الجامعة المستنصرية

الكلية: الآداب

القسم: الانثروبولوجيا والاجتماع

المرحلة الرابعة: فرع علم الاجتماع

المادة: علم الاجتماع القانوني

أستاذ المادة: أ.د. بشير ناظر حميد

تسلسل المحاضرة: ٣١

أسم المحاضرة: العرف قانون غير مكتوب

أول فكرة ينبغي ان تتبادر إلى الذهن عند إطلاق اصطلاح العرف، هي فكرة القانون. فالعرف هو قانون، سواء قصد بذلك أنه مصدر من مصادر القواعد القانونية، أو قصد بذلك ذات القواعد القانونية الناشئة عن هذا المصدر.

والفكرة التالية التي يجب ان تطرأ على الذهن، هي أن العرف قانون غير مكتوب. والمقصود بذلك أن قواعد العرف لم تضع في وثيقة رسمية مكتوبة كما هو الشأن بالنسبة للتشريع. وإذا كانت صياغة التشريع في وثيقة مكتوبة هي أهم خصائصه. وهنا نرى من ناحية أخرى أن عدم صياغة العرف في وثيقة مكتوبة هي أيضاً أهم خصائصه.

وتعريف العرف بأنه قانون غير مكتوب هو تعريف يتميز بالسهولة واليسر، ويؤدي في نفس الوقت إلى تفرقة واضحة بين العرف والتشريع.

ومع ذلك فإن تعريف العرف بأنه قانون غير مكتوب، هو تعريف سلبي مستمد من عكس الصفة الموجودة في التشريع، ولكنه غير مستمد من الخصائص الذاتية للعرف. وهذا التعريف السلبي إذا كان يميز بين العرف والتشريع، إلا أنه لا يميز بين العرف وبين غيره من مصادر القواعد الأخرى غير المكتوبة.

ولذلك إذا أريد وضع تعريف للعرف مستمد من خصائصه الذاتية، فإنه يمكن القول بأن العرف هو سنة يتبعها الناس مع شعورهم بإلزامها إلزاماً قانونياً فالعرف هو اطراد العمل بين الناس وفقا لسلوك معين اطرادا مقترنا بإحساسهم بوجود جزاء قانوني يكفل احترام هذا السلوك.

والعرف باعتباره سلوكا يتواتر الناس على اتباعه، هو واقعة مادية أو مجموعة من الوقائع المادية. وهذه الواقعة المادية تمثل العنصر الأول أو الركن الأول من أركان العرف. ولكن الواقعة المادية لا تنشئ أمرا أي لا تحدد ما ينبغي ان يكون أي لا تنشئ قاعدة من قواعد السلوك. ولذلك لابد أن يضاف إلى هذا الركن المادي، ركن آخر معنوي، وهو الشعور بضرورة اتباع هذا السلوك. وهذا الشعور بالإلزام هو الذي يجعل من الواقعة أمرا، ومن التواتر قاعدة قانونية. وبالجمع بين الركنين المادي والمعنوي، يصبح العرف قاعدة قانونية، أي يصبح أمرا ملزما باتباع سلوك معين عند توافر شروط معينة.

وإذا كان العرف يتميز بأنه قانون غير مكتوب، فإنه من المتصور مع ذلك كتابه العرف بعد نشأته، أي تجميعه بعد وجوده والمثل البارز على ذلك ما تم من تجميع العرف في فرنسا في القرنين الخامس عشر والسادس عشر. ولكن رغم هذه الكتابة فإن العرف يظل قانونا غير مكتوب بمعنى أن مصدر إلزامه ليس هو تجميعه وكتابته، وإنما هو شعور الناس بقوته القانونية، وهو الشعور الذي جعل من العرف قانونا قبل أن يتم تجميعه.

ويخلص مما سبق ان العرف هو قانون غير مكتوب ينشأ عن تواتر الناس على اتباع سلوك معين مع شعورهم بوجود جزاء قهري يكفل احترام هذا السلوك.

العرف في اللغة هو ما تعارف عليه الناس في عاداتهم ومعاملاتهم وهو في الاصطلاح القانوني مجموعة القواعد غير المكتوبة التي تعارف عليها الناس وتوارثوها جيلا عن جيل وارتضوا العمل بها على نحو ثابت مطرد ظاهر، وهم موقنون في وجوب اتباعها والعمل بمقتضاها.

ومن ثم فقد جرت على ألسنتهم من قديم عبارات:-

"المعروف عرفا كالمشروط" التعهد بالعرف كالتعهد بالنص" "الممتنه عادة كالممتنع حقيقة" "المعروف بين التجار كالمشروط بينهم"

وإذا كانت القاعدة العرفية قانونا كالقانون المسنون- أي التشريع- فإنه يلزم ان تكون عامة مجردة.

وعموم القاعدة العرفية لا يقصد به انصراف حكها إلى جميع الناس او الى كافة ما يصدر منهم من أعمال او يجرى بينهم من معاملات وإنما تتوافر صفة العمومية بانتفاء

التخصيص، ومن ثم فالقاعدة العرفية كما يجوز ان تكون عامة يجوز أيضا أن تنصرف إلى طائفة من الأفراد كالتجار أو الزراع او الصناع او أصحاب المهن، فيقال إن العرف التجاري أو الزراعي أو الصناعي او المهني جرى بكذا ولا ينال ذلك من عموم القاعدة العرفية مادامت العبرة فيها بعموم الصفة لا بتخصيص الذات وكون القاعدة العرفية قاعدة مجردة يعني أن التكليف بها يتوجه إلى كل من تتوافر فيه صفة بعينها كصفة التاجر أو الصانع أو المزارع أو المؤجر أو المستأجر لا إلى شخص بعينه، ويواجه وقائع فيها تتوافر فيها شروط خاصة محددة. وعلى ذلك فإن العرف قد يكون عاما- فينصرف حكمه إلى أفراد المجتمع جميعا- وقد يكون خاصا فلا يشمل إلا أفراد المجتمع جميعا- وقد يكون خاصا فلا يشمل إلا أفراد طائفة معينة. كذلك فإن القاعدة العرفية قد تكون آمره ينعدم بالنسبة لها سلطان الإرادة فلا تجوز مخالفتها، وتنتج في هذه الحالة كافة الآثار المترتبة على اعتبار قاعدة قانونية من النظام العام.

وقد تكون مفسرة او مكملة يستعان بها في تكملة إرادة الأفراد، أو في الكشف عن هذه الإرادة إذا شابها غموض. ومن هذا القبيل ما نصت عليه المادة ١٥٠ من القانون المدني المصري في فقرتها الثانية: "إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي ان يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

وكذلك ما نصت عليه المادة ٩٥ من القانون ذاته "إذا اتفق الطرفات على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا ان العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة.

والقانون العرفي:- هو ببساطة أي أسلوب من التفاعل بين الأفراد والجماعات يكون معترف به بصورة واضحة عن طريق هذه الجماعات والأفراد حيث ان هذا النمط من التفاعل يؤدي إلى وجود توقعات للسلوك والتي يجب ان يكون متفق عليها.

شروط العرف المعتبر قانونا:

بالإضافة إلى شرطي العمومية والتجريد، فغنه يشترط لكي تعتبر القاعدة العرفية قانونا ملزما للمخاطبين بأحكامها:

١- أن يظل العمل بها على نحو ثابت مستمر مدة من الزمان تدل على القدم.

٢- أن يتم العمل بها على نحو اهر معلوم لمن هي واجبة التطبيق عليهم وصفات العمومية والتجريد واطراد العمل والثبات والقدم والظهور-تمثل الركن المادي للقاعدة العرفية.

٣- أن يتوافر لدى الأفراد الذين سادت بينهم القاعدة العرفية اعتقاد جازم بالزوم العمل بمقتضاها حتى يتحقق العدل الذي ارتضته ضمائرهم. وهذا الشرط يمثل الركن المعنوي للقاعدة العرفية.

٤- ألا تكون القاعدة العرفية مخالفة للنظام العام أو الآداب.

وهذا أمر متصور بالنسبة للقواعد العرفية المحلية أو المهنية او الطائفية ولكنه غير متصور بالنسبة للعرف العام لأن فكرة النظام العام أو الأدب تستمد أساسا من مجموع المصالح الأساسية للجماعة، ومن ظروفها الاجتماعية والسياسية والاقتصادية، ومن معتقداتها الدينية ومثلها العليا ومن المؤثرات الروحية والأخلاقية فيها-ومن ثم يصبح من النادر أن تصطدم بتلك الفكرة قاعدة عرفية عامة.