

## دور العرف في الشريعة الاسلامية والقانون الجنائي

The role of custom in Islamic law and criminal  
law

### الكلمات الافتتاحية :

. العرف، التفسير، القانون الجنائي، قانون العراقي، التشريع

Keywords :

custom, interpretation, criminal law, Iraqi law, legislation

**Abstract :** Despite the great importance of legislation in setting the rules of law with the development of social life. However, custom is still and remains one of the sources of law in all legal systems, and therefore it achieves social justice because it enjoys its acceptability by the community from which it emerged. This role of custom is not limited to branches of law without criminal law. Rather, it has an important role in developing custom, as it specializes in

studying the important role of custom in law and its branches, and its role in Islamic Sharia and the rest of the countries, and its role in punishment and crimes of Islamic jurisprudence, and transactions.

م.م. حسين علي دكمان



Hussein Ali Dagman

جامعة التقنية الوسطى

07733675774

[hussein.ali@mtu.edu.iq](mailto:hussein.ali@mtu.edu.iq)

## الملخص:

رغم كثرة اهمية التشريع في وضع قواعد القانون مع تطور الحياة الاجتماعية. الا أن العرف لايزال ويبقى من مصادر القانون في جميع الانظمة القانونية، وعلية يحقق العدالة الاجتماعية لتمتعته بالمقبولية من قبل مجتمعة الذي ظهر منه ولا يقتصر هذه الدور للعرف على فروع القانون دون القانون الجنائي. بل انه له دور مهم في هذه الأخير، ولا يقف دور العرف الى هذه الحد بل له دور مهم في تطوير العرف التفسيري ، حيث تخصص بدراسة الدور المهم للعرف في القانون وفروعه ، ودوره في الشريعة الاسلامية وبقية الدول، ودوره في العقاب وجنايات الفقه الاسلامي، والمعاملات،

## المقدمة:

تتأخذ كل فئة اجتماعية في تنظيمهم لأمرهم حياة مشتركة حيث يركز أفراد هذه الجماعة على مثل ويسعون الى بلوغه وتزدهر حياتهم عندما يكون انتباه ووعي الجماعة على التكافل الذي يشعر فيه افرادها بوحدتهم ويملئ هذه التكافل على هؤلاء ان تتبع العلاقات في ما بينهم على اساس من الاستقرار والتنظيم المحكوم بقواعد السلوك أي القوانين. وهذه القوانين أما تكون مستنده الى الأعراف أو التقاليد أو العادات وقد تكون مكتوبة. .

وبرز الدور الذي لعبته الأعراف في القوانين العرفية للمجتمعات القديمة وبالأخص تلك التي لا تعرف الكتابة أي انعدام الكتابة فيها وكانت بدون قوانين وهذه يعني لا يمكن لأي شعب العيش بدون قوانين بغض النظر عن الوصف مثلا الاعراف التي تكون بسيطة شرعت الشعوب لحكم نفسها ولها من العادات والتقاليد غير مكتوبه نجدها تتجسد في نفوسهم وتطبيقها يومي يتغلب على القوانين المكتوبة في قوتها والطاعة لا حكامها والعرف الى جانب بقية المواضيع التي وجدنا بينهم تشابه و اختلاف كالتشريع والعادات والدين والقانون الطبيعي وقواعد العدالة ، يمثلون مصادر القانون باختلاف كل دولة الا ان العرف هو الأسبق في الوجود من أي مصادر القانون الاخرى لان لاصق في نفوس الجماعة وكذلك لان الجماعة هي اسبق بالوجود

من ظاهرة سن وتشريع القوانين من ظاهرة نزول الدين الى معظم أنبياء البشرية، ونرى ان العرف تطور بإرادة الجماعة بما ينص على مصلحتهم من ضروريات اجتماعية وسياسية واقتصادية

ولايزال العرف في بعض المجتمعات في المركز الاول كالبدو . كل مجتمع يحتفظ في بأفكاره التي يرونها جزء لا يتجزأ من قيمة المختلفة التي تضبط النظام الاجتماعي فان القواعد الاجتماعية تنظم سلوك الافراد والجماعات التي، تمثلهم وبعض من القواعد تهتم فيها سياسة التجريم فتحولها الى قانون العقوبات لكي تنص لها عقوبة في حالة المخالفة وتقع الجريمة. وبما ان قواعد التجريم قواعد اجتماعية قد تتغير بتغيرات الجماعة التي تعكس ما يحدث في المجتمع من تحول في القيم الاجتماعية ونلاحظ أن كل من القواعد العرفية ذات الطابع الجنائي والقواعد الجنائية المكتوبة لها خصائص من حيث كونها عامة ومجرده ومره تعكس حاجات المجتمع وتطلعاته نظرا لما أن الأولى ما يحتويها من غموض وعدم تحديد مضمونها وسريانها و احتياجها وقت طويل لظهورها واستقرارها لده الجماعة وكذلك اختلافها من منطقة الى أخرى في الدولة الواحدة وهذه يتعارض مع قوانين الدولة التي يجب تطبيقها مما ادى الى تراجعها لمصلحة القواعد الجنائية المكتوبة التي اصبحت المصدر الوحيد للقانون الجنائي في اغلب التشريعات الجنائية

منهج البحث : تم الاستعانة في هذا البحث باعتماد منهجية الوصف والتحليل، اما الوصف التحليلي فخصصناه الى النصوص القانونية بما يكشف عن بعض النصوص القانونية التي تتناول الموضوع، ونحاول من خلالها ان نطور ونضيف الى القانون. اما الادوات التي استخدمت في كتابة البحث هي عن طريق جمع المصادر والمراجع من المكاتب القانونية في الجامعات العراقية.

لأهمية و ضرورة البحث

تبرز اهمية الموضوع من حيث انه:

١- يحظى البحث على اهمية خاصة وعناية علمية ممتازة تتأسس على ضرورة العرف وجعله طريقا تلقائا لتكوين القانون, لكي يمكنه من دقة الاستجابة لمتطلبات حياة الجماعة وذلك اعتمادا على مرونته و يحتل اهمية كبيرة على صعيد الواقع العملي فهو ليس من قبيل الترف الذهني والفكري وانما لمسنا فيه اهمية علمية كبيرة اذ قد اثبتها.

٢- أن الأهمية التي يختص بها هذه البحث دور العرف في تفسير القوانين الجنائية يظهر من خلال الدور الذي يلعبه العرف ولايستهان به تفسير ماغمض من العبارات التي قصد المشرع معناها العرفي بغيره من المعان ,في العديد من مفاهيم القوانين الجنائية .

#### اهداف البحث

وصف المباديء النظرية للقضاء العرفي في القانون العراقي وقوانين الدول الاخرى وكذلك مقارنة بين الشريعة الاسلامية في ادوار العرف المهمة في المجالات التي يتدخل بها العرف.

١- تحليل شروط و موانع وآثار إسناد القرار القضائي بالعرف في الفقه الإسلامي والقانون الجنائي العراقي .

٢- ايجاد آلية معينة لدور العرف في التفسير والتركيز على القوانين من اجل سن دور للعرف في اجراءات القاضي الجنائي.

٣- ايجاد ضوابط ومعايير واضحة المعالم للدور التفسيري للعرف.

مشكلة البحث : يثير البحث مشاكل قانونية حيوية تجعل الحاجة ملحة الى ايجاد الحلول المناسبة لها, ويمكن ايجاز هذه المشاكل بما يأتي:

١- صعوبة الحصول على التقارير السنوية من السلطة القضائية عن عدد الدعاوي والمرافعات التي جاء فيها عن العرف كمصدر الرئيسي للقرار القضائي الصادرة من المحكمة.

- ٢- اختلاف الفقهاء الإسلامي في العقيدة بدور العرف في التفسير النصوص التشريعي الجنائي
- ٣- قلة المصادر في هذا البحث وخصوصاً من جهة أساليب التفسير العرفي في القضاء الجنائي العراقي
- ٤- تشتت و عدم تلاءم التقاليد القضائية العراقية في مواجهة الأمور الجزائية الواحدة

#### خطة البحث:

سوف يتم تناول موضوع هذا الدراسة:

المبحث الاول: دور العرف في كشف اركان الجرائم

المطلب الأول : دور العرف في توصيف أركان الجرائم

المطلب الثاني : دور العرف في توصيف العقوبات

المطلب الثالث : موقف الفقه والقضاء من العرف كمصدر للتجريم

المبحث الثاني: دور العرف في الشريعة الإسلامية

المطلب الاول: دور العرف في مجال المعاملات الاجتماعية

المطلب الثاني: دور العرف في العقاب والجنايات

المطلب الأول: دور العرف في توصيف أركان الجرائم : يعود تاريخ العرف واعتباره مصدرا للقانون الجنائي الدولي الى زمن بعيد تحديداً إلى عام ١٩٤٨ وذلك في مشروع الاتفاقية المنشئة لمحكمة جنائية دولية حيث وضعت هذه الاتفاقية العرف على رأس قواعد القانون التي يمكن أن يطبقها القضاء الجنائي الدولي إلى أن يعتمد في حينها اتفاقية تحدد المبادئ الكبرى للقانون الجنائي الدولي وتصنف الجرائم وتسند العقوبات وكان العرف قد ظهر قبل هذا التاريخ في مشروع وضعته رابطة القانون الدولي كمشروع نظام أساسي للمحكمة الجنائية الدولية سنة ١٩٢٦ وكان

ينصص على أن العرف الدولي برهان على عرف عام مقبول له قوة القانون ثم عادت الرابطة عام ١٩٨٤ في مشروع آخر وضعته بهذا الصدد لتنص في المادة ٢٢ منه على «تأخذ المحكمة بتعريف جريمة محددة على النحو المنصوص عليه في الاتفاقيات السارية في الدول المتعاقدة المعنية , وتطبق المحكمة القانون الدولي بما في ذلك المبادئ العامة للقانون التي تعترف بها الدول» أما وعلى الصعيد الفقهي فقد سبق للوترباخت منذ عام ١٩٤٤ أن ذهب إلى تقرير وجوب التفرقة بين مخالقات قوانين الحرب وجرائم الحرب مقترحا تعريفا لجرائم الحرب يستند إلى أنها انتهاك لقواعد أساسية مقبولة أو على أساس أنها انتهاك لمبادئ القانون الجنائي مما يوجب تغلبه الطابع العرفي لقواعد هذا القانون على قواعده المكتوبة وقد ذهبت الدائرة الإستئنافية للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة في حكمها في قضية تاديش tadish إلى ضرورة توافر الشروط التالية في الجريمة حتى يمكن أن تكون محلا للتهام طبقا للمادة الثالثة من نظام المحكمة (انتهاكات قوانين وأعراف الحرب) :

أ يجب أن ينطوي الانتهاك على خرق لقاعدة من قواعد القانون الدولي الإنساني .

ب يجب إن تكون القاعدة العرفية عرفية بطبيعتها فإذا كانت جزءا من القانون التعاهدي فيجب توافر الشروط اللازمة في هذا الشأن

ج يجب إن يكون الانتهاك خطير بمعنى إن يشكل خرقا لقاعدة تحمي قيما هامة كما يجب إن - يكون الخرق مؤديا إلى نتائج خطيرة بالنسبة للضحية .

د يجب إن يكون انتهاك القاعدة مؤديا في ضوء القانون العرفي والاتفاق إلى ترتيب المسؤولية - الجنائية الفردية بالنسبة للشخص المنسوب إليه الفعل وبناء على ذلك يمكن القول :-

١ إن كل انتهاك لقواعد قوانين واعراف الحرب في قواعد القانون الدولي الإنساني يعد جريمة - حرب .

٢ إن جرائم الحرب ليست محصورة بعدد معين بذاته من الجرائم لان كل انتهاك لقواعد القانون - الدولي الإنساني يعد جريمة .

٣- انه إذا كان القانون الدولي الإنساني لا زال يعرف التفرقة بين النزاع المسلح الدولي والنزاع - المسلح الغير دولي فان جرائم الحرب يمكن أن تقع في إطار كلا النوعين من النزاعات المسلحة.

٤ إن تحديد قاعدة القانون الدولي الإنساني التي جرى انتهاكها أمر مهم ولازم لتوفر ركن - أساسي في جريمة الحرب فإذا كانت هذه القاعدة قاعة عرفية فليست هناك مشكلة من أي نوع إما إذا كانت القاعدة تنتمي إلى القانون المكتوب فهنا يتعين إن تتوافر شروط الالتزام بالقاعدة

بالنسبة للدول الأطراف فيها . مع ملاحظة إن القواعد الواردة في اتفاقية لاهاي تعد جميعا من القانون العرفي حسبما انتهت إليه محكمة نورمبرغ, كما إن الفقه الدولي المعاصر مستقر على اعتبار اتفاقيات لعام ١٩٤٩ بكاملها قانون عرفي إما البروتوكولن الإضافيان لسنة ١٩٧٧ فان جانب من الفقه لازل يشكك في طابعهما العرفي .

٥- إن القانون الدولي الإنساني لا يضع عقوبة لكل جريمة حرب وانما يترك هذه المهمة-

لتشريعات الدول المختلفة في إطار مسئوليتها بالعمل على قمع انتهاكات القانون الدولي

الإنساني والعقاب عليها<sup>١</sup>

وقد تركزت مفوضات مجموعة العمل الدولية بالذات على وثيقة شاملة قدمتها الولايات المتحدة الأمريكية ومقترحات مشتركة من جانب سويسرا والمجر وكوستاريكا ووثائق أخرى قدمتها الوفود اليابانية والاسبانية والكولومبية . وقد أعدت اللجنة الدولية للصليب الأحمر دراسة تتصل بكل جرائم الحرب وتم تقديم تلك الدراسة بناء على طلب سبع دول هي ( بلجيكا , كوستاريكا , فنلندا المجر , كوريا الجنوبية , جنوب إفريقيا , وسويسرا) وقد استندت وثيقة جرائم الحرب المكونة من سبعة أقسام إلى مراجع ذات الصلة بالموضوع وبحث وتحليل مستفيض لأدوات القانون الدولي الإنساني وقانون الدعوى case law المستمد من المحاكمات السابقة الخاصة بجرائم الحرب على المستوى الدولي والقومي مثل محاكمات ليبزغ بعد الحرب العالمية الأولى ومحاكمات نورمبرغ وطوكيو بعد الحرب العالمية الثانية،قوانين الدعوى , قرارات المحاكم الخاصة ad hoc Tribunals بيوغسلافيا السابقة ورواندا واستفادت الوثيقة أيضا من أدوات قانون حقوق الإنسان وقوانين الدعوى الخاصة بلجنة الأمم المتحدة لحقوق الإنسان , والمحكمة الأوربية لحقوق الإنسان , والمحكمة الأمريكية المتبادلة لحقوق الإنسان واذا كان من المقرر إن القانون الدولي الجنائي هو فرع من فروع القانون الدولي العام فمن الواجب إن تكون له خصائص هذا الأخير وفي مقدمتها الصفة العرفية لقواعده وتترتب على هذه الصفة العرفية الدولية نتيجتان :- الأولى صعوبة التعرف على الجريمة الدولية ذلك إن مثل هذا التعريف إنما يتطلب الاستقراء -

الدقيق للعرف الدولي وهو أمر تكتنفه صعوبات عديدة , ومع ذلك فانه يجب الاحتكام إلى الأفكار التي يقوم عليها العرف وهي العدالة والأخلاق والصالح الدولي العام وهذه الأفكار هي التي أسبغت صفة الجريمة على حرب الاعتداء وعلى الجرائم ضد الإنسانية .

الثانية غموض فكرة الجريمة الدولية ويرجع هذا الغموض إلى كونها غير مكتوبة مما يجعل من - العسير على القاضي الدولي إن يتحقق من تطابق الفعل المرتكب للنموذج العرفي لتلك الجريمة وحتى على فرض النص عليها ضمن نصوص معاهدة أو اتفاقية دولية , فان مثل هذا النص لا يفعل أكثر من الكشف عن الصفة غير المشروعة للفعل دون تحديد ما ينهض عليه من أركان وعناصر وشروط ولعل تعريف العدوان وما أثاره من خلافات خير شاهد على ذلك.<sup>٢</sup>

المطلب الثاني: دور العرف في توصيف العقوبات : وفيما يتعلق بالجزء الآخر من مبدأ الشرعية أي «لا عقوبة إلا بنص» فإن المبدأ هو ذاته بالنسبة لشرعية العقوبة فلا عقوبة إلا بقاعدة قانونية عقابية أي أن القاعدة الدولية سواء تعلق بشق التجريم أو العقاب فإنها تجد أساسها في مصادر القانون الدولي الجنائي التي يحتل العرف بينها مكان الصدارة . غير أن العقوبة على الجريمة الدولية تبقى مع ذلك غامضة فالأمر يقف عند تقرير الصفة الإجرامية دون تحديد العقوبة على نحو حاسم كما هو الحال في القانون الداخلي على أن يترك أمر التحديد نوعاً وكماً أما إلى الدول المعنية التي تضطلع بتشريع الأحكام في قوانينها متضمنة العقوبات المناسبة وأما إلى القضاء الجنائي وقد أخذت الاتفاقيات الدولية بالمنهج الأول بينما أخذت بالمنهج الثاني الموثيق الخاصة لمحاكمات الحرب العالمية الثانية فالمادة ٢٧ من نظام المحكمة نورمبرغ المشار إليها سابقاً تنص على أن المحكمة تستطيع أن تقضي بمعاقبة المتهمين الذين يتوفر لديهم الخطأ أما بالإعدام أو بأية عقوبة أخرى تراها مناسبة , ولكن هذا النص لم يحدد المعيار الذي يتم على ضوئه اختيار تلك العقوبة المناسبة , ومع ذلك , فقد كشف التطبيق لعملي لمحاكمات نورمبرغ وطوكيو عن أن المحكمة قد أنزلت عقوبة السجن ببعض المتهمين , كما إن قانون مجلس الرقابة على المافيا رقم ١٠ الصادر في ٢٠ كانون الثاني ١٩٤٥ والذي أشار إليه حكم محكمة نورمبرغ بشأن

المنظمات الإرهابية قد نص على أن العقوبات الواجبة التطبيق على أعضاء المنظمات الإرهابية تنحصر في :

١ الإعدام .

٢ السجن المؤبد أو المؤقت سواء أكان مقترن بالإشغال الشاقة أم غير مقترن بها .

٣ الغرامة والسجن سواء أكان مقترن بالعمل أو غير مقترن كما في حالة دفع الغرامة.

٤ مصادرة الأموال ورد ما يتحصل منها بطريقة غير مشروعة .

٥ الحرمان من الحقوق المدنية بصفة كلية أو جزئية .

ولعل فكرة الغموض تجد أصولها في أن فكرة الجريمة الدولية لا زالت بدورها غامضة ولا تنعم بذلك القدر من التحديد المنضبط الذي يحدد نموذجها القانوني بما يتصف عليه من عناصر أساسية الأركان والتبعية والظروف وتحديد العقوبة الملائمة لكل جان وفقا لمعايير مادية وشخصية ولم يقدم نظام محاكمتي نورمبرغ وطوكيو غير معيار جسامة الجريمة الذي يستطيع القاضي الاستعانة به في تقدير العقوبة المناسبة ومن شأن كل هذا أن يساهم في زيادة الغموض الذي يكتنف مبدأ شرعية العقوبة في مجال القانون الدولي الجنائي ويزداد هذا الغموض إذا خلت الاتفاقيات الدولية تماما حتى من النص على أنواع العقوبات التي يمكن اللجوء إليها وهو ما وقعت فيه اتفاقية إبادة الجنس البشري حيث تعدد في مادتها الرابعة الأشخاص الذين يمكن أن يرتكبوا الجرائم دون أن تحدد العقوبات التي يمكن توقيعها عليهم.<sup>٣</sup> لقد لجأت المحكمة الجنائية الخاصة في يوغسلافيا السابقة إلى المبادئ العامة للقانون لتعزيز ما توصلت إليه في بحثها عن قواعد قابلة للتطبيق على القضية من قواعد القانون الدولي , ولقد اتسم تعامل المحكمة بمزيد من الحذر خشية الاعتماد على المبادئ العامة المستقاة على صعيد المحاكم الداخلية ولذلك فأنها تلجأ إلى المقارنة

والوقوف على الاختلاف بين تلك المبادئ والمبادئ المستقاة على الصعيد الوطني , ولذلك يمكن القول أن كلا من المحكمة الجنائية السابقة في يوغسلافيا ورواندا لجأت إلى القوانين الوطنية لتأكيد تلك المبادئ وتحديد مبادئ القانون الدولي من خلال تلك المصادر وكما حرصت المحكمة على ذلك في قرارها في قضية فوارندزج , ومع ذلك فأن ما يثير الانتباه في هذا الصدد أن الأمر ليس بالبساطة التي يمكن تصورها في أغلب الأنظمة القانونية في العالم «فالمحاكم الدولية يجب أن تأخذ بالحسبان المفاهيم العامة والمؤسسات القانونية العامة في جميع الأنظمة القانونية القائمة في العالم»

وعلاقة كل ذلك بالقانون الدولي الجنائي , فالمبادئ العامة للقانون لا ينطبق عليها وصف التكامل وذلك يرجع إلى طبيعتها وعموميتها وذلك فأنها تصنف بأنها آخر الخيارات أمام المحكمة , فطالما حرصت المحكمة في مرات عديدة على التأكيد بأن مثل هذه القواعد لم تصل حد من العمومية يجعلها تصل حد القاعدة العامة القابلة للتطبيق . ويذكر انه عند صياغة النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الخاصة بيوغسلافيا السابقة رد الأمين العام للأمم المتحدة بنبرة منفصلة على الانتقادات التي واجهها هذا النظام نتيجة تخليه عن مبدأ الشرعية بالقول «إن تطبيق مبدأ الشرعية يقضي بان المحاكم الدولية ملزمة بتطبيق قواعد القانون الدولي الإنساني والتي هي بدون أدنى شك تشكل جزءا من العرف لذلك فالمشكلة التي تثيرها بعض الدول, وليس كلها , حول ضرورة اعتماد اتفاقيات معينة للتعجيل ليس لها أساس من الصحة , وان هذا الأمر يحظى بأهمية خاصة في نطاق عمل المحاكم الدولية عند توجيه التهمة لأشخاص ارتكبوا انتهاكات جسيمة للقانون الدولي الإنساني»<sup>٤</sup> ويرى ستون إن القانون الجنائي الدولي غالبا ما يجد إحصاه ومبادئه في العرف وهذه السمة بالذات هي التي تجعل هذا القانون يشبه القانون. العمومي الانكليزي «Public

«Law»<sup>٥</sup> ويتجه جانب من الفقه إلى الاعتراف صراحة للعرف بوصفه مصدرا مباشرا بل في الفترات المبكرة لتطور القانون الجنائي الدولي كان المصدر الأول والوحيد للتجريم خصوصا إذا ما تعلق الأمر بجرائم بعينها مثل جريمة التطهير العرقي<sup>٦</sup> مبررين ذلك بالطبيعة الخاصة لركن الشرعية في القانون الجنائي الدولي وبالقول إن قواعد القانون الجنائي الدولي يغلب عليها الطابع العرفي كما إن عناصر الجريمة غير محددة بطريقة دقيقة ولذلك يصعب الوقوف على الحالة النفسية لفاعلها ولكفالة التطبيق السليم لقواعد القانون الدولي ينبغي اللجوء إلى توافر الاحتمالات أضف إلى ذلك إن الجريمة الدولية تقع مستندة إلى بواعث من نوع خاص وغالبا ما تتم بوحدي أو تكليف من الغير فلا يرتكبها الجاني لتحقيق غرض شخصي ولا لحسابه الخاص وهذا الأمر بحد ذاته كفيل بان يعزز القصد الاحتمالي . وتجدر الإشارة إلى إن واحدة من الأسس التي اعتمدها الفكر الليبرالي في مساندة مبدأ الشرعية هو عدم الاستناد للعرف كمصدر للتجريم إذ إن الغموض الذي يكتنف القواعد العرفية من شأنه إن يوفر للقاضي سلطة تكاد تكون مطلقة في خلق التجريم واسناد العقاب<sup>٧</sup>

المطلب الثالث: موقف الفقه من التجريم استنادا إلى العرف لقد اثار مبدأ الشرعية الكثير من النقاشات في اجتماعات اللجنة التحضيرية وخاصة انه يسير جنبا إلى جنب مع المبدأ القانوني القائل بعدم جواز اعتماد العرف كمصدر للتجريم مما يعني وجوب التنسيق بين مبدأ لا جريمة إلا بنص وفكرة عدم الاعتماد على العرف في إنشاء القاعدة القانونية الدولية وهو الذي يعد احد أهم مصادر القانون الدولي وخاصة انه لم يكن من الممكن للدول المختلفة إن تقبل الانضمام للنظام الأساسي للمحكمة دون إن يتضمن الإشارة إلى مبدأ لا جريمة إلا بنص وما يستتبعه من عدم جواز القياس مخافة إساءة المحكمة للسلطات المناطة بها.

وتشير المادة الأولى من اتفاقية منع جريمة الإبادة الجماعية إلى : «تصادق الأطراف المتعاقدة على إن الإبادة الجماعية سواء ارتكبت في أيام السلم أو أثناء الحرب هي جريمة بمقتضى القانون الدولي وتتعهد بمنعها والمعاقبة عليها» ويبدو من صياغة هذه المادة إن النص الانجليزي استخدم كلمة Confirm بدلا من كلمة تصادق الواردة في النسخة العربية لأن الغرض من هذه الاتفاقية كان إقرار لتلك الجريمة وليس منشأ لها أي إن الأطراف الذين صاغوا هذه الاتفاقية انصرفوا إلى تقنين جريمة موجودة بالفعل وهو المنطق الذي يستقيم مع الجهود الدولية التي بذلت بهذا الصدد لتعريف جريمة الإبادة الجماعية والمعاقبة عليها ووفقا لهذا المنظور فأن هذه الجريمة تجد مصدرها في العرف وهو ما يجعل إحكام هذه الاتفاقية ملزمة لجميع الدول حتى التي لم تصادق عليها لم يكن القانون الدولي الجنائي القائم الآن وليد النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بل كان وليد شبكة قضائية مختلفة تعتمد على مصادر متنوعة أكثر من اعتمادها على النظام الأساسي بمفرده لأن هذا الأخير نفسه يشير صراحة إلى القوانين الجنائية الوطنية والنظم الجنائية الداخلية في العالم كما يشير إلى القانون الدولي العام بشكل عام ويفسح المجال أمام المحكمة بأن تمارس وظيفة إنشاء قواعد قانونية جديدة . إن طبيعة اختلاف أجناس مصادر القانون الدولي الجنائي يفتح الباب واسعا أمام الجدل القانوني والبحث والتقصي حيث انعكست النظريات والمفاهيم الحديثة على أنواع القانون الجنائي وشكلت بذلك مقدمة أو فاتحة لهذا الجدل وبناء على ذلك يمكن إن نحدد الإجابة الصحيحة وهي إن تمييز بين مرحلة ما قبل نظام ١٩٩٨ وما يعد احتمال هذا النظام فقبل ولادة المحكمة الجنائية الدولية عد العرف كمصدر أساسي لقواعد التجريم والعقاب في النطاق الدولي , وبالتالي احتل مكانة هامة لجهة إصدار القانون الدولي الجنائي فمعظم الجرائم التي تشكلت في هذا الإطار مرجعها العرف ثم اعتمدها المجتمع الدولي في

نصوص المعاهدات والمواثيق الدولية كجرائم ماسة بحقوق الإنسان وحياته الأساسية , لقد أثارت القواعد القانونية المبنية على أساس العرف إشكالات كثيرة من أهمها اعتبار هذه القواعد غير المحددة المعالم والمضمون مما يعني الصعوبة في إثباتها ومن ثم عدم الاعتماد عليها بشكل ثابت وواضح وعادل في تقرير المسؤولية عنها , ورغم هذا الواقع الذي كان سائدا قبل ولادة نظام المحكمة فقد جرى الاجتهاد على التوسع في المحاكم التي تشكلت لهذا الغرض أي إعطاء التفسير المرن لهذا السلوك غير المشروع والذي يمكن إن يكون أكثر عدالة في مجال المحاكمات الدولية <sup>٨</sup> وقد سبق للجنة القانون الدولي إنرأت عند وضع بنود النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية انه لا بد عند وضع النصوص التي تتعلق بالقانون الواجب التطبيق إن تراعي الطبيعة الخاصة للإجراءات التي تتخذ إمام الهيئة التي هي بلا شك ذات طابع قضائي. فمحاكمة شخص متهم بارتكاب جريمة تدخل في اختصاص مثل تلك المحكمة لا تشكل نزاعا دوليا بين شخصين من أشخاص القانون الدولي العام بل هي بالأحرى إلية دولية لمحاسبة شخص متهم بارتكاب جريمة خطيرة ذات طابع دولي تدخل في اختصاص المحكمة فلن تنشأ محكمة لكي تنظر في مسائل قليلة الأهمية ولا في مسائل تدخل في نطاق الاختصاص الاستثنائي لأي دولة. وعلى العكس من ذلك يذهب اتجاه آخر إلى إن النظام الأساسي لم ينص على العرف كمصدر من مصادر القانون الجنائي الدولي التي تطبقها المحكمة لأن المحكمة تحكمها قاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص وطبقا لذلك لا يجوز الرجوع إلى العرف الدولي في تحديد الجرائم وفرض العقوبات دون إن يعني ذلك إنكار ما للعرف من دور مهم في تطور القانون الدولي الجنائي ولكن إذا كانت المحكمة لا تطبق العرف فلا يعني ذلك إن العرف فقد موقعه فالدول تحتاج العرف الدولي في علاقاتها الدولية كما إن العرف الدولي المصدر الأساسي الذي تستمد منه المعاهدات الدولية

نصوصها.<sup>٩</sup> إن نظرة فاحصة للاتجاهات الفقهية التي تحدثت عن العرف الدولي ودوره في التجريم تكشف عن حقيقة اكتشفها هذا الجدل ولم يشخصها تقوم على أساس العلاقة الجوهرية بين كلا من القانون الدولي العام والقانون الدولي الإنساني من جهة والقانون الجنائي الدولي من جهة أخرى وهي علاقة متلازمة ومتداخلة حتى إن بعض نصوص النظام الأساسي أقرتها واعترفت بها صراحة إن مثل هذه العلاقة ووفقا لما تتصف به هي التي أخرجت مبدأ الشرعية من - طابعه الخاص في القوانين الداخلية وأدخلته في إطار القانون الدولي العام وهي التي أبحاث - نتيجة لذلك الركون إلى العرف كمصدر للتجريم فنص المادة ٣٨ من النظام الأساسي لمحكمة العدل الدولية والتي حددت على سبيل الحصر مصادر القانون الدولي العام منح العرف الترتيب الثاني من المصادر الرئيسية لهذا القانون بعد المعاهدات الدولية العامة والخاصة وكثيرا ما لجأت محكمة العدل الدولية إلى العرف أو استشهدت به لتعزيز أحكامها , هذا بالنسبة لمكانة العرف في القانون الدولي العام إما بالنسبة لمكانته في القانون الدولي الإنساني فيكفي القول إلى إن الغالبية العظمى من الفقه الدولي التقليدي والمعاصر تذهب إلى إن هذا القانون برمته بدء ولا ازل قانونا عرفيا وان ما استقر من أحكامه في نصوص دولية أخذت شكل الاتفاقيات الدولية أو بروتوكولات ما هي في الحقيقة إلا تدوين لعرف دولي لا بل إن بعض هذه الاتفاقيات تنص صراحة على إن نصوصها و أحكامها المكتوبة تشكل جزءا من العرف الدولي رغبة منها في إلزام الدول التي لم تصادق على هذه الاتفاقيات أضف إلى ذلك وفي علاقة مباشرة أخرى بين - القانونين إن الانتهاكات الجسيمة لقواعد هذا القانون تشكل جرائم دولية تخضع لإحكام النظام - الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وهذه هي صيغة الترابط الثانية بين هذين القانونين هذا إذا ما تجنبنا الخوض في إن الانتهاكات الجسيمة للقانون الدولي لحقوق الإنسان تشكل هي الأخرى جرائم دولية

وإذا ما تجنبنا الخوض أيضاً فيما يحتله العرف الدولي في مصادر هذا القانون اتضحت لنا الحقيقة التي تحدثنا عنها في بداية هذه الفقرة وهي إن الترابط والتداخل بين هذه القوانين حتم نتيجة لا مفر منها هي امتداد الدور الذي يؤديه العرف من هذه القوانين إلى القانون الدولي الجنائي إلى الدرجة التي يمكن معها القول إن العرف يؤدي في هذا القانون ما يؤديه من دور في تلك القوانين إذا ما أخذنا بالحسبان مآكيات نورمبرغ ونصوص النظام الأساسي - للمحكمة الجنائية الدولية .

المبحث الثاني: دور العرف في الشريعة الإسلامية : للعرف في الفقه الاسلامي دور فعال في رسم الحقوق والالتزامات لان يبعد الالتزام عن الكثير من النصوص التفصيلية في الاحكام الشرعية وفي عقود المعاملات بالنسبة للفرع الاول اما الفرع الثاني اثر العرف في العقاب والجنايات ونشرح ذلك بأيجاز . في الفروع التالية .

المطلب الاول: دور العرف في مجال المعاملات الاجتماعية : من المواضيع المهمة في الشريعة الاسلامية ان يكون محل العقد موجود في لحظة الاتفاق على العقد وان يقترن بالتسليم وعلية سوف نبين ذلك في الفروع ادناه في بعض النماذج

الفرع الاول: عقد الاستصناع : يعرف عقد الإستصناع بأنه عقد مقاوله مع أهل الصنعة على أن يعملوا شيئاً فالعامل صانع و المشتري مستصنع و الشيء مصنوع.<sup>١٠</sup> و من شروطه أن يكون العمل و مادة الشيء الذي سيصنع من الصانع و أن يبين المصنوع بياناً يرتفع معه الجهالة ليحول دون وقوع النزاع و الخلاف بين المستصنع و الصانع بعد اتمام الصانع صنعه و إن يكون المصنوع فيما جري عرف الناس و تعاملهم باستصناعه، و هذا يختلف باختلاف الزمان و المكان<sup>١١</sup> و يأبى القياس إجازة الأستصناع لان المستصنع فيه مبيع و هو معدوم و بيع المعدوم لايجوز لنهي النبي (ص) عن بيعه، و لكن ترك القياس لتعامل الناس في ذلك<sup>١٢</sup> . و إن اختلف البعض في الدليل الشرعي لأجازة عقد الإستصناع او في طبيعته هذا العقد.<sup>١٣</sup>

الفرع الثاني: عقد السلم : يعد عقد السلم من عقود البيع اللازمة<sup>(١٤)</sup> . ومعنى السلم في الاصطلاح الفقهي بيع شيء ليس موجودا عند البائع بثمن حال يدفعه المشتري في مجلس العقد ، فيكون الثمن معجلا والمبيع مؤجلا بعكس البيع المؤجل وهو ما يكون فيه المبيع معجلا والثمن مؤجلا. ويقال في الاصطلاح، للبائع مسلم اليه، وللمشتري رب السلم ومسلم ، وللمبيع مسام فيه، وللثمن رأس مال السلم<sup>(١٥)</sup>. وعقد السلم ثابت على خلاف القياس ومستثنى من عدم بيع ما ليس عند البائع لان المسلم فيه وهو المبيع معدوم عند البائع وقت إنشاء العقد. وكان عقد السلم معروفا بالجاهلية ويتعامل به أهل المدينة فأقره الإسلام وفي الحديث عن ابن عباس (رض) ، ان النبي (ص) دخل المدينة فوجدهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين فقال (ص): "من أسلم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم" فقد أقرهم على أصل العقد وبين شرائطه فذلك دليل على جواز العقد. وقيل السلم والسلف بمعنى واحد وانما سمي هذا العقد به لكونه معجلاً على وقته، فإن أوان البيع ما بعد وجود المعقود عليه في ملك العاقد. وانما يقبل السلم في العادة فيما ليس موجود في ملكه. والقياس يابي جوازه لا نه بيع المعدوم. وبيع ما هو موجود غير مملوك للعاقد باطل ، فبيع المعدوم أولى من ولكنا تركنا القياس بالكتاب والسنة<sup>(١٦)</sup> . ولا يصلح عقد السلم الا في الأشياء التي يمكن ضبطها و تقبل التعيين بالقدر والوصف. لان الجهالة تفضي الى النزاع بين المتعاقدين ، وكل جهالة تؤدي الى ذلك مانعة من صحة العقود<sup>(١٧)</sup>

المطلب الثاني: دور العرف في العقاب والجنايات

الفرع الاول: دور العرف في العقاب: وصلت لنا الشريعة الإسلامية الغراء، بالتساوي بين كافة المسلمين انحاء العالم، في جميع المجالات الاجتماعية وفى كافة الحقوق، فهي لا تفرق بين المسلمين كافة، بل تعتبر الكل سواء، لا فرق بين حاكم، ومحكوم، وبين كبير، أو صغير، أو شريف، أو ضيع، أو ضعيف، بل الناس جميعهم أمامها سواء، في تنفيذ أحكام الشريعة عامة، ولم يكتف الإسلام بالإعلان عن هذه المساواة التامة بل اعتبر السبب في تدهور الأمم، وضياعها، هو التفرقة بين أفرادها

في إقامة حدود الله، التي حدها، قال صلى الله عليه وال وسلم (إنما اهلك من كان قبلكم كان إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد)<sup>١٨</sup> أن العقوبة في الشريعة الاسلامية تمتتاز بكونها شخصية فهي تضر الجاني، ولا تشمل شخص اخر، فلا يسأل عن الجريمة أي شخص، بعيدا عن درجة القرابة وقد جاءت الالية القرآنية مؤكدة هذا الأمر في قول تعالى: (قل أغير الله أبغي ربا كل شي ولا تكسب كل نفس الا عليها ولا تزر وازرة وزر أخرى ثم الئ ريكم مرجعكم فينبئكم بما كنتم فية تختلفون))<sup>١٩</sup>

وتعد شخصية العقوبة، إحدى الأصول، التي تقوم عليها الشريعة الإسلامية، في مجال العقاب ولا تتعدى الجريمة إلى غير من قام بها. ولا يعتبر خروجا من هذا الأصل، ما توجبه الشريعة الغراء من اشتراك العاقلة في الدية الواجبة، على جناية الخطأ، وشبه العمد، وإنما هو نوع من التضامن الاجتماعي للتخفيف عن الجاني، من باب المواساة لأن الخطأ قد يكثر من الإنسان، فاحتاج إلى المساعدة، وأقرب الناس إلى مساعدة الجاني هم عاقلته.<sup>٢٠</sup>

الفرع الثاني: دور العرف في الجنايات: الجرائم في الشريعة تنقسم الى ثلاث جرائم ام من جرائم القصاص والديات او من جرائم الحدود او من جرائم التعازير ونبين دور العرف في تحديد مفهوم جزيئاتها ونستعرض ذلك في جرائم الفقه وعلى النحو الاتي

اولا. جرائم القصاص والديات : إن قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص مطبقة تطبيقاً واضحاً على جرائم القصاص والديات فلا نجد في هذا الباب جريمة الا وقد توافرت النصوص التشريعية على اعتبارها كذلك ثم حددت لها العقوبات تحديدا ليس للقاضي ولا للسلطة التنفيذية أية سلطة في تغييرها او الزيادة عليها أو النقص منها<sup>(٢١)</sup>، رغم ذلك فأن العرف يلعب دورا في تغيير تكيف جريمة القتل من القتل عمدا إلى القتل شبه العمد ، ومن ثم تجب الدية كعقوبة أصلية بدلا من القصاص من خلال الرجوع اليه لمعرفة ما خص لكل آلة من استعمال، فلكل فعل من الأفعال القاتلة أداة أو وسيلة تحدثه او يحدث بها ولا يمكن أن يحدث الفعل القاتل بغيرها، ولما كانت الوسائل

والأدوات القاتلة تختلف اختلافا بينا في قوتها وضعفها وأوجه أستعمالها وتأثيرها على الجسم وتأثر الجسم بها<sup>(٢٢)</sup> فقد رأى اكثر الفقهاء أن يرتبوا على اختلاف طبائع هذه الوسائل وآثارها و اختلاف أحكامها وشروطها القاتل<sup>(٢٣)</sup>

ثانيا - جرائم الحدود : أن قاعدة لا جريمة ولا عقوبة الا بنص منطبقة تماما على جرائم الحدود<sup>(٢٤)</sup> حيث حددت النصوص المتوافرة الفعل المحرم كما حددت عقوبة كل نوع شكلا ومقدارا ، ويعرف الفقهاء الحد بأنه عقوبة مقدرة حقا الله تعالى " وهم يشيرون في ذلك الى ان هذه الجريمة متى ما رفعت دعواها فلا تأثير لأحد في اسقاطها حتى المدعي نفسه . فلم تترك الشريعة في هذه الجرائم بعد ان ترفع الى القضاء اي حرية في أن ينتقص من عقوبتها او يستبدل بها غيرها او يمنع تنفيذها على من العقوبات في جرائم القصاص و الدية حيث كفلت حق العفو او التخفيف للمجني عليه او وليه<sup>(٢٥)</sup> . رغم ذلك فإن العرف يعد مرجعا في تحديد بعض المفاهيم التي تتطلبها شروط بعض جرائم الحدود، وقد يؤدي تحديد هذه المفاهيم طبقا للعرف الى تغيير تكييف الجريمة من جريمة حدية الى جريمة تعزيرية أو قد يؤدي الى جعل الفعل غير معاقب عليه. ويبدو ذلك واضحا في كلا من جريمتي السرقة والقتل لذلك سنقتصر عليهما في ذلك<sup>(٢٦)</sup> . إن إقامة الحد في جريمة السرقة الذي ورد النص عليه في قوله تعالى: (والسارق والسارقة فأقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله)<sup>(٢٧)</sup> ، لا بد فيه من أن يكون المحل المادي المأخوذ والذي وقعت عليه الجريمة ما ، وقد اجمع الفقهاء على أنه لا سرقة الا في مال متقوم مباح الإنتفاع به. وقد اختلفوا في إقامة الحد على من يسرق الأموال التافهة أو ما يتسارع اليه الفساد، فذهب جانب من الفقه الى تعزير من يسرق هذه الأموال<sup>(٢٨)</sup> ، وقال آخرون بالحد ، ما دام قد توافرت في الفعل الشروط الأخرى للحد، والقاعدة العامة عندهم أن كل ما يمكن تملكه ويجوز بيعه وأخذ العوض عنه يجب القطع في سرقة. ولكنهم اختلفوا في تطبيق هذه القاعدة فيما يتعلق بالأشياء التي تخضع لها والتي لا تخضع<sup>(٢٩)</sup> . ومعيار تافهة الشيء وتسارع فساده يرجع فيه الى عرف الناس وعاداتهم ، وهو معيار يختلف باختلاف الأزمنة والأمكنة ، وما يعتبر تافها في زمان او مكان قد لا يكون كذلك في زمان او مكان آخر<sup>(٣٠)</sup> كما اشترط اغلب

الفقهاء لإقامة حد السرقة<sup>(٣١)</sup>، أن يكون المال المسروق مأخوذ من حرزه الحرز في اللغة الموضوع الحرز: وهو الموضوع الذي يحرز فيه الشيء اي يحفظ، وفي الشرع: ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحائوت والخيمة او الشخص نفسه. والحرز نوعان ١ - جزز بالمكان او الحرز بنفسه (حرز لي فيه):وهو المكان المعد لإحراز الأموال كالدور والبيوت والصناديق وأمثال ذلك. ٢- وحرز بغيره او حرز بحافظ: كمن جلس على الطريق او المسجد وعنده متاعه وهو محرز به. وقد قطع الرسول (ص) سارق رداء صفوان ابن أمية من تحت رأسه وهو نائم في المسجد<sup>(٣٢)</sup>، فإن لم يكن محرزاً فلا يقام عليه الحد ولكنه يعزر، وقد حصل الخلاف بين الفقهاء في معنى الحرز<sup>(٣٣)</sup> فمنهم من يسوي بين الأحرار. فيجعل حرز أقل الأموال حرزاً لأجلها وذهب الرأي الآخر الى اعتبار العرف في تحديد معنى الحرز، لأن الأحرار تختلف تبعاً للعرف السائد في ذلك<sup>(٣٤)</sup> وفي جريمة القذف<sup>(٣٥)</sup>، يتحقق الركن الأول فيها كلما رمى الجاني المجني عليه بالزنا أو نفي نسبه مع عجزه عن إثبات مارماه به. والرمي بالزنا قد يكون نفياً لنسب المجني عليه وقد لا يكون فمن قال لشخص يا بن الزنا فقد نفي نسبه ورمي أمه بالزنا ومن قال لشخص يا زانى فقد رماه بالزنا ولم ينف نسبه. فالرمي بالزنا يكون نفياً لنسب المجني عليه إذا تعدى القذف لأمه. اما نفي النسب يقتضي دائماً رمي ام المقذوف أو أحد أمهاته بالزنا فمن نسب شخصاً إلى غير أبيه او على غير جده فقد نسب الزنا لأم هذا الشخص أو جدته. والقذف اما يقع بلفظ صريح او كناية او بالتعريض . فاما الصريح فإنه يكون بألفاظ لا تحتمل غير الزنا. كما لو قال القاذف لغيره يا زانى ولا يشترط في القذف أن يكون بلغة معينة فيصح أن يكون باللغة العربية ويصح أن يكون بغيرها من اللغات ويشترط في القذف أن يكون صريحة وصريح القذف ما لا يحتمل غيره فان أحتمل غيره فهو كناية او تعريض فمن قال يا زانى او انت زان ، فقد جاء بقذف صريح وإن قال أبوك زان او أمك زانية فهو قذف صريح للأب و الأم وان قال يا ابن الزنا اوبيا ولد الزنا كان قذفا صريحا ايضا لأن معناه أنك مخلوق من ماء الزنا<sup>(٣٦)</sup> .

ثالثا- جرائم التعازير

مفهوم التعزير

- التعزير لغة المنع و الرد، يقال عززته أى رددت عنه أعداءه و كفيته إذاهم<sup>٣٧</sup>

- التعزير إصطلاحاً: عرف الأحناف التعزير بأنه التأديب دون الحد<sup>٣٨</sup>

لقد أحاطت الشريعة، والتكليفات بسياج منيع. من الحماية، وعاقبت. كل من يقدم على انتهاك هذه الحرمات بالتعزير. ومن ذلك التعزير المفروض لحماية المظهر العلني، للعبادات. والتعزير المفروض. لحماية سائر التكليفات، والمقصود بكل ذلك توفير الحماية، لمظهر الدين وحفاظاً على مشاعر الناس وأعرافهم وعادتهم المتجذرة في نفوسهم. ومن الأمثلة على حماية المظهر العلني للعبادات، ومراعاة عرف الناس، تعزير المفطر في نهار رمضان عامداً، دون عذر مشروع، وكذلك من يشرب الخمر، أو شراباً يسكره في نهار رمضان، فإنه يعزر بعد أن يقام عليه حد الشرب.<sup>٣٩</sup> ومن يزني في نهار رمضان، ويدعي شبهة يدرأ بها الحد عن. نفسه، فإنه يعزر لإفطاره.<sup>٤٠</sup> ويلحق بذلك مظاهر الخلاعة، والعري المشين، فضلاً عن انتشار الأدب. الخليع، والصورة العارية، والأغاني الماجنة، والأفلام الغرامية، وكل ضروب التهيج الجنسي، والإثارة لأن فيها دعوة سافرة إلى الفجور، والدعارة، والفحشاء، والإسلام يريد بأحكامه، كبح جماح الغريزة الجنسية للإنسان، وضبطها، وتقييدها بضابط خلقي، وإنفاقها في قنواتها، المشروعة، وفي ذلك كمال التوازن، والتناسب، وحسن، الملاءمة، لقوانين الفطرة بلا إفراط ولا تفريط. كل ذلك لمراعاة أعراف الناس، وعادتهم<sup>٤١</sup>

الخاتمة

توصلنا في ختام هذا البحث الى نتائج وتوصيات يمكن اجمالها في عدة نقاط:

- ١- العرف يعتبر احد المصادر الخاصة بتفسير كثير من النصوص الشرعية الواردة في الكتاب والسنة والقانون لذا احال كل منهما نصوصه للعرف
- ٢- ان العرف في الشريعة ينقسم الى اقسام متعددة منها ما هو صالح و موافق ومنها ما هو مخالف. وكذلك الاعراف تتغير بتغير الاعراف المكانية والزمانية

٣- انعدام اثر العرف في التجريم والعقاب في الشريعة والقانون ابتداءً لانه لا جريمة ولا عقوبة الا بنص، ولا يمنع من احالة بعض الافعال والاقوال للعرف في تحديدها كتحديد مفهوم الحرز في السرقة والفاظ القذف

٤- كيفية الاحتكام الى العرف في تفسير القوانين الجنائية ودور العرف في القانون الجنائي في عملية التفسير دورين اصيل في حالات اسباب الاباحه او تخفيف العقاب، كتأديب الزوج لزوجته، والظهور على الشواطئ بملابس الاستحمام، والدور الثانوي فهو ذومظهرين اما دور تفسيري والذي نحن بصده ، او قد يكون بتحديد عناصر بعض الجرائم متطلبا تطبيق قواعد غير جنائية...

٥- ويتضح في البحث في دور العرف في فروع القانون، بانه العرف يمارس دورا متفاوت اهميته بتفاوت الانظمة القانونية، في فروع القانون المختلفة وباختلاف طبيعة نشأتها، الا ان بطبيعة الحال لايمكن الاستغناء عمى سواء اعد مصدرا رسميا للقانون او مصدرا احتياطيا، في حاله الاوله يلعب دور المكمل للتشريع، ويعني وجوب رجوع القاضي اليه والحكم بمقتضاه، عند افتقاد النص، ووجود عرف اكتمل ركناه المادي والمعنوي وكثيرا ما يرجع اليه القاضي لسد النقص في التشريع، وفي حالة اعتبارة مصدرا احتياطيا او مساعد للتشريع، فانه يرجع اليه في تفسير النصوص التشريعية عندما تقضي طبيعة عناصرها الرجوع الى هذه النوع من التفسير العرفي، كما قد يحتاج القضاء الى معيار معين لغرض تطبيق النصوص، ويكون العرف كأحد الوسائل خير معين للقضاء في تحديد هذه المعيار، تقديرا من المشرع بان العرف اقدر من التشريع على الوفاء بالغرض الذي ينشده

٦- والعرف اخيرا قد يكون اساسا في تحديد المعيار الذي يستدل به القاضي في تطبيق النص التشريعي من عدمه، والقول بتحقيق الجريمة من عدمه كما هو الحال

في النصوص العقابية التي تجرم قيادة المركبة بسرعة , او بطريقة ينجم عنها خطر على ارواح الناس واموالهم وانفسهم, فهذه الخطر يحتاج الى معايير لتحديد

### التوصيات

١- تبني الدولة مراكز توعية جماهيرية لكيفية التعاون مع الاعراف و المستجندات, والواقع حتى لايقع الناس في مخالفة لنصوص, وقواعد الشريعة الاسلامية, ونصوص القانون.

٢- العمل على ايجاد دراسة منهجية علمية للاعراف المحلية.

٣- تسخير الدولة امكانياتها لتبني توعية الناس خطورة العمل بالاعراف الفاسدة التي تجلب للناس الخراب والدمار كالثار مثلا.

٤- تبين العرف الصحيح من العرف الفاسد واثرة في الشريعة والقانون من خلال الندوات والمحاضرات

٥- اعطاء فرصة للمحكمن للاعراف التي لاتخالف الشريعة والقانون وجعلها معاونه للمحاكم الشرعية.

٦- الحاجة الماسة إلى البحث العلمي في العرف الذي وقع في كثير من الأماكن, هل هو مشروع أم ليس مشروعا.

### الهوامش

<sup>١</sup> دصلاح الدين عامر, المحكمة الجنائية الدولية, ط٥, اعدادشريف عتلم, اللجنة الدولية للصليب الاحمر, جنيف

٢٠٠٨, ص١٢١-٢٣ اونظر ايضا

سهيل حسين الفتلاوي, القضاء الدولي الجنائي, ط١, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, ٢٠١١, ص ١٣٠.

<sup>٢</sup> د.حسين ابراهيم صالح, الجريمة الدولية, دار النهضة, القاهرة, بدون سنة طبع, ص٢١-٢٢.

<sup>٣</sup> حسين ابراهيم صالح, المصدر السابق, ص١٧٨-١٣٩.

Robert crier.an. introduction to criminal law and brocedure. Cambridge universitu.new. uork. 2008. <sup>٤</sup>

B14

-j.stone. ob. Cit.b396. <sup>٥</sup>

٦. محمد عادل محمد سعيد، التطهير العرقي، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠٩، ص٧٣١-٧٣٢.

٧. نسرین عبد الحمید نبیة، الجريمة الدولية و الانتربول، المكتب الجامعي الحديث، بيروت، ٢٠١١، ص١٨٣.

٨. علي محمد جعفر، الاتجاهات الحديثة في القانون الدولي الجنائي، ط١، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، ٢٠٠٧، ص١٥

٩. سهيل حسين الفتلاوي، جرائم الابادة الجماعية جرائم ضد الانسانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،

٢٠١١، ص١٥

١٠. على حيدر: درر الاحكام، شرح مجلة الاحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني طبعة خاصة، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤٢٣ هـ - ٢٠٠٣، ص ١١٤-١١٥.

١١. نصت المادة ٣٨٩ من مجلة الاحكام العدلية علي ان كل شيء تعومل استصناعه يصح في الاستصناع على الاطلاق فالمدار في صحة الاستصناع و عدمه انما هو عرف الناس و التعامل به فاذا وجد عرف و تعامل به صح و ان لم يوجد لايصح الاستصناع.

١٢. ينظر، السرخسي: كتاب المبسوط، ج ١٢، ص ١٣٨، ١٣٩ .

١٣. ينظر في ذلك، أبو جعفر محمد بن الحسن بن علي بن الحسن الطوسي: الخلاف، ط١، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسه، ١٤١٧ هـ، ص ٩٣

١٤. علي حيدر: درر الحكام تشرح مجلة الاحكام، ص ١١.

١٥. عبد الرزاق أحمد السنهوري: مصادر الحق في الفقه الإسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج (١، ط٢)، منشورات الحقوقية، ١٩٩٨ م، ص ٣٤.

١٦. السرخسي: كتاب المبسوط، ج ١٢، ص ١٢٤.

١٧. عمر عبد الله: العرف في الفقه الإسلامي، ص ٣٩.

١٨. متفق عليه، الفتح، كتاب الحدود باب قطع التشريف، ورواه النووي في شرح مسلم، النهي عن الشفاعة في الحدود.

١٩. سورة الأنعام الآية ١٦٤

٢٠. عدنان، التركماني، الاجراءات الجنائية الإسلامية وتطبيقاتها في المملكة العربية السعودية، الرياض، ١٤٢٠ هـ، ص ٣٣٢

٢١. د. محمد شلال حبيب : المختصر في الفقه الجنائي الإسلامي، ص ٢٥، ٢٤، ٢٩. ينظر، عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، ج ١، دار الكتاب العربي، بيروت، بلا سنة طبع، ص ٢٤.

٢٢. عبد القادر: التشريع الجنائي الإسلامي، ج ٢، ص ٢٧، ٢٦، ٢٣. ينظر، محمد بن صالح: الشرح الممتع على زاد المستقنع، ط١، دار ابن الجوزي الرياض، ١٤٢٨ هـ، ص ١١.

٢٣. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ج ٢، المرجع السابق، ص ٣٢.

٢٤. عبد القادر عودة: التشريع الجنائي الإسلامي، ج ٢، ص ٢٦٣، ٢٦٥.

٢٥. د. أحمد الكبيسي، د. محمد شلال حبيب المختصر في الفقه الجنائي الإسلامي، ص ٣٠.

٢٦

ينظر، عبد القادر عودة : التشريع الجنائي الإسلامي، ص ٣٦٦.

٢٧. سورة المائدة الآية رقم ٣٨.

٢٨. أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني الحنفي علاء الدين: بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج ٧،

المطبعة الجمالية والقاهرة، ١٢٢٨ هـ، ص ٦٧، ٦٨

- ٢٩ . محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشيد الحفيد المالكي ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج ٢ ، المطبعة الجمالية ، القاهرة، ١٣٢٩ هـ ، ص٣٦٧.
- السيد هاشم معروف الحسني : المسؤولية الجزائية في الفقه الجعفري ، المطبعة الحديثة ، لبنان ، بلا سنة طبع، ص٦٥، ٦٦.
- ٣٠ الكاساني" : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج٧، ص٦٨.
- ٣١ علي بن أحمد بن سعيد بن حزم : المحلى، ج ١١ ، ادارة المطبعة المنيرية، مصر، ١٣٥٢هـ، ص٣٣٧.
- ٣٢ د. أحمد فتحي بهنسي: الجرائم في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة، ص ٢٠، ٢٢.
- ٣٣ د. أحمد فتحي بهنسي :الجرائم في الفقه الإسلامي ، ص٣٣.
- ٣٤ أبي الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي:كتاب الأحكام السلطانية في الولايات الدينية. تحقيق دار ابن قتيبة، الكويت، ١٤٠٩ هـ. ١٩٨٩م، ص ٢٩٦.
- ٣٥ أحمد فتحي بهنسي: الجرائم في الفقه الإسلامي دراسة فقهية مقارنة ، ص١٦٠٨.
- ٣٦ - عبد القادر عودة التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي القسم الخاص، ص ٤٦٢، ٤٦٦.
- ٣٧ ابن منظور، لسان العرب، ج٨ ، ص ٥٨٢).
- ٣٨ كمال الدين محمد، فتح الغدير ج٥، ١٣١٧هـ، ص ١١٢ .
- ٣٩ علاء الدين، السمرقندي، (د.ت)، تحفة الفقهاء، ط٢ ، القاهرة، دار إحياء التراث الإسلامي، ص ١٤٩
- ٤٠ السرخسي ، محمد بن أحمد بن أبي السهل ، (د.ت) ، المبسوط ، ط١ مصر ، مطبعة السعادة، ج ٢٤ ص ٣٦
- ٤١ قاضي ، محمد السياسة مصدر التقنين بين النظرية والتطبيق، ص٥٢٤



دور العرف في الشريعة الاسلامية والقانون الجنائي

**The role of custom in Islamic law and criminal law**

م.م. حسين علي دكمان