أدلة اعتبار العرف في التشريع الاسلامي والانظمة القانونية الجنائية البرية والبحرية

حسين علي دكمان شمران السعيدي
باحث دكتوراه قانون جنائي جامعة قم
الحكومية– الجمهورية الاسلامية

البروفسور عادل ساريخانى
كلية القانون جامعة قم
الحكومي الايرانية

البريد الإلكتروني Email : hussein.ali@mtu.edu.iq

الكلمات المفتاحية: العرف، الانظمة القانونية، التشريع، القانون الجنائي، الشريعة الاسلامية.

كيفية اقتباس البحث

السعيدي، حسين علي دكمان شمران، عادل ساريخانى، أدلة اعتبار العرف في التشريع الاسلامي والانظمة القانونية الجنائية البرية والبحرية ، مجلة مركز بابل للدراسات الانسانية، نيسان ٢٠٢٤،المجلد:١٤ ،العدد:٢ .

هذا البحث من نوع الوصول المفتوح مرخص بموجب رخصة المشاع الإبداعي لحقوق التأليف والنشر (Creative Commons Attribution) تتيح فقط للآخرين تحميل البحث ومشاركته مع الآخرين بشرط نَسب العمل الأصلي للمؤلف، ودون القيام بأي تعديل أو استخدامه لأغراض تجارية.

مفهرسة في Indexed
IASJ

مسجلة في Registered
ROAD

Evidence of considering custom in Islamic legislation and criminal legal systems on land and at sea

Hussein Ali Dikman Shamran Al-Saadi,
Ph.D. Researcher in Criminal Law
University of Qom

Professor Adel Sarikhani,
Professor of Criminal Law,
Governmental University,
Islamic Republic of Iran

Keywords : Custom, Legal Systems, Legislation, Criminal Law, Islamic Sharia.

How To Cite This Article
Al-Saadi, Hussein Ali Dikman Shamran , Sarikhani, Adel. "The Role of Custom Considerations in Islamic Legislation and Criminal Legal Systems, Journal Of Babylon Center For Humanities Studies, April 2024,Volume:14,Issue 2.

This is an open access article under the CC BY-NC-ND license (http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License.

Abstract

Custom, or tradition, refers to the incorporation of individuals in a society into a specific rule and their continuous adherence to it, as well as their sense of obligation to respect it in their lives. It is a concept that denotes the traditions, values, and behaviors passed down through generations in specific communities. It forms an essential part of a society's culture and collective identity, as it defines acceptable and appropriate behavior and guides the actions and developments of community members In the maritime legal system, custom does not necessarily mean long-established practices; rather, it is associated with concepts and has an influence on the decisions and actions of the society. It may be applied openly or implicitly. Understanding custom in this system helps us comprehend the challenges facing the community. On the

other hand, in the common law system (such as Rome), custom refers to the actions of individuals that have become a method not contrary to an individual's will and can potentially generate law or understanding of legal provisions through societal interaction**.** Custom plays a significant role in legislation and legal systems. It helps address legal gaps and contributes to how they are changed and individually applied. It guides legislation and influences the legislative process. Custom, traditions, and social values can influence the laws formulated by considering the presence of custom within legal frameworks. Different legal systems give varying priority to custom and legislation, and the extent of custom's influence varies. In Eastern legal systems like English law (common law), custom can be an important source of legislation, and it still has an impact on modern English law. In Roman law, which is considered a significant source for determining rules and legal provisions due to the prevalence of traditions and customs in Rome, and in French law (written law), custom can be applied in limited cases**.**

Custom is the primary source of law in the Latin-Roman French legal system. Its importance is increasing in the Anglo-Saxon legal system. Eastern legal systems like Iraqi and Egyptian law adhere to the principle of "No crime or punishment except as provided by law," giving custom a crucial role in legal branches. Custom plays a vital role in determining and applying legal rules and principles. For instance, admiralty law highlights the role of custom in shaping and determining the practices and regulations governing maritime affairs. In criminal law, custom helps define crimes, guide punishments, and understand intent and circumstances**.**

المخلص

العرف يعني ادراج افراد المجتمع على قاعدة معينة والاستمرار في تطبيقها وشعورهم بالزام احترامها في شؤون حياتهم، و هو مفهوم يشير الى التقاليد والقيم والسلوكيات التي تتوارثها مجتمعات معينة عبر الاجيال، ويعتبر جزاء اساسيا من الثقافة والهوية الجماعية للمجتمع حيث يحدد السلوك المقبول والملائم ويوجه التصرفات والتطورات لدى افراد الجماعة. العرف في نظام البحري لا يعني طوال السنين اي ان يكون العرف مرتبطا بالمفاهيم ويكون له تأثير على قرارات المجتمع وتصرفاته ويتم تطبيقه بشكل معلن او غير مكشوف فهم العرف في نظام كامن يساعدنا على فهم التحديات التي تواجه المجتمع، اما العرف في نظام البري(روما) ان العرف هو عمل

الناس الذي صار كمنهج لا يخالف من جانب الشخص على شموله اي من الممكن ان يكون ناشئ للقانون او فهم مواد القانون من خلال تفاعل المجتمع. للعرف دورا هاما في التشريع والانظمة القانونية ومنها ان العرف يتصدى الى مشكلات الفجوات القانونية التي يسهم العرف في كيفية تغييرها وتطبيقها بشكل فردي ، وذلك من خلال توجيه التشريع والتأثير في عملية التشريع نفسها اي يمكن للعادات والتقاليد والقيم الاجتماعية ،ان تؤثر في القوانين التي يتم صياغتها من خلال مراعاة وجود العرف في وضع القوانين وحسب انظمة الدول منها ما يعطي الأولوية للعرف و للتشريع ومدى تأثير العرف في للعرف دورا هاما في الانظمة القانونية الشرقية كالقانون الانكليزي(القانون المشترك) يمكن أن يكون العرف مصدرا مهما للتشريع في القانون الانكلوسكسوني لازال للعرف الأثر في القانون الانكليزي الحديث ، اما القانون الروماني الذي يعتبر العرف مصدرا مهما لتحديد القواعد والأحكام القانونية كون التقاليد والعادات استوطنت (روما) و القانون الفرنسي(القانون الكتابي) يمكن للعرف ان يطبق في حالات محدودة فالعرف هو المصدر الأول،، للقانون الذي يعتبر أصل النظام اللاتيني والعرف هو المصدر الأول للقانون –الإنجليزي الذي هو أصل النظام القانوني الأنجلو– سكسوني. وما زال العرف يحتل مرتبة كبيره في، كلا النظامين أما بالنسبة للتشريع فهو يعتبر –المصدر الأول للقانون في النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي. وتتصاعد أهميته الآن في النظام القانوني الأنجلو – سكسوني، اما الانظمة القانونية الشرقية كالقانون العراقي والمصري تحكما قاعدة (لا جريمة ولا عقوبة الا بنص) للعرف دورا هاما في فروع القانون فان العرف يكون له دورا مهم في تحديد وتطبيق القواعد والمبادئ القانونية، كالقانون البري الذي يبرز دورة من خلال تحديد العلاقات والحقوق وتنظيم العلاقات القانونية الذي يستمد اغلب قواعده من العرف والقانون البحري يلعب العرف دورا مهما في تشكيل وتحديد الممارسات والقواعد التي تنظم الشؤون البحرية ،اما القانون الجنائي ان للعرف دور من خلال تحديد الجرائم، توجيه العقوبات، و فهم النية والظروف.

المبادئ الرئيسية للعرف والانظمة القانونية

أهمية الدراسة:

أهمية البحث حول أدلة اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية والأنظمة القانونية تكمن في النقاش والفهم العميق لدور العرف في تشريع القوانين وتطبيقها ،من الاسباب المهمة لفهم العرف في التشريع الإسلامي هو فهم كيفية تطبيق العرف في التشريع الإسلامي يُعتبر القرآن الكريم والسنة النبوية المصدرين الرئيسيين للشريعة الإسلامية، ولكن يجب أن نفهم كيف تؤثر الممارسات والتقاليد المجتمعية في استنباط الأحكام الشرعية اما تطبيق القوانين: يمكن أن يؤثر

العرف في تفسير وتطبيق القوانين في الأنظمة القانونية العامة. يعتبر فهم كيفية اعتبار العرف في صياغة وتفسير القوانين مهمًا للقضاة والمحامين وغيرهم من المتخصصين القانونيين و التوافق الاجتماعي: يساهم فهم العرف في التشريع والأنظمة القانونية في تعزيز التوافق الاجتماعي. عندما يتم اعتبار العرف المجتمعي في صياغة القوانين، فإن ذلك يعكس توقعات وقناعات المجتمع ويعزز قبوله للقوانين والنظم القانونية و يمكن أن يساعد فهم العرف في مواكبة التغيرات الاجتماعية ومواجهة التحديات التي تطرأ على الأنظمة القانونية. يُمكن للتغيرات في العرف أن تستدعي تعديلات في القوانين والتشريعات لمواكبة احتياجات المجتمع وتغيراته يساعد البحث في فهم كيفية اعتبار العرف في النظم القانونية المختلفة حول العالم. يمكن أن توفر المقارنة القانونية رؤية أوسع للتحديات والمزايا المرتبطة باعتبار العرف في التشريع والأنظمة القانونية. بشكل عام، فهم أدلة اعتبار العرف في الشريعة الإسلامية والأنظمة القانونية يساهم في تطوير القوانين والنظم القانونية التي تحقق العدالة وتلبي احتياجات المجتمعات المختلفة.

أهداف الدراسة:

تكون الغاية والهدف من هذه الدراسة في زيادة المعرفة ،في مجال (العرف)و(الانظمة القانونية) وتسهيل أمور الباحثين عن طريق وضع مجموعة من المفاهيم والحقائق التي تطرق لها الباحث من خلال الدراسة ورسم الطريق ،الصحيح لكل مطلع ومن يبحث عن الحقيقة بمثل هذه المواضيع وأثراء المكتبة القانونية، بما حوت بطن الاطروحة في معالجة الانظمة القانونية والنصوص التشريعية التي لا تفي بالغرض التي من اجله شرعت.

مشكلة البحث:

لقد واجهتنا مجموعة من الصعوبات في بحثنا هذا:

ان فكرة البحث هو القاء الضوء على اهمية العرف ودورة في التشريع الاسلامي والجنائي وتكمن مشكلة البحث الذي يسعى الباحث لبيانه حول أثر العرف في الانظمة القانونية وذلك من خلال بيان مدى تأثير العرف في التشريع الاسلامي والتشريع الجنائي وما هو دور العرف في الانظمة القانونية ومنها البريه التي تعتمد تطبيق القانون المكتوب كالتشريع العراقي وبيان الانظمة القانونية البحرية كالقانون الانكليزي والانجلو سكسونية والجرماني التي تعتمد القانون الغير كتابي موضوع البحث.

منهجية الدراسة:

سيتم دراسة هذا البحث وفقا للوصف الميداني وذلك بقراءة المصادر الاصلية القيمة بما يجعله يتقصى عن كل صغيرة وكبيرة بمفهوم الدراسة ليكتشف الباحث النتائج والمشكلات التي ترجع

الى العرف وفق منهج يقوم على ادراك وكشف الحقيقة والاحاطة بموضوع الدراسة واغلب الكتب التي ركزت على العرف والانظمة القانونية والمنهج (التحليلي) من خلال الاطلاع على القرارات وتوضيح العرف والانظمة القانونية و دور العرف في الانظمة القانونية والشريعة الاسلامية وبيان أثره في التشريع والقوانين الشرقية والقوانين الغربية ، موضحا عقبات التنفيذ في الانظمة القانونية،

ان هذه الدراسة تحدد بالأبعاد التالية:

تحدد هذه الرسالة بموضوع ادلة اعتبار العرف في التشريع الاسلامي والانظمة القانونية البريه التي تطبق القانون المكتوب والانظمة القانونية البحرية التي تطبق العرف كمصدر اول

خطة الدراسة:

تتقسم الدراسة على مبحثين:

المبحث الاول: ادلة اعتبار العرف في الشريعة الاسلامية

المطلب الاول: مصدر العرف في القران الكريم

المطلب الثاني: مصدر العرف في السنة النبوية

المطلب الثالث: مصدر العرف في الفقه والقضاء

المبحث الثاني: اعتبار العرف في الانظمة القانونية الجنائية

المطلب الاول: دور العرف في الانظمة القانونية البرية والبحرية

المطلب الثاني: عدم مخالفة العرف للنصوص الجزائية

المبحث الاول

المصادر الدالة على العرف في التشريع الاسلامي

لقد جاءت الأدلة الشرعية بما يكفي دلالة على حجية العرف وسار عليها علماء وفقهاء الشريعة الإسلامية في الاعتداد بالعرف كضابط فقهي في كثير من المسائل الفقهية، وكمصدر فقهي في بعض المسائل، متى توافرت شروطه التي فصل القول فيها علماء الشريعة الإسلامية وحجية العرف في التشريع الإسلامي تعتمد على عدة أدلة ومبررات. ومن بين الأدلة الرئيسية على حجية العرف في التشريع الإسلامي سوف نقسمها الى ثلاثة مطالب كما يلي...

المطلب الاول: مصدر العرف في القران الكريم

المطلب الثاني: مصدر العرف في السنة النبوية

المطلب الثالث: مصدر العرف في الفقه والقضاء

المطلب الاول : مصدر العرف في القران الكريم :

مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية ٢٠٢٤ المجلد ١٤/ العدد ٢

جاءت في القرآن الكريم آيات كريمات لا يخفى على مستنبط يعيها أنه ترك للعرف ،ضبط بعض المسائل ومنها، الذي يجب إيلاؤه للعرف في بعض القضايا على سبيل المثال، في سورة النحل الآية ٤٣ يقول الله تعالى: "**فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِنْ كُنْتُمْ لَا تَعْلَمُونَ**"، والذي يمكن تفسيره بأنه يجب استشارة أهل العلم والذين لديهم المعرفة والخبرة في المسائل التي قد لا تكون محددة بوضوح في القرآن الكريم، ومن هنا يمكن أن يتم اعتبار العرف في استنباط الحكم الشرعي.

وقوله تعالى " **وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ** [١]. فذهب جمهور المفسرين إلى أن المراد من لفظ المعروف في هذه الآية هو المتعارف بين الناس من العوائد [٢]. وقالوا إن في الآية الكريمة إحالة على العرف والعادة حيث إنها أي الآية لم تحدد نوعاً ولا مقداراً ولا صفة للرزق والكسوة الواجب دفعها للمرضع مقابل الإرضاع ولكنها تردها إلى العرف لضبطها فتلك الآية دليل على حجية العرف وقوله تعالى "ولكن مثل الَّذِي عليهن بالمعروف عام كما يشير القرآن الكريم في عدة آيات إلى أهمية العرف والعادات في تنظيم الحياة الاجتماعية والقانونية للمجتمعات البشرية. على سبيل المثال، يقول الله تعالى في القرآن الكريم في سورة النحل "**وَمَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُّوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ**"، **وفي سورة النحل الآية ٦٩)** "**ثُمَّ كَانَ عَاقِبَةَ الَّذِينَ أَسَاءُوا السُّوأَىٰ أَن كَذَّبُوا بِآيَاتِ اللَّهِ وَكَانُوا بِهَا يَسْتَهْزِئُونَ**". في القرآن الكريم، يتم التطرق إلى مفهوم العرف (العادة) في عدة آيات، وعلى الرغم من أن القرآن الكريم لا يحدد بشكل محدد مصدر العرف، إلا أنه يعترف بالعرف كمصدر قانوني ذي صلاحية في بعض الأحكام والمسائل ومن بين الآيات التي تشير إلى العرف في القرآن الكريم، ذكر الله تعالى في سورة المرسلات الآية (٧٧) (والمرسلت عرفا) اي الملائكة المرسلة النحل (الآية ٤٣) قوله: "**وَمَا أَرْسَلْنَا مِن قَبْلِكَ إِلَّا رِجَالًا نُّوحِي إِلَيْهِمْ فَاسْأَلُوا أَهْلَ الذِّكْرِ إِن كُنتُمْ لَا تَعْلَمُونَ**"، وهذه الآية تشير إلى أهمية الاستشارة والاستفتاء من الأهل المتخصصين في الشؤون والفقه، وبالتالي يمكن اعتبار العرف كمصدر للتشريع واتخاذ القرارات، كما تشير آية أخرى في سورة الأحزاب (الآية ٣٨) إلى أن الله سبحانه وتعالى أمر باتباع العرف القائم في المجتمع، حيث قولى : "مَا كَانَ مُحَمَّدٌ أَبَا أَحَدٍ مِّن رِّجَالِكُمْ وَلَٰكِن رَّسُولَ اللَّهِ وَخَاتَمَ النَّبِيِّينَ ۗ وَكَانَ اللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمًا[٣]، وهذه الآية تشير إلى أن العرف القائم في المجتمع يجب أن يؤخذ في الاعتبار عند اتخاذ القرارات وتطبيق الأحكام أن العرف في القرآن الكريم ليس مصدرًا قانونيًا رئيسيًا مثل الشريعة الإسلامية، ولكنه قد يكون ضمن الأسباب المؤثرة في اتخاذ القرارات وتطبيق الأحكام في بعض الحالات وفي ضوء المصالح الشرعية والاجتماعية. بالإضافة إلى ما تم ذكره، يمكننا القول أن القرآن الكريم يحتوي على العديد من الأوامر والتوجيهات التي تنظم حياة المسلمين وتعتبر جزءًا من

العرف الإسلامي على سبيل المثال: الزكاة والصدقات: يحث القرآن الكريم على إعطاء الزكاة والصدقات، وهي واجبات مالية تفرض على المسلمين لمساعدة المحتاجين ودعم الفقراء والمساكين الصلاة والعبادة، يحث القرآن الكريم على أداء الصلاة والعبادة بانتظام، وتعتبر هذه العبادات جزءًا أساسيًا من العرف الإسلامي وتعكس التوجه الديني والروحاني للمسلمين الحياء والزهد: يشجع القرآن الكريم على الحياء والزهد في الدنيا المادية، ويحث المسلمين على تجنب الرفاهية المفرطة والتمسك بالتواضع والتقشف والتركيز على الحياة الروحية العدالة وحقوق الإنسان: يُشجَّع المسلمون على العدالة واحترام حقوق الإنسان، بما في ذلك حقوق النساء والأيتام والضعفاء والمظلومين يعتبر العدل واحترام حقوق الإنسان من القيم المركزية في العرف الإسلامي أن فهم العرف الإسلامي يعتمد على تفسير النصوص القرآنية والسنة النبوية، وقد يختلف الفهم والتطبيق من فقهاء إلى آخرين ومن مدرسة فقهية لأخرى، لذلك ينصح دائمًا بالتشاور مع علماء دين متخصصين، لفهم العرف الإسلامي وتطبيقه بطريقة صحيحة ان ادلة الآيات القرآنية المباركة على العرف دليل واضح على الاعتماد عليها في شؤون الدولة والقضاء ويرجع الترجيح الى قدسية القران وما يذكر فيه من آيات تنظم حقوق افراد المجتمع ولا يخفى علينا الآيات الدالة ليس على العرف فقط وانما على حقوق الانسان وحرياته اجمع كحق المساواة والدين والتعليم والعمل ،ويمكن كذلك اعتبار العرف كمصدر تشريعي في القرآن الكريم اي أنه يعتبر العرف واحدا من المصادر التي يستند إليها المسلمون في فهم الشريعة الإسلامية. يمكن ،استنباط قواعد وتوجيهات قانونية من خلال فهم العرف وتطبيقه في الظروف الاجتماعية المحددة.

المطلب الثاني: مصدر العرف في السنة النبوية الشريفة

في السنة النبوية، توجد العديد من الأحاديث التي تتناول مشاكل العرف وتقديم الحلول لها ومن بين هذه المشاكل التي تعاني منها المجتمعات في ذلك الوقت كانت الجاهلية والتمييز بين الناس بناءً على العرق أو الطبقة الاجتماعية أو الجنس. نوضح بعض المشاكل وحلولها

١. التمييز العرقي: كان هناك تمييز واضح بين العرب وغير العرب في ذلك الوقت. ولكن النبي محمد صلى الله عليه وعلى اله وسلم قد حث على تجاوز هذا التمييز وأكد على أن الناس سواسية في عيني الله، وأن الفضل يكون بالتقوى والأعمال الصالحة فقد قال في خطبة الوداع: "إن الله لا ينظر إلى صوركم وأموالكم، ولكن ينظر إلى قلوبكم وأعمالك[٤].

٢. التمييز الاجتماعي: كان هناك انتشار واضح للتمييز بين الطبقات الاجتماعية في تلك الفترة. ولكن النبي محمد صلى الله عليه وسلم دعا إلى العدل والمساواة بين الناس، وأن القيمة الحقيقية

للإنسان تكون بالتقوى والأخلاق، وليس بالثروة أو المنصب. فقد قال: "إن الله لا ينظر إلى أجسامكم ولا إلى صوركم، ولكن ينظر إلى قلوبكم وأعمالكم كذلك وتوجد سلطات تقليدية التي ترتكز على اعتقاد قدسية التقاليد(٥).

٣. التمييز بين الجنسين: في تلك الفترة، كان هناك تمييز واضح بين الرجال والنساء في المجتمع. ولكن النبي محمد صلى الله عليه وعلى اله وسلم جاء بتعاليم تشجع على المساواة واحترام حقوق النساء، فقد أكد على أهمية معاملة النساء بلطف وعدل، وحذر من ظلمهم أو إهانتهم و قال: "أكمل المؤمنين إيماناً أحسنهم خلقاً، وخياركم خياركم لنسائهم(٦).

٤. التجاوز عن الجاهلية: كانت الجاهلية تعاني من العديد من العادات والتقاليد الضارة والمشكلات الاجتماعية ولكن النبي محمد صلى الله عليه وعلى اله وسلم قد قدم حلاً لذلك من خلال تعاليمه الإسلامية. فقد دعا إلى التوبة والاعتصام بالله واتباع القوانين الإلهية، ونصح بترك الممارسات الضارة والمشكلات الاجتماعية، مثل الجهل والعنف والظلم والسرقة ،لذلك يمكن القول أن السنة النبوية تحتوي على تعاليم وتوجيهات تهدف إلى حل مشاكل العرف وتحقيق المساواة والعدل في المجتمع ومن المهم أن نستوحي هذه التعاليم ونعمل على تطبيقها في حياتنا اليومية لتحقيق التقدم والتنمية الشاملة. وتعتبر السنة النبوية مصدرًا ثانويًا للحكم بالعرف، و العرف في السنة النبوية(الأحاديث النبوية) يمكن العثور على أمثلة تشير إلى اعتبار العرف في إصدار القضايا والأحكام. على سبيل المثال، يُروى أن النبي محمد صلى الله عليه وعلى اله وسلم قد استنبط الحكم وفقًا للعرف المعروف لدى الناس في بعض القضايا التي كانت تخضع لتداول وممارسة معروفة في المجتمع حيث يُعتبر تصرف النبي محمد صلى الله عليه واله وسلم وتوجيهاته في القضايا التي لم يُوضع لها نص صريح في القرآن مرجعية قانونية. وقد كان النبي صلى الله عليه واله وسلم يُعتمد على العرف المعروف والمتفق عليه في المجتمع الإسلامي في إصدار تشريعاته وتوجيهاته و هي من مخترعات العرف(٧). ومنها

اولا) السنة التقريرية: أن إقرار النبي محمد صلى الله عليه واله وسلم لبعض الأعراف الصالحة التي وجدها سارية عند العرب قبل الإسلام يفيد أن استمرار العمل بالعادات الصالحة أمر مطلوب أو على الأقل مباح، إذ لو لم يكن الأمر كذلك لنهى عنه النبي صلى الله عليه واله وسلم لأنه يستحيل أن يقر المنكر ويسكت عنه إذا علمه صلى الله عليه واله وسلم السنة التقريرية هي مصطلح يستخدم في القانون للإشارة إلى الفترة الزمنية التي يتم فيها تحديد حالة العرف أو العادة واعتبارها ملزمة من الناحية القانونية، تحديد السنة التقريرية يعني تحديد الفترة التي يتم فيها تطبيق العرف والعادات والاعتماد عليها في إصدار الأحكام القانونية، تحديد السنة التقريرية

يعتمد على مجموعة من العوامل، مثل استقرار العرف وانتشاره في المجتمع، ومدى التوافق مع القيم والمبادئ القانونية والأخلاقية إذا تم تحديد العرف في السنة التقريرية، فإنه يعتبر ملزمًا ويمكن استخدامه كمصدر لتحديد الحقوق والواجبات في المجتمع مع ذلك، يجب مراعاة أن العرف ليس الوحيد المعترف به في التشريعات الحديثة، حيث يتم تحديد القوانين والأحكام بواسطة النصوص التشريعية الصادرة عن السلطات المختصة، ويتم استخدام العرف في بعض الحالات كمصدر ثانوي لتفسير النصوص أو تكملة الفراغات القانونية، ومن الأعراف الصالحة التي أقرها النبي صلى الله عليه واله وسلم نظام الدية والكفاءة في الزواج و الإيجارات والشركات وذلك على سبيل المثال لا الحصر[٨]، مما يدل على حجية العرف الصحيح كدليل ظاهر للكشف عن الحكم الحصر الشرعي.

ثانيا) السنة القولية: الاصل في ذلك ان اقوال والاحاديث، التي صدرت عن النبي محمد صل الله عليه وعلى اله واسلم حجة على عباد الله ان ثبتت بطريق صحيح[٩].

ثالثا) حجية العرف عقلا مما يدل على حجية العرف ووجوب اعتباره أن اعتباره يتفق مع ما تتسم به الشريعة الإسلامية من التيسير ورفع الحرج والمشقة ورعاية مصالح الخلق التيسير ورفع الحرج يقول تعالى: " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حرج، فمن قواعد الشريعة الإسلامية رفع الحرج وعدم اعتبار عادات الناس الصالحة فيما يصدر من أحكام يوقعهم في ضيق وحرج فالعادات والأعراف الحسنة والمباحة التي يشهد لها الشرع الشريف بالاعتبار والقبول ينبغي احترامها وتحكيمها، لأن في نزع الناس عن عاداتهم حرجا[١٠]، إذاً فاعتبار العرف وتحكيم العوائد الصالحة مما يرفع الحرج والمشقة ويجلب التيسير، وهذه من سمات الشريعة الإسلامية السمحاء ومن أهم قواعدها باعتبار المصالح إن اعتراف الشريعة الإسلامية بحجية العرف لدليل على مراعاتها مصالح العباد، ان طاعة النبي محمد صل الله عليه وعلى اله واسلم والتوجيه من خلال الاحاديث النبوية الشريفة بالرجوع لأعراف المجتمع الصحيحة لتسير بساطة العيش السلمي البسيط واعتبار الدور الذي تلعبه السنة النبوية في العرف بمثابة النموذج القائم على سيرة وتعاليم النبي محمد صلى الله عليه وعلى اله وسلم وبصفة عامة، يمكن للسنة النبوية تلعب دورا في العرف، كالتوجيه الأخلاقي تتضمن السنة النبوية تعاليم وتوجيهات حول الأخلاق والسلوك الصالح تعد هذه التوجيهات مصدرًا هامًا لتنمية القيم الإنسانية الحميدة، مثل (الصدق، والعدل، والرحمة، والعفة، والتسامح، والإحسان...) ومن خلال تطبيق هذه القيم في الحياة اليومية يمكن للسنة النبوية أن تلعب دورًا هامًا في تشكيل العرف وتطوير المجتمع وحل المشاكل الاجتماعية عن طريق السنة اي يمكن أن توفر السنة النبوية حلاً للعديد من المشاكل الاجتماعية الشائعة في

المجتمع. فمن خلال الاستفادة من سيرة النبي محمد صلى الله عليه وعلى اله وسلم وتعليماته، يمكن الوصول إلى (حلول للظلم، والفقر، والجهل، والتمييز، والعنف، ..) من المشاكل التي تؤثر على العرف وتحتاج إلى تغيير إيجابي.

المطلب الثالث: مصدر العرف في القضاء

العرف كما تطرقنا له في المواضيع سابقة الذكر هو مجموعة من قواعد السلوك غير المكتوبة التي تعارف الناس عليها في مجتمع معين وفي زمان معين وتواتر العمل في ما بين المجتمع إلى الحد الذي تولد، لديهم الاعتقاد المعنوي بإلزامها. ويعتبر العرف قاعدة قانونية بالمعنى الواضح، مختلف عن العادة الاتفاقية ومن ثم يتعين على القاضي البحث عنه وتطبيقه من تلقاء نفسه ويخضع القاضي في ذلك الرقابة المحكمة ذات التصيف الاعلى، واذا كان العرف قانونا بالمعنى المتعارف عليه ولكنه يختلف عن القواعد القانونية التي مصدرها التشريع من حيث سهولة الوقوف عليها، وذلك لأن التشريع يكون مكتوبا ومحددا ومنشورا في الجريدة الرسمية، في حين أن العرف يتكون من الطراد العمل بعادة معينة مع الاعتقاد بإلزاميتها. وقد تصعب على القاضي في بعض الامور الوقوف على حقيقة العرف خاصة إذا كانت القاعدة **العرفية**[١١]، ليست من الشهرة بالقدر الذي يفترض فيه أن القاضي يعلم بها وفي ذلك الفرض يسمح للأفراد التدخل لإثباتها وفي الواقع كان قيام الخصوم بإثبات العرف هو في حقيقته مجرد معونة يؤديها الخصوم للقاضي نتذكر العيوب يكون أداة بيد المجتمع، وهو عندما يطلب منهم ذلك إنما يطلب إليهم في الحقيقة إثبات العناصر التي يتكون منها العرف وهي تعد عناصر الواقع حتى يثبت القاضي من قيام العرف[١٢]، وعلى هذا فإذا كان الراجح أن العرف قانون مثل التشريع والواجب أن القاضي يعلم بها وعليه أن يطبقها من تلقاء نفسه، ولا يسوغ له أن يتخذ من عجز المدعي عن الإثبات دليلا على عدم قيام القاعدة العرفية إلا أنه يجب التسليم بأن معرفة التشريع اسهل على القاضي من العرف فالتشريع نصوص مكتوبة ومنشورة في وثائق رسمية، بينما العرف لا يعدو أن يكون مجرد معنى يستخلص جرى العمل في الجماعة كسنة ملزمة، مما يتعذر على القاضي الإحاطة به إحاطة كاملة، خاصة وهو غالبا عرف محلي أو طائفي يختلف باختلاف الجهات، واختلاف الطوائف من أجل ذلك يكون للقاضي أن يتوسل بكل الطرق الموصلة إلى الوقوف على العرف، فله أن يكلف الخصم الذي يدعي بوجود قاعدة عرفية ويطالب بتطبيقها في موضوع النزاع، القيام بإثبات وجودها وتحديد مضمونها، بل الغالب في العلم أن يبادر هذا الخصم فيقوم بإثبات وجود القاعدة العرفية التي يدعيها دون انتظار التكليف القاضي له بهذا الإثبات ويجوز إثبات وجود العرف بكافة طرق الإثبات القانونية[١٣]، ففي المعاملات التجارية مثلا يكون إثبات العرف عادة

بشهادة تصدر من الغرف أو المؤسسات التجارية أو من خبير في المعاملة التجارية التي استقر العرف في شأنها، كما يثبت وجود العرف في دولة أجنبية عن طريق تقديم شهادة بذلك من قنصليات في الخارج وليس لهذه الشهادات إلا حجية نسبية أمام القضاء، فالمحاكم أن تهملها وتكون اقتناعها بوجود أو بعدم وجود العرف بالاستناد إلى رأي خبير أو باستشارة هيئة موثوق بها[١٤]، أن محل الإثبات في هذه الحالة هي قاعدة قانونية جرى بها عرف معين، فلا يجوز إثبات العرف بالتعويل على الإقرار أو اليمين لأن القواعد القانونية لا تثبت عن طريقهما، وإنما يصح إثبات العرف عن طريق السوابق القضائية والممارسات العملية وشهادة أشخاص ذوي خبرة بما يجرى عليه العمل في نوع العلاقات المدعي نشوء العرف بشأنها[١٥]، ان الممارسة المتبعة عندما يتم اتباع تقاليد أو ممارسات معينة في المجتمع لفترة طويلة ويتم قبولها واحترامها من قبل الأفراد، يمكن أن تكون هذه الممارسات دليلاً على، اعتبار العرف كمصدر قانوني لاعتراف الرسمي في بعض الأنظمة القانونية، يمكن أن تقوم السلطات الرسمية بالاعتراف بالعرف كمصدر قانوني من خلال الاستناد الى القرآن الكريم والسنة النبوية و القضاء على سبيل المثال، قد يصدر هيئة قضائية أو هيئة تشريعية قانونًا يعترف بالعرف ويحدد آليات تطبيقه. الاحترام العام والاعتراف الاجتماعي عندما يتم احترام العرف من قبل أفراد المجتمع ويتم قبوله كمصدر قانوني ملزم، يكون ذلك دليلاً على مكانة العرف. عندما يتم اعتراف بالعرف بشكل واسع في المجتمع ويتم تطبيقه عمليا، يكون لهذا الاعتراف الاجتماعي تأثير قوي على أثر العرف. مع ذلك، يجب أن نلاحظ أن الاعتبار والتأثير القانوني للعرف يمكن أن يختلف من نظام قانوني إلى آخر وفقًا للتشريعات والتقاليد القانونية المعمول بها في كل نظام من ابرز مصادر العرف ما ورد في الآيات القرآنية الكريمة والاحاديث النبوية

المبحث الثاني

أدلة اعتبار العرف في الانظمة القانونية الجنائية

في الأنظمة القانونية المشار إليها والتشريع الجنائي يُعتبر العرف مصدرًا مهمًا لتحديد القواعد والأحكام القانونية. ومع ذلك، تختلف شروط اعتبار العرف وأهميته في هذه الأنظمة القانونية بعض الشيء. اما شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي والأنظمة القانونية وهي كالاتي العرف يجب أن يكون معروفًا ومتعارفًا عليه في المجتمع. ويجب أن يكون العرف متوافقًا مع أحكام الشرع الإسلامي ولا يتعارض معها. يجب أن يكون العرف ثابتًا ومستقرًا، ولا يمكن أن يتغير بسهولة. يجب أن يكون العرف معتمدًا على الاستمرارية والاستمرار في الاستخدام على مر الزمان ان لا يترتب على العمل بالعرف تعطيل نص ثابت او معارضة اصل قطعي[١٦]. النظام

القانوني الروماني (القانون المدني) هو احد القوانين ذات الاصل الاوربي وبنيه على اسس منطقية في سياق القانون الروماني و يتميز بتقنين المبادئ الاساسية مقارنة بالقانون العام[١٧]، مبدئيا يعتبر العرف غير مصدر رئيسي للتشريع في القانون المدني،،. يمكن أن يُعتبر العرف كدليل ثانوي إذا توافرت بعض الشروط، مثل الشهرة والاستمرارية والاعتراف به من قبل السلطات القضائية، مع ذلك، يعتبر العرف أقل أهمية من القوانين المكتوبة والتشريعات الرسمية في هذا النظام القانوني الروماني حيث يعتبر العرف في القانون الروماني من المصادر الاساسية المعاصرة لقانون الالواح الاثني عشر الذي مر بالعصر الملكي الذي ينظرون للعرف بانه مزيج من التقاليد والعادات التي استوطنت روما والعصر الجمهوري بظهور قانون الالواح الاثني عشر مما ادى الى التزام بالعرف والتي يستمد العرف قوته من رضا الناس وليس الاصل الديني اما العرف في عصر الإمبراطورية العلياء والذي ظهر فيه الاعراف المحلية اما– في عصر الإمبراطورية السفلى بمعنى يطبق العرف اذا لم يعارض الإمبراطور[١٨].

النظام القانوني الإنجليزي (القانون المشترك):

العرف يمكن أن يكون مصدرًا مهمًا للتشريع في القانون المشترك. و يجب أن يكون العرف معترفًا به ومتبعًا على نطاق واسع من قبل المجتمع. كذلك أن يكون العرف راسخًا ومستقرًا، ويجب أن يكون قادرًا على التطبيق في حالات متعددة. لكي يعتبر العرف كمصدر ثانوي للتشريع، ولكن يمكن أن يكون له تأثير قوي في تحديد الحقوق والواجبات[١٩].

اما النظام القانوني الفرنسي (القانون الكتابي):

فان العرف لديه دور محدود في القانون الفرنسي كون العرف كاستثناء نادرًا يمكن تطبيقه في حالات استثنائية. و القانون المكتوب والتشريعات الرسمية مصدرًا أساسيا للتشريع في هذا النظام القانوني ليس كل ما يتعارفا الناس تشمله الأدلة السابق ذكرها، وليس جميع الأعراف يقرها الفقه والشريعة بل لابد للعرف أن تتوفر فيه شروط حددها الفقهاء واصطلحوا عليها حتى يعتبر في التشريع كضابط فقهي أو كمصدر فقهي للأحكام الاجتهادية. والشروط التي وضعها الفقهاء شروط اعتبار العرف في الفقه الإسلامي والفقه الشرقي والغربي تختلف قليلاً مع ذلك، يمكن تلخيص بعض الشروط العامة التي يجب توفرها لاعتبار العرف كمصدر للتشريع في هذه المجالات على النحو التالي.

المطلب الأول: ألا يكون العرف مخالفاً لنص شرعي ونظام قانوني او أن يكون العرف مقارناً أو سابقاً للواقعة

العرف لا يكون معتبراً في التشريع الإسلامي إذا خالف نصاً شرعياً، ولذا كان من شروط اعتباره في التشريع ألا يخالف نصاً شرعيا، ومعنى عدم مخالفته للنص الشرعي: ألا يكون ما تعارف عليه الناس مخالفاً للأحكام الشرعية المنصوص عليها وإلا فلا اعتبار للعرف وذلك كتعارف الناس على شرب الخمر، وخروج النساء كاشفات عن بعض أجسادهن مما يجب ستره شرعاً، بالإضافة إلى بعض المعاملات كالتبني، ، واسترقاق المدين، وبعض صور الزواج كزواج الشغار وغير ذلك من الأعراف التي تعارف عليها الناس في الجاهلية وتعارفوها مرة أخرى مع مرور الزمن، فإن هذا العرف عرف فاسد باطل وغير معتبر ومن الواجب طرحه ومحاربته، لأن نصوص الشريعة نصوص إلزامية، فلم تشرع إلا للتنفيذ والاتباع ولا يجوز تعطيلها بالتعارف والتعامل، وإلا لم يبق للتشريع معنى ولا فائدة ويكون العرف حينئذ ناسخاً للأحكام الشرعية، فتزول الشريعة وتضيع معالمها بمرور الزمان لذلك فإذا خالف العرف النص الشرعي عمل بالنص ولا اعتبار للعرف لأن النص أقوى من العرف ولا يترك الأقوى لما هو أضعف منه سواء كان العرف علماً أو خاصاً، إذ النص متى صح عن الشارع الحكيم العليم بمصالح الناس فهو حق ،وحجة قائمة على الناس. وما العرف الفاسد إلا اتباع للهوى والشهوات وإن تكاثر الأخذ به وتتابع الناس ليدعوا إلى مقاومته لا إلى إقراره[٢٠]، وعلى ذلك فلا عبرة بعرف يخالف النصوص والأنظمة الاجتماعية التي تطلبها حاجات الناس وتدفع إليها ضرورة التدبير والإصلاح مما لا يتعارض مع الشرع هل يجوز للعرف تخصيص حكم ورد به نص؟ يرتبط هذا التساؤل بالشرط الأول من شروط العرف، وهو أن لا يخالف نصاً شرعياً، فالقاعدة أنه إذا ترتب على العمل بالعرف تعطيل النص شرعي أو أصل قطعي في الشريعة لم يكن عندئذ للعرف اعتبار لأن النص مقدم على العرف :مثال تحريم الشريعة لبعض الأعراف التي كانت في العصر الجاهلي كالتبني فمقتضى هذا الشرط أن العرف يجب ألا يخالف نصاً شرعيا حتى يجوز اعتباره والاعتداد به في بناء الأحكام مثل ،ما يتعارف الناس عليه من العوائد التجارية والأساليب الإدارية وزواج الشغار كذلك كل عرف يستجد يخالف نصوص الشريعة إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها. الإظهار كيف يمكن للعرف أن يكون له دور في فهم النص بصورة تؤدى إلى تخصيصه أو تحديد نطاق سريانه، وقد جاءت اجتهاداتهم على النحو التالي:

أولاً: أن النص الخاص[٢١]، الذى بنى على عرف قائم ومعلل معه يدور ،نحكمه مع العرف ويتبدل بتبدله ومن أمثلة ذلك قول النبي صلى الله عليه وعلى اله وسلم بشان تزويج الفتاة الباكر

البالغة إذنها صماتها[٢٢].حيث اعتبر سكونها عن استئذان وليها لها في زواجها من شخص معين وبمهر معين إذناً منها وتوكيلاً، فهذا الحكم مبنى على ما هو متعارف عن الفتاة البكر من الخجل عند إظهار رغبتها في الزواج عند استثمار وليها لها، فعادتها أن تعبر بالسكوت عن رغبتها وإذنها، وهذا الاستحياء في الوقت الحاضر غالباً عليهن في الأوساط الإسلامية كل و البيئة التي يعيشها او التربية والتقاليد الاجتماعية، فإذا فرض أن هذه التربية قد تبدلت وأصبحت الفتيات الإبكار لا يتحرجن من إعلان هذه الرغبة أو عدمها على السواء، كعادة الثيبات غير، الإبكار لكان الإذن منهن عندئذ بالزواج لا يكفي فيه السكوت، بل يحتاج إلى بيان كاللاذن من الثيبات، ليعتبر توكيلاً يسرى به عليهن عقد التزويج منذ وقوعه من الولي المستأذن وعند عدم الإذن والتوكيل من الفتاة البكر البالغة يعتبر تزويجها عملاً زائدا يحتاج إلى إجازة منها ليصبح نافذاً عليها، وإن سكتت عند استشعار وليها لها مثال اخر من المقرر أن الأموال التي تعتبر شرعاً ،من الأنواع الربوية يمتنع فيها بيع مقدار منها بأكثر أو أقل منه إذا كانا من جنس واحد لأن الفضل عندئذ يكون ربا محرماً، فلا يجوز تبديل القمح بالقمح مثلاً، ولا الذهب بنفسه إلا إذا تعادل البدلان فإذا اختلف الجنسان كبيع الذهب بالفضة أو القمح بالشعير جاز التفاضل ولكن تمتنع النسيئة، أي ترحيل واحد من البدلين: فيجب القابض في وقت العقد، وهذا من قبيل (سداد الذرائع)، كيلا يتخذ جواز التفاضل عند عدم تشابه الاجناس ذريعة ووسيلة إلى ربا النسيئة، فيستقرض الشخص ذهب مثلاً إلى أجل ثم يوفى فضة أكثر منه بقدر الربا المراد فهذا الحكم يقوم على أساس وجوب تعادل الاوزان المبادلة في الجنس الواحد، فما هو مقياس هذا التساوي، فقد يتساوى المقداران وزناً ويتفاوتان كيلاً وبالعكس، ومن المتفق عليه أن التساوي يعتبر شرعاً بالمقياس العرفي في كل صنف، فما كان وزنياً عرفاً كالزيت والتمن، ويجب تساوى الكميتين فيه بالوزن، وما كان كيلاً عرفاً يجب التساوي فيه بالكيل وإذا تبدل العرف في مقياس شيء فأصبح كيلاً مثلاً بعد أن كان وزنياً، أو أصبح وزنياً بعد لن كان كيلا تبدل المقياس الربوي فيه تبعاً للعرف، غير أنه قد ورد النص عن النبي صلى الله عليه واله وسلم في سنة أصناف من الأموال الربوية وأوجب التساوي في بعضها بالوزن وفي بعضها والأصناف الستة هي (الذهب والفضة، والحنطة والشعير، والملح، والتمر) ففي مبادلة الذهب بالذهب والفضة بالفضة بيعاً أو قرضاً أوجب النبي صل الله عليه وعلى اله واسلم تساوى البدلين وزناً، وفي الأصناف الأربعة الأخرى أوجب التساوي كيلاً أن العرف العملي العام القائم عند ورود النص العام يخصص هذا النص، إذ يكون ذلك العرف قرينة قائمة دالة على أن الشارع لم يرد شمول ذلك الأمر المتعارف بعموم نصه المعارض له في الظاهر، وليس في تخصيص النص بالعرف عندئذ إهمال للنص، بل هو

إعمال للعرف والنص معاً ذلك أن العرف العملي يدل على حاجة الناس إلى ما تعارفوا عليه، وفى نزع الناس عما تعارفوه عصر وحرج فالعمل بهما معاً أولى وأوفى بالحاجة، ومن أمثلة ذلك عقد الإستصناع ، فقد ثبت عن النبي صلى الله عليه وعلى اله وسلم (نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم) فهذا النص شامل في منع كل اشكال البيع التي لا يكون فيها المبيع متوفرا في ملك البائع، سوى السلم الذى استثناء لما فيه من مصلحة باستسلاف، الثمن للاستعانة على الإنتاج (فعقد الاستصناع) يشمله بالمنع عموم النص المانع، وإن لم يكن وارداً فيه خصيصاً، ولكن الاستصناع عقد قد تعارفه جميع الناس ،في كل البلاد لاحتياجهم إلى طريقته ولا سيما في الأحذية ونحوها مما فيه مقاييس وأوصاف يختلف فيها الانسان عن غيره فلذلك أقر الاجتهاد عقد الاستصناع (للعرف الجاري) فيه واعتبر هذا العرف خاص لعموم النص العام المانع، فكأنما ورد النص باستثناء الاستصناع و (الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لتكوين العقد واي لفظ –صدر فهو ايجاب والثاني قبول ويكون الايجاب والقبول بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع او بصيغة الامر اذا اراد بهما الحال[٢٣]، اما العرف الخاص القائم عند ورود النص العام لا يخصص هذا النص فالراجح م أن العرف الخاص لا يمكن أن يكون مخصصاً (للنص العام)المعارض له ولو كان قائماً عند ورود النص، لأنه إذا كان عرف بعض البلاد أو الناس يقتضى(تخصيص النص،) فإن عدم هذا العرف لدى بقية مكانات أو الناس لا يقتضي فلا يثبت التخصيص بالشكوك، كما أن(العرف الخاص) قد يكون بين قلة قليله من الناس أو في اماكن صغير، فلا يصلح دليلاً على أن الشارع لم يرد من نصه العام عموم معناه إذا كان العرف المعارض النص العام حادثاً بعد، ذلك النص فإن هذا العرف لا يعتبر ولا يصلح مخصصاً للنص التشريعي وان كان عرفاً عاماً لأن العرف الحادث طارئ بعد أن حدد مفهوم النص التشريعي ومراد الشارع منه وأصبح نافذاً منذ صدوره عن الشارع، فإذ ساغ تخصيصه بعد ذلك بعرف طاري مخالف له، كان ذلك نسخاً للنص التشريعي بالعرف، وهذا غير جائز، إذ لو جاز إلى تبديل معظم أحكام الشريعة بأعراف طارئة تلغيها وتحل محلها، ولا يبقى للشرع معنا ولايكون او تكون فوارق بين العرف العملي والعرف اللفظي في عدم صلوح الطارئ منها(لتخصيص)، النص العرف العملي وهو ما تعارف عليه عمل الناس في حياتهم وكان متعارفا في تصرفاتهم ومعاملاتهم وافعالهم [٢٤] العرف للفظي يطلق علية الحقيقة العرفية أي ما تعارف الناس على اطلاق لفظ على معنى غير معناه اللغوي بحيث يتبادر منه هذا المعنى العرفي عند اطلاقة دون حاجة الى قرينة. اما أن يكون العرف مقارناً أو سابقاً للواقعة ويقصد بذلك الشرط أنه لابد أن يكون العرف الذي يحكم الواقعة متوفرا زمان وجودها حتى يصح حملها عليه، وعلى ذلك فلا

عبرة بالعرف الطارئ أي، اللاحق على الواقعة والمستجد عليها. ويستوي في ذلك العرف اللفظي والعرف العملي سواء كان عرفاً خاصاً لم عاما العرف اللفظي جرى الفقهاء على أن معنى لفظ المتكلم يصرف إلى المعاني المقصودة بالعرف حين التكلم وإن خالفت المعنى الحقيقي لها في اللغة والاصطلاح ويقيد من هذا الشرط أن يكون ما اتفق المتعاقدان عليه على خلاف العرف السائد يوافق مقصود العقد ويمكن الوفاء به وإلا بطل الشرط وطبق العرف ومثل لذلك قائلاً: لو شرط المستأجر على الأجير أن يعمل شهراً في الليل والنهار بحيث لا ينام ليلاً ولا نهاراً، فالذي أراء بطلان هذه الإجارة لتعذر الوفاء به وعلى ذلك فما لا يوافق مقصود العقد، وما لا يمكن الوفاء به لا يعتبر ولو صرح به المتعاقدان أمثلة إذا كان العرف أن تكون نفقات تسليم المبيع على المشتري، ولكن اتفق المتعاقدان على أنها على البائع فيعمل بذلك الذي اتفقا عليه[٢٥]، وإذا كان العرف يقضي بأن تكون مصاريف تسجيل العقد على المشتري واتفق المتعاقدان على أن تكون على البائع عمل بهذا الاتفاق ولا عبرة للعرف مع النص على مخالفته ويأتي في هذا الصدد التساؤل عن حكم الشروط الذي جرى به العرف ويزيد على مقتضى الفقد صيانة لعقد الزواج من الاضطراب ومنعاً الناس من أن يخضعوا الحياة الزوجية لأموالهم فتخرج عن معناها وما يحوطها به الشارع من تقديس وعلى ذلك فمن الشروط الصحيحة عندهم في المعاوضات المالية، ما جرى به عرف تؤيده الشريعة وإن كان زائدا عن مقتضى العقد كمن يشتري ساعة ويشترط على البائع إصلاحها مدة معلومة، العرف خاصاً بيد معين أو لبناء مهلة معينة أو يكون علماء أي منتشراً بين جميع الناس في كل البلاد الإسلامية[٢٦].

المطلب الثاني: الانظمة القانونية (القانون الروماني، الانكليزي، الفرنسي)

توجد في البلدان الديمقراطية التي تخضع للنظام الرومانو–جرماني والنظام الأنجلو–ساكسوني ميول نحو الالتزام بمبدأ الشرعية في العرف والتشريع. هذه البلدان تستند إلى القانون الروماني اللاتيني والفرنسي والنظام القانوني الأنجلو–سكسوني يعتبر مبدأ الشرعية الصارمة المبدأ العام الذي يتم اللجوء إليه في هذه البلدان، وذلك للتعبير عن أربعة مفاهيم أساسية.

اولا– لا يمكن النص على الجرائم الجنائية إلا بنص قانوني مكتوب وتحديدا عن طريق التشريعات –التي يسنها البرلمان، وليس عبر الأعراف (التي هي أقل دقّة ووضوح من الأحكام المكتوبة) أو عبر تشريعات ثانويه (التي تصدرها الحكومة وليس البرلمان الذي يعبر عن إرادة الشعب)؛ وتُعرف هذه المقولة باللاتينية بمعنى ((لا جريمة جنائية إلا بنص قانوني مكتوب))

ثانيا– ينبغي على التشريعات الجنائية الالتزام بمبدأ التحديد، وهو أن تكون الأحكام المتعلقة بجرم السلوك الإنساني دقيقة وواضحة قدر الإمكان، بهدف توجيه تصرفات المواطنين هذا المبدأ

المعروف باللاتينية بمصطلح "لا جريمة جنائية إلا بنص قانوني محدد"، يعكس أهمية وضوح القوانين في تحديد الأفعال المحظورة وتحديد العواقب القانونية المرتبطة بها.

ثالثا– من الغير مسموح أن تكون القواعد الجنائية لها تأثير رجعي وهذا يعني أنه لا يمكن معاقبة أي شخص على تصرف ما إلا إذا كان ذلك التصرف معتبراً جريمة وفقًا للقانون في الوقت الذي قام به وبالتالي.. لا يجوز معاقبة الفرد بناءً على قانون تم إقراره في وقت لاحق. وتعرف هذه المبدأ باللاتينية بمصطلح "لا جريمة إلا بالقوانين المسنة مسبقًا"، والذي يؤكد على ضرورة وجود قوانين محددة ومعمول بها قبل ارتكاب الأفعال التي تعتبر جرائم.

رابعا– لا يجوز اللّجوء إلى القياس في تطبيق القواعد الجنائية فالقياس يؤدي إلى فرض عقوبة على تصرف معين من دون عودة المحكمة إلى النـ صوص القانونية وذلك لمجرد تشابه هذا التصرف أو تقاربه من تصرف آخر سبق أن حكم عليه، مما يؤدي إلى توسيع نطاق الأحكام الجنائية السائدة على نحو غير ملائم[٢٧]، وبالتالي، يتضح أن هذه المبادئ تهدف، كما تم ذكره سابقًا، إلى حماية المواطن قدر الإمكان من تعسف الحكومات والتجاوز الذي يمكن أن يحدث من قبل السلطة. قد ألقت المحكمة الدستورية الألمانية الضوء على هذا المبدأ في قرارها المشهور الصادر في ٢٤ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٦ في قضية "ستريلتس وكيسلر". بالإضافة إلى ذلك، تم مناقشة المادة ١٠٣ التي تتعلق بهذا الموضوع.ف٢ (من الدستور الألماني هذه المسألة على الشكل التالي: (من القانون الأساسي للحد من التعديل ذات المفعول الرجعي حول تقييم لا شرعية فعل معين ضد مصلحة المجرم... وبالتالي، يجب أن تظل الأسباب القانونية للمبررات المعتمدة في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة سارية المفعول حتى إن كانت ملغية في وقت بدء الإجراءات ولكن، على عكس تعريف الجرائم والعقوبات، لا يجوز تطبيق مبدأ انحصار حق سن القوانين بالبرلمان عندما يتعلّق الأمر بالمبررات فعلى صعيد القانون الجنائي، يمكن أن تُستمد أسباب المبررات من القانون العرفي أو الاجتهاد[٢٨].

ثانيا: العرف والتشريع في القانون الروماني اللاتيني والفرنسي والنظام القانوني الانكليزي الأنجلو _سكسونى من المعروف أن جوهر القانون هو المضمون الاجتماعي لأن القانون نشأ لغرض تنظيم الحياة الاجتماعية[٢٩]، تعد العرف والتشريع من مصادر القانون في العالم القديم والحديث، وقد لعبا دورًا كبيرًا وما زالا يلعبان دورًا مهمًا في تنظيم الحياة الاجتماعية يتمحور فكر دراسة العرف والتشريع في النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي والنظام القانوني الأنجلو– سكسوني حول محور من محاور فلسفة القانون، وهو محور علم المنهج القانوني، نظرًا لارتباط فلسفة القانون بعلم القانون وتاريخه. وبناءً على ذلك، يستمد هذا المجال مادته من دراسات فلسفة

تاريخ القانون الروماني وفلسفة تاريخ القانون الإنجليزي، والتي تعتبر أساسًا للنظام القانوني اللاتيني والنظام القانوني الأنجلو–سكسوني بالإضافة إلى ذلك، يرتبط استكشاف دور العرف والتشريع في النظام القانوني اللاتيني والنظام القانوني الأنجلو–سكسوني بشكل وثيق بفروع من الدراسات القانونية الهامة، مثل القانون المقارن. نتيجة للتأثير الاستعماري، انتقل النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي والنظام القانوني الأنجلو–سكسوني إلى البلدان العربية والإسلامية وبلدان أخرى. وبالتالي، يعدّ استكشاف العرف والتشريع في النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي والنظام القانوني الأنجلو–سكسوني دراسة لأصول المنهج القانوني المقارن، وبصفة خاصة يتعلق بمصادر القانون ويقصد بالعرف)اعتياد الناس على سلوك معين في ناحية معينة من حياتهم الاجتماعية بحيث ينشأ لديهم الاعتقاد بوجود قاعدة ملزمة يتعرض من يخالفها لجزاء مادي[٣٠]، أما التشريع فيقصد به بإيجاز: القواعد القانونية التي تصدر عن سلطة عامة يختصها المجتمع بوضع القانون في صورة مكتوبة[٣١]، يُعتبر العرف المصدر التاريخي الأول والأساسي لجميع النظم القانونية المعاصرة، بغض النظر عن تفاوتها. فالعرف يعتبر المصدر الأول للقانون الروماني، الذي يعد أصل النظام اللاتيني، ويعتبر أيضًا المصدر الأول للقانون الإنجليزي، الذي هو أصل النظام القانوني الأنجلوسكسوني ولا يزال العرف يحتل مكانة مهمة في كلتا النظامين أما بالنسبة للتشريع، فإنه يعتبر المصدر الأول للقانون في النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي. وتزداد أهميته الآن في النظام القانوني الأنجلوسكسوني ولفهم أهمية العرف والتشريع بشكل أكبر، يمكن تقسيمهما على النحو التالي: العرف: يعكس العرف الممارسات والأعراف التي تم تطبيقها وتجريدها من العمل القانوني ويساهم العرف في تشكيل المبادئ والقواعد التي تحكم المجتمع وتوجه تصرفات الأفراد اما التشريع يشير إلى العملية القانونية الرسمية التي تؤدي إلى إنشاء القوانين. يعتبر التشريع مصدرًا مهمًا للقوانين في النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي، حيث يتم وضعها واعتمادها بشكل رسمي من قبل السلطات التشريعية المختصة باختصار، يمكن القول إن العرف يمثل الممارسات والأعراف في المجتمع، بينما يمثل التشريع العملية الرسمية لإنشاء القوانين وتقوم النظم القانونية المختلفة بالاعتماد على هذين المصدرين بناءً على تطوراتها وتوجهاتها القانونية. العرف والتشريع في النظامين القانونيين الروماني والفرنسي يتميزان بأصولهما القانونية المشتركة يعود النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي إلى القانون الروماني الذي تبناه القانون الفرنسي من خلال تشريعات نابليون في عام ١٨٠٤ وقد تم اعتماد هذا النظام القانوني في العديد من البلدان العربية والإسلامية خلال حركة تحديث وتغريب النظم القانونية والقضائية في القرن التاسع عشر يعرف القانون الروماني بأنه "مجموعة

القواعد القانونية التي ظهرت وطبقت في المجتمع الروماني منذ نشأته حتى صدور مجموعات القوانين الإمبراطورية الرومانية"، وهو يعكس التاريخ والتطور القانوني للإمبراطورية الرومانية. وقد تأثر القانون الفرنسي بشكل كبير بالقانون الروماني، وتم تقنينه وتنظيمه بموجب تشريعات نابليون وبالنسبة للقانون الفرنسي، فقد تم تأسيسه على مبادئ الثورة الفرنسية وميثاق ١٧٨٩. ويعتبر التشريع المصدر الأساسي للقانون في النظام القانوني الفرنسي، حيث يتم وضع القوانين واعتمادها بواسطة السلطة التشريعية وبصفة عامة، يعكس العرف والتشريع في النظام القانوني الروماني اللاتيني الفرنسي التفاعل بين التقليد والتشريع الرسمي، حيث يستند القانون إلى الممارسات العرفية والقوانين المتبعة في المجتمع[٣٢]، وتتجلى أهمية القانون الروماني من الجوانب القانونية في أنه قد أثر تأثيراً كبيراً في نشأة وتكوين الأفكار والنظم القانونية العالمية فقد تميز الرومان بالقدرة على التحليل والتصنيف والتنظير، واستخلاص المبادئ العامة واستنباطها، ويعتبر القانون الروماني أفضل ما ورثه العالم الحديث من العالم القديم[٣٣]، في العصر العلمي، حدث لقاء تاريخي بين الفلسفة والقانون، وذلك عندما التقت الفلسفة الإغريقية بالقانون الروماني. في هذا العصر، انتشرت الفلسفة الإغريقية بين الرومان، حيث تم تبنيها واستيعابها في روما من خلال عدة مصادر وتأثيرات. وقد أدى هذا اللقاء إلى تغير هيكلي في القانون الروماني على الرغم من حدوث تطور في النظم القانونية في هذا العصر، إلا أن مصادر القانون ما زالت تتمثل في العرف والتشريع، ومع زيادة النشاط التشريعي، استمر العرف في أن يحتل مكانة مهمة. وحتى قيل إن التطور الذي حدث في القانون الروماني في هذا العصر يعود بشكل أكبر إلى العرف بدلاً من التشريع. العرف لا يزال له القدرة على إنشاء وتعديل وإلغاء القواعد القانونية، حتى لو كانت تصدر من التشريع في بعض الحالات، يعجز التشريع عن تعديل بعض النظم القانونية التي تستند إلى العرف[٣٤]. أما بالنسبة لتجميع القانون الروماني وانتقاله إلى فرنسا، فقد قام جستنيان بتجميع التراث القانوني الروماني في مجموعات رسمية، بما في ذلك التشريعات الإمبراطورية والقواعد القانونية المشتقة من مصادر أخرى مثل الفقه والقانون البريتوري والتشريعات الصادرة عن المجالس الشعبية ومجالس العامة وتوصيات مجلس الشيوخ والعرف. وأطلق على هذه المجموعات اسم مجموعات القانون المدني[٣٥]. انتشر القانون الروماني من دول أوروبا الغربية ومستعمراتها حول العالم، بما في ذلك الشرق وأمريكا. في القرن التاسع عشر، أصبحت تشريعات نابليون وسيلة لتطبيق القانون الروماني في التشريعات الحديثة. قاد الفقيه كوجاس هذه الحركة، ويعود الفضل للفقيه بوتيه في نقل القانون الروماني إلى تشريعات نابليون. تمثلت هذه التشريعات المصدر المباشر للقوانين في العديد من الدول الحديثة، وأصبح التشريع

المصدر الأساسي للقانون في فرنسا والدول التي تعتمد النظام القانوني اللاتيني الفرنسي ومع ذلك، لا يعني ذلك أن العرف فقد مكانته، بل لا يزال يلعب دورًا أساسيًا. يعتبر العرف المصدر الثانوي للقانون في العديد من الدول، ولم يتم تضمين أي نصوص في التشريع المدني الفرنسي تعترف بسلطة العرف في سد النقص في التشريع أو تمنع نشوء عرف يتعارض مع التشريع. بدلاً من ذلك، تم تضمين العديد من النصوص التي تشير إلى العرف في المسائل الخاصة. يلعب العرف دورًا كبيرًا في المسائل التجارية وبعض المسائل المدنية على سبيل المثال، من بين المفاهيم القانونية التي لا تزال تعتمد على العرف في فرنسا هي تقدير حسن النية، ومبدأ الخطأ، ومبدأ المصلحة العامة، والأهلية المتعلقة بالقُصّر (وفقًا للمادة ٣٨٩-٣) والمادة ٦٤٥ التي تشير إلى العرف المحلي هناك أيضًا بعض العرف الذي يتعارض صراحة مع التشريع، ومع ذلك، لا يزال القضاة يعترفون بصحة العرف، على سبيل المثال في حالة الهبة غير الموثقة وفقًا للمادة ٩٣١ من المدني الفرنسي[٣٦].

الخاتمة

في ختام هذه الدراسة من مسألة دور العرف في (التشريع الاسلامي والجنائي) ودورة في الانظمة القانونية وعلى قوانين الدول وانظمتها برمتها وجدنا كانت الادوار سابقة ولاحقة لهذا الطريق الاستثنائي في تطبيق العرف، اذ ان طبيعة وجود العرف أمر ضروري تقتضي الطبيعة الخاصة للأنظمة القانونية من دون الاخلاء باعتياد الجماعة داخل المجتمع ، لذلك لابد من الاشارة الى اهم النتائج والتوصيات.

اولا: النتائج

١- رغم تزايد أهمية التشريع في وضع القواعد القانونية مع تقدم الحياة الاجتماعية ،إلا أن هذا ا يعني ان العرف قد اختفى او اندثر ، بل بقي قائما ومحتلا مركزا في سلم القواعد القانونية، فهو اضافة لكونه المصدر التاريخي الأول لكافة النظم القانونية المعاصرة سيظل مصدرا من مصادر القانون في كل الأنظمة القانونية ايا كانت ملامحها العامة أو تفصيلاتها الجزئية أو مدى تم نشاطها التشريعي لأنه يعبر عن الواقع الاجتماعي للنظام القانوني ، ومن ثم يحقق العدالة الاجتماعية لتمتعه بالمقبولية من قبل مجتمعه الذي انبثق منه فالعرف القانوني يمثل ما أعتاد الناس على سلوكه في أمر معين من حياتهم الاجتماعية بحيث يولد الاعتقاد لديهم بوجود قاعدة ملزمة يتعرض من يخالفها لجزاء مادي. وكما يطلق العرف على المصدر نفسه يطلق أيضا على القواعد القانونية المستمدة منه ، والتي تتمتع بذاتية خاصة تميزها عن غيرها من المفاهيم التي قد تتداخل معها.

٢-إن العرف في ظل القانون الجزائي الوضعي ليست له ذاتية مستقلة سواء من ناحية تكليفه . او من ناحية جزائه تمكنه من ان يقف امام التشريع الجزائي دون حاجة منه بان يعترف الأخير صراحة أو ضمناً به، وتعليلنا لذلك لا يرجع الى مرحلتي تكون العرف التي تقر للعرف بقانونيته بمجرد توافر شروط عناصر تكوينه ، وإنما يرجع لمبدأ الشرعية الجزائية ودوره في تحديد ذاتية القواعد الجزائية الموضوعية في ظل أغلب القوانين العقابية ان لم تكن كلها الأمر الذي لا يتسق معه الاعتراف للعرف بدور مستقل عن التشريع الجزائي دون تدخل الأخير.

التوصيات

١-نطلب من وزارة التعليم العالي والبحث العلمي العراقية والمختصين بإدخال مادة خاصة ب(العرف) ضمن المنهاج الدراسي لكليات القانون وبعض الاقسام القريبة لما له من اهمية في عالمنا.

٢-توكيل مهمة التطرق الى العرف في الانظمة القانونية الى لجان الارشاد او الضمان داخل الكليات والمديريات التي لها اتصال مباشر مع الناس وذلك لزيادة المعرفة .

هوامش البحث

(١) سورة البقرة، الآية (٢٣٣)

(٢) الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، ص ١١٧

(٣) سورة النحل (الآية ٤٣)

(٤) مبادى علم الاجرام والعقاب، الستار فوزيه عبد ، دار النهضة العربية ، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٩٨٥، ص٦٧

(٥) مبادى علم الاجرام والعقاب، الستار فوزيه عبد ، المصدر السابق، ص٨٧

(٦) النيسابوري الامام حافظ ابي عبدالله الحاكم ،ج٢،دارو النهضة العربية، ٢٠٠٢ ،ص١٦

(٧) المبسوط في اصول الفقه، السبحاني جعفر، ج١،مؤسسة الامام الصادق، ط١، ١٤٣١هـ،ص٢٣

(٨) العرف وأثره في التشريع الإسلامي، مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلام، ليبيا، ١٩٨٦،ص١٤٣-١٤٤

(٩) افعال الرسول، الاشقر محمد سليمان ،الجزء الاول، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣، ص١٩

(١٠) مجموعة رسائل ابن عابدين، ، در سعادت، رسالة نشر العرف من رسائل ابن عابدين، ص ١٢٠ جـ ٢، هـ ١٣٢٥،ص١٢٠

(١١) العرف و دورة في استنباط الحكم الشرعي، اسراء فهمي ناجي، جامعة كربلاء، كلية القانون،٢٠١١

(١٢) شرح قواعد الإثبات الموضوعية، دراسة مقارنة، خالد السيد محمد عبد المجيد موسى، دار منهل للنشر والتوزيع ،٢٠١٤، ص٥٦

(١٣) المدخل الى القانون، حسن كيره، ٢٠١٤، ص٢٨١

(١٤) القانون التجاري المصري، محسن شفيق، ج١، دار نشر الثقافة بالإسكندرية، ١٩٤٩، ص٢١

(١٥) موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الاول، البكري محمد عزمي دار محمود للنشر والتوزيع،٢٠٢٠، ص٥٥

(١٦) فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا، محمد يسري ابراهيم، رسالةجامعية، دار اليسر، القاهرة،٢٠١٣،ص٦١

(١٧) القاموس القانوني انكليزي عربي، ابراهيم اسماعيل الوهب،الطبعة الاولى، جامعة بغداد،١٩٦٣، ص٣٤-٣٨

(١٨) العرف في التشريع الجنائي ، المطيري احمد، رسالة مقدمة الى اكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية كجزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في العدالة الجنائية، الرياض، ٢٠١٠، ص٣٥

(١٩)محمد عبد الحميد العلوي، اهمية القانون الروماني ومراحل تطوره، مجلة تهامة ،٢٠٠٢، ص١٤٦-١٤٧

(٢٠) العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سنة، طبعة مطبعة الأزهر سنة، ١٩٤٧، ص٩٠

(٢١) أصول الفقه، البرديسي،مكتبة النهضة المصرية، الطبعة الأولى،١٩٥٩، ص٣٢

(٢٢) كتاب الحيل باب في النكاح، البخارى، دار ابن كثير، ج١، بيروت الثالثة ١٤٠٧هـ، ص٢٥٥٦

(٢٣)القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة١٩٥١ المعدل، المادة ٧٧

(٢٤) العرف حقيقته وحجيته، الشيخ اسعد كاشف الغطاء، النجف الاشرف،١٤١٥،ص٥

(٢٥) العرف والعادة فى رأى الفقهاء، أحمد أبو سنة، مطبعة الأزهر، ١٩٤٧، المصدر السابق

(٢٦)أحمد ابو سنة: المصدر نفسه.ص٤٧

(٢٧) القانون الجنائي الدولي، القاضي انطوني كاسيزي ،الطبعة الثالثة باللغة الانكليزية، ترجمة مكتبة صادر ناشيران،٢٠١٣. ص٧١-٧٢

(٢٨)سلطت المحكمة الدستورية الألمانية بقرارها المذكور الصادر في ٢٤ تشرين الأول/أكتوبر ١٩٩٦ في قضية "ستريلتس وكيسلر . **Streletz Kessler and** "المادة (١٠٣)

(٢٩) فكرة القانون، حمدي عبد الرحمن، ، دار الفكر العربي، القاهرة ،١٩٧٩، ص٤-٥

(٣٠) الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣،ص٨٤

(٣١) تجديد النظرية العامة للقانون، مصطفي الجمال، نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، ج١، الإسكندرية، الفتح للطباعة والنشر ، ١٩٩٨، ص ٢١٧

(٣٢) القانون الروماني، عمر ممدوح مصطفي، دار المعارف، ط ٣، ١٩٥٩، ص٣

(٣٣) تاريخ النظم القانونية، أحمد إبراهيم حسن وفايز محمد حسين،الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨م، ص٢٣١

(٣٤) الوجيز في القانون الروماني، صوفي أبو طالب، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥م، ص٣

(٣٥) اصول القانون المدني المقارن، عبد المنعم البدراوي، المكتبة المركزية، جامعة المستقبل، ١٩٨١،ص٦٥

(٣٦) الوافي في شرح القانون المدني المقارن، سليمان مرقس، دار النشر، مصر، ١٩٨٧، ص٣٤.

المصـــــادر والمراجـــع

القران الكريم

اولا: المعاجم:.

١- الجامع لأحكام القرآن، القرطبي، جـ ٣، طبعة دار الحديث، ط٢، ١٤١٦ هـ

٢- كتاب الحيل باب في النكاح، البخارى، دار ابن كثير، ج١، بيروت الثالثة ١٤٠٧هـ

٣- مجموعة رسائل ابن عابدين، در سعادت، رسالة نشر العرف من رسائل ابن عابدين، ص ١٢٠ جـ ٢،هـ ١٣٢٥.

ثانيا: الكتب القانونية:.

أ-الفقهية:.

١-عبد الرحمن الجزيري، الفقه الاسلامي وتطبيقاته بالحياة اليومية، ص٣٤

ب- الكتب القانونية

١- اصول القانون المدني المقارن، عبد المنعم البدراوي، المكتبة المركزية، جامعة المستقبل، ١٩٨١

٢-افعال الرسول، الاشقر محمد سليمان ،الجزء الاول، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٣

٣- تاريخ النظم القانونية، أحمد إبراهيم حسن وفايز محمد حسين،الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٨م

٤- تجديد النظرية العامة للقانون، مصطفي الجمال، نحو توظيف أصول الفقه الإسلامي في بناء أصول القانون، ج١، الإسكندرية، الفتح للطباعة والنشر ، ١٩٩٨.

٥- العرف و دورة في استنباط الحكم الشرعي، اسراء فهمي ناجي، جامعة كربلاء، كلية القانون،٢٠١١

٦- العرف وأثره في التشريع الإسلامي، مصطفى عبد الرحيم أبو عجيلة، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلام، ليبيا، ١٩٨٦.

٧- العرف والعادة في رأي الفقهاء، أحمد أبو سنة، طبعة مطبعة الأزهر سنة، ١٩٤٧

٨- القانون الجنائي الدولي، القاضي انطوني كاسيزي ،الطبعة الثالثة باللغة الانكليزية، ترجمة مكتبة صادر ناشيران،٢٠١٣.

٩- القانون الروماني، عمر ممدوح مصطفي، دار المعارف، ط ٣، ١٩٥٩

١٠- مبادى علم الاجرام والعقاب، فوزية عبد الستار، دار النهضة العربية ، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٩٨٥-١٤٠٥هـ

١١-المدخل الى القانون القانون بوجه عام النظرية العامة للقاعدة القانونية النظرية العامة للحق، الدكتور حسن كيره، منشأة المعارف، المجلد الاول، ٢٠١٤

١٢- موسوعة الفقه والقضاء في شرح قانون التجارة الجديد، المجلد الاول، البكري محمد عزمي دار محمود للنشر والتوزيع،٢٠٢٠

١٣- الوجيز في القانون الروماني، صوفي أبو طالب، القاهرة، دار النهضة العربية، ١٩٦٥م

١٤- الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني، رمضان أبو السعود، المدخل إلى القانون، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٣.

ثالثا: الرسائل والاطاريح الجامعية

١-دور العرف في القاعدة الجزائية الموضوعية، نبراس جبار خلف محمد الحلفي، اطروحة دكتوراه، كلية القانون جامعة بغداد، ٢٠١٧، ص١٣٢

٢-فقه النوازل للأقليات المسلمة تأصيلا وتطبيقا، محمد يسري ابراهيم، رسالةجامعية، دار اليسر، القاهرة،٢٠١٣، ص٦١

رابعا: التشريعات

١-القانون التجاري المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩

٢-قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

٣-قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧

٤-القانون المدني العراقي رقم٤٠ لسنة١٩٥١ المعدل.

Sources and References

The Holy Quran

First: Lexicons

-The Comprehensive Compilation of Quranic Rulings, Al-Qurtubi, Vol. 3, Published by Dar Al-Hadith, 2nd Edition, 1416 AH.

--Book of Tricks, Chapter on Marriage, Al-Bukhari, Dar Ibn Kathir, Vol. 1, Third Edition, 1407 AH.

-Collection of Ibn Abidin's Letters, Dar Sa'adat, Epistle on the Publication of Customs from Ibn Abidin's Letters, p. 120, Vol. 2, 1325 AH(.

Legal Books.

(Fiqh) Books

1- Abdul Rahman Al-Jaziri, Islamic Jurisprudence and its Applications in Daily Life, p. 34.

Legal Books.

1- Principles of Comparative Civil Law, Abdul Mun'im Al-Badrawi, Central Library, Future University, 1981.

2- Actions of the Prophet, Al-Ashqar Muhammad Sulaiman, Part One, Al-Risalah Printing, Publishing, and Distribution Foundation, Beirut, Lebanon, 2003.

3- History of Legal Systems, Ahmed Ibrahim Hassan and Fayez Muhammad Hussein, Alexandria, University Press, 2008.

4-Rethinking General Theory of Law, Mustafa Al-Jamal, Towards Applying the Principles of Islamic Jurisprudence in Building Legal Principles, Vol. 1, Alexandria, Al-Fath Publishing and Distribution, 1998.

5- Custom and Its Role in Deducing Sharia Rulings, Israa Fahmi Nagi, University of Karbala, College of Law, 2011.

6-Custom and Its Impact on Islamic Legislation, Mustafa Abdul Rahim Abu Ajilah, General Establishment for Publishing, Distribution, and Media, Libya, 1986.

7- Custom and Tradition in the Opinion of Jurists, Ahmed Abu Sanna, Al-Azhar Printing Press Edition, 1947.

8- International Criminal Law, Judge Antonio Cassese, Third Edition in English, Translated by Sader Publishers, 2013.
9- Roman Law, Omar Mamdouh Mustafa, Dar Al-Ma'arif, 3rd Edition, 1959.
10-Fundamentals of Criminology and Punishment, Fawzia Abdul Sattar, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Beirut, Fifth Edition, 1985-1405 AH.
11 -Introduction to Law in General, General Theory of Legal Rule, General Theory of Right, Dr. Hassan Keireh, Ma'arif Establishment, Volume One, 2014.
12 -Encyclopedia of Jurisprudence and Judiciary in Explaining the New Trade Law, Volume One, Al-Bakri Muhammad Azmi, Dar Mahmoud for Publishing and Distribution, 2020.
13 -Concise Guide to Roman Law, Sophie Abu Talib, Cairo, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, 1965.
14 -Al-Wasit in Explaining the Introduction to Civil Law, Ramadan Abu Al-Saud, Introduction to Law, Alexandria, Dar Al-Jami'a Al-Jadida, 2003.

Academic Theses and Dissertations.:

1- The Role of Custom in Objective Criminal Law, Nabras Jabbar Khalaf Mohammed Al-Hilfi, PhD Dissertation, College of Law, University of Baghdad, 2017, p. 132.
2-Jurisprudence of New Issues for Muslim Minorities: Foundations and Applications, 22Mohammed Yousri Ibrahim, University Thesis, Dar Al-Yusr, Cairo, 2013, p. 61.

Fourthly: Legislations

1 -Egyptian Commercial Law No. 17 of 1999.
2 -Iraqi Penal Code No. 111 of 1969.
3 -Egyptian Penal Code No. 58 of 1937.
4 -Iraqi Civil Code No. 40 of 1951 (amended.(