العرف ( المصدر الثانى للقانون(

1-) تعريف العرف:-

هو مجموعة من القواعد غير المكتوبة التى إتبعها الأفراد فى سلوكهم أجيالاً متعاقبة حتى نشأ الإعتقاد لديهم أن هذه القواعد أصبحت ملزمة وأن مخالفها سيتعرض لجزاء الجماعة. 2

-) شروط العرف:-.......

1- العمومية: أى أن تكون القاعدة العرفية المتبعة تخص طائفة معينة أو حرفة معينة مثل الأطباء أو المحامين.

2- عنصر الزمان القديم: أى لابد أن تكون فى إتبعتها أجيالاً متعاقبة أو مضى عليها فترة من الزمن.

3- التواتر فى الإستخدام: أى إتبعها الأفراد بإطراد غير متقطع.

4- الإعتقاد بالإلزام: أى نشأ الإعتقاد لدى العامة أن مخالفة هذه القواعد العرفية يترتب عليه جزاء معين فإذا تخلف عنصر الإعتقاد بالإلزام فإن هذه القاعدة تكون مجرد عادة معينة لدى الأفراد.

5- عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة: أى لا تخالف القواعد الأساسية العليا فى الدولة والناموس الطبيعى للأفراد.

3-) أنواع العرف:- توجد عدة تقسيمات للعرف كما يلى.....

أولاً: تقسيم العرف من حيث النشاط الذى يحكمه:- وينقسم العرف الى عرف عام وعرف خاص والعرف العام هو ما ينشأ عن صنع السلطات العامة والمرافق العامة فى الدولة عندما تباشر وظائفها العامة مثل العرف الادارى. أما العرف الخاص فهو من صنع الافراد عندما ينشأ عن معاملاتهم فى المعيشة.

ثانياً: تقسيم العرف من حيث نطاق تطبيقه:- وينقسم الى عرف شامل وعرف اقليمى, والعرف الشامل يحكم علاقات الافراد بغض النظر عن الاقليم او المهنة , اما العرف الاقليمى فهو خاص بالاقليم الذى طبق هذه القاعدة السلوكية او قد يكون العرف مهنياً مثل عرف الاطباء او المحامين.

ثالثاً: تقسيم العرف من حيث مدى الإلزام:- وينقسم الى عرف آمر وعرف مكمل, فالعرف يكون آمر إذا كان متعلق بالنظام العام او الآداب العامة, ويكون العرف مكمل اذا كان غير متعلق بالنظام العام والآداب العامة وفى العرف الآمر لا يجوز للأفراد الاتفاق على ما يخالف أحكامه وفى العرف المكمل يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفة أحكام القاعدة العرفية.

. 4-) أركان العرف:-

للعرف ركنين 1

- الركن المادى: اى مجموعة متواترة من التصرفات او الافعال القادرة على تكوين روابط اجتماعية مصحوبة بجزاء وهذا الاعتبار ينبغى ان يكون بصفة مستمرة طوال آجيال متعاقبة بحيث يسودها الثبات والاستقرار ومثال ذلك ان العرف التجارى جرى على ان التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيراً ناقلاً للملكية.

2- الركن المعنوى: أى اعتقاد الناس ان ما أفه هؤلاء الافراد قد اصبح ملزماً, وهذا الالتزام ناشئ عن شعور الافراد بضرورة الروابط الاجتماعية وعدم الخروج على المألوف وهذا ما يطلق عليه البعض أنه العنصر النفسى.

5-) القوة الملزمة للعرف :- إختلفت آراء الفقه حول تحديد القوة الملزمة للعرف إلى أربعة اتجاهات كالتالى..............

الإتجاه الأول: القوة الملزمة ( السلطة العامة )← أى أن العرف يعتبر ضمناً رضاء من السلطة العامة بتطبيقه ومن ثم فإن القوة الملزمة للعرف لابد أن تستند إلى هذه السلطة العامة ولكن يؤخذ على هذا الرأى أن العرف أسبق فى نشأته من وجود التشريع.

الإتجاه الثانى: القوة الملزمة ( حكم القضاء )← ساد هذا الإتجاه فى الدول التى تأخذ بنظام السوابق القضائية مثل القانون الإنجليزى فالعرف لا يتكون هنا إلا بعد حكم المحاكم ومن ثم فإن القاضى هو الذى ينشئ القاعدة العرفية ويضفى عليها صفة الإلزام ولكن هذا الإتجاه كسابقه يؤخذ عليه أن القاضى إذا كان قد طبق العرف فهو يطبقه لأنه قاعدة قانونية ملزمة فهل القاضى بذلك يكون قد أصبح مشرعاً وقد ذهب البعض رغم هذه المآخذ أن للقضاء بلا شك دور واضح فى تحديد مضمون القاعدة العرفية.

الاتجاه الثالث: القوة الملزمة ( الضرورة الاجتماعية للعرف )← أى أن العرف له دور مكمل للتشريع فربما لا يلاحق التشريع الزمان فلابد أن يكون مضافاً لديه قواعد عرفيه تساير هذا التطور وهو ماتفرضه الضرورات الاجتماعية ولكن هذا الاتجاه ظاهر البطلان فالضرورة الاجتماعية لا تخلع عليه صفة الالزام وهى العنصر الاساسى فى القاعدة العرفية.

الاتجاه الرابع: القوة الملزمة ( رضاء الجماعة )← فلما كان العرف ناشئ عن إتباع الأفراد لقواعد سلوكية معينة بمحض إرادتهم وأصبح فى إعتقادهم أن تلك القواعد صارت ملزمة وهذا إنما يدل على رضاءهم التام إتجاه هذه القواعد السلوكية.................... ونعتقد مع البعض أن الاتجاه الصحيح هو رضاء الجماعة والذى يكون القوة الملزمة للعرف.

6-) العرف والعادة الاتفاقية: يقصد بالعادة الاتفاقية ان الافراد يتبعون سلوكاً معيناً فترة طويلة من الزمن ولكن لاينشأ فى الاعتقاد لديهم بالزامية هذه القواعد التى تم اتباعها وكما عرفها البعض انها عرف ناقص وهناك فروق جوهرية بين العادة الاتفاقية والعرف على النحو التالى ......1

- على القاضى ان يطبق العرف دون حاجة لتمسك الخصوم فى النزاع به اما العادة فانها لا ترتقى الى مرتبة القانون ولا يجوز للقاضى طلب تطبيقها الا اذا تمسك بها الخصوم.

2- يتعين على القاضى إفتراض العلم بالقاعدة بالقاعدة العرفية, أما العادة فهى مجرد شرط من شروط العقد ويجب على من يتمسك بها أن يثبت وجودها وإتجاه إرادة الخصوم فى النزاع إلى العمل بها.

3- لا يجوز التذرع بالجهل بالقاعدة العرفية أما فى العادة الاتفاقية فإنه يجوز لأحد الخصوم الإدعاء بالجهل بها.

4- فى مجال الرقابة القضائية التى تباشرها محكمة النقض يخضع القاضى فى مجال القاعدة العرفية لنطاق تلك الرقابة أما العادة الاتفاقية فلا رقابة لمحكمة النقض عليها.

7-)مزايا وعيوب العرف:

للعرف مزايا وعيوب نعرضها كما يلى

...... أولاً: مزايا العرف: 1- يعتبر العرف أصدق القواعد القانونية فهو تعبير أصيل عن إرادة الأفراد داخل الدولة. 2- للعرف دور هام فى الحياة التشريعية فالعرف قد يكون مكملاً للتشريع أو معاوناً له أو مخالف له.

ثانياً: عيوب العرف: 1- قد يصعب عندما تتغير الظروف الإجتماعية أن يتغير العرف لمواجهة هذه الظروف على خلاف التشريع فإنه ملاحق للتطورات الحديثة فالعرف يُعاب عليه انه قد يعرقل مصالح الجماعة الحديثة. 2- يؤخذ على القاعدة العرفية الغموض وصعوبة الاثبات. 3- قد يكون العرف خاصاً بإقليم معين, فتتعدد القوانين بتعدد الأعراف مما يصعب معه وحدة واحدة للنظام القانوني الواجب التطبيق فى داخل الجماعة؟, فمصلحة الجماعة هى وحدة القانون على إقليم الدولة.