان الاجماع يتكون من اتفاق المجتهدين خاصة

وليس عامة الناس كما هو الحال في العرف ، ومن الفروق الاخرى بين العرف والاجماع ان العرف يتغير بمرور الزمان بخلاف الاجماع فالأصل انه لا يتغير الا اذا كان مستندا الى مصلحة ثم تغيرت هذه المصلحة ، ومن ناحية اخرى فان الاجماع متى ما تم اصبح ملزماً للمجمعين وغيرهم ، بخلاف العرف فلا يكون ملزماً للجميع الا اذا كان عاماً ، اما اذا كان خاص فهو ملزم للبعض وليس للكل .

ولا خلاف بين الفقهاء في ان العرف متى ما كان صحيحاً غير مخالف لأحكام الشريعة الاسلامية فانه يعد مصدرا من مصادر القاعدة الشرعية ، بحيث يجب الاعتداد به ، ويجوز استنباط الاحكام منه ، لما فيه من تيسير على الناس ورفع للضيق والحرج عنهم .

المقصد الثاني : اقسام العرف

يقسم علماء الاصول العرف الى الاقسام الاتية :

القسم الاول : العرف القولي : ويراد به تعارف الناس على اطلاق واستخدام لفظ معين للدلالة على معنى معين بحيث يصبح حقيقة عرفية في هذا المعنى ، خلافاً لأصل وضعه اللغوي ، ومن امثلة هذا النوع من العرف تعارف الناس على اطلاق لفظ (الولد) على الذكر دون الانثى ، في حين ان الاصل في هذا اللفظ انه وضع للدلالة على الذكر والانثى ، وهو معنى يستفاد من قوله تعالى(وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُنَّ وَلَدٌ) [7] ، فالشارع الكريم اطلق لفظ (الولد) واراد به الذكر والانثى، في حين تعارف الناس على اطلاق هذا اللفظ على الذكر دون الانثى ، ومثال العرف القولي ايضا تعارف الناس على اطلاق الدابة على كل حيوان يمشي على اربع ارجل في حين ان اصل وضعه كان للدلالة على كل ما يدب على الارض ، ومثاله كذلك ، تعارف الناس على عدم اطلاق لفظ اللحم على السمك.

القسم الثاني : العرف الفعلي (العملي) : وهو كل ما اعتاد عليه الناس من عمل او تصرف في حياتهم حتى ساد واستقر في هذه المعاملات والتصرفات ، ويمثل له الفقهاء بأمثلة عده منها : تعارف الناس على البيع بالتعاطي في كثير من الاشياء من غير صيغة لفظية ، وتقسيم المهر في بعض البلدان ومنها العراق الى

---

[7] سورة النساء / 12 .

قسمين قسم معجل يدفع عند العقد واخر مؤجل يدفع بالطلاق او بالوفاة ، والتزام الشركات المصنعة للسلع بأصلاحها اذا حدث فيها عطل خلال مدة معينة ولم يكن هذا العطل راجعاً الى خطا او فعل المشتري.

والعرف بنوعيه القولي والفعلي قد يكون عاماً وقد يكون خاصاً ، فالعرف العام ما هو ما يتعارف عليه اهل البلد جميعا في زمنٍ من الازمنة ، ومثاله تعارف اهل العراق على تقسيم المهر الى قسمين قسم معجل وقسم مؤجل ، وتعارفهم على اطلاق لفظ الطلاق في ازالة الرابطة الزوجية ، اما العرف الخاص فهو العرف الذي يتعارفه اهل بلدة معينة او مهنة معينة او طائفة معينة ، ومثاله تعارف التجار في مهنة التجارة على اثبات الديون التي تكون على عملائهم في دفاتر خاصة من غير اشهاد عليها ويجعلون ذلك حجة بينهم.

القسم الثالث : العرف الصحيح : وهو العرف الذي لا يخالف نصا شرعيا ولا يجلب مفسدة ، او يفوت مصلحة راجحة ، ومثاله تعارف الناس على ان ما يقدمه الخاطب الى مخطوبته من هدايا لا يعد جزءاً من المهر ، وتعارف الناس على تقديم الطعام والحلوى في المناسبات ، وقد راعت الشريعة الاسلامية الكثير من الاعراف التي كانت سائدة في الجاهلية ، كالدية على العاقلة ، والكفاءة في الزواج ، وغيرها من الاعراف التي كانت سائدة آنذاك.

القسم الرابع : العرف الفاسد : ويراد به العرف الذي يخالف النصوص الشرعية ، او يجلب مفسدة معينة ، او يدفع مصلحة راجحة ، كتعارف الناس على البيوع الربوية ، وعقود الغرر ، وشرب الخمور ، وغيرها من الامور.

القسم الخامس : العرف الدولي : وهو نوع من انواع العرف العام ، الا ان نطاقه لا يختص بدولة معينة ، وانما يشمل مجموعة من الدول ، تراعي هذه الدول فيما بينها مجموعة من الاعراف في تعاملاتها ، ومثاله تعارف الدول على مبدا تسليم المجرمين، وتعارفها على مبدا المعاملة بالمثل ، وقطع العلاقات الدبلوماسية عند الخلافات وتبادل الاسرى بعد الحروب ، وكذلك مراسيم الزيارات الرسمية للقادة والرؤساء والملوك.

ولا خلاف بين الفقهاء على امرين :

الاول : ان العرف اذا كان مخالفا للأحكام الشرعية والقواعد الثابتة المرعية في التعامل فان هذا العرف لا يعتد به ولا اثر له ، فالعرف الذي يبيح عقدا ربويا والعرف الذي يبيح عقد غررٍ او مقامرة او رهان ، او يحل حراما ، او يخالف القواعد العامة الثابتة في النظام العام ، فانه لا اثر له ولا يعتد به .

الثاني : ان ما خلا ذلك من الاعراف التي لا تخالف ادلة الشرع واحكامه ، ولا تخالف النظام العام والآداب ، فانه يكون عرفاً معتبرا ، ويعد مصدرا للقاعدة الشرعية فتبنى عليه الاحكام وتستنبط منه التشريعات ، وذلك لتواتر الادلة الشرعية والعقلية على قبول مثل هذا النوع من الاعراف كما سنبين لاحقاً .

المقصد الثالث : شروط العمل بالعرف

كما اشرنا فان المعتبر من الاعراف هو الاعراف الصحيحة ، وهذه الاعراف لكي تعتبر صحيحة ومن ثم تكون مصدرا للتشريع والاستنباط لا بد ان تتوافر فيها مجموعة من الشروط من اهمها :

اولاً : ان يكون العرف مطرداً : أي ان يكون مستمر التطبيق والرعاية بين الناس ، فلا يطبقونه زماناً ويتركونه اخر ، فان كان كذلك سمي العرف مضطرباً ولم تتوافر فيه صفة الثبات والاطراد ، بان يراعيه الناس في فترة من الزمان ثم يتركونه في اخرى ، او يتعاملون به في حوادث ومسائل معينة ويتركونه في اخرى ، فان كان العرف كذلك فانه لا يصلح ان يكون دليلاً .

ثانياً : ان يكون العرف عاماً شائعاً بين جمهور الناس او بين جمهور بلد معين ، او اهل طائفة معينة او حرفة معينة ، فصفة العموم تعد اساساً في اعتبار العرف وعده دليلاً تبنى عليه الاحكام .

ثالثاً : ان يكون العرف موجودا عند انشاء التصرف الذي يراد تحكيم العرف فيه ، فاذا كان العرف قد نشأ بعد هذا التصرف ، او كان قد نشأ قبله لكن الناس هجروه وتركوه ، فان مثل هذا العرف لا يعد دليلاً يؤخذ منه الحكم ، فالعقود والتصرفات تحكم فيها الاعراف المعاصرة لها وليس الاعراف السابقة ثم هجرت او الاعراف اللاحقة لهذه التصرفات والعقود .

رابعاً : ان لا يتفق اطراف العلاقة على استبعاد موضوع العرف من اطار تصرفاتهم ، اذ يستطيع اطراف العلاقة ان يستبعدوا عرفا معينا من حكم تصرفاتهم ، ومثال ذلك ما لو اتفق الزوجان على عدم تقسيم المهر الى قسم مؤجل واخر معجل وان المهر مستحق كله عند العقد ، فلا يستطيع بعد ذلك الزوج الاحتجاج بان العرف جرى على التقسيم ومثاله ايضا : اذا كان العرف قد جرى على ان مصاريف تسجيل العقار في الدائرة المختصة على المشتري واتفق الطرفان على جعلها على البائع .

خامساً : ان لا يخالف العرف نصا معينا ، بان يكون العرف صحيحا لان مخالفة العرف للنص سواء اكان شرعيا ام قانونيا يستوجب تقديم النص واهمال العرف ، كتعارف الناس على ان الوديع يجوز له تسليم الوديعة الى من جرت العادة بجواز التسليم اليه كزوجة المودع او اولاده او خادمه ، فمثل هذا العرف لا يخالف نصا وبالتالي لا اشكال في اعماله واعتباره ، ومثاله ايضا : ما لو جرى العرف على ان نفقات تسليم السلعة في عقد البيع تكون على احد طرفي العقد سواء اكان هذا الطرف هو البائع ام المشتري .

المقصد الرابع : ادلة مشروعية العمل بالعرف

وردت الادلة على مشروعية العمل بالأعراف الصحيحة وجواز بناء الاحكام عليها في القران الكريم والسنة النبوية والعقل السليم .

اولاً : ادلة مشروعية العرف في القران الكريم : من الآيات الدالة على مشروعية العمل بالعرف الصحيح في القران الكريم :

1- قوله تعالى (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ) [8] ، ووجه الدلالة في هذه الآية ان الشارع الكريم قد امر الناس بالأخذ بما هو متعارف عليه من الفعل والقول الحسن ، وهذه الآية دلالتها واضحة في وجوب العمل بالعرف وان كان بعض الفقهاء يرى ان المراد من هذه الآية هو المعروف أي العمل والقول الصالح والحسن وليس المقصود بها العرف، ولكن ذلك لا يمنع من صرفها ليراد بها العرف متى ما كان صحيحاً وحسناً وغير مخالف لأحكام الشرع .

2- قوله تعالى وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ [9] ، فالآية دالة على وجوب مراعاة ما تعارف عليه الناس في الانفاق على الزوجة المطلقة اذا ارضعت ولدها من زوجها المطلق وفقا لما جرت عليه عادة بلدها ، أي بما

---

[8] سورة الاعراف / 199 .

[9] سورة البقرة / 233 .

جرت عليه عادة امثالها في بلدها من غير اسراف ولا تقتير ، وبحسب يساره او فقره ، وفقا لقوله تعالى لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا [10].

3- قوله تعالى كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ [11] ، والآية دالة على انه اذا شارف الانسان على الموت وكان قد ترك مالاً فعليه ان يوصي لوالديه واقرب الناس اليه بالمعروف بما لا يزيد على الثلث ، ولا يوصي للغني ويدع الفقير.

4- قوله تعالى لَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ [12] وجاء في تفسير هذه الآية : ان الرجل اذا تزوج المرأة ولم يسمِ لها مهرا ، ثم طلقها قبل ان يدخل بها ، فلها متاع بالمعروف ، على قدرها وعلى قدر نصف صداق امثالها ، أي بحسب ما جرى عليه عرف امثالها.

ثانياً : ادلة مشروعية العرف في السنة النبوية : استدل الفقهاء على مشروعية العمل بالعرف كدليل للقاعدة الشرعية بقوله (صلى الله عليه واله) : **(ما راه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)** ، وبموجب هذا الحديث قال الفقهاء : ان ما تعارف عليه الناس من الامور الصالحة والحسنة فقد باركه رسول الله (صلى الله عليه واله) واجازه ، وما راه المسلمون خلاف ذلك فهو مردود ، والحديث واضح الدلالة على ان تعارف الناس على المسائل الحسنة يعد من الامور المرعية شرعاً .

ثالثاً : ادلة مشروعية العرف من العقل : يقضي عقل الانسان السليم ان التشريع الاسلامي جاء لحكمة وهي تحقيق مصالح الناس من جلب المنافع بمختلف اشكالها ودفع المضار بمختلف مسمياتها ، وكذلك رفع الضيق

---

[10] سورة الطلاق / 7 .

[11] سورة البقرة / 180 .

[12] سورة البقرة / 236 .

والحرج عن الناس ، فاذا لم يراع في التشريع ما تعارف عليه الناس واعتادوه مما لا يخالف دليلاً شرعيا فلا يحل حراما ولا يحرم حلالا ، ولا يبطل واجبا ، وقع الناس في الضيق والحرج الشديدين ، وهو امر غير مطلوب لقوله تعالى يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ [13] .

المقصد الخامس : اختلاف الاحكام باختلاف الاعراف

لا خلاف بين الفقهاء في ان الاحكام المبنية على الاعراف ، تكون عرضة للتغير بتغير هذه الاعراف بمرور الزمان ، لذلك وضع الفقهاء قاعدة عامة مفادها (**لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان**) ، وقد ساق فقهاء الشريعة الاسلامية بعض التطبيقات لهذه القاعدة منها :

اولاً : تغير الاحكام الخاصة بمدى جواز تسعير السلع بتغير الازمان : إذ قالوا ان رسول الله (صلى الله عليه واله) امتنع عن تسعير السلع ، لان واقع الحال كان يتمثل بقلة السلع المعروضة وكثرة الطلب ، ثم تغير الامر بعد ذلك فمال الناس الى الغلاء والجشع في زيادة اسعار السلع ، لذا افتى فقهاء التابعين بضرورة تسعير السلع رعاية للمصلحة العامة.

ثانياً : تغير الاحكام الخاصة بضالة الابل : فكانت ضالة الابل في عهد رسول الله (صلى الله عليه واله) تترك حتى يجدها صاحبها ومضى الامر على ذلك خلال فترة الصحابة ولما تغيرت الظروف ، وظهر الطمع عند الناس ، بدء الصحابة بأخذ الضوال وبيعها ثم حفظ ثمنها في بيت المال فان جاء صاحبها اعطي له المال.

ثالثاً : تغير الاحكام الخاصة بجواز اخذ الاجرة على تعليم القران بتغير الزمان والعرف: فكان الامر يجري عند الفقهاء على عدم جواز اخذ الاجرة على تعليم القران الكريم لأنه طاعة وعبادة ولا يجوز اخذ الاجرة على العبادات ، وكان هذا الحكم مبني على انه في هذا الزمان كان لمعلمي القران عطايا من بيت المال ، ثم تغير الحال فانقطع ما كان لهم من بيت المال ، واصبح المعلمون بحاجة للكسب والعيش فان هم انقطعوا لتعليم القران جاعوا ، وان هم انشغلوا عن القران الكريم بكسب المال ضاع القران ، لذا عدل المتأخرون من الفقهاء عن رايهم بتحريم اخذ الاجرة عن تعليم القران وافتوا بجواز اخذها رعاية للمصلحة العامة.

---

[13] سورة البقرة / 185 .

رابعاً : تغير الاحكام بتغير الازمان في مذهب الامام ابي حنيفة : إذ كان الإمام ابي حنيفة يرى ان الاكراه لا يتحقق الا من السلطان ، لان في عصره كان من يملك المنعة والقوة على احداث الاكراه هو السلطان وحده ، ثم تغير الحال في زمن صاحبي ابي حنيفة (ابو سيف ، ومحمد الشيباني) وصار الكل قادر على ايقاع ما يهدد به من الاذى والمكروه فقالوا بان الاكراه يمكن ان يتحقق من كل قادر على ايقاعه سلطانا كان ام غيره.

خامساً : تغير الاحكام بتغير الاعراف في مذهب الامام الشافعي : اذ ان من اهم الشواهد على تغير الاحكام بتغير الازمان والاعراف ان للأمام الشافعي مذهبين : احدهما المذهب القديم المبني على اعراف اهل العراق ، والثاني المذهب الجديد المبني على اعراف اهل مصر ، اذ نجد ان كثير من اقوال الامام الشافعي تغيرت بتغيير الزمن وبتغير الاعراف السائدة في الازمنة والاماكن المختلفة .

سادساً : اثر تغير الازمان والاعراف على قضاء القاضي بعلمه الشخصي : اذ كان الامر يجري عند الفقهاء على جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي (مع الاختلاف فيما يجوز القضاء به بالعلم الشخصي للقاضي) ، وكان هذا الحكم مبني على عدم الشك في القضاء وحسن سمعته وعدم تطرق الشك اليه في الحكم بما يخالف الوقائع او الحقائق والادلة ، ثم بتغير الزمن افتى الفقهاء بعدم جواز قضاء القاضي بعلمه الشخصي ، بعد توالي الحوادث عن فساد ذمم بعض القضاة والشك في احكامهم .

المقصد السادس : اثر العرف في احكام القوانين الوضعية

العرف مصدر مهم من مصادر القاعدة القانونية اذ يلجأ اليه القاضي عند انعدام النص التشريعي لديه لتطبيقه على الواقعة المعروضة ، وفي مثل هذه الحالة تحيل القوانين الوضعية القاضي الى العرف لتدارك مثل هذا الخلل ، ومن هذه القوانين القانون المدني العراقي الذي نص في الفقرة (2) من المادة (1) على انه (**فاذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف**) .

ثم نص بعد ذلك المشرع العراقي على الكثير من الحالات التي يكون العرف معتبرا فيها وذلك في نصوص عدة منها :

اولاً : نص المادة (5) والتي جاء فيها (**لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان**) ، وهذه المادة تشير الى ان الاحكام متغيرة بتغير الازمان ، ولا شك في ان للعرف دور مهم في تغير هذه الاحكام .

ثانياً: نص المادة (131) فقرة (1) والتي جاء فيها (**يجوز ان يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه او يلائمه او يكون جاريا به العرف او العادة**) ، وفي النص اجاز المشرع ان يقترن العقد بتلك الشروط التي لا يمنعها العرف .

ثالثاً: نص المادة (163) فقرة (1) والتي جاء فيها (**المعروف عرفا كالمشروط شرطا ...**) ، وبموجب هذا النص اعطى المشرع العراقي للعرف قوة الشرط الصحيح فيما يتعلق بتنفيذ الالتزامات .

كما تراعي قوانين الاحوال الشخصية العرف في بعض المسائل ومن هذه القوانين القانون العراقي ، ومن الامثلة في هذا القانون :

1- نص المادة (20) فقرة (1) والتي جاء فيها (**يجوز تعجيل المهر او تأجيله كُلاً او بعضاً ، وعند عدم النص على ذلك يتبع العرف**) ، وقد اوجب المشرع العراقي بموجب هذا النص رعاية العرف في حالة عدم النص في العقد على مسالة تعجيل المهر او تأجيله .

2- نص المادة (24) فقرة (2) والتي تنص على انه (**تشمل النفقة الطعام والكسوة والسكن ولوازمها واجرة الطبيب بالقدر المعروف**) ، وفي هذا النص جعل المشرع تقدير عناصر نفقة الزوجة خاضعة للعرف من حيث المقدار .

كما تنص القوانين التجارية على وجوب مراعاة الاعراف السائدة بين التجار في تنظيم معاملاتهم بحيث يصبح لهذه الاعراف قوة ملزمة شانها في ذلك شان النصوص القانونية ، ومن هذه القوانين قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 ومن النصوص المتعلقة بالعرف في هذا القانون :

1- نص المادة (299) والتي جاء فيها (**يلتزم البائع في هذا البيع : ...2- ان يسلم البضاعة على ظهر السفينة ... وفقا للتعامل المتبع**) ، وفي هذا النص الزم المشرع البائع في البيع (فوب) ، ان يسلم البضاعة وفقا للتعامل المتبع في ميناء الشحن أي وفقا للعرف المعمول به في هذا الميناء .

2- نص المادة (302) والتي جاء فيها (**يلتزم البائع في البيع سيف ، بالاتي : ... ثانيا : ان يبرم عقد نقل طبقا للشروط الجاري عليها العمل في ميناء الشحن**) ، وبموجب هذا النص الزم المشرع التجاري البائع في

البيع سيف بان يبرم عقد نقل البضاعة وفقا للشروط الجاري العمل عليها في ميناء الشحن أي وفقا للعرف السائد في هذا الميناء .

3- نص المادة (310) والذي جاء فيه (**يلتزم البائع في البيع بشرط التسليم بجانب السفينة بالاتي ... ثانيا : ان يسلم البضاعة بجانب السفينة ... وفقا للتعامل المتبع فيه**) ، وبموجب هذا النص الزم المشرع البائع في البيع بشرط التسليم بجانب السفينة ان يسلم البضاعة في ميناء الشحن المتفق عليه وفقا للتعامل المتبع أي وفقا للعرف المتبع في مثل هذا النوع من التسليم .

الفرع الثالث

قول الصحابي

من الثابت ان بعض صحابة النبي (صلى الله عليه واله) ممن لازموه في حياته وامنوا به وعرفوا منه اسباب التشريع وحكمه قد بلغوا درجة الاجتهاد بالراي فيما لا نص فيه من كتاب او سنة نبوية ، فكانت لهم اجتهادات واقوال في مسائل كثيرة منها ما اتفقوا عليه ومنها ما اختلفوا فيه ، لذلك ثار الخلاف بين علماء الاصول في مدى اعتبار قول الصحابي حجة يجب العمل به ، وقبل بيان هذا الخلاف لا بد لنا من بيان معنى الصحابي عند العلماء .

فالصحابي : هو كل من التقى النبي (صلى الله عليه واله) وامن به ولازمه فترة من الزمن تكفي عرفا لأطلاق لفظ الصاحب عليه ، مع الخلاف في المدة التي يطلق فيها عرفا على الشخص بانه صاحب فمن الفقهاء من قال ان الصحابي هو من لازم النبي (صلى الله عليه واله) ، زمنا طويلا ومنهم من قال ان الصحابي هو كل من امن برسول الله (صلى الله عليه واله) وصاحبه فترة سواء اطالت الفترة ام قصرت ، فمن صاحب النبي (صلى الله عليه واله) ولو للحظة او ساعة او يوم يعد صاحبيا وفقا لهذا الراي ، وبعد وفاة النبي (صلى الله عليه واله) قام صحابته ممن عرفوا بالعلم والاجتهاد بالفتوى والقضاء بين الناس ، وتواترت اقوالهم وفتاويهم ، الامر الذي ادى الى الخلاف بين العلماء في مدى اعتبار قول الصحابي حجة ودليلا شرعيا يلزم القاضي بالعمل به في حال انعدام الدليل الشرعي من كتاب او سنة او اجماع ، وللفقهاء في هذه المسالة الآراء الاتية :