سلطان العرف وتأثيره على القوانين

محمد برجي بن جلول

كلية الحقوق جامعة سوسة، تونس

bourdji2000@gmail.com

تاريخ الاستلام: 15 / 01/ 2019 تاريخ القبـول: 15 /03/ 2019

ملخّص

لقد كان العرف يمثل المصدر الأول والأساسي للمجتمعات البدائية، وأصبح للعرف دور المساعد للقانون، فحل القانون محل الأعراف والعادات وأصبح ينسخ اعتبارها فألغى منها ما هو فاسد واعتبر منها ما كان صالحا وبذلك أصبحت العبرة للنصوص ، حتى وان كان مصدره عرفا مضمنا القانون.

فالعرف ورغم اختلاف الفقهاء حوله حيث هناك من يرى فيه مصدر مستقلا من مصادر التشريع وهناك من يرى أنه مصدر تابع، لكن وبالرغم من هذا الاختلاف إلا أنه من غير الممكن إلغاء دور العرف 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 صالحا لكل زمان ومكان مما جعل منه المصدر الملائم والمناسب للتشريع رفعا للحرج عن الناس وجعله المصدر الأول للتشريع في العصور القديمة وأحد المصادر ذات الأهمية في العصر الحديث وما سيأتي لأن فيه ملائمة لمستجدات العصر مع الاحتفاظ بالمبادئ العامة للتشريع، لذلك طرحنا إشكالية **ما مدى قوة تأثير العرف على القانون** ؟ولدراسة موضوع هذه الإشكالية اعتمدت على:

المنهج التحليلي: فهو الأنسب لتحليل مختلف المعلومات المحصل عليها في البحث خاصة فيما يتعلق بالنصوص القانونية وكذا الأحكام القضائية.

الكلمات المفتاحية: الأحكام، العادات، العرف، القضاء، الأسرة.

مقدمة

لقد احتل العرف الصدارة لكل القوانين في العصور القديمة، وظل محتفظا بهذه المكانة لفترة من الزمن، فكان هو والقانون المكتوب في منزلة واحدة، لكن بتقدم الزمن وتطور القانون، بدأ العرف يتلاشى ويضعف، إلا أنه لم يفقد مركزه كأحد مصادر القانون وانما تحدد نشاطه نظرا للشروط التي وضعت لاعتباره. وبارتقاء التشريع، ووضع الأسس والقواعد القانونية العامة، فأصبح للعرف مجددا اعتبار في نطاق يقوم فيه بدور المساعد للقانون، غير حقله الأول الذي كان فيه العرف والقانون واحد

المبحث الأول: العرف كمصدر احتياطي للقانون

العرف هو ما ألّفه النّاس، و ساروا عليه في تصّرفاتهم، سواء كان فعلا،أو قولا، دون أن يصادم نصّا. وهو يعتبر من أقدم مصادر التّشريع الإنساني، إذ أنّ البشرية بدأت بعادات، وأعراف جعلت منها شريعة تحتكم إليها.و لا يزال العرف إلى يومنا هذا من أهمّ المصادر للقوانين[1]والشريعة الإسلامية حينما جاءت وجدت كثيرا من الأعراف في المجتمع العربي، فأقرّت الصالح منها، و ألغت الفاسد من تلك العادات، و الأعراف. و العرف الصحيح، كالمصالح المرسلة، يعتبر مصدرا خصبا في الفتوى، و القضاء، و الاجتهاد، فينبغي أن يراعي في كلّ من تشريع الأحكام، أو تفسير النّصوص.

المطلب الأوّل: مفهوم العرف و أقسامه

للوصول للمفهوم الحقيقي للعرف لا بد من الإشارة لتعريفه لغة واصطلاحا وتحديد أركانه واقسامه .

أ–العرف لغة: جاءت كلمة عرف في "اللسان العربي" بعدة معان، "واستعمل العرف عند العرب في كل ما هو مضاد للشر". إذ هو من المعروف ضد النكر وهو اسم فعل يعرف بالعقل والشرع حسنه[2]، وفي هذا استدل أهل اللغة بالقرآن الكريم في قوله تعالى"يا بني أقم الصلوات وأمر بالمعروف"[3]وفي نفس السياق قال "ابن منظور": "والمعروف كالعرف".

ب–العرف إصطلاحا: لقد تناول العلماء تعريف العرف، بأشكال متعددة، ومختلفة، حاول كل منهم حصر تعريفه في مجال أرى فيه مناط التعريف وأساسه. وفي عرضنا لهته الدارسة، سنحاول عرض أهم التعريفات مع محاولة النقد واختيار التعريف الصحيح المقترح.

أولا: تعريف العرف حسب "الجرجاني" "العرف هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول[4].

ثانيا: تعريف العرف حسب "مصطفَى الزرقا" من خلال هذا التعريف ،" حيث عرفه كما يلي: "هي عادة جمهور قوم، في قول أو فعل" وباشتماله على لفظ "جمهور"، نجد أنه يدل على اشتراط شيوع الأمر، حيث يكون برتبة العرف الخاص على الأقل كأن يكون شائعا عن جماعات معينة، وبذلك لا يدخل في هذا التعريف الاثنين والثلاثة، أو الجماعات

القليلة مثلا. كما أن فيه بيان لانقسام العرف إلى عرف قولي وعرف عملي وهذا من خلال عبارة "قول أو فعل". أما كلمة "قوم" والتي جاءت من دون (ال) للتعريف، يجعل المعني ينحو حول العرف الخاص[5].

ثالثا: تعريف العرف عند بلانيول عرفه الفقيه الفرنسي "بلا نيول" العرف بأنه "هو ذلك القانون الذي لم يصدر أبد عن هيئة تشريعية، فهو يتكون من قواعد العادة، والتي تكونت شيئا فشيئا مع مرور الزمن." من خلال هذا التعريف يتضح لنا أن العرف هنا، يعد أحد مصادر الرسمية للقانون، وجاء في تعريف العرف أيضا" :أنه إطراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة معينة، مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا." وهكذا فالعرف يعد أساس تكوين القواعد العرفية، التي هي عبارة عن مجموعة من القواعد القانونية التي تكونت من خلال تكرار سلوك ما لمدة من الزمن مع الاعتقاد بإلزاميتها قانونا.[6]

ومن خلال كل هذه التعريفات، يمكن القول أن التعريف الارجح هو تعريف مصطفى الزرقا، حيث يعتبر ملما بمعنى العرف من حيث التعريف والأقسام والعناصر. المطلب الثاني: حجية العرف وا لازم الأشخاص ، المقصود بالحجية أي صلاحية العرف لاستنباط الأحكام الشرعية منه المكلفين بها، فهي إذن تتضمن من جهة شرعية أخذ الحكم، ومن جهة أخرى مشروعية الإجبار.[7]

ج: أركان العرف

للعرف ركنان: ركن مادّي،و ركن معنوي يميّزه عن العادّة الاتفاقية.

–الركن المادّي: و يتمثّل في اطّراد،أو تكرار سلوك النّاس في مسألة معيّنة بما يكفي لإنشاء عادة Usage تتوفّر فيها
شروط أساسيّة، و هي:

–أن تكون عامّة (Usage général)و يكفي أن تكون كذلك،و لو كان العرف محلّيا،أو مهنيا.
–أن تكون قديمة (Usage ancien) أي مضت على ظهورها مدّة كافية لتأكيد استقرارها. و تختلف هذه المدّة باختلاف البيئة،و هكذا تتحقّق الأقدمية للعادة التي تنشأ في البيئات التجارية لكثرة تكرارها في وقت أقصر مقارنة بالعادة التي تنشأ في بيئة زراعية.
–أن تكون العادة ثابتة (Usage constant) أي اتبعت بنفس الصورة منذ ظهورها بغير انقطاع.
–الركن المعنوي:

هو اعتقاد الناس بالزاميّة العادة، أي شعور الناس كافّة بأنّهم ملزمون باتّباع هذه العادّة لأنّــها أصبحت قاعدة قانونية،و يتعرّضون لجزاء في حالة مخالفتهم لها،و لا يوجد ضابط يمكن الاستناد إليه لتحديد الوقت الذي يتمّ فيه توافر الشعور بإلزام العرف. ولكن ينشأ هذا الشعور تدريجيّا، و متّى استقرّ أصبحت العادّة عرفا.والركن المعنوي هو الذي يفرّق بين العرف، و العادّة إذ لو افتقدت العادّة الركن المعنوي، ظلّت عادة فقط،و ليست عرفا، فتكون غير واجبة

التّطبيق كما أنّ التقاليد الاجتماعية كالعادات المتعلّقة بآداب الزيارات، والتهنئة، وتقديم الهدايا في المناسبات حتّى لو كانت عادات عامّة ثابتة، وقديمة، فإنّها ليست عرفا، لعدم شعور النّاس بإلزاميتها فمخالفتها لا يترّتب عنها جزاء.

المطلب الثاني: أقسام العرف

ينقسم العرف إلى أقسام عدة كل حسب اعتباره؛ فينقسم بحسب مظهره إلى:-عرف قولي-عرف عملي وبحسب اعتبار مصدره إلى:-عرف عام -عرف خاص وبحسب اعتبار مشروعيته إلى :-عرف صحيح -عرف فاسد

الفرع الأول : العرف بحسب مظهره

ويقسم إلى عرف قولي وعرف عملي:

أ: العرف القولي

وعرفه القرافي بقوله "العرف القولي أن تكون عادة أهل العرف يستعملون اللفظ في معنى معين يكن ذلك لغة"

وعرفه ابن أمير حاج بقوله "وجوب أن يتعارف قوم إطلاق لفظ لمعنى بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذاك المعنى"

يفهم من ذلك: أن العرف القولي هو ما تعارف عليه الناس في استعمال ألفاظ معنية، للدلالة على معان خاصة تختلف عن مدلول الألفاظ في اللغة بحيث لا يتبادر إلى الفهم غيره عند سماعه، كتعارف الناس على لفظ اللحم يقصد به لحم الحيوان أو الطير دون السمك مع العلم أنه في اللغة يشمله.

ب: العرف العملي

يقصد به أن اللفظ المسمى عام واعتاد الناس استعماله على بعض أفاره دون البعض الآخر ومن أمثلة ذلك إطلاق لفظ (الطعام)، فهو موضوع في اللغة على كل ما يطعم وأن يكون استعمالها من قبل الناس في المعنى[8].

وعرف مصطفى الزرقاء بقوله :"هو اعتياد الناس على شيئ من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية"

الفرع الثاني: العرف باعتبار مصدره :

سينصب مجال دارستنا في هذا الفرع حول العرف العام، العرف الخاص والعرف الشرعي.

أ: العرف العام

"هو ما يتعارفه الناس جميعا في عصر من العصور" ومثاله تعارف الناس على بيع التعاطي من غير لفظ[9]، كما يمكن القول أن العرف العام هو العرف الذي يتفق عليه الناس في كل مناطق قطر معين في عصر من العصور، فهو بذلك

يتكون من تعارف الناس على اختلاف طبقاتهم وهو بهذا يختلف عن الاجماع الذي يتم باتفاق جميع مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم، في عصر من العصور بعد وفاة النبي صلى الله عليه وسلم دون عامة الناس .

ب: العرف الخاص

هو ما يتعارف عليه أهل بلد ما دون غيره من البلدان أو حرفة دون أخرى، كأن يعتاد أهل بلد ما على لباس معين في المناسبات أو أن يثبت التجار ديونهم من خلال دفاترهم التجارية ومن دون إشهاد أو على اعتبار أصحاب حرفة ما على يوم معين يكون يوم .

ج: العرف الشرعي:

هو اللفظ الذي يستعمل من قبل الشارع، يارد به معنى خاص كالصلاة التي نقلت من معناها اللغوي الذي يقصد به الدعاء إلى معناها الاصطلاحي المتمثل في الحركات المبتدئة بالتكبير والمختتمة بالتسليم. كذا الصيام من معناه الذي يقصد به مطلق الإمساك إلى الإمساك .

الفرع الثالث: العرف باعتبار مشروعيته

سنتناول في هذا الفرع كلا من العرف الصحيح والعرف الفاسد.

أ: العرف الصحيح

وهو ما لا يخالف أحكام الشريعة وقواعدها ومبادئها العامة ولا يتعارض مع نصوصها، وهذا النوع هو المعتمد لدى الفقهاء لتستنبط من خلاله الأحكام والفروع، والعرف الصحيح يمكن أن يكون شهد له دليل الشرع بالإعتبار، ومثال ذلك وجوب النفقة والكسوة للوالدة على قدر حال الرجل من يسار أو إعمار، حيث قيده الله سبحانه وتعالى في قوله "**والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف**"[10] فليس من المعروف إلزام الفقير أكثر مما يقدر عليه، ولا إلزام الغني بالشيء الحقير

ب: العرف الفاسد

وهو ما يتداول من سلوكيات مخالفة للشريعة من خلال تحليل الحارم أو إبطال الواجب[11] أو "ما كان مخالفا لنص الشارع، أو يجلب ضررا أو يدفع مصلحة"[12] ومنه تعارف الناس على بعض المنكرات في مناسباتهم سواء منها العائلية أو الدينية.

المطلب الثالث: مزايا العرف، و عيوبه.

الفرع الأول: مزايا العرف

يرجع الفضل في إبراز أهميّة العرف، ومزاياه للمدرسة التّاريخية التّي تعطي الأولوية للعرف على التّشريع، إذ تبيّن أنّ العرف:

1 – يلائم، أو يوافق حاجات الجماعة، لأنّه ينشأ باعتياد النّاس عليه، فيأتي على قدر متطلّبات المجتمع باعتباره ينبثق من هذه المتطلّبات ،فبظهور متطلّبات جديدة تنشأ أعراف جديدة تزول بزوال هذه المتطلبّات

2 –.كما أنّه يوافق إرادة الجماعة أيضا باعتباره يصدر عنها، و ينشأ في ضمير الجماعة، فهو قانون أكثر شعبية من التّشريع لأنّ مصدره الشّعب، بينما التّشريع يصدر من السّلطة فيوافق إرادتها فقط ،و قد سبق القول بأنّ القوانين إذا صدرت بهذا الشّكل لن تستمرّ طويلا

3 –إنّ العرف قابل للتطّور وفقا لتطّور الظروف الاجتماعية، و الاقتصادية، فهو يتطّور بتطّور المجتمع، و يزول إذا زالت الحاجة التّي أدّت إلى ظهوره.

الفرع الثاني: عيوب العرف

يمكن إبراز عيوب العرف في المسائل التّالية:

1 –العرف بطيء التّكوين، و كان يعتمد عليه في مرحلة كان فيها التطّور الاقتصادي، و الاجتماعي بطيئين، و لكن الآن مع سرعة تطّور المجتمع في جميع المجالات لا يمكن الاعتماد عليه لتطوّر المجتمع في الحالات التّي تتطّلب السرعة.

2 –العرف متعدّد بل قد يكون محلّيا خاصّا بمنطقة معيّنة، ممّا يؤدّي إلى تعدّد القواعد القانونية، بينما التّشريع موّحد يطّبق على الكّافة. لهذا يظلّ التّشريع أوّل مصدر للقانون، و أهمّه، لأنّه يحقّق وحدة القانون، و الأمن، و الاستقرار، إلى جانب كونه قابلا للتطّور بسرعة كلّما تطّلبت الأوضاع ذلك، فيتّم إلغاء التّشريع القديم، أو تعديله، و صدور تشريع جديد.

3 –إنّ القواعد العرفية مرنة، و عدم كتابتها يجعلها صعبة بحيث يكون من العسير ضبطها، بينما التّشريع يسهل ضبطه لكونه مكتوبا.

ولا تعني هذه العيوب أنّ العرف قليل الأهميّة، و لكنّه يعدّ أقلّ فائدة من التّشريع، و تظلّ له مكانته بحيث يعدّ المخرج العملي في حالة عدم وجود نصّ تشريعي إذ يرجع القاضي على العرف الجاري، كما أنّ المشرّع يستعين بالعرف

في مسائل معيّنة لا عنه بصددها،إذ هناك مسائل تقتضي طبيعتها أن تكون لها حلول متنّوعة قابلة للتغيير، و بفضل عدم تحميدها، أو تقييدها بنصوص تشريعية تحول دون تطّورها المستمّر.

المبحث الثاني: حجية العرف

وتتجلى حجية العرف من خلال ما سنستعرضه من خلال حجيته من الكتاب والسنة وحجيته من العرف المعقول كالأتي:

المطلب الأول: حجية العرف من الكتاب والسنة

استدل العلماء الذين اعتبروا العرف من مصادر الأحكام الفقهية بالأدلة الآتية ومن ذلك قوله تعالى " **خذو العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين** "[13]وقد جاء معنى العرف في تفسير القرطبي، بمفهوم الجميل المستحسن من الأفعال، والشريعة هي تتبع كل ما أستحسن من عادات وطباع، وترك كل ما هو قبيح مستهجن.[14] ما تم تناوله في هذا الصدد هو من قبيل الأدلة القرآنية الصريحة، أما ما يتعلق منها بالأدلة الضمنية، فنجدها من خلال إقرار القرآن الكريم لبعض عادات العرب عند نزوله، فيما يتعلق بالمعاملات والزواج متى لم تخالف نصا، أو لم تعارض روحه، ومن أمثلة هذا "الأخذ فهذه لا تجعل الدية عقوبة مصدرها العرف، لأن مشروعيتها تجيء من ،بنظام الدية على العاقلة" إقرار القرآن لها، لا من حيث وجودها كقاعدة عرفية حال نزوله وانما تواتر إقرار العرف الصحيح و من يوجه المجتهد إلى جواز الاعتداد بهذا العرف السائد واعتباره دليلا.[15]

وكانت السنة النبوية الشريفة، قد جاءت لتؤكد اعتبار الشريعة الإسلامية لعادات الناس وأعارفهم، وقد استدل الأصوليون بأحاديث عدة نذكر منها:

أولا: حديث ابن مسعود عن ابن مسعود رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم قال" :ما رآه السلمون حسن، فهو عند الله حسن." والشاهد هنا أن المسلمين لا يرون ما هو حسن إلا فيما اعتاده العامة من الناس قبلوه[16]، ووجد بينهم استحسانا، فالأعراف لدى عامة الناس، تبنى على ما يرفع الحرج، ويفتح باب اليسر والخير، فيصبح ما هو متعارف بين الناس كالنظام المتكرر في قضاء الحاجات وبذلك يعملون منه ما تعارفه وجرت عليه عاداتهم.[17]

ثانيا: حديث هند زوجة أبي سفيان وفي هذا قوله صلى الله عليه وسلم: "خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف". إن حق الزوجة والابن فيّ هو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بي ، ووجه الاستدلال هنا مال الزوج، دون تحديده بمقدار معين تاركا ذلك للعرف[18].

ثالثا: ما جاء عن عروة بن أبي الجعد البارقي رضي الله عنه عن عروة بن أبي الجعد البارقي رضي الله عنه، أن النبي صلى الله عليه وسلم: "أعطاه دينارا ليشتري له به شاة، فاشترى له بها شاتين، فباع إحداهما بدينار وجاءه بدينار وشاة، فدعا له بالبركة في بيعه وكان لو اشترى التراب لربح فيه"؛ يتضح لنا من خلال هذا الحديث، دلالة اعتبار الأذن العرفي،

فيكون بذلك الوكيل مأذون له بمخالفة الموكل إذا كان في ذلك خيرا له، حيث يعد ذلك من مقاصده، ولو لم يصرح بذلك. [19]، أما ضمنيا، فنجد أن الشارع قد اعتبر العرف في العديد من الأحكام حيث أقره مع إحداث تعديل فيه هذا من جهة، كما أقره كما هو من جهة أخرى، حيث أقر بعض أنواع البيوع والرهون ، والايجارات وغيرها من أنواع المعاملات[20]، وكما نهى عن بعض المعاملات المفضية للفساد، ومثاله: ربا النسيئة والفضل وبيع الغرر[21].

المطلب الثاني: حجية العرف من الإجماع

أما الإجماع فالثابت إقرار الصحابة الذي كانوا منتشرين في الأقطار الإسلامية، وبذلك أخذوا من عاداتها، وهكذا يمكن القول أنه جرى الإجماع على الأخذ بهذه الأعراف الصحيحة، وبذلك ثبتت حجية العرف بالإجماع. ولم يقف الأمر عند هذا، بل عد من أسباب الخلاف بين الفقهاء في الوقائع الجزئية ، الاختلاف في المكان[22] ، ومن هنا يمكن القول أن العرف قد يستند إلى الإجماع العملي بمعنى أن يكون الدليل هو الإجماع ويكون بذلك هو سند اعتبار العرف وملاحظته في الحادثة المطروحة. كأن يتعارف الناس في عصر من العصور على عمل ما ويبقى ذلك سائرا لمدة طويلة ولا يتم إنكاره من أحد ومثاله عقد الإستصناع فقد عمل به الناس لمدة طويلة، إذن مستند الإستصناع هو الإجماع على تعارف الناس عليه[23]

المطلب الثالث: حجية العرف من المعقول

أولا: المتتبع لفروع الشريعة الإسلامية يجد أن نصوصها الشرعية، جاءت لمصالح الناس وليس أقوم لمصالحهم إلا اعتبار أعارفهم وعاداتهم الفردية والجماعية وبذلك أقرت بعض الأعراف التي كانت موجودة قبل مجيء الإسلام، ومثاله بيع السلم والمضاربة وكل ما اعتبره الشارع صالحا للبقاء في ظل الإسلام.

ثانيا: أنه لولا اطارد العادات لما تمت معرفة الدين ولا فروعه فوجب بذلك اعتبارها في الأحكام. هنا يذهب علماء القانون والاجتماع إلى القاعدة القانونية هي قاعدة اجتماعية قبل كل شيء ولما كل المجتمع مكمن الأعراف كان للعرف سلطان كبير لدى فقهاء القانون وما يبين أهمية العرف في هذا الصدد، ما اشترط في الفقيه من معرفة متميزة بالواقع الذي يعيش فيه وأن يفتي للناس أو يقضي بينهم أو يعلمهم في ظل ظروفه وأوضاعه هذا إضافة لما يملك من معرفة علمية متميزة[24].

ثالثا: أن العوائد الجارية لابد وأن تكون ذات ضرورة وأهمية، فلا يستقيم التكليف إلا باعتبارها بدليل أن العادة دلت على أن البذور هي سبب لنبات الزرع، والزواج سبب للنسل والتجارة سبب لنماء المال، وغيرها من العادات وهكذا إذن شرعت الأحكام الخاصة بالمزارعة، والمساقات والزواج [25]، وغير ذلك مما يدل على وقوع المسببات عن أسبابها.

المبحث الثالث: تمييز العرف عما يشابهه من مصطلحات

وسنتطرق للمصطلحات التي تتشابه والعرف كالعادة والإجماع وتفسير النصوص وهو ما نوضحه من خلال المطالب الثلاثة الآتية:

المطلب الأول: العرف والعادة

العادة لغة ؛ وهي التمادي في الشيء حتى يصير له سجيةُ وسميت كذلك لأن صاحبها يعاودها أي يرجع إليها من حين لآخر.[26]

أما العادة اصطلاحا والعلاقة بينها وبين العرف فقد اختلفت التعريفات بين العادة والعرف وهذا الاختلاف يبنى على اختلاف نظرتهم في العلاقة بينهما فهناك من يرى التلازم بينهما وأن تكرار الأمر ومعاودته يؤدي لا محالة إلى الاستقرار ،[27] متى تلقته الطباع السليمة بالقبول رحمه الله، مما يجعل العادة والعرف واحد حسبهم، من هؤلاء الإمام النسفي ." فالعادة بقوله" :العادة ما استمروا عليه وعادوا له مرة بعد أخرى .

وكذا الإمام الجرجاني، الذي جاء في تعريفه للعادة ما يلي: "ما استمر الناس عليه علَى ، حكم العقول وعادوا إليه مرة بعد أخرى"[28] .بينما هناك من يرى وجود فرق بينهما؛ إذ من الفقهاء من يرى أن العلاقة بين العادة والعرف علاقة عموم وخصوص والعرف أعم، إذ لو أطلق لفظ العرف لشمل ذلك العرف القولي والعملي على حد السواء، أما إذا أطلقنا لفظ العادة فينصرف ذلك إلى العرف العملي فحسب وهذا هو قول الحنفية. [29]غير أن هناك من الباحثين المحدثين من جعل من العادة أعم من العرف، فتطلق العادة على كل من العادة الجماعية والعادة الفردية، خلافا للعرف الذي يقتصر على العادة الجماعية وهنا تصدق مقولة أن "كل عرف عادة وليست كل عادة عرف" [30]، إذن العادة هي بمثابة العرف العام الذي يتوارثه الأجيال جيلا بعد جيل، عن طريق الحفظ والسماع وهو بذلك يطبق على كل ماله علاقة بمسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونسب وغير ذلك. ويمكن أن نجدها أيضا في انتقال الملكية كالبيع والهبة والوصية كما أنها تطبق على الجرائم باختلاف أنواعها وتحديد عقوبتها وكذا على إجراءات المتابعة حتى آخر مرحلة وهي، مرحلة تنفيذ العقوبة[31]. أما العرف فيمثل تلك التعديلات التي ترد على العادة والتي يكون منشؤها غالبا القانون الخاص لقرية ولا يمكن تطبيقه إلا على المناطق التابعة لها وهو بذلك يعد بمثابة العرف المحلي .

المطلب الثاني: العرف والإجماع

الإجماع في اللغة بمعنى الإحكام والعزيمة على الشيء وفي الحديث "من لم يجمع الصيام من الليل فلا صيام له." والإجماع هو تجمع الشيء المتفرق جميعا، فإذا جعلته جميعا بقي كذلك ولم يكد يتفرق.

الإجماع اصطلاحا فهو عند الأصوليين: اتفاق مجتهدي الأمة في عصر على أمر ولو كان فعلا اتفاقا كائنا بعد النبي صلى الله عليه وسلم[32].

وبالتالي يمكن القول أن هناك اختلاف بين العرف والإجماع يمكن سياقه كالآتي: أن العرف يكون من خلال توافق غالبية الناس؛ سواء العامة منهم أو الخاصة على I قول أو فعل، أما الإجماع فيكون باتفاق المجتهدين على حكم شرعي عملي. أن العرف كما يتحقق بتوافق جميع الناس، يتحقق بتوافق غالبيتهم، من ذلك فالموقف الشاذ من قبل البعض لا ينقض العرف، بخلاف الإجماع الذي لا يمكن تحققه إلا باتفاق كافة المجتهدين في عصر من العصور ولو خالفه مجتهد واحد ينقض الإجماع. أن الحكم المستند إلى الإجماع الصريح، مثله مثل الحكم المستند إلى النص، لا مجال فيه للاجتهاد، خلافا للعرف الذي يمكن إثبات غيره بتغير الأعراف في أجزاء منها، أي ليس للعرف قوة الحكم الذي سنه الإجماع ويتفق كلاهما فيما يلي: أن كليهما من مصادر الأحكام الشرعية و ينقسم العرف إلى عام وخاص، وكذا الإجماع فينقسم إلى إجماع كل المجتهدين، كما قد ينصرف إلى إجماع الصحابة أو إجماع آل البيت وبذلك ففي الإجماع أيضا عموم وخصوص. أنه يتغير العرف بتغير الأثر المترتب عليه، كذلك الحال بالنسبة للإجماع الذي سنده ، مصلحة فيتغير بتغير تلك المصلحة[33].

المطلب الثالث: العرف وتفسير النصوص

يمكن القول هنا أن للعرف الأثر البالغ في تفسير النصوص سواء منها النصوص الشرعية والتي مصدرها الشارع الحكيم أو النصوص الوضعية.

أولا: النصوص الشرعية يقول الإمام الشاطي في موافقاته: "لابد لمن أراد الخوض في عالم القرآن والسنة معرفة عادات العرب في أقوالهم وأفعالهم ومجاري عاداتهم حالة التنزيل من عند الله والبيان من رسوله لأن الجهل بها موقع في الإشكالات التي يتعذر الخروج منها إلا بهذه المعرفة". على هذا اتفق الفقهاء أن صيغ العقود والعبارات المنشئة للتصرفات القانونية، يرجع في تفسيرها إلى العرف[34]. كما جاء في قواعدهم: "مطلق الكلام فيما بين الناس ينصرف إلَ المتعارف ."ولذلك قالوا: "أن الأيمان تبنى على العرف" فلو حلف أحد على أن لا يدخل بيتا، فإنه لا يحنث بدخول الكعبة أو المسجد، مع أن الله سبحانه وتعالى سمى الكعبة بيتا في قوله تعالى: " إن أول بيت وضع للناس للذي ببكة مباركا "[35].والمساجد في قوله تعالى: **"في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها إسمه"**[36] وأمثلة هذا كثيرة ومتنوعة في كتب الفقه[37].

ثانيا: النصوص القانونية أما عن النصوص القانونية، فيمكن القول أن الأصل فيها أن القاضي يكون ملتزما بالمعنى المباشر للنص العربي لهذه القاعدة القانونية، وفي حالة غموض النص فعلى القاضي الاجتهاد، لمعرفة سبب غموض النص، ثم بعد ذلك يرى المعاني ذات الدلالة حسب التخصيص الفقهي أو القانوني لألفاظ النص، فما كان منها خصص له معنى خاص سار عليه، سواء أكان هذا التخصيص بالنص في القانون ذاته أم أنه تخصيص بالعرف أم بالشرع في مصدر من مصادره. [38] . واذا صعب عليه الأمر عاد إلى المذكرة الإيضاحية التي وضعت أثناء مناقشة القانون في البرلمان لما فيها من تفصيلات ومبررات لهذه القاعدة القانونية ثم إلى الكتب ذات الشروحات الفقهية المكتوبة من قبل أساتذة متخصصين وان لم تجد هذه الوسائل فعليه بالاجتهاد وتفسير هذا النص حسب أريه وقد يفسر المشرع، وهنا على القاضي الالتزام بهذا التفسير[39].

المطلب الرابع: العرف والترجيح

إن العرف قد يعتبر في بعض الأحيان قرينة مرجحة عند التنازع في الحقوق فإذا تنازع الزوجان حول متاع البيت ولا بينة لأحدهما نحكم العرف، فما اعتبر من اختصاص الرجل يحكم له به بعد يمينه وما اعتبر من اختصاص المرأة حكم لها به مع اليمين إلا أن يكون لأحدهما ، تجارة أو صنعه تصلح للأخر[40].

المبحث الرابع: التشريع في القوانين المعاصرة

إن القوانين الوضعية والشرائع كانت تتكون تدريجيا من خلال العادات والأعراف، وبتطور الحياة وارتقائها، أصبح لها سلطة حاكمه، مما يجعلها في حاجة إلى تقنين يحكم المجتمع، هذا ما جعلها تقنن تلك العادات، التي تصبح نظاما ملزما في علاقات الناس ومعاملاتهم، فيحل بذلك القانون محل العادات وينسخ اعتبارها فيلغي ما هو غير صالح، ويبقى على ما يراه صالحا، وهكذا تكون العبرة لنصوص القانون وروحه ومقاصد شارعه. وبذلك يختلف التشريع الصادر عن هيئة مختصة عن العرف الذي ينشأ تلقائيا بإتباع ، مجموعة من الأفراد داخل مجتمع واحد لسلوك معين مدة من الزمن. وهنا لابد من التطرق إلى مركز العرف بالنسبة إلى التشريع.

المطلب الأول: العرف المكمل للتشريع

إنّ الدور الأساسي للعرف باعتباره مصدرا رسميّا احتياطيا للقانون هو دوره المكملّ للتّشريع فـإذا وجد نقص في التّشريع فيمكن أن يلجأ إليه لحلّ نزاع قانوني مثلا، و ذلـك تطبيقا للمادّة الأولى من القانون المدني التّي تنّص على ذلك صراحة لكن لابدّ من معاينة القاضي لهذا النّقص في التّشريع من جهة، و لعدم إمكان سدّ هذا النّقص باللجوء إلى مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الاحتياطي الأوّل من جهة ثانية. و يعلّل الفقه دور العرف المكمّل في القوانين التي لا تجعل منه مصدرا احتياطيا صراحة بأمرين: أولّهما أنّ سكوت المشرّع عن مسألة معينّة يحتمل أن يفسّر بوجود عرف ثابت يدّل في ذاته على صحّة السّلوك المتبّع ممّا يستبعد الحاجة إلى تدّخل المشرّع لتغييره، و ثانيهما أنّه عند سلوك القانون من الأفضل الاعتراف

للعرف الموجود بالقوّة الإلزامية لما في ذلك من ضمان للاستقرار القانوني، فالنّظام القانوني يكون آنذاك مزوّدا بقاعدة سلوك مشهورة، و شّائعة يمكن لأيّ شخص أن يرجع إليها على الأقلّ طالما لم يتدّخل التّشريع بما يتنافى معها و يلعب العرف دوره على هذا النّحو، أي كمصدر رسمي تكميلي بالنّسبة لكلّ المعاملات التّي تسري في شأنها مختلف فروع القانون، على أنّ هذه القاعدة لا تطّبق بنفس الوتيرة، و القوّة بالنسبة لكلّ فروع القانون.

فمثلا بالنّسبة لقانون العقوبات حيث يسود مبدأ لا جريمة، و لا عقوبة، و لا تدبير أمن بـغير قانون[41] لا مكان إطلاقا للعرف بوصفه مصدرا تكميليا، و من ثمّ فعلى القاضي حين لا يجد نصّا في التّشريع يقضي بتجريم الفعل، و العقاب عليه، أن ينطق بالبراءة دون تردّد. و لكن العرف قد يلعب هنا؛ أي في القانون الجنائي كما في غيره من الفروع دورا مساعدا مثلا لتحديد مضمون النصّ كما سيأتي.

أمّا بالنسبة للقانون التجاري فنظرا للمكانة المتميّزة للعرف في هذا القانون فإنّ هذه القاعدة قـد تستبعد أصلا للسّماح لقاعدة عرفية بمخالفة قاعدة تشريعية كما سيأتي. كما تجدر الإشارة إلى أنّ القواعد العرفية تتمتّع بمكانة خاصّة في مجال القانون الدّولي، و لكن يتعلّق الأمر هنا بالعرف الدّولي.

المطلب الثاني: العرف المساعد للتشريع

يمكن أن يلعب العرف دورا مساعدا للتّشريع، و يلاحظ في هذا الصدد أنّ التّشريع ذاته غـالبا ما يحيل على العرف كما هو الشأن في القواعد المكملّة التّي غالبا ما تنتهي بالعبارة التّالية ما لم يوجد اتّفاق، أو عرف يقضي بغير ذلك كما[42]، و قد يلعـب العرف دورا في تحديد مضمون النصّ التّشريعي، و من أمثلة ذلك القاعدة التي تقرّر أنّ العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، و العرف، و العدالة بحسب طبيعة الالتزام [43]،و هكذا يمكن الاستعانة هنا بالعرف لتحديد المقصود بعبارة " مستلزمات العقد "، و نفس الأمر بالنّسبة للعيوب التّي يتضمنّها المؤجرّ، و مسؤولية البائع عن النّقص في مقدار المبيع التّي تحدّد بحسب ما يقضي بـه العرف[44]، كما يكون للعرف أيضا دور في الكشف على القصد عند المتعاقدين، و هكذا يحيل القانون على العرف للاسترشاد به من طرف القاضي للتعرّف على نيّة المتعاقدين وخير مثال ما جاء في القانون المدني على أنّه "إذا كان هناك محلّ لتأويل العقد فيجب البحث عن النيّة المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التّعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة، و ثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات[45] .."

المطلب الثالث: أساس القوّة الملزمة للعرف

طرحت في الفقه الإسلامي مسالة الأساس الذي يستمّد منه العرف قوّته الإلزامية، و اقترحت في هذا الصدد عدّة نظريات من بين هذه النظريات تلك التّي تبني إلزام العرف على إرادة المشرّع، و لكن سبق العرف للتّشريع كاف لدحض هذه النّظرية، و هجرها، و البحث عن أساس آخر. و هكذا أوجد الفقـه أساس الضّمير الجماعي باعتبار أنّ الـقانون استنادا إلى المذهب التّاريخي ينشأ، و ينمو في ضـمير الجماعة، و العرف أفـضل وسيلة للتّعبير عن ذلك، و الكشف عنه مباشرة. لكن إلى هذا الحدّ يكون المذهب التّاريخي قد أسهم في بيان العناصر المكونّة للعرف، و خاصّة العنصر المعنوي دون ينـفذ إلى جوهر أساس إلزام العرف لغموض الفكرة المبنيّة عليها أصلا النظرية التّاريخية. اقترح كذلك أساس آخر هو الأساس القضائي، بمعنى أنّ العرف يأخذ قوّته الإلزامية بعد أخذ المحاكم به، و لا شكّ أنّ هذه الفكرة لها ما يبرّرها في نظام السّوابق القضائية(النظام الإنجليزي)، و لكن يكفي الرّجوع إلى إلزامية القواعد العرفية المهنية لدحض هذه النظرية التّي لا تستقيم أيضا من زّاوية كون القضاء يطّبق القانون الذي يسبق إلزامه كلّ ما هنالك أنّ القضاء يمكن أن يساعد في تحديد مضمون العرف، و تدعيم قوّته الإلزامية، و هكذا ينتهي الرأي الغالب إلى أنّ للعرف قوّة إلزامية ذاتية معترف بها من السّلطة العامّة[46] .

خاتمة

من خلال استقرائنا لما سبق تناوله في هذا البحث يمكن أن تستنتج أن العرف وان اختلف حوله فهناك من الفقهاء من يرى فيه مصدرا مستقلا من مصادر التشريع وهناك من يرى أنه مصدر تابع، إلا أنه ورغم هذا الاختلاف فلا يمكن إلغاء دور العرف وأهميته في مجالات عدة، فنجده في إنشاء الأحكام كما في تعديلها أو تفسيرها وحتى في تطبيقها. هذه المرونة التي اتسم بها العرف جعلته صالحا لكل زمان ومكان مما جعل منه المصدر الملائم والمناسب للتشريع رفعا للحرج عن الناس وجعله المصدر الأول للتشريع في العصور القديمة وأحد المصادر ذات الأهمية في العصر الحديث وما سيأتي لأن فيه ملائمة لمستجدات العصر مع الاحتفاظ بالمبادئ العامة للتشريع، ضمانا لاستقرار المجتمع لذلك ظلت الأعراف الوسطى بين ذوي الاتجاه التجديدي والمحافظ في كل شؤون المجتمع.

التهميش:

*-المادّة 1و2 من القـانون المدني الجزائري.

2 -الزبيدي الحسن محمد مرتضي،تاج العروس من جواهر القاموس،تحقيق حجازي مصطفى،الكويت مطبعة حكومة الكويت،1987،ص135.

3-سورة لقمان الآية 17.

4-كركار جمال، العرف والعمل الجزائري وأثرهما في الفتاوي والأحكام، منشورات المجلس الإسلامي الأعلى،الجزائر،2013،ص60

5-كركار جمال، المرجع نفسه،ص63.

6-سي على أحمد، مدخل للعلوم القانونية(النظرية والتطبيق)،دار هومة،الجزائر،2009،ص262،261.

7-إمام كمال الدين ومحمد ودراز محمد على رمزي، أصول الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2007،ص220

8-الخضري محمد،أصول الفقه،مصر:دار الخلدونية،2003،ص183

09-إبراهيم عبد الرحمن إبراهيم،علم أصول الفقه الإسلامي(تاريخه ومصادره ونظرياته العامة)،الأردن:مكتبة دار الثقافة،1999،ص178

10-سورة البقرة الآية233.
11-عبد الوهاب خلاف،علم أصول الفقه،دار القلم للطباعة والنشر والتوزيع،الطبعة 20،سنة 1986،ص90
12 -عبد الكريم زيدان،الوجيز في أصول الفقه،مطبعة سليمان الأعضمي،الطبعة الثانية،ص216
13-سورة الأعراف الآية199.
14 - كركار جمال، المرجع السابق،ص87،88.
15 - إمام كمال الدين ومحمد ودراز محمد على رمزي،أصول الفقه الإسلامي، المرجع السابق،ص223
16 -كركار جمال، المرجع السابق،ص89.
17-كركار جمال، المرجع نفسه،ص89-91.
18-أحمد إدريس عوض، الوجيز في أصول الفقه، لبنان، دار مكتبة الهلال،1992،ص89.
19 -كركار جمال،المرجع السابق،ص91
20-الجياش عبد الحميد، التعريف بالفقه الإسلامي والنظريات الفقهية، لبنان:دار النهضة العربية ومكتبة الزهراء،ص129.
21- كركار جمال، المرجع السابق،ص91.
22- إمام كمال الدين وعلى السيد والشافعي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي ونظرياته العلمة(النشأة،التطور،المعاصرة)،مصر،منشأة المعارف،2002،ص191.
23-الورقي بن عبد الله سعود، العرف وتطبيقاته المعاصرةelibrary.mediu.edu.my/books/MAL03775.pdf يوم السبت 2015/02/07 الساعة 12:00
24 -العوا محمد سليم،الفقه الإسلامي في طريق التجديد،المجلة المصرية الأزهر،عدد ديسمبر2013،ص362.
25- باجنيد عبد الرحمن إلهام عبد الله،أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة:دراسة تطبيقية مقارنة، رسالة مقدمة لنيل الماجستير،غير منشورة،كلية الشريعة والدراسات الإسلامية ، جامعة أم القرى،مكة،ص94-95.
26- باجنيد عبد الرحمن إلهام عبد الله،المرجع السابق،ص38
27 - باجنيد عبد الرحمن إلهام عبد الله،المرجع نفسه،ص39
28- باجنيد عبد الرحمن إلهام عبد الله،المرجع نفسه،ص39.
29-باجنيد عبد الرحمن إلهام عبد الله،المرجع نفسه،ص41.
30 -الشرنباصي علي السيد رمضان،المدخل لدراسة الفقه الإسلامي،مصر:دار الجامعة الجديدة،2007،ص235.
31 -آث ملويا بن شيخ حسن، القانون العرفي الآمازيعي،الجزائر:دار الخلدونية،2006،ص44.
32 -باجنيد عبد الرحمن إلهام عبد الله،المرجع السابق،ص45.
33 - إمام كمال الدين ومحمد ودراز محمد على رمزي، أصول الفقه الإسلامي،المرجع السابق،ص228.
34- بن غريب رابح،المدخل إلى داسة الشريعة الإسلامية،الجزائر:دار العلوم2007،ص284.
35-سورة آل عمران،آية96.
36-سورة النور،آية36.
37 -بن غريب رابح،المرجع السابق،ص284-285.
38-حسين شحاته أحمد محمد،مسائل مقارنة بالشريعة الإسلامية،مصر:المكتب الجامعي الحديث،2009،ص39
39- حسين شحاته أحمد محمد،المرجع السابق،ص39
40- بن غريب رابح،المرجع السابق،ص285.
41-المادة الأولى من قانون العقوبات.
42- المادة 387، و388 من القانون المدني .
43--المادة 107 من القانون المدني
44-المادّة 365 ف1من القانون المدني
45- المادّة 111 ف2 من القانون المدني
46-المادة 1 من القانون المدني.