وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعـة غرداية

كلية العلوم الاجتماعية والإنسانية

قسم العلوم الإسلامية

أحكام العرف في العلاقات الدولية

– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي –

مذكّرة مقدمة لاستكمال متطلّبات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص: الشريعة والقانون

إعداد الطالبة: بلمزوزي خديجة

إشراف الدكتور: حنطاوي بوجمعة

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
أ.د/ حاج أمحمد قاسم	جامعة غرداية	رئيساً
د/ حنطاوي بوجمعة	جامعة غرداية	مشرفاً مقرراً
د/داودي مخلوف	جامعة غرداية	مشرفاً مساعداً
د/ شباب عادل	جامعة غرداية	مناقشاً

الموسم الجامعي: **1442–1443هـ/2021–2022م**

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى:

﴿خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ﴾

[الأعراف:199]

إهـــــــــداء

الحمد لله وكفى والصلاة على الحبيب المصطفى و أهله ومن وفى أما بعد:

الحمد لله الذي وفقني لتثمين هذه الخطوة في مسيرتي الدراسية بمذكرتي هذه ثمرة الجهد والنجاح بفضله تعالى مهداة إلى الوالدين الكريمين حفظهما الله وأدامهما نورا لدربي.

لكل عائلتي الكريمة التي ساندتني ولا تزال من إخوة و أخوات.

إلى براعم البيت: دعاء وأنس.

إلى كل قسم العلوم الإسلامية وجميع دفعة 2022.

إلى كل من كان لهم أثر على حياتي، وإلى كل من أحبهم قلبي ونسيهم قلمي.

خديجة

شـكر و عرفــان

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: ﴿ من لا يشكر الناس لا يشكر الله ﴾

وعملا بهذا الحديث واعترافا بالجميل، أحمد الله عز وجل و أشكره على أن وفقني لإتمام هذا العمل المتواضع.

وأتقدم بالشكر والتقدير الخالص إلى الدكتور المشرف: **حنطاوي بوجمعة** الذي رافقني طيلة هذا البحث وأمدني بالمعلومات والنصائح القيمة راجية من الله عز وجل أن يسدد خطاه ويحقق مناه فجزاه الله كل خير.

كما أشكر أعضاء اللجنة كل باسمه الذين شرفوني بموافقتهم على مناقشة مذكرتي وإبداء التصويبات والتوجيهات.

دون أن أنسى شكر كل من ساعدني من قريب أو من بعيد في إتمام هذا العمل.

خديجة

ملخص:

يعد العرف الدولي المصدر الأساسي والأقدم في تشريع القوانين الدولية، ونقصد هنا تحديدا القانون الدولي العام والقانون الدولي الخاص، ويعبر عن ذلك التطبيقات العديدة للعرف الدولي في القانون الدولي، حيث نجده يحتل مكانة هامة في تأسيس معظم المعاهدات والمواثيق الدولية المختلفة لما يمتاز به من قواعد عرفية عامة وشاملة، تلقى إجماعا دوليا ورواجا.

في الجانب الآخر يظهر جليا اهتمام الشريعة الاسلامية بالعرف الدولي من خلال الأحلاف والمعاهدات التي عقدها النبي صلى الله عليه وسلم مع غيره المسلمين بناء على أعراف دولية قبلية، وكذلك الالتزام بعدم قتل الرسل، كمبدأ عرفي يسري أثره بين مختلف البلدان، ويحتل العرف الدولي مكانة هامة كمصدر تبعي للتشريع الاسلامي في حال عدم وجود نص شرعي.

الكلمات المفتاحية: العرف الدولي – الأحلاف – المعاهدات– القانون الدولي.

Abstract:

International custom is considered the fundamental and oldest source in the legislation of international law. We mean here specifically public international law and private international law. This is reflected in many applications of international custom in international law. Where we find it occupies an important place in the establishment of most of various international treaties and charters due to its general and comprehensive customary rules. It finds an international consensus and popularity. On the other hand, the Islamic Sharia's interest in international custom is evident through the pacts and treaties that the Prophet, may God's prayers and peace be upon him, made with non-Muslims based on international tribal norms, as well as the obligation not to kill the messengers, as a customary principle that has its effect among different countries. furthermore, the international custom occupies an important position as a subsidiary source of Islamic legislation in the absence of a legal text.

Keywords: international custom - charters - treaties - international law**.**

قائمة المختصرات

قائمة المختصرات:

[د .د. ن] : دون دار النشر.

[د .ب. ن] : دون بلد النشر.

[د .ر. ط] : دون رقم الطبعة.

[د .س. ن] : دون سنة النشر.

[د .م. ص] : دون مكان الصدور.

[د .ج. إ] : دون جهة الإصدار.

[د .ت. ص] : دون تاريخ الإصدار.

[ص. ص] : صفحتان.

ص : الصفحة.

ط : الطبعة.

ج : الجزء.

مقدمة

مقدمة:

الحمد لله حمدا كثيرا مباركا فيه ملء السموات والأرض وملء ما بينهما من شيء بعد، نحمد الله ونشكره ونؤمن أنه الواحد الأحد، وأن سيدنا محمد عبده ورسوله، ونعوذ بالله من أن نضلّ أو نضل، ونعوذ بالله من الخطأ والنسيان. أما بعد:

إن الشريعة الإسلامية لها مصادر تستمد أحكامها وتستقي قواعدها منها و هو ما جعلها مرنة صالحة لكل زمان ومكان، وهذه المصادر هي أدلة تستند إليها الشريعة الإسلامية، فمنها ما هو متفق عليه بين جمهور العلماء وهي أربعة: أساسها القرآن الكريم، سنة المصطفى عليه الصلاة والسلام، الإجماع ثم القياس، والتي يطلق عليها المصادر الأصلية للتشريع الإسلامي، ومنها ما هو مختلف فيه والذي لم يتفق جمهور الفقهاء على الاستدلال به وهي كثيرة أشهرها: الاستحسان، الاستصلاح، الاستصحاب والعرف...الخ، وهذا الأخير هو محل دراستنا في هذا البحث لما له من أهمية بالغة في التشريع الإسلامي كونه دليلا شرعيا يعمل به.

أما من الناحية القانونية فيعد العرف من أهم مصادر القانون الدولي لأنه هو الذي أوجد معظم القواعد الدولية القانونية، كما أنه يعتبر من أقدم المصادر، حيث يلجأ إليه عند تعذر النص المكتوب.

وعليه فإن موضوع بحثنا موسوم بـ: **أحكام العرف في العلاقات الدولية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي).**

- ✓ **أسباب اختيار الموضوع:**

1- الأهمية البالغة التي يكتسيها العرف في حياة الناس لأن الكثير من الأحكام تبنى عليه.

2- مدى اعتبار الشريعة الإسلامية والقانون الدولي لأعراف الناس وعاداتهم وهذا لرفع الحرج عليهم.

3- نقص الدراسات المتعلقة بموضوع العرف خاصة من جانب القانون الدولي.

4- الرغبة الشخصية في دراسة موضوع العرف لأنه من بين المواضيع التي يحتاجها الناس في حياتهم.

- ✓ **أهمية دراسة الموضوع:**

1- لكون العرف دليلا من الأدلة الشرعية تبنى عليه الأحكام الشرعية ومصدرا من مصادر القانون الدولي.

2- دور العرف الدولي الهام في إنشاء أحكام جديدة، وتعديل بعض الأحكام القائمة سابقا.

✓ **الإشكالية:**

بما أن العرف يعتبر من أهم مصادر الفقه الإسلامي والقانون الدولي وتبعا لذلك نتوصل لطرح الإشكال الجوهري التالي: **ما هي أحكام العرف في العلاقات الدولية من منظور الفقه الإسلامي والقانون الدولي؟ وما هي آثاره؟**

ومن هذه الإشكالية تندرج مجموعة من الأسئلة الفرعية هي:

- ما هو مفهوم العرف في الفقه الإسلامي والقانون الدولي؟ وهل يوجد تشابه بين العرف كأصل من أصول الفقه والعرف كمصدر للقانون الدولي؟
- ما الفرق بين العرف والعادة؟
- ما مدى حجية العرف الدولي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي؟
- ما أثر العرف الدولي في المعاهدات الدولية؟

✓ **أهداف الدراسة:**

1-بيان دور العرف في استنباط الأحكام الشرعية، وكذلك بيان دوره كمصدر احتياطي في القانون.

2-توضيح الأعراف الفاسدة التي تؤثر في المجتمع لتفادي العمل بها لما تلحقه من ضرر.

3-التأكيد والتركيز على الأعراف الصحيحة الغير مخالفة للشريعة الإسلامية والقانون

4-تشجيع وتحفيز المشرع بناء على هذه الدراسات لتقنين الأعراف الصحيحة.

5-بيان الفرق بين العرف وغيره من المصطلحات التي قد تشبهه.

✓ **المنهج المتبع:**

–المنهج المقارن: تم استخدامه في المقارنة بين أقوال الفقهاء ومقارنة الأحكام بين الشريعة والقانون.

–المنهج الاستقرائي: وذلك باستقراء أقوال الفقهاء وعلماء القانون من خلال تتبع الجزئيات الموجودة في كتبهم والاستدلال بها لبيان صحة الاستنتاج والوصول إلى الفكرة التي نسعى إليها.

–المنهج الوصفي: عن طريق عرض المسائل الفقهية بذكر أقوال أئمة المذاهب الأربعة من جهة وكذا أقوال فقهاء القانون من جهة أخرى.

✓ **الدراسات السابقة:**

1.العرف والعادة في رأي الفقهاء، عرض نظرية في التشريع، للدكتور أحمد فهمي أبو سنة، وهي رسالته للأستاذية من جامعة الأزهر، نوقشت سنة 1941م، وتم طبعها سنة 1949م.

2.أثر العرف في التشريع الإسلامي، للأستاذ صالح عوض، وهي رسالة دكتوراه، نوقشت سنة 1969م.

3.المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية (دراسة تأصيلية تطبيقية متوازنة)، وهي رسالة دكتوراه للطالب مشعل بن حمود بن فالح النفيعي في الفقه بجامعة أم القرى، نوقشت سنة 1977/1397.

4.العرف حجيته وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة (دراسة تأصيلية تطبيقية)، للدكتور عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته، وهي رسالة ماجستير بكلية الشريعة والدراسات الإسلامية، بجامعة أم القرى، نوقشت سنة 1415هـ.

5.العرف الدولي (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي)، وهي رسالة ماجستير للطالب قاسم بن مساعد بن قاسم الفالح، شعبة الأنظمة، بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية بالمملكة العربية السعودية، نوقشت سنة 1425-1426.

✓ **الخطة المتبعة:**

للإجابة على إشكالية البحث والتساؤلات المتفرعة عنها اقتضت طبيعة البحث أن يكون في مقدمة وثلاث فصول وخاتمة.

الفصل الأول بعنوان " الإطار المفاهيمي للعرف الدولي " عالجنا فيه مفهوم العرف الدولي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي في المبحث الأول، ثم بيان أركانه وأقسامه في المبحث الثاني، وخصائصه وأهميته في المبحث الثالث.

ليأتي بعد ذلك الفصل الثاني المعنون بـ " حجية العرف الدولي وشروطه " والذي أبرزنا فيه حجية العرف الدولي كمبحث أول، ثم شروطه كمبحث ثان.

أما بالنسبة للفصل الثالث وهو الجانب التطبيقي لبحثنا فكان بعنوان " أثر العرف الدولي " حيث تناولنا فيه أثر العرف الدولي في الفقه الإسلامي في المبحث الأول، ثم أثره في القانون الدولي في المبحث الثاني.

ثم تأتي بعد ذلك خاتمة البحث والتي تتناول مجموعة من النتائج المتوصل إليها وبعض التوصيات والمقترحات.

- ✓ **صعوبات البحث:**

1.ندرة المصادر والمراجع القانونية حول موضوع العرف وصعوبة تحميلها بعضها والتي كان جلّها يتمثل في شراء الكتب عبر المتجر الإلكتروني.

2.التأخر في إنجاز البحث لظروف العمل وهذا ما سبب لي ضيق الوقت.

- ✓ **حدود الدراسة:**

للعرف مكانة عظيمة سواء في الشريعة الإسلامية أو في القانون الدولي وذلك من خلال أثره الدولي في كليهما وهذا من خلال طرح مسائل في المذاهب الأربعة، أما في القانون فمثلا يتضح أثره في إنشاء المعاهدات وتفسيرها وتعديلها وإنهائها.

الفصل الأول:

الإطار المفاهيمي للعرف الدولي

تمهيد:

يعتبر العرف دليلا من الأدلة الشرعية عند فقهاء الشريعة الإسلامية وهو من المصادر المختلف فيها له أثر عظيم في التشريع الإسلامي وإليه يحتكم في الكثير من الأحكام الفقهية الفرعية حيث قال ابن عابدين في أرجوزته:

والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار

كما أنه يعتبر مصدرا أصليا مهما من مصادر القانون الدولي ويعد من أقدمها وجودا إذ لعب دورا هاما في تكوين مبادئ وقواعد القانون الدولي في جميع المجالات المتعلقة بالمجتمع الدولي، و يعد المصدر الثاني المباشر بعد المعاهدات الدولية نظرا لأهميته البالغة في تجسيد أحكامه في العلاقات الدولية.

في هذا الفصل المعنون ب:" الإطار المفاهيمي للعرف الدولي " الذي سندرسه في ثلاث مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مفهوم العرف الدولي.

المبحث الثاني: أركان العرف الدولي وأقسامه.

المبحث الثالث: خصائص العرف الدولي وأهميته.

المبحث الأول: مفهوم العرف الدولي

سندرس في هذا المبحث مفهوم العرف الدولي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي كمطلبين أول وثان، كما سنرى الفرق بين العرف وغيره من المصطلحات التي قد تشبهه في مطلب ثالث.

المطلب الأول: مفهوم العرف الدولي في الفقه الإسلامي

قبل أن نتطرق إلى مفهوم العرف الدولي في الفقه الإسلامي نشير أولا إلى التعريف اللغوي له.

أولا: العرف في اللغة:

للعرف في اللغة معان عديدة ومختلفة تختلف حسب تركيبها وموقعها في سياق الكلام نذكر منها ما يلي:

–جاء في معجم **"مقاييس اللغة"** (عرف): العين والراء أصلان صحيحان، يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا بعضه ببعض، والآخر على السكون والطمأنينة.

فالأول: العرف: عرف الفرس، وسمي بذلك لتتابع الشعر عليه، ويقال: جاءت القطا عرفا عرفا أي بعضها خلف بعض.

والأصل الآخر: المعرفة والعرفان. تقول: عرف فلان فلانا عرفانا ومعرفة، وهذا أمر بالمعروف، وهذا يدل على ما قيل من سكون إليه، لأن من أنكر شيئا توحش منه ونبا عنه[1].

–العرف بضم العين: المعروف: اسم ما تبذله وتعطيه[2]. وكذلك الصبر[3].

–وفي **لسان العرب:** العرف: ضد النكر. يقال: أولاه عرفا أي معروفا. والمعروف والعارفة: خلاف النكر. والمعروف : كالعرف **وقوله تعالى:** ﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾ [لقمان :15] أي مصاحبا معروفا[4].

–وقد ورد استعمال لفظه في القرآن الكريم في أكثر من موضع فجاء مرة مفردا ومرة مجموعا. فمثال المفرد **قوله تعالى:** ﴿ وَالْمُرْسَلاتِ عُرْفًا ﴾[المرسلات:1] ومثال ما جاء مجموعا **قوله تعالى:** ﴿ وَعَلَى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ﴾ [الأعراف:46][5].

---

[1]– أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي أبو الحسين: **معجم مقاييس اللغة**، دار الفكر، [د.ر.ط]، [د.ب.ن]، 1399-1979، 281/4.

[2]– أحمد رضا: **متن اللغة**، دار مكتبة الحياة،[د .ر. ط]، لبنان،[د .س. ن]، ص77.

[3]– المرجع نفسه: ص78.

[4]– ابن منظور، **لسان العرب**، [د .د. ن]، [د .ر.ط]، [د .ب .ن]، 1405هـ، 239/9.

[5]– يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين: **قاعدة العادة محكمة**، مكتبة الرشد، ط2، الرياض، 1433-2012، ص 33.

ثانيا: العرف في الفقه الإسلامي:

- بعد تحديد التعريف اللغوي نتطرق إلى مفهوم العرف في الفقه الإسلامي.

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية العرف بتعاريف مختلفة وإن كانت في مجملها متقاربة، وفي ما يلي بعض التعريفات الاصطلاحية للعرف:

عرفه الشيخ أبو سنة بأنه: الأمر الذي اطمأنت إليه النفوس وعرفته وتحقق في قرارتها وألفته مستندة في ذلك إلى استحسان العقل ولم ينكره أصحاب الذوق السليم في الجماعة. وإنما يحصل استقرار الشيء في النقوس وقبول الطباع له بالاستعمال الشائع المتكرر الصادر عن الميل والرغبة[1].

كما عرفه **الجرجاني** في كتابه " **التعريفات** ":العرف ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول[2].

ذكر تعريفا **لابن عطية** يقول: العرف هو كل ما عرفته النفوس مما لا ترده الشريعة[3].

بينما عرف **وهبة الزحيلي** العرف فقال: هو ما اعتاده الناس وساروا عليه من كل فعل شاع بينهم، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة، ولا يتبادر غيره عند سماعه، وهو بمعنى العادة الجماعية[4].

وجدير بالذكر أننا لم نجد بعد بحثنا أي تعريف للعرف الدولي في الفقه الاسلامي، رغم أنه مجسد في الواقع ومطبق في عديد المسائل والقضايا الفقهية.

- من خلال التعاريف المذكورة أعلاه نجد أن بعضها قد اشترط في العرف الاستقرار في النفوس وتلقي الطباع السليمة له بالقبول، والبعض منها ذكر شرط عدم رد الشريعة للعرف وإقرار الشارع الناس عليه، فما ذكر في بعضها شرطا تركه البعض الآخر، فهذه الشروط لا بد أنم تكون مجتمعة في تعريف العرف المعتبر شرعا، فنجد هذه الشروط كلها متوفرة في تعريف **الدكتور صالح عوض** القائل: " العرف هو ما استقر في النفوس واستحسنته العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول واستمر الناس عليه مما لا ترده الشريعة وأقرتهم

---

[1]- أحمد أبو سنة: **العرف والعادة في رأي الفقهاء (عرض نظرية في التشريع الإسلامي)**، مطبعة الأزهر،[د .ر. ط]، مصر، 1947، ص8.

[2]- علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني: **معجم التعريفات**، دار الفضيلة، [د. ر. ط]، [د .ب. ن]، [د .س. ن]، ص 125.

[3]- صالح عوض: **أثر العرف في التشريع الإسلامي**، دار الكتاب الجامعي، [د .ر.ط]، [د.ب. ن]، [د.س. ن]، ص51.

[4]- وهبة الزحيلي: **أصول الفقه الإسلامي**، دار الفكر،ط1، سوريا، 1986، 828/2.

عليه"[1]، وهذا هو التعريف الراجح والذي نختاره.

المطلب الثاني: مفهوم العرف الدولي في القانون الدولي

اعتبر العرف في أغلب القوانين الوضعية كمصدر من مصادر التشريع، فنجد أن المادة الأولى من القانون المدني الجزائري تنص على أنه: " يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو فحواها. وإذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة "[2].

من جانب آخر حدد فقهاء القانون مفاهيم عديدة للعرف في الاصطلاح القانوني تتشابه فيما بينها نذكر منها ما يلي:

" العرف هو اعتياد الناس على سلوك معين في مسألة من المسائل يولد شعورا عاما عند الجماعة باعتبارهم ملزمين به وإلا تعرضوا للجزاء "[3].

كذلك" العرف هو عبارة عن اعتياد الناس أو اطرادهم على سلوك معين مع شعورهم بإلزام هذا السلوك"[4].

وعرفه أيضا شارل روسو بأنه: " الموقف الذي تتخذه إحدى الدول في علاقتها مع دولة أخرى، يقينا منها أنه ينطوي على الحق، وتتقبله هذه الأخيرة بالفكرة ذاتها "[5].

ونجد أيضا أن: " العرف هو اعتياد الناس وتوافقهم على اتباع سلوك معين في بيئة معينة وناحية معينة من نواحي حياتهم الاجتماعية، اعتيادا مطردا مصحوبا باعتقاد لزوم هذا السلوك ووجوب احترامه والخضوع لأحكامه وترتب الجزاء المادي الحال جبرا على مخالفته "[6].

- **التعريف الذي نختاره للعرف في القانون الدولي هو:**

أن العرف الدولي هو مجموعة من القواعد الدولية التي تنشأ في المجتمع نتيجة لتكرار أفعال وتصرفات متكررة بصفة دائمة مع الاعتقاد بأنها ملزمة ومخالفتها تعد انتهاكا للقانون يعاقب عليه.

---

[1]- صالح عوض، المرجع السابق، ص52.

[2]- **المادة 1**: القانون المدني، رئاسة الجمهورية، الأمانة العامة للحكومة، الجزائر، 2007، الكتاب الأول، الباب الأول، ص1.

[3]-نعمان أحمد الخطيب: **الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري**، جامعة مؤتة، 1999، ص465.

[4]-أحمد محمد الرفاعي: **المدخل للعلوم القانونية–نظرية القانون**–2007-2008، ص165.

[5]-شارل روسو: **القانون الدولي العام**، ترجمة شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، بيروت، الأهلية للنشر والتوزيع، 1982، ص81.

[6]- غالب علي الداودي: **المدخل إلى علم القانون**، دار وائل للنشر، عمان، 2004، ص154.

❖ **مقارنة بين الشريعة والقانون:**

لو نظرنا إلى ما ذكره علماء القانون في تعريفهم للعرف لوجدنا أنه لكي يتطابق التعريف القانوني مع ما ذكرنا في تعريفه لدى الفقهاء يجب أن يضاف إلى ذلك " تلقي الطباع السليمة له بالقبول وألا يخالف القواعد القانونية أو يقره القانون " وهذا هو ما ذكروه في حديثهم عن العرف المعتبر لدى علماء القانون ومع ذلك فإن القانون يقر من الأعراف ما لا تقره الشريعة كالتعامل بالربا واعتبار العمل في الملاهي وغيرها عملا يقره القانون ويحميه [1].

المطلب الثالث: الفرق بين العرف والمصطلحات المشتبهة به.

أولا: الفرق بين العرف والعادة.

1: العادة

تعريفها لغة: الديدن وهو ما اعتاد الناس عليه أو طائفة منهم[2].

التعريف الاصطلاحي: عرف أغلب فقهاء الشريعة الإسلامية العادة على أنها الأمر المتكرر من غير علاقة عقلية. فالأمر يشمل للقول والفعل، والتكرار يعني حصول الشيء مرة بعد أخرى.

الفرق بين العرف والعادة:

➢ **عند علماء الفقه الإسلامي:**

انقسم علماء الفقه الإسلامي في بيان الفرق بين العرف والعادة إلى اتجاهات ثلاث:

- **الاتجاه الأول:** العرف والعادة لفظان مترادفان لهما نفس المعنى وذهب إلى هذا الاتجاه مجموعة من العلماء القدامى منهم ابن عابدين وابن نجيم وغيرهم، ومن المعاصرين نجد عبد الوهاب خلاف حيث قال: " لسان الشرعيين: لا فرق بين العرف والعادة " [3].
- **الاتجاه الثاني:** أن العادة أعم من العرف، فكل عرف عادة وليس كل عادة عرفا.
- **الاتجاه الثالث:** أن العرف مخصوص بالفعل والعادة مخصوصة بالقول أي أن المقصود بالعادة العرف القولي والمقصود بالعرف العرف القولي.

---

[1]- صالح عوض، مرجع سابق، ص.ص54-55.

[2]- علال الفاسي: **مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها**، دار الغرب الإسلامي، ط1، المغرب، 1993، ص155.

[3]- عبد الوهاب خلاف: **أصول الفقه الإسلامي**، مكتبة الدعوى الاسلامية، ط8، مصر، [د .س. ن]،ص89.

- **عند رجال القانون:**

يعتبر رجال القانون أن العادة أخص من العرف ويفرقون بينهما بالفروق التالية:

- ✓ إن أحكام العرف تلتزم الطرفين ولو كانا يجهلانه، أما العادة فلا تلزمها إلا إذا قصد الإجالة عليها صراحة أو دلالة.
- ✓ على من يريد التمسك بالعادة أن يثبتها، بخلاف العرف فلا محل لإثباته إذ أن معرفته كمعرفة القانون المفروض من مهمة القاضي.
- ✓ للحاكم أن يطبق العرف من تلقاء نفسه، أما العادة فيجب على صاحب القضية أن يتمسك بها[1].

ثانيا: الفرق بين العرف والإجماع

1: الإجماع

التعريف اللغوي:

يقال أجمع القوم: بمعنى اتفقوا كما في **قوله تعالى:** ﴿ فَأَجْمِعُوا كَيْدَكُمْ ثُمَّ ائْتُوا صَفًّا ۚ وَقَدْ أَفْلَحَ الْيَوْمَ مَنِ اسْتَعْلَىٰ ﴾ [طه:64].

ويقال الإجماع في اللغة: الإحكام والعزيمة على الشيء.

والإجماع: أن تجمع الشيء المتفرق جميعا، فإذا جعلته جميعا بقي جميعا ولم يكد يتفرق كالرأي المعزوم عليه الممضى[2].

التعريف الاصطلاحي:

عرف فقهاء الشريعة الإسلامية الإجماع بتعريفات عديدة حيث نال اهتمام الأصوليين والفقهاء كونه مصدر من مصادر التشريع الإسلامي ومن بين هذه التعريفات نذكر ما يلي:

–عرفه الغزالي: اتفاق أمة محمد صلى الله عليه وسلم خاصة على أمر من الأمور الدينية[3].

---

[1]– عمرو سهام–عطوي جميلة: **العرف دراسة مقارنة بيم الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، مذكرة تخرج ليسانس، تخصص: شريعة وقانون، إشراف: بشير عثمان، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019/2018.

[2]– محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور: **لسان العرب**، دار صادر، ط3، بيروت، 1414، 57/8.

[3]– أبو حامد الغزالي: **المستصفى**، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط1، [د .ب. ن]، 1413–1993، 137/1.

–هو اتفاق المجتهدين من أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي[1].

–تعريف الجمهور للإجماع وهو التعريف المختار حيث قالوا: هو اتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من الأعصار على أمر من الأمور[2].

الفرق بين العرف والإجماع

- ✓ العرف قد يكون صحيحا وقد يكون فاسدا، أما الإجماع فلا يكون إلّا صحيحا لأنه لا يتحقق إلّا باتفاق المجتهدين[3].
- ✓ الإجماع لا يكون إلّا من المجتهدين في عصر من العصور ولا دخل لغيرهم فيه، أما العرف فلا يشترط فيه أهلية اجتهاد ولا غيره[4].
- ✓ العرف يتكون من توافق غالب الناس على قول أو فعل بما فيهم العامة والخاصة، القارئون و الأميّون والمجتهدون، أما الإجماع فلا يتكون إلّا من اتفاق المجتهدين خاصة على حكم شرعي عملي ولا مدخل فيه لغير المجتهدين من تجار أو عمال أو أية طائفة من الناس غير المجتهدين[5].
- ✓ أن الإجماع متى تم كان ملزما للمجمعين وغيرهم، وأما العرف فقد يكون ملزما للكل إذا كان عاما وقد لا يكون ملزما للجميع إذا كان خاصا بإقليم معين[6].
- ✓ العرف يتحقق بتوافق جميع الناس وبتوفيق غالبهم أي أن شذوذ بعض الأفراد عما عليه العرف لا ينقض العرف ولا يحول دون اعتبار، أما الإجماع فلا يتحقق إلا باتفاق جميع المجتهدين من المسلمين في عصر وقوع الواقعة المعروضة ومخالفة مجتهد واحد أو أكثر تنقض الإجماع[7].

---

[1]– وهبة الزحيلي: **الوجيز في أصول الفقه**، دار الفكر المعاصر،ط1، دمشق–سورية، 1994، ص46.

[2]– محمد بن علي الشوكاني: **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول** ، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، دار الكتاب الغربي، ط1، دمشق، 1419–1999، 193/1.

[3]– عبد العزيز الخياط: **نظرية العرف**، مكتبة الأقصى، [د. ر. ط]، عمان، 1397–1997، ص32.

[4]– محمد مصطفى شلبي: **أصول الفقه الإسلامي**، الدار الجامعية، [د. ر.ط] بيروت،[د .س. ن]، 328/1.

[5]– عبد الوهاب خلاف: **مصادر التشريع فيما لا نص فيه**، دار القلم، [د. ر.ط]، [د .ب. ن]، [د .س. ن]، ص.ص145–146.

[6]– محمد مصطفى شلبي: المرجع نفسه، ن ص.

[7]–عبد الوهاب خلاف: المرجع نفسه، ص146.

✓ أن الإجماع قد يكون في محله نص دال على الحكم ولكنه ظني الدلالة، وأما محل العرف فليس فيه نص دال عليه[1].

ثالثا: الفرق بين العرف والعمل

قبل التطرق إلى بيان الفرق بين العرف والعمل، نتعرض أولا إلى تعريف العمل في اللغة والاصطلاح.

1: العمل

تعريف العمل لغة:

قال ابن فارس: (عمل) باب العين والميم واللام أصل واحد صحيح، وهو عام في كل فعل يفعل.

والعملة: القوم يعملون بأيديهم ضروبا من العمل حفرا، أو طيّا أو نحوه[2].

العمل: المهنة والفعل. والعملة: أجرة العمل والنقد[3].

العمل في الاصطلاح:

العمل عند الإمام مالك: " وهذا الأمر هو الذي عليه الناس، وأهل العلم ببلدنا، وعرفه بعض المعاصرين بقوله: " ما اتفق عليه العلماء والفضلاء بالمدينة كلهم أو أكثرهم في زمن مخصوص سواء أكان سنده نقلا أو اجتهادا[4].

الفرق بين العرف والعمل

يمكن إجمال الفرق بين العرف والعمل في الأمور التالية:

✓ العمل خاص بالترجيح في مسائل مختلف فيها، بخلاف العرف فهو أعم وأشمل من ذلك لمقتضى اختلاف وتنوع حوائج الناس[5].

---

[1]-محمد مصطفى شلبي: المرجع السابق، نفس الموضع.

[2]- أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي أبو الحسين: مرجع سابق، 145/4.

[3]- مجموعة من المؤلفين: **المعجم الوسيط**، دار الدعوة، [د .ر. ط]، [د .ب .ن]، [د .س .ن]، 628/2.

[4]- مشعل بن حمود بن فالح النفيعي: **المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية (دراسة تأصيلية تطبيقية متوازنة)**، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، إشراف د: محمد عبد الله الصواط، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1436.

[5]- عادل بن عبد القادر بن محمد بن ولي قوته : **العرف وحجيته وأثره في فقه المعاملات المالية**، المكتبة المكية، ط1، [د .ب. ن]، 1997/1418، 120/1-121.

- ✓ أن العرف سلوك جماعي يتغير ويتبدل بتغير الأزمان والأماكن، بينما العمل مصطلح للفقهاء، قد يكون مستندا ثابتا لحكم شرعي لا يتغير[1].
- ✓ العرف يشمل عامة الناس، بخلاف العمل فهو خاص بالعلماء.

[1]- أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري: **العرف في التشريع الجنائي (دراسة تأصيلية مقارنة)**، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص: سياسة جنائية، إشراف: أ.د. محمد جير الألفي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية،1431-2010.

المبحث الثاني: أركان العرف الدولي وأقسامه

في هذا المبحث نتناول أركان العرف وأقسامه في الفقه الإسلامي كمطلب أول، أما في المطلب الثاني فنتطرق فيه إلى أركان وأقسام العرف الدولي في القانون الدولي.

المطلب الأول: أركان العرف وأقسامه في الفقه الإسلامي

أولا: أركان العرف في الفقه الإسلامي

لم يضع فقهاء الشريعة الإسلامية أركانا للعرف إلا البعض منهم المعاصرين الذين تطرقوا إلى أركان العرف حيث انقسموا إلى مذهبين هما:

❖ **المذهب الأول:**

والذي ينضم إليه الشيخ أحمد فهمي أبو سنة الذي بنا أركانا للعرف من خلال تعريف الشيخ حافظ الدين النسفي حيث جعل له ركنين :

- **الركن الأول:**

هو الاستعمال المتكرر، و يقابله في التقسيم القانوني اعتياد الناس على سلوك معين.

- **الركن الثاني:**

رضا و قبول أصحاب الطباع السليمة في المجتمع، و يقابله في التقسيم القانون استقرار الإيمان في نفوس الناس بالقوة الملزمة للسلوك المتعارف عليه [1].

❖ **المذهب الثاني:**

يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين، الذي يرجح أن أركان العرف إلى ثلاث :

- **الركن الأول:**

سماه المعتاد، و هو الشخص في العادة الفردية أو الجمهور في العادة الجماعية .

- **الركن الثاني:**

سماه المعتاد عليه، و هو محل الاعتياد من أفعال أو ألفاظ.

[1]-عجال هاجر-بن سني خديجة: **الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق و آثاره بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون الأسرة، إشراف د. غجاتي فؤاد، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2019-2020.

- **الركن الثالث:**

سماه الاعتياد، و هو تكرار الفعل و العمل و القول، فلا يمكن أن يكون الفعل أو اللفظ عرفا إلا إذا حصل مرات عديدة[1].

➢ فالمذهب الثاني خالف ما تبناه رجال القانون في تقسيمهم لأركان العرف، ذلك أنهم يعتبرون عنصر الإلزام ركنا من أركان العرف، بينما يراه يعقوب الباحسين أقرب للشرط، لأن العرف إذا كان فاسدا لا يتفق مع الشريعة الإسلامية ليس له أي قوة إلزامية، و هو ما لا يتفق مع مفهوم الركن[2].

ثانيا: أقسام العرف في الفقه الإسلامي

قسم فقهاء الشريعة الإسلامية العرف إلى أقسام متعددة باعتبارات مختلفة نذكرها على النحو التالي:

1: العرف باعتبار مظهره: ينقسم إلى عرف قولي وعرف فعلي(عملي)

أ-العرف القولي:

هو اللفظ المتفق على أن يراد منه غير تمام مدلوله بحيث إذا أطلق انصرف إليه من غير قرينة. وهذا يشمل الاتفاق على إرادة بعض المدلول[3] مع أنه يشمل النوعين في اللغة[4].

ومثال ذلك:

- استخدامهم لفظ ولد بالنسبة للذكر مع أن ذلك اللفظ يشمل الذكر والأنثى كما ورد في القرآن الكريم **قوله تعالى:** ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ ﴾ [النساء:11].
- إطلاق لفظ اللحم على الحيوان وعدم إطلاقه على السمك والطير[5]، رغم أن القرآن الكريم صرح به في **قوله تعالى:** ﴿ وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾ [النحل:14].

---

[1]-يعقوب الباحسين: مرجع سابق، ص.ص60-61.

[2]- عجال هاجر-بن سني خديجة: المرجع السابق.

[3]- أحمد أبو سنة: مرجع سابق، ص18.

[4]- مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة: **العرف وأثره في التشريع الإسلامي**، دار الكتب الوطنية، ط1، بنغازي، 1395-1986، ص104.

[5]- محمد مصطفى الزحيلي: **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، دار الخير، دمشق، سوريا، ط2، 1427-2006، 266/1.

ب-**العرف الفعلي (العملي):**

عرفه مصطفى الزرقا: " هو اعتياد الناس على شيء من الأفعال العادية أو المعاملات المدنية " [1].

ومن أمثلته:

- أكل لحم الضأن في بلد، أو لحم البقر أو لحم الجاموس في بلد آخر، والعرف في تقسيم المهر إلى معجل و مؤجل[2].
- اعتياد الناس تعطيل بعض أيام الأسبوع عن العمل[3].

والعرف بنوعيه العملي والقولي قد يكون عاما إذا شاع في جميع البلاد الإسلامية وسار عليه الجميع فيها وقد يكون خاصا إذا شاع في قطر أو بين أرباب حرفة معينة[4].

2:العرف باعتبار مصدره: ينقسم إلى عرف عام، عرف خاص، عرف شرعي.

أ-العرف العام:

هو الذي يتعارف عليه جميع الناس أو أغلبهم من قول أو عمل، ويكون سائدا في جميع البلاد أو أغلبها[5].

من أمثلته:

- عقد الاستصناع، واستعمال لفظ الحرام بمعنى الطلاق لإزالة عقد الزواج ودخول الحمام من غير تقدير مدة المكث فيها[6].
- تعارف دخول المساجد بالأحذية تحقير لها[7].

ب- العرف الخاص:

هو ما يتعارفه أهل بلدة أو إقليم أو طائفة معينة من الناس .

---

[1]- مصطفى الزرقا: **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، ط7، دمشق، 1968، ص876.

[2]- محمد مصطفى الزحيلي: المرجع نفسه، ص268.

[3]- مصطفى الزرقا: المرجع نفسه، ن ص.

[4]- عمرو سهام- عطوي جميلة: مرجع سابق.

[5]- مصطفى عبد الرحيم عجيلة: مرجع سابق، ص107.

[6]- وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ص829.

[7]- أبو سنة: مرجع سابق، ص19.

من أمثلته:

- إطلاق الدابة في عرف أهل العراق على الفرس[1].

ج–العرف الشرعي:

هو اللفظ الذي استعمله الشرع مريدا به معنى خاص[2].

من أمثلته:

- كالصلاة ، نقلت عن الدعاء لغة إلى العبادة المخصوصة شرعا[3].

3:العرف باعتبار صحته: ينقسم إلى عرف صحيح، وعرف فاسد.

أ– العرف الصحيح:

هو ما تعارفه الناس وليست فيه مخالفة لنص شرعي ولا تفويت لمصلحة ولا جلب مفسدة[4].

من أمثلته:

- تعارف الناس اطلاق لفظ على معنى عرفي غير معناه اللغوي[5].
- تعارف الناس على أن ما يقدمه الخاطب إلى خطيبته من ثياب وحلي وقلائد ونحوها يعد هدية وليس له دخل في المهر[6].

➢ **حكمه:**

العرف الصحيح يجب اعتباره في التشريع والقضاء، فعلى المجتهد مراعاة العرف في تشريعه وعلى القاضي مراعاته في قضائه[7].

---

[1]– وهبة الزحيلي: مرجع سابق، ص830.

[2]– صالح عوض: مرجع سابق، ص141.

[3]– أسماء بنت عبد الله الموسى: **العرف حجيته وآثاره الفقهية**، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، [د .ج. إ]، العدد:41، [د.م. ص]، [د.ت. ص]، ص20.

[4]– عبد العزيز الخياط: مرجع سابق، ص37.

[5]– صالح عوض: المرجع السابق، ص141.

[6]– مصطفى سعيد حسن: **الكافي الوافي في أصول الفقه**، مؤسسة الرسالة، ط2، لبنان، 2000، ص215.

[7]– مصطفى سعيد حسن: المرجع نفسه، ن ص.

ب- العرف الفاسد:

هو ما تعارفه الناس ولكنه يخالف الشرع أو يحرم المحرم أو يبطل الواجب[1].

من أمثلته:

- تعارف الناس على بعض العقود الربوية وكتعارفهم على كثير من المنكرات في الأعراس والمآتم وكثير من الاحتفالات[2].

➢ **حكمه:**

العرف الفاسد لا تجب مراعاته لأن في مراعاته معارضة دليل شرعي أو إبطال حكم شرعي[3].

❖ **الاستعمالات الفقهية للعرف**

المراد بالاستعمالات الفقهية للعرف: رد الأمثلة المستفيضة والفروع المتكاثرة، والمسائل التي لا تكاد تنحصر، مما يبنى على العرف وحكمت فيه العوائد، ردّ هذه كلها إلى أنواع من الاستعمال الفقهي – مما ذكره أهل العلم- يصنف كل فرد منها تحت عنوان يغير عن طبيعته ويدل على المراد به، فهي لفروع العرف مثابة وفئة، وهي لمسائله دليل وعنوان[4].

حيث حصر الشيخ –أبو سنة- هذه الاستعمالات في أربعة استعمالات " بالاستقراء " [5] وهي:

- العرف الذي يكون دليلا على مشروعية الحكم ظاهرا.
- العرف الذي يرجح إليه في تطبيق الأحكام المطلقة.
- العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف.
- العرف القولي.

[1]- عبد الوهاب خلاف: أصول الفقه الاسلامي، مرجع سابق،ص89.

[2]- مصطفى سعيد حسن: المرجع السابق، ن ص.

[3]- عبد الوهاب خلاف: المرجع السابق، ص 90.

[4]- عادل بن عبد القادر بن محمد بن ولي قوته :مرجع سابق، 269/1.

[5]- أبو سنة: مرجع سابق، ص27.

الاستعمال الأول:

العرف الذي يكون دليلا على مشروعية الحكم ظاهرا:

والمقصود بهذا النوع من الاستعمال هو أن العرف يكون دليلا على الحكم ظاهرا فقط، وإنما الدليل في الحقيقة هو ما رجع إليه من السنة أو الإجماع أو اعتبار المصالح وغير ذلك من الأدلة، ومن أمثلته: المعاملات والتصرفات التي بعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يعتدونها، ويتعاملون بها، فأقرّهم عليها، كالمضاربة، والسّلم، والاستصناع، وكالقسامة[1].

الاستعمال الثاني:

العرف الذي يرجع إليه في تطبيق الأحكام المطلقة على الحوادث:

المراد من ذلك أنه قد توجد أحكام تختلف حسب عادات الناس وأحوالهم، وتتغير بتغير ظروفهم ومصالحهم، والشارع الحكيم إن هو حكم فيها بحكم تفصيلي، يصاب الناس بكثير من العنت والجهد، ويخرج بهم عن مقصد الإسلام الذي بني على مصالح العباد ﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾ [الأنبياء:107]، وإن هو شرع لها أحكاما كثيرة كثرة هذه المصالح المتبدلة والأحوال المتغيرة، كثرت التكاليف على الناس وضاقوا ذرعا بضبطها وحذقها، وكان ذلك انتقاضا على الشريعة التي وضعت على أساس متين هو قلة التكاليف[2].

وهذا الاستعمال للعرف لدى الفقهاء يرجع إليه في الأحكام الكلية عند تطبيقها على جزئيات الحوادث، فالمجتهد، أو المفتي، أو القاضي إذا عرضت له حادثة لم يرد من الشرع إلّا حكم كلي يجمعها مع أمثالها، أثبت الحكم الكلي، ورجع في تطبيق هذا الحكم الكلي على هذه الحادثة الجزئية بخصوصها إلى تحكيم العرف والعادة، ويبذل في سبيل ذلك الوسع، ويعمل جاهدا ليكون أقرب للحق، لأنه بناء حكم على أغلب الظن وهو أحسن رأي[3].

---

[1]- عادل بن عبد القادر بن محمد بن ولي قوته : مرجع سابق، ص270.

[2]- أبو سنة: مرجع سابق، ص44.

[3]- إلهام عبد الله عبد الرحمان باجنيد : **أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة (دراسات تطبيقية مقارنة)**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير، تخصص: الفقه وأصوله، إشراف د: محمد عبد الحي، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1423-2003/1424 .

الاستعمال الثالث:

العرف الذي ينزل منزلة النطق بالأمر المتعارف:

إن الأصل في التعبير عن المعاني يكون بالألفاظ، غير أنه قد تجري بين الناس في تصرفاتهم عادات وأعراف تدل على الإذن في الشيء أو المنع منه، أو تفيد بإلزامه أو بيان نوعه وقدره، أو تكون قرينة تسوغ للشاهد أن يشهد والقاضي أن يقضي، والمفتي أن يفتي[1].

فهذه العوائد تجري مجرى النطق بالعبارات الدالة على مضمونها، ويكون للعرف الجاري بها قوة النطق باللفظ في اعتبار الشارع، يرتب عليه ما رتبه على الألفاظ من الأحكام، وهذا يعني أن القيام بهذا النوع من العرف بين الناس يكون بمثابة نطق المتصرف، وإنما تركوا التلفظ بها اتكالا على إفادة العرف له، وإعفاء لأنفسهم من عمل تكفلت به طبيعة زمنهم[2].

ومن الأدلة عليه حديث **عروة بن أبي الجعد البارقي** – رضي الله عنه –(أن النبي صلّى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به أضحية ، أو شاة، فاشترى به شاتين، فباع إحداهما بدينار، فأتاه بشاه ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه...)[3].

حيث أن عروة – رضي الله عنه – اشترى شاتين، وباع إحداهما بغير إذن لفظي و أقرّه النبي صلى الله عليه وسلم وما ذلك إلا اعتمادا من عروة – رضي الله عنه – على الإذن العرفي، لأن مما جرى به العرف أن الوكيل مأذون في مخالفة الموكّل إلى خير مما أمر لأنه من مقصده وإن لم يصرح به[4].

الاستعمال الرابع:

العرف القولي:

لقد تم شرحه سابقا، وهو معتبر باتفاق الفقهاء جميعا إلا من شذ في بعض الفروع: بمعنى أن كل متكلم يحمل كلامه على عرفه، سواء أكان ذلك في خطاب الشارع أو تصرفات الناس، فلفظ الصلاة يطلق في اللغة على الدعاء، ويطلقه الشرع على الأقوال والأفعال المخصوصة فقوله صلى الله عليه وسلم:

---

[1]– المرجع نفسه.

[2]– عادل بن عبد القادر بن محمد بن ولي قوته: مرجع سابق، ص273.

[3]– عبد الله بن صالح الفوزان: **منحة العلام في شرح بلوغ المرام**، دار ابن الجوزي، ط1، [د. ب. ن]، 1427-1435، 135/6.

[4]– إلهام عبد الله عبد الرحمان باجنيد: المرجع السابق.

(**لا يقبل الله صلاة بغير طهور**) يحمل على عرف الشرع لا اللغة، وكذا الحال في كلمة الفرض والشرط واليمين وغيرها مما ورد في كلام الشارع، لا تحمل على عرف الفقهاء بل عرف الشارع[1].

المطلب الثاني: أركان العرف الدولي وأقسامه في القانون الدولي

أولا: أركان العرف الدولي في القانون الدولي.

يتكون العرف الدولي في القانون الدولي من ركنين أساسيين ينبغي أن يتوفرا وهما:

1-الركن المادي:

وهو التكرار والعادة، لأن العرف في الأصل هو ثبوت تكرار بعض الوقائع بشكل مماثل ومستمر وعام (أي ما " دل عليه تواتر الاستعمال ")، والقاعدة العرفية لا تكتسب قوتها الإلزامية إلا إذا طبقت باستمرار واتصفت بالشمولية وقامت على أساس التبادل، ولا يقصد بذلك إجماع الدول على قبولها، بل موافقة تلك التي طبقتها وعدم اعتراض تلك التي لم تطبقها فالتحكيم مثلا، كان أسلوبا عارضا لجأت إليه بعض الدول لتسوية منازعاتها، ولكن نجاحه وتكراره وعدم احتجاج الدول الأخرى على ممارسته ما لبث أن حوله إلى عرف ثابت له قواعده وأصوله وأحكامه[2].

ويتمثل في صدور تصرف معين في حالة معينة واعتياد الدول على هذا التصرف، بغض النظر عما إذا كان التصرف إيجابيا او سلبيا متمثلا بالامتناع عن اتخاذ تصرف معين في حالة معينة[3].

يعتبر الركن المادي أساس العرف الدولي، والذي يقصد به ممارسة الفعل لمدة زمنية معينة تجعل الجميع يقتنعون به[4].

يتحقق الركن المادي بتوافر مجموعة من الشروط هي:

---

[1]- أبو سنة : مرجع سابق، ص54.

[2]- محمد المجذوب: **الوسيط في القانون الدولي العام**، [د .د. ن]، ط7، [د.ب. ن]، 2018، ص139.

[3]-علي خليل اسماعيل الحديثي: **القانون الدولي العام**،ج1،المبادئ والأصول، دار النهضة العربية، [د. ر.ط]، [د .ب. ن]، 2010، ص82.

[4]-مراد كواشي: **العرف الدولي واثره على تنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية وتطبيق القانون الدولي الإنساني**، مجلة آفاق العلمية، جامعة بسكرة، العدد1، [د .م. ص]، [د .ت. ص]، ص574.

- **القدم:** أي أن تكون العادة قد مضى على ظهورها مدة معينة تكفي للتأكد من استقرارها ورسوخها في نفوس الأفراد وتحديد هذه راجع للسلطة التقديرية للقاضي هو الذي يقرر إذا كان اعتياد الناس على تلك العادة قديما أم لا.
- **الثبات:** ينبغي أن تكون العادة ثابتة أي بصفة متواترة ومنتظمة دون أي انقطاع.
- **العموم:** لابد أن تكون العادة عامة ومجردة فلا تنصرف أحكامها إلى شخص معين بالذات وهذا العموم لا يقصد به كل أشخاص المجتمع فقد يكون خاصا بفئة معينة بالمجتمع مثل التجار.
- **عدم مخالفة النظام العام:** بمعنى أن تكون العادة التي تعود عليها الناس لا تتنافى مع النظام العام أو تخالف نصا تشريعيا أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية.

2-الركن المعنوي:

إلى جانب الركن المادي يشترط أن يتوفر الركن المعنوي، وهو يتمثل باعتقاد الدول بأن التصرفات المادية التي تقوم بها أو تطبقها ملزمة لها قانونا ولقد أشارت المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية إلى الركن المعنوي حينما اشترطت أن يكون العرف مقبولا بمثابة قانون دل عليه تواتر الاستعمال، كما أيدت ذلك محكمة العدل الدولية في الحكم الذي أصدرته في 1950/11/20م الخاص بحق الالتجاء السياسي، حيث جاء فيه: "إن ما من دولة تستطيع أن تتمرد على حكم عرفي ثبت استقراره "[1].

والذي يجب توافره في العرف لكي يصبح قاعدة قانونية دولية تتمتع بالصفة الالزامية، فهو العنصر المعنوي أو النفسي. ونعني به اقتناع الدول بضرورة هذا العرف وإيمانها بأن اتباعه أو السير بمقتضاه يعتبر واجبا أي " بمثابة قانون". ووجود هذا العنصر المعنوي هو الذي يسمح بتمييز العرف من العادات والمجاملات التي تعتبر مجرد تصرفات عادية تخضع لاعتبارات ظرفية أو لياقات اجتماعية ولا تتضمن أي الزام[2].

الركن المعنوي عبارة عن الشعور بالواجب القانوني المصاحب لعمل مادي تواتر مرة بعد أخرى في حل مشكلة أو اتجاه قضية معينة[3].

---

[1]-محمد نصرالدين: **الوسيط في القانون الدولي العام**، مكتبة القانون والاقتصاد،[د .ر. ط]، الرياض، 1433-2012، ص205.

[2]-محمد المجذوب: مرجع سابق،ص.ص144-145.

[3]-قاسم بن مساعد بن قاسم الفالح: **العرف الدولي-دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي العام**- درجة ماجستير، شعبة الأنظمة، إشراف د. محمد الحسيني مصيلحي الشعراوي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1425-1426.

يختلف الركن المعنوي عن الركن المادي كثيرا، فهو يعتبر شيئا داخليا أي شعورا بوجوب القيام به، نظرا لعدة أسباب[1].

ثانيا: أقسام العرف الدولي في القانون الدولي

قسم رجال القانون العرف الدولي كغيرهم من فقهاء الشريعة الإسلامية إلى أقسام عديدة باعتبارات مختلفة، فمن حيث نطاق تطبيقه قسمّ إلى عرف عام وخاص، أما من حيث طبيعة قواعده ينقسم إلى عرف منشئ مكمل معدل وآخر ملغي، لكن التقسيم الأهم للعرف هو الذي باعتبار نطاق تطبيقه.

1-العرف الدولي العام أو العالمي:

وهو ذلك العرف الذي يسري على كل أشخاص القانون الدولي، وبالتالي لا يقتصر تطبيقه على جزء معين من الكرة الأرضية، أو في العلاقة بين عدد معين من أشخاص القانون الدولي. وقد قررت محكمة العدل الدولية أن الطبيعة العامة للقاعدة العرفية التي يجب تطبيقها على كل أعضاء المجتمع الدولي، وبطريقة متساوية، لا يمكن استبعادها أو وضع تحفظ بشأنها من جانب واحد ووفقا لهوى أو إرادة أحد أعضاء المجتمع الدولي [2].

2-العرف الإقليمي أو المحلي (القاري) :

الإقليم هو رقعة جغرافية من الأرض تختص بها كل دولة لممارسة مختلف نشاطاتها الحيوية فيها بصفة دائمة ومستقرة وهو شرط أساسي لاكتساب صفة الذاتية القانونية للدولة، فبدونه لا يمكن أن تكون الدولة شخصا قانونيا ولا تستطيع أن تمارس ما لها من حقوق وواجبات[3].

حيث يقتصر تطبيق العرف القاري على قارة معينة أو في العلاقة بين عدة دول، ويشترط فيه أيضا توافر العنصرين المادي والمعنوي سابق الإشارة إليهما، وعلى الدولة التي تدعي توافر عرف محلي أو قاري أن تقوم بإثباته، إذ إن عبء الإثبات يقع على عاتقها أمام القاضي أو المحكم الدولي. ويعد ذلك تطبيقا لما قررته

[1]- مراد كواشي: مرجع سابق، ص575.

[2]- أحمد أبو الوفا: **القانون الدولي العام**، [د .د. ن]، [د .ر. ط]، [د .ب. ن]، [د .س. ن]، ص66.

[3]- منصوري صونية: **القانون الدولي العام**(مطبوعة محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس)، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة، 2020-2021، ص68،نقلا عن كتاب: جمال عبد الناصر مانع: **القانون الدولي العام**.

المادة 83 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، والتي تنص على العرف كدليل على سلوك عام مقبول بمثابة قانون[1].

[1]- أحمد أبو الوفا: مرجع سابق، ص ص66-67.

المبحث الثالث: خصائص العرف الدولي وأهميته

في هذا المبحث سنتعرف على أهم خصائص العرف الدولي من ناحية القانون فقط لعدم توفرها في الفقه الإسلامي كمطلب أول ، وذكر أهميته كمطلب ثان.

المطلب الأول: خصائص العرف الدولي

باعتبار العرف الدولي مصدر من مصادر القانون الدولي الرسمية فإنه يمتاز بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن باقي المصادر، من أهمها ما يلي:

- أن العرف يجب أن يحظى بالقبول على أنه القانون وأن يتجاوب مع ضرورة قانونية. ولهذا فإن العرف يمثل تعاملا إلزاميا، وقد أكد قرار محكمة العدل الدولية، حول العرف القاري لبحر الشامل الصادر في 20 02/ 1969 ،عندما نص على أنه لا يكفي أن تمثل الأعمال المتكررة تعاملا ثابتا، بل عليها أيضا أن تثبت، بطبيعتها أو بالطريقة التي تمت بها، الاقتناع بأن هذا التعامل غدا ملزما بوجود قاعدة قانونية، وعلى الدول المعنية أن يكون لديها الشعور بالتقيد بالتزام قانوني، وليس الخضوع لاعتبارات المجاملة أو التقليد[1].
- أن العرف الدولي يعتبر تعبيرا عن تعامل مشترك ناتج عن سوابق أي عن تكرار مجموعة من التصرفات ترضى الدول بها[2].
- ينطوي العرف على وجود ممارسة متماثلة بين الدول فالتشابه في مواقف الدول من حادثة أو واقعة معينة يتيح الاستنتاج حول وجود عامل مشترك ضمني بين الدول يتصف بالعمومية أي يتفق عليه عامة الدول. وقد أكدت محكمة العدل الدولية في قرارها الصادر في 20 نوفمبر 1950 حول قضية حق اللجوء السياسي، على ضرورة أن يستخرج العرف الدولي من تعامل مشترك ومتطابق بين الدول وليس متعلقا بإقليم أو منطقة معينة[3].

---

[1]- العثماني اسعيدة: **القانون الدولي العام** (دراسة تطبيقية في دور المصادر –القانون الدولي الإنساني نموذجا-)،2018، ص67.

[2]- محمد المجذوب : مرجع سابق، ص141.

[3] –أوكيل محمد أمين: **محاضرات في القانون الدولي العام**(المبادئ والمصادر)، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014-2015، ص73، نقلا عن صلاح الدين عامر: **مقدمة لدراسة القانون الدولي العام**، ص355.

- إن العرف يمثل تعاملا خاضعا أو قابلا للتطور يستطيع بمرونته أن يجاري، ولو بشكل بطيء الأحداث والأوضاع الدولية المتغيرة ويتجاوب مع العلاقات والحاجات المتطورة. وهذا ما يميزه من القواعد التعاقدية الجامدة التي لا تخضع لسنة التطور والتي تحتاج إلى إجراءات شكلية خاصة لتبديلها أو تعديلها[1].

المطلب الثاني : أهمية العرف الدولي

أولا: أهمية العرف الدولي في الفقه الإسلامي:

أنزل الله سبحانه وتعالى شرائع عظيمة لإصلاح وهداية الناس، حيث كانت كل شريعة تلائم البيئة التي ينزل فيها التشريع، غير أنه مما لا شك فيه هو أن الإسلام دين البشرية جمعاء مهما كانت اختلافاتهم **لقوله تعالى:** ﴿ إِنَّ الدِّينَ عِندَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ ﴾ [آل عمران:19]، وهذا الدين تتصف قواعده بخصائص عديدة من بينها المرونة والشمول حيث يستطيع المجتهد أن يقدم الأحكام المناسبة لما يواجهه في الحياة من حوادث وصعوبات، ومن بين القواعد المرنة قاعدة العرف.

فالعرف له منزلة رفيعة يحافظ عليها الفقه الإسلامي ويرعاها، حيث يتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على اعتباره حجة يتم الرجوع إليها لمعرفة الأحكام الفقهية نظرا لأهميته البارزة في الكثير من المجالات نذكر منها:

1-استعانة كل من الفقيه ،القاضي والمفتي في تفسيرهم للنصوص بالأعراف السائدة عند نزول هذه النصوص فمثلا ما جاء في **قوله تعالى:** ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾ [آل عمران: 130] فهذا القيد " أضعافا مضاعفة " ليس مفهوم المخالفة وبالتالي لا يدل على أن هذا النوع من الربا هو المحرم وما عداه ليس بمحرم لأن الآية تعبر عن حكم الواقع الذي كان الناس عليه من عادات في التعامل بالربا حيث كان المرابي يقول لمدينه عند حلول أجل دينه زدني في المال أزدك في الأجل فيضطر المدين أن يفعل ذلك[2].

2-ما من مذهب من المذاهب إلا وحكم العرف واعتبره مصدر من مصادر التشريع [3] حيث قال **أبو سنة:** " ... وهو معتبر باتفاق الفقهاء جميعا... "[4].

---

[1]- محمد المجذوب: المرجع نفسه، ص 142-143.

[2]- مصطفى إبراهيم الزلمي: **أصول الفقه في نسيجه الجديد**، [د .د. ن]، ط10، [د .ب. ن]، [د .س. ن]،88.87/1.

[3]- مشعل بن حمود بن فالح النفيعي: مرجع سابق.

[4]- أبو سنة: مرجع سابق، ص54.

3–أن النص قد يتوقف في أخذ الحكم منه على العرف والعادة، وذلك أن للبيئة والعادات القائمة أثرا كبيرا في تكوين رأي المجتهدين، ولهذا نص الفقهاء على أن من شروط الاجتهاد: أن يكون المجتهد عالما بعرف الناس[1].

4–التعبير عن الإرادة بالأفعال يعتد به الشرع والقانون بدليل العرف كالبيع والشراء بالمعاطاة فإنها تدل على الرضا عرفا وكفتح أبواب المحلات العامة تعبيرا عن الإذن بدخولها وكتقديم الطعام للضيف فإنه إذن له عرفا بتناوله له[2].

ثانيا: أهمية العرف الدولي في القانون الدولي

يعتبر العرف من أهم مصادر القانون الدولي، فهو فضلا عن كونه المصدر المباشر الثاني، إلا أنه يعد المصدر الأساسي لإيجاد معظم القواعد الدولية القانونية هذا من جهة، ومن جهة أخر فهو من أقدم المصادر للقواعد القانونية سواء كانت تلك القواعد في القانون الداخلي أو القانون الدولي. والعرف في المجتمع الدولي يعتبر بمثابة قانون غير مكتوب، وكذلك فهو تكرار لتصرف معين وعلى أساس التبادل. فأتيان أعمال مماثلة من جانب دولة واحدة وفي مناسبات مختلفة لا يمكن أن يكون عرفا[3].

ويرى بعض الفقهاء أن هذه الأهمية تعود للاعتبارات التالية:

أولا: لأنه هو الذي أوجد معظم قواعد هذا القانون، **ثانيا:** لأن القواعد التي تنص عليها المعاهدات تكون غالبا تعبيرا أو صياغة لما استقر عليه العرف قبل إبرام هذه المعاهدات، **ثالثا:** لأن العرف يتفوق على المعاهدات بكون قواعده عامة وشاملة، أي ملزمة لجميع الدول، في حين أن القوة الإلزامية في المعاهدات تقتصر على الدول المتعاقدة ويبدو أن الوضع الحاضر للقانون الدولي العام يؤيد هذا الاتجاه فمعظم القواعد والأحكام التي تنظم العلاقات بين الدول في وقت السلم والحرب والحياد تقوم على العرف الذي تواتر بين الدول، بل وإن معظم القواعد الدولية الثابتة اليوم قد استقر بواسطة العرف أو عن طريقه[4].

ولعل تفوق العرف وأهميته تظهران في تصادمه مع الالتزامات القائمة التي تخالف المبادئ القانونية الصحيحة، فقد ألغى مؤتمر " لوزان "، بناء على مطالبة " تركيا "، نظام الامتيازات بالاستناد إلى قاعدة عرفية تقضي

[1]– مشعل بن حمود بن فالح النفيعي: مرجع سابق.

[2]– مصطفى إبراهيم الزلمى: مرجع سابق، ص90.

[3]– علي خليل اسماعيل الحديثي: مرجع سابق، ص81.

[4] – محمد المجذوب: مرجع سابق، ص140-141.

بأن يكون الاختصاص في الدعاوى الجزائية والمدنية والتجارية يعود إلى محاكم الدولة التي يكون الأجنبي طرفا فيها[1].

[1]- العثماني اسعيدة : مرجع سابق، ص70، نقلا عن: وليد بيطار: القانون الدولي العام، ص119.

خلاصة:

هي أن العرف عند فقهاء الشريعة الإسلامية هو كل أمر استقر في نفوس الناس واطمأنوا له، واستحسنته عقولهم وتلقته طباعهم بالقبول، وقد يكون هذا العرف: قوليا أو فعليا، عاما أو خاصا، شرعيا، صحيحا أو فاسدا.

أما من الناحية القانونية فالعرف هو عبارة عن سلوك معين ناتج عن أفعال وتصرفات متكررة بصفة دائمة مع الاعتقاد بإلزاميته ومخالفته تعد انتهاكا للقانون يحاسب عليها، ولكي يتحقق هذا العرف ينبغي أن يتوفر فيه ركنين أساسيين هما: المادي، والمعنوي.

الفصل الثاني:

حجية العرف الدولي وشروطه

تمهيد:

تحدثنا في الفصل الأول من بحثنا هذا عن العرف من حيث مفهومه في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، أركانه وأقسامه، خصائصه، أهميته، حيث سنواصل في هذا الفصل الحديث عن حجية العرف بعرض أقوال الفقهاء وعلماء القانون وأدلتهم على هذه الحجية مع تناول شروطه التي لابد من توافرها حيث سيكون العرض على النحو الآتي:

المبحث الأول: حجية العرف الدولي

المبحث الثاني: شروط العرف الدولي

المبحث الأول: حجية العرف الدولي

رغم اختلاف مذاهب فقهاء الشريعة الإسلامية إلا أنهم اتفقوا على أن العرف حجة شرعية ومصدر من مصادر الفقه الإسلامي استنادا **لقوله تعالى:** ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [الأعراف:199]، وكذلك الأمر بالنسبة للعرف الدولي في القانون الدولي.

المطلب الأول: حجية العرف في الفقه الإسلامي

بالرجوع إلى كلام الفقهاء على اختلاف مذاهبهم، نجد أنهم اعتبروا العرف دليلا من أدلة التشريع الإسلامي متى كان صحيحا وتوافرت فيه شروط صحته واعتباره، وسنذكر أقوال وآراء بعض الفقهاء وأصحاب المذاهب كما يلي:[1]

–الفقه المالكي والحنفي يأخذ بالعرف ويعتبره أصلا من الأصول الفقهية فيما لا يكون فيه نص قطعي[2].

فذكر ابن نجيم في كتابه "الأشباه والنظائر": واعلم ان اعتبار العادة والعرف يرجع إليه في الفقه في مسائل كثيرة حتى جعلوا ذلك أصل فقالوا في الأصول باب ما تترك به الحقيقة، تترك الحقيقة بدلالة الاستعمال والعادة...[3]

وقال الإمام عابدين عليه رحمة الله "...والعرف في الشرع له اعتبار لذا عليه الحكم قد يدار...[4].

–ويظهر أن **الشافعية** أيضا يحترمون العرف إذا لم يكن نص[5] وأنهم يأخذون بالعرف أحيانا ولكن يشترط أن يرشد إليه نص شرعي أو لا يعارضه[6].

فقد ذكر السيوطي رحمه الله في كتابه الأشباه والنظائر في فقه الشافعية:" اعلم أن اعتبار العادة والعرف رجع إليه في الفقه، في مسائل لا تعد كثيرة "[7].

---

[1]– عجال هاجر–بن سني خديجة: **الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق وآثاره بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري**، مرجع سابق.

[2]– عبد العزيز الخياط: نظرية العرف، مرجع سابق، ص30.

[3]– زين العابدين بن محمد (ابن نجيم): **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999، ص79.

[4]– محمد أمين أفندي ابن عابدين: **رسائل ابن عابدين**، [د .د. ن]، [د. ر.ط]، [د .ب .ن]، [د .س. ن]، ص114.

[5]– محمد أبو زهرة: **مالك (حياته وعصره– آراؤه الفقهية)**، دار الفكر العربي، [د. ر.ط]، [د. ب. ن]، [د .س. ن]، ص448.

[6]– محمد أبو زهرة: المرجع السابق، ن .ص.

[7]– جلال الدين السيوطي: **الأشباه والنظائر في فقه الشافعية**، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983، ص90.

–كذلك **الحنابلة** يحتجون بالعرف إذا لم يتعارض مع نص شرعي، قال الفتوحي: من أدلة الفقه أيضا:(تحكيم العادة)، وهو معنى الفقهاء:" إن العادة محكمة" أي معمول بها شرعا[1].

فالاحتجاج بالعرف من الأمور المتفق عليها، أما النطاق الذي يعتبر فيه فهو مما يختلف بين مذهب ومذهب، فالفقه المالكي هو أكثر المذاهب احتراما للعرف ويليه الفقه الحنفي ثم الشافعي والحنبلي[2].

❖ **وأدلة هؤلاء الفقهاء وغيرهم حول حجية العرف هي كما يلي:**

أولا: من القرآن الكريم

1–قوله تعالى: ﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾ [الأعراف:199].

وجه الاستدلال: أن الله تعالى أمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالأمر بالعرف، فدل على اعتباره، إذا لو لم يكن معتبرا لما كان للأمر به فائدة[3].

والأمر بالعرف وهو المعروف الجميل من الأفعال، وهو كل ما أمر به الشرع، وتعارفه الناس من الخير واستحسنه العقلاء[4].

2–قوله تعالى: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِذَا سَلَّمْتُمْ مَا آتَيْتُمْ بِالْمَعْرُوفِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ بِمَا تَعْمَلُونَ بَصِيرٌ ﴾ [البقرة: 233]،ومثلها **قوله تعالى:** ﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ آتَاهُ ٱللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ ٱللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾ [سورة الطلاق:07].

وجه الاستدلال: أن الله أوجب على الآباء النفقة والكسوة على الوجه المستحسن شرعا وعرفا، اعتبارا بحال الزوجين في اليسار والإعسار[5].

---

[1]– محمد بن أحمد بن العبد العزيز الفتوحي: **شرح الكوكب المنير**، مج 4،[د .د. ن]، [د .ر. ط]، [د.ب. ن]، [د.س. ن]، ص448.

[2]–يعقوب الباحسين: قاعدة العادة محكمة، مرجع سابق، ص120.

[3]– يعقوب الباحسين: المرجع نفسه، ص121.

[4]– وهبة بن مصطفى الزحيلي: **التفسير الوسيط**، دار الفكر، دمشق، ط1، 1422هـ، 767/1.

[5]– أحمد رشاد عبد الهادي: **أثر العرف في الأحوال الشخصية–دراسة فقهية مقارنة–** رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين: 2013، ص20

أيضا قال الجصاص: " قوله تعالى [بالمعروف] يدل على أن الواجب من النفقة والكسوة هو على قدر حال الرجل في إعساره ويساره، إذ ليس من المعروف إلزام المعسر أكثر مما يقدر عليه ويمكنه، ولا إلزام الموسر الشيء الطفيف، ويدل أيضا على أنها مقدار الكفاية مع اعتبار حال الزوج، فإذا اشتطت المرأة وطلبت من النفقة أكثر من المعتاد المتعارف لمثلها لم تعط وكذلك إذا قصر الزوج عن مقدار نفقة مثلها في العرف والعادة لم يحل ذلك وأجبر على نفقة مثلها "[1].

3-قوله تعالى: ﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾ [البقرة:236].

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى ترك تقدير المتاع للعرف وأنه يجب أن يكون على قدر الزوج في الغنى أو الفقر[2].

4-قوله تعالى: ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ۖ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ وَالْأُنثَىٰ بِالْأُنثَىٰ ۚ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ [البقرة:178].

وجه الاستدلال: إذا عفا ولي المقتول عن القاتل إلى الدية وجب على ولي المقتول أن يتبع القاتل بالمعروف من غير أن يشق عليه، ولا يحمله مالا يطيق، بل يحسن الاقتضاء والطلب ولا يحرجه[3].

5-قوله تعالى: ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۚ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَن يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ إِن كُنَّ يُؤْمِنَّ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ۚ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾ [البقرة:228].

---

[1]- أحمد بن علي بن أبوبكر الرازي الجصاص: **أحكام القرآن**، دار إحياء التراث العربي، [د .ر. ط]، بيروت، 1405هـ، 105/2-106.

[2]- فخر الدين الرازي: **تفسير الفخر الرازي-المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب**، دار إحياء التراث العربي، ط3، بيروت، 1420، 477/6.

[3]- عبد الرحمان بن ناصر السعدي: **تفسير السعدي-تيسير الكريم الرحمان في كلام المنان**- مؤسسة الرسالة، ط1، 1420-2000، 84/1.

وجه الاستدلال: أن مرجع الحقوق بين الزوجين يرجع إلى المعروف، وهو العادة الجارية في ذلك البلد وذلك الزمان من مثلها لمثله، ويختلف ذلك باختلاف الأزمنة والأمكنة، والأحوال والأشخاص والعوائد[1].

6-قوله تعالى: ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾ [سورة البقرة:180].

وجه الاستدلال: " بالمعروف " أي على قدر حاله من غير سرف ولا اقتصار على الأبعد دون الأقرب بل يرتبهم على القرب والحاجة، ولهذا أتى فيه بأفعال التفضيل[2]. وقال ابن عطية: معناه بالقصد الذي تعرفه النفوس دون إضرار بالورثة ولا تبذير للوصية [3].

ثانيا: من السنة النبوية الشريفة

لقد دلت السنة النبوية الشريفة على اعتبار العرف والعمل به عند تطبيق الأحكام الشرعية وفيما يلي نبين أدلة العرف فيها:

1-حجية العرف من السنة القولية:

السنة القولية: هي أقوال النبي صلى الله عليه وسلم وأحاديثه التي قالها في مختلف المناسبات والمواضيع. ومما يدل على احتجاج العرف فيها ما يلي:

- **ما ورد عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه:** أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: (ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح)[4]. يدل الحديث أن الأمر المتعارف عليه تعارفا حسنا بين المسلمين يعتبر من الأمور الحسنة التي يقرها الله تعالى، وما أقره الله تعالى فهو حق وحجة و دليل[5].

---

[1]- عبد الرحمان بن ناصر السعدي: المرجع نفسه، ص101.

[2]- المرجع السابق، ص85.

[3]- القاضي أبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الاندلسي: **المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت -لبنان، 1422هـ-2001م، ص248.

[4]- أحمد بن محمد بن حنبل: **المسند**، دار الحديث، ط1، القاهرة، 1416-1995، 505/3..

[5]- محمد مصطفى الزحيلي: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، 1 /267.

حيث استدل بهذا الحديث السرخسي في المبسوط " وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير لقوله صلى الله عليه وسلم: (ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن) "[1]، وكذلك السيوطي في الأشباه والنظائر قال في قاعدة العادة محكمة أصلها قوله عليه الصلاة والسلام: (ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن) [2].

وقع في الحديث إشكال في لفظ المسلمين هل يقصد بها في الحديث عامة المسلمين أم الصحابة رضي الله عنهم لأنهم هم أهل الرأي والاجتهاد، فانقسم العلماء في ذلك إلى قولين:

القول الأول: أن من يرى اللام في (المسلمون) ليست لمطلق الجنس، بل للعهد والمعهود يكون ما ذكر في الحديث أي هم الصحابة فيكون المقصود بلفظ المسلمين في الحديث هم الصحابة.

القول الثاني: ومن يرى أن اللام في (المسلمون) لاستغراق خصائص الجنس، يرى أن المسلمين يراد بهم أهل الاجتهاد وبالتالي يكون معنى الحديث (ما رآه أهل الاجتهاد حسن فهو عند الله حسن)[3].

ويؤيد هذا القول الآمدي حيث قال: (ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن) إشارة إلى إجماع المسلمين والإجماع حجة ولا يكون إلا عن دليل وليس فيه دلالة على أن ما رآه آحاد المسلمين حسنا أنه حسن عند الله، وإلا كان ما رآه أحد العوام من المسلمين أن يكون حسنا عند الله وهو ممتنع[4].

- ومن نصوص السنة النبوية القولية لاعتبار العرف حديث **عائشة رضي الله عنها**:(جاءت هند بنت عتبة، فقالت: يا رسول الله إنّ أبا سفيان رجل –مسّيك، فهل عليّ أن أطعم من الذي له عيالنا؟ فقال: لا، إلا بالمعروف)[5]. فسر المعروف في الحديث بالأمر المعتاد المتعارف عند الناس، أي القدر الذي علم بالعرف والعادة، أنه يكفي الزوجة ويقوم بحاجتها[6].

---

[1]– محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: **المبسوط**، دار المعرفة، بيروت، [د. ر. ط]، 1414-1993، 138/12.

[2]– عبد الرحمان بن أبي بكر جلال الدين السيوطي: **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، ط1، [د. ب. ن]، 1411-1990، ص7.

[3]– أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري: العرف في التشريع الجنائي (دراسة تأصيلية مقارنة)،مرجع سابق

[4]– أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي: **الإحكام في أصول الأحكام**، المكتب الإسلامي، [د. ر. ط]، بيروت–دمشق–لبنان، تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، 4/ 159-160.

[5]– ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك: **شرح صحيح البخاري لابن بطال**، تحقيق: أبو تميم ياسر بن ابراهيم، مكتبة الرشد، ط2، السعودية–الرياض، 1423-2003، 537/7.

[6]– مشعل النفيعي: **المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية**، مرجع سابق.

وهذا من أقوى الأدلة على اعتبار العرف في التشريع فكأنه قال: " لقد وجب على الزوج نفقة الزوجة وترك أمر تقديرها إلى ما يجري به العرف بينكم بحسب الأحوال والأشخاص والأماكن و الأزمنة وكذلك تنزيل كل النصوص التي جاءت بالأحكام المطلقة "[1].

- تعامل رسول الله صلى الله عليه وسلم مع العرف السياسي ومثال ذلك:

قوله صلى الله عليه و سلم لرسولي مسيلمة: (لولا أن الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما)[2]. في هذا الحديث التزام النبي صلى الله عليه وسلم بالعرف الدولي، ولو لم يكن العرف الدولي حجة لقام النبي صلى الله عليه وسلم بقتل الرسولين، ولكن لوجود هذا العرف امتنع عن ذلك، مما يدل على حجته[3].

والقاعدة العامة في العرف السياسي عند الجاهلين، أن الموفد لا يهان ولا يعتدى عليه ولا يقتل وكذلك كان هذا العرف ساريا على رسل الملوك إلى سادات القبائل وعلى الوفود التي ترسلها القبائل إلى الملوك الرسل الذين يرسلهم سادات القبائل بعضهم إلى بعض وطالما نقرأ في كتب أهل الأخبار جملا مثل:(لولا أنك رسول لقتلناك) تشير إلى احترام العرب لرسالة الرسل والموفدين وقد كان بعض الرسل يسيئون الأدب أو لا يحسنون التصرف مع من أرسلوا إليه حيث يحاول كل واحد منهم ضبط نفسه والتحكم في أعصابه حتى لا يتهور على الرسول فيتهم بسوء الأدب أو بالغدر حيث كان بعضهم قد غدر بالرسل وهذا الغدر لا يمثل العرف العام[4].

2-حجية العرف من السنة الفعلية:

➢ **السنة الفعلية:** هي أفعال وأعمال النبي صلى الله عليه وسلم مثل أداء الصلاة والحج، كيفية الوضوء...الخ. ومن الأدلة الدالة على اعتبارها:

[1]- صالح عوض : أثر العرف في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص182.

[2]- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني: **نيل الأوطار**، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، ط1، مصر، 1413-1993، 36/8.

[3]- قاسم بن مساعد بن قاسم الفالح: العرف الدولي –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي العام–مرجع سابق.

[4]- جواد علي: **المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام**، جامعة بغداد، ط2، 1413-1993، 327/5-328.

- **عن أنس بن مالك رضي الله عنه** قال: (لما أراد النبيّ صلّى الله عليه وسلم أن يكتب إلى الرّوم، قال: قالوا: إنهم لا يقرءون كتابا إلّا مختوما، قال: فاتّخذ رسول الله صلّى الله عليه وسلم خاتما من فضة كأنيّ انظر إلى بياضه في يد رسول الله صلّى الله عليه وسلم، نقشه محمد رسول الله) [1].

وجه الدلالة في الحديث أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عمل بالعرف الدبلوماسي الدولي بلسان العصر فكان اتخاذ الخاتم من الرسول صلى الله عليه وسلم لمكاتبة الملوك [2].

- وجه الاستدلال بالسنة الفعلية الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والتأسي به لأنه هو الأسوة الحسنة بنص القرآن الكريم: ﴿ لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ﴾ [الأحزاب:21] فلا يعتقد أن أحدا من المسلمين ينكر هذا، والسنة الفعلية المراد بها غير الفعل الشخصي الخاص به صلى الله عليه وسلم بل نقصد ما فعله على معهود قومه من المأكل والملبس والتداوي والتطيب، واستعماله أدوات الحرب المعروفة قبله وتربية الخيل وإعدادها للحرب والسباق بينها وغيرها من الأمثلة [3].

3-حجية العرف من السنة التقريرية:

وصورتها أن يسكت النبي صلى الله عليه وسلم عن إنكار قول قيل بين يديه أو في عصره وعلم به. أو يسكت عن إنكار فعل فعل بين يديه أو في عصره وعلم به فإن ذلك يدل على الجواز[4].

والعرف الذي كان موجودا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم من هذا القبيل، وقد تعارف الناس في زمن النبي صلى الله عليه وسلم أمورا تتعلق بشؤون الحياة فلم يحرمها أو ينهى عنها تدل على جوازها كما تعارفوا أمورا جاء ما يفيد أن النبي صلى الله عليه وسلم أقرّهم عليها أو شاركهم في فعلها فهذا أيضا يدل على جوازها[5].

فالسنة النبوية التقريرية حافلة بالنصوص الدالة على اعتبار العرف من بينها ما يلي:

---

[1]- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري: **المسند الصحيح بنقل العدل إلى رسول الله ﷺ**، دار إحياء التراث العربي، [د. ر. ط]، بيروت، [د.س. ن]، 1657/3.

[2]- أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري: مرجع سابق.

[3]- مصطفى أبو عجيلة: العرف وأثره في التشريع الإسلامي، مرجع سابق، ص145.

[4]- الشوكاني : إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، مرجع سابق، 117/1.

[5]- صالح عوض: مرجع سابق، ص182.

- **عن عروة بن الجعد البارقي رضي الله عنه:** (أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به أضحية أو شاة، فاشترى به شاتين فباع إحداهما بدينار. فأتاه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه بارك الله لك في صفقتك)[1].

فعروة رضي الله عنه اشترى شاتين وباع إحداهما، فباع و أقبض وقبض بغير إذن لفظي اعتمادا منه على الإذن العرفي الذي هو أقوى من اللفظي في أكثر المواضع[2].

- **حديث جابر** الطويل وشراء الرسول صلى الله عليه وسلم منه جمل، فيه أن جابر قال فلما قدمنا المدينة قال: (يا بلال اقضه وزده فأعطاه أربعة دنانير وزاده قيراطا)[3].

وجه الدلالة في الحديث أنه لم يذكر النبي صلى الله عليه وسلم قدر ما يعطيه عند أمره بإعطاء الزيادة فاعتمد بلال على العرف في ذلك فزاد قيراطا[4].

4-قضاء النبي صلي الله عليه وسلم بالعرف:

ومن الأدلة الدالة على اعتبار العرف قضاء النبي صلى الله عليه وسلم به :

ما رواه حرام بن سعد بن محيصة:(أن ناقة للبراء بن عازب، دخلت حائط رجل، فأفسدته عليهم، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل)[5].

وهو أدل شيء على اعتبار العادة في الأحكام الشرعية، إذ بنى النبي صلى الله عليه وسلم التضمين على ما جرت به العادة[6].

---

[1]- محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري: **صحيح البخاري**، دار طوق النجاة، ط1، [د.ب. ن]، 1422، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، 207/4.

[2]- ابن القيم: **إعلام الموقعين في رب العالمين**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1411-1991، تحقيق: محمد عبد السلام ابراهيم، 299/2.

[3]- صحيح البخاري: مرجع سابق، 100/3.

[4]- ابن حجر العسقلاني: **فتح الباري**، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1418-1998، تحقيق: محمد شكور الميادين، 485/4

[5]- أبو داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني: **سنن أبي داود**، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، [د .ر.ط]، صيدا-بيروت، [د. س .ن]، 298/3.

[6]- محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار: **شرح الكوكب المنير**، [د .د. ن]، [د .ر. ط]، المملكة العربية السعودية، [د .س. ن]، 452/4.

ويقول الخطابي عليه رحمة الله: (وهذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم خاصة في هذا الباب، ويشبه أن يكون إنما فرق بين الليل والنهار في هذا، لأن في العرف أن أصحاب الحوائط والبساتين يحفظونها بالنهار، ويوكلون بها الحفاظ والنواطير، ومن عادة أصحاب المواشي أن يسرحوها بالنهار، ويردونها مع الليل إلى المراح، فمن خالف هذه العادة كان بها خارجا عن رسوم الحفظ إلى حدود التقصير والتضييع، فكان كمن ألقى متاعه في طريق شارع، أو تركه في غير مواضع حرز، فلا يكون على آخذه قطع)[1].

ثالثا: من الإجماع

هو اتفاق أهل الحلّ والعقد من هذه الأمة، في أمر من الأمور. ويقصد بالاتفاق: الاشتراك في القول أو الفعل أو الاعتقاد. و " أهل الحلّ والعقد ": المجتهدين في الأحكام الشرعية. وقوله: " أمر من الأمور "، يتناول: الشرعيات والعقليات والعرفيات[2].

الإجماع الدال على اعتبار العرف إما أن يكون برؤية أهل الإجماع العرف الذي جرى عليه الناس وأقروه ولم ينكره أحد منهم من غير داع إلى عدم الإنكار وهو الإجماع السكوتي، وإما أن يكون بمشاركة أهل الإجماع الناس في العمل بالعرف الذي جرى بينهم وهذا هو الإجماع العملي[3].

إن العرف قد يستند إلى الإجماع العملي، أي يكون الدليل هو الإجماع، ويكون هو مستند اعتبار العرف وملاحظته في القضية، وذلك فيما إذا تعارف الناس في عصر من العصور على عمل، واستمروا عليه، ولم ينكر ذلك. ومن أمثلته الاستصناع: فقد عمل به الناس في سائر العصور من غير نكير، فمستند الاستصناع: هو الإجماع على ما تعارف عليه الناس[4].

---

[1]- أبو سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم بن الخطاب البستي: **معالم السنن**، المطبعة العلمية، ط1، حلب، 1351-1932، 178/3

[2]- شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ادريس القرافي: **شرح تنقيح الفصول**، دار الفكر، [د .ر. ط]. بيروت-لبنان، 1424-2004، ص253.

[3]- صالح عوض: مرجع سابق، ص184.

[4]- عبد الله عبد المحسن التركي: **أصول مذهب الإمام أحمد (دراسة أصولية مقارنة)**، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1410-1990، ص604.

ومن أمثلة الأعراف التي ترجع إلى العرف العملي: جواز بيع أراضي مكة، وجواز الشرط الذي لا يقتضيه العقد في البيع، وجواز وقف المنقول، والاستصناع، وجواز دخول الحمام، والاكتفاء في النفقة بأكل الزوجات عند الشافعية وغير ذلك[1].

والإجماع السكوتي حجة عند أكثر الحنفية قطعا، أما ما تكرر من الأمور ومعه السكوت فيقول بحجيته، وأرجع المالكية عرف أهل المدينة إلى الإجماع العملي لأهل المدينة[2].

رابعا: من المعقول

–أن الشارع اعتبر العادات، التي هي وقوع المسببات عن أسبابها العادية دائما، فيرتب عليها أحكاما، كطلب النكاح، والتجارة، وغير ذلك من الأسباب. قال الشاطبي: " العادة جرت بأن الزجر سبب الانكفاف عن المخالفة، **كقوله تعالى:** ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ [البقرة:179]، فلو لم تعتبر العادة شرعا، لم يتحتم القصاص ولم يشرع؛ إذ كان يكون شرعا لغير فائدة، وذلك مردود بالآية السابقة. وكذلك البذر سبب لنبات الزرع، و... مما يدل على وقوع المسببات عن أسبابها دائما، فلو لم تكن المسببات مقصودة للشارع في مشروعية الأسباب لكان خلافا للدليل القاطع، فكان ما أدى إليه باطلا[3].

–العرف له سلطان كبير على النفس، ويتمتع بالاحترام العظيم في القبول، وهو طبيعة ثانية للناس يرضون به بسهولة، ويحقق مصالحهم ومنافعهم، والشريعة جاءت لتحقيق المصالح، فيكون العرف الصحيح مصدرا ودليلا وأصلا من أصول الاستنباط[4].

–إن العادات والأعراف لما كانت ذا صلة شديدة بنفوس البشر، وكانت كاشفة عن ضرورة أو حاجة إنسانية، فإن الشارع راعاها في الحدود التي يترتب عليها رفع الحرج وتحقيق مصالح العباد، وحينئذ يكون الدليل عليها هو الدليل القاطع النافي للحرج ولهذا فإنها معتبرة فيما كان عائدا إلى الأمور الجبلية والطبيعية مما لا قدرة للإنسان على الانفكاك عنها مطلقا[5].

---

[1]– أحمد أبو سنة: العرف والعادة في رأي الفقهاء، مرجع سابق، ص33.

[2]– عجال هاجر–بن سني خديجة: مرجع سابق.

[3]– أبي اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي: **الموافقات**، دار ابن عفان، ط1، المملكة العربية السعودية، 1417 /1997، 493/2.

[4]– محمد مصطفى الزحيلي: الوجيز في أصول الفقه، مرجع سابق، ص.ص267–268.

[5]– يعقوب الباحسين: مرجع سابق، ص128.

–أن التكاليف إذا لم تعتبر فيها العاداتّ، كان تكليفا بما لا يطاق، وذلك باطل شرعا[1].

قال الإمام الشاطبي: " العوائد لو لم تعتبر لأدّى إلى تكليف ما لا يطاق، وهو غير جائز أو غير واقع، وذلك أن الخطاب إما أن يعتبر فيه العلم والقدرة على المكلّف به، وما أشبه ذلك من العاديات المعتبرة في توجه التكليف أو لا، فإن اعتبر فهو ما أردنا، وإن لم يعتبر فمعنى ذلك أن التكليف متوجه على العالم والقادر، وعلى غير العالم والقادر، وعلى من له مانع ومن لا مانع له، وذلك عين تكليف ما لا يطاق، والأدلة على هذا المعنى واضحة كثيرة "[2].

–الاستقراء وحاصله أن من يتتبع فروع الشريعة الإسلامية يجد أن النصوص الشرعية قد أقرت بعض الأعراف التي كانت موجودة قبل الإسلام وذلك كبيع السلم والعرايا والمضاربة وكل ما كان صالحا للبقاء كعقود الربا والعقود المشتملة على الغرر[3].

المطلب الثاني: حجية العرف الدولي في القانون الدولي

لقد اعتمد فقهاء القانون واتفقوا على أن العرف بتوفر ركنيه المادي والمعنوي يصبح قاعدة قانونية ملزمة مصدرها العرف، بحيث لا يجوز للأشخاص مخالفتها لأن ذلك يعرضهم للجزاء القانوني، لكن الفقهاء اختلفوا وتعددت آراؤهم حول مصدر الإلزام في القاعدة العرفية أو أساس القوة الملزمة للعرف والتي تجسدت في عدة مذاهب وهي كالتالي:

أولا– نظرية الرضا الضمني للمجتمع:

يرجع أصحاب هذا المذهب أساس القوة الملزمة للعرف إلى الرضا الضمني للمجتمع بشأن العرف، فالعرف يستمد قوته الملزمة من اعتبار الجماعة على اتباعه وشعورهم بلزومه وعدم جواز الخروج عليه.

فالقانون في نظرهم ليس من خلق الحاكم أو السلطان ولكنه من صنع الزمن وينشأ في ضمير الجماعة بأجيالها المتعاقبة[4].

[1]– مشعل بن حمود بن فالح النفيعي: مرجع سابق، ص140.

[2]– أبي اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي: مرجع سابق، 495/2.

[3]– حسنين محمود حسنين: **العرف وأثره في الشريعة الإسلامية، [**د .د. ن]، [د. ر. ط]، [د.ب. ن]، [د.س. ن]، ص26.

[4]– عجال هاجر– بن سني خديجة: مرجع سابق، نقلا عن: محمد سعيد جعفور: **المدخل إلى العلوم القانونية**، ص189.

وقد انتقد هذا الرأي لأنه يغالي في عد القانون إنتاجا آليا ذاتيا يخرج من الضمير الجماعي، ويغفل بذلك دور الإنسان ونشاطه الواعي وقدرته الإرادية في تكوين القانون[1].

ثانيا– نظرية الرضا الضمني للمشرع:

يعتمد أصحاب هذا المذهب على فكرة أولية مفادها أن إرادة المشرع هي المصدر الوحيد للقانون ولذلك لا يمكن اعتبار العرف قانونا إلا إذا سبغت عليه صفة التشريع فهو تشريع غير صريح لأنه غير صادر عن الإرادة الصريحة للمشرع فهو تشريع ضمني يوافق عليه المشرع ضمنا[2].

وقد تم نقد واعتراض هذا المذهب لأنه ينكر حقيقة تاريخية هي أن العرف كان أسبق في الوجود من التشريع لأنه كان المصدر الوحيد للقواعد الملزمة في المجتمعات القديمة.

حيث أن هذا المذهب يخلط بين مصدرين أساسيين للقانون هما التشريع والعرف فالأول أمر مكتوب صادر في عبارات معينة من أحد أجهزة الدولة والثاني يتكون ببطء وبالتدرج من اعتياد الناس على سلوك معين والاعتقاد بإلزامية هذا السلوك[3].

ثالثا– نظرية الضرورة الاجتماعية:

يرى أنصار هذا المذهب أن مصدر القوة الملزمة للعرف هو قوة إلزام ذاتية مستمدة من الضرورة الاجتماعية التي يحتمها ويفرضها وجوب تنظيم المجتمع تنظيما عادلا يحقق الصالح العام بالعرف في حالة غياب التشريع أو نقصانه وعدم كفايته، فضرورة العرف لتنظيم علاقات الأشخاص في المجتمع هو سر قوته الملزمة في المجتمعات القديمة عندما لا يوجد فيها التشريع، أو في المجتمعات الحديثة عندما يشوب التشريع النقص، فالعمل بالقاعدة العرفية إذن ما هو إلا نتيجة للضرورة الاجتماعية عند تخلف التشريع أو نقصه وامتثالا لضرورة احترام التقاليد التي تدفع إلى اتباع المألوف وابتغاء تحقيق الأمن والاستقرار في المعاملات[4].

---

[1]– غالب علي الداودي: **المدخل إلى علم القانون**، مرجع سابق، ص165.

[2]– عبد القادر مصباح عبد السلام: **ملخص محاضرات مدخل العلوم القانونية**، جامعة باتنة1، 2020/2019، ص28.

[3]– عبد القادر مصباح عبد السلام: المرجع نفسه، ن ص.

[4]– غالب علي الداودي: مرجع سابق، ص168.

رابعا– نظرية تطبيق القضاء للعرف:

يرى أصحاب هذا المذهب أن العرف يستمد قوته الملزمة من إقرار المحاكم له في قضائها فالعرف لا ينشأ تلقائيا، بل أن القضاء هو الذي يخلقه بما يضيفه عليه من قوة إلزامية وذلك بتطبيقه على ما يرفع إليه من منازعات[1].

وقد انتقد أصحاب هذا المذهب لأن الأخذ به يعني أن القاضي غير ملزم بتطبيق القواعد العرفية وهذا ما يتعارض مع النصوص القانونية التي تقضي بتطبيق القواعد العرفية، في حالة عدم وجود نص شرعي يفصل في النزاع، فيصبح العرف قاعدة قانونية ملزمة في حالة توفر أركانه وقبل أن يطبقه القضاء، والقاضي لا يطبقه إلا لأنه قاعدة قانونية قائمة، لأن القاضي لا يخلق العرف أو ينشئه وإنما يكشف عن وجوده[2].

–في الواقع لا يمكن إنكار فضل المذاهب المذكورة سابقا في تحليل القوة الملزمة للعرف، فكل واحد منها أدى دورا هاما في الظروف التاريخية والاجتماعية التي ولد فيها، حتى وإن كانت تلك الأفكار لم تقدم التبرير الكافي لإلزام العرف إلا أنها تصادف جانبا من الحقيقة في هذا المقام[3].

[1]– محمد حسين منصور: **المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت–لبنان، [د.س. ن]، ص224.

[2]– غالب علي الداودي: مرجع سابق، ص167.

[3]– محمد حسين منصور: مرجع سابق، ص225.

المبحث الثاني: شروط العرف الدولي

وضع فقهاء الشريعة الإسلامية وعلماء القانون مجموعة من الشروط التي لابد من تحقيقها والتي تتوافق فيما بينها إلى حد كبير لكي يصبح العرف حجة شرعية ومصدرا من مصادر القانون المعتبرة.

المطلب الأول: شروط العرف في الفقه الإسلامي

الشروط التي ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية للعرف حتى يكون حجة معتبرة في التشريع هي كالتالي:

1-أن يكون صحيحا:

أي لا يخالف دليلا من الأدلة الشرعية ولا قاعدة من قواعدها الأساسية فلا يجوز للمجتهد ولا للمشرع ولا للقاضي ولا للمفتي بناء الأحكام على العرف الفاسد لأن المبني على الفاسد فاسد[1].

والعرف إذا كان مخالفا لبعض الادلة الشرعية من نصوص الشريعة أو من قواعدها وأصولها، فالمبدأ العام الذي يستخلص من أقوال الفقهاء الباحثين إجمالا هو أنه: إذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل لنص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة لم يكن عندئذ للعرف اعتبار، لأن نص الشارع مقدم على العرف[2].

والعرف الذي لا يعدّ مخالفا لأدلة الشرع له حالتان:

الأولى: أن يكون مما لا 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 والإصلاح.

الثانية: أن يكون بين العرف وأدلة الشرع ظاهر تعارض، يمكن معه التوفيق بينهما بوجه من أوجه التوفيق المعتبرة عند أهل العلم، أو يمكن تنزيل النص الشرعي على العرف؛ بأن كان النصّ معلّلا بالعرف فللعرف حينئذ مجال لتأمّله، والبحث في اعتباره والاعتداد به[3].

قال أبو سنة: " وإنما يعتبر في هذه الحالة، لأن حاصل الأمر تعارض دليلين من أدلة الشرع فيتخلص من هذه التعارض بالتخصيص إن كان النص عاما، والتقييد إن كان مطلقا، والمصير إلى الاستحسان إن كان قياسا، وليس في هذا التخلص إبطال للنص بالعرف، ولا قضاء عليه به، بل هو إعمال للدليلين بقدر

[1]- مصطفى إبراهيم الزلمي: أصول الفقه في نسيجه الجديد، مرجع سابق، ص84،

[2]- مصطفى أحمد الزرقا: المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ص902.

[3]- عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته: مرجع سابق، ص244.

الإمكان، لأنه حمل للنص على حالة خاصة وعمل بالعرف فيما عداه، نعم فيه إبطال للقياس، ولا مانع منه، لأن العرف أقوى حجة، ورعايته أقرب إلى الحكمة، إذ التعامل أمارة الحاجة "[1].

2-أن يكون مطردا أو غالبا:

المراد باطراد العرف: أن يكون العمل به بين متعارفيه مستمرا في جميع الحوادث، لا يتخلف، شائعا مستفيض بين أهله، بحيث لا يفهمون حال الإطلاق إلا معنى هذا العرف، سواء أكانوا جميع الناس في البلاد كلها، أم في إقليم خاص، أم بين أصحاب الحرفة المعينة، أو الشأن الذي يجمع بينهم[2].ومعنى الغلبة: أن تكون أكثرية بمعنى أنها لا تتخلف كثيرا[3].

يقول السيوطي في أشباهه: " إنما تعتبر العادة إذا اطّردت، فإن اضطربت فلا. وإن تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف. قال الإمام في باب الأصول والثمار: كل ما ينضج فيه اطراد العادة، فهو المحكم، ومضمره كالمذكور صريحا، وكل ما تعارض الظنون بعض التعارض في حكم العادة فهو مثار الخلاف[4].

والمراد من هذا الشرط في قول الشيخ أبو سنة: ".... ذلك لأن تقرر العرف بين الناس، وتمكنه في نفوسهم- إنما يتم بالغلبة أو الاطراد، ولأنهما قرينة إرادة الأمر الذي وجدا فيه من تصرف المتكلم قولا أو فعلا[5].

3-أن يكون العرف المراد تحكيمه في التصرفات قائما عند إنشائها:

وذلك بأن يكون العرف سابقا ومقارنا للتصرف عند إنشائه لأن كل من يقوم بتصرف من التصرفات القولية أو العملية إنما يتصرف بحسب ما جرى به العرف ويقصد من كلامه ولفظه ما تعارف عليه الناس عند القيام بالتصرف ليصح الحمل على العرف القائم، وعلى ذلك فإنه إذا حدث أو طرأ عرف بعد إنشاء التصرف فلا عبرة به ولا يقضى به على من سبق ولا على الذين لم يتعارفوه[6] .

---

[1]- أبو سنة: مرجع سابق، ص.ص63-64.

[2]- عادل بن عبد القادر بن محمد ولي قوته: العرف وأثره في فقه المعاملات المالية عند الحنابلة- (دراسة تأصيلية تطبيقية)، مرجع سابق، ص232.

[3]- أبو سنة: مرجع سابق، ص56.

[4]- جلال الدين عبد الرحمان السيوطي: مرجع سابق، ص92.

[5]- أبو سنة: مرجع سابق، ص57.

[6]- صالح عوض: مرجع سابق، ص225.

قال السيوطي:" العرف الذي تحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر"[1].

وقول ابن نجيم: " ولذا قالوا: لا عبرة بالعرف الطارئ "[2]. ويلاحظ عليه: أنه خص الكلام بالعرف، الذي تحمل عليه الألفاظ، مع أن هذا الشرط يجري في العرف الذي تحمل عليه الأفعال، كما هو الحال في الأقوال[3].

قال الإمام القرافي: " العوائد الطارئة بعد النطق فلا يقضى بها على النطق؛ فإن النطق سالم عن معارضتها، فيحمل على اللغة. ونظيره: إذا وقع العقد في البيع، فإن الثمن يحمل على العادة الحاضرة في النقد وما يطرأ بعد ذلك من العادات في النقود لا عبرة به في هذا البيع المتقدم. وكذلك النذر والإقرار والوصية إذا تأخرت العادة عليها لا تعتبر وإنما يعتبر من العادات ما كان مقارنا لها[4].

4-أن لا يعارض العرف تصريح بخلافه:

يشترط لاعتبار العرف: ألا يصدر تصريح بخلافه، فإذا صرح العاقدان مثلا بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف، لأن من القواعد الفقهية أنه لا عبرة للدلالة في مقابلة التصريح قال العز بن عبد السلام: كل ما يثبت في العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه مما يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به صح، فلو شرط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير أكل يقطع المنفعة لزمه ذلك، ولو شرط عليه أن لا يصلي الرواتب، وأن يقتصر في الفرائض على الأركان، صح ووجب الوفاء بذلك، لأن تلك الأوقات إنما خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط، فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوزه الشرع ويمكن الوفاء به جاز[5] . كما إذا كان العرف في السوق تقسيط الثمن، واتفق العاقدان صراحة على الحلول أو كان العرف أن مصاريف التصدير على المشتري واتفقا أن تكون على البائع[6] .

---

[1]- جلال الدين عبد الرحمان السيوطي: مرجع سابق، ص96.

[2]- زين العابدين بن ابراهيم بن محمد (ابن نجيم): مرجع سابق، ص86.

[3]- مشعل بن حمود بن فالح النفيعي: مرجع سابق.

[4]- القرافي: مرجع سابق، ص166.

[5]- وزارة الأوقاف والشؤون، **الموسوعة الفقهية**، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، الكويت، 1994، ج30، ص59.

[6]- أبو سنة: مرجع سابق، ص67.

5-أن يكون العرف عاما في جميع البلاد لا خاصا:

إن عموم العرف غير اطراده، لأن العرف قد يكون عاما، ولكن العمل به لا يكون مستمرا في جميع الحوادث، فلا يكون مطردا، وكذلك العرف قد يكون خاصا بطائفة أو مهنة أو أهل بلد خاص، وقد يكون مطردا بالمعنى المذكور، فالعام قد يكون غير مطرد، والمطرد قد يكون غير عام[1].

6-أن يكون العرف ملزما:

إذا اجتمعت الشروط الخمسة المتقدمة في العرف أصبح ملزما ومعتبرا في التشريع، وهذا المعنى يشير إليه قول الفقهاء: (المعروف عرفا كالمشروط شرطا)، (والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم)، (والعادة محكمة) فالعرف ملزم إذا كان لفظ الإنسان أو عمله موافق لما جرى به العرف والاستعمال، وقال الفقهاء: إن كل متكلم أو متصرف بالقول أو بالفعل إنما يحمل تصرفه على عرفه [2].

ومعنى كونه ملزما: أي أن يتحتم العمل بمقتضاه في نظر الناس[3].

المطلب الثاني: شروط العرف الدولي في القانون الدولي

وضع رجال القانون كغيرهم من فقهاء الشريعة الإسلامية مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر في العرف حتى يكون معتبرا وهذه الشروط هي كالتالي:

1-أن يكون العرف ثابتا ومطردا:

يشترط أن يكون العرف مستقرا ثابتا ومطردا، حتى تتولد منه قاعدة عرفية لها قوة القانون، ومعنى ذلك أن يكون العرف عند نشوئه متبعا باستمرار وانتظام دون انقطاع، وبشكل واضح وظاهر للعيان، فلا تعتبر عادة يتولد عنها عرف ملزم له قوة القانون مجرد اتباع الناس سلوكا معينا مدة من الوقت، أو انقطاعهم في أوقات أخرى، وهذا الاستمرار والثبوت إنما يعتبر بجمهور الناس، ولا يؤثر في ثباته خروج قلة من الأشخاص عليه في فترات متباعدة، لأن العبرة في هذا الشأن بغلبة اتباعه في أكثر الحالات[4].

---

[1]- أبو سنة: المرجع نفسه، ص196.

[2]- سعود بن عبد الله الورقي: **العرف وتطبيقاته المعاصرة**، ص27. صالح عوض: مرجع سابق، ص228.

[3]- أبو سنة: مرجع سابق، ص66.

[4]- أحمد الصويعي شليبك: **العرف وأثره في الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي**، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، [د.ج. إ]، العدد4، [د. م. ص]، ربيع الثاني- جمادى الأولى 1442/ديسمبر2020، ص218.

2-عدم مخالفة العرف الدولي للآداب وقواعد الأخلاق والاتفاقيات العامة:

يشترط عدم مخالفة العرف الدولي لأي قاعدة من قواعد الآداب العامة أو قواعد الأخلاق الدولية، فإذا جرى عرف الدول على أمر من الأمور التي تتنافى مع الآداب والأخلاق ونحو ذلك فإنه لا ينشئ عنه عرف ملزم قانونا، ومثال ذلك: ما لو جرى العرف بين الدول على جواز تعذيب أسرى الحرب، فإنه يعد عرف دولي باطل لمخالفته قواعد الأخلاق، وكذلك مخالفته الاتفاقيات الناصة على حقوق الأسرى[1].

3-أن يكون العرف قديما:

أي أن يكون قد مضى على ظهور العرف زمن طويل يكفي لتأكيد رسوخه في النفوس واستقرار الجماعة على العمل به، وتجدر الإشارة هنا أن تحديد المدة الزمنية الكافية لاعتبار السلوك المتبع سلوكا قديما ومستقرا تكون تحت سلطة القاضي المختص، بحيث تختلف البيئة التي نشأ فيها هذا السلوك من مكان لآخر[2].

4-أن يكون العرف عاما مجردا:

بمعنى أن يكون العرف صادرا عن الأغلبية، ولا يقتصر حكمه على شخص، أو أشخاص معيين بالذات كما لو كان خاصا بعائلة معينة بالذات، أو فئة قليلة من الناس وإنما يتوجه إلى الأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، أي إلى صفاتهم المجردة عن ذواتهم. ولا يقصد بالعمومية أن يكون العرف شاملا كل البلد، ويطبق على كافة الأشخاص في الجماعة، بل يكفي أن يكون عاما في المكان الذي يطبق فيه، أو على كل الأشخاص الذين يشملهم حكمه، فقد يكون العرف خاصا بإقليم معين، أو مدينة واحدة أو طائفة معينة من الأشخاص وهو ما يعرف بالعرف المحلي وقد يكون العرف مهنيا أي يخص مهنة معينة وهو ما يسمى بالعرف المهني أو الطائفي، ومع ذلك يتصف بالعموم[3].

5-أن يكون العرف ملزما:

وهذا هو الشرط الهام في نظر علماء القانون لأنه كما ذكروا: أن مقتضى الإلزام في العرف أن يقوم في ذهن الناس- وجوب اتباع ما جروا عليه معتقدين أن مخالفته يترتب عليها جزاء قانوني كما يقوم القاضي بتطبيقه

[1]- قاسم بن مساعد بن قاسم الفالح: مرجع سابق.

[2]- حيرش نور الدين: **مطبوعة بيداغوجية في المدخل للعلوم القانونية**، جامعة اسطمبولي، معسكر، 2021/2020، ص73.

[3]- أحمد الصويعي شليبك: مرجع سابق (بتصرف)، ص217.

لأنه قاعدة قانونية ملزمة، ولذلك يقول علماء القانون: إنه يمكن رد هذه الشروط إلى ركنين يبرز فيهما أهميته شرط الإلزام:

- ✓ ركن مادي يتكون من صفات العموم والقدم والثبات.
- ✓ ركن معنوي وهو الإلزام[1].

نلاحظ أنه يوجد اتفاق بين الشروط التي ذكرها فقهاء الشريعة الإسلامية مع الشروط التي ذكرها علماء القانون إلى حد كبير، لكن علماء القانون جعلوا العرف مصدرا تشريعيا يستلزم لكي يكون كذلك أن تجتمع فيه الشروط المذكورة، بينما فقهاء الشريعة الإسلامية اعتبروا العرف في بناء الأحكام إذا تحققت فيه الشروط المذكورة مع تبعيته للأصول التي يرجع إليها وعلى العموم فهو علة ومناط الحكم عند جمهور فقهاء الشريعة الإسلامية[2].

[1]- صالح عوض: مرجع سابق، ص232.

[2]- المرجع السابق، ص233.

خلاصة:

نستنتج من خلال ما رأيناه في هذا الفصل أن العرف دليل شرعي اتفق الفقهاء على اعتباره وحجيته متى توفرت فيه الشروط اللازمة لاعتباره.

كما أنه أحد مصادر القاعدة القانونية الاحتياطي يلجأ إليه القاضي في حالة عدم وجود نص شرعي أو مبدأ من مبادئ الشريعة الاسلامية، كما أنه في بعض الحالات يكون مكملا ومساعدا لها.

.

الفصل الثالث:

أثر العرف الدولي

تمهيد:

بعد أن تناولنا الجانب النظري لأحكام العرف الدولي في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، وفصلنا الأركان التي يقوم عليها والأقسام والشروط والحجية، وجب علينا أن نتناول أيضا الأثر الذي يترتب عن تطبيق العرف الدولي في العلاقات الدولية من جانب الفقه الإسلامي والقانون الدولي أيضا، فمن ناحية الفقه الإسلامي رأينا من خلال بحثنا أن فقهاء المذاهب الأربعة لكل منهم مسائله في هذا الشأن يتبين لنا الأثر الفعلي الذي يرتبه العرف الدولي وهذا ما سنبينه في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فنعالج فيه أثر العرف الدولي من خلال القانون الدولي، وعليه ستكون خطة فصلنا هذا على النحو التالي:

المبحث الأول: أثر العرف الدولي في الفقه الإسلامي.

المبحث الثاني: أثر العرف الدولي في القانون الدولي.

المبحث الأول: أثر العرف الدولي في الفقه الإسلامي

يعد العرف مصدرا من مصادر التشريع الإسلامي عند فقهاء المذاهب الأربعة وهو أصل للحكم الشرعي، وفي هذا المبحث سنتناول أثر العرف الدولي في الفقه الإسلامي حيث تم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: أثر العرف الدولي في الفقه المالكي

استند المالكية على العرف الدولي إلى بعض الفروع الفقهية والمسائل المتعلقة بالأمور الدولية وهي كالتالي:

المسألة الأولى:

استند فقهاء المالكية إلى العرف الدولي في قضية دخول الحربيين من غير المسلمين إلى البلد بغرض التجارة، حيث على الإمام أو الحاكم أن يمنع دخولهم إلاّ بعد الإتفاق على مال معين يأخد منهم نظير تجارتهم واشترطوا العشر عموما كمقياس لذلك " ولا اختلاف في أن الإمام يمنع الحربيين من الدخول إلى بلاد المسلمين لأجل التجارة حتى يصالحوه على ما يأخذ منهم، وأنه إن صالحهم على أكثر من العشر لزمهم، ولم يكن لهم أن يؤدوا العشر، وإن صالحهم على أقل من العشر لزمه ولم يكن له أن يأخذ منهم أكثر مما صالحهم عليه، وإن أنزلهم على غير اتفاق ولا عادة جروا عليها أخذ منهم العشر ولم يكن للإمام أن يزيد منهم على العشر ولا لهم أن ينتقصوه منه على القول بأن ما صولحوا عليه يجب عليهم بدخولهم إلى بلاد المسلمين باعوا أو لم يبيعوا "[1].

المسألة الثانية:

أما في حالة موت الحربي في بلاد المسلمين ولم يكن أسيرا أو مقتولا في حرب أي جاء من أجل التجارة أو غيرها من أمور السلم، فإن فقهاء المالكية جعلوا ديته وماله فيئا لبيت مال المسلمين إن لم يكن له وارث يرثه، وكان ذلك بمثابة عرف دولي بالنسبة لهم " وإن مات عندنا الحربي فما له فيء إن لم يكن معه وارث ولم يدخل على التجهيز أي أن الحربي المستأمن إذا مات عندنا في غير معركة ولم يتم أسره قبل موته، فإن ماله وديته إن قتل يكونان فيئا لبيت المال إن لم يوجد له في بلدنا وارث ودخل إلينا على الإقامة أو كانت عاداتهم ذلك

[1]- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة**، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ط2، [د. ب. ن]، 1408-1988، 178/4.

وطالت إقامته فيهما بالعرف تنزيلا لطول الإقامة منزلة الدخول عليهما ولا يمكن في هذه الوجوه من الرجوع لو أراده، فإن وجد له وارث في بلدنا سواء جاء معه أم لا والمراد بوارثه وارثه في دينهم "[1].

المسألة الثالثة:

يرجع فقهاء المالكية إلى الأعراف الدولية القديمة في قضية قتل الرجل على دابته وفي ذلك أحكام مختلفة حسب حالة القتيل ودابته التي قتل عليها " قال الإمام من قتل قتيلا على بغل فهو له وله الحمارة إن قال على حمار والناقة إن قال على جمل أو بعير لإطلاق البغل والحمار والجمل والبعير على الأنثى وهذا عرف قديم والعرف الآن قصرهما على الذكر وقد تقرر أن الأحكام المبنية على العرف لا يفتى بها بعد تناسيه وتجدد غيره وإنما يفتى بما يقتضيه العرف المتجدد في كل بلد وزمن "[2].

المسألة الرابعة:

اما في مسألة هروب الأسير المسلم من سفينة العدو المعاهد نجد أن المالكية قد سنو عرفا بعدم رده إليهم صيانة لنفس وكرامة المسلم " إذا هرب الأسرى المسلمون من سفينة العدو المعاهد لا يردون إليها وسئا ابن سراج عن مسلمين مأسورين بأيدي النصارى هربوا من الجفن الذي كانوا به وهو رأس بمرسى من مراسي المسلمين، لأن المراكب اليوم بالعادة تنزلت منزلة بلادهم وعاقلهم لأنهم لا يسرحونهم فيها ولا ينزلونهم منزلة أموالهم التي أخذوا الأمان عليها "[3].

المطلب الثاني: أثر العرف الدولي في الفقه الشافعي

يرتكز فقهاء المذهب الشافعي على العرف في بناء الأحكام التي لها علاقة بالأمور الدولية والواقعة بين دار الإسلام والحرب، وهذه بعض المسائل المبنية عندهم على العرف:

المسألة الأولى:

في مذهب الشافعية نجد أن العرف الدولي معمول به ويتجسد ذلك من خلال هذه المسألة التي بين أيدينا حيث وضعت أحكام مختلفة في حالة مبارزة بين مسلم ومشرك سواء كانت بشرط أو بغيره، ولكل تلك الأحوال تفصيلات " وإن بارز مشرك مسلما من غير شرط جاز لكل أحد أن يرميه لأنه حربي لا أمان له

[1]-محمد بن عبد الله الخرشي: **شرح مختصر خليل للخرشي**، دار الفكر، [د .ر. ط]، بيروت، [د.س. ن]، 125/3.

[2]- صالح عبد السميع الآبي الأزهري : **جواهر الإكليل**، المكتبة الثقافية، [د .ر. ط]، بيروت، [د .س. ن]، 261/1.

[3]- أبي العباس بن يحي الونشريسي: **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب**، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية، [د .ر. ط]، 1401-1981، 117/1.

وإن شرط أن لا يقابله غير من برز إليه لم يجز رميهم وفاء بشرطه فإنه ولى عنه مختارا أو مثخنا أو ولى عنه المسلم مختارا أو مثخنا جاز لكل أحد رميه لأنه شرط الأمان في حال القتال وقد انقضى القتال فزال الأمان، وإن استنجد المشرط أصحابه في حال القتال فأنجدوه أو بدأ المشركون بمعاونته فلم يمنعهم جاز لكل أحد رميه لأنه نقض الأمان وإن أعانوه فمنعهم فلم يقبلوا منه فهو على أمانه لأنه لم ينقض الأمان ولا انقض القتال "[1].

وقيل أيضا: " لو تبارز مسلم وكافر بشرط أن لا يعين المسلمون المسلم ولا الكافرون الكافر إلى انقضاء القتال أو كان عدم الإعانة عادة فقتل الكافر المسلم أو ولّى أحدهما منهزما أو أثخن الكافر جاز لنا قتله؛ لأن الأمان كان إلى انقضاء الحرب وقد انقض. وإن شرط أن لا نتعرّض للمثخن وجب الوفاء بالشّرط، وإن شرط الأمان إلى دخوله الصّفّ وجب له الوفاء به، وإن فرّ المسلم عنه فتبعه ليقتله أو أثخنه الكافر منعناه من قتله، وقتلنا الكافر، وإن خالفنا شرط تمكينه من إثخانه لنقضه الأمان في الأولى، وانقضاء القتال في الثانية "[2].

المسألة الثانية:

سار الشافعية أيضا على العرف الدولي الشهير في مسألة دخول الكافر لديار الإسلام بحجة تبليغ رسالة أو إسلام أو سماع كلام الله، فإنه غالبا يصدق ويأمن في نفسه مادام لم يأتي بنية الفساد أو القتل في بلاد المسلمين وفي ذلك أحوال " ولو وجد كافر بدارنا فقال دخلت لسماع كلام الله تعالى أو لأسلم أو لأبذل جزية أو دخلت رسولا ولو بما فيه مضرة لنا أو دخلت بأمان مسلم يصحّ أمانه صدّق وحلف ندبا إن اتّهم تغليبا لحقن الدّم، نعم إن أسر لم يصدّق في ذلك ببيّنة، وفي الأولى يمكّن من الإقامة وحضور مجالس العلم قدرا تقضي العادة بإزالة الشبهة فيه ولا يزاد على أربعة أشهر "[3].

---

[1]- أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي: **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، دار الكتب العلمية، [د. ر .ط]، [د.ب. ن]، [د. س. ن]، 3/283-284.

[2]- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي: **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، ط1، [د.ب. ن]، 1415-1994، 6/36.

[3]- شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي: **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، دار الفكر، ط أخيرة، بيروت، 1404-1984، 8/86-87.

المسألة الثالثة:

وضع الشافعية لائحة لما يأمن فيه الكافر بديار المسلمين، وهي تتوافق مع ما يأمن فيه المسلم في دياره من ملبس ومركوب و غيره " إن أطلق الأمان، دخل فيه ما يلبسه من ثياب، وما يستعمله في حرفته من آلات، وما ينفقه في مدّة الأمان للعرف الجاري بذلك، ومركوبه إن كان لا يستغني عنه، ولا يدخل غير ذلك، وإن بذل له الأمان على نفسه وماله، فالمال أيضا في أمان إن كان حاضر، سواء أمّنه الإمام أو غيره، وإن كان غائبا، لم يصحّ الأمان فيه إلّا من الإمام أو نائبه بالولاية العامّة، وكذلك الذّراريّ يفرق بين الحاضرين والغائبين "[1].

المسألة الرابعة:

عند الشافعية يستحب للإمام أن يقدم تسهيلات لمن حل ببلاد الإسلام من غير المسلمين ونيته حسنة، كأن يعرض عليهم الضيافة وأن يرشدهم في حوائجهم رفعا للمشقة عنهم " يستحب للإمام إذا أمكنه أن يشرط عليهم إذا صولحوا في بلدهم ضيافة ممن يمر بهم من المسلمين ويذكر عدد الضيفان رجلا وفرسانا، وجنس الطعام والأدم وقدرهما لكل واحد من الضيفان كذا من الخبز وكذا من السمن أو الزيت بحسب العرف لأنه أنفى للغرر في طعامهم وأدمهم نفيا للمشقة عنهم ويذكر علف الدواب ولا يشترط بيان جنسه وقدره بل يكفي الإطلاق ويحمل على التين والحشيش ويرجع فيه للعرف والعادة "[2].

المسألة الخامسة:

تجسيدا لقاعدة (لا إكراه في الدين) فإن المشرك إن حلّ ببلاد المسلمين ينبغي أن يبلغ مأمنه ولا يخير بين أن يقتل أو يسلم، وإن استجار في مصيبة حلّت به أو ظرف ما، ينبغي أن يجار وأن يمهل ويمنح الوقت الكافي لينظر في إسلامه من عدمه، وهو ما سارت عليه الأعراف الدولية قديما وحديثا في قضية حرية الدين والمعتقد. في تفسير **قوله تعالى:** ﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَعْلَمُونَ ﴾ [التوبة:06] حيث فسرها الرازي بقوله: " اعلم أن هذه الآية تدل على أن التقليد غير كاف في الدّين وأنه لا بدّ من النظر والاستدلال وذلك لأنه لو كان التقليد كافيا، لوجب أن

[1]- أبو زكريا محي الدين يحي بن شرف النووي: **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط3، بيروت-دمشق-عمان، 1412-1991، 295/10.

[2]- عبد الله بن الشيخ حسين الحسن الكوهجي: **زاد المحتاج بشرح المنهاج**، تحقيق: عبد الله ابراهيم الأنصاري، الشؤون الدينية بدولة قطر، ط1، [د. س. ن]، 346/4-347-348.

لا يهمل هذا الكافر بل يقال له إما أن تؤمن وإما أن نقتلك فلما لم يقل له ذلك بل أمهلناه وأزلنا الخوف عنه ووجب علينا أن نبلغه مأمنه علمنا أن ذلك إنما كان لأجل أن التقليد في الدّين غير كاف بل لابدّ من الحجة والدليل فأمهلناه وأخرناه ليحصل له مهلة النظر والاستدلال "[1].

المسألة السادسة:

الشافعية بينوا أحكام الضيافة في دار المسلمين لغيرهم، وذهبوا إلى اعتبار مدتها ثلاث أيام " في بيان الضيافة التي يلزم بها أهل الدار المفتوحة من قبل المسلمين فيعتبر فيها ثلاثة شروط من بينها أيام الضيافة، فالعرف والشرع فيها لكلّ ضيف ثلاثة أيام أما العرف فمشهور في الناس تقديرها بالثلاث، وأما الشرع فلقول النبي صلّى الله عليه وسلّم الضيافة ثلاثة أيام، وما زاد عليها مكرمة. فما زاد في الشرط على ثلاث أو نقص منها كان الشرط أحق من مطلق الشرع والعرف "[2].

المطلب الثالث: أثر العرف الدولي في الفقه الحنفي والحنبلي

لم يختلف الحنفية والحنابلة عن نظرائهم من المالكية والشافعية حول اعتبارهم للعرف حيث بنوا الكثير من الأحكام المتعلقة بالأمور الدولية على العرف، وهذه بعض المسائل التي بنوا فيها أحكامهم عليه.

أولا: الفقه الحنفي

المسألة الأولى:

ذهب الحنفية الى لزوم الأمان لأهل البيت كما للمعني أي المشرك أو الغير مسلم الذي حل بديار المسلمين فهو وأهله سواء في الحكم عندهم، وهو ما تعارفوا عليه " لو قال: آمنوني على آلي فالآل وأهل البيت في عرف الاستعمال سواء "[3].

المسألة الثانية:

بين الحنفية المقصود بقول أهله، وقالوا بأن المعني بها هم كل من يدخل تحت نفقة الرجل أو يعوله " وأهله وامرأته وولده الذين كانوا في عياله من الصّغار والكبار من النساء والرجال وفي القياس أهله زوجته فقط، لأنه

[1]- الرازي: التفسير الكبير، مرجع سابق، 530/15-531.

[2]- أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي: **الحاوي الكبير**، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت-لبنان، 1419-1999، 305/14-306.

[3]- محمد بن أبي سهل السرخسي : **شرح السير الكبير**، الشركة الشرقية، [د .ر.ط]، [د .ب. ن]، [د .س. ن]، ص312.

في العرف يقال لمن له زوجة متأهل، ولمن لا زوجة له غير متأهل، وإن كان يقوله جماعة، ولكنه استحسن فقال: اسم الأهل يتناول كل من يعوله الرجل في داره وينفق عليه "[1].

المسألة الثالثة:

للعرف الدولي اعتبار في إطلاق لفظ الموالي عند الحنفية فللضيف أن يأمن في مواليه " ولو قال: آمنوني على مواليّ، وليس له إلا مواليات إناث لا ذكر فيهنّ، فهنّ آمنات معه استحسانا، وأهل اللغة يستجيزون اطلاق اسم الموالي على الإناث المفردات، ويعدّون قول القائل مواليات من باب التكلف بل يقولون للمعتقات: هنّ موالي بن فلان، كما يقولون للمعتقين، وللعرف عبرة في معرفة المراد بالاسم، فلهذا تناول هذا اللفظ الإناث المفردات في الأمان والوصيّة بخلاف اسم الإخوة والبنين "[2].

المسألة الرابعة:

على غرار نظرائهم الشافعية والمالكية فإن الأحناف يمنحون الأمن لغير المسلم إن وجد في ديار الاسلام بهدف تبليغ رسالة وهو عرف متداول من قديم الزمان، لكن يشترط أن يحمل كتابا ليصدق كلامه " وإذا وجد الحربيّ في دار الإسلام فقال أنا رسول، فإن أخرج كتابا عرف أنه كتاب ملكهم كان آمنا حتى يبلغ رسالته ويرجع؛ لأنّ الرسل لم تزل آمنة في الجاهلية والإسلام، وهذا لأن أمر القتال أو الصّلح لا يتم إلا بالرسل فلا بدّ من أمان الرسل ليتوصل إلى ما هو مقصود"[3].

المسألة الخامسة:

في بيان الإشارة بالأمان لغير المسلمين من اهل العسكر المسلمين " ولو أن مسلما من أهل العسكر في منعتهم أشار إلى مشرك في حصن أو منعة لهم أن تعال، أو أشار إلى أهل الحصن أن افتحوا الباب، أو أشار إلى السماء فظنّ المشركون أن ذلك أمان، ففعلوا ما أمرهم به، وقد كان هذا الذي صنع معروفا بين المسلمين وبين أهل الحرب من أهل تلك الدّار أنّهم إذا صنعوا كان أمانا، ولم يكن ذلك معروفا، فهو أمان جائز بمنزلة قوله: قد أمّنتكم لأن أمر الأمان مبنيّ على التوسّع، والتّحرّز عمّا يشبه الغدر واجب، فإذا كان معروفا بينهم

[1]- المرجع نفسه، ص 310-311.

[2]- المرجع نفسه، ص433-434.

[3]- السرخسي: المبسوط، مرجع سابق، 92/10.

فالثّابت بالعرف كالثّابت بالنّصّ، فلو لم يجعل أمانا كان غدرا، وإذا لم يكن معروفا فقد اقترن به من دلالة الحال ما يكون مثل العرف أو أقوى منه "[1].

المسألة السادسة:

كذلك الأمر لغير المسلم إن طلب الأمن لماله أو أهله، فإنه يأمن في نفسه وماله وأهله عند الحنفية " ولو قال: على أهلي، أو ولدي، أو مالي، فهو آمن، وجميع ما نزل به من ذلك، ولا شيء عليه، لأن أهله وولده ليس بمال، ولم تجر العادة بأن يجعلهم المرء فداء لنفسه، بل يجعل نفسه وقاية دونهم، فعرفنا أنّ مراده التماس الأمان لهم مع نفسه، وكذلك إذا ذكر المال مطلقا؛ لأنّ ذلك مجهول الجنس والصّفة والقدر، فلا يصلح أن يكون فداء ولأنه لا يفدي نفسه بجميع ماله عادة، إذا يهلك جوعا "[2].

المسألة السابعة:

في نفس السياق فإن المشرك الذي حل بديار المسلمين ومعه رقيقه أي "الخدم أو العبيد" فطلب الأمن لهم لزم أن يؤمن في نفسه ورقيقه أيضا استنادا للأعراف " ولو قال: آمنوني على رقيقي على أن أنزل، فهو آمن ورقيقه، ولو قال: على نصف رقيقي، كان هذا فداء، وباعتبار حقيقة المعنى لا يتضح الفرق بينهما ولكن باعتبار عرف الناس فإن الإنسان يفدي نفسه ببعض ما يأتي به معه ليتعيّش آمناً بما بقي ولا يفدي بجميع ما ينزل به، فإذا ذكر نصف المال أو نصف جنس من المال فالغالب أن مراده الفداء، وإذا ذكر جميع المال أو جميع جنس من المال كالرقيق، فالغالب أن مراده طلب الأمان لذلك الجنس مع نفسه، فإذا ذكر ما ليس بمال كالزوجة والولد فالغالب أن مراده الاستئمان لهم لا الفداء سواء ذكر عددا منهم أو ذكر جماعتهم "[3].

المسألة الثامنة:

كذلك الأمر عند الأحناف في بيان مقدار الفيء على الداخلين لديار الاسلام من غير المسلمين " لو قال: من دخل فله رأس، بخلاف ما لو قال: من دخل فله الرّبع من الغنيمة، فدخل عشرة، فلهم الربع بينهم، لأن هناك عرفا ما أوجب للدّاخلين بالإضافة إلى الغنيمة، والغالب أن مراده الإشراك بين الدّاخلين في الجزء

[1]- السرخسي : شرح السير الكبير، مرجع سابق، ص289-290.

[2]- المرجع نفسه: ص444.

[3]- المرجع نفسه: نفس الموضع.

المسمّى، ألا ترى أن الداخلين يزيدون على الأربعة عادة ولا تكون الغنيمة إلا أربعة أرباع فبهذا يتبين أن مراده الإشراك بينهم في الربع وإن كثروا" [1].

ثانيا: الفقه الحنبلي

المسألة الأولى:

عند الحنابلة أيضا أخذ بالعرف الدولي في بعض مسائلهم، كالتي بين أيدينا، حيث لا يدخل حربي دار الاسلام بغير أمان وبغير بيان حاله فإن كان تاجرا لابد له من متاع وبضاعة ونحو ذلك " ليس لأهل الحرب دخول دار الإسلام بغير أمان؛ لأنه لا يؤمن أن يدخل جاسوسا، أو متلصّصا، فيضرّ بالمسلمين، فإن دخل بغير أمان سئل، فإن قال: جئت رسولا، فالقول قوله؛ لأنه تتعذر إقامة البيّنة على ذلك، ولم تزل الرسل تأتي من غير تقدم أمان، وإن قال جئت تاجراً نظرنا فإن كان معه متاع يبيعه قبل قوله أيضاً وحقن دمه ؛ لأن العادة جارية بدخول تجارهم إلينا وتجارنا إليهم ، وإن لم يكن معه ما يتجر به لم يقبل قوله ؛ لأن التجارة لا تحصل بغير مال ، وكذلك مدعي الرسالة إذا لم يكن معه رسالة يؤديها أو كان ممن لا يكون مثله رسولا "[2].

كما ذكر في موضع آخر: " وإذا دخل حربيّ دار الإسلام بغير أمان، نظرت؛ فإن كان متاع يبيعه في دار الإسلام، وقد جرت العادة بدخولهم إلينا تجارا بغير أمان، لم يعرض لهم "[3].

وقال أيضا صاحب الشرح الكبير: " إذا دخل حربي دار الإسلام بغير أمان وادعى أنه رسول قبل منه ولم يجز التعرض له لقول النبي صلى الله عليه وسلم لرسولي مسيلمة: (لولا أن الرسل لا تقتل لقتلتكما)[4] ولأن العادة جارية بذلك وإن ادعى أنه تاجر وقد جرت العادة بدخول تجارهم إلينا لم يعرض له إذا كان معه ما يبيعه لأنهم دخلوا يعتقدون الأمان أشبه ما لو دخلوا بإشارة مسلم "[5].

---

[1]- المرجع السابق: ص838.

[2]- موفق الدين ابن قدامة: **المغني**، مكتبة القاهرة، [د. ر. ط]، [د.ب. ن]، 1388-1968، 352/9.

[3]- المرجع نفسه: 247/9.

[4]- سبق تخريجه.

[5]- عبد الرحمان بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي: **الشرح الكبير على متن المقنع**، دار الكتاب العربي، [د. ر.ط]، [د. ب. ن]، [د.س. ن]، 564/10.

المسألة الثانية:

في نفس الصدد ومن صحيح الحنابلة أنه لا يدخل حربي غير مسلم إلى ديار الاسلام الا بإذن أو كتاب، وهو عرفهم " لا يدخل أحد منهم إلينا إلّا بإذن على الصحيح من المذهب، وعنه يجوز للرّسول وللتّاجر خاصّة. وقال في الترغيب: دخوله لسفارة، أو لسماع قرآن: أمان بلا عقد، لا لتجارة، على الأصح فيهما بلا عادة "[1].

المسألة الثالثة:

في بيان مدة أمان غير المسلم في بلاد الاسلام فقد حددها الحنابلة بعشرة سنين فأقل إن كان منجزا فيحددها الإمام عندهم " قوله: وأمان أحد الرّعيّة للواحد والعشرة بلا نزاع وللقافلة، وكذا للحصن، ومراده بالقافلة: إذا كانت صغيرة، وكذا إذا كان الحصن صغيرا يعني عرفا "[2].

وقيل في موضع آخر: " ويصح الأمان من مسلم، عاقل، مختار، غير سكرا ولو قنا أو أنثى بلا ضرر في عشر سنين فأقل منجزا ومعلقا من إمام لجميع المشركين ومن أمير لأهل بلدة جعل بإزائهم ومن كل أحد لقافلة وحصن صغيرين عرفا ويحرم به قتل، ورق، وأسر "[3].

المسألة الرابعة:

في بيان من دخل دار الاسلام بغير أمان لكن معه متاع على أنه تاجر، فيرى الحنابلة فيه أنه يؤمن وفي ذلك ضوابط " ومن دخل دار الإسلام بغير أمان وادّعى أنه رسول أو تاجر ومعه متاع يبيعه: قبل منه .وهذا مقيّد بأن تصدّقه عادة ، وهذا المذهب نصّ عليه وجزم به في الوجيز والمغني والشرح وغيرهم، وقدّمه في الفروع وغيره، وإذا لم يعرف بتجارة ولم يشبههم أو كان معه آلة حرب لم يقبل منه ويحبس حتى يتبيّن أمره، قلت وهو الصواب، ويعمل في ذلك بالقرائن، وعلى المذهب إن لم تصدّقه عادة أو لم يكن معه تجارة وادّعى أنه جاء مستأمناً فهو كالأسير يخير الإمام فيه على ما تقدّم "[4].

---

[1]- علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي: **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، دار إحياء التراث العربي، ط2، [د.ب .ن]، [د. س. ن]، 208/4.

[2]- المرجع نفسه: 204/4.

[3]- عبد الرحمان بن محمد بن قاسم الحنبلي: **حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع**، [د. د. ن]، ط1، [د. ب. ن]، 1397، 296/4.

[4]- المرداوي: مرجع سابق، 207/4.

المبحث الثاني: أثر العرف الدولي في القانون الدولي

بعد أن تناولنا آثار العرف الدولي في الفقه الإسلامي وحصرناها في المذاهب الأربعة، وجب أن نعلم أيضا أن للعرف آثار عديدة في القانون الدولي تبرز جليا في القانون الدولي العرفي والقانون الدولي الإنساني وكذا المعاهدات والمواثيق الدولية، لذلك ينبغي بيانها بشيء من التفصيل في المطالب التالية:

المطلب الأول: أثر العرف الدولي في القانون الدولي العرفي

يعتبر القانون الدولي العرفي من أحد جوانب القانون الدولي حيث أنه يتضمن مبدأ العرف الدولي الذي كان له الأثر الكبير فيه وهذا ما سنبينه في مطلبنا هذا.

أولا: أثر العرف الدولي في القانون الدبلوماسي

يعتبر العرف الدولي أهم مصادر القانون الدولي، على اعتبار أنه مجموعة الأحكام القانونية المنبثقة من عادات وأعراف عدد صغير من الدول ثم تبنتها دول أخرى بالنظر إلى فائدتها، بحيث انتهى قبولها بوجه عام في النهاية إلى قواعد جديدة في القانون تنطوي على التزامات معينة[1]، والنظام القانوني للمبعوثين الدبلوماسيين هو أول النظم الدولية القانونية الذي تدعم عن طريق العرف، وظلت تستند إليه مباشرة حتى وقت قريب، ذلك لأنه قد نشأت على مرّ العصور والأزمنة مجموعة من القواعد المتعلقة بالعلاقات الدبلوماسية بين الدول من حيث تبادلها، وما ينبغي أن يتوفر للقائمين عليها من حصانات وامتيازات وما يراعى عند استقبالهم من مراسيم[2].

ولقد أصبح للدبلوماسية قانون مكتوب وملزم وهو عبارة عن اتفاقية العلاقات الدبلوماسية الدائمة لعام 1961م واتفاقية العلاقات القنصلية لعام 1963م وغيرها من الاتفاقيات . وهذا القانون المكتوب لا يلغي أو يهمل قواعد العرف الدولي الذي ينظم المسائل التي لم تنظمها صراحة أحكام هذه الاتفاقيات[3].

حيث أكدت الاتفاقية في مقدمتها على ترابط القواعد القانونية المكتوبة والعرفية، حيث اعتبرت أن القواعد المكتوبة والعرفية تشكلان مصدرين لإنشاء قواعد القانون الدبلوماسي، يملكان ذات القوة الإلزامية، بالإضافة

---

[1]- قسمية محمد: **ظروف تطور الدبلوماسية والقواعد المنظمة لها**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد:2، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2021/06/20، ص9.

[2]- قسمية محمد: مطبوعة محاضرات مقياس: **قانون العلاقات الدولية (العلاقات الدبلوماسية)**، السنة ثالثة ليسانس، تخصص: قانون عام، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2018-2019، ص8.

[3]- قاسم بن مساعد بن قاسم الفالح: العرف الدولي –دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي العام–مرجع سابق.

إلى أن هذه الاتفاقية أبرزت أولوية وأهمية القواعد المكتوبة في تطوير وتقدم القانون الدبلوماسي، دون أن تستبعد العرف واستمراره في تنظيم المسائل التي لم تنظمها صراحة أحكام هذه الاتفاقية، يبرز هنا ومن خلال هذه المقدمة الدور الأول للقواعد المكتوبة، ودور العرف الثانوي كمصدرين لقواعد القانون الدبلوماسي[1].

ويظهر أثر العرف الدولي في حصانات وامتيازات رئيس الدولة الذي يتمتع بنظام من الحصانات والامتيازات الدولية والدبلوماسية لا تشمل فقط شخصه، بل أسرته وحاشيته أيضا، وتستمد أصولها وقواعدها ما الحصانة التي يقرها القانون الدولي للدول، وعلى الرغم من أن هذه الحصانات التي تتمتع بها الدولة فهو يتمتع بها بحكم العرف والتقاليد بوصفه ممثلا للدولة يقوم بتأمين بعض وظائفها على الصعيد الدولي[2]، فقد جرى العرف الدولي على استقبال رئيس الدولة وفقا لمراسم خاصة تنطوي على الإجلال والاحترام، كأن يقوم رئيس الدولة باستقباله بنفسه، وكإطلاق عدد معين من طلقات المدافع، وكاستعراضه حرس الشرف، أو غير ذلك من الأعراف والتقاليد المختلفة للدول[3].

وكذلك بالنسبة للأشخاص ذوي الرتب العالية كوزير الشؤون الخارجية عند قيامه بوظائف هامة تضطره إلى كثرة السفر إلى الخارج والوجود على أقاليم الدول الأجنبية وذلك للقيام بالمهام المعهودة إليه على تنوعها، ومن أجل ذلك وجبت معاملته بما يتناسب مع مركزه، واستقباله استقبالا رسميا من جانب حكومة الدولة التي يسافر إليها في مهمة رسمية يكون على رأس هذا الاستقبال وزير خارجية هذه الدولة[4].

كما يظهر أثر العرف الدولي في التبادل الدبلوماسي والاعتراف بالدولة الجديدة فقد جرى العرف الدولي على أن الدولة الكاملة السيادة والاستقلال لا يمكن لها أن تمارس التبادل الدبلوماسي إذا لم تعترف الدول الأخرى بها، وذلك على الرغم من تمتعها بحق التمثيل الدبلوماسي الذي يعتبر حقاً من حقوق الدولة السيدة المستقلة، إن مجرد استكمال الدولة لعناصرها لا يكفي لإقامة العلاقات الدبلوماسية، بل لابد من هذا

---

[1]- علي حسين الشامي: **الدبلوماسية(نشأتها وتطوّرها وقواعدها ونظام الحصانات والامتيازات الدّبلوماسية)**، دار الثقافة، ط3، [د.ب. ن]، 1428-2007، ص203.

[2]- علي حسين الشامي: مرجع سابق، ص134.

[3]- محمد مقيرش: **إدارة العلاقات الدبلوماسية والقنصلية (في ضوء القانون الدولي والممارسة الجزائرية)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستر، فرع القانون الدبلوماسي، إشراف د: بوحميدة عطاء الله، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2004-2005.

[4]- وليد عمران : **الوسائل المنظمة للعلاقات الخارجية (التمثيل الخارجي والمعاهدات)**، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي العام، إشراف أ .د: محمد زغداوي، جامعة قسنطينة1، 2013-2014.

الاعتراف حتى تتمتع بالحقوق والواجبات والصلاحيات الداخلية والدولية والتي هي نتيجة حتمية لاكتسابها الشخصية القانونية الدولية[1].

ثانيا: أثر العرف الدولي في القانون الدولي لحقوق الإنسان

إن القانون الدولي لحقوق الإنسان هو عبارة عن منظومة من القواعد الدولية المصممة لحماية وتعزيز حقوق الإنسان للجميع، وهذه الحقوق الطبيعية لدى بني البشر كافة، بصرف النظر عن جنسيتهم أو مكان إقامتهم، أو نوع جنسهم، أو أصلهم القومي أو العرقي، أو لونهم، أو ديانتهم أو لغتهم، أوي أي مكانة أخرى، حقوق مترابطة ومتداخلة وغير قابلة للتجزئة، وغالبا ما ينص عليها ويكفلها القانون، الذي يكون في شكل معاهدات، والقانون الدولي العرفي، والمبادئ العامة والقانون غير الملزم[2].

وفي مجال حقوق الإنسان نجد أن القواعد العرفية لها دورها الهام في تشكيل العديد من قواعده خاصة في مجال القواعد التي تحكم سلوك المحاربين وحماية ضحايا الحرب، فكلها قواعد وجدت في تعاليم الأديان وعادات الفرسان ودخلت إلى العرف الدولي لتنتقل بعد ذلك إلى المعاهدات الشارعة[3].

إن تكوين هذه القواعد راجع إلى إسهام كبير للبشرية كلها ، فمنها تُستلهم أحكام المعاهدات ، ومن تكرار اتباعها في العمل الدولي وشيوع نصوصها في المعاهدات تشكل عرفاً عاماً لا يلبث أن يسود بين مختلف الدول[4] .

وهذا ما يفسر لنا تقرير الحقوق بنصوص متشابهة في الإعلان العالمي لحقوق الإنسان وفي اتفاقيتي الحقوق المدنية والسياسية والحقوق الاقتصادية والاجتماعية، وفي اتفاقية حقوق الإنسان الأمريكية وكذلك الأوروبية، وبهذا تطور دور العرف في مجال حقوق الإنسان من التكوين الأولى للحقوق إلى إشاعتها وإضفاء صفة العمومية عليها، وإن كان لم ينفذ وظيفته الأصلية في التكوين البطيء للعديد منها[5].

---

[1]- علي حسين الشامي: مرجع سابق، ص209.

[2]- الأمم المتحدة: **الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح**، مكتب المفوض السامي، نيويورك- جنيف، 2011، ص5.

[3]- جعفر عبد السلام علي : **القانون الدولي لحقوق الإنسان (دراسات في القانون الدولي والشريعة الإسلامية)**، دار الكتاب المصري، ط1، القاهرة، 1419-1999، ص79-80.

[4]- قاسم بن مساعد بن قاسم الفالح: مرجع سابق.

[5]- جعفر عبد السلام علي : مرجع سابق، ص80.

ثالثا: أثر العرف الدولي في القانون البحري العرفي

للعرف دور هام في القانون يرجع إلى قلة النصوص التشريعية في نطاق هذا القانون وعجزها عن ملاحقة حاجيات الملاحة البحرية المتعددة[1].

ويعتبر العرف الدولي الأهم تاريخيا بين مصادر القانون الدولي للبحار، فقد كان لأعراف الدول البحرية أثر رئيسي في تطور هذا القانون، وذلك عن طريق النشوء التدريجي لعدد كبير من القواعد العرفية، إلّا أن تطور المجتمع الدولي واندماج الدول النامية في هذا التطور بالخصوص بعد الحرب العالمية الثانية، دفع بتدوين تلك القواعد العرفية إلى الأمام، بحيث لم يعد بإمكان الدول النامية القبول بالقواعد العرفية لقانون البحار التي نشأت في أحضان الدول البحرية الكبرى التي مصالحها تتعارض مع مصالح الدول النامية[2]، إلا أنه ورغم هذا التطور لا يزال العرف يحتل مركزاً مرموقاً بين مصادر القانون الدولي للبحار فوجود المعاهدات حول قانون البحار لم يمنع من استمرار العمل بعدد من القواعد العرفية كما أن التطورات الحديثة أدت إلى نشوء قواعد عرفية جديدة ولهذا السبب نجد أن محكمة العدل الدولية لم تغفل العرف الدولي في قراراتها في ميدان قانون البحار فقد أشارت إلى العرف الدولي في قضية الجرف القاري لبحر الشمال وفي قضية المصائد النرويجية وفي قضية بحر أيجه وفي قضية الجرف القاري بين ليبيا وتونس[3].

رابعا: أثر العرف الدولي في القانون التجاري الدولي

للعرف أهمية خاصة كمصدر من مصادر القانون التجاري فالكثير من قواعد هذا القانون نشأت ابتداء كقاعدة عرفية ثم تم تقنينها، كما هو الحال في أغلب القواعد التي تتبعها المصارف في العمليات المصرفية، وبعض هذه الأعراف لم يقنن لأنه صار من البديهيات لا يحتاج إلى تقنين، والسبب في هذه النشأة العرفية لقواعد القانون التجاري هو أن قواعده تتلاءم مع طبيعة المعاملات التجارية التي تتصف بالسرعة، فهو أسرع من التشريع من حيث متابعة تطور العلاقات التجارية[4].

---

[1]- وكواك الشريف: **القانون البحري**، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة ل م د تخصص: قانون خاص، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2021-2022، ص16.

[2]- قاسم بن مساعد بن قاسم الفالح: مرجع سابق. نقلا عن **القانون الدولي للبحار**: لمحمد الحاج محمود.

[3]- قاسم بن مساعد بن قاسم الفالح: مرجع سابق.

[4]- منصور داود- ساعد العقون : **مكانة العرف في القانون التجاري الجزائري**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد:02، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2020/01/08، ص508.

والعرف التجاري هو مجموعة الأحكام التي اعتاد التجار على تطبيقها على معاملاتهم مع شعورهم بإلزامها، فحتى يعتبر العرف مصدرا رسميا للقانون التجاري لا بدّ أن يتوافر فيه الركن المادي وهو الاعتياد والركن المعنوي وهو الشعور بالإلزام[1].

ومن بين المسائل التي ظهر فيها أثر العرف الدولي في القانون التجاري الدولي:

–إن على المشتري حتى يحفظ حقه في مواجهة البائع أن يقوم وفقا لهذا القانون بفحص المبيع خلال وقت قصير من الوقت الذي يتمكن فيه من ذلك ويخضع الفحص عندئذ ما لم يتفق على خلافه لقانون المكان الذي يجري فيه فحص المبيع أو عاداته التجارية والسبب في إخضاع الفحص لهذا القانون يرجع إلى أن كيفية إجراء الفحص تتوقف على جنس المبيع وعلى ما يجري عليه العرف أو يقضي به القانون المحلي[2].

–يلتزم البائع بتسليم الكمية المتفق عليها في العقد فإذا قام بتسليم كمية أقل أو أكثر من ذلك فإن المبيع يعتبر معيباً وتطبق بالتالي الجزاءات القانونية المترتبة على هذا الأمر إلا إذا كان الفرق في الكمية ليست له أهمية بالنسبة للمشتري أو كان مما تجيزه العادات التجارية المرعية[3].

المطلب الثاني: أثر العرف الدولي في المعاهدات الدولية

يأتي العرف الدولي في المرتبة الثانية بعد المعاهدات الدولية وهو فقط عبارة ترتيب بين مصدرين متساويين في القمة القانونية، والعرف الدولي له علاقة بالمعاهدات الدولية فهو يكون على أنواع، فإما يكون منشأ لها، أو مفسر لها، وقد يكون معدل للمعاهدات الدولية وهذا ما سنتناوله في هذا المطلب.

أولا: أثر العرف الدولي في إنشاء المعاهدات

للعرف الدولي أثر بالغ في إنشاء المعاهدات والاتفاقيات الدولية باعتبار أن الكثير من المعاهدات الحالية كاتفاقية فيينا لقانون المعاهدات عام 1961 وغيرها والتي كانت في الأصل عبارة عن أعراف دولية وبعد الاتفاق عليها بين الدول أصبحت قانون مكتوب، ومن بين هذه الاتفاقيات التي كانت عبارة عن أعراف دولية نذكر منها:

[1]– عصام حنفي محمود : برنامج محاسبة البنوك والبورصات **القانون التجاري**، ج1، [د .د .ن]، [د .ر.ط]، [د .ب. ن]، [د .س. ن]، ص200.

[2]– قاسم بن مساعد بن قاسم الفالح: مرجع سابق.

[3]– المرجع نفسه.

1-تعيين رئيس البعثة: لا يجوز الإقدام على تعيين رئيس البعثة دون معرفة رأي الدولة المعتمد لديها وقبل التأكد من موافقتها[1]، حيث جرى العرف الدولي على وجوب أن تستطلع الدولة الموفدة رأي الدولة الموفد إليها حول شخص رئيس البعثة الدبلوماسية بهدف الحصول على موافقتها ويطلق على هذه الموافقة في لغة الدبلوماسية " الاعتماد " وقد قننت اتفاقية فيينا هذا المبدأ في المادة الرابعة بنصها: " يجب على الدولة المعتمدة أن تتأكد من قبول الدولة المعتمد لديها للشخص المزمع اعتماده رئيسا للبعثة المنشأة فيها " [2].

2-إعفاء رئيس البعثة الدبلوماسية من الضرائب والرسوم: يعفى مقر البعثة الدبلوماسية من جميع أنواع الضرائب والرسوم إلا ما كان منها مقابل خدمات فعلية كالمياه والكهرباء، ولا يسري هذا الإعفاء على الضرائب والرسوم التي يجب وفقا لقوانين الدولة الموفدة إليها أن يقوم المؤجر بالوفاء بها، وهو ما نصت عليه المادة 23 من اتفاقية فيينا 1961 [3].

3-الامتيازات المالية والجمركية: مما جرى به العرف الدولي إعفاء المبعوث الدبلوماسي بمقتضى اتفاقية فيينا للعلاقات الدبلوماسية من جميع الرسوم والضرائب الشخصية والعينية العامة أو الاقليمية أو المحلية عدا: الضرائب غير المباشرة، الرسوم والضرائب العقارية، ضرائب التركات، الضرائب والرسوم على الإيرادات الخاصة، الضرائب والرسوم المحصلة لقاء خدمات عامة و رسوم التسجيل والرهن والتوثيق والدمغة، وهو ما نصت عليه المادة 34 من هذه الاتفاقية [4].

4-حق المطاردة الحثيثة: لقد عالجت اتفاقية جنيف لأعالي البحار 1958 لأول مرة حق المطاردة الحثيثة وقننته في شكل قاعدة قانونية دولية بعد أن كان قاعدة عرفية، فكان ذلك في أحكام المادة 23 التي تضمنت 07 فقرات متعلقة بشروط ممارسة حق المطاردة الحثيثة واعتبرت هذه الاتفاقية حق المطاردة الحثيثة

[1]- علي حسين الشامي: مرجع سابق، ص259-260.

[2]- وليد عمران: مرجع سابق.

[3]- المرجع نفسه.

[4]- عبد الفتاح علي الرشدان- محمد خليل الموسى: **أصول العلاقات الدبلوماسية والقنصلية**، المركز العلمي للدراسات السياسية، ط1، عمان، 2005، ص202.

حق مخول للدولة الساحلية في حالة تأكد هذه الأخيرة من وجود أسباب وجيهة كون السفينة الأجنبية خرقت قوانين وأنظمة الدولة الساحلية [1].

ثانيا: أثر العرف الدولي في تفسير المعاهدات

للعرف تأثير بارز في تفسير المعاهدات الدولية ، وكشف ما غمض منها ، فإذا اختلف أطراف المعاهدة في تفسيرها ، فإنهم يستندون إلى العرف الدولي لكشف مضمونها ، خاصة وأن الاختلاف في تفسير المعاهدات الدولية قد يهدد السلم الدولي ، لذا كان من الضروري معالجة هذا الخلاف قبل أن يتسع ويشتد خطره ، وهذا ما تم بالنسبة لمعاهدة فرساي إذ لجأ المسؤولون عام 1923م إلى العرف لتفسير الأحكام المتعلقة بتنفيذ العقوبات على ألمانيا وتبرير احتلال المناطق التي كانت تابعة لألمانيا [2].

ثالثا: أثر العرف الدولي في تعديل المعاهدات

ثمت أحكام عديدة صدرت عن القضاء وبشكل جليّ جواز تعديل المعاهدات الدولية عن طريق العرف الدولي ومن هذه الأحكام ما يتعلق بأحكام التحكيم وكذلك الآراء الاستشارية الصادرة من محكمة العدل الدولية[3].

حيث قررت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري حول بعض نفقات الأمم المتحدة المتعلقة بقوات حفظ السلام في الشرق الأوسط عام 1962 بإمكانية قيام العرف بتعديل المعاهدة الشكلية التي تتطلب إجراءات خاصة في إبرامها، وذهبت إلى أبعد من ذلك في إقرارها إمكانية قيام العرف بتعديل الميثاق، هذا ويلاحظ أن محكمة العدل الدولية قد قبلت صراحة الرأي بصحة القرار المشهور بقرار الاتحاد من أجل السلام الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة عام 1950[4].

كما اعترفت محكمة العدل الدولية في رأيها الاستشاري الصادر عام 1971 بما يعرف بقضية إقليم ناميبيا الواقعة جنوب إفريقيا، إذ أقرت بإمكانية قيام عرف دولي يعدل نصوص ميثاق الأمم المتحدة، حيث قالت

---

[1]- مبارك وسيلة : **الإطار القانوني لحق المطاردة الحثيثة بأعالي البحار وحقيقة تطبيقه**، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، [د .ج. إ]، العدد:3، [د. م. ص]، [د. ت .ص]، ص3.

[2]- قاسم بن مساعد بن قاسم الفالح: مرجع سابق.

[3]- محمد خالد برع: **دور العرف في تعديل المعاهدات الدولية دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي**، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار، ص574.

[4]- المرجع نفسه، ص576.

المحكمة (إن التطبيق العام والمتبع على نصوص ميثاق الأمم المتحدة وبالذات على نص المادة 3/27 يكشف وبوضوح على تغير تطبيقاتها عمليا عما تقوله عبارات النص الصريحة)، كما أقرت المحكمة في هذا الرأي بأن غياب عضو أو امتناعه عن التصويت الإيجابي لا يشكل عقبة أمام صدور قرار صحيح من مجلس الأمن[1].

وظهر أيضا أثر العرف في تعديل اتفاقية جنيف الخاصة بأعالي البحار، وكذلك اتفاقية جنيف الخاصة بالبحر الإقليمي والمنطقة المجاورة له فيما يتعلق باتساع البحر الإقليمي لمسافة 12 ميل بحري وكذلك امتداد المنطقة الاقتصادية الخالصة لمسافة 200 ميل بحري نتيجة قيام قواعد عرفية جديدة في هذا الشأن، وهذا التطور في القانون الدولي العرفي لم يغير النصوص الواردة في هاتين الاتفاقيتين، ولكنه ضيق من النطاق الجغرافي لتطبيقهما [2].

رابعا: أثر العرف الدولي في إنهاء المعاهدات

العرف الدولي ينهي المعاهدات خاصة إن كانت قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي حيث جاء في نص المادة (53) من اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات على أنه: " تكون المعاهدة باطلة إذا كانت وقت عقدها تتعارض مع قاعدة آمرة من القواعد العامة للقانون الدولي، لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بالقاعدة الآمرة من القواعد العامة للقانون الدولي القاعدة المقبولة والمعترف بها من قبل المجتمع الدولي ككل على أنها القاعدة التي لا يجوز الإخلال بها والتي لا يمكن تعديلها إلا بقاعدة لاحقة من القواعد العامة للقانون الدولي لها ذات طابع "[3].

[1]- المرجع نفسه، ص577-578.

[2]- قزران مصطفى : **التعديل العرفي للمعاهدات الدولية**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، العدد:04، تيسمسيلت، [د.ت. ص]، ص346.

[3]- قاسم بن مساعد بن قاسم الفالح: مرجع سابق.

خلاصة:

من خلال ما سبق نستخلص أن للعرف الدولي أثر بارز في الفقه الإسلامي والقانون الدولي، حيث اتفق فقهاء المذاهب الأربعة على العمل به فابنوا عليه الكثير من الأحكام خاصة المتعلقة منها بالأمور الدولية، كما ظهر أثر العرف الدولي في الكثير من جوانب القانون الدولي.

الخـــــاتمة

الخاتمة:

الحمد لله ربّ العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين نبيّنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين ومن سار على النهج المستقيم إلى يوم الدين وبعد:

ختاما لموضوع بحثنا والموسوم بعنوان: " أحكام العرف في العلاقات الدولية (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي) توصلنا للعديد من النتائج ورأينا أنه لابدّ أن نقدم بعض التوصيات والتي من شأنها أن تفيد الدارسين للمواضيع المشابهة لبحثنا، وإجمالا فقد رأينا أن العرف من أهم مصادر القوانين الوضعية، والأدلة الشرعية التي اتفق عليها فقهاء الشريعة الإسلامية.

فلله الحمد والمنّة على أن يسر لي الإنتهاء من هذا البحث الذي توصلت من خلاله إلى النتائج التالية:

–أن العرف هو الأمر الذي استقر في نفوس الناس واستحسنوه بحيث لا يكون مخالفا للشريعة الإسلامية.

–أن العرف الدولي هو مجموعة القواعد الدولية الناشئة في المجتمع نتيجة تكرار تصرفات معينة بصفة دائمة ومخالفته تعد انتهاكا يعاقب عليه القانون.

–أن الفرق بين العرف والعادة هو أن العادة أعم من العرف، وأن العرف ملزم بخلاف العادة فهي ليست ملزمة.

–أن للعرف الدولي ركنان أساسيان لقيامه: ركن مادي يقتضي تكرار السلوك وآخر معنوي يقتضي الاعتقاد بإلزاميته.

–أن العرف الدولي في الفقه الإسلامي ينقسم إلى أقسام عديدة منها ما هو صالح وموافق للشريعة الإسلامية ومنها ما هو مخالف لها.

–أن فقهاء القانون قسموا العرف الدولي إلى أقسام عديدة باعتبارات مختلفة أهمها تقسيمه من حيث نطاق تطبيقه إلى عرف دولي عام وعرف دولي خاص.

–اهتمام الشريعة الإسلامية بأعراف المجتمع سواء كانت عامة أو خاصة.

–أن العرف حجة شرعية ومصدر من مصادر الفقه الإسلامي المتفق عليها عند مذاهب فقهاء الشريعة الإسلامية.

–أن العرف دلّ على حجيته القرآن الكريم والسنة النبوية والإجماع والعقل.

–أنه لإعمال العرف واعتباره في الفقه الإسلامي والقانون الدولي شروط لابدّ من توفرها منها: أن يكون العرف صحيحا غير مخالف لنص شرعي، وأن لا يكون العرف الدولي مخالفا لقواعد الأخلاق العامة في القانون الدولي.

–الأثر الواضح للعرف الدولي في كتب المذاهب الفقهية الأربعة، وهذا من خلال بناءهم الكثير من الأحكام المتعلقة بالأمور الدولية على العرف الدولي.

–أثر العرف الدولي في الكثير من القوانين الدولية منها الدبلوماسي وقانون البحار والقانون التجاري والقانون الدولي لحقوق الإنسان، كما أن للعرف الدولي دور في إنشاء وتفسير وتعديل المعاهدات.

بعض التوصيات والاقتراحات:

من أهم التوصيات والاقتراحات التي يمكن الأخذ بها ما يلي:

1–أوصي بالمزيد من البحث والدراسة لمواضيع أحكام العرف بمنظور مقارن بين الفقه والقانون.

2–على المشرع القانوني خاصة فيما تعلق بالقانون الدولي أن يبين آليات تطبيق العرف في مختلف فروعه.

3–إعطاء المزيد من الأهمية للعرف في القوانين المعاصرة ما دام لا يخالف نصا شرعيا.

4–بيان الأعراف الصحيحة من الأعراف الفاسدة وأثرها في الأحكام الشرعية والقانونية وذلك من خلال المحاضرات والمؤتمرات العلمية.

الفـهارس

فهرس الآيات القرآنية

الرقم	نص الآية	رقم الآية	السورة	الصفحة
01	﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ۗ ذَٰلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ۗ فَمَنِ اعْتَدَىٰ بَعْدَ ذَٰلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾	178	البقرة	36
02	﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾	179	البقرة	43
03	﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُتَّقِينَ ﴾	180	البقرة	37
04	﴿ وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ فِي ذَٰلِكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلَاحًا ۚ وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ ۗ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ ﴾	228	البقرة	36
05	﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا ﴾	233	البقرة	35
06	﴿ لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً ۚ وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ ۖ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ ﴾	236	البقرة	36
07	﴿ إِنَّ الدِّينَ عِندَ اللَّهِ الْإِسْلَامُ ۗ ﴾	19	آل عمران	28
08	﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا الرِّبَا أَضْعَافًا مُّضَاعَفَةً ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ﴾	130	آل عمران	28
09	﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾	11	النساء	17

10	﴿ وَعَلَى الْأَعْرَافِ رِجَالٌ ﴾	46	الأعراف	09
11	﴿ خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ ﴾	199	الأعراف	35/34
12	﴿ وَإِنْ أَحَدٌ مِّنَ الْمُشْرِكِينَ اسْتَجَارَكَ فَأَجِرْهُ حَتَّىٰ يَسْمَعَ كَلَامَ اللَّهِ ثُمَّ أَبْلِغْهُ مَأْمَنَهُ ۚ ذَٰلِكَ بِأَنَّهُمْ قَوْمٌ لَّا يَعْلَمُونَ ﴾	06	التوبة	59
13	﴿ وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُوا مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا ﴾	14	النحل	17
14	﴿ فَأَجْمِعُوا كَيْدَكُمْ ثُمَّ ائْتُوا صَفًّا ۚ وَقَدْ أَفْلَحَ الْيَوْمَ مَنِ اسْتَعْلَىٰ﴾	64	طه	12
15	﴿ وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ ﴾	107	الأنبياء	21
16	﴿ لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ اللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ﴾	21	الأحزاب	40
17	﴿ وَصَاحِبْهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا ﴾	15	لقمان	8
17	﴿ لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ ۖ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ۚ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا ۚ سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴾	07	الطلاق	35
18	﴿ وَالْمُرْسَلَاتِ عُرْفًا ﴾	01	المرسلات	9

فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	الحديث	الصفحة
01	« لا يقبل الله صلاة بغير طهور»	23
02	« أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشتري به أضحية أو شاة، فاشترى به شاتين فباع إحداهما بدينار. فأتاه بشاة ودينار، فدعا له بالبركة في بيعه بارك الله لك في صفقتك »	41/22
03	« أن ناقة للبراء بن عازب، دخلت حائط رجل، فأفسدته عليهم، فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الأموال حفظها بالنهار، وعلى أهل المواشي حفظها بالليل»	41
04	« لما أراد النبيّ صلّى الله عليه وسلم أن يكتب إلى الرّوم، قال: قالوا: إنهم لا يقرءون كتابا إلّا مختوما، قال: فاتّخذ رسول الله صلّى الله عليه وسلم خاتما من فضة كأنيّ انظر إلى بياضه في يد رسول الله صلّى الله عليه وسلم، نقشه محمد رسول الله»	40
05	« لولا أن الرسل لا تقتل لضربت أعناقكما »	39
06	« ما رآه المسلمون حسن فهو عند الله حسن وما رآه المسلمون قبيحا فهو عند الله قبيح»	37
07	«من لا يشكر الناس لا يشكر الله»	شكر وعرفان
08	«يا بلال اقضه وزده فأعطاه أربعة دنانير وزاده قيراطا»	41

قائمة المصادر و المراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم برواية ورش عن نافع.

أولا: الكتب:

1.أحمد أبو سنة: **العرف والعادة في رأي الفقهاء (عرض نظرية في التشريع الإسلامي)**، مطبعة الأزهر، [د.ر.ط]، مصر، 1947.

2.أحمد بن علي بن أبوبكر الرازي الجصاص: **أحكام القرآن**، ج2، دار إحياء التراث العربي، [د.ر.ط]، بيروت، 1405هـ.

3.أحمد بن فارس بن زكريا القزويني الرازي أبو الحسين: **معجم مقاييس اللغة**، ج4، دار الفكر، [د.ر.ط]،[د.ب.ن]، 1399-1979.

4.أحمد بن محمد بن حنبل: **المسند**، ج3، دار الحديث، ط1، القاهرة، 1416-.1995

5.أحمد رضا: **متن اللغة**، دار مكتبة الحياة، [د.ر.ط]، لبنان، [د.س.ن].

6.أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي: **المهذب في فقه الإمام الشافعي**، ج3، دار الكتب العلمية، [د.ر.ط]، [د.ب.ن]، [د.س.ن].

7.أبي اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد الشاطبي: **الموافقات**، ج2، دار ابن عفان، ط1، المملكة العربية السعودية، 1417 /1997.

8.ابن بطال أبو الحسن علي بن خلف بن عبد الملك: **شرح صحيح البخاري لابن بطال**، ج7، تحقيق: أبو تميم ياسر بن ابراهيم، مكتبة الرشد، ط2، السعودية-الرياض، 1423-2003.

9.جلال الدين السيوطي: **الأشباه والنظائر في فقه الشافعية**، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1983.

10.جواد علي: **المفصل في تاريخ العرب قبل الاسلام**، ج5، جامعة بغداد، ط2، 1413-1993.

11.أبو حامد الغزالي: **المستصفى**،ج1، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، ط1، [د.ب.ن]، 1413-1993.

12.أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الآمدي: **الإحكام في أصول الأحكام**، ج4،تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، [د.ر.ط]، بيروت-دمشق-لبنان، [د.س.ن].

13.أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب البصري البغدادي الماوردي: **الحاوي الكبير**، ج14، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت-لبنان، 1419-1999.

14.حسنين محمود حسنين: **العرف وأثره في الشريعة الإسلامية**، [د.د.ن]، [د.ر.ط]، [د.ب.ن]، [د.س.ن].

15.أبو داود سليمان بن الأشعث بن اسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني: **سنن أبي داود**، ج3، تحقيق: محمد محي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، [د.ر.ط]، صيدا-بيروت، [د.س.ن].

16.أبو زكريا محي الدين يحي بن شرف النووي: **روضة الطالبين وعمدة المفتين**، ج10، تحقيق: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، ط3، بيروت-دمشق-عمان، 1412-1991.

17.زين العابدين بن محمد (ابن نجيم): **الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان**، ط1، دار الكتب العلمية، لبنان، 1999.

18.أبو سليمان حمد بن محمد بن ابراهيم بن الخطاب البستي: **معالم السنن**، ج3، المطبعة العلمية، ط1، حلب، 1351-1932.

19.أبي سهل السرخسي : **شرح السير الكبير**، الشركة الشرقية، [د.ر.ط]، [د.ب.ن]، [د.س.ن].

20.شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرملي: **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج**، ج8، دار الفكر، ط أخيرة، بيروت، 1404- 1984.

21.شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي: **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج**، دار الكتب العلمية، ج6، ط1، [د.ب.ن]، 1415-1994.

22.شهاب الدين أبو العباس أحمد بن ادريس القرافي: **شرح تنقيح الفصول**، دار الفكر، [د.ر.ط]. بيروت-لبنان، 1424-2000.

23.الشوكاني : **إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول**، تحقيق: الشيخ أحمد عزو عناية، ج1، دار الكتاب الغربي، ط1، دمشق، 1419-1999.

24.صالح عبد السميع الآبي الأزهري : **جواهر الإكليل**، المكتبة الثقافية، ج1، [د.ر.ط]، بيروت، [د.س.ن].

25.صالح عوض: **أثر العرف في التشريع الإسلامي**، دار الكتاب الجامعي، [د .ر. ط]، [د .ب. ن]، [د.س.ن].

26.عادل بن عبد القادر بن محمد بن ولي قوته : **العرف وحجيته وأثره في فقه المعاملات المالية**، ج1، المكتبة المكية، ط1، [د.ب.ن]، 1997/1418.

27.أبي العباس بن يحي الونشريسي: **المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب**، ج1، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية للملكة المغربية، [د.ر.ط]، 1401-1981.

28.عبد الرحمان بن أبي بكر جلال الدين السيوطي: **الأشباه والنظائر**، دار الكتب العلمية، ط1، [د.ب.ن]، 1411-1990.

29.عبد الرحمان بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسي: **الشرح الكبير على متن المقنع**، ج10، دار الكتاب العربي، [د.ر.ط]، [د.ب.ن]، [د.س.ن].

30.عبد الرحمان بن محمد بن قاسم الحنبلي: **حاشية الروض المربع شرح زاد المستنقع**، ج4، [د.د.ن]، ط1، [د.ب.ن]، 1397.

31.عبد الرحمان بن ناصر السعدي: **تفسير السعدي–تيسير الكريم الرحمان في كلام المنان**-ج1، مؤسسة الرسالة، ط1، 1420- .2000

32.عبد العزيز الخياط: **نظرية العرف**، مكتبة الأقصى، [د.ر.ط]، عمان، 1397-1997.

33.عبد الله بن الشيخ حسين الحسن الكوهجي: **زاد المحتاج بشرح المنهاج**، تحقيق: عبد الله ابراهيم الأنصاري، الشؤون الدينية بدولة قطر، ج4، ط1، [د.س.ن].

34.عبد الله بن صالح الفوزان: **منحة العلام في شرح بلوغ المرام**، ج6، دار ابن الجوزي، ط1، [د. ب.ن]، 1427- .1435

35.عبد الله عبد المحسن التركي: **أصول مذهب الإمام أحمد (دراسة أصولية مقارنة)**، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1410- .1990

36.عبد الوهاب خلاف: **أصول الفقه الاسلامي**، مكتبة الدعوى الاسلامية، ط8، مصر، [د.س.ن].

37.عبد الوهاب خلاف **مصادر التشريع فيما لا نص فيه**، دار القلم، [د.ر.ط]، [د.ب.ن]، [د.س.ن].

38.علاء الدين أبو الحسن علي بن سليمان المرداوي: **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ج4، دار إحياء التراث العربي، ط2، [د.ب.ن]، [د.س.ن].

39.علال الفاسي: **مقاصد الشريعة الإسلامية ومكارمها**، دار الغرب الإسلامي، ط1، المغرب، 1993.

40.ابن حجر العسقلاني: **فتح الباري**، تحقيق: محمد شكور الميادين، ج4، مؤسسة الرسالة، ط1، بيروت، 1418-1998.

41.علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني: **معجم التعريفات**، دار الفضيلة، [د.ر.ط]، [د.س.ن]، [د.ب.ن].

42.فخر الدين الرازي: **تفسير الفخر الرازي–المشتهر بالتفسير الكبير ومفاتيح الغيب**،ج6، دار إحياء التراث العربي، ط3، بيروت، 1420.

43.القاضي أبي محمد عبد الحق بن غالب بن عطية الاندلسي: **المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز**، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت -لبنان، 1422هـ-2001م.

44.ابن القيم: **إعلام الموقعين في رب العالمين**، تحقيق: محمد عبد السلام ابراهيم ،ج2، دار الكتب العلمية، ط1، بيروت، 1411-1991.

45.مجموعة من المؤلفين: **المعجم الوسيط**، دار الدعوة، [د.ر.ط]، [د.ب.ن]، [د.س.ن].

46.محمد أبو زهرة: **مالك (حياته وعصره– آراؤه الفقهية)**، دار الفكر العربي، [د.ر.ط]، [د.س.ن]، [د.ب.ن].

47.محمد أمين أفندي ابن عابدين: **رسائل ابن عابدين**، [د.د.ن]، [د. ر.ط]، [د.س.ن]، [د.ب.ن].

48.محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي: **المبسوط**، ج12، دار المعرفة، بيروت، [د.ر.ط]، 1414-1993.

49.محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي الفتوحي المعروف بابن النجار: **شرح الكوكب المنير**، ج4، [د.د.ن]، [د .ر. ط]، المملكة العربية السعودية، [د .س. ن].

50.محمد بن اسماعيل أبو عبد الله البخاري: **صحيح البخاري**، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، ج4، دار طوق النجاة، ط1، [د.ب.ن]، 1422.

51.محمد بن عبد الله الخرشي: **شرح مختصر خليل للخرشي**، دار الفكر، ج3، [د.ر.ط]، بيروت، [د.س.ن].

52.محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني: **نيل الأوطار**، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، ج8، دار الحديث، ط1، مصر، 1413-1993.

53.محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور: **لسان العرب**، ج8، دار صادر، ط3، بيروت، 1414.

54.محمد مصطفى الزحيلي: **الوجيز في أصول الفقه الإسلامي**، ج1، دار الخير، دمشق، سوريا، ط2، 1427- 2006.

55.محمد مصطفى شلبي: **أصول الفقه الإسلامي**، ج 1، الدار الجامعية، [د.ر.ط] بيروت، [د.س.ن].

56.مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري: **المسند الصحيح بنقل العدل إلى رسول الله ﷺ**، دار إحياء التراث العربي، ج3، [د.ر.ط]، بيروت، [د.س.ن].

57.مصطفى إبراهيم الزلمى : **أصول الفقه في نسيجه الجديد**، ج1، [د.د.ن]، ط10، [د.ب.ن]، [د.س.ن].

58.مصطفى الزرقا: **المدخل الفقهي العام**، دار القلم، دمشق، ط7، 1968.

59.مصطفى سعيد حسن: **الكافي الوافي في أصول الفقه**، مؤسسة الرسالة، لبنان، ط2، 2000.

60.مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة: **العرف وأثره في التشريع الإسلامي**، دار الكتب الوطنية، بنغازي، ط1، 1395- 1986.

61.ابن منظور: **لسان العرب**،ج9، [د.د.ن]، [د.ر.ط]، [د.ب.ن]، 1405هـ.

62.موفق الدين ابن قدامة: **المغني**، مكتبة القاهرة، ج9، [د.ر.ط]، [د.ب.ن]، 1388- 1968.

63.أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي: **البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة**، تحقيق: محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلامي، ج4، ط2، [د.ب.ن]، 1408-1988.

64.وهبة الزحيلي: **أصول الفقه الإسلامي**، ج 02،دار الفكر،ط1، سوريا، 1986.

65.وهبة الزحيلي: **الوجيز في أصول الفقه**، دار الفكر المعاصر،ط1، دمشق-سورية، 1994.

66.وهبة بن مصطفى الزحيلي: **التفسير الوسيط**، ج1، دار الفكر، دمشق، ط1، 1422هـ.

67.يعقوب بن عبد الوهاب الباحسين: **قاعدة العادة محكمة**، مكتبة الرشد، ط2، الرياض، 1433-2012.

ثانيا: الرسائل الجامعية:

1.أحمد بن رفاع بن حامد العزيزي المطيري: **العرف في التشريع الجنائي (دراسة تأصيلية مقارنة)**، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير، تخصص: سياسة جنائية، إشراف: أ.د. محمد جير الألفي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 1431-2010.

2.أحمد رشاد عبد الهادي: **أثر العرف في الأحوال الشخصية–دراسة فقهية مقارنة–** رسالة ماجستير في القضاء الشرعي، جامعة الخليل، فلسطين: 2013.

3.إلهام عبد الله عبد الرحمان باجنيد: **أثر العرف في الفرق ومتعلقاتها من أحكام فقه الأسرة (دراسات تطبيقية مقارنة)**، أطروحة مقدمة لنيل درجة الماجستير، تخصص: الفقه وأصوله، إشراف د: محمد عبد الحي، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1423-1424/2003.

4.عجال هاجر-بن سني خديجة: **الاعتبار بالعرف في مسائل الطلاق و آثاره بين الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، تخصص: قانون الأسرة، إشراف د. غجاتي فؤاد، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2019- 2020.

5.عمرو سهام- عطوي جميلة: **العرف دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الجزائري**، مذكرة تخرج ليسانس، تخصص: شريعة وقانون، إشراف: بشير عثمان، جامعة محمد بوضياف، المسيلة، 2019/2018.

6.قاسم بن مساعد بن قاسم الفالح: **العرف الدولي– دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الدولي العام–** درجة ماجستير، شعبة الأنظمة، إشراف د. محمد الحسيني مصيلحي الشعراوي، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، المملكة العربية السعودية، 1425-1426.

7.مشعل بن حمود بن فالح النفيعي: **المسائل الفقهية المبنية على العرف عند شيخ الإسلام ابن تيمية (دراسة تأصيلية تطبيقية متوازنة)**، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الفقه، إشراف د: محمد عبد الله الصواط، جامعة أم القرى، المملكة العربية السعودية، 1436.

8.محمد مقيرش: **إدارة العلاقات الدبلوماسية والقنصلية (في ضوء القانون الدولي والممارسة الجزائرية)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستر، فرع القانون الدبلوماسي، إشراف د: بوحميدة عطاء الله، جامعة بن يوسف بن خدة، الجزائر، 2004- 2005.

9.وليد عمران: **الوسائل المنظمة للعلاقات الخارجية (التمثيل الخارجي والمعاهدات)**، مذكرة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الدولي العام، إشراف أ.د: محمد زغداوي، جامعة قسنطينة1، 2013-2014.

ثالثا: المجلات والمحاضرات الجامعية:

1.أحمد الصويعي شليبك: **العرف وأثره في الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي**، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، [د.ج.إ]، العدد4، [د.م.ص]، ربيع الثاني- جمادى الأولى 1442/ديسمبر 2020.

2.قزران مصطفى: **التعديل العرفي للمعاهدات الدولية**، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المركز الجامعي أحمد بن يحي الونشريسي، العدد:04، تيسمسيلت، [د.ت.ص].

3.محمد خالد برع: **دور العرف في تعديل المعاهدات الدولية دراسة في ضوء أحكام القانون الدولي**، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الأنبار.

4.مبارك وسيلة: **الإطار القانوني لحق المطاردة الحثيثة بأعالي البحار وحقيقة تطبيقه**، المجلة الجزائرية للقانون البحري والنقل، [د.ج.إ]، العدد:3، [د.م.ص]، [د.ت.ص].

5.منصور داود- ساعد العقون: **مكانة العرف في القانون التجاري الجزائري**، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، العدد:02، جامعة زيان عاشور الجلفة، 2020/01/08.

6.قسمية محمد: **ظروف تطور الدبلوماسية والقواعد المنظمة لها**، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، العدد:2، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2021/06/20.

7.قسمية محمد: مطبوعة محاضرات مقياس: **قانون العلاقات الدولية (العلاقات الدبلوماسية)**، السنة ثالثة ليسانس، تخصص: قانون عام، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2018-2019.

8.وكواك الشريف: **القانون البحري**، محاضرات ألقيت على طلبة السنة الثالثة ل م د تخصص: قانون خاص، جامعة الشهيد حمه لخضر الوادي، 2021- 2022.

9.أسماء بنت عبد الله الموسى: **العرف حجيته وآثاره الفقهية**، المجلة العربية للدراسات الأمنية والتدريب، [د.ج.إ]، العدد:41، [د.م.ص]، [د.ت.ص].

10.أوكيل محمد أمين: **محاضرات في القانون الدولي العام** (المبادئ والمصادر)، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2014- 2015.

11.حيرش نور الدين: **مطبوعة بيداغوجية في المدخل للعلوم القانونية**، جامعة اسطمبولي، معسكر، 2021/2020.

12.سعود بن عبد الله الورقي: **تطبيقات العرف المعاصرة**.

13.عبد القادر مصباح عبد السلام: **ملخص محاضرات مدخل العلوم القانونية**، جامعة باتنة1، 2020/2019.

14.العثماني اسعيدة: **القانون الدولي العام** (دراسة تطبيقية في دور المصادر –القانون الدولي الإنساني نموذجا-)، 2018.

15.مراد كواشي: **العرف الدولي واثره على تنفيذ الأحكام القضائية الدولية الجنائية وتطبيق القانون الدولي الإنساني**، مجلة آفاق العلمية، جامعة بسكرة، العدد.

16.منصوري صونية: **القانون الدولي العام** (مطبوعة محاضرات موجهة لطلبة السنة الثانية ليسانس)، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة، 2020-2021.

رابعا: المراجع والنصوص القانونية

1) المراجع القانونية:

1.أحمد أبو الوفا: **القانون الدولي العام**، [د.د.ن]، [د.ر.ط]، [د.ب.ن]، [د.س.ن].

2.عبد الفتاح علي الرشدان- محمد خليل الموسى: **أصول العلاقات الدبلوماسية والقنصلية**، المركز العلمي للدراسات السياسية، ط1، عمان، 2005.

3.عصام حنفي محمود : برنامج محاسبة البنوك والبورصات **القانون التجاري**، ج1، [د.د.ن]، [د.ر.ط]، [د.ب.ن]، [د.س.ن].

4.جعفر عبد السلام علي: **القانون الدولي لحقوق الإنسان (دراسات في القانون الدولي والشريعة الإسلامية)**، دار الكتاب المصري، ط1، القاهرة، 1419-1999.

5.الأمم المتحدة: **الحماية القانونية الدولية لحقوق الإنسان في النزاع المسلح**، مكتب المفوض السامي، نيويورك- جنيف، 2011.

6.علي حسين الشامي: **الدبلوماسية(نشأتها وتطوّرها وقواعدها ونظام الحصانات والامتيازات الدّبلوماسية)**، دار الثقافة، ط3، [د.ب.ن]، 1428-2007.

7.أحمد محمد الرفاعي: **المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)**، 2007-2008.

8.شارل روسو: **القانون الدولي العام**، ترجمة شكر الله خليفة وعبد المحسن سعد، بيروت، الأهلية للنشر والتوزيع، 1982.

9.علي خليل اسماعيل الحديثي: **القانون الدولي العام،ج1،المبادئ والأصول**، دار النهضة العربية، [د.ر.ط]، [د .ب. ن]، 2010.

10.غالب علي الداودي: **المدخل إلى علم القانون**، دار وائل للنشر، عمان، 2004.

11.محمد المجذوب: **الوسيط في القانون الدولي العام**، [د.د.ن]، ط7، [د.ب.ن]، 2018.

12.محمد حسين منصور: **المدخل إلى القانون (القاعدة القانونية)**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، [د.س.ن].

13.محمد نصرالدين: **الوسيط في القانون الدولي العام**، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 1433-2012.

14.نعمان أحمد الخطيب: **الوسيط في النظم السياسية والقانون الدستوري**، جامعة مؤتة، 1999.

3) النصوص القانونية:

1.المادة1: من الأمر المؤرخ رقم 75-58، مؤرخ في 20 رمضان عام 1395هـ الموافق 26 سبتمبر سنة 1975م، يتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية: عدد 78 صادر في 24 رمضان عام 1395هـ الموافق 30 سبتمبر سنة 1975م، معدّل ومتمّم.

خامسا: الموسوعات الفقهية:

1.وزارة الأوقاف والشؤون، **الموسوعة الفقهية**، ج30، مطابع دار الصفوة للطباعة والنشر والتوزيع، ط1، الكويت، 1994.

فهرس المحتويات العامة

الموضوع	الصفحة
إهداء	-
شكر وعرفان	-
ملخص	-
قائمة المختصرات	-
مقدمة	2
الفصل الأول: الإطار المفاهيمي للعرف الدولي	
تمهيد	7
المبحث الأول: مفهوم العرف الدولي	8
المطلب الأول: مفهوم العرف الدولي في الفقه الإسلامي	8
المطلب الثاني: مفهوم العرف الدولي في القانون الدولي	10
المطلب الثالث: تمييز العرف عما يشتبه به	11
المبحث الثاني: أركان العرف الدولي وأقسامه	16
المطلب الأول: أركان العرف وأقسامه في الفقه الإسلامي	16
المطلب الثاني: أركان العرف الدولي وأقسامه في القانون الدولي	23
المبحث الثالث: خصائص العرف الدولي وأهميته	27
المطلب الأول: خصائص العرف الدولي	27
المطلب الثاني: أهمية العرف الدولي	28
الفصل الثاني: حجية العرف الدولي وشروطه	
تمهيد	33
المبحث الأول: حجية العرف الدولي	34
المطلب الأول: حجية العرف في الفقه الإسلامي	34

المطلب الثاني: حجية العرف الدولي في القانون الدولي	44
المبحث الثاني: شروط العرف الدولي	47
المطلب الأول: شروط العرف في الفقه الإسلامي	47
المطلب الثاني: شروط العرف الدولي في القانون الدولي	50
الفصل الثالث: أثر العرف الدولي	
تمهيد	55
المبحث الأول: أثر العرف الدولي في الفقه الإسلامي	56
المطلب الأول: أثر العرف الدولي في الفقه المالكي	56
المطلب الثاني: أثر العرف الدولي في الفقه الشافعي	57
المطلب الثالث: أثر العرف الدولي في الفقهين الحنفي والحنبلي	60
المبحث الثاني: أثر العرف الدولي في القانون الدولي	65
المطلب الأول: أثر العرف الدولي في القانون الدولي العرفي	65
المطلب الثاني: أثر العرف الدولي في المعاهدات الدولية	69
الخاتمة	75
فهرس الآيات القرآنية	78
فهرس الأحاديث النبوية	80
قائمة المصادر والمراجع	82
فهرس المحتويات العامة	92