

العرف في مسائل الأحوال الشخصية من الاحتجاج والتدليل إلى معوقات التوظيف والتنزيل

بلعالم عبد الرحمان

مخبر البحث حول: الفقه الحضاري ومقاصد الشريعة

كلية العلوم الإسلامية لجامعة الحاج لخضر - باتنة (1) -، الجزائر.

abouradjaa7403@yahoo.com

عبد اللطيف بعجي

أستاذ بكلية العلوم الإسلامية - جامعة باتنة 1

zaAL83BA@GMAIL.COM

تاريخ القبول: 2019 /03/ 15

تاريخ الاستلام: 2019 /01 / 15

ملخص

يعتاد الناس في معاملاتهم اليومية جملة من التصرفات التي تتكرر وتكتسب مع مرور الزمن صفة الإلزام الأدبي عند جمهور الناس، فيستعصي عليهم مخالفة أحكامه، وهذا ما يصطلح عليه بالعرف، وهو يعتبر مصدرا من مصادر التشريع سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي؛ ما جعله يحتل مكانة معتبرة في المنظومة القانونية والتشريعية. والناظر في المنظومة القضائية يلحظ نقضا وضمورا لدور العرف في الممارسة القضائية إذا ما قورن بالجانب النظري؛ الأمر الذي يدعو إلى البحث عن أسباب الإشكال، وتلمس خيوط الحلول الممكنة لإعادة الاعتبار لهذا المصدر الأصيل في المنظومة القضائية كما هو شأنه في المنظومة التشريعية؛ وذلك ما سيكون في هذا البحث ابتداءً بالتعريف بالعرف وماهيته، وانتهاء برصد جملة من المعوقات التي تعترض تفعيل العرف في الممارسة القضائية؛ مركزين على جانب الأحوال الشخصية؛ ليتسنى للباحثين بعد ذلك تكييف الحلول المناسبة.

الكلمات المفتاحية: العرف، قانون الأسرة، التنزيل، الفقه، القضاء.

يعتاد الناس في معاملاتهم اليومية جملة من التصرفات التي تتكرر وتكتسب مع مرور الزمن صفة الإلزام الأدبي عند جمهور الناس، فيستعصي عليهم مخالفة أحكامه، وهذا ما يصطلح عليه بالعرف، وهو يعتبر مصدرا من مصادر التشريع سواء في الفقه الإسلامي أو القانون الوضعي؛ ما جعله يحتل مكانة معتبرة في المنظومة القانونية والتشريعية.

والناظر في المنظومة القضائية يلحظ نقضا وضمورا لدور العرف في الممارسة القضائية إذا ما قورن بالجانب النظري؛ الأمر الذي يدعو إلى البحث عن أسباب الإشكال، وتلمس خيوط الحلول الممكنة لإعادة الاعتبار لهذا المصدر الأصيل في المنظومة القضائية كما هو شأنه في المنظومة التشريعية؛ وذلك ما سيكون في هذا البحث ابتداءً بالتعريف بالعرف وماهيته، وانتهاء برصد جملة من المعوقات التي تعترض تفعيل العرف في الممارسة القضائية؛ مركزين على جانب الأحوال الشخصية؛ ليتسنى للباحثين بعد ذلك تكييف الحلول المناسبة.

المبحث الأول: ماهية العرف وحجته في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المطلب الأول: تعريف العرف

أولاً: في اللغة: العرف في اللغة المعروف، وسمي بذلك لأن النفوس تسكن إليه، قال النابغة:

أبي الله إلا عدله ووفاءه فلا النكر معروف ولا العرف ضائع¹.

ويطلق العرف والمعروف على الجميل من الأفعال والأقوال، ومن ذلك عبارة الزمخشري مفسراً قوله تعالى: "وأمر بالعرف" الأعراف²: أي: بالجميل المستحسن من الأفعال، فإنها قريبة من قبول الناس من غير تكبير².

ثانياً: في الاصطلاح:

عرفه الجرجاني: "ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطباع بالقبول"³.

وعرفه ابن نجيم بأنه: "عبارة عما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة"⁴.

ومن تعريفات المعاصرين نحتي تعريف الزرقا، وهو بأنه "عادة جمهور قوم، في قول أو فعل"⁵.

وقد عرفه بعض القانونيين بأنه: "مجموعة عادات ملزمة تنظم سلوك الأشخاص في المجتمع"⁶.

المطلب الثاني: شروط العرف

أولاً: شروط العرف في الشريعة: يشترط لاعتبار العرف والعمل به في الشريعة الشروط الآتية:

1/ الاطراد والغلبة: بحيث لا يتخلف إلا قليلاً، وهذا التخلف لا يقدح في العمل بالعرف، لأن العبرة بالغالب الشائع، لا بالقليل النادر، سواء كان ذلك العرف في الديار الإسلامية وسواء كان عرفاً قولياً أو فعلياً.

قال ابن نجيم: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، أو غلبت"⁷

وقال السيوطي: "إنما تعتبر العادة إذا اطردت، فإن اضطربت فلا"⁸. "فإن استأجر خياطاً، كانت الإبرة، والخيط على الخياط، عملاً بالعرف، وفي استئجار الكاتب، القلم والحبر عليه".

ويكون العرف غالباً ويراد بالغلبة: كون العمل بالعرف جارياً، في معظم الحوادث، وليس بالضرورة أن يجري فيها جميعاً⁹.

وذكروا أمثلة لذلك مثل لو باع شيئاً بدراهم وأطلق، نزل على النقد الغالب، وذكر ابن نجيم أمثلة لذلك، (لو باع التاجر في السوق شيئاً بثمان ولم يصرحاً ولا تأجيل، وكان المتعارف فيما بينهم أن البائع يأخذ كل جمعة قدر معلوماً، انصرف إليه بلا بيان، قالوا: لأن المعروف كالمشروط. فإذا كان العرف غير مطرد فلا يؤخذ به ولا يعتبر، فإذا جرت عادة أهل بلد، على أن يتعامل بأمر ما، في بعض الحوادث، ويترك التعامل به في البعض الآخر، فلا يعتبر ولا يصلح دليلاً).

2/ العموم:

المراد بالعموم هنا أن يكون العرف شائعاً، مستفيضاً بين أهله، بحيث يعرفه جميعهم. ولا يقصد بالعموم والشمولية أن تكون العادة شاملة لكل إقليم الدولة، إذ قد تكون خاصة بجزء معين من هذا الإقليم، أو بمدينة معينة فتكون محلية، أو بطائفة معينة من الأشخاص يزاولون مهنة، أو حرفة معينة، فتكون العادة مهنية أو طائفية.

ويرجع هذا الشرط إلى أن العرف ينشئ قاعدة قانونية معينة، والقاعدة القانونية لا بد وأن تكون عامة مجردة. لا ينصرف حكمها إلى شخص معين بذاته، أو إلى أشخاص معينين¹⁰ ومع ذلك فقد اختلف الفقهاء في هذا الشرط.

فذهب بعض فقهاء الحنفية، والشافعية، إلى اشتراط عموميات العرف، على اعتبار أن العرف الخاص في نظرهم غير معتبر¹¹.

وفي هذا يقول ابن نجيم: (هل يعتبر في بناء الأحكام العرف العام أو مطلق عرف ولو كان خاصاً)¹² ويقول ابن عابدين (والمفهوم من كلام جمهور فقهاء الحنفية، أن العرف الخاص لا يعتبر، وأن القول باعتباره قول ضعيف في المذهب، اللهم إذا كان العرف مقرراً بالسنة فإنه يعتبر حينئذ)¹³ ومن صرح بالإشتراط من الشافعية ابن حجر الهيتمي¹⁴

حيث قال: (أن العرف وإن اطرده من جهة لا يعول عليه بناء، على الأصح أن العرف الخاص لا يرفع اللغة، ولا العرف العام، ولا يعارضه، ومن ثم ضعف قول القفال، أن العادة المطردة من ناحية تنزل منزلة الشرط) ويقول السيوطي في أشباهه: (العادة المطردة في ناحية هل تنزل عاداتهم منزلة الشرط؟ فيه صورة منها، لو جرت عادة قوم بقطع الخضم قبل النضح فهل تنزل عاداتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط وجهان: أصحها: لا و قال القفال: نعم)¹⁵

ويقول ابن نجيم: (والحاصل أن المذهب عدم اعتبار المذهب الخاص، ولكن أفتى كثير من المشايخ باعتباره)¹⁶.

ونقل ابن نجيم قول القرافي: (العادة غلبة معنى من المعاني على الناس وقد تكون هذه الغلبة في سائر الأقاليم، كالحاجة للغذاء، والتنفس في الهواء، وقد تكون خاصة ببعض البلاد، وقد تكون خاصة ببعض الأعراف كالأذان للإسلام، والناقوس للنصارى فهذه يقضي بها عندنا)¹⁷.

ومما سبق ذكره من النصوص الواردة، عن القائلين بعدم اعتبار الإشتراط، يتضح لنا أن القلة القليلة من فقهاء الشافعية، والحنفية، يذهبون إلى ذلك بينما بقية الفقهاء يقولون بالإشتراط. كما أن المتتبع للفقهاء وعملهم بالعرف، لدى فقهاء الشافعية، والحنفية، يرى أن الخلاف لفظي لا غير، وذلك لأنهم يقولون بالعرف الخاص وبينون عليه أحكامهم.

فهذا ابن نجيم يقول: (وقد اعتبروا أي الحنفية عرف القاهرة في مسائل منها ما في فتح القدير من دخول السلم في البيت المبيع في القاهرة، دون غيرها. لأن بيوتهم طبقات، لا ينقطع بها إلا به)¹⁸.

ومعلوم أن عرف القاهرة عرف خاص، وقد اعتبره الحنفية، وبنوا عليه الأحكام، وكذلك الشافعية، فقد جاء في كتاب الأم: (والحوائط ليس بجزز للنخل و لا للثمرة لأن أكثرها مباح يدخل من جوانبه فمن سرق من حائط شيئاً من تمر معلق لم يقطع فإذا آواه الجرين قطع فيه وذلك أن الذي تعرفه العامة عندنا أن الجرين حرز وأن الحائط غير حرز)¹⁹.

3/ عدم مخالفة العرف للنص الشرعي:

ويشترط في العادة، أو العرف، المعتبر شرعاً، ألا يكون معطلاً لنص شرعي، أو مناقضاً لأصل من الأصول الشرعية القطعية²⁰.

فإن خالف العرف النص الشرعي فهذه المخالفة لها حالتان:

أ/ أن يخالف العرف النص الشرعي من جميع جوانبه، بحيث يلزم من العمل بالعرف ترك النص الشرعي، ففي هذه الحالة يكون هذا العرف فاسداً _ فيحكم ببطلانه مثاله كما لو تعارف الناس في عصر من العصور على شرب الخمر، والتعامل بالربا، ووآد البنات، فهذه الأعراف أعراف فاسدة، دل الدليل على تركها، وعدم الالتفات إليها، لأن النص الشرعي مقدم على العرف _ فقد الشريعة لتخضع الأفراد لحكمها، لا أن تخضع هي لأعرافهم، كما أن النص الشرعي يثبت

الأحكام في أصول الشريعة، كما يشتهر في فروعها، بخلاف العرف، فإنه لا يقضي به إلا في الفروع_ ولهذا لم يكن قادراً على الوقوف أمام النص الشرعي²¹.

ب/ أن تكون المخالفة من بعض الوجوه، دون بعض، بأن كان النص عاماً، أو مطلقاً، وخالفه العرف في فرد من الأفراد في العرف.

فإن كان خاصاً فلا تعتبر هذه المعارضة، لأن العرف الخاص لا يخصص العام، ولا يقيد المطلق خلافاً (لمشايع بلخ)، من الحنفية، وإن كان عاماً فإنه يخصص العام، ويقيد المطلق، والحقيقة أنه ليس هو المخصص، والمقيد، بل المخصص، والمقيد، الإجماع الذي استند عليه العرف²².

فقد روى حكيم بن حزام²³ قال: قلت: (يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيع منه) ثم ابتاعه من السوق فقال: (لا تبع ما ليس عندك)²⁴ الحديث عام في النهي عن بيع ما ليس عند الإنسان.

قال الشيخ أبو سنة²⁵ بعد ذكر الحديث المذكور: (فإنه عام ترك في الاستصناع للتعامل) وفي حديث أبي هريرة نهي النبي صلى الله عليه وسلم: (عن بيع الغر)²⁶.

فإن البيع غير صحيح وذلك أن الأصل عدم صحة البيع _ وذلك لوجود الجهالة، ولكن ترك القياس هنا للتعامل وهو راجع إلى الإجماع²⁷.

4/ المقارنة أو السبق للتصرف عند إنشائه:

وهذا الشرط يتطلب في العرف، أو العادة، التي يراد تحكيمها في التصرف، أن تكون قائمة وموجودة، عند نشوئه، وذلك بأن تقتزن العادة بالتصرف دون تأخر عنه، بحيث لو كانت طارئة فلا عبرة بها _ ولهذا فإذا تزوج شخص من امرأة، دون أن يرح بتعجيل بعض المهر، وتأجيل بعضه، فإن العادة المتعارف عليها وقت انعقاد الزواج، هي التي تكون فاصلة، في حال حصول نزاع، على مسألة المهر _ فإذا كانت العادة تقتضي بعدم التأجيل، ثم حصل نزاع بين الزوجين، بسبب أنها تغيرت إلى تعجيل بعض المهر، وتأجيل البعض، فإنه يحكم بالعادة، التي كانت موجودة وقت انعقاد الزواج، والتي تقتضي بتعجيل المهر، ولا يعتد بالعادة الجديدة، التي تقول بالتعجيل والتأجيل²⁸، كما يشترط في العرف أو العادة، أن تكون سابقة للتصرف عند إنشائه، والمقصود بالسبق هنا أن تكون العادة قديمة، أي يرجع نشوء العادة إلى زمن بعيد، يكفي للدلالة على تأصيلها في النفوس، على أنها ليست بدعة جديدة، أو نزوة عابرة، ولا يمكن تحديد المدة التي يتوافر بها القدم، لأن هذه المدة قد تختلف في كل نوع من العادات عنه في غيره، بحسب طبيعة المعاملات، التي تنشأ فيها هذه العادات.

فالعادات الزراعية تحتاج في تكوينها إلى مدة أطول، مما تحتاج إليه العادات التجارية، ولذلك يترك للقضاء ما إذا كان اعتياد الناس على سلوك معين قد أصبح قديماً _ بحيث يمكن القول باستقراره، أو عدم استقراره²⁹. وفي هذا المعنى يقول الإمام السيوطي: (العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر)³⁰.

ويقول الإمام الشاطبي أيضاً: (العوائد التي تختلف باختلاف الأعصار والأمصار فلا يصح أن يقضي بها على من تقدم البتة حتى يقوم دليل على الموافقة من خارج، فإن ذلك يكون قضاء على ما مضى بذلك الدليل لا بمجرد العادة وكذلك في المستقبل ويستوي في ذلك أيضاً الوجودية والشرعية _ أي العادة)³¹.

ويقول ابن نجيم: (وبذا قالوا لا عبرة بالعرف الطارئ)³².

5/ الإلزام:

لا يكفي أن يكون العرف شائعاً، مستفيضاً بين الناس، بل يجب كذلك أن يتولد الاعتقاد لدى الأفراد، أن هذه العادة ملزمة، وواجبة الاتباع، باعتبارها قاعدة قانونية، لها في نفوسهم ما لسائر النصوص الشرعية من احترام³³.

ولقد وضع الفقهاء، على أثر هذا الشرط القواعد الفقهية المعروفة، والتي تؤكد على أن يكون العرف ملزماً، وله سلطان على النفوس _ ومن هذه القواعد الفقهية المشهورة قولهم، (العادة محكمة) (والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) (المعروف بين التجار كالمشروط بينهم)³⁴، فكل هذه القواعد تبين أن من صفات العرف البارزة الإلزام، وإن لم يكن ملزماً لما أمكن تحكيمه وإلا فما معنى العادة المحكمة، والمعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم.

والذي يريد الباحثان التنويه إليه هنا بالنسبة لشرط الإلزام أن المراد به أن يكون هناك سلطان للعرف في النفوس فيكون واجب الاتباع حال القضاء به في الوقائع والأحداث والمستجدات المقارنة له، أو السابقة إن كان ثابتاً مستقراً، فيجب على الأفراد الإنصياع، والتقيد بالأحكام، التي بنيت على العرف والعادة في هذه الأحداث أو الوقائع³⁵.

6/ الإنتقاص بالشرط:

المراد بهذا الشرط أن لا يعارض العرف أو العادة تصريح بخلافها وأساس هذا الشرط القاعدة الفقهية القائلة: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً) فتنزيل الأمر المعروف منزلة الشرط كان على أساس أن ترك التصريح بشرط يناقض العرف، يعني اعتماد العادة المتعارف عليها³⁶.

واعتبار العادة المتعارف عليها في هذه الحالة من قبيل الدلالة، فإذا صرح بخلافها بطلت هذه الدلالة، إذ إنه من القواعد الفقهية المقررة³⁷. (أنه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح) ويقول العلامة التركي علي حيدر: (أن العرف يكون حجة إذا لم يكن مخالفاً لنص أو لشرط أحد المتعاقدين فلو استخدم شخص أجيراً للعمل من الظهر إلى العصر فقط ليس له أن يلزمه العمل من الصباح إلى المساء—بحجة أن عرف البلدة هكذا)³⁸.

وذكر أبو سنة: (كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل وشرب بقطع المنفعة لزمه ذلك)³⁹

ثانيا: شروط العرف في القانون: يشترط علماء القانون للعمل بالعرف خمسة شروط:

1/ أن يكون العرف عاما:

وهذا الشرط نابع من خصائص القاعدة القانونية، إذ أن ما يميزها هو عموميتها وشموليتها، وبما أن العرف يراد منه أن ينشئ قاعدة قانونية، فلذا يجب ألا يكون التصرف خاصا بفئة معينة، أو أشخاص معينين، ولا يخفى أن الأعراف تختلف سعة، وضيقا، فهناك العرف العام الشامل لجميع أفراد الإقليم، وهناك العرف الخاص بفئة معينة، ومهما بلغت سعة وضيق العرف، فإنه يجب أن يتصف بالعمومية، بالنسبة إلى من يمكن مشمولاً بهذه القاعدة مهما قلوا أو كثروا⁴⁰.

وبتعبير آخر يراد منه ألا يكون التصرف المعتاد عليه، مختصا بذات الشخص لخصوصيته في نفسه، وكذلك من حيث المكان، فالعادة تكون شاملة لكل الأقاليم، إذا طبقت في كل أجزائه، وقد تكون محلية إذا طبقت في جزء معين منه، وهذا أيضا لا يؤثر في عمومية القاعدة⁴¹.

2/ أن يكون قديما:

من الأمور التي تميز العرف أنه ينشأ بصورة تدريجية، ومن تكرارها ترسخ في الضمير العام، ومن هنا يجب أن تكون العادة قديمة، حتى أنها قد رسخت في المجتمع، وهذا ما يميزها عن التصرف الشخصي الذي يستحدثه الإنسان، "على أنه لا يمكن تحديد المدة التي يجب أن تتوفر فيها القديم اللازم لتكوين العرف وذلك لأنها تختلف في كل نوع من العادات حسب طبيعة المعاملات"، وقد أشار البعض إلى أن الغالب أن تبلغ من القدم مدة ينسى الناس بمضيه تاريخ نشوئها، وهو أمر يخضع لتقدير القاضي، ويتأثر في تقديره بطبيعة المعاملات، التي تنسأ فيها العادة، فالعادات الزراعية تحتاج في استقرارها إلى زمن أطول، مما تحتاجه العادات التجارية. ومع إصرار أساتذة القانون على ذكر هذا الشرط، لكن يمكن القول أن هذا الشرط لا يؤثر في اعتبار عادة ما قاعدة عرفية، يطبقها القاضي، خصوصا بعد توافر الشروط الباقية، وذلك لأن الغرض من هذا الشرط هو ضمان ثبوت العادة، وإطراد العمل بها، وترسخها في النفوس، وهذا قد لا يحتاج إلى فترة طويلة، وهذا الهدف يوفره شرطا العمومية والثبات، خصوصا إذا أخذنا في نظر الاعتبار فروع القانون المختلفة، ففي بعض صور العرف الدستوري - مثلا - قد يكون تصرف رئيس الدولة متى اعتاد على إصدار نوع من القرارات، فتنشأ عن تكراره وعدم الاعتراض عليه عرفا، يخوله إصدار قرارات، من هذا النوع وهو لا يحتاج إلى فترة زمنية طويلة، بينما بعض الأعراف تحتاج إلى فترة طويلة، فالنظام البرلماني الإنجليزي، احتاج إلى 150 سنة لكي يأخذ شكله المعروف، وهكذا في العرف الدولي قد يكون تكرار الحل عددا قليلا من المرات كافيا في استقرار العرف وترسخه في المجتمع⁴².

و يلاحظ الباحثان أن المهم هو مدى استقرار العادة، ومدى ترسخ الشعور بوجوب اتباعها، وهذا ما قد يحدث في فترة قصيرة أو طويلة، نوع العرف وطبيعة المعاملات - ولا يكون لشرط القدم موضوعية خاصة - .

3/ أن يكون ثابتا و مطردا:

ويراد بثبات العادة، أن يطرد اتباعها، بطريقة منتظمة، علي نحو يتوفر فيها معنى الاستقرار، فلا يتبعها الناس في أوقات، ويعدلون عنها في أوقات أخرى، يقول أحد القضاة الإنجليز في هذا الشأن: "إذ كان التدخل أو الانقطاع للعرف المدعى به قد استمر لمدة معقولة فإن ذلك بحد ذاته يوحي بقوة بأنه لم يكن هناك عرف من حيث الأساس"⁴³.

ويعود للقاضي أمر تقدير استمرارية العرف والتأكد منه وذلك لأنه يختلف من حالة لأخرى، وبالطبع هذا لا يعني ضرورة اتباع العادة في كل التصرفات فإن عدول بعض الأشخاص عن اتباعها، أو عدول الشخص عن اتباعها في بعض المعاملات، لا يؤثر في ثبات القاعدة واطرادها، مادام عدم الاتباع يشكل الحالة الشاذة لا الحالة العامة، بل يبقى العمل على طبق العادة هو المهيمن، والمسيطر على كافة الأفراد وفي كافة المعاملات⁴⁴. وهذا الاستمرار، والثبوت، إنما يعتبر بجمهور الناس، أما الأقلية فلا أثر لها في الثبوت⁴⁵.

4/ أن يكون العرف موافقا للآداب العامة:

إذا كانت النصوص التشريعية واضحة وبينية، فإن النقاش يثار حول المراد من النظام العام و الآداب العامة، وهما من المفاهيم الغامضة، والتي تحتمل أكثر من تفسير، فإن فكرة النظام العام إنما هي فكرة نسبية تتبدل حسب المكان والزمان، أما فكرة الآداب العامة فهي التي تعبر قانونا، من الحد الأدنى المفروض في الحياة الاجتماعية وهي أيضا فكرة نسبية تتبدل في الزمان⁴⁶.

ويفرق البعض في هذا الشرط بين العرف المحلي، والعرف الشامل، لكل أبناء الإقليم، حيث يتصور في الأول مخالفته، وذلك لأن هذا العرف الشامل يكون في ضمير الجماعة بأسرها، ويكون قد ساهم في تحديد فكرة النظام العام و الآداب العامة، إلا إذا كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام، و الآداب مقررّة بنصوص تشريعية آمرة، يكون لهذا الشرط محل⁴⁷.

وهذه الشروط الأربعة قد أجمع أساتذة القانون على ذكرها وتبينها، وتوجد شروط أخرى ذكرها بعض الأساتذة؛ وهي:

أ/ معرفة الناس أن عمومية العادة لا يمكن تحقيقه إلا إذا شاع وجودها بين الناس، وأحاطوا علما بمضمونها، واندفعوا إلى إتباعها عن بينة واختيار، ذلك لأن الجهل بها من قبل أغلب من يتعلق بهم حكمها يطعن في نشوئها واستقرارها⁴⁸.

و يمكن التأمل في هذا التبرير حيث أن المعرفة العامة للقاعدة القانونية ليست شرطا، في تطبيقها، والقاعدة العرفية قاعدة قانونية، نشأت ضمن المجتمع، وطبقها أغلب الأفراد، و جهل البعض بها لا يمنع من تطبيقها، حالها حال بقية القواعد القانونية التشريعية، التي لا يشترط في أعمالها علم المتعاقدين بها، بل حتى على فرض الجهل بها، فإن التصرف القانوني يكون مبنيا عليها، وعلى القاضي تطبيقها.

ب/ تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الأشخاص في المجتمع، أما ما ينشأ في مجاملاتهم ومظاهرهم كتبادل الهدايا، والزيارات في المناسبات، فلا يدخل في دائرة العادة، التي ينشأ عليها العرف ولعل إدراج هذا الأمر ضمن الركن الثاني أنسب، لأنه يتعلق بالركن المادي، المعتمد على التكرار وتثبيت الواقعة، وهو الصدق باعتماد الجماعة بهذا التصرف ومدى إلزاميته⁴⁹.

5/ احترام العرف:

واعتباره ملزماً للجماعة، شأنه في ذلك شأن القاعدة القانونية، فإذا ما وجد هذا الشرط، ارتفعت العادة إلى درجة العرف، أما إذا لم يتوفر الشرط فلا يعتبر عرفاً، وتبقى العادة قاصرة عنة⁵⁰.

المبحث الثاني: معوقات توظيف العرف في الممارسة القضائية

تتنوع المعوقات التي تحول دون تفعيل العرف في الممارسة القضائية؛ فبعضها يرجع إلى طبيعة العرف ذاته والعيوب التي يختص بها، وبعض المعوقات خارجة عن ذلك، وفيما يأتي بعض إشارات إلى ذلك:

المطلب الأول: معوقات ترجع إلى طبيعة وعيوب العرف.

أ/ يعاب على العرف أنه بطيء النشأة، لأن ظهور القاعدة العرفية وتعديلها يحتاج إلى وقت طويل لكي يعتاد الناس على سلوك معين حتى يتوفر للعرف الاستقرار والثبات، ومن ثمة فهو لا يلي حاجات الجماعة المتطورة التي تحتاج إلى تنظيم سريع.

ب/ يؤدي العرف إلى صعوبة الاهتداء إليه بسبب اختلاف القواعد المنظمة لذات الموضوع في إقليم الدولة الواحدة، فتعدد الأعراف وتنوعها من إقليم لآخر يجعل من الصعب على القاضي وعلى الباحث عموماً أن يهتدي إليها، كما تختلف القاعدة التي تحكم المسألة الواحدة في البلد الواحد، وهذا يتعارض مع مصلحة الدولة التي تقتضي بوحدة القانون فوق ترابها.

ج/ يؤخذ على العرف أيضاً بأن قواعده تتكون تدريجياً؛ تتسم أحياناً بعدم الوضوح والتحديد لأنها تكون غير مكتوبة، ومن ثمة يكون من الصعب الوقوف على فهم معناها، وبالتالي عدم معرفتها معرفة جيدة.

المطلب الثاني: معوقات خارجة عن العرف وعيوبه.

أ/ الإعلام وأثره السلبي في تغيير الأعراف:

وأما أكثر الأسباب تأثيراً في الأعراف فهي العولمة التي حولت العالم إلى سوق استهلاكية، وغيرت أعرافاً كثيرة كانت ملاذاً للشعوب الفقيرة والنامية، فقد حلت أعراف العمل المريح سريع الربح محل أعراف العمل الجاد المضني، وتغيرت أعراف الجلوس حول مائدة الطعام إلى أعراف الأكل خارج المنازل، وفي مطاعم الوجبات السريعة التي أثرت سلباً في القيم الأسرية التي هي نواة المجتمع، ناهيك عن تحول أعراف الإنتاج إلى أعراف الاستهلاك.

وهذا الحكم ينسحب على الثقافات الوافدة التي أصبحت مثل الرياح العاتية التي تحمل برائين الأعراف الموبوءة، وتتسلل إلى عقول الناس بمسميات عديدة تكون غالباً مغلفة وبراقة، فكم من عادة ظهرت في الغرب وجدت طريقها إلى مجتمعات الدول النامية، وتذكر الكثير من الدراسات الغربية المعاصرة كثيراً من الأمثلة على انتشار الثقافات بين المجتمعات مثل لباس الزفاف الأبيض الغربي الفاضح الذي لقي استحساناً وقبولاً من بعض الفتيات المسلمات في المجتمع المسلم، ولباس السباحة الخاص بالنساء الذي ظهر في الغرب، ثم انتشر في البلاد المسلمة حتى أصبح عنواناً للتححرر، وأ نموذجاً للمرأة المسلمة⁵¹.

وما نشهده في زماننا هذا من تكالب كبير، وحملات مسعورة على بعض الأعراف والعادات التي تتسم بها بعض الأقطار المسلمة من طرف الإعلام المعادي لكل فضيلة، والمناهض لكل ما له علاقة بالدين والقيم، وما يؤد ذلك على تغيير الأعراف المستقرة في البلاد المسلمة، ويجارب الإعلام مثل هذه الأعراف باسم "تكسير واقتحام الطابوهات"، و"تفتيت الصنمية والنمطية"،.... وغيرها من المسميات.

ب/ شساعة البلاد الواحدة وأثره في تعدد واختلاف الأعراف.

إن بلدا مثل الجزائر بشساعة مساحتها، واختلاف أعراقه وأصول ساكنته بالتأكيد سيكون له أثره الكبير في اختلاف الأعراف السائدة في البلد، سيما في مسائل الزواج، وعلى سبيل التمثيل عادات المهور ومقاديرها بين بلاد القبائل الكبرى التي لا تشتترط إلا مبلغا زهيدا، وتجهيز المرأة يكون على حساب أهلها، بخلاف عادات المهر ومقداره في الغرب الجزائري خاصة بتلمسان، وذلك ما يصعب على القاضي مهمة الفصل في المقادير حين الاختلاف والتنازع بين الزوجين، ويرمي بمسؤولية إضافية على القاضي بأن يعرف التفاصيل الكثيرة لهذه الأعراف في كل ولاية وناحية كان عمله؛ خاصة إذا كان القاضي من منطقة مختلفة، أو كان المتخاصمان من غير المنطقة التي يترافعان إلى قضائها.

ج/ جدلية تعارض بعض الأعراف مع ما عليه التشريع أو ما عليه بعض الآراء الفقهية.

قد يستقر عرف منطقة ما على رأي فقهي معين، ويكون التشريع القانوني على خلافه، أو تعارضه بعض الآراء الفقهية الأخرى التي قد تكون أرجح منه، أو تحقق مقاصد الشرع ومصلحة المواطن أكثر؛ فهنا يكون القاضي في حرج أيقضي بذلك العرف، أم يخالفه ويقضي بمقتضى الرأي الآخر ويتحمل ما ينجر على ذلك من حرج للمتقاضين أو لأحدهما، وكمثال على ذلك فقد اشتهر في كثير من المناطق التعارف على إجبار البنات البالغات على الزواج ممن يختاره الوالد لا ممن تختاره البنت، وهذا يشيع في منطقة زواوة، وأولاد نايل....،

و معلوم في مسألتنا هذه أن قانون الأحوال الشخصية الجزائري على خلاف الرأي ننف الذكر، وعلى ذلك مذهب السادة الحنفية من فقهاء الإسلام⁵².

خاتمة

نخلص مما ذكرناه في صلب البحث إلى النقاط الآتية:

1/ العرف بمزاياه وعيوبه يعتبر رافدا مهما من روافد الأحكام القضائية، وعلى القاضي أن يستغله ويفعله لتكون أحكامه موفقة؛ سواء من ناحية موافقتها لمقاصد الشريعة والشارع، أو من ناحية مواءمتها وعدم نشازها عما عهد المتخاصمون، وعلى ذلك تدل نصوص الشرع، واجتهادات الفقهاء.

2/ تعتري تفعيل العرف مشبطات كثيرة؛ منها ما يعتبر من خصائص العرف كبطء تكوينه، وعدم مسابته للأحداث المتسارعة، وكونه غير مكتوب وما ينجم عن ذلك من غموض...، ومنها يكون خارجاً عن العرف كدور الإعلام في تغيير الأعراف وإضعاف القوة اللزومية للعرف في الضمير الجمعي للناس....

3/ معالجة تلك المعوقات تقتضي حراسة الإعلام من طرف الدولة والأخذ بيده ليكون خادماً لكيان الأسرة والمجتمع لا هادماً، كما نقترح تدوين أعراف كل منطقة من طرف القضاء بالتعاون مع أعيان المنطقة، والجهات المخولة بذلك؛ لترسيخ تلك الأعراف وحمايتها من التغيير، وتيسير الاطلاع عليها من طرف القضاة وأجهزة القضاء عموماً.

التهميش:

- 1 - ابن منظور: محمد بن مكرم، لسان العرب، (د،ط)، دار صادر، بيروت، 141/11.
- 2 - الزمخشري: جار الله، أساس البلاغة، تحقيق عبد الرحيم محمود، دار المعرفة، لبنان، (د،ت)، ص 212.
- 3 - الجرجاني: محمد بن علي نور، التعريفات، ط3، مكتبة لبنان، بيروت، 1990، ص 68.
- 4 - ابن نجيم: زين العابدين، الأشباه والنظائر، (د،ط)، دار المعرفة، بيروت، 1400 هـ، ص 93.
- 5 - الزرقا: أحمد، شرح القواعد الفقهية، تحقيق: عبد الستار أبو غدة، ط4، دار القلم، دمشق، 1996، ص 840.
- 6 - الخليلي: حبيب إبراهيم، المدخل في العلوم القانونية، (1981)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ص 102.
- 7 - ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، (1400)، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة، ص 94.
- 8 - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، (1399م)، الأشباه والنظائر، ط1، لبنان دار الكتب العلمية، ص 65.
- 9 - ابن نجيم، زين العابدين بن إبراهيم، (1400هـ)، الأشباه والنظائر، (مرجع سابق)، ص 94.
- 10 - عالية، سمير، (د.ت) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، بيروت، دار الكتب العلمية، ص 391.
- 11 - ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، (د.ت) الأشباه والنظائر، ص 93. (مرجع سابق)
- 12 - ابن نجيم، زين الدين إبراهيم، (د،ت) الأشباه والنظائر، ص 95. (مرجع سابق)
- 13 - ابن عابدين، محمد أمين أفندي، (د.ت) مجموعة رسائل ابن عابدين، ج2، ص 132 (مرجع سابق)
- 14 - الهيثمي، ابن حجر، (د.ت) الفتاوى الفقهية الكبرى، ص 57-58 _الأعلام ص 266
- 15 - السيوطي، جلال الدين عبد الرحمن، 1996م، الأشباه والنظائر في أصول الفقه، (مرجع سابق)، ص 106
- 16 - ابن نجيم، زين العابدين إبراهيم، (1400) الأشباه والنظائر، ص 102 (مرجع سابق)
- 17 - ابن نجيم، زين العابدين إبراهيم، (1400) الأشباه والنظائر، ص 103 (مرجع سابق)
- 18 - ابن نجيم، زين العابدين إبراهيم، (1400) الأشباه والنظائر، ص 104 (مرجع سابق)
- 19 - الشافعي، أبو عبد الله محمد بن إدريس، (1335هـ)، الأم، ط1، مصدر المطبعة الكبرى الأميرية، ج5، ص 136
- 20 - عالية، سمير، (د.ت) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، (مرجع سابق).
- 21 - عالية، سمير، (د.ت) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام، (مرجع سابق).
- 22 - أبو سنة، أحمد فهمي (د.ت) العرف والعادة في رأي الفقهاء (مرجع سابق) - البغا، مصطفى (1413هـ) الأدلة المختلف فيها في الفقه الإسلامي (مرجع سابق).
- 23 - الإصابة ج 1 ص 249.
- 24 - "لا تبع ما ليس عندك" أخرجه أبو داود كتاب البيوع باب الرجل يبيع ما ليس عنده حديث رقم 340. النسائي /كتاب البيوع، باب ما ليس عند البائع حديث رقم (4615). ابن ماجه في باب النهي عن بيع ما ليس عندك وعن ربح ما لم يضمن حديث رقم (2187).
- 25 - أبو سنة (د.ت) العرف والعادة في رأي الفقهاء (مرجع سابق).
- 26 - أخرجه مسلم في صحيحه في كتاب البيوع حديث رقم (1513).

- 27- أبو سنة (د.ت) العرف والعادة في رأي الفقهاء, ص85, (مرجع سابق).
- 28- عالية, سمير, (د.ت) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام, ص 112, (مرجع سابق).
- 29- عالية, سمير, (د.ت) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام, (مرجع سابق).
- 30- السيوطي, جلال الدين عبد الرحمن, 1399م, الأشباه والنظائر, ص96, (مرجع سابق).
- 31- الشاطبي: إبراهيم بن موسى بن محمد (1341), الموافقات في أصول الفقه, ج3, ص220, (مرجع سابق).
- 32- ابن نجيم, زين العابدين إبراهيم, (1400) الأشباه والنظائر, ص101, (مرجع سابق).
- 33- عالية, سمير, (د.ت) نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام, ص405, (مرجع سابق).
- 34- البورنو, محمد صدقي, (1416) الوجيز في إيضاح الفقه الكلية, بيروت, مؤسسة الرسالة, ط4, ص410.
- 35- قاضي محمد (1410هـ) السياسة الشرعية مصدر للتقنين بين النظرية والتطبيق, ص469, (مرجع سابق).
- 36- البورنو, محمد صدقي, (1416هـ) الوجيز في إيضاح الفقه الكلية ص439, (مرجع سابق).
- 37- البورنو, محمد صدقي, (1416هـ) الوجيز في إيضاح الفقه الكلية ص449, (مرجع سابق).
- 38- حيدر علي, 1411هـ-1992م, درر الحكام شرح مجلة الأحكام, ط1, (مرجع سابق), ص119.
- 39- أبو سنة, أحمد فهمي, (د.ت), العرف والعادة في رأي الفقهاء, (مرجع سابق), ص67.
- 40- فرج, توفيق حسنو ومطر, محمد يحيى, (د.ت), الأصول العامة للقانون, ص60 (مرجع سابق). المباركي, أحمد (1392) العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).
- 41- فرج, توفيق حسنو ومطر, محمد يحيى, (د.ت), الأصول العامة للقانون, ص68 (مرجع سابق). المباركي, أحمد (1392) العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).
- 42- فرج, توفيق حسن, ومطر, محمد يحيى, (د.ت), الأصول العامة للقانون, ص101, (مرجع سابق).
- 43- عالية, سمير, (د.ت), نظام الدولة والقضاء والعرف في الإسلام, ص403, (مرجع سابق).
- 44- المباركي, أحمد (1392) العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).
- 45- المباركي, أحمد (1392) العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).
- 46- المباركي, أحمد (1392) العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).
- 47- كيره, حسن, (1993), المدخل إلى القانون, منشأة المعارف, ص375, (مرجع سابق).
- 48- المباركي, أحمد (1392) العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).
- 49- المباركي, أحمد (1392) العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).
- 50- المباركي, أحمد (1392) العرف وأثره في الشريعة والقانون (مرجع سابق).
- 51 - بونس صوالحي - غالية بوهدة, العرف دراسة أصولية اجتماعية, مجلة الفكر الإسلامي المعاصر, العدد 82, خريف 2015, ص373.
- 52 - لمزيد بيان في المسألة: جمال كركار, العرف والعمل الجزائري وأثرهما في الفتاوى والأحكام منطقة الزواوة أنموذجاً, ص332.