العـرف

اذا كـان التشـريع يعـد المصـدر الرسـمي العـام للقـانون فإنـه لا يحـيط تنظيمـاً بـدقائق الحيـاة القانونيـة ولا يمـدنا بجميـع الحلـول ، لـذا فقـد وقفـت الـى جانبـه مصـادر رسمية اخرى تعتبر مصادر احتياطية في مقدمتها العرف والدين .

التعريف بالعرف

يقصـد بـالعرف كمصـدر رسـمي للقـانون هـو طريـق نفـاذ قواعـد السـلوك الـى حيـز التنفيـذ فـي صـورة قاعـدة مكتوبـة جـاءت ثمـرة اعتيـاد النـاس علـى سـلوك معـين لتنظـيم ناحيـة مـن نـواحي حيـاتهم وتولـد الشـعور بضرورة الالتزام بها . ومصطلح العرف يفيد معنيين :-

1- المصـدر الرسـمي للقاعـدة القانونيـة ويعـرف بانـه اعتيـاد النـاس علـى سـلوك معـين فـي تنظـيم ناحيـة مـن نـواحي حيـاتهم الاجتماعيـة بحيـث تنشأ قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها .
2- القاعـدة القانونيـة فـي حـد ذاتهـا ويعـرف بانـه القاعـدة القانونيـة التـي اصـطلح النـاس فـي سـلوكهم علـى وضـعها ودرجـوا علـى اتباعهـا وساد الاعتقاد بانها ملزمة .

وتنشـأ القاعـدة العرفيـة عنـدما يتفـق طرفـا العلاقـة علـى تطبيقـه بحيـث يسـود الاعتقـاد لـدى الافـراد بلزومـه ولـم يخـالف نصـاً تشـريعياً آمـراً ولـم تخـرق مقتضـيات النظـام العـام وقواعـد الاداب العامـة ، هنـا تكـون القاعـدة العرفيـة قـد دخلـت فـي زمـرة قواعـد القـانون فـي صورة قاعدة عرفية تقيدت المحاكم بتطبيقها .

أركان العرف

يبدو مما تقدم ان قاعدة العرف تقوم على ركنيين :-

1- الركن المادي ، وهو المادة التي نشأت عن اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم علاقة ما .

2- الركن المعنوي ، وهو توافر عنصر الالزام في تلك العادة أي الاعتقاد بان هذه العادة ملزمة لهم .

يشترط في الركن المادي الشروط الاتية:-

1- تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الاشخاص في المجتمع وقيامها في دائرة معاملاتهم .

2- عموم العادة : اذ ينبغي ان تكون عامة من حيث الاشخاص الذين تتناولهم بالحكم فلا تقتصر بالتطبيق على شخص أو اشخاص معينين بذواتهم ، وانما تتوجه اليهم بصفاتهم وان تكون عامة في المكان الذي تقع فيه بأطراد سواء شملت كل اقليم الدولة أو اقتصرت في التطبيق على جزء من اقليم الدولة .

3- قِدم العادة ويعني مضي زمن على نشوئها واستمرارية العمل بها مما يؤكد عمومها وثباتها ويدل على رسوخ أثرها في النفوس وإطمئنان الناس الى الحل الذي تضعه .

4- اطراد العادة ، ويقصد بالاطراد ، اتباع العادة بصورة متواترة ومنتظمة اي تكرار تطبيقها على نسق واحد بحيث يتوافر معنى الاستقرار .

5- معرفة الناس بالعادة وشيوع أمرها ، اذا ينبغي بالعادة لكي تطبق على العلاقة القانونية ان يكون الافراد على علم بها وشاع وجودها بين الناس واحيطوا علما بمضمونها واندفعوا الى اتباعها عن بينة واختيار.

6- عدم مخالفة العادة في حكمها لنصوص التشريع الأمرة ، ذلك لان هذه القواعد تتعلق بكيان المجتمع ومصالحه العليا ولا تجوز للعادة ان تخالف مضمونها .

7- عدم مخالفة العادة للنظام العام والاداب العامة في المجتمع فلا يتوقع ان يخالف العادة قواعد النظام العام والاداب العامة لانها تسهم في تحديد مفهوم النظام العام والاداب العامة في الدولة .

الركن المعنوي

هو توافر عنصر الالزام في العادة وهو ما اصطلح على تسميته بركن الاعتقاد بلزوم العادة لان العادة لا تصبح عرفاً الا اذا اعتقد الناس بانها ملزمة وشعروا بما لها من قوة تقضي اتّباعها فتوافر الركن المادي لا يكفي لوجود العرف ، وانما ينبغي ان يتحقق له الوجود المعنوي أو النفسي الى جانب الوجود المادي فيسود الاعتقاد في أذهان الناس بوجوب أتبّاع العادة باعتبارها قاعدة قانونية تقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة ، وبغير هذا الاعتقاد لا يوجد العرف باعتباره قانوناً ملزماً بل يظل عادة يملك الافراد مخالفتها دون التعرض للجزاء القانوني .

مزايا العرف وعيوبه

يتمتع العرف بجملة من المزايا وتكتنفه كذلك بعض العيوب ، وابرز مزايا العرف هي :-

1- انه يعتبر تعبيراً صادقاً عما يرتضيه افراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم .
2- انه يتابع المجتمع في تطوره ويبدو أكثر مرونة في مسايرة الاوضاع الاجتماعية من القانون المكتوب .
3- انه يسد نقص التشريع فيعتبر مصدراً للقانون مكملا له .

أما عيوب العرف فأهمها ما يأتي :-

1- انه يعجز عن تحقيق تغير عاجل في القانون لمواكبة سرعة تطور المجتمع في بعض نواحي الحياة بسبب بطء تكوينه .
2- انه يؤدي الى ضياع وحدة القانون في الدولة بسبب ضيق نطاق تطبيقه .
3- يشوبه الغموض وصعوبة التثبت من وجوده فضلاً عن افتقاره الى الصياغة المحكمة التي تدرج فيها قواعد التشريع.

انواع العرف

ينقسم العرف من حيث نطاق تطبيقه الى عرف شامل أو محلي أو مهني ، فالعرف الشامل هو ما يعم الدولة بأسرها كالقاعدة العرفية التي تقضي باعتبار اثاث المنزل ملكاً للزوجة بين المسلمين في مصر مثلاً ، والقاعدة العرفية التي تقضي بحق الزوجة في ان تسمى بلقب زوجها في بعض الدول الاجنبية ، اما العرف المحلي فهو ما يسود اقليماً من اقاليم الدولة أو مدينة من مدنها أو منطقة في مدينة كبيرة ، ومن الامثلة عليه القواعد العرفية العشائرية في العراق ، أما العرف المهني فهو ما يقوم في حرفة أو مهنة معينة كالاعراف التي تنشأ في أوساط العمل والاعراف التجارية والزراعية ومن الامثلة على العرف التجاري العرف القاضي بجواز تقاضي الفوائد المركبة ، واحتساب الفوائد من تاريخ الخصم ، والاضافة في الحساب الجاري ، ويلاحظ ان العرف الشامل اذا تعارض في الحكم مع عرف محلي كانت الغلبة في التطبيق للعرف المحلي لانه أكثر تخصصاً .

اما من حيث القوة الملزمة فقواعد العرف كقواعد التشريع ، منها ما يكون امراً ومنها ما يكون مكملاً أو مفسراً ، وقواعد العرف الامرة هي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على استبعادها سواء كان العرف شاملاً أو محلياً او مهنياً وينبغي تطبيقها عند افتقاد النص التشريعي ، أما القواعد العرفية المكملة أو المفسرة فيجوز الاتفاق على ما يخالفها ، ومن الامثلة عليها العرف الذي يلزم مشتري المتجر الاعلان عن شرائه وعدم دفع الثمن قبل انقضاء مدة مناسبة على الاعلان تتيح لدائني البائع فرصة الاعتراض .