



مراعاة العرف وأثره في تقرير الأحكام القضائية- دراسة فقهية مقارنة-

"Consideration of Custom and Its Impact on Judicial Rulings: A Comparative Jurisprudential Study"

عبد الرحيم بوعلي¹، عبد الحق جبار²

Abderrahim Bouali¹, abduhak djebbar²

1 جامعة أحمد بن بلة وهران 01. Bouali.Abderrahim@edu.univ-oran1.dz

2 جامعة أحمد بن بلة وهران 01, Dr.abduhak.djebbar@gmail.com

مخبر مخطوطات الحضارة الإسلامية في شمال إفريقيا (الجزائر)

تاريخ القبول: 2026/06/28

تاريخ الإرسال: 2026/06/21

ملخص

تتميز الشريعة الإسلامية بمرونة أحكامها وشموليتها، بما يجعلها قادرة على استيعاب المستجدات من الوقائع والأحداث. ومن أبرز الآليات التي تحقق هذا المقصد اعتبار العرف مصدراً تبعياً يضمن التوافق بين أحكام الشريعة وما تعارف عليه الناس واطمأنت إليه نفوسهم. غير أن دور العرف في تقرير الأحكام القضائية ظل محل نقاش، خاصة عند الموازنة بين مبادئ الشريعة وأحكام القانون الوضعي في الجزائر. وقد اعتمد البحث المنهج الفقهي المقارن من خلال دراسة النصوص الشرعية وأقوال الفقهاء وتحليل نماذج من النصوص القانونية الجزائرية، مع التركيز على التطبيقات القضائية التي أُحيل فيها القاضي إلى العرف. وأظهرت النتائج أن العرف يمثل مصدراً مكملًا يعزز عدالة الأحكام ويقربها من واقع الناس، ويحقق مقاصد الشريعة في رفع الحرج، كما يساهم في سد النقص التشريعي. ويخلص البحث إلى أن العرف يظل أداة فعالة لتحقيق الانسجام بين النصوص الشرعية والقانونية وضمان إنصاف المتقاضين

- الكلمات المفتاحية: العرف، القضاء، الأحكام القضائية.

Abstract

Islamic Sharia is distinguished by the flexibility and comprehensiveness of its rulings, enabling them to address new developments and circumstances. Among the mechanisms that achieve this objective is the consideration of custom ('urf) as a subsidiary source that ensures harmony between Sharia rulings and practices commonly accepted by society. Nevertheless, the role of custom in judicial rulings remains debated, particularly when balancing Sharia principles with statutory law in Algeria. This study employs a comparative jurisprudential approach, examining classical Islamic legal sources alongside Algerian statutory provisions, with emphasis on judicial cases where custom has been invoked. The findings indicate that custom functions as a complementary source in judicial rulings: in Sharia, it reflects the adaptability and inclusiveness of Islamic law, while in Algerian legislation it serves as a supplementary source to fill gaps in statutory texts. Judicial reliance on custom enhances fairness, aligns rulings with social realities, and fulfills Sharia's objective of preventing hardship. The research concludes that custom remains an effective tool for achieving harmony between religious and legal frameworks and ensuring justice for litigants.

Keywords: Custom ('urf), Judiciary, Judicial ruling

المقدمة:

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلق الله أجمعين، نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين، وبعد:

إن من أبرز الخصائص المتجلية في أحكام الشريعة الإسلامية اتصافها باليسر وعدم التكليف بما لا يطاق، وقد أقر القرآن ذلك، كما في قوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾. [سورة البقرة: 185]، وقوله تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُم فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [سورة الحج: 78]. وعلى أساس هذا المبدأ العظيم، فإن أحكام الشرع تراعي ما يحقق مصالح الناس وأعرافهم، وما يدفع عنهم المشقة والتكليف.

ولما كانت أعراف الناس وعوائدهم لا تستقر على حال، ويطرأ عليها ما يغيرها من حال إلى آخر، فقد أقر الشرع بعض المصادر التبعية كالعرف، تحقيقاً للتوافق بين أحكام الشريعة وما تعارف عليه الناس واطمأنت إليه نفوسهم. غير أن العمل به مقيد

بضوابط وشروط متعددة ومعالم محددة، متى تحققت كان للعرف أثر معتبر. وفي هذا البحث سنقف على مدى مراعاة العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وبيان أثره في تقرير الأحكام القضائية، عن طريق التأصيل النظري والتطبيق العملي.

أهمية الموضوع: تتجلى أهمية البحث في تناوله لموضوع العرف، الذي يُعد أحد أهم الأسس المعتمدة في تقرير الأحكام، كما يستمد أهميته من المكانة التي يتمتع بها القضاء في إقامة العدل وصيانة حقوق العباد.

إشكالية الدراسة: ينطلق هذا البحث من إشكالية مفادها: ما دلالات اعتبار العرف في الفقه الإسلامي والقانون الجزائري، وما أثر ذلك في تقرير الأحكام القضائية؟ ويتفرع عنها أسئلة فرعية أهمها:

- ما المفهوم الفقهي والقانوني للعرف؟

- ما طبيعة العلاقة بين العرف والأحكام القضائية؟

- ما أثر اعتبار العرف في تقرير الأحكام القضائية؟

أهداف الدراسة: تتجلى أهداف البحث فيما يلي:

- بيان أثر اعتبار العرف في تقرير الأحكام القضائية من خلال التأصيل النظري له فقهاً وقانوناً.

- إبراز دور القاضي من خلال عرض الأحكام المتعلقة بموضوع الدراسة، وبيان أهم المعوقات التي تحول دون قبول أحكامه.

- توضيح مكانة العرف في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

المنهج المتبع: يعتمد البحث على المنهج التأصيلي التحليلي، لإبراز حقيقة العرف وآثاره في تقرير الأحكام القضائية، وذلك باستقراء النصوص التي تبين حجية اعتباره في الجانب الفقهي والقانوني، ثم تحليلها لاستخلاص النتائج.

خطة البحث: اعتمد البحث في معالجة الإشكالية على الخطة الآتية:

- المقدمة: للتعريف بالموضوع وعرض الإشكالية.

- المبحث الأول: حقيقة العرف والأحكام القضائية.

- المطلب الأول: ماهية العرف.
- المطلب الثاني: تعريف الأحكام القضائية.
- المطلب الثالث: علاقة العرف بالأحكام القضائية.
- المبحث الثاني: أثر اعتبار العرف في تقرير الأحكام القضائية.
- المطلب الأول: شروط اعتبار العرف في تقرير الأحكام القضائية.
- المطلب الثاني: دور العرف في تقرير الأحكام القضائية.
- المطلب الثالث: صور إحالة القاضي إلى العرف في القانون الجزائري.
- الخاتمة: عرض نتائج البحث وأهم التوصيات المقترحة.

المبحث الأول: حقيقة العرف والأحكام القضائية

إن الوقوف على مدى تأثير العرف في الأحكام القضائية يستدعي بيان حقيقتها وإظهار العلاقة القائمة بينهما. ولتحقيق ذلك قُسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، وهي كالآتي:

المطلب الأول: ماهية العرف

أولاً: تعريف العرف

1- لغة: يطلق العرف على كل ما تعرفه النفوس وتطمئن إليه من الخير، وضده النكر. ورغم تعدد معانيه في سياق الكلام، إلا أن أصل الكلمة (ع ر ف) يدل على تتابع الشيء واتصال بعضه ببعض، ومنه عرف الديك والفرس، كما يدل على السكون والطمأنينة النابعة من المعرفة والعرفان.¹

2- في الاصطلاح الشرعي: تعددت تعريفاته، ومن أهمها:

● عرفه عبد الوهاب خلاف بقوله: "ما تعارف لدى الناس وساروا عليه من قول أو فعل أو ترك، ويسمى العادة".² وهو قريب من التعريف اللغوي مع تميزه بتعدد أنواعه ليشمل القول والفعل والترك.

● ويطلق العرف على ما اعتاده الناس من الأفعال الشائعة بينهم، أو الألفاظ المتعارف إطلاقها على معانٍ معينة ينصرف الذهن إليها عند ذكرها³، وفي هذا تسوية بين العرف والعادة.

● "ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول".⁴

1 - ابن منظور، لسان العرب، 4/2900 - ابن فارس أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، 4/281

2 - عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 89

3 - ابن عابدين محمد أمين بن عمر، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، ص 52.

4 - الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، ص 152.

ورغم التباين الظاهري بين هذه التعريفات إلا أنها تتفق في المعنى الجوهرى، ومن ثم يمكن القول إن العرف هو ما استقر لدى قوم من الأقوال والأفعال التي لا تتعارض مع الشريعة، وتلقته عقولهم بالقبول واطمأنت إليه نفوسهم.

3- في الاصطلاح القانوني: جاء في المادة (1) من القانون المدني الجزائري: "يسري القانون على جميع المسائل التي تناولها نصوصه في لفظها أو فحواها، وإذا لم يوجد نص تشريعي حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد بمقتضى العرف...".¹

ومن خلال ذلك يتضح أن العرف معتبر في تقرير الأحكام. ومن تعريفاته القانونية:

● "اعتیاد الأشخاص اتباع سلوك معين في مسألة معينة، ويستقر الشعور لديهم أنه سلوك ملزم يقع الجزاء عند مخالفته".²

● وهو مصدر رسمي احتياطي للقانون، أساسه اعتیاد الناس سلوكاً معيناً في بيئة معينة مع اعتقادهم بلزومه ووجوب احترامه، وترتب الجزاء المادي على مخالفته.³

ثانياً: أنواع العرف

تعدد أنواعه تبعاً للاعتبارات المحددة له، ومنها:

1. باعتبار العموم والخصوص: ينقسم إلى عام وخاص

- العرف العام: ما لا يقتصر العمل به في بلد معين، بل يكون مشتركاً بين جميع البلدان الإسلامية، كالاستئذان في الألبسة والأحذية وغيرها.

1 - أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ع، العدد 78، 30 سبتمبر 1975.

2 - عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية، النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، ص 167.

3 - غالب علي الداودي، المدخل إلى علم القانون، ص 154.

- العرف الخاص: ما كان العمل به متعارفاً عليه في بلد معين، كأعراف التجار فيما يعد عيباً مؤثراً في الثمن وما لا يعد كذلك.

2. باعتبار الصحة والفساد: ينقسم إلى قسمين

- العرف الصحيح: ما كان موافقاً للنص الشرعي والقواعد القطعية.
- العرف الفاسد: ما خالف النص الشرعي أو أدى إلى محرم، كالتعارف على أخذ الربا أو الهدايا المشروطة في بلد معين.¹

3. باعتبار اللفظ والعمل: ينقسم إلى قسمين

- العرف اللفظي (القول): هو تعارف الناس على إطلاق لفظ على معنى لم يوضع له، ولكن يتبادر إلى الذهن عند سماعه، مثل إطلاق لفظ "البيت" بمعنى الغرفة في بعض الأمصار، وفي بعضها بمعنى الدار جملة.

- العرف العملي: ما تعارف الناس عليه واعتادوه من الأفعال العادية في اللباس والأكل أو المعاملات المدنية، كتعجيل جانب معين من مهر النساء.²

المطلب الثاني: تعريف الأحكام القضائية

أولاً: تعريف الأحكام

- لغة: جمع حكم، وهو مصدر "حكم يحكم"، أي قضى بالعدل. ومن معانيه المنع والإتقان؛ يقال: حكم الرجل وأحكمه، أي منعه مما يريد. ويقال لمن يحسن دقائق الصناعات ويتقنها: حكيم.³

- اصطلاحاً: وضع الشيء في محله، ويرد بمعنى إسناد الأمر إلى غيره إيجاباً أو قبولاً، فيخرج بذلك ما ليس بحكم كالنسبة التقييدية.⁴ ويعرفه الفقهاء بأنه: "مقتضى خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تخيراً أو وضعاً".⁵

1 - عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، ص 89.

2 - مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ص 875-878 - عبد الكريم بن علي النملة، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على القول الراجح، ص 394.

3 - ابن منظور، لسان العرب، 2/ 951.

ثانياً: تعريف القضاء

- لغة: يأتي القضاء في اللغة بمعانٍ متعددة، أهمها الحكم؛ وسمي القاضي قاضياً لكونه يقضي بين الناس بحكم شرع الله¹. ومن معانيه أيضاً: الانقطاع والتمام². قال الراغب الأصفهاني³: "القضاء فصل الأمر قولا كان ذلك أو فعلاً"⁴.

- اصطلاحاً: تعدد تعريفات القضاء تبعاً للاعتبارات المحددة له، ومن أهمها ما ذكره ابن عرفة: "صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين"⁵. وعرفه الشرييني⁶ بقوله: "القضاء فصل الخصومة بين خصمين فأكثر بحكم الله تعالى"⁷، وكأنه نظر إلى اعتبار الفعل لا الولاية العامة.

4 - الجرجاني، التعريفات، ص 96.

5 - طوفي نجم الدين سليمان بن عبد القوي، مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه)، ص 28

1- ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، 99/5.

2 - ابن منظور: لسان العرب، 3665/4-3666.

3- الحسين بن محمد ابن المفضل الأصفهاني يكنى بأبي القاسم ويلقب بالراغب كان عالماً ماهراً ومحققاً باهراً، له تصانيف كثيرة، منها المفردات في غريب القرآن، وتحقيق البيان في غريب القرآن، توفي 502هـ-1108م- الذهبي شمس الدين: سير أعلام النبلاء، تح: شعيب الأرناؤوط، 121/18.

4- الأصفهاني الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، 2/525.

5 - الشرييني شمس الدين بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، 6/257.

6- الشرييني شمس الدين، من فقهاء الشافعية، من مؤلفاته: مغني المحتاج في أربعة أجزاء، والسراج المنير في تفسير القرآن، والإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع، توفي سنة 977هـ- الزركلي خير الدين، الأعلام، 6/6.

7 - الشرييني، مغني المحتاج، 6/275.

ورغم التباين بين هذه التعريفات إلا أنها تتفق في الهدف المتمثل في إظهار الحكم الشرعي وفصل النزاع عن طريق الإلزام، وهو ما أشار إليه ابن عبد السلام¹ بقوله: القضاء إظهار الحكم الشرعي في الواقعة فيمن يجب عليه إمضاؤه فيه².

ثالثاً: التعريف الفقهي للأحكام القضائية

هي الفصل في الخصومات بالأقوال والأفعال الصادرة عن القاضي على سبيل الإلزام.³ ويقصد "بفصل الخصومة" ما يقع في نفس القاضي من الحلول المبنية على تطبيق الأحكام الشرعية للفصل في النزاع المعروض عليه على وجه الإلزام، ويعبر عن ذلك بالقول أو الفعل الصادر منه.⁴ فالأقوال والأفعال والإشارات الصادرة من القاضي تدل على الحكم القائم في نفسه.⁵

وحكم القاضي هو ما يلزم به أحد الخصمين من طرف القاضي الموكل عن الإمام الأعظم⁶، ويبنى على الوقائع التي يدعيها أطراف النزاع ويكشف عنها الشهود، وعلى الحكم الشرعي المستمد من النصوص أو الاجتهاد. وبناءً على ذلك يكون الحكم القضائي محصلة تطبيق الحكم الشرعي على ما يدعيه الخصوم وتكشف عنه البيانات.

7

1 - محمد بن عبد السلام بن يوسف بن كثير الهواري أبو عبد الله التونسي، من فقهاء تونس وعلمائها، تولى التدريس والقضاء بها، له شرح جامع الأمهات على مختصر ابن الحاجب، وديوان فتاوى، توفي سنة 749هـ. بالطاعون - محمد بن محمد مخلوف: شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، ص 210.

7 - الشرييني، مغني المحتاج، 6/257.

3 - محمد نعيم يسين: حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، ص 5.

4 - ابن فرحون برهان الدين أبو الفاء، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الحكم، 1/101.

5 - القراني شهاب الدين أحمد بن إدريس، الأحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، ص 58.

6 - الكافي محمد بن يوسف، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، ص 10.

7 - محمد نعيم يسين، حجية الحكم القضائي، ص 16.

رابعاً: التعريف التشريعي للأحكام القضائية

نصت المادة (8) من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري في فقرتها الأخيرة على أن: "يقصد بالأحكام القضائية في هذا القانون، الأحكام والأوامر والقرارات القضائية"¹. كما نصت المادة (255) على أن: "تصدر أحكام المحاكم بقاضٍ فرد ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، وتصدر قرارات جهة الاستئناف بتشكيلة مكونة من ثلاثة قضاة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك"².

ويلاحظ أن المشرع منح تعريفاً واسعاً للحكم القضائي يشمل الأحكام الصادرة عن المحاكم الابتدائية وقرارات المجالس القضائية باعتبارها جهات استئناف، إضافة إلى ما يصدر عنها من أوامر.

المطلب الثالث: علاقة العرف بالأحكام القضائية

ليبيان مدى الارتباط بين العرف والأحكام القضائية، لا بد من الوقوف على أهمية ومكانة كل منهما:

أولاً: مكانة العرف في الفقه الإسلامي

يُعد العرف أحد المصادر التبعية في الفقه الإسلامي، وقد أكد الفقهاء³ حجتيه بأدلة متعددة، منها:

- قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [سورة البقرة: 233]. وفي الآية دلالة

1 - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المادة 8.

2 - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، المادة 255.

3 - انظر: السيوطي جلال الدين، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، 1/162.

على وجوب النفقة على الزوج، إلا أن تقديرها يُرجع إلى العرف من غير تفريط ولا إفراط.¹

- قوله تعالى: ﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾ [سورة الأعراف: 199]. والعرف هو ما ترتضيه العقول وتطمئن إليه النفوس من الخصال الحسنة² ولا يتعارض مع الشرع، وأمر الله به دلالة على اعتباره، قال ابن فارس في معنى (وأمر العرف)، أقض بكل ما عرفته النفوس مما لا يرده الشرع، وهذا أصل القاعدة الفقهية، في اعتبار العرف.³

- حديث عائشة رضي الله عنها: أن هند بنت عتبة قالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح، وليس يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم. فقال ﷺ: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»⁴. وفي الحديث دلالة على أن العرف حجة فيما لم يرد فيه تحديد شرعي، واعتبار الشارع له يجعله ضمن الأدلة التي يحتكم إليها شرعاً.⁵

- قول الإمام القرافي: "وأما العرف فمشارك بين المذاهب كلها، ومن استقرأها وجدهم يصرحون بذلك".⁶

ومن خلال هذه النصوص والأقوال، تتجلى مكانة العرف في الفقه الإسلامي، إذ تُبنى عليه الأحكام الشرعية وتُنزل على الحالات المناسبة، كما تُرسم به حدود الحقوق

1 - القرطبي: محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن، 4/111.

2- المرجع نفسه، 9/421.

3 - السيوطي جلال الدين، الإكليل في استنباط التنزيل، تح: سيف الدين عبد القادر، ص132.

4- البخاري، صحيح البخاري، كتاب النفقات، باب إذا لم يتفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، رقم 5364، ص1367.

5 - النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، ط2، 1414هـ-1994، مؤسسة قرطبة، القاهرة، 8/12.

6 - القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تح: محمد حجي، 1/152.

والالتزامات. ومن أهم القواعد الفقهية في هذا الباب: (لا يُنكر تغير الأحكام بتغير الأعراف والأزمان)¹، و(المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً)².

ثانياً: مكانة الحكم القضائي

إن الحديث عن مكانة الحكم القضائي هو في جوهره حديث عن حكم الله تعالى، وهو: (مقتضى خطاب الشرع المتعلق بأفعال المكلفين اقتضاءً أو تحييراً أو وضعاً)³. والقاضي ما هو إلا كاشف عن ذلك الحكم بتحويل من الشرع نفسه. وقد عرفت أحكام القضاء عبر التاريخ الإسلامي بالعدالة الربانية في إحقاق الحقوق وإنصاف المظلوم، لاعتمادها على المصادر الأصلية والتبعية وتنزهها عن الهوى وحفظ النفس⁴، كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَأَنْزَلْنَا إِلَيْكَ الْكِتَابَ بِالْحَقِّ مُصَدِّقًا لِمَا بَيْنَ يَدَيْهِ مِنَ الْكِتَابِ وَمُهَيِّمًا عَلَيْهِ فَاحْكُم بَيْنَهُمْ بِمَا أَنْزَلَ اللَّهُ وَلَا تَتَّبِعْ أَهْوَاءَهُمْ عَمَّا جَاءَكَ مِنَ الْحَقِّ لِكُلِّ جَعْنَا مِنْكُمْ شِرْعَةً وَمِنْهَاجًا﴾ [سورة المائدة: 48]. وقال تعالى مخاطباً داوود عليه السلام: ﴿يَا دَاوُودُ إِنَّا جَعَلْنَاكَ خَلِيفَةً فِي الْأَرْضِ فَاحْكُم بَيْنَ النَّاسِ بِالْحَقِّ وَلَا تَتَّبِعِ الْهَوَى﴾ [سورة ص: 26].

ولعظم مكانة الأحكام القضائية، حرصت الشريعة على رسم معالمها لتحقيق العدل وطمأنة أصحاب الحقوق، كوجوب تنفيذها والإذعان لها، قال تعالى: ﴿فَلَا وَرَبِّكَ لَا يُؤْمِنُونَ حَتَّى يُحَكِّمُوكَ فِيمَا شَجَرَ بَيْنَهُمْ ثُمَّ لَا يَجِدُوا فِي أَنْفُسِهِمْ حَرَجًا مِمَّا قَضَيْتَ وَيُسَلِّطُوا سَلِيمًا﴾ [سورة النساء: 65]. فمن عصى قاضياً أو حكماً من الأحكام فيما أمر به من الحق، أو حكم فيه بوجه العدل فقد عصى الله ورسوله، وتعدى حدوده⁵.

1 - محمد الزرقا أحمد بن الشيخ، شرح القواعد الفقهية، ص 227

2 - القرافي:، الذخيرة، 1/152

3 - الطوفي، مختصر الروضة، ص 28.

4 - عبد الحميد عبد السلام بنعلي، أثر الخلاف الفقهي على الحكم القضائي، ص 133..

5 - ابن رشد محمد بن أحمد، المقدمات الممهدة، 2/255.

ومن خلال عرض مكانة العرف والأحكام القضائية، يتضح مدى الارتباط بينهما؛ فالقاضي يبين حكم الله تعالى في الواقعة المعروضة عليه، ويبنى حكمه على ما يدعيه أطراف النزاع وما يكشفه الشهود، وعلى الحكم الشرعي المستمد من المصادر الشرعية¹، ومن أهمها العرف، الذي يُعتبر الأخذ به تيسيراً للأمة ورفعاً للحرج عما لا تطيقه النفوس.

المبحث الثاني: أثر اعتبار العرف في تقرير الأحكام القضائية

بعد بيان حقيقة العرف والعلاقة القائمة بينه وبين الأحكام القضائية، يتناول هذا المبحث أهم الآثار والصور التي تبرز مدى تأثير الأحكام القضائية بالعرف، وذلك من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: شروط اعتبار العرف في تقرير الأحكام القضائية

انطلاقاً من اعتبار العرف أحد أهم المصادر التي يُحتكم إليها عند انعدام الدليل المحدد في الشرع، فقد وضع العلماء شروطاً للعمل بالعرف، وأهمها:

1- أن لا يخالف نصاً من كتاب أو سنة أو أصلاً من أصول الشريعة؛ فلا عبرة بما تعارف عليه الناس في الأمور التي تخالف أصول الدين، كالتعامل بالربا أو إدارة الخمر أو كشف العورات. فالعرف إنما جعل لإثبات الحكم الشرعي عند عدم ورود نص، ولا يجوز ترك النص والعمل بالعرف، إذ ليس للعباد حق تغيير النصوص.²

2- أن يكون مطرداً في جميع الأحوال أو غالباً؛ فلا عبرة بالعرف المضطرب الذي يُعمل به تارة ويُترك أخرى، لأن العبرة بالاضطراد والغلبة.³

3- أن يكون موجوداً عند إنشاء التصرف؛ فلا يُعتد بما يطرأ بعده. قال ابن نجيم: "العرف الذي تُحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر".⁴

1 - محمد نعيم يسين، حجية الحكم القضائي، ص 16.

2 - علي حيدر: درر الحكام شرح مجلة الأحكام، 1/44.

3 - ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، ص 84..

4 - المرجع نفسه، ص 86.

4- أن لا يعارض العرف شرطاً لأحد المتعاقدين؛ وهو ما أشار إليه العز بن عبد السلام بقوله: (كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد صح).¹

المطلب الثاني: دور العرف في تقرير الأحكام القضائية

يُعد العرف من أهم الوسائل التي تبرز مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيه أحكامها لكل زمان ومكان، وذلك لاختلاف الصيغ التي ترد بها النصوص في القرآن والسنة، كالمطلق والمقيد، والخاص والعام. ومن ذلك قوله تعالى: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَمَسْنِ أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا﴾ [سورة النساء: 19]. فالأعراف ضرورية الاعتبار شرعاً، بل قد تكون سبباً للتشريع. ومثل الإمام الشاطبي لذلك بقوله: إن العادة جرت على اعتبار أن الزجر سبب للانكفاف عن المخالفة، كما في قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ يَتَّقُونَ﴾ [سورة البقرة: 179]. فإذا كانت الشريعة تجري على ما اعتاده الناس وعلم في عرفهم، فإن أحكام القضاء تجري معها من حيث الاعتبار بعوائدهم وأعرافهم وأزمنتهم وقرائن أحوالهم، تحقيقاً لقاعدة رفع الضرر، وإقراراً لمبدأ التيسير ورفع الحرج.²

وإذا كانت الغاية من الأحكام القضائية بيان الحكم الشرعي على وجه الإلزام وإقامة العدل الذي أمر به الإسلام، كما جاء في قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ إِنَّ اللَّهَ نِعِمَّا يَعِظُكُمْ بِهِ إِنَّ اللَّهَ كَانَ سَمِيعًا بَصِيرًا﴾ [النساء: 58]، فإن هذا المبدأ العظيم لا يتحقق إلا بمراعاة أعراف الناس وعوائدهم. أما إلغاؤها وقت القضاء فقد يؤدي إلى الحكم بخلاف النيات والظواهر والعادات³، وربما أوقع الناس

1 - عز الدين بن عبد السلام، القواعد الكبرى، 311/2.

2 - ابن عابدين، نشر العرف، ص 58.

3 - عبد الحميد عبد السلام بنعلي، أثر الخلاف الفقهي على الحكم القضائي، ص 399.

في الحرج والعنت. ولهذا بوب الإمام البخاري في صحيحه باباً بعنوان: "باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون بينهم في البيوع والإجارة والمكيال والوزن، وسنتهم على نياتهم ومذاهبهم المشهورة"، وفي ذلك إشارة إلى إثبات الاعتماد على العرف، وأنه يُقضى به على ظواهر الألفاظ ويرد إلى ما يخالف الظاهر من العرف.¹

ولا يقتصر دور العرف على بيان المسائل التي يحكم فيها القضاء فحسب، بل قد يكون مرجعاً للفصل عند تعارض الحجج والبيانات التي تُعرض أمام القاضي، بترجيح وتقوية المعتبر منها عرفاً على ما لم يُعتد به. كما يُستعان به في تقدير التعزير بالعقوبة حسب عظم الجرم وصغره عرفاً، وحسب ما يتحملة المحكوم عليه. وهذا ما قرره القاعدة الفقهية: (ما ورد به الشرع مطلقاً، ولا ضابط فيه، ولا في اللغة، يُرجع فيه إلى العرف).²

وتأثر الأحكام القضائية بأعراف الناس لا يعني إلغاء النصوص الشرعية أو تغييرها، لأن الأحكام تتبع أسبابها حيث كانت بإطلاق، وإذا اختلفت العوائد رُجع كل منها إلى أصل شرعي يُحكم به عليها³. وهذا هو المقصود من قاعدة: "تغير الأحكام بتغير الأعراف والأزمان".

المطلب الثالث: صور إحالة القاضي إلى العرف في القانون الجزائري

يُعد العرف من أهم المصادر التي أقرها المشرع الجزائري بعد مبادئ الشريعة الإسلامية، ويُحتكم إليه في حالة وجود نقص في التشريع الوضعي. ولإبراز أهميته في تقرير الأحكام القضائية، يمكن الوقوف على أبرز الصور التي يُحال فيها القاضي إلى العرف، ومنها:

- اعتماد مهر المثل المتعارف عليه عند التنازع: فإذا لم تُحدد قيمة الصداق ووقع اختلاف بين أطراف النزاع، يبني القاضي حكمه على العرف، وهو ما نصت عليه المادة (15) من قانون الأسرة الجزائري: (يحدد الصداق في العقد سواء كان معجبلاً أو

1 - ناصر الدين ابن المنير، المتواري على أبواب البخاري، ص 24.

2 - السيوطي: الأشباه والنظائر، 1/162.

3 - الشاطبي، الموافقات، 3/649.

مؤجلاً، وفي حالة عدم تحديد الصداق تستحق الزوجة صداق المثل¹. فإذا شاب الاتفاق بين المتعاقدين نقص في مسألة ما، لجأ القاضي إلى العرف لاستكماله، وإن لم يجد ما يطبقه عرفاً لجأ إلى القاعدة القانونية².

- تفسير إرادة المتعاقدين: يؤثر العرف على الحكم القضائي من جهة الاستعانة به في تفسير نية المتعاقدين، وهو ما نصت عليه المادة (111) من القانون المدني الجزائري: (إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجاري في المعاملات)³. وفي ذلك دلالة على مدى تأثير الحكم القضائي بالعرف، إذ يُستعان به في التعرف على قصد المتعاقدين⁴.

- بيان مضمون القاعدة القانونية: يظهر ذلك في اعتماد العرف لتحديد الضروريات الواجبة في النفقة، كما نصت المادة (78) من قانون الأسرة الجزائري⁵. ففي مثل هذه الحالة يقتصر دور القاعدة القانونية على تقرير الالتزام، بينما يحدد العرف ماهية ذلك الالتزام⁶.

وخلاصة القول: إن تأثير الأحكام القضائية بمبدأ العرف، باعتباره مصدراً أقرته الشريعة الإسلامية وأحال عليه المشرع الوضعي، يُبرز دوره المتجدد بتجديد الوقائع

1 - أمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11، ج.ر.ع، العدد 15، 27 فبراير 2005.

2 - محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون، ص 199.

3 - أمر رقم 75-158 المؤرخ في سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، ج.ر.ع، العدد 78، 30 سبتمبر 1975، المادة 111.

4 - محمد سعيد جعفرور: مدخل إلى العلوم القانونية، ص 200.

5 - ورد في المادة 78 من ق.أ.ج، الأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005: "تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج، والسكن أو أجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة"..... وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة.

6 - أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية: النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، ص 275.

والأحداث التي لا تستوعب النصوص تفصيلها إلا بالرجوع إلى العرف. وهو ما يلزم القاضي بالاحتكام إليه عند فقدان النص المحدد للحكم القضائي.

الخلاصة:

من خلال ما سبق عرضه في هذه الورقة البحثية التي أبرزت عناية الشرع الحكيم بمصالح الناس من خلال مراعاة أعرافهم وعوائدهم وأثر ذلك على الأحكام القضائية، يمكن استخلاص النتائج الآتية:

أن العرف لم يخرج من دائرة الاعتبار الشرعي، بل يُعد مصدراً من المصادر التبعية التي يُلجأ إليها في تقرير الأحكام القضائية إذا تحققت الشروط والضوابط المقررة في الفقه الإسلامي، أما في القانون الجزائري فهو مصدر احتياطي يُستعان به فيما لم يحدده النص التشريعي ولم تبينه أحكام الشريعة.

اعتبار العرف في تقرير الأحكام القضائية يبرز مدى مرونة الشريعة الإسلامية وصلاحيّة أحكامها لكل زمان ومكان.

يختلف تأثير العرف في الجانب الشرعي عن تأثيره في الجانب القانوني؛ ففي الشرع يُعتبر مصدراً تبعياً يبرز حيوية الشريعة وشموليتها، أما في القانون فيُعد مصدراً احتياطياً لتكملة النقص الذي يشوبه من حيث عدم شموليته لكل ما يستجد من الأحداث والتطورات.

اعتبار العرف في تقرير الأحكام القضائية يلزم القاضي بالحرص على تجديد مخزونه العلمي والمعرفي حفظاً لحقوق المتقاضين وتحقيقاً لمقاصد الشرع الحكيم.

طبيعة الأحكام القضائية من حيث تعلقها بقضية معينة تتفق مع مبدأ اعتبار أعراف الناس وعاداتهم المختلفة زماناً ومكاناً.

إقرار مبدأ العرف في مجال العمل القضائي يبرز مدى حرص المشرع على عدالة الأحكام وإنصافها.

التوصيات:

في ضوء ما سبق، يمكن تقديم المقترحات الآتية:

جمع الأحكام القضائية التي كان للعرف فيها أثر جلي، لتكون مرجعاً في حل ما يقع من القضايا والوقائع المستجدة المشابهة لها في الحكم.

العمل المشترك على إبراز دور العرف وأهميته في تحقيق التماسك بين أفراد المجتمع، وبيان الحاجة الماسة لذلك في ظل ما يشهده العالم من تقارب بين الشعوب وتداخل الثقافات.

توجيه الطلبة والباحثين إلى دراسة المسائل التي تبرز مكانة العرف في الجانب القضائي، من خلال ما اعتبرته الشريعة وأقره القانون الجزائري.

قائمة المصادر والمراجع:

- القرآن الكريم.
- 1- أحمد سي علي، مدخل للعلوم القانونية: النظرية والتطبيق في القوانين الجزائرية، دار هومة، الجزائر، ط2، 2010م.
- 2- الأصفهاني الحسين بن محمد، المفردات في غريب القرآن، تحقيق: محمد سيد كيلاني، دار المعرفة، بيروت، د.ط.
- 3- أمر رقم 02-05 المؤرخ في 27 فبراير 2005، يعدل ويتمم القانون رقم 84-11 المتضمن قانون الأسرة الجزائري، ج.ر.ع، العدد 15، 27 فبراير 2005.
- 4- أمر رقم 75-158 المؤرخ في سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر.ع، العدد 78، 30 سبتمبر 1975.
- 5- أمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم، ج.ر.ع، العدد 78، 30 سبتمبر 1975.
- 6- البخاري محمد بن إسماعيل، صحيح البخاري، دار ابن كثير، دمشق، ط1، 1423هـ-2002م.
- 7- الجرجاني علي بن محمد، التعريفات، دار الكتب العلمية، بيروت، ط2، 1424هـ-2003م.
- 8- الخطاب محمد بن عبد الرحمن، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1416هـ-1995م.
- 9- ابن رشد محمد بن أحمد، المقدمات الممهدات، تحقيق: سعيد أحمد أعراب، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1408هـ-1988م.
- 10- الذهبي شمس الدين محمد بن أحمد، سير أعلام النبلاء، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط3، 1405هـ-1985م.

- 11- الزركلي خير الدين، الأعلام، دار العلم للملايين، بيروت، ط5، 2006م.
- 12- السيوطي جلال الدين، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، مكتبة نزار مصطفى الباز، مكة المكرمة، ط2، 1418هـ-1997م.
- 13- السيوطي جلال الدين، الإكليل في استنباط التنزيل، تحقيق: سيف الدين عبد القادر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط11، 1401هـ-1981م.
- 14- الشاطبي إبراهيم بن موسى اللخمي، الموافقات، تحقيق: الحسين آيت سعيد، منشورات البشير بن عطية، المغرب، ط1، 1438هـ-2017م.
- 15- الشربيني شمس الدين بن محمد الخطيب، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، تحقيق: علي محمد عوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ط، 1421هـ-2000م.
- 16- الطوفي نجم الدين سليمان بن عبد القوي، مختصر الروضة (البلبل في أصول الفقه)، تحقيق: محمد بن طارق، أسفار، الكويت، ط1، 1442هـ-2020م.
- 17- ابن عابدين محمد أمين بن عمر، نشر العرف في بناء بعض الأحكام على العرف، مركز أنوار العلماء للدراسات، عمان، ط1، 1441هـ-2020م.
- 18- عبد الحميد عبد السلام بنعلي، أثر الخلاف الفقهي على الحكم القضائي، دار الأوقاف الثقافية، السعودية، ط1، 1436هـ-2015م.
- 19- عبد الكريم بن علي بن محمد النملة، الجامع لمسائل أصول الفقه وتطبيقاتها على القول بالراجح، مكتبة الرشد، الرياض، ط1، 1420هـ-2000م.
- 20- عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، مكتبة الدعوة الإسلامية شباب الأزهر، القاهرة، ط8، 1376هـ-1956م.
- 21- عز الدين بن عبد السلام، القواعد الكبرى (قواعد الأحكام في إصلاح الأنام)، تحقيق: نذير كمال حماد، دار القلم، دمشق، ط1، 1421هـ-2000م.
- 22- علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، دار عالم الكتب، الرياض، د.ط، 1423هـ-2003م.
- 23- عمار بوضياف، المدخل إلى العلوم القانونية: النظرية العامة للقانون وتطبيقاتها في التشريع الجزائري، دار جصور، الجزائر، ط4، 2014م.
- 24- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.
- 25- ابن فارس أحمد بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، مصر، د.ط، 1399هـ-1979م.

- 26- ابن فرحون برهان الدين أبو الفاء، تبصرة الأحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، دار الكتب العلمية، الرياض، 1423هـ-2003م.
- 27- القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الأحكام في تميز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ط2، 1387هـ-1967م.
- 28- القرافي شهاب الدين أحمد بن إدريس، الذخيرة، تحقيق: محمد حجي، دار الغرب الإسلامي، بيروت، ط1، 1994م.
- 29- القرطبي محمد بن أحمد بن أبي بكر، الجامع لأحكام القرآن والمبين لما تضمنه من السنة وآي القرآن، تحقيق: عبد الله بن عبد المحسن، مؤسسة الرسالة، بيروت، ط1، 1427هـ-2006م.
- 30- الكافي محمد بن يوسف، إحكام الأحكام على تحفة الأحكام، دار الفكر، بيروت، ط1، 1411هـ-1991م.
- 31- محمد الزرقا أحمد بن الشيخ، شرح القواعد الفقهية، دار القلم، بيروت، ط2، 1409هـ-1989م.
- 32- محمد بن محمد مخلوف، شجرة النور الزكية في طبقات المالكية، المطبعة السلفية، القاهرة، 1349هـ.
- 33- محمد سعيد جعفرور، مدخل إلى العلوم القانونية: الوجيز في نظرية القانون، دار هومة، الجزائر، ط14، 2011م.
- 34- محمد نعيم يسين، حجية الحكم القضائي بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، دار النفائس، الأردن، ط1، 1436هـ-2015م.
- 35- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، ط2، 1425هـ-2004م.
- 36- ابن منظور، لسان العرب، دار المعارف، القاهرة، د.ت.
- 37- ناصر الدين ابن المنير، المتواري على أبواب البخاري، تحقيق: علي حسن، دار عمار، بيروت، ط1، 1411هـ-1990م.
- 38- ابن نجيم زين الدين بن إبراهيم، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1419هـ-1999م.
- 39- النووي، صحيح مسلم بشرح النووي، مؤسسة قرطبة، القاهرة، ط2، 1414هـ-1994م.