بحث الرئيسية/مقالات/العرف كمصدر من مصادر القانون العرف كمصدر من مصادر القانون شبكة قدرات قانونية مقالات اضف تعليق 2, 301 زيارة فقد كان هو المصدر الوحيد للقانون في الجماعات البدائية قبل نشوء الدولة , حيث اضطر الأفراد تحت ضغط الحاجات والظروف ، وكان يعهد بتطبيقه إلى محكمين يختارهم الخصوم , وانتهـى الأمر بأن أصبح هو ينشىء قواعد قانونية عن طريق الأوامر التي يصدرها للرعية ، ومن هذه اللحظة أخذ العرف ينكمش تدريجيا ليترك المجال للتشريع الذي استقرت له الغلبة . و على هذا النحو يبدو أن العرف كانت له فيما مضى أهمية قصوى كمصدر رسمي للقواعد القانونية , حتى أن التقنينات الأولى كشريعة حمورابي وتقنين الألواح الإثني عشر ، لم تكن في جملتها الا مجرد جمع للقواعد العرفية المعمول بها . ذلك أن المشرع عند وضعه للنصوص المختلفة كثيراً ما يستلهم العرف السائد الذي يتوافق مع حاجات الجماعة ويعبر تماما عن رغبتها ، وبذلك يصبح العرف هو المصدر التاريخي أو المادي لكثير من النصوص التشريعية. و إن كانت أهميته كمصدر رسمي قد أصبحت ضئيلة في الوقت الحاضر , و لذلك نرى ضرورة دراسته كمحور هام من محاور النظرية العامة للقانون , وعليه نرى تقسيم هذا البحث إلى مطالب أربعة هي : المطلب الأول : مفهوم العرف . المطلب الثاني : أركان العرف . المطلب الثالث : أساس القوة الملزمة للعرف . المطلب الأول : مفهوم العرف كما يشـعرون أن احترامه و تطبيقه أصبح واجبا غير متنازع فيه ، دون سلطان أو إرادة عليا تفرضه. من هنا يرى بعض الفقهاء بان القوانين العرفية هي قوانين شعبية تتشكل من تعامل الشعب و استعماله ، و تنبثق من طبيعة العلاقات الاجتماعية و الحياة الشعبية , بخلاف التشريع الذي هو وليد عمل تشريعي و عقل مفكر قام بخلقه و فرضه بإرادته . و من هنا يقابل بعض الفقهاء بين العرف و التشريع , فيرون أن كلا منهما يعتبر قاعدة قانونية ملزمة إلا إنهما يختلفان من حيث أن : التشريع هو قاعدة قانونية مكتوبة أوجدها المشرع . أما العرف فهو قاعدة قانونية غير مكتوبة أوجدها تعامل الناس اللاشعوري واطراد سلوكهم في مسألة معينة على وجه مخصوص . لكن الاقتصار في تعريف العرف على أنه قانون غير مكتوب قد لا يكون كافيا للوقوف على الخصائص الذاتية للعرف . فإذا كان هذا التعريف كافيا لتمييز العرف عن التشريع ، فانه غير كاف لبيان أوجه الاختلاف بين العرف وبين غيره من مصادر القانون الأخرى . في مسألة محددة , فترة من الزمن , مع شعورهم بإلزامها قانوناً . ـ دور العرف في فروع القانون المختلفة : على النحو الأتي : 1 ـ في القانون الجزائي : لا مجال لتطبيق العرف في القانون الجزائي , عملا بالقاعدة التي تقضي بأنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي . و بالتالي عند خلو التشريع من نص يقضي بتجريم فعل والعقاب عليه لا يكون أمام القاضي إلا تبرئة المتهم دون أن يملك حق اللجوء إلى العرف لسد نقص التشريع ، وبالتالي تجريم الفعل المرتكب. و تحرص عادة بعض الدساتير على النص صراحة على هذا المبدأ ، كالمادة /29/ من الدستور السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (208) لعام 1973 التي تنص على أنه : 2 ـ في القانون الإداري : يلعب العرف دورا بارزاً كمصدر من المصادر الرسمية للقانون الاداري , فهو بالإضافة لكونه المصدر التاريخي للعديد من القواعد الإدارية , فانه يكمل أيضا النقص في حال عدم كفاية التشريعات و اللوائح الادارية . فهو قاعدة قانونية غير مكتوبة جرت السلطة الإدارية على اتباعها في مباشرتها لوظيفتها بصدد حالة معينة فترة من الزمن بحيث تصبح الإدارة و المتعاملين معها ملتزمين باحترامها . 3- في القانون المدني : يعتبر العرف وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني مصدراً من المصادر الرسمية للقانون ، لكن بالرغم من ذلك فان دوره في نطاق القانون المدني يتسم بالضعف , لكن هذا لا ينفي وجوده و أهميته في حسم العديد من النزاعات ذات الطابع المدني . 4- في القانون التجاري : يبدو أن أثر العرف في نطاق القانون التجاري أكثر شمولية و تنوعاً مما عليه في بقية فروع القانون ، 5- في القانون الدولي العام : و هو القانون الذي يحكم العلاقات بين الدول , سواء في فترة الحرب أو السلم ، أو في حالة الحياد ، 6- في القانون الدستوري : يختلف دور العرف من دولة إلى أخرى , ففي المملكة المتحدة (بريطانيا) يعتبر العرف المصدر الأساسي للقانون الدستوري ، أما في بقية الدول و التي تعتمد على الدساتير المكتوبة فيتضاءل دور العرف . ـ مزايا العرف : أ ـ ينشأ العرف بطريق التعامل التدريجي بين الناس على سلوك معين بصدد مسألة معينة مع الشعور بإلزاميته , فهو لا يوضع من قبل هيئة تفرض إرادتها , بل تتكون قواعده عبر الزمن بصورة تلقائية باعتبارها منبثقة عن المجتمع ذاته . مما يجعلها أكثر مسايرة لطبيعة التعامل بين الأفراد , ج ـ يلعب العرف دورا مهما في سد الثغرات التي تتضمنها أحكام التشريع ، إذ من المعروف أن التنظيم الكلي لمختلف الروابط داخل الجماعة أمر يستعصي على التشريع مهما بلغ من الدقة والإحاطة ، أي في التشريع. ـ عيوب العرف : على الرغم مما للعرف من مزايا فانه يثير الكثير من العيوب هي : و ذلك رغم تغير الظروف التي أدت إلى نشوئه ، وفي خلال هذه المدة يصبح العرف غير متفق مع حاجات الجماعة . ب ـ كثيرا ما يختلف العرف في نطاق الدولة الواحدة باختلاف أجزائها المختلفة : مما يؤدي إلى اختلاف القواعد التي تحكم نوعاً واحداً من الرابط الاجتماعية

Summarized by © lakhasly.com

داخل الدولة , و هذا يمهد السبيل لاختلاف القواعد القانونية في جميع أجزاء الدولة . سواء تعلق الأمر ببيان ماهيتها ، أو تعلق الأمر بمعرفة متى يبدأ سريانها أو متى ينتهي العمل بها . وهذا يؤدي في كثير من الأحيان إلى قيام منازعات في شأنه . إلا أن ذلك لا يعني أنه يمكن الاستغناء عنه ، بل نحن بحاجة إليه باستمرار للمساعدة في تنظيم السلوك الاجتماعي إلى جانب التشريع والمصادر الأخرى للقانون . و من أمثلة القواعد العرفية : "البقشيش" أو ما يسمى بالوهبة في الفنادق والمطاعم . المطلب الثاني : أركان العرف يتكون العرف تدريجيا ببطء ، نرى الآخرين يتبعون نفس القاعدة ، مدفوعين في هذا بغيرة التقليد واتباع المألوف ، ويتولد الشعور بضرورة احترامها وتوقيع الجزاء على من يخالفها . على هذا النحو يتكون العرف من ركنين اثنين : أولهما ركن مادي : وهو العادة أو الاعتياد . والثاني ركن معنوي : وهو الشعور بالإلزام . أولا : الركن المادي : (العادة) بمعنى أن هذا الاعتياد لا يتحقق إلا باضطراد العمل به و تواتره بمعزل عن أي تدخل من السلطة السياسية أو التشريعية في الدولة . و بالتالي فان هذه العادة تنشأ من خلال التعامل في الجماعة بشكل تلقائي وعفوي بحيث يجد الناسبموجبها حكماً معيناً ، أو حلاً لمشكلة قانونية معينة لا يوجد فيها نص قانوني معين في زمن معين . فإذا تواترت هذه القاعدة واضطرد العمل بها في نطاق الجماعة تكون عندئذ الركن المادي للعرف نتيجة هذا الاعتياد المتكرر و المستمر والثابت من قبل أفراد الجماعة . ـ شروط الركن المادي : فلا بد من أن تتوافر صفة العمومية والتجريد في قواعده ، بمعنى أن يكون العرف منتشرا على نطاق واسع في الوسط الاجتماعي أو المهني . و ليس ضروريا أن يكون العرف شاملا جميع أفراد المجتمع , بل يكفي أن ينتشر في فئة محدودة أو منطقة معينة , بل قد ينشأ العرف من تعود شخص واحد غير معين بذاته على إتباع سنة معينة في مسألة محددة ، و تقدير ما إذا كان العرف عاما أو غير عام مسألة موضوعية متروكة لتقدير قاضي الموضوع ، بمعنى أن يتواتر العملبه مدة طويلة من الزمن ، تكفي لتأكيد ثباته واستقراره في نفوس الناس . و الواقع أنه لا يمكن أن تحدد بصورة مسبقة المدة اللازمة لتكوين العرف برقم محدد و ثابت ، ولذلك يبقى الأمر متروكا لتقدير قاضي الموضوع ليقدر ـ حسب الظروف ـ فيما إذا كانت المدة التي استمر عليها السلوك كافية لاعتباره قاعدة قانونية عرفية ، 3 ـ أن يكون مستقراً : وبالتالي فهذا الانتظام والاستمرار هو الذي يضفي على العرف صفة الاستقرار . 4 ـ أن لا يكون مخالفا النظام العام أو الآداب العامة : و لكن يمكن مع ذلك أن نتصور حدوث تطور في فكرة النظام العام , و يترتب على ذلك عدم الاعتداد به , كعادة الأخذ بالثأر . الشروط الثلاثة الاولى : العمومية والقدم والاستقرار : تعتبر من الأمور الموضوعية أو الواقعية التي يستقل في تقديرها قاضي الموضوع , أما الشرط الأخير , وهو عدم مخالفة العرف للنظام العام والآداب العامة , فيعتبر من المسائل القانونية التي يخضع فيها تقدير قاضي الموضوع لرقابة محكمة النقض . ثانياً : الركن المعنوي : لا يكفي اضطراد العمل و تواتره على قاعدة معينة لأن تصبح هذه القاعدة عرفاً , بل لا بد من توافر الركن المعنوي , أو بمعنى أخر شعور الأشخاص بأن هذه القاعدة ملزمة لهم قانوناً . فالركن المعنوي هو الذي يحول الاعتياد المادي إلى قاعدة قانونية . و لا يمكن أن تخلق قاعدة قانونية مصدرها العرف ـ مهما استقرت ـ إلا إذا توافر الشعور بأنها قاعدةقانونية ملزمة يجب احترامها و توقيع الجزاء على من يخالفها . و على ذلك فتقديم الهدايا في بعض المناسبات كالزواج و أعياد الميلاد يمثل عادة قديمة و مستقرة و عامة, ـ التمييز بين العرف و العادة الاتفاقية : أشرنا إلى أن العرف هو مجموعة القواعد التي تنشأ عن اعتياد الناس على اتباع سنة معينة في مسالة محددة مع شعورهم بإلزامها قانوناً . كالعادة التي جرى عليها الناس في أكثر المدن في أن يتحمل المؤجر ثمن المياه التي يستهلكها المستأجر . لأنها يتوافر فيها الركن المادي للعرف – و هو كونها قديمة عامة مستقرة و غير مخالفة للنظام العام – دون الركن المعنوي الذي يتخلف فيها لعدم شعور الناس بضرورة احترامها . فالعادة مجرد واقعة مادية تتبع دون أن تكون لها القوة على إلزام أي فرد بأحكامها , إلا إذا أراد الفرد هو نفسه أن يلتزم بها , شريطة أن تظهر هذه الإرادةبشكل صريح أو ضمني , و يعني هذا أن القوة الملزمة للعادة لا تقوم على أساس القوة الذاتية الكامنة فيها ككل قاعدة قانونية , بل تقوم على أساس إرادة المتعاقدين و اتفاقهم على تنظيم علاقتهم وقفاً لها . كما قد يكون ضمنياً , و يقصد من ظروف العقد مكانه و زمانه و الغرض منه و مركز المتعاقدين , فإن حكمها يطبق عليهما ، و لو لم ينصا صراحة في عقد الإيجار على تطبيقها , و ذلك لأنه يفهم من ظروف الحال أن كلا منهما قد قصد ذلك . و وفقا لما تقدم لا يجوز الأخذ بالعادة الاتفاقية إلا إذا اتجهت إليها إرادة الإفراد في تنظيم عقودهم و تفسيرها , فإذا لم يتحقق ذلك فلا يمكن إلزام الأفراد بأحكامها . ـ الفرق بين العادة الاتفاقية و القاعدة القانونية التكميلية : العادة الاتفاقية لا تلزم المتعاقدين إلا إذا اتفقا على اتباعها إما صراحة أو ضمنا . إلا إذا اتفقوا على استبعاد حكمها . م.س) . فالقاعدة التكميلية هي إذا ملزمة و لا تحتاج إلى اتفاق الطرفين على اتباعها ، كل ما في الامر أن هذين الطرفين يستطيعان جعلها غير نافذة إذا اتفقا على خلافها . فالفرق إذاً بتلخص بالآتي : القاعدة القانونية المكملة واجبة الاتباع ما لم يتفق على استبعاد حكمها

Summarized by © lakhasly.com

، أما العادة الاتفاقية فهي غير ملزمة إلا إذا قصد الأفراد الأخذ بها صراحة أو ضمنا . 1- يعتبر العرف قاعدة قانونية , و لا يقبل من أحد أن يحتج بجهله للعرف . و بالتالي يستطيع أحد المتعاقدين أو كلاهما الاحتجاج بالجهل بهذه العادة , و يكون هذا الاحتجاج سليماً و صحيحاً . 2- العرف باعتباره قاعدة قانونية لا يكلف الخصوم بإثباته , بل يفترض علم القاضي به و تطبيقه من تلقاء نفسه . بالرغم من أن القاضي قد يلجأ من الناحية العلمية إلى الاسترشاد بأهل الخبرة و الاختصاص لمعرفته و الوقوف عليه لتحديد معناه و بيان حكمه . أما العادة الاتفاقية فلا يفترض بالقاضي العلم بها , لأن القاعدة العرفية ليست إلا قاعدة قانونية , و يدخل في وظيفة محكمة النقض التثبت من صحة تطبيق قاضي الموضوع لها . إذا أخطأ القاضي في تطبيقها إنما يخطئ في مجرد الوقائع لا في القانون , و لا يخضع بالتالي لرقابة محكمة النقض . و يلاحظ أن المشرع كثيراً ما يحيل على حكم العادة الاتفاقية . مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين ، كما تنص المادة 233 من القانون المدني على أنه : " لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد , و ذلك كله دون إخلال بالقواعد و العادات التجارية " . و يلاحظ أن المشرع هنا قد خلط بين العرف و العادة فاستعمل لفظ عرف بدل لفظ العادة , و قد سلك هذا الموقف في نصوص تشريعية كثيرة . كما يلاحظ أيضا أنه في الأحوال التي يحيل فيها التشريع على حكم العادة الاتفاقية ـ كما هو الحال في الأمثلة السابقة ـ تعتبر العادة الاتفاقية ملزمة ، و تستمد إلزامها من إحالة التشريع عليها ، على أنه يجوز للأفراد مع ذلك الاتفاق على مخالفتها و استبعاد حكمها , و لذلك فهي لا تطبق إلا إذا لم يثبت أن المتعاقدين قد اتفقا على الخروج عليها . المطلب الثالث : أساس القوة الملزمة للعرف من المسلم به أن للعرف قوة قانونية ملزمة ، عند استكمال ركنيه المادي و المعنوي , و قد تعددت المذاهب بشأن تحديد الأساس الذي يبنى عليه العرف كمصدر رسمي من مصادر القانون , يتلاقى هذا الرأي مع المذهب الشكلي في تفسير أساس القانون , إذ يذهب أنصار هذا المذهب إلى اعتبار القانون وليد إرادة الدولة و مشيئتها ، أو بمعنى آخر ، طالما أن المشرع لم يعترض على القاعدة العرفية بل يكفل احترامها و ضمان الالتزام بتطبيقها بقوة المؤيد المادي للدولة , فيعني ذلك أنه إرادته تنصرف ضمنيا إلى إقرارها . و قد ساد هذا الرأي ابتداء من القرون الوسطى , و استمر بعد ذلك طوال القرن التاسع عشر . – نقد هذا المذهب : و بالتالي لا يمكن إرجاع مصدر عريق للقانون إلى مصدر أقل منه عراقة . فأصحاب هذا الرأي لا يحاولون في حقيقة الأمر تفسير أساس القوة الملزمة للعرف بقدر ما يستهدفون تجميع سلطات الدولة كلها في جهاز واحد أو في يد شخص واحد . ثانياً – الضمير الجماعيأساس القوة الملزمة للعرف : يلاحظ أن هذا الرأي يلتقي مع التصور العام الذي يقوم على أساسه منظور المذهب التاريخي لأساس القاعدة القانونية , إذ بموجب هذا الرأي ينشأ العرف و يتطور آلياً نتيجة ما يتفاعل في ضمير الجماعة عبر العصور من عوامل مختلفة تؤدي إلى اعتبار العرف الوسيلة الرئيسية و التلقائية في التعبير عن الضمير الجماعي , و بذلك يستند العرف في قوته الإلزامية إلى هذا الضمير . – نقدهذا المذهب : استنادا لما يكتنف فكرة الضمير الجماعي من غموضو عدم تحديد , فهي فكرة غير واضحة المضمون و المعالم . فالعرف ـ وفقا لهذا الرأي ـ لا ينشا بصورة عفوية تلقائية , إذ لا قيمة عملية أو قانونية له إلا إذا طبقته المحاكم على ما يثار أمامها من منازعات . يلاحظ أن أنصار هذه المدرسة هم كثر و عديدون ليس فقط في نطاق النظام القانوني الانجليزي الذي يقوم أساس على نظام السوابق القضائية , بل يتجاوز ذلك ليجد من يؤيده في نطاق الفقه الفرنسي , بالرغم من خلو القانون الفرنسي من نظام السوابق القضائية . ـ نقد هذا المذهب : يلاحظ في هذا الرأي أنه لا يستند إلى أساس منطق سليم و قوي , إذ يتضح أن هناك العديد من القواعد العرفية التي هي بمثابة قواعد قانونية ملزمة قبل تدخل القضاء , ، و كذلك فإن هناك العديد من القواعد العرفية التي لم تتح لها فرصة التطبيق أمام القضاء

Summarized by © lakhasly.com