وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة مولود معمري – تيزي وزو
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

دور العرف في القانون

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص
تخصص : قانون خاص معمق

من إعداد الطلبة:
– وزاني سعدية
– خميسي سيليا

تحت إشراف الأستاذ(ة)
– د/تيريش، بلعسلي ويزة

لجنة المناقشة :

د/ براهيمي صفيان، أستاذ محاضر "ب" ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....رئيسا.
د/تيريش، بلعسلي ويزة، أستاذة محاضرة "أ"، جامعة مولود معمري تيزي وزو..... مشرفة و مقررة.
د/حابت أمال، أستاذة محاضرة "ب" ، جامعة مولود معمري تيزي وزو.....ممتحنة.

تاريخ المناقشة :10 /07/ 2019

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى من وفر لي كل الإمكانيات، و حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم، و زرع في قلبي المثابرة **أبي** أطال الله في عمره.

إلى من أرضعتني الحنان، قرة عيني، رمز الحب و الأمان، و التي كان دعاؤها سببا في نجاحي **أمي** أطال الله في عمرها.

إلى من دعمني ووقف معي في حياتي و دراستي **زوجي** الغالي أعانه الله و حفظه، و عائلته الكريمة.

إلى من أعتز بهم و أحملهم في قلبي أخواتي **حسان** و **حسين** و إخواتي **سعيدة** و **فاطمة**

إلى من افتقد وجودها، و أحن إلى دفء حنانها التي علمتني دروس الحياة، إلى روح **جدتي** الطاهرة رحمها الله.

إلى التي تقاسمت معها نظال هذا البحث المتواضع صديقتي و زميلتي **سعدية.**

إلى التي قاسمتني الحزن و السعادة الصديقة و الأخت **كميلية**

خميسي سيليا

إهداء

أهدي حاصلة مدة دراستي

*إلى من أحمل اسمه بكل فخر، إلى من أفتقده منذ الصغر **أبي** غمده الله تعالى في رحمته الواسعة*

*إلى الينبوع الذي لا يمل العطاء، إلى من حاكت سعادتي بخيوط منسوجة من قلبها، **أمي** أطال الله في عمرها.*

*إلى سندي و قوتي، إلى رفيق دربي **زوجي** الغالي وفقة الله تعالى*

*إلى كل من في الوجود بعد الله و رسوله، إلى النور التي تنير درب النجاح في حياتي ابنتي **ليّا** حفظها الله.*

*إلى من حبهم يجري في عروقي، إلى من أرى في عيونهم طفولتي و شبابي أخواتي **محمد** و **عدلان** و أختي **صابين***

*إلى من ساندوني و ساعدوني، إلى من وقفوا بجانبي **أم زوجي** و **أبيه** رحمه الله*

*إلى الشمعة التي تحترق حتى تضيء الآخرين، صديقتي و رفيقة عمري **كميلية**.*

وزاني سعدية.

شكر و عرفان

قال الرسول (ص) " من لم يشكر الناس لم يشكر الله"

بداية الحمد لله عز و جل الذي وفقنا لاختيار الموضوع و سدد خطايانا من أجل إتمامه و بفضله نشكر:

من شرفتنا بإشرافها على هذه المذكرة الأستاذة الدكتوراه **تيريش، بلعسلي ويزة**، التي لم تبخل جهدا لمساعدتنا و توجيهنا، و التي ساهمت بشكل كبير في إتمام و استكمال هذا العمل ، فجزاها الله خيرا و أنعم الله عليها بوافر الصحة و العافية و رفع درجتها في الدنيا و الآخرة.

إلى الأساتذة الكرام **أعضاء لجنة المناقشة**، لقبولهم مناقشة هذه المذكرة

إلى كافة **الأساتذة** الذين ساهموا في تأطيرنا طول فترة دراستنا

إلى **الجهاز الإداري** لقسم الحقوق،

و شكر خاص لمدير مكتبة كلية الحقوق السيد

إيدرنموش نبيل

إلى كل من قدم لنا يد العون لإتمام هذا العمل من قريب أو من بعيد لكم منا أسمى معاني الشكر و التقدير.

بسم الله الرحمان الرحيم

'' قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا أنه العليم الحكيم''

''سورة البقرة ''(الآية 32)

مقدمة

ترتبط فكرة القانون بقيام مجتمع إنساني، و ما يرتبه من حاجة إلى نوع من القواعد التي تحكم و تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد، فمنذ أن ظهرت المجتمعات الإنسانية الأولى ولدت فكرة القانون.

يعد القانون من أهم فروع العلوم الإجتماعية، فهو مجموعة من القواعد العامة و المجردة، التي تنظم سلوك الأفراد في المجتمع، على وجه ملزم، فهو يصدر في صورة أوامر يجب إتباعها أو نواهي يجب الإمتناع عنها .إلا أن هذه القوانين قد تكون صادرة عن الدولة في صورة تشريعات،أو مصدرها قواعد الدّين، أو العرف. و هو ما يشكّل المصادر الرسمية للقانون، و التى يقصد بها الوسائل التى بواسطتها تتحول العوامل المحيطة بالمجتمع إلى قواعد قانونية تكسبها صفة الإلزام .

يعتبر العرف من أقدم مصادر القانون ظهورا، والمصدر التاريخي له، عرفته الإنسانية منذ زمن بعيد، يعود الفضل إليه في تنظيم الكثير من العلاقات بين الأفراد، فوجوده لا يتطلب سلطة معينة، و إنما ينشأ بصورة اعتيادية و تلقائية داخل الجماعة و ذلك لشعورها بضرورة وجود قواعد تنظم علاقات الناس في المجتمع.

ظهرت القاعدة العرفية نتيجة التعوّد و التواتر على إتباع سلوك معين، حول مسألة معينة، فهي عبارة عن وقائع مادية اعتادت الجماعة إتباعها بوتيرة واحدة، و بصورة منتظمة، و تعودت الإمتثال لمضمونها بيقين منها على أنها ملزمة، و أن الخروج عليها يتبع بجزاء.

يعتبر العرف الصورة الأولى للقانون في المجتمعات الأولى و هي صورة ناشئة عن العادات و التقاليد في المجتمع، وبسبب تعقد الروابط الإجتماعية في المجتمع، ظهر عجز العرف على مسايرة الأوضاع الحديثة، ففي بعض الأحيان يتحوّل إلى أداة تعرقل مصالح الجماعة الحديثة، لأنه ينمو نموا بطيئا، لا يمكنه مسايرة التطور الحديث السريع،بالإضافة

إلى أن هذه المجتمعات تتميز بتعقيد علاقاتها و تنوّعها، و هذا ما أدى إلى ظهور التشريع كوسيلة فعالة لمسايرة هذه المتطلبات.

تتميّز المجتمعات الحديثة بتطوّر حركة التشريع، في المجال المدني، التجاري، و البحري و غيره، إلا أن ذلك لا يعني التخلي عن القواعد العرفية، بل تظل هذه الأخيرة قواعد مرجعية، يرجع إليها القاضي لحسم الخلاف المعروض عليه.

يلعب العرف دورا مهما في مختلف فروع القانون، فلديه دور مهم في القانون العام، سواء كان في القانون الدولي أو الإداري، باعتباره يقع في مقدّمة المصادر القانونية، و له أهمية كبرى، نظرا لعدم تقنين قواعد هذين القانونين بشكل مكتوب من جهة و اعتمادها على العرف بشكل كبير من جهة أخرى. بالإضافة إلى الدور الذي يلعبه في فروع القانون الخاص، و في مقدمتها نجد القانون التجاري و ذلك نظرا لما تتميز به الروابط التجارية من تشعّب و تجدّد، تعجز النصوص التجارية عن تغطيتها أو ملاحقة تطورها، فيبرز عندئذ الدور الهام الذي يقوم به العرف لسدّ النقص التشريعي في هذا المجال.

يعد العرف من أصدق القواعد القانونية، بوصفه نابعا من إرادة الأفراد، فله دور مهم في تكوين القواعد القانونية، فقد يكمّل قاعدة قانونية في حالة وجود النقص، أو يفسّر غموضها، و غالبا ما ينتهي العرف إلى أن يتحوّل إلى قاعدة قانونية مصدرها العرف.

الأمر الذي دفع بنا إلى البحث في دوره، لإظهار مركزه من بين مصادر القانون الأخرى. و بالتالي تتضح إشكالية الموضوع كما يلي:

فيما تتمثل وظيفة العرف بإعتباره مصدرا من مصادر القانون الأخرى؟

و من أجل إظهار ذلك تم إتباع المنهج الوصفي كمنهج أساسي لأنه الأنسب لهذه الدراسة، و المنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية

للإجابة على هذه الإشكالية تم تقسيم موضوع هذه الدراسة إلى قسمين. حيث ركزنا على مضمونه و أهميته في مختلف فروع القانون (الفصل الأول) و الدور الذي يلعبه من بين مصادر القانون ووظيفته (الفصل الثاني).

الفصل الأول

المبادئ العامة للعرف

يعتبر العرف مصدر هام من مصادر القانون كونه يتمكن من تحقيق العدل و التوازن بين المصالح الفردية المتعارضة، هذا لأنه يعكس بصدق حاجيات الأفراد و متطلباتهم، و لكن مع التقدم الحضاري و تشعب العلاقات فيما بين الأفراد تضاءلت مكانته و أصبح عاجزا على مراعاة بعض متطلبات الأفراد و تنظيم سلوكاتهم، مما أدى إلى ظهور التشريع الذي احتل الصدارة و طغى على دور العرف ،و قام بما عجز هذا الأخير عن القيام به .و ذلك عن طريق وضع قوانين مكتوبة تقوم بتنظيم شؤون المجتمع، ليصبح العرف حاليا مصدرا رسميا احتياطيا ثانيا بعد الشريعة الإسلامية و هذا ما تضمنته المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري، بحيث يلجأ إليه القاضي إلى العرف في حالة عدم وجود قاعدة أو نص تشريعي أو حكم في مبادئ الشريعة الإسلامية للفصل في قضية ما[1].

و للتفصيل في هذا الموضوع يجب التطرق إلى مضمون العرف (مبحث أول) و أهميته في مختلف فروع القانون (مبحث ثان).

1-تنص المادة الأولى: "*يسري القانون على جميع المسائل التي تتناولها نصوصه في لفظها أو في فحواها. و إذا لم يوجد نص تشريعي، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم يوجد فبمقتضى العرف. فإذا لم يوجد بمقتضى مبادئ القانون الطبيعي و قواعد العادلة*".

أنظر الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم.

المبحث الأول

مضمون العرف

لم يكن وجود العرف وليد صدفة أو من العدم، و إنما جاء نتيجة أحداث تاريخية مختلفة، و هذا ما جعله يعتبر من أقدم مصادر القانون ظهورا، و لجلاء مضمونه يتم التعرض إلى المقصود بالعرف (مطلب أول) و تبيان أركانه (مطلب ثان).

المطلب الأول

المقصود بالعرف

يعتبر العرف أقدم مصادر القانون، و هذا ما جعله المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني بعد الشريعة الإسلامية.

و لدراسة المقصود بالعرف سوف نتطرق إلى نشأة العرف(فرع أول) ثم نقوم بتعريفه (فرع ثاني).

الفرع الأول

نشأة العرف

يعتبر العرف أول مصدر للقانون عرفته الإنسانية، فهو أسبق في النشأة من التشريع[1]، إحتل مكانة هامة إلى درجة أن إعتبره الفقيه **"سافيني" (SAVINI)** المصدر

1- جعفور محمد سعيد، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة التاسعة عشر، دار هومه، الجزائر، 2013، ص173.

الرئيسي للقانون، كونه ينشأ من ضمير الجماعة و المعبر عن إرادتها و طبيعتها[1]. فهو المصدر الذي توحي به الفطرة في المجتمع البدائي، و هو الطريق الطبيعي الذي تخرج منه القواعد القانونية التي يحتاج إليها المجتمع[2]ـــ، و هذا ما جعله يحظى بمكانة خاصة في أوساط بعض المجتمعات الفطرية، عند البدو، و سكان الصحاري و المناطق النائية[3] و ذلك نظرا لعدم وجود هيئة تشريعية تضع قواعد القانون بمقتضى تنظم الروابط الإجتماعية و كافة علاقات الأفراد في المجتمع. ظهرت قواعد العرف نتيجة إتباع الأفراد لسنة معينة لفترة زمنية طويلة مع شعورهم بإلزاميتها، فاحترمها الناس و صارت عرفا متداولا.

و كان يعهد في تطبيق قواعد العرف إلى محكمين يختارهم الخصوم للفصل في النزاعات التي تثور بينهم، بعد ذلك يقوم الحاكم بتقنين قواعد العرف، إما بنفسه و إما بواسطة رجال يعينهم لهذا الغرض[4]. و على هذا النحو يبدو أن العرف كان له فيما مضى أهمية قصوى كمصدر رسمي للقواعد القانونية، حتى أن التقنينات الأولى كشريعة حمورابي اعتبرته كأقدم مصدر للقانون.

لعب العرف كذلك دورا كبيرا في تكوين القانون الروماني، فهذا الأخير نشأ نتيجة وجود قواعد عرفية، ثم تم تثبيت هذه القواعد في صحائف من البرونز في شكل قواعد

1- إسحاق إبراهيم منصور، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص156.

2- الزغبي عوض أحمد، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، عمان، 2007، ص194.

3- إسحاق إبراهيم منصور، مرجع سابق، ص156.

4-جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، 174.

مدونة صارت فيما بعد تعرف بالألواح إثني عشر التي أصبحت فيما بعد تسمى بالقانون الروماني[1].

أما بالنسبة للمجتمع العربي فقد كان له أعراف متعددة، و ذلك في عصر الجاهلية، و مصدر هذه الأعراف التقاليد و العادات التي اصطبغت بصبغة الدين الوثني، و كان العرف المصدر الأصلي و الوحيد للقواعد في هذا العصر. كانت الأمة العربية عبارة عن قبائل متفرقة لا يجمعها سلطان واحد، حتى تهيأ لها طريق واحد بظهور الرسالة المحمدية، و قد تأثرت الشريعة بالعرف، لأنها عندما ظهرت وجدت كثير من الأعراف في المجتمع فأقرت الصالح منها و أهدرت الفاسد كعادة وأد البنات[2] الذي كان يعتبر من العادات التي يمارسها العرب في فترة ما قبل الإسلام حيث كانت البنات تقتل و تدفن في الوأد و ذلك فور ولادتهن أو بعدها بقليل و ذلك إعتقادا منهم أن البنات عار كبير، و بالتالي يجب قتلها قبل أن تفعل أي شيء يجلب العار لوالديها.

مازال للعرف أهمية كبيرة في بعض البلدان المتقدمة مثل الدول الأنجلوسكسونية كإنجلترا، فالقانون الإنجليزي بدأ بمجموعة من العادات التي تخضع لها القبائل الأنجلوسكسونية ثم إقترنت بعادات القبائل النورماندية التي فتحت جزيرة إنجليزية في القرن11[3].

1- فاضلي إدريس، المدخل إلى القانون ، الجزء الأول، "نظرية القانون"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014، ص193.

2- الزغبي عوض أحمد، مرجع سابق، ص192.

3- الزغبي عوض أحمد، مرجع نفسه، ص192.

الفرع الثاني

تعريف العرف

حظي العرف بأهمية بالغة في تنظيم سلوكات الأفراد، مما أدى إلى الإهتمام بتعريفه و توضيح محتواه، فنقوم بتعريفه لغة (أولا) ثم إصطلاحا (ثانيا).

أولا: تعريف العرف لغة

جاءت كلمة عرف في لسان العرب بعدة معاني، و إستعمل العرف عند العرب في كل ما هو مضاد للشر، إذ هو من المعروف ضد النكر، و هو إسم فعل يعرف بالعقل و الشرع حسنة.

يعرف العرف على أنه كل ما تعرفه النفس من خير و تطمئن إليه، و ما تعارف عليه الناس في عاداتهم و معاملاتهم[1]. و العرف و العارفة و المعروف ضد النكر في اللغة المعرفة.

جاء في معجم " مقياس اللغة" عرف: العين و الراء: أصلان يدل أحدهما على تتابع الشيء متصلا ببعضه البعض، و الآخر على السكون و الطمأنينة.

بالنسبة للأول: العرف عرف الفرس، و يسمى بذلك لتتابع الشعر عليه، ويقال جاء القطا عرفا عرفا، أي بعضه البعض، إنما الأصل الآخر ، المعرفة و العرفان، نقول:

1- موسى أسماء بنت عبد الله ، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، المجلد 21، العدد 41، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2014، ص6.

عرف فلان عرفانا و هذا أمر معروف، بدل ما قيل من سكون إليه، لأن ما أنكر شيء توحشت نبأ عنه[1].

ثانيا: تعريف العرف إصطلاحا

يراد بالعرف اصطلاحا أمران:

يقصد بالأمر الأول: اعتياد الناس على إتباع سنة معينة في العمل، بحيث تنشأ عن تواتر العمل بهذه السنة قاعدة يشعر الناس بإلزامها إلزاما قانونيا، أي هو "تواتر العمل على الأخذ بحلول معينة إلى الحد الذي يتكون معه إعتقاد بضرورة إحترامها و الإنصياغ لحكمها". و القواعد العرفية يمكن أن تكون قواعد دستورية أو قواعد عادية، فتشمل كل فروع القانون منها: القانون الدولي العام، القانون الإداري، القانون التجاري، القانون المدني، قانون العمل...إلخ.باستثناء القانون الجنائي، الذي يخضع لمبدأ شرعية الجريمة و العقوبة و ذلك طبقا لنص المادة الأولى من قانون العقوبات الجزائري التي تنص " ***لا جريمة و لا عقوبة و لا تدابير أمن بغير قانون"***[2]. و تختلف القواعد العرفية من حيث مجال تطبيقها، فهناك أعراف دولية تسري على العلاقات فيما بين الدول، و هناك أعراف وطنية يكون مجال تطبيقها في الوطن، و يقتصر تطبيق الأعراف المحلية على منطقة معينة من الوطن، بينما تحكم الأعراف المهنية أو الحرفية أو الطائفية علاقات الحرفين أو المهنيين أو طائفة من سكان الإقليم[3].

1-أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسن، أثر العرف في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2013، ص40.

2- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، جريدة الرسمية عدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان 1966.

3- فيلالي علي، مقدمة في القانون، الجزائر، 2010، ص148.

يراد بالأمر الثاني: القاعدة أو السنة ذاتها التي تحمل إعتقاد الناس بأنهم ملزمون على إطراد إتباعها في العمل، و قد ينصرف إذن لفظ العرف إلى مصدر القاعدة، و قد يقصد به القاعدة ذاتها[1]، و العرف بإعتباره مصدرا للقاعدة القانونية، فهو إعتياد الناس على إتباع سلوك معين في مسألة معينة مع إعتقادهم بإلزامية هذا السلوك[2]، أو تواتر العمل على الأخذ بحلول معينة إلى الحد الذي يتكون معها إعتقاد بضرورة إحترامها و الإنصياغ لحكمها[3]، أو أنه مجموعة القواعد التي تنشأ من إطراد سلوك الناس عليها لمدة زمنية طويلة، مع إعتقادهم بإلزاميتها و أن مخالفتها تتبع بتوقيع جزاء مادي[4].

خلاصة مما سبق يعد العرف قانون غير مكتوب، ينشأ تلقائيا دون تدخل إرادة المشرع.

المطلب الثاني

عناصر العرف

يتضح من خلال التعاريف السابقة أن العرف له عنصرين أساسيين، عنصر مادي المتمثل في العادة بشروطها المختلفة (فرع أول) و عنصر معنوي المتمثل في الشعور بإلزامية تلك العادة و هذا الأخير هو عامل التفرقة بين العرف و العادة الاتفاقية (فرع ثان).

1- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص185.

2- Aubert (Jean Luc), Introduction au droit et thème fondamentaux du droit civil, 6ème édition, ARMANDCOLIN, Paris, 1995, p112.

3-جمال مصطفى، سعد نبيل إبراهيم، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، (بدون سنة نشر)، ص329

4- توفيق حسن فرج، مدخل للعلوم القانونية، موجز النظرية العامة للقانون، و النظرية العامة للحق، مؤسسة النشر، (بدون سنة نشر)، ص30.

الفرع الأول

العنصر المادي

لقيام العرف لابد من توفر العنصر المادي المتمثل في إعتياد الناس على القيام بسلوك معين (أولا) و لتنشأ هذه العادة صحيحة يجب أن تستوفي على مجموعة من الشروط (ثانيا).

أولا: تعريف العنصر المادي

يقصد بالعنصر المادي للعرف، تلك العادة التي تكونت خلال مدة زمنية كافية على إتباع سلوك معين على وجه الدوام و عدم الإنقطاع[1]، فهو عبارة عن مجموعة متواترة من التصرفات و الأفعال الإيجابية أو السلبية. و هذا التكرار و التواتر هو الذي يبعث في القاعدة العرفية الإستقرار و يزيد فيها قوة[2]. و نشوء هذه العادة يكون بمعزل عن تدخل أية هيئة معينة، على أساس أن العادة تنشأ نشوءا ذاتيا، و هي تبدأ بسلوك فرد واحد أو مجموعة

من الأفراد، ثم يتكرر السلوك، إما بطريقة المحاكاة أو التقليد أو الميل إلى ما هو مألوف، أو بدافع الإحساس بضرورته و الإستحسان له[3].

1- فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص138.

2- باحريز حسن، عملية نشر النصوص القانونية و سريانها، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2013، ص39.

3- علي أحمد صالح، المدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016، ص111.

ثانيا: شروط تحقق العنصر المادي

يتحقق العنصر المادي المكون للعرف بتوافر مجموعة من الشروط الضرورية المتمثلة في العموم(1) القدم (2) الثبات (3) عدم مخالفته للنظام و الآداب العامة(4).

1-العموم:

لكي تكون العادة عامة يجب أن يتبعها أغلبية الأفراد[1] ، و تبقى العادة عامة حتى و إن لم تطبق على كل الأفراد أو في كل إقليم الدولة. فيمكن أن يكون العرف قاصرا على طائفة معينة من الأشخاص في المجتمع. و مع ذلك لا يفقد صفة العمومية و التجريد لأنه يوجه للأشخاص بصفاتهم لا بذواتهم، و هذا هو الشأن بالنسبة للعرف الذي ينشأ بين التجار أو المزارعين أو العمال ...إلخ بل قد يكون العرف خاصا بمهنة معينة أو بصنف من أصناف السلع (مثلا حبوب) و هنا ما يسمى بالعرف المهني. كالعرف الساري بين عمال الموانئ أو تجار الحبوب[2] و قد يقتصر العرف على جزء معين فقط من الإقليم و يسمى في هذه الحالة بالعرف المحلي[3]. و يمكن للعرف أن ينشأ كذلك من اعتياد شخص واحد غير معين بذاته على مسلك معين كما لو إعتياد رئيس الجمهورية على إصدار القرارات من نوع خاص فقد يترتب على هذا الإعتياد قيام قاعدة عرفية تخول رئيس الدولة بإصدار مثل هذه القرارات[4]

1- تيريش، بلعسلي ويزة، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومه، الجزائر، 2018، ص87.

2- محمد حسن قاسم، مدخل إلى العلوم القانونية، القاعدة القانونية، نظرية الحق، الجزء الأول، القاعدة القانونية، الطبعة الأولى، منشورات حلبي الحقوقية، 2006، ص258.

3 -Aubert (Jean Luc), Op Cit, P114.

4- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص259.

2-**القدم:** يشترط أن تكون العادة التي تتولد منها القاعدة العرفية الملزمة قديمة، بمعنى أن يمضي على إتباعها و إطراد العمل بها مدة زمنية كافية تسمح برسوخ أثرها في النفوس و إستقرار الجماعة على إتباعها و قيام عرف مستقر على أساسها[1].

تخضع مسألة تحديد مدة القدم لتقدير قاضي الموضوع، و هي تختلف بإختلاف القواعد العرفية و تفاوت موضوعاتها، فإذا كان السلوك يتعلق ببيئة زراعية يسودها البطء، يقتضي الأمر لإعتبار السلوك قديما مرور مدة طويلة، بينما تقتصر المدة اللازمة لتكوين العرف بالنسبة للعادات التي تنشأ في البيئات الصناعية و الأوساط التجارية، إذ يجد السلوك في هذه البيئة الفرصة لتكوينه و الإستقرار بسرعة في وقت قصير نسبيا لكثرة التكرار[2].

3-**الثبات و الإضطراد:** يقصد بالثبات أن تتبع العادة من طرف غالبية الأفراد بصفة مستمرة و منتظمة، مضت عليها مدة زمنية معينة فتكرار سلوك معين لمدة واحدة لا يمكن أن ينشىء عادة. كما لا يجب على الأفراد أن ينقطعوا عنها لفترة ثم يعودون إلى إتباعها. فالعبرة بما يسير عليه غالبية الأفراد حتى و لو وجد من يعارضها أو يرفض تطبيقها. و تقرير صفة الثبات مسألة متروكة لتقدير قاضي الموضوع.

4-**أن لا تخالف العادة النظام العام و الآداب العامة:** يفترض هذا الشرط مبدأ المشروعية، لا يجوز مثلا أن ينشأ عرف يجيز المبارزة أو يوجبها في حالات معينة أو

1- الزغبي عوض أحمد، مرجع سابق، ص198.

2- سي علي أحمد ، مدخل للعلوم القانونية، النظرية و التطبيق في القوانين الجزائرية، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2010، ص263.

ينشأ عرف يجيز الأخذ بالثأر لأن هذا يتعارض مع النظام العام الذي يقصر حق معاقبة مرتكب الجرائم و توقيع الجزاء على السلطات العامة المختصة في الدولة[1].

الفرع الثاني

العنصر المعنوي

لا يمكن للعادة كواقعة مادية أن ترقى إلى درجة العرف بتوفر عنصرها المادي فقط، بل يجب إلى جانب ذلك توفر العنصر المعنوي الذي يضفي عليها صفة الإلزامية، مما يجعلها ترقى إلى درجة القاعدة القانونية، و لدراسة العنصر المعنوي سنقوم بتعريف العنصر المعنوي (أولا) بعدها نقوم بالتمييز بين العرف و العادة الاتفاقية (ثانيا) ثم نذكر آثار التفرقة بين العرف و العادة الاتفاقية (ثالثا).

أولا: تعريف العنصر المعنوي

يتمثل العنصر المعنوي في عنصر الإلزام[2]و هو شعور و إعتياد أغلبية الأفراد بأن سلوكا معينا ملزما لهم، بحيث يقترن بجزاء مادي توقعه السلطة العامة جبرا على من يخالفه شأنه في ذلك شأن سائر القواعد القانونية الصادرة عن السلطة التشريعية[3]، و لقيام الركن المعنوي لابد من توفر العناصر التالية:

1-أن يألف الناس إحترام هذا السلوك

2-اعتقاد الجماعة بأن السلوك المعتاد عليه هو ملزم لهم

1- تيريش، بلعسلي ويزة، مرجع سابق، ص87

2- الزغبي عوض أحمد، مرجع سابق، ص201.

3- تيريش، بلعسلي ويزة، مرجع سابق، ص88.

3-المجازاة على مخالفة السلوك[1].

ثانيا: التمييز بين العرف و العادة الإتفاقية

رأينا فيما سبق أنه لقيام العرف لابد من توفر الركنين، المادي و المعنوي، أما العادة فإنها تقوم بتوفر الركن المادي فقط دون الركن المعنوي[2].

تعرف العادة الإتفاقية بأنها عبارة عن أمور معينة تعارف الناس على اتباع في حياتهم دون الشعور بإلزاميتها، حيث يترك الأفراد حرية الأخذ بها أو تركها[3] و قد أطلق عليها بعض الفقهاء إسم "العادات الإرادية" و ذلك للإشارة أن قوتها مستمدة من إرادة الأفراد الذين اعتادوا على إتباعها و من أمثلة هذه العادات الاتفاقية ما جرى عليه التعامل بين التجار في حالة بيع بعض أنواع الفاكهة على أساس المئة، فقد إختلفت العادة بين التجار، فهناك بعض الجهات تباع مئة فقط دون أي إضافة، و بعض الآخر تباع مئة زائد عشرة، أي مئة و عشرة، أو مئة و عشرون أو مئة و ثلاثون....إلخ و هذا حسب كل جهة، و كذلك ما جرت عليه العادة، في حالة ما إذا قامت شركة بين شخصين و قدم أحدهما رأس المال و قدم الثاني المحل فقط فإن الأرباح توزع بينهما على أساس الثلثين للأول و الثلث للثاني[4].

يتضح مما سبق أن الفارق الجوهري الذي يميز العرف عن العادة الاتفاقية هو أن العرف تجتمع فيه الركنين المادي و المعنوي، بينما العادة الاتفاقية تتكون من الركن

1- سي علي أحمد ، مرجع سابق، ص264.
2- محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص261.
3- تيريش، بلعسلي ويزة، مرجع سابق، ص88.
4- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص95.

المادي فقط، أي الإعتياد على إتباع سلوك معين دون أن يرقى هذا الإعتياد إلى مرتبة الإيمان بأنه صار سلوكا ملزما، و يترتب على ذلك نتيجتين:

الأولى: تثبت للعرف قوة الإلزام باعتباره قاعدة قانونية، و ذلك لشعور الأفراد بضرورة الإلتزام بسلوك معين[1]، أما العادة الإتفاقية فهي تفتقر إلى القوة الإلزامية، باعتبارها مجرد واقعة مادية تتمثل في إعتياد المتعاملين لإتباع سلوك معين دون الإحساس بإلزاميتها.

الثانية: إذا توفرت شروط تطبيق القاعدة العرفية التي أشرنا إليها سابقا، إلتزم المخاطبون بما تقضى به، شأنها في ذلك شأن القواعد التشريعية[2] أما العادة الاتفاقية ليس لها هذه القوة الذاتية في الإلزام، لأنها لم ترقى بعد إلى مرتبة القاعدة القانونية، و بالتالي لا يلتزم بها الأفراد حين يريدون ذلك بإشتراطها في معاملاتهم صراحة أو ضمنيا[3]أي أن يتفقوا فيما بينهم على إتباع حكمها. و تطبيقها في هذه الحالة لا يكون على اعتبارها قاعدة قانونية، و لكن باعتبارها شرطا من شروط الإتفاق فتسمى حينئذ بالعادة الإتفاقية و تستمد قوتها الملزمة من رضاء و إرادة المتعاقدين بموجب إتفاقهما، و إذا لم يتفقا على إتباعها فتبقى عندئذ مجرد عادة لا تلزم أحد[4].

تجدر الملاحظة أن العادة في كثير من الأحيان تنتهي إلى أن تتحول إلى قاعدة عرفية، لا عن طريق المشرع، بل عن طريق حلول الإرادة الجماعية المشتركة للأفراد الذين يراعونها في سلوكهم محل الإرادات المنفردة للمتعاقدين، و عندما يشعرون

1-الزغبي أحمد عوض، مرجع سابق، ص216

2-جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص181.

3- الزغبي أحمد عوض، مرجع سابق، ص216.

4- توفيق حسن فرج، مرجع سابق، ص95.

بضرورة التقيد بها ينعزل الشعور بإلزامها و ضرورة إحترامها من قبل المتعاقدين ليصبح هذا الشعور عاما، لتصبح بعد ذلك قاعدة قانونية ملزمة بذاتها[1].

ثالثا: آثار التفرقة بين العرف و العادة الإتفاقية

ينشأ عن العرف قاعدة قانونية ملزمة للأفراد لإحتوائها على الركنين المادي و المعنوي، أما العادة فلا يلتزم بها الأفراد إلا إذا إتفقوا عليها و أصبحت ضمن شروط العقد، و يترتب على هذا الفارق نتائج هامة نذكر منها ما يلي:

1-من حيث إفتراض علم الأفراد أو عدم علمهم بالمضمون: ينشئ العرف قواعد قانونية فيفترض على الأفراد العلم بأحكامه طبقا لمبدأ: " لا عذر بجهل القانون" بحيث لا يقبل من أحدهم جهل أحكام العرف[2]. أما العادة الإتفاقية فهي مجرد واقعة مادية لا تستمد قوتها الملزمة إلا من انصراف إرادة المتعاقدين إلى الأخذ بها، فلا يفترض العلم بها بل تطبق إلا إذا كانت معلومة من أصحاب الشأن ، أو كان من الممكن إفتراض علمهم بها[3].

2-**من حيث الإثبات:** يفترض علم القاضي بالقاعدة العرفية لأنها تعتبر قاعدة قانونية، و بالتالي لا يلتزم الأفراد بإثبات وجودها، و نظرا لصعوبة إثبات العرف في بعض مراحل تطوره أو في بعض أقاليم نشأته، فإنه من الملائم أحيانا أن يبذل الأفراد جهدا لمعاونة القاضي في إثباته على عكس العادة الاتفاقية فهي

1- سي علي احمد ، مرجع سابق ، ص269.

2- تيريش، بلعسلي ويزة، مرجع سابق، ص89.

3-جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص184.

لا تعد قاعدة قانونية بل مجرد واقعة لا يفترض علم القاضي بها، و يقع على أطراف النزاع عبء إثباتها[1].

3-**من حيث سلطة القاضي في التطبيق:** يعتبر العرف قانونا، لذا يجب على القاضي بإعتباره مكلف بتطبيق القانون أن يطبقه من تلقاء نفسه في النزاع المطروح أمامه، حتى و لو لم يتمسك به الخصوم، فالقاعدة العرفية كالقاعدة التشريعية ، قاعدة قانونية واجبة التطبيق، يجب على القاضي البحث عنها من تلقاء نفسه بتطبيقها، أما العادة الاتفاقية فلا يطبقها القاضي من تلقاء نفسه بل يجب أن يتمسك بها كل من له مصلحة في تطبيقها[2].

4-**من حيث رقابة المحكمة العليا:** يخضع القاضي في تطبيقه و تفسيره للقواعد العرفية لرقابة المحكمة العليا، لأن العرف يعتبر أحد المصادر الرسمية للقانون، خلاف للعادة الإتفاقية التي لا يخضع القاضي في تطبيقها و تفسيرها لرقابة هذه المحكمة[3].

1-اللصاصمة حسن حرب، دراسات في المدخل في العلوم القانونية، الطبعة الأولى، دار الخليج للنشر، عمان، 2003، ص72.

2- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص186.

3- تيريش، بلعسلي ويزة، مرجع سابق، ص89.

المبحث الثاني

أهمية العرف

سبق القول أن العرف مصدرا رسميا إحتياطيا للقانون في مختلف فروعه ما عدا في القانون الجنائي، و هذا تطبيقا لنص المادة الأولى من تقنين العقوبات الجزائري السالف الذكر[1]. فإن التشريع هو المصدر الوحيد لهذا القانون. و هذا تطبيقا لمبدأ قانوني آخر و هو نص المادة 58 من التعديل الدستوري 2006[2] التي تنص : " لا إدانة إلا بمقتضى قانون صادر قبل ارتكاب الفعل المجرم".

و فيما يلي ندرس أهمية العرف في مجال القانون العام (مطلب أول) أهميته في مجال القانون الخاص (مطلب ثان).

المطلب الأول

سلطان العرف في مجال القانون العام

يؤدي العرف دورا محوريا إلى جانب النصوص المكتوبة فهو يعمل على حماية النظام العام، و صيانة مبدأ المشروعية في مختلف فروع القانون العام. في القانون الدستوري (فرع أول) القانون الإداري (فرع ثان)، بالإضافة إلى دوره في القانون الدولي العام (فرع ثالث).

1- أمر رقم 66-156، يتضمن قانون العقوبات، السالف الذكر.

2- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، عدد 14، صادر بتاريخ 07 مارس 2016.

الفرع الأول

العرف في القانون الدستوري

شملت تدوين حركة القواعد الدستورية سائر أرجاء المعمورة ابتداء من أواخر القرن الثامن عشر. إلا أن العرف لا يزال يلعب دورا مهما في تكوين البناء الدستوري للدولة الحديثة، سواء كان للدولة دستور مكتوب، أو دستور غير مكتوب، فهناك جانب من القواعد المتعلقة بنظامها الدستوري مصدره العرف، و يختلف هذا الجانب في أهميته بإختلاف الدول، إذ يزداد دور العرف أهمية في الدول ذات الدساتير غير المكتوبة التي يحتل فيها العرف الصدارة[1].

و فيما يلي نتعرض إلى تعريف العرف الدستوري و بيان أركانه (أولا) ثم نقوم بتحديد أنواعه (ثانيا).

أولا: تعريف العرف الدستوري و أركانه

يعتبر العرف أحد مصادر القانون الدستوري، لذلك سوف نقوم بتعريفه(1) ثم تبيان أركانه(2).

1-تعريف العرف الدستوري

يعرف العرف الدستوري على أنه إعتياد السلطة السياسية على إتباع سلوكات معينة لمدة زمنية طويلة، تجعل السلطات التي تليها تشعر بإلزامية ذات السلوك فتطبقه[2]و يعبر

1-البحري مصطفى حسن، القانون الدستوري، " النظرية العامة"، الطبعة الأولى، دمشق، 2009، 110ص.

2-زواقري الطاهر، المفيد في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2011، ص13.

الفكر السياسي الحديث عن العرف الدستوري، بالبروتوكولات التي تخضع لها أجهزة الدولة و سلطاتها في التنقيب و العزل و الإحتفال و الحداد[1].

تجدر الإشارة أنه يجب التفرقة بين العرف الدستوري و الدساتير العرفية، فالدساتير العرفية، هي مجموعة من العادات المتعلقة بالسلطة و التي نشأت دون وجود نصوص قانونية سابقة لها في نفس المجال. مثلما هو الحال في إنجلترا، أما العرف الدستوري فهو ينشأ إلى جانب الدساتير المكتوبة إما لتكميلها أو تفسيرها أو تعديلها[2].

2-أركان العرف الدستوري:

يتضح من خلال التعريف السابق أن العرف الدستوري يقوم على ركنين أساسيين أحدهما مادي و الآخر معنوي.

أ-الركن المادي: يتمثل الركن المادي في تكرار الأعمال و التصرفات الصادرة من إحدى الهيئات الحاكمة كالبرلمان أو رئيس الدولة أو الوزارة في علاقتها فيما بينها أو مع الأفراد دون إعتراض من بقية الهيئات الأخرى ذات الشأن.

ب-الركن المعنوي: يقصد بالركن المعنوي أن يتولد لدى الهيئات العامة أو الأفراد إعتقاد بشرعية هذا المسلك أو التصرف و ضرورة احترامه[3].

1-البحري مصطفى حسن، مرجع سابق، ص111.

2- شريط الأمين، الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص23.

3- بوديار حسين، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2003، ص ص 26-27.

ثانيا: أنواع العرف الدستوري

ينقسم العرف الدستوري إلى ثلاث أنواع على النحو الآتي: العرف المفسر و العرف المكمل و العرف المعدل.

1-العرف المفسر: يهدف العرف المفسر إلى تفسير نص من نصوص الدستور، فدوره هنا ليس إنشاء أو تعديل قاعدة دستورية، و إنما يبين كيفية تطبيق قاعدة معينة غامضة، إلا أن هذا يصبح جزءا من الدستور فيكتسب صفة الإلزام[1]، فمثلا نصت المادة الثالثة من دستور فرنسا لسنة 1875 على أن " رئيس الجمهورية يكفل تنفيذ القوانين".

فأثيرت مسالة تكمن فيما إذا كان هذا النص يخول لرئيس الجمهورية إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين، فجرى العرف على تفسير النص المذكور بأنه يسمح لرئيس الجمهورية بممارسة هذه السلطة، و ذلك لأن ضمان تنفيذ القوانين لا يكون إلا عن طريق إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذها[2].

2-العرف المكمل: يفترض العرف المكمل وجود قصور أو نقص في الأحكام الواردة في الوثيقة الدستورية، و ذلك بسبب سكوت المشرع على تنظيم موضوع معين من الموضوعات الدستورية، فيتدخل العرف و ينشأ حكما جديدا يسد به أوجه النقص أو الفراغ الذي يتركه المشرع الدستوري[3].

و مثال ذلك نشوء قاعدة في فرنسا تمنع من إجراء عقد قرض عمومي، إلا إذا صدر قانون يسمح بذلك. و إذا كان القانون و الدستور الصادرات في سنة 1815 ينصان على

1- بو الشعير سعيد، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002، ص160.

2-بوديار حسين، مرجع سابق، ص28.

3-البحري حسن مصطفى، مرجع سابق، ص126.

تلك القاعدة، فإن الدساتير التي تليها لم تنص عليها إطلاقا، ومع ذلك استمر تطبيقها باستقرارها عرفيا، فغدت بذلك عرفا دستوريا مكملا[1].

3-العرف المعدل: يقصد بالعرف الدستوري المعدل " ذلك العرف الذي يهدف إلى تعديل أحكام الوثيقة الدستورية، عن طريق إضافة أحكام جديدة إليها أو حذف أحكام معينة منها"[2].

مثال ذلك: أن يمنح الدستور إختصاصات لهيئة حاكمة لم يتضمنها الدستور، أو يسقط إختصاص لهيئة منصوص عليها في الدستور، يتواتر العمل على عدم إستعمالها، مثل ما لم يستعمل ملوك بريطانيا حقهم في الإعتراض على القوانين التي أقرها البرلمان منذ سنة 1707م و كل هذا أدى بالبعض إلى القول بأن هذين الحقين قد سقطا بعرف سلبي[3].

الفرع الثاني

العرف في القانون الإداري

يعد العرف الإداري مصدرا غير مكتوب من مصادر القانون الإداري، يحتل المرتبة الثانية بعد التشريع مباشرة، و هذا مسلم به فقها و قضاءا. و تجدر بنا الإشارة أن القواعد ذات المصدر الإداري تأخذ مراتب مختلفة. فمنزلة الأحكام الإدارية يحكمها تدرج الهيئات المنشأة لهذه الأعراف، فالقاعدة الإدارية تحتل في سلم القواعد القانونية المنزلة التي تحتلها الهيئة الإدارية التي جرت عليها. و عليه فالقاعدة العرفية تلغى بقاعدة عرفية مخالفة لها و تساويها في المنزلة أو تعلو عليها. كما أنها تلغى بنص مكتوب صادر من جهة الإدارة

1-بو الشعير سعيد، مرجع سابق، ص160.

2-البحري حسن مصطفى، مرجع نفسه، ص128.

3-بوديار حسين، مرجع سابق، ص28.

المنشأة للعرف أو من جهة إدارية أعلى منها أو من السلطة التشريعية، فضلا على أن القاعدة العرفية لا تستطيع الخروج على قاعدة عرفية، أو قاعدة مكتوبة تصدر من سلطة أعلى[1].

لتوضيح أهمية العرف في القانون الإداري، يجب أن نتناول تعريفه و أركانه (أولا)، ثم تحديد نطاق تطبيقه (ثانيا).

أولا: تعريف العرف الإداري و أركانه

بداية سوف نقوم بتعريف العرف الإداري(1)، ثم نتطرق لأركانه(2):

1-تعريف العرف الإداري:

يعرف العرف الإداري بأنه مجموعة من القواعد التي إعتادت الإدارة على إتباعها في أداء وظيفتها في مجال معين من نشاطها، و ذلك في حالة غياب نص تشريعي يضبط هذا النشاط، و تستمر في ذلك الإعتياد حتى يصبح ملزما لها[2]. كما يرى البعض أن العرف الإداري هو إجراء السلطة الإدارية على العمل بقاعدة معينة و لمدة زمنية طويلة مع الإعتقاد بإلزامية هذه القاعدة و وجوب إحترامها من طرف كل من السلطة الإدارية و الأفراد[3].

1- شريقي نسرين، عمارة مريم، القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار بلقيس، الجزائر، (بدون سنة نشر)، ص19.

2- عشي علاء الدين، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، (بدون سنة نشر)، ص29.

3- شريفي نسرين، عمارة مريم، مرجع سابق، ص19.

2-أركان العرف الإداري:

نستخلص من التعريف السابق أن العرف الإداري كغيره من الأعراف في مختلف فروع القانون يتكون من ركنين أحدهما مادي و الآخر معنوي.

أ-الركن المادي:

ينصرف مفهوم الركن المادي اللازم لقيام العرف الإداري إلى العادة، و يراد بها إطراد الإدارة على إتباع سلوك معين، و غالبا ما تكون العادة إيجابية تتمثل في ممارسة الإدارة لتصرف معين، و قد تكون سلبية تتمثل في الترك، و ذلك في حال إمتناع الإدارة عن القيام بإجراء العمل. و هو الأمر الذي يترتب عليه في كلا الحالتين نشوء عادة إدارية من جراء تكرار هذه التصرفات.

ب-الركن المعنوي

يقصد بالركن المعنوي توافر الإعتقاد لدى جهة الإدارة بإلزامية القاعدة التي درجت إتباعها كلما تجددت الحالة التي اتبعتها من قبل[1].

ثانيا: نطاق تطبيق القاعدة الإدارية العرفية

يمكن تحديد نطاق تطبيق القاعدة الإدارية العرفية من خلال التطرق إلى عدة نقاط على التفصيل الآتي:

1- شريقي نسرين، عمارة مريم، مرجع سابق، ص19.

1-تطبيق القاعدة القانونية الإدارية العرفية من حيث الأشخاص:

يلاحظ أن أغلب الأعراف الإدارية توصف بالخصوصية، لأنها تنشأ في إطار سلطة إدارية واحدة و تتوجه هذه الأعمال إلى السلطة و المنتفعين بخدماتها أو المتعاملين معها، و لا يشترط في أشخاص القاعدة الإدارية العرفية أن يكونوا أفراد عاديين، بل قد يكونوا من السلطة الإدارية، و في هذه الحالة يتصور وجود سلطة إدارية رئاسية تخاطب جهات إدارية تابعة و مرؤوسة و توجه إليها الأمر و التكليف[1].

2-تطبيق القاعدة الإدارية العرفية من حيث المكان:

ينشأ العرف في القانون الخاص بطريقة تلقائية غير محسوسة و الأمر على خلافه بالنسبة للعرف الإداري، فهو و إن تم و تأثر بالظروف الاجتماعية يبقى رهينا بإرادة الإدارة التي تتحكم بوجوده و دوامه، و من ثم فهذا العرف لا يمكن تقسيمه على أساس اجتماعي أو مهني أو جغرافي، و إنما على أساس السلطة الإدارية، حتى و إن نشأ العرف الإداري مثلا في إطار نشاط مهني (كنقابة المحامين)، إلا أن هذا العنصر المهني لا أهمية له إلا بتوفر عنصر السلطة الإدارية.

3-تطبيق القاعدة الإدارية العرفية من حيث الزمان:

يسري العرف الإداري بأثر مباشر منذ لحظة نشوءه، مثله في ذلك مثل أي عمل قانوني، فهو لا يسري بأثر رجعي[2].

1- بوضياف عمار، الوجيز في القانون الإداري، جسور النشر، الجزائر، 2007، ص106.

2- برهان زريق، نحو نظرية عامة في العرف الإداري، رسالة دكتوراه، مطبعة عكرمة، دمشق، 1986، ص ص 219-222.

الفرع الثالث

العرف في القانون الدولي

تعتبر الفقرة 2 من المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية[1]، العرف الدولي بمثابة حجة ناجمة عن التعامل العام الذي له قوة القانون. فالعرف الدولي إذن يعتبر مصدرا أصليا ثانيا من مصادر القانون الدولي العام، يأتي بعد المعاهدات الدولية و هو أقدمها. فالعديد من القواعد الدولية الراهنة مثل تلك القواعد التي تحكم المعاهدات الدولية، التحكيم و حقوق الأجانب و غيرها من القواعد الدولية هي قواعد عرفية في الأساس.

ترجع الأهمية التي حظي بها العرف الدولي إلى كون المجتمع الدولي، مجتمع ضعيف التنظيم قياسا بالمجتمع الداخلي، و إلى إفتقار المجتمع الدولي لمشرع مركزي كما هو عليه الحال في النظام الداخلي.

و فيما يلي نتعرض لدراسة العرف الدولي بالتطرق إلى: مفهوم العرف الدولي (أولا) و نطاق العرف الدولي (ثانيا).

أولا: مفهوم العرف الدولي

لعب العرف دورا مهما في إنشاء القواعد الدولية و لتوضيح مفهومه يجب التطرق إلى تعريفه(1) تحديد أركانه (2) و ذكر خصائصه(3).

1-منقولا عن ماضوي عباس، المصادر التقليدية غير الاتفاقية للقانون الدولي العام ، (ماهيتها وحجيتها)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون دولي ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خيضر، بسكرة، 2013، ص148.

1-تعريف العرف الدولي

أطلق على العرف الدولي عدة تعريفات مختلفة، فهو لم يحظى بتعريف عالمي موحد، و بالرغم من ذلك يوجد إتفاق على الخطوط العريضة المكونة له، بأنه نتاج تطبيق واسع و عام و منتظم للدول مع شعورهم بإلزاميته القانونية، فهو عبارة عن عادة يتواتر عليها أشخاص القانون المكونين لجماعة معينة على الإنصياغ لها في سلوكهم مع إقتران هذا السلوك بالإعتقاد أن له منزلة القاعدة القانونية الملزمة[1].

2-الأركان المكونة للقاعدة العرفية الدولية

يعتبر العرف الدولي مصدرا من مصادر القانون الدولي العام، و لقيامه صحيحا لابد من توفر ركنين أساسيين أحدهما مادي (أ) و الآخر معنوي (ب).

أ-الركن المادي:

يعرف الركن المادي بأنه قيام المجتمع الدولي بتكرار قاعدة معينة في أمر من الأمور و هذه القاعدة العرفية تكتسب قوتها الإلزامية بإستمرارية تطبيقها و تحقق عموميتها. بتقبل تلك الدول لها دون اشتراط مدة زمنية معينة. و لا نعني بالدول جميع دول العالم، إنما المقصود هو موافقة تلك الدول المطبقة لها مع إعتراف الدول الأخرى لها[2].

1- بلمهيدي سميحة، تطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوسكسوني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص حقوق الإنسان و الحريات العامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2013، ص12.

2- النويميس أبو عبد الملك سعود بن خلف ، القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، الرياض، 2014، ص136.

ب-الركن المعنوي:

يقصد بالركن المعنوي إقتناع الدول بضرورة هذا العرف و إيمانها بأن إتباعه و السير بمقتضاه يعتبر واجبا.

3-خصائص العرف الدولي:

يتمتع العرف الدولي بخصائص ينفرد بها، تميزه عن غيره من المصادر و نذكر من أهمها ما يلي:

أ-سرعة نشوء القواعد العرفية: تنبأ الواقع المعاصر عن حقيقة قانونية مفادها سرعة نشوء القواعد العرفية القانونية على نحو لا يمكن معه أن يقارن بالأوضاع التي كانت تحكم نشوء القواعد العرفية في ظل القانون الدولي العرفي. لقد أصبحنا اليوم نتحدث عن العرف الفوري، و هو ما عبر عنه جانب من الفقه "بالعرف المتوحش"، و ذلك إذا ما قورن بالعرف التقليدي الذي كان يستغرق وقت طويل حتى ينشأ و يستقر و يجري التسليم به في العلاقات ما بين الدول.

ب-تصاعد حركة تدوين القانون الدولي العرفي: يقصد بتدوين العرف الدولي تقنينه بموجب معاهدات دولية تعرض على الدول للموافقة عليها و الإلتزام بها، و ذلك من أجل تطوره بشكل يؤدي إلى إنهائه[1].

ج-المرونة: يمتاز العرف الدولي بالمرونة، و هذه الخاصية تجعله مرنا و قابلا للتطور، بحيث تساعده على مجارات المستجدات الدولية، فلا يحتاج لإجراءات شكلية لتغييره، كما هو الحال بالنسبة للمعاهدات الدولية[2].

1- ماضوي عباس، مرجع سابق، ص ص، 60-62.

2-سعادي محمد، مفهوم القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، (بدون سنة نشر)، ص161.

ثانيا: نطاق العرف الدولي:

ينقسم العرف إلى عدة أقسام، بحسب الزاوية التي ينظر إليها، إلا أن أهم تقسيم للعرف الدولي هو من حيث نطاق تطبيقه، العرف الدولي العام العالمي(1)، العرف الإقليمي(2).

1-العرف الدولي العام العالمي:

يقصد بالقاعدة العرفية العالمية تلك القاعدة التي تكون ملزمة لكافة أعضاء المجتمع الدولي، و لكن يجب الإنتباه على أنها قد لا تكون كذلك منذ بداية نشأتها، حيث أن المادة 38 من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية، لا تشترط أن تصدر السابقة المنشأة للعرف على جميع الدول، فكل ما يشترط في السابقة أن تكون عامة[1].

ذهبت المحكمة الدولية في بعض أحكامها إلى القول بأن القواعد العرفية العامة أو العالمية هي التي يكون تطبيقها في أوضاع و ظروف واحدة بالنسبة لجميع الدول الأعضاء في المجتمع الدولي، و لا تكون محلا للإستبعاد من جانب دولة أو أكثر بإرادتها المنفردة، و هو ما يدعو إلى القول بأن هذه الطائفة من القواعد العرفية لا يمكن بطبيعتها أن تكون محلا لأي تحفظ من جانب أي دولة، و إن كان القضاء الدولي مؤيدا من جانب أغلبية الفقه الدولي، يسلم بوجود قواعد عرفية عامة عالمية يمكن فرضها على جميع أعضاء المجتمع الدولي[2].

1-مانع جمال عبد الناصر، القانون الدولي العام(المدخل و المصدر)، دار العلوم، عنابة، 2005.، ص55.
2-ماضوي عباس، مرجع سابق، ص66.

2-العرف الاقليمي:

يعرف العرف الإقليمي بأنه عبارة عن أعراف خاصة، مقتصرة الممارسة على جميع الدول ذات الجوار، قابلة بها، مساهمة في تكوينها و إستقرارها، منفذة لمقتضى قواعدها.

مثال ذلك: نظرية توبار (tobor) التي تمنع من الاعتراف بأي دولة تنشأ نتيجة إنقلاب أو ثورة في أمريكا الوسطى.

يشترط في العرف الإقليمي أن لا يخالف العرف الدولي العام، لأن هذا الأخير أهم و اشمل في التطبيق و هذا الشرط لا يمنع من تخصيص الأول للأخير طبقا لقاعدة (الخاص يقيد العام)، الأمر الذي إعترفت به محكمة العدل الدولية و هو إمكانية قيام أعراف ثنائية[1]مثال على ذلك: قضية الولاية على السمك بين "إنجلترا" و "النرويج"، و في هذا نجد أن محكمة العدل الدولية قضت في أحكامها على أن قاعدة الأميال الثلاثة كحد أقصى لإمتداد البحر الإقليمي، لا يمكن فرضها على النرويج التي عارضت تلك القاعدة[2].

المطلب الثاني

سلطان العرف في مجال القانون الخاص

يعتبر العرف مصدر من مصادر القانون، بالإضافة إلى الدور الذي يلعبه في مجال القانون العام لديه كذلك مكانة في مجال القانون الخاص في مختلف فروعه و نذكر على سبيل المثال دوره في التقنين التجاري الذي يعتبر المصدر التاريخي له (فرع أول) و كذلك دوره في التقنين البحري(فرع ثان) و في تقنين العمل (فرع ثالث).

1- النويميس أبو عبد الملك سعود بن خلف ، مرجع سابق، ص138.

2-ماضوي عباس، مرجع سابق، ص67.

الفرع الأول

العرف في القانون التجاري

يأتي العرف في مختلف البلدان في المرتبة الثالثة ما عادا في المسائل التجارية، بما فيها القانون الجزائري، و ذلك بمقتضى أحكام المادة الأولى مكرر من التقنين التجاري الجزائري[1] التي جعلت العرف المصدر الثاني للتقنين التجاري، خلافا للمادة الأولى من التقنين المدني الجزائري فطبقا لمبدأ تدرج القوانين و الخاص يقيد العام، فإن تطبيق العرف أولى من تطبيق الشريعة الإسلامية، في مجال المعاملات التجارية، و من أمثلة تطبيق العرف في المسائل التجارية، تقديم الثمن عوضا عن الفسخ في حالة تأخر البائع عن تسليم المبيع، أو في حالة تسليم بضاعة من صنف آخر أقل جودة من الصنف المتفق عليه[2].

ترجع أهمية العرف التجاري إلى أن معظم قواعد التقنين التجاري قد نشأت نشأة عرفية و ذلك لسكوت المشرع في كثير من الأحيان على معالجة العديد من المسائل التجارية الهامة، و تزايد سرعة و تطور العملية التجارية، التي لا يمكن وضعها مسبقا في نصوص مكتوبة[3]. و من الطبيعي أن يكون للعرف مكانة هامة في الميدان التجاري، فالتقنين التجاري كان لمدة طويلة قانونا عرفيا بحتا، دون أن يكون لهذه الأعراف تدوينات

1- تنص المادة الأولى مكرر من التقنين التجاري الجزائري: " يسري القانون التجاري على العلاقات بين التجار، و في حالة عدم وجود النص فيه يطبق القانون المدني او أعراف المهنة عند الاقتضاء".

انظر أمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم، إلى غاية قانون رقم 05-02، المؤرخ في 06 فبراير سنة 2005.

2-فضيل نادية، التقنين التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، (بدون سنة نشر) ص48

3-بلورنين احمد، المختصر في القانون التجاري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر و التوزيع، الجزائر، ص20.

مكتوبة، و حتى بعد تدوينه و تقنينه بقي للتقنين التجاري مكانة واسعة للأعراف، لأن التنظيم القانوني غير كاف و لاسيما فيما يخص العقود[1].

فيما يلي يتم التطرق إلى المقصود بالعرف التجاري (أولا)، ثم إثبات العرف التجاري (ثانيا).

أولا: المقصود بالعرف التجاري

يقصد بالعرف التجاري ما إعتاد عليه التجار من قواعد غير مكتوبة فترة طويلة من الزمن خلال تعاملاتهم التجارية، معتقدين بإلزاميتها، و ضرورة احترامها تماما مثل القواعد المكتوبة[2].

يتكون العرف التجاري من ركنين، الأول المادي و هو أن تتكون عادة لدى التجار خلال مدة زمنية معينة و الثاني الركن المعنوي و هو شعور التجار بإلزامية عادة معينة.

عجز العرف عن الإحتفاظ بمكانته السابقة لكن هناك عدد من العمليات التجارية الهامة لا زال يحكمها العرف، كالبيوع التجارية، و الشيكات و الحسابات الجارية، و الإعتمادات المستندية[3].

ثانيا: إثبات العرف التجاري

يفترض على القاضي العلم بالقانون، و تطبيقه على الواقع من تلقاء نفسه و لو لم يطلبه الخصوم[4] و يثبت العرف عادة عندما يدعي به أحد المتنازعين بتقديم شهادة عن

1-بن غانم علي، الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال، الطبعة الأولى، دار موفم للنشر، الجزائر، 2002، ص84.

2-بلورنين أحمد، مرجع سابق، ص20.

3-فوضيل نادية، مرجع سابق، ص49.

4- عمور عمورة، شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2010، ص28.

وجوده، و تسلمها الغرف التجارية و كذلك النقابات المهنية لفئات معينة من التجار[1]و عدم تكليف الخصم بأي إثبات في هذا الخصوص[2]، فإذا رفع المشتري على البائع دعوى تسليم الشيء المبيع، كان على المشتري أن يثبت عقد البيع و هذه المسألة موضوعية يقرها القاضي أو ينفيها، بحسب ما يتوافر لديه من أدلة دون أن يخضع في ذلك لرقابة المحكمة العليا، فإذا ثبت عقد البيع لدى القاضي وجب عليه أن يطبق القاعدة القانونية، التي تفرض على البائع التزام بتسليم الشيء المبيع، و هذه القاعدة لا يكلف الخصم بإثباتها، و يخضع القاضي في تطبيقها لرقابة محكمة العليا، و تطبيقا لذلك، فإنه لما كان العرف قانونا، فإن الخصم لا يكلف بإثباته لأن القاضي ملزم العلم به، و من ثم تطبيقه تلقائيا على ما ثبت لديه من وقائع، إذ لا يوجد فرق بين قاعدة عرفية، و قاعدة تشريعية، أو قاعدة مستمدة من أي مصدر آخر[3].

الفرع الثاني

العرف في القانون البحري

يعتبر العرف مصدر من مصادر القانون البحري نشأ نشأة عرفية، و تعود أهمية العرف البحري إلى قلة النصوص التشريعية في نطاق القانون البحري[4]، و في هذا الفرع سنقوم بتبيان مقصود العرف البحري (أولا) و أهم الأعراف التي مر بها القانون البحري (ثانيا).

1- بن غانم علي،، مرجع سابق، ص85.

2- عمور عمورة، مرجع نفسه، ص28.

3- رغد فوزي عبد الطائي، إشكالية تطبيق العرف التجاري، مجلة 2، جامعة الكوفة، 2009، ص201.

4- شحماط محمد، المختصر في القانون البحري، دار العلوم للنشر و التوزيع، كلية الحقوق، الجزائر، (بدون سنة النشر) ،ص12.

أولا: المقصود بالعرف البحري

يقصد بالعرف البحري مجموعة من العادات البحرية تواتر الأخذ بها حتى استقر الأمر عليها و احترامها، و قد التزم بها المتعالمين في الملاحة البحرية[1]، و مثال عن العرف البحري: جرى العرف على إلقاء بعض البضاعة في البحر لإنقاذ السفينة و توزيع الخسارة بعد ذلك بين مجموع من استفادوا من إنقاذ السفينة(من أصحاب البضائع و مالك السفينة)[2].

ثانيا: أهم الأعراف التي مر القانون البحري

تتكون هذه المصادر التاريخية من مجموعة من العادات و الأعراف البحرية، التي اجتازت القرون دون التغيير و التي زادت وضوحا بعد تدوينها في العصر الوسيط. و لقد تم كتابتها بلغة عامية بسيطة لا تزال تحظى باحترام العديد من المحاكم، و من هذه الأعراف نجد[3]:

1-قواعد أوليريون: (Les rôles d'Olérons)

تمثل مجموعة من العادات و الأعراف البحرية التي كانت سائدة في الموانئ الغربية المطلة على المحيط الأطلسي في القرن 12، و التي امتد مفعولها إلى سائر الموانئ الواقعة في بحر البلطيق و بحر الشمال[4].

1- www.kounouz.com مقلات كنوز، مصادر القانون البحري تم الإطلاع عليه بتاريخ 2019/04/19، على الساعة 22:30.

2- البارودي علي، تيودور محمد، القانون البحري، دار الجامعة للطباعة و النشر، (بدون سنة النشر)، ص10.

3- فتحاني يونس، دور العرف كمصدر من مصادر القانون الدولي للبحار، ماستر القانون البحار و الساحل، سنة 2011، ص90.

4-الفقي محمد السيد، القانون البحري، قسم القانون التجاري و البحري، كلية الحقوق، دار الجامعة الجديدة، اسكندرية 2006، ص10.

2-قنصلية البحر: (Le consulat de la mer)

تعتبر مجموعة من الأعراف التي كانت سائدة في البحر الأبيض المتوسط خاصة على طول السواحل الكاطلانية، و كانت تشكل بحق القانون البحري المطبق انذاك من طرف الأمم المبحرة داخل البحر الأبيض المتوسط نظرا لما تمتاز فوائده من روح العمل و المساواة[1].

3-مرشد البحر: (Le guidon de la mer)

ترجع إلى القرن السادس عشر و أصله من مدينة روان بفرنسا، و قد اهتمت بالصفة خاصة لتحديد تفاصيل قواعد التأمين البحري[2].

4-القانون النظامي:

يعتبر عن مجموعة من أنظمة مستوحاة من العادات البحرية و التي تم وضعها من طرف السلطات البلدية أو الحرافية في غالب الأمر، و هذه المنظمات الحرافية نشأت في الشرق العربي و في القرن التاسع للميلاد، على يد حركة القراطمة، و هي حركة دينية شعبية استوردها الملد لويس التاسع في القرن 18، تضبط المهن الحرة و القضاء على أعمال الغش، نذكر منها:

أنظمة المدن الإيطالية التجارية.

1- فتحاني يونس، مرجع سابق، ص91.

2-طه مصطفى كمال، القانون البحري الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1995، ص18.

5-الأمر الملكي:

جاءت كأول تقنين رسمي لمادة القانون البحري الذي كان يطبق في كل الأقاليم الفرنسية، و قد جامعت هذه المدونة كل الأعراف و العادات التي تنظم البحر و الملاحة البحرية، و بالتالي كل القواعد المتعلقة بالقانون العام و الخاص[1].

الفرع الثالث

العرف في قانون العمل

مازال للعرف و العادات المهنية دور في إنشاء قواعد قانون العمل، رغم التدخل الواسع للدولة في مجل قانون العمل[2] فنظرا لتمييز هذا الفرع القانوني بطابع الواقعية و العملية، فإنه كثيرا ما تتولد بعض الأحكام و القواعد القانونية، عن بعض الممارسات العملية العرفية، سواءا من قبل العمال أو من قبل أصحاب العمل، حيث تأخذ هذه الممارسات طابع القواعد القانونية الحرة، أي غير رسمية، إلا أنها تعتبر إلزامية للأطراف التي أخذت بها طواعية في إطار تعاقدي، ثم يمكن مع مرور الزمن و تواتر العمل بها أن تتحول إلى قواعد ملزمة، مثلها مثل القواعد الرسمية، إما بتبنيها من قبل السلطات التشريعية و صياغتها في قالب قانوني، أو الأخذ بها من قبل القضاء و الحكم على أساسها بإعتبار أن العرف من المصادر المعترف بها للقانون[3]، و مثال ذلك لم تكن النقابة و العقود المشتركة في تعليمات العمل في المشاريع في بعض الدول سوى وسائل واقعية

1-فتحاني يونس، مرجع سابق، 92.

2- هدفي بشير، الوجيز في شرح قانون العمل، علاقات العمل الفردية و الجماعية، الطبعة الثانية، دار ريحانة للكتاب، الجزائر، 2003، ص35.

3-أحمية سليمان، تنظيم القانون لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء الأول، مبادئ قانون العمل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998، ص90.

مارسها العمال و أصحاب العمل قبل الإعتراف بها رسميا لمدة الإنذار التي تسبق إنهاء العقود و قاعدة احتساب مقدار التعويض عن الخرق التعسفي لشروط العقد[1].

يلاحظ أن العرف المهني يكون في الغالب عرفا خاص لمهنة معينة أو مكان معين و ينذر أن يكون عرفا عاما[2].

1-القريشي جمال مصطفى، شرح قانون العمل الجزائري، الجزء الأول، علاقات العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984، ص ص، 51-52.

2- هدفي بشير، مرجع سابق، ص36.

الفصل الثاني

مركز العرف من بين مصادر القانون

يعتبر كل من العرف و التشريع من مصادر القانون ، إلا أن هذا الأخير يعد مصدرا رسميا أصليا، أما العرف فهو مصدر رسمي إحتياطي، فمنشأ العرف يختلف عن منشأ التشريع، فهو يتكون من الإستعمال المتكرر و المستمر بشكل إعتيادي لعادة معينة ، بحيث يتعذر غالبا معرفة مبدئه أو معرفة الهيئة أو الشخص الذي أوجده، بحيث ينشأ ببطء، خلال مدة زمنية طويلة، و بشكل لا يشعر الناس إلا و قد أصبح متأصلا فيهم، قائما في وسطهم الإجتماعي. بخلاف التشريع الذي هو وليد عمل تشريعي فالمشرع هو الذي قام بخلقه و فرضه بإرادته.

بالرجوع إلى نص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري نلاحظ تأخر مرتبة العرف عن مرتبة التشريع، فالمشرع الجزائري ينص صراحة بوضع التشريع في المرتبة الأولى من بين المصادر الرسمية للقانون الجزائري. إلا أن تأخر العرف في المرتبة عن التشريع، لم يفقده أهمية كمصدر إحتياطي إلى جانب التشريع، فهو يسد ما يوجد من نقص في التشريع و يساعد على تحديد مضمونه من جهة أخرى.

ولتوضيح مركز العرف من بين مصادر القانون ، يجب أن نتناول دوره في المصادر الرسمية للقانون (مبحث أول)، ثم وظيفته (مبحث ثان).

المبحث الأول

دور العرف من بين المصادر الرسمية للقانون

يعتبر العرف مصدر إحتياطي للقانون، لا يطبقه القاضي، إلا إذا لم يجد نصا في التشريع، أو حكم في مبادئ الشريعة الإسلامية يحكم النزاع المطروح. و من باب المنطق، و عملا بمبدأ تدرج مصادر القوانين، يتضح لنا أن العرف لا يملك إلغاء التشريع (مطلب أول)، إلا أن هناك بعض الحالات أين يمكن للعرف مخالفة قواعد التشريع (مطلب ثان).

المطلب الأول

عدم إمكانية العرف إلغاء التشريع

يترتب على تخلف مرتبة العرف عن مرتبة التشريع في القانون الجزائري، أن العرف لا يستطيع إلغاء نص تشريعي (فرع أول)، أو مخالفة نص تشريعي متحد معه في الولاية و الاختصاص (فرع ثان).

الفرع الأول

عدم قدرة العرف على إلغاء نص تشريعي

رأينا فيما سبق أن العرف أسبق للوجود من الناحية التاريخية من التشريع، و مع ذلك فإن التشريع إحتل مكانة متفوقة عنه لكون العرف بطيء في إنتاج القواعد القانونية.

مع تطور المجتمع عجز العرف عن الاستجابة لحاجات الأفراد الدائمة و المتجددة. و نظرا لمزايا التشريع الواضحة من حيث سرعة وضع قواعده ووضوح مضمونه و

سهولة إثباته و العلم به، فإن ذلك يجعله كفيلا باستقرار المعاملات و حسن التناسق بين قواعده[1].

يترتب على ذلك ضرورة إعتبار التشريع في مركز أسمى مقارنة بالعرف، و ذلك يؤدي إلى عدم إمكان وقوع تراجع بين القواعد الناشئة عن التشريع، و تلك القواعد الناشئة عن العرف.

فبالرجوع إلى نص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري نستخلص أن القاضي لا يرجع إلى العرف إلا إذا لم يجد نصا تشريعيا يمكن تطبيقه.

فالمشرع ألزم القاضي بموجب هذه المادة بتطبيق النصوص التشريعية، التي تعرض عليه، و حظر عليه تطبيق القاعدة العرفية، إلا إذا لم يجد نصا تشريعيا يمكن تطبيقه.

معنى ذلك أن العرف يعتبر مصدرا إحتياطيا للقانون، لا يرجع إليه القاضي إلا لتكملة نصوص التشريع أو لتفسيرها و ذلك في حالة نقص هذه النصوص أو غموضها. أما إذا وجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، و كان هذا النص واضحا لا يحتاج إلى تفسير، فإن القاضي لا يرجع إلى العرف بإعتباره مصدرا إحتياطيا و أن وظيفته تكمن في تكملة ما في التشريع من نقص أو مساعدته. لذلك لا يطبق في حالة وجود هذا الأخير.

بالتالي لا يتصور أن يخالف العرف التشريع أو يلغيه[1] بالإضافة إلا أن المشرع نص صراحة في المادة الثانية من التقنين المدني الجزائري على أنه:" ***لا يجوز إلغاء القانون إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء".***

1- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص194.

فطبقا لهذا النص فإن العرف لا يملك إلغاء نص تشريعي آمر، سواء وجد هذا النص لحماية المصالح العامة أو لحماية المصالح الخاصة.

كذلك لا يستطيع العرف إلغاء نص تشريعي مكمل، و عليه فإن التشريع، أيا كان آمرا أو مكملا، لا يلغى إلا بتشريع آخر، و بالتالي فلا يلغى التشريع بواسطة العرف[2].

يؤدي هذا إلى حل التساؤل المطروح في الفقه حول إلغاء التشريع بعدم الإستعمال و نشأة عرف مخالف له، فإنه طبقا للنص الصريح السابق الذكر يبقى التشريع ساري المفعول[3].

الفرع الثاني

عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي آمر متحد معه في الولاية و الإختصاص

أصبح التشريع يحتل مكانة بارزة في الوقت الحالي نظرا للدور الذي يلعبه في تنظيم الحياة الاجتماعية، بحيث أصبح يلعب دور رئيسي في تنظيم سلوك و علاقات الأفراد[4] و ذلك إثر تراجع مكانة العرف.

هذا ما أدى إلى اعتبار التشريع المصدر الرئيسي الأصلي الوحيد للقانون. لذلك لا يمكن للعرف أن يخالف التشريع لأنه أدنى مرتبة منه، فالعرف لا يستطيع مخالفة نص تشريعي آمر متحد معه في الولاية و الإختصاص.

1- تناغو سمير عبد السيد، النظرية العامة للقانون، منشأة توزيع المعارف، 1986، ص ص، 470-471.

2- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص195.

3- زعلاني عبد المجيد، المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، الجزائر، 2005-2006، ص84.

4- تيريش، بلعسلي ويزة، مرجع سابق، ص69.

فإذا كنا بصدد مسألة واحدة و طرأ عليها قاعدتان متعارضتان، إحداهما تشريعية و الأخرى عرفية، طبق القاضي على الفور القاعدة التشريعية و إنصرف عن القاعدة العرفية، بإعتباره حامي للنظام العام و الحارس على فرض إحترامه[1] و ذلك إستنادا إلى نص المادة الثانية من التقنين المدني الجزائري السالفة الذكر، باعتبار أن القواعد الآمرة تتعلق بالنظام العام و بالتالي لا يجوز مخالفتها.

فمثلا لا يملك العرف المدني مخالفة قاعدة من قواعد التقنين المدني الآمرة، كما لا يستطيع العرف التجاري أن يخالف قاعدة آمرة من قواعد التقنين التجاري لأنهما متحدان في الولاية ومجال الاختصاص، إذ حينئذ يجب تغليب النص الآمر عن القاعدة العرفية[2].

المطلب الثاني

مخالفة العرف للتشريع

الأصل أنه طبقا لنص المادة 2 من التقنين المدني الجزائري لا يمكن للعرف أن يخالف أو يلغي أحكام التشريع، لكن هناك بعض الحالات أين يجوز فيها للعرف مخالفة النصوص التشريعية الآمرة (فرع أول) أي يرجح تطبيق العرف الخاص على نصوص الشريعة العامة الآمرة، أما بالنسبة للنصوص التشريعية المكملة، فيجوز للعرف مخالفتها ما دام أن المشرع الجزائري وضع شرطا لذلك (فرع ثان).

1- الجيلالي عجة، المدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون بين التقليد و الحداثة طبقا للمعايير الدولية المقررة لنظام ل م د، الجزائر 2009، ص478.

2- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص195.

الفرع الأول

جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية الآمرة

تعتبر القواعد التشريعية الآمرة، تلك القواعد التي لا يجوز للأفراد الإتفاق على مخالفتها، و لا يمكن أن ينشأ عرف مخالف لها.

غير أن هذا يقتضي أن تنتمي كل من القاعدة التشريعية الآمرة و القاعدة العرفية، التي قد تخالف القاعدة الأولى إلى فرع واحد من فروع القانون كما لو أن كل من القاعدتين تنتميان إلى التقنين المدني مثلا، ففي هذه الحالة لا يجوز أن يخالف عرف مدني نصا تشريعيا آمرا من نصوص التقنين المدني[1] أما إذا كان العرف ينتمي إلى فرع من فروع القانون الخاص، كالتقنين التجاري، ففي هذه الحالة يمكن للعرف التجاري أن يخالف قاعدة تشريعية آمرة تنتمي إلى التقنين المدني، بحيث يتقدم تطبيق العرف التجاري على القاعدة التشريعية الآمرة[2].

يستند هذا الحل إلى أن نصوص التقنين المدني مكملة لنصوص التقنين التجاري فهو الحكم الخاص في المسائل التجارية.

ففي حالة عدم وجود قواعد خاصة تحكم مسألة تجارية ما، وجب الرجوع إلى قواعد التقنين المدني، أما إذا وجد عرف تجاري في هذه المسألة، فقد وجدت قواعد قانونية تجارية، ذلك لأن العرف التجاري يعتبر من قواعد التجارة، مثله مثل التقنين التجاري و بالتالي يجب الرجوع إليه في حالة عدم وجود نص صريح في التقنين التجاري يتعلق بنزاع تجاري.

1- محمد حسين منصور، محمد حسين قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، الدار الجامعية، 2000، ص ص، 223- 224.

2- فيلالي علي، مرجع سابق، ص260.

يتم تطبيق هذه القواعد التجارية باعتبارها قواعد خاصة، و لا تكون هناك حاجة للرجوع إلى التقنين المدني، و ذلك تطبيقا للقاعدة التي تقضي أن **"الخاص يقيد العام"** ، بحيث يتم تطبيق القواعد العرفية التجارية حتى و لو كانت مخالفة لنصوص التقنين المدني.

تطبيق هذه القواعد العرفية لا يعني أن العرف يستطيع أن يخالف النصوص التشريعية الآمرة بصفة عامة. ففي حالة وجود نص تشريعي آمر في التقنين التجاري، فلا يمكن لقاعدة عرفية أن تخالفه. أي أن العرف التجاري يبقى مقتصرا على دوره الاحتياطي، و لا يتم اللجوء إليه إلا في حالة عدم وجود نص تشريعي آمر في التقنين التجاري[1].

و في هذا الصدد نجد أن التقنين المدني الجزائري، نص في بعض نصوصه بتغليب العرف التجاري في مجال المسائل التجارية على النص المدني الآمر، حيث تنص المادة 77 من التقنين المدني الجزائري على أنه:***"لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه بإسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصيل، على أن يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد، كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه مما يقضي به القانون و قواعد التجارة".***

لا يقصد من قواعد التجارة التقنين التجاري فقط بل جميع قواعد القانون التجاري، الذي قد يكون التشريع أو ما يطلق عليه بالقانون التجاري كما قد تكون القواعد التجارية عرفا[2]. كذلك ما تنص عليه المادة 449 من القانون المدني الجزائري صراحة:" ***لا***

1- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص196.

2- محمدي (زواوي) فريدة، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، وحدة الرغاية، الجزائر، 1998، ص87.

تطبق مقتضيات هذا الفصل على الشركات التجارية إلا فيما لا يخالف القوانين التجارية و العرف التجاري".

الفرع الثاني

جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة.

وجدت النصوص التشريعية المكملة لتكملة ما نقص من شروط العقد، و ذلك في حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم هذه الشروط، و هي على خلاف القواعد الآمرة ، إذ يجوز للأفراد الإتفاق على خلاف حكمها لأنها لا تتعلق بشكل مباشر بالمصلحة العامة[1] لذلك يمكن أن تنشأ قاعدة عرفية صحيحة مخالفة لقاعدة مكملة[2].

فإذا كان للأفراد مطلق الحرية في الأخذ بهذه القواعد أو إهمالها فلا يوجد مانع من وجود عرف يخالف هذه القواعد. و بالتالي يجوز للعرف أن يخالف نص تشريعي مكمل مادام أن هذا الأخير ينص على " ***ما لم يوجد إتفاق أو عرف أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك"*** [3].

و العبرة من ذلك أن ما إعتاد الناس على إتباعه في مثل هذه المسائل يعتبر أكثر اتفاقا مع حاجات التعامل فيما بين الأفراد.

من أمثلة ذلك ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 387 من التقنين المدني الجزائري على أنه " ***يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك"*** . و ما تنص عليه الفقرة الأولى من المادة 388 من نفس التقنين على

1- فاضلي إدريس، مرجع سابق، ص141.

2- ديدان مولود، مقرر وحدتي المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر و التوزيع، الجزائر، 2017، ص85.

3- تيريش بلعسلي ويزة، مرجع سابق، ص91.

أنه : "***يكون ثمن البيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك***".

ففي مثل هاتين الحالتين يؤخذ بالإتفاق إن وجد، فإن لم يوجد تطبق القاعدة العرفية إن وجدت، رغم وجود القاعدة التشريعية.

تجدر الإشارة إلى أن الأخذ بالقاعدة العرفية في مثل هاتين الحالتين ، رغم مخالفتها للقاعدة التشريعية المكملة، لا يعني أن القاعدة العرفية تلغي القاعدة المكملة، بل إن ذلك يعني فقط استبعاد تطبيق هذه الأخيرة[1] فتطبيق العرف يعد تطبيقا للنص التشريعي و ليس إهدارا له، لأن المشرع هو الذي أحال إلى العرف لقدرته على تنظيم المسألة محل القاعدة القانونية المكملة[2].

1- جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص197.

2- تيريش، بلعسلي ويزة، مرجع سابق، ص91.

المبحث الثاني

وظيفة العرف

لا يمكن للتشريعات الوضعية أن تأتي بنص قانوني لكل واقعة و تصرف قانوني، لأن الوقائع و التصرفات لا تحصى، و مادامت النصوص منتهية و الوقائع غير منتهية، فلا يمكن للمنتهي أن يضبط اللامنتهي، و لهذا فالوسط القانوني ، إعترف بقصور التشريعات و عدم كمالها ، لذا إستوجب الإستعانة بالعرف كوسيلة بديلة للفصل في القضايا المطروحة أمام القاضي سواء في حالة غياب نص تشريعي أو نقصه فيلجأ القاضي إلى العرف المكمل للتشريع (مطلب أول)، أو في حالة غموضه يلجأ للعرف المساعد (مطلب ثان).

المطلب الأول

العرف المكمل للتشريع

يقوم العرف بدوره المكمل للتشريع في شتى فروع القانون العام، و القانون الخاص و يستثنى من ذلك القانون الجنائي بناءا على نص المادة الأولى من تقنين العقوبات الجزائري التي تنص على أنه"***لا جريمة و لا عقوبة و تدابير أمن بغير قانون***"[1]، و لإبراز أهمية العرف المكمل للتشريع يتم التطرق إلى مضمونه (فرع أول) و تطبيقاته (فرع ثان).

[1] المادة الأولى من أمر رقم 66-156.

الفرع الأول

مضمون العرف المكمل للتشريع

حظي التشريع بمركز الصدارة في القانون الحديث، فهو يتسم بالدقة و حسن الصياغة، لذا يعتبر المصدر الرسمي الأصلي العام للقاعدة القانونية ، بحيث يشمل إختصاصه كل المجالات الإجتماعية و الإقتصادية و غيرها.

غير أن التشريع لا يمكن أن يكون محيطا بجميع ما قد يوجد أو يستجد في المجتمع من روابط و علاقات، لأن أحكام التشريع يشوبها النقص حتما، باعتبارها عملا إنسانيا لا يمكن أن يكون كاملا، إذ لا يستطيع أن يحيط بكل ما يلزم لحكم وقائع الحياة الغير متناهية، فالحياة بطبيعتها دائمة التغيير لا تثبت على حال ، و لا يمكن لأي عقل بشري أن يضع لها ما يناسبها من الأحكام.

لذا فإنه من المتصور أن تعرض نزاعات على القاضي لا يكون لها حكم في التشريع، و في هذه الحالة لا يستطيع القاضي الامتناع عن الحكم في النزاع بحجة عدم وجود نص تشريعي يمكن تطبيقه، و إلا كان مرتكبا لجريمة إنكار العدالة[1].

رغبة في سد النقص الموجود في التشريع، حرصت القوانين الوضعية على وضع مصادر رسمية أخرى يتعين اللجوء إليها في حالة وجود فراغ في التشريع، و من بين هذه المصادر نجد العرف الذي يعتبر المصدر الرسمي الإحتياطي للقانون لا يلجأ إليه القاضي إلا في حالة عدم وجود تنظيم تشريعي للمسالة المعروضة[2].

1-جعفور محمد سعيد، مرجع سابق، ص ص، 164-165.

2- شوقي أحمد ، محمد عبد الرحمان، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، منشأة توزيع المعارف، الاسكندرية، 2005، ص118.

يلعب العرف دورا رئيسيا في تكملة النصوص التشريعية، يلجأ إليه القاضي عندما لا يجد نصا في التشريع يستند إليه للفصل في القضية المعروضة. و هذا الدور حددته المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري، و التي تجعل العرف المصدر الرسمي و الإحتياطي الثاني في المرتبة.

إلا أن المشرع المصري كان أكثر دقة و تقدير للعرف، فاعترف به كمصدرا مكملا للتشريع، يأتي في المرتبة الثانية بعد التشريع مباشرة، و باعتبار أن القانون يمنح هذه المرتبة للعرف فيتعين على القاضي أن يكمل ما في التشريع من نقص بالاستعانة بالقواعد العرفية.

فالدور الذي يقوم به العرف يتمثل في تكملة النصوص التشريعية، سواء في المسائل التي فات المشرع تنظيمها عن قصور، أو عن تسرع في إصدار التشريعات، أو في المسائل التي لم يفصلها لتشعبها.

و من ثم يعد العرف مصدرا رسميا إحتياطيا قائما بذاته، أي أن القاضي لا يلجأ إليه إلا بعد إستنفاذ القواعد التي يستمدها من المصدر الرسمي الأصلي و هو التشريع، و القواعد التي يستمدها من مصدر رسمي إحتياطي آخر يمنحه المشرع أولوية على العرف و المتمثل في مبادئ الشريعة الإسلامية، كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الجزائري الذي رتب العرف في المرتبة الثالثة بعد التشريع و مبادئ الشريعة الإسلامية.

لذلك فإن القاضي لا يلجأ إلى العرف إلا إذا لم يجد حلا للنزاع المطروح في المصدر الرسمي الأصلي و هو التشريع أو في المصدر الرسمي الإحتياطي الأول و هو الشريعة الإسلامية[1].

1-الناصري سليمان، المدخل للعلوم القانونية، مقارنة بالقوانين العربية، 2005، ص82.

يعلل الفقه دور العرف المكمل في القوانين التي تجعل منه مصدرا إحتياطيا صراحة بأمرين:

أولهما: أن سكوت المشرع عن مسألة معينة يحتمل أن يفسر بوجود عرف ثابت يدل في ذاته على صحة السلوك المتبع مما يستبعد الحاجة إلى تدخل المشرع لتغييره.

ثانيهما: أنه عند سكوت القانون من الأفضل الاعتراف للعرف الموجود بالقوة الإلزامية لما في ذلك من ضمان الإستقرار القانوني، فالنظام القانوني يكون آنذاك مزودا بقاعدة سلوك مشهورة و شائعة، يمكن لأي شخص أن يرجع إليها على الأقل طالما لم يتدخل التشريع بما يتنافى معها[1].

يعتبر العرف المكمل للتشريع في الدول المعاصرة أمرا مسلما به، على أساس أنه ظاهرة إجتماعية قانونية و تلقائية لا يمكن الإستغناء عنها، فالعرف هو المصدر الأصيل الذي يتصل إتصالا مباشرا بالجماعة و يعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات و مقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو إستعصائها.

لذلك ظل هذا المصدر و سيظل إلى جانب التشريع مصدرا تكميليا خصبا لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسري في شأنها قواعد التقنين المدني و سائر فروع القانون الخاص و العام على سواء[2].

1-زعلاني عبد المجيد، مرجع سابق، ص112.

2-الخليل حبيب إبراهيم، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص149.

الفرع الثاني

تطبيقات العرف المكمل للتشريع

تقتضي الحياة العامة القيام بعدة تصرفات و في مختلف المجالات، لذلك يجب على الأفراد في معاملتهم اليومية، و خاصة في ميدان التعاقد، أن يتفقوا على الأمور الجوهرية و المهمة، التي لا يمكن إغفالها أو السكوت عنها، نظرا لتأثيرها في إنعقاد العقد أو في صحته، و لأن مصلحة المتعاقدين لا تتم و لا تكتمل إلا ببيانها، أما الأمور الفرعية و القضايا الجزئية التي لا تدخل في أصل التعاقد، و لا تفوت المصلحة الجوهرية للمتعاقدين، فغالبا ما يسكتون عنها و لا يفضلون ذكرها، إتكالا منهم على وسائل أخرى تتولى معالجتها و بيان حكمها.

ذلك لأن واقع الحياة يدل على أنه من العسير و المتعذر على الناس ذكر كل التفاصيل المتعلقة بالتصرفات التي يقومون بها.

لأن ذلك يؤدي إلى إضاعة أوقات الناس مما يجعل عملية التعاقد عبئا ثقيلا على المتعاقدين[1]، و لكن لا يعني سكوت الناس عن ذكر هذه التفاصيل إسقاطهم لها و تنازلهم عنها، إذ هناك وسائل كثيرة يرجع إليها في رفع هذا النزاع، و العرف يعتبر من أهم هذه الوسائل.

1-القرالة أحمد ياسين، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثالث، العدد1، كلية الشريعة، جامعة آل البيت، 2007، ص77.

ذلك لأن سكوت الناس عن ذكر تلك الأمور فيه دلالة على أنهم قبلوا بالعرف كوسيلة لبيان حكمها[1]، و لتحكيم العرف في الوقائع و التصرفات يشترط فيه توفر الشروط الآتية:

أولا/ أن يكون العرف قائما و موجودا عند إنشاء ذلك التصرف: يقتضي في العرف الذي يرجع إليه الناس لحل النزاع أن يكون سابقا للتصرف أو مقارنا له، أما العرف الطارئ، فلا يجوز الإعتماد عليه في رفع الخلاف ، لأن العرف السابق هو الذي يكون حاضرا في الذهن عند إبرام التصرف و بالتالي فإن كل من المتعاقدين مستعدين لما يقضي به العرف، أما العرف الطارئ فلا يكون واردا في الحسبان و بالتالي يتفاجئ به أحد المتعاقدين أو كلاهما، مما يلحق الأذى بالمتعاقدين أو إحداهما.

فعلى سبيل المثال: إذا كان العرف يلزم البائع بنقل البضاعة إلى المنزل أو إلى محل المشتري فإن البائع يضيف أجرة النقل إلى السعر و بالتالي يحقق البائع مقصده من الربح، أما إذا لم يكن هناك ما يلزمه بالنقل وقت إنشاء العقد، ثم طرأ عرف جديد يلزم البائع بالنقل، فإن هذا العرف يفاجئ البائع، و بالتالي يحمله تكلفة لم يكن متوقعا لها، مما يلحق الضرر به.

ثانيا/ أن لا يكون هناك تصريحا بخلاف العرف: لا يعمل بالعرف إذا كان هناك إتفاق بين المتعاقدين ينظم العلاقة بينهما، و يبين حقوق وواجبات الطرفين بالتفصيل، و العلة في ذلك أن العمل بالعرف هو من باب الدلالة ، لأن سكوت الطرفين عن بعض الأمور دلالة على أنهما قد رضيا بحكم العرف للفصل فيها.

1-حيدر علي، دار الحكام، شرح مجلة الأحكام، الجزء الأول، دار الجيل، بيروت، (بدون سنة نشر)، ص80.

و من المقرر فقها أن التصريح أقوى من الدلالة ، و بالتالي إذا اتفقا الطرفان على خلاف ما يقضي به العرف، فإن ذلك لا يعني أن إرادتهما اتجهت إلى استبعاده. و بالتالي لا يجوز إلزامهم به[1].

لقد وضع الفقهاء طائفة من القواعد الفقهية التي تنظم دور العرف في تحديد نطاق العقود و التصرفات أهمها:

1- **العادة محكّمة:** يقصد بهذه القاعدة أن العرف يجعل حكما بين الناس في الأمور التي لم يرد فيها اتفاق بين المتعاقدين.

2-**المعروف عرفا كالمشروط شرطا:** تقتضي هذه القاعدة، أن الحكم الثابت بالعرف، كالحكم الثابت بالشرط، و إذا كان الثابت بالشرط ملزما لصاحبه، فكذلك الثابت بالعرف.

3-**المعروف بين التجار كالمشروط بينهم:** تشمل هذه القاعدة على نفس محتوى القاعدة التي قبلها، إلا أن هذه القاعدة تطبق في العرف الخاص و الذي لا يطبق إلا على أصحابه. و القاعدة التي قبلها تطبق في العرف العام، الذي يطبق مضمونه على الجميع[2].

من أمثلة التشريع المكمل قي التقنين الجزائري نجد أن المادة 65 من التقنين المدني الجزائري تنص: " ***إذا إتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد و إحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد و لم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، إعتبر العقد مبرما و إذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة و لأحكام القانون و العرف و العدالة.***"

1-القرالة أحمد ياسين، مرجع سابق، ص81.

2-حيدر علي، مرجع سابق، ص83.

يتبين من نص هذه المادة على أنه إذا إتفق المتعاقدان على المسائل الجوهرية للعقد، فإن هذا الأخير يعتبر قد إنعقد، حتى و إن وجدت مسائل تفصيلية و ترك الإتفاق عليها إلى ما بعد إبرام العقد، فإذا لم يتوصل المتعاقدان بعد ذلك إلى إتفاق بشأن هذه المسائل التفصيلية المؤجلة يتدخل القاضي لحسم الخلاف حولها، و يكون ذلك بناءا على طلب أحد المتعاقدين أو كليهما.

على القاضي قبل ذلك أن يتحقق بأن المسائل المتنازع حولها هي مسائل تفصيلية، لأنه إذا كان الأمر يتعلق بالمسائل الجوهرية، فإن العقد لا يعتبر قد تم، و من ثمة فلا مجال لتدخل القاضي هنا. و ذلك لأن المتعاقدين يعتبران مازالا في مرحلة التفاوض، يجب أن يترك لهما أمر تنظيم هذه المسائل.

أما إذا كانت المسائل المختلف حولها مسائل تفصيلية، و تأكد القاضي من إتفاق المتعاقدين التام حول المسائل الجوهرية، فبالتالي سوف يشرع في تنظيمها وفقا لطبيعة المعاملة و أحكام القانون و العرف و العدالة فمهمة القاضي هنا لا تقتصر على تفسير إرادة المتعاقدين بل تذهب إلى إستكمال ما نقص منها[1].

كذلك تنص المادة 107 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري: " ***...و لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة، بحسب طبيعة الالتزام..".***

يتبين من نص هذه المادة أن إرادة المتعاقدين الصريحة و المعلن عنها ليست هي كل العقد، لا يمكن اعتبار أن الآثار المترتبة عن العقد تتمثل فيما كان منتظرا من جانبها

1- الفتلاوي سلام عبد الله، إكمال العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012، ص ص،57-58.

فالمادة 107 فقرة 2 من التقنين المدني الجزائري تسمح للقاضي بتوسيع نطاق العقد و الذهاب إلى أكثر مما إتفق عليه المتعاقدان إلى غاية الوصول إلى أدق التفاصيل المتعلقة بالإتفاق المبرم بين الطرفين .

إذن فالقانون هو الذي يحيل القاضي للإستعانة بالعرف من أجل البحث و إكتشاف إلتزامات جديدة تضاف إلى العقد، بحيث أن المضمون الإلزامي للعقد يتجاوز مضمونه الشكلي، الإرادة المشتركة للمتعاقدين لم تعد المصدر الوحيد لتحديد حقوقهم وواجباتهم و إنما يضاف إليها كذلك العرف و ذلك بحسب طبيعة الإلتزام. و يشترط حتى يتدخل القاضي لتكملة العقد طبقا للمادة 107 فقرة الثانية من التقنين المدني الجزائري ما يلي:

1-وجود عقد صحيح بين المتعاقدين.

2-أن لا ينص صراحة على الإلتزام التبعي المراد تكملة العقد به.

3-أن لا يستبعد صراحة هذا الإلتزام التبعي المراد تكملة العقد به.

4-وجود أحد عوامل التكملة المتمثلة إما في القانون، أو عرف.

5-يجب في الأخير أن يكمل هذا الإلتزام التبعي إتفاق المتعاقدين دون المساس بجوهره أو تفسيره[1].

يستخلص من نص المادتين السالفتين الذكر، أن العرف يعتبر أحد المصادر الموضوعية التي يستعين بها القاضي لتكملة الالتزامات الناقصة في العقد و التي تدخل ضمن مستلزماته، بحسب طبيعة الإلتزام.

و عليه فإن العرف يعتبر مصدرا أو مبررا للعلاقة التي تربط المستلزم الذي يضفيه القاضي، بطبيعة الإلتزام الأصلي المتفق عليه في العقد. فالعرف يكمل ما إتفق

1- بوختالة سعاد، دور القاضي في تكملة العقد،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015-2016،ص92.

عليه الأطراف بمعنى أن إتفاقهم يحرك من القواعد العرفية، التي ترتبط بنوع العقد أو بإلتزام من الإلتزامات المنصوص عليه فيه، و تضيف إليه التزامات أخرى، لم يواجهها الطرفان للاتفاق عليها صراحة أو ضمنيا، فلا عبرة لإرادتهما بذلك، كون القاعدة العرفية هي عبارة عن قواعد موضوعية خارجة عن إرادة الأطراف، و عليه فهي تطبق في حالة سكوت العقد[1].

ما دام أن القواعد العرفية هي قواعد قانونية، فإن القاضي عند استعمالها و الإسترشاد بها كمصدر الإلتزامات التفصيلية التكميلية التي يضفيها إلى العقد، يكون خاضعا في ذلك لرقابة المحكمة العليا.

بناء على ما سبق ساهم العرف في تحديد نطاق العقد، إذ يعتد به القاضي لاستكمال مضمون العقد[2]. ومن الأمثلة التي يتسع فيها دور العرف المكمل في بعض المسائل نذكر منها:

- العقود غير المسماة، أي العقود التي لم يتناولها المشرع بالتنظيم.
- المسائل المتعلقة بالسوق المصرفية و البورصة.

و يتسع المجال بصفة خاصة لقيام العرف بدوره المكمل في نطاق المعاملات التجارية و العلاقات المهنية، نذكر منها بعض القواعد العرفية في هذا المجال:

- القواعد التي تحدد مواعيد الإخطار بفسخ العقد.
- القواعد التي تلزم خدم المطاعم و الفنادق بتجميع المال الذي يدفعه الزبائن على سبيل الهبة أو البقشيش و توزيعه عليهم[1].

1-دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر، 2007-2008، ص67.

2- فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موقع للنشر، الجزائر، 2008، ص367.

تجدر الإشارة أن العرف المكمل لإرادة الطرفين، ليس له قوة القانون، و لا حتى قوة الاتفاق، و لذلك لا يطبق إلا في حالة غياب النص القانوني أو في حالة سكوت المتعاقدين عن تنظيم ما، فيما تعاقدوا عليه[2].

المطلب الثاني

العرف المساعد للتشريع

يقوم العرف بدور مهم من خلال قدراته الهائلة على تفسير النصوص القانونية و بيان المقصود منها، و يعول عليه القاضي في التعرف على مقاصد الناس و نياتهم، و لإبراز محتوى و أهمية هذا المطلب نتطرق إلى مضمون العرف المساعد للتشريع (فرع أول) و تطبيقات العرف المساعد للتشريع (فرع ثان).

الفرع الأول

مضمون العرف المساعد للتشريع

يقوم العرف بجانب التشريع بدور مكمل يتمثل في تكملة ما نقص من أحكامه بإعتباره المصدر الأصلي الذي يتصل إتصالا مباشرا بالجماعة ، و الدور الذي يؤديه العرف بالنسبة للتشريع يطلق عليه الدور المكمّل للتشريع كما سبق لنا أن ذكرنا، و بالرغم من ذلك فإن للعرف دورا آخر يقوم به في ظل النصوص التشريعية و هو دوره كمساعد للتشريع[3].

1- سي علي أحمد ، مرجع سابق، ص272.

2- دالي بشير، مرجع سابق، ص31.

3- فيلالي علي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد ، مرجع سابق، ص258.

حيث كثيرا ما يقتصر المشرع في بعض الحالات على تنظيم المسائل الرئيسية، تاركا صراحة المسائل التفصيلية للعرف، فلا يكون الرجوع حينئذ إلى هذا الأخير بغرض سد النقص الموجود في التشريع، و إنما رغبة من المشرع في إخضاع هذه المسائل للعرف، كونه أكثر ملائمة و إنسجاما مع ضمير الجماعة[1].

يقصد بالعرف المساعد للتشريع أن التشريع ينص على إحالة أو الاستعانة بالعرف لتفسير إرادة المتعاقدين، أو البحث عنها بغية الوقوف على مدى إتفاقهما على كافة المسائل فالعرف في هذه الحالة لا يكمل التشريع نظرا للنقص الذي قد يلحقه، بل المشرع يستعين به في تنظيم المسائل التفصيلية فقط، فيفسر العرف و يحدد ما أحال عليه المشرع[2] . و كما هو الشأن في القواعد المكملة التي غالبا ما تنتهي بالعبارة التالية:" **ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك**" فمضمون العرف المفسر هو أنه يتكون من قاعدة تفسيرية علت إلى مرتبة القاعدة القانونية المفسرة حيث جعلها القانون ملزمة للقاضي.

يبدو دور العرف المساعد للتشريع بارزا من خلال النصوص التشريعية، إذ يصعب على المشرع إعطاء مفاهيم دقيقة لأمور تتغير بسرعة وفقا للظروف و المعاملات[3].

الفرع الثاني

تطبيقات العرف المساعد للتشريع

تظل القواعد العرفية رغم التطور صاحبة الفضل في تفسير و سد النقص الذي قد يطرأ على التشريع لإيجاد الحلول المناسبة للإشكالات القانونية المطروحة، رغم أنه

1- الناصري سليمان ، مرجع سابق، ص43.

2- فيلالي علي، الإلتزامات النظرية العامة للعقد ، مرجع سابق، ص259.

3- محمدي (زواوي) فريدة ، مرجع سابق، ص86.

يفترض وجود نصوص تشريعية تحكم كل النزاعات، و لكن القاضي و هو بصدد تطبيق هذه النصوص يكون بحاجة إلى الإستناد إلى العرف[1].

يتجلى مضمون العرف المساعد في إستعانة القاضي بالعرف لتفسير العقد (أولا) ثم الإستعانة به لتنفيذ العقد (ثانيا) بالإضافة إلى تحديد مضمون النص التشريعي (ثالثا).

أولا: الإستعانة بالعرف في تفسير العقد

يسمح التشريع عند تنظيم موضوع معين بالإحالة إلى العرف لتحديد و تفصيل و تفسير بعض المسائل اللازمة لتطبيقه، و من هنا تظهر وظيفة مساعدة العرف للتشريع، و يتوقف القاضي في تطبيق التشريع على ضرورة رجوعه للعرف لتفسير المسالة التي أحال إليها المشرع.

و من أمثلة ذلك في التشريع الجزائري ما نصت عليه المادة 111فقرة 2 من التقنين المدني الجزائري: "أما ***إذا كان هناك محل لتأويل، العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات***".

إذن في حالة البحث عن النية المشتركة لأطراف العقد و بهدف الوقوف على حقيقة الرابطة العقدية ، رسم المشرع للقاضي معلما يستعين به لتفسير العلاقات التي يحوم حولها غموض بشأن تكييفها.

من هنا نستنتج أنه يتعذر على القاضي تطبيق التشريع إذا لم يستعين بالعرف[2].

1- حبيب ابراهيم الخليلي، مرجع سابق، ص176.

2- محمدي (زواوي) فريدة، مرجع سابق، ص25.

نجد أيضا المشرع المصري في المادة 150 من التقنين المدني المصري التي تنص: ***"إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الإستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، و بما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات"***

قضت محكمة النقض المصرية بأن لقاضي الموضوع أن يتحرى على نية المتعاقدين من أي طريق يراه، و ليس عليه أن يرجع في ذلك إلى العرف إلا إذا كان القانون لا يوجد فيه نص يحكم العقد، أو كان العقد ليس فيه ما يكشف عن قصد المتعاقدين منه.

فإذا كانت محكمة الموضوع قد فهمت الوقائع، أي أن المتعاقدين قد قصدا من إتفاقهما أن يكون الإحتكام فيما يختلفان فيه إلى ما نص عليه في التعاقد، و كان التعاقد جليا في ذلك و ليس فيه مساس بالنظام العام، ثم أجرت حكمها بمقتضى ذلك على النزاع القائم بين طرفي العقد على قضائها و لا سبيل لمحكمة النقض عليها فيه.

ثانيا: الاستعانة بالعرف في تنفيذ العقد

يمكن إضافة عامل آخر و هو طريقة تنفيذ العقد، قد لا تتضح بها إرادة المتعاقدين مثلا إذا قام المتعاقدان بتنفيذ العقد وفق مدة زمنية معينة ففي هذه الحالة فسرت إرادتهما المشتركة حسب ما إتفق عليه ، كقيام المستأجر بدفع الأجرة في موطن المؤجر و في مدة زمنية متفق عليها ، و القواعد العامة تقضي بأن الأجرة تدفع في محل المستأجر، لكن هذا الأخير إعتاد أن يدفع الأجرة في محل المؤجر حسب مدة معينة من الزمن و في تاريخ معين، هذا يعني أن المتعاقدان أراد دفع الأجرة في هذا المحل[1].

1- طلبة أنور، المطول في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2004، ص ص، 192-193.

و مثال ذلك ما تضمنته نص المادة 387 فقرة أولى من التقنين المدني الجزائري التي تنص على ما يلي: " ***يدفع ثمن البيع في مكان تسليم المبيع ما لم يوجد عرف أو إتفاق يقضي بغير ذلك"*** فإذا لم يتفق البائع أو المشتري على دفع الثمن في مكان آخر وجب دفع الثمن في مكان تسليم المبيع، بالإضافة إلى نص المادة 388 فقرة أولى من التقنين المدني الجزائري التي تنص على أنه" ***يكون ثمن المبيع مستحقا في الوقت الذي يقع فيه تسليم المبيع، ما لم يوجد إتفاق أو عرف يقضي بخلاف ذلك***'

ثالثا: الاستعانة بالعرف في تحديد مضمون النص التشريعي

يلعب العرف دورا في تحديد مضمون النص التشريعي و من أمثلة ذلك القاعدة التي تقرر أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة، بحسب طبيعة الإلتزام و هكذا يمكن الإستعانة هنا بالعرف لتحديد المقصود بعبارة مستلزمات العقد.

تتسم فكرة مستلزمات العقد بالغموض و عدم الوضوح هذا ما قاله (DENIS MAZEAUD) في مقاله حول نظام الإلتزام بالسلامة[1].

يقصد بالمستلزم هو إلتزام يضاف إلى المضمون العقدي، بمعنى أنه سيؤدي إلى إضافة شيء ضروري إلى العقد لأجل سد النقص، حيث يعتبر العرف مصدرا مبررا

1 . Denis MARZAUD : le régime de l'Obligation de sécurités, Gaz, Pal, 1997, P1201.

« La notion de suite du contrat au sens de l'article 1135 du code civil, demeure aujourd'hui encore extrêmement floue, faute de critère fiables permettant d'en dessiner les contours et d'en déterminer le contenu »

للعلاقة التي تربط المستلزم الذي يضيفه القاضي في طبيعة الإلتزام الأصلي المتفق عليه في العقد[1].

نأخذ مثال عن العرف المساعد في تحديد مضمون النصوص التشريعية في بعض المعايير المرنة نص المادة 488 فقرة أولى التقنين المدني الجزائري: "***يضمن المؤجر للمستأجر، باستثناء العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها، كل ما يوجد للعين المؤجرة من عيوب تحول إستعمالها أو تنقص من هذا الإستعمال نقصا محسوسا، ما لم يوجد إتفاق على خلاف ذلك..***". فوفقا لهذا النص يرجع القاضي إلى العرف لمعرفة العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها و يلجأ المشرع للإحالة إلى العرف في المادة 272 فقرة ثانية التقنين المدني الجزائري التي تنص : "***..فإذا كان للأشياء سعر معروف في السوق فلا تباع في المزاد العلني إلا إذا تعذر بيعها بالتراضي و بالسعر المتداول عرفا.***"

تنص المادة 148 من التقنين المدني المصري في الفقرة الثانية على أنه:"***لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، و لكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة بحسب طبيعة الالتزام***".

فللقاضي وفقا لهذه القاعدة العامة أن يضيف إلى مضمون العقد ما يقضي به القانون و العرف و العدالة، في إطار المبدأ العام الذي يقضي بضرورة تنفيذ العقود بطريقة تتفق مع حسن النية، ثم على القاضي أن يقدر ما إذا كان في إضافة إلتزام إلى مضمون العقد يحقق تنظيم أفضل للعلاقة بين الطرفين.

1- محمدي(زواوي) فريدة ، مرجع سابق، ص86.

تأكيدا لما تقدم ذهبت محكمة النقض المصرية ، إلى أن تحديد نطاق العقد على ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة 148 من التقنين المدني المصري، منوطا بما إتجهت إليه إرادة عاقديه، و ما يعتبر من مستلزماته وفقا للقوانين المفسرة و العرف.

إنتهت محكمة النقض المصرية إلى أنه لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه و لكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة.

قضت محكمة النقض الفرنسية بمسؤولية صانع مادة مقاومة للطفيليات عن إصابة مزارع بعجز دائم في عينه نتيجة تطاير ذرة من هذه المادة عند الإستعمال على أساس أن الصانع قد إكتفى بالإشارة في نشرة الاستعمال إلى ضرورة عدم ملامسة هذه المادة الجلد دون أن يتطرق إلى بيان مدى خطورتها على العين و تحذير المستعملين من خطورة هذه المادة، و إتخاذ الإحتياطات اللازمة و على هذا فيجب على قاضي الموضوع أن يفسر عبارة مستلزمات العقد بالاستناد إلى العرف[1].

1- طلبه أنور ، مرجع سابق، ص123.

خاتمة

يعتبر العرف مصدرا من مصادر القواعد القانونية، فهو المصدر الأول من الناحية التاريخية، لذا لا ينبغي أن نقلل من قيمته بالمقارنة مع المصادر الأخرى كالتشريع، فالعرف ينشأ تلقائيا داخل الجماعة، كونه يتولد مما اعتاده الناس في سلوكهم و من اعتقادهم بوجوب احترام ما اعتادوا عليه.

و لذلك فالقاعدة العرفية تنشأ داخل الجماعة دون تدخل إرادة معينة لفرض سلوك ما على أفراد المجتمع. لذا يقال أن القواعد العرفية هي التعبير الصادق كونه يرضي إرادة أفراد المجتمع.

هذا ما يميّز العرف بالمقارنة مع التشريع، حيث أن هذا الأخير قد تفرضه سلطة حاكمة مستبدة، بل إن التشريع قد يعمد إلى تحدي إرادة الجماعة و تقرير قواعد قانونية غير معبرة عن مشيئتها.

كما يتميز العرف بسد النقص الموجود في التشريع، فالتشريع لا يمكن أن يتضمن القواعد التي تنضم كل أمور الجماعة، فهناك من هذه الأمور ما يغفل المشرع تنظيمه، و منها ما يستعصي عليه تنظيمه، لدقته أو اختلافه من مكان إلى آخر داخل الدولة.

و هنا تظهر ميزة العرف في سد النقص الموجود في التشريع خصوصا عندما يلجأ إليه القاضي، في حالة انعدام نص تشريعي يتعلق بموضوع النزاع، لاسيما في مجال المعاملات التجارية و المدنية و إن كان تأثيره في مجال المعاملات التجارية أكبر من تأثيره في مجال المعاملات المدنية، فالتجارة تعتمد على المرونة و السهولة، كما أنها تحتاج إلى مصدر خاص بها يعتمد عليه في استنباط قواعد المعاملات التجارية، بعيدا عن تدخل المشرع و هيمنته كما هو الحال في مسائل التشريع.

نص المشرع الجزائري في بعض قواعده على إمكانية مخالفة العرف التجاري للنصوص المدنية، إلا أنه بالرجوع إلى المادة الأولى مكرر من التقنين التجاري الجزائري

نجد أن مصادر القانون التجاري تتمثل في التقنين التجاري ثم التقنين المدني و في المرتبة الثالثة نجد العرف، و هذا ما يؤدي بنا إلى القول أن المشرع الجزائري وقع في تناقض، و أنه لم يوفق في صياغته للمادة الأولى مكرر من التقنين التجاري الجزائري.

فالأصح أنه يجب تغليب العرف التجاري على قواعد التقنين المدني باعتبار أن العرف التجاري يعتبر الحكم الخاص و التقنين المدني يعتبر الحكم العام.

بالرغم من كل هذه المزايا التي يتمتع بها العرف إلا أن هذا الأخير له بعض العيوب في مواجهة سرعة التشريع و تنوعه، و شموليته، المتمثلة بالزمن اللازم لاستقراره في وجدان الجماعة و استغراقه زمنا طويلا لتغيير قواعده، بالإضافة إلى غموض قواعده و صعوبة تحديدها باعتبارها غير مكتوبة و تغييرها من حيث الزمان و المكان داخل المجتمع الواحد، الأمر الذي قد يؤدي إلى تعدد القواعد القانونية بعكس التشريع الذي يعتبر أداة المشرع في توحيد النظام القانوني بما ينسجم مع مصلحة الدولة.

أدت العيوب السابقة إلى تضائل أهمية العرف، مقارنة بالتشريع في العصر الحديث، إلا أنه يبقى مصدرا رسميا للقاعدة القانونية لا غنى عنه إذ يكمل ما في التشريع من نقص و يساعده، باعتبار أن قواعده تعتبر قواعد قانونية، فهذه القواعد لها قوة إلزام ذاتية، دون الحاجة لتدخل المشرع أو القاضي، و يترتب على ذلك أن القواعد العرفية ملزمة للأفراد و لو كانوا يجهلونها، كذلك الشأن بالنسبة للهيئات العامة (مثل الإدارة). و المحكمة تلتزم بتطبيق القواعد العرفية من تلقاء نفسها دون الانتظار أن يتمسك به أحد المتعاقدين، و يكون تطبيقها و تفسيرها، بنفس طريقة تطبيق و تفسير القواعد القانونية الأخرى، و إن القاضي يخضع لرقابة المحكمة العليا على صحة تطبيق العرف طالما ثبت لدى القاضي وجوده و كذلك باعتباره قانونا.

و في الأخير يمكن القول أن مزايا العرف تقابل عيوب التشريع و عيوب العرف تقابل مزايا التشريع باعتبار أن كلاهما يعد مصدرا رسميا للقانون، إلا أن هذا الأخير يحتل مركز الصدارة بينما يتمتع العرف بمركز التالي له.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

باللغة العربية

أولا/ الكتب:

1- **أحمية سليمان**، التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، الجزء الأول، مبادئ قانون العمل، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998

2- **إسحاق إبراهيم منصور**، نظريتا القانون و الحق و تطبيقاتها في القوانين الجزائرية، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005

3-**البارودي علي، تيودو محمد**، القانون البحري، دار النشر الجديدة، الإسكندرية، (بدون سنة نشر)

4-**البحيري مصطفى حسن**، القانون الدستوري، (النظرية العامة)، (بدون دار نشر)، دمشق، 2009

5-**الجيلالي عجة**، المدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول، نظرية القانون بين التقليد و الحداثة طبقا للمعايير الدولية المقرر لنظام ل م د، الجزائر، 2009

6- **الخليل حبيب إبراهيم**، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، الطبعة الثامنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006

7- **الزغبي عوض أحمد**، المدخل إلى علم القانون، الطبعة الثالثة، دار وائل للنشر، عمان، 2007

8-**الفتلاوي سلام عبد الله**، إكمال العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، 2012

9- **الفقي محمد السيد**، القانون البحري، قسم القانون التجاري و البحري، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006

10- **القريشي جمال مصطفى**، شرح قانون العمل الجزائري، الجزء الأول، علاقات العمل الفردية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.

11- **اللصاصمة حسن حرب**، دراسات في المدخل في العلوم القانونية، دار الخليج للنشر، عمان، 2003

12- **الناصري سليمان**، المدخل للعلوم القانونية، مقارنة بالقوانين العربية،(بدون دار نشر)، (بدون دار نشر)، 2005

13- **النويميس، أبو عبد الملك سعود بن خلف**، القانون الدولي العام، (بدون دار نشر)، الرياض، 2014

14- **بلورنين احمد**، المختصر في القانون التجاري، دار بلقيس للنشر و التوزيع، الجزائر (بدون سنة النشر)

15-**بن غانم علي**، الوجيز في القانون التجاري و قانون الأعمال، دار مرقم للنشر، الجزائر،2002

قائمة المراجع

16- **بو الشعير سعيد**، القانون الدستوري و النظم السياسية المقارنة، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2002

17- **بوديار حسين**، الوجيز في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2003

18-**بوضياف عمار**، الوجيز في القانون الإداري، جسور النشر، (بدون بلد نشر) 2007

19- **تناغو سمير عبد السيد**، النظرية العامة للقانون، (بدون بلد نشر) ، 1986

20- **توفيق حسن فرج**، مدخل للعلوم القانونية، موجز النظرية العامة للقانون، و النظرية العامة للحق، مؤسسة النشر، (بدون بلد نشر)، (بدون سنة نشر)

21- **تيريش، بلعسلي ويزة**، مدخل إلى العلوم القانونية، الوجيز في نظرية القانون، دار هومه، الجزائر، 2018

22- **جعفور محمد سعيد**، مدخل إلى العلوم القانونية، الجزء الأول، الوجيز في نظرية القانون، الطبعة التاسعة عشر، دار هومه، الجزائر، 2013

23- **جمال مصطفى، سعد نبيل إبراهيم**، النظرية العامة للقانون، القاعدة القانونية، منشورات الحلبي الحقوقية، (بدون بلد نشر)، (بدون سنة نشر)

24- **حيدر علي**، دار الحكام، شرح مجلة الأحكام، الجزء الأول، دار الجيل، بيروت، (بدون سنة النشر)

25-**ديدان مولود،** مقرر وحدتي المدخل للعلوم القانونية (نظرية الحق)، الطبعة الأولى، دار بلقيس، الجزائر، 2017

26-**زعلاني عبد المجيد،** المدخل لدراسة القانون، النظرية العامة للقانون، (بدون دار نشر)، الجزائر، 2005-2006

27- **زواقري الطاهر،** المفيد في القانون الدستوري، دار العلوم للنشر و التوزيع، عنابة، 2011

28- **سعادي محمد،** مفهوم القانون الدولي العام، الطبعة الأولى، دار الخلدونية، الجزائر، (بدون سنة نشر)

29-**سي علي أحمد** ، مدخل للعلوم القانونية، النظرية و التطبيق في القوانين الجزائرية، الطبعة الثانية، دار هومه، الجزائر، 2010

30- **شحماط محمد،** المختصر في القانون البحري، دار العلوم للنشر و التوزيع، الجزائر، (بدون سنة النشر)

31- **شريط الأمين،** الوجيز في القانون الدستوري و المؤسسات السياسية المقارنة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1998

32- **شريقي نسرين، عمارة مريم،** القانون الإداري، التنظيم الإداري، النشاط الإداري، دار بلقيس، الجزائر، (دون سنة نشر)

33- **شوقي أحمد ، محمد عبد الرحمان**، المدخل للعلوم القانونية، النظرية العامة للقانون، منشأة توزيع المعارف، الاسكندرية، 2005

34-**طلبة أنور**، المطول في شرح القانون المدني، المكتب الجامعي الحديث، الجزء الأول، الطبعة الأولى، الإسكندرية،2004

35- **طه مصطفى كمال**، القانون البحري الجديد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 1995

36- **عشي علاء الدين**، مدخل القانون الإداري، دار الهدى، الجزائر، (بدون سنة نشر).

37- **علي أحمد صالح**، المدخل للعلوم القانوني، نظرية القانون، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016

38- **عمور عمورة**، شرح القانون التجاري الجزائري، دار المعرفة، الجزائر، 2010.

39- **فاضلي إدريس**، المدخل إلى القانون ، الجزء الأول، "نظرية القانون"، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.

40- **فتحاني يونس**، دور العرف كمصدر من مصادر القانون الدولي للبحار، القانون البحار و الساحل،(بدون دار نشر)، (بدون بلد نشر)، سنة 2011.

41- **فضيل نادية**، التقنين التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجزائرية، (بدون سنة نشر).

42- **فيلالي علي**، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، مرقم للنشر، الجزائر، 2008.

43-ـــــــــــــ، مقدمة في القانون، (بدون دار نشر)، الجزائر، 2010.

44-**مانع جمال عبد الناصر**، القانون الدولي العام، (المدخل و المصدر)، دار العلوم، 2005.

45-**محمد حسن قاسم**، المدخل لدراسة القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، الجزء الأول، القاعدة القانونية، منشورات حلب، (بدون بلد نشر)، 2006.

46- **محمد حسين منصور**، محمد حسين قاسم، المدخل إلى القانون، القاعدة القانونية، نظرية الحق، الدار الجامعية، (بدون بلد نشر)، 2000

47-**محمدي (زواوي) فريدة**، مدخل للعلوم القانونية، نظرية القانون، وحدة الرغاية، الجزائر، 1998.

48- **هدفي بشير**، الوجيز في شرح قانون العمل، علاقات العمل الفردية و الجماعية، الطبعة الثانية، دار رحيانة للكتاب، الجزائر، 2003.

ثانيا/ الأطروحات و المذكرات الجامعية

I-رسائل الدكتوراه:

1- برهان زريق، نحو نظرية عامة في العرف الإداري، رسالة دكتوراه، مطبعة عكرمة، دمشق، 1986.

2- بوختالة سعاد، دور القاضي في تكملة العقد،أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015-2016

II-المذكرات الجامعية:

1-أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسن، أثر العرف في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الماجستير في القضاء الشرعي، كلية الدراسات العليا، جامعة الخليل، 2013.

2- باحريز حسن، عملية نشر النصوص القانونية و سريانها، مذكرة لنيل شهادة ماجستير في القانون، فرع الدولة و المؤسسات العمومية، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2013.

3- بلمهيدي سميحة، تطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق الإنسان في النظام الأنجلوسكسوني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، تخصص حقوق الإنسان و الحريات العامة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف، 2013.

4- دالي بشير، مبدأ تأويل العقد (دراسة مقارنة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق ، جامعة أبو بكر، 2008.

5- ماضوي عباس، المصادر التقليدية غير الاتفاقية للقانون الدولي العام ، (ماهيتها وحجيته)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص قانون دولي و عام، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة خيضر، بسكرة، 2013.

III-المقالات:

1-**قرالة أحمد ياسين،** المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الثالث، العدد1، كلية الشريعة، جامعة آل البيت، 2007.

2- **عبد الطائي رغد فوزي** ، إشكالية تطبيق العرف التجاري، مجلة 2، جامعة الكوفة، 2009.

3-**مخلف حمادة علي،** العرف الإداري، مجلة جامعة الأنبار، للعلوم القانونية و السياسية، العدد العاشر، كلية القانون و العلوم السياسية، بدون سنة نشر.

4- **موسى أسماء بنت عبد الله** ، المجلة العربية للدراسات الأمنية و التدريب، المجلد 21، العدد 41، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، 2014.

V-النصوص القانونية

1-النصوص الجزائرية:

أ-الدستور:

1- قانون رقم 16-01 مؤرخ في 06 مارس 2016، يتضمن التعديل الدستوري، الجريدة الرسمية، عدد 14، صادر بتاريخ 07 مارس 2016.

ب-النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 66-156، مؤرخ في 08 جوان 1966، يتضمن قانون العقوبات، الجريدة الرسمية، عدد 49، صادر بتاريخ 11 جوان 1966، المعدل و المتمم.

2- الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد78، صادر بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم.

3- أمر رقم 75-59 مؤرخ في 20 رمضان عام 1395، الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون التجاري المعدل و المتمم، إلى غاية قانون رقم 05-02، المؤرخ في 06 فبراير سنة 2005.

2-النصوص الأجنبية:

أمر رقم 131-48 مؤرخ في 16 يوليو 1948، يتضمن القانون المدني المصري، الجريدة الرسمية، عدد 108 مكرر (أ) صادر بتاريخ 29-07-1948 المعدل و المتمم.

باللغة الفرنسية:

1-Aubert (Jean Luc), Introduction au droit et thème fondamentaux du droit civil, 6ème édition, ARMANDCOLIN, Paris, 1995.
2-Denis MARZAUD : le régime de l'Obligation de sécurités, Gaz, Pal, 1997.

الفهرس

الفهرس

مقدمة.....7

الفصل الأول: المبادئ العامة للعرف.....10

المبحث الأول: مضمون العرف.....12

المطلب الأول: المقصود بالعرف.....12

الفرع الأول: نشأة العرف.....12

الفرع الثاني:تعريف العرف.....15

أولا:تعريف العرف لغة.....15

ثانيا:تعريف العرف اصطلاحا.....16

المطلب الثاني:عناصر العرف.....17

الفرع الأول: العنصر المادي.....18

أولا : تعريف العنصر المادي.....18

ثانيا: شروط تحقق العنصر المادي.....19

الفرع الثاني: العنصر المعنوي.....21

أولا :تعريف العنصر المعنوي.....21

ثانيا: التمييز بين العرف و العادة الاتفاقية.....22

ثالثا :آثار التفرقة بين العرف و العادة الاتفاقية.....24

المبحث الثاني: أهمية العرف.....26

المطلب الأول: سلطان العرف في مجال القانون العام.....26

الفرع الأول: العرف في القانون الدستوري.....27

أولا: تعريف العرف الدستوري و أركانه.....27

ثانيا: أنواع العرف الدستوري.....29

الفرع الثاني: العرف في القانون الإداري.....30

أولا: تعريف العرف الإداري و اركانه.....31

ثانيا: نطاق تطبيق القاعدة الإدارية العرفية.....32

الفرع الثالث: العرف في القانون الدولي.....34

أولا: مفهوم العرف الدولي.....34

ثانيا: نطاق العرف الدولي.....37

المطلب الثاني: سلطان العرف في مجال القانون الخاص.....38

الفرع الأول: العرف في القانون التجاري.....39

أولا: المقصود بالعرف التجاري.....40

ثانيا: إثبات العرف التجاري.....40

الفرع الثاني: العرف في القانون البحري.....41

أولا: المقصود بالعرف البحري.....42

ثانيا: أهم الأعراف التي مر القانون البحري.....42

الفرع الثالث: العرف في قانون العمل.....44

الفصل الثـــاني : مركز العرف من بين مصادر القانون.....46

المبحث الأول:دور العرف بين المصادر الرسمية للقانون.....48

المطلب الأول: عدم إمكانية العرف إلغاء التشريع.....48

الفرع الأول: عدم قدرة العرف على إلغاء نص تشريعي.....48

الفرع الثاني: عدم قدرة العرف على مخالفة نص تشريعي آمر متحد معه في الولاية و الاختصاص.....50

المطلب الثاني: مخالفة العرف للتشريع.....51

الفرع الأول: جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية الآمرة.....52

الفرع الثاني: جواز مخالفة العرف للنصوص التشريعية المكملة.....54

المبحث الثاني: وظيفة العرف.....56

المطلب الأول: العرف المكمل للتشريع.....56

الفرع الأول: مضمون العرف المكمل للتشريع.....57

الفرع الثاني: تطبيقات العرف المكمل للتشريع.....60

أولا/ أن يكون العرف قائما و موجودا عند إنشاء ذلك التصرف.....61

ثانيا/ أن لا يكون هناك تصريحا بخلاف العرف.....61

المطلب الثاني: العرف المساعد للتشريع.....66

الفرع الأول: مضمون العرف المساعد للتشريع.....66

الفرع الثاني: تطبيقات العرف المساعد للتشريع.....67

أولا: الاستعانة إلى العرف في تفسير العقد.....68

ثانيا: الاستعانة بالعرف في تنفيذ العقد.....69

ثالثا: الاستعانة إلى العرف في تحديد العرف مضمون النص التشريعي.....70

خاتمة.....73

قائمة المراجع.....77

الفهرس.....87

ملخص :

يعتبر العرف أقدم مصدر من مصادر القانون، و هذا ما جعله المصدر الرسمي الاحتياطي الثاني بعد الشريعة الإسلامية. فهو يؤدي دورا محوريا إلى جانب النصوص المكتوبة، فهو يعمل على حماية النظام العام، و صيانة مبدأ المشروعية في مختلف فروع القانون العام و الخاص.

إلا أن منشأ العرف يختلف عن منشأ التشريع، فهو يتكون من الاستعمال المتكرر لعادة معينة، بحيث يتعذر غالبا معرفة الهيئة أو الشخص الذي أوجده بخلاف التشريع الذي هو وليد عمل تشريعي، فالمشرع هو الذي فرضه بإرادته.

و بالرجوع إلى نص المادة الأولى من التقنين المدني الجزائري، نلاحظ تأخر مرتبة العرف عن مرتبة التشريع، فالمشرع الجزائري ينص صراحة بوضع التشريع في المرتبة الاولى من بين المصادر الرسمية للقانون الجزائري، إلا أن تأخر العرف في الملرتبة عن التشريع، لم يفقده أهمية كمصدر احتياطي إلى جانب التشريع، فهو يسد ما يوجد من نقص في التشريع و يساعد على تحديد مضمونه من جهة أخرى.

الكلمات المفتاحية : العرف، العادة الاتفاقية، العصر المادي، العنصر المعنوي، العرف الإداري، العرف التجاري، التشريع، القانون المدني.