

العنوان:	دور العرف فى التجريم
المصدر:	المجلة المصرية للدراسات القانونية والاقتصادية
المؤلف الرئيسي:	حسن، إيهاب محمد
المجلد/العدد:	ع10
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2018
الناشر:	احمد عبد الصبور الدجاوي
الشهر:	يناير
الصفحات:	531 - 565
رقم MD:	878911
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	EcoLink, IslamicInfo
مواضيع:	القوانين والتشريعات، السلوكيات المجتمعية، التكليف الجنائى، القانون الجنائى، العرف المجتمعى
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/878911

دور العرف في التجريم

إعداد

دكتور/ إيهاب محمد حسن

دكتوراه القانون الجنائي

كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية

المحامي بالنقض والإدارية العليا

1438هـ - 2017م

إهداء

يقول النبي صلي الله عليه وسلم: {إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له} صدق رسول الله صلي الله عليه وسلم.

فإلى روح أبي الطاهرة أهدى هذا المؤلف. فاللهم اغفر له وارحمه وأدخله جنات النعيم، فإنك أنت الغفور الرحيم. فادعوا له معي؛ فمن دعا لميت سخر الله له من يدعو له بعد مماته.

المستخلص

الواقع أن دور العرف في التجريم لم ينل قسطاً وفيراً من الدراسة في الفقه فمعظم جوانبه لا تزال غامضة مجهولة. ومرد ذلك راجع لتناوله بصفة عامة ضمن القسم العام من قانون العقوبات، أو ضمن محددات عناصر بعض الجرائم، دون استظهار دوره الحقيقي في النص التجريمي بشكل أكثر عمقاً.

لذا خصصنا هذه الدراسة لتسليط الضوء على دور العرف في التجريم وصولاً لدوره الحقيقي في نظرية الجريمة.

ولقد أسفرت الدراسة عن رفع اللثام عن دور العرف الحقيقي في مجال شق التكليف، علي نحو لا يوجد معه محل، في تفسير القاعدة الجنائية فالمسألة ليست مسألة تفسير؛ فالتفسير معناه الكشف عن إرادة الشارع من ثنايا الألفاظ المستخدمة في صياغة القاعدة الجنائية، إنما هي مسألة تحديد للسلوك المأمور به أو المنهي عنه ذاته بتفويض العرف في تحديده.

Abstract

Indeed, the role of custom in criminalization has not received a lot of study in the jurisprudence most of its aspects are still unknown unknown. This is generally referred to in the general section of the Penal Code or within the determinants of certain crimes. Without memorizing his real role in the text of the script more deeply.

This study highlights the role of custom in real criminality down for his role in the crime theory.

The study has resulted in the lifting of the veil on the role of a real custom in the area of incision commissioning, as there is with the place, in the interpretation of criminal Qaeda issue is not a matter of interpretation; explanation means disclosure will the street from the folds of the terms used in the formulation of the criminal rule, but it is a matter of determine the behavior is enjoined or forbidden itself commissioned custom to select.

مقدمة

تمهيد:

يجمع الفقه علي إنكار دور العرف في إنشاء قواعد جنائية جديدة، أو إلغاء قواعد جنائية قائمة⁽¹⁾ ويظل الفعل مُعْتَبَرٌ " جريمة " ولو كف القضاء عن تطبيق نص التجريم أمداً طويلاً. فالطالب في الامتحان الذي ينجح في اختلاس ورقة إجابة لزميل له ويضع عليها اسمه زوراً، يظل فعله مكوناً لجريمة تزوير (المادتين 211، 212 عقوبات)، حتى ولو جري العرف على عدم رفع الأمر إلي القضاء اكتفاء برسوبه وفصله من الجامعة. وكذلك فإن إطلاق أعيرة نارية في الأفراح يكون جريمة معاقب عليها بالمادة 2/379 عقوبات ولو جري العرف علي التسامح في مثل هذه المناسبات. بيد أن الفقه لا ينكر دور العرف في نطاق تحديد النص التجريمي؛ فيرتب له أثراً في نطاق الإباحة، وتكملة وتفسير النص الجنائي.

عرض المشكلة:

والمشكلة تكمن في أن العرف سلوك يطرد عليه عمل الناس. والعرف - بهذا التحديد - لا يمكن أن يكون مصدراً لقاعدة جنائية مجرمة. فإذا باشر أحد الأشخاص عملاً ثم اتهم بأنه باشر عملاً مما تقوم عليه الأعراف فدفع بعدم وجود نص يقرر ذلك، فإذا ما ووجه بالعرف دفع بأن التجريم يقتضي تحديداً تشريعياً للفعل المجرم. فأبي عرف هو المنطبق؟ هل هو الذي كان قائماً عند تقرير الحظر، أو الذي يمكن أن يقوم بعد تقريره؟ فإن قلنا بالأول رد علينا ولما لم يحصر الشارع هذه الأعمال قياًماً بواجبه في تحديد الأفعال المحظورة، وكان حصرها سهلاً عند وضع النص. وإن قلنا بالثاني قيل وكيف يتصور أن ينشأ عرف على خلاف القانون؟ أليس العرف سلوكا يطرد عليه عمل الناس؟ وإذا كان القانون يحظر سلوكا يخالف العرف السائد فكيف يتصور أن يأتي شخص هذا السلوك ويقبل منه ثم يتبعه فيه آخرون رغم مخالفته للقانون؟!.

(1) د. محمد كامل مرسى ود. السعيد مصطفى السعيد، شرح قانون العقوبات المصري الجديد، الطبعة الثانية 1943، ص 106. د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، دار الفكر العربي، طبعة 1990، بالقاهرة ص 31 وما بعدها. ود. جلال ثروت، نظم القسم العام، نظرية الجريمة، الجزء الأول، طبعة 1995، دار المطبوعات الجامعية، ص 44. ود. عبد الفتاح الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، طبعة 1997، دار النهضة العربية، بالقاهرة: ص 71. وأستاذنا د. عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2000، ص 8. ود. محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي، بدون سنة طبع ودار نشر، ص 111.

أهمية المشكلة:

والنتيجة - طبقاً لهذا - أن الأعمال محصورة فيما تجري عليه وقت تقرير الحظر فلا يمنع أحد ولا يعاقب إذا باشر عملاً غيرها ولو جرت عليه الأعراف من بعد؛ لما في ذلك من تعارض مع "مبدأ الشرعية"، وتهديد حرية الأفراد في المجتمع. والابعاد القانونية لهذا الأمر ستكون موضع جدل قانوني وفقهي وقضائي فمنهم من يتفق، ومنهم من يختلف. أذن لا بد من الوقوف على دور العرف في النص التجريمي، ومدى تأثير النص الجنائي به.

محددات الدراسة:

ورغم الأهمية البالغة لموضوع الدراسة، إلا أن الكتابات القانونية تجرى على طرح دور العرف في التجريم بصفة عامة ضمن القسم العام من قانون العقوبات، أو ضمن محددات عناصر بعض الجرائم. دون مناقشة وبيان دوره في النص التجريمي.

أهداف الدراسة:

تهدف هذه الدراسة إلى تقديم معالجة قانونية شاملة لدور العرف في التجريم، ومدى تأثير النص الجنائي به فهذه الدراسة تهدف بالدرجة الأولى إلى عرض الموضوع ولفت الأنظار إلى أهمية معالجته على المستوى الفني. تأكيداً على خصوصية المعالجة المطلوبة لموضوع الدراسة بالنظر إلى واقع تقنيات النص الجنائي.

تحديد نطاق البحث:

وينحصر نطاق البحث في بيان دور العرف في شق التكليف في القاعدة الجنائية الذي يظهر في السلوك المأمور به أو المنهي عنه والذي يوضع الجزاء من أجل كفالة احترامه.

منهج البحث:

ودراسة دور العرف في التجريم ليست بدراسة وصفية، تقتصر على سرد لبعض الآراء، إنما هي دراسة تأصيلية تحليلية (انتقادية) وصولاً لبيان الدور الحقيقي للعرف في النص التجريمي.

خطة البحث:

وحرصاً على جلاء الموضوع فلقد آثرنا أن نمهد له **{بمبحث أول}** نتناول فيه -
بالقدر اللازم للدراسة - ماهية العرف؛ ليساعدنا علي فتح الطريق أمامنا لدراسة الموضوع
بشكل أكثر وضوحاً وإماماً. حتى يتبين لنا دوره في شق التكليف الجنائي؛ فيمكننا بيان دوره
في نطاق الإباحة **{المبحث الثاني}**، وتفسير النص الجنائي **{المبحث الثالث}**،
وفي تحديد شق التكليف **{المبحث الرابع}**، ثم لنا بعد ذلك أن نتساءل عن مدى الجهل به
{المبحث الخامس}، ثم أخيراً عن مدى دستورية النص بعد تأثير العرف عليه **{المبحث
السادس}**.

المبحث الأول ماهية العرف

تعريف العرف:

العرف سلوك يطرد عليه عمل الناس في أمورهم ومعاملاتهم ويعتبرونه ملزماً لهم من الوجه القانونية. وهو بهذا التحديد يعد مصدر رسمي فطري وضروري يعطي القاعدة القانونية قوة ملزمة في العمل، خاصة حيث الحياة البدائية، والمحافظة على التقاليد شديدة والسلطة في الجماعة ضعيفة غير متمركزة في يد هيئة معلومة لها القدرة على حق الأمر بالقاعدة القانونية والجبر على طاعتها. وبتقدم المدنية وتعدد حاجات الجماعة، لم يكن بد للعرف من النزول للتشريع عن مكانه كمصدر أصيل للإلزام بالقواعد القانونية، وأن يبقى مصدراً تكميلياً يلزم بالقواعد القانونية ليسد ما قد يوجد فيه من نقص (1).

أركان العرف:

والسلوك لا يصبح عرفاً إلا بتوافر ركنين أساسيين: أولها مادي، وهو اطراد العمل بين الناس بسنة معينة. وهذه السنة تنشأ بمعزل عن توجيه أو أمر السلطة الحاكمة، فتنشأ نشوءاً ذاتياً؛ وذلك إما بدافع الإحساس بضرورة هذه السنة، وإما بدافع الاستحسان لها، وإما بدافع التقليد لغيرهم في اتباعها (2).

(1) تنص المادة 1 من القانون المدني على أنه " (1) تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. (2) فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". ولقد ورد بالأعمال التحضيرية للقانون المدني بأن العرف هو "المصدر الشعبي الأصيل الذي يتصل اتصالاً مباشراً بالجماعة ويعتبر وسيلتها الفطرية لتنظيم تفاصيل المعاملات ومقومات المعايير التي يعجز التشريع عن تناولها بسبب تشعبها أو استعصائها على النص". ولذلك ظل هذا المصدر إلى جانب التشريع مصدر تكميلياً خصباً لا يقف إنتاجه عند حدود المعاملات التجارية بل يتناول المعاملات التي تسرى في شأنها قواعد القانون المدني وسائر فروع القانون الخاص والعام على السواء". مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول، ص 188. وراجع في ذلك المعنى د. حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية: الطبعة السادسة، 1993، ص 272. ود. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت: الطبعة الرابعة، 1983، ص 151. وعلى وجه الخصوص أ. أحمد بن رافع حامد العزيزي المطيري، العرف في التشريع الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، رسالة ماجستير، 2010، ص 17. حيث يرى أن العرف هو: الأمر الذي استقرت عليه النفوس، في بيئة معينة، من قول، أو فعل، نتيجة المداولة والتكرار. وفي تقديرنا أن التعريف الأخير لم يأت بجديد في التعريف الاصطلاحي للعرف.

(2) يستخدم بعض الفقه لفظ تواتر وسنة. د. حسن كيره، مرجع سابق، ص 274.

ويشترط لتكوين الركن المادي المكون للقاعدة العرفية: التكرار، والعمومية، والقدم، والثبات، وعدم مخالفة النصوص القانونية الأمرة، وعدم مخالفة النظام العام والآداب⁽²⁾. بيد أنه يذهب رأى في الفقه إلى أن مثل هذا الشرط الأخير لا يصدق إلا في حق العرف المحلى والعرف المهني أو الطائفي⁽³⁾.

ولا يكفي لتكون القاعدة العرفية وجودها المادي، بل ينبغي لها فضلاً عن ذلك وجود معنوي يتمثل في قيام عقيدته في نفس من يتبعون هذه السنة باطراد، يعنى ذلك أن يسود الشعور لدى الناس بأنهم ملزمين بإتباع هذا السلوك المطرد بشأن مسألة معينة، ويعتقدون بأنه ملزم بمعنى أنهم يتعرضون للجزاء إذا ما خالفوه باعتباره قاعدة قانونية وهذا الاعتقاد لا يتكون طفرة وإنما يأتي بصفة تدريجية وبشكل غير محسوس، ثم يرسخ، فإذا بغالبية الناس تدرکه وهذا ما يبرر اختلاف وجهات النظر حول ما إذا كان هذا الاعتقاد متوافراً أو غير متوافر، فالمسألة إحساس وليست مسألة مادية تلمس أو ترى، كما يبرر من ناحية أخرى القول في وقت معين بأن هذا الاعتقاد متوافر وحينئذ فإنه لا يكون هناك جدال حول قيام قاعدة عرفية⁽⁴⁾.

التمييز بين العرف والعادة الاتفاقية:

والركن المعنوي هو الذي يميز العرف عن مجرد العادة، إذ يجتمع للعرف الوجود المادي والمعنوي علي السواء، بينما لا يجتمع للعادة إلا وجودها المادي فقط⁽⁴⁾.

(1) راجع بشكل أكثر تفصيلاً د. حسن كيره، المرجع نفسه، ص 273 وما بعدها. د. عبد الرزاق السنهورى ود. أحمد حشمت أبو ستيت، المدخل لدراسة القانون، طبعة 1941، ص 82 وما بعدها. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - المدخل للعلوم القانونية، الجزء الأول، الطبعة السادسة، 1987، ص 406.

(2) الرهينة - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - نظام متبع على ما جرى عليه العرف الكنسي ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام. "الطعن رقم 9 لسنة 32 ق، جلسة 1966/5/31، س 17 ج 3 ص 1291. والطعن رقم 57 لسنة 11 ق، جلسة 1942/5/14 مج ربع قرن ج 1 ص 324 ق 65.

(3) د. حسن كيره، المرجع نفسه، ص 273. وأيضاً د. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، جامعة بنها كلية الحقوق، طبعة 2008/2007، ص 171 و 172.

(4) راجع بشكل أكثر تفصيلاً د. حسن كيره، مرجع سابق، ص 276 وما بعدها.

العرف في قانون العقوبات:

يجمع الفقه كافة على أن ليس للعرف نصيب في قانون العقوبات، نظراً لاحتكار التشريع حق تقرير الجرائم والعقوبات، فالقاعدة الأساسية في قانون العقوبات تقضي بأنه " لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ". وعلى ذلك فعند خلو التشريع من نص تجريمي، لا يكون أمام القاضي إلا تبرئة المتهم دون أن يملك الالتجاء الي العرف لسد نقص التشريع الجنائي.

وإذا كان العرف لا يملك تقرير جريمة حيث يوجد نص جزائي، يكون الالتجاء إليه متصوراً على سبيل الاستثناس بصفته معيناً على تفسير النص وتحديد مضمونه.

المبحث الثاني دور العرف في الإباحة

الجريمة هي ارتكاب الفعل المؤثم قانوناً، في غير حالات الإباحة، فوجود إحدى هذه الحالات من شأنه أن ينزع عن الجريمة اللامشروعية الجنائية فتصبح فعلاً مشروعاً استثناءً، ويظل الفعل رغم هذا جريمة إذا ارتكب في غير هذه الحالات⁽¹⁾.

بيد أن مصدر أسباب الإباحة يختلف عن مصدر التجريم. ففي حين لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، فإن الإباحة يجوز أن تستند إلى العرف. ولا يحمل ذلك مساساً بمبدأ الشرعية؛ لأن الإباحة لا تتضمن تجريماً أو عقاباً، بل ترفع صفة التجريم عن الفعل. فإذا أوردنا الخروج على الأصل (الإباحة)، وجب النص التجريمي المكتوب، أما إذا أوردنا العودة إلى الأصل بإباحة الفعل بعد تجريمه أمكننا الاستناد للعرف كمصدر غير مكتوب.

وللعرف دوراً مؤثراً في إضفاء الصفة المشروعة على أفعال هي في أصلها جرائم؛ كتحويل المخدم وملقن المهنة حق تأديب خادمه أو صبيه. وتحديد مدى جسامة الأفعال التي يجيزها حق التأديب وإباحة أفعال العنف التي تمارس بها الألعاب الرياضية، وتحديد مدى جسامة ما يباح منها. والنص التجريمي هنا يحيل ضمناً في تحديد الواقعة التي تحكمها إلى فروع قانونية غير جنائية يكون العرف مصدراً للقواعد القانونية فيها فيؤثر العرف بالتالي على نطاق تطبيق القاعدة الجنائية في شقها التكميلي.

(1) وتختلف المشروعية الاستثنائية عن المشروعية الأصلية والتي فيها لا يعتبر الفعل جريمة أصلاً لعدم وجود نص يجرمه، فيستمد إباحته من مبدأ أن الأصل في الأفعال الإباحة وأن لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. و يترتب على هذه التفرقة بين هذين النوعين من المشروعية نتائج هامة وهي أن في المشروعية الاستثنائية يتمتع الفعل بالمشروعية في نطاق القانون الجنائي وغيره من سائر فروع القانون الأخرى، ولا سيما القانون المدني، بحيث لا يخضع مرتكبه لأي نوع من أنواع المساءلة القانونية. أما في المشروعية الأصلية، فقد يقتصر أثرها على خروج الفعل أصلاً من نطاق التجريم وإن كان من الممكن رغم هذا دخوله نطاق المسؤولية القانونية في فرع آخر من فروع القانون. د. عبد الفتاح الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، مرجع سابق، ص 345.

إلا أن بعض الفقه ذهب إلى اعتبار الأفعال التي جري عليها العرف مباحة (موافقة للقانون) رغم صدور نص يجرمها؛ لكون النص لم يستهدف تجريمها في الأصل ولم يشر إليها صراحة. ومثال ذلك ما جري عليه العرف بعدم العقاب على أفعال الإقلاق للسكينة العامة في الأعياد والمناسبات، وكذلك إطلاق أعيرة نارية في الأفراح (المادة 2/379 عقوبات)، وأيضا عدم العقاب على الأفعال التي تشكل فعلا فاضحا علنيا(المادة 278 عقوبات) كالظهور على الشاطئ بالمايوهات، وأيضا الملبوسات التي تتفق وتطور الزى.و ذلك لأن العرف قد جرى - حتى قبل وضع هذه المواد - على ذلك ولم تأت هذه المواد بتجريم صريح لهذه الوقائع المباحة (1).

وفي تقديرنا أن ما ذهب إليه هذا الرأي محل نظر؛ ذلك أنه يخالف قاعدة أساسية قوامها أن العرف لا يقوى على إلغاء قواعد جنائية قائمة وإن كان سابق على وضع النص التجريمي.و يظل الفعل مُعْتَبَرٌ " جريمة " ولو كف القضاء عن تطبيق نص التجريم أمداً طويلاً.صحيح أن هذه النتيجة ربما تبعد عن قصد الشارع ؛ لكنها في النهاية مخالفة لنص تجريمي يعاقب عليه القانون حتى ولو جري العرف علي التسامح فيه، والقول بعكس ذلك يجعل من العرف ذريعة لإلغاء أو إيقاف قواعد جنائية قائمة. فهذا العرف بلا ريب يخالف النظام العام للدولة فلا يمكن له (العرف المخالف) أن يوقف قواعد جنائية قائمة، فضلاً عن مخالفته للآداب فالنص التجريمي يعطى حد أدنى للآداب العامة في المجتمع؛ وهو بذلك لا يمكن اعتباره مصدراً لأسباب الإباحة(2). وفي تقديرنا أن هذا العرف - الفاسد - يمكن أن يكون أدعى لتخفيف العقاب لا إباحة الفعل.

ويدعم هذا القول ما انتهى إليه فقه القانون المدني من أن العرف لا يملك - كقاعدة عامه - إلغاء التشريع، لأنه أدنى منه مرتبة ولا يملك الأدنى نسخ الأعلى.

(1) د. مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 32 وما بعدها. ود.جلال ثروت، مرجع سابق، ص وما بعدها. 44.

(2) راجع ما سبق ص 8 و9.

ومقتضي هذا القول عدم التسليم بما يذهب اليه بعض الفقهاء⁽¹⁾ من إمكان إلغاء التشريع ونسخه عن طريق اهمال تطبيقه مدة طويلة أي عن طريق عدم إعماله (d'esuetude). فليس اهمال التشريع وعدم إعماله مدة طويلة إلا عرفاً سلبياً مخالفاً للتشريع، والعرف كما سبق البيان لا يملك إلغاء التشريع لأنه مجرد مصدر تكميلي له فيكون بالتبعية أضعف منه. فالتشريع إذن مادام لم يبلغ صراحة أو ضمناً بتشريع لا حق، يظل قائماً دون أن يعتبر تواتر اهمال تطبيقه نسخاً أو الغاءً له.

(1) انظر خاصة:

Boudant et B'equignon-Lagarde, Cours de droit Civil franc,ais, 2`eme- `ed.,t.l, NO. 177- Lebrun ,Th`ese Pr`ecit`ee, Nos.433-448.

أشار اليه د. حسن كبيره، مرجع سابق، ص337.

المبحث الثالث

دور العرف في تفسير النص الجنائي

يتعين على القاضي - في بعض الجرائم - أن يحتكم إلى العرف لكي يقرر ما إذا كانت الجريمة متوافرة أو غير متوافرة؛ كتحديد ما إذا كان لفظ معين يعتبر سباً، وما إذا كان سلوك معين يعتبر ماساً بالحياء العام، كارتداء ملابس تكشف عن بعض أجزاء الجسم، أو صدور إشارة يدعي أن لها دلالة ماسة بالحياء فهذه الأمثلة وغيرها يقتضي الاحتكام إلى العرف الذي يحدد في مكان وزمان الفعل.

ولا ريب في الاعتراف للعرف بدور في تحديد الواقعة محل التجريم طالما أنه لا يتعارض مع مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات؛ طالما أن النص الجنائي ينطوي على أفكار مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان ويعتمد في تحديد معناها على العرف الجاري في شأنها.

كما إن له دوره في تحديد أركان بعض الجرائم؛ كتحديد فكرة الملكية للمنقول بما إذا كان المال الذي أتهم شخص بسرقة يعتبر ملكاً لغيره، فيقتضي ذلك إدانته أم ملكاً له فيتربط على ذلك تقرير براءته، يتطلب تطبيق القواعد الخاصة بتحديد مالك هذا المال والعرف دون شك يعتبر مصدراً لبعض هذه القواعد⁽¹⁾.

وكذلك الشأن في جريمة خيانة الأمانة؛ حيث تقتضى وجود عقد من عقود الأمانة، كالوديعة، أو الإجارة، أو عارية الاستعمال، أو الرهن، أو الوكالة، الأمر الذي يتطلب تطبيق القواعد الخاصة بها الرجوع للقانون المدني والذي يعد العرف فيه من مصادره الرئيسية.

ولا يقف الأمر عند هذا الحد بل ذهب رأى في الفقه إلى إدراج " العرف القضائي" في هذا المجال، ويعني به استقرار القضاء على تحديد معين لبعض الأفكار

(1) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 111. ود. سليمان عبد المنعم، أصول المحاكمات الجزائية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، بيروت: ص 39.

الشرعية والقانونية التي لم يرد نص بتحديدتها، ولكن القضاء أورد لها تعريفاً وتفضيلاً لا استقر عليها، مثل تعريف المحرر في التزوير، والأخذ في السرقة⁽¹⁾.

وإذ أن الأصل هو عدم التوسع في تفسير المواد الجنائية، بيد أن العرف المعتبر يعطى للقاضي سلطة تقدير الأفعال حق قدرها وفق ذلك المعيار، ولا يعد ذلك توسعاً في تفسير النص الجنائي طالما أن هذا التوسع مفهوم من النص تحت إطار مبدأ الشرعية. أما المرفوض هو ذلك التوسع غير المفهوم من النص، فليس علي القاضي تأويل النص بإخراجه من مضمونه؛ لأنه بذلك أوجد ما لم يوجد؛ فالقانون الجنائي له أن يضرب على أيدي المجرمين، لكن ليس له أن يمس الأبرياء بسوء.

إلا أن الفقه يخلط بين تفسير النص الجنائي وتكملة النص الجنائي؛ فيرى بعض الفقه أن للعرف دوراً في تكملة النص الجنائي⁽²⁾. وفي تقديرنا أن هذا الرأي محل نظر؛ لأن افتراض ذلك يقتضى نقصاً في النص الجنائي ذاته وهو ما لا تستقيم معه القاعدة الجنائية التي يظهر في السلوك المأمور به أو المنهي عنه ويوضع فيها الجزاء من أجل كفالة احترامه. فليس معنى اللجوء إلى فروع أخرى من القانون يعد العرف فيها من

(1) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 111. وقد قضت محكمة النقض بأنه " إذ كانت قواعد التفسير لنصوص القانون في هذا النطاق يتأذى منها أن المحرر هو كل مسطور ينتقل به فكر أو معني معين أو محدد من شخص إلي آخر، عند مطالعته أو النظر إليه، أيا كانت مادته أو نوعه أو اللغة أو العلامات التي كتب بها فإنه يخرج عن معني المحدد في صحيح القانون. كل ما لا يعد بحسب طبيعته محرراً، كالعبارات والآلات... إذ هي بحسب طبيعتها الغالبة تبقى كذلك، فلا يخرجها عن طبيعتها تلك أن تتضمن بعض أجزئها أنها كتابات أو علامات أو أرقاماً أيا كان نوعها". الدوائر الجنائية، نقض رقم 2464 لسنة 55 ق جلسة 1985/1/27، مجموعة أحكام النقض، س 36، ص 1122. <http://www.cc.gov.eg>. ولقد عدل الشارع الفرنسي المادة 441-1 فوسع من محل التزوير بحيث أصبح لا يقتصر علي ما يصدق عليه وصف المكتوب فقط، وإنما يمتد ليشمل أي دعامة أخرى تحتوى علي الفكر.

Article 44-1 Constitue un faux toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques. Le faux et l'usage de faux sont punis de trois ans d'emprisonnement et de 45000 euros d'amende.

(2) د. مأمون محمد سلامة، مرجع سابق، ص 33. ود. جلال ثروت، مرجع سابق، ص 45.

مصدرها الرئيسية نقصاً في النص الجنائي بل هو تحديد للسلوك المأمور به أو المنهي عنه الذي أطلقه النص الجنائي تحت لواء مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات؛ فالأمر لا يعدو أن يكون تفسيراً للنص الجنائي لبيان حده الأعلى من الأدنى وقت تطبيق النص دون إكمال أو استكمال؛ فالقاعدة غير الجنائية المستندة للعرف لا تندمج في التكليف الجنائي⁽¹⁾.

(1) راجع على وجه الخصوص التمييز بين القواعد الجنائية والقواعد غير الجنائية. د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق. بالقاهرة: طبعة 2002، ص 64 وما بعدها.

المبحث الرابع

دور العرف في تحديد شق التكليف

يظهر شق التكليف في القاعدة الجنائية في السلوك المأمور به أو المنهي عنه والذي يوضع الجزاء من أجل كفالة احترامه. والقاعدة الجنائية - على نحو ما تمليه طبيعة التكليف فيها - بدلاً من أن تشتمل في نص واحد على شق التكليف وشق الجزاء قد توزع شق التكليف علي نص أو أكثر وشق الجزاء علي نص واحد. وقد تلتزم قالباً حراً في تحديد شق التكليف لما لطبيعة السلوك المأمور به أو المنهي عنه من تعذر في الإحاطة بوصفه الدقيق. وقد يساهم العرف بدور لا بأس به في تحديد شق التكليف على بياض، والتكليف الحر.

التكليف على بياض:

تملي طبيعة التكليف المأمور به أو المنهي عنه على الشارع توزيعه علي نص أو أكثر وشق الجزاء علي نص واحد، إلا أن الشارع يحيل في تحديد التكليف إلى قاعدة قانونية غير جنائية⁽¹⁾. ومثال ذلك ما يقرره قرر الشارع المصرفي المصري في المادة 127 من قانون البنك المركزي من معاقبة كل من يقترف مخالفة أخرى لأحكام هذا القانون أو القرارات الصادرة تنفيذاً له، بعقوبة الغرامة التي لا تقل عن خمسمائة جنيه ولا تجاوز خمسة آلاف جنيه. ومن المعلوم أن المخالفات والقرارات الصادرة من البنك المركزي تنفيذاً لهذا القانون يتحكم في تحديدها العرف المصرفي؛ لذلك ذهب جانب من الفقه إلى انتقاد هذا النص بأنه غير دقيق في مجال التجريم، فهو لا يشير إلي فعل محدد بذاته⁽²⁾.

وفي تقديرنا أن النقد غير سديد؛ فكل ما هنالك أن القاعدة الجنائية بدلاً من أن تشتمل في نص واحد علي شق التكليف وشق الجزاء وزعت شق التكليف علي نص أو أكثر وشق الجزاء علي نص واحد، فكان ما كان مما حسبه هذا الجانب من الفقه تجهيلاً لمحل التجريم. ولا شك أن مسلك الشارع فيه إرهاب واضح للمخاطبين لكنه لم ينتهك مبدأ الشرعية.

(1) د. عبد الفتاح الصيفي، القاعدة الجنائية (دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر)، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت: طبعة 1967، ص 220.

(2) راجع في شرح هذا المثال بشيء أكثر تفصيلاً رسالتنا للدكتوراه، نظرية الحماية الجنائية للعمليات المصرفية، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2014، ص 105 وما بعدها.

التكليف الحر:

كثيراً من الأفعال المجرمة، ليس لها معيار فني يحددها تحديداً جامعاً مانعاً، فهي تستعصي علي التحديد؛ لكونها شديدة التنوع والاختلاف، سريعة القابلية للتشكل والتطور. فمرجعها الأول هو العرف؛ كتحديد ما إذا كان لفظ معين يعتبر سباً، وما إذا كان سلوك معين يعتبر ماساً بالحياء العام، وتحديد ما يعتبر عمل من أعمال البنوك⁽¹⁾ فهذه الأمثلة وغيرها يقتضي الاحتكام إلى العرف الذي يحدد في مكان وزمان الفعل.

صحيح أن مسلك الشارع فيه إرهاب للمخاطبين حول تحديد شق التكليف تحديداً دقيقاً؛ لأن العرف يحتاج لتكرار وتواتر حتى يعتقد بقوته الملزمة. لكن طبيعة الأفعال المجرمة - في كثير من الأحيان - تأبى هذا التحديد الجامد؛ ففكرتها مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان؛ لذا يعتمد في تحديد معناها علي العرف الجاري في شأنها. طالما أن العرف يعد في خصوص تحديدها من مصادرها الرئيسية. فلا تعارض في تقديرنا بين النص المجرم ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات طالما أن الشارع قد نص صراحة فيه على تجريم مباشرة هذه الأفعال ملتزماً قلباً حراً في تجريمه لهذه الجريمة، فليس في ذلك إهدار أو تهديد لمبدأ الشرعية، فهذا الاختيار يرتكز علي فلسفة التزامها الشارع عند صياغة القاعدة الجنائية المصرفية قوامها حماية المصلحة المصرفية من كل ما يضر بها أو يهددها، فاقترض ذلك تجريم كل سلوك يضر بها أو يهددها. وليس فيما انتهجه الشارع بالنص ابتداءً غير مسبوق، إذ كثيراً ما يعتمد قانون العقوبات - وهو الشريعة العامة في مجال التجريم والعقاب - هذا المنحى في التأثيم.

والعرف هنا في تقديرنا يلعب دوراً مقيداً لهذا القالب الحر في التجريم، فمباشرة أعمال البنوك مثلاً، باعتبارها عملاً مجرمًا لا تخضع لحرية القالب الذي استخدمه الشارع، بل يحدده العرف المصرفي، فليس كل عمل تقوم به المصارف يعد عملاً مصرفياً، لكن يلزم أن يجري

(1) يحظر الشارع المصري علي الأفراد والهيئات والمنشآت غير المسجلة طبقاً لأحكام قانون البنك المركزي مباشرة أي عمل من أعمال البنوك (المادة 31 من قانون البنك المركزي) وأفرد لمن يقترب هذا الفعل عقوبة الحبس والغرامة أو إحداهما (المادة 1/119 من قانون البنك المركزي). راجع بتفصيل أكثر رسالتنا للدكتوراه، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها.

العرف المصرفي علي اعتباره من أعمال البنوك. سواء كان هذا العرف سابقاً علي النص التجريمي أم لاحقاً عليه. ولهذا فلا حرج علي البنوك إذا أنشأت عرفاً يجيز لها مباشرة أعمال اقتضتها وظيفتها كبنوك. لكن هذا يقتضي فيمن يراد عقابه أن يكون عالمًا بهذا العرف.

المبحث الخامس العلم بالعرف

قلنا فيمن يراد عقابه أن يكون عالماً بالعرف، وهو لازم. إلا أن الصعوبة تبرز في أن العرف غير مكتوب ومنشور، فكيف يثبت العلم به سيما إذا كان العرف حديثاً؟.

العلم بطبيعة الفعل وآثاره لازم؛ بل يمتد إلي كل عنصر لازم لقيام الجريمة، فإن جهل الجاني بطبيعة فعله أو خطأ في تقدير عاقبته فأنتهي به الفعل إلي إتيان عمل درج عليه العرف فالجريمة لا تنهض في هذه الحالة. فجهل الجاني بما درج عليه العرف، أو خطئه في تحديدها هذا العرف باحتمال أن يكون من عدمه لا تستقيم معه الجريمة، فالجريمة بطبيعتها عمدية في هذه الأحوال. فمن المسلم به أن العلم يقاس بمعيار شخصي لا موضوعي، وما دام الشخص لم يعلم أو جهل باحتمال وجود عرف من عدمه؛ فلا وجه للنعي عليه بأنه قصر في تقليب الأمر علي وجوهه؛ لأن ذلك من شأنه أن يكون مسئولاً علي وجه الإهمال. وما دنا بصدد جريمة عمدية فلا يمكن أن يقوم الجهل مقام العلم الحقيقي ولو كان هذا الجهل فاحشاً لا يغتفر⁽¹⁾.

أما الخطأ غير العمدي، فالغلط هو جوهره⁽²⁾ وضابط تميزه هو إمكان التوقع. فإن جهل الجاني بالقواعد الاجتماعية (كالعرف) فأوقعه في غلط يمكن توقعه بشيء مناسب من الانتباه والحيطة. فيسأل الجاني هنا عن عدم العلم بالعرف أو بالأحرى عدم تفادي الوقوع في الغلط لعدم اتخاذه شيء مناسب من الانتباه والحيطة. أما إذا فإن جهل الجاني بالقواعد الاجتماعية (كالعرف) ولم يكن بوسعه العلم به حتى ولو أتخذ شيء من الانتباه والحيطة فلا يسأل الجاني عن الجريمة غير العمدية. فالعرف يقتضي وضع الأشياء بعيداً عن متناول الأطفال؛ فهم دائمو الاستطلاع سريعو وضع الأشياء في الفم. فإذا تركت الأم كيس من السم فوق المائدة التي يلعب حولها الأطفال. فهذه الأم ارتكبت الخطأ. أما إذا كانت تعتقد أنه سكر، كما طلبته من البقال

(1) والجهل معناه: حالة ذهنية تفيد نقص العلم كلاً أو جزءاً حول موضوع معين. راجع ALIMENA, La colp أشار إليه د. جلال ثروت، نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، دار الهدى للمطبوعات، 2000، ص 238.

(2) الغلط معناه: عدم التطابق بين الحقيقة والتصور، أي التفاوت بين ما يقوم في الذهن (تصورنا للشيء) وبين حقيقة هذا الشيء. د. جلال ثروت، المرجع نفسه، ص 238.

وأضح أنه سم فإنها لا تكون قد ارتكبت خطأً بتركه علي المائدة، لأن توقع الحدث لم يكن ممكناً.

أما في الجريمة متعدية القصد، فلا بد لقيامها أن تكون هناك جريمة أساسية (عمدية) تتصرف فيه إرادة الجاني إلي ترتيب الحدث البسيط (العمد) بكل عناصره، بما في ذلك العرف كعنصر من عناصر الجريمة العمدية، وهذا هو الحد الايجابي. لكن هذه الإرادة لا تتصرف إلي ترتيب الحدث الجسيم وذلك هو الحد السلبي⁽¹⁾. فإن تخلف العلم بالعرف باعتباره عنصراً في قيام الجريمة العمدية ؛ فلا تقوم بذلك الجريمة متعدية القصد، لعدم وجود الجريمة الأساسية العمدية **delitto-base**⁽²⁾.

وإذا كان العرف مسألة واقع لا قانون؛ فعلي القاضي أن يقيم الدليل عليه وأن يتحرى ذلك العلم اليقيني الحقيقي بالعرف فإن لم يقد الدليل عليه انتفت الجريمة. فالعلم أو الجهل ينصب على قاعدة عرفية غير جنائية لكنها عنصر في القاعدة الجنائية؛ لذا فلا يقبل الاعتذار بالجهل بالفعل المجرم ذاته.

وهذا القول الأخير يحتاج إلى تفصيل أكثر؛ فما المقصود بالجهل بقاعدة عرفية غير جنائية لكنها عنصر في القاعدة الجنائية؟ ؛ الجهل بأحكام أو قواعد قانون آخر غير قانون العقوبات أو الخطأ فيها يجعل الفعل المرتكب غير مؤثم. وحالة ما إذا كان محل الجهل قانون غير قانون العقوبات - وىعنى ذلك أنه إذا تذرع الجاني بالجهل بأحكام قانون آخر غير قانون العقوبات كالقانون المدني أو التجاري أو الإداري قبل منه ذلك وعد القصد منتقياً - أما إذا كان محل الجهل أو الغلط قانون العقوبات ذاته فلا يقبل الاعتذار ولا ينتفي القصد.

وتوضيح هذه التفرقة يقتضى أن نذكر أن عددا من الجرائم لا تكتمل أركانها إلا إذا اكتسبت بعض الوقائع التي تقوم علىها تكىف قانونيا معنا وهذا التكىف هو ثمرة تطبيق قواعد قانون العقوبات فإذا جهل الجاني هذه القواعد فقد جهل هذا التكىف وكانت

(1) د.جلال ثروت، مرجع سابق، ص 395 وما بعدها.

(2) جري العرف علي حق المخدوم في تأديب الخادم الصغير، أما المعلم في المدرسة فممنوع عليه قانوناً أن يلجأ - كوسيلة للتأديب - إلي الضرب أو نحوه. ولهذا فإنه يسأل عن النتيجة أيا كانت حتى ولو راعي الحدود السابقة لحق التأديب. راجع في ذلك المعني نقض جنائي جلسة 1942/1/5، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض، ج 1، رقم 23، ص 174.

الواقعة في حدود علمه مجردة من الأدلة القانونية التي تجعلها صالحة لتقوم عليها الجريمة وفي هذه الظروف يعتقد الجاني أنه يأتي عملاً مشروعاً ويعد القصد لديه منتفياً.

فالسرقعة تتطلب كون الشيء موضوع الجريمة مملوكاً لغير الجاني، فإن كان مالكا له أو كان الشيء مباح فلا جريمة والفصل في الملكية رهن بتطبيق قواعد القانون المدني فإذا جهلها الجاني أو أساء تفسيرها باعتقاده أنه يأتي عملاً مشروعاً بما يعنى انتفاء القصد الجنائي لديه⁽¹⁾.

وقد أقرت محكمة النقض ببراءة متهمين بجريمة التزوير وكانوا قد أقرروا بانتفاء موانع الزواج في حين كان المانع قائماً لأن الزوجة هي خالة الزوجة الأولى لنفس الزوج وقد ثبت جهل المتهمين بقواعد الشريعة الإسلامية التي تحرم الجمع بين المرأة وخالتها⁽²⁾. كما أقرت ببراءة متهمين لمجرد أن الخطأ في فهم أسس القانون الإداري يجعل الفعل المرتكب غير مؤثم⁽³⁾.

(1) "الرهبنة - على ما جرى به قضاء محكمة النقض - نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية في مصر. وقد اعترفت به الحكومة إذ منحت الرهبان بعض المزايا فأعتهم من الخدمة العسكرية ومن الرسوم الجمركية، وقد صرح الأمر العالي الصادر في 1883/5/14 بترتيب المجلس الملي طائفة الأقباط الأرثوذكس وتحديد اختصاصاته بأن للرهبنة نظاماً خاصاً يجب احترامه والعمل على نفاذ الأحكام المقررة له. ووفقاً لهذه الأحكام لا تعدم الرهبنة شخصية الراهب ولا تمس أهلية وجوبه، إذ يظل صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، وإنما يعتبر طبقاً للأحكام الكنسية نائباً عن البيعة في تملك هذه الأموال إذ الأصل أن الراهب يدخل الدير فقيراً مجرداً عن كل مال كي يتقف ويربى وفقاً لأحكام الدين على حساب الدير وهو راض بالنظام الكنسي القاضي بأن كل ما يصيبه من رزق يعتبر أصلاً ملكاً للكنيسة ما لم يثبت عكس ذلك. وهذا الذي جرى عليه العرف الكنسي ليس فيه ما يخالف أحكام القانون أو مبادئ النظام العام". الطعن رقم 9 لسنة 32 ق، جلسة 1966/5/31، س 17 ج 3 ص 1291. والطعن رقم 57 لسنة 11 ق، جلسة 1942/5/14 مج ربع قرن ج 1 ص 324 ق 65.

(2) فقررت محكمة النقض " أن جهلهم والحالة هذه لم يكن عدم علم بقانون العقوبات بل جهل الواقعة حال هي ركن من أركان جريمة التزوير المرفوعة بها الدعوى يرجع إلى عدم علمهم بحكم آخر من أحكام قانون غير قانون العقوبات وهو قانون الأحوال الشخصية - فهو خليط مركب من جهل بالواقع ومن عدم علم بحكم ليس من أحكام قانون العقوبات مما يجب قانوناً اعتباره في جملته جهلاً بالواقع ومعاملة المتهمين بمقتضاه على هذا الاعتبار". نقض جنائي جلسة 1943/5/10 مجموعة القواعد القانونية ج 6 رقم 181 ص 247.

(3) الدوائر الجنائية، الطعن رقم 1095 لسنة 26 ق مكتب فني، ص رقم 1331، جلسة 1956/12/25.

- نقض 1943/5/10 مجموعة القواعد القانونية ج 6 رقم 181 ص 247. من المقرر أنه يشترط لقبول الاعتذار بالجهد بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات أن يقيم من يدعي هذا الجهد الدليل القاطع على أنه تحرى تحرياً كافياً وأن اعتقاده الذي اعتقده بأنه يباشر عملاً مشروعاً كانت له أسباب معقولة. وهذا هو المعول عليه في القوانين التي أخذت عن هذا الشارع أسس المسؤولية الجنائية وهو المستفاد من مجموع نصوص القانون. فإنه مع تقديره قاعدة عدم قبول الاعتذار بعدم العلم بالقانون أورد في المادة 63 من قانون العقوبات أنه لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميرى في الأحوال الآتية. " أولاً " إذ ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت على طاعته أو إعتقده أن لها واجبة عليه. " ثانياً " إذا حسنت نيته وأرتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إجراءه من اختصاصه. وعلى كل حال يجب على الموظف أن يثبت أنه لم يرتكب الفعل إلا بعد التثبت والتحري وأنه كان يعتقد مشروعيته وأن إعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة كما قال في المادة 60 من قانون العقوبات أن أحكام قانون العقوبات لا تسرى على كل فعل ارتكب بنىة سلىمة عملاً بحق مقرر بمقتضى الشريعة. لما كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد اقتصر في قضائه ببراءة المطعون ضدهما على مجرد القول بخلو الأوراق مما ينفي دفاعهما بالجهل بالقاعدة الشرعية التي تحظر الجمع بين الزوجة وجدتها دون أن يبين الدليل على صحة ما ادعاه المطعون ضدهما من أنهما كانا يعتقدان أنهما إنما كانا يباشران عملاً مشروعاً والأسباب المعقولة التي تبرر لدهما هذا الاعتقاد، فإنه يكون مشوباً بالقصور". الدوائر الجنائية، الطعن رقم 2402 لسنة 50 ق، جلسة 1981/5/27 رقم 99 ص 563.

<http://www.cc.gov.eg>. "لما كان ذلك. وكان دفاع الطاعن بحسن نيته في إسناد نسب المولودة إليه لأن شريكته في الإثم قررت له أن لها حملت منه وأن الولد للفراش. لا ينهض بمجرد سنداً للتمسك بالاعتذار بعدم العلم بحكم من أحكام قانون الأحوال الشخصية، الذي يحرم الزواج بمن هي في عصمة زوج آخر، ما دام لم يقدم الدليل القاطع على أنه تحرى تحرياً كافياً وأن إعتقاده الذي اعتقده بأنه يباشر عملاً مشروعاً كانت له أسباب معقولة - وهو ما لا يجادل الطاعن في أنه لم يقدم الدليل عليه إلى محكمة الموضوع - فإن النعي على الحكم في هذا المنحى يكون بعيداً عن الصواب". الدوائر الجنائية، الطعن رقم 4877 لسنة 51 مكتب فني 33 صفحة رقم 322، جلسة 1982/3/10.

<http://www.cc.gov.eg>

وفي فرنسا ينص قانون العقوبات في المادة 122-3 على أنه:

Article 122-3 N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte.

"لا يسأل جنائياً الشخص الذي يبرر اعتقاده بمشروعية الفعل المرتكب منه نتيجة غلط في القانون لم يكن في وسعه أن يتجنبه." ووفقاً لهذا النص فإنه يلزم ثلاثة شروط، الأول: أن ينصب الغلط على قاعدة قانونية، ثانياً: عدم استطاعة تقادي الغلط، ثالثاً: الاعتقاد بشرعية العمل. وهذا ويجب اجتماع تلك الشروط الثلاثة حتى يعمل بنص تلك المادة، ومما تجدر الإشارة إليه أنه يستفاد من النص أن عبء الإثبات شروط الغلط في القانون كسبب لانتفاء المسؤولية الجزائية يقع على عاتق المتهم. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يجوز للمحكمة الجزائية أن تنثير الغلط في القانون من تلقاء نفسها، وأن التمسك به يرجع إلى المتهم".

Voir: Cass.Crim, Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 15 November 1995, 94-85.414, PUBLIÉ AU BULLETIN BULLETIN CRIMINEL, 1995, N° 350 P. 1015 CASSATION PARTIELLE. <http://legimobile.fr>.

إلا أن محكمة النقض قد اشترطت لقبول الاعتذار بالجهل بحكم من أحكام قانون آخر غير قانون العقوبات أن يقيم المتهم الدليل القاطع على هذا الجهل بأنه تحرى تحرياً كافياً قبل ارتكاب الفعل المؤثم، فضلاً عن اعتقاده بأنه يباشر عملاً مشروعاً كانت له أسباب معقولة⁽¹⁾.

وفي تقديرنا أن ما انتهت إليه محكمة النقض محل نظر؛ فهذا القول لا مجال له في الإثبات الجنائي حيث يفترض في المتهم البراءة. فإدانة المتهم تعنى انهيار هذا الأصل. ولا ينحصر هذا الأصل فيما يتعلق بالوقائع المكونة للركن المادي للجريمة فقط، بل يتعلق أيضاً بسائر أركانها وغير ذلك من الأسباب التي تحول دون إدانة المتهم ومعاقبته. ذلك واجب المحكمة والنيابة العامة سواء بسواء. تمسك المتهم بهذا العذر أم لم يتمسك؛ فواجب المحكمة التحقق من انتفاءها قبل الحكم بالإدانة علي المتهم.⁽²⁾

(1) د. أحمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص 293 وما بعدها. وفي ذلك تقول محكمة النقض أن "الدفع بالإعفاء من العقاب لحسن النية في جريمة القذف في حق موظف عام، يعد دفعاً جوهرياً، لما يترتب على ثبوت أو عدم ثبوت صحته من تغير وجه الرأي في الدعوى، لأن القاذف في حق الموظفين العموميين يعفى من العقاب إذا أثبت صحة ما قذف به المجني عليه من جهة وكان من جهة أخرى حسن النية، بأن كان يعتقد صحة الإسناد وأنه يقصد به إلى المصلحة العامة لا إلى شفاء الضغائن والأحقاد الشخصية. ولما كان الحكم المطعون فيه لم يفتن إلى هذا الدفع ولا إلى ما قدمه الطاعن من أدلة عليه، فلم يعن بتحقيقه أو الرد بما يسوغ الأخذ به أو إطراره أو إثبات سوء النية، فإنه يكون معيباً بالقصور في البيان والإخلال بحق الدفاع بما يوجب نقضه". الدوائر الجنائية، الطعن رقم 1670 لسنة 39 ق، جلسة 16/3/1970 رقم 92 ص 373. <http://www.cc.gov.eg>. كما تقول المحكمة الدستورية العليا " وحيث إن ما ينعاه المدعى على الفقرة المطعون عليها من إلقائها على المتهم عبء التبدل على توافر المقتضى سبيلاً وحيداً للتخلص من مسؤوليته الجنائية، مما يناقض افتراض البراءة المقرر بنص المادة (67) من الدستور، مردود بأن الجريمة التي أحدثتها الفقرة الطعينة بالنسبة للمؤجر الذي يتخلف دون مقتض عن تسليم الوحدة المؤجرة، هي جريمة لا يتم إثباتها إلا بقيام سلطة الاتهام بالتدليل على توافر أركانها هذه بأوصافها التي حددها المشرع. وإثباتها لها مؤداه: نقضها لبراءة ذمة منتهما مما يتقلها، ولا مخالفة في ذلك للقواعد التي يقوم عليها النظام الاختصاص للعدالة الجنائية. ولا لأصل البراءة المقرر بنص المادة (67) من الدستور". القضية رقم 52 لسنة 2000 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"، جلسة يوم السبت 8 يولييه سنة 2000، الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الدستورية العليا. <http://hccourt.gov.eg>.

(2) أستاذنا د. عوض محمد، مرجع سابق، ص 333. ويشاطره الرأي د. سليمان عبد المنعم، دروس في القانون الجنائي الدولي، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2000، ص 258 وخاصة حاشية 1.

وامتناع المسؤولية الجنائية في حالة الجهل بقوانين غير جزائية لا يشكل استثناء من مبدأ عدم جواز الاعتذار بجهل القانون، بل تظل هذه القاعدة رغم ذلك مطبقة في حق المتهم؛ لأن امتناع المسؤولية في هذه الحالة إنما يرجع إلى انتفاء القصد الجنائي، وهو ركن أساسي من أركان الجريمة، إذ لا يتحقق هذا القصد في هذه الحالة إلا بالعلم بحكم قاعدة معينة غير جنائية، وما دام مرتكب الجريمة يجهل هذا الحكم يعتبر هذا القصد متخلفاً، فتتخلف المسؤولية الجنائية تبعاً لذلك.

ويذهب رأى من الفقه لينتقد ذلك التمييز بجعل مناط الجهل المغتفر بالقانون تبعاً لطبيعة القاعدة القانونية؛ فيقبل من الشخص الاعتذار بجهله بالقواعد القانونية غير الجنائية، بينما يفترض فيه مطلقاً العلم بالقواعد الجنائية. فالعبرة بوظيفة القاعدة لا بطبيعتها. وبالتالي يصح الاعتذار بالجهل بالقانون لو انصب على عنصر تتضمنه قاعدة جنائية. هكذا يقبل من الشخص جهله بكون الواقعة المنسوبة لغيره في جريمة قذف يعاقب عليها القانون (م302ع⁽²⁾). وما انتهى إليه أستاذنا له منطق ووجاهة لا تنكر، إلا أنه في تقديرنا محل نظر؛ فالواقع أن القواعد القانونية غير الجنائية لا تعد في تطبيق النص الجنائي قاعدة قانونية، إنما هي في حقيقتها عنصر تتضمنه القاعدة الجنائية؛ وبالتالي لا تمييز بينهما فهما ليس من طبيعة واحدة. فالعنصر مسألة واقع يرد عليه العلم من عدمه. وهذا ليس تقليلاً من طبيعة القواعد القانونية غير الجنائية كقاعدة قانونية في مكان تطبيقها الأصيل، بل هو الاعتراف بوظيفتها ودورها الحقيقي في تطبيق النص الجنائي كعنصر لا كقاعدة قانونية.

المبحث السادس

أثر العرف علي دستورية النص

رأينا فيما سبق كيف أثر العرف في شق التكاليف الجنائي لاعباً دوراً في تحديد الواقعة محل التجريم، وربما يعترض على ذلك البعض بمقولة أن العرف لا يمكن أن يكون مصدرًا لقاعدة جنائية مجرمة؛ فالتجريم يقتضي تحديدًا تشريعيًا للفعل المجرم حتى لا يتعارض مع مبدأ "الشرعية"؛ وبالتالي يهدد حرية الأفراد في المجتمع.

وفي هذا يذهب بعض الفقه والقضاء إلى القول بأن صفة التحديد تقتضي أن يكون الفعل المجرم واضح العناصر على نحو يكفل التحديد الدقيق لماهيته فإذا شابه الإبهام والغموض يكون غير صالح للتجريم، وتحديد ماهية الفعل على هذا النحو قيد على السلطة التشريعية، ومخالفة ذلك يجعل النص مشوبًا بعيب عدم الدستورية لغموضه، ومن ثم منافاته لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات⁽¹⁾.

1- CORNU Gérard, **Linguistique juridique**, 3e édition Montchrestien , Paris: 2005 , p. 267- p. 285. <http://nufroftsuj.blog.lemonde.fr>. et Voir: Lloyd L. WEINREB, **Criminal Law**, fifth ed. The Foundation Press Inc. , New York: 1993 , p.807.

وأيضا د. أشرف توفيق شمس الدين، الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا، الجزء الأول، مجلة المحكمة الدستورية العليا بمصر: العدد ١٣، سنة 2008، ص 26 وما بعدها. <http://hccourt.gov.eg>.

وفي ذلك تقول المحكمة الدستورية العليا " والمقصود بغموض النص العقابي - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يجهل المشرع بالأفعال التي أتمها فلا يكون بيانها واضحا جليا ولا تحديدها قاطعا أو فهمها مستقيماً بل مبهماً خافياً على أوساط الناس، باختلافهم حول فحوى النص العقابي المؤتم لها ودلالاته ونطاق تطبيقه وحقيقته ما يرمى إليه، ليصير إنفاذ هذا النص مرتبطاً بمعايير شخصية مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه لحقيقة محتواه، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده محل مراميه الحقيقية وصحيح مضمونه". المحكمة الدستورية العليا "دستورية"، القضية رقم 146 لسنة 20 قضائية، جلسة 8 فبراير سنة 2004، الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الدستورية العليا. <http://hccourt.gov.eg>

وقد قضت المحكمة العليا الأمريكية بأن " النصوص العقابية يجب أن تعرف الفعل المجرم تعريفاً يكفل للشخص العادي أن يفهم ماهية الفعل الذي يحظر الشارع ارتكابه وأن يجرى النص على هذه الأفعال على نحو لا يؤدي إلى التحكم أو التمييز ". وقد كان قانون عقوبات ولاية كاليفورنيا الأمريكية "disorderly conduct" ينص على تجريم السلوك المخل بالنظام وعرفت هذا السلوك بأنه كل تسكع أو تجول في

من هذه المقدمات يمكننا القول للوهلة الأولى بأن العرف إذا أثر في تحديد السلوك المأمور به أو المنهي عنه ؛ يكون النص التجريمي قد فقد وضوحه ودقة ماهيته، فأصبح مبهماً غامضاً مما يجعله مشوباً بعيب عدم الدستورية. فأى عرف هو المنطبق؟!.

إلا أن هذا القول فيه نظر؛ فمصدر أسباب الإباحة مختلف عن مصدر التجريم. ففي حين لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون، فإن الإباحة يجوز أن تستند إلى العرف. ولا يحمل ذلك مساساً بمبدأ الشرعية؛ لأن الإباحة لا تتضمن تجريماً أو عقاباً، بل ترفع صفة التجريم عن الفعل. فإذا أردنا الخروج على الأصل (الإباحة)، وجب النص التجريمي المكتوب، أما إذا أردنا العودة إلى الأصل بإباحة الفعل بعد تجريمه أمكننا الاستناد للعرف كمصدر غير مكتوب.

أما في مجال التفسير، فطالما أن السلوك المأمور به أو المنهي عنه ينطوي على أفكار مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان ويعتمد في تحديد معناها على العرف الجاري في شأنها. كتحديد السب، والحياء العام، وما يعتبر عمل من أعمال البنوك. فلا وجه لوصفها بالإبهام والغموض ومن ثم عدم الدستورية؛ فمادام الشخص العادي يفهم ماهية الفعل الذي يحظر الشارع ارتكابه ويجرى النص على نحو لا يؤدي إلى التحكم أو التمييز⁽¹⁾؛ فيكون

الطرق أو من مكان إلى آخر دون سبب ظاهر أو عمل يقتضى ذلك، أو من يرفض الإفصاح عن شخصيته وتعليل سبب تواجده حينما يطلب منه رجل الشرطة ذلك، إذا كانت الظروف المحيطة بمثل هذا الشخص تدل وفقاً للشخص المعتاد أن السلامة العامة تتطلب هذا الإفصاح. وقد قضت المحكمة العليا الأمريكية بإبطال هذا النص لأنه لا ينطوي على معيار يمكن للشخص أن يحدد بمقتضاه ما الذي يجب عليه فعله تنفيذاً لما يتطلبه الشارع منه، وأن مثل هذا النص يتيح سلطة تقديرية واقعية تامة بيد رجل الشرطة ليحدد ما إذا كان الشخص قد أدى ما تطلبه منه القانون من عدمه، وهو ما يشوب نص التجريم بالغموض مما يجعله واجب الإبطال".

Review: **U.S. Supreme Court**, No. 81-1320, Decided May 2, 1983, 461 U.S. 352. <https://supreme.justia.com>.

1-Review: **U.S. Supreme Court**, No. 81-1320, Decided May 2, 1983, 461 U.S. 352. <https://supreme.justia.com>.

(1) المحكمة الدستورية العليا "دستورية"، القضية رقم 146 لسنة 20 قضائية، جلسة 8 فبراير سنة 2004، الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الدستورية العليا. <http://hccourt.gov.eg>.

بيانها واضحاً جلياً على أوساط الناس باختلافهم حول فحوى النص العقابي المؤتم لها، ودلالته، ونطاق تطبيقه، وحقيقة ما يرمى إليه، فلا يصير إنفاذ النص مرتبطاً بمعايير شخصية مرجعها إلى تقدير القائمين على تطبيقه لحقيقة محتواه، وإحلال فهمهم الخاص لمقاصده محل مراميه الحقيقية وصحيح مضمونه⁽²⁾.

فالشارع بما يملكه من سلطة تقديرية في مجال تنظيم الحقوق والواجبات - وبما لا إخلال فيه بالمصلحة العامة - أن يحدد وفق أسس موضوعية من خلال النظم العقابية التي يقرها، أركان كل جريمة دون أن يفرض عليه الدستور طرائق بذاتها لضبطها تعريفاً بها، ودون إخلال بضرورة أن تكون الأفعال التي جرمتها هذه النظم قاطعة في بيان الحدود الضيقة لنواهيها، فلا يشوبها الغموض أو تتداخل معها أفعال مشروعة يحميها الدستور⁽¹⁾.

أما بالنسبة للتكليف على بياض فقد تملي طبيعة التكليف المأمور به أو المنهي عنه على الشارع توزيعه علي نص أو أكثر وشق الجزاء علي نص واحد، ويحيل الشارع في تحديد التكليف إلى قاعدة قانونية غير جنائية. مما يدفع البعض إلى انتقاد النص بأنه غير دقيق في مجال التجريم، فهو لا يشير إلي فعل محدد بذاته.

وفي تقديرنا أن النقد غير سديد؛ فكل ما هنالك أن القاعدة الجنائية بدلا من أن تشتمل في نص واحد علي شق التكليف وشق الجزاء وزعت شق التكليف علي نص أو أكثر وشق الجزاء علي نص واحد، فكان ما كان مما حسبه هذا الجانب من الفقه تجهيلاً لمحل التجريم. ولا شك أن مسلك الشارع فيه إرهاب واضح للمخاطبين لكنه لم ينتهك مبدأ الشرعية. وكان يحسن بالشارع ألا يلجأ إلي أسلوب الإحالة إلا في أضيق الحدود وللضرورة القصوى، وفي ذلك نقول محكمة النقض المصرية بأن "الأصل كي يحقق النص التشريعي العلة من وضعه أن يكون كاملاً مبيناً الفعل الإجرامي والعقوبة الواجبة التطبيق، إلا أنه لا حرج إن نص القانون على الفعل بصورة مجملة ثم حدد العقوبة تاركاً للائحة أو القرار البيان التفصيلي لذلك الفعل"⁽²⁾.

(1) القضية رقم 105 لسنة 12 قضائية المحكمة الدستورية العليا "دستورية"، جلسة السبت 12 فبراير سنة 1994، الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الدستورية العليا. <http://hccourt.gov.eg>.

(2) نقض جنائي 29 يناير سنة 1968، الطعن رقم 2004 لسنة 37 قضائية، مجموعة الأحكام، س 19، ص 115.

وقد يشتبه علي البعض أن الشارع في هذه النصوص قد خالف مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، حينما أعطى للسلطة التنفيذية تفويضاً على بياض، فتجرم أفعالاً لم يجرمها القانون؛ مما لا يتحقق به الطمأنينة والاستقرار للمخاطبين جنائياً. وهو ما يجعله هذا النص غير دستوري.

وهذه الشبهة مردود عليها، بأن الأحكام الواردة في القرارات الصادرة تنفيذاً لهذا القانون، أحكام أصدرتها السلطة التنفيذية بناء على تفويض تشريعي "على بياض" من الشارع؛ فالعقاب على مخالفة هذه الأحكام صحيح قانوناً ولا مخالفة فيه للدستور. فالتفويض صحيح قانوناً فهو لا يؤدي إلي فرض قيود جديدة على الحرية الشخصية بل على العكس يحدد نطاق نص ورد بصيغة عامة يؤدي ظاهراً إلي المغالاة في تقييد الحرية الشخصية، فالسلطة المفوضة تحدد عناصر الجريمة بما يكفل حصر نطاق التجريم وإعمال قاعدة الشرعية، شريطة أن يتم نشر القرارات الصادرة تنفيذاً للقانون بالجريدة الرسمية، حتى يكون الكافة على علم بها، وإلا فلا مجال للتجريم، فيعذر بجهله⁽¹⁾. فالنشر في الجريدة الرسمية هو الشرط الوحيد لإعلام الناس بالالتزامات المفروضة عليهم، ولا تصح مساءلتهم عن قرارات ينحصر إعلانها في تعليقها في مبني، أو حتى بتعميمها⁽²⁾. صحيح أن مسلك الشارع فيه إرهاب واضح للمخاطبين لكنه لم ينتهك مبدأ الشرعية، وليس به شبهة عدم دستورية.

أما بالنسبة للتكليف الحر؛ فكثيراً من الأفعال المجرمة، ليس لها معيار فني يحددها تحديداً جامعاً مانعاً، فهي تستعصي على التحديد؛ لكونها شديدة التنوع والاختلاف، سريعة القابلية للتشكل والتطور. فمرجعها الأول هو العرف؛ كتحديد ما يعتبر عمل من أعمال البنوك، وهذا يدفع البعض إلى وصم النص بعدم دستورية.

(1) نقض جنائي 20 مارس سنة 1951، مجموعة أحكام النقض، س 2، رقم 302، ص 795.
(2) ومع ذلك قضت محكمة النقض - بشأن عدم نشر جدول التسعيرة والاكتفاء بإعلانه في مبني المحافظة - بأن المادة الثانية من القانون رقم 163 لسنة 1950 لم توجب نشر قرارات المحافظ في الجريدة الرسمية، كما هي الحال في القوانين والقرارات المكملة أو المنفذة لها، لأن القرارات التي يصدرها المحافظ بشأن التسعيرة ذات صبغة موقوتة فوق كونها محلية، مما خول المحافظ إصدار ما يراه كفيلاً بتحقيق إذاعتها علي ساكني المديرية أو المحافظة مراعيًا في ذلك ظروف كل إقليم وحدد لها يوم معين من كل أسبوع لكي يتربحها كل ذي شأن. نقض 19 مايو سنة 1953. ذكر هذا الحكم في مؤلف د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الجزء الأول، الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى 1963، دار مطابع الشعب، ص 71، حاشية رقم 2.

صحيح أن مسلك الشارع فيه إرهاب للمخاطبين حول تحديد شق التكليف تحديداً دقيقاً؛ لأن العرف يحتاج لتكرار وتواتر حتى يعتقد بقوته الملزمة. لكن طبيعة الأفعال المجرمة - في كثير من الأحيان - تأبى هذا التحديد الجامد؛ ففكرتها مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان؛ لذا يعتمد في تحديد معناها علي العرف الجاري في شأنها. طالما أن العرف يعد في خصوص تحديدها من مصادرها الرئيسية. فلا تعارض في تقديرنا بين النص المجرم ومبدأ شرعية الجرائم والعقوبات طالما أن الشارع قد نص صراحة فيه على تجريم مباشرة هذه الأفعال ملتزماً قالباً حراً في تجريمه لهذه الجريمة، فليس في ذلك إهدار أو تهديد لمبدأ الشرعية، فهذا الاختيار يركز علي فلسفة التزامها الشارع عند صياغة القاعدة الجنائية المصرفية قوامها حماية المصلحة المصرفية من كل ما يضر بها أو يهددها، فاقتضي ذلك تجريم كل سلوك يضر بها أو يهددها. وليس فيما انتهجه الشارع بالنص ابتداء غير مسبق، إذ كثيراً ما يعتمد قانون العقوبات - وهو الشريعة العامة في مجال التجريم والعقاب - هذا المنحى في التأثيم.

والعرف هنا في تقديرنا يلعب دوراً مقيداً لهذا القالب الحر في التجريم، فمباشرة أعمال البنوك مثلاً، باعتبارها عملاً مجرماً لا تخضع لحرية القالب الذي استخدمه الشارع، بل يحدده العرف المصرفي، فليس كل عمل تقوم به المصارف يعد عملاً مصرفياً، لكن يلزم أن يجري العرف المصرفي علي اعتباره من أعمال البنوك. سواء كان هذا العرف سابقاً علي النص التجريمي أم لاحقاً عليه. ولهذا فلا حرج علي البنوك إذا أنشأت عرفاً يجيز لها مباشرة أعمال اقتضتها وظيفتها كبنوك.

الخاتمة

الآن وبعد أن فرغنا من بحثنا؛ نستطيع القول أن الفقه يكتفي بتناول العرف بصفة عامة ضمن القسم العام من قانون العقوبات، أو ضمن محددات عناصر بعض الجرائم. دون استظهار دوره الحقيقي في النص التجريمي بشكل أكثر عمقاً. مُردِّد قاعدة مفادها "إنكار دور العرف في إنشاء قواعد جنائية جديدة، أو إلغاء قواعد جنائية قائمة". والأمر في تقديرنا ليس على النحو الذي يتناوله الفقه.

فالعرف قد يلعب دور في إنشاء قواعد جنائية جديدة؛ فيستطيع الشارع الجنائي أن يجرم فعلاً يخالف ما جرت عليه الأعراف، وبلغ درجة من التكرار نستطيع القول معه بضرورة تجريم مثل هذا الفعل، فالعرف هنا بلا مرء يلعب دوراً في تحديد الفعل المجرم قبل وضع النص المجرم، أي في اللحظة السابقة علي وضعه.

وقد يلعب العرف أيضاً دوراً في إلغاء قواعد جنائية قائمة؛ فلو كف القضاء عن تطبيق نص تجريمي أمداً طويلاً وتبين للشارع الجنائي أن الأعراف قد جرت علي مخالفة هذا النص، فيستطيع الشارع الجنائي أن يلغي هذا النص استناداً إلي العرف.

ويلعب العرف أيضاً دوراً في نطاق تحديد النص التجريمي بعد وضعه؛ فيؤثر في نطاق الإباحة، وتفسير النص الجنائي. وبعد ما استعرضناه في بحثنا نستطيع القول - بحق - أن دور العرف في مجال شق التكاليف، علي نحو لا يوجد معه محل، في تفسير القاعدة الجنائية فالمسألة ليست مسألة تفسير؛ فالتفسير معناه الكشف عن إرادة الشارع من ثنايا الألفاظ المستخدمة في صياغة القاعدة الجنائية، إنما هي مسألة تحديد للسلوك المأمور به أو المنهي عنه ذاته بتفويض العرف في تحديده.

لكن يقتضي فيمن يراد عقابه أن يكون عالماً بهذا العرف. والعلم بالعرف مسألة واقع لا قانون. فعلي القاضي أن يقيم الدليل عليه وأن يتحرى ذلك العلم اليقيني الحقيقي فإن لم يقد الدليل عليه انتفت الجريمة. فالعلم أو الجهل ينصب على قاعدة عرفية غير جنائية لكنها عنصر في القاعدة الجنائية؛ لذا فلا يقبل الاعتذار بالجهل بالفعل المجرم ذاته.

ولا يمكننا بعد تفويض الشارع للعرف في تحديد السلوك المأمور به أو المنهي عنه، أن نصم النص بعيب عدم الدستورية لفقدانه صفة التحديد والغموض، ومن ثم منافاته لمبدأ

شرعية الجرائم والعقوبات. فطالما أن السلوك المأمور به أو المنهي عنه ينطوي على أفكار مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان ويعتمد في تحديد معناها على العرف الجاري في شأنها. فليس هناك تجهيلاً لمحل التجريم ومن ثم نعت النص بعدم الدستورية؛ مادام أن الشخص العادي يفهم ماهية الفعل الذي يحظر الشارع ارتكابه، وينطوي على معيار يمكن له أن يحدد بمقتضاه ما الذي يجب عليه فعله تنفيذاً لما يتطلبه الشارع منه. فليس معني أن يتولى القانون تحديد الجرائم وألا يترك ذلك لرأي القضاة لكل منهم مقياس غير معلوم؛ أن تُحصَر الأعمال التي يراد العقاب عليها حصراً تفصيلاً فذلك غير ممكن. فلا غني للشارع في الواقع عن استعمال ألفاظ مجردة *Abstraites*.

لما كان ما تقدم، فإنه يتعين علينا التقدم بالتوصيات الآتية:

أولاً: بالنسبة للشارع الجنائي: فلا حرج عليه إن أنشئ قواعد جنائية جديدة تجرم فعلاً يخالف ما جرت عليه الأعراف، وبلغ درجة من التكرار نستطيع القول معه بضرورة تجريم مثل هذا الفعل.

ولا حرج عليه أيضاً إن ألغى قواعد جنائية قائمة؛ استناداً إلى أن الأعراف قد جرت على مخالفة هذه القواعد.

ولا حرج عليه أيضاً إن فوض الشارع العرف في تحديد السلوك المأمور به أو المنهي عنه طالما أن السلوك المأمور به أو المنهي عنه ينطوي على أفكار مرنة تتغير بتغير الزمان والمكان ويعتمد في تحديد معناها على العرف الجاري في شأنها. شريطة أن يفهم الشخص العادي ماهية الفعل الذي يحظر الشارع ارتكابه.

ثانياً: بالنسبة للقاضي: يكون القاضي ملزماً من تلقاء نفسه بالاهتداء بالعرف عند تطبيق النص الجنائي في نطاق الإباحة، وتفسير النص الجنائي. حتى ولو لم يطلب خصوم الدعوى الجنائية ذلك أو يتمسكوا به.

وأن يقيم الدليل على العلم بالعرف وأن يتحرى ذلك العلم اليقيني الحقيقي فإن لم يقدِر الدليل عليه انتفت الجريمة. فالعلم أو الجهل ينصب على قاعدة عرفية غير جنائية لكنها عنصر في القاعدة الجنائية.

ثالثاً: من حيث رقابة محكمة النقض: فلا مناص في تقديرنا من بسط رقابتها على حكم قاض الموضوع بشأن وجود العرف وتطبيقه على السواء، إذ هي الرقابة على صحة تطبيق القانون؛

فيكون لها حق التثبت من وجود أو عدم وجود العرف حين يكون وجوده محل منازعة، وحق التثبت كذلك من صحة تطبيق قاضي الموضوع إياه حين يكون وجوده بمنأى عن الخلاف، وحق التثبت كذلك من إقامة قاضي الموضوع الدليل علي العلم به؛ لأن المسألة في الحقيقة هي تحديد للسلوك المأمور به أو المنهي عنه بمقتضى العرف، بتفويض من الشارع الجنائي في ذلك.

تم بحمد الله

اللهم

عساي أن أكون قد اجتهدت فضمنت أجرا، وإن أطمع في الأجرين.

المراجع

أولاً: المراجع العربية:

- أحمد بن رافع حامد العزيزى المطيرى، العرف في التشريع الجنائي، جامعة نايف العربية للعلوم الأمنية، كلية الدراسات العليا، قسم العدالة الجنائية، رسالة ماجستير، 2010.
- د. أحمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، الطبعة الثانية، دار الشروق. بالقاهرة: طبعة 2002.
- د. أحمد محمد الرفاعي، المدخل للعلوم القانونية (نظرية القانون)، جامعة بنها - كلية الحقوق، طبعة 2008/2007.
- د. أشرف توفيق شمس الدين، الضوابط الدستورية لنصوص التجريم والعقاب في قضاء المحكمة الدستورية العليا، الجزء الأول، مجلة المحكمة الدستورية العليا بمصر: العدد ١٣، سنة 2008.
- د. أنور سلطان، المبادئ القانونية العامة، دار النهضة العربية، بيروت: الطبعة الرابعة، 1983.
- د. إيهاب محمد حسن، نظرية الحماية الجنائية للعمليات المصرفية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية: 2014.
- د.حسن كيره، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، الإسكندرية: الطبعة السادسة 1993.
- د.جلال ثروت، نظم القسم العام، نظرية الجريمة، الجزء الأول، طبعة 1995، دار المطبوعات الجامعية.
- -----، نظرية الجريمة المتعدية القصد في القانون المصري والمقارن، دار الهدى للمطبوعات، 2000.
- د. سليمان عبد المنعم، أصول المحاكمات الجزائية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت: الطبعة الأولى.
- ----- دروس في القانون الجنائي الدولي. دار الجامعة الجديدة للنشر. طبعة 2000.
- د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني - المدخل للعلوم القانونية ، الجزء الأول، الطبعة السادسة، ١٩٨٧.
- د. عبد الرزاق السنهورى ود. أحمد حشمت أبو ستيت، المدخل لدراسة القانون، طبعة 1941.

- د. عبد الفتاح الصيفي، الأحكام العامة للنظام الجنائي في الشريعة الإسلامية والقانون، طبعة 1997، دار النهضة العربية، بالقاهرة.
- -----، القاعدة الجنائية (دراسة تحليلية لها على ضوء الفقه الجنائي المعاصر)، الشركة الشرقية للنشر والتوزيع، بيروت: طبعة 1967.
- د. عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، دار الجامعة الجديدة للنشر، طبعة 2000.
- د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات القسم العام، دار الفكر العربي، طبعة 1990، بالقاهرة.
- د. محمد كامل مرسى ود. السعيد مصطفى السعيد، شرح قانون العقوبات المصري الجديد، الطبعة الثانية 1943.
- د. محمود نجيب حسني، الفقه الجنائي الإسلامي، بدون سنة طبع ودار نشر.
- د. محمود محمود مصطفى، الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن، الجزء الأول، الأحكام العامة والإجراءات الجنائية، الطبعة الأولى 1963، دار مطابع الشعب.
- مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء الأول.
- مجموعات الأحكام القضائية
- الموقع الإلكتروني الرسمي للمحكمة الدستورية العليا المصرية.
- http://hccourt.gov.eg.
- الموقع الإلكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية.
- http://www.cc.gov.eg
- ثانيا: المراجع الأجنبية
- Code pénal français.
- CORNU Gérard، Linguistique juridique, 3e édition Montchrestien, Paris: 2005 , <http://nufroftsuj.blog.lemonde.fr>.
- Cour de Cassation
- Cass.Crim, Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 15 November 1995. 94-85.414, PUBLIÉ AU BULLETIN BULLETIN CRIMINEL 1995 N° 350 P. 1015 CASSATION PARTIELLE. <http://legimobile.fr> .
- Lloyd L. WEINREB، Criminal Law, fifth ed. The Foundation Press Inc., New York: 1993.
- U.S. Supreme Court ،No. 81-1320 ،Decided May 2, 1983 ،461 U.S. 352 .<https://supreme.justia.com>.