

الجامعة الاردنية

كلية الحقوق

\*\*\*\*\*

الركن المبادئ في السريعة

محس الدين عبد الشجيرة

اشراف

الاستاذ الدكتور فتوسود السراج

قدّمت هذه الرسالة استكمالاً لمتطلبات درجة العاجسة  
في القانون العام بكلية الحقوق في الجامعة الاردنية

الدكتور كامل السعيد

٠١٩٨٣ / ٥١٤٠٣

## أهدى

الى كل الشعوب المناضلة من أجل استرجاع  
حقوقها وشرفها وانسانيتها .  
الى الشعب العربي الفلسطيني أهدى هذا  
البحث .



٠١ لما كان موضوعنا يتناول الركن المادي في جريمة السرقة، ارتأينا أن نتناول في مقدمتنا هذه، بإيجاز، الركن المادي للجريمة في النظرية العامة لمعرفة ماهية الركن المادي للجريمة بصفة عامة، ومعرفة ما اذا كانت هذه الماديات هي نفسها الماديات التي تتحقق بها جريمة السرقة، أم أن ماديات جريمة السرقة ماديات خاصة لا تشترط إلا فيها، وبعبارة أخرى معرفة ما اذا كانت السرقة تقوم على نفس الماديات المطلوبة في كل الجرائم أو تقوم على ماديات أخرى حددها المشرع بحيث اذا انتفت احداهما لا تقوم لجريمة السرقة قائمة .

ولمعرفة هذه الماديات ومدى مطابقتها بماديات الركن المادي للسرقة فضلنا أن نتناول في مقدمتنا هذه، كذلك، تحليل الركن المادي للسرقة لمعرفة ما اذا كانت الأفعال التي يقوم بها الجاني أفعالاً ايجابية أم سلبية أي بمعنى آخر هل أن السرقة تتحقق بالأفعال الايجابية فقط أم تشمل الأفعال السلبية كذلك ؟ وما هي النتائج المترتبة من هذه الأفعال، وهل أن الفعل والنتيجة أمران منفصلان أم متجان في اطار رابطة السببية ؟ اذن ما هو الركن المادي للجريمة ؟

٠٢ يراد بالركن المادي للجريمة ذلك المظهر الخارجي أو العمل المادي الذي ينص عليه القانون ويقرره عقوبة وفقاً لفكرة الركن الشرعي . ذلك بأن المبدأ السائد في الشرائع الوضعية الحديثة هو أن التجريم لا يلحق إلا بالأعمال المادية أو المظاهر الخارجية، أي التي يمكن لمسها فسي الحيز الخارجي على وجه من الوجوه . سواء أتركت آثاراً مادية بمعنى الكلمة أم لم تترك، وسواء أكانت ايجابية في صورة الفعل أم الحركة أم ارتكاب لعمل ينهى عنه القانون أم كانت سلبية في صورة الترك أو الامتناع عن عمل يأمر به القانون . (١)

(١) د . طي راشد . موجز القانون الجنائي - ط . الرابعة . القاهرة

فالركن المادي اذن يتكون من الفعل الذي يشمل السلوك الايجابي والسلبي والنتيجة ورابطة السببية بين الفعل والنتيجة الجرمية .

ويعتبر الفعل أحد العناصر الأساسية في الركن المادي في جميع الجرائم ، اذ بدون فعل لا تقوم للجريمة قائمة . وهو ذو مدلول متسع يشمل السلوك الايجابي المفترض حركة عضو في جسم الجاني ، ويتسع للامتناع أي السلوك السلبي باعتباره صورة للسلوك الانساني ومن ثم ساغ في الاصطلاح القانوني ان يطلق على الامتناع تعبير الفعل السلبي . والفعل عنصر في الجرائم المعدية وغير المعدية . فالفعل الايجابي حركة عضوية ارادية ، له كيان مادي محسوس يتقبل في الحركات الصادرة من الجاني ابتغاء تحقيق آثار مادية معينة . ( ١ )

فالجاني يتصور النتيجة التي يريد ان يحققها ويتصور في الوقت ذات الحركة المادية التي يقتضيها تحقيق هذه النتيجة . فالحركة المادية نشاط يقوم به الجاني من طريق أحد أعضاء جسمه ، وهي نشاط ايجابي يستلزم استخدام الجاني لجزء من أجزاء جسمه كذراعيه أو ساقيه أو لسانه للقيام بفعل الضرب أو اطلاق النار أو الاستملاء على مال الغير أو القذف والسب . ( ٢ )

فبدون هذه الحركة المادية يتجرد الفعل الايجابي من الماديات فلا يتصور ان تترتب نتيجة اجرامية أو ان يحدث عن طريقه ماس بالحقوق التي يحميها القانون . فالفعل يكون ايجابيا اذن اذا قام الجاني بفعل ينهى عنه القانون مستخدما أيًا من أعضاء جسمه لتحقيق النتيجة التي يبتغيها . ( ٣ )

( ١ ) د . محمود نجيب حسني : شرح قانون العقوبات - القسم العام - ط -

الرابعة ، دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٧ . ص ٢٨٢ .

( ٢ ) د . هود السراج : التشريع الجنائي المقارن في الفقه الاسلامي والقانون

السوري . ج - الاول - المادي العامة ، مطبعة رياض ، دمشق

١٩٨٠ - ١٩٨١ ، ص ١٥٤ .

( ٣ ) فازی جزار : شرح قانون العقوبات الاردني - القسم العام - ١٩٧٨ ،

ص ٣٩٠ .

ويترتب على اعتبار الحركة العضوية عنصرا في الفعل الايجابي نتائج هامة . فالفعل الايجابي ليس مجرد فكرة خبيثة في نفس صاحبها فهو لا يقوم بمجرد العزم أو التصميم على المساس بالحقوق التي يحميها القانون ان تنقض الحركة العضوية . لأن القانون لا يعاقب على النوايا والرضيات والشهوات مجردة عن مظهرها الخارجي بل يعاقب ، وحسب ، على أي فعل يعد بذاته جريمة أو شروعا فيها أو اشتراكا . ( ١ )

٠٣ ويشترط بعض الجنائيين في الفعل الايجابي أن يكون اراديا أي صادرا عن ارادة حرة مهيمنة .

فيرى الاستاذ محمود نجيب حسني أن الارادة هي قوة نفسية مدركة تدفع أعضاء الجسم الى الحركة على النحو الذي يحقق الغاية التي يبتغيها من تصدره الارادة . فالفاعل لا يقوم بحركة عضوية أي كانت وانما يقوم بحركة عضوية ذات مصدر معين هي الارادة . فان لا بد من توافر علاقة سببية بين الارادة والحركة العضوية وهذه العلاقة علاقة نفسية . فالارادة هي التي توجه الحركة العضوية على نحو معين ، وتوضح ذلك أن جميع الماديات التي يتكون منها الفعل الايجابي يتعين أن تكون متصلة في اتجاه معين ترسمه الارادة وتحدد معالمه . ومن ثم كان الاتجاه الارادي الساسي كل أجزاء الحركة العضوية عنصرا في الصفة الارادية . ( ٢ )

فحسب هذا الرأي أن الفعل الايجابي بدون هذه الصفة الارادية للفعل يتجرد من كل قيمة قانونية إذ أن الفعل الذي يعتبر مجرما هو الفعل ذو القيمة القانونية الذي يفضي الى المساس بالحقوق التي يحميها القانون . فالفعل الصادر من مجنون أو معتوه أو مكره أو صغير ليست له قيمة قانونية حسب هذا الرأي ، وذلك لأن ارادته غير حرة وغير مدركة وبالتالي لا تترتب عليه مسؤولية جنائية .

( ١ ) د . رؤوف صيد : مبادئ القسم العام في التشريع العقابي ، ط . الرابعة ، دار الفكر العربي ١٩٢٩ ، ص ٢٢٨ .  
( ٢ ) د . محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٢٨٣ ، فقرة ٢٠٠ .

ويؤيد الدكتور رؤوف حميد هذا التفسير فيرى أن الفعل الايجابي هو " حركة الجاني الاختيارية التي تحدث تأثيرا في العالم الخارجي أو في نفسية المجنى عليه . ( ١ )

ونحن نرى أن الفعل الايجابي الذي يمس الحق الذي يحميه القانون لا يشترط فيه أن يكون اختياريا أو اراديا بالضرورة . لأن المشرع عندما يجرم الفعل يهتم بالدرجة الاولى بالضرر والخطورة التي تصيب الحق الشخصي أو العام الذي يحميه القانون . فالمشرع عندما ينص على أن السرقة هي اختلاس مال الغير بدون رضاه لا ينظر الى شخصية الجاني وإنما يهتم في الفعل في حد ذاته ، فالمجنون الذي يأخذ مال الغير بدون علمه وبدون رضاه يرتكب فعل الاختلاس ، والصبي أو السكران الذي يقتل شخصا يرتكب كذلك فعل القتل ، إلا أنهما لا يسألان جنائيا لعدم تمييزهما وإدراكهما . وذلك لأن المجنون الذي يأخذ مال الغير بدون رضاه وإن كان يدرك ماهية فعله إلا أنه بفعله يكون قد نقل حيازة المال من صاحبه الى حيازة الشخصية وهي الحركة السادية التي يتحقق بها فعل الاختلاس ، كذلك السكران والصبي الذي يقتل شخصا ، فإنه يزهق روح إنسان حي فهو يحدث تغييرا في العالم الخارجي فالشخص كان قبل ارتكاب الفعل حيا فعارضا بعد ارتكابه ، فهذا التغيير نتيجة لفعل مجرم قانونا . لكن نظرا لعاهة هؤلاء الأشخاص منزع المشرع أن تطبق عليهم العقوبات المقررة لهذه الاعمال المجرمة ، فالعاهة هنا تعتبر من موانع العقاب وليس من أسباب الاباحة .

٤ - أما الامتناع حسب تعريف الأستاذ محمود نجيب حسني فهو احجام عن اتيان فعل ايجابي معين كان الشارع ينتظره من صاحبه في ظروف معينة بشرط أن يوجد واجب قانوني يلزم بهذا الفعل . وأن يكون في استطاعة المتنتح عنه ارادته . ( ٢ )

( ١ ) د . رؤوف حميد : المرجع السابق ، ص ٢٢٨ .

( ٢ ) د . محمود نجيب حسني : المرجع السابق ، ص ٢٨٤ .

فالامتناع ليس فراغا ولا عدما وانما هو كيان قانوني له وجوده وعناصره التي يقوم بها . وهو ليس موقفا سلبيا . أي أنه ليس احكاما مجردا وانما هو موقف سلبي بالقياس الى فعل ايجابي معين ، ومن هذا الفعل يستمد الامتناع كيانه وخصائصه .

وفي هذا الصدد يقول الدكتور صود السراج أن الامتناع عن الفعل هو الموقف السلبي أي ترك ما أمر الشارع به والامتناع عن أدائه . ( ١ )

ويقول الاستاذ فون ليست : ان الامتناع هو عدم الانجاز الارادي للحركة المادية التي كان يجب أن تتم . فالامتناع يفترض القيام بنشاط ايجابي امتنع الجاني عن القيام به فأدى الى تحقيق النتيجة التي كان من الممكن أن لا تتحقق لو قام الجاني بالنشاط المطلوب منه قانونا . ( ٢ )

• • • والامتناع فعل يحدده القانون صراحة أو ضمنا بالنظر الى ظروف معينة، فإذا لم يقم الشخص باتيان الفعل المنصوص عليه صراحة أو ضمنا في ظروف معينة يكون هذا الشخص قد ارتكب فعل الامتناع. فجريمة امتناع القاضي عن الحكم في الدعوى والفصل فيها يفترض احجاءه عن القيام بالاجراءات التي يحددها القانون للنظر في الدعوى والفصل فيها لا عن فعل سوى ذلك. أي أن القاضي بامتناعه عن الحكم في الدعوى يكون قد امتنع عن القيام بفعل ايجابي هو الحكم والفصل في الدعوى .

والامتناع يستمد أهميته القانونية من الأهمية التي يسميها القانون على هذا الفعل الايجابي ، فليس للامتناع وجود في القانون إلا اذا كان الفعل الايجابي مفروضا على من امتنع عنه . فهو بهذا المعنى يفترض الزاماً

( ١ ) د . صود السراج : المرجع السابق ، ص ١٥٤ .

( ٢ ) DR FRANC VON LISZT-TRAITE DE DROIT PENAL ALLEMAND. PARTIE GENERALE-TOME I - PARIS 1911- PL78-179.

قانونيا أو بعبارة أخرى أمرا قانونيا . والواجب ليس شرطا لثبوت الصفة  
غير المشروعة للامتناع ولكنه عنصر في الامتناع ذاته ، أي أنه عنصر يقوم عليه  
الركن المادي في الامتناع . وليس شرطا أن يكون مصدر هذا الواجب القانون  
بل قد يكون العقد أو الفعل الضار .

٥٦ ويشترط بعض الفقهاء في فعل الامتناع الصفة الارادية . فالاستاذ  
محمود نجيب حسني يرى أن الامتناع هو سلوك ارادي يقتضي أن تكون الارادة  
مصدرة . (١)

أما الاستاذ فون ليست فيرى أن الامتناع يتّصل في عدم القيام اراديا  
بحركة مادية كان يجب أن تتم . ومعنى ذلك أن الفعل السلبي يتطلب أن  
يكون الجاني قد امتنع من القيام بالحركة المادية التي أمر الشارع بالقيام بها  
بارادة حرة وميّزة ، فإذا لم تكن كذلك انقضت فعل الامتناع وصار لا قيمة له  
من الوجهة القانونية .

بالإضافة الى ذلك يجب أن تتوافر علاقة السببية بين الامتناع والارادة وهي  
علاقة نفسية تختلف عن علاقة السببية بين الفعل والنتيجة التي هي علاقة  
موضوعية، وتثير الصفة الارادية للامتناع بعض الصعوبات بالنسبة لجرائم النسيان  
وهي جرائم امتناع غير عمدية . ومثالها عدم التخليخ عن مولود خلال المسدة  
المحددة في القانون . وتقوم هذه الجرائم بمجرد النسيان أي نسيان الجاني  
القيام بالفعل الايجابي المفروض عليه . ولكن الصفة الارادية تعد متوافرة  
إذا ثبت أنه كان في وسع الجاني أن يبريد امتناعه، أي كان في استطاعته لو  
بذل القدر المعتاد من العناية والحرص أن يعلم بواجبه فلا يحجم عن أدائه  
الا وهو يبريد هذا الاحجام .

ونحن نرى أنه ليس بشرط أن يكون الفعل السلبي اراديا . فشروط  
الارادة لا يؤثر في تكوين الفعل من عدمه . وانما يؤثر في تقرير العقوبة .

(١) د . محمود نجيب حسني : المرجع السابق ، ص ٢٨٧ .



فالشخص الذي ينسى أن يبلغ عن مولود أو السكران الذي يمتنع عن انقضاء شخص مشرف على الغرق ، أو الأمّ المجنونة التي تمتنع عن ارضاع ابنها ، ففي كل هذه الحالات يتحقق الامتناع بتحقيق النتيجة ، إلا أن القانون لا يعاقب هؤلاء لعدم تمييزهم ، وعدم التمييز يعتبر من موانع العقاب وليس من أسباب الاباحة . فالفعل في حد ذاته مجرماً . فلو قام به شخص مميّز في نفس الظروف التي قام بها الشخص غير المميز عوقب عن فعله .

هذا باختصار عن الفعل الايجابي والسلبي . لكن ما هي النتيجة المترتبة من هذا الفعل ؟

٥٧ النتيجة هي الآثار المترتبة من ارتكاب الفعل . فهي الاضرار التي تصيب الحقوق التي يحميها القانون ، وهي بعبارة أخرى الاثر الضار الذي يحدث نشاط الجاني ، وهي حسب رأي غازی جرّار الهدف الذي يسعى القانون لحمايته كما تكون بنفس الوقت الغاية التي يهدف اليها الجاني ، فالاستيلاء على حيازة المال المنقول هو النتيجة غير المشروعة في جريمة السرقة ، فهي الهدف الذي يحميه الشارع والغاية التي يسعى اليها الجاني بفعله (١) . ويعرفها الاستاذ BORRICAND بأنها التغيير الذي يحدث في العالم الخارجي .  
LE CHANGEMENT DANS LE MONDE EXTERIEUR (٢).

أما الاستاذ عبود السراج فيعرفها بأنها الاثر الناجم عن النشاط الجرمي ، وهذه النتيجة غالباً ما تظهر بصورة أثر مادي ضار له وجوده في العالم الخارجي كانتقال المسروق الى حوزة الجاني في جريمة السرقة . (٣)

فالنتيجة الضارة التي تترتب عن الجريمة يمكن أن ينظر اليها من ناحيتين ناحية مادية وناحية قانونية . فالنتيجة من الناحية المادية هي التغيير الذي

( ١ ) غازی جرّار - المرجع السابق - ص ٤٠ .

( ٢ ) JACQUES BORRICAND - DROIT PENAL - MASSON ET CIE  
EDITEURS - 1973 - P 80

( ٣ ) د . عبود السراج : المرجع السابق - ص ١٥٥ .

يطرأ في العالم الخارجي المحيط بشخص الفاعل بتأثير الفعل الذي ارتكبه .  
والتغيير الذي يحدث في العالم الخارجي بسبب السلوك المحظور بالنسبة  
للجريمة يبدو من حيث أن الوضع قبل وقوع الفعل كان على صورة معينة  
ثم أصبح بعد وقوعه على صورة أخرى مختلفة . فالتغيير الذي يطرأ  
على الواقع المحيط بشخص الفاعل هو النتيجة الجرمية . ( ١ )

أما النتيجة الجرمية من الناحية القانونية فهي عبارة عن الاعتداء على  
الحق الذي يحميه القانون . وهذا المدلول القانوني هو في الحقيقة  
تكليف قانوني لمدلولها المادي ، وتعبير آخر فإن القول بوجود  
اعتداء على حق يحميه القانون هو تكليف قانوني للآثار المادية التي  
أنتجها السلوك الاجرامي ، ويعني ذلك أن المدلول القانوني يقوم على أساس  
من المدلول المادي . ( ٢ )

٠٨ لكن هل النتيجة عنصر في الركن المادي لكل جريمة ؟ فإذا أخذنا  
بالمدلول القانوني للنتيجة فإن المنطق يحتم علينا القول بأن النتيجة  
عنصر في الركن المادي لكل جريمة ، إذ أن الاعتداء على المصلحة أو الحق  
الذي يحميه القانون هو علة التجريم ، وبغير هذا الاعتداء لا يكون  
للتجريم محل . أما إذا أخذنا بالمدلول المادي فإن القول السابق  
يغدو موضعاً للشك وذلك لأن بعض الجرائم ليس لها نتائج مثل جرائم  
الامتناع ، وجرائم النسيان ، فهذه الجرائم تعد تامة  
بمجرد الامتناع ، دون أن تتوقف على أثر خارجي . وللنتيجة الجرمية  
أهمية كبيرة في النظرية العامة للجريمة . فالركن المادي لا تكتمل عناصره

---

( ١ ) د . كامل السعيد : الأحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الاردني ،  
الطبعة الاولى ، ١٩٨١ ، ص ١٦٤ .  
( ٢ ) د . محمود نجيب حسني : المرجع السابق ، ص ٢٨٩ .

الآ بتحقق النتيجة . فان كانت عمدية وتخلفت النتيجة والمسؤولية تقتصر على الشروع ، أما اذا كانت غير عمدية فلا جريمة ما لم تتحقق النتيجة .

قلنا أن النتيجة هي الاثر الذي يسببه الفعل ، فان يجب أن يكون الفعل هو الذي سبب النتيجة ، أي يجب أن تكون هناك علاقة سببية بين الفعل والنتيجة ، هذه العلاقة هي الرابطة السببية التي تربط بين الفعل والنتيجة أي هي الاطار الذي يجمع الفعل بالنتيجة . ( ١ ) . فهذه الصلة أو الرابطة تسند النتيجة الى الفعل فتقرر بذلك توافر شرط أساسي لمسؤولية مرتكب الفعل عن النتيجة .

٠٩ والرابطة السببية تنازها عدة نظريات منها نظرية تعادل الأسباب، التي تعتبر أن كل العوامل التي تساهم في احداث النتيجة متساوية ومتعادلة في احداثها، وهي بذلك تعتبر سببا للجريمة .

أما نظرية السببية الكافية فهي تفرق بين العوامل التي تساهم في احداث النتيجة وتعتمد بعضها دون البعض الآخر، فاذا كانت العوامل جميعا لازمة لاحداث النتيجة فان بعضها فقط يتضمن اتجاها اليها ويمسب من ميل نحوها وتكمن فيه تبعاً لذلك الامكانيات الموضوعية لاحداثها . وهناك نظريات أخرى لا مجال لذكرها .

٠١٠ هذا باختصار شديد عن الركن المادي للجريمة الذي قلنا عنه أنه يتكون من الفعل السلبي والايجابي ومن النتيجة الجرمية ومن رابطة السببية ولكن هل يشمل الركن المادي للسرقه هذه العناصر أم أن السرقه تتطلب عناصر أخرى ؟

( 1 ) DR FRANG VON LISZT - OP.CIT.P. 178

لقد عرفت المادة ( ٣٥٠ ) من قانون العقوبات الجزائري لسنة ١٩٦٦  
السرقه بأنها اختلاس مال الغير ، فهي تنص على : كل من اختلس شيئاً  
غير سلوك له يعد سارقاً ، وهذا النص ترجمة حرفية للمادة ( ٣٧٩ ) من  
قانون العقوبات الفرنسي والتي تنص على :  
"LO VOUEUR SOUVERAIN"  
"TRAHULEMENT D'UNE CHOSE QUI NE LUI APPARTIENS PAS"  
"EST COUPABLE DU VOL"

وهذا النص الفرنسي منقول حرفياً الى المادة ( ٣٥٠ ) عقوبات  
جزائري الصادر باللغة الفرنسية .

كما تنص المادة ( ٣٩٩ ) من قانون العقوبات الاردني على أن السرقه  
هي أخذ مال الغير دون رضاه . ويلاحظ من هذه النصوص أن الركن المادي  
في جريمة السرقه يتكون من نشاط جرمي يتشمل في فعل الاختلاس ، حسب النص  
الجزائري والفرنسي ، أو في الأخذ ، حسب النص الاردني ، ومن نتيجة جريمة  
تشمل في تغيير الحيازة أي نقل مال الغير من حيازة صاحبه الى حيازة  
الجاني ، ومن رابطة سببية تربط بين فعل الاختلاس وتهديل الحيازة .

ويلاحظ أن التحليل المنطقي لعناصر الركن المادي يتطلب اجراء  
التمييز بين الفعل والنتيجة إلا أنها في الواقع المحلي يندمجان عندما تتحقق  
السرقه تامة . ولكن اذا وقعت عند حد الشروع فعندئذ يحصل بسبب  
التنفيذ دون أن تتحقق له نتيجة . اذن التمييز بين الفعل والنتيجة  
يجلبه التحليل الدقيق لمكونات الركن المادي لجريمة السرقه . فاذا كان  
السلوك الاجرامي للسرقه يتشمل في نقل السارق حيازة المال من المجني عليه  
الى حيازته الشخصية ، فالنتيجة الجرمية لهذه الجريمة هي الاثر المترتب  
على هذا النقل أي في حركة انتقال الحيازة وما تحدثه من تغيير بظراً على  
حيازة المال . فالفعل والنتيجة متزاوجان داخل اطار السببية بحيث  
يعتبر نقل الحيازة أي السلوك تجسماً للنتيجة ، بينما يعتبر انتقال

الحيازة أى النتيجة مظهرا لتجسّم هذا السلوك أيضا (١) ، فدراسة فعليل  
الاختلاس هي دراسة للنتيجة أيضا أى لانتقال الحيازة من المجني عليه  
الى الجانبي .

ونظرا لأهمية موضوع الركن المادي للسرقة ، الفقهية والقضائية اخترنا  
هذا الموضوع لمعرفة مختلف المواقف والاتجاهات في كل من القانون الاردني  
والقانون المقارن والشريعة الاسلامية ، وذلك لأن النتيجة الجرمية والفعل  
في جريمة السرقة يتزاوجان في اطار رابطة السببية أى أن دراسة فعل الاختلاس  
هي دراسة لنتيجته ولرابطة السببية .

فالفعل الجرمي في جريمة السرقة لا زال مثار خلاف وجدال بين  
الفقه القديم والفقه الحديث . فمن الفقهاء من اعتبر الفعل الجرمي هو  
اختلاس يتحقق عندما يأخذ أو يرفع أو يخطف أو ينقل أو ينزع الجانبي  
مال غيره بدون علم وبدون رضا هذا الأخير . ومنهم من اعتبر الاختلاس  
نقل للحيازة بمعنيتها المادي والمعنوي .

كما أن أهمية هذا الموضوع تعتمد كذلك من موضوع التسليم .  
فالتسليم الذي هو صورة واضحة لرضا المجني عليه ، لا ينفي وقوع الاختلاس  
حسب بعض الفقهاء ، إلا اذا توافرت فيه شروط معينة . أما حسب أنصار  
النظرية التقليدية فالتسليم ينفي الاختلاس .

كما أن هناك مواضيع هامة يختلف حكمها من قانون لآخر ، فالتسليم  
الحاصل عن غش أو غلط ، تسليم نافه للاختلاس في القانون الفرنسي والمصري ،  
الآ أنه على خلاف ذلك في القانون الانجليزي .

---

(١) عبدالفتاح الصفي : قانون العقوبات اللبناني - جرائم الاعتداء على أمن  
الدولة وعلى الاموال - دار النهضة العربية ، ١٩٧٢ ، ص ٢٥٦ .

بالإضافة الى هذه المواضع الهامة ، هناك موضوع الشروع في السرقة الذي يحتاج الى دراسة دقيقة لمعرفة متى يعتبر فعل الاختلاس تاماً ومتى يعتبر بدءاً في التنفيذ أو عملاً تحضيرياً .

وأخيراً لا بد من لفت الانتباه الى أنه بالرغم من أهمية الموضوع فإن مشاكل عدة واجهتنا منها قلة المراجع العربية والأجنبية التي تناولت هذا الموضوع . وهي وإن وجدت فإنها مراجع عامة لا تتطرق الى موضوعنا إلا بصفة عرضية عند تعرضها لجرائم الأموال .

هذه بايجاز أهم المواضع التي سوف نتطرق لها بالتحليل والمقارنة في قسمين ، نتناول في القسم الاول فعل الاختلاس ونتكلم فيه في الباب التمهيدي من ماهية الاختلاس في الشرائع القديمة ، وفي الباب الاول من ماهية الاختلاس طبقاً للنظرية التقليدية والقانونية ، وفي الباب الثاني من شروط توافر ركن الاختلاس ، وفي الباب الثالث نتكلم عن الشروع في السرقة وأما في القسم الثاني ، فإننا نتناول موضوع التسليم وعلاقته بالاختلاس الذي نتكلم فيه في الباب الاول عن التسليم النافى للاختلاس ، وفي الباب الثاني عن التسليم غير النافى للاختلاس ، وفي الباب الثالث عن بعض الحالات التي يدق فيها الحكم .

القسم الأول

فعل الاختلاس

قلنا أن الركن المادي للسرقة هو الاختلاس أو حسب تعبير النص  
الأردني الأخذ دون رضا المجنى عليه . لكن كيف يتحقق هذا الفعل ؟  
وما هي شروط توافره ؟ هذا ما سوف نجيب عليه في هذا القسم الذي  
نستعمله بالبواب التمهيدى حيث نتكلم فيه عن ماهية الاختلاس في القانون  
الروماني والقانون الفرنسي القديم والشريعة الإسلامية . وفي البواب  
الأول نتكلم عن الاختلاس طبقاً للنظرية التقليدية والقانونية ، وفي البواب  
الثاني نتطرق الى شروط توافر هذا الركن ، وفي البواب الثالث نتطرق  
الى الشروع في السرقة .

٠١٣

البواب التمهيدى

ماهية الاختلاس في الشرائع القديمة

يعرف الاختلاس لغة بأنه الأخذ خفية ، وقد ورد في لسان  
العرب أن الخلس هو الأخذ في نهزة ومخاتلة<sup>(١)</sup> . ومعنى الأخذ خفية  
هو أن يؤخذ الشيء بدون علم المجنى عليه كمن يسرق أمتعة شخص  
من داره في غيبته أو أثناء نومه ، ويقال خلس الشيء أى أخذه دون علم  
صاحبه . ومصدر الخلس خلمة ، ويقال كذلك خلمت الشيء واختمت  
إذا سلطت من صاحبه ، والاختلاس كالخلاس وفعل الاختلاس أوفسى  
من الخلس وأخص .

٠١٤

أما الاختلاس في الشرائع القديمة فإنه تطور بتطور الفهم العام  
للسرقة ، كما أنه يختلف باختلاف المجتمعات والحضارات ، فالاختلاس في

(١) لسان العرب .

القانون الروماني هو غير الاختلاس في الشريعة الاسلامية. كما أن مفهوم الاختلاس في القانون الفرنسي القديم هو غير مفهوم الاختلاس في الشريعة .

### الاختلاس في القانون الروماني

كانت السرقة في القانون الروماني ذات مدلول واسع ، ان أنها كانت تشمل كل صور الاستيلاء غير الشرعي على أموال الغير ، ومعنى آخر كانت تشمل كل صور اغتيال المال ، فكانت تشمل أيضا التسليم الارادي الصادر عن المالك أو الحائز الشرعي للشيء الى الجاني نتيجة استعمال هذا الأخير وسائل احتيالية ، فالسرقة ان كانت تشمل تسليم المالك أو الحائز السابق بإرادته الحرة الشيء الى الجاني ، وعلى هذا عرف الفقهاء الرومان السرقة بأنها كل فعل يقوم به الجاني يؤدي الى اغتيال مال الغير .

والتعريف هذا واسع جدا بحيث يمكن أن يشمل جرائم عدة غير جريمة السرقة ، فجريمة النصب يفتال فيها مال الغير وكذلك خيانة الأمانة يفتال فيها المال .

فقد عرف الفقهاء الرومان السرقة في العهد الجيستياني  
FURTUM EST CONTRECTATIO REI FRAUDULOSA LUCRI  
FACIENDI GRATIA VEL UPSISUS REI ETIAM EJUS  
POSSESSIONIS (1) .  
بأنها :

ومعنى ذلك أن السرقة هي اختلاس بطريق الغش لمال الغير بنتيجة تملكه أو استعماله بحيث يؤدي الى تحقيق فائدة للمارح . وهو بمعنى آخر الاستيلاء على حيازة الغير بنتيجة تملكها لتحقيق فائدة ما .

(1) E. GARCON - CODE PENAL ANNOTE - LIVRE III - ART 379  
LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU R.G. DE LOIS ET ARRÊTÉS .  
1901 -1906. P 1115-1116.



ويقتضح من هذا التعريف أن الاختلاس كان يقصد به الاستيلاء على مال الغير للملك أو الاستعمال ، وهذا ما يؤكد أن الشرع الروماني لم يفرق بين السرقة وخيانة الأمانة ، وذلك لأن خيانة الأمانة لا تتطلب فقط تحويل أو تغيير الرأسمال لنتيجه من حائز إلى مالك ، وإنما تتطلب استعمال المؤمن لديه للشيء المؤمن في موضع آخر لم يثقا عليه ، بعكس السرقة التي تعني اختلاس الشيء بدون رضا صاحبه بنية تملكه . فالقانون الروماني كما يقول جارسون ، جعل من الجرائم الثلاث : السرقة والنصب وخيانة الأمانة جريمة واحدة ، وذلك لأن الشرع الروماني سوى بين جريمة استعمال الشيء السلوك للغير ضد رغبته وبنية تملكه ، وبين جريمة استعمال الشيء الملوك للغير بغير نية تملكه أي سوى

MURTUM REI  
MURTUM USUS

وكلمة **CONTRACTATIO** الواردة في النص الروماني ليست ترجمة صحيحة للكلمة الواردة في النص الفرنسي **SOUSTRACION** وذلك لأن لفظ **CONTRACTATIO** يقابله بالفرنسية لفظ **DETOURNEMENT** أي نقل أو تحويل إلا أن لفظ **CONTRACTO** وهو مصدر **CONTRACTATIO** يدل على نوع من الاختلاس ، إذ يراد به التملك غير الشرعي **S'APPROPRIER** . **INDUMENT, DEROPER** . ( ١ ) فالاختلاس في القانون الروماني كان يشمل اختلاس العين ، أي استيلاء الجاني على مال الغير المسلم اليه كتصرف المستأجر في المال المسلم اليه من المؤجر تصرف المالك ، كما يشمل اختلاس المنفعة أي كاستعمال الحائز للشيء استعمالا يخوله آباء السند الذي أكسبه به الحيازة إذا كان هذا الاستعمال دون رضا المالك . كاستعمال المرتين أو الوكيل الشيء لصالحهما .

كما كان يعتبر من قبيل الاختلاس تحويل الحائز للشيء السدي يحوزه بمقتضى عقد ، كما كان يطبق نفس الحكم على حالة قبض أجرة الفير .

وباختصار ، فالسرقة في القانون الروماني كانت تشمل :

أولاً : كل استيلاء يقع على مال الغير بسوء نية FURTUM NEQUE ANIMUS

وهذا الاستيلاء يشمل السرقة والنصب وخيانة الأمانة في التشريع الحديث كما يشمل وقائع أخرى ليست لها صلة بهذه الجرائم . فلو أخطأ شخص معتقداً أنه مدين لزيد بملغ وسلمه إليه فقد كان زيد يعد سارقاً في القانون الروماني إذا كان يعلم أنه لا حق له في هذا المبلغ ، في حين أن هذه الحالة لا تعتبر سرقة في الوقت الحاضر في معظم القوانين عدا القانون الانجليزي ، وذلك لأن المعتدى قد تسلّم الشيء برضا صاحبه والتسليم الرضائي ينفي الاختلاس حسب القوانين المعاصرة .

ثانياً : سرقة المنفعة FURTUM USUS أي سرقة الاستعمال المجردة من نية التملك . وهذه الحالة لا يعاقب عليها الشرع الفرنسي الحديث والمصري والجزائري ولكنها تدخل في نطاق السرقة في تشريعات أخرى .

ثالثاً : سرقة الحيازة FURTUM POSSESSIONIS كما استرداد المدين الشيء المرهون قبل سداد ما عليه . وهذا الفعل يخرج من نطاق السرقة كقاعدة عامة ، إذ يشترط فيها أن يكون السارق غير مالك للشيء المختص قبل ارتكابه الفعل .

ويلاحظ أن التوسيع في معنى السرقة من الناحية المادية في القانون الروماني كان يقابله تضيق من الناحية الممنوية : فقد كان يتطلب أن ترتكب السرقة بدافع من الجشع أو الكسب ، فإذا قصد الجاني اتلاف الشيء بعد الحصول عليه فلا يعد سارقاً .

## الاختلاس في القانون الفرنسي القديم

كان الاختلاس يعتبر ركنا ماديا في جميع جرائم الاعتداء على المال دون تفرقة في كيفية وقوعه بين السرقة بمعناها الصحيح وخيانة الأمانة والنصب .

٠١٨

ولقد تأثر القانون الفرنسي القديم بكل المبادئ التي جاءت في القانون الروماني ولم يحدث عليها إلا تغييرات طفيفة . فقد استعمل الجنائيون الفرنسيون القدماء جميع التفسيرات والأحكام الواردة في القانون الروماني . وفي هذا الصدد يقول جارسون " ان قانوننا القديم تقبل هذه المبادئ محدثا عليها بعض التعديلات الطفيفة ، وأنا نجد كما هي في كسـل مؤلفات الجنائيين الذين لم يميزوا إلا بين السرقة والاحتيال ، وهذه العبارة الأخيرة تطبق على السرقة الفجائية التي تقع خفية أو بالاحتيال " . ( ١ )

ويظهر ما سبق أن القانون الفرنسي القديم تأثر بالقانون الروماني ولم يفرق بين السرقة وخيانة الأمانة ، وان كان الجنائيون الفرنسيون القدماء قد حاولوا أن يميزوا بين السرقة والاحتيال ، إلا أنهم لم يميزوا بين السرقة وخيانة الأمانة ومن هذه الأخيرة والاحتيال ، وعبارة أخرى ان المشرع الفرنسي رغم التمييز الضعيف الذي قام به إلا أنه ظل يعتبر الجرائم الثلاث بمثابة جريمة واحدة بالنظر الى تعريف السرقة المنقول عن المشرع الروماني والذي ظل يشمل كل اغتيال لمال الغير ، فموقف القانون الفرنسي من تفسير الاختلاس والتالي من السرقة هو نفس موقف القانون الروماني ، وذلك لأنه اعتبر السرقة اغتيالاً لمال الغير ، وهو نفس التعريف الذي استعمله المشرع الروماني .

٠١٩

(1) GARÇON - OP.CIT. P. 1116

### السرقعة فف الشرفعة الاسلامفة

٠٢٠ تعرف السرقعة فف الشرفعة الاسلامفة بأنها أأذ مال الففر علف سبفل الاستخفا؁؁ والسرقعة نوعان : سرقعة كبرى وسرقعة صغرى؁ فالسرقعة الصغرى هف أأذ مال الففر خففة؁ فقد اتفق علماء الفقه مع علماء اللغة على أن السرقعة هف أأذ الشف على وءه الاستخفا؁ وقالوا ان الأأذ على سبفل الاستخفا؁ هو ركن السرقعة؁ وأما وجوده فف حرز مثله فشرط لآحقق هذا الركن . وقد جاء فف البدائع أن ركن السرقعة هو الأأذ على سبفل الاستخفا؁ .

وأما السرقعة الكبرف فهف أأذ مال الففر على سبفل المغالفة؁ والفرق بفن السرقعة الصغرى والسرقعة الكبرف هو أن السرقعة الصغرى يؤأذ ففها مال الففر خففة أى بدون علم صاحبه وبدون رضاه . فالسرقعة الصغرى يشترط لتوافرها شرطان هما : عدم العلم وعدم الرضا؁ فسان آخلفا أو آخلف أحدهما فلا يعآبر الفعل سرقعة صغرى؁ فمن سرق من دار مآما على مشهد من صاحب الدار دون استعمال القوة لا يعآبر فعله سرقعة وانما يعآبر آختلاسا حسب رأى جمهور الفقه الاسلامف؁ ان أن الآختلاسا حسب رأيهم هو أأذ مال الففر بعلم المجنف عليه وبدون رضاه وسبدون استعمال المغالفة . فمن آطف مالا من آخرلا يعآبر فعله سرقعة صغرى وانما يعآبر فعله آطفًا أو نهبًا . والآختلاسا والاعآصاب والنهب والآطف صور من السرقعة الصغرى . (١)

---

(١) عبدالقادر عودة : الآشرفع الجنائف الاسلامف - الجزء الآنف - مؤسسة الرسالة؁ ١٩٨١؁ ص ٥١٥ .

وقد جاء في المعنى الحنبلي أن معنى السرقة أخذ المال على وجه الخفية والاستتار ومنه استراق السمع ، وسارقة النظر إذا كان يستخفي بذلك . فان اختطف أو اختلس لم يكن سارقا ، ولا قطع عليه عند أحد من علماء الفقه ، غير إياس بن معاوية قال : اقطع المختلس لأنه يستخفي بأخذه ، فيكون سارقا ، وأهل الفقه والفتوى من علماء الأئمة على خلافه . وقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم إنه قال : " ليس على الخائن ولا على المختلس قطع " . وعن جابر قال : " قال رسول الله (ص) : " ليس على المنتهب قطع " ( ١ ) .

ويوضح ما سبق أن الفرق بين الاختلاس والسرقة الصغرى هو توافر الشرطين معا ، عدم العلم وعدم الرضا أو عدم توافرها معا ، فإذا وجدوا معا تحققت السرقة ، أما إذا تخلف شرط عدم العلم فالجريمة اختلاس ورغم هذا الفرق ، إلا أن الاختلاس ليس جريمة قائمة بذاتها منفصلة عن السرقة ، وإنما هي صورة منها ، وذلك لأن الاختلاس كما قال إياس ومحمد أبو زهرة يتحقق بالأخذ على سبيل الاستخفاء ، فالمختلس بلا شك في علمه نوع من الخفية والمخاطة ، بالإضافة إلى ذلك فالاختلاس معناه الأخذ خلسة ، والخلسة معناها الأخذ بمخاطلة .

٠٢١

أما السرقة الكبرى ، فمعناها إعلان الحرب على أمن المسلمين وعلى جماعتهم وعلى أموالهم ويطلقون عليها عبارة الحراية . ودليلهم الشرعي

٠٢٢

( ١ ) محمد أبو زهرة : الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي . الجزء الثاني ،

العقوبة ، دار الفكر العربي ، ص ١٢٤ .

في ذلك مفاد الآية الكريمة : " ومن كانوا يحاربون الله ورسوله فهم يحاربون شرهه والمجتمع الاسلامي . ولقد قال أبو بكر الرازي أن قول الله تعالى " يحاربون الله " هو مجاز وليس حقيقة<sup>(١)</sup>، والحراية هي قطع الطريق لأخذ المال ، وبعبارة أخرى لأخذ المال على سبيل المغالبة ، فان لم تكن المغالبة متوفرة ، فان الفعل اختلاس أو اغتصاب أو نهب . ويستنتج من هذا أن السرقة الكبرى هي أخذ مال الغير بعلم المجنى عليه وبغير رضاه ، وعلى سبيل المغالبة ، فاذا أخذ المال بعلم المجنى عليه وبغير رضاه ودون مغالبة فان الفعل لا يعتبر سرقة كبرى وانما يعتبر اختلاسا .

فالفرق بين السرقة الكبرى والاختلاس يتوقف على توافر ثلاثة شروط معا وهي علم المجنى عليه وعدم الرضا والمغالبة ، فاذا تخلف شرط المغالبة كان الفعل اختلاسا ، واذا توفرت الشروط الثلاثة كان الفعل سرقة كبرى .

والسرقة الكبرى تتحقق في الحالات التالية :-

- ٠١ اذا خرج المحارب أو قاطع الطريق لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخاف السبيل ولم يأخذ مالا ولم يقتل أحدا .
- ٠٢ اذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فقتل ولم يأخذ مالا .
- ٠٣ اذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال ولم يقتل أحدا .
- ٠٤ اذا خرج لأخذ المال على سبيل المغالبة فأخذ المال وقتل .

ففي هذه الحالات الأربع يعتبر الشخص محاربا ما دام قد خرج بقصد أخذ المال على سبيل المغالبة ، أما اذا خرج بقصد أخذ المال على سبيل المغالبة فلم يخف سبيلا ولم يأخذ مالا ولم يقتل أحدا فهو ليس محاربا . فالخروج بقصد أخذ المال اذا لم يجرم لحالة من الحالات

(١) محمد ابو زهرة - المرجع السابق - ص ١٤٠ .

الأربع السالفة الذكر ليس حراية . وتعرف الحراية عند أبي حنيفة وأحمد  
والشعبة الزيدية بأنها الخروج لأخذ المال على سبيل المغالبة إذا أدى هذا  
الخروج إلى اخافة السبيل أو أخذ المال أو قتل انسان . ويعرفها البعض  
بأنها اخافة السبيل لأخذ المال .

ولقد اختلف الفقهاء حول المقصود بالمحارب ، فقد قال بعض الفقهاء  
في الآية الكريمة " أما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الأرض  
فساداً أن يقتلوا أو يصلبوا أو تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف أو ينفوا من  
الأرض . . . " إنما نزلت في قوم من أهل الكتاب . وقال البعض أنها  
نزلت في قوم مشركين كان بينهم وبين النبي ميثاق فنقضوا العهد وقطعوا  
السبيل وأفسدوا في الأرض ، وقال آخرون أنها نزلت في قوم أسلموا ثم  
ارتدوا واستساقوا إبلا لرسول الله (ص) وقتلوا راعيها . والرأي السدي  
عليه جمهور الفقهاء أن المحارب هو المسلم أو الذمي الذي يقطع الطريق  
أو يخرج لأخذ المال على سبيل المغالبة (١) .

على أن الظاهرية يرون أن الذمي الذي يقطع الطريق ليس محارباً  
ولكنه ناقص للذمة . من هذا الرأي بعض الفقهاء من مذهب أحمد .

أما مالك فيرى أن الحراية هي اخافة السبيل سواء أقصد المال أو لم  
يقصده . فمن خرج لقطع السبيل لغير المال فهو محارب .

ويعرف مالك الحراية بأنها أخذ المال مخافة مع المغالبة أي مع  
استعمال القوة ، فمن يسقي المجنى عليه مادة سامة تغيبه عن صوابه ثم  
يأخذ ماله أو يخذله حتى يدخله محلاً بعيداً عن الفوت ثم يسلبه ماله فهو  
محارب . (٢)

(١) (٢) عبدالقادر عودة : المرجع السابق ، ص ٦٣٩ ، ٦٤١ .

أما الشافعيين فانهم يعرفون الحرابة بأنها البروز لأخذ المال أو القتل أو ارتكاب مكالبة اعتمادا على الشركة مع البعد عن الغوث ويشرطون في القتل غير الحرابة أن يكون بقصد أخذ المال أو اخافة السبيل .

ويرى الظاهريون أن المحارب هو المكابر المخيف لأهل الطريق المفسد في الارض فيدخل في المحارب اللص وقاطع الطريق ، إلا أن اللص اذا دخل مستخفيا ليسرق أو ليقتل فلا يعتبر محاربا وإنما عمل شيئا من ذلك ، وإنما قد يعتبر سارقا .

هذا فيما يتعلق بالسرقة الصغرى والسرقة الكبرى . أما السرقة المعاقب عليها بالتعزير فهي السرقة التي لم تتوفر شروط الحد فيها ، وهي نوعان ، والنوع الأول كأخذ مال الابن ، وأخذ المال المشترك ويستوى أن تكون السرقة في الأصل صغرى أو كبرى وهي سرقة ذات حد لم تتوفر فيها شروط الحد للشبهة .

٥٢٤

أما النوع الآخر فهو لا حد فيه وهو أخذ مال الغير دون استخفاً ، أى يعلم المجنى عليه وبدون رضاه وبغير مخالفة ، ويدخل تحت هذا النوع الاختلاس والغصب والنهب ، فهذا النوع من السرقة لا حد فيه ودليله الشرعي قول رسول الله (ص) : " لا قطع على ناسر ولا منتهب ولا خائن " .

ويطلق الفقهاء عادة لفظ السرقة دون تمييز على السرقة الصغرى ، وإذا تكلموا عن السرقة وأحكامها فانما يقصدون السرقة الصغرى بينما يطلقون على السرقة الكبرى لفظ الحرابة أو قطع الطريق . أما عدا ذلك من نهب وغصب واختلاس فيطلقون عليه لفظ الاختلاس بصفة عامة .

٥٢٥

فالشرعية الاسلامية كما قد لنا تفرق بين السرقة الصغرى والاختلاس والسرقة الكبرى ، فالسرقة الصغرى هي أخذ المال السلوك للغير خفية



وبدون رضاه . أما الاختلاس فهو أخذ مال الغير بعلم المجنى عليه ولكن  
بدون رضاه . أما السرقة الكبرى فهي أخذ مال الغير بعلم المجنى وبدون  
رضاه وعلى سبيل المغالبة .

وحسب رأينا أن تقسيم السرقة الى سرقة صغرى واختلاس وسرقة كبرى ،  
تقسيم مبالغ فيه ، وذلك لأن كلا من السرقة والاختلاس أخذ مال الغير خفية  
وبدون رضاه . فالاختلاس يعني الأخذ في مخالفة ، ويقال خلس الشيء  
أى أخذه بدون علم صاحبه ، والاختلاس أتم وأشمل من الخلس . ( ١ )

وعليه لا يتصور اختلاف بين السرقة الصغرى والاختلاس ، فعند ما  
نقول أن فلانا أخذ أموال غيره خفية ، ونقول أن فلانا اختلس أموال غيره  
فمعنى ذلك أن الجاني قد أخذ أموال غيره بدون علمه وبدون رضاه . فالاختلاس  
ليس صورة من السرقة الصغرى فقط كما قال اياس بن معاوية ، وإنما هو سرقة  
صغرى بذاتها ، فالاختلاف إذن بين الاختلاس والسرقة الصغرى اختلاف  
لفظي ، وذلك لأننا عندما نستعمل عبارة الأخذ للدلالة على السرقة الصغرى  
يجب أن نستعمل عبارة الأخذ خفية ، أما عندما نستعمل لفظ الاختلاس فإنه  
لا داعي لذكر لفظ خفية إذ أن الاختلاس يحتوى بذاته على عنصر الخفية  
أى الخلسة .

فالسرقة حسب رأينا نوعان فقط ، سرقة صغرى وسرقة كبرى ، فالاولى  
أخذ مال الغير بدون رضاه سواء أعلم المجنى عليه أم لم يعلم . والثانية ،  
هي الخروج لأخذ مال الغير على سبيل المغالبة ، وشرط العلم يجب أن يتوفر  
في هذه الحالة الأخيرة وليس ضروريا في الحالة الاولى . والسرقة الكبرى  
هي أخذ مال الغير بعلمه وعلى سبيل المغالبة . فالمحارب أو قاطع الطريق  
عندما يقطع الطريق ويأخذ المال فإنه يأخذ مال الغير بدون علمه وبدون

( ١ ) د . مراد رشدي : النظرية العامة للاختلاس في القانون الجنائي . الطبعة  
الاولى ١٩٧٦ ، ص ١٠٩ .

رضاء وعلى سبيل المغالبة ، وفي الحقيقة فان شرط عدم الرضا في هذه الحالة الاخيرة ليس له اية قيمة شرعية ، ما دام أن المال يؤخذ من صاحبه بالقوة ، فالمغالبة تجمع عنصر العلم وعدم الرضا ، وما تقدم يمكن أن نعرف السرقة الصغرى بأنها أخذ مال الغير خفية وبدون رضاء ، أو هي اختلاس مال الغير بدون رضاء . أما السرقة الكبرى فيمكن تعريفها بأنها أخذ مال الغير على سبيل المغالبة .

هذا باختصار عن السرقة في الشريعة الاسلامية ولنا عودة الى ذلك عندما نتطرق الى موقف الشريعة من النظرية التقليدية والقانونية اللتين سوف نبينهما فيما يلي .

## الباب الاول

ماهية الاختلاس طبقا للنظريتين التقليدية والقانونية الجارسونية

•٢٧ رأينا أن القانون الروماني والقانون الفرنسي القديم لم يفرقا بين الجرائم الثلاث ، السرقة والنصب وخيانة الامانة بحيث اعتبرا أن السرقة هي اغتيال لمال الغير . وقلنا أن عبارة اغتيال مال الغير تنطبق على الجرائم الثلاث ان في كل واحدة منها يسلب المال ويغتال .

وأما السرقة في الشريعة الاسلامية فهي أخذ مال الغير خفية وبدون رضاه ، وأما الاختلاس فهو حسب رأى جمهور الفقهاء المسلمين أخذ مال الغير بعلمه وبدون رضاه . وعلينا أن الشريعة الاسلامية تفرق بين نوعين من السرقة ، بين السرقة الصغرى التي هي أخذ مال الغير على سبيل الاستغناء ، والسرقة الكبرى التي هي أخذ مال الغير على سبيل المغالبة .

لكن ما هو تفسير الفقه التقليدى والحديث للاختلاس ، أهو اغتيال لمال الغير ، أو أخذ بدون علم وبدون رضا لمال الغير ؟ هذا ما سوف نحاول بهانه والاجابة عنه في الفصلين التاليين من خلال تطرقنا الى النظرية التقليدية والنظرية القانونية الجارسونية .

الفصل الأول

=====

تفسير الاختلاس طبقاً للنظرية التقليدية

٢٨ • يعتبر فعل الاختلاس في السرقة من أهم العناصر المكونة للركن المادي .  
فقد قيل أن فعل ارتكاب السرقة يجب أن يكون فعل انتزاع الحيازة المادية  
أو تحويل أو استيلاء على مال الغير ، بحيث يترتب هذا الفعل ضرراً بالحائز  
الشرفي . ( ١ ) وقيل أنه فعل أخذ أو رفع لمال الغير . ( ٢ )

٢٩ • فأول ركن للسرقة هو اذن الاختلاس SOUBSTRACTION إلا أن هذا  
الركن أمام خلو النصوص القانونية من تعريف واضح ودقيق لفعل الاختلاس  
أدى إلى جدال شديد بين الفقهاء والقضاة . وعليه يحسن بنا قبل التطرق  
إلى ماهية الاختلاس في النظرية التقليدية أن نتعرض إلى موقف القانون  
الفرنسي الحديث لبيان سبب الجدل بين الفقه الفرنسي وسبب ظهور هاتين  
النظريتين .

٣٠ • كان الاختلاس في القانون الفرنسي القديم يعتبر ركناً مادياً في جميع  
جرائم الاعتداء على المال دون غرقة في كيفية وقوعه بين السرقة بمعناها  
الدقيق وخيانة الأمانة والنصب ، إلا أنه مع قيام الثورة الفرنسية والأخذ بمبدأ  
شرعية التجريم والعقاب ، وهو المبدأ الذي وضع حداً لسلطة القاضي الواسعة  
ورفض التفسير الواسع والقياس في مواد التجريم والعقاب ، أصدر المشرع الفرنسي  
قانون ١٧٩١/١١/٢٥ . إلا أنه لم يكن موفقاً في تحديده لجرائم الاعتداء  
على الأموال وخاصة بالنسبة لركن الاختلاس .

(1) E-GARÇON - OP.CIT. P. 1118

(2) GARRAUD - TRAITE DE DROIT PENAL FRANCAIS- TOME 6 -  
3 EME ED - PECHEIL - SIRRY - 1935. PARA 2373

فوفقاً لهذا القانون يعتبر مختلسا الشخص الذي يكلف بخدمة أو عمل لقاء أجره فيستولي على الأشياء أو البضائع التي سلمت إليه على سبيل الوديعة. كما كان الاختلاس يعتبر متحققاً عند استيلاء المـسـئـول على الشيء المودع لديه.

وفي سنة ١٨١١ أصدر المشرع الفرنسي قانون العقوبات محدداً فيه أركان بعض جرائم الاعتداء على المال في نصوص متفرقة. فقد نص في المادة ٣٧٩ عقوبات على أن : كل من اختلس بطريقة الغير مالا مملوكاً للغير يعد سارقاً.

٠٣١ وبلا حظ من هذا التعريف أن المشرع الفرنسي ردّد نفس العبارة التي استعملها في القانون القديم ، فهو لم يعرف المقصود بالاختلاس ولم يفرقه عن خيانة الأمانة والنصب صراحة . ونتيجة لذلك ثار الخلاف بين الفقه حول تفسير الاختلاس وبالتالي حول تفسير النصوص القانونية التي تناولت جرائم الاموال بصفة عامة والسرققة بصفة خاصة ، وعليه انقسم الفقه الى فريقين ، فريق من أنصار التفسير الواسع للاختلاس ، وفريق آخر من أنصار التفسير الضيق للاختلاس . ( ١ )

٠٣٢ فقد ذهب أنصار التفسير الواسع الى أنه لا شيء يدل على أن المشرع الفرنسي أراد أن يخالف ما اصطلح عليه القانون الروماني في تعريف الاختلاس، بل يجب أن يعتد هذا الاصطلاح الى كل صور افتيال مال الغير.

وحجّتهم في ذلك أن كلمة SOUSTRACTION هي نفسها التي كانت ستعمل في القانون الروماني CONTRECTATIO، وأن ترجمة هذه الكلمة

(1) GARÇON - OP. CIT. P. 1116

الرومانية الى الفرنسية بالرغم من أنها ليست صحيحة بصفة مطلقة إلا أنها أقرب الى كلمة "COUVERTURE". وهي ليست مصطلحا جديدا على القانون الجنائي الفرنسي ، بل كانت سارية في العهد القديم حيث كان يراد بها اغتيال مال الغير بدون رضا صاحبه ثم نقله الشرع الفرنسي الى قانون ١٨١١ وحسب هذا الرأي لا يوجد ما يدل على أن الشرع أراد أن يخالف ما جرى عليه الاصطلاح في العهد القديم ، ويحدد المراد بلفظ "COUVERTURE" محددا معينا ، وذلك فان التضييق في تفسير الاختلاس غير وارد البتة . كما يذهبون الى أن نصوصا عديدة تسدل على أن الشرع لم يخرج عن النطاق القديم للاختلاس . فلقد نصّ الشرع الفرنسي في قانون ١٨١١ في المادة ٣١٧/٨ عقوبات على اعتبار اختلاس الأشياء السلمة لأثماء النقل نتيجة عقد من عقود الأمانة سرقة ، بالإضافة الى ذلك فالمادة ٤٠٨ عقوبات فرنسي التي تنطرق الى جريمة التبيد وسوء الاستعمال تستخدم في صدرها لفظ الاختلاس ، فهي تنص على أن " كل من اختلس أو استعمل أو يتعدّد ... الخ . " وهذا يدل ، حسب رأي التفسير الواسع ، على أن الشرع لم يحدّد معنى الاختلاس ولم يقصد به انتزاع المال من الغير . وأنصار هذا الرأي يبررون موقفهم على أساس أن للتفسير الواسع للاختلاس فائدة عظيمة تؤدي الى احكام عقاب أفعال عدة تستحق العقاب ولا تقع تحت مدلول الاختلاس لو أخذ بالمدلول الضيق . ولقد كان لهذه الحجة فائدة عملية في ذلك الوقت إذ أن قانون ١٨١١ عندما نصّ على عقاب جريمة خيانة الأمانة أغفل حالتها الوكيل والمستعير .

٣٣ . أما أنصار التفسير الضيق للفظ الاختلاس فيرون أن الاختلاس يتحقق فقط بالأخذ أو السلب أو الرفع أو الغصب . ويردون على الحجة السابقة التي قال بها أنصار التفسير الواسع ، بأن عدم النص على حالات التبيد كان قصورا من طرف الشرع الذي لم يكن قد تحرّر بعد من الافكار القديمة ،

ولم يكن وقتئذٍ يستطيع أن يتنبأ بكافة النتائج التي يمكن أن تتلصق  
على فصل جريمة السرقة عن جرمي خيانة الأمانة والنصب . (١)

وحسب رأي أنصار التفسير الضيق ، أنه لا يمكن أن يقال أن الاختلاس  
يشمل كل صور اغتيال مال الغير ، فالقول بشمول الاختلاس كل صور اغتيال  
مال الغير ، لا يستقيم مع وجود تلك النصوص الجديدة التي وضعت للنصب  
وخيانة الأمانة . فقد نصّ المشرع الفرنسي على النصب في المادة ٤٠٥ ،  
عقوبات ونصّ على خيانة الأمانة في المادة ٤٠٨ من نفس القانون ، كما نصّ  
على السرقة في المادة ٣٧٦ عقوبات ، ولو صحّ أن الاختلاس يراد به كل  
صور اغتيال مال الغير لما كانت هناك حاجة لوضع تلك النصوص الجديدة  
الخاصة بالنصب وخيانة الأمانة ، ولأفراد لكل منها أحكاماً خاصة . (٢)

ويرد أنصار هذا الرأي على الحجة القائلة بأن المعنى الضيق  
للاختلاس يسمح بأن يفلت مجرمون من العقاب . فهذا القول مردود عليه ،  
إن على المشرع أن يتدخل ليجري تعديلات في النصوص كلما دعت الحاجة  
إلى ذلك ، والدليل على ذلك أن المشرع الفرنسي لما رأى كثرة حوادث التسلسل  
بعد الأكل من المطاعم وركوب السيارات والنوم في الفنادق بدون أجر ،  
تدخل ونصّ على تجريمها سنة ١٨٧٣ ، ولو كان الاختلاس يشمل كل صور  
الاعتداء على مال الغير لأغني المشرع عن هذا النص الجديد .

أما فيما يتعلق بالنصوص التي تستعمل عند كلاهما على جريمة السرقة  
صور التهديد أو سوء الاستعمال ، أو تستعمل لفظ الاختلاس في صدر الكلام  
على جريمة التهديد ، فهي لا تخرج ، حسب أنصار هذا الرأي ، عن كونها  
مظهراً من مظاهر خطأ المشرع في التعبير والترتيب . ويعلمون أنهم بأن

(١) د . مراد رشدي : المرجع السابق ، ص ١١٣ .

(٢) GARÇON - OP.CIT. P. 1117.

واضح القانون الفرنسي الصادر ١٨١١ تلقوا ثقافتهم في العهد القديم،  
وجرت أقلامهم والسنتهم زنا طويلا على ذلك الاصطلاح ، وهم يريدون  
به معنى قديما واسعا راسخا في أذهانهم . ( ١ )

ويوضح لنا ما سبق ، أن الشرع الفرنسي لم يحدد المقصود  
بالاختلاس ولم يضع فواصل محددة واضحة بين كل من السرقة وخيانة الأمانة  
والنصب ، وهو الأمر الذي أدى الى وجود هذا الجدل الفقهي الذي  
تطرقنا له ، كما أدى الى ظهور النظريتين التقليدية والقانونية . وعليه ،  
ما هو فهم النظرية التقليدية للاختلاس ، أو بمعنى آخر كيف فسرت  
النظرية التقليدية الاختلاس ؟ فهل أن مجرد أخذ الشيء المسروق  
يسمى اختلاسا ؟

٠٣٤

يسرى أنصار النظرية التقليدية أنه لكي توجد سرقة لا بد من توافر  
فعل الأخذ أو الخطف أو النقل أو النزع .

٠٣٥

يسرى JOUSSE أنه : لا توجد سرقة ما دام الأخذ أو الخطف لم  
يقع على الشيء المسروق ، حتى ولو وضع المتهم يده على مال الغير دون أن  
ينقله . ( ٢ )

فحسب هذا الرأي أن الاختلاس يتحقق بأفعال تتمثل في الأخذ  
أو الخطف أو النقل ، فإذا لم يوجد فعل من هذه الأفعال لا يتحقق فعل  
الاختلاس وبالتالي لا توجد سرقة . فهذه القاعدة تتطلب ، وفقا لهذا  
الرأي ، أن يكون الشيء قد اختلس بواسطة أفعال محددة ، إذ حسب نظر  
هؤلاء الفقهاء لا يتصور أن يكون هناك اختلاس بدون رفع أو أخذ أو نزع  
( ١ ) د . مصطفى القلبي : شرح قانون العقوبات - جرائم الاموال - ط . الثانية ،

١٩٤٥ ، ص ١٠ .

( ٢ ) - JOUSSE. TRAITE DE JUSTICE CRIMINELLE - T 4 - P. 166.



أو خطف للشيء المملوك للغير ، فالسرقة لا تتحقق إلا بالأخذ

ENCYCLOPÉDIE - DALLOZ - DROIT CRIMINEL - TOME 2 - F - W .

أما الأستاذ جاروفيري أن الاختلاس بناءً على الفتح هو عبارة عن طريق بواسطتها يستطيع شخص ما أن يخطف شيئاً ما من مالكه الشرعي رغم مشيئته . ( ١ )

فمصطلح الاختلاس الذي يطابق المصطلحات الرومانية ،

٠٣٦

ALIBERE ، التي استعملها الفقهاء ، FURTUM ، يعبر عن فعل الرومانيين عندما تطرقوا إلى السرقة ، ما من حيازة المالك أو الحائز الشرعي إلى حيازة الجاني بدون علم صاحبه أو بدون رضاه . ( ٢ )

فأول عنصر يظهر في الاختلاس هو فعل الأخذ الذي يتحقق عندما ينتقل الشيء من حيازة الحائز الشرعي إلى حيازة مرتكب الفعل . لا اختلاس شيء ما يجب أخذه أو رفعه أو خطفه من حائزته . فعندما يسلم الشيء دون ضرورة من طرف الحائز الشرعي أو من طرف الغير لمن يريد تملكه فان هذا الشيء لا يعدّ موضوعاً للسرقة حسب هذا الرأي ، لأن الشيء لم يؤخذ ولم يخطف ولم يرفع ، فالاختلاس يظل دائماً متشكلاً ، حسب هذه النظرية في الأخذ أو الرفع أو الخطف أو النقل أو وضع اليد على الشيء بقصد نزعها من صاحبه . ( ٣ )

فالسرقة بهذا التفسير لم تخرج عن الإطار الذي رسمه القانون الفرنسي القديم ، كما أوضحنا ، وبالتالي فان مدلول الاختلاس لم يخرج عن المدلول المعروف في القانون الروماني .

(1) (2) - GARRAUD - OP.CIT.PARA 2088- SOUS VOL. 75

(3) - ENCYCLOPÉDIE - DALLOZ. DROIT CRIMINEL - TOME

ان النظرية التقليدية بتفسيرها للاختلاس بأنه أخذ أو رفع أو نزع أو خطف مال الغير تكون قد سوت السرقة بالنصب و خيانة الأمانة ، وذلك لأن هذه الجرائم يتطلب فعلها الجرمي معنى الأخذ أو الرفع أو الخطف . فالسرقة لا تتحقق إلا اذا أخذ المال أو نقل أو خطف ، كذلك الأمر في النصب فالجاني يستعمل طرقا احتمالية بانتحاله شخصية كاذبة مثلا أو أمة وسهلة أخرى غير شرعية للحصول على المال السلوك للغير ، فهو يأخذ أو ينقل أو يستولي على المال بطرق احتمالية . فمثلا لو استعمل شخص اسما كاذبا أو صفة غير صحيحة وأدعى أنه مفتش جمارك أو موظف بمصلحة الضرائب لكنه لم يقدم بأخذ المال أو الاستيلاء عليه ، فهنا لا يتحقق النصب رغم الكذب لأنه لم يأخذ المال ولم يستول عليه ، وخيانة الأمانة تتطلب لتحقيقها أن يستولي الموكل لديه على الشيء ، أو يستعمله في غير الوضع المتفق عليه في العقد .

فمن الناحية المادية أي الحركة المادية ، تتحقق الجرائم الثلاث بواسطة الأفعال التي عدتها النظرية التقليدية ، فالجرائم الثلاث وفقا للتفسير التقليدي واحدة ، إلا أنها تختلف عن بعضها البعض في كيفية تحقق هذه الحركة المادية التي تشل الركن المادي لهذه الجرائم ، فالسرقة تتطلب لتحقيق ركنها المادي أن يقوم الجاني بأفعال معينة كالأخذ أو النقل أو الرفع أو النزع . فالاختلاس يتحقق في منطلق هذه النظرية بنقل الشيء أو نزعه من حيازة المجني عليه وإدخاله في حيازة الجاني بخير طم المجني عليه ودون رضاه ، يلزم إذن ، أن يقع من الجاني نشاط مادي يأخذ بمقتضاه الشيء أو ينزعه من حيازته ليدخله في حيازته . (١) أما في خيانة الأمانة فإن الشيء الذي يستولسى عليه فهو يكون بالأصل موجودا في حيازة الجاني قبل ارتكاب فعل الاستيلاء ، فالمال ينقل للموكل لديه بمقتضى عقد من عقود الأمانة ، وإذا لم يستعمل

(١) د . محمد زكي ابو عامر : قانون العقوبات - القسم الخاص - الدار الجامعية ،

الموكل لديه المال في المكان المتفق عليه أو لم يردده الى صاحبه فانه يكون قد ارتكب جريمة خيانة الامانة. أما في النصب فان الشيء المستولى عليه يسلم أو ينقل الى الجاني باستعمال هذا الأخير طرقا احتيالية . فالفرق بين الجرائم الثلاث بصفة عامة يتمثل في كيفية الحصول على المال ، لكن من ناحية الفعل المادي فان في كل منها هو أخذ أو ينقل أو يستولى على الشيء .

فالنظرية التقليدية باعتبارها الاختلاس أخذاً أو نقلاً أو تحويلاً أو استيلاءً أو خطفاً تكون قد سوت بين الجرائم الثلاث وأخذت بموقف المشرع الفرنسي القديم الذي اعتبر السرقة افتيالا لمال الغير، واستيلاءً بسوء نية .

٠٣٩

ويرد العلامة جارسون من هذه النظرية قائلاً : ان النصوص التي اعتمدت عليها النظرية الكلاسيكية لا تدل بالتاكيد أن فعل الاختلاس يتمثل في الأخذ أو الرفع أو الخطف أو النزع أو الاستيلاء ، والدليل على ذلك أن المادتين ٤٠٥ و ٤٠٨ من قانون العقوبات الفرنسي الصادر في ١٨١١ حددتا أركان كل من جريمة النصب وخيانة الامانة ، في حين تكلمت المادة ٣٧٩ من نفس القانون على السرقة وحددت أركانها . فالمادتان ٤٠٥ و ٤٠٨ عقوبات لو احتفظتا بمبدولهما التقليدي في القانون الصادر سنة ١٨١١ لكانتا غير مجديتين ، ومعبارة أخرى نقول أن المشرع الفرنسي لو احتفظ بالمفهوم التقليدي للسرقة والنصب وخيانة الامانة لما نعى على الجرائم الثلاث في مواد متفرقة ، فنص في المادة ٤٠٥ على النصب ، وفي المادة ٤٠٨ على خيانة الامانة ، وفي المادة ٣٧٩ على السرقة ، ومن هنا لزم القول أن المشرع الفرنسي في القانون الصادر في ١٨١١ خرج عن التقاليد باعطائه مفهوماً خاصاً للسرقة عندما نعى في المادة ٣٧٩ على أن كل من اختلس بطريق الفشمالا ملوكا للغير يعد سارقاً . (١)

(1) - GARÇON OP.CIT. P. 1116

تطبيقاً لهذه الصادي\* قررت المحاكم في مراحل تطورها الاولى  
وخاصة محكمة النقض الفرنسية، أن السرقة لا تتحقق الا اذا وجد  
اختلاس، أي بمعنى آخر أخذ أو خطف أو نزع لمال الغير رغم شبهته.

وفي هذا المجال حددت محكمة النقض الفرنسية لأول مرة مفهوم  
الاختلاس بما يلائم النظرية التقليدية في قضية *Garçon* فقـررت  
أن الاختلاس هو أخذ مال الغير بدون رضا صاحبه. (١)

وفي حكم آخر ذهبت الى أنه لا توجد سرقة ما لم يكن المال المملوك  
للغير قد اختلس، أي أخذ رغم شبهة المالك. (٢)

كما ذهبت في حكم آخر الى أنه : لكي يحصل اختلاس يجب أن يتحقق  
الأخذ أو الخطف أو السلب. (٣)

POUR SOUSTRAIRE IL FAUT, PRENDRE, RAVIR, APPREHENDER.

كما ذهبت في قرار آخر الى أنه طبقاً لصادي\* القانون تعتبر السرقة  
تامة في اللحظة التي يكون فيها الشيء قد أخذ من قبل السارق وأخرج  
من حيازة المالك الشرعي. (٤)

ونستنتج من هذه الاحكام أن السرقة لا توجد بالمعنى القانوني الا  
عندما ينتقل الشيء محل السرقة من حيازة واضع اليد الشرعي الى حيازة  
مرتكب الفعل بغير علم الاول أو بدون رضاه. فكلما اختلاس طبقاً لهذه  
للاحكام تتضمن فكرة الأخذ أو النقل الذي يجب أن يكون واقعة تحدث

(1) CASS - 7/3/ 1817 - GARÇON OP. CIT - P. 1116

(2) CASS - 20/11/1835. GARÇON . OP.CIT. P. 1117

(3) CASS - 18/11/1837- S. 1845- 1- 474

(4) CASS - 14/12/1839 - S- 1840 - 1 - 550

من طرف الجاني . وعليه فان المادة ٣٧٩ عقوبات فرنسي لا تطبق على من يتسلم الشيء أو على من وضع الشيء بين يديه واحتفظ به بسوء نية .

فالنقل المادي والأخذ الهدوي لمال الغير بدون شبهة هكذا الأخير هما من الأركان الأساسية المكونة للسرقة . فالاختلاس ، طبقاً للمعنى الدقيق والقانوني للكلمة لا يمكن أن يتحقق عندما يكون الشيء محل السرقة قد وضع ارادياً من قبل المالك بين يدي الشخص المتهم . (١)

وهناك قرارات قضائية حديثة نسبياً تفصح عن الفكرة نفسها ، فقد قضى بأن المادة ٣٧٩ عقوبات تعتبر الشخص الذي يختلس بنياً على الفشل شيئاً يعود إلى الغير ، سارقاً . وبأن كلمة الاختلاس تتضمن فكرة أخذ الشيء المملوك للغير . كما قضى بأن هذه المادة لا تطبق على الشخص الذي يستولي تدليساً على شيء مملوك للغير ، ما لم يثبت أنه استولى عليه بواسطة الأخذ الحاصل رغم شبهة المالك أو الحائز الشرعي .

فالاختلاس ، طبقاً للفقهاء والقضاة التقليديين يقوم على أساس فعل مادي بواسطة يأخذ الجاني مال الغير أو يخطفه أو ينقله .

وفي هذا المجال ، قضت الغرفة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية أن الاختلاس بواسطة الفشل الذي نصت عليه المادة ٣٧٩ عقوبات هو أحد العناصر المكونة للسرقة ، يقتضي فكرة الأخذ أو الخطف الذي يجب أن يتحلل في فعل الجاني ، فالمادة ٣٧٩ لا تطبق على من يحصل على شيء أو يتسلمه خطأ فيحفظه بسوء نية .

كما قرر هذا الحكم أن الشخص الذي سلمته إدارة البريد خطأ رسائل فاحتفظ بها بسوء نية ، بعدما لاحظ الخطأ وغطن له ، لأجل اشباع حاجاته الشخصية لا يعتبر سارقاً . (٢)

(1) - CASS - 9/7/1853 - DAF OZ - 1853- 1 - 488.

(2) - CRIM - 22/1/1948 - D - 1948- J.143- CAZ. P.1

ويعلق الاستاذ على هذا الحكم فيقول انه لا يبقى هنا الا القول بوجود تناقض واضح بين هذا الحكم والحكم الصادر في ١١/٦/١٩٢٠ . المتعلق بالأشخاص الذين احتفظوا بأموالهم كان قد أحضرها جنود الأعداء وتركوها عندهم . فقد اعتبرت المحكمة هؤلاء الأشخاص متهمين بالسرقة . ويستطرد DONNEDIEU DE VABRES قائلاً أنه يجب الاختيار بين الموقف التقليدي الذي يتشمل في الأخذ والرفع والخطف ، وبين التفسير الواسع الذي يتشمل في التمييز المدني الذي دافع عنه الاستاذ جارسون . ( ١ )

وهي الاستاذ ويرى الاختلاس يتحقق عندما ينزع الشيء من قبل شخص لم تكن لديه حيازة هذا الشيء سابقاً . وليس ضرورياً أن يكون المتهم يعرف المالك للشيء المنزوع أو الحائز الشرعي . فالاختلاس يتحقق عندما يستولي المتهم على شيء غير ملوك له بنية تملكه ، فالاختلاس يتشمل في الفعل الذي بواسطته يدخل المتهم الشيء الملوك للغير الى حيازته دون رضا المجني عليه ، وهذا الفعل في الغالب ما يكون فعل نزع أو استيلاء . ( ٢ )

ويلاحظ من خلال هذه الآراء وخاصة تعليق الاستاذ DONNEDIEU DE VABRES وأحكام محكمة النقض ، أن القضاة الفرنسي كان متردداً فعلاً في تطبيق النظرية التقليدية ، فقد لاحظنا كيف أنه كان يعتبر الاختلاس أخذاً أو رفعاً أو خطفاً ، وكيف اعتبر في الأخير مجرد الاحتفاظ بالشيء فعلاً يحقق الاختلاس .

(1) - P. BOUZAT- CRIMES ET DELITS CONTRE LES BIENS- REV SC. CRIM. NO.4.1948-P. 301

(2) - TAUSTIN HELIE- PRACTIQUE DES COURS ET TRIBUNAUX - DROIT PENAL - LIBRAIRIE DE LA COUR DE CASSATION- 1954-P. 390.

٠٤٢ لا يشترط أن يتحقق الاختلاس وفقا للتصوير الكلاسيكي عن طريق وسيلة معينة ، ان لا تهتم كيفية وقوع الفعل المذكور . فالاختلاس يعتمد محققا سواء تم مباشرة من قبل مرتكب الجريمة نفسه أو بالوساطة . فالاختلاس يتطلب وقوع نشاط مادي من الجاني يأخذ بمقتضاه الشيء أو ينزعه من حائزه ليدخله في حيازته، سواء توصل الجاني في احداث ذلك بيديه أو استخدم لاحدائه وسائل مادية كصناعات أو عصا أو وسائل حيلة ، أو اكتفى بمجرد تهيئة الوسائل التي تقوم هي بذاتها بأخذ الشيء أو نزعه وادخاله في حيازته .

٠٤٣ ففي الحالة التي يرتكب الجاني بنفسه فعل الاختلاس كان يمد يده الى مال الغير ويستحوذ عليه بدون رضا صاحبه أو حائزه، أو كما لو يأكل طعام الغير بدون استحصال رضا من له حق الملكية أو الحيازة الناقصة عليه : ففي كل هذه الحالات يرتكب الجاني فعلا ماديا يؤدي الى نقل مال الغير من مكانه . أما في الحالة التي يقع فيها الفعل بطريق غير مباشر كما لو حث السارق كلبه أو قرده على جلب بضاعة معروضة في واجهة دكان ، كما قد يستخدم السارق شخصا آخر حسن النية لارتكاب الفعل المادي كمن يقول لخادم في مطعم " ناولني هذا المعطف " فيسلمه له وهو يعتقد أنه صاحبه الحقيقي . ( ١ ) . وتطبيقا لذلك حكمت الغرفة الجنائية بأن الاختلاس يتحقق عندما يتملك المتهم الشيء الذي انتزعه من صاحبه بواسطة الغير حسن النية . ( ٢ )

٠٤٤ وقد جاء في التفسير الثالث للمادة ٣٢٠ من قانون العقوبات السوداني ما يؤكد ذلك ، فقد جاء فيه ما يلي : يقال ان الشخص سبب

( ١ ) د . حميد السعدى : شرح قانون العقوبات الجديد - الجزء الثاني - الطبعة الثانية ، مطبعة المعارف - بغداد ١٩٧٦ ، ص ٢٦ .

( ٢ ) - CRIM - 22/2/1954 - CHABRIER NO. 5052 - J.C.P. 54-4-

نقل الشيء إذا أزال عقبة كانت تحول دون نقله ، أو إذا فصله عن شيء آخر ، أو إذا نقله بالفعل .

كما جاء في التفسير الرابع لهذه المادة : إذا سبب شخص نقل بأية طريقة من الطرق يقال أنه نقل الحيوان وأنه نقل كل شيء ترتب نقله عن نقل الحيوان ، فمثلا إذا وضع عمرو طعاما للكلاب في جيبه وبذلك جعل كلب زيد يتبعه ففي هذه الحالة إذا قصد عمرو أخذ الكلب خيانة من حيازة زيد وبدون رضاه يكون سارقا طالما الكلب يتبعه . ( ١ )

فإن حسب هذه النظرية فسواء نقل الشخص مال الغير بنفسه ، أو بواسطة وسيلة معينة مثل الكلب أو القرود أو بواسطة طفل غير مميز ، فإن الاختلاس يتحقق وينسب إلى مستعمل هذه الوسائل وليس إلى الوسيلة . ( ٢ )

وفي هذا المجال ذهبت محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها إلى ما يلي : إذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي أن فتاة صغيرة عثرت على محفظة بها نقود فأخذها منها المتهم مقابل قرش ، فإن ذلك منه لا يعتبر اخفاءً لشيء مسروق ، بل يعد سرقة طبقا للمادة الأولى من قانون ١٨٩٨ الخاص بالأشياء الفارقة إذ أن المتهم يعتبر هو الساذى عثر على المحفظة ، وحبسها بنية تملكها بطريق الغش والفتاة البريئة لم تكن إلا مجرد أداة . ( ٣ )

كما ذهبت إلى نفس الحكم في قرار آخر متعلق بقضية تتلخص وقائعها في أن طفلا عثر على حافظة نقود سقطت من ركاب سيارة أتوبيس فالتقطها ظانًا أنها لأحد أصدقائه الراكبين معه . لكن الكسارى الساذى

( ١ ) د . محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات - القسم الخاص

جرائم الأشخاص والأموال - ١٩٤٨ ، ص ٣٧٢ .

( ٢ ) د . مصطفى القلبي : المرجع السابق ، ص ١١ .

( ٣ ) نقض مصرى جلسة ١١/١٢/١٩٣٩ طعن س ١٠ ق مج القواعد القانونية ، ج الثاني ، ط ١٩٥٨ م .



شاهده لحظة عبوره عليها أخذها منه، وكان ذلك لا يقصد توصيلها لإدارة الشركة بل يقصد اختلاسها لنفسه ، فقد قضت المحكمة بأن هذه الواقعة لا ينطبق عليها نص المادة ٣٤١ الخاص بخيانة الأمانة وذلك لأن الكساري لم يتسلم الحافظة بمقتضى عقد من عقود الأمانة ، إنما تنطبق عليه المادة الخاصة بالأشياء المفقودة . فالكساري باستيلائه على الحافظة في لحظة العبور يكون في الحقيقة هو الذي التقطها وحبسها بنية تملكها بطريقة الغش ، ولم يكن الغلام إلا مجرد واسطة بريئة . ( ١ )

ويتضح ما تقدم أن الاختلاس هو نقل المال الغير وأن هذا النقل لا يتحقق إلا بالأخذ أو الرفع أو الخطف أو النزح ، سواء أقام الجاني بنفسه بالفعل أو قام به شخص آخر لصالح الجاني .

ولقد اعتبر الفقه الاسلامي كذلك أن فعل الأخذ يتحقق سواء أقام الجاني بالفعل بنفسه ، أي قام به بصورة مباشرة ، أم قام به بصورة غير مباشرة ، ويطلقون على الحالة الاولى لفظ الأخذ المباشر ، وعلى الحالة الثانية الأخذ بالتسبب .

لكن لسؤال الجاني الشيء في مكانه فهل يعتبر مختلفا طبقا للنظرية التقليدية ؟ الاتفاق يعني ادخال التعديل على الكيان المادي للشيء على نحو يؤدي الى تشويبه وتغيير معالنه بحيث تنقص قيمته أو على الأقل تقل منفعة .

فالالاتلاف لا يعتبر سرقة حسب النظرية التقليدية ، فإذا حطم الجاني مال الغير، أي أهداه في مكانه دون أن ينقله أو يأخذه فلا يكون الفعل اختلاسا ، وإنما اتلافًا لا تسرى عليه أحكام السرقة ويخضع للقواعد الخاصة بجريمة الاتلاف .

( ١ ) نقض مصري جلسة ٧ / ٢ / ١٩٤٤ طعن ٢٠٣٣ س ١٢٣ ق . المرجع السابق .

النتائج المترتبة على التفسير الكلاسيكي للاختلاس

٠٤٧

- يترتب على التفسير الكلاسيكي للاختلاس ثلاث نتائج هامة :-
- ٠١ لا يوجد اختلاس عندما ينتفي فعل الأخذ أو الخطف أو السلب أو النزاع للشيء بدون رضا صاحبه، وبمعبر آخر لا يمكن تصور السرقة عندما يحصل الأخذ برضا المالك أو الحائز الشرعي سواءً أكان هذا الرضا صريحا أم ضمنيا .
  - ٠٢ لا يوجد اختلاس أيضا، عندما يسلم المالك أو الحائز برضا الشيء إلى الغير فيمتنع الجاني عن رد الشيء المسلم، مهما كانت طبيعة التسليم ومهما كان الغرض منه . فالتسليم حسب هذه النظرية يمنع من قيام الاختلاس بصفة عامة .
  - ٠٣ لا يتحقق الاختلاس عندما يتلف الجاني الشيء سواءً أكان هذا التلف كلياً أم جزئياً ، أي أن الجاني إذا أطف المال المعتدى عليه في مكانه كلياً لا يتحقق فعل الأخذ أو الخطف أو النزاع، كما أنه لا يتحقق كذلك إذا أطف الجاني جزءاً من الشيء وأخذ الجزء الباقي .
- هذه أهم النتائج التي تترتب عن القول بأن الشيء لكي يخطس يجب أن يرفع أو ينقل أو يخطف، فإذا سلم إلى الجاني لا يعتبر سارقاً كما أنه لا يعتبر كذلك إذا هلك الشيء أو أطفه في مكانه .

## نقد النظرية الكلاسيكية

لقد أخذ على هذه النظرية بالإضافة إلى الانتقادات التي وجهها إليها العميد جارسون فيما يتعلق بتفسير نص المادة ٣٧٩ من قانون العقوبات الفرنسي والمادتان ٤٠٥ و ٤٠٨ من نفس القانون الصادر ١٨١١ ، والانتقادات التي وجهناها إليها من خلال مناقشتنا النظرية هناك نقدان آخران مجمع عليهما :

- ٠١ تجعل هذه النظرية للسرقة مدارا ضيقا جدا من حيث التجريم الذي لا يشمل إلا الحالات التي يتحقق فيها الاختلاس بالمعنى الذي حدده، وهو الأخذ أو الخطف أو النزح أو الرفع أو السلب وفيما عدا ذلك تنفي السرقة . الأمر الذي يؤمى غالبا إلى افلات كثير من الجناة بسبب عدم توفر ركن الاختلاس كما تنص هذه النظرية .
- ٠٢ ان لفظ الاختلاس بقي غير واضح لأنه بدّل بكلمات مرادفة له فقط ، أي بدّل بمرادفات لغوية مثل الأخذ والخطف والنزع والسلب وما إلى ذلك من المرادفات اللغوية ، فهذه المرادفات هي بدورها بحاجة إلى تحديد وابهضاح وعلى هذا ، فإن محاولة بعض الفقهاء في إعطاء ملامح صحيحة للفعل المادى الصادر عن السارق لا تغيد إلا إبراز الترادف اللغوى للاختلاس ، وهو إبراز وعرض للمشكلة لا يحدد المعنى تحديدا دقيقا .

ونتيجة لهذا النقض ، بدأت محاولة أخرى لتفسير الاختلاس أسمها العلامة جارسون على مادى القانون المدنى للحيازة، ويطلق عليها الفقهاء النظرية القانونية لأنها تستند إلى نظرية الحيازة المدنية . ويطلق عليها بعض الفقهاء الآخرين النظرية الجارسونية نسبة إلى العلامة جارسون مؤسسها . ان ما هي هذه النظرية وما مدلول الاختلاس فيها ؟ هذا ما سنتناوله في الفصل التالى .

## الفصل الثاني

النظرية القانونية في تفسير الاختلاس - النظرية الجارسونية -

يسرى العلامة جارسون زعيم هذه النظرية أن حل مشكلة الاختلاس يجب أن يبحث عنه في نظرية الحيابة المدنية ، إذ أن القانون المدني في هذه المسألة مرتبط ارتباطا وثيقا بالقانون الجنائي . فالحيابة المدنية حسب جارسون تؤدي الى كافة الحلول العطفية في هذا المجال ، كما تؤدي أيضا الى وضع سند قانوني لنظرية السرقة وبالخصوص لفهوم الاختلاس (١) . إذن ما هي الحيابة وما الفرق بينها وبين الملكية ؟

LA PROPRIÉTÉ EST LE DROIT DE LA PROPRIÉTÉ هي الناحية القانونية هي الحق والحق عبارة عن مصلحة مادية يحميها القانون ، وخصائصها هي أنها من حيث المبدأ حق مطلق DROIT ABSOLU وهي حق صني عقارى أو منقول وأن هذا الحق مقصور على المالك دائما ، فالمالك وحده هو الذى يستطيع أن يتصرف فيه بالبيع أو الرهن أو الايجار وما الى ذلك من وسائل الاستعمال والتصرف.

أما الحيابة فهي ليست حقا ، بل عبارة عن مركز واقعى . أى أنها حالة الواقعة التي تمنح لأحد الأشخاص الامكانية الطبيعية لاستعمال شيء منقول والتصرف فيه . فهي لا تقوم الا بسيطرة الحائز على الشيء ، ويقصد بالسيطرة استطاعة التأشير عليه تأثيرا يضاوت حجمه نوع الحيابة . وهذه الحيابة قد تكون مشروعة أو مستندة الى سبب صحيح ، وقد لا تكون مشروعة كالأشياء المقتصبة ، وهذه يشكل اختلاسها سرقة لأن القانون يحمي بالسرقة الحيابة مجردة ، مشروعة كانت أو غير مشروعة . (٢)

فالمنقولات لا تمنح دعوى منع التعرض ودعوى اعادة وضع اليد ، فالمادة ٢٢٧٩ قانون مدني فرنسي لا تجيز مدنيا المطالبة بالمنقولات ، إذ الملكية

(١) - GARÇON - OP.CIT. P. 1119

(٢) د . محمد زكي ابو عامر: المرجع السابق ، ص ١٤٨ .

في المنقول سند الحائز. في حالة ضياع الشيء المنقول وسرقته .  
الآن هذه المطالبة يسمح بها القانون في حالة ضياع الشيء المنقول وسرقته .

ولقد ميز القضاة والفقهاء الفرنسيين منذ زمن طويل بين ثلاثة أوضاع مختلفة للحيازة : الحيازة الكاملة POSSESSION PROPREMENT DITE والحيازة الناقصة POSSESSION PRECARE والحيازة المادية أو اليد العارضية

#### LA DÉSIGNATION MATÉRIELLE

وقبل التطرق الى هذه الانواع الثلاثة من الحيازة نفضل أن نتناول عناصر الحيازة بشكل عام .

تتكون الحيازة من عنصرين : مادي ومعنوي . فالعنصر المادي هو السيطرة المادية على الشيء . فهو في الحقيقة مجموعة الوقائع المادية التي تكون الحيازة كواقعة وضع اليد وواقعة الاستعمال وواقعة الانتفاع وواقعة التبديل ، وكلمة أخرى ان العنصر المادي هو وضع اليد على الشيء والسيطرة عليه ، وتعني هذه السيطرة امكانية التأثير في طبيعة هذا الشيء ، فاذا كان هذا العنصر المادي للحيازة في يد شخص فيستطيع هذا الشخص بالنظر لمركزه الواقعي أن يستعمل الشيء ويتصرف به كما يجب وبشأنه .

ولا يشترط أن يباشر هذه السيطرة بالفعل ، وإنما يكفي أن يكون بمقدرته وفي امكانه واستطاعته أن يباشر هذه السلطات بالفعل ، وليس من الضروري أن تتوفر للحائز صلة مادية مستمرة بالشيء الذي يحوزه . فاذا اهتمد عنه فلا ينفي هذا الاعتماد امكانية مباشرة السلطات المادية عليه .

وتطبيقاً لذلك فان الحصان الذي يتركه صاحبه في المرعى أو الاسطبل لبعض خداه يظل العنصر المادي للحيازة قائماً لديه ، بالرغم من عدم مراقبته للحصان ، كذلك صاحب المنزل الذي يخلقه ويخادره في سفرة يظل حائزاً لمحتوياته ، لأن الحيازة المادية تبقى قائمة لصاحب المنزل .

وفي هذا المجال يعرف الاستاذ عبدالفتاح الصيفي الركن المادي فيقول  
بأنه السيطرة الفعلية والمستقلة والمقتربة بالعلم، فالسيطرة الفعلية هي مركزز  
واقعي، أو مقدرة فعلية، أو هيمنة مادية للشخص على الشيء\* . (١)

ويشترط في السيطرة الفعلية وفقاً لهذا التعريف، أن تكون مستقلة أو  
قائمة بذاتها، كما يشترط فيها أن تتم على علم الحائز بها. فإذا انتفى العلم  
انتفت الحيازة. فإذا سرق أ حافظة نقود ب ووضعها في جيب ج  
دون علم هذا الأخير بذلك ثم انصرف كل منهم، فالسيطرة المادية أو الفعلية  
على الحافظة انتقلت إلى ج، ومع ذلك فإنها لا ترقى إلى مرتبة الحيازة لأن  
علمه لم يحط بها. (٢)

أما العنصر الثاني وهو العنصر المعنوي فهو ما يطلق عليه باللاتينية  
L'ANIMUS وهو ارادة السيطرة على الشيء\* والظهور بمظهر العاقل للشيء\*.  
وتعبير آخر انه نية الظهور بمظهر العاقل في استعمال حق من الحقوق  
المعنوية الأصلية المنفردة عن حق الملكية أو الانتفاع. ومن الطبيعي أن يفترض  
الارادة والعلم بوجود الشيء\* ودخوله في امكانية السيطرة عليه، فإذا انتفى  
العلم انتفى معه توافر العنصر المعنوي للحيازة، وتطبيقاً لذلك أن من يخفي  
في حديقه قصر مالا فإنه لا يضعه في حيازة حائز هذا القصر اذا كان يجهل  
وجود المال، والعلم المطلوب هو العلم الاحتمالي بدخول الشيء\* في حيز السيطرة،  
وبالتالي يعتبر حائزاً للمحتويات الصندوق من بحوز الصندوق. (٣)

فالركن المعنوي يتحمل في انصراف النية إلى سند الحيازة، وفي هذا  
تختلف الحيازة الكاملة عن الحيازة الناقصة. (٤)

(١) و (٢) د. عبدالفتاح الصيفي : المرجع السابق ، ص ٢٢١ .

(٣) د. حميد السعدى : المرجع السابق ، ص ٢٨ .

(٤) د. عبدالفتاح الصيفي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٢ .

فإن العنصر المعنوي هو الظهور على الشيء \* بمظهر المالك الحقيقي ،  
أي هو نية الظهور بمظهر المالك على الشيء \* ، أما العنصر المادي فهو السيطرة  
المادية على هذا الشيء \* أو إمكانية وقدرة السيطرة ومباشرة السلطات المتفرعة  
عن حق الملكية .

هذا فيما يتعلق بعناصر الحيازة ، لكن هل هذه العناصر تتوافر في  
كل أنواع الحيازة ؟ أي هل تتوافر في الحيازة الكاملة والناقصة واليد العارضة ،  
أم أنها تتوافر في بعضها دون البعض الآخر ؟ إذن ما هي هذه الأنواع  
الثلاثة للحيازة ؟

#### POSSESSION PROPRIÉTÉ DITE

#### الحيازة الكاملة أي الحيازة بمعناها الصحيح

٥٤٠

وهي تتطلب في الحائز أن تتوفر لديه نية الظهور بمظهر المالك والسيطرة  
المادية على الشيء \* ، أي تحتوي على عنصرى الحيازة المادي والمعنوي ، فالحائز  
استنادا إلى العنصر المادي يسيطر على الشيء \* سيطرة فعلية تامة يستطيع  
بواسطتها الاستفادة منه بأي شكل من الأشكال ، بالحبس ، التحويل ، التحويل  
أو الائلاف ، واستنادا إلى العنصر المعنوي يتمكن من اظهار نيته حيال  
الشيء \* كمالك له ، بالتصرف به لحسابه كما يتصرف بحق من حقوقه المتفرقة عن  
حق الملكية ، ومعنى ذلك أن الشخص الذي يحوز الشيء \* حيازة كاملة يصبح قادرا  
على استعمال المال المنقول واستغلاله بالصورة التي تعجبه لحسابه الشخصي ،  
والشخص الذي يحوز الشيء \* بهذا الشكل ليس إلا المالك للشيء \* ، فإذا تصرف  
فيه لا يعتبر معتديا على ملكية الغير ، بل بالعكس إذا انتزع الغير منه حيازة الشيء \*  
المذكور يكون معتديا على الشيء \* ويعتبر عندئذ مختلسا ، ويترتب على هذا ،  
أن الشيء \* يجب أن ينتقل من حيازة الحائز حيازة كاملة إلى حيازة مرتكب  
الجريمة لكي يحصل الاختلاس .

ويلاحظ أن الحيازة الكاملة المشروعة قد تكون للمالك استنادا إلى عقد  
ناقل للملكية كالبيع أو الهبة أو المقايضة . وقد تكون للحائز بسبب مدني كالنقاسم  
أو السيراث .

الحيازة الناقصة: تتميز من حيث مادياتها بسلطات محددة على الشيء، تختلف ضيقا أو اتساعا نسبيا باختلاف السند القانوني الذي يعتمد عليه الحائز، وتتميز من حيث معنوياتها باعتراف الحائز بحق الغير على الشيء والتزامه بأن يردّه إليه أو يمكنه من مباشرة بعض السلطات عليه، بل أن هذا الحائز يعتبر نفسه نائبا عن ذلك الغير في صفته على الشيء، وتتحقق هذه الحيازة عندما ينتقل إلى الشخص العنصر المادي للحيازة أي عندما يحوز الشيء من الوجهة المادية فيكون المال تحت يده يسيطر عليه سيطرة فعلية، في حين يظل العنصر المعنوي للمالك الحقيقي. وبذلك يعتبر الحائز للشيء حيازة ناقصة حائزا باسم المالك الحقيقي، ويتحقق هذا بمقتضى سند أو عقد من العقود غير الناقلة للملكية كعقد الاجارة والوكالة والوديعة أو الاستصناع. (١)

وطيه، يكون الحائز حيازة ناقصة سيطرا على الشيء بمقتضى صفة لا تخوله أي حق في الملكية وإنما تشير إلى حق الغير فيها، كما لو كان مرتبنا أو مستأجرا أو جديدا لديه، وفي هذه الحالات تتحقق الحيازة الناقصة وذلك نظرا لتوفر العنصر المادي للحيازة لدى هؤلاء، وغيب العنصر المعنوي الذي ظل يتمتع به المالك.

ويتربط على الحيازة الناقصة أن الحائز في هذه الحالة يعترف بحق الغير على الشيء الذي يحوزه، كما يلتزم برده إليه أو تكليفه من مباشرة سلطاته عليه، فإذا انتزع به لا يكون في أي حال من الأحوال مختلسا، ولكن قد تقوم حياله جريمة من نوع أو وصف آخر كخيانة الأمانة مثلا إذا بدد الحائز المال خلافا لعقد الأمانة. (٢)

DETENTION اليد العارضة أو الحيازة المادية حسب تعبير جارسون

MATERIELLE وتتحقق حين يتصادف وقوع الشيء ماديا بين يدي شخص ليست

(١)(٢) د. حميد السعدى، المرجع السابق، ص ٢٩، ٣٠.



له عليه حيازة كاملة أو ناقصة ، وبالتالي فليس له على الشيء أية حقوق يمارسها باسمه واسم غيره ، فهو ليس حائزا له لحساب غيره فبيده على الشيء عارضة ، لا تخلق حقا ولا ترتب التزاما . ( ١ ) فهذه اليد العارضة ليست إلا واقعة مادية مجردة ، لا تخول واضع اليد فيها أي حق من حقوق التصرف والاستعمال لا باسمه أو باسم الغير ولا لحسابه أو لحساب الغير .

ويذهب بعض الفقهاء إلى أن حالة اليد العارضة تتشابه مع الحيازة الناقصة من حيث الجانب المادي ، إذ في كلتا صورتين يكون الشيء ماديا بيد الحائز ، ولكنهما تختلفان في أن الحائز حيازة ناقصة يستند في حيازته السيئة صفة تخوله حق التصرف في الشيء ماديا ، فهو يحوز الشيء حيازة مادية شرعية ، أما واضع اليد فإنه يتصرف في الشيء بأمر الحائز الشرعي أو المالك .

ونحن نرى أن واضع اليد<sup>العارضة</sup> لا يحوز الشيء ماديا وإنما هو بمثابة مراقب أو حارس للشيء يحفظ الشيء ولا يتصرف فيه إلا تحت إشراف صاحبه .

وقد عرف العلامة جارسون واضع اليد - الحيازة المادية - بأنه الشخص الذي يتسلم الشيء لعاملته أو لفحصه أو لتقدير قيمته أو لاستعماله تحت بصيرة مالكه وإشرافه . فالملاحظ أن المسلم لم يخطر بباله أبدا التخلي عن ملكية ماله والسيطرة عليه . بل أنه نقل الشيء نقلا ماديا وهو مصمم على مباشرة رقابته على الشيء الذي سلمه خلال الفترة الوجيزة ، التي يكون فيها بين يدي المتسلم فكأنما التسليم بهذه الصورة قد تقيد بشرط هام مفهوم ضمنا ولو لم يصحح به ، يقتضي تنفيذه حالا ولزوم إعادته ثانية إلى صاحبه ، وذلك بعد زوال السبب الذي من أجله حصل التسليم المادي . ( ٢ )

أما الأستاذ نجيب حسني ومراد رشدي فينتقدان التقسيم الثلاثي للحيازة الذي وضعه جارسون حينما اعتبر وضع اليد نوعا ثالثا من الحيازة

( ١ ) د . محمد زكي ابو عامر ، المرجع السابق ، ص ١٥١ .

( ٢ ) - GARÇON- OP.CIT. P. 173

لا يخول للمسلم أى حق . فيقولان : لا تعتبر اليد العارضة أو مجرد وضع اليد المادى على الشيء نَوْعا من الحيازة ، بل هي فكرة قانونية مختلفة تماما ، فهي حالة وجود الشيء عرضا بين يدي شخص دون أن تكون له عليه سلطات لا واسعة ولا محدّدة ، فواضع اليد ليست له أية صفة قانونية تسمح له أن يقوم بعمل من الاعمال المادية على هذا النحو . ( ١ )

وتترتب على اليد العارضة حسب رأى جارسون أنه اذا سلّم المالك أو الحائز السابق المال الى شخص ما ، فان هذا التسليم لا ينقل الا مجرد اليد العارضة أى الحيازة المادية ، فلا يمنع هذا التسليم من قيام الاختلاس اذا استولى المتسلّم على المال المذكور وتصرف به لحسابه الخاص ، بحيث أضاف الى العنصر المادى الذى انتقل اليه العنصر المعنوى وأظهرت التملك له والتصرف به لحسابه الخاص .

ونحن نرى أن هذا الرأى وان كان صحيحا الا أنه ليس على اطلاقه وذلك لأن واضع اليد عندما سلّمه المالك الشيء لفحصه مثلا أو لحمله لا يسلمه العنصر المادى بصفة نهائية وكنية ، فالمالك في هذه الحالة لا يزال يراقب ماله بحواسه ويشرف عليه بنفسه ، فهو لا يزال يحتفظ بحيازة الشيء بعنصرها المادى والمعنوى . فواضع اليد عندما يستولى على الشيء لا يضيف العنصر المعنوى الى العنصر المادى ، وانما يغيّر الحراسة والمحافظة التى منحها اليه المالك الى حيازة ، وبعبارة أخرى ، ان واضع اليد عندما يستولى على الشيء فإنه يكون قد اغتصب فى آن واحد عنصرى الحيازة معا ، المادى والمعنوى لأنهم يكن يحوز الشيء أصلا من قبل ، فهذا الوضع يختلف عن حالة مرتكب جريمة خيانة الامانة ، ان مرتكب هذه الجريمة قبل ارتكابه فعل الاستيلاء كان يحوز الشيء المؤمن لديه ، أى كانت لديه الحيازة المادية على الشيء واستيلائه

( ١ ) د . محمود نجيب حسني : جرائم الاعتداء على الاموال فى قانون العقوبات اللبناني ، ط - الثانية ، دار النهضة العربية - بيروت ١٩٧٥ ، ص ٦٣ ، د . مراد رشدى : المرجع السابق ، ص ٩٤ .

على الشيء\* يكون قد أضاف العنصر المعنوي للحيازة الى العنصر المادى الذى كان يحوزه قبل ارتكابه الفعل .

هذا باختصاره، ما يتعلق بموضوع الحيازة والهد العارضة ، لكن ما مفهوم الاختلاس الذى توصل اليه أنصار هذه النظرية على ضوء\* نظرية الحيازة المدنية؟، على ضوء\* فكرة الحيازة بالمعنى السابق ، عرف جارسون الاختلاس بأنه الاستيلاء\* على حيازة الشيء\* بمنصرهها المادى والمعنوى بدون علم وبغير رضا\* مالكه أو حائزه السابق . ( ١ )

أما الاستاذ GOYET فيعرفه بأنه حيازة الشيء\* بدون رضا الحائز الشرعى ( ٢ ) . أما الاستاذ محمود نجيب حسني فيعرفه بأنه الاعتداء\* على الحيازة . ويتحقق هذا ، الاعتداء\* بانها\* الحيازة الثابتة للمجني عليه على الشيء\* وانشاء\* حيازة جديدة ، ويعنى ذلك ان جوهر الاختلاس - الأخذ - انه تهديل الحيازة ، أى استبدال حيازة بحيازة فهو خرق للحيازة التي كانت قائمة وقت ارتكاب الجريمة ، وتأسيس لحيازة جديدة هي ثمرة ارتكاب الجريمة . ( ٣ )

وطى هذا الأساس ، فان الاختلاس لا يتحقق إلا بتوافر عنصرين : الاستيلاء\* على الحيازة بمنصرهها ، وعدم رضا\* المالك أو الحائز بذلك .

وبناء\* على هذه التعريفات ، يمكن تحديد الاختلاس أو الاغصاب بالفرقة بين صورتين : الاولى صورة الشخص الذى ينتزع الحيازة بدون رضا المالك أو الحائز الشرعى . والثانية صورة الشخص الذى يتسلم الشيء\* .

( ١ ) GARÇON - OP.CIT. P. 1118

( ٢ ) - GOYET.F- DROIT PENAL SPECIAL. 8<sup>EME</sup> ED. REFONDUE PAR- M. ROUSSELET- P. ARPAILLANCE - J.PATIN. SIREY 1972- PARA 930.

( ٣ ) د . محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٦٦ - ٦٧ .

(1)

٦) - ففي الحالة الاولى يقتصب الجاني الحيازة بعنصرها المادى والمعنوى ، بحيث ينهي فيها حيازة سابقة وينشيء حيازة جديدة مستقلة لنفسه أو لغيره ، وهنا يحصل نزع الشيء أو نقله من مالكه أو حائزه السابق لادخاله في حيازة الجاني بأية طريقة كانت ، ومستوى في ذلك أن يتم الاستيلاء على الشيء خفية أو بعلم المجني عليه ما دام ذلك الاستيلاء قد تم بغير رضاه . (٢) الآ أن الفاعل قد يكون في هذه الحالة ، رغم اقتصاب الحيازة بعنصرها معتقد بحسن نية أنه هو المالك الحقيقي للشيء أى يعتقد خطأ أنه هو المالك للشيء . ففي هذه الحالة يتحقق الاختلاس إلا أنه اختلاس خالي من الفشر . LA SOUSTRACTION N'EST PAS FRAUDULEUSE وبعبارة أخرى يتحقق الاختلاس لكن لا تتحقق السرقة لانقضاء القصد الجنائي . أما اذا كان سيء النية فعمله يعتبر اختلاسا محققا للسرقة ، فتترتب عن حيازته للمال المملوك للغير بعض الآثار القانونية ، فمن الناحية الجنائية يسأل عن جريمة السرقة ، ومن الناحية المدنية يستطيع المالك أن يسترد منه المال المختلس خلال مدة معينة . (٣) ففي هذه الصورة الاولى يجب ان يكون الاغتصاب بنية التملك ، أى يجب أن يكون الجاني سيء النية حتى يتوفر الاختلاس وتتحقق السرقة ، أما بالنسبة للصورة الثانية ، أى عندما يتسلم الشخص المال من صاحبه فيجب من أجل تحديد الوصف القانوني الصحيح في هذه الحالة التمييز بين فرضين : الاول ، ويكون المسلم فيه حسن النية ، والثاني ، ويكون فيه المتسلم سيء النية . فبالنسبة للفرض الاول عندما يتسلم الشخص الشيء بنية حسنة فلا تتحقق السرقة ولا أية جريمة أخرى ، بفض النظر عن صفة المسلم سواء أكان مالكا أم حائزا أم مجرد واطع يد على الشيء ، والحكم بظل هو حتى ولو تغيرت نية المتسلم بعد التسليم ،

(1) GARÇON - OP.CIT. p. 1120 - PARA 47

(٢) د . محمد زكي ابوعامر ، المرجع السابق ، ص ١٥١ .

(3) GARÇON - OP.CIT. P. 1120

وذلك لأن العبرة بطبيعة النية وقت انتقال الحيازة . هذا من الناحية الجنائية ، أما من الناحية المدنية فإن التسلم لا يستطيع أن يكتسب الملكية إلا بعد مرور فترة زمنية معينة بحيث يستطيع المالك الحقيقي خلال هذه الفترة القانونية المطالبة بالــــه .

أما إذا كان سيء النية ، فإنه يتعدّر القول باعتباره مختصاً وذلك لأنه لم يفتصب الحيازة ولم ينتزعها بدون رضا صاحبها الشرعي ، بل تسلّمها من صاحبها ، والتسليم الاختياري ، كما سوف نرى ، يمنع من قيام ركن الاختلاس ، إلا أنه لا يفلت من العقاب ما دام أنه سيء النية ، فقد يمكن ملاحقته جنائياً عن جريمة النصب إذا كان استلامه للشيء قد تمّ نتيجة لاستعماله وسائل غير شرعية ، أى وسائل احتيالية ، أو عن جريمة خيانة الأمانة إذا كان التسليم قد تمّ بناءً على أحد عقود الأمانة المنصوص عليها على سبيل الحصر في القانون ، أو عن جريمة الاختفاء إذا كان المال متحصلاً عن جريمة سرقة أو خيانة الأمانة أو النصب ، وكان يعلم بحقيقته . ( ١ )

ويجب عدم الخلط بين حالة التسليم الناقل للحيازة الكاملة أو الناقصة وبين حالة التسليم الناقل للبد العارضة ، ففي حالة التسليم الناقل للحيازة بنوعها ، فإن التسلم لا يرتكب فعل الاختلاس لأن الشيء في هذه الحالة لم ينتزع ولم يؤخذ ، وإنما سلّم تسلماً ارادياً ، وما دام أن التسليم الإرادي الناقل للحيازة هو صورة واضحة وحقيقية لرضا المالك أو الحائز ، فإن الركن المادي للسرقة نتيجة لهذا التسليم ينتفى أحد عناصره الهامة ألا وهو عدم الرضا ، الذي بانتفاكه ينتفى الركن المادي للسرقة ، فالتسليم في هذه الحالة يمنع من قيام الاختلاس .

( ١ ) - "On POURRA RECOURIR NOTAMENT A TROIS QUALIFICATION L'ESCROQUERIE, L'ABUS DE CONFIANCE ET LE RECEL." - GARÇON -OP.CIT- P. 1120

أما في الحالة الثانية ، حالة تسليم اليد العارضة ، وهي الحالة التي يكون فيها الشيء \* قد سلم إلى الجاني تسليماً مادياً، بأن كان المجني عليه قد وضعه بين يديه دون أن ينقل إليه أي حيازة كاملة أو ناقصة، فإذا اغتال صاحب اليد العارضة المال لنفسه بأن احتفظ به بنية تملكه ، تحقق الاختلاس في جانبه وقد سارقاً ، وذلك لأنه يعتبر قد سلب الحيازة بعنصرها. وشال ذلك الحال الذي يقر بحقائق المسافر التي قام بنقلها إلى خارج ديوان المحطة . ( ١ )

٠٦٣ إن أهمية السرقة بين نوعي الحيازة واليد العارضة تتحلل في تحديد أركان السرقة . فبالنسبة لنوعي الحيازة الكاملة أو الناقصة لا يختلف فيهما الحكم ، فما دامت الحيازة كاملة أو ناقصة متحققة لدى الحائز فلا يعتبر سارقاً إذا استحوذ على الشيء \* الذي يحوزه، وإنما يعتبر مختلساً الشخص الذي ينتزع الشيء \* من هذا الحائز بدون رضاه ، لذلك قلنا أن السرقة هي انتزاع الحيازة بعنصرها المادي والمعنوي ، فبانتزاع العنصر المادي يسيطر السارق على الشيء \* سيطرة مادية إذ يكون المال المسروق بين يديه وتمكنه من استعمال السلطات عليه ، وبانتزاعه العنصر المعنوي يظهر بمظهر المالك الحقيقي للشيء \* فيفصح بذلك عن ارادة تملكه له . أما اليد العارضة فيمكن أن يعتبر فيها واضع اليد مرتكباً لجريمة السرقة إذا استولى بنية التملك على الشيء \* الذي بين يديه ، لأنه يكون قد حاز حيازة حقيقية لم تكن موجودة لديه من قبل .

وينتهي على هذا الأساس أنه إذا كان المالك أو الحائز السابق قد نقل إلى آخر حيازة الشيء \* كاملة كمن ينقل بموجب عقد بيع ملكيته إلى المشتري ، ففي هذه الحالة يتعذر القول بوجود الاختلاس بالنسبة للمتسلم ، لأن هذا المتسلم بموجب عقد البيع أصبح مالكا للشيء \* الصحيح . كذلك بالنسبة لمن يحوز الشيء \*

( ١ ) د . محمد زكي ابو عامر ، المرجع السابق ، ص ١٥١ .

بموجب عقد تأميني فلا يعد مختلسا ، لأنه تسلّم الشيء تسلّما ناقلا للحيازة الناقصة ، ولأن الشيء من جهة أخرى لا زال على ذمة صاحبه . ( ١ )

ويمكن اجمال هذه القاعدة بالقول بأن الحيازة الثابتة للمدعي عليه نافية لارتكاب السرقة ، ولكن اليد العارضة الثابتة له ليست نافية ذلك ، وتعليلها أن من كانت له حيازة الشيء لا يتصور اعتدائه على هذه الحيازة ، أما من كانت له اليد العارضة عليه فموردى ذلك أن حيازته لغيره ومن ثم يتصور اعتدائه على هذه الحيازة . ( ٢ )

وفي هذا الصدد يقول جارسون أنه لا توجد سرقة في حالة عدم قبول الحائز رده للشيء الذي تسلّمه من المالك كما لا يتحقق الاختلاس حتى ولو استعمله في وجهة أخرى تترتب عنها خسارة للمالك . ( ٣ )

وطليه ، فمن يشتري شيئا ويتسلّمه قبل أن يؤدى ثمنه الموجب تسلّمه يتصرف فيه معلنا أنه لن يدفع الثمن ، لا يعتبر سارقا لذلك الشيء . أما من يتناول في متجر سلعة ليتمحصها ويرى ما اذا كان يشتريها فهو يعتبر سارقا ، ان تسلّم هاربا بها ذلك أنه ليست له حيازتها وانما هي في يده العارضة فحسب .

وتطبيقا لذلك ، فان البائع الذي يحتفظ بالشيء المبيع لا يعد سارقا ولو قبض الثمن المتفق عليه ، ومهما كانت طبيعة نيته . ففي هذه الحالة لا يتحقق عنصر الاختلاس وان تحقق احتفاظ غير شرعي للشيء المبيع . ٦٤

وفي هذا الصدد حكمت محكمة POITIERS بعدم تطبيق عقوبة السرقة على البائع الذي يعد تسلّمه الثمن من المشتري رفض تسليم هذا الأخير الشيء

( ١ ) د . حميد السعدى ، المرجع السابق ، ص ٣٢ .

( ٢ ) د . محمود حسني ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .

( ٣ ) GARÇON - OP.CIT- P. 1121

البيع مدعى أنه لم يتسلم شيئاً . وتعليل ذلك أن الشيء لم يسلم إلى المشتري ، فالبايع ظل حائزاً له ولم تنقطع حيازته عليه . كذلك لا يوجد اختلاس بالنسبة للشئ ، فالشئ سلم أرادها من المشتري . ( ١ )

وفي هذا المجال كذلك ، حكمت محكمة النقض الفرنسية بعدم تطبيق عقوبة السرقة على المدعي الذي يحتفظ بالشيء المتنازع عليه أو ينقله أو يستعمله أو يحبسها ولو كان ذلك بعد خسارته للقضية . وقد علقت المحكمة حكمها بأن المدعي لم يأخذ الشيء أثناء النزاع ، وإنما كان يحوزه قبل ذلك فهو لم يستول عليه ، وإنما كل ما في الأمر أنه احتفظ به ، والاحتفاظ والحبس لا يدلان على أن الشيء انتزع من حيازة صاحبه ، وبعبارة أخرى أن الاحتفاظ والحبس أو الاعتقال لا يؤديان إلى نزع الحيازة . ( ٢ )

ولقد أخذت محكمة LIMOGES هي الأخرى بنظرية جارسون بعدما تبنت في السابق رأي النظرية التقليدية ، فقد قررت هذه المحكمة صراحة بأنه لا توجد سرقة إلا عندما ينتقل الشيء من حيازة الحائز الشرعي إلى حيازة مرتكب الفعل بدون علم الأول وبدون رضاه . ( ٣ )

ويلاحظ من هذا الحكم أن المحكمة طبقت رأي العلامة جارسون في حكمها بحذافيره ، إذ اشترطت نفس الشروط التي اشترطها جارسون لتحقيق فعل الاختلاس ، وهي شرط عدم العلم وعدم الرضا أي توافر الأمرين معا وليس أحد الشرطين كما ترى النظرية التقليدية . وهي بذلك تكون قد تخلت عن النظرية التقليدية وتبنت النظرية القانونية ، لأنها بالاضافة إلى اشتراطها عدم العلم وعدم الرضا تشترط في الفعل أن يؤدى إلى نقل الشيء من حيازة الحائز الشرعي إلى حيازة مرتكب الفعل .

(1) COUR DE CASS DE POITIERS- 8/8/1867. S.68-2-46-P-68.

(2) CASS - 26/4/1955 - B.69- D. 55-477 -F. GOYET OP - CIT. PARA- 930.

(3) LIMOGES 22/10/1903 - J-P- 1904 -2-82.



و يتضح لنا من هذه الأحكام التي تنبت النظرية القانونية أن السرقة لا تتحقق إذا كان الشيء في حيازة الشخص قبل ارتكابه فعل الاستيلاء.

٦٥ • لكن ما حكم الحالة التي ينقل فيها الحائز الشيء إلى آخر ثم يعود فيأخذه منه بسرعة ؟

في هذه الحالة لا يعتبر الحائز السابق حائزا للشيء ، لأن حيازته للمال انتقلت إلى غيره بالتسليم ، فإذا أخذها من الشخص الذي سلمت له اعتبر مختلسا لأنه يكون قد اغتصب حيازة جديدة مستقلة عن الأولى .

« IL USURPE UNE POSSESSION NOUVELLE ET, COMME PAR CONSÉQUENT UNE SOUSTRACTION CARACTÉRISÉE (1) » .

وفي مثل هذه الحالة يجب معرفة ما إذا كان المتسلم قد حاز الشيء فعلا أم أنه لم يحوزه ، فإذا كان يحوزه فعلا فإن المسلم إذا استرد الشيء بدون رضا يعتبر مرتكبا لفعل الاختلاس ، وذلك لأنه يتسلمه الشيء للمتسلم بكيون قد أنهى حيازته الشخصية وأنشأ حيازة للغير ، فإذا عاد وأخذ الشيء المسلم من هذا الغير ، فإنه يكون قد اغتصب حيازة جديدة . وتطبيقا لذلك فقد اعتبر سارقا الدائن الذي أخذ الوصل بقبض الدين الذي كان قد سلمه إلى الدين . ( ٢ ) ونفس الحكم ينطبق على الشخص الذي بعد تمديد الدين قام بأخذ جزء من مبلغ الدين الذي كان قد وضعه على الطاولة . ( ٣ )

٦٦ • ويستنتج من هذا أن الحيازة إذا نقلت إلى الغير وحازها فعلا ، فإنه لا يجوز أن يستردها صاحبها أي المسلم ، لأن الحيازة السابقة قد انقطعت بالتسليم ، فإذا استرجعها الحائز السابق بدون علم الحائز الجديد وبدون

( 1 ) GARÇON - OP.CIT. P. 1121- PARA. 62.

( 2 ) CASS - 26/6/1875.

( 3 ) CAEN - 3/2/1879 S.79-2-245-P-79.1902-D-80-2-27

رضاء اعتبر معتديا على حيازة جديدة ، ونتيجة لهذا الاعتداء يتحقق الاختلاس ، هذا بالنسبة لنقل الحيازة الكاطة واسترجاعها ، أما بالنسبة لاسترجاع المال من الحائز حيازة ناقصة ، فان ركن الاختلاس لا يتوفر اذا كان مسترجع الحيازة هو المالك ، ومثال ذلك صاحب العمل الذي يسلم وكيله مبلغا من المال لتوزيعه على العمال ثم يقوم - أي صاحب العمل - بأخذ جزء من المبلغ المسلم للوكيل بدون علم هذا الأخير وبدون رضاه ، فان ركن الاختلاس لا يتوفر في هذه الحالة ولو كان صاحب العمل ذا نيّة سيئة ، وتعليل ذلك أن الوكيل قد تسلم الحيازة الناقصة للمبلغ فسي حين ظلّت الحيازة الكاطة مستمرة لصاحب العمل ، فاذا استرجعها فانه لا يكون مفتصبا للحيازة ، وانما يكون مستعملا لحقه في الملكية .

٥٧ ويمكن تلخيص هذه النظرية في أن الاختلاس هو نقل الحيازة أو تبديلها بدون علم صاحبها وبدون رضاه ، فهو اغتصاب الحيازة بمعنصرها المبادى والمعنوى . وان الاختلاس لا يتحقق الا اذا استولى الجاني على شيء لم يكن يحوزه سابقا ، فاذا كان يحوزه حيازة كاملة أو ناقصة فانه لا يعتبر مختلسا له ، أما اذا كان واضح يد فقط واستولى عليه فانه يعتبر مختلسا ، لأن التسليم في هذه الحالة الأخيرة ليس تسليما ناقلا للحيازة ، وانما هو تسليم لمجرد تمكين اليد العارضة ، وهو لا ينفي وقوع الاختلاس . هذا باختصار عن مفهوم الاختلاس في النظرية القانونية ، ولنا عودة اليها في القسم الثاني عند معالجتنا لموضوع علاقة الاختلاس بالتسليم . أما الآن فننتقل الى نقد هذه النظرية ثم الى الاوضاع التي تلتقي فيها النظريتان والاضاع التي تتعارض بشأنها النظريتان .

٠٦٨ نقد النظرية القانونية - الجارسونية - :  
من الامور الطبيعية أن يقف أنصار المدرسة التقليدية في مواجهة نظرية جارسون ، ذلك أن ظهور هذه النظرية كان بمثابة القضاء على الافكار الرئيسية لهذه المدرسة في وضع مدلول فكرة الاختلاس (١) ، وقد ظهرت هذه الانتقادات منذ ظهور النظرية القانونية ، وقد ركز أصحاب هذه الانتقادات على العيوب الشكلية واللفظية التي وضعت في النظرية القانونية .

ويمكننا تقسيم هذه الانتقادات الى قسمين :

- أولاً : النقد الشكلي للنظرية الجارسونية - القانونية .  
ثانياً : النقد الموضوعي لهذه النظرية .

٠٦٩ الأساس التي بني عليها النقد التقليدي :-  
فقد استند أنصار النظرية التقليدية في انتقاداتهم هذه الى حجة مؤداها - أن جارسون استعمل في نظريته تعبير الحيازة المادية DETENTION MATERIELLE للدلالة على تلك الحالة التي يضع فيها شخص يده على شيء ما دون أن يتوافر لديه عنصر من عنصرى الحيازة ، وقد ذهب أنصار هذا النقد الى القول بأن الحيازة نومان وليست ثلاثة أنواع كما قال جارسون ، فالحيازة إما أن تكون كاملة حيث يتوافر لدى الحائز عنصر الحيازة المادى والمعنوى ، وإما أن تكون ناقصة حيث يتوافر لدى الحائز العنصر المادى دون المعنوى . وحسب رأيهم أن القانون المدني لم يعرف نوعاً ثالثاً من الحيازة ، وأن جارسون خلط باستعماله تعبير الحيازة المادية بين فكرة الحيازة ذاتها وبين وضع اليد .

٠٧٠ كما انتقد أنصار هذا الرأي تعريف جارسون للاختلاس بأنه سلب الحيازة الكاملة للشيء بغير رضا مالكة أو حائزه السابق ، تأسيساً على أن السلب في حد ذاته يفترض حيازة الشيء بدون رضا صاحبه ، وحسب رأى هؤلاء ، أنه ليس هناك داع لاستعمال عبارة بغير رضا مالكة الى جانب عبارة سلب الحيازة الكاملة للشيء ، كما يترتب على هذا القول أن التسليم يجب أن يخرج من دائرة (١) د . مراد رشدى ، المرجع السابق ، ص ١٤٠ .

هذا التعريف اذا كان اراديا ، الا ان جارسون يذهب الى أن التسليم الارادى لا ينفي الاختلاس في كل الاحوال بل حتى يكون التسليم الارادى نافيا للاختلاس يجب أن تتوافر فيه شروط وأوضاع معينة .

٥٧١ كما يذهب أنصار هذا الرأي الى القول بأن نظرية جارسون تميز بين حالة ظهور نية التملك لدى الجاني قبل حيازة الشيء وبين حالة ظهور هذه النية بعد انتقال الشيء الى حيازته وذلك لوضع حلول لبعض المشاكل التي تثار في العمل ، وهذا أمر لا يمكن التسليم به على اطلاقه ذلك أنه توجد حالات لا يمكن اعتبارها مكونة للسرقة على الرغم من وجود نية التملك لدى الجاني ، قبل انتقال الشيء الى حيازته انتقالا اختياريا ، صادرا عن تسليم ارادى باعتباره حائزا حيازة ناقصة بموجب عقد من عقود الامانة المنصوص عليها في قانون العقوبات ، فالمستعير قد تنصرف نيته الى الاستيلاء على الشيء قبل انتقال الحيازة اليه ، الا أنه بعد انتقال الحيازة اليه يستوفي اجراءات الشكلية لهذا الانتقال ، وتسلم اليه الحيازة الناقصة تسليما اختياريا بناه على عقد يقرفيه الحائز المستعير ، بحق المالك على الشيء المعار ، ثم يستولي بعد ذلك على هذا الشيء تنفيذا لنيته السابقة ، وفي هذا الفرض لا يمكن القول بأن الجاني قد ارتكب جريمة السرقة لوجود نية سابقة لديه بالاستيلاء على الشيء قبل حيازته .

ومعبارة أخرى فقد يكون الجاني سيء النية قبل ان ينتقل اليه المال ومع ذلك لا يعتبر مختلما اذا ما تم تسليم الشيء بصفة اختيارية ، الا أنه قد يعد مرتكبا لجريمة خيانة الامانة اذا اخل بالاتفاق المبرم بينه وبين المسلم . (١)

هذه أهم الانتقادات التي وجهها أنصار النظرية التقليدية للنظرية القانونية .

(١) د . مراد رشدي ، المرجع السابق ، ص ١٤١ - ١٤٢ .

٥٢٢ ونحن نرى أن هذه الانتقادات وإن كان بعضها صحيحا إلا أنها انتقادات يغلب عليها الطابع الشكلي . ففيما يتعلق بالنقد القائل بأن الحيازة نوعان : حيازة كاملة ، وحيازة ناقصة ، فهو حسب رأينا رأى صحيح ذلك لأن الحيازة معناها السيطرة على الشيء ، فهي ليست حقاً وانمسا مركزا واقعيا ، أما اليد العارضة فهي ليست نوعا من الحيازة المدنية بل هي فكرة قانونية مختلفة تماما عن الحيازة . فهذه حالة وجود الشيء عرضيا بين يدي شخص ، وهذه الحالة لا تمنحه على الشيء أي سلطة مادية ، فالحائز في هذه الحالة ليس إلا حارسا أو محافظا على الشيء الذي بين يديه . فليس له عليه أي حق أو صفة قانونية وهو بناه على ذلك لا يستطيع أن يدمي أن له صفة على الشيء . ( ١ ) ولا يستطيع أن يطالب باسترجاع الشيء إذا أخذ منه . أما الحائز حيازة ناقصة فانه يستطيع قانونا أن يطالب بماله المسلوب خلال مدة زمنية محددة قانونا .

أما فيما يتعلق بالرأى القائل بأن السلب يفترض أن يتم بدون رضا المجنى عليه ، فهذا الرأى صحيح وذلك لأننا عندما نقول أن شخصا ما سلب من آخر أمواله فمعناه أنه أخذ هذه الاموال دون رضا صاحبها ، وطبيعه فتعريف الاختلاس بأنه سلب الحيازة الكاملة بخير رضا صاحبها تعريف فير دقيق قانونا ، ذلك كما سبق أن قلنا أن السلب يفترض في حد ذاته عدم الرضا ، وبذلك تكون عبارة بخير رضا صاحبها المستعملة في التعريف السابق عبارة لا فائدة منها .

أما بخصوص الرأى القائل أن نظرية جارسون تميز بين حالة ظهور نية التملك لدى الجاني قبل حيازة الشيء ، وبين حالة ظهور هذه النية بعد انتقال الشيء إلى حيازته فهو رأى مرفوض ، وذلك لأن جارسون عندما يتكلم عن انتقال الحيازة من المجنى عليه إلى الجاني ، يشترط أن تتوافر لدى الجاني نية التملك وقت استيلائه على حيازة المجنى عليه أو بعد ذلك . وذلك لأن الاختلاس

( ١ ) محمود نجيب حسني ، المرجع السابق ، ص ٦٣ - ٦٤

يتحقق عندما يخرج الجاني المال من حيازة صاحبه ويدخله في حيازة بنتية تملكه ، شرط أن تتوافر هذه النية وقت ارتكاب الفعل ، فإذا توفرت نية التملك قبل انتقال المال ، فإن الاختلاس لا يتحقق وذلك لأن الانتقال قد لا يتحقق بالرغم من وجود نية التملك ، وقد يتحقق لكن بصورة مختلفة كأن يتعاقب المتسلم مع المسلم بعقد وكالة أو عقد ناقل للملكية ، ففي هذه الحالة من المستحيل القول بأن المتسلم مختلس لأنه توافرت لديه نية التملك قبل انتقال الحيازة .

أما إذا توفرت نية التملك وقت ارتكاب فعل الاختلاس الذي هو أخذ الشيء بدون علم المالك أو الحائز وبدون رضاه ، فإنه يعد في هذه الحالة سارقاً لأنه استولى على مال ملوك للغير بدون رضاه ، كما أنه ، في هذه الحالة ، لا يوجد بين الجاني والمجني عليه أي عقد . وعليه فإذا استولى على مال الغير بنية تملكه فإنه يكون قد استوفى كل الشروط التي تتطلبها جريمة السرقة .

هذه أهم الانتقادات الشكلية التي وجهت إلى النظرية القانونية والردود عليها .

#### الانتقادات الموضوعية :-

٠٢٣

ان النقد التقليدي الشكلي لم يمس جوهرها ، وحسب نظر الدكتور مراد رشدي ، أن أساس البحث في نظرية جارسون يتمين أن يتطرق الى سوأل جوهرى فيما اذا كانت النظرية القانونية صالحة كنظرية عامة لفكرة الاختلاس أو غير صالحة لذلك . (١) أما نحن فنرى أن السوأل الواجب طرحه والاجابة عليه هو: هل استطاعت هذه النظرية أن تحدد مفهوم الاختلاس الوارد في نصوص المادة ٣٧٩ عقوبات فرنسي وتميزه عن جرائم الاموال الاخرى المنصوص عليها فسي المادتين ٤٠٥ و ٤٠٨ من نفس القانون ؟

(١) د . مراد رشدي ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ - ١٤٤ .

٥٧٤ لقد بحث جارسون زعيم هذه النظرية في كتابه المشار اليه سابقا ،  
نظرية الحيازة في مجال البحث في ركن الاختلاس في جريمة السرقة . واستمد  
من نظرية الحيازة المدنية الأساس القانوني لوضع حلول لمشكلة الركن المادي  
في السرقة . ويمكننا أن نقول أن جارسون عندما استعان بنظرية الحيازة  
المدنية لتعريف وتحليل ركن الاختلاس كان موقفا في ذلك لأنه اعتبر فعل  
الاختلاس نقل للحيازة بدون رضا صاحبها . والحيازة أساسها وطبيعتها  
مدنية فلا بد من البحث في الحيازة ، ولقد استطاع جارسون ، كما رأينا  
على غوه هذه النظرية أن يميز بين السرقة وبقيّة جرائم الاعتداء على الاموال .

٥٧٥ ان النقد الصحيح الموجه الى هذه النظرية حسب رأينا ورأى الدكتور  
مراد رشدي هو أن جارسون لم يضع في حسابه عندما وضع أسس نظريته أحد  
المبادئ الأساسية لقانون العقوبات ، وهو مبدأ خاص بشخصية القانون الجنائي .  
إن لقانون العقوبات شخصية خاصة ، ترجع الى أساس نشأته والى الدور الذي  
يقوم به في تنظيم الحياة في المجتمع الانساني ، وهذه الشخصية هي أساس  
القواعد التي يقوم بها القانون الجنائي والتي تجعله يتعارض الى حد ما مع قواعد  
القوانين الاخرى ، فالمبادئ المقررة في فروع القانون الوضعي الاخرى ليست كلها  
صالحة للتطبيق في مجال القانون الجنائي . فنظرية الحيازة المدنية تعسّد  
من أهم النظريات في القانون المدني ، ونقلها كما هي الى القانون الجنائي  
أمر فيه كثير من التجاوز ، وعليه كان يجب الاستعانة بها بما يلائم القانون  
الجنائي . وذلك بوضع شخصية مستقلة لنظرية الحيازة في القانون الجنائي . ( ١ )

هذه أهم الانتقادات الشكلية والموضوعية التي وجهت الى نظرية  
جارسون ، إلا أنه بالرغم من هذه العيوب استطاع أن يأتي بتفسير قانوني للاختلاس  
يختلف اختلافا جوهريا عن تفسير النظرية التقليدية .

( ١ ) د . مراد رشدي ، المرجع السابق ، ص ١٤٣ - ١٤٤ .

الاضاع التي تلتقي فيها النظريتان :-

تتشمل الاوضاع التي تلتقي فيها النظريتان في انتزاع الحيازة بواسطة الاخذ أو الرفع أو النزع أو السلب . وهذه الفرضية هي الفرضية البسيطة التي تلتقي فيها النظريتان ، ولقد انعقد بشأنها الاجماع بمقتضى النظريتين . فعندما يسلب المال أو يخطف أو ينقل من حيازة صاحبه يتحقق بكل تأكيد الاختلاس حتى ولو لم يستمر المال في حيازة الجاني إلا فترة قصيرة . ففي هذه الحالة يتحقق الاختلاس وفقا للنظرية التقليدية لأن المال موضوع السرقة قد خطف أو سلب أو نقل ، كما أنه يتحقق وفقا للنظرية القانونية لأن هذا المال قد انتزع من حيازة صاحبه بدون رضاه وبدون علمه . ويظهر هذا النزاع جليا في حالة المشتري الذي يستعيد المبلغ الذي كان قد دفعه لقاء الشيء المبيع للبائع . فالبائع قد انتقل اليه المبلغ وهو نتيجة لهذا الانتقال يعتبر حائزا جديدا له ولو لم يضعه في جيبه أو في الصندوق . فالمشتري بوضعه المبلغ على المنضدة أو قرب الصندوق يكون قد أنهى حيازته للمبلغ وأنشأ حيازة جديدة للبائع على هذا المبلغ ، فاذا استعاد المبلغ بدون رضاه البائع فإنه يرتكب الاستيلاء على حيازة جديدة ، فالدائن الذي يسترجع الوصل بالدين من المدين بعد تسليمه اياه بدون رضاه يعتبر مختلسا وفقا للنظريتين . ( ١ )

ولكن الوصف سيكون غير ذلك اذا كان أخذ مال الغير قد حصل بمقتضى اتفاق ناقل للحيازة الناقصة ، كما لو أن أحد الاصدقاء قد قبل أن يعير زميله دراجته . فهذا الزميل لا يمكن اعتباره مختلسا اذا استولى عليها وفقا للنظريتين . وذلك لأنه لم يفتصب حيازة الدراجة بدون رضا صاحبها وانما نقلت اليه نقلا رضائيا قبل ارتكاب فعل الاستيلاء ، إلا أنه يمكن أن يسأل عن جريمة خيانة الامانة اذا توفرت شروطها كاملة : فالاختلاس لا يتحقق وفقا للنظريتين إلا اذا أخذ أو نقل أو انتزع أو سلب مال الغير بدون رضاه .

( ١ ) حميد السعدى ، المرجع السابق ، ص - ٣٦ .



أي أن الاختلاس لا يتحقق إلا بفعل ينتقل بمقتضاه المال من حيازة المجسني عليه إلى حيازة الجاني . فلا يتصور أن يتحقق اختلاس بدون وجود فعل من هذه الأفعال .

هذه أهم الأوضاع التي تلتقي فيها النظريتان ، لكن ما هي الأوضاع التي تتعارض بشأنها النظريتان ؟

الأوضاع التي تتعارض بشأنها النظريتان :

٠٧٧

فحسب النظرية التقليدية لا يوجد اختلاس ولا تتحقق السرقة إذا لم يوجد أخذ أو خطف أو سلب أو نقل لمال الغير بدون رضاه . ومعنى ذلك أن التسليم الرضائي مهما كان نوعه أو طبيعته مانع من قيام الاختلاس وذلك لأنه ممن المستحيل تصور فعل الخطف أو الأخذ مع واقعة التسليم .

فالتسليم كما يرى أنصار النظرية التقليدية سواء أكان ناقلاً للحيازة أم ناقلاً فقط للبد العارضة ، يمنع من قيام الاختلاس .

أما الاختلاس في النظرية القانونية فهو انتزاع للحيازة رغم شبهة المالك أو الحائز السابق . فالاختلاس يتحقق في كل الحالات التي يحصل فيها اعتداء على الحيازة القائمة ، وطلبه فواقعة الخطف أو الأخذ أو السلب أو النقل تتضمن بكل تأكيد انتزاعاً للحيازة . وهذا يتفق النظريتان ، لكن بالإضافة إلى ذلك أن الاختلاس يتحقق أيضاً في حالة أخرى ينبغي فيها الأخذ أو الخطف أو النقل ، ويقوم مقام التسليم غير الناقل للحيازة الكاملة أو الناقصة أي التسليم الناقل للبد العارضة وهو التسليم الذي لا ينبغي وقوع الاختلاس . فحسب النظرية القانونية أن التسليم المانع من قيام الاختلاس هو التسليم الناقل للحيازة بنوعها الصادر عن وهي واختيار ، أما التسليم الذي لا ينقل أحد هذين النوعين من الحيازة فإنه لا يمنع من قيام الاختلاس . ( ١ )

اذن فالأوضاع التي تتعارض بشأنها النظريتان تتحلل في مسألة التسليم .  
فالتسليم حسب النظرية التقليدية يمنع الاختلاس في كل الحالات ، أما حسب  
النظرية القانونية فإن التسليم الرضائي الصادر من المالك أو العائز السابق  
لا يمنع قيام الاختلاس في كل الحالات ، بل إن التسليم النافي للاختلاس هو  
التسليم الناقل للحيازة فقط ، أما التسليم الذي لا ينقل الحيازة فإنه لا ينفى  
وقوع الاختلاس ، هذا باختصار عن الأوضاع التي تتعارض بشأنها النظريتان  
والتي سوف نتطرق لها مرة أخرى عند كلامنا عن التسليم وعلاقته بالاختلاس  
في القسم الثاني .

والآن نفضل أن نتطرق إلى موقف القوانين الأوروبية والعربية وإلى موقف  
الشريعة الإسلامية من النظريتين على أن ننتقل بعد ذلك إلى موضوع شروط  
توافر ركن الاختلاس .

الفصل الثالث

=====

موقف القوانين الأوروبية والعربية والشريعة الإسلامية من النظريتين  
=====

٠٧٨ لقد سبق أن تعرضنا الى موقف القانون الفرنسي وعرفنا أن الفقه الفرنسي انقسم الى قسمين حول تفسير المادة ٣٧٩ عقوبات التي تنص على أن : كل من اختلس مالا مملوكا للغير يعد سارقا . . . . . فقد قال بعض الفقهاء أن الاختلاس الوارد في هذه المادة يشمل كل الحالات التي يفتال فيها مال الغير، وقال البعض الآخر ان الاختلاس الوارد في هذه المادة يشمل فقط الحالات التي يؤخذ فيها المال أو يخطف أو يمزق ، ولقد تردّد القضاء الفرنسي في تطبيق النظرية التقليدية كما رأينا ، فترة من الزمن ثم حسم ذلك بتطبيقه للنظرية القانونية ، واعتبر الاختلاس نقل للحيازة أي سلب الحيازة بعنصرها ، لكن ما هو موقف القانون الألماني والإنجليزي والقوانين العربية والشريعة الإسلامية من هاتين النظريتين ؟

المبحث الأول

موقف القانون الألماني

٠٧٩ فقد عرف قانون القرون الوسطى السرقة بأنها اختلاس خفي ، أي اختلاس مال الغير بدون علمه . ( ١ )

أما LA CAROLINA فقد عرّفها بأنها اعتداء على ملكية الغير بواسطة فعل الاختلاس بنسبة تملكها تملكيا غير شرعيا ، وبعبارة أخرى ، فالسرقة حسب هذه الوثيقة هي اعتداء على ملكية الغير باختلاس المال المنقول السلوك للغير وادخاله في حيازة الجاني .  
LE VOL EST LA VIOLATION DE LA PROPRIETE PAR L'APPROPRIATION ILLICITE DE LA CHOSE MOBILIERE D'AUTRUI, QUI EST MISE DANS CE BUT PAR UNE SOUSTRACTION DANS LA POSSESSION DE L'AUTEUR ( 2 ) .

( 1 ) ( 2 ) DR. FRANZ VON LISZT - TRAITÉ DE DROIT PENAL ALLEMAND - PARTIE SPECIALE - TOME I - PAR RICH. OBSTEIN ED-GIAP  
1912

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

فالسرقه حسب هذا التعريف ، اختلاس مال منقول ملوك للغير بقصد تملكه تطبيقا غير شرعيا . فالاختلاس حسب رأى الاستاذ فان لم يستعمل في قطع الحراسة وابطالها وتأسيس حيازة جديدة مستقلة عن الاولى .

وعليه ، فان الاختلاس يتحقق بغض النظر عن الطرق والوسائل التي استعملها الجاني للحصول على المال ، فهذه الوسائل لا تغير من فعل الاختلاس ما دام أن الاعتداء قد وقع على مال الغير بقصد تملكه تطبيقا غير شرعيا ، فمن يتحصل على اللحم بواسطة كلبه المدرب على جلب اللحم من الجزار ، ومن يفتح الحنفية ويبدد الغاز ، ومن يدفع مريضا عقله أو طفلا على نقله مالا منقولا ملوكا للغير ، فهو لا الأشخاص يعتبرون سارقين طبقا للتعريف المشار اليه سابقا ، فهذا التعريف لم يشترط الخفية في الاختلاس ، فهو - أى الاختلاس - يتحقق سواء علم به المجني عليه أم لا يعلم به . ( ١ )

٠٨٠ أما قانون العقوبات الامبراطورى C.P.I فقد عرف السرقه في المادة ٨٧٢ بأنها عمارة من نزع الملكية . فالاختلاس يهدف التملك يعني انشاء حيازة جديدة ، وهذا يتحقق عندما توجد علاقة بين الشيء المسروق وبين الجاني بحيث تسمح هذه العلاقة للجاني بالظهور على الشيء المسروق بظهر المالك الحقيقي . ( ٢ )

٠٨١ فالاختلاس ، طبقا لهذا التعريف لا يتحقق اذا استعمل الجاني الشيء في مصلحة صاحبه ، لكنه يتحقق عندما ينشئ الجاني حيازة جديدة لنفسه ، فهذا التعريف يفترض السيطرة الكاملة على الشيء وليس السيطرة الدائسة . ( ٣ )  
وعليه ، فالاطلاف السريع لا يشكل استيلاء لان الجاني اذا أخذ مال الغير

( ١ ) RENE LOBSTEIN . OP.CIT. P. 193

( ٢ ) ( ٣ ) DR FRANZ VON LISZT. OP.CIT.P. 193-194

وأطفه بسرعة فانه لا يتملكه ، لأن تملك الشيء يعني الاحتفاظ به فترة معين الزمن طالت أو قصرت ، وعليه فاذا أطف الجاني الشيء بسرعة فان الاختلاس لا يتحقق نتيجة لعدم تملك الجاني الشيء ، وفي هذه الحالة تتحقق جريمة الاتلاف ولا تتحقق جريمة السرقة ، كما أن الاستيلاء لا يتحقق عندما يستغلي المالك عن ماله تجانا أو مقابله ، ولا يتحقق كذلك عندما يخفسي الجاني الشيء المملوك للغير أو يخلطه بشيء آخر مماثل له ، فالاستيلاء الذي يتحقق به الاختلاس هو الاستيلاء غير الشرعي الذي لا يبرره القانون . فالحراسة الفعلية على الشيء عندما تنتقل لمن له الحق فيها الى الجاني وتتعامل في مصلحة هذا الأخير ، يتحقق الاختلاس .

فالسرقه ، حسب القانون الالمانى هي نزع للملكية ، أى انها ملكية سابقة وانشاء ملكية جديدة للجاني .

٠٨٢

وهي بعبارة أخرى استيلاء على ملكية الغير بدون رضاه و تملكها تملكها غير شرعيا . فالاستيلاء ينصب على الملكية وليس على الحيازة ، فالجاني عندما يستولي على مال الغير بدون رضاه ، فانه يستولى على حق الملكية ، ويلاحظ هنا أن القانون الالمانى يتجاوز حدود النظرية القانونية التي اعتبرت الاختلاس أخذ للحيازة ، فهو - أى القانون الالمانى - يعتبر الاختلاس نزع للملكية الغير ، فالجاني عندما يملك الشيء فانه ينهي الحيازة والملكية السابقتين في آن واحد وينشئ ملكية جديدة غير شرعية ، كما يلاحظ أن القانون الالمانى ، من حيث الحركة المادية ، يشترط أن يتم الاختلاس بواسطة الاستيلاء أو النزع وهو ما اشترطته النظرية التقليدية ، إلا أن القانون الالمانى يشترط في هذه الافعال أن تؤدي الى انشاء سيطرة كلية على مال الغير بتملك المال بصفة غير شرعية .

٠٨٣  
 فالقانون الالمانى باشتراطه السيطرة الكلية على الشئ المخطسره  
 وتأسيس ملكية جديدة غير شرعية يمتنى النظرية القانونية . فالحراسة  
 المنصوص عليها في القانون الالمانى تقوم مقام الحيازة المادية، فاذا تحولت  
 هذه الحراسة الى حيازة قانونية أى اذا تحولت مجرد الحراسة الى  
 سيطرة كلية فان الاختلاس يتحقق ، فالحارس عند ما يراقب أو يحفظ مال  
 الغير، فان يده على هذا المال يد عارضة ، فاذا حوّل هذه الحراسة  
 بتصرفه في المال المملوك للغير بدون رضاه ، فانه يكون قد حوّل هذه  
 الحراسة أى اليد العارضة الى حيازة قانونية أى الى سيطرة كلية وهو  
 ما تبنته النظرية القانونية كما رأينا .

### المبحث الثاني

#### موقف القانون الانجليزي

٠٨٤  
 تعتبر السرقة من أقدم الجرائم التي عرفها القانون الانجليزي تحت  
 اسم LARCENY وقد استعمل الفقيه BRACTON في بحثه في القانون  
 الانجليزي المطبق أثناء حكم HENRI III نفس تعريف السرقة الذي استعمله  
 الفقيه PAULUS قبل ألف سنة .

CONTRACTATIO REI ALIENAE FRAUDULENTO CUM ANIMO FURAN-  
 DI INVITO ILLO CUJUS ILLO FUERIT (1) . (1)

وهذا يعني أن السرقة هي التصرف في أموال الغير بواسطة الغش ونسبة  
 الاستيلاء عليها بدون رضا صاحبها . فبراعتون احتفظ بالفكرة الرومانية  
 للسرقة ومدلولها الواسع الذي يشمل الافعال التي بواسطتها ينتزع الشئ  
 بطريقة غير شرعية .

( 1 ) - KENNY.C. EXQUISSE DU DROIT ANGLAIS- TRADUIT PAR ADRIEN  
 PAULIN- 9 EME ED. MARCEL GIARD PARIS- 1921-P. 270

٠٨٥ ولقد ظل هذا التعريف سائدا في إنجلترا الى أن صدر قانون ١٩١٦ ،  
فسرّف السرقة "THEFTING" بأنها الاستيلاء بسوء نية على مال الغير بصفة  
نهائية بأخذه ونقله بدون رضاه ، فهي بعبارة أخرى تجريد المالك من ماله  
بصفة نهائية بواسطة الأخذ والنقل . ( ١ )

فوفقا لهذا التعريف ، فإن الشخص الذي يودع لديه مال الغير فيستعمله  
بطريق الغش في مصلحته الشخصية أو في مصلحة الغير عدا المالك يعتبر  
سارقا بالرغم من حيازته لهذا الشيء .

فالأخذ الوارد في التعريف المذكور أعلاه ، يعتبر ، حسب رأى الاستاذ  
KENTY أحد العناصر الأساسية في الركن المادي وهو يدل على معنى تبديل  
الحيازة وهو المعنى الذي تبنته القاعدة القديمة في القانون العمومي  
COMMON LAW : فالسرقة حسب هذه القاعدة تتحقق عندما يعتدي على الملكية  
بالأخذ أو النقل .

٠٨ ولقد استعان الفقه الانجليزي في تفسيره للاختلاس بنظرية الحيازة  
المدنية مثلما استعان بها الفقه الفرنسي ، إلا أن الفقه الانجليزي استعان بها  
من زاوية خاصة تتحلل في النظرية الشرعية للحيازة الزوجية ، فالزوج والزوجة  
يحلان شخصية مالية واحدة في اطار قانون ١٩١٦ ، ان ما يملكه أحد الزوجين  
يملكه الزوج الآخر ، وطيه ، فاذا امتلك الزوج أموال زوجته فانه لا يعتبر وفقا  
لهذا القانون مختلسا ، ولقد كانت هذه القاعدة متبعة في ظل القانون العمومي  
ان لم تعتبر المرأة التي تأخذ أموال زوجها وتسلمها لخليلها مختلسة كما أن  
الخليل لا يعتبر مخفيا لاشياء مسروقة ، لأنه لم يأخذ ولم ينقل أموال الزوج  
وانما تلقى هذه الاموال من شخص يملك حق التصرف فيها . ( ٢ )

( 1 ) LA LOI DE 1916- SUR LE VOL - ART 1 -P 2

( 2 ) REG.V - STREETER.L.R. 1900-2 Q-B. 601 (K.S.G.367).

أما إذا ساعد الخليل الزوجة في أخذ المال فانه في هذه الحالة يعتبر مختلساً ، لأنه أخذ مال الغير بدون رضا ، فالخليل عندما يساعد الزوجة في اخراج المال من حيازة الزوج لا يعتبر متعلماً للمال وانما فاعلاً أصلياً في جريمة السرقة. ( ١ )

أما بخصوص السرقات الواقعة من الخدم على أموال مخدوميههم فان القضاة الانجليزى بعد جهد كبير قرّر طبقاً للفكرة الشرعية لتفسير وتهديل الحيازة أن مجرد نقل الشيء بدون رضا صاحبه يحقق تبدل الحيازة ، وطلبه فان الخادم عندما ينقل الشيء بدون رضا مخدومه فهو ينهي حيازة مخدومه وينشيء حيازة لنفسه وفي ذلك تبدل للحيازة السابقة بحيازة جديدة ، ونتيجة لهذا التبدل يعتبر الخادم سارقاً. ( ٢ ) وتطبيقاً لذلك اعتبر خادم الفندق الذى يعهد اليه بالمحافظة على فضة سيّده فيتملكها ، والراعي الذى يحرص أغنام سيّده فيبيع جزءاً منها ، مختلسين وذلك لأن الحراسة أو الرقابة التي يتمتع بها لا تشكل إلا الحيازة المادية أى اليد العارضة ، وهذه الحيازة المادية التي تشكل في الحراسة أو الرقابة لا تنفي الاختلاس اذا حولت الى حيازة قانونية غير شرمية . وطلبه فالخادم الذى يستعمل الشيء المودع لديه في مصلحة الشخصية عوض استعماله في مصلحة صاحبه يعتبر مختلساً. ( ٣ ) كذلك الحال الذى يهرب بالحقيبة التي سلمها له المسافر لأجل حملها الى الفندق يعتبر سارقاً ، وذلك لأن المسافر لم يتخل عن حقيبتها بل ظل يراقبها . أما الخادم الذى يتسلم أموال سيّده بواسطة الغير فيتملكها لا يعتبر سارقاً . لأنه لم يأخذ هذه الاموال ولم ينقلها من حيازة المخدوم الى حيازته ، وانما تسلمها من شخص يحوزها . ( ٤ )

وبلاحظ من هذا الكلام أن الاختلاس لا يتحقق إلا اذا قام الجاني بأخذ الشيء بنفسه من المالك أو الحائز ، فاذا سلم اليه المال من طرف المالك أو الحائز فان الاختلاس لا يتحقق ويستنتج من ذلك أن التسليم ينفي الاختلاس ان بالتسليم ينفي الأخذ ، هذا فيما يتعلق بعنصر الأخذ .

( 1 ) REG.V. FEATHER STONE- DEARSLY - 369.K.S.C.274.KENNY\*

( 2 ) KENNY - OP.CIT. P 236

( 3 ) ( 4 ) ADRIEN - OP.CIT-P 273



٠٨٨ أما فعل النقل ، الذي أشار اليه التعريف السابق الى جانب فعل الأخذ ، فيعتبر العنصر الثاني في الركن المادي ، وعليه فقد اعتبر القانون الانجليزي الشخص الذي يعترض سبيل آخر ويطلب منه أن يضع بضائعه على الارض لا يعتبر سارقا ، لأنه لم ينقل هذه البضائع وان احتفظ بها أو حبسها ، فالحبس والاحتفاظ لا يساويا النقل ASPORTATION (١) . وعليه فالمسرفة تتحقق عندما يتحقق نقل الشيء من مكانه سواء كان هذا النقل لمدة قصيرة أم طويلة ، وسواء كان لسافة بعيدة أم قريبة ، وسواء احتفظ به الجاني أم تركه . المهم أن يتوافر نقل وتحويل المال بدون رضا صاحبه ، فاذا لم يتوافر النقل أو التحويل لمال الغير بدون رضاه لا يتحقق الاختلاس . فالجاني الذي يأخذ الفضة الموجودة في الخزانة ويضمها على المنضدة يعتبر سارقا لأن فعله يعتبر نقلا ASPORTATION فالفضة قبل ارتكاب الفعل كانت في مكان معين فصارت في مكان آخر بعد ارتكابه ، فالنقل اذن لا ينصب الا على شيء منقول ، فاذا كان المال ثابتا فان النقل لا يتحقق الا بفصله وتحريكه . فالقضاء الانجليزي يأخذ بنظرية تحريك الحيازة لكي يتحقق فعل الأخذ والنقل وهي النظرية التي بموجبها ، فان فعل الأخذ يتحقق بتحريك المال وابعاده من مكانه ولو قليلا . (٢)

٠٨٩ يلاحظ ما سبق أن الاختلاس هو أخذ ونقل - TAKE AWAY - مال المالك بسوء نية وبصفة نهائية ، فالحركة المادية التي تسمى الى تجريد المالك من ماله بصفة نهائية يجب أن تتمثل في النقل والأخذ ، فاذا لم يتوافر هذان الفعلان فان الاختلاس لا يتحقق . ويستنتج من هذا التحليل أن القانون الانجليزي ، من حيث الحركة المادية ، تأثر بالنظرية التقليدية التي اعتبرت أن الاختلاس هو أخذ أو نقل أو نزع لمال الغير بدون رضاه أو بدون علمه . الا أن القانون الانجليزي اشترط بالاضافة الى فعلي الأخذ والنقل ، تجريد

( 1 ) ASPORTATION = ASPORTATIO = C'EST L'ACTION DE TRANSPORTER ET D'EMPORTER - DICTIONNAIRE, FRANCAIS-LATIN, FELIX CAFFIOT

( ٢ ) د . عبدالرحمن توفيق ود . محمد صبحي نجم : شرح القسم الخاص في قانون العقوبات الاردني ، الجزء الاول ، مطبعة التوفيق ، الطبعة الاولى ،

المالك من ملكه بصفة نهائية ، ونتيجة لهذا الشرط يتحقق تبديل الحيازة ،  
وبذلك يكون مفهوم الاختلاس الوارد في المادة الاولى من قانون ١٩١٦ قريبا  
جدا من مفهوم النظرية القانونية - الجارسونية - للاختلاس ، إذ أن الاختلاس  
حسب هذه النظرية أخذ للحيازة بدون علم وبدون رضا المالك الحائز السابق ،  
فهو - أي الاختلاس - اغتصاب لعنصرى الحيازة المادى والمعنوى ، فالتفسيران  
مقتاربان ، وذلك لأن عبارة تجريد المالك من ملكه الواردة في النص الانجليزى  
معناها أخذ المال بدون رضا صاحبه بصفة نهائية ، فالتجريد يعنى انتقال  
المال من حيازة صاحبه الى حيازة الجاني .

بالإضافة الى ذلك والقانون الانجليزى اعتبر الحيازة المادية عبارة عن حراسة  
لا تنفي وقوع الاختلاس ، وهذه العبارة ما عبر عنها جارسون باليد العارضة ، واعتبرها  
غير نافذة للاختلاس ، فالراعى الذى يحرس أغنام سيده له الحيازة المادية أى الحراسة  
حسب تعبير القانون الانجليزى . وهذه العبارة حسب رأينا توهمى نفس  
معنى اليد العارضة ، وذلك لأن الراعى عندما يحوز الاغنام فهو لا يحوزها حيازة  
قانونية ، وإنما يحوزها ماديا ، فإذا تصرف فيها بدون رضا سيده فإنه يكون قد  
حوّل حيازته المادية الى حيازة قانونية .

ويتضح من الملاحظة السابقة أن موقف القانون الانجليزى موقف توفيقى ،  
فهو من ناحية يتطلب لتحقيق الاختلاس أفعالا معينة مثل الأخذ والنقل ، ومن  
ناحية أخرى يشترط أن توهمى هذه الافعال الى تجريد المالك من ملكه بصفة  
نهائية ، فهو بهذا الشرط يتطلب أن يتم تبديل الحيازة أى انها حيازة أو ملكية  
سابقة وانشاء حيازة أو ملكية جديدة . وهذا الموقف التوفيقى هو حسب رأينا  
موقف صائب ، وذلك لأن السرقة اختلاس لا يتحقق إلا بأفعال ، فلا اختلاس  
شيء ما يجب رفعه أو خطفه أو أخذه أو نزعه أو نقله بدون رضا المجنى عليه ،  
لكن هذه الافعال لا تحقق فعل الاختلاس في حد ذاتها إذا لم توهم الى تجريد  
المالك أو الحائز الشرعى من ماله بصفة نهائية ، أى يجب أن توهمى هذه الافعال  
الى انها حيازة المالك أو الحائز السابق وانشاء حيازة جديدة للجاني .

هذا فيما يتعلق بموقف القانون الانجليزي باختصار ، ولنا عودة  
اليه عند كلامنا عن شروط توافر ركن الاختلاس . أما فيما يتعلق بموقف القوانين  
العربية ، فاننا سوف نتطرق اليها في محثين . فنتناول في المحث الثالث  
موقف القانون الجزائري والمصري وذلك على أساس أن مفهوم الاختلاس الوارد  
في القانون المصري هو نفس المفهوم الوارد في القانون الجزائري ، بالإضافة  
الى تشابه النصين الجزائري والمصري الخاصين بالسرقة . أما في المحث  
الرابع فاننا نتناول موقف القانون السوري والاردني وذلك لتضاه النصين ،  
ولاختلافهما عن النصين الجزائري والمصري .

المبحث الثالث

=====

موقف القانون الجزائري والمصري

تنص المادة ٣٥٠ عقوبات جزائري على أن : كل من اختلس شيئاً غير مملوك له بعد سارقاً . . . ، فالشرع الجزائري يعتبر الركن المادي في السرقة يتمثل في فعل الاختلاس ، إلا أنه لم يحدد المقصود بالاختلاس ونتيجة لهذا الضمور ذهب بعض الكتاب إلى أن الاختلاس الوارد في هذا النص يتحقق بكل ما من شأنه أن يؤدي إلى نقل الحيازة من الغير ، مهما كانت الوسيلة للحصول على المال سواء بالخطف أو النزع أو الاستيلاء أو الأخذ ، فالمهم أن يؤدي الفعل الصادر من الجاني إلى اغتيال مال الغير . ( ١ )

فهذه المادة تعتبر ترجمة حرفية للمادة ٣٧٩ عقوبات فرنسي ، فالمادة ٣٥٠ من قانون العقوبات الجزائري الصادر باللغة الفرنسية تنص على أن :  
QUICONQUE SOUSTRAIT FRAUDULEUSEMENT UNE CHOSE QUI NE LUI APPARTIENT PAS EST COUPABLE DE VOL.

وهذا النص هو نفس نص المادة ٣٧٩ عقوبات فرنسي ، ويلاحظ أن الترجمة إلى النص العربي جاءت ناقصة ، فقد نصت المادة ٣٥٠ الواردة باللغة الفرنسية على أن : كل من اختلس بطريق الغش شيئاً غير مملوك له بعد سارقاً . . . ، في حين جاء النص العربي لهذه المادة خالياً من عبارة بطريق الغش ، فالنص الوارد باللغة الفرنسية يبين بوضوح شرط نية التملك الواجب توافره في جريمة السرقة ، أما النص العربي فإنه لا ينص على ذلك ، وهذا عيب في النص العربي يجب إصلاحه .

فالركن المادي للسرقة حسب هذا النص هو فعل الاختلاس ، وفعل الاختلاس كما قلنا ، يحتوى على عنصرين ، الأول موضوعي يتمثل في عطية الاختلاس ذاتها أي الحركة العضوية الصادرة من السارق ، والعنصر الثاني شخصي يتمثل في عدم رضا المجني عليه وعدم علمه ، وذلك لأننا عندما نقول أن زيدا اختلس مال صديقه

( ١ ) د . محمد صبحي نجم : شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص -

ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر - ١٩٨١ ، ص ١١٦ - ١١٧ .

فهذا يعني أن زيدا أخذ مال صديقه بدون علمه وبدون رضاه ، فالاختلاس هو الأخذ على سبيل الاستخفا ، ان يقال خلس أو أخذه بدون علم صاحبه ، ويقال أيضا : خلست الشيء واختلسته اذا سلبت من صاحبه ، أى اذا أخذت بدون علمه وبدون رضاه . ( ١ )

٠٩٢ أما المشرع المصرى فقد نص في المادة ٣١١ من قانون العقوبات على أن : كل من اختلس منقولا سلوكا لغيره فهو سارق .

ويلاحظ من هذا النص أن المشرع المصرى استعمل لفظ الاختلاس ولم يستعمل لفظ الأخذ أو النقل ، وهذا النص هو الآخر ترجمة حرفية عن نص المادة ٣٧٩ من قانون العقوبات الفرنسى . ولم يحدّد المشرع المصرى ، هو الآخر ، المقصود بالاختلاس لكن الفقه والقضاء المصرين حدّاه وفقا للنظرية القانونية .

٠٩٣ فقد ذهب الاستاذ أحمد أمين الى أن الاختلاس هو نقل الشيء من حيازة المجنى الى حيازة الجاني الشخصية بدون رضا المجنى عليه . ( ٢ )

ويذهب الدكتور محمود نجيب حسنى الى أن جوهر الاختلاس هو تهديسل الحيازة أى استبدال حيازة بحيازة ، فهو خرق للحيازة التي كانت قائمة وقسمت ارتكاب الجريمة وتأسيس لحيازة جديدة هي ثمرة ارتكاب الجريمة ، فالاختلاس وفقا لهذا الرأى هو اعتداء على حيازة الغير بدون رضاه . ( ٣ )

أما الدكتور مراد رشدى ، فيرى أن الاختلاس في السرقة هو سيطرة الجاني الفعلية على منقول وتوجيهه الى غير الغرض الذى خصمه له مالكه بما يحقق الاعتداء على الملكية . ( ٤ )

( ١ ) لسان العرب .

( ٢ ) د . محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ، ص ٦٢ - ٦٩ .

( ٣ ) الاستاذ أحمد أمين : شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - الطبعة

الثانية ، ص ٦٠٨ .

( ٤ ) د . مراد رشدى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٢٥ ، ص ٢٢٠ .

ونحن نرى أن القول بأن الاختلاس هو نقل الشيء من حيازة المجني عليه الى حيازة الجاني قول قاصر ، إذ يجعل الاختلاس محددًا في النقل فقط ، وفي حين أن المتسلم قد لا ينقل المال وإنما يستولي عليه أي يحتفظ به بنية تملكه ومع ذلك يتحقق الاختلاس إذا كان التسليم لإيصاله إلى اليد العارضة . وعليه فإننا نرجح رأي الدكتور محمود نجيب حسني وذلك لأن الاعتداء على الحيازة قد يكون بأي فعل من شأنه أن يؤدي إلى تعديل الحيازة أي إلى إنهاء الحيازة الأولى وإنشاء حيازة جديدة .

٩٤ . أما القضاء المصري فقد أخذ بالنظرية القانونية ، فاعتبر السرقة انتقال للشيء من حيازة المالك أو الحائز السابق إلى حيازة الجاني - فقد جاء في حيثيات حكم محكمة النقض المصرية ما يلي : " ... وحيث أن محصل الطعن هو أن الحكم المطعون فيه إذ إن الطاعن بالشروع في السرقة قد انطوى على خطأ في الاستدلال وفي تطبيق القانون ، وذلك بأن الواقعة السندة إليه هي أخذ بعض البطاطين المسلوكة لوزارة الصحة من مخزن المستشفى الاميري بالسويس ونقلها إلى عنبر الرجال بذلك المستشفى ، وهو المستشفى الذي يشتغل به . ولما كان المستشفى بكل منقولاته ملكا لوزارة الصحة وفي حيازتها ، وكانت جريمة السرقة لا تتم إلا بالاستيلاء على الشيء المسروق استيلاء تاما يخرج من حيازة صاحبه ويجعله في قبضة السارق وحيازته ، فإن نقل بعض البطاطين من مكان إلى آخر داخل المستشفى لا يكون سرقة ولا شروعا فيها . ( ١ )

ولقد أكدت هذه المحكمة هذه العبارة في قراراتها الحديثة ، فقد قررت في حكمها الصادر سنة ١٩٦٢ أن الاختلاس في جريمة السرقة يتم بانتزاع المال من حيازة المجني عليه بغير رضاه ، فإذا تم له ذلك كان كل اتصال لاحق للجاني بالمسروق يعتبر أثرا من آثار السرقة وليس سرقة جديدة ما دام سلطانه ظل مسوطا عليه . ( ٢ )

( ١ ) المحيطة الجزائية لقرارات محكمة النقض المصرية - الدائرة الجنائية - السنة الثالثة ، ج - ١٢ - ٥ - ١٩٥٢ ، ص ٩١٥ .

( ٢ ) حسن الكفاني ، عهد النعم حسن : الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية ،

ج ١٩٨١ ، ص ٣٧١ - طعن رقم ١٧٨٤ ج ٢٤٠ - ٤ - ١٩٦٢ - ص ١٣ - ٢٧ .

كما أنها ذهبت الى نفس هذه المبادئ في حكمها الصادر سنة ١٩٧٨ فقالت :  
" من المقرر ان السرقة تتم بالاستيلاء على الشيء المسروق استيلاء تاما يخرج به  
من حيازة صاحبه ويجعله في قبضة السارق وتحت تصرفه " . ( ١ )

يلاحظ من هذه الأحكام أن محكمة النقض المصرية لم تعتبر مجرد النقل  
المادى اختلاسا تاما ولا اختلاسا ناقصا ، فنقل الشيء من مكان الى آخر نقلا  
ماديا لا يخوّل للفاعل أى سلطة على الشيء ، وعليه فهي تعتبر الاستيلاء  
على الشيء المسروق استيلاء تاما وانتزاعا من حيازة المجنى عليه بخير رضاه  
محققا لفعل الاختلاس ، فهذه المحكمة نتيجة لهذه الأحكام تأخذ بالنظرية  
القانونية التي تعتبر السرقة استيلاء على الحيازة بعنصرها المادى والمعنوى  
بدون رضا صاحبها .

---

( ١ ) حسن الفكهاني ، عبد المنعم حسن : المرجع السابق ، طبع رقم ٤٩٨  
سنة ٤٨ ق ج - ١٥ - ١٠ - ١٩٧٨ ص ٢٩٤ ، ص ٦٨٤ .

٠٩٥ نصّ المشرع السوري في المادة ٦٢١ عقوبات على السرقة واعتبرها أخذ مال الغير بدون رضاه. ويلاحظ أن المشرع السوري استعمل لفظ الأخذ بدلاً من الاختلاس، وهو بذلك خن عن نهج المشرع الفرنسي والمصري والجزائري.

٠٩٦ فالركن المادي حسب هذا النص يتمثل في الأخذ الذي يمثل العنصر الموضوعي، وفي عدم رضا المجني عليه الذي يمثل العنصر الشخصي. فالركن المادي هو إذن الأخذ بدون رضا المجني عليه، والأخذ المتطلب هنا هو الأخذ الناقل للحيازة وهو ما اشترطته محكمة النقض السورية في أحد أحكامها حيث قالت: "إذا كانت اليد على المال عارضة فأخذه يمدّ سرقة". إن المادة ٦٢١ عقوبات قد قرّرت السرقة بأنها أخذ مال الغير بدون رضاه، ونصّت المادة ٦٥٦ من نفس القانون على عقوبة من أقدم قصداً على كتم أو اختلاس منقول سلّم إليه. وموّدى ذلك أن التسليم في جريمة إساءة الأمانة يجب أن يرفع الحيازة من يد صاحب المال وينقلها إلى الأيمن عليها، أما إذا كان التسليم مقيداً بشرط واجب التنفيذ في الحال أو كان بصورة واقعية أو اضطرارية على أن يردّه في نفس المجلس، فهو لا يحمل أي معنى من معاني التخلي عن الحيازة، فإذا أقدم على كتمان شيء منه أو اختلاسه فإن عمله يعدّ من قبيل السرقة ولا يعتبر إساءة أمانة. فإذا هرب الحمال بالمتاع تحت إشراف صاحبه فهو سارق لأن يد الحمال عارضة مجردة، كمن يخطف شيئاً من يد صاحبه فهو من باب السرقة. أما إذا انتقلت الحيازة إلى يد الأيمن وأصبح له مطلق الحق بوضع اليد على المال المنقول واستعماله على الوجه المتفق عليه في العقد، فقد زالت يد صاحبه عنه ويكون المعارض له معتبراً من قبيل إساءة الأمانة، وفي هذه القضية سلم المجند اللحم والعجين إلى الفران لمدة مؤقتة لينجزه تحت إشرافه وإطلاقه فهو تسليم واقعي اضطراري لا ينقل الحيازة وتبقى يده عارضة مجردة حتى يتم نضوجه وتسليمه إلى صاحبه، فإن أخذ شيئاً أو كتمه أو اختلّسه فإن عمله يعتبر من قبيل السرقة ولا يعدّ إساءة أمانة. (١)

(١) ياسين الدرّكزلي: المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض السورية، الجزء الثاني، ١٩٨١، تحت فقرة ١٥٧٠ ص ١٥٩٤ - ج/١٦٢٠ قرار ١٨٤٣ بتاريخ ١٩٦٢/١١/٢٣.



كما ذهب هذه المحكمة الى نفس المبادئ\* في حكم آخر عندما قضت أنه اذا استولى الجاني على المال وأخرجه من حيازة صاحبه وجعله في قبضه يسده وتحت تصرفه ، فالسرقة تامة وليست شروعا . ( ١ )

يستنتج من هذه الاحكام أن القضاء السوري اعتبر الركن المادي فسي السرقة هو الاستيلاء على عنصرى الحيازة المادي والمعنوي ، فاذا كان للجاني العنصر المادي فقط ، فان السرقة لا تتحقق الا اذا استولى الجاني على الشيء\* المسلم اليه دون رضا\* المسلم ، فالاختلاس ، أى الاخذ ، في القانون السوري هو الاستيلاء على مال الغير باخراجه من حيازته وجعله في قبضة الجاني وتحت تصرفه ، والقانون السوري بتفسيره هذا يأخذ بالنظرية القانونية .

أما المشرع الاردني فقد نص على السرقة في المادى ٣٩٩ عقوبات وقرنها بأنها : " أخذ مال الغير المنقول دون رضاه " . وعارة أخذ المال تعني ازالة تصرف المالك فيه برفعه من مكانه ونقله . . . . .

وبلاحظ أن المشرع الاردني في تفسيره للركن المادي للسرقة استعمل لفظ الأخذ بدل الاختلاس ، واستعمل عبارة بدون رضاه للدلالة على موقف المجني عليه من فعل الجاني ، فهو كذلك يعتبر الركن المادي في السرقة مكون من عنصرين عنصر موضوعي يتمثل في الأخذ ، وعنصر شخصي يتمثل في عدم رضا\* المجني عليه .

ويعتبر هذا النص من أحسن النصوص وضوحا وتحديد ا لفعل الأخذ ، فالمشرع الاردني لم يقف عند حد اعتبار السرقة أخذ مال الغير بدون رضاه ، وانما فسّر المراد بالأخذ ومدلوله . فالأخذ هو حسب المشرع الاردني ازالة تصرف المالك في ماله برفعه من مكانه ونقله ، فالأخذ بتمهيد آخر هو تجريد المالك من ملكه وانها\* سيطرة المالك المادية على المال .

( ١ ) ياسين الدركزلي ، المرجع السابق ، فقرة ١٥٩٠ ، ص ١٦١٠ ج جنا ٣٨٦ ق ٤١٢ ت ١٩٦٤ / ٦ / ١٤

وفي هذا المجال يقول الدكتور عبدالرحمن توفيق : أن المشرع الاردني في المادة ٣٩٩ عقوبات قد أخذ بنظرية تحريك الحيابة لكي يتحقق فعل الأخذ وهي النظرية التي بموجبها ، فإن فعل الأخذ يتحقق بتحريك المال وابعاده من مكانه ولو قليلا . وذلك حين تجده في الفقرة الثانية من ذات المادة يبيّن أن أخذ المال يعني ازالة تصرف المالك فيه برفعه من مكانه ونقله ، و اذا كان متصلا بغير منقول فبفصله عنه فصلا تاما ونقله ( ١ )

ونحن نرى أن المشرع الاردني قد جمع بين النظريتين التقليديتين والقانونية ، فهو من جهة يتطلب أن يتم الأخذ بالرفع والنقل ، وهو ما أخذ به القانون الانجليزي واشترطه النظرية التقليدية التي تعتبر الاختلاس عبارة عن أخذ أو رفع أو نقل أو خطف أو نزع . ومن جهة يشترط المشرع الاردني أن يؤدي فعل الأخذ الى ازالة تصرف المالك في ماله برفعه من مكانه ونقله ، أي أن يؤدي فعل الأخذ الى انها سيطرة المالك المادية على الشيء بانها الحيابة القائمة وانشاء حيابة جديدة ، وهذا ما أخذت به النظرية القانونية الجارسونية .

فهذا التعريف التوفيقى الجامع يعتبر من أحدث التعاريف التي وضعت للسرقة . فالسرقة ، كما مر معنا ، لا تتحقق إلا بأفعال مادية أي بنشاط ايجابي يقوم الجاني بنفسه أو بوساطة الغير . وهذه الافعال قد تكون نقلا ، أو رفعاً ، أو استيلاء ، أو نزطاً ، أو خطفاً . إلا أن هذه الافعال لا تحقق السرقة إلا اذا أدت الى تجريد المالك أو الحائز الشرعي من ماله بصفة نهائية : أي انها حيابة سابقة وانشاء حيابة جديدة ، وهو ما ذهب اليه المشرع الاردني عندما اعتبر الأخذ ازالة لتصرف المالك في ماله برفعه من مكانه ونقله . إلا أنه يؤخذ على هذا التعريف أنه يحصر فعل الأخذ في الرفع والنقل ، ومعنى ذلك أن الأخذ لا يتحقق إلا بالرفع والنقل ولا يتحقق بغيرهما ، فإذا استولى الجاني على مال الغير فحسب مفهوم هذا التعريف فإن الأخذ لا يتوفر لأن الجاني لم يرفع ولم ينقل شيئاً ، فمثلاً لو استولى الحمال على حقيبة المسافر التي سلمها له من أجل حملها الى

( ١ ) د . عبدالرحمن توفيق ، د . محمد صبحي نجم ؛ المرجع السابق ، ص ٩٠ .

الفندق . فان الحال حسب مفهوم النص الاردني لا يعتبر مختلصا لانه لم ينقل الحقيقية ولم يرفعها بدون رضا صاحبها وانما احتفظ بها فقط . ومن هنا نقول كان ينبغي على المشرع أن يورد الفقرة الثانية من المادة ٣٩٩ عقوبات بالشكل التالي : وصارة أخذ المال تعني ازالة تصرف المالك فيه . وذلك حتى يشمل الأخذ كل الافعال التي من شأنها أن تؤدي الى ازالة تصرف المالك في ماله وتجريده منه بصفة نهائية .

١٠١ والقضاء الاردني مستقر في أحكامه على أنه لا يتبدى من تحريك المال من مكانه ونقله لكي يمكن اعتبار الشخص سارقا (١) . وعليه فقد قضت محكمة التمييز الاردنية " . . . وهذه الوقائع تغيد أن المشتكى عليه عبدالرحمن أخذ مال الغير دون رضاه ونقله من مكانه وسلّمه لأبيه للتصرف فيه ، وهذا الفعل يشكل سرقة بالمعنى المنصوص عليه في الفقرة الاولى من المادة ٣٩٩ عقوبات أردني لسنة ١٩٦٠ التي عرفت السرقة بأنها أخذ مال الغير المنقول دون رضاه ، والفقرة الثانية منها نصت على أن صارة أخذ المال تعني ازالة التصرف المالك فيه برفعه من مكانه ونقله . . . " (٢) . وقد أكدت محكمة التمييز هذه المبادئ في حكمها الصادر سنة ١٩٨١ فقد جاء في حيثيات هذا الحكم " . . . وحيث أن صارة أخذ المال حسبما عرفت في الفقرة الاولى من المادة ٣٩٩ عقوبات هي أخذ مال الغير دون رضاه وحيث أن صارة أخذ المال حسبما عرفت في الفقرة الثانية من نفس المادة تعني ازالة تصرف المالك فيه برفعه من مكانه ونقله .

(١) د . عبدالرحمن توفيق ، د . محمد صبحي نجم ، المرجع السابق

ص ٩٠

(٢) نقابة المحامين - السنة الخامسة عشرة - العدد ١٢ تمييز جزاء

رقم ٦٢ / ٨٨

وحيث أنه لم يرد ما يفيد أن أيًا من المشتكى عليهم قد أخذ أوراق الاسئلة بالمعنى المنصوص عليه في المادة ٣٩٩ ، فان مجرد الاطلاع على أسئلة الامتحانات السريّة وافشاؤها لا يشكل سرقة بالمعنى القانوني . ( ١ ) .

ويلاحظ من هذا الحكم أن مجرد الاطلاع على أوراق رسمية لا يشكل أخذًا ناقلاً للحيازة ، فالمطلع على أوراق رسمية لا يأخذ ولا ينقل شيئاً ، وهو بعبارة أخرى لا ينهي حيازة المالك ولا ينشيء لنفسه حيازة جديدة مستقلة عن الاولى . فالجاني في القضية الأخيرة بالرغم أنه نقل الاسئلة من الاوراق الرسمية بخط اليد ، إلا أنه لم ينه حيازة المالك . فالاسئلة ظلت كما هي ولم ينلها أي تغيير ، بل ان الجاني لم ينشيء لنفسه حيازة ، فلو أخذ الجاني أوراق الاسئلة فانه في هذه الحالة يكون قد أنهى حيازة الغير وأنشأ حيازة جديدة .

المبحث الخامس

موقف الشريعة الاسلامية

السرقه في الشريعة الاسلاميه هي اخذ مال الغير خفيه ، والمقصود بلفظ خفيه هو ان يأخذ السارق الشيء دون علم المجني ودون رضاه كمن يسرق أمتعة شخص من داره وفي غيبته أو اثنا نومه أو من يسرق حاصلا من جرن في غيبة صاحبها . فاذا كان الاخذ في حضور المجني عليه ودون غلبه فالفعل اختلاس لا سرقة ، واذا كان الاخذ دون علم المجني عليه ولكن برضاه فالفعل لا يعتبر جريمة على الاطلاق . (١)

-١٠٢

ويشترط أغلب الفقهاء المسلمين في الاخذ الذي يقطع فيه ان يكون تاما ، فلا يكفي لتكوين الجريمة ان تصل بيد الجاني الى الشيء المسروق بل لا بد ان يكون الاخذ بحيث تتوفر فيه ثلاثة شروط هي :

-١٠٣

١- ان يخرج السارق الشيء المسروق من حرزه المعد لحفظه .

٢- ان يخرج الشيء المسروق من حيازة المجني عليه .

٣- ان يدخل الشيء المسروق في حيازة الجاني .

فاذا لم تتوفر هذه الشروط ، اعتبر الاخذ غير تام وتكون عقوبته التعمير

لا القطع .

والاخذ في الشريعة الاسلامية نوطان ، اخذ مباشر واخذ بالتسبب ، فاما الأخذ المباشر وهو ان يتم الاخذ بفعل السارق بلا واسطة بين الاخذ والاخراج ، فمن دخل دارا واخذ المال وخرج به أو القاه خارجا ، ومن بترجيا واخذ ما كان به ، ومن نقب جدار غرفة فأخذ منها أموالا ، ففي جميع هذه الصور وأمثالها

-١٠٤

(١) عهد القادر عودة - المرجع السابق - ص ٥١٤ .

يتحقق مفهوم الأخذ المباشر فيكون الفعل سرقة يعاقب عليها . عند جمهور الفقهاء ، بالقطع ، ما عدا انفراد الحنفية في حكم بعض هذه المسائل بناء على نظريتهم في الهتك التكامل والهد العارضة . ( ١ )

وإذا ضبط السارق قبل أن يخرج المسروق من الحرز أو قبل أن يؤدي فعله إلى اخراج الشيء المسروق فلا قطع عليه ، إلا في رأى الظاهرية الذين يعتبرون السرقة تامة بمجرد تناول الجاني الشيء المسروق ، فهم لا يعتبرون الحرز من شروط توافر ركن الأخذ ، أما عند باقي الفقهاء فعلى الجاني التعمير ولا قطع عليه ، فإذا ضبط السارق بعد القاء المتاع المسروق خارج الحرز وقبل أن يخرج من الحرز لا خذه فيرى أبو حنيفة أن الأخذ لم يتم لأن المسروق وإن كان قد أخرج من الحرز ومن حيازة النجني عليه إلا أنه لم يدخل في حيازة السارق الفعلية . أولاً لأن بيد السارق لم تثبت على المسروق فلا يعتبر المتاع في حيازته فعلاً ، إلا أنهم يعتبرون الشيء في حيازة السارق حكماً بالقائه ما لم تكسب هناك يد معترضة . ويرى بقية الأئمة ومعهم الشيعة الزيدية أن الشيء المسروق يدخل في حيازة السارق حكماً بمجرد القائه إلى خارج الحرز ، وأن الحيازة الحكيمة تكفي لاعتبار الأخذ تامة كالحيازة الفعلية سواءً بسواءً فإذا لقي السارق بالمسروق خارج الحرز فقد تتم السرقة سواءً خرج السارق فاخذه أو وجد غيره قد أخذه واستولى عليه ، وسواءً ضبط السارق قبل خروجه من الحرز أم لم يضبط . إلا أن الإمام مالك تردد في اعتبار السرقة تامة في حالة ضبط السارق داخل الحرز بعد القاء المسروق إلى خارجه ولكن مذهبه على اعتبار السرقة تامة . ( ٢ )

فالسرقة إن هي أخذ مال الغير خفية أي أخذ مال الغير بدون علمه وبدون رضاه أما الاختلاس فهو أخذ مال الغير بعلمه وبدون رضاه ، إلا أن القاضي إمام بن معاوية يرى في الاختلاس عكس ما ذهب إليه الأئمة المسلمون ، فقد قال

( ١ ) د . أحمد الكهسي - أحكام السرقة في الشريعة والقانون - مطبعة الارشاد -

بغداد ١٩٢١ - ص ١٠١ -

( ٢ ) عبد القادر عودة - المرجع السابق - ص ٥١٩ .

أقطع المختلس لأنه يستخفي بأخذه فيكون سارقاً . ( ١ )

أما الشيخ محمد أبو زهرة فيرى أن السرقة أخذ في خفاء بحيث يختفي السارق والمسروق عند الأخذ . أما في الاختلاس والمختلس لا يكون مختفياً بل يكون ظاهراً ولكن يتغفل الآخر ، فيأخذ ما يريد من غير مغالبة ، ففي علمه استخفاً بلا شك ولعل هذا هو الذي حمل القاضي إياها على ان يلحقه بالسرقة لأنه في معناها أو هو نوع منها . ( ٢ )

أما عبد القادر عودة فيرى أن الغصب والنصب والاختلاس تعتبر كلها صور من السرقة الصغرى التي هي أخذ مال الغير خفية وبدون رضا ( ٣ ) .

أما أهل الفقه والفتوى من علماء الأماص فإنهم لا يعتبرون الاختلاس صورة من السرقة ويستدلون برواية عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " ليس على الخائن وعلى المختلس قطع " كما يستدلون بحديث آخر منقول عن جابر " وليس على المنتهب قطع " .

وما سبق يتضح لنا أن الركن المادي في السرقة حسب نظر الفقه الإسلامي هو الأخذ على سبيل الاستخفاء ، وبعبارة أخرى أن الركن المادي في السرقة الصغرى هو الأخذ على سبيل الاستخفاء وبدون رضا المجني عليه . فلا بد من توافر شرط عدم العلم وعدم الرضا في الأخذ خفية فإن لم يتوافر أحد هذين الشرطين فإن الأخذ خفية لا يتحقق وقد يتحقق الاختلاس إذا توافر عدم الرضا ولم يتوافر عدم العلم . فمن يسرق من دار متاعاً بعلم المجني عليه ودون رضا ودون

- ١٠٥ -

( ١ ) المغني الحنبلي ج ٨ - ص - ٢٤٠ .

( ٢ ) محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - العقوبة . دار

الفكر العربي - ص ١٣٨ .

( ٣ ) عبد القادر عودة - المرجع نفسه - ص ٥١٤ .

مغالبة يرتكب فعل اختلاس ، ومن يأخذ متاعا من دار برضا صاحبه وبدون علمه لا يرتكب جريمة على الاطلاق .

أما اذا استهلك الجاني الشيء ، وأتلفه داخل الحرز فهذا التصرف لا يعتبر اخذا غفياً للشيء ، وانما اتلافاً . وأما اذا خرج الجاني بشيء منه بعد اتلافه أى اذا احتفظ بجزء منه وأتلف الجزء الاخر فهو سارق لما خرج به اذا بلغ نصاباً ، وتقدر قيمة الشيء بما خرج به الجاني وليس بما أتلفه وهو رأى مالك والشافعي وأحمد والشيمية والزيدية ، أما ابو يوسف فيرى ان من أتلف شيئاً داخل الحرز ثم خرج بالمتلف وقيمه نصاباً فانه لا يقطع لانه بالاتلاف ضمن السارق قيمة الشيء ، والمضمونات تملك عند اداء الضمان او اختياره من وقت الاخذ ، فلو ضمن السارق قيمة الشيء المسروق لملكه من وقت الاخذ فلو قطع لقطع في ملك نفسه ( ١ )

وانما ابتلع الجاني الشيء المسروق داخل الحرز فيفرق الفقهاء بين ما يفسد بالابتلاع وما لا يفسد به . فالطعام والشراب يفسد بالابتلاع وطمه لا يعتبر ابتلاعه سرقة تستوجب القطع وانما اختلاسا او اتلافاً يستوجب التعزير .

أما الشيء الذي لا يفسد بالابتلاع فيقول بعض الفقهاء ان ابتلاعه يعتبر اختلاسا يستوجب التعزير ويقول البعض بانه سرقة تستوجب القطع ، ورأى ثالث يقول بالتفرقة بين خروج الشيء بعد ابتلاعه وعدم خروجه فان خرج فالفعل سرقة تستوجب الحد وان لم يخرج فالفعل اتلاف يستوجب التعزير ( ٢ ) .

ونحن نؤيد هذا الرأي الاخير لأن الشيء المسروق قد يكون شيئاً لا يفسد بالابتلاع كالجواهر والنقود ، وعليه فالشيء الذي لا يفسد بالابتلاع اذا خرج ضمن بطن السارق طى الحالة التي ابتلع بها اعتبر الفعل سرقة تستوجب الحد ، أما

- ١٠٦ -

- ١٠٧ -

( ١ ) ابن الهمام الحنفي - شرح فتح القدير - الجزء الرابع - الطبعة الاولى

١٣١٦ هـ مكتبة العشي بغداد - ص ٢٦٤ .

( ٢ ) د . عبد الخالق النواوي - جرائم السرقة في الشريعة الاسلامية والقانون

الوضعي منشورات المكتبة المصرية - بيروت ١٩٧٠ - ص ٢٢ .



إذا لم يخرج أو خرج لكن في حالة أخرى فالفعل اتلاف يستوجب التعزير ، هذا فيما يتعلق بالاخذ المباشر اما الاخذ بالتسبب وهو ان لا يكون اخراج الشيء السروق من حرزه قد تم بفعل السارق مباشرة ، وانما أدى فعله الى اخراج المال بطريقة غير مباشر ، كأن يضع السارق الشيء السروق على ظهر دابة فتخرج به ، أو يلقيه بما جار ، أو يحلقه طالما فتأخذه الريح خارجا أو يأمر صبيلا غير مميز أو معتوها باخراجه ، ومن ذلك أن يشتري السارق شاء فبئعها سخلها فبأخذه أو أن يشتري ناقة فبئعها فصليها فلا يرد الى صاحبه ، أو أن يأتي السارق بعلف فيرميه على الارض قرب النعجة فتتبعه ، ففي كل هذه الصور وأمثالها نجد السارق لم يباشر اخراج الشيء السروق من الحرز بنفسه ، وانما أدى فعله الى ذلك بصورة غير مباشرة ومع ذلك فالأخذ بالتسبب كالأخذ المباشر فقوته القطع بشرط ان تتم شروط الاخذ خفية . ( ١ )

ويجب مراعاة وجوه الخلاف بين الفقهاء في الاخذ بالتسبب ونظرية الهتك المتكامل عند أبي حنيفة . فمثلا في حالة استتباع السجل للشاه يرى أبو حنيفة أن الاخذ غير تام لان الجاني لم يهتك الحرز هتكا متكاملا ، وبخالفه أبو يوسف في هذا الرأي ، كما يرى فقهاء المذاهب الاخرى بأن الاخذ تام .

وانذا وضع الجاني الشيء السروق في ما جار فأخذه غيره فيرى أبو حنيفة ان الاخذ غير تام لان هذا اعترضت يد السارق .

ونحن لا نؤيد رأى أبي حنيفة لأن الشيء السروق خرج من حرزه ، وبخروج الشيء من حرزه يعتبر قد خرج من حيازة صاحبه ودخل في حيازة الغير بغض النظر عما يكون هذا الغير ، فما دام ان الشيء قد خرج من حرزه ومن حيازة صاحبه فلا ضرورة لدخوله في حيازة الجاني نفسه فقد يدخل في حيازة الغير . فالصحيح خروج المال من الحرز ومن حيازة صاحبه بصفة نهائية ليعتبر الاخذ تاما .

( ١ ) د . أحمد الكهسي - المرجع السابق - ص ١٠٦ -

ويشترط الفقهاء المسلمون في الاخذ خفية ان ينقل الحيازة كاملة دون حق

أى أن ينقل الحيازة ويعنصرها المادى والمعنوى أى عنصر التبعة وعنصر الملك -  
فإن نقل أحد العنصرين دون الآخر ولو بغير حق فلا يعتبر الفعل سرقة ، فالمعير  
الذى يأخذ متاعه من المستعير والمؤجر الذى يأخذ متاعه من المودع لديه ، والمشتري  
الذى يأخذ المبيع خفية من البائع قبل حلول ميخار التسليم ، كل هؤلاء لا يعتبرون  
سارقين لأنهم لم يرتكبوا اخذا خفية . وذلك لان أخذهم لا يؤدي الى نقل الحيازة  
كاملة وانما نقل فقط العنصر المادى دون العنصر المعنوى . (١)

وفي الحقيقة ان اخذ الاصيل لمتاعه خفية من الوكيل ، والمودع الذى  
يأخذ متاعه من المودع لديه . . . الخ لا يمكن ان يقال عنهم أنهم نقلوا أحد  
عنصرى الحيازة وانما هم استرجعوا الحيازة المادية لأن الحيازة القانونية ظلت  
تحت سيطرتهم ، فالمودع الذى يسلم الشيء للمودع لديه فانه يسلمه الحيازة  
المادية أما الحيازة القانونية فقد ظل بحوزها ولم ينقلها الى المودع لديه .

كما يشترطون ان يكون الشيء المسروق ما هو خالص لغير الجاني ، أى  
ليس للسارق فيه ملك ولا حق بل المستحق له غيره ، ويشترط في الاخذ خفية ايضا  
أن يكون المسروق في يد المجنى عليه ، وأن لا يكون تحت يد الجاني ولا تحت  
سلطانه ، فان كان تحت يد الجاني قبل حيازته فان الفعل لا يعتبر اخذا خفية  
لان السرقة تقتضي الاخذ خفية ، والاخذ خفية لا يكون الا على ملك المجنى عليه ،  
وطيه فان الوكيل لا يعتبر سارقا لانه يمثل المجنى عليه ولا يعتبر الخادم سارقا  
ما وضع في يده او أمكن منه ومنح سلطة عليه .

وأما ابو حنيفة فيشترط في الاخذ خفية أن يهتك الحرز هتكا متكاملا ، فاذا  
كان السارق واحد فنقب الحرز كما لو كان منزلا وأدخل يده في ثقب وأخذ المتاع  
او مد قصبة او محجنا فأخذه به فيرى ابو حنيفة أن الاخذ لم يتم لأن السارق لم  
يدخل الحرز ولم يهتك الحرز هتكا متكاملا ، ولا يتصور تكامل الهتك فيما يمكن

(١) عبد القادر عودة - المرجع السابق - ص ٥٢٧ .

الدخول منه الا بالدخول فعلا ، أما مثل الصندوق والغرارة فلا يمكن الدخول فيهما ، فالأخذ يعتبر تاما بمجرد ادخال اليد فيهما وطميه يكفي لا اعتبار الهتك متكافلا في هذه الحالة .

أما الائمة الثلاثة ومعهم ابي يوسف من اصحاب ابي حنيفة والزيدية يرون الاخذ تاما سوا دخول السارق الحرز ولم يدخل فيه لأن ركن السرقة الاخذ من الحرز وليس الدخول الى الحرز ، فكل ما أمكن الاخذ من الحرز دون دخوله فهو أخذ تام .

أما بالنسبة للاشتراك في الاخذ فيرى ابو حنيفة أنه اذا دخل شخصي الحرز وألقى بالشيء المسروق الى خارج الحرز من فتحة الباب مثلا أو من ثقب في الحائط ، أن الاخذ غير تام بالنسبة للداخل والخارج ، وذلك لان الداخل وان دخل الحرز وأخرج المال منه ومن حيازة صاحبه الا أنه لم يدخل الشيء المسروق في حيازته ، وأما بالنسبة للخارج فإنه لم يدخل الحرز ولم يمسح الشيء المسروق من حيازة المجني عليه ولو أنه أدخل الشيء المسروق في حيازته .

ويتفق الائمة الثلاثة ، والشعبة الزيدية وأبو يوسف ومحمد صاحبا أبي حنيفة على اعتبار الاخذ تاما بالنسبة للداخل ويرون أن المتاع المسروق يدخل في حيازة الداخل الذي أقام زميله في الخارج مقامه يتسلم المسروقات اليه ، ولكنهم اذا خالفوا ابي حنيفة بالنسبة للداخل الا انهم يرون رأيه بالنسبة للخارج .

وانذا وضع الداخل المسروقات في وسط ثقب في الحائط فمد الخارج يده لأخذها بحيث اجتمعت ايديهما في الثقب بموضع لم يخرجه الداخل من الحرز ولم يخرجه الخارج من الحرز فتعاونوا على اخراجه وأخرجاه من الحرز ، فالأخذ تام بالنسبة لكليهما في رأى مالك ، ويؤيده في ذلك كل من أحمد وأبي يوسف صاحبا أبي حنيفة .

أما الشافعي فيرى أن الاخذ غير تام بالنسبة للداخل والخارج معا ،

لان الداخل لم يخرج من الحرز بصفة تامة والخارج لم يأخذه من داخل الحرز .  
 وأما أبو حنيفة فإنه يرى أن الخارج لم يخرج المسروق من الحرز لأنه  
 لم يدخل الحرز على الاطلاق . وأن الداخل لم يدخل المسروق في حمازته  
 لان يده اقتصرت المسروق .

هذا أهم ما قيل في نظرية الهتك التي قال بها أبو حنيفة .

ويلاحظ من خلال ما سبق أن الشروط المطلوبة في السرقة في الشريعة  
 الاسلامية هي نفسها التي قال بها جارسون في تحديد جرم السرقة . - ١١١ -

فجارسون كما رأينا يفرق بين الحيازة الكاملة التي تشمل العنصر المادي  
 والعنصر المعنوي وهي لا تكون الا للمالك ، وبين الحيازة الناقصة أو المؤقتة وهي  
 حيازة مادية تشمل العنصر المادي دون العنصر المعنوي ، وبين اليد العارضة  
 والتي لا تمنح الا الحراسة أو المحافظة على الشيء المسلم فهي لا تنقل العنصر  
 المادي وبالتالي لا تمنح صاحبها أي حق أو سلطة كما يلاحظ ان تعريف السرقة  
 التي قال به جارسون هو نفس تعريف السرقة في الشريعة الاسلامية - فجارسون  
 يعرف السرقة بانها اغتصاب الحيازة بعنصرها المادي والمعنوي دون طم ودون  
 رضا المجني عليه .

وهذا التعريف هو نفس التعريف الذي قال به الائمة . وفي هذا الصدد  
 يقول عبد القادر عودة بان النظرية التي وصل اليها الفقه والقضاء أخيرا والتي  
 تولى تنظيمها وشرعها جارسون هي نظرية الفقه الاسلامي . ( ١ )

فالفقه والقضاء الحديثين قد اعتبرا ان الاختلاس لا يتحقق الا اذا أدى  
 فعل الجاني الى نقل الشيء من حيازة المالك او الحائز السابق الى حيازة الجاني  
 فهم يشترطون لتوافر ركن الاختلاس - كما سوف نرى في حينه - أن يؤدي فعل الجاني  
 الى انها حيازة المجني عليه وانشا حيازة جديدة شرط أن يكون الانهاس

( ١ ) عبد القادر عودة - المرجع نفسه - ص ٥٣٨ فقرة ٦٠٢

والأنشا\* بدون علم المجني عليه وبدون رضاه . فهذه الشروط نفسها قال بها الفقهاء المسلمون بالإضافة الى شرط اخراج الشيء\* من حوزة المعد له .

- ١١٢ -

فعبارة الاخذ خفية في الشريعة الاسلامية بمقابلها في القوانين الوضعية مثل القانون الفرنسي والمصري والجزائري لفظ الاختلاس ، ويقابلها في القانون الاردني والسوري عبارة الاخذ بدون رضا المجني عليه ، فهذه القوانين تشترط ليكون الاختلاس تاما أن يخرج الشيء\* من حيازة المجني عليه وأن يدخل في حيازة الجاني ، ومعنى هذا أن الشريعة الاسلامية تشترط زيادة على ما تشترطه القوانين الوضعية أن يخرج السارق الشيء\* المسروق من مكانه المعد لحفظه ، وهذا الشرط واجب توافره في كل سرقة عقوبتها القطع وهذا عند أصحاب المذاهب الاربعية والشيعة الزيدية ، أما الظاهرية فلا تشترط هذا الشرط بل تكفي بالشرطين المجمع عليهما وهما اخراج المالك من حيازة التجني عليه وادخاله في حيازة الجاني .

كما تتفق الشريعة الاسلامية مع القوانين الوضعية في حالة وقوع السرقة على مال غير محرز ، فمثلا اذا سرق الجاني دابة ملوكة لغيره اثنا سيرها فسيطريق بدون حارس فان مجرد ركوبه للدابة يعتبر اخذا تاما لها في الشريعة الاسلامية ويعتبر اختلاسا تاما في القوانين الوضعية ، وذلك لان الجاني يركب الدابة يعتبر قد اخرجها من حيازة المجني عليه وأدخلها في حيازته شرط ان تتوفر لديه نية تملكها .

- ١١٣ -

ويلاحظ ما تقدم ان تعريف السرقة بانها اختلاس مال منقول ملوك للغير هو تعريف غير موفق من الناحيتين اللغوية والقانونية لعدم انطباقه على الفعل المميز للسرقة . فالاختلاس لغة هو سلب الشيء\* في نهضة ومخاتلة وطجلا كما تعرفه قواعد اللغة العربية (١) ولا يشترط في السرقة ان تكون كذلك فقد ترتكب خلسة وقد ترتكب علنا ، كما ترتكب أحيانا بالقوة والتهديد بدون نهضة أو مخاتلة ، لذلك يكون تعريف السرقة بانها اختلاس ليس صحيحا لغويا ، هذا

(١) المنجد ، ولسان العرب .

من ناحية ومن ناحية أخرى أن لفظ الاختلاس ليس ترجمة صحيحة للكلمة  
SOUSTRACTION الواردة في نص المادة ٣٧٩ عقوبات فرنسي ، والتي  
نقلها عنه المشرع المصري والجزائري فلفظ الاختلاس يقابله في اللغتين  
العربية لفظ DETOURNEMENT (١) أما لفظ SOUSTRACTION  
فيقابله في المعجم العربي لفظ الطرح ، أو النشل ، وإن كانت بعض المعاجم  
تعتبر كل من اللفظين SOUSTRACTION و DETOURNEMENT  
اختلاس. وهذا ليس صحيحا لأن لفظ DETOURNEMENT يعني  
اختلاس المال بتحويله ونقله أما لفظ SOUSTRACTION فيعني اخذ المال  
أو نشله ، فاللفظين وإن كانا متقاربين ومتداخلين إلا انهما يختلفان اختلافا  
واضحا .

أما من حيث المعنى القانوني للاختلاس فقد استعمل القانون هذا  
التعبير كمنوان للجرائم المخلة بواجبات الوظيفة فالمادة ١١٩ من قانون  
العقوبات الجزائري تنص على أن " يتعرض القاضي أو الموظف أو ما شابههم  
الذي يختلس أو يبدد أو يحتجز بدون وجه حق . . . . . "

" TOUT MAGISTRAT, TOUT FONCTIONNAIRE OU ASSIMILÉ QUI  
DETOURNE, DISSIPE, RETIENT INDUMENT....."

كما تنص المادة ٣٧٦ من نفس القانون على أن " كل من اختلس أو يبدد  
بسوء نية، أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات أو أية  
محررات أخرى، تتضمن أو تثبت التزاما أو ابرا، لم تكن قد سلمت إليه إلا على  
سبيل الاجازة أو الوديعة أو الوكالة . . . . . "

" QUICONQUE DE MAUVAIS FOI, DETOURNE OU DISSIPE AU PREJUDICE  
DES PROPRIETAIRES, POSSESSEURS OU DETENTEURS DES EFFETS ,  
DENIERS, MARCHANDISES . . . . ."

ويظهر من هذا ان القانون استعمل تعبير الاختلاس لوصف الفعل المرتكب

من قبل فئات معينة من الاشخاص ذوى صفة خاصة على اموال في حيازتهم هم  
وبصفتهم تلك لا في حيازة غيرهم ، واستعمل نفس التعبير للدلالة على فعل  
السرقه الذى يقع من قبل شخص لا يشترط فيه صفة خاصة على مال في حيازة  
الغير لا في حيازته هو وهذا ما تجنبه الشرع الاردني والسوري عندما استعملا  
اصطلاح الاختلاس بالنسبة للاختلاس الواقع من قبل محصلي الاموال العامة  
وغيرهم من المدوظفين على اموال في عهدهم ، بينما استعملا تعبير الاخذ  
بالنسبة لفعل السرقه .

وفي هذا الصدد يقول الدكتور محمد نوري كاظم ان استعمال اصطلاح  
واحد للدلالة على معنيين مختلفين لجريمتين منفصلتين امر غير صحيح من  
الوجهة التشريعية والفقهية ، وهو يؤدى الى الالتباس في فهم المعنى المقصود  
من ذلك الاصطلاح ، والى صعوبة في شرح الركن المادى الذى هو في السرقه  
اخذ الشيء ، ونقله من حيازة الغير الى حيازة الجاني ووضعه تحت سيطرته ،  
بينما هو في جريمة الاختلاس التي هي صورة من صور خيانة الامانة اساسا استعمال  
الحيازة المودعة اصلا الى الجاني بحكم وظيفته وبتصرفه في الشيء تصريف  
المالك (١) .

وهذا الرأى وجيه لان القول بأن الركن المادى في السرقه هو الاختلاس  
واشتراطه - أى الاختلاس - في جرائم اخرى كشطاط في الركن المادى مثل جرائم  
اختلاس الاموال العامة وجريمة خيانة الامانة ، امر يؤدى الى الخلط بين المفاهيم  
والسبيل الوحيد لتمييز هذه الجرائم عن بعضها البعض تمييزا دقيقا هو حسب  
رأينا وضع لكل جريمة مصطلحات خاصة تميزها عن الجرائم الاخرى ، وطلبه فانسبا  
عندما نقول أن السرقه هي أخذ مال الغير المنقول بدون رضاه ، فاننا نكون قد  
ميزنا بينها وبين خيانة الامانة واختلاس الاموال العامة .

هذا ما يتعلق بمفهوم الاختلاس . أما ما يتعلق بشروط هذا الاختلاس  
فاننا سوف نتناولها في الباب الثاني في فصلين ، نتناول في الاول شرط تعدد  
الحيازة وفي الثاني عدم رضا المجني عليه .

## الباب الثاني

=====

### شروط توافر ركــن الاختلاس

-----

لقد سبق ان قلنا ان السرقة هي حسب النظرية التقليدية اخذ او رفع او نزع او نقل لمال منقول سلوك للغير بدون رضاه فهذا التعريف يشترط ان يقوم الجاني بفعل يمثل في الاخذ او الرفع او النقل وهو ما اطلقنا عليه اسم العنصر الموضوعي ، كما يشترط ان يتم هذا الفعل بدون رضا المجني عليه ، اي عدم اقرار المجني عليه فعل الجاني وهذا ما يسمى بالعنصر الشخصي لفعل الاختلاس . ففعل الاختلاس لا يتم الا اذا اخذ الشيء بدون رضا المجني عليه او بدون طمسه حسب مذهب النظرية التقليدية .

- ١١٤ -

اما السرقة حسب النظرية الجارسونية والشريعة الاسلامية فهي اخذ للحيازة

اي الاستيلاء على عنصرى الحيازة المادي والمعنوي بدون رضا صاحبها .

فهي تبدل للحيازة بدون رضا صاحبها .

فالنظرية الجارسونية والقوانين التي تسير في فلكتها تتطلب لتوافر فعل الاختلاس ان يبدل الجاني حيازة المالك وذلك باخراج المال من حيازة صاحبه وادخاله في حيازته او في حيازة غيره شرط ان يتم ذلك بدون رضا المجني عليه ، اي لتوفر ركن الاختلاس وفقا للتعريف السابق يشترط امران ، الاول ان يخرج المال المختلس من حوزة المجني عليه وان يدخل في حيازة الجاني او غيره عدا المالك او الحائز السابق . والثاني ان يكون ذلك الاخراج والادخال اي تبدل الحيازة بغير رضا المجني عليه .

وطيه فاننا سوف نتناول هذه الشروط في فصلين مستقلين نتناول في الفصل

الاول شرط تبدل الحيازة وفي الفصل الثاني شرط عدم رضا المجني عليه .



## الفصل الاول

### تبديل الحيـازة

=====

١١٥- يعني تبدل الحيـازة اخراج الشيء من حيـازة المجني عليه وادخاله في حيـازة الجاني أو غيره عدا المالك أو الحائز السابق . والغايـط في اخراج الشيء من حيـازة المجني عليه هو انها السلطات المادية للمجني عليه على الشيء ، والغايـط في ادخاله في حيـازة الجاني هو استطاعة الحائز الجديد ان يباشر وحده السلطات التي تنطوي عليها الحيـازة ، ويتضح من ذلك انه لا يكفي لارتكاب فعل الاخذ مجرد اخراج الشيء من حيـازة المجني عليه اذا لم يعقب ذلك ادخاله في حيـازة جديدة . ( ١ )

ويدهي أن المارق الذي يسعى إلى ارتكاب جريمة السرقة إنما يرتكب في الحقيقة ركنها المادي ، أي يقوم بعمل يتحقق به هذا الركن المادي الذي هو الاختلاس ويتحقق ذلك عندما يؤدي فعل الاختلاس إلى اخراج المال موضوع السرقة من حيـازة المالك أو الحائز الشرعي وادخاله في حيـازة الجاني أو شخص آخر غير المالك أو الحائز الشرعي ، بحيث يخوله هذا الفعل سلطات التصرف فيه أي بصير تحت سيطرته الفعلية .

والاخراج يتم عادة بالاختلاس ، بالخطف ، بالنهب ، او الرفع ، او السلب . . . الخ كما تقر النظرية الكلاسيكية تماما . ويتم اخراج المال كذلك من حيـازة صاحبه بالاستيلاء عليه عن طريق انتزاع الحيـازة الكاملة التي لم تنتقل اليه من قبل ، أي الاستيلاء على حيـازة المالك أو الحائز السابق بعنصرها المادي والمعنوي كما تقر النظرية الجارسونية .

( ١ ) د . محمود نجيب حسني - قانون العقوبات اللبناني ، جرائم الاضداد على الاموال الطبعة الثانية ١٩٢٥ بيروت فقرة ٦٤ ص ٦٢ .

ويشترط في الحيابة السابقة ان تكون لغير الجاني ، وعلى هذا الاساس  
يعتبر الجاني كل شخص طبيعي غيره وكل شخص معنوي ، فصفة الغير هذه تتحقق  
بالنسبة لمن يشملهم الجاني بولايته او وصايته او قوامته . ( ١ ) فالطال الذي يحوزه  
القاصر يعتبر في حيابة الغير بالنسبة لمن له الولاية عليه ، وكذلك بالنسبة للاصول  
والفروع والا زواج فيما بينهم . ويعتبر كذلك في حيابة الغير ما يوجد بحقر الشخص  
المعنوي في غير حيابة الجاني . وتتحقق صفة الغير سواء كان الحائز السابق يحوز  
بسند مشروع ام بسند غير مشروع ، فاذا اختلس زيد مالا سلوكا لغيره ونقل الحيابة  
الكاملة اليه ، فانه يصبح ويطلع بالتالي لان يكون مجنبا عليه في سرقة جديدة ( ٢ )

وتبرير ذلك ان الحيابة مركز واقعي لا قانوني ، وهي متحققة بالنسبة للمفتصب  
الذي الت له السيطرة المادية المستقلة على الشيء ، نتيجة للسرقة الاولى ( ٣ ) .

ويستوى ان تكون الحيابة للمالك او الحائز السابق او لذي حق عيني دون  
الملكية كالمنتفع او المستغل للشيء اذا حاز الشيء حيابة مستقلة عن مالك الرقعة

فالنسبة للمالك تكون الحيابة الكاملة لديه ، اما بالنسبة للمستعير او المستنفع  
او المستغل فتكون له الحيابة الناقصة .

اما اذا كان مجرد واضع اليد المعارضة على الشيء فالحيابة لا تكون له بل لذي  
السيطرة الفعلية على الشيء ، فمن يكلف عمالا بحمل حقيبة داخل المحطة يعتبر  
هو الحائز بينما يعتبر الحائل مجرد واضع لليد المعارضة على الشيء ، فاذا حاز الشيء  
بدون رضا صاحبه فانه يعتبر سارقا ، اي جانيا ويعتبر الحائز الشرعي مجنبا عليه .

- ( ١ ) د . عبد الفتاح الصفي - المرجع السابق - ص ٢٦١ .
- ( ٢ ) د . حسن ابو السعود - قانون العقوبات المصري - القسم الخاص ١٩٥١ -  
ص ٣٨٢ .
- ( ٣ ) د . عبد الفتاح الصفي - المرجع نفسه - ص ٢٦١ .

وعليه فإن الجاني إذا لم يحقق السيطرة المادية المستقلة على الشيء المسروق فالجريمة لا تتم وتعتبر شروطاً في السرقة .

وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن هذه القاعدة في حكم قررت فيه ان السرقة لا تتم الا بالاستيلاء على الشيء المسروق استيلاء تاماً يخرج منه حياة صاحبه ويجعله في قبضة المارق وتحت تصرفه .

فاذا نقل المتهم كمية من القمح من مخازن محطة السكة الحديدية الى مكان اخر في دائرة المحطة بعيداً عن الرقابة ، ثم حضر ليلاً وهو يحمل سلاحاً وبمعه اخرون وحملوا القمح الى خارج المحطة حتى ضبطوا به ، فان هذه الواقعة تكون جريمة سرقة بالنسبة للمتهم ولزملائه ولا يصح ان تعتبر جنحة ، لان القمح لم يكن عندما نقله المتهم بحفره ، قد خرج من حوزة السكة الحديدية . فاستيلاء يعتبر اختلاساً تاماً الا عندما نقله المتهمون معاً من دائرة المحطة في الظروف التي نلقوه فيها (١) كما طبقت نفس المبدأ في قضية مطابقة قررت فيها أنه اذا كانت الواقعة الثابتة بالحكم هي ان المتهم وهو خادم في صيدلية اغتصب بعض ادوية ونقلها من المكان المعد لها الى المكتب الموجود بالمخزن ، ثم جاءه اخر ودخل المخزن فأعطاه الخادم بعض هذه الادوية فأخذها الصراف ، فان ما وقع من الخادم قبل حضور الشخص الاخر لم يكن الا شروطاً في سرقة. اتماماً وقع من هذا الاخر فانه سرقة تمت بأخذه الادوية وخروجها بها من الصيدلية (٢)

كما طبقت نفس الحكم في قرارها الصادر سنة ١٩٥٢ الذي جاء في حيثياته ما يلي " . . . وحيث ان محصل الطعن هو ان الحكم الطعن فيه إن كان الطاعن بالشروع في السرقة قد انطوى على خطأ في الاستدلال وفي تطبيق القانون ، وذلك بان الواقعة المسندة اليه هي أنه أخذ بعض الباطنين الملوكة لوزارة الصحة من مخزن المستشفى الاميري بالسويس ، ونقلها الى ظهر الرجال بذلك المستشفى

(١) نقض مصري في ١٨ / مايو / ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية - ج ٥ - ص ٦٦٢ - رقم ٤٠٦

(٢) نقض مصري في ٨ / ١٢ / ١٩٤٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ - ص ٥٠ - رقم ٣٥

وهو العنبر الذي كان يستغل به ، ولما كان المستشفى بكل منقلاته ملكا لوزارة الصحة وفي حيازتها ، وكانت جريمة السرقة لا تتم الا بالاستيلاء على الشيء استيلاء تاما يخرج من حيازة صاحبه ويجعله في قبضة السارق وحيازته . فان نقل بعض الباطنين من مكان الى آخر داخل المستشفى لا يكون سرقة ولا شروحا فيها . ( ١ )

- ١١٢ -

فمن خلال ما سبق نقول انه يشترط ان ان ينهي الجاني الحيازة السابقة وينشيء حيازة جديدة مستقلة عن الاولى ، ويستوى ان يدخل المال المسروق في حيازة الجاني أم غيره ، وتعتبر الحيازة الجديدة مستقلة إذا انقطعت سيطرة المجني عليه على ماله المسروق بضعة نهائية ، بحيث يصبح توجيه هذا المال لغير المجني عليه . فمن يسرق شيئا ويرمي به في ماء جار لانه رأى شرطي يعتبر فعله سرقة تامة ، وعلى العكس من ذلك من ي تلف شيئا في موضعه لا يرتكب سرقة ، لانه اقتصر فعله على انها حيازة المجني عليه بافناء موضوعها . ومن ثم صار من المستحيل أن تنشأ عليه حيازة جديدة . ولكن اذا كان اتلاف الشيء باستهلاكه هو صور لما شرة السلطات المادية التي تنطوي عليها الحيازة فهنا يعتبر بذاته انها للحيازة السابقة واحلالا لحيازة جديدة محلها . ( ٢ ) وتطبيقا لذلك فمن يلتهم طعاما في موضعه او يجعل حيوانه يلتهمه يعتبر اخذ الشيء .

ومن الاثلة التي تدل على أن الشيء قد انتقل من حيازة المجني عليه الى حيازة الجاني ايضا هرب مجرم ليلا الى دكان ويكسر بابها ويستحوذ طسسي النقود التي بداخله .

يشاهد المجرم فتاة طس رصيف الشارع تنتظر سيارة فينتزع من يدها حقيبتها ويغربها .

( ١ ) محكمة النقض المصرية . قرار ١٢ / ٥ / ١٩٥٢ . الدائرة الجنائية .  
( ٢ ) د . حميد السعدى - المرجع السابق - ص ٣٨ .

ان التأمل في هذه الاطلة يبين لنا ان المال المسروق قد خرج من حيازة صاحبه او من يده من كانت له الحيازة عليه ، وهذا الخروج قد تحقق باغتصاب الحيازة ، اى ان الجاني قد انتزع حيازة مال بالرغم من ارادة صاحبه وشيئته وهذا طبقا للنظريتين معا . فالجاني هنا ينتزع حيازة مال لم ينتقل اليه بسبب مشروع ، فيكون قد اخذ حيازة الغير بدون حق ، اى أنه قضى على حيازة سابقة بانشائه حيازة جديدة لحسابه الخاص . ( ١ )

اما بالنسبة لمن يطلق طائرا او حيوانا مملوكا للغير من قفصه ويجعله بذلك يسترد حريته الطبيعية فحسب مفهوم النظرية التقليدية يعتبر مختلسا . فالتهم قد نقل مال الغير بدون موافقته، ولا يقيم انتفاعه به من عدمه ما دام انسه قد اخذ الطائر ورفع ونقله من مكانه بدون علم صاحبه وبدون رضاه .

اما من وجهة النظر الجارسونية فهل انتزع التهم الحيازة او يتممها ؟ اخر هل انهي التهم حيازة سابقة وانشا حيازة جديدة ؟ فانها الحيازة السابقة معناه منع الحائز من مباشرة السلطات المادية على ماله ، وانشا حيازة جديدة معناه مباشرة السلطات المادية او استضافة مباشرتها على مال المجنى عليه . فالجاني بقضائه على الحيازة السابقة يكون قد اخرج المال من حيازة صاحبه ، فالتهم الذي يطلق الطائر فانه بفعله هذا يعتبر كأنه اخرج المال من حيازة صاحبه اى قضى على حيازة صاحبه بدون رضاه فهو بدون شك باطلاقه الطائر يكون قد أخرجه من حيازة صاحبه . اما بالنسبة لانشا حيازة جديدة فهنا يشك البعض بقياسها ومن هذا الرأي في الفقه الالمانى MEZGER

اما الاستاذ حميد السعدى فانه يرى ان التهم بالرغم من عدم انتفاعه بالشئ الذي اطلقه وحرره من قفصه الا انه يعتبر مختصبا لحيازة ذلك الشئ ،

( ١ ) د . حميد السعدى - المرجع السابق - ص ٣٨ .

ففي اللحظة التي أخرج فيها الطائر من القفس يكون قد حقق أمرين . الأول انه قفى على حيازة سابقة ، والثاني أنه أنشأ حيازة جديدة لمصلحته ، ان بتحريره للطائر أو للحيوان استعمل كل ما للحيازة الجديدة من امكانية وسلطة . ( ١ )

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذا الرأي في حكمها الصادر سنة ١٩٥٩ ان اضربت عدم استيقا السارق طى ما اختلصه في حوزته ، لا ينفى ركن الاختلاس ( ٢ ) .

- ١١٩ -

ونحن نؤيد رأى الاستاذ حميد السعدى وذلك لان التهم عندما يأخذ الطائر ويخرجه من مكان المعد له يكون قد أنشأ حيازة جديدة لمصلحته وذلك لانه لا يشترط لانشاء الحيازة الجديدة ان تستر بين ايدى الجاني مدة طويلة . المهم أن يخرج المال من مكانه بصفة نهائية أى ان يخرج المال بنية تملكه أو عدم رده لملكه وبعبارة أدق يجب أن يخرج المال بنية تجريد صاحبه منه ، فمخرج الطائر قد أخرجه بصفة نهائية فهو قد جرد صاحبه من حوزته الى الابد ، فالجاني كان في استطاعته وقدرته أن يتصرف في الطائر كيف يشاء فهو باطلاقه الطائر بصفة نهائية يكون قد باشر عليه سلطاته المادية . وهذه الحالة لا تختلف عن حالة من يسرق ساعة من شخص ويضعها في جيب آخره فالنشال قد ينزع الساعة من حيازة المجني عليه ولكنه لا يحتفظ بها مدة طويلة ان يدخلها في حيازة شخص ثالث ولكن ليس معنى ذلك انه لم يأخذ الساعة ولم يستول عليها هو شخصيا ، ان الواقع انه لهنى حيازة سابقة وأنشأ حيازة جديدة . وتبدد الحيازة واضحة تماما عندما وصلت الساعة الى يده بمجرد خروجها من جيب المجني عليه ، فتصرف بها كمالك وأدخلها في حوزة شخص آخر .

لكن ما موقف الشريعة الاسلامية من هذا الشرط ، شرط تبديل الحيازة .

( ١ ) حميد السعدى - المرجع السابق - ص ٣٩

( ٢ ) محكمة النقض المصرية . طعن رقم ١٨٨٦ لسنة ٢٨ ق . جلسة

واخراج الشيء من حيازة المجني عليه لا يتوقف دائما على خروج الشيء من الحرز.

- ١٢١

فقد يخرج الشيء المسروق من حيازة المجني عليه بالرغم من أن الجاني لم يخرج الشيء المسروق من المكان المعد لحفظه أي من حرزه . ومثال ذلك ان يتلصع الجاني الشيء المسروق في الحرز اذا كان ما لا يفسد بالابتلاع كالجواهر والنقود . ففي هذه الحالة وما اشبهها يدخل الشيء في حيازة السارق ويخرج من حيازة المجني عليه . اما اذا كان الشيء ما يتلف بالابتلاع فانه لا يعتبر سرقة وانما اتلافا (١) .

ويرى ابو حنيفة ان اخراج الشيء المسروق من حرزه ومن حيازة المجني عليه لا يستتبعه حتما دخول حيازة الجاني ومثل ذلك ، ان يأخذ الجاني شيئا عابثا يلقى به الى خارج المنزل ليأخذه فيجد ان غيره عشر عليه واخذه ، أو ان يسرق اللص دابة حتى يخرجها من الزريبة فاذا خرجت تلقاها لص آخر فأخذها ، ففي هاتين الحالتين وامثالهما يرى ابو حنيفة ان المسروق لم يدخل في حيازة السارق لانه لا يدخل في حيازة السارق الا اذا خرج من حيازة المجني عليه وبعد الاخر تظل قائمة على الشيء حتى يخرج من حرزه فبالاخراج تسزل بيد المالك .

فاذا اخراج اللص الشيء من الحرز زالت عنه بيد المالك فاذا عشر عليه لص آخر فاخذه فيعتبر اللص الثاني هو الذي اخذ الشيء اي اعترض بيد السارق الاول . ويسمى ابو حنيفة هذه النظرية بنظرية المهد العارضة ويرتب عليها عدم القطع اي التعزير .

فاذا القى السارق بالشيء المسروق خارج الحرز ثم ضبط قبل ان يخرج ليأخذه فلا يعتبر ان السارق قد ادخل المسروق في حيازته لان يده لم تكن ثابتة عليه وقت اخراجه ولو بقي الشيء خارج الحرز لم يأخذه احد حتى ضبط

(١) عبد القادر عودة - المرجع السابق - ص ٥٢٠ .

السارق . اما اذا رمى بالشيء خارج الحرز ثم خرج فأخذه فعليه القطع .

ولكن زفر يرى أن لا يقطع السارق في هذه الحالة وحجته ان الاخذ من الحرز لا يتم الا بالاخراج منه والرمي ليس باخراج ، والاخذ من الخارج ليس أخذاً من الحرز . ورد عليه بأن المال بالقائه في الخارج أصبح في حكم يد السارق ، وان كانت يده غير ثابتة عليه ، فاذا خرج فأخذه فقد ثبتت يده عليه وان الرمي ليس الا الاخذ من الحرز . ( ١ )

ويرى مالك والشافعي واحمد ، ان الشيء المسروق يدخل في حيازة السارق حكماً بمجرد خروجه من حيازة المجني عليه ولو لم يضع السارق يده عليه وضعا مادياً ، فان فاليد العارضة لا تحوز الشيء المسروق الا بعد دخوله في حيازة السارق . ( ٢ )

MEZGER ويلاحظ ان ما ذهب اليه أبو حنيفة هو ما ذهب اليه

- ١٢٢ -

فيما يتعلق بأخذ الطائر واطلاق سراحه فقد اعتبر ماتزجر ان الجاني باطلاقه الطائر يكون قد أخرج الطائر من حيازة المجني عليه ولكنه لم ينشئ حيازة جديدة فأبو حنيفة قد ذهب الى نفس النتيجة فيما يتعلق بمن يأخذ الشيء من المنزل ويلقيه خارجه ثم يخرج لياخذه فيجد غيره قد أخذه واستولى عليه ، فقد رأى أبو حنيفة ان الجاني في هذه الحالة لم ينشئ حيازة جديدة لان يد معترضة حازته بالرغم من انها الحيازة السابقة .

اما مالك وبقية الاثمة فقد اعتبروا ان الجاني يدخل الشيء المسروق في حيازته حكماً اي أن الشيء المسروق يدخل في حيازة السارق حكماً بمجرد خروجه من حيازة المجني عليه ولو لم يضع الجاني يده عليه وضعا مادياً . ويلاحظ ان ما ذهب اليه مالك وبقية الاثمة عدا الامام أبي حنيفة يقترب من ذهب اليه الاستاذ حميد السعدي فيما يتعلق بحكم اطلاق سراح الطائر الا ان الاستاذ

( ١ ) عبد القادر عودة - المرجع السابق - ص ٥٢٠ .

( ٢ ) مواهب الجليل - ج ٦ - ص ٣٠٨ ، من عبد القادر عودة - المرجع

السابق ص ٥٢٠ .



حميد السعدى ذهب الى ابعد من ذلك حيث اعتبر في اطلاق الطائر ممارسة لبعض السلطات المادية التي لا تمنحها الا الحيازة ، أى ان الشخص باطلاقه سراح الطائر يكون قد مارس سلطات لا يمارسها الا الحيازة، فالجاني هنا قد تصرف في الطائر تصرف المالك ، فقد انهى الحيازة السابقة بفعله الايجابى الى الابد أى بصفة نهائية .

فالاستاذ حميد السعدى لم يعتبر الجاني قد حاز الشيء حيازة حكيمه وانما حيازة فعلية لمدة قصيرة جدا وما انه يستوى ان تكون حيازة الشيء لمدة طويلة او قصيرة ، فالشخص الذى يطلق سراح الطائر ان يكون قد حاز الشيء بدون رضا صاحبه وهو بالتالى يعد مرتكبا لجريمة السرقة .

كما يلاحظ ان الزهدية يرون انه يكفي لقطع السارق ان يخرج المسروق باى وسيلة وهو ما اخذت به النظرية التقليدية حيث اصبحت الاخذ او الرفع يمكن ان يرتكب باى وسيلة ، فلا يشترط ان يكون يهد الجاني ارجله او بواسطة آله او بواسطة طفل او سجنون او بواسطة حيوان مثل القرد او الكلب .

فالزهدية يرون كذلك ان يخرج المسروق باى وسيلة سواء كان الاخراج بحمله أو رميا أو جرا أو اكراها أو تدليما . وسواء اخذه بعد اخراجه أو تركه أو اخذه غيبه ، ويعتبر الاخذ تاما عندهم بالاخراج ولو رد الجاني المسروق لحرزه بعد اخراجه وصارة الاخذ خفية في الشريعة الاسلامية يقابلها لفظ الاختلاس في القوانين الوضعية .

ويشترط ليكون الاختلاس تاما في القانون الفرنسى والجزائرى والمصرى والاردنى - ١٢٣  
ان يخرج الشيء من حيازة المجنى عليه وان يدخل في حيازة الجاني ، أى انهياً  
حيازة سابقة وانشاء حيازة جديدة مستقلة عن الاولى .

ومعنى ذلك ان الشريعة الاسلامية تشترط زيادة طى ما تشترطه هذه القوانين ان يخرج الشيء المسروق من حرزه . وهذا الشرط لا بد من توافره في كل

سرقة معاقب عليها بالقطع عند اصحاب المذاهب الاربعة والزبدية . اما  
الظاهر يرون فلا يشترطون الاخراج من الحرز ، كما سبق ان رأينا فهم  
لا يشترطون الا الاخراج من حيازة صاحبه وادخاله في حيازة الجاني . ( ١ )

فالشريعة الاسلامية تتفق مع القوانين الوضعية اذا كانت السرقة على  
مال غير محرز ، فهذه السرقة لا قطع فيها وعقوبتها التعزير ، ويكفي فيها  
لاعتبار الاخذ تاما ان يخرج الشيء المسروق من حيازة المجني عليه ويدخل  
في حيازة السارق ، فمثلا اذا سرق الجاني دابة المجني عليه اثنا سيرها  
في الطريق دون حارس ، فان مجرد ركوبه للدابة يعتبر اخذا تاما لها لانه  
يدخلها في حيازة الجاني ويخرجها من حيازة المجني عليه .

اما اذا كان المال محرزا فان الشريعة الاسلامية وحدها تتطلب  
لتام فعل الاخذ ان يخرج الجاني الشيء من حرزه ، اما القوانين الوضعية  
فلا تتطلب هذا الشرط .

فلما ان تحقق فعل الاختلاس يتطلب تبديل الحيازة اى انتهاء حيازة  
سابقة وانشاء حيازة جديدة مستقلة عن الاولى ، وهذا التبديل لا يتحقق الا  
بنشاط ايجابي صادر من الجاني .

- ١٢٤ -

فلتوفر الركن المادي للسرقة يشترط ان يتم اخراج الشيء من حيازة  
صاحبه وادخاله في حيازة الجاني او غيره عدا المالك او الحائز السابق ، وأن  
يكون هذا الاخراج والادخال نتيجة نشاط ايجابي صادر عن الجاني ، وطبيع  
فلا سرقة اذا كانت الحيازة الاولى قد انتهت دون تدخل من جانب الجاني ،  
ومثال ذلك المزارع الذي يركب دابته المحملة بالبرسيم الاخر فتتبعه نعجة  
الغير دون ان يشعر بها حتى تنقطع صلتها بمن كان يحوزها ، وعند

( ١ ) عبد القادر عودة - المرجع السابق - ص ٥٢٠

يصل المزارع حظيرته ويستبين امر النعجة فيستولي عليها بنية تملكها . ففسي هذا الغرض لا تقوم جريمة السرقة لان الجاني لم يقم بنشاط ايجابي انهي به حيازة صاحبها ، وتأخذ النعجة في هذه الحالة حكم الاشياء الفائعة ، لان حيازة صاحبها قد انتهت ولم تكن عند لحظة الاستيلاء عليها قد دخلت حيازة غيره ان لا حيازة للمزارع قبل ان يستبين امر النعجة ولا حيازة بدون علم ، فالمزارع يعتبر ملتقظا لشيء ضائع بنية تملكه فالفعل السلبي لا يتصور ان يؤدي الى فعل الاختلاس ، فالامتناع الذي هو فعل سلبي لا يتصور في جريمة السرقة ، وذلك لان الامتناع هو اجسام عن امتنان فعل ايجابي معين كان الشارع ينتظره من الجاني فسي ظروف معينة شرط أن يوجد واجب قانوني يلزم بهذا الفعل ، وأن يكون في استطاعة المستمع عنه ارادته (١) . وفعل الاخذ او الاختلاس ليسا اجساما عن امتنان فعل ايجابي ، بل هو نشاط مادي اي حركة ملموسة يتوصل بواسطتها الجاني على الحصول على مال الغير فهو اذن فعل ايجابي ، فاخراج المال من حيازة المجني عليه الذي قد يتم بالاخذ او الاستيلاء او الرفع او النزح هو فعل ايجابي ، لان هذه الافعال التي يتم بها افعال مادية ايجابية .

وصفة القول ان المال السروق يخرج من سيطرة مالكة او حائزة الفعلي نتيجة لفعل الجاني ، ويتحقق هذا الاخراج عادة وفقا للنظرية التقليدية بالاخذ او الخطف او السلب او النهب او النشل ، كما يتحقق طبقا للنظرية الجارسونية بانتزاع الحيازة الكاملة للمال وهي كلها افعال ايجابية .

وتطبقا لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم تتلخص وقائمه ففسي ان منزتين ضلنا الطريق فانضمنا الى قطيع كان يقوده خادم لراع ، لما علم المخدوم بذلك استبقى العنزتين ، فقضت المحكمة بان الواقعة لا تعتبر سرقة لان التهم لم يصد عنه نقل للشيء (٢) .

- ١٢٥ -

(١) د . محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - ص ٢٨٤

(٢) CASS - 7/4/1... - BULL CRIM NO 94-S- 73-1-352

وفي حكم حد يث قضت محكمة النقض الفرنسية عكس الحكم السابق بالنسبة لمقرتين هربتا من قطيع وانضتا الى قطيع المتهم الذي احتجزهما وتاجهما مدة من الزمن بنمة تملكهما ، اعتبرت المحكمة الواقعة سرقة ، تأسيها على ان احتجاز المقرتين ما ديا لم يكن مصحوبا بتسليم الحيازة من المالك فهو بالتالي لا ينفي الاختلاس . ( ١ )

وحسب الدكتور عبد الفتاح الصبيحي ان هذا الحكم الاخير يجانبه الصواب لانه ، لا فرق من حيث الجوهر بين وقائع هذا الحكم ووقائع الحكم الاول .

ونحن نؤيد هذا الرأي لانه اذا كان الخادم هو الذي يقود القطيع في المثال الاول لا السيد فما الخادم في الحكم الاول الا اليد الطولى لسيد . وكلاهما لم يصدر عنه اي نشاط ايجابي اسهم في تحليل المقرتين ، لهذا ففسي القضيتين لم تنته حيازة صاحب المال بسبب يرجع الى نشاط الجاني ( السيد ) وانما لسبب لا يعود اليه بالمره ، لهذا فالجريمة التناط اشياء خافضة . فنصل الاختلاس ان فعل ايجابي يصدر من الجاني بصفة مباشرة أو غير مباشرة .

## الفصل الثاني

=====

### انتفاء رضا المجني عليه

=====

يعتبر عدم الرضا في بعض الجرائم عنصرا من عناصر ركنها المادي، بحيث لو انتفى هذا العنصر انتفى معه الركن المادي، ومن هذه الجرائم جريمة السرقة، فلاخذ ركنها المادي ولا يتصور ارتكابه الا اذا كان المجني عليه غير راض عن خروج الشيء من حيازته ودخوله في حيازة الغير، أما اذا رضي بذلك فلا أخذ ولا سرقة. (١)

-١٢٦

فالرضا كما عرفه القانون الروماني، هو قبول او اجابة تامة لأي حكم أو طلب يتضمن حتى القتل، واستمر هذا القانون مطبقا حتى ظهور المسيحية.

-١٢٧

وقد عرف قانون العقوبات الهندي بأنه "القبول التام على تحكم العقل الحر في التفكير في الامور وعواقبها دون اكراه او غش او غلط في فهم حقيقة الواقع".

أما الفقه الانجليزي فقد عرفه بأنه حالة ذهنية يعبر عنها بلفظ الرضا. وقيل انه عكس الاعتراض فهو عبارة عن الافصاح او التغلب على الارادة ومزاومة وتغارب الارادات والاحساس والادراك للعمل الموافق على القيام به. (٢)

فالرضا في الفقه الانجليزي هو الموافقة على الفعل وعدم الاعتراض عليه، فالشخص المدرك الذي تتبج له فرصة الاعتراض والرفض ولم يعترض باختياره رغم طم بالموضوع المنصب عليه عدم الاعتراض، فانه يعد راضيا بالموضوع المنصب عليه عدم الاعتراض.

(١) د. محمود نجيب حسني = المرجع السابق - ص ٢٦٠.

(٢) د. محمد صبحي نجم = رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية

رسالة دكتوراة - القاهرة ١٩٢٥ - ص ٢٥.

ولقد عرفه السير جيمس بأنه "الاذن الذي يعطى من قبل شخص عاقل ومدرك قادرا على تكوين رأى ، او الافصاح عن رأى او موضوع. (١)

وقد أيد قانون ١٩١٦ الانجليزي هذه القاعدة ونس في المادة الاولى الفقرة الثانية منه على ان يكون رضا المالك حقيقيا ، أى يجب ان يكون المالك حرا ، فالرضا الحاصل عليه بالاكراه رضا غير صحيح ، ولا يجوز الاحتجاج به ، فلا رادة المكرهة تعتبر معدومة ولا وجود لها . (٢)

ولقد سار الفقه الامريكى على هذا الاتجاه ، فالفقيه ARTIN - J

يرى أن الانسان عندما يخضع تحت تهديد القوة والعنف ، فان رضاه ينتفى لأن ارادته معيبة ، فلا وجود للرضا في هذه الحالة ، ولكن اذا ترك الانسان حرا لكي يمارس ارادته بدون ضغط أو تهديد فان الرضا يكون ذا اثر قانوني لموسر وفعمال .

أما الفقه الالمانى فقد عرف رضا المجنى عليه بأنه اذن ارادى صدر بعد تفكير سكين الرجوع فيه ، وأظن انه قبل ارتكاب الفعل الذى يعتبر فسي ذاته معاقبا عليه والموجه ضد من رضى به . (٣)

أما الفقه الايطالى فيعرف الرضا بأنه الاذن المعطى بواسطة شخص من اشخاص القانون الخاص الى شخص آخر من اشخاص القانون الخاص لتنفيذ عمل معاقب عليه قانونا ، بحيث يكون مترتبا على هذا العمل الاتلاف او الاضرار بمال أو مصلحة للشخص الذى صدر منه الاذن او تعريضهما للخطر . (٤)

(١) د . محمد صبحي نجم = المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(٢) LA LOI 1916- ART 1/ALINEA 2 - 1.(a) ET (b)

(٣) د . محمد صبحي نجم - المرجع السابق - ص ٢٨ .

(٤) - GRISPIGNI - CONSEUSO D'ELL OFFESO NO. 7-P-29- M. SOBHI NAJEM .OP.CIT. P 28

وأما الدكتور محمد صبحي نجم فيعرفه بأنه الاذن الصادر من شخص من اشخاص القانون الخاص بإرادته الحرة الحقيقية أو شخص من اشخاص القانون العام اذا ما عمل في نطاق القانون الخاص الى الغير مدركا وطالما لما سيقع من هذا الاذن من اعتداء أو اذى أو ضرر ضد من صدر منه هذا الاذن (١).

-١٢٨-

وحسب رأينا ، ان هذا الرأي الاخير ليس دقيقا . فالرضا صحيح ليس مجرد تطابق ارادات ، وصحيح أن الرضا قد يصدر من شخص عام اتجاه شخص من اشخاص القانون الخاص وقد يصدر من شخص خاص اتجاه شخص من القانون الخاص فقد يصدر الرضا عن المؤسسات العامة أو السلطات الرسمية في صورة ترخيص وهو ما عجزت عنه محكمة النقض المصرية في حيثيات حكمها " . . . وحيث أن النيابة العامة قدمت الطاعن الى محكمة الجنح بتهمة أنه استخرج رمالا وحصى بدون ترخيص من مصلحة المناجم والمهاجر ، وطلبت معاقبته تطبيقا للمواد ١٢ ، ٢٤ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٤٨ والمادة ٣١٨ من قانون العقوبات . وقد حدد الحكم المطعون فيه أخيرا المعاقبة الطاعن على هذا الاساس باعتبار ان مجرد استخراج الرمال دون ترخيص يعد في حكم السرقة . (٢)

فبالرغم من ان الرضا ليس تطابق ارادات ، كما قال الدكتور محمد نجم ، الا اننا نفضل عدم استعمال لفظ الاذن ، وذلك لان الاذن هو حالة واقعية اكثر منها حالة ذهنية ، في حين أن الرضا هو حالة ذهنية اكثر من كونه حالة واقعية ، فهو عدم الاعتراض على فعل ايجابي معاقب عليه ، أي عدم الاعتراض بوعي وادراك من شخص من اشخاص القانون الخاص أو من اشخاص القانون العام اتجاه شخص من اشخاص القانون الخاص والقبول بالنتائج والأثار التي

(١) د . محمد صبحي نجم - المرجع نفسه - ص ٢٩ .

(٢) مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض المصرية . ج الثاني -

١٩٥٨ . جلسة ١٢ / ١ / ١٩٥٤ .

تترتب عن عدم الاعتراض .

فالرضا أسهل من الاذن ، فالاذن عبارة من صور الرضا ، وهذا الأخير قد يعبر عنه بالاذن وقد يعبر عنه بالموافقة وعدم الرفض ، وقد يعبر عنه بقبول الاثر التي تترتب عن الفعل الذي انصب عليه الرضا ، كما قد يعبر عنه بالسكوت في مسائل معينة ، فهو حالة ذهنية وواقعية في نفس الوقت .

هذا باختصار عن تعريف رضا المجني عليه ، أما فيما يتعلق بمسألة رضا المجني عليه كعنصر في الركن المادي للسرقة فسنبينه فيما يلي :

قلنا ان الاختلاس يتكون من عنصرين ، عنصر مادي او موضوعي وهو الاخذ أي الحركة التي ينتقل بها المال من حيازة المجني عليه الى حيازة الجاني ، وعنصر شخصي يتشمل في عدم علم المجني عليه وعدم رضاه .

فالاختلاس لا يتحقق اذا لم يتوفر عدم الرضا ، فالرضا ينفي ركن الاختلاس .  
فعمل الاختلاس لا يتحقق الا اذا أخذ الجاني الشيء واختاره لنفسه رغم هشاشة المجني عليه .

ان القانون الفرنسي لم ينص صراحة على هذا الشرط وإنما يستنتج من لفظ الاختلاس الوارد في نص المادة ٣٧٩ عقوبات فرنسي التي جاء فيها ان كل من اختلس بطريق الغش مالا ملوكا للغير يعد سارقا . فلفظ الاختلاس يتضمن العنصر الموضوعي والعنصر الشخصي فهو يعني ان الشيء قد أخذ خفية وبدون رضا المجني عليه .

فالاختلاس كما عرفته النظرية التقليدية هو أخذ مال الغير بدون علمه أو بدون رضاه (١) . فالنظرية التقليدية المتمثلة في رأي جارو خاصة ، تشترط



ان يتم فعل الاخذ او الرفع او النزاع او النقل بدون علم المجني عليه او بدون رضاه ، فعدم العلم وفقا لهذا الرأي يقوم مقام عدم الرضا والعكس صحيح .

اما العلامة جارسون فيعرف الاختلاس بأنه اغتصاب عنصري الحيابة المادى والمعنوى بدون علم وبدون رضا المالك او الحائز السابق . ( ١ )

فجارسون يشترط اجتماع الامرين معا ، عدم العلم وعدم الرضا لتحقيق الاختلاس فهو - أى جارسون - لا يتطلب أن يقوم عدم العلم مقام عدم الرضا ولا عدم الرضا مقام عدم العلم .

فهذا الرأي الاخير حسب نظرنا صحيح لان الاختلاس يفيد الاخذ خفية وبدون رضا المجني عليه . فعندما نقول أن فلانا اختلس مال غيره فمعنى ذلك أن الجاني اخذ المال بدون علم وبدون رضا المجني عليه . فكلمة الاختلاس تدل بدون شك على الاخذ خفية وعدم الرضا . فالاختلاس كما قلنا معناه الخلسة أى المخاطلة أى الاخذ على سبيل الاستخفاء .

وتطبيقا لذلك ذهبت محكمة النقض الفرنسية في حكم أصدرته بتاريخ ١٨/١١/١٨٣٧ الى أن السرقة هي اختلاس مال الغير تدليسا ، فلا توجد سرقة بالمعنى القانوني الا عندما ينتقل الشيء محل السرقة من حيازة واضع اليد الشرعي الى حيازة مرتكب الفعل بغير علم المجني عليه وبدون مشيئته . ( ٢ )

وقد أكدت هذا الحكم ، محكمة LIMOGES في حكمها الصادر بتاريخ ٢٢/١٠/١٩٠٣ عندما قضت بأنه لا توجد سرقة الا عندما ينتقل الشيء

( 1 ) GARÇON - OP-CIT- P 1120 - PARA 47  
( 2 ) CASS - 18/11/1837 - BEAUDET. B. 405.S.38.1.366  
P.37 - 2 - 405 - D.VOL 82

من حيازة الحائز الشرعي التي حيازة مرتكب الفعل بدون علم الاول وبدون رضاه (١)

فالقضاء الفرنسي وان اشترط عدم العلم وعدم الرضا معا في بعض الاحكام الا انه لم يستقر على هذه القاعدة ، بل ذهب الى اعتبار عدم الرضا لا عدم العلم هو المطلوب في جريمة السرقة ، فقد لا يعلم الشخص باخذ الشيء منه ومع ذلك يتحقق الاختلاس، ومثال ذلك الشخص الذي يخطف مال غيره على مرأى من المجني عليه ومن الناس ، فالمال أُخِذَ بعلم المجني عليه ولكن بدون رضاه ومع ذلك فالاختلاس يتحقق في هذه الحالة .

ونتيجة لذلك ، ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى اعتبار الاختلاس انتقال مادي ونزع يدوي بغير رضا المالك . (٢)

كما ذهبت في حكم آخر الى ان السرقة لا تتحقق الا اذا اخذ الشيء بغير رضا المالك او الحائز السابق . (٣)

-١٢٢-

ويتضح من هذه الاحكام ان القضاء ظل مترددا في اشتراط عدم العلم الى جانب عدم الرضا ولم يستقر على حكم معين ، الا انه يلاحظ من جميع الاحكام السالفة الذكر ، ان القضاء الفرنسي لم يتخل عن شرط عدم الرضا لحظة واحدة وهذا يعني ان العبرة بعدم الرضا وليس بعدم العلم .

وهذا يدل على ان عدم رضا المجني عليه يكفي وحده لتحقيق فعسل الاختلاس سواء أطم المجني عليه بالسرقة أم لم يعلم ، لأنه متى أخذ الشيء على غير رضا المجني عليه فالسرقة واقعة لا محالة ولو حصل ذلك بعلمه وطى مرأى منه لانه قد يكون المجني عليه عاجزا عن رد السارق أو مقاومته .

( 1 ) LIMOGES 22/10/1903 - J. PARQ. 1904.2.82.

( 2 ) CASS. 9/11/1853 RABEAU ( B. 351.S.53. 1-668. P.54-2-51

( 3 ) CASS - 20/11/1835 - FRANCHET - B.435.P.CHR.D VOL 82

أما القانون الانجليزي فقد نسي في المادة الاولى من قانون ١٩١٦ على أن الشيء لا يختلس الا اذا أخذ بدون رضا المالك (١). فالسرقة اعتداء على حق الملكية ، والاختلاس ركيبها المادي ، فلا جريمة اذا لم تنتزع ملكية او حيازة الشيء المملوك للغير بدون رضاه ويقصد حرمانه من ملكيته . فاذا المالك بسكوته ضبط السارق متلبسا بالجرم المشهود فهل هذا الموقف يعتبر رضاه نافيا للاختلاس ؟ فاذا اراد المالك أن تؤخذ أمواله فعلا ، فإن موقفه هذا دليل على رضاه وبالتالي فان الأخذ لا يشكل سرقة ولو قصد المالك بسكوته ضبط الجاني متلبسا بالسرقة . أما اذا اكتفى فقط بتسهيّل اقتراح جريمة السرقة ، أي اذا سهل المالك للجاني ارتكاب فعله ، وذلك بأن سمح لخدمته مساعدة السارق على أخذ الشيء فان موقف المالك لا يعتبر رضاه . فالسرقة تنتفي اذا تم نقل الحيازة برضا المالك أو الحاضر السابق (٢)

وينتقد بعض القضاة هذا الرأي على أساس أن الأجراء قد يعلنون عن الفضيلة ولهذا فان الخادم في هذه الحالة لا يعتبر سارقا ، لان السيد قد أغراه على ارتكابها . الا ان هذه الوجهة من النظر قد رفضت ولم يأخذ بها أحد .

فالرضا وفقا للقانون الانجليزي يجب أن يكون حقيقيا وصحيحا ، فالرضا الحاصل عليه بالاكراه رضاه غير صحيح مجرد من كل قيمة قانونية .

والرضا الحاصل عليه بالغش والخداع رضاه غير صحيح ، فالخداع يفسد الرضا ، وعليه فالجاني الذي يستعمل الخداع للحصول على رضا المجني عليه يرتكب جريمة السرقة بالخداع (٣) .

( 1 ) LA LOI 1916 ART 1 ALINEA 1

( 2 ) BISHOPE - DANS LE DROIT PENAL -TOME 1 -ED 1963 - P 258 - H. SOBHI NEJEM - OP.CIT . P. 454

( 3 ) KENNY : OP.CIT. P. 264

وأخيراً فإن القانون الانجليزي لم يشترط أن يصدر الرضا\* من المالك أو الحائز فقط وإنما أجاز إصداره من شخص مفوض صراحة أو دلالة شفاهة أو كتابة . (١)

-١٣٤

فالخليل الذي يتسلم من الزوجة أموال زوجها إذا لم يساعدها في نقل تلك الأموال بالغش والخداع لا يعتبر سارقاً لأنه أخذ هذه الأموال من شخص يحق له أن يصدر منه الرضا\* وبالتالي التصرف في المال .

كما يشترط أن يصدر الرضا\* عن شخص حر مميز ، فإذا صدر عن شخص مكره فإن رضاه لا يعتمد به القانون لأن إرادته معدومة ولا تصرف بسدود إرادة .

كذلك لا يعتمد القانون برضا\* الصبي والمجنون والمعتوه لأن تصرفهم غير واع ولا قيمة قانوناً لتصرف غير واع .

أما القانون المصري فقد نص في المادة ٣١١ عقوبات على أن كل من اختلس منقولاً مملوكاً لغيره فهو سارق ، فالركن المادي هو الاختلاس، والاختلاس لا يتحقق إلا إذا تم بدون رضا المجني عليه . فلا اعتداء\* حسب هذا النص ينصب على حيازة الملكية بالدرجة الأولى ، كما يمكن أن ينصب على الحيازة ، فالجاني عندما يعتدي على مال الغير فإنه ينتزع حيازة المال من المالك أو الحائز السابق وينشي\* حيازة جديدة لنفسه . فلا اعتداء\* إذن ينصب على حق الملكية في نفس الوقت الذي ينصب فيه على الحيازة (٢) . فالركن المادي هو ان الاختلاس الذي لا يتحقق إلا إذا تم الإخذ بدون رضا المجني عليه . فعدم رضا المجني عليه ينقل الحيازة يعتبر عنصراً جوهرياً في الركن المادي لجريمة السرقة (٣) .

-١٣٥

(١) KENNY - OP.CIT - P 264

(٢) د . محمود نجيب حسني - جرائم الاعتداء\* على الأموال في قانون العقوبات اللبناني - ص ٦٩ .

(٣) د . عمر السعيد رمضان - قانون العقوبات القسم الأول - ص ٣٦٤ .

فالفعل الجرمي في السرقة لا يقوم بتبديل الحيابة مجردا وانما يتعين أن يكون ذلك بغير رضا الحائز ، وعلة تطلب هذا العنصر هو أن الاخذ اعتداءً على حيابة الغير ، ولا يتحقق هذا الاعتداء إلا اذا ارتكب الفعل دون موافقة الحائز عليه ، لانه اذا كان بموافقة فلن يكون اعتداءً على حيابته (١) .

-١٣٦

فعدم الرضا يقصد به أن صاحب المال لا يقر الغير على ما وقع مسن استيلاءً ، وقد يعبر عن هذه الارادة عراحة بالتشبيث بالمال والحرص عليه ومقاومة غاصبه وتظهر هذه الارادة واضحة في السرقة بالاكراه وبالتهديد باستعمال السلاح ، فعدم الرضا هو عدم السماح للجاني بالمساس بالحق الذي يحميه القانون ، وهو حق الملكية والحيابة . فالمشرع المصري لم ينص صراحة على ذلك في المادة ٣١١ عقوبات ولكنه مع ذلك شرط لازم توجيهه طبيعة جريمة السرقة ، فالسرقة ، كما قلنا ، اعتداءً على مال الغير ، والاعتداء لا يستمد صفتيه من طبيعة السلوك الاجرامي للمعتدى فحسب ، بل يستمد هذه الصفة أساسا من عدم الرضا بهذا السلوك من جانب الشخص الذي يملك قانونا ان يقره ابتداءً ، فالفعل الواحد قد يكون اعتداءً على مال الغير في حالة ، وقد يكون على خلاف ذلك في حالة أخرى ، وذلك تبعاً لتخلف الرضا به او لقيامه (٢) . ولكن هل يكفي عدم الرضا وحده لتحقق فعل الاختلاس في القانون المصري ؟

-١٣٧

يرى الدكتور محمد عوض أن بعض الشراح يرون ان عدم الرضا لا يكفي وحده لاعتبار الفعل اختلاسا ويشرطون فضلا عن ذلك ان يقع الاستيلاء على المال بغير علم المجني عليه ومنهم من يرى الاكتفاء باحد الامرين عدم الرضا او عدم العلم .

ولعل الاهتمام بالعلم على هذا النحو راجع الى أن لفظ الاختلاس

(١) د . محمود نجيب حسني - المرجع نفسه - ص ٦٩ .

(٢) د . محمد عوض جرائم الاشخاص والاموال في قانون العقوبات المصري دار المطبوعات الجامعية - ص ٢٣٩ .

يوحى بالاخذ خفية ولكن الاصح انه يكفي اشتراط عدم الرضا سواء اعلم المجني عليه بالسرقة ام لم يعلم بها ، لانه متى اخذ الشيء على غير رضا المجني عليه فالسرقة واقعة لا محالة ، ولو حصل ذلك بعلمه وعلى مرأى منه فقد يكون المجني عليه عاجزا عن رد السارق أو مقاومته . (١)

ويرى الاستاذ أحمد أمين ان عدم العلم لا يقوم مقام عدم الرضا . فالخطف والنهب من ضروب السرقة لا يكفي فيها اشتراط عدم العلم فقط لان الشخص قد يؤخذ متاعه بخير علمه ولكن برضا كضاحب البستان الذي يبيع لزائره أن يقطف ما يشاء من ثماره . فلا يعد فعله سرقة ولو اخذ في غيبة صاحب البستان (٢)

أما القضاة المصري فقد اشترط في مراحل تطوره الاولى عدم العلم واعتبر عدم العلم كافيا وحده لتوفر فعل الاختلاس . وتطبيقا لذلك ذهبت محكمة الاستئناف بالاسكندرية الى انه : اذا أعطى مدين ورقة بخمسة جنيهات باعتبار انها بجنيته واحد وهو قيمة الدين الذي عليه ، فأخذها الدائن المذكور فان هذه الواقعة لا عقاب عليها باجماع الشراح لخلو الفعل من الركن المادي المهم للاختلاس وهو شرط الحصول على الشيء المختلس بدون علم صاحبه (٣) .

وقد ردت محكمة النقض هذه القاعدة في حكم آخر أصدرته سنة ١٩٤٣م وقد جاء فيه " اذا كانت الواقعة كما اثبتها الحكم هي أن المتهم وهو معلم العاب رياضية بمدرسة ما أمر أحد الفراضين بأن يحمل عدة ألواح خشبية من المدرسة ويوصلها الى نجار معين ففعل ، وصنع النجار منها بوفيتها له . فان هذه الواقعة تعد سرقة لانصبا ولا خيانة لامانة لأن الاخشاب لم تكن مسلمة للمتهم بعقد من عقود الاثتمان المنصوص عليها في المادة ٣٤١ عقوبات ، ولانسه من جهة اخرى لم يحصل عليها بطريق الاحتيال بل هو اخذها خلسة بخير علم

(١) د . محمد عوض - المرجع السابق - ص ٢٣٩ .

(٢) الاستاذ أحمد أمين - المرجع السابق - ص ٦١٢ .

(٣) اسكندرية - استئناف - ١٩١٧/٣/٨ - المجموعة س ٢٠ من أ - القضاة

الجنائي - ص ٢١٢ .

عاجبها (١) .

يظهر من هذين الحكمين أن القضاء خلال هذه الفترة كان يشترط لتوافر فعل الاختلاس أن يرتكب الفعل بدون علم الجني عليه ، وأعتبر عدم العلم يقوم مقام عدم الرضا ، أي أن القضاء المصري حتى هذه الفترة كان متأثراً برأي العلامة جبارو الذي اعتبر السرقة أخذ أو رفع أو خطف مال الغير بدون رضا أو بدون علمه، إلا أن القضاء المصري خرج عن هذه القاعدة في أحكام كثيرة واستقر على اشتراط عدم الرضا ، فقد ذهبت محكمة النقض إلى أن التسليم الذي ينتفي به الاختلاس في السرقة يجب أن يكون برضا حقيقي من واضح اليد مقصوداً به التخلي عن الحيازة حقيقية ، فإن كان عن طريق التغافل بقصد إيقاع المشهم وضبطه، فإنه لا يعد صادراً عن رضا صحيح وكل ما هنالك أن الاختلاس في هذه الحالة يكون حاصلًا بعلم المجني عليه لا بناءً على رضا منه . وعدم الرضا لا عدم العلم هو الذي يهيم في جريمة السرقة (٢) .

- ١٣٨ -

وبلاحظ أن محكمة النقض اعتبرت عدم الرضا هو الشرط الأساسي الذي يعتمد به لتحقيق فعل الاختلاس ، فهي بهذا الحكم الحديث قد حسنت الموقف نهائياً .

فلا فعال التي يقوم بها السارق لا تعد غير مشروعة واعتبارها اعتداءً على الملكية أو الحيازة إلا إذا ارتكبت بغير رضا المالك أما إذا ارتكبتها المالك أو الحائز الشرعي نفسه أو ارتكبتها الغير برضا المالك أو الحائز فهي نوع ممن التصرف في الحق . (٣) .

(١) نكص مصري - ج ١٥ / ١١ / ١٩٤٣ طعن رقم ٢٠٦٧ سنة ١٣ ق - مجموعة

القواعد القانونية - الجزء الثاني - القاهرة ١٩٥٨ ص ٧٥٣ .

(٢) طعن رقم ١٧٩٦ لسنة ٤٤ ق / ج ٢ / ٣ / ١٩٧٥ ص ٢٦ ص ٢٠١ .

الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية - الجزء السادس - ١٩٨١ .

(٣) د . محمود نجيب حسني . شرح قانون العقوبات اللبناني - القسم العام

ص - ٢٦١ .

فجريمة السرقة تنتفي اذا وقع الفعل المكون لها برضا المالك أو الحائز وذلك بالتنازل أو السماح للغير بالاستيلاء على حيازته الكاملة أو الناقصة ، وسواء كان هذا الرضا صريحا أو ضميا شفاهة أو كتابة ، الا انه يجب التحوط في معرفة الرضا الضمني وعدم اعتباره موجودا اذا ما احتسج المجني عليه بأنه كان يعلم بأن المتهم سوف يأخذ الشيء ولم يعترض على ذلك ، لأن مجرد سكوت المجني عليه لا يقطع برضائه بالفعل الذي قد يمكن أن يكون فخا للايقاع بالجاني والاساك به متلبسا بالسرقة فالعلم بالشيء لا يعني الرضا به .

أما المشرع السوري والاردني فقد نما صراحة على هذا الشرط - شرط عدم الرضا - فقد نص المشرع السوري عليه في المادة ٦٢١ عقوبات عندما اعتبر السرقة أخذ مال الغير بدون رضاه كما ذهب المشرع الاردني الى نفس التعريف في المادة ٣٩٩ عقوبات. فالقانون السوري والاردني يشترطان صراحة ان يتم فعل الاخذ بدون رضا المالك ، ولم يشترط عدم العلم الى جانب عدم الرضا . فالأخذ كما يمكن أن يقع خفية يقع كذلك علانية أي قد يعلم المجني عليه بالفعل ومع ذلك لا يتحقق فعل الاختلاس اذا كان المجني عليه راضيا بالأخذ .

وتطبيقا لذلك ذهب القضاء السوري الى اعتبار عدم الرضا وحده العنصر الشخصي لفعل الاخذ فقد جاء في حيثيات محكمة النقض ما يؤكد ذلك . . . . . وحيث أنه يتبين ما ذكر أن المدعي عليه استلم الاشياء المحوث عنها من المدعي برضاه ليقوم بحمل معين وهو ايصالها الى المرآب ولم يأخذها بدون رضاه ، فلا يكون عمله من نوع السرقة التي عرفت في المادة ٦٢١ بأنها أخذ مال الغير بدون رضاه . لأنه قد اختلفت وبدد الاشياء التي سلمت اليه لاجراء عمل معين وهو ايصالها الى المرآب . (١)

(١) المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض السورية - ج الثاني - جلسة



وقد أكدت هذه المحكمة حكمها السابق بقرار أصدرته سنة ١٩٦٤ جا<sup>١</sup> فيه \* لا يمكن أن يعتبر فعل المدعي عليه الذي أخذ مالا سلما اليه من رب العمل صاحب المشروع سرقة . لأن السرقة ان هي الا أخذ مال الغير بدون رضاه على ما عرفتها المادة ٦٢١ عقوبات .

فالقضاء السوري كما يظهر من أحكامه يشترط لتحقيق فعل الاختلاس أن يتم فعل الاخذ بدون رضا المجني عليه ، فاذا تم برضاه ، فإن فعل الاخذ لا يتحقق وبالتالي تنتفي السرقة، وذلك لا نتفا<sup>٢</sup> عنصر من عناصر الركن المادي الا وهو عدم الرضا . فالقضاء السوري لم يشترط عدم العلم الي جانب عدم الرضا ولم يتطلب أن يقوم عدم العلم مقام عدم الرضا، بل اشترط فقط عدم الرضا لتحقيق فعل الاخذ تشبيها مع وجهة نظر المشرع الذي اعتبر السرقة أخذ مال منقول للتفسير بخير رضاه .

فالنص صريح لا يحتاج الي تفسير أو تأويل، ولعل هذا راجع الي استعمال المشرع السوري لفظ الاخذ بدل الاختلاس الذي تتطلب طبيعته أن يتم بدون علم وبدون رضا المجني عليه .

أما القضاء الاردني فقد سار على نوال القضاء السوري ولم يحط لعدم العلم اية أهمية سواء أن وجد أم لم يوجد، فالمهم توافر عدم الرضا فتتحقق السرقة . وفي هذا المجال جا<sup>٣</sup> قرار محكمة التمييز . . . هذه الوقائع تفسد أن المشتكي عليه عبد الرحمن أخذ مال الغير دون رضاه ونقله من مكانه وسلمه لابيه للتصرف فيه . وهذا يشكل سرقة بالمعنى المنصوص عليه في الفقرة الاولى من المادة ٣٩٩ من قانون العقوبات لسنة ١٩٦٠ التي عرفت السرقة بأنها أخذ مال الغير دون رضاه . والفقرة الثانية نصت على أن عبارة أخذ المال تعني ازالة تصرف المالك فيـه برفعه من مكانه ونقله . (١)

(١) نقابة المحامين - السنة الخامسة عشرة - العدد ١٢ - تمييز جزأ

١٤٢- أما القضاة اللبناني فانهم بالرغم من نص المادة ٦٣٥ عقوبات التي نصت على أن السرقة أخذ مال منقول مملوك للغير بدون رضا . الا انه اعتبر عدم العلم شرط واجب توافره لتحقيق فعل الاخذ . فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز اللبنانية " أن جرم السرقة لكي يتم يجب أن تتوفر في أفعال مرتكبه عنصر الخلسة . ففي القضية كان المدعي عليه يسحب المبالغ ويحتفظ بها لنفسه علناً ، بعد أن يتمكن من الحصول عليها بالناورات الاحتمالية وبالتزوير التي كانت هي الدافع الذي حمل الموظفين المختصين في البنك على تسليمه هذه المبالغ ، فهو ان لم يكن يتوصل الى هذه المبالغ ويستولي عليها خلسة عن أعين المؤمنين عليها في البنك المدعي . " ( ١ )

ويلاحظ من هذا الحكم أن القضاة اللبناني يشترط الامرين معا عدم العلم وعدم الرضا ، لأن عنصر الخلسة ، يحتوي على عدم العلم وعدم الرضا . وهو الامر الذي اشترطته النظرية الجارسونية كما رأينا فيما سبق .

١٤٣- أما الشريعة الاسلامية فهي تنص على عدم الرضا وعدم العلم صراحة ، فالسرقة في الفقه الاسلامي أخذ مال الغير خفية وبدون رضا . فاذا تسم فعل الاستيلاء بقصد تلك المال وحراسان صاحبه منه بدون رضا تحققت السرقة ، فالرضا لا يعتمد به في الفقه الاسلامي الا بما يتفق مع حكم الشرع . فحق الملكية من الحقوق التي يحتد بالتصرف فيها بالتنازل او الهبة أو نقلها للغير برضا صاحبه متى كان موافقا لما جاء به الشرع . ( ٢ )

فالشريعة الاسلامية تشترط توافر الشرطين معا لتحقيق السرقة ، فاذا لم يتوافر الشرطان معا وتوفر عدم الرضا دون عدم العلم اعتبر الفعل اختلافاً

( ١ ) سمير عالية - مجموعة اجتهادات محكمة التمييز اللبنانية لعامي ٧٢/٧٢  
الجزء الثالث . قرار الغرفة الخامسة رقم ١٥٠ ت ١٩٧٣/٨/٢٣  
( ٢ ) د . محمد صبحي نجم - المرجع السابق - ص ٤٥٠ .

او نهبا او غصبا ولا يعتبر سرقة صغرى حسب رأى جمهور الفقهاء . فالاختلاس حسب هذا الرأى أخذ مال الغير بعلمه وبدون رضاه . فالفقه الاسلامى يشترط أن يتم الاختلاس بعلم المجنى عليه وبدون رضاه ، وهو الامر الذى رفضه القاضي أياس بن معاوية عندما اعتبر الاختلاس صورة من السرقة ان لم يكن السرقة نفسها .

ونحن نؤيد هذا الرأى لأن الاختلاس ، كما قلنا ، هو الخلس والخلس معناه الأخذ على سبيل الاستخفاف كما ورد في لسان العرب .

لا ينتج الرضا أثره في نفي الاختلاس الا اذا توفرت فيه شروط معينة .

أ - يشترط في الرضا صدوره من ذي صفة . فبعض القوانين الاوروبية تذهب الى اعتبار الاختلاس منصبا على الملكية فقط ، كالقانون الألماني و الانجليزي ، فهذان القانونان يعتبران السرقة تجريد المالك من ملكه بصفة نهائية ، فالشخص ذي الصفة في هذه الحالة هو المالك .

الا أن بعض الفقهاء يذهبون الى أن السرقة اعتداء على الملكية عن طريق سلب الحيابة ، فهي اعتداء على الملكية والحيابة معا (١) . وطبقه فان كل من تتوفر فيه صفة الحائز يعتبر أهلا لأن يعتمد برضاه ، فاذا كان الحائز هو المالك نفسه فرضاؤه ينفي الفعل الجرمي ، ان لا يكون في نشاط المدعي عليه اعتداء على الملكية أو الحيابة ، ومن ثم فلا قيام للسرقة . وقد تنور المشكلة في حالة موافقة الحائز غير المالك على فعل الاختلاس ورفض المالك له ، فحسب وجهة نظر الدكتور محمود نجيب حسني فان رضا كل منهما على حدة كاف لنفي الفعل الجرمي ، ان يحول دون القول بالاعتداء على الملكية والحيابة معا ، وهو الاعتداء الذي تفترضه السرقة . فمن تسلم الشيء المؤجر برضا المستأجر فهو ليس سارقا له ، وان كان المؤجر لم يرض بذلك ، ولكنه قد يسأل مع المستأجر عن جريمة اساءة ائتمان ، فاذا تسلم الشيء برضا المؤجر فهو كذلك غير سارق وان عارض المستأجر ، ويعني ذلك أن الرضا النافي للفعل الجرمي في السرقة يصدر عن المالك أو الحائز (٢) .

(١) د . محمد عوض - المرجع السابق - ص ٢٣٩

(٢) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٦٩ .

أما الدكتور محمد عوض فيذهب إلى أن الرضا الذي يعول عليه هو رضا الحائز الفعلي مالكا كان أو غير مالك ، فإذا صدر الرضا من الحائز تخلف الاختلاس ، وأما إذا صدر الرضا من المالك فإن الرضا يكون بمثابة إذن للغير بالتلك ، وهذا الإذن يجرد المالك من حقه ويصبح الفعل مباحا للغير ، فإذا استولى هذا الغير بعد ذلك على المال وقع الاستيلاء عليه تأكيدا لحقه ، وامتنع اعتباره غاصبا (١) .

فالرضا يصدر من المالك أو الحائز مبدئيا إلا أنه يجوز أن يصدر من أى شخص مفوض لذلك من المالك أو الحائز الفعلي . وفي هذا المجال جاء التفسير الرابع للمادة ٣٢٠ عقوبات سوداني يؤكد أن الرضا المذكور في تعريف السرقة يجوز أن يكون صادرا عن صراحة أو دلالة . وجاءت تحت هذا التفسير الأمثلة التالية : عمرو وهو على عودة تامة مع زيد ذهب إلى منزل زيد في غيبته وأخذ أشياء طبع بدون رضا صريح من زيد بقصد أن يعيدها بعد استعمالها ، ففي هذه الحالة يرجح أن يكون عمرو معتقدا أنه حاصل على رضا زيد دلالة باستعمال ذلك النساء ، فإذا كان هذا اعتقاده فهو غير سارق . طلب عمرو أحسانا من زوجة زيد فأعطته نقودا وطعاما وملابس يعلم أنها ملك زوجها ، ففي هذه الحالة يرجح أن عمرو ظم بانها مفوضة بإعطاء النقودات .

وطيه فالرضا يمكن أن يصدر عن المالك أو الحائز الفعلي كما يمكن أن يصدر من مفوضيهما .

١٤٦ - ب - كما يشترط في الرضا أن يكون صادرا عن ادراك واختيار . وطية ذلك وجوب كون الرضا معبرا عن ارادة ذات قيمة قانونية والا كان والاعتراض على الفعل سوا (٢) . وبعبارة أخرى يجب أن يكون الرضا صادرا عن ارادة مدركة ماهية

(١) د . محمد عوض - المرجع نفسه - ص ٢٤٠ .

(٢) د . محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم الخامس -

فقرة ٢٨٠ ص ٢٦٣ .

الاثار القانونية الذي تتجه اليه ، ومن ثم يمتد بها القانون من حيث الصلاحية لاجداث هذا الاثر ، اما الارادة غير المميزة فلا يعتد بها . فصدور الرضا عن ارادة غير مميزة لا يحول دون قيام الاختلاس ، وغني عن البيان فان المجنون والسكران والمعتوه والمخدر تعتبر ارادتهم مجردة من كل قيمة قانونية .

كما يشترط أن تكون ارادة المجني عليه حرة أي ارادة مختارة تتجه الى نقل الحياة طواعية دون أن تخضع في ذلك الى اكراه مادي او معنوي . فالارادة المكرهة ارادة ساعدة لا قيمة لها قانونا .

فالقانون الانجليزي اشترط ان يكون الرضا صحيحا . فالرضا الحاصل عليه بالتهديد لا يمكن ان يحتج به الجاني . فالاكراه في القانون الانجليزي يعدم الارادة . ويصبح التصرف باطلا بطلانا مطلقا ( ١ ) .

١٤٧ - ج - قلنا ان القانون يشترط أن يتم فعل الاختلاس بغير رضا المجني عليه لكن متى يشطلب القانون ذلك ، فهل يجب أن يصد هذا الرضا قبل ارتكاب فعل الاختلاس أم وقت ارتكابه ، أم بعده ؟

يشترط بعض الفقهاء أن يكون الرضا معاصرا للفعل الذي تقوم به الجريمة ، فان كان سابقا عليه فيجب أن يظل قائما حتى يرتكب هذا الفعل ، أما إذا كان لاحقا عليه فلا قيمة له الا من حيث تأثيره على الاجراءات في الحالات المحددة التي يجيز فيها القانون ذلك ( ٢ ) .

ويشترط البعض الاخر توافر الرضا قبل ارتكاب الفعل ، أي أن يكون رضا الحائز سابقا على انها الحياة الاولى أو على الاقل معاصرا لارتكاب هذا الفعل اما اذا كان لاحقا عليه فالجريمة قائمة ( ٣ ) .

( ١ ) KENNY - OP.CIT. P - 261-262

( ٢ ) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٢٦٤ .

( ٣ ) د . عبد الفتاح الصيفي - المرجع السابق - ص ٢٧٥ .

ونحن نؤيد وجهة نظر الدكتور محمود نجيب حسني وذلك لان السرقة كما قلنا ، هي اعتداء على الحيابة بمعنصرها المادى والمعنوى بدون رضا صاحبها . فلتحقق الاعتداء يجب أن يكون هذا الاعتداء بغير رضا صاحب المال ، وعدم الرضا يجب أن يكون صادرا وقت ارتكاب هذا الاعتداء . فالشخص عندما يأخذ الشيء المملوك للغير بهدف تجريد منه ، فان المالك اذا لم يتخل عن ماله أى اذا لم يكن متخليا عن الحيابة الكاملة لقائدة الجاني ، فان هذا الاخير بمجرد أخذه المال بنية تملكه تطبيقا غير شرعي يكون قد ارتكب فعلا الاختلاس، الذى هو أخذ مال الغير خفية وبدون رضا . فعدم الرضا يجب أن يصدر وقت ارتكاب فعل الاخذ كقاعدة عامة، لكن اذا صدر قبيل ارتكاب فعل الاختلاس، أى اذا تخلى المالك او الحائز عن ماله قبل ارتكاب الفعل الجرمي فيجب ان يظل هذا الرضا قائما الى أن يرتكب الفعل الجرمي ، وذلك لان المجني عليه قد يكون راضيا في انتقال ماله من حيابته الى حيابة الجاني قبل ارتكاب الفعل الجرمي ، إلا أنه يتراجع عن رضائه وقت ارتكاب الفعل .

فهنا لا يمكن أن يقال أن المالك او الحائز السابق قد تخلى عن ماله ، كما لا يمكن أن يقال أن رضا المالك او الحائز الذى صدر عنه قبل الاستيلاء والذى تراجع عنه وقت ارتكاب الفعل سبب من اسباب الاباحة في جريمة السرقة . فالرضا السابق للاستيلاء يجب ان يظل قائما الى ان يرتكب فعل الاختلاس

وخاصة لما سبق نقول ان الاختلاس هو نقل الحيابة المادية والمعنوية رغم مشيئة صاحبها . وهذا النقل قد يتم بافعال متعددة كالاخذ والرفع والنزع والخطف والاستيلاء . . . الخ شرط ان تؤدي هذه الافعال الى ايجابية الى نقل حيابة المال من المالك او الحائز الى الجاني او شخص آخر عدا المالك او الحائز ، وان يتم هذا النقل بدون رضا المالك او الحائز السابق . فاذا لم يتم نقل الحيابة المادية والمعنوية فان النقل لا يعد وان يكون مجرد نقل مادي لا ينتج عنه أى اثر . كذلك اذا تم هذا النقل بإرادة المالك او الحائز فان

الاختلاس لا يتحقق وذلك لعدم توافر أحد العناصر الأساسية في الركن المادي في السرقة ، وهو عدم الرضا . كذلك لا يتحقق فعل الاختلاس إذا كان المال موجودا في يد الجاني قبل ارتكاب فعل الاستيلاء وبعبارة أخرى لا يتحقق الاختلاس إذا رفض الحائز حيازة ناقصة رد المال السلم اليه على سبيل الوديعة او الاجارة من المالك . وذلك لان الجاني في هذه الحالة لم يرتكب فعل الاخذ ولم ينقل المال من حيازة صاحبه وانما المال سلم اليه من مالكه ، ومن المعروف ان التسليم الاختياري هو صورة لرضا المجني عليه والرضا متى تحقق وكان خاليا من العيوب ينفي الاختلاس .

هذا باختصار عن شروط توافر ركن الاختلاس - الاخذ - لكن اذا تدخل السارق المنزل بقصد السرقة فضبط داخل المنزل وهو حامل المال المراد سرقة منه فهل يعتبر فعله اختلاسا تاما أم اختلاسا ناقصا ؟ هذا ما سوف نحاول الإجابة عنه في -الباب الثالث المتعلق بالشروع في السرقة .



### المسألة الثالثة

=====

### السرقة في السرقة

=====

من الثابت أن الجريمة لا تعترف دفعة واحدة بمجرد ولادتها في رأس  
الفاعل ، وإنما قبل أن تصل الى نهايتها او تتحقق نتيجتها ثم بطريق يتكسب  
من عدة مراحل تبدأ عموماً خاطرة إجرامية في الذهن ، ثم تتحول الى تصميم  
وهي في هذه المرحلة ، مرحلة التفكير ، لا تعدو ان تكون امراً باطنياً ليس له  
أى مظهر خارجي .

- ١٥٠

ويلاحظ ان القانون لا يجرم شيئاً باطنياً مهما كانت خطورة الفكرة  
الإجرامية التي يحملها الشخص ، حتى لو اعترف بها او اكتشفها ما دام لم يفعل  
شيئاً في سبيل تحقيقها ، فليس للسلطة التشريعية ان تتدخل في تأملات  
الإنسان وأحاديثه الذاتية ، والا كان تدخلها انتهاكاً للحرية الفردية  
لا تبررها أية ضرورة اجتماعية ( ١ ) .

كما ان القانون لا يعاقب على العزم على ارتكاب الجريمة لان العزم  
وان كان يدل على نوع من التحدى الا انه كالتفكير يعتبر من النيات الكامنة فسي  
أعناق النفس ليس لها من خطر على مصالح المجتمع ( ٢ ) .

وقد يتجاوز الشخص مرحلة العزم والتصميم الى مرحلة التحضير للجريمة  
السرقة ، وفي هذه المرحلة تتأكد نية الجاني في تحقيق النتيجة الإجرامية  
التي يسعى لها بحيث يبدو نشاطه واضحاً من الناحية الخارجية ، ومع ذلك  
انه نشاط تحضيرى لا يعد من الاعمال التنفيذية للجريمة كما لو أعد الجاني

- ١٥١

( ١ ) GARÇON - OP.CIT- PARA .32 - SOUS ART 2

( ٢ ) GARRAUD - TRAITE DE DROIT PENAL - TOME I RECUEL -  
SIREY - 1924 - PARA - 227

المفاتيح المصطنعة لسرقة المنزل ، فاعداد المفاتيح ليس جزءاً من الركن المادي للسرقة وهو الاختلاس ، فالاعمال التحضيرية في السرقة لا يعاقب عليها لسببها لتعميم القصد منها ، فإذا اشترى شخص مفتاحاً كما يجوز ان يكون غرضه من ذلك استخدامه في عمل مشروع كفتح باب شقته مثلاً يجوز أيضاً ان يكون الغرض من ذلك استعماله في عمل غير مشروع كالسرقة ، وحتى ولو فرض وعرف غرض الشخص فلا يقف القانون منه الا موقفاً حكماً ، وذلك لانه لم تنزل بين الشخص وبين تنفيذ الجريمة مسافة بعيدة ، فقد يستحوذ عليه الندم أو يرى ان الغنيمه لا تعادل المخاطرة فيرجع عن تنفيذ فعله .

وتطبيقاً لذلك ، فقد ذهبت المحاكم الفرنسية الى انه لا يعد شروعاً في سرقة بل مجرد عمل تحضيرى ، فعل من يمس جيب شخص من الخارج بقصد سرقة ما قد يحتويه هذا الجيب ، ما دام لم يثبت أنه فتح جيب شخص ما أو حاول وضع يده فيه (١) .

كما حكم في مصر ، بان واقعه وجود شخص ومعه صديقه ومفتاح تحسنت صهرج السكة الحديدية المعد لتخزين الغاز ، لا يمكن اعتبارها شروعاً قسري سرقة لانها ليست من أعمال اليد في التنفيذ ، وانما هي أعمال تحضيرية غير معاقب عليها (٢) .

وقد يتجاوز الفاعل هذه الاعمال التحضيرية الى الاعمال التنفيذية ، كما لو وضع الجاني يده في جيب المجني عليه الا انه ضبط قبل اخراج النقود من الجيب . ويعتبر اليد في التنفيذ الركن المميز في الشروع .

فالشروع كما نصت عليه القوانين هو : اليد في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية او جنحة اذا اوقف أو خاب أثره لاسباب لا دخل لارادة الفاعل فيها .

( 1 ) CHAMPERET - 12/8/1899 - S - 1899 - 2 - 312

( ٢ ) نكص مصرى - ١٩٢٣ / ٣ / ٦ - مج ٢٥ عدد ١

لكن متى يعتبر الفعل بداً في التنفيذ ، ومتى يعتبر عملاً تحضيرياً ؟  
فإذا وضع شخص سلماً على جدار وأخذ يرقاه حتى يصل الى السطح بقصد  
السرقه فهل هذا الفعل يعتبر بداً في التنفيذ أم أنه من أعمال التحضير ؟  
هذا ما سوف نحاول بيانه فيما يلي .

### الفصل الاول

=====

ضابط التفرقة بين التحضير للسرقه والبد في تنفيذها

=====

هناك من الاعمال ما لا يثير تكييفها جدلاً جدياً فيبدو تحضيرياً

- ١٥٣

لاابهام فيه - كما لو اشترى المرء آلة الجريمة ، وفي احيان اخرى ايضا لا يكتف  
الفعل اى ليس فيبدو وبداً في التنفيذ - كما لو أسلك المجني عليه يد الجاني  
وهي في جيبه وقد أطبقها على المال قصد سرقة . ففي هذه الحالة يتكون  
الشروع في جريمة السرقة (١) .

لكن اذا وضع شخص سلماً على جدار منزل وأخذ يرقاه بقصد السرقه فهل  
هذا الفعل بداً في تنفيذ الجريمة أم أنه من أعمال التحضير ؟

ان الشراح الفرنسيين يذهبون بشأن هذه المسألة مذاهب مختلفين  
ياخذ فريق منهم بالنظرية الموضوعية ، وياخذ الفريق الاخر بالنظرية الشخصية .

النظرية الموضوعية = وفقاً لهذه النظرية أن الجاني لا يعاقب الا اذا بد  
في تنفيذ الفعل المادى المكون للجريمة كما نص عليها القانون ، فلو كانت الجريمة  
تتكون من عدة أفعال فالشروع فيها يتحقق بارتكاب احد هذه الافعال أو البد  
في أحدها ، وانما كانت تتكون من فعل واحد فان الشروع هو البد في تنفيذه

- ١٥٤

(١) د . عبد الفتاح الصيفي - المرجع السابق - ص ٢٨١

هذا الفعل ، أي يجب أن يكون الجاني قد أتى فعلاً من الأفعال الداخلة في الركن المادي للجريمة (١) .

وفي هذا الصدد يقول موليني أن الأفعال التنفيذية هي التي تشكل الجريمة وتعطيها الوجود ، أما الأفعال التحضيرية فهي التي تسبق التنفيذ وتتهيء لتسهيل الجريمة وجعلها ممكنة الوقوع ولكنها ليست من العناصر المكونة لذات الجريمة، ولا تدخل في التعريف القانوني لها (٢) .

أما الأستاذ فيللي فهو يرى أن الفعل التحضيري ليس فيه شيء من الجريمة، ولا يوجد بينه وبين الجريمة أي ارتباط ضروري : أما الفعل التنفيذي فهو بدء في الجريمة، وجزء مكمّل لها ولا يمكن فصله عنها ، فإذا ما أختتمت الجريمة التي ينوي الفاعل ارتكابها في مجموعها بحسب تعريفها القانوني وتعدت عنها إذا كان الفعل المذكور جزءاً منها ، فإذا كان الفعل المذكور جزءاً منها فالفعل تنفيدي أما إذا لم يكن كذلك فالفعل تحضيرى (٣) .

فحسب هذه النظرية إن البدء في التنفيذ هو جزء من الركن المادي للجريمة يرتبط بها ويكملها ولا يمكن فصله عنها ، وأما الفعل التحضيري فهو ليس جزءاً منها ولا يرتبط بها وإنما هو فعل يهيء لتسهيل الجريمة وجعلها ممكنة الوقوع ولكن ليس من الركن المادي والعناصر المكونة لها .

نقد النظرية الموضوعية : رغم محاسن هذه النظرية التي تتشمل في سهولة التطبيق والأيضاح إلا أنها ضيقة ، فهي قاصرة على عدد قليل من الأعمال

- 100

(١) د . أحمد صفوت - شرح القانون الجنائي - القسم العام - مطبعة حجازي

ص ١٢٨ .

(٢) - موليني - المطول النظري والعلمي لقانون العقوبات - الجزء الثاني

ص ٩٥ عن حميد السعدى . المرجع السابق - ص ١٢٤ .

(٣) فيللي - الموجز في القانون الجنائي - ص ٨٩ - حميد السعدى - المرجع

السابق - ص ١٢٥ .

الخارجية التي تعد بد<sup>٤</sup> في التنفيذ ، لذا فان تطبيقها يؤدي الى افلات عدد كبير من المجرمين وهي كذلك تهمل الجانب النفسي للمتهم . فخطورة المجرم مهما بلغت درجتها لا تعيرها هذه النظرية أي أهمية . ونتيجة لهذه العيوب والقصور حاول أنصارها ان يوسعوا من دائرتها فقالوا ان الشروع هو البد<sup>٥</sup> بتنفيذ الركن المادي للجريمة او القيام بعمل يعتبر ظرفا مشددا ، ونتيجة لهذا التوسع اصبح يعتبر شارعا في السرقة الشخص الذي يهبط وهو يتسلق الجدار بقصد السرقة . وبالرغم من هذا التعديل الا انه لا يمكن اعتبار مجرد حمل السلاح او ظرف الليل او صفة الخادم شروعا مع انها ظروف مشددة ، فهذه الظروف والصفات لا تعتبر ظروف مشددة الا اذا تحقق فعل الاختلاس ، فقاعدة الظروف المشددة لا تثار الا اذا تمت الجريمة او تم الفعل الجرمي ، فالتسلق لا يعاقب بقوة السرقة الموعوفة الا اذا استولى على المال عن طريق التسلق ، فالتسلق ليس دليلا على ان المتهم تسلق الجدار بغرض السرقة فقد يكون غرضه القتل او الزنا . . . الخ .

النظرية الذاتية : نتيجة لفشل النظرية الموضوعية في التفرقة بين الاعمال التحضيرية للسرقة والبد<sup>٥</sup> في تنفيذها ، ظهرت نظرية تعتمد على المعيار الشخصي في تقدير الفعل الصادر من الفاعل وهي تأخذ بعين الاعتبار الصفة الخطرة للجاني وكذلك ضرورات الدفاع الاجتماعي .

ويذهب البعض الى ان البد<sup>٥</sup> في التنفيذ هو " العمل الذي يدل على نية اجرامية نهائية " او هو " العمل الذي يكون قريبا من الجريمة بحيث يمكن ان يقال ان الجاني قد اقلق باب الرجوع عنها واضطلع بمخاطرها (١) ، ولكن اوضح الصيغ واكثرها تأبيدا في الفقه والقضاء هي التي تعرف البد<sup>٥</sup> في التنفيذ بانه " العمل الذي يؤدي حالا ومباشرة الى الجريمة " (٢) .

(١) د . محمود نجيب حسني ، المرجع السابق - ص ٣٦٥ .

(٢) جارسون تحت المادة ٣ - بند ٥١ ذكره - محمود نجيب حسني -

المرجع نفسه - ص ٣٦٦ .

الموقوفة في السرقة أو الجريمة الخائية ، والجريمة المستحيلة ، والعدول الاختياري والاضطراري . ونفضل ان نبدأ بالعدول فيما يأتي

العدول الاختياري والاضطراري : قد يتوقف تنفيذ الفعل لاسباب اختيارية، كما قد يتوقف لاسباب اضطرارية، ويطلق على الحالة الاولى العدول الاختياري وعلى الثانية العدول الاضطراري . -١٦٠-

فالعدول الاختياري مقتضاه ان يبدأ الجاني في تنفيذ جريمته ثم يتراجع عنها تراجعا تلقائيا ، وعندئذ يتجاوز الشارع عن عقابه تشجيعا له على التراجع عن سلوكه الاجرامي من جهة ، ولان هذا التراجع ينبئ من جهة اخرى عن عدم خطورة صاحبه الى المدى الذي يستاهل العقاب . والعدول الذي يعتد به القانون هو العدول الاختياري الذي يقع بعد البدء في التنفيذ وقبل تمام الجريمة ، فاذا ما وقع اثناء مرحلة التحضير فلمس له اثر قانوني ، لان مرحلة التحضير لجريمة السرقة غير معاقب عليها اساسا ، ولكن اذا تمت الجريمة فلا مندوحة من معاقبة الجاني حتى ولو اُصلح الضرر الذي أحدثه ، كما لو أعاد الشيء المختلس ، ولا يهم الباعث الذي دفع الفاعل الى النكوص عن الاستمرار في تنفيذ الجريمة واتمامها ، فسواء كان الباعث شريفا ام لم يكن كذلك فلا عسرة به (١) .

فاللص الذي يتسلل الى الشرفة التي يروم السرقة منها ، ثم يشعر انه مراقب ، فيصرف النظر عن مشروعه ، فان عدوله هذا وان كان الباعث عليه غير شريف لانه نتيجة خوف وجبن ، الا انه يعتبر اراديا وتلقائيا .

ان صورة العدول الاختياري قاصرة على حادثة الشروع في الجريمة التي كان ينوي ارتكابها ، ولكن هذا لا يحول دون ملاحظته جنائيا عن الفعل ، الذي قام به اذا كان يكون بعد ذاته جريمة مستقلة ، مثل التسلل الى المنزل بقصد السرقة ، فالجاني اذا عدل عن اتمام جريمة السرقة بارادته لا يسأل عن الشروع

(١) د - حميد السعد: المرجع السابق - ط ١٩٦٧ - ص ١٨٩

في السرقة الا انه يبال عن جريمه انتهاك حرمة منزل مسكون .

أما العدول الاضطراري فهو العدول الذي يرجع الى اسباب خارجية فرضت على الجاني عدم اتمام الجريمة . فإرادة الجاني لم تكن حرة في عدولها بل كان ثمة اكراه معنوي او مادي يرسم لها اتجاهها ، ومثال ذلك مقاومة المجني عليه للجاني وعجز هذا الاخير عن التغلب على المجني عليه . وحكم العدول الاضطراري انه يشكل شروعا معاقبا عليه بلا نزاع .

وقد يرجع سبب العدول الى أمور عارضة كتهوم الجاني بوجود اشياء خافته وجعلته يقرر العدول .

وفي هذا الصدد يذهب العميد بوزا الى المقارنة بين الارادة وبين دور الصدفة او القوة القاهرة في كل واقعة ، فاذا كانت الارادة اقوى اعتبر العدول اختياريًا، أما اذا كانت القوة القاهرة او الصدفة اقوى فالعدول اضطراري . أما في حالة الشك فيجب اعتبار العدول اختياريًا استنادا الى قاعدة الشك تفسر لصالح المتهم ( ١ ) .

وقد يكون العدول مختلطا من حيث طبيعته ، ان فيه جانب اختياري وجانب غير اختياري ، أي ان العدول لم يكن وليد عطية نفسية خالصة وانما عرضت للفاصل واقعة خارجية أثرت على تفكيره وارادته وجعلته يقف عن نشاطه الاجرامي ، ومثال ذلك ان يرى الجاني شخصا مقبلا نحوه فيظنه انه شرطي .

ويرى الاستاذ محمود نجيب حسني ان العدول المختلط ليس عدولا ، لان العدول الاختياري يجب ان يكون اراديا محضا ، وهذه الصفة غير متوفرة فسي العدول المختلط ( ٢ ) .

الجريمة الموقوفة او الخائبة - قد يتخذ الشروع صورة جريمة موقوفة او خائبة ، والجريمة الموقوفة تمثل بدو التنفيذ الذي لا يكون الجاني قد استفاد فيه بعد كل نشاطه الاجرامي وتسمى بالشروع الناقص .

( ١ ) P - BOUZAT . TRAITE DE DROIT PENAL ET DE CRIMINOLOGIE TOME I - 2 EME ED - LIBRAIRIE DALLOU - 1970. P 295-296

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Center of Thesis Deposit

ومثال ذلك ، اللص الذي يحاول السرقة من منزل فيقبس عليه قبل ان يتمكن من اختلاس المال الذي اراد سرقة . ففي هذه الحالة لا مناص من العقاب على الشروع لان عدم اتمام الجريمة يرجع الى سبب لا دخل لاراد الجاني فيه ، وقد يكون العدول اختياري ، كما لو ترى له ان يتراجع فترك الاشياء التي هم بسرقتها وخرج ففي هذه الحالة لا عقاب عليه .

أما الجريمة الخائبة فهي تمثل بدء التنفيذ الذي يكون الجاني فيه قد استنفذ كل نشاطه الاجرامي ، باذلا كل ما في وسعه لتحقيق هدفه الا انه لم تتحقق النتيجة لاسباب لا دخل لارادة الجاني فيها (١) .

لكن هل يتصور العدول الاختياري في الجريمة الخائبة ؟

- ١٦٤ -

لقد ذهب بعض الفقهاء الى عدم تصور العدول الاختياري في الشروع التام بحجة ان الجاني يكون عادة قد قام بكل الاعمال اللازمة لتنفيذ الجريمة ، فاذا لم تتحقق نتيجتها فذلك راجع لامور خارجية مستقلة عن ارادته (٢) .

ويقول رأي آخر ان العدول الاختياري يتصور في الشروع التام اي الجريمة الخائبة وذلك اذا قام الجاني ، بعد انجاز محاولته الاجرامية ، بعمل يفسد به آثارا تلك المحاولة ويحول دون تحقق نتيجتها .

ويشترط هذا الرأي ان تكون اعمال الجاني المكونة للبدء بالتنفيذ مما يمكن تداركها بعد وقوعها وقبل ان تنتج اثرها ، مثال ذلك الزوجة التي تسمم السم في طعام زوجها بنية قتله ثم تسقيه الترياق لازالة السم فلا يموت .

اما اذا لم تكن متداركة بطبيعتها وكانت كافية لاحداث النتيجة الجرمية ، ولكن أثرها خاب لاسباب مستقلة عن ارادة الجاني فان الشروع يعتبر تاما ومعاقبا عليه (٣) .

(١) د . رؤوف عبيد - المرجع السابق - ص ٣٩١ .

(٢) ، (٣) د . حميد السعدى - المرجع السابق - ص ١٩٢ - ١٩٣ .



لكن ما حكم استرداد الشيء المختلس ، وهل يمكن اعتباره عدولا اختياريا  
في جريمة خائبة ؟ اذا أخذ اللص المال المسروق الى منزله ثم اعاده الى صاحبه  
فيما بعد بدافع الندم ، فلا أثر لهذه الاعادة لحصولها بعد اتمام الجريمة  
فاسترداده الى اصله باختيار يعتبر توبة ايجابية .

وفي هذا الصدد يقول الاستاذ محمود نجيب حسني \* فاذا تمت الجريمة  
استحق مرتكبها العقاب فلا يجد به بعد ذلك ندم او اصلاح الضرر الذي ترتب  
عليه الجريمة ، وتحليل ذلك ان الاهمية القانونية للمعدول مقتصرة على الشروع دون  
الجريمة التامة (١) .

اما الدكتور أحمد صفوت فيرى ان ازالة اثر الجريمة بارادة التهم بعد  
اتمام تنفيذها لا يحولها من جريمة تامة الى شروع كرد السارق المال المسروق (٢) .

الجريمة المستحيلة في السرقة : تعني الجريمة المستحيلة حالة ما اذا لم  
يكن في وسع الجاني في الظروف التي اتى فيها فعله ، او في وسع شخص آخر  
مكانه ان يحقق النتيجة الجريمة (٣) .

والاستحالة اما ان ترجع الى الوسيلة المستعملة واما الى صفة ما في محل  
الجريمة . ومن الامثلة التي ترجع الى الوسيلة ، استعمال مادة غير منومة للسرقة ،  
ومن امثلة الاستحالة التي ترجع الى محل الجريمة لا يكون المال المطلوب سرقتة  
موجودا في جيب المجني عليه (٤) .

فالجريمة المستحيلة في السرقة تظهر عادة عند عدم وجود المال المراد

- 
- (١) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص - ٣٩٠ .
  - (٢) د . أحمد صفوت - المرجع السابق - ص ١٣٨ .
  - (٣) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٣٧٤ .
  - (٤) د . رؤوف عميد - المرجع السابق - ص ٣٩٤ .

اختلاسه ، فقد يصم شخص على ارتكاب جريمة السرقة ، فيلاحق المجني عليه ويحاذيه بينما هما في القطار ويبد يده في جيبه واذا بالجيب خال من النقود . ففي هذه الصورة كان الجاني قد قام بالبد بالتففيذ الا ان الجريمة خاب أثرها لانقاذ وجود الشيء المراد اختلاسه . ولكن فهل تعتبر هذه الوقائع مكوّنة لجريمة الشروع العقاب عليه ام لا ؟ .

- ١٦٨ -

للإجابة عن هذا السؤال ذهب الفقهاء مذاهب عدة . فقد ذهب بعض الفقهاء اخذا بالمذهب الموضوعي الى عدم العقاب على الجريمة المستحيلة مهما كانت صورها أو طبيعتها ، على أساس انه لا يمكن تصورهما الا اذا كانت ممكنة التنفيذ ، وحيث توجد استحالة فلا يتصور التنفيذ كاملا او جزئيا ، فحسب هذا الرأي ، الشروع في المستحيل مستحيل ، فالجريمة التي يستحيل تنفيذها يستحيل بد تنفيذها ، وما دام ان الركن النائي لا يمكن تحققه فتحقق بخصه غير ممكن (١) .

ولما كان هذا الاتجاه يؤدي الى افلات عدد كبير من المجرمين ، فقد ذهب فريق من المؤيدين للمذهب الموضوعي الى سد الثغرات في مذاهبهم واخذوا يفرقون بين نوعين من الاستحالة ، الاولى استحالة مطلقة سواء اكانت راجعة الى محل الجريمة ام الى الوسيلة المستعملة . وقد جرى القضاء على عدم العقاب على حالة الاستحالة المطلقة بالنسبة للغاية والوسيلة . فقد حكمت محكمة النقض المصرية بعدم العقاب على محاولة اجهاض امرأة غير حامل ، ومحاولة قتل انسان ميت . . . الخ (٢) .

(١) د . حميد السعدى - المرجع السابق - ص ١٩٣

(٢) د . أحمد صفوت - المرجع السابق - ص ١٣٠

أما الثانية فهي الاستحالة النسبية وهي ظروف لا تتحقق فيها النتيجة  
الجرمية لظهور ظروف معينة خاصة ، لو انتفت لكان من الممكن ان يتعرض حـق  
المجني عليه للخطر، وبعبارة اخرى ان الفعل لو وقع في ظروف اخرى غير السـتـي  
وقع فيها لكان من الممكن ان يتعرض الحق المحمي قانونا للخطر .

وتطبيقا لذلك فقد طبقت محكمة النقض الفرنسية العقاب على كل احوال  
الاستحالة النسبية في الغاية او في الوسيلة . فحكمت بالعقاب على سارق وضع  
يده في جيب ولم يكن بالجيب مال (١) .

كما طبقت نفس العقوبة على شخص حاول سرقة عند وبق النذور من كنيسة  
ولم يكن به مال (٢) .

ولقد أخذت محكمة النقض المصرية بهذا الرأي مقررة انه لا عقاب على من  
يرتكب جريمة مستحيلة استحاله مطلقه ، اما اذا كانت الاستحالة نسبية فيجوز  
وجوب جريمة ، وطلبه فاذا وضع شخص يده في جيب آخر بقصد السرقة ولم يجد  
شيئا فيه يعد مرتكبا لشرع في سرقة (٣) .

وقد أكدت هذه المحكمة نفس المبادئ في حكم قضت فيه ان : من المقرر  
انه لمن بشرط في جريمة الشرع في السرقة ان يوجد الطال فعلا ما دام ان نية  
الجاني قد اتجهت الى ارتكاب السرقة (٤) .

وبلاحظ ما سبق ان المؤيدين لهذا الرأي من الفقه والقضاء بتسييرهم  
بين الاستحالة المطلقة والنسبية ، يرون ان العقاب جائز في الحالة الثانية

- (١) نقض فرنسي ١٨٩٥/١/٤ - ج اللوز ٩٦-١-٢١
- (٢) نقض فرنسي ١٨٧٦/١١/٤ - بصرى - ٧٧-١-٤٨
- (٣) نقض مصري ١٩٢٤/١١/٣ مج ٢٧ عد ٢٥ - جندي عبد المالك  
المرجع السابق - ص ٢٤٧ .
- (٤) طعن رقم ١١٧٥ لسنة ٤٨ ق - ج ١٥/٣/١٩٧٩ ص ٣٠ ص ٣٤٦ -  
الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية - ص (٤٠)

وغير جائز في الحالة الاولى للاسباب التي ذكرناها . الا ان غالبية الشراح لا يرون وجها للفرقة بين الاستحالة المطلقة والنسبية لان التمييز بينهما هو تصوري لا حقيقي ، لان الاستحالة واحدة في كلا الحالتين وهي عبارة عن عدم امكان تحقق الجريمة في الظروف التي احيطت بها .

-١٢٠-

اما العلامة جارو فقد ذهب الى تقسيم الجريمة المستحيلة بالنظر الى هذه الاستحالة الى قانونية ومادية ، وتعني الاستحالة القانونية انتفاء أحد عناصر الجريمة بحيث لا يمكن ان توصف النتيجة التي سعى لها بانها نتيجة اجرامية ، فهو يسعى الى تحقيق وضع لا يجرمه القانون ومن ثم لا عقاب عليه ، اما الاستحالة المادية فترجع الى ظروف مادية جعلت الجاني لا يستطيع تحقيق النتيجة التي يهدف اليها (١) .

وطيه فمن اختلس مالا يعود اليه لا يمكن اسناد جريمة ضده لسبب بسيط هو ان القانون يتطلب توافر ملكية الغير للمال المختلس حتى تقوم جريمة السرقة ، فالقانون يستلزم توافر عناصر الجريمة الاساسية سواء اكانت تامة ام ناقصة . فالاستحالة في هذا الغرض استحالة قانونية ، اما اذا كانت مادية ومثالها عدم وجود المال المراد سرقة في المكان الذي ظنه فيه الجاني فان الشروع يتحقق .

-١٢١-

اما الاستاذ فان ليست فقد خالف جارو واعتبر من يسرق شيئا معتقداً انه ملك لغيره ، ويتضح انه ملكه هو ، فقد اعتبر شارعا في جريمة السرقة .

ونحن نؤيده في ذلك لان الجاني في هذه الحالة قد ارتكب الافعال التي يتطلبها الشروع ، بالاضافة الى ذلك فان اركان الشروع كلها متوفرة في هذه الحالة ، فالجاني قد قام بارتكاب الفعل بقصد ارتكاب جنحة السرقة الا ان النتيجة لم تتحقق بسبب لا دخل لارادة الجاني فيه ، فهو ارتكابه الفعل الذي هو الاخذ بقصد تجريد المالك من ماله ، أي اخذ المال بنية تملكه وعدم تحقق

(١) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٢٧٧

النتيجة التي هي انتزاع المال من صاحبه ودخوله في حيازة الجاني ، يكون قد ارتكب شروعا بغض النظر عما اذا كانت النتيجة مستحيلة استحالة مطلقة أم نسبية ، ما دام ان النتيجة لم تتحقق لسبب لا دخل لارادة الجاني فيه .

اما انصار المذهب الشخصي فيعتبرون الجريمة المستحيلة سواء اكانت مطلقة أم نسبية معاقبا عليها، استنادا الى فكرة الخطورة الاجرامية التي تظهر عادة عند الفاعل عندما يقوم بفعل مجرما قانونا، لا يؤدي الى احداث النتيجة الجرمية لسبب لا دخل لارادة الفاعل فيه ( ١ ) .

ويرى الدكتور حميد السعدى ان حالة من يحاول اختلاس مال الغير ويتسلل الى داره من اجل ذلك فلا يعثر على المال ، فانه سواء نظرنا اليها من زاوية المذهب الموضوعي او من الزاوية التي ينطلق منها جازو ، فانها خاضعة للعقاب على اساس انها شروع في جريمة السرقة ، على انها تعد كذلك من سبب اولى وفقا للمذهب الشخصي، على اعتبار ان الجاني قد اراد ان يرتكب جريمة وسعى اليها فعلا ، الا ان مسعاه قد خاب لاسباب مستقلة عن ارادته ( ٢ ) .

( ١ ) GARÇON - OP.CIT - SOUS ART 3 - PARA 3

( ٢ ) - د . حميد السعدى - المرجع السابق - ص ١٩٨

## الفصل الثاني

ضابط التفرقة بين الاختلاس التام والشروع

=====

١٢٢- لما كان الاختلاس كما يتحقق بانتزاع الشيء ماديا من حيازة المجني عليه، يتحقق كذلك بانصراف نية الجاني الى تملك الشيء المسلم الى الجاني للاطلاع عليه ومعابنته . وطلبه يتعين تحديده متى يتم الاختلاس في هاتين الحالتين .

١٢٣- الحالة الاولى حيث ينتزع الجاني الشيء ماديا من حوزة المجني عليه . فقد اعتبر رأى ان الاختلاس يتم بمجرد وضع السارق يده على الشيء المسروق ورفع من مكانه، وذهب رأى آخر الى ان الاختلاس لا يتم الا بنقل الشيء من مكانه الى المكان الذى اراد السارق ايداعه .

وذهب رأى ثالث وهو الرأى الراجح الى ان الاختلاس لا يتم الا بالاستيلاء على المسروق استيلاء تاما، يخرج من حيازة صاحبه ويجعله في قبضة السارق ومكنته، حيث يصح ان يقال عندئذ ان الشيء قد خرج من حيازة صاحبه ودخل في حيازة الجاني (١) . فالركن المادى للسرقة يعتبر تاما اذا تحققت جميع عناصره ويفترض هذا الركن اخراج الشيء من حيازة المجني عليه وادخاله في حيازة اخرى، ويعنى الاخراج انها جميع السلطات المادية التي كان يمارسها المجني عليه على الشيء، ويعنى ادخال الشيء في حيازة الجاني او غيره صيرورة الشيء موضوعا لسلطات الحيازة يباشرها عليه الحائز الجديد فحسب هذا الرأى الاخير ان الاختلاس لا يتم الا بالسيطرة الفعلية . وهذه السيطرة لا تتوافر الا اذا كان الشيء بعينها عن رقابة المجني عليه وبمباراة اخرى ان السيطرة الفعلية لا تتحقق الا اذا انتقل الشيء ماديا وبصورة نهائية الى حوزة الجاني ، ويقضى ذلك ان يستتب الاحراز المادى للجاني على الشيء بصورة هادئة مطمئنة (٢) . ولعل هذا ما دعا الاستاذ

(١) أحمد أمين . المرجع السابق - ص ٦٤٦

(٢) أحمد فتحي سرور - الوسيط في شرح قانون العقوبات المصرى - القسم

الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٨ ص ٦٢٨

جارو الى القول بان الاختلاس لا يتم الا بخروج اللص من المكان الذي سرق منه، لان الشيء لا يخرج من حيازة صاحبه خروجا تاما اذا كان السارق لا يزال باقيا ومعه الشيء المسروق داخل المنزل. وينبغي على ذلك ان كل فعل سابق على هذه اللحظة يعد شروعا فقط . ولا عقاب عليه اذا عدل عنه المتهم باختياره .

- ١٢٤

وتطبيقا لهذا الرأي قضت محكمة النقض المصرية بان السرقة لا تتم الا بالاستيلاء على الشيء المسروق استيلاء تاما يخرج من حيازة صاحبه ويجعله في قبضة السارق وتحت تصرفه . فاذا نقل المتهم كمية من القمح من مخازن محطة السكة الحديدية الى مكان آخر في دائرة المحطة بعيدا عن الرقابة، ثم حضر ليلا وهو يحمل سلاحا ومعه آخرون وحملوا القمح الى خارج المحطة حتى ضبطوا به . فان هذه الواقعة تكون جريمة سرقة بالنسبة للمتهم ولزلائه ولا يصح ان تعتبر جنحة . لان القمح لم يكن عندما نقله المتهم بمفرده قد خرج عن حوزة السكة الحديدية، فلا يعتبر اختلاسا تاما الا عندما نقله المتهمون معا من دائرة المحطة في الظروف التي نظروها فيها والسرقة في هذه الحالة تكون جريمة (١) كما اخذت بهذا الرأي محكمة طهطا الجزائية حيث قضت انه اذا وقعت السرقة في حديقة وضبط المتهم قبل ان يخرج منها فان الواقعة تكون شروعا في سرقة (٢) .

وحدثنا قضت محكمة النقض المصرية ان السرقة لا تتم الا بالاستيلاء على الشيء المسروق استيلاء تاما يخرج من حيازة صاحبه ويجعله في قبضة السارق وتحت تصرفه (٢) . وقد انتقد الاستاذ احمد امين هذا الرأي بقوله \* لا علاقة مطلقا بين بقاء السارق داخل المنزل وخروجه منه وبين تمام السرقة او عدم تمامها . فقد تتم السرقة بغير ان يخرج الجاني من المكان الذي وقعت فيه

- 
- (١) نقض مصري - ج ١١/٥/١٩٤٢ - طعن ١٢٢٨ ص ١٢ ق مج القواعد القانونية ج - الثاني
- (٢) طهطا الجزائية - ١٩١٥/١/٥ - المجموعة الرسمية ص ١٦ رقم ١٠١
- (٣) طعن رقم ٤٩٨ ص ٤٨ ق - ج ١٥/١٠/١٩٢٨ ص ٢٩ - الموسوعة الذهبية - ص ٤٠١

وتطبيقاً للنظرية الشخصية قررت محكمة النقض السورية في حكمها الصادر عام ١٩٥٥ : ان القاص القبض على السارق بعد دخوله الدار يقضى في حيز الشروع . اذا كان دخول الدار بقصد السرقة قد تم فهو يؤدي مباشرة الى الشروع بتنفيذ الجريمة المذكورة ويعتبر من الاعمال الرامية الى اقترافها، الا انه ليس من الاعمال المشتملة لها بسبب خيبة الداخل نتيجة القبض عليه (١) .

كما اخذت بهذا المعيار محكمة النقض المصرية حينما اضرت ان فتوح المتهم لباب المنزل المسروق لسرقة ماشية فيه ودخوله في الحوش الموجودة فيه الماشية يعتبر بدءاً في تنفيذ جريمة السرقة لانه يؤدي فوراً وبمباشرة الى اتمامها (٢) .

قلنا ان مراحل السلوك الاجرامي تبدأ بمرحلة التفكير والتصميم ومرحلة التحضير ومرحلة بدء التنفيذ ، وقد عرفنا ان المرحلة الاولى لا تدخل تحت طائلة القانون ان القانون لا يتدخل في تفكير الناس ورغباتهم ، كما انه لا يعاقب عن الاعمال التحضيرية كقاعدة عامة لان التحضير وان كان يظهر النية الجرمية للفاعل الا ان القانون يعطي فرصة للفاعل لكي يتوقف او يحجم عن اتيان الفعل . اما البدء في التنفيذ فهو جزء من الركن المادي للجريمة فاذا قام الجاني بالتسليق او الكسر بغرض السرقة فانه يكون في هذه اللحظة قد ارتكب فعلاً يدخل في الركن المادي للسرقة ، فاذا لم تتحقق النتيجة الجرمية لسبب لا يدخل لارادة الجاني فيه فان الفعل يعتبر شروفاً في السرقة الا انه قد يتوقف لاسباب تعود للجاني وفي هذه الحالة لا يتحقق الشروع . ولتوضيح ذلك نتطرق الى وقف التنفيذ بايجاز فيما يلي .

وقف التنفيذ : قلنا ان الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جنحة او جناية اذا اوقف او خاب اثره لاسباب لا دخل لارادة الفاعل فيها . وعليه فان هذا الموضوع اي موضوع وقف التنفيذ يقتضي دراسة ثلاثة مواضع هي الجريمة

(١) محكمة النقض السورية - ج ٦٤٨ ق ٦٢٢٢ ج - ١٩٥٥/٩/٦

(٢) - محكمة النقض المصرية - ج ١٩٣٤/٤/٢٩ طعن رقم ١٦٤ سنة ٤ ق -



كما لو سرق خادم أو صيف في منزل متاعا لصاحب المنزل ووضع في غرفته الخاصة أو حقيبة خاصة . فلا ريب أنه يعد مرتكبا لسرقة تامة رغم استمرار بقا الشيء في المنزل (١) .

أما الاستاذ أحمد فتحي سرور فإنه يفرق في هذه الحالة بين دخول المتهم الى المكان الذي به الشيء المسروق بطريقة غير مشروعة وبين دخول المتهم في هذا المكان بطريق مشروع . فبالنسبة لدخول المتهم الى المكان الذي به الشيء المسروق بطريقة غير مشروعة فإن السيطرة الفعلية للجاني على الشيء الذي وضع يده عليه لا تتم الا اذا خرج تماما من هذا المكان ، فاذا ضبط بداخله كانت الواقعة شرعاً . كما ان الخروج بالشيء لا يكون تاماً اذا طارده المجني عليه أو الناص لان هذا التعقيب لا يحقق له السيطرة الفعلية على الشيء ، ومن ثم كان ضبط المتهم بالشيء اثناً المطاردة يجعل الواقعة شرعاً . وملاحظ ان أحمد فتحي سرور في هذه الفرضية يذهب الى نفس الرأي الذي تأخذ به الشريعة الإسلامية التي تشترط خروج الجاني بالشيء المسروق من المكان المعد لحفظه فاذا ضبط الجاني في الحيز اعتبر الاخذ ناقصاً اي شروطاً . فالأخذ في الشريعة الإسلامية لا يعتبر تاماً الا اذا خرج السارق من الحيز بالشيء المسروق .

أما اذا كان الجاني قد وجد في المكان الذي به الشيء المسروق بطريق مشروع، فإن السيطرة الفعلية للجاني على الشيء الذي وضع يده عليه تتم بمجرد اخفائه الشيء عن انظار المجني عليه ولو لم يخرج من هذا المكان ، وذلك كما في حالة دفن السارق الشيء في حديقة المسكن، بحيث لم يعد في وسع المجني عليه ان يعثر عليه في حديقة المسكن فالسرقة تعد تامة .

- ١٢٥ -

ونحن نؤيد رأي الاستاذ أحمد أمين وذلك لان الاختلاس هو انهاة حياة سابقة وانشاء حياة جديدة مستقلة عن الاولى، وهو بعبارة اخرى تجرير

(١) الاستاذ أحمد أمين - المرجع السابق - ص ٦٤٧

المالك او الحائز من ماله بصفة نهائية بدون رضاه . فالخادم الذي يسرق مال سيده ويضعه في حقيته او يدفنه في الحديقة في مكان يستحيل فيه على المجني عليه ان يعثر عليه، فانه بدون شك يكون قد انهي وجرم المالك او الحائز من ماله . فالجاني بدون المال او وضعه في حقيته الخاصة فانه يكون قد مارس عليه بعض السلطات المادية ، فالمال في هذه الحالة انتقلت الحراسة والرقابة اللتين كانتا عليه من المالك او الحائز السابق الى الجاني ، لان الجاني يدفنه للشيء او وضعه في حقيته الخاصة أصبح يرعى الشيء المختلس ويراقبه بعيدا عن المالك او الحائز السابق، فهو بذلك قد أنشأ حيازة جديدة مستقلة عن الاولى رغم وجود الشيء داخل المسكن . هذا فيما يتعلق بحالة انتزاع الشيء من المجني عليه .

- ١٢٦ -

اما فيما يتعلق بالحالة التي يكون فيها الشيء مسلما الى الجاني من قبل على سبيل اليد المعارضة، فان الاختلاس لا يتحقق الا اذا حاز صاحب اليد المعارضة الشيء المسلم اليه حيازة كاملة فعلية، والسيطرة الفعلية في هذه الحالة لا تظهر الا اذا قام الجاني بفعل يوضح سيطرته الفعلية على الشيء كبيعته او رهنه او اخفائه او الفرار به، فاذا ضبط قبل ان يتم هذا الفعل الذي يوضح سيطرته الفعلية على الشيء كانت الواقعة شروطا . فالشئ الذي يتسلم المبيع ولا يدفع الثمن يرتكب الاختلاس بمجرد فراره بالمبيع . فاذا ضبط اثنا فراره كانت الواقعة شروطا (١) . فالشروع في السرقة يدخل فيه كل بد في تنفيذ فعل الاختلاس ، اذا اوقف لظروف خارجة عن ارادة المتهم ، ان الشروع لا يقتصر على احوال البد في الاختلاس فقط بل تدخل فيه الافعال السابقة عليه متى كان لها بالاختلاس صلة مباشرة، فلتوافر الشروع لا يشترط ان يبدأ الفاعل بتنفيذ جزء من الاعمال المكونة للركن المادي للجريمة، بل يكفي ان يبدأ بتنفيذ فعل ما سابق مباشرة على تنفيذ الركن المادي ومؤداه اليه حتما لكي يعتبر انه شرع في ارتكاب الجريمة ، وهذا ما

(١) د . احمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٦٢٩

قررت محكمة النقض المصرية في حكمها الصادر عام ١٩٣٤ عندما اعتبرت ان فتح المتهم باب المنزل المسروق، لسرقة ماشية فيه ودخوله في الحوش الموجودة فيه الماشية، يعتبر بحد ذاته في تنفيذ جريمة السرقة لانه يؤدي فورا ومباشرة الى ارتكابها (١).

بالاضافة الى ذلك يعد شروعا في السرقة كسر الخزائن والدواليب التي بها المال المراد سرقة، وتسلق جدار المنزل المراد سرقة، واحداث ثقب في حائط المنزل الذي يقصد المتهم سرقة. فالشروع كما قلنا هو البدء في تنفيذ فعل يقصد ارتكاب جناية او جنحة اذا اوقف او خاب اثره لاسباب لا تدخل لارادة الفاعل فيها، فلما كانت هذه الافعال، الكسر، والتسلق، والثقب، ظروف تحول الجريمة من جريمة جنحية الى جريمة جنائية، فان يكفي اتیان الخاني شطرا من الاعمال المكونة للظروف المشددة لاعتباره شارطا في ارتكاب جريمة السرقة التي اراد ارتكابها. وتطبيقا لذلك فقد حكم بانه اذا وجد المتهم في منزل المجني عليه وهو يكسر خزانة لسرقة نقود يعتقد انها كانت موضوعة بداخلها، فان عليه بعد شروعا في سرقة ولو ظهر ان المجني عليه سبق ان سحب نقوده من الخزانة المذكورة (٢).

وفي هذا الصدد كذلك قضت محكمة النقض المصرية بمقابلة الشروع في السرقة على المتهم الذي فوجيء وهو يتصور منزل المجني عليه بقصد السرقة، فاضطر على الرغم منه للهرب قبل الدخول في المنزل والبحث فيه عن الشيء المقصود سرقة وقبل تناوله اياه (٣). كما اعتبر تسلق المتهم جدار المنزل الملاصق للمنزل الذي ثبت انهم كانوا ينوون سرقة وصعودهم الى سطحه شروعا في السرقة. لانه لا تفسير له الا انهم دخلوا فعلا دور التنفيذ وانهم قطعوا اول خطوة من الخطوات المؤدية حالا ومباشرة الى ارتكاب السرقة التي اتفقوا على ارتكابها من المنزل الملاصق

(١) - نقض مصرى - ج ٢٩ / ٤ / ١٩٣٤ - طعن رقم ١٦١١ س ٤ ق - الموسوعة الذهبية - ص ٤٠٢

(٢) اسبوط الاستدائة ١٢ / ٢ / ١٩١٤ مج ١٥ عدد ٦٥

(٣) نقض مصرى ١٨ / ١ / ١٩٣١ رقم ٣٣٧ س ٤٨ ق

بخط أسيح عد ولهم بعد ذلك باختيارهم عن مفارقة الجريمة المقصودة بالذات  
امر غير محتمل (١) .

كما اعتبر القضاء المصري الشرع صحيحا في حالة احداث ثقب بحائط  
المجني عليه في معاداة المحل الموجودة به جاموسة هذا الاخير بقصد سرقتها،  
فسواء اكان الثقب تاما أم غير تام فهو بد، في تنفيذ الجريمة المتفق عليها وهي  
السرقه (٢) .

اما محكمة النقض الفرنسية فقد طبقت عقوبة الشرع في السرقه على من  
يذهب ليلا مع زميل له الى منزل ويطلب منه عا حبه ان يفتح له الباب مقلدا  
صوت امرأة، فيفتح لها صاحب المنزل الباب فيدخل المتزل مسرعين لسرقته الا  
ان الشرطة تفاجئها وتقبض عليهما (٣) .

كما طبقت نفس العقوبة من نفس المحكمة على شخصين تأمرا على سرقه  
نقود من محصل، كانا يعلمان انه ناهب الى عارة لتحصيل نقود منها فنقدا التي  
مكان العمارة ومعها اسلحة وأدوات لارتكاب جريمتها ، ووقفا على قيد بضعة  
أمتار منها يتربقان قدوم المحصل ، وفي اثناء ذلك جاء المحصل ودخل العمارة،  
فمكك اللسان في انتظاره حتى يفرغ من التحصيل فيدخل عليه ويهاجمه وهو  
نازل من السلم، غير ان البوليس كان لديه خبر الحادث فقضى عليهما في اثناء  
وقوفهما خارج العمارة ، وقد طلعت المحكمة حكمها بان الجريمة هنا قد دخلت في  
دور التنفيذ من وقت ان وقف المتهمان امام العمارة في انتظار قدوم المحصل  
لمهاجمته باسلحة أعداهما لهذا الغرض وسرقه ما معه من نقود (٤) .

(١) نقض مصري ١٩٢٤/١٠/٢١ قضية رقم ١٦١١ س ٤ ق

(٢) نقض مصري ١٩١٦/٩/٢٢ - الشرائع ٤ عدد ١٢ - جندی عبد المالك

المرجع السابق - س ٢٤٣

(٣) CASS 19/12/1879 - S - 1880 . DALLOZ - 1 - 336

(٤) CASS 2/1/1913 - S - 1913 - 281 - DALLOZ 1914 -1-43

ويلاحظ مما سبق ان الكسر والثقب والتسور لا تعد سرورا الا اذا ثبت ان قصد القصد كان موجها الى ارتكاب هذه الجريمة بالتعيين . وما ينبغي الانتباه اليه انه لا فرق بين الجريمة التامة والشروع من حيث لزوم قيام الركن المعنوي . فالقصد الجنائي يتوافر في الشروع على نفس النمط الذي يتوافر به في الجريمة التامة ، ويتحقق في الجريمتين على نفس العناصر . فالسرقة لا تتحقق الا اذا ثبت ان نية السارق كانت وقت ارتكاب فعل الاختلاس قد اتجهت الى تلك الشي . فجريمة السرقة تتطلب الى جانب الركن المادي المتمثل في فعل الاختلاس نية التملك ، وهما الامران الذين يقوم عليهما الشروع في السرقة . فالشروع في السرقة يقوم على البدن في تنفيذ فعل الاختلاس بنية تملك مال الغير الا ان نتيجة هذا الفعل لا تتحقق لاسباب خارجة عن ارادة الجاني .

النتائج المترتبة على التحديد السابق لضابط تمام الركن المادي للسرقة .

- ١٢٧ -

يترتب على هذا التحديد ان تعتبر السرقة - كقاعدة عامة - جريمة وقتية . فمادياتها

تتصرف في فعل الاخذ دون رضا الجاني عليه ، ويترتب على ذلك نتيجتان :

الاولى : ان مرور الزمن يسقط للدعوى العامة يبدأ من لحظة انتهائها

فعل الاخذ، ولا تتراخي بدايته الى لحظة خروج الشي من

حيازة المدعي عليه .

الثانية : ان ما يقترفه المدعي عليه من أفعال يستعمل بها سلطات

الحيازة على الشي لا تقوم بها جرائم تالية ، بل هي أثار

لازمة للسرقة فهي د بول للسرقة الحاصلة ابتداء لا يعاقب عليها

الشمم عقابا جديدا (١) وسنا على ذلك فثمة تناقض في ان

يدان شخص بسرقة شي ويدان في الوقت نفسه باخفائه او

تصرفه .

فالسرقة بطبيعتها تستتبع الاخفا او التصريف ، ولا يضيف السارق بهذا

الفعل عدوانا جديدا الى العدوان الذي حققه بارتكاب السرقة ولو حق من اجله .

(١) د . محمود نجيب حسني - جرائم الاعتداء على الاموال في قانون

المعريات الجنائي - ص ٦٦-٦٥

فمن يعاقب بعقوبة السرقة لا يجوز إعادة محاكمته اذا حصل ، بعد انقضاء عقوبته ، على الشيء الذي كان قد سرقه وخبأه .

وفي هذا المجال قضت محكمة النقض المصرية ان الاختلاس في جريمة السرقة يتم بانتزاع المال من حيازة المجني عليه بغير رضاه . فاذا تم له ذلك . كان كحل اتصال لاحق للجاني بالمسروق يعتبر من آثار السرقة وليس سرقة جديدة ما دام سلطانه ظل مبسوطا عليه .

لما كان ما تقدم ، وكان اكتشاف المجني عليه لجزء من المسروق عند البحث عند اختفائه على مقربة منه لضبط من يحاول نقله لا يخرج المسروق من حيازة الجاني ولا يعيده التي حيازة المجني عليه الذي لم يسترده . فلا يمكن اعتبار نقل الجناة له من موضعه الذي اخفى فيه سرقة جديدة . ذلك بان السرقة تمت في الليلة السابقة ولا يمكن ان تتكرر عند محاولة نقل جزء من المسروق من مكان الى آخر بعد ذلك ، فاذا كان الحكم المطعون فيه قد دان الطاعن وآخرين عن الواقعة التي تمت في الليلة التالية باعتبارهم قد ارتكبوا سرقة جديدة فأنه ، يكون قد أخطأ في تطبيق القانون . . . ( ١ ) .

كما يترتب على ضابط تمام ركن الاختلاس ان المارق اذا رد الشيء المسروق الى مكانه بعد تمام الاختلاس لا يعفي من العقاب . لان سعي الجاني في ارجاع الشيء الى أصله او اصلاحه بعد تمام الجريمة لا يحو الجريمة ولا يرفع العقاب ( ٢ ) .

وبالإضافة الى هذه النتائج فان عقوبة الجريمة التامة غالبا ما تكون اشد من عقوبة الشروع .

( ١ ) طعن رقم ١٧٨٤ ص ٣١ ق ج ٢٤ / ٤ / ١٩٦٢ ص ١٣ ص ٤٢٧ -

الموسوعة الذهبية - ص ٣٧٠ - ٣٧١

( ٢ ) الاستاذ أحمد أمين - المرجع السابق - ص ٦٤٦

القسم الثاني

=====

التسليم وعلاقته بالاختلاس

=====

قد منا ان جارو قد أسس نظريته التقليدية على ان الاختلاس أخذ أو نقل أو رفع أو خطف مال الغير. فحسب هذا الرأي ان التسليم كيفما كان ينفي الاختلاس، فالمستلم لا يمكن اعتباره آخذاً أو نازعاً أو خالفاً للشيء المسلم وهو بذلك لا يرتكب فعل الاختلاس .

- ١٢٨

أما الاختلاس حسب نظرية جارسون فهو سلب للحيازة الكاملة على الرغم من إرادته عما فيها، ويتطلب هذا التعريف بطبيعة الحال سلب التحيازة الكاملة بعنصرها المادي والمعنوي .

فالاختلاس اعتداءً على حيازة المجني عليه الثابتة على الشيء وانها الحيازة السابقة وانشاء حيازة جديدة، فالفعل الجرمي في السرقة لا يقوم على مجرد تبديل الحيازة ، وإنما يتعين ان يكون ذلك بغير رضا المجني عليه ، وطأة ذلك ان الاختلاس اعتداءً على عنصرى الحيازة بدون علم وبدون رضا صاحبها .

وينتج عن هذا أن التسليم الاختيارى النافي لوقوع الاختلاس هو صبيورة واضحة لرضا المالك او الحائز الشرعي عن وضع الشيء بين يدي آخره . والرضا ينفي كل اعتداءً على الحيازة ومن ثم فهو ينفي كذلك الاختلاس ، ومعنى ذلك ان عدم وقوع الاختلاس في هذه الحالة ليس أثراً للتسليم الذي تم ولكنه أثر لا نتقال الحيازة اليه ( ١ ) . ولكن ليس معنى ذلك ان التسليم الاختيارى ينفي الاختلاس في جميع الاحوال بل يتعين ان يتوفر في هذا التسليم الشروط التي تكفي للمقول بانه تسليم ناقل للحيازة الكاملة او الناقصة ( ٢ ) .

( ١ ) مراد رشدي - المرجع السابق - ص ١٩٢

( ٢ ) GARÇON - OP. CIT. P. 1123

وعليه فان التسليم اذا لم يكن ناقلا للحيازة الكاملة او الناقصة ولو كان تسليما اختياريا فانه لا ينفى الاختلاس ومثله حالة وضع اليد العارضة او ما يسمى بالتسليم الاضطراري ، وقد يكون التسليم ناقلا للحيازة الكاملة او الناقصة غير انه يكون تسليما غير ارادي ومثاله التسليم الناتج عن اكراه ، وعليه فاننا سوف نتناول في هذا القسم التسليم النافي للاختلاس في الباب الاول ، وفي الباب الثاني نتطرق الى التسليم غير النافي للاختلاس . وفي الباب الثالث نتطرق الى حالات يدق فيها الحكم .

### الباب الاول

=====

## التسليم النافسي للاختلاس

=====

### ماهية التسليم النافي للاختلاس :

- ١٢٩ -

ان التسليم النافي للاختلاس هو عمل قانوني مجرد قوامه نقل الشيء من سيطرة شخص الى سيطرة آخر بنية تغيير الحيازة (١) .

فالتسليم يقوم على عنصرين الاول هو العنصر التادي الذي يتحقق بحركة مادية تجعل الشيء يخرج من سيطرة الحائز ليدخل في سيطرة الحائز الجدي .

اما العنصر المعنوي للتسليم فهو العنصر الذي تقوم عليه ارادة نقل الحيازة لدى الحائز السابق و ارادة تلقي الحيازة لدى الحائز الجدي اي التسلم لها . ففي واقعة التسليم تتوافر عادة ارادة تغيير الحيازة لدى المسلم ولدى المستلم معا .

ويفرض هذه الارادة يتبين ان المسلم يريد تمكين المستلم للشيء من مباشرة سيطرته المادية عليه ، كما يريد في الوقت نفسه منحه صفة قانونية عليه ، قد تكون صفة اصلية مباشرة لحق الملكية وقد تكون صفة نابعة عن حقوقه الاخرى عليه كحق الانتفاع به . فالتسليم بهذا المعنى ليس تصرفا ماديا مجردا وانما هو عمل قانوني اساسه ارادة تغيير الحيازة .

(١) د . محمود نجيب حسي - المرجع السابق - ص ٧٢-٧٣



وعليه سنقسم هذا الباب الى ثلاثة فصول نتناول في الفصل الاول شروط  
التسليم النافي للاختلاس. وفي الثاني نتناول التسليم الحامل عن غلط وفي  
الثالث التسليم الحامل عن غش وخداع .

### الفصل الاول

#### شروط التسليم النافي للاختلاس

يشترط في التسليم النافي للاختلاس ما يلي :

- ١٨٠

أ - ان يكون اراديا : من اهم شروط التسليم النافي للاختلاس ان يكون اراديا ،  
بمعنى ان تتجه ارادة المسلم الى مناوله الشيء الى يد المتسلم ، فالتسليم حركة  
مادية صادرة من شخص يملك اصدارها على شيء يملك التصرف فيه ، فان لم يكن  
اراديا فانه لا يعدو ان يكون مجرد حركة مادية لا يترتب عليها اي آثار قانونية .  
ويشترط في التسليم الارادى ان تكون الارادة التي اصدرته مميزة وحررة ، اي ان تكون  
الارادة مدركة ماهية الاثر القانوني الذي تتجه اليه ، ومن ثم يعتمد بها القانون  
من حيث الصلاحية لاحداث الاثر . أما الارادة غير المميزة فلا يعتمد بها ولا يقوم  
بها تسليم فارادة المجنون والصبي غير المميز والسكران سكرنا بينما ارادة غير موجودة  
من الناحية القانونية . فالتسليم الذي يقوم به هؤلاء الاشخاص تسليم مادي لا ينتج  
اثره ولا يحول دون قيام الاختلاس (١) .

ولقد استقرت المحاكم الفرنسية على ان التسليم الصادر عن ارادة غير مميزة  
لا يحول دون وقوع الاختلاس ، وذلك لان الشخص ذا الارادة غير المميزة السذبي  
صدر عنه التسليم لم يكن الا اداة سلبية ساعد الجاني على ارتكابه الفعل (٢) .

وبالاضافة الى ذلك يجب ان تكون الارادة حرة غير مكرهة ، ويستوى في  
هذا ان يكون الاكراه ماديا او معنويا ، بل ان الاكراه يعتبر ظرفا مشددا للجريمة

(١) د . عبد الفتاح الصبيحي - المرجع السابق . ص ٢٧٦

( ٢ ) CASS 14/10/1842 - BULL CRIM NO 280.

CASS 15/5/1856 - BULL CRIM NO 120.

يحولها الى جناية فتسليم حيازه الشيء تحت تهديد السلاح لا يعد تسليمًا حراً ،  
فالتسليم في هذه الحالة اذا استولى على هذا الشيء يعد مختلساً . ان التسليم  
الناجم عن اكرام مادي او معنوي لا يعتد به نظراً لانعدام ارادة نقل الحيازة .  
فالتسليم في هذه الحالة تسليم مادي لا يترتب اثره في نقل الحيازة ( ١ ) .

وقد ذهب بعض الفقهاء الى ان التسليم الارادي الصادر من بطلك سلطة  
اصداره عن طواعية واختيار لا يتصور معه وقوع فعل الاختلاس، وفي حالة الاستيلاء  
على الشيء الذي تسلمه في هذه الظروف دون رغبة المالك أو الحائز السابق فإن  
الجاني يعتبر مرتكباً لجريمة اخرى غير السرقة اذا توفرت اركانها .

- ١٨١ -

الا ان الدكتور مراد رشدي يخالف هذه الوجهة من النظر ويرى ان التسليم  
الذي يصدر عن حرية واختيار الى المستلم لا ينفي وقوع الاختلاس كقاعدة عامة، بل  
ان التسليم الناتج للاختلاس هو التسليم الاختياري الصادر من شخص مميز وحده  
والذي ينقل الحيازة الكاملة، ان ان المالك ينقله حيازته الكاملة للغير يكون قد  
تخلّى عن ماله . أما التسليم الارادي للشيء والذي يسمح للمتسلم ممارسة بعض  
السلطات عليه بموجب سبب مشروع دون ان يتخلّى المسلم عن ملكيته، فانه لا ينفي  
وقوع الاختلاس ( ٢ ) .

ونحن نرى ان التسليم الذي ينفي الاختلاس هو التسليم الاختياري الناقل  
للحيازة الكاملة او الناقصة لان الحيازة عندما تسلم الى المتسلم مؤقتاً تعتبر في  
حيازته، فاذا استولى عليها عند حلول أجل ردها الى صاحبها فإنه لا يعتبر  
أخذاً لها ولا خاطفاً، لان الحيازة دخلت في حوزته بفعل المسلم قبل ارتكاب  
فعل الاستيلاء . فاذا غير نيته واستولى على المال المسلم اليه فإنه يسأل عن  
جريمة خيانة الامانة اذا توفرت باقي اركانها .

( ١ ) ، ( ٢ ) د . مراد رشدي - المرجع السابق - ص ٢٠٠

ب - يجب ان تصدر الارادة من له صفة نقل حيازة الشيء .

ونقصد بذلك ان تصدر الارادة من يعترف له القانون بسلطة اصدارها .  
فمن المبادئ المقررة ان فاقد الشيء لا يعطيه . ومن ثم فانه لا يتصور قانونا  
ان ينقل حيازة الشيء الا من يملك هذه السلطة القانونية .

ولقد اشرنا فيما سبق ، الى انه ليس من الضروري ان تصدر هذه الارادة اى  
ارادة نقل الشيء الى الغير من المالك او الحائز بل ويجوز ان تصدر من مفوضيهما .  
فالزوجة التي تعيش مع زوجها فاذا سلمت الى خليلها مال زوجها ، فان هذا  
الخليل لا يمكن اعتباره مختلساً لانه تلقى هذه الاموال من شخص يملك سلطة اصدار  
هذا التسليم الارادى . اما اذا كان المسلم لا يملك مثل هذه السلطة فان المسلم  
اذا كان سيء النية فانه يعتبر مختلساً ، وتطبيقاً لذلك فانه اذا طلب شخصي من  
خادم في مطعم ان يناوله معيطاً موضوفاً على مقعد موهبا اياه انه مالكة فيفرض  
الخادم ذلك فيستولي ذلك الشخص عليه فانه يعد مختلساً .

ج - يجب ان تتجه الارادة الى نقل الحيازة الكاملة او الناقصة .

قد منا ان ارادة نقل الحيازة من المسلم وارادة تلقي هذه الحيازة من قبل  
المتسلم عنصر جوهرى في التسليم النافى للاختلاس ، فاذا انتفى واقتصر على مجرد  
الحركة المادية للشيء فليس تسليمياً ، فالتسليم الذى ينفي الاختلاس هو التسليم  
الناقل للحيازة الكاملة او الناقصة .

ان التسليم الناقل للحيازة الكاملة تسليم اختياري ينقل الحيازة بعنصرها  
المادى والمعنوى وهو كذلك ينقل الى المتسلم ملكية الشيء المسلم ، وبعبارة  
اخرى ان المتسلم يكتسب ملكية الشيء الذى استلمه كنتيجة للتسليم الناقل للحيازة  
الكاملة ، ومثاله اشتراء السلعة ، فالمشتري يحوز الشيء المبيع حيازة كاملة بمجرد  
التسليم اى يصبح هو المالك له وواضع اليد عليه في نفس الوقت ( ١ ) .

( ١ ) على حسين الخلقى - بحث في جريمتي السرقة وخيانة الامة - مطبعة الزهراء  
بغداد - ١٩٦٨ - ص ١٤

فالتسليم الناقل للحيازة اما ان يكون صادرا من مالك الشيء المسلم واما ان يكون صادرا من الغير . ففي الحالة التي يكون الشخص الناقل للحيازة الكاملة مالكا لهذا المنقول ، فان الملكية تنتقل مع انتقال الحيازة بمجرد التسليم، بمعنى ان المتسلم يصبح مالكا بمجرد ان يتسلم الشيء؛ ومثال ذلك المشتري الذي يدفع الثمن الى البائع ويتسلم الشيء المبيع.

اما في الحالة التي يكون فيها الشخص الناقل ليس مالكا لهذا المنقول ، ففي هذه الحالة اما ان يكون المتسلم حسن النية واما ان يكون سيئ النية . فان كان حسن النية فانه يصبح مالكا للشيء المسلم اليه بمجرد التسليم بالرغم من ان المسلم لم يكن مالكا للمنقول الذي سلمه له .

-١٨٥-

وفي هذا الضدد يقول العلامة جارسون انه من التوكيد ان يعتبر الاختلاس منتفيا عندما تكون الحيازة المنقولة هي حيازة حقيقية كاملة أي عندما يكون الشيء قد سلم الى شخص لكي يمارس عليه جميع الحقوق كمالك ، وتسليم الحيازة غالبا ما يؤكد نقل الملكية ذاتها، اما لان المسلم هو المالك واما لان المتسلم حسن النية يستطيع التمسك بقاعدة " الحيازة في المنقول سند الملكية " ومن الواضح ان المالك لا يمكن ان يعتبر باي حال من الاحوال سارقا. ان جميع عناصر السرقة منتفية (١).

ولكن في حالات اخرى ان تسليم الحيازة لا يمكن ان ينقل الملكية، وهذا ما يحصل عندما يسلم السارق الشيء المسروق الى شخص ثالث فهذا الاخير لا يصبح مالكا لان المطالبة ضده مسجوة قانونا . ولكنه قد يكتسب الحيازة لهذا المال بالتقادم اذا مضت مدة معينة ولم يطالب المالك به، خلالها، هذا من الناحية المدنية اما من الناحية الجنائية فان المتسلم لا يعتبر سارقا وهذا ما يفسر لنا من الناحية القانونية لماذا لا يعتبر سارقا مخفي الشيء المسروق الذي يمتلكه الغير تدليسا (٢) .

( 1 ) GARÇON - OP.CIT. P. 1123

( ٢ ) حميد السعدى - المرجع نفسه - ص ٥٢

اما اذا كان المتسلم سيء النية عند استلامه الشيء او الشئ كان يعلم بان هذا الشيء الذي نقلت اليه حيازته عن طريق التسليم هو مسروق او ضائع او متحصل عن جريمة وانه ليس ملكا لمن سلمه له ، فان هذا المتسلم مع ذلك لا يعتبر سارقا اى ان الاختلاس منفي وذلك لان الاختلاس ينتفي بنقل الحيازة الكاملة. لكن ليس معنى ذلك انه لا يسأل عن جريمة اخرى غير السرقة ، فقد يسأل عن جريمة اخفاء الاشياء المسروقة او الفاشعة او المتحصلة عن جريمة (١) .

-١٨٦

فالاصل في حالات نقل الملكية وتسليم الحيازة الكاملة ان الحائز الجديد يصبح منتعما بمباشرة سلطات واسعة على الشيء الذي عارقي حيازته، فلا يمكن اعتباره سارقا حتى لو حصل على امتيازات ليس له فيها اى حق . وينبغي على ذلك انه لا يعتبر سارقا . الشخص الذي يتسلم قرضا اذا لم يرد القود الشيء اقترضها حتى لو صرح ابتداءً بأنه لن يستدها ، وعلى هذا النحو لا تعتبر سارقة الفتاة التي تسلمت مهرها ثم رفضت الزواج من اعطاها المهر بالرغم من رفضها رد المهر .

من اجل استبعاد فكرة الاختلاس ليس من الضروري ان يكون الشخص الذي تملك بناءً على الغش مال الغير قد تسلم الحيازة الحقيقية بل يكفي ان يكون قد اكتسب الحيازة المؤقتة اى الحيازة الناقصة (٢) .

-١٨٧

فالتسليم الذى ينقل الحيازة الناقصة ينقل فقط الحيازة المادية دون المعنوية اى ينقل الحيازة بركتها المادية دون المعنوية، مما يترتب نتيجة له نقل حيازة الشيء ماديا الى المتسلم مع بقاءه على ذمة مالكة (٣) .

حقيقة ان المالك يظل مالكا للشيء الذى يعود اليه وحتى وان القى به الى شخص آخر بمقتضى اتفاق يلزم هذا الاخير برده ، ولكن من جهة اخرى ان

(١) علي حسين الخلف - المرجع نفسه - ص ١٥

(٢) GARÇON - OP.CIT. P. 1124

(٣) علي حسين الخلف - المرجع السابق - ص ١٦

هذا التسلم ليس بواضع يبد عادي ، بل انه يحوز الشيء ماديا . فالركن المادي للحيازة قد سلم اليه وهو يسيطر عليه بحققتى سند ، فله الحق بان يحتفظ به الى الموعد المتفق عليه لرده فيه .

ويقول الاستاذ أحمد امين<sup>٣</sup> ان الحكم فيما يتعلق بالحيازة الناقصة هو نفس حكم الحيازة الكاملة ، فان من يستلم شيئا لحفظه على ذمة الغير لا يمكن ان يعد مختلسا لذلك الشيء ، سواء اكان ناقل الحيازة اليه مالكا أم غير مالك ، وسواء اكان المتسلم حسن النية أم سيئها ، وفي كل الحالات لا يمكن ان يعاقب الا بالمادة ٢٧٩ عقوبات اذا كان قد استلم الشيء من سارقه ليخفيه عنده على ذمة السارق ، بشرط ان يكون عالما بهذه الظروف ، فاذا انكر التسلم الاستلام أو ابيى رد الشيء المسلم بعد استلامه فلا يعد سارقا ، وانما قد تطبق عليه المادة ٢٩٦ عقوبات عند توفراركانها . فاذا انكر الاستعير العارية ، أو يبدد الوكيل الشيء المسلم اليه على سبيل الوكالة ، أو المستأجر الذي سلم اليه على سبيل الاجارة ، فلا تطبق عليهم احكام السرقة في هذه الاحوال (١) .

ان الحائز حيازة ناقصة يستطيع بدون شك ان يتخطى حدود الصفة التي يحملها فيظهر بحظير المالك للشيء فيصرف به ، وهو لا يعد مختلسا له لانه لم يجعل من نفسه حائزا بغير علم المالك ورغم مشيئته (٢) . فالحائز في هذه الحالة غير طبيعيا حيازته لكنه لم يختص بها ، فهناك فرق واضح بين تغيير الحيازة واغتصابها ، فالحائز حيازة ناقصة كان لديه الركن المادي للحيازة قبل ارتكاب الفعل ، إلا انه بارتكاب الفعل غير وجهة الحيازة ، اى انه خرج عن الاتفاق المبرم بينه وبين المالك . اما الاغتصاب فهو الاستيلاء على شيء لم يكن موجودا لدى الفاعل قبل ارتكابه فعل الاستيلاء ، بالاضافة الى ذلك فان الاغتصاب هو أخذ مال الغير دون رضاه ، أما تغيير وجهة الحيازة فهو عدم تنفيذ العقد تنفيذا

(١) أحمد امين : المرجع السابق - ص ٦١٤

(٢) حميد السعدى - المرجع نفسه - ص ٥٣

صحيحاً ، فالفرق بين التفسير والاعتساب فرق واضح جداً .

ان التفسير للحيازة مهما يكن خفياً وقائماً على الغش فإنه يكون فقط انتهاكاً للعقد التأميني ، وهو محل وصف جنائي آخر ، انه لا يمكن ان يكون الآ جرمية خيانة الأمانة ما دامت الحيازة الناقصة انتقلت اليه بسبب عقد من عقود الأمانة او الوكالة .

وتطبيقاً لهذه العبادى\* قضت المحاكم الفرنسية بان عقوبة السرقة غير قابلة للتطبيق . . . على المستاجر الذى يبدد الاشياء التى سلمت اليه تنفيذا لعقد الاجارة مثال ذلك المزارع الذى يبيع بعض المواد والالات التى نص عقد الاجارة على حق استعمالها والتي كلف بالمحافظة عليها مع تقديم حساب عن الزرع (١) .

- ١٨٩ -

. . . وعلى الخادم الذى حاول ان يبيع حصاناً كان قد استأجره باسم سيده (٢) . والحيازة الناقصة تختلف عن وضع اليد العارضة ، كما سبق ان اشرنا الى ذلك في القسم الاول ، فالتسليم الناقل للحيازة الناقصة هو غير التسليم البسيط الذى لا ينقل الحيازة ، بل يترتب عليه فقط وضع الشيء بين يدي المسلم لفرض وقتي ، وحكم هذه الحالة في القانون المدني ان الحيازة يركبها المادى والمعنوى تبقى لمالك الشيء .

أما في القانون الجنائي فان المستلم في هذه الحالة اى حالبة وضع اليد العارضة ، لا تكون له الا الحراسة والمحافظة على الشيء ، فالتسليم لا يستطيع ان يتصرف في الشيء الذى يسكه او يحمله إلا بأمر المالك ، فهو ليس وكيلاً ولا اميناً انما هو واضح اليد عليه تحت اشراف ورقابة صاحبه (٣) .

( 1 ) CASS 1/2/1810 - D. VOL 76. GARÇON . OP.CIT P 1124

( 2 ) CASS 5/10/1820 - D. ABUS DE CONFIANCE 98.

( ٣ ) انظر رسالتنا عن موقف القانون الالمانى والانجليزى . القسم الاول - ص 7٨

كما قضت المحاكم المصرية بأنه إذا كان المتهم قد تسلم السند ليعرضه على شخص ، ليقراه له في نفس المجلس ويرده في الحال ، ثم على اثر تسلمه اياه انكره في نفس المجلس ، فإنه يرتكب جريمة - السرقة - لأن التسليم الحاصل له ليس فيه نقل لحيازة السند الكاملة او الناقصة (١) .

وقد أخذ القضاة الفرنسي بهذا الاتجاه ، واعتبر التسليم الخارج عن نطاق العقود المنصوص عليها في المادة ٤٠٨ من قانون العقوبات الفرنسي لا يدخل في نطاق تجريم السرقة لوجود واقعة تسليم سابقة على الفعل منحت للجاني سلطات معينة على الشيء المسلم .

وتطبيقاً لهذه المبادئ حكمت المحاكم الفرنسية في قضية تتلخص وقائعها ، في ان عاملاً زراعياً كان يملك بعض المواشي في المزرعة التي كان يشتغل بها ، اضطر الى دخول احد المستشفيات لمرضه ولما خرج وجد صاحبة المزرعة التي كان يعمل بها والتي كانت بها ماشيته قد باعت هذه الماشية وادعت انها المالكة لها ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسية ان المجني عليه لم ينقل الى التهمة حيازة ماشيته الكاملة او الناقصة ، وانما كانت يدها عليها يد عارضة لا تنفي وقوع الاختلاس (٢) .

فالتسليم النافي للاختلاس هو اذن التسليم الذي ينقل الحيازة الكاملة تلك الحيازة التي تتم طارة بعقد ناقل للملكية كعقد البيع وعقد الهبة ، والسبب في مقتضاه يتسع الحائز الجديد بسلطات واسعة تسمح له بالظهور على الشيء بمظهر المالك ، ففي هذه الحالة لا يمكن ان يعتبر الحائز الجديد او المالك مختلساً ، لان السرقة هي اعتداء على مال الغير ، وعليه لا يتصور ان يكون المالك معتدياً على ملكه .

(١) نقض مصري ١٩٤٥/٣/١٩ مع القواعد القانونية ج ٦ رقم ٥٢٤ ص ٦٦٣

(٢) CASS - 21/4/1964 - D. 1964-388. MOURAD ROCHDI  
OP.CIT. P. 204.



وبالإضافة إلى التسليم الناقل للحيازة الكاملة هناك التسليم الناقل للحيازة الناقصة والذي يعتبر كذلك نافيا للاختلاس ، فالحيازة في هذه الحالة تنتقل بموجب عقد من عقود الأمانة أو الوكالة كعقد الإيجار والعارية ، ففي هذه الحالة ينتقل الركن المادي للحيازة دون ركنها المعنوي ، فالحائز يحوز الشيء على ذمة مالكه فإذا اخل بالعقد واستولى على المال الموجود في حيازته لا يعتبر سارقاً ، لأن السرقة تتطلب أن يكون الاعتداء على مال الغير بدون رضاه ، وهذا لا يتحقق إلا بإخراج المال من حيازة صاحبه وادخاله في حيازة الجاني . أما الحائز في هذه الحالة الأخيرة قد سلم إليه المال برضا صاحبه فلم يمس هناك اعتداء على الحيازة ، فالحائز عندما يستولي على المال المسلم إليه بموجب عقد من عقود الوكالة فإنه يعتبر مغتصباً بالعقد ، لأنه لم ينفذه في الحدود المتفق عليها ، وعليه فهو قد يسأل عن جريمة خيانة الأمانة إذا توافرت بقية أركانها .

١٩١- ويلاحظ أن بعض الجنائيين ومن بينهم مراد رشدي فقد اعتبروا أن التسليم

النافي للاختلاس هو الناقل للحيازة الكاملة فقط ، لأن المالك أو الحائز الشرعي يخلو التسلم صفة أصلية على الشيء ، فهو يمكن التسلم من مباشرة أوسع السلطات على الشيء وهذه السلطات هي في الغالب السلطات التي ينطوي عليها حقيق الملكية ، فالمالك أو الحائز الشرعي يعتبر في هذه الحالة قد تنازل عن الحيازة بعنصرها ، ولا يتصور الحال كذلك أن يسلب التسلم حيازة الشيء فهي منقولية إليه من بلك سلطة نقلها قانوناً .

أما التسليم الذي ينقل إلى التسلم الحيازة الناقصة فقط أي التي تتضمن تكين التسلم من سلطات محدودة على الشيء ، وتتضمن في الوقت ذاته تخويله صفة متفرقة عن حقوق المسلم ومفترضة اعترافه بهذه الحقوق والزامه برد الشيء عند حلول الأجل أو لدى مطالبة المسلم به ، فإن مثل هذا التسليم طبقاً للمدلول الذاتي للحيازة الجنائية لا ينقل إلى التسلم أي من عناصر الحيازة ، فهي ما زالت للمسلم كاملة . فالمسلم في هذه الحالة له العنصر المادي إذ أنه يسيطر على الشيء المسلم سيطرة حكيمية ، فهو يتحكم في طريقة استعماله

وفي مدة استعماله ، ويحق له استرداده في كل وقت . كما ان التسليم لم ينقل الى المتسلم من باب اولى العنصر المعنوي . ومن ثم فان الاعتداء متصور في هذا الغرض ، ويمكن القول بعد ذلك بان تسليم الحيازة ناقصة لا ينفي وقوع الاختلاس (١) .

ونحن لا نؤيد هذا الرأي ، لان التسليم الذي ينقل الحيازة ناقصة ينقل الحيازة المادية ، اي الركن المادي للحيازة دون الركن المعنوي ، مما يترتب نتيجة له نقل الشيء ماديا الى المتسلم مع بقاءه على ذمة مالكه ، اي ان الحائز حيازة ناقصة يحوز الشيء بنا على عقد يمنحه سلطات محددة متفق عليها في العقد لمدة معينة ، فهذا الاتفاق ينقل للحائز الجديد الحيازة المادية ، فالحائز هنا يستطيع ان يتصرف في الشيء في الحدود المتفق عليها دون الرجوع الى المالك او الحائز الشرعي ، وهو كذلك يتصرف في الشيء بعيدا عن رقابة المالك واشرافه ، فلا يمكن ان يقال ان الحائز حيازة ناقصة لا يحوز الشيء ماديا . فاذا لم يكن حائزا للشيء ماديا فماذا يكون حائزا ان كان دام ان الشيء تحت سيطرته واشرافه ؟

هذا باختصار عن شروط التسليم النافي للاختلاس اما محور هذا التسليم فاننا نتناولها في الفصلين التاليين .

---

(١) د . مراد رشدي - المرجع السابق - ص ٢٠٤ - ٢٠٥

## الفصل الثاني

### التسليم الصادر عن غلط

=====

لقد درج جانب من الفقه الى التعبير عن هذا النوع من التسليم باصطلاح التسليم الصادر عن الخطأ ، ومن هؤلاء الفقهاء أحمد أمين ، وعلي حسن الخلف ، وجندى عبد المالك وغيرهم ، رغم التباين الواضح بين المصطلحين اذ انه مسن الامور المقررة ان هناك farka كبيرا بين الغلط الذي هو L'ERREUR والخطأ LA FAUTE

-١٩٢

فالغلط كما يعرفه القانون المدني هو الحالة التي تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع او غير الواقع اما ان يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الانسان صحتها ، او واقعة صحيحة يتوهم الانسان انها واقعة غير صحيحة (١) .

ويعرفه الدكتور محمود نجيب حسني بان اعتقاد بخالف للحقيقة يخلو دافعا الى التسليم ، وهو يتعلق بواقعة قانونية او مادة يعلم بها المتسلم او المتسلم على وجه ينافي حقيقتها (٢) .

اما الخطأ فقد عرفه القانون المدني بانه انحراف في السلوك او فعل يحدث استهجانا في المجتمع . والخطأ بهذا المفهوم هو الذي يشكل اساس المسؤولية التقصيرية .

وطيه فاستخدام لفظ الخطأ بدل الغلط استعمال ليس صحيحا ، وذلك لان التسليم الصادر عن غلط هو غير التسليم الصادر عن خطأ ، الا انه يلاحظ ان معظم الذين تكلموا عن التسليم الصادر عن خطأ لم يختلفوا في المقصود بذلك التسليم عن اولئك الذين استعملوا عبارة التسليم الصادر عن غلط .

(١) د . عبد الرزاق السنهوري - الوجيز في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام الطبعة الثانية - دار النهضة العربية . القاهرة ١٩٦٦ -

(٢) د . محمد نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٢٨

ان التسليم كما هو مقرر فقها وقصا<sup>١</sup> يمنع من تحقيق الاختلاس حتى وان حصل التسليم عن غلط ، فالشخص الذي يتسلم الشيء غلطا لا يمكن اعتباره اخذا او رافعا او خاطفا له ، فالتسليم الحاصل عن غلط يفترض لدى المسلم المتع بالارادة المميزة الحرة الحرص في تصرفاته ، فاذا ارتكب غلطا فيها فانما هو المسؤول عنها ولا يتدخل القانون الجنائي لحماية الناس الا بالقدر الضروري (١)

-١٩٣

ويقدم عادة الفقهاء الذين يعتبرون الاختلاس غير متحقق في هذه الحالة الحجة التالية : ان من يتسلم الشيء في مثل هذه الظروف لا يمكن اعتباره اخذا او سلبا او خاطفا لئال الغير ، لانه تسلم هذا المال من صاحبه .

-١٩٤

ويرى جارتون ان فكرة التسليم تتكون من عنصرين ، العنصر الاول هو ارادة تسليم الشيء والتنازل من حمازته للغير ، والعنصر الثاني هو ارادة تسليم الشيء وحمازته ، وحسب هذا الرأي ، ان التسليم يترجم عادة بواسطة تصرف قانوني سابق مثل البيع والدفع والنقل ، والتصرف هذا ليس الا الباعث على التسليم ، وطيه فالغلط الواقع على هذا الباعث لا يمنع ارادة الطرفين من ان تتحقق لانناج اثر معين كقول حمازة (٢) .

ويرى الدكتور مراد رشدي ان الجاني ، في حالة التسليم الحاصل عن غلط ، لا يقوم باى نشاط ايجابي للوصول الى حمازة الشيء المملوك للغير ، بل ان التسليم في هذه الحالة يكون نتيجة اعتقاد مخالف للحقيقة يشور لدى الملم فبذفعه الى التسليم الناقل للحمازة (٣) .

-١٩٥

ان التسليم الحاصل عن غلط تسليم اختياري وذلك لان التسليم متى كان صادرا من المالك او الحائز الشرعي بادراك واختيار ، فانه يعتبر صورة حقيقية

(١) د . حميد السعدى - المرجع السابق - ص ٦٢

(٢) GARÇON - OP.CIT - P. 1127

(٣) د . مراد رشدي - المرجع السابق - ص ٢٢٦ ، ٢٢٧

لرضا المجني عليه ، مما ينتج عنه استبعاد الاخذ بدون رضا المجني عليه بنفسه قاطعة ، ولا همية إن كان حائلا عن غلط كما انه لا اهمية لاكتشاف الغلط ممن عدمه في لحظة التسليم او بعده .

فالغلط كعيب في الرضا لا يحول دون وجود الارادة ذاتها ، ولا يحول بالتالي من ان تحقق اثرها في نقل الحيازة ، فالغلط لا ينصب على نقل الحيازة ذاتها وانما ينصب على الباعث منها . وهذا الغلط المنصب على الباعث قد تكون له آثاره المدنية لكنه لا يمنع ، من وجهة النظر الجنائية ، من القول بانتقال الحيازة اذ أنه قد توافرت ارادة نقلها (١) .

ولقد ذهب القضاة الفرنسي في مراحل تطوره الاولى الى ان فقد الحيازة بطريق الغلط ، لا ينفي وقوع الاختلاس تأسيسا على ان ارادة المسلم لم تكن راجعة وقت التسليم ، ان انها مشوبة بغلط بحيث لو تبين المسلم ان هذا الغلط لما أقدم على التسليم . وقد اعتبر التسليم الصادر عن غلط لا يختلف عن التسليم الصادر عن شخص غير مميز ، ان ان المسلم في الحالتين لا يدرك حقيقة فعله .

-١٩٦-

أما في المراحل التالية فقد ذهب الى اعتبار الاختلاس غير متوفر اذا كان الشيء قد سلم اختياريا من مالكة نتيجة غلط .

وتطبيقا لذلك فقد قضى ان من يقبض مبلغا اكبر مما يستحق ويرفض تدليسا رد المبلغ الزائد الذي سلم اليه غلطا لا يعتبر مختلسا (٢) .

ونحن نرى مع الدكتور مراد رشدي ان ما ذهب اليه القضاة الفرنسي في مراحل تطوره الاولى بجانب الصواب ، وذلك لان قياس التسليم الصادر عن غلط بتسليم الشخص غير المميز هو قياس مع الفارق ، ان ان تفسير ذلك ، هو قياس تصرفات شخص مدرك بتصرفات شخص غير مدرك فالشخص المميز يتمتع بملكة الادراك ،

-١٩٧-

(١) د . مراد رشدي - المرجع السابق - ص ٢٢٦ ، ٢٢٧

(٢) 690-1-56 S. 189 - B - PERROT - 22/5/1856 - CASS (2) - GABSON - OP CIT. P. 1128

وفي امكانه لو توافرت لديه الحيطة والغفلة الكافية ان يكشف الغلط وبالتالي يتحاشى الوقوع فيه، فان هو قصر في درجة الحيطة والحذر فعليه تحمل مسؤوليته وحده .

اما الشخص غير المميز فهولا يملك طكة الادراك فهولا يستطيع أن يعي تصرفاته لقصور تفكيره سواء أكان ذلك راجع لعلة طبيعية كضفر السن أم لعلة عارضة كجنونه (١) .

-١٩٨

أما المشرع الانجليزي فقد اعتبر الغلط من العيوب التي تعدم الرضا . فالاختلاس يتحقق في حالة التسليم الصادر عن غلط . لان القاعدة المقررة والمستمدة من القانون العمومي ومن المادة الاولى / الفقرة الثانية من قانون ١٩١٦ تعتبر السرقة قائمة اذا تملك الجاني الشيء نتيجة لغلط وقع فيه المسلم ، وكان المسلم طالبا به . فالاختلاس حسب المادة الاولى / ف١ من قانون ١٩١٦ لا يتحقق الا اذا اخذ المال بدون رضا المالك ، ويقصد بالرضا هنا الرضا الصحيح الخالي من العيوب ، فالرضا المحصل عليه بواسطة الغلط ليس رضا صحيحا .

وقد أكد القضاة الانجليزى هذه القاعدة ففضى في قضية تتمثل وقائعها في ان موظفا بالبريد دفع الى مودع بصندوق الاحتياط بالبريد مبلغا اكبر من المبلغ المسجل في حسابه ، فقد اعتبرت المحكمة المودع ، الذي قبض هذا المبلغ وهو يعلم انه لا يستحقه ، سارقا (٢) .

وبلاحظ ان القضاة الانجليزى يعتبر التسليم الحاصل عن غلط تسليم غير رضائي لا يمنع من وقوع الاختلاس .

-١٩٩

أما الفقه والقضاة المصريين فقد اعتبر الشخص الذي يتسلم شيئا فيجسد بداخله اوراقا ماله فيستولي عليها لا يرتكب اختلاسا .

(١) د . مراد رشدي - المرجع السابق - ص ٢٢٨

(٢) KENNY - OP.CIT P. 266 - 267 ( 2 )

فلا ستاذ محمود نجيب حسني يرى ان التسليم الصادر عن غلط لا ينبغي ارادة نقل الحيازة ولا ينبغي انتقال الحيازة بناء عليها ، سواء اكان الغلط متعلقا بطبيعة الشيء المسلم ام بكميته ام بشخص المتسلم ، وسواء ان وقع فيسه المسلم وحده او شاركه فيه المتسلم كذلك ( ١ ) .

فالتسليم الحاصل عن غلط تسليم اختياري ينبغي الاختلاس ، والغلط قد يكون مشتركا وقع فيه المسلم والمتسلم ، وقد يكون غلطا وقع فيه المسلم وحده وقد يكون الغلط منصبا على الشيء برته او في جزء منه كما قد ينصب على شخصية المتسلم .

٢٠٠ - أ - الغلط المشترك بين المسلم والمتسلم - من الممكن ان يكون الغلط عند التسليم راجعا الى الطرفين ، فيعتقد المسلم انه يسلم ما يجب تسليمه ، ويظن المتسلم انه يتلقى ما يستحق ان يتلقاه ، ويبدو العوض بعد ذلك من جانب المتسلم الذي يحتفظ بالشيء المسلم او يرفض ارجاعه عندما يتضح الغلط ، وفي هذه الحالة يبدو انعدام الاختلاس واضحا تماما .

ولكن قد يكون المسلم وحده واقعافي الغلط اثناء التسليم الا ان التسليم يكون على علم انه يتسلم شيئا لا يعود له ، ولما كان الغشقي هذه الحالة ملازما للاستلام ، فانه قد يبدو ان التسلم قد اخذ او خطف او نزع تدليما مال الغير ، غير انه وسها يكن فانه وفقا للقانون تعتبر الحيازة قد نقلت ما دام ان المسلم اراد ان يسلم الحيازة المدنية او الحيازة المؤقتة وان التسلم اراد تسلمها ( ٢ ) .

فالاختلاس يستلزم ، وفقا للنظرية الكلاسيكية خطف الشيء او اخذه ورفع ، وطبقا للنظرية القانونية ، يقتضي انتزاع الحيازة بعنصرها المادي والمعنوي ، وحيث ان الشيء قد سلم رضائيا الى المتسلم ، فلا يصح القول بأنه قد خطفه او سلبه او اخذه ، كما لا يمكن القول بأنه اغتصب حيازته ما دام ان المسلم

( ١ ) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٧٨ فقرة ٧٧

( ٢ ) GARÇON - OP. CIT. P. 1127 - PARA 119

هو الذي سلم الشيء، أراد يـا . صحيح ان الدافع كان يتعارض مع ما حصل غير ان الباعث لا اهمية له ما دامت النتيجة التي هي ارادة نقل الحيازة قد تمت فعلا .

- ٢٠١ -

ومثال هذه الصورة من الغلط المشترك ان مسلم المستخدم في مكتب الفندق لا احد المسافرين محافظة غير التي اودعها فيحفظ بها هذا الاخير . وعلى هذا النحو ساعي البريد الذي يسلم رزمة من البضائع الى شخص يعتقد انه المرسل اليه ، فيتسلمها هذا الاخير معتقدا انها مرسله اليه الا انه عندما يتضح الغلط يستحون عليها . وقد يكون الغلط من المسلم فقط كما ذكرنا وتطبيقا لذلك فقد ذهبت محكمة GRENOBLE الى اعتبار شاب تسلم من فتاة كانت جالسة بقمرته محافظة وجدت بها بين قدميها في سيارة اجرة . بعدما سألته عما اذا كانت تعود اليه فأجاب بها لا يجاب فتسلطها منها بسوء نية . فقد احتجرت المحكمة غير سارق ، واستندت قرار الافراج الى ان الاختلاس لم يتحقق لان المحافظة قد سلحت اليه بارادة الفتاة ، وان كان التسليم مشوبا بخلط في شخصية المالك الحقيقي ، كما ان فعل الكذب لا يكون احتمالا بالرغم من انه ادى الى وقوع التسليم (١) .

- ٢٠٢ -

ب - الغلط الواقع في الشيء المسلم = قد يقع الغلط في الشيء المسلم كله او في جزء منه . ومثال ذلك أن يسلم زيد الى بكر بذلة على سبيل الاحسان وبعد استلامها يعثر على مبلغ من النقود بداخلها ، وقد يسلم زيد الى بكر ورقة مالية من فئة المائة دينار متوقفا انها من فئة خمسين دينارا .

- ٢٠٣ -

الغلط الواقع على الشيء برتمه = قد يقع الغلط على الشيء برتمه ، ومثال ذلك ان تشتري امرأة صندوقا اثريا فتعثر في طيات الواحه على قطعة ذهبية فتتلكها ولا تعيدها الى مالكتها .

(١) - د . حميد السعدى - المرجع السابق - ص ٦٩ - ٧٠ هامش



لتحديد الوصف القانوني في هذه الحالة السابقة يوجد رأيان ، رأى  
تقول به النظرية التقليدية ، وهي لا ترى في هذه الواقعة سرقة ، لان السرقة  
وفقا لهذه النظرية اخذ او رفع او خطف او نزع لمال الغير بدون علم او بدون  
رضا المجني عليه ، ويترتب على هذا التعريف ان التسليم ينفي الاختلاس ولو  
حصل عن غلط ( ١ ) .

اما الرأي الثاني ويقول به جارسون ، فهو يرى ان الاختلاس يتحقق في  
حالة من يسلم معطفا وبه نقود الى شخص آخر فيستولي عليها ، ويعمل رأيه  
قائلا " يجب ان نفرق بين الملابس والنقود . فالنسبة للملابس لا يمكن ان  
يقال انها مختلصة ذلك لانها انتقلت حيازتها الكاملة الى المشتري عن طريق  
التسليم الاختياري ، وبالتالي فالاختلاس غير متحقق بالنسبة لها . اما بالنسبة  
للنقود ، فهو يرى ، انه لا نزاع في اختلاسها لان التسليم بالنسبة لها ،  
فالبائع كان يجهل وجود النقود في داخل الملابس ولو كان يعلم بها لما سلمها  
مع الملابس ، وبالتالي فان التسليم الذي حصل من البائع انما انصب على الملابس  
فقط دون النقود ، فلا يمكن ان ينسب الى البائع تسليم هذه النقود ، لان  
التسليم لا يقع على شيء يجهل الانسان وجوده ما يترتب عليه القول بان النقود  
انما انتقلت الى يد المشتري دون تسليم ودون رضا البائع ودون طمعه . وهكذا  
تصبح يد المشتري على النقود يدا طارئة ما لا يمنع من تحقق الاختلاس  
ووقوعه ( ٢ ) .

ويرد الاستاذ احمد امين على العلامة جارسون قائلا " ان جارسون  
وان كان قد انتهى الى النتيجة الصائبة غير ان رأيه لا يخلو من مبالغة ان ينفي  
التسليم بتاتا ، ونفي التسليم يقتضي منطقياً عدم انتقال المال الى يد  
التسليم ، بينما المال في الواقع اصبح تحت يد التسليم بفعل البائع فكيف يمكن

( ١ ) GARRAUD - OP.CIT - TOME 6 - PARA 2094

( ٢ ) GARÇON - OP.CIT - PARA 447

انكار هذا الواقع الطموح ؟ وعليه فالتسليم الحاصل هنا من قبيل التسليم غير الاختياري ، اي الذي لا يكون صادرا عن ارادة وشعور ، وقد علمنا ان التسليم على هذه الصورة لا ينقل الحيازة ولا ينفي الاختلاس ، وربما كان اصح وصف لهذه الصورة انها من قبيل العثور على شي \* ضائع وحجزه بنية احتلاكه بطريق الغش \* (١) .

ويؤيد الدكتور احمد فتحي سرور رأى جارسون فيقول : ان ارادة المسلم اتجهت الى تسليم هذا الشي \* فقط دون الشي \* الذي وجد بداخله ، ولم تتجه ارادته الى تسليم هذا الشي \* الاخير ، ومن ثم فاذا استولى عليه المسلم بنية تملكه اعتبر سارقا . ويعمل رأيه بأن هناك فرق بين الارادة المشوبة بالغلط والارادة ، ففي الحالة الاولى وجدت الارادة الا ان صاحبها لم يدرك حقيقة الشي \* او الشخص الذي انصرفت اليه ارادته . كعامل النقل السني يوصل البضاعة الى غير صاحبها ، فهو وان لم يدرك صاحب البضاعة الا ان ارادته اتجهت الى اعطائها الى الشخص الذي توهم انه صاحبها ، اما في الحالة الثانية حيث لا تتوافر الارادة فان صاحبها لم يعلم بحقيقة الشي \* المسلم والمدعي ان ارادته قد انصرفت الى تسليمه ، فالذي سلم بذلة للكوا \* لكيها وينسب بداخلها حافظة نقود ، لا يعلم بوجود هذه الحافظة بداخلها ، ولم تتجه ارادته الى تسليمها وانما اقتضت هذه الارادة على تسليم البذلة فقط دون محتوياتها (٢) .

ولقد ذهب الاستاذ بوزا الى نفس الحل لكنه بتفسير مختلف ، فهو يسرى انه ليس من المعدالة في هذا المجال ان نحثل واقعة التسليم اكثر ما قصد المسلم نفسه ، فالمسلم الذي ينقل الى آخره غلطا هو في الواقع لم يتخل عن حيازته ، وذلك لانه لو علم الحقيقة لما سلم المال الى الشخص ، فهو لا ينقل سوى الحيازة المادية بينما ما يزال محتفظا بالعنصر المعنوي للحيازة ، ومن المقرر فقها وقضا \*

(١) الاستاذ احمد أمين - المرجع السابق - ص ٦١٢

(٢) د . احمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٦١٥

اليوم ان تسليم الحيازة المادية لا ينبغي الاختلاس . ولقد انتهى الاستاذ بسوزا الى انه ينبغي تطبيق حالة الشخص غير المميز على هذه الحالة ( ١ ) .

ويذهب الدكتور عبد الفتاح الصفي الى ان التسليم في هذه الحالة لا يختلف عن اي تسليم آخر بني على خطأ في حقيقة الشيء المسلم ، ولا يختلف هذا الفرض عن الفرض الذي فيه يدفع شخص لاخر ورقة نقدية من فئة عشيرة جنبيها خطأ باعتبار انها ورقة من فئة الخمس جنبيها ، فأخذها المتسلم مع علمه بحقيقتها وحاسب صاحبها على انها ورقة من فئة الخمس جنبيها ، لا اختلاس في هذا الفرض لقيام التسليم الناقل للحيازة ، وهو تسليم منتج لاشره رغم أنه ينطوي على خطأ في حقيقة الشيء المسلم ، ويستوى ان يكون المتسلم حسن النية أو سيئها ( ٢ ) .

- ٢٠٧

ونحن نؤيد هذا الرأي الاخير ، وذلك لان التسليم في هذه الحالة منتج لاشره فالاختلاس لا يتحقق ، وذلك لان التسليم بما انه شمل الملابس وبما ان النقود موجودة في هذه الملابس ، فهو - اي التسليم - يشمل كذلك النقود الا أن الفرق بينهما هو أن تسليم الملابس تسليم اختياري خال من الغلط اما تسليم النقود فهو تسليم اختياري مشوب بغلط ، أي ان السلم عندما سلم الملابس يعتبر كأنه سلم النقود الا ان تسليم النقود تسليم حاصل عن غلط ، وبما ان الغلط فسي التسليم ينبغي الاختلاس فالنقود السلطة غلطا ان لا تشكل اختلاسا .

اما القضاة الفرنسي فانهم يكاد يجمع على ان هذه الحالة تشكل جريمة سرقة . فقد ذهبت محكمة النقض في حكم تلخص وقائمه في ان بائعا سلم السي المشتري قطعة أثاث وبداخلها مبلغ من النقود لم يظن الى وجوده ، فاستولسى عليه المتسلم بسوء نية ، فقضت المحكمة باعتباره مرتكبا لسرقة تأسيما على ان تسليم

- ٢٠٨

( ١ ) P. BOUZAT - CRIMES ET DELITS CONTRE LES BIENS .

REV. SC - CRIM - 1948

( ٢ ) د . عبد الفتاح الصفي - المرجع السابق - ص ٢٧٧

قطعة الاثاث لا يعني اتجاه ارادة المسلم الى تسليم مبلغ النقود اليه تحتوي هذه القطعة ، ومن ثم فان يد المتسلم على مبلغ النقود تكون يد اعارضة لا تمنع من تحقق الاختلاس (١) .

وقضت محكمة السين الجزئية بانه يعد مرتكبا لسرقة، تاجر العادي يات الذي استلم من صالة البيع كمية من الصوف عشر بداخلها على كمية مسن اوراق البنكوت ، تأسيسا على ان يد التاجر على اوراق البنكوت المعثور عليها ليست الا يد مادية ، ذلك ان المسلم يجهل تماما وجودها ، ومن ثم فانه لا يمكن القول بان ارادته قد اتجهت الى تسليمها او نقل حيازتها ، ولذلك فان الاستيلاء عليها يعد سلبا لحيازتها (٢) .

وقد اخذت بهذه القاعدة المحكمة الجنائية التونسية فقد اعتبرت الشخصي الذي يستولي على مال بخزانة قديمة باعها له صاحبها بدون أن ينتبه للمال الذي كان قد وضعه بها ، يعتبر مرتكبا لجنحة السرقة (٣) .

اما القضاء الاردني ، فانه لم يعتبر هذه الحالة سرقة وانما اعتبرها صورة من خيانة الامانة . فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز ما يلي " . . . وهذه الوقائع تفيد ان المشتكي عليه عبد الرحمن اخذ مال الغير دون رضاه ونقله من مكانه وسلمه لأبيه للتصرف فيه . وهذا الفعل يشكل سرقة بالمعنى المنصوص عليه في المادة ٣٩٩ عقوبات . . . ولهذا فان ما ذهب اليه مساعد النائب العام في قراره المميز ، من ان الفعل المشار اليه ينطبق عليه نص المادة ٢٤٤ التي تعاقب كل من تصرف تصرف المالك في مال الغير الذي دخل في حيازته بسبب هفوة حصلت من المالك ، لا يتفق واحكام القانون ، وذلك لان حكم هذه المادة إنما ينطبق على التسليم الحاصل عن خطأ ، كمن يتسلم بذلة من المالك لتنظيفها

-٢٠٩

( 1 ) CASS 28/2/1876 - D. 1878 — BULL. CRIM NO 79.

( 2 ) TRIB. CORREC SEINE - 9/5/1965 - GAZ . PAL 1956

( ٣ ) محمد الطاهر السنوسي - المجلة الجنائية - دائرة التشريع الجنائي -

ط - الرابعة ١٩٧٦ ص ٢٧٥ - جزا\* ١٩٥٦/٣/٧ - ١٩٥٦-٣٠٨ - ١٩٥٦

فيجد فيها اوراقا طالیه مجهل المالك وجودها فيه ، فيحتفظ بها المتسلم ولا يردّها الى صاحبها . . . \* ( ١ ) .

ويقول عبد الرحمن توفيق ان المشرع الاردني قد الحق هذه الصورة بجريمة اساءة الائتمان وذلك في المادة ٤٢٤ من قانون العقوبات وهي صورة مستقلة عن جريمة السرفسة ( ٢ ) .

الغلط الواقع في جزء من الشيء المسلم = ويمثل هذا النوع من الغلط في الصور التالية : الدائن الذي يدفع غلطا مبلغا اكبر ما يجب عليه لمدينه ، والبائع الذي يتسلم من المشتري ورقة قيمتها خمسة دنانير باعتبار ان قيمتها دينار واحد فيستولي عليها .

- ٢١٠ -

وقد قضت المحاكم الفرنسية تطبيقا لنظرية جارسون بعدم تحقق الاختلاس حيال الشخص الذي يقض مبلغا اكبر ما يستحق ، ويرفض بسوء نية ارجاع المبلغ الزائد الذي سلم اليه غلطا ( ٣ ) .

- ٢١١ -

وفي هذا المجال قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم تطبيق عقوبة السرقة على الشخص الذي يبدل ورقة بنكية ويتسلم عن قصد مبلغا اكبر من مبلغ الورقة البنكية المراد تبديلها ( ٤ ) .

هذا وان كان القضاء الفرنسي قد اعتبر في اغلب احكامه عدم تحقق الاختلاس في هذه الصورة الا ان احكامه لم تكن مستقرة دائما ، فقد اعتبرت محكمة NIMES ان الشخص الذي يتسلم عند الدفع ورقة نقدية من فئة المائة دينار التي سلمها له

( ١ ) نقابة المحامين - السنة ١٥ العدد ١٢ - تمييز جزاء رقم ٦٧/٨٨

( ٢ ) د . عبد الرحمن توفيق ، د . محمد صبحي نجم = المرجع السابق - ص ١٠

( ٣ ) CASS 22/5/1856 - PERROT - B. 189.S.56-1-690  
P. 57 - 1-39 - D - 56 - 1- 373

( ٤ ) CASS 9/7/1853 - GARÇON . OP.CIT P. 1128

الواقعة تبديدا لان استلام الورقة بقصد صرفها هو عقد معاوضة ، وهو ليس من العقود المذكورة في المادة ٢٩٦ عقوبات ، ولا تعتبر نصبا لعدم وجود طروري احتيالية (١) .

اما القضاة الانجليزى فقد اعتبر التسليم الحاصل عن غلط في جزء من الشيء تسليمنا فيما للاختلاس . فقد ذهب القضاة الانجليزى في قضيتة MIDDELTON وتتثل وقائعها في ان موظفا بالبريد دفع الى المودع بصندوق الاحتياط مبلغا اكبر من المبلغ المسجل في حسابه . فقد اعتبرت المحكمة المودع الذي قبض هذا المبلغ وهو يعلم انه لا يستحقه كسارقا . وقد ايد هذا الحكم احدى عشر قاضيا ضد أربعة ، ومن بين الاحدى عشرة المؤيد بين ثمانية منهم اعتبروا ان غلط الموظف يمنع انتقال الحيازة والملكية معا . وسبعة آخرين من المؤيد بين اعتبروا ان التسليم الحاصل عن غلط يمنع نقل الحيازة ولا ينفي وقوع الاختلاس (٢) .

- ٢١٢

ج - الغلط الواقع في شخصية المتسلم - من صور هذا الغلط ان يدفع المدين الدين الى شخص يعتقد انه الدائن ، وهو في الحقيقة غيره فيما أخذ هذا الاخير المبلغ ويستفيد من غلط المتسلم .

- ٢١٣

وفي هذا المجال يرى العلامة جارسون انه من المؤكد ان حكم الغلط الواقع في شخصية المتسلم هو نفس حكم الغلط الواقع على الشيء المسلم . فمن يريد ان يدفع الى من فيضع النقود في يده ، فهذا الاخير لا يقترف اختلاسا عندما يتسلم المبلغ المدفوع غلطا ، لان غلط المسلم لا يمنع من اعتبار المسلم قد تنازل عن حيازة الشيء لفائده ص . ف ص لم يفتصب الشيء المسلم وانما

(١) المينا الجزئية ١١/٨/١٩٢١ - المحاماه ص ٢ - ص ١٥١ نفس المرجع

- ص ٢٠٢ -

(٢) KENNY - OP.CIT P. 266 - 267

تسله من عا حيه . ويظهر هذا الحل واضحا اذا افترضنا ان ص كان السبب في غلط المسلم ، كما لو انتحل اسم ج وفي هذه الحالة تعتبر الواقعة نصيبا . وان السرقة لا تتحقق لان هذه المناورة - انتحال اسم كاذب ليست ركبا في السرقة ( ١ ) .

وتطبيقا لذلك ذهبت المحاكم الفرنسية الى عدم تطبيق عقوبة السرقة على شخص تملك غشا بعض القيم التجارية التي تعود الى الغير والتي وصلت اليه عن طريق البريد بسبب غلط في العنوان ( ٢ ) .

- ٢١٤

ولقد أكدت محكمة النقض الفرنسية هذا المبدأ في حكم تتلخص وقائمه في :

ان دائرة P.T.T. قد وضعت في صندوق البريد لاحدى البيوت التجارية رسالتين معنونتين الى ابن احد الشركاء القداماء ، الذي ظل ساكنا في البناية التي تحتلها الشركة ، ولما تحقق مدير الشركة من ان هاتين الرسالتين لم تكونا معنونتين اليه ، فقد احتفظ بهما وصور احدهما بقصد الاستفادة منها لمصلحته ، وبناء على الشكوى المتعلقة بالمطالبة بالتعويضات المدنية ، فقد حصلت ملاحقة جنائية ضد المدير المذكور بتهمة السرقة وانتهاك حرمة المراسلات ، فاستبعدت محكمة النقض وصف الاختلاس القائم على الغش ، لان هذا الاصطلاح يتضمن فكرة الاخذ او الخطف الذي يجب ان يكون حاصل من فعل المتهم . فالمادة ٣٧٩ لا يمكن تطبيقها على الشخص الذي سلم اليه الشيء نتيجة غلط فاحتفظ به بسوء نية ( ٣ ) .

هذا وان كان القضاء الفرنسي قديما وحدينا اعتبر التسليم في هذه الحالة نافيا للاختلاس ، الا ان هناك بعض الاحكام شذت عن احكامه واعتبرت التسليم في هذه الحالة غير نافيا للاختلاس ، فقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية في قضية تتلخص وقائمه في ان سيدة وضعت بعض الملابس لها في سيارة

( ١ ) GARÇON - OP.CIT P. 1128

( ٢ ) CASS 2/5/1845 - BALGURIE - B- 158-S-45-1-474

( ٣ ) CASS 22/1/1948 - S- 1949 - 1- 149

الزوجين " حوتيه " اعتقانا انها بان السيارة خادمة بشخص آخر ، فلما حضر الزوجان واكتشفا وجود الملابس الموضوعة غلظا في سيارتهما احتفظا بها بسوء نية . فقد قضت المحكمة بان الزوجين قد ارتكبا جريمة السرقة ، تأسيسا على ان التسليم في هذه الحالة غير ارادي اذ انه لم يكن في نية السيدة التي وضعت الاشياء ان تتخلى عن حيازتها اليهما ، وانما الى شخص آخر معين بالذات ومن ثم فان يدهما على الشيء يد عارضة لا تمنع من وقوع الاختلاس ( ١ )

ولقد انتقد العلامة جارسون هذا الحكم قائلا \* انه من الصعب القول بان الفاعلين قد ارتكبوا اي نشاط ايجابي في نقل الحيازة اليهما ، فهما لم يأخذا ولم يرفعا ولم يخطفا الملابس الموضوعة في سيارتهما ، فكل ما فعلناه انهما احتفظا بهذه الملابس ، والا احتفاظ بالشيء لا يمثل سلبا للحيازة ، اذ انه لا يخرج عن كونه نشاط سلبي هذا من ناحية ومن ناحية اخرى فان المحكمة اوردت في حيثياتها ان السيدة لم تقصد وضع الاشياء موضوع الدعوى بين يدي الفاعلين ، ولكن مهما يكن فان السيدة ارادت ان تتخلى عن الحيازة ونقلها الى مالك السيارة ، الا ان ما حدث هو غلط في شخصية المتسلم وهو غلط لا يمنع من ان ينتج التسليم اثره الناقل للحيازة والذي يترتب عليه عدم وقوع الاختلاس ( ٢ ) .

ونحن نؤيد هذا الرأي لان الاحتفاظ وحبس الشيء لا يتحقق بهما عنصر الاخذ بدون رضا المجني عليه ، فالسرقة ، كما مر معنا ، تتطلب ان يخرج الجاني الشيء وان يدخله في حيازته او حيازة غيره عدا صاحب المال ، فالركن المادي يتطلب فعلا ايجابيا صادرا من الجاني ، هذا من ناحية ، ومن ناحية اخرى ان السيدة في القضية المذكورة لم تتركه على التسليم ، فارادتها حرة فكل ما هناك انها ارادة مشوبة بالغلط ، والتسليم المشوب بالغلط تسليم اختياري ينفي الاختلاس .

( 1 ) CASS - 3/3/1882 - GARÇON \*- OP.CIT. PARA 130

( 2 ) GARÇON OP.CIT P. 1128 131



### الفصل الثالث

## التسليم الحاصل عن غش أو خداع

=====

٢١٦- قبل التطرق الى التسليم الحاصل عن غش أو خداع وحكمه في القانون الجنائي نفضل ان نعرف الغش والخداع حتى يتسنى لنا معرفة الفرق بينه وبين الغلط .

٢١٧- لم ينص المشرع الفرنسي على تعريف محدد للغش ، وانما قضى في المادة ١١١٦ من القانون المدني بان الغش يعد سببا لبطلان العقد عندما يلجأ أحد المتعاقدين الى الطرق الاحتمالية ، بحيث لو فطن لها الطرف الثاني لما تعاقد . وقد عرفه الاستاذ POTHIER بأنه كل حيلة أو الحيلة يستعملها شخص لايقاع آخر في عقيدة غير صحيحة ( ١ ) .

فالغش طبقا للاتجاه الفرنسي يمكن اعتباره عيبا من عيوب الارادة مثله مثل الغلط ، فقد اصبرت المادة ١١٠٩ من القانون المدني ان الارادة المشوبة بالغش لا تعد ارادة حرة ، وذلك لان هناك اعتقادا مخالفا للحقيقة ثار في ذهن المجني عليه كان هو السبب الرئيسي والمباشر الذي دفعه الى تسليم الشيء والتخلي عن حيازته الى من أثار في ذهنه هذا الاعتقاد .

الا ان الفقه الجنائي الفرنسي لم يعتبر هذا العيب عيبا يمس بوجود الارادة بل ان الارادة رغم الغش الذي أثاره الغلط تظل موجودة ومنتجة لأثارها اما الاستاذ محمود نجيب حسني فانه يعرفه بانه ايقاع شخص في الغلط وحيلته تحت تأثيره على نقل الحيازة ( ٢ ) .

( ١ ) POTHIER - TRAITE DES OBLIGATIONS - ED. M. BUGNET

TOME II - 1848 - P. 19

( ٢ ) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - فقرة ٧٨ ص ٧٩

ويقول الدكتور مراد رشدي ان الفقه المصري الجنائي لم يضع تعريفاً محددًا للمقصود بالغش، وإنما أحال ضمنًا الى التعريف المدني للغش . وهو اتجاه غير عائب، ان ان مدلول الغش في القانون الجنائي مختلف عن مدلوله في القانون المدني ، وعليه كان ينبغي على الفقه الجنائي ان يضع تعريفاً لمدلول الغش تأكيداً لذاتية القانون الجنائي ( ١ ) .

لكن ما حكم التسليم الحاصل عن غش أو خداع ؟ بينا فيما سبق ان تسليم الشيء متى كان اختياريًا وناقلاً للحيازة يمنع من قيام الاختلاس ولو كان هذا التسليم نتيجة لغلط . لكن هل يطبق نفس الحكم على حالة التسليم الحاصل عن غش أو خداع ؟

- ٢١٨

يذهب الاستاذ DONNEDIEU DE VABRES الى اعتبار الاختلاس متحققاً اذا كان الحصول بالغش أو الخداع على شيء مملوك للغير يشكّل أمراً خطيراً ( ٢ ) .

أما العلامة جارسون فيرى ان حكم التسليم الحاصل عن غلط هو نفس حكم التسليم الحاصل عن غش أو خداع ، وحسب هذا الرأي ، ان القاعدة المتعلقة بالتسليم الحاصل عن غلط يظل معمولاً بها حتى ولو تدخل التسليم بدور ايجابي في تكوين الغلط باستعمال الغش أو الخداع ( ٣ ) .

أما الاستاذ LEMERCIER فقد اتجه الى تحليل طبيعة الغلط الناشئ عن غش أو خداع ، واعتبر الغلط الواقع على الشيء المسلم بالغش والخداع لا ينفي الاختلاس ، تأسيساً على ان رضا المجني عليه لم ينصب على الشيء المسلم لان ارادة المسلم معينة ، وعليه فان التسليم لا ينقل الحيازة ولا ينفي وقوع اختلاس

( ١ ) د . مراد رشدي - المرجع السابق - فقرة ١٨٦ س ٢٥٤

( ٢ ) DONNEDIEU DE VABRES. ARTICLÉ SUR LE VOL-REV. SC. CRIM - 1948

( ٣ ) GARÇON OP.CIT PARA ٤. P. 1128

أما إذا وقع الغلط في شخصية المتسلم فلا ينطبق على الواقعة نص السرفسة ، لأن ارادة المجني عليه قد اتجهت فعلا الى التخلي عن حيازة الشيء المملوك له ، وعليه لا يتصور وقوع الاختلاس الا انه يمكن اعتبار الواقعة نمبا اذا اكتسبت اركانها ( ١ ) .

ونحن لا نؤيد هذا الرأي الذي يفرق بين حالة الغلط الواقع على الشيء المسلم والغلط الواقع في شخصية المتسلم ، فقد قلنا ان التسليم الحاصل عن غلط في الشيء او في شخصية المتسلم له حكم واحد . فالتسليم في هذه الحالة تسليم اختياري ناقل للحيازة بالرغم من العيب المنصب على الارادة فهذا العيب لا ينفي الارادة . فالتسليم الحاصل بغش وخداع هو اخذ لعمال الغير برضاه ولكن تحت تأثير الكذب ، ونتيجة ايقاعه في الغلط عندا ومع ان الحكم واحد في حالتي التسليم الحاصل بنا على غلط والتسليم الحاصل نتيجة غش أو خداع ، الا ان هناك فرق بينهما يبدو في ان الغلط في الحالة الاولى هو اعتقاد مخالف للحقيقة يقع فيه المسلم من تلقاء نفسه ، بينما الغش في الحالة الثانية هو اعتقاد مخالف للحقيقة ايضا ولكن يقع فيه المسلم نتيجة لسمي المتسلم ( ٢ ) .

- ٢١٩ -

فالغش الذي ينتج عنه التسليم قد تتوفر به جريمة النصب اذا كانت المناورات التدليسية من المناورات المحددة على سبيل الحصر في القانون فانا ما تخلفت هذه المناورات التدليسية فالعمل لا يعتبر سرقة ولا نصبا .

وتطبيقا لهذه القواعد قضت المحاكم الفرنسية بان عقوبة السرقة لا تطبق على المرأة التي استطاعت ان تخدع دائنها ، فسلمها سندان يمثلان دينا في زمتها ، وذلك باقناعه عن طريق الاكاذيب بانها وقعت مقابل ذلك التزاما لدى كاتب العدل ( ٣ ) .

- ٢٢٠ -

( 1 ) LEMERCIER-ARTICLE SUR LE VOL - REV- SC CRIM- 1948 -1949.

( 2 ) GARRAUD.OP.CIT- TOME 6 / PARA 2380

( 3 ) CASS 7/3/1817 YVONNET. GARCON OP.CIT.PARA 133

... وعلى المدعى الذي بحجة جمع عدة سنوات في سند واحد ، استطاع ان يفتح دائته فسلمه هذه السندات مقابل كميالة بجميع المبلغ محررة من قبل اجنبي ، وموقع عليها من قبل آخر ( ١ ) .

كما طبقت محكمة النقض الفرنسية نفس الحكم على المرأة التي دخلت احد المخازن بصحبة امراء اخرى ، فاختارت سلعة بقيمة ثلاثة فرنكات فدفعت للبائع قطعة نقدية ذات عشرين فرنكا فاعاد اليها البقية ، ثم بحجة شسراء بضاعة اخرى استطاعت ان تنتهز فرصة الحيرة التي انتابت البائع بسبب وضعها وسلوكها ، بحيث جعلته يعيد اليها القطعة النقدية ذات العشرين فرنكا ، فخرجت وهي تحمل البضاعة والسبعة عشرة فرنكا وقطعتها النقدية ذات العشرين فرنكا ( ٢ ) .

هذا وان كان القضاء الفرنسي قد اعتبر في معظم احكامه الصادرة بهذا

- ٢٢١ -

الشان ان التسليم الحاصل عن غير تسليم نافي للاختلاس ، الا انه اعتبره في بعض الاحكام على خلاف ذلك . فقد قضت محكمة Poitiers في حكم تتلخص وقائمه في ان شخصا اراد ان يشتري كمية من القمح ، فحضر مع خادمه لأخذ القمح ، وفي مكان البيع كان المشتري يسك بالاكياس بينما كان البائع يعبئها مستخدما كبل مغطوش فلما ملأ الاكياس شرع الخادم في حملها على عربة ولكنه حرص على ان يخفي بغض الاكياس في دغل قريب ، وبعد ان انهى الخادم من نقل كل الاكياس للمعبأة احصى البائع الاكياس الموجودة على العربة فقط ، وعندما انصرف البائع لحق الخادم بالمشتري ومعه الاكياس المخفية . فقد قضت المحكمة بان هذا التصرف غير نافذ للاختلاس ( ٣ ) .

وحول هذا القرار يقول جارسون انه من الصعوبة الموافقة على هذا الحكم ، ان من المؤكد ان البائع كان قد سلم الاكياس المكيلة والمبيعة ، ويبدو ان المحكمة

( 1 ) Cass 25/9/1824 - GARCON - OP. CIT. PARA 134 .

( 2 ) Cass - 17/3/1899 - FOURCADE - B.58-S.1900 - GARCON OP-CIT- P 1129 .

( 3 ) Poitiers - 12/5/1855 - GARCON - OP. CIT - P.1129 .

قد فكرت بان المناورات المستعملة لا تكون جريمة النصب ، الا اننا نقول انه في هذه الحالة لا يوجد الا خدعة واحتيال حول كمية البضاعة المباعة ولا توجد سرقة (١)

قلنا ان التسليم الحاصل عن غلط تسليم غير نافي للاختلاس في القانون الانجليزي . لكن اذا رضي المالك بالتخلي عن ماله تحت تأثير الغش والخداع فهل يعتبر الاختلاس متحققا ام منتفيا ؟ .

-٢٢٢-

تدس المادة الاولى في فقرتها الاولى من قانون ١٩١٦ على ان الشئ لا يختلس الا اذا أخذ بدون رضا المالك . وتشترط الفقرة الثانية من نفس المادة ان يكون الرضا صحيحا اي خاليا من عيوب الرضا\* ، فاذا وجد الغلط او الغش او الخداع فسد الرضا واصبح غير صحيحا .

وفي هذا الصدد يقول KENNY أن الرضا المحصل عليه بواسطة الغش ليس رضا صحيحا ، فالخداع يفسد الرضا\* ، فالجاني الذي يستعمل الخداع للحصول على مال الغير يرتكب جريمة السرقة بالخداع (٢) .

وتطبيقا لذلك فقد لا يكون في نية المالك ان يتبايع ولكنه نتيجة للغش والخداع الذي يستعمله الجاني ، يسلم المالك لهذا الاخير أمواله . ففي هذه الحالة لا يمكن ان يقال ان المالك نقل حق من حقوق ملكيته للجاني ، فالجاني الذي صدر منه الغش والخداع في هذه الحالة يعتبر مرتكبا لجريمة سرقة بالخداع (٣) .

وقد يمارس الجاني LE RING - DROPPING وهي حالة تتمثل فنيسي الشخص الذي يطلب من صراف أن يعطيه بدل خمس جنيهات قطع، قطعة واحدة بقيمة خمس جنيهات ، وعندما يضع الصراف الورقة النقدية على البنضه يجمعها

( 1 ) CARCOM - OP. CIT. P. 1130 - PARA 148

( 2 ) KENNY - OP. CIT. P. 264

( 3 ) C.F.L.R. 2-C, C.R.P. 45- REX V. TIDESWELL - L.R. 1905 - KENNY - OP. CIT. P. 265.

الزبون بدون أن يسلم الصراف الخمسة قطع ، ثم يعود مرة ثانية منتهزا فرصة انشغال الصراف مع زبائن آخرين ويطلب منه أن يعطيه ورقة من فئة عشرين جنيهاً ، بدل القطع الخمسة التي هي ملكه وبدل الورقة ذات الخمس جنيهاً التي هي ملك الصراف ، فيعطيه الصراف الورقة من فئة العشرة جنيهاً ويتسلم القطع الخمسة والقطعة ذات الخمس جنيهاً ، دون أن يعرف أو يتفطن أن الورقة من فئة الخمس جنيهاً هي ملكه .

ويلاحظ ما سبق أن القانون الانجليزي اعتبر التسليم الحاصل عن غش وخداع تسليم لا ينقل الحيازة ولا ينفي الاختلاس ، وذلك لأن الغش كعيب يصيب الرضا يجعل الرضا غير صحيح ، ولما كان الرضا الذي ينتهي به فمسل الاختلاس هو الرضا الصحيح حسب نص المادة الأولى من قانون ١٩١٦ . فالرضا الفاسد إذن لا ينفي الاختلاس ولا ينقل الحيازة للغير .

- ٢٢٣ -

أما التسليم الحاصل عن غش وخداع في القانون المصري فانه يعتبر نافيا للاختلاس . فقد اجمع الفقه والقضاء المصريون على أن التسليم الذي اقترن بإرادة معينة ينقل الحيازة ويحول دون وقوع الاختلاس ، تأسيساً على أن الإرادة قد اتجهت إلى التخلي عن الحيازة ونقلها لآخر ، وأن الغيب الذي شأب الإرادة لا يحول دون وجودها ، ولا يحول من باب أولى من تحقق أثرها في نقل الحيازة ومن ثم إلى نفي كل مظنة للاعتداء على الحيازة (١) .

ويذهب الدكتور مصطفى القلبي إلى وضع قاعدة عامة مؤداها أن الجاني يمارس أفعالاً إيجابية من شأنها أن توقع المسلم في الغلط ، وتدفعه إلى التسليم الناقل للحيازة ، مع ملاحظة أنه إذا بلغت هذه الأفعال مرتبة الوسائل الاحتمالية فإن الواقعة تشكل جريمة نصب إذا ما توافرت بقية أركانها (٢) .

(١) د . مراد رشدي - المرجع السابق - ص ٢٥٢ فقرة ١٨٦

(٢) د . مصطفى القلبي - المرجع السابق - ص ١٣

أما الاستاذ محمود نجيب حسني فانه يرى بان الخداع ايقاع شخص فني الغلط وحمله تحت تأثيره على نقل الحيازة ، وهو لا يحول دون انتقال الحيازة الى المتسلم (١) .

اما القضاء المصري فانه اعتبر ، في مراحل تطوره الاولى ، التسليم الحاصل عن غش وخداع تسليماً غير نافي للاختلاس . فقد ذهبت محكمة النقض المصرية الى انه اذا قدم المشتري للبائع في الظلام ورقة مالية فرنسية قيمتها فرنكاً وغير صالحة للاستعمال ، وأوهمه بانها ورقة مصرية بملع خمسين قرشاً ، واخذ منه الفرق بعد خصم قيمة المشتري فان الواقعة قد تكون نصيباً اذا ظهر من اقسوال الشهود توفر ركن الاحتيال ، ولكنها على كل حال تعتبر سرقة ، فان من يتسلم نقوداً من آخر دفعها اليه خطأ دون ان يكون مستحقاً لها واحتفظ بها المذكور عمداً بقصد تملكها ، فانه يكون بذلك قد ارتكب عملاً توفرت فيه جميع اركان جريمة السرقة (٢) .

اما محكمة اسوان الجزئية فقد ذهبت الى عكس ما ذهبت اليه محكمة النقض ، واعتبرت أن من يدعي ملكية شيء فاقب ويتسلمه من آخر بناءً على هذا الادعاء الكاذب ، فان هذا الفعل لا يعد سرقة لحصول التسليم المانع من الاختلاس (٣) .

ويلاحظ ان مجرد الكذب العادي اى مجرد قول مخالف للحقيقة لا يكفي لوقوع السرقة ، ان ان الكذب وحده لا يصلح في حد ذاته ان يكون وسيلة غش وخداع ، فالكذب والصدق من الامور التي يألفها الناس في المجتمع ويتمين على كل شخص ان يتحقق من اقوال قبل ان يتصرف في ماله .

- 
- (١) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٧٩  
(٢) د . علي زكي العربي - القضاء الجنائي - ص ٢١١  
(٣) اسوان الجزئية ١٩١٢/٨/٨ وبني سويف ١٩٢٣/٥/٩ .  
القضاء الجنائي ص - ٢١١ - ٢١٢ .

وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يعتبر من قبيل الغش والخداع، إذا صادف المتهم المجني عليهما في الطريق العام وعرض عليهما تذكريتين للعلاهي باعتبار انهما صالحتان للاستعمال، مع انه قد سبق استعمالهما وذلك دون ان يؤكد كذبه بأي مظهر خارجي (١).

ومن قبيل التسليم الخاص عن غش او خداع ما يعرف بالسرقة على الطريقة الامريكية، ومن صورها ان يستولي المتهم على بضائع او نقود او أي شي، آخر ذى قيمة مقابل اهداع شي، على سبيل الرهن او التأمين يتضح فيما بعد أنه عديم القيمة .

-٢٢٥-

وقد ذهب العلامة جارسون الى تكيف هذه الواقعة قانونا باعتبارها تشكل نصبا (٢) .

كما اعتبرها الدكتور حميد السعدى صورة من صور النصب تسمى عرفيا بالسرقة، وفيها يحصل التسليم بنا، على الغش والخداع، وذلك بان يجعل المتهم الغير سلمه مبلغا كبيرا مقابل اشياء عديمة القيمة تعطى للمخدوم الغير (٣) .

اما الدكتور غالي الذهبي فيرى ان السرقة على الطريقة الامريكية تعتبر نصبا لان التسليم في النصب يستوى ان يكون بقصد نقل الحيازة الكاملة أو الناقصة أو اليد العارضة، فجريمة النصب تتم متى صدر تسليم باحتيال وقع من الجاني للاستيلاء على المال، ولكن يلاحظ ان اعتبار السرقة على الطريقة الامريكية نصبا لا يحول دون ان يجمع فعل الجاني بين وصف النصب والسرقة

(١) نقض مصرى // يونيو ١٩٤٥ - مج القواعد القانونية - ج ٦ رقم ٦٠٣ - ص ٧٣٦

(٢) GARÇON - OP.CIT . P. 1130 - PARA 147 ( 2 )

(٣) د . حميد السعدى - المرجع السابق - ص ٧٦



إذا كان التسليم يقصد تمكين اليد العارضة فقط ، وفي هذه الحالة تطبق القواعد العامة في تعدد الجرائم (١) .

أما الدكتور المرصفاوي فإنه يرى أن هذه الواقعة تعد اختلاسا مكونا للركن المادي في جريمة السرقة ، لأن تسليم المال لم يقصد به إلا مجرد تمكين اليد العارضة ، فالشخص الذي يطلب من فتاة تسليمه قرطها على أن يضعه في مند يلها خشية سرقة فتسلمه إياه ، فيتظاهر بإيداعه في المنديل ، ويعد أن ينصرف تتبين أنه استولى عليه ووضع مكانه قطعة معدنية لا قيمة لها يعتبر سارقا ، لأن تسليم القرط لم يقصد به إلا مجرد تمكين اليد العارضة ، وهو لا يزال تحت رقابة وإشراف مالكة ، فلم يقصد بالتسليم نقل الملكية ولا الحيازة المؤقتة (٢) .

٢٢٦- ونحن نرى أن هذه الحالة من الاستيلاء على مال الغير ليست سرقة وإنما نصب ، وذلك لأن الجاني لا يأخذ الشيء بدون رضا صاحبه وإنما يتسلمه منه بإرادة حرة، لكن باستعمال الطرق الاحتمالية التي تقوم بها جريمة النصب . فجريمة النصب لا يشترط فيها نقل الحيازة من عدنها، وإنما يشترط فيها توفر الوسائل الاحتمالية الكافية ، والسرقة على الطريقة الأمريكية تتوفر فيها الوسائل الاحتمالية فهي إذن جريمة نصب وليست سرقة .

٢٢٧- أما القضاء الأردني فإنه لم يتطرق إلى هذا النوع من التسليم أي التسليم الحاصل عن غش أو خداع ، إلا أنه اعتبر أن التسليم النافي للاختلاس هو التسليم الاختياري . وفي هذا المجال ذهبت محكمة التمييز إلى أن " . . . . التسليم الذي تنتفي معه السرقة هو التسليم الاختياري الناقل للحيازة سواء أكانت الحيازة

(١) د . ادوارغالي الذهبي - شرح قانون العقوبات الليبي - القسم الخاص -

ط.الاولى مطبعة الجامعة الليبية - ١٩٧١ - ص ٢٤٨

(٢) د . حسن المرصفاوي - قانون العقوبات الخاص - منشأة المعارف

الاسكندرية - ١٩٧٨ ص ٢٦٣

كاملة أم ناقصة ، أما التسليم الذي يترتب عليه سوى وضع الشيء بين يدي مستلمه لغرض التمتع ، فيجعل من المتسلم صاحب يد عارضة على هذا الشيء لا تنتفي معه السرقة (١) .

ويلاحظ من هذا الحكم ان القضاء الاردني اعتبر التسليم الاختياري الناقل للحيازة تسليماً نافياً للاختلاس . وعليه فاننا نقول ان القضاء الاردني يعتبر كذلك التسليم الحاصل عن غش تسليماً نافياً للاختلاس وذلك لان التسليم الحاصل عن غش تسليم اختياري ينقل الحيازة، وما دام انه اختياري وناقل للحيازة فهو ينفي الاختلاس .

التسليم النافي للاختلاس في الشريعة الاسلامية .

-٢٢٨-

قلنا ان السرقة في الشريعة هي أخذ مال الغير خفية والاخذ خفية يقتضي ان يؤخذ الشيء من المجني عليه او من يمثله بدون علمه وبدون رضاه . والتسليم يجعل المجني عليه عالماً بأخذ الشيء ، سواء أوافر الرضا ام لم يتوافر . فالتسليم يمنع من توفر ركن الاخذ سواء نقل التسليم الحيازة الكاملة أو الناقصة (٢) .

والتسليم الحاصل عن غش أو خداع تسليم نافي للاخذ خفية ، لان التسليم ينفي ركن الاخذ خفية في السرقة . ففي كل الحالات التي يسلم فيها الشئ لا يعتبر الشيء قد أخذ خفية ، لان الاخذ خفية يجب ان يكون بغير علم المجني عليه وبغير رضاه . فالتسليم الحاصل عن غش او خداع يمكن اعتباره اختلاسا طبقا للشريعة الاسلامية (٣) ، فالاختلاس أخذ مال الغير يعلم المجني

(١) مجموعة قرارات محكمة التمييز الاردنية - تمييز جزاء - رقم ٣٧ / ٧٢

ص ٧٤٧ السنة ٢٦

(٢) ، (٣) الشيخ عبد القادر عودة - المرجع السابق - ص ٥٣٩

عليه وبدون رضاه . فالإختلاس في الشريعة الإسلامية يتفق في شروطه وأحكامه مع السرقة في القوانين الوضعية ، وإن كان بعض الفقهاء لا يعتبرونه كذلك ، إذ يعتبرون الإختلاس صورة من السرقة الصغرى يؤخذ فيه المال خفية (١) .

وتطبيقاً لذلك فإن من يشتري بضاعة ويهرب دون أن يدفع ثمنها لا يعتبر سارقاً في الشريعة وإنما يعتبر مختلساً ولا يقطع في هذه الحالة .

خلاصة لما سبق نقول إن التسليم النافي للإختلاس هو التسليم الاختياري الصادر من من يملك سلطة إصداره بحرية واختيار . فالتسليم الاختياري متى كان ناقلاً للحيازة الكاملة أو الناقصة ينتج أثره وينفي الإختلاس ولو كان حاصلًا عن غلط أو غش أو خداع . وذلك لأن الفسح والغلط والخداع وإن كانت عيوبها تفسد الرضا إلا أنها لا تعدم إرادة نقل الحيازة والتخلي عنها ، وعليه فمتى توافق الرضا انعدم العنصر الشخصي لفعل الإختلاس إلا وهو عدم الرضا . فالتسليم الاختياري الناقل للحيازة صورة حقيقية لرضا المالك أو الحائز في التخلي عن ماله ، أما إذا لم يكن التسليم ناقلاً للحيازة ولم يكن اختيارياً فإنه لا ينتج أثره ولا ينفي الإختلاس . فالتسليم الناقل للبد العارضة والتسليم غير الإرادي تسليم لا ينفي الإختلاس ، وهذا ما سوف نحاول بيانه بتفصيل في الباب التالي .

(١) الشيخ محمد أبو زهرة. المرجع السابق - ص ١٣٩ .

## الباب الثاني

### التسليم غير النافسي للاختلاس

=====

قد منا ان التسليم النافسي للاختلاس هو التسليم الارادي الناقل للحيازة الكاملة او الناقصة ولو كان حاصلا عن غلط او غش او خداع . وقد رأينا أن معظم القوانين تعتبر التسليم الحاصل عن غلط او غش او خداع تسليما نافيا للاختلاس ما عدا القانون الانجليزي الذي اعتبر التسليم الحاصل عن غلط او غش او خداع تسليما غير نافي للاختلاس .

-٢٣٠-

لكن ما حكم التسليم الحاصل عن لا شعور وعن اكرام وما هو التسليم غير النافسي للاختلاس ؟

### التسليم غير النافسي للاختلاس هو التسليم غير الناقل للحيازة الكاملة

-٢٣١-

او الناقصة اي التسليم الذي لا تتوافر فيه عناصر التسليم الناقل للحيازة ، والعنصر الذي يغلب تخلفه هو ارادة نقل الحيازة لدى المسلم . فالتسليم غير النافسي للاختلاس لا يعد وان يكون مجرد حركة مادية تؤدي الى نقل الشيء من المسلم الى المتسلم دون ان يترتب على ذلك أثر متعلق بالحيازة . فهذا التسليم لا يمنح المتسلم اي سلطة مادية على الشيء ، فالمستلم مجرد واضع يده على الشيء فهو خاضع لرقابة واشراف المسلم ، فالتسليم ليست له على الشيء المسلم اي صفة قانونية ، فهو مثال الحمل الذي يحمل حقائب المسافر الى فندق فان مهمته تنتهي بمجرد الوصول الى الفندق ، فهو يحمل الحقائب تحت اشراف المسافر .

وعليه سنقسم هذا الباب الى فصلين نتناول في الفصل الاول التسليم غير الارادي ونتطرق فيه الى التسليم الحاصل عن شخص غير مميز ، والتسليم الحاصل عن اكرام . وفي الفصل الثاني نتطرق الى التسليم المادي فنتناول في المبحث الاول منه نظرية التسليم الضروري او الاضطراري وفي المبحث الثاني النظرية الفقهية القائمة على الحيازة المدنية .

## الفصل الاول

### التسليم غير الارادى

=====

التسليم غير الارادى هو التسليم الذى يتم بدون ارادة نقل الحيازة الكاملة او الناقصة ، وهو التسليم الذى يصدر عن عدم اختيار ، اى التسليم الذى يصدر عن اكره مادى او معنوى ، أو يصدر عن عدم وعي كالتسليم الصادر من سكران أو من صبي غير مميز أو من مجنون أو معتوه ، ويكون المسلم في هذه الحالة مجرد أداة مساعدة للجاني في سبيل ارتكابه جريمته ، فالارادة فسي هذه الحالة منعدمة لا تحقق الاثر الناقل للحيازة وعليه فالتسليم في هذه الحالة لا ينفي وقوع الاختلاس .

-٢٣٢

وعليه فاننا سوف نتناول هذا الموضوع في بحثين نتطرق الى التسليم الصادر عن لا شعور في البحث الاول ، والتسليم الصادر عن اكره في البحث الثاني .

### البحث الاول

#### التسليم اللاشعورى REVISE OBTENUE INCONSCIEMENT

قلنا ان التسليم الاختيارى هو التسليم الارادى الصادر عن ارادة حرة مميزة. والتسليم لا يكون كذلك الا اذا كان صادرا عن شخص اهل لاصدار هذا التسليم ، اى من شخص مميز ومدرك وحر . فاذا كان المسلم غير مميز فان تسليمه لا يعدو وان يكون مجرد مناولة مادية . فلا يمكن ان ينقل الا اليد العارضة وتفسير ذلك ان نقل الحيازة يتطلب ان يكون لدى المسلم النية في التخلي عن حيازة ماله للمتسلم ، وغير المميز لا يتسطيع ان يدرك مثل هذا التصرف (١) .

-٢٣٣

(١) د . مراد رشدى - المرجع السابق - ص ٢٩٩ وما بعدها

وقد يرجع عدم التمييز الى سبب طبيعي كالسن مثلا . ويطلق على  
النسبي الذي لم يبلغ سن التمييز النسبي غير المميز . وتقدر براسن التمييز  
يختلف من قانون لاخر فبعض القوانين المدنية تقدره ببلوغ النسبي ست سنوات  
وبعضها بسبع سنوات ، ويترتب على ذلك ان كل من لم يبلغ هذه السن يعد  
فاقدا للتمييز .

- ٢٣٤

فقد نصت المادة ١١٠ مدني مصري على انه : « ليس للنسبي غير المميز  
حق التصرف في ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » فالنسبي غير المميز طبقا  
لهذا النص لا يستطيع ان يبرم اي عقد سوا . اكان هذا العقد ناقلا للملكية  
أم الحياة .

وقد يرجع عدم التمييز الى غلة مكتسبة كالجنون والعتة والسكران والجنون  
نوعان ، جنون مطبق وجنون متقطع ، وعليه فاذا تصرف المجنون جنونا مطبقا فان  
تصرفه يكون باطلا بطلانا مطلقا ، اما اذا تصرف المجنون جنونا متقطعا في ماله  
اثنا صحوه فان تصرفه يكون صحيحا ، اما اذا تصرف اثنا الجنون فان التصرف يكون  
باطلا .

وقد لا يكون المجني عليه مجنونا وانما سكرانا وحكم السكران سكرنا  
هو نفس حكم المجنون . وفي هذا الصدد قضت محكمة النقض الفرنسية ان من يأخذ  
شيئا من سكران فان ذلك يعد ضد ارادته الحقيقية ، ومن ثم فان مرتكب الواقعة  
يعتبر مختلما ( ١ ) .

ويطبق على العته نفس حكم المجنون والسكران ، فقد قضت محكمة النقض  
المصرية بان العته بعدم ارادة من يصاب به ، فتقع تصرفاته باطلة من وقت ثبوت  
حالة العته المعدم لارادة المعتوه وقت صدور التصرف ( ٢ ) .

( ١ ) CASS - 14/10/1842- B.C.280- GARCON .OP.CIT P. 1136

( ٢ ) نقض مصري مدني - ١٩٤٩/١٢/٢٩ . ا . كلام النقض ١ - رقم ٤٣

لكن ما أثر عدم التمييز على الاختلاس ؟ ان التسليم الصادر من شخص غير مميز لا ينفذ الا الحيازة المادية فقط اي اليد العارضة ، فالتسليم في هذه الحالة لا يعد وان يكون مجرد مناولة مادية خالية من اي أثر قانوني (١) .

-٢٣٥-

فمن تصدر عن يده حركة انعكاسية لا ارادية ، فيلقي بها كان بها من مال الى حجر الغير لا يقال عنه انه سلم الشيء الى الغير ، لان التسليم لم يقترن بالارادة ومن باب اولى لم يقترن بنية نقل الحيازة الكاملة أو الناقصة . فارادة المجنون والصبي غير المميز والسكران سكرًا بينا ارادة غير موجودة من الناحية القانونية (٢) . فارادة هؤلاء الاشخاص ارادة غير مميزة فلا اعتداد بها ولا يقوم بها تسليم ، وبالتالي لا تحول دون قيام الاختلاس (٣) .

وتطبيقا لذلك قضت المحاكم الفرنسية بان التسليم الصادر من شخص

غير مدرك لا يمنع من وقوع الاختلاس ، تأسيسا على ان مثل هذا الشخص لا يعدو ان يكون أداة سلبية ساعدت الجاني على الاستيلاء على الشيء المسلم بسوء نية (٤) .

وقد قضت المحكمة العليا LA COUR SUPREME بان التسليم الصادر عن شخص في حالة جنون لا يمكن اعتباره تسليما اراديا ، لان المسلم لا يشعر بفعله ، فارادته شبيهة بارادة الحيوان ، فالشخص الذي يسلم الشيء في هذه الحالة ليس الا وسيلة سلبية يأخذ بواسطتها المسلم الشيء المسلم بسوء نية (٥) .

( 1 ) GARCON - OP. CIT. P. 1136 - PARA .H.

( ٢ ) د . عبد الفتاح الصيفي - المرجع السابق . ص ٢٧٦

( ٣ ) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق . ص ٧٦

( 4 ) GARCON . OP. CIT. P. 1136

( 5 ) CASS - 15/5/1876 - GARCON - OP. CIT . P. 1136

كما قضت محكمة النقض العرسية في قضية تتلخص واثمها في ان طفلا يبلغ من العمر ثماني سنوات عشر في الطريق العام على كيس يحتوي على مبلغ من النقود ، فالتقطه ثم سلمه لاخيه المرافق له والذي يبلغ من العمر ثلاثة عشرة عاما . وقد سلمه هذا الاخير بدوره الى سيدة فاستولت عليه . فقد قضت المحكمة باعتبار هذه السيدة مرتكبة لجريمة سرقة ، وقد قررت في حيثيات حكمها ان الطفلين لم يكن لهما بالنظر الى عمر كل منهما سوى وضع اليد المادي فقط ، وهو البعيد عن كل قصد وتسليمها غير واعي وغير منتج لاي آثار قانونية . وتفسير ذلك ان واقعة التسليم ليست الا مجرد واقعة ميكانيكية صدرت من الطفلين . فالسيدة تعد من الناحية القانونية كأنها هي التي قامت بنفسها بسلب الشيء من الطريق العام ، واستعانت لتحقيق غرضها باداء مألولة الطفلين الشيء لها (١) .

فهذا الحكم شبيه بحكم محكمة النقض المصرية التعلق بفتاة صغيرة عثرت على محفظة نقود فأخذها منها المتهم مقابل قرش . فقد اعتبرت المحكمة ان فعل المتهم لا يعتبر اخفاً لشيء مسروق بل يعد سرقة طبقاً للمادة الاولى من القانون الصادر في ١٨/٥/١٨٩٨ الخاص بالاشياء المفقودة . ان المتهم باعتباره هو الذي عثر على المحفظة وحبسها بنية تملكها بطريق الغش، والفتاة البريئة لم تكن الا مجرد أداة (٢) .

ان التسليم الصادر من شخص غير مميز ، تسليم لا ينقل الا اليد العارضة . فالتسليم الصادر من المعتوه او المجنون لا ينفي وقوع الاختلاس (٣) .

وقد ذهب العلامة جارو وفق نظريته الى ان التسليم الصادر عن لا شعور والتسليم الصادر عن غلط أو غش او تدليس لهما نفس الحكم تأسيساً على ان

( ١ ) CASS - 31/8/1899; CASS 15/12/1959- D- 1960 -1-191  
MOURAD ROUHI - OP. CIT. P. 300-301

(٢) طعن ٢٢ سنة ١٠٠٠ ق - ج - ١١/١٢/١٩٣٩ - مع القواعد القانونية ص ٥٩٠

(٣) ويطلق جـ على هذا النوع من التسليم بالتسليم الاشعوري

جارو بين - المرجع السابق - ص ١١٣٦



التسليم الصادر عن غلط يعتبر في الحقيقة تسليماً غير واعي ، إذ إن المسلم لو أدرك حقيقة الغلط الذي وقع فيه لما أقدم على التسليم ، فالتسليم حسب رأي جازو تسليم نافي للاختلاس سواءً أكان صادراً عن شخص واعي أم صادراً عن شخص غير مميز (١) .

ونحن لا نوافق على هذا الرأي إذ إن التسليم الصادر عن غش أو غلط هو تسليم اختياري أي تسليم إرادي ، فالغلط والغش والخداع عيوب لا تعمد عدم الإرادة وإن كانت تفسد الرضا . أما التسليم الصادر عن شخص غير مميز فهو تسليم غير اختياري فأرادة نقل الشيء لدى المسلم معدومة تماماً وليس معيصة وشتان ما بين الأمرين .

٢٣٨ - أما التسليم غير الإرادي أي التسليم الصادر عن لا شعوره ولا اختيار كالسكران والمجنون والطفل غير المميز فإنه حسب اتجاه الفقه الإسلامي يمنع من تكون ركن لاخذ خفية لأن فقد الشعور والاختيار إذا كان يمنع من حصول التسليم اختيارياً فإنه لا يمنع من العلم بحصول التسليم . فإذا توفر العلم انعدم ركن السرقة وهو الاخذ خفية ، وحتى إذا أمكن القول بأن علم الصفيير والسكران والمجنون غير معتبر فإن هذا العلم غير المعقب شبهة تدرأ الحد فلا يقطع الجاني ويكتفي في عقابه بالتعزير (٢) .

٢٣٩ - ونحن نرى أن هذا الاتجاه يجانبه الصواب ، وذلك لأن فعل المجنون والصبي غير المميز والسكران سكراناً بينا هو غير فعل الشخص الواقع في الغلط أو الغش أو الخداع . فالتسليم الصادر عن مجنون أو عن صبي غير مميز تسليم باطل بطلاناً مطلقاً لأن إرادة التسليم في هذه الحالة ليست معيصة كما في حالة التسليم الحاصل عن غلط أو غش أو خداع وإنما هي معدومة من أساسها ولا وجود لها .

(١) د . مراد رشدي - المرجع السابق - ص ٣٠٢  
(٢) عبد القادر عودة - المرجع السابق - ص ٥٣٩ - ٥٤٠

وبما أن ارادة التسليم منعدمة فان الفعل لا يعدوان يكون مجرد حركة  
مادية خالية من اي اثر وبالتالي فهي لا تؤثر في ركن الاخذ خفية ، وذلك لان  
المجنون سواء اعلم بالفعل اولم يعلم به سيات ما دام انه لا يعي تصرفاته .  
بل ان كل تصرفاته عبارة عن حركة آلية ياتبها عن لا شعور ولا وعي .

وبما ان التسليم صادر لا شعوريا ولا يعي به المسلم فكيف يمكن ان  
يقال ان شرط عدم العلم منتفي في هذه الحالة ؟

صحيح ان الشخص الواقع في الغلط او الغش او الخداع اذا كان مميذا  
فانه يكون رغم الغلط والغش والخداع عالما بالتسليم ويدركا لآثاره ، لكن  
الشخص غير المميز من المستحيل ان يقال انه يعلم بتصرفاته . فقد يعلم المجنون  
اذا كان نصابا بالجنون المتقطع وتصرف خلال صحوه ، اما اذا كان الجنون  
مطبقا ، او كان السكرينا ، فان العلم لا يتحقق ، اي ان التسليم في هذه  
الحالة لا يعدوان يكون حركة مادية آلية يتحقق بها شرط عدم العلم وعدم  
الرضا ، ولا حاجة في هذه الحالة للقول بالشبهة لان عدم علم المجنون  
جنونا مطبقا ، والسكران سكرنا ، والصبي غير المميز متحقق بكل تأكيد  
وعليه فالسرقة في هذه الحالة متحققة والقطع واجب .

## التسليم الصادر عن اكراه

٢٤٠ - ما لا شك فيه أن الاكراه ضغط تتأثر به ارادة الانسان فيندفع الى القيام بالعمل الذي من أجله ارتكب الاكراه ، وهذا يعني أن الاكراه في القانون المدني لا يعنى بالوسائل المادية ، وإنما يعنى بالرهبة التي تقع في نفس المتعاقد ، فهو عيب من عيوب الارادة مثل التدليس والغلط ، فهذه العيوب ليست طرقاً احتمالية بل ما تحدثه هذه الطرق في نفس المتعاقد من تضليل .

فالاكراه في القانون المدني لا يعدم الرضا إلا اذا كان اكراهاً ملحاً : أما اذا كان غير ملحٍ فإنه يفسد الرضا فقط . فقد يختار المتعاقد المكره بين القيام بالعمل أو أن يقع به المكره الذي هدد به فيختار أهون الضررين ، فهو بذلك أراد أن يقوم بالعمل إلا أن ارادته هذه صدرت فاسدة إذ أنها لم تكن حرة ، فالاكراه هنا يعدم الرضا ولا يعدم حرية الاختيار .

٢٤١ - أما القانون الجنائي فقد اعتبر الاكراه ضغطاً تتأثر به ارادة الشخص فتعتمد به ، فالارادة المكرهة تزول من أساسها وعليه يعتبر الفعل الصادر من المكره مجرداً من كل قيمة قانونية ، أي يعتبر التصرف باطلاً بطلاناً مطلقاً . والاكراه نوعان : اكراه حسي وهو الاكراه الذي يقع على الجسم كالضرب ، واكراه معنوي يتمثل في التهديد بالحاق أذى دون ايقاعه بالفعل .

وفي هذا الصدد يرى الدكتور مراد رشدي أن المشرع المصري عندما نصح في المادة ٣١٤ عقوبات على أنه " يعاقب بالأشغال الشاقة المؤقتة من ارتكب سرقة بالاكراه . فإذا ترك الاكراه أثراً للجروح تكون العقوبة الأشغال الشاقة المؤبدة أو المؤقتة " . ان المشرع فرق بين الاكراه المادي والمعنوي فمن المقرر ، حسب رأي مراد رشدي ، أن الاكراه المعنوي لا يترك أثراً للجروح

وهو الذي قصد المشرع في الفقرة الأولى من النص السالف الذكر، أما الشق الذي استعمله بحرف شرط "فإذا ترك" فقد عني به المشرع نوعاً آخر من الاكراه غير النوع الأول وهو الاكراه المادي الذي يترك أثراً لجروح أو إصابات (١).

فهذا التفسير حسب رأينا يجانبه الصواب، وذلك لأن المشرع عندما نص في المادة ٣١٤ عقوبات مصرى على الاكراه الذي يترك أثراً لجروح والاكراه الذي لا يترك أثراً، فإنه لم يقصد به التمييز بين الاكراه المادي والاكراه المعنوي، وإنما قصد به التمييز بين الاكراه البسيط الذي لا يترك أثراً لجروح أو إصابات، كالصفعة والركل، وبين الاكراه الشديد الذي يترك أثراً للجروح، فاللكمة الشديدة إذا كانت في أماكن حساسة من الجسم فإنها تترك أثراً، فالمشرع في هذه المادة يميز بين الاكراه المادي الشديد الذي يترك أثراً لجروح وإصابات، وبين الاكراه المادي البسيط الذي لا يترك هذه الآثار، وذلك لوضع لكل نوع حسب جسامته وخطورته عقوبة معينة.

لكن ما حكم التسليم الحاصل عن اكراه، وما هو أثر الاكراه على الاختلاس؟  
لقد اتفق الكتاب الجنائيون التقليديون والمعاصرون على اعتبار الجاني في حالة التسليم الصادر عن اكراه مختلفاً، ولكنهم مع ذلك اختلفوا في الأسانيد التي تؤدي الى مثل هذه القاعدة.

فقد ذهب الاستاذ ROBERT VOUIN الى أن التسليم الصادر من اكراه تسليم ضد ارادة ورغبة حائز الشيء الشرعي، إذ أن ما يحوزه قد سلب منه بالعنف أو القوة أو التهديد (٢).

(١) د. مراد رشدي - المرجع السابق - ص ٢٩٢.

(٢) ROBERT VOUIN - DROIT PENAL SPECIAL - T. 1-2  
EME ED- 1958 - P. 20

أما الأستاذ جارو فقد ذهب إلى أن التسليم في حد ذاته يتطلب أعمال الأخذ أو السلب أو الخطف وكلها أمور يفترض عدم رغبة المالك في التخلص عما يملكه. فالسرقة هي حسب هذا الرأي أخذ أو خطف أو نزع لمال الغير بدون شيعته أو بدون علمه. فالأخذ باكراه هو أخذ بدون رضا المالك أو الحائز السابق، فالأخذ باكراه هو صورة واضحة لتسك المجني عليه بما يملكه، وعليه فالأخذ بالاكراه يتحقق معه وقوع الاختلاس (١).

أما جارسون فيرى أن التسليم الذي ينفي الاختلاس هو التسليم الذي ينقل الحيابة بمنصرها المادي والمعنوي إلى المتسلم، أو التسليم الذي ينقل الحيابة المؤقتة والذي يمنح الحائز سلطات محدودة، أما التسليم الصادر عن إكراه لا ينفي وقوع الاختلاس، لأنه تسليم ينقل اليد العارضة فقط. فالمكروه في هذه الحالة لا يتخلل من حيابته للشيء، وعليه فإن استولى المتسلم على الشيء عند مقتضيات الحيابة المجني عليه (٢).

أما الأستاذ محمود نجيب حسني فيرى أن من يكره آخر على مناولته شيئاً ثم يستولي عليه يعتبر سارقاً، لأن الإرادة الخاضعة للإكراه لا يقوم بها تسليم ناقل للحيابة (٣).

أما EMIR - HOUCANG فيذهب إلى القول بأن التسليم في حالة الإكراه ليست له سوى الحيابة المادية على الشيء، قياساً على حالة العائس على شيء ضائع، فالمالك في الحالتين لا ينقل الحيابة الكاملة أو الناقصة (٤).

( 1 ) GARRAUD- OP.CIT. PARA 2381.

( 2 ) GARÇON - OP.CIT. P. 1136 - PARA 213

( ٣ ) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٧٧ .

( 4 ) EMIR - HOUCANG - L' EVOLUTION DE LA NOTION DE LA SOUSTRACTION SPECIALEMENT A L'EPOQUE CONTEMPORAIRE THESE PARTS - 1963 - P. 77 - FOURAD ROCHDI OP.CIT P. 295

ويعلق الدكتور مراد رشدي على هذا الرأي فيقول : اننا نذهب الى انه بالرغم من صحة النتيجة التي انتهى اليها هذا الرأي ، الا ان تشبيه المسلم المكره بمالك الشئ الضائع هو تشبيه مع الفارق ، اذ ان وسيلة وصول الشئ بين يدي الجاني مختلفة في الحالتين ، ففي حالة الاكراه يتم بين المسلم والمتسلم بصورة مباشرة عن طريق المناولة ، اما في حالة الالتقاط للشئ الضائع فان وصول الشئ بين يدي الجاني يتم بفعل مادي هو الالتقاط دون ان يكون ثمة ضغط أو تهديد موجه ضد ارادة المالك أو الحائز الشرعي للشئ ( ١ ) .

ونحن نرى ان التسليم الصادر عن اكراه لا ينقل الا اليد العارضة وذلك لان نقل الشئ باكراه يعدم الرضا من اساسه ، وتختلف الرضا معناه تحقق العنصر الشخصي لركن الاختلاس أي عدم رضا المجني عليه ، وتحقق هذا العنصر بوعي الي تحقق الاختلاس .

وقد استقر القضاء في فرنسا ومصر على ان الاكراه لا يحول دون وقوع الاختلاس برغم ان هناك تسليما قد تم فعلا من المجني عليه . فالشخص

الذي يحصل على شئ منقول مملوك للتغير باستعمال القوة يرتكب جريمة السرقة ( ٢ ) .

والاكراه قد يعد ظرفا شديدا في جريمة السرقة يحيلها من جريمة جنحية الى جريمة جنائية ، فقد جاء في القرار الجنائي التعقيبي رقم ١٢٠٧ المتعلق بمشور محكمة التعقيب التونسية سنة ١٩٦١ ما يلي : ان العنف الذي اشترطه الفصل ٢٦٠ من القانون الجنائي في السرقة الموصوفة لا تتكون منه جريمة مستقلة بذاتها مهما كانت نتيجته ، وانما هو عنصر اساسي لاعطاء القضية صبغتها الجنائية ( ٣ ) .

( ١ ) د . مراد رشدي - المرجع السابق - ص ٢٩٥ .

( ٢ ) CASS-CRIM 22/2/1894 - B.C No 51-GARÇON Op.CIT.P 1137

( ٣ ) محمد الطاهر السنوسي - المرجع السابق - ص ٢٢٦ .

وقد يكون العنف بسيطاً فلا يغير من وصف جريمة السرقة البسيطة ،  
وتطبيقاً لذلك طبقت عقوبة السرقة البسيطة على الشخص الذي يستولي ، بعد  
إخفاق ، على حافظة نقود فتاة كان يعاشرها معاشرة غير شرعية (١) .

كما طبقت نفس العقوبة على شخص استداع الحصول على مال عجز  
بعدها هدها بالضرب وحرق منزلها (٢) .

وبلاحظ هنا أن الاكراه المعنوي لا يشكل طرفاً مشدداً في جريمة  
السرقة ، فهو وإن كان يهدم حرية المسلم ويجعل التسليم غير ارادي لكن  
لا يحول جريمة السرقة من جريمة جنحية الى جريمة جنائية (٣) .

وطبقت كذلك عقوبة السرقة البسيطة على الشخص الذي ، بعد ما وقى

دينه ، حمل مطرقة وأخرج الدائن من الحجرة بهدف استرجاع سند الدين الذي  
كان قد وضعه الدائن تحت تهديد على الظالم (٤) .

ونحن نرى أن هذا الحكم يجانبه الصواب لأن التهديد باستعمال العنف  
ما هو إلا اكراه معنوي أو بمقابلة أدق ألم مادي لم يقع بعد . والتهديد باستعمال  
العنف يكاد يجمع عليه بأنه ظرف مشدد يحول جريمة السرقة من جريمة جنحية الى  
جنائية .

فالمادة ٣٥٤ عقوبات جزائري والتي تقابلها المادة . . . عقوبات أردني  
تنص على : يعاقب بالسجن المؤقت من خمس الى عشر سنوات كل من ارتكب مع  
توافر ظرف من الظروف الاتية .

١ . اذا ارتكبت السرقة مع استعمال العنف أو التهديد به . . . .

( 1 ) COUR. PARIS - 5/1/1897- GARÇON - Op-CIT -P 1137

( 2 ) ( 3 ) GARÇON-OP CIT.P 1137- PARA 216- 217 .

( 4 ) CASS- 06/6/1875- PROCESSE - B.206-D.77-1-95.

والتهديد باستعمال العنف هو اكراه معنوي ، وهو حسب هذا النص ظرف شديد يحول السرقة من جنحة الى جناية ، فعقوبة السجن لا تطبق الا في المسائل الجنائية . وبما أن عقوبة التهديد باستعمال العنف هي حسب نص المادة ٣٥٤ والمادة ٤٠٠ هي السجن المؤقت فاذن الجريمة هنا جنائية .

وأخيرا نقول أن الشخص المكره ليس الا مجرد أداة سلبية في يمد الجاني استعان بها لتحقيق جريمته ، فالشخص المكره على التسليم لا ينقل الا اليد العارضة ، وذلك لأن ارادة المسلم لم تتجه الى التخلي عن الحيازة للجاني ، وانما اتجهت تحت الاكراه والتهديد الى نقل المال ماديا فقط ولم تتجه الى نقل الحيازة الكاملة أو الناقصة ، فالتسليم في هذه الحالة لا يعدو أن يكون مجرد حركة عضوية لا ارادية ليس لها أي قيمة قانونية .



## الفصل الثاني

### التسليم المادي

٢٤٥- يقصد بالتسليم المادي التسليم الذي لا ينقل إلا اليد العارضة ، أي التسليم الذي يقصد به المسلم تمكين المتسلم من فحص الشيء ، المسلم والاطلاع عليه دون التخلي عنه . ولقد ذهب الفقه والقضاء الفرنسيان الى اعتبار هذا التسليم ، في باري الأمر ، تسليماً اضطرارياً تتطلبه الحياة العملية بحيث لا يتصور سير المعاملات التجارية على النحو المألوف اذا رفض حائز الشيء ، تسليمه للغير .

الآ أنه نتيجة لظهور حالات من الاستيلاء والتي لا يكون فيها المسلم مضطراً لتسليم ماله للغير ، واجه القضاء الفرنسي صعوبة في اعتبار التسليم المراد به المعاينة والاطلاع تسليماً اضطرارياً كتسليم كتاب من صديق السي صديقه .

وعليه سنقسم هذا الموضوع الى بحثين ، نتناول في الاول نظرية التسليم الضروري أو الاضطراري ، وفي الثاني نظرية اليد العارضة .

### المبحث الاول

#### نظرية التسليم الضروري أو الاضطراري

٢٤٦- ان اصطلاح التسليم الضروري اصطلاح وضعته محكمة النقض واستعملته في أحكامها للتعبير عن الاحوال التي لا يراد فيها نقل الحيازة الكاملة أو الناقصة عن طريق التسليم ، بل حيث يكون التسليم ما تقتضي به ضرورات التعامل والأخذ والمطاء بين الناس على أن يرد الشيء فوراً الى صاحبه بعد انتها الفرض الذي حصل من أجله ذلك التسليم الموقت (١) .

(١) أحمد أمين - المرجع السابق - ص ٦٢٠ - ٦٢١ .

فقد جاء هذا الاصطلاح نتيجة اصطدام محكمة النقض الفرنسية بوقائع قضائية تتلخص في أن مدينا تسلم سند الدين من دائئه للاطلاع عليه قبل الوفاء بقيمته ثم استولى عليه. فاعتبرته المحكمة مرتكبا لجريمة السرقة. وأسست حكمها على أنه لا يوجد تسليم اختياري في هذه الحالة (١). إلا أنه سرعان ما اصطدم هذا الأساس بوقائع الدعوى ذاتها إذ أنها تنطبق بأن التسليم كان صادرا عن ارادة ووحي.

٢٤- وفور ظهور هذه النظرية بدأ الفقه الفرنسي والمصري بالاهتمام بها، تارة بالنقد وتارة بالتحليل. فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى القول بأن التسليم الذي يتم في هذه الحالة هو تسليم غير اختياري، إذ أنه تسليم تقتضيه ضرورة المعاملات التجارية، مثال ذلك أن يطلع المدين على السند قبل الوفاء، أو أن يسلم البائع الشيء إلى المشتري ليفحصه ويحايثه قبل شراؤه، فهذا التسليم تقتضيه ضرورات سير المعاملات التجارية. فلا خيار للمسلم فيه، ولهذا فهو تسليم لا ينقل الحيابة وبالتالي لا يمنع من قيام الاختلاس.

وفي هذا الصدد يقول FAUSTIN HELIE في تعليقه على الحكم المتعلق بقضية PROST أن التسليم نتيجة لضغط ضرورة يسمح بإمكان وقوع الاختلاس. إلا أنه إذا لم يتحقق شرط الضرورة فإن مثل هذا التسليم الوقتي يظل نافيا للاختلاس (٢). ومعنى ذلك أن FAUSTIN قد جعل التسليم نتيجة لضرورة أو اضطرار استثناء من القاعدة العامة التي تقتضي بأن التسليم نافي للاختلاس، وهي القاعدة التي رافعت عنها النظرية التقليدية.

٢٤- وقد انتقد العلامة جارسون هذا الرأي قائلا: أنه ليس صحيحا أن يقال أن البائع مضطر لتسليم البضاعة للمشتري، فالمشتري لا يكره البائع على التسليم، فالبايع يسلم بإرادته الحرة الشيء إلى المشتري فالتسليم في هذه الحالة تسليم اختياري لا ينقل الحيابة.

( 1 ) CASS- 16/5/1903-BULL CRIM No 189 .

( 2 ) FAUSTIN HELIE - ARGUMENT SUR L' AFFAIRE PROST - GARÇON - OP-CIT-P.113.

ويؤكد الاستاذ بوزا هذه الوجهة من النظر فيقول أن مصطلح الضرورة المعروف في القانون المدني هو غير الاضطراب أو الضرورة في القانون الجنائي، فحالة الضرورة في القانون الجنائي هي حالة يكون فيها الشخص ملزماً برغم احتفاظه بإرادته وحرية في الاختيار لمنع وقوع خطر يهدده أو يهدد الغير إلى ارتكاب جريمة تضر بالغير (١). فحسب هذا الرأي، إن التسليم في هذه الحالة لا يُلزم إلا أنه تسليم اختياري صادر عن إرادة حرة مختارة .

وأما الدكتور مصطفى القلبي فقد ذهب إلى أن التسليم الاضطراري أو الضروري هو التسليم الذي يأتي به المسلم وهو مدفوع إليه، إذ أنه قد جرى عليه العرف التجاري بحيث لا يتصور سير المعاملات على النحو المألوف إذا رفض حائز الشيء تسليمه إلى الغير، ومثل هذا التسليم لا يمنع من وقوع الاختلاس (٢).

وتطبيقاً لهذه المبادئ ذهب المحاكم الفرنسية والمصرية إلى اعتبار التسليم الذي تدفع إليه حاجة المعاملات بين الناس تسليماً اضطرارياً أو ضرورياً لا يمنع من وقوع الاختلاس .

فقد ذهبت محكمة النقض إلى أنه يعد سارقاً، المدين الذي يتسلم سند الدين من دائته للاطلاع عليه لحظة افتراض الوفاء ثم يرفض إعادته. وقد ذكرت المحكمة في حيثيات حكمها أن هذا التسليم ضروري ولا يمكن القول بأنه تسليم إرادي (٣).

ونحن نرى أن التسليم في هذه الحالة ولو أنه ضروري إلا أنه تسليم اختياري لأن الضرورة، كما قال الاستاذ بوزا، في القانون الجنائي تختلف عن الضرورة في القانون المدني. فالضرورة في القانون وإن كانت تلزم الشخص بالقيام بالتسليم إلا أن التسليم بالرغم من ذلك يحتفظ بحرية في الاختيار. فمعنى ذلك أن المسلم

( ١ ) P. BOUZAT- ARTICLE SUR LE VOL -REV. SC. CRIM. 1966. No 275 .

( ٢ ) د. مصطفى القلبي - شرح قانون العقوبات في جرائم الاموال - طبعة

١٩٣٩ - ص ٢١ .

( ٣ ) CASS-31/3/1855 GUERLAIN; 16/5/1903- PEREZ. B. 189 .

ولو فرضنا أنه كان مضطراً على التسليم، إلا أن التسليم لا يعتبر تسليمًا اجباريًا وإنما نتيجة لامكانية المتسلم على رفض التسليم، يعتبر التسليم اختياريًا.

وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية حكمها الأول عندما قضت أنه وإن كان الاختلاس في مفهوم المادة ٣٧٩ عقوبات، لا يتحقق حينما يكون الشيء المختلس قد سبق تسليمه وحتى ولو بلحظة سابقة على الاستيلاء طالما أن هذا التسليم قد صدر من مالك الشيء أو حائزه الشرعي، إلا أنه في حالة التسليم الضروي أو الاضطراري وهي الحالة المنطبقة على وقائع الدعوى، فإن حائز السند لا يفقد حيازته إذ أن إرادته قد اتجهت إلى أن يكون السند تحت بصر المدين، وهو أمر ضروري للوفاء، ومن ثم فإنه لا يمكن توجيه أي خطأ أو تقصير للحائز، ويكون المدين في حالة استيلائه على السند مختلسًا (١).

ولقد أخذت المحاكم المصرية بهذه القاعدة، فمن ذلك ما حكمت به محكمة النقض في قضية سلم فيها شخص إلى آخر أثناء وجودهما بالحكمة عقد رهن للاطلاع عليه وردّه بعد ذلك، فأخفاه المتسلم ولم يردّه رغم مطالبة صاحب السند به. إذ قررت أنه ولو أن تسليم العقد إلى المتهم كان في الأصل اختياريًا إلا أن المتهم كان ملزمًا ببرد العقد بمجرد طلبه منه، فإذا لم يردّه اعتبر سارقًا لاختلاسه شيئًا سلوكًا للغير (٢).

ويلاحظ أن محكمة النقض المصرية في هذا الحكم لم تعتبر التسليم اجباريًا مثلما اعتبرته محكمة النقض الفرنسية، وإنما اعتبرت التسليم اختياريًا دعت إليه ضرورة الاطلاع والفحص.

( ١ ) CASS-2/1/1876 - GARÇON - OP. CIT - P 1131 .

( ٢ ) نقد مصرى ١٠ / ٥ / ١٩٣٠ . المجموعة القانونية ١٤ عدد ١٠١ -

احمد أمين - المرجع السابق - ص ٦٢١ - ٦٢٢ .

ولقد رددت محكمة النقض المصرية عبارة التسليم الضروري في حكم آخره ، فقد قررت في واقعة تتحصل وقائعها في أن شخصا حضر الى بائع فاكهة في مكانه وطلب منه أكلة موز وأن يبذل له ورقة مالية من فئة خمسة جنيهاً بفضة ، فأعطاه الفاكهي أربعة جنيهاً وأربعة وتسعين قرشا بعد خصم قيمة أكلة الموز، إلا أن المشتري لم يسلم البائع الخمسة جنيهاً وشغل الفاكهي باحضار فاكهة لشخص آخر ففأفلسه الجاني واستولى على الفاكهة والنقود دون أن يدفع شيئاً . ولقد اعتبرت المحكمة الجاني سارقاً تأسيساً على أن تسليم المجني عليه النقود والفاكهة الى المستهلك كان تسليماً مادياً اضطرارياً جرى عليه العرف في المعاملات التجارية . . . ( ١ ) .

كما ذهبت الى نفس المبدأ محكمة النقض السورية ، حيث اعتبرت أن تسليم اللخم والمعين الى الفران لمدة مؤقتة ليخبزه تحت اشراف صاحبه وإطلاقه ، فهو تسليم واقعي اضطراري لا ينقل الحيازة الى الفران ، وتبقى يده عارضة مجردة حتى يتم نضوجه وتسليمه الى أصحابه . فان أخذ شيئاً أو كتبه أو اختلسه فان عمله يعتبر من قبيل السرقة ولا يعد اساءة للامانة ( ٢ ) .

٢٥٢- نقد النظرية : ان هذه النظرية حاولت أن تحمي مصالح التجار من تلاعب المجرمين، إلا أنها لم تنجح في التفرقة بين التسليم الذي يمنع من قيام الاختلاس وبين التسليم الذي لا يحول دون توافر الاختلاس .

وفي هذا الصدد يقول العلامة جارسون أنه ليس صحيحاً ان يقال أن الدائن كان مضطراً على اطلاع الدين على سند الدين . فلا يمكن أن يقال ان التاجر كان مضطراً لتسليم البضاعة للمشتري قبل تسلم الثمن ، وذلك لأن البائع قد يرفض في كثير من الاحيان ان يسلم المشتري الشيء للاطلاع عليه اذا ما لاحظ أنه عاجز عن الدفع أو غير مجد في الشراء .

( ١ ) نقض مصري ١٩٣٢/١١/٢١ طعن ٢٤٢٤ سنة ٢ ق - مراد رشدي - المرجع السابق - ص ٣٢٠ .

( ٢ ) نقض سورية - قرار رقم ٣/١٨٤٣ تشرين الثاني ١٩٦٢ - مج القواعد القانونية رقم ١٤٨٨ - ص ٨٢٨ .

ومن جهة أخرى ليس صحيحا القول ان التسليم الضروري تسليم غير اختياري ، وذلك لأن التسليم في هذه الحالة لم يخضع لأكراه من التسلم ، كما أنه تسليم صادر عن شخص مميز ، فهو ليس تسليما غير واعي ، ولذا فهو ليس تسليما غير اختياري ( ١ ) .

بالإضافة الى ذلك فهذه النظرية ليس لها ضابط قانوني ، فمصطلح الضرورة مصطلح واسع وضيق في نفس الوقت ، وهذه النظرية تسمح باعتبار الاختلاس متحققا في حالات كثيرة ، مثل حالة الأكل في المطاعم ، فصاحب المطعم لا يطلب الثمن من الزبون إلا بعد استهلاك الأكل . فحسب هذه النظرية ، يعد الزبون الذي يستهلك الأكل ولا يدفع الثمن مغتصبا تأسيسا على أن التسليم في هذه الحالة دعت اليه ضرورة المعاملات التجارية ، إلا أن أحد الم يقل بمثل هذا التكيف ، بل ان القضاة قد ذهبوا الى اعتبار هذه الحالة لا تشكل جريمة السرقة .

فالشرع الفرنسي لما رأى كثرة حالات التسلل من المطاعم مع بقاء المجرمين بدون عقاب ، تدخل وأصدر في ١٨٧٣ قانونا أضاف فيه الى المادة ٤٠١ من قانون العقوبات فقرة رابعة ، اعتبر فيها هذا الفعل جريمة قائمة بذاتها أطلق عليها اسم *PILOUTERIE D'ALIMENT* . كما أن الشرع الجزائري لم يعتبرها سرقة ، فقد أورد لها نصا خاصا في باب السرقة ، فقد نص في المادة ٣٦٦ من قانون العقوبات على أن : كل من طلب تقديم مشروبات أو مأكولات اليه واستهلكها كلها أو بعضها في المحال المخصصة لذلك حتى ولو كان يقيم في تلك المحال ، ومع علمه أنه لا يستطيع دفع ثمنها على الاطلاق ، يعاقب بالحبس من شهرين على الاقل الى ستة أشهر على الأكثر وبغرامة من ٥٠٠ الى ١٥٠٠ د . ج . ويلاحظ مسن هذا النص أن الشرع الجزائري اعتبر الزبون الذي يستطيع دفع ثمن وجهته ومع ذلك لا يدفع لا ينطبق عليه هذا النص .

بالإضافة الى ذلك فهذه النظرية تسمح كذلك باعتبار المشتري الذي يسلمه الصانع الجواهر والحلي للاطلاع عليها وفحصها فيستولي عليها دون دفع

الثلث سارقا ، بالرغم من أن الصانع لم يكن مضطرا لتسليم المشتري الحلبي  
والجواهر .

ومن ناحية أخرى فان هذه النظرية تضيق من مدلول الاختلاس في  
بعض الاحيان فتؤدي الى الاعفاء من توقيع عقوبة السرقة في الاحوال التي لا  
يجوز فيها الاعفاء (١) ، فهي لا تسمح بتطبيق عقوبة السرقة اذا كان التسليم  
تحت شرط الاعادة الفورية قد تم دون أن تكون ثمة حالة ضرورة ، وهي  
النتيجة التي انتهى اليها حكم PROST الصادر في ١٨٦٤ / ١ / ٧ . والتي  
تتلخص وقائمه في أن أحد الأشخاص ويدعى DETTE سلم صديقه PROST قطعة  
نقدية من الذهب ليراها ويطلع عليها ، لما طلبه بها رفض PROST أن يعيدها  
اليه . فحكمت عليه محكمة BESANÇON بعقوبة السرقة ، إلا أن المحكمة  
العليا نقضت هذا الحكم مستندة الى التفسير الكلاسيكي للاختلاس (٢) .

ولقد اعتبر العلامة جارسون هذا الحكم متعارضا مع حكم SCAHLAT  
والذي اعتبرت فيه محكمة النقض نفسها الشخص ، الذي استولى على الورقة المالية  
التي سلمتها اليه سيدة ليتعرف على قيمتها ويردها اليها ، مختلسا على أساس  
أن السيدة كانت مضطرة على تسليمها اليه (٣) . فهذا ان النكاح ، حسب  
رأى جارسون ، يتعارضان ان في كلا الحالتين لم يكن المسلم مضطرا لتسليم الشيء  
الى الجاني ، فعلى أي أساس تعتبر المحكمة الاختلاس متحققا في القضية الثانية  
وغير متحقق في القضية الاولى . واتجاه هذه العيوب ترك الفقه والقضاة الفرنسيين  
والمصريين هذه النظرية وأخذوا بنظرية العلامة جارسون وهي نظرية السيد  
العارضة .

( 1 ) GARÇON - Op.Cit - P.1133 .

( 2 ) CASS 7/1/1864 - GARÇON - Op.Cit-P-1130 .

( 3 ) CASS 26/3/1846 - GARÇON .op.Cit. p 1129 .

## المبحث الثاني

### نظرية اليد العارضة

٢٥٤ - طبقا لهذه النظرية لم تعد هناك حاجة للتمييز بين التسليم الاختياري والتسليم الضروري أو الاضطراري، وإنما ينبغي النظر قبل كل شيء إلى موضوع الحيازة، وهل أن المسلم قد نقل حيازته الفنية إلى المتسلم، فإذا كان الجواب بالإيجاب فلا يعتبر المتسلم مختلما حتى ولو استولى على الشيء بسوء نية واضرارا بالمالك، أما إذا كان الجواب بالنفي فيمكن اعتبار المتسلم سارقا لأن التسليم لم يكن ناقلا للحيازة.

ويرى العلامة جارسون أن العلة الصحيحة لهذه القاعدة تنحصر في أن

التسليم من أجل الاطلاع والفحص لا ينقل الحيازة الكاملة ولا الناقصة بل تبقى بيد المتسلم يدا عارضة. ولا ريب في أن المالك لم يقصد في مثل هذه الحالة تكوين التسليم من حيازة الشيء. فإذا حيز المتسلم الشيء على رغم إرادة المالك فلا مانع من اعتباره مختلما، ويستوى في هذا إن يكون التسليم اضطراريا أو اختياريا (١).

ويرى الدكتور جبرائيل البناء أن التسليم الذي تقتضي به الضرورة: وكذلك التسليم لمجرد الاطلاع على الشيء أو تقدير قيمته ولو لم تقتض به ضرورة المعاملات، إنما هو في جميع هذه الحالات تسليم للحيازة العارضة للشيء التي لا تمنع من وقوع الاختلاس، ما يترتب عليه أن الاستيلاء على المال من قبل المتسلم له في الحالات المتقدمة يحقق ركن الاختلاس، وذلك لأن التسليم لم ينقل الحيازة الكاملة ولا الحيازة الناقصة بل كل ما نقله هو الحيازة العارضة الشكلية (٢).

( ١ ) GARÇON - op.cit - p.1133 - PARA 180 .

( ٢ ) د . جبرائيل البناء . شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بغداد



أما الدكتور عبدالفتاح الصيفي فيطلق على هذا النوع من التسليم، اسم التسليم غير المقترن بإرادة نقل الحيابة الكاملة أو الناقصة، أى بعبارة أخرى التسليم يتمكن اليد العارضة، وفي هذا النوع من التسليم لا تنصرف إرادة المسلم الى انهاء حيازته بل يظل متمسكا بها بركبتها المادى والمعنوى. فإرادة المسلم لا تنصرف الى نقل الحيابة للغير، ويترتب على بقا الحائز الاول على حيازته أن غيره لا يمارس مستقلا مظاهر السيطرة المادية على الشيء بل يمارسها تحت اشراف الحائز وتحت بصره (١).

ونحن نؤيد الاستاذ محمود نجيب حسني في أن التسليم الذى لا يمنع وقوع الاختلاس هو التسليم الذى لا تتوافر فيه عناصر التسليم الناقل للحيابة، والعنصر الذى يخلب تخلفه هو إرادة نقل الحيابة لدى المسلم، فهذا التسليم يقتصر على وضع الشيء بين يدي متسلمه دون أن تتجه إرادته الى تحويله صفة قانونية عليه، ودون أن تتجه الى تكينه من مباشرة السلطات المادية عليه ويتضح بذلك أنه اذا توافرت لدى المسلم إرادة اكتساب الحيابة فانها لا تكفي لجعل التسليم ناقلا للحيابة، لأنه لا بد أن تتوافر في الوقت ذاته إرادة نقل الحيابة لدى المسلم وتتوافق الارادتان على تغييرها (٢).

وتطبيقا لهذه المبادئ ذهب القضاة الفرنسي والمصرى والاردني الى اعتبار التسليم الذى لا ينفي الاختلاس هو التسليم الذى لا ينقل الحيابة الكاملة أو الناقصة بل الذى ينقل اليد العارضة فقط.

فقد قضت محكمة النقض تطبيقا لهذه القواعد الى أنه يعتبر سارقا المدين الذى يستولي على سند الدين عند تقديمه ليطلع عليه عند الوفاء، تأسيسا على

(١) د. عبدالفتاح الصيفي - المرجع السابق - ص ٢٧٨.

(٢) د. محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٨٣ - ٨٤.

أن الدائن لم تتجه ارادته للتخلي عن حيازة السند الى المدين ، وانما سلمه السند ماديا أي أن للاخير على السند مجرد اليد العارضة (١) .

كما ذهبت محكمة النقض الفرنسية كذلك الى انه يرتكب السرقة الشخص الذي يتسلم بصفة مؤقتة مستندا من موثق العقود، ثم يرفض أن يرد ، السي الموثق ، تأسيسا على أن موثق العقود لم يتخل عن حيازة السند ، ولكنه قصد أن يكون هذا التسليم ماديا أي ناقلا لليد العارضة وصفة مؤقتة ، وهو تسليم لا يتعارض مع وقوع الاختلاس (٢) .

كما ذهبت الى نفس المبدأ في قضية أخرى قررت فيها أن تسليم المالك أو الحائز الشرعي الشيء الى آخر يضع دقائق بهدف فحصه ومعاينته انتظارا لاحتمال شرائه ، فاستولى عليه المتسلم ، فان هذا الأخير يعد مختلسا وليس مرتكبا لخيانة الأمانة ، تأسيسا على أن هذا التسليم لم ينقل الحيازة الكاملة أو الناقصة بل نقل مجرد اليد العارضة ، وهذا لا يتعارض مع وقوع الاختلاس (٣) .

ويلاحظ من هذه الاحكام أن القضاء الفرنسي لم يعد يأخذ بالمدلول الكلاسيكي للاختلاس بل يأخذ بالمدلول القانوني الجارسوني ، فهو في هذه الاحكام يعتبر التسليم النافي للاختلاس هو التسليم الذي ينقل الحيازة الكاملة أو الناقصة ، أما التسليم الذي لا ينقل إلا اليد العارضة فهو تسليم ماديا لا ينفي الاختلاس .

أما القضاء المصري فهو وان اعتبر التسليم في هذه الحالة لا ينفي الاختلاس، إلا انه عبّر عن هذا النوع من التسليم بتعبيرات مختلفة . فقد جاء في حكم

- ٢٥٨

- ( ١ ) CASS-20/6/1929 - BULL. CRIM - No 171 .  
( ٢ ) CASS- 1/3/1951 - BULL. CRIM- No 70 .  
( ٣ ) CASS- 10/4/1959 - BULL. CRIM No 209 .

لمحكمة النقض المصرية انه : اذا طلب المتهم باقى قطعة من النقود فسلمه  
السجني عليه هذا الباقي ليأخذ منه الريال وبذا يستوفي منه دينه، فهذا  
التسليم مقيد بشرط واجب تنفيذه في نفس الوقت وهو تسليم الريال للسجني  
عليه. فاذا انصرف المتهم خفية بالنقود التي تسلمها، فقد أخل بالشرط  
وبذا ينعدم الرضا بالتسليم وتكون جريمة السرقة متوفرة (١).

كما ذهبت في حكم آخر الى انه لكي يعتبر المتهم سارقا للشيء الذي  
بيده يجب أن تكون الحيازة باقية لصاحبه بحيث يظل مهيمنا عليه يرعاه  
بحواسه كأنه في يده هو على الرغم من التسليم، فاذا كانت الواقعة هي أن  
المتهم تسلّم من موظف البنك للتسليف الزراعي ترخيما معدا لصرف الدقيق  
بمقتضاه لكي يستوفي بعض الاجراءات ويرده الى الموظف، فاحفظ به لنفسه  
فأدانت المحكمة في سرقة بناء على ما قاله به من أن تسليمه الترخيم كان  
مشروطا برده بعد الفراغ من اجراءات توقيع اذن الصرف من وكيل البنك أو  
الباشكاتب، دون ان تبين ما يجب توافره في هذا التسليم من بقاء الترخيم  
تحت بصر الموظف واستمرار اشرافه عليه فان حكمها مشوبا بالقصور (٢).

ونحن نؤيد محكمة النقض في أن التسليم الذي لا ينقل الآ اليد  
العارضة هو التسليم الذي يكون تحت اشراف المسلم ومراقبته، بحيث يكون  
استعمال الشيء المسلم تحت حراسة المسلم، أما اذا لم يكن كذلك فان التسليم  
يكون ناقلا للحيازة ولا يتحقق به الاختلاس. وعليه ذهبت محكمة النقض  
المصرية في حكم صادر سنة ١٩٤٥ الى أن التسليم الذي ينفي ركن الاختلاس  
في جريمة السرقة هو الذي ينقل الحيازة، أما مجرد التسليم المادى الذي لا  
ينقل حيازة ما، وتكون به يد المسلم على الشيء، بدارضة فلا ينفي الاختلاس.

(١) محكمة النقض المصرية . ج ١/٤/١٩٣٢ طعن رقم ٩٧٨ سنة ٢٢ -  
المجموعة القانونية - الجزء الثاني - ١٩٥٨ .  
(٢) نقض مصرى - ج ٢٢/١٠/١٩٤٥ طعن رقم ١٣٩٤ سنة ١٥ - المرجع  
السابق .

فإذا كان الثابت بالحكم أن المتهم تسلّم السند ليعرضه على شخص ليقراه في نفس المجلس ويورده في الحال، ثم على أثر تسلّمه إياه أنكره في نفس المجلس فإنه يعد سارقاً، لأن التسليم الحاصل له ليس فيه أي معنى من معاني التخلي عن السند (١).

ويلاحظ أن القضاء المصري بالرغم من استعماله تعبيرات مختلفة إلا أنه يعتبر التسليم الذي ينفي الاختلاس هو التسليم الناقل للحيازة الذي يتخلى فيه المسلم للمتسلم عن الشيء، أما التسليم الذي لا ينفي الاختلاس فهو حسب القضاء المصري، التسليم الذي لا ينقل الحيازة الكاملة أو الناقصة التي المتسلم وإنما ينقل اليد العارضة فقط. فالقضاء المصري يظهر تأثيره واضحاً بالقضاء الفرنسي في هذا المجال.

٢٥- أما القضاء الأردني فقد استعمل هو الآخر تعبير اليد العارضة للدلالة على التسليم الذي لا ينقل الحيازة ولا ينفي الاختلاس. فقد جاء في حكم لمحكمة التمييز الأردنية، أن تسليم المال المنقول من قبل صاحبه إلى شخص آخر للاطلاع عليه وإعادته إلى صاحبه يجعل هذا الأخير ذائداً عارضةً. فإذا أقدم ذوا اليد العارضة على إخفاء المال المسلم إليه فإن فعله يشكل جرم السرقة. خلافاً لأحكام المادة ٢٩٩ من قانون العقوبات، أن التسليم الذي تنتفي معه السرقة هو التسليم الاختياري الناقل للحيازة سواءً أكانت الحيازة كاملة أم ناقصة. أما التسليم الذي لا يترتب عليه سوى وضع الشيء بين يدي متسلمه لغرض التمتع فيجعل من المتسلم صاحب يد عارضة على هذا الشيء لا تنتفي معه السرقة (٢).

(١) نقض مصري - ج ١٨ / ٣ / ١٩٤٥ طعن رقم ٦٦٥ سنة ١٩٥٥ - المرجع السابق.  
(٢) تمييز - جزأ رقم ٣٨ / ٧٢ ص ٧٤٧ من السنة ٢٠ مجموعة قرارات محكمة التمييز الأردنية ص ٢١٥.

ويبين لنا من خلال هذا الحكم أن القضاء الاردني ، تأثيرا بالنظرية الجارسونية ، قد ميز بين نوعين من التسليم ، تسليم ناقل للحيازة الكاملة أو الناقصة ، وتسليم ناقل لليد العارضة . فالنوع الاول ينفي وقوع الاختلاس تأسيسا على أن التسليم في هذه الحالة تسليم اختياري ينقل الحيازة الكاملة أو الناقصة ، أما النوع الثاني أي التسليم الناقل لليد العارضة فهو تسليم لا ينقل الحيازة ولا يتخلى فيه المالك عن ماله للمتسلم ولذا فهو تسليم لا ينفي الاختلاس . وهذا التمييز بين نوعي التسليم تمييز صحيح ، لأن التسليم الاختياري كما قلنا لا يعتبر ناقيا للاختلاس في كل الحالات وإنما التسليم الاختياري النافي للاختلاس هو التسليم الناقل للحيازة الكاملة أو الناقصة ، أما اذا لم ينقل الحيازة فانه لا ينفي الاختلاس ولو كان اختياريا كالتسليم الناقل لليد العارضة ، فهو قد يكون تسليما اختياريا اذا كان يقصد تكمين المتسلم من فحص الشيء . وتقدر قيمة الشيء الآ انه لا ينقل الحيازة ، فاذا استولى المتسلم على الشيء في هذه الحالة فانه يعد مختلسا لهذا الشيء ، فالقضاء الاردني اذن يطبق في هذا المجال النظرية الجارسونية .

الباب الثالث

=====

حالات يرد فيها الحكم

=====

على الرغم من وضوح القواعد التي أشرنا لها ، فثمة حالات يثور التردد في شأن حكمها ، ومرجع التردد في الغالب هو صعوبة تحديد نوع التسليم الذي صدر من المجني عليه الى الجاني ، وما اذا كان قد نقل اليه حيازة الشيء فلا يكون محل لارتكابه فعل الاخذ ، أم نقل اليه اليد العارضة فقط فيصور ارتكابه ذلك الفعل . ونشير فيما يلي الى أهم هذه الحالات والى أحكامها .

- ٢٦١ -

الاستيلاء على شيء ما يحتويه جهاز للبيع الآلي : نظرا للتقدم التكنولوجي الذي أحرزه عصرنا فقد نشأت مشكلة الاختلاس من الآلات المعدة لخدمة الانسان أو لبيع سلعة له . فقد يضع بعض التجار أجهزة يحتوى كابل منها على كمية من سلعة معينة ، ويعد الجهاز على نحو لو وضع الراغب في الشراء قطعة نقدية معينة في ثقب للجهاز لتزلت اليه واحدة من هذه السلعة . فما حكم من توصل الى الحصول على السلعة دون وضع القطعة النقدية المطلوبة ، سواء بوضع قطعة معدنية غير نقدية سائلة للقطعة المطلوبة في الحجم والوزن أو بمعالجة جزء في الجهاز على نحو تسقط معه السلعة دون وضع شيء في الثقب المعد للنقود ؟

- ٢٦٢ -

فقد قضت محكمة ليل الجزئية في هذا المجال بأن من يستولي على شيء ما يحتويه جهاز البيع الآلي دون أن يضع المقابل النقدي ، وذلك بوضع قطعة معدنية لا قيمة لها يعد مرتكبا لجريمة السرقة ، إذ أن مالك الجهاز اشترط لتسليم السلعة الموضوعة بالجهاز أن يكون ذلك مقابل دفع مبلغ نقدي معين ، وبعدم دفع هذا المبلغ يعد الاستيلاء على ما يحتويه الجهاز اغتصابا لحيازة مالكه ( ١ ) .

( 1 ) TRIB. CORREC. LILLE- 15/12/1900 - D. 1901 .

ولقد آيد العلامة جارسون هذا الحكم تأسيسا على أن الجاني إنما يسلب شيئا في حيازة آخر ، إذ أن الأخير لا يرضى بأن يخرج هذا الشيء من حيازته إلا بعد أداء المقابل عنه ، ووضع قطعة معدنية غير نقدية لا تعني وسائل غير أو تدليس بقدر ما تعني كونها وسيلة لسلب الحيازة من المجني عليه (١) .

أما الدكتور مصطفى القلبي ، وحسن أبو السعود فانهما يعتبران أن الشخص ، الذي يحصل على سلعة من أجهزة البيع دون دفع ثمنها أو دفع قطعة معدنية غير نقدية ، سارقا للسلعة . وذلك لأن السلعة ظلت دائما في حوزة مالك الجهاز الذي يجوز كل ما فيه بحيازة الجهاز ذاته ، ولا محسب للقول بأن السلعة قد سلمت إليه ، إذ أن الجهاز جعل التسليم مرتبنا بشرط وضع القطعة النقدية المطلوبة ، فما لم يتوافر هذا الشرط لا يكون ثمة تسليم قط (٢) .

أما الدكتور عبد الفتاح الصفي فإنه يرى أنه إذا الجاني إلى وسيلة ميكانيكية جعلت الآلة تخرج السلعة فهو مختلس لهذه السلعة .

وإذا ربط الجاني العملة بخيط متين وأدلى بالعملة في المكان المخصص لها بالآلة حتى إذا ما لامس الرافعة التي بتحريكها تخرج إحدى مفردات السلع ، ثم سحب العملة بالخيط بعد أن حصل على السلعة فهو مختلس كذلك للسلعة . أما إذا كانت العملة قد استقرت في المكان المخصص لها من الآلة ثم خرجت السلعة ، ثم عمد الجاني إلى وسيلة ميكانيكية فأخرج العملة ثانية فالسرقة قائمة فقط بالنسبة للعملة التي استردها لا بالنسبة للسلعة . فالعملية

( ١ ) GARÇON . OP. CIT p- 1130 .

( ٢ ) د . محمد مصطفى القلبي - المرجع السابق - ص ١٩ ، د . حسن أبو السعود - قانون العقوبات المصري - القسم الخاص - الجزء الأول - القاهرة ١٩٥٠ - ص ٤٢٢ .

انتهت حيازته لها بمجرد استقرارها في خزانة الآلة فاستردادها يعتبر  
انها لحيازة صاحب الآلة لهذه العملة وانشاء حيازة جديدة كاملة لـه،  
أما السلعة فقد خرجت من الآلة بعد أن أودعها الجاني ضمنها (١).

ونحن نؤيد هذا الرأي الأخير وذلك لأن الجاني الذي يتحصل على  
السلعة بعد وضع القطعة النقدية المطلوبة في المكان المعد لها لا يعتبر مختصا  
لهذه السلعة حتى ولو استرد العملة بعد ذلك. لأن السلعة قد سلمت إليه  
تسليما صحيحا ليس فيه غش أو خداع. فان كان صاحب الآلة قد اشترط في  
التسليم وضع المقابل فالجاني في هذه الحالة قد قدم المقابل فالشرط بذلك  
قد تحقق. أما استرجاع العملة فيشكل اختلاسا وذلك لأن الجاني بوضعه  
العملة في الثقب المعد لها يكون قد أنهى حيازته وأنشأ حيازة للغير، فإذا  
استرد العملة فإنه يعتبر مختصا لحيازة جديدة.

#### الاستيلاء الصادر من الخدم والعمال والنازلين في مسكن واحد :

ان منى المشكلة هو في تحديد نوع الأثر المترتب من التسليم في هذه الحالة،  
هل هو ناقل للحيازة أم مجرد نقل لليد العارضة، فصاحب المنزل يترك أمتعته  
في يد الخادم وصاحب العمل يترك أدوات العمل في يد العامل، فإذا استولى  
عليها اعتبر سارقا، لأن التسليم في جميع هذه الحالات لم ينقل سوى اليد  
العارضة، ولكن إذا أثبت بالنظر الى ظروف الحال أن هذا التسليم قد نقل  
الحيازة الكاملة او الناقصة فلا يكون محل ارتكاب سرقة بذلك الاستيلاء، فإذا  
أعطى المخدم خادمه نقودا كي يشتري بها لحسابه شيئا أو أعطاه شيئا مملوكا  
له كي يبيعه لحسابه، فقد نقل بذلك الحيازة الناقصة، فان استولى عليه فلا  
سرقة في فعله.

وعليه فقد حكم بأنه اذا أعطى سيد خادمه حمارة وجحشا  
ليبيعهما في السوق فبادل بهما حمارة أخرى لم يقبلها المالك، فاضطر الخادم

(١) د. عبدالفتاح الصفي - المرجع السابق - ص ٢٧٣.



لأخذها ، فان عمل الخادم لا يعتبر سرقة لأن الحمار الأخرية دخلت فسي حوزته بعد أن رفضها المجني عليه فهي لم تؤخذ خلسة ، كما لا يعتبر عطسه خيانة أمانة لأن من أركان هذه الجريمة أن يقع تسليم الشيء الجدد على وجه من الوجوه المنصوص عليها بالمادة ٣٤١ قانون عقوبات مصرى على سبيل الحصر . والحمار الأخرية لم تسلم للمتهم لغرض من تلك الأغراض بل هي بقيت عنده لعدم قبول المجني عليه اضافتها لملكه بدلا من حماره التي أذن المتهم في بيعها ولم يرضها الى ملكه (١) .

ولقد أيد الدكتور احمد فتحي سرور هذا الحكم في اعتبار الواقعة مكونة لجريمة السرقة . إلا انه لم يستبعد جريمة خيانة الأمانة ، لأن المجني عليه وقد طلب المتهم اعادة الحمار الأخرى يكون قد وُكِّل في ذلك . فان يذبحها يكون ارتكب خيانة الأمانة (٢) .

وأما بالنسبة للاستيلاء المتأخر من الأشخاص الذين يعيشون تحت سقف واحد مثل الابناء والازواج ، فبالنسبة ليد الابن على مال والده الذي يقيم معه في مسكن واحد فهي يد عارضة ، فاذا استولى على مال والده فانه يعتبر مختلسا .

أما بالنسبة لاستيلاء أحد الزوجين على مال الزوج الآخر فيمكن رده الى ثلاثة فروض : فاما أن تكون الأشياء ذوات استعمال شخصي يستعملها كل طرف استعمالا خاصا لا يشاركه فيه الطرف الآخر . فان كل طرف يحتفظ بملكيته وحيازة هذه الأشياء ، ولا يكون للطرف الآخر عليها سوى وضع اليد المادي فقط ومن ثم فان الاستيلاء عليها يعد اختلاسا . أما اذا استولى أحد الطرفين على شيء من الأشياء ذوات الاستعمال المشترك فان الاختلاس لا يتحقق ، تأسيسا على قيام علاقة الوكالة بين الطرفين في المحافظة على تلك الأشياء وإدارتها ،

(١) نقض مصرى ١٩٢٩/١١/٢١ مج القواعد ج ١ رقم ٣٣٨ ص ٣٨٣ .

(٢) د . احمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٦٢٣ هامش .

فان يبددها أحد الطرفين فانه يكون مرتكباً لجريمة اساءة الائتمان (١).

الاستيلاء على شيء مودع في حرز مغلق :  
في هذه الصورة يجب أن نفرق بين حالتين ، حالة تسليم مفتاح  
الحرز المغلق ، وحالة عدم تسليمه .

حالة تسليم مفتاح الحرز :

لقد أجمعت القوانين المدنية على أن تسليم المنقولات يكون اما بالمناولة  
من يد الي يد ، واما بتسليم مفاتيح المحل الذي فيه هذه المنقولات ، وتسليم  
المفتاح يعتبر قرينة على تسليم المال في القانون المدني وفي نفس الوقت قرينة  
على انتقال الملكية اذا كان الشيء معيناً بالذات . لكن ما الحكم لو سلم شخص  
لاخر مفتاح حرز مغلق يحتوي على أموال منقولة فاستولى عليها ، فهل يعد  
تسليم المفتاح مانعاً من تحقق الاختلاس ؟

ففي هذه الحالة لا بد من معرفة قصد المسلم من تسليم المفتاح . فتنازلاً  
قصد المسلم بتسليم المفتاح نقل الحيازة الكاملة للأموال الموجودة في الحرز  
ففي هذه الحالة لا وجود للاختلاس ولا لآية جريمة أخرى ، لأن انتقال الحيازة  
الكاملة متى تم برضا المالك انتفى ركن الاختلاس .

وان كان قصد تسليم المفتاح هو نقل الحيازة الناقصة كتسليم مفاتيح  
شقة موهتة للمستأجر بعد تمام الاتفاق على الايجار ، ليفسح له المجال للانتفاع  
بها غير ان المستأجر استولى على الأثاث . في هذه الحالة تتحقق جريمة خيانة  
الامانة ، وذلك لأن تسليم المفتاح كان يقصد به تسليم الدار بأثاثها للانتفاع به .  
فالمسلم كان يقصد به نقل الحيازة الناقصة ، والتسليم الناقل للحيازة الناقصة بنفسه  
الاختلاس .

( 1 ) GARÇON - op.Cit . p 1126 .

أما إذا لم يقصد به نقل الحيازة الكاملة أو الناقصة بل مجرد نقل اليد العارضة كما لو سلم شخص لآخر مفتاح شقة للاطلاع عليها غير أن تسليم المفتاح استولى على بعض الأثاث الذي يوجد بها ، ففي هذه الحالة يسأل المسلم عن جريمة السرقة وذلك لأن تسليم مفتاح الشقة لم ينقل إلا اليد العارضة التي لا تنفي وقوع الاختلاس (١) .

فالحكم في هذه الحالة يختلف باختلاف الغرض الذي من أجله سلمت المفاتيح . وفي هذا الصدد يقول الاستاذ محمود نجيب حسني : أن الفصل في هذه الحالة مرتين بتحديد ما اتجهت إليه ارادة المسلم ، وما اذا كان اتجاهها الى نقل الحيازة أم الى نقل اليد العارضة ، والسبيل لاستظهار ذلك هو تحليل العلاقة القانونية بين المسلم والمسلم واستقراء الظروف والقرائن الملازمة لها (٢) .

حالة عدم تسليم المفتاح :

إذا سلم شخص حرزا مغلقا كحقيبة متضمنة متاعا له واحتفظ بمفتاحها معه ثم فتح المسلم الحرز واستولى على شيء ما بداخله ، فهل يعتبر المسلم سارقا لما أخذه ؟ .

اتجه رأي في الفقه الى أن الواقعة في هذا الغرض لا تخرج عن كونها خيانة أمانة سواء استولى المسلم على الحقيبة أو محتوياتها ، تأسيسا على أن المسلم قد أخرج محتويات الحرز ماديا من حيازته ولم يعد له السيطرة المادية عليها ، وذلك بتسليمها للمسلم الذي لا يتصور أن يقال أن له اليد العارضة على الحرز ومحتوياته ، إذ أن اليد العارضة تفترض أن مظاهر الحيازة كلها باقية للحائز الاصيل ، ومعنى ذلك أن للمسلم في هذه الحالة

( ١ ) CARÇON - op-Cit - p 1126 - 1127 .

( ٢ ) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٨٨ .

الحياسة الناقصة للحرز ومحتوياته ومن ثم فإن الاستيلاء على أي منهما يعدّ  
خيانة للأمانة (١) .

وذهب رأي ثاني إلى أن الاستيلاء على الشيء في هذه الحالة يعدّ  
سرقة . ذلك إن احتفاظ المسلم بفتاحه معه يعني في جلاء أن إرادته لم  
تتجه إلى نقل حياسة محتويات الحرز إلى من سلمه إليه . إذ هو بذلك لم  
يمكنه من مباشرة سلطة عليها ، ولم يفعله صفة "أزاءها" ، فإذا كانت الحياسة لا  
تزال لمسلم الحرز فإن استيلاء متسلمه على شيء من محتوياته هو اعتداء على  
هذه الحياسة (٢) .

وتطبيقاً لهذا الرأي ذهبت محكمة النقض الفرنسية إلى أن الشخص الذي  
سلمه الحائز الأصلي خزانة دون أن يسلمه بفتاحها ، والذي أخذ أوراقاً مألوفة  
من هذه الخزانة يعتبر سارقاً (٣) .

وقد اتجه رأي ثالث إلى أن الاستيلاء على محتويات الحرز المغلق يشكل  
جريمة سرقة ، ذلك لأن احتفاظ المسلم بفتاح الحرز يعني أن مالكه لم ينقل  
إلى المتسلم حياسة ما يحتويه الحرز . أما الاستيلاء على الحرز كله فإنه يشكل  
جريمة خيانة الأمانة ، لأن واقعة التسليم قد انصبت على الحرز ، أي أن المتسلم  
قد نقل الحياسة الناقصة لهذا الحرز إلى المتسلم (٤) .

وفي هذا المجال قضت محكمة النقض المصرية بأن تسليم الظرف مغلقاً أو  
الحقيبة مغلقة بموجب عقد من عقود الائتمان لا يدل بذاته حتماً أن المتسلم

(١) د . مصطفى القلبي - المرجع السابق - ص ٣٢ .

(٢) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٨٧ .

(٣) ١٠٧٤ . ٥٧ . ١-١٥٩-٥٧-٣٢٣-١٦/٩/١٨٥٦ - CASS ( 3 )

(٤) د . أحمد فتحي سرور - المرجع السابق - ص ٦١٩ .

قد اوتمن على ذات المظروف أو على ما بداخل الحقيقة بالذات، لأن غلق الظرف وما يقتضيه من خطر فتحه على المتسلم، أو اقفال الحقيقة مع الاحتفاظ بفتاحها قد يستفاد منه أن صاحبهما إن حال ما ديا بين المتسلم وبين ما فيها لم يشأ أن يأتمنه على ما بداخلهما، وأذن فاختلاس المظروف بعد فح الظرف ثم إعادة غلقه يصح اعتباره سرقة<sup>(١)</sup>.

أما الدكتور مراد رشدي فيعتبر الاستيلاء على الحرز ذاته بعد اختلاسا وذلك، حسب رأيه، لأن احتفاظ المسلم بفتاح الحرز يعني أن ارادته لم تتجه الى نقل الحيازة الكاملة للحرز أو محتوياته للمتسلم، وهي الحيازة التي ينفي نقلها كل اختلاس. أما ما عداها فانه طبقا للمدلول الذاتي للحيازة في القانون الجنائي لا ينفي وقوع الاختلاس. إذ أن وضع مجرد يد المتسلم على الحرز لا يعني أن له العنصر المادي للحيازة، فهي ما زالت المسلم يمارسها بسيطرته الحكيمة على الحرز مع العنصر المعنوي الذي لم تتجه نيته الى التخلي عنه. ومن ثم فإن الاستيلاء على الحرز ذاته بعد اعتداء على حيازة المسلم الكاملة أي بعد اختلاسا (٢).

ونحن لا نؤيد هذه الوجهة من النظر، وذلك لأن المسلم وإن ظل يسيطر على الشيء سيطرة معنوية، أي لم ينقل ولم يتخل عن العنصر المعنوي للحيازة إلا أنه لا يمكن أن يقال أنه لم ينقل العنصر المادي للحيازة الذي تقوم عليه الحيازة الناقصة. فالموجر الذي يوجر بيته الى شخص آخر صحيح لا ينقل له العنصر المعنوي للحيازة لكن بلا شك فانه ينقل له العنصر المادي، فالموجر عندما ينقل للمستأجر الشيء فانه ينقل له في نفس الوقت حق الاجارة وهو الحق الذي يمنح صاحبه سلطات مادية معينة. ففي الوقت

(١) نقض مصري ٢١/١٠/١٩٤٠ مع القواعد القانونية - ج ٥ - رقم ١٢٩ - ص ٢٥١.

(٢) د. مراد رشدي - المرجع السابق - ص ٢١٠.

الذي يمارس فيه المستأجر هذه السلطات لا يستطيع الموهجر أن يمارسها ، بل كل ما يستطيع عمله هو أن يسترد ماله عندما يحل ميعاد الاسترداد .

وعليه فالاستيلاء على الحرز ذاته اذا سلم على سبيل العارية أو الاجارة لا يمكن أن يكون إلا جريمة خيانة الامانة . أما الاستيلاء على محتويات الحرز المغلق والذي لم يسلم مفتاحه الى المتسلم فانه يشكل جريمة سرقة . ذلك لأن الاحتفاظ بالمفتاح يعني في جلاء أن ارادة المسلم لم تتجه الى نقل محتويات الحرز الى المتسلم .

٢٦٧- الاستيلاء من محلات الخدمة الحرة :

وتبدو هذه الصورة واضحة في بعض المحلات التي تنظم دفع الثمن عن طريق تذاكر بقيمة الصبح ، فاذا تقدم شخص الى محل تجاري واشترى بعض الأشياء وتسلمها على أن يذهب الى الخزانة ويدفع ثمنها ويحصل على تذكرة بقيمة الثمن من الصندوق . فاذا لم يدفع الثمن وخرج من المحل فهل يعتبر مختلسا لما تسلمه ؟

يرى الاستاذ محمود نجيب حسني أن من يستولي على شيء معروض للبيع نقدا وسلم اليه لمعاينته فهو لا يستطيع دفع اتهامه بسرقة اذا تسلل دون دفع ثمنه بعد أن أعلن قبول شرائه ، بأنه صار مالكا له بناء على عقد البيع الذي يزعم انعقاده بعرض البائع وقبوله له . فعرض البائع يتضمن بالضرورة اخضاع وانتقال ملكية البيع بناء عليه لشرط أداء الثمن على الفور (١) .

وفي هذا الصدد ذهبت محكمة السان في حكمها الصادر ١٢/٦/١٩٦٧ والذي تلخص وقائعه في أن مشتريه كانت قد دخلت محل الخدمة الحرة فوضعت في حقيبة يدها عشرة مواد للتجميل ، ولم تدفع إلا ثمن واحدة من هذه المواد

(١) د . محمود نجيب حسني - المرجع السابق - ص ٨٩ .

فاستدعيت الى الصندوق . فلم تعتبرها المحكمة مختلصة مغللة حكمها .  
بأن المشتري عندما استدعيت لم تكن قد تجاوزت بعد حاجز الصندوق ، وعليه  
كان لا زال بإمكانها أن تعرض الأشياء التي وضعتها في حقيبتها لدى أمينة  
الصندوق (١) .

ولقد علق LESTANG رئيس المحكمة على هذا الحكم فقال أن السرقة  
لا تتحقق إلا اذا تجاوزت المشتري بالبضائع غير المعلن عليها الحاجز  
المتمثل في الصندوق ، لأنه قبل تجاوز هذا الحاجز كان يمكن أن ترجع  
المشتري البضائع الى أماكنها ، كما كان بإمكانها أن تدفع الثمن . أما بعد  
تجاوز الحاجز فان موقف المشتري يكون قد ثبت على عدم دفع الثمن ولا يمكن  
أن تعدل عنه . وما دام أن المشتري في هذه القضية لم تتجاوز الحاجز  
فهي إذن لا تعتبر مختلصة (٢) . فالتسليم في هذه الحالة تسليم  
معلق على شرط دفع الثمن ، فإذا أخذ المشتري الشيء المعروض للبيع  
ولم يدفع الثمن يكون قد أخل بالشرط الضمني الذي من أجله سلم البيع .

فإذا خرج المشتري دون أن يدفع الثمن أو استهلكه داخل المحل دون  
دفع الثمن فانه يعتبر مرتكباً لفعل اختلاس . لأن التسليم لم يكن تسليمًا  
ناقلًا للحيازة وإنما كان تسليمًا معلقًا على شرط دفع الثمن فالبائع لم تتجه  
ارادته الى التخلي عن الشيء للمشتري قبل الحصول على الثمن . فالمشتري  
لم يمنح أية سلطة قانونية قبل دفع الثمن فإذا أخذه دون دفع الثمن يعتبر  
مختلساً له .

وخلاصة القول لهذا الباب نقول أن التسليم غير النافي للاختلاس هو  
التسليم الناقل لليد العارضة فقط ، سواء كان اختيارياً أم غير اختيارياً .

( 1 ) TRIB-LILLE - 12/6/1967 - J.C.P 1967. 11 . 15295

( 2 ) NOTE DE LESTANG - ET .D. 1967. p. 641 -

P. BOUZAT. REV- SC. CRIM - 1968, p. 82-83 .

فالتسليم غير الاختياري الذي لا ينقل الحيازة الكاملة أو الناقصة تسليم مادي لا يقصد منه المسلم التخلي عن ماله وإنما يقصد منه تمكين المتسلم من الاطلاع على الشيء المسلم وردّه اليه. فإذا رفض المتسلم رد الشيء المسلم ففي هذه الحالة اعتبر مقتصبا لحيازة الغير. فالتسليم الاختياري غير الناقل للحيازة الكاملة أو الناقصة تسليم غير نافي للاختلاس لأنه تسليم مادي وليس تسليمًا اضطراريًا، وذلك لأن البائع مثلاً وإن كان ملزماً عرفياً بتسليم الشيء للمشتري إلا أنه غير مضطر على تسليم الشيء، فالبائع غير مكره على تسليم الشيء للمشتري فهو حر في تسليم أو عدم تسليم الشيء، كما أن المسلم في هذه الحالة مميّز يملك قوة الإدراك والتمييز، وعليه فالتسليم الاختياري غير الناقل للحيازة بنوعها تسليم مادي ينقل اليد العارضة فقط.

أما التسليم غير الاختياري الصادر من شخص غير مميّز وغير حر فهو تسليم غير نافي للاختلاس سواءً أكان ناقلاً للحيازة أم لليد العارضة. وذلك لأن الشخص غير المميّز شخص لا يتمتع بالإدراك والوعي، فتصرفه تصرف مادي لا قيمة له قانوناً. فالشخص غير المميّز يعتبر وسيلة أو أداة ساعدت الجاني على ارتكابه فعل الاختلاس.

وعليه فالتسليم الصادر من شخص غير مميّز سواءً أكان صبياً أو مجنوناً أم سكراناً سكرانياً تسليم غير اختياري لا ينقل إلا اليد العارضة ونحن نعلم أن اليد العارضة لا ينتفي معها وجود الاختلاس.



**خاتمة :**  
=====

- ٢٦٩ -

رأينا أن الركن المادي في السرقة طبقا للتفسير الكلاسيكي هو الاختلاس المتحقق بالأخذ أو الرفع أو النزاع أو النقل أو الخطف لمال الغير بدون رضاه أو بدون علمه .

وهو طبقا للنظرية القانونية اغتصاب عنصرى الحيازة المادى والمعنوى بدون رضا المالك أو الحائز السابق وبدون علمه .

ونحن نرى أن الركن المادى وتجريد المالك أو الحائز من ماله بصفة نهائية ، فعبارة تجريد المالك من ماله تشمل ، حسب رأينا ، كل ما يورث الى اغتيال مال الغير سواء كان الفعل أخذاً أم رفعاً أم نزحاً أم خطفاً . أم لى فعل آخر يورث الى نقل المال من حيازة المالك أو الحائز السابق وادخاله في حيازة الجاني أو غيره عدا صاحبه .

- ٢٧٠ -

ان تحديد نشاط معين للسلوك الذى يمارسه الجاني تجاه الشئ المسرورق أمر لا يمكن أن نورد تحت حصر معين ان هذا السلوك يخضع في تحديده لعدد من العوامل المؤثرة فيه وعلى سبيل المثال يختص سلوك الجاني تبعاً لطبيعة المال المختص ، فسارق التيار الكهربائى ، يختلف سلوكه عن سارق النقود بمعنى أنه اذا تشل المال المسرورق في مادة معينة لها وجود ملموس في الواقع فان سلوك الجاني يتحدد في صورة أو صور معينة ، بينما اذا تشل المال المسرورق في طاقة كالكهرباء فان سلوك الجاني يتحدد في صور أخرى مختلفة ، وعلى وجه العموم يمكن القول أن على المحاكم أن تواجه مشكلة تحديد سلوك الجاني تجاه الشئ المسرورق في كل ما يعرض عليها من أقضية وتضع تحت هذا السلوك طوائف عديدة من الأنشطة التي تورث الى الاستيلاء على الشئ المسرورق على النحو الذى يمكنه من توجيه المال الى غير الوجهة التي أرادها له مالكه .

واعتبار الركن المادي للسرقة متعللاً في الاختلاس أمر فيه كثير من الالتباس فالقول بذلك قد يؤدي إلى الخلط بين جرائم عدة كجرائم الاختلاس وهي الجرائم التي تقع من الموظفين ضد أموال الدولة ، وجرائم خيانة الأمانة ، فكل هذه الجرائم تقوم بفعل الاختلاس ، كما سبق أن رأينا .

٢٧١ - ونتيجة لذلك فإننا نرى أن الركن المادي هو الأخذ بدون رضا المجني عليه أي تجريد المالك أو الحائز الشرعي من ماله بصفة نهائية ، سواء أكان هذا الفعل أخذاً أم رفعاً أم نقلاً أم نزاعاً أم خطفاً ما دام أن الجاني أخرج المال من صاحبه بدون رضا وأدخله في حيازته أو حيازة غير المالك أو الحائز السابق ، وبعبارة أخرى يجب أن يؤدي الفعل إلى تجريد المالك أو الحائز من ماله والضابط في تجريد المالك أو الحائز السابق من ماله هو انتهاء الحيازة السابقة لدى المالك أو الحائز وإنشاء حيازة مستقلة من الأولى للجاني أو غيره عدا هؤلاء ، بالإضافة إلى ذلك يجب أن يكون الانهاء والإنشاء بدون رضا المالك أو الحائز فإذا كان برضاها ولا يتحقق الركن المادي للسرقة ، لأن رضا المالك أو الحائز بالفعل معناه التخلي عن الشيء المنصب عليه الفعل ، مما يترتب على ذلك أن الفعل يصبح مباحاً أي تصرفاً لا يجرمه القانون . فالمالك برضائه بالفعل يصبح ماله مالا متروكاً يجوز التصرف فيه لأي شخص ، وعليه فإذا تصرف فيه فإن الفاعل في هذه الحالة يعتبر متصرفاً في حقه ، ولا يعتبر مختلماً ؛ ونفس الحكم يطبق على الفاعل الذي يستعمل الغلط للحصول على مال الغير ، والتسليم الحاصل من غلط متى كان صادراً عن شخص مميز حرّ يعتبر تسليمًا اختياريًا ناقلاً للحيازة ، والتسليم في هذه الحالة مانع من تحقق فعل الأخذ ، لأن الغلط متى وقع على شخص مميز حرّ وان أفسد إرادة المسلم الآ أنه لا يعد مباحاً ، فأرادة نقل الحيازة متى وجدت انتفى الأخذ ، لأن القانون لا يحمي المغفلين وذلك لأن الشخص المميز الحرّ لو اتخذ احتياطاته وحذره لما وقع في الغلط ،

فالمسؤولية مسؤوليته وحده . ونفس الحكم يطبق على حالة التسليم الحاصل عن غش أو خداع ، لأن الغش أو الخداع ما هو إلا اعتقاس مخالف للحقيقة وقع فيه المسلم نتيجة لسعي الجاني .

فالتسليم عن غش أو خداع أو تدليس هو أخذ لئال الغير برضائه وموافقته ولكن تحت تأثير الكذب عليه ونتيجة ايقاعه في الغلط عمداً ، لكن ليس معنى ذلك أن المتسلم الذي صدر عنه الغش والخداع لا يسأل جنائياً عن فعلته هذه ، فهو قد يسأل عن جريمة نصب إذا توفرت بقية أركانها .

أما التسليم الحاصل عن لا شعور ولا اختيار ، وبعبارة أخرى ان التسليم الصادر من شخص غير مميز أو مكره تسليم لا ينتج أثره وبالتالي فهو غير ناف لفعول الأخذ . فالتسليم في هذه الحالة لا يعدو أن يكون مجرد تسليم بأي حركة عضوية مجردة من آثارها القانونية ، وذلك لأن الصبي غير المميز مثلاً ، أو المجنون عندما يسلم ماله للغير فإنه لا يعي تصرفه فهو في هذه الحالة بشابة حيوان أو أداة ساعدت الجاني على ارتكاب فعل الأخذ ، فالجاني الذي يرسل كلبه المدرب على جلب اللحم من الجزار يعتبر مختلساً لأنه يمتهر هو الذي أخذ اللحم وما الكلب إلا أداة ساعدت الجاني على ارتكاب الفعل . فنفس الحكم والتكييف بالنسبة للمجنون أو الصبي غير المميز .

وأخيراً نقول أن التسليم غير النافي للاختلاس هو التسليم المادي الذي لا ينقل الحيازة ، فالتسليم المراد به تمكين المتسلم من الاطلاع على الشيء ، وحصه تسليم ناقل لليد العارضة فقط ، فإذا استولى الجاني على الشيء في هذه الحالة اعتبر مختلساً حتى ولو كان التسليم اختيارياً . أما إذا لم يكن اختيارياً فإنه لا ينفي الاختلاس وذلك لأن

التسليم غير الاختياري هو التسليم غير المقترن بإرادة نقل الحيازة ومقتضى  
تخلفت إرادة نقل الحيازة تحقق العنصر الشخصي لفعل الأخذ  
الا وهو عدم رضا المجني عليه ويتحقق هذا العنصر يتحقق فعل  
الأخذ المطلوب في جريمة السرقة والذي يمثل الركن المادي في هذه  
الجريمة .

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

XX

فهرس المرجع العربية

=====

الكتب :

- (١) أحمد أمين - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - الطبعة الثانية - مكتبة النهضة - بيروت ١٩٢٤ .
- (٢) أحمد صفوت - شرح القانون الجنائي - القسم العام - مطبعة حجازي .
- (٣) أحمد فتحي سرور - الوسيط في شرح قانون العقوبات المصري - القسم الخاص - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٦٨ .
- (٤) أحمد الكيسي - أحكام السرقة في الشريعة والقانون - مطبعة الارشاد - بغداد ١٩٧١ .
- (٥) ادوار غالي الذهبي - شرح قانون العقوبات الليبي - القسم الخاص - مطبعة الجامعة الليبية - ليبيا - الطبعة الاولى ١٩٧١ .
- (٦) جبرائيل البنسا - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - بغداد ١٩٤٨ .
- (٧) جلال ثروت - نظرية القسم الخاص - الجزء الثاني - جرائم الاعتداء على الاموال وطلی المصلحة العامة والشرف - مكتبة مكاوي - بيروت ١٩٧٩ .
- (٨) حسن أبو السعود - قانون العقوبات المصري - القسم الخاص - الجزء الاول - القاهرة ١٩٥٠ .
- (٩) حسن صادق المرصاوي - قانون العقوبات الخاص - منشأة المعارف - الاسكندرية ١٩٧٨ .
- (١٠) حميد السعدي - شرح قانون العقوبات - الجزء الثاني - جرائم الاعتداء على الاموال - الطبعة الثانية - مطبعة المعارف - بغداد ١٩٧٣ .

- ( ١١ ) حميد السعدي - جرائم الاعتداء على الاموال - دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفرنسي والسوفياتي - بغداد ١٩٦٧ .
- ( ١٢ ) رؤوف عبيد - مبادئ القسم العام من التشريع العقابي - الطبعة الرابعة - دار الفكر العربي ١٩٧٩ .
- ( ١٣ ) رؤوف عبيد - جرائم الاعتداء على الاشخاص والاموال - دار الفكر العربي ١٩٧٨ .
- ( ١٤ ) عبدالخالق النواوي - جرائم السرقة بين الشريعة والقانون - الطبعة الاولى - منشورات المكتبة العصرية - بيروت ١٩٧٠ .
- ( ١٥ ) عبدالرحمن توفيق ، محمد صبحي نجم - شرح القسم الخاص فـي قانون العقوبات الاردني - مطبعة التوفيق - ١٩٨٣ .
- ( ١٦ ) عبدالفتاح الصفي - قانون العقوبات اللبناني - جرائم الاعتداء على أمن الدولة وعلى الاموال - دار النهضة العربية - بيروت ١٩٧٢ .
- ( ١٧ ) عبدالقادر عبودة - التشريع الجنائي الاسلامي - الجزء الثاني - مؤسسة الرسالة - ١٩٨١ .
- ( ١٨ ) محمود السراج - التشريع الجنائي المقارن في الفقه الجنائي الاسلامي والقانون السوري - العبادي العامة - مطبعة الرياض دمشق ١٩٨٠ - ١٩٨١ .
- ( ١٩ ) علي حسن الخليف - بحث في جريمتي السرقة وخيانة الأمانة - مطبعة الزهراء - بغداد ١٩٦٨ .
- ( ٢٠ ) علي راشد - موجز القانون الجنائي - الطبعة الرابعة - القاهرة ١٩٥٧ .

- (٢١) عوض محمد - جرائم الاشخاص والاموال - دار المطبوعات الجامعية الاسكندرية .
- (٢٢) غازي جرار - شرح قانون العقوبات الاردني - القسم العام - ١٩٧٨ .
- (٢٣) كامل السعيد - الاحكام العامة للجريمة في قانون العقوبات الاردني - الطبعة الاولى - ١٩٨١ .
- (٢٤) محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الاسلامي - الجزء الثاني - العقوبة - دار الفكر العربي ١٩٧٦ .
- (٢٥) محمد زكي أبو عامر - قانون العقوبات - القسم الخاص - الدار الجامعية بيروت ١٩٨١ .
- (٢٦) محمد صبحي نجم - شرح قانون العقوبات الجزائري - القسم الخاص - الطبعة الاولى - ديوان المطبوعات الجامعية - الجزائر ١٩٨١ .
- (٢٧) محمد صبحي نجم - رضا المجني عليه وأثره على المسؤولية الجنائية - رسالة دكتوراه - القاهرة ١٩٧٥ .
- (٢٨) محمد نوري كاظم - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - طبعة ١٩٧٧ .
- (٢٩) محمود محمود مطفي - شرح قانون العقوبات - القسم الخاص - دار مطابع الشعب ١٩٦٤ .
- (٣٠) محمود نجيب حسني - شرح قانون العقوبات - القسم العام - النظرية العامة للجريمة - الطبعة الرابعة - دار النهضة العربية - القاهرة ١٩٧٧ .

( ٣١ ) محمود نجيب حسني - جرائم الاعتداء على الاموال في قانون العقوبات  
الليبناني - الطبعة الثانية - دار الطباعة اللبنانيّة  
بيروت ١٩٧٥ .

( ٣٢ ) مراد رشدي - النظرية العامة للاختلاس في القانون الجنائي -  
الطبعة الاولى - القاهرة ١٩٧٦ .

( ٣٣ ) مصطفى القلبي - شرح قانون العقوبات في جرائم الاموال - الطبعة  
الثانية - ١٩٤٥ .

( ٣٤ ) ابن الهمام الحنفي - شرح فتح القدير - الجزء الرابع - الطبعة  
الاولى - مكتبة المثنى - بغداد ١٣١٦ هجرية .

#### الموسوعات والمجلات :

( ٣٥ ) جندي عبدالملك - الموسوعة الجنائية - الجزء الرابع - مطبعة  
الاعتماد - مصر ١٩٤١ .

( ٣٦ ) حسن الفكاهي - الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية - الجزء السادس  
الدار العربية للموسوعات ١٩٨١ .

( ٣٧ ) سمير عاليه - مجموعة اجتهادات محكمة التمييز الجزائية  
الليبنانية - لعامي ١٩٧٢ - ١٩٧٣ .

( ٣٨ ) سيد حسن البيغال - موسوعة التعليقات على قانون العقوبات والقوانين  
المكملة له دراسة عربية مقارنة - الطبعة الاولى - دار  
الثقافة العربية للطباعة - ١٩٦٥ .



- (٣٩) صلاح طوقان - مجموعة الاحكام الصادرة من الدائرة الجنائية -  
السنة الخامسة - العدد الثاني - مطبعة دار القضاء  
العالي - مصر ١٩٥٤ .
- (٤٠) علي زكي العربي - القضاء الجنائي - الجزء الاول -  
الطبعة الاولى - مطبعة دار الكتب المصرية بالقاهرة  
١٩٢٦ .
- (٤١) مجلة نقابة المحامين - العدد ١٢ - السنة ١٥ -  
والعدد ١٨ - السنة ٢٩ .
- (٤٢) المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض المصرية - الدائرة الجنائية -  
السنة الثانية والثالثة - الجزء الاول والثاني - ١٩٥٠ .
- (٤٣) مجموعة قرارات محكمة التمييز الاردنية - ١٩٨١ .
- (٤٤) مجموعة القواعد القانونية لمحكمة النقض المصرية - الجزء الثاني - مطابع  
مذكور وأولاده - القاهرة ١٩٥٨ .
- (٤٥) المحامون - السنة الثالثة والإربعون - العدد العاشر - مطبعة  
المروية - دمشق ١٩٧٨ .
- (٤٦) محمد الطاهر السنوسي - المجلة الجنائية - دائرة التشريع التونسي -  
الطبعة الرابعة - ١٩٦٤ .
- (٤٧) ياسين الدرکزلي - المجموعة الجزائية لقرارات محكمة النقض السورية -  
الجزء الثاني - ١٩٨١ .

نمبر المراجع الاجنبية

- L I V R E S :

- 1 - DONNEDIEU DE VABRES - Articles sur le vol - Rev. Sc Crim. 1948 - 1949.
- 2 - EMIR - HOUSSEIN - L'EVOLUTION DE LA NOTION DE LA SOUSTRACON SPECIALEMENT A L'EPOQUE CONTEMPORAIRE - These - Paris 1963.
- 3 - FAUSTIN HELIE - PRATIQUE CRIMINELLE DES COURS ET TRIBUNAUX DROIT PENAL 6ème ed - Refondue par JEAN BROUCHOT - LIBRAIRIE TECHNIQUE - 1954.
- 4 - FRANZ VON LISZT - TRAITE DE DROIT PENAL ALLEMAND - Traduit par M. RENE LOBSTEIN : Tome II - 17ème Ed . M.GIARD et E. BRIERE Paris 1908.
- 5 - GARCON E. - CODE PENAL ANNOTES. Tome I - Librairie de la Société - Du R.G. DE LOIS et ARRE TES 1901 - 1906.
- 6 - GARRAUD R. - TRAITE DU DROIT PENAL FRANCAIS - Tome 6 - 3ème. ~~Recueil SIREY - 1925~~
- 7 - GARRAUD R. - TRAITE THEORIQUE ET PRATIQUE DU DROIT PENAL FRANCAIS - Tome 5 - 3ème Ed - Recueil SIREY- Paris 1924.
- 8 - GOYET. F - DROIT PENAL SPECIAL - 8ème Ed Par MARCEL ROUSSELET P. ARPAILLANCE - J. PATIN - SIREY - 1972.
- 9 - HOSSEIN VAFA - LE VOL EN DROIT IRANIEN - These - Paris 1964.
- 10 - JACQUES BORRICAND - DROIT PENAL - MASSON et Cie Editeurs - Paris 1973.
- 11 - KENNY. C. - EXQUISSE DU DROIT CRIMINEL ANGLAIS - Traduit par ADRIEN PAULIN - 9ème Ed - MARCEL GIARD et Cie Successeurs Paris 1921.
- 12 - LEMERCIER - Article sur le vol - Rev Sc Crim - 1948.
- 13 - MOLINIER - TRAITE THEORIQUE ET PRATIQUE SCIENTIFIQUE DU DROIT PENAL - Tome II.
- 14 - P. BOUZAT - CRIMES ET DELITS CONTRE LES BIENS - Rev. Sc Crim. 1948-1949-1964-1966-1968-1969.

All Rights Reserved - Library of University of Jordan - Thesis Deposit Center

- 15 - POTHIER - TRAITE DES OBLIGATIONS - Tome II - Ed M. BUGNET 1948
- 16 - R. CHARLES - INTRODUCTIONS A L'ETUDE DU VOL EN DROIT BELGE ET EN DROIT FRANCAIS - Bruxelles Etablissement E.B. 1961.
- 17 - R. VOUIN - DROIT PENAL SPECIAL - Tome I - 4<sup>ème</sup> Ed - M. RASSAT 1976 - DALLOZ.
- 18 - STEFANI G. et LEVASSEUR G. - DROIT PENAL GENERAL - 8<sup>ème</sup> Ed - DALLOZ - 1973.
- 19 - VIVEZ J. - LES FRAUDES. - Presse Universitaire de France.

RECUEILS ;

- 20 - DALLOZ - REPERTOIRE DE DROIT PENAL ET DE PROCEDURE PENALE - Tome II - Jurisprudence g<sup>énérale</sup> - DALLOZ - Paris 1954.
- 21 - ENCYCLOPEDIE - DALLOZ - DROIT CRIMINEL - Tome II - F.W. DALLOZ Paris 1968.
- 22 - RECUEIL DE DROIT DE DOCTRINE DE JURISPRUDENCE ET DE LEGISLATION - 1967.
- 23 - DICTIONNAIRE LATIN-FRANCAIS - FELIX CAFFIOT - Librairie Hachette - Paris 1934.
- 24 - LEXIQUE JURIDIQUE - FRANCAIS-ARABE - R. TERKI - M. CABBABE - S N E D ALGER - 1982.
- 25 - BULLETIN CRIMINEL DE LA COUR DE CASSATION.

ABBREVIATION

- 1- BULL - CRIM = BULLETIN . CRIMINEL
- 2- CASS = CASSATION
- 3- CASS = CRIM = CASSATION, - CRIMINEL
- 4- CRIM = CHAMBRE CRIMINELLE
- 5- CHR - D = CHRONIQUE - DALLOZ
- 6- D = DALLOZ
- 7- ED = EDITION
- 8- J.P. = JOURNAL DU PARQUET
- 9- J = JOURNAL
- 10- GAZ. PAL = GAZETTE DU PALAIS
- 11- OP - CIT = OPERE CITATO = IN THE WORK CITED
- 12- P = PAGE
- 13- PARA = PARAGRAPHE
- 14- REV. SC. CRIM = REVUE DE SCIENCE CRIMINELLE
- 15- S = SIREY
- 16- T = TOME
- 17- TRIB. CORREC = TRIBUNAL CORRECTIONNEL

aura recherché un but différent commettre un viol ou attaquer une personne, le tribunal doit déterminer quelle a été l'intention de l'auteur.

Enfin nous notons dans ce résumé, qu'on a étudié ce sujet dans deux parties. La première partie traite l'acte de la soustraction dans trois chapitres et un préambule.

Le chapitre préambulaire est consacré à la notion de la soustraction dans les anciens droits, le droit Romain, le droit Français avant la révolution, et législation musulmane.

Le premier chapitre est consacré à la notion de la soustraction d'après la doctrine classique et moderne.

Le deuxième est consacré aux conditions constitutives de la soustraction.

Le troisième est consacré à la tentative du vol.

La deuxième partie traite la remise et sa relation avec la soustraction en trois chapitres.

Le premier est consacré à la remise qui exclue la soustraction.

Le deuxième est consacré à la remise qui n'exclue pas la soustraction.

Le troisième est consacré à quelques applications de la remise.

Pour qu'il y ait une soustraction, il faut qu'il y ait un changement illicite de la possession contre le gré et à l'insu du légitime possesseur.

Notons que la clandestinité de la soustraction n'est nullement nécessaire pour caractériser le vol. Lorsque la possession de la chose a été remise volontairement, même à la suite d'une erreur ou dol ou fraude, il ne peut y avoir soustraction.

Ainsi un individu a reçu d'un facteur des postes une valeur qui ne lui était pas destinée et il la conservé : il ne commet aucun délit.

Quant au fait appelé "vol à l'américaine" et consistant à se faire remettre une forte somme en échange d'un objet sans valeur, il constitue une escroquerie, non un vol.

Mais l'erreur doit avoir été le fait d'une personne raisonnable et libre. Commettrait un vol celui qui se ferait remettre un objet par un idiot ou par un enfant, car ces derniers seraient de instruments passifs et non des intermédiaires conscients.

Il n'y a pas davantage remise volontaire et le délit du vol doit être retenu, si l'agent a obtenue la délivrance de la chose en ayant recours à la violence.

Le délit du vol existerait aussi, bien qu'il y eut remise volontaire, si cette remise était exclusive de tout désir d'abandonner la possession de la chose. S'il n'y avait qu'un dessaisissement momentané de la détention de la chose sous condition implicite de restitution, communication nécessaire de la chose en vue d'un examen de l'objet.

L'article 350 du Code pénal algérien punit la tentative de vol, même s'il s'agit d'un vol simple.

Pour qu'il y ait tentative punissable, il est nécessaire qu'elle se soit manifestée par un commencement d'exécution. La question est souvent délicate. Ainsi l'effraction d'une serrure ou l'escalade peut parfois constituer un commencement d'exécution du délit de vol, dans d'autres circonstances au contraire l'auteur

All Rights Reserved  
Library of University of Jordan  
Center of Thesis Deposit

La soustraction est l'élément caractéristique du vol, mais sans juridisme précis de cette expression a soulevé les plus graves controverses.

La soustraction, d'après la doctrine classique, soutenue notamment par GARRAUD (T. 6 - P. 104), consiste dans l'appréhension, l'enlèvement, le déplacement matériel, la mainmise sur une chose vue de la ravir.

Mais, GARÇON (sous Art 379) en donne au contraire une définition tirée de la théorie de la possession. La soustraction écrit-il "c'est la prise de possession à l'insu et contre le gré du propriétaire ou précédent possesseur ; C'est l'usurpation, invito domino de la véritable possession dans ces deux éléments simultanés et concomitants du corpus et de l'animus."

Dans cette dernière théorie, l'usurpation de la possession peut donc résulter d'une dépossession du propriétaire ou précédent possesseur au moyen d'une voie de fait matérielle qui les prive du corpus.

Elle peut également résulter de la volonté d'intervertir la possession, du fait pour un détenteur précaire ne possédant sur la chose que le corpus, de manifester l'intention de se conduire en maître.

La jurisprudence française, après avoir longtemps adopté la doctrine classique a appliqué enfin la doctrine juridique soutenue par GARÇON.

Et cette doctrine on la trouve appliquée aussi par la jurisprudence égyptienne et jordanienne qui donnent une définition qui consiste dans le déplacement de la possession d'autrui, autrement dit, c'est la prise de possession à l'insu et contre le gré du propriétaire ou précédent possesseur.

Donc, il n'y a vol dans le sens de la loi que lorsque la chose objet du délit, passe de la possession du légitime détenteur dans celle de l'auteur, à l'insu et contre le gré du premier, dans un autre sens la soustraction est le changement illicite de la possession.

Deposit  
Thesis  
Center  
of  
Jordanian  
University  
Library  
All Rights Reserved

فهرس المواصيع

=====

الموضوع	الفقرة	الصفحة
مقدمة .	١	١
القسم الاول : فعل الاختلاس .	١٣	١٣
الباب التمهيدي : ماهية الاختلاس في الشرائع القديمة .	١٤	١٣
الاختلاس في القانون الروماني .	١٥	١٤
الاختلاس في القانون الفرنسي القديم .	١٨	١٧
السرقه في الشريعة الاسلاميه .	٢٠	١٨
الباب الاول : ماهية الاختلاس طبقا للنظريتين التقليدية والقانونية الجارسونية .	٢٧	٢٥
الفصل الاول : تفسير الاختلاس طبقا للنظرية الكلاسيكية .	٢٨	٢٦
النتائج المترتبة على التفسير الكلاسيكي للاختلاس .	٤٧	٤٠
نقد النظرية الكلاسيكية .	٤٨	٤١
الفصل الثاني : النظرية القانونية في تفسير الاختلاس .	٤٩	٤٢
نقد النظرية القانونية الجارسونية .	٦٨	٥٧
الايضاح التي تلتقي فيها النظريتان	٧٦	٦٢
الفصل الثالث : موقف القوانين الاوروبية والعربية والشريعة الاسلاميه من النظريتين .	٧٨	٦٥
المبحث الاول : موقف القانون الالماني .	٧٩	٦٥
المبحث الثاني : موقف القانون الانجليزي .	٨٤	٦٨
المبحث الثالث : موقف القانون الجزائري والمصري .	٩١	٧٤
المبحث الرابع : موقف القانون السوري والاردني	٩٥	٧٨
المبحث الخامس : موقف الشريعة الاسلاميه	١٠٢	٨٣



الموضوع	الذكرة	الصفحة
الباب الثاني : شروط توافر ركن الاختلاس	١١٤	٩٤
الفصل الاول : تعديل الحيازة	١١٥	٩٥
الفصل الثاني : انتفاء رضا المجني عليه	١٢٦	١٠٨
شروط الرضا النافي للاختلاس	١٤٤	١٢٣
الباب الثالث : الشروع في السرقة	١٥٠	١٢٨
الفصل الاول : ضابط التفرقة بين التحضير <sup>للمرقة</sup> والبدء في تنفيذها .	١٥٣	١٣٠
الفصل الثاني : ضابط التفرقة بين الاختلاس التام والشروع .	١٧٢	١٤٢
القسم الثاني : التسليم وعلاقته بالاختلاس	١٧٨	١٥٠
الباب الاول : التسليم النافي للاختلاس	١٧٩	١٥١
الفصل الاول : شروط التسليم النافي للاختلاس	١٨٠	١٥٢
الفصل الثاني : التسليم الصادر عن غلط	١٩٢	١٦٢
الفصل الثالث : التسليم الحاصل عن غش أو خداع	٢١٦	١٧٧
الباب الثاني : التسليم غير النافي للاختلاس	٢٣٠	١٨٨
الفصل الاول : التسليم غير الارادي	٢٣٢	١٨٩
المبحث الاول : التسليم اللاشعوري	٢٣٣	١٨٩
المبحث الثاني : التسليم الصادر عن اكراه	٢٤٠	١٩٥
الفصل الثاني : التسليم المادي	٢٤٥	٢٠١
المبحث الاول : التسليم الضروري أو الاضطراري	٢٤٦	٢٠١
المبحث الثاني : نظرية " الهد العارضة "	٢٥٤	٢٠٨

الصفحة	الفقرة	الموضوع
٢١٤	٢٦١	الباب الثالث : عور من الاستيلاءات يدق فيها الحكم
٢١٤	٢٦٢	الاستيلاء على شيء ما يحتويه جهاز البيع الآلي .
٢١٦	٢٦٣	الاستيلاء الصادر من الخدم والعمال والنازلين في مسكن واحد .
٢١٨	٢٦٤	الاستيلاء على شيء مودع في حرز مفلق .
٢٢٢	٢٦٧	الاستيلاء من محلات الخدمة الحرة .
٢٢٥	٢٦٩	خاتمة .
		المراجع العربية والاجنبية .