جامعة محمد بوضياف – المسيلة
كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

العرف دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري

مذكرة تخرج ليسانس ل م د علوم إسلامية

تخصص: (شريعة و قانون)

إعداد الطلبة :

عمرو سهام

عطوي جميلة

إشراف :

بشير عثمان

السنة الجامعية : (2018/ 2019)

فهرس الموضوعات	
الموضوع	الصفحة
شكر وعرفان	
اهداء	
مقدمة	أ –خ
المبحث الأول: مفهوم العرف.	
المطلب الأول: تعريف العرف وتمييزه عما يشبهه.	09
فرع/: تعريف العرف.	09
أولا: تعريف العرف لغة.	09
ثانيا: تعريف العرف في الاصطلاح الشرعي.	10
ثالثا: تعريف العرف في الاصطلاح القانوني.	11
فرع/ تمييز العرف عما يشبهه.	12
أولا: الفرق بين العرف والعادة.	12
ثانيا: الفرق بين العرف والعمل.	15
ثالثا: الفرق بين العرف والإجماع.	16
المطلب الثاني: خصائص العرف وأنواعه.	18
فرع1/ خصائص العرف في القانون الجزائري.	18
فرع2/ أنواع العرف.	19
أولا: أنواع العرف في الفقه الإسلامي.	19
ثانيا: أنواع العرف في القانون الجزائري.	25
المطلب الثالث: شروط وأركان العرف.	28
فرع1/ شروط العرف.	28
أولا: شروط العرف في الفقه الإسلامي.	28
ثانيا: شروط العرف في القانون الجزائري.	32
فرع2/ أركان العرف.	34

أولا: أركان العرف في الفقه الإسلامي.	34
ثانيا: أركان العرف في القانون الجزائري.	35
المبحث الثاني: حجية العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.	
المطلب الأول: حجية العرف في الفقه الإسلامي.	**39**
فرع 1/ حجية العرف في القرآن والسنة والإجماع.	39
فرع2/ نماذج تطبيقية للعرف في الفقه الإسلامي.	42
المطلب الثاني: حجية العرف في القانون الجزائري.	**44**
فرع1/ حجية العرف في الفقه القانوني	44
فرع2/ نماذج تطبيقية في القانون الجزائري.	48
المبحث الثالث: أوجه الشبه والاختلاف للعرف بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.	
المطلب 1: أوجه الشبه.	53
المطلب 2: أوجه الاختلاف.	54
خاتمة.	57
قائمة المصادر والمراجع	60

مقدمة

مقدمة:

إن الحمد لله نحمده ونستعينه، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا وسيئات أعمالنا من يهد الله فلا مضل له، ومن يضلل فلا هادي له، وأشهد أن لا إله إلا الله وأن محمد عبده ورسوله، أما بعد:

يكتسي العرف في الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري أهمية بالغة فهو مصدر من مصادرها ويستدل بعض الفقهاء لقوله تعالى ﴿**خذ العفو وأمر بالعرف وأعرض عن الجاهلين**﴾ [الأعراف / 199] ،وهو يعتبر من أقدم مصادر التشريع الإنساني النابع من الإرادة الجماعية، إذ أن البشرية بدأت بالعادات والأعراف جعلت الشريعة يحتكم إليها، وكما نعلم أن مصادر الإسلام القرآن والسنة وهي المصادر الأصلية أما المصادر التبعية فتفرعت منها الإجماع والقياس والاستحسان والعرف.. إلخ، ولأن من مظاهر يسر الشريعة وإحاطتها بالمكلفين أنها راعت أعراف الناس فأقرت الصالح منها وألغت الفاسد من تلك العادات.

ولا يزال العرف إلى يومنا هذا من أهم المصادر القانون (المادة 1/2 من ق.م.ج) ومع ذلك لم يعد العرف في القانون الجزائري كافيا لتنظيم سلوك الأشخاص وعلاقاتهم في المجتمع الحديث ولم يعد محدود الحجم كالمجتمعات البدائية وإنما تنوعت العلاقات مما زاد تدخل الدولة في شؤونه، ولكن يبقى العرف كمصدر احتياطي له أي يأتي في المرتبة الثالثة بعد التشريع بالنسبة للمشرع الجزائري، وعلى ضوء هذه الأهمية يتعين على المجتهد مراعاته في تشريعه وعلى القاضي مراعاته في قضائه، ولهذا أردنا باختيارنا موضوع العرف الوقوف على هذا الأصل العظيم وقدرته على مواكبة تطور مجتمعات عبر كل زمان ومكان.

أولا: إشكالية البحث:

نظرا لأهمية موضوع العرف فإن الباحثين عمدوا على دراسته، لكونه دليلا مستقلا أم لا، ونظرة الأصوليين إليه ورجال القانون الجزائري، ومدى تطبيقه باعتباره مصدر تبعي

في الفقه الإسلامي ومصدر الاحتياطي الثاني بعد الشريعة الإسلامية في القانون الجزائري، ويندرج تحت هذه الإشكالية تساؤلات عددنا منها:

1- ما المقصود بالعرف وما مدى حجيته في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري؟

2- وما هو دور العرف باعتباره مصدرا تبعيا في الفقه الإسلامي ومصدرا احتياطيا في القانون؟

ثانيا: أهمية الموضوع:

ليس من أهمية البحث التعريف بالعرف وبيان مشروعيته أو ذكر أنواعه وأراء العلماء، فإن ذلك لا يجعل للبحث من قيمة علمية جديدة، وإنما أهميته بيان الوظائف التي يؤديها العرف في الحياة العامة وقدرته على مواكبة تطور المجتمعات عبر كل زمان ومكان في ظل ما يسود المجتمع من أعراف قد تكون صحيحة أو فاسدة ثابتة أو متغيرة بتغير الأزمنة والأمكنة، فما يرى في زمن ما عرف فاسد، يعتبر في زمن غيره صحيحا، ذلك أن سلوك الفرد قد يكون مفيدا في ظل ظروف معينة. وقد يكون ضارا في ظل ظروف أخرى لذلك فالشارع لم يأت بأحكام ثابتة تضبط هذه السلوكيات، وانما اكتفى بوضع مبادئ تشريعية عامة، مهمتها درئ المفاسد وجلب المصالح.

والشريعة تركت باب الاجتهاد مفتوحا للأمة لتقديم مصالح المجتمع والناس جمعة لدرء المفاسد وجلب المنافع، وفق العادات والأعراف التي تحكم الناس.

ومن المتفق عليه أن القاعدة القانونية تعتبر مقاسا لحاجة المجتمع وتنظيم سلوك الفرد، لكن لابد من تطور هذه القاعدة القانونية، وعلى القاضي الاجتهاد فيها وفق أوضاع المجتمع الجزائري وما يحكمه من أعراف وعادات جزائرية وفق قوانين عرفية مضبوطة تراعي أحوال المجتمع وتتماشى مع متطلبات وحاجيات الأفراد، لهذا يجب أن تكون مبنية على أعراف صحيحة لا تخالف الشريعة الإسلامية وإلا أصبحت عديمة الفائدة.

ثالثا: أسباب اختيار الموضوع.

3-1- الأسباب الموضوعية:

1- من الاسباب الرئيسية لاختياري لهذا الموضوع اختلاف العرف بين الفقه الإسلامي واخد بالأعراف الصحيحة، وبين القانون الجزائري الذي يعمل بالاعراف الصحيحة والفاسدة.

2- الدور الكبير للعرف في حياة الناس، بحيث لا تكاد تمر على موضوع من مواضيع حياتهم دون وجود أثر العرف فيه، بحيث تناول الكثير من شؤون حياتهم والكثير من الأمور الشرعية التي أحالها الشارع بحكمه إلى العرف والعادة، ليناسب حالهم وزمانهم.

3- توضيح مدى اعتبار الشريعة والقانون الجزائري لأعراف الناس وعاداتهم لرفع الحرج عنهم، وأيضا تتماشى مع متطلباتهم عبر كل زمان ومكان.

4- الوصول إلى حقيقة العرف ومكانته كمصدر من مصادر الفقه الإسلامي والقانون الجزائري ولمعرفة حدوده ومجال تطبيقه.

5- افتقار المكتبة الجزائرية لدراسات متخصصة في هذا الموضوع خاصة مسألة العرف في القانون الجزائري.

3-2: الأسباب الذاتية:

1- الرغبة الشخصية في معرفة أهمية العرف في تشخيص أعراف الناس تتلاءم مع عاداتهم واختلاف المكان والزمان.

2- الميول الشخصية لدراسة مواضيع أصول الفقه والمدخل العام للقانون الجزائري والمقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي خاصة منه القانون الجزائري.

3- الرغبة في دراسة العرف لأخذه حيزا واسعا في حياتنا.

4- الإسهام في إثراء المكتبة الإسلامية والقانونية التي تكاد تنعدم.

رابعا: أهداف البحث.

- تتمثل أهداف هذا البحث فيما يلي:

* بيان دور العرف كمصدر من المصادر الاجتهادية المختلف فيها والاحتياطية.

* إيضاح الأعراف الصحيحة والفاسدة ومدى التعامل بها، وتمييز بين الأعراف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

* بيان كيفية بناء بعض أحكام المعاملات على العرف والمساعدة في وضع تشريعات موافقة لها وفقا لاجتهاد الفقيه في الشريعة الإسلامية والقاضي في القانون الجزائري.

* تزويد دوائر البحث العلمي في مجال المصادر الاجتهادية والاحتياطية حتى يتسنى للباحثين الرجوع إليها والاستفادة من نتائجها.

خامسا: الدراسات السابقة.

بعد اطلاعي على ما له علاقة بموضوع بحثي العرف في الشريعة الإسلامية ومقارنته بالقانون الجزائري لم أجد – حسب علمي– دراسة تتضمن موضوع هذا البحث، سوى بعض الرسائل قرينة الصلة به منها:

- العرف والعادة في رأي الفقهاء: فهمي أبو سنة وهي عبارة عن رسالة دكتوراه الأزهر الشريف ونوقشت عام 1966م والذي يلاحظ عليه عدم تطرقه للمقارنة.

- المسائل الفقهية مبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية دراسة تأهيلية تطبيقية موازنة: إعداد الطالب مشعل بن حمود بن نافع النفيعي، وهي عبارة عبن رسالة دكتوراه في الفقه جامعة أم القرى ونوقشت عام 1436هـ.

- أثر العرف في التشريع الإسلامي: السيد صالح عوض، وهي رسالة دكتوراه وقد نوقشت سنة 1969م.

- قاعدة العادة محكمة دراسة نظرية تأهيلية تطبيقية: يعقوب الباحسين والتي طبعت في مكتبة الرشد عام 1423هـ.

– المدخل للعلوم القانونية، عمار بوضياف، وهي عبارة عن كتاب يتناول العلوم القانوية الجزائرية، والذي يلاحظ عليه عدم تطرقه للمقارنة بين العرف بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري.

– مدخل الى العلوم القانونية، لمحمد سعيد جعفور، وقد فصل في المسائل حجية العرف في القانون، والذي يلاحظ عليه عدم تطرقه للمقارنة.

–دروس في المدخل للعلوم القانونية (النظرية العامة للقانون في الجزائري)، نادية فضيل، وقد فصلت في المسائل متعلقة بالعرف وخاصة الخصائص العرف في القانون الجزائري ويلاحظ عليها عدم تطرقها الى المقارنة بل تناولت مجال العرف كمصدر احتياطي في القانون الجزائري.

ورغم اطلاعنا على الكثير من المصادر والمراجع في القانون الجزائري، الا اننا لم نعثر على دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون الجزائري في مصدر من اهم المصادر وهو العرف.

سادسا: صعوبات البحث:

– ما من شك أن كل بحث علمي تتخلله صعوبات وهي تتخلله صعوبات وهي تختلف من باحث إلى آخر، ومن الصعوبات التي وجهناها في انجاز هذا البحث والتي تم تجاوزها بفضل الله وتوفيقه منها:

* صعوبة تحميل بعض الكتب القانونية وبعض نماذج أو مذكرات المشهورة عن العرف كانت أكثرها تتمثل في شراء الكتب عبر المتجر الإلكتروني.

* ضيق الوقت مع البرنامج الدراسي.

سابعا: منهج الدراسة:

– أتبعنا في بحثنا هذا المناهج التالية:

* المنهج الاستقرائي: لاستقراء أقوال الفقهاء، ورجال القانون، من خلال تتبع الجزئيات الموجودة في كتبهم، ونقلها والاستدلال والاعتماد عليها، لبيان صحة الاستنتاج والوصول إلى سلامة الفكرة التي تسعى إليها.

* المنهج التحليلي: تحليل الآراء الفقهية والنصوص الشرعية وبعض المواد في الجريدة الرسمية.

* المنهج المقارن: هذا المنهج الذي اعتمدته من انجح المناهج لمعالجة هذا الموضوع للوصول إلى النتائج التي سعنا من أجلها وذلك بغرض مختلف آراء الفقهاء ورجال القانون وأدلتهم في مختلف النماذج التطبيقية التي عرضناها، واجتهدنا في المقارنة والتحليل وبيان الصحيح والراجح منها وأتبعنا نصوص الجريدة الرسمية ورأي شرائح في ذلك.

ثامنا: المصادر والمراجع:

* اعتمدنا على المصحف الشريف برواية ورش عن نافع.

*العرف والعادة في راي الفقهاء لابو سنة فهمي .

*العرف وحجيته في الفقه والمعاملات المالية عند الحنابلة، لعادل بن عبد القادر محمد علي قوتة.

*المسائل الفقهية المبنية على العرف الإسلام ابن تيمة (دراسة تاملية تطبيقية موازية)، لمشعل بن حمود بن نافع النفيعي .

*المدخل الفقهي العام، مصطفى احمد فهمي الزرقاء.

*المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، لعمار بوضياف

*مدخل الى العلوم القانونية، محمد سعيد جعفور.

*المدخل الى علم القانون، غال على الداودي .

*مقدمة في القانون، علي الفيلالي.

*عملية نشر النصوص القانونية وسريانها، باحريز.

تاسعا: طريقة الكتابة والتهميش:

* ووضع الآية بين قوسين مزخرفتين، بجانب سورة ورقم الآية.

* ذكر الاسم الشهير لكتب السنة والحديث مثل صحيح ومسلم ورواية البخاري.

* ذكر اسم الشهير للقواميس المشهورة.

* ذكر المصادر والمراجع ووضعت المعلومة في الهامش، حيث تمت بإيراد جمع المعلومات التي يحتويها الكتاب بذكر صاحب الكتاب أولا، ثم عنوان الكتاب ثانيا، دار النشر، مكان النشر، وتأكد إن وجدنا وطبعة وتاريخ النشر والجزء والصفحة، ثم اكتفاء بذكر اسم المؤلف والكتاب إذا وجد لاحقا، مع تدوين باقي المعلومات في قائمة المصادر والمراجع.

المبحث الأول

مفهوم العرف

المبحث الأول: مفهوم العرف:

* المطلب الأول: تعريف العرف وتمييزه عما يشبهه.

-العرف من الأدلة الشرعية عند الفقهاء فإليه يحتكم فيه كثير من أحكام الفقه الفرعية وخاصة الإيمان والنذور والطلاق[1] قال ابن عابدين في أجوزته:

* والعرف في الشرع لع اعتبار * لذا عليه الحكم قد بدرا.

فرع1: تعريف العرف:

ولقد وردت تعاريف كثيرة للعرف في اللغة والاصطلاح نذكر منها.

أولا: تعريف العرف لغة:

يطلق العرف في اللغة على معان متعددة تختلف باختلاف تراكيبها وموقعها من سياق الكلام منها ما هو حقيقي وما هو مجازي.

* أما الحقيقي قال ابن الفارس " العين والراء والفاء" أصلان صحيحان يدلان على[2]:

1- السكون والطمأنينة:

فالعرف: ضد النكر، وهو ما تعرفه النفس من الخير وتأتي بمعنى العلم نقول عرف فلان فلانا وهذا الأمر معروف، أي معلوم فتأنس به وتطمئن إليه[3].

2- العلوم والارتفاع:

- حسيا كان أم معنويا، من الأول: عرف الأرض: ما ارتفع منها.

وامرأة حسنة معارف، أي الأنف[4]، من الثاني وما كرم من معاني فالعرف يأتي بمعنى المعروف والصبر والنصح لقوله تعالى:﴿خذ العفو وأمر بالمعروف﴾[سورة الأعراف/ الاية 99].

---

1 - وهبة زحيلي. أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، ط1: 1986م، ص 828.

2 - ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، لبنان، 1979م، ص281.

3 - ابن منظور، لسان العرب، دار الكتاب العلمية، لبنان، (د.ت)، م 9 / 2899.

4 - ابن فارس، مجمل الغة، باب العين والراء وما يشابهها،(د.ت)، ص513.

*** أما المجازي:**

– وتطلق على نتائج الشيء متصلا ببعض، لقوله تعالي: ﴿والمرسلات عرفا﴾ [سورة المرسلات/ آية 1]. وهي الرياح المرسلات يتبع بعضها البعض وقيلا هي ملائكة.

ثانيا: تعريف العرف في الاصطلاح الشرعي:

– وأما معنى العرف بحسب الاصطلاح فقد قيلت فيه تعريفات متعددة في جميع كتب الأصول الفقه المتداولة لهذا الموضوع بالدراسة والتحليل إلا أن معظمها يتفق على تعريف واحد وسنتطرق إلى قليلها:

1– تعريف شيخ عبد الوهاب خلاف (ت 1357هـ): العرف هو ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك[1].

2– تعريف الشيخ محمد أبو زهرة (ت 1394هـ): ما اعتاده الناس في معاملاتهم واستقامت عليه أمورهم[2].

3– د. وهبة الزحيلي: ما اعتاده الناس، وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، او لفظ تعارفوا إطلاقه، على معنى خاص لا تألفه اللغة ولا يتبادر غيره عند سماعه وهو بمعنى العادة الجماعية[3]، يقصد به: أن من شروط العرف هو الاستمرار.

– ويمكن القول أن التعريف المختار هو: العرف: هو كل قول أو معنى أو فعل استقرت عليه نفوس جمهور القوم وشهدت له عقولهم، وتلفته الطبائع السلمية بالقول مما لا ترده الشريعة.

– وهذا تعريف يشترط التكرار وأن يكون العرف صحيح، ولا يعارض أي نص شرعي بالكتاب أو السنة ويحقق مصالح الناس.

---

1 – عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية، شباب الأزهر، 1375 هـ، ص89.

2 – محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، مصر، (د.ت)، ص273.

3 – وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1، 1406هـ، ص828.

ثالثا: تعريف العرف في الاصطلاح القانوني:

* نصت المادة (1) من التقنين المدني الجزائري على ما يلي" يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفضها أو فحواها وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد بمقتضى العرف ..."[1].

* ويتضح لنا جليا أن هذا النص بأن العرف هو المصدر الاحتياطي الثالث بعد مبادئ الشريعة الإسلامية وهذه المرتبة التي يحتلها العرف بأنه ذو أهمية قليلة، طالما أن القاضي لا يرجع إليه إلا إذا لم يجد نصا تشريعيا، ولا بد من مبادئ الشريعة.

* "اعتياد الناس على متابعة سلوك معين واستقراء الاعتياد في نفوسهم بأن هذا السلوك قد صار ملزما لهم في معاملاتهم"[2] أو هو " اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة من المسائل مع اعتقادهم بلزوم هذا السلوك وبأن مخالفته تتبع توقيع الجزاء المادي"[3].

* فالعرف هو إذن قانون غير مكتوب نشأ تلقائيا من ضمير الجماعة داخل المجتمع دون تدخل أي سلطة خارجية من العادات (مثلا: الطريقة التي يرحب بها الناس بعضهم البعض، كالمصافحة بالأيدي) وقد تتحول أنواع معينة من القواعد أو العادات إلى قانون وربما يتم إدخال تشريع تنظيمي لصياغة أو إنقاذ العرف (مثلا: القوانين التي تحدد جانب الطريق الذي ينبغي أن تسير فيه المركبات).

– وهو أيضا أول صور صورة ظهر بها القانون للوجود وهو أقدم المصادر الرسمية يقول حسن كيره "مصدر فطري" [4] أي ارتباط المجتمعات التقليدية بالعادات والتقاليد.

---

1 – المادة الأولى من القانون المدني الجزائري الصادر بأمر رقم 75–58 لسنة 1975م.

2 – عباس صراف، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1: 2008م، ص47.

3 – محمد حسين قاسم، مبادئ القانون، الدار الجامعية، (د.ب)، 1998م، ص202.

4 – حسن كير، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6: 1993م، ص272.

فرع 2: تمييز العرف عما يشبهه:

- أولا: الفرق بين العرف والعادة:

I - العادة:

1- تعريف لغة:

- ان العادة في اللغة تطلق على تكرار الشيء مرة بعد مرة[1].

ويقول في تأكيد هذا المعنى الفيروز آبادي صاحب القاموس المحيط.

* العادة: هي الديدن، والمعاودة والمواضبة والبطل، وأعاده إلى مكانه رجعه، والكلام كرره[2].

* قال صاحب كتاب تسيير التحرير بأنها:" الأمر المتكرر ولو من غير علاقة عقلية"[3].

2- تعريف اصطلاحا:

- عرفت العادة بعدة تعريفات المختار منها هو تعريف الأصوليين: الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية.

- وقد رجع هذا التعريف بعض العلماء والباحثين حيث لم يخص العادة بكونها موافقة للعقل أو الشرع فهي عادة وإن خالفت ذلك.

3- الفرق بين العرف والعادة:

1- عند علماء الشريعة:

- العلماء فرقوا بين العرف والعادة وبيان النسبة بينهما إلى 03 اتجاهات.

- هل يشمل التعبير بالعرف والعادة أم هي تشمله أم هما مترادفان.

*** الاتجاه الأول:**

- إن العرف والعادة لفظان مترادفان معناهما واحد واختياره جملة من أهل العلم.

---

1 - ابن منظور، لسان العرب، دار الفكر، لبنان (د.ت)، (م9/3158).

2 - ابن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2: 1408هـ، ص330.

3 - محمد أمين الشهير بأمير بادشاه، تسيير التحرير، (د.ت)، (م2/20).

(قال الأستاذ عبد الوهاب خلاف (رحمه الله تعالى) معبرا عن هذا الاتجاه

" العرف والعادة في لسان شرعيين لفضا مترادفان معناهما واحد[1].

والشاطبي عبر في كتابه الموافقات على أن العوائد والعادات عما يسمى في الاصطلاح بالعرف مما يدل على أن العرف والعادة بمعنى واحد[2].

*** الاتجاه الثاني:**

– إن العرف مخصوص بالقول والعادة مخصوصة بالفعل أي العرف عملي.

وقد نقد أبو سنة هذا الاتجاه بقولين" وهذا القصد لا معنى له، لأن الفقهاء من السلف والخلف أجروا العادة في الأقوال والأفعال معا"[3].

– وعلى هذا الرأي المنتقد تكون النسبة بين العادة والعرف العموم والخصوص والعرف أعم.

***الاتجاه الثالث:**

– إن العادة أعمر من العرف لأن العادة تشمل: العادة الناشئة عن عامل طبيعي والعادة الفردية وعادة الجمهور التي هي العرف.

وعليه: تكون النسبة بين العادة والعرف العموم والخصوص المطلق، لأن العادة أعم مطلقا وأبدا والعرف أخص إذ هو عادة مقيدة فكل عرف هو عادة.

وليت كل عادة عرف لأن العادة قد تكون فردية أو مشتركة[4].

---

1 – عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوى الإسلامية، القاهرة، ص 502.

2 – فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك وأدلته العقلية، دار التدمرية، الرياض، 2007م، ص490.

3 – أبو سنة، العرف والعادة في رأي الفقهاء، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1947م، ص11.

4 – أحمد فهمي مصطفى الزرقا، المدخل الفهمي العام، مطابع الألف باء الأديب، دمشق، ص7، 1968م، ص743.

2- عند رجال القانون:

- اما رجال القانون فإنهم يعتبرون العادة أخص ويفرقون بين العرف والعادة بالفروق الآتية:

1- إن أحكام العرف تلزم الطرفين ولو كانا يجهلانه، اما العادة فلا تلزمها إلا إذا قصد الإحالة عليها صراحة او دلالة.

2- على من يريد التمسك بالعادة أن يثبتها، بخلاف العرف فلا محل لإثباته إذ أن معرفته كمعرفة القانون المفروض من مهمة القاضي.

3- يجب على القاضي أن يراعي العرف حتما وإلا تعرض حكمه لرقابة طرف سلطة أعلى منه بخلاف العادة التي لا تخرج عن أن تكون واقعة يكيف القاضي الحكم معها ولا تثير لديه أكبر اهتمام.

4- للحاكم أن يطبق العرف من تلقاء نفسه، أما العادة فيجب على صاحب القضية أن يتمسك بها.

5- العرف التجاري قد يلغي القانون ولو كان متعلقا بأمر لا يتصل بإحدى مصالح الدولة الأساسية ولا يمكن أن يكون للعادات مثل الأثر إذ أن مهمتها قاصرة على تفسير وتكميل نية المتعاقدين غير الظاهرة.

- وبناءا على ما سبق يمكن القول: أن رجال القانون ينظرون إلى العرف من منظور آخر حيث أنهم يشترطون أن يتوافر في العرف ركنان: المادي المعنوي بينما علماء الأصول يشترطون فيها الركن المعنوي، وهو استقرار النفوس بقبوله أما الركن الإلزامي فلم يتطرقوا إليه ولذا يقول الفاسي:" ويطلق العرف في العصر الحديث على مجموعة من

القواعد التي تنشأ عن مضي الناس عليها يتوارثونها خلفا عن سلف بشرط أن يكون لها جزاء قانوني كالتشريع سواء بسواء"[1].

ثانيا: الفرق بين العمل والعرف:

1- تعريف العمل:

- فيكون مفهوم العمل عند الإمام مالك:" وهذا الأمر هو الذي أدركت عليه الناس وأهل العلم ببلدنا، وعرفه بعض المعاصرين بقوله" ما اتفق عليه العلماء والفضلاء بالمدنية كلهم أو أكثرهم في زمن مخصوص، سواء أكان سنده نقلا أو اجتهادا"[2].

2- الفرق بين العمل والعرف:

- ومما تقدم تبين أن الفرق بين العرف والعمل في أمرين:

1- أن العمل خاص بالعلماء وبخلاف العرف فإنه يشمل عامة الناس العلماء وغيرهم.

2- إن العمل خاص بالترجيح في المسائل المختلفة فيها بخلاف العرف فهو اعم وأشمل من ذلك بمقتضى اختلاف وتنوع حوائج الناس.

ويظهر أيضا أن العرف والعمل قد يتداخلان بأن يكون باعث العمل الفتوى أو الحكم بها عرف جار به أو إطراء التزام العمل وشيوع العمول به حتى يصير عرفا[3].

---

1 - علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1: 1991م، ص156.

2 - مشعل بن حمود بن نافع النفيعي، المسائل الفقهية المبينة على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية (دراسة تأملية تطبيقية موازية)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، المملكة العربية السعودية، 1436هـ ،ص79.

3 - عادل بن عبد القادر محمد علي قوته، العرف وحجته في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، السعودية، ط1: 1997م، ج1، ص121.

ثالثا: الفرق بين الإجماع والعرف:

1- تعريف الإجماع:

أ) **لغة:** يطلق الإجماع في اللغة على العزم والتصميم أو الالتفاف على الأم أو الاتفاق عليه[1].

ب) اصطلاحا: - هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي[2].

وعرفه أيضا:

- اتفاق علماء العصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته على أمر من أمور الدين[3].

- والمراد باتفاقهم: اتحاد اعتقادهم.

1 -القيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، لبنان، (د ت)، ص109.

2 - وهبة الزحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر للنشر، دمشق، 1986م، ج1، ص46.

3 - محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، دار الإنقاذ، الإسكندرية، القاهرة، (د ت)، ص .169

وجه المقارنة	العرف	الإجماع
الانعقاد	– ينعقد باتفاق غالب الأمة على أمر من الأمور سواء كان فيهم مجتهدون أم لا.	– لا ينعقد إلا باتفاق جميع مجتهدي الأمة دون غيرهم.
المخالفة	لا يؤثر فيه شذوذ طائفة عن العمل به.	لا ينعقد عند مخالفة أحد المجتهدين
التحقق	لا يتحقق إلا بعد استمرار والدوام عليه، حتى يقع التواطؤ عليه والعمل به	يتحقق بمجرد اتفاق المجتهدين على أمر دون حاجة لتكريره.
الفساد	من الجائر أن يكون فاسدا بأن يتعارف الناس على ما هو مخالف لنصوص الشرع أو مقاصده: كالتبرج والنذور وتعاطي الربا	لا يكون فاسدا أو باطلا متى تحقق لأنه مبني أساسا على دليل شرعي.
الإلزام	لا إلزام فيه ما لم يكن مستندا إلى دليل شرعي معتد به من نص أو إجماع	متى ما تحقق فهو ملزم وحجة قطعية على حكم ما أجمع عليه.
المستند	محله وسنده والباعث عليه حوائج الناس+ وتحقيق مصالحهم والرفع الحرج عنهم	لابد أن يكون له مستند في الأدلة الشرعية
الحكم	يتغير بتغير العرف ولا يكون ملزما إلا من تعارفوا عليه	لا مجال لتغيير أو تبديله حجة على من بعد عصر المجتمعين.

المطلب الثاني: خصائص العرف وأنواعه

اولا: خصائص العرف في القانون الجزائري.

لم يتطرق العرف فب الفقه الإسلامي الى خصائص لهذا سوف نتطرق ونكتفي في الحديث عن الخصائص في القانون الجزائري، هذا فب حدود اطلاعنا والله اعلم.

1) ينشأ العرف من أطر وسلوك الناس على إتباع سلوك معين.

2) اعتقاد الأفراد بأن العرف ملزم لهم.

3) يعد العرف مرنا يلاءم ظروف المجتمع ومسايرا لتطوره.

4) يعد العرف وسيلة تلقائية للتعبير عما يرتضيه أفراد المجتمع من قواعد تحكم سلوكهم وعلاقاتهم، مما يجعله أصدق تعبير عن إرادة الجماعة.

5) ينشأ العرف وينمو في البيئة الاجتماعية كتعبير مباشر عن أنماط من سلوكيات الأفراد[1].

6) يسد العرف النقص في التشريع، فيكون مصدرا مكملا للقانون يعاونه في تنظيم وحكم ما يحيله إليه من الأمور لأن التشريع مهما بلغت قدرته ودقته قد لا يستطيع الإحاطة بالحلول اللازمة لمواجهة أمور الجماعة كافة، خاصة المسائل التي يستعصى على التشريع تنظيمها لتشبعها وتعقدها ودقتها واختلاف مفهومها من مكان إلى آخر في الدولة الواحدة أو السرعة تغير الحاجات فيها ويظهر ذلك بصورة خاصة في القانون التجاري الذي تتشعب مسائله في التفاصيل وتختلف إل درجة يستعصى على المشرع استيعاب تنظيمها فيتركها للعرف[2].

---

1 – نادية فضيل، دروس في المدخل للعلوم القانونية، (النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية الجزائرية، ص1999.

2 – أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية)، دار الأكاديمية للطبع، الجزائر، 2012، ص115.

7) إن العرف قابل للتطور وفقا لتطور الظروف الاجتماعية والاقتصادية فهو يتطور بتطور المجتمع ويزول إذا زالت الحاجة التي أدت إلى ظهوره.

8) يوافق إرادة الجماعة أيضا باعتباره يصدر عنهما وينشأ في ضمير الجماعة.

- فهو قانون أكثر شعبية من التشريع لأن مصدره الشعب، بينما التشريع يصدر من السلطة فيوافق إرادتها فقط وقد سبق القول بأن القوانين إذا صدرت بهذا الشكل لن تستمر طويلا[1].

فرع2: أنواع العرف.

أولا: أنواع العرف في الفقه الإسلامي:

- قسم الفقهاء العرف إلى أقسام متعددة وبحسب الاعتبارات التي ينظر فيها نذكر منها:

1- باعتبار سببه ومتعلقه:

أ- العرف القولي:

-وهو أن يتبع بين الناس بعض الألفاظ أو التراكيب في معنى معين، بحيث لا يتبادر عند سماعه غيره بلا قرينة أو علاقة عقلية[2].

ومثال ذلك:

* كاستخدامهم لفظ ولد في الذكر مع انه يشمل ذكر والأنثى كما في قوله تعالى﴿ يوصيكم الله في أولادكم﴾[سورة النساء/ آية 11]. فإن الآية دالة على استعمال في ذكر والأنثى بخلاف العرف فإنه يدل على ذكر.

* وذكر لفظ الدابة فإن العرف استعملها في ذات القوائم الأربعة من الحيوانات مع أن اللفظ في الأصل وضعه لكل ما يدب على الأرض.

1 - علي فيلالي، مقدمة في القانون، طبع بالمؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2010م، ص130.

2 - ابن عابدين، نشر العرف في بناء بعض أحكام على العرف، (د ب)، 1976م، ج2، ص114-115.

* وكذا إطلاق لفظ لحم على غير السمك مع أن القرآن صرح بأنه لحم لقوله تعالى ﴿وهو الذي سخر البحر لتأكلوا منه لحما طريا﴾ [سورة النحل، آية 14].

ب- العرف العملي (الفعلي):

- وعرفه مصطفى الزرقاء بقوله:" هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية والمعاملات المدنية[1]، وعليه فالعرف العملي هو ما تعارف عليه الناس في أفعالهم دون أقوالهم[2].

- وقد مثل الزرقاء بأمثلة معاصرة عديدة منها: اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل- وكذا اعتيادهم في بعض الأماكن أكل نوع خاص من اللحوم: كالضأن والمعز والبقر كالبيع بالتعاطي في أشياء كثيرة (المعاطاة).

- والعرف بنوعيه العملي والقولي قد يكون عاما إذا شاع وفشى في جميع البلاد الإسلامية وسار عليه الجميع فيها وقد يكون خاصا إذا شاع في قطر أو بين أرباب حرفة معينة.

- فمن العرف العملي الخاص: كتعارف التجار على اعتبار الدفاتر التي تقيد بها الديون هي حجة في إثبات تلك الديون[3].

- ومن العرف القولي العام من حلف لا يضع قدمه في دار فلان فهو العرف العلم بمعنى القول سواء دخلها ماشيا أو راكبا، ومن العرف القولي الخاص الألفاظ التي اصطلح عليها

---

1 - مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف والأديب، دمشق، ط7، 1968م، ص 876.

2 - عبد الله بن عبد المحسن التركي، أصول مذهب الإمام أحمد، مؤسسة رسالة، (د ب)، ط2: 1990م، ص585.

3 - وهبة زحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، ط1: 1986م، ج2، ص830.

أصول العلوم وأصحاب العرف والضائعات التي يريدون بها عند إطلاقها معاني الاصطلاحية دون معانيها اللغوية[1].

2- باعتبار ما يصدر عنه: وينقسم إلى قسمين:

أ- العرف العام:

- هو أن يكون العرف منتشرا في جميع البلاد بين جميع الناس أو غالبيتهم في مختلف العصور[2] والأمثلة على ذلك كثيرة منها:

* تعارف الناس على دخول الحمام من غير تحديد زمان المكث، والماء المستعمل والأجرة.

* تعارف الناس على عقد الاستصناع[3]، وتعارف على دخول المساجد بالأحذية تحقيرها[4].

* وأن الإناء يعاد إذا أهدى فيها الطعام، وأن السلة لا تعاد إذا قدم فيها الفواكه[5].

ب- العرف الخاص:

- هو ما يقابل العرف العام، وهو ما لم يتعامله أهل البلاد جميعا[6]، بل يكون تعارفه مخصوصا ببلد أو مكان دون آخر، أو بين فئة من الناس دون الأخرى[7].

---

1 - عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط2، 2011م، ص201-202.

2 - هيفة سليمان جمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، (د ط)، غزة، 2014م، ص08.

3 - أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، 1958م، ص275.

4 - أبو سنة، العرف والعادة، مطبعة الأزهر، القاهرة، 1997م، ص19.

5 - عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمان، 1398هـ، ص33.

6 - صالح معوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، (د ن)، ص140.

7 - عادل بن عبد القادر بن محمد علي، العرف وحجته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة (دراسة نظرية تأصلية تطبيقية) مكتبة مكة، السعودية، ط1، 1997م، ص262.

- وهذا النوع من العرف له صورة كثيرة لا تعد ولا تحصى وهو متجدد لأنه بدور مع مصالح الناس وتسهيل أمورهم ورفع الحرج عنهم كما ينظم في هذا النوع السلوك التي تتصل بآداب اللباقة وأصول المعاشرة[1].

*** ومن الأمثلة:**

-عرف التجار فيها يعد عيبا يرد به المبيع –كإطلاق دابة" على الحمار عند أهل مصر، وعلى الفرس عند أهل العراق".

3- باعتبار حكمه الشرعي:

- ويمكن تقييم العرف باعتبار موافقته أو مخالفته لقواعد الشريعة ونصوصها إلى قسمين:

أ- العرف الصحيح:

- هو ما تعارفه الناس ولم يخالف النص الشرعي ولا الإجماع أو يفوق المصلحة ويجلب مفسدة سواء كان قولا أو فعلا[2].

-كما تعارفه بعض البلدان بأن يبعث الرجل إلى المرأة التي يريد أن يتزوجها شيئا من الحلي يكون عنوانا تأكيدا عمليا على موافقة الرجل من المرأة.

- وكتعارفهم على أن يقدمه الخاطب لخطيبته من ثياب وحلي وقلائد ونحوها بعد هدية وليس له دخل في المهر[3].

1 - محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، مؤسسة آل البيت عليهم السلام للطباعة والنشر، (د ب)، 1979م، ص421.

2 - عبد العزيز خياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمان، 1398 هـ، ص38.

3 - مصطفى سعيد حسن، الكافي الوافي في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط2: 2000م، ص215.

حكمه:

– العرف الصحيح مقبول في التشريع والقضاء والاجتهاد لأنه لا يخالف أحكام الشريعة ولا يصادم أصلا من أصولها لذا قال العلماء" العادة شريعة محكمة" و " الثابت بالعرف ثابت بالنص".

– والدليل على الأخذ بالعرف الصحيح: هو أنه يلاءم حاجات ويدفع الحرج والمشقة عنهم وإلا وقع الناس في الضيق والحرج، وقد راعت الشريعة بعض الأعراف العربية التي لا تصادم مبادئها وقواعدها العامة.

* كإيجاب الدية في القتل الخطأ على الأقارب (الأقارب العصاة) – وتقديم الكفاءة في الزواج – ومراعاة القرابة الحصبة في الولاية والإرث – وما حلف لا يأكل لحم فأكل سمك لا يخش بناءا على العرف[1].

ب– العرف الفاسد:

– هو ما تعارفه الناس وكان مخالفا لأدلة الشرع[2]، يعارض دليلا شرعيا ويبطل الواجب أو يحل الحرام[3]، فهو يعتبر المناقض لقواعد الشريعة وأصولها ومبادئها وأحكامها الثابتة التي لا تتغير[4].

– كتعارف أكل الربا والتعامل مع المصاريف الربوية بالفائدة واختلاط النساء بالرجال في الحفلات العامة وتقديم المسكرات في الضيافة، والرقص في الأفراح، وترك الصلاة أثناء الحفلات العامة[5].

---

1 – عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه ومصادر التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997م، ص85.

2 – عبد الوهاب خلاف، نفس المرجع، ص99.

4 – محمد مصطفى الشبلي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، 1923م، ج1، ص328.

5 – وهبة زحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر، دمشق، 1986م، ج1، ص830.

حكمه:

– لا يعمل بالعرف الفاسد لمعارضة أدلة الشريعة وأحكامها ولهذا لا يعد قانونا أي عرف يخالف الدستور أو النظام العام، فلا يسمح شرعا بالعقود الربوية وحرمان النساء من الميراث لمصادمتها نصوص الشريعة لهذا يجب ألا يلتف إليه ويجب محاربته والقضاء عليه.

– إذا تعارف الناس عقدا من العقود الفاسدة أو عقد فيه غرر لخطر فلا يكون لهذا العرف أثر في إباحة هذا العقد ولهذا لا يعتبر في القوانين الوضعية عرفا يخالف الدستور أو النظام العام وإنما ينظر في مثل هذه العقود من جهة أخرى وهي هل أن هذا العقد من ضروريات الناس وحاجاتهم يباح، لأن الضروريات تبيح المحضورات والحاجات تنزل منزلتها في هذا وإذا لم يكن من ضرورياتهم ولا من حاجاتهم يحكم ببطلانه ولا عبرة لجريان العرف له[1].

4– باعتبار المصدر المنشئ له:

– وينقسم بهذا الاعتبار إلى أن أعراف أقرها الشارع أو نفاها، وأعراف ليست في نفيها أ إثباتها دليل شرعي.

أ– أعراف أقرها الشارع أو نفاها:

– وبمعنى ذلك أن يكون الشرع أمر بها إيجابا أو ندبا أو نهى عنها كراهة أو تحريما أو أذن فيها فعلا أو شركا[2].

ومن الأمثلة: القصاص في قتل العمد، وجعل الحية في الخطأ.

1 – عبد الوهاب خلاف، علم اول الفقه الإسلامي ومصادر التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة،1997م، ص 85.

2 – الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفان، الرياض، ط1: 1997م، ج2، ص448.

حكمه:

– ثابتة لا تتغير بتغير الأزمات أو البيئات ولا تؤخذ فيها آراء الناس مثل: القصاص – قتل العمد، ووحشية تتماشى مع ما وصل إليه المجمع من رقي فيجيب أن يحرم فقد أصبحت بدلالة النص فالأدلة الشرعية هي أحكام شرعية لا تبدل ولا تتغير.

ب– أعراف ليس في نفيها أو إثباتها دليل شرعي:

– وهي أعراف لم يتعرض لها الدليل الشرعي بإثبات أو النفي وهي على ضريبين[1]:

–الأول: ثابتة: لا تتغير بتغير الأزمان والأماكن والأحوال، لأنها عائدة إلى طبيعة الإنسان وفطرته التي جبل عليها: كشهوة الطعام والشراب والحزن والفرح.

–الثاني: متبدلة: تختلف باختلاف الأزمان والأماكن والأحوال فيكون مستقبحا في مكان ومستحسنا في آخر.

مثال ذلك: كشف الرأس فهو قبيح في بلاد مثل دول الخليج ومستحسن في أخرى ومنها هيئات اللباس والسكن والأثاث والسرعة في الأمور ونحو ذلك.

الفرع الثاني: أنواع العرف في القانون الجزائري

عرف العرف في القانون الجزائري نوعان من العرف هما:

أ) العرف المكمل للتشريع ولمبادئ الشريعة الإسلامية:

وهو العرف الذي يقوم بتكملة ما أغفله الدستور من نقص، فالعرف المكمل يضيف قواعد قانونية جديدة للدستور المكتوب[2].

إن المشرع الجزائري نص صراحة في المادة الأولى من القانون المدني الجزائري على أنه في حالة عدم وجود نص في التشريع يرجع لمبادئ الشريعة، فإن لم يوجد فيرجع للعرف، فإن لم يجد القاضي نصا في التشريع يتعين عليه أن يكمل ما في التشريع من نقص

1 – أبو سنة، العرف والعادة، مطبعة الأزهر، (د ب)، 1947م، ص21.

2 – ضيف الله عبد النور، ملخص مقياس القانون الدستوري، كلية الحقوق،(د ب)، 2018/2019م، ص05.

بالاستعانة بالقواعد العرفية، فالدور الذي يقوم به العرف هو تكميل التشريع (نقص التشريع أي عدم وجود قاعدة تشريعية) وتوجد أعراف مكملة لمختلف فروع القانون باستثناء القانون الجنائي، فلا يعد العرف مصدرا للقواعد.

إذ تنص المادة الأولى من قانون العقوبات " لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"

أي إذا لم يجد القاضي الجنائي نصا يعاقب فإنه لا يمكنه الحكم عليه استنادا لمصادر أخرى، أما بالنسبة للفروع الأخرى للقانون فيلعب العرف دور مكمل مهم جدا.

*** في المجال القانوني المدني:**

مثلا نجد أنه جرى العرف في البيع بالعربون على فقدان المشتري العربون الذي دفعه في حالة عدوله عن الشراء.

*** في المجال القانوني التجاري:**

نجد أن الميدان الخصب للقواعد العرفية إذ للعرف أهمية خاصة في العلاقات التجارية وهذا نظرا لتجدد مطالب الحياة التجارية وسرعتها وتنوعها وتطورها المستمر.

مثال: قاعدة افتراض المدنيين لدين واحد فيستطيع الدائن الرجوع على أي منهم ومطالبتهم بالوفاء به[1].

ب- العرف المساعد للتشريع:

هو الذي يهدف إلى تفسير النص من نصوص الدستور الغامضة فهؤلاء يخلق قاعدة دستورية جديدة، بل هو بمثابة جزء من الدستور المدون.

- ويكون الرجوع إليه ليس بغرض سد النقص الوارد في التشريع وإنما رغبة من المشرع في إخضاع هذه المسائل للعرف لكونه أكثر ملائمة لضمير الجماعة فيستعين القاضي بالعرف لتفسير إرادة المتعاقدين.

---

1 - شلالي رضا، محاضرات في مقياس مدخل للعلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017/2016، ص26.

مثال:

المادة 111 فقرة (02) من القانون المدني الجزائري:

إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات.

- إذن في حالة البحث عن النية المشتركة لأطراف العقد وبهدف الوقوف على الرابطة العقدية على حقيقتها (الرابطة الفعلية) فإن المشرع رسم للقاضي الخط لتفسير العلاقات التي يحوم حولها غموض بشأن تكييفها من هنا يتعذر على القاضي تطبيق التشريع إذا لم يستعن بالعرف.

مثال:

المادة 488 من القانون المدني الجزائري:

يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما وجد بالعين المجرة من عيوب تحول دون الانتفاع بها أو تنقص من هذا الانتفاع نقصا محسوسا لكن لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها فحتى يعرف القاضي ما يجوز التسامح فيه من عيوب لحقت العين المؤجرة، وجب أن يستعين بالعرف ليحدد خاصة مسؤولية المؤجر.

- إن تطور ظروف المجتمع وعدم استقرار أساليب المعاملات على نمط واحد هي التي دفعت المشرع أن يحدد للقاضي مصدر التلقي فيلزمه بإتباع ما تعارف عليه الناس بشأن مسألة معينة يكون هو (المشرع) قد أحال بصددها وهذا مسلك يحمد المشرع عليه[1].

1 - شلالي رضا، المرجع السابق، ص ص16-17.

– فدور العرف المساعدة للتشريع يبدو بارزا من خلال النصوص التشريعية وهو ذو أهمية قصوى إذ يصعب على المشرع إعطاء مفاهيم دقيقة لأمور تتغير بسرعة وفقا للظروف والمعاملات[1].

– المطلب الثالث: شروط وأركان العرف:

الفرع الأول: شروط العرف:

أولا: شروط العرف في الفقه الإسلامي:

–يشترط في العرف حتى يكون معتبرا عدة شروط ولهذا وضع الفقهاء للعرف شروطا ليكون مؤشرا، إذا تختلف أحدها أو اختل لم يضع تحكيم العرف ولم يكن صالحا للاعتداء به أو البناء عليه وهي:

1– الشرط الأول: أن يكون العرف مطردا، غالبا[2]:

المقصود باضطراء: أن يعمل به جمع الحوادث من غير تخلف والمقصود بغلبته: شيوعه بين أهله في أكثر الحوادث، وقد عبر البعض عن هذا الشرط بالعموم[3]، وعبر عنه آخرون بالشيوع والاستقاضة بين جميع أهله[4]، يقول ابن عابدين " اعلم أن كلا من العرف العام والخاص وإنما يعتبر إذا كان شائعا بين أهله يعرفه جميعهم"[5].

–فإذا اضطر في بلد ما تقسيم المهر في النكاح إلى معجل ومؤجل في جميع حوادث النكاح وكان غالبا بأن حصل في أكثر الحوادث، فيعتبر ذلك حاكما فيها[6].

---

1 – علي فيلالي، مقدمة في القانون، دار موهم للنشر، الجزائر، 2010م، ص105.

2 – عبد الرحمان بن أبي بكر، أشباه ونظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1: 1990م، ص92.

3 – الشاطبي، الموافقات، دار ابن عفان، السعودية، ط1: 1997م، ص53.

4 – أبو سنة فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في الفقه الإسلامي، مطبعة الأزهر، (د ب)، 1947، ص56.

5 – ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، (د ت)، ج2،(م132/2).

6 – مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998م، ص874.

– ويخرج بهذا الشرط العرف المضطرب يقول السيوطي رحمه الله:" إنما تعتبر العادة إذا طردت فإذا اضطرت فلا[1]" وقولهم أيضا:" إنما تعتبر العادة إذا أطردت أو غلبت"[2].

* ويخرج به أيضا العرف المشترك، وهو أن يتساوى جريان العادة مع التخلف عنها، فيعد العرف عندها فاسدا لا يعتد به لتعارض العرفين فلا يقيد أحدهما الآخر ولا يخصصه.

* وتجدر الإشارة إلى أنه لا يلزم من الإضطراء والغلبة أن يعم جميع البلاد المسلمين، بل يكفي شيوعه بين أهل بلد واحد، أو أهل حرفة واحدة، ليثبت حكمه عليه.

ولهذا فإن العرف سواء كان عاما أو خاصا، قوليا أو عمليا، لا من تحكيمه ما دام شائعا مطرءا، أو غالبا على أعمال أو أقوال أهله، فعقود الاستضاع لا تتخلف وذلك بسبب إطرادها[3].

2/ الشرط الثاني: ألا يكون العرف مخالفا للنص الشرعي:

– يشترط في العرف ألا يكون مخالفا للضرع فإذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل نص شرعي أو أصل قطعي فلا يعمل بذلك العرف[4]، ويعتبر عرفا فاسدا، ومثال ذلك تعارف الناس على كثير من المحرمات كالربا والخمر والميسر وكل محرم نصت عليه الشريعة.

– والعرف الذي لا يعد مخالفا لأدلة الشرع له حالتان:

* **الأولى:**

– أن يكون مما ل يعارض الشرع أصلا كتعارف الناس كثيرا من العوائد التجارية والخطط السياسية والإجراءات القضائية والأنظمة الاجتماعية مما هو ملائم لطبيعة الشرع وتقتضيه حوائج الناس، وتدفع إليه ضرورة التدبير واللإستصلاح.

---

1 – السيوطي، أشباه والنضائر، نفس المرجع، ص 92.

2 – ابن نجيم، أشباه والنظائر، دار الكتب العلمية بيروت، ط1: 1999م، ص81.

3 – محمد ابن إبراهيم، الاجتهاد والعرف، دار السلام، تونس، ط1: 2009م، ص180.

4 – أبو سنة الفهمي، العرف والعادة، مطبعة الأزهر، (د ب)، 1947م، ص61.

*** الثانية:**

– أن يكون بين العرف وأدلة الشرع ظاهر تعارضي، يمكن معه التوفيق بينهما بوجه من أوجه التوفيق بينهما بوجه من أوجه التوفيق المعتبرة عند أهل العلم، أو يمكن تنزيل النص الشرعي على العرف، بأن كان النص نفسه معللا بالعرف حينئذ مجال تأمله والبحث عن اعتباره والاعتداء به[1].

3– الشرط الثالث: أن يكون العرف قائما عند إنشاء التصرف:

– هو أن يكون العرف المراد تحكيمه موجودا معمولا به وقت إنشاء هذا التصرف سواء كان التصرف قولا أو فعلا، والتالي يخرج أمران:

1– ما إذا كان العرف طارئا على التصرف أو حادثا بعده.

2– ما إذا كان سابقا على التصرف وتغير قبل إنشائه، فإنه يعمل على كل منهما[2].

– فإن العرف المتجدد بعد أمر من أمور الناس لا اعتبار له " فالعرف الحاكم في أمر بين الناس يجب أن يكون موجودا عند وجود هذا الأمر ليصح حمله عليه، وهذا احتراز عن العرف الحادث فإنه لا عبرة له بالنسبة إلى الماضي ولا يحكم فيه"[3].

– كما لو عقد رجل على امرأة قام بتعجيل بعض المهر وتأجيل بعضه لأن العرف شائع وهو فاصل في مثل هذا يقضي العرف بعدم تأجيل ثم لو حصل نزاع بين الزوجين لسبب أن العرف تغير إلى تعجيل بعضه وتأجيل بعضه الآخر فإنه يحكم بالعرف الذي كان وقت إنشاء العقد، وهو تعجيل جمع المهر، ولا عبرة بالعرف الجديد[4].

---

1 – مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف باء الأديب، دمشق، ط7، 1968م، ص 880.

2 – أبو سنة، مرجع سابق، ص 66.

3 – مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام الفقه الإسلامي في التوجه الجديد، طبعة دار الفكر، بيروت، (د ت)، ج2، ص870.

4 – أسعد كاشف الغطاء، العرف حقيقته وحجيته، النجف الأشرف، (د ب)، 415 هـ، ص31.

4) الشرط الرابع: إلا يعارضه تصريح بخلافه.

- لا يتصور هذا الأمر إلا في المعاملات لأن المعروف عرفا كمشروط شرطا ومن القواعد الفقهية المقررة لهذا الشرط:" لا عبرة بالدلالة في مقابل التصريح"[1] إذا صرح المتعاقدان خلاف العرف في العقد فلا يعمل بالعرف"[2].

قال الإمام العز عبد السلام رحمه الله " كل ما يثبت بالعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافة لما يوافق مقصود العقد – صح".

- ومثال ذلك:

- لو اشترط المستأجر على الأجير العمل عنده من غير أكل أو شرب من العصر إلى المغرب ليوم واحد لزمه ذلك، أما لو شرط عليه العمل شرطا متواصلا بلا أكل أو شرب لم يلزمه ذلك الوفاء به وتبطل الإجارة[3].

5) الشرط الخامس: أن يكون العرف ملزما:

هو أن يحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس[4].

- وفي الظن أن هذا هو نتيجة لتحقق شرائط العرف لا شرط له إذا تقدم – وهذا في تعريف الاصطلاحي كون العرف ما استقر في النفوس من جهة العقول، وتلقته الطبائع السلمية بالقبول، وما استقراره وتلقيه بالقبول إلا دليل الشعور بكونه ملزما.

---

1 – محمد الزرقا، شرع القواعد الفقهية، دار القلم، سوريا، ط2: 1989، ص 109.

2 – مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مطبعة الألف باء الأديب، دمشق، ط7: 1968، ص876.

3 – العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مطالع الأنام، مكتبة الأزهرية، القاهرة، (د ت)، ص186.

4 – الطنطاوي، أصول الفقه الإسلامي، (د ط)، (د ب)، ط1: 1990م، ص313.

ثانيا: شروط العرف في القانون الجزائري:

وحتى يعتد بالقاعدة العرفية لتكون مصدرا من مصادر القانون وجب توفر الشروط وهذه الشروط هي التي يجب أن تتوفر في العادة حتى تكون عرفا وهي من شروط الركن المادي للعرف عند رجال القانون وتتمثل في:

*** أولا: العمومية:**

– وهي عنصر لازم حتى يكتسب السلوك صفة القاعدة العرفية التي تعبر كمصدر للقانون، وجب أن يكون خطابها موجها إلى مجموعة من الأشخاص غير المعنيين بذواتهم، وليس معنى العمومية أن يكون هذا السلوك شاملا لكل أقاليم الدولة، قد يكون خاصا بطائفة معينة أو بإقليم معين[1]، أو بأهل مهنة معينة، كالتجار أو الأطباء أو الصناعيين ومنه يفهم أن العموم ليس معناه الإجماع وإنما يكفي الشيوع لنشوئه حتى ولو شذ بعض الأفراد من الإقليم أو الدولة[2].

*** ثانيا: القدم:**

– حتى ينشأ العرف يجب أن يطرد الناس على إتباع السلوك مدة زمنية طويلة[3]، ومعناه استمرار العمل به، وتختلف مدة القدم من السلوك إلى آخر، ومن مجتمع إلى آخر، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية في تقدير ما إذا كانت المدة الزمنية كافية لاستقرار السلوك إلى عرف يعتد به، فالعرف الزراعي أيضا في التكوين من العرف التجاري، الذي يجد السلوك في هذا الأخير السرعة الكافية لتكوينه والاستقرار عليه بسرعة[4].

---

1 – حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط9: 2008م، ص143.

2 – شاهين إسماعيل، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار المطبوعات والنشر، الجزائر، 2007م، ص161/160.

3 – مصطفى عرجاوي، النظرية العامة للقانون، المطبعة العربية الحديثة، مصر، ط1: 1985م، ص250.

4 – أحمد بن علي، مدخل العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، 2009م، 262.

ثالثا: الثبات والإطراء.

* والثبات معناه أن يكون السلوك المنشئ للعرف قد أطرد إتباعه منذ نشوءه دون انقطاع بشكل واضح وجلي ومستمر[1]، فحتى تكتسب العادة قوة العرف يشترط فيها أن يتبعها الناس بطريقة منتظمة، دون تعبير أو انقطاع، فغياب السلوك تارة وظهوره تارة أخرى لا يمكن القول أنه سلوك يمكنه أن يكون عرف لفقدانه التواتر والانتظام في مدة زمنية معينة[2].

رابعا: عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة:

* ويهدف هذا الشرط إلى منع استقرار الناس على قواعد عرفية ناشئة من تواتر إتباعهم لسلوك سيء وضار[3] وأمثلة ذلك: الأخذ بالثأر في صعيد مصر.

وهذا الشرط وقع فيه خلاف بين فقهاء القانون، فهناك من سلم أن شرط منافاة النظام العام والآداب العامة يستقر على العرف العام الشامل، والعرف المحلي والمهني معا[4] وهناك من الفقهاء من لم يسلم إلا بالعرف المحلي والمهني فقط، وتفسيرهم لذلك أن العرف العام إذا اعتبر فإنه يكون قانونا، ويستحيل أن يكون متعارضا مع النظام العام، ومن جهة أخرى أن العرف الشامل يحكم علاقات جميع أفراد الدولة في كل أقاليمها، بغض النظر عن طوائفها ومهنها، وبصورة غير مباشرة يسهم في تحديد مضمون النظام العام والآداب

---

1 – عمار بوضياف، المدخل للعوم القانونية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3: 2007م، ص 171.

2 – علي فيلالي، المدخل في القانون، موفم للنشر، الجزائر، 2010م، ص251.

3 – عبد الرحمان حمدي، مبادئ القانون، دار النشر، مصر، 2003م، ص96.

4 – مصطفى عرجاوي، النظرية العامة للقانون، المطبعة العربية الحديثة، مصر، ط1: 1985م، ص251.

العامة فيها، والتالي مخالفة الآداب العامة والنظام العام لا تصدق إلا على العرف المحلي أو المهني[1].

الفرع 2: أركان العرف.

أولا: أركان العرف في الفقه الإسلامي:

من خلال بحثي في كتب الفقهاء المتقدمين لم أجد من يتكلم عن أركان العرف لكن بعض الفقهاء المعاصرين من تطرق إلى أركان العرف وهم على مذهبين:

المذهب الأول: غزو تقسيم الأركان في الفقه إلى التقسيم الذي يعتمد عليه القانونيون ومن وجود ركنين مادي ونفسي (معنوي)، واستنبطوا ذلك من التعريف الاصطلاحي للعرف، هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السلمية بالقبول[2]، واضعين نصب أعينهم أن التعريف الأخير يتركز أساسا على السلوك وبالتالي يقسمونه إلى:

أ) ركن مادي: وهو الإطراء والغلبة والمقصود بالإطراء أن يكون العمل بالعرف بين المتعارف بينهم مستمرا في جميع الحوادث دون تخلف، أما الغلبة فهو حصول العمل بالعرف في أكثر الحوادث إلا في حالات استثنائية نتيجة ظروف معينة.

ب)ركن معنوي (نفسي): وهو عنصر الإلزام، أي شعور داخلي يؤدي بالناس إلى الشعور أن هذا المسلك واجب الإتباع وملزم، فاستقرار العرف في النفوس معناه انه أصبح مسلكا واجب الإتباع، واستنبطوا عنصر الإلزام لأنه لم يذكر صراحة من تعريفهم للعرف والعادة، واشترط بعضهم أن يكون ملزما يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس[3].

---

1 – محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط15، 2008، ص175/176.

2 – وهو تعريف الشيخ حافظ الدين النسقي، المذكور في رسالة ابن عابدين، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف– أنظر ابن عابدين مجموعة رسائل ابن عابدين، الجزء 02، ص114.

3 – محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، (د ت)، ص293.

المذهب الثاني: قسم أركان العرف إلى ثلاثة أركان وهي المعتاد والمعتاد عليه والاعتياد[1].

- **المعتاد:** هو الشخص في العادة الفردية أو الجمهور في العادة الجماعية.

- **المعتاد عليه:** هو محل الاعتياد وهي الأفعال المعتاد عليها والألفاظ بمعناها العرفي المتداولة في غير معناها اللغوي.

- **الاعتياد:** هو تكرار الفعل والعمل والقول، وذلك أن أي عمل أو لفظ عرفي لا يمكن اعتباره عرفا إلا إذا حصل تكراره مرات عديدة.

وقد ذهب هذا المذهب إلى اعتبار الأركان السابقة الذكر في الفقه، دون التقيد بالأمر بالأركان التي حددها رجال القانون لاعتقادهم أن عنصر الإلزام الذي يجعله فقهاء القانون ركنا إنما هو أقرب للشرط من الركن، لأن القوة الملزمة للعرف إذا كان فاسدا لا يمكن أن تجعله يتفق مع روح الشريعة الإسلامية وبالتالي ترفضه ولا تعتد به[2].

الفرع الثاني: أركان العرف في القانون الجزائري.

- كما قلنا فإن العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين واعتقادهم بأن هذا السلوك ملزم من خلال هذا التعريف – يتضح أن للعرف ركنا الأول هو الاعتياد أو ما يعرف بالركن المادي، والثاني الشعور بالالتزام أو ما يعرف بالركن المعنوي.

أ- الركن المادي: الاعتياد على سلوك معين.

- يقصد به اعتياد الناس على إتباع مجموعة من التصرفات التي تخص أمور حياتهم في المجتمع[3]، أو هو تكرار الناس لسلوك معين، أي تكرار نفس السلوك من قبل الجماعة عند توفر نفس الظروف القيام بهذا السلوك[4]، ولتوفر هذا الركن يلزم تحقق شروط التالية:

---

1 – يعقوب بحسين، القاعدة العامة المحكمة، مكتبة الرشد، الرياض، ط2: 2012م، ص53.

2 – يعقوب بحسين، نفس المرجع، ص 59.

3 – شلالي رضا، نفس المرجع، ص17.

4 – محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002م، ص303.

*** أن تكون العادة عامة:**

يلزم أن تكون العادة عامة ومجردة على غرار القاعدة التشريعية، أي أن يتصرف حكمها على الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم ولا يقصد بالعموم هنا أن تخاطب القاعدة العرفية كافة أفراد المجتمع فقد تكون مهنية خاصة بمهنة معينة مثل: التجارة، بل هي سلوك عام[1].

*** أن تكون العادة قديمة:**

أي مضى على ظهورها مدة تكفي للتأكد من استقرارها في المجتمع ومسالة تحديد المدة اللازمة لاعتبار العادة قديمة هو متروك للسلطة التقديرية للقاضي[2]، وفقا للظروف لأنه يختلف باختلاف موضوع العلاقات التي يتضمنها.

*** أن تكون العادة منظمة وثابتة:**

ومعناها أن تكون العادة متبعة من طرف الناس بصفة متواترة ومنظمة يطبعها الاستقرار وعدم الانقطاع[3].

*** أن تكون العادة مطابقة للنظام العام:**

بمعنى أن يكون ما تعود عليه الناس لا يتنافى في مضمونه مع النظام العام والآداب العامة، كما لو تعود الناس على أخذ ثأرهم بأنفسهم، فإن هذه العادة لا يصح اعتبارها عرفا مهما كان قدمها لأنه لا يجوز مثلا أن ينشأ عرف يجيز المبارزة أو الانتقام.

---

1 – توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون النظري العامة للحق، مؤسسة مطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1992م، ص92.

2 – سمير عبد السيد التناغي، النظرية العامة للقانون، منشأ المعارف، الإسكندرية، مصر، 1984م، ص430.

3 – عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار الريحانة، الجزائر، ط2: 2007م، ص144.

ب-الركن المعنوي: الشعور بالالتزام:

هو اعتقاد الناس بإلزامية العادة أي شعور الناس كافة بأنهم ملزمون بإتباع هذه السلوك وصار مفروضا ولم يعد تفضيل بل إلزاما[1]، أي أصبحت قاعدة قانونية ويتعرضون للجزاء في حالة مخالفتهم لها[2].

- فإذا توافر هذا العنصران أنشا العرف قواعد قانونية ملزمة دون حاجة إلى إجراء آخر هذه قواعد الملزمة قد تكون قواعد آمرة وقد تكون قواعد مكملة.

ومثال القواعد العرفية الآمرة القاعدة التي تقضي في بعض الدول بتسمية الزوجة بلقب زوجها، ومثال القواعد العرفية المكملة، القاعدة التي تقضي باعتبار أثاث المنزل في الأسرة المسلمة ملكا للزوجة[3].

- وقد يتفق بعض الأفراد على عادة معينة يلتزمون بها وهذا ما يسميها الفقهاء بالعادة الاتفاقية تتكون من الركن المادي فقط وتفقد للعنصر المعنوي.

فهي لا تنطبق إلا من قبل الأفراد فمصدرها الإرادة الذاتية، إذ هي ليست بقانون فلا نلزمهم وان القاضي لا يعمل بها إلا إذا تم الاتفاق بين الأطراف صراحة أو ضمنها على تطبيقها[4].

- ومن أمثلة العادة الاتفاقية: المستأجر هو الذي يتكفل بثمن استهلاك المياه[5].

---

1 - همام محمد محمود، المدخل إلى القانون نظرية القانون، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2001، ص303.

2 - شلالي رضا، محاضرات في مقياس مدخل للعلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017/2016، ص17.

3 - الحاج طاس، محاضرات قانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2015/2014، ص25.

4 - حسين الصغير، النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرقي (دراسة مقارنة)، ط1، دار المحمدية، الجزائر، 2001، ص 122.

5 - شلالي رضا، نفس المرجع، ص17.

المبحث الثاني

حجية العرف في الفقه

والقانون الجزائري

المبحث الثاني: حجية العرف في الفقه والقانون الجزائري:

المطلب الأول: حجية العرف في الفقه الإسلامي:

الفرع الأول: حجية العرف في القرآن والسنة والإجماع:

– إذا كان العرف صحيحا بحيث لا يخالف نصوص الشريعة ومبادئها فهو دليل من أدلة الأحكام متى تحقق شرط العمل به، وهذا ما ذهب إليه جمهور العلماء ومازالوا يعتبرون بالعرف ويبنون عليه الكثير من الأحكام[1]، يقول ابن عابدين (والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار)[2]– وبعد المذهب المالكي مع المذهب الحنفي من أكثر المذاهب توسعا واحتراما للعرف في بناء الأحكام، يقول الشاطبي (العوائد الجارية ضرورية الاعتبار شرعا، إذا كانت الشريعة في أصلها أو غير شرعية، أي سواء كانت مقررة بالدليل شرعا أمرا أو نهيا أو إذنا أم لا)[3].

– ثم يليها الشافعية باعتبار العرف وعادة الناس وإن كانت فعلية كما يقول السيوطي(أعلم إن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه في المسائل لا تعد كثيرة)[4].

– ثم ورد بعدهم الحنابلة مما يدل على اعتبارهم لهذا الدليل الشرعي في قول الفتوحي (من أدلة الفقه أيضا تحكيم العادة، ومعنى قول الفقهاء" أن العادة محكمة أي معمول بها شرعا)[5].

---

1 – ابن نجيم، الأشباه والنضائر على مذهب حنفية النعمان، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1: 1986م، ص85.

2 – ابن عابدين، مج رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العرفي، (د ت)، ج2، (115/2).

3 – الشاطبي– الموافقات، دار ابن عفان، السعودية، ط،1،1997، ج1، ص493.

4 – السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، المكتبة الشامية، السعودية، ط2: 1997، ص(149/1).

5 – محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي، شرح كوكب المنير، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993، ج4، ص448.

- بعد ذكر بعض آراء العلماء في مختلف المذاهب فلا بد أن يكون لما قالوه دليل واستدلوا على حجية العرف بالقرآن والسنة والإجماع نوجزها في ما يلي:

أولا: الكتاب العزيز:

1- قوله تعالى:﴿ خذ العفو وأمر بالمعروف وأعرض عن الجاهلين﴾ [الأعراف/ الآية 199].فالآية تفيد جواز الأخذ بالعرف فيما لم يرد فيه دليل شرعي.

2- إن الشريعة تحيل في بعض أحكامها على العرف من ذلك قوله تعالى﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وعلى المولود رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ [البقرة/ الآية 233].

قال ابن جرير " ويعني بقوله" بالمعروف بما يجب لمثلها على مثله، إذا كان الله تعالى ذكره – علم تفاوت أحوال خلقه بالغني والفقير وان منهم الموسع والمقتر وبين ذلك، فأمر كلا منهم أن ينفق على من لزمته نفقته من زوجته وولده على قدر مسيرته.

ثانيا: من السنة:

1- ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها أن هند بنت عتبة قالت " يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح فلا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت من ماله وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف"[1] فجعل النبي صلى الله عليه وسلم العرف ضابطا للواجب –النفقة– الذي لم يقع تحديده لا بالنص ولا بحكم القاضي.

2- عمدة احتجاجهم من السنة ما ذكر من النبي صلى الله عليه وسلم فقال: " ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن"[2].

---

1 – رواه البخاري، كتاب النفقات، بيان إذا الرجل والمرأة أن تأخذ بدون علمه ما يكفيها وولدك بالمعروف ر.ح (5364) ومسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، باب قضية هند ح. ر (7)(1338/3).

2 – السيد صالح عوض محمد، أثر العرف في الشرع الإسلامي، نشر دار الكتاب الجامعي، مصر القاهرة، 1979م، ص177.

إن ما اعتاده المسلمون وعرفوه واستحسنته عقولهم وتلقته نفوسهم بالقبول أنه حسن وإذا كان كذلك فهو عند الله حسن، وإذا كان كذلك فهو عند الله حسن، أي أنه مقبول ومسلم به شرعا[1].

ثالثا: الإجماع:

1- أخذ الفقهاء بالعرف وبناء الأحكام الشرعية عليه في مختلف العصور، وذلك باستقراء فروع الشريعة الإسلامية التي كانت موجودة قبل الإسلام كبيع السلم والمضاربة، وألغت أعرافا كعقود الربا والغرر لفسادها، فدل ذلك على اعتبار العرف الصحيح وطرح الأعراف الفاسدة، وهذا دليل على صحة اعتبار العرف لان علم به ينزل منزلة الإجماع السكوتي فضلا عن تصريح بعضهم به. وسكون الآخرين عنه فيكون اعتباره حينئذ ثابتا بالإجماع.

قال شلبي" وقف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من بعد موقفه من العادات ثم قال وبذلك يكون أصحاب رسول الله قد أكدوا بقاء اعتبار العرف الصالح فيها يجري بين الناس ثم قال وعلى هذا المنهج سار الفقهاء والمجتهدين من بعدهم"[2].

2- إذا تعارفه الناس على أمم فدل ذلك أنه محقق لمصالحهم وملب حاجاتهم، فإذا كان غير مخالف للشرع وجب اعتباره، لأن الشريعة جاءت لتحقيق مصالح العباد في معاشرهم ومعاملاتهم، وثبت أن الشارع الحكيم راعى الصحيح من الأعراف العرب في التشريع فلا يستغني عليها.

قال خلاف" أما العرف الصحيح فتجب مراعاته في التشريع وفي القضاء ثم قال ولأن المقصود من التشريع تدبير شؤون الناس بما يكفل مصلحتهم والعدل بينهم وما دام عرفهم

---

1 – أحمد بن علي المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1993م، ص115.

2 – محمد مصطفى شلبي، أصول الفقه الإسلامي، ، دار الجامعة، 1983م، ج1، ص336.

جاريا على الفعل او الترك في تعاملهم ومتفقا ومصلحتهم وليس فيه معارضة الشرع فتجب مراعاته وفي هذا العرف قال العلماء العادة شريعة محكمة والفرق في الشرع له اعتبار[1].

– فالثابت العرف كالثابت بالنص – المعروف كالمشروط شرطا – الحقيقة تترك بدلالة الاستعمال الأداة.

الفرع الثاني: نماذج تطبيقية للعرف في الفقه الإسلامي:

– عمل الفقهاء بمقتضى العرف في مسائل الفقه كثيرة منها:

1– أباح الشرع زمرة من العقود كعقود الاستصناع والإجارة وسلم والمعاطاة، ودخول الحمام من غير تقديم الأجرة ومدة المكث ومقدار الماء المستعمل.

2– يجوز بيع الثمار والخضار على الأشجار، إذا ظهر بعضها دون البعض الآخر (البطيخ – التين– العنب– الباذنجان– اليقطين– الكوسا)[2]، للتعامل به عرفا للضرورة مع أن بعضها بيع لمعدوم، لما روى ابن عباس أنه قال:" نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تباع ثمرة حتى تطعم ولا تباع صوف على ظهر ولا لبن في ضرع".

3– يجوز الشراء بعض الحاجات الشخصية أو المنزلية (الساعة– المذياع– الغسالة– الثلاجة) ومع ضمانة عدم العطب أو التكفل بإصلاحها مدة معينة، لتعارف الناس واحتياجهم إلى ذلك.

4– أجاز العلماء بالاتفاق الاستئجار على تعليم اللغة والأدب والحساب والخط والفقه والحديث ونحوها وبناء المساجد لتعارف الناس والحاجة أو الضرورية الداعية لذلك وإلا تعطلت المصالح العامة.

5– تصافح الغرباء في حال تعارفهم على بعضهم كما في مجتمع الغربي حيث أنهم:

– ينحنون لبعضهم البعض في كل من : الصين – كوريا – اليابان.

---

1 – محمد تقي الحكيم، أصول العامة للفقه المقارن، ط1، مطبعة دار الأندلس، بيروت، 1963، ص375.

2 – وهبة الزجلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، لبنان، ط1، 1999، ص99.

– لا ينحنون لبعضهم البعض في العادات اليهودية.

– تكون التحية في الو م أ بالنظر في عيون بعضهم مع هز رؤوسهم ومع ابتسامة دون انحناء.

6– في بعض المدارس بالرغم من عدم تخصيص المقاعد للطلاب بأسمائهم إلا أن بعض الطلاب يدعون أن هذه المقاعد لهم ويعتبرون الجلوس في المقعد طالب آخر إهانة لهم.

7– التزام سائقي المركبات بالجانب الأيمن من الشارع في البلاد العربية، ألمانيا و الو م أ بينما في أستراليا وانجلترا يسيرون في الجانب الأيسر.

8– وجوب الدية في القتل الخطأ على العاقلة (عصبة القاتل) روعي فيه عرف العرب، مع أن المتبادر إلى الذهن هو التزام القاتل به، لأنه المباشر للقتل.

9– اعتبار الكفاءة في الزواج روعي فيه عرف العرب أيضا مع أن الناس سواء للحفاظ على مستقبل الزوجية لأن الناس عادة يردرون من دونهم.

10– يجوز عند جماعة من العلماء البيع بثمن يترك تقديره إلى العادة والعرف: وهو البيع الشائع بين الناس في شراء السلع المعروفة السلع بثمن مؤجل، فقد يحدث كثيرا أن يعتاد الشخص العامل ثمنها، إلا بعد مدة وهذا حال كثير من الموظفين الذين يتعاملون مع باعة (اللحوم – البقول– الخردوات ... إلخ) على أن يدفع الحساب في آخر الشهر، فهو بيع لا ينص المعاقدان فيه على مقدار الثمن، إشكالا على تقديره والعلم به في العادة[1].

1 – وهبة الزحيلي، العرف بين الشرع والقانون، موقع نسيم الشام،www.Nasseelalcham.com

المطلب الثاني: حجية العرف في القانون:

فرع 2: حجية العرف في الفقه القانوني

-ليس هناك خلاف بين فقهاء القانون، حول حجية أو القوة الملزمة للقاعدة العرفية مواجهة المخاطبين بها، مثلها مثل القاعدة القانونية لكل خلاف يكمن في أساس هذه القوة الملزمة فظهرت عدة نظريات فقهية تبرر كل واحد منها أساس القوة الملزمة للعرف وسأتعرض لهذه النظريات مع مناقشتها.

*** النظرية الأولى: أساس القوة الملزمة للعرف الإرادة الضمنية للسلطة العامة (المشرع).**

- ومضمون هذه النظرية أن العرف يستمد قوته من إرادة المشرع الضمنية من خلال رضى المشرع عليه وعدم إلغائه وذلك بإصدار تشريع موافق لسلوك الناس وبالتالي يأخذ العرف القوة الملزمة من ذلك[1].

مناقشة:

- يؤخذ على هذه النظرية المحسوبة على المذهب الشكلي[2]، في تأصيل القانون خلطهما بين العرف والتشريع، وقد انتقدت على ذلك، فالعرف أسبق من التشريع في الوجود، وكذلك قدم النظرية التي تبناها فقهاء القانون الكنسي، لترسيخ قوة الكنيسة والنظم الاستبدادية الملكية كمصدر وحيد للقانون والعرف[3].

1 - عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، جسور النشر والتوزيع، الجزائر، ط3: 2007م، ص173.

2 - محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط 15: 2008م، ص 185.

3 - محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001م، ص367.

*** النظرية الثانية: أساس القوة الملزمة للعرف الضمير الجماعي للشعب:**

– ومفاده هذه النظرية أن الشعب هو الذي ينشئ العرف عن طريق اعتياده على سلوك وتكراره ثم شعوره بلزومه وعدم جواز الخروج عليه، فرضاه به هو مصدر القوة الملزمة للخضوع له والالتزام بأحكامه[1].

*** مناقشة:**

– تستند هذه النظرية على المذهب التاريخي[2] في التأصيل القانون، ويعاب عليها أنها تقوم على أساس القوة الملزمة للعرف، وهي الضمير الجماعي للشعب، وهي فكرة غامضة ومبهمة فكيف يكون ضمير الشعب مؤسسا للعرف، وفي الوقت نفسه ملزم له.

– وهناك من أيد هذه النظرية وحجته في ذلك أن الشعب في الديمقراطية الحديثة يخول الهيئة المعينة، وهي البرلمانات ومجالس النواب سلطة تشريع القوانين، وبالتالي هم يعبرون هن الضمير الجماعي للشعب[3].

*** النظرية الثالثة: أساس القوة الملزمة للعرف أحكام القضاة:**

– ويقصد بهذه النظرية أن العرف يستمد قوته الإلزامية من خلال نشأته عن طريق أحكام القضاء، إذ يعتبر بعض الفقهاء أن العادة لا تصبح عرفا إلا بتطبيق القضاة لها، وبتكرار الحكم فيها، وبالتالي فالسلطة القضائية هي التي تبث في القاعدة العرفية روح الإلزام ومن خلالها يشعر الأفراد بقوتها[4].

---

1 – محمد السعيد جعفور، مرجع نفسه، ص188/187.

2 – عبد الحميد فوده، جوهر القانون، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1: 2004م، ص247.

3 – عبد الله مبروك النجار،، المدخل المعاصر لفقه القانون، دار النهضة العربية، مصر، ط3: 2006م، ص218.

4 – لطفي محمود، المدخل لدراسة القانون، ديوان النشر، مصر، ط5: 2005، ص ص211 – 212.

مناقشة:

– حضيت هذه النظرية بالتأكيد في ظل نظام السوابق القضائية[1]، المقرر في القانون الإنجليزي، لكنها أثبتت عدم صحتها، حيث ثبت أن بعض القواعد العرفية نشأت دون الحاجة إلى تدخل القضاء كالقواعد العرفية المهنية.

وبالتالي فالقضاء لا ينشئ القواعد العرفية لأنها في الأصل أسبق منه في الوجود، بل يطبقها لأنها ملزمة وموجودة في الواقع، فمجرد التحقق من وجود العرف هو في الأصل اعتراف بوجوده وإلزاميته، وبالتالي فالقضاء لا ينشئ العرف، ولكن نثمن غالبا مجهودات القضاء في التحقق وجود العرف، وتطبيقه للفعل في القضايا المختلفة[2].

*** النظرية الرابعة: أساس القوة الملزمة للعرف الضرورة الاجتماعية(القوة الذاتية):**

– يذهب كثير من الفقهاء أن أساس القوة الملزمة للعرف لا تكمن في أي من النظريات السابقة، بل هي كامنة في قوة ذاتية للعرف، حتمتها الضرورة الاجتماعية للسير بمصالح الناس عند انعدام التشريع في المجتمعات القديمة، أو وجود نقص التشريع عند المجتمعات الحديثة، وكذلك الامتثال لضرورة احترام العادات والتقاليد حيث يشعر الأفراد بنزعة داخلية تسمى نزعة المحافظة على كل قديم والمواجهة بقوة لكل ما يطرأ من جديد ليغير من كيانها[3]

---

1 – سعيد سعد عبد السلام، المدخل في نظرية القانون، جامعة المنوفية، مصر، ط1، 2003/2002م، ص225.

2 – عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3: 2007م، ص172.

3 – حبيب إبراهيم الغليلي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط9: 2008م، ص147.

مناقشة:

– انتقدت هذه النظرية أن الالتزام في حد ذاته علة وليس مصدرا، فالعرف ملزم لأنه ضروري لتنظيم حياة الناس، فهذه الضرورة هي علة إلزام للقاعدة العرفية، وليست مصدرا للإلزام[1].

*** النظرية الخامسة: أساس القوة الملزمة للعرف من الناحية الرسمية الإرادة المباشرة للمشرع.**

– ويرى مناصرو هذه النظرية أن القوة الملزمة للعرف بشكل رسمي، تكون من خلال التقانين المدنية الحالية، مثلا: التقنين المدني الجزائري في مادته الأولى ينص على اعتبار العرف مصدرا رسميا احتياطيا ثانيا للقانون، بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، وهو إرادة الأمة التي تجد في تطبيقها عن طريق السلطة التشريعية تيسيرا لمعاملاتها وحاجتها الاجتماعية[2].

*** الرأي المختار:**

– كل النظريات السابقة اختلفت في أساس القوة الملزمة للعرف والراجح هي النظرية الخامسة[3]، لأن الحاجة وليدة الظروف عموما خاصة الظروف الحالية ومع التطور الحاصل في الإنسانية، فإن الإرادة الرسمية للمشرع هي التي تضفي القوة الملزمة للعرف.

---

1 – لطفي محمود، نفس المرجع، ص211.

2 – محمد السعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط15: 2008م، ص ص191–192.

3 – مصطفى عرجاوي، النظرية العامة للقانون، المطبعة العربية الحديثة، مصر، ط1: 1985م، ص257.

الفرع الثاني: نماذج تطبيقية في القانون الجزائري.

– بالرغم من أن العرف يعتبر أحد المصادر الاحتياطية للقانون، فإن دوره يتفاوت بينيا وملحوظا في نطاق تطبيقه بين مختلف الفروع، على النحو الآتي وقسم إلى قسمين:

أ– في مجال القانون العام:

– تخص الأمثلة في مجال القانون العام: القانون الدستوري(1) والقانون الإداري (2) والقانون الجنائي.

1– القانون الدستوري:

إذ أغلقت القواعد الدستورية المكتوبة عن ذكر مسألة معينة عاد للعرف الدستور أمر إيجاد حل لها ويتعاظم دور العرف أكثر إذا كان الدستور عرفيا كما هو الحال في انجلترا مثلا، وأيضا في الدساتير المرنة يكون للعرف المكمل للقانون الدستوري أهمية كبرى كما في الدستور البريطاني، فمعظم القواعد الدستورية المهمة التي تسير عليها الحكومات البريطانية لا تجرأ على استبدالها، وتخضع لما يسمى بالعرف الدستوري[1].

2– القانون الإداري:

باعتبار أن العرف الإداري هو المتبع في حال الإشكالات القانونية أمام الإدارة مما يجعله من أهم مصادر القانون الإداري، وسبب ذلك انه غير مقنن، فإدارة عند إتباعها لسلوك مدة طويلة بصفة متكررة يجعل الأفراد المتعاملين معها يشعرون بالزاميته فيحكم على هذا السلوك بأنه عرف إداري[2]، سبق القول أن القانون الإداري غير مقنن للأسباب المشار إليها ومن هنا عاد للقضاء والعرف الدور الأساس لحل الإشكالات القانونية المطروحة، وهذا ما أقرته محكمة القضاء الإداري بمصر بقولها " إن العرف الإداري الذي استقر عليه العمل هو بمثابة القاعدة التنظيمية المقررة التي دأبت جهة الإدارة على إتباعها[3].

---

1 – لطفي محمود، المدخل لدراسة القانون، مصر، ط5، 2003، ص203–204.

2 – عمار بوضياف، المدخل للعلوم القانونية، دار الريحانة، الجزائر، ط2، 2007، ص176–177.

3 – عمار بوضياف، مرجع نفسه، ص43.

3- القانون الجنائي:

- أما القانون الجنائي فليس للعرف أي دور فيه، وهذا استنادا إلى مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة والذي ينص "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص"، فلا يجوز أن يكون العرف مصدرا للعقاب، وعند خلو التشريع من النص يجرم الفعل فلا يكون أمام القاضي إلا تبرئة المتهم[1].وقد بينه أحسن بوسقيعة بأنه " لا يلعب العرف أي دور في مجال الجنائي لأن مبدأ شرعية الجريمة والعقوبة يقتضي أن يخاطب المشرع الأشخاص بقواعد مكتوبة فيحصر الجرائم ويحدد لها عقوبات معينة من جهة ولأن عدم تقنين الفعل الجرمي يعني إباحة للأفراد من جهة أخرى"[2].

ب- في مجال القانون الخاص:

1- القانون المدني:

تراجع العرف بشكل كبير أمام التقنين المدني، وذلك لأن القانون المدني بلغ درجة كبيرة من الإحاطة والشمول بمختلف العلاقات والروابط بدليل أن القانون المدني الجزائري قد احتوى على 1003 مادة مست كل أنواع التصرفات المدنية من بيع وإيجار ورهن وغيرها، هذا فضلا على أن القانون المدني يعتبر من أقدم فروع القانون الخاص على الإطلاق وبذلك لا نجد الالتجاء إلى العرف إلا ما غفل عنه المشرع فلم تشر إليه مبادئ الشريعة الإسلامية، ومن أمثلة العرف المدني أن البائع في البيع بالعربون يحتفظ بالقسط الذي يسلمه له المشتري إذا تراجع هذا الأخير عن رغبته في إتمام عملية البيع وأيضا احتفاظ المرأة بلقبها العائلي بعد الزواج إلى جانب لقب زوجها الذي تكسبه بعده[3].

---

1 - غال علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الوئام، الأردن، 2004، ص160.

2 - أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، ط5، 2007م، ص21.

3 - لطفي محمود، نفس المرجع، ص205.

2- القانون التجاري:

يعد القانون التجاري مجالا خصبا للعرف، لكونه مصدرا رسميا لقواعده، وذلك بسبب اعتياد التجار منذ القدم لأعراف تجارية يعتقدون الزاميتها وعدم جواز مخالفتها[1]، ومن أمثلة العرف التجاري: افتراض التضامن بين المدنيين في المسائل التجارية رغم أن القانون المدني ينص بوجود نص قانون أو اتفاقي، وكذلك تخفيض الثمن عوضا عن الفسخ في حالة تأخر البائع في تسليم المبيع[2].

3- القانون الدولي الخاص:

أنكر بعض الشراح وجود عرف دولي ملزم في نطاق القانون الدولي الخاص، ومع ذلك يرى فريق آخر من الشراح أن القانون الدولي الخاص تأثر إلى حد كبير بالقواعد العرفية وما توصل المشرعون لتقنينه ما هو إلا عبارة عن جمع الأعراف كانت سائدة ومستمرة منذ زمن طويل مثل قاعدة خضوع التصرف لقانون المحل وقاعدة خضوع العقار لقانون موقعه[3].

4- القانون البحري:

للعرف دور هام في القانون البحري وهذا يرجع إلى قلة النصوص التشريعية في نطاق هذا القانون وعجزها عن ملاحقة الملاحة والتجارة البحرية المتجددة[4].

5- قانون العمل:

رغم تدخل المشرع لتنظيم العلاقة بين العمال وأصحاب العمل، إلا أن هذا التنظيم لم يفقد العرف دوره في هذا الفرع من فروع القانون، ولقد أثبتت الدراسات القانونية أن دور العرف

---

1 – بوضياف عمار، المدخل إلى العلوم القانونية، جسور النشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2007م، ص178.

2 – عمار عمورة، الوجيز في شرح القانون التجاري، دار المعرفة، الجزائر، 2009م، ص22.

3 – عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، (د ط)، المنصورة، 2009م، ص36.

4 – مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، دار الجامعة، بيروت، (د ت)، ص18.

في مجال قانون العمل يتجاوز بكثير دوره في مجال القانون المدني، وان اغلب ما تم تشريعه من نصوص تنظم عالم الشغل هو في أصله قواعد عرفية ومن أمثلة ذلك: الحق النقابي الذي تمت ممارسته واقعيا قبل الاعتراف به رسميا[1].

1 – أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، دياون المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6: 2010م، ص90.

المبحث الثالث

أوجه الشبه والاختلاف في العرف بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري

المبحث الثالث: أوجه الشبه والاختلاف في العرف بين الشريعة الإسلامية والقانون الجزائري:

من الخطأ في القول أن نقارن بين شرع الله وتقنين الناس، أي بين نظريات الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، وذلك للحقائق الشائعة بين شرع الله وتقنين الإنسان، وبين الخالق والمخلوق، وبين الثرايا والثرى، لكن هذا لا يمنع من أن نلقي نظرة خاطفة على نظرية العرف في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي. ونريد بذلك بيان الحقيقة للناس ليقف عليها من يريد الفهم والإنصاف.

فنقول:" إن هناك توافق في جوانب وتخالف في جوانب أخرى.

المطلب1: أوجه التشابه:

الأول: أن للعرف دورا هاما في قسم المعاملات في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي فكثيرا ما تجد العرف هو المحكم في البيع الناس وشرائهم بل في معاملاتهم كلها.

الثاني: أن كلا من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي يحيل في نصوصه على العرف في كثير من المسائل فمثلا " الفقه الإسلامي أحال على العرف مقدار النفقة وجنسها والتفريق بين البيع"، والحرز في الوديعة وفي باب السرقة، كما أن القانون يحيل على العرف لأن كل إقليم له عرفه الخاص به، والقانون لا يمكنه تنصيص على عرف كل إقليم لأنه يؤدي إلى التناقض والاضطراب حيث أن العرف قد يكون مخالفا لعرف الإقليم الآخر.

الثالث: أن كلا من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي لا يعتبر العرف إذا عارض نصوصه، إلا إذا كان العرف موجودا في عهد الرسول صلى الله عليه وسلم كما مضى الحديث عن ذلك في تعارض العرف مع النصوص الشرعية وكذلك ما صارت عليه بعض الدول من جعل العرف في منزلة التقنين.

الرابع: يشترط للعرف في كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي: أن يكون مطردا وثابتا، وموجودا عن إنشاء التصرف، حتى يتمن الفقيه والقانوني من الإلزام به وبناء الحكم عليه.

الخامس: إن كلا من الفقيه في الشريعة الإسلامية والقانوني في القانون الوضعي في حاجة ماسة إلى العلم بالعرف، حتى يتمكن من إجراء الحكم على الوجه السليم.

المطلب2: أوجه الاختلاف:

– أما الجوانب المختلفة فيها.

– فيمكن الإشارة إلى أهمها فيما يلي:

أولا: أن العرف في الفقه الإسلامي: يعتمد في إقراره والإلزام به على شريعة الله تعالى العالم بما يصلح الناس، لأنه خالقهم والخالق الحقيقة أعلم بما يصلح لها.

– أما العرف في القانون الوضعي: فإنه يعتمد في إقراره والإلزام به على القانون الذي هو من وضع البشر، يعتريه القصور والنقص، لأن صانعه قاصر ناقص والصنعة تأخذ صفة صانعها.

ثانيا:

– أن العرف في القانون مصدر أصيل من مصادره العامة فهو ثاني مصدر للحديث بل هو والتقنين في مرتبة واحدة لدى بعض الدول.

– أما العرف في الشريعة الإسلامية: فلا يعد أن يكون قاعدة من قواعدها الفقهية يعمل به في نطاق خاص.

ثالثا:

– أن **الشريعة الإسلامية:** لا تعتبر من الأعراف إلا ما كان صحيحا، يحقق مصلحة للناس ولذلك قسم الفقهاء العرف إلى صحيح وفاسد.

– أما **العرف في القانون** فلا يعتبر فيه هذه النظرة، بل يعمل بالعرف الفاسد كما يعمل بالعرف الصحيح، وذلك لم يقسم القانونيون العرف إلى صحيح وفاسد، شأن علماء الشريعة الإسلامية.

رابعا:

– **العرف في الفقه الإسلامي:** يأتي في وسائل العبادات، بل في جميع أبوابه وهذا بخلاف العرف في **القانون:** فإنه لا دخل له إلا في المعاملات، انطلاقا من مبدأ فصل الدين عن الدولة، وأن ما لله لله وما للقيصر للقيصر.

خامسا:

العرف في الشريعة الإسلامية: منظم وموجه ومن ثم عبر القرآن الكريم عنه بالمعروف في أكثر من موضع، وهذا بخلاف **القانون:** فإنه منظم وليس موجه: لأنه فقد صبغته الدينية التي تذكي الشعور، وتحاسب الضمير.

سادسا:

– أن **العادة في الفقه الإسلامي** أهم من العرف، فكل عرف من غير العكس، أما القانون فإنه يعتبر العادة مرحلة أولية للعرف: أي الركن المادي له فإذا ما توفر فيهما الكن المعنوي (اعتقاد الناس بأن هذه العادة ملزمة) ارتقت إلى درجة العرف.

سابعا:

– يشرط في **العرف في الفقه الإسلامي** توفر الركن المعنوي وهو استقرار النفوس لقبوله أما الركن الإلزامي لم يتطرق إليه.

– أما رجال **القانون** فينظرون إلى العرف بمنظور آخر ويشترطون أن يتوافر الركنان معا: المادي والمعنوي.

خاتمة

خاتمة

خاتمة:

– في ختام هذا البحث الذي تناولنا فيه دراسة مقارنة بين العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري توصلت إلى عدة نتائج أوجزها فيما يلي:

1– يعتبر العرف من المصادر التبعية التي يعتمد عليها في بناء الكثير من أحكام الشرعية في الفقه.

2– يعتبر العرف في القانون مصدرا احتياطيا ثانيا ويمكن الرجوع إليه في حالة عدم وجود أدلة شرعية في التشريع والمبادئ الإسلامية.

3– بين انه يوجد فرق بين العرف والعادة هو أن كل عرف عادة وليس كل عادة عرف، ويعتبرون العرف أخص في الفقه الإسلامي أما في القانون فالعادة اخص وأن العرف يلزم طرفين أما العادة فلا نلزمها إذا قص إحالة.

4– ونجد أن لكل مجتمع عرف مستقل يتميز به، وان العرف هو أحد أنواع السلطة غير الرسمية وهو إحدى المسلمات التي يعتمدها أفراد مجتمع ما، يعاقب كل من خالفها، وانه لا يمكن أن توجد أعراف دولية وأيضا يعد العرف أحد المصادر الأساسية التي يستمد منها القانون صياغته وان العرف مستمد في كثير من الأحيان من الدين السائد في أي مجتمع ويعد الدين مصدرا أساسيا للعرف والقانون.

5– العرف في الفقه الإسلامي يخضع إلى شروط صارمة .فاقر صالح منها وألغت الفاسد من تلك الأعراف ولا يعتبر إلا الصحيح منه، عكس القانون الذي جعل إلزامه الإنسان فعمل بالأعراف الصحيحة والفاسدة لأنه عاجز عن التمييز لكن قانون الأعراف شرط تماشيها معه وعدم مخالفته مع النظام العام.

6– إلزام العرف في الفقه الإسلامي توافر الركن المعنوي وهو استقرار النفوس، أما الركن المادي لم يتطرق إليه أما في القانون فاشترطوا توافر الركن المادي والمعنوي.

7- لكي يكون العرف في الشرع له اعتبار ويكون حجة لاستنباط الأحكام الشرعية لا بد أن يكون متوفر فيه الشروط منها " ألا يكون العرف مخالفا للنص الشرعي أما في القانون فيشترط في العرف عدم مخالفة النظام العام".

8- العرف في كثير من الأحيان يكون أقوى من القانون لأن من سن العرف ومن وافق عليه مؤمنين بع وبنجاعته بعكس القوانين التشريعية التي تضعها السلطات فإنها في كثير من أجزائها لا توافق ولا يقبلها لكنه مجبر عليها مثل: الأعراف السائدة في كرة القدم هو إخراج الكرة عند إصابة أحد اللاعبين ليتم علاجه ومن ثم إعادة الكرة للفريق الخصم أو الذي أخرجها بعد أن يتم علاج اللاعب.

9- هناك مقولة تقول أن الأعراف تحكم الشرفاء وأصحاب المبادئ وقيم أما القوانين فإنها وضعت للحد تجاوزات المفسدين وضعاف النفوس بالتأكيد لا عن القوانين وإلا سادت الفوضى وضاعت الحقوق لكثرة المفسدين، لكن إن لم نجد الأعراف مكانا لها في أوساطها الاجتماعية أو الرياضية أو الثقافية فهذا يجعلنا نعيد النظر في سلوكياتنا.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع:

المراجع:

1. ابن عابدين، مجموعة رسائل ابن عابدين، دار إحياء التراث العربي، (د ت)، ج2.
2. ابن عابدين، نشر العرف في بناء بعض أحكام على العرف، (د ب)، 1976م، ج2.
3. ابن فارس، مجمل الغة، باب العين والراء وما يشابهها،(د.ت)، ص513.
4. ابن فارس، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، لبنان، 1979م.
5. ابن منظور، لسان العرب، دار الكتاب العلمية، لبنان، (د.ت).
6. ابن نجيم، الأشباه والنضائر على مذهب حنفية النعمان، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1: 1986م.
7. ابن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط2: 1408هـ.
8. أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، 1958م.
9. أبو سنة فهمي، العرف والعادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في الفقه الإسلامي، مطبعة الأزهر، (د ب)، 1947.
10. أحسن بوسقيعة، الوجيز في القانون الجزائري العام، دار هومة، الجزائر، ط5، 2007م.
11. أحمد بن علي المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، ، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط2، 1993م.
12. أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية(النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في القوانين الجزائرية)، دار الأكاديمية للطبع، الجزائر، 2012م.
13. أحمد فهمي مصطفى الزرقا، المدخل الفهمي العام، مطابع الألف باء الأديب، دمشق، ص7، 1968م.
14. .أحمية سليمان، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، دياون المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط6: 2010م.

15. أسعد كاشف الغطاء، العرف حقيقته وحجيته، النجف الأشرف، (د ب)، 415 هـ.
16. بوضياف عمار، المدخل إلى العلوم القانونية، جسور النشر والتوزيع، الجزائر، ط3، 2007م.
17. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية النظرية العامة للقانون النظري العامة للحق، مؤسسة مطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1992م.
18. الحاج طاس، محاضرات قانون، كلية الشريعة والاقتصاد، جامعة الأمير عبد القادر، قسنطينة، 2015/2014.
19. حبيب إبراهيم الخليلي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط9: 2008م.
20. حبيب إبراهيم الغليلي، المدخل للعلوم القانونية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط9: 2008م.
21. حسن كير، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6: 1993م.
22. حسين الصغير، النظرية العامة للقانون ببعديها الغربي والشرقي (دراسة مقارنة)، ط1، دار المحمدية، الجزائر، 2001.
23. رواه البخاري، كتاب النفقات، بيان إذا الرجل والمرأة أن تأخذ بدون علمه ما يكفيها وولدك بالمعروف ر.ح (5364) ومسلم في صحيحه، كتاب الأفضية، باب قضية هند.
24. سعيد سعد عبد السلام، المدخل في نظرية القانون، جامعة المنوفية، مصر، ط1، 2003/2002م.
25. سمير عبد السيد التناغي، النظرية العامة للقانون، منشأ المعارف، الإسكندرية، مصر، 1984م.
26. السيد صالح عوض محمد، أثر العرف في الشرع الإسلامي، نشر دار الكتاب الجامعي، مصر القاهرة، 1979م.
27. السيوطي، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، المكتبة الشامية، السعودية، ط2: 1997.
28. الشاطبي– الموافقات، دار ابن عفان، السعودية، ط1،1997، ج1.

29. شاهين إسماعيل، المدخل لدراسة العلوم القانونية، دار المطبوعات والنشر، الجزائر، 2007م.
30. شلالي رضا، محاضرات في مقياس مدخل للعلوم القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2017/2016.
31. صالح معوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة.
32. ضيف الله عبد النور، ملخص مقياس القانون الدستوري، كلية الحقوق،(د ب)، 2019/2018م.
33. الطنطاوي، أصول الفقه الإسلامي، (د ط)، (د ب)، ط1: 1990م.
34. عادل بن عبد القادر بن محمد علي، العرف وحجته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة (دراسة نظرية تأصلية تطبيقية) مكتبة مكة، السعودية، ط1، 1997م.
35. عادل بن عبد القادر محمد علي قوته، العرف وحجته في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة، السعودية، ط1: 1997م، ج1.
36. عباس صراف، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1: 2008م.
37. عبد الحميد فوده، جوهر القانون، دار الفكر الجامعي، مصر، ط1: 2004م.
38. عبد الرحمان بن أبي بكر، أشباه ونظائر، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1: 1990م.
39. عبد الرحمان حمدي، مبادئ القانون، دار النشر، مصر، 2003م.
40. عبد العزيز الخياط، نظرية العرف، مكتبة الأقصى، عمان، 1398هـ.
41. عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط2، 2011م.
42. عبد الله بن عبد المحسن التركي، أصول مذهب الإمام أحمد، مؤسسة رسالة، (د ب)، ط2: 1990م.
43. عبد الله مبروك النجار،، المدخل المعاصر لفقه القانون، دار النهضة العربية، مصر، ط3: 2006م.

44. عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه ومصادر التشريع الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 1997م.
45. العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مطالع الأنام، مكتبة الأزهرية، القاهرة، (د ت).
46. عصام الدين القصبي، القانون الدولي الخاص، (د ط)، المنصورة، 2009م.
47. علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1: 1991م.
48. علي فيلالي، مقدمة في القانون، دار موهم للنشر، الجزائر، 2010م.
49. علي فيلالي، مقدمة في القانون، طبع بالمؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2010م.
50. عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، ط3: 2007م.
51. عمار عمورة، الوجيز في شرع القانون التجاري، دار المعرفة، الجزائر، 2009م.
52. غال علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، دار الوئام، الأردن، 2004.
53. فاديغا موسى، أصول فقه الإمام مالك وأدلته العقلية، دار التدمرية، الرياض، 2007م.
54. القيومي، المصباح المنير، المكتبة العلمية، لبنان.
55. لطفي محمود، المدخل لدراسة القانون، ديوان النشر، مصر، ط5: 2005.
56. لطفي محمود، المدخل لدراسة القانون، مصر، ط5، 2003.
57. المادة الأولى من القانون المدني الجزائري الصادر بأمر رقم 75-58 لسنة 1975م.
58. محمد ابن إبراهيم، الاجتهاد والعرف، دار السلام، تونس، ط1: 2009م.
59. محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، مصر، (د.ت).
60. محمد الأمين الشنقيطي، مذكرة في أصول الفقه، دار الإنقاذ، الإسكندرية، القاهرة، (د ت).
61. محمد الزرقا، شرع القواعد الفقهية، دار القلم، سوريا، ط2: 1989.

62.محمد السعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط15: 2008م.
63.محمد أمين الشهير بأمير بادشاه، تسيير التحرير، (د.ت).
64.محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي، شرح كوكب المنير، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993، ج4.
65.محمد تقي الحكيم، أصول العامة للفقه المقارن، ط1، مطبعة دار الأندلس، بيروت، 1963.
66.محمد تقي الحكيم، الأصول العامة للفقه المقارن، مؤسسة آل البيت عليهم السلام للطباعة والنشر، (د ب)، 1979م.
67.محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون الالتزامات، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2002م.
68.محمد حسين منصور، نظرية القانون، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2001م.
69.محمد سعيد جعفور، مدخل إلى العلوم القانونية، دار هومة، الجزائر، ط 15: 2008م.
70.محمد محدة، مختصر علم أصول الفقه، دار الشهاب، باتنة، الجزائر، (د ت).
71.محمد مصطفى الشبلي، أصول الفقه الإسلامي، الدار الجامعية، بيروت، 1923م، ج1.
72.مشعل بن حمود بن نافع النفيعي، المسائل الفقهية المبينة على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية (دراسة تأملية تطبيقية موازية)، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، المملكة العربية السعودية، 1436هـ.
73.مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل الفقهي العام الفقه الإسلامي في التوجه الجديد، طبعة دار الفكر، بيروت، (د ت)، ج2.
74.مصطفى أحمد، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط1، 1998م.
75.مصطفى سعيد حسن، الكافي الوافي في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط2: 2000م.

76. مصطفى عرجاوي، النظرية العامة للقانون، المطبعة العربية الحديثة، مصر، ط1: 1985م.
77. مصطفى كمال طه، مبادئ القانون البحري، دار الجامعة، بيروت، (د ت).
78. نادية فضيل، دروس في المدخل للعلوم القانونية، (النظرية العامة للقانون في القانون الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية، الساحة المركزية الجزائرية.
79. همام محمد محمود، المدخل إلى القانون نظرية القانون، منشأ المعارف، الإسكندرية، 2001.
80. هيفة سليمان جمادة، العرف وأثره في حقوق الزوج في الفقه الإسلامي، (د ط)، غزة، 2014م.
81. وهبة زحيلي، الوجيز في أصول الفقه، دار الفكر المعاصر، لبنان، ط1، 1999.
82. وهبة زحيلي. أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر للطباعة والتوزيع والنشر، دمشق، ط1: 1986م.
83. وهو تعريف الشيخ حافظ الدين النسقي، المذكور في رسالة ابن عابدين، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف– أنظر ابن عابدين مجموعة رسائل ابن عابدين، الجزء 02.
84. يعقوب بحسين، القاعدة العامة المحكمة، مكتبة الرشد، الرياض، ط2: 2012م.

المواقع الالكترونية:

85. www.Nasseelalcham.com