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: ٣٥

أسم المحاضرة: تعارض العرف مع بعض المبادئ

- **تعارض العرف مع مبادئ الشريعة الإسلامية**

مضى القول بأن تطبيق مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء لا يتوقف على إفراغها في نصوص محددة منضبطة وإنما المناط في ذلك هو مدى صلاحية المبدأ في ذاته لتطبيقه تطبيقاً فوريا. وبأنه يتعين إبطال العمل بما يخالف هذه المبادئ من نصوص التشريع. ومن ثم فإن العرف–وهو أدنى مرتبة من التشريع–يجب أن ينزل على حكمها ولا يجوز أن يخالفها أو يتعارف معها وإلا كان ردا لا يصح الأخذ به.

- **تعارض العرف مع نص من نصوص التشريع**

طبقا للترتيب الوارد في المادة الأولى من القانون المدني فإن العرف يلي نصوص التشريع مرتبة وأخذ بمبدأ تدرج التشريع فإن القاعدة العرفية التي تتعارض مع نص تشريعي لا يجب العمل بها لأنها لا تملك إلغاءه ومن ثم فقد نصت المادة الثانية من القانون ذاته على أن إلغاء التشريع لا يكون إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع النص القديم أو ينظم من جديد الموضوع الذي سبق أن قرر التشريع القديم قواعده كذلك فإنه لا يجوز العمل بالعرف إذا وجد نص تشريعي يمكن تطبيقه.

ويرى البعض أنه إن كان العرف لا يملك إلغاء القواعد القانونية التشريعية المكملة أو المفسرة إلا انه يملك مخالفتها إذ يجوز الاتفاق على مخالفة هذه القواعد فضلا عن أن بعضها يتوقف إعماله على عدم وجود عرف يخالفه والذي نراه أن العرف لا يملك مخالفة نص تشريعي

مكمل أو مفسر إلا إذا أذن له النص التشريعي بذلك بل وحتى في هذه الحالة لا تكون ثمة مخالفة وإنما إعمال لمقتضى التشريع الذي أوجب اتباع العرف في المسألة المنصوص عليها فيه.

وقد ذهب رأى في الفقه الفرنسي إلى أن العرف–متى توافرت شروط اعتباره قانونا–فإنه يخلق قواعد قانونية لا فرق بينها ونصوص التشريع وبذلك يقف العرف إلى جوار التشريع ليسد ما يمكن أن يكون من نقص فيه وبالتالي يكون من الصعب أن نتوقف في منتصف الطريق فنعترف للعرف بقدرته على إنشاء قواعد قانونية تسد النقص في القانون المكتوب وننكر عليه قوته في الإلغاء.

المشكلة التي تثيرها مسألة إثبات العرف

القاعدة العرفية تثير مسألتين أساسيتين: أوهما: ما يتعلق بوجودها أو بعدم وجودها، والثانية خاصة بتطبيقها حال التيقن من قيامها.

ولا خلاف على أنه عند وجود أو قيام العرف فإنه يصبح قانونا يجب على القاضي أن يأخذ به إن خالفه أو أخطأ في تطبيقه وقع حكمه مخالفا للقانون أو مخطئا في تطبيقه.

بيد أن الخلاف محتدم منذ زمن بعيد حول مسألة التثبيت من قيام العرف، فقد ذهب رأى– تأخذ به محكمة النقض– إلى إلحاق التثبت من قيام أو من وجود العرف وعدم وجوده بمسائل الواقع ومن ثم فعبء إثباته يقع على من يدعى وجوده والعلم به ليس مفترضا وإنما ينبغي التمسك به أمام محكمة الموضوع ولا يجوز التحدي بقيامه لأول مرة أمام محكمة النقض ولا تجوز المجادلة أمام هذه المحكمة فيما ينتهي إليه قاضي الموضوع– إعمالا لسلطته في التقدير– من وجود أو عدم وجود قاعدة عرفية صالحة للتطبيق على النزاع المطروح عليه، إلا أن يمتنع عن الأخذ بعرف ثابت ليس محل منازعة من أحد.

وحجة هذا الرأي أن العرف يخرج من الوقائع والأفعال، ومن ثم يجب أن يستأثر بالتثبيت منه قاضي الموضوع باعتباره مسألة موضوعية وليس مسألة قانونية، وأنه يكفي أن تقتصر رقابة محكمة النقض على مجرد تطبيقه حال وجوده دون أن تجاوز ذلك الى التثبت من هذا الوجود حتى لا تنزلق الى ميدان الوقائع وهو غير ميدانها.

وذهب رأي الى أن الصواب هو ترك أمر التثبت من قيام العرف لمحكمة الموضوع لا لأنه واقعة من وقائع الدعوى كما قيل، ولكن لأن العرف أكثره محلي لا إقليمي والمصلحة التي تعود على أهل العرف من عرض أمر التثبت من قيامه وعدم قيامه على محكمة النقض هي مصلحة قليلة الأهمية، ولو فتح هذا الباب لكثرت الطعون وضاع المحكمة وقت هي شديدة الحاجة إليه.

أما كون "العرف القائم" قد طبق أو لم يطبق" فلأولى إخضاع الحكم في ذلك لرقابة محكمة النقض.