



نظريّة
الشريعة في الجريمة
دراسة مقارنة

الدكتور مبارك عبد العزيز النوييت
مدرس قانون الجزاء العام
والعميد المساعد بكلية الحقوق والشريعة
جامعة الكويت

الطبعة الثانية

١٩٩٤

السنة الثانية
العدد الثاني

إصدار مجلة الحقوق والشريعة
كلية الحقوق والشريعة - جامعة الكويت

نظريّة الشّرُوع في الجرميّة

دراسة مقارنة

الدكتور مبارك عبدالعزيز النويّب
مدرس قانون الجزاء العام
والعميد المساعد بكلية الحقوق والشرعية
جامعة الكويت

الطبعة الثانية

١٩٩٤

مقدمة

تتطلب الجريمة لوجودها ركنا ماديا . وهذا الركن يتكون من فعل نهى القانون الجزائي عن ارتكابه ، أو امتناع عن فعل يأمر هذا القانون باتيانه . فالعمل الاجرامى هو مظهر خارجى للارادة يتحقق بحركة عضو من أعضاء الجسم أو بامتناع عن هذه الحركة ، لاحداث تغيير فى العالم الخارجى . وتامم الجريمة يكون بأحداث هذا التغيير وتحقيق نتائجه بالصورة التى ينص عليها القانون .

غير أن الشخص قد لا يتمكن من احداث هذا التغيير كله أو بعضه رغم ما يبذل من نشاط فى سبيل تحقيقه . فالجريمة التى تقع قانونا بفعل واحد يحدث التغيير فى زمن قصير قد يتوقف الجانى فيها عن اتمام هذا الفعل ، وقد يأتى الفعل لكنه يخيب أثره فى احداث التغيير الخارجى . وفى الجريمة التى يتطلب القانون لتمامها ارتكاب عدة افعال ، قد يأتى الجانى بعض هذه الأفعال ثم يوقف فلا يأتى البعض الآخر ، أو يخيب غرضه من هذه الأفعال ، فلا يتحقق التغيير الذى يتطلبه القانون فى صورة الجريمة التامة .

وهذا يقتضى ان نتأمل المراحل التى يعبر بها الجانى طريق الجريمة .
وبداية هذا الطريق هو التفكير فى الجريمة ، فنوازع تدعو اليها ، وأخرى
تحول دونها ، ويظل الشخص يقلب الامر بين الاقدام عليها او الاحجام عنها ،
فاذا استقر رايه على ارتكابها ، فهذا هو القرار او التصميم "la résolution" .

بعد ذلك يأخذ الشخص فى اعداد الوسائل التى يراها مناسبة او ملائمة
لطريقة التنفيذ . فان كان يقصد القتل أعد بندقية وأخذ يدرب على استعمالها
أو أعد مادة سامة ، أو اشترى سكيناً أو غير ذلك ، وإن كان يريد السرقة
جهز عدته من مفاتيح أو أدوات للكسر أو التسلق أو ما الى ذلك من الوسائل
التى يرى انها تحقق غرضه . وفى هذه الاعمال التحضيرية لا تقف فكرة
الجريمة عند حيز النفس وإنما تتخطى ذلك الى العالم الخارجى ، وإن كان
الشخص لم يصل بعد الى التنفيذ . فالتنفيذ يبدأ بالاعمال ذات الصلة
الفورية والمباشرة بتحقيق الغرض الاجرامى الذى ينتويه الشخص .

فاذا اقدم الشخص على التنفيذ حتى وصل الى غايته الاجرامية فان
الجريمة تكون قد اكتملت ، اما اذا اوقف نشاطه ، واخاب اثره فان الجريمة
تكون موقوفة او خائبة ، وهذا ما يعرف بالشروع فى الجريمة ، وهو الموضوع
الذى اخترناه للبحث .

وتشير نظرية الشروع فى ضوء مراحل الجريمة - عدة مشاكل عامة
يتعين بحثها ووضع الحلول القانونية المناسبة لها . واول ما نصادف من
ذلك هو تحديد اللحظة التى يجب أن يتدخل فيها القانون بالعقاب . فاذا قلنا
انها لحظة البدء فى تنفيذ الجريمة ، فانه ينبغى ان نعرف ما اذا كان التنفيذ
الذى لا يمكن أن يحقق غرض الجانى لاستحالة الجريمة يماثل التنفيذ
الذى يمكن ان يحقق هذا الغرض ولكنه يوقف أو يخيب اثره . ثم انه ينبغى
بعد ذلك ان نتساءل عما اذا كان عقاب الشروع مماثلاً لعقاب الجريمة التامة
أم انه يكون دون ذلك ؟

ومن المقرر فى التشريعات الجنائية ان التفكير فى الجريمة والتصميم
عليها ، حتى ولو امكن اثباته ، لا يمكن أن يكون محل تجريم أو عقاب .
ولا شك ان قواعد الاخلاق تنكر هذا التفكير المزدول ، كما تنكر التصميم

عليه . ويحاسب عليه الضمير ، ولكن القانون لا شأن له بخواطر الناس أو بما يدور في نفوسهم ، مادام لم يبرز الى العالم الخارجى بأفعال مادية محسوسة تحدث اضطرابا في المجتمع . وهذه القاعدة كانت معروفة في القانون الرومانى (١) ، وترددت في العصور الوسطى ، ثم دخلت بعد ذلك في زوايا النسيان فترة من الزمن ، الى أن أعادها رجال الفقه والقضاء الى القانون الجنائى الحديث باعتبارها من المبادئ الأساسية . وهى من الاصول الثابتة في احكام الشريعة الاسلامية .

ولما كان فقه القانون العقابي يعرف في تطوره وجهتين من النظر اولاهما موضوعية والاخرى شخصية ، فان حل هذه المشاكل يتوقف على وجهة النظر التى نأخذها في الاعتبار . فالفكر الموضوعى ينظر الى العمل المرتكب في ذاته ويعطيه كل الاهمية في تحديد الشروع المعاقب عليه ، ودرجة

١ - فمرحلة التفكير في الجريمة ، والتصميم عليها لم تكن موضع تجريم او عقاب في القانون الرومانى وذلك وفقا لقاعدة مشهورة تعرف بقاعدة « اولبيان » .

كما ان هذا القانون قد عرف الشروع في حالات متفرقة اقتضتها مصلحة المجتمع ولكنه لم يضع له نظرية عامة . كما انه لم ينبع في شأن عقاب الشروع قاعدة واحدة في كل الحالات . ففي بعض الجرائم جعل عقاب الشروع مماثلا للجريمة التامة ، وفي بعضها الآخر جعل عقاب الشروع اخف من الجريمة التامة . وكانوا يعمرون عن الشروع باصطلاح *conatus* ويقصدون بذلك الاعمال الخارجية التي يرتكبها الجاني لتحقيق الجريمة ولو كانت سابقة على البدء في التنفيذ . وقد فرق الرومان في مجال الشروع بين الجنائيات المادية والجنائيات الجسدية . فالاولى لم يكن ليعاقب عليها الا اذا تم تنفيذها . وفي بعض الحالات القليلة كان يعاقب على الشروع فيها ولكن بمقوبة اخف من الجريمة التامة ، اما الجنائيات الجسدية فقد كان يعاقب على الشروع فيها بمقوبة الجريمة التامة . وكان يكفي للقول بوجود الشروع أن يكون الجاني قد افصح عن نيته الاجرامية ببعض افعال قريبة من الجريمة . ولذلك فان القانون الرومانى عرف ما يسمى بالشروع القريب والشروع البعيد . فقد كان يتطلب في بعض الاحوال للعقاب ان يباشر الجاني افعالا يقرب بها من تمام الجريمة ، بينما يكفي في احوال اخرى بارتكاب الجاني أي اعمال خارجية تكشف عن نيته الاجرامية ولو كانت بعيدة عن تمام الجريمة . (راجع في ذلك . Garraud : Précis re droit criminel, P. 153, Paris, 1926.

وانظر رسالة الجير صالح في الشروع ، القاهرة ١٩٤٩ من ص ١٠ الى ص ١٦ .

العقاب ، وحكم الجريمة المستحيلة ، بينما الفكر الشخصي ينظر الى العمل باعتباره تعبيراً عن النية الاجرامية ويستدل منه على درجة خطورة المجرم لدفعها بالجزاء الملائم ، وبذلك يصل الى احكام مغايرة في شأن ما يعد شروعا ودرجة العقاب ، وايضا في شأن الجريمة المستحيلة. وهذا مايستحق تركيز العناية عليه للوصول منه الى النتائج الصحيحة. ثم ان دراسة احكام الشريعة الاسلامية لمعرفة موقفها من مراحل الجريمة المختلفة ، ومعرفة افكارها التي قد تكون مطابقة للقانون الوضعي او مغايرة له هي ايضا من الامور التي تستاهل العناية وتكمل الفائدة التي نتوخاها .

وعلى ذلك فان دراستنا لهذا الموضوع ستبدأ بمراحل الجريمة السابقة على الشروع ، وهي التفكير في الجريمة والتحضير لها ، وندرسها في فصل اول . وبعد ذلك نحدد الشروع المعاقب عليه بأركانه ، وهي البدء في تنفيذ الجريمة ، ووقف سلوك الجاني او خيبة اثره لاسباب خارجة عن ارادته ، والقصد الجنائي ، في فصل ثاني . ثم نعرض للجريمة المستحيلة في فصل ثالث . وللعقاب الشروع في فصل رابع . واخيرا ندرس احكام الشريعة الاسلامية في هذا الشأن .

الفصل الأول

في المراحل السابقة على الشروع

١- التفكير والتصميم

تبدأ الجريمة فكرة تختلج في نفس صاحبها ، وتدعوه الى التفكير والتأمل فيها (١) ، وترديد الامر بين الاقدام على ارتكابها، او نبذها والاحجام عنها . فاذا استقر رايه على ارتكابها وعقد العزم عليها ، فانه يكون قد انتهى هذه المرحلة بالتصميم النهائي (٢) . وفي كل ذلك تظل فكرة الجريمة حبيسة في العالم الداخلي للنفس لم تبرز بعد الى العالم الخارجى .

والتفكير والتصميم على ارتكاب الجريمة يوحى بوجود نية اجرامية ، ولكنها خلجات نفس ، لم تبرز بعد الى العالم الخارجى وليس من مصلحة عاجلة في تعقبها وقمعها (٣) .

لذلك فالسائد في التشريع والفقهاء هو عدم العقاب على هذه المرحلة ، لان النية ما دامت في حيز النفس لم تخرج الى العالم الخارجى فلا ضرر منها ولا خطر فيها . ثم ان مبادئ الحرية الفردية كفلت للانسان ان يحدث

١ - الدكتور سمير الشناوي : الشروع في الجريمة رسالة دكتوراه ، طبعة ١٩٧١ ، ص ١٠٤ . الدكتور احمد فتحي سرور - اصول قانون العقوبات - طبعة ١٩٧٢ - ص ٣٧٨ .

٢ - الدكتور عبد الوهاب حومد : الحقوق الجزائية العامة الطبعة السابعة ١٩٦٣ ص ٣٣٦ .

٣ - الدكتور رؤوف عبيد - مبادئ القسم العام من التشريع المقابلي ١٩٦٥ ص ٢٨٨ .

نفسه بما شاء وأن يفكر كما يشاء ، فلا سلطان للقانون على تفكير الناس (٤) وهو لا يستطيع أن يتدخل في هذه المرحلة بالعقاب لأن التفكير والتصميم مما يصعب اثباته ، والتأكد من وجوده ، فهو من الأمور النفسية الداخلية ، التي قد يستحيل على المشرع التحقق منها ، والوقوف عليها . كما أنه من الأفضل عدم العقاب حتى ولو أقر الشخص بهذه النية ، وكانت ثابتة لديه ، لأن من الحكمة أن يترك باب العدول مفتوحا امامه لتشجعه على التراجع عن ارتكابه الجريمة ، خاصة إن طريقها لا زال ممتدا ، والمسافة بعيدة بين انتواء الجريمة وتنفيذها ، فيكون من حسن السياسة التشريعية اذن التروى في توقيع العقاب (٥) . فما أكثر الاشخاص الذين ينتوون الجرائم ويعدلون عنها بعد ذلك . ولكن لا يخفى ان العزم على ارتكاب الجريمة يبقى خطيئة اخلاقية (٦) ، تستأهل التأنيب ولوم الضمير ، دون تدخل من القانون الجنائي .

وقاعدة عدم العقاب على انتواء الجرائم والتصميم عليها مقررة في القوانين القديمة كالقانون الروماني ، والقانون الفرنسي القديم ، وتتابع الاخذ بها حتى أصبحت مبدا مسلما به في جميع القوانين الحديثة .

وقد اقربت الشريعة الاسلامية هذه القاعدة في صورة واضحة جلية اذ جاء في الحديث الشريف قول الرسول عليه الصلاة والسلام « ان الله تجاوز لامتى عما وسوست او حدثت به انفسها ، ما لم تعمل به او تتكلم » (٧)

٤ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد : الاحكام العامة في قانون العقوبات طبعة ١٩٦٢ - ص ٢٤٩ - الدكتور محمود نجيب حسن : شرح قانون العقوبات في القسم العام ، طبعة ١٩٧٣ ص ٣٥٩ ، وهذا الحكم لا خلاف عليه في الفقه المقارن .

٥ - الدكتور محمود محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات - طبعة ١٩٧٤ نبذة ١٨١ ص ٢٦٤ .
٦ - الدكتور البير صالح : الشروع في الجريمة في التشريع المصري المقارن ، رسالة دكتوراه - طبعة ١٩٤٩ .

٧ - هذا الحديث ورد في صحيح مسلم وذكره الترمذي في سننه وقال حديث متفق عليه .
روى هذا الحديث ابو هريرة . راجع نيل الاوطار للشوكاني - الطبعة الاخيرة ج ٦ ص ٢٧٤ .

واسوء بالقوانين الجنائية الحديثة اقر قانون الجزاء الكويتي الصادر عام ١٩٦٠ هذه القاعدة في المادة ٤٥ التي تنص على انه « لا يعد شروعا في الجريمة التفكير فيها ، او التصميم على ارتكابها » . واقرت هذه القاعدة ايضا كافة التشريعات العربية ، نذكر منها على سبيل المثال القانون المصري ، المادة ٤٥ منه ، وقانون العقوبات العراقي في المادة ٥٩ منه والقانون السوري في المادة ١٩٩ .

ولكن التفكير والتصميم على ارتكاب الجرائم اذا برز الى العالم الخارجي بمظاهر مادية من شأنها احداث القلق والاضطراب في المجتمع فان المشرع يعاقب عليه باعتباره جريمة خاصة قائمة بذاتها (٨) . ولذلك تعاقب التشريعات الجنائية على بعض الحالات التي ترى فيها خطورة على امن المجتمع بنصوص صريحة . مثل التهديد بارتكاب جرائم معينة ، والاتفاق على ارتكاب الجرائم ، والتحريض على ارتكاب جرائم معينة ولو لم ينتج التحريض اثرا . وسنتناول هذه الحالات بشيء من التفصيل .

١ - التهديد بارتكاب جرائم معينة : هو جريمة من نوع خاص تعاقب عليها اغلب التشريعات الجنائية الحديثة ، ومن هذه القوانين قانون الجزاء الكويتي الذي نص في المادة ١٧٣ على ان « كل من هدد شخصا آخر بانزال ضرر ايا كان بنفسه او بسمعته او بماله او بنفس او بسمعة او بمال شخص يهمله امره ، سواء اكان التهديد كتابيا ام شفويا ام عن طريق افعال توقع في الروع العزم على الاعتداء على النفس او على السمعة او على المال قاصدا بذلك حمل المجنى عليه القيام بعمل او الامتناع عنه يعاقب بالحبس مدة لا تتجاوز سنتين وبغرامة لا تتجاوز الفين روبية او باحدى هاتين العقوبتين » . فاذا كان التهديد بالقتل كانت العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات والغرامة التي لا تتجاوز ثلاثة آلاف روبية او باحدى هاتين العقوبتين . ومنها قانون العقوبات المصري في المادة ٣٢٧ المعدلة بالقانون رقم ٧ لسنة ١٩٤٨ .

٨ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد - شرح الاحكام العامة في قانون العقوبات طبعة ١٩٦٢ ص ٢٥٠ والدكتور محمود نجيب حسني المرجع السابق ص ٢٦٠ .

- الدكتور عبد الوهاب حويد شرح قانون الجزاء الكويتي طبعة ١٩٧٥ ص ١٥٠ .

والقانون الفرنسى فى المواد من ٣٠٥ الى ٣٠٨ عقوبات . وقانون العقوبات
السودانى فى المادتين ١٦٤ ، ١٦٥ ، وكذلك القانون السورى فى المواد من
٥٥٩ الى ٥٦٤ عقوبات ، وقد حرمت هذه التشريعات التهديد لانه يشكل
خطرا على امن المجتمع بما يحدثه من خوف وفزع فى النفوس ، فهو جريمة
قائمة بذاتها ، لها اركانها الخاصة بها ، التى متى توافرت تقرر توقيع
العقوبة على مقررهما ، ولو لم تقع الجريمة التى هدد الجانى بارتكابها . بل
ان الجانى يسأل عن التهديد ولو لم يكن لديه قصد ارتكاب الجريمة التى
هدد بها (٩)

من هذا يتضح لنا ان العقاب على التهديد ليس استثناء من قاعدة
عدم العقاب على التفكير والتصميم ، لان التهديد اكثر من ان يكون عزمًا
على ارتكاب الجريمة . اذ انه تعبير خارجى يقع فى الصورة التى قدر المشرع
فيها خطورة جنائية تستأهل التدخل بالتجريم والعقاب (١٠)

ب - **الاتفاق على ارتكاب الجرائم** : وهو تقابل ارادتين او اكثر متحدثتين
على نفس الغرض وهو ارتكاب الجرائم . وهو وان كان يعتبر صورة من
صور التعبير عن الفكرة الاجرامية الا انه يبرز الى العالم الخارجى بأعمال
تجمل له خطورة على امن المجتمع وسلامته . لذلك تعاقب عليه كثير من
التشريعات الجنائية الحديثة باعتباره جريمة قائمة بذاتها . فقد نص قانون
الجزاء الكويتى فى المادة ٥٦ على العقاب اذا اتفق شخصان او اكثر على
ارتكاب جنائية او جنحة ، واتخذوا العدة لذلك على وجه لا يتوقع معه ان
يعدلوا عما اتفقوا عليه . وهذه الجريمة فى قانون الجزاء الكويتى تعاقب
على التعبير المتطابق عن النية الاجرامية لانه يشكل خطرا ، وفى الوقت نفسه
تتطلب اعداد العدة اللازمة لذلك . وعاقب القانون المصرى على الاتفاق
الجنائى فى المادة ٤٨ التى تقول « يوجد اتفاق جنائى كلما اتحد شخصان فاكثر
على ارتكاب جنائية او جنحة ما ، او على الاعمال المجهزة او المسهلة لارتكابها .

٩ - نقض ١٩٥١/٣/٢١ ، مجموعة احكام النقض رقم ٣٠٨ ص ٨١٤ ، نقض ١٩٥٥/٤/٢٦
مجموعة احكام النقض س ١٦ رقم ٢٧٣ ص ٩١٥ .

١٠ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد - المرجع السابق ص ٢٥١ .

ويعتبر الاتفاق جنائيا سواء اكان الغرض منه جائزا أم لا اذا كان ارتكاب الجنايات أو الجنح من الوسائل التي لوحظت في الوصول اليه » (راجع فقرة ٢ و ٣ و ٤ من هذه المادة) . وتعاقب المادة ٨٢ من نفس القانون كل من اشترك في اتفاق جنائي سواء اكان الغرض منه ارتكاب الجرائم المنصوص عليها في نفس المادة أو اتخاذها وسيلة للغرض المقصود . كما تنص على عقاب كل من دعا آخر الى الانضمام الى اتفاق جنائي من هذا القبيل ولو لم تقبل دعوته . (راجع أيضا المادة ٩٦ من هذا القانون ، والمادة ٩٧ التي تعاقب كذلك كل من دعا آخر الى الانضمام الى اتفاق جنائي يكون الغرض منه ارتكاب جرائم الامن الداخلي) .

ويعاقب القانون الفرنسي في المادتين ٢٦٥ ، ٢٦٦ على الاتفاق على ارتكاب الجرائم ضد الاشخاص أو الأموال أو على الاعداد لمثل هذه الجرائم . ويعاقب أيضا في المادتين ٨٧ ، ٨٩ كل من يتآمر على ارتكاب جرائم تمس امن الدولة ولم يعقب التآمر اى عمل تحضيرى ، وكذلك التآمر للاعتداء على الحكومة .

فالاتفاق الجنائي اذن جريمة مستقلة لها كيانها المادى المحسوس ، وهو التعبير عن الفكرة الاجرامية ، بصورة تشكل خطرا على امن المجتمع ، باثارة القلق والاضطراب . ولا يصح القول بأن العقاب على الاتفاق الجنائي هو استثناء من قاعدة عدم العقاب على التفكير والتصميم ، لانه يتضمن اكثر من ذلك (١١) .

ج - التحريض على ارتكاب جرائم معينة : وهو تعبير عن الفكرة الاجرامية التي كانت حبيسة في داخل النفس بأعمال مادية محسوسة هي تحريض شخص على ارتكاب جريمة معينة . ويكون ذلك بكل ما من شأنه دفع من صدر اليه التحريض الى ارتكاب الجريمة ، ولا شك في ان اغراء الاشخاص بارتكاب الجرائم أو دفعهم اليها هو مما يشكل خطورة على امن المجتمع وسلامته ، ولذلك يجب أن يعاقب عليه القانون باعتباره جريمة خاصة قائمة بذاتها .

١١ - الدكتور سمير الشناوي : المرجع السابق ص ١١١ ، الدكتور محمود نجيب حسني : الوجيز في شرح قانون العقوبات القسم العام طبعة ١٩٦٦ - ١٩٦٧ ص ٢٥٩ .

ولذلك فإن التشريعات التي تأخذ بمبدأ وحدة الجريمة في حالة المساهمة الجنائية والتي لا تعاقب المحرض الا اذا وقعت الجريمة بناء على التحريض ، تجد أنه من الضروري مواجهة خطورة التحريض بالعقاب عليه في بعض الجرائم حتى ولو لم ينتج اثرا ، ومن هذه التشريعات قانون الجزاء الكويتي ، الذي نص في المادة ٢٦ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ على عقاب كل من حرض احد افراد القوات المسلحة او الشرطة على التمرد ، ولو لم يترتب على هذا التحريض اثر . وكذلك نص في الفقرة الاولى من المادة ٢٩ من القانون المذكور على عقاب كل من حرض علنا في مكان عام ، او في مكان يستطيع فيه سماعه ورؤيته من كان في مكان عام ، عن طريق القول او الصياح او الكتابة او الرسم او الصور او اية وسيلة اخرى من وسائل التعبير عن الفكر ، على قلب نظام الحكم القائم في الكويت ، وكان التحريض متضمنا الحث على تغيير هذا النظام بالقوة او بطريق غير مشروعة .

وعاقب المشرع المصري في المادة ٩٥ المعدلة بالقانون رقم ١١٢ لسنة ١٩٥٧ على التحريض ولو لم ينتج اثرا في جرائم معينة . وايضا عاقب في المادة ١٧٢ التحريض علنا في جرائم نصت عليها تلك المادة ، وكذلك المادة ١٧٤ / ١ التي تعاقب التحريض على قلب نظام الحكم .

والحكمة من تجريم التحريض على ارتكاب بعض الجرائم ، واعتباره جريمة خاصة مستقلة هو ما يسببه من خطر على الهيئة الاجتماعية وما يتضمنه من مساس بالامن العام . ولذلك فإن المشرع يجد من الضروري تجريم هذا التحريض حتى لا يأخذ سبيله الى حيز التنفيذ باخطاره البالغة اذ لا يعقل ان يترك المشرع الاشخاص يزينون الجرائم الخطرة ويحضون عليها الى ان يستجيب الآخريين لهم فتقع بكل مخاطرها واذاها .

وقد عاقب المشرع الكويتي في الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ على الدعوة الى اعتناق مذاهب ترمي الى هدم النظم الاساسية في الكويت بطريق غير مشروعة ، او الى الانتقال بالقوة على النظام الاجتماعي او الاقتصادي القائم بالكويت . فالدعوة الى هذه الامور الهدامة

تعتبر جريمة مستقلة قائمة بذاتها ، حتى ولو لم تقبل هذه الدعوة لما لها من خطورة على انظمة الدولة .

ونخلص مما تقدم الى ان القاعدة في التشريع هي عدم العقاب على مرحلة التفكير والتصميم في الجرائم ، وان ما ذكرته عن العقاب على التهديد والاتفاق الجنائي والتحريض ليس استثناء من هذه القاعدة ، وانما هو تجريم لأفعال مادية تعد جرائم مستقلة من نوع خاص ولها كيان مادي محسوس يمثل خطورة معينة .

٢- الأعمال التحضيرية

وهي اعداد الوسائل اللازمة لتنفيذ الجريمة حسب الخطة والطريقة التي اتواها الجاني . وقد عرفها البعض بأنها تهيئة الظروف المادية اللازمة لكي يصبح تنفيذ الجريمة ممكناً (١٢) . فالاعمال التحضيرية هي أعمال مادية ظاهرة في العالم الخارجى ، خلافا للتفكير والتصميم ، الذى هو مرحلة ذهنية نفسية . ويدخل في الاعمال التحضيرية الاستعداد للجريمة ، ودراسة الظروف المهيئة لتنفيذها ، كمراقبة المجنى عليه لمعرفة الاماكن التي يتردد عليها ، ومواعيد ذهابه واياه ، ودراسة مكان الجريمة لمعرفة ما يمكن اتباعه عند تنفيذها ، والتدرب على استعمال السلاح ، وتسلق الجدران (١٣) ومن اظهر أعمال التحضير للجريمة اعداد الوسائل اللازمة للتنفيذ من ادوات او مواد او اسلحة . مثل شراء سلاح او اعداد السم لارتكاب جريمة القتل ، وشراء سلم وحبال او آلة لكسر الاقفال لارتكاب جريمة السرقة ، واعداد ماكينة طباعة وشراء الاوراق لارتكاب جريمة التزييف (١٤) وجميع هذه الافعال هي أعمال خارجية لها كيانها المادى المحسوس .

١٢ - Marchal; A. et Jaspar, J.: Droit Criminel. Traité Théorique et pratique, 1965 tom. 1, Page 116.

١٣ - الدكتور سمير الشناوي المرجع السابق ص ١٢١ .

١٤ - الدكتور عبد الإلهاب حومد ، شرح قانون الجزاء الكويتي ص ١٥١ .

والقاعدة أن الأعمال التحضيرية لا يعاقب عليها باعتبارها شروعا في الجريمة التي تتخذ هذه الأعمال لتنفيذها (١٥) لأن هذه الأعمال مبهمة وقابلة للتأويل في مرماها ، ولا تكشف عن نية من يقوم بها بصورة أكيدة ، فمن يشتري السلاح يمكن أن يقال أنه قد اشتراه لقتل عدوه ، ويمكن أن يقال بأنه قد اشتراه لحماية نفسه والدفاع عنها ، أو لاستعماله في الصيد ، ومن يعد مادة سامة يصح تأويل فعله بأنه قد أعدها لقتل انسان ، وبصح أن يكون قد أعدها لقتل الحشرات الضارة ، الى غير ذلك من الأغراض . فالأعمال التحضيرية تقبل أكثر من تأويل ، ودلالاتها غير واضحة على نحو أكيد ، ولا تفصح بصورة دقيقة عن قصد الجاني ، ولا تدل على عزم نهائي على ارتكاب الجريمة ، كما أن المسافة بين التحضير للجريمة وارتكابها لازالت بعيدة ، ويمكن أن يعدل الجاني عن ارتكابها ، فالأولى التروى في العقاب على هذه المرحلة لكي نشجعه على العدول عن مشروعه الإجرامى (١٦) . لذلك فإن معظم التشريعات الحديثة لا تعدها من قبيل الشروع .

ولكن بعضا من التشريعات قد تأثر بالمدرسة الوضعية الى حد العقاب على الأعمال التحضيرية . وهو رأى بعض الفقهاء الذين يعتقدون أن عنصر الخطر يتوفر متى أصبح اندفاع الشخص الى الجريمة محتملا . وانه يكفى لمساءلته مجرد قيامه بأعمال تكشف عن قصده ونيته الإجرامية ، دون تفرقة بين ما اذا كانت هذه الأعمال من قبيل التحضير للجريمة أو من قبيل البدء في تنفيذها . وقالوا أنه لا ضرر من ذلك في القوانين التي تأخذ بنظام الاختبار القضائي ، لأن هذا النظام يوجب وضع الشخص تحت اشراف رعاية اجتماعية ، تقوم به ، وتعيده للتألف الاجتماعى ، بدلا من أن يترك دون رقابة فيدهام المجتمع بخطرته ، بمقولة أن ما ارتكبه هو عمل تحضيرى . ثم أنه

١٥ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ٢٥٢ ، الدكتور عبد الوهاب هومد المرجع السابق ص ١٥١ ، الدكتور رؤوف عبيد مبادئ القسم العام طبعة ١٩٦٥ ص ٢٩٠ .
١٦ - الدكتور رؤوف عبيد المرجع السابق ص ٢٩٠ ، الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ، ص ٢٥٢ ، الدكتور محمود نجيب حسني المرجع السابق ص ٣٦١ ،
Donnedieu de Vabres: Traité de droit criminel, 1947. P. 132.

لا يصح الانتظار حتى تبدأ أعمال التنفيذ حيث لا تكون لدى السلطات الفرصة لمنع وقوع الجريمة (١٧) .

ومن التشريعات التي عاقبت على الأعمال التحضيرية ، القانون البلغاري الصادر عام ١٨١٣ ، فقد كانت المادة ٥٧ منه تنص على عقاب الأعمال التحضيرية باعتبارها شروعا . ومن ذلك القانون السوفياتي الصادر في سنة ١٩٣٦ ، اذ تقضى المادة ١٩ منه بالعقاب على الأعمال التحضيرية والشروع في الجريمة ، ولكنها تتطلب للعقاب على الأعمال التحضيرية ان تكون ذات خطر على المجتمع ، وهو ما لا يتحقق الا اذا كان العمل التحضيري قريبا من الجريمة التي قصد الجاني ارتكابها . ويعتبر القانون الجنائي الدنماركي قيام الجاني بالأعمال التحضيرية مما يكون الشروع في الجريمة . ومن هذه التشريعات أيضا القانون الايطالي الصادر عام ١٩٣٠ ، اذ يعتبر من قبيل الشروع المعاقب عليه الأعمال التحضيرية التي من شأنها أن تؤدي إلى الجريمة دون التباس في تأويلها ، وهو ما نصت عليه المادة ٥٦ من هذا القانون .

لكن الملاحظ أن هذه القوانين تضع قيودا للعقاب على الأعمال مما يقربها جدا من نطاق البدء في التنفيذ وفقا للمذهب الشخصي السائد في أغلبية التشريعات . الا أن الأسلم في سياسة التشريع هو عدم العقاب على الأعمال التحضيرية ، باعتبارها شروعا ، نظرا لأنها في الغالب تقبل التأويل ، ولا تفصح بذاتها في معظم الاحوال عن قصد الجاني . كما أن عدم العقاب عليها باعتبارها شروعا هو في صالح الهيئة الاجتماعية ، ولا يفلق في وجه المجرم باب الابتعاد عن الجريمة التي حصل التحضير لارتكابها (١٨) .

وقانون الجزاء الكويتي لم ينص صراحة على عدم العقاب على الأعمال التحضيرية الا أن ذلك يفهم ضمنا حيث عرف الشروع في المادة ٥ هـ بأنه «ارتكاب فعل بقصد تنفيذ الجريمة» . الا أن مشروع قانون الجزاء الذي كان مقدما

١٧ - الدكتور سمير الشناوي ، المرجع السابق ، ص ١٢٢ والمراجع المشار إليها فيه .

١٨ - الدكتور البير صالح ، المرجع السابق ص ٤٨ ، الدكتور سمير الشناوي المرجع السابق ص ١٢٤ .

من الحكومة الى مجلس الامة (١٩) ، نص صراحة على عدم العقاب على الاعمال التحضيرية ، اذ قالت المادة ٣٠ منه «انه لا يعتبر شروعا في الجريمة مجرد التفكير فيها او التحضير لارتكابها» . وهذا هو مسلك غالبية التشريعات كالقانون الفرنسى ، والقانون البلجيكي ، والقانون المصرى ، والقانون العراقي والقانون الليبي ، والقانون السوري .

واذا كانت القاعدة هى عدم العقاب على الاعمال التحضيرية باعتبارها شروعا في الجريمة التى يتم التحضير لها ، فان بعضا من هذه الاعمال قد يكون له خطره على امن المجتمع . لذلك فان معظم التشريعات تجعل منه جريمة خاصة مستقلة فى ذاتها . (٢٠) فمثلا يعاقب قانون الجزاء الكويتي فى المادة ١٧٧ كل من اعد مواد من شأنها ان تحدث الاجهاض وهو عالم بذلك . وتعاقب المادة ٢٦٣ منه على تقليد العملة . فاذا عرفنا ان التقليد انما يتم اعدادا للحصول على فائدة غير مشروعة عن طريق الترويج ، الذى هو جريمة اخرى ، فانه يمكن القول بأن التقليد هو العمل التحضيرى للترويج ، وقد جعل منه القانون جريمة قائمة بذاتها . ولهذه الصورة مقابل فى القانون الفرنسى (المادة ١٣٢) ، والقانون المصرى (المادة ٢٠٢ عقوبات) . ومن ذلك ما تنص عليه المادة ٢٦٥ من قانون الجزاء الكويتي التى تقضى بعقاب كل من صنع او ساهم فى صناعة ، او قام باصلاح ، او ادخل فى الكويت ، آلة او اداة او ورقة او اى مادة كانت تستعمل فى تقليد الاوراق النقدية او تزويرها وهو عالم باحتمال استعمالها فى ذلك . فهذه افعال تحضير لجريمة تقليد أو تزيف أو تزوير العملة ، وقد جعل منها القانون جريمة قائمة بذاتها ، لأن هذه الأفعال لا تخلو من خطورة ، فهى الأعداد الضرورى للبدء فى تنفيذ تقليد أو تزوير العملة . ولذلك فان بعض القوانين تجعل من كل من هذه الأفعال جريمة فى حد ذاتها ، وهو ما نص عليه قانون العقوبات المصرى فى

١٩ - قدم هذا المشروع الى مجلس الامة من الحكومة فى سنة ١٩٦٩ . كما قدمت اللجنة التشريعية والقانونية دراسة عنه بعد احالته اليها فى الفترة من ١٩٦٩/١١/٩ حتى ١٩٧٠/٥/٣ . ولكن هذا المشروع لم تتم مناقشته .

٢٠ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ص ٢٥٢ .

المادة ٢٠٤ مكررا ، والقانون الفرنسى بالمادتين ٥ و ٧ ، من المرسوم بالقانون الصادر فى ٢٦ يوليو ١٩٥٢ ، وقانون العقوبات الايطالى بالمادة ٤٦١ (٢١) . ومن يعد سلاحا غير مرخص به لقتل شخص فيما بعد ، لايمكن ان يعتبر هذا الفعل شروعا فى قتل ، ولكنه يعاقب على جريمة مستقلة فى ذاتها ، هى حمل السلاح بدون ترخيص . ويمكن ان نضيف الى ذلك صنع او تقليد مفاتيح بقصد ارتكاب السرقة ، وفقا للمادة ٣٢٤ عقوبات مصرى (٢٢) .

بل ان الاعمال التحضيرية يعاقب عليها فى حالة المساهمة الجنائية اذا وقعت من شخص او اشخاص غير الفاعل الاصلى ، اذ انهم يعدون فى هذه الحالة شركاء فى الجريمة اذا وقعت تامة او فى صورة شروع معاقب عليه . وهذا العقاب ليس باعتبار ان ما وقع من الشريك شروعا ، ولكن باعتبار انه ساهم فى الجريمة بالاعمال المجهزة لها ، فيعد شريكا طبقا لنظرية المساهمة الجنائية (٢٣) .

ثم ان الاعمال التحضيرية ، قد تكون ظروفًا مشددة للجريمة اذا وقعت تامة او فى صورة شروع . ومثال ذلك ان يلتحق شخص بخدمة آخر لسرقته . فالالتحاق بالخدمة عمل تحضيرى للسرقة ولكن اذا وقعت هذه الجريمة او فى صورة شروع فان صفة الخادم تعتبر ظرفًا مشددا للعقاب (٢٤) .

٢١ - راجع فى ذلك : الدكتور عبد المهيمن بكر القسم الخاص فى قانون العقوبات طبعة ١٩٧٧ نبذة ١٥٩ ص ٤٣٦ .

٢٢ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ، وانظر الامثلة الاخرى المذكورة فيه من القانون المصرى ص ٢٥٢ .

٢٣ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ١٥٣ .

والدكتور محمود نجيب حسن المرجع السابق ص ٣٦٢ .

٢٤ - الدكتور سمير الشناوي ، المرجع السابق ص ١٢٠ ويشير فى ذلك الى دوندييه دى فاجير صفحة ١٣٣ .

الفصل الثاني في أركان الشروع

إذا هيا الشخص الوسائل التي تمكنه من ارتكاب جريمته ، فقام بالاعمال التي تحقق غرضه في ارتكابها ، ونجح في مقصده ، كانت الجريمة تامة . اما اذا بدا في هذه الاعمال وتدخلت ظروف خارجة عن ارادته فحالت هذه الظروف دون ارتكابها او اتمامها فان الجريمة تكون في حالة شروع ، وهنا نميز بين صورتين :

الاولى : صورة الشروع البسيط : او الجريمة الموقوفة tentative simple

ou délit tenté وفيها تحول الظروف بين الشخص وبين استنفاد نشاطه الاجرامى اللازم لتحقيق الجريمة . كما لو امسك به شخص ومنعه من اطلاق النار ، او قبض عليه البوليس اثناء دخوله منزل لارتكاب السرقة .

والثانية : صورة الشروع التام أو الجريمة الخائبة : Délit manqué

وفيها يستنفذ الجاني طاقته ، ويفرغ نشاطه ، ويبذل كل جهده لتحقيق غرضه ، ولكن لاسباب خارجة عن ارادته ، لا يصل الى اتمام الجريمة . كما لو اطلق النار على شخص فلم يستطع اصابته أو أصابه في غير مقتل . والقانون يسوى في الحكم بين الجريمة الموقوفة والجريمة الخائبة ويعتبرهما شروعا .

وقد عرفت المادة ٥٥ من قانون الجزاء الشروع بقولها « الشروع في جريمة هو ارتكاب فعل بقصد تنفيذها اذا لم يستطع الفاعل ، لاسباب لا دخل لارادته فيها ، اتمام الجريمة . وهذا التعريف موجود بصورة مماثلة في معظم القوانين الحديثة ، وعلى ذلك فان القانون يتطلب لتوافر الشروع ثلاثة اركان هي :

- ١ - البدء في تنفيذ فعل .
- ٢ - بقصد ارتكاب جريمة .
- ٣ - وعدم اتمام الجريمة لاسباب لا دخل لارادة الجاني فيها .

وسنتناول دراسة كل ركن من هذه الاركان بالتفصيل :

١- البدء في التنفيذ

يشير البدء في التنفيذ الذي يعد شروعا معاقبا عليه صعوبة في تحديده سواء في الفقه او في القضاء . وذلك لانه اعمال مادية تختلط في بعض الاحوال بالاعمال التحضيرية التي هي الاخرى مادية ، كما ان مرحلة التحضير ومرحلة التنفيذ متعاقبتان ، والافعال المكونة لكل منهما متصل بعضها ببعض (٢٥) .

فاذا كان من الاعمال ما يعد تحضيريا دون شك ، مثل اعداد السم او شراء السلاح للقتل ، او تجهيز الادوات التي تستخدم في ارتكاب جريمة السرقة مثلا ، فان الامر يختلف فيما لو ضبط الشخص الذي ينتوى القتل وهو يحمل سلاحه بداخل حديقة من يريد قتله . هل يعد ذلك عملا تحضيريا للقتل الذي انتواه ، ام انه يكون من قبيل البدء في التنفيذ الذي يعد شروعا ؟ ولو ان شخصا وجد باب منزل مفتوحا فاراد ان يدخل هذا المنزل للسرقة ، وتم القبض عليه وهو يهم بالدخول ، هل يعتبر شارعا في سرقة ام انه مازال في مرحلة الاعمال التحضيرية ؟

لهذا كان اختلاف الفقه وتردد القضاء في شأن تحديد معيار البدء في التنفيذ على ان آراء الفقه مهما اختلفت وتنوعت فانه يمكن ارجاعها الى مذهبين : مذهب موضوعي ، ينظر الى الافعال التي ارتكبها الشخص من حيث دخولها في تكوين الركن المادي للجريمة . ومذهب شخصي ، وينظر الى هذه الافعال بقدر ما تفصح عن نية الجاني وعزمه الاكيد على ارتكاب الجريمة مباشرة لو ترك وشانه .

١ - المذهب الموضوعي : يهتم انصار هذا المذهب بالجانب المادي للجريمة ويرون ان الضرر هو محور العقاب واساسه . والمعدالة في تقديرهم لا توجب

عقاب الشخص إلا إذا اتى أفعالا مادية تؤدي إلى الأضرار بالمصالح والحقوق التي يحميها القانون . ولما كان الضرر لا يتحقق إلا إذا وقعت الجريمة تامة ، فانهم ذهبوا في أول الأمر إلى عدم العقاب على الشروع حيث أنه لا يترتب عليه ضرر شخصي أو اجتماعي . ولكن تبين أن هذا الاتجاه خاطيء لأنه يأخذ الضرر المادي وحده بعين الاعتبار دون التفات إلى الخطر الذي يتهدد المجتمع (٢٦) .

ولذلك اضطر بعض أنصار هذا المذهب في الفقه الفرنسي القديم إلى التسليم بالعقاب على الشروع ولكنهم جعلوه قاصرا على الجرائم الهامة دون غيرها ، وقالوا أن العمل التحضيري هو عمل خارجي بعيد عن غرض الجاني . أما البدء في التنفيذ فهو أعمال قريبة بل مجاورة للغرض وهو اتمام الجريمة وهذا المعيار يرجع في الواقع إلى القانون الروماني حيث كان التمييز في الجنايات غير الجسيمة بين الشروع القريب والشروع البعيد ، فالأول كان يستتبع العقاب ، أما الشروع البعيد فكان يعد أعمالا تحضيرية . وقد لوحظ على هذا المعيار أنه يحتاج إلى إيضاح لغموضه (٢٧) ، كما أن «قصر العقاب في الشروع على الجرائم الهامة واشترط أن تكون أفعال الجاني قريبة من تمام الجريمة يدل على أن أنصار المذهب الموضوعي لا يعتدون بالخطر إلا إذا كان على درجة من الجسامه » (٢٨) .

٢٦ - الدكتور / عبد الوهاب حومد ، المرجع السابق ص ١٥٣ ، وسير الشناوي المرجع السابق ص ١٥٨ ، وأيضا الدكتور البر صالحي ، المرجع السابق ص ٦٢ ، ويقول أن هذه النظرية تبدو لأول وهلة على درجة كبيرة من الصحة ، ثم يظهر بعد التأمل فيها ومناقشة حجج أنصارها أنها معيبة وهائلة دون إمكان وضع العقاب في قضايا الشروع . ونرى أن من أهم ما يؤخذ على أنصار هذه النظرية هو عدم فهمهم رسالة كل من القانونين الجنائي والمدني . فالقانون الجنائي يعني بدء الخطر عن المجتمع ووقايته من كل فعل يهدده في أمنه وسلامته ، فيما يعني القانون المدني بحماية حقوق الأفراد الخاصة وتعويض المضر عما يلحقها من ضرر مادي ، ولكن مهمة القانون الجنائي أوسع من ذلك وهي حماية المجتمع ودفع الشر عنه وكان تأثير الشراح بتعاليم القانون المدني هو الذي أبعدهم عن الصواب ، وأقصاهم عن مباشرة الزمن .

٢٧ - Bouzat et Pinatel: Traité de droit pénal, 1970, P 292.

٢٨ - الدكتور سير الشناوي ، المرجع السابق ص ١٥٩ .

والذى استقر فى المذهب الموضوعى هو القول بأن المقصود بالبدء فى التنفيذ الذى يعد شروعا ، هو أن يبدأ الجانى بارتكاب فعل داخل فى تكوين الركن المادى للجريمة ، أو هو البدء فى تنفيذ الفعل المادى المكون للجريمة كما نص عليها القانون . فإذا كانت الجريمة تتكون من فعل واحد فإن الشروع فيها يكون بالبدء فى تنفيذ هذا الفعل ، وإذا كانت تستلزم جملة أفعال فالشروع فيها يكون بارتكاب أحد هذه الأفعال أو البدء فى تنفيذها . فمثلا الفعل المادى فى السرقة هو اختلاس المال المنقول المملوك للغير ، والشروع فيها يكون بوضع الجانى يده على الشيء المراد اختلاسه أو سرقة ، والركن المادى فى القتل هو اعتداء يؤدى الى ازهاق الروح بأية وسيلة ، والشروع فيه يكون مثلا بارتكاب أحد الأفعال التى تؤدى الى ازهاق الروح ، كاطلاق النار ، أو البدء فى خنق الشخص ، أو طعنه بسكين بنية قتله . أما ما يسبق هذه الأعمال فلا يصح اعتباره شروعا ولا يخضع للعقاب . فمن يدخل منزلا بقصد ارتكاب سرقة منه لا يعد شارعا فى السرقة ، لأن دخول المنزل ليس هو الفعل المادى لجريمة السرقة كما عرفها القانون ، ففعلها المادى هو الاختلاس . والشروع يكون بوضع الجانى يده على المال المراد سرقة . وفى هذا الشأن يقول الأستاذ مولينيه « أن الأعمال التى تعتبر بدءا فى تنفيذ الجريمة هى التى تنشئها ، وتدخل فى تعريفها قانونا ، فى حين أن الأعمال التحضيرية تسبق الجريمة وتسهل تنفيذها ولا تدخل فى تحديد الجريمة كما نص عليها القانون » (٢٩) .

ويقول ثيللى : « أن العمل التحضيرى هو عمل خارج عن مادية الجريمة ، وليس جزءا منها ، أما العمل التنفيذى ، فهو البدء فى الجريمة ، ويعد جزءا مندمجا فيها » (٣٠) .

وهذا المعيار يتميز بانضباطه ووضوحه وسهولة تطبيقه ، كما أنه يقف الى جانب المتهم ويصون حقوقه وضماناته ، ولكنه من الضيق بحيث

— ٢٩ — Molinier: Traite théorique et pratique de droit penal, T. 2, P.46.

— ٣٠ — Villey : Note sous cass. 17 dec. 1874.

ومشار اليه في مؤلف الدكتور السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ٢٥٥ .

لا يمكن الاخذ به ، لانه يؤدي الى افلات كثير من المجرمين من العقاب مع خطورة ما يرتكبون من الاعمال (٣١) ، فهو بذلك لا يحقق القدر اللازم للدفاع عن المجتمع .

ولهذا حاول بعض انصار المذهب الموضوعي التوسعة فيه فقرروا ان الشروع يدخل فيه الى جانب البدء في تنفيذ الفعل المادي للجريمة ، ارتكاب فعل يعد ظرفا مشددا فيها ، كالتسليق والكسر بقصد السرقة . ولكن يؤخذ على هذه الاضافة انها لا تنطبق في الجرائم الاخرى التي ليست لها ظروف مشددة ، وانها لا تستقيم بالنسبة لكل الظروف المشددة وانما بالنسبة لبعضها فقط ، اذ لا يعقل أن يكون مجرد حمل السلاح او ظرف الليل في السرقة شروعا فيها ، وكذلك الشأن بالنسبة لسبق الاصرار في القتل (٣٢) .

٢١ - الدكتور نجيب حسني المرجع السابق ص ٢٦٢ ، والدكتور رمسيس بهنام النظرية العامة ص ٧٠٧ .

٢٢ - راجع مقال الدكتور وديع فرج .

مجلة القانون والاقتصاد - السنة الرابعة ص ٣٦٤ .

"De la distinction des actes preparatoires et du commencement d'exécution en matière de tentative".

ومن انصار المذهب الموضوعي من يقول بان العمل التحضيري هو عمل يلفه الغموض ولا يدل بذاته على اتجاه الجاني الى ارتكاب جريمة بعينها . فهو عمل يقبل التأويل في برماه . (equivoque) اما العمل التنفيذي فانه يكون غير قابل للتأويل (non equivoque) في دلالته على الاتجاه لجريمة معينة ، فواقعة شراء بندقية على سبيل المثال لا تكشف عن قصد الفاعل الاجرامي ، لانه يمكن تاويلها تاويلات مختلفة ، فربما يراد بها القتل او الدفاع عن النفس او استعمالها للصيد الى غير ذلك من التأويلات والاحتمالات التي يمكن أن تنشأ عن مثل هذه الواقعة (في عرض ذلك الرأي الاستاذ وديع فرج - مقاله السابق الاشارة اليه ص ٣٦٢ ، الاستاذ علي بدوي الاحكام العامة في القانون الجنائي طبعة ١٩٢٧ ص ٥١٦) . ومن القائلين بهذا الرأي الفقيه carrara في بحث له بعنوان ارائي في الشروع ، مشار اليه في البير صالح ص ٦٩ . وقد انتقد الشراح هذا الرأي بانه يؤدي الى عدم العقاب على حالات لها خطورتها . لانه اذا كان من الافعال ما يدل على الجريمة التي ينوي الشخص ارتكابها فهناك افعال لها خطورتها ولكنها تقبل التأويل فمن يتصور منزلا ويدخله بقصد السرقة لا يمكن اعتباره وفقا لهذا الرأي شارعا ، لان دخول المنزل قد

وقد طبق القضاء الفرنسى والمصرى هذا المعيار اول الامر . ومن ذلك ما قضى به فى فرنسا :

١ - قررت محكمة النقض الفرنسية بأن دخول المنزل ولو عن طريق التسور ليلا ، لا يكفى لتكوين الشروع فى السرقة ، لان الشروع يتطلب أن يرتكب الجانى فعلا يعد بدءا فى تنفيذ هذه الجريمة (٣٣) .

٢ - وقضت هذه المحكمة أيضا ، بأن ضبط المتهم مختبئا فى فناء منزل بقصد ارتكاب جريمة سرقة منه ، لا يعد بدءا فى تنفيذ هذه الجريمة ، مادام المتهم لم يأت داخل المنزل أى فعل يؤدى الى وقوع جريمة السرقة (٣٤)

٣ - وقضت محكمة مونبلييه بأن التسلق والكسر لا يعتبران من الاعمال المؤدية للسرقة ، بل هما مجرد ظروف مشددة لهذه الجريمة ، ولكنها لم تتجاوز مرحلة التحضير فيها (٣٥) .

٤ - وقد قضت محكمة باريس مؤخرا بأن الانسة التى تضع فى حقيبة يدها ، بعض ادوات تجميل ، اخذتها من رف فى مخزن من مخازن الخدمة الحرة ، وقبض عليها قبل أن تصل الى الصندوق لتدفع ، لا تعتبر شارعة فى السرقة ، لانه لا يزال لديها وقت للتفكير فيما فعلت (٣٦) .

٥ - كما قضت هذه المحكمة أيضا ، بأنه لا يعتبر شروعا اذا قدم شخص مبلغا من المال الى شخص ، ليقتل عدوا له واعطاه التعليمات اللازمة لذلك ، وقالت : « انه يجب ، لكى يعتبر الفعل بدءا فى التنفيذ ،

يكون للسرقة وقد يكون لغيرها . فهو - كما قيل - لا يدل بذاته على ارتكاب جريمة معينة (راجع فى ذلك السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ٢٥٧ - ٢٥٨ ، والدكتور محبوب مصطفى ص ٢٩٨ ، وسمير الشناوي المرجع السابق بند ١٠٤ ، والدكتور البير صالح بند ٧٧ ، ٧٨ ، والدكتور وديع فرح مقاله السابق الاشارة اليه ص ٢٦٢) .
مشار الى هذه الاحكام فى مؤلف الدكتور سميح الشناوي السابق الاشارة اليه ص ١٩٢ .

٢٣ - D. (1853 - 2 - 94)

٢٤ - D. (1872 - 5 - 432), D. (1871 - 1 - 227)

٢٥ - La cour de Montpellier en 19 fév, 1852, s. 1853 - 2 - 68

٢٦ - محكمة السين فى ١٢/٦/١٩٦٧ دالوز قسم الاجتهاد ص ٦٤١ .

ان تكون نتيجته الفورية والمباشرة اتمام الجريمة « (٣٧) .

وقضى فى مصر :

١ - بأنه لا يعد شروعا فى اغتصاب طلب الفحشاء من امرأة وجذبها من يدها وملابسها لادخالها فى زراعة القطن ، وانما هو من قبيل الاعمال التحضيرية التى لا عقاب عليها (٣٨) .

٢ - كما قضى بأن نثر الغاز على نافذة منزل المجنى عليه وعلى الدكة الخشبية الموجودة بالمنزل بقصد اشعال النار فيه ، لا يعتبر شروعا فى جريمة الحريق ، وانما هو عمل تحضيرى مادامت النار لم تشتعل (٣٩) .

٣ - كما قضى بأن وجود المتهم تحت صهريج الغاز المملوك للسكة الحديدية ، وهو يحمل وعاء ومفتاحا لسرقة بعض الغاز ، لا يعتبر شروعا فى السرقة وانما هو مجرد عمل تحضيرى لا عقاب عليه (٤٠) .

٤ - كما قضى بأن اعداد المتهم للمادة السامة وذهابه الى حظيرة المواشى التى قصد تسميمها ، ثم محاولته فتح باب الحظيرة ، لا يعتبر شروعا فى قتل تلك المواشى لانه لا يؤدى فورا ومباشرة الى تسميمها ، وانما هو من قبيل الاعمال التحضيرية التى لا يعاقب القانون عليها ولو وضحت نية المتهم فيها (٤١) .

وواضح من هذه الاحكام مدى ما فى المعيار الموضوعى من ضيق وقصور بحيث انه لايمكن ان يوفر الحماية الكافية لحقوق الافراد ولامن المجتمع وسلامته . ولذلك قيل فيه بحق انه يحصر الشروع فى نطاق

٣٧ - نقض ١٩٦٢/١٠/٢٥ ، J.C.P. ، ١٩٦٢ ، قسم ٢ رقم ١٤٩٨٥ . مشار اليهما فسي مؤلف الدكتور / عبد الوهاب حومد المرجع السابق ص ١٥٩ .

٣٨ - نقض ٣ سنة ١٩١٢ المجموعة الرسمية س ١٢ رقم ٥٩ ص ١١٨ .

٣٩ - نقض ١٩٢٢/٦/٢٦ المحاماة س ٣ ص ٧٦ .

٤٠ - نقض ٦ مارس ١٩٢٣ المجموعة الرسمية س ٢٤ رقم ١ .

٤١ - نقض ٢٧ مايو ١٩٤٣ مجموعة عبر جـ ٦ رقم ١٠١ .

ضيق : بما لا يحقق حماية كافية للمجتمع ضد مجرم ظهر من فعله انه أصبح قريبا من النتيجة المقصودة ، وقيل كذلك أن النظرية المادية لم تنجح في صياغة معيار يفصح عن ارادة المشرع في هذا الصدد (٤٢) .

٢ - **المذهب الشخصي** : يعتقد انصار هذا المذهب وهو السائد حاليا في الفقه الفرنسى أن الإرادة الاجرامية هي مصدر الخطر ، لان الجريمة هي عمل نفسية شريرة تبعثها الى الحياة . ولذلك يجب أن تتجه العناية الى شخص المجرم والى خطورته الاجرامية ، ولكن ذلك لا يمكن القطع به الا بأفعال تبدى هذه الإرادة وتفصح عنها . فالأفعال المادية لا ينظر اليها في ذاتها ، كما هو الشأن في المذهب المادى ، وانما لكونها لازمة للافصاح عن الإرادة الاجرامية والقصد الجنائى . ووجود هذه الإرادة الخطرة يستوجب تدخل المشرع بالعقاب ليحول بينها وبين الاندفاع الى اتمام الجريمة . ولكن ذلك يتطلب أن تكون الخطورة حقيقية وواضحة لا لبس فيها ، وهذا ما لا يتحقق الا اذا اتى الجانى أفعالا تفصح على انه ماض الى ارتكاب الجريمة حالا ومباشرة ، على نحو لا يتوقع معه أن يرجع عما سار فيه .

فالأفعال المادية ، لدى انصار المذهب الشخصى أمر ضرورى للكشف عن الإرادة الاجرامية المؤكدة . ولكنها ليست حتما من الأعمال الداخلة في تكوين الركن المادى للجريمة على ما عرفها القانون ، وهو ما يذهب اليه أنصار المذهب المادى ، واذن فالشروع في المذهب الشخصى ليس هو البدء في تنفيذ الجريمة بأفعال يدخل بها الجانى في تكوين الجريمة ، وانما هو اتيان أفعال تنبئ عن ارادة ارتكاب الجريمة ولو لم تكن داخلة في تكوينها المادى ، مادامت هذه الأفعال واضحة في أن الجانى سيدخل الى الجريمة مباشرة لو ترك وشأنه . فالأفعال اذن تفصح عن الإرادة الخطرة التى تهدد الهيئة الاجتماعية وهذه الإرادة هي التى ينبغى عقابها للدفاع عن المجتمع ، وهى التى تشكل من خلال الأفعال البدء في التنفيذ المعتبر شروعا معاقبا

٤٢ - الدكتور محمود مصطفى المرجع السابق نبذة ٢٠٢ ص ٢٩٧ ، والمراجع الفرنسية المشار اليها فيه . وراجع في نفس المعنى الدكتور رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائى ص ٧٢٢ ، ٧٢٣ .

عليه . فأساس العقاب على الشروع في هذا المذهب هو ما انضح من خطورة الجاني المستفادة من أفعاله الكاشفة دون شك عن نيته ارتكاب الجريمة حالا ومباشرة لو ترك وشأنه ، حتى ولو كانت هذه الأفعال سابقة على البدء في تنفيذ الفعل المادى للجريمة كما وصفه القانون .

فنية ارتكاب الجريمة لا تكفى وحدها للقول بوجود الشروع ، لأنها من قبيل العزم والتصميم ، والأفعال المادية لا ينظر إليها إلا بقدر ما تكون النية الإجرامية مستفادة من هذه الأفعال ، على نحو يقطع بأن الجاني قد عزم على إتيان الجريمة عزمًا أكيدًا وشيكًا لا رجعة فيه ، وأنه لو ترك وشأنه لكان ارتكابه الجريمة سيقع مباشرة ، لما قارفه من أفعال كاشفة عن هذه الإرادة الإجرامية .

ويجتهد الفقهاء من أنصار هذا المذهب في أن يضعوا معايير تحدد مضمونه الواجب التطبيق ، حتى يكون واضحًا للقضاء ، ولكي لا يختلط البدء في التنفيذ الذي يعد شروعًا بالأعمال التحضيرية .

فيقول روسي Rossi أن هناك اختلافًا من حيث الطبيعة بين الأعمال التنفيذية والأعمال التحضيرية . لأن الفاعل في دور التحضير لم يقم بعد بعمل يتضمن اعتداء على حقوق الغير ، فأمامه الفرصة الكافية للتحويل عنه ، بينما هو في دور التنفيذ يكون قد بدأ في الاعتداء . وإذا أراد الجاني العدول في الحالين فإنه يقول لنفسه في حالة التحضير أنا لا أريد أن أبدا ، ولكنه إذا كان قد بدأ في التنفيذ فإنه يقول أنا أريد التوقف أو العدول عن الاستمرار في الجريمة (٤٣) .

وهذا المعيار غامض لأنه لا يبين على وجه الدقة متى يتحول العمل من تحضيرى الى تنفيذى بصيغة يعتمد عليها القاضى فى التطبيق ، كما انه لا يمكن ان نعلم بالتحديد متى يقول الشخص لنفسه أنه يريد أن يتوقف ومتى يقول

Rossi : Traité de droit pénal, 1863, Page 118.

ويقول البير صالح أن بيروتول يرى نفس هذا الرأي ويورد عبارته وعبارة روسي في ص ٧٤ .

انه لا يريد البدء في التنفيذ (٤٤) .

ويرى الفقه البلجيكي Haus ان الشروع يتوفر بمجرد ان يبدأ الجاني في تنفيذ مشروعه الاجرامى ، اى بمجرد ان يضع الوسائل التى اعددها لتنفيذ الجريمة موضع العمل .

فالفاعل في دور التحضير يعد الوسائل ويجهزها لكي يرتكب الجريمة، ولكن اذا قام باستعمال هذه الوسائل للوصول الى ارتكابها فانه يكون قد بدأ في التنفيذ ، ويعد بالتالى شارعا ، لانه في حالة وضع الوسائل موضع التنفيذ ، او البدء في القيام بالمشروع الاجرامى ، تتوفر الدواعي الى تدخل القانون حيث قد انتقل الفاعل من دور التحضير الى دور التنفيذ . وبذلك قال الاستاذ Roux ، ففى نظره ان الشروع المعاقب عليه يوجد عندما يكون تصميم الشخص على ارتكاب جنائية او جنحة قد ظهر الى العالم الخارجى بوضع الوسائل المعدة لارتكاب الجنائية او الجنحة موضع العمل والتنفيذ ، فاقففت او خاب اثرها لاسباب خارجة عن ارادة الجاني (٤٥) . وقد لوحظ ان اعضاء المؤتمر الدولى المنعقد فى سنة ١٩٢٧ قد وافق باجماع الاراء على تعريف للشروع مماثل لذلك ، حيث نصت المادة الاولى من قرار هذا المؤتمر على ان الشروع فى الجريمة هو وضع الوسائل المعدة لارتكاب الجريمة موضع التنفيذ (٤٦) .

وهذا المعيار مع وضوحه فى الحالات التى يكون الجاني فيها قد اعد الوسائل لارتكاب جريمته ثم قام بوضعها موضع التنفيذ ، الا انه لا يحدد متى يعتبر الشخص شارعا فى حالة اقدامه على ارتكاب الجريمة بدون وسائل اعددها لذلك . ولكن ميزته انه يفيد بأن الشخص فى حالة الشروع يكون قد بدأ فى القيام بمشروعه الاجرامى ، دون ان يتطلب لذلك ان يكون قد بدأ

٤٤ - فى نقد رأي روسي راجع سيمر الشناوي ص ١٩٧٦ ، والفقهاء المشار اليهم فيه وراجع البر صالح ص ٧٤ - ٧٥ .

٤٥ - Roux: Cours de droit pénal et de procédure pénale, 1920, Page 76, No. 78, 79.

٤٦ - سيمر الشناوي ص ١٧٨ .

تنفيذ فعل يدخل في تكوين الركن المادى للجريمة .

ويقول الفقه سالى Saleilles ان الجانى يكون قد دخل في دور التنفيذ متى عبرت افعاله عن ارادة اجرامية مؤكدة ولا رجعة فيها . وذلك عندما يكون بينه وبين الجريمة التى يقصد ارتكابها خطوة ضئيلة ومعنوية بحيث لو ترك وشأنه لكاد ان يجتازها حتما (٤٧) .

ويضيف الاستاذ دونديه دى فابر الى ذلك عدم الاكتفاء بالافعال التى اتاها الجانى ، وانه من الضروري اخذ جميع الظروف المحيطة بالواقعة بل وسوابق المتهم بعين الاعتبار (٤٨) .

ومن ذلك ايضا ما يراه الاستاذان فيدال ومانبول بأن الجانى يكون قد بدأ في التنفيذ عندما يتأكد القاضى من انه قد حطم كل ما خلفه من اسباب العدول أو خرب الجسور وراءه ، وليس في نيته ان يتراجع (٤٩) .

وأفضل ما قيل به لتحديد البدء في التنفيذ الذى يعد شروعا وفقا للمذهب الشخصى هو المعيار الذى وضعه الاستاذ جارو Garraud والذى يقول فيه : انه يكفى لكى يعتبر الشخص شارعا في الجريمة ان يكون الفعل الذى حدث مؤديا مباشرة وفي الحال الى ارتكاب الجريمة ، بحيث يمكن اعتبار فاعله في حالة جرمية ، ولو كان هذا الفعل سابقا على الأفعال المكونة لهذه الجريمة بالذات . وبعبارة أخرى فان التنفيذ يبدأ بأفعال تتصل حالا ومباشرة بالفرض الاجرامى الذى ينتوى الشخص تنفيذه وتحقيقه (٥٠) .

٤٧ - Seleilles: Essai sur la tentative (Revue pénitentiaire, 1897 PP 53.)

مشار اليه في دونديه دي فابر ص ١٢٤ .

٤٨ - Denneidieu de vabres: P. 134, n. 231.

٤٩ - Vidal et Magnol: Cours de droit criminel, n. 102.

٥٠ - " L'exécution du délit est commencée quand l'agent a accompli des actes qui, pour une conséquence directe et immédiate, doivent dans sa pensée, consommer le crime".

(Garraud, 1, n. 232.

وقد ذكر دونديه دى فابر في بند ٢٣١ معيار جارو بنصه وذكر بعض الاحكام الفرنسية

التي أخذت بهذا المعيار . (Donnedieu de vabres: P. 134).

وعلى ذلك فانه لكى يبحث القاضى وجود الشروع أو عدمه يجب ان يقف على نية الفاعل من الاعمال التى قام بها ، والظروف الخارجية المقترنة بها ، ثم يصل من ذلك الى ان الفعل الذى حدث قد توفر فيه البدء فى تنفيذ الجريمة المقصودة ام لم يتوفر . وطبقا لهذا الراى ينبغى لتوفر البدء فى التنفيذ ان يكون الفعل الذى حدث مؤديا مباشرة وفى الحال الى ارتكاب الجريمة ، بحيث يمكن اعتبار فاعله فى مرحلة الجريمة ، ولو كان هذا الفعل سابقا على الاعمال المكونة لها فى القانون ، مادام الجانى مندفع فى سلوكه وماض اليها ، وكان ما صدر منه سيؤدى حتما الى تحقيق الجريمة أو اتمام جزء منها ، لولا تدخل ظروف خارجة عن ارادته ، وهو ما يؤكد ان المجرم قد سلك سبيل الجريمة وانه لا امل فى تحوله عنها بعد ذلك (٥١)

وقد تقبل الفقه هذا الراى من حيث انه يتطلب فى الفعل ان يؤدى مباشرة الى اتمام الجريمة أو جزء منها حتى يعتبر شروعا . ولكن اشتراط ان يؤدى الفعل الى ذلك حالا هو مما ينتقدونه بقولهم انه لا يصدق فى كل الاحوال ، فقد يستمر الشروع فترة طويلة قبل ان ترتكب الجريمة ، ومثال ذلك من يحفر سردابا تحت الارض ليصل الى خزانة بنك لسرقة ما به من اموال . ولذلك يكتفون فى تحديد الشروع بأن يكون الفعل الذى اتاه الجانى مؤديا مباشرة الى تحقيق الجريمة (٥٢) .

غير أن تطلب « جارو » ان يكون ما اتاه الجانى مؤديا الى الجريمة حالا يفيد ان الجانى قد اخذ دون رجعة ، ودون توقف فى عمله ليصل الى اتمام الجريمة ، وان ما ارتكبه يؤدى حالا بحسب تفكيره هو *dans sa pensée* الى اتمام الجريمة (٥٣) . وهذا ما اخذ به الاستاذ Garçon عندما قال :

٥١ - راجع البير صالح ، المرجع السابق ص ٨١ .

٥٢ - راجع في ذلك الدكتور محمود مصطفى القسم العام طبعة ١٩٧٤ نبذة ٢٠٣ ، والفقهاء المشار اليهم فيه . والدكتور عبد الوهاب حومد المرجع السابق ص ١٥٧ ، ١٥٨ ويقول : « ونحب ان نلاحظ ان تعبير حالا تعبير أهمل في نظرية الشروع ، لان الفاعل قد يشروع في جريمته ولكنه لا يصل حالا - كمن يحفر سردابا تحت العمارة ليصل اليها بعد مدة - والمهم ان يكون فعله يوصله مباشرة الى الجريمة » .

٥٣ - Garraud: Traité théorique et pratique de droit penal, Tom 1, P.

« ان البدء في التنفيذ يتوفر عندما يقوم الجاني بأفعال مادية تؤدي بحسب تفكيره الى وقوع النتيجة فورا ومباشرة » . ويضيف ان المذهب الشخصي الذي يعنى اساسا بقصد الجاني لا يمكن ان يضع معيارا اكثر وضوحا ودقة من معيار « جارو » (٥٤) ويقول « بوزا » ان هذه الفكرة التي اوضحها « جارو » تظهر في احكام فرنسية مختلفة وحديثة واخذ بها القانون البولوني وواضعو مشروع القانون الفرنسي (٥٥) .

وعلى ذلك فان الافعال التي يأتيها الجاني تختلف طبيعتها ، فتعد شروعا أو أعمالا تحضيرية بحسب قربها أو بعدها من الدخول في الركن المادي للجريمة وفقا لنص القانون ، فالفعل الواحد يصح ان يكون شروعا في جريمة ولا يكون كذلك في جريمة أخرى . فمثلا لو ان شخصا يضبط وهو يدخل ليلا باب حظيرة دواجن فان ذلك يصح اعتباره شروعا في سرقة هذه الدواجن اذا تبين ان هذا هو غرض الجاني . ولكن اذا كان قصده تسميمها فان ذلك لا يكفي لاعتباره شارعا لانه مازالت هنالك خطوة أخرى وهي وضع المادة السامة امامها ، ودخول بيت للسرقة يعتبر شروعا في هذه الجريمة ، ولكن هذا الدخول الى البيت لا يعد شروعا في جريمة الاغتصاب ، اذا تبين ان ذلك قصد الشخص من الدخول ، مع اخذ ظروف المجرم في الاعتبار (٥٦)

489, 494., Donnedieu de vabres: P. 134.

— ٥٤ —

Garçon: Code penal annoté, 1952, P. 25, n. 49.

— ٥٥ —

Bouzat et pinatel P. 283.

٥٦ — دونديه دي فابر : المرجع السابق — بند ٢٢٣ — ويقول : « ان الفعل الخارجي يمكن ان يعد احيانا عملا تحضيريا وحيانا بدءا في التنفيذ ، على حسب طبيعة الجريمة التي يقصد الجاني ارتكابها والظروف التي تحيط بها . فالتسلق مثلا هو بدء في تنفيذ جريمة السرقة متى كان ذلك قصد الجاني ، ولكنه لا يعتبر الا عملا تحضيريا بالنسبة للقتل ، لوجود مسافة معنوية كبيرة بين التسلق والقتل . ويقول البير صالغ في رسالته السابق الاشارة اليها : « ان العمل الواحد تارة يكون تحضيريا واخرى تنفيذا حسب الظروف التي تقترب به ، وحسب الاهمية التي يعقدها عليه الفاعل عند قيامه بالتنفيذ . فالكسر والتسلق مثلا يعتبران بدءا في تنفيذ جريمة السرقة اذا قام الفاعل للوصول اليها ، بينما لا يعتبران اكثر من أعمال تحضيرية اذا قام بهما الفاعل بقصد ارتكاب جريمة القتل أو غيرها من الجرائم ، والوصف القانوني للفعل يختلف حسب الظروف التي تلازمه ، فتارة يكون تحضيريا واخرى تنفيذا » (نبذة ٨٣ ص ٧٤ — ٧٥) .

والمذهب الشخصي هو المأخوذ به عند غالبية الفقهاء المصريين ، لان المادة ٥ { عقوبات تعرف الشروع بأنه « البدء في تنفيذ فعل بقصد ارتكاب جناية أو جنحة . . . » وقد رأى الفقه وفقا لهذا النص انه لا يلزم لتحقيق الشروع أن يبدأ الفاعل تنفيذ جزء من الفعل المكون للركن المادي في الجريمة وانما يكفي ان يكون قد بدأ في تنفيذ فعل قريب من الركن المادي المكون لها ، بحيث يكون مؤديا اليه حتما ومباشرة « وهذا امر يختلف باختلاف الجرائم ، فما يحقق الشروع بهذا المعنى في جريمة لا يكفي لغيرها ، فتسلك المنزلة يعد شروعا في سرقة ولكنه لا يكفي للشروع في قتل ، كما انه يختلف باختلاف الظروف في كل حالة من حيث المكان والزمان وما حققه الجاني من افعال في سبيل الجريمة وغير ذلك من العوامل التي للتقدير فيها مجال كبير بحسب الواقعة المعروضة ، بل قد يكون لحالة الجاني نفسه وزن كبير في تقدير عمله من حيث كونه يدخل في معنى الشروع ام لا » (٥٧) .

٥٧ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد المرجع السابق ص ٢٥٧ ويشير في ذلك الى حكم النقض الفرنسي الصادر في ٣ يناير ١٩١٣ وتعليق « رو » عليه ، والى حكم محكمة النقض المصرية في ١٧ فبراير ، وراجع من الفقهاء المصريين في الاخذ بالمذهب الشخصي الدكتور محمود مدهود مصطفى : المرجع السابق ص ٢٩٩ ، الاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل : الاحكام العامة في قانون العقوبات - طبعة ١٩٥٩ - ص ٢٢٤ ، ٢٢٥ ، والدكتور علي راشد ، ص ٣٠١ وما بعدها والدكتور رؤوف عبيد ، المرجع السابق ص ٣٠١ .

اما الدكتور نجيب حسني فانه يرى ان للمذهب الموضوعي ميزة قلما تذكر له وهي انه اكثر اتساقا من المبادئ القانونية الأساسية ، اذ انه يتطلب في الفعل ما يتحقق به صفته غير المشروعة ويقوم به الركن المادي للجريمة . ويقول : ان المذهب الشخصي لا يستند الى اساس صحيح من القانون اذ يفرض ان القانون يجرم الارادة في ذاتها وليس ذلك صوابا ، والصفة غير المشروعة يسبقها القانون اساسا على الفعل باعتباره مصدر ضرر او خطر على المجتمع ، ثم يعرف البدء في التنفيذ بأنه « كل فعل يهدد بالخطر حقا يحميه القانون بالعقاب » . اما العمل التحضيري فهو « الفعل الذي لا يصدر عنه خطر يهدد الحق » . ويرى ان معيار الخطر هو الامكانيات الموضوعية التي تقوم عليها نظرية السببية الكافية . فاذا كان من شأن الفعل احداث النتيجة الاجرامية فهو مصدر خطر على الحق ، ومن ثم فهو بدء في تنفيذ الجريمة (المرجع السابق ص ٣٦٧ - ٣٧١) . والذي يفهم من ذلك التعريف للبدء في التنفيذ انه يقوم على الخطر الذي تكمن فيه الامكانيات لحدوث الجريمة ، وهو ينظر الى الفعل المادي من حيث ارتباطه بالاعتداء

ولاشك في أن هذا المذهب هو ما اعتنقه قانون الجزاء الكويتي في المادة ٤٥ ، فيقول الاستاذ الدكتور عبد الوهاب حومد انه « اذا كان نص المادة ٤٥ كويتية لم يستخدم تعبير « مباشرة » فان ذلك لا يعنى ابدا تبينه للمذهب المادى ، لانه حين عرف الشروع في الجريمة بأنه « ارتكاب فعل بقصد تنفيذها » ، قد أوضح بأنه لابد من فعل مادى ، لتخرج مرحلة التفكير ، وكذلك لتخرج مرحلة التحضير ، التى تهىء لارتكاب الجريمة ، ولا تمتد اليها ، اما الفعل التنفيذى نفسه ، فهو الذى قرره الشارع ولكنه لم يشأ أن يعرفه لكى لا يفلق الباب على تطور العلم الجنائى فى موضوع الشروع . ومن هنا ، لا يوجد أى مبرر لعدم الأخذ بالنظرية القائمة على ضرب النية الاجرامية ، التى صممت على السير دون تراجع فى طريق الجريمة لتصل بها الى نهايتها ، ولكن عارضا مستقلا عن الارادة وقف فى طريقها ، وحرمها من قطف ثمرة الجريمة . . ثم ان القانون الكويتى يعاقب بنصوص صريحة الجريمة المستحيلة ، وعقوبة هذه الجريمة قد شرعت أصلا لضرب الارادة الاجرامية (٥٨) .

وهذا المذهب هو المأخوذ به فى احكام القضاء الفرنسى والمصرى والكويتى وقد قضى تطبيقا لذلك فى فرنسا :

— بأنه يعتبر شارعا فى الاجهاض الطبيب الذى يتفق مع سيدة على اجهاضها ويحدد الاتعاب التى يريدها نظير هذه العملية ثم يحضر الى منزلها ومعه حقيبة تحتوى على الادوات اللازمة لاجراء عملية الاجهاض ، ثم يضبط قبل اجراء العملية مباشرة (٥٩) .

➤ على الحق برابطة السببية . وهذا يؤدي الى أن يخرج من نطاق العقاب على الشروع احوال الاستحالة المطلقة . لان الامكانيات لحدوث الجريمة فيها منعدمة وان كانت خطورة الجاني بمحاولته ارتكاب الجريمة المستحيلة واضحة . راجع ايضا الدكتور رمسيس بهنام ص ٧٢٧ .

٥٨ — الدكتور عبد الوهاب حومد : المرجع السابق ص ١٥٦ .

٥٩ — Crim. 30 juill. 1942 J.C.P., 2, 2054.

- وانه يعتبر شروعا في السرقة مجرد تربص المتهمين امام منزل المجنى عليه مع حمل سلاح بقصد سرقة نقوده (٦٠) .
- وحكم بأن الطريقة التي يتحقق بها الاختلاس تختلف باختلاف طبيعة الشيء المختلس ، لذلك فانه يعتبر شروعا في السرقة ان يتسلل شخصان داخل سيارة واقفة بعد كسر بابها فيداهمهما البوليس في تلك اللحظة (٦١) .
- وانه يعتبر شروعا في نصب على شركة التأمين ادعاء شخصين وقوع حادث خيالي بغية الحصول على مبلغ تأمين ورفع دعوى قضائية للمطالبة بهذا الحق (٦٢) .
- ويعتبر شروعا في نصب تقديم المؤمن عليه مستندات كاذبة بشأن الاشياء التي التهمها حريق شب لديه ، وتتضمن مغالاة في تقدير تلك الاشياء على خلاف الحقيقة (٦٣) .
- وحكم بأنه يعتبر شروعا في النصب وضع اعلان على قماش فيه بيانات غير حقيقية عن نوع القماش وعن خواصه (٦٤) .
- وانه لا يعتبر شروعا في نصب على شركة التأمين احراق الفاعل سيارة نقل مؤمنا عليها ، مادام لم يبلغ الامر بعد تقديم طلب تلك الشركة بصرف مبلغ التأمين على السيارة . وانما هو عمل تحضيري لا عقاب عليه (٦٥) .

٦٠ - Crim. 19 nov. 1943, Gaz, Pal. 1943. 2. 265

٦١ - Crim 28 October 1959, D.H. 1960, 314.

٦٢ - مشار اليه في مؤلف الدكتور رمسيس
Crim. 5 déc. 1961, D.H. 1962 P. 201
بهنام ص ٧١٢ .

٦٣ - Trib. Corr. saint - Male, 22 mai 1959, D. H. 1960, Somm. 19.

٦٤ - محكمة السين ٢٤ نوفمبر ١٩٦٥ ، دالوز الاسبوعي ١٩٦٧ ، ٥٢ .

٦٥ - Crim. 27 mai 1959, D. H. 1959, 107.

وفي مصر :

استقر القضاء في المذهب الشخصي واخذ يردد ما قاله الشراح الفرنسيين في هذا الشأن ، فقالت محكمة النقض في حكم لها : « انه لا يشترط لتحقيق الشروع ان يبدأ الفاعل بتنفيذ جزء من الاعمال المكونة للركن المادي للجريمة ، بل يكفي لاعتبار انه شرع في ارتكاب جريمة ان يبدأ بتنفيذ فعل ما سبق مباشرة على تنفيذ الركن المادي لها ويؤدي اليه حتما » . وبناء على هذا المعيار حكم بأنه لا يشترط لاعتبار الفعل شروعا أن يكون الفاعل قد اجتاز سور المحل الذي ينوي ارتكاب الجريمة فيه ، بل يكفي أن يكون بذاته مؤديا حالا وعن طريق مباشر الى ارتكابها مادام قصد الجاني من مباشرة هذا الفعل مالوفا وثابتا (٦٦) .

— وحكم بأن رفع المتهم ملابس المجنى عليها اثناء نومها وامساكه برجلها ، ذلك يصح للقانون عده شروعا في اغتصاب متى اقتنعت المحكمة بأن المتهم كان يقصد اليه . لان هذه افعال من شأنها أن تؤدي فورا ومباشرة الى تحقيق ذلك القصد (٦٧) .

— وحكم بأن فك الصواميل المربوط بها موتور السيارة لسرقته يعتبر بدءا في تنفيذ هذه السرقة ومكونا للشروع فيها (٦٨) .

— وحكم بأنه يعتبر شروعا في الحريق العمد سكب سائل البترول

٦٦ — نقض ٢٩ أكتوبر سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٤٠٢ ص ٥٦٧ ، وأيضا نقض ٥ يونيو سنة ١٩٣٩ مجموعة القواعد القانونية ج ٤ رقم ٤٠٢ ص ٥٦٧ ، وأيضا نقض ٣١ مايو سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ص ٦ رقم ٢٠١ ص ٢٧٥ ، وأيضا نقض ٢١ يناير سنة ١٩٤٧ ، مجموعة القواعد القانونية ص ٧ رقم ٢٩٠ ص ٢٨٣ ، ونقض ١٥ ديسمبر سنة ١٩٥٨ مجموعة أحكام النقض ص ٩ رقم ٢٥٨ ص ١٠٦٨ ، وقد رددت محكمة النقض هذا المعنى في احكام حديثة ، انظر نقض ٢٠ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة احكام النقض ص ١٥ رقم ١٤ ص ٦٦ ، ونقض ج ١ أكتوبر سنة ١٩٦٦ مجموعة احكام النقض ص ١٧ رقم ١٦٨ ص ٩١١ ، ونقض ١١ نوفمبر سنة ١٩٦٨ مجموعة احكام النقض ص ١٩ رقم ١٩١ ص ٩٥٤ .

٦٧ — نقض ١١ يناير سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٧٤ ص ٩٩ .

٦٨ — نقض ٢١ يونيو سنة ١٩٤٣ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٢٢٩ ص ٢٠٢ .

على نافذة مكيئة طحين متى كان الفاعل يحمل اعواد الثقاب بقصد اشعال النار فيها (٦٩) .

— وحكم بأنه يعتبر شروعا في جريمة القتل العمد الفعل السابق على التصويب ذاته ، وهو امساك المتهم بمسدس صالح للاستعمال ومحشو بالرصاص وجاهز للاطلاق واقترابه من المجنى عليه مادا يديه بالمسدس وفوته موجهة اليه ، بحيث كان من الميسور له أن يحرك يده بالمسدس حركة التصويب والاطلاق على المجنى عليه في لحظة سريعة (٧٠) .

— وحكم بأنه يعتبر شروعا في هتك عرض انسان بالقوة ، امساك شخص بالقوة برغم مقاومته ، والقائه على الارض ، للعبث بعرضه ، وعدم نيل عرضه منه ، بسبب استغاثته (٧١) .

— وحكم بأن تحضير الآلات والعدد والادوات اللازمة لتزييف النقود ثم استعمال المتهم اياها بالفعل في اعداد المعدن بقطعه قدر العملة الاصلية التي أريد تقليدها ، يصح في نظر القانون عده شروعا في جناية التزييف (٧٢) .

— وحكم بأنه اذا كان المتهمان قد دفعا المجنى عليها كرها عنها للركوب معهما بالسيارة بقصد مواقعتها ثم انطلقا بها وسط المزارع حتى اذا اطمانا الى انهما قد صارا بعامن من اعين الرقابة شرعا في اغتصابها معتمدين في ذلك على المسدس الذي كان يحمله أحدهما ، ولولا استغاثتها فان اركان الشروع في الاغتصاب تكون متوافرة (٧٣) .

٦٩ — نقض ٣٠ مارس سنة ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٠ رقم ٨٠ ص ٢٦٠ .

٧٠ — نقض ١٩ فبراير سنة ١٩٣٤ مجموعة القواعد القانونية . س ٣٥ رقم ١٢٩ ص ٣١٤ .

٧١ — نقض ١١ فبراير سنة ١٩٢٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٣٢٢ ص ٤٢٢ .

٧٢ — نقض ١٧ ابريل سنة ١٩٤٧ مجموعة القواعد القانونية ج ٧ رقم ٢٤٥ ص ٢٣ ، ونقض ٢٧ مارس سنة ١٩٥٠ مجموعة أحكام النقض س ١ رقم ١٥٢ ص ٤٦٣ ، ونقض ١٧ مايو سنة ١٩٦٠ مجموعة أحكام النقض س ١١ رقم ٨٩ ص ٤٦٣ ، ونقض ١٠ مايو سنة ١٩٦٥ مجموعة أحكام النقض س ١٦ رقم ٨٨ ص ٤٤١ .

٧٣ — نقض ٣٠ يناير سنة ١٩٦٤ مجموعة أحكام النقض س ١٢ رقم ٢٥ ص ١٢٥ .

— وحكم بأن المتهم — وهو عامل بورشة للسكة الحديد — قد ارتكب شروعا في سرقة بنقله سبائك نحاس من متعلقات المصلحة ، بقصد اختلاسها من مكان الى آخر داخل الورشة ، ولا عبرة بما دفع به من أن فعله لم تنعدم به حيازة مصلحة السكة الحديد للسبائك ، اذ لا يشترط لتحقيق جريمة الشروع أن يتمكن السارق من نقل الشيء من حيازة صاحبه الى حيازته الشخصية بل قد يتوافر الشروع في السرقة ولو لم تمس يد السارق شيئا مما أراد سرقة (٧٤) .

— وحكم بأن وضع المتهم قطعة قش في عداد الكهرباء بكيفية فلا تكتب الارقام اثناء اضاءة النور او المكواة الكهربائية يعد شروعا في سرقة اذا لم يثبت أن الاضاءة او عملية الكي حصلت فعلا بعد وضع قطعة القش (٧٥) .

— وحكم بأنه يعد شروعا في نصب اعداد شيك مزور مسحوب على بنك في الخارج وعرضه للبيع على أحد الاشخاص (٧٦) .

وفي الكويت :

استقر القضاء في الكويت على الأخذ بالمذهب الشخصي وأخذ يردد ما قاله الشراح المصريون والقضاء المصري في هذا الشأن : ومن ذلك ماقالته محكمة الاستئناف في حكم لها « أن الشروع في الجريمة ككل سلوك اجرامى خاضع للمقاب يتكون من ركنين : أولهما : مادی وهو نشاط خارجي يكشف عن ارادة الجاني الأثمة ويتطلب امرين (١) البدء في تنفيذ الفعل . (٢) عدم استطاعة الفاعل لأسباب لا دخل لارادته فيها اتمام الجريمة — وثانيهما : معنوى اى القصد الجنائي وهو اتجاه ارادة الجاني الى ارتكاب الجريمة مع العلم بعناصرها القانونية فهو لازم في الجرائم العمدية ومنها جريمة التزوير — هذا وقد استقرت الاحكام على أن الشروع هو البدء في تنفيذ فعل بقصد تنفيذ جريمة لم يستطع الفاعل لأسباب لا دخل لارادته فيها

٧٤ — نقض ٦ يناير سنة ١٩٣٦ مجموعة القواعد القانونية د ٢ رقم ٤٢٧ ص ٥٨٤ .

٧٥ — نقض ١٦ ابريل سنة ١٩٣١ المجموعة الرسمية س ٢٢ رقم ٢٢٨ ص ٢٤٠ .

٧٦ — نقض ١٢ يناير سنة ١٩٦٩ مجموعة احكام النقض س ٢٠ رقم ١٤ ص ٦٩ .

انتمائها فلا يشترط بحسب هذا التعريف لتحقيق الشروع ان يبدأ الجاني بتنفيذ جزء من الاعمال المكونة للركن المادى للجريمة بل يكفي ان يبدأ بتنفيذ فعل ما سابق مباشرة على تنفيذ الركن المادى ومؤد اليه حتما لكى يعتبر انه شرع فى ارتكاب الجريمة . وبعبارة اخرى يكفي ان يكون الفعل الذى باشره الجاني هو الخطوة الاولى فى سبيل ارتكاب الجريمة وان يكون بذاته مؤديا حالا ومن طريق مباشر الى ارتكابها ما دام قصد الجاني لمباشرة هذا الفعل معلوما وثابتا (٧٧) .

— وقالت محكمة الاستئناف « ان مرحلة التنفيذ هى المرحلة الخطرة التى تتجسد فيها الارادة الجنائية وتكتس ثوبها المادى فهى فعل مادى متميز يمتد راسا الى الجريمة ولذلك فهى مؤثمة — وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه يكفي لاعتبار الفاعل انه شرع فى ارتكاب الجريمة ان يبدأ فى تنفيذ فعل ما يسبق مباشرة على تنفيذ الركن المادى لها ومؤد اليه حتما وبعبارة اخرى يكفي ان يكون الفعل الذى باشره الجاني هو الخطوة الاولى فى سبيل ارتكاب الجريمة وان يكون بذاته مؤديا حتما ومن طريق مباشر الى ارتكاب الجريمة ما دام قصد الجاني من مباشرة هذا الفعل معلوما وثابتا » (٧٨) .

— وحكم « بأن اعداد المتهمه نموذجا للجوازات المراد تزويرها ، وحمل هذا النموذج الى المطبعة التى طلبت من مديرها طبع جوازات السفر بالمواصفات التى تطلبها حتى تكون مماثلة للجوازات الاصلية واتفقت معه على ثمن الطباعة — وهو مائة دينار — تكون بذلك ارادت اصطناع جوازات سفر مزورة وهى تعلم بذلك فما فعلته هو الخطوة الاولى فى سبيل ارتكاب الجريمة وتؤدى بطريق مباشر الى ارتكابها ولم تتم الجريمة بسبب لا دخل لارادتها فيه وهو شك مدير المطبعة فيها — والاتصال بالسفارة الإيطالية والا كانت الجريمة قد تمت بجميع عناصرها القانونية اذا قام بطبع الجوازات المزورة — كما ان قصدها معلوم وثابت وهو تزوير هذه الجوازات ويكون

٧٧ — استئناف كويتي ١٩٧٥/٢/٣١ قضية رقم ١٩٧٤/٨٨٢ .

٧٨ — محكمة الاستئناف العليا ١٩٧٥/١١/٢٦ قضية رقم ٧٥/٥٤٥ .

الشروع في جريمة التزوير قد ثبت ثبوتاً يقينياً في حق المتهم (٧٩) .

— وحكم « بأن مجرد مسك الجاني يد المجنى عليها ومحاولة تقبيلها بالقوة هو شروع بهتك عرض المجنى عليها بالاكراه » (٨٠) .

— وحكم بأن امساك المتهمين بالمجنى عليها يريدان ارغامها على ركوب سيارتهما بالقوة يعتبر ذلك بدءاً في تنفيذ جريمة الخطف وبالتالي شروعا فيها طبقاً لحكم المادة ٥ من قانون الجزاء (٨١) .

— وقررت محكمة الاستئناف العليا بأن الحكم المستأنف قد أصاب فيما انتهى اليه من ادانة المتهم بتهمة الشروع في قتل المجنى عليه والشروع في وضع النار عمداً في مكان مسكون للأسباب التي استند اليها والتي تؤيدها هذه المحكمة مطمئنة في ذلك الى ما جاء بتحقيقات النيابة العامة من اعتراف المتهم من انه في ثورة غضبه من المجنى عليه الذي لم يوفه ما عليه من دين مقابل اجر عمله فكر في حرقه فأخذ وعاء بنزين واتجه الى مسكن المجنى عليه بالنقرة وفتح باب حجرته وكان موجوداً بها وأخذ في سكب البنزين داخل وخارج الحجرة قاصداً حرقه وحرق مسكنه ولكن حال الناس بينه وبين اتمام الحريق وامسكوا به — وما اعترف به في محضر الشرطة من ان الثقاب كان معه والقى به بعيداً عندما امسك الناس به (٨٢) .

رقابة محكمة التمييز : تختص محكمة الموضوع باثبات الوقائع الحاصلة من المتهم دون رقابة عليها لان ذلك من مسائل الموضوع — اما القول بأن هذه الوقائع تكون البدء في التنفيذ الذي يعد شروعا فهو مسألة قانونية ، وهو ما تراقبه محكمة التمييز ، فمن حقها بل من الواجب عليها دون التعرض للوقائع من حيث اثباتها او نفيها ان تتأكد ان محكمة القانون قد طبقت البدء

٧٩ — محكمة الاستئناف العليا ١٩٧٥/٣/٢١ قضية رقم ٧٥/٨٨٢ .

٨٠ — محكمة الاستئناف العليا ١٩٧٧/٧/٢ قضية رقم ٧٧/٢٢٩ .

٨١ — محكمة الاستئناف العليا بدائرة التمييز ، طعن بالتمييز رقم ٧ / ١٩٧٤ .

٨٢ — محكمة الاستئناف العليا — الدائرة الجزائية الاولى — رقم ٧٧/٦١١ ج . م ٦ / ١١٥٩ / ٧٧ ح ٧٧/٧٠ « النقرة » .

في التنفيذ بمعناه القانوني الصحيح . وهذا ما يراه الشراح (٨٣) . وما استقرت عليه أحكام القضاء (٨٤) . وبالاختصار فان لمحنة الموضوع التقدير النهائي في ثبوت الافعال المنسوبة للمتهم أو عدم ثبوتها وهذا ما يتعلق بالواقع . ولكن مع التسليم بصحة ما ذكرته محكمة الموضوع في حكمها بشأن الوقائع فان لمحنة التمييز الاشراف على تطبيق القانون وتفسيره على الوجه الصحيح (٨٥) .

٢- قصد ارتكاب الجريمة

يقصد القانون بالعقاب على الشروع ضرب خطورة الجاني التي تستفاد من الافعال التي يأتيها بقصد ارتكاب الجريمة التامة . فالعقاب في الشروع هو في الحقيقة على الافعال التي ارتكبها (٨٦) . ولذلك لا يختلف القصد الجنائي في الشروع عنه في الجريمة التامة ، فهو قصد تحقيق هذه الجريمة .

٨٢ - بوزا ونيانيل - ص ٢١٤ ، رو Roux - ص ١٠٩ ، وجارسون - ص ١٥ - ص ٣٣ نبذة ١٤١ والاحكام والمؤلفات المذكورة فيه . والاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل ص ٢٣٩ .

٨٤ - انظر نقض مصري ٢٨ مايو ١٩٣٤ - مجموعة القواعد القانونية - ص ٣٥ - رقم ٢٥٧ ص ٣٧ ، ونقض ٢٠ مايو ١٩٥٢ مجموعة أحكام النقض - ص ٢ - رقم ٢٦٥ ، ونقض ٤ اكتوبر ١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض ص ١٦ رقم ١٦٨ .

٨٥ - الدكتور محمود مصطفى - نبذة ٢١٧ ص ٣١٨ ، ٣١٩ والاحكام المذكورة فيه . والدكتور السعيد مصطفى السعيد ص ٢٦٠ وأحكام النقض العديدة المشار اليها فيه ، وأيضا المراجع والاحكام الفرنسية المذكورة في ص ٢٧١ .

وقارن تعليقات وزارة الحقاينة على قانون العقوبات المصري الصادر عام ١٩٠٤ وهي التي جرى الفقه والقضاء على خلافها .

٨٦ - والدكتور السعيد مصطفى السعيد ويقول : أن القانون لا يعاقب افعال الشروع لذاتها باعتبارها أفعالا ضارة ، ولا يعاقب عليها بوصفها جرائم مستقلة ، وانما يعاقب عليها بوصف الشروع على اعتبار انها تعبر عن اتجاه خطر نحو الجريمة يستلزم تدخل القانون ، وتحذير الجريمة التي يقصدها الجاني هو الذي يكشف عن هذا المعنى وتحقيقه ، وهو من جهة أخرى لازم لامكان وصف الفعل بأنه بدءا في التنفيذ (المرجع السابق ص ٢٦١) .

ونص المادة ٥٥ : « ان الشروع هو ارتكاب فعل بقصد تنفيذ الجريمة » .

فليس بين الشروع والجريمة التامة فارق من حيث الركن المعنوي وانما ينحصر الفرق بينهما في الركن المادي الذي تكتمل عناصره اذا كانت الجريمة تامة ، في حين تختلف منه النتيجة الاجرامية اذا اقتضت الجريمة على مجرد الشروع ، ويترتب على ذلك ان القصد الجنائي بالنسبة للشروع هو عين القصد الجنائي الذي يجب توافره اذا كانت الجريمة تامة (٨٧) .

٨٧ - وفي شان معنى القصد الجنائي العام توجد نظريتان : فمن الفقهاء من يقول انه العلم المقترن بارادة النشاط المادي في الجريمة اي نظرية العلم (الدكتور عبد المهيمن بكر - القصد الجنائي - رسالة ١٩٥٩ ص ١ ومن ص ١٠١ الى ص ١٢٠) وغون ليست - الجزء الاول - ص ٢٥١ ، والدكتور علي راشد : موجز القانون الجنائي نبذة ٥٥٥ . والبعض يرى ان القصد هو ارادة الفعل وارادة النتيجة . (ومن هذا الرأي الدكتور نجيب حسني - بحث في القصد الجنائي منشور بمجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٥٥ وكتابه في القصد الجنائي سنة ١٩٧٤ ، والقضاء المصري يأخذ بالتعريف الاول اي نظرية العلم . اما قانون الجزاء الكويتي فيأخذ بنظرية الارادة . حيث تقول المادة ٤١ « يعد القصد الجنائي متوافرا اذا ثبت اتجاه ارادة الفاعل الى ارتكاب الفعل المكون للجريمة ، والى احداث النتيجة التي يعاقب القانون عليها في هذه الجريمة .

وقد انتقد الفقه تعريف القصد الجنائي بارادة النتيجة بانه يقصر عن بيان معنى العمد في الجرائم التي ينصب التجريم فيها على ذات النشاط المادي وحده ، اي على مجرد الفعل أو الامتناع بغض النظر عن نتيجة ضارة يؤدي اليها هذا النشاط وقد لا يؤدي اليها على الاطلاق . مثل جريمة حمل السلاح بدون ترخيص واحراز المواد المخدرة . وقالوا ايضا ان « ارادة النتيجة » فكرة خاطئة طبقها لحقائق العلم . فالارادة لا تتعلق الا بما تتخذ مظهرها فيه من فعل أو امتناع ، اما النتيجة فلا تعلق للارادة بها ، وان صح ان تدخل في اغراض الشخص وغاياته . ولكن انصار نظرية الارادة يقولون انهم يعنون بارادة النتيجة معناها في اللغة العامة أو الدارجة في فهم الشعب . وانهم يقصدون بذلك الرغبة في النتيجة أو اتخاذها هدفا للجاني أو غرضا له (راجع رسالة الدكتور عبد المهيمن بكر ص ٥٢ ، ٦١ ، ٧٢ والفقهاء المشار اليهم فيها) .

غير اننا نلاحظ انه من حيث الصور التي يقوم فيها القصد الجنائي لا يوجد فارق جوهري يذكر بين النظريتين . والى جانب القصد العام يوجد ما يعرف بالقصد الخاص . وهو يتميز عن القصد العام بان القانون يتطلب فيه نية أو غاية معينة يستهدفها الجاني بنشاطه ، مثل نية التملك في السرقة . ونية الاتجار بالخمر أو المخدرات . وتجدر الإشارة أخيرا الى انه لا عبرة بالباعث الدافع الى ارتكاب الفعل متى توفر القصد الجنائي ، الا اذا قضى القانون بخلاف ذلك . وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٤١ من قانون الجزاء .

فاذا كان الجاني شارعا في السرقة فيجب ان يكون لديه قصد اختلاس المنقول المملوك للغير بنية تملكه . واذا كان شارعا في القتل فيجب ان تتوفر لديه نية ازهاق الروح . واذا كان شارعا في النصب فيجب ان تكون غايته من الوسائل الاحتيالية الاستيلاء على مال من الغير . ويجب على المحكمة ان تبين في حكمها ان المتهم كان يقصد ارتكاب الجريمة التي تعتبره شارعا فيها والا كان حكمها معيبا ومحلا للنقض (٨٨) .

وعلى ذلك فالشروع يقتضى اتجاه قصد الجاني الى ارتكاب الجريمة تامة ، ولا يتصور في هذا الشأن ان تتجه نيته الى مجرد الشروع فيها ، والا فان مسؤوليته لا تكون عن شروع وانما عن الفعل الذي قصد ارتكابه اذا كان القانون يجعل منه جريمة . وفي ذلك يقول الدكتور نجيب حسنى « انه لا يتصور ان تتجه ارادة الجاني الى مجرد الشروع في الجريمة اذ لن يحقق له الشروع غرضا ، وبالإضافة ، فالغرض من عدم اتمام الجريمة لم يكن مرجعه ارادة الجاني ، ولذلك لم يكن متصورا ان تتجه ارادته الى عدم اتمام الجريمة . واذا ثبت ان ارادة الجاني لم تتجه الى اتمام الجريمة فانه لا يسأل عن شروع فيها ، بل انما يسأل عن الجريمة التي يقوم بالافعال التي اراد ان يقصر نشاطه على اتيانها (٨٩) » ويقول الدكتور السعيد مصطفى « انه لا يتصور ان تتجه نية الجاني الى مجرد الشروع ، والا كان قاصدا في الحقيقة جريمة اخرى غير تلك التي اراد قصر نشاطه على احداثها (٩٠) .

ويترتب على تطلب قصد ارتكاب الجريمة في الشروع انه لا يتصور في الجرائم غير العمدية كالقتل الخطأ (المادة ١٥٤ من قانون الجزاء) ، والايذاء الخطأ (المادة ١٦٤ من قانون الجزاء) ، والحريق باهمال او رعونة او عدم

٨٨ - السعيد مصطفى السعيد ص ٢٦١ ، ونقض مصري ٤ ديسمبر سنة ١٩٣٠ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ١١٦ ص ١٢٤ ، نقض ١٦ ابريل سنة ١٩٣٤ ج ٣ رقم ٢٢٢ ص ٣٠٩ ، نقض ١٢ ابريل سنة ١٩٣٧ ج ٤ رقم ٧١ ص ٦٥ ، نقض ١٢ يوليو سنة ١٩٥٠ مجموعة احكام النقض س ١ رقم ٢٤٥ ص ٧٥١ .

٨٩ - الدكتور نجيب حسنى ص ٢٨٢ ، وايضا نقض ٣ ديسمبر سنة ١٩٣٠ السابق الاشارة اليه .

٩٠ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد ص ٢٦٢ .

احتياط أو عدم انتباه (المادة ٢٤٨ من قانون الجزاء) ، فمن يقود سيارة في طريق مزدحم بالناس على نحو يهدد بخطر أصابتهم أو قتل أحدهم ، لا يمكن أن يعتبر شارعا في إصابة أو قتل غير عمدى ، ولكنه يعاقب عن جريمة أخرى هي تجاوز السرعة لما هو مقرر ومسموح به . فإذا حدثت إصابة أو قتل خطأ فإنه يسأل عما حدث من ذلك . وقد قضى بأن الشروع لا ينطبق على الاعمال التي ترتكب بغير عمد ، وعلى هذا لا شروع في القتل الخطأ (٩١) . وهذا ما ينطبق مع نص القانون في تطلبه أن يكون ارتكاب الفعل في الشروع بقصد تنفيذ الجريمة . وهو ما يقول به جميع الفقهاء (٩٢)

كما أن الشروع لا يوجد في الجرائم التي تتعدى قصد الجاني مثل الضرب المفضى الى الموت والإيذاء المفضى الى العاهة ، لان الجاني في مثل هذه الجرائم يرتكب فعلا يقصد به نتيجة معينة ، ولكن النتيجة تتجاوز قصده الى نتيجة أخرى أشد منها لم يقصدها الفاعل . ومن أجل ذلك لا يمكن أن يكون الشروع في هذه الجرائم على حسب النتيجة الأشد . وهذا لا شبهة فيه بالنسبة للضرب المفضى الى موت . أما في جريمة الإيذاء المفضى الى عاهة فيعرض الفقه لها صورتان :

الاولى : صورة الإيذاء العمدى الذى لا يقصد به الجاني احداث العاهة ولكنها تقع متعمدة أو متجاوزة قصده ولا تتصور فيها الشروع حيث لا قصد بالنسبة لاحداث العاهة .

والثانية : يكون فيها الجاني قاصدا من ايذائه احداث العاهة ، وفيها يتحقق الشروع ، حيث أن العاهة كانت النتيجة التى يقصد اليها ، ولذلك قيل انه اذا قصد الجاني الى احداث العاهة ابتداء بأن كانت غرضه من الفعل،

٩١ - محكمة طنطا في ١٢ مارس ١٩١٢ المجموعة الرسبية س. ١٣ رقم ٨١ .

٩٢ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد ص ٣٦٢ ، الدكتور عبد الوهاب حرمي ص ١١٦ ، الدكتور رؤوف عبيد ص ٣١٥ والاستاذ الدكتور محمود مصطفى نبذة ٢٠٦ ويقول : ان الشروع لا يتصور في الجرائم غير العمدية لانه يتضمن بذل الجهد لتحقيق نتيجة معينة وفي الجرائم غير العمدية لا ينتج قصد الجاني الى احداث النتيجة وانما تقع بسبب خطئه ، والدكتور نجيب حسني ص ٣٨٣ ، وأنظر الفقهاء الفرنسيين المشار اليهم بهذه المراجع .

أو بأن كان يعلم يقينا عند الاقدام عليه أنه يستتبعها ، فانه يتصور الشروع في الجريمة ، ويعاقب عليه بالمادتين ١٦٢ فقرة أولى و ٤٦ من قانون الجزاء (٩٣) .

واثبات القصد في الشروع يستفاد في الغالب من الافعال التي ارتكبتها الجاني ومن الظروف والملابسات المحيطة بالجريمة ، وكذلك من حالة المتهم وسوابقه . وهذه مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي محكمة الموضوع ، ولا تراقبه محكمة التمييز متى استخلصها استخلاصا سليما سائفا (٩٤) .

٣- عدم تمام الجريمة رغم إرادة الفاعل

لا يعاقب الفاعل حتما حتى ولو دخل بأفعاله الى مرحلة البدء في تنفيذ الجريمة ، وانما يجب أن يكون قد حصل وقف التنفيذ أو خيبة اثره لاسباب خارجة عن ارادته . فد نصت المادة ٤٥ من قانون الجزاء على أن الشروع هو « ارتكاب فعل بقصد تنفيذ الجريمة اذا لم يستطع الفاعل لاسباب لا دخل لارادته فيها اتمام الجريمة » . وازافت بعد ذلك ان المتهم « يعد شارعا سواء استنفذ نشاطه ولم يستطع رغم ذلك اتمام الجريمة ، أو أوقف رغم ارادته دون القيام بكل الافعال التي كان بوسعه ارتكابها » .

وعلى ذلك فانه يلزم لوجود الشروع عدم اتمام الجريمة التي يقصد الجاني ارتكابها ، وان يكون عدم تمامها رغم ارادته ، أي لاسباب خارجة عن ارادة الجاني . وهذا ما يكون في احدى حالتين :

٩٣ - الدكتور عبد المهين بكر سالم : الوسيط في شرح قانون الجزاء الكويتي ، القسم الخاص طبعة ١٩٧٣ ص ١٥٥ ، وراجع في ذلك أيضا الفقهاء السابق الإشارة اليهم ، ونقض مصري ٢٧ نوفمبر ١٩٢١ المجموعة الرسمية ص ٢٣ رقم ٧٥/ ١١٨ والاستاذ علي بدوي المرجع السابق ص ٢٢٨ هامش رقم ١ .

٩٤ - راجع سميح الشناوي ، رسائله السابق الإشارة اليها والاحكام المشار اليها في ص ٣١٧ ، ٣١٨ .

احدهما : حالة وقف تنفيذ الافعال التى كان يوسع الجانى ارتكابها ومثال ذلك من يصب مسدسا نحو آخر بقصد قتله فيأتى من يمسك بيده وهو يضغط على الزناد ، ويمنعه عن اطلاق النار ، وكذلك السارق الذى يضبط وهو يضع يده فى جيب الشخص الذى يقصد سرقة ، ومن يصب البترول فى مكان يريد احراقه وعندما يهم باشعال الثقاب يأتى من يمنعه ، فالجانى فى هذه الاحوال قد بدأ فى التنفيذ ، ولكنه لم يتمكن من القيام بجميع اعماله اللازمة لاتمام الجريمة ، اذ اوقف رغم ارادته ، ولولا ذلك لما توقف عن اتمامها . ولهذا يعاقبه القانون على الشروع ، باعتبار ان ما قام به من افعال قد ابرز ووضح خطورته على امن المجتمع ، وبصورة لا تقبل الشك . وهذا هو الشروع الناقص او الجريمة الموقوفة .

والثانية : يكون فيها الجانى قد افرغ نشاطه ، وتمكن من القيام بكل الاعمال التى تحقق قصده فى ارتكاب الجريمة ، ولكن نشاطه يخيب لظروف خارجة عن ارادته ، ومثال ذلك من يطلق النار فعلا على عدوه لقتله ولكن الرصاص لا يصيب المجرى عليه او يصيبه ولكن فى غير مقتل ، ومن يلقي بشخص من مكان مرتفع بقصد قتله عند وقوعه على الارض فيسقط ولا تتحقق هذه النتيجة بتدخل ظروف خارجة عن ارادته . فالجانى فى هذه الحالة ، قد قام بنشاطه ولم يوقفه احد ، اى انه قام بكل الاعمال المادية التى يمكن ان ينفذ بها الجريمة تامة ، ولكن اثر هذه الافعال قد خاب لاسباب خارجة عن ارادته ، وهذا هو الشروع التام ، او الجريمة الخائبة .

ونفسية الجانى فى هذه الحالة واضحة الخطر باستنفاده كل نشاطه الى نهايته دون ما تردد او توقف ، ولولا فشله وخيبة اثر نشاطه ، لتمت الجريمة ، ولذلك كان عقابه فى بعض التشريعات على ما ارتكبه من افعال اجرامية باعتباره شارعا ، اشد من عقابه فى حالة الشروع الناقص او الموقوف فهذه التشريعات تفرق بينهما فى درجة الجزاء . فتعاقب الشروع التام بمقوبة اشد من عقوبة الشروع الناقص . ومن هذه التشريعات : القانون الاسبانى (المادتان ٥١ ، ٥٢) ، والقانون السورى (المادة ٢٠٠) وبذلك اخذ مشروع قانون العقوبات المصرى لسنة ١٩٦٦ بالمادتين ٣٨ ، ٤١ . ولكن

هذه التفرقة لا مبرر لها طبقا للمذهب الشخصي السائد . لانه من حيث خطورة الجاني الاجرامية لا فارق بين الحاليين ، مادام وقف التنفيذ أو خيبة أثره لامر خارج عن ارادته ، ورغمما عنه ، في الحاليين . ولذلك فان من التشريعات ما لا يفرق بين هذين النوعين من الشروع ، أى لا يميز بين الجريمة الموقوفة والجريمة الخائبة من حيث العقوبة . ومن ذلك قانون الجزاء الكويتى بالمادة ٤٥ ، وقانون العقوبات المصرى فى المادة ٥٥ ، والقانون الفرنسى فى المادة الثانية ، والقانون البلجيكى فى المادة ٥١ ، والقانون الايطالى فى المادة ٥٦ ، والقانون العراقى فى المادة ٥٩ .

العدول الطوعى : اما اذا كان الفاعل نفسه هو الذى اوقف نشاطه بارادته او خيب اثره باختياره ، **اثناء البدء فى التنفيذ وقبل تمام الجريمة**، فانه لا يعاقب على الشروع لعدم توفر احد اركانه . وهذا ما يفهم من نص المادة ٤٥ من قانون الجزاء الكويتي ، وهو المتبع فى كثير من القوانين الحديثة كالقانون الفرنسى والقانون المصرى والقانون السوري والقانون العراقى وغيرها من القوانين .

وذلك لان العدول الاختياري فى مرحلة الشروع يدل على تبدل نفسية الفاعل ورجوعه الى الطريق السوي ، ومن مصلحة المجتمع حث الفاعل واغراؤه بالتوقف عن المضى فى العمل الاجرامى ، لتفادى القلق والاضطراب الذى يحدثه فى المجتمع اذا اتم جريمته . فغاية القانون من ذلك تشجيع الفاعل على التراجع . لان الذى يهمه ليس فرض العقاب وانما عدم ارتكاب الجرائم . وبعبارة اوضح فان مصلحة الجماعة تتوفر فى اغماض عينها عن الاعمال التى ارتكبت ولم تتم بها الجريمة لتفادى الضرر الذى يقع بتمامها ، فالمنع اجدى من العقاب (٩٥) ، كما ان العدول الاختيارى يدل على ان ارادة

٩٥ - دونديه دى فابر - المرجع السابق - ص ١٢٥ - بند ٢٣٤ ، جارو - الوجيز فى القانون الجنائي - ص ١٦٤ و ١٦٥ ، ورو Roux - المرجع السابق ، ص ٧٩ بند ٨٢ ، ويوازت وبنائيل - المرجع السابق ص ١٩٥ فقرة ٢١٠ ، والدكتور عبد الوهاب حومد ، المرجع السابق ، ص ١٦١ ، والدكتور السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ص ٢٦٤ ، والدكتور محمود محمود مصطفى ص ٣٠٩ ، والدكتور علي راشد ، ص ٣٠١ ، والدكتور رؤوف عبيد ، ص ٣٠٦ ، والدكتور محمود نجيب حسني ، ص ٢٨٦ ، والاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل ، المرجع السابق ص ٢٤٣ .

الفاعل الاجرامية لا تمثل خطورة ، لانها غير ثابتة وغير مستقرة(٩٦) .

ولكن يجب ان نذكر ان العدول ينفي وجود الشروع لانه ركن فيه وفقا للقانون الكويتي ، والقوانين الاخرى التي سبق الاشارة اليها كالقانون الفرنسي والقانون المصري ولذلك اهميته في انه لو عدل الفاعل طوعا ومن تلقاء نفسه ، في مرحلة البدء في التنفيذ ، فان الشريك لا يعاقب ، لان الشروع لم يتوفر في حق الفاعل نفسه . ومعروف ان الشريك يستعيز جريمته من فعل الفاعل الاصلى . وذلك خلافا للقوانين التي تعتبر العدول الارادى سببا **للاعفاء من العقاب** ، لا ركنيا في الشروع ، كالقانون الالماني في المادة ٤٣ ، والقانون اليوناني في المادة ٤٢ ، والقانون البلغاري في المادة ١٦ ، والقانون النرويجي في المادة ٤٩ . فهذه القوانين تقرر الاعفاء من العقاب اذا تدخل الفاعل بارادته ليحول دون تمام الجريمة(٩٧) . واذن فان عدول الجاني وفقا لذلك لا ينفي عن الفعل صفة الجريمة ، ولكنه يعد سببا لعدم العقاب خاصا بالفاعل وحده . ولو كان القانون الكويتي من هذا الاتجاه فما كان يستفيد الشريك من هذا الاعفاء .

وقد اتضح مما سبق ان العدول الذي ينفي وجود الشروع هو العدول الارادى او التلقائي الذي يحدث من الفاعل اثناء التنفيذ وقبل تمام الجريمة .

٩٦ - الدكتور البير صالح ص ١١٦ .

٩٧ - يلاحظ ان من القوانين ما لا يرتب على العدول اثرا فيعاقب الشخص على الشروع اذا لم تتم الجريمة التي كان يقصد ارتكابها ، ما دام قد بدا في تنفيذها ، حتى ولو كان قد عدل بارادته عن المضي فيها والتحصول عن تنفيذها ، فلم تتم لذلك وبارادته . ومن ذلك قوانين الولايات المتحدة الامريكية ، والقانون الهندي ، والقانون السوداني ، والقانون القبرصي ، وهذا الاتجاه في عقاب الجاني حتى ولو عدل بارادته ليس في صالح المجتمع ، فمصلحة المجتمع في منع وقوع الجرائم ، بحث الجاني على العدول مقابل عدم العقاب ، وليس من المصلحة ان يعاقب من يعدل ، لان ذلك يسد في وجه المتهم باب الرغبة في العودة الى السلوك الاجتماعي القويم ، والابتعاد عن الجريمة . ومن القوانين ما يجعل الاعفاء من العقاب في صورة الشروع البسيط جوازا للقاضي في احوال العدول ، كالقانون السويسري ، بينما يقرر هذا القانون جواز تخفيف العقاب وتركه لتقدير القاضي في صورة الشروع التام اذا تدخل الجاني وحال بارادته دون وقوع النتيجة التي كان يقصد تحقيقها (راجع المادة ٢١ والمادة ٢٢ من القانون السويسري ، وانظر رسالة الدكتور سمير الشناوي ، ص ٣٦٩ ، ٣٧٣) .

والصعوبة هى فى معرفة ما اذا كان العدول فى بعض الحالات يعد اختياريا او تلقائيا ، ام انه يكون لاسباب خارجة عن ارادة الفاعل . وهذه الصعوبة لا توجد فى الفروض او الوقائع التى يكون عدول الشخص فيها قد حدث بمحض ارادته دون اى مؤثر خارجى ، وكذلك فى الحالات التى يكون نشاط الجانى بها قد اوقف او خاب اثره لاسباب خارجة كلية عن ارادته ورغمما عنه ، حيث ينتفى الشروع فى الحالات الاولى ، بينما يكون متوفرا بخطورته وعقابه فى الفروض او الوقائع الثانية . ولكن موطن الصعوبة حقيقة ، ومحل اختلاف الرأى ، هو فى الحالات التى يعدل فيها الشخص بقدر من الاختيار وهو متأثر فى انوفت نفسه بظروف خارجية تجعله يتحول عن المضى فى اتمام الجريمة رغم ما انتواه او ما كان ينتويه لولا تدخل هذه الظروف او العوامل الخارجية .

١ - فالفقه يرى ان العدول الذى يكون له اثره فى نفى الشروع ، او عدم العقاب ، هو العدول الذى يكون بمحض ارادة الشخص ، دون مؤثرات خارجية ، وهو العدول الطوعى او التلقائى . وهذا يحدث فى صورة الشروع الموقوف بأن يكف الشخص بارادته عن الاعمال التنفيذية التى بداها . كأن يدخل منزلا للسرقة منه ثم يترأى له ان يعدل عن السرقة ، فيترك ما هم بسرقة من الاشياء ويخرج من البيت ، او يقدم على قتل شخص وبعد ان يتمكن منه يتخلى عن قتله ويتركه لحاله . ويكون العدول الاختيارى فى حالة الشروع التام او الجريمة الخائبة اذا عمل الشخص على تخيير اثر فعله بنفسه وبارادته (٩٨) . ومثال ذلك من يحاول قتل غريمه بالسهم ، وبعد ان يتناول المجنى عليه المواد السامة ، يبادر الجانى باعطائه ترياقا يبطل مفعول السم (٩٩) ، ومن يحاول قتل آخر باغراقه ، وبعد ان يلقيه فى الماء يعدل عن قصده ويبادر الى انتشاله وهو على قيد الحياة (١٠٠) . ومن ذلك

٩٨ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، ص ٢٦٤ .

٩٩ - الدكتور عبد المهيمن بكر سالم ، الوسيط فى شرح قانون الجزاء الكويتى ، ص ٩٦ .

١٠٠ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، ص ٢٦٥ .

وضع شخص مواد مفرقة على طريق يمر به عدوه بحيث تنفجر بمجرد مروره ، وعلى اثر ذلك بدا للجاني من تلقاء نفسه ان يعود ويرفع هذه المواد من موضعها ، فآثر الجريمة قد خاب بفعل الجاني نفسه (١٠١) . والعدول الاختياري في صورة الجريمة الخائبة اقل حدوثا منه في الجريمة الموقوفة . وهو يكون ممكنا متى كان الفعل الذي ارتكبه الجاني ، والذي كان كافيا لتحقيق الجريمة ، مما يمكن تداركه ، فيقوم مرتكبه من جانبه بعمل يزيل به اثر فعله السابق بمحض ارادته وبواعثه الداخلية (١٠٢) .

ومتى كان العدول تلقائيا ، أى بمحض ارادة الشخص ودوافعه الداخلية ، فلا اهمية لنوع البواعث التي دعت اليه . فقد يخشى العقاب اذا طاف بخاطره ان يضبطه احد فيقتاده الى المخفر ويقرر العدول بباعث الخوف (١٠٣) . وقد يتحرك ضميره ولا يرى داعيا لارتكاب الجريمة مدفوعا بباعث اخلاقي هو الرغبة في البعد عن الجريمة او التوبة . وحيانا يكف عن المضي في جرمه ويعدل بدافع الشفقة بالمجنى عليه ، وما الى ذلك من البواعث المختلفة . ويقول الاستاذ دوندييه دى فابر « ان طبيعة البواعث التي أدت الى توقف الشخص أو عدوله بمحض ارادته لا يصح ان تؤخذ في الاعتبار ، فلا يهم ان يكون قد عدل بباعث شريف او بتأثير الخوف طالما كان عدوله تلقائيا (١٠٤) .

١٠١ - الاستاذ محمود ابراهيم ، ص ٢٤٥ ، والدكتور عبد الوهاب حومد ص ١٦٢ ٦ ١٦٤ .

١٠٢ - ولذلك اذا كان فعل الجاني لارتكاب الجريمة غير متدارك ، « وكان بذاته كافيا لاجداث الجريمة المقصودة ولكن خاب اثره لظرف خارج عن ارادة الفاعل فانه يعد شبارعا في الجريمة ، ولا يجديه في هذه الحالة عدوله عن معاودة الكرة ، فمن يطلق على آخر عيارا ناريا بقصد قتله ويخطئه يعدشبارعا » (الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، ص ٢٦٥) . ولا يصح القول بترك هذا الامر لتقدير القاضي ، لان الشروع قد تم بخيبة فعله الاول : ولولا خيبته اضطرارا ما كان بالوسع تداركه (الدكتور عبد المهين بكر سالم ، القسم الخاص ص ٥٥٧ فقرة ٢٣٨) .

١٠٣ - ستيفاني ولوفاسير ، طبعة ١٩٦٨ ، ص ٢٧٥ .

١٠٤ - دوندييه دى فابر ٦ ص ١٣٦ بند ٢٣٥ ، وانظر فيدال ومانويل - ج ١ رقم ٩٨ ، وستيفاني ولوفاسير ، السابق الاشارة اليه ، ص ٢٧٥ ، ويوازت وبنينيل ، فقرة ٢١١ ، والدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٦٥ والمراجع المذكورة فيه ، والدكتور محمود محمود مصطفى - فقرة ٢٠٨ - والدكتور عبد الوهاب حومد - ص ١٦٢ والدكتور محمود نجيب حسني - ص ٣٨٦ .

٢ - وإذا كان توقف الجاني عن نشاطه في سبيل الجريمة ، أو خيبة اثره ، لاسباب خارجة عن ارادته ، اى رغما عنه ، فانه يكون شارعا في الجريمة . وهو ما اكدته المادة ٤٥ من قانون الجزاء اذ نصت على ان الشروع يكون متوافرا « اذا لم يستطع الفاعل لاسباب لا دخل لارادته فيها اتمام الجريمة » . وبعض هذه الاسباب التى تكون خارجة عن ارادة الفاعل قد يكون اثرها فى العدول الاضطرابى ماديا . ومن ذلك من يمد يده فى جيب شخص لسرقة ما فيه فيمسك هذا الشخص بيده داخل جيبه ويقتاده الى المخفر ، ومن يطلق الرصاص لقتل شخص فلا يصيبه ، او يصيبه فى غير مقتل ويشفى بالعلاج . ومن يحاول اغتصاب امرأة فتقاوم وتستفيك فيأتى الناس لنجدتها ويهرب الجاني . وبعض هذه الاسباب قد يكون اثره معنويا . كأن يعدل المجرم عن اتمام جريمته بسبب رؤيته احد افراد الشرطة قادما لضبطه (١.٥) . ومن ذلك عدول الجاني الذي اراد قتل خصمه حرقا وهو نائم فنثر كحولا على فراشه واشعل ورقة لالقائها على الفراش وعند ذلك ، استيقظ المجنى عليه فاطفا الجاني النار وهرب (١.٦) .

٣ - اما اذا كان العدول مختلطا من حيث مصدره ودوافعه ، لوجود اسباب او عوامل خارجية لا تصل الى قدر قهر ارادته او اجبارها على العدول ، اى انه لا يكون صادرا عن دوافع او بواعث داخلية خالصة ، وانما توجد مؤثرات او وقائع خارجية ، تجعل ارادته تتحول الى العدول . ومن

ومن انصار المذهب الشخصي مثل جاروفالو وجراماتيكا من يرى أن العدول الارادي الذي يبرر الاعفاء من العقاب يجب أن يكون مرجعه الى التوبة والرغبة في الابتعاد عن طريق الجريمة كلية . اما اذا كان لدافع خبيث فان ذلك لا يعني انصلاح حال المجرم وتكون خطورته على المجتمع ما زالت قائمة . او ينبغي عندئذ أن يردع لقاء شره وان يستأصل منه بالعقاب (راجع بحث الشخصية والموضوعية في نظرية الشروع - للاستاذ شيرون . Cheron - بجلة القانون والاقتصاد - السنة السابعة - العدد رقم ٢ سنة ١٩٢٧ ، القسم الفرنجي ص ١٣٠) .

١.٥ - الدكتور محمود محمود مصطفى - فقرة ٢.٧ ص ٢٠.٨ و ٢.٩ ، وانظر المراجع المشار اليها فيه .

١.٦ - الدكتور محمود محمود مصطفى ص ٢.٩ ، ونقض مصري ٢٧ يونيو سنة ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ - رقم ٣٣٢ .

ذلك من شرع في السرقة من بيت فيسمع صوت طفل استيقظ فيخشى ان يصحو ابواه ويضبطانه ، او يسمع وقع اقدام في الطريق فيتوهم انها لرجال الشرطة ، وكما لو صوب الجاني سلاحه نحو من يبغى قتله وقبل اطلاقه سمع او توهم سماع وقع اقدام تقترب منه . فان الراى يختلف بشأن هذا العدول . فمن الفقهاء من يرى ان العدول يكون اختياريا على اعتبار ان الواقعة الخارجية ، سواء اكانت حقيقة ام وهما « لا تعدو غير ان تكون باعثا على اتجاه ارادة الفاعل الى عدم المضي في الجريمة ، والقاعدة ان البواعث لا يعتد بها القانون » (١٠٧) . ولكن يؤخذ على هذا الراى ان الواقعة الخارجية هي التي حركت الارادة الى العدول واثرت فيها تأثيرا مباشرا يقرب من تأثير العوامل الخارجية في حالة العدول الاضطرارى . ويرى البعض انه لا بد من الموازنة في هذه الاحوال بين الجانب الاختيارى في العدول ، والجانب الذى يعزى الى العامل الخارجى ، سواء كان هذا العامل حقيقة او توهما ، فان كان الجانب الارادى هو الاغلب ، فان العدول يكون طوعيا او تلقائيا ، والذى يقدر ذلك قاضى الموضوع ويستخلصه من ظروف كل واقعة (١٠٨) . وهذا الراى صعب في التطبيق ، ومن شأنه اختلاف الاحكام بشأن الواقعة الواحدة ، فضلا عن ان العدول التلقائى يعنى العدول بمحض ارادة الجاني . لذلك يبدو ان الاصح في ذلك هو ان العدول يجب ان يكون اختياريا محضا ، وببواعث داخلية ايا كانت ، فلا يكون اختياريا كلما اعتقد الجاني - ان خطأ او صوابا - بقيام طارئ خارجى عطل عمله ودعاه الى ترك الجريمة (١٠٩) .

١٠٧ - الدكتور محمود نجيب حسني - ص ٢٨٧ ، ويشير في هذا الراى الى جaro - مطول قانون العقوبات - ١ د - فقرة ٢٤ ، - ص ٤٩٩ .

١٠٨ - الدكتور عبد الوهاب حومد ، ص ١٦٢ ، وياخذ في ذلك برأى ستيفاني ولوفاسير ج ١ رقم ١٨٠ . فهو يقول : « يبدو لنا ان رأي الاستاذين ستيفاني ولوفاسير في هذا الصدد معقول ، اذ هما يرفضان اعطاء جواب قاطع عن هذه الحالات ويفضلان تركها للقاضى ليرى حالة الفاعل ، وظروف التراجع » . وانظر كذلك فيدال ومانبول ج ١ - فقرة ٩٨ .

١٠٩ - ومن القائلين بهذا الراى الدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٦٦ ، والدكتور محمود محمود مصطفى - فقرة ٢٠٧ ، وشيرون Cheron في مقاله السابق الإشارة اليه بمجلة القانون والاقتصاد س ٧ ص ١٢٩ ، والاستاذ دوندييه دى فابر - فقرة ٢٣٥ ص ١٣٦ والاحكام الفرنسية المشار اليها فيه وفي مؤلف الدكتور محمود محمود مصطفى ص ٣٠٩ .

واذا كان العدول الإرادى او التلقائى يمنع قانونا من وجود الشروع ، ومن العقاب عليه ، فان ذلك لا يمنع من مؤاخذة الجاني اذا كانت الافعال التي ارتكبها قبل العدول تعد جريمة قائمة في ذاتها . اى ان عدوله يمنع فقط من قيام الشروع في الجريمة التي كان يقصد اتمامها ، ولكن فعله مستقلا عن هذه الجريمة قد يكون جريمة اخرى (١١٠) . فمن يبدأ في اغتصاب امرأة ، ثم يعدل عن اتمام هذه الجريمة بارادته لا يعاقب على الشروع في الاغتصاب ، ولكن فعله قد يكون جريمة هتك عرض . ومن يكسر باب بيت للسرقة ، ثم يقرر العدول بارادته طواعية لا يعاقب على شروع في سرقة ، ولكنه يعاقب على كسر الباب باعتباره جريمة اتلاف عمدى . وهذا امر بديهي . ولكن بعض القوانين تنص عليه صراحة كالقانون الايطالى (١١١) .

والعدول الإرادى الذى ينفى وجود الشروع هو الحاصل قبل تمام الجريمة ، سواء اثناء البدء في التنفيذ بالتوقف ، او بعد استنفاذ النشاط الذى يحدثها بتخريب اثره . اذ لو تمت الجريمة لعوقب الجاني على الجريمة ولو اصلح سابق فعله وازال الضرر . فان من يسرق وبعد تمام الجريمة يرد المسروق لصاحبه يعاقب على السرقة ، ومن يتلف منقولا بقصد الاساءة اليه ، ثم يعود ويصلحه فقد تمت جريمته . وقد يكون ذلك ظرفا قضائيا مخففا عند تقدير العقوبة التى يوقعها القاضى (١١٢) .

١١٠ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٦٦ ، والدكتور - محمود محمود مصطفى - فقرة ٢٠٨ ، ويوازت - فقرة ٢١٠ ، والاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل ص ٢٤٦ ، والاستاذ علي بدوي - الجريمة - ص ٢٣٣ ، ورو Roux ص ١١٣ وفيدال ومانيول - فقرة ٩٨

١١١ - راجع رسالة الدكتور سمير الشناوي - وقد اشار الى عديد من القوانين التي تنص على ذلك ، كالقانون البرتغالي ، والبلغاري ، والتركي ، ومشروع قانون العقوبات المصري لسنة ١٩٦٦ اذ تنص المادة ٤٠ منه على انه « لا عقاب على من عدل مختارا .. الا اذا تكونت من سلوكه جريمة خاصة فيعاقب عليها » .

١١٢ - وقد قضت محكمة النقض المصرية بان دفع قيمة التيار الكهربائي المسروق الى شركة النور بعد تمام الجريمة لا يمنع العقاب عليها (نقض ١٧ ديسمبر سنة ١٩٤٥ ، ج ٧ رقم ٣٩) . وقضت بان رد المبالغ التي استولى عليها المتهم بطريق الاحتيال بعد تمام الجريمة لا يحو جريمة النصب بعد تمامها ، وانما يصح أن يكون سببا لتخفيف العقاب فقط ، وهذا امر يرجع الى تقدير محكمة الموضوع ولا يصح بحال أن يكون وجها للظمن في الحكم بطريق

وارتكاب الجاني للجريمة ثم قيامه بإرادته بإصلاح الضرر الذي ترتب على فعله هو ما يعرف « بالتوبة الإيجابية » ، وهي لا تمحو جريمة المتهم بعد تمامها ، ولا تمنع مسئوليته عنها وعقابه ، ولا خلاف في الفقه والقضاء على ذلك (١١٣) .

والقول بأن الأسباب التي لم تتم الجريمة من أجلها إرادية أو طوعية مصدرها عوامل داخلية ، أو أنها خارجة عن إرادة الجاني مسألة موضوعية ، فالفصل فيها متعلق بالوقائع وإثباتها ، ولا تراقبها محكمة النقض إلا إذا كان قضاؤها معيبا بسوء الاستنتاج أو الاستدلال .

وقد سبق أن ذكرنا أن من أركان الشروع أن يقف التنفيذ أو يخيب أثره لأسباب لا دخل لإرادة الجاني فيها ، ولذلك يجب أن ينص الحكم على هذا الركن صراحة أو على الأقل أن تكون الوقائع الثابتة به مشتملة في ذاتها

النقض (٣٠ أبريل سنة ١٩٣٤ طعن رقم ٢١ س ٤ - ومذكور في مجموعة القواعد القانونية التي أقرتها محكمة النقض في خمسة وعشرين عاما - ج ١ ص ١٠٧٤) . وقضت بأنه إذا كان الكاتب المساعد بقلم الحفظ بمحكمة القاهرة التجارية قد بارح مكتبه فاعتنق المتهم وهو كاتب عهومي فرصة غيبته وجعل يقلب الملفات الموضوعة على المكتب واختلس منها أمر أداء معين والمستندات المرافقة له وأخفى الأوراق بين صديريه وقميصه ثم أحس بافتضاح أمره فأعادها ووضعها بين أوراق أحد الدفاتر التي كانت موضوعة على المكتب فإن هذه الواقعة تكون سرقة تامة ويعاقب عليها الجاني رغم اعادته الأوراق (نقض مصري ٩ أبريل سنة ١٩٥٦ مجموعة أحكام محكمة النقض - س ٧ - ص ٥١٢) .

وقد أتبع لالتضاء الكويتي أن يبت في قضايا ندم فيها الفاعل بعد ارتكاب الجريمة ، ورفض قبول هذا الندم خاصة وقد قدم المجنى عليه شكوى ، أو افتضح أمر الفاعل .

ومن ذلك أنه « إذا احتجز الموظف قسما من الأموال التي قبضها من المحكوم عليهم لصالح المحكوم لهم ، ثم اكتشف أمره وأعاد ما اختلس فإنه يكون مسئولا عن جريمة تامة هي خيانة الأمانة (المحكمة الكلية ، القضية ٨٣ لسنة ١٩٧٠ جلسة ٦ ديسمبر سنة ١٩٧٦) . وقضى بأنه إذا أصدر المتهم شيكا بدون رصيد وهو يعلم بذلك ، ولكنه بادر بدفع المبلغ فإنه يظل مسئولا عن جريمة إصدار شيك بدون رصيد (محكمة الجناح المستأنفة ٣٠ ديسمبر ١٩٧٠ في القضية رقم ٥٥٣) .

١١٣ - دوندييه دي فاير - فقرة ٢٣٥ ، والاستاذ محمود إبراهيم اسماعيل - ص ٢٤٦ ، وراجع نقض مصري ١٧ يونيه سنة ١٩٣٥ مجموعة القواعد القانونية - ج ٤ رقم ٣٨٩ ، ونقض ٤ يونيه سنة ١٩٤٥ مجموعة القواعد القانونية - ج ٦ رقم ٥٨٩ .

على ما يفيد ان اثر الجريمة قد خاب لظروف خارجة عن ارادة المتهم (١١٤) .

ويبقى ان نبين متى تتم الجريمة ، لان العدول الطوعى أو التلقائى لا ينفى وجود الشروع الا اذا حدث قبل تمام الجريمة ، وتمام الجريمة يختلف فى الجرائم الشكلية عنه فى الجرائم المادية . فالجريمة الشكلية تعتبر تامة دون توقف على تحقيق نتيجة معينة ، اى بارتكاب الجانى فعلها الذى ينص عليه القانون حيث لا يتطلب لها نتيجة معينة . ومن ذلك جريمة القتل بالسم فى القانون الفرنسى ، حيث تعتبر تامة بمجرد تناول المجنى عليه للمادة السامة ايا كانت النتيجة . فندم الجانى بعد ذلك واعطائه للمجنى عليه ترياقا يزيل اثر السم يعد توبة ايجابية ولا يرفع مسئولية الفاعل عن الجريمة ، وان كان يجوز ان يكون سببا للتخفيف فى نظر المحكمة عند تقرير العقاب .

اما الجريمة المادية فتقوم على سلوك ونتيجة مترتبة عليه ، كالقتل فى القانون الكويتى بأى وسيلة ، او فى القانون الفرنسى بغير السم اذ يتطلب نتيجة معينة هى ازهاق روح المجنى عليه ، ولا تتم الجريمة الا بحصول النتيجة . وهذه يتصور فيها العدول الطوعى بتخيب الجانى اثر فعله بارادته ، كما سبق . اما اذا تمت فلا قيمة للتوبة او الندم بعد وفاة المجنى عليه . وكذلك جريمة النصب فهى تتكون من وسائل احتيالية بينها القانون يترتب عليها نتيجة معينة هى الاستيلاء على المال بسبب الاحتيال . فاذا قام الجانى بالوسيلة الاحتيالية وانطلت على المجنى عليه وحضر لتسليمه المال فرفض تسليمه لندمه وعدوله الارادى فان ذلك يكون قبل الجريمة وينتفى الشروع لان الجانى هو الذى خيب بنفسه وارادته اثر فعله ، اما اذا تسلم المال فقد تمت جريمة النصب ولا يحوها او يرفع مساءلة الجانى عنها ندمه بعد ذلك ورد المال لصاحبه ، وان صرح ان يكون ذلك سببا للتخفيف فى نظر القاضى (١١٥) .

١١٤ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٦٧ ، والاحكام المشار اليها فيه .

١١٥ - وبعض القوانين ينص صراحة على جواز التخفيف ، كالقانون الايطالى (المادة ٥٦ فقرة رابعة ، وكذلك القانون الدانماركي لسنة ١٩٣٠ .

وبلاحظ أن قاعدة اصلاح الضرر بعد اتمام الجريمة من حيث عدم تأثيرها في

الفصل الثالث الجريمة المستحيلة

تبين أن الشروع في جناية أو جنحة هو جريمة . ولكنها تعد ناقصة لما كان الفاعل ينتوى ارتكابه وتنفيذه ، حيث أن الغرض في الشروع أن فعل الجاني قد اوقف أو خاب أثره لأسباب خارجة عن إرادته .

وللشروع - كما سبق - صورتان : (أ) الشروع الناقص ، وهو الذي يوقف سلوك الجاني فيه نشاطه ، فلا يبذل ما في طاقته ووسعه في سبيل ارتكاب الجريمة ، رغما عنه ، ويسمى **بالجريمة الموقوفة** . (ب) الشروع التام ، وهو الذي يستنفذ الفاعل فيه كل نشاطه الإجرامي ، ولكن الفقه والقضاء يواجه بعد ذلك ما يعرف بالجريمة المستحيلة *Le délit impossible* وتختلف بشأنها الآراء لأنها تماثل الجريمة الخائبة من حيث أن الجاني يفرغ نشاطه الإجرامي ويستنفذه ولا تتحقق الجريمة لسبب خارج عن إرادته ، فالجريمة المستحيلة لا يمكن تنفيذها . ومن أمثلة الجريمة المستحيلة ، إطلاق عيار نارى على شخص لقتله في المكان الذي تعود أن ينام فيه ، ولكن المقصود قتله يكون غير موجود إطلاقا بهذا المكان ، أو يكون قد فارق الحياة من قبل . ومثل من يحاول القتل بمادة غير ضارة ، أو بإطلاق عيار نارى من بندقية غير محشوة ، أو غير صالحة للاستعمال ، بدون علمه ، ومثل اللص الذي يضع يده في جيب شخص لسرقة نقوده فيجده خاليا ولا شيء فيه .

مسألة الجاني عن الجريمة التي تمت ، قد ترد عليها بعض الاستثناءات القانونية أحيانا وفي حالات نادرة بالنص ، إذا أزيل الضرر أو أعيد الحال إلى ما كان عليه بفعل الجاني . ومن الأمثلة التي تذكر في هذا الشأن المادة ٢٢٧ عقوبات فرنسي التي تقرر عقاب حارس السجن الذي يهرب منه السجين باهمال والمادة ٢٤٧ التي تقضي بعدم عقاب الحارس إذا أحضر السجين الهارب في خلال أربعة أشهر من تاريخ هربه .

وتختلف الجريمة المستحيلة عن الخائبة باعتبار زمني(١١٦) . فاخفاق التنفيذ في الجريمة الخائبة يوجد لاحقا . أى بعد ان يكون الفاعل قد بدا سلوكه . ولكنه على العكس من ذلك يرجع في الجريمة المستحيلة الى سبب موجود وسابق على بداية السلوك ويبقى معاصرا له ، وهذا السبب هو استحالة وقوع الجريمة التي اقدم الفاعل على ارتكابها(١١٧) . وفي هذا المعنى يقول احد الشراح « ان حالة الجريمة المستحيلة تماثل حالة الجريمة الخائبة من حيث قيام الفاعل بتنفيذ سائر الاعمال لتحقيق غايته واخفاقه في احداث هذه الغاية لسبب خارج عن ارادته ، وتختلف عنها من حيث ان هذا السبب كان سابقا في وجوده على مباشرة الاعمال التنفيذية ، على حين ان مثل هذا السبب في الجريمة الخائبة يوجد لاحقا للبدء في التنفيذ(١١٨) » . وعلى ذلك فمن يطلق رصاصة لقتل شخص من بندقية صالحة للاستعمال ولا يصيبه لعدم قدرته على احكام الرماية يرتكب جريمة خائبة . لكن اذا كانت البندقية غير صالحة للاستعمال لتلفها أو فسادها تكون الجريمة مستحيلة . وظاهر في المثل الاول ان خيبة الجريمة تكون راجعة الى سبب لاحق على البدء في التنفيذ وهو عدم احكام الرماية ، خلافا لما اذا كانت البندقية غير صالحة كما في الفرض الثاني فان السبب يكون قائما قبل البدء في التنفيذ ويظل معاصرا له(١١٩) . والجريمة الخائبة هي جريمة ممكنة الوقوع ، ولكن نتيجتها لم تتحقق ، لان امورا طرات فحالت دون تحققها .

١١٦ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، فهو يذكر امثلة للاستحالة من جرائم القتل والسرقة . ثم يقول « انه في هذه الحالات وامثالها لم يقع قتل ولا سرقة ولم يكن ممكنا وقوعها وهي صورة من الجريمة الخائبة ، ولكنها تمتاز عنها في أن خيبة الجريمة مقدرة من قبل وكان من المستحيل نجاحها » (ص ٢٦٨) .

١١٧ - الدكتور رمسيس بهنام - ص ٧٥١ - ٧٥٢ .

١١٨ - الدكتور البير صالح - رسالته السابق الاشارة اليها - ص ٥١ .

١١٩ - انظر في ذلك : لابورد - الموجز في القانون الجنائي الفرنسي - طبعة ١٩١١ - ص ٧٨ ، فيدال ومانيول - ج ١ - ص ١٥٩ ، وانظر معيار سالي في نفس المعنى ، وقد ذكره الدكتور سمير الشناوي وعرضه في رسالته - ص ٣٨٢ .

اما الجريمة المستحيلة فنتيجتها غير ممكنة الوقوع اما لانعدام موضوعها أو عدم وجوده ، واما لان الوسائل المتخذة غير صالحة لتنفيذها ، مما يجعل من المستحيل على الجاني أو غيره اذا وجد في مثل ظروفه ان يحقق الجريمة ، لان الاخفاق فيها اكيد(١٢٠) .

ويثور البحث في الفقه والقضاء لمعرفة ما اذا كانت الجريمة المستحيلة تعد صورة للجريمة الخائبة ، فيعاقب عليها باعتبارها شروعا في الجريمة ، ام انها تستقل عنها في حكمها وتعد خارجة عن نطاق العقاب . واقدام الآراء في هذا الشأن هو رأى المذهب المادى ، ويعتقد انصاره انه لا عقاب في احوال الاستحالة . بعد ذلك وجدت التفرقة بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية ، وانصار هذه التفرقة يرون عدم العقاب في حالة الاستحالة المطلقة، ويعتبرون الجريمة في الاستحالة النسبية صورة للجريمة الخائبة فتعد في نظرهم شروعا . بينما يتجه الفقه الحديث على يد انصار المذهب الشخصى الى نبذ فكرة الجريمة المستحيلة ، ويعدونها صورة من الجريمة الخائبة، ويقولون بوجوب العقاب عليها باعتبارها شروعا في كل الاحوال ، سواء كانت الاستحالة مطلقة او نسبية ، ولا يستثنون من ذلك الا حالة ما اذا كانت الوسيلة تدل على سذاجة الجاني وقصور عقليته . كما انه يوجد في هذا الشأن نظرية تنسب الى الفقيه « جارو » يفرق فيها بين الاستحالة القانونية، والاستحالة المادية ، ويرى وجوب العقاب في حالة الاستحالة المادية ، سواء اكانت مطلقة ام نسبية ، كما هو رأى المذهب الشخصى ، ولكنه لا يرى العقاب في حالة الاستحالة القانونية .

١ - لا عقاب في حالة الاستحالة : يعتقد انصار المذهب المادى انه لا شروع ولا عقاب في احوال الاستحالة . وذلك لان القانون يتطلب ان يحصل بدء في التنفيذ لكى يوجد الشروع . وهم يأخذون ذلك على انه البدء في تنفيذ فعل داخل في تكوين الركن المادى للجريمة . وفي حالة الاستحالة

١٢٠ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد ، ص ٢٦٨ ، والدكتور سيمى الشناوي ، ص ٢٨١ والمراجع المذكورة فيه .

لا يمكن تصور البدء في تنفيذ هذا الفعل او جزء منه حيث لا يمكن تنفيذ المستحيل (١٢١) . وعلى العموم فان حجة انصار المذهب المادى او الموضوعى كانت مستمدة من نص القانون الذى يعرف الشروع بانه البدء في التنفيذ، وحيث يستحيل هذا التنفيذ فلا شروع ولا جريمة ، لان المعدوم لا يمكن ان يؤدى الا الى معدوم (١٢٢) . ويقولون انه اذا كان هذا الشخص حين يقوم بمحاولته يعبر عن نية اجرامية ، فان هذه النية بدون البدء في التنفيذ لا تحقق البدء في التنفيذ ولا تحقق الشروع المعاقب عليه .

وقد استند هؤلاء الشراح الى ان القانون في بعض الجرائم يفصح عن ذلك . فمثلا في جريمة القتل بالسم وردت عبارة «استعمال جواهر من شأنها احداث الموت» ، وقالوا ان المشرع اراد وضع قاعدة عامة اشار اليها في النص ، وهو ان تكون الوسيلة ملائمة لاحداث النتيجة ، فاذا كانت المادة غير سامة ولا يتسبب عنها الموت فلا تقع الجريمة وينتفى الشروع ، ما دامت الوسيلة غير صالحة لاحداث النتيجة او يستحيل ان تؤدى اليها .

كما ان اساس العقاب على الجريمة في نظر انصار هذا المذهب هو الضرر الاجتماعى ، وفي حالة الاستحالة لا يوجد ضرر ولا تهديد بحصول هذا الضرر في المستقبل . ولذلك فهم يرون انه لا موجب للتجريم او العقاب في حالة الاستحالة . ويضيفون ان المشرع الفرنسى لم ينص - لذلك - الا على الجريمة الموقوفة والجريمة الخائبة رغم ارادة الجانى ، باعتبارهما صور الشروع ، بينما اغفل في الوقت نفسه الاستحالة مما يستفاد منه عدم العقاب فيها .

وقد نشأت هذه النظرية في المانيا ، حين قال بها الفقيه فويرباخ سنة ١٨٠٨ ، وانتقلت الى النمسا وايطاليا ، وقال بها الفقهاء الفرنسيين الاقدمين

١٢١ - الدكتور عبد المهيمن بكر سالم - القسم الخاص - طبعة ١٩٧٧ - ص ٥٤٧ .

١٢٢ - الاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - ص ٢٤٨ .

مثل بلانش وشوفو وهيلي وغيرهم (١٢٣) . وطبقها القضاء الفرنسى ، فقتضى بعدم العقاب فى حالة الاستحالة فى بعض احكامه القديمة (١٢٤) .

ولكن حدث ان شابا اراد قتل والده ببندقية كان والده يعلقها على حائط ، وقد استشعر الاب ذلك ، فأفرغ البندقية من رصاصها بدون علم الابن . بعد ذلك حاول الابن اطلاق الرصاص من البندقية على الاب فلم يخرج منها اى مقذوف . ولما احيل الابن الى محكمة جنائيات agen عاقبته على الشروع فى القتل (١٢٥) ، فى حين ان هذه الجريمة لا تعدو ان تكون صورة من صور الاستحالة بالنظر الى الوسيلة .

وهذا ما يوضح ان رأى المذهب المادى فى عدم العقاب على احوال الاستحالة لا يوفر الحماية اللازمة لامن المجتمع وصيانة سلامته ، والحفاظ على مصالحه . فلاخذ بمبدأ عدم العقاب للاستحالة يؤدى الى نتائج لا يستسيغها العقل وتنبو عن العدل ، ثم انه يضيق من نطاق العقاب الى الحد الذى يعرض الناس للخطر الجدى فى انفسهم واموالهم ، فلو ان لصا وضع يده فى جيب شخص لسرقه ما به فوجد الجيب خاليا لما أمكن عقابه اذا اخذنا بهذا الراى لاستحالة وقوع الجريمة . وقيل ان التمشى مع منطق هذا الراى ينتهى الى عدم العقاب على الجريمة الخائبة نفسها ، لانها تصبح مستحيلة فى الظروف التى احاطت بالفعل ، وهذا ما يخالف ارادة المشرع

١٢٣ - بلانش - ج ١ - فقرة ٨ وشوفو وهيلي - ج ١ - رقم ٢٢٥ ، وراجع غير هؤلاء من الفقهاء المشار اليهم فى مؤلف دي فابر de vabres - ص ١٤٠ مثل جارو Garraud الطبعة الاولى - ج ١ - رقم ٢٢٩ ، ولينيه - فقرة ٢٧٤ - ٢٧٦ . وانظر من الفقهاء المصريين فى عرض هذا الراى وحججه الاسناذ محمود ابراهيم اسماعيل - ص ٢٤٧ ، والدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٦٨ - ٢٦٩ ، والدكتور عبد المهيم بكر - سالم ص ٥٤٧ .

١٢٤ - انظر الاحكام المشار اليها فى مؤلف : دي فابر - فقرة ٢٤٨ ، واحكام اخرى أشار اليها الدكتور عبد المهيم بكر سالم - القسم الخاص - ص ٥٤٧ .

١٢٥ - قضية لوران laurent المعروفة ، ذكرها الاسناذ محمود ابراهيم اسماعيل ص ٢٤٦ ، والدكتور عبد الوهاب حومد - ص ١٦٧ . والدكتور رمسيس بهنام - المرجع السابق ص ٧٥٢ هامش (١) .

في اعتبار الجريمة الخائبة صورة للشروع (١٢٦) . ومن أجل ذلك أصبح هذا الرأي مهجورا نهائيا ولم يبق في الفقه الحديث من يؤيده (١٢٧) . وظاهر مما سبق ان محكمة جنايات « آجن agen » قضت بالادانة على عكس هذا الرأي في وقت كان هو السائد فيه بفرنسا ، وكان ذلك سببا لتوجيه النقد اليه والاشعار بعدم صلاحيته .

٢ - **عدم العقاب على الاستحالة المطلقة** : ويذهب جانب من الفقهاء من أنصار المذهب المادي (١٢٨) الى التفرقة بين الاستحالة المطلقة، والاستحالة النسبية . ويرون ان الاستحالة التي لا عقاب عليها هي **المطلقة** ، خلافا للاستحالة النسبية التي لا تمنع من العقاب باعتبار ما حصل شروعا .

ويقولون انه في الاستحالة المطلقة لا تقع الجريمة مهما كانت الظروف، من أي شخص وفي جميع الاحوال ، وبذلك يكون الخطر من فعل الجاني فيها منتفيا ولا يمكن تصويره ، أما الاستحالة النسبية فهي من قبيل الجريمة الخائبة ، حيث أن الخطر من فعل الجاني فيها يكون موجودا ، ولا ينجو

١٢٦ - الدكتور عبد المهين بكر سالم ، المرجع السابق - ص ٥٤٧ ، ويشير الى جارسون المادة ٣ نبذة ١١ ، والاستاذ علي بدوي « الاحكام العامة في القانون الجنائي » ج ١ - في الجريمة - ١٩٢٨ - ص ٢٤٣ ، والدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٦٩ .

١٢٧ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٦٩ .

١٢٨ - راجع الدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٧٠ . والدكتور عبد المهين سالم ص ٥٤٨ حيث يقول « أن بعض أنصار الاتجاه السابق ، أي المذهب المادي ، فسادوا هذه الانتقادات فقالوا ان المقصود بالاستحالة التي لا عقاب عليها هو **الاستحالة المطلقة** » . ويقول في صفحة ٥٥٢ اما التفرقة بين الاستحالة المطلقة والنسبية فنقوم على اعتبارات المذهب المادي أو الموضوعي السابق شرحها فهي صيغة في الفقه التلغيفي للعقد من نظره في عدم العقاب . وقد جاءت فعلا في وقت ملاصق لمادة هذا الاتجاه بفكرة الجريمة المستحيلة » . ويقول بنفس الصفحة (هامش ٢٨) : كان فويرباخ Feuerbach اول من نادى بفكرة الجريمة المستحيلة في مؤلف ظهر سنة ١٨٠٨ وقد أعقبه Genul في سنة ١٨٠٩ و Mittermaier سنة ١٨١٦ فقال ان المقصود بالاستحالة هو الاستحالة المطلقة لا النسبية ، وتتابع هذا الفقه في كتابات Nipples, Hous في بلجيكا ، وأورتولان بفرنسا .

المجنى عليه منه الا لجسـن حظه بالمصادفة . ولذلك فلا عقاب في حالة الاستحالة المطلقة بينما يجب العقاب في حالة الاستحالة النسبية .

والاستحالة تكون مطلقة من حيث موضوع الجريمة اذا انعدم كلية ، او فقد صفة من صفاته الاساسية . مثل محاولة قتل انسان توفى من قبل ، او اختلاس منقول يتبين انه مملوك لمن اخذه ، فلا جريمة في الحالين ولا عقاب . وتكون الاستحالة نسبية من حيث موضوع الجريمة اذا كان موجودا ولكن في غير المكان الذي ظن الجاني انه موجود فيه ، كمن يطلق عيارا ناريا على مكان تعود شخص ان ينام فيه ثم يتبين عدم وجود هذا الشخص في المكان الذي اطلق الجاني الرصاص عليه ، وكمن يكسر دولابا ليسرق منه فيجده خاليا بينما النقود محفوظة في مكان آخر .

وتكون الاستحالة مطلقة من حيث الوسيلة اذا كانت غير صالحة على الاطلاق بطبيعتها لاحداث الفرض منها وهو تحقيق الجريمة . كمن يحاول القتل بمادة يعتقد انها سامة بينما هي على غير علم منه غير ضارة على الاطلاق . وتكون الاستحالة نسبية من حيث الوسيلة اذا كانت بطبيعتها صالحة لاحداث الجريمة ، ولكن الفاعل استعمالها بكيفية او بكمية لا تحقق الفرض منها . كمن يستخدم بندقية غير فاسدة ولكنه لا يعرف كيفية استعمالها . وكمن يحاول القتل بمادة سامة او قاتلة ولكنه يضع منها للمجنى عليه كمية لا تكفى لاحداث الموت (١٢٩) .

وقد اخذت بعض القوانين الحديثة بهذه التفرقة بنص صريح . ومن ذلك المادة ٤٩ فقرة ٣ من القانون الايطالى لسنة ١٩٣٠ ، والمادة ٩٩ من قانون رومانيا الصادر في سنة ١٩٣٧ والمادة ٢٦ من قانون كوبا . وقد طبقها القضاء الفرنسى لمدة طويلة من الزمن ، وادت الى نتائج عادلة ومقبولة في

١٢٩ - من انصار هذه التفرقة

Ortolan : Element de droit pénal, 1886, no. 1002 et no. 1027.
Haus : Principes généraux de droit Belge, 1879, T. 1, nos. 459 et suiv. 9.

ومشار اليهما في مؤلف الدكتور رمسيس بهنام ص ٧٥٢ ، هامش (٢) ومؤلف الدكتور عبد المهيمن بكر سالم ، ص ٥٤٨ .

التطبيق (١٣٠) . كما أن القضاء المصرى يأخذ بها فى الغالب من أحكامه .

ومن ذلك أن محكمة النقض قضت بأنه اذا كانت المادة المستعملة صالحة بطبيعتها لاجداث النتيجة المتفاعة فلا محل للاخذ بنظرية الجريمة المستحيلة ، لان مقتضى القول بهذه النظرية الا يكون فى الامكان تحقق الجريمة **مطلقا** ، لانعدام الغاية التى ارتكبت من اجلها الجريمة او لعدم صلاحية الوسيلة التى استخدمت لارتكابها . اما كون هذه المادة (كبريتات النحاس) لا تحدث التسمم الا اذا اخذت بكمية كبيرة فهذا كله لا يفيد تحقق استحالة الجريمة بواسطة تلك المادة ، وانما هى ظروف خارجة عن ارادة الفاعل . فمن وضع مثل هذه المادة فى شراب ويقدمه لآخر يعتبر فعله اذا ثبت اقترانه بنية القتل من طراز الجريمة الخائبة لا المستحيلة ، لانه مع صلاحية الوسيلة لاجداث النتيجة المتفاعة قد خاب اثرها لاسباب لا دخل لارادة الفاعل فيها (١٣١) .

— وقضى بأنه اذا كان السلاح صالحا بطبيعته لاجداث النتيجة التى قصدها المتهم من استعماله وهى قتل المجنى عليه ، فان عدم تحقق هذا القصد — اذا كان لاسباب خارجة عن ارادة المتهم — لا يكون به الفعل جريمة مستحيلة ، وانما هو جريمة خائبة (١٣٢) .

— وفى قضية شاب شرع فى قتل ، بأن تربص للمجنى عليه اثناء مروره راكبا سيارته واطلق عليه اربعة مقذوفات نارية قاصدا قتله ، ولم تتم

١٣٠ — دونديه دي فاير — فقرة ٢٤٩ وراجع الاحكام المذكورة فيه والسناذ محمود ابراهيم اسماعيل — ص ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، ومن ذلك أن القضاء الفرنسى حكم بادانة شخص اطلق عيارا ناريا خلال نافذة كان يعتقد أن المجنى عليه خلفها فاذا به غير موجود . وحكم بالادانة بالنسبة للصوص الذى مد يده ليسرق من جيب ليس به ما يسرقه . كما انه حكم بالبراءة فى احوال اخرى كانت الاستحالة فيها مطلقة . بعض هذه الاحكام مشار اليها فى مؤلف الدكتور رمسيس بهنام ، ص ٧٥٤ — هامش (١) .

١٣١ — نقض مصري ٢٣ يوليو سنة ١٩٢٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٥٤ ، وانظر نقض ٨ ابريل سنة ١٩٢٥ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ رقم ٢٥٧ ، ونقض ١٥ مايو سنة ١٩٤٤ مجموعة القواعد القانونية ج ٦ رقم ٣٥٤ .

١٣٢ — نقض مصري ٢٥ ديسمبر سنة ١٩٢٩ مجموعة القواعد القانونية ج ٥ رقم ٣٤ .

جريمة لامر خارج عن ارادته وهو عدم احكام التصويب . دفع المتهم بالاستحالة لان الرصاص اطلق على سيارة مغلقة زجاجها غير قابل للكسر ومانع من مرور الرصاص فيه . فقضت محكمة الجنايات بأن الحادثة تكون شروعا في قتل او قف او خاب اثره طبقا للمادة ٥٥ عقوبات . وقالت محكمة النقض انها تقرر رأى محكمة الموضوع في اعتبار الجريمة خائبة وليست مستحيلة ، ما دام السلاح الذى استعمله الجانى صالحا بطبيعته لاجداث النتيجة التى قصدتها ، اما سرعة السيارة واغلاق النافذة فلا يفيدان استحالة الجريمة ، وانما هما ظرفان خارجان عن ارادة الفاعل منعا من تحقق النتيجة (١٣٣) .

ولكن هذه النظرية تعرضت لنقد الفقهاء ولم تسلم فيه ، بحجة ان الاستحالة ذاتها لا تقبل التدرج (١٣٤) ، وان الجريمة اما ان تكون ممكنة ، واما ان تكون مستحيلة ، ولا توجد درجات بين ذلك ، اى ان الاستحالة لا تقبل التدرج . وقالوا كذلك ان الاستحالة التى يصفونها بالنسبية اذا نظرنا في ظروف الفعل او الكيفية التى حصل بها تعتبر هى الاخرى مطلقة (١٣٥) . فوصف الاستحالة بالمطلقة او النسبية كما يقول انصار هذه التفرقة على ظاهرة البراق لا يخلو من التحكم . وليس له ضابط محدد ، واذا نظرنا الى كل واقعة خائبة على حد ذاتها فانها حتما مستحيلة التمام في الظروف التى احاطت بها . فعدم كفاية السم جعل جريمة التسمم مستحيلة تماما في الظروف التى حدثت فيها ، شأنها شأن استعمال مادة غير سامة اصلا ، فالاستحالة الناتجة عن الفعلين واحدة ، وامتناع اتمام الجريمة يؤكد في الصورتين على درجة واحدة . وما الفرق بين محاولة قتل شخص توفى من قبل ، ومحاولة قتل شخص غائب عن المكان الذى يعتقد الفاعل بأنه موجود

١٣٣ - نقض ٢٥ ديسمبر ١٩٣٠ - المؤسرة الجنائية للاستاذ جندي عبد الملك - ج ٥ - ص ٦٨٦ .

١٣٤ - دونديه دي غابر - فقرة ٢٥١ .

١٣٥ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٢١٧ ، الدكتور عبد المهين بكر سالم - ص ٥٤٩ ومقال بيسون Besson في الجريمة المستحيلة المشار اليه فيه .

فيه من حيث ما حصل من الفاعل ، ومن حيث خطورته الجرمية ، ومن حيث استحالة القتل . ولذلك يكون التفريق بين النوعين على أساس استحالة النتيجة فيهما غير معقول وليس له فائدة من الناحية القانونية ، لانه اذا كان بينهما فارق فانه ليس في النتيجة لان نتيجة كل منهما استحالة وقوع الجريمة وعدم امكان اتمامها او تنفيذها(١٣٦) .

٣ - العقاب في كل احوال الاستحالة : ويذهب انصار المذهب الشخصي في الشروع ، وهم المتأثرون بتعاليم المدرسة الوضعية ، الى نبد فكرة الجريمة المستحيلة ، والى وجوب العقاب على الشروع في كل احوال الاستحالة سواء اكانت مطلقة ام نسبية . وبذلك فانهم يعتبرون الاستحالة نوعا من خيبة الجريمة ولا تمنع من وجود الشروع والعقاب عليه .

ويررون رايهم بأنه لا يلزم لوجود الشروع ان يبدأ الفاعل حتما في مباشرة فعل داخل في تكوين الركن المادى للجريمة على ما عرفها القانون ، وهو ما يتطلبه انصار المذهب المادى ، وانما يكفى ان يفصح عن نيته الاكيدة على ارتكاب الجريمة مباشرة بأعمال يأتيها ولو كانت خارجة عن الركن المادى، مادامت هذه الاعمال تدل بذاتها على أنه لو ترك وشأنه لارتكب الجريمة حالا ومن طريق مباشر . وبعبارة أخرى يعتبر الفاعل شارعا اذا اتى أعمالا تنطق بخطورته الجرمية وتقربه من الدخول في الجريمة بحيث لم يعد بينه وبينها الا خطوة واحدة يكون من المحقق والمؤكد انه مقبل على اجتيازها لولا تعويقه رغم ارادته . **فالشروع على ذلك يمكن ان يكون موجودا في لحظة سابقة على الدخول في الجريمة** ، اى سابقة على اتيان فعل يدخل في تكوين الركن المادى للجريمة . ومادام الشروع يتحقق في هذه اللحظة ، فلا اهمية بعد ذلك لما اذا كانت الجريمة ممكنة او مستحيلة ، ولا لما اذا كانت الاستحالة مطلقة او نسبية ، مادام الجانى نفسه يعتقد ان من شأن سلوكه ان يحقق الجريمة .

ولا تستثنى هذه النظرية من العقاب الا الحالة التى تدل الوسيلة فيها على سذاجة الجانى وقصور عقليته ، كالشخص الذى يحاول القتل أو السرقة

مثلا بالسحر والشعوذة . وذلك لأن هذه الوسيلة تدل على انعدام خطورة هذا الشخص ، وليس لأن الجريمة مستحيلة (١٣٧) .

ولاشك في سلامة الاساس الذى يقوم عليه هذا الراى « لأن القانون حينما يجرم الشروع ينظر الى الجانب الشخصى للجانى ، فلا يقرر العقاب في هذا الشأن مقابلا بضرر اجتماعى ، وانما لأن النية التى يعبر عنها الجانى بأعمال قريبة من الجريمة تدل على ائمه وخطره ، وهذا المعنى يتحقق في حالة الاستحالة » (١٣٨) .

واجمال ما ذكرته ، هو ان البدء في التنفيذ متوفر في حالة الجريمة المستحيلة حيث لا يلزم ان يرتكب الجانى افعالا تدخل في الركن المادى للجريمة ، وانما يكفى ان يأتى من الافعال ما يقربه من الجريمة او ما يراه موصلا للنتيجة ، ولا يهم بعد ذلك ان يظهر له خيبة الفعل رغم ارادته . يعزز ذلك أن القانون في العقاب على الشروع لا يقرره بسبب الضرر المادى وانما بالنظر الى النية الاجرامية الخطرة التى يظهرها الفاعل بأعمال خارجية لها صلتها المباشرة بالجريمة . وبالتالي يجب نبذ فكرة الجريمة المستحيلة واعتبارها صورة من الجريمة الخائبة سواء كانت الاستحالة مطلقة او نسبية (١٣٩) .

١٣٧ - من انصار هذا الراى

Vidal et Magnol : cours de droit criminel et de science penitenti-
aire, 1947. n. 102, Donnedieu de vabres : Traité de droit criminel,
1947, n. 252 - 253.

Traité de droit Pénal : وغيرهم من الفقهاء المشار اليهم في مؤلف بوزات وبيناتيل :
طبعة ١٩٧٠ ج ١ - ٢٩٨ ، وخاصة جارو ، وجارسون وببسون ، وجالي .

١٣٨ - الدكتور عبد المهين بكر سالم - ص ٥٠٥ ويشير الى جارسون - نبذة ١١ .

١٣٩ - راجع الدكتور محمود محمود مصطفى - فقرة ٢١٥ . ويقول أن هذا المذهب قد استندت اليه بعض التشريعات ، كالقانون الارجنطيني الصادر سنة ١٩٢١ . ويذكر أن هذا القانون يعاقب على الجريمة المستحيلة بنصف العقوبة المقررة للجريمة النامة . ويعيز للقاضي أن يصرف النظر عن العقوبة كلية أو يخفضها بحسب درجة الخطورة التى تظهرها أفعال الجاني (مادة ٤٤) . أما القانون السويسري (المادة ٢٢ - ١) .. فيعاقب على الجريمة المستحيلة باعتبارها شروعا مع الترخيص للقاضي بالنزول الى الحد الأدنى للعقوبة . وتجيز المادة ٢٣ للقاضي اعفاء المتهم من العقوبة اذا كان عمله بسبب فقدان الذكاء . (ص ٣١٦ من المرجع السابق) .

ومع ذلك فقد تعرضت هذه النظرية للنقد ، اذ قيل « ان العيب الذى لا يمكن انكاره هو ان هذا الراى يتطرق فى العقاب الى الحد الذى لاتقتضيه مصلحة المجتمع ، واطهر مثل لذلك هو انه يتناول بالعقاب صورة الجريمة الظنية او الوهمية *délit putatif* تلك التى تكون ماثلة فى ظن الشخص وتصوره فقط ، دون ان يكون لها وجود فى القانون » (١٤٠)

٤ - **التفرقة بين الاستحالة المادية والاستحالة القانونية :** من راى الفقيه « جارو » ان العقاب على الاستحالة ينبغى ان يكون فى حالة الاستحالة **المادية فقط** سواء اكانت مطلقة أم نسبية . اما الاستحالة التى ترجع الى انعدام موضوع الجريمة أو فقد عنصر فى الجريمة غير الركن المادى فلا عقاب عليها ، وهو ما يطلق عليها الاستحالة القانونية *impossibilité de droit* .

فهو يرى أنه لى يعاقب على الشروع يجب أن يكون هنالك جريمة يحصل الشروع فيها ، فاذا لم يتوفر أحد العناصر القانونية فى الجريمة فانها لن توجد ولو نجح الفاعل فى بلوغ غايته بالنظر الى فعله المادى . فهذا الراى يقول انه لا يوجد فى القانون ما يمنع من العقاب على الشروع فى حالة الاستحالة ، بشرط أن تكون عناصر الجريمة المشروع فيها متوفرة بحسب تعريفها القانونى ، فاذا تخلف أحد عناصرها فلا يمكن أن تكون جريمة ولو نفذ الفاعل الأفعال التى توصله الى النتيجة التى كان يقصدها . فمن يختلس مالا يحسبه للغير فاذا به فى الحقيقة ماله لا يرتكب جريمة السرقة ، لانه يشترط قانونا فى السرقة أن يكون المال المنقول مملوكا لغير المختلس . فاذا اوقف فعل الشخص أو خاب أثره فى هذه الحالة فلا يصح أن نعاقبه على الشروع . ومن يحاول قتل انسان توفى من قبل فلا يصح أن نعاقبه على الشروع فى قتل ، لأن القانون يشترط فى جريمة القتل أن يكون المجنى عليه انسانا حيا . واذا دامت الجريمة مستحيلة قانونا فلا يمكن أن يكون فيها شروع معاقب عليه . وذلك لأن الأعمال التى تظهر بها خطورة الشخص

١٤٠ - الدكتور عبد المهين بكر سالم - ص ٥٥١ . ويشير الى جارسون - نبذة ١٢٠ . ومن أمثلة الجريمة الظنية أو الوهمية من يختلس ماله وهو يعتقد أنه مال الغير .

لا تستأهل مؤاخذه جزائيا الا اذا كان الامر بشأن جريمة تتوفر اركانها وعناصرها وفقا لمبدأ قانونية الجرائم والعقوبات .

اما اذا كانت عناصر الجريمة متوفرة قانونا فان استحالة ارتكابها ماديا اى استحالة ارتكاب الفعل المادى ، وهو ما يعرف بالاستحالة المادية ، لاتمنع من وجود الشروع ووجوب العقاب عليه سواء كانت هذه الاستحالة مطلقة او نسبية (١٤١) . وهو يقصد بالاستحالة المادية الاستحالة التى تنشأ عن ظروف مادية بعيدة عن مقومات الجريمة حسبما عرفها الشارع فى النص . فيدخل فى ذلك الاستحالة من جهة الوسائل ولو كانت مطلقة ، والاستحالة من حيث موضوع الجريمة مادام غير منعدم او فقد صفة اساسية فيه ، وهو ما يعرف بالاستحالة النسبية فيما سبق . فمن يضع يده فى جيب آخر للسرقة فلا يجد ما يسرقه ، والذي يطلق النار على عدوه من بندقية فلا تنطلق لعيب فيها ، يعاقبون على الشروع . ولا يستثنى « جارو » من حالات الوسائل غير الصالحة التى يعاقب فيها على الشروع الا حالة الوسائل المحددة بنص القانون كالقتل بالسم حيث يتطلب القانون استعمال جواهر سامة ، فالوسيلة هنا قانونية (١٤٢) .

ولم تسلم هذه النظرية من النقد . فقد قال جانب من الفقهاء انها صورة من التفرقة بين الاستحالة النسبية والاستحالة المطلقة ، على الأقل فيما يتعلق بموضوع الجريمة (١٤٣) . فمن يستولى على مال مملوك له معتقدا انه ملك غيره بقصد سرقة لا يعاقب فى هذا الراى **لاستحالة** وقوع الجريمة **قانونا** ، والاستحالة هنا هى بذاتها **الاستحالة المطلقة** التى يقول بها الراى السابق . ومن يطلق عيارا على شخص فى المكان الذى تعود المبيت فيه ويصادف غيابه عنه وعدم وجوده فيه يعد شارعا لان الاستحالة وفقا لهذه

١٤١ - جارو Garraud المطول فى قانون العقوبات الفرنسى - الطبعة الثالثة - ج ١ فقرة ٢٤٢ ٦
والوجيز فى القانون الجنائي - طبعة ١٩٢٦ - ص ١٧٤ - ١٧٦ .

١٤٢ - الاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - فقرة ١٢٤ ، والدكتور محمود مصطفى فقرة ٢١٤ .

١٤٣ - جارسون Garçon المرجع السابق - بند ١١٦ ، والدكتور السعيد مصطفى الدسميد ص ٢٧٢ ، والاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - ص ٢٥٢ .

النظرية مادية ، ويعد كذلك شارعا في الراى الذى يأخذ بالتفرقة بين الاستحالة النسبية والمطلقة . ومن الفقهاء من يتشكك في مقياس التفرقة بين الاستحالة القانونية والمادية كذلك ، ففي السرقة يتطلب القانون وجود شيء يسرق ، فالسرقة من مكان لا يوجد فيه ما يسرقه اللص تستحيل قانونا كما تستحيل سرقة الانسان ماله (١٤٤) . وبعض الفقهاء يذكر لها ميزة في عدم اعتبارها أى نوع من الاستحالة المادية مما يمنع من العقاب على الشروع ، الا اذا استلزم القانون وقوع الجريمة بوسيلة معينة (١٤٥) .

ولكن من الشراح من يرى أن التفرقة بين الاستحالة المادية والقانونية تعد تطبيقا صحيحا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات . ومن هؤلاء الفقيه رو Roux ، فهو يأخذ برأى جارو ، وينظر الى الاستحالة المادية كصورة للشروع المعاقب عليه ، سواء كانت نسبية او مطلقة . اما الاستحالة القانونية فهي في نظره ان دلت على نية الشخص الاجرامية بما وقع منه من نشاط اجرامى ، الا أنه ليس في عمله اعتداء على حق يحميه القانون (١٤٦) . وكذلك يعتنقها الاستاذان « ميرل وفيتى » Merle et vitu لتفادى ما يؤخذ على راي المذهب الشخصى من العقاب على الجرائم الوهمية أو الظنية (١٤٧) .

ولهذه النظرية أنصار ايضا في الفقه المصرى . فالدكتور نجيب حسنى يعتبر الاستحالة القانونية خارج نطاق العقاب ، وخارج نطاق المناقشة بشأن الجريمة المستحيلة (١٤٨) . والدكتور عبد المهيم بكر سالم يذهب بشأن نظرية « جارو » الى : « انه قد أسئ فهم هذه الفكرة ، كما أسئ تقديرها . فالبعض لم يتبين انها قيد على راي انصار الاتجاه الشخصى وانها تدور في فلكه ، والبعض قال انها صورة من التفرقة بين الاستحالة المطلقة والاستحالة

١٤٤ - بيسون Besson - مقالته السابق الإشارة اليه ، ص ٢٥٢ ، والدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٧٣ ، والاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل ص ٢٥٢ .

١٤٥ - الدكتور السعيد مصطفى السعيد - ص ٢٧٣ .

١٤٦ - رو Roux - المرجع السابق - ج ١ ص ١١٨ و ١١٩ .

١٤٧ - ميرل وفيتى Merle et Vitu - المرجع السابق - ج ١

١٤٨ - الدكتور محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق . ص ٣٧٨ - ٣٨٠ .

النسبية ، مع انها في الواقع تختلف عن هذه التفرقة في اساسها وفي نتائجها
فنظرية « جارو » في شأن الاستحالة تقوم على النظر في نفسية الجاني ودرجة
خطورته . وترى عقابه كلما اوضحت اعماله عن عزم نهائى وشيك على مقارفة
الجريمة ، حتى ولو استحال تنفيذها ماديا ، ايا كان نوع الاستحالة ، ولكنها
لا تنظر الى الجريمة الا في نطاق القانون فلا ترى في افصاح اعمال المرء عن
شره او خطره ما يستأهل مؤاخذته جنائيا الا اذا كان هذا الافصاح بشأن
واقعة اجرامية محددة في القانون ومستكملة عناصرها طبقا
لاحكامه ، وهو ما تفرضه بداية قاعدة شرعية الجرائم والعقوبات
المطلقة والنسبية فتقوم على اعتبارات المذهب المادى او الموضوعى للحد من
تطرفه في عدم العقاب . ثم يقارن بينهما من حيث النتائج ، ويقول : « وهذا
ما يوضح لنا أن الفكرتين تتلاقيان احيانا ولكنهما لا تتطابقان كما اعتقد
البعض » . وينتهى الى أنه لا سبيل الى انكار صحة رأى « جارو » لانه
تطبيق لقاعدة اصولية في القانون (١٤٩) . فهو كما يظهر لا يأخذ بنظرية
الاستحالة التى يرى نبذها ووجوب العقاب فيها باعتبارها شروعا ، ولكنه
كما فعل الاستاذ جارو - يتمسك بمبدأ الشرعية ويخرج الاستحالة القانونية
من دائرة العقاب .

موقف القانون الكويتى : يأخذ القانون الكويتى بالمذهب الشخصى
في الشروع . كما أنه في احوال الاستحالة يعاقب على الشروع سواء كانت
الاستحالة مطلقة او نسبية . وعلى ذلك نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٥
جزاء على انه « يعد المتهم شارعا سواء استنفذ نشاطه ولم يستطع رغم ذلك
اتمام الجريمة ، او اوقف رغم ارادته دون القيام بكل الافعال التى بوسعه
ارتكابها . ولا يحول دون اعتبار الفعل شروعا ان تثبت استحالة الجريمة
لظروف يجهلها الفاعل » .

فالقانون الكويتى ينبذ فكرة الجريمة المستحيلة، ايا كان نوع الاستحالة

١٤٩ - الدكتور عبد المهيمن بكر سالم - القسم الخاص في قانون العقوبات المصري - ص ٥٥١ -
٥٥٢ .

وهذا ما يفهم من نص المادة ٤٥ . كما انه في هذا النص اشار الى فكرة لها اهميتها ، هي ان الاستحالة لا تثار الا اذا كان الجاني يجهل سببها عندما اقدم على ارتكاب سلوكه الاجرامى ، لان من يقدم على عمل وهو يعرف مقدما استحالاته يكون عابثا وينتفى لديه القصد الجنائى في ارتكاب الجريمة .

وقد قال الاستاذ الدكتور عبد الوهاب حومد « ان مثل هذا النص الكويتى موجود فى القانون السورى المادة ٢٠٢ ، والقانون العراقى (المادة ٥٩) . ولكن النص الكويتى ، على ما فيه من منطق سيجد نفسه وجها لوجه امام حالات دقيقة ، وسيقع القاضى فى حرج مؤكد حيالها ، فكيف يتصرف القاضى اذا جاءه شخص متهم بمحاولة قتل آخر بواسطة الرقى أو السحر ؟ او اسقاط جنين امرأة بواسطة حقنة لا تحتوى على اية مواد ضارة او مجهزة ، ان بعض القوانين تنبعت لهذه الوسائل ، وقررت ، بعد ان تبنت المذهب الشخصى ، عدم مساءلة من يرتكب فعلة « بغير فهم » و « من ارتكب فعلا وظن انه يكون جريمة » ، كما لو شرع فى سرقة شئ يظنه لشريكه فاذا هو ملكه الشخصى ، او كمن حاول المتاجرة فى مادة كانت محظورة وهو يجهل ان الحظر قد رفع عنها (١٥٠) .

وظاهر ان الدكتور عبد الوهاب حومد يرى ان القانون الكويتى يعاقب على الشروع مع استحالة الجريمة ، مطلقة كانت الاستحالة او نسبية . ولكنه يعتقد ان ذلك سيثير اشكالات ، اعطى امثلتها وهى حالة سذاجة الجانى ، وحالة الجريمة الظنية او التصورية التى توجد فى ذهن الشخص ومخيلته دون أساس لها من الواقع أو القانون ، وكذلك حالة ارتكاب الفعل بغير فهم . ثم عرض ان القضاء المصرى عاقب على الجريمة المستحيلة فى كثير من قراراته الحديثة (١٥١) ، والى ان الاتجاه الفرنسى المسيطر الان هو

١٥٠ - الدكتور عبد الوهاب حومد - المرجع السابق - ص ١٧٠ - ١٧١ .

١٥١ - تشير فى ذلك الى حكم النقض فى ١٢/١٢/١٩١٣ ، المجموعة الرسمية س ١٥ قضية ١٨ ، ونقض ١٩٢٢/٥/١٦ مجموعة القواعد ج ٢ القضية ٢٤٧ ونقض ١٩٦٢/١/١ أحكام النقض س ١٣ القضية رقم ٢ (ص ١٧١ من المرجع السابق) .

الاتجاه الشخصي (١٥٢) .

وقد تعرض الدكتور عبد المهيم بكر سالم لهذه المسألة فقال : « ان قانون الجزاء الكويتي يأخذ في الشروع بالمذهب الشخصي وقد افصح في شأن الاستحالة عن اعتناق منطق هذا المذهب ، وهو العقاب في حالة الاستحالة باعتبار الفعل شروعا . ثم تعرض للأساس المبرر لخطه القانون في العقاب على أحوال الاستحالة مطلقة كانت او نسبية ، بأن النية التي يعبر عنها الجاني بأعمال قريبة من الجريمة تدل على ائمه وخطره ، وهذا المعنى يتحقق في حالة الاستحالة مما لا يدع مجالا للشك في أنها لا تمنع من وجود الشروع .

ثم قال : ولكن لا يصح ان يفهم ان قانون الجزاء يتطرق في العقاب الى حد أنه يتناول الجريمة الوهمية او الظنية ... فالمقصود بالاستحالة التي تمنع من وجود الشروع هو الاستحالة المادية مطلقة كانت او نسبية . واذن يجب ان نضيف الى سذاجة الجاني وقصور عقليته ، باللجوء الى السحر والشعوذة حالة أخرى يمتنع فيها العقاب ، وهي حالة الاستحالة القانونية ، لأن ذلك ما تفرضه شرعية الجرائم والعقوبات . ثم عرض لنظرية « جارو » واعطى أمثلة منها : انه من العناصر القانونية في جريمة القتل ان يكون المجنى عليه انسانا حيا . فلو قتلت ام وليدها اثر وضعه ولكن تبين ان الوليد كان كائنا شاذا الى حد يخرج من عداد بنى الانسان فلا جريمة لانتفاء وجود الانسان محل القتل . ومن باب أولى ، فلو أوقف نشاطها أو خاب أثره في هذا الغرض - فانه لا يصح اعتباره شروعا . ويمكن أن يترتب نفس الحكم لو كان الطفل سويا في تكوينه ولكنه توفي قبل الفعل ، فمحاولة الأم قتله لا يعتد بها لأن محل الجريمة منعدم . ثم يعرض لوجوب العقاب في حالة الاستحالة المادية . ويخلص الى ان الفكرة الواجبة الاتباع في القانون الكويتي هي التي تقضي بالعقاب في كل صور الاستحالة دون تفرقة ، باستثناء الحالة التي تدل الوسيلة فيها على سذاجة الجاني وقصور عقليته كالجوء الى السحر والشعوذة ، وباستثناء الحالة التي يتخلف فيها عنصر قانوني في الجريمة

١٥٢ - ويشير في ذلك الى نقض فرنسي ٩ نوفمبر ١٩٢٨ داللو الدوري قسم ١ ص ٩٧ ونقض فرنسي ٨ يولييه سنة ١٩٤٣ داللو ١٩٤٣ رقم ٥ (ص ١٧١ - ١٧٢) .

يمنع قيامها حتى لغرض تحقق اثر النشاط (١٥٣) .

واذن فالقانون الكويتي يعاقب في احوال الاستحالة باعتبار الفعل شروعا وهو رأى المذهب الشخصى . وما يشيره الدكتور عبد الوهاب حومد من مشاكل يصح أن يحل على ضوء المذهب دون تخوف .

اما اخراج الاستحالة القانونية من نطاق العقاب فالراجع في نظرى غير ذلك . لأن التفرقة بين أنواع الاستحالة يمكن المنازعة فيها ، فهو تنويع لحالة واحدة هي عدم تحقق الجريمة ، وهذه الأقسام كما رأينا ليست خالية من التداخل ولا سليمة من التحكم في مآثرته من نتائج قانونية قد تكون بعيدة عن الصواب ، فمثلا الشروع في قتل انسان توفى من قبل لا يختلف من حيث خطورة الجاني ولا من حيث النتائج عن الشروع في قتل انسان غير موجود في المكان الذى افترض الجاني وجوده فيه . فالفعل في الحالين يبدى خطورة مرتكبه الاجرامية ، والنتيجة كذلك قد استحالت في الحالين بسبب قهرى لا يعلم به الجاني . فالاستحالة القانونية لتخلف موضوع الجريمة في المثال السابق لا فرق بينها وبين ما اطلقوا عليه « الاستحالة النسبية او المادية » اذا كان النظر الى نفسية الجاني وعدم وقوع الجريمة او استحالتها . والصواب في نظرى هو النظر : الى أفعال الجاني التى تقربه من الجريمة وتظهر اقدامه على ارتكابها ، وتصله بها مباشرة ، **وهى التى تدل على خطورته الجرمية** التى يهتم بها المذهب الشخصى ، وذلك بفض النظر عما اذا كان يستحيل وقوع الجريمة ، وأيا كان نوع الاستحالة ، اذ لا فرق بين أن تكون نسبية او مطلقة ، قانونية او مادية ، فما دام فعل الجاني دالا على نفسيته الخطرة ، وقد دنا بها من الجريمة بحيث لم يعد بينه وبينها الا خطوة واحدة لو ترك وشأنه لاجتازها فانه يجب العقاب باعتبار الواقعة شروعا دون التفات الى استحالة وقوع الجريمة لأى سبب ، وهو ما يتفق مع فقه المذهب الشخصى في الشروع ، **وما يصح فهمه من نص المادة ٥٠ جزاء فقرة ثانية .**

والخلاصة : انه وفقا لقانون الجزاء الكويتي يجب عدم اثاره فكرة استحالة الجريمة ، ويجب اعتبارها صورة للجريمة الخائبة . وهذا هو

ما يؤدي اليه الاخذ بالمذهب الشخصى فى الشروع . ولا داعى بعد ذلك للبحث فيما اذا كانت الاستحالة مطلقة ام نسبية، قانونية او مادية . مادامت الاهمية فى القول بوجود الشروع هو النظر الى نية المجرم الخطرة على المجتمع ، والتي ظهرت بأفعال خارجية ذات اتصال مباشر بالجريمة ، اى التى بحسب اعتقاده تؤدي الى الجريمة مباشرة . ومتى توفرت هذه الأفعال المادية التى تظهر تلك النية الجرمية الخطرة كان صاحبها شارعا فى الجريمة ، ولا يصح البحث فيما اذا كان وقوعها ممكنا او مستحيلا . فاذا ظهر عدم خطورة الجانى من أفعاله كما رأينا فى حالة اللجوء الى السحر والشعوذة فلا عقاب ، لان مثل هذا الشخص ساذج وعنده قصور فى عقليته ولا خطر فيه ، وهو مايقول به انصار المذهب الشخصى . والراجع لدى الجانب الغالب من الفقهاء الفرنسيين والمصريين (١٥٤) .

ومن احكام القضاء المصرى ما يؤيد ذلك ، فقررت محكمة النقض فى اسباب حكم لها أن الشروع فى جريمة القتل بالسم يتوفر ولو كانت المادة المستعملة غير كافية او غير ضارة عن جهل من الجانى مادام قد قصد بها القتل وظهر قصده بأفعال مقاربة للجناية ، واما كونها غير ضارة او غير كافية فهى ظروف قهرية تجعل الفعل شروعا بدلا من قتل تام (١٥٥) . وقررت فى حكم آخر انه اذا كان المتهم تعمد قتل المجنى عليها مستعملا لذلك بندقية وهو يعتقد صلاحيتها لخراج مقذوفها ، فاذا بها فى غفلة غير صالحة لخراج المقذوف لقصر ابرتها ، فان الحادثة تكون شروعا فى قتل ، ولا محل للاخذ

١٥٤ — دونديه دي فاير — فقرة ٢٥٢ ، فيدال ومانبول — ج ١ — فقرة ١٥٢ ، جارسون — المادة ٢ — بند ١١٤ ، والدكتور محمود محمود مصطفى — فقرة ٢١٥ ، والدكتور السعيد مصطفى السعيد وهو يقول : انه قد لوحظ على رأي المذهب الشخصى « اسرافا فسي العقاب لا يتفق مع الفرض منه وحكمته ، فهو يؤدي الى العقاب على الشروع فى جرائم وهمية لا وجود لها الا فى مخيلة الجانى ... ومع ذلك فالعقاب فى هذه الصور المتطرفة لا تباها فكرة الشروع القائمة على خطورة الجانى وسميه الجدى فى سبيل الجريمة ، واذا كانت الجريمة وهمية فى الواقع فهى ليست كذلك فى نظره هو وقت أن ارتكب الفصل ، فخطورته يقينية » — المرجع السابق ص ٢٧٤ ، ومن هذا الراى كذلك الاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل — فقرة ١٢٥ ص ٢٥٣ .

١٥٥ — نقض ١٢ ديسمبر سنة ١٩١٣ المجموعة الرسمية س ١٥ رقم ١٨ .

بنظرية الجريمة المستحيلة في هذه الحالة لأن عبارة المادة ٤٥ عقوبات عبارة عامة تشملها (١٥٦) .

وقد أخذ القضاء الفرنسى بهذا المذهب ، فلم يفرق بين أنواع الاستحالة فيما يتعلق بالشروع في الاجهاض . ذلك ان المشرع الفرنسى عدل نص المادة ٣١٧ ع في ٢٩ يولية سنة ١٩٣٩ فقرر أن الشروع في الجريمة يتوفر ولو كانت الانثى غير حامل مادامت الافعال قد بوشرت على أساس افتراضها حبلى . ففى حادثة احدى القضايا كان المتهمون قد حاولوا اجهاض خادماتهم بحقنها بالكولونيا وبها مخلوط من الخل أو الخمر ، وهى وسيلة لا تؤدي مطلقا الى الاجهاض فقطت محكمة النقض بأن ذلك يعتبر شروعا ، والاستحالة في هذه القضية مطلقة (١٥٧) . فلما صدر التعديل المذكور قضى بأن المرأة التى تحاول اجهاض نفسها وهى تظن انها حامل في حين أنها ليست كذلك تعاقب على الشروع في الاجهاض (١٥٨) . ومن الفقهاء من يرى ذلك تطبيقا للقواعد العامة في الاستحالة بكل تقسيماتها دون تفرقة (١٥٩) . وهذا ما يتفق مع ما اعتقده وما افهمه من فحوى نص المادة ٤٥ جزاء كويتى . حيث يجب وفقا لها العقاب

١٥٦ - نقض ١٦ مايو سنة ١٩٢٢ مجموعة القواعد القانونية ج ٢ رقم ٢٤٧ ص ٥٣١ . ويقول الدكتور السعيد مصطفى السعيد « يلاحظ على وجه العموم انه برغم اتجاه محكمة النقض المصرية نحو التوسع في العقاب على الشروع في الاحوال التي يظهر فيها ان تنفيذ الجريمة مستحيل ، فانها لم تقل بعد كلمتها في المذهب الشخصي في صورته المتطرفة » المرجع السابق ص ٢٧٤ .

١٥٧ - نقض فرنسي ٩ نوفمبر ١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩ القسم الاول ص ٩٧ مشار اليه في مؤلف الدكتور عبد الوهاب حومد - ص ١٧١ ، والدكتور محمود محمود مصطفى ص ٣١٧ والستاذ محمود ابراهيم اسماعيل - ص ٢٥٤ .

١٥٨ - نقض ٨ يولية ١٩٤٣ سبرى ١٩٤٤ - ١ - ص ٢٧ ، ونقض ٣٠ مارس سنة ١٩٤٤ دالوز ١٩٤٤ ص ٨٩ مشار الى هـ ذم الاحكام في دوندييه دي غابير ص ١٤٣ ، والدكتور محمود محمود مصطفى - ص ٣١٧ .

١٥٩ - دوندييه دي فابر - فقرة ٢٥٢ ، وفيidal ومانويل - ص ١٦١ ، والدكتور محمود مصطفى - ص ٣١٧ . فهو يرى أن النص بالشروع يحيط بكامل صور الجريمة المستحيلة وان تعديل المادة ٣١٧ فرنسي ليس الا تطبيقا للقاعدة العامة ، وان الفقه الحديث يتجه الى هذا الرأي (هامش في ص ٣١٧) .

فى كل صور الاستحالة لأن الشرع المعاقب عليه يوجد بارتكاب الجانى اعمالا تقربه بحسب اعتقاده من الجريمة مباشرة وتدل على خطورته على المجتمع . ولا أهمية بعد ذلك كما تصرأ المادة ٥ { جزاء لما اذا كانت الجريمة مستحيلة ولا لنوع الاستحالة ، خاصة » وان القانون لا ينظر فى الشرع الى الناحية المادية او الناحية القانونية الا بمنظار الجانى نفسه ، فمتى أتى الجانى افعالا هى فى نظره مؤدية الى النتيجة المعاقب عليها فانه يعاقب على الشرع بصرف النظر عما اذا كان تحقق هذه النتيجة ممكنا من الناحية الواقعية او القانونية » (١٦٠) .

الفصل الرابع

في عقاب الشروع

توجب العدالة ومصلحة المجتمع ان يتدخل المشرع بالعقاب على الشروع
فقد اظهر الجاني خطورته الاجرامية ، بأعمال كاد بها أن يرتكب الجريمة ،
لولا أن نشاطه قد اوقف أو خاب اثره لأسباب لا دخل لارادته فيها . لذلك
تجرم القوانين الجنائية الحديثة الشروع في الجرائم وتعاقب عليه .

والأمر يقتضى التساؤل عما اذا كان هنالك جرائم لا يتصور فيها الشروع
ام انه يتحقق في كل الجرائم . كما انه يجب معرفة ما اذا كان العقاب على
الشروع ينطبق في كل الجرائم التي يمكن تصوره فيها ، ام أن ذلك يتوقف
على جسامة الجريمة التي حصل فيها الشروع . وهل يجب أن يكون عقاب
الشروع في القانون هو عقاب الجريمة التامة ام انه يكون دون ذلك ؟

١ - **الجرائم التي لا يتصور فيها الشروع** : الرأي في الفقه ان الشروع
لا يتفق وطبيعة الجرائم السلبية . أي انه لا يتصور وجوده في الجرائم التي
تقع بالامتناع عما أمر القانون باتيانه ، حيث لا يوجد نشاط خارجي يفصح
عن البدء في التنفيذ الذي يعد شروعا . فهذه الجرائم تبدأ وتنتهي دون حاجة
الى قيام الجاني بعمل أو بجهد لارتكابها مما يجعل من غير الممكن قانونا تمييز
اللحظة التي يوجد فيها البدء في التنفيذ ، وارتباط مراحل هذه الجرائم
وعدم امكان التمييز بينها يجعل من المتعذر تصور الشروع فيها ، فهي اما ان

تقع تامة او لا تقع على الاطلاق (١٦١) ، وعلى ذلك فانه لا شروع في جريمة امتناع القاضى عن الحكم ، وفى الامتناع عن أداء الشهادة دون مبرر قانونى ، وما الى ذلك من الجرائم السلبية .

كما ان الشروع لا يتصور فى الجرائم الشكلية ، وهى التى تتكون من سلوك معين بغض النظر عن نتيجته (١٦٢) . مثل جريمة الرشوة . ولذلك

١٦١ - فيدال ومانبول ، المرجع السابق ج ١ ص ١٢٠ ، وعلى بدوي المرجع السابق ص ٢٢٨ ، والبير صالح ص ١١٨ ومن رأي الاستاذين علي بدوي وشيرون انه يمكن تصور الشروع فى بعض الجنابات السلبية ، كما هو الشأن فى جريمة الحارس الذى يتغافل عمدا عن هرب المقبوض عليه المحكوم عليه بالاعدام ، او بعقوبة مقيدة للحرية ، فمن الممكن تصور الشروع فيها بتصنع الحارس للنوم اثناء محاولة المقبوض عليه الهرب ، ثم يوقف الهارب بيد حارس آخر اثناء اجتيازه سور السجن (بدوي وشيرون فى التعليق على قانون العقوبات المصري الجديد ص ٢٢٧ ، ولكن جريمة التغافل عن هرب المسجون عمدا ، او تهريبه ليست جريمة سلبية بحتة ، وانما هي جريمة ايجابية ويمكن أن تقع بطريق سلبي ، البير صالح ص ١١٩) .

١٦٢ - دونديه دي فابر : المطول فى القانون الجنائي طبعة ١٩٤٧ ص ١٣٦ . وفى شأن الرشوة يقول الراي الراجح انه بعد ان اصبح الطلب عملا تنفيذيا كافيا لوجود الجريمة لم يعد هناك مجال للشروع فيها فهي اما ان تقع تامة باحد الاعمال المادية المذكورة وهى الاخذ للعطية او القبول للوعد بها او الطلب للعطية او الوعد ، واما الا تتحقق على الاطلاق حتى ولا فى صورة الشروع . (راجع الدكتور محمود مصطفى المرجع السابق ص ٢٢٤ ، والدكتور علي راشد الجرائم المضرة بالمصلحة العمومية ١٩٥٨ ص ٥٢ و ٥٧ ، والدكتور عبد المهيمن بكر سالم ، الجرائم المضرة بالمصلحة العامة ١٩٦٠ ص ٢٠ نبذة ٤٤ ، والاحكام المصرية المذكورة فيه) .

ويشير الدكتور عبد المهيمن بكر الى أن الاتجاه السائد فى القانون الايطالي هو أن الرشوة تقبل وجود الشروع فيها ولا تأباه قانونا . وهذا ما يتحقق بالنسبة للمرتشي اذا طلب من الراشي نقودا او غيرها من المنافع ، او اذا حرض على استيعاده بذلك ، فلم يحصل فى كلا الحالين على العطية او على الوعد بها . ذلك لان الرشوة فى القانون الايطالي وفقا لمؤدجها المجرى تتطلب نشاطين متقابلين من فاعلين على الذى يدخلها معا فى رابطة الرشوة ، ولا بد لذلك من ان يحصل اخذ للعطية او قبول للوعد بها . فلا يكفي اذا لتمام الرشوة فى القانون الايطالي مجرد الطلب للفائدة او الوعد بها ، خلافا للقوانين التى تجعل من الطلب عملا تنفيذيا تاما ولو حصل رفضه ، ومن ثم جاز ان يعد الطلب من قبيل الشروع فى القانون الايطالي على اعتبار أن المادة ٥٦ عقوبات ايطالي تعتبر من قبيل الشروع المعاقب عليه الاعمال التحضيرية التى من شأنها ان تؤدي الى الجريمة

فالراى فى شأنها هو أنها اما أن تقع تامة أو لا تبدأ مطلقا ، فأفعالها هى الأخذ للمعطية ، أو القبول للوعد ، أو طلب أحدهما ، وفى كل من هذه الأفعال ينحصر مبدأ التنفيذ ونهايته .

كذلك لا شروع فى الجرائم التى ينصب العقاب فيها على نتيجة معينة بحيث تكون هذه النتيجة هى كل اعتبار القانون فى التجريم ، كما هو الشأن فى شهادة الزور ، وفقا للمادة ١٣٦ جزاء ، فان للشاهد أن يرجع عن شهادته الكاذبة قبل أقفال باب المرافعة ، وبذلك لا تعد شهادته التى كذب فيها جريمة ما دام قد رجع عنها فى الوقت الذى بينه القانون ، ولا يصح قبل ذلك معاقبته على شروع فى جريمة شهادة الزور (١٦٣) .

ومن الواضح أن الشروع لا يكون فى الجرائم التى تتعارض طبيعتها مع فكرته القائمة على قصد الجريمة ، كالجرائم غير العمدية والجرائم ذات النتائج المحتملة مثل الضرب المفضى الى الموت ، وهو ما سبق عنه الكلام فى القصد الجنائى فى الشروع .

ولكن هل يتصور الشروع فى الجريمة الإيجابية ، كالقتل العمد ، اذا وقعت بالتسرك أو الامتناع *Delit commission par omission* مثال ذلك من يمتنع عامدا عن اطعام شخص عاجز من أن يحصل لنفسه على ضرورات الحياة بسبب سنه أو مرضه أو اختلال عقله أو تقييد حريته ، فى حين انه يكون ملتزما قانونا بتوفير هذه الاحتياجات ، ويثبت أن قصده

دون التباس فى تأويلها (القسم الخاص فى قانون العقوبات — الطبعة السابعة
ص ١٠٨) .

وليس من شك فى أن النص على الطلب قد قضى على إمكان وجود الشروع فى الرشوة ، وهذا ما يقول به الفقه الفرنسى الحديث (بوزا — المرجع السابع ص ٢٨٨ ، والأحكام المشار إليها فيه ، ودونديه دي فابر — المرجع السابق ص ١٣٦) .

١٦٣ — بوزا ، المرجع السابق ص ٢٨٨ ، والدكتور السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ص ٢٧٨ ، ٢٧٩ والفهاء المشار اليهم فيه .

من الامتناع هو قتل هذا الشخص أو اصابته بإيذاء (١٦٤) .

الواقع انه متى كان على الممتنع التزام قانوني بتقديم هذه الضرورات فيخالف متعمدا هذا الالتزام بقصد قتل الشخص أو إيذائه ، ومتى قامت رابطة السببية (١٦٥) بين امتناعه والوفاة أو الإيذاء المقصود ، فانه يسأل عن ذلك كما لو حدثت النتيجة بفعله الإيجابي . كما انه يصح عقابه على الشروع اذا لم تتحقق النتيجة التي قصدها لتدخل ظروف خارجة عن ارادته . وعلى ذلك فانه يمكن تصور الشروع في ارتكاب الجريمة الإيجابية بالامتناع ، ويكون الفاعل مسئولا عن هذه الجريمة اذا تمت ، ويؤاخذ عن الشروع اذا اكتشف الأمر واتخذ المجنى عليه من الموت أو الإيذاء رغم ارادة الجاني (١٦٦) .

٢ - **الجرائم المعاقب على الشروع فيها** : هل يعاقب القانون على الشروع في كل الجرائم التي يتصور وجوده فيها ، أم انه يكتفى بالعقاب على الشروع في الجرائم الخطيرة دون غيرها ؟

كانت القوانين القديمة تقصر العقاب على الشروع في الجرائم الخطيرة . فمثلا كان القانون الروماني يعاقب على الشروع في الجنايات الجسيمة ، وكان القانون الفرنسي لسنة ١٧٩١ ينص على حالتين للشروع فقط في جناية القتل

١٦٤ - تنص المادة ١٦٦ من قانون الجزاء الكويتي على أن « كل شخص يلزمه القانون برعاية شخص آخر عاجز من أن يحصل لنفسه على ضرورات الحياة ، بسبب سنه أو مرضه أو اختلال عقله أو تقييد حريته ، سواء نشأ الالتزام عن نص القانون مباشرة أو عن عقد أو عن فعل مشروع أو غير مشروع فامتنع عمدا عن القيام بالتزامه وأفضى ذلك الى وفاة المجنى عليه أو الى اصابته بأذى ، يعاقب ، حسب قصد الجاني وجسامة الإصابات ، بالعقوبات المنصوص عليها في المواد ١٤٩ ، ١٥٠ ، ١٥٢ ، ١٦٠ ، ١٦٢ و ١٦٣ . فان كان الامتناع عن افعال لا عن قصد ، وقعت العقوبات المنصوص عليها في المادتين ١٥٤ و ١٦٤ » . راجع أيضا نص المادة ١٦٧ من قانون الجزاء .

١٦٥ - في شأن السببية في القانون الكويتي راجع المادة ١٥٧ من قانون الجزاء .

١٦٦ - اتساذ علي بدوي المرجع السابق ص ٢٣٩ ، والدكتور السعيد مصطفى السعيد ، المرجع السابق ص ٢٧٨ ، البير صالح ص ١٢٠ و ١٢١ ، الدكتور محمود مصطفى ، المرجع السابق ص ٢٢٤ هامش .

العمد ، وبذلك كانت القوانين القديمة خالية من نظرية عامة تعالج قضايا الشروع .

اما القوانين الحديثة فقد درجت في شأن عقاب الشروع على اسلوبين مختلفين : فمن هذه القوانين ما يعاقب على الشروع في الجنايات الا ما استثنى بنص خاص ، اما الجنج فلا يعاقب على الشروع فيها الا اذا نص القانون على ذلك ، ولا عقاب على الشروع في المخالفات مطلقا . وهذه خطة القانون الفرنسى في المادتين ٢ ، ٣ عقوبات ، والقانون الالماني (المادة ٤٣) والقانون البلجيكي في المادتين ٤٦ ، ٤٧ ، عقوبات ، وكذلك القانون السوري (في المادة ٢٠٢) .

ومن القوانين ما يعاقب على الشروع في الجنايات والجنج على حد سواء الا ما يستثنيه القانون ، ولا تعاقب على الشروع في المخالفات . وهذه خطة الكثير من التشريعات الحديثة ، كالقانون الايطالي في المادتين (٦١ و ٦٣) ، والقانون الاسباني (المادة ٣) ، والقانون الكويتي ، حيث لم يفرق في الشروع بين الجناية والجنحة (المادة ٤٥) ، والقانون العراقي ، حيث نصت المادة ٦٠ منه على انه « يعاقب على الشروع في ارتكاب جناية او جنحة .. ما لم ينص القانون على خلاف ذلك .. » .

وعلى هذا فان التشريعات تتفق في العقاب على الشروع في الجنايات الا ما استثنى بنص ، وفي عدم العقاب على الشروع في المخالفات . ولكن الخلاف بينها هو في شأن عقاب الشروع في الجنج ، فبعضها لا يعاقب على الشروع في الجنج الا اذا نص القانون على ذلك ، والبعض الاخر لا يفرق بين الجنايات والجنج من حيث العقاب على الشروع فيها .

وعدم العقاب على الشروع في المخالفات يرجع الى انها قليلة الاهمية ، والى ان القوانين تعاقب عليها سواء وقعت عمدا او باهمال ، والشروع غير متصور في المخالفات غير العمدية ، كما انه ليس له خطر في المخالفات العمدية يستأهل العقاب . ولذلك تتفق القوانين في عدم العقاب على الشروع فيها .

اما منهج القوانين التي لا تعاقب على الشروع في الجنج الا اذا نص القانون على ذلك ، حيث يكون في بعضها شروع يعاقب عليه ، والبعض الاخر

لا عقاب على الشروع فيه لعدم النص ، وهو منهج القانون الفرنسى ومثله المصرى والنورى ، قد قالوا فى تبريره ان اثبات الشروع سهل فى الجنائيات وصعب فى الجنح ، وانه من اجل ذلك كان العقاب على الشروع فى الجنائيات عاما ، بينما ينبغى تدخل المشرع فى النص فى بعض الجنح على حسب تكوينها . وقالوا ان الجنحة بطبيعتها اقل خطورة من الجناية . ومن الجائز التغاضى عن الشروع فى بعض الجنح التى لا يشكل الشروع فيها خطورة على المجتمع .

اما الجنح التى يكون للشروع فيها خطورة اجتماعية ، فان القانون هو الذى يحددها وينص على عقاب هذا الشروع ، فالمصلحة الاجتماعية لا تقتضى اذن تقرير العقاب على الشروع فى كل الجنح ، وهذا ما يخالف الجنائيات حيث لا شك فى خطورة الشروع فيها (١٦٧) .

ولا يخفى ان مسألة صعوبة اثبات الشروع فى الجنح وسهولته فى الجنائيات يمكن انتقادها . لان فى الجنائيات ما هو فى الاصل جنح لحقته اسباب التشديد . فالسرقة بالاكره جناية ، والسرقة العادية جنحة والركن المادى وهو الاختلاس فيهما واحد ، والفارق فى الظرف المشدد . وكذلك الشأن فى تزوير المحررات العرفية والرسمية من حيث سهولة اثبات البدء فى التنفيذ وصعوبته (١٦٨) . كما لوحظ ان كون الجنح اقل خطورة من الجنائيات لا يبرر عدم العقاب على الشروع فيها الا بنص خاص . اذ الواقع ان الشروع فى اغلب الجنح يحدث اضطرارا فى المجتمع ، ومن المتعذر على المشرع ان يحدد او يتوقع سلفا على نحو دقيق كل حالات الشروع فى الجنح التى تستوجب العقاب ، الامر الذى يؤدى الى افلات اشخاص لهم خطرهم لمجرد كون المشرع لم يتوقع سلفا خطورة الشروع فى الجنحة التى ارتكبوا البدء فى تنفيذها (١٦٩) .

١٦٧ - البير صالح رسالته السابق الاشارة اليها ص ١٢٣ ، وقد ذكر ان هذا التبرير ورد بتقرير مجلس الدولة عند وضع القانون الفرنسى ، كما اشار الى شامبكو مونال ص ٧٢ وما بعدها .

١٦٨ - البير صالح ص ١٢٤ .

١٦٩ - البير صالح ص ١٢٦ .

لذلك فان المبدأ الذى يجعل العقاب على الشروع فى الجنح قاعدة ، كما هو الشأن فى الجنائيات هو الاسلام ، وقد أحسن واضع القانون الكويتى صنعا اذ اخذ به فساوى فى العقاب على الشروع بين الجنائيات والجنح بالمادة ٥٠ جزء ، التى تحدثت عن الجريمة لتشمل الجنائية والجنحة .

٣ - **عقاب الشروع** : يختلف الفقهاء والقوانين فى شأن عقاب الشروع . فاتجاه يرى أن عقاب الشروع يجب أن يكون أخف من عقاب الجريمة التامة . وآخر يقول بأن عقاب الشروع يجب أن يكون مساويا للجريمة التامة .

فأنصار المذهب الموضوعى يرون أن الضرر المادى الذى تلحقه الجريمة بالمجتمع هو أساس التجريم . والجزاء الجنائي يجب أن يوزن بحسب خطورة الافعال المادية ذاتها . ولما كانت خطورة الافعال المادية أو ضررها فى حالة الشروع أخف منها فى حالة الجريمة التامة ، فان عقاب الشروع يجب أن يكون أقل من عقاب الجريمة التى تمت والتى تحققت اضرارها . وما دامت خطورة الافعال المادية هى الأساس الذى توزن به درجة العقاب فتتدرج شدة وتخفيفا ، فانهم يفرقون فى عقاب الشروع بين الجريمة الموقوفة والخائبة . فالجريمة الموقوفة عقابها أخف من الجريمة الخائبة . ذلك أنه اذا اقتربت الافعال التى ارتكبها الجانى من تمام الجريمة ، فان خطورتها على أمن المجتمع تدنو من الجريمة التامة . فمن يبدأ بتنفيذ الافعال التى انتوى اتيانها لارتكاب الجريمة ثم يوقف دون أن يستنفذ نشاطه لاسباب لا دخل لارادته فيها ، وهذه حالة الشروع الموقوف ، يختلف خطر فعله على المجتمع عن ذلك الذى قام بكل الاعمال التى فى وسعه ولكن مسعاه فى تحقيق الجريمة قد خاب ، وهذه حالة الشروع التام أو الجريمة الخائبة . فالشروع الموقوف من حيث خطورته وما يؤدى اليه من اضطراب فى المجتمع يعد فى نظرهم أخف من الشروع التام أو الجريمة الخائبة ، ويضيف أنصار هذا المذهب أن تناسب العقوبة على حسب تقدم الجانى فى سلوكه نحو تمام الجريمة من شأنه أن يشجعه على التوقف . فالعقاب « عبارة عن حواجز وعقبات ويجب أن توضع أمام الجانى وليس وراءه » (١٧٠) .

١٧٠ - البير صالح ص ١٢٨ ويشير الى جالي ، رسالة فى الشروع ص ٢٢١ وروسي Rossi ص ٢٢١ .

هذا هو رأى انصار المذهب الموضوعى ، ويدور حول تخفيف عقاب الشروع عن الجريمة التامة ، على اعتبار ان ضرر الشروع او خطره على امن المجتمع اقل بكثير عنه فى الجريمة متى تمت . كما يفرقون بين الشروع الناقص او الموقوف ، والشروع التام او الجريمة الخائبة ، فالعقاب فى الاول يجب ان يكون اقل منه فى الثانى ، للاعتبار السابق ، وهو ان خطورة الافعال تختلف بحسب بعدها او قربها من تمام الجريمة . ويعتقدون ان من شأن ذلك ان يحمل الجانى على التفكير بل والتردد فى كل مرحلة يجتازها .

والاساس الذى يقوم عليه تفكير انصار المذهب الموضوعى وهو الضرر المادى ، وخطورة الافعال على المجتمع ، لم يعد مقبولا . فالعقاب فى الشروع يركز على الجانب الشخصى للجانى وخطورته على المجتمع ، لان النية التى يعبر عنها الجانى بأعمال قريبة من الجريمة تدل على شره وخطره ، وهو ما يجب أن يقابله المجتمع بالعقاب دفاعا عن نفسه ولتحقيق الردع العام والخاص ، والتفرقة التى يقيمونها فى العقاب بين الشروع الموقوف والجريمة الخائبة على اساس من خطورة الافعال وما تحدثه من اضطراب غير صحيحة ، لان النتيجة وهى عدم تمام الجريمة واحدة فى الحالىن ولا فضل للجانى فى ذلك ولا تختلف نفسيته الآثمة فى حال منهما عن الاخرى ، ما دام وقف سلوكه او خيبة اثر لاسباب لا دخل لارادته فيها . اما القول بأن ذلك من شأنه حمل الجانى على التفكير والتردد فى كل مرحلة يقطعها مما قد يدفعه الى التوقف ، فلا قيمة له الا فى التشريعات التى يوجد فيها الشروع ولو عدل الجانى عن اتمام الجريمة بارادته . اما فى القوانين التى تعتبر عدول الجانى بارادته قبل تمام الجريمة مانعا من العقاب على الشروع فانه لا قيمة للتفرقة فى العقاب بين الشروع الموقوف والجريمة الخائبة على الاطلاق . فعدم العقاب عند العدول التلقائى والارادى هو فى الواقع ما يمكن للقانون ان يضعه امام الجانى من حواجز ليرده عن الجريمة .

اما انصار المذهب الشخصى فيرون ان نفسية الجانى وخطورته التى بدت فى الشروع الذى اوقف او خاب اثره هى الاساس الذى يجب النظر اليه عند العقاب ، وهى لا تختلف فى الشروع عنها فى الجريمة التامة ، اذ ان

الجاني لو ترك شأنه لارتكب الجريمة حالا ومباشرة . ولذلك فانهم يرون انه يجب ان يكون عقاب الشروع ماثلا للجريمة التامة ، فقد بانت خطورة الجاني ، لولا ان الظروف قد أوقفته او خيبت اثر فعله ، ولم تمكنه رغم ارادته من ارتكاب الجريمة . وفي نظرهم ان السبب الذي ادى الى اخفاق انصار المذهب الموضوعى في مكافحة ظاهرة الجريمة هو تعلقهم عند وزن العقاب وتقديره بالضرر المادى او بخطورة الافعال المادية . لذلك قالوا بتخفيف عقاب الشروع عن الجريمة التامة . مع ان ما يجب ان ينظر اليه هو نفسية الجاني وخطورته التى يعبر عنها بأفعال تدل على عزمه الاكيد الوشيك على مقارفة الجريمة . والضرر المادى الذى يكون بتحقيق الجريمة ليس الا نتيجة لاندفاع نفسيته الخطرة وارادته الاجرامية نحو الشر والعدوان ، بحيث انه لولا هذه الارادة وهذه النفسية الخطرة لما كانت الجريمة . واذن نفسية الجاني وارادته الجريمة هى المحور الذى يجب الدفاع الاجتماعى ضده بالردع الكافى ، والذى على اساسه يوزن العقاب . وبالاختصار يجب تركيز النظر دائما على خطورة الجاني التى برزت ضد المجتمع بأفعال تقطع دون شك انه لو ترك شأنه لارتكب الجريمة ، ولذلك فانه يجب ان يكون عقاب الشروع هو بذاته عقاب الجريمة التامة ، حيث ان خطورة الجاني واحدة في الحالين ، وحيث ان الفارق بينهما يتأتى من ظروف لم يتوقعها الفاعل وقد وقعت ضد ارادته ، مما لا يصلح سببا لتخفيف العقاب .

وقد اخذ بمنطق المذهب الشخصى كثير من القوانين ، نذكر منها القانون الفرنسى (المادة الثالثة) والقانون السورى (المادة ٢٠٠) .

غير انه لو دققنا النظر لتبين لنا كما يرى بعض الفقهاء ، ان المذهب الشخصى فى افكاره وتعاليمه لا يتعارض مع فكرة تخفيف العقاب فى حالة الشروع . فالذى أوقف الجاني او خيب اثر فعله هو تدخل ظروف لم يتوقعها ولم يدخلها فى حسبانها عند الاقدام على الجريمة . ومرجع ذلك هو سبب شخصى فى غالب الاحوال ، لان وقف نشاط الجاني او خيبته يدل على عدم اختياره الزمان او المكان او الوسيلة المناسبة لتنفيذ الجريمة ، مما دعا الى تدخل هذه الظروف قهرا عن الجاني واحباط مسعاه فى تحقيق الجريمة .

وهذا يحصل فى الغالب لان الفاعل يقدم على الجريمة وهو خائف ومتسرع وغير متدبر اسلوب تنفيذها ، مما يدل على ضعف ارادته الاجرامية . ثم انه لا يمكن القول على وجه اكيد بانه ما كان ليعدل ، فمن يوقف رغم ارادته لا يمكن استبعاد عدوله لو ترك وشأنه ، وكذلك من خاب اثر فعله اضطرارا ربما كان يتدخل بارادته هو لتخيب اثره . ففى الشروع يكون دائما مجال العدول مفتوحا امام الجانى ما دامت الجريمة لم تتم ، ومن الجائز انه لو لم يتدخل الظروف الخارجة عن ارادته فانه يتدارك بنفسه سابق فعله او يعدل عن المضى الى اتمامها . وما دام هذا الاحتمال واردا ، فان من شأنه ان يوجد شكاً فيما اذا كان الجانى سيعدل ام لا لو ترك وشأنه ، والشك يفسر دائما لمصلحة المتهم . فتخفيف عقاب الشروع عن الجريمة التامة لهذه الاعتبارات لا يتعارض مع تفكير المذهب الشخصى . ولقد قيل فى ذلك بحق : « ان عدم تحقيق الفاعل غايته يكون دالا فى الغالب على كثرة تردده وضعف ارادته وقلة خبرته فى الاجرام . ومن الواضح ان خطورة الشخص الذى تمكن من الوصول الى غايته اشد على المجتمع من خطورة الشخص الذى مكن الظروف من ان تتدخل لمنع وقوع الجريمة المقصودة ، ولهذا فان مبدء تخفيف العقاب فى حالة الشروع لا يتعارض وتعاليم المذهب الشخصى ما دمتا نقيس العقوبة حسب خطورة الشخص على المجتمع ، وما دامت هذه الخطورة فى الشروع اقل منها فى الجريمة التامة » (١٧١) . ثم ان الشعور الاجتماعى ينظر الى الشروع على انه اخف من الجريمة التامة ، ومن الواجب ان يساير القانون فى تقدير العقاب احساس الناس فى المجتمع ارضاء للشعور بالعدالة . ومن جهة اخرى فان التسوية بين عقاب الشروع والجريمة التامة لن يكون الا امرا نظريا لا يسود فى التطبيق . فالقاضى قد يلجأ امام شدة العقاب الى البحث عن اسباب البراءة وعدم الادانة ، وقد يلجأ الى التخفيف باستخدام الظروف القضائية . وبذلك لن تنطبق التسوية عمليا وان بقيت فى نص القانون . ولذلك فانى اعتقد انه من الافضل مع اعتناق المذهب الشخصى فى تحديد

١٧١ - البير صالح ص ١٢٥ - ١٢٦ وقد ذكر كذلك ان تعذر التأكد من ثبات ارادة الفاعل الى آخر مراحل التنفيذ بسبب تدخل الظروف القاهرة ، يدعونا الى العطف عليه وعدم تحميله أكثر مما يجب .

الشروع ان تكون عقوبته اخف من عقوبة الجريمة التامة ما دامت هذه الفكرة لا تتعارض مع تعاليم المذهب الشخصى وفقا لنظر البعض ، خاصة وان الشروع فى نظر المجتمع هو دون الجريمة التامة من حيث اثره ووقعه . وقد يقال ان التسوية بينهما هى الاصح على ان يكون للقاضى التخفيف جوازا فى حالة الشروع ، وهو ما يقول به غالبية انصار المذهب الشخصى وتنتهجه بعض التشريعات ، الا ان ذلك قد يكون مدعاة للتفريق بين الجناة فى الشروع من قاض لقاض آخر ، بل قد يكون فى بعض الاحيان مدعاة للتحكم . ولذلك فانى اعتقد ان جعل التخفيف وجوبيا فى نص القانون هو الاكثر تحقيقا .

وقد اخذ القانون الكويتى بالمذهب الشخصى فى الشروع ، سواء من حيث المقصود بالبدء فى التنفيذ ، او فى حكم الاستحالة . اما فى العقاب على الشروع فلم يأخذ بنهج القانون الفرنسى من حيث التسوية فى العقاب بين الشروع والجريمة التامة . ولكنه اتبع مسلك القانون المصرى الذى يخفف بنص المادة ٤٦ عقاب الشروع عن الجريمة التامة . وهذا مسلك له جانب شخصى ، سبق ان ذكرناه ، وهو النظر الى حالة المجرم من حيث اضطرابه وعدم ثباته النفسى فى الاقدام على الجريمة الى حد عدم التمعن فى طريقة ارتكابها ، مما جعل فعله فى تنفيذها يوقف او يخيب اثره رغم ارادته ، وان كان ذلك لا يصدق بشأنه كل المجرمين ، وفى كل الحالات ، ولكنه الغالب . كما انه مسلك يراعى التقدير الاجتماعى فى خيبة تهديد الحق بحالة الشروع . ولذلك تنص المادة ٤٦ من قانون الجزاء على انه « يعاقب على الشروع بالعقوبات الآتية الا اذا قضى القانون بخلاف ذلك :

الحبس المؤبد : اذا كانت عقوبة الجريمة التامة الاعدام .
الحبس مدة لا تتجاوز خمس عشرة سنة : اذا كانت عقوبة الجريمة التامة الحبس المؤبد .

الحبس مدة لا تتجاوز نصف الحد الاقصى المقرر لعقوبة الجريمة التامة .
الفرامة التى لا تتجاوز نصف الحد الاقصى المقرر للجريمة التامة » .
فمعقوبة الشروع كما توضح المادة ٤٦ جزاء دون الجريمة التامة ، الا اذا قضى القانون بغير ذلك . ومن امثلة ذلك ما تنص عليه المادة ١٦ من القانون

رقم ٣١ لسنة ١٩٧٠ في شأن حظر الطيران فوق الكويت دون ترخيص ، او القيام بأخذ صور او رسوم لخرائط او مواقع على خلاف حظر السلطات المختصة ، وكذلك دخول حصن او منشأة دفاع او معسكر ، والاقامة او التواجد في المواضع المحظورة من السلطات العسكرية ، فقد نصت الفقرة الاخيرة من هذه المادة على انه « يعاقب بالعقوبات نفسها على الشروع في ارتكاب احدى هذه الجرائم » .

والشروع في **الجناية جنائية** بالقوانين التي تتنوع فيها العقوبات السالبة للحرية ، كالقانون المصري والفرنسي . اما في القانون الكويتي فالعقوبة السالبة للحرية هي الحبس مؤبدا او مؤقتا . والجنايات المعاقب عليها بالحبس المؤقت الذي تزيد مدته على ست سنوات لا تثير صعوبة ، لان الشروع فيها ستزيد مدة عقوبته على الحبس ثلاث سنوات فيكون جنائية . اما اذا كانت جنائية عقوبتها الحبس مدة لا تزيد على ٦ سنوات او تقل عن ذلك فالشروع فيها جنحة وفقا للمادة الخامسة من قانون الجزاء . ولهذه المسألة أهمية في الاختصاص بالتحقيق والمحاكمة وضمانات المتهم ، وفي التقادم ، وفي احكام العود ، وغير ذلك من الآثار التي تترتب على التفرقة بين الجنائية والجنحة .

الا انه قد يكون الفارق بين الشروع والجريمة التامة غير واضح ، او ما زالت نتائج معينة لم تقع ويترتب عليها تمام الجريمة . ولذلك فالمفروض اخطار النيابة العامة بها لتباشر تحقيقها وتقدر ما اذا كانت جنائية فتتولاها وتتابعها امام محكمة الجنايات ، ام انها في تقديرها تراها جنحة حيث يتبين لها بوضوح انها شروع ، فتحال الى محكمة الجنح . وعند عدم الوضوح يجب ان تحال الى محكمة الجنايات .

الفصل الخامس الشروع في الفقه الإسلامي

يتوفر الركن المادي في الجريمة ، وفقا لاحكام الشريعة الاسلامية ، بارتكاب ما نهى الشرع عنه ، او بالامتناع عما امر به . وقد يتم للجاني اقتراف هذا السلوك فتكون الجريمة كاملة ، كمن يختلس متاع غيره من حرز مثله ، ويتوصل الى اخراجه من الحرز . وقد لا يتم الجاني ما بدأ به فتعتبر الجريمة غير كاملة ، كما لو ضبط الجاني في المثال السابق قبل ان يتمكن من اخراج المسروق من الحرز ، وهو ما يعرف لدى رجال القانون الوضعي « بالشروع في الجريمة » .

والجرائم في الشريعة حدود ، وقصاص ، وتعازير . وجرائم الحدود عقوباتها مقدرة وتجب حقا خالصا لله تعالى ، فلا يجري فيها العفو ولا يصح انقاصها او الزيادة فيها . وجرائم القصاص في النفس وما دون النفس تشبه جرائم الحدود من حيث ان عقوباتها مقدرة ، الا ان حق العبد فيها غالب ، فلذلك يجوز فيها العفو ، والتصالح على الدية . اما جرائم التعازير فهي معاص محرمة ولكن الشرع لم ينص على عقوبة مقدرة لها مع ثبوت نهيها عنها . وهي كثيرة ، ولا حصر لها .

والشروع في هذه الجرائم حدودا كانت او قصاصا ليس له عقاب مقدر ، وانما ينظر الى ما ارتكبه الفاعل باعتباره معصية او اضرارا بحق ، او باعتباره فسادا ، او يؤدي الى فساد ، وبالتالي يعاقب عليه تعزيرا . ولذلك لم يهتم فقهاء الشريعة الاسلامية بوضع نظرية للشروع في الجرائم . بل انهم لم يعرفوا الشروع بمعناه في القانون الوضعي ، اى البدء في التنفيذ . والسبب في ذلك كما قلت ان الشروع في الجرائم لا يعاقب عليه بحد او قصاص ، وانما بجزاء تعزيري ايا كان نوع الجريمة . وقد تركزت عناية الفقهاء على جرائم الحدود والقصاص ، لانها جرائم محددة ، ولا يمكن ان يدخل على اركانها وشروطها وعقابها اى تعديل او تغيير ، وليس للقاضي ان يخفف عقابها او يزيد فيه

اما جرائم التعزير فأمرها متروك لولى الامر ، يحرم من الافعال ما يراه ماسا بالمجتمع او بحقوق العباد . والعقوبة التعزيرية تكون بقدر ما يراه الوالى - على حد قول ابن تيمية - بحسب كثرة الذنب فى الناس وقتله ، فان كان كثيرا زاد فى العقوبة بخلاف ما اذا كان قليلا ، وعلى حسب حالة المذنب ، فان كان من المدمنين على الفجور ، زيد فى عقوبته ، بخلاف المقل فى ذلك ، وعلى حسب كبر الذنب وصغره . فيعاقب من يتعرض لنساء الناس او اولادهم بما لا يعاقب به من لا يتعرض الا لامرأة واحدة (١٧٢) .

فجرائم التعزير متروك امرها اذن لاولى الامر ، يجرمون من الافعال ما يرون فيه ضررا بمصالح الناس ، وما يجدونه لازما لاستقرار الامن والنظام ، سواء فى ذلك ان يكون التجريم بنص فى الشريعة نهيا او امرا بالقيام بفعل . او ان يكون التجريم راجعا الى ولى الامر نفسه فى ضوء ظروف المجتمع ومصلحته المتجددة والمتنوعة مع الزمن ، وفى مختلف البقاع . ويستطيع ولى الامر ان يخفف عقوبات التعزير او يشدد فيها وفقا لما تقتضيه مصلحة المجتمع ، وللقاضى بعد ذلك سلطته التقديرية فى تشديد العقاب او تخفيفه حسب ما يمنحه ولى الامر فى ذلك لتحقيق العدل بين الناس ، وانزال العقاب الملائم لكل مذنب ، فى ضوء حالته وكبر او صغر ذنبه . ولذلك كان من الطبيعى ان تحظى دراسة جرائم الحدود والقصاص بكل الاهمية من الفقهاء ، بينما لا يتأتى الكلام عن التعازير لديهم الا بصفة عامة ، فالتعازير غير محددة العقاب ، كما ان من افعاله ما قد يعاقب عليه فى زمان دون زمان ومكان دون مكان . وما قد تتغير اركانه وشروطه بتغير وجهة نظر اولى الامر . ولذلك لم يتطرق فقهاء الشريعة الى الكلام عن الشروع بصفة خاصة لانه من جرائم التعزير .

ثم ان قواعد الشريعة فى شأن التعازير منعت من وضع قواعد للشروع فى الجرائم . فالتعزير يكون فى كل معصية لا حد فيها ولا كفارة ، والحدود والكفارة لا يعاقب بهما الا فى جرائم معينة تقع كاملة ، وبالتالي فان كل شروع فى هذه الجرائم يكون معصية ويعاقب عليه باعتباره جريمة تعزيرية تامة ،

مع انه جزء من الجريمة التى كان ينتوي الشخص ارتكابها ما دام محرما لذاته ومعتبرا معصية . فالسارق الذى يضبط بعد نقب البيت للسرقة وقبل ان يضع يده على المرووق لا يحد فى سرقة ، لان الحد مقرر عقابا للسرقة التامة بشروطها الشرعية ، ولكن هذا الشخص يكون قد ارتكب معصية يعاقب عليها باعتبارها جريمة تعزيرية تامة . وكذلك الشأن اذا تسلل الى البيت للسرقة ، او تسلق حائطه ، او وضع يده على الشئ ولم يتمكن من الخروج به فانه لا يحد فى السرقة ، ولكنه يرتكب معصية يعاقب عليها تعزيرا .

واذا كان الفقه الاسلامى لم يجد فى نظام الشريعة ما يدعو الى البحث فى الشروع كما يتناوله القانون الوضعى ، فانه مع ذلك لم يغفل بحث مسائل ذات اهمية فى مراحل الجريمة، وفى العدول او التوبة ، وهى امور لها احكامها فى الشريعة الاسلامية ، وهى فى الحقيقة تماثل احيانا ، وتختلف احيانا عما فى القانون الوضعى .

وهنا يجب أن أقرر بانه ليس مما يرفع شأن الشريعة الاسلامية او مما يمس من مكانتها ان يكون بينها اتفاق او اختلاف مع القانون الوضعى ، الذى لا يخفى ان مصادره الاساسية هى من صنع الانسان ، وهو قد يخطئ وقد يصيب احيانا .

١ - فالشريعة الاسلامية لا تعاقب على التفكير فى الجريمة او انتوائها،

اذ لا عقاب على ما فى القلب ، ما دام لم يخرج الى حيز الواقع والعمل . وقد ورد فى الحديث الشريف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله : « ان الله تجاوز لامتى عما وسوست او حدثت به انفسها، ما لم تعمل به او تتكلم » . وقوله (ص) « من همَّ بحسنة ولم يفعلها كتبت له حسنة ، ومن همَّ بسيئة ولم يفعلها لم يكتب له شيء » . ولذلك فان الفقه الاسلامى يؤكد ان العبرة فى الشر بما بدر للناس وما ظهر ، ولا يصح للقضاء ان يحكم بالنوايا وانما يقضى بما ظهر ويترك لله ما بطن . وفى ذلك قال الرسول عليه الصلاة والسلام « انى لم أومر ان انقب عن قلوب الناس ، ولا اشق بطونهم » وقال ايضا : « امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله ، فاذا قالوها عصموا منى

دماءهم واموالهم الا بحق الاسلام وحسابهم على الله » . فاكتمى منهم بالظاهر ، ووكل سرائرهم الى الله . وكذلك كانت سيرته في المنافقين ، قبل ظاهر اسلامهم ، ووكل سرائرهم الى الله عز وجل . وفي ذلك يقول الامام الشافعى رضى الله عنه « وبذلك مضت احكام رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما بين العباد من الحدود وجميع الحقوق ، اعلمهم ان جميع احكامه على ما يظهرون ، وان الله يدين بالسرائر(١٧٣) .

فلاحكام في الشريعة لا تجرى الا على الظاهر اما ما يدور في النفوس فهو متروك لله العالم بالسرائر . وهذا من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته ، لان خواطر القلوب وارادة النفوس لا تدخل تحت الاختبار ، فلو رتب عليها الاحكام لكان في ذلك اعظم حرج ومشقة على الامة . اما اذا ظهرت النية بصورة قول أو فعل فان الحكم يترتب عليها (١٧٤) . وقد سبق القول بان القوانين الوضعية تماثل الشريعة الاسلامية في عدم العقاب على هذه المرحلة ، وان كانت الشريعة اسبق من القوانين الوضعية في تقرير هذه القاعدة .

٢ - **مرحلة التحضير** : وفيها يهيئ الشخص الوسائل اللازمة لارتكاب الجريمة ، كسواء سلاح لتنفيذ جريمة القتل ، او منقب لنقب حائط المنزل الذى يريد سرقة ، او اعداد مخازن بنية احتكار اقوات الشعب واختزانها فيها للاستغلال .

ومن الاعمال التحضيرية ما هو محرم اصلا باتفاق الفقهاء . لذلك يأثم مرتكبه ولو لم ترتكب الجريمة التى حصل التحضير لها . كمن يشتري خمرا لشربها ، وكالخلوة بالأجنبية تمهيدا لارتكاب الفاحشة . فهذه الاعمال تعتبر جرائم مستقلة قائمة بذاتها تستحق التعزير .

وقد اختلف الفقهاء في الاعمال التحضيرية التى هى في الاصل مباحة ،

١٧٣ - اعلام الموقعين عن رب العالمين - لابن قيم الجوزية - الجزء الثالث ص ٩٨ - ١٠١ طبعة ١٩٦٨ ، الناشر مكتبة الكليات الازهرية .

١٧٤ - اعلام الموقعين ج ٣ - ص ١٠٥ .

إذا كانت تحضيراً لجريمة ينتوى الفاعل ارتكابها . فالخفية والشافعية يرون عدم تحريم هذه الأعمال لأنها لا تدل دلالة واضحة على قصد صاحبها (١٧٥) . أما المالكية والحنابلة فيرون أن الوسائل المؤدية إلى الحرام تكون حراماً ويأثم مرتكبها . فقد قال القرافي أحد فقهاء المالكية : « الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل ، وإلى ما هو متوسط ، متوسط » (١٧٦) .

ويقول ابن قيم الجوزية وهو من فقهاء الحنابلة « لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضي إليها كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصي في كراهتها والمنع منها بحسب أفضائها إلى غاياتها وارتباطاتها بها ، ووسائل الطاعات والقربات في محبتها والأذن فيها بحسب أفضائها إلى غايتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود ، وكلاهما مقصود ، ولكنه مقصود قصد الغايات ، وهي مقصودة قصد الوسائل ، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً وله طرق ووسائل تفضي إليه فإنه يحرمها ويمنع منها ، تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ، ومنعاً أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية إليه لكان ذلك نقضاً للتحريم ، وإغراء للنفوس ، وحكمة تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء ، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك ، فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته أو أهل بيته من شيء ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة إليه لعد متناقضاً ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مصوده . كذلك الأطباء إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه ، وإلا فسد عليهم ما يرمون إصلاحه ، فما الظن بهذه الشريعة الكاملة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ؟ ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها ، والذريعة : ما كان وسيلة وطريقاً إلى الشيء » (١٧٧) .

١٧٥ - الشيخ محمد أبو زهرة - الجريمة والعقوبة في الفقه الإسلامي - الجريمة - فقرة ٢٨٠ .

١٧٦ - الفروق - للقرافي - ج ٢ - ص ٢٢ .

١٧٧ - ابن قيم الجوزية - إعلام الموقعين - ج ٢ - ص ١٢٥ - طبعة ١٩٦٨ .

فالمالكية والحنابلة اذن يرون العقاب على الاعمال التحضيرية اذا كانت اعدادا لارتكاب فعل محرم لان وسائل المحرمات تأخذ حكم هذه المحرمات من حيث انها معاص ، والعقوبة المقررة للاعمال التحضيرية هي التعزير ، ولا شك انها اخف من عقوبة الجريمة التى ينتوى الفاعل ارتكابها .

٣ - مرحلة البدء فى التنفيذ : هذه المرحلة التى تعد شروعا فى القانون الوضعى ، تعتبر جريمة ، او على حد تعبير الفقهاء الشرعيين معصية معاقبا عليها بجزاء تعزيرى .

فقد روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : « اذا تواجه المسلمان بسيفيهما فقتل احدهما صاحبه فالقاتل والمقتول بالنار ، فقيل هذا القاتل فما بال المقتول ؟ قال : قد اراد قتل صاحبه » وفى رواية اخرى « اذا المسلمان حمل احدهما على الاخر السلاح فهما على حرف جهنم ، فاذا قتل احدهما صاحبه دخلها جميعا ، قيل يا رسول الله ، هذا القاتل ، فما بال المقتول ؟ قال : انه كان يريد قتل صاحبه » (١٧٨) .

ومفهوم الحديث فى روايته ان كلا الشخصين معتديا ابتداء . فان دفع الصائل ، وهو الدفاع الشرعى الخاص فى الشريعة هو واجب وحق لحماية النفس والمال من كل اعتداء حال غير مشروع ، ولا جريمة فيه ، بدليل ان دفع الاعتداء لا يمنع من عقاب الصائل على اعتدائه (١٧٩) . واذن فمن قتل وكان معتديا ابتداء ، كمن قابله بسيف معتديا مثله ، كلاهما يرتكب جريمة . اما القاتل فعقابه القصاص . واما المقتول وهو لم يرتكب الا شروعا فى تعريف القانون فهو آثم لقتاله القاتل ومركب لمعصية ومصيره فى جهنم فقد قصد قتل صاحبه اى قصد ارتكاب جريمة وبدأ تنفيذها ، وحمل السلاح لذلك ، ولكن عدوه قد كان اظهر عليه فقتله ، وربما يكون قد اعمل سلاحه وضرب

١٧٨ - نيل الاوطار - للشوكاني - الطبعة الاخيرة - طبعة مصطفى الحلبي - ج ٧ ص ٥٢ ، ٥٣ ، الزواجر عن ارتكاب الكبائر - لابن حجر - ج ٢ ص ٩٢ الطبعة الاولى سنة ١٧٣٠ ، والدكتور عبد العزيز عامر - رسالة التعزير - ص ١٣٥ .

١٧٩ - حاشية ابن عابدين - ج ٥ - ص ٤١٨ ، تحفة المحتاج - ج ٤ - ص ١٢٤ ، مواهب الجليل - ج ٦ - ص ٣٢٣ ، الزيلعي وحاشية الشلبي - ج ٦ - ص ١١٠ - والمغني لابن قدامة - ج ١٠ - ص ٣٥٠ وما بعدها .

عدوه بسيفه فعلا ، ولكنه لم يتمكن من ضربه في مقتل او من الاجهاز عليه لان عدوه قد عاجله وقضى عليه (١٨٠) . وما حصل من المقتول هو البدء في التنفيذ الذي اوقف او خاب اثره ، رغم ارادة الجاني ، وهذا هو الشروع . ولكنه جريمة او معصية في ذاته وتنظر اليه الشريعة على اساس ما حصل فعلا باعتباره جريمة تعزيرية لو انه لم يمت وفرق الناس بينهما . وقد يكون في الامر قصاص اذا حصل اعتداء على ما دون النفس من احد الرجلين على الآخر .

٤ - **العدول** : سبق ان الشروع لا يوجد في بعض القوانين الوضعية اذا عدل الشخص قبل اتمام جريمته باختياره ، اى في حالة العدول الطوعى او التلقائى . وان هذا العدول الطوعى قد يكون مدعاة للاعفاء من العقاب في قوانين اخرى . وقد يكون سببا للتخفيف جوازا بنص في بعض القوانين او بحسب تقدير القاضى . كما ان من القوانين ما لا يعتد به . كالقانون الانجليزى وغيره مما سبق ذكره . اما اذا كان العدول رغم ارادة الجاني فانه يعاقب على الشروع .

ولكن حكم العدول في الشريعة الاسلامية وفقا لراى جمهور الفقهاء انه لا يمنع من العقاب على المعصية التى وقعت ، سواء اكان عدم تمام الجريمة او وقف التنفيذ **بارادة الجاني** أم كان اضطراريا لا دخل لارادته فيه . فمن يعدل عن ارتكاب القتل مختارا بعد ان شهر سلاحه على الغير يعاقب بالعقوبة التعزيرية التى تناسب الحال بالنظر لظروف الجاني والجريمة ، لانه يكون بفعله قد اتى ما لا يحل من تخويف الغير وارهابه ، والقصد الى قتله بفعل خارجى . وقد جاء فى المبسوط للرخسى : « الرجل يخترط السيف على الرجل ويريد ان يضربه ولم يفعل ، او شد عليه بسكين او عصا ، ثم لم يضربه بشيء من ذلك ، هل يعزر ؟ قال : نعم ، لانه ارتكب ما لا يحل من تخويف المسلم ، والقصد الى قتله » (١٨١) .

١٨٠ - عبد القادر عودة - المرجع السابق ص ٤٧٣ .

١٨١ - المبسوط للرخسى - ج ٢٤ - ص ٣٧ ، وأنظر الفتاوى الاسعدية ج ١ ص ١٥٨ وفيها « شهر سلاحه على مسلم أن يقتله من غير سبب ان أغمد سلاحه يعزر ، زجرا له عن قبح فعله » ، والدكتور عبد العزيز عامر - التعزير في الشريعة الاسلامية - ص ١٢٦ ، والإستاذ عبد القادر عودة - ص ٣٥١ .

وسياسة الشريعة في هذا الشأن لها حكمة . فالعقاب هو التعزير على ما أحدثه الجاني بفعله . والتعزير يختلف باختلاف الحال واختلاف المجرم والجريمة (١٨٢) . وليس في ذلك ما يشجع المجرم على الاستمرار في الجريمة حتى ارتكابها ، بل ان هذا الحكم لا يخلو من ترغيب في التوقف لان التعزير يكون على قدر ما وقع ، فان زاد الفاعل كبرت المعصية ، وانتشر ضررها ، وكبر العقاب . وبذلك لا يفلت مجرم مما فعل ولا يؤاخذ بأكثر من معصيته واثمه ، ومن مصلحة المجرم ان يتوقف حتى يكون عقابه دون الجريمة التامة بمراحل (١٨٣) .

وعلى ذلك فالشريعة تعاقب الفاعل ولو عدل مختارا ما دام قد ارتكب معصية اى ارتكب اعتداء على حق الجماعة او الفرد . فمن يقصد سرقة منزل فينقب حائطه ، او يدخله خلسة ، او يكسر بابيه ، ثم يعدل عن دخوله يعاقب تعزيرا عما فعل ، فالنقب معصية ، ودخول منزل الغير دون اذن معصية ، وكسر بابيه معصية . اما اذا كان الشخص قد عدل لسبب ما ، ولم يكن ما حصل منه مما يعتبر اعتداء على الجماعة او حق احد الافراد ، اى لا يعد معصية ، فلا يعاقب (١٨٤) . واذا كان ما حصل من الفاعل ، مع عدم تمام الجريمة التى كان يقصد ارتكابها مما يستوجب القصاص ، كما لو كان قصده القتل ، فأوقف او خاب اثر فعله ، او تخلص هو عن المضي في عدوانه ولكنه قبل التوقف او العدول قد احدث اصابات في جسم المجنى عليه ، كقطع احد اطرافه او فقء عينه فعندئذ يجب توقيع القصاص عما فعل وما احدث من نتائج ، متى كان القصاص ممكنا وكانت شروطه الشرعية متوفرة . واذا لم يكن ممكنا فيجب فيه الدية او الارش على حسب الاحوال . ومن الفقهاء من يرى مع ذلك وجوب تعزير الجاني ، فضلا عن عقابه عما

١٨٢ - الموسوعة الفقهية - الموضوع الثامن - التعزير - ص ٢٣ - وزارة الاوقاف في الكويت .

١٨٣ - الدكتور عبد العزيز عامر - ص ١٢٧ .

١٨٤ - الاستاذ عبد القادر عودة - ج ١ - ص ٣٥٢ . وظاهر أن في ذلك ترغيب في عدم المعنى الى المعصية يعدل الترغيب الذي تقرره بعض القوانين في حالة العدول الاختياري سواء بعدم العقاب أو انتفاء الشروع .

حصل من معصية استوجبت القصاص أو الدية أو الارش (١٨٥) .

فجمهور فقهاء الشريعة يرون ان العدول لا يمنع من العقاب على ما حصل من الفاعل من معصية سواء في حق المجتمع أو الافراد ويوجبون عقابه تعزيرا عما اقترف ، أو قصاصا اذا كان قد قطع طرفا ، أو اتلف منفعته أو غير ذلك مما لا يمتنع القصاص فيه على ما سبق من تفصيل .

ولكن بعض الفقهاء في مذهب الشافعي ومذهب أحمد يرون ان من يعدل تائبا لا يعاقب باعتبار ان التوبة تمحو المعصية ، وبشرط أن تكون الجريمة التي حصلت التوبة بشأنها مما يتعلق بحق الله ولا تمس حقوق الافراد (١٨٦) . ومنهم من يتطلب أن تكون التوبة **مصحوبة باصلاح العمل** ، ومنهم من يكفي بالتوبة فقط ، وحجتهم في ذلك أن القرآن نص على سقوط عقوبة المحارب أن تاب قبل القدرة عليه . والحراية كبرى الجرائم . فان كانت التوبة تدفع العقوبة عن المحارب فمن الاولى ان تدفع عقوبة ما دون الحراية من الجرائم . واستندوا الى قوله تعالى في عقوبة الزنا الاولى « والذنان

١٨٥ - مواهب الجليل - ج ٦ - ص ٢٤٧ . وراجع تبصرة الحكام لابن فرحون ، على هامش فتح العلي المالك ج ٢ - ص ٣٦٧ . ويقول المالكية أن الجراح عمدا يقتص منه ويؤدب ومن ثم فالتعزير قد اجتمع مع القصاص فيما دون النفس من الجنائيات على البدن ، (نهاية يجيزون اجتماع التعزير مع القصاص فيما دون النفس من الجنائيات على البدن ،) نهاية المحتاج ج ٧ - ص ١٧٣ ، والمفني - لابن قدامة - ج ١٠ ص ٢٦٦ ، ٢٦٧ . ويرى الدكتور عبد العزيز عامر ان التعزير في مثل هذه الاحوال هو من أجل الشروع في الجريمة التي كان الفاعل يقصد ارتكابها ، ص ١٢٨ . والاصل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد أنهم يكتفون بالقصاص ، فان امتنع القصاص فالعقوبة الدية أو الارش لكنهم يجيزون أن يجتمع التعزير مع الدية ولا يوجبونه (انظر عبد القادر عودة - ج ١ - ص ٢٤٥ - ٢٤٨) .

١٨٦ - يقسم الفقهاء التعزير الى ما هو حق لله وما هو حق للعبد . فالاول يتعلق به نفع العامة ويندفع به ضرر عام عن الناس دون اختصاص بأحد ، والثاني ما تعلقت به مصلحة خاصة لأحد الافراد . وقد يكون التعزير خالص حق لله ، مثل تعزير من يحضر مجلس الشراب . وقد يكون لحق الله والفرد مع غلبة حق الله مثل تقبيل امرأة في غير حل . وقد تكون الغلبة لحق الفرد كما في السب والشتم والموانبة . وهناك حالات يكون التعزير فيها لحق الفرد وحده ، كما لو شتم صبي غير مكلف بحقوق الله رجلا ، فيبقى تعزيره حق المشتوم . (الموسوعة الفقهية موضوع التعزير - ص ٢٣ ، ٢٤) .

يأتيانها منكم فأذوهما فان تابا واصلحا فاعرضوا عنهما » (١٨٧) وقوله تعالى « فمن تاب من بعد ظلمه واصلح فان الله يتوب عليه » (١٨٨) وقول النبي صلى الله عليه وسلم « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » (١٨٩) . ويذهب ابن تيمية وابن القيم الى أن العقوبة تطهر من المعصية ، وان التوبة تطهر من المعصية وتسقط العقوبة في الجرائم التي تمس خالص حق الله ، فمن تاب من احدى هذه الجرائم سقطت عقوبته ، الا اذا رأى هو أن يتطهر بالعقوبة وعندئذ يعاقب (١٩٠) ومفاد ذلك كله أن من يعدل مختارا عن اتمام جريمته ويكون باعث العدول **التوبة** يسقط عنه العقاب اذا كانت المعصية التي حصلت منه قبل العدول تمس حقا خالصا لله تعالى ، فاذا كانت تمس حقا لعبد فانه يعاقب .

وهذا يذكرنا برأى احد الفقهاء الوضعيين في العدول الاختيارى هو « جارو فالو » اذ يرى انه يجب عقاب الفاعل على الشروع مادامت خطورته قد وضحت من أفعاله ولو عدل بعد ذلك فلم يتم الجريمة ، الا اذا كان العدول **بدافع التوبة** . ولكن السائد في الفقه الوضعى انه مادام العدول طوعيا ، فلا أهمية للبواعث ، اذ يرتب العدول أثره بنفى الشروع أو الاعفاء من العقاب . والحق انه ليس مما يرفع من شأن الفقه الاسلامى او يقلل من مكانته ان يكون متفقا أو مختلفا مع الفقه أو القانون الوضعى ، — كما قلت — فتلك عقدة آن الاوان لكى يشفى منها من ابتلى بها .

١٨٧ — سورة النساء آية رقم ١٦ .

١٨٨ — سورة المائدة آية رقم ٢٩ .

١٨٩ — ويضيفون : الى ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في ما عزم لا أخبروه بمحاولة هربه أثناء رحبه « هلا تركتموه يتوب فيتوب الله عليه » (راجع في ذلك الاستاذ عبد القادر عودة المرجع السابق ص ٢٥٢ ، والبعض يذكر هذا الحديث بصيغة أخرى ، هي : « هلا تركتموه لعله يرجع عن اقراره » ، وهذا هو الأقرب من الصحة ، لان ما عزم قد أقر بالزنا ، ورجوعه عن اقراره يسقط عنه الحد (راجع نهاية المحتاج ج ٨ — ص ٦ والمغني لابن قدامة — ج ١٠ — ص ٢١٦ ، ٢١٧) . كما أن حديث التائب من الذنب كمن لا ذنب له ينصرف بحسب ظاهره الى الحساب الاخرى .

١٩٠ — شرح الزرقاني — ج ٨ — ص ١١٠ ، بدائع الصنائع — ج ٧ — ص ٩٦ ، المغني — لابن قدامة — ج ١٠ ص ١١٦ . وانظر عبد القادر عودة — المرجع السابق — ص ٢٢٥ .

ورأى جمهور الفقهاء فى العقاب على ما ارتكب الفاعل من معصية ولو عدل عن اتمام الجريمة باختياره هو الاصح شرعا . فالتوبة لا تسقط العقوبة الا فى الحراية بالنص الذى ورد فيها . ورأى الامام مالك وابى حنيفة وبعض الفقهاء فى مذهب الشافعى ، ومذهب احمد على ذلك . لان الاصل عندهم ان التوبة لا تسقط العقوبة . فالزانى يرحم او يجلد تبعا لما اذا كان محصنا او غير محصن ، ولم يثبت الزنا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا بالاقرار وفيه التوبة والرغبة فى التطهر من الذنب . والقطع فى السرقة للتائب وغير التائب . » وقد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم برحم ماعز والغامدية وقطع يد السارق الذى اقر بالسرقة ، وكلهم جاءوا تائبين معترفين يطلبون التطهر من ذنوبهم باقامة الحد عليهم ، وقد سمى النبى صلى الله عليه وسلم فعلهم توبة اذ قال فى حق المرأة « لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من اهل المدينة لوسعتهم » (١٩١) . واذن لا يصح القياس على حالة المحارب لانه غير مقدور عليه ، فقبول توبته قبل القدرة عليه فيها تشجيع له على التوبة لمنع الفساد فى الارض . ثم ان العقوبة جبر وزجر ، اى تكفير وردع ، ولو كانت التوبة ترضى جانب التكفير فكيف يمكن ان يرتدع الفاعل وغيره من الناس ، وقبول التوبة يؤدى الى عدم توقيع اى عقاب ، لانه ما أسهل الادعاء بالتوبة من المجرم (١٩٢) . وعلى ذلك فان عدول الجانى عن اتمام جريمته ولو بدافع التوبة لا يمنع عقابه متى كان فعله معصية .

وقد سبق القول بأن القوانين الوضعية التى لا تعاقب على الشروع اذا كان عدول الفاعل عن اتمام الجريمة طوعيا لا تدعه يغفلت من العقاب اذا كان ما حصل منه بعد العدول ما يعد جريمة فى ذاته ، مثل انتهاك حرمة مسكن أو هتك عرض أو غير ذلك . وفى هذه النقطة يكاد يتفق القانون الوضعى مع احكام الشريعة الاسلامية التى تعاقب عند عدم اتمام الجريمة على ما يكون الجانى قد ارتكبه من معصية .

١٩١ - الاستاذ عبد القادر عردة - المرجع السابق ص ٢٥٤ .

١٩٢ - اعلام الموقعين - ج ٢ - ص ٩٧ ، ٩٨ .

هـ - حكم التوبة الإيجابية : وهى التى تكون بعد تمام الجريمة ، انه لا اثر لها فى القانون الوضعى ، أى انها لا تمحو سابق جرم الجانى ، وان صح ان القاضى قد ينظر اليها ، اذا اعاد الجانى الحال الى ما كان عليه عند تقدير عقابه فيخفضه . واحيانا تجيز بعض القوانين هذا التخفيف بالنص . او تجيز الاعفاء من العقاب فى حالات استثنائية نادرة .

اما فى الشريعة الاسلامية فان التوبة بعد تمام الجريمة تسقط العقوبة فى الحاربة وحدها اذا حصلت قبل القدرة على المحارب . ولا اثر لها بعد ذلك فى جنايات الحدود . بل ان التوبة فى الحاربة لا تسقط جرائم المحارب التى يكون قد ارتكبها اعتداء على حقوق العباد . فان كان قد قتل شخصا او احدث به شجاجا او افقده احد اعضائه او فائدته يقتص منه ان توفرت شروط القصاص (١٩٣) ، والا كان عليه الدية (١٩٤) ، مالم يعفو ولى الدم . وكذلك الحكم اذا فعل المحارب فى حق العباد ما يوجب الحد . . كالقذف فلا يسقط لانه حق الادمى (١٩٥) . والمقصود بتوبة المحارب قبل القدرة عليه هو حصولها قبل ان يقع فى يد الامام . ويعد تابيا اذا اتى الامام طائعا ملقيا سلاحه ، او اذا ترك ما هو عليه من الحاربة وان لم يأت الامام (١٩٦) . اما اذا

١٩٣ - فى تحديد شروط القصاص بالقتل الممد راجع الكاساني - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع - ج ٧ - ص ٢٢٤ وما بعدها . أما القصاص فيها دون النفس فلا إجماع فى الفقه على وجوبه ، ان أمكن (المغني لابن قدامة - ٩ - ص ٤٠٩ وما بعدها ، وراجع الكاساني - المرجع السابق - ج ٧ - ص ٢٩٦ ، والإحكام السلطانية لابن يعلى الحنبلي ص ٢٦٠ .

١٩٤ - وقد تكون شروط القصاص متوفرة فيعفو ولى الدم مقابل الدية . ولكن الانتقال من القصاص الى الدية لا يثبت الا بالتراضي بين الطرفين على الراي الراجع ، فان الجانى اذا لم يرض بالدية فلا يكون لولى الدم الا أن يقتص منه أو يعفو بدون الدية ، وهذا رأي مالك ، وأبي حنيفة . وغيرهم من الفقهاء . ولكن الامام الشافعي يرى أن ولى الدم بالخيار ان شاء أخذ بالقصاص ، وان شاء تركه الى الدية (راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد - لابن رشد - ج ٢ - ص ٢٢٦ وما بعدها) .

١٩٥ - المغني - لابن قدامة - ج ١٠ ص ٢١٨ ، وان ارتكب المحارب حدا قبل المحاربة ثم حارب وتاب قبل القدرة عليه لم يسقط الحد الاول .

١٩٦ - أسنى المطالب وحاشية الرملي ج ٤ - ص ٥٥ .

تاب بعد أن امتدت اليه يد الامام فلا تعد توبته قبل القدرة عليه ولو كان هاربا او ممتنعا .

وخلاصة القول انه فيما عدا جناية الحراة فان التوبة بعد تمام الجريمة لا اثر لها ، ولا بد من العقاب في باقى جرائم الحدود لتحقيق معنى الزجر والجبر .

غير ان جرائم التعزير من حيث العقاب تختلف عن الحدود . فاذا ثبتت الجريمة في الحدود شرعا للقاضى فعليه أن يحكم بما اوجبه الله من حد ، ولا خيار له في العقوبة ، بل يقضى بها دون زيادة أو نقصان (١٩٧) ، بينما في جرائم التعزير يختار القاضى ما يجده مناسبا للحال بالنظر الى ظروف الجريمة والمجرم . وفى ذلك يقول : الصنعانى « يجب على الذين لهم سلطة التعزير الاجتهاد في اختيار الاصلح ، لاختلاف ذلك باختلاف الناس وباختلاف المعاصى (١٩٨) » . والحد واجب لا عفو فيه ولا شفاعه ولا اسقاط . اما التعزير لمعصية في حق الله تعالى فتجب اقامته كقاعدة ويجوز العفو والشفاعة فيه ان كانت في ذلك مصلحة او انزجر الجانى بدونه ، وان كان من حق الفرد فله ان يتركه بالعفو وبغيره ، وهو يتوقف على دعوى الفرد ، واذا طلب فلا عفو ولا شفاعه ولا اسقاط من ولى الامر . وكذلك الاثبات ، فان اثبات الحدود يكون بالاعتراف أو البينة بشروط معينة لدرء الحدود بالشبهات ، ولذلك لا يؤخذ بأقوال المجنى عليه كشاهد ، ولا باليمين ، ولا بشهادة النساء ، خلافا للتعزير الذى لا يتقيد فيه الاثبات كالحدود (١٩٩) .

ولما كان الشروع في الحدود يعاقب عليه تعزيرا باعتباره معصية لا حد فيها ، وجب بيان متى تكون جرائم الحدود تامة ، وكذلك الامر في جرائم

١٩٧ - وجرائم القصاص مثل الحدود من حيث أن القاضي لا يملك عند ثبوت الجريمة الموجبة للقصاص إلا الحكم متى كانت شروطه متوفرة ، إلا إذا عفى ولى الدم مقابل الدية ، أو إذا عفا بدونهما .

١٩٨ - سبل السلام - للمصنفين - ج ٤ - ص ٥٤ ، وابن عسايدين - ج ٢ - ص ١٨٢ ، والموسوعة الفقهية - موضوع التعزير - ص ١٩ .

١٩٩ - الفتاوى الهندية - ج ٢ - ص ١٦٧ .

القصاص .

ويعرف الفقهاء الحد بأنه عقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى . وجرائم الحدود هي السرقة والحراقة والزنا والقذف وشرب الخمر والردة .

وليس للقذف مقدمات مما يعد شروعا ، فهو الرمي بالزنا أو نفى النسب (٢٠٠) ، فان حصل وجب الحد ، وان لم يحصل فلا فعل مما يعد معصية ، اي انه يقابل ما يعرف بالجريمة الشكلية في القوانين الوضعية ، ولذلك لا يتحدث فقهاء الشريعة عن فعل يسبقه مما يعد معصية تستوجب التعزير فالقذف اما أن يقع فيجب الجلد متى توفرت شروطه ، او لا يقع فلا جريمة ولا تعزير .

والردة وهي الرجوع عن الاسلام ، تقع بقول أو فعل يدل على الكفر ، وقد تكون بالامتناع . واذا سبق ذلك من الاقوال او الافعال ما لا يدل على الكفر ولكنه يعد معصية وجب العقاب عليه تعزيرا . لكن الاعتقاد فيما يعد من الكفر لا يعد ردة ما لم يتجسد في قول أو عمل يبرز الى الخارج ويكون من لديه هذا الاعتقاد المنافي للاسلام مسلما في الظاهر متروكا امره الى يوم الحساب (٢٠١) .

٢٠٠ - المغني لابن قدامة - ج ١٠ - ص ٢٠١ .

والقذف على ثلاثة أضرب : الاول واجب ، وهو أن يرى الرجل زوجته تزني في طهر لم يطأها فيه ، فيلزمه اعتزالها حتى تنقضي عدتها ، فان أنت بولد لسنة أشهر من وقت الزنا وأمكنه نفيه لزمه قذفها . والثاني جائز ، وهو أن يراها تزني ، أو يثبت عنده ذلك ، وليس ثمة ولد يلحقه نسبه ، أو ثمة ولد ولكنه لا يعلم أنه من الزنا ، أو يشيع بين الناس أن شخصا يفعل بها ويشاهده داخلا وخارجا من عندها ، فله قذفها وان سكت جاز . والثالث محرم ويجب فيه الحد ، وهو ما عدا ما سبق ذكره من قذف أزواجه . وقذف الأجانب فإنه من الكبائر (المغني - ج ٩ - ص ٤٢ - ٤٥) .

٢٠١ - في الردة وتفصيلات الفروض التي تدخل فيها ، راجع شرح الزرقاني ج ٨ - ص ٦٢ ، ٦٥ ، أسنى المطالب - ج ٤ - ص ١١٦ ، ١١٨ ، حاشية ابن عابدين - ج ٣ - ص ٣٩١ ، ٣٩٣ ، والمغني - ج ١٠ - ص ٨٥ ، ١١٣ ، ومواهب الجليل - ج ٦ - ص ٢٧٩ ، ٢٨٠ ، ونهاية المحتاج - ج ٧ - ص ٢٩٥ ، ٢٩٦ ، وانظر الاستاذ عبد القادر عودة - ج ٢ - ص ٧٠٧ الى ص ٧١٣ .

والسرقة الموجبة للقطع هي أخذ المكلف مال الغير خفية من حرز مثله اذا بلغت قيمة المسروق نصابا . ويتم الفعل بأمرين : ١ - اخراج المال من حرز مثله . ب - ادخال هذا المال في حيازة السارق . فاذا لم يتم فعل الاخذ بشقيه لا تكون السرقة تامة ، ويعاقب الجاني على اعمال البدء في تنفيذها بالتعزير لارتكابه معصية هي جريمة بحد ذاتها (٢٠٢) . فمن بدأ في ثقب الحرز ، او فتح بابا او أحدث ثقباً وقبض عليه يعزر (٢٠٣) . ومن دخل منزلا بقصد السرقة وضبط قبل أن تمتد يده الى المال يعزر (٢٠٤) . ويعزر من جمع المسروقات ولم يغادر بها من الحرز المسروق منه (٢٠٥) . ويعزر من أخرج المال من غرفة في البيت الى فئائه وضبط قبل مغادرة المنزل (٢٠٦) . ويعزر من رمى المال المراد سرقة من حرزه وقبض عليه قبل أن يخرج هو من الحرز (٢٠٧) . ومن يرمى بالمال من الحرز الى السكة حتى اذا خرج يأخذه من الطريق فمر غيره فأخذه فانه يعزر (٢٠٨) .

والزنا ، هو وطء امرأة من قبلها وطأ حراما لا شبهة فيه ، ويتم بادخال الذكر في فرج المرأة كلا أو جزءا ، فلا يشترط اذن كامل الادخال ولا حصول الامناء . والزنا بهذا المعنى يوجب الحد رجما او جلدا تبعا لما اذا كان الزاني محصنا أم غير محصن .

٢٠٢ - المفني - ج ١٠ - ص ٢٢٩ - ٢٤٩ ، ٢٥٠ ، والمهذب ج ٢ - ص ٢٩٧ ، والبدائع للكاساني - ج ٦ - ص ٩٥ ، وشرح الزرقاني - ج ٨ - ص ٩٨ . وأنظر الاستاذ عبد القادر عودة - ج ٢ - ص ٥١٨ و ٥١٩ . ويقول أن أصحاب المذهب الظاهري يوجبون القطع على الشروع كلما وضع الدمارق يده على الشيء المسروق ولو لم يخرج به من حرزه ، لانهم لا يشترطون الحرز في السرقة . ولكن ما ذكرناه في تمام السرقة هو ما عليه المذاهب الاربعة والشيعة .

٢٠٣ - الاحكام السلطانية للماوردي - ص ٢٢٥ .

٢٠٤ - الخراج لابي يوسف - ص ١٠٤ .

٢٠٥ - المبسوط للرخسي - ج ٩ ص ١٤٧ .

٢٠٦ - البدائع للكاساني - ج ٧ ص ٦٦ .

٢٠٧ - البدائع للكاساني - ج ٧ ص ٦٥ .

٢٠٨ - المبسوط للرخسي - ج ٩ ص ١٤٨ .

واما الافعال التى تحدث مقدما لذلك كالتقبيل والاحتضان وما الى ذلك فكلها معاص وتعد جريمة تستوجب التعزير .

وشرب الخمر يتم بتعاطيها ، اما اعدادها بأى طريقة ، او الجلوس اليها قبل تناولها فمعصية يجب فيها التعزير . ومن هذه الافعال السابقة على شرب الخمر ما يعد تحضيريا ومنها ما يعد بدءا فى التنفيذ ، وكلها من المعاصى التى لا تستوجب الحد ، وانما التعزير .

والحرابة : هى اخافة السبيل مع البعد عن الفوئ خارج المصر او داخله مكابرة ، بسلاح او ما هو فى حكم السلاح ، لاختد مال الناس مجاهرة ومغالبة او قتلهم - وقد تكون من جماعة او من فرد فقط - ويعرفها الشافعية بانها البروز لاختد مال او لقتل او ارعاب مكابرة اعتمادا على الشوكة مع البعد عن الفوئ (٢٠٩) . وهذه الجناية الكبرى يمكن ان يسبق تمامها معاص كثيرة فى سبيل الاخافة والاعتداء على حياة الناس ، وسلب اموالهم وقطع الطريق عليهم وفقا لبعض المذاهب . وهذه المعاصى تعد جرائم فى ذاتها ويعاقب عليها بالتعزير ، ولا يقام الحد الا اذا تمت الجريمة وتحققت شروطها (٢١٠) .

وقد عرضنا لحكم الاستحالة فى القانون الوضعى . وتبين ان الراى الذى يرجحه الفقهاء حاليا ، ويأخذ به القانون الكويتى هو الذى يدعى الى اطراح فكرة الجريمة المستحيلة والى العقاب فى كل احوال الاستحالة باعتبار الفعل شروعا ، وهو راى المذهب الشخصى . واوضحنا رأينا فى تأييده ، سواء كانت الاستحالة مطلقة ام نسبية ، قانونية او مادية ، اذ ما دامت العبرة هى بخطورة الجانى الاجرامية التى افصححت عنها اعماله ، فانه ينبغى حماية

٢٠٩ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - ج ٨ - ص ٢ ، ٢ ، وبداية المجتهد ونهاية المقتصد - لابن رشد ج ٢ - ص ٣٢٩ - ٣٨٠ . وبدائع الصنائع للكاسانى - ج ٧ - ص ٩٢ .

٢١٠ - المبسوط للرخسي - ج ٩ - ص ١٩٩ وجاء فى المدونة للامام مالك ج ١٦ ص ٩٨ ، « قال مالك اذا خرج ولم يخف السبيل ، ولم يأخذ المال ، ولم يقتل ، وأخذ بحفرة ما خرج ، فانه يجلد تمزييرا . ومن خرج بمصاه أو بشيء فيؤخذ على ذلك الحال لم يخف السبيل ولم يأخذ المال ولم يقتل فانه يعزر بالجلد أو الحبس . وأنظر درر الحكام ج ٢ - ص ٨٥ .

المجتمع من شرها بالعقاب لتحقيق الردع والاصلاح ، وحماية حقوق المجتمع والافراد من خطورة الاجرام .

ويرى الاستاذ عبد القادر عوده ان رأى المذهب الشخصى فى الجريمة المستحيلة يتفق مع احكام الشريعة الاسلامية . اذ يستوى فى الشريعة الاسلامية ان تستحيل الجريمة بالنسبة لوسائلها أو موضوعها والغاية منها ، فان ذلك كله لا ينفى مسئولية الجانى ان كان فعله معصية . وانه لا شك فى أن محاولة الجانى الاعتداء على المجنى عليه هى فى ذاتها معصية بغض النظر عما اذا كانت المحاولة فى كل الاحوال اعتداء على الفرد ، وعلى امن الجماعة ، وما دامت النية الجنائية قد ظهرت وتجسمت فى افعال خارجية اتى بها الجانى بقصد تنفيذ جريمته ، فهو يستحق العقاب كلما تكون من افعاله معصية ، واذا كان الفعل لم يلحق اذى فعلا بالمجنى عليه ، او كانت الجريمة قد استحالت تنفيذها ، فان ذلك امر يترك تقديره للقاضى فيعاقب الجانى بالعقوبة التى تتلائم مع قصده وخطورته والظروف التى احاطت بتنفيذ جريمته (٢١١) .

٦ - يعاقب بالتعزير عن المعاصى التى تعتبر جرائم فى الشريعة بحد ذاتها ، والتى يكون الشخص قد ارتكبها ولم تتم الجريمة التى كان يقصد الوصول الى ارتكابها . ويستوى فى ذلك ان تكون الجريمة التى حصل البدء فى تنفيذها من جرائم الحدود او القصاص او التعزير . فالاصل فى التعزير « أن يكون فى كل معصية لا حد فيها ولا كفارة » . والجريمة هى « كل محظور زجر الله عنه بحد أو تعزير » .

واذا كان قد حصل البدء فى تنفيذ القتل ولم يتم ، فالعقوبة هى التعزير ما لم يكن الجانى قد اتى فعلا على ما دون النفس مما يجب فيه القصاص ، فعندئذ يقتصر منه أو يدع الدية ، ما لم يعف ولي الدم ، وان كان من الفقهاء

من يرى تعزيره عند العفو عنه دون دية وفقا لما سبق من تفصيل (٢١٢) .
والتعزير مشروع لردع الجاني وزجره، مع اصلاحه وتهذيبه . فالشريعة
الاسلامية تحرم كل ما فيه خروج عن هذه الاغراض كالتعذيب وما يؤدي
الى الاتلاف حيث لا يكون واجبا (٢١٣) . والزجر او الردع يكون للجاني بمنعه
عن معاودة المعصية ، ولغيره من الناس الذين يجدون في ايقاع التعزير على
مرتكب الجريمة ما يصرفهم عن ارتكاب الجرائم .

فالتعزير يمنع من معاودة القبيح ، كما يقول **السندي** ، او هو التنكيل
والمنع من معاودة الفساد من الجاني ، وحتى لا يؤول أمره الى ما هو افحش .
أما عن غيره فالعقاب الذي ينزل بالجاني من شأنه أن يمنعه هو الاخر عن
اتيان ما كان من الجاني . واما عن الاصلاح والتهذيب كهدف للعقوبة
فالاجماع في الفقه الاسلامي منعقد على ذلك . فيقول **الزيلعي** « التعزير
للتأديب » ، ومثله **الماوردي** ، ويقول **أبن فرحون** « التعزير تأديب استصلاح
وزجر » ويؤكد ذلك ان الحبس غير المحدد المدة حدة التوبة وصلاح حال
الجاني . فالاصلاح ان تحقق اندفع الفساد ، وكان في ذلك نفع المجتمع
وصلاحه (٢١٤) . بل ان من اغراض التعزير ارضاء الشعور بعدالة الشريعة
الاسلامية وتهذئة المجنى عليه او ذويه تسكيناً لروح الحقد والكرهية للجاني،
فتوقيع عقاب التعزير يعد اخذا لحق المجنى عليه يبعد عنه الرغبة في

٢١٢ - الجرائم التي توجب القصاص هي القتل العمد ، وبعض جرائم الاعتداء على ما دون
النفس . فقد قال تعالى « يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى ... »
سورة البقرة آية ١٧٨ ، وقال جل شأنه « والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن
والسن بالسن والجروح قصاص » (سورة المائدة آية ٤٥) . وقد تكلمت من قبل في
عقوبة القصاص والانتقال منها الى الدية ، وبينت ان الراجع في الانتقال الى الدية
يكون بالاتفاق ، وذلك ما لم يعرف ولي الدم ، فان عفا دون الدية فمن الفقهاء من يرى
وجوب التعزير .

٢١٣ - الموسوعة الفقهية - ٨ - التعزير - ص ٢١ .

٢١٤ - الزيلعي - ج ٢ - ص ٢١٠ ، وابن عابدين - ج ٢ - ص ١٨٢ ، ١٨٧ ، والموسوعة
- ص ٢١ ، والسندي ج ٧ ورقة ٥٩٩ ، والماوردي - ص ٣٢٤ ، وتبصرة الحكام -
ص ٣٦٦ .

الانتقام (٢١٥)

وليس التعزير للتعذيب او اهدار الادمية ، او الاتلاف حيث لا يكون واجبا . وهذا وصل اليه الفقه الوضعي تحت تأثير الافكار الحديثة والفلسفة الانسانية بعد عهود من تاريخ القانون كان يسودها العذاب ، والكي بالنار وحمامات الدماء لافعال تعد مخالفة لمعتقدات بالية . اما غرض العقوبة فقد توصلت اليه القوانين الوضعية بعد حملات تنادى بتحسين معاملة المجرم واصلاح السجون ، يضيق المقام عنها . وبالاختصار فان من قواعد العقاب في التعزير الا يكون فيه تعذيب او اهدار لآدمية الانسان ، او اتلاف . وفي ذلك يقول الزيلعي « ... التعزير للتأديب ... ولا يجوز الاتلاف ... وفعله مقيد بشرط السلامة » . ويقول البهوتي لا يجوز قطع شيء ممن وجب عليه التعزير ولا جرحه لان المشرع لم يرد بشيء من ذلك عن أحد يقتدى به ، ولان الواجب أدب ، والادب لا يكون بالاتلاف (٢١٦) .

والمعتمد عن الحنفية أن التعزير عقوبة مفوضة الى الحاكم من حيث المبدأ والحاكم في تقدير العقوبة في التعزير عليه مراعاة حال الجريمة والمجرم (٢١٧) .

فبالنسبة للجريمة يقول الاستروشني : « ينبغي أن ينظر القاضي الى سببه ، أي التعزير فان كان من جنس ما يجب به الحد ولم يجب لمانع وعارض يبلغ التعزير اقصى غاياته ، وان كان من جنس ما لا يجب به الحد لا يبلغ اقصى غاياته ولكنه مفوض الى الامام » (٢١٨) .

٢١٥ - كشف القناع - للبهوتي - ج ٤ - ص ٧٢ الى ٧٢ .

٢١٦ - الزيلعي - ج ٣ - ص ٢١١ ، كشف القناع - ج ٦ - ص ١٠١ ، والمضي - ج ١٠ - ص ٣٤٨ ، والموسوعة - ج ٨ - ص ٢٢ . لذلك فكل ضرب يؤدي الى الاتلاف ممنوع سواء كان هذا الاحتمال ناشئا عن آلة الضرب ، أو من حالة الجاني ، أو من موضع الضرب . ولذلك منع الضرب في المواضع التي قد يؤدي فيها الى الاتلاف (فصول الاستروشني في التعزير ص ٢١ ، ٢٢) .

٢١٧ - الموسوعة الفقهية - التعزير - ص ٢٢ ، فصول الاستروشني - ص ٢٢ ، وهاشمية ابن عابدين - ج ٣ - ص ١٨٢ ، والدكتور عبد العزيز عامر - ص ٣٩٥ .

٢١٨ - فصول الاستروشني - ص ١٤ .

وبالنسبة للمجرم يقول **الزيلعي** : « انه في تقدير العقوبة ينظر الى احوال الجانين فان من الناس من ينزجر باليسير ومنهم من لا ينزجر الا بالكثير » (٢١٩) . ويقول **السندي** : « ان أدنى التعزير على ما يجتهد الامام في الجاني بقدر ما يعلم انه ينزجر به ، لان المقصود من التعزير الزجر والناس تختلف احوالهم في الانزجار » (٢٢٠) .

وهو رأى المالكية فقد قالوا ان التعزير يختلف من حيث المقادير والاجناس والصفات باختلاف الجرائم من حيث كبرها وصغرها وبحسب حال المجرم نفسه ، وبحسب حال القائل والمقول فيه والقول ، وهو موكل الى اجتهاد الامام . وفي هذا المعنى اقوال لابي بكر الطرسوسي ، وللقرافي ، الذي ذكر أن التعزير يختلف باختلاف الازمنة والامكنة . ومثله ما يقوله ابن فرحون . والذي عليه المالكية في هذا المقام عليه الشافعية والحنابلة (٢٢١) .

وما دامت العقوبة يجب أن تختلف بحسب الجريمة من حيث كبرها او صغرها ، مع مراعاة حال المجرم الذي يراه القاضى ببحته واجتهاده . فان عقاب المعصية التى هى **بعد ذاتها جريمة** ، ولكنها تعد شروعا في جريمة اخرى ، هى المقصودة ، هذه العقوبة يجب أن تكون اقل من عقوبة الجريمة التامة . يستدل لذلك بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم « من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين » فاذا كان الشروع في احدى جرائم الحدود لا يصح ان يبلغ الحد ، وهو الثابت في المذاهب الفقهية (٢٢٢) ، فلا تكون عقوبة المعصية التى تعد شروعا في احدى جرائم التعزير المفوضة الى الحاكم مماثلة لعقوبة الجريمة التامة ، ولكنها يجب أن تكون اخف مع مراعاة حال المجرم . وهذا ما يأخذ به جانب من القوانين الوضعية التى درسناها في

٢١٩ - ابن عابدين ج ٢ - ص ١٨٢ .

٢٢٠ - السندي ج ٧ - ورقة ٦٠٥ .

٢٢١ - الموسوعة - التعزير - ص ٢٢ .

٢٢٢ - راجع البدائع للكاساني ج ٧ - ص ٢٦٤ ، نيل الاوطار - ج ٧ - ص ١٥٨ ، الموسوعة الفقهية - ٨ - التعزير - ص ٢٤ .

عقوبة الشروع ، والتي تنظر الى الجريمة والجاني عند العقاب .

وعقوبات التعزير مختلفة وتتنوع بحسب صغر الذنب وكبره وبحسب حال المجرم . فالاعدام يجوز توقيعه في شأن المسلم الذي يتجسس على المسلمين للكفار ، ومن يعمل عمل قوم لوط يقتل . ويصح التعزير بالجلد وان كان مقداره لا يبلغ الحد . والخلاف في المذاهب في تحديد العدد الواجب دون الحد . والحبس من العقوبات التعزيرية ، والسجن يأخذ معناه ، ويطلق الفقهاء كلا منهما بمعنى الآخر . والجمهور على مشروعية الحبس بالكتاب والسنة والاجماع . ومن عقوبات التعزير النفي اى التغريب او الابعاد والتعزير بالمال ، سواء بالاتلاف لما يكون منكرا في ذاته او ما يعد التعامل فيه او حيازته معصية ، أو بأخذه غرامة وتمليكا . ومنه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فيمن سرق من الثمر المعلق قبل ان يؤخذ الى الجرين بجلدات نكال وغرم ما اخذ مرتين ، ومن التعزير التوبيخ فهو يختلف باختلاف الجرائم (٢٢٣) .

بذلك اكون قد درست بقدر الامكان احكام الشريعة الاسلامية في الجرائم التي تعدها شروعا في القانون الوضعي ، وحرصت على بيان مواطن الاتفاق والاختلاف بينهما . والشريعة في قانونها الجزائي نظام متكامل لا يمكن تجليته والوقوف على عظمتة الا بدراسة كاملة واجتهاد طويل . ورجائي من الله ان يوفقني في المستقبل الى المساهمة في هذا الجهد بقدر استطاعتي . ومنه سبحانه استمد العون والتوفيق ، انه نعم المولى ونعم النصير .

مراجع باللغة العربية

- أبن رشد (الحفيد) : بداية المجتهد ونهاية المقصد - مطبعة الكليات
الازهرية سنة ١٣٢٨ هـ .
- أبن قدامه المقدسى : المغنى - مطبعة دار المنار - الطبعة الثالثة سنة
١٣٦٧ هـ .
- أبن قيم الجوزية : اعلام الموقعين - شركة الطباعة الفنية المتحدة سنة
١٩٦٨ م .
- أبى بكر محمد بن أحمد السرخسى : المبسوط - مطبعة السعادة بمصر
سنة ١٣٢٤ هـ .
- الدكتور أحمد فتحى سرور : أصول قانون العقوبات (النظرية العامة
للجريمة) القاهرة سنة ١٩٧٢ .
- الدكتور البير صالح : الشروع فى الجريمة (فى التشريع المصرى والمقارن)
رسالة دكتوراه - القاهرة ١٩٤٩ م .
- الدكتور رؤوف عبيد : مبادئ القسم العام من التشريع العقابى المصرى
القاهرة ١٩٦٥ .
- الدكتور رمسيس بهنام : النظرية العامة للقانون الجنائى - الاسكندرية
١٩٧١ .
- الدكتور السعيد مصطفى السعيد : الاحكام العامة فى قانون العقوبات
المصرى - القاهرة ١٩٦٢ .

الدكتور سمير الشناوى : الشروع فى الجريمة - رسالة دكتوراه - القاهرة ١٩٧١ .

شمس الدين محمد بن احمد الرملى : نهاية المحتاج الى شرح المنهاج - المطبعة البهية المصرية سنة ١٣٤٠ هـ .

الدكتور عبد العزيز عامر : التعزير فى الشريعة الاسلامية - رسالة دكتوراه - القاهرة ١٩٥٥ .

الاستاذ عبد القادر عوده : التشريع الجنائى الاسلامى مقارنا بالقانون الوضعى - جزءان - القاهرة ١٩٦٠ .

الدكتور عبد المهيمن بكر سالم : القسم الخاص فى قانون العقوبات المصرى - القاهرة ١٩٧٧ .

- القصد الجنائى فى القانون المصرى والمقارن رسالة دكتوراه - القاهرة ١٩٥٩ .

- الوسيط فى شرح قانون الجزاء الكويتى - القسم الخاص - الكويت ١٩٧٢ - ١٩٧٣ .

الدكتور عبد الوهاب حومد : شرح قانون الجزاء الكويتى - القسم العام - الطبعة الثانية ١٩٧٥ - جامعة الكويت .

- الحقوق الجزائية العامة - الطبعة السابعة ١٩٦٣ .

علاء الدين ابو بكر بن مسعود بن احمد الكاسانى : بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع - مطبعة الجمالية بالقاهرة ، سنة ١٣٢٨ هـ .

الاستاذ على بدوى : الاحكام العامة فى القانون الجنائى (الجريمة) القاهرة ١٩٣٧ .

الدكتور على راشد : القانون الجنائى (المدخل واصول النظرية العامة) - القاهرة ١٩٧٤ .

على محمد بن حبيب الماوردى : الاحكام السلطانية - مطبعة مصطفى الحلبي الطبعة الثانية سنة ١٩٦٦ م - القاهرة .

- محمد امين بن عابدين : رد المحتار على الدر المختار - مطبعة مصطفى
الحلبى سنة ١٣٨٦ هـ .
- محمد بن على بن محمد الشوكاني : نيل الاوطار - مطبعة مصطفى الحلبي
بالقاهرة الطبعة الاخيرة .
- الاستاذ محمود ابراهيم اسماعيل : شرح الاحكام العامة فى قانون العقوبات
القسم العام - القاهرة ١٩٥٩ .
- الدكتور محمود محمود مصطفى : شرح قانون العقوبات - القسم العام
القاهرة ١٩٧٤ .
- الدكتور محمود نجيب حسنى : شرح قانون العقوبات - القسم العام -
القاهرة ١٩٧٣ .
- الوجيز فى شرح قانون العقوبات - القسم العام - القاهرة
١٩٦٦ / ١٩٦٧ .

المجموعات

- مجموعة القواعد القانونية (للاستاذ محمود عمر) .
- مجموعة احكام النقض (يصدرها المكتب الفنى) .
- المجموعة الرسمية .
- مجلة المحاماة .
- مجلة المحامى الكويتية .

مراجع باللغة الفرنسية

- Blanche** : Etude Pratique sur le code pénal, 2e ed.,
Paris, 1888 — 1896.
- Bouzat, et Pinatel** : Traité de droit pénal et de criminologie,
T.1, Paris, 1970.
- Cheron** : Subjectivisme et Objectivisme dans la Théorie de la Tentative,
Revue El Quanon Wal Iqtisad, 7ème année, No. 3, Mars, 1973.
- Donnedieu de Valres** : Traité de droit criminel et de législation pénale
Comparée, Sirey, Paris, 1947.
- Farage, W.** : De la Distinction des actes Préparatoires et du commencement
d'exécution en Matière de tentative, Revue El Quanon Wal
Eqtisad, le Caire, No. 6, Nov., 1934.
- Garçon, E.** : Code Pénal annoté t.1., Paris, 1952.
- Garraud, R.** : Précis de droit criminel, Paris, 1926.
Traité Theorique et pratique de droit pénal Français, Paris,
1916.
- Haus, J.** : Principes Generaux de droit pénal Belge, Paris, 1874.
- Laborde** : Précis de droit Pénal Français, Paris, 1911.
- Marchal, A. et Jaspai, J.** : Droit criminel, Traité Théorique et Pratique,
Bruxelles, 1965.
- Merle, et Vitu.** : Traité de droit criminel, Paris, 1973.
- Ortolan.** : Eléments de droit pénal, Paris, 1885.
- Rossi** : Traité de droit pénal, 1850
- Roux** : Cours de droit criminel Français, 2ème éd, Sirey, Paris, 1927.
- Stefani, et levasseur** : Droit pénal General, Dalloz, Paris, 1971.
- Vidal, et Magnol.** : Cours de droit criminel et de Science Pénitentiaire,
9 ème éd., Paris, 1947.

المحتوى

مقدمة : ٥

الفصل الاول ٩

في المراحل السابقة على الشروع

١ - التفكير والتصميم

١ - التهديد بارتكاب جرائم معينة - ب - الاتفاق على ارتكاب

الجرائم - ج - التحريض على ارتكاب جرائم معينة

٢ - الاعمال التحضيرية

٢٠ الفصل الثاني

في اركان الشروع

١ - البدء في التنفيذ

١ - المذهب الموضوعى - ٢ - المذهب الشخصى - رقابة محكمة

التمييز .

٢ - قصد ارتكاب الجريمة

٣ - عدم تمام الجريمة رغم ارادة الفاعل

العدول الطوعى .

٥٦ ————— الفصل الثالث

الجريمة المستحيلة

- ١ - لا عقاب في حالة الاستحالة - ٢ - عدم العقاب على الاستحالة المطلقة - ٣ - العقاب في كل احوال الاستحالة - ٤ - التفرقة بين الاستحالة المادية والاستحالة القانونية - موقف القانون الكويتي

٧٧ ————— الفصل الرابع

في عقاب الشروع

- ١ - الجرائم التي لا يتصور فيها الشروع - ٢ - الجرائم المعاقب على الشروع فيها - ٣ - عقاب الشروع .

٨٩ ————— الفصل الخامس

الشروع في الفقه الاسلامي

- ١ - الشريعة الاسلامية لا تعاقب على التفكير في الجريمة او انتوائها .
- ٢ - مرحلة التحضير - ٣ - مرحلة البدء في التنفيذ - ٤ - العدول - ٥ - حكم التوبة الايجابية .