الدرس الثامن: مصادر القانون –العرف –

يعدّ العرف مصدرا رسميا احتياطيا للقانون و يعدّ في المرتبة الثانية بعد الشريعة الإسلامية ولا يلجأ القاضي إليه إلا إذا لم يجد في حكمه نصّا تشريعيا أو مبدأ من مبادئ الشريعة الإسلامية.
و يعدّ العرف أسبق المصادر ظهورا فقد عرفته المجتمعات القديمة غير أنه لم يعد كافيا لتنظيم سلوكيات الأشخاص في المجتمعات الحديثة.

المطلب الأوّل: مفهوم العرف:

يوجد للعرف تعريفا خاصا به و من خلال هذا التعريف يمكن تمييزه عن العادة الاتفاقية.

الفرع الأول: تعريف العرف:

يعرّف العرف أنه اطّراد أو تكرار سلوك الناس في مسألة ما بطريقة معيّنة مع الاعتقاد بأن هذا السلوك ملزم لهم قانونا.

ومن هذا التعريف نستنتج أن العرف يتكون من ركنين:

أولا. الركن المادي:

هو اطّراد أو تكرار سلوك معيّن بطريقة معيّنة و لتوافر هذا الركن لابد من الشروط التالية:
1. تكرار عادة معينة بطريقة عامة و معنى العمومية ليس جميع أفراد المجتمع لأن العرف قد يكون محليا أي يسود بلدة معيّنة في الدولة و لكن عموم الناس بهذه البلدة يتّبعونها و هو شرط العمومية.

2. أن تكون العادة قديمة و يخضع تقدير قدم العادة إلى تقدير القاضي.

3. أن تكون العادة مطّردة أي اتّبعت بصورة واحدة مستمرة دون توقّف.

4. أن لا تكون العادة مخالفة للنظام العام و الآداب العامة فلا يجوز إنشاء عرف يجيز الأخذ بالثأر.

ثانيا. الركن المعنوي:

هو اعتقاد الناس بأن العادة التي اطّرد سلوكهم على اتّباعها ملزمة لهم قانونا ويتعين عليهم اتّباعها

فمتى توفّر هذان الرّكنان نشأ العرف و أصبح قاعدة قانونية ملزمة للقاضي في حالة غياب نص تشريعي.

الفرع الثاني: التفرقة بين العرف و العادة الاتفاقية:

العرف لا يتكوّن إلا بتوافر ركنين المادي و المعنوي وبهذا يصبح قاعدة عرفية ملزمة قانونا أما العادة الاتفاقية فتتكوّن من الركن المادي فقط دون الركن المعنوي فهي عادة متكرّرة دون الشعور بإلزاميتها و من أمثلة: ما جرت عليه العادة في بعض الدول تحميل المؤجر ثمن استهلاك المستأجر من المياه.

و يترتّب من تفرقة العرف و العادة الاتفاقية ما يلي:

أولا. العرف قانون فيسري على الأفراد و لو كانوا يجهلونه وذلك طبقا لمبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون أما العادة الاتفاقية فلا تسري إلا على من اتّفق على الأخذ بها.

ثانيا. العرف قانون يطبّقه القاضي من تلقاء نفسه، أما العادة الاتفاقية فتستمد إلزاميتها من اتفاق الطرفين فلا يطبّقها القاضي إلا إذا تمسّك بها أطراف الاتفاق.

ثالثا. لا يكلّف القاضي الخصوم بإثبات العرف باعتباره قانونا و لكن العادة الاتفاقية فعلى الأطراف الاتفاق لإثباتها.

رابعا. العرف قانون يخضع في تطبيقه لرقابة المحكمة العليا لكن ، بينما العادة الاتفاقية فلا تخضع لرقابة المحكمة العليا باعتبارها مسألة وقائع و ليس قانونا.

المطلب الثاني: دور العرف في فروع القانون

باستثناء القانون الجنائي الذي يستبعد فيه العرف وذلك بناءا على قاعدة " لا جريمة و لا عقوبة و لا تدبير أمني إلا بنص" يلعب العرف دورا كبيرا في فروع القانون الأخرى.

يعدّ العرف مصدرا أصليا في مجالات التي يوجد فيه فراغ تشريعي مثل المسائل المتعلّقة بالسوق المصرفية و البورصات و الشؤون البحرية و كلك في العلاقات المهنية كالقواعد التي تحدّد مواعيد الإخطار بفسخ عقد العمل في كل جهة، كما يجد العرف مجالا في نطاق القانون الدستوري و الإداري و كذلك في نطاق القانون الدولي الخاص.

الفرع الثاني: مزايا و عيوب العرف:

رغم أن العرف تعبير مباشر عن سلوك تولّد و نمى في بيئة اجتماعية إلا أنه يبقى بطيئا في تطوّره لا يتماشى و متغيّرات الحياة الاجتماعية، كما أنه غير مكتوب مما يصعّب عملية وضوحه لدى القاضي لأنه

غير دقيق و أحيانا غامض، كما أن العرف المحلي يؤدي إلى اختلاف القواعد العرفية التي تحكم المسألة الواحدة باختلاف الجهة التي يسود فيها هذا العرف مما يحدّ من تحقيق وحدة قانونية أو قومية.

و لعلّ هذه العيوب أدت إلى انتزاع التشريع المكانة الأولى في مصادر القانون.