(34)

34-1

بسم الله الرحمن الرحيم

المحكمة القومية العليا

دائرة ولايتي البحر الأحمر وكسلا

بور تسودان

أمام:-

السيد عبد الرؤوف حسب الله ملاسي . . . رئيساً .

السيد/إبراهيم محمد المكي . . . . . عضواً .

السيد /إبراهيم محمد حمدان . . . . . عضواً .

محاكمة: جمعة زكريا كومي كودي

م ع/ ط ج/٢/٢٠١٥م

(الحكم)

هذا طعن بالنقض مقدم من الأستاذ / جعفر كجو الفكي المحامي إنابة عن المحكوم عليه في المحاكمة : غ إ /٨٠/٢٠١٤م والقاضي الحكم فيها بإدانة المذكور تحت المادة (٤٥) فقرة (ب) من قانون الطفل ٢٠١٠م والحكم عليه بعقوبة السجن (٢٠ عاماً) والغرامة (٥٠٠ جنيه) تحصل وفق أحكام المادة (١٩٨) إجراءات جنائية ١٩٩١م وقد تأيد الحكم بدوره أمام محكمة الاستئناف في :أ س ج/٢٢٦/٢٠١٤م بتاريخ :١٧/نوفمبر/٢٠١٤م مع إعادة الإجراء لتحصيل الغرامة وعدم إنفاذ عقوبة السجن البديلة إلا بعد تعذر تحصيل الغرامة مع التوجيه برفع الإجراءات والحكم إلى هذه الدائرة للتأييد أو خلافه تحت المادة (١٨١) من قانون الإجراءات الجنائية ١٩٩١ . ويدور محور الطعن في النقاط التالية :-

أولاً :

لا خلاف حول واقعة علاقة عاطفية بين المجني عليها والمتهم وكانا على تواعد بالزواج واتصل بها بعد أن حضرت إليه في منزله وبرضائها وحملت منه سفاحا ولا ينكر المتهم كل هذه الوقائع التي أقر بها قضائياً .

ثانياً :

يري الطاعن أن الحكم والإجراءات مخالفة للقانون والاختصاص على السند التالي :

أ) أن قانون الطفل ٢٠١٠م في المادة (٤) منه مخالفة للقانون الجنائي ١٩٩١م وأيضا الدستور في تعريفها للطفل أنه كل من لم يتجاوز الثامنة عشره من العمر .

ب) أن المجني عليها وفق تعريف القانون الجنائي ١٩٩١م (ليست بطفلة) إذ تبلغ (١٧ عاماً) وحملت من المتهم وبالتالي فهي (بالغ) وبالتالي تعتبر داخله في وصف (زانية) .

ت) يفيد المحضر بوجود (شك واضح) في مستند اتهام (٢) الذي يحدد (السن) بالنسبة للمجني عليها لوجود كشط وتعديل لتأكيد أن عمرها (١٤) عاماً وقد طعن الدفاع في هذا المستند أمام الجهة المختصة ومازال التحقيق حوله جارياً حول السجل الرسمي حيث لم يعثر على السجل رقم أنه كان في ٢٠٠٠م وقد حرمت المحكمة المتهم من تقديم شهود حول عمر المجني عليها وخاصة الشاهد الذي طلبه الدفاع وهو مدير مدرسة المجني عليها وملم بالعمر الحقيقي لها كطالبة معه في المدرسة وحرمان الدفاع من حقه المشروع لإثبات عدم صحة المستند فيه حرمان من حق الدفاع وكان المفترض تحقيق التوازن العدلي في تقديم البينة بين الاتهام والدفاع للوصول إلى حكم عادل .

ث) الخلاف حول (العمر الحقيقي) للمجني عليها له علاقة بالاختصاص الإجرائي بالنسبة لمحكمة الطفل وقد تكون غير مختصة .

ج) ما أقر به (المتهم) جريمة (حدية) وكان الواجب عليها شرعاً وقانوناً مراجعته في إقراره وفق أحكام المادة ٦٢ من قانون الإثبات ١٩٩٤م فقرة (أ) (الإقرار الصريح أمام المحكمة ما لم يعدل عنه قبل بدء التنفيذ) وعقوبة الزنا (الرجم) للمحصن والجلد لغيره .

ح) اعتمد الحكم في الإدانة على مجرد الإقرار والمجني عليها (بالغة) بدليل حملها وفق المادة (٦٢) إثبات ١٩٩٤م وكان المفترض إجراء تحليل الحامض النووي لربط الجنين بالمتهم أو وجود شك في صلته (بالحمل) رغم (مباشرته الجنسية) بحسب إقراراه ومن محصلة طلبه يلتمس :

أ) إلغاء الحكم وبراءة المتهم وإطلاق سراحه .

ب) احتياطياً إعادة الإجراءات للتحقق من صلة المتهم (بالحمل) وإحالة الشاكية المجني عليها إلى القمسيون الطبي لإعادة تقرير العمر لعلاقته بتحديد الاختصاص النوعي لمحكمة الطفل .

ت) إتاحة الفرصة العادلة ليقدم الدفاع بينة إضافية حول القضية وتحديد عمر الشاكية .

وفي تقديري أن الطعن يتعين الفصل فيه على الوجه التالي :

أولاً :

لا خلاف حول خطورة الإدانة تحت المادة (٤٥) فقرة (ب) والتي فضل عقوبتها تحت المادة (٨٦) من قانون الطفل فقرة (و) لأشد العقوبات البدنية (الإعدام أو السجن المؤبد).

ثانياً :

واضح من واقع المحضر الوقائع التالية المتيقنة وهي :

أ) حمل المجني عليه سفاحاً .

ب) إقرار المتهم بالفعل الجنائي وعلاقته الجنسية بالشاكية .

ويدور كل محور الطعن (في مسألة) صحة تقدير عمر الشاكية وهل هو (أقل من ١٨ عاماً) وهو ما يركز حوله الدفاع في جزئية (اختصاص المحكمة) وهل يكون لمحكمة الطفل أم لمحكمة الجنايات لارتباط الاختصاص (بهذه الجزئية) .

ثالثاً :

في تقديري أنه وقبل الدخول في مناقشة ما أثاره الدفاع في طعنه فلا بد لنا من الوجهة القانونية التفسيرية البحتة من بيان المسائل التالية :

١- عرف القانون الجنائي باعتباره القانون الجنائي العام الشخص البالغ في المادة (٣) منه ز(تفسير) بأن البالغ يعني الشخص الذي :

ثبت بلوغه الحلم بالإمارات الطبيعية القاطعة وكان قد أكمل الخامسة عشره من عمره ولو لم تظهر عليه إمارات البلوغ .

٢- عرف قانون الطفل في المادة (٤) تفسير الشخص (غير البالغ وأيضا الشخص البالغ) بحسب السياق التشريعي (الدلالة النص) التشريعي بأن الطفل غير البالغ هو :

(كل من لم يتجاوز الثامنة عشره من عمره وأن البالغ هو كل من تجاوز الثامنة عشرة من عمره).

٣- أن قانون الطفل ٢٠١٠م بحسب قواعد التفسير القانوني الإجرائي ووفق أحكام وقواعد التفسير القانونية هو القانون (الجنائي الخاص بالطفل جانياً أم مجنياً عليه) وتسود أحكامه على القانون الجنائي العام ١٩٩١م لأنه قانون خاص والخاص استثناء من العام وهو أيضاً القانون اللاحق وفق المادة (٦) فقرة (٣) و (٤) من قانون تفسير القوانين والنصوص العامة ١٩٧٤م وقد حسم المشرع في المادة (٣) من قانون الطفل ٢٠١٠م مسألة سيادة أحكامه على القانون الجنائي العام ١٩٩١م وأي قانون آخر بتقريره بنص قطعي الدلالة والورود التغييري القطعي .

تسود أحكام هذا القانون على أي حكم في أي قانون آخر .
(يتعارض معه تأويلاً لمصلحة الطفل إلى المشرع الذي يزيل ذلك التعارض)

اطلاع

٤- رغم وضوح سيادة قانون الطفل ٢٠١٠م على القانون الجنائي العام ١٩٩١م فقد تباين الفقه القضائي في السوابق القضائية إذ ذهب رأي إلى مخالفة قانون الطفل في تحديد سن المسئولية الجنائية للشريعة الإسلامية والدستور بما يوجب الرجوع إلى القانون الجنائي لأنه (يعرف البلوغ بما يوافق الشريعة) وخالفت ذلك وجهة نظر أخرى بأن قانون الطفل لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية وهي الكتاب والسنة لأنه لا يوجد نص قطعي الدلالة والورود يعرف (عبارة الحلم) الواردة في الحديث الشريف (الصغير أو الصبي حتى يحتلم) والواردة في الآية (سورة النور) أية (٥٩) (إذا بلغ الأطفال منكم الحلم فليستأذنوا كما استأذن الذين من قبلهم كذلك

يبين الله لكم آياته والله عليم حكيم) وكل ما ورد في تعريف الحلم (هو محض اجتهاد فقهي حول أمارات أو علامات البلوغ وعددها والسن والعمرية المصاحبة لها) واختلف الفقه نفسه حول (عدد هذه الإمارات القطعية) والسن المصاحبة لها (للقطع بالبلوغ) لأن عبارة (قطعية) تعني كمال البلوغ بصورة قاطعة لعلة أن كمال العقل هو مناط المسئولية والتكاليف الشرعية والمعلوم أيضاً (أن الفقه هو محض اجتهاد لمعرفة حكم الشريعة وليس هو الشريعة لأنها بنص دستور السودان ٢٠٠٥م هي الكتاب والسنة والإجماع كما أن الاجتهاد الفقهي يظل اجتهاداً ورأياً يأخذ منه المشرع ما يشاء أو أن يختار الاجتهاد الفقهي الذي يراه دون التزام بفقه بعينه وفوق كل ذلك فقانون الطفل هو قانون (خاص بجرائم تعذيرية خاصة وعقوبات تعذيرية خاصة) ولا سند للقول بمخالفته الدستور ٢٠٠٥م الذي يجيز توقيع عقوبات الإعدام في المادة (٢/٢٦) منه على من هو دون الثامنة عشرة في جرائم الحدود والقصاص والجرائم في قانون الطفل جرائم (تعذيرية) وقد عرف القانون الجنائي نفسه عبارة عقوبة تعذيرية في المادة (٣) منه :

(تعني أي عقوبة غير الحدود والقصاص).

وبالتالي لا سند للتعلل بما ورد في الدستور الذي يتحدث عن الجرائم التي أجاز الدستور فيها للمشرع أن يضع عند التشريع عقوبة الاعدام من الجرائم الحدية والقصاص وليس الجرائم (التعذيرية) إذا لم يقرر الدستور ذلك وجوباً على المشرع بل ترك له الخيار التشريعي لتحقيق مقاصده التشريعية من أي تشريع لتبرير مخالفة المادة (٤) من قانون الطفل للدستور هذا بالإضافة إلى أن تعريف القانون الجنائي نفسه اختلف الفقه القضائي التفسيري في تفسيره لأنه :

١- لم يحدد التعريف ماهية هذه الأمارات الطبيعية القطعية وعددها .

٢- لم يعرف عبارة (قطعية) .

٣- بل خالف الجمهور في تحديده عدد هذه الأمارات القطعية وفي تحديده كسن (الخامسة عشرة) المصاحبة (للأمارات).

وبالتالي (تباين الفقه القضائي) نفسه حول تطبيق (سن بلوغ الحلم الوارد في المادة (٣) من القانون الجنائي .

ونحن في هذه الدائرة نخالف وجهة النظر الأولى وكمثال لسوابقها التي نخالفها في وجهة النظر كمثال فقط :

(السابقة : ١٤٧/محاكمة / حسن محمد ، م ع / مراجعة /٩٤/٢٠١٢م محاكمة : صلاح سيد (دائرة الخرطوم)) .

ومن سوابقنا المؤيدة لموافقة قانون الطفل للشريعة والدستور نورد كمثال :

م ع / ط ج /١٧/٢٠١٢م محاكمة أزهري السيد آدم ، ط ج / ١٩٩/٢٠١٤م محاكمة : إسماعيل آدم محمد ، م ع / ط ج / ٢٠٣/٢٠١٤م دائرة البحر الأحمر وكسلا .

إذن فالبالغ بحسب قانون الطفل هو :
(كل من تجاوز الثامنة عشرة من عمره) .
وغير البالغ :
(كل من لم يتجاوز الثامنة عشرة من عمره) .

رابعاً :

وبالعود إلى الطعن والقضية نجد الآتي :

١- ينازع الطاعن في اختصاص محكمة الطفل على سند أن (المجني عليها بالغ) وبما يستوجب أن يكون الاختصاص لمحكمة الجنايات وفق أحكام قانون الإجراءات الجنائية العام ١٩٩١م .

٢- طالما أن إقرار المتهم بجريمة حدية وعدل من إقراره فلا يسال عن الفعل الذي أقر به .

٣- هنالك شك في العمر الحقيقي للمجني عليها لأنها (بالغ) وشاركت المتهم في الجريمة برضائها بما يجعلها شريكه للمتهم وليس مجني عليها .

(إذن) فكل محور الطعن يدور حول (صحة تقدير) عمر المجني عليها (وإن كانت بالغاً أم غير بالغة) وأن تقدير السن (هو الذي يقطع إن كانت مجنيا عليها أم شريكة جانية) ولا خلاف حول (حمل المذكورة) وإقرار المتهم على الاتصال بها جنسياً مواقعه كزوج وهي ليست بزوجته وإن كان المتهم (ينكر الحمل) وعموماً فسواء (حملت أم لم تحمل الشاكية) فالجريمة سواء أكانت (زناً) أو (فعل تجريمي تعذيري) تحت المادة (٤٥) فقرة (ب) كلها ترتبط (بحدوث الفعل الإجرامي) ولا ينكره المتهم وإن نفي (الغصب) بدعوى أن الفعل (كان بالتراضي) ومعلوم أن رضا (غير البالغ لا يعتد به) إن ثبت عدم بلوغها وفق تعريف المادة (٣) من القانون الجنائي ١٩٩١م لا يعتد برضا شخص غير بالغ أو تحت تأثير الإكراه والخطأ أو غير مدرك لماهية ما رضي به بسبب اختلال قواه العقلية أو (النفسية) وهذه مسألة لا خلاف حولها من الوجهة القانونية الإجرائية البحتة :

(إذن) فالسؤال هو : (س)

- هل كان قبول المحكمة لواقعة أن الشاكية غير بالغ مستنداً على صحيح البينة المقدمة وهل هنالك شك في تقدير هذه العمرية يستوجب إعادة النظر لارتباطه بالاختصاص الإجرائي القانوني لمحكمة الطفل .

بالرجوع إلى المحضر للإجابة على هذا السؤال نري الآتي :

١- تقر المجني عليها برباط عاطفي وأنها والمتهم مارسا الاتصال الجنسي برضائها التام وأنها حبلت منه دون رباط شرعي .
٢- يقر المتهم بالفعل ولا ينكره وأن الفعل كان برضاء الطرفين .
٣- لا توجد أية بينة أخرى (سوى إقرار المتهم والمجني عليها) .
٤- إدانة المتهم تحت المادة (٤٥) ب كان على أساس (إقراره) والذي أكده في كل مراحل التحري إلى المحاكمة إلى استجوابه إلى رده على التهمة ولم يعدل عنه في كل المراحل .

34-8

٥- المعلوم فقهياً أن عبارة (اغتصاب الواردة في المادة (١٤٩) من القانون الجنائي ١٩٩١م ، وأيضاً عبارة (اغتصاب) الواردة في قانون الطفل ٢٠١٠م لم يضع لها المشرع في كلا القانونين تعريف أو تفسير وهو بحسب تفسير وتعريف الفقه القضائي لا يعني (حدوث الجريمة) ولكنه تعبير عن (السلوك الذي باشر به الجاني الجريمة بالإكراه ودون رضاء المجني عليه أو عليها وغصبه دون رضاه وإجباره على الفعل) بسلوك (مادي أو معنوي) وهو التفسير المتواتر قضاءً .

انظر كمثال :

- السابقة : محاكمة : هيثم آدم عبد الله آدم : م ع / ط ج /٢٠٣/٢٠١٤م دائرة البحر الأحمر وكسلا .

عبارة اغتصاب تعني :-

- الوسيلة التي ترتكب بها الجريمة وهي كل فعل أكراه مادي أو معنوي ويشكل جريمة أخرى منفصلة معاقب عليها في حال عدم وقوع الجرائم أو الجريمة التي قصدها الجاني بهذه الوسيلة .

٦- اعتمدت المحكمة على مستند اتهام (٢) شهادة تقدير العمر وأنها من مواليد ٢٠/أبريل/٢٠٠٣م وبالتالي فهي طفلة بحسب تعريف المادة (٤) من قانون الطفل ولم تبلغ بتجاوز عمر الثامنة عشرة من العمر وعليه اعتبرت المحكمة رضا المجني عليها وإن رضيت فلا محل لقبول هذا الرضي ومن ثم أدانت المتهم تحت المادة (٤٥) فقرة (ب) من قانون الطفل ٢٠١٠م المعاقب عليه تحت المادة ٨٦ (و) من ذات القانون والمتهم يقر بمواقعه المجني عليه الطفلة ولا ينكر ذلك فقد واقع المجني عليه (زناً) بحسب اعترافه ويلاحظ هنا أن مستند اتهام (٢) هي شهادة ميلاد قامت المحكمة بإجراء المضاهاة (بالأصل) لأنها صور غير واضحة ويلاحظ أن المتهم ص (٣) من المحضر لم يعترض على هذا المستند أو تقدير عمر المجني عليها (مستند اتهام ٢)

وهو شهادة (ميلاد) ويوضح الشكل العام لها أنها مستند رسمي صادر من سجلات السجل المدني .

وباطلاعي على هذه المستندات فالواضح أمامي :

أ) أنها صور مصورة بالتصوير الطباعة وغير واضحة المعالم (لرداءة الطباعة) .

ب) لم تقدم (الشهادات الأصلية) وكان من السهل الرجوع إلى سجلات السجل المدني للتأكد من صحتها بالسجل وطلب نسخة أصلية منها من إدارة السجل .

ت) يؤكد الخطاب الذي قدمه الطاعن وأرفقه (بعريضة الطعن) وهو خطاب صادر من وزارة الصحة بالنمرة : و ب ح / و ص /٤٤/أ/أ و الموقع من المدير التنفيذي لوزير الصحة عصام الدين محمد يوسف للتحقيق بشأن شهادة ميلاد المجني عليها برقم القيد سجل ١٧٧٤ باسم نارمان كمال آدم فقد جاء فيه بالإشارة إلى الموضوع أعلاه (التحقيق بشأن شهادة الميلاد بالقيد ١٧٧٤) اعلم سيادتكم بالاتي :

- المستند المرفق بالطلب صورة غير واضحة .
- شهادات الوفيات والمواليد أصبحت تابعة لوزارة الداخلية بالسجل المدني .
- لا نملك سلطة مراجعة المستند من أي ناحية إلا عبر الإجراءات القانونية أمام المحكمة أو النيابة .
- يمكن للمحكمة المختصة أو الجهة المختصة التي ترغب في التحقيق حول هذا المستند مخاطبة الجهات المختصة لذلك .

والجهات المختصة بلا جدال هي إدارة السجل المدني وبالتالي فطالما أن سجل المواليد سجل رسمي ويعتبر المستند مستند رسمي وفق المادة (٤١) من قانون الإثبات ١٩٩٤م فمن السهل والميسر معرفة صحتها من عدمها وأن كانت الشهادة بالصفحة ١٧٧٤ مسجلة بسجلات السجل المدني الرسمي فيجب مخاطبة إدارة السجل المدني للإفادة القاطعة عن هذه المستندات ذات الأهمية القصوى في الاتهام في هذه القضية الخطيرة التي تصل عقوبتها إلى (الإعدام أو السجن المؤبد) وبضرورة استخراج (صورة أصلية) من السجل المدني طالما أن الأمر متعلق بالعدالة الإجرائية ومتعلق بقواعد النظام العام الإجرائي ومدى اختصاص محكمة الطفل أو محكمة الجنايات بحسب (السن وعمرية البلوغ) وللقطع إن كانت المجني عليها متجاوزة الثامنة

عشرة أم لا أم أدنى من ذلك وخاصة أن (التحري في الإجراءات التي تمت في البلاغ) أو خلال المحاكمة لم تخاطب السجل المدني بهذه الصور المطبوعة بالة التصوير وإن كان أصلها هذه الشهادة المصورة مسجل حقيقة بقيد المواليد بالسجل المدني ومطابقة له (بصورة شهادة أصلية معتمدة) .

ومن ثم أرى أن المستندات المقدمة بوضعها وشكلها الحالي غير مقبولة ولا يطمأن إليها ما لم يتم التحقق من صحتها خاصة أن البينة الوحيدة المباشرة في هذه القضية (إقرار المتهم وبل إقرار المجني عليها) وقرينة (الحمل) ولا بينة مباشرة أخرى مع تمسك المتهم بإقراره من مرحلة التحري والمحاكمة والي مرحلة الطعن بلا تغيير أو تبديل وبالتالي فالعدالة الإجرائية وقواعد الإثبات تتطلب دقة التحقق من هذه المستندات وخاص في جريمة تصل عقوبتها إلى (الإعدام أو السجن المؤبد) . كما أن المعلوم وفق قواعد الإجراءات وقواعد الإثبات أنه يجوز في حال عدم وجود (إثبات لصحة المستندات) فإن المرجعية الاثباتية في هذه الحالة تكون بتقدير العمر (بواسطة القمسيون الطبي) لتحديد العمر وقت الفعل محل الجريمة وإن كانت المجني عليها بالغة أم لا ويخضع التقدير لتقييم وتقدير ووزن المحكمة .

ومن كل ذلك نري أن العدالة الإجرائية ومتطلبات الاختصاص الإجرائي النوعي وفق قواعد الاختصاص الإجرائي التي يتطلبها القانون باعتبارها من قواعد النظام العام الإجرائي كلها تقتضي قبول ما إثارة الدفاع لمزيد من التحقيق العدلي بأن نأمر بالاتي في شأن الطعن المقدم وأسبابه الإضافية :-

أولاً :-

١- تلغي الإدانة والعقوبة تحت المادة (٤٥) فقرة (ب) من قانون الطفل ٢٠١٠م .

٢- يبقي المتهم بالحبس على ذمة القضية لحين إعادة النظر وفق موجهات الحكم (أعلاه) .

ثانياً :-

أن تستوثق المحكمة من صحة مستند اتهام رقم (٢) بالرجوع إلى سلطات شرطة السجل المدني لمراجعة صحتها وفق السجل المدني .

ثالثاً :-

إذا جاءت إفادة مراجعة السجل المدني (سلبية) بعدم وجود قيد بالسجل تحال المجني عليها إلى لجنة القمسيون الطبي لتقدير العمر وقت الحادث محل الاتهام في ديسمبر ٢٠١٤م بالتقريب .

رابعاً :-

تأذن للمحكمة بقبول أي بينات إضافية أن اقتضي الحال ذلك لإنفاذ موجهات هذا الحكم .. ثم تصدر ما تراه مناسباً من حكم وقرار عادل .

عبد الرؤوف حسب الله ملاسي

قاضي المحكمة العليا

٢٩/أبريل/٢٠١٥م

١٠/ رجب/١٤٣٦هـ

إبراهيم محمد المكي

قاضي المحكمة العليا

٢٠١٥/٤/٣٠م

إبراهيم محمد حسان

قاضي المحكمة العليا

٢٠١٥/٥/٣م

الأمـــــر النهائـــــي :

أمـــــــر :

- أولاً : نلغي الإدانة والعقوبة الصادرة تحت المادة (٤٥) فقرة (ب) من قانون الطفل ٢٠١٠م .

- ثانياً : يبقى المتهم بالحبس على ذمة القضية لحين إعادة النظر أمام المحكمة الجنائية وفق موجهات الحكم أعلاه .
- ثالثاً : تعاد الإجراءات إلى محكمة الجنايات الطفل لتستوثق من صحة مستند اتهام (٢) وفق موجهات الحكم أعلاه .
- رابعاً : نأذن للمحكمة بقبول أي بينات إضافية أن اقتضى الحال ذلك لإنفاذ موجهات هذا الحكم ثم تصدر ما تراه من قرار عادل وحكم .

عبد الرؤوف حسب الله ملاسي

قاضي المحكمة العليا

ورئيس الدائرة

٥/مايو/٢٠١٥م

١٥/رجب/١٤٣٦هـ

خواطر ***