

# حاکمية العرف ومشروعيته في الشرع الإسلامي والقانون الوضعي

## مقاربة مفاهيمية تطبيقية

### The Authority and Legitimacy of Custom in Islamic Law and Positive Law: A Conceptual and Applied Approach

مونة عمر<sup>1</sup>، شهاب عادل<sup>2</sup>

Mouna omar<sup>1</sup>, chebab adel<sup>2</sup>

[mouna.omar@univ-ghardaia.edu.dz](mailto:mouna.omar@univ-ghardaia.edu.dz)، جامعة غرداية (الجزائر)،<sup>1</sup>

[chebab.adel@univ-ghardaia.edu.dz](mailto:chebab.adel@univ-ghardaia.edu.dz)، جامعة غرداية (الجزائر)،<sup>2</sup>

تاريخ الاستلام: 2023/06/01 تاريخ القبول: 2023/12/22 تاريخ النشر: 2023/12/31

#### ملخص:

يمثل العرف رابطاً حيوياً بين القانون والمجتمع، سواء في الشريعة الإسلامية أو القانون الوضعي؛ كما يعد السلطة المتجذرة في ضمير الجماعة، إذ يمثل تراكمًا للممارسات الاجتماعية التي استقرت في وجدان المجتمع واكتسبت صفة الإلزام بحكم التكرار والقبول الجماعي، فهو يجمع بين شعور الجماعة وتوافقها المشترك ويساهم في ضبط وتنظيم سلوكها؛ ولأهمية العرف في الحياة فقد عده الفقهاء والعلماء بمثابة الجذر الحقيقي لمجموعة الشرائع والقوانين التي أنتجت البشرية على مر العصور، وعدته الشريعة الإسلامية دليلاً من أدلتها الشرعية بشرط أن لا يخالف نصاً شرعياً أو قاعدة كلية.

على ضوء ما تقدم؛ جاءت هذه المداخلة لتسلط الضوء على حاکمية العرف على كلا النظامين في ضوء الإشكالات المعاصرة استصحاباً للمنطلقات والضوابط. كلمات مفتاحية: حاکمية العرف، الفقه الإسلامي، القانون الوضعي، أثر العرف، القواعد الفقهية، القواعد القانونية.

تصنيفات JEL : .....، .....، ...

#### Abstract:

Custom represents a vital link between law and society, in both Islamic Jurisprudence and positive law. It is an authority deeply rooted in the collective conscience, embodying an accumulation of social practices that have become entrenched in the societal ethos and have acquired a binding character through repetition and collective acceptance. It thus amalgamates the collective sentiment and shared consensus of the community, contributing to the regulation and organization of its conduct.

Given the paramount importance of custom in societal life, jurists and scholars have regarded it as the genuine root of the myriad legal systems and laws produced by humanity throughout the ages. Islamic Sharia recognizes it as a legitimate legal source, provided it does not contravene an explicit sacred text or a fundamental legal principle.

In light of the foregoing, this intervention aims to illuminate the authority of custom within both legal systems, addressing contemporary challenges while adhering to foundational principles and regulatory frameworks.

**Keywords:** Authority of Custom, Islamic Jurisprudence, Positive Law, Impact of Custom, Jurisprudential Principles, Legal Rules.

**JEL Classification Codes:** ..., ..., ...

المؤلف المرسل: مونة عمر: [mouna.omar@univ-ghardaia.edu.dz](mailto:mouna.omar@univ-ghardaia.edu.dz)

شباب عادل: [chebab.adel@univ-ghardaia.edu.dz](mailto:chebab.adel@univ-ghardaia.edu.dz)

## 1. مقدمة:

إن الإنسان كائن اجتماعي بطبعه، لا يستطيع العيش بمعزل عن أبناء جنسه، وهذا الاجتماع البشري يستلزم بالضرورة وجود قواعد تنظم العلاقات بين أفراد المجتمع، وتضبط سلوكياتهم، وتحدد حقوقهم وواجباتهم. ومن هنا نشأت الحاجة إلى التشريع بمفهومه الواسع، الذي يشمل مختلف مصادر القواعد الملزمة، سواء كانت مكتوبة أو غير مكتوبة، إلهية المصدر أو بشرية الوضع.

كما يمثل العرف أحد أبرز الظواهر القانونية والاجتماعية تعقيداً وتأثيراً، حيث يشكل نسيجاً من السلوكيات والممارسات التي تتحوّل بفعل التكرار والزمن إلى قواعد ملزمة، تنظم شؤون

الأفراد والجماعات. وتكمن أهمية دراسة العرف في كونه جسراً حيوياً يربط بين الثابت والمتغير، بين النص القانوني أو الشرعي الثابت من جهة، والواقع الاجتماعي المتغير من جهة أخرى.

فإذا كانت النصوص المكتوبة - القرآن والسنة في الشريعة الإسلامية، والدساتير والقوانين في الأنظمة الوضعية؛ كما تمثل المصدر الأول والأساسي للتشريع، فإن العرف يبقى أحد أهم المصادر التشريعية التي رافقت الإنسان منذ فجر التاريخ، بل إن كثيراً من الشرائع والقوانين ما هي إلا تقنين وتدوين لأعراف كانت سائدة في المجتمعات.

إن مفهوم "حاكمية العرف" - أي سيادته وقدرته على توليد الالتزام - حيزاً بالغ الأهمية في الدرس الفقهي والقانوني على حد سواء. ففي إطار الشرع الإسلامي، يندرج العرف ضمن المصادر التبعية التي تستمد مشروعيتها من ضوابط شرعية عليا، حيث لا يعتبر العرف مصدراً مستقلاً بذاته، بل هو مرتين دوماً لعدم معارضته لنص شرعي أو إجماع قاطع. وقد توسّع الفقهاء في الاستناد إلى العرف لاستنباط الأحكام، خاصة في مجال المعاملات، مستندين إلى القاعدة الفقهية الأصولية المشهورة: "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، و"لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الزمان".

في المقابل، يتبوأ العرف في إطار القانون الوضعي منزلةً مختلفة، فهو يُعدّ مصدراً أصلياً من مصادر القانون، خاصة في الأنظمة القانونية ذات الطابع القضائي أو العرفي (كالنظام الأنغلوسكسوني). وتستند مشروعية العرف هنا إلى "الضمير الجماعي" للمجتمع وإرادته، حيث يتشكل عبر ممارسة الناس سلوكاً معيناً على نحو مستمر ومستقر، مع اعتقادهم بالزاميته.

من هنا، تبرز الإشكالية المحورية لهذه المداخلة، والتي تتمثل في التساؤل: كيف تتباين الأسس الفلسفية والضوابط المنهجية لحاكمية العرف ومشروعيته بين المنظور الإسلامي والمنظور القانوني الوضعي؟

بمعنى؛ "ما هي الأسس النظرية والتطبيقية لحاكمية العرف في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؟ وكيف تتجلى المنطلقات والضوابط المنظمة لهذه الحاكمية في مواجهة الإشكالات المعاصرة؟"

تهدف هذه المقارنة المفاهيمية إلى كشف الطبقات العميقة لهذا التباين، من خلال تحليل الأسس التي تقوم عليها حاكمية العرف في كل منظومة، وبيان موقعه في هرمية مصادر التشريع،

والكشف عن الضوابط التي تتحكم في اعتباره أو إلغائه. كما تسلط الضوء على الدور الوظيفي للعرف في سد الفراغ التشريعي أو الاجتهادي، وتكييف القواعد العامة مع الخصوصيات المحلية والمتغيرات الزمنية.

- اعتمدنا في هذه المداخلة على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي والمنهج المقارن باستخدام أداة الاستقراء، بغية تقديم رؤية متكاملة تبين أوجه الالتقاء والافتراق بين النظام الإسلامي والنظام القانوني، مع التأكيد على أن فهم هذه العلاقة هو مفتاح لفهم آليات تطور القانون واستجابة التشريعات - شرعية كانت أم وضعية - لحركة المجتمع وتطوره في ضوء مبادئ وضوابط كلا النظامين.

## 2. المفهوم اللغوي والاصطلاحي للعرف والألفاظ ذات الصلة

### 1.2 في اللغة:

العُرف والعارفة والمعروف ضد المنكر، وهو كل ما تميل إليه النفس من الخير وتأنس به وتطمئن إليه. وقيل أن المعروف هو كل فعل يُستحسن، وعُرف الأرض ما ارتفع منها، وجمعه أعراف، ومنه أعراف الرياح والسحاب أي أوائلها وأعاليها، وأحدها عُرف . وذكر الفيروز آبادي في القاموس المحيط أن المعروف هو ما دل عليه الشيء واعترف به، ويُقال: "سأله عن خبر ليعرفه"، و"تعارف القوم" أي عرف بعضهم بعضاً. فهو يطلق لغة على كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه، ويطلق على المعروف، وهو الخير والرفق والإحسان.

### 2.2- أما في الاصطلاح:

فقد وردت فيه عدة تعاريف وأغلبها متقاربة:

### 1.2.2 الاصطلاح الشرعي:

- هو ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول<sup>1</sup>  
- الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وألفته، واعتادت عليه الجماعة، مستندة في ذلك إلى استحسان العقل وعدم إنكار أصحاب الذوق السليم له.

1 انظر: الجُرْجَانِي، «التعريفات»: (ص/193).

- العُرف ما تعارفه الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، ويُسمى كذلك العادة.

- العُرف ما اعتاده الناس في معاملاتهم واستقامت به شؤون حياتهم.

- ومن أحسن التعريف ما أضيف له قيد "بشرط ألا يخالف نصاً شرعياً"

## 2.2.2- العرف في الاصطلاح القانوني:

- "اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه

قاعدة يسود الاعتقاد بأنها ملزمة"<sup>1</sup>

- فهو عبارة عن مجموعة من القواعد التي تنبثق من اعتياد الناس على سلوك أو تصرف

معين مصحوباً باعتقاد إلزاميته ووجوبه وعدم مخالفته يلحقها جزاء مادي<sup>2</sup>.

أما عن التشريع فلم يعرف المشرع العرف وإنما اكتفى بذكره كمصدر احتياطي ثاني بعد

التشريع والشرعية الإسلامية<sup>3</sup>.

## 3.2- الألفاظ ذات الصلة:

من الألفاظ المتشابهة وذات الصلة بالعرف هي العادة أو العادة الاتفاقية

### 1.3.2- العادة لغةً:

مأخوذة من العود أو المَعَاوِدَة؛ وتعود الشيء، وعاده، وعاوده معاودة وعودا واعتاده

واستعاده وأعادته أي صار له عادة. وهي تعني: تكرر الشيء وعوده مرةً بعد أخرى تكراراً كثيراً يخرج

عن كونه واقعاً بطريق الصدفة والاتفاق<sup>4</sup>.

### 2.3.2- العادة في الاصطلاح الفقهي:

عبارة عما استمر الناس عليه على حكم المعقول، وعادوا إليه مرةً بعد أخرى؛ وقد تكون

هذه الغلبة في سائر الأقاليم كالحاجة للغذاء والماء.

- أو هي "الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية"<sup>5</sup>

- "غلبة معنى من المعاني على جميع البلاد أو بعضها" فهو يشمل العادة الخاصة والعامّة.

### 3.3.2- العادة في الاصطلاح القانوني:

1 عبد النبي إسماعيل شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج 1، مكتبة الوفاء بالإسكندرية، 2013، ص 186.

2 سليمان مرقص، شرح القانون المدني، ج 1/291

3 المادة 1 من القانون المدني الجزائري، الصادر بأمر رقم: 75/58، لسنة 1975 م

4 ابن منظور، لسان العرب، 9/241.

5 ينظر: إرشاد الساري، 4/95 الحلبي، بيروت، 2010.

العادات هي أمور معينة تعارف الناس على اتباعها في حياتهم دون أن يرسخ في أذهانهم الشعور بكونها ملزمة، ويمكن أن نذكر من أمثلتها؛ ما تواتر عليه العمل في بعض المناطق من أنه إذا قامت شركة بين شخصين قدم أحدهما رأس المال وقام الآخر بالعمل، فإن الأرباح توزع بينهما بنسبة الثلثين لمن قدم رأس المال، والثلث لمن قام بالعمل<sup>1</sup>.

#### 4.2- التمييز بين العرف والعادة في الفقه والقانون الوضعي

##### 1.4.2- النسبة بين العرف والعادة في الفقه الإسلامي:

- العرف والعادة لفظان مترادفان عند أكثر العلماء، ويصدق كل واحد منهما على ما يصدق عليه الآخر؛ وإن اختلف المفهوم اللفظي لكل منهما.  
وفرق بعض المتأخرين بين اللفظين تفرقاً وجهياً؛ قال أبو زهرة: "وإذا اعتادت الجماعة أمراً صار عرفاً لها؛ فعادة الجماعة وعرفها متلاقيان في المؤدى؛ وإن اختلف مفهومهما؛ فهما يتلاقيان فيما يختص بالجماعات."  
وفرق البعض الآخر بينهما: بأن خصّ العادة بالأمور العملية، وخصّ العرف بالأمور اللفظية<sup>2</sup>.

فمصطلح العادة والعرف عند الفقهاء يشمل:

- الأقوال والأفعال مطلقاً، سواء كانت صادرة عن الفرد أم عن الجماعة.
  - وتشمل ما صدر عن سبب طبيعي: مثل حرارة الإقليم أو برودته اللتين ينشأ عنهما عادة إسراع البلوغ وإبطاؤه، وكطبيعة الأرض التي تقتضي غلبة نوع من الأموال والصناعة على أهلها.
  - وما صدر عن سبب غير طبيعي: أي ما تلقته الطبائع السليمة بالقبول.
  - وما صدر عن سبب فساد الزمان أو تغييره: مثل التقاعد عن الخيرات، والغش، والظلم، وأكل المال بالباطل، ومثل فساد اللسان العربي، واختلاط العرب بالعجم، وغير ذلك.
  - وحتى ما صدر بسبب اختلاف الدين والمعتقد، مثل عادات اليهود، والنصارى.
- كل هذه الحالات شهدت بها استعمالات الفقهاء لمصطلح العادة والعرف، وبُنيت عليها الأحكام، وروعت في الإفتاء والقضاء والاجتهاد عموماً؛ يرتهن ذلك بجملة من الضوابط والشروط ستأتي.

1 رمضان محمد أبو السعود وآخرون، مبادئ القانون، المخل للقانون والالتزامات، ط1، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2003، ص 60 وما بعدها.

2 أبو زهرة، «مالك»: (ص/420)؛ وراجع: الزرقا، «المدخل الفقهي العام»: (1/831)، و«الموسوعة الفقهية الكويتية»: (53/30).

#### 2.4.2- التمييز بين العرف والعادة في القانون الوضعي:

والتمييز بين العرف والعادة الاتفاقية يترتب عليه عدة نتائج هامة ترتد في مجموعها إلى أصل واحد وهو أن العرف ينشئ قواعد قانونية ملزمة، في حين لا تنشئ العادة أية قواعد ملزمة، ولا تصير كذلك إلا إذا اتفق الأطراف على اتباعها باعتبارها شرطاً يرد في التعاقد الذي يتم بينهم<sup>1</sup>؛ وأهم نتائج التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية نوردتها على النحو التالي:

\* العرف باعتباره قانوناً فيفترض علم الأفراد به، ومن ثم لا يقبل الاعتذار بالجهل بأحكامه، على حين العادة الاتفاقية تستمد قوتها الملزمة من اتجاه إرادة الأطراف إلى إعمالها، وهذا بطبيعة الحال يقتضي علمهم بها؛ فإذا ثبت أن أحد الطرفين أو كلاهما كان يجهل وجودها، فلا محل لتطبيقها، لأن إرادتهما لم تنصرف في هذه الحالة إلى التقيد بها.

\* يلتزم القاضي من تلقاء نفسه بتطبيق العرف ولو لم يطلب الخصوم ذلك؛ أما العادة الاتفاقية فهي بمثابة شرط من شروط التعاقد، وبالتالي يجب على صاحب المصلحة أن يتمسك بها أمام القضاء، وأن يثبت أن نيته هو والطرف الآخر قد انصرفت إلى اتباعها.

\* القاعدة العرفية هي قاعدة قانونية، وبالتالي من المفروض أن القاضي يعلم بها ويطبقها دون أن يكلف الخصوم بإثبات وجودها، وهذا بخلاف العادة الاتفاقية التي يتعين على من يتمسك بها من الخصوم أن يقيم الدليل على وجودها.

\* لما كان العرف هو أحد المصادر الرسمية للقانون، فإن القاضي في تطبيقه وتفسيره له يخضع لرقابة محكمة النقض، خلافاً للعادة الاتفاقية التي لا يخضع القاضي في تطبيقها وتفسيرها لرقابة محكمة النقض لأن شأنها في ذلك شأن الشروط الواردة في العقود.

ينتج عما تقدم أن التفرقة بين العرف والعادة لا توجد إلا عند بعض متأخري الفقهاء (المعاصرين) وعند القانونيين، أما المتقدمين فاعتبروهما واحد بشرط توفر الضوابط.

#### 5.2- أقسام العرف في الفقه الإسلامي:

ينقسم إلى أقسام باعتبارات مختلفة:

أ- فينقسم العرف باعتبار مصدره إلى: عادة شرعية، وعادة جارية بين الخلائق:

1 ينظر: حسن كير، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6، 1993م، ص 270. عباس صراف، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2008، ص 50. محمد حسين قاسم، مبادئ القانون الدار الجامعية، د.ب، 1998م، ص 275.

1. **العرف والعادة الشرعية:** وهي التي أقرها الشارع أو نفاها؛ وذلك بأن يكون قد أمر بها إيجاباً أو ندباً، أو نهى عنها تحريماً أو كراهية، أو أذن فيها فعلاً أو تركاً؛ وهذه العادة ثابتة أبداً لا تتحول؛ كالأمر بإزالة النجاسة وستر العورة وتحصيل الطهارة؛ فهذه العوائد وأشباهاها من جملة أحكام الشرع التي لا تتبدل<sup>1</sup>.

2. **العرف والعادة الجارية بين الخلائق بما ليس في نفيه ولا إثباته دليل شرعي:** وهذه العادة قد تكون ثابتة وقد تتبدل؛ فالثابتة: هي الغرائز الجبلية كشهوة الطعام والكلام والبطش وأشباه ذلك؛ والمتبدلة منها ما يكون متبدلاً من حسن إلى قبيح وبالعكس؛ مثل: كشف الرأس؛ فإنه يختلف باختلاف البقاع؛ فهو قبيح في بعض البلاد وغير قبيح في بعضها؛ فيختلف الحكم الشرعي تبعاً لذلك<sup>2</sup>.

ب- ينقسم العرف باعتبار وقوعه إلى: عام وخاص:

1. **العرف العام:** وهو الذي يكون فاشياً في جميع البقاع بين جميع الناس، ولا يختلف باختلاف الأماكن؛ كالاستصناع في كثير من الأشياء التي يحتاج إليها الناس؛ كالأحذية والألبسة والأدوات التي لا يمكن الاستغناء عنها في بلد من البلدان، ولا في زمن من الأزمان<sup>3</sup>.

2. **العرف الخاص:** وهو الذي يكون خاصاً ببلد أو بفتة معينة من الناس؛ كاصطلاح أهل الجرف المختلفة بتسمية شيء باسم معين في محيطهم المهني، أو تعاملهم في بعض المعاملات بطريقة معينة حتى تصبح هذه الطريقة هي المتعارف فيما بينهم، وهذه تختلف الأحكام فيها باختلاف الأماكن والبقاع<sup>4</sup>.

ج- وينقسم العرف باعتبار متعلقه إلى: لفظي وعملي:

1. **العرف اللفظي:** وهو أن يتعارف قومٌ إطلاق لفظ لمعنى؛ بحيث لا يتبادر عند سماعه إلا ذلك المعنى بلا قرينة ولا علاقة عقلية؛ مثل استعمال لفظ «البيت» في بعض البلدان بمعنى الغُرْفِ<sup>5</sup>.

2. **العرف العملي:** وهو ما اعتاد الناس عليه من الأفعال العادية، أو المعاملات المدنية التي يُقصد منها إنشاء الحقوق أو إسقاطها؛ ومثاله في الأفعال العادية: ما ينشأ بين الناس من عادات

1 ينظر الشاطبي، الموافقات، 2/ 448

2 أبو سنة، العرف والعادة، مطبعة الأزهر، د.د.ن، 1947، ص 21

3 عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط2، 2011م، ص 201.

4 صالح معوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، د.ت، ص 140.

5 مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف والأديب، ط7، 1968م، ص 876.

تتعلق بالأكل والشرب واللباس والركوب ونحو ذلك؛ ومثاله في المعاملات المدنية: اعتياد الناس في بيع بعض الأشياء أن تكون حمولتها على البائع، وتعارفهم على أجرة معينة عند نقل الركاب من مكان إلى آخر<sup>1</sup>.

## 6.2- أقسام العرف في القانون الوضعي:

ينقسم العرف في القانون الوضعي بالنظر إلى عدة اعتبارات:

أ- من حيث طبيعة القاعدة ينقسم إلى: عام وخاص

1- عرف عام: وهو الذي وضعته السلطات العمومية في الدولة

2- عرف خاص: من وضع الأفراد في معاملاتهم.

ب- من حيث نطاق التطبيق:

1- عرف شامل: يطبق في مساحات واسعة.

2- عرف خاص: يطبق في مناطق خاصة أو معينة

ج- من حيث المجال: بحسب أنواع فروع القانون، فنجد:

1- العرف التجاري؛ البيع بالتعاطي دون صيغة لفظية

2- العرف الإداري؛ سلوك معين تلتزم به الإدارة بشكل مستمر ومتكرر، استلام الطلبات،

إعلان المشاريع.

3- العرف المدني؛ حق المرور عبر أرض شخص للوصول إلى الطريق العام...

4- العرف الدستوري: ممارسة شكل معين من السلطة قد لا يكون مكتوباً وإنما نشأ عرفاً.

5- العرف الدولي؛ تحديد جهة معينة لسيار المركبات في الطريق.

6- العرف في تنظيم بعض أحكام قانون الأسرة، نفقة الزوجة،

د- من حيث أنه مصدر للتشريع فينقسم إلى:

1- مكمل للتشريع: في حال غياب النص التشريعي أو الشرعي يكون العرف كمصدر

للتشريع لكنه احتياطي ثاني، فيصبح إلزاماً على القاضي الاعتماد على العرف كمصدر بعد التشريع والشرعية الإسلامية، وإذا أنكر القاضي فإنه يرتكب جريمة إنكار العدالة.

2- مساعد للتشريع: يلعب العرف دوره المساعدة في حالة وجود نص قانوني يوجه القاضي

للاسترشاد بالعرف، فالنص موجود لكنه يحيل على العرف لتكملة أحكامه (وخاصة في القواعد المكملة)<sup>2</sup>.

1 علل الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1991م، ص 155.

## 2.3- شروط الأخذ بالعرف في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي:

### 1.2.3- العرف المعترف في الفقه الإسلامي:

العرف ليس دليلاً مُستقلاً من أدلة التشريع؛ وإنما هو مردود إلى الدليل لاعتباره؛ ولكونه كذلك قرّر الفقهاء لاعتباره جملةً من الشّروط؛ منها ما يأتي ذكره:

1. أن لا يخالف نصّاً من كتاب أو سنة أو أصلاً مقطوعاً به من أصول الشريعة الإسلامية؛ فتعارف الناس على مُنكر لا يجعل منه أمراً مشروعاً.

2. أن يكون مُطّرداً أو غالباً وذلك بأن يكون العمل به مُستمرّاً في جميع الحوادث أو غالبه؛ ولا يضرّ تخلّفه في بعض الوقائع إن كان نادراً؛ لأنّ النّادر لا حكم له؛ قال الشّاطبي: «وإذا كانت العوائد مُعتبرةً شرعاً؛ فلا يقدح في اعتبارها انخراطها ما بقيت عادةً على الجملة» والعرف والعادة إذا لم تطرّد؛ فإنها تصير مُشتركة بين العمل بها وتركها؛ ولا يصلح اعتبار المُشترك حكماً على تصرّف الإنسان؛ لأنّه «يؤدّي إلى التردّد في المعنى المراد؛ فلا يُقطع بأنّ المتكلّم قصد هذا المعنى أو غيره؛ فلا يتقيّد أحدُ المعنيين لتعارضهما بتحقيق الاشتراك؛ لأنّه يقتضي تساوي المعنيين دون ترجيح لأحدهما»<sup>1</sup>.

3. أن يكون موجوداً عند إنشاء التصرف؛ بأن يكون سابقاً أو مُقارناً له؛ وأمّا العرف الطّارئ؛ فلا يمكن أن يكون حكماً على ما سبقها؛ وذلك لأنّ «من له عُرف أو عادةً في لفظ إنما يحمل لفظه على عُرفه السّائد؛ أمّا الطّارئ بعد النّطق فلا يُقضى به عليه؛ لأنّه سالمٌ عن مُعارضته»<sup>2</sup>.

4. أن لا يكون تصرّحٌ بخلافه؛ إذ إنّ كلّ ما يثبت بالعادة والعرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صحّ؛ «فإذا صرح بخلاف ذلك ممّا يُجوّزه الشّرع ويُمكن الوفاء به جاز؛ كما لو أدخل بعض اللّيل في الإجارة بالنصّ عليه»؛ ولو جرت العادة والعرف بتسليم الأجرة أوّل الشّهر؛ فاتّفقا على تقديمها لزم العقد على ما اتّفقا عليه<sup>3</sup>.

### 2.2.3- شروط اعتبار العرف في القانون الوضعي:

2 علي فيلاي، مقدمة في القانون، دار موهم للنشر، الجزائر، 2010، ص 105.

1 ابن عابدين، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، دار سعادت، إسطنبول، 1907م، (134/2).

2 عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، الأردن، 2007م، ص 246.

3 ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1991م، (186/2).

- العمومية: خطاب موجه إلى مجموعة أشخاص غير معنيين بذواتهم وليس شرطاً أن يكون شاملاً لإقليم الدولة، أو جميع المواطنين.
- القِدم: اطراد سلوك معين مدة زمنية طويلة.
- الثبات والاطراد: الاتباع منذ النشوء دون توقف (التواتر).
- عدم مخالفة النظام والآداب العامة. (الأخذ بالثأر).

#### 4. الخاتمة:

في الأخير، نسعى إلى تقديم رؤية متكاملة لحاكمية العرف في نظامين تشريعيين عظيمين: الشريعة الإسلامية الغراء بما تحمله من حكمة إلهية وشمولية إنسانية، والقانون الوضعي بما يمثله من تجربة بشرية تراكمية. والغاية النهائية هي الوصول إلى فهم عميق يمكن أن يساهم في تطوير التشريع والقضاء والممارسة الاجتماعية، بما يحقق العدل والاستقرار والتنمية المستدامة. وقد تضمنت الخاتمة أهم النتائج والتوصيات

##### 1.4- أهم النتائج:

- إن لكل مجتمع جملة من الأعراف تميزه عن غيره، وتعتبر إحدى المسلمات التي يعتمد عليها أفراد المجتمع كسلطة غير رسمية يعاقب كل من خالفها.
- إن دراسة العرف ليست مجرد بحث أكاديمي نظري، بل هي ضرورة علمية وعملية في آن واحد.
- العرف يمثل الجسر الحي بين القانون المجرد والواقع الاجتماعي المتحرك، وهو الأداة المرنة التي تسمح للتشريع بمواكبة التطورات دون أن يفقد استقراره وثباته.
- إن العرف ليس مجرد عادة اجتماعية، بل هو ضمير الأمة الحي، وذاكرتها الجماعية، وتجربتها المتراكمة عبر الأجيال.
- وهو - إذا أحسن فهمه وضبطه وتوجيهه - يمكن أن يكون أعظم أداة لتحقيق التوازن بين الأصالة والمعاصرة، وبين الثبات والتطور، وبين الخصوصية الثقافية والقيم الإنسانية المشتركة.
- إن حاكمية العرف ليست مطلقة، بل هي مقيدة بالنصوص والمبادئ العليا متوقفة على التحقق الشروط والضوابط.

- إن الحاكمية خاضعة للرقابة والتقييم المستمر، متطورة حسب الزمان والمكان في إطار ضوابط محددة سلفاً.

#### 2.4- التوصيات:

- ربط العرف بالشؤون الحياتية للأفراد ودراسة النماذج التطبيقية المبنية على العرف لجعله متناولاً بين الناس وواضح المعالم ومألوفاً ليكون باعثاً على العمل والتطبيق.

- تدوين الأعراف الجارية والمعمول بها بين الأفراد بغرض اعتمادها رسمياً في المحاكم ولجان الإفتاء.

#### 5. قائمة المراجع:

1. القرآن الكريم، برواية ورش عن الإمام نافع، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر، 1443هـ/2022م
2. - أحمد بن حنبل، المسند، ط1، تح: شعيب الأرنؤوط وآخرون، مؤسسة الرسالة، دمشق، 2001م.
3. - أحمد بن محمد، القسطلاني، إرشاد الساري، ج4، ط6، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، 1305 هـ.
4. - أبو زهرة، مالك حياته وعصره وآرائه الفقهية، ط2، مكتبة الأنجلو المصرية، القاهرة، 1952م.
5. - الجرجاني، كتاب التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1983م
6. - حسن كير، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط6، 1993م.
7. - رمضان محمد أبو السعود وآخرون، مبادئ القانون، المخل للقانون والالتزامات، ط1، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 2003.
8. - الزبيدي، تاج العروس، ج6، وزارة الإرشاد والأنباء، الكويت، 2001م.
9. - سليمان مرقص، شرح القانون المدني، ط7، ج1، دار الكتب القانونية، د.ب، 1998.
10. - أبو سنة، العرف والعادة، مطبعة الأزهر، د.د.ن، 1947.
11. - الشاطبي، الموافقات، ج2، ط1، دار ابن عفان، د.ب، 1997م.

12. - صالح معوض، أثر العرف في التشريع الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، د.ت.
13. - الطبراني، سليمان بن أحمد، المعجم الكبير، ط2، تح: حمدي بن عبد المجيد، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، د.ت.
14. - ابن عابدين، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، دار سعادت، إسطنبول، 1907م، ج2.
15. - عباس صراف، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2008.
16. - ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1991م، ج2.
17. - عبد الكريم زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، دمشق، ط2، 2011م.
18. - عبد النبي إسماعيل شاهين، المدخل لدراسة العلوم القانونية، ج1، مكتبة الوفاء بالإسكندرية، 2013.
19. - عثمان شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، دار النفائس، عمان، الأردن، 2007م.
20. - علال الفاسي، مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط1، 1991م.
21. - علي فيلاي، مقدمة في القانون، دار موهب للنشر، الجزائر، 2010.
22. - القانون المدني الجزائري، الصادر بأمر رقم: 58:75، لسنة 1975م.
23. - مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطابع ألف والأديب، ج1، ط7، 1968م.
24. - محمد بن اسماعيل البخاري، الجامع الصحيح، ط1، ج5، تح: محمد زهير بن ناصر، دار طوق النجاة، بيروت، 1422هـ.
25. - محمد حسين قاسم، مبادئ القانون الدار الجامعية، د.ب، 1998م.
26. - ابن منظور، لسان العرب، ج9، ط3، دار صادر، بيروت، 1414هـ.

27. - الموسوعة الفقهيّة الكويتيّة، مجموعة من المؤلفين، ط1، ج30، مطابع دار الصفوة، القاهرة، 1404هـ.