



الدراسات والبحوث
للمكتب الفني
للمحكمة العليا

مجلة البحوث القضائية

مجلة علمية متخصصة تعنى بالبحوث والمراسات القانونية والشرعية

يطمئنها
المكتب الفني بالمحكمة العليا أربع مرات في السنة

العدد: صفر
يونيو 2005م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المجلة العلمية
المحكمة العليا
المكتب الفني

رحلة البحوث القضائية

مجلة علمية متخصصة تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والشريعة

يصلها

المكتب الفني بالمحكمة العليا أربع مرات في السنة .

العدد: صفح

يونيو ٢٠٠٥م

الآراء والتعليقات تعبر عن آراء الكتّاب، ولا تعبر
بالضرورة عن اتجاه قضائي لدى المحكمة، أو رأي الجهة
التي يعمل لديها الكاتب، ولا تعاد المواد لهم نشرت أو لم
تنشر .

المحتويات

رقم الصفحة	الكاتب	الموضوع
	القاضي / فيصل عمر مثنى	تقديم
٥	القاضي / حسين محمد المهدي	الخصومة الاستئنافية وسلطة محكمة الاستئناف
٤١	القاضي. د / محفوظ عمر خميس	سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض
٦٧	القاضي / عبد الجليل محسن العلفي	الوصف القانوني للوقائع الجزائية
٩١	القاضي / يحيى محمد الماوري	الثمار
١١٣	القاضي / أحمد صالح فرحان	التعارض في الأدلة الشرعية

تقديم

بسم الله العلي القدير ، وتنفيذاً لقرار مجلس القضاء الأعلى رقم (٤) يصدر المكتب الفني بالمحكمة العليا للجمهورية مجلة العدالة التي تعنى بالبحوث والدراسات القانونية والشرعية .

ونحن إذ نصدر العدد (صفر) من هذه المجلة نستلهم من الله تعالى الرشد والسداد ، حتى نستطيع أن توصل بداياتها بخطى واثقة ولن نألو جهداً في استقطاب أقلام الباحثين وشحذ همم الدارسين في مجال البحوث والدراسات القانونية والشرعية لتكون مناسلاً للحوار والتفاعل بين الأفكار بما يكفل تسليط الضوء على النصوص نتيجة ذلك لتسهم في نشر الثقافة القانونية وتأصيل الفكر القانوني.

آملين من الله التوفيق والسداد " وحسبنا الله ونعم الوكيل " وعلى الله قصد السبيل "

القاضي / فيصل عمر مثنى
عضو المحكمة العليا
رئيس المكتب الفني



الخصومة الاستئنافية
وسلطة محكمة الاستئناف

القاضي/
حسين محمد المهدي
عضو المحكمة العليا

الخصومة الاستئنافية وسلطة محكمة الاستئناف

مَهَيِّدًا

الحمد لله وحده وصلى الله وسلم على محمد وآله وصحبه وبعد : فإنه إذا كان من المسلم به في فقه الشريعة الإسلامية أن الحكم القضائي يشكل نظرية متكاملة ويقوم على تنظيم دقيق فيتحقق به العدل وتساو به القيم وترد به الحقوق وتحفظ به الحريات والكرامات ولما له من مكانة جليلة على استقرار حياة البشرية واستقامتها فقد خاطب الله نبيه صلى الله عليه وآله وسلم بقوله : (وَإِنْ حَكَمْتَ فَأَحْكُم بَيْنَهُم بِالْقِسْطِ) ، وخاطب الكافة من عباده المؤمنين بقوله : (وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ) ومما لا ريب فيه أن الحكم بالعدل يتطلب علم القاضي وإحاطته بالوقائع التي يطرحها الخصوم وتحقيق ذلك ويتطلب أيضاً علم القاضي بالأحكام الشرعية والقواعد القانونية والفقهية الواجبة التطبيق على الواقعة المعروضة عليه ويأثم القاضي إذا جهل أو تجاهل في كلتا الحالتين لأنه ينبغي عليه تمحيص الوقائع تمحيصاً دقيقاً واحترامه لمبدأ المساواة وكفالة حق الدفاع وتثبته من مشروعية الدليل وسلامة إجراءاته واستيفاء شروط صحته وتحقيقه لكافة الوقائع التي يطرحها الخصوم ثم إنزال الحكم الشرعي الواجب التطبيق بعد موازنة حجج الخصوم وترجيح حجة أحدهم على الآخر لأنه إذا أصم القاضي أذنيه عن سماع الأدلة ، أو لم يحط بتلك الأدلة إحاطة واعية عن بصر وبصيرة ، كان قضاؤه على جهل ، وكذلك إذا أنزل الواقعة على غير الحكم الشرعي الصحيح فإن ذلك مذموم في حقه وقد يوصف حكمه بالجور إذا تعمد ذلك فقد ورد في الحديث عنه صلى الله عليه وآله وسلم : (إن الله مع القاضي ما لم يجُر).

وكذا ورد الوعيد الشديد في حق القاضي إذا قضا على جهل. ففي الحديث النبوي : (القضاة ثلاثة: إثنان في النار وواحد في الجنة، رجل عرف الحق فقاضى به فهو في الجنة، ورجل عرف الحق فلم يقض به وجار في الحكم فهو في النار، ورجل لم يعرف الحق فقاضى على جهل فهو في النار). أخرجه أبو داود في سننه.

هذه هي أحوال القضاة التي بينها الرسول صلى الله عليه وآله وسلم غير أن القاضي إذا بذل الوسع واستفرغ الجهد في سبيل إحقاق الحق فإن قضاؤه يكون مأجوراً عليه سواء أخطأ أو أصاب، فإن أصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر كما ثبت في السنة النبوية أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : (إذا حكم الحاكم فاجتهد فأصاب فله أجران ... الحديث).

ولما كان الأصل هو سلامة نية القاضي وسعيه لإحقاق الحق وتجرده لإقامة العدل إلا أنه في كل الأحوال بشر ، وليس معصوماً ولذلك فإن اجتهاده يكون في بعض الحالات معرضاً للخطأ نظراً لما يدركه القاضي من السهو والنسيان واشتباه الحجج عليه فقد تتطلي عليه أمور وقد تخونه الذاكرة وقد يدلس عليه ولهذا ورد في الحديث النبوي : (لعل أحدكم أن يكون ألحن بحجته فأحكم له على نحو مما أسمع منه فإذا قضيت له بشيء من حق أخيه وإنما أقطع له قطعة من النار). متفق عليه .

ومن أجل ذلك كان لا بد من إيجاد وسيلة لتصحيح أي خطأ يقع في الحكم وتدارك ما يحصل في الأحكام من أخطاء أو عيوب تضر بالعدالة وتشوهها ولهذا فإن النظم القانونية في مختلف البلدان سارعت إلى وضع قواعد تعطي المحكوم عليه وكافة الخصوم حق طرح النزاع مرة ثانية أمام محاكم الاستئناف بمجرد صدور الحكم المنهي للخصومة من

محكمة الدرجة الأولى، ونعني بالحكم هنا الحكم المنهي للخصومة ، وهو ذلك الحكم الذي يؤدي إلى انتهاء الخصومة بكاملها أو انتهاء إجراءاتها ، سواءً كان حكماً فاصلاً في الموضوع بإجابة طلبات المدعي أو رفضها أو كان حكماً إجرائياً ينهي الخصومة دون الفصل في الدعوى كالحكم بانتفاء الولاية القضائية أو بطلان المطالب القضائية أو بسقوط الخصومة أو انقضائها فإن القانون رتب لمجرد صدور هذا الحكم أثراً إجرائياً يعطي الخصوم حق الطعن أمام الاستئناف خلال مدة معينة حددها قانون المرافعات اليمني بستين يوماً كما هو صريح المادة (٢٧٥) مرافعات يمني .

وحدها قانون الإجراءات الجزائية اليمني بمدة خمس عشر يوماً كما هو صريح المادة (٤٢١) إجراءات يمني .

ولذلك فإن الطعن بالاستئناف يعتبر وسيلة للمحكوم عليه وكافة الخصوم لغرض رفع ما أصاب الخصوم من ضرر ينشأ عن الحكم الابتدائي وتصحيح ما قد يعلق به من عيوب ، وتدارك أي خطأ بغرض الوصول إلى إلغاء الحكم أو تعديله على الوجه الذي يزيل عنه عيوبه ولم يكن طرح النزاع والتظلم من الأحكام بغرض تصحيحها من بنات أفكار اليوم فالملاحظ أن التظلم في الأحكام وطرحها أمام هيئة أعلى قد ظهر منذ عصر النبوة ، دل على ذلك ما ورد في السنة من أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أجاز قضاء علي بن أبي طالب رضي الله عنه فيما يعرف بالقضية المعروفة (بالزبية) أي أيد حكم قاضيه علي بن أبي طالب.^(١)

^١ الحديث في مسند الإمام أحمد بن حنبل مسند علي بن أبي طالب رقم ٥٧٣ . وقد أورده الإمام ابن القيم في إعلام الموقعين ج ٢ ، ص ٥٨ ، والذهبي في ميزان الاعتدال ج ١ ، ص ٦١٩ ، ووكيع في أخبار القضاة ج ١ ، ص ٥٥ .

وقد علق عليه الدكتور أحمد البهي بقوله : وواضح من هذا أن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم أيد حكم علي في القضية بعد أن عُرِضت عليه ، ويؤخذ من هذا أن لولي الأمر أن يعيد النظر فيما تم الفصل فيه إذا رُفِع إليه أو ينيب عنه هيئة قضائية تعيد النظر فيما تم الفصل فيه إذا استؤنف الحكم السابق أمامها ، وبهذا يكون الإسلام قد حقق في نظمه القضائية جواز استئناف القضايا بعد الحكم فيها.^(٢)

وروى ابن سعد في طبقاته أن قوماً اختصموا في خص^(٣) فارتفعوا إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فبعث معهم حذيفة رضي الله عنه فقضى به حذيفة للذي يليهم القمط^(٤) فرجع إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم فذكر ذلك له فأجازه^(٥) ، وتوقف الحكم على إجازة النبي صلى الله عليه وآله وسلم يعني جواز تعدد درجات التقاضي وبالتالي جواز تعدد طبقات المحاكم ، وفي عصر الخلافة الراشدة روي أنه أتى عبدالله بن مسعود برجل من قريش وجد مع امرأة في ملحفتها ولم تقم البينة على ذلك فضربه عبدالله أربعين وأقامه للناس ، فانطلق قوم إلى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فقالوا : فضح منا رجل. فقال عمر لعبدالله : بلغني أنك ضربت رجل من قريش . فقال: أجل أُتيت به قد وجد مع امرأة في ملحفتها ، ولم تقم البينة على غير ذلك فضربته أربعين وعرفته للناس. قال: رأيت ذلك. قال: نعم ، قال : نعماً رأيت. قالوا : جئنا نستعديه عليه فاستفتاه.^(٦)

وهذا القصة تدل على أن الخليفة وهو يمثل السلطة القضائية العليا قد أجاز حكم قاضيه ، وجاء في أخبار القضاة أيضاً أن شريحاً أتى في امرأة

^٢ نظام القضاء في الإسلام للمستشار المرضاوي. ص ١٥٣.

^٣ الخص : البيت من القصب . كما ورد ذلك في الصحاح للجوهري ج ٣ ، ص ١٣٧.

^٤ القمط : حبل تشد به الأخصاص. انظر الصحاح باب الطاء فصل القاف ج ٣ ، ١١٥ .

^٥ الطبقات الكبرى لمحمد بن سعد بن منيع الزهري. طبعة دار إحياء التراث العربي. ج ٥ ، ص ٥٥٣.

^٦ أخبار القضاة لوكيع . ج ١ ، ص ٩٥.

تركت ابني عميها أحدهما زوجها والآخر أخوها لأمها فقال شريح: للزوج النصف وللأخ من أم ما بقي . فارتفعوا إلى علي رضي الله عنه فقالوا أن شريحاً قال كذا وكذا. قال: ادعوا لي العبد؟ فقال: في كتاب الله وجدت هذا أو في سنة رسوله صلى الله عليه وآله وسلم . قال : في كتاب الله قال الله تعالى: (وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ). قال: أفهو هذا؟ قال علي : للزوج النصف وللأخ السدس وما بقي بينهما^(٧) وهذا بمثابة استئناف الحكم.

وإن المحكمة الأعلى درجة يجوز لها أن تنقض حكم المحكمة الأدنى إذا لم يوافق الحق. وقد علق على هذه القضية الدكتور محمد عبد الرحمن البكر فقال: هذا هو تعدد درجات القضاء^(٨)، وقد تعرض الفقهاء لذلك عند بحثهم الاختصاصات للإمام وقاضي القضاة، وجاء في التبصرة^(٩) ومعين الحكام^(١٠) (أنه ينبغي للإمام وقاضي القضاة تصفح أفضية القضاة فما وافق الحق أمضاه، وما خالفه فسخه). وهذه جهة قضائية عليا أعطى لها حق صلاحية الفسخ أو الإبرام من الأحكام الصادرة عن القضاة وهذا هو مبدأ تعدد درجات التقاضي، والذي يظهر من استقراء كتب التاريخ أن كثيراً من الشواهد دالة على وجود هذا المبدأ وأن قضاء المظالم هو قضاء استئنافي. وإلى ذلك ذهب الكثير من الباحثين لأن الهدف من طرح النزاع على هيئة قضائية أعلى هو تصحيح الأحكام، وهو مما يحث القضاة في الدرجة الأولى على البحث والتعمق في دراسة القضايا وذلك مما يؤدي إلى صدور

٧ ج ٢ ص ١٨٨ . والحديث أخرجه البخاري .

٨ انظر السلطة القضائية وشخصية القاضي . ص ٢١٨ الطبعة الأولى. الدهر للإعلام العربي.

٩ تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام. لإبراهيم بن علي بن فرحوت المدني. طبعة مصطفى الحلبي ١٢٧٨هـ ، ج ١ ، ص ٧٧ .

١٠ معين الحكام فيما يتردد بين الخصمين لعلي بن خليل الطرابلسي. ص ٩٢ ، الطبعة الثانية.

الأحكام العادلة التي يندفع بها الظلم، وبهذا يتضح صواب ما ذهبت إليه النظم القانونية من إقرار قاعدة تعدد درجات التقاضي. هذا بالنسبة لتعدد درجات التقاضي وبالنسبة للخصوم فإنه من المعلوم أنه إذا رفعت الدعوى أمام القضاء وانعدت الخصومة من أجل تطبيق القانون والحصول على الحماية القضائية ، فإن الخصومة تتعدّد بمجرد إعلان صحيفة الدعوى اعلاناً صحيحاً وإن كانت الخصومة تتكون من عدة إجراءات قانونية أو من مجموعة إجراءات تهدف إلى خلق الخصومة كعمل قانوني مجرد بصرف النظر عن الحق المدعى به من عدمه ووسيلة الوصول إلى الحق ، وسواء تحققت هذه الغاية بقبول الدعوى والقضاء للمدعي بقبول طلباته أم رفضت فالخصومة قائمة كعمل قانوني منذ رفع الدعوى حتى الحكم فيها، فإذا صدر الحكم رتب أثراً إجرائياً فيعطي الحق للمحكوم عليه وسائر الخصوم في الطعن على هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف لمجرد صدور الحكم ، وينشأ حق المحكوم عليه بمجرد قيد الاستئناف في مواعده القانوني، ولما لذلك من أهمية في تحقيق العدل فإننا سنقوم بدراسة الخصومة الاستئنافية في المباحث التالية:

المبحث الأول

التعريف بالخصومة

لغة واصطلاحاً

الخصومة في اللغة: تعني المجادلة بين طرفين ومن ذلك قوله تعالى : (لَا تَخْتَصِمُوا لَدَيَّ وَقَدْ قَدَّمْتُمْ إِلَيَّ بِالْوَعِيدِ) الآية ٢٨ سورة ق، وفي مختار الصحاح (خاصمه مخاصمة ، وخصاماً والاسم الخصومة)^(١١) ، وفي المنجد خاصم خصاماً ومخاصمة نازعه وجادله والاسم الخصومة واختصم القوم تنازعوا وتجادلوا^(١٢) ، وقال الفيروزابادي : أصل المخاصمة أن يتعلق كل واحد بخصم الآخر أي بجانبه والخصم مصدر خصمته أي نازعته والجمع خصوم وقال ابن منظور: الخصومة الجدل والخصومة الاسم من التخاصم.^(١٣)

وهي عند الفقهاء المسلمين الدعوة الصحيحة والجواب عنها ، وهي تدور حول الدعوى والنكول واليمين والجواب^(١٤) ، ويشترط فقهاء الشريعة الإسلامية لصحة القضاء وصدور الحكم وجود خصومة حقيقية، ولم يبعد رجال القانون عن هذا التعريف حيث أنهم عرفوا الخصومة القانونية بأنها الحالة الناشئة عن مباشرة الدعوى أو الناشئة عن مجرد استعمال الحق في

١١ انظر مختار الصحاح للإمام أحمد بن أبي بكر الرازي. الناشر دار العلم بيروت ، ص ١٧٨.

١٢ انظر المنجد ص ١٨٢ ، الطبعة الثانية والعشرون.

١٣ بصائر ذوي التمييز في لطائف الكتاب العزيز ج ١ ، ص ٥٤٧. الناشر المكتبة العلمية - بيروت .

وابن منظور في لسان العرب طبعة دار الفكر ج ١٢ ، ص ١٨٠ .

١٤ انظر ابن الغرس في الفواكه البدرية ص ٩٤ . مطبعة النيل - القاهرة

الالتجاء إلى القضاء^(١٥) ، وذهب فريق في الفقه المصري إلى تعريف الخصومة بأنها مجموعة من الإجراءات القضائية المتتابعة يقوم بها الخصوم أو ممثلوهم والقاضي وأعوانه وفقاً لنظام معين يرسمه قانون المرافعات تبدأ بالمطالبة القضائية لتستمر حتى تنتهي بصدور حكم في الموضوع أو بدون هذا الحكم^(١٦) ، وقد رجح هذا التعريف الدكتور/ سعيد خالد علي الشرعبي معللاً ذلك بأن هذا التعريف يفسر الخصومة كظاهرة إجرائية تتسم بالنشاط والحركة ، كما أنه يفسر وحدة الخصومة التي تتكون من أعمال متتابعة يرتبط كل عمل منها بالعمل السابق وفق تسلسل معين يقتضيه المنطق لتحقيق الهدف الذي من أجله نشأت الخصومة ، كما ينأى بالخصومة عن المفاهيم القانونية التي وضعت لتفسير ظواهر قانونية أخرى.^(١٧) ونرجح ما ذهب إليه الدكتور الشرعبي لصحة تعليقه ، وإذا كانت الأعمال القانونية المكونة للخصومة هي أعمال إجرائية فإنه يمكننا تعريف الخصومة الاستثنائية بأنها مجموعة من الإجراءات سواءً تعلقت بطرح النزاع أو تسييره أو إنهاءه أمام محكمة الاستئناف ، وهو ما يتطلب منا توضيح لذلك وتوضيحاً للعمل الإجرائي وشكله ، وما لمحكمة الاستئناف من سلطة في تسيير الخصومة وإنهائها ، وذلك ما سنبيّنه في المباحث التالية .

١٥ الدكتور أحمد أبو الوفاء. نظرية الأحكام . ص ٣٢٥ ، وعمدة المسير مؤلفنا الطبعة الأولى ص ٤٤ .

١٦ انظر محمد وعبد الوهاب العشماوي في قواعد المرافعات. ج ١ ، ص ٥٠٤ .

١٧ حق الدفاع عن القضاء المدني. دراسة فقهية مقارنة في القوانين المصري ، اليمني والفقه الإسلامي. لفضيلة الدكتور/ سعيد خالد الشرعبي . ص ٤١١ .

المبحث الثاني

العمل الإجرائي وشكله وخصائصه

لمعرفة العمل الإجرائي الذي يسعى إلى خلق الخصومة وتسييرها وإنهائها أمام محكمة الاستئناف لا بد لنا من التعرف عليه، فمن المعلوم أن الشكلية من السمات المميزة لقانون المرافعات لأن المقصود منه هو تنظيم الإجراءات فهو يحفل بالشكل لأن الشكل إذا ما اتخذ على الوجه الصحيح يحقق العدالة ، وإذا نص القانون على طريقة معينة لعمل إجرائي فإنه لا بد أن يتم اتخاذه على النمط الذي حدده القانون فلا يجوز تنكب هذه الطريقة وممارسته على نحو آخر، فالشكلية في العمل الإجرائي قد تكون إحدى عناصر العمل ذاته وقد تكون ظرفاً خارجياً يتعين ممارسة العمل الإجرائي من خلاله.^(١٨)

فعندما تكون الشكلية عنصر من عناصر العمل فإنه يتعين لصحته إفراغ العمل في قالب الشكلي المقرر قانوناً ، فتحرير أقوال الشهود ، ومضمون استجواب الحضور ، ومناقشة الخبراء ، يجب أن تتم كتابة فلا يصح العمل الإجرائي إذا اقتصر على المشافهة ، أما إذا كانت الشكلية ظرفاً خارجياً فإنه يجب أن يتم العمل فيه سواءً كان زماناً معيناً أو شخصاً معيناً .

أما العمل الإجرائي فنقصد به العمل القانوني الذي يباشر من أجل ترتيب أثر قانوني معين بشأن خصومة قضائية فحضور الخصم أمام القضاء عمل مادي وليس عملاً إجرائياً لكن إعلان صحيفة الدعوى أو الاستئناف يعتبر عملاً إجرائياً ويجب أن يترتب على العمل آثاراً إجرائية مباشرة سواءً تمثلت

١٨ انظر فتحي والي . الوسيط في قانون القضاء المدني. طبعة ١٩٨٠م ، ص ٤١ ، بند ٢٢٥.

في انعقاد الخصومة أو تسييرها أو تعديلها أو وقفها أو تجديدها أو إنهاؤها، ويتعين أن يكون جزءاً من خصومة فايداع صحيفة الاستئناف عمل إجرائي لاتصاله بخصومة يراد قيامها، وسبق أن أشرنا إلى أن الخصومة الاستئنافية تنشأ لمجرد قيد الاستئناف في المدة المحددة قانوناً، فإذا نطق بالحكم في جلسة علنية فإن القانون يعطي المحكوم عليه وكافة الخصوم حق الطعن في الأحكام خلال الستين يوماً إذا كانت القضية مدنية وفقاً لقانون المرافعات اليمني، وخمسة عشر يوماً إذا كان الحكم صادراً في قضية جنائية، وكل حكم أو قرار يكون قابلاً للطعن فيه ما لم ينص القانون على عدم الطعن فيه، ويتقرر الحق في الطعن لجميع الأطراف ما لم يقرر القانون على طرف دون آخر المادة (٤١١) إجراءات جزائية يمني - (٢٨٤) مرافعات يمني، ولا يجوز رفع الطعن إلا ممن له مصلحة في الطعن وهذه القواعد لم يتفرد بها قانون الإجراءات والمرافعات اليمني بل إن كثيراً من القوانين درجت على هذا المنوال وتناول هذه القواعد القانون المصري بالمادة (٤٢٠) من قانون الإجراءات، واشترط قانون المرافعات اليمني في المادة (٢٧٩) لرفع الاستئناف أن يكون بعريضة تقدم أمام محكمة الطعن أو إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه من أصل للمحكمة وصور بعدد الخصوم ويجب أن يشتمل على البيانات المتعلقة بأسمائهم ومهنتهم ومواطن كل منهم وعلى بيان الحكم المطعون فيه وتاريخه والأسباب التي بني عليها الطعن وطلبات الطاعن وتكليف الخصم بالحضور أمام المحكمة وأن يوقع عليه من الطاعن أو وكيله وترفق المستندات المؤيدة له وسند توكيل الموكل ويعتبر الطعن مرفوعاً من تاريخ تقديم عريضته مرفقاً بها سند دفع الرسوم، أما قانون الإجراءات الجزائية فإنه يكتفي بتقرير من دائرة كتاب المحكمة التي أصدرت الحكم أو محكمة استئناف

المحافظة المختصة كما هو صريح المادة (٤٢١) إجراءات يمّني. وتقرر غالبية القوانين هذه الإجراءات فالقانون المصري مصرحاً بأنه يلزم رفع الاستئناف وفقاً للمادة (٢٣٠) مرافعات، ولذا فإنه يتم رفع الاستئناف وفقاً لقانون المرافعات المصري بإيداع صحيفته بقلم كتاب المحكمة المرفق إليها وفقاً للأوضاع المقررة رفع الدعوى، أما قانون المرافعات السعودي فإنه جعل مدة الاعتراض بطلب التمييز ثلاثين يوماً كما هو نص المادة (١٧٨) وجعل تقديم المذكرة إلى دائرة المحكمة التي أصدرت الحكم مشتملة على بيان الحكم المعارض عليه وتاريخه والأسباب التي بني عليها الاعتراض وطلبات المعارض والأسباب التي تؤيد المعارض مادة (١٨٠)، وكذا قانون الإجراءات المدنية والتجارية العماني أقر ذات القواعد المقررة في القانون المدني المصري واليمّني عدا أنه جعل ميعاد الاستئناف ثلاثون يوماً إلا في المواد المستعجلة فخمسة عشر يوماً وللمدعي العام خمسون يوماً كما هو صريح المادة (٢١٤) مدني عماني، وقرر رفع الاستئناف بصحيفة تودع أمام سر المحكمة المرفوع إليها وفقاً للأوضاع المقررة لرفع الدعوى المادة (٢١٩) مدني وتجاري عماني. كما أناط إعلان صحيفة الاستئناف مؤشراً عليها بالجلسة المحددة إلى المستأنف عليه وإعلان المستأنف بتاريخ الجلسة بأمانة سر محكمة الاستئناف مادة (٢٢١) مدني وتجاري عماني .

بينما أناط القانون اليمّني الإعلان بمحكمة الاستئناف والتي أبان قانون المرافعات أنه على محكمة الاستئناف قيد الاستئناف يوم وصوله في جدول القضايا واتخاذ إجراءات إعلانه الخصم أو استدعاءه لاستلامه في اليوم الثاني المادة (٢٨٥) مرافعات .

والمتعين وفقاً للقوانين الإجرائية إعلان الصحيفة إلى المستأنف ضده إذ أن هذا الإجراء لازم لانعقاد الخصومة بين طرفيها ويشترط أن تكون

مرفوعة من ذي صفة ومصالحة وأن يتم الإعلان وفقاً للشروط المحددة قانوناً ،
فإعلان الطعن في الميعاد إجراء حتمي يترتب على عدم إعلانه البطلان وإذا
كانت الخصومة الاستئنافية تنشأ منذ قيد الاستئناف وتتعقد بإعلان
صحيفة الاستئناف فإن الأعمال الإجرائية التي يتعين القيام بها هي متعددة
ومتنوعة ويؤدي مباشرتها إما إلى بدء الخصومة أو تسييرها أو تعديلها أو
وقفها أو انتهائها^(١٩) وفقاً لمقتضيات الحال، فالخصومة الاستئنافية كما
قلنا تبدأ بقيد الاستئناف والتقارير به ، أما تسييرها فإن الأعمال الإجرائية
تتمثل في إعلان صحيفة الاستئناف ثم نظرها بالجلسة المحددة لها وتأجيلها
إلى جلسات متعاقبة وسماع دفاعات الخصوم.

ومباشرة إجراءات الإثبات المتعلقة بها ولكن ذلك لا يتم وفقاً للقانون إلا
إذا عملت محكمة الاستئناف بسلطتها باعتبارها محكمة موضوع
أعطاه القانون سلطة تسيير الخصومة وإنهائها وفقاً للضوابط والشروط
القانونية.

١٩ البطلان في قانون المرافعات. دكتور / عبد الكريم فوده ، الطبعة الثالثة ، ص ١٥ .

المبحث الثالث

تسيير الخصومة الاستئنافية وإنهاؤها

وبيان ما للمحكمة الاستئنافية من سلطة في ذلك

لقد أعطى القانون محكمة الاستئناف سلطة تقديرية في مباشرة إجراءات الخصومة الاستئنافية وتسييرها وتقرير أسباب وقفها أو انقطاعها وسلطة الحكم بإلغاء الأحكام الابتدائية أو تعديلها أو تأييدها سواءً تعلق ذلك بالخصومات العادية أو بخصومة من نوع خاص كمخاصمة القضاة وخصومة الرد وخصومة التحكيم ، وقد سبق أن أشرنا أن الخصوم الاستئنافية تبدأ بقيد الاستئناف وسداد الرسم وإيداع العريضة مشتملة على أسباب الاستئناف وفقاً لأحكام القانون وأنه يترتب على ذلك بدء الخصومة واستمرارها حتى بعد وفاة الشخص إذا كان رفع الاستئناف قد تم وفقاً للأوضاع التي قررها القانون، أي أن ذلك الاستئناف قد تم قيده في الميعاد من ذي صفة ومصلحة .

ولهذا نجد أن قوانين المرافعات في مختلف البلدان تشترط لصحة طرح الخصومة أمام محكمة الاستئناف عدة شروط يجب أن تتوافر ويتعين على محكمة الاستئناف بما لها من سلطة تقديرية بحث هذه الإجراءات ضماناً لحسن سير العدالة، ومن أجل صحة انعقاد الخصومة الاستئنافية وطرح النزاع على محكمة الاستئناف مرة ثانية وصحة اتصال محكمة الاستئناف بالخصومة .

ولذا فإن قوانين المرافعات تقرر قاعدة أنه لا يجوز الطعن في الأحكام إلا من المحكوم عليهم ولا يجوز ممن قبل الحكم صراحة في محضر الجلسة أو في جلسة لاحقة أو ممن قام بتنفيذ الحكم من تلقاء نفسه خلال مدة الطعن ولا

ممن حكم له بكل طلباته كما هو صريح المادة (٢٧٣) مرافعات يماني،
والمادة (٢١١) مرافعات مصري، والمادة (١٧٦) مرافعات سعودي، والمادة
(٢٠٢) إجراءات مدني وتجاري عماني، وتتفق القوانين في مختلف البلدان
على هذه القواعد التي يتبين منها أن المشرعين قد وضعوا ضوابط فيما يتعلق
بالحق الذي ينشأ بمجرد صدور الحكم، ونوجز هذه الضوابط فيما يلي :
أولاً: في الضوابط والشروط التي يجب أن تتوفر في الطاعن:

(١) يشترط أن يكون الطاعن طرفاً في الخصومة الابتدائية .

لقد أفصحت القوانين أن من لم يكن طرفاً في الخصومة فلا يحق له
أن يطعن في الحكم الابتدائي وكذلك سائر الأحكام، وذلك تأكيداً
لنسبية الأثر في الأحكام غالباً^(٢٠) لأن حجية الأحكام تقتصر على
الخصوم بالنسبة لذات الحق محلاً وسبباً فالشخص الذي لم يكن
محكوماً عليه ولم يكن طرفاً في الخصومة لا يكون الحكم قد مسه أو
أثر في حقوقه فلا مصلحة له في الطعن، وهذا مما يتفق مع أحكام الشريعة
الإسلامية، فمن لا مصلحة له لا يعتد بطعنه واستئنافه والمصلحة المعتد بها
هي المصلحة الشخصية ، ولهذا فإن القوانين المصرحة أن من لم يكن طرفاً
في الخصومة ، فلا يحق له أن يطعن في الحكم إذ لا مصلحة له في الطعن
ويعتبر طرفاً في الخصومة المدعى عليه والمدعى وهما المستأنف والمستأنف
عليه والخصم المدخل في الدعوى بناءً على طلب الخصوم والخصم المتدخل
هجومياً ، والمتدخل انضمامياً شريطة أن لا يكون قد رفض تدخله، ذلك أن
المتدخل انضمامياً ليس له حق في الطعن بالاستئناف طالما قضي برفض

(٢٠) يحترز بها من الأحكام التي تكون ذات حجية مطلقة وهي ١- الأحكام الصادرة بعدم
دستورية القوانين. ٢- الأحكام الصادرة من دعاوى إلغاء القرار الإداري. ٣- الأحكام الجنائية
الباتة الصادرة بالبراءة. ٤- الأحكام الصادرة بالإفلاس. ٥- الأحكام الصادرة بالنسب وهو ما
نصت عليه المادة (٢٣٤) مرافعات يماني.

تدخله، إذ أنه لم يعد خصماً في الدعوى ويعتبر أجنبياً عنها إلا إذا كان رفض تدخله سيؤدي إلى الإضرار به كون طلب التدخل مرتبطاً بالدعوى ارتباطاً لا يقبل التجزئة أو كان ذا صفة ومصلحة فإن طعنه يكون مقبولاً وكذا الخلف العام في الدعوى أو الخلف الخاص كالوارث والمشتري والموصى له فهؤلاء يملكون حق الطعن في الأحكام الصادرة لسلفهم، ويرفعون الطعن عليها بأسمائهم.^(٢١)

٢) أن لا يكون الطاعن قد حكم له بكل طلباته .

فإذا صدر الحكم وفق طلبات الطاعن فإنه لا يقبل الطعن إذ لا مصلحة في ذلك، وإذا كان له طلبات جديدة فليرفعها أمام المحكمة الابتدائية، وهذا مما يتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية.

٣) أن لا يكون الطاعن قد قبل الحكم صراحة

فالطعن إجراء جوازي ومن ثم فإن الطاعن إن شاء استعمل هذا الحق وإن شاء أعرض عنه، وما دام الأمر عائد إلى اختيار المحكوم عليه فإنه لا يجوز إجباره على سلوكه واستعماله فالقبول صراحة هو بأن يقول قبلت الحكم. بحيث يكون اللفظ قاطع الدلالة على رضا المحكوم عليه وبما لا يحتمل مجالاً للشك أو التأويل وقد أفاد النص القانوني بأن يكون هذا التصريح بالقبول في محضر الجلسة أو في جلسة لاحقة المادة (٢٧٣) مرافعات يمني ، ومن القبول أيضاً هو قيام المحكوم عليه بتنفيذ الحكم من تلقاء نفسه خلال مدة الطعن.

٤) أن يكون الطاعن ذا أهلية إجرائية

أي لا بد أن تتوفر لديه صلاحية الطعن باسمه فلا يكون صغيراً ولا محجوراً عليه، فإن كان صغيراً أو محجوراً عليه لنقص أهليته فإن الولي

(٢١) عمدة المسير مؤلفنا الطبعة الأولى . ج ٤ ، ص ١٨٧ .

أو الوصي أو القيم أو من يمثله قانوناً أو شرعاً هو الذي ينوب عنه ويمثله في إجراءات الطعن بالاستئناف، وبالنسبة للشخصية الاعتبارية فإنه ينوب عنها من يمثّلها قانوناً، ومن البديهي معرفة الأمور الواجب توافرها في المطعون ضده .

ثانياً : الضوابط المطلوب توافرها في المطعون ضده وهي ثلاثة :

- ١- أن يكون طرفاً حقيقياً في الخصومة ولا يكفي ذلك بل يجب أن يخاصم في الطعن بذات الصفة التي له في ذات الخصومة.
- ٢- أن يكون محكوماً له: ويكون الشخص كذلك إذا كان قد قضي له بكل طلباته أو بعضاً منها.
- ٣- أن يكون ذا أهلية: فلا بد أن يكون أهلاً لأن يقاضي فإذا لم يكن كذلك فإنه يترتب على عدم توافر الأهلية البطلان إن لم يختصم من ينوب عنه قانوناً.

أطراف الخصومة الاستئنافية

والذي يستفاد مما سلف بيانه فيما يشترط في الطاعن والمطعون ضده أن الخصوم الاستئنافية وفقاً لأحكام القانون تتحدد بالأشخاص الذين كانوا مختصمين أمام محكمة الدرجة الأولى سواءً كانوا مدعين أو مدعى عليهم أو متدخلين في الدعوى والمعتد في تحديد الخصم هو بتوجيه الطلبات في الدعوى فلا يكفي مجرد المثول أمام محكمة الدرجة الأولى دون الطرف المائل طلبات قبل صاحبه أو لصاحبه طلبات قبله حتى يعتبر خصماً بالمعنى الذي يجوز معه توجيه الدعوى إليه في المرحلة الاستئنافية ، فإذا تم الاختصاص على خلاف ذلك أمام محكمة الاستئناف فإنه يعد بدءاً بدعوى جديدة أمامها يخالف قواعد الاختصاص ومبدأ التقاضي على درجتين والى هذا ذهبت محكمة النقض المصرية^(٢٢) .

وتعتبر النيابة العامة وهي ممثل المجتمع والمدعى بالدعوى الجزائية طرفاً في الدعوة العامة وينحصر حقها في الاستئناف في دعوى الحق العام وفي حدود هذه الدعوى ولها أن تستأنف الحكم الجزائي الذي قضى بصفة عامة بغير ما طلبته سواءً من حيث طبيعة العقوبة أو نوعها أو من حيث القضاء ببراءة المتهم وفقاً للقانون وميعاد الاستئناف بالنسبة للنائب العام أربعين يوماً كما هو صريح المادة (٤٢١) إجراءات يمضي من وقت صدور الحكم واستئناف النيابة العامة يطرح القضية برمتها على محكمة استئناف المحافظة ولها أن تؤيد الحكم أو تعدله أو تلغيه سواءً ضد المتهم أو لمصلحته كما هو صريح المادة (٤٢٦) إجراءات كما أن للمدعي بالحق الشخصي وهو ولي الدم أو المجني عليه الحق في الاستئناف ويعتبر طرفاً

٢٢ الاستئناف في المواد المدنية والتجارية فقهاً وفضلاً. إعداد الدكتور إبراهيم سيد أحمد الفوده المحكمة بالاسكندرية ٢٠٠٣م. الناشر المكتب الجامعي الحديث بالاسكندرية. ص ٥١٩.

للخصومة وكذلك المدعى مدنياً بالدعوى التابعة للدعوى الجزائية فإنه
يجوز له استئناف الحكم في جانب التعويض ولكن لا يجوز له استئناف
الدعوى الجزائية لأنه ليس خصماً فيها.

الاستئناف المقابل

في الجانب الجنائي وفقاً لقانوني الإجراءات والمرافعات اليمني

الاستئناف المقابل أو الفرعي يعتبر طرفاً في الخصومة المستأنف استئنافاً فرعياً فالاستئناف المقابل أو الفرعي هو الاستئناف الذي يرخص به القانون للخصم بعد فوات ميعاده وقد نصت المادة (٤٢٤) ١ - ج أنه، إذا استأنف أحد الخصوم الحكم في الميعاد كان للمستأنف عليه أن يقدم استئنافاً مقابلاً خلال عشرة أيام بعد انقضاء ميعاد الاستئناف الأصلي وسمي هذا الاستئناف بالمقابل أو الفرعي لأنه سمح به استثناءً بناءً على استئناف أصلي رفع في الميعاد ويشترط لرفع الاستئناف المقابل أربعة شروط :

الأول: أن يكون الخصم قد رفع استئنافاً أصلياً في الخمسة عشر يوماً المقررة للاستئناف ويستوي في ذلك أن يكون رفع الاستئناف قد تم في بدايتها أو في نهايتها وأن يكون الاستئناف مقبولاً شكلاً.

الثاني: أن يكون صاحب الاستئناف المقابل خصماً في الدعوى الصادر فيها حكم، موضوع الطعن في الاستئناف الأصلي وأن يكون له حق استئناف هذا الحكم ويثبت هذا الحق للمستأنف وحده حسب صفته في الدعوى دون سواه من بقية الخصوم فيها، فمن ليس لها لحق في الاستئناف ابتداءً لا يكون له تبعاً لذلك الحق في الاستئناف المقابل.

الثالث: أن يكون ميعاد الاستئناف الأصلي للخصم المستأنف فرعياً قد انقضى دون أن يقرر الطعن بالاستئناف.

الرابع: أن يقرر الخصم صاحب الحق في الاستئناف المقابل الطعن، بالاستئناف في خلال عشرة أيام التالية لانقضاء ميعاد الاستئناف الأصلي، ومعنى ذلك أن العبرة في حساب هذا الميعاد هي من تاريخ انتهاء المدة السابقة وليس من تاريخ الاستئناف الأصلي^(٢٣) وهذا في الجانب الجنائي وهو ما أفادته المادة (٤٢٤) إجراءات جزائي يماني. أما الجانب المدني فإن قانون المرافعات جعل المدة للاستئناف الفرعي خمسة عشر يوماً ، كما هو صريح المادة (٢٨٦) مرافعات التي تنص على انه يجوز للمستأنف ضده إذا كان قد قبل الحكم قبل رفع الاستئناف الأصلي وكان ميعاد الاستئناف مازال قائماً أن يرفع استئنافاً مقابلاً بتقديم مذكرة مشتملة على كافة أسبابه ، أما إذا كان ميعاد الاستئناف قد مضى فيجوز له أن يرفع استئنافاً فرعياً خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ علمه بالاستئناف يرتبط به وجوداً وعدمياً ، وذهبت غالبية التشريعات إلى تقرير مثل هذه القواعد وإن اختلفت في المدة التي جعلها في الاستئناف المقابل ، والاستئناف الفرعي .

المدخل في الخصومة أو المنظم إليها وفقاً لقانون المرافعات اليمني

إن المشرع أجاز خروجاً على مبدأ نسبية الأثر المترتب على إجراءات المرافعات أن يفيد خصماً في طعن مثله في الميعاد في حالة الحكم في موضوع غير قابل للتجزئة في التدخل في الطعن بالوسيلة المقررة في المادة (٢٨٣) مرافعات يماني والتي تنص أنه لا يفيد الطعن إلا من رفعه ولا يحتج

٢٣ انظر المحاكمة في قانون الإجراءات الجزائي للأستاذ الدكتور/ حسن علي مجلي أستاذ القانون الجنائي بكلية الشريعة والقانون جامعة صنعاء ، ص ٢ .

به إلا على من رفع عليه فيما عدا الأحكام الخاصة بالطعون التي ترفعها النيابة العامة وطعن المدين الأصلي الذي يستفيد الطاعن منه على أنه إذا كان الحكم المطعون فيه صادر في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن جاز لمن فوت ميعاد الطعن من المحكوم عليهم أو من قبل أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المرفوع في الميعاد ممن لم يقبل الحكم من زملائه منظمًا في طلباته فإن لم يفعل أمرت المحكمة الطاعن بإدخاله في الطعن وإذا رفع الطعن على أحد المحكوم لهم في الميعاد في موضوع مما ذكر في هذه المادة وجب اختصام الباقيين ولو بعد فوات الميعاد، وهذه الرخصة قد أجازها المشرع لمن قبل الحكم أو لمن لم يطعن عليه في الميعاد مخولة أن يطعن في الحكم أثناء نظر الطعن المقام في الميعاد من أحد المحكوم عليهم أو أن يتدخل فيه منظمًا إليه في طلباته .

سلطة محكمة الاستئناف في الحكم من الناحية الشكلية

لقد أناط القانون بمحكمة الاستئناف بما لها من سلطة بحث الناحية الشكلية والحكم فيه قبل الخوض في الموضوع إذا تبين عدم استيفاء ضوابط وشروط الطعن الشكلية لأن ذلك يختصر الوقت ويمنع من إساءة استعمال حق الطعن ويحد من تراكم القضايا أمام محكمة الاستئناف وذلك في الأحوال التالية:

(١) تأسيساً على ما سبق فإنه إذا تبين لمحكمة الاستئناف أن قيد الاستئناف لم يتم إلا بعد فوات ميعاده كان لها الحكم في ذلك ، وقد أبانت القوانين المدد التي يرفع الطعن ويقيد خلالها وهي في القانون المرافعات اليميني ستون يوماً وفي قانون الإجراءات خمسة عشر يوماً من تاريخ النطق بالحكم وفي

قانون المرافعات من تاريخ العلم بالحكم واستلام نسخة منه، فإذا لم يتم الطعن خلال هذه المدة يسقط الحق فيه لعدم مراعاة مواعيده وتقضي محكمة الاستئناف بالسقوط من تلقاء نفسها إذا تبين لها أن الطعن لم يقيد إلا بعد فوات الميعاد من تاريخ استلام المحكوم عليه نسخة الحكم أو من تاريخ إعلانه به إعلاناً صحيحاً وفقاً لنص المادة (٢٢٨) مرافعات ما لم يكن قد حصل إيقاف لميعاد الطعن بحصول موت المحكوم عليه أو فقد أهليته أو زوال صفته، ويزول الوقف بإعلان الحكم إلى من يقوم مقام المحكوم عليه ويستأنف ما بقي من الميعاد مع إضافة مدة ثلاثين يوماً لورثة المحكوم عليه على ما بقي من الميعاد فإذا تبين لمحكمة الاستئناف أن الطعن لم يتم إلا بعد فوات ميعاده مع مراعاة ما يقرره القانون فإنها تحكم بعدم قبول الاستئناف شكلاً لرفعه بعد فوات ميعاده ولو لم يطلب إليها أحد من الخصوم لتعلق ذلك بالنظام العام.

٢) إذا تبين لمحكمة الاستئناف أن رافع الاستئناف ليس طرفاً في الخصومة ولا صفة ولا مصلحة فيها فإن عليها أن تقضي بعدم قبول الاستئناف شكلاً.

٣) إذا تبين لمحكمة الاستئناف أن المحكوم عليه قد قبل الحكم صراحة في جلسة النطق بالحكم أو في جلسة لاحقة أو أنه قد قام بتنفيذ الحكم أو جزء منه عملاً بالمادة (٢٧٣) مرافعات يمضي وتطبيق للقاعدة الفقهية أن الساقط لا يعود.

٤) تحكم محكمة الاستئناف بعدم قبول الاستئناف إذا تبين لها أن المحكوم له قد حكم له بكل طلباته، ويخضع حكم محكمة الاستئناف في هذه الأحوال كلها لرقابة محكمة النقض إما إذا تبين لمحكمة الاستئناف أن الاستئناف قد استوفى شروط صحته من الناحية الشكلية فإنه يتعين عليها أن تقضي بقبول الاستئناف شكلاً وتنتقل بعد

ذلك إلى الفصل في الموضوع وعند ذلك تستنفذ المحكمة ولايتها بالنسبة للفصل في شكل الاستئناف ولو كان قضائها خاطئاً (٢٤).

حدود سلطة محكمة الاستئناف عند نظرها لموضوع النزاع

إذا تبين لمحكمة الاستئناف أن الاستئناف مقبولاً شكلاً فإنه يتعين عليها حينئذ بما لها من سلطة أن تباشر إجراءات نظر موضوع الدعوى والأصل أن تتعرض لها في جميع جوانبها وعناصرها الواقعية والقانونية على السواء، فوظيفة محكمة الاستئناف هو إعادة بحث القضية التي سبق بحثها أمام محكمة الدرجة الأولى ولكن في نطاق الضوابط التي حددتها القوانين، وقد نص قانون المرافعات اليمني بالمادة (٢٨٨) أنه يطرح الاستئناف في القضية المحكوم فيها أمام محكمة الاستئناف للفصل فيها من جديد في الواقع والقانون مع مراعاة الأحكام الآتية:

- أ- لا تنظر محكمة الاستئناف إلى ما رفع عنه الاستئناف فقط.
- ب- يجب على محكمة الاستئناف ألا تنظر إلا في الوجوه والحالات التي رفع عنها الاستئناف فقط وفي حدود ما فصلت فيه محكمة الدرجة الأولى من تلك الوجوه والحالات.
- ج- يجب على محكمة الاستئناف أن تنظر القضية المستأنفة على أساس ما يقدم من أدلة جديدة وما كان قد قدم من ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى.
- د- لا يجوز للخصوم التقدم بطلبات جديدة من الاستئناف وتحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم القبول.

٢٤ المحاكمة في قانون الإجراءات اليمني للدكتور حسن مجلي ص ٢٣٢.

والذي يستفاد من النص أنه يجب على محكمة الاستئناف أن تتقيد بالأثر الناقل أي أن سلطة محكمة الاستئناف منحصرة في موضوع الطعن بالاستئناف فكما أن المحكمة الابتدائية تتقيد عند نظرها للخصومة بحدود الدعوى والطلبات فإن محكمة الاستئناف يجب عليها أن تتقيد بموضوع الخصومة التي كانت مطروحة أمام محكمة الدرجة الأولى بشقيها الموضوعي والقانوني كأن لم يكن قد صدر فيها حكم من محكمة الدرجة الأولى سواء كان ذلك في الجانب المدني أو الجنائي، وفي الجانب الجنائي لا يجوز لمحكمة الاستئناف أن تنظر في واقعة غير تلك الوقائع التي رفعت في صحيفة الاتهام أو ورقة التكليف بالحضور وتناولتها محكمة الدرجة الأولى وليس لمحكمة الاستئناف أن تغير في وصف لم يكن موجوداً أمام محكمة الدرجة الأولى ولذلك فإن محاكمة شخص لم تسبق محاكمته أمام أول درجة أو الفصل في واقعة لم تعرض عليها هو حرمان للمتهم من درجة من درجات التقاضي، وإن كان من حق المحكمة الاستئنافية تغيير الوصف القانوني إذا راعت حق المتهم في الدفاع ونبعت المتهم إلى هذا التغيير لأنها ليست ملزمة بالتقيد بما أضفته النيابة العامة من وصف أو الحكم المستأنف، وكل ما عليها أن لا تشدد العقوبة على المتهم إذا كان هو المستأنف فمن حقها أن تراقب محكمة أول درجة في التكليف القانوني للوقائع ولها أن تصحح ما وقع فيه الحكم المستأنف من خطأ في الوصف القانوني^(٢٥) وقد قرر هذه القواعد قانون الإجراءات اليمني حيث صرح بالمادة (٤٢٦) بأن استئناف النيابة العامة يطرح الدعوى الجزائية برمتها على محكمة استئناف المحافظة ولها أن تؤيد الحكم أو تلغيه أو تعدله سواءً ضد المتهم أو لمصلحته ولا يجوز تشديد العقوبة المحكوم بها ولا إلغاء

٢٥ انظر فضيلة الدكتور مطهر عبده الشميري في الشرعية الإجرائية في القانون اليمني - دراسة مقارنة بالقانون السوداني والشريعة الإسلامية - الطبعة الأولى - ص ٣٩٧ .

الحكم الصادر بالبراءة إلا بإجماع آراء القضاة ما لم يكن اختلاف الرأي حول مسألة قانونية وتذهب غالبية التشريع الوضعي في مختلف البلدان إلى إقرار مثل هذه القواعد كما أن محكمة الاستئناف ملزمة بالفصل في دفع الخصوم وطلباتهم وهذا ما صرح به القوانين الإجرائية سواء كانت في الجانب المدني أو الجنائي.

محكمة الاستئناف ملزمة بالفصل في دفعات الخصوم والسير في إجراءات نظر القضية وفقاً للقانون

إن محكمة الاستئناف بما لها من سلطة في بحث موضوع القضية المستأنفة لا تتقيد بالدفع التي قدمت أمام محاكم الدرجة الأولى فقط بل لها أن تفصل في الدفع الجديدة التي يبديها الخصوم أمامها فقانون المرافعات مصرحاً بأنه يجب على المحكمة الاستئنافية أن تنظر القضية المستأنفة على أساس ما يقدم لها من دفع وأدلة جديدة وما كان قدم في ذلك أمام محكمة الدرجة الأولى كما هو صريح المادة (٢٨٨) مرافعات يماني والمادة (٢٢٤) إجراءات مدني عماني والمادة (٢٣٥) مصري.

ولا تكاد القوانين الاجرائية في مختلف البلدان تختلف على ذلك. ومن الدفع التي يجوز إبدائها أمام محكمة الاستئناف مما لم يسبق للخصوم أن تقدموا به أمام المحكمة الابتدائية هي كل ما يتعلق بموضوع النزاع مما يؤيد طلب الخصم بإلغاء الحكم الابتدائي أو تعديله أو تأييده ومن ذلك ما صرحت به المادة (١٨٦) مرافعات يماني من الدفع والتي تعتبر من النظام العام وهي الدفع بعدم اختصاص المحكمة بسبب نوع الدعوى ، والدفع بعدم صحة الدعوى بسبب فقدان شرط من شروطها ، والدفع بعدم توجه الدعوى لكون أحد المتداعين ليس خصماً شرعياً له ولاية

التقاضي عن غيره فيها أو ليس أهلاً للتقاضي ، والدفع بعدم سماع الدعوى لسبق ما يكذبها محضاً ، والدفع بعدم قبول الطعون التي لها مواعيد لعدم تقديمها في مواعيدها المحددة لها، والدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها ، والدفع بعدم دستورية القانون، وفي هذه الحالة إذا رأت المحكمة أن الدفع قائم على أساس أوقفت نظر الخصومة ورفعت الأوراق المتعلقة بالدفع إلى الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ قرارها بوقف نظر الخصومة وعلى الدائرة الدستورية الفصل فيه خلال مدة أقصاها سبعون يوماً تبدأ من تاريخ وصول الأوراق إلى المحكمة العليا، وكذلك الدفع بعدم القبول ، فهذه الدفع تعتبر من الدفع الموضوعية التي يجوز طرحها أمام محكمة الاستئناف ، وقبل ذلك كله يتعين على محكمة الاستئناف تحديد جلسة لنظر الاستئناف فإذا لم يحضر المستأنف في اليوم المحدد للجلسة الأولى فعلى المحكمة تحديد موعد جلسة تالية وتعلن المستأنف بالموعد الجديد وفقاً لقواعد الإعلان فإذا لم يحضر في الجلسة التالية اعتبر استئنافه كأن لم يكن وصار الحكم الابتدائي واجب التنفيذ وفقاً للقواعد العامة إلا إذا كان ميعاد الاستئناف لا يزال قائماً فللمستأنف رفع استئناف جديد ، وفيما لم يقضي به القانون بنص خاص يتبع في شأن خصومة الاستئناف القواعد المتعلقة بما هو مقرر أمام محكمة الدرجة الأولى فيجب على محكمة الاستئناف أن تنظر موضوع الاستئناف في جلسات علنية متتابعة تحدد لها مواعيد وفقاً لما هو منصوص عليه في القوانين الإجرائية وتكون الجلسات والمرافعات علنية ما لم تقرر المحكمة من تلقاء نفسها أو بناءً على طلب الخصوم أو أحدهم إجرائها سراً محافظة على النظام العام فيجب أن تكون الجلسات سرية مراعاة لحرمة الأسرة أو الآداب العامة، وقد جاء في قانون الإجراءات الجزائية

بالمادتين (٤٢٦ - ٤٢٧) بيان لما يجب اتباعه أمام محكمة الاستئناف عند نظر القضية فأوجبت على محكمة الاستئناف إعداد تقرير في الدعوى يبين فيه ملخص القضية وأسباب الاستئناف والرد عليها إن وجد وذلك فيه تيسير على قضاة محكمة الاستئناف فبدلاً من إعداد كل واحد منهم لتقرير عن ملخص القضية وأسباب الاستئناف فقد اكتفى المشرع بقيام أحد القضاة بهذا الإجراء وألزم النص محكمة الاستئناف بأن يتلى هذا التقرير في الجلسة ثم تسمع المحكمة الاستئنافية إلى أقوال المستأنف وباقي الخصوم ويكون المتهم في جميع الأحوال آخر من يتكلم، وهذا الترتيب يعتبر من قواعد الإرشاد والتنظيم لا يترتب على إثارته البطلان إلا إذا اشتمل ذلك على مخالفة تخل بحقوق الدفاع.

سلطة محكمة الاستئناف في سماع الشهود وأدلة الإثبات:

الأصل هو أن تقوم محكمة الاستئناف بتفحص جميع ما تم طرحه أمام محكمة أول درجة بما في ذلك أدلة الإثبات وشهادة الشهود فإذا كانت الشهادة قد استوفت شروط صحتها سواء ما كان يتعلق منها بالشاهد أو بموضوع الشهادة ، فإذا أدت الشهادة أمام محكمة أول درجة وفقاً لما نص عليه قانون الإثبات الشرعي في الأحكام الخاصة بالشهادة وأدبت في مواجهة المشهود عليه واستوفت محكمة الدرجة الأولى الشهادة بسؤال الشاهد ، عن جميع الجوانب المتعلقة بشهادته وكان أداء الشهادة شفافاً وسجلت في المحضر بعد أداء الشاهد اليمين ووقع عليها الشاهد فإن الأصل هو وجوب العمل بها دون أن تجري محكمة الاستئناف تحقيقاً بصددها إذا كان موضوعها قد وضع لديها فهي غير ملزمة بسماع الشهود إلا في الأحكام التي يوجبها القانون ومع ذلك فإن هناك حالات تكون المحكمة الاستئنافية ملزمة فيها بسماع الشهادة، ومن هذه الحالات ما صرح به قانون الإجراءات الجزائية بالمادة (٤٢٨) والتي تنص: (تسمع محكمة استئناف المحافظة الشهود الذي كان يجب سماعهم أمام محكمة أول درجة وتستوفي كل نقص في إجراءات التحقيق) ويتضح من النص انه إذا كانت محكمة أول درجة قد أصدرت حكمها دون سماع الشهود الذين تمسك المتهم أو دفاعه بسماعهم فإن المحكمة الاستئنافية تلتزم بتصحيح الخطأ الذي وقع فيه حكم أول درجة وهو عدم سماع الشهود وتقوم بالاستماع إلى شهادتهم فإذا أغفلت ذلك فإن هذا يعد إخلالاً بحقوق الدفاع يستوي في ذلك أن يكون الشهود الذين

لم يتم سماعهم هم شهود إثبات أو نفي^(٢٦) كما أن من سلطتها استدعاء أي شاهد في الأحوال التي يجيز فيها قانون الإثبات بشهادة الشهود متى ما رأت في ذلك فائدة لجلاء الحقيقة وإظهارها ولها كافة الصلاحيات في استجواب الخصم وطلب توجيه اليمين المتممة من تلقاء نفسها، أو الانتقال لمعاينة المتنازع عليه إذا كان ذلك ضرورة لاستجلاء الحقيقة أو انتداب خبير، أو خبراء عند الضرورة، وتحقيق الوقائع التي يدعيها الخصوم وتقدير ما يقدمه الخصوم من أدلة ومراقبة صحة الإجراءات التي اتبعوها في إقامة هذه الأدلة سواء ما كان منها أمام محكمة الدرجة الأولى أو ما يطرح منها أمام محكمة الاستئناف.

سلطة محكمة الاستئناف في إلغاء الحكم أو تعديله أو تأييده

لقد أعطت قوانين المرافعات والقوانين الإجرائية صلاحيات واسعة لمحكمة الاستئناف سواء كان ذلك فيما يتعلق بتعديل الحكم الابتدائي أو إلغائه أو تأييده وفقاً لمقتضيات الحال فالمادة (٢٨٨) مرافعات يماني مصرحاً بإعطاء هذه السلطة لمحكمة الاستئناف حيث جاء في الفقرة (و) : (أنها تحكم المحكمة الاستئنافية إما بتأييد الحكم المستأنف أو إلغائه أو تعديله وإما بإعادة القضية لأول درجة للفصل فيما لم يتم الفصل فيه). وصرح القانون العماني بالمادة (٢٣١) بأنها تحكم محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائي أو إلغائه أو تعديله لمصلحة المستأنف وإذا ألغت المحكمة في الطلب الأصلي وجب عليها أن تعيد القضية إلى المحكمة التي أصدرته للفصل في الطلبات الاحتياطية). كما بين القانون العماني المدني (بأنها

٢٦ انظر المحاكمة في قانون الإجراءات الجزائية لفضيلة الدكتور/ حسن علي مجلي أستاذ القانون الجنائي كلية الشريعة والقانون - جامعة صنعاء - ص ٢٢٠ .

تسري على الاستئناف القواعد المقررة أمام محكمة الدرجة الأولى سواءً فيما يتعلق بالإجراءات أو الأحكام ما لم ينص القانون على غير ذلك) وذهب المشرع العماني إلى تقرير قاعدة إذا كان الحكم المستأنف صادراً في الموضوع ورأت المحكمة التي تنظر الاستئناف أن هناك بطلاناً في الحكم أو بطلاناً في الإجراءات أثر في الحكم تقضي بإلغائه وتحكم في الدعوى أما إذا كان صادراً بعدم الاختصاص أو بقبول دفع فرعي ترتب عليه منع السير في الدعوى وحكمت المحكمة التي تنظر الاستئناف بإلغاء الحكم وباختصاص المحكمة أو برفض الدفع الفرعي وجب عليها أن تعيد القضية إلى محكمة الدرجة الأولى للحكم في موضوعها (مادة (٢٢٨) إجراءات مدني عماني ، وقد جاء النص العماني واضحاً بحيث تحدث عن أحول الأحكام الغير فاصلة في الموضوع ، وتحدث عن أحوال البطلان في الحكم أو في الإجراءات وهو ما أوضحه عنه قانون الإجراءات اليمني بالمادة (٤٢٩) الذي جاء فيه: (إذا حكمت المحكمة الابتدائية في الموضوع ورأت محكمة استئناف المحافظة أن هناك بطلان في الإجراءات أو في الحكم ، تصحح البطلان وتحكم في الدعوى أما إذا حكمت بعدم الاختصاص أو بقبول دفع فرعي يترتب عليه منع السير في الدعوى وحكمت محكمة استئناف المحافظة بإلغاء الحكم وباختصاص المحكمة أو برفض الدفع الفرعي وبنظر الدعوى وجب عليها أن تعيد القضية للمحكمة الابتدائية للحكم في موضوعها) والمشرع هنا قد تحدث عن حالة البطلان في الإجراءات أو البطلان في الحكم فإذا طعن في حكم محكمة الدرجة الأولى بالاستئناف للبطلان سواءً البطلان في الإجراءات أو في الحكم ذاته فإن على محكمة الاستئناف إذا ما تيقنت من العيب أن تقضي بالبطلان أولاً ثم تتصدى للموضوع ثانياً بالفصل فيه على الوجه الصحيح فلا يجوز أن تقضي بالبطلان ثم تعيد النزاع إلى محكمة الدرجة الأولى للفصل فيه من جديد إلا في حالة

محددة لأن التمسك بالبطلان لا يعني حرمان الطاعن من إعادة فحص الموضوع بواسطة محكمة الاستئناف ولكن إعادة نظر النزاع من محكمة الاستئناف والحكم فيه بعد تصحيح البطلان مرهون بسبق الفصل فيه من محكمة الدرجة الأولى فإذا لم تفصل فيه فلا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية أن تعيد بحث الموضوع والحكم فيه لأن في ذلك تفويت درجة من درجات التقاضي ولذلك فالمشرع فصل ذلك فقال: (أما إذا حكم بعدم الاختصاص أو بقبول دفع فرعي يترتب عليه منع السير في الدعوى فإذا حكمت المحكمة الاستئنافية بإلغاء الحكم أو برفض الدفع الفرعي فإنه يجب أن تعيد القضية إلى محكمة أول درجة). والمشرع هنا يفترض أن محكمة أول درجة لم تستنفذ ولايتها في الفصل في موضوع الدعوى فإذا تعرضت المحكمة الاستئنافية لموضوع الدعوى فإن ذلك يعني حرمان المستأنف من إحدى درجات التقاضي فمهمة محكمة الاستئناف هنا هو بحث وتبيين بطلان الحكم أو بطلان إجراءاته وإلغاء الحكم وتعيده للفصل في الدعوى من جديد أمام محكمة الدرجة الأولى أما إذا تبين لها أن حالة البطلان التي يتمسك بها المستأنف في غير محلها وأنها لا تتناول موضوع الحكم ولا تمسه فإنها تحكم بعد قبول الاستئناف ولكن هناك حالات تمنع المحكمة الاستئنافية من التصدي فيها فإذا لم تستنفذ محكمة الدرجة الأولى ولايتها بشأن النزاع المطروح أمامها فإنه لا يجوز حرمانها من هذا الحق بتصدي محكمة الاستئناف للموضوع لأن في ذلك حرمان للخصم من إحدى درجات التقاضي ومن ذلك إذا قضت محكمة الدرجة الأولى ببطلان صحيفة الدعوى فإنها لا تكون قد فصلت في موضوع الدعوى فإذا ألغت محكمة الاستئناف هذا الحكم فإنه لا يجوز لمحكمة الدرجة الثانية أن تتصدي للموضوع بل يجب إعادة القضية لمحكمة الدرجة الأولى لفصلها من جديد ، أما إذا اعتمدت محكمة الدرجة الأولى على إجراءات باطلة في قضائها وتبين

لمحكمة الاستئناف صدق ذلك فإنه يتعين عليها التصدي للموضوع بتدارك هذا البطلان والفصل في الموضوع، أما إذا أصدرت المحكمة الابتدائية حكماً بعدم قبول الدعوى فإنها إذا ألغت المحكمة الاستئنافية حكم محكمة الدرجة الأولى فعليها أن تعيد القضية للفصل فيها من جديد، وكذلك الحكم بعدم الاختصاص حتى ولو اتفق الطرفان في الاختصاص النوعي على أن محكمة الاستئناف تتصدى للموضوع فإن ذلك لا يعطي محكمة الاستئناف صلاحية الفصل في الموضوع لأن الأمر يتعلق بالنظام العام، ومن حالات البطلان في الإجراءات والبطلان في الحكم لما نص عليه قانون المرافعات اليمني وغيره هي حالات عدم صلاحيات القاضي وحالات سماع خصوم أثناء المداولة دون حضور الخصم الآخر أو قبول مذكرات دون إطلاع الخصم عليها ومن ذلك النطق بالحكم في جلسة سرية أو صدور الحكم من قاضي لم يسمع المرافعة أو لم يندب بطريقة صحيحة أو لم يوقع على مسودة الحكم أو لم تودع المسودة في الميعاد أو خلى الحكم من الأسباب أو عدم اشتغال الحكم على البيانات الضرورية التي حددها القانون أو اشتمل الحكم على شيء لم يطلبه الخصوم أو عدم صلاحية المحكمة أو أحد أعضائها ، ومن عيوب الحكم أيضاً القصور في التسبيب وفساد الاستدلال ومن قبيل فساد الحكم في الاستدلال اعتماد الحكم بالإدانة مثلاً على دليل باطل مثل الدليل الذي يكون محصلة تفتيش باطل أو استجواب باطل، واعتماد الحكم على رأي أحلت المحكمة نفسها فيه محل الخبير في مسألة فنية بحتة، وأوجه البطلان كثيرة وهو مصرح بها في القوانين الإجرائية وعلى سبيل الإجمال نقول أنه يعتبر الحكم باطلاً إذا اختلف شرط جوهرى من شروطه العامة أو من شروط أحد مقوماته كما إذا اختلف شرط الحاكم أو المحكوم به ، أو المحكوم له أو المحكوم عليه أو كان صادراً في غير الاختصاص فالبطلان هو جزاء خلل أصاب الحكم ذاته

أو أحد مقوماته، فمبدأ الاستئناف إنما وجد لتلافي الخطأ المحتمل الذي قد يصدر عن القاضي إما في الإجراءات أو في التقدير كأن يخطئ في تطبيق القاعدة الإجرائية أو الشرعية على الواقعة التي أمامه فالحكم القضائي شأنه شأن سائر أعمال البشر فإنه كما يحتمل الصحة فإنه يحتمل الخطأ أيضاً وإذا كانت محكمة الاستئناف هي محكمة موضوع وقد أناط القانون بها تصحيح أي خطأ يقع في الحكم أو في إجراءاته وأعطاه القانون سلطة إلغاء الحكم أو تعديله أو تأييده فإن الضابط هنا في جواز تصديدها للحكم في الموضوع أن تكون محكمة الدرجة الأولى قد استنفذت سلطتها في نظر موضوع النزاع فإذا لم تكن محكمة أول درجة قد استنفذت سلطتها في نظر الموضوع فإن المتعين على محكمة الاستئناف أن تقضي بإلغاء الحكم المستأنف وإعادة إلى محكمة الدرجة الأولى^(٢٧) وإذا كان من المقرر أن سلطة محكمة الاستئناف ليست مقصورة على مراقبة الحكم الاستئنافي من حيث سلامة التطبيق القانوني فحسب وإنما يترتب على رفع الاستئناف نقل موضوع النزاع في حدود طلبات المستأنف إلى محكمة الدرجة الثانية، بإعادة طرحه عليها بكل ما اشتملت عليه من أدلة ودفوع وأوجه دفاع لتقول كلمتها فيه وأن القانون أعطاه سلطة إلغاء الحكم الابتدائي أو تعديله أو تأييده فإن ذلك الإلغاء أو التعديل أو التأييد لا بد وأن يكون قضاء محكمة الاستئناف فيه قد قام على أسباب تواجه عناصر النزاع الواقعية والقانونية فعند الحكم بالإلغاء يجب على محكمة الاستئناف أن تذكر الأسباب التي من أجلها قضت بإلغاء الحكم وعند التعديل ينصب هذا الوجوب على الجزء الذي شمله التعديل ويعتبر الجزء الذي لم يشمله

٢٧ انظر تفصيل أوسع مؤلفنا عمدة المسير ص ٢٣٥ - ٢٢٧ ، ج ٤

التعديل كأنه محكوم بتأييده وتبقى أسباب الحكم قائمة بالنسبة له^(٢٨) ويشترط لصحة التسبيب أن تكون الأسباب متناسقة وغير متنافرة وأن يجمعها منطوق صحيح بحيث تتضمن أهم ضوابط التسبيب الشرعية والقانونية والذي قد تتلخص في ثلاثة أمور:

أولاً: وضوح الحكم بحيث لا يشوبه لبس ولا غموض.

ثانياً: أن تشتمل على بيان فهم قضاة محكمة الاستئناف للحجج المحكوم بناءً عليها بحيث يتضح الإمام بكل عناصرها إماماً تاماً وعدم إغفال أي جانب فيها في الحكم.

ثالثاً: بيان الحكم الشرعي لواقعة النزاع ومخالفة ما يدعيه المحكوم عليه لأحكام الشرع والقانون سواء ما يتعلق منها بالموضوع أو ما يتعلق منها بالإجراءات وقد أوجبت القوانين الإجرائية تسبيب الأحكام كما هو صريح المادة (٢٣٠) مرافعات التي صرحت: (بأنه يجب أن تكون الأحكام مسببة وأن لا تكون الأسباب متناقضة مع نفسها ومع المنطوق وإلا كانت باطلة) وصرحت المادة (٣٧٢) أ - ج يماني (أنه يجب أن يشتمل على الأدلة التي يثبت صحة الواقعة الجزائية ونسبتها للمتهم ويتعين أن يتضمن الحكم بتوقيع العقوبة نص التجريم والأسباب التي قدرت العقوبة على أساسها ويترتب البطلان على مخالفة ذلك). والى مثل ذلك ذهب المشرع المصري فقرر ذات القواعد بالمادة (٣١٠ ، ٣١١) إجراءات جزائية وكذلك قانون المرافعات المدني التجاري المصري بالمادة (١٨٠) والمادة (١٧٦) والمادة (١٦٨) مرافعات سعودي والمادة (١٧٠) من قانون الإجراءات المدني التجاري العماني والمادة (٣١٧) من قانون المسطرة المغربي والمادة (٣١٠) من قانون أصول المحاكمات الجزائي السوري والمادة (٢١٦) من قانون الإجراءات المدني الاتحادي في دولة

٢٨ الاستئناف في المواد المدنية والتجارية فقهاً وقضاً. إعداد إبراهيم السيد أحمد - الناشر

المكتب الجامعي الحديث بالاسكندرية ص ٤٠٦ ، سنة ٢٠٠٣ .

الإمارات العربية المتحدة والمادة (٤٢١) من قانون المرافعات اللبناني والمادة (١٩٩) من قانون المرافعات الكويتي والمادة (١٩٩) من القانون التونسي كما أن بعض الدول قررت ذات القواعد في دساتيرها كما هو صريح المادة (١١٨) من الدستور الأندونيسي وهي الدولة الأكبر في العالم الإسلامي من حيث السكان والمادة (١٣٥) من الدستور التركي والمادة (٩٧) من الدستور البلجيكي والمادة (١١) من الدستور الهولندي والمادة (٨٩) من الدستور الألماني.

ما ذلك إلا لما لتسبب الأحكام من أهمية في تحقيق العدل فالتسبب يعني حلول الاستدلالات محل التأكيدات وهي بذاتها تؤكد بيان سلامة ممارسة القاضي للسلطة التي يتمتع بها ويجعل من القضاء أداة لتحقيق رسالة العدل بكل معانيها فالتزام القضاة بتسبب الأحكام مما يدفع إلى تمحيص الأدلة^(٢٩) وتحقيقها .

وهذه الأسباب لا يمكن أن تكون صحيحة إلا إذا تمت بعد مداولة تستوفي الشروط المنصوص عليها في فقه المرافعات ويشترك فيها القضاة الذي سمعوا المرافعة والأدلة جميعاً وصيغ الحكم بعد استقرار عقيدة المحكمة على ما يتضمنه الحكم ومنطوقه وأسبابه وتم النطق به بعد التوقيع على مسودته في جلسة علنية .

٢٩ انظر مؤلفنا عمدة المسيرج ٤ ، ص ٦٢ - ٩٠ .

سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض

القاضي /

د. محفوظ عمر خميس

عضو المحكمة العليا

عضو المكتب الفني

سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض .

أنشئت المحكمة العليا للجمهورية بعد تحقيق الوحدة اليمنية بموجب القرار الجمهوري رقم (١١) لعام ١٩٩١م والذي به دمجت المحكمة العليا في الشطر الجنوبي سابقاً مع المحكمة العليا في الشطر الشمالي سابقاً حيث توجد هذه المحاكم منذ السبعينات أن المحكمة العليا للجمهورية هي أعلى هيئة قضائية في اليمن أي أنها على رأس المحاكم العادية ووظيفتها الأساسية هي توحيد فهم القانون وتطبيقه في المحاكم المتعددة وهو الهدف الأساسي من إنشائها ووجودها حتى لا تتعارض الأحكام فيما بينها في البلاد بصدد المسائل القانونية المماثلة وهو ما يؤدي إلى عدم الاستقرار في المعاملات وإلى عدم الثقة بالقانون ، أن وجود المحكمة العليا من ناحية أخرى عامل مساعد وهام في الحياة الاقتصادية وفي التنمية الاجتماعية وفي تشجيع الاستثمار في البلاد فهي عامل ائتمان لأن وجود الأحكام المنظمة تضمن للمواطن والمستثمر الالتجاء على السواء إلى القضاء ووصول الحق إلى صاحبه في غير مشقة أو تعب وهو أمر يقوي الائتمان ويؤدي إلى تنشيط الحياة الاقتصادية وتشجيع المعاملات التجارية والاستثمارية في المجتمع وهذا لن يكون عملي إلا بوجود محكمة عليا تتولى الرقابة القضائية على المحاكم الأدنى درجة وتمارس الرقابة على دستورية القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة مع القيام بتفسير القوانين وتوحيد الفهم الصحيح لتطبيقها من خلال الطعون بالنقض ..

لقد حددت المادة (١٢) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لعام ١٩٩١م مهام

المحكمة العليا للجمهورية في التالي:

- ١- الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات .
- ٢- الفصل في تنازع الاختصاص بين جهات القضاء .
- ٣- الفصل في الطعون الانتخابية .

- ٤- الفصل في الطعون والأحكام النهائية المكتسبة الدرجة القطعية في المواد المدنية والتجارية والجنائية والأحوال الشخصية والمنازعات الإدارية والدعاوي التأديبية
- ٥- الرقابة القضائية على جميع المحاكم في الجمهورية .
- ٦- أية مهام أخرى بمقتضى القانون .
- ٧- الفصل بطريق الطعن بالنقض في الأحكام النهائية في الجرائم العسكرية .
- ٨- محاكمات شاغلي وظائف السلطات العليا مع مراعاة أحكام المادتين (١١١، ١٠١) من الدستور..

تشكيل دوائر المحكمة العليا :

تتألف المحكمة العليا من دوائر تشكل لنظر الطعون في القضايا المدنية والتجارية والجزائية والعسكرية والأحوال الشخصية والدستورية والإدارية مع دائرة لفحص الطعون المادة (١٦) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لعام ١٩٩١م وهذا التكوين للمحكمة العليا يتم بتشكيل الدوائر بقرار يصدره مجلس القضاء الأعلى بعد التشاور بين وزير العدل ورئيس المحكمة العليا بموجب المادة (١٦) الفقرة (ب) من قانون السلطة القضائية وتتألف هيئة الحكم في كل دائرة منها من خمسة قضاة عدا الدائرة الدستورية فتؤلف من سبعة قضاة .. وتصدر الأحكام والقرارات بالأغلبية المطلقة المادة (١٧) من قانون السلطة القضائية ويلاحظ من خلال تأليف هيئات الحكم بالدوائر أن المشرع اليمني قد أخذ بنظام تعدد القضاة ذلك أنه في التعدد إلى خمسة قضاة يهدف إلى ضمان تحقيق العدالة إذ أنه بذلك يكفل دراسة الطعون على الوجه الأقرب إلى الصواب من خلال المداولة التي تدور بين القضاة (أعضاء الدائرة) والتي من شأنها توضيح الأمور في الطعن وسير إجراءات القضية والأحكام الصادرة بشأنها .. وأن اشتراك عدة قضاة في نظر الطعن وفحصه قد يظهر

وجهات نظر مختلفة وهذه قد تسهل من خلال المناقشة الأخذ بأحسن الآراء إذا ما هناك تجانس وانسجام بين الأعضاء بحيث لا يظهر أي منهم تعصب برأي مسبق له أو لا يوجد تأثير خارجي من أي نوع كان وأن انتفاء مثل هذا في عمل الدائرة يضمن استقلال القضاة في عملهم لأن القرار الصادر عنهم ينسب للدائرة بكاملها ، فيشجع ذلك كل مهم على إبداء رأيه دون أن يتأثر بميول أو إرضاء الخصوم مادام رأي القاضي بذاته يظل مجهولاً وسراً عند المداولة ويحتفظ به في ملف الطعن غير خاضع للكشف عنه أو تداوله للآخرين .

هذا التعدد في هيئات الحكم بالدوائر يؤكد حياد القضاء واستقلاله إذ من الصعب التأثير على هيئة قضائية بكاملها وحتى لو خضع أحدهم لضغط ما فإنه في رقابة زملائه ما يمنع من ترتيب نتائج حياد الهيئة أن دوائر المحكمة العليا تتعقد وتمارس مهامها المحددة باسم المحكمة العليا للجمهورية ولا يكون للدوائر كيان مستقل عن هذه المحكمة .

مهام وصلاحيات دوائر المحكمة العليا للجمهورية المواد من ١٩ إلى ٢٦ من قانون السلطة القضائية .

١- تفصل الدائرة الدستورية فيما يلي :

- أ- الرقابة على دستورية القوانين واللوائح والأنظمة والقرارات وذلك بطريق الفصل في الطعون التي ترفع إليها بعدم دستورية القوانين والأنظمة والقرارات سواء عن طريق الدعوى المبتدأه ، أو الدفع .
- ب- الفصل في الطعون الانتخابية .
- ج- محاكمة المتهمين من شاغلي وظائف السلطات العليا .

٢- تفصل الدائرة المدنية في :

- أ- الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية والمكتسبة للدرجة القطعية والقرارات الصادرة في القضايا المدنية وفي القضايا الأخرى غير الجزائية والتجارية والأحوال الشخصية والإدارية .

- ب- تنازع الاختصاص بين جهات القضاء إيجاباً كان أم سلباً .
- ج- نقل الدعاوى في القضايا المدنية وفقاً لقانون المرافعات .
- د- الطلبات الأخرى الداخلية في اختصاصها وفقاً للقانون .

٣- تفصل الدائرة الجزائية في :

- أ- الطعن بطريق النقض في الأحكام والقرارات الصادرة في القضايا الجنائية .
- ب- نقل الدعاوى في القضايا الجنائية .
- ج- الطلبات الأخرى الداخلة في اختصاصها وفقاً للقانون .

٤- تفصل الدائرة التجارية والمالية في :

- أ- الطعن بطريق النقض في الأحكام والقرارات الصادرة في القضايا التجارية والمالية .
- ب- نقل الدعاوى في القضايا التجارية والمالية .
- ج- الطلبات الأخرى الداخلة في اختصاصها وفقاً للقانون .

٥- تفصل دائرة الأحوال الشخصية في :

- أ- الطعن بطريق النقض في الأحكام والقرارات الصادرة في قضايا الأحوال الشخصية .
- ب- نقل الدعاوى في قضايا الأحوال الشخصية .
- ج- الطلبات الأخرى الداخلة في اختصاصها وفقاً للقانون .

٦- تفصل الدائرة الإدارية في :

- أ- الطعن بطريق النقض في الأحكام والقرارات الصادرة في القضايا الإدارية
- ب- نقل الدعاوى في القضايا الإدارية .
- ج- الطلبات الأخرى الداخلة في اختصاصها وفقاً للقانون .

تفصل الدائرة العسكرية في :

- أ- الطعن بطريق النقض في الأحكام النهائية والمكتسبة للدرجة القطعية والقرارات الصادرة في القضايا العسكرية .
- ب- نقل الدعاوى في الجرائم العسكرية .
- ج- الطلبات الأخرى الداخلة في اختصاصها وفقاً للقانون ..

٧- تفصل دائرة فحص الطعون في الطعون المقدمة من حيث الشكل واستيفاء الشروط المطلوبة قانوناً .

أن نظام دائرة فحص الطعون ضمن تشكيلات دوائر المحكمة العليا هو بأن تنظر في الطعون من حيث الشكل قبل عرضها على الدوائر الأساسية بالمحكمة العليا وتبحث في ميعاد الطعن من حيث تقديمه خلال مدة لظعن المقررة والتحقق من توفر الصفة والمصلحة واستيفاء الرسوم المستحقة مع دفع الكفالة ووجود أصل الأحكام في القضية وهذه المهام تخفف العبء على الدوائر المختصة التي تنظر في الطعون المقبولة من حيث الشكل .

موضوع البحث : سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض :

أن المحكمة العليا للجمهورية بموجب مهامها المحددة في المادة (١٢) من قانون السلطة القضائية رقم (١) لعام ١٩٩١م تكون مختصة كأعلى هيئة قضائية (١) بنظر الطعون بالنقض وهي في ذلك تعد محكمة نقض .

(٢) كما تمارس مهام تجعلها بمثابة محكمة خاصة في أحوال التنازع في الاختصاص بين جهتي القضاء العادي والطلبات الأخرى بمقتضى القانون واختصاصها بنقل الدعوى من محكمة إلى أخرى كما تختص بنظر المنازعات الإدارية لمنتسبي السلطة القضائية إذ يمكن أن تنظر الدائرة الإدارية باعتبارها محكمة خاصة تختلف في اختصاصاتها وفي إجراءاتها عن سائر دوائر المحكمة العليا في هذا الخصوص مما يجعلها من قبيل القضاء النوعي

- ١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة الشرع والقانون أو خطأ في تطبيق أي منهما أو تأويله أو لم يبين الأساس الذي بني عليه .
- ٢- إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم أو كان منطوق الحكم مناقضاً بعضه لبعض.
- ٣- إذا حكم بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه ..
- ٤- إذا تعارض حكمان نهائيان في دعويين اتحد فيهما الخصوم والموضوع والسبب..

وفي القضايا الجنائية فقد نصت المادة (٤٣٥) من القانون رقم (١٣) لعام ١٩٩٤م "لا يجوز الطعن بالنقض إلا للأسباب التالية :

- ١- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه .
 - ٢- إذا وقع بطلان في الحكم ..
 - ٣- إذا وقع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ..
- والأصل أن الإجراءات قد روعيت أثناء نظر الدعوى ولصاحب الشأن إذا لم تذكر الإجراءات في محضر الجلسة ولا في الحكم أن يثبت بكافة طرق الإثبات أنها أهملت .. أما إذا ذكرت في أحدهما فلا يجوز إثبات عدم اتباعها إلا بطريق الطعن بالتزوير.

وفي قانون الإجراءات العسكرية رقم (٧) لعام ١٩٩٦م نصت المادة (٨٧) منه في التالي " يجوز للخصوم أن يطعنوا أمام الدائرة الجزائية العسكرية بالمحكمة العليا في الأحكام والقرارات الصادرة من محكمة الاستئناف العسكرية ومن المحاكم الابتدائية العسكرية التي لا تقبل الطعن بالاستئناف ويكون الطعن للأسباب التالية :

- أ- إذا كان الحكم المطعون فيه مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله أو لم يبين الأساس القانوني الذي بني عليه .
- ب- إذا وقع بطلان في الإجراءات أثر في الحكم ..

ج- عدم اختصاص المحكمة العليا العسكرية في إجراءات المحاكمة في الدعوى ابتداءً .

د- اشتراك أحد من هيئة المحكمة في الحكم مع وقوع طلب رده وكون الطلب مقبولاً قانوناً)

ينبغي أن يكون الطعن بالنقض ضد الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف مبنياً على وجه أو أكثر من أوجه الطعن بالنقض المحددة في هذه النصوص الإجرائية التي أوردناها والوجه الأول هو المخالفة للقانون أي مخالفة القواعد الموضوعية البحتة لا الإجرائية أي تلك الواردة في قانون العقوبات ، القانون المدني ، القانون التجاري ، قانون الأحوال الشخصية وغيرها من القوانين الموضوعية التي تطبقها المحاكم والخطأ في تطبيقها هو في تطبيق قاعدة قانونية على الواقعة لا تنطبق عليها ، أما الخطأ في التأويل فهو إعطاء النص القانوني معنى غير معناه الصحيح وفي كل الأحوال فإن مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وفي تأويله إنما هي مظاهر ثلاثة لأمر واحد هو الخطأ في القانون ..

وعلى سبيل المثال في القضايا الجنائية تطبيقات الخطأ في القانون متعددة : فيها الخطأ في التكييف أي في رد واقعة الدعوى إلى أصل من نص القانون واجب التطبيق عليها ويكون الخطأ فيه بعدم إعطاء الوقائع التي اعتبرها الحكم ثابتة الوصف القانوني الصحيح ، إذا اعتبر الحكم جريمة واقعة لا عقاب عليها أو جريمة تخضع لنص معين فيه جريمة تخضع لنص آخر والخطأ في التكييف القانوني قد يكون مصدرة تفهم نص القانون على وجه يجافي الصواب بأن يدخل الحكم في تكوين الجريمة عنصراً دخيلاً عليها أو يستبعد من تكوينها عنصراً لازماً لها كما هي معرفة في القانون ، سواء كان ذلك متعلقاً بالفعل المادي أم بالنتيجة أم بالضرر أم القصد الجنائي أم بالسببية كما قد يكون مصدر الخطأ هو إن يعتبر الحكم واقعة معنية مسلماً بثبوتها تصلح لأن تكون في الجريمة الركن الذي يتطلبه القانون فيها أولاً تصلح على خلاف

المطلوب ومنها الخطأ في تكييف الظروف القانونية المشددة أو المخففة والأعدار القانونية وموانع المسؤولية والعقاب وأسباب الإباحة وكل هذا قد تؤثر في مركز الطاعن إلى ما انتهى إليه الحكم المطعون فيه من نتائج قد لا تتفق في تقديره مع صحة تطبيقه القانون أو تأويله ومن أوجه الخطأ أن يكون الخطأ في توقيع العقوبة بأن يقضي الحكم بعقوبة تختلف في نوعها عن العقوبة الصحيحة أو نقل في حدها الأدنى أو تزيد في حدها الأقصى ، أو كان يقضي الحكم بعقوبة تكميلية بغير سند من النص المطبق أم بعدم توقيعها رغم أنها وجوبية أو بأن يجمع بين عقوبتين أصليتين لا يجوز الجمع بينهما وقد يكون الخطأ في توقيع العقوبة بسبب الخطأ في التكييف القانوني وسلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض تكون بالثبوت من النص الواجب التطبيق في الدعوى وأن يكون هذا التطبيق على الوجه الصحيح إما إذا كان الطعن بالنقض للبطلان في الحكم وهو الوجه الثاني من أوجه الطعن بالنقض فإن سلطة المحكمة العليا تكون بنقض الحكم للبطلان وهو الجزاء الذي رتبة القانون على مخالفة القواعد والإجراءات التي أوجب على المحاكم مراعاتها بحيث يصير الإجراء عديم الأثر غير مرتب ما قد يترتب على الإجراءات الصحيحة من آثار قانونية والبطلان في الحكم قد يكون لمخالفة القانون أو للخطأ في تطبيقه أو في تأويله .

أن هذا الوجه الثاني من أوجه الطعن بالنقض وهو البطلان في الحكم ينصرف إلى كل بطلان يلحق الحكم في ذاته بوصفه الإجراء الأخير الذي به تخرج الدعوى من بين يدي محكمة الموضوع بصدور حكمها وقد يكون هذا الحكم مبعثه مخالفة القواعد المتصلة بالمداولة في الأحكام أو بالنطق به أو بمواعيد تحريرها أو بأصول التوقيع عليها أو بقصوراً في البيانات اللازمة سواء في الدياجة أم في الأسباب أو تحديد الواقعة المستوجب العقاب عليها ونص القانون الذي حكم بموجبه القاضي وقد يكون البطلان في الحكم إغفال الرد على أي طلب هام أو دفع جوهرية أو عدم مراعاة التذليل على صحة ما

انتهى إليه الحكم من نتائج بأدلة لها مأخذ صحيح من الأوراق جاءت وليدة إجراءات سليمة تصلح لأن تكون عناصر إثبات وكل ما يدخل في المعنى العام للقصور في تسبب الحكم وهو ما نلاحظه في كثير من أسباب الطعن بالنقض أي في النعي على الأحكام للقصور في التسبب .

أما الوجه الثالث من أوجه الطعن بالنقض هو في البطلان في الإجراءات أثر في الحكم .. وقد استلزمت القوانين الإجرائية أن يكون البطلان في الإجراءات من شأنه التأثير في الحكم وهذا البطلان يجب أن يكون جوهرياً أما البطلان غير الجوهري فلا يصلح سبباً للطعن فيه .. وقد يكون البطلان مطلقاً كما إذا كان راجعاً لعدم مراعاة أحكام القانون المتعلق بتشكيل المحكمة أو بولايتها بالحكم في الدعوى أو باختصاصها النوعي أو بالمداولة أو عدم اشتراك الهيئة مكتملة في هذه المداولة فإن هذا البطلان المطلق يتعلق بالنظام العام تقضي به المحكمة من تلقاء نفسها من غير طلب الخصوم .
ومن الإطلاع على النصوص الإجرائية المشار إليها بشأن أوجه الطعن يتضح بجلاء .

أن سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض تكون بالتحقق من أن القانون : سواء كان موضوعياً أو إجرائياً قد طبق صحيحاً على الوقائع المثبتة في الحكم المطعون فيه دون أن تتعرض إلى صحة هذه الوقائع أو إثباتها لذلك وفق هذا التحديد لسلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض يقال عنها إنها محكمة قانون فقط وأن المحاكم الأدنى درجة هي محاكم موضوع ولأنها محكمة قانون فإنها ليست درجة من درجات التقاضي كما يفهم البعض فعند ما يطعن أمامها في الأحكام النهائية الصادرة من محاكم الاستئناف يكون ذلك أما لكون الحكم المطعون فيه مبيناً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أو تأويله أو إذا وقع بطلان في الحكم أو بطلان في الإجراءات أثر في الحكم وهذه المسائل واضحة أكدت عليها القوانين الإجرائية اليمنية .. وأهم ما يجب التنبه إليه أن سلطة المحكمة العليا تكون في رقابتها على تفسير

القانون وتطبيقه ولكنها لا تراقب الحكم المطعون فيه فيما يتعلق بالوقائع والمسائل الواقعية الثابتة فيه فهذه المسائل متروكة للسلطة التقديرية لقاضي محكمة موضوع بشرط أن يحكم القاضي طبقاً لما يقضي به العقل ويفرضه المنطق والضمير الإنساني للقاضي ..

إن سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض تتمثل في أن الأحكام والقرارات الصادرة عنها تكون ملزمة للكافة لأنها من الناحية العملية يكون لها هيبة واحترام باعتبارها عنواناً للحقيقة وأول من تلزم باحترامها سائر المحاكم في الجمهورية التي قد تخشى أن هي خالفت تفسير محكمة النقض للقانون أن تنقض هذه المحكمة العليا أحكامها وسلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض ممكنة في نقض الأحكام التي تخرج على تفسيرها للقانون وتعطيها قوة عملية قانونية على إجبار سائر المحاكم على الالتزام بالأحكام والقرارات الصادرة عنها ..

وهذا لأنها المسؤولة والمشرفة على صحة تطبيق المحاكم للقانون وتفسيره وتقوم بتقرير القواعد القانونية والقضائية الصحيحة فيما يختلف عليه من المسائل عند التطبيق ، كما أنها توحد أحكاماً المحاكم عن طريق الفصل فيما يرفع إليها من طعون في الأحكام النهائية إذا كان الطعن فيها مبنياً على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه على نحو ما أوضحناه وسلطتها لا تمتد إلى الوقائع أي لا تفصل في الموضوع وإذا نقضت الحكم المطعون فيه فإنها تأمر بإحالة القضية إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم في النزاع من جديد على أساسي الحل القانوني الذي وضعته الدائرة مصدرة القرار والتي تكون عادة بتوجيهات وملاحظات محددة في قرار الإرجاع أو الاستكمال المتعارف عليها محلياً.

أن القرار في الطعن بالنقض الصادر عنها مهما استقر فإنه لا يقيد المحكمة إلا في المسألة القانونية بذاتها التي فصل فيها الحكم المطعون فيه .. فيكون على محكمة الإحالة أن تتبع حكم النقض في هذه المسألة التي نقض الحكم

المطعون فيه بسببها وأن تتقيد بمراعاته وتنفيذه ولا تخرج عنه وإلا تعرض حكمها للطعن فيه للمرة الثانية.

سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض تمتد في رقابتها على تحقيق مبدأ حق الدفاع أو حرية الدفاع :

حيث يعد هذا من أصول التقاضي وهو احترام حق الدفاع وقد بلغ من تأكيد هذا الحق أن صار يعبر عنه حرية الدفاع وبمقتضى هذا الحق تمكن المدعي من بسط ادعاءاته وتدعيمها بما لديه من أدلة وتمكين المدعى عليه من شرح دفاعه وتدعيمه بما لديه كذلك من أدلة مضادة وإذاً فلا ينبغي أن يفهم أن حق الدفاع مقرر لصالح المدعي عليه وحده ، وأكثر ما يحصل الإخلال بحق الدفاع حين ترفض المحكمة تحقق أمر بطلب أحد الخصوم تحقيقه ويكون هذا الأمر على خلاف ما رأت المحكمة منتجاً في تدعيم وجهة نظره التي رفضتها .. كما قد يكون برفض المحكمة منح الخصم الفرصة الواجبة أو الملائمة للاستعداد لتدعيم ادعاءاته أو دفاعه وفي هذه الحالات تباشر المحكمة العليا من خلال سلطتها الذي يدعى لديها إخلال المحكمة الدنيا بحق الدفاع لها سلطة تقديرية واسعة إلى حدود الضوابط المشار إليها .

أن حق الدفاع له حرمة في كل تقاض ولو كان ذلك أمام التحكيم أو لجنة قضائية .. ويجوز أن تبطل المحكمة العليا في الطعن بالنقض أي قرار صادر من محكم أو لجنة أو محكمة دينا قامت بانتقاص حق الدفاع باعتبار أن هذا العيب الذي شاب الإجراءات هو عيب جوهري يمس أصلاً من الأصول العامة وهو حق الدفاع .

سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض تمتد إلى تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض :

بأنه خطأ أو نفي هذا الوصف عنه هو من المسائل التي يخضع قضاء محكمة الموضوع فيها لرقابة المحكمة العليا .. ذلك أن نفي المسؤولية عن وقوع حادث

ونفي أوجه الخطأ عنه وجعل الأمر متروك لمطلق تقدير محكمة الموضوع وفقاً لسلطتها فأن ذلك يكون مخالف للقانون وخطأ في تطبيقه وتختص في نقضه المحكمة العليا بما لها من سلطة في الرقابة القانونية والقضائية وفي التطبيق الصحيح للقانون كما أن لها التدخل في الرقابة على حرية جهة الإدارة في إدارتها للمرفق ولا يجول بين المحاكم وبين التدخل لتقرير مسؤوليتها عما يصيب الغير من ضرر نتيجة خطأ تابعيها أو إهمال في تنظيم شؤون المرفق العام والإشراف عليه .

سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض تشمل الرقابة القانونية والدستورية على السلطات الأخرى .

وذلك أنه من المقرر أنه لا يجوز لسلطة أدنى في مدارج التشريع أن تلغي أو تعدل قاعدة تنظيمية وضعتها سلطة أعلى أو أن تضيف إليها أحكاماً جديدة إلا بتفويض خاص من هذه السلطة العليا أو من القانون .. كما تمتد رقابتها القانونية على المراكز القانونية التي اكتسبت في ظل قانون قديم ذلك أن الأصل أن القانون يسري بأثر فوري على المراكز القانونية التي تتكون بعد نفاذه سواء في نشأتها أو في إنتاجها أثارها أو في انقضائها وهو لا يسري على الماضي.

فالمراكز القانونية التي نشأت واكتملت فور تحقق سببها قبل نفاذ القانون الجديد تخضع للقانون القديم الذي حصلت في ظلله أما المراكز القانونية التي تنشأ وتكتمل خلال فترة تمتد في الرقابة فإن القانون القديم يحكم العناصر والآثار التي تحققت في ظلله في حين يحكم القانون الجديد العناصر والآثار التي تحققت تتم بعد نفاذه ولئن كانت المراكز القانونية الاتفاقية تظل خاضعة للقانون القديم الذي نشأت في ظلله باعتبار أنه تعبير عن إرادته ذوي الشأن في نشؤها وأثارها أو في انقضائها إلا أن هذا مشروط بأن لا يكون القانون الجديد قد اخضع المراكز القانونية سالفة الذكر لقواعد أمره فحينئذ يطبق

القانون الجديد فوراً على ما لم يكن قد اكتمل من عناصرها وعلى آثار هذه المراكز القانونية الحاضرة والمستقبلية كما يحكم انقضائها

سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض لا تمتد إلى حقيقة الوقائع ولا إلى قيمة الأدلة التي عولت عليها واقتنعت بها محكمة الموضوع .

في هذه المسألة الشائكة والتي لا زال الخلاف قائماً في مدى تحقق سلطة المحكمة العليا حولها أو في عدم امتداد سلطتها عليها نجد أن قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لعام ١٩٩٤م في المادة (٤٣١) من هذا القانون قد أوضح صراحة في عدم امتداد رقابة المحكمة العليا وسلطتها على الوقائع والأدلة التي اقتنعت بها محكمة الموضوع فنصت هذه المادة :

تتولى المحكمة العليا مراقبة المحاكم في تطبيقها للقانون ولا تمتد مراقبتها إلى حقيقة الوقائع التي اقتنعت بثبوتها المحكمة مصدره الحكم ولا إلى قيمة الأدلة التي عولت عليها في الإثبات إلا في الحالات التي ينص عليها القانون وفي هذا الاتجاه نهج قانون الإجراءات العسكرية رقم (٧) لعام ١٩٩٦م وأكد على هذا المفهوم كما هو واضح ومحدد في المادة (٨٤) من هذا القانون وكان اللازم أن يتتبع قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م هذا الاتجاه بحيث يقطع الطريق ويمنع أي اجتهاد أو خلاف قد يظهر في التطبيق لا سيما وأن هذا القانون قد أخذ وقتاً طويلاً في المناقشة والتعديل في مجلس النواب إلا أن خلو مواد القانون من الإشارة والتحديد لمثل هذا النص لا يمنع من تقرير نفس المبدأ عند نظر الطعون المدنية والتجارية والشخصية ذلك أن المادة (٢٩٢) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني قد حددت حالات الطعن بالنقض الجائز نظرها في دوائر المحكمة العليا وأن هذه الحالات المحددة لم تعطي صلاحية تذكر لامتداد سلطة المحكمة العليا للوقائع والأدلة والقرائن التي تقتنع بها محكمة الموضوع متى كان ذلك سائغاً وقد استقر الرأي للمحكمة العليا في قرارات كثيرة لها بصدد الطعون بالنقض المنظورة أمامها أن سلطتها

لا تمتد إلى الوقائع كما نجد ذلك واضحاً ومتفقاً عليه في أحكام النقض المصرية ودول عربية أخرى في هذا الخصوص ذلك أن فهم الواقع في دعوى من سلطة قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً وله سنده في أوراق القضية ذلك أن محكمة الموضوع لها سلطة تامة في تحصيل فهم الواقع كما أشرنا وذلك في الدعوى وفي تقدير قيمة ما يقوم لها من أدلة وفي تعيين خبير حسب طبيعة النزاع سواء كان محاسب قانوني أو مهندس أو طبيب شرعي وهذه من الرخص المخولة لقاضي محكمة الموضوع فله تقدير لزوم أو عدم لزوم هذا الإجراء ولا معقب عليه في ذلك متى كان رفضه لطلب من هذه الطلبات قائماً على أسباب مبرره له .

ولتدعيم سلطة محكمة الموضوع في تقديرها للوقائع فإنه يجوز لها الاستناد إلى القرائن بحيث تكون وحدة متماسكة تضافرت في تكوين عقيدة المحكمة وأن انهيار بعضها يترتب عليه بطلان الحكم الذي تقررته المحكمة العليا من خلال سلطتها في الطعن ..

كما أن بعض أحكام النقض في أحكام كثيرة لها تؤكد أن فهم الواقع في الدعوى تكون من سلطة محكمة الموضوع المطلقة متى كان استخلاصها لما استخلصه سائغاً وله سنده .

إلا أن تكييفها لهذا الواقع يعتبر من المسائل القانونية التي تخضع لرقابة وسلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض .

أن القانون الإجرائي قد أورد استثناء خاص في جواز تصدي المحكمة العليا للموضوع والحكم فيه أي الخوض في الواقع والأدلة ومناقشتها حيث نصت المادة (٣٠٠) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م (...) إذا كان الطعن للمرة الثانية فيتعين على المحكمة العليا أن تفصل في الموضوع كله أو شق منه وفي حالة عدم قبول الطعن أو رفضه حكم على رافعة بالنفقات ومصادرة الكفالة .. وإذا تبين إرادة الكيد من الطاعن حكمت عليه بالتعويض للمطعون ضده ..)

ويفهم من الشق الأخير لنص المادة المشار إليها إن سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض تمتد إلى الواقع ويوجب عليها عند نقض الحكم المطعون فيه وكان النقض للمرة الثانية إن تحكم في الموضوع بطريق التصدي إلا أن هذا التصدي لموضوع الدعوى وعلى ما جرى به قضاء المحكمة العليا في اليمن يقتصر على ما إذا كان الطعن للمرة الثانية وانصب على ذات ما طعن عليه في المرة الأولى فإنها تحكم في الموضوع وفي هذه الحالة إذا تضرر أحد الخصوم من هذا الحكم كان له الحق في التقدم بطلب التماس إعادة النظر وهو طريق غير عادي يتقرر للخصوم استثناء لأن أحكام المحكمة العليا في الموضوع لا تستأنف لأنها نهائية وقطعية كما توجد حالة استثنائية أخرى تمكن المحكمة العليا في مد سلطتها في الواقع والأدلة وذلك من خلال الطعن الوجوبي للنائب العام إمام الدائرة الجزائية أو الدائرة الجزائية العسكرية بالمحكمة العليا حيث نصت المادة (٤٣٤) من قانون الإجراءات الجزائية إذا كان الحكم صادراً بالإعدام أو بقصاص أو بحد يترتب عليه ذهاب النفس أو عضو من الجسم وجب على النيابة العامة لو لم يطعن أي من الخصوم أن تعرض القضية على المحكمة العليا مشفوعة بمذكرة برأيها ويجوز للمحكمة في هذه الحالة التعرض لموضوع الدعوى ..

كما نهج قانون الإجراءات العسكرية رقم (٧) لعام ١٩٩٦م بهذا الاتجاه وذلك كما هو واضح في المادة (٨٦) من هذا القانون ..

أن هذه الحالة وفق المواد المشار إليها أعلاه يكون للمحكمة العليا حق مد سلطتها على الواقع وفي هذا يتقرر الحق في تقدير وزن الأدلة والبيانات والتأكد من سلامة الإجراءات إمام المحاكم الأدنى درجة ومراقبة مدى انطباق تقدير محكمة الموضوع للوقائع وانسجامها مع القانون وللمحكمة العليا وفق رقابتها للواقع والقانون أن تحكم في القضية بتأييد الحكم الاستثنائي أو نقضه أو تقرير التعديل فيه وهذه الصلاحيات هي ضمانه أساسية قررت لصالح المتهم الذي لم يطعن في الأحكام .

سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض لا تمتد إلى الحكم الابتدائي :

في التطبيق العملي لدوائر المحكمة العليا نلاحظ أن بعضها يأخذ بمد سلطة المحكمة العليا إلى الحكم الابتدائي والبعض منها يرفض مد سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض إلى الحكم الابتدائي إلا إذا كان هذا الحكم هو موضوع الطعن بالنقض ..

في الحالات التي يجدها القانون وتقيداً بأحكام القوانين الإجرائية التي حددت بأن يجوز الطعن بطريق النقض في الأحكام المنهية للخصومة والصادرة من محاكم الاستئناف ..

ولهذا وطالما أن الطعن ضد حكم محكمة الاستئناف فأن سلطة المحكمة العليا تكون بإصدار قرارها أما بنقض الحكم أو إقراره أي بإلغاء الحكم المطعون فيه أو بتأييده وعند إلغائه تعيده إلى محكمة الاستئناف للنظر فيه مجدداً على ضوء ملاحظات دوائر المحكمة العليا التي نظرت في الطعن وفي هذا كان تطبيق بعض الدوائر يتفق وهذا الرأي ويمكن أن نشير إلى بعض الطعون كنماذج مدعمة لهذا الرأي :

١- الطعن رقم (٢١) لسنة ١٤١٨هـ جزائي أشار القرار (إن القرار الصادر من الهيئة السابقة بتأييد الحكم الابتدائي وذلك مخالف لأحكام القانون لأن الحكم المطعون فيه هو الحكم الاستئنافي .. فعلى المحكمة العليا أما أن تقر الحكم المطعون فيه أو تتقضه طالما والحكم الابتدائي لم يكن حكماً بحد أو قصاص حتى تكون المحكمة العليا محكمة موضوع طبقاً للمادة (٤٣٤) إ.ج أو أن الحكم المطعون فيه بني على مخالفة للقانون أو على خطأ في تطبيقه حتى تصحيح المحكمة العليا الخطأ وتحكم بمقتضى القانون ..)

٢- قرار رقم (٢٠٤) لسنة ١٤٢٢هـ الطعن بالنقض لا ينعطف بأثره على الحكم الابتدائي .

٣- قرار رقم (٤٦) لسنة ١٤٢٣هـ جزائي (الطعن بالنقض ضد حكم

محكمة الاستئناف لا يعطف بأثره على حكم أول درجة ..)

إن المحكمة من عدم مد سلطة المحكمة العليا على الحكم الابتدائي هو أن المحكمة العليا هي محكمة قانون ومن شأن الخوض في الحكم الابتدائي سيؤدي إلى مناقشتها للوقائع والأدلة والقرائن والوثائق وتقارير العدول وغيرها وهو ما يصطدم بالقاعدة القانونية المعروفة (إن فهم الواقع في الدعوى من سلطة محكمة الموضوع المطلقة متى كان استخلاصها لما استخلصته سائغاً وله سنده ..) لذا ينبغي أن تكون سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض محددة وفقاً لحالات الطعن المنصوص عليها في القوانين الإجرائية والتي تتعلق بمراقبة الخطأ في تطبيق القانون أو تأويله وفي القصور في التسبيب والعيب الجوهرية في الإجراءات والبطلان في الإجراءات والأحكام والرقابة على دستورية القوانين والقرارات واللوائح والأنظمة بما يهدف كل ذلك إلى التطبيق الموحد للقوانين من قبل جميع المحاكم وفي حالة أن أي دائرة تمتد سلطتها على الحكم الابتدائي تكون قد تصدت للموضوع وحرمت الطرف الآخر الخصم حق الدفاع عن هذا الحكم الذي كان لصالحه مما يكون ذلك سبباً للتقدم بطلب التماس إعادة النظر ضد قرار الدائرة .

سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض الجزائي:

أن عمل القضاة حيث ينظرون في القضايا الجنائية عليهم تطبيق النصوص الجزائية على الوقائع المعروضة عليهم للفصل فيها وأصدر الأحكام بشأنها أما بالإدانة والعقوبة وأما بالبراءة وإطلاق سراح المتهم إذا كان في الحبس الاحتياطي .. ولهذا تكون سلطة المحكمة في الطعن الجزائي تتحدد في مراقبة الدائرة المختصة للحكم المطعون فيه ومدى تعيين القاضي للنص الجزائي المحدد لهذه الجريمة وتطبيقه للعقوبة المحددة لها ومراقبة مراعاة مبدأ تفريد العقاب والتأكد من عدم تطبق القاضي عقوبة غير العقوبة المحددة في النص فإذا كانت العقوبة المنصوص عليها هي الغرامة فلا يجوز للقاضي أن يوقع

عقوبة الحبس أو الحبس مع وقف التنفيذ وإنه في هذا يتجسد في عمل المحكمة معنى العدالة الجنائية في إطار وظيفتها الاجتماعية والإنسانية وفق المفهوم العلمي الحديث للقانون الجنائي .. لقد حكمت المحكمة العليا في الطعن بالنقض الصادر في ٢٠٠٣/٩/١٢م في القرار رقم (٢٧٦) لسنة ١٤٢٤هـ (حيث تبين أن المحكمة عاقبت المتهم عن جريمة السرقة غير الحدية بالغرامة في حين أن المادة (٣٠٠) من قانون العقوبات تقرر عقوبة الحبس مدة لا تزيد عن ثلاث سنوات لجريمة السرقة غير الحدية ولكون النياية العامة لم تطعن في الحكم فإنه يتعين الالتفات عن هذا الخطأ ..) ويبدو أن الدائرة لم تصحح الخطأ حتى لا يضار الطاعن بطعنه .

وقررت في نفس القرار (إن من المقرر إنه لا يجوز للمحكمة محاكمة متهم عن جريمة لم ترفع بها الدعوى الجزائية من النياية العامة فإنه يتعين رفض السبب المتعلق بعدم محاكمة المتهم عن جريمة التهديد التي لم ترفع فيها الدعوى الجزائية..)

ومن رقابة المحكمة العليا في تطبيق القوانين بشكل صحيح يكون لها دوراً فعالاً في رقابتها بعدم الإدانة والعقوبة وسريانها على الماضي .. لان القاضي أن فعل فإنما يصل إلى التجريم بطريق غير مباشر مادام سيعاقب على أفعالاً كانت مباحة وقت حدوثها فقاعدة عدم الرجعية التي هي جزء لا يتجزأ تلزم القضاة كما تلزم المحكمة العليا في فرض رقابتها القانونية بصدد ذلك وقد أوضحنا بشيء من التفصيل عن هذه القواعد .

أن سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض الجزائي تمتد إلى فرض رقابتها على التكييف القانوني للتهمة ومطابقتها للوقائع المطروحة أمام القضاء .

حيث يلاحظ أن النيابة العامة تقدم المتهمين فق وقرارات اتهام لا تتناسب مع الوقائع والأدلة وبتحديد نصوص جزائية مغايرة للواقع مما يدفع بمحكمة الموضوع أن تعدل التهمة إلى الأخف أو إلى الأشد .. ولا يخل التعديل إلى تهمة أخف بحق الدفاع ولكن حين تعدل التهمة إلى الأشد فإن المتهم سيعتضر من

الجريمة والعقوبة ويتعرض إلى عقوبة شديدة لا تتسجم مع الأدلة ووزن البيّنات ولهذا فإن رقابة المحكمة العليا تكون فعالة في نقض الحكم وتمكين المتهم من تحقيق دفاعه في التهمة المعدلة إلى الأشد لأن هذه المسائل تتنافى مع التطبيق السليم للقوانين الجزائية وتخالف مبدأ قانونية الجرائم والعقاب .. كما يعد من قبيل الأخطاء في تطبيق القانون هو في تناقض الحكم بالإدانة والبراءة معاً مما جعل المحكمة العليا من خلال سلطتها إلى نقض الحكم .. (انظر القرار الجزائي رقم (٨٧) لسنة ١٤٢٥ هـ .

كما أن الحكم بالإدانة أو البراءة مشروط بأن يشتمل الحكم على ما يفيد أن المحكمة قد فحصت الدعوى وحددت أسبابها .. القرار الجزائي رقم (٣٨١) لسنة ١٤٢٤ هـ وبصدد إعمال مبدأ المتهم برئ حتى تثبت إدانته كان لسلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض الجزائي دوراً في كشف المخالفة والخطأ في تطبيق القانون .. وقررت الدائرة الجزائية في قرارها رقم (٣٧٩) لسنة ١٤٢٤ هـ ما يفيد التقيّد بهذا المبدأ لا العكس (أن المتهم برئ حتى تثبت أدانته فإنه لا يجوز لمحكمة الموضوع إدانة متهم استناداً إلى قرار اتهام النيابة العامة وعجزها عن إثبات براءته .. إذ من المقرر أن على من يدعي إثبات دعواه ولا أدانته الأبناء على دليل المادة (٣٢١) من قانون الإجراءات الجزائية .. وإذا كان من المقرر أيضاً تقدير الأدلة يكون وفقاً لاقتناع المحكمة إلا أنه يجب أن يكون هناك دليل وإن يكون هذا الدليل مقبولاً.. وفي رقابتها وسلطتها على تسبب الأحكام والقصور في التسبب كان للدائرة الجزائية قراراً يؤكد أساسه القانوني في وجوب التقيّد به حيث أشار القرار الصادر في عام ١٤٢٤ هـ ورقم (٧٨) لعام ١٤٢٤ هـ (سرد الوقائع ليس تسببياً وإن كان أحد القواعد الأساسية في التسبب فالتسبب يجب أن يشتمل على الاستخلاص الصحيح من الوقائع بتقديره أي التحقق والتثبت من الوجود المادي للوقائع المدعاة ومن ثم تكييف الوقائع الصحيحة بإرساء القاعدة القانونية مع أثارها عليه ..) وهذا يوضح أن سرد الوقائع ليس تسببياً ويعد من العناصر الأساسية في التسبب فقط أن

الرقابة القانونية والقضائية على أحكام المحاكم الأدنى درجة في أحوال المخالفة للقانون أو الأخطاء في تطبيقه يكون من سلطة المحكمة العليا في نقضها الأحكام بطريق الطعن بالنقض وفي هذا قررت الدائرة الجزائية في قرارها رقم (٢٣٦) لسنة ١٤٢٣هـ (حيث تبين أن الحكم المطعون فيه بالنقض قد أخطأ في تطبيق القانون وكان هذا العيب الذي شاب الحكم بإدانة المتهم (الطاعن) عن واقعة لا يعاقب عليها القانون فإنه يتعين حسبما أوجبه المادة (٤٣٦) من قانون الإجراءات الجزائية من أنه إذا تبين للمحكمة العليا أن الحكم قد بني على مخالفة للقانون أو خطأ في تطبيقه أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها بتصحيح الحكم وان تحكم بمقتضى القانون ولما سبق وحيث أن الأفعال المسندة للطاعن لا تندرج تحت أي نص عقابي فإن يتعين إلغاء الحكم المطعون فيه والقضاء ببراءة المتهم (الطاعن)) وكان حكم البراءة هذا جاء لمصلحة المتهم للخطأ في تطبيق محكمة الموضوع للقانون بل ولمخالفتها له ..

أخيراً نختم هذا البحث في مسائل سلطة المحكمة العليا في الطعن بالنقض أن تضمن ما لها وما عليها ولذلك فإنه يقع على الدائرة مصدرة القرار واجب حماية الطاعن ومقتضاه أن لا يضار الطاعن بطعنه وذلك تقييداً بالمادة (٢٨٣) من قانون الرفعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م والمادة (٤٤٨) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) العام ١٩٩٤م هذه قاعدة متعارف عليها لا استثناء فيها ولا يمكن أن يضار الطاعن بطعنه وتطبق هذه القاعدة في جميع الأحوال وفي كافة أنواع الطعن بالنقض أو بالاستئناف وعلى أساسها يتحدد أثر نقض الحكم نقضاً كلياً أو جزئياً فلا ينقض الحكم إلا فيما يضر الطاعن لا فيما ينفعه ..

أن المحكمة العليا للجمهورية وهي تمارس الرقابة القانونية والقضائية والرقابة على دستورية القوانين والقرارات ونظر الطعون المختلفة بما فيها الطعون الانتخابية والدستورية فإنها تباشرها باعتبارها محكمة قانون محكمة نقض

وإقرار وفي حدود الحالات المنصوص عليها في القانون والتي بمقتضاها يرفع الطعن إليها فإن اللازم هو تقييد الدوائر بهذه الحالات وان تشدد في رقابتها وفي نقض الأحكام أو تأييدها على أسباب الطعن المقررة في القوانين الإجرائية وأن لا تتوسع في نظر الطعن التي تكون مبنية على أسباب وقائعية أو مناقشة أدلة أو قرائن أو بصائر وغيرها من مسائل الواقع بحيث تكون صلاحياتها فقط في حالتها الاستثناء في التصدي إذا كان الطعن للمرة الثانية أو في الطعن الوجوبي من النائب العام ولا تأخذ مهام محاكم الاستئناف وسلطتها نظر الاستئناف المتعلقة الوقائع والأدلة ومناقشتها باعتبارها محكمة الدرجة الثانية لا سيما وأنها وصلنا إلى نتيجة واضحة وجلية أن المحكمة العليا للجمهورية هي محكمة قانون / محكمة نقض وإقرار وهي هيئة قضائية عليا وليست درجة من درجات التقاضي في نظامنا القضائي الخاص أي أنها ليست درجة ثالثة في التقاضي .

المقترحات

- ١- توسيع صلاحيات دائرة فحص الطعون بحيث يساعد هذا على التخفيف على الدوائر الأخرى من خلال تمحيص أسباب الطعن ورفض كل طعن يتعلق بالوقائع ولا يستند إلى حالة من حالات الطعن بالنقض المحددة في المادة (٢٩٢) من قانون المرافعات والتنفيذ المدني رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م والمادة (٤٣٥) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لعام ١٩٩٤م والمادة (٨٧) من قانون الإجراءات الجزائية العسكرية رقم (٧) لعام ١٩٩٦م .
- ٢- عدم قبول أي طعن بالنقض لم يعد من قبل محامي ويلزم المحامي بمراعاة نصوص القانون في عدم الخوض في الوقائع والأدلة عند استعراضه أسباب الطعن بالنقض ..
- ٣- أن التكاليف لبعض الدوائر بنظر طعون من اختصاص دوائر أخرى هو للتخلص من الكم المتزايد في الطعون الواردة إلى المحكمة العليا ومنعاً في التنزع في الاختصاص نقترح أن على الهيئات المكلفة تسجيل الطعن بالنقض في سجلات الدائرة المختصة أصلاً مع تسجيل رقم القرار وتاريخه ومضمونه في سجلات الدائرة المختصة بحيث لا يصدر القرار إلا باسم الدائرة المعنية وأن كان القضاة من دوائر أخرى حسب التكليف لأنهم يعتبرون هيئة حكم لمصلحة دائرة أخرى غير دائرتهم ..
- ٤- الإسراع المتزايد في طباعة الكتب المتعلقة باستخلاص القواعد والمبادئ من قرارات المحكمة العليا حتى تعم الفائدة الجميع ويساعد القضاة على الفهم الموحد لتطبيق القوانين ولن يتم ذلك إلا بتوزيع هذه الكتب على جميع منتسبي السلطة القضائية ووكليات الشرعية والقانون والحقوق والشرطة والمحامين وكل المهتمين بدور القضاء وتطوره وكذلك توزيع مجلة البحوث والدراسات الصادرة من المكتب الفني .

- ٥- توفير مكتبة كبيرة تزود بأحدث الكتب القانونية والفقهية ومجلدات أحكام النقض في الدول العربية الأخرى وذلك للاستفادة من خبرات الدول العربية في مجال البحوث والدراسات وفي مجال صياغة القواعد القضائية والقانونية لتعلق ذلك بفرض سلطتها ورقابتها القانونية والقضائية على الطعون المنظورة أمامها .
- ٦- تنظيم دورات للخارج للإطلاع على خبرات الدول الأخرى في مدى معرفة سلطة المحكمة العليا في الطعون بالنقض ومواضيع البحوث والدراسات الواجب أعدادها في التجربة القضائية الناجحة .
- ٧- بما أن مهام وصلاحيات واختصاصات المحكمة العليا متعددة وصعبة ومعقدة لا سيما في مجال سلطاتها الواسعة في الطعون بالنقض فإنه يتطلب الاستفادة من الخبرات الطويلة المتراكمة لبعض القضاة ممن تدرجوا في سلك القضاء للعمل في الدوائر ولا يعني هذا المقترح أنه لغرض طلب القضاء كما يتبادر إلى أذهان البعض إلا أن ذلك المقترح هو للمصلحة العامة ولمصلحة الوطن الذي يحرص الجميع على بنائه وحمايته وضمان تطوره ونجاحه كما أن ذلك يتمشى مع الموضع الطبيعي التي تتهجه الدول الأخرى في مراعاة حقوق وواجبات القضاة وتدرجهم في درجات التقاضي .
- ٨- نشر الوعي القانوني من خلال المكتب الفني بالمحكمة العليا للجمهورية ليجري من خلاله القواعد المستخلصة من قرارات المحكمة العليا وذلك لإبراز تجربة القضاء وتطوره في اليمن ودخوله مصاف الدول العربية العريقة في هذا المجال مع تسليط الأضواء على الأبحاث والدراسات التي تصدر من المكتب الفني وأي موضوعات تخدم القضاء وتطوره وتساعد المواطنين على فهم القانون ودور القضاء وحقوقهم وواجباتهم في التقاضي .
- ٩- اقتناء مجلدات من أحكام النقض في الدول العربية المختلفة وأيضاً كتب القواعد المستخلصة من قرارات محاكم النقض لغرض الاستفادة

القصوى من تجارب هذه الدول بحيث يحوزها جميع قضاة المحكمة العليا

..

١٠- التأكيد على أن المحكمة العليا للجمهورية هي محكمة قانون وأنها ليست درجة من درجات التقاضي أي إنها ليست درجة ثالثة وذلك من خلال إصدار تعميم من قبل العلامة الفاضل رئيس المحكمة العليا ويوضح فيه أيضاً عدم قبول أي طعن يتعلق بالوقائع ضمن أسباب الطعن .
والله ولي الهداية والتوفيق ، ، ،

المراجع والمصادر :

- (١) مجموعة أحكام النقض المصرية المجلد الأول والثاني لسنة ١٩٨٤م .
- (٢) الكتاب الأول للمكتب الفني بشأن القواعد المستخلصة من قرارات المحكمة العليا ٢٠٠٤م الجزء الأول والجزء الثاني .
- (٣) القانون القضائي الخاص للدكتور إبراهيم نجيب سعد .
- (٤) مجموعة قرارات المحكمة العليا للجمهورية ١٤٢٣هـ إلى ١٤٢٥هـ
- (٥) مجلة دراسات قانونية العدد الرابع لسنة ١٩٧٩م .
- (٦) مبادئ الإجراءات الجنائية للدكتور روؤف عيد .
- (٧) قانون (المرافعات المدنية رقم (٤٠) لعام ٢٠٠٢م .
- (٨) قانون السلطة القضائية رقم (١) لعام ١٩٩١م .
- (٩) قانون الإجراءات الجزائية العسكرية رقم (٧) لعام ١٩٩٦م .
- (١٠) قانون الإجراءات الجزائية رقم (١٣) لعام ١٩٩٤م .



الوصف القانوني للقائع الجزائية

الوصف القانوني للوقائع الجزائية وصلاحيات جهات الضبط والتحقيق حياله

تعريف وتمهيد :

يقصد بالوصف القانوني إرجاع الوقائع المنسوبة إلى المتهم إلى أصل من نص القانون الواجب التطبيق عليها.

أو بمعنى آخر هو بيان الوقائع الجزائية المنسوبة إلى المدعى عليه في الدعوى الجزائية في صورة أو مضمون النص القانوني المنطبق عليها من حيث التجريم والعقاب مشتملاً على الواقعة كما تمت وارتكبت في الواقع - فعلاً كانت أو تركاً أو امتناعاً - زمانها ومكانها وكيفية ارتكابها والوسائل المستخدمة في ذلك ومن أو ما وقعت عليه وفي الجملة بيانها بكافة أركانها المادية والمعنوية بما في ذلك جميع الملابسات والظروف السابقة أو المزامنة أو اللاحقة مشددة للعقاب كانت أو مخففة له مع ذكر نص التجريم والعقاب وموضعه من القوانين النافذة .

أهمية الوصف القانوني للوقائع الجزائية :

تتبدى أهمية الوصف القانوني من أهمية متربات صلته بصحة الدعوى الجزائية ومن ثم بسلامة الإجراءات المتخذة فيها تحقيقاً وحكماً في إطار المشروعية بقدر ما أنه ضرورة عدليه لصحة إجراءات نظرها والبت في موضوعها على النحو الذي يتفق مع مقاصد القانون.

فهو إذا أي الوصف القانوني بمثابة السبيل المرشد إلى فهمها فهماً قانونياً سليماً والالتزام بما تقتضيه الإجراءات المقارنة لطبيعتها في مرحلتي الاستدلال والتحقيق الابتدائي والنهائي من ضوابط إجرائية قانونية وبما تبيحه أو تحضره النصوص من صلاحيات واختصاصات في جانبيها الإجرائي والموضوعي

وموجبات ذلك من التزام باحترام الضمانات القانونية المقررة لأطراف الدعوى الجزائية وكفالة حقوق الدفاع .

ذلك لأن من المعلوم والمقرر شرعاً وقانوناً أن فهم الدعوى هو أساس صحة الحكم فيها ووسيلة ذلك هو الوصف القانوني السليم الذي تبنى عليه إجراءات النظر فيها والحكم في موضوعها بما يستلزمه من انتفاء الجهالة أو اللبس والغموض في الدعوى الذي يرتب البطلان فيها وفي ما يتخذ حيالها من إجراءات أو ما قد يبنى عليها من تصرف قانوني أو حكم .

من هنا كان لزاماً تقسيم هذا البحث إلى مباحث ثلاثة نتناول في الأول منها مسألة الوصف القانوني في مرحلة جمع الاستدلالات والجهات القائمة على ذلك ونتناول في المبحث الثاني حدود صلاحيات جهة التحقيق الابتدائية فيما يتصل بالوصف القانوني للتهمة محل التحقيق وفي المبحث الثالث نبين ضوابط حق محكمة الموضوع في تغيير الوصف القانوني وتعديل التهمة ونختم ذلك بإيراد بعض من جديد تطبيقات المحكمة العليا المتعلقة بالموضوع.

المبحث الأول الوصف القانوني للوقائع الجزائية في مرحلة الاستدلالات

لا شك في أن أجهزة التحري وجمع الاستدلالات معنية كغيرها بالتزام القانون في إجراءاتها على النحو الذي يكفل وصولها بتلك الإجراءات إلى غايتها في كشف الغامض من الوقائع والأدلة ولذلك فهي في مباشرتها لهذه المهمة القانونية أول من يحتاج إلى وصف الوقائع وصفاً قانونياً . تستحضره مجرد اتصالها بالواقعة عبر البلاغ أو لدى انتدابها أو تكليفها بالتحري من الجهات المختصة بذلك قانوناً وتحدد وسائلها في الضبط والتحري وجمع الاستدلالات في ضوءه على وفق ما يخولها القانون حيال الواقعة من إجراءات وما تحتاج فيه إلى إذن أو ندب حتى يتسنى لها من واقع ذلك وبمقتضاه النأي بإجراءاتها عن طائلة عدم المشروعية أو البطلان .

فإذا كانت الواقعة موضوع التحري والاستدلال تنطوي على جريمة فإن مأمور الضبط لا بد له من توصيفها في مستهل إجراءاته ما إذا كانت جريمة جسيمة وكانت مشهودة (أي في حالة تلبس من عدمها) حيث صلاحياته القانونية حيال حالة التلبس تغاير ما يملكه منها حيال الجريمة غير المشهودة من قبض وتفتيش ومعاينة وخلافه كما أن صلاحياته في حالة الندب تختلف عما سواها .. وهكذا فإن صحة إجراءات التحري والاستدلال تتوقف إلى حد كبير على ما يجب أن يضيفه رجال الضبط والتحري على الوقائع من وصف قانوني يقيهم شائبة العشوائية في الإجراءات ويوفر عليهم الجهود من الهدر أو التشتت فيما قد ينعكس على النتائج التي يتوصلون إليها سلباً في حكم القانون .

وتتحدد صلاحيات مأموري الضبط القضائي في الوصف القانوني للوقائع الجزائية بالآتي :

١- أنه وصف تمهيدي لا يقيد جهات التحقيق ذات الولاية القانونية بالتصرف في التهمة على النحو الذي رسمه القانون .

- ٢ ليس له أن يأتي بوصف يغاير ذلك المعطى له من جهات التحقيق الابتدائي أو النهائي في أحوال النذب المقررة قانوناً .
- ٣ مراعاة قواعد الاختصاص النوعي والمكاني في مباشرته للإجراءات التي يباشرها حيال الجريمة موضوع التحري والاستدلال .
- ٤ عدم مخالفة الوقائع كما حدثت أو أبلغ بها في الواقع عند وصفه لها .
- ٥ الالتزام بالأوصاف القانونية في القوانين النافذة وقت اتصاله بالوقائع .

المبحث الثاني الوصف القانوني في مرحلة التحقيق الابتدائي

من المعلوم أن النيابة العامة في بلادنا هي الجهة القضائية التي أناط بها القانون الولاية والاختصاص بتحقيق الجرائم والتصرف فيها على النحو الذي حدده قانون الإجراءات الجزائية النافذ رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م المواد (١٠٩، ٢١، ١١٥، ١١٦، ١٢٢).

ومن مقتضيات هذا الاختصاص للنيابة العامة أن تضي على الوقائع موضوع التحقيق الوصف القانوني المنطبق عليها وذلك سواءً باشرت النيابة التحقيق فيها بنفسها أو انتدبت أي من جهات الضبط القضائي لذلك الغرض فهي في خاتمة المطاف المعنية بالتصرف في التهمة إن بمقتضى الاستدلالات في الأحوال المقررة لذلك وفق المواد (١٠٩ - ١١٤) إ.ج أو بموجب ما أجرته من التحقيقات طبقاً للمواد (٢١٧ - ٢٢٣) من نفس القانون. وعلى ذلك فإن الوصف القانوني الذي تسبغه النيابة العامة على الوقائع الجزائية يكون بمثابة الموجه والمرشد العملي لإجراءات التحقيق والتصرف فيه وبما يستلزم القانون من ضوابط وما يكفله من ضمانات للخصوم في هذه المرحلة وحتى يكفل عضو النيابة من خلال ذلك توجيه التحقيق الوجهة القانونية التي تتفق مع طبيعة الواقعة في مسارها القانوني الصحيح من الناحية الإجرائية والموضوعية وتتسجم نتائجه من ثم مع قواعد المشروعية، فالوصف القانوني الذي تسبغه النيابة العامة على الوقائع محل التحقيق يكون في الواقع على مرحلتين:

المرحلة الأولى: مرحلة التحقيق:

ونقصد بها المرحلة المقارنة لاتصال النيابة بالوقائع إثر إبلاغها بها أو إحالتها عليها حيث أوجبت المادة (٢١٩) من تعليمات النيابة العامة على عضو النيابة

العامه إضفاء الوصف القانوني المنطبق على الواقعة لدى قيامه بقيدها فور ورودها حيث تنص على أنه :

(على عضو النيابة العامة أن يقيد القضايا التي ترد من الشرطة في يوم ورودها ويصف التهمة بما يتفق ونصوص المواد المنطبقة عليها ثم يتخذ ما ينبغي وما يجب للتصرف في هذه القضايا مديلاً أو امره بتوقيعه .. وتكون إشارة القيد على النمط الآتي :

((فلان) عضو النيابة تقيد الأوراق جريمة جسيمة أو غير جسيمة أو مخالفة - على حسب الأحوال - بالمواد (ويذكر رقمها وفقراتها) ضد المتهم أو المتهمين (وتذكر أسماءهم) أو تقيد بدفتر العوارض أو الشكاوى (مادة ...) .

كما تنص المادة (٢٢١) من التعليمات العامة فيما تنص عليه على أنه :

(على أعضاء النيابة العامة أن يطالعوا المحاضر والأوراق التي ترد إلى النيابة غير مقيدة بأرقام قضائية بمجرد ورودها وأن يصفوا التهمة فيها ولو وصفاً مؤقتاً وبقدر ما تسمح به التحقيقات أو الاستدلالات التي أحررت فيها .. الخ .

كما تنص المادة (٢٢٢) من التعليمات على مشتملات الوصف القانوني

كالتالي :

(أ - يبين في وصف التهمة الواقعة المسنده للمتهم وزمان ومكان وقوعها وأركان الجريمة المكونة لها ومثال ذلك عند وصف تهمة سرقة بسيطة لا تتوافر فيها شروط الحد ، تقيد جريمة غير جسيمة بالمادة (٣٠٠) من قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م ضد فلان لأنه في يوم (ليلة) أول مارس سنة .. بدائرة نيابة .. أخذ مالاً .. وهو كذا .. مملوكاً لـ (فلان) (أسم المجني عليه) من مسكنه ولم تتوافر فيها شروط الحد الشرعي (ويذكر مسقطات الحد) مثلاً نقض النصاب أو عدم توافر شروط الحرز .. الخ .

ب- وكلما تعدد المتهمون ونسبت إليهم جملة تهم أو جرائم تنطبق عليها مواد مختلفة فالواجب إثبات المادة المنطبقة على تهمة كل منهم أمام اسمه .. الخ .)

وهكذا ومن واقع النصوص المشار إليها يمكن القول بأن الوصف القانوني الذي تضيفه النيابة العامة على الوقائع الجزائية في هذه المرحلة بأنه وصف أولي لازم للسير في التحقيق على هدى منه ولذلك فإنه لا يقيد إجراءات التحقيق والتصرف طالما تكشفت للمحقق خلال سير التحقيق دواعي تعديله أو تغييره قبل التصرف النهائي فيه شريطة أن يستند في ذلك إلى مجريات ووقائع تناولها محضر أو محاضر التحقيق أو محاضر الاستدلال والأوراق الأخرى وأحيط بها الخصوم وسمع المحقق أقوالهم بشأنها بمن فيهم المتهم .

المرحلة الثانية : مرحلة قيد وإسناد الواقعة والتصرف في التهمة على ضوء محاضر الاستدلال أو نتائج التحقيق:

ونقصد بها المرحلة التي تقرر فيها النيابة العامة التصرف في التهمة إما بالحفظ أو التقرير بالألا وجه أو بالإحالة إلى المحاكمة (رفع الدعوى الجزائية قبل المتهم) فهي في هذه الحالة ملزمة بأن تضي على الوقائع موضوع التصرف ما يمكن أن نسميه بالوصف القانوني النهائي والذي على أساسه وبمقتضاه ساغ لها التصرف في الموضوع في نطاق صلاحياتها القانونية كسلطة اتهام وهنا نجد أن المادة (٢٢٣) من التعليمات العامة قد بينت ما يجب على النيابة العامة تضمينه من الوصف القانوني مبينة مشتملاته الأساسية كالتالي :

أ- وصف التهمة هو التكييف القانوني لها فيجب أن يستوعب كافة أركان الجريمة وعناصرها القانونية والظروف المشددة المؤثرة على العقوبة ، ولا يصح أن يقتصر النظر عند وصف التهمة القانونية على الظروف المشددة المؤثرة على العقوبة ، ولا يصح أن يقتصر النظر عند وصف التهمة على تحقق بعض أركانها وعناصرها دون البعض الآخر ، كما لا يجوز التغاضي عن الظروف المشددة التي يترتب عليها تغيير وصف التهمة .

ويجب أن تدون أرقام المواد وفقراتها التي رأت النيابة تطبيقها على واقعة الدعوى بخط واضح مع ذكر ما يقابلها في صيغة الاتهام كظرف الصغر أو التأييث أو القوة أو التهديد في جريمة الخطف المنصوص عليها في المادة (٢٤٩) من قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م أو صفة الموظف العام في جريمة استغلال النفوذ المنصوص عليها في المادة (١٥٩) عقوبات .

ب- ويجب ذكر المواد المتممة للمادة التي تعاقب على الجريمة أو التي قد تحيل هذه المادة عليها إما لتعيين العقوبة او لبيان أركان الجريمة أو بعضها (الخ) .

وعلى ذلك ووفقاً للمادة (٢٢٢) من قانون الإجراءات الجزائية والمادة (٢٤٦) من تعليمات النيابة فإن النيابة إذا ما قررت رفع الدعوى الجزائية بالواقعة الجزائية

ضد متهم معين ملزمة بأن تبين في قرار الاتهام اسم المتهم وسنة ومحل إقامته ووصف التهمة المسند إليه وباقي البيانات المذكورة في المادة (٢٢٢) إ.ج التي تنص على أنه (يشتمل القرار الذي تصدره النيابة العامة بإحالة المتهم إلى المحكمة على اسمه ولقبه وسنه .. وعلى بيان موجز للواقعة المنسوبة إليه ووصفها القانوني وكافة الظروف المشددة أو المخففة للعقوبة ومواد القانون المراد تطبيقها)

وقد سبق إيراد نص المادة (٢٢٣) من التعليمات العامة للنيابة العامة في تحديدها للوصف القانوني .

وهكذا فإن النيابة العامة بما هي الجهة ذات الولاية والاختصاص القانوني في مباشرة الدعوى الجزائية أمام المحاكم ملزمة بالوصف القانوني للوقائع الجزائية بالضوابط التالية :

١- لا تتقيد النيابة العامة عند مباشرة إجراءاتها في التصرف في التهمة بالاستدلالات أو عند قيامها بالتحقيق فيها بالوصف التمهيدي الذي أضفت عليها أجهزة التحري وجمع الاستدلالات فلها أن تعدل عن ذلك إلى الوصف الصحيح .

٢- التزام الوصف القانوني الوارد بالنصوص السارية على الوقائع وقت ارتكابها بجانبه الإجرائي والموضوعي وذلك في بيان جلي خال عن الجهالة أو الغموض أو التناقض الذي قد يرتب بطلانها .

٣- التزام حدود الوقائع التي كانت محلاً للتحقيق - أو التحري والاستدلال عند الإحالة للمحاكمة بمقتضاها في أحوالها - والتي كانت موضوعاً لتلك الإجراءات وأسندت للمتهم وسمع دفاعه قبل قيدها ضده.

٤- مراعاة قواعد الاختصاص القانوني المتعلق بسلطة التصرف والإحالة وفق المادة (٢١٧) إ.ج والتعليمات العامة المنفذة لها عند قيد الواقعة والتأشير بالتصرف المراد اتخاذه فيها .

٥- ليس للنيابة العامة بعد قيامها برفع الدعوى الجزائية إلى محكمة الموضوع طلب تعديل الوصف إلى ما يغير ذلك الذي رفعت به الدعوى الجزائية سيما إذا كان إلى وصف أشد لانحصار ذلك الحق في المتهم أو ممثل الدفاع وفقاً لنص المادة (٣٦٢) إ.ج .

المبحث الثالث

ضوابط صلاحيات محكمة الموضوع في تغيير الوصف القانوني وتعديله

التهمة

تعديل الوصف القانوني هو إجراء تقوم به المحكمة بما هي جهة التحقيق النهائي في الدعوى الجزائية وبما لها من سلطة في تقدير الوقائع ومقتضاه أن تعطي المحكمة الفعل أو الأفعال المنسوبة إلى المتهم الوصف الصحيح الذي ترى أنه أكثر انطباقاً عليه من ذلك الوصف الوارد في الدعوى الجزائية - قرار الاتهام أو ورقة التكليف بالحضور - وهو إجراء لا يتضمن إدخال أي ظرف آخر في الوصف الجديد لم يكن موجوداً في الوصف الأصلي .

ولقد منح قانون الإجراءات الجزائية اليمني النافذ رقم (١٣) لسنة ١٩٩٤م لمحكمة الموضوع صلاحية تعديل الوصف القانوني بل أوجب عليها ذلك بمقتضى ما أنيط بها من تطبيق القانون على الوقائع الثابتة في الدعوى لا يقيدتها في ذلك رأي النيابة العامة أو باقي الخصوم في الدعوى .

فقد نصت المادة (٣٦٦) إجماعاً على أنه :

" للمحكمة أن تعدل في حكمها الوصف القانوني للفعل المسند إلى المتهم ولها أيضاً إصلاح كل خطأ مادي وتدارك كل سهو في صحيفة الاتهام أو ورقة التكليف بالحضور وعلى المحكمة في جميع الأحوال أن تتبته المتهم إلى هذا التعديل وأن تمنحه أجلاً لتحضير دفاعه بناءً على هذا الوصف والتعديل الجديد إذا طلب ذلك " .

وذلك بعد أن نصت المادة (٣٦٢) منه على حق المتهم أو ممثل الدفاع بعد سماع قرار الاتهام في طلب تعديل الوصف القانوني وأوجب على المحكمة الفصل في هذا الطلب بعد سماع رد النيابة العامة .

وهكذا فإن مدلول النصين أنفي الذكر يسوغ القول بأن تعديل الوصف القانوني هو إجراء تقوم به المحكمة بمقتضى سلطتها في تقدير الوقائع من

تلقاء نفسها أو بناءً على طلب من المتهم أو ممثل الدفاع وأن محل هذا الإجراء هو نفس الفعل أو الأفعال المسندة إلى المتهم في قرار الاتهام أو ورقة التكميل بالحضور في أحوالها لا غير ذلك من الوقائع أو الظروف التي لم تسند إلى المتهم ولو شملتها الإجراءات السابقة على رفع الدعوى ، وأنه إجراء سابق على الحكم في الدعوى إذا ما قدم إليها طلب من المتهم أو ممثل الدفاع بتعديل الوصف لأن مقتضى الطلب الفصل فيه قبل السير في الموضوع أو ضمه إلى الموضوع والحكم فيهما معاً.

ومعلوم أن تعديل الوصف القانوني للفعل المسند إلى المتهم من قبل المحكمة قد يكون نتيجة مجرد خلاف في وجهات النظر في تقدير الواقعة أو في فهم نصوص القانون ولكن مع استبقاء جميع عناصر الجريمة وظروفها كما أقيمت بها الدعوى ، وقد يكون نتيجة استبعاد ظرف مشدد أو عنصر في الواقعة تقتنع المحكمة بعدم ثبوته في حق المتهم أو عدم خضوعه للنص أو النصوص المراد تطبيقها فلذلك يخضع تعديل الوصف لسلطان المحكمة في تقدير الوقائع واستبعاد ما تراه غير ثابت منها وهي بصدد الفصل في مصير الدعوى من حيث التكييف القانوني للقدر الثابت من الوقائع ونوع ومقدار عقوبته في القانون .

وعلى ذلك فإن للمحكمة تعديل وصف الواقعة من سرقة غير حدية إلى خيانة أمانة ومن قتل عمد إلى القتل الخطأ أو إلى ضرب أفضى إلى موت ، ومن وصف الجريمة التامة إلى مجرد الشروع فيها ومن وصف الفاعل الأصلي إلى مجرد الاشتراك .

وتغيير الوصف القانوني قد لا يستلزم بالضرورة تعديل التهمة الذي قد يقتضي إضافة ظرف جديد لم يرد في الوصف الأصلي في قرار الاتهام أو ورقة التكميل بالحضور بل ثبت توافره لدى المحكمة من واقع التحقيقات الأولية أو النهائية أو المرافعة في الجلسات والذي يشكل في الواقع تحويراً في كيان التهمة أو في واحد أو أكثر من عناصرها ويكون من مستلزماته الاستعانة

بعناصر أخرى أو بواقعة جديدة تضاف إلى تلك التي أقيمت بها الدعوى وتكون التحقيقات قد شملتها .

ومن أمثلة ذلك تعديل القتل الخطأ إلى القتل العمد والسرققة بالإكراه إلى حراية ، أو الشروع إلى الفعل التام أو الاشتراك إلى الفعل الأصلي .
ولا إشكال إذا ما كان تغيير الوصف أو تعديل التهمة إلى ما يساويها أو يقل عنها عقوبة أما إذا كان إلى ما هو أشد عقوبة عما في الدعوى الأصلية فقد أحاط القانون صلاحيات محكمة الموضوع في ذلك التغيير أو التعديل بالضوابط الآتية :

- ١- تعديل الوصف القانوني من محض صلاحيات محكمة الموضوع وهو إجراء يتعلق بالوقائع لا بالقانون ولذلك فلا رقابة عليها من المحكمة العليا إلا إذا اقترن التعديل بتوقيع عقوبة أشد .
- ٢- لا يجوز للمحكمة إضافة واقعة جديدة أو أي ظرف من الظروف المشددة للعقاب لم ترفع بها الدعوى الجزائية ولا شملته التحقيقات الأولية أو النهائية في الوقائع.
- ٣- لا يجوز للمحكمة إدخال أشخاص آخرين في الدعوى الجزائية لم تشملهم صحيفة الاتهام أو ورقة التكليف بالحضور وذلك التزاماً بقاعدة عينية الدعوى وشخصيتها المقررة بنص المادة (٣٦٥) إ.ج مقروءة مع المادة (٣٢) منه .
- ٤- إذا كانت عقوبة الوصف أو التهمة الجديدة أشد من تلك الواردة في مواد الإسناد في الدعوى الجزائية وجب على المحكمة تنبيه المتهم إلى ذلك التعديل ومنحة أجلاً لتحضير دفاعه على أساسه.
- ٥- إذا طلب المتهم أو ممثل الدفاع تعديل الوصف وجب على المحكمة الفصل في هذا الطب صراحة وبأسباب سائغة وذلك إما على استقلال أو في حكمها في الموضوع وإلا عد حكمها معيباً بالإخلال بحقوق الدفاع الذي يبطله قانوناً .

- ٦- على المحكمة التقييد بمعايير الاختصاص النوعي والمكاني بمقتضى الوصف القانوني الذي عدلت إليه وإحالة الأوراق إلى المحكمة المختصة في ضوء الوصف الجديد وفقاً للقانون .
- ٧- لا تتقيد المحكمة بالوصف القانوني المرفوعة به الدعوى الجزائية فلها كامل الحق والصلاحيات في تعديله إلى ما تراه أكثر انطباقاً على الوقائع من الوصف الوارد في الدعوى .
- ٨- تعديل الوصف مشروط بأن لا تنافيه الأدلة المقامة في الدعوى وأن لا يخالف الثابت في الأوراق .

- وفيما يلي نورد بعضاً من جديد التطبيقات القضائية المتعلقة بالوصف القانوني كما وردت بإحكام حديثة صادرة عن الدائرة الجزائية العسكرية بالمحكمة العليا :

فقد قضت المحكمة العليا (الدائرة الجزائية العسكرية) بأن :

تعديل وصف التهمة مشروط بأن لا تنافيه الأدلة المقامة في الدعوى .

- تغيير وصف الجريمة من اغتصاب قائمة على انعدام الرضاء واستدراج المحني عليها القاصر بالحيلة إلى جريمة زنا التي مناطها الرضاء وعدم الإكراه بالمخالفة للثابت من الأوراق خطأ في القانون موجب للنقض .

لحكم دع رقم (١٩٣) لسنة ٢١هـ بجلسة ٢٧/٥/٢١هـ الموافق ٢٧/٨/٢٠٠٠م في الطعن الجزائي رقم (٥١) لسنة ٢١هـ ق (٢٢٧)ع] .

فقد جاء في سياق أسباب هذا الحكم ما نصه :

في الموضوع :

فما أوردته الطاعنة في طعنها ضد الحكم الاستثنائي من مخالفته للقانون والخطأ في التطبيق ابتداءً من تغيير تهمة جريمة الاغتصاب الثابتة ضد الجاني (-) من تهمة اغتصاب بالقوة إلى تهمة زنا في حين أن الثابت ضد الجاني

ابتدائياً في حكم المحكمة الابتدائية هو الاغتصاب للبراهين الثابتة ضد الجاني التي منها التقرير الطبي الذي أثبت حصول فض بكاراة المجني عليها بعد استدراجها إلى شقته وشهادة الشهود الذين أثبتوا العثور على المجني عليها داخل غرفته بعد اغتصابها مستغلاً ضعفها كونها صماء وبكماء وغير بالغة للسن القانونية وأن الجاني محصن ويستحق الإعدام بشرع الله إلى آخره . أتضح هنا بعد الرجوع إلى كافة الأوراق أن ما أوردته الطاعنة في طعنها ضد الحكم الاستئنائي قد جاء ثابتاً وصحيحاً ذلك أن ما أُل إليه الحكم المطعون فيه من تغيير للقيود والوصف للجريمة التي ارتكبها لجاني في حق المجني عليها لم ينشأ عن سند قانوني يبرره وجريمة الاغتصاب للمجني عليها ثابتة وواضحة الأدلة وأن جنائية الجاني على المجني عليها ليست جريمة زنا لانعدام الدليل على ثبوتها الذي مناطه في جريمة الزنا الرضاء دون إكراه ذلك أن الثابت في الأوراق ومحاضر تحقيقات النيابة وما استبان أمام المحكمة الابتدائية من خلال أقوال الشهود والتقرير الطبي .. وإلى ما هو ثابت بالأوراق من استدراج الجاني للمجني عليها إلى شقته حال معرفته أنها صماء وبكماء ودون السن القانونية وغير قادرة عن الدفاع عن نفسها وظروف حالتها النفسية واضحة للمطلع وعليه فإنما صار إليه قرار الشعبة المطعون فيه من تغيير للقيود والوصف من جريمة اغتصاب تحت التهديد إلى جريمة زنا كان قد جانب الصواب كما أتضح أن الحكم المطعون فيه قد جاء مخالفاً لظروف الواقعة في جميع أوجهها الأمر الذي أقل ما يقال عنه أنه ما كان لقضاء الشعبة الجزائية أن يصير بهم قضائهم في هذه القضية إلى ما صارت إليه بإهدار حق المجني عليها قد جاء واضحاً بما يقضي فيه بنقضه .. كما أن الثابت في الأوراق أن ما قضي به في الحكم الابتدائي قد جاء صحيحاً وموافقاً للشرع والقانون حيث أبان الحكم حالة المجني عليه من كون إرادتها منعدمة لعدم بلوغها السن القانونية وثبوت حالة الاغتصاب من الجاني للمجني عليها تحت التهديد وحيث أن الثابت أن طعن الطاعنة قد جاء منياً على أن الحكم الاستئنائي المطعون فيه قد بني على

مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه وأن ما جاء في طعنها ضد الحكم الاستثنائي قد جاء صحيحاً ولما كان الأمر كذلك واستناداً إلى المادة (٤٤٣) إ.ج فإن من حق المحكمة العليا أن تصحح الخطأ في تطبيق القانون وتحكم بمقتضى القانون .. الخ) وخلصت الدائرة إلى نقض الحكم المطعون فيه بجميع فقراته وإقرار الحكم الابتدائي بجميع فقراته .

وقضت المحكمة العليا - الدائرة نفسها - بأن :

الحكم برفض طلب تعديل الوصف القانوني دون بيان الأسباب إخلال بحق الدفاع موجب للنقض :

لحكم د.ع.ج برقم (٥٨) لسنة ٢٢هـ بجلسة ٢٧/٢/٢٢هـ الموافق ٢٠/٥/٢٠١م في الطعن الجزائي رقم (٧٠٦) لسنة ٢١هـ ق ٢٨٥ ع ٢

فقد جاء في سياق أسباب هذا الحكم ما نصه :

[... وحيث أن الطعن على ما سبق تحصيله ينعي في الوجه الأول منه بفقراته الثلاث على الحكمين الابتدائي والاستثنائي في المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية والقوانين المستمدة منها لعدولهما عن عقوبة القصاص وهي العقوبة الأصلية للمحارب المعرف بنص المادة (٣٠٦) عقوبات إلى عقوبة بديلة وهي الديات فهذا العدول لا مبرر له لانتفاء شروطه .. الخ وفي مناقشة هذا الوجه من الطعن - والكلام للدائرة - يتعين القول بأنه لا يخفى مدى ما به من الخلط والتداخل إذ اعتبر القصاص عقوبة أصلية للحرابة وأنه مع ثبوتها يتعين الحكم به وبأن الانتقال عنه أو العدول به إلى الدية لا يمكن إلا بتوافر شروطه ومبلغ الخلط آت من اعتباره القصاص عقوبة أصلية للحرابة وهذا يخالف ما عليه النصوص الشرعية والقانونية في أصح تفسيراتها في اعتبار عقوبة الحرابة حداً للقصاص ومعلوم أن الغالب في عقوبات الجرائم

الحدية إنها حق لله تعالى ثم لذي الولاية العامة ووفقاً لهذا فإنه كان الأولى بالنيابة العامة أن تنتصب لرفع دعوى الحرابة لكنها لم تفعل ذلك وانتهت في قرار اتهامها إلى الطلب من المحكمة بمحاكمة المتهمين والحكم عليهم بالعقوبة المقررة شرعاً وقانوناً بعبارة مجملة ومرسلة أقصى ما يفهم منها ومن سياق عبارات قرار الاتهام واسناداته أن المتهمين قدموا للمحكمة بجريمة القتل العمد والتماؤ عليه وحتى يكون معلوماً فإن موقف النيابة العامة هذا ليس بمنقذ عليها فهي أملك لاختصاصها في أن تسبغ على الجريمة الوصف القانوني المناسب لها غير أن من الملاحظ أن المدعين بالحق الشخصي هم من تصدوا لرفع الدعوى الجزائية والمطالبة بتعديل الوصف القانوني فوق الخلط وحصل التداخل وفي المتسع أن يقال بأن لا بأس في ذلك مادام أن المحكمة هي من ستفصل في طلب تعديل الوصف القانوني للتهمة قبولاً أو رفضاً وقد تم لها ذلك بما انتهت إليه في البند أولاً من منطوق قرارها القاضي (بقنوع المدعي إضافة إلى موكله عن دعوى الحرابة لعدم توفر شروطها الشرعية) والمحكمة وأن كانت قد ألفت على التوفيق وخلصت إلى الصواب إلا أنها لم تحدد شروط الحرابة حتى يعلم ما هي :

وبتقديرنا أن شروطها تستخلص من صدارة المادة (٣٠٦) عقوبات من العبارة التي تقول من تعرض للناس بالقوة (ومن العبارة يتضح أن للحرابة شرطان هما التعرض للناس وبالقوة وبتقديرنا أن المراد بالناس مطلق ناس بمعنى غير معنيين وبالتحقيق يتضح أن هذا الشرط قد تخلف في واقعة مقتل المجني عليهم مؤرثي الطاعنين لجهة كونهم معينين بذواتهم معلومين بأشخاصهم مقصودين بأعيانهم وبانتفاء هذا الشرط تنتفي الحرابة ليستقيم للمحكمة ما قررت به بشأنها .. الخ) وخلصت الدائرة بناءً على ذلك وضمن أسباب أخرى إلى نقض الحكم المطعون فيه .

كما قضت المحكمة العليا - الدائرة ذاتها - بأن :

تعديل وصف التهمة من الحرابة إلى السرقة بإكراه لعدم ثبوت الحرابة في حق المتهمين لعدم الاعتراف وعدم نهوض النيابة بما يثبت ذلك وإعفاء المتهمين من حد السرقة لا بطلان .

لحكم الدائرة العسكرية رقم (٥١) لسنة ٢٠هـ بجلسة ٢٠/٥/٣هـ
٩٩/٨/١٨م في الطعن الجزائي رقم ٢٢ السنة ١٩ هـ ق ٤٣٣.

فقد جاء في سياق حيثيات هذا الحكم من المحكمة العليا ما نصه :

١.. أن ما نعه طعن النيابة من أن الحكم المطعون فيه قد بني على مخالفة للقانون وذلك بتعديل وصف التهمة من الحرابة إلى السرقة بإكراه برغم قيام المتهمين بإخافة السبيل ونهب مال وسيارات المدعين بالقوة وتحت تهديد السلاح وأن ما قام به المتهمون يعد حرابة وفقاً للمواد (٣٠٦، ٣٠٧) من قانون العقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م وعدم تناسب العقوبة المناسبة للجرم المرتكب من المتهمين فإن الدائرة ترى بعد فحص الأوراق وما جاء في الحكم الابتدائي المؤيد من الشعبية الجزائية نجد أن ما نعت الطاعنة في طعنها هو الصحيح لأن رقابة المحكمة العليا لما دونها من المحاكم في تطبيق القانون غير أن رقابتها لا تمتد إلى الموضوع إلا في الحالات التي ينص عليها القانون وحيث أن الحكم الاستثنائي المؤيد للحكم الابتدائي قد بني على عدم ثبوت الحرابة في حق المتهمين لعدم الاعتراف وعدم نهوض النيابة بما يثبت ذلك وأن ما توصلت إليه محكمة الموضوع من ثبوت السرقة بإكراه وإعفاء المتهمين من حد السرقة هو ما تقرره .

وحيث أن الحكم الاستثنائي المؤيد للحكم الابتدائي قد أخطأ في عدم تقدير العقوبة اللازمة في حق المتهمين لتهمة السرقة بإكراه وعليه واستناداً إلى المادة (٤٤٣) من قانون الإجراءات الجزائية الذي جاء فيها إذا قبل الطعن وكان مؤسساً على أن الحكم المطعون فيه بني على مخالفة للقانون أو خطأ

في تطبيقه تصحح المحكمة الخطأ وتحكم بمقتضى القانون واستناداً أيضاً إلى نص المادة (٣٠١) من قانون العقوبات رقم (١٢) لسنة ١٩٩٤م فإن الدائرة تقرر قبول الطعن شكلاً وحبس المتهمين عشر سنوات كاملة عقاباً لما اقترفوه وتحملهم غرامة المدعين المجني عليهم ومصاريف الدعوى .. [٢].
وقضت المحكمة العليا - الدائرة عينها - بأن :

تعديل الوصف يتعلق بسلطة محكمة الموضوع في تقدير الوقائع .

النعي على محكمة الموضوع بخلاف مستوجب الرفض .

لحكم الدائرة العسكرية رقم (٦٥) لسنة ٢٠هـ بجلسة ٢٠/٥/٢١هـ الموافق ١٩٩٩/٩/١م في الطعن الجزائي رقم (٢٨٠) لسنة ١٨هـ ق (٥٠) ع [٣]

فقد جاء في حيثيات هذا الحكم من المحكمة العليا ما لفظه :

[١].. فإن ما ينعية الطاعن على المحكمتين الابتدائية الاستئنافية أنهما لم تقوما بتعديل وصف التهمة الموجهة إلى المتهم بحيث تصبح تهمة شروع في قتل فإن ذلك النعي في غير محله لأن ذلك يخضع لسلطانها في تقدير الوقائع وتقدير العقوبة المناسبة وفقاً للمادة (٣٣٦) إ.ج فسلطان المحكمة في تغيير الوصف القانوني للفعل مستمد من حقها في تقدير الأدلة بكامل حريتها لاستبقاء ما تطمئن إلى صحته من الوقائع دون أن تتقيد في ذلك برأي جهة الاتهام أو المدعي بالحق المدني .. ولما كان الأمر كذلك تقرر الدائرة رفض الطعن من حيث الموضوع ومصادرة الكفال [٤]

كما قضت المحكمة العليا - الدائرة الجزائية العسكرية نفسها - بأن :

تعديل الوصف إلى الأشد ما أقترن بكفالة حق الدفاع لا بطلان :

تعديل وصف التهمة إلى وصف نص مغاير للنص العقابي الساري عليها وقت

ارتكاب الجريمة ومتفق معه في العقوبة لا بطلان :

لحكم د.ج.ع رقم (٥٢) لسنة ٢٢هـ بجلسة ٢٢/١/٢٧هـ ٢٠٠١/٥/١٧م في الطعن

الجزائي رقم (٦٩٧) لسنة ٢١هـ ق ٢٨٨ع]

فقد جاء في معرض أسباب هذا الحكم ما نصه :

[.. وفقاً لنص المادة (٤٣٤) إ.ج التي أجازت لنا - الكلام هنا للدائرة العسكرية الجزائرية - التعرض لموضوع القضية وذلك للتأكد من سلامة وصحة الإجراءات التي أتبعنا وأن الأحكام التي صدرت ابتدائياً واستثنائياً صدرت بإجراءات سليمة وأن القانون طبق تطبيقاً صحيحاً فبالرجوع إلى الحكم الابتدائي نجد أن المتهم (ت) قدم من قبل النيابة العامة أمام المحكمة في البداية بتهمة القتل العمد وفقاً لنص المادة (١٣٠) من قانون العقوبات رقم (٣) لسنة ٧٦م في ظل سريان القانون المذكور على الجريمة المرتكبة من قبل المتهم في ذلك الوقت في تاريخ ٧/٧/٩٤م وقد اعترف المتهم أمام المحكمة بارتكابه جريمة قتل المجني عليه .. وقد أكد ذلك شهود الإثبات المتواجدين في مسرح الجريمة أثناء ارتكابها . وفي تاريخ ١٦/٣/٩٦م قررت المحكمة تعديل الوصف القانوني للفعل المسند للتهمة وذلك بتطبيق نص المادة (٢٣٤) من قانون جرائم العقوبات النافذ رقم (١٢) لسنة ٩٤م بدلاً من المادة (١٣٠) من قانون العقوبات رقم (٣) لسنة ٧٦م وقد استندت في ذلك إلى ما جاء في كتاب الله عز وجل وسنة رسوله الكريم (ص) وإلى دستور الجمهورية اليمنية المادة (٢) منه - التي تنص على - أن الإسلام هو دين الدولة والمادة (٣) التي تنص على أن الشريعة الإسلامية هي المصدر الرئيسي للقوانين ولأن الأصل هو أن يكون القانون متفقاً مع نصوص القرآن الكريم وسنة الرسول (ص) فإن المادة (١٣٠) من قانون العقوبات رقم (٣) لسنة ٧٦م تعاقب على قتل النفس عمداً بالحبس مدة لا تزيد عن عشر سنوات بدلاً من القصاص وهو يخالف الشريعة الإسلامية التي حرمت قتل المسلم عمداً ووضعت عقوبة واحدة لا ثاني لها هي القصاص من القاتل العمد ويطلبها

أولياء الدم إلا أن يعفوا وقد أعطت المحكمة المتهم الفرصة الكاملة لإعداد دفاعه بموجب هذا التعديل وقرأت عليه التهمة المعدلة وأقربها مرة أخرى وأدانتها بها وأصدرت بحقه عقوبة الإعدام قصاصاً لقتله المجني عليه/..... وحيث أن الثابت من الأوراق أن المتهم/..... قد ارتكب جريمة قتل المجني عليه/..... عمداً وعدواناً بعد أن نهب وسرق..... فإن المادة (١٢٩) من قانون العقوبات رقم (٣) لسنة ٧٦م هي واجبة النطق المتوفر حد شروطها وهو دافع الجشع وقد تحقق هذا الشرط وحيث أن المادة المذكورة تعاقب مرتكبها بالإعدام وحيث أن الدليل الشرعي قد توافر في هذه القضية باعتراف المتهم والمشهود بشهود العيان المتواجدين أن في مسرح الجريمة إثراء ارتكابها فإن الحق لأولياء الدم طلب الحكم بالقصاص منه لذلك فإن الحكم بإعدام المتهم المذكور قائم . وحيث أن المحكمة العليا تتولى مراقبة المحاكم في تطبيقها للقانون وفقاً لنص المادة (٤٣١) إ.ج فإن ما ذهبت إليه المحكمة الابتدائية من إدانة المتهم والحكم عليه قصاصاً تطلب أولياء الدم منطلقاً من كتاب الله عز وجل وسنة رسوله الكريم (ص) فإنها أصابت صحيح الشرع وذلك لقيام الدليل الشرعي لأولياء الدم .

أما ما ذهبت إليه - المحكمة الابتدائية - من تعديل الوصف القانوني في المادة (١٣٠) من قانون العقوبات رقم (٣) لسنة ١٩٧٦م إلى المادة (٢٣٤) من قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ٩٤م فإنها أخطأت في ذلك وكان عليها أن تعدله إلى المادة (١٢٩) من قانون العقوبات رقم (٣) لسنة ٧٦م وذلك لأن المادة المذكورة تعاقب بالإعدام كون القتل عمداً وحيث أن المحكمة العليا وفقاً لنص المادة (٤٤٣) إ.ج لها الحق في أن تصحح الخطأ في تطبيق القانون الذي وقعت فيه المحكمة وتحكم بمقتضاه وحيث أن المحكمة الابتدائية بعد تعديلها الوصف القانوني كفلت للمتهم كل الضمانات

القانونية للدفاع عن نفسه فلم يصبه أي ضرر من التعديل وحيث أن تعديل الوصف القانوني من المادة (١٣٠) إلى المادة (١٢٩) من قانون العقوبات رقم (٣) لسنة ١٩٧٦م يكون متفقاً مع المادة (٢٣٤) من قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ٩٤م في توقيع عقوبة الإعدام على القاتل العاقد وحيث لن يصبه أي ضرر من التعديل لمنحه الفرصة الكافية للدفاع عن نفسه في التهمة المعدلة وهي التهمة الأشد لذلك فإن توقيع عقوبة الإعدام قصاصاً من القاتل (ت) لقتله المجني عليه/..... هي الواجبة النفاذ سواءً أكانت في المادة (١٢٩) من قانون رقم (٣) لسنة ٧٦م أو المادة (٢٣٤) من قانون الجرائم والعقوبات رقم (١٢) لسنة ٩٤م .

وخلصت الدائرة إلى إقرار الحكم الاستثنائي المؤيد للحكم الابتدائي بإعدام المتهم قصاصاً :

وقضت المحكمة العليا - نفس الدائرة - بأن :

تغيير الوصف من الأشد إلى الأخف متروك لمحكمة الموضوع ولا يندرج ضمن

رقابة المحكمة العليا

لحكم الدائرة العسكرية برقم (٩٨) لسنة ٢٠هـ بجلسة ٢٤/رجب/ ٢٠هـ ٩٩/١١/٢م في الطعن الجزائي رقم (٢٠٤) لسنة ١٨هـ ق ٤٦٤ [

فقد جاء في معرض حشيات هذا الحكم من المحكمة العليا ما نصه :

[.. فالمحكمة الاستئنافية قد بنت حكمها بتأييد الحكم الابتدائي بجميع فقراته والحكم الابتدائي قد جاء مبنياً على الوقائع والأدلة المقدمة التي من خلالها أدانت المحكمة الابتدائية الطاعن بعد أن قامت بتغيير الوصف القانوني من المادة (٢٨٩) عقوبات - القذف بالزنا - إلى المادتين (٢٩٢، ٢٩١) من نفس القانون - السبب - وأصدرت في حقه العقوبة المناسبة حسب حجم الفعل المرتكب أي تغيير من الفعل الأشد إلى الفعل الأخف وهذا لا يؤثر في دفاع الطعن وقد كان ذلك بموجب قناعة المحكمة التي تولدت من خلال

الأدلة المادية وشهود الإثبات وهذه القناعة متروك تقديرها لمحكمة الموضوع فالمحكمة العليا تتولى مراقبة المحاكم في تطبيقها للقانون ولا تمتد رقابتها إلى حقيقة الوقائع التي اقتنعت بثبوتها المحكمة مصدرة الحكم عملاً بالمادة (٤٣١) إ.ج. ...]

قائمة المراجع :

- ١- د/ محمد نجيب حسني : شرح قانون الإجراءات الجزائية (دار النهضة العربية بمصر) ط ١٩٩٨م ص٩٠١ وما بعدها .
- ٢- د/ رؤوف عبيد شرح الإجراءات الجزائية مصر) مطبعة عين شمس ط ١٩٧٨م ص ٥٢٣ وما بعدها.
- ٣- د/ محمد إبراهيم زيد شرح قانون الإجراءات الجزائية اليمني .
- ٤- أحكام المحكمة العليا الدائرة الجزائية (العسكرية) بالهيئة القاضي/ أحمد أحمد الخطابي رئيساً وعضوية القضاة د/ علي محمد اليناعي - ق/ يحيى يحيى الجعدي - ق / إبراهيم شيخ عمر الكاف - ق/عبد الرحمن الشاحذي .

الثأر

دراسة فقهية اجتماعية عن ظاهرة الثأر
الأسباب والمعالجات الشرعية والقانونية

القاضي / يحيى محمد الماوري
عضو المحكمة العليا
عضو اللجنة الوطنية العليا
لمعالجة قضايا الثأر

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه
و من والاه.. وبعده :

فإننا حينما نتناول ظاهرة اجتماعية خطيرة كظاهرة الثأر بحثاً عن
الحلول والمعالجات الشرعية الكفيلة بوضع حد لها وإزالة أثارها فإن ذلك
يستوجب القيام بدراسات جادة ومكثفة تلتزم الموضوعية وتعتمد المنهج
العلمي وتستند على الوقائع والمعلومات الصحيحة.

ويمكن القول أن المدخل الطبيعي لدراسة ظاهرة الثأر هو تشخيص
المشكلة من خلال تحديد أهم الأسباب التي تؤدي إليها واستجلاء العوامل
والظروف التي تسهم في انتشارها وتساعد على استمرارها.

تعريف الثأر لغةً واصطلاحاً :

١. الثأر لغةً : قال في المنجد ثأراً ثأراً القتل وبالقتيل : طلب دمه / قتل
قاتله فهو ثائر / يقال (ثأره بكذا) أي أدرك به ثأره منه .. الثأر ج /
أثار وآثار وثار : هو أن تطلب المكافأة بجناية جنيت عليك .

٢. أما الاصطلاح فقد تعددت صور الثأر التي يرى بعض العرف القبلي
اندراجها تحت مصطلح الثأر ابرز تلك الحالات أن يقتل ولي الدم قاتل
مؤرثه أخذا بثأره وهي الصورة التي اعتبرها البعض حقا من حقوق
ورثة القتيل في قتل القاتل حينما يتعذر اخذ القصاص عن طريق
السلطة العامة ويرى البعض من فقهاء الشريعة أن ذلك مقيد بتحقيق
إحدى الحالات الواردة على سبيل الحصر وهي :

١- إن شاهد ولي الدم القاتل حال قيامه بالقتل

٢- أو شهد له بذلك شهادة متواترة أكثر من عشرين شاهدا

٣. أو حكم له على القاتل بالقصاص الشرعي وتعذر استيفاء القصاص

من قبل السلطات العامة، وهذا الرأي الاجتهادي القديم مبني على
افتراض غياب سلطة الدولة أما حال وجودها وفي غير تلك الأحوال

فان اخذ الثأر يعتبر تعدي على سلطة الدولة يوجب العقاب بالتعزيز
أما الصورة الثانية فهي أن يقدم ولي الدم على قتل القاتل ولكن بعد
العضو من بعض الورثة أو الحكم بسقوط القصاص فإنه يعتبر قتل
عمد وعدوان يوجب القصاص . والصورة الثالثة أن يقوم ولي الدم
بقتل غير القاتل فيكون عليه القصاص لارتكابه جريمة قتل عمدا
وعدوانا وهناك صورة رابعة اشد خطرا وعدوانية هي قيام عشيرة
القتيل أو قبيلته بالرد الجماعي ضد عشيرة القاتل بقصد الانتقام
العشوائي والمبالغة في إيقاع الخسائر في صفوف أقارب القاتل وقبيلته
دونما اعتبار لمعنى إيقاع العقوبة الشرعية على شخص الجاني وهم في
ذلك يعتقدون أنهم يؤدون واجب النصره طبقا لتقاليد وقيم اجتماعية
متوارثة عن مجتمعات ما قبل نشؤ الدولة حيث كانت القبائل تستند
في حماية أفرادها ومصالحها إلى العصبية القبلية والحماية الجماعية
التي توجب على القبيلة مجتمعه اخذ الثأر والانتقام من القاتل
وعشيرته بغض النظر عن يقع عليه ذلك الثأر والانتقام بحيث يتخذ
طابعا جماعيا باشتباك القبيلتين في اقتتال جماعي قد يتسبب في
إزهاق الكثير من الأرواح وبتلف الأموال ويشيع الرعب والخوف لزمن
غير قصير والإجماع على أن هذه الصورة من صور الثأر الجماعي
تعتبر من اشد جرائم الثأر وحشية ودموية وتصنف ضمن جرائم
الحرابة والإفساد في الأرض توجب إيقاع العقوبة الشرعية الرادعة لما
ينتج عنها من أضرار فادحة في الأرواح والأموال ومن إخلال بالأمن
واستهتار بالنظام والسلطة العامة..

نستخلص مما سبق أن الثأر يعد سلوكا إجراميا انتقاميا لا يتقيد بشروط
أو حدود وأنه ينطلق من رغبة جامحة في الانتقام والتشفي وإيقاع الخسائر
الجسيمة المادية والمعنوية في حق الطرف الآخر على مستوى الفرد والجماعة

مما يجعله عملاً خارجاً عن إطار الشرع والقانون ويجرده عن أي مشروعية حتى في الأعراف القبلية الأصيلة .

الثأر نتيجة وليس سببا :

المعروف أن ظاهرة الثأر هي نتيجة وليست سببا بمعنى أنها نتيجة لجرائم القتل التي تقع من شخص على آخر لأي سبب من الأسباب فتكون هذه الجريمة هي الباعث على رد الفعل من أولياء دم القتيل بأخذ الثأر بدافع الرغبة في الانتقام ولشفاء صدورهم وغالبا ما تتم أعمال الثأر في حالة انفعال وسيطرة مشاعر الغضب فيغيب العقل وتتعدم القدرة على التفكير السليم حتى أن البحث في أسباب وظروف الواقعة وفيما إذا كانت عمداً أو خطأ لا تكون محل اعتبار .

كما أن التثبت من شخصية الجاني لا تحظى بالأهمية المطلوبة وعادة ما تكون هذه الجوانب معقدة وشائكة تتطلب خبرات قانونية ووسائل فنية وتحقيقات جنائية لكشف الحقيقة ولذلك وجدت الأجهزة الأمنية والقضائية والمعامل الجنائية

والطب الشرعي تحقيقا للعدل وحتى لا يؤخذ برئ بجريمة غيره نتيجة للتسرع أو قصور إجراءات البحث والتحري .

من هنا يكون الثأر عملية انتقامية عشوائية لا يؤخذ فيها اعتبار تحقيق العدالة بإيقاع العقوبة الشرعية والقانونية على الجاني ولذلك فإن عملية الثأر قد تقع على شخص الجاني وقد تقع على غيره بان يقتل ولي الدم أحد أقارب القاتل أو من عشيرته.

كما أن الثأر قد يقتصر على قتل شخص واحد مقابل القتل وقد يتجاوز إلى قتل عدد أكبر كما هو الشائع في معظم قضايا الثأر اليوم وهذه الصورة تعتبر امتدادا لثقافة الثأر التي سادت المجتمع الجاهلي وارتبطت

بشخصية الإنسان العربي ونظامه القبلي القائم على العصبية والتفاخر بالكثرة والانتقام بأعلى قدر من الشدة والقسوة.

وقد هذب الإسلام هذه الجوانب وأزال الكثير من عادات وأعراف الجاهلية إلا أن ثقافة الثأر ظلت أكثر قيم الثقافة الجاهلية حضورا وتأثيرا في ثقافة المجتمع العربي حتى اليوم امتدادا للعصبية الجاهلية التي ذمها الإسلام ووصفها بالمنتهة وجعل كل دم في الجاهلية موضوع.

أسباب الثأر :

وكما قلنا في البداية إن الثأر هو نتيجة ورد فعل انتقامي لما يقع من جرائم قتل ولذلك فإن تشخيص أسباب وعوامل الجريمة هو المدخل العملي لمعالجة هذه الظاهرة وإذا كان المجال لا يتسع هنا للخوض في تفاصيل تلك العوامل والأسباب أو الإحاطة بها إلا أن الإشارة إليها قد تعطينا بعض المؤشرات على الحلول والمعالجات المطلوبة.

ارجع علماء الاجتماع ابرز عوامل الجريمة إلى عوامل فردية ترجع إلى شخص المجرم والى عوامل عامة كالعوامل الطبيعية والاجتماعية والثقافية والاقتصادية.

عوامل اجتماعية :

فمن العوامل الاجتماعية البيئة الأسرية التي تلعب دورا مهما في تكوين شخصية الفرد وفي توجيه سلوكه المستقبلي باعتبار الأسرة هي المجتمع الأول وقد تؤثر الأسرة تأثيرا سلبيا كبيرا في حال تفكك كيان الأسرة المادي والمعنوي والجهل بأصول التربية وسوء الظروف الاقتصادية لها... الخ كما تلعب المدرسة بعد ذلك دورا أساسيا باعتبارها المرتبة الثانية في الأهمية بعد دور الأسرة ثم ينتقل بعد ذلك إلى العوامل المؤثرة من خلال المحيط الأوسع كمحيط العمل والأصدقاء .

عوامل ثقافية :

تلعب الثقافة دورا هاما وخطيرا لاسيما في المجتمعات القبلية التي ما تزال متأثرة بثقافة الثأر والانتقام وتعتبر ذلك جزءا من شخصية الفرد ومظهر من مظاهر الفروسية والإقدام كما قد تلعب وسائل الإعلام دورا خطيراً إما في نشر الوعي والثقافة الصحيحة والمتوازنة في المجتمع أ وان تؤدي دورا سلبيا في التأثير على الشباب في تكوين سلوكياتهم المنحرفة وتشجيعهم على سلوك الجريمة.

عوامل اقتصادية :

كما تؤثر العوامل الاقتصادية تأثيرا مباشرا في ارتفاع نسبة الجريمة مثل السرقة والحراية والاعتداء على الأشخاص والأموال وأحيانا شدة التنافس التجاري والأطماع المادية التي قد تدفع البعض إلى ارتكاب جريمة القتل وتؤسس لثارات متصلة بين الطرفين تغذيها الأطماع والمصالح المادية وتعتبر هذه الجرائم أكثرها شيوعا في المجتمعات الصناعية الحديثة التي أصبحت الجريمة الاقتصادية المنظمة جزءا من الواقع الاجتماعي والاقتصادي للمجتمع الغربي وقيمه الحضارية !!!

عوامل سياسية

هناك بعض العوامل السياسية التي تؤدي إلى ما يمكن أن نطلق عليه جرائم الثأر السياسية وهي من جرائم العصر الشائعة في معظم مجتمعات العالم المتقدمة والمتخلفة على حد سواء بل إنها تكاد تكون أكثر انتشارا في المجتمعات المتحضرة لاسيما في المجتمعات ذات الأنظمة الديمقراطية القائمة على التعددية الحزبية وإطلاق الحريات العامة والتنافس الانتخابي كما أن مراحل الصراع السياسي قد تخلف أثارا قوية للثارات في المراحل التي تعقبها

كما هو الحال في بعض قضايا الثأر المرحلة من فترة الصراع السياسي لما قبل إعادة الوحدة .

عوامل دينية :

ويظل في مقدمة هذه العوامل والأسباب ضعف الوازع الديني الذي يمثل القاعدة الأساسية لسلامة البناء الاجتماعي والأخلاقي والذي يؤدي إلى عدم احترام النظام العام ومبدأ سيادة الشرع والقانون والتسليم بأحكام القضاء والإذعان لتنفيذها واللجوء إلى الاحتماء بالعصبية القبلية وما يسمى بـ (المواخاة) التي يلجأ القاتل من خلالها إلى التخلص من الخضوع لأحكام القضاء وممارسة الضغوط القبلية للتوصل إلى إسقاط القصاص وقبول التعويض بالأموال بما يطلق عليه (أحكام المربع والمحدث ومربوع المحدث وأحكام الغالي والغلا وتقديم العقائر بذبح الأبقار والأغنام) طبقاً للأعراف والتقاليد المتوارثة التي ينعدم فيها الرضاء من أولياء الدم والاختناع بتلك الأحكام وإنما نزولاً عند رغبة الوساطة التي عادة ما تكون ذات وزن ونفوذ اجتماعي وقبلي واقتصادي مما يبقى على الضغينة والرغبة في الانتقام كإمارة في نفوس أسرة القاتل وعشيرته ويتحينون الفرصة لأخذ الثأر والانتقام وحينما تستمر حماية القاتل من قبل من يلجأ إليه لطلب الحماية باسم (الرباعه أو المواخاه) فإن الغضب والشعور بالحقد على من يمنح حمايته للقاتل قد تدفع بأولياء الدم إلى الثأر والانتقام من ذلك الشخص أو احد أقاربه أو أفراد عشيرته فتبدء سلسلة من الثارات المتواصلة إلى ما لا نهاية من هنا فان معالجة ظاهرة الثأر من وجهة نظر شرعية تنطلق أولاً من ضرورة العودة أولاً إلى الله سبحانه وتعالى والاحتكام لشريعته وان نقر بمسئوليتنا عن الممارسات والأعمال المخالفة لشرع الله يقول الله تبارك وتعالى: ((إن الله لا يغير ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم)) أي أن التغيير السلبي في أحوال المجتمع المسلم ترجع إلى أفراد المجتمع أنفسهم حينما

يحصل التهاون عن القيام بالفرائض والواجبات وعدم اجتناب النواهي والمحرمات فيكون التظالم وانتهاك الحقوق والمحرمات نتيجة متوقعة للابتعاد عن جادة الحق والصواب مصداقا لقوله تعالى ((وما كان الله ليظلمهم ولكن كانوا أنفسهم يظلمون)) يتضح لنا أن من أهم الحلول الكفيلة بمعالجة ظاهرة الثأر هو العودة أولا إلى التمسك بالدين والعمل بأحكامه والتخلي بقيمه وآدابه وهو أول الطريق إلى إصلاح النفوس وإزالة ما قد علق بها من تراكمات وأحقاد ثم التسليم بأحكام القضاء وعدم الخروج عليها والامتناع عن إيواء المحدث أو نصرته باعتبار ذلك خروجاً على الشرع والنظام والقانون وعلى سلطان الدولة الذي يجب أن يستظل الجميع بظلها واعتبار الخارج على الشرع خارجاً على الشرعية وعن الجماعة الإسلامية والإجماع الوطني تنطبق عليه أحكام الحراية والإفساد في الأرض .

الثأر ظاهرة بشرية

الثأر ظاهرة بشرية لا يخلو منها أي مجتمع وان كانت بنسب متفاوتة تبعاً لتفاوت المستويات التعليمية والثقافية والعوامل الحضارية الأخرى التي أدت إلى تلاشيها - كظاهرة - في المجتمعات غير العربية وأبقت عليها في معظم التجمعات السكانية العربية ذات الجذور القبلية المتمسكة بثقافتها التقليدية كما هو حال الكثير من القبائل اليمنية التي تعاني من ظاهرة الثأر والتي تعيد إلى الأذهان بعض صور الحروب الجاهلية ((داخس والغبراء، البسوس)) وما كان يجري بين القبائل العربية من الحروب والثارات في الجاهلية حينما كان الثأر بمفهومه الجاهلي لا يتقيد بحدود قتل القاتل وإنما يتجاوزه إلى قتل الجماعة في مقابل الواحد تكبرا وافتخارا حتى أن جريمة القتل الفردية كانت تنتهي بتفاني قبائل أو عشائر بأكملها .

معالجة الإسلام للتأثر :

وقد جاء الإسلام فاخرج العرب من ظلام الجاهلية إلى نور الإسلام ومن الوحشية والقسوة إلى الرأفة والرحمة والتآخي ومن البدائية إلى المدنية والتحضر الإنساني وقد عالج الإسلام ظاهرة التأثر والانتقام الجماعي بأن شرع القصاص في القتل وهو المماثلة والمساواة في الفعل من الفاعل نفسه دون أن يتجاوزه إلى غيره حيث قال تعالى ((كتب عليكم القصاص في القتلى)) ثم قال تعالى ((فمن عفي له من أخيه شيء)) أي أن يقبل الدية في القتل العمد ((فاتباع بمعروف وأداء إليه بإحسان)) أي يتبع بالمعروف ويؤدي بإحسان ((ذلك تخفيف من ربكم ورحمه)) أي تخفيف مما كتب على من قبلكم ((فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب اليم)) أي فمن قتل بعد قبوله الدية فله عذاب اليم.

فقد شرع الله القصاص لما فيه من التسوية والمماثلة بين الجاني والمجني عليه وليشفي به صدور أولياء دم القتيل ويمنع ما كان عليه المجتمع الجاهلي من اللجوء إلى التأثر والقتل الجماعي بين عشيرتي الجاني والمجني عليه بما كان يؤدي في أحيان كثيرة إلى إفناء قبيلة بواحد .

كما جعل الله في القصاص حياة للمجتمع فقال تعالى ((ولكم في القصاص حياة يا أولي الألباب)) فمن علم أنه إذا ارتكب جريمة القتل العمد العدوان يكون مصيره القتل بالقصاص فإنه حتما سيمتنع عن ارتكاب مثل هذه الجريمة ولتذكير المسلمين بما كانوا عليه في جاهليتهم وما انعم الله عليهم بالإسلام من التآخي يقول تعالى: ((واذكروا نعمة الله عليكم إذ كنتم أعداء فألف بين قلوبكم فأصبحتم بنعمته إخوانا)) إذا فإن أول طرق العلاج لظاهرة التأثر هو إحياء الدين في نفوس أفراد المجتمع المسلم ذلك أن الدين هو الكفيل بتطهير القلوب وتهذيب النفوس وتقويم الاعوجاج واستبدال مشاعر العداة والانتقام بقيم المحبة والتآخي والتراحم.

وحيثما تعجز أو لا تجدي وسائل التربية في إصلاح بعض النفوس وتهذيبها فان الله قد يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن بما شرعه من عقوبات على الجرائم لزجر النفوس المتحجرة وردعها عن سلوك طريق الشر والإجرام. وهذا الدور يشترك في القيام به صنفان العلماء بالوعظ والإرشاد وإشباع الجانب الروحي والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، والأمراء بالأخذ على يد الخارجين على الشرع والنظام والقانون وإيقاع العقوبة الشرعية الرادعة من خلال تنفيذ أحكام القضاء تنفيذا صارما دون تهاون أو تأخير ودون محاباة أو مراعاة لجاه أو منصب أو قوة وجعل الجميع أمام الشرع والقانون سواسية كأسنان المشط حتى لا ييأس الضعيف من عدل الشرع والقانون فيلجا إلى الانتقام الفردي ولا يطمع القوي في ضعف الشرع والقانون فيمعن في ظلمه وتجبره واستغلاله حينما لا يجد من يردعه .

الثأر جريمة .. والقصاص عقوبة:

لعل من المناسب أن نوضح هنا ذلك الفهم المغلوط لدى البعض في تبريرهم لجريمة الثأر بحجة استيفاء القصاص لما في ذلك الفهم من خطأ في التسوية بين الثأر والانتقام وبين عقوبة القصاص الشرعي، ذلك أن القصاص يختلف عن الثأر من عدة أوجه فالقصاص يعني المماثلة والتسوية بين الجاني والمجني عليه دون تجاوز في حين ان الثأر يقوم على مفهوم الانتقام سواء من الجاني أو من غيره ثم إن القصاص مقيد بشخص الجاني دون تجاوزه إلى غيره في حين أن الثأر قد لا يكتفي بالانتقام من الجاني وإنما يتجاوزه إلى غيره بدعوى التكافؤ في الدماء والرغبة في الانتقام من عشيرة القاتل وأقاربه فيؤدي ذلك إلى تسلسل القتل إلى ما لا نهاية في حين يحسم القصاص الشرعي هذا الجانب بقتل القاتل ويطفى نار الفتنة ويضع حدا لسفك الدماء وبعد كل ذلك فان القصاص في القتل العمد لا يقيمه وينفذه إلا القضاء نيابة عن ولي

الأمر وفقاً للإجراءات الشرعية والقانونية في حين يعتبر الثأر صورته بدائية لما كان عليه الحال في عصور الانتقام الفردي قبل انتقال المجتمعات إلى عصر المدنية وسيادة أحكام الشرع والقانون في ظل الدولة التي تعتبر صاحبة السلطة والاختصاص في تقرير العقوبة عن الجريمة وتنفيذها في حق من يرتكبها وقد ذهب الكثير من المفسرين إلى أن ولاية تنفيذ القصاص هي لصاحب الولاية العامة أو من يفوضه وليس لولي الدم والا كان في ذلك فساد وفوضى في تنفيذ أحكام القصاص دون ضوابط أو قيود تحكمها كما هو مشاهد اليوم في أعمال الثأر ((الهستيرية)).

المعالجات القانونية :

لم يعالج القانون جرائم الثأر بنصوص خاصة أو يميزها بشروط وأحكام كجريمة نوعية مستقلة وقد يرجع ذلك في تقديرنا إلى أن لجنة التقنين لم تنظر إلى الآثار والمخاطر التي تخلفها جرائم الثأر فأخضعتها للنصوص والأحكام الخاصة بجرائم القتل العادية التي تعتبر الثأر في حكم القانون إما جريمة قتل أو شروع فيه غير أن الصفة الثأرية التي تنطبع بها جريمة الثأر تجعلها جريمة مركبة من عدة أوجه وتضفي عليها الظروف المشددة لعدة أسباب منها

١. تحقق أركان الاتفاق الجنائي في جرائم الثأر غالباً حيث تتم جرائم الثأر عن طريق الاتفاق والتخطيط لتنفيذ الجريمة بطريقة جماعية مع سبق الإصرار والترصد .
٢. إن الكثير من جرائم الثأر تنفذ في غير المتهم بالقتل مع علم المنفذين ببراءة المستهدف الظاهرة وعدم مسؤليته الجنائية سوى انه يرتبط بالمتهم بعلاقة أسرية أو قبلية وفي ذلك خروج على القاعدة الشرعية ((ولا تزر وازرة وزر أخرى)) .

إن جريمة الثأر تعتبر خروجاً على الشرع والقانون وانتهاكاً لسيادة الدولة مما يخرج هذه الجريمة عن دائرة الجريمة العادية ويلحقها بالجرائم الماسة بأمن الدولة كجرائم الإرهاب وجرائم الخطر العام فقد أصبحت جرائم الثأر تشكل ظاهرة خطيرة تجاوزت في أضرارها أمن المواطن الخاص إلى المساس بأمن المجتمع واستقراره كما أن ما تلحقه من أضرار اقتصادية واجتماعية ومن أعباء ونفقات أمنية وقضائية على أجهزة الدولة في المحافظات التي يرتفع فيها معدل جرائم الثأر يستدعي وضع معالجات قانونية خاصة تكفل تحقيق الردع القانوني بدرجة لا تقل عن جرائم الإرهاب والجرائم الماسة بأمن الدولة .

وحتى تتم تلك المعالجة عبر السلطة التشريعية يمكن القول بإمكانية تطبيق الأحكام المقررة لجرائم الحراية وجرائم الخطر العام وتطبيق أحكام الدفاع الشرعي وأسباب الإباحة على من يدفع عن نفسه إحدى جرائم الثأر وكذلك على من يتصدى لها من رجال الأمن والضبط القضائي طبقاً لنص المادة (٢٦) من قانون العقوبات التي تنص على انه ((لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون أو قياماً بواجب يفرضه القانون أو استعمالاً لسلطة يخولها)) وقد تضمن هذا النص تقرير انعدام الجريمة إذا وقع الفعل في الحالات التالية :

١. استعمالاً لحق مقرر بمقتضى القانون .
٢. القيام بواجب يفرضه القانون .
٣. استعمال سلطة يخولها القانون .

الدفاع الشرعي :

تطبيق أحكام الدفاع الشرعي طبقاً لنص المادة (٢٧) عقوبات التي تنص على انه ((تقوم حالة الدفاع الشرعي إذا واجه المدافع خطراً حالاً من جريمة على نفسه أو عرضه أو ماله أو نفس الغير أو عرضه أو ماله وكان من المتعذر عليه الالتجاء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب ويجوز للمدافع عندئذ أن يدفع الخطر بما يلزم لردّه وبالوسيلة المناسبة)) وقد اشتمل النص السالف على إضفاء وصف الدفاع الشرعي على من يواجه خطراً حالاً في الحالات التالية :

١. وقوع الخطر على نفس المدافع أو عرضه أو ماله .
٢. وقوع الخطر على نفس الغير أو عرضه أو ماله .

وقيدت المادة هذا الحق بتعذر اللجوء إلى السلطات العامة لاتقاء هذا الخطر في الوقت المناسب وان يتم دفع الخطر بالوسيلة المناسبة .

كما حددت المادة (٢٨) حدود الدفاع الشرعي بالنص على انه ((لا يبيح الدفاع الشرعي القتل العمد إلا إذا قصد به دفع فعل يتخوف منه وقوع جريمة من الجرائم الآتية إذا كان لهذا التخوف أسباب معقولة :

١. القتل أو الجراح البالغة إذا كانت الجراح على المدافع نفسه أو أحد أقاربه .
٢. الشروع في الزنا أو اللواط بالقوة على المدافع أو زوجه وأي محرم له .
٣. اختطاف المدافع أو زوجه أو ولده أو أحد محارمه بالقوة أو بالتهديد بالسلاح ويؤخذ في كل صور الدفاع الشرعي بالقرائن القوية فإذا دلت على ذلك فلا قصاص ولا دية ولا أرش))

مادة (٢٩) ((لا يجوز أن يبيح حق الدفاع الشرعي عن المال القتل العمد إلا إذا كان مقصوداً به دفع أحد الأمور الآتية :

١. جرائم الحريق العمد .

٢. جرائم سرقة من السرقات الجسيمة .
٣. الدخول ليلا في منزل مسكون أو أحد ملحقاته .

حق الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي :

قسم الفقهاء حق الدفاع الشرعي إلى قسمين :

القسم الأول : حق الدفاع الشرعي الخاص وهو ما يسمى بدفع الصائل الذي يقابل حق الدفاع الشرعي في القوانين الوضعية والرأي الغالب لدى فقهاء الشريعة أن دفع الصائل يكون واجباً في حالة الاعتداء على النفس أو على العرض وهو جائز في حالة دفع الصائل عن المال .

القسم الثاني : حق الدفاع الشرعي العام الذي يستند إلى مبدأ الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر عملاً بقوله تعالى ((ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون)) والمعروف هو كل قول أو فعل تتمثل فيه مبادئ الشريعة الإسلامية وكل ما تدعو إليه من الأخلاق الكريمة والأعمال الصالحة أما المنكر فهو كل معصية تحرمها الشريعة والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر واجب على كل مسلم يمتلك شروط القيام به والرأي الراجح لدى جمهور الفقهاء بأنه فرض كفاية إذا قام به البعض سقط عن الآخرين .

الثأر من الجرائم الماسة بأمن الدولة :

إذا ما نظرنا إلى الآثار والنتائج التي تسببها جرائم الثأر من حروب قبلية جماعية وجرائم قتل عشوائية في المدن والأماكن العامة والأسواق والطرقات ومن إتلاف للأموال والممتلكات فإننا سنجدتها تدرج تحت النصوص والإحكام والخاصة بالجرائم الماسة بأمن الدولة وجرائم الخطر العام والتي أوردتها القانون في المواد (١٣٢) من قانون العقوبات وعلى وجه الخصوص الفقرتين (٦,٧) حيث نصت تلك المادة على ((يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن سنة ولا تزيد على عشر سنوات كل من :

١.
٢.

٣.
٤.
٥.
٦. كل من أثار أو شرع في إثارة حرب أهلية فقام بتوزيع السلاح على طائفة من السكان أو دعاها إلى حملة واستعماله ضد طائفة أخرى .
٧. كل من حرض على ارتكاب جرائم القتل أو النهب أو الإحراق . ((

وبما أن الأساليب المتبعة غالباً في تنفيذ جرائم الأثر تتم بمشاركة جماعية في التخطيط والتنفيذ فإنه ينطبق عليها أحكام الاتفاق الجنائي والعقوبات المقررة للفاعل الأصلي طبقاً لأحكام المادة (٢١) عقوبات التي تنص على ((يعد فاعلا من يحقق بسلوكه عناصر الجريمة ويشمل ذلك المتمالي الموجود على مسرح الجريمة وقت حدوثها ويعد فاعلا بالواسطة من يحمل على ارتكاب الجريمة منفذا غير مسئول هذا ولو تخلفت لدى الفاعل بالواسطة صفة يشترطها القانون في الفاعل ويعد فاعلين من يقومون معا بقصد أو بإهمال مشترك بالأعمال المنفذة للجريمة)).

وكذلك المادة (٢٢) التي نصت على ((يعد محرصا من يغري الفاعل على ارتكاب جريمة ويشترط لمعاقبته أن يبدأ الفاعل في التنفيذ ومع ذلك تجوز المعاقبة على التحريض الذي لا يترتب عليه أثر في جرائم معينة)) .

والمادة (٢٣) التي نصت على ((الشريك هو من يقدم للفاعل مساعدة تبعية بقصد ارتكاب الجريمة وهذه المساعدة قد تكون سابقة على التنفيذ أو معاصرة له وقد تكون لاحقة متى كان الاتفاق عليها قبل ارتكاب الجريمة أما المساعدة اللاحقة التي لم يتفق عليها قبل ارتكاب الجريمة كالإخفاء فيعاقب عليها كجريمة خاصة)) .

مادة (٢٤) نصت على ((في الجرائم التعزيرية من ساهم في الجريمة بوصفه فاعلا أو محرزا أو شريكا يعاقب بالعقوبة المقررة لها ما لم ينص القانون على خلاف ذلك غير انه إذا اختلف قصد مساهم في الجريمة عن قصد غيره من المساهمين عوقب كل منهم حسب قصده)) .

نخلص مما سبق إلى ضرورة إعمال النصوص العقابية المشار إليها وتطبيقها على جرائم الثأر لما تتصف به من خطورة اجتماعية وما ينجم عنها من ترويع وزعزعة الاستقرار الاجتماعي ونشر الذعر بين المواطنين وما تلحقه من أضرار اقتصادية ومن آثار سلبية على الجوانب التنموية في بعض المحافظات وبصفة مباشرة بالتنمية السياحية .

دور المؤسسات والهيئات والشخصيات الاجتماعية

إن الدعوة التي وجهها فخامة الأخ الرئيس علي عبد الله صالح حفظه الله لإنهاء ظاهرة الثأر خلال زيارته لمحافظة مأرب هي دعوة لكل القبائل التي تعاني من هذه الظاهرة يتوجب على الجميع الاستجابة لها امتثالاً لقوله تعالى: ((أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم)) . ذلك أن طاعة ولي الأمر فيما أوجبه الشرع من طاعة الله ورسوله وأول من يتوجب عليهم الاستجابة هم المشائخ والأعيان والشخصيات الاجتماعية في المحافظات المعنية بالتعاون مع المؤسسات الحكومية في مواجهة هذه القضية.

ويأتي دور المؤسسات والهيئات العلمية والتربوية وأجهزة الإعلام والثقافة بالتعاون والتكامل مع دور أبناء المناطق التي تعاني من الثأر في المقام الأول وعلى رأسهم الشخصيات الاجتماعية المؤثرة والمجالس المحلية وأجهزة الدولة ومؤسساتها إدارية، أمنية، قضائية بحيث تتضافر جهود الجميع لمحاربة هذه الظاهرة واستئصالها مع التأكيد على دور أبناء المناطق المتضررة من ظاهرة الثأر ومسئوليتهم المباشرة قبل غيرهم وذلك بالرجوع إلى الله سبحانه والاحتكام إلى الشرع للخروج من هذه المحنة ومن تلك الأحكام والمبادئ ما

ورد عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ((إن المؤمنين المتقين على من بغا منهم أو ابتغا دسيعة ظلم أو إثم أو عدوان أو فساد بين المؤمنين وان أيديهم عليه جميعا ولو كان ولد احدهم وانه من اعتبط مؤمناً قتلاً عن بينة فانه قود به إلا أن يرضى ولي المقتول وان المؤمنين عليه كافة ولا يحل لهم إلا قيام عليه)) كما قال صلى الله عليه وآله وسلم ((انه لا يحل لمؤمن آمن بالله واليوم الآخر أن ينصر محدثا ولا يأويه وانه من نصره أو آواه فان عليه لعنة الله وغضبه و يوم القيامة لا يأخذ منه صرف ولا عدل)).

حينما يسلم الكل بأحكام الشرع والاحتكام إلى القضاء وعدم حماية الجناة او التستر عليهم فان باب الثأر سيفلق وتكون أسباب الجريمة قد تقلصت.

قال تعالى ((فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ثم لا يجدوا في انفسهم حرجا مما قضيت ويسلموا تسليما))

الثأر مسؤولية جماعية :

إن مما يبعث على الاستغراب إلقاء البعض مسؤولية معالجة ظاهرة الثأر على بعض أجهزة الدولة المركزية كالقضاء والأمن فمثل هذا الرأي مع احترامي لمن يقول به ينطوي على موقف سلبي ويُلغى دور المؤسسات الرسمية في المنطقة والمحافظلة ودور المجالس المحلية كما يعفي أبناء المنطقة من تحمل مسؤوليتهم والحقيقة أن ربط الحلول والمعالجات لمثل هذه القضايا بمؤسسات الدولة المركزية بقدر ما يعنيه من التنصل عن مسؤولية الهيئات المحلية فانه يعكس تصور غير واقعي لوسائل الحلول والمعالجات التي ترتبط بشكل كامل تقريبا بظروف وعوامل محلية وان كنا لا ننكر الحاجة الضرورية لدور بعض أجهزة الدولة المركزية خصوصا فيما قد يتطلبه الأمر من إمكانيات مادية ودعم الجهود والخطط المحلية اللازمة في هذه المعالجات

ولكي تثمر الجهود والمسااعي الرامية إلى معالجة ظاهرة الثأر فإنه لا بد من وضع تصور أو خطة علمية وعملية وتحديد آلية فاعلة لتنفيذها وكما اشرفنا في البداية إلى بعض العوامل والأسباب التي تسهم في انتشار الجريمة وظاهرة الثأر فإننا نرى أن متطلبات المعالجة لا تقتصر على مجرد توفير الإمكانيات المادية.

وإنما لا بد من أن يسبق ذلك التهيئة والإعداد من خلال وضع برنامج علمي يشتمل على:

١. دراسات اجتماعية لأسباب انتشار الجريمة وظاهرة الثأر ودور العوامل الاقتصادية والثقافية والإعلامية والتعليمية وتحديد أوجه النقص والقصور في هذه الجوانب واقتراح الحلول المناسبة لها.
٢. دراسة الجوانب التشريعية للقوانين العقابية ومدى فاعليتها في تحقيق الردع الكافي للجريمة واقتراح التعديلات القانونية الضرورية بما يحقق المتطلبات الضرورية لزيادة فعالية الأجهزة الأمنية والقضائية لمواجهة هذه الظاهرة.
٣. مراجعة المناهج التعليمية وتحديد ما يلزم تعديله أو إضافته من المواد التعليمية التي تساعد على تكوين شخصية الفرد وتهذيب نفسيته وتحديد الشروط والمؤهلات المطلوبة في المعلم القادر على بناء الشخصية المتوازنة للطالب وغرس قيم الخير والمحبة في نفسه.
٤. مراجعة برامج وخطط مكاتب الإرشاد في إعداد وتوجيه المواد الإرشادية المتمثلة في خطباء المساجد والندوات والمحاضرات الدينية والعمل على إثرائها بالمواد الدينية المشبعة بما يغطي جوانب الجريمة والثأر بشكل خاص واختيار العلماء والمرشدين الصالحين والقادرين على القيام بهذه المهام بكفاءة ومقدرة.

٥. الاستعانة بالعدد اللازم من أساتذة الجامعات في مجال العلوم الاجتماعية والنفسية والقانونية وغيرها من التخصصات ذات العلاقة يمثل هذه الظواهر الاجتماعية لإعداد الدراسات العلمية التي تشخص عوامل وأسباب هذه الظاهرة واقتراح المعالجات والحلول العلمية لمختلف الأسباب والعوامل.

٦. وضع البرامج الإعلامية والتثقيفية التي تعمل على نشر الوعي والثقافة المؤثرة في سلوك أفراد المجتمع وأهمها التلفزيون ثم الإذاعة والصحافة بما يساعد على إيجاد التوازن بين ما يتلقاه المستمع أو المشاهد من مواد إعلامية ضارة من خلال القنوات العالمية المتعددة التي تبث الكثير من المواد المحرّضة على الجريمة والوسائل على تنفيذها والأساليب الاحتياالية في تضليل القضاء والإفلات من العقاب وبين ما يحصل عليه من مواد محدودة سواء من حيث الكم أو الكيف عبر أجهزة الإعلام الوطنية.

٧. تطبيق قانون تنظيم حيازة السلاح وتنفيذ أحكامه على المخالفين دون تهاون .

وأخيرا فان اهتمام القيادة السياسية ممثلة بفخامة الأخ الرئيس علي عبد الله صالح رئيس الجمهورية رئيس مجلس القضاء الأعلى حفظه الله بهذه الظاهرة من خلال توجيهاته المستمرة للأجهزة المعنية وعلى وجه الخصوص أجهزة القضاء والأمن للاهتمام بقضايا أمن المواطن واستقراره والتي أثمرت في رفع مستوى أداء هذه الأجهزة بدرجة ملموسة بالإضافة إلى تخصيص الاعتمادات المالية التي صرفت في معالجة الكثير من قضايا الثأر هو ما يمثل حافزا هاما لمختلف الأجهزة والمؤسسات في بذل المزيد من الجهود للتغلب على هذه الظاهرة الضارة بأمن المجتمع واستقراره والتي تنعكس على مختلف جوانب التنمية البشرية

والاقتصادية بما تزهره من أرواح بريئة وبما تهدره من إمكانيات مادية وتخریب اقتصادي.

أخيرا اسأل الله سبحانه وتعالى أن يأخذ بأيدي الجميع إلى ما يحبه ويرضاه وان يصلح الشأن ويزيل كل أسباب الشقاق والاختلاف وان يهدينا جميعا إلى طريق الخير والمحبة والتآخي والوحدة امتثالا لقوله تعالى (واعتصموا بحبل الله جميعا ولا تفرقوا) والحمد لله رب العالمين وصلى الله على سيدنا محمد وآله وأصحابه أجمعين..

مراجع الدراسة

- ١- القرآن الكريم
- ٢- السيرة النبوية لأبن هشام .
- ٣- المنجد في اللغة والإعلام .
- ٤- التشريع الجنائي الإسلامي عبد القادر عوده .
- ٥- التاج المذهب العنسي .
- ٦- علم الإحرام وعلم العقاب د/ رؤف عبید .
- ٧- قانون الجرائم والعقوبات اليمني .
- ٨- إحصائيات قضايا الثأر وزارة الداخلية .

التعارض في الأدلة الشرعية

القاضي /
أحمد صالح فرحان
عضو المحكمة العليا

التعارض في الأدلة الشرعية

قد تتعارض الأدلة الشرعية كما سنبينه في بحثنا هذا إذ لا شك أن تعارض الأدلة يرد كثيراً منها .

يقال عارض فلان .. فلاناً أي ناقضه ، وعارض الدليل الدليل أي ناقضه كذلك . والكلام المتعارض يقف بعضه ضد بعض أي يمنعه في النفوذ^(٣٠) واعتراض الشيء دون الشيء أي حال دونه وعارضه أي جانبه وعدل عنه^(٣١) وذلك تعريف التعارض في اللغة .

أما اصطلاحاً : فقد ورد التعارض بمعنى تقابل الحجتين وحينئذ فتقابل الحجتين يقتضي الترجيح بينهما من حيث التساوي أو القوة ثم الأخذ بالأقوى . وتوارد الدليلين في وقت واحد يجعل الحكم فيهما مختلف عن بعضهما . بحيث أن اختلاف متعلقات الحكم يؤدي إلى اتحاد الحكم وإلا لما وجد التعارض . وحينئذ تبرز الضرورة لإزالة التعارض منها على سبيل المثال لا الحصر .

- ١- التوفيق بين الأدلة بحيث يمكن إعمالها والتوفيق والجمع بينها ما دام ممكناً ذلك وقد تتعدد وسائله بحسب العموم والخصوص والإطلاق والتقييد .
 - ٢- ترجيح الدليل الأقوى على الأضعف وهو ما سنورده في ختام هذا البحث .
- (أ) التوفيق بين الأدلة فإذا كان الدليلان المتعارضان عامين أو خاصين مطلقتين أو خاصين مقيدتين يكون التوفيق بينهما بأن يقتصر كل دليل على حال معينه تخالف الحال التي ورد بشأنها الدليل الآخر ، وهذا متفق عليه بين العلماء . ومثال ذلك : قوله تعالى " لا يؤاخذكم الله باللغو في إيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم " ^(٣٢) .

وقوله تعالى : " لا يؤاخذكم الله باللغو في إيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان"^(٣٣) وبين الاثنين تعارض في حكم اليمين الغموس التي تعد من كسب القلب

^{٣٠} - المعجم الوسيط لإبراهيم مصطفى - مجمع اللغة العربية ص ٦٠٠

^{٣١} - مختار الصحاح .

^{٣٢} - (٢٢٥) سورة البقرة .

^{٣٣} - (٨٩) سورة المائدة .

فيتحقق العقاب عليها بمقتضى الآية الأولى ولكنها ليست يميناً منعقدة فلا تستوجب عقاباً بمقتضى الآية الثانية ويمكن التوفيق بينهما بأن يكون العقاب على اليمين الغموس في الآخرة والعقاب على اليمين المنعقدة في الحياة الدنيا .
وقوله تعالى " كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيراً الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقاً على المتقين " (٣٤).

وقوله تعالى " يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين " (٣٥).
وبينهما تعارض في الوصية للوالدين والأقربين فعلى الآية الأولى الوصية لهما بشيء من التركة في الوقت الذي لهم حق في التركة ثابت في الآية الثانية دون ما حاجة إلى الوصية من المتوفي وهو تعارض أمكن التوفيق بينهما بأن الوصية تجب للوالدين والأقربين إذا منع ما نع من استحقاقهم للميراث أما إذا كانوا يستحقون بالميراث بمقتضى الآية الثانية فلا تجب لهم الوصية .
وكذلك التعارض بين القراءات في قوله تعالى " ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله " (٣٦).

فقد قرأ حمزة والكسائي - وعاصم بتشديد الطاء في (يطهرن) وهي تقتضي المنع في إتيان الزوجات حتى يفتسلن وقرأ الياقون بالتخفيف " يطهرن " وهي تقتضي حل إتيان الزوجات بارتفاع الحيض ولو قبل الاغتسال بالحل الأصل - وأن رفع التعارض بين القراءتين يتم بحمل من قرأ بالتشديد ما إذا ارتفع الدم لأقل من عشرة أيام فيجب الغسل أما إذا ارتفع الدم لمضي عشرة أيام وهي أقصى مدة للحيض فتحل قبل الاغتسال بمقتضى من قرأ بالتخفيف لأن الدم ارتفع بيقين .

وفي قول رسول الله صلى الله عليه وعلى آله وصحبه وسلم في السنة :
" آلا أنبئكم بخير الشهود .

قالوا : بلي يا رسول الله

قال : أن يشد الرجل قبل أن يستشهد "

٣٤ - (١٨٠) البقرة .

٣٥ - (١١) النساء .

٣٦ - (٢٢٢) سورة البقرة .

ثم قوله في حديث آخر " ثم يكون قوم يشهدون ولا يستشهدون " وفي الحديثين تعارض في حكم أداء الشهادة دون طلب بينما أفاد الحديث الأول جوازها بينما لا يقيد الحديث الثاني الجواز وعلى الجمع بينهما يحمل الأول على الشهادة في حقوق الله تعالى والثاني على حمل الشهادة في حقوق العباد^(٣٧).

تعارض الخاص والعام :

يعرف الخاص : بأنه اللفظ الذي يفيد معنى واحداً وسواءً أكان نوعاً أو شخصاً أو أفراداً بعدد معين .

كما يعرف العام :

بأنه اللفظ الدال على أكثر من معنى ويستغرق جميع المعاني التي تدخل في إطاره دون حصر في عدد معين .

فالمعرف بال والاسم الموصول واسم الشرط والمضاف إلى الجمع والنكرة الموصوفة يوصف عام ، ولفظ كل وجميع يدخل في إطار ذلك.

• كما اجمع الفقهاء بأن العام يجب العمل بعمومه حتى يقوم الدليل على تخصيصه.

فإذا ما تعارض الدليلان في الخصوص والعموم كقوله تعالى : " والذي يرمون المحصنات المؤمنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فأجلدهم ثمانين جلده^(٣٨) .

فهي تفيد العموم بجلد كل من يرمي محصنة وسواء أكانت الزوجة أم غيرها من النساء .

وقد خصصت بقوله سبحانه وتعالى " والذي يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات " ^(٣٩).

^{٣٧} - شرح المنار على أصول النسفي ص٤٦٧

^{٣٨} - الآية (٤) سورة النور .

^{٣٩} - الآية (٦) سورة النور .

وهي تفيضان الزوج إذا رمى زوجته بالزني لا يجلد بل يلاعن فخرج من عموم العقاب بالجلد (بالملاعنة) .

تعارض المطلق والمقيد :

يعرف المطلق : بأنه ما دل على ذات شائعة أو على حقيقة من غير قيد يقيدها من صفة أو عدد .

كقوله تعالى (فتحرير رقبة) (٤٠) .

وقوله تعالى (فضرب الرقاب) (٤١) .

كما يعرف المقيد : بأنه ما دل على مطلق بصفة زائدة أو حال كرجل فاضل أو على ذات معينة (كمحمد) .

وقد اتفق الفقهاء على جواز حمل المطلق على المقيد من حيث المبدأ .

(١) كما روى عن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم قال " لا نكاح إلا بشهود "

وقال أيضاً " لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل "

فالمحل هنا واحد وهو النكاح .. والحكم هنا واحد وهو صحة انعقاده .

في حين أن ورود الحكم في الحديث الأول كان مطلقاً عن شرط الولي والشهود عن شرط العدل .

بينما كان ورود الحكم في الحديث الثاني مقيداً بهما فيه فيحمل المطلق على المقيد (٤٢) .

(٢) وكقوله سبحانه وتعالى " واستشهدوا شهيدين من رجالكم " (٤٣) فالشهادة

هنا مطلقة من صفة العدالة وهي محمولة على النصوص المقيدة بشرط

العدالة في قوله تعالى " وأشهدوا ذوي عدل منكم " (٤٤) .

٤٠ - آية (٣) سورة المجادلة .

٤١ - آية (٥) سورة محمد .

٤٢ - وقد أخذ الحنفية بالمطلق دون حملة على المقيد وهي مخالفة للقاعدة العامة .

٤٣ - آية (٢٨٢) سورة البقرة .

٤٤ - آية (٢) سورة الطلاق .

فالأية الأولى وردت في الأموال بينما الثانية وردت في الرجعة والطلاق ولقيام أدلة شرعية عديدة على وجوب عدالة الشهود يحمل المطلق على المقيد وتصبح العدالة شرطاً في الشهادة في سائر الاقضية .

ب) أما في حال ترجيح الدليل الشرعي الأقوى على الأضعف :

فإنه وأن كان يمتنع حدوثه حيث حكى الصيرفي في شرح الرسالة عن الشافعي قوله "أنه لا يصح عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أبداً حديثان صحيحان متضادان ينفي أحدهما الآخر من غير جهة الخصوص والعموم والإجمال والتفسير إلا على وجه النسخ".

ولهذا فجمهور علماء الأصول يعتبرون الأصل المعول عليه هو امتناع وجود دليلين متكافئين في نفس الأمر بحيث لا يكون لأحدهما مرجح فلا بد من مرجح وإن خفي على بعض المجتهدين .

وفي الجملة أن مخالفة الظني الأصل قطعي يسقط اعتبار الظني على الإطلاق وهو مما لا يختلف فيه^(٤٥).

وحينئذ فإن الترجيح هنا قائم بترجيح الأصل القطعي على الظني كدليل أقوى في مقابل الأضعف وهو ما أراه في ختام هذا البحث وصلى الله وسلم على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه أجمعين .

^{٤٥} - إرشاد الفحول للشوكاني .

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ