قـــرار

الرقم (21/ 23) ق.د
التاريخ 6/ 4/ 1434 هـ
الموافق 16/ 2/ 2013 م

بشأن المذكرة المرفوعة من القاضى الجزائى بمحكمة غرب الأمانة القاضى / عبد الولى عبده حمود الشعبانى المؤرخة 11/ 2/ 1434هـ الموافق 24/ 12/ 2012م ورقم (171) إلى القاضى/ عصام عبد الوهاب السماوى رئيس المحكمة العليا التى موضوعها طلب تحقيق مدنى دستورية قانون الحضانة رقم (1) لسنة 2014 والمقيمة لدى المحكمة برقم (1) وتاريخ 6/ 1/ 2012 عقدت الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا دجلستها بمقر المحكمة العليا بتاريخ 25 ربيع الأول 1434 هجريا الموافق 27/ 1/ 2013 بهيئتها المشكلة من كل من :

القاضي / عصام عبد الوهاب السماوى رئيساً
القاضي / محمد على البدرى عضواً القاضي / أحمد أحمد الخطابى عضواً
القاضي / أحمد سقاف بن سميط عضواً القاضى / محمد راشد عبد المولى عضواً
القاضي / فيصل عمر مثنى القاضي / يحيى محمد الإريانى عضواً منتدباً
وحضور الأخ عبد الكريم راجح أبو حاتم أمين السر

حيث كان الإطلاع على المذكرة المنوه عنها بأعلاه والتى ورد فيها:

استناداً إلى قرار محكمة غرب الأمانة الابتدائية الصادر بجلسة 14 محرم 1434هـ الموافق 28/ 11/ 2012م الذى قضى منطوقه بالآتى:

1 ـ وقف السير فى إجراءات نظر الخصومة مؤقتاً.

2 ـ رفع الأوراق المتعلقة بطلب التصدى والرد عليه وقرار المحكمة إلى الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا للفصل فى مدى دستورية قانون الحصانة الصادر برقم (1) لسنة 2012م.

وأرفقت بالمذكرة صورة طبق الأصل من عريضة طلب التصدى، وصورة طبق الأصل من محضرى جلسة يومى السبت 27/ 11/ 1433هـ الموافق 13/ 10/ 2012م، والأربعاء 14 محرم 1434هـ الموافق 28/ 11/ 2012م المقدم فيها الطلب والرد عليه، كما أرفق أيضاً أصل مسودة قرار المحكمة وأصل قرار المحكمة شاملاً المرفقات المشار إليها، وذيلت المذكرة بما لفظه: تكرموا بالاطلاع وإحالة الطلب إلى الدائرة الدستورية لتحقيقه والفصل فيه.

كما كان إطلاع هذه الدائرة على عريضة طلب التصدى الذى قدم أمام تلك المحكمة بتحريك الدعوى الجزائية ضد من لم يشملهم قرار الاتهام استناداً إلى المادة (32) من قانون الإجراءات الجزائية رقم (13) لسنة 1994م.

طالب التصدى: هيئة الادعاء الخاصة عن أولياء دم الشهداء.

المطلوب التصدى ضدهم: 13 شخصاً مذكورة أسماؤهم فى العريضة المؤرخة 13/ 10/ 2012م، وقد خلصت العريضة إلى الطلب من القاضى الجزائى بمحكمة غرب الأمانة بما يلى:

(وعليه واستناداً إلى الحق المكفول لموكلينا شرعاً وقانوناً فى الانتصاف لهم من جميع قتلة مورثيهم واختصام ومقاضاة كل من ثبت تورطهم فى الجريمة دون اجتزاء، وذلك إعمالاً لنص المادة (32) من قانون الإجراءات الجزائية النافذ، وتحريك الدعوى الجزائية ضد من سبق ذكرهم والمشار إليهم فى ملف القضية وأوراقه، ووجوب تصدى عدالة المحكمة فى مثل هذه الحالة وفقاً للقانون، مع احتفاظ موكلينا فى تقديم كل ما لديهم من أدلة وباختصام كل من ثبت ويثبت لاحقاً تورطه فى الجريمة).

هذا وتتلخص حيثيات وأسباب قرار القاضى المذكور فى أنه: لما كان موضوع طلب التصدى ـ وكما هو ثابت من عريضته ـ يتمثل فى طلب توجيه النيابة العامة بتحريك الدعوى الجنائية ومباشرة إجراءاتها ضد الأشخاص المقدم طلب التصدى فى مواجهتهم وذلك عن الوقائع المنسوبة إليهم، وحيث والمقرر بصريح نص القانون رقم (1) لسنة 2012م الصادر فى 21/ 1/ 2012م أنه بمقتضاه تم منح الحصانة من الملاحقة القانونية والقضائية للأشخاص المشمولين بذلك القانون عن الوقائع المشار إليها فيه، وحيث إن أولئك الأشخاص المطلوب التصدى فى مواجهتهم وكذلك الوقائع المنسوبة إليهم فيه يندرجان ضمن الأشخاص والوقائع المشمولة

بالحصانة بموجب القانون المذكور ، فإن طلب التصدى ذلك وبالتالى الفصل فيه يثير مسألة جوهرية تتعلق بمدى تطبيق ذلك القانون من عدمه ، وحيث إن طلب التصدى يتمحور موضوعه وكما أسلفنا فى طلب تحريك الدعوى الجنائية ضد أولئك الأشخاص عن تلك الوقائع ، والحال أنهما مشمولان بمقتضى القانون ، فإن طلب التصدى - والحال كذلك - ينطوى بالضرورة على طلب إهمال هذا القانون لا عن جهل طالبى التصدى بهذا القانون ولا عن تجاهل لنصوص هذا القانون ، وبالتالى الحصانة الممنوحة بمقتضاه لا تمثل من وجهة نظر طالبى التصدى مانعاً قانونياً من طلب التصدى ، وبالتالى تحريك الدعوى الجنائية ضد الأشخاص المطلوب التصدى فى مواجهتهم ، وذلك هو جوهر الدفع بعدم دستورية قانون الحصانة الذى تحرج طالبو التصدى عن الإفصاح بالدفع بعدم دستوريته اكتفاء بالتلميح إليه .. ومما جاء فى حيثيات القرار المذكور استناد مصدره إلى حكم المادة (185) من قانون المرافعات من حيث إن الدفع بعدم الدستورية هو من الدفوع المتعلقة بالنظام العام التى يجوز إبداؤها فى أية مرحلة من مراحل الخصومة ولو أمام المحكمة العليا ، وعلى المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها بحكم مستقل وقبل الفصل فى الموضوع ، وأنه لما أن دستور الجمهورية اليمنية قد حدد فى المادة (153) منه طريقين لطرح مسألة تحقيق مدى دستورية قانون على الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا وهما : طريق الدعاوى وطريق الدفوع ، وأنه كان غير متصور بالنسبة للمحكمة كما هو معلوم بداهة ، فلم يتبق أمامها وقد انسد ذلك الطريق سوى سلوك ثانى الطريقين ، أعنى طريق الدفوع بعدم الدستورية وسبيلها إلى ذلك يتمثل فى إثارة تلك المسألة ولو من تلقاء نفسها وإحالتها إلى الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا للفصل فيها .

وساق القرار فى تسويغ أحقية محكمة الموضوع - وواجبها - فى إثارة مسألة الدستورية من تلقاء نفسها فى إطار التعامل معها كمسألة أولية فى أية حالة تكون عليها الإجراءات بالآتى :

- إن طلب التصدى هو جوهر الدفع بعدم دستورية قانون الحصانة رقم (1) لسنة 2012م الذى تحرج طالبو التصدى عن الإفصاح بالدفع بعدم الدستورية .

- أن المادة (186) مرافعات التى عددت الدفوع التى تعتبر من النظام العام ومنها الدفع بعدم دستورية قانون قد أضافت : (وفى 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 الفصل فيه .. إلى آخر النص) ، وأضافت الحيثيات : ولئن كانت المادة تنص على الدفع بعدم الدستورية ، إلا أنها لا تعنى بحال من الأحوال أن السبيل الوحيد لإثارة مسألة تحقيق مدى دستورية القانون من عدمه ، أن تبدى دائماً وأبدا فى صورة دفع من قبل أحد طرفى الخصومة دون المحكمة ، فهكذا فهم ولا ريب مشوب بفساد تأويل النص القانونى إلى ما لا يدل عليه لما يلى :

- أن الدفع بعدم الدستورية طبقاً للمادة (185) مرافعات ، وهو من النظام العام يجوز إبداؤه فى أية مرحلة من مراحل الخصومة.

- أن على المحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها بحكم مستقل وقبل الفصل فى الموضوع فى جميع الدفوع المتعلقة بالنظام العام فيما عدا الدفع بعدم الدستورية ، فحسبها متى توافرت موجبات الدفع الذى تلقته من الخصوم أو أثارته من تلقاء نفسها وأحالته إلى المحكمة أو الدائرة الدستورية للفصل فيه باعتباره مسألة أولية وذلك التزاماً بحدود ولاية كل منهما .

- أن قول المشرع فى المادة (185) مرافعات إذا كان الدفع متعلقاً بالنظام العام (أن تقضى به) أى (أن تثير الدفع) ولم يقل (أن تقضى فيه) وإلا كان قضاؤها تحصيل حاصل لما يجب عليها . إذ طالما وقد أثير الدفع من أحد الخصوم فقد توجب على المحكمة الفصل فيه .

- أن القول بخلاف ذلك فيه مصادرة لحق المحكمة فى إثارة المسائل المتعلقة بالنظام العام تأباه العدالة لاسيما فى أحوال تقصير الخصوم .

أن ما يؤكد حق محكمة الموضوع فى إثارة مسألة دستورية قانون من تلقاء نفسها حقها المقرر بأن تقضى بعدم اختصاصها نوعياً ، إذا تبين لها أنها غير مختصة (م/90) مرافعات ، عدم قبولها للدعوى أو الطلب او الدفع إذا تبين لها ومن تلقاء نفسها عدم الصفة أو المصلحة (م/76) مرافعات . (انتهى) .

حيثيات القرار

مما سبق يتضح أن الطلب المبدى من القاضى الجزائى بمحكمة غرب الأمانة الموجه إلى الدائرة الدستورية المتضمن بمذكرته سالفة الذكر بتحقيق مدى دستورية قانون الحصانة رقم (1) لسنة 2012م قد نشأ إثر طلب تصدٍ قدم إلى تلك المحكمة بتحريك الدعوى الجزائية ضد عدد 13 شخصاً حددت عريضة طلب التصدى أسماءهم لم يشملهم قرار الاتهام المقدم إلى المحكمة من قبل النيابة العامة، واستند طلب التصدى إلى نص المادة

(32) من قانون الإجراءات الجزائية التى تنص : (إذا رأت المحكمة الابتدائية فى دعوى مرفوعة أمامها أن هناك متهمين غير من أقيمت الدعوى عليهم أو وقائع أخرى غير المسندة فيها إليهم، أو أن هناك جريمة مرتبطة بالتهمة المعروضة أمامها ، فعليها أن تحيلها إلى النيابة العامة لتحقيقها والتصرف فيها طبقاً للباب الثالث من الكتاب الثانى من هذا القانون (قانون الإجراءات الجزائية) بيد أن محكمة غرب الأمانة اتكأت على الطلب المذكور لتقرير إيقاف السير فى إجراءات نظر الخصومة مؤقتاً ومخاطبة الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا ، طالبة تحقيق مدى دستورية قانون الحصانة رقم (1) لسنة 2012م كدفع مثار من تلك المحكمة بعدم الدستورية من تلقاء نفسها ، بحسبان ذلك من وجهة نظرها - أنه إعمال لحقها فى إثارة المسائل المتعلقة بالنظام العام - ودافعة من يقول بقصر وحصر الدفع بعدم دستورية أى قانون ما على الخصوم دون المحكمة ، بأنه فهم ولا ريب مشوب بفساد تأويل النص القانونى إلى ما لا يدل عليه ، فى إشارة إلى المادة (186) فقرة (7) مقروءة مع المادة (185) مرافعات ، وبالقياس إلى حقها فى الحكم بعدم الاختصاص النوعى ولو من تلقاء نفسها .. إلخ .

هذا وبالنظر لمبنى طلب القاضى الجزائى بمحكمة غرب الأمانة بتحقيق مدى دستورية القانون رقم (1) لسنة 2012م نجده - كما جاء بحيثياته - يقوم على التسليم (بأن الدستور فى مادته 153/أ) قد حدد طريقين لطرح مسألة تحقيق مدى دستورية قانون على الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا هما: طريق الدعاوى وطريق الدفوع ، وأن سلوك محكمة الموضوع طريق الدعاوى - المبتدأة غير متصور ، فلم يتبق أمامها وقد انسدّ ذلك الطريق سوى سلوك طريق الدفع بعدم الدستورية ، وإثارته ولو من تلقاء نفسها) - والقول قول محكمة غرب الأمانة فى الحيثيات .

غير أن الدفع كما عرفته المادة (179) مرافعات هو (دعوى) والدعوى - أى دعوى - يشترط لقبولها شكلاً أن تكون قد رفعت إلى المحكمة بالطريقة والإجراءات الصحيحة بنص المادة (71) مرافعات ، هذا من جانب ، ومن جانب آخر فإن المادة (72) مرافعات وبنص آمر ألزمت المحكمة أن تقرر عدم قبول الدعوى (الدفع) شكلاً إذا عجز الخصم عن استكمال الناقص أو تصحيح الإجراء الباطل .. إلى آخر النص ، والنقص هنا يتمثل فى أنه يتمثل فى أنه لم يتقدم من تقرر الدفع لمصلحته من الخصوم فى مواجهة من يتمسك بقرينة الدستورية، مما يجعل - والحال كذلك - العجز متحققا مما يثور معه السؤال : هل طلب القاضى الجزائى بمحكمة غرب الأمانة من الدائرة الدستورية قد صدر ضمن ولايته القضائية ، وهل تحقق بقرار تلك المحكمة اتصال الدائرة الدستورية بدفع بعدم دستورية قانون ما اتصالا صحيحاً ؟ يقتضى المضى بالسير فى اجراءات نظره والفصل فيه ظ، ام انه حرى بعدم القبول شكلا كما تقتضيه القواعد العامة فى حكمى المادتين (71 ، 72) مرافعات؟ فى أنه لم يتقدم من تقرر الدفع لمصلحته من الخصوم فى مواجهة من يتمسك بقرينة الدستورية، مما يجعل - والحال كذلك - ال وغنى عن البيان أن الدفع بعدم الدستورية لا يتصور إثارته إلا من خصم فى مواجهة من يتمسك بقرينة الدستورية على خلاف الدعوى المبتدأة ، كما أن المادة (179) مرافعات قد عرفت الدفع بصفة عامة (أنه دعوى يبديها المدعى عليه أو الطاعن) ، أى أن الدفع هو وسيلة إجرائية يقررها المشرع للخصوم وليس للمحكمة ، وتعلل حيثيات محكمة غرب الأمانة بإعمالها القياس فى تسويغ تصديها لإثارة مسألة الدستورية بما ورد فى الفقرة (1) من المادة (185) مرافعات ونصها «الدفع بعدم اختصاص المحكمة بحسب نوع الدعوى» ، فهو قياس متكلف ظاهر الفساد ، فهذه الفقرة تتعلق بحق الخصم فى التقدم بهذا الدفع ، أما حقها فى أن تقضى بعدم الاختصاص النوعى فمقرر بمادة أخرى هى المادة (90) مرافعات ونصها : (تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم اختصاصها نوعياً إن تبين لها أنها غير مختصة) ، فالاختصاص النوعى كما لا يخفى متعلق بنطاق ولاية القاضى ، ويتعين عليه بموجب هذه المادة أن يحكم بعدم اختصاصه ، ولا ينتظر دفعاً من الخصوم ، خلا أن المخاطب بتقديم الدفع هو الخصم وليس المحكمة ، لأن الدفع هو «دعوى» كما هو معروف ، ولذا قررت المادة (180) مرافعات : أن على الدافع أن يبين وقائعه وأحواله وأدلته والوجه القانونى الذى يستدل عليه ، فإذا كان الدفع متعلقاً بالنظام العام فعلى المحكمة إرجاء السير فى الدعوى الأصلية والنظر فى الدفع على نحو ما يسير فى الدعوى الأصلية والفصل فيه استقلالا بحكم مسبب ، فيكون ما جاء فى حيثيات الحكم بأن قول المادة (185) مرافعات : أن تعلق الأمر بدفع متعلق بالنظام العام «أن تقضى به «أى « أن تثير الدفع» ولم تقل «أن تقضى فيه» هو تعلل عليل ، فلا ينصرف لفظ : «أن تقضى به» أن تثير المحكمة الدفع من تلقاء نفسها إطلاقا ، وإنما ينصرف اللفظ إلى «أن تقضى به» إن تبين لها ذلك ، وإلا كيف يفسر قول المشرع فى المادة (180) مرافعات ، (فإذا

كان الدفع متعلقاً بالنظام العام فعلى المحكمة الفصل فيه استقلالاً بحكم مسبب).

وأما تبرير المحكمة لإثارة الدفع بعدم الدستورية من تلقاء نفسها دون دفع من الخصوم على سند من قولها إن طلب التصدى بتحريك الدعوى الجزائية ضد من لم يشملهم قرار الاتهام هو جوهر الدفع بعدم دستورية قانون الحصانة رقم (1) لسنة 2012م الذى تحرّج طالبو التصدى عن الإفصاح بالدفع بعدم الدستورية، فهذا التبرير هو تبرير واهٍ، لا من حيث إنه مبنى على بحث فى النوايا فحسب، بل لأنه يقوم على تعطيل لأحكام المادة (180) مرافعات التى أوجبت على الدافع أن يبين وقائع دفعه وأحواله وأدلته والوجه القانونى الذى يستند إليه .. إلخ، وبعلة قائمة على مجرد الافتراض، كما يتضمن تعطيلاً لحكم الفقرة (7) من المادة (186) مرافعات، إذ كيف سيتسنى للمحكمة أن تعمل نظرها فى الدفع بعدم الدستورية بحيث ترى أنه قائم على أساس، فى حين أن لا ثمة دفع قدم أمامها أصلاً.

وعلاوة على ذلك فإن المادة (32) إجراءات جزائية لا تعطى القاضى تجاوزها إلى الطلب من الدائرة إثارته للدفع بعدم الدستورية.

وفيما يتعلق باستعارة بعض أحكام المادتين (185، 186) مرافعات فإن هذا اجتهاد مع وجود نص خاص تمثل بما تضمنته الفقرة (7) من المادة (186) مرافعات، فيضحى قول المحكمة: (ولئن كانت هذه المادة تنص على الدفع بعدم الدستورية إلا أنها لا تعنى بحال من الأحوال أن السبيل الوحيد لإثارة مسألة تحقيق مدى دستورية القانون من عدمه أن تبدى دائماً وأبداً فى صورة دفع من قبل أحد طرفى الخصومة دون المحكمة، فهكذا فهم ولا ريب مشوب بفساد تأويل النص القانونى إلى ما لا يدل عليه)، فذاك قول فيه اجتراء على النص، وظاهر التكلف دون مراء.

ولما أن الثابت أن الدستور فى المادة (153/أ) منه قد حدد طريقين للرقابة على دستورية التشريعات لا ثالث لهما هما: طريق الدعوى والدفع، وفصلت الفقرة (7) من المادة (186) مرافعات الإجراءات التى تتبع بشأن الدفع بعدم الدستورية، ولثبوت صدور القرار المرفق بمذكرة القاضى الجزائى بالطلب المذكور دون ولاية، ولأن الانحراف فى استخدام الوسائل الإجرائية لا ينتج سوى انعدام العمل الإجرائى، فكل ذلك يقطع بعدم تحقق اتصال الدائرة الدستورية بمسمى الدفع المثار من المحكمة من تلقاء نفسها بعدم الدستورية اتصالاً صحيحاً وفقاً للقانون.

وعليه، فإن الدائرة الدستورية بالمحكمة العليا بعد المداولة تصدر القرار الآتى:

1. عدم قبول طلب تحقيق مدى دستورية القانون رقم (1) لسنة 2012م المثار من القاضى الجزائى بمحكمة غرب الأمانة شكلاً؛ لعدم رفعه إلى الدائرة بالطريقة والإجراءات الصحيحة المنصوص عليها فى الدستور والقانون.
2. ينشر هذا الحكم فى الجريدة الرسمية.

صدر بتاريخه 15 ربيع الأول 1434هـ الموافق 27/1/2013م

القاضى / عصام عبد الوهاب السماوى
رئيس الدائرة الدستورية

القاضى / أحمد سقاف بن سميط عضو الدائرة الدستورية

القاضى / أحمد أحمد الخطابى عضو الدائرة الدستورية

القاضى / محمد على البدرى عضو الدائرة الدستورية

القاضى / يحيى محمد حسن الإريانى عضو الدائرة الدستورية

القاضى / فيصل عمر مثنى عضو الدائرة الدستورية

القاضى / محمد راشد عبد المولى عضو الدائرة الدستورية

عبد الكريم راجح أبو حاتم
أمين سر الدائرة الدستورية