

تتمة المحاضرات

محاضرة يوم الخميس 26 مارس 2020
من اعداد: الأستاذة ربيعة الـحيـاوي
المدرسة العليا للتكنولوجيا بالعيون

المصدر الثاني من المصادر الرسمية

2- العرف

العرف هو اعتياد الناس على اتباع سلوك معين بخصوص مسألة ما لمدة طويلة مع اعتقادهم بالزاميته وان مخالفته تستلزم جزاء ماديا.

فالعرف والقاعدة القانونية يختلفان من حيث ان التشريع قاعدة مكتوبة صادرة عن سلطة تشريعية بينما العرف هو قاعدة قانونية غير مكتوبة وصادرة عن تعامل الناس لا شعوريا واطراد سلوكهم بخصوص مسألة معينة. والعرف هو اول مصدر للقاعدة القانونية من الناحية التاريخية حيث كان يتلاءم مع المجتمعات القديمة قبل ظهور ما يعرف بالدولة والمجتمع السياسي حيث يتولد مع العلاقات الاجتماعية.

► أركان العرف:

► أ- الركن المادي: هو سلوك معين اقتضته حاجة العمل في الجماعة واعتاده الناس لمدة طويلة، فالركن المادي هو الاعتياد على هذا السلوك وتواتر العمل به واتباعه لكن بشروط:

- يجب ان يكون عاما ومنتشرا على نطاق واسع اجتماعيا ومهنيا
- يجب ان تكون العادة قديمة حيث تواتر العمل بها مدة طويلة
- يجب يكون العمل بها مضطردا مستمرا متكررا بانتظام غي منقطع
- يجب ان تكون العادة غير مخالفة للنظام العام

ب- الركن المعنوي: وهو شعور الجماعة بإلزاميته وكل خروج عليه يترتب عنه عقوبة، ورسوخ الاعتقاد لدى الناس بلزوميته كلزومية التشريع.

- ويذهب الفقه القانوني الى ان العرف اقدم مصدر للقانون، حيث كان يعتبر بمثابة المصدر القانوني الأساسي والوحيد لدى المجتمعات البدائية، وقد بقي مع ذلك مصدرا إضافيا بالرغم من ظهور مصادر أخرى، وان كانت درجة التراتبية تختلف من مادة لأخرى، فعادات واعراف التجارة تأتي في مرتبة أولى من القانون المدني بالنسبة للفصل في المسائل التجارية تطبيقا للمادة الثانية من مدونة التجارة المغربية التي جاء فيها " **يفصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين واعراف وعادات التجارة او بمقتضى القانون المدني ما لم تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري**"

► وإذا كان العرف يحظى ببعض المزايا، التي تتمثل أساسا في كونه عبارة عن تعبير صادق عن ضمير الجماعة وكونه يتطور بتطور ظروف الجماعة، فإن هناك العديد من العيوب التي تواجهه، لعل أهمها عدم الوضوح مادام انه مجموعة من القواعد المستقرة في الازمان، إضافة الى كونه يختلف من منطقة لأخرى داخل نفس البلد مما يؤدي الى تعدد قوانينها.

3- الفقه الإسلامي :

لقد كرست الدساتير المغربية مكانة الهوية الإسلامية، فقد نصت ديباجة الدستور الحالي على ان "المملكة المغربية دولة إسلامية"، وان الهوية المغربية تتميز بتبوء الدين الإسلامي مكانة الصدارة فيها، ونص الفصل الثالث على ان "الإسلام دين الدولة"، اما الفصل 175 المتعلق بمراجعة الدستور، فقد نص هو أيضا على انه " لا يمكن ان تتناول المراجعة الاحكام المتعلقة بالدين الإسلامي".

- ينبغي الإشارة الى انه كثيرا ما يقع الخلط بين الفقه الإسلامي والشريعة الإسلامية حيث ان المقصود بهذه الأخيرة هي مصادر التشريع الإسلامي التي تتمثل بالأساس في كتاب الله، الذي هو القرآن الكريم، والسنة النبوية، أي الاحاديث المنسوبة الى الرسول عليه افضل السلام وازكى التسليم، في حين ان المقصود بالفقه الإسلامي يتمثل في الآراء والاحكام المستنبطة من قبل الفقهاء المسلمين في الماضي والحاضر.

- فالحقيقة التي ينبغي التأكيد عليها، هي ان الذي يعتبر مصدرا قانونيا في المغرب هو الفقه الإسلامي لاسيما الفقه المالكي منه، كما اكدت على ذلك العديد من المواد القانونية كما هو الشأن بالنسبة للمادة 400 من مدونة الاسرة، التي جاء فيها " كل مالم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه الى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

- لذلك نجد ان هناك مجموعة من القوانين المغربية المستمدة مباشرة من الفقه الإسلامي: ومنها بالخصوص مدونة الاسرة، مدونة الأوقاف، مدونة الحقوق العينية، واحكام كثيرة من قانون الالتزامات والعقود والقانون التجاري.

- وهناك قوانين نصت على ان الفقه الإسلامي يعتبر مصدرا احتياطيا لها عند عدم النص الواجب التطبيق وهي:

- **مدونة الاسرة:** التي نصت في المادة 400 على ما يلي: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه الى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف"
- **مدونة الأوقاف:** التي نصت في المادة 169 على ما يلي: "كل ما لم يرد فيه نص في هذه المدونة يرجع فيه الى احكام المذهب المالكي فقها واجتهادا بما يراعى في تحقيق مصلحة الوقف".
- **مدونة الحقوق العينية:** نصت في المادة الأولى على ما يلي: "تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود في ما لم يرد به نص في هذا القانون، فان لم يوجد نص، يرجع الى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي"
- فمدونة الاسرة ومدونة الأوقاف اعتبرت الفقه الإسلامي مصدرا احتياطيا في الدرجة الأولى عند غياب النص، بينما مدونة الحقوق العينية اعتبرته مصدرا ثانيا بعد قانون الالتزامات والعقود. اما بقية القوانين المغربية كقانون الالتزامات والعقود والقانون الجنائي، ومدونة التجارة، ومدونة التأمينات وغيرها ... فإنها لم تشر الى مكانة الفقه الإسلامي من بين المصادر الأخرى.

► 4- مبادئ العدالة والقانون الطبيعي:

- يقصد بمبادئ العدالة والقانون الطبيعي ذلك القانون الكامن في طبيعة الروابط الاجتماعية بين الافراد، فهذا القانون هو مجموعة من المثل العليا والقيم السامية المشتركة بين جميع الأمم، يجب على المشرع في كل بلد وفي كل عصر ان يعمل على هداه،
- ومن الناحية العملية، فان هذا المصدر من مصادر القانون يقل الالتجاء اليه، لان التجاء القاضي الى ذلك يعني وجود نقص في النظام القانوني، اذ ان هذه القواعد ليست ضابطة يقينية، لذلك فان الامر، قد يختلف بشأنها من قاض الى اخر، لذلك فان المشرع يتدخل باستمرار ليضع نصوصا قانونية تنظم المسألة محل النقص.

المصادر التفسيرية:

► الفقه والقضاء:

الى جانب المصادر الاصلية او الرسمية، فان هناك مصادر أخرى تسمى بالثانوية او التفسيرية، نظرا لكونها تسعى الى تفسير القاعدة القانونية وإزالة ما يشوبها من غموض، وتسمى بالثانوية لأنها غير ملزمة للقاضي كما هو الشأن بالنسبة للمصادر الرسمية، وتتمثل هذه المصادر في الفقه والقضاء.

1- الفقه:

- يقصد بالفقه مجموع الشروح والنظريات الصادرة عن ذوي الاختصاص من باحثين وأساتذة جامعيين في مجال القانون يسترشد بها المشرع والقاضي، كما انه يقوم بتفسير ونقد مختلف القواعد القانونية سواء كان مصدرها التشريع او القضاء او العرف، مع ما يترتب عن ذلك من تقديمه للعديد من الحلول والمقترحات التي لا تعتبر ملزمة لغيره.
- وبحسب بعض الفقه المغربي، فانه بالرغم من كون الفقه ليس مصدرا شكليا أو رسميا من مصادر القانون، كما هو الشأن بالنسبة للتشريع والعرف، فانه مما لا جدال فيه ان اراء وابحاث الفقهاء، تساهم في خلق القانون وتفسيره وتطوير النظام القانوني برمته.
- واذا كان القضاء او احكامه تتسم بالإيجاز لأنه يغلب عليها الطابع العملي، فان الفقه تتسم شروحاته بالطول وأيضا كثيرا ما يغلب عليها النزعة الفلسفية، ولذلك نجد القاضي ملزم ومقيد بالوقائع المعروضة عليه من اجل البحث لها عن الحكم القانوني الموضوع في القاعدة القانونية دون إمكانية الدخول في الفرضيات واقتراح الحلول الممكنة والبديلة.

► 2- القضاء:

- يعتبر القضاء مصدرا استثنائيا في المغرب، فهو ليس مصدرا ملزما على غرار التشريع بمختلف درجاته أساسيا كان او عاديا او فرعيا، ذلك ان الاحكام القضائية لا تعتبر ملزمة للقضاة ولو كانت صادرة عن محاكم اعلى درجة، بل حتى ولو كانت قرارات مصدرها اعلى هيئة قضائية في البلد والمتمثلة في محكمة النقض بحسب التسمية الجديدة للدستور المغربي الجديد.
- وبذلك يكون التوجه المعتمد في المغرب بخصوص هذا المصدر هو نفسه الذي صارت عليه مختلف القوانين اللاتينية التي تجعل من القضاء مجرد مصدر تفسيري للقانون.

سننتطرق في المحاضرة القادمة انشاء الله الى:

- تفسير القاعدة القانونية
- نطاق تطبيق القاعدة القانونية.