

إعداد مسكن وتهيئته للعب القمار

**القضية ١٩٩/١٠٢١٩ جنح مصر الجديدة
٦٦ / ٢٠٠٠ جنح مستأنف مصر الجديدة**

الطعن بالنقض رقم ٧٠/٢٨٣٧٧ ق

obeikandi.com

محكمة النقض الدائرة الجنائية

مذكرة بأسباب الطعن بالنقض

المقدم من : (محكوم ضده)

وموطنه المختار مكتب الأستاذ/ محمد رجائي عطيه - وشهرته رجائي عطيه -
المحامى بالنقض - ٤٥ شارع طلعت حرب، ٢٦ شارع شريف باشا - القاهرة.

ضد : ١ - النيابة العامة.

فى الحكم : الصادر فى ٢٠٠٠/٢/١٤ من محكمة مصر الجديدة للجنح المستأنفة فى القضية رقم ١٠٢١٩ لسنة ١٩٩٩ جنح مصر الجديدة (٦٦ لسنة ٢٠٠٠ جنح مستأنف مصر الجديدة) والقاضى حضورياً بقبول الإستئناف شكلاً وفى الموضوع بتعديل الحكم المستأنف والإكتفاء بحبس المتهم شهراً مع الشغل وتغريمه ألف جنيه والمصادرة، وكانت محكمة أول درجة قد قضت بجلسة ١٩٦٩/١١/١٦ حضورياً بمعاقبة الطاعن بالحبس ثلاثة أشهر مع الشغل وغرامة ألف جنيه وكفالة مائتى جنيه وبراءة المتهم الثانية مما نسب إليها.

الوقائع

أحالت النيابة العامة المتهمين : (١)..... (٢)..... إلى محكمة الجنح بوصف أنهما فى يوم ١٩٩٩/٦/١٧ بدائرة مصر الجديدة... أعدا مسكنهما وقاما بتهيئته لدخول الناس لممارسة ألعاب القمار.. الأمر المعاقب عليه بمقتضى المادة/٢٥٢ عقوبات.

وبجلسة ١٩٩٩/١١/٦ قضت محكمة أول درجة حضورياً بمعاقبة المتهم الأول (الطاعن) بالحبس ثلاثة أشهر مع الشغل وغرامة ألف جنيه وكفالة مائتى جنيه والمصادرة وبراءة المتهم الثانية مما نسب إليها.

وطعن الطاعن على ذلك الحكم بطريق الإستئناف وبجلسة ٢٠٠٠/٢/١٤ قضت محكمة الجنح المستأنفة حضورياً بقبول الإستئناف شكلاً وفى الموضوع بتعديل الحكم المستأنف والإكتفاء بحبس الطاعن شهراً مع الشغل والنفاذ مع تغريمه ألف جنيه والمصادرة.

ولما كان الحكم الأخير مشوباً بالبطلان فقد طعن عليه المحكوم ضده المذكور بطريق النقض

بوكيل يُبَيِّح توكيله حق التقرير بالنقض نيابةً عنه ومرفق بتقرير الطعن وذلك بتاريخ ٢٠٠٠/٤/٩ وقيد الطعن تحت رقم ٢٥٢ تتابع نيابة شرق القاهرة الكلية.

ونورد فيما يلي أسباب الطعن بالنقض

أسباب الطعن

أولاً : الإخلال بحق الدفاع :

ذلك أن دفاع الطاعن طالب أمام محكمة الموضوع بدرجتها إستدعاء شهود واقعة الضبط الذين تواجدوا بمسكنه وقت مهاجمته وتفتيشه وهم :و.....و.....و.....و.....و.....

والسبعة الأول هم اللاعبون الذين كانوا يمارسون اللعب داخل الشقة على سبيل التسلية وهم من أصدقاء الطاعن ومعارفه وتربطه بهم صلة الصداقة القديمة والأخير هو سائقه وذلك لأنهم شاهدوا واقعة الضبط منذ بدايتها وقد أكدوا بالتحقيقات أنهم يحضرون لشقة الطاعن بحكم تلك الصداقة لتمضية الوقت والتسلية وهم من مهن وسن متقاربة وأكدوا أن الطاعن لا يترك مسكنه ليتردد عليه اللاعبون دون تمييز ولهذا فإن أقوالهم بالجلسة والتي يسمعونها القاضي لأول مرة أثناء المحاكمة تُعينه على تعرف وجه الحق في الدعوى — بيد أن المحكمة رفضت هذا الطلب ومضت في نظر الدعوى والفصل فيها دون سماعهم قولاً منها أنها إقتنعت بأقوالهم بمحضر الضبط وبما قام بالدعوى من أدلة ولهذا فإنها ليست بحاجة إلى دعوتهم للحضور لسماعهم وسماع أقوالهم بالجلسة.

وهو إستدلال معيب ينطوي فوق قصوره على إخلال بحق الطاعن في الدفاع. لأن أصول المحاكمات الجنائية تعتمد أساساً على التحقيقات الشفوية التي تجريها المحكمة بالجلسة وتسمع من خلالها الشهود سواء لإثبات التهمة أو نفيها ثم تكون المحكمة عقيدتها في الدعوى بعد إستظهار كافة عناصرها والإحاطة بها عن بصر كامل وبصيرة شاملة.

ولذلك أوجب القانون في المادة / ٢٨٩ إجراءات جنائية على المحكمة الإستجابة إلى طلب الدفاع سماع الشهود ولا يجوز لها رفض هذا الطلب أو المضي في نظر الدعوى دون سماعهم إلا إذا تنازل المتهم عن سماعهم صراحةً أو ضمناً وذلك تأكيداً من الشارع على أهمية هذا الإجراء بإعتباره من أصول المحاكمة الجنائية التي تقوم على أسس عادلة قوامها مراعاة حقوق الدفاع وحق المتهم في أن يلقي محاكمة عادلة بعد سماع الشهود دون أن تنقيد المحكمة في ذلك بما يرد بقائمة أدلة الثبوت المقدمة من سلطة الإتهام وهي النيابة العامة لأن تلك القائمة لا تُعبر إلا عن رأى تلك السلطة وهي خصم في الدعوى — والقاضي يُكون عقيدته في الدعوى بناءً على رأيه الخاص وعقيدته الشخصية ولا يجوز له أن يعتمد في قضائه على رأى آخر لسواه.

ولا محل للقول في هذا الصدد بأن هؤلاء اللاعبين ليسوا من شهود الإثبات — لأن حق

المتهم فى طلب سماعهم لا يقتصر على شهود الإثبات فحسب بل ينسحب كذلك على شهود الواقعة الذين عاينوها أو يمكن أن يكونوا قد قاموا بمعاينتها.

هذا إلى أن محكمة الدرجة الأولى عليها أن تسمع الشهود الذين تمسك الدفاع بضرورة سماعهم وهو الحال فى الدعوى المطروحة حيث طالب الدفاع فى مذكرته المقدمة لمحكمة أول درجة بضرورة استدعاء الشهود المذكورين لسماع شهادتهم أمام المحكمة قبل الفصل فيها.

ثم عاود التمسك بضرورة سماع شهادتهم أمام المحكمة الإستئنافية كما هو ثابت بمذكرته المقدمة لتلك المحكمة كطلب إحتياطى جازم فى حالة إتجاه المحكمة إلى عدم الإستجابة إلى طلبه الأسمى وهو الحكم بالبراءة بيد أن المحكمة لم تستجب إلى هذا الطلب ومضت فى نظر الدعوى دون سماعهم وعللت رفضها بتلك الأسباب السالف بيانها وهو إجراء يتسم بالتعسف لما ينطوى عليه من خروج على أصول المحاكمات الجنائية فضلاً عما ينطوى عليه من إخلال بحق الدفاع.

وجدير بالذكر أن المذكرة التى يتقدم بها المتهم للمحكمة أثناء نظر الدعوى وبتصريح منها تُعتبر مكملة لدفاعه الموضوعى وجزءاً لا يتجزأ منه، وهى بديل عنه إن لم يكن قد أبدى دفاعاً وبالتالي فمن حقه أن يضمنها من الدفوع وأوجه الدفاع وطلبات التحقيق ما يراه لازماً لدفاعه وعلى المحكمة أن تستجيب لتلك الطلبات ما دامت لازمة للفصل فى الدعوى.

ولا شك أن طلب سماع شهود الواقعة يُعد فى مقدمة تلك الطلبات ولو كان قد أُبدى على وجه الإحتياط لأنه يُعد طلباً جازماً فى حالة عدم إستجابة المحكمة للطلب الأسمى وهو القضاء بالبراءة وإذ لم تستجب المحكمة لهذا الطلب وقضت فى الدعوى دون سماع هؤلاء الشهود فإن حكمها يكون معيباً متعين النقض والإعادة.

وقد قضت محكمة النقض فى العديد من أحكامها بأنه : " يتعين على المحكمة إجابة الدفاع الى طلبه سماع شهود الواقعة ولو لم يرد لهم ذكر فى قائمة شهود الإثبات، أو يقيم المتهم بإعلانهم، لأنهم جميعاً لا يعدون شهود نفى بمعنى الكلمة، حتى يلتزم بإعلانهم، ولأن المحكمة هى الملاذ الأخير الذى يتعين أن يتفحص لتحقيق الواقعة وتفصيلها على الوجه الصحيح، غير مقيدة فى ذلك بتصرف النيابة العامة فيما تثبته فى قائمة شهود الإثبات، أو تسقطه من أسماء الشهود الذين عاينوا الواقعة، أو يمكن أن يكونوا عاينوها، وإلا إنتفت الجدية فى المحاكمة وإنغلق باب الدفاع فى وجه طارقيه، وهو ما تأباه العدالة أشد الإباء. وإذ كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل طلب الدفاع فى هذا الخصوص، فلم يُجبه أو يرد عليه، فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه".

■ نقض ١٩٧٠/٣/٢ - س ٢١ - ٨٥ - ٣٤١

■ نقض ١٩٧٧/٦/١٢ - س ٢٨ - ١٥٨ - ٧٥٣

■ نقض ١٩٨٢/١١/١١ - س ٣٣ - ١٧٩ - ٨٧٠

■ نقض ٢٣/١١/١٩٨٣ — س ٣٤ — ١٩٧ — ٩٧٩

■ نقض ٢٦/١١/١٩٨٥ — س ٣٦ — ١٩١ — ١٠٤٥

■ نقض ٩/٢/١٩٨٨ — س ٣٩ — ٣٣ — ٢٥٩

وقضت محكمة النقض بأن :

" الأصل في الأحكام الجنائية أن تُبنى على التحقيق الشفوي الذي تجريه المحكمة بالجلسة وتسمع فيه في مواجهة المتهم شهادات الشهود ما دام سماعهم ممكناً ."

■ نقض ١١/١١/١٩٨٢ — س ٣٣ — ١٧٩ — ٨٧٠ — طعن ٢٤٦٦/٢٥٢

■ نقض ٣٠/١/١٩٧٨ — س ٢٩ — ٢١ — ١٢٠ — طعن ٩٧٣ لسنة ٤٧

■ نقض ٢٦/٣/١٩٧٣ — س ٢٤ — ٨٦ — ٤١٢ — طعن ١٠٨ لسنة ٤٣

■ نقض ١/٤/١٩٧٣ — س ٢٤ — ٩٣ — ٤٥٦ — طعن ١٢٥ لسنة ٤٣

كما قضت محكمة النقض بأن :

" التحقيقات الأولية لا تصلح أساساً أن تُبنى عليها الأحكام بل الواجب دائماً أن يؤسس الحكم على التحقيق الذي تجريه المحكمة بنفسها في الجلسة ."

■ نقض ١/١/١٩٣٣ — مج القواعد القانونية — عمر — ج — ٤ — ٣٥ — ٣٢

كما قضت محكمة النقض بأن :

" سماع الشاهد لا يتعلق بما أبداه في التحقيقات بما يطابق غيره أو يخالف غيره من الشهود بل بما يُدّيه في جلسة المحاكمة ويسع الدفاع مناقشته إظهاراً لوجه الحقيقة ."

■ نقض ٣/٦/١٩٧٣ — س ٢٤ — ١٤٤ — ٦٩٦ — طعن ٢٤١ لسنة ٤٣

■ نقض ١٣/١٠/١٩٦٩ — س ٢٠ — ٢١٠ — ١٠٦٩

ولأن إدلاء هؤلاء الشهود بأقوالهم أمام المحكمة قد يؤدي إلى إقتناعها برأى يخالف الرأى الذى كانت قد إقتنعت به قبل أدائهم الشهادة أمامها — ولأنه لا يجوز للمحكمة أن تسبق إبداء الرأى فى قول أو شهادة قبل سماعها — والقول بغير ذلك — يفرغ المحاكمة من أصولها الصحيحة ويجعلها مجرد إجراء شكلى وهو ما تتأذى منه العدالة أشد الإيذاء.

وإستقر على ذلك قضاء النقض وقضى بأن : — " العبرة فى المحاكمات الجنائية أنما تُبنى على التحقيقات التى تجريها المحكمة فى الجلسة — وأن حق الدفاع الذى يتمتع به المتهم يُخول له إبداء ما يعن له من طلبات التحقيق طالما أن باب المرافعة ما زال مفتوحاً ."

وأن المحكمة الإستئنافية عليها سماع الشهود الذين كان يجب سماعهم أمام محكمة أول درجة — وأن طلب الدفاع فى ختام مرافعته البراءة أصلياً — وإحتياطياً سماع شاهد الإثبات أو إجراء تحقيق مُعين يُعتبر طلباً جازماً تلتزم به المحكمة متى كانت المحكمة لم تنته إلى البراءة ."

■ نقض ١٩٨٥/١٢/١٢ — س ٣٦ — ٢٠٤ — ١١٠٦ — طعن ١٩١٦ لسنة ٥٥ ق

■ نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ — س ٣٥ — ٤٤ — ٢١٣ — طعن ٦٧٢٧ لسنة ٥٣ ق

■ نقض ١٩٧٦/١٠/٣ — س ٢٧ — ١٥٥ — ٦٩١ — طعن ٤٥١ لسنة ٤٦ ق

■ نقض ١٩٧٧/١/٣ — س ٢٨ — ٤ — ٢٥ — طعن ٨٢٩ — لسنة ٤٦ ق

■ نقض ١٩٧٣/١٢/١٦ — س ٢٤ — ٢٤٩ — ١٢٢٨ — طعن ٧٨٨ لسنة ٤٣ ق

وقضت محكمة النقض بأن :

" الدفاع المكتوب في مذكرة مصرح بها هو تنمة للدفاع الشفوي المبدي بجلسة المرافعة أو هو بديل عنه إن لم يكن قد أبدى فيها — ومن ثم يكون للمتهم أن يُضمنها ما يشاء من أوجه الدفاع بل له إذا لم يسبقها دفاعه الشفوي أن يُضمنها ما يَين له من طلبات التحقيق المُنتجة في الدعوى والمتعلقة بها " .

■ نقض ١٩٧٣/١٢/١٦ — س ٢٤ — رقم ٢٤٩ — ص ١٢٢٨ — طعن ٧٨٨ / ٤٣

■ نقض ١٩٩١/١/٢٩ — س ٤٢ — رقم ٢٤ — ص ١٩١ — طعن ٣١٣ / ٥٩

■ نقض ١٩٧٣/٦/٣ — س ٢٤ — رقم ١٤٤ — ص ٦٩٦ — طعن ٤٢١ / ٤٣

ثانياً : القصور في التسبب والفساد في الإستدلال :

ذلك أن الدفاع عن الطاعن تمسك في دفاعه أمام محكمة الموضوع بدرجتها ببطلان الإذن بتفتيش شقته لعدم جدية التحريات التي بُنى عليها وذلك بمذكرتيه المتضمنة دفاعه والمصرح له بتقديمها إستناداً إلى أن النظرة العابرة لمحضر التحريات المحرر بمعرفة الرائد..... والمؤرخ ١٩٩٩/٦/١٦ توضح أن تحرياته جاءت سطحية للغاية ولا تتطوى على أى قدر من الجدية ولا تدل بحال على أن المتهم أعد مسكنه لممارسة ألعاب القمار فيه لقاء مبالغ مالية يحصل عليه ولا يفيد أن ذلك المسكن مُعدٌ لإستقبال جمهور اللاعبين لممارسة تلك الألعاب على نحو دائم ومستمر ودون تمييز .

اذ خلت التحريات كلية من أسماء هؤلاء المترددين على ذلك المسكن للعب الميسر ولا طبيعة اعمالهم وأعمارهم ومحل اقامة كل منهم وبيان ما اذا كانت تجمعهم علاقة الصداقة من عدمه — وجاءت عبارات محضر التحرى على نحو عام ومرسل يشوبها الغموض التام والتجهيل المطلق .

وادعى القائم بجمع تلك التحريات أنه قام بمراقبة الشقة المذكورة مراقبة مستمرة وعلى مدى فترة طويلة ولو كان هذا الإدعاء صحيحاً لاستطاع معرفة هؤلاء المترددين عليها لممارسة ألعاب القمار بعد رصد سياراتهم والنقاط ارقامها والإستدلال على أصحابها للتأكد مما اذا كانوا من أوساط مختلفة في المجتمع كما ورد بمحضره من عدمه . وحتى تتوافر الدلائل الجدية على أن المتهمين يعدان مسكنهما لأستقبال لاعبي القمار دون تمييز وأنه معد خصيصاً لممارسة تلك الألعاب، وأن آحاد الناس يمكنهم التردد عليه في أى وقت للعب وفي الوقت الذى يقومون هم بتحديده — وهو ما قصرت التحريات في التوصل عليه .

وقد كان واجباً على سلطة التحقيق أن تحتاط قبل إصدار الإذن بتفتيش مسكن المتهمين لضبط الواقعة المبلغ عنها.

لأن جريمة اعداد المسكن أو المكان للعب القمار من الجرائم ذات الطبيعة الخاصة على تقدير بأن لعب القمار ليس فعلاً مؤثماً لذاته ولا تجريم أو عقاب على ذلك الفعل. وإنما ينسحب وصف التجريم على فعل الجاني الذي يقوم بإعداد مكان لممارسة لعب القمار ولا يتحقق ذلك إلا إذا أباح دخوله للجمهور وأفراده الراغبين في اللعب دون تمييز. بحيث يستطيعون ممارسة لعب القمار في الوقت الذي يحدد فيما بينهم دون أن يتوقف ذلك على موافقة أو رضاء صاحب ذلك المحل والقائم على ادارته ما دام قد أباح دخوله للجمهور دون ضابط أو رابط. وهو المعنى المستفاد من عبارات نص المادة ٣٥٢ عقوبات التي تنص على معاقبة كل من أعد مكاناً لألعاب القمار وهيئة لدخول الناس فيه. ومادام الأمر كذلك فقد كان من المتعين على سلطة التحقيق أن يتوافر لديها وأمامها العناصر الكافية والدلائل المقنعة الدالة على أن الجريمة المشار إليها والمنسوبة للمتهمين قد وقعت بالفعل وأن هناك من الأمارات والقرائن ما يكفي لصحة اسنادها للمتهمين وثبوت ارتكابهما لتلك الجريمة.

وهو مالم يتوافر في صورة الواقعة المطروحة حيث جاء محضر التحريات الذي صدر الأذن بالتفتيش والضبط بناء عليه خالياً مما يفيد توافر تلك العناصر الجوهرية للجريمة التي صدر الأذن بضبطها بحيث يمكن القول بأن الأذن السالف الذكر لم يصدر إلا في محاولة للبحث عن الجريمة وتقصى وجودها وحدثها من عدمه.

ولهذا كان الأذن باطلاً لأنه اجراء من اجراءات التحقيق ويخرج بطبيعته عن اعمال البحث والإستدلال والتحرى — ولا يجوز اصداره الا لضبط جريمة وقعت بالفعل وقامت الدلائل والأمارات ضد المأذون بتفتيشه بحيث ينبىء عن أنه مقارف الجريمة أو مشارك في ارتكابها على أية صورة من صور المساهمة الجنائية.

وكان على سلطة التحقيق ان تعيد محضر التحريات السالف الذكر لمحضره ليستكمل تحرياته ويواصل جمعها مستظهِراً كافة عناصر الجريمة التي صدر الأذن بضبطها بغية التوصل الى التأكد من أن المتهمين يديران فعلاً مسكنهما لألعاب القمار وأن هذا المسكن مفتوح للجمهور ويستطيع أى شخص يهوى هذا اللعب دخوله في الوقت الذي يحدده وأياً كان هذا اللاعب أو هويته وشخصيته — وهو ما أخفق مجرى التحريات في التوصل اليه من خلال تحرياته المزعومة التي سطرها بمحضره السالف الذكر.

وهو ما يستخلص منه وفق مقتضيات العقل والمنطق أن التحريات سالفة الذكر لم تكن كافية لإستصدار الإذن بالتفتيش وأنها جمعت في عجلة بناء على شائعات مغرضة أطلقها خصوم المتهمين وما أكثرهم وسرعان ما تلقفها الضابط..... وأسرع بتسكيرها في محضره الذي

سعى به الى النيابة العامة واستطاع بذلك الحصول على الأذن بالتفتيش وهو لا شك إذن باطل لإبنتائه على تحريات شابها عوار القصور الظاهر وينسحب هذا البطلان لكافة الأدلة التى أسفر عنها تنفيذه بما فيها إقرارات اللاعبين والمتهمين بمحضر الضبط وكذلك ضبط المبالغ المضبوطة وباقي المضبوطات مادامت متصلة بالتفتيش الباطل الذى تم بناء على تنفيذ ذلك الإذن ولم تكن لتوجد لولاه.

وجدير بالذكر أن محكمة النقض تتشدد فى تقدير محكمة الموضوع للتحريات التى تسوغ إصدار الإذن لتفتيش المساكن ولا تترخص فى هذا السبيل ولهذا جرت أحكامها على إنه إذا كانت محكمة الموضوع قد أبطلت الإذن بالتفتيش وما ترتب عليه من آثار لمجرد فشل جامع التحريات التى إبتنى عليها ذلك الإذن فى معرفة إسم المأذون بتفتيشه بالكامل أو محل إقامته أو حتى سنه وطبيعته عمله فإن ذلك إستدلال سائع ومقبول ولا ينطوى على اى قدر من الفساد فى الإستدلال او التعسف فى الإستنتاج.

■ نقض ١٩٨٥/٤/٩ - س ٣٦ - ٩٥ - ٥٥٥ - طعن ٢٣٦٠ لسنة ٥٤ ق

■ نقض ١٩٧٧/١٢/٤ - س ٢٨ - ٢٠٦ - ١٠٠٨ - طعن ٧٢٠ / ٤٧ ق

■ نقض ١٩٧٧/١١/٦ - س ٢٨ - ١٩٠ - ٩١٤ - طعن ٦٤٠ لسنة ٤٧ ق

■ نقض ١٩٧٨/٤/٣ - س ٢٩ - ٦٦ - ٣٥٠ - طعن ١٦٦٠ لسنة ٤٧ ق

ومن الملاحظ أن الرائد..... تعتمد إخفاء المرشد السرى الذى إستقى منه تحرياته وأمسك عن البوح به حتى لا تسمع شهادته فتظهر أكاذيبه الباطلة وإدعاءاته غير الصحيحة بالنسبة لما أسنده للمتهمين من إتهام زائف وملفق - ويتمسك الدفاع عن المتهمين بضرورة الإفصاح عن هذا المصدر وتكليف الشاهد الأول..... بالإرشاد عنه وعن عنوانه ومحل إقامته وإستدعائه - لأداء الشهادة أمام عدالة المحكمة الموقرة، وهو لا شك شاهد جوهري فهو مصدر التحريات التى إبتنى عليها الإذن بالتفتيش والذى أسفر تنفيذه عن كافة الأدلة المطروحة ضد المتهمين وهو كذلك من شهود الواقعة بل هو الشاهد الأساسى من شهودها وأول من نما إلى علمه وقائعها وأحداثها - وهو المصدر الذى إستقى منه الرائد المذكور تحرياته المزعومة ومن حق الدفاع ان يتمسك بضرورة سماع شهادته أثناء المحاكمة وقبل الفصل فى الدعوى.

لأن حقه فى طلب سماع الشهود لا يقتصر على طلب إستدعاء شهود الإثبات وحدهم بل يمتد كذلك إلى شهود الواقعة الذين عاينوا الواقعة أو يمكن أن يكونوا قد عاينوها بإحدى حواسيهم عملاً بالمادة ٢٨٩ إجراءات.

وقد قضت محكمة النقض فى العديد من أحكامها بأنه " وإن كان القانون قد رسم طريقاً للمتهم لإعلان شهوده أمام محكمة الجنايات (وقد قام الطاعن هنا بواجبه)، إلا أن المشرع لم

يقصد بذلك الى الإخلال بالأسس الجوهرية للمحاكمات الجنائية، والتي تقوم على التحقيق الشفوى الذى تجريه المحكمة بالجلسة وتسمع فيه الشهود، سواء لإثبات التهمة أو نفيها، ما دام سماعهم ممكناً، ثم تجمع بين ما تستخلصه من شهاداتهم وبين عناصر الإستدلال الأخرى فى الدعوى المطروحة على بساط البحث لتكون من هذا المجموع عقيدتها فى الدعوى. وأنه يتعين على المحكمة إجابة الدفاع الى طلبه سماع شهود الواقعة ولو لم يرد لهم ذكر فى قائمة شهود الإثبات، أو يقيم المتهم بإعلانهم، لأنهم جميعاً لا يعدون شهود نفى بمعنى الكلمة، حتى يلتزم بإعلانهم، ولأن المحكمة هى الملاذ الأخير الذى يتعين أن ينفصح لتحقيق الواقعة وتقصيها على الوجه الصحيح، غير مقيدة فى ذلك بتصرف النيابة العامة فيما تثبته فى قائمة شهود الإثبات، أو تسقطه من أسماء الشهود الذين عاينوا الواقعة، أو يمكن أن يكونوا عاينوها، وإلا إنتفت الجدية فى المحاكمة وإنغلق باب الدفاع فى وجه طارقيه، وهو ما تأباه العدالة أشد الإباء. وإذا كان ذلك، وكان الحكم المطعون فيه قد أغفل طلب الدفاع فى هذا الخصوص، فلم يجبه أو يرد عليه، فإنه يكون معيباً بما يستوجب نقضه."

■ نقض ١٩٧٠/٣/٢ - س ٢١ - ٨٥ - ٣٤١ - طعن ١٢٤ لسنة ٤٠ ق

■ نقض ١٩٧٧/٦/١٢ - س ٢٨ - ١٥٨ - ٧٥٣ - طعن ٢٨٩ لسنة ٤٧ ق

■ نقض ١٩٨٢/١١/١١ - س ٣٣ - ١٧٩ - ٨٧٠ - طعن ٢٤٦٦ / ٥٢ ق

■ نقض ١٩٨٣/١١/٢٣ - س ٣٤ - ١٩٧ - ٩٧٩ - طعن ١٥١٧ / ٥٣ ق

■ نقض ١٩٨٥/١١/٢٦ - س ٣٦ - ١٩١ - ١٠٤٥ - طعن ٢٥٧٥ / ٥٥ ق

■ نقض ١٩٨٨/٢/٩ - س ٣٩ - ٣٣ - ٢٥٩ - طعن ٤٣٥٥ لسنة ٥٧ ق

والمحكمة تنظر الدعوى وتجرى تحقيقها غير مقيدة بشهود الإثبات المقدمين من سلطة الإتهام ولها بل عليها أن تسمع كذلك كافة الشهود سواء لإثبات التهمة ضد المتهمين أو لنفيها عنهم عملاً بمبدأ شفوية المحاكمات الجنائية والذي يقوم أساساً على ان العبرة فى تلك المحاكمات بالتحقيقات التى تجريها المحكمة بالجلسة وتسمع فيها الشهود بحضور المتهم والمدافع عنه - ولا يجوز بحال الخروج على هذا المبدأ إلا إذا قبل المتهم السير فى المحاكمة دون سماعهم سواء كان هذا القبول صراحة أو ضمناً.

ولا يقدح فى ذلك القول بأن ذلك المصدر لن يدلى بأقوال تخالف أقوال الضابط..... وأن سماع شهادته غير مجد ولا منتج فى الدعوى - لأن من المبادئ المقررة فى هذا الصدد إنه لا يجوز الحكم على شهادة الشاهد قبل سماعه - وان الشهادة التى يدلى بها فى الجلسة العلنية وبحضور المتهم والمدافع عنه قد تؤدى إلى إقناع المحكمة برأى يخالف الرأى الذى كانت قد إقتنعت به قبل سماعه.

■ نقض ١٩٩٥/٩/٢١ - س ٤٦ - ١٤٦ - ٩٥٤ - طعن ١٧٦٤٢ / ٦٣ ق

■ نقض ١٩٨٨/٩/١١ - طعن ٥٨/٢١٥٦ ق

ومما هو جدير بالملاحظة كذلك ان الرائد المذكور هو الذى قام بكافة إجراءات التحرى وإستصدار الإذن بالقبض والتفتيش وتنفيذه — فنصب من نفسه شاهداً وحيداً فى الدعوى منفرداً بالشهادة وهى كلها إجراءات معيبة من شأنها ان تهدد حقوق المتهم بإخطار داهمة وهو ما كان يقتضى من سلطة التحقيق وهى النيابة العامة الفصل بين إجراءات جمع الإستدلالات والتحرى، وبين تنفيذ الإذن بالتفتيش والقبض وهى من اعمال التحقيق — تختص بها أصلاً النيابة العامة ويباشرها مأمور الضبط القضائى بطريق الذنب نيابة عنها.

ولهذا كان إخفاء مصدر التحريات وحجبة عن القضاء وسيلة تتغيا فى الواقع المصادرة (!؟) على القضاء، وتنصيب رجال الضبط لأنفسهم محل القضاء.. وفى ذلك تقويض حقيقى لدعائم المجتمع يؤدى إلى إنتشار النفاق والخداع ومحاولات تضليل العدالة وإعطاء السلطة المطلقة للشرطة لكى تفرض سيطرتها على المجتمع لتعصف بالحرريات العامة وحرمان المساكين بما يعصف بحريات المواطنين ويؤدى فى النهاية إلى ضعف المجتمع وزعزعة إستقراره، إن المنطق والعدالة جميعاً يقتضيان إلزام جامعى التحريات بالإفصاح وجوباً عن مصادر تحرياتهم السرية، وإستدعائهم للإدلاء بأقوالهم أمام عدالة المحكمة الموقرة لتكون محل التقدير ويتم وزنها بميزان العدل والقسطاس شأنها فى ذلك شأن باقى الأدلة التى يتعين طرحها بالجلسة العلنية.

ويحضرنا فى هذا المقام ما أستقر عليه قضاؤنا الرائع منذ زمن بأنه : - " لا يصح للمحكمة أن تؤسس قضاءها بالإدانة على شهادة منقولة عن شخص مجهول لم تسمع أقواله " .

■ نقض ١٩٣٦/٢/٢٤ مجموعة القواعد القانونية — عمر ج ٣ — رقم ٤٤٤ — ٥٥٠

وقضت محكمة النقض بأنه :

" لا يجوز للمحكمة أن تبدى رأياً فى دليل لم يعرض عليها ولم يطرح على بساط البحث أمامها " .

■ نقض ١٩٥٠/١/١٧ مجموعة أحكام النقض السنة ١ رقم ٨٧ ص ٢٦٨ — طعن ١٩٠٦ لسنة ١٩ ق

■ نقض ١٩٦٣/٢/٤ مجموعة أحكام النقض السنة ١٤ رقم ١٨ ص ٨٥ — طعن ٣٠٦٥ لسنة ٣٢ ق

كما قضت بأن :

" المحكمة هى الملاذ الأخير الذى يتعين أن ينفصح لتحقيق الواقعة وتقصيها على الوجه الصحيح غير مقيدة فى ذلك بأى قيد " .

■ نقض ١٩٨٣/١١/٢٣ السنة ٣٤ رقم ١٩٧ ص ٩٧٩ طعن ١٥١٧ / ٥٣ ق

كما قضت محكمة النقض بأنه من اللازم :

" النفرس في وجه الشاهد وحالته النفسية وقت إداء الشهادة ومراوغاته أو اضطرابه وغير ذلك مما يعين القاضي على تقدير أقواله حق قدرها " .

" وإلحتمال أن تجئ الشهادة التي تسمعها المحكمة وبياح للدفاع مناقشتها بما يقنعها بغير ما أقتنعت به من الأدلة الأخرى التي عولت عليها " .

■ نقض ٢ أكتوبر ١٩٨٥ السنة ٣٦ رقم ١٤١ ص ٨٠١ طعن ١٦٠٥ / ٥٥ ق

ولا يجوز للضابط المنتدب أن يجمع بين الصفتين معاً — ويقوم بالإجراءات دفعة واحدة فيكون هو القائم بالتحري ثم يقوم بعد ذلك بتنفيذ الأمر بالتفتيش، ولأنه — وهو بشر — يتأذى من ثبوت فشل تحرياته عند إجراء التفتيش فيتعهد تشويه الحقائق وطمسها وإختلاق الوقائع التي تستقيم مع تحرياته السابقة التي سطرها بمحضره وصدر الإذن بالتفتيش بناء عليها — ولم يقتصر الأمر عند هذا الحد في جمع السلطات جميعها في قبضة شخص واحد هو مأمور الضبط القضائي المذكور بل قام كذلك بسؤال المتهمين وإستجوابهما ورصد بمحضره إقرارات وإقرارات منسوبة إليهما وإلى باقي اللاعبين الذين قام بضبطهم كذلك — وهي إجراءات يشوبها البطالان وتنطق على عدم الثقة والإطمئنان في سلامتها لإنعدام حيديتها لمجافاتها لأصول الإجراءات الجنائية السديدة التي تحرص كل الحرص على توفير كافة الضمانات التي تحفظ على المتهم حريته وكرامته وفق احكام الدستور والقانون.

كما أنها لا تتفق مع مبدأ أساسي من المبادئ الدستورية وهي ان المتهم برئ حتى تثبت إدانته ومن حقه ان يتمتع بكافة حقوقه سواء أثناء التحقيق أو المحاكمة — هذا ونحن في عصر تتسابق فيه الشعوب إلى توفير أقصى الضمانات لمواطنيها من المتهمين كما تراقب المنظمات الدولية التي تختص بالحفاظ على حقوق الإنسان هذه الضمانات ويقاس مقدار تقدم الأمة ونهضتها بقدر ما تصان به هذه الحقوق وتجعلها بمنأى عن العبث أو شبهة التلاعب.

ولهذا تمسك الدفاع أمام محكمة أول درجة ثم ثاني درجة — تمسك وبحق بطلب إستدعاء الرائد..... لأداء الشهادة أمام المحكمة وتكليفه بالإرشاد عن مصدره السرى الذى إستقى منه تحرياته وإستدعاء هذا المصدر بعد إعلانه ليبدل بدوره بشهادته — كما يتمسك كذلك بالدفع ببطلان الإذن بتفتيش مسكن المتهمين لعدم جدية التحريات التي بنى عليها ذلك الإذن — وبطلان كافة الأدلة المستمدة من إجراءات الضابط المذكور الذى جمع بين كافة السلطات فى يده بما يهدر الضمانات التي احاط بها القانون والدستور حقوق المتهمين.

كما تمسك الدفاع ببطلان شهادة الرائد..... لأنه هو الذى قام بتلك الإجراءات التي شابها عوار البطلان ومثله لا يُسمع له قول ولا تقبل منه شهادة.

وقضت بذلك محكمة النقض وقالت إن :

" التفتيش الباطل لا تُسمع شهادة من أجراه لأنه يشهد بصحة الوقائع التي قام بها على نحو مخالف للقانون ."

■ نقض ١٩٩٠/١/٣ - س ٤١ - ٤ - ٤١ - طعن رقم ٥٩/١٥٠٣٣ ق

فقد حرص القانون وحرص القضاء على حماية الحقيقة من أى تزيف يدخل عليها، فجرت أحكام القضاء على أن لازم اهدار الاجراء لبطلانه، اهدار وعدم الاعتراد بشهادة من قام به أو شارك فيه، لأن الضمانة تنهار حين يبطل الاجراء من ناحية ما أعتراه ويبرأ من البطلان بشهادة من قام به ٠٠ فذلك تهاتر ينتزه عنه الشارع وينتزه عنه القضاء ٠٠ فحين يبطل الاجراء لا يستطيع من أجراه أن يرفع عنه هذا البطلان بدعوى قولية يسوقها، أو يلنف حول البطلان بشهادة يديها عن مضمون هذا الاجراء الباطل سواء سطرت فى محضر أو أبديت أمام المحقق أو أمام المحكمة.

لذلك حكمت محكمة النقض مرارا، - " بعدم جواز الأعتداد بشهادة من قام أو شارك فى الاجراءات الباطلة " وبأن " من قام أو شارك فى الاجراءات الباطلة لاتقبل منه الشهادة عليها " .

■ نقض ٦٨/٢/٥ - س ١٩ - ٢٣ - ١٢٤ - طعن ١٩١٩ لسنة ٣٧ ق

■ نقض ٧٧/١٢/٤ - س ٢٨ - ١٠٦ - ١٠٠٨ - طعن ٧٢٠ لسنة ٤٧ ق

وفى حكم لمحكمة النقض تقول : " لما كان بطلان التفتيش مقتضاه قانونا عدم التعويل فى الحكم بالادانة على أى دليل يكون مستمدا منه، وبالتالي فلا يعتد بشهادة من قام بهذا الاجراء الباطل."

■ نقض ١٩٨٤/٤/١٨ - س ٣٥ - ٩٧ - ٤٢٨ - طعن ٦٨٥٨ لسنة ٥٣ ق

وتصدت المحكمة فى حكمها المطعون فيه لهذا الدفع وأطرحته بقولها أنها تطمئن إلى تلك التحريات بناءً على ما تتمتع به من سلطة تقديرية.

وهو رد معيب لقصوره لما هو مقرر بأن الدفع ببطلان الإذن الصادر من سلطة التحقيق لعدم جدية التحريات التى بُنى عليها من الدفوع الجوهرية التى يتعين على المحكمة التصدى لها بالرد إذا رأت الإلتفات عنه وعدم التعويل عليه وذلك بأسباب سائغة فى العقل ومقبولة فى المنطق.

ولا يجوز بحال إطراحه بقولها أنها إطمأنت إلى تلك التحريات ووثقت بها طالما أنها بذاتها محل النعى بالقصور وعدم الكفاية لتسويغ إصداره ولما ينطوى عليه هذا الرد من مصادرة على المطلوب وللدفاع. وعلى المحكمة أن تقول كلمتها فى التحريات المذكورة بعد إستعراضها وكذلك فى كل ما أثاره الدفاع بشأنها وما رماها به من قصور وعدم كفاية - ولا يكفى فى هذا الصدد مجرد الألفاظ والعبارات المرسلة التى لا يستفاد منها مسوغات ما قضى به الحكم - على نحو ما

ورد بالحكم المطعون فيه — وهو ما يعيبه بما يستوجب نقضه. — ما دامت المحكمة قد أقامت قضائها بإدانة الطاعن بناءً على ما أسفر عنه تنفيذ ذلك الإذن من أدلة.

■ نقض ١٩٨٦/٣/١٣ — س ٣٧ — ٨٥ — ٤١٢ — طعن ٧٠٧٩ / ٥٥٥

■ نقض ١٩٨٣/٣/١٧ — س ٣٤ — ٧٩ — ٣٩٢ — طعن ٥٥٩٠ / ٥٥٢

■ نقض ١٩٧٧/١٢/٤ — س ٢٨ — ٢٠٦ — ١٠٠٨ — طعن ٧٢٠ / ٤٤٧

ثالثاً : القصور فى البيان :

ذلك أنه وعلى ما يبين من مطالعة مدونات أسباب الحكم المطعون فيه والحكم المستأنف أن أياً منهما لم يورد بمدوناته نوع اللعبة التى نسب للطاعن إعداد مسكنه للعب القمار بداخله فإن هذا يُعد قصوراً يشوبه لأن الشارع عندما حظر فتح وإدارة المحلات العامة للعب القمار بمقتضى القانون ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ إنما قصد حماية الجمهور ومصلحه من تلك الألعاب التى يكون الربح فيها موكولاً للحظ أكثر منه للمهارة.

ولهذا فإن على الحكم الصادر بالإدانة عن تلك الجريمة أن يُبين نوع اللعب الذى سبق وقوعه داخل ذلك المحل وإلا كان قاصراً. ولما كان الحكم المطعون فيه قد إقتصَرَ بمدونات أسبابه على مجرد القول بأن اللاعبين كانوا يلعبون بمسكن الطاعن " الكوتشينة " دون بيان لنوع اللعبة التى كانوا يمارسونها وقت الضبط بحيث يبين منها أن للحظ فيها نصيب أوفر وإذ جاء مُجهلاً فى هذا الخصوص فإن فى ذلك ما يُعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون على واقعة الدعوى كما صار إثباتها بالحكم وهو ما يعيبه بالقصور فى البيان ويستوجب نقضه والإعادة.

■ نقض ١٩٧٣/٦/٢٤ — س ٢٤ — ١٦٢ — ٧٧٧ — طعن ٤٤٣ / ٤٣

وقضت محكمة النقض بأنه :

" من المقرر أن المراد بالألعاب القمار فى معنى نص المادة ١٩ من القانون ٣٧١ لسنة ١٩٥٦ إنما هى الألعاب التى تكون ذات خطر على مصالح الجمهور وقد عَدَّ قرار وزير الداخلية رقم ٣٧ لسنة ١٩٥٧ على سبيل المثال بعض أنواع لعب القمار وهى تلك التى يكون الربح فيها موكولاً للحظ أكثر من المهارة ولهذا يجب لسلامة الحكم بالإدانة بمقتضى هذا القانون أن تبين المحكمة نوع اللعب الذى يثبت حصوله وإلا كان حكمها قاصراً.

وعلى هدى ما تقدم فإنه إذا كانت المادة / ٣١٠ إجراءات جنائية قد أوجبت فى كل حكم بالإدانة أن يشتمل على بيان للواقعة المستوجبة للعقوبة بياناً تتحقق به أركان الجريمة — فإن الحكم المطعون فيه إذ لم يُبين الواقعة وظروفها وأدلتها بما يوضح نوع اللعبة التى مارسها اللاعبون وسمح الطاعن بلعبها فى محله وأن للحظ فيها النصيب الأوفر مكتفياً بالإحالة إلى محضر الضبط دون أن يُبين وجه استدلاله على ثبوت التهمة بعناصرها القانونية كافةً ومن ثم جاء مُجهلاً فى هذا الخصوص مما يُعجز محكمة النقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون على

واقعة الدعوى كما صار إثباتها بالحكم وهو ما يعيبه بالقصور ويستوجب نقضه والإحالة.

■ نقض ١٩٨٨/١١/٧ - طعن ٣٠٢٠ لسنة ٥٧ ق

ثالثاً : قصور آخر فى التسبيب :

فقد تمسك الدفاع عن الطاعن كذلك فى دفاعه أمام محكمتى أول وثانى درجة بعدم توافر الركن المادى فى الجريمة المُسندة للطاعن إذ أن الثابت بالأوراق أن مسكن الطاعن ليس مُعداً لممارسة ألعاب القمار بداخله ولم يُعد كذلك لإستقبال جمهور اللاعبين أو أحاد الناس لإرتكاب هذه الأفعال - وإنما هو مسكن خاص لم يُعد أصلاً إلا للسكن وقد كان اللعب الذى جرى بداخله - على فرض الجدلى - امراً عارضاً وخاصاً وعلى سبيل التسلية بين مجموعة من الأصدقاء ليس من بينهم من لا تجمعهم رابطة الصداقة الوثيقة بمالك السكن.

واستدل على عدم توافر الركن المادى للجريمة من القرائن الآتية :

١ - وجد باب مسكن الطاعن مغلقاً كما جاء بمحضر الضبط وليس هذا شأن المسكن المُعد لإستقبال جمهور لاعبي القمار فى أى وقت يحدده هؤلاء اللاعبون - وبالتالي فلا يمكن القول بأن ذلك المسكن أُعد لألعاب القمار بداخله بما توافر به أركان الجريمة المنصوص عليها فى المادة ٣٥٢ عقوبات - لأن هذا الركن لا يتوافر - كما سلف البيان - إلا بثبوت إعداد المكان وتهيئته وفتح أبوابه لكل من يريد اللعب من الجمهور بلا قيد ولا شرط.

٢ - أن جميع اللاعبين الذين تواجدوا بذلك المسكن وقت الضبط من الأصدقاء وتربطهم بعضهم ببعض والمتهم الأول وزوجته وأواصر الصداقة القديمة التى إمتدت لعشرات السنين وهم جميعاً من طبقة إجتماعية واحدة تضم الطبيب وضابط الشرطة ورجال الأعمال وصاحب الأملاك، وليس من بينهم من ينتمى إلى طبقة أقل من مستواهم العلمى والثقافى والإجتماعى - وهو ما لا يتفق مع الإدعاء بأن المسكن أُعد للعب القمار وفتح لإستقبال جمهور اللاعبين دون تمييز.

٣ - أن ضابط الواقعة عجز عن تقديم الدليل على أن هناك من إعتاد التردد على المسكن المذكور للعب القمار خلاف من تواجدوا بداخله وقت التفتيش - وهم جميعاً من الأصدقاء الذين تربطهم ببعضهم وبصاحب المسكن علاقة الصداقة من أمد بعيد - كما أن المتهم كذلك من أصحاب الأملاك والمثقفين وهو كذلك فى ذات المستوى الإجتماعى والثقافى للاعبين المذكورين.

٤ - وكان طبيعياً أن تسعى سلطة التحرى والبحث والإستدلال إلى تقصى الحقيقة فى شأن إعداد ذلك المسكن للعب القمار بالبحث عن لاعبين آخرين ترددوا من قبل عليه لممارسة ألعاب القمار ولا تجمعهم بالمتهمين أدنى صلة - حتى يمكن القول بإطمئنان بأن المسكن مُعد فعلاً لألعاب القمار وأن أى فرد من أفراد الجمهور وأحاد الناس يستطيع أن يقصده لممارسة

اللعب فيه دون قيد — ولكن ذلك لم يحدث وخلت الأوراق كلية مما يفيد ذلك وهو ما تنعدم معه الجريمة فلا تجريم إذن ولا عقاب.

ومن المقرر في هذا الصدد أن جريمة إعداد مكان للعب القمار سواء كان قد أعد خصيصاً لهذا الغرض أو كان بغرض آخر لكن تم فتحه للاعبين، تستلزم أن يكون مُعداً لإستقبال من شاء من الناس بلا قيد وبلا تمييز — فإذا كان الثابت أن من ضُبط داخل المسكن الذى تم تفتيشه من أقارب المتهم وأصدقائه وكان الحكم قد قضى بالبراءة على هذا الأساس فإنه يكون صحيحاً ملتزماً التطبيق القانونى السديد.

■ نقض ١٩٤٤/٣/٦ — طعن رقم ١٤/١٧٧ ق — مج القواعد القانونية — الربع قرن — جـ ٢ — رقم ١ — ص ٩٧٥

وأورد الدفاع أنه مما يؤكد عدم توافر الركن المادى للجريمة المسندة للمتهم / الطاعن ما ورد بأقوال..... القائم على الخدمة داخل الشقة التى تم تفتيشها وقد جاءت أقواله سواء بمحضر جمع الإستدلالات أو بالتحقيقات خالية تماماً مما يفيد أن المتهم أعد مسكنه لممارسة ألعاب القمار لأحد الناس دون تمييز.

وبناء على ذلك فإن ما يمكن استخلاصه من الوقائع المطروحة وفى منطق سائع واستدلال سليم أن هذا الركن غير قائم ولا سند له بالأوراق ولا يمكن استنباطه منها.

ولا يبقى بعد ذلك الا تحريات الشرطة التى جاءت مشوبة بالتجهيل والتعميم منقطعة المصدر المعلوم وهذه التحريات مهما كان شأنها لاتصلح أن تكون قرينة أو دليلا يمكن ان يقام عليه قضاء بالإدانة لأنه فى هذه الحالة لا تُعبّر إلا عن رأى جامعها والقاضى الجنائى لا يجوز له أن يدخل فى عقيدته رأيا لسواه بل يتعين أن يكون رأيه وعقيدته مبناهما اقتناعه الشخصى وعقيدته الخاصة.

تقول محكمة النقض فى واحد من عيون أحكامها :

" لما كان من المقرر أن الأحكام يجب أن تبنى على الأدلة التى يقتنع منها القاضى بإدانة المتهم أو ببراءته صادرا فى ذلك عن عقيدة يحصلها هو مما يجريه من التحقيق مستقلا فى تحصيل هذه العقيدة بنفسه لا يشاركه فيها غيره ولا يصح فى القانون أن يدخل فى تكوين عقيدته بصحة الواقعة التى أقام قضاؤه عليها أو بعدم صحتها حكما لسواه. وأنه وأن كان الأصل أن للمحكمة أن تعول فى تكوين عقيدتها على التحريات بإعتبارها معززة لما ساقته من أدلة طالما أنها كانت مطروحة على بساط البحث إلا أنها لا تصلح وحدها لأن تكون قرينة معينة أو دليلا على ثبوت التهمة. ولما كان الثابت أن ضابط المباحث لم يبين للمحكمة مصدر تحرياته لمعرفة ما إذا كان من شأنها أن تؤدى إلى صحة ما أنتهى إليه فأنها بهذه المثابة لاتعدو أن تكون مجرد رأى لصاحبها تخضع لإحتمالات الصحة والبطلان والصدق والكذب إلى أن يعرف مصدره

ويحدد كنهه ويتحقق القاضي منه بنفسه حتى يستطيع أن يبسط رقابته على الدليل ويقدر قيمته من حيث صحته أو فساده وأنتاجه في الدعوى أو عدم أنتاجه، وإذا كانت المحكمة قد جعلت أساس إقتناعها رأى محرر محضر التحريات فأن حكمها يكون قد بنى على عقيدة حصلها الشاهد من تحريه لا على عقيدة أستقلت المحكمة بتحصيلها بنفسها فأن ذلك مما يعيب الحكم المطعون فيه بما يتعين منه نقضه والإحالة بغير حاجة إلى بحث باقى ما يثيره الطاعن فى طعنه "

■ نقض ١٧/٣/١٩٨٣ - س ٣٤ - ٧٩ - ٣٩٢ - طعن ٥٥٩٠ لسنة ٥٢ ق

■ نقض ١٨/٣/١٩٦٨ - س ١٩ - ٦٢ - ٣٣٤ - طعن ٤٣ لسنة ٣٨ ق

ولا محل للقول إزاء ما تقدم بأن المتهم أعد مسكنه لجمهور لاعبي القمار دون تمييز لمجرد ضبط اللاعبين السبعة سالفى الذكر وهم يمارسون اللعب على حد قول محرر المحضر .
لأن لعب القمار فى حد ذاته غير مؤثم قانونا والجريمة لا تقع ولا تتوافر أركانها إلا إذا كان الجانى قد أعد مكانا لهذه الألعاب وعلى نحو يسمح بارتياحه من جمهور اللاعبين دون تمييز ولا قيد أو شرط وهنا وفى هذه الحالة وحدها تقع الجريمة متوافرة الأركان.

ولا يمكن بحال افتراض هذا الأعداد وتهيئة المكان للعب القمار من مجرد ضبط بعض الأصدقاء يمارسون اللعب داخل مسكن احدهم دون أن يسمح لغيرهم بارتياح ذلك المكان ولعب القمار بداخله ويتعين ثبوت هذا الركن على سبيل القطع والجزم والدليل الجنائى لا يُفترض ويتعين قيامه على وجه القطع الذى لا يساوره شك أو ظن .

والقول بغير ذلك يؤدى الى افتراض اعداد المحل أو المسكن للعب لمجرد ضبط اللاعبين الاصدقاء بداخله وهم يمارسون اللعب دون أن يثبت اعداد المسكن أو المحل لاستقبال أحاد الناس من راغبي ممارسة اللعب دون تمييز - وهى قرينة لاسند لها فى القانون .

ومادام هذا الركن من اركان الجريمة ولا يتوافر قيامها إلا بنبوته ومن ثم فيتعين أن يكون ثبوته فعليا لا افتراضيا ويقع على سلطة الإتهام تقديم الدليل القاطع على ثبوت اعداد المسكن المذكور لاستقبال لاعبي القمار فى أى وقت لممارسة اللعب وفق رغبة اللاعبين وهو أمر غير قائم فى صورة الواقعة المطروحة ولهذا يمكن القول بأن الدعوى خلت من أى فعل مؤثم ممكن ان يكون محلا للتجريم والعقاب .

والصداقة التى جمعت بين اللاعبين الذين تم ضبطهم داخل مسكن المتهمين والتى تربطهم كذلك بهما وعدم وجود أى شخص خلاف هؤلاء الأصدقاء داخل الشقة يمارس لعب القمار أمر ثابت على وجه يقينى وقاطع، ولم يذكر أحد حتى سلطة الإتهام نفسها أن تلك الصداقة مع المتهم ومع المذكورين غير قائمة أولا وجود لها - ومن ثم فأن فعل اعداد المسكن للعب القمار يكون غير قائم لتخلف الركن الجوهرى اللازم لهذا الفعل وهو اعداد المسكن لاستقبال لاعبي القمار دون تمييز وبلا تفرقة بين شخص وآخر .

واستقر على ذلك قضاء النقض وقضى بأنه : يُشترط في الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٥٢ عقوبات أن يكون المحل مفتوحاً للاعبى القمار وبحيث يدخلون للعب في الأوقات التي يحددونها فيما بينهم ولو كان تخصيصه لغرض آخر كمشي أو مطعم أو فندق.

■ نقض ١٩٤٤/٣/٦ طعن رقم ١٧٧ لسنة ١٤ ق — مج القواعد القانونية — الربع قرن — ج ٢ — رقم ١ — ص ٩٧٥

■ نقض ١٩٦٣/١٠/١٤ س ١٤ — ١١٤ — ٦٢١ — طعن ٧٠٢ / ٣٣ ق

■ نقض ١٩٧٧/١١/٧ س ٢٨ — ١٩٣ — ٩٣٠ — طعن ٦٥٦ / ٤٧ ق

وقضت محكمة النقض بأن :

إذا كان دفاع المتهم قد دفع بعدم توافر جريمة اعداد منزل لألعاب القمار تأسيساً على أن المنزل لم يكن مفتوحاً للجمهور بغير تمييز وأن جميع من ضبطوا فيه هم من أقاربه وأصدقائه.

وكان القانون يشترط لتطبيق المادة ٣٥٢ عقوبات المعدلة بالقانون ١٧ لسنة ١٩٥٥ أن يكون المحل مفتوحاً لألعاب القمار ليدخل فيه من يشاء بغير قيد ولا شرط فإن هذا الدفاع الذي تمسك به الطاعن هو دفاع جوهرى يبنى عليه — لو صح — تغيير وجه الرأى فى الدعوى — وإذا كان الحكم المطعون فيه لم يعرض لهذا الدفاع إيراداً ورداً فإنه يكون معيباً بالقصور.

نقض ١٩٧٦/٣/٢٢ س ٢٧ — رقم ٧٣ — ص ٣٤٤ — الطعن ١٩٥٦/٤٥ ق

ورغم أهمية هذا الدفاع وجوهريته فإن المحكمة بحكمها المطعون فيه لم تتصد له بالتحصيل والرد بل أغفلته كلية ولم تُقسطه حقه إيراداً له ورداً عليه مع أهميته إذ يتغير به حتماً وجه الرأى فى الدعوى وتضحى الواقعة فى هذه الحالة ولا جريمة فيها ولا عقاب بل واقعة مشروعة لا تتطوى على أى قدر من التجريم لإنعدام أحد أركان الجريمة وهو عدم توافر اعداد المحل للعب القمار بإباحة دخوله لجمهور اللاعبين دون تمييز وهو ما لم يقم عليه دليل بالأوراق بل توافرت الأدلة القاطعة والجازمة على أنه مسكن خاص يؤمه أصدقاء الطاعن ومعارفه للتسلية وتمضية الوقت ولا يتردد عليه سواهم — ولهذا كان الحكم المطعون فيه معيباً لقصوره فى الرد على دفاع جوهرى بما يستوجب نقضه.

رابعاً : قصور آخر فى التسبب وإخلال بحق الدفاع :

فقد أورد الطاعن كذلك فى دفاعه أمام محكمة الموضوع بدرجتيها دفاعاً جوهرياً آخر مؤداه أن القصد الجنائى غير متوافر لدى الطاعن وقال شرحاً لهذا الدفع أن الجريمة المُسندة إليه تستلزم لتوافر أركانها ثبوت انصراف نية إلى اعداد مسكنه لممارسة ألعاب القمار وفتحها للكافة ليدخله من يشاء وفى الوقت الذى يحدده للعب دون تمييز.

وهذا القصد غير قائم فى صورة الدعوى الماثلة لدى المتهم — فالشقة التى انصب عليها الأذن بالتفتيش والتى وجد بها اللاعبون معدة أصلاً ولا زالت معدة لإقامة المتهم وزوجته

واستغلالها بمعرفتهما في الأغراض البريئة ولا يدخلها الا أصحابها وأصدقاؤهم ومعارفهم ولا يسمح لغيرهم بدخولها أو التردد عليها — ولم تعد أصلاً لممارسة ألعاب القمار بداخلها انما يحدث أحياناً أن يلتقى هؤلاء الأصدقاء للزيارة المعتادة فأذا ما لاح لهم ممارسة لعب القمار فأن ذلك يتم على سبيل التسلية وتمضية الوقت وبصورة عارضة وليست مستمرة ولا يسمح لأحد بالتردد عليها للمشاركة في اللعب غير هؤلاء الأصدقاء والمعارف الذين تربطهم بصاحب الشقة صلة الصداقة القديمة منذ عشرات السنين — ويؤكد ذلك أن الشقة كائنة بعمارة سكنية يقطنها عشرات من الأسر وافرادها ولم يحدث أن ابلغ احدهم ضد المتهم بأنه يعد شقته لألعاب القمار ولأحاد الناس دون تمييز .

وجيران الشقة المذكورة هم أقرب الشهود لهذه الواقعة المؤثمة ان كانت قد حدثت ولكنها لم تحدث مما يؤكد صحة رواية المتهم واللاعبين الذين وجدوا بها وقت الضبط والتفتيش .

وقصد اعداد المكان وتهيبته لأستقبال جمهور اللاعبين دون تمييز لممارسة لعب القمار بداخله، هو القصد الخاص الذي يميز هذه الجريمة ويصبغها بطابع خاص .

وهذا القصد يتعين أن يكون ثبوته فعلياً ولا يُفترض وعلى سلطة الإتهام إقامة الدليل عليه والقول بغير ذلك من شأنه أن ينفي قرينة البراءة المفترضة لدى المتهم حتى يثبت ادانته ويرفع عن سلطة الإتهام وكاھلها عبء الإثبات للجريمة وكافة أركانها القانونية بما فيها القصد الجنائي ويلقيه على عاتق المتهمين بما لا يتفق وأحكام الدستور والقانون .

وقضت محكمة النقض في العديد من أحكامها بأن القصد الجنائي لا يُفترض، كما قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية إفتراضه، فقالت محكمة النقض : - " الأصل أن القصد الجنائي من أركان الجريمة فيجب أن يكون ثبوته فعلياً لا إفتراضياً " .

- نقض ١٣/٤/١٩٧٠ — س ٢١ — ١٤٠ — ٥٨٦ — طعن ٢٣٣ لسنة ٤٠ ق
- نقض ١٩/٢/١٩٩١ — س ٤٢ — ٥١ — ٣٧٩ — طعن ١٨٠ لسنة ٦٠ ق
- نقض ٢٩/١٠/١٩٦٢ — س ١٣ — ١٦٧ — ٦٧٧ — طعن ١١٣٤ لسنة ٣٢ ق
- نقض ٢٢/٥/١٩٦٧ — س ١٨ — ١٣٦ — ٦٩٩ — طعن ٨٣٠ — لسنة ٣٧ ق
- نقض ١٥/١٠/١٩٧٢ — س ٢٣ — ٢٣٦ — ١٠٥٨ — طعن ٨٩٢ / ٧٢ ق
- نقض ١٥/١١/١٩٩٤ — س ٤٥ — ١٥٧ — ١٠٠١ — طعن ٥٩/٢٧٣٥٤ ق —
- موسوعة الشريبي — ج ٥ — أحكام ١٩٩٤ — رقم القاعدة/٥٢ — ص ٤٤١
- نقض ١/٢/١٩٩٣ — الطعن ٦١/٢٣٥٢ ق — موسوعة الشريبي ج ٤ — قاعدة / ١٠ — ص ٤٥

بل وقضت المحكمة الدستورية بعدم دستورية القرائن القانونية التي إفتترضت العلم في النصوص التشريعية ذاتها، فقضت بعدم دستورية ما ورد بالمادة / ١٢١ من قانون الجمارك من "

إفترض علم " الحائز لبضائع أجنبية بتهريبها إذا لم يقدم المستندات الدالة على سداد الضريبة الجمركية، وأن الأصل أن تتحقق المحكمة بنفسها وعلى ضوء تقديرها للأدلة من علم المتهم بحقيقة الأمر في شأن كل واقعة تقوم عليها الجريمة وأن يكون هذا العلم يقيناً فعلياً لا ظنياً أو إفترضياً (المحكمة الدستورية العليا — جلسة ١٩٩٢/٢/٢، الدعوى رقم ١٣ لسنة ١٢ ق دستورية عليا — منشور بالجريدة الرسمية — العدد ٨/ — فى ١٩٩٢/٢/٢٠) — كما قضت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستورية ما نصت عليه الفقرة ١ / من المادة ٨٢ / من القانون ١٩٧٧/٤٩ فى شأن تأجير وبيع الأماكن فيما تضمنته من إفترض علم المؤجر بالعقد السابق الصادر للمكان من نائبه أو من أحد شركائه أو نائبيهم، وأنه من ثم لا يجوز للعقاب (عن كتابة أكثر من عقد) بمقتضى المادتين ٨٢، ٨٤ من قانون الإجراءات ١٩٧٧/٤٩ " إفترض علم " المؤجر بالعقد السابق المحرر من غيره من خلال قرينة قانونية ينشئها المشرع إعتسافاً، وأنه يتعين أن يكون العلم علماً فعلياً يقينياً، لا ظنياً ولا إفترضياً (المحكمة الدستورية العليا — جلسة ١٩٩٨/١/٣ — فى الدعوى رقم / ٢٩ لسنة ١٨ ق دستورية عليا)... كما قضت المحكمة الدستورية العليا — جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ فى الدعوى رقم / ٣١ لسنة ١٦ ق دستورية عليا، قضت بعدم دستورية نص الفقرة / ٢ من البند / ١ من المادة / ٢ من قانون قمع الغش و التذليس رقم ٤٨ لسنة ١٩٩١ فيما تضمنته من إفترض العلم بالغش أو الفساد إذا كان المخالف من المشتغلين بالتجارة أو الباعة الجائلين، و ذلك على سند أنه يتعين أن يكون العلم علماً فعلياً يقينياً، لا ظنياً و لا إفترضياً. (حكم المحكمة الدستورية العليا — جلسة ١٩٩٥/٥/٢٠ — فى الدعوى ١٦/٣١ ق دستورية عليا)

وأضاف دفاع الطاعن بدفاعه المكتوب بالدرجتين، أن دفاعه بإنقضاء القصد الجنائي لديه قد تأيد بما اجمع عليه اللاعبون المذكورون كما أن وجود أدوات اللعب بالشقة لا يستخلص منه حتماً أنها تدار ومعدة لإستقبال جمهور لاعبي القمار دون تمييز .

وأضاف بدفاعه المكتوب أن جامع التحريات قد فشل فى التوصل الى معرفة أى شخص ليس من أصدقاء المتهم يتردد على الشقة لممارسة ألعاب القمار

وأنه كان حرياً به لو كانت تحرياته جدية — معرفة هذه الواقعة واقامة الدليل عليها وهى حاسمة ومؤثرة ولازمة لتوافر أركان الجريمة المسندة للمتهم وبدونها لا يكون فى الأمر ثمة جريمة حتى مع ثبوت تواجد هؤلاء الأصدقاء داخل الشقة وممارستهم لعب الميسر بمبالغ مالية.

وهو افتراض غير صحيح لأن اللاعبين المذكورين كانوا يلعبون الكارت (الكوتشينة) لمجرد التسلية وتمضية الوقت — والمبالغ المضبوطة كانت فى جيوبهم ولم تكن على المنضدة كما ادعى ضابط الواقعة الراءد.....

كما أن المتهم — فيما أورد بدفاعه المكتوب بالدرجتين — على درجة كبيرة من الثراء وليس بحاجة الى تقاضى ثمة جنيهاات معدودة من هذا النشاط المؤثم المزعوم ولا جناح عليه اذا ما

تناول اصدقائه المذكورون طعامهم على حسابهم الخاص كما اعتادوا ولكل منهم طلباته الخاصة في الطعام والشراب وقد خلت الأوراق كلية من أى دليل يمكن أن ينهض قبل المتهم يمكن معه القول بأنه اعد مسكنه للعب القمار وبمعرفة أحاد الناس دون تمييز أو تفرقة ولكل من يرغب للعب — بل إن الوقائع الماثلة لا ترشح لهذا القصد ولو من قبيل الظن والأحتمال ويستدل منها قطعاً على أن هذا القصد مستبعد كلية ولا اساس له من الواقع .

وقد وجد باب المسكن موصداً من داخله ولم يسمح لأحد غير المتهم وزوجته وأصدقائهما المذكورين بدخوله ولولا استعمال القوة عند اقتحامه عنوة من ضابط الواقعة ومرافقوه لما أمكنهم دخوله — وليس هذا شأن المنزل أو المسكن المعد أصلاً لممارسة ألعاب القمار بداخله بحيث يتردد عليه كل الراغبين في ممارسة اللعب دون قيد وبلا تمييز .

وأضاف دفاع الطاعن المكتوب أن الواقع المادى قد كَذَّبَ ما ورد بمزاعم الرائد..... بأن المتهم أعد شقته لممارسة ألعاب القمار بمعرفة راغبي اللعب من أوساط مختلفة في المجتمع وقوله أنه لا تربطهم بالمتهمين أدنى صلة سوى لعب القمار .

إذ لم يوجد بين اللاعبين من لا يمت له ولزوجته بصلة الصداقة كما أنهم جميعاً من أوساط إجتماعية واحدة وفي سن متقارب .

وقد عجز ضابط الواقعة عن الإرشاد عن أى لاعب قصد الشقة المذكورة ومارس فيها لعب القمار ولم يكن من أصدقاء المتهم وزوجته أو معارفهما — وكان جديراً به أن يتقدم بهذا الدليل الحاسم لقيام الجريمة وتوافر أركانها .

وقد سئل الشاهد المذكور (الرائد/.....) صراحة عما يأتى : —

س : وما قصد المتهم وزوجته من ذلك ؟

ج : قصدهما إدارة السكن لألعاب القمار وحصول المدعو..... على مبالغ نقدية مقابل الدخول ولعب القمار .

س : وكيف وقفت على هذا القصد ؟

ج : من إعترافهم بحصول المدعو..... على مبالغ نقدية مقابل المأكولات والمشروبات .

وإن كانت التحريات قد أكدت أنه يحصل على فائدة مالية مقابل إدارة الشقة ونسبة من الأرباح التى يحققها الفائز .

وحديث الشاهد المذكور عن إقرارات اللاعبين سالفى الذكر بفرض ثبوته لا تتوافر به جريمة ما لأن أقوالهم أجمعت على أنهم أصدقاء المتهم وزوجته وقد جمعتهم بمسكنهما صلة الصداقة وحدها أما ممارسة لعب القمار فأمر عارض وعرضى لمجرد التسلية وتمضية الوقت .

وحتى لو كان اللعب بنقود تصرف للرابح والفائز فإن ذلك لا تتوافر به الجريمة وكذلك

الحال بالنسبة لتقاضى المتهم الأول مبالغ مقابل السماح لهم باللعب.

لأن العبرة ليس بكل هذه الأفعال بفرض ثبوتها ووقوعها — وهى لم تقع —، بل العبرة بإعداد المحل أو السكن لإستقبال لاعبي القمار دون تمييز بحيث يصبح مباحاً دخوله لأحادي الناس للممارسة لعب القمار.

أما اللعب فى حد ذاته فلا يندرج تحت أى وصف عقابى كما سلف البيان.

وكذلك الحال بالنسبة لتقاضى المتهم الأول — جديلاً — أية مبالغ فى مقابل لعب أصدقائه فى شقته لأن الفعل المؤثم لا يستلزم شيئاً من ذلك بل ثبوت إعداد المحل لممارسة لعب القمار بداخله لكل من يرغب فى ممارسته بغض النظر عن شخصيته وفى الوقت الذى يحدده دون شرط.

كما أن المستفاد حتى من إقرارات اللاعبين الذين تم ضبطهم داخل شقة المتهمين أن أياً منهما لا يحصل على مبالغ مقابل السماح لهم بلعب القمار بداخله، وكل ما جاء بهذه الإقرارات الباطلة أن ما يتم دفعه مقابل ما يحصلون عليه من شراب وطعام طوال مدة تواجدهم بالشقة للعب وهو ما لا يمكن الإستدلال منه على معنى إعداد المسكن للعب القمار وهو الفعل المؤثم بنص القانون كما سلف البيان.

أما تحريات الرائد..... وما زعمه من أن المتهم أعد مسكنه لاستقبال جمهور لاعبي القمار دون تمييز فهو قول عارٍ من الصحة لا يعدو مجرد إرهافات ومزاعم لا سند لها من الواقع ولا ظل لها من الحقيقة. وبنتيجة لا يمكن إستخلاصها من مقدمات نتائجها وتؤدى إليها بمنطق سائق وإستدلال مقبول. ولهذا جاء قوله وزعمه مشوباً بالفساد فى الإستدلال والتعسف فى الإستنتاج بما يتعين معه إستبعاده كليةً وعدم التعويل عليه، ولا يجوز للمحكمة الإستناد فى قضائها بالإدانة إلى هذا الحديث الظنى البحت وإلا كان حكمها معيباً لفساده ومن المقرر فى هذا الصدد أن الحكم يكون مشوباً بالفساد فى الإستدلال إذا إنطوى على عيب يمس سلامة الإستنباط ويتحقق ذلك إذا إستندت المحكمة فى إقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للإقناع بها أو فى حالة عدم التلازم المنطقى للنتيجة التى إنتهت إليها بناءً على تلك العناصر التى ثبتت لديها.

■ نقض ١٩٨١/٦/١١ — طعن ٢٤٧٥ لسنة ٤٤ ق

ومن هذا كله يتبين — فيما أورده الطاعن بدفاعه المكتوب بالدرجتين — أن القصد الجنائى منعدم لدى المتهم إذ لم تتصرف نيته إلى إعداد مسكنه لممارسة لعب القمار بداخله وإتاحة الفرصة للاعبين لدخوله للعب دون تمييز ولا يجوز بحال القول بتوافر المسئولية الجنائية المفترضة فى جانبه إلا إذا كان إستخلاصها سائغاً مستمداً من وقائع تنتجها وتؤدى إليها وهو مالم يتوافر فى الواقعة المطروحة بل أن كافة القرائن والدلائل المحيطة بها لا يستخلص منها إلا ثبوت نفي هذا القصد لعدم توافر الأدلة التى تنبئ عنه وتدل على ثبوته فى جانب المتهم.

وأضاف دفاع الطاعن المكتوب — أن المحكمة لن تجد — وهى بالفعل لم تجد — أى دليل أو قرينة على ثبوت هذا القصد سوى مزاعم تحريات الشرطة المجهلة التى لا تصلح وحدها لى تكون دليلاً يمكن أن يقام عليها قضاء بالإدانة كما سلف القول.

ولا يغير من ذلك ما هو مقرر من أن إستخلاص القصد الجنائى وثبوت توافره لدى الجانى من الأمور الموضوعية البحتة التى لا رقابة لمحكمة النقض عليها — لأن هذا القول وإن كان صحيحاً إلا أنه يفترض بدهاء أن يكون هناك من العناصر والأدلة والقرائن ما يمكن إستخلاصه منها على نحو سائغ ومقبول. أما إذا خلت الأوراق من تلك العناصر التى ترشح لتوافر ذلك القصد فيكون من الخطأ الإنتهاء إلى ثبوته وإدانة المتهم بناءً على توافره.

ولأن إستعمال السلطة التقديرية فى إثبات قيام القصد الجنائى من عدمه يفترض وجود العناصر والمقدمات التى تؤدى إلى تلك النتيجة — فإذا لم تكن هذه العناصر قائمة أصلاً أو كانت قاصرة أو لا تؤدى عقلاً إلى النتيجة التى خلصت إليها المحكمة فإن القضاء بالإدانة يكون مشوباً بالفساد المٌبطل.

كما هو الحال فى الدعوى المطروحة والتى خلت من أى دليل جدى ينبئ عن أن المتهم قصد إعداد مسكنه لإستقبال جمهور لاعبي القمار دون تمييز وبلا قيد أو شروط.

وما دام القصد الجنائى من أركان الجريمة فإن المحكمة يتعين عليها أن تقيم الدليل عليه بأسباب مستقلة وأن تكون تلك الأسباب سائغة وكافية لحمل النتيجة التى ينتهى إليها الحكم وإلاً كان معيباً لقصوره وقد خلت الأوراق مما يفيد أو حتى يرشح لتوافر هذا القصد، فإذا أُضيف إلى ما تقدم عدم توافر الركن المادى كذلك كما سلف البيان فإن الجريمة برمتها وبكافة أركانها تكون غير قائمة بما يتعين معه القضاء ببراءة المتهمين مما نسب إليهما.

وقضت محكمة النقض بأن : مناط تطبيق المادة ٣٥٢ عقوبات أن يكون المكان قد أُعد لألعاب القمار ومفتوحاً ليدخل فيه من يشاء من الناس بغير تمييز أو قيد أو شرط.

■ نقض ١٩٩٠/٥/١٧ — س ٤١ — رقم ١٢٨ — ص ٧٣٥ — طعن ١٢٠٨٧ / ٥٩ ق

■ نقض ١٩٩٠/١/٢٥ — س ٤١ — رقم ٣٥ — ص ٢١٩ — طعن ٥٦٨٩ / ٥٨ ق

ولم تفتن المحكمة لذلك الدفاع بل غاب عنها كليةً رغم أهميته لتعلقه بركن جوهرى من أركان الجريمة التى قضت بإدانتها عنها وهو ما عاب الحكم الطعين فأضحى مُتعين النقض والإحالة.

خامساً : قصور آخر فى التسبب وإخلال آخر بحق الدفاع :

فقد كان الدفع ببطلان إقرارات الطاعن واللاعبين بمحضر الضبط من بين أوجه الدفوع الجوهرية والتى تمسك بها فى دفاعه إذ تعرض المتهم عند سؤاله بمحضر الضبط لشتى صنوف أفعال الإكراه والتهديد وأسقط القائم بتحرير المحضر المذكور الرائد..... من أقواله ما يفيد

أن اللاعبين الذين وجدوا بالشقة التى أجرى تفتيشها من أصدقائه كما تجمعهم ببعضهم صداقة حميمة منذ فترة بعيدة كما نفى كل منهما إعداد تلك الشقة للعب القمار ليتمكن آحاد الناس من لعب القمار بها مؤكداً أن ذلك اللعب أمر عارض وقاصر على هؤلاء الأصدقاء ولا يسمح لغيرهم بالتردد على ذلك المكان أو ممارسة اللعب به. وهى العناصر الجوهرية فى أقوالهما والتى أصر عليها فور الضبط وللوهلة الأولى.

ولكن الضابط المذكور لم يلتزم جانب الحيدة فى محضره عند سؤاله المتهم وتعمد عدم ذكر هذا القول على لسانه أما أقوال المتهم بالتحقيقات فقد جاءت واضحة بالقدر الكافى وأوضح أن جميع الأشخاص الذين تم ضبطهم داخل الشقة هم من أصدقائه.

وذكر المتهم ص ٣ بالتحقيق ما نصه عندما سُئل :

س : من كان برفقتك حين الضبط ؟

ج : هم الناس اللى ضبطوا معايا بالشقة.

س : وما هى علاقتك بكل من سالى الذكر ؟

ج : هم كلهم أصحابى وإحنا كنا قاعدين بنلعب كوتشينة للتسلية فقط، وأنا كنت بألعب كوتشينة للتسلية فقط مع أصدقائى. وأقوالى بمحضر الضبط غير صحيحة وملفقة ضدى — وكذلك الإقرارات التى وقع عليها اللاعبون فهى ملفقة ضدهم وقاموا بإمضائها بدون قرائتها عليهم وقد تم التوقيع عليها منهم بحالتها بعد أن أمرهم الضابط بالتوقيع.

وبمثل ذلك قرر باقى من ضبط بالشقة وأكدوا جميعاً أنهم من الأصدقاء ولا يوجد بينهم من لا تربطه صلة الصداقة الوطيدة بصاحبى الشقة. وأن أحداً لا يتردد عليها سواهم للعب القمار للتسلية وأنهم يتناولون الطعام بها على حسابهم الخاص. ولا يحصل المتهم على أى مقابل نظير ذلك.

كما أوضح الجميع أن إقراراتهم المنسوبة إليهم بمحضر الضبط أو بمحركات منفصلة لم تصدر منهم وقد اضطروا للتوقيع عليها تحت تأثير الإكراه الواقع عليهم فضلاً عن التهديد الذى تعرضوا له ووقعوا تحت تأثيره بالتشهير بهم وهى أمور جميعها غير مشروعة وتؤدى إلى بطلان تلك الإقرارات بما لا يجوز الإستناد إليها كدليل ضد المتهم والحكم بالإدانة ضده.

لأن شرط الدليل الذى يمكن أن يؤخذ سنداً لذلك القضاء سواء كان شهادة أو إقرار أو إقراراً أن يكون صحيحاً وصادراً عن إرادة حرة ومختارة.

فإذا صدر أيهما عن إكراه أو تهديد أيّاً كان قدره كان الدليل المُستمد منه باطلاً ويتعين إستبعاده وعدم التعويل عليه ولا يُشترط فى هذه الوسائل التى تبطل تلك الأدلة أن تكون قد بلغت قدراً من الجسامة بحيث تترك أثراً بجسم الشاهد أو المتهم بل أن التهديد بايقاع الأذى الأدبى أو المعنوى يكفى وحده لإبطال الدليل ما دام قد عطل الإرادة وأعدم حرية الاختيار.

■ نقض ١٩٨٣/٢/٢٣ — س ٣٤ — رقم ٥٣ — ص ٢٧٤ — طعن ٦٤٥٣ لسنة ٥٢ ق

فقد نصت المادة /٣٠٢ أ. ج على أنه : " يحكم القاضي فى الدعوى حسب العقيدة التى تكونت لديه بكامل حريته، ومع ذلك لايجوز له أن يبنى حكمه على أى دليل لم يطرح أمامه فى الجلسة، وكل قول يثبت أنه صدر من أحد المتهمين أو الشهود وتحت وطأة الاكراه أو التهديد به يهدر ولا يعول عليه ".

فهذا النص وضع واجبا على عاتق القاضي مباشرة ألا يعول فى قضائه على قول لمتهم أو شاهد صادر تحت وطأة اكراه أو تهديد أو وعيد، والوعد كالوعيد، وأعطى لكل متهم الحق فى أن يدفع ببطلان وبعدم التعويل على أقوال أى شاهد وعلى أقوال أى متهم سواء طالما قد عابها عيب من هذه العيوب.

وقد قضت محكمة النقض بأن :

" الدفع ببطلان أقوال الشاهد لصدورها تحت تأثيرة الاكراه هو دفع جوهرى يتعين على محكمة الموضوع أن تعرض له بالمناقشة والتفنيد لتبين مدى صحته ولا يعصم الحكم قول المحكمة أنها تطمئن الى أقوال الشاهد ما دامت أنها لم تقل كلمتها فيما أثاره الدفاع من أن تلك الأقوال انما أدلت بها نتيجة الاكراه الذى وقع عليها — وأنه لا يكفى لسلامة الحكم أن يكون الدليل..... متى كان وليد اجراء غير مشروع ".

■ نقض ١٩٧٢/٦/١١ — س ٢٣ — ٢٠٣ — ٩٠٦ — طعن ٤٧٦ لسنة ٤٢ ق

■ نقض ١٩٧٥/٥/١٢ — س ٢٦ — ٩٨ — ٤٢٣ — طعن ٦٩٠ لسنة ٤٥ ق

و قضت محكمة النقض بأنه :

" من المقرر أن الدفع ببطلان الاعتراف هو دفع جوهرى على محكمة الموضوع مناقشته والرد عليه ردا سائغا يستوى فى ذلك أن يكون المتهم المقر هو الذى وقع عليه الاكراه أو يكون قد وقع على غيره من المتهمين مادام الحكم قد عول فى قضائه بالأدانة على هذا الاعتراف وأن الاعتراف الذى يعتد به يجب أن يكون اختياريا ولا يعتبر كذلك — ولو كان..... — اذا حصل تحت تأثير الاكراه أو التهديد أو الخوف الناشئين عن أمر غير مشروع كائنا ما كان قدر هذا التهديد أو ذلك الاكراه ".

■ نقض ١٩٧٣/١١/١٣ — س ٢٤ — ٢٠٨ — ٩٩٩ — طعن ٩٤٨ / ٤٣ ق

■ نقض ١٩٧٥/١١/٢٣ — س ٢٦ — ١٦٠ — ٦٢٦ — طعن ١١٩٣ / ٤٥ ق

وأضاف دفاع الطاعن المكتوب بالدرجتين — أنه لا يخفى على عدالة المحكمة الموقف الدقيق الذى كان عليه اللاعبون والمتهم وهول المفاجأة التى حدثت عند ضبطهم بعد إقتحام الشقة بالقوة المدججة بالسلاح وما صاحب ذلك من هلع وفرع إنتاب الجميع وهم فى سن متقدمة خاصة وأنهم لم يرتكبوا جرماً ولم يقارفوا جريمة وقد وقَّعُوا على تلك الإقرارات وأقوالهم بمحضر الضبط تحت هذه العوامل والظروف إذ لم يكن فى وسع أيهم الإمتناع عن التوقيع كما لم يجروْ أحد منهم أن يطلب الإطلاع على المحررات التى تم تحريرها بمعرفة محرر المحضر قبل التوقيع عليها وإلاّ تعرض لمزيد من الإهانة والتهديد.

ويتعين عند تقدير هذا الدفاع الجوهري مراعاة الظروف والملابسات التي كان عليها المذكورون والتي أحاطت بهم وكلها تؤكد وتقطع بصحة دفاعهم خاصة وقد بادر كل منهم إلى توضيح موقفه بحرية تامة فور مثولهم للتحقيق أمام النيابة العامة ولم يكن قد مضى على ضبطهم سوى ساعات معدودة وهو ما يدل على أنهم لم يتمكنوا كلياً من الإدلاء بأقوالهم على النحو الصحيح بمحضر الضبط (الباطل) بل أن أياً منهم لم يذكر شيئاً مما دون به من وقائع أو إقرارات منسوبة إليهم — وإلاً فلم يكن هناك ثمة مبرر للإدلاء بما يخالفها بالتحقيقات بعد فترة وجيزة ولا يعني هذا منطقاً وعقلاً إلا أن أقوالهم والإقرارات الأولى المنسوبة إليهم بمحضر الضبط لم تصدر منهم أصلاً وأن توقيعاتهم عليها كان بناءً على الإكراه والتهديد الذي لم يستطع أحد مقاومته أو التصدي له في ظروف الضبط وتحت تأثير القوة وأفعال البطش والعدوان.

وأنه لذلك يتعين على عدالة المحكمة إستبعاد كافة الأدلة المستمدة من محضر الضبط وكذلك تلك الإقرارات لبطلانها بطلاناً مطلقاً لأنها جاءت وليدة القبض الباطل وكذلك أعمال وسائل الإكراه المادى والمعنوى التي تعرضوا لها وهى جميعها من الأمور التي تبطل الأدلة ولا يستقيم مع الدليل السوى الصحيح الذى يتعين أن يكون خالياً كلياً مما يشوبه من إكراه أو تهديد وصادراً عن حرية تامة وإختيار مطلق.

ومن المقرر فقهاً وقضاً أن من شروط صحة الشهادة أن يكون الشاهد وقت إدلائه بشهادته حر الإختيار — أما إذا كان خاضعاً فى ذلك الوقت لتأثير الإكراه المادى أو المعنوى فشهادته باطلة وقد نصت على ذلك المادة ٣٠٢ إجراءات جنائية بأن كل قول يثبت أنه صدر من أحد الشهود تحت وطأة الإكراه أو التهديد يهدر ولا يعول عليه.

وتطلبت محكمة النقض الحرية والإختيار فى الشهادة فقالت أن وزن أقوال الشاهد وتقدير الظروف التى يؤدى فيها شهادته وتعويل القضاء عليها وإن كان مرجعه إلى محكمة الموضوع تنزله المنزلة التى تراها وتقدره التقدير الذى تطمئن إليه — إلا أنه يشترط أن تكون صادرة عنه إختياراً — وهى لا تعتبر كذلك إذا صدرت إثر إكراه أو التهديد كائناً ما كان قدره.

■ نقض ١٩٦٨/١١/١٨ — س ١٩ — ١٩٦ — ٩٧٤ — طعن ١٢٧٤ / ٣٨ ق

■ نقض ١٩٩٧/١٠/٢٣ — طعن ٩٨٣٩ لسنة ٦٥ ق

■ نقض ١٩٧٥/٥/١٢ — س ٢٦ — ٩٨ — ٤٢٣ — طعن ٦٩٠ / ٤٥ ق

ولم تعبأ المحكمة بهذا الدفاع الجوهري ولم تعن ببحثه وتمحيصه بل غاب عنها تماماً ولهذا خلت مدونات حكمها المطعون عليه من تحصيله والرد عليه برد سائغ تبرر إطراحه وهو ما يُبنى عن أنها لم تمحص الدعوى تمحيصاً شاملاً ولم تلم بوقائعها وأوجه دفاع الطاعن إماماً تاماً يُهيب لها الفرصة للتعرف على وجه الحقيقة والفصل فيها عن بصر تام وبصيرة شاملة وهو ما يُعيب الحكم ويستوجب نقضه ما دامت قد أخذت بتلك الإقرارات المنعى عليها بالبطلان لصدورها تحت تأثير الإكراه والتهديد والوعد والوعيد.

كما قصرت المحكمة في حكمها في بيان مدى تلك الإقرارات ومضمونها وما جاء بها من عبارات وألفاظ تصلح إتخاذها دليلاً ضد الطاعن بل أشارت إليها المحكمة إشارة عابرة في عبارة مُجَمَّلة يشوبها الإجمال والغموض والإبهام وهو ما لا يتفق مع ما أوجبه القانون بأن يوجب بيان المحكمة للدليل واضحاً مفصلاً حتى تستطيع محكمة النقض بسط رقابتها على الحكم لبيان كيفية إستدلال المحكمة به وسلامة مأخذه ومدى.....يته لأن يُستخلص منه المعانى التى إستخلصتها منه من عدمه وهو ما خلا منه الحكم الطعين ولهذا كان معيباً واجب النقض والإعادة.

■ نقض ١٩٩٠/٦/٧ - س ٤١ - رقم ١٤٠ - ص ٨٠٦ - طعن ٢٦٦٨١ / ٥٩ ق
وحيث أنه لما تقدم جميعه فإن الحكم المطعون فيه يكون وقد ران عليه البطلان بما يستوجب نقضه والإعادة.

وعن طلب وقف التنفيذ

فإن الإستمرار في تنفيذ الحكم المطعون فيه من شأنه أن يُرتب له أضراراً جسيمة لا يمكن مداركتها بما يحق له طلب وقف تنفيذه مؤقتاً ريثما يُفصل في هذا الطعن.

فلهذه الأسباب

يلتمس الطاعن من محكمة النقض الأمر بوقف تنفيذ الحكم المطعون فيه مؤقتاً ريثما يُفصل في هذا الطعن.

والحكم :

أولاً : بقبول الطعن شكلاً.

ثانياً : وفي الموضوع بنقض الحكم المطعون فيه والإحالة.

الحامى / رجائى عطية