

القانون العرفي من منظور تداولي

د. يونس حسايني

باحث في التداوليات القانونية وتحليل الخطاب
كلية الآداب والعلوم الإنسانية، تطوان
المغرب



ملخص:

نسعى في هذا البحث إلى التعريف بالخطاب / القانون العرفي (Discours coutumier) - بوصفه خطابا تداوليا بامتياز، الذي يعد بمنزلة مصدر تشريعي رئيس لمختلف الأنماط اللغوية القانونية، وتقصدا، تحديدا، الخطاب التشريعي والخطاب القضائي؛ إذ نجد الخطاب العرفي حاضرا بقوة في الخطابين معا، على الرغم من تباين بعض خصائصه؛ من قبيل: "الشفاهية" (L'oralité)، والتسويق الزمني أو "الأقدمية" (L'ancienneté)؛ فهذا النمط الخطابى غير محدد من جانب الزمن، بالإضافة إلى اعتماده خصيصا "الخيال" (L'imagination) بشكل كبير، عكس بقية الخطابات القانونية... بيد أنه، على الرغم من التباين المذكور، إلا أنه خطاب يشترك مع غيره من الخطابات اللغوية القانونية الأخرى؛ من حيث كونه "ملفوظا لغويا" (Énoncé linguistique)، و"خطابا توجيهيا" (Discours directif) بالدرجة الأولى، وخطابا يتبنى "الإيجاز اللغوي" (La concision linguistique)، و"خطابا انتقائيا" (Discours sélectif)؛ أي إنه خطاب ينحو، في تشكيل خطابه وقواعده، منحنى انتقائيا؛ من خلال انتقاء مفرداته وعباراته... تجنبا للمصطلح الغامض والفضفاض والغريب، وعملية الانتقاء هذه كما هو معلوم - ليست بالأمر السهل؛ فهي تنزل منزلة "الفن"؛ ومن ثم، فكل من يستطيع انتقاء مفرداته، وإبداع مصطلحاته، وإنتاج خطابه (ولاسيا إذا كان هادفا)، فهو - بالضرورة - فنان.

كلمات مفتاحية: الخطاب العرفي - القانون العرفي - تداوليات الخطاب - الملفوظ اللغوي - القول المأثور.

الاستشهاد المرجعي بالمراسة:

حسايني، يونس. (2024، أكتوبر). مجلة البحث في العلوم الإنسانية والمعرفية، المجلد 1، العدد 7، السنة الأولى، ص 292-310.

Abstract:

In this research, we seek to familiarize ourselves with customary discourse/law - as pragmatic discourse with distinction - which is a statutory source of key to various legal linguistic patterns, namely, legislative and judicial discourse; While customary discourse is strongly present in both discourses, although some of its characteristics, such as "oral", chronological or "seniority", vary, this rhetorical pattern is not time-bound, in addition to adopting a "fantasy" speciality in a large way unlike the rest of the legal discourse... Notwithstanding the divergence mentioned, however, it is a speech that shares with other legal language speeches, in that it is "linguistic", "orientation", "linguistic brevity" and "selective discourse", in the sense that it tends to build and shape its rhetoric and rules selectively through the selection of its vocabulary and phrases... In order to avoid the ambiguous, loose and bizarre term, this selection process - as is known - is not easy, it relegates the position of "art", and thus, everyone who can select its vocabulary, create its terminology and produce its speech (especially if it is meaningful) is - necessarily - an artist.

Keywords : Customary Discourse-Customary Law-Discourse Pragmatics-Linguistic Memorized-Adage.

تمهيد

يعد "الخطاب العرفي" ثالث الأنماط الخطابية القانونية -في إطار ما اصطلاحنا عليه بـ"التعددية الخطابية في القانون" (La pluralisme discursive en droit) إلى جانب الخطاب التشريعي والخطاب القضائي؛ الذي نادرا ما نسمع عنه في الساحة العلمية القانونية¹، ولعل مرد ذلك -على الأقل في تصورنا- إلى أنه خطاب تنقصه الدقة العلمية، ويغلب عليه طابع البداوة، ناهيك عن خاصية الشفافية، التي تميزه عن باقي الأنواع الخطابية القانونية الأخرى...

وعلى الرغم من مجموع هذه النقائص، التي تُلصَق عادة بالأعراف والأقوال المأثورة، إلا أنه لا يمكن التغاضي عن أهميتها التاريخية والتأسيسية كمصدر رئيس لجميع الخطابات. فعامل السبق الزمني حاضر وبقوة، بل محسوم لصالح القانون/ الخطاب العرفي، وكذا التأثير الكبير الذي مارسه على مختلف الخطابات اللاحقة عليه. وقد أشار "جيرار كورني" (Gérard Cornu) إلى أهمية الأقوال المأثورة (Les adages) (= الأعراف والعادات)؛ لكونها تمثل كنز القانون (Le trésor du droit)؛ وكونها "تأتي من القدماء، ومن أجدادنا وآبائنا، فهي تأتي من أعماق العصور الماضية. وتمثل الأقدمية (L'ancienneté) العلامة الجوهرية لهذا الكنز.. إنه بمثابة مستودع

¹ تعرف الساحة العلمية القانونية عادة ثلاثة أنواع من الخطابات، وهي السائدة إلى حدود وقتنا هذا؛ وإلى لحظة اطلاعنا على مصنف "جيرار كورني" (Gérard Cornu) الموسوم بـ"اللسانيات القانونية" (Linguistique juridique)، وهي كما يأتي:

1. الخطاب التشريعي (نسبة إلى اللغة التشريعية التي يصوغ بها المشرع نصوصه)؛

2. الخطاب القضائي (نسبة إلى اللغة القضائية المستخدمة في المحاكم)؛

3. الخطاب العلمي (ويراد به الخطاب الذي يمارسه رجال القانون، سواء في الجامعات عن طريق المحاضرات، أو في الكتب والمجلات العلمية وغيرها). وهذا الأخير -نقصد الخطاب العلمي- هو الغائب عن مصنف "جيرار كورني"، ولعل مرد ذلك إلى أن "كورني" لا يرى أن اللغة العلمية ترقى إلى مستوى الخطاب، أو لربما يرى في الخطاب العلمي خطابا حديث العهد، عكس الخطاب العرفي، أو لربما أيضا -وهو الراجح لدينا- أنه يرى أن الخطاب القانوني الفرنسي يغلب عليه الخطاب العرفي أكثر من غيره؛ لكونه متأثرا بالقانون اللاتيني (اللغة اللاتينية)؛ حيث معظم المصطلحات القانونية مأخوذة من هذه اللغة، التي هي، في مجملها، أعراف وأقوال مأثورة، بل يرى أن العمق اللاتيني أغنى من العمق الفرنسي. (Gérard Cornu, Éditions Montchrestien, (3^{ème} édition), Paris, 2005, p. 409) كما تُرجع تشيبت "كورني" بهذا النوع الخطابي إلى نظرتهم التاريخية الثاقبة، التي سادت -وما زالت- المجتمع الأوروبي؛ إذ في هذا الأخير كانت المؤسسة العرفية هي القائمة على تنظيم سلوك أفرادها سياسيا واقتصاديا واجتماعيا وثقافيا... فإلى يومنا هذا، هناك الكثير من الدول التي تتبنى دساتير عرفية؛ أي غير مدونة (أي ليست من وضع سلطة مختصة)، ومن بين هذه الدول: إنجلترا (باعتبارها المثال التقليدي للدول ذات الدساتير العرفية)، والهند. وهذا لا يعني -كما يرى الكثيرون- أن الدساتير العرفية هي دساتير غير مكتوبة أو غير مدونة في شكل قواعد قانونية، وإنما المقصود بذلك التعبير أن جل قواعد مصدرها أعراف. وقد تساءل "كورني" عن مصدر هذه الأعراف، التي هي -في أصلها- أقوال مأثورة Les adages، وعن وضعها الآن اليوم، وهل تشهد هذه الأعراف بدورها تغييرات وتبدلات ترافق التغييرات التي تعرفها المعايير والقيم الأخلاقية التي تنظم السلوك الإنساني.

القوليات (Dépôt de maximes)، وإرث من التقاليد. فهي أقوال مدفونة في الذاكرة الجماعية، التي تسمح لنفسها بأن تتم إعادة اكتشافها، وهي ما زالت تعيش بيننا بتكتم وسرية، ولكن بسرور¹.

كما أكد الرجل نفسه على مسألة أساسية، تكمن في أن المأثورات اللاتينية (Les adages latins) مارست تأثيرها بشكل شبه كوني، بحيث عمدت بعض الدول الجرمانية مثلا، إلى تلقي القانون الروماني كقانون. وهو الأمر نفسه الذي عرفته إنجلترا وفرنسا وغيرها من الدول، بل إن هذا التأثير ظل حاضرا وساري المفعول إلى اليوم. فاعتماد هذه الدول -وكذا مستعمراتها- على القانون الروماني، قد حفز الإبداع العرفي، بدلا من العمل على تهميشه، بل وتعجيزه في هذه البلدان المضيئة².

ولتأكيد مدى حقيقة تأثير المدونات والقواعد القانونية بالمأثورات اللاتينية، ومن بينها "المدونة التونسية للالتزامات والعقود"، ذات الأصل اللاتيني في الحقيقة، قدم "جيرار كورني" مجموعة من الأقوال المأثورة في شكل قواعد قانونية³. وكمثال على ذلك، نذكر ما نصت عليه المادة 554 من المدونة التونسية من أن: "الشخص الذي لديه فوائد لديه أعباء ومخاطر"⁴، والمادة 552 منها، التي تنص على أنه "لا أحد يستطيع أن يعطي مجانا إذا كان معسرا"⁵.

¹ - «Nous le tenons des Anciens, de nos aïeux, de nos pères. Le fond des adages vient du fond des âges. L'ancienneté est une marque essentielle de ce trésor. C'est un "dépôt de maximes", un héritage, un legs de la tradition... Enfouie dans la mémoire collective, elle se laisse volontiers redécouvrir. Aujourd'hui, elle vit encore parmi nous, discrètement, mais allègrement». (G. Cornu, Linguistique juridique, p. 361).

² - Gérard Cornu, Éditions Montchrestien, (3^{ème} édition), Paris, 2005, p. 361.

³ - عدنا إلى المدونة التونسية، التي تم سنّها عن طريق مرسوم في 15 ديسمبر 1906، وتجميعها في كتاب واحد في شكل مدونة، يضم كتابين اثنين؛ يتكون الأول من المواد من 1 إلى 717، وهي مواد تتعلق بالالتزامات، والثاني فيه المواد 718 إلى المادة 1632، وهي مواد تتعلق بالعقود وأشباه العقود. وقد تناول "جيرار كورني" المواد القانونية التي هي -في الأصل- مأثورات لاتينية، معظمها أقوال تفيد الالتزامات (الكتاب الأول)؛ وتحديدا في الفقرة الثانية، تحت عنوان "بعض القواعد العامة للقانون" (من المادة 532 إلى المادة 563 من "المدونة التونسية للالتزامات والعقود).

- Code tunisien des obligations et des contrats, paragraphe 2 de quelques règles générales de droit (version française), art: de 532 à 563. Publications de l'imprimerie officielle de la république Tunisienne, 2010. P. 139-143.

⁴ - «Celui qui a les avantages a les charges et les risques» = «Ubi emolumentum, ibi onus». (G. Cornu, Linguistique juridique, p. 361).

⁵ - «Nul ne peut donner gratuitement s'il est insolvable» = «Nemo liberalis nisi liberatus». (Ibidem).

وقد عالج "جيرار كورني" الخطاب العرفي¹ - في مصنفه المشار إليه سابقا- من خلال زاويتين، وذلك في قسمين؛ ينظر الأول، منظورا إلى القول المأثور بوصفه خطابا قانونيا، والثاني ينظر إليه بوصفه ملفوظا لغويا.

أولا- القانون العرفي بوصفه خطابا قانونيا

يتمتع القول المأثور بجملة خصائص، عدّها "جيرار كورني" خصائص أساسية؛ لأنها هي التي تجعل منه خطابا قانونيا، أو تجعل منه -على الأقل- نوعا معينا من الخطاب. وأولى هذه الخواص أنه ذو طبيعة شفاهية، وأن وظيفته تعليمية. ولذلك، يمكن القول -بإيجاز شديد- إن "كل قول مأثور هو درس شفاهي"². وثانيتهما أنه لا يلزم مكانا واحدا في القانون ككل، وإنما عادة ما يجعل الخطاب نفسه مسموعا؛ إذ "القول المأثور حاضر في القانون ككلام حكمة"³.

¹ - إن ما دفعنا إلى إدراج الخطاب/القانون العرفي ضمن البنية الخطابية القانونية، يرجع - في الأساس - إلى أهميته الكبيرة التي يكتسبها، إلى جانب بقية الأنماط الأخرى. وتتجلى أهميته، بشكل عميق، في جعل العرف (Coutume) مصدرا رئيسا في المنظومة القانونية ككل، وتظهر صدارته جليا -في بعض المسائل- حتى في الشريعة الإسلامية، إذا ما استثنينا هنا فقه الأسرة "مدونة الأحوال الشخصية"، ومستوى المعاملات المالية والعقود، أو ما يعرف اليوم بـ"قانون الالتزامات والعقود"، بل هناك دول -كما أشرنا إلى ذلك سابقا- تجعل من العرف المصدر الأساس في كل جوانب تنظيماتها القانونية؛ لما للعرف من قدرة على ضبط السلوك الاجتماعي للفرد والمجتمع بأسره؛ إذ العرف يعد قوة إلزامية ضابطة، تفرض الالتزام بتلك القواعد العرفية المتعارف عليها في المجتمع، وبشكل طوعي؛ لكون أفراد المجتمع هم من يُضفون على العرف هذه القيمة/ القوة الإلزامية الطوعية؛ ولذلك، ذهب بعض رجال القانون إلى القول إن "القاعدة العرفية أقوى من القاعدة القانونية". ينظر: سمير شريف استيتية، اللسانيات: المجال والوظيفة والمنهج، عالم الكتب الحديث، إربد - جدارا للكتاب العالمي، إربد/عمان، ط 2، 2008، ص 494. وهو ما ألمح إليه "كورني" في مناسبات كثيرة: الأمر الذي لا يتعارض مع الفقه الإسلامي، بل يؤديه؛ بحيث يعتبر "العادة أو "العرف" دليلا من الأدلة المعتبرة، إذا ما توافرت شروطها وضوابطها، وأهم ضابط، يتم التحقق منه، ألا يكون هناك حكم شرعي ينص على خلاف ما تنص عليه العادة أو العرف، وهو ما تلخصه القاعدة الفقهية الآتية: "العادة محكمة"، التي من شروطها أن تكون سابقة؛ فلا عبء بالعرف الطارئ. ينظر: أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تحرير: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط 2، 1989، ص 219. وقد نَظَمَ الشيخ عبد الرحمن بن ناصر النجدي الحنبلي هذه القاعدة قائلا:

وَالْعُرْفُ مَعْمُولٌ بِهِ إِذَا وَرَدَ *** حُكْمٌ مِنَ الشَّرْعِ الشَّرِيفِ لَمْ يُحْدِ

- ينظر: عبد الرحمن بن ناصر السعدي النجدي الحنبلي، القواعد الفقهية (المنظومة وشرحها)، تقديم: محمد بن ناصر العجيبي، إصدار: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطاع المساجد، إدارة مساجد محافظة الجبراء، الكويت، ط 1، 2007، ص 138. وكذا القاعدة الفقهية القائلة: "المعروف عرفا كالمشروط شرطا". (شرح القواعد الفقهية، ص 237). وبالإضافة إلى القاعدتين السالفتين، هناك قاعدة فقهية ثالثة، تنص على ترجيح العادة أو العرف كقاعدة فقهية تفيد الإلزام طوعا، وهي: "استعمال الناس حجة يجب العمل بها"؛ فالمراد بعبارة "استعمال الناس" هو نفس المراد بالعادة. (المرجع نفسه، ص 223). ونضيف أيضا قاعدتين فقهيتين، تدلان كذلك على العمل بالعرف أو العادة، كتأكيد على التوافق الحاصل بين القواعد القانونية العرفية والقواعد الفقهية، وهما: "العبء للغالب الشائع لا للنادر"، و"المعروف بين التجار كالمشروط بينهم". (المرجع نفسه، ص 235-239).

² - «Tout adage est une leçon orale». (G. Cornu, Linguistique juridique, p. 385).

³ - «L'adage est présent dans le droit comme une parole de sagesse». (Ibidem).

إن القول بشكل عام، والقول المأثور بشكل خاص، بطبيعته، قول غير مكتوب؛ مما يعني أنه قيل في زمن ما قديم، ثم تكرر وتواتر. وبتعبير آخر، فإن الأقوال المأثورة هي عبارات أو كلمات منطوقة أولاً، انتقلت من جيل إلى آخر شفاهياً؛ فهي، بذلك، تنتهي إلى التعبير الشفاهي والإرث الشفاهي¹. وإن "المأثورات القانونية تعبر عن قواعد عرفية. والقواعد التي يعلنونها هي -في الأصل- قواعد عرفية المصدر"². وهذا لا ينطبق على الأقوال المأثورة للقانون فقط -التي غالباً ما تكون جملاً (Phrases)، من أصل لاتيني في مجملها-، بل، على القول الأكثر شعبية أيضاً، الذي يأتي من الممارسة. ومن ثمّ، يكون "المأثور القانوني هو خطاب عرفي"³.

ويرى "كريستيان مولر" (Ch. Muller)، في دراسة له بعنوان "الأعراف والقانون العرفي في الفقه المالكي"، أن مصطلح "العرف" يشير إلى تلك الممارسات الاجتماعية المتكررة، التي تنسب إليها الجودة المعيارية⁴. وفي إطار تمييزه بين القانون العرفي وباقي القوانين أو الخطابات القانونية، يؤكد أن القانون العرفي قانون ناتج عن ممارسة طويلة ودائمة، يطبق في مجتمع قانون، عكس الخطابات القانونية التي تتضمن حقوقاً، لكنها ناتجة عن سلطة مشروعة بشكل خاص (هذه السلطة قد تتمثل في الدولة أو في غيرها). ووفقاً للقول السائد "الفعل أو السلوك مرة واحدة ليس بعادة"، فإن القانون العرفي يختلف بذلك عن "العادة الخالصة والبسيطة" (L'habitude pure et simple)، لكن كليهما يقوم على الممارسات الاجتماعية⁵.

يشير كلا المصطلحين التجريديين "العرف" و"العادة" إلى ممارسات اجتماعية، ننسبها إلى الحياة الطبيعية، دون استيعابها بالكامل من قبل "النظام المعياري للقانون المقدس" (Le système normatif du droit sacré). وعلى هذا الأساس، اكتسب استخدام العرف -حسب مولر- أهمية رسمية في الخطاب القانوني، بموجب الشروط الفنية للعرف والعادة، ولاسيما عندما يتعلق الأمر بتفسير القضايا القانونية في مجموعات فتاوى، وكذا في التعليقات القانونية⁶.

¹- G. Cornu, Linguistique juridique, p. 385.

²- «Les adages juridiques expriment des règles coutumières. Les règles qu'ils énoncent ont pour source la coutume». (Ibidem).

³- «L'adage juridique est un discours coutumier». (Ibidem).

⁴- Ch. Muller, Us, Coutumes et droit coutumier dans le Fiqh Maliki, trd: Rania Abdellatif. Cet article a été publié une première fois sous le titre "Sitte, Brauch und Gewohnheitsrechte im malikitischen fiqh", 2012, p. 35-54. <https://cutt.us/EsCJQ>

⁵- Ch. Muller, Us, Coutumes et droit coutumier dans le Fiqh Maliki, p. 35-54.

⁶- Ibidem.

وبالعودة إلى الخاصية الجوهرية التي يتميز بها القول المأثور، ونقصد "الشفاهية" (L'oralité)، نجد أنه يعارض بحكم الأصل والطبيعة، القانون المكتوب؛ مما لا يجعل منه نصاً قانونياً، ولا نسيجاً تشريعياً. فالقانون عندما يستعبر ملفوظ القول المأثور من العرف، فإن القاعدة العرفية تحوز المفعول والتأثير القانوني ((الصبغة القانونية))، ولكن مع الاحتفاظ بالأصل الكامن في تجميع أجزاء النص القانوني¹.

إن خاصية الشفاهية بمثابة علامة مشتركة بين جميع المأثورات، التي هي أقوال تنطلق من الفم لتستقر في الأذن. كما عدَّ جيرار كورني "القول المأثور درساً [كما رأينا سابقاً]، والغرض من أي قول مأثور هو الإرشاد"². وتعد علامة الإرشاد هذه، بدورها، علامة مشتركة بين جميع المأثورات، وهذه الوظيفة الأصلية في القول هي التي تشكل محتوى الخطاب، بل تحدد كذلك نوع الرسالة التي يقدمها القول المأثور؛ أي رسالة التعليم (Message d'enseignement). وعليه، يصبح القول المأثور، عن طريق هذه الوظيفة المسندة إليه، نوعاً أدبياً، يتم تلقيه من داخل الملفوظات القانونية؛ لتعليم المحامين، ومنحهم ذلك الحس السليم، الذي يكون أساسه الأخلاق، أو تلقيهم مفاهيم جوهرية تساعد على أداء مهامهم في المجال القانوني تحديداً؛ كالعدل والإنصاف والحكمة والعقلانية...؛ مما يجعل القول المأثور، إضافة إلى كونه درساً ملقناً، يمنح لنفسه ثمرة الحكمة، فهو، في نهاية المطاف، ينتهي إلى حقل الأدب. ولذلك، فالقول المأثور هو كلام (Parole) حكمة، يتم تمريرها بقوة العرف³.

علاوة على ما تم ذكره من خصائص، نقف أيضاً على خاصية أخرى، تتمثل في نوعية المخاطب بالقول المأثور، بوصفه مخاطباً عاماً، يشمل الحاضر والمستقبل. وهو، بهذا، يشبه القانون تماماً في خاصية التعميم والتجريد التي تقدم بيانها في البحث، من حيث كونه رسالة موجهة إلى أي مستمع أو مُتلقٍ⁴، ويروم تحقيق استمرارية لانهائية، أي إن مدته غير محددة (Indéfinie)، وهي جزء من رسالته الطبيعية. وعموماً، يلعب الزمن دوراً أساسياً في تكوين الأقوال المأثورة، بيد أن زمنها ليس مثل زمن القانون؛ فإذا كانت رسالة القول المأثور تنطلق من الماضي نحو الحاضر، فإن رسالة القانون تبدأ من حيث انتهي القول المأثور؛ أي من الحاضر في اتجاه المستقبل. ويشير صاحب المصنف؛ "جيرار كورني"، بشأن زمن القول المأثور، إلى أنه يتم استدعاؤه

1- G. Cornu, Linguistique juridique, p. 385.

2- «L'adage est une leçon. La vocation de tout adage est d'instruire». Ibid., P. 387.

3- G. Cornu, Linguistique juridique, p. 387.

4- «L'adage s'adresse à tous et à venir... la loi aussi est un message à tout entendeur». (Ibidem).

(القول المأثور) كتقليد (Une tradition)؛ فهو كلام عالق بالذاكرة، لا يمكن تجاوزه أو نسيانه. وفي الوقت الذي يتم استدعاؤه، فإن الإشارة إليه -وتأخذ صفة "التبجيل"- هي بمثابة عودة إلى الجذور الأولى؛ فهو درس يتم طلبه من الماضي، وقد شبّه هذه العملية بالعودة إلى القوانين القديمة المبجلة (المقدسة)؛ الأمر الذي يجعل منه درسا خالدا (Leçon intemporel)¹. ويعزز "كورني" طرحه هذا بقوله إن "القول المأثور اليوم يأتي في الخطاب على شكل اقتباس؛ فهو خطاب داخل خطاب؛ خطاب الغير الذي يثري المتحدّث نفسه؛ إذ إن قوة القول المأثور يكتسبها تجديد، وذلك من خلال احترام التقليد، وأصبحت قيمته تُستمد من لدن من يستحضره، بعدما كان يستمدّها من قائله"² مباشرة.

ولأن القول المأثور درس خالد ولازمي (Intemporel)، فهو، أيضا، درس أساسي وتوجيهي، وتبرز محورته من كونه يضحى بكل التفاصيل الثانوية، بكل الملحقات؛ فقانون خطابه يتغيّر الوصول مباشرة إلى الأساسيات. أما من ناحية كونه درسا توجيهاً -وترتبط هذه الخاصية ارتباطا شديدا بالخاصيتين السابقتين-، فلأن القول إذا ما استمر، فإنه يكون، من بين أسباب أخرى، مباشرا وتقريريا، وإذا كان كذلك، فلأنه يتمسك بالأساسيات والضروريات فقط. وهو توجيهي، لأنه يتوخى شد انتباه عقل المتلقي، وتثبيته في اتجاه واحد؛ لكي يكون نفاذ خطابه يسيرا. ولا يتم فعل التوجيه هذا إلا بالنظر إلى القول المأثور بوصفه ذا وظيفة خيالية، وذا نيات ومقاصد أساسية، أهمها ضمان الاستدامة La durabilité... فهذه الوظيفة، هي التي تجعلنا نفهم الطابع التقريبي، الذي كثيرا ما يُلاحظ في المأثورات³.

كما يرى صاحب المصنف أن القول المأثور، عندما لا يعكس القانون بشكل كامل، فإنه يسعى آنذاك إلى فتح أفق التفكير، بدل السعي إلى إغلاقه. فالمفترض في القول المأثور -حسب "كورني"- أنه ذو وظيفة مساعدة فقط، تظهر بشكل جلي عند المناقشة، وأنه يحتج به كحجة داعمة؛ أي كحجة إضافية فقط، كما لو أنه لا يستطيع بمفرده التموّج في الخطاب على نحو

1- G. Cornu, Linguistique juridique, p. 387.

2- «Aujourd'hui, l'adage vient dans le discours comme une citation. C'est un discours dans un discours. Un discours d'autrui dont le locuteur enrichit le sien propre. La force de l'adage lui vient et lui revient du respect renouvelé de la tradition. L'adage tire sa valeur de celui qui l'invoque, après l'avoir tenu de celui qui l'avait dit». (Ibid., P. 388).

3- Ibid., Pp. 388-389.

يسمح له بتبوء الصدارة. فهو يؤكد يُخفي أكثر مما يُظهر، وبتعبير آخر، فإنه يعبر عن حقيقة جزئية، لا مطلقة¹.

إن هذه الخصائص، وغيرها، تؤكد أن القول المأثور -الذي يشكل جوهر الخطاب العرفي- يعد خطابا قانونيا مكتمل الأركان.

وبعد هذا التحليل المستفيض، نأتي إلى القسم الثاني، الذي ينظر إلى القول المأثور بوصفه ملفوظا لغويا (L'adage comme énoncé linguistique)، فما أبرز خصائصه هو الآخر؟

ثانيا- القانون العرفي بوصفه ملفوظا لغويا

عدّ "جيرار كورني" القسم الأول، بمثابة الدراسة الأساسية، التي يجب الأخذ بها، والاعتماد عليها؛ قصد الوقوف عند مجموع القواسم المشتركة بين القانون والقول المأثور؛ الأمر الذي يكسب هذا الأخير قيمة قانونية بشكل من الأشكال، ولا يتم ذلك -حسب ما استخلصناه من كلام "جيرار كورني"- إلا من خلال منظورين: أحدهما شكلي، والآخر موضوعي.

من منظور شكلي:

يتجلى المنظور الشكلي في معالجة القول المأثور من زاوية كونه ملفوظا لغويا، منظورا إليه كنظام (Système) أو كنسق، لا باعتباره مفهوما تداوليا (= سياقيا)، وذلك خلال إحصائه خصائصه الشكلية، التي كثيرا ما تشبه الملفوظ القانوني من حيث الشكل² على الأقل.

إن الخصائص، التي تمّ الاعتراف بها بوصفها أساسية في الخطاب القانوني، تتوافق والخصائص التي تندرج بدورها في نطاق التحليل اللغوي. فشفاهية القول المأثور؛ مثلا، هي التي تمنحه إمكانية توصيفه وفق خطاطة التواصل، والتعبير اللغوي الشفاهي -كما سبقت الإشارة إلى ذلك- هو الوضع الأصلي والطبيعي للقول المأثور؛ لكونه يروم أن يكون درسا خالدا وأساسيا وتوجيهيا لا يتحقق إلا في تشكيله³. ولذلك، لا يراودنا شك في القول بأنه "يتم تعريف القول المأثور أساسا كنمط من الملفوظ. القول المأثور هو طريقة في التحدث. القول المأثور هو صيغة [نموذج]. وهو أسلوب، وأسلوب معين"⁴. هذا، وتضاف، إلى بقية خصائص القول المأثور، خاصيتان بارزتان،

¹- G. Cornu, Linguistique juridique, p. 389.

²- G. Cornu, Linguistique juridique, p. 390.

³- Ibidem.

⁴- «L'adage se définit essentiellement comme un type d'énoncé. L'adage est une façon de parler. L'adage est une forme. L'adage est un style, un certain style». (Ibidem).

هما: الإيجاز (الاقتصاد)، والفن؛ فالإيجاز هو -في حد ذاته- تأثير ممارسة الفن، ويشير "جيرار كورني" إلى ذلك بقوله: إن "في القول المأثور هناك دائماً الإيجاز والفن، الاقتصاد وعبقورية اللغة"¹. فالقول المأثور من أهم خصائصه الشكلية أنه كلام قصير ووجيز²، فالإيجاز خَصِيصَة يمتاز بها القول المأثور، وهو يشترك، من خلال معيار الإيجاز أو الاقتصاد، مع النص القانوني؛ بحيث إنه عادة ما يتطلب، في تركيبه، بضع كلمات فقط، وتحديد البنية الثلاثية، التي تمثل -حسب "كورني"- فاتورة متكررة؛ فالأقوال، التي تتألف من ثلاث كلمات، تعد سلسلات لغوية لامعة ومذهلة، وقد مثل لذلك بمجموعة من الأمثلة (لاتينية وفرنسية). ولكي تتضح الرؤية أكثر، نورد هنا بعض النماذج؛ كما يأتي³:

في اللاتينية:

Locus regit actum. = قانون القواعد المحلية.

Actori incumbit probatio. = عبء إثبات الفاعل.

Fraus omnia corrumpit. = كل تزوير يفسد.

Pacta sunt servanda. = يجب الحفاظ على الاتفاقات = (العقد شريعة المتعاقدين).

في الفرنسية:

Estimation vaut vente. = التقدير يستحق البيع.

Coutume passe droit. = العرف يصبح قانوناً.

Nécessité fait loi. = الحاجة تصنع القانون.

Ancienneté a autorité. = الأقدمية لها سلطة.

فعلى الرغم من قلة الكلمات في القول المأثور أو الأقوال العرفية، إلا إنها تحمل في طياتها دلالات ومعاني كثيرة. ويتخذ التعبير في القول المأثور شكلين اثنين؛ فهو إما تعبير تقريرى مباشر، وإما تعبير مجازي غير مباشر. ففي التعبير التقريرى، يتقاطع كل من الملفوظ القانوني والملفوظ القديم (العرفي)، ويكون المعنى حرفياً، لا يتعدى إلى ما هو غير حرفي. في حين أننا، في التعبير

¹ - «Dans l'adage, il y a toujours de la concision et de l'art, de l'économie et du génie de langage». (Ibidem).

² - «L'adage est un énoncé concis». (Ibidem).

³ - G. Cornu, Linguistique juridique, pp. 391-392.

المجازي، نتحدث عن تعدد المعنى في الكلمة الواحدة، لكن، ومع وجود ضابط السياق، يتبدى غموض الكلمة أو المفردة، ويتجلى مكانه وضوح القصد من الكلمة. فالكلام القليل، كما هو معلوم، يكون بليغ العبارة، شديد الأثر. والأمر نفسه يسري على باقي الأقوال، التي تزيد كلماتها على ثلاث؛ أي القول الذي يتألف من أربع مفردات أو خمس أو ست، وهي غالبا ما تكوّن جملة؛ هذا على مستوى الشكل.

من منظور موضوعي:

أما فيما يتعلق بالجانب الموضوعي، فالأمر، يرتبط بالجانب الأدائي للقول المأثور، وهو مستوى شديد الارتباط بالمنظور الشكلي السابق؛ فمثلا، في عبارة "القاضي يعرف القانون" (Le (Juria novit curia) = juge connait le droit)، ليس المقصود بلفظة «curia» هو الكوري (الروماني)، وليس المقصود بها مجلس الشيوخ (الروماني)، ولا حتى المحكمة (الجهاز الجماعي الأعلى للقضاة)، وإنما المقصود بها كل قاض عيّّن لممارسة الوظيفة القضائية. فالمصطلح المرموق والبارز والرفيع له قيمته، وكلما تجنبنا المصطلح الغامض والفضفاض والمجهول، تجلت للمرء قيمة العمل المنوط بشخص القاضي، ومن معه، وهي في تقاطع مع المهمة الكبيرة التي يتوقعها القانون من القاضي عينه¹.

إن لفظة «Juria»، التي تعني القانون، تغطي جميع أفرع القانون، بل جميع قواعده، أي أيا كان مصدرها؛ وإن القاضي مقيد بمهمتين؛ مهمة قول القانون، ومهمة تطبيق القانون -أي تطبيق القانون على القضية المعروضة عليه-؛ من أجل البت في الدعوى. فجميع هذه الأمور تعد بمثابة مهام للقاضي ملزم بمعرفتها.

وأما لفظة «Novit»، فهي تفيد أن القاضي يعرف القانون، فالتأكيد، الذي تحيل عليه لفظة «يعرف»، له قيمة حتمية، إذ يتمتع فعل «يعرف» بالثراء في جميع جوانب معناه؛ فأن «تعرف» يعني، أولا وأخرا، «يجب أن تعرف»؛ فالقاضي من الواجب عليه أن يعرف القاعدة التي يجب أن يطبقها على موضوع النزاع، لكن ليس قبل معرفته واطلاعه على حيثيات الواقعة أيضا...، هذا كله كي يكون إعلانته عن النتيجة أو الحكم، في نطاق ممارسته القضائية، حكما عادلا، لا حكما جانرا؛ وبالتالي تصبح معرفته حقيقة الواقعة وحيثياتها، أمرا واجبا عليه، كوجوب معرفته

¹- G. Cornu, Linguistique juridique, p. 393.

بالقانون تماما. كما أن لفظة «يعرف»، تدل، وبدقة، على أنه «يُفترض في القاضي أنه يَعرف»، بل يفترض، بشكل لا يمكن دحضه، أن القاضي يَعرف القانون¹.

وعليه، فإن اختبار الكلمات وانتقاءها ليس بالأمر السهل، وإنما هو عمل صعب وشاق. ولذلك، تعد عملية انتقاء وفرز الكلمات بمثابة "فن" (Art)، ولا يتحقق التواصل العميق والمفيد، إلا عن طريق هذا الفن (فن اختيار الكلمات والعبارات). وعلى هذا الأساس، اعتبر "جيرار كورني" القول المأثور فنا، يتفاعل مع الذي ينطق به أولا، ومع الذي يسمعه أو يتلقاه ثانيا. كما يمكن القول، عن القول المأثور، إنه ضرب من المسكوكات الثمينة، بيد أن الأمر الذي لا ينبغي نكرانه هو أن القول المذكور فعل أدبي، ولاسيما إذا أردنا تسيجه أدبيا؛ فإننا نقول إنه ينتهي إلى التعبير الشعري، وهو بذلك فعل شعري بويطقي. يقول كورني إن "القول المأثور ليس، في حد ذاته، قصيدة، ولكنه فعل شعري؛ أي قطعة من الشعر"².

ومن هنا، تبرز العلاقة المتينة بين القانون والشعر؛ فالمشترك بين المجالين، الذي يمكن التحدث عنه هنا، هو القول. ولذلك، نجد لإشارة "كورني" مُسوّغا، عندما أشار إلى الفعل الشعري [فعل قول الشعر]، وليس إلى القصيدة عينها. فالشعر فعل قول يخاطب الوُجدان والذاكرة أيضا، كما يخاطب العقل والروح.

وإذا كان القانوني واللساني الفرنسي "جيرار كورني" قد تناول "الخطاب العرفي" من زوايا لسانية عامة، وبنوية خاصة، ولم يتطرق إلى مسألة العرف وعلاقته بالقانون إلا لماما، فإن للباحثين الروس³ باعا طويلا في هذا الباب؛ بحيث أبلوا بلاء حسنا بخصوص المصطلحين السالفين تاريخيا وأنطولوجيا واجتماعيا وقانونيا.

¹- G. Cornu, Linguistique juridique, p. 393.

²- «L'adage n'est pas, à lui seul, un poème, mais c'est un acte poétique, un fragment de poésie». (G. Cornu, Linguistique juridique, p. 397).

³- نقصد، تحديدا الأستاذ "إيليا أكسيونوف" (I. ch. Axionov) والأستاذة "لاريسا سفيتشنيكوف" (L. Svetchnikova) في مقالهما، الذي تناول فيه مفهومي "العرف" و"القانون العرفي" إنطولوجيا وتاريخيا، موازاة مع نظرية القانون:

- I. ch. Axionov & L. Svetchnikova, «La théorie du droit coutumier dans la recherche: ethnologie, théorie du droit et histoire du droit», traduit par: Chantal Kourilsky-Augeven, Droit et cultures ((En ligne)), 50 /2005-2, mis en ligne le 28 mai 2009, consulté le 14 novembre 2023. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/1060>

إن المثير في تناول الروسي¹ هو تأكيد معظم أولئك الباحثين على أن العادات والأعراف تكتسب طابعا قانونيا² -فقط- إذا حصلت على حماية من الدولة³ وعادة ما يرتبط العرف أو العادة بالقانون الدولي، وبالتجارة في القانون المدني؛ فالتجارة، مثلا، كانت، في بداياتها، تركز إلى الأعراف السائدة في العشيرة، وبذلك لا يمكن التطرق إلى العرف والقانون العرفي مبدئيا إلا في حال غياب الدولة. وبتعبير آخر، فنطاق عمل القانون العرفي يجب أن يقتصر على فترة الانتقال من هيكل العشيرة إلى المجتمع البدائي/ الدولة البدائية. وعلى العكس من ذلك، فمصطلح "قانون"، أو "حق"، يرتبط -بشكل رئيس- بمفهوم "الدولة"، وتحديدًا الدولة الحديثة.

وعلى الرغم من التباعد الذي يظهر بين المصطلحين "العرف" و"القانون" إلا أنهما يكملان بعضهما بعضا، بل يعد العرف أساس القانون ولبنته، ولولاه لما وُجد القانون أصلا؛ بدءا من القانون الروماني الكلاسيكي، الذي تطور على مدى عدة قرون؛ حيث كان يستخدم العادات والأعراف قبل ظهور مفهوم الدولة. لكن، مع نشأة الدولة، أعيدت صياغة الأعراف، وعُمل على دمجها خلال عملية إنشاء التشريعات، التي دخلت جزئيا في المجموعات المركزية... دون إحداث أي تعديلات جوهرية في هذه الأعراف. وهو الأمر نفسه الذي نجده في اليونان القديمة؛ فعلى سبيل المثال، كانت قوانين "دراكون"⁴ «Drakon» (حوالي القرن السابع قبل الميلاد) تستند على قواعد

¹ - بدأ الاهتمام بالعرف، والانكباب على دراسته في روسيا، في القرن التاسع عشر، موازاة مع انبثاق توجه علمي، يدعى "الإنثوغرافيا القانونية"، كانت الغاية منه، هي دراسة العادات والأعراف "القانونية" للشعوب التي تأسست على يد الإمبراطورية الروسية، لاسيما وأن الأطماع الروسية، الداعمة للإصلاح الاجتماعي والاقتصادي...، كانت بارزة في تلك الحقبة. هذا، وللتحكم في مصير تلك الشعوب، كان لزاما دراسة المعايير العرفية التي تنهض عليها في إدارة شؤونها. وكان التركيز منصبا، بشكل كبير، على فئة الفلاحين؛ لأهم كانوا يحتكمون، في علاقاتهم ومعاملاتهم المدنية، إلى قواعد عرفية، وهي قواعد لا تتوافق والتشريع المعمول به آنذاك؛ الأمر الذي وُلد معه تجاذب، يروم التوافق تارة، ويقضي تارة أخرى بالتعارض -بين القانون العرفي ومعايير الدولة التي بدأت تلوح في الأفق-، وتحديدًا في منتصف القرن التاسع عشر (انظر المقال السابق).

² - وهو ما يعني أن الحديث عن العرف، قبل قيام مفهوم "الدولة"، كان بمثابة قانون يحتكم إليه -أخلاقيا- جميع أفراد المجتمع. فالعرف، كما هو معروف، ذو طبيعة اجتماعية، وهو لا يختلف في ذلك عن القانون من حيث الطبيعة، لكن، مع ظهور مفهوم "الدولة الحديثة"، حافظ على طبيعته الاجتماعية نفسها، لكن هذه المرة مرتديا زيًا قانونيا (الإلزام).

³ - نشير إلى أن "جيرار كورني" لم يعتمد هذا الطرح في مصنفه، ومرد ذلك، في نظرنا، راجع بالأساس إلى أن الرجل تناول العرف، أو القول المأثور، من جوانب لسانية شكلية، وهو ما يعني أن مقارنته للخطاب القانوني، بشكل عام، لم تأخذ عنده بعدا أنطولوجيا ولا بعدا تاريخيا... وهذا أمر يحسب له، إضافة إلى ببقية ملاحظاته القيمة التي وردت في مصنفه.

⁴ - "دراكون" «Drakon» [650-600 ق.م]: هو أول مشرع في أثينا في اليونان القديمة، قام باستبدال نظام القانون العرفي والخصومات الدموية، التي كانت سائدة آنذاك، بتشريع مكتوب، تتولى المؤسسة القضائية مهمة تنفيذه. ونظرا لتلك الصرامة التي كان يمارسها، ارتبط اسم "دراكون" بالقواعد والقوانين الصارمة.

القانون العرفي، التي أُخِذَ العديد منها بعين الاعتبار لدى وضع القوانين اللاحقة¹. والأمر الذي يلفت الانتباه، هنا، والذي لا أحد من الباحثين يُنكره، هو أن العادات أو الأعراف شكلت مرجعية جميع القوانين والمدونات القديمة؛ نظرا للدور المركزي الذي لعبته في تنظيم العلاقات الاجتماعية، بل واصلت هيمنتها فيما بعد، "كأساس تقوم عليه العلاقات القانونية، والنظام المعيارى في المجتمعات البدائية"².

ويُشدّد بعض الباحثين -عند تعرضهم لتعريف مفهوم "العرف" - على جملة من الخصائص التي يختص بها، وهي تتوافق وخصائص القانون؛ إذ يتميز العرف بطابعه الإلزامي والديني والعرفي والمحافظة³. ونظرا لدوره في إنشاء معايير قانونية جديدة، تم تقليص دور المشرع لينحصر فقط في العمل على إزالة التناقضات الحتمية التي يواجهها القانون العرفي. وهذا التقرّيم، الذي تعرض له المشرع، يحرم الدولة عمليا من إمكانية التقدم، ويتجلى ذلك في تقليص دورها إلى وظائف شرطة. ويرى الفيلسوف والمفكر الروسي الكبير "إيفجيني نيكولايفيتش تروبتسكوي" (Evgueni Nikolaievitch Troubetzkoi) [1863-1920] أن الأمر الذي يتعلق بدور القانون العرفي، المتمثل في تنظيم العلاقات الاجتماعية، قد تم دحضه تماما من قبل الفقيه القانوني الألماني "رودولف جيرينك" (Rudolf Von Jhering) [1818-1892] -المشهور بكتابه "الكفاح من أجل القانون"⁴ «Der Kampf ums Recht»، الذي نُشر سنة 1872، ومؤسس مدرسة القانون الاجتماعية والتاريخية الحديثة-، الذي أثبت أن "استبدال العرف بالقانون المكتوب هو واحد من الفتوحات العظيمة للحضارة... صحيح أن السمات المميزة للعرف [أو العادة] هي المرونة، والقدرة على التكيف بسهولة مع ظروف الحياة الحقيقية، ولكن من الصحيح، أيضا، أن السمات التي تميز القانون - من ثبات وتحديد ودقة واستقرار- لها أهمية أكبر لا تضاهي"⁵ بالنسبة إلى القانون. إن الحقيقة

¹- I. Ch. Axionov & L. Svetchnikova, «La théorie du droit coutumier dans la recherche: ethnologie, théorie du droit et histoire du droit», op. Cit., P. 29-49.

²- «Comme la base sur laquelle se construisaient les relations juridiques et le système normative des sociétés primitives». (Ibidem).

³- Ibidem.

⁴- V. R. Jhering, «Der Kampf ums Recht» 1872, trad. fr. Octave de Meulenaere, Paris, Marescq Aîné, 1890, et réédition «La lutte pour le droit», Dalloz, Paris, 2006.

⁵- I. Ch. Axionov & L. Svetchnikova, «La théorie du droit coutumier dans la recherche: ethnologie, théorie du droit et histoire du droit», op. Cit.

الوحيدة، التي يلتف حولها معظم المهتمين بهذا الشأن، تقوم على فكرة مفادها أن عهد العرف ممكن -فقط- في المراحل البدائية من مراحل تطور المجتمع البشري.

وبالعودة إلى العرف والقانون، يرى الفقيه القانوني الروسي "ديميتري إيفانوفيتش ماير" (Dmitry Ivanovich Meyer) [1819-1856] -وهو من أوائل المهتمين بالقانون العرفي- أن القانون العرفي هو عبارة عن "نص قانوني يتم الكشف عنه من خلال تطبيقه المتكرر والموحد"¹. كما أشار إلى أن "العرف يجب ألا يكون معارضا للأخلاق؛ بحيث لا يمكن للمجتمع الاعتراف بالحقوق التي تتعارض مع الأخلاق الحميدة... مع أن الشرط الذي يتألف بالفعل من ذلك العرف يجب أن يتضمن رؤية قانونية، ليس سوى إظهار القانون الأخلاقي في تطبيقه على الحياة المجتمعية"². وهو ما يدل على أن العرف والقانون كانا، مذ فترة طويلة، مترادفين، وكانت جميع العلاقات الاجتماعية خاضعة لمسطرة العرف فقط؛ فقد "كانت الحقوق الخاصة وحقوق الدولة خاضعة لعمله (عمل العرف)؛ من حقوق الأمراء والشعب، وحق الخلافة، والانتقام، والفداء، وحقوق الملكية... كل هذا، كان يتأسس على العرف"³.

بل أكثر من ذلك، ذهب "ميخائيل فلاديميرسكي بودانوف" (Mikhail Vladimirovich Budanov) [1838-1916] إلى تأكيد أن التشريع يسعى -فقط- إلى إضفاء الشرعية على العرف،

- «Le remplacement de la coutume par la loi écrite est l'une des grandes conquêtes de la civilisation... il est vrai que les traits distinctifs de la coutume sont la flexibilité, et la capacité de s'adapter facilement aux conditions de la vie réelle; mais il est également vrai que les traits caractérisant la loi - la fixité, la détermination, l'exactitude et la stabilité -ont pour le droit une importance incomparablement plus grande». Voir aussi, M'begniga Abdoulaye, «African Customary Law and Modern Law from Western : An Over view on Their Roles and Impacts in Afrocan Societies», International Journal of Social Science and Humanities Research, Vol. 5, Issue 1, p. 190, Article: January - 2017. URL: <https://www.researchgate.net/publication/316076616>

¹- I. Ch. Axionov & L. Svetchnikova, «La théorie du droit coutumier dans la recherche: ethnologie, théorie du droit et histoire du droit», op. Cit.

- «Le droit coutumier comme "une disposition juridique se dévoilant à travers son application répétée et uniforme"».

²- Ibidem.

- «La coutume ne doit pas être contraire aux mœurs: la société ne peut reconnaître des droits incompatibles avec les bonnes mœurs... Condition qui consiste déjà en ce que la coutume doit inclure une vision juridique qui n'est rien d'autre que la manifestation de la loi morale dans son application à la vie en communauté».

³- Ibidem.

- «Les droits privés et les droits étatiques étaient soumis à son action: les droits des princes et du peuple, le droit de succession, de la vengeance, du rachat, le droit de propriété etc. Tout cela était fondé sur la coutume».

ولا عجب في ذلك إذا ما عرفنا أن الرجل كان بالأحرى مؤرخ قانون؛ الأمر الذي يثبت المكانة القوية التي يحتلها العرف في الثقافة الروسية القانونية منذ زمن بعيد.

إن التراث المعرفي، الذي يسم البحث الروسي بشأن العرف أو العادة تاريخاً وتنظيراً، قد بيث فينا ارتياباً واستغراباً، لكن سرعان ما يتبدى هذا الاستغراب، ويختفي ذلك الارتياب، لحظة معرفتنا بالمكانة المرموقة التي يتبوأها العرف في المنظومة القانونية الروسية؛ إذ يعتبر المصدر الأول في التشريع الروسي، وذلك بعدما تم الاعتراف¹ به كمصدر² أول في روسيا خلال نهاية القرن 19 وبداية القرن 20م.

وإذا كان للعرف مجال يطبَّق فيه، فنحن عندئذ نكون أمام آثار قانونية، لكن ذات طبيعة عرفية، يجب التعامل معها وَفَّقَ ما تنص عليه تقاليد ذلك المجتمع وأعرافه؛ بحيث إن قواعد الأعراف أو العادات قواعد سلوكية، تحتفظ بآثارها اجتماعياً؛ ولذلك يجب إعطاؤها وضعا قانونياً. ولا يتحقق ذلك إلا إذا تم دعمه من لدن الدولة؛ بمعنى أنه ينبغي أن يكون تحت حماية هذه الأخيرة. فمحتوى العرف، الذي تم وضعه من قبل قُوى المجتمع نفسه، ذو طابع قانوني؛ نظراً لأن ذلك المحتوى يُمنح بناء على موافقة الدولة. وبتعبير آخر، "إن أساس القوة الملزمة للعادات القانونية يكمن في سلطة الدولة"³.

¹- للاعتراف بـ"القانون العرفي"، بوصفه مصدراً من مصادر القانون الروسي، يتعين ذكر مجموعة من الشروط، وهي عموماً لا تتعدى ثلاثة شروط:

1. الوعي بضرورة العرف، أو القانون العرفي، أو ما يصطلح عليه "القانون البدائي": "فالعرف يعيش في ضمير الناس كقانون".
2. الطبيعة المتكررة لتطبيقه؛ بحيث تم تحديد نطاق تطبيق العرف المسموح به، بموجب القانون الروسي، بناء على معيارين: أحدهما مادي، والآخر رسمي. فبالنسبة إلى المعيار المادي، فهو مهتم بمجال الأعمال التجارية، في حالة التركات، وفي حالة الوصاية والقيمين في بينات الفلاحين. أما فيما يخص المعيار الرسمي، فإنه يبرز من خلال اختصاص المحاكم المحلية بالنظر في حالات الضرر الناتج عن المنازعات بين الفلاحين.
3. يجب ألا يتعارض محتوى القانون العرفي مع الأخلاق.

- A. M'begniga, «African customary law and modern law from western : An over view on their roles and impacts in Afrocan societies», op. Cit.

²- ترد مصادر القانون الروسي على النحو الآتي:

أ. القانون العرفي في المرتبة الأولى.

ب. المعايير أو القواعد القانونية التي تضعها السلطة العليا أو ما يعرف بـ"الدستور" في المرتبة الثانية.

³- I. Ch. Axionov & L. Svetchnikova, «La théorie du droit coutumier dans la recherche: ethnologie, théorie du droit et histoire du droit», op. Cit.

- «Le fondement de la force obligatoire des coutumes juridiques réside dans l'autorité du pouvoir d'État».

واللافت للانتباه، أكثر، هو أن هذه السلطة لا تتكون -فقط- من حقيقة أن الدولة في وضع يمكنها، في أي وقت شاءت، من إلغاء قاعدة القانون العرفي، ولكن الدولة في حقيقة الأمر، تمنح قاعدة القانون العرفي قوة قانونية، ويتم ذلك من خلال تزويدها بوسائل دفاع قانونية، ترفع العرف إلى مرتبة القانون¹. ف"العرف إذا لا يصبح قانونيا، إلا بعد أن تضمن المحكمة، بموجب قرارها، الحماية القانونية لمعيار [أو قاعدة] قائم بالفعل"². ومرد ذلك، حسب ما أوردّه الباحثان الروسيان الأستاذ "إيليا أكسيونوف" والأستاذة "لاريسا سفيتشنيكوف" (Ilia ch. Axionov & Larissa Svetchnikova)، إلى أنه، في أي مجتمع وجدت الأعراف أو التقاليد القوية، كان وضع السلطة مرتفعا، يمكن تنفيذ العرف دون قيود.

هذا، كما يمكن التأكيد على أن الخطاب العرفي "القانوني" يعد بمثابة مادة دسمة، ذات أهمية أساسية في منظور القانون، وأهميته هذه لا تقل قيمة عن باقي أنماط الخطاب القانوني التي أشرنا إليها سابقا، بل إن الخطاب العرفي يعد جوهرها وقلبها النابض، ولولاه لما تحدثنا عن القانون بشكل عام؛ فميزة السبق التاريخي حاضرة، وبقوة، في ثنايا الخطاب العرفي، بيد أن المشكل الإيبستيمي، الذي بات مطروحا منذ بداية القرن العشرين، يتجلى في أن الخطاب العرفي يُطرح بشأنه جدال، مهم طابعين: طابعا نظريا، وهو الذي يتعلق بجوهر القانون العرفي كمجموعة معقدة من القواعد أو المعايير غير المكتوبة³ (الشفاهية) -وهي السمة التي تشترك فيها جميع الأعراف والعادات والأقوال الماثورة (كمترادفات دلالية)، مثلما أشار إلى ذلك كورني؛ كما رأينا في مصنّفه-، وإمكانات دراسته في مراحل مختلفة من صيرورة تشكيل قانون الدولة؛ وطابعا عمليا، وذلك عندما يتعلق الأمر بتنفيذ أو إنجاز قواعد القانون العرفي، سواء في الممارسة القضائية أو الإدارية أو غيرهما.

1- Ibidem.

2- Ibidem.

- «La coutume ne devient juridique qu'à la suite du fait que le tribunal, par sa décision, assure une protection juridique à une norme déjà établie».

³- يعتبر "كاردانوف" (V. K. Gardanov) القانون العرفي شكلا من القانون، وهو الشكل الأقدم تاريخيا من العلاقات القانونية «La forme historiquement la plus précoce de relations juridiques». وضعت معاييرها في العادات التي تنتقل عن طريق التقليد الشفاهي من جيل إلى جيل، والتي سبقت تاريخيا القانون المكتوب. كما أشار إلى تطابق قواعد القانون العرفي والعلاقات التي تتشكل داخل المجتمع. كما أكد أنه، في ظل وجود القوانين، قد يتم تضمين القانون العرفي، إلى حد ما، في نصوص هذه القوانين، أو قد يكون موجودا فيها بشكل سابق، لكن كعنصر مستقل، جنباً إلى جنب مع القانون. وهو الطرح نفسه الذي تبناه "جيرار كورني".

- I. Ch. Axionov & L. Svetchnikova, «La théorie du droit coutumier dans la recherche: ethnologie, théorie du droit et histoire du droit», op. Cit.

إن الخطاب العرفي، وإن كانت طبيعته وظيفية؛ كبقية الأنماط القانونية الأخرى كتخليق الحياة العامة، وتنظيم سلوك الفرد داخل المجتمع...، إلا أنه يرتبط، في عموميته، بالمجتمع البدائي، الذي كان فيه مسألة التطبيقية غائبة، والعشيرة بدل الدولة (المؤسسة)... لكن، ومع مُضي الزمن، اكتسب القانون العرفي خصوصيته، وأصبح مكوّنًا مؤثرًا ورئيسًا في الحياة القانونية، بل يعد أحد أشكال الإرادة الاجتماعية، إلى جانب الأخلاق والقانون، وتتجلى الغاية منه، تحديداً، في القضاء على العداء؛ أي تحقيق المصالحة بين الأطراف المتنازعة؛ هذه المصالحة التي لا تتم إلا لحظة استعادة مبدأ العدالة، الذي تم انتهاكه في أكثر من مناسبة. ويتم استرجاع مبدأ العدالة في الخطاب العرفي من خلال إحدى الطرق الآتية¹:

الأولى: «التسبب في نفس الضرر للطرف المذنب»، وهو ما يطلق عليه، في ديننا الحنيف، اصطلاح "القصاص".

الثانية: «التعويض عن الضرر»، وهو نوع من الجزاء في المسؤولية المدنية في وقتنا الحالي.

خاتمة:

عظفا على ما تقدم، إن ما دفعنا إلى عرض هذا النمط القانوني (الخطاب العرفي) ضمن ما اصطلاحنا عليه بـ"التعددية الخطابية في القانون"، عائد بالأساس إلى سببين اثنين: الأول، لاعتبار القانون ظاهرة اجتماعية كباقي الظواهر الأخرى؛ فهو يتأثر بمختلف الظواهر المحيطة به؛ من دين وأخلاق وعادات وأعراف وتقاليد وسياسة وأدب (وخاصة الشعر في الخطاب العرفي) وفلسفة... فالقانون، بهذا المعنى، تركيب متجانس يمتاح من هذا التنوع الثري والمثير للانتباه. الثاني، يتعلق بإكباب العديد من الباحثين (الغربيين تحديداً) على دراسة هذا المجال، نظراً لغِنَاه وخصوبته، بعد أن أصبح ميدانا للمتخصصين وغير المتخصصين. ولن نستغرب إذا علمنا أن القانون، أو علم القانون، قد انبثقت منه علوم ونظريات، تندرج جميعها في قسم العلوم الإنسانية؛ من قبيل: علم النفس، وعلم الاجتماع، وعلم التاريخ... كما انبثقت منه، مباحث فرعية، اهتمت بالقانون والظواهر القانونية؛ فصرنا أمام فلسفة القانون، وسوسيولوجيا القانون، وإثنوغرافيا القانون، وابستيمولوجيا القانون...

¹- I. Ch. Axionov & L. Svetchnikova, «La théorie du droit coutumier dans la recherche: ethnologie, théorie du droit et histoire du droit», op. Cit.

لائحة المصادر والمراجع

المراجع العربية:

- أحمد بن محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، تحرير: مصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، ط2، 1989.
- سمير شريف استيتية، اللسانيات: المجال والوظيفة والمنهج، عالم الكتب الحديث، إربد - جدارا للكتاب العالمي، إربد/ عمان، ط 2، 2008.
- عبد الرحمن بن ناصر السعدي النجدي الحنبلي، القواعد الفقهية (المنظومة وشرحها)، تقديم: محمد بن ناصر العجمي، إصدار: وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، قطاع المساجد، إدارة مساجد محافظة الجبراء، الكويت، ط1، 2007.

المراجع الأجنبية:

- Ch. Muller, Us, Coutumes et droit coutumier dans le Fiqh Maliki, trd: Rania Abdellatif. Cet article à été publié une première fois sous le titre "Sitte, Brauch und Gewohnheitsrechte im mālikitischen fiqh", 2012. <https://cutt.us/EsCJQ>
- G. Cornu, Linguistique juridique, Éditions Montchrestien, (3ème édition), Paris, 2005.
- I. ch. Axionov & L. Svetchnikova, «La théorie du droit coutumier dans la recherche: ethnologie, théorie du droit et histoire du droit», traduit par: Chantal Kourilsky-Augeven, Droit et cultures ((En ligne)), 50 /2005-2, mis en ligne le 28 mai 2009, consulté le 14 novembre 2023. URL : <http://journals.openedition.org/droitcultures/1060>
- M'begniga Abdoulaye, «African Customary Law and Modern Law from Western : An Over view on Their Roles and Impacts in Afrocan Societies», International Journal of Social Science and Humanities Research, Vol. 5, Issue 1, Article: January - 2017. URL:<https://www.researchgate.net/publication/316076616>

- V. R. Jhering, «Der Kampf ums Recht» 1872 ,trad. fr. Octave de Meulenaere, Paris, Marescq Aîné, 1890, et réédition «La lutte pour le droit», Dalloz, Paris, 2006.
- Code tunisien des obligations et des contrats, (version française), Publications de l'imprimerie officielle de la république Tunisienne, 2010.