بسم الله الرحمان الرحيم

هذه الحصة الثالثة أقدمها في إطار الدراسة عن بعد بسبب جائحة "فيروس كورونا" وذلك في مادة: القانون الجنائي العام ..... د/ بحمي محمد

الموضوع: في المحاولة (la tentative)

دائما في إطار المحور الثاني المتعلق بالمجرم (الجاني او الفاعل) وبالطبع هو مرتكب الجريمة الذي قد يبدأ في ارتكاب الجريمة لكن لأسباب وظروف خارجة عن ارادته او لم يكن يعلم بها لا تحصل النتيجة التي كان يريد الحصول عليها من فعله الجرمي.

مبدئيا يتوقف وجود الجريمة على وجود نص قانوني يجرّم الفعل وعلى وجود ضرر يلحق المجتمع أو أحد افراده، ثم يتوقف على نية اجرامية وارادة واعية متبصرة لدى الجاني.

لكن هل يشترط لوجود الجريمة تحقق النتيجة بحيث اذا لم تحصل هذه النتيجة لا يتوفر الركن المادي وبالتالي لا تكون أمام جريمة؟

تلك هي مشكلة المحاولة التي سنتطرق إليها من الجوانب التالية:

1- من حيث التطور الذي طرأ عليها:

المحاولة وحسب ما أجمع عليه الفقه نظرية حديثة في القانون الجنائي، إذ لم يكن لها مفهوم واضح في الدراسات الجنائية السابقة بحيث كان تقديرها متروكا للسلطة التقديرية للقضاء: مثلا المشرع الفرنسي لم يتدخل ليخرج موضوع المحاولة من سلطة القضاء ويتولى تنظيمها والتنصيص على أحكامها إلا عقب الثورة الفرنسية لسنة 1789.

2- من حيث التمييز بينها وبين المراحل الأخرى التي تمر منها الجريمة:

من المعلوم ان النشاط الإجرامي لا يتحقق في الواقع دفعة واحدة، بل

يمر بعدة مراحل لكن هذه المراحل غير معاقبة جميعها وبناء على ذلك ينبغي التمييز بين المراحل المعاقب عليها والمراحل الغير معاقب عليها.

- وهكذا فالجريمة التي تتحقق نتيجتها والتي كان يهدف إليها الجاني تكون معاقبة بدون أدنى شك في ذلك.

لكن الإشكال يكون بالنسبة الجريمة التي يعمل الجاني كل ما في استطاعته من أجل الوصول إلى النتيجة التي كان يتوخاها لكن بدون جدوى. وهو ما يعرف "بالجريمة المحاولة" (Tentative de crime) وبالتالي تكون معاقبة في حدود معينة.

أما ما عدا ذلك من تفكير وتصميم وعقد عزم على ارتكاب الجريمة فإنه لا مبرر للعقاب بشأنه ولو ظهر للعالم الخارجي، كما يضاف إلى ذلك الأعمال التحضيرية (~~[illegible]~~) بحيث تكون غير معاقبة بصفة مبدئية. كشراء حبل قد يكون من أجل نشر الغسيل وليس من الضروري اعتباره وسيلة لخنق الضحية أو شراء مواد قصد خلطها بمواد أخرى من أجل التداوي مثلا، فليس من الضروري اعتبارها داخلة في الأعمال التحضيرية لجريمة التسميم المعاقب عليها وفقا لأحكام الفصل 398 من القانون الجنائي بالإعدام.

لكن تجدر الإشارة إلى أنه وبصفة استثنائية يمكن اعتبار الأعمال التحضيرية معاقبة بقوة القانون عند ما يتعلق الأمر بالجرائم ~~[illegible]~~ الماسة بأمن الدولة أو بالجرائم الإرهابية بالنظر لما تنطوي عليه هذه الجرائم من خطورة للأفراد والمجتمع على حد سواء.

- تبقى الإشارة كذلك إلى أن عقد العزم على ارتكاب جريمة ما والتخطيط لها وهو ما يدخل في ما يسمى بسبق الإصرار ويدخل في حكمه كذلك الترصد فكلما توافرت هذه الحالات تصبح ظروفا مشددة كما في جريمة: القتل مع سبق الإصرار أو الترصد والتي يعاقب عليها بالإعدام كما هو منصوص عليه في الفصل ~~397~~ 393 من ق. ج.

←

3 ص

3 - من حيث الاختلاف بخصوص العقاب أو عدم العقاب على المحاولة :

بخصوص هذه المسألة هناك اتجاهان :

- الاتجاه الواقعي والاتجاه الشخصي .

+ بالنسبة للاتجاه الواقعي : يحسب هذا الاتجاه العبرة بالضرر الذي تلحقه المحاولة بالمجتمع إذ أنه يقيم وزنا مهما للخلل الاجتماعي ولدرجة خطورته بمعنى انه يركز على النتيجة الحاصلة وحدها .

- لكن عيب هذا الاتجاه يتجلى في عدم معاقبة الجرائم المحاولة التي لا تحدث ضررا بالمجتمع ولو كان عدم حصول النتيجة فيها يرجع لظروف خارجة عن إرادة الجاني .

+ اما بالنسبة للاتجاه الشخصي : وكما يدل عليه اسمه فهو يركز على شخصية الجاني بحيث أنه يأخذها بعين الاعتبار في تقدير العقوبة . ذلك أنه يعاقب على المحاولة بنفس العقوبة المخصصة للجريمة التامة ما دامت المحاولة قد أفصحت عن النية الاجرامية لدى الجاني إذ أنه بذلك يكون على قدم المساواة مع الجاني الذي ارتكب جريمة تامة ~~من حيث الخطورة ومن حيث العقاب~~ .

من حيث الخطورة ومن حيث العقاب .

فحسب هذا الاتجاه العبرة ليست بالضرر الذي قد يحصل أو لا يحصل للمجتمع وانما العبرة بدرجة جنوح الفاعل ومدى خطورة عمله على المجتمع .

- لكن عيب هذا الاتجاه أنه يعاقب على الجريمة المحاولة بنفس عقوبة الجريمة التامة بمجرد وجود النية الاجرامية لدى الجاني بل إنه يشدد في العقاب في هذه الحالة .

• وبالنظر لتباين الاتجاهين بخصوص العقاب على الجريمة المحاولة كان لا بد من الضروري إيجاد حل تشريعي وهو ما كرسه المشرع المغربي على غرار المشرع الفرنسي في التنصيص على ذلك في الفصل 114 من القانون الجنائي وهو اتجاه تشريعي يوفق بين الاتجاهين السابقين (الواقعي والشخصي) حيث نص الفصل المشار إليه (114 ق ج) على ما يلي :

« كل محاولة ارتكاب جناية بدت بالشروع في تنفيذها أو بأعمال لم ليس فيها »

← تهدف مباشرة إلى ارتكابها، إذا لم يوقف تنفيذها أو لم يحل الأثر المتوخى منها إلا لظروف خارجة عن إرادة مرتكبها، تعتبر كالجناية التامة ويعاقب عليها بهذه الصفة."

• وباستقراء هذا الفصل يتضح أن المشرع الجنائي المغربي تأثر بالاتجاه الشخصي لما عاقب على المحاولة بعقاب الجريمة التامة إذا بدت بأعمال لا لبس فيها تهدف مباشرة إلى ارتكاب الجريمة - انظر الفصل - كما تأثر بالاتجاه الواقعي لما اشترط وجوب البدء في التنفيذ عندما نص "كل محاولة ارتكاب جناية بدت بالشروع في تنفيذها" - انظر الفصل -

4 - الأركان المكونة للمحاولة: (وتسمى أيضا بالعناصر المكونة للمحاولة) وهي:

• **أ- البدء في التنفيذ**: يعتبر البدء في التنفيذ نقطة الانطلاقة للجريمة سواء كانت جريمة تامة أو جريمة المحاولة، وهو يختلف عن كل من التصميم المجرد وعن الأعمال التحضيرية والتي تعتبر غير معاقبة بصفة مبدئية كما رأينا سابقا بحيث أن الأعمال التحضيرية التي لا تدخل في تكوين الجريمة لا عقاب عليها لكن بصفة استثنائية يمكن تجريم الاتفاق الحاصل من أجل ارتكاب بعض الجرائم الخطيرة وهي أعمال تحضيرية كما في جريمة المؤامرة التي يعتبر فيها مجرد التصميم على العمل متى كان متفقا عليه بين شخصين أو أكثر فكل هذه الأعمال بالرغم من أنها أعمال تحضيرية فإن القانون اعتبرها داخلة في تكوين مثل هذه الجرائم وبالتالي قرر لها العقوبات المناسبة لخطورتها.

- والملاحظ انه ليس هناك معيار قانوني يسمح بالتمييز بدقة بين البدء في التنفيذ الذي يكون عنصرا في المحاولة وبين الأعمال التحضيرية التي تعتبر عملا مباحا لا عقاب عليه بصفة مبدئية.

وبالرجوع إلى الفقه لتحقيق هذا التمييز نجده يأخذ أحيانا بالمعيار الواقعي الذي يقدر بأن العمل التحضيري هو الذي لا يدخل في التعريف القانوني للجريمة كعنصر من عناصرها ولا كظرف مشدد من ظروفها وأن البدء في التنفيذ بخلاف ذلك، وعليه يكون الاستيلاء المادي على الشيء المملوك للغير بدءا في التنفيذ في جريمة السرقة لأن الاستيلاء يعتبر عنصرا أساسيا في جريمة السرقة (ف: 505 من ق ج)

←

← ويعتبر السلق أو الكسر بدءاً في التنفيذ على اساس ان كل واحد منهما يعتبر ظرفا مشددا في جريمة السرقة (تصبح سرقة الموصوفة = جناية)
اما حسب المعيار الشخصي الذي يركز على النية الإجرامية للجاني فإنه كلما افصح الجاني عن نيته الإجرامية إلا ويعتبر ذلك بدءاً في التنفيذ خاصة عندما يدل الفعل الحاصل على إرادة جازمة لارتكاب الفعل الجرمي.

• والحاصل أن المشرع المغربي أخذ بالمعيارين (المتحاميين) معاً حسب ما يقضي به ذلك الفصل 114 من ق ج.

- وفي جميع الأحوال فالمحكمة هي التي تقدر ما اذا كان الأمر يتعلق ببدء في التنفيذ وبالتالي تقضي بمعاقبة المحاول أو بمجرد عمل تحضيري لا عقاب بشأنه. لكن المحكمة في تقديرها هذا تكون خاضعة لرقابة محكمة النقض (المجلس الأعلى سابقا) لأن البدء في التنفيذ يعتبر عنصرا من عناصر المحاولة (أي ركنا) وبالتالي تعتبر مسألة قانونية لا مجرد واقعة مادية.

• ب العنصر الثاني: انعدام العدول الإرادي:

هذا العنصر نص عليه المشرع في الفصل 114 ..... اذا لم يوقف تنفيذها ..... لما الظروف خارجة عن إرادة مرتكبها ....."

ومعنى ذلك انه اذا كان التوقف عن التنفيذ بعد البدء فيه راجعا لإرادة الفاعل أي تراجع بإرادته وعن طواعية ولذلك يسميه البعض بالعدول الطوعي وبالتالي لم يكن تراجعه وعدوله راجعا لسبب خارج عن إرادته كما ورد بالنص أعلاه لتكون أمام محاولة.

وهذا فإنه لا يكفي لوجود المحاولة من الناحية القانونية مجرد البدء في التنفيذ بل لا بد بالإضافة إلى ذلك من تحقق ما يسمى: "بانعدام العدول الإرادي أو الطوعي"

- ولعل السبب في اشتراط هذا العنصر (أي انعدام العدول الإرادي) هو رغبة المشرع في تشجيع الأفراد على التراجع عن نشاطهم الإجرامي ما دامت نتيجة هذا الإجرام لم تتحقق بعد.

أما إذا كان عدم تحقيق النتيجة الإجرامية راجعا لأسباب أخرى لا دخل لإرادة الفاعل فيها فإنه لا يوجد مبرر لعدم العقاب ←

← على هذا النشاط الإجرامي إذ لا فرق بين المجرم الذي لم يتحقق مشروعه الإجرامي وبقي في طور المحاولة وبين المجرم الذي واتته الظروف وحقق النتيجة التي كان يهدف إليها.

+ ويكون العدول إراديا إذا حصل باختيار الفاعل وبمحض إرادته لا أن يكون ناتجا عن تدخل عنصر أجنبي أو سبب خارجي كتدخل دورية الشرطة أو تدخل أحد المارة ... الخ. بحيث قد يكون ذلك العدول الطوعي أو الإرادي بدافع التوبة أو الندم أو بدافع الخوف من العقاب.

والحاصل انه في الحالات التي يبقى فيها نوع من الشك أو الغموض ينبغي اعتبار العدول إراديا لأن الباعث اذا كان لا يستطيع مبررا أن يبرر الجريمة، فإنه لا ينبغي بالمقابل ان يستخدم أداة للإدانة.

+ وتجدر الإشارة إلى ان الإخفاق للمرة الاولى لا يعتبر عدولا إراديا بالنسبة للمحاول ولا ينفي المحاولة لأن الاخفاق الحاصل في المرة الاولى كان لسبب خارج عن ارادة الفاعل وهو الاتجاه الذي يقول به أغلب الفقهاء.

* وقت العدول الإرادي أو الطوعي:

الواضح والثابت ان العدول الإرادي لكي يكون له أثر على وجود المحاولة يجب أن يحصل قبل إتمام الجريمة اما اذا حصل بعد تنفيذ الجريمة فإنه يكون مجرد توبة وندم ولا يشفع لصاحبه وبالتالي ليس له أثر قانوني، لكن مع ذلك يمكن اخذه بعين الاعتبار من الناحية القضائية إذ يمكن للمحكمة تمتيع الجاني بظروف التخفيف مالم يكن مانع لذلك.

+ تبقى الاشارة إلى أنه في الجرائم المادية وهي الجرائم التي تتوقف على حصول النتيجة المادية للفعل، لا توجد صعوبة في تحديد وقت العدول لأنها متوقفة على حصول النتيجة ومادامت هذه النتيجة لم تتحقق فإن العدول ممكن وبالتالي لا إشكال في ذلك ومثال على ذلك من يلقي بطفل في بركة ماء ثم يتدخل في حينه ويعمل على إنقاذه فإنه لا يسأل عن محاولة القتل وبالأحرى عن القتل مادام هناك عدول إرادي ←

7 ← من طرف الفاعل لكن قد يسأل في حدود ما حصل للطفل الذي تم انقاذه من جروح ورضوض.

أما بالنسبة للجرائم الشكلية وهي التي يعتبرها المشرع متحققة بغض النظر عن حصول نتيجتها فإن وقت العدول يثير صعوبة كبيرة احيانا كما في جريمة التسميم (ف.398 من ق.ج) إذ تحقق بقطع النظر عن حصول الوفاة أم لا. بمعنى ان المحاولة لا يمكن أن نتصورها في هذه الجريمة لأن الركن المادي فيها يتحقق بمجرد تناول الضحية للمادة السامة. لكن يمكن تصور المحاولة قبل إدخال المادة السامة لجسم الضحية ويمكن أن نتصور العدول الإرادي قبل عملية المناولة للمادة السامة، فالبدء في التنفيذ بالنسبة لهذه الجريمة يكون بمجرد تقديم المادة السامة للضحية أو وضعها رهن إشارته او استبدال علبة الدواء العادي بعلبة أخرى بها مادة سامة وهكذا.

ج - العنصر الثالث للمحاولة ← إمكانية حصول النتيجة:

ويعتبر هذا العنصر ضروريا لوجود المحاولة فهو ركن أساسي فيها. ذلك أن هناك بعض الجرائم لا تتحقق فيها النتيجة إما لاستحالة تحققها، وإما لخيبة ظن مرتكبها على الرغم من وجود إمكانية لتحقيق النتيجة فيها.

فالنوع الأول تسمى بالجريمة المستحيلة ← (لاستحالة تحقق النتيجة فيها)
والنوع الثاني تسمى بالجريمة الخائبة ← (لأنه خاب ظن المحاول في حصول النتيجة التي كان يتوخاها)

• لكن ما هو موقف المشرع المغربي من هاذين النوعين؟

في الواقع أن هذا الاتجاه الذي يشترط هذا العنصر (إمكانية حصول النتيجة) أصبح مهجورا لأن النظريات الحديثة وبالتبعية التشريعات الجنائية الحديثة لم تعد بالنتيجة الحاصلة بل أصبحت تهتم بالنية الإجرامية للفاعل أي الجاني وبمدى خطورته لذلك عاقبت على ما يسمى بـ:

- الجريمة المستحيلة والجريمة الخائبة واعتبرتهما مثل المحاولة وقررت لهما العقوبة الملائمة لهما.

←

← وهكذا يتضح من خلال استقراء الفصل 114 من ق.ج ان المشرع أورد عبارة تفيد إدخال الجريمة الخائبة بقوله: "أو لم يحصل الأثر المتوخى منها إلا لظروف خارجة عن إرادة مرتكبها ..." ومثال هذه الحالة كمن يطلق النار على شخص بهدف قتله لكن لخطأ في التصويب وعدم التركيز لم يتمكن من ذلك ولم تحصل النتيجة التي كان يتوخاها، فإنه في هذه الحالة يكون مرتكبا لجريمة خائبة حيث عاملها المشرع مثل الجريمة المحاولة سواء من حيث الأركان أو من حيث الأحكام.

والواضح أنه اتجاه صحيح وسليم لأنه بالرغم من عدم حصول النتيجة التي كان يهدف إليها الجاني فإن كل عناصر وأركان المحاولة متوافرة: فهناك البدء في التنفيذ وانعدام العدول الإرادي بل هناك تنفيذ كامل لكن بدون حصول النتيجة.

- أما بالنسبة للجريمة المستحيلة فقد خصها المشرع بالفصل 117 عندما نص على ما يلي: "لا يعاقب على المحاولة حتى في الأحوال التي يكون الغرض فيها من الجريمة غير ممكن بسبب ظروف واقعية يجهلها الفاعل."

وبذلك يكون قد اعتبرها بمثابة المحاولة، وذلك بالنظر لتوافر كل عناصر وشروط المحاولة: فهناك بدء في التنفيذ وهناك انعدام العدول الإرادي بل هناك تنفيذ كامل كل ما في الأمر ان النتيجة التي كان يقصدها الفاعل لم تتحقق وذلك لأسباب وظروف واقعية يجهلها الفاعل كمن يطلق النار على شخص بنية قتله والحال أنه ميت.

والحاصل مما ذكر أنه في الحالتين معا (في الجريمة المستحيلة والخائبة) يكون المحاول قد أفصح عن نيته الإجرامية وهذه هي الغاية من التركيز على شخصية الجاني ومدى خطورته، وكل ما في الأمر ان النتيجة المستهدفة لم تتحقق إما لكون الفاعل قد أخطأ في فيما كان يقصده أو لظروف خارجية عن إرادته كان يجهلها كما ورد بالنص المشار إليه أعلاه.

▣ **عقوبة المحاولة**: الملاحظ أن الفصل 114 الذي حدد أحكام المحاولة نص على عقوبة محاولة الجنايات بصفة مطلقة ←

من غير التنصيص على هذه العقوبة في كل جناية على حدة، فالنص ورد مطلقا بالنسبة لجميع الجنايات وهو ما يعني أن جميع محاولات الجنايات تكون معاقبة

* لكن بالنسبة للجنح فقد قرر الفصل 115 من ق.ج كمبدأ عام أن محاولات الجنح لا تعاقب إلا إذا ورد بشأنها نص خاص يقضي بالمعاقبة صراحة بمعاقبة محاولة الجنح وهو ما يعني أنه لا محاولة في الجنح إلا بنص خاص. ويتعلق الأمر بالجنح الخطيرة كالسرقة والنصب والاحتيال وانتهاك حرمة منزل الغير ... الخ

* أما فيما يخص المخالفات فالفصل 116 من ق.ج قرر كمبدأ عام عدم معاقبة المحاولة بشأنها.

+ ونجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي في عقوبة محاولة الجنايات والجنح التي ورد بشأنها نص خاص قد اعتمد المفهوم الاتجاه الشخصي وعاقب عليها بعقوبة الجريمة التامة ويستشف ذلك من العبارة الواردة في آخر الفصل 114 «... تعتبر كالجناية التامة ويعاقب عليها بهذه الصفة» بحيث يتضح أن المشرع ركز على خطورة الجاني وشدد في عقوبة المحاولة واعتبرها كالجريمة التامة ولعل السبب في ذلك هو الدفاع عن مصلحة المجتمع إذ لا بد من معاقبة كل مجرم (محاول) كلما أصبح يشكل خطرا عليه ويخل بسلامته وسلامة أفراده هذا من جهة، ومن جهة أخرى يرجح السبب في تشديد العقوبة على المحاول كما لو ارتكب جريمة تامة، إلى رغبة المشرع في تخويف كل من أقدم على مجرد محاولة ارتكاب الجريمة.

فالقضاء والحالة هذه مطالب بتطبيق النصوص القانونية التي تعاقب كل محاولة سواء تعلق بالجنايات بصفة عامة أو بالجنح عند وجود النص الخاص، لكن من الناحية الواقعية والعملية وبالنظر لعدم تحقق النتيجة في المحاولة بإمكان المحكمة منح ظروف التخفيف للمحاول وتقضي في حقه بعقوبة مخففة ولا تخاف في ذلك لومة لائم.

انتهى موضوع المحاولة.

CASA le 25/3/2020