

قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية

معهد الدراسات السودانية والدولية - جامعة الزعيم
الأزهري

د. عماد الدين قمر محمد أحمد

مستخلص :

تناولت الدراسة قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية. تمثلت مشكلة الدراسة في أن هنالك قصوراً من الناحية التطبيقية التي يواجهها الباحث والعديد من الإشكالات المتعلقة بكتابة البحث من ناحية تحليل النصوص القانونية التي تحكم الإجراءات و قواعد التنفيذ والأحكام القضائية، وأن الحكم الذي يقضي بالإدانة يكون ملزماً للقاضي فيما يتعلق بوقوع الجريمة وبوصفها القانوني ونسبتها إلى فاعلها مما يتعارض مع قوة الأحكام الجنائية الذي ينظر في أسباب الحكم في القانون الجنائي . نبعت أهمية الدراسة في أن الصعيد القانوني كونه من المواضيع المهمة والحديثة ، التي اكتسبت أهمية كبيرة، فالقانون الجنائي هدف إلى تحقيق الأمن في المجتمع عن طريق وضع القواعد التجريبية التي تحظر أفعالاً السلوك التي من شأنها أن تهدد المجتمع بالضرر وتعرض أمنه للخطر، مع تفريد الجزاء المناسب والمكافئ لما وقع من اعتداء. هدفت الدراسة إلى معرفة قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية بجميع جوانبه والتوصل للمعيار الذي يجعل الفعل الذي كان ينطوي تحت قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية. اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي المقارن. توصلت الدراسة إلى عدة نتائج أهمها تبني المشرع السوداني مذهب البطلان النسبي في كل قوانين الإجراءات الجنائية حيث ترك السلطة التقديرية للقاضي ليقرر مدي صحة الإجراء المتخذ بطريقة مخالفة للقانون وإن سلطة النيابة الجنائية في إنهاء الدعاوي الجنائية هي سلطة ليست مطلقة ولم يورد نص خاص كما فعل المشرع المصري الذي تحدث عن أسباب إنقضاء الشكوى. قدمت الدراسة عدد من التوصيات أهمها ضرورة الحصول علي إذن من جهة معينة قبل فتح الدعوى الجنائية حفاظاً علي الوقت والجهد وضماناً لصحة الإجراءات الجنائية المتخذة. ضرورة الحصول علي إذن من جهة معينة قبل فتح الدعوى الجنائية حفاظاً علي الوقت والجهد وضماناً لصحة الإجراءات الجنائية المتخذة و تعديل المادة (45) من قانون شرطة السودان لسنة 2008م والخاصة بحصانة رجل الشرطة حيث جاءت المادة تكراراً للحصانة الموضوعية المنصوص عليها في المادة (11) من القانون الجنائي 1991م والتي تحمي الموظف العام من المسؤولية الجنائية أثناء أداء الواجب ، فرجل الشرطة يعتبر موظفاً عاماً حسب نص المادة الثالثة من القانون الجنائي المذكور.

Abstract:

The study dealt with the role of causing judgments in ending the criminal proceedings in Sudanese law. The problem of studying the role of causing the judgments in ending the criminal case. It examines the reasons for the ruling in the criminal law and the set of legal rules that specify the crimes and penalties. To terminate the case and methods of forcing the accused to attend, ie, bringing the accused to force the use of force by the law and the ruling and the reasons and the Hagg, which is the decision in the case, which is issued by the court. One of the reasons for choosing the topic is to know the causes of the sentences and their role in ending the criminal proceedings, obtaining the most accurate secrets of the science of law through scientific research. This stage has also not been studied well. The importance of discussing this issue at the legal level is important and important. The Penal Code is aimed at achieving security in society by establishing rules of conduct prohibiting behavior patterns that threaten society or endanger its security, The appropriate penalty and reward for the attack. The study aimed to know the role of causing the judgments in ending the criminal proceedings in all its aspects. The study followed the descriptive analytical approach. The study reached several conclusions, the most important of which is the adoption by the Sudanese legislator of the doctrine of relative nullity in all criminal procedure laws, where discretion is left to the judge to determine the validity of the action taken in a manner contrary to the law and the authority of the criminal prosecution to end the criminal proceedings is an absolute authority in the sense that in some cases are restricted Such restrictions are limited to complaint, authorization and demand. The Sudanese legislator cited the reasons for the expiry of the criminal case in Article 37 of the Code of Criminal Procedure and did not provide a special text, as did the Egyptian legislator, to explain the reasons for the expiry of the complaint. The study presented a number of recommendations, the most important

of which was the need to obtain permission from a certain body before opening the criminal case in order to preserve the time and effort and to ensure the validity of the criminal proceedings taken. The need to obtain permission from a certain party before opening criminal proceedings in order to preserve the time and effort and to ensure the validity of the criminal proceedings taken and amending Article 45 of the Sudan Police Act 2008 regarding the immunity of the police officer. The article repeated the substantive immunity provided for in Article 11 of the Law which protects the public official from criminal responsibility in the performance of duty, the police officer is considered a public official under the provisions of article 3 of the Criminal Code.

مقدمة:

منطوق الحكم هو الجزء الأخير من الحكم الذي يأتي في نهاية الأسباب متضمناً القرار الذي انتهت إليه المحكمة فاصلة به في الدعوى أو يتضمن حل النزاع في الخصومة والقاعدة أن هذا الجزء من الحكم الصادر بالبراءة أو الإدانة هو الذي يكتسب حجية الشيء المحكوم فيه وبالتالي يكون له أثراً ملزماً أمام القاضي المدني وذلك لن المنطوق تتمثل فيه الحقيقة القضائية ويرد فيه القرار الفاصل في الدعوى ويبرر البعض ذلك بالقول (أن أثر القوة هو إنهاء الدعوى ووضع تنظيم نهائي للعلاقة بين أطرافها ومن ثم كان المنطق مقتضياً قصر نطاقها على جزء الحكم الذي يقرر النهاء ويضع ذلك التنظيم ، أمام أسباب الحكم فهي من ناحية غير مستقلة عن المنطوق، إذا تقرر جديداً يضاف إليه إما تقصره على تدعيمه وتفسيره، ومن ناحية أخرى فهي توضح أسلوب القاضي في التفكير متى انتهى إلى ما قرره في حكمه، وهذا التفكير شخصي بحث للقاضي، فله وجه لن يجاوز ذلك إلى إلزام غيره به) . فغاية الدعوى هو الوصول إلى حكم حاسم لها حائز لقوة إنائها، و تنفيذ ما يقضي به هو واجهة الممارسة الفعلية لمطلب العدالة. قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية ذات جوانب متعددة فالقاضي الذي أصدر الحكم لا يجوز له أن يعود إلى البحث فيما قضى به، ولو تبين له خطأ قضائه فاستصوب الرجوع عنه، فالدعوى قد خرجت من حوزته واستنفذت فيها ولايته فلا سبيل إلى أن ينظر فيها من جديد. ولقوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية جانب آخر فأطراف الدعوى لا يجوز لهم إعادة طرحها أمام القضاء الذي اصدر الحكم أو أي قضاء آخر، فإن فعلوا كان الإجراء الذي يتدعون به غير مقبول ، ويقصر القضاء الذي تطرح فيه الدعوى ثانية على القول بعدم قبولها دون بحث في موضوعها، ومن ثم كانت هذه القوة أساساً للدفع بقوة الشيء المحكوم فيه أي الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها، والتمسك بهذا الدفع حق لأطراف الدعوى جميعاً، وللمحكمة أن تثيره تلقائياً. وبذلك يكون الحكم المنهني للدعوى حجة للقاضي الذي أصدره وحجة على أطراف الدعوى كافة، فهو بذلك ناطق بالكلمة الأخيرة في الدعوى، فلا محل لقول جديد فيها .

الحكم الجنائي:

يعد الحكم الجنائي ذلك الاثر الذي يترتب قانونا على سلوك يعد جريمة في قانون العقوبات، فالقاعدة الجنائية تتضمن عنصرين وهما التكليف والحكم، فأما التكليف فهو الخطاب الموجه الى كافة الناس، ويأمرهم بضرورة الابتعاد عن العمل الاجرامي، اما الحكم فيتضمن انزال العقاب بكل من يتجرأ على مخالفة هذه الاوامر، والقاعدة التي لا تتضمن النص على الحكم هي مجرد قاعدة اخلاقية⁽¹⁾

التطور التاريخي للحكم الجنائي: لقد مر الحكم الجنائي بمرحلتين:

مرحلة العدالة الخاصة:

قبل نشأة الدولة ارتبط الحكم بالأشخاص المتضررين من الجريمة، فقد كانت الاعراف و التقاليد وقتها تعطي للضحية او اهلها او عشيرتها الحق في معاقبة الجاني او اهله او عشيرته او قبيلته حيث اذا كان الجاني والمجني عليه، ينتميان الى نفس القبيلة فلرئيس القبيلة الحق في محاسبته بوصفه صاحب سلطة ابوية على الجماعة و اكثر صور العقاب شيوعا وقتها كانت تتمثل في الضرب و الجلد، و الطرد من الجماعة او حتى القتل اما اذا كان الجاني و المجني عليه ينتميان الى قبيلتين مختلفتين فكان للمجني عليه، و جماعته القيام بالثأر من الجاني و جماعته و لقد الثأر عند تلك الجماعات امرا الزاميا وواجبا يجب ادائه، ومظهرها من مظاهر الفخر والعزة⁽²⁾

مرحلة العدالة العامة:

ظهرت هذه المرحلة بظهور الدولة حيث انتقلت جميع السلطات بما في ذلك انتقال العدل الى الدول و مؤسساتها فأصبحت السلطة التشريعية مختصة بتحديد الجرائم والحكمات المناسبة لها واصبح القضاء مختص بإقرار العقاب المناسب بعد تمام كل الاجراءات الجزائية الخاصة بالمحاكمة مع الاشارة الى ان الحكم الجنائي مع ظهور الدولة لم يكن اقل قسوة مما كان عليه حيث عمد رئيس الدولة على اظهار قسوته على الجناة لمكافحة الجريمة وتأكيد المهام واستمر هذا الامر لفترة طويلة الى ان ظهر ما اصبح يعرف بالدولة الديمقراطية التي تقوم اساسا على مبدا الفصل بين السلطات وان اقرار الحكم هو من صلاحية السلطة التشريعية والقضائية دون التنفيذية.

مفهوم الحكم الجنائي:

المفهوم الفقهي للجزاء الجنائي:

يعرف الفقه الحكم الجنائي بانه : عبارة عن اجراء يقرره القانون و يوقعه القاضي على شخص ثبتت مسؤوليته عن جريمة⁽³⁾ فالحكم الجنائي هو رد الفعل الاجتماعي الذي يوقعه المجتمع بواسطة سلطاته العامة على من اقترف الجريمة، والتعرف على ماهية هذا الحكم يقتضى ابتداء الكشف عن الخصائص المميزة له في ذاته و هو موضوع البحث القادم فنتطرق مباشرة الى تحديد شروط استحقاقه اذ ان لهذا الحكم بالنظر الى خطورته و ثقل اثاره شروطا مهمة ينبغي توافرها و قبل التطرق لها نتناول تعريف الحكم في الشريعة الاسلامية⁽⁴⁾

مفهوم الحكم في الشريعة الاسلامية:

يقوم الحكم في التشريع الاسلامي على اساس الدين, اذ ان مصدره الله تعالى, و هو جزء من العقيدة الشاملة, ويختلف عن الحكومات الوضعية من ناحيتين: الاولى: في وضعه لأنواع من العقوبات الدنيوية, تختلف عن تلك المقررة في التشريعات الوضعية, وهي التي تصيب الانسان في هذه الدنيا, كحد السرقة وحد القذف وحد الزنا, والثانية في تقريره لجزاءات تصيب الانسان في الاخرة كجزاء جهنم و العذاب العظيم, ولا يعني انفصال عقاب الاخرة عن عقاب الدنيا فكلهما يشكلان الحكم المفروض على من يخالف احكام الخالق عز وجل الوارد و في القران المنزل على الرسول الكريم, والفارق بينهما ان احدهما يتولى تطبيقه الخليفة او الحاكم او ولي الامر او من ينوب عنه ممن يتولى ادارة شؤون المسلمين, والاخر مرجعه الله تعالى في يوم الحساب حيث تجزى كل نفس بما قدمت من خير او شر⁽⁵⁾

شروط استحقاق الحكم الجنائي:

ليس كل من اقترف جريمة يستحق عقوبتها, بل ثمة جملة من الشروط الموضوعية و الاجرائية التي ينبغي توافرها للقول باستحقاق الجاني للعقوبة, او للجزاء الجنائي عموما و على حال فهناك ثلاث شروط اساسية يتعين توافرها لاستحقاق الفاعل للعقوبة او الحكم المقرر للجريمة.

ارتكاب الفعل المجرم. و يقصد بذلك ارتكاب فعل يعد جريمة جنائية, يستوي بذلك ان يكون هذا الفعل سلوك ايجابي او يتمثل في مجرد الامتناع متى كان هذا الامتناع معاقب عليه, فارتكاب الفعل الجرمي هو اول شروط استحقاق الحكم, ويعتبر ذلك محض تطبيق لمبدأ مادية الجريمة, حيث لا جريمة بدون سلوك مادي يتطابق مع نص التجريم, وبالتالي يستبعد من دائرة العقاب مجرد النوايا العدوانية مهما بدت شريرة و الاعمال التحضيرية التي لا ترقى لحد اعتبارها بدءا في التنفيذ المكون لشروع معاقب عليه⁽⁶⁾.

إنتفاء الموانع الاجرائية:

يقصد بها انتفاء أي مانع اجرائي يحول دون ملاحقة الجاني و عقابه, و مفاد ذلك ان المشرع يقر احيانا و لاعتبارات يقدرها عدم جواز ملاحقة الفاعل مرتكب الجريمة مطلقا, او تعليق او تقييد هذه الملاحقة على امر او شرط معين , مما يعني في نهاية المطاف قيام عقبة اجرائية تشل سلطة النيابة العامة في رفع الدعوى او تعطل هذه السلطة. و من امثلة الموانع الاجرائية التي تحول دون ملاحقة الجاني مطلقا سقوط الدعوى العمومية بالتقادم, او بالعفو العام او سبق صدور حكم بات في مواجهة نفس الفاعل عن ذات المجرم و كذلك الحصانات الدبلوماسية التي يتمتع بها طائفة من الاشخاص تضي عليهم الدولة حصانة تمنع من ملاحقتهم و معاقبتهم امام محاكمها الوطنية⁽⁷⁾

يضاف الى ذلك الحصانة النيابية التي يتمتع بها اعضاء السلطة التشريعية عما يصدر في مباشرتهم لوظيفتهم النيابية من اراء و اقوال تشكل جريمة كالسب و القذف, و افشاء الاسرار, و البلاغ الكاذب هؤلاء يتمتع ملاحقتهم جنائيا و لا يجوز مطلقا رفع الدعوى العمومية في مواجهتهم وبالتالي لا يخضعون للعقاب⁽⁸⁾. و من امثلة الموانع الاجرائية التي تحول دون ملاحقة الفاعل ما ينص عليه المشرع من تعليق رفع الدعوى العمومية عن بعض الجرائم, على تقديم شكوى من المجني عليه او طلب احدي الجهات او

الحصول على اذن , وبالتالي تظل الملاحقة الجنائية معلقة على تقديم الشكوى او الطلب او الحصول على اذن, فان لم يحدث ذلك امتنع رفع الدعوى العمومية ضد الفاعل و امتنع بالتالي تطبيق العقوبة عليه.ومن امثلة الموانع الاجرائية ايضا الحصانات السياسية, التي يتمتع بها طوائف معينة من الاشخاص كرؤساء الدول, فهؤلاء يعلق رفع الدعوى عليهم على شروط معينة تتعلق بجهة الادعاء التي تصدر اتهامها في مواجهتهم او تشكيل المحكمة التي يحاكمون امامها, و في ذلك خروج عن المبادئ و الاصول الواجبة الاتباع في مواجهة سائر الافراد⁽⁹⁾

أثر قوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية:

الدعوى الجنائية :

أولاً: في اللغة:

نجد إن مصطلح الدعوى الجنائية مركب ذو شقين فالدعوى في اللغة جاءت بعدة معاني هذا بيان المعاني اللغوية التي يستعمل فيها هذا اللفظ تظهر أهميته في توضيح العلاقة بين المعني اللغوي والمعني الإصطلاحي ، اذ لا بد من إرتباط المعني الإصطلاحي بالمعني اللغوي الذي وضع له اللفظ برابط ما .
الدعوى لغة⁽¹⁰⁾:

اسم من الإدعاء أي لما يدعى ويجمع على دعاوي .

1. دعاوي - بالفتح - ورجحه بعضهم لأن فيه تخفيفاً .
2. دعاوي - بالكسر - ويفهم من كلام سيبويه أنه الأُوَى ، بناءً علي أن ما بعد ألف الجمع لا يكون إلا مكسوراً.

وتطلق على الدعوى عدة إطلاقات ترجع أغلبها إلي معني « الطلب » وأقرب هذه الإطلاقات عند الفقهاء .

أ. الطلب والتمني⁽¹¹⁾ نحو قوله تعالى (لهم فيها فاكهة ولهم ما يدعون)⁽¹²⁾.

ب. أي يطلبون أو يتمنون.

ت. وتستعمل بمعنى الدعاء ومنه قوله تعالى (دعواهم فيها سبحانه اللهم وتحيتهم فيها سلام)⁽¹³⁾

ث. الزعم والشاهد في قوله تعالى (وقالوا إتخذ الرحمن ولدا) .

ج. وتستعمل بمعنى إضافة الإنسان إلي نفسه شيئاً سواء بالملك أو بالإستحقاق كان بطريق المنازعة أو المسالمة كقوله هو لي أو ملكي وهنا عرفها بعضهم بقول : (قول يقصد به الإنسان إيجاد حق على غيره لنفسه)⁽¹⁴⁾.

الدعوى في إصطلاح الفقهاء :

تعتبر الدعوى عند فقهاء الشريعة تصرفاً قولياً له شروط خاصة ، متى ما أستكملت تحققت آثار الدعوى شرعاً ، وبناءً على هذه الحقيقة جاءت تعريفاتهم لها متقاربة :

أ- فمنهم من عرفها بأنها طلب أو مطالبة ، نظراً إلي مضمونها دون لفظها آخذين بعين الإعتبار ان هدف المدعى من إخباره أمام القاضي هو المطالبة بالحق أو : لاشتراطهم إحتواء الدعوي على

لفظ طلبي . ومن هذا : الحنفية إذ قالوا في تعريفها: (مطالبة حق في مجلس من له الخلاص عند ثوبته) (15)

والمراد بالحق هنا حق العباد ، ومن له الخلاص هو القاضي ، لإختصاصه بالنظر في الخصومات وإصدار الأحكام. ومنه مجلة الأحكام : (طلب إنسان حقا على غيره لدى الحاكم) (16). والحق هنا يشمل الحق الوجودي والحق العدمي إذا قصد الحق بمعناه الواسع والوجودي يعني مختلف أنواع الحقوق من ملكية ونحوها. والعدمي يراد به حق الإنسان في أنه لا يتعرض أحد لحقه الوجودي ، فيدخل فيها دعوى منع التعرض لأنه طلب حق عدمي، وهو طلب الإنسان عدم التعرض لحقه لدى الحاكم. ويؤخذ على التعريف عدم المنع ، لدخول دعوى الفضولي فإنه يطالب بحق على غيره لدى القاضي ، غير أن طلبه ليس لنفسه إنما لغيره ، وهي دعوى بالمعنى الإصطلاحي ، وإن كانت داخلة في المفهوم اللغوي للدعوى ، إلا أن المراد - هنا هو المعنى الإصطلاحي لا المفهوم اللغوي. فلو قيل : (طلب إنسان حقا له - أو لمن يمثله - على غيره لدى الحاكم) لكان أولى (17).

ب/ وذهب آخرون إلى تعريف الدعوى بأنها قول بناءً على وقوعها باللفظ الإخباري كما تقع باللفظ الطلبي ، وكلاهما يصدق عليه لفظ (قول). وبناءً على هذا عرفها بعض الحنفية بقوله : (قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق لنفسه قبل غيره أو دفعه عن حق لنفسه) (18). وتقييد القول بكونه مقبولاً لآخر ما لم تستكمل فيه شروط الدعوى. وقولهم إحتراز من الدعوى بالمعنى اللغوي ، فهي تتحقق بمطلق القول المتضمن للطلب سواء عند القاضي أو عند غيره. وقوله: (طلب حق لنفسه) هو بيان لمضمون القول المقبول ، وهو طلب حق لنفسه ، وليحترز به عن دعوى الفضولي وعن الهازل ونحوها من طرق الإثبات (19). وقولهم : (أو دفعه عن حق نفسه) ليدخل الحق العدمي منع التعرض لقبولها عند جميع الفقهاء .

التعريف المختار:

(قول مقبول أو ما يقوم مقامه في مجلس القضاء يقصد به إنسان طلب حق له أو من يمثله ، أو حمايته) (20).

شرح التعريف :

قوله : (في مجلس القضاء) يحترز به عن : الدعوى بالمعنى اللغوي، لعدم تقييدها بمجلس القضاء، وفي الإصطلاح الشرعي لا تكون إلا فيه.

- التصرفات القولية التي لا يشترط لصحتها مجلس القضاء، كالعقود من بيع ونحوه .
- التصرفات القولية التي يشترط لصحتها حدوثها في مجلس القضاء ، ولا يقصد بها مقدمها طلب حق لنفسه بل لغيره ، كالشهادة والإقرار.

الدعوى في القانون الوضعي:

يربط القانونيون تعرف الدعوى بعلاقتها بالحق الذي تحميه ، فاختلّفوا في تحديد مفهوم الدعوى ، كما اختلفوا في العلاقة بينها وبين الحق الذي تحميه ، فجاءت آراؤهم وفقاً لما يلي:

الرأي الأول: يعتبر الدعوى والحق الذي تحميه شيئاً واحداً ، وذلك في حالة واحدة هي حركته عند تعرضه لإعتداء أو إنكار ، وبناءً عليه يجوز تسمية الحق في ملكية عين ما إذا إعتدى عليه بدعوى الملكية ، لأن الحق والدعوى يتحدان عندهم ركناً وموضوعاً وسبباً وشرطاً ، ويولدان معاً بالصفات نفسها ، وهؤلاء هم أصحاب النظرية التقليدية. ويعرف أصحاب هذه النظرية الدعوى بأنها : (حق الإلتجاء إلي السلطة القضائية للاستعانة بها على تقرير الحق).⁽²¹⁾ ويرد على هذا التعريف أمران:

الأول : إنهم جعلوا الوسيلة والغاية شيئاً واحداً ، إذ لازم كلامهم أن الحق الذي تنشده حمايته بحق اللجوء إلي القضاء هو نفسه حق الإلتجاء إلي السلطة القضائية لطلب حماية حق ، وهو في غاية البعد عن المنطق السليم. **الثاني :** - إن أصحاب هذا الرأي يشترطون الأهلية والصفة في المدعى لقبول الدعوى وهذا يناقض إلتزامهم بنظريتهم في طبيعة الدعوى وعلاقتها بالحق الموضوعي ، إذ لازم نظريتهم قبولاً للدعوى بمجرد وجود الحق ، لأنها تنشأ بنشوئه فلا يخل بوجودها عدم الأهلية بل لعدم المطالبة القضائية ، لأن الدعوى مرتبطة من حيث قيامها بوجود الحق الموضوعي ، فلا تتخلف منه وفقاً لنظريتهم فكيف جاز لهم أن يشترطوا الأهلية والصفة⁽²²⁾

الرأي الثاني: يعتبر الدعوى عنصراً من عناصر تكوين الحق وجزءاً من ماهيته وبيان ذلك ان الحق عندهم - يتكون من عنصرين هما :
أ/ المصلحة المادية أو الأدبية.
ب/ الحماية القانونية.

والحماية القانونية: هي ما يسمى بالدعوى ، فهي موجودة مع الحق وملازمة له ، ومرتبطة به إرتباط الجزء بالكل. ويرد على هذا الرأي : إعتبارهم الدعوى وسيلة من وسائل حماية ، وأن الهدف منها تقرير الحق أو حمايته ، إذ كيف يكون جزء الحق وسيلة لحمايته ؟ ولهذا عرفها بعضهم بأنها : (سلطة الإلتجاء الي القضاء بقصد الوصول إلي إحترام القانون)⁽²³⁾. غير أن هذا التعريف غير مانع لوجود وسائل أخرى يختص بها القضاء تؤدي إلي إحترام القانون ، كالأوامر التي يصدرها بناءً على سلطته الولائية مع أنها ليست من الدعاوي بالإتفاق

الرأي الثالث: وهو للمحدثين الذين يرون أن الدعوى ليست هي الحق الموضوعي الذي تحميه ، ولا عنصراً من عناصره بل هي حق مستقل قائم بذاته ولهذا عرفوها بأنها : (حق الشخص في الحصول على حكم في الموضوع لصالحه وذلك في مواجهة شخص آخر بواسطة السلطة القضائية). وقليل منهم من عرف الدعوى بأنها: (مطالبة بالحق أمام القضاء) كما هو في الفقه الإسلامي ، وهو أوفق لمدلول الدعوى في اللغة⁽²⁴⁾.

طبيعة الدعوى : إنَّها تصرف قولي مباح يتوقف على إرادة المدعي وهذا القدر محل إتفاق بين العلماء ، ويظهر ذلك جلياً من خلال تعريفاتهم التي لا تخرج عن كونها :

- مطالبة بالحق .
- إخبار بحق .
- إضافة إنسان إلي نفسه حقاً.

- قول يقصد به طلب حق .

فكل هذه - من المطالبة ، والخبر، والإضافة ، والقول - تصرفات قولية ولهذا فإن تعريفاتهم لا تُخرج الدعوى عن المعنى الذي وضعت لتدل عليه لغة ، وإنما تتميز عن المعنى اللغوي بما قرره العلماء من قيود وشروط قصرتها على نوع خاص من التصرفات القولية.

إنقضاء الدعوى الجنائية :

ينقضي الحق في الشكوى بأحد ثلاثة أسباب ويترتب على ذلك عدم جواز فتح الدعوى الجنائية مستقبلاً بواسطة الشاكي وتعتبر تلك الاسباب بمثابة دفوع قانونية تنتهي بها الدعوى الجنائية أمام النيابة الجنائية أو المحكمة على حسب الحال وقد حصر فقهاء القانون الجنائي أسباب إنقضاء الحق في الشكوى في وفاة المجني عليه أو الجاني ومضي المدة وتنازل المجني عليه عن الشكوى وفيما يلي نشرح ذلك من الاجاز :

وفاة المجني عليه أو الجاني :

تعتبر الشكوى من الحقوق الشخصية ، لذلك تسقط ب وفاة المجني عليه ولا تنتقل إلى ورثته بعد وفاته حتى لو أثبت الورثة جهل مورثهم بالجريمة ومرتكبها وإذا حدثت الوفاة بعد تقديم الشكوى من المجني عليه فإنه يحق لورثته السير في إجراءات الدعوى الجنائية حيث عبر مورثهم عن رغبته في ملاحقة الجاني وإذا قدمت الشكوى حال حياة المجني عليه إلا أنها وصلت إلى السلطة المختصة بعد وفاته فإنها صحيحة من الناحية القانونية وقد نص المُشرع المصري صراحة على إنقضاء الشكوى ب وفاة المجني عليه إذا حصلت الوفاة قبل التصريح بالشكوى وفقاً لنص المادة (7) من قانون الإجراءات الجنائية المصري والتي نصت على أن ينقضي الحق في الشكوى بموت المجني عليه وإذا حدثت الوفاة بعد تقديم الشكوى فلا تؤثر على سير الدعوى .⁽²⁵⁾ كذلك ينقضي الحق في الشكوى ب وفاة الجاني في أي مرحلة من مراحل الدعوى الجنائية ، فالوفاة تعتبر من أسباب إنقضاء الدعوى الجنائية وقد نص المُشرع السوداني على أنقضاء الدعوى الجنائية ب وفاة المتهم في مرحلة التحريات أو المحاكمة .⁽²⁶⁾ وبمجرد وفاة المتهم لا تنقضي الدعوى الجنائية وإنما لا بد من صدور قرار من وكالة النيابة أو المحكمة على حسب الحال ونستطيع أن نقول أن فكرة إنقضاء الحق في الشكوى مرتبطة بفكرة إنقضاء الدعوى الجنائية بصفة عامة ، حيث أن الشكوى كما ذكرنا تعتبر وسيلة من وسائل فتح الدعوى الجنائية ويعلل إنقضاء الدعوى الجنائية ب وفاة الجاني مبدءاً شخصية المسؤولية الجنائية فإذا توفي الجاني فإن هنالك إستحالة قانونية في ملاحقته جنائياً وتنتفي المحكمة من المسؤولية الجنائية المتمثلة في الردع الخاص ، كما أن الفعل الذي ارتكبه لا يمكن إسناده إلى غيره مهما كانت درجة قرابته به تعليلاً مبدءاً شخصية المسؤولية الجنائية .⁽²⁷⁾

مُضي المدة :

لم ينص المُشرع السوداني على مدة معينة ينقضي بمروها حق المجني عليه في الشكوى لذلك فإنه يجوز للمجني عليه تقديم الشكوى في أي وقت طالما كان الحق في الدعوى الجنائية لم يسقط بالتقادم وهذا المسلك محمود عند عدد من الفقهاء حيث يرون أنه إذا كان للنيابة العامة في الظروف العادية الحق في تحريك الدعوى الجنائية في أي وقت متى كانت الجريمة لم تتقادم فلماذا يتم تقييد حق المجني في الشكوى؟ وقد نص قانون الإجراءات الجنائية 1991م في المادة (38) على التقادم المسقط للدعوى الجنائية في الجرائم

التعزيرية بمدد معينة وهي عشر سنوات في كل جريمة معاقب عليها بالإعدام أو السجن عشر سنوات فأكثر وخمس سنوات في الجرائم المعاقب عليها بالسجن سنة فأكثر وأخيراً سنتان في الأحوال الأخرى في المقابل نجد أن المشرع المصري حدد المدة التي ينقضي به مرورها الحق في الشكوى وهي ثلاثة أشهر من تاريخ علم المجني عليه بالجريمة ومهرتكبها.⁽²⁸⁾

تنازل المجني عليه عن الشكوي:

إن العلة التي من أجلها إستلزم المشرع الشكوى في بعض الجرائم لكي تستطيع الجهات المختصة ملاحقة الجاني ومعاقبته ، هي نفس العلة التي من أجلها أعطي المجني عليه حق التنازل عن الشكوي بعد تقديمها ، فالمُشرع قدر أن المجني عليه قد يري لإعتبارات وظروف جديدة أن الإستمرار في الإجراءات الجنائية وتصعيد الخصومة إلى الأمام قد يلحق ضرراً بالشاكي ، لذلك أعطاه حق التنازل عن الشكوى في أي مرحلة كانت عليها الدعوى الجنائية قبل صدور حكم نهائي وقد نصت المادة الرابعة من قانون الإجراءات الجنائية 1991م على جواز العفو والصلح في أي جريمة تتضمن حقاً خاصاً بمقدار ذلك الحق. ويعرف التنازل عن الشكوى بأنه تصرف قانوني لذلك يجب أن تتوفر فيه شروط معينة نجمها فيما يلي :

أن يتم التنازل من صاحب الحق في الشكوى وكما ذكرنا فإن صاحب الحق في الشكوى هو المجني عليه الذي وصل سن معينة.⁽²⁹⁾ فضلاً عن سلامته من عوارض الأهلية المعروفة ويصح التنازل الصادر من وكيل المجني عليه الذي له توكيلاً خاصاً بالتنازل عن الشكوى وإذا كان المجني عليه دون السن القانونية اللازمة فلا يصح التنازل إلا من وليه بإعتباره الذي تولى تقديم الشكوى بالنيابة عنه وإذا كان مجنوناً أو معتوهاً فيعتد بتنازل القيم وإذا تعدد المجني عليهم فإن التنازل لا ينتج أثر إلا إذا كان صادراً عنهم جميعاً لأنه لا يجوز تبعض التنازل.⁽³⁰⁾

أن يتم التنازل عن الشكوى قبل صدور حكم نهائي في الدعوى الجنائية ، فالمجني عليه له الحق في التنازل في أي وقت أثناء التحريات أو أثناء المحاكمة ، المهم أن يكون ذلك قبل صدور حكم نهائي في الدعوى الجنائية ويصبح الحكم نهائياً أما باستنفاذ طرق الطعن المتاحة قانوناً أو بتفويت ميعاد الطعن المحدد قانوناً. ونص المشرع المصري على هذا الشرط في المادة (10) من قانون الإجراءات الجنائية ويختلف الوضع في القانون السوداني ، فلم يقيد المشرع التنازل بأن يكون قبل صدور حكم نهائي في الدعوى الجنائية.⁽³¹⁾ وتأكيداً لذلك ذهبت المحكمة العليا في طلب فحص جنائي بالرقم (2005/253) إلى جواز الصلح والعفو حتي بعد صدور الحكم نهائي.⁽³²⁾

وقد أجاز المشرع المصري التنازل عن الشكوي حتي بعد صدور حكم نهائي في حالتين⁽³³⁾ :

الحالة الأولى جريمة السرقة بين الزوجين أو بين الأصول والفروع.

الحالة الثانية جريمة زنا الزوجة ، فللزوجة أن يوقف تنفيذ الحكم في أي وقت وبدون ذكر أسباب وقد أجاز القانون السوداني الصلح في جريمة زنا الزوجة من قبل الزوج في قوانين الإجراءات الجنائية السابقة للقانون النافذ وذلك في الجدول الملحق بالقانون والخاص بالجرائم التي يجوز فيها الصلح وبالشخص الذي له ذلك الحق ، فجريمة زنا الزوجة لا تفتح فيها الدعوى الجنائية الا بشكوي مقدمة من قبل الزوج أو من ولي الزوج في حالة غياب الزوج.⁽³⁴⁾ ولاتوجد جريمة تسمى زنا الزوجة

في قانون الجنائي 1991م (النافذ) ، من ناحية أخرى نجد أن جريمة السرقة أما أن تكون حدية أو تعزيرية.⁽³⁵⁾ وبالتالي لا يجوز فيها التنازل مطلقاً وأما أن تكون السرقة تعزيرية⁽³⁶⁾ وأيضاً لا يقبل فيها التنازل إلا في الحق الخاص فقط دون الدعوى الجنائية ككل وعلى هذا إذا حدثت السرقة سواء كانت حدية أو تعزيرية ولو بين الزوجين أو بين الأصول والفروع فلا يمكن التنازل وإنهاء الدعوى الجنائية في القانون الجنائي النافذ وإن كانت السرقة الحدية بين الأصول والفروع أو بين الزوجين فإن ذلك يعتبر من مسقطات العقوبة الحدية المتمثلة في قطع اليد اليمنى من مفصل الكف لأن جريمة السرقة في القانون الأخير تكيف من الجرائم ذات الحق العام.⁽³⁷⁾ وقد ذهبت المحكمة العليا في سابقة حكومة السودان / ضد / فيصل مأمون دفع الله إلى تقرير المبدأ القانوني الآتي في شأن الصلح والتنازل عن الحق في الجرائم ومن يملك ذلك الحق والأثر المترتب على الصلح إذا فتحت الدعوى الجنائية بدون إذن⁽³⁸⁾:

1. لا يجوز الصلح في دعوى الحق العام لأن ما يتم التصالح عليه هو الحق الخاص.
2. أن وكيل الخصومة لا يملك حق الصلح وكذلك فإن الوكيل بالصلح لا يملك المرافعة في الدعوى الجنائية .
3. إذا حركت الدعوى الجنائية بدون الإذن الواجب من الجهة المختصة مخالفة بذلك أحكام المادة (35/ب) أولاً من قانون الإجراءات الجنائية 1991م فإن الدعوى الجنائية تكون باطلة وبطلان الدعوى يبطل الصلح الذي تم فيها. وفي سابقة حكومة السودان /ضد/ فاطمة عبد الوهاب وآخرين ذهبت المحكمة العليا إلى تقرير المبدأ القانوني الآتي: (إن جريمة الإجهاض المعاقب عليها بالدية كعقوبة أصلية تتعلق بالحق الخاص ومن ثم يجوز للمجني عليه أن يعفو عنها إلا أن العفو لا يكون في الجريمة نفسها ولذلك لا يستطيع قاضي الجنايات أن يشطب الإتهام من الوهلة الأولى قبل البدء والإستمرار في المحاكمة لأن الصلح المقبول شرعاً وقانوناً في الجرائم المعاقب عليها بالقصاص والدية هو الصلح والتنازل عن عقوبة القصاص فقط وليس الجريمة ككل حتى تتاح للمحكمة الفرصة بعد قبول الصلح أو إسقاط عقوبة القصاص و أن توقع العقوبة التعزيرية المناسبة).⁽³⁹⁾

التكليف القانوني لقوة الحكم الجنائي في إنهاء الدعوى الجنائية:

التكليف هو تحديد الوصف القانوني ، وهو في تنازع القوانين يُقصد به : تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع تمهيداً لإسناده لقانون معين⁽⁴⁰⁾. فلا يمكن تطبيق قواعد الإسناد في دولة القاضي المعروض أمامه النزاع ما لم يقيم القاضي بعملية أولية سابقة وهي تحديد الوصف القانوني الصحيح لموضوع النزاع وإرجاعه (رده) إلى إحدى النظم أو الطوائف القانونية التي حدد المشرع لكل منها قاعدة إسناد تخصصها ومثالها الأهلية ، الشروط الشكلية للعقد ، الشروط الموضوعية للعقد ، المسؤولية التقصيرية وهكذا . لذا فالتكليف عملية لازمة لا بد أن يقوم بها القاضي فيما يخص مختلف النزاعات مدنية أم جنائية أم إدارية⁽⁴¹⁾ لكنه هنا يقوم بتحديد الوصف القانوني (التكليف) لموضوع النزاع تمهيداً لتطبيق الحكم الموضوعي في القانون المدني أو الجنائي ومثاله فيما يخص العقد لا بد من أن يكيف هذا العقد ما إذا كان عقد بيع أم

إيجار ويطبق بعدها الأحكام الموضوعية التي تحكم عقد البيع مثلاً إذا إستنتج من خلال التكييف أنه عقد بيع⁽⁴²⁾

موضوع التكييف

بحث موضوع التكييف يعد مسألة جوهرية في التكييف وقد كان مجالاً لجدل فقهي واسع ، وتوزعت الإتجاهات الفقهية فيه إلى إتجاهين رئيسين سنبحثهما في مطلبين ونخصص الثالث للرأي المختار .

موضوع التكييف هو علاقة أو نظام قانوني

ويذهب البعض⁽⁴³⁾ إلى أن القاضي إنما يقوم بتكييف العلاقات القانونية ويردها إلى إحدى الفئات القانونية التي خصص لها مشرعه قاعدة إسناد ومثال العلاقات القانونية : الزواج ، الطلاق ، العقد ، الفعل الضار ، الوصية ، الأهلية وغيرها ، فالقاضي يكيف العلاقات القانونية وليس الوقائع . ويذهب البعض الآخر⁽⁴⁴⁾ إلى أنه يجب أن يكون محل التكييف هو (النظام القانوني) الذي تدخل في نطاقه العلاقة القانونية . ومثال العلاقة القانونية (العقد)، فلو أن عقداً أبرم في فرنسا من قبل امرأة أمريكية متزوجة وذلك من دون إذن زوجها فإذا كيفنا العلاقة القانونية وحدها (التعاقد بدون إذن) لوجدنا أنها تتعلق بالأهلية ، والأهلية بحسب قاعدة تنازع القوانين الفرنسية تخضع لقانون الجنسية ، وقانون الجنسية وهو (القانون الأمريكي) يبيح هذا التعاقد ولا يحرمه . فإذا كيفنا هذه العلاقة باعتبارها داخلة في نظام قانوني معين ، وهو مدى أهلية المرأة المتزوجة ، لوجدنا أن الحل يختلف ، إذ يمكن القول بأن هذا النظام يركز على إعتبارات إجتماعية وعائلية تستهدف حماية أموال العائلة وتركيز إدارة الشؤون العائلية في الزوج وإحترام سلطانه فهي تتعلق إذن بالنظام العام ، ومن ثم يجب تطبيق أحكام القانون الفرنسي وهي لا تجيز للمرأة المتزوجة التعاقد بدون إذن زوجها)⁽⁴⁵⁾.

موضوع التكييف هو الوقائع:

ويذهب هذا الرأي إلى أن محل التكييف هو الوقائع التي يشتمل عليها النزاع المعروض أمام القاضي وهذا(النزاع لا يعدو أن يكون مجرد وقائع طالما لم يتم إعطاؤه وصفاً قانونياً معيناً)⁽⁴⁶⁾ وبهذا الوصف يتم رد هذه الوقائع إلى إحدى الفئات القانونية التي خصص المشرع لكل منها قاعدة إسناد تحدد القانون المختص بشأنها . ثالثاً : الرأي المختار بعد عرض الإتجاهات السالفة في محل التكييف يمكن القول بأن تحديد معنى الواقعة القانونية يسهم في التوصل إلى الحل الدقيق . فالواقعة القانونية هي الواقعة أو الفعل المادي الذي يرتب القانون عليه أثراً قانونياً مثل واقعة الإستيلاء على الأرض والأثر هو تملك هذه الأرض وواقعة الوفاة والأثر هو الميراث⁽⁴⁷⁾ . والواقعة القانونية بالمعنى العام تشمل العمل القانوني وهو إتجاه الإرادة لإحداث أثر قانوني ومثاله إتجاه إرادة البائع لنقل ملكية المبيع إلى المشتري وإستلام الثمن وإتجاه إرادة المشتري لقبض المبيع وتسليم الثمن⁽⁴⁸⁾ . لذلك فكل ما يرتب عليه القانون أثراً قانونياً يعد واقعة قانونية سواء كان فعلاً مادياً أو عملاً قانونياً . فمحل التكييف في نطاق تنازع القوانين هو الوقائع التي يرتب قانون القاضي عليها أثراً قانونياً ومن ثم فهي تدخل في إحدى الطوائف أو الفئات القانونية التي خصص المشرع في دولة القاضي لكل منها قاعدة إسناد مثل الأهلية وشكل التصرف وغيرها فبعد قيام القاضي بعملية التكييف عليه أن يطبق قاعدة الإسناد ويحدد القانون المختص الذي يحكم هذه الوقائع . ففي قضية وصية الهولندي

(49) بحث القاضي (الفرنسي) المعروض أمامه النزاع ليس واقعة الوصية بما هي واقعة يرتب القانون الفرنسي عليها أثراً قانونياً ومعروفة لديه وقد خصص لها قاعدة إسناد هي إخضاعها لقانون الدولة التي ينتمي إليها الموصي بجنسيته وهو (القانون الهولندي) بل بحث في موضوع آخر - وإن تضمنته طلبات الخصوم - وهو (إجراء الوصية بالشكل العرفي الخطي وهل يعد من مسائل الشكل أم الأهلية) وقام بتكييفه ضمن مسائل الشكل التي تحكمها قاعدة الإسناد (إخضاع الشكل إلى قانون دولة محل الإبرام) وهو (الفرنسي) لأن الوصية أبرمت في فرنسا. وبيان أكثر في الوصية المكتوبة بالشكل العرفي الخطي هل يبحث القاضي وينصب إهتمامه في التكييف على :

- الوصية نفسها ؟ أم

- شرط الرسمية الذي يشترطه قانون جنسية الموصي ؟

إن إختار القاضي الحل الثاني - وهو ما حصل فعلاً - فإنه يكون قد قام بتطبيق قاعدة إسناد هي غير القاعدة الواجبة التطبيق أصلاً والتي تخص الوصية إذ بحث في : هل أن هذا الشرط يدخل ضمن الأهلية أم الشروط الشكلية ولكل من الإثنتين قاعدة إسناد هي غير قاعدة إسناد الوصية. أي أن القاضي هنا قد طبق قانونه الوطني قبل أوان التطبيق وفي مناسبة التكييف وقضى بأن الوصية صحيحة وأن هذا الشرط يعد شرطاً شكلياً فهو قد مال بشكل واضح لتطبيق قانونه الوطني على حساب القانون الواجب التطبيق وهو (القانون الهولندي) فهذه القضية وإن دأب الفقهاء على إيرادها مثلاً تقليدياً للتكييف إلا إنها - في إعتقادي ووفقاً لمفهوم الواقعة القانونية - تعد إجتهاذاً غير موفق وميلاً لتطبيق قانون القاضي في غير موضع التطبيق. ولكن الأمر يعد مختلف تماماً إذا كان موضوع النزاع هو وقائع لا يعرفها قانون القاضي ولا يرتب عليها أثراً قانونياً ومثال ذلك قضية (ربع الزوج المحتاج) (50). فالأرملة التي تطالب بنصيبها من تركة زوجها وفقاً لنظام قانوني لا يعرفه قانون القاضي (الفرنسي) بل هو معروف فقط في قانون الدولة التي يحمل الزوج المتوفى جنسيتها (المالطي) فهنا لأجل تحديد الوصف القانوني الصحيح لإدعاء الزوجة هذا لابد من الرجوع إلى القانون الذي ينظم ذلك أي القانون المالطي والسؤال هو : هل إن هذا النصيب يُمنح للأرامل فقط ومن ثم يمكن عده من الميراث أم يُمنح للأرامل والمطلقات على السواء ومن ثم يعد من النظام المالي للزواج (51).

القانون الذي يتم بموجبه التكييف :

نتناول النظريات التي طرحت في بيان القانون الذي بموجبه يتم تكييف موضوع النزاع وإسناده إلى إحدى الفئات القانونية التي تنظمها قواعد الإسناد. وفي الواقع قد طرحت نظريات ثلاث هي : الرجوع في التكييف إلى القانون المقارن ، والرجوع إلى القانون المختص نفسه الذي تشير بتطبيقه قواعد الإسناد وأخيراً التكييف وفقاً لقانون القاضي .

الرجوع في التكييف إلى القانون المقارن:

وبموجب هذه النظرية التي قال بها الفقيه الفرنسي (رابل) يتم الرجوع في التكييف إلى القانون المقارن ، إذ إن قواعد الإسناد إنما تهدف إلى سد حاجة المعاملات الدولية ومن ثم فإن ما تنظمه هذه القواعد يجب أن يعطى معنى عالمياً من دون الإعتماد على المقصود منه وفقاً لقانون دولة معينة (52). فلو أن قاعدة الإسناد في مسألة الأهلية تشير إلى تطبيق قانون الدولة التي ينتمي إليها الشخص بجنسيته فوفقاً لهذا الرأي

يجب أن يكون المعنى المقصود من الأهلية متحددًا في ضوء القانون المقارن لا كما تُفهم الأهلية في قانون دولة معينة. إن سد حاجة المعاملات الدولية من قبل قاعدة الإسناد هي حجة منطقية مضافاً إلى إن الرجوع إلى القانون المقارن سيخفف كثيراً عن كاهل القاضي ثقل تكييف موضوع لا وجود له في تشريعه الداخلي⁽⁵³⁾. ولكن النجاح لم يكن حليف هذه النظرية إذ وجه إليها النقد من جهات عديدة :

1. أنها تصطدم بصعوبات عملية إذ إن فكرة القانون المقارن لم تتبلور بعد ولا زال هذا القانون في العموميات
2. ليس هناك من آليات محددة يعتمد عليها القاضي عند رجوعه إلى القانون المقارن ، ومن ذلك حالة وجود نظم قانونية متباينة لدول مختلفة تبايناً يصعب معه الترجيح ؟ وهل المقارنة تتم بين قوانين أو نظم قانونية ؟
3. إن القاضي لم يواجه صعوبة في تكييف المسائل التي لم يتطرق إليها تشريعه الداخلي في قواعد الإسناد أخذاً بالمفهوم المرن لقانون القاضي ، فلم يتردد القاضي في مسألة الزواج الثاني مثلاً والذي تعرفه الشريعة الإسلامية أن يعده نوعاً من الزواج رغم أن تشريعه الداخلي لا يعرف هذا النظام⁽⁵⁴⁾.

الرجوع إلى القانون المختص بموجب قاعدة الإسناد:

وبموجب هذه النظرية والتي قال بها الفقيه الفرنسي (دسبانيه) ثم تبعه آخرون يتم الرجوع لأجل تكييف الفكرة المراد إسنادها وتحديد القانون المختص بشأنها إلى هذا القانون الأخير نفسه أي القانون الواجب التطبيق بموجب قاعدة الإسناد .

ويبرر أنصار هذه النظرية ما يذهبون إليه بأن القانون المختص والذي تشير بتطبيقه قاعدة الإسناد في قانون القاضي يجب أن يحكم الفكرة المُسندة بشكل كامل من حيث الموضوع وكذلك من حيث التكييف والقول بالأخذ بقانون القاضي في التكييف يعد إفتتاتاً على إختصاص القانون الواجب التطبيق وتطبيقاً لقانون القاضي في غير موضع تطبيقه⁽⁵⁵⁾.

ولم تسلم هذه النظرية من النقد ومن أهم ما إنتقدت به - وبحق - :

1. أنها تتجاهل الترتيب المنطقي للأمور والتتابع الزمني لها إذ إن التكييف هو عملية سابقة زمنياً ولازمة ضرورة قبل تطبيق قاعدة الإسناد في قانون القاضي.
2. إن قواعد الإسناد هي من وضع المشرع الوطني في دولة القاضي ومن ثم فالأفكار التي ينظمها في هذه القواعد لأجل تطبيق القانون المختص بشأنها وطنياً كان أم أجنبياً⁽⁵⁶⁾.
3. الرجوع في التكييف لقانون القاضي وبموجب هذه النظرية : يتم الرجوع إلى المفاهيم والأفكار القانونية في قانون القاضي نفسه لأجل تحديد الوصف القانوني لموضوع النزاع ورده إلى إحدى الطوائف القانونية التي خصص المشرع في دولة القاضي لكل منها قاعدة إسناد مستقلة. ومن أهم من قال بهذه النظرية وأرسى دعائمها الفقيه الفرنسي (بارتان) إلا أنه أقام نظريته على فكرة السيادة فذهب إلى أن المشرع في دولة القاضي بوضعه قواعد الإسناد إنما يتنازل عن جزء من سيادة قانونه لصالح تطبيق القانون الأجنبي

وهذا التنازل ينحصر في حدود تطبيق قاعدة الإسناد لأجل تحديد القانون المختص ومن ثم فتحديد الوصف القانوني للمسائل التي تندرج ضمن قاعدة الإسناد هو من إختصاص المشرع الوطني نفسه وهذا التكييف أو التحديد لم يتنازل عنه لصالح غيره من المشرعين(57). إلا أن فكرة السيادة لم يقلل بها الفقه الحديث(58) المتبني لهذه النظرية إذ أن قاعدة الإسناد هدفها تحديد القانون المختص تلبية لحاجة المعاملات الدولية ، ومن الحجج التي إستدلوا بها لدعم وجهة نظرهم :-

4. إن قواعد الإسناد في دولة القاضي هي قواعد وطنية من وضع المشرع الوطني ومن ثم فالتكييف لا يعدو أن يكون تفسيراً لقاعدة الإسناد وينبغي ن يتم هذا التفسير في ضوء مفاهيم قانون القاضي(59).
5. إن التكييف هي عملية ضرورية وسابقة على تحديد أي قانون ولا يمكن تحديد القانون المختص قبل إجراء التكييف ومن ثم فلا يمكن أن يتم التكييف إلا وفقاً لقانون القاضي المعروف لدى هذا الأخير(60).
6. إن مبدأ وحدة التكييف في دولة القاضي يستلزم إجراؤه وفقاً لقانون القاضي فلا يمكن أن تصور مثلاً في مسألة الأهلية أن يتم تكييفها تارة وفقاً لقانون القاضي في نزاع وطني بحت وتارة وفقاً لقانون أجنبي في نزاع مشوب بعنصر أجنبي من خلال قاعدة الإسناد الوطنية مع إختلاف التكييف في الإثنين ، فالتكييف لابد أن يكون واحداً في الدولة نفسها(61).
7. حجة ذات طابع نفسي فالقاضي في تكوينه النفسي والمهني مطبوعاً بطابع قانونه الوطني ومن ثم فالمفاهيم القانونية تدخل في تكوين ثقافته القانونية والمهنية فهو يميل دائماً في النزاع المعروض عليه إلى تطبيق قانونه الشخصي ولا سيما في تفسير قاعدة وطنية هي قاعدة الإسناد وفي ذلك يقول الفقيه (بارتان) : (إن المبادئ السائدة في دولة القاضي تعد جزءاً لا ينفصل عن ذكائه المهني)(62). وتعد نظرية التكييف وفقاً لقانون القاضي هي النظرية الأرجح وقد تبنتها غالبية التشريعات وأخذ بها القضاء في أحكامهم .

الخاتمة :

تناولت الدراسة قوة الحكم الجنائي في انهاء الدعوى الجنائية ، وتطرقنا في هذه الدراسة الى مفهوم الحكم الجنائي وشروط استحقاقه وايضاً تناولنا أثر قوة الحكم الجنائي في انهاء الدعوى الجنائية وتعريف الدعوى الجنائية واخيرا تطرقنا عن التكييف القانوني لقوة الحكم الجنائي في انهاء الدعوى الجنائية، وخلصت الدراسة إلى عدد من النتائج والتوصيات منها:

النتائج :

1. إن سلطة النيابة الجنائية في إنهاء دعاوي الجنائية هي سلطة ليست مطلقة بمعنى أنها في بعض الحالات تكون مقيدة وتتحصر تلك القيود في الشكوى والإذن والطلب .
2. أورد المشرع السوداني أسباب إنقضاء الدعوى الجنائية في المادة (37) من قانون الإجراءات الجنائية ولم يورد نص خاص كما فعل المشرع المصري تحدث عن أسباب إنقضاء الشكوى.
3. ان صياغة المادة (35) من قانون الإجراءات الجنائية 1991م والتي تحدثت عن قيود فتح الدعوى

التوصيات :

1. ضرورة الحصول علي إذن من جهة معينة قبل فتح الدعوى الجنائية حفاظا علي الوقت والجهد وضماناً لصحة الإجراءات الجنائية المتخذة .
2. ضرورة أن ينقضي الحق في الشكوى في الحالات الآتية :
 - أ. وفاة المجني عليه قبل التصريح الشكوى
 - ب. مضي مدة ثلاثة اشهر من علم المجني عليه بالجريمة وبفاعلها
 - ت. تنازل المجني عليه او من يقوم مقامه قانونا عن الشكوى في جرائم الحق الخاص .
- 3- تعديل صياغة المادة (35) من قانون الاجراءات الجنائية 1991م والتي جاءت صياغتها مجملة بمفهوم الاذن وادخال قيد الطلب الكتابي .

المصادر والمراجع :

أولاً - القرآن الكريم

ثانياً - السنة النبوية

ثالثاً : المعاجم اللغوية :

(1) ابن منظور - لسان العرب ، دار المعارف 1980م المجلد الخامس.

رابعاً : الكتب القانونية :

- (2) ابن حجر الهتمي - تحققة المحتاج في شرح المنهاج المكتبة التجارية القاهرة 1983م .
- (3) أحمد أحمد أبو سعد المحامي ، الشكوى كقيد عام على حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى ، دار العدل للنشر والتوزيع ، 2005م .
- (4) أحمد أحمد أبوسعد المحامي - الشكوى عام حرية النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية دار القول للنشر والتوزيع .
- (5) أحمد فتحي سرور ، الشرعية والإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية 1977م .
- (6) إدوار غالي الذهبي ، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، دار النهضة العربية ، ط الأول 1988م.
- (7) أمال عبد الرحيم عثمان ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية 1975م .
- (8) حاج آدم حسن الطاهر ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، الطبعة الثانية 2007م .
- (9) حسن صادق المرصفاوي في أصول الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ط الأخيرة 1982م .
- (10) الخطيب محمد بن عبدالله الإبصار وجامع البحار . تحقيق عبد المنعم خليل إبراهيم - دار الكتب العلمية - القاهرة ، 2002م .
- (11) رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، منشأة المعارف بالإسكندرية 1977م
- (12) روؤف عبيد ، مبادئ الإجراءات الجنائية في القانون المصري ، مطبعة نهضة مصر بالفجالة ، ط الرابعة 1963م.
- (13) سالم الراشدي - الدعوى والبيان والقضاء دار المصطفى - الطبعة الأولى 2006م
- (14) سليمان عبد المنعم أصول الإجراءات الجنائية ، الكتاب الأول منشورات الحلبي الحقوقية ، 2003م.
- (15) صلاح الدين بريز مختار ادم - القضاء الدعوى الجنائي في الشريعة والقانون - دراسة مقارنة ب.ن. ب ط 2010م .
- (16) عبد الوهاب حومد ، الوسيط في الإجراءات الجزئية الكويتية ، مطبوعات جامعة الكويت ، ط الثانية 1977م.
- (17) عبد الله الفاضل عيسي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية 1991م ، ط الخامسة ، 2006م.

- (18) عبد الله الفاضل عيسى - قانون الإجراءات الجنائية 1991 ب.ت. ط.ط. الثابتة 2007م، الخرطوم.
- (19) عبده جميل ، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط الأولى ، 2012م.
- (20) عدلي عبد الباقي ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ج الأول ، دار النهضة العربية ، 1951م .
- (21) على أحمد السيد ، الحصانة عن المسألة الجنائية في القوانين السودانية والشريعة الإسلامية، ب . ن ، ط الأولى ، 2006م.
- (22) على بن الجزائي - كتاب معجم التعريفات - حققه - صديق الشاوي (بدون تاريخ) .
- (23) على حيدر خواجه - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام المادة (1613) م .
- (24) على محمد جعفر ، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ط الأولى ، 2004م .
- (25) عمر السعيد رمضان ، مبادئ قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية 1977م .
- (26) مأمون محمد سلامة، الإجراءات الجنائية في التشريع المصري ، دار الفكر العربي ، الجزء الأول ، 1988م .
- (27) محمد صبحي نجم ، شرح قانون أصول المحاكمات الجزائية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، 2000م .
- (28) محمد على التهاوي- كشاف إصلاحات الفنون والعلوم - تحقيق على وحروج - كليه لبنان 1996م .
- (29) محمد محى الدين عوض - قانون الإجراءات الجنائية السوداني مطبقة القاهره والكتاب الجامعي.
- (30) محمد نجيب حسن وشرح قانون الإجراءات الجنائية - دار الرخصة الحربية القاهرة، 1977م،
- (31) محمد نعيم ياسين نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافقات المدنية والتجارية - دار عالم. 2003م الرياض .
- (32) محمود محمود مصطفى ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، ب.ن ، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي ، ط12، 1988م.
- (33) محمود نجيب حسني ، شرح قانون الإجراءات الجنائية ، دار النهضة العربية القاهرة، 1988م .
- (34) مدحت محمد الحسني ، البطلان في المواد الجنائية ، دار المطبوعات الجامعية 1993م .
- (35) مروان العطية- المعجم الجامع - مركز أبواب النشر- مصر 2012م .
- (36) نبيه صالح ، الوسيط في شرح مبادئ الإجراءات الجنائية ، منشأة المعارف 2002م.

(37)يسن عمر يوسف ، شرح قانون الإجراءات الجنائية 1991م ، ط الثانية 2007م.
خامساً : القوانين :

(38) قانون العقوبات 1925م.

(39) قانون العقوبات 1974م .

(40) قانون العقوبات 1983م .

(41) القانون الجنائي 1991م .

(42) قانون الإجراءات الجنائية 1925م .

(43) قانون الإجراءات الجنائية 1974م.

(44) قانون الإجراءات الجنائية 1983م.

(45) قانون الإجراءات الجنائية 1991م.

(46) قانون تنظيم وزارة العدل 1983م.

(47) قانون تنظيم مهنة المحاماة 1983م.

سادساً : اللوائح :

(48)لائحة تنظيم عمل وكالات النيابة 1993م

سابعاً : المنشورات :

(49)المنشور القضائي رقم 1995/3م (كيفية معاملة الأفراد التابعين للقوات المسلحة في

مرحلتى التحري والمحاكمة).

ثامناً : المجلات :

(50)مجلة الأحكام القضائية 1997م .

تاسعاً : الدساتير :

(51)دستور الحكم الذاتي 1953م.

(52)دستور السودان 1956م.

(53)دستور السودان المؤقت 1964م.

(54)دستور جمهورية السودان 1998م.

(55)دستور السودان الإنتقالي 2005م.

المصادر والمراجع:

- (1) محمد زكي ابو عامر, سليمان عبد المنعم, القسم العام لقانون العقوبات, دار الجامعة, مصر, 2002, ص 145.
- (2) علي عبد القادر القهوجي, قانون العقوبات, الدار الجامعية, لبنان, 2000, ص 750.
- (3) عبد الرحمان خلفي, محاضرات في القانون الجنائي, دار الهدى للطباعة و النشر, الجزائر, 2013, ص 190.
- (4) سليمان عبد المنعم, نظرية المسؤولية و الحكم, دار الجامعة الجديدة للنشر, مصر, 2000, ص 34.
- (5) علي محمد جعفر, العقوبات و التدابير و اساليب تنفيذها, المؤسسة الجامعية للدراسات, ط1, لبنان, 1998, ص 12.
- (6) سليمان عبد المنعم, مرجع سابق, ص 50.
- (7) سليمان عبد المنعم, مرجع سابق, ص 52.
- (8) سليمان عبد المنعم, مرجع سابق, ص 54.
- (9) بن الشيخ لحسين, مبادئ القانون الجزائي العام, دار هومة للطباعة والنشر, ط2, الجزائر, 2000, ص 146.
- (10) روان العطيه - المعجم الجامع - مركز أبواب النشر - مصر 2012 - ص 227.
- (11) علي بن محمد الجرباني - كتاب معجم التعريفات حقه - صديق المنشاوي - دار الفضيله - القاهرة (ب . ت) .
- (12) سورة يس الاية 58
- (13) سورة يونس الاية 10
- (14) محمد علي التهنواوي - كشاف اصلاحات الفنون والعلوم تحقيق -علي دحروج -كلية لبنان 1996م - ص 22.
- (15) علي حيدر خواجه افندي - درر الحكام في شرح مجلة الاحكام تعريف فهمي حسين - دار الجيل بيروت 1991م- ص 110.
- (16) علي حيدر خواجه - درر الحكام في شرح مجلة الأحكام الماده (1613) مرجع سابق - ص 300.
- (17) محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية - دار عالم كلتن الرياضة 2003م - ص 79 .
- (18) الخطيب محمد بن عبدالله - تنوير الأبصار وجامع البحار تحقيق - عبد المنعم خليل إبراهيم - دار الكتب العلمية- القاهرة 2002 م. ص 218
- (19) محمد نعيم ياسين - نظرية الدعوى بين الشريعة الاسلامية وقانون المرافعات المدنية والتجارية - مرجع سابق ، ص 79 .
- (20) نظريه الدعوى مرجع سابق ص 83 .
- (21) سالم الراشدي - - الطبعة الأولى 2006م مرجع سابق ص 4-5.
- (22) نظرية الدعوى - مرجع سابق ص (62 - 63).
- (23) سلم الراشدي - مرجع سابق ص (5 - 6) .

- (24) نظرية الدعوى، مرجع سابق ص (86-87)
- (25) عبدة جميل ، مرجع سابق ، ص 239.
- (26) المادة (1-37) من قانون الإجراءات الجنائية 1991م (أسباب إنقضاء الدعوى الجنائية)
- (27) يسن عمر يوسف ، مرجع سابق ، ص 141.
- (28) سليمان عبد المعنم ، مرجع سابق ، ص 38.
- (29) حدد المشرع السوداني الأهلية اللازمة لصحة التصرفات القانونية ومن بينها التنازل عن الحق بثمانية عشر سنوات وفقاً المادة (56) من قانون المعاملات المدنية 1984م.
- (30) د. جلال ثروت ، نظم الإجراءات الجنائية ، دار الجامعة الجديدة ، 2003م ، ص 100.
- (31) المادة (37) من قانون الإجراءات الجنائية 1991م والخاصة بأسباب انقضاء الدعوى الجنائية والتي من بينها التنازل عن الدعوى الجنائية .
- (32) مجلة الأحكام القضائية ، 2005م ، ص 124.
- (33) رمسيس بهنام ، الإجراءات الجنائية تأصيلاً وتحليلاً ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، 1977م ، ص 213.
- (34) المادة (134) من قانون الإجراءات 1925م ونفس المادة في قانون الإجراءات الجنائية 1974م (الملغين)
- (35) المادة (171) من القانون الجنائي 1991م (السرقه الحديثة).
- (36) المادة (174) من القانون الجنائي 1991م (السرقه التعزيرية)
- (37) المادة (172/أ) من القانون الجنائي 1991م (مسقطات عقوبة الحد في السرقه الحديثة) .
- (38) مجلة الأحكام القضائية ، 2003م ، ص 176.
- (39) مجلة الأحكام القضائية ، 1983م ، ص 176.
- (40) جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، ج 2 ، ط 2 ، مطبعة التفيض ، بغداد ، 1947 - 1948 ، ص 522 ، د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين (دراسة مقارنة) ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 79 .
- (41) الدليل على أهمية التكييف في القانون الإداري أن التمييز بين العقود التي تبرمها الإدارة ما إذا كانت مدنية أم إدارية قد (أثار - ويثير دائماً العديد من منازعات الإختصاص بين المحاكم الإدارية والمحاكم المدنية) د.علي محمد بدير ، د.عصام عبدالوهاب البرزنجي ، د.مهدي ياسين السلامي : مبادئ وأحكام القانون الإداري ، مديرية دار الكتب للطباعة والنشر ، بغداد ، 1993 ، ص 475.
- (42) عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص 81 .
- (43) سامي بديع منصور : الوسيط ، فقرة (120) أشار إليه د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، المصدر السابق ، ص 89
- (44) جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 539 .
- (45) جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 539 - 540 والمصادر التي يذكرها المؤلف في ص 540
- (46) فؤاد رياض ، د.خالد الترجمان : تنازع القوانين والإختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية ، 1988 ، ص 57 أشار إليه د.عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 89
- (47) سليمان مرقس : نظرية العقد ، نشر وطبع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، 1956 ، ص 28 - 29.

- (48) سليمان مرقس : نظرية العقد، المصدر السابق ، ص 29 ، عبد الباقي البكري ، زهير البشير : المدخل لدراسة القانون ، نشر جامعة بغداد ، بيت الحكمة ، ص 245 ، يوسف نجم جبران : القانون والجرم وشبه الجرم ، ط1، منشورات عويدات ، بيروت - باريس ، 1978 ، ص 29 .
- (49) حكم محكمة إستئناف أورليان في 4 / 8 / 1857 في قضية تتلخص وقائعها في : أن هولندياً قام بتحرير وصية بالشكل الخطي العرفي في فرنسا التي يجيز قانونها ذلك حسب المادة (999) من القانون المدني الفرنسي في حين أن القانون الهولندي يمنع ذلك ويشترط الرسمية (إفراغ الوصية في الشكل الذي يتطلبه القانون) حسب المادة (992) من القانون المدني الهولندي فلما مات الهولندي طالب ورثته ببطلان الوصية وفقاً للقانون الهولندي وذلك أمام القضاء الفرنسي ، أشار إليه د. جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 524 - 525 .
- (50) قضية تتلخص وقائعها في أن زوجين مالطيين تزوجا في مالطا ثم إنتقلا للعيش في الجزائر (حينما كانت مستعمرة فرنسية) ثم مات الزوج عن ثروة ضخمة من بينها عقارات في الجزائر ، فطالبت الزوجة أمام القضاء الفرنسي بنصيبها من زوجها وفقاً لما يعرف بـ (نصيب الزوج المحتاج) وهو نظام يعرفه القانون المالطي ولا يعرفه القانون الفرنسي ، ويلاحظ أن المحكمة الفرنسية طبقت قانونها وليس القانون المالطي وكيفت الموضوع بأنه ميراث ومن ثم يخضع للقانون الفرنسي ، حكم محكمة إستئناف الجزائر بتاريخ 24 / 12 / 1889 أشار إليه د. جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، هامش رقم (1) ص 537 .
- (51) شمس الدين الوكيل : محاضرات في القانون الدولي الخاص (على الآلة الكاتبة) ، جامعة الإسكندرية ، 1962 - 1963 ، ص 54 أشار إليه د. عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 92
- (52) حسن الهداوي : تنازع القوانين (المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني - دراسة مقارنة-)، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001 ، ص 54 - 55 .
- (53) حسن الهداوي : تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 55 .
- (54) (54) جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 527 ، د. حسن الهداوي : تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 55 .
- (55) عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 114 .
- (56) حسن الهداوي : تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 57 .
- (57) جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 529 .
- (58) عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 97
- (59) سامي بديع منصور ، د. عكاشة محمد عبدالعال : القانون الدولي الخاص ، الدار الجامعية ، بيروت ، ص 91 .
- (60) عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 99 .
- (61) جابر جاد عبدالرحمن : القانون الدولي الخاص ، مصدر سابق ، ص 529 - 530 .
- (62) بارتان : مبادئ القانون الدولي الخاص ، الجزء الأول ، ص 227 نقلاً عن د. عكاشة محمد عبدالعال : تنازع القوانين ، مصدر سابق ، ص 101