

دور القياس و العرف لإتمام الأدلة الناقصة في الإثبات الجنائي على الصعيد الوطني و الدولي

أحمد بهرام رسول و مجيد خضر أحمد السبعوي^٢

^١كلية القانون و العلوم السياسية، جامعة سوران، كردستان، العراق
^٢كلية القانون و العلوم السياسية، جامعة سوران، كردستان، العراق

المستخلص

ان المبدأ الاساسي التي تحكم الادلة في الاثبات الجنائي سواء على الصعيد الوطني او على الصعيد الدولي هو مبدأ الاقتناع القضائي ومفاد هذا المبدأ ان جميع الادلة الجنائية من حيث قيمتها التدليلية في الاثبات تخضع لقناعة القاضي الجنائي فهو الذي يستطيع ان ياخذ بذاك الدليل او ان يطرحه ويعدل عنه الى دليل اخر وهذا المبدأ لا يتحقق الا بوسائل معينة وضمن ضوابط محددة ومن ضمن هذه الوسائل القياس و العرف اللذين يستعين بهما القاضي في استنباط القرينة القضائية لاستكمال اي دليل يعتريه شائبة النقص فان للقاضي الجنائي الاستعانة بتلك الوسائل المذكورة تحقيقاً للعدالة الجنائية. ومبدأ احقاق الحق ووضع الامور في نصابها وعدم افلات المجرمين من العقاب و الا يدان بريء بجريرة غيره و حسم القضايا بالسرعة الممكنة و تحقيق مبدأ القضاء النزيه و العادل مما ينشده القضاء على الصعيدين الداخلي و الدولي.

مفاتيح الكلمات: الاستعانة بالعرف و القياس لتكملة الدليل، مبدأ الاقتناع القضائي، احقاق الحق، لا يدان البريء.

1. المقدمة

ثانياً: تقييد يد القضاء الجنائي و جعل القاضي الجزائي كروبو محمته هو تطبيق النص ليس الا , واهدار ملكته القانونية الجنائية في اعمالها عند موازنة الادلة و تكملة هذا بالاضافة الى عدم وجود ضوابط او معايير محددة للكيفية التي تسمح للاستعانة بالقياس و العرف في تكملة الادلة و اقتصارها على حالات معينة.

1.2 منهجية البحث

يعتمد في هذا البحث المنهجية المفاهيمية في تحديد مفهوم القياس و العرف ودورها في الاثبات الجنائي كما يعتمد على المنهج التطبيقي التي سارت عليها المحاكم الوطنية و الدولية من اعتماد المنهج التفسيري و التطبيقي للنصوص التشريعية مدعومة بالقرارات التمييزية المختلفة على الصعيدين. كما يعتمد على المنهج التحليلي و المقارن بين التشريع العراقي و الايراني في مدى الاستعانة بهاتين الوسيلتين في اتمام ادلة الاثبات الجنائي.

1.3 خطة الدراسة

يعالج المواضيع و المحاور المتعلقة بالدراسة من خلال مبحثين و بالشكل الاتي :

المبحث الاول : عن الاستعانة بالقياس و العرف على الصعيد الوطني

المبحث الثاني : عن عن الاستعانة بالقياس و العرف على الصعيد الدولي

1.4 الاستعانة بالقياس و العرف في الاثبات الجنائي على الصعيد الوطني

لاشك بان الاثبات الجنائي الذي يدور وجودا و عدما مع الدليل و الذي

ان الاثبات الجنائي يدور وجودا و عدما مع الدليل الذي يعترف به القانون فقط فلا دعوى و لا اثبات بغير دليل يؤيده , فتمت وجد الدليل كانت الدعوى قائمة و منتجة , كما يجب على القاضي (الجنائي) الذي ينظر الدعوى ان يكون لديه ملكة استنباطية او اجتهادية في استخلاص ادلة الاثبات من وقائع الدعوى او الجريمة المرتكبة وهذه الملكات الذهنية يتم اعمالها عن طريق القدرات العقلية و اخرى بالأعمال القضائية التي تعتمدها المحاكم فالأولى ممثلة بالقياس و الثانية بالعرف .

1.1 اشكالية البحث

اولاً: محاولة الاستعانة بالقياس و العرف في المواد او المسائل العقابية و التوفيق بينها وبين مبدأ الشرعية (مبدأ لا عقوبة و لا جريمة الا بنص).

يجوز قياسها عليها لامتناع القياس في النصوص العقابية) (قرار 187/جزء
 1981). اما بالنسبة للقواعد القانونية السلبية التي تبيح السلوك او ترفع
 مسؤولية مرتكبها او تعفيه من العقاب فان القياس فيها جائز و لا يتعارض
 مع مبدأ قانونية الجرائم و العقوبات، لان القياس في هذه القواعد يخرج المتهم
 من دائرة العقاب و التجريم و يوسع من نطاق حرية القاضي الجنائي
 حيث لا ينشأ جرائم او عقوبات , و قد اصدر القضاء الفرتسي احكام و
 قرارات تخص هذا النوع منها تلك التي توسع نطاق المادة 380 عقوبات
 فرنسي التي تنص على مانع العقاب في السرقة بين الازواج لتجعلها تشمل
 النص المتعلق بخيانة الامانة (الخلف و الشاوي , 2015). وان هناك رأي
 اخر حيث يرى بان القياس لا يمكن اعماله في حال كونه لا يصب في مصلحة
 المتهم استنادا الى مبدأ الشك يفسر لمصلحة المتهم (توكلي و
 حيدري, 1398). و اقر المبدأ (الشرعية الجزائية) في القانون العقوبات
 العراقي المرقم (111) لسنة 1969 بمقتضى المادة الاولى التي تنص على انه :
 " لا عقاب على فعل او امتناع الا بناء على قانون ... " كما قضت محكمة
 تمييز اقليم كوردستان بانها (ان الجريمة التي حكمت بموجبها طالبة الافراج
 الشرطي ليست من الجرائم المستثناة من احكام الافراج الشرطي و ان
 الاستثناءات المذكورة وردت فيها على سبيل الحصر ولا يمكن القياس عليها
 (120/الهيئة الجزائية/احداث 2015) .وفي قضية اخرى قضت بانها ان
 فعل المتهم ينطبق و احكام المادة 443/ثالثاً ولا الفقرة خامساً من المادة
 المذكورة لان المطعم لم يرد له ذكر في تلك الفقرة و التي جاءت الاماكن
 الواردة فيها على سبيل الحصر لا يمكن القياس عليها كما ان الحانوت مو
 المكان الذي يباع فيه المواد ولا يمكن اعتبار المطعم حانوتاً (106/الهيئة
 الجزائية/احداث 2015). أما المذهب الثاني : فينادي أصحابه بالقياس هم
 من أصحاب الفكر الحر الذين يغلبون المصلحة الخاصة على المصلحة العامة و
 الذين يرون العمل بمقتضى القياس بشكل مطلق , بحيث يجوز للقاضي
 الاخذ بالقياس في حال خرق القيم الاجتماعية , مثلاً ان القانون يجرم
 الاتجار بالمخدرات او التعامل بها او تعاطيها فوجب حبوب ايكس لم تكن
 موجودة في تشريع النص في (قانون المجازات الاسلامي الايراني) غير انه
 استجد بعد ذلك فليس من العدل ان لا تقيس هذه الحبوب على غيرها من
 المواد المخدرة بعد ما باتت وثبتت انها تندرج تحت تلك المواد(كالي, 1396)
 كما ان قانون العقوبات الياباني لسنة (1970) قد سمح للقاضي بالقياس
 في المواد و المسائل و القضايا الجنائية والتي تنص على انه (اي فعل يؤدي
 الى احداث الخطر على المجتمع و لم ينص عليه القانون فللقاضي ان يحكم على
 ان هذا الفعل يعد جريمة يعاقب عليه اسوة بالجرائم التي تماثلها للعقوبة
 المنصوص عليها) وكذلك المادة (224) من قانون المجازات الاسلامي

يخضع لمبدأ قناعة القاضي الجنائي بالدليل المطروح امامه فائه لا بد وان
 يمكن استنباط القرينة عن طريق اعمال القدرات الذهنية لدى القاضي
 الجنائي ممثلاً بالقياس في بعض الحالات التي لم يرد نص تشريعي بذلك ولم
 يوضحه بالشكل الدقيق كما ان في بعض الاحيان كما ان للعرف الجنائي دورا
 بارزا في هذا المضمار باعتباره قرينة يتم اتمام بعض الادلة التي تحتاج الى
 ذلك عليه سوف نقسم هذا المبحث الى استنباط القرينة القانونية عن
 طريق القياس وذلك لاتمام الادلة التي تحتاج الى الاتمام و اللجوء الى
 العرف لنفس الغرض و على الوجه التالي:

استنباط القرينة القضائية عن طريق القياس لإتمام الادلة

القياس في اللغة من قاس وقيس , قاس الشيء يقسه قياسا و قياسا
 واقتاسه وقيسه اذا قدره على مثاله, (ابن منظور , 1994). ويعرف
 القياس ايضا الحاق واقعة لم يرد نص بحكمها بحكم واقعة ورد النص بحكمها
 لتساوي الواقعتين في علة الحكم (عبدالله , 2011). كما ان قانون العقوبات
 محكوم (بمبدأ الشرعية الجزائية) اي ان المشرع وحده يحدد الجرائم و
 عقوباتها وليس للقاضي ذلك مهما كان منافيا للأداب العامة وان بعض
 القوانين قد رفضت تطبيق المبدأ (شرعية الجرائم و العقوبات) كلقانون
 السوفيتي الصادر في (1926 و 1934) و كذلك قانون الدناركي في
 (1933) و القانون الالماني النازي في (1953) حيث ان هذه القوانين
 اجازت القاضي ان يلجأ الى القياس عند انعدام النص(خضير و غافل ,
 ماهية مبدأ شرعية الجزائية، بحث منشور على الموقع
<https://www.iasj.net/iasj?func=fulltext&aId=35769>).

1.5 مدى جواز الاستعانة بالقياس كدليل متم على الصعيد الوطني

لقد انقسم فقهاء القانون الجنائي على الصعيد الوطني و التشريعات
 الداخلية في مدى جواز الاستعانة بالقياس لتكملة الدليل الناقص او عدمه
 الى مذهبين: المذهب الاول: والذي يترجمه (سيزار يكاريا) والذي يستند
 الى القول بمنهج التفسير الحرفي او الضيق للنصوص وهو صاحب المدرسة
 الكلاسيكية الذي كان يترجمها , كرد فعل ضد تحكم النظام القديم والسلطة
 التحكيمية للقضاة والذي كان يدعو الى تثبيت مبدأ شرعية الجرائم و
 العقوبات في نصوص دساتير الدول الاوروبية بعد ان لم تكن هذه
 التشريعات قد ضمنت دساتيرها هذا المبدأ، ومفاد مذهبه ان القاضي عند
 تفسيره للنصوص واستنباطه يحل محل المشرع في تشريع النصوص وخلق
 جرائم جديدة (ارديلي , 1374). اما بالنسبة للقواعد القانونية الايجابية اي
 الخاصة بالتجريم و العقاب فهي مطردة لا استثناء عليها, كما قضت محكمة
 تمييز العراقية بانها: (لا يجوز سماع شهادة الزوجة ضد زوجها بجريمة اللواط
 وانما يجوز ذلك عند اتهامه بجريمة الزنا وهي تختلف عن الجريمة الاولى ولا

(اي شخص) بتقديم ما لديه من معلومات او اوراق او اشياء اذا رأت ان ذلك يفيد في كشف الحقيقة) كما قضت محكمة تمييز اقليم كردستان بانه: (أن العقوبة المفروضة بحقه وجد أنها شديده بعض الشيء قياساً على ظروف المجرم الشخصية وملابسها)(قرار 846 / الهيئة الجزائية الثانية 2016). وفي قضية اخرى قضت بانه : (أن العقوبة المفروضة جاءت مخففة بعض الشيء قياساً على جسامة الجريمة المرتكبة وكون المجنى عليه والد المتهم) (قرار 397/ الهيئة الجزائية الاولى 2014) . فأى اجراء يؤدي الى كشف الحقيقة و تكوين قناعة القاضي و اتمامها في حال وجود دليل واحد ان يدعمه في اجراء اخر، مثال ذلك الاعتراف الذي نص عليه القانون، غير ان اجراء الاستعراف الشخصي (كشف الدلالة) ليس الا اجراءً متماً يؤدي الى تكوين قناعة القاضي و طمأنته بصحة الاعتراف، فهذا لا يعتبر هذا الاجراء متعارضاً مع مبدأ الشرعية فالعلة في القيام بهذا الاجراء او اي اجراء اخر في المستقبل يؤدي الى كشف الحقيقة . كما ورد في المادة (26) من قانون المطبوعات الايراني المرقم (1364) اصلاحي (1379) حيث نصت على انه : (من أهان دين الإسلام ومقدساته بالصحافة إذا نتج عنه الردة حكم بالردة ونفذ بحقه ، واذا لم يترتب عليه الردة يعامل القاضي الشرعي وفقاً لقانون التعزيزات) وهو ليس الا قياس احكام الردة المنظم في القانون العقوبات الايراني على فعل لم ينظمه في القانون الا وهو الاهانة بالمقدسات الاسلامية عن طريق القياس , وكذلك المادة (262 من قانون مجازات الاسلامي مصوب 1392) حيث نصت على انه : (كل من اعد مع النبي او احد الرسل او قام بقذفهم وهو السب النبي ويحكم بالإعدام) اي من قام بالعداوة او علن الرسل او القذف يكون حكمه حكم السب بالنبي و حكم السب بالنبي منظم بالقانون الا وهو الاعدام و هو قياس العداوة و القذف و الملعنة على حكم السب (محمد محمد 1397). اما بالنسبة لموقف المشرع العراقي من حيث جواز الاستعانة بالقياس في المسائل الجنائية بالنسبة لتكملة الادلة الناقصة فابتداءً بالنسبة للدستور العراقي لعام (2005) حيث اخذ بمبدأ قانونية او شرعية الجرائم و العقوبات ، حيث نص في المادة (2/19) من الدستور أن (لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص. ولا عقوبة إلا على الفعل الذي يعده القانون وقت اقترافه جريمة، ولا يجوز تطبيق عقوبة اشد من العقوبة النافذة وقت ارتكاب الجريمة) . هذا يعني انه اخذ بمبدأ الحظر بالنسبة للقواعد الموضوعية ، اما بالنسبة للقواعد الاجرائية فانه لم يمنع من فكرة الاخذ بالقياس في بعض النصوص مثال ذلك ما ذكرنا سابقاً بالنسبة لنص المادة (41) من قانون العقوبات العراقي المرقم (111) لسنة 1969 المعدل , و كذلك المادة (163) من قانون اصول الجزائية العراقي التي خولت المحكمة اتخاذ اي اجراء من

الايراني المرقم (1370) تنص على انه : (القتل في حال السكر تستحق القصاص الا اذا ثبت ان السكر ادى الى انتفاء القصد و الاختيار ولم يسكر نفسه متعمدا يعاقب بالحبس التعزيزي) علماً ان النص لا يبحث في تعاطي المخدرات غير انه يمكن في هذه الحالة تخفيف العقوبة على متعاطيها دون نية ارتكاب الجرم المحرم قياساً على الخمر (تهراني 1398). وكذلك المادة (209) من قانون المجازات الاسلامي الايراني الذي ينص على انه (اذا قتل رجل مسلم امرأة مسلمة هو طالب ولي المقتول القصاص من الجاني فعليه ان يدفع نصف الدية الى القاتل لاستفاد القصاص منه) فاذا ما قتل شخص امرأتين فيرى مع انعدام النص استيفاء القصاص من القاتل باعتبار ان كل امرأة تعدل نصف الدية قياساً على النص (عباسي 1398). كما ان المادة (262) من القانون الايراني المذكور ينص على (ان كل شخص اذا قام بإتلاف المحصولات الزراعية او سرقتها او قطع المياه عنها او بأية وسيلة اخرى يؤدي الى جفاف المحصول يعاقب بعقوبة من 11 يوم الى 3 اشهر) و معنى جملة باي وسيلة اخرى ان اي فعل يؤدي الى جفاف المحصول او الحقائق الضرر يمكن القياس عليه (كاتوزيان , 1374). فالقياس هو وسيلة عملية تهدف الى استكمال ما يشوب القانون من نقص عن طريق ايجاد الحل لمسألة لم ينظمها القانون وذلك عن طريق استعارة الحل الذي قرره القانون لمسألة مماثلة لها ، وعلى هذا النحو فان القياس ليس وسيلة لاستخلاص المسألة محل البحث ولم يقدم لها مباشرة الحل الواجب التطبيق، ان (قاعدة الشرعية) لا يتعارض مطلقاً بالنسبة الى تطبيق النصوص لصالح المتهم كالتي تقرر اسباب الاباحة او موانع المسؤولية، او موانع العقاب، او الاعذار القانونية المخففة (سرور، 2002) ونحن نرى بانه يمكن القياس من هذا المنطلق كما هو منصوص عليه في المادة 41 من قانون العقوبات العراقي المرقم 111 لسنة 1969 المعدل والتي تقول (لا جريمة اذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون و يعتبر استعمالاً للحق 1- تأديب الزوج زوجته و تأديب الاباء و المعلمين ومن في حكمهم الاولاد القصر في حدود ما هو مقرر شرعاً او قانوناً او عرفاً...) فلفظة (في حكمهم) يعطي الحق للقاضي الجنائي في القياس والتفسير بانه لكل من يعمل من هم تحت ايديهم من القصر سواء كانوا يعملون في اي حرفة من الحرف كالنجارة او الحدادة او غيره في حال تأديبهم لهؤلاء ان يطبق عليهم النص اعلاه لاتحاد العلة وهو التعليم و التأديب وهذا لا يعني ان القاضي قد خلق قانوناً جديداً وليس تعديداً على فعل المشرع في تحديد وتجرير الفعل ، وياخذ بالقياس في الاجراءات التحقيقية كما هو واضح من نص المادة 163 من قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي التي جاء فيها(للمحكمة ان تأمر باتخاذ (اي اجراء) من اجراءات التحقيق او تكلف

يتناول الفقه الدولي الجنائي مسألة مبدأ شرعية الجرائم الدولية و عقوباتها الا عقب الحرب العالمية الاولى حيث كانت قضية انتهاك مبدأ الشرعية في محاكمات نورمبرغ واحدة من أكثر المسائل جدلا اذ ان معظم لوائح الدفاع استندت الى انعدام ركن الشرعية ، بمعنى انه ليس هناك قانون يجرم على سبيل تحديد تلك الافعال ولكن المحكمة رفضت هذه الحجة مدعية انه ليس بالضرورة ان يكون الفعل مجرما وفق نص مسبق مادام مخالفا لكل المواثيق الدولية وكان بالإمكان اكتشاف طبيعته الجرمية استنادا لخالفته لتلك المواثيق و استنادا ايضا الى انه يشكل فعلا ضارا ومن جملة الانتقادات التي وجهت لمحاكمة نورمبرغ فيما يتعلق بركن الشرعية انها اهملت القانون الواجب التطبيق وهو القانون الالماني والذي يحدد على سبيل الحصر الجرائم التي يعاقب عليها و الجرائم المحددة و طبق بدلا عنه النظام الاساسي لها ، ويذكر ان المادة (6 ب) من النظام الاساس لمحاكمة نورمبرغ كانت تنص على : (ان جرائم الحرب هي مخالفة قوانين و عادات الحرب) وهي تشمل على سبيل المثال لا الحصر افعال القتل و سوء المعاملة وهذا يعني ان هذه المادة خرجت عن مبدأ الشرعية بشقيه اذ انها سمحت للمحكمة (بالقياس) على الافعال المجرمة و لم تحصرها كماهي من ضرورات عنصر التقيد في ركن الشرعية كما انها سمحت للمحكمة بان تجري عقوباتها وفق منهج القياس ذاته (مخاط ، 2013). الا ان مبدأ التفسير الضيق للقواعد الجنائية لا يزال بعيدا كل البعد من ان يطبق كاملا في القانون الجنائي الدولي الذي يشتمل على قواعد مرنة من حيث نطاقها و مضمونها ، ففي هذا السياق يكفي ذكر مثال واضح وشامل و هو الحكم المنصوص عليه اولا في ميثاق لندن (لعام 1945) حول انشاء محكمة نورمبرغ والذي اعيد ذكره في العديد من النصوص الدولية (قانون مجلس الرقابة رقم (10) الانظمة الاساسية لكل من محكمة طوكيو و المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة و المحكمة الجنائية الدولية لرواندا و المحكمة الخاصة بسيراليون) باعتبار انه نص على (ان الجرائم ضد الانسانية) تشتمل على افعال غير انسانية اخرى ، وكذلك الامر في احكام اتفاقية جنيف الرابعة لعام (1949) حول (المخالفات الجسمية) التي اشارت الى (المعاملة غير الانسانية) و غيرها على انها من (المخالفات الجسمية) و مفاهيم اخرى غير دقيقة مثل (الاغتصاب و الاضطهاد و الاستبعاد) ، ونظرا لانتفاء اي تفسير ضيق للقواعد الجنائية الدولية وحالة الريبة واللبس التي يجد المعنيون انفسهم فيها قد اصبحت مهمة المحاكم بشأن تعزيز مستوى الدقة في القوانين شديدة الاهمية على الصعيد الدولي (الخالدي ، 2013). هذا يفسر ان القواعد العرفية في القانون الجنائي هي قواعد مرنة طبقها تلك المحاكم العسكرية واستعانت بالقياس في مجال واسع قبل تدويل هذه القواعد العرفية و تطبيق

الاجراءات التي تؤدي الى كشف الحقيقة ، كما جرى عملية التشخيص كأجراء تكميلي لتعزيز الادلة على الرغم لم ينص عليها قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي ومن التطبيقات القضائية لمحكمة التمييز العراقي اذ جاء فيها (عزز اعترافه بأقوال المشتكين ومحضر كشف الدلالة و عملية التشخيص) (قرار 501/ الهيئة الجزائية الاولى 2015) . وفي قرار اخر لمحكمة تمييز اقليم كوردستان بانه (بموجب افادة المشتكي الذي عزز بمحضر عملية التشخيص و بأشراف المحقق العدلي و لا يجوز هدر الادلة المتحصلة و المشار اليها اعلاه) (220/ الهيئة الجزائية 2014) . وفي قرار اخر لمحكمة تمييز اقليم كوردستان بالقياس عندما قاس النظر بوقاحة على الدخول الفعلي بالأقدام بقولها (فوطئ حرمة المسكن بالعين نتيجة النظر إليها بوقاحة و سوء أخلاق لا تختلف مطلقا عن وطئها بالقدم و دخولها بدون إذن صاحبها ما دامت الغاية المرجوة منها واحدة في كلا الحالتين ألا و هي انتهاك حرمة مسكن الآخرين) (456/445 ت/ جزائية 2012) . وكذلك قرار مجلس قيادة الثورة المنحل المرقم (609 في 12-8-1987) القاضي بأن تحل كلمة (المجرم) محل كلمة (المدان) عند الحكم على المتهم بإحدى الجرائم الماسة بالشرف (كالسرقه و الاختلاس و خيانة الامانة و التزوير و الرشوة و الجرائم المتعلقة بالتخريب الاقتصادي) الا ان القانون لم يعرف المقصود بالجرائم المخلة بالشرف والتي وردت في القوانين على سبيل المثال وقد استقر القضاء العراقي على ان الجرائم المخلة بالشرف هي التي تنتهك العرض و قواعد الاخلاق او الذمة المالية ، وعلى هذا يمكن ان يقاس على الجرائم التي اوردها القرار على سبيل المثال جريمة شهادة الزور وجريمة خيانة الوطن و الجرائم المخلة بالأخلاق و الآداب العامة في المادة (393) عقوبات وما بعدها (مصطفى ، 2005). كما قضت محكمة تمييز اقليم كوردستان بانه : (ان جرائم الارهاب تعتبر من الجرائم مخلة بالشرف واستنادا الى المادة 331/د2 من قانون اصول المحاكمات الجزائية) (1505 / الهيئة الجزائية الاولى 2018).

اذا نخلص مما تقدم ان المشرع العراقي لم يمنع القاضي الجزائي من استنباط بعض القرائن اللجوء الى اتخاذ بعض الاجراءات التي تؤدي الى تكملة الادلة في حال وجود قصور فيه او نقصه مادام الغرض منه تكوين قناعته و الوصول الى الحقيقة الواقعية و العدالة المنشودة.

2. المبحث الثاني

2.1 مدى جواز الاستعانة بالقياس كدليل مكم على الصعيد الدولي

للحديث عن دور القياس كدليل مكم على الصعيد الدولي مرتبط ارتباطا وثيقا بمبدأ (شرعية الجرائم و العقوبات) على المستوى الدولي ، حيث لم

ضمان حرية الافراد (المطيري , 2010).

2.3 دور العرف في التشريع والقضاء الوطني كدليل متمم

هناك مذهبين تتنازع في بيان دور العرف وقوته الملزمة للأخذ به في التشريع والقضاء الوطني وهذه المذاهب هي :

2.3.1 المذهب الاول : مذهب حكم القاضي

القوة الملزمة حكم القضاء، ساد هذا المذهب في الدول التي تأخذ بنظام السوابق القضائية مثل القانون الإنجليزي، فالعرف لا يتكون هنا إلا بعد حكم المحاكم ومن ثم فإن القاضي هو الذي ينشئ القاعدة العرفية ويضفي عليها صفة الإلزام ولكن هذا الاتجاه كسابقه يؤخذ عليه أن القاضي إذا كان قد طبق العرف فهو يطبقه لأنه قاعدة قانونية ملزمة فهل القاضي بذلك يكون قد أصبح مشرعاً وقد ذهب البعض رغم هذه المآخذ أن للقضاء دور واضح في تحديد مضمون القاعدة العرفية (البرزنجي، 2019). ويقول البعض ان رضا الافراد في المجتمع هو القوة الملزمة للعرف ورضاء الجماعة فلما كان العرف ناشئ عن إتباع الأفراد لقواعد سلوكية معينة بمحض إرادتهم وأصبح في اعتقادهم أن تلك القواعد صارت ملزمة وهذا إنما يدل على رضاهم التام اتجاه هذه القواعد السلوكية، ونحن نؤيد هذا الاتجاه (برندق و فرزانة، 1395).

2.3.2 المذهب الثاني : ضرورة الهيئة الاجتماعية للعرف

القوة الملزمة للعرف تكمن في الضرورة الاجتماعية للعرف، اي أن للعرف له دوراً مكملًا للتشريع فيما لا يمكن التشريع أن يواكب التطور الزمني فلا بد أن يكون مضافاً لديه قواعد عرفية تسير هذا التطور وهو ما تفرضه الضرورات الاجتماعية، ويمكن القول بأن العرف له دور في تكملة القاعدة الجنائية كما ان له دوراً في مجال التجريم والعقاب، مثال ذلك أن هناك بعض العناصر يمكن ان نحدد لها بعض الجرائم من خلال تطبيق قواعد غير جنائية، فالسرقة تقتضي ثبوت كون الشيء مملوك للغير والتحقق من هذا الركن وتوافره مرهون قواعد القانون المدني التي تحدد طرق اكتساب الملكية وانتقالها (مصطفى، 2015). وخيانة الامانة تقتضي وجود عقد من عقود الامانة كالإيجار او العارية او الوكالة التي يربط بين الجاني والمجني عليه والفصل في توافر هذا الركن يقتضي تطبيق قواعد قانون المدني التي تحدد اركان هذا العقود واحكامها، وبرز مثال على هذا النوع من القواعد القواعد الجنائية المتعلقة بالجرائم الايجابية المرتكبة بطريق سلمي، فقد نصت الفقرة 1/ من المادة 34 من قانون العقوبات العراقي على انه : (تكون الجريمة عمدية اذا توفر القصد الجرمي لدى فاعلها وتعد الجريمة عمدية كذلك اذا فرض القانون او (الاتفاق) واجبا على شخص وامتنع عن ادائه قاصدا

مبدأ الشرعية وان لم تكن هذه القواعد في الاصل مكتوبة، كما ان المبادئ العامة التي لا يعتبرها البعض مصدراً للقانون الدولي الا اذا كانت قابلة للتحويل والانتقال الى النظام الدولي ويتم اثبات وجودها تبعاً لذلك وطبقاً الى الطرق المتداولة في القانون المقارن فيما يستدل على انها قابلة الافادة منها عن المستوى الدولي عن طريق القياس (فنتيز، 2016). وتنص المادة (22) من نظام روما الاساسي على انه: (لا يُسأل الشخص جنائياً بموجب هذا النظام الأساسي ما لم يشكل السلوك المعني، وقت وقوعه، جريمة تدخل في اختصاص المحكمة يؤول تعريف الجريمة تأويلاً دقيقاً ولا يجوز توسيع نطاقه عن طريق القياس. وفي حالة الغموض يفسر التعريف لصالح الشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة) ، وكذلك المادة (23) من النظام نفسه حيث نصت على انه : (لا يعاقب أي شخص أذنته المحكمة إلا وفقاً لهذا النظام الأساسي).

ونحن نرى بان القياس يجد دوره في المبادئ العامة للقانون الدولي وهو مجموعة القواعد العامة المستفادة من النظم القانونية و التي تطبق في القانون الدولي العام كقواعد (قياسية و تفسيرية و اجرائية) اثناء اداء القاضي الدولي لوظيفته القضائية لكي يكون اداة مكتملة للقواعد التي يعتمدها النص لكي تقوم هي بتفسيرها و القياس عليها و استنباطها على مسائل معروضة في القضاء الدولي وهذا ما نستنبطه من استقرائنا لنصوص قواعد الاجرائية و نصوص المحاكم التي سبق القول عنها.

2.2 اللجوء الى العرف كدليل متمم على الصعيد الوطني

العرف لغة: بالضم و العرف بالكسر : الصبر , والعرف ضد المنكر يقال : اولاء عرفا اي معروفا وقد تأتي بمعنى الجود , ويقال هو مستعار من عرف الفرس اي يتتابعون كعرف الفرس, ويقال جاؤوا كأنهم عرف اي يتبع بعضهم بعضا, وقرئت عرفا عرفا (ابن منظور, 1994). فالعرف هو ما تعارفه الناس و سكن اليه و اطمأنت اليهم نفوسهم وتتابع على فعله (ابو عمرة، 2017). فالعرف هو المصدر الاول للقانون الروماني الذي يعتبر اصل النظام اللاتيني كذلك هو المصدر الاول للقانون الانجليزي الذي هو اصل القانون الانكلوسكسونية (سميحة , 2013). ومن هذه النظرة التاريخية العامة يتضح لنا ان العرف كان اول مصدر للقانون في تاريخ المجتمع البشري وبعد ان تقدمت البشرية بقي الى جانب التشريع كمصدر ايضا للقانون ان لم يكن مباشراً فعلى الأقل غير مباشر لان وجوده كمصدر احتياطي يكمل ما في التشريع من نقص، ولذا فان العرف له اثر في تكوين القانون الوضعي، ولما كانت القاعدة في القانون الجنائي انه (لا جريمة و لا عقوبة الا بنص) انعدم اثر العرف كمصدر لهذا القانون و الحكمة من تقرير القاعدة السابقة هو

تفاصيل جريمة هتك العرض و نوع الفعل الذي قام به المتهم في حيثياتها و ليس الاكتفاء بقيام المتهم بهتك عرض المجنى عليه ولان مفهوم هتك العرض مفهوم واسع شمل امورا كثيرة (135/الهيئة الجزائية/ 2015) . والعرف يتحدد لنا النموذج القانوني للسلوك الجنائي ونتيجته الاجرامية في هذه الجريمة وبذلك يكون في هذه الحالة (العرف) تكييفا خارجا عن النص المدون بالرجوع لمقتضى احكامه كوسيلة مكتملة للنص المدون عندما يحيل او يترك المسألة لأحكام العرف (احمد و سطاتم, 2018). كذلك فانه يمكن الرجوع الى المصادر غير المكتوبة من اجل تحديد اركان بعض الجرائم كما لو كانت مستمدة من العرف من ذلك ان جريمة (الفعل الفاضح) تستلزم لوقوعها ارتكاب (فعل محل الحياء) فيلزم حينئذ الرجوع الى العرف لتحديد مفهوم تلك الافعال المخلة بالحياء, كما قضت محكمة تمييز اقليم كردستان بانه (دخل دار المشتكية خلسة من النافذة مستغلا غياب زوجها ومن ثم دخل غرفة نوم المشتكية ولما حاولت الصراخ قام المتهم بوضع يده على فمها وكم انفاسها وبعدها قام بتقبيلها ومحاولة ممارسة الفعل الجنسي معها الا ان المشتكية رفضت ذلك ، الا انه اجبرها على التقاط صورتين معها لابتزازها مستقبلا ومكث في الدار ثم غادرها ، بعد ان لامس حياء المشتكية دون رضاها مستغلا كونها وحدها في البيت, فهي كافية ومقنعة لأدائه وفق البند/1 من المادة 396 من قانون العقوبات) (1044/ الهيئة الجزائية الثانية 2019) . وكذلك الشأن بالنسبة للأمور المخالفة للآداب العام حيث يعتبر هتك العرض فعلا منافيا للآداب يقع مباشرة على جسم المجنى عليه او عليها وهذا الفعل يأخذ اشكالا في مجموعها تربط بينها وبين رابط المساس بالحياء لعرض مجنى عليهم ، ويدخل تحت هذا النوع كل فعل دون الواقعة العادية ، كما قضت محكمة تمييز اقليم كردستان بانه (لثبوت قيامه بطلب امور مخالفه للآداب من المشتكية بواسطه جهاز الموبايل على وجه يخدش حياءها لذا تقرر تصديقه) (358/ الهيئة الجزائية / أحداث 2012) . و المرجع في اعتبار ما يعد عورة و مالا يعد انما يكون الحكم فيه الى العرف و احوال البيئات العامة ، كما ان (قانون المجازات الاسلامي الايراني) لم يعرف السرقة بالنص عليها بصورة صريحة، ولذلك فانه يثور تساؤل حول ما اذا قام الشخص بأمداد سلك كهربائي من العمود و استغلاله لنشاطه فبانعدام النص هل يشكل هذا الفعل جريمة سرقة؟ ان الشعبة (5) من (ديوان عالي كشور) والذي يعني ديوان الدولة العليا في الحكومة وهو ما يقابل (رئاسة مجلس الشورى في العراق) قد احال هذه المسألة في كونها تشكل جريمة سرقة ام لا الى العرف و ذكرت (بان سرقة اموال المواطنين يدخل ضمن الاحكام العامة للسرقة فمن الاولى اعتبار هذا النشاط سرقة بالنظر الى العرف ان كانت تعود للدولة) (اردبيلي, 1393) .

احداث الجريمة التي نشأت مباشرة عن هذا الامتناع) وقد قضت محكمة تمييز اقليم كردستان بانه (الجرائم الارهابية القصد منه ايقاع الرعب والخوف والفرع والفوضى بين الناس للإخلال بالنظام العام وتعريض امن وسلامة المجتمع والاقليم وحررياتهم وأمنهم للخطر تحقيقاً لمأرب مذهبية ودينية وعرفيه)(قرار 1505/ الهيئة الجزائية الاولى 2018) . كما ويرتب القانون او الاتفاق واجبا على الاشخاص ضمن المجتمع الواحد فان امتنع عن اداء هذا الواجب بقصد الوصول الى النتيجة التي حدثت يكون قد ارتكب جريمة عمدية و الملاحظ ان هذه المادة لم تبين ماهية الواجب المطلوب القيام به بل تركت ذلك للقانون و الاتفاق والعرف ابرز صورة من صور الاتفاق الجماعي فاذا قضى العرف مثلا بان ترضع الام طفلها حديث الولادة وامتنعت عن ارضاعه بقصد قتله تكون قد ارتكب جريمة القتل العمد بطريق الامتناع وهكذا الامر في باقي الالتزامات القانونية او الاتفاقات العرفية و يتوقف عنصر من عناصر الجريمة في هذه الحالة على العرف وهو شق التكليف , كذلك نص المادة 434 من قانون العقوبات العراقي التي نصت على انه : (السب هو رمي الغير بما يخدش شرفه او اعتباره او يجرح شعوره وان لم يتضمن ذلك اسناد واقعة معينة) ، فالصيغة الواردة هنا هي (بما يخدش الشرف و الاعتبار او يجرح الشعور) ويرجع في تحديد هذه الافعال الى العرف و التقاليد السائدة و مجموعة الآراء و العواطف التي يحملها افراد البلد الواحد (احمد و سطاتم, 2018). ويترك للعرف ايضا تحديد الفعل الذي يجسد النموذج القانوني المجرد، مثال ذلك ان بعض التشريعات تعرف القذف بانه : (اسناد واقعة معينة الى الغير بإحدى طرق العلانية من شأنها لو صحت ان توجب عقاب من اسندت اليه او احتقاره عند اهل وطنه) ولم يبين بالتحديد ما المقصود بعبارة (... رمي الغير بما يخدش شرفه) الوارد بالنص اي شق التكليف هنا في قالب حر اذ يتعرض على المشرع ان يحدد الوصف الدقيق لصور السلوك الاجرامي بما يتحقق فيه ما يعد خدشا للاعتبار واهانة او ما يوجب الاحتقار بين الناس بل ترك الامر لتقدير المحكمة و سبيل ذلك يكمن بالرجوع الى العرف الاجتماعي و ما هو ثابت في التقاليد كميّار او اساس لكي يحدد ما يمكن ان يكون انتهاكا للجانب الاعتباري للشخص سواء كان قولاً ام فعلاً ام اشارة كما قضت محكمة تمييز اقليم كردستان بالقرار بانه (نزع لباس المجنى عليها ووضع قضيبه في دبرها ولم يتمكن من ايلاج قضيبه في دبرها وقذف سائله المنوي داخل ملابسها الداخلية والحالة هذه يكون ما اقترفه من جرم ينطبق عليه احكام المادة 2/1/396 عقوبات ولبست المادة 1/394) (قرار 465/ الهيئة الجزائية /احداث 2011) . وفي قرار اخر قضت محكمة تمييز اقليم كردستان بانها (تنويه المحكمة بانه يجب ان تضمن قرارها

السابقة الدولية المشكلين للركن المادي للعرف الدولي وهو ما أكدته القرار التحكيمية الصادر عام 1969 في قضية (الطيران المدني بين فرنسا و الولايات المتحدة الامريكية) والمتعلق بتفسير الاتفاقية المبرمة بين الطرفين (خوالديه، 2018). اما العمومية، يشترط لتام الركن المادي للعرف الدولي ان يكون السلوك او السابقة قد درج على اتباعها عدد كبير من اشخاص قانون الدولي فعدد الدول المشاركة في السلوك او السابقة يشكل معيارا للقول بعمومية القاعدة او قبولها على اوسع نطاق ولا يشترط اجماع كل الدول مقدما لثبوت القاعدة العرفية بل يكفي اقلية الدول وهذا ما يسمى بالعرف العام (زايد، 2018). اما الركن المعنوي فيقصد به اقتناع الدول بضرورة العرف المكون و اعتقادها الجازم بان اتباعه يعد واجبا لذلك يساهم وجود هذا العامل المعنوي في تمييزه عن العادات و قواعد المجاملات الدولية التي تعد مجرد تصرفات تخضع لاعتبارات ظرفية خالية من اي التزام، حيث وصفت المادة 38 من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية العرف بانه (تعامل عام مقبول على انه قانون) وقد ايد توجه القضائي هذا الاتجاه، حيث اصدرت محكمة العدل الدولية قرارا دوليا في قضية الجرف القاري لبحر الشمال عام (1969) حيث أكدت فيه انه : (لقيام العرف يشترط توافر تعامل ثابت لدى الدول و اقتناعها بان هذا التعامل قد اصبح ملزما). و في قضية الانشطة الحربية و شبه الحربية في نيكاراغوا وضدها ، فقد ورد في قرار المحكمة بانه : (على المحكمة أن تكون مقتنعة أنه يوجد في العرف الدولي شعور بالإلزام كخاصية ملزمة لمثل هذا الامتناع، يمكن استنتاجه من تصرفات الأطراف وتصرفات الدول تجاه بعض نصوص الجمعية العامة)(عبدالمطلب، 2015).

2.5 دور العرف كدليل مكمّل ومكمل في القضاء الدولي

يلعب العرف الدولي دورا بارزا من حيث قوته الملزمة ونجد ذلك في العديد من القضايا ، ففي (قضية اردموفك) التي نظرتها المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة حول مدى صلاحية الادراك كدفاع شرعي بالنسبة للانتهام بجرائم قتل المدنيين الابرياء خاصة ان اعتبرت من قبيل الجرائم ضد الانسانية وبعد أن قام قضاة الغرفة بالبحث عن قاعدة قانونية يمكن تطبيقها في إطار القواعد الاتفاقية والعرفية للقانون الدولي، وقضت المحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة في قضية "كوبريشيتش" التي ورد في قرارها : (يحمل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ليوغسلافيا السابقة الاستناد إلى قواعد القانون الدولي العرفي، للمتطلبات الأساسية التي تقضيها العدالة الدولية). وكذلك قضية (جلستيك) الذي ادعى بأنه (الصربي أدولف) في شمال البوسنة والتي شملت لأثمة الاتهام (44) تهمة

نستخلص من كل ما سبق ان للعرف دوراً مهماً ومكملاً للأدلة الناقصة التي يستطيع من خلالها القاضي الجنائي او المحكمة ان تكون قناعتها من دليل ناقص بالاستعانة بالعرف موصلا الى الحكم اليقيني الذي يمكن ان يطمئن اليه القاضي او المحكمة في اصدار حكمها بالإدانة او البراءة ، ان العرف كدور مكمّل في الادلة الناقصة في المجال الجنائي.

2.4 دور العرف كدليل مكمّل في القضاء الجنائي الدولي

قبل اللوج في صلب الموضوع ينبغي علينا ان نبين ماهية العرف الدولي وتحديد اركانه وحجيته الملزمة في اتمام الادلة الناقصة في الاثبات الجنائي الدولي وتطبيقاته القضائية الدولية وعلى المنوال التالي:

2.4.1 . تعريف العرف الدولي وأركانه

نصت عليه المادة 38 من النظام الاساسي لمحكمة العدل الدولية في فقرتها الاولى بان العرف الدولي هو : (مجموعة القواعد العرفية الدولية المسقاة من العادات الدولية المرعية و المتبعة بمثابة القانون دل عليه تواتر الاستعمال) ، ان سمة العرفية لقواعد القانون الدولي القت بظلالها على ركن الشرعية فحولته من مبدا يستند اساسا الى الكتابة و الشكلية الى مبدا ذي صفة عرفية بحسب الاصل في قواعد القانون الدولي العام، حيث لوجود لفكرة الجريمة الدولية في نصوص مقننة وانما يمكن الاهتداء اليها عن طريق استقراء ما تواتر عليه العرف الدولي و حتى التسليم بوجود هذه القواعد في اتفاقيات دولية و موثيق و اظمة للمحاكم الدولية فان اساس هذه القاعدة و الوجه الاول لظهورها مرده (العرف الدولي) و ينحصر دور تلك الموثيق كونها كاشفة و مؤكدة و مقننة لما استقر من تلك القواعد العرفية (ماضي ، 2013). فالقاضي الجنائي الدولي حينما يحاول تطبيق احكام القانون الدولي فهو لا يبحث عنها في النصوص المكتوبة وحدها ولكنه يقوم بتحديد ما جرت به وفقا للعلاقات بين الدول و استقرت عليه ويجتهد في استخلاص القواعد العرفية التي نشأت بذلك، وهنا يبرز دور القاضي الدولي في تكملة الدليل الذي يحصل عليه من العرف الدولي مع مصادر القانون الدولي الاخرى والذي يبيح له الخروج عن مبدا الشرعية الذي وجد اصلا من انتزاع سلطة التجريم في يد القضاء (مخاط، 2013). اما اركان العرف الدولي وهو يتكون من ركنين اساسيين على غرار العرف الداخلي وهما : الركن المادي و الركن المعنوي ، ويمثل الركن المادي للعرف الدولي في السلوك الذي درج على اتباعه اشخاص القانون الدولي العام من دول و منظمات دولية ويصطلح عليه (السوابق الدولية)، و من الثابت ان السوابق التي تكون الركن المادي للعرف الدولي يشترط فيها (التواتر و العموم) ويقصد بالتواتر، استمرارية و تعاقب و اضطراد السلوك الدولي او

الامثلة على القياس السليبي هو اتخاذ القاضي (قاضي التحقيق) اجراء التشخيص او مايعرف بالاستعراف الشخصي وكشف الدلالة في اعادة تسلسل الاحداث من قبل المتهم من قيام المتهم بخطوات الركن المادي للجريمة وانتهاء بتحقيق النتيجة الجريمة ومعرفة علاقة السببية بين الركن المادي و المعنوي والنتيجة التي وقعت

2-القياس السليبي الذي يمكن للقاضي او المحكمة الجنائية الاستعانة بها هو ذلك الذي يصب في مصلحة المتهم كما هو الحال في قانون الاجراءات الفرنسي الذي يجعل من السرقة بين الزوجين مانعا من العقاب ويمكن قياس خيانة الامانة على جعلها مانعا من معاقبة احد الزوجين لاتحاد العلة بين الجريمتين.

3-اما بخصوص مدى الاستعانة بالعرف في القضايا و المسائل الجزائية واعتبارها قرينة لتكملة الادلة الناقصة في الاثبات الجنائي في الاثبات الجنائي , فالعرف دور في ذلك فعلى سبيل المثال لا الحصر ان بعض العبارات التي تعد سبا او قذفا او خادشا او مخلة بالحياء وتعد فاحشة بل ماتعارف الناس على اعتبارها كذلك وهذه تساعد القاضي في حال كون الدليل غير كامل ان يتمم بالعرف عن طريق استنباط القرينة.

4-تطبيقا لمبدأ البراءة الاصلية القائل بان (المتهم بريء حتى تثبت ادانته) فلا يعاقب متهم بريء حتى يستعين القاضي الجنائي من المتهم المائل امامه يستحق العقاب بعد ان استكمل قناعته عن طريق تكملة الادلة الناقصة بالقرينة الناتجة عن العرف و القياس.

5-ان مبدأ (عدم افلات المجرمين من العقاب) مبدأ عالمي لايمكن ان يتحقق في حاله كون الدليل ناقصا ودون الاستعانة بوسائل القياس في استنباط القرينة التي عن طريقه يمكن اتمام الدليل وادانة المتهم الحقيقي وصيانة المجتمع في الجرائم وهذا ينطبق على الجانب الدولي من عدم افلات المجرمين الدوليين من قبضة العدالة الجنائية الدولية و مجرمي الحرب و المتاجرين بالجنس البشري و مرتكبي الاغتصاب على مستوى الدولي.

6-العرف و القياس تجعلان القاضي الجنائي أكثر حرية بالاستعانة بملكاته الذهنية الواسعة في حسم الدعاوي الجنائية بالسرعة الممكنة وبجهد اقل و تكاليف اقل تقع على عاتق السلطة القضائية . وان لايبقى في حيرة من امره في حال نقص ادلة الاثبات.

التوصيات

1. ضرورة الاخذ بالعرف و القياس على نطاق المحاكم الجزائية العراقية و الاستعانة بها في تجريم بعض الافعال الذي ياتيه الافراد في قانون العقوبات العراقي و الاجراءات في قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي بما

تعاملت مع جرائم ضد الإنسانية وانتهاك للقوانين وعادات الحرب , وفي قضية فوردنزا (حيث اثير تعريف جريمة الاغتصاب امام الدائرة الابتدائية للمحكمة في 14-12-1998 عندما لم تبين تعريف جريمة الاغتصاب ضمن المعاهدات الدولية لجا الى العرف الدولي بهذا الشأن , كما اعتبر العرف مصدرا للقانون الدولي في محاكمات نورمبرغ عندما تم وضع مجموعة من المبادئ التوجيهية التي تحدد ماهية جريمة الحرب , لان جرائم الحرب تعني انتهاكات القوانين او الاعراف المتعلقة بالحروب ويجب ان تشمل هذه الانتهاكات على سبيل المثال لا الحصر وحيث ان قرارات تلك المحاكم لم تستند اي مبادئ توجيهية تشريعية في تلك المحاكمات غير انها كانت تستند فقط على الشروط المستمدة من المعاهدات و الضمانات مع الاحكام المستمدة من القواعد و المبادئ توجيهية غير المكتوبة لان لم يتم توجيه الاتهام إلى الجناة المزعومين في هذا المسار والحكم عليهم من قبل أي نص تشريعي أو وطني , ولكن تم ذلك مباشرة بموجب القانون الدولي العرفي لان العرف الدولي تعتبر الحجر الاساس للقانون الدولي (سميحة , 2013). و الاخلال بالعرف الدولي يؤدي الى التحقيق المسؤولية الجنائية الدولية مثل القرارات الصادرة من مجلس الامن ضد الدول التي انتهكت العرف الدولي , كما فعل ذلك في (قضية دارفور) ما ادى الى اتخاذ القرار المرقم 1593 في 2005 الذي احال القضية الى المدعي العام في المحكمة الجنائية الدولية , لان القضية المذكورة ليس الا نتيجة لخرق المادة الثالثة في اتفاقيات جنيف الاربع لعام 1949 (قرار مجلس الامن 1953/ 2005). يتبين مما تقدم بان العرف الدولي تعتبر من أهم الادوات التي يلتزم القاضي باستخدامها لضمان حسن تطبيق القانون و اتمامه.

الخاتمة

1-بالرغم من ان القياس و العرف على الصعيدين الوطني و الدولي لايمكن الاخذ بهما بشكل مطلق في المسائل الجنائية غير انه بهذين الوسيلتين دورا مهما و بارزا في اكمال النقص الحاصل في الادلة التي تحتاج الى الاتمام , فنحن لانتحدث عن القياس الایجابي الذي يتعارض مع مبدأ الشرعية التي تحدد العقوبات و الجرائم بل الحديث يتضمن القياس السليبي و التي لايتعارض مع هذه القاعدة او المبدأ وهي تخص الاجراءات التي تتم اي دليل اثبات يعترضه النقص . ونقصد بالقياس السليبي هو اتخاذ القاضي الجنائي بعض الاجراءات التي لا يوجد نص صريح في القانون عليها ولكنها تؤدي الى كشف ملاسبات الجريمة و الاستفادة منها في اصدار القرار المناسب في الدعوى والتي تحسمها بالشكل الذي يحقق العدالة لذوي العلاقة من متهم الى مشتكي الى مدعي بالحق المدني ...الخ . ومن ابرز

يتناسب و القضايا المعروضة و ضرورة ادراج هذه الافعال من موادها , تطبيقا لمبدأ التكامل بين القضايا الوطني و الدولي و المنصوص عليها في قانون روما الاساسي و الاستفادة منها .

2. بما ان للعرف الدولي الجنائي اهمية بالغة فنوصي بضرورة مصادقة العراق على نظام المحكمة الجنائية الدولية و اتخاذ الخطوات اللازمة في اعتماد بعض الاجراءات فيما يخص جرائم الارهاب و جرائم القتل الجماعية التي جرت في العراق بما ان الساحة العراقية شهدت جرائم تندي لها جين الانسانية.

المصادر

ابن منظور ,ابن الفضل جمال الدين محمد بن مكرم (1994), لسان العرب, دار صادر , بيروت

ابو عمرة , ختام سلامة سليمان (2017), اثر العرف على مستجدات احكام المرأة في الفقه الاسلامي , بحث استكمالاً من متطلبات الحصول على درجة الماجستير في الفقه المقارن في كلية الشريعة و القانون في الجامعة الاسلامية بغزة

احمد و سطوم و , هاشم محمد, م.م محمد ذياب (2018) , دور العرف و القياس في التكييف القانوني للوقائع الاجرامية (دراسة تأصيلية تحليلية) بحث منشور في مجلة تكريت للحقوق , السنة 3 المجلد 3 , العدد 2 , الجزء 1 , كانون الاول

البرزنجي , كشوا معروف سيده (2019) , العرف و أثره على السياسة الجنائية, (دراسة مقارنة) , اطروحة تقدمت بها إلى مجلس كلية القانون والعلوم السياسية/ جامعة كركوك وهي جزء من متطلبات نيل شهادة دكتوراه فلسفة في القانون الجنائي,

الخالدي , نوال احمد سارو (2013) , جريمة الاضطهاد في ضوء احكام النظام الاساسي للمحكمة الجنائية الدولية , رسالة مقدمة لمتطلبات الحصول على درجة

الماجستير في القانون الجنائي , كلية الحقوق في جامعة النهرين

الخلف و الشاوي , على حسين و د. سلطان عبدالقادر (2015) , المبادئ العامة في قانون العقوبات , مكتبة السنبوري , بيروت

زايد , بن عيسى (2018) , محاضرات في القانون الدولي العام (المفهوم و المصادر) لطلبة السنة الثانية ليسانس , السداسي الثالث, المركز الجامعي نور البشير البيض سرور, احمد فتحي (2002), القانون الجنائي الدستوري, دار الشروق القاهرة, الطبعة الثانية

سميحة , بالمهدي (2013) , تطبيق العرف الدولي المتعلق بحقوق الانسان في النظام الانكولوسكسونية , مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام تخصص حقوق الانسان و الحريات العامة, جامعة فرحات عباس , سطيف كلية الحقوق و العلوم السياسية

عبدالله , عامر عاشور (2011) , القياس في القانون المدني و الفقه الاسلامي , مجلة الرافدين للحقوق , المجلد 15 عدد 52 السنة 17

عبدالمطلب , ايهاب (2015) عبدالمطلب, مشروع ادلة الاثبات وواجه بطلانها, دار المناهل.

فنتيز , على (2016), مبدأ شرعية الجرائم و العقوبات في القانون الدولي الجنائي , مذكرة مقدمة لاستكمال شهادة ماستر أكاديمي ,جامعة قاصدي مرباح, ورقلة , كلية

الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق,

ماضوي , عباس (2013) , المصادر التقليدية غير الاتفاقية للقانون الدولي العام

(ماهيتها و حجتها) مذكرة مكملة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق , تخصص قانون

دولي عام كلية الحقوق و العلوم السياسية قسم الحقوق جامع محمد خيضر – بسكرة

مخاط , محمد ثامر (2013) , التجريم استنادا الى العرف في القانون الدولي الجنائي ,

كلية القانون جامعة ذي قار , مجلة الحقوق , المجلد 11 , العدد 1

مصطفى , ما مون جميل احمد (2015), انحسار مبدأ الشرعية الجنائية, كلية الحقوق

دراسات عليا جامعة القدس

مصطفى , جمال محمد (2005) شرح قانون اصول المحاكمات الجزائية, المكتبة القانونية

بغداد

المطيري , احمد بن رفاع بن حامد العزيمي (2010), العرف في التشريع الجنائي, دراسة

تأصيلية مقارنة, رسالة مقدمة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

العدالة الجنائية , جامعة نايف العربية للعلوم الامنية , كلية الدراسات العليا قسم

العدالة الجنائية

القوانين

دستور جمهورية العراق لسنة 2005.

قانون العقوبات العراقي رقم 111 لسنة 1969 المعدل

قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم 23 لسنة 1971

قانون العقوبات الاسلامي الايراني المرقم 1392

القرارات غير المنشورة

قرار (135/الهيئة الجزائية/احداث/2015)

قرار (1505/ الهيئة الجزائية الاولى / 2018)

قرار (187/جزاء /1981)

قرار (397/ الهيئة الجزائية الاولى / 201)

قرار (465/ الهيئة الجزائية /اداث /2011)

قرار (1044/ الهيئة الجزائية الثانية / 2018)

قرار (106/الهيئة الجزائية/احداث/ 2015)

قرار (120/الهيئة الجزائية/احداث/ 2015)

قرار (220/ الهيئة الجزائية -الثانية/2014)

قرار (358 /الهيئة الجزائية / أحداث / 2012)

قرار (456/445/ت/جزائية/2012)

قرار (501/ الهيئة الجزائية - الاولى/ 2014)

قرار (846/ الهيئة الجزائية الثانية /2016)

الوثائق الدولية

نظام روما الاساسي لمحكمة الجنائية الدولية

القواعد الاجرائية و القواعد الاثبات لمحكمة الجنائية الدولية

النظام الاساسي محكمة نورمبرغ

المصادر الاجنبية الفارسية

اردبيلي , سزار بكاريا, ترجمة د. محمد علي (1374) , رسالة جرایم و مجازاتها , جاب

دوم 1374 , انتشارات دانشگاه شهید بهشتي 220/2

برندق و فرزانه , محمد روجي (1396), منصوره فصیح, محمدمین کیخا, تبارشناسي

عرف در فقه امامیه و حقوق ایران, مقال منشور في (مطالعات فقه و حقوق اسلامي

- سال 8 - شماره 15 - پاییز و زمستان)

تهراني , مسعود مظاهري (1398) , قیاس در امور کیفری , نقد و بررسی نا

برابری دیه زن و مرد در نظام جمهوری اسلامی ایران . پژوهشنامه زنان .

پژوهشنامه علوم انسانی فرهنگی سال هشتم شماره دوم تابستان

توکلی و حیدری , حمدرضا و محمد علی (1398) , نظری به چیستی و کاربرد قیاس

در فقه مقارن و حقوق ایران, دوفصلنامه علمی - پژوهشی فقه مقارن / سال هفتم /

شماره 13 / بهار و تابستان

عباسي , احمد (1398) , نظریات العدالة (دراسة و نقد) الناشر الايراني , مؤسسة

اموزشي و پژوهشي امام خميني, ترجمة حیدر نجف , المراجعة و التقويم , فريق مرکز

الحضارة لتنمية الفكر الاسلامي , الطبعة الاولى , بيروت

کاتوزیان , ناصر (1374) , مقدمة علم حقوق و مطالعة در نظام حقوقي ایران , ان

بر کزیده حقوقي

کالی , سیدعلیرضا میر (1396) , سید محمدی کاظمی , بررسی تحلیلی (اعادة

دادرسي) در قانون این دادرسى مصوب 1392, فصلنامه قضاوت, شماره 89 بهار

1396

محمدی , حجت اسلام صفدر (1397) , بررسی جرم ارتداد در حقوق ایران و بین

الملل , ثنجمین هایش ملی پژوهش های مدیریت و علوم انسانی در ایران , 14 تیر

دانشگاه تهران.

Abstract

The basic principle that governs evidence in International and Internal criminal evidence is the principle of judicial conviction relation to any evidence. This principle can only be achieved by certain means within specific controls, among these means is the measurement and customary in devising the judicial presumption to complete any evidence to complete deficiency. The criminal judge may use the aforementioned means to achieve criminal justice, the principle of achieving right, putting things in perspective, Criminals do not go unpunished, innocent is not condemned, resolving cases as soon as possible, and achieving the principle of fair and just judiciary, which the judges seek internally and internationally.

Key words: Using custom and measurement to complement the evidence.

The principle of judicial conviction. Doing the truth. The innocent is not condemned