العُرف

معنى العرف :

العرف كالتشـــريع والتقنين يفيد معنيين اولهما المصـــدر الرســـمي للقاعدة – وثانيهما القاعدة القانونية في حد ذاتها, وما يهمنا في التعريف هو المعنى الاول.

– العرف كمصدر رسمي للقانون: يقصد به اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها.

– العرف كقاعدة قانونية: هو القاعدة القانونية التي اصـطلح الناس في سـلوكهم على وضـعها ودرجوا على اتباعها وساد الاعتقاد بأنها ملزمة.

اركان العرف :

للعرف ركنين اولهما مادي – وثانيهما معنوي

اولاً: الركن المادي :

هو المادة التي نشـــأت عن اعتياد الناس على ســـلوك معين لتنظيم علاقة ما اي نشـــوء عادة قانونية.

– للركن المادي للعرف عدة شروط ينبغي توافرها وهي:

1. تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الاشـــخاص في المجتمع وقيامها في دائرة معاملاتهم.
2. عموم العادة: اي انه ينبغي ان تكون العادة عامة من حيث الاشخاص والمكان.
3. قدم العادة: ويعني مضـــي زمن على نشـــوئها واطراد العمل بها مما يؤكد عمومها وثباتها ويدل على رسوخ اثرها في النفوس واطمئنان الناس الى كل الذي تضـعه. وليست هنالك مدة محددة في هذا الشـأن وان كان الرأي الغالب يشـترط ان تبلغ من القدم مدى ينسـى الناس بمضيه تاريخ نشوئها, وامر تحديد الزمن امر يخضع لتقدير القاضي.
4. اطراد العادة في تطبيقها وثباتها: ويقصـد بالاطراد اتباع العاداة بصـورة متواترة ومنتظمة اي تكرار تطبيقها على نسـق واحد بحيث يتوافر لها معنى الاسـتقرار بصـورة ثابتة غير متقطعة.

5. معرفة الناس بالعادة وشـــيوع امرها: ينبغي ان يجري العمل بمقتضـــاها في اغلب المخاطبين بها, وهذا ما لا يمكن تحقيقه الا اذا شـــاع وجودها بين الناس واحاطوا علماً بمضمونها.
6. عدم مخالفة العادة في حكمها لنصـــوص التشـــريع الآمرة: لأن هذه القواعد الآمرة تتعلق بكيان المجتمع ومصـــالحه العليا فلا يجوز للعادة مخالفة مضـــمونها, واذا كان هذا هو الاصل, الا ان المشرع قد يرى في بعض الحالات في دائرة بعض فروع القانون التجاري ان القاعدة العرفية محلية كانت ام مهنية قد تبدو اكثر ملائمة في التطبيق من النص التشريعي فيصوغ النص ولكنه يقر للقاعدة العرفية بالأفضلية في التطبيق عند التعارض.
7. عدم مخالفة العادة للنظام العام والآداب في المجتمع: وهذا الشرط يصح تطلبه في العادة التي ينشأ منها عرف محلي او مهني فقط, اما العادة التي ينشأ منها عرف شامل ينطبق على كل اقليم الدولة فلا يتصـور انها تخالف النظام العام لانها تسـهم في تحديد مفهومه في الدولة.

ثانياً: الركن المعنوي :

هو توافر عنصـر الالزام في العادة وهو ما اصـطلح الشـراح على تسـميته بركن الاعتقاد بلزوم العادة, وذلك لأن العادة لا تصـبح عرفاً الا اذا اعتقد الناس بأنها ملزمة وشـعروا بما لها من قوة تفرض عليهم اتباعها.

مزايا العرف وعيوبه

يتمتع العرف بجملة من المزايا وتكنفه بعض العيوب نتناولها فيما يلي:

مزايا العرف:

1. انه يعد تعبيراً صادقاً عما يرتضيه افراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم.
2. انه يتابع المجتمع في تطوره ويبدو اكثر مرونة في مســـايرة الاوضـــاع الاجتماعية من القانون المكتوب.
3. انه يسـد نقص التشـريع فيعتبر مصـدراً للقانون مكملاً له ويعاونه في التنظيم فيحكم ما أحال التشريع اليه حكمه.

عيوب العرف

هنالك عدة عيوب أدت الى تدني منزلة العرف وتفوق التشريع عليه اهمها:

1. انه يعجز عن تحقيق تغيير عاجل في القانون لمواكبة سـرعة تطور المجتمع في بعض نواحي حياته بسبب بطء تكوينه.
2. انه يؤدي الى ضياع وحدة القانون في الدولة بسبب ضيق نطاقه, وذلك لأن العرف غالباً ما يكون محلياً او مهنياً ويندر ان يعم الدولة بأسرها.
3. انه لا يضـمن ما ينبغي ان يحققه القانون في المجتمع من نظام وطيد وتعامل مسـتقر بسبب غموض قواعده وصعوبة التثبت من وجودها والتحقق من مضمونها. بسبب بطء تكوينها واقتصارها على انشاء القاعدة القانونية فقط, فهي تفتقد الى الصياغة المحكمة التي تدرج فيها قواعد التشريع لتكفل التعرف على الحقوق والواجبات وتضمن استقرار التعامل.

انواع العرف :

يبدو العرف على ثلاث انواع من حيث نطاق تطبيقه, كما يظهر على نوعين من حيث قوته الملزمة:

أ- من حيث نطاق تطبيقه: فقد يكون العرف شاملاً او محلياً او مهنياً.

1. العرف الشامل: هو ما يعم الدولة بأسرها كالقاعدة العرفية التي تقضي باعتبار اثاث المنزل ملكاً للزوجة لدى المسلمين في مصر.

2. العرف المحلي: هو ما يسـود اقليم من اقاليم الدولة او مدينة من مدنها او منطقة في مدينة كبيرة منها. كالقواعد العرفية العشائرية في العراق.

- اذا تعارض العرف الشـامل مع المحلي في الحكم كانت الغلبة للعرف المحلي لانه اكثر تخصصاً.

3. العرف المهني: هو ما يقوم في حرفة او مهنة معينة كالأعراف التي تنشأ في اوساط العمل والاعراف التجارية. ومن امثلة الاعراف التجارية جواز تقاضـــي الفوائد الكمركية وجواز تعدي الفائدة للسعر القانوني الذي حدده المشرع.

ب- من حيث القوة الملزمة: قواعد العرف كقواعد التشـــريع منها ما يكون امراً ومنها ما يكون مكملاً او مفسراً.

2- قواعد العرف الآمرة: هي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على استبعادها سواءً كان العرف شاملاً ام محلياً ام مهنياً وينبغي تطبيقها عند افتقاد النص التشريعي الا اذا نص المشرع على افضليتها في التطبيق. ومن امثلتها حق الزوجة في فرنسا بالتسمية بإسم زوجها.

2- قواعد العرف المكملة او المفســـرة: هي قواعد يجوز الاتفاق على ما يخالفها. ومن امثلتها العرف الذي يلزم مشتري المتجر الاعلان عن شرائه وعدم دفع الثمن قبل انقضاء مدة مناسبة على الاعلان تتيح لدائني البائع فرصة الاعتراض.

((التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية))

يقع الخلط كثيراً بين العرف والعادة وقد ساعد على وقوع هذا الخلط عدم التمييز بينهما من قبل الفقه الاسلامي, ومع ذلك فإن الفقه العربي المعاصر يجمع على وجوب التمييز بينهما, ويتخذ من عنصـــر الالزام معياراً لهذا التمييز فالعرف يتوافر فيه الركنان المادي والمعنوي, اما العادة فلا يتوافر فيها سوى الركن المادي. وقد اخذ كل من المشرع العراقي والمصري بهذا المعيار.

- اذا كانت العادة تخلو من عنصـــر الالزام ولا تعتبر في ذاتها قانوناً الا انها تكتســـب القوة الملزمة متى اتفق المتعاقدان على اتباعها سواء كان الاتفاق صريحاً او ضمنياً وبذبك تستمد قوتها لا من ذاتها بل من اتفاق الطرفين.

- اذا كانت العادة تستمد قوتها من اتفاق الطرفين على اتباعها, الا انها قد تستمد قوتها الملزمة من احالة المشـرع اليها بنص تشـريعي وعندئذ تصـبح واجبة الاتباع فترقى الى مرتبة العرف المكمل وتكون لها قوة قواعد القانون المكملة والمفسرة للإرادة.

- هنالك فروق جوهرية يمكن من خلالها التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية وهي:

1. يطبق القاضي العرف من تلقاء نفسه على ما يعرض عليه من نزاع باعتبار العرف قانوناً واجب التطبيق وان لم يتمسك به الطرفين, اما العادة الاتفاقية فتعتبر شرطاً في العقد اي يجب التمسك بها من قبل احد الطرفين لكي يقوم القاضي بتطبيقها.
2. يلزم العرف المتعاقدين بأحكامه سـواء كانوا على عدم بها او كانوا يجهلونها, اما العادة الاتفاقية فيجب ان يكون الطرفان على علم بها اما اذا جهلها احدهما او كلاهما امتنع تطبيقها.
3. يجب على القاضي ان يتحرى وجود العرف بنفسه فإن لم يقتنع بوجوده قضى بعدم ثبوته لديه, اما العادة الاتفاقية فتفرض على من يدعيها واجب عبء اثباتها.
4. يخضع تطبيق العرف من حيث التثبت من توافر عنصرية وسلامة تطبيقه لرقابة محكمة التمييز, اما العادة الاتفاقية فلا رقابة لمحكمة التمييز على قضاء القاضي بشأن تطبيقها.
5. قد يبلغ العرف التجاري درجة من القوة يتفوق بها على نص مخالف له وقد ينص المشرع على تغليب حكم العرف على حكم النص التشـريعي في حالات معينة عند تعارضـهما, اما العادة الاتفاقية فلا تعد قاعدة قانونية وان كانت عادة تجارية ولا يمكن ان تلغي قانوناً او تفصل نصاً تشريعياً في التطبيق.

((منزلة العرف في فروع القانون ودوره في الحياة القانونية))

تتفاوت منزلة العرف باختلاف فروع القانون وكذلك بتفاوت الانظمة القانونية فهو يمارس دوراً هاماً في بعضها وينعدم أثره في بعضها الاخر وهذا ما سنبينه فيما يلي:

1. يلعب العرف دوراً هاماً في دائرة كل من (القانون العام – القانوني الدسـتوري – القانوني التجاري) فالأعراف الدولية تعتبر مصـدراً هاماً لقواعد القانون الدولي العام, والعرف الدسـتوري يعتبر المصـدر الوحيد للدسـتور العرفي ومصـدراً مكملاً في العديد من الدول للدستور المكتوب, كما تعتبر الاعراف التجارية مصدراً هاماً لقواعد القانون التجاري.
2. لا اثر للعرف في بعض فروع القـانون (كـالقـانون المـالي والقـانون الجنـائي وقوانين الاجراءات كأصـول المحاكمات الجزائية, وقوانين المرافعات المدنية والتجارية) لأن

التشريع هو المصدر الأساس للقانون المالي والجنائي, ولأن النصوص التشريعية هي المصدر الفرد لقواعد الاجراءات جنائية او مدنية او تجارية.

3. كما يلعب العرف دوراً تتفاوت اهميته بتفاوت الانظمة القانونية في فروع القانون الاخرى (كالقانون المدني والقانون الاداري وقانون العمل) وذلك لأن العرف يعتبر مصدراً رسمياً للقانون المدني كما في بعض القوانين المدنية العربية المعاصرة, كما يأخذ القضاء الاداري العرف بعين الاعتبار في كثير من الحالات, كما للعرف اثر في دائرة قوانين العمل.

- يمارس العرف في ظل القانون المدني العراقي النافذ دورين هما:

1. دور المكمل للتشريع ويعني وجوب رجوع القاضي اليه والحكم بمقتضاه عن افتقاد النص, وكثيراً ما يرجع اليه القاضي لسد نقائص التشريع.
2. دور المساعد للتشريع فقد تحيل اليه النصوص تنظيم مسائل معينة او يلجأ اليه لضبط معيار او يستعان به لتفسير نية المتعاقدين تقديراً من المشرع بأن العرف اقدر من التشريع على الوفاء بالغرض الذي ينشده.