تابع للمحاضرة السادسة

الفرع الرابع: العرف المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني

يعتبر العرف أقدم مصادر القانون ظهورا، له دور كبير في تنظيم سلوك وعلاقات الأفراد، وبالرجوع لنص المادة الأولى من القانون المدني الجزائري، نجد أن المشرع اعتبر العرف المصدر الإحتياطي الثاني بعد الشريعة الإسلامية.

وهو عبارة عن قواعد لم تفرضها السلطة التشريعية، إلا أنها ناتجة عن ممارسة عامة وطويلة في مجتمع معين، ولا يزال له المركز الأول في بعض المجتمعات كالبدو وسكان الصحاري، وللعرف مركزه وقوته في بعض المجالات مثل مجال التجارة، حيث تسود أعراف متعددة تحكم التعامل التجاري بنوع خاص، وفي القانون الدولي العام يعتبر العرف المصدر الأول وكذلك يعتبر أحد مصادر القانون الدولي الخاص.

أولا/ تعريف العرف وشروطه:

العرف هو اعتياد الأشخاص على إتباع سلوك معين في مسألة معينة، بحيث يستقر الشعور لدى الجماعة باعتباره سلوكا ملزما يترتب على مخالفته توقيع الجزاء.

أما شروط القاعدة العرفية فهي:

- أن تكون القاعدة معمولا بها منذ زمن طويل؛
- أن تكون القاعدة مستمرة ومستقرة أي يتكرر التعامل بها؛
- أن تكون عامة ومجردة؛
- أن يألف الناس احترامها والالتزام بها؛
- ألا تكون هذه القاعدة مخالفة للنظام العام أو لنص تشريعي؛

ثانيا/ أنواع العرف:

ينقسم العرف من حيث طبيعة القاعدة العرفية إلى عرف عام، وضعته السلطات العامة في الدولة وعرف خاص من وضع الأفراد في معاملاتهم.

أما من حيث النطاق فينقسم العرف إلى عرف عام أو شامل يطبق في مساحات واسعة، وعرف خاص يطبق في منطقة معينة فقط.

أما من حيث المجال فينقسم إلى عرف تجاري وعرف مدني وعرف إداري وعرف دستوري...إلخ.

ثالثا/أركان العرف:

تتمثل أركان العرف في الركن المادي والركن المعنوي

1- الركن المادي للعرف:

الركن المادي للعرف هو تكرار الناس لسلوك معين في مسألة معينة واعتيادهم عليه دون انقطاع. وشروطه القدم، الثبات، العموم والشهرة.

2- الركن المعنوي للعرف:

الركن المعنوي هو اعتقاد الناس بإلزامية السلوك الذي اعتادوا على إتباعه.

رابعا/ أهمية العرف وعيوبه:

للعرف أهمية كبرى حيث يلعب دورين أساسيين:

أولا: العرف مكمل للتشريع، فالعرف يلعب دوره الأساسي في حالة غياب نص تشريعي وشرعي (في الشريعة الاسلامية)، فيصبح إلزاميا على القاضي الاعتماد على العرف كمصدر ثالث بعد التشريع والشريعة الاسلامية وإذا أنكر العرف فإنه يصبح أمام جريمة إنكار العدالة.

ثانيا: العرف مساعد للتشريع، بحيث يقوم العرف بدوره المساعد للتشريع عندما يكون هناك نص قانوني يوجه القاضي للاسترشاد بالعرف، فالنص التشريعي في هذه الحالة موجود لكنه يحيل إلى العرف لتكملة أحكامه (خاصة في القواعد المكملة مثلا)

ويجب الإشارة إلى أن العرف لا يمكنه إلغاء نص تشريعي، ولا يمكنه مخالفة نص تشريعي في نفس الاختصاص (العرف التجاري مع نص تشريعي تجاري، أو عرف مدني وقاعدة قانونية مدنية، ويمكن للعرف التجاري أن يخالف نصا تشريعيا مدنيا، لأن الأصل أن القانون المدني هو الشريعة العامة وهو مكمل للقانون التجاري (في حالة غياب نص تشريعي تجاري)، كما يمكن للعرف مخالفة النصوص التشريعية المكملة.

أما فيما يخص عيوب العرف فتتمثل في:

غموضه وعدم تحديد مضمونه وسريانه

يتطلب وقتا طويلا لظهوره ونموه واستقراره، واختلافه من منطقة إلى أخرى في الدولة الواحدة وبذلك يتعارض مع وحدة القانون الواجب في الدولة.

الفرع الخامس: مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة المصدر الرسمي الاحتياطي الثالث

أولا/ مفهوم القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

لما كان القانون يلزم القاضي بالفصل في كل نزاع يعرض عليه، إذ لا يجوز له الامتناع عن إصدار الحكم في الدعوى المطروحة أمامه، وإلا اعتبر مرتكبا لجريمة إنكار العدالة، لهذا يلجأ المشرع دائما إلى أن يضع أمام القاضي وسيلة تمكنه من الفصل في النزاع المعروض عليه في الحالات التي لا تسعفه فيها نصوص قانونية خاصة، وتلك الوسيلة هي الرجوع إلى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدل.

فالقانون الطبيعي هو مجموعة المبادئ العليا التي يسلم العقل الإنساني السليم بضرورتها لتنظيم العلاقات بين الأفراد، في أي مجتمع إنساني، ويعرفه البعض بأنه " مجموعة القواعد التي تحقق العدالة في أسمى صورها ".

أما العدالة تعني ضرورة التسوية في الحكم، على الحالات المتساوية، والعدالة تقتضي الأخذ بأقرب الحلول لموضوع واحد، وعند الحكم على حالة معينة يجب أن تراعي جميع الظروف الشخصية التي أدت إلى وجود هذه الحالة.

فالعدالة بهذا المفهوم هي المساواة في الحكم، على العلاقات فيما بين الأفراد كلما كانت ظروفهم واحدة مع الاعتداد دائما بالجانب الإنساني، وكذلك بالظروف الشخصية التي تحيط بالفرد في كل حالة من هذين التعريفين نتبين أن مفهوم القانون الطبيعي ومفهوم العدالة واحد ولا فرق بينهما، ولذلك فإن قواعد القانون الطبيعي وقواعد العدالة هما شيء واحد، ولهذا يستعمل التعبيرات كمترادفين لا فرق بينهما.

وبعبارة أخرى فالقانون الطبيعي متصل بالكائن البشري إذ يأخذ بعين الاعتبار طبيعة الإنسان وغايته في العالم. (أمثلة: العدالة، النزاهة، احترام الوعد، الحاجة إلى الأمن والاستقرار، حماية الضعيف، محبة الغير، التصدق على المحتاج.... إلخ).

ثانيا/أهمية القانون الطبيعي وقواعد العدالة:

القانون الطبيعي وقواعد العدالة تحتل المرتبة الرابعة بعد التشريع والشريعة الإسلامية والعرف، وهي في المرتبة الثالثة في المصادر الاحتياطية بعد الشريعة الإسلامية والعرف.

القاضـي الجزائري وجد نفسـه في حيرة من كيفية تطبيق الإحالة الواردة في نص المادة الأولى من القانون المدني، لأن المشـرع من جهة لم يعرف هذه المبادئ والقواعد، ولم يحدد مصـدرها هذا ما يوقع القاضـي في حيرة لن تزول إلا إذا قام بربط هذه المبادئ بالمثل العليا للمجتمع الجزائري التي يمكن أن تكون في مجتمعات أخرى.