أثر العرف على فقه الجنايات في الشريعة الإسلامية والقانون العراقي

أ.م.د/ مرتضى محمد حميد
كلية العلوم الاسلامية/جامعة بغداد

ملخص البحث

ان للعرف اثر كبير في فقه الجنايات و في الكثير من المسائل ويجب في العرف حتى يعد دليلا يحتج به، أن لا يخالف نصاً شرعياً، ولا يحل حراماً، ولا يبطل واجباً فهو بهذا يعتبر دليلاً للأحكام عند كثير من فقهاء الحنفية والمالكية، فهو ليس دليلا شرعياً مستقلا، بل غالبا يعد من المصلحة المرسلة.

بين البحث ان العرف يراعي في استنباط الأحكام، وكذلك يراعي في تفسير النصوص الشرعية ، إذ أن الأحكام المستقاة من العرف ليست ثابتة، بل هي متغيرة بحسب الزمان والمكان، والأشخاص، وهذا أمر طبيعي، لأن أصلها العرف وهو ليس بثابت، ويلجا إلى العرف أحيانا في تفسير النصوص، ومنها نصوص التجريم، وبيان حدود تطبيقها، ومجالها، دونما أن يكون له أصل في التجريم، فتشريع العقوبات في الشريعة الإسلامية منه ما هو منصوص عليه، أو مجمع عليه، ومنه ما هو متروك أمره، في التحديد لظروف المكان والزمان وهو مجال اجتهاد المجتهد، والحاكم وله فيه أن يختار العقوبة المناسبة الكافية للردع والزجر، والتي تساوي جسامة الجريمة.

تكمن اهمية البحث الى اعتبار الشريعة الإسلامية لأعراف الناس الصحيحة هو اكبر دليل على سماحة هذه الشريعة برفعها الحرج عن الناس، والعرف معتبر في كثير من الاحكام الشرعية العملية فيدخل فيه كثير من أبواب الفقه سواء كان ذلك في العبادات او المعاملات او الجنايات والعقوبات.

اكد البحث على إسهام العرف في إباحة التكليف الجنائي فيعدل من الظروف الاجتماعية التي في إطارها يرتكب الفعل، في ظروف معينة.

ميز البحث الى تحديد الالتزام القانوني الذي يعد الإخلال به أحد مقومات السلوك الوصفي، ومن المسلم به أن العرف قد يكون مصدرا لمثل هذا الالتزام.

بين البحث الى ان مبدأ الشرعية، يحظر الرجوع إلى مصدر غير مكتوب في التجريم، والعقاب، فإن الرجوع إلى هذه المصادر، لا يصطدم مع هذا المبدأ، إذا كان من أجل تحديد عناصر بعض الأفعال التي جرمها المشرع بنص مكتوب.

خلص البحث الى أن العرف لا يصلح أن يميز بين الأفراد، في عدم إنزال العقاب على من قام بفعل يستحق عليه العقاب.

Research Summary

Custom has a great impact on the jurisprudence of crimes and on many issues. In order for custom to be considered evidence to be used as evidence, custom must not violate a legal text, do not make a forbidden thing permissible, or invalidate an obligation. Thus, it is considered a guide to rulings according to many Hanafi and Maliki jurists. It is not a legal guide. Independent, but often considered part of the mission.

The research showed that custom is taken into account in deducing rulings, and it is also taken into account in interpreting legal texts, as the rulings derived from custom are not fixed, but rather they change according to time, place, and people, and this is natural, because their origin is custom and it is not fixed, and custom is sometimes resorted to in Interpreting texts, including criminalization texts, and clarifying the limits of their application and scope, without having a basis in criminalization. Some of the legislation of punishments in Islamic Sharia is stipulated or unanimously agreed upon, and some is left to be decided, in determining the circumstances of the place and time, and it is the field of diligence. The diligent person, and the judge, has the right to choose the appropriate punishment that is sufficient to deter and rebuke, and which is equal to the gravity of the crime.

The importance of the research lies in Islamic Sharia's consideration of people's correct customs, which is the greatest evidence of the tolerance of this Sharia by removing hardship from people. Custom is considered in many practical Sharia rulings, and many chapters of jurisprudence are included in it, whether in acts of worship, transactions, crimes, or punishments.

The research focused on identifying the legal obligation, breach of which is one of the components of descriptive behavior, and it is recognized that custom may be a source of such obligation.

The research concluded that custom is not suitable for distinguishing between individuals, in not imposing punishment on those who commit an act deserving of punishment.

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على نبينا محمد وعلى آله وصحبه وسلم ان للعرف اثر كبير في فقه الجنايات و في الكثير من المسائل ويجب في العرف حتى يعتبر دليلا يحتج به، أن لا يخالف نصاً شرعياً، ولا يحل حراماً، ولا يبطل واجباً فهو بهذا يعد دليلاً للأحكام عند كثير من فقهاء الحنفية والمالكية، فهو ليس دليلا شرعياً مستقلا، بل غالبا يعد من المصلحة المرسلة.

والعرف يراعي في استنباط الأحكام، وكذلك يراعي في تفسير النصوص الشرعية ، إذ أن الأحكام المستقاة من العرف ليست ثابتة، بل هي متغيرة بحسب الزمان والمكان، والأشخاص، وهذا أمر طبيعي، لأن أصلها العرف وهو ليس بثابت، ويلجا إلى العرف أحيانا في تفسير النصوص، ومنها نصوص التجريم، وبيان حدود تطبيقها، ومجالها، دونما أن يكون له أصل في التجريم، فتشريع العقوبات في الشريعة الإسلامية منه ما هو منصوص عليه، أو مجمع عليه، ومنه ما هو متروك أمره، في التحديد لظروف المكان والزمان وهو مجال اجتهاد المجتهد، والحاكم وله فيه أن يختار العقوبة المناسبة الكافية للردع والزجر، والتي تساوي جسامة الجريمة.

وقد اقتضت طبيعة البحث أن نقسمه: على مقدمة و مبحثين وخاتمةــ تناولنا في المقدمة أهمية الموضوع وسبب اختياره، بينما تناولنا في المبحث الأول أثر العرف على فقه الجنايات ،أما المبحث الثاني تناولنا فيه أثر العرف في التجريم والعقاب في الشريعة الاسلامية والتشريع العراقي ، ثم ختمنا هذا البحث بخاتمة أوجزنا فيها أهمَّ ما توصلنا إليه من نتائج ، وأخيرًا نسأل اللهَ أنْ نكون قد وفِّقنا في رسم صورة واضحة المعالم لهذا البحث الذي قد يُنظر إليه من زوايا متعددة، وأملنا بالله كبير ألاَّ تكون من بينها نظرة سطحية تحكم عليه، واخر دعوانا ان الحمد لله رب العالمين.

المبحث الاول
أثر العرف على فقه الجنايات

المطلب الأول: ما هية التجريم

في هذا المطلب سنتكلم عن ماهية التجريم من حيث تعريفه في مدلوليه اللغوي والاصطلاحي

اولاً : التعريف بالتجريم في المدلول اللغوي والمدلول الاصطلاحي :

١- **التجريم في المدلول اللغوي :** الجريمة في اللغة هي الجرم و التعدي والجرم الذنب، والجمع أجرام و جروم، وهو الجريمة و قد جرم يجرم جرماً، واجترام وأجرم فهو مجزم وجريم، وتجرم على فلان أي ادعى ذنبا لم أفعله . [١]

قَالَ تَعَالَى (وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَآنُ قَوْمٍ عَلَىٰ أَلَّا تَعْدِلُوا ۚ اعْدِلُوا هُوَ أَقْرَبُ لِلتَّقْوَىٰ ۖ وَاتَّقُوا اللَّهَ ۚ)[٢] اي :لا يحملنكم بغض القوم على ترك العدل ، وجرم جرما اذنب ويقال جرم نفسه او قومه وجرم عليهم و اليهم : جنى جناية واجرم : ارتكب جرما و اجترم الذنب ارتكبه [٣].

٢- **الجريمة في المدلول الاصطلاحي :** هي ارتكاب محظورات شرعية ، زجر الله عنها بحد أو تعزير [٤] . وكذلك هي اتيان فعل محرم معاقب على فعله ، او ترك فعل محرم الترك معاقب على تركه ، او هي فعل اوترك نصت الشريعة على تحريمه والعقاب عليه ، وتتفق الشريعة تمام الاتفاق مع القوانين الوضعية الحديثة في تعريف الجريمة.[٥]

المطلب الثاني: أثر العرف على الحدود: ويجب في العرف حتى يعتبر دليلا يحتج به، أن لا يخالف نصاً شرعياً، ولا يحل حراماً، ولا يبطل واجباً فهو بهذا يعتبر دليلاً للأحكام عند كثير من فقهاء الحنفية والمالكية، فهو ليس دليلا شرعياً مستقلا، بل غالبا يعد من المصلحة المرسلة [٦].

---

[١] لسان العرب لابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم ، ١٩٩٩م: ٤٤٥-٤٤٦.

[٢] سورة المائدة : الاية ٨ .

[٣] مجمع اللغة العربية سنة ١٩٩٢ ، المعجم الوحيد القاهرة الهيئة العامة لشؤون المطبع الاميرية : ١٠١.

[٤] الاحكام السلطانية للماوردي ، علي محمد حبيب سنة ١٤١٦ ه تحقيق عصام فارس الحرستاني و محمد ابراهيم الزعل . بيروت . المكتب الاسلامي : ٣٤٢ .

[٥] التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، لعبد القادر عودة ، دار الكاتب العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٦٦/١. ١٦٧.

[٦] ينظر : شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي الليبي ، لعامر، عبد العزيز (١٩٨٧م) ط ٢ ، بنغازي ، منشورات جامعة فاريونوس: ١٢٤. .

والعرف يراعي في استنباط الأحكام، وكذلك يراعي في تفسير النصوص الشرعية ، إذ أن الأحكام المستقاة من العرف ليست ثابتة، بل هي متغيرة بحسب الزمان والمكان، و[٧]الأشخاص، وهذا أمر طبيعي، لأن أصلها العرف وهو ليس بثابت، ويلجا إلى العرف أحيانا في تفسير النصوص، ومنها نصوص التجريم، وبيان حدود تطبيقها، ومجالها، دونما أن يكون له أصل في التجريم، فتشريع العقوبات في الشريعة الإسلامية منه ما هو منصوص عليه، أو مجمع عليه، ومنه ما هو متروك أمره، في التحديد لظروف المكان والزمان وهو مجال اجتهاد المجتهد، والحاكم وله فيه أن يختار العقوبة المناسبة الكافية للردع والزجر، والتي تساوي جسامة الجريمة[٨].

النوع الأول: من العقوبات وهي المقدرة شرعا أي التي قدرها وحددها الشارع. وهي عقوبة القتل والسرقة والزنا، والقذف، والحرابة، وشرب المخمر، والقصاص فيما دون النفس، وهذه الجرائم التي حددت لها هذه العقوبات هي الجرائم الرئيسية. التي تؤذي المجتمع، وتنتهك حرمته ولا يعني هذا أن الجرائم الأخرى التي لم ينص الشارع على عقوبتها غير مؤذية للمجتمع ولكن نسبة ضررها إلى أضرار النوع الأول من الجرائم تكاد تكون أقل منها ضررا والنوع الأول من العقوبات أثار العرف فيها قليلة، لأنه لا مجال للاجتهاد، والرأي فيها لتحديدها من قبل الشارع[٩].

النوع الثاني: من العقوبات التي لم ينص الشارع عليها، أو يحددها، هي عقوبات جرائم التعزير، فقد ترك أمر تقديرها، للحاكم أو للمجتهد [١٠]، وهذا النوع من الجرائم يعد بيئة خصبة، لاجتهاد الحاكم، والقاضي فيها لأنه لم يرد عن الشارع نص أو إجماع في عقوبتها، وإنما عقوبتها وأحكامها، تختلف باختلاف الأزمان، والأماكن، والأشخاص، والعادات والأعراف، وسأبين أثر العرف فيما يلي .

---

[٧] ينظر : اصول الفقه الاسلامي ، لعبد الوهاب خلاف ٩٩-١٠٠ .
[٨] ينظر : القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها ، لصالح غانم السدلان ، طا ، الرياض ، دار بلنسية : ٤١٩
[٩] ينظر : القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها ، لصالح غانم السدلان ، ط ١ ، الرياض ، دار بلنسية: ٤٦٠
[١٠] ينظر: السياسة الشرعية مصدر التقنين بين النظرية والتطبيق القاضي محمد عبدالله : ١٠٩.

١. أثر العرف في باب السرقة

أ- تحديد مفهوم الحرز في السرقة، فهو يختلف باختلاف الأموال، اعتبارا بالعرف ولذلك قال الشافعي إن الأحراز تختلف باختلاف الأموال، اعتبارا بالعرف فيها [١١]. وفي ذلك يقول الماوردي في الأحكام السلطانية إن الحرز يخف فيما قلت قيمته من الخشب، والحطب، ويشتد فيما كثرت قيمته من الذهب والفضة، فلا يجعل حرز الحطب، حرزا للفضة والذهب، فيقطع سارق الخشب منه، ولا يقطع سارق الذهب والفضة منه ١٢.

ب – قول بعض فقهاء الحنفية بعدم القطع في السرقة بين المحارم، وكذلك سرقة شخص شيئا من مكان يحل له دخوله على أساس افتراض الإذن بالدخول عادة في هذه الأحوال، فلا يتم معنى الحرز لاستمرارية الدخول، والأذن في ذلك، ومعنى ما ذكر أن العادة لها شأن في عدم تمام معنى الحرز، لأنها جارية على وجود الإذن بالدخول في هذه الأحوال، ومن ثم فقد حددت نطاق تطبيق حد السرقة، بإخراج حالات لا يكون فيها الحد، بل التعزير ١٣لاختلال الحرز.

ج – ذكر بعض أئمة الفقهاء وهما (أبو حنيفة وتلميذه محمد بن الحسن) بأنه لا قطع فيما يتسارع إليه الفساد، من الأموال ومن أسباب ذلك عندهم تفاهة هذه الأموال. لأن معيار التفاهة وعدمها مرجعه إلى عرف الناس وعاداتهم ، فما يعتبر تافها في عرف الناس وعاداتهم، لا يقطع سارقه، وما لا يعتبر في العرف تافها يقطع سارقه كذلك يكون للعرف شأن في تحديد الأموال التي تكون محلا للقطع في جريمة السرقة، و التي لا تكون محلا للقطع، تتدرج عقوبة سارقها في حيز التعزير[١٤]. ومما بعد حرزا في العرف على سبيل المثال وجرم فاعله مثل:

1-سرقة التيار الكهربائي: حيث الثابت علميا، أن الكهرباء، مادة تحولت إلى طاقة تمر عبر الأسلاك فالكهرباء طبيعة مادية بحتة، إلا أن طبيعة استخدامها يقتضي تحويلها من صورتها المادية البحتة، إلى صورة طاقة تتدفق عبر الأسلاك، وصولا إلى استخدامها

[١١] ينظر : كتاب الام ، للإمام محمد بن ادريس الشافعي ، ج ٣ ، ص ١٥٣ .
[١٢] الاحكام السلطانية: ٢١٥.
[١٣] ينظر : فتح القدير شرح الهداية ، لابن الهمام: ٢/٢٠١.
[١٤] العرف في التشريع الجنائي، لأحمد بن رفاع المطيري : ٧٢ .

وعلى هذا التعريف يعد التيار الكهربائي مالا منقولا ، له قيمة مالية، كما يعد منقولا بالإمكان نقله من مكان لأخر [١٥].

2- إذا التقط شخص شيئا ضائعا على نية إعادته لصاحبه، ثم غير هذه النية فيما بعد وأضافه إلى ملكه، أو حوله لمنفعته الذاتية، فانه لا يعد سارقا، لكون العرف يمنع ذلك الفعل الإجرامي عادة [١٦] .

3- من يذهب إلى منزل صديقه في غيابه، ويأخذ شيئا لاستعماله، و إعادته معتقدا أن صديقه يقر على ذلك ضمنا، ثم يبيع الشيء بعد ذلك لصالحه، فأنه لا يعد سارقا عادة وعرفا[١٧] .

٢- أثر العرف في باب القذف:

توجد بعض من الألفاظ المتداولة بين الناس كان للعرف أثر في عدم تجريمها، كأن قال له لست لأبيك، وقصد بأبيه جده، أو قال لغيره يا أبن ماء السماء لم يحد، لأن نفيه عن جده صدق، ونسبته إليه مجازا عادة وشرعا، ومن قال بأبن ماء السماء يراد به التشبه في السماحة والصفاء والطهارة وفي قول آخر أنه يحد، ومن قال لغيره لست بابن فلان، وهو في حالة لم يكن غاضباً لا يحد لأنه يراد به المعاتبة عادة وعرفا) [١٨].

ومن قال لامرأة زنيت بحمار، أو بثور، لا يحد لأن المرأة عادة لا يقع منها الزنا بالحمار، أو الثور ولو قال زنيت بدراهم وثوب حد وأما الرجل فقيل لا يحد، في جميع ما سبق، لأن الرجل لا يأخذ المال على الزنا عرفا [١٩] .، ويلاحظ الباحث أن للعرف أثرا جليا، في تجريم بعض الألفاظ التي يجرمها، العرف.

٣-أثر العرف في التجريم في باب الزنا: مع حرص الإسلام على تطبيق هذا الحد على الزاني، والزانية، وتشديد العقوبة عليهما، وتفظيع فعلهما، وتبشيع صنيعهما، احتاط في

---

[١٥] ينظر : دفوع البراءة في جريمة السرقة ، هشام زوين: ١١١ ، والعرف في التشريع الجنائي، أحمد بن رفاع المطيري : ٧٢ .

[١٦] الاحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الامارات، احمد شوقي، دبي، دار الغرير للطباعة: ٨.

[١٧] ينظر : القانون الجنائي ، محمد محي الدين عوض: ١٢٧.

[١٨] ينظر : الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، لعلاء الدين المرداوي، ١٣٧٦، ط٢ ، هجر - السعودية : ٦/٣١٠ .

[١٩] ينظر : حاشية رد المحتار على الدر المختار، لابن عابدين، محمد أمين: ٤/١٢٠ .

إثباته، ما لا يحتاط في غيره من الحقوق كالأموال والعلاقات الأسرية. لأنه ما دامت العقوبة شديدة ، فليس من المناسب التساهل في الإثبات، مع شدة العقاب .

لهذا جاءت شروط إثبات الزنا في الشريعة الإسلامية، بدرجة لا نظير لها في شيء من الحدود، إذ اشترطت أن يصف الزنا أربعة رجال عدول، وصفا قاطعا، لا يحتمل التأويل، ولابد أن تنفق شهادتهم في تحديد وصف الزنا ومكانه وزمانه واسم الزاني والمزني بها . [٢٠]

هنالك أمثلة ظهرت أن للعرف أثر في عدم تجريمها ومن ذلك :

أ- "من دخل على أجنبية، وهي على فراش زوجته، في الليل فوطئها، وهو لا يعلم، فإنه لا يحد، لأن العادة أن الرجل إذا دخل على زوجته، وهي في بيته، وعلى فراشه المعتاد، لا يسألها هل أنت فلانة زوجتي أم لا" [٢١].

ب – لو حدث ووجد رجل بين فخذي امرأة، وهو يتحرك حركة الواطئ، وطال الزمان في ذلك، فالغالب أنه قد أولج، والنادر عدم الإيلاج، ولكن الشرع ألغى حكم الغالب، والنادر معا، فلم يحكم بوطئه، ولا بعلمه وبذا يسقط عنه الحد، رحمة به ودرءا للحد عنه، ما كان هناك مخرج منه .

وهنا يلاحظ الباحث دور العرف في عدم تجريم بعض الأفعال التي تقع في باب الزنا.[٢٢]

٣-أثر العرف في باب التعزير:

أ- **التعزير في المدلول اللغوي :** المنع و الرد، يقال عزرته أي رددت عنه أعداءه و كفيته آذاهم[٢٣] .

ب-**التعزير في المدلول الاصطلاحي :** عرف الحنفية التعزير بأنه التأديب دون الحد[٢٤].

وعرفه المالكية: بأنه تأديب استصلاح و زجر على ذنوب، لم تشرع فيها حدود، و لا كفارات [٢٥] .

---

[٢٠] شرح الدردير على مختصر خليل ، لأبو البركات أحمد ، (١٢٧٨) ط١، دار المعارف مصر ، المطبعة العامرة - مصر : ٤/٤٤٧.

[٢١] القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها ، لصالح بن غانم السدلان: ٤١٩ .

[٢٢] العرف في التشريع الجنائي ، لأحمد بن رفاع المطيري : ٧٤-٧٥

[٢٣] لسان العرب ، لابن منظور : ٨/٥٨٢

[٢٤] فتح الغدير ، لابن الهمام: ٥/١١٢.

وعرفه الشافعية: بأنه التأديب على ذنوب، لم تشرع فيها الحدود [٢٦]. واما الحنابلة فعرفوه بأنه "التأديب" [٢٧] .

المطلب الثالث: أثر العرف في التجريم والتعزير: لقد أحاطت الشريعة والتكليفات بسياج منيع من الحماية، وعاقبت كل من يقدم على انتهاك هذه الحرمات بالتعزير ومن ذلك التعزير المفروض الحماية المظهر العلني للعبادات والتعزير المفروض لحماية سائر التكليفات، والمقصود بكل ذلك توفير الحماية لمظهر الدين، وحفاظا على مشاعر الناس وأعرافهم وعادتهم المتجذرة في نفوسهم. ومن الأمثلة على حماية المظهر العلني للعبادات، ومراعاة عرف الناس، تعزير المفطر في نهار رمضان عمدا دون عذر مشروع، وكذلك من يشرب الخمر، أو شرابا مسكر في نهار رمضان، فإنه يعزر بعد أن يقام عليه حد الشرب . ومن يزني في نهار رمضان ، ويدعي شبهة يدرأ بها الحد عن نفسه، فإنه يعزر لإفطاره ،[٢٨] ويلحق بذلك مظاهر الخلاعة، والعرى المشين، فضلا 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 تفريط ولا إفراط كل ذلك لمراعاة أعراف الناس وعادتهم [٢٩]ومن أمثلة مراعاة العرف لحماية التكليفات الشرعية، تعزير من يمزح في أحكام الشريعة ومن لا يعمل بفتوى العلماء وجواز تعزير من لا يحضر صلاة الجماعة بالغرامة في ماله [٣٠]، وقد عنيت الشريعة أشد العناية بحماية الأخلاق، والآداب العامة، وذلك بغية ايجاد مجتمع مثالي، بعيد

---

[٢٥] نصرة الحكام في حصول الأقضية ومناهج الحكام ، لابن فرحون ، برهان الدين ابو الوفاء ابراهيم بن محمد طا ، المطبعة العامرة : ٢/١١٢ هو إبراهيم بن على بن محمد بن فرحون ، برهان الدين اليعمري ، توفي سنة (٧٩٩هـ) في المدينة المنورة وهو مغربي الأصل نسبه إلى عمر بن مالك بن عدنان ، رحل مصر والقدس والشام من شيوخ المالكية

[٢٦] الأحكام السلطانية والولايات الدينية الماوردي ، على محمد حبيب: ٢٩٣

[٢٧] ينظر: كشاف القناع عن متن الإقناع ، منصور بن يونس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة:٦/١٢١

المبسوط ، للسرخسي ، ط ١ : ٢٤/٣٦ . [٢٨]

[٢٩] السياسة مصدر التقنين بين النظرية والتطبيق : ٥٢٤.

ينظر: التعزير في الشريعة الاسلامية، عبد العزيز عامر، بيروت، دار الكتب العلمية: ٧٠ . [٣٠]

عن الميوعة، والتخنث واللهو المحرم، ومن أجل ذلك أوجبت التعزير على جميع الأفعال الموجهة ضد الأخلاق والأعراف، والتي يكون من شأنها نشر الرذيلة، وإشاعة الفاحشة، في المجتمع. فإن أفعالهم جرائم ليست فيها عقوبات مقدرة، فتستوجب التعزير . كما يعزر كل من شتم آخر، أيا كان نوع هذا الشتم. إذا فعله يكون معصية فيها إيذاء للغير [٣١]. ويرجع في تحديد [٣٢] السب إلى العرف والعادة، ويترتب على ذلك أن لفظا معينا قد يكون سبا، وقد لا يكون سبا، تبعا للعرف السائد في مكان وزمان توجيه هذا اللفظ، من شخص لآخر، ولذلك قال الفقهاء [٣٣] إن كل فعل محرم شرعا، لا يوجب حدا، ويعد عاراً عرفاً، فإسناده إلى المسبوب يستوجب التعزير ، وفي هذا المثال كان للعرف شأن في تكوين جريمة السب [٣٤] ، ومن التطبيقات كذلك لاختلاف التعزير باختلاف الأزمنة والأمكنة تبعا لاختلاف العرف ما جاء في تبصرة الحكام بالقول: فرب تعزير في عصر يكون إكرام في عصر آخر . ورب تعزير في بلد يكون إكراما في بلد آخر، كقلع الطيلسان بمصر تعزير، وبالشام إكرام، وكشف الرأس عند الأندلس ليس هوانا ، وفي العراق ومصر هوان" [٣٥] ويتبين للباحث أن التعزير موكل إلى العرف وأحوال الناس بحسب الأزمان والبيئات والمتتبع لتاريخ الولاة يلاحظ عقوبات أنشأها الولاة والقضاء الذنوب مستحدثة اعتمادا على العرف ومراعاة لأحوال الجاني والمجني عليه ونوع الذنب المرتكب [٣٦].

[٣١] ينظر : التعزير في الشريعة الاسلامية، عبد العزيز عامر ، بيروت، دار الكتب العلمية : ٨٨.
[٣٢] تحفة الفقهاء ، للسمرقندي: ٢/٩٠.
[٣٣] ينظر : شرح الاحكام العامة للجريمة في القانون الليبي : ١٣٥.
[٣٤] ينظر : جرائم العرض وإفساد الأخلاق، للمحامي عزت عبد القادر، مصر، دار الفكر : ٤٥ . بكر اسماعيل محمد (١٤١٧هـ) الفقه الواضح من الكتاب والسنة ط ، القاهرة، دار المنار.
[٣٥] ينظر : تبصرة الحكام في أصول الأقضية: ٢/١٦٠.
[٣٦] ينظر : تبصرة الحكام في أصول الأقضية: ٢/١٦٠ .

المطلب الرابع: انعدام اثر العرف في التجريم في الشريعة

المتتبع لمنهج التجريم في الشريعة الإسلامية، يجد التنصيص على الجرائم، إظهار لمبدأ لا جريمة، إلا بنص، فهذه القاعدة أساس من أسس النظام الجنائي في الشريعة، سواء تعلق الأمر بجرائم الحدود، أو جرائم القصاص، أو جرائم التعزير قَالَ تَعَالَى: وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّى نَبْعَثَ رَسُولًا ﴾[٣٧] وَقَالَ تَعَالَى: رُسُلًا مُبَشِّرِينَ وَمُنذِرِينَ لِئَلَّا يَكُونَ لِلنَّاسِ عَلَى اللهِ حُجَّةٌ بَعْدَ الرُّسُلِ وَكَانَ اللَّهُ عَزِيزًا حَكِيمًا) [٣٨] فقاعدة لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص هي من القواعد الأصولية في الشريعة، مع القاعدة الأخرى وهي "لا يقبل في دار الإسلام العذر بجهل الأحكام [٣٩]. فمنطق المسؤولية الجنائية في الشريعة أيضا يأبى أن يؤخذ بالذنب، أو الجريمة غير مرتكبها، فالعقوبة الشرعية شخصية حيث إنها تصيب الجاني، ولا تتعداه إلى غيره، فلا يسأل عن الجرم إلا فاعله، وقَالَ تَعَالَى: وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى) [٤٠] فمراعاة العرف، وتحكيم ما يقضي به أمر واجب في سياسة الأمة، وتدبير شئونها على وفق مبادئ الشريعة، وتحقيق مصالح العباد [٤١].

[٣٧] سورة الاسراء :الاية ١٥.
[٣٨] سورة النساء : ١٦٥.
[٣٩] ينظر : الوجيز في ايضاح القواعد الفقه الكلية، محمد صدقي: ٢٤٠.
[٤٠] سورة الأنعام: الآية: ١٦٤.
[٤١] ينظر : العرف في التشريع الجنائي، أحمد بن رفاع المطيري : ٧٩.

المبحث الثاني

أثر العرف في التجريم والعقاب في الشريعة الاسلامية والتشريع العراقي

المطلب الاول: أثر العرف في العقاب في الشريعة الاسلامية :

جاءت الشريعة الغراء، بالمساواة بين كافة المسلمين، في جميع المجالات، وفي كافة الحقوق، فهي لا تفرق بين المسلمين، بل تعتبر الجميع سواء، لا فرق بين حاكم، ومحكوم، و بين غني، أو فقير، أو شريف، أو وضيع، أو ضعيف، بل الناس أمامها سواء، في تطبيق أحكام الشريعة عامة، ولم يكتف الإسلام بالإعلان عن هذه المساواة التامة بل اعتبر السبب في خراب الأمم، وضياعها، هو التفرقة بين أفرادها في إقامة حدود الله، التي حدها ، قال (صلى الله عليه وسلم) : " أَيُّهَا النَّاسُ، إِنَّمَا أَهْلَكَ الَّذِينَ قَبْلَكُمْ أَنَّهُمْ كَانُوا إِذَا سَرَقَ فِيهِمِ الشَّرِيفُ تَرَكُوهُ، وَإِذَا سَرَقَ فِيهِمِ الضَّعِيفُ أَقَامُوا عَلَيْهِ الْحَد [٤٢] . ثم أعلن (صلى الله عليه وسلم) ، في هذا الحديث نفسه انه سوف يطبق المساواة، في إقامة الحدود، على جميع المسلمين دون تفرقة حتى ولو كان الجاني منه حيث قال: (وَايْمُ اللَّهِ لَوْ أَنَّ فَاطِمَةَ بِنْتَ مُحَمَّدٍ سَرَقَتْ لَقَطَعْتُ يَدَهَا) [٤٣]، بل اعتبر (صلى الله عليه وسلم) أن الشفاعة في إقامة الحدود، وقبولها، يخرم مبدأ المساواة ويبدد المجتمع التي جاء بها دين الله تعالى وهذا واضح من إنكاره) على أسامة، حينما أراد أن يشفع في حد من حدود الله تعالى، حين قال له (يا أسامة، أتشفَعُ فِي حَدٍ مِن حُدُودِ اللهِ) [٤٤] وإن قبول الإمام الشفاعة في الحدود، يعتبر من اخطر الأمور، التي تدعو إلى سخط الله تعالى، قال: (صلى الله عليه وسلم) (تَعافَوُا الحُدُودَ فِيمَا بَيْنَكُمْ، فَمَا بَلَغَنِي مِن حَدٍ فَقَدْ وجَبَ) [٤٥] ومن خلال هذه الأحاديث، يظهر للباحث، أن العرف لا يصلح أن يميز بين الأفراد، في عدم إنزال العقاب على من

---

[٤٢] صحيح الإمام مسلم، باب قطع السارق الشريف وغيره : ٣/١٣١٥ .

[٤٣] صحيح الإمام مسلم، باب قطع السارق الشريف وغيره : ٣/١٣١٥.

[٤٤] مسند إسحاق بن راهويه ، لأبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم الحنظلي المروزي المعروف بـ ابن راهويه (ت: ٢٣٨ هـ تحقيق عبد الغفور بن عبد الحق البلوشي الناشر : مكتبة الإيمان - المدينة المنورة ط١ ، ١٤١٢ - ١٩٩١ : ٣/٩٩٩ .

[٤٥] الكتاب: سنن أبي داود لأبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى : (٢٧٥هـ) تحقيق : شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي ، دار الرسالة العالمية ، ط ١ ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م ٦/٤٢٩.

قام بفعل يستحق عليه العقاب، ولو اشتهر في بعض الأعراف عدم إقامة العقاب على بعض أفراد المجتمع، كالشرفاء، فإن هذا العرف يعتبر لاغيا، ولا يلتفت إليه، وقد أخذت المملكة العربية السعودية بهذا المبدأ، فهي تطبيق الحدود الشرعية على كافة المسلمين والمقيمين في المملكة أيا كانت جنسياتهم لان الشريعة الإسلامية لا تفرق بين جنس وآخر. كما أن العقوبة في الفقه الإسلامي تتميز بكونها شخصية فهي تصيب الجاني، ولا تتعداه إلى غيره، فلا يسأل عن الجريمة أي إنسان مهما كانت قرابته إلى مرتكبها، وقد تضافرت نصوص الكتاب والسنة، مؤكدة هذا الأمر ، قَالَ تَعَالَى: ﴿ قُلْ أَغَيْرَ اللَّهِ أَبْغِي رَبًّا وَهُوَ رَبُّ كُلِّ شَيْءٍ وَلَا تَكْسِبُ كُلُّ نَفْسٍ إِلَّا عَلَيْهَا وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى ثُمَّ إِلَى رَبِّكُم مَرْجِعُكُمْ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ فِيهِ تَخْتَلِفُونَ [٤٦].

المطلب الثاني: اثر العرف في التجريم والقانون العراقي : يمكن تحديد العرف بأنه مجموعة من المفاهيم والقواعد السلوكية، والمواقف توافق الناس عليها بحكم الممارسة والخبرة، والعادة وعامل الزمن والتواتر بحيث اكتسبت طابع الإلزام غير المكتوب ترعى ما بينهم من علاقات وتصرفات، وكأنها ضمير مستتر كامن وراء هذه العلاقات والتصرفات [٤٧].

يظل أثر العرف ضعيفا، في تجريم الأفعال مادام انه خارج النص القانوني، حتى لو كان ذا أثر كبير في اتخاذ الخطوات اللازمة للتوافق مع المبادئ الاجتماعية والسلوكية التي يتقبلها المجتمع، والعقوبات المنوط أمرهما بالمحاكم، مادام أنه خارج دائرة القانون الوضعي فلا تأثير له في التجريم والعقوبة [٤٨].

وإذا كان العرف والعادة، مثلا في أسرة معينة، أو مجتمع معين، يقرآن مبدأ ضرب الولد الناشز، أو المنحرف، أو السارق، تأديبا له، وإذا تمنى الأهل على المحكمة الناظرة في جرم ارتكبه هذا الولد أن تأمر بإنزال مثل هذا التأديب به، فإنه يمتنع على المحكمة

---

[٤٦] سورة الأنعام: الآية: ١٦٤.

[٤٧] القانون الجنائي، مصطفى العوجي ، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة مع مقدمة في القانون الجنائي : ٢٨٥ .

[٤٨] ينظر : القانون الجنائي، مصطفى العوجي ، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة مع مقدمة (في القانون الجنائي : ٢٨٥

الاستجابة لمثل هذا الطلب، لعدم شموله بالنص القانوني الذي يحد التدابير التأديبية، أو الإصلاحية التي يقرها القانون، بحق الولد الجانح، فلا يلتفت هنا للعرف، ولو كان الأمر سائدا ومتعارف عليه بين أهله ، ولكون العرف والعادة خارج نطاق التقنين الجزائي، لا يمانع المنظم من الإحالة عليهما، لتحديد الصفة الإجرامية لفعل معين كما لا يمنع القاضي من الاستعانة بهما، لتحديد مفهوم قاعدة أقرها المنظم، أو فعل جرمه، كما هو يظهر ذلك ، في تحديد الفحشاء، والعمل المنافي للأخلاق، بل أن القاضي يستعين بالعرف السائد، ضمن مهنة معينة، أو بصدد نشاط معين، ليحدد الموجبات التي يلقيها هذا العرف على الشخص فيحدد في ضوئه ما إذا كان فعل هذا الشخص، يشكل تجاوزا للواجبات الملقاة عليه، بموجب هذا العرف حتى إذا كان الأمر كذلك اعتبر الشخص مخلا بواجباته، وبالتالي يعتبر مخطئا، فإذا نتج عن هذا الخطأ الذي أرتكبه جرما، جرمه القاضي، بهذا الجرم استناد إلى الخطأ الحاصل منه، أما إذا كان القانون المدون، هو وحده مصدر القاعدة الجنائية، وفق ما يمليه مبدأ شرعية الجرائم، والعقوبات المنصوص عليه، فإن العرف لا يكون ، حينئذ مصدرا للتجريم، والعقاب، ولكن من الجائز أن يرجع إلى العرف في بعض الحالات المعينة وهي [٤٩].

حالات استبعاد التجريم كأسباب الإباحة:

ليس هناك ما يحول دون الرجوع إلى العرف وغيره، من مصادر القانون غير المكتوب، في تحديد الأسباب التي تحول دون العقاب، أو تخفيفه، وذلك لأن الأصل في الأشياء الإباحة وهذه من القواعد المقررة عند الفقهاء، علماء الشريعة وكذلك علماء القانون حيث إن الأصل في الأشياء والأعيان الإباحة، ما لم يرد نص بالإلزام، أو المنع وحقيقة هذه القاعدة، ما لم يعلم فيه تجريم يجري على حكم الحل [٥٠]، فإذا أريد الخروج على هذا الأصل، وجب النص المكتوب، أما إذا أريد العودة إلى هذا الأصل، بإباحة الفعل من بعد تجريمه أمكن الاستناد إلى العرف كمصدر غير مكتوب. وأهم أمثلة لذلك حالات الإباحة

[٤٩] شرع الأحكام العامة لقانون العقوبات الدولة ، أبو خطوة أحمد شوق (١٤٠٩هـ) الإمارات العربية المتحدة: ٦٢.

[٥٠] القواعد الفقهية الكبرى وما يتفرع عنها، لصالح بن غانم السدلان: ١٢٦.

التي ترجع إلى العرف، إباحة أفعال الضرب، أو الجرح الناجمة عن ممارسة الألعاب الرياضية، وحق تأديب الآباء على أبنائهم، وإباحة النقد، وعدم العقاب على جريمة الفعل الفاضح العلني لمن يظهر بلباس البحر على الشواطئ". فإنه في مثل هذه الحالات لا يتعارض مع مبدأ الشرعية، إذ لا يؤدي إلى تجريم أفعال، أو توقيع عقوبات بغير نص [٥١].

١. حالات تحديد العناصر المكونة للسلوك الإجرامي:

إذا كان مبدأ الشرعية، يحظر الرجوع إلى مصدر غير مكتوب في التجريم، والعقاب، فإن الرجوع إلى هذه المصادر، لا يصطدم مع هذا المبدأ، إذا كان من أجل تحديد عناصر، بعض الأفعال التي جرمها المشرع بنص مكتوب، ومن ذلك أن جريمة السرقة، قوامها اختلاس مال منقول، مملوك لغير الجاني [٥٢]، فيلزم أن يكون محل الجريمة منقولا، وأن تثبت ملكيته لغير الجاني، الأمر الذي يتطلب الرجوع إلى قواعد القانون المدني، لتحديد مدلول المنقول، وشروط التثبت من ملكية الغير للمال، وكذلك الشأن أيضا في جريمة خيانة الأمانة [٥٣]، حيث تقتضي وجود عقد من عقود الأمانة، كالوديعة، أو الإجارة، أو الرهن ، أو عارية الاستعمال، أو الوكالة، الأمر الذي يستتبع التحقق من توافره الرجوع إلى قواعد القانون المدني، التي تحدد أركان هذه العقود كذلك فإنه يمكن الرجوع إلى المصادر غير المكتوبة من أجل تحديد أركان بعض الجرائم، كما لو كانت هذه الأركان، تستند إلى ضوابط مستمدة من العرف من ذلك أن "جريمة الفعل الفاضح " تستلزم لوقوعها ارتكاب فعل مخل بالحياء"، فيلزم حينئذ الرجوع إلى العرف لتحديد مفهوم تلك الأفعال المخلة بالحياء العام، وكذلك الشأن، بالنسبة للأمور، التي توجب احتقار الشخص عند أهل وطنه، التي تقوم جريمة القذف بإسنادها إلى شخص ما ، حيث يعتبر هتك العرض فعلا منافا للآداب يقع مباشرة على جسم مجني عليه أو عليها، وهذا الفعل يأخذ أشكالا في مجموعها تربط بينها وبين رابط المساس بالحياء لعرض المجني عليهم، ويدخل تحت هذا النوع من الجرائم كل فعل دون المواقعة العادية [٥٤] .

---

[٥١] شرع الأحكام العامة لقانون العقوبات الدولة ، أبو خطوة، أحمد شوق: ٦٣.
[٥٢] اصول المحاكمات الجزائية، ط١، بيروت، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع: ٢٩.
[٥٣] ينظر : المبادئ القانونية العامة، سلطان، انور: ١٢٩ .
[٥٤] جرائم العرض وافساد الأخلاق للمحامي عزت عبد القادر : ٤٥.

ويكفي لتوافر جريمة هتك العرض أن يقوم الجاني على كشف جزء من جسم المجني عليها مما يعد من العورات التي تحرص على صونها و حجبها عن الأنظار ولو لم يقترن ذلك بفعل مادي آخر من أفعال الفحش ولأن المساس بالعورات لا يجوز العبث بحرمتها، و التي هي جزء داخل في خلق كل إنسان . و المرجع في اعتبار ما بعد عورة و ما لا يعد إنما يكون إلى العرف وأحوال البيئات الاجتماعية[٥٥] .

إسهام العرف في بناء التكليف الجنائي: يسهم العرف أحيانا ، في تكوين شق التكليف الخاص بالقاعدة الجنائية، على نحو تمليه طبيعة التكليف ذاته، فقد يرد التكليف في قاعدة جنائية، على بياض، وقد يصاغ في قالب حر وهي كما يلي.

أ – بالنسبة للتكليف الذي تتضمنه قاعدة جنائية على بياض: بمعنى أن يكتفي المشرع، بتحديد شق الجزاء، في القاعدة الجنائية، ويحيل في الوقت نفسه – وهو في صدد تحديد شق التكليف الجنائي – إلى قاعدة قانونية، غير جنائية لتتولى تحديد هذا الشق الذي لا يكون قد وجد لحظة وضع القاعدة، على بياض، من أمثلة القاعدة على بياض الجريمة الإيجابية، التي ترتكب بطريق سلبي، إذ يشترط لتحقق الوصف [٥٦] القانوني لهذه الجريمة، أن يخل الجاني بالتزام قانوني يلقى على عاتقه، أن يتدخل ليحول دون تحقق نتيجة معينة، وهو التزام بعمل) .

وبهذه الإحالة تتولى قاعدة غير جنائية تحديد الالتزام القانوني الذي يعتبر الإخلال به أحد مقومات السلوك الوصفي، ومن المسلم به أن العرف قد يكون مصدرا لمثل هذا الالتزام، كما هو الشأن بالنسبة للالتزام القانوني الذي يلزم الصيادين بإنقاذ من تشرف سفينته منهم على الغرق، وهو التزام مصدره العرف في بعض الدول أو إنقاذ معصوم من هلكة نزلت أو وقعت به ، هذا ليس له تحديد وإنما رجع للعرف ليكون مصدرا للالتزام به [٥٧] .

[٥٥] ينظر : جرائم العرض وافساد الأخلاق للمحامي عزت عبد القادر : ٥٠ .
[٥٦] القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها مع ضوء الفقه الجنائي المعاصر، مصطفى العوجي : ٢٨٦.
[٥٧] دروس في مقدمة الدراسات القانونية : ٨٤

ب-التكليف الذي يصبه المشرع في قالب حر :

بمعنى [٥٨] أن الجريمة ذات القالب الحر، هي الجريمة التي تعذر على المنظم أن يحيط بالوصف الدقيق للفعل المكون لها، نظراً لأن طبيعته لا تسمح له بذلك، الأمر الذي يجد معه المنظم لا مناص من الركون إلى النتيجة الإجرامية فيحددها والي رابطة السببية فيعينها إذ بتحديده للنتيجة والسببية يتحدد الفعل الذي عنه تنبثق السببية فتربط بينه وبين النتيجة.

من أمثلة هذه الجريمة السب الذي يتضمن بأي وجه من الوجوه (خدشا للشرف أو الاعتبار وكذلك القذف بأمر لو كان صادقا لا وجب عقاب من أسند إليه [٥٩] وكذلك" استعمال الموظف العمومي القسوة مع الناس اعتمادا على وظيفته بحيث أنه أخل بشرفهم [٦٠] في الجريمة ذات القالب الحر، قد يترك المشرع القاضي الموضوع، سلطة تحديد ما يطابق من الأفعال الوصف القانوني المجرد، ومن أمثلة ذلك ما تضمنته المادة (٧٧) عقوبات مصري من تجريم كل فعل (يؤدي إلى المساس باستقلال البلاد، أو وحدتها، أو سلامة أراضيها) [٦١] فالعرف يقوم بتحديد الفعل الذي يجسم العنصر القانوني المجرد ويعتمد المنظم كثيرا إلى الإحالة إلى العرف بالنسبة للأفعال ذات المضمون المتغير المتطور، الذي يستمد تغيره من واقع الجماعة، وتطوره من تطور مفاهيمها الاجتماعية [٦٢].

إسهام العرف في إباحة التكليف الجنائي : العرف قد يتدخل، فيعدل من الظروف الاجتماعية التي في إطارها يرتكب الفعل، في ظروف معينة، أمرا قد يتعارض مع مصلحة اجتماعية على جانب مرموق من الأهمية، أحس بها أفراد الجماعة وأعلوها، في نظرهم على المصلحة التي اقتضت في الأصل تجريم الفعل، لهذا لا يجد المنظم مفراً من

---

[٥٨] ينظر : المبادئ القانونية العامة، لأنور سلطان، ١٩٨٣ ١٢٩ والقاعدة الجنائية دراسة تحليلة لها مع ضوء الفقه الجنائي المعاصر للصيفي عبد الفتاح: ٢٢٠.

[٥٩] المادة ٣٠٢ ، قانون عرفي مصري.

[٦٠] المادة ١٢ ، قانون عرفي مصري.

[٦١] دروس في مقدمة الدراسات القانونية لزكي، محمود جمال (١٩٦٩)،، ط٢، القاهرة، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية: ١٢٨.

[٦٢] ينظر : العرف في التشريع الجنائي، احمد بن رفاع المطيري : ٨٥.

أن يقر هذا العرف صراحة يعتبر إحالة المنظم إلى العرف بل حتى في مجال الشرف والاعتبار وأسرار المهنة نشأ عرف في الوسط الصحافي والمهني يبرر نشر بعض المعلومات، والأخبار، والأنباء، التي تنطوي على مساس بإحدى هذه المصالح المحمية جنائيا في حدود معينة، وبالنسبة لظروف معينة حددها هذا العرف [٦٣] .

الخاتمة

فلا بد من وقفة تأمل واستذكار لما حققه البحث من مقاصد وما توصل إليه من نتائج بعد أن اكتملت صورته بالشكل الذي رسمناه له، فنقول:

١-اعتبار العرف الصحيح دليلا من أدلة الشرع.

٢-اعتبار الشريعة الإسلامية لأعراف الناس الصحيحة هو اكبر دليل على سماحة هذه الشريعة برفعها الحرج عن الناس.

٣-ان العرف معتبر في كثير من الاحكام الشرعية العملية فيدخل فيه كثير من أبواب الفقه سواء كان ذلك في العبادات او المعاملات او الجنايات والعقوبات.

٤-صدور بعض الاحكام من المحاكم في بعض المسائل بما ساده العرف في تلك البلدة.

٥- للعرف دور مهم في عدم تجريم بعض الأفعال التي تقع في باب الزنا.

٦- إسهام العرف في إباحة التكليف الجنائي فيعدل من الظروف الاجتماعية التي في إطارها يرتكب الفعل، في ظروف معينة.

٧- تحديد الالتزام القانوني الذي يعد الإخلال به أحد مقومات السلوك الوصفي، ومن المسلم به أن العرف قد يكون مصدرا لمثل هذا الالتزام.

٨-مبدأ الشرعية، يحظر الرجوع إلى مصدر غير مكتوب في التجريم، والعقاب، فإن الرجوع إلى هذه المصادر، لا يصطدم مع هذا المبدأ، إذا كان من أجل تحديد عناصر بعض الأفعال التي جرمها المشرع بنص مكتوب.

٩- أن العرف لا يصلح أن يميز بين الأفراد، في عدم إنزال العقاب على من قام بفعل يستحق عليه العقاب.

[٦٣] ينظر :العرف في التشريع الجنائي، احمد بن رفاع المطيري: ٨٦.

المصادر والمراجع

القرآن الكريم

١. الاحكام السلطانية للماوردي ، علي محمد حبيب ، تحقيق عصام فارس الحرستاني ومحمد ابراهيم الزعل . بيروت . المكتب الاسلامي،١٩٨٦.

٢. الاحكام العامة لقانون العقوبات لدولة الامارات، احمد شوقي، دبي، دار الغرير للطباعة،٢٠١٠.

٣. اصول الفقه الاسلامي ، لعبد الوهاب خلاف،دار العلم،بيروت،١٩٩٩.

٤. اصول المحاكمات الجزائية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،،بيروت،٢٠١١.

٥. الام ، محمد بن ادريس الشافعي ، دار الكتب العلمية،بيروت،١٩٨٩.

٦. الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ، علاء الدين المرداوي، دارهجر – السعودية،١٩٦٧.

٧. تحفة الفقهاء ، للسمرقندي، دار العلم،بيروت،١٩٩٩.

٨. التشريع الجنائي الاسلامي مقارنا بالقانون الوضعي ، لعبد القادر عودة ، دار الكاتب العربي ، بيروت ، لبنان،١٩٩٤ .

٩. التعزير في الشريعة الاسلامية، عبد العزيز عامر ، بيروت، دار الكتب العلمية،١٩٨٦ .

١٠. جرائم العرض وإفساد الأخلاق، للمحامي عزت عبد القادر، مصر، دار الفكر،٢٠٠٠.

١١. حاشية رد المحتار على الدر المختار، ابن عابدين، محمد أمين، دار الكتب العلمية،١٩٨٦

١٢. دروس في مقدمة الدراسات القانونية لزكي، محمود جمال (١٩٦٩)،، ط٢، القاهرة، الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية.

١٣. دفوع البراءة في جريمة السرقة ، هشام زوين: دار الكتب العلمية،بيروت،١٩٨٦ .

١٤. سنن أبي داود ،أبو داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السجستاني (المتوفى : (٢٧٥هـ) تحقيق : شعيب الأرنؤوط - محمد كامل قره بللي ، دار الرسالة العالمية ، ط ١ ١٤٣٠ هـ - ٢٠٠٩ م .

١٥. السياسة الشرعية مصدر التقنين بين النظرية والتطبيق القاضي محمد عبدالله ، دار الكتب العلمية،بيروت،٢٠٠١.

١٦. شرح الأحكام العامة للجريمة في القانون الجنائي الليبي ،عامر عبد العزيز ، بنغازي ، منشورات جامعة فاريونوس،١٩٨٧.

١٧. شرح الدردير على مختصر خليل ، أبو البركات أحمد ، دار المعارف مصر، المطبعة العامرة - مصر ،١٩٨٧.

١٨. شرع الأحكام العامة لقانون العقوبات الدولة ، أبو خطوة أحمد شوق ،الإمارات العربية المتحدة،١٩٨٩.

١٩. العرف في التشريع الجنائي، أحمد بن رفاع المطيري ،دار الملايين،لبنان،١٩٩٣..
٢٠. فتح القدير شرح الهداية ، ابن الهمام، دار الكتب العلمية،بيروت،١٩٨٦.
٢١. الفقه الواضح من الكتاب والسنة، بكر اسماعيل محمد ، القاهرة، دار المنار،١٩٩٧.
٢٢. القاعدة الجنائية دراسة تحليلية لها مع ضوء الفقه الجنائي المعاصر، مصطفى العوجي، دار الكتب العلمية،بيروت،١٩٩٩ .
٢٣. القانون الجنائي، مصطفى العوجي ، الجزء الأول، النظرية العامة للجريمة مع مقدمة في القانون الجنائي .
٢٤. القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها ،صالح غانم السدلان ، الرياض ، دار بلنسية،١٩٩٩.
٢٥. كشاف القناع عن متن الإقناع ، منصور بن يونس البهوتي، مكتبة الرياض الحديثة،٢٠١١.
٢٦. لسان العرب،ابن منظور جمال الدين محمد بن مكرم ،دار صادر، بيروت ١٩٩٩م.
٢٧. المبادئ القانونية العامة، أنور سلطان، دار العلم،بيروت،١٩٨٣ .
٢٨. المبسوط ،السرخسي ، دار الكتب العلمية،بيروت،١٩٨٦.
٢٩. مجمع اللغة العربية سنة ١٩٩٢ ، المعجم الوحيد القاهرة الهيئة العامة لشؤون المطبع الاميرية .
٣٠. مسند إسحاق بن راهويه ، لأبو يعقوب إسحاق بن إبراهيم بن مخلد بن إبراهيم الحنظلي المروزي المعروف بـ ابن راهويه (ت: ٢٣٨ هـ تحقيق عبد الغفور بن عبد الحق البلوشي الناشر : مكتبة الإيمان - المدينة المنورة ط١ ، ١٤١٢ - ١٩٩١ .
٣١. نصرة الحكام في حصول الأقضية ومناهج الحكام ، ابن فرحون ، برهان الدين ابو الوفاء ابراهيم ، المطبعة العامرة ،مصر،١٩٩٧.