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: ٣٣

أسم المحاضرة: مصدر الإلزام بالقاعدة العرفية

ذهب رأى في الفقه إلى إطلاق القول بأن مصدر إلزام القاعدة العرفية هو قيام الدولة على كفالة احترامها بما تملكه من قوة مادية وأن التشريع باعتباره مظهر إرادة الدولة يملك تنظيم مصادر القانون فيعتبر أو لا يعتبر قاعدة عرفية ما من مصادره. وذهب رأى آخر إلى أن قوة إلزام العرف ترجع إلى ضمير الجماعة حيث يحل هذا الضمير محل إرادة المشرع. وذهب رأى ثالث إلى أن أساس قوة العرف الملزمة يكمن في تطبيق المحاكم له.

بينما اتجه رأى–نميل إلى الأخذ به–إلى ان العرف لا يستمد قوته الملزمة لا من المشرع الذي يرضى عنه فيقره ولا من الدولة التي ترصد قوتها على كفالة احترامه ولا من الضمير الجماعي ولا من القضاء الذي يحكم بقواعده–إنما للعرف قوة إلزام ذاتية تستمد من الضرورة الاجتماعية التي تفرضه وتحتم وجوده–حين لا يوجد تشريع كما في الجماعات البدائية أو حين يكون التشريع ناقصا والنقض فيه طبيعي كما في الجماعات الحديثة. فالعرف هو الوسيلة الطبيعية لكل جماعة في حكم سلوكك الأفراد فيها وفي التصدي لتنظيم ما قد يستعصى على التشريع تنظيمه أو ما يتأخر التشريع عن تنظيمه.

وفضلا عن ذلك فقد يسهم في إعطاء العرف قوة ملزمة ذاتية واعتبارات كثيرة منها ما للقديم من التقاليد من حرمة وهيبة في النفوس، ورهبة غريزة من مخالفتها ومنها ما تقتضيه حاجة الأمن والاستقرار في المعاملات من تطبيق السنة التي جرى الناس على اتباعها زمنا طويلا

باعتبارها سنه ملزمة. ومنها ما في العرف من قرينة على تحقيق العدل وإقامة التوازن بين المصالح الفردية المتعارضة.