إذا كان التشريع يعد المصدر الرسمي العام للقانون فإنه لا يحيط تنظيمًا بدقائق الحياة القانونية ولا يمدنا بجميع الحلول. وتقف إلى جانبه مصادر رسمية أخرى تعتبر مصادر احتياطية في مقدمتها العرف والدين مع ملاحظة أن الدين قد يعتبر مصدرًا رسميًا أصليًا لبعض الروابط القانونية وسنبدأ كلامنا في المصادر الاحتياطية بالعرف؛ لأنه وفق الترتيب الذي جاء في الفقرة الثانية من المادة الأولى من قانوننا المدني يعتبر المصدر الرسمي الذي يلي التشريع من حيث الأهمية.

التعريف بالعرف

معنى العرف:

إذا كان التشريع يعني الطريق المعتمد الذي تنفذ منه قواعد السلوك إلى حيز القانون الوضعي في صورة قواعد مكتوبة ملزمة تصوغها سلطة مختصة في الدولة.

فإن العرف كمصدر رسمي للقانون هو طريق نفاذ قواعد السلوك إلى حيز التنفيذ في صورة قاعد غير مكتوبة تجيء ثمرة اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية وتولد الشعور بضرورة الالتزام بها.

غير أن مصطلح العرف كالتشريع والتقنين يفيد معنين أولهما: المصدر الرسمي للقاعدة القانونية. وثانيهما: القاعدة القانونية في حد ذاتها فهو بمعناه الأول يعرف بأنه اعتياد الناس على سلوك معين في تنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بحيث تنشأ منه قاعدة يسود الاعتقاد بضرورة الالتزام بها وهو بمعناه الثاني يعرف بأنه: القاعدة القانونية التي اصطلح الناس في سلوكهم على وضعها ودرجوا على اتباعها وساد الاعتقاد بأنها ملزمة.

وتنشأ القاعدة العرفية بدافع الحاجة إلى تنظيم علاقة اجتماعية فإذا اصطلح طرفا هذه العلاقة على حل لتنظيمها أو احتكما إلى شخص للفصل في نزاعهما وقضى بحل له أقبل الناس على اتباع هذا الحل لتنظيم تلك الناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية بدافع من حب التقليد متى شعروا بصلاحه وإذا اطرد التقليد على اتباعه نشأت عن أطراد التقليد عادة يستقر الناس على تصريف شؤونهم بمقتضاها حتى إذا مضى زمن على شيوع هذه العادة وثباتها تولد اعتقاد بضرورة الالتزام بها لتمضي العادة في طريقها إلى دائرة العرف. ومتى ساد الاعتقاد بأنها ملزمة

ولم تخالف نصًا تشريعيًا أمرًا ولم تخرق مقتضيات النظام العام وقواعد الآداب العامة وسلم في زمرة قواعد القانون عندئذ في صورة قاعدة عرفية وتقيدت المحاكم بتطبيقها.

أركان العرف:

يبدو مما تقدم أن قاعدة العرف تقوم على ركنين أولهما: ركن مادي هو المادة التي تنشأ من اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم علاقة ما وثانيهما: ركن معنوي هو توافر عنصر الإلزام في تلك العادة.

أما الركن المادي وهو نشوء عادة قانونية فيتطلب توافره الشروط الآتية:

١) تعلق العادة بالعلاقات القانونية القائمة بين الأشخاص في المجتمع وقيامها في شأن معاملاتهم.

٢) عموم العادة: أي أنه ينبغي أن تكون عامة من حيث الأشخاص الذين تسري عليهم بالحكم فلا تقتصر في التطبيق على شخص أو أشخاص معينين بذواتهم وإنما توجه إليهم بصفاتهم وإن تكون عامة في المكان الذي تتبع فيه باطراد سواء شملت كل إقليم الدولة أو اقتصرت في التطبيق على جزء من إقليم الدولة.

٣) قِدَم العادة: ويعني مضي زمن على نشوئها واطراد العمل بها مما يؤكد عمومها ويدل على رسوخ أثرها في النفوس واطمئنان الناس إلى الحل الذي تضعه. وليست هناك مدة محددة في هذا الشأن وإن كان الرأي الغالب يشترط أن تبلغ من القدم مدى ينسى الناس بمضيه تاريخ نشوئها ومع ذلك فإن تحديد الزمن الذي يقتضيه قدمها أمر يخضع لتقدير القاضي ويتأثر القاضي في تقديره بطبيعة المعاملات التي تنشأ فيها العادة وتفاوت موضوعها ومدى تكرر العمل بها.

٤) اطراد العادة: في تطبيقها وثباتها ويقصد بالاطراد اتباع العادة بصورة متواترة ومستقرة أي تكرار تطبيقها على نسق واحد بحيث يتوافر لها عندئذ معنى الاستقرار ويقصد بالثبات اتباعها بصورة مستمرة أي بصورة غير متقطعة بحيث يتأكد وجودها فينتفي وجودها إذا اتبعت فترة وعدل عنها بعدئذ.

٥) معرفة الناس بالعادة وشيوع أمرها: ذلك لأن العادة تنشأ عن اصطلاح طريق علاقة قانونية على وضعها والسير بمقتضاها فترة من الزمن بصورة مطردة ثابتة فحسب لا يكفي لاستقرارها ولتوافر صفة الاطراد والثبات لها اتباعها من قبل عدد محدد من الناس

وانما ينبغي أن يجري العمل بمقتضاها من قبل أغلب المخاطبين بها. وهذا ما لا يمكن تحقيقه إلا إذا شاع وجودها بين الناس وأحاطوا علمًا بمضمونها واندفعوا إلى اتباعها عن بينه واختيار.

٦) عدم مخالفة العادة في حكمها لنصوص التشريع الآمرة لأن هذه القوعد الآمره تتعلق بكيان المجتمع ومصالحه العليا ولا يجوز للعادة أن تخالف مضمونها وإذا كان هذا هو الأصل إلا أن المشرع قد يرى في بعض الحالات وفي دائرة بعض فروع القانون التجاري أن القاعدة العرفية محلية كانت أم مهنية قد تبدوا أكثر ملائمة في التطبيق من النص التشريعي فيصوغ النص ولكنه يقر للقاعدة العرفية بالأفضلية في التطبيق عند التعارض.

٧) عدم مخالفة العادة للنظام العام والآداب العامة في المجتمع: وهو شرط يصح تطلبه في العادة التي يتكون منها العرف المحلي أو المهني. أما العادة التي ينشأ عنها عرف شامل ينطبق على إقليم الدولة برمته فلا يتصور أن تخالف قواعد النظام العام الآداب العامة لأنها تسهم عندئذ في تحديد مفهوم النظام العام والآداب العامة في الدولة.

اما الركن المعنوي في العرف:

فهو توافر عنصر الإلزام في العادة وهو ما اصطلح الشراح على تسميته ركن الاعتقاد بلزوم العادة ذلك لأن العادة لا تصبح عرفًا إلا إذا اعتقد الناس بأنها ملزمة وشعروا بما لها من قوة تقتضيهم اتباعها فتوافر الركن المادي لا يكفي لوجود العرف وإن نشأت العادة بتوافره وإنما ينبغي أن يتحقق له الوجود المعنوي أو النفسي إلى جانب الوجود المادي فيستقر في روع الناس الاعتقاد بوجوب اتباع العادة باعتبارها قاعدة قانونية تقترن بجزاء مادي تفرضه السلطة العامة عند مخالفتا وبغير هذا الاعتقاد لا يوجد العرف باعتباره قانونًا ملزمًا بل يظل عادة يملك الأفراد مخالفتها دون التعرض للجزاء القانوني.

مزايا العرف وعيوبه:

يتمتع العرف بجملة من المزايا وتكنفه بعض العيوب والواقع أن مزاياه تقابل عيوب التشريع كما أن عيوبه تقابل ما فصلناه من مزايا للتشريع وأبرز مزايا العرف ما يأتي:

١) أنه يعد تعبيرًا صادقًا عما يرتضيه أفراد المجتمع في تنظيم علاقاتهم.

٢) أنه يتابع المجتمع في تطويره ويبدوا أكثر مرونة في مسايرة الأوضاع الاجتماعية من القانون المكتوب.

تستمد قوتها الملزمة من إحالة المشرع إليها بنص تشريعي وعندئذ تصبح واجبه الاتباع فتر
مرتبة العرف المكمل وتكون لها قوة قواعد القانون المكملة والمفسرة للإرادة وتترتب عل
ثبوت الصفة القانونية لقاعد العرف وانتفائها من العادات الاتفاقية النتائج الآتية في ضوء ما
استقر عليه الفقه والقضاء المعاصران.

١) يطبق القاضي العرف من تلقاء نفسه عل ما يعرض عليه من نزاع وإن لم يتمسك به
أحد الطرفين باعتبار العرف قانونًا يجب على القاضي تطبيقه أما العادة الاتفاقية فتعتبر شرطًا
في العقد أو تمثل إرادة مفروضة للطرفين ولذلك ينبغي على صاحب المصلحة من الخصوم إ
الدعوى التمسك بها حتى يقوم القاضي.

٢) يلزم العرف المتعاقدين بإحكامه سواء كانوا على علم بها أو كانوا يجهلونها. أما العا
الاتفاقية فإن تطبيقها يقم على أساس انصراف إرادة الطرفين إلى الأخذ بها فإذا جهل الطرفان
أحكامها أو جهلها أحدهما امتنع تطبيقها.

٣) يجب على القاضي أن يتحرى وجود العرف بنفسه فإن لم يتقنع عند التحري بوجوده
قضى بعدم ثبوته لديه. أما العادة الاتفاقية فتفرض على من يدعيها واجب عبء إثباتها.

٤) يخضع تطبيق العرف من حيث التثبيت من توافر عنصرية وسلامة تطبيقه لرقابة محكمة
التمييز أما العادة الاتفاقية فلا رقابة لمحكمة التمييز على قضاء قاضي الموضوع بشأن وجوده
وتطبيقها.

٥) قد يبلغ العرف التجاري درجة من القوة يستطيع بها أن يغلب على نص مخالف له دو
ينص المشرع على تغليب حكم العرف على حكم النص التشريعي في حالات معينة ف
تعارضهما أما العادة الاتفاقية فلا تعد قاعدة قانونية وإن كانت عادة تجارية ولا تستطيع
بطبيعة الحال أن تلغي قانونًا أو تفصل نصًا تشريعيًا في التطبيق.

منزلة العرف في فروع القانون ودوره في الحياة القانونية:

تتفاوت منزلة العرف باختلاف فروع القانون فهو يمارس دورًا هامًا في بعضها ويتضا
أثره في بعضها الآخر ويلعب دورًا يتفاوت بتفاوت الأنظمة القانونية في فروع قانونية أخرى
فهو يمارس دورًا هامًا في دائرة كل من القانون الدولي العام والقانون الدستوري والقانون
التجاري فالأعراف الدولية تعتبر مصدرًا هامًا لقواعد القانون الدولي العام والعرف
الدستوري يعتبر المصدر الفرد للدستور العرفي كما يعتبر في كثير من الدول مصدرًا مكملا

ويلاحظ أن العرف الشامل إذا تعارض في الحكم مع عرف محلي كانت الغلبة في التطبيق للعرف المحلي لأنه أكثر تخصصًا.

أما من حيث القوة الملزمة، فقواعد العرف كقواعد التشريع منها ما يكون أمرًا ومنها ما يكون مكملا أو مفسرًا وقواعد العرف الآمرة هي القواعد التي لا يجوز الاتفاق على استبعادها سواء كان العرف شاملاً أو محليًا أو مهنيًا وينبغي تطبيقها عند افتقاد النص التشريعي. إلا إذا نص المشرع على أفضليتها في التطبيق على التشريع بالرغم من وجوده ومن الأمثلة عل قواعد العرف الآمرة بعض الأعراف التجارية وحق الزوجة في فرنسا بالتسمية باسم زوجها أما القوعد العرفية المكملة أو المفسرة فقواعد يجوز الاتفاق على ما يخالفها من الأمثلة عليها العرف الذي يلزم مشتري المتجر الإعلان عن شرائه وعدم الثمن قبل انقضاء مدة مناسبة على الإعلان تتيح لدائني البائع فرصة الاعتراض.

التمييز بين العرف وبين العادة الاتفاقية:

يقع الخلط كثيرًا بين العرف وبين العادة وقد ساعد على وقوع هذا الخلط عدم التمييز بينهما من قبل الفقه الإسلامي وذكرهما كمترادفين في كثير من النصوص التشريعية من قبل المشرع الوضعي كالمشرع العراقي والمصري. ومع ذلك فإن الفقه العربي المعاصر يجمع على وجوب التمييز بينهما. ويتخذ من عنصر الإلزام معيارًا لهذا التمييز فالعرف يقوم على عادة أكسبته الوجود المادي. وعلى اعتقاد بقوته الملزمة أضفى وجودًا معنويًا يتأصل في النفوس فتوافر فيه الركنان المادي والمعنوي معًا واضحى قاعدة قانونية ملزمة أما العادة فيتوافر فيها الركن المادي فقط ولكنها تفقد الركن المعنوي وإذا كانت تطرد في العمل فإن الناس يتبعونها بمحض اختيارهم دون أن يتعرضوا للجزاء عند مخلفتها وقد أخذ كل من المشرع العراقي والمصري بهذا المعيار للتفرقة بينهما فذكر العرف دون العادة كمصدر رسمي للقانون وإذا كانت العادة تخلو من عنصر الإلزام ولا تعتبر في ذاتها قانونًا إلا أنها قد تكتسب القوة الملزمة متى اتفق العاقدان على اتباعها سواء كان الاتفاق صريحًا أو ضمنيًا يستخلص من ظروف التعاقد والتعامل السابق وهي عندئذ تستمد قوتها الملزمة لا من ذاتها ولكن من اتفاق الطرفين على الالتزام بها وقيمتها عندئذ لا تتعدى قيمة الاتفاقات العادية لأنها تعتبر جزء من العقد الذي تم بين الطرفين ولذلك جرى الاصطلاح على تسميتها بإعادة الاتفاقية.

إذا كان الأصل أن العادة الاتفاقية تستمد قوتها من اتفاق الطرفين على اتباعها إلا أنها قد

٣) أنه يسد نقص التشريع فيعتبر مصدرًا للقانون مكملا له ويعاونه في التنظيم ليمكن أحال التشريع إليه حكمه.

أما عيوب العرف التي أدت إلى تدني منزلته وتفوق التشريع عليه فأهمها ما يأتي:

١) أنه يعجز عن تحقيق تغير عاجل في القانون لمواكبة سرعة تطور المجتمع في بعض نواحي حياته بسبب بطء تكوينه.

٢) أنه يؤدي إلى ضياع وحدة القانون في الدولة بسبب ضيق نطاق تطبيقه؛ فلأن العرف غالبًا ما يكون محليًا أو مهنيًا ويندر أن يعم الدولة بأسرها.

٣) أنه لا يضمن ما ينبغي أن يحققه القانون في المجتمع من نظام وطيد وتعامل مستقر بسبب غموض قواعده وصعوبة التثبت من وجودها والتحقق من مضمونها ذلك لأن قواعد العرف فضلاً عن بطء تكوينها تقتصر على إنشاء مضمون القاعدة القانونية فقط وتفتقد الصياغة المحكمة التي تدرج فيها قواعد التشريع لتكفل التعرف على الحقوق والواجبات وتضمن استقرار التعامل.

أنواع قواعد العرف:

يبدو العرف على ثلاثة أنواع من حيث نطاق تطبيقه كما يظهر في صورتين من حيث قوته الملزمة.

أما من حيث نطاق تطبيقه فقد يكون العرف شاملاً أو محليًا أو مهنيًا والعرف الشامل هو ما يعم الدولة بأسرها كالقاعدة العرفية التي تقضي باعتبار أثاث المنزل ملكًا للزوجة بين المسلمين في مصر والقاعدة العرفية التي تقضي بحق الزوجة في أن تسمى بلقب زوجها في بعض الدول الأجنبية.

وأما العرف المحلي فهو ما يسود إقليمًا من أقاليم الدولة أو مدينة من مدنها أو منطقة مدينة كبيرة منها. ومن الأمثلة عليه القواعد العرفية العشائرية في العراق والقواعد التي تحكم حقوق الارتفاق في الملكية الزراعية والقاعدة التي تقضي بدفع بقشيش بنسبة معينة من الحساب للخدمة في الفنادق والمحلات العامة أما العرف المهني فهو ما يقوم في حرفة أو مهنة معينة بالأعراف التي تنشأ في أوساط العمل والأعراف التجارية والزراعية ومن الأمثلة العرف التجاري العرف القاضي بجواز تقاضي الفوائد المركبة واحتساب الفوائد من تاريخ الخصم والإضافة في الحساب الجاري وجواز تعدي الفائدة للسعر القانوني الذي حدده المشرع

لقواعد الدستور المكتوب وتعبر الأعراف التجارية مصدرًا هامًا لقواعد القانون التجاري وقد يغلب بعض المشرعين العرف التجاري على نص آمر.

ولا أثر للعرف في بعض فروع القانون كالقانون المالي والقانون الجنائي وقوانين الإجراءات كأصول المحاكمات الجزائية وقوانين المرافعات المدنية والتجارية لأن التشريع هو المصدر الوحيد لكل من القانون المالي والجنائي ولأن النصوص التشريعية هي المصدر الفرد لقواعد الإجراءات جنائية أو مدنية أو تجارية.

ويمارس العرف دورا تتفاوت أهميته بتفاوت الأنظمة القانونية في فروع القانون الأخرى كالقانون المدني والقانون الإداري وقانون العمل ذلك لأن العرف قد يعتبر مصدرًا رسميًا للقانون المدني كما هو شأنه في القوانين المدنية العربية المعاصرة وفي كثير من القوانين المدنية الغربية ويأخذ القضاء الإداري وهو مصدر هام من مصادر القانون الإداري العرف بعين الاعتبار في كثير من الحالات وللعرف أثر في دائرة قوانين العمل ولكن أثره يتفاوت بتفاوت مدى استيعاب النصوص التشريعية للحلول القانونية.

وإذا أعتبر العرف مصدرًا رسميًا للقانون فإنه يمارس في ظل القانون المدني العراقي القائم دورين: أولهما دور المكمل للتشريع ويعني وجوب رجوع القاضي إليه والحكم بمقتضاه عند افتقاد النص ووجود عرف اكتمل فيه ركناه المادي والمعنوي وكثيرًا ما يرجع القضاء إليه لسد نقائص التشريع وثانيهما دور المساعد للتشريع فقد تحيل النصوص إليه تنظيم مسائل معينه أو يلجأ إليه لضبط معيار أو يستعان به لتفسير نية المتعاقدين تقديرًا من المشرع بأن العرف أقدر من التشريع على الوفاء بالغرض الذي ينشده.