

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة وهران

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

تخصص قانون الأعمال المقارن

بعنوان:

الاختلاس المرتكب من طرف الأجراء - سرقة أم خيانة أمانة -

إشراف:

الأستاذ الدكتور: محمد مروان

من إعداد الطالبة:

سارة سلطاني

لجنة المناقشة:

أ.د. العربي شحط عبد القادر.....: رئيسا

أ.د. مروان محمد.....: مشرفا مقرر

د. داودي إبراهيم.....: عضوا مناقشا

د. براهيم عبد المجيد.....: عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2011-2012

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

قبس

إِنِّي رَأَيْتُ أَنَّهُ لَا يَكْتُبُ إِنْسَانٌ كِتَابًا فِي يَوْمِهِ إِلَّا قَالَ
فِي غَدِهِ: لَوْ غُيِّرَ هَذَا لَكَانَ أَحْسَنَ، وَلَوْ زِيدَ كَذَا لَكَانَ
يُسْتَحْسَنُ، وَلَوْ قُدِّمَ هَذَا لَكَانَ أَفْضَلَ، وَلَوْ تُرِكَ هَذَا
لَكَانَ أَجْمَلَ ...

هَذَا مِنْ أَعْظَمِ الْعِبَرِ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى اسْتِيْلَاءِ النُّقْصِ
عَلَى جُمْلَةِ الْبَشَرِ.

العماد الأصفهاني

قال تعالى:

"وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا"

سورة طه: الآية 114

شكـر و عرفان

بعد الحمد والثناء على المولى عزَّ وجلَّ الذي منَّ وتكرَّم علينا بإتمام هذا العمل، لا يسعني إلا أن أتقدم بالشكر والامتنان، وجزيل العرفان، وخالص الدعاء إلى الأستاذ المشرف:

الدكتور محمد مروان

أستاذاً موجهاً، وأباً ناصحاً. أشكره على توجيهاته وملاحظاته التي كان لها الأثر الإيجابي في البحث، مع تقديري لمكانته العلمية، وما زانها من كريم الأخلاق، ونبيل التعامل، وعلو الهمة، وسماحة الأصفياء، وتواضع العلماء. وأسجل شكري وتقديري إلى أستاذي الدكتور محمد صالح، الذي أتاح لنا فرصة مواصلة الدراسات العليا من خلال مشروعه الموسوم بـ "قانون الأعمال المقارن" الذي فتحه في إطار مدرسة الدكتوراه، فله منا كامل الشكر وجميل الثناء. والشكر موصول إلى كل أساتذتي بكلية الحقوق بجامعة وهران، وأخص بالشكر الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة الأستاذ الدكتور العربي شحط عبد القادر، والدكتور داودي إبراهيم، والدكتور براهيم عبد المجيد، لقبولهم عناء قراءة هذه المذكرة رغم انشغالهم العديدة. فالله أسأل أن يتقبل عملهم، ويجعله في ميزان حسناتهم آمين.

الإهداء

بسم الله الذي بنعمته تتم الصالحات وبعد:

وعلى احتشام أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع إلى:

النبراس الذي ناء لأجلي جأشاً وكلكلاً وظلَّ يرْبَعُ توهُجِي فاستمات يشحنُ همتي إذا
كنتُ لها ثاكلاً ويأملني في السَّاحِ إضْرِيحاً ويبعثُ فيَّ روحاً إذا تخاذلت عن العلم رغبتني
نورَ عيني والدي العزيز.

إلى المشكاة التي لأجلي أتقد صبرها حتى إذا نَزَعْتُ إلى مُلْحَةٍ كانت لي وَزراً رؤوماً، وإن
غدوت موهونَ جَارِحَةٍ كانت لي شهداً شروباً حبيبة قلبي والدي الكريمة. أطل الله في
عمرهما.

إلى الشمعات التي ما احترق فتيلهن يشاركني كل حلو ومر، وظللن يلمعن في الذهن
كوميض الشُّهب أحتاي " بدرة ورحاب ". إلى قرّة عيني أخي الصغير "محمد المهدي".

إلى زوجي حاضري ومستقبلي

المختصرات:

1- المختصرات باللغة العربية

ج.ر.: جريدة رسمية

ص.: صفحة

ق.ت.ج.: القانون التجاري الجزائري

ق.ع.ج.: قانون العقوبات الجزائري

ق.م.ج.: القانون المدني الجزائري

ق.ع.ج.: قانون العمل الجزائري

د.ت.: بدون تاريخ

2- المختصرات باللغة الفرنسية

al. : alinéa

art. : article

Bull. crim.: Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour française de cassation

C.pén. : Code Pénal

Op. cit. : option citée

p. : page

V. : voir

S. : Suivante

ملحة

منذ القدم أبدت الشرائع الإنسانية اهتمامها بإنزال أشد العقوبات بالجرائم الواقعة على الأموال⁽¹⁾، هاته الجرائم تشكل اعتداء على الحقوق المالية للأفراد لاسيما حق الملكية الذي يعتبر من أهم الحقوق المالية.

وغني عن البيان، أن هذه الجرائم التي تقع على الملكية تنقسم إلى جرائم تكون الغاية منها إتلاف مال الغير والرغبة في الانتقام كجرائم التخريب والحريق والإتلاف⁽²⁾، وجرائم تكون الغاية منها الاستيلاء على مال الغير، وترتكب عادة بدافع الطمع والثراء غير المشروع كجرائم السرقة وخيانة الأمانة.

والجرائم الأخيرة تتشابه من عدة نواحي إلى درجة أنه إلى عهد قريب كانت تسمى بالسرقة، إذ تجمعها وحدة المحل الذي تقع عليه ووحدة الغاية المستهدفة من ارتكابها، علاوة على أنها صورة من صور اغتيال مال الغير⁽³⁾.

فمن ناحية المحل فهو الاعتداء على مال منقول مملوك للغير⁽⁴⁾، ومن حيث الركن المعنوي نجد أن هذه الجرائم تجمعها صورة واحدة هي القصد، فهي جرائم عمدية ويشترط لتوافر القصد الجنائي فيها إضافة للقصد العام قصد خاص وهو نية تملك الشيء وحرمان مالكة منه بصفة نهائية⁽⁵⁾.

هذا التقارب الذي يجمع بين جرائم السرقة وخيانة الأمانة، كان السبب الرئيسي في اختلاطها في التشريعات القديمة واندماجها في جريمة واحدة تشمل جميع حالات الاستيلاء على مال الغير خفية، وهذا ما حدا بالقانون الروماني أن يعتبرها صورا لجريمة واحدة وهي السرقة⁽⁶⁾، بحيث أصبحت السرقة تشمل الأفعال التي تدخل في نطاق خيانة الأمانة إذ يعتبر سارقا لا فقط من يسلب شيئا من مالكة، بل وأيضا من يتسلم شيئا من غيره على سبيل الأمانة فينصرف فيه لحسابه⁽⁷⁾.

وعلى هذا الأساس، فقد استعملت عبارة السرقة « vol » بنفس المعنى الواسع الذي كان لكلمة « furtum » الرومانية، وكان للفظ الاختلاس نفس مفهوم كلمة « contrectatio » فقد كان لفقهاء الرومان نظرة

(1) - طه زكي صافي، "قانون العقوبات الخاص في ضوء التشريع اللبناني لعام 1943 مع تعديلاته والفرنسي الجديد المعمول به منذ 1994/3/1"، المؤسسة الحديثة للكتاب، لم يذكر تاريخ النشر، ص.244.

(2) - محمد صبحي محمد نجم، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، 1996، ص.97.

(3) - عبد العظيم مرسي وزير، "الجرائم الواقعة على الأموال، السرقة والنصب وخيانة الأمانة"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص.17.

(4) - محمود نجيب حسني، "جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني"، المجلد الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الثالثة، 1998، ص.17.

(5) - عادل عبد إبراهيم العاني، "جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات، السرقة، الاحتيال، إساءة الائتمان"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص.11.

(6) - المصدر نفسه، ص.11.

(7) - عمر ممدوح مصطفى، "القانون الروماني"، دار المعارف، مصر، الطبعة الثالثة، 1959، ص.433.

واسعة في تحديدهم لمفهوم السرقة بجميع أركانها، ولاسيما الركن المادي منها الذي لم يعد منحصرًا في فعل الأخذ بل أصبح يشمل جميع الاستيلاء على أشياء الغير.

وبالرجوع للقانون الفرنسي القديم، نجده قد بدأ متأثرًا بالمفهوم الذي أرساه القانون الروماني للسرقة، إلا أنه بقيام الثورة الفرنسية وترسيخا لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، أصبحت سياسته العقابية تقوم على مبدأ تحديد الجرائم تحديداً دقيقاً وأفردها لنصوصاً خاصة، وبناءً على ذلك انفصلت جرائم السرقة عن جرائم خيانة الأمانة، بعد أن وضع لكل جريمة نصوصاً محددة لأركانها وطرق ارتكابها والعقوبات المقررة لها⁽¹⁾، فأقر بذلك قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1810 ليضع الحدود الفاصلة بين هذه الجرائم، وخص جريمة السرقة بالفصل 379 من قانون العقوبات الفرنسي بالنص على أن: " السرقة يقتربها كل من اختلس بقصد الغش شيئاً ليس له " ⁽²⁾، وحدد جريمة خيانة الأمانة بمقتضى المادة 408 منه.

إن عدم وضوح العبارات، اقتضى تدخل الفقه الفرنسي الذي لعب دوراً رئيسياً في تحديد مفهوم جرائم السرقة وخيانة الأمانة حتى يمكن ضبط نطاقها وتمييزها عن الجرائم الأخرى.

فعلى الرغم من الوحدة بين هذه الجرائم من حيث محل الاعتداء والغرض منه، فإن ثمة فروقا أساسية تفصل بينها، وهي فروق تبرز استقلال كل منها إزاء الأخرى، وموضع هذه الفروق هو الركن المادي وعلى وجه التحديد الفعل الجرمي الذي تقوم به كل جريمة.

فجريمة خيانة الأمانة يكون المال في حيازة الجاني قبل وقوع الجريمة بناءً على عقد من عقود الأمانة، ولكنه يخون هذه الثقة ويغير صفته على المال من وديع إلى مالك أي يغير نيته للشيء من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة⁽³⁾، والتسليم لا يتنافى مع هذا الفعل وليس نتيجة جرمية بل إنه عمل سابق على العمل الجرمي وهو تسليم صادر عن إرادة صحيحة. فالركن المادي للجريمة يتمثل في الاختلاس وما يعبر عنه أيضا بالتبديد.

أما بالنسبة لجريمة السرقة فإن الاعتداء يتحقق باختلاس المنقول المملوك للغير دون رضاه⁽⁴⁾، والاختلاس لا يعد فقط أهم عنصر فيها بل وأيضا الركن المميز فيها⁽⁵⁾.

(1) -.

* محمد سعيد نمور، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الثاني، الجرائم الواقعة على الأموال"، الطبعة الأولى، 2002، ص.14.

(2) - V. art. 379 C. fr. pen. : « Qui conque a soustrait frauduleusement une chose qui ne lui appartient pas est capable de vol ».

(3) - محمود محمود مصطفى، "شرح قانون العقوبات القسم الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثامنة، 1984، ص.4.

* محمود نجيب حسني، المرجع السالف الذكر، ص.26 وما بعدها.

* فوزية عبد الستار، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة، 1982، ص.657.

(4) - معوض عبد التواب، "السرقة واغتصاب السندات والتهديد"، دار المشرق العربي، القاهرة، 1988، ص.7.

(5) - اسماعيل بن صالح العياري، "عنصر الاختلاس في السرقة، مجلة القضاء والتشريع"، ديسمبر 1986، ص.8.

يتضح من كل ما سبق، أن هذه الجرائم تشكل خطورة على أموال الأفراد والهيئات الخاصة بل وعلى أموال الدولة، بل ويزيد ذلك خطورة ارتكابها من قبل الأجراء في الهيئات المستخدمة، مما يقتضي الأمر معه تحديد ما إذا كان الاختلاس المرتكب من قبلهم مكونا لجريمة السرقة أم لجريمة خيانة الأمانة.

وبالرجوع إلى أحكام التشريع الجزائري يظهر جليا من استقراء نصوصه، أن أول إشكالية تصادفنا هي عدم ضبط مصطلح الاختلاس وتخصيصه لجريمة معينة⁽¹⁾، حيث استعمل مشرعا مصطلح الاختلاس - دون تعريفه من الناحية القانونية - للدلالة على عدة جرائم تقع على الأموال، بل عمد إلى استعماله أحيانا ليعرف به جرائم متنوعة ومتباينة، كما هو الحال في المادة 376 من قانون العقوبات حيث تقضي بأن: " كل من اختلس شيئا غير مملوك له يعد سارقا " فيكون الاختلاس حسب هذه المادة مكونا لجريمة السرقة.

أما المادة 376 من القانون السالف الذكر فتقضي بأن: " كل من اختلس أو بدد... " ومن ثم فمصطلح الاختلاس حسب هذه المادة يأتي كمرادف لخيانة الأمانة.

وقد يطرح سؤال هنا، وهو ما الذي يميز بين جريمة السرقة وجريمة خيانة الأمانة وإن حمل تعريفهما معا مصطلح الاختلاس؟ فإذا كان الفقه والقضاء قد كيفا الجريمتين تكييفا قانونيا حسب العناصر المكونة لكل جريمة، يجعل كل واحدة منهما متميزة عن الأخرى، فإنه في نظرنا يبقى استعمال مصطلح الاختلاس في عدة جرائم متباينة يثير شيئا من الالتباس في التكييف القانوني لكل جريمة.

وما يزيد طرحه صعوبة، أن صفة مرتكب هذه الأفعال يعد أجيرا مرتبطا بعقد عمل مع الهيئة المستخدمة، فيزداد لبسا حول ما إذا كان الاختلاس المرتكب من قبله مكونا لجريمة السرقة أم لجريمة خيانة الأمانة، إذ أن الأصل في عقد العمل هو التصرف بحسن نية، فالقانون يفرض على الأجير أن يعمل بإخلاص وتفان في العمل، إذ أن المستخدم ينتظر منه عدم استعمال الوسائل الاحتيالية وعدم مس مصالحه وعدم عرقلة حسن سير المؤسسة المستخدمة، مما يترتب عن ذلك التزام جوهري وهو الالتزام بالأمانة والإخلاص في تنفيذ الالتزامات التعاقدية بما يحقق استقرار المعاملات وحماية المصالح الخاصة للأفراد داخل المؤسسة وضمان السير الطبيعي لهذه الأخيرة⁽²⁾؛

إن الالتزام بالأمانة والإخلاص يوجب الامتناع عن الممارسات غير مشروعة، على اعتبار أن هذه الممارسات تجيز لصاحب العمل توقيع جزاءات على العامل تتفاوت بحسب خطورة كل واقعة، بغض النظر عن التتبع الجزائي فيما إذا ما كانت هذه الأفعال والسلوكات تشكل جرائم معاقبا عليها؛

(1) - تجدر الإشارة إلى أن هذه الإشكالية مطروحة في جل التشريعات العربية. أنظر في هذا الرأي عبد الرحمن شكر الجوراني، "نظرية الاختلاس في التشريع العراقي"، مجلة العدالة العراقية، العدد الثالث، 1976، ص.654.
2 - النوري مزيد، "آثار التتبع الجزائي ضد الأجير على العلاقة التشغيلية"، مجلة الدراسات القانونية، عدد 12، 2005، ص.127.

هذا الالتزام بالأمانة والإخلاص يشكل في حد ذاته مبدأ هاما ومحورا أساسيا لضمان حسن تنفيذ العقود بما يحقق استقرار المعاملات، ويترجم ذلك في صورة إعلاء الثقة اللازمة لحسن التنفيذ بما يحفظ استقرار علاقة العمل بين الأجير والهيئة المستخدمة، وقد أظهرت الأحكام الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية جراءة واضحة في موضوع الأمانة والإخلاص، لدرجة يمكن الزعم معها بأن علاقات العمل صارت في بعض الأحوال هي المؤثرة في النظرية العامة للعقد⁽¹⁾.

غير أن الأجير قد يرتكب أفعالا تعرقل السير الحسن للهيئة المستخدمة، كقيامه في موضوع الحال باختلاس أموال مملوكة لغيره داخل المؤسسة، مشكلة بذلك جرائم الاعتداء على الأموال، لكن أي جريمة مكونة لها؟ خاصة إذا ما علمنا أن العلاقة التعاقدية التي تربط الطرفين هي بالدرجة الأولى علاقة أساسها الائتمان، من ثم يؤدي الإخلال بالعلاقة الائتمانية إلى قيام جريمة خيانة الأمانة، لكن في نفس الوقت يمكن الحديث عن قيام جريمة السرقة على اعتبار أن الأجير قام بالاستيلاء على هذه الأموال دون علم وعلى غير رضا مالكةا بأن أدخلها في حيازته الكاملة؛

لاشك أن التسليم في هذا المقام يلعب دورا جوهريا في تحديد ما إذا كانت أفعال الاختلاس المرتكبة من قبل الأجير مكونة لجريمة السرقة أم لجريمة خيانة الأمانة، كما وأنها تعتبر حدا فاصلا بين الجريمتين تمنع قيام إحداها، وتؤدي إلى قيام الأخرى،

وهكذا بالتسليم يتحدد نوع الحيازة ما إذا كانت على سبيل الحيازة الكاملة، أم الناقصة، أم على سبيل اليد العارضة، فإذا ما تحدد ذلك تبين لنا أي من الجريمتين انطوت عليها أفعال الاختلاس، تبعا لتحديد الحقوق المعتدى عليها هل وقعت على الملكية أم على الحيازة أم عليهما معا؟

ومن هذا المنطلق، فإن قيام الأجير بارتكاب أفعال الاختلاس داخل الهيئة المستخدمة أو في أماكن تابعة لها، وفي أثناء القيام بالعمل أو بمناسبةه، يسمح بطرح تساؤلات تتمحور أساسا حول تحديد ماهية الحقوق الأجير؟ وما الكيفية التي يقع فيها فعله المادي؟ وما هو دور التسليم في هذه الجرائم وتوقيت توافر القصد الجنائي فيها؟

تلك هي إشكالية الاختلاس الواقع في جرائم السرقة وخيانة الأمانة بصفة عامة ووقوعها من قبل الأجير بصفة خاصة.

وتجب الإشارة أنه لدراسة الاختلاس المرتكب من قبل الأجير وجوب توافر شرط جوهري وأساسي، وهو أن تكون أفعال الاختلاس هاته واقعة داخل الهيئة المستخدمة أثناء القيام بالعمل، حتى يمكن الحديث عن جرائم مرتكبة من قبل الأجراء.

(1)- J. Mestre, "l'influence des relations de travail sur le droit commun", Droit social, 1988, p.405.

وتجدر الإشارة في هذا المقام، أننا حصرنا الدراسة في فئة الأجراء الخاضعين لقانون العمل واستبعدنا من مجالها الموظفين العموميين ومن في حكمهم، على اعتبار أن الاختلاس المرتكب من قبل هذه الفئة الأخيرة، يكون جريمة قائمة بذاتها متى توافرت أركانها، نص عليها مشرعنا في المادة 119 من قانون العقوبات الجزائي وهي جريمة اختلاس الأموال العامة أو الخاصة والتي من خلالها وضع المشرع ضوابط ومؤيدات واضحة وصريحة لحماية الأموال العامة والخاصة من عبث القضاة والموظفين، والمستخدمين العموميين أو المكلفين بخدمة عامة، على أساس أن هذه الجريمة، وإن كان الجاني يحول الأموال التي بحوزته من حيازة ناقصة إلى كاملة، أي الأموال التي تحت يده تكون على سبيل الحيازة الناقصة، لكن سبب هذه الحيازة يستند على أساس الوظيفة التي يعمل بها، وبموجب تسليم الشيء الذي اختلسه.

إن من الأسباب التي دعنتي لاختيار موضوع الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء " سرقة أم خيانة الأمانة "، وهو أن هذه الجرائم تشكل أهم ضلع في جرائم الاعتداء على الأموال التي تقع على ملكية الغير، والتي تصيب ذمته المالية وتلحق بها ضررا، بل وأكثر من ذلك أن هذه الجرائم لازالت من الجرائم المعقدة والشائكة، حيث أن الفقه الجنائي دائما يختلف بشأنها، والدليل على ذلك، سكوت اللجنة المنبثقة عن مؤتمر توحيد العقوبات المنعقدة في القاهرة سنة 1937، والمكلفة بدراسة جريمة خيانة الأمانة، عن الكثير من المسائل المتعلقة بهذه الجريمة، وترك تقدير ذلك إلى المشرع في كل دولة.

كما أن هذه الجرائم لم تأخذ نصيبها الوفير من البحث القانوني سواء على الصعيد الفقهي أو القضائي، خاصة وأن هذه الجرائم واقعة من قبل أجير في إطار الهيئة المستخدمة، يضاف إلى ذلك - حسب حدود علمي - أن البحوث القانونية في هذا المقام نادرة إن لم نقل أنها منعدمة، وهو ما يزيد هذه الدراسة أهمية، إذ لم يسبق وأن تم معالجتها من قبل فيمكن اعتبار هذا الموضوع حديث العهد بالولادة، مما يجعل غايته كأى دراسة قانونية في أي موضوع، هو إيجاد حل لمشكلة قانونية، يختلف بشأنها الفقه والقضاء والتشريع، فتصبح هذه المشكلة تشكل عقبة في وجه الحقيقة، حيث عن طريق البحث القانوني نستطيع الوصول إلى نتائج قانونية سليمة.

وهكذا آثرت في هذه الرسالة أن أقسمها إلى فصول ثلاثة، فصل تمهيدي أبرز فيه النظام القانوني للأجير، مقسمة إياه إلى مباحث ثلاثة، تطرقت في الأول منه إلى مفهوم الأجير مع تمييزه عن المفاهيم المشابهة له، قسمته هو الآخر إلى مطلبين: حددت المطلب الأول لمفهوم الأجير مع إبراز التطورات الحاصلة في المفهوم في ظل قوانين العمل الصادرة في الجزائر منذ الاستقلال إلى حد الآن، وفي المطلب الثاني ميزت بين مفهوم الأجير والمفاهيم التي تختلط أو تتشابه معه، وفي المبحث الثاني حاولت أن أبرز فئة الأجراء الخاضعين لقانون العمل مستندة في ذلك إلى القوانين المنظمة لقانون العمل، قسمت هذا المبحث هو الآخر إلى مطلبين: أشرت في الأول إلى الفئات التي نظمها قانون العمل في غياب نصوص خاصة، أما في الثاني فقد أشرت إلى الفئات التي

تمت الإحالة إلى قوانينها الأساسية، وفي المبحث الثالث تطرقت إلى الفئات المستبعدة من تطبيق قانون العمل سواء بالنظر إلى طابع وظائفهم في مطلب أول، أو بالنظر إلى طابع أنظمتهم في مطلب ثان.

وفي الفصل الأول أشرت إلى الضوابط المعتمدة لاعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء مكونا لجريمة السرقة، فقسمته إلى مباحث ثلاثة، في المبحث الأول اعتبرته اختلاسا مكونا لجريمة السرقة بالنظر إلى توافر الركن المادي فيها، فتطرقت فيه إلى نظرية الاختلاس في تحديد الركن المادي لجريمة السرقة ومجال هذا الاختلاس، وفي المبحث الثاني وسمته بالاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة سرقة بالنظر لتوافر محله مشيرين إليه باعتباره مالا منقولاً مملوكاً للغير، وفي المبحث الثالث أشرت إلى اعتبار الجريمة سرقة بتوافر ركن ثالث لها وهو توافر القصد الجنائي لدى مرتكبها، ووزعت هذا المبحث على مطلبين، جعلت الأول محددًا لتوافر القصد العام والثاني لتوافر القصد الخاص.

وفي الفصل الثاني أشرت إلى الضوابط المعتمدة لاعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة خيانة الأمانة، فقسمته إلى ثلاثة مباحث، أبرزت في المبحث الأول مفهوم الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء المكون لجريمة خيانة الأمانة، وقسمته بدوره إلى مطلبين أشرت في الأول إلى النتائج المترتبة عن ربط الاختلاس بنظرية الحيازة، وأفردت المطلب الثاني للحديث عن مدلول الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء المكون لجريمة خيانة الأمانة، وفي المبحث الثاني تناولت فيه ضابط ثاني يمكننا من اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجير جريمة خيانة وذلك بالنظر إلى توافر محله فجعلته في مطلبين درست في الأول كون محل الجريمة مالا منقولاً مملوكاً للغير، وتطرقت في الثاني إلى وجوب أن يكون هذا المال قد سبق تسليمه بمقتضى عقد من عقود الأمانة، أما في المبحث الأخير فكان يجب لاكتمال اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة خيانة الأمانة التطرق إلى وجوب توافر القصد الجنائي للأجير في إحداث الضرر، ووزعته هو الآخر على مطلبين اثنين أشرت في الأول إلى وجوب توافر القصد الجنائي لدى الأجير، وفي الثاني تعرضت إلى اتجاه القصد في إحداث الضرر.

وفي الأخير أفردت الخاتمة لأهم النتائج التي توصل إليها البحث.

الفصل التمهيدي:

النظام القانوني للأجير في ظل قانون العمل.

المبحث الأول: مفهوم الأجير وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له

المبحث الثاني: الأجراء الخاضعون لقانون العمل

المبحث الثالث: الأجراء المستبعدون من قانون العمل

إذا كان موضوع البحث ينصب في دراسة ما إذا كان الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء سرقة أم خيانة أمانة، فإن المنطق يقضي في هذا الصدد، بتحديد الأجراء المعتبر فعل الاختلاس المرتكب من قبلهم مكونا لجريمة السرقة أو خيانة الأمانة، وكما سبق القول في مقدمة البحث ستتحصر الدراسة في بيان الفعل المرتكب من قبل الأجراء الخاضعين لقانون العمل فقط وذلك للاعتبارات التي أسلفنا ذكرها، ومن ثمة ينبغي تحديد مفهوم العمال الأجراء في ظل قوانين العمل الصادرة منذ الاستقلال، للبحث عن مدى تطور هذا المفهوم وتأثره بالاتجاهات التي عرفتها البلاد في هذه الحقبة الزمنية، مع ضرورة تمييزه عن بعض المفاهيم الأخرى التي قد تختلط أو تتشابه معه .

ونظرا لكون الأجراء مقسمين لعدة فئات، سعى المشرع بموجب القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المنظم لعلاقات العمل⁽¹⁾، إلى تحديد الأجراء الخاضعين لقانون العمل وإن كانت بعض الفئات تخضع لأحكام خاصة تحدد نظام علاقاتها النوعي، بغض النظر عن أحكام قانون علاقات العمل السالفة الذكر، كما حدد كذلك الأجراء المستبعدين بصورة قطعية من الخضوع للقانون نفسه رقم 90-11، لاعتبارات تتعلق سواء بطابع وظائفهم أو خضوعهم لأنظمة خاصة⁽²⁾.

وهكذا تقتضي الدراسة تحديد مفهوم الأجير مع تمييزه عن المفاهيم المشابهة له في مبحث أول، مع التطرق إلى تحديد الأجراء الخاضعين لقانون العمل في مبحث ثان، ومن ثم تحديد الأجراء المستبعدين منه في مبحث ثالث.

المبحث الأول: مفهوم الأجير وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له

عرف المشرع الجزائري العمال الأجراء صراحة في نص المادة الثانية من القانون رقم 90-11 على أنهم: "كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب، في إطار التنظيم ، ولحساب شخص آخر، طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص، يدعى المستخدم".

(1) - ج.ر. 25 أبريل 1990، عدد 17، ص. 561.

(2) - راجع المادة 3 و4 من القانون رقم 90-11.

ولاشك أن هذا المفهوم الذي كان نتيجة لمجموعة من التحولات التي مرت بها الجزائر منذ حصولها على الاستقلال كان خاضعا لمراحل كان لها مفهوم يعكس اتجاهاتها ومبادئها سواء ما تعلق منها بالاشتراكية أو الليبرالية، لذا يقتضي الحال التطرق لهذه التطورات.

إذ لا يخفى على أحد أن هذا المفهوم قد يلتقي مع مفاهيم أخرى قد تختلط أو تتشابه معه، نظرا لاشتراكها في أهم ميزة واتحادها في محل التزام واحد وهو عنصر العمل، لذا يتحتم علينا التطرق إلى هذه المفاهيم وتمييزها عن العمال الأجراء وذلك لاستبعاد أي خلط أو اختلاط.

وعلى هذا الأساس يجدر بنا التطرق في مطلب أول إلى مفهوم الأجير، وفي مطلب ثان إلى التمييز بينه وبين غيره من المفاهيم الأخرى.

المطلب الأول: مفهوم الأجير⁽¹⁾

عرف اصطلاح الأجير تطورات في مفهومه أملتها عليه المراحل التي مر بها قانون العمل في الجزائر، نظرا للعوامل السياسية والاقتصادية التي تأثرت بها البلاد في الحقبة الممتدة من الاستقلال إلى يومنا هذا، والتي أثرت هي الأخرى في اتجاه الجزائر واعتناقها للمذهب الاشتراكي ومن بعده المذهب الليبرالي، فكان لزاما علينا تحديد مفهوم العامل الأجير على حسب كل توجه، لاعتباره الأداة المحركة لهذه الدراسة.

الفرع الأول: مفهوم الأجير في ظل تشريعات العمل الصادرة منذ الاستقلال إلى غاية سنة 1978

تميزت هذه المرحلة بفراغ قانوني وتنظيمي في مختلف المجالات بما فيها تنظيم علاقات العمل، ومن أجل استمرارية الحياة الاقتصادية والاجتماعية، لجأت الدولة إلى إصدار القانون رقم 62-57 المؤرخ في 31 ديسمبر 1962 الذي نص في مادته الأولى على استمرار سريان التشريع الفرنسي إلا ما يتعارض منه و السيادة الوطنية؛ هذا القانون الذي بقي ساري المفعول إلى غاية 5 يوليو 1975، والذي عمل على الفصل التقليدي بين مجال العمل في إطار العلاقة القانونية واللائحية، ومجال العمل في إطار العلاقة التعاقدية.

وفي ظل هذه المرحلة وباستثناء صدور الأمر رقم 66-133 المؤرخ في 2 يونيو 1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية⁽²⁾، أهمل المشرع الجزائري تنظيم علاقات العمل ومنه وضع إطار قانوني للعامل الأجير، رغم تذبذب الأوضاع الاقتصادية والاجتماعية وعدم استقرارها، وتوجه البلاد نحو التنمية محاولة منها النهوض من فجوة الاستعمار، وإن كانت الوضعية تستوجب تدخله؛ بيد أن الأمور ظلت على هذا النحو حتى سنة 1971 أين تم إصدار الأمر رقم 71-74 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتسيير

(1) - أطلقت عدة تسميات عليه حسب نظرة المشرع لهذه الفئة، فقد يطلق عليه لفظ عامل، أو مستخدم، أو شغيل، أو إطار.

(2) - ج.ر. 8 يونيو 1966، عدد 46، ص. 541.

الإشترافي للمؤسسات⁽¹⁾، هذا القانون الذي يعتبر فاتحة قوانين العمل بتحديدته ولأول مرة مفهوم العامل الأجير على أنه: "كل شخص يعيش من حاصل عمله و لا يستخدم لمصلحته عمالا آخرين في نشاطه المهني"⁽²⁾، وهذا المفهوم يقتصر على تحديد العناصر في إطار العمل و الأجر دون ذكر العناصر الأخرى المكملة له كالتبعية والزمن، وبهذا يبدو أن المشرع الجزائري أخذ بمعيار التبعية الاقتصادية. ولحرصه الشديد، في ظل نظام البلد الإشترافي، عمل على تأمين الحماية القانونية لكل من تستوجب حالته الاقتصادية أو الاجتماعية من العاملين، لتلك الحماية⁽³⁾.

ويقصد بـ: "كل شخص يعيش من حاصل عمله اليدوي أو الفكري" العبارة الواردة في تعريف العامل أعلاه، الشخص الطبيعي لا الشخص المعنوي، ذلك، أن العمل يتطلب جهدا لا يتصور صدوره إلا عن الشخص الطبيعي، ولأن التنظيم القانوني لعلاقات العمل وما يتصف به من طابع إنساني واجتماعي، وما يترتب على مخالفته من عقوبات جزائية أحيانا، لا يمكن تطبيقه على الأشخاص المعنوية، وذلك بعكس صاحب العمل الذي يجوز أن يكون شخصا طبيعيا أو شخصا معنويا.

ويمكن القول أنه يعاب على هذا الأمر، أنه لم يكن الهدف منه وضع نظام قانوني خاص بتنظيم علاقات العمل، بل كان الهدف منه تكريس مشاركة العمال في تسيير المؤسسات الاقتصادية، وهذا ليس بالأمر المفاجئ بالنظر للنظام الإشترافي السائد في ظل هذه الفترة، الأمر الذي من أجله نعتبر أن هذا الهدف ما هو إلا مبدأ من مبادئ الاشتراكية المراد تحقيقها.

وهكذا فقد أعقب صدور هذا الأمر ، الأمر رقم 75-31 المؤرخ في 29 أبريل 1975 المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص⁽⁴⁾، قصد به تنظيم العمل بصورة أكثر موضوعية وواقعية، ويظهر جليا من استقرار أحكامه أن المشرع الجزائري لم يول اهتمامه بوضع تعريف مانع شامل للأجير ومن ثم تنظيم أكثر جدية لعلاقات العمل الفردية، وبهذا يلاحظ أن المشرع سلك نفس المنحى الذي سلكه في ظل الأمر رقم 71-74، وبالتالي لم يحدث أي تنظيم تقني في علاقات العمل الفردية أو الجماعية.

وفي مقابل هذا ومن زاوية أخرى، نرى أن المشرع رفع مركز العامل إلى أعلى المستويات بحيث عرفه في دستور 1976 على أنه: " كل شخص يعيش من حاصل عمله اليدوي أو الفكري، ولا يستخدم لمصلحته

(1) - ج.ر. 13 ديسمبر 1971، عدد 101، ص. 1736.

(2) - راجع المادة 8 من الأمر رقم 71-74.

* أما من الناحية القانونية، فيجب أن يفهم العمل، بأنه كل نشاط جسماني أو عقلي، فقد يتعلق بخدمة أو عمل تجاري أو صناعي أو زراعي، فليس العمل يدويا دائما، فقد يكون عملا إداريا أو عمل إشراف، عملا فنيا أو علميا أو أدبيا. أنظر جلال مصطفى القرشي، "شرح قانون العمل الجزائري، علاقات العمل الفردية"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1984، ص. 95.

(3) - أنظر جلال مصطفى القرشي، المرجع السابق، ص. 67.

(4) - ج.ر. 16 ماي 1975، عدد 39، ص. 527.

الخاصة غيره من العمال أثناء ممارسته لنشاطه المهني⁽¹⁾، هذا المفهوم الذي جاء تأييدا لمبادئ الاشتراكية التي تضمنها كل من هذا الدستور والميثاق الوطني.

ومما يؤخذ على المشرع في هذه المرحلة أنه اتجه إلى تكريس مبادئ الاشتراكية⁽²⁾، أكثر من اتجاهه إلى وضع مفهوم مانع شامل للعامل الأجير، يبرز فيه مفهوما لا يقتصر فقط على تأكيد عنصر العمل، واتكال العامل على عمله اليدوي أو الفكري لكسب متطلبات عيشه، بل يعتني كذلك بعناصر التبعية والأجر والزمن، التي تتألف منها العلاقات الخاضعة لقانون العمل، وإن كان المشرع قد اعتمد معياري التبعية الاقتصادية و القانونية في نصوص أخرى، على اعتبار أن علاقة العمل تقوم بعقد مكتوب أو غير مكتوب، وتنشأ هذه العلاقة على أية حال بمجرد القيام بعمل لحساب صاحب عمل⁽³⁾.

كما يستفاد عنصر التبعية القانونية مثلا، من خلال استقراء شروط اعتبار الممثلين التجاريين عمالا، ومنها تكلف صاحب العمل بتوجيه نشاطهم ومراقبته يوميا⁽⁴⁾...

الفرع الثاني: مفهوم الأجير في ظل تشريعات العمل الصادرة منذ سنة 1978 إلى غاية سنة 1989

تميزت هذه المرحلة بإصدار تشريعات هامة في مجال العمل أهمها القانون رقم 78-12 المؤرخ في 5 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل⁽⁵⁾، والذي كان يرمي إلى تنظيم العمل وفقا للتطور الاقتصادي والاجتماعي للبلاد آنذاك.

ولا شك أن هذا القانون تمخض عن أحكام ومبادئ الميثاق الوطني و الدستور الجزائري لسنة 1976، بتنظيمه كافة جوانب علاقات العمل في كل قطاعات النشاط، وما يميز هذا القانون أنه جاء بصيغة توحيدية لمجال العمل و العمال على حد سواء، ويتجلى ذلك من خلال تعريفه للعامل على أنه: "كل شخص يعيش من حاصل عمله اليدوي أو الفكري، ولا يستخدم لمصلحته الخاصة غيره من العمال أثناء ممارسة نشاطه المهني وذلك حسب ما ورد في الدستور والميثاق الوطني⁽⁶⁾".

ويؤخذ على هذا المفهوم أنه، يفتقد - كما هو الحال في النصوص التشريعية السابقة - إلى عناصر التبعية والأجر والزمن، التي تتألف منها العلاقات الخاضعة لقانون العمل والتي غالبا ما تجتمع في تعريفات العامل المقدمة من قبل الفقه والقضاء والتشريعات المقارنة كذلك، غير أن المشرع الجزائري وإن ركز على عنصر العمل في تعريفه للعامل، أكد كذلك على العناصر الأخرى في الكثير من نصوص القانون رقم 78-12 وبأكثر

(1) - أنظر المادة 8 الفقرة 3 من دستور 1976، وراجع المادة 8 من الأمر رقم 71-74: يلاحظ من مقارنة النصين إضافة العبارة " اليدوي أو الفكري " بعد " كل شخص يعيش من حاصل عمله".

(2) - وذلك باعتبار عمال المؤسسة الاشتراكية منتجون يتحملون مسؤولية تسيير المؤسسة، راجع المادة 07 من الأمر رقم 71-74.

(3) - راجع المادة 2 من الأمر رقم 75-31

(4) - راجع المادة 73 من الأمر رقم 75-31.

(5) - ج.ر. 8 غشت 1978، عدد 32، ص.723.

(6) - راجع المادة 8 فقرة 2 من دستور 1976، وراجع المادة 1 فقرة 2 من القانون رقم 78-12.

وضوح، وبهذا يتجلى عنصر الأجر كحق من حقوق العامل في نص المادة 20 من القانون الأساسي العام للعامل بنصها على استحقاق العامل أجرا مقابل العمل الذي يؤديه ويتقاضى عنه مرتبا، أو دخلا يتناسب ونتائج العمل في الحالات الاستثنائية⁽¹⁾.

ويتجلى أيضا، عنصر التبعية في تنفيذ العامل بكل ما لديه من إمكانيات مهنية، جميع التعليمات المتعلقة بالعمل الذي يتسلمه من الأشخاص المؤهلين سلميا⁽²⁾، هذه التبعية التي يكون لصاحب العمل فيها حق إصدار الأوامر والتوجيهات أو التعليمات إلى العامل، والتزام هذا الأخير بإطاعتها؛ دون أن يكون له حق التصرف بالعمل وفقا لإرادته الخاصة أو لمشيئة جهة ليست مسئولة عن إنجازه لأعماله.

ويظهر كذلك، اهتمام المشرع الجزائري بعنصر الزمن، لضروريته في التمييز بين انتهاء علاقة العمل المحددة المدة بانتهاء علاقة العمل عند انتهاء عقد العمل⁽³⁾، وانتهاء علاقة العمل الغير محددة المدة بأحد الأسباب القانونية للإلغاء كالاستقالة والوفاة...⁽⁴⁾.

وإن توفر هذه العناصر الأربعة في علاقات العمل الرابطة بين العامل مهما كانت صفته وصاحب العمل في مختلف قطاعات النشاط، تسمح بتطبيق قانون العمل عليها.

ويمكن القول، إن هذا القانون يعاب عليه، أنه توخى الشمولية والتوحيد بين مجالات العمل وفئات العمال، لاسيما بين قطاع الوظيفة العامة، والقطاع العام الاقتصادي، نجم عنه اضطرابات عديدة في مجال علاقات العمل، أدت في النهاية إلى تكريس فكرة الموظف العام مقابل مفهوم العامل حيث تنص المادة الخامسة من المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال الإدارات والمؤسسات العمومية⁽⁵⁾ على أن هذه الفكرة: " تطلق على العامل الذي يثبت في منصب عمله بعد انتهاء المدة التجريبية تسمية الموظف ويكون حينئذ في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية إزاء المؤسسة أو الإدارة ".

ويلاحظ على أحكام هذا النص، أنه ألغى الفرق الفقهي بين مصطلحي العامل والموظف، وجعل معناهما واحدا، وهذا ما يؤدي بنا إلى القول، إلى أن هذه الفترة وإن كانت قد اتسمت بإصدار جملة من القوانين والأوامر، فإنها لم تهتم بمركز العامل بقدر اهتمامها بتكريس مشاركة العمال في تسيير المؤسسات الاشتراكية، ولعل لهذا الاتجاه ما يبرره وهو تحقيق مبادئ الاشتراكية سعيا لتطوير المؤسسات الاقتصادية.

ويمكن القول في الأخير، إن المشرع أكد في تعريفه للعامل على التبعية الاقتصادية لتوسيع نطاق تطبيق قانون العمل، وفي المقابل اعتنى بالتبعية القانونية التي حددها في التزامات العامل، وعليه يمكن استثناء أصحاب

(1) - راجع المادة 20 من القانون رقم 78-12.

(2) - راجع المادة 36 من القانون رقم 78-12.

(3) - راجع المادة 92 الشطر 2 من القانون رقم 78-12.

(4) - راجع المادة 92 من القانون رقم 78-12.

(5) - ج.ر. 24 مارس 1985، عدد 13، ص.333.

المهنة الحرة من مجال تطبيق قانون العمل، لأنهم يشتغلون لحسابهم الخاص بكل حرية واستقلال اقتصادي، وأن بالإمكان تكييف كل حالة من حالات نشاطهم المهني على ضوء شروط العمل وظروفه⁽¹⁾.

الفرع الثالث: مفهوم الأجير في ظل تشريعات العمل الصادرة منذ سنة 1990

عرف مفهوم العامل الأجير في هذه المرحلة تطورا في مفهومه، كرسها القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتضمن علاقات العمل المعدل والمتمم⁽²⁾، هذا القانون الذي تبلور نتيجة لمرحلة انتقالية بدأ التحضير لها منذ سنة 1986، سميت بمرحلة استقلالية المؤسسات التي تقرر رسميا من خلال لوائح الندوة الرابعة للتنمية في 21 و22 ديسمبر 1986، من بينها لائحة استقلالية المؤسسات التي تضمنت ضرورة إثراء وتحسين محتوى القانون الأساسي العام للعامل والمراسيم التطبيقية له، على اعتبار أنه لم يحقق الأهداف التي وضع من أجلها، بل على العكس من ذلك فقد حد من مبادرة المؤسسات، وعليه فإن حتمية هذه المرحلة استلزمت تكييف هذه الأحكام والمحيط الاقتصادي الجديد، واعتماد العلاقات التعاقدية بين المؤسسة ومحيطها الاقتصادي والاجتماعي، بوضع ميكانيزمات وأدوات فعالة لإقامة علاقات عمل مستقرة وعادلة بدون إشكاليات بالنسبة للعمال، وبالنسبة للمؤسسات المستخدمة⁽³⁾.

وفي إطار الإصلاحات الاقتصادية لعالم الشغل التي انتهجتها الدولة في هذه الفترة، صدر القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية سنة 1988⁽⁴⁾، وقد أدخل فيه نوعا من الليونة في التسيير دعيت باستقلالية المؤسسات، حيث خفف إلى درجة كبيرة من أسلوب التسيير الاقتصادي الاشتراكي للمؤسسات⁽⁵⁾.

وقد تم إقرار مبدأ الديمقراطية والإصلاحات الشاملة في النظام الجزائري بناء على دستور 1989، والذي نتج عنه صدور عدة تشريعات لتنظيم مجال علاقات العمل، والتي حاول المشرع من خلالها الموازنة بين الجانب الاجتماعي، والجانب الاقتصادي للعمل، ولعل أهمها إصدار القانون رقم 90-11، الذي يهدف إلى التخلي

(1) - جلال مصطفى القرشي، المرجع السابق، ص.85.

(2) - ج.ر. 25 أبريل 1990، عدد 17، ص.562، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج.ر. 25 ديسمبر 1991، عدد 68، ص.2654، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-21 المؤرخ في 9 يوليو 1996، ج.ر. 10 يوليو 1996، عدد 43، ص.7.

(3) - رشيد واضح، "علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر"، دار هومة، الجزائر 2002، ص.30، 35 وما بعدها.

(4) - القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر. 13 يناير 1988، عدد 2، ص.30.

(5) - راجع المادة 2 من القانون رقم 88-01.

عن الأسلوب الإداري في تسيير المؤسسات الاقتصادية، والفصل بين النشاط الإداري للدولة، والنشاط الاقتصادي للمؤسسات الاقتصادية الصناعية والتجارية، ومن ثمة تكريس فكرة التفرقة بين عمال المؤسسات الاقتصادية، الصناعية منها والتجارية، العامة والخاصة، وموظفي الإدارة العمومية.

ويظهر جليا من خلال استقراء أحكام القانون رقم 90-11 المشار إليه آنفا، أن المشرع الجزائري أحاط العامل الأجير بتعريف يكاد يلم بالعناصر الأربعة الواجب توافرها في العلاقات الخاضعة لقانون علاقات العمل، أخذا بعين الاعتبار انتقادات الفقه في هذا المجال، إذ يعتبر " عمالا أجرا " كل الأشخاص الذين يؤدون عملا يدويا أو فكريا مقابل مرتب، في إطار التنظيم، ولحساب شخص آخر، طبيعي أو معنوي عمومي أو خاص، يدعى المستخدم"⁽¹⁾.

فالعامل الأجير هو كل شخص طبيعي محل التزامه القيام بنشاط أو مجهود أو نتيجة أو غاية يلتزم بتحقيقها وإنجازها لصالح ولحساب صاحب العمل، فهو إذن كل نشاط بدني أو فكري أو حتى فني، يقوم به العامل بصفة شخصية⁽²⁾، وفق توجيهات وأوامر صاحب العمل، على اعتبار أن العلاقة القائمة بين العامل وصاحب العمل، والتي تحددها أحكام وشروط العقد المبرم بينهما، تمنح لصاحب العمل الحق في توجيه ومراقبة العامل أثناء أدائه لعمله، وإصدار الأوامر والتعليمات اللازمة له قصد أداء العمل وفق ما يراه صاحب العمل، وفي مقابل ذلك، يلتزم العامل بتنفيذ وطاعة هذه الأوامر والتعليمات والتوجيهات الصادرة له من صاحب العمل في الحدود التي يسمح بها القانون والأعراف المهنية، وفي حدود ممارسة وتنفيذ العمل المتفق عليه في عقد العمل، وفي الحدود التي تقتضيها طبيعة العمل ومستلزماته⁽³⁾، وتجدر الإشارة أنه لا يهم في التبعية أن تمارس بوجود صاحب العمل بصفة دائمة إذ يمكن أن تتم حتى ولو كان العامل بعيدا عن صاحب العمل، مادام ملتزما بالتعليمات الصادرة إليه⁽⁴⁾.

غير أنه لا يمكن الحديث عن العمل، دون أن يقابله الحديث عن الأجر⁽⁵⁾، إذ يعتبر هذا الأخير حقا أساسيا أساسيا للعامل والتزاما رئيسيا لصاحب العمل، إذ ينص المشرع بوضوح أن للعامل الحق في أجر مقابل العمل

(1) - راجع المادة 02 من القانون رقم 90-11.

* كما يعرفه المشرع المغربي في المادة 6 من مدونة الشغل الجديدة على أنه: " يعد أجيروا كل شخص التزم ببذل نشاطه المهني، تحت تبعية مشغل واحد أو عدة مشغلين لقاء أجر، أيا كان نوعه وطريقة أدائه".

* ويعرفه المشرع المصري في المادة الأولى من قانون العمل على أنه: " يقصد به كل شخص طبيعي يعمل لقاء أجر لدى صاحب عمل وتحت إدارته أو إشرافه".

(2) - رشيد واضح، المرجع السابق، ص.59.

(3) - أحمية سليمان، "التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية"، الجزء الثاني، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004، ص.70.

(4) - بن عزوز بن صابر، "الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، الكتاب الأول، مدخل إلى قانون العمل الجزائري"، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2008، ص.58.

(5) - التسميات التي تطلق عادة على الأجر متعددة ومتنوعة، فهناك مصطلح أجر ويطلق عادة على كل ما يحصله العامل الخاضع لقواعد قانون العمل، وهناك مصطلح الراتب أو المرتب وهو تعبير يطلق في العادة على أجر الموظف الخاضع لقواعد قوانين

المؤدى، ويتقاضى بموجبه مرتبا أو دخلا يتناسب ونتائج العمل⁽¹⁾، ويقصد بالأجر بصورة مختصرة وبسيطة، المقابل المالي الذي يدفع للعامل مقابل العمل الذي قدمه لصاحب العمل⁽²⁾.

وقد اعتنى المشرع بالأجر بأن وضع له إطارا قانونيا يحدد نظامه وأشكاله، ومختلف وسائل وأدوات الحماية المقررة له مثل إقرار مبدأ التقدير والدفع النقدي فقط⁽³⁾، والتحديد المركزي للحد الأدنى الوطني المضمون للأجور⁽⁴⁾، وامتنياز الأجور عن كافة الديون بما فيها ديون الخزينة⁽⁵⁾.

وفيما يتعلق بعنصر المدة فيقصد بها المدة الزمنية التي يضع فيها العامل نشاطه وخبرته وجهده في خدمة ومصلحة صاحب العمل أو إدارته⁽⁶⁾، تحدد مبدئيا تبعا لإرادة المتعاقدين مع الأخذ بعين الاعتبار القوانين والأنظمة المعمول بها في هذا الشأن.

وتوجد في المجال العملي عدة أشكال وأصناف لعلاقات العمل المحددة المدة وغير المحددة المدة، والعمل المؤقت... الخ، وهي النماذج التي يلعب فيها عنصر المدة دورا هاما في تحديد الالتزامات والحقوق لاسيما بالنسبة لإنهاء علاقة العمل، والحقوق المترتبة عنها⁽⁷⁾.

وتعتبر علاقة العمل غير المحددة المدة أو الدائمة، المبدأ العام المعمول به في مختلف التشريعات العالمية المقارنة، بما فيها التشريع الجزائري، الذي ينص على أنه: "يعتبر العقد مبرما لمدة غير محددة إلا إذا نص على غير ذلك كتابة".

وفي حالة انعدام عقد عمل مكتوب، يفترض أن تكون علاقة العمل قائمة لمدة غير محددة⁽⁸⁾، وتجدر الإشارة إلى أن التشريع الراهن وعلى خلاف التشريعات السابقة الملغاة أورد مصطلحا جديدا وهو " في إطار التنظيم " dans le cadre de l'organisation " كمعيار لتحديد مفهوم العمال الأجراء، ويرى أغلب الفقه أن المقصود بهذه العبارة المصادر المهنية خاصة منها الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية والأنظمة الداخلية⁽⁹⁾.

الوظيفة العمومية، وكلا المصطلحين ينطويان تحت مصطلح أوسع وأشمل منهما، وهو ما يمكن أن نطلق عليه مصطلح الأجر، والتي تعبر إما على الأجرة أو المرتب، أو على كليهما معا.

(1) - راجع المادة 80 من القانون رقم 11-90، وراجع المادة 133 من القانون رقم 12-78.

(2) - أحمية سليمان، المرجع السابق، ص.212.

(3) - راجع المادة 85 من القانون رقم 11-90.

(4) - راجع المادة 87 من القانون رقم 11-90.

(5) - راجع المادتين 89 و90 من القانون رقم 11-90.

(6) - أحمية سليمان، المرجع السابق، ص.35.

(7) - المصدر نفسه، ص.35.

(8) - راجع المادة 11 من القانون رقم 11-90.

(9) - بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص.59.

ونعتبر هذا الموقف منطقيا على اعتبار أن الاتفاقيات والاتفاقات الجماعية والأنظمة الداخلية، والتي تعتبر من أهم المصادر المهنية لقانون العمل، الذي يثبت للعمال حق المشاركة في وضعها وإقرارها إلى جانب أصحاب العمل، وذلك في حدود ما يسمح به النظام العام وأحكامه وقوانينه، قصد إدخال مبادئ وقواعد أكثر فائدة للعمال الأجراء.

المطلب الثاني: تمييز مفهوم الأجير عن المفاهيم المشابهة له

يلتقي مفهوم العامل الأجير مع مفاهيم أخرى تقترب أو تتشابه معه في بعض الجوانب والعناصر، نظرا لانطوائها على القيام بعمل، إلا أن لكل منها نظاما قانونيا تخضع له، وتفاديا لأي لبس أو اختلاط قد يقع بين هذا وذاك، سنحاول تحديد المعايير والأسس التي تميز الأجير عن غيره مثل المقاول، والوكيل، والشريك.

الفرع الأول: تمييز الأجير عن المقاول

يعرف المشرع الجزائري عقد المقاولة في المادة 549 من القانون المدني على أنه: " المقاولة عقد يتعهد بمقتضاه أحد المتعاقدين أن يصنع شيئا أو أن يؤدي عملا مقابل أجر يتعهد به المتعاقد الآخر " ومن ثم يمكن تعريف المقاول **entrepreneur** بأنه: " كل شخص يلتزم بمقتضى عقد بإنجاز عمل أو شيء ما لصالح الطرف الآخر مقابل أجر أو عوض".

وبإجراء مقارنة بسيطة بين هذا التعريف، مع ما أورده من تعريف للعامل، يتضح بصورة جلية أن كلا منهما يشتركان في عنصرين هامين، هما: القيام بالعمل وتلقي الأجر، مما يجعل أوجه التشابه بينهما بينة، وهذا ما يقضي البحث عن معايير دقيقة للتمييز بينهما وإظهار الفوارق الهامة الأخرى التي تفصل بينهما، والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

أولا: فيما يخص عنصر العمل

يكون العامل الأجير في عقد العمل ملزما بتنفيذ العمل محل العقد وبصفة شخصية، دون أن يكون له الحق في تكليف أو إنابة أو تفويض شخص آخر للقيام بما أوكل إليه بتنفيذه بدلا عنه، على اعتبار أن شخصية العامل تعتبر عنصرا جوهريا في عقد العمل، بينما يلتزم المقاول بتنفيذ العمل الموكل إليه فقط، دون أن يلتزم بتنفيذه شخصيا، إذ له أن يوكل ذلك العمل أو تلك المهمة إلى أشخاص آخرين، أو إلى مقاول آخر في إطار المقاولة من الباطن⁽¹⁾.

(1) - راجع المادة 564 من القانون المدني الجزائري.

كما أن التزام العامل في عقد العمل هو التزام ببذل الجهد البدني أو الفكري لإنجاز العمل، دون تقديم وسائله، ومن ثم فهو لا يعتبر مسئولاً عن هلاك أو تلف أو خسارة محل الالتزام أو مكوناته، بل أكثر من ذلك فهو يؤجر عن عمله لالتزامه بوسيلة - أي بأداء عمله كما سبق القول - وفقاً لشروط التعاقد فحسب⁽¹⁾، بينما يقع على المقاول التزام بتحقيق غاية ومن ثم فهو مسئول عن هلاك محل العمل قبل تسليمه لرب العمل، إلا إذا أثبت أن سبب الهلاك أو الخسائر كانت خارجة عن إرادته ولم تكن متوقعة، كالقوة القاهرة والظرف الطارئ⁽²⁾.

ثانياً: فيما يخص عنصر التبعية القانونية

يقوم العامل في عقد العمل بأداء ما هو مكلف به تحت إدارة رب العمل وإشرافه، حيث يكون في مركز تبعية لرب العمل، أما في عقد المقاولة فإن المقاول يقوم بالعمل المعهود إليه مستقلاً ولا يخضع لإشراف أو توجيه من رب العمل، فهو الذي يختار أدواته ومهامه ومعاونيه ووقت التنفيذ وكيفية، مادام عمله مطابقاً لما اتفق عليه في العقد⁽³⁾.

ثالثاً: فيما يخص عنصر الأجر

يكتسي أجر العامل الأجر أهمية بالغة، وما يبرر ذلك تحديده الذي يتم بعدة طرق كالنصوص التنظيمية أو الاتفاقيات الجماعية أو العقود الفردية، كما يحظى بحماية قانونية، تجعل منه مسألة من مسائل النظام العام الذي لا يمكن الاتفاق على مخالفته، لاسيما بالنسبة للحد الأدنى المضمون⁽⁴⁾، كما أن الأجر المستحق للعمال الأجراء تحضى كذلك بالأفضلية والأسبقية في دفعها عن كافة الديون الأخرى لصاحب العمل، بما في ذلك المبالغ المستحقة للخرينة العامة والضمان الاجتماعي مهما كانت طبيعة علاقة العمل ومدتها وشكلها⁽⁵⁾، كما لا يمكن حجزها أو مصادرتها مهما كان السبب⁽⁶⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن المبدأ العام المنصوص عليه في القانون المدني، يجعل من أجور العمال في المرتبة الرابعة، حيث تستوفى بعد المصاريف القضائية والمبالغ المستحقة للخرينة العامة ومصاريف الحفظ والترميم⁽⁷⁾، إلا أن العمل بأحكام المادتين 89 و90 من القانون رقم 90-11، يقيد العمل بأحكام المادة 933 الفقرة 3 من القانون المدني طبقاً للقاعدة المعروفة في كون الخاص يقيد العام.

وفي مقابل ذلك، ليس للمقاول على العموم ضمانات مماثلة، فلا يحضى أجر المقاول بنفس الأهمية والخصوصية التي يتميز بها أجر العمال الأجراء، نظراً لأسلوب تحديده الذي يتم بطريقة جزافية، وباتفاق حر

(1) - جلال مصطفى الفريشي، المرجع السابق، ص.137.

(2) - أمية سليمان، المرجع السابق، ص.73.

(3) - بجاوي المدني، "التفرقة بين عقد العمل وعقد المقاولة، دراسة تحليلية ونقدية"، دار هومة، الجزائر 2008، ص.95.

(4) - راجع المادة 87 من القانون رقم 90-11.

(5) - راجع المادة 89 من القانون رقم 90-11، وراجع المادة 142 من القانون الأساسي العام للعامل.

(6) - راجع المادة 90 من القانون رقم 90-11.

(7) - راجع المادة 933 الشطر الرابع من القانون المدني الجزائري.

بين المقاول ورب العمل، دون تدخل من السلطة العامة ودون أن يحضى بحماية قانونية خاصة كتلك التي يحضى بها أجر العامل الأجير، إذ يخضع لقواعد الحماية المقررة لتنفيذ الالتزامات التعاقدية بصفة عامة، وفقا لما تنص عليها قواعد القانون المدني والقانون التجاري⁽¹⁾.

رابعاً: فيما يخص إنهاء العقد

ينتهي عقد العمل بمقتضى أساليب محددة، ووفق أسباب معينة ومنظمة بمقتضى نصوص قانونية وتنظيمية واتفاقية، وبتابع إجراءات تضمن للعامل حقوقه المادية والمعنوية، وتقاديا لأي مساس بحقوق وواجبات المستخدم والعامل، حدد المشرع بوضوح حالات انتهاء علاقة العمل⁽²⁾، تسلم على إثرها للعامل شهادة عمل تبين تاريخ التوظيف وتاريخ انتهاء علاقة العمل⁽³⁾، في حين يتمتع المقاول بالحق في إنهاء عقد المقاولة بإرادته الحرة أو بالمطالبة بالفسخ في بعض الحالات مع الالتزام بالتعويض أو بدونه⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: تمييز الأجير عن الوكيل

تعتبر العلاقة التي تربط بين الموكل والوكيل الذي يعمل لحسابه من طبيعة خاصة، وتختلف عن طبيعة العلاقة التي تربط بين الأجير وصاحب العمل بصفة عامة، وإن كانا يلتقيان في بعض العناصر.

يستخلص من استقراء الأحكام القانونية، أن الوكيل هو كل شخص مفوض من قبل شخص آخر وملزم بمقتضى عقد للقيام بعمل شيء لحساب الموكل وباسمه⁽⁵⁾، على أن يكون ملزماً بتنفيذ الوكالة في حدود ما اتفق عليه⁽⁶⁾، وبمقارنة هذا المفهوم مع ما أوردها للعامل الأجير من تعريف، يتجلى لنا أن كلا الطرفين يشتركان في صفتين، أولاهما تلقي الوكيل للتعليمات من قبل الموكل مثلما يتلقى العامل الأوامر من قبل صاحب العمل، وثانيهما اتحاد محل التزامهما وهو القيام بعمل لحساب شخص آخر.

وبالرغم من هذه الصفات المشتركة إلا أن هناك العديد من الفوارق التي تفصل بينهما والتي يمكن إيجازها فيما يلي:

أولاً: فيما يخص إنهاء المهام

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني، يشير المشرع بوضوح على أن للوكيل الحق في التنازل عن الوكالة في أي وقت، ويعزل نفسه عنها في أي وقت، حتى ولو وجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك، غير أن الوكالة إذا كانت

(1)-أحمية سليمان، المرجع السابق، ص.73. رشيد واضح، المرجع السابق، ص.80.

(2)- راجع المادة 66 من القانون رقم 90-11.

(3)- راجع المادة 67 من القانون رقم 90-11.

(4)- وهي الحالات التي أوردها المشرع في المواد من المادة 566 إلى المادة 570 من القانون المدني الجزائري.

(5)- راجع المادة 571 من القانون المدني الجزائري.

(6)- راجع المادة 575 من القانون السالف الذكر.

صادرة لصالح الغير الأجنبي تلزم الوكيل منحه وقتا كافيا حتى يتسنى له اتخاذ الإجراءات اللازمة لحماية مصالحه⁽¹⁾.

بينما يعتبر لجوء صاحب العمل لفسخ عقد العمل من جانبه فسحا تعسفيا في عقود العمل المحددة المدة، إذا تم دون احترام مهلة الإخطار المسبق، ويجوز للمحكمة إلغاء قرار التسريح الذي تم خرقا لأحكام القانون رقم 11-90 المعدل والمتمم، إلغاء قرار التسريح وإعادة إدراج العامل المسرح في المؤسسة مع الاحتفاظ بالامتيازات المكتسبة⁽²⁾، فلا يقبل الفسخ الانفرادي لعقد العمل إلا من جانب العامل وحده، إن كان غير محدود المدة، وبشرط أن يخطر الإدارة أو صاحب العمل، فإن كان العقد محدود المدة، لا يستطيع العامل التحرر من التزاماته التعاقدية قبل نهاية العقد خلافا للحكم في عقد الوكالة⁽³⁾.

ضف إلى ذلك أن الاستقالة وإن كانت تعتبر حقا للعامل، فهي مشروطة بضرورة منح مهلة إخطار مسبقة لصاحب العمل، ومتوقفة على قبولها من قبل هذا الأخير.

ثانيا: فيما يخص جانب التعويض أو الأجر

تعتبر الوكالة كمبدأ عام عمل تبرعي ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك صراحة، أو يستخلص ضمنا من حالة الوكيل، وحتى في حالة الاتفاق على أجر معين، فإن هذا الأخير يخضع لسلطة القاضي التقديرية⁽⁴⁾، إلا إذا دفع الموكل أجر الوكيل طوعا بعد تنفيذ الوكالة.

ولقد سبق القول أن أجر العامل يكتسي درجة بالغة من الأهمية، لما يحضى به من امتيازات و ضمانات يمنحها له القانون، فهو يعدو أن يكون من مسائل النظام العام التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها.

وعلى هذا الأساس، تحتفظ المحاكم بحق تخفيض مقدار الأجر الموعود إلى الوكيل إذا رأت أنه يتجاوز الخدمات التي أداها، إلا إذا دفع الموكل أجر الوكيل طوعا بعد تنفيذ الوكالة⁽⁵⁾، بينما لا تستطيع المحاكم تخفيض تعويض العامل بالحجة نفسها ولا زيادته بحجة عدم كفايته.

ثالثا: فيما يخص إنهاء العقد بموت الأجير أو الوكيل

(1) - راجع المادة 588 من القانون المدني الجزائري.

(2) - راجع المادة رقم 74 الفقرة 4 من القانون رقم 11-90.

(3) - مصطفى جلال قريشي، المرجع السابق، ص.154.

(4) - راجع المادة 581 من القانون المدني الجزائري.

(5) - راجع المادة 581 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

في حالة وفاة العامل لا يجوز لورثته استخلافه، على اعتبار أن شخصية العامل تعتبر عنصرا جوهريا في عقد العمل، وعلى العكس من ذلك يجوز لورثة الوكيل في حالة وفاته استخلافه إذا توفرت لديهم الشروط المطلوبة⁽¹⁾، وهذا استثناء للمبدأ العام القاضي بإنهاء الوكالة بموت الموكل أو الوكيل⁽²⁾.

يمكن القول تبعا لهذه المعطيات، أن الوكيل لا يعتبر أجيرا في مفهوم قانون العمل، ومن ثم فهو يخضع للقواعد العامة المتعلقة بعقد الوكالة المنصوص عليها في المواد، من المادة 571 إلى المادة 589 من القانون المدني.

الفرع الثالث: تمييز الأجير عن الشريك

يعرف المشرع الجزائري عقد الشركة في المادة 416 من القانون المدني بأنها: " عقد بمقتضاه يلتزم شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو عمل على أن يفتسموا ما قد ينشأ عن هذا المشروع من ربح أو خسارة "

ويظهر جليا من خلال استقراء هذا النص، إمكانية الخلط بين الأجير العامل والشريك لاعتبارات عدة من بينها:

- أن الانضمام إلى الشركة يتحقق بتقديم أموال عينية أو نقدية، كما يمكن أن يتحقق بتقديم عمل⁽³⁾، وهو بذلك يشترك مع الأجير الذي يساهم بتقديم قوته البدنية أو قابليته الفكرية.

- أن كلا الطرفين يتعاونان ظاهريا في عملية الإنتاج ويتوقف ازدهار المشروع على جهودهما.

- أن للشريك نسبة من أرباح الشركة وللأجير في بعض الأحيان نسبة من أرباح المشروع⁽⁴⁾.

إلا أنه وبالرغم من نقاط الالتقاء هذه، يختلف نظام العامل الأجير عن نظام الشريك في عدة جوانب يمكن تلخيصها فيما يلي:

- للشريك الحق في إدارة الشركة أو الاطلاع على كافة مستنداتها ودفاتها وحساباتها⁽¹⁾، في حين لا يتمتع العامل بهذا الحق، إذ لا يجوز له الاطلاع على هذه المستندات أو الوثائق، إلا إذا كان ذلك من بين أعماله أو مهامه أو اختصاصاته، ووفق ما يسمح له به القانون أو عقد العمل، أو النظام الداخلي للهيئة المستخدمة.

(1) - وذلك بتوفرهم على الأهلية وأن يكونوا على علم بالوكالة، راجع المادة 589 الفقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

(2) - راجع المادة 586 من القانون المدني الجزائري.

(3) - فيما يتعلق بتقديم العمل فإن الأمر متعلق في هذا الصدد بشركة التضامن، الشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم.

(4) - جلال مصطفى القرشي، المرجع السابق، ص.164.

- يكون الشريك مسئولاً من حيث المبدأ عن خسائر الشركة أو ديونها⁽²⁾، في حين لا يسأل العامل عن الخسائر التي تلحق صاحب العمل ولا عن ديونه.

- يحضى أجر العامل بحماية قانونية خاصة، لا يتمتع بها الشريك في الأرباح إلا بما اتفق عليه في عقد الشركة، من أحكام تعاقدية تحمي هذا الحق أو هذا النصيب.

- لا يخضع الشريك لأية سلطة أو تبعية إذ يتمتع بنوع من الحرية في عمله، إلا فيما يتعلق بتطبيق أحكام عقد الشركة، في حين يخضع العامل لإشراف صاحب العمل وإدارته، وتبعاً لأوامره وتوجيهاته.

لاشك، في أن هذه العناصر تسمح مبدئياً بإيجاد حد فاصل بين الأجير العامل وكذا الشريك، على اعتبار أن لكل واحد منها نظاماً قانونياً خاصاً يخضع له، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن يتمتع الشريك بصفة العامل، لكن الإشكال الذي قد يطرح أحياناً، فإنه يتعلق خصوصاً بالشريك الذي يملك نسبة من أموال الشركة أو حصة من أسهمها، خاصة حينما يقوم بمهمة داخل هذه الشركة ويتقاضى أجراً معيناً عن هذه المهمة خارجاً عن نصيبه من الأرباح التي تمنح له كمساهم.

نعتمد، أنه مادام الأمر يتعلق بشركة من شركات الأموال كما هو الأمر في شركة المساهمة أو شركة التوصية بالأسهم واللذان لا تقومان على الاعتبار الشخصي، فإننا لا نرى مانعاً من اعتباره أجييراً مادام عقد العمل قائماً، وذلك من خلال العمل الذي يقوم به ويتقاضى عنه أجراً ويقوم به تحت إشراف مدير الشركة وأعضاء مجلسها الإداري، خاصة إذا كان يملك فقط حصة ضئيلة من هذه الأسهم.

وعلى خلاف ذلك إذا كانت الشركة شركة أشخاص والتي عادة ما تكون حصة كل شريك فيها محددة بنسبة معينة، كما يكون فيها عدد الشركاء قليلاً بالمقارنة مع شركات الأموال، فإنه ما دامت صفة الشريك تكون أكثر وضوحاً من صفة الأجير ولو كان يتقاضى تعويضاً عن مهمته، فإننا نرى أن تغلب طابع الشريك على طابع الأجير ولا يخضع تبعاً لذلك لقانون العمل.

ورغم اشتراك العامل مع المقاول، والوكيل، والشريك في انطواء محل التزامهم على عنصر العمل، إلا أن النظام القانوني الذي يحكم العامل الأجير يمكن اعتباره من نوع خاص، فهو يخضع لقواعد مختلفة عن تلك التي يخضع لها كل من الأطراف الأنف ذكرهم، هذه القواعد التي منحته كياناً مستقلاً جعلت احتمالات تشبيهه مع غيره من المفاهيم الأخرى أموراً تكاد تكون نادرة، وما يؤكد هذا الطرح التشريعات المتتالية الصادرة بشأن تنظيم علاقات العمل، لاسيما في الفترة الممتدة من تاريخ بداية الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر.

(1)- راجع المادة 430 من القانون المدني الجزائري.

(2)- راجع المادة 434 من القانون المدني الجزائري.

المبحث الثاني: الأجراء الخاضعون لقانون العمل

الأصل أن قانون العمل يُعنى بتنظيم الروابط بين المستخدمين الأجراء الذين يشتغلون لحسابهم، تحت إشرافهم وتوجيههم لوقت محدد أو غير محدد مقابل أجر، وهذا ما يسمح بالقول، إنه يتوجب لتطبيق أحكام قانون العمل على كل عامل أن تستوفي علاقة عمله العناصر الأربعة السابق ذكرها، والمراد هنا عنصر العمل، عنصر الأجر، عنصر الزمن، وبالخصوص عنصر التبعية.

غير أن المشرع ولعدة اعتبارات، أخرج بعض الفئات من الأجراء من ميدان تطبيق قانون العمل، فاستبعد فئة من نطاق تطبيقه بصورة قطعية⁽¹⁾، ولاشك أن هذا المسلك سمح بتكريس فكرة التفرقة بين عمال المؤسسات الاقتصادية، الصناعية منها والتجارية، العامة والخاصة، وموظفي الإدارة العمومية، وبالتالي إلغاء فكرة الشمولية التي كرسها قانون 1978، وهو ما يؤكد ويعنيه إلغاء القانون الخاص بعمال القطاع الخاص لسنة 1975، والقانون الأساسي العام للعامل.

إلا أنه، من جهة أخرى، عني المشرع بوضع أحكام تنظيمية خاصة تحدد النظام النوعي لعلاقات العمل التي تخص مسيري المؤسسات، ومستخدمي الملاحة الجوية والبحرية، ومستخدمي السفن التجارية والصيد البحري، والعمال في المنازل، والصحفيين، والفنانين، والمسرحيين، والممثلين التجاريين، ورياضي النخبة، ومستخدمي البيوت، غير أن هذه الفئات تستمد بعض الأحكام العامة من قانون العمل، غير أن النصوص الخاصة ببعض الفئات صدر، والبعض الآخر لم يصدر إلى غاية إعداد هذا البحث.

ومن هنا، تستلزم الدراسة التطرق للأجراء الخاضعين لنطاق تطبيق قانون العمل، والأجراء المستبعدين من نطاق تطبيقه في المطلبين التاليين:

المطلب الأول: الفئات التي نظمها قانون العمل في غياب نصوصها الخاصة

على الرغم من أن المشرع الجزائري أشار صراحة إلى الفئات التي لها أحكام خاصة تحدد النظام النوعي لعلاقات عملها، إلا أن بعض الفئات لم تصدر لها إلى غاية إعداد هذا البحث أنظمتها الخاصة، وهذا أمر غير منطقي؛ نظرا لمرور أكثر من عشرين عاما على صدور القانون رقم 90-11، لذا وفي ظل غياب هذه النصوص يتحتم علينا الرجوع إلى قانون العمل لتنظيمها، ويتعلق الأمر بالممثلين التجاريين، ورياضي النخبة، ومستخدمي البيوت.

الفرع الأول: الممثلون التجاريون

(1) - راجع المادة 3 من القانون رقم 90-11.

يلعب الممثلون التجاريون دورا بارزا في الحياة التجارية، إذ تنحصر مهمتهم في اجتذاب الزبائن، وإبرام عقود البيع والشراء. وقد كانت عقودهم القانونية محل نقاش في فرنسا من قبل الفقه والقضاء، وقد اعتبره جانب من الفقه عقد إجارة خدمات، مستنديين في ذلك على معيار التبعية، بينما اعتبره جانب آخر عقد وكالة استنادا على المعيار المشتق من مفهوم التمثيل، ولوضع حد لهذا الخلاف منحهم المشرع بعض المنافع المخصصة للعمال المرتبطين بعقد العمل، فقد مثلهم بقانون 18 يوليو 1937 مع بعض التحفظات بالمستخدمين بشرط:

- أن يعمل المعني لحساب وتحت إشراف تاجر أو صناعي، وهذا ما يتضمن أن القانون يتطلب وجود عقد محله التمثيل.

- أن يقتصر على مزاولة مهنته لخدمة أو لمنفعة صاحب العمل، وهذا ما يتضمن الإشارة إلى معيار التبعية الاقتصادية.

- أن يبين العقد طبيعة البضائع المراد بيعها، والمنطقة التي تراول فيها المهنة.

فإن لم تجتمع هذه الشروط يكون العقد إذن تبعا لوجود أو غياب رباط التبعية عقد عمل أو عقد وكالة⁽¹⁾.

وفيما يخص المشرع الجزائري، فلقد أورد الممثلين التجاريين ضمن فئة العمال الأجراء⁽²⁾ الخاضعين لأحكام تنظيمية خاصة، غير أنه وكما سبق القول لم تصدر هذه النصوص إلى غاية إعداد هذه السطور⁽³⁾، وأمام هذا الفراغ القانوني يمكن الرجوع في هذا الصدد إلى الأحكام السابقة الملغاة والمقصود هنا الأمر رقم 31-75 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص السابق الذكر للتعريف بالممثلين التجاريين⁽⁴⁾.

ويظهر جليا من استقرار نصوصه، أن المشرع الجزائري تبنى موقف الفقه والقضاء الفرنسيين، على أساس أن شروط اعتبار الممثلين التجاريين عمالا هي نفس الشروط التي توصل إليها الفقه والقضاء الفرنسي، منها العمل لحساب صاحب عمل واحد أو عدة أصحاب عمل، الذين يمارسون في الواقع وبصفة استثنائية مستمرة مهنتهم كممثلين، الذين لا يقومون بصفة فعلية بأية عملية تجارية لحسابهم الخاص، والذين يرتبطون بأصحاب عملهم بموجب التزامات حدد فيه نوع أداء الخدمات أو البضائع المعروضة للبيع أو الشراء والناحية التي يلزمون بممارسة نشاطهم بها، أو أصناف الزبائن الذين يكلفون بزيارتهم ومعدل أجورهم.

(1) - مصطفى جلال القرشي، المرجع السابق، ص. 158 و 159.

(2) - راجع المادة 4 من القانون رقم 90-11.

(3) - على خلاف المشرع المغربي الذي نظمهم بمقتضى مدونة الشغل الصادرة في إطار ظهير شريف تحت رقم 1.03.194 بتاريخ 11 سبتمبر 2003 الصادر بتنفيذ القانون رقم 65.99، كما نشرت بالجريدة الرسمية تحت عدد 5167 بتاريخ 8 ديسمبر 2003، ص. 3969. وقد خصصت هذه المدونة الباب السادس من الكتاب الأول المتعلق بالاتفاقيات المتعلقة بالشغل لهذه الفئة من المادة 79 إلى المادة 85 تحت عنوان "الوكيل المتجول أو الممثل أو الوسيط في التجارة والصناعة"، هذا ويعد الإطار القانوني المنظم لهذه الفئة من أقدم النصوص التي صدرت في فترة متقدمة وقد كان ينظمها ظهير 12 مايو 1943 المتعلق بـ "جعل ضابط لحرفة الوسيط أو النائب عن أصحاب التجارة أو الصناعة المتجول" وقد تم إلغاؤه بعد صدور المدونة.

(4) - راجع القسم الثاني من الفصل الثالث (أحكام خاصة ببعض أصناف العمال)، المادة 73 من الأمر رقم 31-75.

وهكذا لا يعتبر ممثلين تجارين العمال المكلفين عرضيا وزيادة على شغلهم ضمن مؤسسة، بالقيام بمساع لدى الزبائن مقابل مكافآت مأجورة بصفة مانعة أو رئيسية بأجور ثابتة، ويتكلف صاحب العمل بنفقات تنقلهم ويوجه نشاطهم ويتولى مراقبة هذا النشاط يوميا.

ونظرا لاعتبار العقد المبرم بين الممثلين التجاريين وأصحاب العمل عقدا ملزما للجانبين، فقد كانوا يخضعون في ذلك للحقوق والالتزامات الواردة في الأمر رقم 31-75 السالف الذكر، إذ يلتزم صاحب العمل بدفع الأجور والعلاوات وكذا التصريح بالممثلين التجاريين لدى هيئة الضمان الاجتماعي، في مقابل ذلك يلتزم الممثل التجاري بالخضوع لأوامر وتوجيهات صاحب العمل، لعل من أهمها اجتذاب الزبائن، ويقصد بالعبارة الأخيرة زيارتهم خارج المؤسسة بغية تقديم العروض إليهم، وتسجيل طلباتهم بعد أخذ ورد، فلا يتمتع بصفة الممثل التجاري الشخص الذي يكلف باستقبال الزبائن داخل المؤسسة⁽¹⁾.

كما لا يخضع العقد المبرم بين صاحب العمل والممثل التجاري وجوبا للكتابة، فإذا كان العقد غير مكتوب أمكن إثبات العلاقة بكافة وسائل الإثبات القانونية، وهذا على خلاف المشرع المغربي الذي يلزم أن يكون عقد الشغل المتعلق بهذه الفئة كتابيا⁽²⁾.

كما يمكن أن يتضمن العقد بندا يقضي بمنع الممثل التجاري من تمثيل مؤسسات أو منتجات معينة خلال سريان مدة العقد، وفي حالة عدم وجود هذا المنع، وعند الاقتضاء يجب أن تتضمن إذا اقتضى الأمر التصريح بالمؤسسات أو المنتجات التي يمثلها الممثلون التجاريون، والالتزام بعدم أخذ تمثيلات أخرى أثناء سريان العقد بدون إذن مسبق من صاحب العمل إلا إذا تخطى الطرفان بنص صريح⁽³⁾.

وهكذا تنحصر مهمة الممثل التجاري في ربط علاقات أو معاملات تجارية مع مجموعة من الزبائن لحساب إحدى الشركات مقابل أجر، وقد تضاف إليه نسبة من الأرباح ترتبط بحجم السلع أو البضائع أو الخدمات موضوع هذه المعاملات، فهو الذي يتخذ المبادرة ويتنقل إلى الزبائن ويتردد على محلاتهم التجارية مرات ومرات فتكون بنتيجة أو بدون نتيجة.

كما نرى أنه يعتبر عمل الممثلين التجاريين من طبيعة خاصة، لعدم وجود علاقة التبعية بصورة فعلية، حيث يكونون وسطاء بين مستخدميهم وبين مختلف الزبائن المتواجدين في أماكن مختلفة بالمدينة الواحدة، أو بمدن متعددة، ومن هنا وصفت هذه الفئة بالممثلين التجاريين.

(1) - بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص.88.

(2) - راجع المادة 80 من مدونة الشغل المغربية.

(3) - راجع المادة 73 الفقرتين 4 و5 من القانون رقم 31-75.

وأمام هذا الفراغ التشريعي، فإننا نرى أنه يتوجب على الشركاء الاجتماعيين، أي الممثلين النقابيين للعمال وصاحب العمل التفاوض الجماعي، بغية إدراج أحكام خاصة في الاتفاقيات الجماعية تحدد شروط الممثل التجاري، وحقوقه وواجباته، وعلاقته بالهيئة المستخدمة.

الفرع الثاني: رياضيو النخبة

اعتبر المشرع الجزائري رياضي النخبة عمالا أجراء، وقد خصهم بأحكام تحدد النظام النوعي لعلاقات عملهم⁽¹⁾، غير أن المشرع الجزائري ومنذ إصدار القانون رقم 90-11 المنظم لعلاقات العمل لم يفرد لهذه الفئة أي نصوص خاصة، وهذا على خلاف المدربين الذين أفرد لهم نظاما خاصا، والمقصود هنا المرسوم التنفيذي رقم 06-297 المؤرخ في 2 سبتمبر 2006 الذي يحدد القانون الأساسي للمدربين⁽²⁾. غير أنه لتحديد الإطار القانوني لرياضي النخبة يمكن الرجوع إلى القوانين ذات الصلة والمقصود هنا القانون رقم 04-10 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بالتربية البدنية والرياضية⁽³⁾، المرسوم التنفيذي رقم 06-264 المؤرخ في 8 غشت 2006 الذي يضبط الأحكام المطبقة على النادي الرياضي المحترف، ويحدد القوانين الأساسية النموذجية للشركات الرياضية التجارية⁽⁴⁾.

والملاحظ لهذه النصوص، يرى أنها اعتمدت في إصدارها على القوانين المتعلقة بالضمان الاجتماعي، وهذا ما يؤكد أن رياضي النخبة يتمتعون بالحق في الحماية الاجتماعية كباقي العمال في مختلف القطاعات، كما اعتمدت على القانون رقم 90-11 المنظم لعلاقات العمل، ومن ثم يتبين أن رياضي النخبة يتمتعون بالحقوق التي يتمتع بها العمال الأجراء منها خاصة الحق في الأجر ومختلف التعويضات والمنح⁽⁵⁾.

وهكذا يعتبر رياضيا كل ممارس معترف له طبيا بالممارسة الرياضية ومجاز قانونا ضمن ناد رياضي⁽⁶⁾، ويجب الإشارة في هذا الصدد أن النادي الرياضي المحترف هو عبارة عن شركة تجارية، قد تتخذ شكل شركة رياضية ذات الشخص الواحد وذات المسؤولية المحدودة، وإما شركة رياضية ذات المسؤولية المحدودة والمتعددة الأشخاص، وإما شركة رياضية ذات الأسهم⁽⁷⁾، وهي تخضع في إنشائها وسيرها لأحكام القانون التجاري.

(1)- راجع المادة 4 من القانون رقم 90-11.

(2)- ج.ر. 3 سبتمبر 2006، عدد 54، ص.16.

(3)- ج.ر. 18 أوت 2004، عدد 52، ص.12.

(4)- ج.ر. 9 غشت 2006، عدد 50، ص.1.

(5)- بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص.91 و ما بعدها.

(6)- راجع المادة 30 من القانون رقم 04-10.

(7)- راجع المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 06-264.

ومادام أن النادي الرياضي المحترف شركة تجارية، فإن هدفه الرئيسي كباقي الشركات التجارية هو تحقيق الربح ومن ثم فإن العلاقة التي تربطه بالرياضيين والمدربين هي علاقة عمل أساسها عقد عمل محدد المدة⁽¹⁾.

هذا ويتعين على النادي الرياضي المحترف القيام بكل التصريحات، وأداء كل الإجراءات المنصوص عليها في القوانين والأنظمة المعمول بها باعتباره شركة تجارية، لاسيما في مجال التوظيف، التأمينات الاجتماعية، الضريبة والأعباء الجبائية، التقاعد، الإقامة وعمل الأجانب، واكتتاب التأمينات⁽²⁾.

كما أن العقد المبرم بين رياضي النخبة والنادي الرياضي عقد ملزم للجانبين، يلتزم رياضيو النخبة على أساسه بالمشاركة في كل المنافسات الدولية والعالمية والقارية المقررة في برنامج الاتحادية الوطنية الرياضية المعنية و/أو اللجنة الوطنية الأولمبية⁽³⁾، كما يتوجب عليه العمل على تحسين أدائه الرياضية، احترام القوانين والأنظمة الرياضية المعمول بها، والامتنال للأخلاقيات الرياضية والامتناع عن كل أعمال العنف، تلبية نداء النخبة الوطنية والتمسك بالدفاع عن الوطن وتمثيله بصورة مشرفة، كما عليه المشاركة في مكافحة تعاطي المنشطات والامتناع عن اللجوء إلى استعمال المواد المنشطة المحظورة⁽⁴⁾.

وفي مقابل هذه الالتزامات، يتمتع رياضيو النخبة بجملة من الحقوق من أهمها الحق في التأمين ضد المخاطر التي قد يتعرضون لها أثناء وبعد المنافسات الرياضية الوطنية والدولية والتدريبات، كما يستفيدون في هذا المجال من الحماية الطبية الرياضية⁽⁵⁾، ومن البديهي أنه يتمتع بحقه في الأجر وفقا للتنظيم والتشريع المعمول بهما.

وهكذا نرى أن موقف المشرع الجزائري منتقد، إذ كان يتوجب عليه إصدار الأحكام الخاصة برياضي النخبة كما هو الحال بالنسبة للمدربين، نظرا للدور الفعال الذي يجسده على المستوى الرياضي ولتحديد على الأقل حقوقهم والتزاماتهم، وبالأخص نظام علاقات عملهم.

الفرع الثالث: مستخدمو البيوت

اعتبر المشرع الجزائري مستخدمي البيوت عمالا أجرا بمقتضى المادة 4 من القانون رقم 90-11 المنظم لعلاقات العمل، ويتم تحديد إطارهم القانوني بمقتضى نص تنظيمي خاص، إلا أن هذا النص وكما هو الحال بالنسبة للممثلين التجاريين ورياضي النخبة لم يصدر إلى غاية كتابة هذا البحث، الأمر الذي من أجله

(1) - بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص.92.

(2) - راجع المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 06-264.

(3) - راجع المادة 28 من القانون رقم 04-10.

(4) - راجع المادة 32 من القانون رقم 04-10.

(5) - راجع المادة 35 من القانون رقم 04-10، والمادة 3 الفقرة من المرسوم التنفيذي رقم 06-264.

يظلون خاضعين لأحكام قانون العمل، على خلاف المشرعين المصري⁽¹⁾ والمغربي⁽²⁾ اللذين استبعدا هذه الفئة من نطاق تطبيق قانون العمل، والعلة من استبعاد تطبيق قانون العمل على هذه الفئة، أن عمل الخدم ذو صلة مباشرة بمخدميهم بما يمكنهم من الاطلاع على أسرارهم وشؤونهم الخاصة، وعلى ذلك، فالحكمة من هذا الاستبعاد تكمن في هذه الصلة المباشرة بصاحب العمل، وما يترتب عليها من خصوصية في هذه العلاقة، بحيث يكون من شأن التمسك بتطبيق بعض قواعد قانون العمل شأن أحكام الإنهاء، التضحية بهذه الخصوصية أو اقتحام حرية الحياة الخاصة فيما لو سمح لمفتشي العمل الدخول للمنازل باعتبارها أماكن عمل للتحقق من تطبيق القانون وقراراته شأن التحقق من سن العامل، ويرى بعض الفقهاء أن هذه الخصوصية لا تبرر حرمانهم من الحماية التي توفرها أحكام قانون العمل، وعلى الأقل لابد من اختصاصهم بتنظيم تشريعي، يوفر لهم الحماية المناسبة بما لا يتعارض مع خصوصية طبيعة عملهم⁽³⁾.

وتجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري أحسن حينما استعمل العبارة "مستخدمي البيوت"، بدلا من العبارة "خدم المنازل أو خدم البيوت" المستعملة من قبل المشرعين المصري والمغربي، لما في ذلك من مساس بكرامة هؤلاء، ونظرا لكونها أصبحت متجاوزة، وتعني استبعاد الإنسان لأخيه الإنسان⁽⁴⁾.

ويقصد بالخدم أو مستخدمي البيوت كما أطلق عليهم المشرع الجزائري، العمال الذين يزاولون عملهم بصفة منظمة داخل منزل معد للسكن الخاص، وأن يكون العمل الذي يمارسونه يدويا لقضاء حاجات شخصية متعلقة بشخص صاحب العمل أو ذويه، يغلب عليها الطابع المادي⁽⁵⁾، ومن ثمة وحتى تتحقق الصفة في مستخدمي البيوت يجب توفرهم على العناصر التالية:

- أن يزاول الشخص العمل في منزل أو على الأقل في مكان ملحق بالمنزل، ويقصد بالمنزل المكان المعد للسكنى، الأمر الذي على أساسه يجب استبعاد الأشخاص الذين يؤدون عملهم خارج المنزل، كما هو شأن الأشخاص القائمين بالخدمة في النوادي والمطاعم والمقاهي والفنادق والمحلات العامة⁽⁶⁾.

- أن يغلب على عملهم الطابع المادي، ويقصد بالعمل المادي قضاء الحاجات الشخصية للمخدوم وذويه، الأمر الذي من أجله يجب استبعاد الأشخاص الذين يقومون بأعمال يغلب عليها الطابع الذهني، فلا يعد من

(1) - تنص المادة 4 الفقرة ب من قانون العمل المصري صراحة على أنه: "لا تسري أحكام هذا القانون على: ... ب/عمال الخدمة المنزلية ومن في حكمهم"، عملا بأحكام هذه المادة تطبق لتنظيم علاقات عملهم قواعد القانون المدني المنظمة لعقد العمل.

(2) - خصت مدونة الشغل المغربية أحكاما خاصا لهذه الفئة، إذ أشارت إلى أنه سيصدر قانون تنظيمي لهاته الفئة، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة الرابعة منها على أنه: " يحدد قانون خاص شروط التشغيل والشغل المتعلق بخدم البيوت الذين تربطهم علاقة شغل بصاحب البيت".

(3) - همام محمد محمود زهران، "قانون العمل، عقد العمل الفردي"، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص.61.

(4) - محمد سعد جرندي، قراءة أولية لمشروع مدونة الشغل لسنة 1998، مقال منشور بمجلة الإشعاع، هيئة المحامين بالقنيطرة، العدد 22، دجمبر 2000، ص.36.

(5) - محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، "أركان عقد العمل"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2008، ص.99.

(6) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص.62.

مستخدمي البيوت المدرس الخاص أو السكرتير الخاص، ولو كان العمل يتم داخل المنزل، لكون عملهم لا يسمح لهم بالانسياح داخل المنزل بغير حدود زمنية ومكانية وبالتالي لا يطلعون على أسراره.

- أن يكون العمل متصلا بشخص المخدم للعناية بشخصه أو أشخاص ذويه.

والجدير بالذكر أن الأعمال المادية التي يقوم بها الخدم للعناية بشخص المخدم أو أشخاص ذويه، قد تكون أعمالا مادية مباشرة كالتطبخ - أي الطبخ - أو مربية الأطفال إذا كان عملها الأساسي هو حراستهم والعناية بنظافتهم، وليس عملها الأساسي هو تثقيفهم، كما قد تكون أعمالا مادية غير مباشرة تنطوي على العناية بأشياء تخص المخدم بحيث يمكنه عمله المادي من الاطلاع على أسراره الشخصية والمنزلية، كالمسائق الخاص، والبستاني، وكذا الحارس أو متعهد العمارة الذي يتولى تنظيف العمارة، وهو عمل ذو طبيعة منزلية، كما يعتبر سائس الجواد خادما إذا كان الجواد مخصصا لركوب صاحبه، ولا يعتبر كذلك إذا احتفظ به مالكة لرهانات السباق⁽¹⁾.

وتجب الإشارة، إلى أنه يشترط أن تكون العلاقة التي تربط بين مستخدمي البيوت والمستخدم على شيء من الدوام والاستمرار، الأمر الذي من أجله يجب استبعاد الغسالة التي يقتصر عملها على أحد أيام الأسبوع، أو البستاني الذي يهذب حديقة المنزل بضع ساعات في الشهر.

ويمكن القول، إنه يتوجب على المشرع إصدار النص التنظيمي الخاص بهذه الفئة، على اعتبار أن الحكمة من وراء ذلك، ترجع إلى أن طبيعة العمل الذي تقوم به هذه الفئة تختلف عن طبيعة الأعمال التي تقوم بها باقي طوائف العمال الأخرى، كما أن عملهم ذو صلة مباشرة بمستخدميهم مما يمكنهم من الاطلاع على أسرارهم وشؤونهم الخاصة، الأمر الذي يتطلب إصدار هذا تنظيمي تراعى فيه هذه الظروف⁽²⁾.

المطلب الثاني: الفئات التي تمت الإحالة على قوانينها الأساسية

يظهر جليا من استقراء أحكام المادة 4 من القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل، أن المشرع الجزائري اعتبر كل من مسيري المؤسسات، ومستخدمي الملاحة الجوية والبحرية، ومستخدمي السفن التجارية والصيد البحري، العمال في المنازل والصحفيين عمالا أجراء وأخضعهم في ذلك لنصوص تنظيمية خاصة تحدد النظام النوعي لعلاقات عملهم، مع مراعاة أحكام قانون علاقات العمل فيما لم يرد فيه نص.

(1) - بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص.90.

(2) - المرجع نفسه، ص.90.

الفرع الأول: مسيرو المؤسسات

ضم المشرع الجزائري مسيري المؤسسات إلى جانب فئات العمال الأجراء⁽¹⁾، ونظمهم بمقتضى المرسوم التنفيذي رقم 90-90 المؤرخ في 29 سبتمبر 1990 الذي يحدد النظام النوعي لعلاقات العمل الخاصة بهذه الفئة⁽²⁾، وقد عني المشرع بتنظيمهم نظرا للدور المؤثر الذي يلعبونه على المستوى الاقتصادي، وحلولهم كعنصر لمرحلة تحول الاقتصاد في البلاد من نظام الاقتصاد الاشتراكي إلى نظام الاقتصاد الحر، فكانت إحاطة هذه الفئة بتنظيم خاص تقتضيها طبيعة هذه المرحلة، وما يدعم هذا الاهتمام صدور هذا المرسوم في نفس السنة التي صدر فيها القانون رقم 90-11 المنظم لعلاقات العمل.

والجدير بالذكر، أنه في المرحلة السابقة⁽³⁾ كان يعتبر المسير - الرئيس المدير العام، أو المدير العام، أو المدير، أو مدير الوحدة... إلخ - موظفا مكلفا بتسيير المؤسسة وفق التوجيهات والتعليمات الصادرة له من الجهة الوصية، على اعتبار أنه يخضع لنظام التعيينات المباشرة التي تقوم بها السلطة الوصية، والتي لها صلاحية إنهاء مهامه متى شاءت، غير أنه في التشريع الراهن لم يعد مسيرو المؤسسات موظفين لدى الدولة -ولو بصورة مباشرة- بل مجرد عمال، يعينون من قبل الهيئة المالكة لأسهم المؤسسة، المتمثلة في الجمعية العامة للمساهمين.

وينبغي الإشارة إلى أن مسيري المؤسسات في الوقت الراهن يخضعون لازدواجية تشريعية، على اعتبار أنهم يستفيدون من الحقوق والواجبات المعترف بها لجميع العمال الأجراء، كما ينفرد عقد عملهم ببعض المواصفات الواردة في النص التنظيمي الخاص بهم.

ويقصد بمسيري المؤسسة⁽⁴⁾ المسير الأجير الرئيسي وهو المدير العام، ولاشك أنه يتمتع بصفتين فهو يعد وكيلا عن مجلس الإدارة، إذ يجوز تعيينه من قبل هذا الأخير بناء على اقتراح رئيسته⁽⁵⁾، كما يعتبر المدير العام أجيرا عاملا لارتباطه بالمؤسسة بموجب عقد عمل، كما يتمتع بصفة مسير إدارات المديرية التي يستعين بها المسير الأجير الرئيسي.

وتكريسا لمبدأ حرية التعاقد التي اعتمدها قانون علاقات العمل، في كافة العلاقات العمالية الجماعية والفردية للعمال وأصحاب العمل، يظهر كذلك تكريس هذا المبدأ بصورة جلية في نصوص المرسوم رقم 90-290 السالف الذكر، إذ يتضح من استقراء المادة الثالثة منه على أن المسير الأجير الرئيسي يرتبط بجهاز الإدارة

(1)- راجع المادة 4 من القانون رقم 90-11.

(2)- ج.ر. 03 أكتوبر 1990، عدد 42، ص.1318.

(3)- أي في مرحلة التسيير الإداري للمؤسسات الاقتصادية، وإلى غاية بداية العمل بنظام التسيير الاقتصادي الذي أقره القانون التوجيهي للمؤسسات الصادر في 1988، وبعض القوانين المرفقة به والمعروفة بقوانين استقلالية المؤسسات.

(4)- راجع المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90-290.

(5)- راجع المادة 639 من القانون التجاري الجزائري.

التابع للشركة ذات رؤوس الأموال، بعقد يحدد حقوقه والتزاماته، وكذا السلطات التي يخولها إياه مجلس إدارته، ويجب أن تكون هذه السلطات التي يسندها جهاز الإدارة محل نشر قانوني⁽¹⁾.

كما يمكن للمسير الأجير الرئيسي وفقا للسلطات التي يسندها له جهاز الإدارة للشركة ذات رؤوس الأموال، أن يوظف إطارات المديرية لمساعدته وتحدد قائمة المناصب المعنية لإطارات المديرية، وكذلك كيفيات دفع مرتباتهم وذلك باتفاق بين جهاز الإدارة التابع للشركة ذات رؤوس الأموال⁽²⁾.

يجوز أن يكون عقد عمل مسيري المؤسسات عقد عمل ذا مدة محددة أو غير محددة، فإذا كان العقد ذا مدة غير محددة فإنه يجوز تجديده إذا اقتضت الحاجة إلى ذلك بتقدير من الأطراف⁽³⁾، ويكون موضوع هذا العقد ومحتواه ومضمونه المهني والمادي، محل تفاوض بين العامل المسير وجهاز الإدارة للمؤسسة المعنية، على أن يحدد فيه على الخصوص الأجر الأساسي ومختلف التعويضات، المنافع العينية، سلطات المسير الأجير الرئيسي في تشغيل إطارات المديرية، أهداف النتائج والتزاماتها، مدة مراجعة العقد وتكييفه أثناء التنفيذ، ودوريتها، وكيفياتها⁽⁴⁾، ويجب أن يكون التفاوض حول هذه المسائل، تفاوضا فرديا وليس جماعيا لاسيما فيما يخص الحقوق والالتزامات بما فيها المرتبات⁽⁵⁾.

لم يخضع المشرع مسيري المؤسسة للأحكام الواردة في الاتفاقية الجماعية ولا للأحكام الواردة في النظام الداخلي، ومن ثم يكون عقد العمل الذي يربطه بالمؤسسة هو المصدر المهني الوحيد الذي يلجأ إليه بعد النصوص التشريعية والتنظيمية، وهو ما ذهبت إليه الغرفة الاجتماعية بالمحكمة العليا حين ألغت القرار الصادر عن الغرفة الاجتماعية بإحدى المجالس القضائية الذي أخضع مسيري المؤسسة لأحكام الاتفاقية الجماعية⁽⁶⁾.

وفيما يخص علاقة المسير بالتنظيمات الداخلية للمؤسسة، فلا يخضع المسير للنظام الداخلي للشركة، وليس له حق المشاركة في الانتخابات التي تجري فيما يتعلق بالقضايا التنظيمية أو التأسيسية التي يختص بها أصحاب الأسهم فقط، كما يمنع على مسيري المؤسسات التصويت أو الترشح في أجهزة مشاركة العمال⁽⁷⁾.

وفيما يتعلق بإنهاء عقد عمل، فإنه يجوز لكل من العامل المسير أو جهاز الإدارة وذلك في الظروف العادية، ودونما صدور أي خطأ من أي طرف منهما، أن يطلبوا إنهاء عقد العمل، شريطة احترام فترة إشعار مسبق تحدد في العقد.

(1) - راجع المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 90-290.

(2) - راجع المادة 5 من المرسوم رقم 90-290.

(3) - راجع المادة 7 من المرسوم السالف الذكر.

(4) - راجع المادة 8 من المرسوم رقم 90-290 .

(5) - راجع المادة 9 من المرسوم رقم 90-290.

(6) - بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص. 74 وما بعدها.

(7) - المشار إليها في المواد من المادة 91 إلى المادة 93 مكرر من القانون رقم 90-11، وراجع المادة 17 من المرسوم التنفيذي رقم 90-290.

وفي حالة ارتكاب العامل المسير خطأ جسيماً، يخول لجهاز الإدارة فسخ العقد دون الالتزام بفترة الإشعار المسبق ودون دفع تعويضات، وفي مقابل ذلك يحتفظ العامل المسير بحقه في العطلة وكافة التعويضات الأخرى في حالة مخالفة بنود العقد من قبل الطرف الآخر، ويتمتع المسير الأجير بنفس الحقوق في حالة ما إذا كان طلب إنهاء عقد العمل من قبل الجهاز الإداري، على أن يقوم هذا الجهاز بتبليغ مسير المؤسسة المعني بذلك كتابياً، غير أنه في حالة الفصل التعسفي، من قبل الجهاز الإداري، أو من طرف العامل، فإن الطرف المتضرر يحتفظ بكافة حقوقه المقررة في التشريع والتنظيم المعمول بهما في هذا المجال، وكذلك الحق في التعويضات المختلفة المقررة في هذا الشأن سواء في قوانين العمل أو في القوانين المدنية⁽¹⁾.

يظهر جلياً مما سبق أن مسيري المؤسسات لم يصبحوا سوى عمالاً مثلهم مثل بقية العمال الآخرين، مع التمييز والاختلاف النوعي في الأحكام، الذي تبرره طبيعة ونوعية العمل، أما من حيث المبادئ العامة، فإنهم يخضعون لقانون العمل المطبق على كافة العمال، وبالتالي يخضعون لقواعد قانونية وتنظيمية في المجال المهني، تختلف عن تلك التي تحكم المؤسسة أو الشركة نفسها، الأمر الذي يعكس ويبرر الفصل بين الأجهزة التي لها صلاحية البت في القرارات المصيرية للشركة، وهي المسير أو المسيرين، الذين تختص بتعيينهم وعزلهم الأجهزة صاحبة السلطة أو اتخاذ القرارات الهامة في الشركة، حيث يعتبر تعيين المسير من بين القرارات المصيرية التي تختص بها الجمعية العامة⁽²⁾.

الفرع الثاني: العمال بالمنازل⁽³⁾ les travailleurs à domiciles

كما توحى العبارة، يعتبر العمال بالمنازل عمالاً أجراً، غير أن ما يميزهم هو تنظيم المشرع لهم بمقتضى نص تنظيمي⁽⁴⁾، يحدد نظام علاقات عملهم، والمقصود هنا المرسوم التنفيذي رقم 97-474 المؤرخ في 8 ديسمبر 1997⁽⁵⁾، الذي يحدد النظام النوعي الخاص بعلاقات العمل التي تعني العمال في المنزل.

وإذا كان المشرع الجزائري قد وضع نصاً تنظيمياً خاصاً لعمال المنازل، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمشرع الفرنسي⁽⁶⁾ الذي أفرد أحكاماً خاصة في قانون العمل نفسه لعمال المنازل.

والجدير بالذكر أن المشرع الجزائري قد سبق ونظم هذه الفئة بمقتضى القانون رقم 75-31 المتعلق بالشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص السابق الذكر الملغى، حيث وضع أحكاماً خاصة بهذه الفئة في القسم الأول من الفصل الثالث في المواد من 69 إلى 72 منه، وبهذا يكون المشرع بإصداره للمرسوم التنفيذي

(1) - راجع المادة 14 من المرسوم رقم 90-290.

(2) - أحمية سليمان، المرجع السابق، ص.123.

(3) - استعمل المشرع الجزائري مصطلح العمال في المنازل أسوةً منه بالمشرع الفرنسي، وهذا على خلاف المشرع المغربي الذي استعمل العبارة الأجراء المشتغلين بمنازلهم.

(4) - راجع المادة 4 من القانون رقم 90-11.

(5) - ج.ر. 14 ديسمبر 1997، عدد 82، ص.18.

(6) - Art L 721-1 à L721-8 de code de travail français.

رقم 474-97، قد جدد اهتمامه بهذه الفئة لما تتميز به من خصائص لا تتوفر لدى سائر الفئات الأخرى من العمال الأجراء.

وهكذا عرف المشرع الجزائري العامل في المنازل : " بأنه كل عامل يمارس في منزله نشاطات إنتاج سلع أو خدمات، أو أشغال تغيرية لصالح مستخدم واحد أو أكثر مقابل أجره، ويقوم وحده بهذه النشاطات أو بمساعدة أعضاء من عائلته باستثناء أية يد عاملة مأجورة ويتحصل بنفسه على كل أو بعض المواد الأولية وأدوات العمل أو يتسلمها من المستخدم دون أي وسيط"⁽¹⁾.

يظهر جليا من استقراء أحكام هذا النص، أن المشرع الجزائري وعلى خلاف ما هو مشترك في ظل علاقات العمل الفردية من توفر التبعية القانونية بين العامل والمستخدم، فإن الأمر على خلاف ذلك إذ تقوم العلاقة بين المستخدم والعامل في المنزل دون أن يكون هذا الأخير تحت إدارة وإشراف صاحب العمل، كما لم يحدد المشرع ساعات العمل المنزلي، وبناء على ذلك يستوي أن يكون المحل أي المنزل ملكا للعامل، كما يمكن أن يكون مجرد مستأجر له.

كما يستوي لقيام العلاقة بين العامل في المنزل والمستخدم، أن يقوم بالعمل بنفسه أو بمساعدة أحد أفراد عائلته، بينما لا يعد عملا في المنزل إذا ساعده على ذلك غير أفراد عائلته، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي أجاز للعامل في المنزل، الاستعانة بيد عاملة أجنبية للقيام بالعمل المراد إنجازه⁽²⁾.

وفيما يتعلق بالمواد الأولية ووسائل العمل، فإذا كان المبدأ في إطار عقود العمل أن تقدم من قبل المستخدم، فإنها في إطار علاقة العمل المنزلية، لم يشترط المشرع الجزائري أن تقدم من قبل المستخدم، إذ يمكن للعامل في المنزل أن يتحصل عليها بنفسه.

كما حصر المشرع الجزائري جملة النشاطات التي يمكن لصاحب العمل القيام بها، والتي يمكن أن تكون صناعية، أو تجارية، أو حرفية، غير أنه بالرجوع إلى التشريع الفرنسي يلاحظ أن هذا الأخير قد وسع من مجال هذه النشاطات لتشمل النشاطات الفلاحية، والمؤسسات التعليمية، والجمعيات الخيرية.

وفيما يخص حقوق والتزامات الطرفين، فإن المشرع الجزائري قد وضع على عاتق المستخدم جملة من الالتزامات أهمها أن يقوم بالتصريح بالعامل لدى هيئة الضمان الاجتماعي ومفتشية العمل المختصة إقليميا⁽³⁾،

(1)- راجع المادة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 474-97.

* أوجب المشرع المغربي توافر شرطين في هذه الفئة حسب نص المادة 8 من مدونة الشغل المغربية وهما:

1- أن يعهد إليهم بصفة مباشرة أو بواسطة الغير بأن يؤديوا، لقاء أجر شغلا لحساب مقولة واحدة أو عدة مقاولات.

2- أن يشتغلوا إما فرادى وإما بمعية مساعد واحد أو أزواجهم أو أبنائهم غير المأجورين".

(2) - Art L721-1 de code de travail français.

(3)- راجع المادة 4 من المرسوم التنفيذي رقم 474-97.

حيث أن العبرة من التصريح بهم لدى هيئة الضمان الاجتماعي، استفادتهم من التأمينات الاجتماعية بما فيها التأمين عن المرض، وحوادث العمل والأمراض المهنية والتأمين عن الشيخوخة⁽¹⁾.

والعبرة من التصريح لدى مفتشية العمل المختصة إقليميا إثبات العلاقة القائمة بين الطرفين من جهة، وتمكين مفتشية العمل في إطار صلاحيته مراقبة ظروف العمل ومدى تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بهذه الفئة من العمال⁽²⁾.

كما يلتزم المستخدم كذلك بحيازة دفتر ترتيبى يسجل فيه وجوبا اسم الهيئة المستخدمة وعنوانها، أو اسم المستخدم ولقبه، وكذلك رقم التسجيل في السجل التجاري، الاسم والعنوان ورقم التسجيل لدى الضمان الاجتماعي الخاص بالعمال في المنزل.

أما فيما يخص كفاءات تنفيذ الأشغال في المنزل، فقد عنى المشرع بتنظيمها خلافا للتشريع السابق أين أهمل المشرع الإشارة إليها، إذ يقع على عاتق المستخدم عند تسليم الأشغال قصد تنفيذها في المنزل، إعداد دفتر الطلبات على أن يسجل فيه اسم العامل في المنزل، ولقبه وعنوانه، طبيعة العمل وكميته، تاريخ تسليم العمل، الأجرة المطبقة على هذا العمل، وكذا قائمة اللوازم والموارد المسلمة للعامل⁽³⁾.

كما يقوم المستخدم عند تسليم المنتج موضوع الطلب بتسجيله في دفتر، يحدد فيه تاريخ الاستلام، مبلغ الأجرة المدفوعة فعلا، عند الاقتضاء اللوازم والمواد المستردة، على أن تسلّم نسخة من هذا الدفتر للعامل بعد توقيع الطرفين عليها⁽⁴⁾.

أكد المشرع الجزائري اهتمامه بسلامة صحة وأمن العمال في المنزل، إذ وضع على عاتق المستخدم حظرا يقضي بعدم إسناد أي عمل ينجز في المنزل، يتطلب بصفة مباشرة أو غير مباشرة استعمال أو معالجة مواد أو منتوجات سامة، أو خطيرة على صحة العامل في المنزل وعلى عائلته، وعلى أمنهم، أو تنجم عنه أضرارا بالمحيط⁽⁵⁾.

وإذا كان العامل ملزما بإنجاز العمل المطلوب منه وبالكيفية المتفق عليها، فإن المستخدم في مقابل ذلك ملزم بدفع الأجر المستحق مقابل العمل المؤدى، وذلك على اعتبار أن العقد المبرم بين الطرفين عقد ملزم للجانبين، وفي هذا الإطار حدد المشرع طرق تقدير أجور العمال في المنزل، إذ يحسب راتب العامل في المنزل على أساس مقاييس الأجر المعمول بها في المهن المماثلة⁽⁶⁾، وبالرجوع إلى القانون رقم 90-11 المنظم لعلاقات

(1)- راجع المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 97-474.

(2)- بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص.82.

(3)- راجع المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 97-474.

(4)- راجع المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 97-474.

(5)- راجع المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 97-474.

(6)- راجع المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 97-474.

العمل، يتبين أن المقصود من العبارة " الدخل المتناسب مع نتائج العمل " الأجرة حسب المردود، لاسيما العمل بالالتزام أو بالقطعة، أو العمل بالحصصة أو حسب رقم الأعمال⁽¹⁾، غير أنه مهما كانت طريقة احتساب الأجر، لا يمكن أن يقل أجر العامل في المنزل عن الأجر الوطني الأدنى المضمون⁽²⁾.

يتمتع العامل في المنزل إلى جانب حقه في الأجر، بالحق في التعويض عن العطلة المدفوعة الأجر، إذ يستفيد العامل في المنزل الذي يشغله نفس المستخدم مدة 6 أشهر في المجموع من هذا الحق ويعادل مبلغه يومي عمل في الشهر⁽³⁾.

وفي مقابل هذه الحقوق، يقع على عاتق العمال في المنزل، عدة التزامات أهمها الامتثال لأوامر المستخدم عند تنفيذ العمل، كما يمنع عليه القيام بأية منافسة غير مشروعة من شأنها أن تسيء للمستخدم أو تلحق به ضررا ، كما يلزم عليه القيام بالمحافظة على السر المهني، ويعد هذا الالتزام نتيجة منطقية لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود علاقات العمل المتقابلة، وبموجبه، يقتضي أن يحفظ العامل أسرار المهنة، التي قد يسبب إفشاؤها ضررا ماديا أو معنويا للمستخدم. ولا يقتصر التزامه بعدم إفشاء أسرار المهنة خلال مدة عقد العمل فحسب بل يبقى ساريا حتى بعد انقضاء العقد، وإلا استطاع العامل بيع أسرار صاحب العمل المهنية إلى منافسيه بعد ترك العمل مباشرة.

والجدير بالذكر، أن المشرع الجزائري قد حدد حقوق وواجبات كل من العامل في المنزل والمستخدم، دون أن يشير إلى الآثار القانونية الناجمة عن الإخلال بها، وعليه يمكن القول في هذا الإطار، وعند عدم وجود نص خاص، إمكانية الرجوع إلى قانون العمل مادام أن هذا الأخير لم يستثن عمال المنازل من مجال تطبيقه.

هذا ويرجع الاختصاص في حالة وقوع نزاع بين العامل في المنزل والمستخدم للقاضي الاجتماعي، ويخضع للإجراءات المنصوص عليها في القانون رقم 90-04 المؤرخ في 6 فبراير 1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل المعدل والمتم⁽⁴⁾، وعند استقراء نصوص هذا الأخير يتضح جليا أن أحكامه لم تستثن عمال المنازل من عرض النزاع على مكتب المصالحة للحصول على محضر عدم الصلح⁽⁵⁾.

(1) - راجع المادة 82 من القانون رقم 90-11.

(2) - حدد المشرع الجزائري الأجر الوطني الأدنى المضمون الموافق لمدة عمل قانونية أسبوعية قدرها 40 ساعة، وهو ما يعادل 173.33 ساعة في الشهر بثمانية عشر ألف دينار 18.000 د.ج في الشهر أي ما يعادل 103.84 دينارا لساعة عمل واحدة، وذلك ابتداء من 1 يناير 2011 طبقا لنص المادتين 1 و3 من المرسوم الرئاسي رقم 11-407 المؤرخ في 29 نوفمبر 2011، الذي يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون، ج.ر. 4 ديسمبر 2011، عدد 66، ص.4.

(3) - راجع المادة 8 من المرسوم التنفيذي رقم 97-474.

(4) - ج.ر. 7 نوفمبر 1990، عدد 6، ص.240.

(5) - راجع المادة 19 من القانون رقم 90-04.

الفرع الثالث: الصحفيون

يعتبر الإطار القانوني المنظم لهذه الطائفة من أحدث النصوص القانونية، وينظمها المرسوم التنفيذي رقم 140-08 المؤرخ في 10 مايو 2008 الذي يحدد النظام النوعي لعلاقات العمل المتعلقة بالصحفيين⁽¹⁾، وذلك تطبيقاً للمادة 4 من القانون رقم 90-11 المنظم لعلاقات العمل السالف الذكر، التي اعتبرت الصحفيين عمالاً أجراً وأخضعتهم في ذلك لأحكام تنظيمية خاصة، كما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي الذي أخضع الصحفيين المهنيين لنص تنظيمي خاص والمقصود هنا ظهير 22 فبراير 1995 المتعلق بالنظام الأساسي للصحفيين المهنيين، وكذلك المشرع المصري الذي أخضع تنظيم الصحافة للقانون رقم 96 لسنة 1996، وإن أشار بوضوح إلى أنه يظل لقانون العمل مرجعيته في تنظيم عقد العمل الصحفي باعتباره الشريعة العامة لعلاقات العمل الخاص التبعية المأجور⁽²⁾.

كما أن تنظيم مهنة الصحافة يخضع كذلك إلى أحكام القانون رقم 90-07 المؤرخ في 3 أبريل 1990 المعدل المتضمن قانون الإعلام⁽³⁾، إذ يتبين من استقراء أحكام هذا الأخير أن المقصود بالصحفي المحترف⁽⁴⁾ كل شخص يتفرغ للبحث عن الأخبار، وجمعها، وانتقائها، واستغلالها، وتقديمها خلال نشاطه الصحفي الذي يتخذ مهنته مصدراً رئيسياً لدخله⁽⁵⁾، وبالرجوع إلى المرسوم التنفيذي رقم 140-08 المذكور آنفاً، يشير المشرع الجزائري كذلك إلى مفهوم الصحفيين على أنهم الأجراء الدائمون أو المتعاقدون، الذين يمارسون في أجهزة الصحافة العمومية والخاصة، أو المنشأة من أحزاب سياسية.

كما يعرفه جانب من الفقه، على أنه كل من يبشر بصفة أساسية ومنتظمة، مهنة الصحافة في صحيفة يومية أو دورية أو في وكالة أنباء⁽⁶⁾ وطنية أو أجنبية⁽⁷⁾، أو كل من يعمل بصفة منتظمة في تحرير أو توجيه أو تنسيق صحيفة من الصحف، أو الحصول على المعلومات لها⁽⁸⁾.

ويراد بالعبارة " أجهزة الصحافة " كل نشرية أو وسيلة إعلامية سمعية أو بصرية أو إلكترونية وظيفتها الأساسية جمع الخبر ونشره، كما يقصد به الجهاز الذي يتولى استقاء الأخبار من مصادرها الأساسية، في مناطق

(1) - ج.ر. 11 مايو 2008، عدد 24، ص.13.

(2) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص.54.

(3) - ج.ر. 4 أبريل 1990، عدد 14، ص.459.

(4) - يعرف المشرع المغربي الصحفي المهني في المادة الأولى من ظهير 22 فبراير 1995 على أنه: " الشخص الذي يزاول مهنته بصورة رئيسية، ومنتظمة ومؤدى عنها في واحدة أو أكثر من النشرات أو الجرائد اليومية والدورية الصادرة بالمغرب أو في واحدة أو أكثر من هيئات الإذاعة والتلفزة الموجودة مقرها الرئيسي بالمغرب ويطلق على هذه الهيئات اسم منشآت الصحافة".

(5) - راجع المادة 28 من القانون رقم 90-07.

(6) - يقصد بوكالة الأنباء الوكالة التي تستخدم شبكة من المراسلين لجمع الأنباء في عدد كبير من البلاد، وتستخدم موظفين في مراكزها الرئيسية لتحرير هذه المواد الإخبارية العالمية بالإضافة إلى الأخبار المحلية، أنظر حسنين شفيق، "صحافة وكالات الأنباء المقروءة والمرئية"، دار فكر وفن للطباعة والنشر والتوزيع، 2009، ص.18.

(7) - بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص.86.

(8) - ماجد راغب حلو، حرية الإعلام والقانون، دار الجامعة الجديدة، 2009، ص.234.

متفرقة من العالم وتوزيعها على الصحف والإذاعات المرئية والمسموعة بأجهزتها الخاصة جدا⁽¹⁾، وقد أخضعها المشرع لأحكام التشريعية والتنظيمية المتعلقة بتنصيب العمال ومراقبة التشغيل بغرض الحصول على مناصب شغل شاغرة⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن المرسوم التنفيذي رقم 140-08 - السالف الذكر - ينظم إلى جانب الصحفيين علاقات عمل مراسلي الصحافة، وكذلك معاوني الصحافة، ويقصد بهم كل عون يشغل منصبا يتمثل في القيام بأعمال لا تنفصل عن الأنشطة الصحفية، التي ترتبط بالتحضير ومثال ذلك المحرر والمترجم، ويقصد بالأنشطة الصحفية كل الأنشطة التي تهدف إلى البحث عن الأخبار اليومية أو الدورية، وجمعها، وانتقائها، واستغلالها، وتقديمها، والموجهة للتوزيع والبيث العمومي مهما كانت الدعامة الإعلامية المستعملة لهذا الغرض، والتي تمارس داخل التراب الوطني أو بالخارج من طرف مراسل أو مبعوث خاص، على أن تحدد قائمة هؤلاء في الاتفاقية الجماعية.

كما تستلزم مهنة الصحافة شروطا للالتحاق بها حددها مشرعنا بصورة جلية، إذ يجب أن يكون الطالب حائزا على شهادة التعليم العالي ولا يهم أن تكون ذا صلة مباشرة بميدان الصحافة، وألا يكون قد حكم عليه نهائيا بسبب جناية أو جنحة، وأن يكون متمتعا بحقوقه المدنية والوطنية⁽³⁾، غير أنه يجوز لمن تثبت له مؤهلات تتناسب وأنشطة الصحافة الالتحاق بمهنة الصحفي⁽⁴⁾.

وفيما يخص إبرام عقد العمل الصحفي، وخلافا لمبدأ الحرية التعاقدية المعمول به في علاقات العمل، أوجب المشرع إبرامه بشكل كتابي سواء كان عقد عمل مبرم بشكل دائم أو بشكل تعاقدي، بالنسبة لكل صحفي أو صحفي معاون، وهذا ما يؤدي لاستبعاد مراسلي الصحافة من هذا الالتزام إذ يجوز أن يكون عقد العمل كتابيا أو شفاهيا⁽⁵⁾.

وهكذا يجوز إبرام عقود العمل لمدة محددة أو غير محددة سواء بالتوقيت الكامل أو التوقيت الجزئي، على أن تتضمن عقود العمل المبرمة بين جهاز الصحافة المستخدم والصحفي أو معاون الصحافة طبيعة علاقة العمل، والتصنيف المهني، ومكان العمل، وكيفيات دفع الأجرة، وكذا المكافآت والتعويضات المستحقة⁽⁶⁾.

وتجب الإشارة، أنه توجد حالتان يبرم فيهما عقد العمل الصحفي المحدد المدة بالتوقيت الكامل أو الجزئي، ويتعلق الأمر بالمهام والأعمال الصحفية التي ينجزها الصحفي أو معاون الصحافة بالتوقيت الكامل أو الجزئي، على أساس فترة تعاقدية تحدد مدتها باتفاق مشترك، كما يتعلق الأمر كذلك بالأعمال الصحفية التي

(1) - ماجد راغب حلو، المرجع السابق، ص. 18.

(2) - راجع المادة 10 من المرسوم التنفيذي رقم 140-08.

(3) - راجع المادة 7 الفقرة 1 من المرسوم التنفيذي رقم 140-08.

(4) - راجع المادة 7 الفقرة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 140-08.

(5) - راجع المادة 9 من المرسوم التنفيذي رقم 140-08.

(6) - راجع المادة 11 الفقرة 1 و 2 من المرسوم التنفيذي رقم 140-08.

ينجزها صحفي على أساس فترة تعاقدية محددة مسبقا، قصد القيام بمهام صحفية أو أشغال ظرفية ذات طابع مستمر أو غير مستمر متجددة أو غير متجددة⁽¹⁾.

وفيما يخص مراجعة عقد العمل المبرم لمدة غير محددة، فقد حدد التشريع الراهن الحالات التي يمكن فيها مراجعته ، وذلك في حالة منح امتيازات أخرى غير تلك المذكورة في العقد أو الممنوحة في إطار الاتفاقية الجماعية، الأعمال الصحفية المنجزة في البيت، استعمال الصحفي لوسائله الخاصة في المنزل، كما يمكن مراجعة العقد الصحفي قصد الحصول على ترخيص في حالة تعاونه مع جهاز صحافة آخر⁽²⁾، غير أن السؤال الذي يطرح في هذا الصدد هل هذه الحالات محددة على سبيل الحصر أم على سبيل المثال؟ لاشك أن استعمال العبارة " لاسيما " في مضمون المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 08-140، يؤدي لاعتبار أن هذه الحالات محددة على سبيل المثال، وهكذا يمكن مراجعة عقد العمل الصحفي الغير محدد المدة وتعديل بنوده بشرط أن يتم ذلك باتفاق الطرفين.

وفيما يخص المدة التجريبية فلقد أخضع المشرع الجزائري الصحفي الذي يراد توظيفه في جهاز الصحافة المستخدم، وكسائر الفئات الأخرى من العمال الأجراء إلى فترة تجريبية، يتمتع الصحفي خلالها بنفس الحقوق التي يتمتع بها الصحفي الدائم⁽³⁾، غير أن مشرعا لم يحدد مدة هذه الفترة التجريبية، وترك أمر تحديدها في عقد العمل.

كما يتعين على الصحفي الخاضع للفترة التجريبية، احترام الالتزامات التعاقدية، وهذا أمر منطقي باعتباره طرفا في العلاقة التعاقدية، إذ يتوجب عليه احترام الالتزامات الملقاة على عاتقه، كما يتوجب عليه احترام النظام الداخلي لجهاز الصحافة⁽⁴⁾.

وفيما يتعلق بمدة العمل، فلقد حدد المشرع الجزائري المدة القانونية الأسبوعية للعمل بأربعين ساعة في ظروف العمل العادية وتوزع هذه المدة على خمسة أيام على الأقل⁽⁵⁾، غير أن توزيع مدة العمل في ميدان الصحافة يقضي الأخذ بعين الاعتبار خصوصيات كل جهاز.

وفيما يخص حقوق الصحفيين وواجباتهم، فلقد حددها المرسوم رقم 08-140 – المذكور سابقا- بصورة جلية، إذ يتمتع الصحفي بجملة من الحقوق يمكن القول أنها مميزة عن باقي حقوق الفئات الأخرى، نظرا للموقع الحساس الذي يحتله الصحفيون بالنظر للمخاطر التي تحرق بهم أثناء ممارسة مهامه ، لعل من أهمها حقه في الحصول على بطاقة تعريف مهنية خاصة بالصحفي الدائم والتي يحدد شكلها وشروط تسليمها عن طريق

(1)- راجع المادة 12 من المرسوم التنفيذي رقم 08-140.

(2)- راجع المادة 13 من المرسوم التنفيذي رقم 08-140.

(3)- راجع المادتين 14 و15 من المرسوم التنفيذي رقم 08-140.

(4)- راجع المادة 16 من المرسوم التنفيذي رقم 08-140.

(5)- راجع المادة 2 من الأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997 الذي يحدد المدة القانونية للعمل، ج.ر. 12 يناير 1997، عدد7، ص.7.

التنظيم، والاستفادة من عقد تأمين تكميلي يغطي مجمل المخاطر الاستثنائية التي قد يتعرض لها في إطار ممارسة أنشطته المهنية، في حالة وجوده بمناطق النزاعات والتوترات أو المخاطر الكبرى والمكثرت من جهاز الصحافة المستخدم...⁽¹⁾.

وزيادة على هذه الامتيازات التي يتمتع بها الصحفي، يستفيد كذلك من عطلة خاصة بمناسبة المؤتمرات المهنية والملتقيات والأيام الدراسية على أن تحدد شروط وكيفيات تنفيذ هذه العطلة في الاتفاقية الجماعية⁽²⁾.

والملاحظ أن المشرع لم يتعرض إلى أجور الصحفيين ومختلف المنح والتعويضات كمنحة الأقدمية، والمردود الفردي والجماعي، والتعويض عن الساعات الإضافية، وفي ظل غياب النص المحدد لها نرى ضرورة لجوء ممثلي العمال الصحفيين والهيئات المستخدمة التابعين لها إلى إبرام اتفاقية جماعية تحدد من خلالها أجور الصحفيين، دون الخروج عما أقره تشريع العمل.

وفي مقابل هذه الحقوق يقع على عاتق الصحفي التزامات تقتضيها مهنته، وهي عدم نشر أي خبر من شأنه الإضرار بجهاز الصحافة المستخدم أو بمصداقيته، وكذا الحصول على موافقة المستخدم قبل كل التزام بالتعاون بأي شكل من الأشكال مع أي جهاز صحفي آخر⁽³⁾، لاشك في أن هذه الالتزامات تأكيد على واجب احترام أخلاقيات مهنة الصحافة إذ تعتبر الصحافة سلاحا حادا في يد الصحفي، يستطيع به أن يصيب الآخرين إصابات نافذة وخطيرة، تتمثل في الإساءة إليهم وتشويه سمعتهم وتأليب الرأي العام بل والسلطة العامة عليهم، وتزداد الخطورة كلما كانت وسيلة الإعلام أوسع انتشارا وأعمق تأثيرا، لذلك يجب أن يحاط استخدام هذا السلاح بمجموعة من الأخلاقيات الكريمة التي من شأنها وقاية الناس من الإصابات الإعلامية الظالمة أو الطعنات الصحفية التي لا مبرر لها خاصة وأن الناس لا يملكون السلاح المقابل - للدفاع عن أنفسهم - إلا قليلا، عن طريق ممارسة حق الرد أو رفع الأمر إلى القضاء.

إذ تستوجب أخلاقيات مهنة الصحافة التمتع أولا وقبل كل شيء بالمصداقية الصحفية التي ينتج عنها إعلام صادق وشفاف.

وفيما يخص تعليق⁽⁴⁾ وإنهاء⁽⁵⁾ علاقة العمل فإنه يجب في هذا الصدد الرجوع إلى الأحكام العامة والمقصود هنا أحكام القانون رقم 90-11 المتعلق بعلاقات العمل المذكور آنفا، إلى جانب هذا أكد المشرع على

(1) - راجع المادة 5 من المرسوم التنفيذي رقم 08-140.

(2) - راجع المادة 20 من المرسوم التنفيذي رقم 08-140، وراجع المادة 36 من القانون رقم 90-11.

(3) - راجع المادة 6 من المرسوم التنفيذي رقم 08-140.

(4) - راجع المادة 64 من القانون رقم 90-11.

(5) - راجع المادة 66 من القانون رقم 90-11.

أنه لا يمكن إعادة إدماج الصحفي الذي تعرض لحكم نهائي محل بالشرف في منصب عمله عند انقضاء مدة التعليق⁽¹⁾.

الفرع الرابع: المستخدمون الملاحون

عملا بأحكام المادة 4 من القانون رقم 90-11 المنظم لعلاقات العمل، خص المشرع المستخدمين الملاحين لسفن النقل البحري والتجاري والصيد البحري، وبعد انتظار 15 سنة بأحكام تنظيمية خاصة تحدد النظام النوعي لعلاقات عملهم والمقصود هنا المرسوم التنفيذي رقم 05-102 المؤرخ في 26 مارس 2005⁽²⁾، الذي ألغى الأحكام الواردة في المرسوم التنفيذي رقم 88-171 المؤرخ في 13 سبتمبر 1988 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لرجال البحر⁽³⁾.

يقصد برجل البحر " gens de mer " أو البحار " le marin " أو المستخدم الملاح كل شخص يعمل في خدمة السفينة ومقيد في سجل رجال البحر⁽⁴⁾، كما يعتبر عاملا بحريا كل شخص يعمل لقاء أجر تحت إدارة وإشراف ربان أو مجهز في سفينة تجارية بحرية⁽⁵⁾، كما يعرفه المشرع المغربي بأنه كل شخص ذكرا كان أو أنثى، يقوم بأشغال على إحدى البواخر المتجولة في البحر⁽⁶⁾.

إن مناط اعتبار العمل بحريا ليس نوع العمل وإنما مكان مباشرته، بأن تتم مباشرته على سفينة تجارية بحرية، ويراد بالسفينة كل عمارة بحرية أو آلية عائمة تقوم بالملاحة البحرية، إما بوسيلتها الخاصة وإما عن طريق قطرها بسفينة أخرى أو مخصصة لمثل هذه الملاحة⁽⁷⁾.

وفيما يخص شروط ممارسة مهنة البحار، فإن التشريع الراهن قد أوجب توفر مجموعة من الشروط أوردها المشرع في المادة 386 من القانون البحري الجزائري إذ يجب أن يكون حاملا للجنسية الجزائرية، وكذا بلوغه سن 18 سنة عند إبرامه عقد العمل البحري وهذا استثناء عن القاعدة العامة المحددة للسن الأدنى للعمل ب 16 سنة، كما يشترط أن يكون ذا لياقة بدنية، وفي الأخير تمتعه بما يؤهله للقيام بمهمة بحار.

يتميز عقد العمل البحري عن غيره من العقود الأخرى بواجب خضوعه لشروط الكتابة⁽⁸⁾، كما هو الحال بالنسبة للمشرع المغربي الذي يلزم أن تكون عقدة التزام البحار كتابية⁽⁹⁾، ولاشك أن هذا استثناء عن مبدأ حرية

(1) - راجع المادة 22 من المرسوم التنفيذي رقم 08-140.

(2) - ج.ر. 27 مارس 2005، عدد 22، ص.3.

(3) - ج.ر. 5 سبتمبر 1988، عدد 37، ص.1296.

(4) - راجع المادة 384 من القانون البحري رقم 76-80 المؤرخ في المعدل والمتمم، وراجع كذلك المادة 7 الفقرة أ من المرسوم التنفيذي رقم 88-171 الملغى، وراجع كذلك المادة 3 الفقرة 3 من القانون رقم 05-02.

(5) - همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص.53.

(6) - راجع الفصل رقم 166 من القانون البحري المغربي الصادر بتاريخ 31 مارس 1919.

(7) - راجع المادة 13 من القانون البحري الجزائري.

(8) - يجب أن يبرم عقد العمل البحري كتابة وفق نموذج محدد بموجب القرار الوزاري المشترك المؤرخ في 21 سبتمبر 2006.

(9) - راجع الفصل 167 من القانون البحري المغربي.

التعاقد المعمول به في إطار عقود العمل، ويجوز إبرام عقد العمل البحري لمدة محددة أو غير محددة، ويكون عقد العمل البحري لمدة غير محددة إذا كان في شكل عقد رحلة أو مدة الخروج في البحر⁽¹⁾.

فرض المشرع إدراج عدة بيانات في عقد العمل البحري من أجل حماية مصلحة الطرفين، لذلك يجب أن يحتوي على جميع المعلومات المتعلقة بمجهز السفينة كاسمه، وعنوان شركته، وموطنه، كما يجب أن يحتوي على جميع المعلومات المتعلقة بالمستخدم كاسمه، الوظيفة الواجب القيام بها على متن السفينة، تاريخ التوظيف بالنسبة للعقود المحددة المدة والغير محددة المدة، تاريخ انتهاء العقود المحددة المدة، مدة فترة التجربة بالنسبة للعقود الغير محددة المدة، الأجر والتعويضات المرتبطة به عند الاقضاء، وفي حالة الأجر حسب نظام الحصة حساب الدخل الواجب توزيعه وكذلك حصة المستخدمين الملاحين المعنيين في حالة مستخدمي ملاحين صيادين⁽²⁾.

ألزم المشرع الخضوع لفترة تجريب بالنسبة لعقود العمل البحرية الغير محددة المدة، وميز فيها بين نوعين من المستخدمين الملاحين إذ تحدد فترة التجريب بمدة ثلاثة أشهر من الملاحة البحرية الفعلية وبدون انقطاع بالنسبة للمستخدمين الملاحين المنفذين ومستخدمي المهارة، وكذا بمدة ستة أشهر من الملاحة البحرية الفعلية وبدون انقطاع بالنسبة للمستخدمين الضباط، على أن تستثنى ملاحه الصيد البحري في السواحل⁽³⁾، غير أن المشرع لم يشر ما إذا كانت هذه الفترة التجريبية قابلة للتجديد أم لا، وهكذا يجب اعتبار أن هذه الفترة غير قابلة للتجديد ويكون لمجهز السفينة عقب انتهائها تثبيت المستخدمين الملاحين، أو إنهاء علاقة العمل الرابطة بينهما دون أن يكون للمستخدمين الملاحين في هذه الحالة طلب الحصول على تعويضات.

والجدير بالذكر أن للطرفين الحق خلال هذه الفترة في وضع حد لعلاقة العمل، شريطة تقديم إشعار مسبق لا يتجاوز 15 يوماً⁽⁴⁾.

عني المشرع وعلى خلاف ما أورده من أحكام للصحفيين، بوضع أحكام خاصة محددة لنظام أجر المستخدمين الملاحين، وترجع هذه الخصوصية لطبيعة ونوعية نشاطهم، إذ تقضي القواعد العامة في هذا الصدد أن " للعامل الحق في أجر مقابل العمل المؤدى "⁽⁵⁾، وباستقراء أحكام القانون رقم 05-102 السالف الذكر نجد أن المشرع قد ميز بين المستخدمين الملاحين لسفن النقل البحري والتجاري، وكذا المستخدمين لسفن الصيد البحري، إذ تتقاضى الفئة الأولى مقابل عملها أجراً قاعدياً، وعلاوات، وتعويضات⁽⁶⁾، ومساهمة في النتائج عند

(1)- راجع المادة 10 الفقرة 1 من القانون رقم 05-102.

(2)- أنظر المادة 11 من القانون رقم 05-102.

(3)- أنظر المادة 15 من القانون رقم 05-102.

(4)- راجع المادة 17 من القانون رقم 05-102.

(5)- راجع المادة 80 من القانون رقم 90-11.

(6)- تعتبر هذه العناصر من مكونات الأجر الوطني الأدنى المضمون. راجع المادة 87 من القانون رقم 90-11.

الاقتضاء، بينما تتقاضى الفئة الثانية دخلا يتناسب ونتائج العمل⁽¹⁾ وهذا منطقي بالنظر لطبيعة نشاط هذه الفئة من المستخدمين الملاحين، ويقع على عاتق مجهزة السفينة دفع الأجور أو الحصص المستحقة للمستخدمين الملاحين بانتظام عند حلول أجل استحقاقهم⁽²⁾.

وتجب الإشارة إلى أن المشرع الجزائري ورغبة منه في وضع إجراءات بسيطة وسريعة، سلك مسلكا اجتماعيا إنسانيا ألزم فيه مجهزة السفينة على منح تسهيلات تمكن ذوي حقوق المستخدمين الملاحين المبحرين، الذين يقومون بملاحة غير محدودة من تقاضي الأجر المستحق كاملا أو جزءا منه بناء على طلب المستخدمين الملاحين⁽³⁾.

وفي نفس المنحى، ألزم المشرع مجهزة السفينة على منح تسهيلات، تمكن المستخدمين الملاحين المبحرين الذين يقومون بملاحة غير محدودة أو غير محدودة، من الاستفادة من تسهيلات في أجورهم وذلك بناء على طلبهم وفي حالة الضرورة المرتبطة بتنظيم العمل⁽⁴⁾.

كما اهتم المشرع بوضع إطار قانوني يتعلق بكيفية إنهاء علاقة العمل للمستخدمين الملاحين لسفن النقل البحري والتجاري والصيد البحري، فإنه زيادة على الحالات المنصوص عليها في المادة 66 من القانون رقم 90-11، تنتهي علاقة عملهم في حالة فقدان صفة المستخدمين الملاحين، نتيجة لعزلهم، شطبهم من سجل رجال البحر، السحب المؤقت أو النهائي لشهادة الملاحة.

ونظرا لتأثير الاستقالة على نشاط الملاحة البحرية أوجب المشرع على المستخدمين الملاحين الراغبين في وضع حد لعلاقة عملهم بصورة جدية تقديم استقالتهم بصورة كتابية إلى مجهزة السفينة الذي يشعرهم بالاستلام، غير أنه لا يمكن للمستخدمين الملاحين الضباط تقديم استقالتهم إلا بعد الوفاء بكل الالتزامات التي التزموا بها عند توظيفهم، على أنه يجب إخطار مجهزة السفينة بالاستقالة بواسطة إشعار مسبق من خمسة عشر يوما تصبح الاستقالة على إثرها الاستقالة فعلية، غير أنه بالنسبة للمستخدمين الملاحين في الصيد على السواحل لا يمكن أن يقل أجل الإشعار المسبق عن أربع وعشرون ساعة، على أنه لا يمكن للمستخدمين الملاحين خلالها ترك مناصب عملهم ما لم تراعى تماما مهلة الإشعار المسبق القانوني، وتبدأ هذه المهلة من تاريخ استلام مجهزة السفينة رسالة الاستقالة، ويجوز تخفيض مهلة الإشعار المسبق باتفاق الطرفين على أن يكون هذا الاتفاق

(1) - يفهم من هذه العبارة " الدخل المتناسب ونتائج العمل " حسب تعبير المشرع الجزائري " الأجرة حسب المردود، لاسيما العمل بالالتزام، أو بالقطعة، أو بالحصة، أو حسب رقم الأعمال "، راجع المادة 82 من القانون رقم 90-11.

(2) - راجع المادة 49 من القانون رقم 05-102، وفي نفس المعنى المادة 88 من القانون رقم 90-11.

(3) - راجع الفقرة الأولى من المادة 48 من القانون رقم 05-102.

(4) - راجع المادة 48 الفقرة 4 من القانون رقم 05-102.

صريحا، ويتعين على مجهز وقبل انقضاء المهلة المذكورة أعلاه إبلاغ قراره إما بقبول استقالة المستخدمين الملاحين أو رفضها، وتعتبر الاستقالة مقبولة في حالة عدم صدور أي رد⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن المشرع نص وبصورة واضحة على أنه لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تنتهي علاقة العمل خارج التراب الوطني.

وباعتبار المستخدمين الملاحين لسفن النقل البحري والتجاري والصيد البحري عمالا أجراء فهم يخضعون لنظام الضمان الاجتماعي⁽²⁾، لاسيما القوانين المتعلقة بالتأمينات الاجتماعية، وحوادث العمل، والأمراض المهنية.

ويتبين مما سبق أن عقد العمل البحري تسري عليه أحكام المرسوم التنفيذي رقم 102-05 السالف الذكر، إلى جانب أحكام قانون العمل باعتباره الشريعة العامة المنظمة لعلاقات العمل، فيما لم يرد في شأنه نص خاص، أو على أساس الإحالة عليه⁽³⁾.

المبحث الثالث: الأجراء المستبعدون من قانون العمل

استبعد المشرع الجزائري بصريح النص تطبيق نصوص قانون العمل على بعض الفئات من الأجراء، ويرجع سبب استبعاد البعض منها إلى طابع وظائفها بحيث يتوجب إخضاعها لنصوص تشريعية وتنظيمية خاصة، تعمل على فرض نظام يتلاءم وطابع هيكلها، ويتعلق الأمر بالمستخدمين المدنيين والعسكريين التابعين للدفاع الوطني، والقضاة، كما يرجع سبب استبعاد البعض الآخر إلى طبيعة العلاقة التي تربط المستخدم بالمستخدم، ويتعلق الأمر بالموظفين، والأعوان المتعاقدين في الهيئات والإدارات العمومية في الدولة، والولايات، والبلديات، ومستخدمو المؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري⁽⁴⁾.

وهكذا ارتأينا دراسة تقسيم هذه الفئة ودراستها من خلال التطرق إلى الأجراء المستبعدين من تطبيق قانون العمل بالنظر إلى طابع وظائفهم في مطلب أول، وكذا دراسة الأجراء المستبعدين من تطبيق قانون العمل بالنظر لطابع أنظمتهم في مطلب ثان.

المطلب الأول: الأجراء المستبعدون من قانون العمل بالنظر إلى طابع وظائفهم

(1) - راجع المواد من المادة 53 إلى المادة 56 من القانون رقم 102-05.

(2) - راجع المادة 59 من القانون رقم 102-05.

(3) - مثال ذلك المادة 52 من المرسوم التنفيذي رقم 102-05 التي تحيلنا على المادة 66 من القانون رقم 11-90.

(4) - راجع المادة 03 من القانون رقم 11-90.

استبعد المشرع الجزائري المستخدمين المدنيين والعسكريين التابعين للدفاع الوطني والقضاة من ميدان تطبيق القانون رقم 90-11، على اعتبار أن هذه الفئات من الأجراء تختلف عن سابقتها، من حيث إلزامية فرض نظام يتلاءم والوظيفة المنوطين بها، ذات طابع صارم يمنح في نفس الوقت هيبية لهذه المرافق الدفاعية والعدلية.

الفرع الأول: المستخدمون المدنيون والعسكريون التابعون للدفاع الوطني⁽¹⁾

استبعدت المادة الثالثة من القانون رقم 90-11 المنظم لعلاقات العمل بنص صريح المستخدمين المدنيين والعسكريين التابعين للدفاع الوطني⁽²⁾، وإذا رجعنا إلى سبب استبعادهم نجد أنها نفس الأسباب التي أوردها المشرع في ديباجة الأمر رقم 66-133 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، حيث ورد فيها أن الجيش الشعبي الوطني يجب أن تكون تحت يده أساليب الاختيار والتجنيد تراعى اعتبارات أوسع من اعتبارات الوظيفة العمومية، التي هي أكثر دقة ولذلك لا توجد أية نقطة مشتركة بين نظام الطاعة العسكري الذي يستبعد خصوصا كل الإجراءات الأكثر مرونة التي تتصف بها الوظيفة العمومية وفيما عدا ذلك فإن تنظيم المهنة العسكرية يختلف عن تنظيم مهنة الموظفين من حيث هيكل مصالح الجيش التي تضع اتصالا أكثر حرصا بين الرتبة والوظيفة العسكريتين ومن حيث طبيعة عناصر التقدير التي تستعملها هذه المصالح لمباشرة الرقابة.

وأخيرا يجب أن يكون أفراد الجيش خاضعين لنظام صارم يترك للإدارة العسكرية سلطة تقديرية أوسع وخصوصا فيما يتعلق بالانتقال وبالإحالة على الاستيداع.

الفرع الثاني: القضاة

يخضع القضاة للقانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء⁽³⁾. ولاشك في أن أهمية هذا المرفق من جهة، وطبيعة نظامه من جهة أخرى نجد من المنطقي ضرورة إخضاعهم لأحكام قانونية مستقلة.

وبالرغم من أن القضاة يستفيدون من نفس النظم التي يستفيد منها العمال الأجراء الآخرون سواء تلك المتعلقة بالأجور، أو الضمان الاجتماعي، إلا أن القضاة يخضعون لتنظيم خاص كما سبق الذكر، وترجع الأسباب في ذلك وكما أوردتها ديباجة الأمر رقم 66-133 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العامة، إلى واجب احترام حصانة القضاة وهي ميزة مهمة ترتبط بهذه الوظيفة من جهة، وإضفاء هيبية خاصة على وظيفة القاضي من جهة أخرى.

المطلب الثاني: الأجراء المستبعدون من قانون العمل بالنظر لطابع أنظمتهم

(1) - قد تم تنظيمهم بموجب الأمر رقم 06-02 المؤرخ في 28 فبراير 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين. ج.ر، 01 مارس 2006، عدد 12، ص.9.
(2) - كما استبعدتهم المادة 2 من قانون الوظيفة العمومية.
(3) - ج.ر. 8 سبتمبر 2004، عدد 57، ص.13.

تتميز بعض الفئات من الأجراء بميزة الخضوع لتنظيمات خاصة، عمد مشرعنا من خلالها إلى الفصل بين نظام قانون العمل ونظام الوظيفة العمومية ، ويتعلق الأمر في هذا المقام بالموظفين⁽¹⁾، وكذا المتعاقدون مع الهيئات والإدارات العمومية⁽²⁾.

الفرع الأول: الموظفون ومستخدمو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري

استتنت المادة الثالثة من القانون رقم 90-11 المنظم لعلاقات العمل تطبيق هذا الأخير على الموظفين، ومستخدمي المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، ونعتقد أن ذلك يرجع إلى وضعيتهم الخاصة داخل هذه المؤسسات حيث يحتلون موقع المسؤولية، كما أن خضوع هؤلاء لقانون الوظيفة العامة هو ليس من أجل حمايتهم، بقدر ما هو من أجل حماية المؤسسات التي يشرفون عليها، مادام قانون الوظيفة العامة يفرض نوعاً من الانضباط لا يتوفر إلى حد ما في قانون العمل⁽³⁾.

إن الموظفين بما في ذلك مستخدمو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري يخضعون للقوانين التي تنظم العلاقة بينهم وبين الإدارة، وتجعل منها علاقة تنظيمية تتفق مع المصلحة العامة وتكفل حسن سير المرافق العامة، في حين تتسم العلاقة بين العامل ورب العمل بخضوعها لمبدأ حرية التعاقد، فهي تتميز بأنها علاقة تعاقدية. ومن هذا المنطلق إذا كانت الفكرة السائدة في قانون العمل حماية العامل باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة رب العمل باعتباره الطرف القوي، فإن العلاقة التي تربط الإدارة بالمتعاقدين معها لا تقوم على هذه الفكرة، إذ أن قوة الوضع الاقتصادي المالي للإدارة قد تسمح بإعطاء العمال العديد من المزايا التي يصعب إلزام رب العمل بها في القطاع الخاص⁽⁴⁾.

ولتبرير استبعاد الموظف وتخصيصه بنظام قانوني خاص، يقتضي الأمر منا في هذا الصدد تمييز علاقة العمل الخاضعة لقانون العمل، وعلاقة العمل الخاضعة لقانون الوظيفة العمومية، إذ توجد عدة فوارق قانونية وتنظيمية بين كل من قواعد قانون العمل وقواعد الوظيفة العامة. جعلت كل فرع منهما يستقل بمجال ونطاق تطبيق يختلف هيكلياً وبشرياً وتنظيمياً عن الآخر، دون الإشارة إلى تحديد مفهوم الموظف تاركين هذه المهمة للمختصين في القانون الإداري.

(1) - يخضع الموظفون لأحكام القانون رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر. 16 يوليو 2006، عدد 46، ص.3.

(2) - تخضع هذه الفئة لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 07-308 المؤرخ في 29 سبتمبر 2007 المحدد لكيفيات توظيف الأعوان المتعاقدين، وحقوقهم، وواجباتهم، والعناصر المشكلة لرواتبهم، والقواعد المتعلقة بتسييرهم، وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم. ج.ر. 30 سبتمبر 2007، عدد 61، ص.17.

(3) - أبرز مثال على ذلك عدم إمكانية أو صعوبة ممارسة الموظف لحق الإضراب أو مغادرته لعمله وهو ما يكون متاحاً وبنوع من الحرية للعامل الأجير.

(4) - بن عزوز بن صابر، المرجع السابق، ص.68.

لاشك أن هذا الفصل بين النظامين الناجم عن نقاط الاختلاف، وكذا تخصيص المشرع كل نظام بقانون خاص به، لا يمنع من وجود بعض العناصر المشتركة بين النظامين، سواء بصورة متقاربة أو بصورة متطابقة، سواء من حيث المبادئ أو الإجراءات التنظيمية.

وهنا يتوجب علينا تبيان عناصر الاختلاف بين أحكام وقواعد قانون العمل، وكذا أحكام وقواعد قانون الوظيفة العمومية من جهة، والعناصر المشتركة بينهما من جهة أخرى.

- أهم أوجه الاختلاف: يتفق الفقه في أغلب النظم القانونية المقارنة، على أن هناك عدة أوجه اختلاف، حيث تتعدد وتتفرع هذه الأوجه من نظام إلى آخر، ضيقا واتساعا. الأمر الذي يستحيل معه الإحاطة بمختلف هذه الأوجه بصفة إجمالية، مما يحتم علينا الاكتفاء بعرض أهم الجوانب التي تتفق أغلب التشريعات والنظم المقارنة على اعتبارها العناصر الأساسية للفرقة.

أ- انعقاد علاقة العمل وآثارها: إن أهم ما يميز نظام قانون العمل عن نظام الوظيفة العامة كيفية إبرام علاقة العمل، حيث يسود مبدأ حرية التعاقد في العقود المبرمة بين العامل وصاحب العمل، إذ تبرم بمجرد توافق الإرادتين بغض النظر عن الجانب الشكلي إذ يجوز أن يكون عقد العمل مكتوبا أو غير مكتوب، بل ويفترض وجوده حتى بمجرد العمل لحساب شخص آخر⁽¹⁾.

بينما الأمر على خلاف ذلك تماما في قطاع الوظيفة العمومية، حيث تصدر الجهة المكلفة بالتوظيف وإبرادتها المنفردة دون أي تدخل من العامل المعني بالأمر، ما يعرف بقرار التعيين L'arrête de nomination أو وثيقة التعهد أو التزام Le contrat d'engagement، وتعتبر هذه الوسيلة لإبرام علاقة العمل عملا من الأعمال المنفردة للإدارة، أي قرارا إداريا كما هو متفق على تعريفه لدى فقهاء القانون الإداري.

وفيما يخص الآثار القانونية والمادية المترتبة على إبرام هذه العقود، فإن عقود العمل في ظل قانون العمل تدخل حيز التطبيق والتنفيذ مباشرة بعد توقيعها من قبل الطرفين، في حين أن قرارات التعيين التي تصدرها الجهات المكلفة بالتوظيف، في ظل قانون الوظيفة العمومية، لا تنتج آثارها القانونية والمادية إلا بعد استكمال سلسلة من الإجراءات الإدارية والرقابية الخاصة، إذ تخضع هذه القرارات لرقابة المشروعية والممارسة من قبل مصالح المديرية العامة للوظيفة العمومية المركزية والمحلية، التي تراقب مدى احترام الشروط الشكلية والموضوعية في التعيين، على أن تلي رقابة المشروعية الرقابة المالية التي تمارسها المصالح المالية المركزية والمحلية، إذ تتوفر لدى كل هيئة إدارية عدد معين المناصب المفتوحة لها في كل صنف من الأصناف المهنية تحدد بمقتضى وثيقة الميزانية السنوية، بحيث يمنع عليها تجاوز العدد المسموح لها به، إذ يحدد لكل منصب ما يعرف بالمنصب المالي. وهكذا يعتبر التوظيف مكتمل الشروط بعد الحصول على موافقة الهيئة

(1) - أحمية سليمان، المرجع السابق، ص.55.

الرقابية المالية، وبالتالي يتم التوقيع على القرار بصفة نهائية بعد أن كان في البداية عبارة عن مشروع قرار التعيين، حيث يدخل بعد ذلك حيز التنفيذ، ويرتب كافة آثاره القانونية والمادية بعد أن يوقع المعني بالأمر محضر التنصيب أي محضر استلام الوظيفة⁽¹⁾.

وفيما يتعلق بأسلوب التوظيف، فإن صاحب العمل لا يلزم بإتباع إجراء معين، في حين لا تتمتع الإدارة بهذه الحرية إذ يتعين عليها إتباع أساليب وطرق ووسائل التوظيف والتشغيل، التي تحددها القوانين والنظم الخاصة بالوظيفة العمومية⁽²⁾.

ب- طبيعة العلاقة بين العامل وصاحب العمل: لقد سبقت الإشارة إلى أن علاقة العمل في ظل قانون العمل، هي علاقة تعاقدية تقوم على أساس حرية الإرادة، فهي تخضع في معظم جوانبها القانونية إلى مبدأ التعاقد والمسؤولية العقدية، استناداً إلى مبدأ العقد شريعة المتعاقدين. على أن لا تخرج هذه العلاقة التعاقدية عن الأحكام العامة التي تضعها الدولة بغية ضمان الاستقرار في الوظائف والمساواة في الحقوق والالتزامات، وحماية العمال من تعسف أصحاب العمل.

ويلاحظ أن العلاقة القائمة بين الموظف والهيئة المستخدمة، بالنظر إلى طريقة ووسيلة إبرام علاقة العمل، هي علاقة قانونية تنظيمية ويستدل على ذلك من قانون الوظيفة العمومية نفسه، إذ ينص الشارع بوضوح على أن " الموظف يكون اتجاه الإدارة في وضعية قانونية أساسية وتنظيمية"⁽³⁾، وهذا يشير إلى أن جميع حقوق الموظف والتزاماته، ومختلف الجوانب التنظيمية المتعلقة بحياته المهنية، أو الصلاحيات المخولة إليه في إطار ممارسته الوظيفية، وعلاقته المهنية بالجهة المستخدمة له، محددة ومقررة بمقتضى نصوص قانونية وتنظيمية، فلا يمكن بأي حال من الأحوال أن تكون محل تفاوض بين الإدارة والموظف.

ج- طبيعة العمل ونوعيته: من بين الاختلافات الجوهرية بين قطاع قانون العمل وقطاع الوظيفة العمومية طبيعة العمل ونوعيته، وطبيعة وأبعاد المسؤولية المترتبة على نتائج العمل.

ففيما يخص طبيعة العمل ونوعيته في ظل قانون العمل فهي لا تتعدى الأعمال المادية أو الفكرية التي تنتهي آثارها عند صاحب العمل فقط، سواء أكان مؤسسة عامة أو خاصة الأمر الذي لا يمنح للعامل في ظل قانون العمل أية سلطة عمومية قانونية أو تنظيمية. بينما نجد طبيعة عمل الموظف سواء أكان مادياً أو قانونياً أو تنظيمياً يصل إلى حد تمثيل الدولة بالنسبة للغير، فيعتبر عمل الموظف هذا عملاً صادراً عن الدولة، يؤدي إلى ترتيب مسؤوليتها بصفة مباشرة مهما كانت طبيعة عمله، وهو بذلك يترتب حقوقاً للغير والتزامات في ذمة الدولة أو العكس. ويظهر جلياً من استقراء أحكام قانون الوظيفة العمومية أن آثار عمل الموظف لا تنتهي حدودها عند

(1) - أحمية سليمان، المرجع السابق، ص. 57.

(2) - راجع المواد 80، 81، 82 من قانون الوظيفة العمومية.

(3) - راجع المادة 7 من قانون الوظيفة العمومية.

الهيئة المستخدمة فقط بل تتعداها إلى جهات إدارية عمومية أخرى التي تكون لها علاقة بموضوع العمل أو التصرف الذي قام به الموظف. ولذلك كان من الطبيعي أن تحيط الدولة موظفيها بحماية قانونية كافية عند ممارستهم لمهامهم، حتى في حالة ارتكابهم لأخطاء مهنية أثناء أو بمناسبة ممارستهم لأعمالهم وقيامهم بمهامهم الوظيفية⁽¹⁾.

د- فيما يخص تحديد الأجر: يعتبر تحديد الأجر نقطة اختلاف جوهرية بين كل من نظام قانون العمل ونظام قانون الوظيفة العمومية، إذ يتبين من خلال استقراء أحكام قانون علاقات العمل أن المشرع الجزائري اعتمد مبدأ التفاوض حول تحديد الأجر، إذ منح بمقتضى نص المادة 120 من القانون السالف الذكر صلاحيات واسعة للاتفاقيات الجماعية لتحديد وتنظيم الأجور الأساسية للعمال، مع احترام الحد الأدنى الوطني للأجر المضمون، وكذا مختلف التعويضات والمكافآت المقررة للمردود الفردي والجماعي، ولاشك أن هذا الاتجاه في تحديد الأجر يمكن اعتباره أسلوباً عملياً يتصف بالمرونة باعتبار يستجيب للظروف والمتغيرات الاقتصادية والمالية الخاصة بصاحب العمل أو المؤسسة المستخدمة.

وبالرجوع إلى نظام الوظيفة العمومية، نجد أن مبدأ التفاوض هذا غير معمول به على الإطلاق، إذ لا وجود لهذه الإمكانية بالنسبة للموظف، على اعتبار أن الأجر تحدد على أساس تحديد مناصب العمل مسبقاً سواء من حيث شروط شغل هذه المناصب أو حقوقها والتزاماتها وأجورها وامتيازاتها المادية، وبالتالي فالوظيفة أسبق من الموظف، دون أن يكون للمتعاقلين على المنصب أو الوظيفة أي تأثير على هذه الشروط.

وما يميز الأجر في ظل هذا النظام تحديده من قبل الإدارة بإرادتها المنفردة، والتي تضع جدولاً لتصنيف المناصب يتضمن كل صنف بالإضافة إلى الشروط المطلوبة لشغله، الأجر الذي يقابل ذلك المنصب ومختلف الحوافز أو التعويضات التابعة له.

وهكذا يمكن القول أن الراتب أو الأجر يعتبر أحد العناصر التي يتشكل منها المركز القانوني للموظف، والذي لا يمكن أن يكون محل مفاوضات بين الهيئة الموظفة والموظف لا بالزيادة ولا بالنقصان، على اعتبار أنه محدد مسبقاً بواسطة أحكام وتنظيمات قانونية.

- أوجه التشابه: بالرغم من الاختلافات الجوهرية بين نظام قانون العمل ونظام قانون الوظيفة العمومية، إلا أننا نلمس عدة نقاط اشتراك بين كلا النظامين، يمكن حصرها في الأحكام والقوانين المنظمة لبعض المسائل والتي تحدد بصفة عامة ومشتركة للقطاعات كتحديد المدة القانونية للعمل، الأحكام الخاصة بالراحة القانونية

(1) - ينبغي التمييز هنا بين الخطأ الشخصي الذي يترتب مسؤولية الموظف والذي تقدره وتقرره الإدارة وحدها، وبين الخطأ المرفقي أو المصلحي الذي يرتكبه الموظف ويكيف على أنه خطأ إداري- عملاً مستوجباً للتعويض - دون أن يسأل الموظف عن آثار هذا التصرف.

والعطل، قوانين الضمان الاجتماعي، القواعد الخاصة بالحماية القانونية للأجور والمرتبات، وتلك المتعلقة بالحماية والأمن والوقاية في العمل، سواء تعلق الأمر بحوادث العمل أو الأمراض المهنية.

الفرع الثاني: الأعوان المتعاقدون مع الهيئات والإدارات العمومية

استثنى المشرع الجزائري صراحة هذه الفئة من الأجراء من الخضوع لأحكام قانون العمل بصفة مطلقة، وهذا راجع كما سبق القول إلى وضعيتهم داخل هذه الهيئات والإدارات العمومية، وقد أخضعهم مشرنا لأحكام المرسوم الرئاسي رقم 308-07 المؤرخ في 29 سبتمبر 2007 المحدد لكيفيات توظيف الأعوان المتعاقدين، وحقوقهم، وواجباتهم، والعناصر المشكلة لرواتبهم، والقواعد المتعلقة بتسييرهم، وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم.

ويعتبر نظام التعاقد هذا، من أنواع النظم القانونية للعمل تلجأ إليها الإدارة لتسيير مرافقها، ويطلق على المتعاقدين معها بالأعوان المتعاقدين، وقد حدد المشرع الحالات التي يرخص فيها للإدارة باللجوء إلى توظيف أعوان متعاقدين، حيث يلجأ إليه لشغل مناصب تتضمن نشاطات الحفظ والصيانة، أو الخدمات في المؤسسات والإدارات العمومية كمبدأ عام، كما يمكن بصفة استثنائية اللجوء إلى توظيف أعوان متعاقدين، في مناصب شغل مخصصة للموظفين في حالتين أولهما في انتظار تنظيم مسابقة توظيف أو إنشاء سلك جديد للموظفين أو لتعويض الشغور المؤقت لمنصب العمل، وثانيهما يلجأ إلى توظيف الأعوان المتعاقدين في إطار التكفل بأعمال تكتسي طابعاً مؤقتاً.

وتجب الإشارة إلى أن الأعوان المتعاقدين لا يعتبرون موظفين، وهو ما نص عليه المشرع صراحة كما لا يمنح كذلك الحق في الإدماج في رتبة من رتب الوظيفة العمومية، وتلجأ الإدارة إلى توظيف الأعوان المتعاقدين حسب الحالة وفق حاجاتها بعقود محددة المدة أو غير محددة المدة بالتوقيت الكامل أو التوقيت الجزئي⁽¹⁾، على أن تكون للإدارة الحرية في تحديد طبيعة العقد المبرم مع الأعوان المتعاقدين، في حين لا نلمس هذه الحرية لدى المستخدم في ظل قانون العمل على اعتبار أن الأصل في إبرام عقود العمل أن تكون لمدة غير محدودة إلى إذا نص على غير ذلك كتابة⁽²⁾، وفي ظل حالات منصوص عليها صراحة⁽³⁾. هذا وتعتبر الكتابة شرطاً جوهرياً لصحة العقود المبرمة بين الإدارة والأعوان المتعاقدين، وقد فرض المشرع توافر مجموعة من البيانات تتعلق بتسمية منصب العمل، طبيعة ومدة عقد العمل، تاريخ بداية سريانه، الحجم الساعي حسب ما إذا كان بالتوقيت الجزئي أو التوقيت الكامل، الفترة التجريبية عند الاقتضاء، تصنيف منصب الشغل، وعناصر

(1)- راجع المادة 22 من قانون الوظيفة العمومية.

(2)- راجع المادة 11 من القانون رقم 90-11.

(3)- راجع المادة 12 من القانون رقم 90-11.

الراتب، وكذا مكان التعيين، ويوضح العقد زيادة على ذلك الواجبات الخاصة التي يمكن أن ترتبط بمنصب الشغل⁽¹⁾.

وإذا كانت العلاقة التي تربط بين المستخدم والعامل الأجير علاقة تعاقدية خاضعة لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين، تيرم حسب الأشكال التي تتفق عليها الأطراف المتعاقدة، فإن الأمر على نقيض ذلك بالنسبة للعلاقة التي تربط الهيئة المستخدمة بالأعوان المتعاقدين فهي علاقة لائحية خاضعة للنظم والقوانين ويستدل على ذلك من نصوص القانون، حيث أنه بالرجوع إلى أحكام المرسوم الرئاسي رقم 07-308 السالف الذكر، حدد المشرع بالنسبة لأصناف الأعوان المتعاقدين طبيعة العقد المبرم مع الإدارة، حيث أنه يمكن إبرام عقود العمل المحددة المدة أو غير محددة المدة بالنسبة لمناصب الشغل التي تتضمن نشاطات الحفظ أو الصيانة أو الخدمات في المؤسسات والإدارات العمومية على أن لا تتعدى المدة بالنسبة لعقود العمل المحددة المدة سنة واحدة قابلة للتجديد مرة واحدة حسب الأشكال نفسها لمدة سنة واحدة على الأكثر⁽²⁾.

وتشمل قائمة مناصب الشغل المطابقة لنشاطات الحفظ أو الصيانة أو الخدمات في المؤسسات والإدارات العمومية على العمال المهنيين، أعوان الخدمة، سائقي السيارات ورؤساء الحظائر، أعوان الوقاية والحراس⁽³⁾.

وفي حالة ما إذا تم اللجوء بصفة استثنائية إلى توظيف أعوان متعاقدين في مناصب الشغل مخصصة للموظفين في الحالات السالف ذكرها، فإن ذلك يتم بموجب عقد محدد المدة وبالتوقيت الكامل وفي هذه الحالة يؤدي الأعوان المتعاقدون مدة العمل القانونية، وفيما يتعلق بالصنف الثالث من الأعوان المتعاقدين والمنصوص عليهم في المادة 21 من قانون الوظيفة العمومية فإنهم يوظفون بموجب عقد محدد المدة في حدود إنجاز العمليات التي تكتسي طابعاً مؤقتاً⁽⁴⁾.

ويتعين لتوظيف العون المتعاقد توافر جملة من الشروط لدى شاغلها، إذ يتعين تمتعه بالجنسية الجزائرية، وبلوغه سن 18 سنة على الأقل عند التوظيف⁽⁵⁾، توفره على الأهلية البدنية والعقلية وكذا المؤهلات التي يقتضيها الالتحاق بمنصب الشغل المطلوب، وأن يكون في وضعية قانونية إزاء الخدمة الوطنية، وأن يتمتع بحقوقه المدنية وأن يكون على خلق حسن، إضافة إلى خلو صحيفته سوابقه العدلية من ملاحظات تتنافى وممارسة منصب الشغل المطلوب شغله.

وفيما يتعلق بالفترة التجريبية، نجد الأعوان المتعاقدين يخضعون كذلك لهذه الفترة، غير أنها تختلف حسب مدة العقد، إذ حددها المشرع بـ 6 أشهر فيما يخص العقود الغير محددة المدة، وشهرين فيما يخص العقد

(1)- راجع المادة 3 من المرسوم الرئاسي رقم 07-308.

(2)- راجع المادة 8 من المرسوم الرئاسي رقم 07-308.

(3)- راجع المادة 9 من المرسوم الرئاسي رقم 07-308.

(4)- راجع المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 07-308.

(5)- على خلاف أحكام قانون العمل التي تحدد السن الأدنى للعمل بـ 16 سنة على أن يقدم الولي الشرعي للقاصر رخصة للمستخدم.

الذي تساوي مدته سنة واحدة أو تفوقها، وشهر واحد فيما يخص العقد الذي تتراوح مدته بين ستة أشهر وسنة واحدة، وإذا كانت نتيجة هذه الفترة التجريبية مجدية يثبت العون المتعاقد في وظيفته، غير أن العقد يفسخ دون إشعار مسبق أو تعويض في حالة ما إذا كانت النتيجة سلبية.

والملاحظ، أن نظام أجور الأعوان المتعاقدين، ومختلف التعويضات، والمنح، تحدد عن طريق السلطة العامة، وذلك على خلاف أجور العمال ومختلف المنح والتعويضات، فإنها تحدد باتفاق الطرفين أو باتفاق ممثلي العمال والهيئة المستخدمة، بعد عملية تفاوض جماعي التي تترجم إلى اتفاقيات أو اتفاقات جماعية⁽¹⁾.

وبالرجوع إلى أحكام القانون رقم 90-04 المؤرخ في 6 نوفمبر 1990 المتعلق بتسوية النزاعات الفردية في العمل، يظهر جليا من استقراء أحكامه أن المشرع استثنى صراحة الموظفين و الأعوان الخاضعين للقانون الأساسي للمؤسسات والإدارات العمومية من القيام بإجراء الصلح أمام مكاتب المصالحة عند نشوء أي خلاف فردي في العمل⁽²⁾، في حين يعتبر هذا الإجراء إجراء شكليا جوهريا في المنازعات القائمة بين العمال الأجراء و الهيئة المستخدمة، قبل عرض النزاع على القسم الاجتماعي المختص إقليميا بحيث ترفض الدعوى شكلا، إذا لم تكن العريضة الافتتاحية مصحوبة بمحضر عدم الصلح.

وتنتهي مهام الأعوان المتعاقدين حسب نفس الأسباب العامة التي تنتهي بها مهام سائر الأجراء الآخرين، إذ تنتهي بانتهاء مدة العقد، الاستقالة المقبولة بصفة قانونية، فسخ العقد دون إشعار مسبق أو تعويض، التسريح مع الإشعار المسبق والتعويض، التقاعد وأخيرا الوفاة⁽³⁾. غير أنه فيما يخص الاستقالة يتوجب على العون المتعاقد الراغب في وضع استقالته، أن يقدم إشعارا مسبقا مدته عشرة أيام، وخلال هذه الفترة يتعين عليه أداء مهامه وواجباته المرتبطة بمنصب شغله بصفة عادية⁽⁴⁾.

(1)- راجع المادة 120 من القانون رقم 90-11.

(2)- راجع المادة 19 الفقرة 3 من القانون رقم 90-04.

(3)- راجع المادة 69 من المرسوم الرئاسي رقم 07-308.

(4)- راجع المادة 70 من المرسوم الرئاسي رقم 07-308.

الفصل الأول:

الضوابط المعتمدة لامتهان الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء

جرمة سرقة

المبحث الأول: مفهوم الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء المكون لجرمة السرقة

المبحث الثاني: اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة سرقة بالنظر إلى توافر محلها

المبحث الثالث: اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة سرقة بالنظر إلى توافر

القصد الجنائي لدى مرتكبها

يفرض عقد العمل على الأجير الالتزام بمبدأ حسن النية في تنفيذه، وهو مبدأ يسمح بإضفاء عنصر الثقة بين طرفي علاقة العمل، يهدف المستخدم من خلالها عدم مس مصالحه وعدم عرقلة حسن سير الهيئة المستخدمة، غير أن الأجير ونظرا لأغراض مباشرة أو غير مباشرة يسعى إلى المساس بمصالح الهيئة المستخدمة بأن يقوم بالاستيلاء على الأموال المملوكة لغيره، ما يؤدي إلى طرح الإشكال حول مدى اعتبار أفعال الاختلاس المرتكب من قبله مكونة لجريمة السرقة، ومهما يكن الأمر فقد عرف المشرع الجزائري السارق في المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري على أنه: " كل من اختلس شيئا غير مملوك له عد سارقا "(1).

ويلاحظ على هذا التعريف أنه اهتم بإبراز الركن المادي للجريمة دون ركنها المعنوي(2)، وهذا على خلاف المشرع الفرنسي الذي أشار إلى الركن المعنوي في المادة 379 من قانون العقوبات الفرنسي الصادر بالمرسوم التشريعي المنشور في 19 فبراير 1810 إذ يعرف السرقة بأنها: " كل من اختلس بسوء قصد شيئا لا يملكه يكون مسئولاً عن سرقته"(3)، ولكن الإجماع يسود فقها وقضاء على أن جريمة السرقة جريمة عمدية، تستلزم توافر القصد الجنائي، كما يعرفها جملة من الفقهاء بأنها اختلاس بسوء قصد لشيء مملوك للغير(4)، كما يمكن تعريفها فقهاء آخرون بأنها اختلاس منقول مملوك للغير بنية تملكه(5)، كما يعرفها البعض الآخر بأنها الاستيلاء بنية التملك على مال منقول مملوك للغير دون رضاه(6).

يترتب مما سبق، أنه يجب لا اعتبار الاختلاس مرتكبا من قبل الأجير أن يكون الاختلاس واقعا من قبله على مال منقول مملوك لغيره دون رضاه داخل الهيئة المستخدمة وفي أثناء القيام بالعمل، فمن المنطقي أن نص المادة 350 من قانون العقوبات يطبق على الأجير مثله مثل غيره مادام أن أركان الجريمة متوفرة إلا أن الشيء الذي يميزه أنه يتمتع بحقوق ويخضع للالتزامات ناتجة عن عقد العمل، تجعله يتمتع بمكانة متميزة عن غيره، ومن ثمة حتى توصف الأفعال على أنها جريمة سرقة لا بد من توافر ركن مادي، يتكون من نشاط مادي يبذله

(1) - هذا النص في ظاهره تعريف للسارق إلا أنه ينطوي في الوقت ذاته على تعريف السرقة.

(2) - على مثال نظيره المصري الذي ركز هو الآخر على الجانب الموضوعي للسرقة، دون الجانب المعنوي في المادة 311 من قانون العقوبات الذي يعرف السارق بأنه: " كل من اختلس منقولا مملوكا للغير".

(3) - F. Goyet : par Marcel Rousselet & Pierre Arpillang & Jacques Patin, "Droit pénal spécial", 8^e édition, Paris, Sirey, 1972, P.645.

(4) - Vouin Robert, " Droit pénal spécial", Dalloz, Paris, 1988, p.16.

(5) - عوض محمد، "جرائم الأشخاص والأموال"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، لم يذكر تاريخ النشر، ص.214.

(6) - ممدوح خليل البحر، "الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات الإماراتي"، مكتبة الجامعة، الطبعة الأولى، 2009، ص.51.

الأجير وهو فعل الاختلاس والذي يستلزم أن يكون واقعا من قبله أثناء قيامه بعمله أو بموجبه، وتوافر محل يرد عليه هذا النشاط وهو المال المنقول المملوك للغير والذي قد يكون مملوكا للمؤسسة المستخدمة، أو لزملاء الأجير، أو لزبائن المؤسسة، وركن معنوي وهو القصد الجنائي الذي يتكون من قصد جنائي عام، وقصد جنائي خاص وهو نية تملك المال المسروق. وفي دراستنا هذه سنتناول بالبحث مفهوم الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء المكون لجريمة السرقة في (المبحث الأول)، واعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة سرقة بالنظر لتوافر محلها في (المبحث الثاني)، وكذلك اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة سرقة بالنظر إلى توافر القصد الجنائي لدى مرتكبها في (الفصل الثالث) وذلك على التوالي.

المبحث الأول: مفهوم الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء المكون لجريمة السرقة

تستلزم دراسة فعل الاختلاس باعتباره الركن المادي لجريمة السرقة التعرض بادئ ذي بدء إلى نظرية الاختلاس في تحديد الركن المادي لجريمة السرقة وما تثيره من مشكلات قانونية، نحاول من خلالها بيان مفهوم الاختلاس، وذلك من خلال النظرة المادية التي تقر بأن الاختلاس استيلاء مادي على الشيء، وأيضا من خلال النظرية القانونية التي تربط الاختلاس بالحيازة بكونه استيلاء على حيازة الشيء، كل ذلك لأجل تكيف أفعال الأجير الإجرامية، على اعتبار أنه لا توجد أحكام تشير صراحة إلى ذلك.

المطلب الأول: الاختلاس استيلاء مادي على الشيء

يعرف الفقه الفرنسي القديم الاختلاس بأنه لا يقتصر على مجرد انتزاع المال من يد الغير، ولكنه ينصرف بوجه عام إلى اغتيال مال الغير بدون رضاه أو بدون علمه، سواء قام الجاني بانتزاعه من صاحبه أو سلك في ذلك طرقا أخرى، مستنديين في ذلك على الأصل التاريخي للفظ الاختلاس " Soustraction"، إذ كان يستعمله فقهاء العهد القديم في ترجمة كلمة "contrectatio" التي كانت تعني اغتيال مال الغير بدون رضاه⁽¹⁾، غير أن هذه النظرية لم تلق قبولا لدى رجال القانون لأنها تجعل للاختلاس معنى واسعا، لذلك كان من الواجب البحث من جديد عن مفهوم دقيق للاختلاس، هذا المفهوم الذي أقرته النظرية المادية أو النظرية التقليدية كما يناديها البعض التي عرفت الاختلاس في جريمة السرقة بأنه أخذ الشيء وإدخاله في حيازة الجاني بدون علم ورضا المجني عليه.

فحسب التعريف المادي وبتطبيقها على موضوع الحال، لا تقوم جريمة السرقة بغير اختلاس أي بدون أخذ الشيء أو نقله أو استلابه رغم إرادة صاحبه⁽²⁾، نتيجة لذلك من تسلّم الأجير شيئا من مالكة وامتناعه عن رده لا يعد على إثره مرتكبا لجريمة السرقة، من هذا المنطلق فإن تحديد مدلول الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء المكون للركن المادي في جريمة السرقة من الأهمية بما كان في القانون الجزائري لسببين، أولهما : لأن المشرع

(1) - عوض محمد، المرجع السابق، ص.217.

(2) - إسماعيل بن صالح العياري، المرجع السابق، ص.13.

الجنائي لم يعرف المصطلح تشريعياً⁽¹⁾، وثانيهما لأن ورود مصطلح الاختلاس في نصوص جنائية أخرى غير السرقة كجريمة الاختلاس التي يرتكبها الموظفون⁽²⁾، أو جريمة خيانة الأمانة⁽³⁾، طبع مدلول هذا المصطلح بالغموض الذي من شأنه أن يؤدي حتماً إلى الخلط، لذا يقتضي الحال تحديد مدلول الاختلاس لتفادي أي خلط أو اختلاط، خاصة إذا ما علمنا أن المشرع الفرنسي بدوره لم يتعرض لتعريف عنصر الاختلاس، الأمر الذي دفع بالفقه الفرنسي إلى خلق النظرية المادية التي ركزها الفقيه "René Garrad" "رناي جارو" والنظرة المادية التي بلورها الفقيه "Emile Garçon" "إميل جارسون" والتي تأثر بها القضاء الفرنسي بحيث اعتمدت محكمة النقض الفرنسية هذا المفهوم المادي للاختلاس لأول مرة في قرارها المشهور "ايفونات" "Yvonnet"⁽⁴⁾، وهو نفس موقف الفقه الفرنسي الذي سلكه في بادئ الأمر إذ عرف الاختلاس بأنه: "اعتداء الجاني على الشيء عن طريق نقله أو نزع أو أخذه من المجني عليه وإدخاله إلى حيازة الجاني دون علم المجني عليه وبدون رضاه"⁽⁵⁾.

وفي هذا السياق يتعين التطرق إلى أهم ما جاءت به النظرية المادية، والتي كانت محل عدة انتقادات.

الفرع الأول: النظرية المادية

إن فعل الاختلاس هو الركن المادي في جريمة السرقة كما يتبين من صدر المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري، ولم يحدد هذا القانون معنى الاختلاس فقد نقل المشرع الجزائري هذا النص من المادة 379 من قانون العقوبات الفرنسي القديم نقلاً يكاد يكون حرفياً. والجدير بالذكر أن كلمة اختلاس كانت تستخدم في الفقه الفرنسي القديم كمرادف للاصطلاح الذي كان يستعمله القانون الروماني "Coutrectatio" تعبيراً عن كل صور الاستيلاء على مال الغير بل وسرقة المنفعة⁽⁶⁾.

غير أنه من نتائج التطور التشريعي منح فعل الاختلاس كركن في جريمة السرقة مدلول خاص أكثر تحديداً، بحيث لم يعد يشمل كل صورة يكون فيها اغتيال مال الغير أياً كانت وسيلة الجاني في ذلك، وإنما اقتصر فقط على وسيلة معينة هي نزع مال الغير دون رضاه منه⁽⁷⁾.

ومن ثمة يقصد بفعل الاختلاس، كل نشاط مادي يهدف به الأجير إلى نقل شيء بدون وجه حق من الذمة المالية للمجني عليه إلى ذمته، فالهدف الذي يسعى إليه هو إنشاء علاقة ملكية بينه وبين الشيء المسروق⁽¹⁾،

(1) - على خلاف تشريع العقوبات الكويتي الذي يعرف الاختلاس في المادة 217 منه بأنه: " كل فعل يخرج به الفاعل الشيء من حيازة غيره دون رضائه ولو عن طريق غلط وقع فيه هذا الغير ليدخله بعد ذلك في حيازة أخرى".

(2) - راجع المادة 119 من قانون العقوبات الجزائري.

(3) - راجع المادة 376 من قانون العقوبات الجزائري.

(4) - Cass crim. 7 mars 1817, bull. crim. n°18 : « il n'y a pas vol là ou il n'y a pas soustraction, enlèvement d'un objet quelconque ».

(5) - Garraud René, "traité théorique de droit pénal français", 6^e édition, librairie du Recueit, Sirey, 1916, T.6, No.2373.

* لاشك أن هذا التعريف قد أسهم في وضع معيار واضح للتمييز بين جريمة السرقة، وجريمة النصب وخيانة الأمانة.

(6) - العلمي عبد الواحد، "القانون الجنائي المغربي، القسم الخاص"، 1996، ص.272 وما بعدها.

(7) - محمد عبد الغريب، "جرائم الاعتداء على الأموال"، طبعة 1999-2000، ص.8.

فالاختلاس هو المصدر الغير مشروع لسيطرة الجاني على الشيء المسروق والظهور عليه بمظهر المالك⁽²⁾، وقد حدد المشرع الركن المادي للسرقة بأنه الاختلاس، وهذا التحديد هو بيان للفعل الذي تقوم به الجريمة، وتدخل في كيان هذا الركن النتيجة الإجرامية لهذا الفعل وعلاقة السببية بينهما⁽³⁾، ولا تنفصل النتيجة عن الفعل إلا في حالة الشروع⁽⁴⁾.

فالاختلاس وفقا للنظرية المادية ينصرف إلى أي فعل ينزع بمقتضاه الجاني موضوع السرقة من حيازة من له الحق فيها دون رضاه⁽⁵⁾، بحيث لا يكفي مجرد قبض الشيء لتكوين الجريمة بل لابد من نقله.

ولقد تأثر القضاء الفرنسي بالتفسير المادي للاختلاس، إذ قررت محكمة النقض الفرنسية في قرار لها صادر بتاريخ 18 نوفمبر 1837 أن السرقة: " لا تتحقق إلا عندما ينتقل الشيء محل السرقة من حيازة واضع اليد الشرعي إلى حيازة مرتكب الجريمة بغير علمه ودون إرادته وأنه لكي يتم الاختلاس يجب أن يقع أخذ أو خطف أو سلب"⁽⁶⁾.

أولاً: ضرورة توفر نشاط مادي للأجير

كما سبقت الإشارة أن الركن المادي للاختلاس يتكون من الفعل والنتيجة والرابطة السببية، وبما أن الفعل الذي تقوم به الجريمة ومن دون تحققه لا يمكن تصور جريمة السرقة، فإنه كان لزاماً على الفقه والقضاء تحديد النشاط أو السلوك الإجرامي، فإذا تحقق الفعل أصبح من الضروري توضيح الآثار المترتبة عنه.

1- تحديد النشاط المادي

الجدير بالذكر، أن المشرع قد تغافل عن التعرض للركن المادي للسرقة وعلى وجه الخصوص الفعل الذي يقوم به الجاني والذي يهدف إلى تحقيق النقل المادي للشيء، وأمام هذا الفراغ التشريعي تدخل الفقه لسد هذه الثغرة. الأمر الذي من أجله وجب توضيح ما المقصود بالنشاط المادي ومن ثم بيان الوسيلة التي يتحقق بها الاختلاس.

1- مفهوم النشاط المادي

- (1) - سمير عبد الغني، " جرائم الاعتداء على المال، السرقة-النصب-خيانة الأمانة"، دار الكتب القانونية، طبعة 2007، ص.12.
- (2) - حسني مصطفى، " جرائم السرقة في ضوء القضاء والفقه"، منشأة المعارف بالإسكندرية، غير مذكور سنة الطبع، ص.13.
- (3) - محمود نجيب حسني، " شرح قانون العقوبات"، المرجع السابق، ص.838.
- (4) - عادل عبد إبراهيم العاني، المرجع السابق، ص.14.
- (5) - رمسيس بنهام، " القسم الخاص في قانون العقوبات"، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1982، ص.425.

* Michel Veron, "Droit pénal spécial". 8^e édition. Dalloz. Paris 2001. P.193.

*Claude- J.Berr, "Aspects actuels de la notion de soustraction frauduleuse", Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé, 1967. P.59.

* Robert Vouin, op. cit. P.26.

(6) - Cass crim, 18 novembre 1837, Siry 1838.1. p.366. : « pour soustraire il faut prendre, enlever, ravir».

تقتضي النظرية المادية لتحقق الاختلاس توفر نشاط مادي صادر عن الجاني في حالة أخذ أو نقل الشيء أو انتزاعه أو رفعه أو فصله عما يتصل به⁽¹⁾، ولقد ذهبت الاتجاهات الفقهية القديمة إلى تحديد مفهوم الأخذ بمترادفات وهي نزع الشيء أو تغيير موضعه أو رفعه أو الاستيلاء عليه.

وفي هذا السياق اشترط الفقه الفرنسي لتحقق الفعل الجرمي أن يقوم الجاني بثلاث حركات متتابعة وهي الإمساك بالشيء ((Appréhension))، رفعه من مكانه ((Enlèvement))، وأخيرا إبعاده عن هذا المكان ((Déplacement))⁽²⁾، وفي الحركة الأخيرة يفترض أن يدخل الشيء في حيازة أخرى، إذ يعتبر الفقيه "جارو" أن النشاط المادي الصادر عن الجاني قد أنتج أثره وبذلك تحقق الاختلاس الذي يعد الركن الهام في جريمة السرقة.

وقد قضت محكمة النقض الفرنسية أن عبارة الاختلاس: " تفترض أخذ الشيء أو نقله من طرف الجاني"⁽³⁾، يترتب على ذلك استبعاد وقوع الاختلاس وتحققه إذا لم يقم الجاني بنشاط مادي ينقل به الشيء من حوزة مالكه أو حائزه، وإدخاله في حوزته منذ البداية، بل أعدمه في مكانه، فالفعل في هذه الحالة يكون إتلافا وليس اختلاسا⁽⁴⁾. وعلى هذا الأساس فإن هذا المفهوم الجديد يشمل كل عمل مادي يقوم به الأجير بنية التصرف بالمال تصرف مالكه.

فالاختلاس يستوجب إذن القيام بفعل مادي محسوس ينتقل بموجبه الشيء من حيازة مالكه ليدخل في حيازة الاجير، لكن لكي ينتج النشاط المادي أثره فلا بد أن يعتمد الأجير في جريمة السرقة وسيلة ما.

ب- الوسيلة المعتمدة للقيام بالنشاط المادي

حسب منطق النظرية التقليدية، فإن فعل الاختلاس كعنصر من عناصر الركن المادي يتم بأية وسيلة كانت طالما أنه استخدمها في إخراج الشيء من حيازة غيره وأدخله في حيازته⁽⁵⁾، إذ يستوي أن يتم فعل الأجير مباشرة مستخدما بعض أعضاء جسمه كاستعمال اليد فيتم بانتزاع الشيء بيده من حائزه وضمه إلى حيازته هو.

كما قد يستعين الأجير في بلوغ مقصده بشخص حسن النية كأن يطلب من أجير آخر أن يسلمه معدات غير معداته فيسلمه إليها بحسن النية وفي هاته الصورة يعد مختلسا، كما يعد مختلسا من يدفع مجنونا أو طفلا إلى مناولته شيئا غير مملوك له، وكذلك الشأن، بالنسبة للشخص الذي يدرّب حيوانا كالكلب الذي يدرّبه على الاختطاف، كما قد يستخدم الجاني لبلوغ مقصده بإحداثه وسائل مادية كمغناطيس أو آلة.

(1) - محمد صبحي محمد نجم، المرجع السابق، ص.101.

(2) - طه زكي صافي، المرجع السابق، ص.250.

(3) - Cass crim, 2 mai 1845, sirey 1845.1.p.474.

(4) - محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص.9. عمر السعيد رمضان، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة 1986، ص.424.

(5) - محمد صبحي محمد نجم، المرجع السابق، ص.80.

ومهما يكن من أمر، فالوسيلة المعتمدة للقيام بالنشاط المادي أو الفعل الجرمي، لا تشكل أية أهمية، فالغاية من تحديد العنصر المادي لفعل الاختلاس هو تحقيق النتيجة المتمثلة في تبديل الحيازة.

2- آثار تحقق النشاط المادي

يترتب على تحقق فعل الأخذ أو الاختلاس أثر هام وفوري يتمثل في خروج الحيازة من حائزها الشرعي أو مالکها ودخولها في حيازة الأجير، إلى جانب ذلك يسمح تحقق فعل الأخذ أو الاختلاس من تحديد لحظة تمام الركن المادي للسرقة.

1- دخول الشيء في حيازة جديدة

إن النتيجة في جريمة السرقة هي الأثر المترتب على فعل الأخذ أو الاختلاس وتتمثل في انتقال الشيء من حيازة ودخوله في حيازة أخرى⁽¹⁾، ويستنتج من خلال ذلك أنه لا يكفي لارتكاب فعل الأخذ أو الاختلاس مجرد إخراج الشيء من حيازة المجني عليه، إذا لم يعقب ذلك إدخاله في حيازة جديدة، إذ لا يعتبر مختلسا الشخص الذي يتلف شيئا في موضعه، إذ أن فعله اقتصر على إنهاء حيازة المجني عليه من دون أن ينشأ حيازة جديدة⁽²⁾، على أن الحل يختلف عندما يقوم الأجير بإتلاف الشيء نتيجة استهلاكه، فلو كان طعاما فأكله أو شرابا فشربه، كان هذا يعد مباشرة لسلطات مادية جديدة على الشيء وإنهاء لحيازة صاحب الشيء عليه⁽³⁾، ذلك لأن الضابط في إخراج الشيء من حيازة المجني عليه هو انتهاء السلطات المادية عليه، أما الضابط في دخوله في الحيازة الجديدة هو استطاعة الحائز الجديد أن يباشر وحده السلطات التي تنطوي عليها الحيازة⁽⁴⁾.

فجوهر الأخذ أو الاختلاس، هو تبديل الحيازة أي استبدال حيازة أخرى، إذ لا يهم إن كان الشيء بحيازة المالك أو غيره وقت وقوع السرقة، كما لا تهم لمن تكون، إذ لا يهم أن يكون من دخل الشيء في حيازته حسن النية أو سيئها. إلى جانب هذه النتيجة يلعب فعل الاختلاس دورا هاما في تحديد زمن تمام الركن المادي للسرقة.

ب- تحديد زمن تمام الركن المادي للسرقة

إن تحديد زمن تمام الركن المادي للسرقة يمكن من بيان الحدود الفاصلة بين المحاولة في السرقة والسرقة التامة، إذ يتم الاختلاس في اللحظة التي يستخلص فيها الأجير لنفسه حيازة الشيء ويفرض عليه سيطرة مستقلة لا تختلط بسيطرة مالكة أو حائزه السابق. أما إذا اختلط الأمران ولم يتجرد الحائز الأول من حيازته تماما، فإن الاختلاس وإن بدأ لا يكون قد اكتمل ذلك لأنه كما سبق الذكر يكتمل بنشوء حيازة جديدة على الشيء

(1) - كامل السعيد، "شرح قانون العقوبات الأردني، الجرائم الواقعة على الأموال، دراسة تحليلية مقارنة"، مكتبة دار الثقافة، الطبعة الثانية، عمان 1993، ص.15.

(2) - محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص.446.

(3) - محمود نجيب حسني، "جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني"، المرجع السابق، ص.77 وما بعدها. فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص.671 و672.

(4) - كامل السعيد، المرجع السابق، ص.15.

وفي هاته الحالة يعتبر شروعا معاقبا عليه طبقا للقواعد العامة⁽¹⁾، وبما أن جريمة السرقة هي جريمة وقتية فإنها تتحقق بمجرد أن يتم فعل الاختلاس⁽²⁾، حتى وإن لم تدم حيازة الجاني للمال بعد ذلك غير لحظات.

ومهما يكن من أمر فإن إخراج المال من حيازة صاحبه وإدخاله في حيازة الأجير لا يعد من قبيل السرقة ما لم يكن انتقال الحيازة قد تم بغير رضا مالك الشيء أو حائزه.

ثانيا: انعدام رضا المتضرر

السرقة هي اعتداء على مال الغير، والاعتداء لا يستمد صفته من طبيعة سلوك المعتدي فحسب بل يستمد هذه الصفة أساسا من عدم الرضا بهذا السلوك من جانب المتضرر. فالنشاط المادي للأجير المترتب عنه نقل الشيء يجب أن يكون مصحوبا بمخالفة إرادة المتضرر⁽³⁾، فالفعل الواحد يمكن أن يكون اعتداء في حالة، ولا يكون كذلك في حالة أخرى، وذلك تبعا لتخلف الرضا به أو لقيامه. ولم يرد بهذا الشرط نص صريح في جريمة السرقة، ولكنه مع ذلك شرط لازم توجبه طبيعتها إذ لا يمكن بدونه وصف الفعل بأنه اختلاس⁽⁴⁾، بحيث اشترط القضاء الفرنسي أن جريمة السرقة لا تقوم إلا إذا انتقل الشيء من الحائز الشرعي إلى الأجير دون علم وبغير رضا ذلك الحائز⁽⁵⁾.

ولاشك أن عدم رضا الحائز شرط وجوبي بالضرورة تتطلبه فكرة الاختلاس أي أخذ المال خلسة («Soustraction») حيث لا يتحقق الاعتداء على الشيء إلا به⁽⁶⁾، مما يجعل من عدم رضا المجني عليه عنصرا جوهريا في الركن المادي لجريمة السرقة⁽⁷⁾.

1- شروط انعدام الرضا:

يقصد بعدم رضا المتضرر هو أن صاحب الشيء المستولى عليه لا يقر الغير على ما وقع منه من استيلاء⁸. وقد يعبر عن هذه الإرادة صراحة بالتشبت بالشيء والحرص عليه ومقاومة غاصبه، وتكون هذه الإرادة واضحة في السرقة بإكراه أو بالتهديد باستعمال السلاح.

(1) - عوض محمد، المرجع السابق، ص.223 وما بعدها.

(2) - محمد أحمد المستهداني، "شرح قانون العقوبات القسم الخاص في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية"، 2001، ص.210.
(3) - Garraud René, "Droit pénal français", Tom.5, librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris 1901, p.380.

(4) - عوض محمد، المرجع السابق، ص.233.

(5) - Cass crim, 18 novembre 1837, Sirey 1838.1, p.366.

(6) - محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص.459.

(7) - محمود نجيب حسني، "جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني"، المرجع السابق، ص.69. عمر السعيد رمضان، المرجع السابق، ص.364.

(8) - Paul Corlay, "La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession", Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris 1978. P.22.

* Claude-J.Berr, op.cit, p82.

وقد يكون عدم الرضا ضمنيا، يستفاد من ظروف الواقعة وملابساتها ولو لم يبد مالك الشيء أو حائزه اعتراضا صريحا، فالاستيلاء على المال بدخول الأجير مكتب زميل له دون وجوده بغرض الحصول على مستندات ووثائق يتوفر به الاختلاس، لأن ظروف الواقعة تفيد بعدم رضا صاحب المكتب بالاستيلاء على ما بهذا الأخير.

وإن كان عدم الرضا شرطا لوقوع الاختلاس، فمن الطبيعي ألا يقوم الاختلاس إذا اقترن الاستيلاء بالرضا شريطة أن يكون الرضا مما يعتد به قانونا بصدوره عن إرادة حرة مدركة لمضمونه، فإن صدر الرضا عن شخص عديم الإدراك كالمجنون أو صدر عن شخص مكره، فإن ذلك لا يؤثر على توافر فعل الاختلاس وقيام جريمة السرقة.

والرضا بدوره قد يكون صريحا أو ضمنيا، ويكون صريحا إذا عبر صاحب الشأن عن موافقته على اختلاس الشيء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة مقصوده، ويكون الرضا ضمنيا إذا لم يفصح عنه الشخص صراحة ولكن أمكن استخلاصه مع ذلك مما أحاط بالواقعة أو مما اقترن بها من ظروف⁽¹⁾.

ويشترط في الرضا النافي للاختلاس أن يكون صادرا من ذي صفة كالمالك، فإذا كان هو نفسه الحائز ففي هذه الحالة ينتفي فعل الاختلاس، وإذا كان الحائز غير المالك، فضاء كل منهما على حدة ينفي الجريمة لأن مثل هذا الرضا ينفي الاعتداء على الملكية والحيازة معا وهو الاعتداء الذي يفرض وجوده لقيام السرقة⁽²⁾.

كما يشترط في الرضا حتى ينفي فعل الأخذ أن يكون الرضا حقيقيا وأن يكون سابقا أو معاصرا لهذا الفعل، أما الرضا اللاحق فلا يؤثر في قيام الجريمة وإن كان ذلك مما يمكن أخذه بعين الاعتبار كسبب محقق تقديري للقاضي عند فرض العقوبة⁽³⁾.

ولا يعتد في توفر الرضا باعتقاد الأجير، فإذا توفر الرضا لا يقوم ركن الاختلاس ولو كان الأجير يعتقد أن المجني عليه غير راض عن الفعل، أي كان سيء النية. أما إذا اعتقد الأجير عن حسن نية أن صاحب الشيء موضوع الاستيلاء راض عن فعله في حين أن رضاه منعدم في واقع الأمر، فلا وجود لجريمة السرقة في هذه الحالة لا لغياب الاختلاس ولكن لانتفاء القصد الجنائي.

وإن انعدم الرضا وحده كاف لتحقق فعل الاختلاس، فلماذا يشترط البعض ضرورة توفر عدم علم المتضرر إلى جانب انعدام الرضا؟

(1) - عوض محمد، المرجع السابق، ص. 234 وما بعدها.

(2) - كامل السعيد، المرجع السابق، ص. 24.

(3) - عمر السعيد رمضان، المرجع السابق، ص. 364. رؤوف عبيد، "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال"، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثامنة، 1985، ص. 315.

2- العلاقة بين انعدام الرضا وعلم المتضرر

لا يكون الفعل اختلاسا إلا إذا أخذ الأجير الشيء لنفسه على غير رضا المتضرر، وذلك تطبيقا لما جاء به بعض الشراح ومن بينهم الفقيه " جارو " الذي يقول بأن الاختلاس " لا يتحقق إلا بأخذ الجاني الشيء بغير علم المتضرر أو بدون رضاه "(1)، في حين يرى البعض الآخر أن عدم الرضا لا يكفي وحده لاعتبار الفعل اختلاسا، بل يشترط كذلك أن يقع الاستيلاء على المال بغير علم المتضرر ولكن الأصح أن يقع الاكتفاء بشرط عدم رضا المتضرر سواء علم بالسرقه أو لم يعلم، ذلك أن العلم أو الجهل باستيلاء الغير لا أثر له على الإطلاق إذ لا يغني عن الرضا العلم بالاختلاس وعدم الحيلولة دونه، على الرغم من استطاعة ذلك، فالعلم بالفعل لا يعني الرضا به فقد يسكت المتضرر اختبارا للجاني أو استرجاعا له بقصد ضبطه متلبسا بجرمه، ففي هاته الحالة يكون فعل الاختلاس قد حل بعلم المتضرر، وبذلك يستخلص أن عدم الرضا لا عدم العلم هو الذي يحول لقيام جريمة السرقة وهذا ما نصت عليه صراحة محكمة النقض الفرنسية في قرارها المؤرخ في 7 مارس 1817(2).

وفي السياق نفسه قضت محكمة النقض المصرية بأنه : " وإن كان صحيحا في القانون أن الاختلاس لا يتوافر قانونا إلا إذا حصل ضد إرادة المجني عليه أو على غير علم منه ويترتب على ذلك أن تسليم الشيء مانع للاختلاس، إلا أن الصحيح كذلك أن التسليم الذي ينفي الاختلاس في جريمة السرقة يجب أن يكون صادرا عن رضا حقيقي من المالك أو واضع اليد مقصودا به التخلي عن الحيازة حقيقة، فإذا لم يكن إلا من قبيل التغافل لإيقاع السارق وضبطه فإنه لا يعد صادرا عن رضا صحيح، وكل ما هنالك اختلاس الشيء المسلم يكون حاصلًا بعلم من سلمه ولكن بغير رضا منه وعدم الرضا لا عدم العلم هو الذي يهيم في جريمة السرقة"(3).

أما بالنسبة لموقف القضاء الجزائري، فلا يوجد أثر لمثل هذا القرار، ومهما يكن من أمر ولئن تمكنت النظرية المادية من صياغة مفهوم محدد للاختلاس كركن أساسي في جريمة السرقة وذلك بتضييق نطاق الاختلاس وحصره في فعل مادي ينقل بموجبه الأجير الشيء إلى حيازته، إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد.

الفرع الثاني: نقد النظرية المادية

لقد تمكنت النظرية المادية من تحديد مدلول الاختلاس كركن أساسي في جريمة السرقة خاصة وأن المشرع أمسك عن تعريفه، فعرفت الاختلاس بأنه " أخذ الشيء ونقله بغير علم صاحبه وبدون إرادته"(4).

لاشك أن هذا التعريف يحصر السرقة في حدود معينة فلا تتوافر الجريمة بغير اختلاس، فالاختلاس لا يتحقق في صورة ما إذا كان الشيء المستولى عليه موجودا في حيازة الأجير بصورة مسبقة، بحيث لا يمكن لمن

(1) - جندي عبد الملك، "الموسوعة الجنائية الرابعة"، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، ص.176.

(2) - Cass crim, 7 mars 1817, Dalloz, 1817, p.758.

(3) - نقض مصري بتاريخ 8 نيسان 1973. منقولاً عن عادل إبراهيم العاني، المرجع السابق، ص.18 وما بعدها.

4- إسماعيل بن صالح العياري، المرجع السابق، ص.13.

كان الشيء بين يديه أن يقوم بخطفه أو سلبه أو انتزاعه، كما لا يتحقق في صورة ما إذا كان الشخص حائزاً للشيء بناء على حقوق سابقة ثم انتقلت هذه الحقوق إلى غيره ولكنه يصر على الاحتفاظ به، فهو وفق المفهوم التقليدي لا يعتبر مختلساً لأنه لم يأت حركة مادية انتقل بموجبها الشيء من حيازة صاحبه إليه.

إن هذا التضييق في نطاق الاختلاس ترتب عنه أثر هام تمثل في انتفاء الاختلاس في حالة التسليم مهما كان الباعث على التسليم أو الغاية منه، فمن تسلم شيئاً من مالكة وامتنع عن رده لا يرتكب جريمة السرقة، من ذلك لا يعد مختلساً الشخص الذي يأخذ من غيره شيئاً ليتأمله أو ليفحصه ثم رفض بعد ذلك رده ويستولي عليه لنفسه⁽¹⁾. وحسب هذا المفهوم التقليدي في تحديد معنى الاختلاس، فإن مثل هذا الشخص سينجو من العقاب ولا يسأل عن جريمة السرقة تأسيساً على أن فعل الأخذ لم يتم مما يمنع قيام الاختلاس.

وإزاء هذه الثغرة في مجال العقاب، ابتدع القضاء فكرة جديدة عرفت باسم نظرية التسليم الاضطراري والتي تقول بأن التسليم الذي تقتضيه ضرورة التعامل بين الناس لا يمنع قيام الاختلاس.

وعلى هذا الأساس سيقع التطرق إلى المبدأ القائل بأن مجرد التسليم ينفي الاختلاس، ومن ثم إلى الحد من هذا المبدأ وذلك بإقرار فكرة التسليم الاضطراري.

أولاً: التسليم الاختياري ينفي الاختلاس

إن أهم أثر ترتب عن المفهوم المادي في تحديد معنى الاختلاس أن مجرد التسليم مانع للاختلاس مهما كان الدافع أو الباعث، بحيث لا يتحقق الاختلاس إلا في صورة واحدة وهي نزع الشيء أو خطفه أو سلبه، فالشيء في هاته الحالة لم يسلم عن طواعية بل وقع انتزاعه، فهو يستوجب إذن حركة مادية ينتقل بموجبها الشيء إلى حيازة الأجير دون إرادة من وقع عليه الاستيلاء.

وعلى هذا الأساس فإن التسليم النافي للاختلاس يستوجب توفر بعض الشروط لتحقيقه، فمتى اجتمعت هاته الشروط انتفى فعل الاختلاس حتى ولو كان التسليم ناشئاً عن غلط أو نتيجة تحيل.

1- شروط التسليم المانع للاختلاس

لكي يحقق التسليم أثره ويكون نافياً للاختلاس يجب أن تتوافر شروط تتمثل بالأساس في صدور التسليم من مالك الشيء أو حائزه أي ممن له الصفة في التسليم وأن يتم ذلك بإرادته واختياره

¹ - عوض محمد، المرجع السابق، ص. 218.

فالمقصود بصاحب الشيء هو من يملك سلطة تسليمه le tradens إلى الغير l'accipiens تسليمًا يعتد به قانونًا وهذه السلطة تكون لمالك الشيء أو الحائز الشرعي⁽¹⁾، وبالتالي يكون التسليم نافيًا للاختلاس إذا كان حاصلًا من مالك الشيء أو الحائز الشرعي له⁽²⁾، أي من شخص له صفة على الشيء المسلم.

أما إذا حصل التسليم من شخص ليست له أي صفة عليه، فهو ليس مالكة ولا حائزه، فإنه لا ينفى وقوع الاختلاس من جانب المتسلم الذي استغلّ الغير "المسلم" للحصول على ذلك الشيء⁽³⁾.

ولقد ميز القضاء الفرنسي للإقرار بوجود الاختلاس من عدمه بين التسليم الواقع من الغير بصورة تلقائية، أي بدون أي تدخل من طرف المتسلم وهو الذي ينتفي بحصوله للاختلاس، والتسليم الحاصل نتيجة الدور الذي قام به المتسلم والمحقق للاختلاس، ففي هاتين الصورتين الأخيرتين، فإن الفعل الذي أتاه المتسلم يعد اختلاسًا وتتوفر به جريمة السرقة⁽⁴⁾.

وتجدر الإشارة أنه لا وجود لقرارات تبين موقف القضاء الجزائي من هذا التمييز، ومهما يكن من أمر فإنه لا بد أن يتوافر إلى جانب شرط الصفة، وجود إرادة يعتد بها قانونًا.

إذ يشترط في التسليم النافي للاختلاس أن يصدر عن إرادة معتبرة قانونًا⁽⁵⁾ مما يستوجب أن يتوفر لدى المسلم أمران، الأول هو التمييز والإدراك والثاني الرضا والاختيار.

فلا يعتد بالتسليم من الناحية القانونية إلا إذا صدر عن مميز مدرك لقيمة ما يصدر عنه من أفعال⁽⁶⁾، مما يفرض إلى القول أن إرادة المسلم يجب أن تكون إرادة مميزة حتى تكون قادرة على إجراء التسليم⁽⁷⁾، والتمييز هو تمتع الشخص بمستوى معين النضج يمكنه من مباشرة كافة تصرفاته القانونية، وبالتالي فإن التسليم يكون نافيًا للاختلاس إذا كان صادرًا عن شخص مميز. وفي المقابل لا يكون التسليم مانعًا للاختلاس إذا حصل من

(1) - عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص.87.

(2) - فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص.667.

(3) - Michèle-Laure Rassat, "Droit pénal spécial, infraction des et contre les particulières", 3^e éditions, Dalloz, paris 2001, p.78.

* Roger Merle et André Vitu, "Traite de droit criminel droit pénal spécial", 1982, édition, Cujas-paris, p.1814.

(4) - Tribunal correctionnel de Douai 3 mai 1876, Dalloz 1978.2 .p.487. («L'individu qui voyant a terre un objet perdu qu'il ne peut prendre lui-même, demande a un tiers de le ramasser et de lui remettre dans l'intention de se l'approprier est coupable de vol»).

* Pierre Bouzat, "Observation à propos de cass crim 10 février 1954", Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1955, p.326 (« Il est impossible d'assimiler à une remise volontaire, la remise faite par une personne sciemment induite en erreur par celui la même qui a reçu la chose »).

(5) - P-A Pageaud, "L'Intention de la victime comme critère de notion de soustraction en matière de vol", Semaine juridique 1955, Edition générale, N°1256.

(6) - عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص.90.

(7) - Pierre Bouzat, "Observation à propos de cass crim 10 février 1954", Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1965, p.424.

إنسان غير مميز، هذا الأخير ليس في وضعية الإنسان العادي إذ أنه لا يستطيع أن يدرك فحوى أفعاله وعواقبها. وعدم التمييز قد يكون لصغر السن أو لأي سبب آخر، من ذلك الإنسان قد يبلغ سن الرشد، ولكن أهليته تتأثر بعد ذلك بعارض يرجع إلى التمييز من ذلك الجنون أو ضعف العقل.

فإذا صدر التسليم من شخص عديم التمييز فإنه لا يعتد به، فهذا التسليم ليس إلا حركة مادية فارغة من أي محتوى قانوني⁽¹⁾ وبالتالي يعتبر المتسلم مختلسا إذا ما احتفظ بالشيء الذي سلم إليه.

فإذا حدث التسليم من ضعيف عقل، فهذا لا يحول دون وقوع الاختلاس وقيام جريمة السرقة ذلك لأن المسلم لم يكن سوى أداة استغلها الأجير من أجل تحقيق أهدافه، فهو يعلم أن المسلم لا يمكنه أن يعي تصرفاته ويقدر نتائجها، وفي هذا الصدد صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 18 مايو 1876 قرار يُدين فيه شخصا وتعتبره مختلسا على معنى جريمة السرقة لأنه احتفظ بشيء سلم له من شخص أبله لم يكن لديه قصد التخلي عن الشيء⁽²⁾، وهو ما طبقه القضاء الفرنسي بعد ذلك في عدة قرارات له.

كما لا يكفي أن يصدر التسليم من شخص مميز ومدرك لكي يعتد به قانونا، بل ينبغي بالإضافة إلى ذلك أن يصدر عن رضا حقيقي لا إكراه فيه ولا تهديد⁽³⁾، وتكون الإرادة حرة إذا كانت صادرة عن إدراك واختيار، أي بدون أي ضغط خارجي من المتسلم، فإذا ما قام الشخص بتسليم شيء عن رضا واختيار أي بدون إكراه، فإن الاختلاس لا يتحقق من جانب المتسلم الذي لم يقم بأي نشاط إيجابي نقل بموجبه الشيء إلى حيازته⁽⁴⁾، أو بمعنى أدق لم يستعمل إكراها أو تهديدا لإجبار المسلم تسليمه الشيء الذي في حيازته، أما إذا كان التسليم صادرا عن إكراه فإنه لا ينفي الاختلاس وبالتالي يعاقب المتسلم على معنى جريمة السرقة.

والإكراه هو إجبار أحد بغير حق على أن يعمل عملا لم يرتضه، فهو ضغط على إرادة شخص من شأنه أن يحمله على القيام بشيء لم يكن يرتضيه لو لا وقوعه تحت تأثير ذلك الغلط⁽⁵⁾. ويقصد بالإكراه كل عمل يعطل مقاومة المجني عليه ويشل إرادته بحيث يكون التسليم من جانبه مجرد حركة آلية لا دخل لإرادته في إتيانها⁽⁶⁾.

ومتى كان التسليم من ذي صفة وعن إرادة معتبرة قانونا أي عن تمييز واختيار، فإنه ينفي الاختلاس حتى ولو كان مشوبا بغلط أو كان نتيجة تحيل.

2- حالات التسليم النافي للاختلاس

(1) - عوض محمد، المرجع السابق، ص.229.

(2) - Cass crim 18 mai 1876. Dalloz 1877.1.p.95.

(3) - عبد العظيم مرسي وزير، المرجع السابق، ص.92.

(4) - P-A Pageaud, Op.cit, N°2.

(5) - Pierre Bouzat, Observation à propos de cass crim 10 février 1954, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1990 .p.80.

(6) - عوض محمد، المرجع السابق، ص.229.

إذا تم التسليم بتوافق الإرادتين وبهدف نقل الحيازة، فإن ذلك ينفي الاختلاس ولا يهيم بعد ذلك البحث في الوقائع التي دفعت إلى اتفاق الإرادتين، فقد لا يكون المُستلم أو المُتسلم على بينة كافية بهذه الوقائع لحصول غلط أو تدليس.

وكما سبقت الإشارة، فإنه يجب لكي تنتج الإرادة أثرها في التسليم وتنفي الاختلاس أن تكون حرة مختارة في اتجاهها إلى نقل الحيازة، فلا ينفي الاختلاس التسليم الذي يحدث تحت تأثير الإكراه أو التهديد السالب للإرادة والاختيار، بل يمكن أن تشدد العقوبة إذا توفرت أركان جريمة السرقة بإكراه.

ولا يهيم بعد ذلك أن تكون الإرادة مشوبة بعيب من عيوبها كغلط أو تدليس، لأن العبرة بأصل الإرادة ووجودها، ذلك أن التسليم عمل قانوني مجرد عن دوافعه⁽¹⁾، لأن تلك العيوب إنما تصيب الباعث على التسليم لكنها لا تنال من إرادة التسليم ذاتها، والغلط حالة تقوم بالنفس فتفضي إلى توهم ما يخالف الواقع، يستوي في ذلك أن يكون الغلط المؤدي إلى التسليم مشتركاً بين الطرفين وقت التسليم وتنبه إليه المستلم فاحتفظ بالشيء ولم يرده أو يكون الغلط قد وقع من المسلم فقط وكان المستلم عالماً به وقت الاستلام واستفاد منه ولم ينبه الطرف الآخر إلى حقيقة الواقع⁽²⁾.

ويكون التسليم حاصلًا بناءً على غلط في الباعث إذا قام في ذهن المسلم اعتقاد مخالف للحقيقة حمّله على نقل الحيازة للمستلم نقلاً ما كان ليتم لو لم يكن قد وقع في الغلط، كساعي البريد الذي يسلم طرداً لغير صاحبه لاعتقاده أنه هو المرسل إليه.

أما التدليس فهو إيقاع المسلم في الغلط لحمّله على التسليم بكذب أو احتيال أو نحوه، كمن يوهّم آخر بأنه موفد من قبل شخص معين لتسلم بعض أمواله، ففي هذه الفروض وما يجري مجراها لا يقوم الاختلاس رغم الغلط أو التدليس وإن جاز البحث في الحالة الأخيرة عن عناصر جريمة الاحتيال⁽³⁾.

فوفقاً للنظرية المادية فإن الاختلاس في السرقة يقتضي أخذ الأجير للشيء أو نزع من المجني عليه⁽⁴⁾ بغير علمه وبدون إرادته مما يترتب عليه أن التسليم ينفي الاختلاس، وتبعاً لذلك فإنه أصبح من السهل التمييز بين جريمة السرقة التي لا تحصل إلا بالاختلاس وبين جريمة خيانة الأمانة التي تقتضي تسليم الشيء إلى الشخص الذي تملكه أي أن الأجير قد تسلّم الشيء من المجني عليه، غير أن التسليم يكون نتيجة تنفيذ عقد العمل والذي يعتبر من بين عقود الأمانة كما سيأتي بيان ذلك في الفصل الثاني.

(1) - علي عبد القادر القهوجي، "قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان وعلى المال"، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان 2002، ص. 638.

(2) - Chauveau Adolph & Heli Faustin, "Théorie de code pénal, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence", 1887-1908, sixième édition annotée, T.5, No.1887, P.36.

(3) - طه زكي صافي، المرجع السابق، ص. 49.

(4) - قد يكون المجني عليه المستخدّم، أو زميلاً للأجير، أو أحد عملاء الهيئة المستخدمة.

ثانيا: نظرية التسليم الاضطراري

عرفت النظرية التقليدية انتقادات شديدة من قبل الفقه، على اعتبار أن منطق هذه النظرية يخلص إلى استبعاد وقوع الاختلاس إذا لم يأت الشخص بنشاط إيجابي يتخذ صورة أخذ أو نزع أو نقل الشيء، أي لم تصدر عنه حركة مادية يدخل بها الشيء أو المال في حيازته. وبذلك كان الفقه الفرنسي قديما يعتبر التسليم نافيا للاختلاس في جميع الحالات، طالما أنه حصل بإرادة صاحب الشيء واختياره، مما أدى في العمل إلى نتائج خطيرة، لاسيما إذا لم تكن نية المجني عليه تتجه إلى التنازل عن الشيء⁽¹⁾، الأمر الذي من أجله اتجه القضاء الفرنسي⁽²⁾ وأيده الفقه في فرنسا إلى استحداث نظرية التسليم الاضطراري أو الضروري " La remise nécessaire ou forcée"، تقييدا لفكرة التسليم النافي للاختلاس من جهة وقصورها من جهة أخرى، ومؤدى هذه النظرية أن التسليم لا ينفي الاختلاس إذا كانت تتطلبه ضرورة التعامل ومقتضيات الأخذ والعطاء، وعلى ذلك فإذا كان الغرض من التسليم هو مجرد تمكين المستلم من الاطلاع على الشيء، أو تقليبه للتحقق من جوهره وأهميته ثم رده بعد ذلك إلى مالكة فهو تسليم وقتي بطبيعته، فإن احتجز المستلم الشيء بنية الاستيلاء عليه وتملكه وأبى رده إلى صاحبه عد مختلسا⁽³⁾، باعتبار أن هذا التسليم وقع اضطراريا.

تلك هي فكرة التسليم الاضطراري الذي لا ينتفي به الاختلاس، والواقع من الأمر، أن هذه الفكرة منتقدة ولا تطابق حقيقة الواقع في بعض الصور، وإن كانت هذه الفكرة قد قدمت حلولاً لبعض المسائل الحرجة التي عرضت على القضاء، إلا أنه ورغم ذلك ينقصها الأساس القانوني السليم، إذ لا يوجد في الواقع ظروف قهرية أو ضرورة بالمعنى القانوني الدقيق تكره الإنسان أو تضطره إلى تسليم ماله رغم إرادته، وإنما يكون مالك الشيء قد سلمه إلى الجاني لثقتة به، كما وأن فكرة " ضرورة التعامل " فكرة هائلة تتسع تارة لتشمل وقائع يتفق الفقه على عدم اعتبارها سرقة لذلك تدخل المشرع فجعل منها جريمة ملحقة بالسرقة لتجريم ما ثار من خلاف في شأنها⁽⁴⁾، وتقتصر تارة أخرى على استيعاب وقائع لاشك في كونها سرقة.

إلا أن نظرية التسليم الاضطراري هي الأخرى تعرضت إلى عدة انتقادات البعض منها يعود لأسباب قانونية والبعض الآخر يرجع لأسباب منطقية.

إن الأسباب القانونية تكمن في أن فكرة التسليم الاضطراري ينقصها السند القانوني، كما ينقصها التحديد والوضوح، فليس هناك ما يضطر المرء في تعامله مع غيره إلى تسليم شيء رغم إرادته⁽⁵⁾، وبعبارة أخرى فإن

(1) - سمير عبد الغني، المرجع السابق، ص.14.

(2) - على اعتبار أنه أول من تأثر من نقائص النظرية المادية.

(3) - عوض محمد، المرجع السابق، ص.218.

(4) - إذ تدخل المشرع الفرنسي سنة 1873 بنص خاص لتجريم هذا الفعل في المادة 401 من قانون العقوبات الفرنسي القديم.

(5) - عوض محمد، المرجع السابق، ص.219.

وصف التسليم بأنه اضطراري لا يطابق حقيقة الواقع⁽¹⁾. كما أن فكرة ضرورة المعاملات واعتمادها معيارا للتسليم الاضطراري تعتبر فكرة واسعة وغير محددة.

إن أكثر ما يعاب على فكرة التسليم الاضطراري أنها جاءت لا لشيء إلا لتلافي عيوب نظرية سبقتها، إذا لم يقع بلورتها بصيغة قانونية تجعلها تركز على أسس متينة وهذا ما يفسر عدم لجوء عدة تشريعات لاعتمادها.

أما الأسباب المنطقية فترجع في مجملها إلى أن ربط فكرة الاختلاس بالاضطرار يؤدي إلى تضيق فكرة الاختلاس وإلى إفلات بعض الجناة من العقاب، وإن كانت هذه النظرية قد جاءت في الأساس لجزر بعض التصرفات التي كانت في ظل النظرية المادية غير معاقب عليها، وهذا إن دل على شيء، فإنه يدل على تناقض هذه الفكرة التي جاءت لتوسع من المفهوم المادي للاختلاس فإذا به تضيق في بعض تطبيقاتها من استيعاب ما يعد اختلاسا.

كما لم تسلم هذه النظرية من نقد الفقيه " رناي جارو " الذي استنكر فكرة التمييز بين نوعي التسليم: تسليم اضطراري وتسليم اختياري وانتهى إلى القول بأن الاختلاس ينتفي طالما حدث تسليم، وإن الحالة الوحيدة التي يتصور فيها وقوع الاختلاس بالرغم من حصول التسليم هي حالة التسليم الغير إرادي ذلك أن إرادة الشخص تكون منعدمة، بحيث تتحقق السرقة في حالة التسليم بموجب إكراه⁽²⁾.

المطلب الثاني: النظرية الحديثة – نظرية جارسون في الاختلاس أو الأخذ

لم يكن تعريف الاختلاس بأنه نقل الشيء أو أخذه أو نزع من مالكه أو حائزه بغير رضاه تحديدا وافية، فالأخذ والانتزاع كلها مرادفات لغوية لكلمة الاختلاس وهي في ذاتها بحاجة إلى تحديد وإيضاح⁽³⁾، ولم تكن فكرة التسليم الاضطراري تكفي وتغني لحل المشاكل التي يثيرها العمل، لذلك اجتهد الفقه في وضع تعريف أكثر دقة وشمولا لفكرة الاختلاس، فظهرت في الفقه الجنائي نظرية الأستاذ الفرنسي " جارسون " التي وجد فيها القضاء ضالته⁽⁴⁾.

(1) - كامل السعيد، المرجع السابق ، ص.27.

(2) - René Garraud, op.cit, p.395.

(3) - معوض عبد التواب، المرجع السالف الذكر، ص.14.

(4) - ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص.57.

ويرى هذا الفقيه أن الاختلاس ليس مرادفا للأخذ أو النقل أو الانتزاع من الناحية اللغوية، وأنه يتعين الربط بينه - أي بين الاختلاس - وبين فكرة الحيابة في القانون المدني⁽¹⁾، إذ يرى أن الاختلاس هو الاستيلاء على حيابة الشيء بعنصرها المادي والمعنوي، دون علم وعلى غير رضا مالكة أو حائزه⁽²⁾.

فمدلول الحيابة عند "جارسون" سيطرة واقعية وإرادية للحائز على المنقول تخوله الانتفاع به أو تعديل كيانه أو تحطيمه أو نقله، فهي إذن سيطرة إرادية للشخص على الشيء، وبالتالي هي حالة واقعية وليست مركزا قانونيا⁽³⁾، فالحيابة هي وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على الشيء⁽⁴⁾، ولشرح نظريته يميز فهو يميز بين نوعين من الحيابة القانونية وهي الحيابة الكاملة والحيابة الناقصة وألحق بهما صورة المسك المادي للشيء.

إن ربط الاختلاس بنظرية الحيابة القانونية يمكن من تجاوز عدة إشكالات تثار بصدد الاختلاس من ناحية أثر التسليم فيه وبيان متى يكون نافيا ومتى لا يكون⁽⁵⁾.

الفرع الأول: ربط الاختلاس بنظرية الحيابة

إن ربط الحيابة بنظرية الاختلاس مكن من تجاوز الصعوبات التي كانت تعترض القضاء في ظل النظرية المادية، إذ كان هذا الأخير يبحث في طبيعة التسليم هل هو تسليم اختياري أو اضطراري حتى يتسنى له الإقرار بتوفر الاختلاس من عدمه، إلا أنه بالنظرية التي قدمها "إميل جارسون" أصبحت الحيابة المعيار الوحيد الذي يعتمد عليه القضاء، بحيث يتوفر الاختلاس كلما وقع استيلاء على الحيابة بعنصرها المادي والمعنوي.

ويقصد بالاستيلاء على الحيابة إخراج الشيء من حيابة المالك أو الحائز السابق وإدخاله في حيابة أخرى سواء كانت حيابة الجاني أو غيره⁽⁶⁾، مما يترتب عليه ضرورة إخراج الشيء من حيابة المجني عليه وإدخاله في حيابة أخرى، فإذا لم يدخله في حيابة جديدة فإن فعله لا يعد اختلاسا.

كما يجب أن يكون الشيء في حيابة أخرى، غير حيابة الأجير لكي يتحقق الاختلاس، فإذا ما استولى على شيء هو في حيابته فإنه لا يعد مختلسا.

(1) - يعرف الفقه المدني الحيابة بوجه عام بأنها وضع مادي يسيطر به الشخص سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه، أو هي الحالة الواقعية التي تخول للشخص قدرة أو سلطة مادية على الشيء. أنظر في هذا الرأي، علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص.631.

(2) - في الواقع يلاحظ أن تعريف الفقيه إميل جارسون للاختلاس، وجد مقدماته في أحكام القضاء الفرنسي، وعنى بصياغة نظريته في الحيابة من خلال تأصيله لتلك الأحكام، فأحكم صياغتها، وأرسى قواعدها وجعل منها معيارا صالحا لتكييف الأخذ أو الاختلاس. أنظر في هذا الرأي، محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.38

(3) - محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.40،41،42.

(4) - عمرو إبراهيم الوقاد، "النظرية العامة للاختلاس في جرائم المال الخاص"، أطروحة دكتوراه، جامعة عين شمس، 1985، ص.338.

(5) - رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص.318.

(6) - عبد المهيم بكر، "القسم الخاص في قانون العقوبات، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال"، دار النهضة العربية، 1970، ص.671.

ولقد أفضى ربط الاختلاس بالحيابة القانونية إلى عدة تطبيقات، أهمها أن التسليم الناقل للحيابة الكاملة أو الناقصة ولو عن غلط ينفى الاختلاس⁽¹⁾، في حين إن التسليم لمجرد المسك المادي لا ينفى الاختلاس.

ولقد أعطى " إميل جارسون " سندا قانونيا بفضله يمكن الجزم بكون الفعل يشكل اختلاسا أم لا، فالحيابة هي أساس الاختلاس، وعليه فلإلمام بنظرية هذا الفقيه وتطبيقها على موضوع الحال يتعين البحث في الحالات التي يكون فيها استيلاء الأجير على الحيابة نافيا للاختلاس، وأيضا الحالات التي يكون فيها استيلاؤه على الحيابة مكونا للاختلاس.

أولا: الحالات التي يكون فيها استيلاء الأجير على الحيابة نافيا للاختلاس

لقد وقع تعريف الاختلاس وفق النظرية القانونية بكونه استيلاء على حيابة الشيء دون علم ورضا المالك أو الحائز السابق، فهو استيلاء على الحيابة بعنصريها المادي والمعنوي.

وبالاستناد إلى هذا التعريف، يتضح أن الاختلاس المرتكب من قبل الأجير يعد مكونا لجريمة السرقة، على اعتبار أن هذا الاختلاس توفر بالاستيلاء على الحيابة الكاملة بعنصريها المادي والمعنوي، فإذا تم تسليم الحيابة من مالكةا أو حائزها الشرعي عن إدراك أو اختيار فإن الاختلاس لا يتحقق. إلا أن الأمر يختلف في حالة ما إذا وقع تسليم الحيابة الناقصة من مالكةا أو حائزها بإرادة معتبرة قانونا، فإن الاختلاس لا يتوفر بل يمكن توفر جريمة أخرى هي جريمة خيانة الأمانة، بالإضافة إلى ذلك، فإن الاختلاس لا يتوفر في حالة التمسك بالحيابة المتخلى عنها قبل التسليم.

1- مفهوم الحيابة الكاملة أو الناقصة

طبقا لنظرية الفقيه " جارسون " فإن تسليم الحيابة للأجير سواء كانت كاملة أو ناقصة ينفى الاختلاس بمعنى جريمة السرقة، تبعا لذلك فإنه يتعين توضيح مفهوم كل من الحيابة الكاملة والناقصة، ثم الشروط التي يجب توفرها لكي يكون تسليم الحيابة نافيا للاختلاس.

إن تسليم الحيابة الكاملة أو الناقصة يقتضي نفي الاختلاس وعليه فإنه يجب تحديد مفهوم كل من الحيابة الكاملة والناقصة

أ- الحيابة التامة أو الكاملة

والمقصود بها السيطرة الفعلية على الشيء ومباشرة سلطات المالك عليه، مع نية الاستئثار به والظهور عليه بمظهر المالك، وتقتض هذه الحيابة أن يكون الشيء في حيابة هذا الشخص حيث يتوافر فيها العنصر المادي والعنصر المعنوي. فأما العنصر المادي فهو مجموع الأفعال المادية التي يباشرها مالك الشيء عليه

(1)- رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص.320.

كحبس الشيء أو الانتفاع به أو استعماله أو نقله أو تحويله أو التصرف فيه أو إعدامه، وفيما يخص العنصر المعنوي ويتمثل في نية الحائز في الاحتفاظ بالشيء والاستئثار به، باستعماله أو التصرف فيه وكأنه مالكة، فهو يباشر السلطات على الشيء لحسابه باعتباره أصيلاً عن نفسه لا نائباً عن غيره، وباشتراط نية التملك تتميز الحيابة الكاملة عن الناقصة.

ب- الحيابة الناقصة أو المؤقتة

وتتحصل هذه الحيابة في وجود الشيء تحت سيطرة الشخص في وضع يمكنه من مزاولة بعض حقوق المالك عليه دون البعض الآخر، فهو يزاول الاستعمال والاستغلال دون أن يمتلك التصرف في الشيء ويبقى معترفاً بملكية هذا الشيء للغير⁽¹⁾، كالعامل الذي يعهد إليه بشيء لإصلاحه، فالحائز في هذه الحالة وإن كانت لديه بعض مظاهر العنصر المادي للحيابة دون أن يكون لديه قصد امتلاكه، فهو يحوز الشيء لحساب مالكة بناء على عقد يستبعد معه أي ادعاء من جانب الحائز بملكية هذا الشيء، وبعبارة أخرى يكون له سيطرة فعلية على الشيء بمقتضى العقد ولكن دون الاعتراف له بحق الملكية⁽²⁾.

إن الحيابة الناقصة تتشابه مع الحيابة الكاملة في كون الحائز في الحالتين له سلطة فعلية على الشيء، لكن ما يميز بينهما أن الركن المعنوي في الحيابة الناقصة يكون منتفياً. وعلى هذا الأساس فإنه إذا وقع تسليم الحيابة الكاملة فإن الاختلاس لا يقوم، أما إذا وقع تسليم الحيابة الناقصة بمقتضى عقد من عقود الأمانة وقام الأجير بالاستيلاء على العنصر المعنوي للحيابة، فإنه لا يعد مرتكباً لجريمة السرقة.

2- الشروط الواجب توافرها

حتى يكون الأجير مرتكباً لجريمة السرقة حسب نظرية " إميل جارسون " التي تقضي بأن الاختلاس هو " الاستيلاء على حيابة الشيء بعنصرها المادي والمعنوي في نفس الوقت، بدون علم وعلى غير رضا مالكة أو حائزه السابق"، مما يستخلص معه أن السرقة لا تتحقق إلا بالاستيلاء على الحيابة، فإذا وقع تسليم الحيابة فإن الاختلاس يكون غير متوفراً، وبالتالي لا تقوم جريمة السرقة. إن المتفق عليه فقهاً وقضاً أن التسليم مانع من الاختلاس، هذا المبدأ ظل قائماً في فقه النظرية الحديثة، من ذلك أن " جارسون " اعتبر أن تسليم الحيابة سواء كانت كاملة أو ناقصة ينفي الاختلاس. فالاختلاس لا يتحقق إذا كانت حيابة الشيء قد تم نقلها ممن له صفة عليه إلى شخص آخر لم يقم بالاستيلاء على هذه الحيابة بنفسه ضد إرادة صاحبها⁽³⁾.

(1) - ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص.59.

(2) - ويلاحظ هنا أن الفقه المدني يقصر معنى الحيابة الناقصة التي يكون مصدرها أحد الحقوق العينية الأخرى دون الحقوق الشخصية، بينما هذه الحيابة في القانون الجنائي تشمل إلى جانب هذه الحقوق، الحقوق الشخصية كحق المستأجر وحق المستعير وحق المودع لديه. أنظر علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص.632.

(3) - Pierre Bouzat, "Observation à propos de cass crim 26 avril 1955", Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1955, p.527.

ففيما يخص تسليم الحيازة الكاملة، فإن تحققها يستوجب توفر عنصرين أحدهما مادي والآخر معنوي.

إن العنصر المادي يتمثل في خروج الشيء من السيطرة الفعلية للمسلم إلى السيطرة الفعلية للمتسلم ليمارس عليه جميع حقوق المالك، لكن إلى جانب ذلك يجب أن يتوفر معه عنصر معنوي يتمثل في إرادة نقل الحيازة إلى الغير، أي إرادة التخلي عن الحيازة له⁽¹⁾.

يترتب مما سبق أن جريمة السرقة لا تقوم إذا كان المسلم قد رضي بنقل الحيازة بعنصرها إلى الأجير، وكان قد قبلها هذا الأخير، من ذلك أنه إذا اتجهت إرادة المسلم إلى نقل الحيازة إلى المتسلم فإن الاختلاس لا يتحقق، وذلك بقطع النظر عن حسن نية الأجير أو سواها.

فإذا كان الأجير حسن النية فإنه لا يرتكب جريمة السرقة، بصرف النظر عما إذا كان نقل إليه حيازة الشيء هو المالك نفسه أو الحائز المؤقت أو مجرد ماسك الشيء، تبعاً لذلك فلقد اشترط "جارسون" حتى ينتج التسليم أثره الناقل للحيازة وبالتالي النافي للاختلاس، أن تكون إرادة المسلم مدركة ومميزة وحرّة، ذلك لأن التسليم الصادر عن إكراه لا يفي الاختلاس.

كما أن تسليم الحيازة الكاملة الصادر عن إرادة حرة ومميزة يفي الاختلاس حتى ولو كان نتيجة غلط وقع فيه المتسلم. من ذلك أن "جارسون" اعتبر أن الغلط هو نافي للاختلاس، بحيث أن المسلم بالرغم من وقوعه في الغلط فإن إرادته قد اتجهت إلى تسليم الحيازة. إن أي غلط في الباعث على نقل الحيازة لا أهمية له، إذ السبب الصحيح يتمثل في الرضا المتبادل من الجانبين على نقل الحيازة، فمادام التسليم قد تم بناء على إرادة معتبرة قانوناً مستهدفاً به نقل الحيازة فإنه يترتب أثره سواء وقع الغلط في ذات الشيء أو في قيمته أو في شخص المتسلم⁽²⁾، فبالرغم من وقوع الإرادة في الغلط فإنه لا يفي انصرافها إلى التسليم وهذا يكفي لنفي الاختلاس⁽³⁾، وعدم قيام جريمة السرقة.

ثانياً: الحالات التي يكون فيها استيلاء الأجير على الحيازة مكوناً للاختلاس

لقد أفرز تطبيق ربط الاختلاس بنظرية الحيازة القانونية إلى أن الاختلاس ينحصر في الاستيلاء على حيازة الغير، واستناداً على ذلك ميز "إميل جارسون" بين الحالة التي يحصل فيها الجاني على حيازة الشيء الذي للغير بنفسه، فيستولي على حيازته بعنصرها المادي والمعنوي والتي يتحقق فيها الاختلاس، ما عدا في بعض الحالات كأن يكون الشيء المختلس مباحاً أو مهملاً، وبين الحالة التي يحصل فيها الجاني على الشيء عن طريق التسليم، والتسليم لا يفي الاختلاس إذا كان الهدف من وراء التسليم هو مجرد المسك المادي للشيء.

(1) - زينات عبيد، "تطور مفهوم جريمة السرقة"، أطروحة دكتوراه دولة، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والسياسية بتونس، 2002-2003، ص.126.

(2) - Henri Donnedieu de Vabres, " Observation à propos de cass crim 5 mars 1941", Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1941, p.201.

(3) - عوض محمد، المرجع السابق، ص.230.

1- المسك المادي للشيء

إن تسليم مجرد المسك المادي لا يفي للاختلاس، إذا كان هذا التسليم بالأخص واقعا بمناسبة علاقة تعاقدية.

1- مفهوم المسك المادي للشيء

إن المسك المادي للشيء هو تعبير دال على طبيعته¹، إذ هناك حالة يتصادف فيها وقوع الشيء ماديا بيد شخص دون أن تكون له سيطرة، ولا يباشر عليه أي حق من حقوق المالك، فالحياسة باقية للمالك الحائز حياسة كاملة أو ناقصة، ويسمى هذا النوع من الحياسة بـ "اليد العارضة" أو "مجرد وضع اليد المادي"⁽²⁾، وهذه الحياسة المادية تتوافر بوجود الشيء بين يدي الشخص دون أن يكون له الحق في مباشرة أي حق من الحقوق لا لحسابه ولا لحساب غيره، فلا يتوافر للحياسة أي من عنصرها المادي أو المعنوي³، ولا يوصف الشخص الذي وجد المال بين يديه عرضا حائزا له حياسة تامة أو حياسة ناقصة، وهو بذلك ليس له أي سلطة على هذا المال، إذ يده على الشيء عارضة لا تخلق حقا ولا ترتب التزاما، وبناء على ذلك وطالما أن هذا النوع من الحياسة لا يخول للحائز على الشيء أي حق من الحقوق، فإنه لا يحول دون وقوع الاختلاس، فإذا استولى الشخص صاحب الحياسة المادية على المال الذي هو تحت يده وتصرف به فإنه يعد سارقا⁽⁴⁾.

إن اتخاذ الحياسة أساسا للاختلاس، فرض على فقه القضاء اعتماد نية المجني عليه معيارا لتحديد توفر الاختلاس من عدمه، إذ أصبح يتعين على القضاء البحث في مقصد المسلم، فإذا كان غرضه تسليم مجرد المسك المادي، فإن الاختلاس يتحقق.

ب- تطبيق فكرة التسليم المادي في إطار تعاقدي

من صور التسليم لمجرد المسك المادي بمناسبة علاقة تعاقدية، صورة الخادم والمخدوم، فالعلاقة التي تربط بينهما بموجب العقد تقتضي أن يقوم المخدوم بتسليم الخادم الأشياء حتى يتمكن بواسطتها من أداء الخدمة

(1) - إسماعيل بن صالح العياري، المرجع السابق، ص 19.

(2) - في قضية بين المدعية وهي شركة (...)، تملك محلا للصياغة في (...)، وقد استخدمت المتهم (...) للعمل لديها ابتداء من سنة 1993، وقد تفانى هذا الأخير في خدمتها حتى حاز على ثقة أصحابها وأصبح مؤتمنا على موجوداتها، إلا أن المتهم (...) استغل الثقة الموضوعة في شخصه وأخذ يسرق أموال الشركة والمجوهرات الموجودة فيها ابتداء من سنة 1993، وبصورة متواصلة، وبشكل يومي، وعلى دفعات صغيرة، حتى لا ينكشف أمره ويثير الشبهة حوله، إذ كان يستغل فرصة انشغال أصحاب الشركة والعمال فيها ليقترّب من صندوق المال، ويستولي على مبالغ منه...

وجاء في حيثيات القضية أن الأموال والقطع الذهبية التي استولى عليها المتهم لم تكن قد سلمت إليه لتصبح في حيازته، وإنما كان يتصرف بها لعرضها على الزبائن أو لنقلها من مكان إلى آخر، وذلك تحت إشراف أصحاب الشركة ومراقبتهم المستمرة، وبالتالي فإن يده كانت موضوعة على هذه الأشياء بمثابة اليد العارضة ولم تنتقل حيازتها إليه، وعليه فإن استيلاءه عليها يشكل جرم السرقة. أنظر حكم محكمة جنابات جبل لبنان، قرار رقم 99/264، تاريخ 1999/04/16، مذكور في مرجع فؤاد ظاهر، "جرائم السرقة - اغتصاب العقار - إساءة الائتمان - الاختلاس - تقليد العلامات الفارقة في ضوء الاجتهاد"، المؤسسة الحديثة للكتاب، طبعة 2000، ص 59، 58، 57، 56.

(3) - سمير عبد الغني، المرجع السابق، ص 19، ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص 59.

(4) - ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص 60.

المنوطة به. فالخادم ليس سوى ماسك للأشياء التي ترجع لمخدومه دون أن يكون له أي حق عليها، فتكون يده على الأشياء يد عارضة لأن صاحب المال عند تسليمه للأشياء لم تتصرف إرادته إلى نقل حيازتها إلى الخادم، فإذا استولى عليها هذا الأخير عد مختلسا، لأن عمله لا يعدو أن يكون عملا ماديا ولا يصح القول أن الخادم في هذه الأحوال هو وكيل عن مخدومه في حيازة هذه الأشياء لأن استلامها على هذه الصورة يتنافى مع المعنى القانوني للوكالة، وتطبيقا لذلك قضي بأن المستخدم الذي يعمل في شركة لبيع المشغولات الذهبية تكون يده على تلك المشغولات يدا عارضة لأنها لم تسلم له لتصبح في حيازته، وإنما كان مخولا فقط عرضها على الزبائن تحت إشراف أصحاب الشركة ومراقبتهم المستمرة⁽¹⁾.

أما إذا ثبت أن المخدوم قد انصرف إرادته إلى نقل الأشياء لخادمه على سبيل الحيازة الناقصة كما لو أعطاه مالا ليشتري شيئا، فإن الخادم يعتبر وكيلًا عن سيده وتكون يده على هذا المال يد أمانة، فإذا استولى على المال كله أو بعضه يكون مرتكبا لجريمة خيانة أمانة⁽²⁾، طالما ثبت أن الغرض من التسليم هو القيام بمباشرة عمل قانوني لحساب المخدوم صاحب المال.

ويتضح بذلك أن الأمر يتطلب في كل حالة تحديدا لنوع التسليم، وهذا التحديد مرتين بما إذا كانت قد توافرت إرادة تغيير الحيازة أم لم تتوافر وهو ما يتعين فحصه في ضوء العلاقة بين المسلم والمتسلم⁽³⁾.

والقول نفسه ينطبق على العمال وعلى المستخدمين في المصانع والمتاجر، فالأصل أن المعدات والأشياء وضعت تحت أيديهم لغرض العمل بها تحت إشراف مؤجرهم الذي لم تكن له النية من تمكينهم الحيازة على هذه الأشياء فإذا ما استولى العامل أو الصانع أعتبر مختلسا⁽⁴⁾.

وهكذا يتضح مما سبق، أن الاختلاس المرتكب من قبل الأجير يعد مكونا لجريمة السرقة إذا وقع استيلاؤه على حيازة الشيء بعنصريها المادي والمعنوي في وقت واحد، دون رضا المالك أو الحائز السابق، على أن التسليم فيها يلعب دورا مهما في قيام الاختلاس من عدمه.

2- مجال الاختلاس

يكتسي تحديد مجال الاختلاس أهمية بالغة في تكييف أفعال الاختلاس المرتكبة من قبل الأجراء على أنها جرائم سرقة، يتحدد من خلالها مجال المسك المادي للشيء، فلا تعد جريمة السرقة مرتكبة من قبل الأجراء إلا

(1) - علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص.648 وما بعدها.

(2) - Cass Crim. 22 décembre 1962, B.317.

* Pierre Bouzat, "Observation à propos de cass crim 6 mars 1968", Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1968, p.637.

(3) - محمود نجيب حسني، "جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات اللبناني"، المرجع السابق، ص.117.

(4) - عادل عبد إبراهيم العاني، المرجع السابق، ص.32 وما بعدها.

بتوافر ظروف تضيف هذا الوصف أو تزيله، لذا يقتضي الحال بيان المكان الذي ترتكب فيه أفعال الاختلاس المكونة لجريمة السرقة لاعتبارها واقعة من قبل الأجراء، وكذا بيان وقت ارتكاب هذه الأفعال.

أ- مكان اختلاس الأجير

لا يعتبر الاختلاس مرتكبا من قبل الأجير ولا يتوافر لديه ظرف التشديد إلا إذا وقع في مكان داخل أو أثناء العمل أو في محل تابع له، على مال مملوك لرب العمل أو في حيازته، ويزول ظرف التشديد إذا وقع الاختلاس من قبل الأجير خارج مكان العمل حتى ولو كان واقعا على مال مملوك لرب العمل أو في حيازته.

وتجب الإشارة، أنه لا أهمية لصفة المجني عليه بعد ذلك، فقد يكون رب العمل إذا وقعت السرقة على مال مملوك له أو في حيازته، أو عميل له أو زائر أو أي شخص آخر تصادف وجوده في مكان العمل، ويستوي أن يكون هذا المكان محلا أم مصنعا أم مستودعا أم أي مكان آخر تابع للعمل أو المصنع.

فلا يشترط في هذه الحالة أن تقع السرقة في مكان عمل العامل، وإنما يكفي لقيام الجريمة في هذه الحالة أن يكون المال المسروق مملوكا للمتبوع سواء كان المال الذي يعمل به العامل أو في مكان آخر، وبعبارة أخرى يقصد به المكان الذي يعمل فيه الأجير مستخدما كان أو صانعا بغض النظر عن طبيعة العمل الذي يؤديه⁽¹⁾.

ب- زمانه

لاشك في أن صفة مرتكب جريمة السرقة تلعب دورا مهما في تحديد أفعال الاختلاس، إذ أن هذه الصفة تظل قائمة طوال مدة العمل القانونية، وتزول بانتهائها، ومن ثمة وحتى يكون من الممكن تكييف الأفعال على النحو السابق الإشارة إليه يجب أن تقع من قبل الأجير مادامت علاقة العمل قائمة وفي الأوقات المخصصة للعمل، تطبيقا لما سبق يجب أن يكون المسك المادي للأشياء المختلسة واقعا أثناء القيام بالعمل أو بمناسبةه.

الفرع الثاني: عناصر الاختلاس

من خلال تعريف جارسون السابق والسائد للاختلاس يتبين جليا أن فكرة الاختلاس في جريمة السرقة تقوم على عناصر ثلاث أولها سلب الحيازة بعنصريها المادي والمعنوي، وثانيها إنهاء هذه الحيازة، وأخيرا عدم رضا المالك أو الحائز عن ذلك.

(1) - إبراهيم حامد طنطاوي، " المسؤولية الجنائية عن جنح السرقة المشددة"، الطبعة الأولى، القاهرة 1996، ص.74.

أولاً: سلب الحيازة

لا يتوافر الاختلاس إلا إذا تم سلب حيازة الشيء بعنصريها بموجب نشاط إيجابي يصدر من الأجير، وهذا يعني أنه يجب أن يكون فعله هو الذي أنهى الحيازة السابقة وأقام الحيازة الجديدة، فإذا كانت الحيازة السابقة قد انتهت دون تدخل من قبل الجاني فلا يتحقق الاختلاس حتى ولو استولى الجاني على الشيء وإن جاز أن تقوم في حقه جريمة التقاط الأشياء الضائعة بنية تملكها⁽¹⁾، أما إذا اقتصر فعل المتهم على إخراج الشيء من حيازة صاحبه دون أن يدخله في حيازة أخرى فإنه لا يعد سارقاً.

ويلزم لتحقيق سلب الحيازة أن يقوم الأجير بفعل مادي ينقل به الشيء إلى حيازته، أيا كانت الوسيلة المستخدمة في ذلك. فكل وسيلة توصل الأجير إلى إخراج الشيء من حيازة غيره وإدخاله في حيازته يتوافر بها الاختلاس، ويستوي في ذلك أن يقوم الأجير باستخدام أعضاء جسمه مباشرة كالأخذ باليد، وقد يستعين بأداة لتحقيق هذا الغرض كاستعمال خطاف أو فخ أو أي أداة أخرى، وحتى باستخدام إنسان آخر إذا كان هذا الإنسان حسن النية أو غير مسئول جنائياً.

ثانياً: إنهاء الحيازة

لا يقع الاختلاس قانوناً إلا إذا قام الأجير بفعل إيجابي بإنهاء الحيازة السابقة وإنشاء حيازة جديدة، ويقصد بالحيازة هنا الحيازة الكاملة أو الناقصة التي تكون لغير الأجير، إذا يشترط في الحيازة السابقة المعتدى عليها أن تكون لغير الجاني، مهما كانت صفة الغير سواء كان شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً. فإذا كانت الحيازة بيد الجاني فلا يقوم الاختلاس⁽²⁾، ولا يشترط أن يكون هذا الغير حائزاً للشيء بصورة مشروعة، حيث تتحقق الحيازة السابقة حتى ولو كانت حيازة الغير للشيء هي نتيجة سرقة، فإذا اختلس الغير الشيء المسروق وقعت جريمة جديدة يكون فيها السارق السابق مجنياً عليه في سرقة جديدة⁽³⁾.

كما يلزم أن تكون حيازة غير الجاني المعتدى عليها إما كاملة وإما ناقصة – على النحو السالف ذكره- أما تسليم اليد العارضة فلا يمنع من قيام الاختلاس إذا استولى صاحب اليد العارضة على الشيء، ويقصد بتسليم اليد العارضة ذلك التسليم الذي يؤدي إلى وجود الشيء مادياً بين يدي المستلم دون أن يكون له عليه سيطرة أو حق، أي دون نقل الحيازة الكاملة أو الناقصة إليه، بل تبقى الحيازة لمن سلم الشيء⁽⁴⁾.

(1) - محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 42 وما بعدها. ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص. 63 وما بعدها.

(2) - محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 43.

(3) - محمود محمود مصطفى، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة، الطبعة السادسة، 1964، ص. 453.

(4) - علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص. 643 وما بعدها.

ذلك هو معنى الحيابة التي يلزم أن ينهيا الأجير الجاني بفعل إيجابي يصدر عنه وإلا انتفى الاختلاس، فمن يستولي على شيء فقد حيازته الأولى دون أن يدخل في حيازة حائر جديد لا يكون مختلسا، ومن ثم لا يكون سارقا لأنه لم ينة حيازة المجني عليه بفعل إيجابي، كمن يستولي على الأشياء الضائعة ويقصد بها الأموال المملوكة التي ضاعت من صاحبها دون أن يقصد التخلي عنها إذ تنقطع حيازته لها بالضياغ، ونفس الشيء بالنسبة للأموال المتروكة أو التي تولى عنها أصحابها، أما الأشياء التائهة وهي الأشياء الضائعة في مكان يكون فيه لصاحبها سيطرة فعلية يعد الاستيلاء عليها اختلاسا⁽¹⁾.

ثالثا: عدم رضاء الحائر

لا يكفي لقيام الاختلاس مجرد قيام الأجير بفعل إيجابي ينهي به حيازة المجني عليه للشيء، وإنما يستوجب أن يقع إنهاء تلك الحيازة دون رضاء الحائر، فإن كان هذا الإنهاء برضاء انتفى الاختلاس وانتفت السرقة تبعا لذلك، وبالرغم من عدم النص عليه صراحة في القانون⁽²⁾ فإن السائد لدى الفقه والقضاء أن عدم رضاء المجني عليه - المالك أو الحائر السابق- يعتبر عنصرا جوهريا لتحقق فعل الاختلاس الذي تقوم عليه جريمة السرقة، تطبيقا لهذا يقضي القضاء أن تسليم مفتاح المستودع للعامل وأخذه للبطاعة بدون علم صاحبها يشكل جرم سرقة⁽³⁾.

وإذا كان الغالب أن يتم سلب الحيازة خلسة أو خفية أي بدون علم المجني عليه، إلا أنه لا تلازم بين عدم الرضاء وعدم العلم. فقد يتحقق عدم الرضاء رغم أخذ الأجير للشيء بعلم المجني عليه كما هو الحال في السرقة بالإكراه، أو في حالة عدم اعتراض المجني عليه واستدراجه الجاني بقصد ضبطه متلبسا بالجريمة، ومع ذلك تقوم جريمة السرقة لأن الشرط هو عدم الرضاء لا عدم العلم، وهو شرط كاف بذاته، وعلى العكس قد يكون أخذ الشيء بدون علم صاحبه ولكن يثبت من ظروف الحال أنه كان راض عنه فلا يعد الفعل سرقة⁽⁴⁾.

إذا وقع فعل الاستيلاء برضاء المجني عليه لا تقع جريمة السرقة وذلك لتخلف ركن الاختلاس، ولكن يشترط في الرضا أن يكون سابقا أو معاصرا لسلب الحيازة أما إذا كان لاحقا عليه فإنه لا ينتج أثره في نفي تكييف الاختلاس عن الفعل وإن جاز أن يعتد به القاضي في تخفيف عقوبة الجاني⁽⁵⁾، ويشترط في الرضاء التي تنتفي به السرقة أن يكون رضاء حقيقيا، يستوي فيه أن يكون هذا الرضاء صريحا أو ضمنيا.

(1) - محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص44 وما بعدها.

(2) - وهذا على خلاف المشرع اللبناني الذي نص على هذا الشرط في نص المادة 635 عقوبات بعد تعديله بالمرسوم الاشتراعي رقم 112 لسنة 1983 والتي عرفت السرقة بأنها "أخذ المال خفية أو عنوة"، إذ أن لفظ "خفية" يفيد عدم العلم الذي يتضمن عدم الرضا في نفس الوقت، أما لفظ "عنوة" فيستفاد عدم الرضاء رغم العلم بالسرقة.

(3) - أنظر قرار محكمة استئناف بيروت الجزائية، الغرفة العاشرة، نشرة قضائية سنة 1996 صفحة 205. منقولاً عن فؤاد ظاهر، المرجع السابق، ص.125.

(4) - علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص.654.

(5) - ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص.66 وما بعدها.

والدراسة وفقا لهذا المنحى، تسمح بالقول إن الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء يعد مكونا لجريمة السرقة، على اعتبار أن صفة المختلس وموقعه في الهيئة المستخدمة يمنح له صفات الثقة والأمانة في علاقات العمل، مما يجعل الأشياء المختلصة بين أيديهم سهلة الحصول عليها أثناء قيامهم بأعمالهم، غير أنه يجب علاوة على ذلك لاعتبار أفعال الاختلاس هذه المرتكبة من قبل الأجراء والمكونة لجريمة السرقة أن تتوافر معها الأركان الأخرى والمعدودة في ركابها.

المبحث الثاني: اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة سرقة بالنظر إلى توافر محلها

في دراستنا هذه، وكما سبق القول، رأينا أن الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء يعتبر مكونا لجريمة السرقة، إذا وقع اختلاس الأجير على الحيابة بعنصريها معا المادي والمعنوي، دون رضا مالكها أو حائزها السابق، والذي يمكن أن يكون تابعا للهيئة المستخدمة أو لزملاء الأجير أو للمتعاملين مع الهيئة المستخدمة، غير أن هذا في حد ذاته يعد غير كاف إذ يلزم لكي تقوم هذه الجريمة أن تقع على مال مملوك لغير الأجير والمقصود هنا بيان محل اختلاس الأجير، ولما كانت جريمة السرقة اعتداء على حق الملكية الذي يرد على المال المنقول، فإنه يشترط في محل الاختلاس أن يكون مالا، منقولا، مملوكا لغير الأجير، لم يكن في حيازته.

المطلب الأول: أن يكون محل الاختلاس مالا¹ منقولا

نظرا لكون السرقة من جرائم الاعتداء على الملكية لزم أن يكون موضوعها صالحا لأن يكون محلا للملكية، ولا يكون محلا للملكية إلا شيء له صفة المال وفقا للقانون، أو هو كل ما يصلح لأن يكون محلا لحق من الحقوق المالية، كما أن الاختلاس بما يتضمنه من نقل للحيابة لا يمكن تصوره إلا إذا كان محله قابلا لأن يتحرك بنفسه أو بفعل الإنسان، ولا يتحرك إلا المنقول.

الفرع الأول: أن يكون محل الاختلاس مالا

تجب الإشارة في بادئ الأمر أننا سنتطرق إلى القاعدة العامة في تحديد مدلول محل الاختلاس ثم نتطرق بعد ذلك إلى حصره في نطاق المحل الذي يقع عليه اختلاس الأجير.

من المعلوم أن معنى المال من وجهة نظر القانون المدني لا تختلف كثيرا عن معناه في عرف جرائم الأموال، إذ لا يكون مالا في نظر القانون المدني إلا الأشياء القابلة للتملك الخاص من جهة وتكون لها قيمة من جهة أخرى، ويظهر جليا من خلال استقراء أحكام المادة 682 من القانون المدني، أن الشيء يفقد صفة المال إذا كان خارجا عن دائرة التعامل بطبيعته أو بحكم القانون، والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي لا

(1) - تجب الإشارة إلى أنه حسن ما فعل المشرع الجزائري حينما استعمل الكلمة "شيء" الواردة في نص المادة 350 من قانون العقوبات إذ أن هذه الكلمة أبلغ في الدلالة على المعنى المقصود، على اعتبار أن لفظ المال إذا أطلق فإنه ينصرف إلى الأشياء التي لها قيمة اقتصادية قابلة للتقويم في ميدان التعامل، بينما السرقة لا تقتصر على هذا الصنف من الأشياء وإنما تتعدى ذلك لتشمل كل منقول قابل للتملك كالرسائل والصور والمستندات والوثائق...

يستطيع أن يستأثر بحيازتها كالهواء وأشعة الشمس ومياه البحر، بيد أن احتجاز كمية من هذه الأشياء في نطاق معين وحيازة شخص معين لها يجعلها محلاً لجريمة السرقة. والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون إذا كان القانون قد منع التعامل فيه، كما يفقد الشيء صفة المال إذا لم يكن متقوماً، أي لم يكن ذا قيمة يمكن تقويمها بالنقود⁽¹⁾.

ما يصدق على المال في نظر القانون المدني يصدق عليه كذلك في نظر القانون الجنائي، إذ يشترط أن تكون له قيمة ثم أن يكون قابلاً للتملك بطبيعته وذلك على النحو السالف ذكره.

أما إذا كان الشيء قابلاً للتملك الخاص إلا أنه خارج عن دائرة التعامل بحكم القانون مثل المخدرات والأسلحة الغير مرخصة والأوراق المزيفة، فيتجه أغلب الفقه والقضاء على أنها تصلح محلاً للسرقة. فلا يشترط في الشيء أن تكون حيازته مشروعة أو غير مشروعة، وترجع علة ذلك إلى أن القانون المدني إنما ينظم التعامل بين الأفراد فينفي صفة المال عما لا يجوز لهم التعامل فيه، الأمر الذي من أجله يمنع أن يكون للفرد حق عيني عليه، لكن هذا لا يمنع أن يكون للدولة حق عيني على هذا المال لأنه يصادر وتؤول إلى الدولة والقانون الجنائي إنما يحمي الحق ذاته ولو كان للدولة وحدها صلاحية اكتسابه. الأمر الذي من أجله يمكن القول أنه يصلح أن يكون المال محلاً للسرقة سواء كانت حيازته مباحة أو محرمة.

ومن ثمة يمكن القول أن كل ما لا يصدق عليه وصف المال لعدم قابليته للتملك لا يتصور قانوناً أن يكون موضوعاً للسرقة.

من جهة أخرى يشترط في المال الذي يصلح لأن يكون محلاً للسرقة أن يكون متقوماً فإذا لم يكن للشيء أية قيمة مالية فلا يصلح أن يكون محلاً للسرقة، وقيمة الشيء قد تكون مالية أو اقتصادية وقد تكون معنوية كالخطابات الغرامية والخطابات العادية وطوابع البريد المستعملة والصور العائلية⁽²⁾.

وتجب الإشارة أن لا أهمية لقيمة المال القابل للتملك سواء كانت ذا قيمة عالية أم ضئيلة في انتفاء ركن الاختلاس، فلا تأثير لها مادام يعتبر في نظر القانون مالاً، وإن كانت ضالة الشيء أو تفاهته تصلح لأن تكون عذراً قانونياً مخففاً للعقوبة في جريمة السرقة، فإذا كان مجرداً من كل قيمة فإن أخذه لا يعد سرقة.

ومع ذلك فهناك جانب من الفقه قد اتجه إلى اشتراط قدر من القيمة الاقتصادية في الشيء حتى يصلح لأن يكون محلاً لجرائم الأموال، وتقدير قيمة الشيء من المسائل التي يتكفل بتقديرها قاضي الموضوع باعتبارها مسألة موضوعية والعبرة بوقت الاختلاس لتحديد ما إذا كان الشيء قيمة مالية أو لا⁽³⁾.

(1) - محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 61 وما بعدها. ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص. 80.

(2) - محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 63.

(3) - ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص. 81. وفي نفس المعنى محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 63 وما بعدها.

ويكون المال شيئاً مادياً إذا تمتع في العالم الخارجي بكيان ذاتي ملموس مستقل أياً ما كان وزنه أو حجمه وأياً ما كانت هيئته. ومن البديهي أن هذا الاشتراط راجع إلى كون السرقة -وما يأخذ حكمها- من جرائم الاعتداء على الملكية، ولهذا فلا يمكن تصور وقوعها إلا على الأشياء المادية لصلاحيته ورود حق الملكية عليها، لانفصالها عن شخصية الإنسان واستقلالها بكيان مادي يمكن مباشرة سلطات الملكية عليه. ومن جهة أخرى فالركن المادي للسرقة - مثلاً - لا يتحقق إلا بالاختلاس وهو ما لا يتصور وقوعه إلا بنقل حيازة الشيء من مالكه إلى غيره وهو ما لا يتصور إلا بالنسبة للأشياء المادية.

وبناء على ما تقدم تخرج من نطاق المال موضوع الاختلاس الأموال المعنوية، لأنها غير مجسمة لا يتصور انتزاع حيازتها، ومثال ذلك الأفكار والآراء والابتكارات...، وتجب الإشارة أنه يجب التمييز بين الأفكار والحقوق والتي لا يتصور وقوع السرقة عليها، وبين السندات المثبتة لتلك الأفكار والحقوق التي تسجل عليها أو تثبتها حيث يصبح لهذه الحقوق مظهراً وكياناً مادياً، الأمر الذي من أجله يجب اعتبار تلك السندات أموالاً مادية منقولة تصلح موضوعاً للسرقة.

فنتاج الفكر عموماً، كالآراء والأشعار والألحان وطريقة الرسم أو النحت ليست محلاً لحق عيني ولذلك لا تقع عليها السرقة وإنما هي محل لحق معنوي ولهذا يحميها القانون بجرائم الاعتداء على الملكية الأدبية والفنية، كما لا تصلح الحقوق الشخصية أو العينية لأن تكون محلاً للسرقة، لافتقارها إلى الكيان المادي الملموس، باعتبار أن الحق ليس سوى تجريد قانوني⁽¹⁾.

وبالإضافة إلى ذلك لا يعد سارقاً من تحصل بغير حق على منفعة من آخر، فالمنافع لا يكون لها في العالم الخارجي كيان مادي ملموس بل هي مجرد حالة معنوية لا يتصور اختلاسها، ومن ثم لا تكون أبداً محلاً للسرقة.

الفرع الثاني: أن يكون محل الاختلاس منقولاً

لم ينص المشرع الجزائري صراحة على هذا الشرط في نص المادة 350 من قانون العقوبات، أسوة منه بموقف نظيره الفرنسي⁽²⁾ الذي لم يشر هو الآخر إلى وجوب أن يكون المال منقولاً وهذا على خلاف بعض التشريعات المقارنة التي أشارت إلى طبيعة المال موضوع الاختلاس كالتشريع اللبناني⁽³⁾، والتشريع الكويتي⁽⁴⁾، ومع ذلك فإن اشتراط أن يكون محل الاختلاس مالا منقولاً، معمول به لدى الفقه بدون نص، بسبب أن العقارات بطبيعتها هي أموال ثابتة غير ممكن اختلاسها ما لم تتحول إلى منقولات بطبيعتها.

(1) - محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص 66 وما بعدها.

(2) - راجع المادة 379 من قانون العقوبات الفرنسي القديم.

(3) - راجع المادة 635 من قانون العقوبات اللبناني.

(4) - راجع المادة 382 من قانون العقوبات الاتحادي.

لاشك أن مدلول المنقول في نظر القانون المدني يتمتع بنوع من التضييق ، إذ يقصد بالمنقول حسبما يحدده القانون المدني بأنه كل مل يمكن نقله من حيزه دون تلف فيما عدا العقار بالتخصيص الذي يعتبر – وهو في طبيعته منقول – في حكم للعقار إذا وضعه صاحبه في عقار يملكه، رصدا على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

بينما يتمتع المنقول في ظل القانون الجنائي بمفهوم أكثر اتساعا عما هو عليه في ظل قانون المدني، لاعتبارات الحماية الجنائية، إذ يقصد به كل ما يمكن نقله من مكان إلى آخر بفعل الجاني، أي إخراجه من حيازة إلى أخرى، وبناءا على ذلك يعد منقولا في نظر القانون الجنائي العقار بالتخصيص، وهو المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصدا لخدمة هذا العقار أو استغلاله فيعد سارقا من يختلس آلات زراعية خصصها مالك الأرض لزراعتها، أو آلات خصصها المصنع لاستغلاله، وبظل هذا الحكم صحيحا حتى ولو ترتب على نقله تغيير في هيئته إذ يستوي في نظر القانون الجنائي أن يترتب على نقل المنقول ثبات هيئته أو تغييرها⁽¹⁾.

من جهة أخرى يتسع مدلول المنقول في القانون الجنائي ليشمل ما يعتبر عقارا بطبيعته في نظر القانون المدني طالما أمكن للجاني أن ينزع هذا العقار أو أن ينزع بعضه من مكانه ويضعه في مكان آخر، تأسيسا على هذا يعتبر منقولا في عرف جرائم الأموال ويصلح بالتالي محلا لها أبواب المنازل والشبابيك إذا تم فصلها عن البناء، وكذلك الأشجار والمحاصيل الزراعية إذا فصلت عن الأرض⁽²⁾.

وعلى هذا يتضح مما سبق أن القانون الجنائي وإن كان لم يشر صراحة إلى ذلك، قد ضيق من فكرة العقار لتصبح قاصرة فقط على العقار بطبيعته الذي لا يتصور نقله من مكان إلى آخر، وبالتالي لا يتصور في شأنه الاختلاس. في مقابل هذا يمكن تعريف المنقول في نظر القانون السالف الذكر بأنه كل ما يمكن إخراجه من حيازة صاحبه وإدخاله في حيازة غيره سواء عن طريق رفعه أو دفعه أو حمله أو جره أو دحرجته ولو تغيرت هيئته.

المطلب الثاني: أن يكون محل السرقة مملوكا للغير

لا يكفي لوقوع جريمة السرقة أن يستولي الشخص على مال غير مملوك له، بل يجب أن يكون الشيء موضوع الاختلاس غير مملوك للجاني، وعلى اعتبار أن السرقة اعتداء على الملكية، فإن القانون لا يحمي بنصوص السرقة مالية الشيء بل يحمي ملكية الغير له، فملكية المال المنقول للغير شرط لتحقيق الاختلاس في السرقة، فقد يكون المال مملوكا للهيئة المستخدمة كما قد يكون مملوكا لزملاء الأجير أو للمتعاملين مع الهيئة المستخدمة، وتجدر الملاحظة أن جريمة السرقة لا تقوم إذا كان المال مملوكا للأجير، كذلك لا سرقة إذا كان المال مباحا أو متروكا حتى ولو اعتقد الشخص أنه يختلس مال الغير، لاشك أن هذه الفرضية الأخيرة تستبعد

(1) - محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.70.

(2) - ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص.83. محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.70.

على اعتبار أن الدراسة تنحصر في اختلاس الأجير على مستوى الهيئة المستخدمة أو بمناسبة فلا يتوقع أن يكون هناك مال مباح أو متروك. وتفصيل هذه المعطيات يأتي تبعا.

الفرع الأول: ما يعد من المال مملوكا للغير

تطبيقا للقاعدة العامة وكما أوردتها المادة 350 من قانون العقوبات الجزائري فإن ما لا يملكه الأجير يعد ملكا للغير ويرجع في تحديد الملكية إلى قواعد القانون المدني، فلا يكفي لاعتبار الشخص سارقا أن يختلس شيئا غير مملوك له وإنما يجب كذلك أن يكون هذا الشيء مملوكا لشخص آخر وقت الاختلاس.

فالرأي الراجح فقها يذهب - بحق - إلى أنه يكفي وقوع السرقة من الأجير في المكان الذي يعمل فيه عادة بغض النظر عن تبعية المال محل الاختلاس، فيستوي أن يكون المال مملوك لرب العمل أو خاص بعميل أحضره إلى مكان العمل لإصلاحه، أو أن يكون المال محل الاختلاس مملوك لزميل للأجير المتهم باختلاسه¹

أولاً: المال المملوك للهيئة المستخدمة⁽²⁾

لا يمكن للأجير الاستيلاء على الأموال المملوكة للهيئة المستخدمة دون علم ورضا مالكيها فإذا ما قام بذلك عد مرتكبا لجريمة السرقة، إذ لا يمكن للعامل أن يحتفظ بصور مستندات تخص الشركة كان قد قام بتصويرها دون علم وموافقة الشركة، ليتخذها دليلا في مواجهة المشروع إذا لزم الأمر، بل إن قيام العامل بتصوير هذه المستندات دون علم وموافقة الشركة ولأهداف غير مهنية، يشكل جريمة السرقة بحسب ما صدر عن الدائرة الجنائية لمحكمة النقض الفرنسية⁽³⁾، صف إلى ذلك إلى أن علاقة العمل التي تربط بين الطرفين، تجعل الأجير في مكانة تجعل الأشياء بين أيديه سهلة الحصول عليها مما يجعل اختلاسها من قبله متى توافرت عناصره مكونا لجريمة السرقة.

ثانياً: المال المملوك لزملاء الأجير

قد يرتكب الأجير السرقة كذلك في حق زملائه، مما يجعل المستخدم يفقد الثقة في أجراءه، فقيامه باختلاس الأموال الموجودة في حيازتهم والاستيلاء عليها دون موافقتهم وعلمهم يشكل جريمة سرقة، علاوة على أن أفعال الاختلاس هذه قد وقعت أثناء القيام بالعمل وفي إطار الهيئة المستخدمة.

(1) - إبراهيم حامد طنطاوي، المرجع السابق، ص.75.

(2) - قرار عدد 879 صادر عن الغرفة الاجتماعية للمجلس الأعلى المغربي، بتاريخ 09.09.2003 ملف 2003/218، غير منشور جاء فيه: "لكن حيث أن المحكمة لم تر فائدة في إعادة الاستماع إلى شهود الطاعن ما دامت شهادتهم في المرحلة الابتدائية مدونة بمحضر الجلسات والمحكمة قد ثبت لديها من الشهود المستمع إليهم أن الطاعن ارتكب خطأ بأخذ مواد البناء لمشغلته بون موافقتها وبني للغير مما كان القرار معللا تعليلا سليما..." مذكور بمرجع بشرى العلوي، "الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، دراسة ميدانية ودليل للعمل القضائي معزز بأحدث الاجتهادات القضائية"، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 2007، ص.110.

(3) - Alain Coeuret, Elisabeth Fortis, "Droit pénal du travail", Lexis-Nexis, 4^{eme} édition, p.136 et s.

ثالثا: المال المملوك لزبناء الهيئة المستخدمة

لاشك أن الأموال المملوكة للمتعاملين مع الهيئة المستخدمة، هي الأخرى قد تكون موضوعا للاختلاس المرتكب من قبل الأجير، مادامت أفعال الاختلاس التي قام بها هذا الأخير قد وقعت في أماكن العمل بالهيئة المستخدمة أو في أماكن تابعة لها، وفي الأوقات المخصصة للعمل، بتعبير آخر أنه يجب لاعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجير جريمة سرقة أن تتوافر لديه هذه الصفة حين ارتكاب هذه الأفعال، على اعتبار أن عقد العمل يلعب دورا جوهريا في تحديد ما إذا كان الاستيلاء الحاصل مكونا لجريمة السرقة أو لجريمة خيانة الأمانة، تطبيقا لما سبق فقد قضي بأن: "أن الأجير المستخدم بالبنك قد اختلس مجموعة من الأموال لزبناء المشغل فصرح المجلس الأعلى أن ما ذكرته الشركة المطلوبة أن الطاعن ارتكب خطأ جسيما يتمثل في الزيادة في الأثمان على الزبناء، وأنه غادر العمل وأثبتها بشهود من بينهم من أكد انه حضر اجتماعا أقر فيه الطاعن للمسئول بأنه تسلم من الزبناء أسعارا تفوق الأسعار المحددة وبذلك يكون ما ورد في القرار المطعون فيه أن الشهادة المذكورة واضحة ولا لبس فيها هو تعليل صحيح يطابق ما ثبت للمحكمة..."⁽¹⁾.

الفرع الثاني: ما لا يعد من المال مملوكا للغير

لا يعد مالا مملوكا للغير، ولا يكون بالتالي محلا للاختلاس إذا وقع الاختلاس على مال مملوك للأجير وكذلك على مال مباح أو متروك.

أولا: المال المملوك للأجير

السرقة من جرائم الاعتداء على المال بهدف تملكه، فلا يعد سارقا من يستولي على مال مملوك له، حتى ولو كان سيء النية معتقدا وقت الاختلاس أن المال يملكه غيره، فالقاعدة "أنه لا يسرق الشخص ماله" وإنما يعتبر فعله المنصب على ماله استعمالا مشروعاً لملكيته⁽²⁾، وعلى هذا لا يعتبر سارقا، من اختلس منقولا اتضح أنه آل إليه وقت الاختلاس بالميراث أو الهيئة دون أن يعلم.

ومادام المال مملوكا للأجير الجاني، انتقت السرقة باختلاسه ولو كان للغير على المال حقوقا كما لو كان المال محملا بشرط مانع من التصرف، أو بوعده بالبيع، بل لا تتوافر السرقة ولو كان الجاني قد انتزع المال الذي يملكه من شخص أحق بحيازته منه، وتطبيقا لذلك، لا يعتبر سارقا المؤجر الذي يختلس المنقول من مستأجره قبل انتهاء مدة الإيجار، ودون وجه حق ولا المودع الذي يختلس الوديعة من المودع لديه، ولو كان لهذا الأخير على

(1) - قرار عدد 213 صادر عن الغرفة الاجتماعية للمجلس الأعلى المغربي، بتاريخ 1997/02/25، ملف 1995/1091، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى المغربية، عدد 52، السنة 20، يوليوز 1998، ص 166 وما بعدها.

(2) - محمود نجيب حسني، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، المرجع السابق، ص 818. وأنظر كذلك سمير عبد الغني، المرجع السابق، ص 61.

الشيء حق الحبس لاستيفاء ما أنفقه عليها⁽¹⁾، ومرجع ذلك أن فعل المؤجر أو المودع يتضمن اعتداء على الحيازة دون الملكية والسرقة لا تقوم إلا بالاعتداء على كليهما معا.

من الحالات الممكنة كذلك، أن يكون المال المسروق مملوكا للسارق على سبيل الاشتراك مع غيره فإن استيلاءه على المال في هذه الحالة يعد سرقة مهما كان مصدر هذا الشيوع، سواء كان هذا المصدر عقد شركة أم ميراثا، على أساس أن الغير هنا يشترك في كل جزئيات المال طالما أن القسمة لم تتم بعد وأن المال في حيازة هذا الغير⁽²⁾.

أما إذا كان المال مشتركا وتمت قسمته ووقع الشيء المختلس من نصيب الأجير، فإنه يعتبر مالكا لهذا المال من وقت قيام الشركة، ذلك لأن القانون المدني يجعل للقسمة أثرا رجعيا، وحينئذ فإن هذا الاستيلاء لا يكون سرقة، وعلى العكس من ذلك يرى بعض الفقهاء أن الأثر الرجعي للقسمة عبارة عن حكم اعتباري، فلا يجب أن يؤثر على حقيقة الواقع. فالشريك وقت وقوع الاختلاس لم يكن مالكا وحده لكل الشيء الذي وقع عليه الاختلاس، وبما أن القانون الجنائي تنبني أحكامه على أساس الحقيقة الواقعة إضافة إلى أن الشريك عندما قام باختلاس الشيء كان يقصد إخراجه من عناصر التركة أو الشركة ويستأثر به لنفسه، فإذا عاد ورضي بإدخاله واقتسامه فإن هذا الأمر يعد بمنزلة رد الشيء المسروق فلا يؤثر على الجريمة بعد قيامها، ويكون ذلك سببا لتخفيف العقوبة فقط⁽³⁾.

ثانيا: المال الغير مملوك لأحد

سبق الذكر أنه يجب لقيام جريمة السرقة أن يكون المال مملوكا لأحد الأشخاص السالف ذكرهم، الأمر الذي من أجله يمكن القول أن الأشياء التي لا تكون مملوكة لأحد لا تكون محلا للسرقة، وهذه الأشياء تشمل الأموال المباحة والأموال المتروكة، وإن كان من المستبعد وجودها في أمكنة العمل أو بمناسبتها.

1- الأموال المباحة

وهي الأموال الغير مملوكة لأحد، فلا تقوم جريمة السرقة إذا ما تم الاستيلاء عليها، إذ يعد سببا من أسباب كسب ملكيتها، فمثل هذا الفعل لا يتضمن فكرة الاعتداء على ملكية الغير، ويكون المال غير مملوك لأحد إذا كان مباحا إما بحسب أصله، وإما بالتترك، أو التخلي عنه.

وعلى هذا الأساس فإن الأموال المباحة بمجرد حيازتها تصبح ملكا لحائزها، ومادامت ملكيتها قد ثبتت لشخص كان اختلاسها منه سرقة في القانون.

(1) - محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 71 وما بعدها.

(2) - ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص. 89.

(3) - المرجع السالف الذكر، ص. 89 وما بعدها.

2- الأموال المتروكة

وهي الأموال التي كانت في الأصل مملوكة لشخص ما ثم تخلى عن حيازتها المادية والمعنوية بإرادته، مثل فضلات الطعام وأعقاب السجائر، قد يكون هذا التخلي صريحا ونحو ذلك كتصريح صاحب العمل بأخذ بعض المنتجات التي تصنع، كما قد يكون التخلي ضمنا كإخراج صاحب المعمل لبقايا صغيرة من أطراف الجلد لم يعد يستعملها ويضعها أمام مدخل المعمل، فمادام مالك الشيء قد تخلى عن الشيء تخليا ماديا جاز لأي شخص تملكه وذلك بوضع اليد عليه، وعلى هذا الأساس فإن اغتيال هذا المال لا يكون اختلاسا، لأن المال وقت اغتياله لم يكن مملوكا لأي شخص⁽¹⁾.

والعبرة بذلك بواقع الأمر من جهة المتخلي وليس بما يدور في خلد الجاني وهذا الواقع يدخل تحريه واستقصاء حقيقته في سلطة قاضي الموضوع أو الأساس الذي له أن يبحث في الظروف التي يستفاد منها أن الشيء متروك أو مفقود. ولا يكفي لاعتبار الشيء متروكا أن يسكت المالك عن المطالبة به أو يقعد عن السعي لاسترداده بل لابد أن يكون تخليه واضحا من عمل إيجابي يقوم به مقرونا بقصد النزول عنه⁽²⁾.

ولا يهم بعد ذلك أن يكون المال المتروك قيما أو تافه القيمة، وإن كان الغالب هو تفاهة المال المتروك⁽³⁾، على اعتبار أن قيمة الشيء إذا كانت كبيرة فقد يدل هذا على كون الشيء مفقودا لا متخليا عنه، ورغم هذا ليس هناك ما يمنع أن يكون كبير القيمة متى كان يستفاد من ظروف الحال أن صاحبه قصد التخلي عنه نهائيا.

والجدير بالملاحظة أن الأموال المباحة والأموال المتروكة قليلا ما تقع من قبل الأجير في أمكنة العمل أو بمناسبة، إلا أننا أشرنا إليها ولو بصورة موجزة لبيان مدلول هذه الأموال.

المبحث الثالث: اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة سرقة بالنظر إلى توافر القصد الجنائي لدى مرتكبها

جريمة السرقة من الجرائم العمدية، يتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي. والقصد الجنائي كما هو معلوم يتكون من عنصرين هما العلم والإرادة، إذ يكون الأجير وقت ارتكاب الفعل عالما بأنه يختلس منقولا مملوكا لغيره بدون رضاه، وأن تتجه إرادته إلى فعل الاختلاس أي نية تملك الشيء المختلس أو تمليكه لغيره.

(1) - محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 73 وما بعدها. ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص. 96.

(2) - علي عبد القادر القهوجي، المرجع السابق، ص. 671.

(3) - المرجع المذكور آنفا، ص. 671.

المطلب الأول: توافر القصد العام والقصد الخاص

القصد الجنائي في جريمة السرقة ليس من قبيل القصد العام الذي يكتفي فيه بإرادة النشاط، مع العلم بكافة العناصر الأخرى التي يتكون منها الركن المادي، وإنما يلزم فوق ذلك أن يتوافر القصد الخاص وهو نية الأجير في تملك المال باعتباره الغاية التي يسعى إليها بنشاطه، لذا يتفق الفقه والقضاء على أنه لا يكفي لوقوع جريمة السرقة توافر القصد الجنائي العام وحده، بل يلزم فضلا عن ذلك أن يقوم بجانبه قصد خاص.

الفرع الأول: القصد العام

القصد العام هو إرادة الفعل أو النشاط المادي مع العلم بكافة العناصر الأخرى التي يتألف منها الركن المادي، وهذا معناه أن القصد العام في جريمة السرقة لا يقوم قانونا إلا إذا أراد الأجير إتيان النشاط المادي المحقق للاختلاس، وهو الحركة أو مجموعة الحركات العضلية التي كان من شأنها إنهاء الحيازة السابقة وإنشاء حيازة جديدة، مع العلم بكافة العناصر الأخرى للركن المادي وهو علم الجاني بوقوع فعله على منقول مملوك للغير وعلمه بصلاحيته هذا الفعل لإنهاء حيازة المجني عليه السابقة وإنشاء حيازة جديدة كاملة ومستقلة⁽¹⁾.

وعليه يقوم القصد العام في جريمة السرقة حين يتوافر العلم لدى الجاني بأنه يستولي على منقول، وأن هذا المنقول مملوك لغيره، وأن الاستيلاء عليه يقع بدون رضاه، كما يتعين أن تتجه إرادة الجاني صوب ارتكاب الركن المادي المكون لجريمة السرقة بكافة عناصره وبقصد تحقيق النتيجة الإجرامية.

أولاً: العلم

لاشك أن مبتغى القانون حماية ملكية الفرد لماله المنقول من الاستيلاء عليه، فإن كان الأجير يعتقد أن المال الذي استولى عليه ملكه وكانت حقيقة الأمر أنه في ملكية غيره لا يتوافر قبله القصد الجنائي في جريمة السرقة، ومسألة علم الأجير أن المال مملوك له أو مملوك لغيره هي مسألة وقائع تستخلصها محكمة الموضوع بغير رقابة من محكمة النقض عليها.

وتأسيساً على ذلك ينتفي القصد الجنائي في جريمة السرقة إذا كان الأجير قد أخذ الشيء سهواً، أو كان شخص آخر قد دسه له في جيبه أو وضعه في حقيبته خلسة فانصرف دون أن يعلم من أمره شيئاً.

كما ينتفي القصد الجنائي في جريمة السرقة، إذا تبين أن ملكية الشيء المسروق محل نزاع جدي بين المتهم والمجني عليه ولم يقيم دليل على أن لا شبهة لدى المتهم في ملكية المجني عليه للشيء المسروق، وأن

(1) - محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص. 77 وما بعدها.

أخذه للشيء إنما كان اختلاسا وسلبا من مالكة الذي يعتقد هو أن الملكية خالصة له من دونه، إذ تبقى المسألة نزاعا مدنيا محضا يظفر فيه من يكون دليله مقبولا بمقتضى القانون المدني⁽¹⁾.

كما يجب أن يتجه قصد الجاني وقت الفعل إلى أن المال محل الاختلاس هو منقول، فإذا حدث غلط في صفة المنقول فإنه لا يعدو أن يكون غلطا في فهم قاعدة جنائية وهو ضرب من الجهل لا يعتد به، ويرى بعض الفقهاء أن هذا النظر شديد، لأن هذا الجهل ليس إلا جهلا بقاعدة جنائية، فإن كان المنقول فكرة مدنية إلا أنه في أحكام السرقة يخلع ثوبه المدني ويرتدي ثوبا جديدا يختلف عما هو عليه في القانون المدني، وإذا كان القانون الجنائي يستقل بتحديد مدلول المنقول فإن الغلط في فهم هذا المدلول لا يعدو أن يكون غلطا في فهم قاعدة جنائية وهو ضرب من الجهل لا يعتد به⁽²⁾.

كما يجب أن يعلم الأجير أنه يستولي على المال بغير رضا مالكة، فتنازل الحائز عن الحيازة الكاملة أو الناقصة للمال لا يجعل من الأجير مختلسا، وإذا كان الأجير يعتقد بحسن نية أنه يأخذ المال برضا المالك فلا يتوافر القصد الجنائي في حقه، ومتى وجد رضا المجني عليه لا تقوم الجريمة حتى ولو كان مرتكب الفعل على جهل بالرضاء الصادر منه، ومسألة العلم بالرضاء مسألة وقائع يستخلصها قاضي الموضوع من الأدلة التي تطرح بين يديه.

ثانيا: الإرادة

يتعين أن تنصرف إرادة الجاني إلى اختلاس المنقول محل الجريمة وذلك بإخراج الشيء ماديا من حيازة المجني عليه وإدخاله في حيازته هو أو غيره، فلا يقوم القصد الجنائي إذا لم تتجه إرادة الجاني إلى إخراج الشيء ماديا من حيازة المجني عليه.

كما ينبغي أن تكون إرادة الجاني معتبرة قانونا، وذلك بأن تكون إرادة حرة ومميزة، فإذا أكره شخص على القيام بفعل الاختلاس ينفي القصد العام في جريمة السرقة تبعا لذلك.

الفرع الثاني: القصد الخاص

إن توافر القصد العام لوحده لا يكفي لقيام الركن المعنوي للسرقة، أي باتجاه إرادة الجاني إلى إتيان الفعل المحقق للاختلاس مع علمه بأن من شأن هذا الفعل إنهاء حيازة المجني عليه وإنشاء حيازة جديدة على المال المنقول المملوك للغير دون رضاه، وإنما يجب فوق ذلك توافر القصد الخاص أي انصراف نية الجاني إلى

(1) - أنظر نقض 27 يناير 1985 مجموعة أحكام محكمة النقض، س36، رقم 20، منقولاً عن فتح الله خلاف، "جرائم السرقة"، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص.60.

(2) - فتح الله خلاف، المرجع السابق، ص.59.

امتلاك المال المختلس، فإن وقع الاستيلاء لغرض آخر، فإن القصد الجنائي لا يقوم ولو ترتب على هذا الاختلاس تجريد المالك نهائياً من ماله.

فيجب أن تكون غاية الجاني من إتيان النشاط المحقق للجريمة، ضم ما استولى عليه إلى ملكه أو ملك غيره، وليس المقصود من ذلك ضم الشيء إلى ملك السارق كحق وإنما ضمه إلى ملكه كمركز واقعي وفحوى اقتصادي أي مجموع من السلطات الفعلية، وهذه النية تتوافر لدى الجاني كلما كان مبتغاه من الاستيلاء على المال أن يتصرف فيه واقعيًا على النحو الذي يتصرف فيه المالك في ملكه فيحرم المالك الشرعي من سلطاته على الشيء ليحل نفسه أو غيره محل المالك في تمتعه بتلك السلطات⁽¹⁾.

فمن ينتزع شيئاً غير مملوك لغيره قاصداً إتياناً ثم يعدمه فور انتزاعه لا يعد سارقاً، ولا يعد كذلك من باب أولى من يختلس شيئاً بقصد الانتفاع به على أن يردّه بعد ذلك إلى صاحبه⁽²⁾.

كما تنتفي نية التملك متى اقتضت نية الجاني على مجرد وضع اليد العارضة على الشيء دون أن تنتج إلى اكتساب الشيء أو حيازته الناقصة، تأسيساً على ذلك تنتفي نية التملك لدى الجاني ومن ثم لا تقوم الجريمة لغياب القصد الخاص، فمن يتناول شيئاً لفحصه أو لمعرفة المكان الذي صنع فيه و رده حالاً لا يعد سارقاً، ولو كان هذا الفاعل قد اختلس الشيء ضد إرادة المالك بل برغم مقاومته.

وكذلك لا يعد سارقاً من يختلس مالا مملوكاً لغيره على سبيل الدعابة والمزاح، ولا من يختلس مالا منقولاً من سارقه لكي يردّه إلى مالكه، ولا من يستولي على منقول مملوك لغيره لكف شره ومنع أذاه.

ومتى توافرت نية التملك فإنه لا يشترط بعد ذلك أن تتوافر لدى الجاني نية الإثراء على حساب المجني عليه، فيعتبر القصد متوفراً ولو اختلس الجاني الشيء ثم وهبه لشخص آخر أو أتلفه أو تخلى عنه.

وتجب الإشارة، إلى أن الفقه مختلف حول مدى تطلب قيام القصد الخاص إلى جانب القصد العام في السرقة من عدمه، هذا الغموض ينجلي تماماً إذا استحضرننا من جهة دوره ما يسمى القصد الخاص في الإثبات، إذ المؤكد أن انتفاءه يمنع قيام السرقة أصلاً على اعتبار أن الاستيلاء المادي على الشيء بدون رضا صاحبه يشكل قرينة قوية على أن إرادة الفاعل قد اتجهت إلى تملك الشيء وإحلال نفسه مكان المالك، إلا أن هذه القرينة – كما هو معلوم- بسيطة يمكن إثبات عكسها، كأن يثبت مثلاً المستولي على الشيء بأنه كان يمازح مالكه، أو أنه استولى عليه من أجل استعماله والانتفاع به و رده فيما بعد وهنا لا تقوم السرقة، ومن جهة أخرى فإن الفقهاء غير متفقين – وهذه نقطة منهجية- على المكان الذي ينبغي أن يتبوأه هذا الكائن القانوني النية في تملك الشيء أو بالأحرى نية الظهور على الشيء بمظهر المالك، فمنهم من يرى بأنها تشكل عنصراً في الاختلاس ذاته، على

(1) - محمود نجيب حسني، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، المرجع السابق، ص.865 وما بعدها. محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، المرجع السابق، ص.81 وما بعدها، محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص.101.

(2) - Garraud René, Op. Cit, No. 2387, P.141.

اعتبار أن هذا الأخير يتكون من عنصرين أولهما مادي ويتحقق بمجرد الاستيلاء على الشيء، وثانيهما معنوي وهو نية الاستئثار به والظهور عليه بمظهر المالك⁽¹⁾، بينما الرأي الآخر يربط قيام القصد الجنائي العام ذاته بضرورة وجود نية التملك عند المختلس، إذ بانتفاء هذه النية لا ينتفي به أي قصد خاص في السرقة، وإنما الذي ينتفي هو القصد العام نفسه⁽²⁾.

والنتيجة التي ننتهي إليها، هي أن نية التملك السائدة عند جملة الفقهاء باعتبارها قصدا خاصا في السرقة، هي عند طائفة أخرى لازم توافرها أيضا لقيام السرقة، كل ما في الأمر أن البعض يجعل منها عنصرا معنويا في الاختلاس⁽³⁾، بينما يرى الآخرون أنها من مشتملات القصد الجنائي العام⁽⁴⁾.

المطلب الثاني: معاصرة القصد للاختلاس وإثباته

لا يكفي أن يتوافر لدى الأجير قصد جنائي يرمي إلى حرمان الغير من ممتلكاته، بل لابد أن يكون هذا القصد معاصرا للاختلاس الواقع من قبله على أن يتم إثبات هذا الاختلاس.

الفرع الأول: معاصرة القصد للاختلاس

تقضي القواعد العامة في هذا الصدد وجوب أن يكون القصد الجنائي معاصرا للفعل المادي أو السلوك الذي تتكون منه الجريمة، وذلك بمعنى أن يتوافر لدى الأجير في ذات الوقت الذي يرتكب فيه الاستيلاء على الحيازة الكاملة للمنقول المملوك للغير، كافة العناصر التي يتكون منها قصد السرقة، فإذا تخلف القصد الجنائي في هذا الوقت لا يتحقق التعاصر المطلوب ولا تقوم جريمة السرقة.

وتطبيقا لذلك، لا يعد سارقا من يستولي على شيء في حيازة غيره معتقدا على خلاف الحقيقة أنه يسترد مالا مملوكا له، ولو تبينت الحقيقة فيما بعد وظل رغم ذلك محتفظا بحيازة الشيء، على اعتبار أن وقت الاختلاس كان يجهل أن المنقول مملوك لغيره فلا يتوافر لديه في ذلك الوقت القصد الجنائي. كما لا يعد سارقا من يعتقد أنه يأخذ الشيء برضاء صاحبه إذا اتضح له فيما بعد أن هذا الرضاء كان منعذما في الواقع ولم يرد الشيء مع ذلك على صاحبه، وذلك لأنه وقت الاختلاس لم يكن يعلم بأنه يأخذ الشيء دون رضاء صاحبه فيتخلف لديه في ذلك الوقت القصد الجنائي.

وتجب الإشارة أن الشخص إذا كانت لديه اليد العارضة على الشيء، ثم قامت لديه عقب وضع يده نية الاستيلاء عليه فإن القصد الجنائي يتوافر لديه، وترجع علة ذلك إلى أن تناول الشيء على سبيل اليد العارضة ليس هو فعل الاختلاس إذ لا ينطوي على تبديل للحيازة، ومن ثم لا عبرة بتوافر نية التملك حينئذ، وإنما يقع فعل

(1) - العلمي عبد الواحد، المرجع السابق، ص. 290 وما بعدها.

(2) - الخليلي أحمد، "القانون الجنائي الخاص"، الجزء الأول، الرباط 1981، ص. 315.

(3) - العلمي عبد الواحد، المرجع السابق، ص. 291.

(4) - الخليلي أحمد، المرجع السابق، ص. 315.

الاختلاس حين يقرر صاحب اليد العارضة الاستيلاء على الشيء إذ في هذه اللحظة يخرج من حيازة مالكة ويدخله في حيازته هو، وفي هذه اللحظة أيضا تتوافر نية التملك فيتحقق بذلك التعاصر بينها وبين فعل الاختلاس⁽¹⁾.

الفرع الثاني: إثبات القصد الجنائي

القاعدة أن عبء إثبات القصد الجنائي يقع على عاتق قضاء التحقيق، فيجب أن تثبت قيام العلم لدى الأجير وقت ارتكاب الجريمة بأنه يختلس منقول مملوك للغير بالرغم من إرادة مالكة بنية تملكه هو لنفسه. تبعا لهذا لا يكفي مجرد وجود مال مملوك لشخص في حيازة آخر لإثبات أنه سارق له، فمن الجائز أن تكون حيازته مشروعة أو غير مشروعة ومن ثم لا تقوم جريمة السرقة.

كما أنه لا يكفي لإثبات نية التملك عجز الحائز الذي ادعى ملكية ما يحوزه عن إثبات ملكيته له، فالمبدأ المقرر أن الحيازة في المنقول سند الملكية⁽²⁾، ولكن يقوم الدليل على توافر نية التملك بالقرائن، كإخفاء المتهم الشيء المملوك لغيره وإنكاره وجوده لديه أو رفضه تسليمه إلى مالكة حينما طالبه بذلك.

وإذا كان استظهار نية السرقة شرطا لصحة الحكم بالإدانة في جريمة السرقة، فإنه ليس بلازم أن تتحدث المحكمة عن توافر القصد الجنائي صراحة ما دامت الواقعة تدل بذاتها على توافره، هذا ما دامت نية التملك ليست محل نزاع. أما إذا دفع المتهم بانتفاء القصد الجنائي لديه - كما إذا دفع بأن قصده من الاستيلاء على المال هو الانتفاع به بعض الوقت ورده ثانية إلى صاحبه - فإنه يتعين على المحكمة أن ترد على هذا الدفاع وتدلل على وجود قصد الجنائي وإلا كان حكمها معيبا.

لاشك أن منطق نظرية الفقيه " جارسون " سمح بإبراز ما إذا كانت أفعال الاختلاس المرتكبة من قبل الأجير مكونة لجريمة السرقة وذلك بتحديد عناصرها، فإنه في نفس الوقت لا يجب أن نتغافل عن بقية الأركان الأخرى التي يجب توافرها للقول أن الجريمة سرقة، غير أن الإشكال يطرح على أساس أن ربط الاختلاس بنظرية الحيازة يؤدي إلى استبعاد تكييف هذه الأفعال على أساس جرائم أخرى يرتكبها الأجير بالنظر لعلاقة العمل القائمة بينه وبين الهيئة المستخدمة من جهة، وطبيعة تسليم الأشياء له، هل هو تسليم ناقل للحيازة أم مجرد تمكين من اليد العارضة؟ وهو ما يجب التطرق له في فصل ثان موسوم باعتبار الأفعال المرتكبة من قبل الأجير جريمة خيانة الأمانة.

(1) - فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص.728.

(2) - وإذا قيل بأن العجز عن إثبات ملكية المال يثير الشك حول هذه الملكية ويدع مجالا لتوافر نية التملك فالقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المتهم.

الفصل الثاني:

الضوابط المعتمدة لاعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء

جريمة خيانة أمانة

المبحث الأول: مفهوم الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة خيانة الأمانة

المبحث الثاني: اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة خيانة أمانة بالنظر إلى توافر محلها

المبحث الثالث: اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة خيانة أمانة بالنظر إلى توافر القصد الجنائي

لدى مرتكبها في إحداث الضرر

تمثل الأمانة والإخلاص في تنفيذ عقود العمل مبدأ هاما ومحورا أساسيا لضمان حسن صياغة وتنفيذ هذه العقود بما يحقق استقرار المعاملات، ويفرض أعمال هذا المبدأ على أطراف العقد تبني روح التعاون والتضافر من أجل تحقيق أفضل تنفيذ ممكن للعقد.

فإذا كان العقد شريعة المتعاقدين، فإن هذه الشريعة تحتاج عند تطبيقها وتنفيذها إلى مبدأ آخر وهو مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود الذي تمخض بدوره عن ظهور واجب الأمانة والإخلاص في تنفيذ العقود. على هذا الأساس وعلى اعتبار أن الأجير مرتبط بعقد عمل فهل يعتبر إخلاله بهذا العقد جريمة خيانة أمانة؟.

وفي معرض دراستنا للاختلاس المرتكب من قبل الأجراء والمكون لجريمة السرقة رأينا أن اعتماد الفقيه " إميل جارسون " على نظرية الحيابة وربطها بالاختلاس قد أدى إلى فرض جريمة السرقة بصورة تعسفية على حساب جرائم أخرى مجاورة لها، ومن ناحية أخرى استبعاد تطبيق جريمة السرقة كلما لم يكن هناك استيلاء على الحيابة.

لذا يقتضي الحال منا التعرض بادئ ذي بدء إلى تحديد الإطار القانوني لجريمة خيانة الأمانة، مشيرين في الوقت ذاته للتطور الذي عرفته هذه الجريمة في فرنسا، وتجريمها في ظل قانون العقوبات الجزائي.

وما تجدر الإشارة إليه، أن الأحكام القانونية عرفت في فرنسا تطورا ملحوظا، إذ يعد التشريع الفرنسي أول تشريعي وضعي جعل من خيانة الأمانة جريمة مستقلة عن جرائم الأموال الأخرى وخاصة السرقة، وعلى الرغم أن التشريع الفرنسي أقر باستقلالية جريمة خيانة الأمانة، إلا أن هذه الجريمة قد تعرضت لعدة تعديلات عديدة بداية من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 29-09-1791.

إذ لم يكن قانون العقوبات الفرنسي المعمول به قبل صدور قانون العقوبات لسنة 1791 يعترف باستقلالية خيانة الأمانة واعتبرها جريمة قائمة بذاتها، وقد اعتبرها قانون العقوبات الفرنسي جريمة مدنية ترفع ضد الخائن، على أساس أنها لا تخل بالنظام العام. وهناك بعض الحالات اعتبرها القضاء الفرنسي نوعا من أنواع السرقة بسبب أنها تمتاز بالشدة، فالقانون الفرنسي القديم تأثر بالقواعد الرومانية في مجال كلمة " furtum

"، وقصرها على أنواع معينة من السرقة، والخاصة ببعض عمليات الغش الخاصة بالعقود، التي تكون الغاية منها اغتصاب حقوق الغير⁽¹⁾.

وبعد صدور قانون العقوبات الفرنسي لسنة 1791 جعل من جريمة خيانة الأمانة جريمة مستقلة بذاتها، ومنفصلة عن جرائم الأموال الأخرى، سواء من حيث العناصر المكونة للجريمة أو العقوبة المترتبة عليها، ودعم هذا الاستقلال لجريمة خيانة الأمانة، لكن المشرع الفرنسي قصر خيانة الأمانة على الأمانات المجانية⁽²⁾.

وبعد صدور قانون العقوبات لسنة 1810 أخذت جريمة خيانة الأمانة معنى جديدا يختلف عن سابقه، حيث أن هذا القانون نظم جوانب الأمانات من جميع النواحي القانونية⁽³⁾، وكان هذا القانون يقصر خيانة الأمانة على الوديعة فقط، دون أوجه الأمانة الأخرى.

لكن قانون العقوبات الفرنسي الصادر لسنة 1832 أدخل أوجه الأمانة الإجارة، الوكالة، العمل المجاني، ثم أضاف قانون العقوبات الصادر لسنة 1863 الرهن الحيازي وعارية الاستعمال⁽⁴⁾، وسبب هذه الإصلاحات لجريمة خيانة الأمانة هي الظروف الاقتصادية التي طرأت على المجتمع الفرنسي، ووقوع خيانة الأمانة بشكل ملحوظ، حيث أن الأمين يرتكب الجريمة لمصلحته الشخصية⁽⁵⁾.

ولم يتوقف التطور التشريعي لجريمة خيانة الأمانة عند هذا الحد بل أدخلت تعديلات وإصلاحات عديدة، ومن هذه التشريعات التشريع الصادر سنة 1935، 1960، 1970⁽⁶⁾.

وقد ظل مفهوم جريمة خيانة الأمانة على الرغم من التحولات المتتالية التي لحقت بها يقتصر على أوجه الأمانة الواردة في المادة 408 من قانون العقوبات الفرنسي القديم، حيث أن هذه الأوجه تنقل الحيازة الناقصة للغير بعكس الأوجه الأخرى، كالبيع، القرض، التبادل... إلخ⁽⁷⁾، التي لا تنقل الحيازة الناقصة إلى الغير، وبالتالي من الصعوبة تصور وقوع خيانة الأمانة من خلالها.

وهذا يعني إذا لم يكن التسليم بناء على هذه الأوجه، فإن خيانة الأمانة لا تتصور الوقوع وهذا بعكس التشريعات الجنائية الأجنبية الأخرى، التي لا تشترط أن يكون التسليم بناء على هذه الأوجه.

(1) - Roger Merle et Andre Vitu, Op. cit, P.1933. Jean Pradel. Michel Danti, "droit pénal – droit pénal spécial", Tom3, 1995, Cujas, Paris, P. 579.

(2) - Roger merle et Andre Vitu, op. cit, 1982, p.1933.

(3) - Roger Merle et Vitu , op. cit, p.1933.

(4) - Roger Merle et Vitu , op. cit , p.1933. Leinster Rimy, "efficacité et imperfection de l'incrimination d'abus de confiance dans le droit des affaires", Nancy, thèses 1980, p.13.

(5) - Leinster Rimy, Op. cit, p.13.

(6) - Leinster Rimy, Op. cit, p.13.

(7) - Roger Merle et Andre Vitu, Op. cit, p. 1934.

غير أن تطور الحياة الاجتماعية والاقتصادية ظهرت الحاجة الماسة إلى التعديلات حتى يواكب تطور هذا العصر⁽¹⁾، ونتيجة لذلك ظهر قانون العقوبات الفرنسي الجديد في 22 يوليو 1994 ألغى فيه المشرع الفرنسي النص القديم لجريمة خيانة الأمانة، واستبدل مكانه نصا جديدا، حيث أن المشرع الفرنسي قد ألغى أوجه الأمانة الموجودة في النص القديم، واعتمد على التسليم الناقص للشيء فقط، دون أن يكون هناك سببا للتسليم⁽²⁾.

وتعتبر جريمة خيانة الأمانة من بين جرائم الأموال التي تقع على ملكية الشيء المنقول كما سبق القول، إلا أن المشرع الجنائي في أغلبية التشريعات الوضعية لم يتطرق إلى تعريف جريمة خيانة الأمانة، كما فعل في جريمة السرقة، وقد يكون السبب أن جريمة السرقة تعتبر في جميع التشريعات الجنائية ذات مفهوم واحد وهو أخذ مال الغير بدون رضاه، بعكس جريمة السرقة الذي يختلف مفهومها من تشريع لآخر، لذلك ذهب الفقه الجنائي في هذه التشريعات إلى تعريف جريمة خيانة الأمانة كل منهم حسب وجهة نظره الخاصة المستمدة من النص القانوني لجريمة خيانة الأمانة في التشريع الذي يتبعه.

وتتميز جريمة خيانة الأمانة ببعض الخصائص تميزها عن غيرها من الجرائم، بمعنى أن لها طبيعة قانونية متميزة.

والمشرع الجنائي عند تجريمه لأي فعل يراه مخالفا لعادات وتقاليد المجتمع، أو يهدد هذا المجتمع، فإنه يضع له نصا قانونيا يجرمه فيه، بمعنى أن المشرع الجنائي يهدف من تجريم أي فعل تحقيق مصلحة معينة، وهذا ما فعله المشرع الوضعي بالنسبة لتجريم خيانة الأمانة، فقد قرر تجريمها للحفاظ على الاستقرار المالي للدولة، وذلك من عدم ضياع حقوق الأفراد إلى جانب حماية الثقة بين الأفراد.

وقد تعرض المشرع الجزائري لتجريم خيانة الأمانة في المادة 376 من قانون العقوبات والمستمدة تقريبا حرفيا من نص المادة 408 من قانون العقوبات الفرنسي القديم، والتي يظهر جليا من استقراءها أن المشرع لم يعرف هذه الجريمة وإنما اكتفى بتحديد أركانها وعناصرها، وهذا ليس بالغريب إذ أن التعريفات هي من اختصاص الفقهاء، وبالرجوع إلى تعريفاته نجد أن هناك عدة اتجاهات مختلفة تناولت التعريف بخيانة الأمانة يمكن تلخيصها فيما يلي:

يرى أصحاب الاتجاه الأول أن جريمة خيانة الأمانة يقصد بها اختلاس أو تبديد أو استعمال مال منقول للغير سلم للجاني بمقتضى عقد من عقود الأمانة التي حددها القانون على سبيل الحصر، إذا كان من شأن ذلك

(1) - محمد أبو العلا عقيدة، "الاتجاهات الحديثة في قانون العقوبات الفرنسي الجديد"، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يناير 1997، العدد الأول، السنة التاسعة والثلاثون، ص.21.

(2) - Art 314-1 : " l'abus de confiance est le fait par une personne de détourner au préjudice d'autrui des fonds , des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle accepte a charge de les rendre, des les représenter ou d'en faire un usage détermine..."

إحداث ضرر واقترب بالقصد الجنائي⁽¹⁾، مما لاشك فيه أن هذا التعريف يعاب عليه أنه على الرغم من أنه جاء بتعريف شامل لجريمة خيانة الأمانة، إلا أنه لم يختلف عن النص القانوني للمادة 376 من قانون العقوبات الجزائي، فهذا التعريف حدد الركن المادي والمعنوي وأوجه الأمانة والضرر لجريمة خيانة الأمانة، وهذا يعني أنه على الرغم من شمولية هذا التعريف لكنه لم يأت بجديد لخيانة الأمانة.

يذهب أصحاب الاتجاه الثاني إلى تعريفها بأنها الاستيلاء على الحيازة الكاملة – بأحد الأفعال التي حددها النص- على مال منقول للغير سلم للجاني بمقتضى عقد من عقود الأمانة إضرارا بمالكه أو حائزه أو واضع اليد عليه، وذلك بنية حرمان هذا الأخير منه⁽²⁾، هذا التعريف تعرض هو الآخر للنقد على اعتبار أنه لا يختلف عن سابقه إلا من حيث استخدام بعض المصطلحات القانونية المختلفة.

وهناك اتجاه ثالث يعرف أصحابه جريمة خيانة الأمانة بأنها " استيلاء شخص على منقول يحوزه بناء على عقد مما حدده القانون، عن طريق خيانة الثقة التي أودعت فيه بمقتضى هذا العقد وذلك بتحويله صفته من حائز لحساب مالكة إلى مدع لملكيته⁽³⁾، وذلك عن طريق خيانة الثقة التي أودعت فيه"، يمكن القول أن هذا الاتجاه الأخير له وجهة قانونية متميزة بتحديد بعض أركان خيانة الأمانة وخاصة الركن المادي والتسليم، إلى جانب تحديده للحماية القانونية لجريمة خيانة الأمانة بمعنى المصلحة المعتدى عليها وهي الثقة، إلى جانب تعرضه للقصد الجنائي لجريمة خيانة الأمانة.

وبتطبيق هذا المفهوم على موضوع الدراسة يمكن تعريفها بأنها تملك الأجير للشيء المسلم له على سبيل الحيازة الناقصة، وذلك بتحويل حيازته إلى كاملة، بأي صورة مادية كانت، وبنية حرمان صاحبه منه إلى الأبد.

ومن الأهمية بما كان تحديد المصلحة المحمية في كل نص تجريمي، إذ يلعب هذا التحديد دورا أساسيا في تحديد نطاق التجريم، هذا الأخير إنما يتحدد من خلال معرفتنا للمصلحة المحمية في التجريم، كما أن تحديد هذه المصلحة سيؤدي إلى تكييف بعض المسائل المتنازع عليها تكييفا قانونيا صحيحا، ولذلك قد يتساءل البعض عن العلة من العقاب على هذه الجريمة، وما السبب الذي حدا بالمشرع إلى تجريم هذا الفعل؟ أيرجع ذلك إلى التعدي على حق الملكية؟ أم يرجع إلى الإخلال بعقود الأمانة والتي بموجبها يتم تسليم المال من شخص إلى آخر؟ أم أن هناك مصلحة أخرى قدر المشرع جدارتها بالحماية القانونية؟

يرى جانب من الفقه، أن المصلحة المحمية في تجريم خيانة الأمانة هي حق الملكية ويرجع ذلك لاعتبارات عدة أهمها أن المصلحة المحمية في تجريم السرقة هي حق الملكية، ولما كانت خيانة الأمانة يرجع

(1) - محمود نجيب حسني، "دروس في جرائم الاعتداء على الأموال"، لجنة الطباعة والنشر، 1985، ص.190. فوزية عبد الستار، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الأموال"، دار النهضة العربية، 1979، ص.281. رؤوف عبيد، "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال"، دار الفكر العربي، الطبعة السادسة، 1974، ص.559.

(2) - حسن المرصفاوي، "جرائم المال"، مطبعة نهضة مصر، 1956-1957، ص.505. حسني الجندي، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، في جرائم الأموال"، دار النهضة العربية، 1985، ص.354.

(3) - محمود نجيب حسني، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة 1986، ص.1132.

أصلها التاريخي إلى هذه الجريمة فإن المصلحة المحمية في تجريمها هي نفسها في جريمة السرقة، كما أن غاية الجريمتين واحدة وهي تملك مال المجني عليه وحرمانه منه، لذا فإن مجرد التأخير في إعادة المال إلى صاحبه لا يتحقق به جريمة خيانة الأمانة، لأن هذا التأخير لا يمثل اعتداء على الملكية.

وقد عرف هذا الاتجاه انتقادات حادة، على اعتبار أنه ليس من المنطق أن ترجع المصلحة القانونية المحمية في أية جريمة لأصل تاريخي لأن المصلحة التي يقدر المشرع الجنائي حمايتها تختلف من وقت لآخر ومن مكان لآخر، وإذا كانت خيانة الأمانة مشابهة قديماً لجريمة السرقة من حيث اعتبارها سلباً لمال الغير، فإن ذلك يعود إلى أنه لم يكن الوقت قد حان لوضع الحدود الدقيقة التي تفصل بينهما.

وهناك جانب آخر من الفقه يرى أن المصلحة المحمية في التجريم هي تقرير الحماية الجنائية لعقود القانون المدني، إذ تفترض خيانة الأمانة وجود عقد قائم بين الجاني والمجني عليه، ولم يتدخل المشرع في مرحلة سابقة لحماية العقود التي يعقدها الأشخاص فيما بينهم تأسيساً على أن بنود العقد هي الضمان الكافي للمتعاقدين في تنفيذ كل منهم لالتزامه، وما يترتب على عدم التنفيذ من الالتجاء إلى المحاكم المدنية ومن ثم فلا يوجد خطر حال يتطلب تدخل القانون الجنائي. إلا أن التطبيق العملي أثبت أن الالتجاء إلى الطرق المدنية ليس بالضمان الكافي في بعض العقود ومن بينها عقود الأمانة التي تفترض إيداع الثقة في شخص الأمين الأمر الذي دعا المشرع إلى التدخل لتقرير الحماية الجنائية في بعض عقود القانون المدني ممثلاً ذلك في نص جريمة خيانة الأمانة⁽¹⁾.

وهناك من يرى أن المصلحة القانونية التي قدر المشرع جدارتها بالحماية الجنائية في تجريم فعل خيانة الأمانة، هي حماية الائتمان في المعاملات الخاصة، أي حماية الثقة بين الناس، بل أكثر من ذلك حماية مبدأ الثقة المكرس بين الأجير والهيئة المستخدمة الذي يقتضيه واجب الأمانة والإخلاص الذي لا بد أن يتحلى به الأجير، ذلك أن انتشار العبث بالائتمان في المعاملات المالية من شأنه تهديد العلاقات الخاصة، ويقضي على روح التعامل بين الناس في ثقة واطمئنان. فالمصلحة الاجتماعية في حماية هذا الائتمان أصبحت جوهرية وتدعو إلى ضرورة تدخل قانون العقوبات. فإذا أُوْتِمَن شخص على مال منقول، ثم قام بالتصرف به أو استعماله بسوء قصد، قامت جريمة خيانة الأمانة، حتى ولو لم تكن لديه نية تملكه، لأنه تنكر للثقة التي منحها الشخص للمؤتمن على ماله وخانها. فالمشرع الجنائي إنما قصد من وراء تجريم خيانة الأمانة، حماية الائتمان لكي يسود حسن النية في التعامل بين الناس، فيتحقق بذلك شرط جوهرى للازدهار الاقتصادي⁽²⁾.

المبحث الأول: مفهوم الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء المكون لجريمة خيانة الأمانة

(1) - ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص. 283 وما بعدها.

(2) - المصدر نفسه، ص. 285.

لاشك أن الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء لا يمكن أن يكيف فقط على اعتباره جريمة سرقة، خاصة إذا ما اعتمدنا على نظرية الحيازة للفقهاء " إميل جارسون " والتي ربطها بالاختلاس، والتي تؤدي إلى استبعاد هذه الجريمة كلما لم يكن هناك استيلاء على الحيازة، وإن كانت هذه النظرية تؤدي إلى فرض جريمة السرقة بصورة تعسفية على حساب جرائم أخرى مجاورة لها كجريمة خيانة الأمانة، إن التعرض إلى هذا الإشكالية يؤدي إلى نقد نظرية الفقهاء " جارسون " .

المطلب الأول: النتائج المترتبة عن ربط الاختلاس بنظرية الحيازة

إن اعتماد الفقهاء " إميل جارسون " على نظرية الحيازة وربطها بالاختلاس قد أدى إلى فرض جريمة السرقة بصورة تعسفية على حساب جرائم أخرى من بينها جريمة خيانة الأمانة، ومن ناحية أخرى استبعاد تطبيق جريمة السرقة كلما لم يكن هناك استيلاء على الحيازة.

الفرع الأول: فرض جريمة السرقة بصورة تعسفية على حساب جرائم أخرى

إن فكرة المسك المادي – وكما سبقت الإشارة إليها - والتي توصلت إليها النظرية القانونية مكنت من تجريم عدة أفعال لم تكن خاضعة للتجريم في ظل النظرية المادية، ولكن فكرة المسك المادي وإن وسعت في مفهوم الاختلاس، فقد قوبلت بالنقد من قبل العديد من الفقهاء، ذلك أن التوسع في مفهوم الاختلاس، كان على حساب التفرقة بين جريمة السرقة وجريمة خيانة الأمانة، إذ من الجائز أن يقع اللجوء إلى أحكام السرقة لجزر التصرفات التي تدخل عادة تحت أحكام الخيانة، وبعبارة أخرى فقد يخشى الأخذ بتهمة السرقة كلما تعذر إثبات العقد الذي تم بموجبه التسليم وهو ما حصل فعلا في قضية عامل فلاحي ترك حيواناته عند مخدومه قبل أن يدخل المستشفى للعلاج فتولى المخدوم بيعها، وقضت المحكمة بإدانته من أجل السرقة، والحال أنه كان بالإمكان اعتبار التهمة خيانة بناء على عقد الوديعة اقتضتها ضرورة الإقامة بالمستشفى ولكن المحكمة استندت إلى المفهوم القانوني للاختلاس لعقابه من أجل السرقة⁽¹⁾، ولاشك أن هذا المفهوم يخدم مصلحة المجني عليه الذي قد يتعذر عليه إثبات العقد الحاصل بموجبه التسليم، والذي قد يكون أحيانا من العقود التي لا تحميها المادة 376 من قانون العقوبات الجزائري، وإنما هو عقد من العقود الغير المسماة.

فالمفهوم القانوني للاختلاس يقلب عبء إثبات العقد ويضعه على عاتق المتهم الذي يجد نفسه مضطرا إلى إثبات عقد من العقود الوارد تعدادها بالمادة 376 من قانون العقوبات السالف الذكر، ليتسنى له التفصي من عقوبة السرقة التي هي أشد من عقوبة خيانة الأمانة، أو إلى إثبات أن الحيازة قد انتقلت إليه لكن بموجب عقد من العقود الواردة بالمادة 376 وذلك ليتفصي من كل تتبع جزائي.

(1) - إسماعيل بن صالح العياري، المرجع السابق ، ص.54.

فالقضاء عليه التثبت والتمعن في العديد من الحالات حتى يستخلص توفر عقد من عقود الأمانة قبل إدانة المتهم بالسرقة، فإذا ما ثبت لديها توفر هذا العقد فإنه يتعين عليها البحث حول طبيعة التسليم، هل هو على سبيل الحيازة الناقصة أم الكاملة، أم فقط لمجرد المسك المادي، خاصة إذا ما تعلق الأمر بعقد العمل أين يطرح الإشكال حول طبيعة هذا التسليم.

والفقيه الفرنسي جارسون نفسه قد أكد بأنه إذا كان الاتفاق لا يندرج في عقود الأمانة كما حددها القانون، فلا بد من التحفظ في الرجوع إلى جريمة السرقة.

لذلك يتجه تدخل المشرع الذي يمكنه أن يستوحي الحل مثلا من أحكام الفصل 656 من قانون العقوبات الإيطالي، الذي يعاقب على خيانة المؤتمن مهما يكون نوع العقد الذي يتم بموجبه تسليم الشيء إلى مرتكب جريمة خيانة الأمانة، هذا الحل فيه احترام لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات ولمبدأ التفسير الضيق للنصوص الجنائية، وفي غياب هذا التدخل على النظرية القانونية أن تفرض التمييز دون خلط بين حالات التسليم الإرادي في نقل الحيازة الكاملة أو الحيازة المؤقتة أو المسك المادي.

ومن جهة أخرى فإن ربط نظرية الحيازة بمفهوم الاختلاس من شأنه أن يقصي جريمة السرقة عن كل ما لا يعد استيلاء على الحيازة.

الفرع الثاني: إقصاء جريمة السرقة في حالة غياب الاستيلاء على الحيازة

إن الركن المادي في جريمة السرقة لا يتحقق إذا لم يتعلق الأمر باستيلاء على الحيازة، من ذلك أنه إذا كان الشيء موضوع الاستيلاء ليس في حيازة أحد فلا يعد ذلك الاستيلاء اختلاسا ولا وجود لجريمة السرقة. وفي هذا السياق أقرت محكمة التمييز اللبنانية في قرار لها بأن: " الأشياء المتروكة التي تخلى عنها أصحابها أو أرباب العمل لعدم الحاجة إليها، لا يعد اختلاسها سرقة"، وكذلك سار فقه القضاء الفرنسي الذي اقتضى أن: " الاستيلاء على شيء تخلى عنه مالكة لا يؤلف جريمة سرقة⁽¹⁾، وكذلك الشأن بالنسبة للأشياء الضائعة التي لم تكن في حيازة صاحبها لوجود سبب خارجي أفقده الحيازة ضد إرادته فليس في نيته التخلي عنها للغير وبالتالي فإن من يستولي عليها فهو يتعدى على أشياء الغير⁽²⁾."

وهناك حالة أخرى يستبعد فيها تطبيق جريمة السرقة كنتيجة لارتباط الاختلاس بفكرة الحيازة وهي وجود الحيازة بين يدي الغير، فمن كان الشيء بحوزته بصورة مسبقة ولكنه يحتفظ رغم انتقال ملكيته إلى الغير

(1) - Cass crim. 17 mars 1899.D.P1899.1.461 (« n'est pas applicable a la personne entre les mains qui le propriétaire d'une chose n'en est volontairement dessaisie »).

* مأخوذ عن طه زكي صافي، المرجع السابق، ص.261.

(2) - زينبات عبيد، المرجع السابق، ص.169.

ضد إرادة المالك الجديد فإنه لا يعد مختلسا فذلك مجرد استبقاء لحيازة شرعية في أصلها لم تصل إلى يدي الحائز بالاستيلاء عليها.

والاختلاس كما سبق القول لا يقع باستبقاء حيازة مال الغير بدون حق ولكنه يقع بإنشاء حيازة على مال الغير بغير حق⁽¹⁾.

وعليه فإن جريمة السرقة لا تطبق وفق المفهوم القانوني الذي يفرض أن يقع الاستيلاء على الحيازة، فإذا لم يقع اعتداء على الحيازة فإن جريمة السرقة لا تتوفر بالرغم من أنه وقع اعتداء على ملكية الغير.

وبتطبيق ما سبق على موضوع الدراسة نجد أن الأجير لا يعد مرتكبا لجريمة السرقة إذا كان ما قام بالاستيلاء عليه من الأشياء المتروكة كأن تتخلى الهيئة المستخدمة على ما قامت بتصنيعه برمييه وقام الأجير بالاستيلاء عليه.

المطلب الثاني: تحديد مدلول الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء المكون لجريمة خيانة الأمانة

يتمثل السلوك الإجرامي للأجير في جريمة خيانة الأمانة في أي فعل أو امتناع يدل على أنه حول حيازته للمال الذي أوتمن عليه من حيازة ناقصة أو مؤقتة لحساب الغير إلى حيازة تامة أو كاملة بنية التملك، ويظهر جليا من استقراء أحكام المادة 376 من قانون العقوبات الجزائري أن مشرعنا عبر عن الركن المادي في جريمة خيانة الأمانة بكل فعل يتخذ صورة استيلاء الجاني على المال لنفسه، وهو ما يعرف بالاختلاس، *détournement*، وإما بالتصرف في المال لحسابه أو تعمد إتلافه وهو ما يعبر عنه بالتبديد *dissipation*، والجامع بين هذه الأفعال أنها تنطوي على معنى تغيير الحائز لصفة يده على الشيء من يد أمانة إلى يد مالك.

لاشك أن هذا النص والمستمد تقريبا حرفيا من نص المادة 341 من قانون العقوبات الفرنسي القديم، يشير فيه مشرعنا وعلى مثال نظيره الفرنسي إلى فعلي الاختلاس والتبديد، هذا وتجدر الإشارة إلى أن بعض التشريعات المقارنة وخاصة التشريعات العربية كقانون العقوبات المصري تشير إلى الاستعمال في المادة 341 منه، ومن ثمة يلاحظ أن الركن المادي فيها يأخذ صورا ثلاثا.

ويظهر جليا من استقراء أحكام المادة 376 من قانون العقوبات الجزائري، أن المشرع لا يعاقب في هذه الجريمة على كل فعل يتضمن إخلالا بالالتزامات الناشئة عن عقد الأمانة كاستعمال المودع لديه أو الدائن المرتهن للشيء المودع أو المرهون أو تأخر المستأجر في رد الشيء المؤجر بعد انتهاء مدة الإجارة أو استعماله استعمالا مخالفا لشروط العقد، وإنما يعاقب فقط على الأفعال التي تنطوي على العبث بملكية الشيء المسلم إلى الجاني بناء على هذا العقد وذلك من حيث كونها تكشف عن اتجاه نية الجاني إلى الاستئثار بالشيء وإنكار حقوق صاحبه فيه.

(1) - عوض محمد، المرجع السابق، ص.225.

ولقد سبقت الإشارة، أن ربط الاختلاس بنظرية الحيابة أفضى إلى عدة تطبيقات من بينها أن التسليم الناقل للحيابة ولو عن غلط ينفي الاختلاس بمفهوم جريمة السرقة، إلا أن الاستيلاء على الحيابة على هذا النحو يؤدي إلى قيام جريمة خيانة الأمانة.

الفرع الأول: مدلول الاختلاس في جريمة خيانة الأمانة

يتخذ الركن المادي في جريمة خيانة الأمانة صورتين، على أن بعض التشريعات تزيد على ذلك صورة الاستعمال.

أولاً: الاختلاس

مفهوم الاختلاس المرتكب من قبل الأجير وفقاً لجريمة خيانة الأمانة، هو كل نشاط يقوم به يعبر من خلاله عن إضافة الشيء إلى ملكه دون أن يخرج من حيازته، أي أن جريمة خيانة الأمانة تفترض سبق تسليم المال للأجير بمقتضى عقد من عقود الأمانة⁽¹⁾، فهي تعبر عن اتجاه نية الجاني إلى تغيير حيازته من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة، أي من حيازة مؤقتة أساسها اعتراف حائز الشيء بحقوق مالكه عليه إلى حيازة نهائية تقوم على إنكار هذه الحقوق والحلول فيها نهائياً محل صاحبها⁽²⁾.

لاشك أن الاختلاس كسلوك إجرامي مرتكب من قبل الأجير ينصرف إلى تكوين جريمة خيانة الأمانة، على اعتبار أن مدلوله في هذه الجريمة مختلف تماماً عن مفهومه في جريمة السرقة – كما رأينا- والتي ترمي إلى سلب حيازة الشيء بعنصرها المادي والمعنوي بدون رضاه، أما في خيانة الأمانة فإنه يتسلم الشيء بناء على عقد يجعل له على الشيء حيازة ناقصة أو مؤقتة، ويمكنه من الجانب المادي في الحيازة دون الجانب المعنوي، لأن العقد ذاته وما إليه يفيد بقاء الملكية لغيره، فيتحقق الاختلاس في خيانة الأمانة بمجرد تغيير نية الأجير من حائز للشيء حيازة مؤقتة إلى حائز حيازة دائمة، بعد أن كان حائزاً له على ذمة مالكه الحقيقي⁽³⁾.

وتطبيقاً لذلك قضى بأن احتفاظ المتهمين بالآلات بحالتها وعدم استعمالها لها لا يعفيها من المسؤولية الجنائية، إذ يكفي لتمام جريمة اختلاس الأشياء المودعة أن يطرأ تغيير على نية الحيازة، فتنحول إلى نية حيازة بقصد التملك بعد أن كانت نية حيازة وقتية لحساب الغير.

ومسألة إثبات حصول الاختلاس مسألة موضوعية، تختص بها محكمة الموضوع. وهو قد يستفاد من الامتناع عن رد الشيء مع المطالبة به دون وجود مبرر قانوني، أو احتجاز الشيء بدون مقتضى وبغير أن يكون للمتهم حق في اكتسابه.

(1) - حدد المشرع الجزائري عقود الأمانة على سبيل الحصر في المادة 376 من قانون العقوبات.

(2) - محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص.434.

(3) - سمير عبد الغني، المرجع السابق، ص.364.

وعلى هذا الأساس، فالأجير الذي عمد إلى تحويل ما أؤتمن عليه من أموال تعتبر داخلة في ملكية الهيئة المستخدمة، والموجودة في حيازته يعتبر مرتكباً لفعل الاختلاس المكون للركن المادي لجريمة خيانة الأمانة.

يتضح مما سبق على أن هناك farkاً كبيراً بين ركن الاختلاس في جريمة السرقة وبينه في جريمة خيانة الأمانة، فالاختلاس في جريمة خيانة الأمانة هو مجرد تغيير الأمين صفة حيازته دون قيامه بأي عمل قانوني أو مادي على الشيء، بل أكثر من ذلك هو تحويل الشيء عن وجهته، وإضافته إلى ملك حائز له بعد أن كان حائزاً له على ذمة مالكة الحقيقي.

فالاختلاس المقصود هنا في جريمة خيانة الأمانة هو غير الاختلاس المقصود في جريمة السرقة ذلك لأن حائز الشيء لا يستطيع اختلاسه بالمعنى المتعارف عليه في جريمة السرقة وإنما اضطر المشرع إلى استعمال لفظ الاختلاس لعدم وجود ما يقوم مكانه ويؤدي المعنى المطلوب بالنسبة لجريمة خيانة الأمانة.

هذا ويعني الاختلاس في جريمة السرقة -وكما سبقت الإشارة- انتزاع المال من حيازة المجني عليه دون رضاه، أما في خيانة الأمانة فلا حاجة للجاني لانتزاع حيازة المال لأنه هو في الحيازة وإن كانت حيازة ناقصة ولا يتحقق الاختلاس في خيانة الأمانة إلا بتحويل الشيء عن وجهته وإضافته إلى ملك الجاني الحائز دون أن يخرج من حيازته.

ثانياً: التبديد

يعرف الفقه التبديد بأنه تصرف الأمين في المال الذي أؤتمن عليه تصرفاً يخرج من حيازته، ويدل على أن نيته قد اتجهت إلى تملكه وإنكار حقوق صاحبه بشرط أن يؤدي هذا التصرف إلى خروج المال من حيازته. ويسلم الفقه والقضاء بأن التبديد بهذا المعنى لا يعدوا أن يكون صورة خاصة من صور الاختلاس، لأن التصرف في الشيء تصرف المالك يفيد سبق إضافته إلى ملك المتصرف⁽¹⁾.

ويتحقق التبديد بالتصرف القانوني كالرهن والهبة، أو بعمل مادي كإعدام الكيان المادي للشيء بحيث يختفي بالنسبة للمجني عليه، أو يعتبر غير صالح للغرض المعد له حسب تخصيصه⁽²⁾. أو إدخال التعديل على هذا الكيان المادي للشيء بتشويبه وتغيير معالمه بحيث تنقص قيمته أو على الأقل منفعة⁽³⁾، ويستوي أن ينصب التبديد على كل المال موضوع الأمانة أو جزء منه فقط.

(1) - مجدي محب حافظ، "خيانة الأمانة والجرائم الملحقة بها- اختلاس الأشياء المحجوزة من مالها المعين حارساً (جريمة التبديد)- خيانة الائتمان على التوقيع- سرقة السندات المقدمة إلى المحكمة- في ضوء الفقه وأحكام القضاء في مئة عام"، دار الكتب القانونية، 1997، ص.9.

(2) - محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص.435.

(3) - محمود نجيب حسني، "شرح قانون العقوبات القسم الخاص"، المرجع السابق، ص.1206.

فالتبديد يتحقق باستهلاك المال أو بالتصرف فيه للغير بيعا أو هبة أو بأبي صورة من الصور التي تعد اعتداء على ملكية صاحبه، مما يجعل من هذه الأفعال خيانة أمانة إذا تحققت سوء النية لدى الأمين. إلا أن جانبا من الفقه يرى أن المؤمن إذا أجر الشيء الذي أؤتمن عليه أو أن أعاره أو أودعه لدى الغير لا يعد مرتكبا للتبديد، ذلك لان التصرف يفترض تعديا ينال من الحقوق العينية على الشيء وهو ما لا يتحقق في هذه الحالات⁽¹⁾.

وتطبيقا لذلك فقد قضي بأن احتفاظ المتهمين بالآلات بحالتها وعدم استعمالها لها لا يعفيهما من المسؤولية الجنائية، إذ يكفي لتمام جريمة اختلاس الأشياء المودعة أن يطرأ تغيير على نية الحيازة، فتنحول إلى نية حيازة بقصد التملك بعد أن كانت نية حيازة وقتية لحساب الغير⁽²⁾.

والجدير بالملاحظة أن الرأي الراجح لدى الفقه أن الإلتلاف يعتبر تبديدا، وذلك لأن الإلتلاف مظهر من مظاهر التصرف في المال لا يثبت إلا لمالكة وهو يتنافى مع واجب الرد الذي يلتزم به الأمين⁽³⁾، بينما ترى قلة في الفقه أن الإلتلاف لا يعتبر تبديدا، ذلك لأن الأمين لا يهدف بالإلتلاف إلى تملك الشيء بل إلى تدميره⁴.

وتطبيق ما سبق على علاقات العمل نجد أن من بين الالتزامات الناشئة عن هذه العلاقة والتي يجب أن يتقيد بها الأجير واجب المحافظة على أدوات العمل، إذ يستوجب حسن أداء العمل المحافظة على أدوات وآلات العمل التي يسلمها إليه صاحب العمل، وكذلك الأجهزة والمستندات وسائر الأجهزة الأخرى، والمواد الخام التي سيقوم بتصنيعها والمنتجات، وأن يحافظ على سلامتها باذلا في ذلك عناية الشخص المعتاد، وألا يستعملها في غير الأغراض المخصصة لها إلا بإذن من صاحب العمل، كما يجب على العامل الأجير أن يحفظ هذه الأدوات أو الآلات أو الأجهزة في الأماكن المخصصة لذلك.

فإذا لم يحافظ العامل على الأموال أو الأدوات المسلمة إليه، فضبط مثلا بعد انتهاء العمل مختلسا لبعضها فإنه يكون قد أخل بالتزام جوهرى، وعُدَّ على إثر ذلك مرتكبا لجريمة خيانة الأمانة لإخلاله بالثقة الممنوحة له، كما أن قيام الأجير العامل باستخدام سيارة العمل في قضاء مصالحه الخاصة به دون إذن صاحب العمل وتركها في الطريق العام عرضة للسرقة، يمثل إخلالا بمقتضيات الأمانة.

كما يعد قيام العامل الذي يعمل سائقا بالشركة بقيادة السيارة رغم قلة الزيت بها مما أدى لاحتراقها يمثل خطأ جسيما، يجعل العامل مسئولا عما يهلك بخطئه، فالأجير ملزم بالمحافظة على الأشياء المسلمة إليه ليعمل بها، أو كانت مواد أولية توجد تحت تصرفه لتصنيعها، أو كانت مواد مصنوعة تظل في حراسته⁽¹⁾.

(1) - ممدوح خليل البحر، المرجع السابق، ص.304.

(2) - أنظر نقض 29 ماي 1944 مجموعة القواعد القانونية ج4، رقم 6، رقم 359، ص.496. منقولا عن محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص.434.

(3) - مجدي محب حافظ، المرجع السابق، ص.10.

(4) - المصدر نفسه، الهامش رقم 10 ص.10.

ثالثاً: الاستعمال

لم يشر المشرع الجزائري وعلى مثال نظيره الفرنسي إلى لفظ الاستعمال عند بيانه للركن المادي في جريمة خيانة الأمانة المنصوص عليه في غالبية التشريعات المقارنة⁽²⁾، ولكن لا بأس من الإشارة إليه لبيان مدلوله والمقصود منه، فيطرح التساؤل حول ما إذا كان من الممكن أن يقع من الأجير استعمال للشيء موضوع الاختلاس؟ مع الإشارة إلى أنه لا يوجد في القضاء الجزائري ما يشير إلى هذا الطرح.

إن هذه الصورة من صور السلوك الإجرامي أثارَت خلافاً لدى الفقه حول المقصود بالاستعمال؟، فهل يقصد به الاستعمال المتجرد من نية التملك أم المقترن به؟، إذ يرى بعض الفقهاء أن الاستعمال المقصود به هو الاستعمال بقصد التملك، ويضيف إلى ذلك قوله أن الاستعمال على هذا الوضع هو صورة من صور تغيير الشيء عن وجهته لتملكه، وعلى ذلك فلا يكفي إذن مجرد استعمال المال استعمالاً مخالفاً لشروط العقد، لأن القاعدة في جريمة خيانة الأمانة هي أن يلزم وقوع الفعل على ملكية الرقبة، ولا يغني عن ذلك مجرد وقوعه على المنفعة وأن هذه قاعدة مضطربة في جميع جرائم سلب مال الغير⁽³⁾.

ويرى فقهاء آخريين أن الاستعمال المقترن بنية التملك لا يكون قد جاء بمعنى جديد لأن الاستعمال على هذا الوجه لا يخرج عن أن يكون اختلاسا في مفهوم جريمة خيانة الأمانة، أما إذا أريد بإدراج لفظ الاستعمال، الاستعمال المتجرد عن نية التملك فإنه يكون بذلك قد خالف الإجماع وأدخل في جريمة خيانة الأمانة صوراً اتفق على عدم جواز العقاب عليها، ذلك لأن إسراف الأمين في استعمال الشيء الذي سلم إليه على سبيل الأمانة واستعماله في غير ما اتفق عليه، أو استعماله حيث لا يبيح له العقد استعماله لا يمكن أن يعاقب عليه وإن كان يمكن الرجوع عليه بالتعويض طبقاً لقواعد القانون المدني إن كان لذلك وجه⁽⁴⁾.

وتجب الإشارة إلى أن الاستعمال يختلف عن كل من الاختلاس والتبديد في أن نية التملك تنصرف إلى قيمة الشيء فقط دون مادته، حيث أن الجاني ينوي رد الشيء إلى مالكه، ولكن بعد أن يكون قد استخدمه على نحو يجرد من قيمته، وقد ذكر الفقه حالات يؤدي الاستعمال فيها إلى قيام جريمة خيانة الأمانة كأن يسلم مؤلف ناشراً أصول كتاب كي يطبع منه عدداً محدداً من النسخ فيطبع عدداً أكبر، ذلك أنه استعمل الأصول استعمالاً لا يصدر إلا عن مالك⁽⁵⁾.

(1) - أسامة عبد العليم فرج الشيخ، " أحكام مسؤولية الأمين، في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006، ص.405.

(2) - كالتشريع المصري والتشريع العراقي والتشريع السوداني.

(3) - السيد حسن البغال، "إساءة الائتمان أو جريمة خيانة الأمانة في التشريعات العربية، فقها وقضاء، دراسة وضعية مقارنة"، عالم الكتب، 1979، ص.60.

(4) - السيد حسن البغال، المرجع السابق، ص.77.

(5) - محمود نجيب حسني، "دروس في جرائم الاعتداء على الأموال"، المرجع السابق، ص.1207.

والجدير بالملاحظة أن الفقه يخشى أن يؤدي عموم النص إلى تطبيقه على أحوال لا يصح أن تعد من قبيل خيانة الأمانة لانعدام الشرط الأساسي الذي تقوم عليه الجريمة، وهو ضم الشيء إلى الملك أو التصرف فيه تصرف المالك، لذلك يجب عدم التوسع في تفسير لفظ الاستعمال أو الخروج على ما ابتغاه المشرع من حماية ملكية الأفراد للمنقولات⁽¹⁾.

حسن ما فعل المشرع الجزائري بعدم الإشارة إلى فعل الاستعمال ذلك أن الأجير باستعماله للشيء موضوع الاختلاس في غير ما اتفق عليه، لا يتناسب مع فكرة الاختلاس التي تؤدي إلى قيام جريمة خيانة الأمانة، وإنما يعد مخلا بالالتزامات الناشئة عن عقد العمل مما يجعل إمكانية الرجوع عليه طبقا لقواعد القانون المدني.

الفرع الثاني: طبيعة التسليم المحدد لنوع الحيابة

إن تحديد طبيعة التسليم تلعب دورا جوهريا في تحديد ما إذا كانت أفعال الاختلاس المرتكبة من قبل الأجير مكونة لجريمة السرقة أم لجريمة خيانة الأمانة، إذ يعتبر تسليم الشيء عنصر مسبق أو ظرف مفترض، ذلك أن الشيء موضوع الجريمة يكون في حيابة الأجير سلفا وبسبب مشروع، ثم يقوم بتحويل الحيابة من ناقصة إلى كاملة، بمعنى أن الحيابة تلعب دور في وقوع الفعل المادي في جريمة خيانة الأمانة حيث أن هذه الحيابة سلمت برضاء من المالك، مما أدى بعد ذلك إلى وقوع الفعل المادي عليها دون أن يكون هذا الفعل خلسة أو عنوة.

فالشخص الذي يتلقى العنصر المادي للحيابة دون المعنوي ثم يغير نيته في الحيابة بأن يستولي على العنصر المعنوي لا يمكن أن يعد مختلسا بمعنى قيام جريمة السرقة، والعلة في ذلك أن الاختلاس فيها يعني الاستيلاء على الحيابة، ولا يصح أن يقال أن هذا الشخص قد استولى على الحيابة في أنها كانت قائمة لديه بمقتضى سند قانوني.

وبالتالي فإن تسليم الحيابة الناقصة للغير لا يتمشى مع فكرة الاختلاس في جريمة السرقة، فالحائز حيابة ناقصة يمكن أن لا يحترم العقد، ويغير حيازته من مؤقتة إلى كاملة، بحيث يتصرف في الشيء كأنه مالكة الحقيقي، ومع ذلك لا يعد مختلسا على معنى أحكام السرقة، بل يعد خائنا للثقة التي وضعت فيه وبالتالي يسأل عن جريمة خيانة الأمانة.

إن تحديد مفهوم الاختلاس على النحو السابق لا يكفي لقيام جريمة خيانة الأمانة، وإنما لابد أن يقع هذا الاختلاس على مال سلم للأجير بمقتضى عقد العمل الرابط بينه وبين الهيئة المستخدمة.

المبحث الثاني: اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجير جريمة خيانة أمانة بالنظر إلى توافر محلها

(1) - محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص.438.

لا يكتمل السلوك الإجرامي الذي قام به الأجير لاعتباره اختلاسا مكونا لجريمة خيانة الأمانة، ما لم يكن فعل الاختلاس هذا قائما إلى جانبه موضوع حدده المشرع في منطوق نص المادة 376 من قانون العقوبات الجزائي، حيث أورد المشرع أمثلة أو نماذج لمحل الاختلاس، نصت على معاقبة كل من يحول أو يبدد أوراقا تجارية أو مالية أو نفود أو بضائع أو مخالصات أو أية محررات أخرى تتضمن أو تثبت التزاما أو إبراء.

ويظهر جليا من استقراء أحكام هذه المادة أن هذا التعداد الذي أورده المشرع إنما هو تعداد وارد على سبيل المثال لا الحصر، الأمر الذي من أجله يمكن القول أن قانون العقوبات الجزائي لم يشترط أن يكون موضوع جريمة خيانة الأمانة مالا منقولاً، إذ لم يصرح بطبيعة المحل الذي يقع عليه فعل الاختلاس، وإنما يمكن استخلاص ذلك من كونه أشار في الفقرة الأولى من هذه المادة إلى الحقوق المالية المنقولة التي تتضمنها المستندات والمحررات التي تتضمن التزاما أو إبراء. وهي حقوق لا يمكن تصورها إلا ثابتة في أوراق أو سندات منقولة. وتطبيقا لذلك يمكن القول أن كل من سلمت إليه مستندات مثل هذه ضمن عقد من عقود الأمانة وببدها أو تصرف فيها تصرف المالك فإنه يعتبر خائنا للأمانة.

بتطبيق ما سبق على موضوع الحال يجب أن يكون المال محل الاختلاس مالا منقولاً غير مملوكا للغير سبق وأن تسلمه الأجير بمقتضى عقد من عقود الأمانة.

المطلب الأول: كون محل الجريمة مالا منقولاً مملوكا للغير

يشترط في الشيء موضوع الاختلاس أن يكون من قبيل الأموال المنقولة المملوكة للغير لذا يجب التطرق إلى كون محل جريمة خيانة الأمانة المرتكبة من قبل الأجراء مالا منقولاً في (فرع أول)، و كون هذا المال مملوكا للغير في (فرع ثان).

الفرع الأول: أن يكون محل الجريمة مالا منقولاً

يشترط في محل الاختلاس أن يكون مالا منقولاً يؤدي مفهوم محل اختلاس الأجير الذي تقوم به جريمة خيانة الأمانة.

أولاً: أن يكون مالا

إن خيانة الأمانة اعتداء على حق مالي هو على وجه التحديد حق الملكية، ومن ثم يتعين أن يكون موضوعها مالا، والمال هو كل شيء يصلح أن يكون محلا لحق عيني، وقد تكلفت المادة من القانون المدني ببيان المال بأنه " كل شيء غير خارج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون"، وترتبيا لذلك فإن الأموال المعنوية كالأفكار والابتكارات والمنافع لا تصلح محلا لهذه الجريمة، وعليه فلا يسأل عن خيانة الأمانة من أو تمن على

سر اكتشاف أو اختراع فباعه أو أفشاه⁽¹⁾، ولا من يتسلم شيئا من مالكة على أن يستخدمه في منفعة نفسه أو منفعة الغير مقابل أجر معين.

ولا أهمية لقيمة المال كبرت أم صغرت، وسواء أكانت له قيمة مادية أم أدبية فقط، فالمذكرات والخطابات الخاصة تصلح لأن تكون محلا لجريمة خيانة الأمانة، ذلك لأن المادة 376 من قانون العقوبات الجزائري بعد أن عدت بعض الأموال أردفت العبارة " أو غير ذلك " وهي تتسع لكل ما يصلح مالا، كما لا تصلح الحقوق الشخصية محلا لجريمة خيانة الأمانة لأنها غير قابلة للحيازة ولأنها تقع على أمر معنوي متمثل في عمل أو امتناع عن عمل.

وتستوي صورة المال فلا يهم أن يكون جسما صلبا أو سائلا أو غازيا، فكافة هذه الأشياء تصلح محلا لخيانة الأمانة، كما تصلح القوى والطاقات وبصفة خاصة القوة الكهربائية موضوعا لخيانة الأمانة، وتطبيقا لذلك فإن من أودعت لديه بطارية مشحونة بالكهرباء فاستهلك جزء منها دون أن يكون مصرحا له بذلك يرتكب خيانة الأمانة.

ويكفي أن يكون موضوع الجريمة مالا بصرف النظر عن كون حيازته في ذاتها مشروعة أو غير مشروعة، فمن يأتى على حفظ سلاح غير مرخص بحيازته أو مادة مخدرة ثم يخون الأمانة يقع فعلة تحت طائلة القانون⁽²⁾.

ثانيا: أن يكون منقولاً:

يستفاد هذا الشرط من نص المادة 376 من القانون السالف الذكر التي تعاقب من اختلس أو بدد أوراقا تجارية أو نقودا أو بضائع أو أوراقا مالية أو مخالصات...، فهذه جميعها تمثل أموالا منقولة جاء تبيانها على سبيل المثال لا الحصر، على اعتبار أن المشرع قد كفل للعقار حماية خاصة تناولتها نصوص القانون المدني حين أجازت تتبعه في أية يد كانت⁽³⁾.

والمنقول هو كل مال يمكن تغيير موضعه، أي رفعه من موضعه وجعله في موضع آخر سواء أصابه بذلك تلف أو لم يصبه، وقد اكتفى المشرع الجزائري بتعريف المال الثابت واعتبر ما عداه مالا منقولا فهو كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف فهو عقار، وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول.

(1) - محمد عبد الغريب، المرجع السابق، ص.383.

(2) - السيد حسن الیغال، المرجع السابق، ص.58.

(3) - المصدر نفسه، ص.58.

يبدو أن فكرة المنقول في خيانة الأمانة تتسع لما تتسع له هذه الفكرة في السرقة والنصب، فهي تشمل المنقول بطبيعته ابتداءً، وتشمل فضلاً عنه أنواعاً أخرى من الأموال يراها المدنيون عقارات كالعقار بالتخصيص والعقار بالاتصال.

وترتبط على ذلك، فلا يرتكب خيانة الأمانة من تسلّم عقاراً مملوكاً لغيره بموجب عقد من عقود الأمانة كالإجارة أو رهن مثلاً إذا باع هذا العقار أو احتفظ بحيازته رغماً عن إرادة مالكه بعد انتهاء الإيجار أو الوفاء بالدين الذي أرتهن العقار ضماناً له.

ويترتب على كون الشيء موضوع الجريمة منقولاً أن الالتزامات والحقوق لا يمكن أن تكون محلاً لخيانة الأمانة، ولو لم تكن له سوى قيمة أدبية.

ولا يشترط أن تكون حيازة المال موضوع الجريمة مباحة أو محضرة، وعلى ذلك تقع خيانة الأمانة في حالة من يبدد مواد مخدرة أو أسلحة مهربة، أو محرزة بدون ترخيص أو تمن عليها على سبيل الوديعة⁽¹⁾.

الفرع الثاني: أن يكون المنقول مملوكاً للغير

يشترط أن يكون المنقول الذي استولى عليه الجاني مملوكاً لغيره، وذلك لأن جريمة خيانة الأمانة كالسرقة والنصب من جرائم الاعتداء على الملكية فلا يتصور وقوعها إلا على مال مملوك لغير الأجير، ولا أهمية في القانون لشخص المالك، وقد أشار المشرع إلى هذا الشرط ضمناً عندما قال أن الفعل يرتكب "إضراراً بمالكها أو بواضع اليد عليها أو بحائزها" وقد عبرت محكمة النقض المصرية عن هذا الشرط في قولها أن جريمة التبديد لا تتحقق إلا بتوافر شروط من بينها أن يكون الشيء المبدد غير مملوك لمرتكب الاختلاس، فلا عقاب على من بدد ماله لأن مناط التأثيم هو المساس والعبث بملكية المال الذي يقع الاعتداء من غير صاحبه⁽²⁾.

والحكمة من اشتراط ذلك أن هدف المشرع بالعقاب هو حماية ثروة الغير المنقولة، والقانون لا يتدخل لحماية المال من صاحبه إلا في حالات خاصة محصورة.

وتطبيقاً لذلك فإن كان المال قد سلم إلى المتهم على سبيل الأمانة وقد كان هو مالكه الحقيقي دون أن يدري أو يعلم بذلك فقام بتبديده فلا تقوم الجريمة حتى مع اعتقاله عند التبديد أن المال ملك الغير.

كما يجوز أن يكون المال موضوع الأمانة مملوكاً ملكية مشتركة بين المتهم وغيره ولو كانت ملكية على الشيوخ، فيعتبر خائناً للأمانة الشريك الذي يتولى إدارة المال المشترك فيبدد جزءاً منه.

(1) - حسني مصطفى، "جريمة خيانة الأمانة في ضوء القضاء والفقه"، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997، ص. 11.

(2) - أنظر نقض 16 أكتوبر 1978 مجموعة أحكام محكمة النقض س 29، رقم 137، ص. 695. منقولاً عن السيد حسن البغال، المرجع السابق، ص. 21.

ولا يشترط أن يكون مالك الشيء معلوما بل يكفي أن يثبت أن للشيء مالكا آخر غير الجاني حتى ولو كان هذا المالك مجهولا أو غير معين، والفصل في ملكية الجاني للمال وقت الاستيلاء عليه هو مسألة موضوعية يستقل بتقديرها قاضي الموضوع من وقائع الدعوى التي تطرح عليه.

وإذا دفع المتهم بخيانة الأمانة بملكيته للمال المتهم بخيانة الأمانة في شأنه كان دفعه جوهريا، فإذا لم يرد الحكم عليه كان قاصرا⁽¹⁾.

المطلب الثاني: سبق تسليم المال للأجير بإحدى عقود الأمانة

يقتضي هذا الركن توافر شرطين، أولهما أن يكون المال قد سلم إلى الأجير، ثانيهما أن يحصل هذا التسليم بناء على وجه من الأوجه التي نص القانون عليها.

الفرع الأول: سبق تسليم المال للأجير

يشير مشرعنا بوضوح إلى هذا الشرط بمقتضى نص المادة 376 من قانون العقوبات بقوله " لم تكن سلمت إليه إلا... " كعنصر أساسي لقيام ونشوء جريمة خيانة الأمانة، إذ تفترض هذه الأخيرة أن يكون المال مسلما من قبل إلى الأجير الجاني، ويتم هذا التسليم إما من المجني عليه أو من شخص آخر يعمل لحساب المجني عليه، وبذلك فإن تخلف التسليم يمتنع به اعتبار الشخص خائنا للأمانة، ولو كان المال في يده بل ولو كان في حوزته وباشر عليه عملا من الأعمال التي ترتكب بها الجريمة.

وأساس أهمية التسليم في خيانة الأمانة أن الفعل الذي تقوم به هو خيانة الثقة في شأن شيء مملوك للغير والاستيلاء عليه جحودا لحق مالكة، لا يتصور إلا إذا كان في حيازة مشروعة للمتهم قبل ارتكاب فعل الجريمة، وهو لا يكون كذلك إلا إذا سلم إليه، فضلا عن أن خيانة الأمانة هي اعتداء على حق الملكية دون الحيازة ومن ثم لا يتصور اعتداء شخص على ملكية غيره دون أن يعتدي في الوقت ذاته على حيازته، إلا إذا كان المال موضوع هذه الملكية في حيازته بسبب مشروع قبل ارتكاب الفعل⁽²⁾.

أولا: ماهية التسليم

التسليم عمل قانوني ناقل للحيازة قوامه إرادتان انعقدتا على تغيير الحيازة، ومظهره مناولة مادية للشيء من المسام إلى المستلم⁽³⁾.

(1) - أنظر نقض 16 يناير 1951 مجموعة أحكام محكمة النقض س 2، رقم 194، ص.518. منقولاً عن السيد حسن البغال، المرجع السابق، ص.22.

(2) - عبد الفتاح مراد، "شرح جرائم النصب وخيانة الأمانة والجرائم الملحقة بها"، دار الفتح للتجليد الفني، الطبعة الأولى، ص.100.

(3) - المرجع نفسه، ص.101.

فالتسليم الذي يعتد به في نطاق جريمة خيانة الأمانة هو التسليم الناقل للحيازة المؤقتة أي ذلك التسليم الذي مع حصوله يكون المستلم ملزماً برد المال إلى صاحبه عند طلبه أو عند حلول أجل معين، أما التسليم الذي يقصد به نقل الحيازة الكاملة فلا تتوافر بحصوله جريمة خيانة الأمانة.

والحيازة - كما سبقت الإشارة في الفصل الأول- تتكون من عنصرين اثنين عنصر مادي وآخر معنوي، والحيازة الناقصة يتوافر فيها العنصر المادي دون العنصر المعنوي، بخلاف الحيازة الكاملة التي يتوافر فيها العنصرين معاً، والتسليم المقصود به في جريمة خيانة الأمانة لا ينقل إلى الأمين سوى الحيازة الناقصة على المال حيث تبقى ملكية هذا المال لصاحبه.

ولقد سبقنا أن ذكرنا أنه قضى في فرنسا بأن الناشر الذي يطبع عدداً من النسخ أكثر من العدد المتفق عليه ويعيد الأصول إلى المؤلف لا يعتبر فعله هذا خيانة للأمانة باعتبار أنه رد الأشياء المسلمة إليه وهي الأصول وذكرنا أن الحق المالي يصلح لأن يكون محلاً لجريمة خيانة الأمانة، فالناشر هنا قد استعمل الحق المالي خيانة وبهذا يعتبر فعله هذا خيانة للأمانة.

وتطبيقاً لكل ما تقدم قضى بأن الاختلاس لا يمكن أن يعد تبديداً معاقباً عليه إلا إذا كانت حيازة الشيء قد انتقلت إلى المختلس بحيث تصبح يد الحائز يد أمانة ثم يخون هذه الأمانة باختلاس الشيء الذي أؤتمن عليه⁽¹⁾.

كما قضى بأن الخادم الذي يختلس مال مخدومه يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة إذا كان المال قد سلم إليه على سبيل الأمانة أما إذا كانت يده على المال لا تكون إلا مجرد حيازة عارضة غير مقصود فيها انتقال الحيازة إليه فإنه يكون مرتكباً لجريمة السرقة، وإذن، فإذا وصفت محكمة الدرجة الأولى واقعة الدعوى بأنها خيانة أمانة وخالفتها محكمة الدرجة الثانية فاعتبرتها سرقة ولم يكن في الحكم ما يفيد أن حيازة المتهم للمال المختلس لم تكن إلا مجرد حيازة عارضة فهذا يكون قصوراً في الحكم يعيبه ويبطله⁽²⁾.

ثانياً: أنواع التسليم:

1- التسليم الإرادي:

يجب أن يكون التسليم قد صدر عن إرادة حرة غير مشوبة بأي عيب من عيوب الرضا، فلا بد أن يكون الشخص القائم بالتسليم متمتع بالتمييز والإرادة وقت التسليم فإن تبين عدم توفر ذلك بأن أصاب إرادة المسلم عيب من العيوب التي تصيب الإرادة كاستعمال القوة أو العنف أو التهديد اعتبر التسليم كأن لم يكن، ووجب تكيف

(1) - نقض جلسة 21 ديسمبر 1937 الطعن رقم 530 سنة 2 قضائية منشور في مجموعة القواعد ص 551 بند 8. منقولاً عن السيد حسن البغال، المرجع السابق، ص.75.

(2) - نقض جلسة 12 مايو 1941 الطعن رقم 1460 سنة 11 قضائية منشور في مجموعة القواعد ص 552 بند 9. منقولاً عن السيد حسن البغال، المرجع السابق، ص.75.

فعل الاختلاس الذي يقع من الغير على ما تسلمه منه من مال سرقة لا خيانة أمانة، وإن وقع على إرادة المسلم تدليس واحتيال كانت الواقعة نصبا لا خيانة للأمانة.

غير أن ما يشوب الإرادة هنا من عيوب والذي ينتقي مع حصوله التسليم الإرادي في جريمة خيانة الأمانة هو ما يصدر عن الجاني نفسه الذي يتسلم المال، أما ما يصدر عن غيره مما يشوب الإرادة فلا عبرة بحصوله أو حدوثه، فالشخص الذي يجد نفسه في مأزق أو يجد آخر يهاجمه ليستولي على مال معه وسلم هذا المال على سبيل الوديعة لشخص آخر فيخون الأمين الأمانة يعتبر هذا الأخير خائنا للأمانة لأن تسليم المال إليه كان تسليما – بالنسبة إليه- إراديا لم يشبه عيب من عيوب الرضا.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه " إذا كان من الثابت بالحكم أن المبلغ المختلس إنما أرسله صاحبه إلى المتهم بوصفه وكيلًا لبنك (...) فرع (...) بقصد توصيله إلى البنك العام بمصر، وكان المتهم وقت هذا الإرسال قد خرج من خدمة البنك وأنه طلب إليه فعلا أن يستعمل المبلغ في أمر معين هو إرساله للبنك بمصر، والمتهم في ذلك الوقت كان في هذا الصدد وكيلًا للمجني عليه بلا أجر كما كان في اعتقاد هذا المجني عليه وكيلًا للبنك، ولاشك أن اختلاسه المبلغ سواء اعتبر وكيلًا عن المرسل أو عن البنك فيه خيانة للأمانة⁽¹⁾.

2- التسليم الاعتباري أو المعنوي:

لم تشترط النصوص القانونية المنظمة لجريمة خيانة الأمانة وجوب حصول التسليم المادي، أي أن يتم بحركة مادية تنقل الشيء إلى حيازة الأمين على المال، ومن ثمة فالتسليم المعنوي أو الاعتباري يكفي للقول بتوافر التسليم الذي تتطلبه جريمة خيانة الأمانة إذا كان الجاني حائزا للشيء من قبل.

ويكون التسليم معنويا بحتا أي غير مصحوب بفعل مادي وذلك لخروج الشيء ذهنيا – إن صح هذا التعبير- من حيازة المسلم مع بقاء يده عليه كما كانت.

والتسليم الاعتباري بهذه الصورة لا يخرج عن كونه مجرد تغيير في وضع الحيازة وذلك بتحويل الحيازة من كاملة إلى حيازة ناقصة مع بقاء المال في يد حائزه الأول، فهو عمل متجرد عن أي مظهر مادي يعبر عنه ويتمثل في مناولة مادية وإنما يتحقق بمجرد تغيير النية، أي مجرد انعقاد إرادتين على نقل سلطان الحيازة على الشيء من شخص لآخر⁽²⁾.

والتسليم الحكمي أو الاعتباري يفترض أن شخصا كان حائزا لشيء حيازة كاملة، ثم حدث سبب اقتضى أن يعتبر هذا الشخص نفسه حائزا حيازة ناقصة لحساب شخص آخر أصبح بناء على هذا السبب هو الحائز

(1) - نقض 24-12-1934 مجموعة القواعد القانونية، ج1، رقم 26، ص.554. منقولا عن عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص.102.

(2) - عبد الفتاح مراد، المرجع السابق، ص.103.

للشيء حيازة كاملة، أي أنه قد انعقدت إرادة من كان حائزا حيازة كاملة وإرادة شخص آخر على أن يعير الثاني هو الحائز حيازة كاملة، ويتحول الأول إلى حائز لحسابه بغير أن يتم ذلك بمناولة الشيء من الأول إلى الثاني، ففي هذه الحالة يرتكب الأول خيانة أمانة إذا ما جدد حق الثاني¹.

الفرع الثاني: أن يكون التسليم بقصد نقل الحيازة الناقصة إلى الأجير بسبب عقد العمل

يجب أن يكون التسليم الذي ينصب على محل جريمة خيانة الأمانة تسليما ناقلا للحيازة الناقصة، بمعنى أن يكون المستلم قد استلم الشيء على ذمة مالكة لحفظه أو استعماله في أمر معين لمنفعة المالك أو غيره ورده بعد ذلك إلى المالك أو إلى من كلفه المالك بتسليمه إليه.

أما إذا كان الشيء قد سلم على أن يكون ملكا لمستلمه أي على سبيل الحيازة الكاملة فلا محل عندئذ لتطبيق أحكام جريمة خيانة الأمانة، فالأجير الذي يقبض عربونا على عمل اتفق على أدائه لا يعد خائنا للأمانة إذا لم يؤد العمل ولو يرد العربون، والخادم الذي يقبض جزءا من أجره مقدما لا تنطبق عليه أحكاما جريمة خيانة الأمانة إذا انقطع عن العمل قبل أن يوفي بقيمة ما قبض من الأجر⁽²⁾.

فلا يكفي لاعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء مكونا لجريمة خيانة الأمانة أن يكون الأجير قد استولى على المال الذي سبق تسليمه إليه تسليما ناقلا للحيازة المؤقتة أو الناقصة، وإنما يجب زيادة على هذا أن يكون هذا التسليم قد تم بناء على أحد عقود الأمانة التي عدتها المادة 376 من قانون العقوبات الجزائي.

وتجب الإشارة أن التعداد الوارد في المادة 376 من القانون السالف الذكر هو تعداد وارد على سبيل الحصر، فلا يجوز لأحد أن يضيف إلى هذه العقود من باب القياس عقدا لم يرد بينها لأن في القياس توسعة تجاوز الحدود التي وضعها الشارع ومن ثم فهي مهددة لمبدأ الشرعية.

وهذا الشرط جوهرى، وهو أبرز ما يميز جريمة السرقة عن جريمة خيانة الأمانة، فالاختلاس في جريمة خيانة الأمانة لا يقع إلا من الحائز، وهذا يقتضي وجود المال في يد الحائز وقت ارتكاب الجريمة. فإن كان المال موجودا في يد، غير يد الأجير فاستولى عليه عنوة أو خلسة لم يكن فعله اختلاسا مكونا لجريمة خيانة الأمانة، ولو كان عمله قد يسر له ذلك.

ولا يشترط لثبوت الحيازة أن يكون المال قد سلم للأجير من قبل أصحاب الشأن، بل يكفي لذلك أن يوجد المال في يده بحكم عمله، سواء تسلمه من الغير أو أخذه منه، فالعبرة بذات الحيازة لا بمصدرها.

(1) - المصدر نفسه، ص. 103.

(2) - محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص. 605.

ولا ينفي الحيازة - إذا ثبتت - أن يكون الأجير قد خالف التعليمات فلم يثبت في سجلاته كل ما في حوزته، أو لم يعط إيصالاً لمن سلمه أو أعطاه إيصالاً غير رسمي، وحيازة الشيء تشمل ذاته ومحتوياته سواء حددت بأعيانها أو لم تحدد.

يعتبر عقد العمل من عقود الأمانة، ولذا فإن يد العامل على ما تحت يده من أدوات أو مواد سلمت إليه من رب العمل تعتبر يد أمانة، حيث أن هذه الأدوات والمواد قد سلمت إليه للقيام بعمل معين، ومن ثم فإن حيازته لها عي حيازة مؤقتة.

فالحيازة قانوناً هي ما كانت علاقة العمل سببها، فإذا انتفت هذه العلاقة فإن استيلاء الأجير لا يكون اختلاساً مكوناً لجريمة خيانة الأمانة. وتكون علاقة العمل سبباً كلما استوجبت أعمالها أو سوغت للأجير العامل قانوناً تلقي المال من غيره أو وضع يده عليه بأي وجه من الوجوه.

المبحث الثالث: اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة خيانة أمانة بالنظر إلى توافر القصد الجنائي لدى مرتكبها في إحداث الضرر

جريمة خيانة الأمانة جريمة عمدية، فيشترط لوقوعها أن يكون الأجير عالماً بأنه يختلس مالا مملوكاً لغيره، وأن هذا المال موجود في حيازته لكونه داخلاً في مقتضيات عمله، التي يفرضها عقد العمل الرابط بينه وبين الهيئة المستخدمة.

المطلب الأول: القصد الجنائي للأجير

لا يعاقب على الركن المادي لجريمة خيانة الأمانة إلا إذا ارتكب بقصد جنائي، بمعنى أن يكون الأجير وهو يتصرف في الشيء يعلم أنه يتصرف في شيء ليس له سوى حق الحيازة الناقصة، وأن من شأن هذا التصرف إحداث ضرر بالغير.

إذ تعتبر جريمة خيانة الأمانة من الجرائم العمدية، التي يتخذ فيها الركن المعنوي صورة القصد الجنائي الذي يرتبط ارتباطاً وثيقاً مع الركن المادي للجريمة إلى درجة الاندماج، ومؤدى هذا أن الجريمة تتم بمجرد تغيير الأجير المؤمن على المال نيته من حائز لهذا المال حيازة ناقصة إلى حائز له حيازة كاملة، وعملاً بما هو مستقر عليه لدى الفقه⁽¹⁾ والقضاء فإنه لا يكفي لتحقيق هذا الركن توافر القصد الجنائي العام، وإنما يجب أن يتحقق إلى جانبه القصد الخاص أي نية تملك المال وحرمان صاحبه منه بالتصرف فيه تصرف المالك.

الفرع الأول: القصد الجنائي العام

(1) - يذهب بعض الفقه إلى أنه لا حاجة لاشتراط توفر قصد خاص لدى المتهم لقيام الركن المعنوي لجريمة خيانة الأمانة، وأنه يكفي لذلك توفر القصد الجنائي العام بعنصريه. أنظر في هذا الرأي، محمد عبد الحميد الألفي، "جرائم خيانة الأمانة والتملك بدون حق"، دار محمود ودار الأمان، (دب)، ص.94.

يتوافر القصد العام بعلم الأجير المحيط بجميع عناصر الجريمة وقت ارتكابه السلوك الإجرامي الذي حدده القانون، مع إرادة ارتكاب هذا الفعل.

أولاً: العلم

ينصرف إلى علم الجاني بملكية الشيء لغيره وأنه بفعله يغير حيازته عليه من حيازة ناقصة إلى حيازة كاملة⁽¹⁾، وعلى ذلك ينبغي أن يعلم الأجير الجاني أن المنقول الذي اختلسه أو بدده مملوك لغيره وأن حيازته له هي عبارة عن حيازة ناقصة، قامت بناء على عقد العمل الذي يربطه بالهيئة المستخدمة يلزمه بالمحافظة على الشيء ورده عينا، أو باستعماله وتقديم حساب عن هذا الاستعمال، وأن من شأن فعله تغيير نوع حيازته للشيء وتحويلها من ناقصة إلى كاملة، على اعتبار أن يده عليه هي يد أمين وليست يد مالك، وعلى هذا الأساس لا يتوافر القصد الجنائي في خيانة الأمانة إذا ظن المتهم أن الشيء سلم إليه تسليماً ناقلاً للحيازة الكاملة له.

ثانياً: الإرادة

يقنضي القصد الجنائي وفقاً للقواعد العامة في تحديده – بالإضافة إلى العلم – أن يثبت اتجاه إرادة الجاني إلى ارتكاب الفعل الذي تقوم به الجريمة وإلى تحقيق النتيجة الإجرامية²، وتتمثل إرادة ارتكاب الفعل في الاعتداء على حق الملكية باختلاسه أو تبديده.

أما إرادة النتيجة فقوامها حرمان المالك من المال محل الاعتداء نهائياً وعلى ذلك لا يتوفر القصد الجنائي إذا استعمل الأجير الشيء في صورة تنافي تخصيصه أو الغرض المتفق علي، فهلك دون أن تتجه نيته إلى إهلاكه أو يقبل ذلك فإن القصد لا يتوافر لديه.

الفرع الثاني: القصد الجنائي الخاص

كما سبقت الإشارة يرى جانب من الفقه أن جريمة خيانة الأمانة تتطلب توفر قصد خاص يتمثل في نية تملك المال المنقول المملوك للغير والذي سلم إلى الجاني على سبيل الأمانة، وهذه النية تتوافر عندما ينصرف علم الجاني وإرادته إلى الاعتداء على حق ملكية الغير، أو نية تملك الشيء وحرمان صاحبه منه نهائياً⁽³⁾، وتستخلص هذه النية عند قيام الأجير باختلاسه أو تبديده، وقد يستفاد هذه النية من عدم رد الأجير للشيء دون مبرر مع المطالبة به. أما إذا وجد المبرر أو كان عجز المتهم عن الرد راجعاً إلى حالة ضرورة أو حادث قهري كضياع الشيء أو سرقاته أو هلاكه فإن القصد ينتفي، ومسألة إثبات توفر القصد من عدمه مسألة موضوعية تختص بالفصل فيها محكمة الموضوع.

(1) - سمير عبد الغني، المرجع السابق، ص. 371.

(2) - محمود محمود مصطفى، المرجع السابق، ص. 619.

(3) - يرى بعض الفقهاء في هذا الخصوص أن القصد الجنائي في جريمة خيانة الأمانة يتحقق بنية التملك أو بنية حرمان صاحب المال منه، أي بإحداهما دون الأخرى فلا يلزم اجتماعهما معاً. أنظر في هذا الرأي رؤوف عبيد، المرجع السابق، ص. 230.

وغني عن البيان أن القصد الجنائي يجب أن يكون معاصرا لفعل الاختلاس ولا يشترط لبيان القصد الجنائي في هذه الجريمة أن يتحدث عنه الحكم بعبارات صريحة، بل يكفي أن يكون مستقادا من ظروف الواقعة أن الأجير قد ارتكب الفعل المكون للجريمة عن عمد⁽¹⁾ وبنية خبيثة هي حرمان المجني عليه من الشيء المؤمن عليه.

لاشك أن توقيت توافر القصد الجنائي يعد من بين المعايير التي يمكن على أساسها تحديد ما إذا كان اختلاس الأجير مكونا لجريمة السرقة أو خيانة الأمانة، فالقصد الجنائي في جريمة السرقة قد يتوفر قبل ارتكاب الجريمة أو لحظة ارتكابها، ولا يتصور توافر القصد الجنائي بعد ارتكابها، أما القصد الجنائي في جريمة خيانة الأمانة فيعد متوفر بعد التسليم السابق للشيء موضوع الجريمة، ولا يمكن أن يتوفر هذا القصد قبل التسليم للشيء، لأنه في هذه الحالة يكون القصد مجرد نوايا كامنة في النفس غير معاقب عليها.

والعلة من أنه لا يمكن تصور توافر القصد الجنائي قبل تسليم الشيء المؤمن عليه في جريمة خيانة الأمانة، هو أن التسليم يحصل من قبل المجني عليه، أي هو الذي يحدد نوع التسليم الواقع على الشيء، على أساس أن الأجير لو توفر لديه القصد الجنائي قبل تسليم الشيء المؤمن عليه، فإن هذا لا ينفع طالما لم يحصل تسليم. حتى إذا توفر القصد الجنائي لدى الأجير، وسعى المجني عليه ليسلمه الشيء، فيكون هنا مرتكبا لجريمة أخرى.

المطلب الثاني: إحداه الضرر

تشتترط أحكام المادة 376 من قانون العقوبات وجوب توفر الضرر في جريمة خيانة الأمانة إذ يجب أن يقع الاختلاس أو التبديد "إضراراً بمالكيها أو واضعي اليد عليها"، على إثر ذلك لا تقوم الجريمة حتى ولو توافرت سائر أركان جريمة خيانة الأمانة ولم يتوافر ركن الضرر.

ولا يشترط أن يكون الضرر بالفعل، أو أن يكون وقوعه محققا، بل يكفي أن يكون هذا الضرر احتماليا، ولذلك قضى في فرنسا بإدانة من يكلف بالقيام بعمل معين ويعطى مبلغا يدفعه كرسوم ولكنه يختلس هذا المبلغ لنفسه ويقوم بما كلف به من عمل وينجزه بطريقة غير مشروعة، ذلك لأنه من المحتمل أن يكتشف هذا الغش ومن ثم تعود السلطة صاحبة الشأن على الموكل بالتعويض⁽²⁾.

ويكفي وقوع الضرر الذي يلحق بالمجني عليه حتى ولو لم تعد على الأجير الجاني أية فائدة تعود نتيجة لاختلاسه المال، إذ أن مجرد حرقه أو إتلافه للشيء الذي أوتمن عليه يعتبر خائنا للأمانة.

(1) - فوزية عبد الستار، المرجع السابق، ص.968.

2 - السيد حسن البغال، المرجع السابق، ص.118.

كما أن ركن الضرر يعتبر متوافرا حتى ولو كان ضئيلا، إذ لا عبء بمدى الضرر أو بمقداره، كما لا يشترط أن يكون الضرر ماديا إذ يكفي أن يكون هذا الضرر أدبيا كتبديد أوراق لها أهمية لدى صاحبها.

الخاتمة

إن مسألة تحديد ما إذا كان الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء مكونا لجريمة السرقة أم لجريمة خيانة الأمانة، هي مسألة يسودها التعقيد ، على اعتبار توفر الجريمتين على ركن مفترض ، وهو توافر صفة الأجير لدى مرتكبها من جهة ، واشتراط ارتكاب هذه الأفعال الإجرامية داخل الهيئة المستخدمة أو في أماكن تابعة لها، وفي أثناء القيام بالعمل أو بمناسبة من جهة أخرى .

وعلى ذلك فإن الفائدة العائدة من دراسة الضوابط المعتمدة لتقدير ما إذا كانت أفعال الاختلاس المرتكبة من قبل الأجراء مكونة لجريمة السرقة ولجريمة خيانة الأمانة، بيان الأساس القانوني الذي يسمح بتحديد كيان كل جريمة على حدا، مع استخلاص بعض النتائج الناجمة عن تحديد هذا الأساس .

فعلى الرغم من أن جريمة السرقة وجريمة خيانة الأمانة جرائم ذات طبيعة واحدة، على أساس أنها تقع على ملكية الغير، حيث أن الأجير تقع أفعاله الإجرامية على أموال مادية منقولة مملوكة للغير .

وإن هذه الجرائم تتقارب من ناحية الغاية التي يريد الأجير تحقيقها ، والتي تتمثل في الاستيلاء على ملكية الغير وإدخاله في حيازته ، وأن يباشر عليها سلطة فعلية كسلطة المالك الحقيقي .

علاوة على ذلك، تتفق هذه الجرائم في الركن المعنوي الذي يتطلبه القانون، فهذه الجرائم تكون عمدية، إذ لا يتصور أن تقع نتيجة إهمال أو خطأ من الأجير، فلا بد أن يعلم هذا الأخير ، أن الفعل الذي يأتيه مخالف للقانون ، وأن إرادته متجهة لتحقيق النتيجة الإجرامية ، وهي الاستيلاء على الشيء المملوك للغير .

إلا أنه ، ورغم هذه التقاربات فإن هناك حدودا فاصلة بين أفعال الاختلاس المرتكبة من قبل الأجير، والتي قد تكون مكونة لجريمة السرقة أو لجريمة خيانة الأمانة في محاور عدة لعل أهمها:

1- من حيث الحق المعتدى عليه : فإذا وقعت أفعال الأجير الإجرامية على حق الملكية دون الحيازة فإن الجريمة جريمة خيانة أمانة، على اعتبار أن الأموال المختلصة تسلم إلى الأجير تسليما ناقلا للحيازة الناقصة، وليس على سبيل الحيازة الكاملة، وبالتالي فإن اعتداء الأجير اعتداء على الملكية وليس على الحيازة ، بينما إذا وقع الاعتداء على حق الملكية والحيازة معا، فإن الجريمة جريمة سرقة، على أساس أن الأجير ينزع المال من المجني عليه ويأخذه خلسة، وهذا يعني أن يكون المال موضوع الاختلاس في حيازة المجني عليه وقت وقوع الفعل المادي، وهذا يقودنا إلى أن التسليم في السرقة لا قيمة له.

2- من حيث الكيفية التي يقع فيها الفعل المادي : إن الوسيلة التي يستخدمها الأجير لاختلاس أموال الغير في جريمة السرقة تختلف عنها في جريمة خيانة الأمانة، ذلك أن الفعل المادي في جريمة خيانة الأمانة يتحقق من خلال أن الشيء موضوع الجريمة يكون في حيازة الأجير سلفا وبسبب مشروع، ثم يقوم بتحويل الحيازة من ناقصة إلى كاملة، بمعنى أن الحيازة تلعب دورا في وقوع الفعل المادي في جريمة خيانة الأمانة حيث أن الحيازة سلمت برضا من المالك، مما يؤدي بعد ذلك إلى وقوع الفعل المادي عليها دون أن يكون هذا الفعل خلسة.

بينما تختلف الكيفية التي يتحقق بها الفعل المادي في جريمة السرقة ، حيث لا يوجد تسليم سابق للحياسة ، وعليه فإن الفعل المادي يتم من خلال إخراج حياسة الشيء من مالكة وإدخاله لحياسة الأجير أو غيره ، دون أن يكون هناك رضا من صاحبه، أي أن الفعل المادي قد تم خلسة.

3- دور التسليم في تحديد أفعال الاختلاس: يعتبر التسليم في جريمة السرقة مانعا من قيام هذه الجريمة، بمعنى إذا حصل تسليم للشيء في جريمة السرقة من المجني عليه إلى الأجير، فهذا يعني أن جريمة السرقة انتفت لوقوع التسليم من المجني عليه حيث أصبحت يد الأجير على الشيء في السرقة يدا مشروعة ، ورغم وجود عقد العمل ، إلا أن الأموال المختلصة لم تسلم للأجير ولم تدخل في نطاق عمله، وإنما استغل عنصر الخلسة للاستيلاء على أموال الغير.

أما في خيانة الأمانة ، فيعتبر تسليم الشيء عنصرا مسبقا أو ظرفا مفترضا ، لكون الشيء يكون في حياسة الأجير قبل ارتكاب الجريمة ، وتعتبر يده عليها بدءا يدا مشروعة، ثم تنقلب إلى يد غير مشروعة بعد إخلاله للثقة الموضوعية فيه باستيلائه على الأموال الموجودة تحت يده، والتي سلمت له بمقتضى عقد العمل الرابط بينه وبين الهيئة المستخدمة، والتي تعتبر من مقتضيات عمل الأجير الجاني والداخل في اختصاص نشاطه.

4- من ناحية توقيت توافر القصد الجنائي: إن القصد الجنائي في جريمة السرقة قد يتوفر لدى الأجير قبل ارتكاب الجريمة أو لحظة ارتكابها، ولا يتصور توفره بعد ارتكاب الجريمة، أما القصد الجنائي في جريمة خيانة الأمانة فيعد متوفرا لديه بعد التسليم السابق للشيء موضوع الجريمة ولا يمكن أن يتوفر قبل هذا الوقت.

ونتيجة لذلك ، نجد أن الاختلاس في جريمة السرقة، يعني مدلولا قانونيا آخر غير المدلول الذي يعنيه الاختلاس الواقع من الأجراء في جريمة خيانة الأمانة، كما وأن المشرع الجزائري ما كان بحاجة إلى إعادة استعمال هذا المصطلح بعدما استعمله في جريمة السرقة، رغم ما يوجد من فارق كبير في المدلول القانوني لكل منهما.

وبالتالي، إذا ما ربطنا المدلول القانوني بالمدلول اللغوي، لوجدنا أن كلمة الاختلاس أبرز للدلالة على الركن المادي لجريمة السرقة، ذلك أن الاختلاس يعني لغة أخذ الشيء خلسة ، والخلسة تفيد الخفية ولا تكون الخفية إلا في جريمة السرقة، كما تدل أن المال كان في حياسة المجني عليه فأخذه الأجير منه خفية، أما في جريمة خيانة الأمانة ففيها يسلم المال إلى الأجير الذي يخون الثقة الموضوعية فيه بتغيير حيازته الناقصة إلى حياسة كاملة بدون رضا المجني عليه.

وفي الأخير، يمكن القول أنه رغم المجهودات التي بذلها الفقه لتحديد مدلول الاختلاس الواقع من قبل الأجراء لكل جريمة من هذه الجرائم، فإن مدلوله ظل غامضا، مما أفضى بنا إلى التساؤل هل يعتبر تدخل

المشرع الجزائري أمرا مرغوبا فيه، أم أن القضاء والفقهاء بإمكانهما سد الثغرات التي طرحتها إشكالية تحديد مفهوم الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء ما إذا كان مكونا لجريمة السرقة أم لجريمة خيانة الأمانة؟.

قائمة المصادر والمراجع

1- المصـادر:

1- أهم النصوص القانونية

أولاً: أهم النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الجزائري حسب التسلسل التاريخي

1. الأمر رقم 66-133 المؤرخ في 2 يونيو 1966 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر. 8 يونيو 1966، عدد 46، ص.541.
2. الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 يونيو 1966 المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.
3. الأمر رقم 71-74 المؤرخ في 16 نوفمبر 1971 المتعلق بالتنسيق الاشتراكي للمؤسسات، ج.ر. 13 ديسمبر 1971، عدد 101، ص.1736.
4. الأمر رقم 75-31 المؤرخ في 29 أبريل 1975 المتضمن الشروط العامة لعلاقات العمل في القطاع الخاص، ج.ر. 16 مايو 1975، عدد 39، ص.527.
5. الأمر رقم 76-80 المؤرخ في 23 أكتوبر 1976 المتضمن القانون البحري المعدل والمتمم.
6. القانون رقم 78-12 المؤرخ في 5 أوت 1978 المتضمن القانون الأساسي العام للعامل، ج.ر. 8 غشت 1978، عدد 32، ص.723.
7. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.
8. الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.
9. المرسوم رقم 85-59 المؤرخ في 23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات والإدارات العمومية، ج.ر. 24 مارس 1985، عدد 13، ص.333.
10. القانون رقم 88-01 المؤرخ في 12 يناير 1988 المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر. 13 يناير 1988، عدد 2، ص.30.

11. المرسوم التنفيذي رقم 99-171 المؤرخ في 13 سبتمبر 1988 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لرجال البحر، ج.ر. 5 سبتمبر 1988، عدد 37، ص.1296.
12. القانون رقم 90-07 المؤرخ في 3 أبريل 1990 المعدل المتضمن قانون الإعلام، ج.ر. 4 أبريل 1990، عدد 14، ص.459.
13. القانون رقم 90-11 المؤرخ في 21 أبريل 1990 المتعلق بعلاقات العمل، ج.ر. 25 أبريل 1990، عدد 17، ص.561، المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 91-29 المؤرخ في 21 ديسمبر 1991، ج.ر. 25 ديسمبر 1991، عدد 68، ص.2654، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 96-21 المؤرخ في 9 يوليو 1996، ج.ر. 10 يوليو 1996، عدد 43، ص.7.
14. المرسوم التنفيذي رقم 90-290 المؤرخ في 29 سبتمبر 1990 الذي يحدد النظام النوعي لعلاقات العمل الخاصة بمسيري المؤسسات، ج.ر. 3 أكتوبر 1990، عدد 42، ص.1318.
15. الأمر رقم 97-03 المؤرخ في 11 يناير 1997 الذي يحدد المدة القانونية للعمل، ج.ر. 12 يناير 1997، عدد 3، ص.7.
16. المرسوم التنفيذي رقم 97-474 المؤرخ في 8 ديسمبر 1997 الذي يحدد النظام النوعي الخاص بعلاقات العمل التي تعني العمال في المنزل، ج.ر. 14 ديسمبر 1997، عدد 82، ص.18.
17. القانون رقم 04-10 المؤرخ في 14 أوت 2004 المتعلق بالتربية البدنية والرياضية، ج.ر. 18 أوت 2004، عدد 52، ص.12.
18. القانون العضوي رقم 04-11 المؤرخ في 6 سبتمبر 2004 المتضمن القانون الأساسي للقضاء، ج.ر. 8 سبتمبر 2004، عدد 57، ص.13.
19. المرسوم التنفيذي رقم 05-102 المؤرخ في 26 مارس 2005 المحدد للنظام النوعي لعلاقات عمل المستخدمين الملاحين لسفن النقل البحري والتجاري والصيد البحري، ج.ر. 27 مارس 2005، عدد 22، ص.3.
20. الأمر رقم 06-02 المؤرخ في 28 فبراير 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للمستخدمين العسكريين، ج.ر. 1 مارس 2006، عدد 12، ص.9.
21. القانون رقم 06-03 المؤرخ في 15 يوليو 2006 المتضمن القانون الأساسي العام للوظيفة العمومية، ج.ر. 16 يوليو 2006، عدد 46، ص.3.

22. المرسوم التنفيذي رقم 06-264 المؤرخ في 8 غشت 2006 الذي يضبط الأحكام المطبقة على النادي الرياضي المحترف ويحدد القوانين الأساسية النموذجية للشركات الرياضية التجارية، ج.ر. 9 غشت 2006، عدد 50، ص.1.

23. المرسوم التنفيذي رقم 06-297 المؤرخ في 2 سبتمبر 2006 الذي يحدد القانون الأساسي للمدربين، ج.ر. 3 سبتمبر 2006، عدد 54، ص.16.

24. المرسوم الرئاسي رقم 07-308 المؤرخ في 29 سبتمبر 2007 المحدد لكيفيات توظيف الأعدان المتعاقدين، وحقوقهم، وواجباتهم، والعناصر المشكلة لروايتهم، والقواعد المتعلقة بتسييرهم، وكذا النظام التأديبي المطبق عليهم. ج.ر. 30 سبتمبر 2007، عدد 61، ص.17.

25. المرسوم التنفيذي رقم 08-140 المؤرخ في 10 مايو 2008 الذي يحدد النظام النوعي لعلاقات العمل المتعلقة بالصحفيين، ج.ر. 11 مايو 2008، عدد 24، ص.13.

26. المرسوم الرئاسي رقم 11-407 المؤرخ في 29 نوفمبر 2011 الذي يحدد الأجر الوطني الأدنى المضمون، ج.ر. 04 ديسمبر 2011، عدد 66، ص.4.

ثانيا: أهم النصوص القانونية الخاصة بالتشريع الفرنسي

1- Code pénal 2010, 2009, 109^e édition, L'exix-Nexis.

2- المراجع

أولا- المراجع باللغة العربية

1. إبراهيم حامد طنطاوي، " المسؤولية الجنائية عن جنح السرقة المشددة "، الطبعة الأولى، القاهرة 1996.

2. أحمية سليمان، "التنظيم القانوني لعلاقات العمل في التشريع الجزائري، علاقة العمل الفردية"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2004.

3. أحمد الخمليشي، "القانون الجنائي المغربي، القانون الخاص"، الجزء الأول، الرباط 1981.

4. أسامة عبد العليم فرج الشيخ، " أحكام مسؤولية الأمين، في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2006.
5. بجاوي المدني، "الترفة بين عقد العمل وعقد المقاوله، دراسة تحليلية ونقدية"، دار هومة، الجزائر 2008.
6. بشرى العلوي، "الفصل التعسفي للأجير على ضوء العمل القضائي، دراسة ميدانية ودليل للعمل القضائي معزز بأحدث الاجتهادات القضائية، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 2007.
7. بن عزوز بن صابر، "الوجيز في شرح قانون العمل الجزائري، الكتاب الأول: مدخل إلى قانون العمل الجزائري"، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2009.
8. جلال مصطفى القرشي، "شرح قانون العمل الجزائري، علاقات العمل الفردية"، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 2002.
9. جندي عبد الملك، "الموسوعة الجنائية الرابعة"، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، (د.ت.).
10. حسني الجندي، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، في جرائم الأموال"، دار النهضة العربية، 1986.
11. حسن المرصفاوي، "جرائم المال"، مطبعة نهضة مصر، 1956-1957.
12. حسني مصطفى، "جرائم السرقة في ضوء القضاء والفقه"، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997.
13. حسني مصطفى، "جريمة خيانة الأمانة في ضوء القضاء والفقه"، منشأة المعارف بالإسكندرية، (د.ت.).
14. حسنين شفيق، "صحافة وكالات الأنباء المقروءة والمرئية"، دار فكر وفن للطباعة والنشر والتوزيع، 2009.
15. رؤوف عبيد، "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال"، دار الفكر العربي، دار الفكر العربي، الطبعة السادسة، 1974.
16. رؤوف عبيد، "جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال"، دار الفكر العربي، القاهرة، الطبعة الثامنة، 1985.

17. رشيد واضح، "علاقات العمل في ظل الإصلاحات الاقتصادية في الجزائر"، دار هومة، الجزائر، طبعة 2005.
18. رمسيس بنهام، "القسم الخاص في قانون العقوبات"، منشأة المعارف، الإسكندرية 1987.
19. سمير عبد الغني، "جرائم الاعتداء على الأموال، السرقة - النصب - خيانة الأمانة"، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، طبعة 2007.
20. السيد حسن البغال، "إساءة الائتمان أو جريمة خيانة الأمانة في التشريعات العربية فقها وقضاء، دراسة وضعية مقارنة"، عالم الكتب للنشر، 1979.
21. طه زكي صافي، "قانون العقوبات الخاص في ضوء التشريع اللبناني لعام 1943 مع تعديلاته، والفرنسي الجديد المعمول به منذ 1994/3/1" المؤسسة الحديثة للكتاب، (د.ت.).
22. عادل إبراهيم العاني، "جرائم الاعتداء على الأموال في قانون العقوبات، السرقة - الاحتيال - إساءة الائتمان"، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، (د.ت.).
23. عبد الحميد الألفي، "جرائم خيانة الأمانة والتملك بدون حق"، دار محمود ودار الأمان، (د.ت.).
24. عبد المهيم بكر، "القسم الخاص في قانون العقوبات، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال"، دار النهضة العربية، 1970.
25. عبد العظيم مرسي وزير، "الجرائم الواقعة على الأموال، السرقة والنصب وخيانة الأمانة"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، 1983.
26. عبد الفتاح مراد، "شرح جرائم النصب وخيانة الأمانة والجرائم الملحقة بها"، دار الفتح للتجليد الفني، الطبعة الأولى، (د.ت.).
27. العلمي عبد الواحد، "القانون الجنائي المغربي، القسم الخاص"، 1996.
28. علي عبد القادر القهوجي، "قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الاعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال"، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2002.
29. عمر السعيد رمضان، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص" دار النهضة العربية، القاهرة 1986.
30. عمر محمود مصطفى، "القانون الروماني"، دار المعارف، الطبعة الثامنة، مصر 1959.
31. عوض محمد، "جرائم الأشخاص والأموال"، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، (د.ت.).

32. عمر ممدوح مصطفى، "القانون الروماني"، دار المعارف، مصر الطبعة الثالثة، 1959.
33. فتح الله خلاف، "جرائم السرقة"، منشأة المعارف بالإسكندرية، 1997.
34. فؤاد ظاهر، "جرائم السرقة- اغتصاب العقار- إساءة الائتمان- الاختلاس- تقليد العلامات الفارقة في ضوء الاجتهاد"، المؤسسة الحديثة للكتاب، طبعة 2000.
35. فوزية عبد الستار، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، جرائم الأموال"، دار النهضة العربية، 1979.
36. فوزية عبد الستار، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة 1982.
37. كامل السعيد، "شرح قانون العقوبات الأردني، الجرائم الواقعة على الأموال، دراسة تحليلية مقارنة"، مكتبة دار الثقافة، عمان، الطبعة الثانية، 1993.
38. ماجد راغب حلوق، "حرية الإعلام والقانون"، دار الجامعة الجديدة، 2009.
39. مجدي محب حافظ، "خيانة الأمانة والجرائم الملحقة بها- اختلاس الأشياء المحجوزة من مالها المعين حارسا (جريمة التبديد)- خيانة الائتمان على التوقيع- سرقة السندات المقدمة إلى المحكمة- في ضوء الفقه وأحكام القضاء في مئة عام"، دار الكتب القانونية، 1997.
40. محمد أحمد المستهداني، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص في القانون الوضعي والشريعة الإسلامية، 2001.
41. محمد سعيد نمور، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، الجزء الثاني: الجرائم الواقعة على الأموال"، الطبعة الأولى، 2002.
42. محمد شريف عبد الرحمن أحمد عبد الرحمن، "أركان عقد العمل"، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى 2008.
43. محمد صبحي محمد نجم، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، 1996.
44. محمد عبد الغريب، "جرائم الاعتداء على الأموال، السرقة والنصب وخيانة الأمانة وجرائم الشيك وفقا لقانون التجارة الجديد رقم 17 لسنة 1999"، 1999-2000.

45. محمد زكي أبو عامر وسليمان عبد المنعم، "قانون العقوبات الخاص"، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، 1999.
46. محمود محمود مصطفى، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، الطبعة السادسة، 1964.
47. محمود محمود مصطفى، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثامنة، 1984.
48. محمود نجيب حسني، "دروس في جرائم الاعتداء على الأموال"، لجنة الطباعة والنشر، 1985.
49. محمود نجيب حسني، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، القاهرة 1986.
50. محمود نجيب حسني، "شرح قانون العقوبات، القسم الخاص"، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة القاهرة 1994.
51. معوض عبد التواب، "السرقعة واغتصاب السندات والتهديد"، دار المشرق العربي، القاهرة 1988.
52. ممدوح خليل البحر، "الجرائم الواقعة على الأموال في قانون العقوبات الإماراتي، السرقعة والاحتيال وخيانة الأمانة وفقا لآخر التعديلات"، مكتبة الجامعة وإثراء للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2009.
53. همام محمد محمود زهران، "قانون العمل، عقد العمل الفردي"، دار الجامعة الجديدة، 2007.

ثانيا- المراجع باللغة الأجنبية

1. **Alain Coeuret, Elisabeth Fortis**, "Droit pénal du travail", lexis Nexis, 4^e édition.
2. **Chauveau Adolph & Heli Faustin**, "Théorie de code pénal, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence", 1887-1908, sixième édition annotée, T.5, Paris.

3. **Corlay Paul**, "La notion de soustraction frauduleuse et la conception civiliste objective de la possession", Librairie générale de droit et de jurisprudence, paris 1978.
4. **F. Goyet : par Marcel Rousselet & Pierre Arpillang & Jacques Patin**, Droit pénal spécial, 8^e édition, Paris, Sirey 1972,
5. **Garraud René**, "Droit pénal français", Tom.5, librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris 1901.
6. **Garraud René**, "traité théorique de droit pénal français", Tom.6, 6^e édition, librairie du Recueit, Sirey, 1916.
7. **Georges Levasseur**, "droit pénal spécial", Dalloz, paris 1964.
8. **J. Mestre**, "l'influence des relations de travail sur le droit commun, Droit social", 1988.
9. **Jean Pradel & Michel Danti**, "droit pénal, droit pénal spécial", Tom3, Cujas, Paris 1995.
10. **Merle Roger et Vitu André**, "Traité de droit criminel, droit pénal spécial", 1^{ere} édition, Cujas, Paris 1982.
11. **Rassat Michèle-Laure**, "Droit pénal spécial, infraction des et contre les particulières", 3^e éditions, Dalloz, paris 2001.
12. **Veron Michel**, "Droit pénal spécial", 8^e édition. Dalloz. Paris 2001.
13. **Vouin Robert**, " Droit pénal spécial", 6^e édition, Paris, Dalloz 1988.

3- المقالات والأطروحات

أولاً: المقالات والأطروحات باللغة العربية

1. إسماعيل بن صالح العياري، "عناصر الاختلاس في السرقة"، مجلة القضاء والتشريع، ديسمبر 1985.
2. عبد الرحمن شكر الجوراني، "نظرية الاختلاس في التشريع العراقي"، مجلة العدالة العراقية، العدد الثالث، 1976.
3. عمرو إبراهيم الوقاد، "النظرية العامة للاختلاس في جرائم المال الخاص"، أطروحة دكتوراه في القانون، جامعة عين شمس، 1985.

4. محمد سعد جرندي، "قراءة أولية لمشروع مدونة الشغل المغربية لسنة 1998"، مجلة الإشعاع، العدد 22، ديسمبر 2000.
5. النوري مزيد، "آثار التتبع الجزائي ضد الأجير على العلاقة الشغلية"، مجلة الدراسات القانونية، العدد 12، 2005.
6. زينات عبيد، "تطور مفهوم جريمة السرقة، أطروحة دكتوراه دولة"، كلية العلوم القانونية والاجتماعية والسياسية بتونس، 2002-2003.

ثانيا: المقالات والأطروحات باللغة الأجنبية

1. Berr Claude- J, Aspects actuels de la notion de soustraction frauduleuse, Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé, 1967.
2. Bouzat Pierre, Observation à propos de cassation criminelle 10 février 1954, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1955, p.326
3. Bouzat Pierre, observation à propos de cassation criminelle 26 avril 1955, revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1955, p.527.
4. Bouzat Pierre, Observation à propos de cassation criminelle 21 Avril 1964, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1965, p.424.
5. Bouzat Pierre, Observation à propos de cassation criminelle 6 mars 1968, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1968, p.637.
6. Bouzat Pierre, Observation à propos de cassation criminelle 16 Mars 1989, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1990 .p.80.
7. Donnedieu de Vabres Henri, Observation à propos de cassation criminelle 5 mars 1941, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 1941, p.201.
8. Leinster Rimy, Efficacité et imperfection de l'incrimination d'abus de confiance dans le droit des affaires, Nancy, thèses 1980.
9. Pageaud P-A, L'Intention de la victime comme critère de notion de soustraction en matière de vol, Semaine juridique 1955, Edition générale, N°1256.

4- مواقع الانترنت

1. Codes : www.legifrance.gouv.fr
2. Cour de cassation : www.courdecassation.fr
3. Journal officiel (algérien) : <http://www.joradp.dz>
4. Journal officiel (français) : www.journal-officiel.gouv.fr

فهرس الموضوعات

1.....	المقدمة
8.....	الفصل التمهيدي: النظام القانوني للأجير في ظل قانون العمل
9.....	المبحث الأول: مفهوم الأجير وتمييزه عن المفاهيم المشابهة له
10.....	المطلب الأول: مفهوم الأجير
10.....	الفرع الأول: مفهوم الأجير في ظل تشريعات العمل الصادرة منذ الاستقلال إلى غاية سنة 1978
12....	الفرع الثاني: مفهوم الأجير في ظل تشريعات العمل الصادرة منذ سنة 1978 إلى غاية سنة 1989
14.....	الفرع الثالث: مفهوم الأجير في ظل تشريعات العمل الصادرة منذ سنة 1990
17.....	المطلب الثاني: تمييز مفهوم الأجير عن المفاهيم المشابهة له
17.....	الفرع الأول: تمييز الأجير عن المقاول
18.....	أولاً: فيما يخص عنصر العمل
18	ثانياً: فيما يخص عنصر التبعية القانونية
18	ثالثاً: فيما يخص عنصر الأجر
19	رابعاً: فيما يخص إنهاء العقد
20.....	الفرع الثاني: تمييز الأجير عن الوكيل
20.....	أولاً: فيما يخص إنهاء المهام

21.....	ثانيا: فيما يخص جانب التعويض أو الأجر
21.....	ثالثا: فيما يخص إنهاء العقد بموت الأجير أو الوكيل
21	الفرع الثالث: تمييز الأجير عن الشريك
23	المبحث الثاني: الأجراء الخاضعون لقانون العمل
24	المطلب الأول: الفئات التي نظمها قانون العمل في غياب نصوصها الخاصة
24	الفرع الأول: الممثلون التجاريون
27	الفرع الثاني: رياضيو النخبة
29	الفرع الثالث: مستخدمو البيوت
31	المطلب الثاني: الفئات التي تمت الإحالة على قوانينها الأساسية
31	الفرع الأول: مسيرو المؤسسات
34	الفرع الثاني: العمال بالمنازل
38	الفرع الثالث: الصحفيون
42	الفرع الرابع: المستخدمون الملاحون
46	المبحث الثالث: الأجراء المستبعدون من قانون العمل
46	المطلب الأول: الأجراء المستبعدون من قانون العمل بالنظر إلى طابع وظائفهم
46	الفرع الأول: المستخدمون المدنيون والعسكريون التابعون للدفاع الوطني
47	الفرع الثاني: القضاة
47	المطلب الثاني: الأجراء المستبعدون من قانون العمل بالنظر لطابع أنظمتهم
48	الفرع الأول: الموظفون ومستخدمو المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري
52	الفرع الثاني: الأعوان المتعاقدون مع الهيئات والإدارات العمومية
56	الفصل الأول: الضوابط المعتمدة لاعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة سرقة

58	المبحث الأول: مفهوم الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء المكون لجريمة السرقة
58	المطلب الأول: الاختلاس استيلاء مادي على الشيء
59	الفرع الأول: النظرية المادية
60	أولا: ضرورة توفر نشاط مادي للأجير
61	1- تحديد النشاط المادي
61	ا- مفهوم النشاط المادي
62	ب- الوسيلة المعتمدة للقيام بالنشاط المادي
62	2- آثار تحقق النشاط المادي
62	ا- دخول الشيء في حيازة جديدة
63	ب- تحديد زمن تمام الركن المادي للسرقة
64	ثانيا: انعدام رضا المتضرر
64	1- شروط انعدام الرضا
66	2- العلاقة بين انعدام الرضا وعلم المتضرر
66	الفرع الثاني: نقد النظرية المادية
67	أولا: التسليم الاختياري ينفي الاختلاس
68	1- شروط التسليم المانع للاختلاس
70	2- حالات التسليم النافي للاختلاس
71	ثانيا: نظرية التسليم الاضطراري
73	المطلب الثاني: النظرية الحديثة – نظرية جارسون في الاختلاس أو الأخذ
74	الفرع الأول: ربط الاختلاس بنظرية الحيازة
74	أولا: الحالات التي يكون فيها استيلاء الأجير على الحيازة نافيا للاختلاس

- 75 1- مفهوم الحيازة الكاملة أو الناقصة
- 75 ا- الحيازة التامة أو الكاملة
- 75 ب- الحيازة الناقصة أو المؤقتة
- 76 2- الشروط الواجب توافرها
- 77 ثانيا: الحالات التي يكون فيها استيلاء الأجير على الحيازة مكونا للاختلاس
- 78 1- المسك المادي للشيء
- 78 ا- مفهوم المسك المادي
- 79 ب- تطبيق فكرة التسليم المادي في إطار تعاقدية
- 80 2- مجال الاختلاس
- 80 ا- مكان اختلاس الأجير
- 81 ب- زمانه
- 81 الفرع الثاني: عناصر الاختلاس
- 81 أولا: سلب الحيازة
- 82 ثانيا: إنهاء الحيازة
- 82 ثالثا: عدم رضاء الحائز
- 83 المبحث الثاني: اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة سرقة بالنظر إلى توافر محلها.....
- 84 المطلب الأول: أن يكون محل الاختلاس مالا منقولا
- 84 الفرع الأول: أن يكون محل الاختلاس مالا
- 86 الفرع الثاني: أن يكون محل الاختلاس منقولا
- 87 المطلب الثاني: أن يكون محل السرقة مملوكا للغير
- 88 الفرع الأول: ما يعد من المال مملوكا للغير

88	أولاً: المال المملوك للهيئة المستخدمة
88	ثانياً: المال المملوك لزبناء الأجير
89	ثالثاً: المال المملوك لزبناء الهيئة المستخدمة
89	الفرع الثاني: ما لا يعد من المال مملوكاً للغير
89	أولاً: المال المملوك للأجير
90	ثانياً: المال الغير مملوك لأحد
90	1- الأموال المباعة
91	2- الأموال المتروكة
	المبحث الثالث: اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة سرقة بالنظر إلى توافر القصد الجنائي لدى مرتكبها
92	المطلب الأول: توافر القصد العام والقصد الخاص
92	الفرع الأول: القصد العام
93	أولاً: العلم
93	ثانياً: الإرادة
94	الفرع الثاني: القصد الخاص
95	المطلب الثاني: معاصرة القصد للاختلاس وإثباته
95	الفرع الأول: معاصرة القصد للاختلاس
96	الفرع الثاني: إثبات القصد الجنائي
98	الفصل الثاني: الضوابط المعتمدة لاعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة خيانة أمانة
104	المبحث الأول: مفهوم الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة خيانة الأمانة
104	المطلب الأول: النتائج المترتبة عن ربط الاختلاس بنظرية الحيابة
104	الفرع الأول: فرض جريمة السرقة بصورة تعسفية على حساب جرائم أخرى

105	الفرع الثاني: إقصاء جريمة السرقة في حالة غياب الاستيلاء على الحيازة
106	المطلب الثاني: تحديد مضمون الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء المكون لجريمة خيانة الأمانة ...
107	الفرع الأول: مدلول الاختلاس في جريمة خيانة الأمانة
107	أولا: الاختلاس
109	ثانيا: التبديد
110	ثالثا: الاستعمال
112	الفرع الثاني: طبيعة التسليم المحدد لنوع الحيازة
112	المبحث الثاني: اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة خيانة أمانة بالنظر إلى توافر محلها
113	المطلب الأول: كون محل الجريمة مالا منقولاً مملوكاً للغير
113	الفرع الأول: أن يكون محل الجريمة مالا منقولاً
113	أولا: أن يكون مالا
114	ثانيا: أن يكون منقولاً
115	الفرع الثاني: أن يكون المنقول مملوكاً للغير
116	المطلب الثاني: سبق تسليم المال للأجير بإحدى عقود الأمانة
116	الفرع الأول: سبق تسليم المال للأجير
116	أولا: ماهية التسليم
117	ثانيا: أنواع التسليم
117	1- التسليم الإرادي
118	2- التسليم الاعتباري أو المعنوي
119	الفرع الثاني: أن يكون التسليم بقصد نقل الحيازة الناقصة إلى الأجير بسبب عقد العمل

المبحث الثالث: اعتبار الاختلاس المرتكب من قبل الأجراء جريمة خيانة أمانة بالنظر إلى توافر القصد الجنائي لدى مرتكبها في إحداث الضرر	120
المطلب الأول: القصد الجنائي للأجير	120
الفرع الأول: القصد الجنائي العام	121
أولاً: العلم	121
ثانياً: الإرادة	121
الفرع الثاني: القصد الجنائي الخاص	121
المطلب الثاني: إحداث الضرر	122
الخاتمة	125
المصادر والمراجع	128
أولاً: أهم النصوص القانونية في التشريع الجزائري حسب التسلسل التاريخي	129
ثانياً: المراجع	132
ثالثاً: المقالات والأطروحات	137
رابعاً: مواقع الانترنت	138
فهرس الموضوعات	137

ملخص:

منذ القدم أبدت الشرائع الإنسانية اهتمامها بإنزال أشد العقوبات بالجرائم الواقعة على الأموال، هاته الجرائم تشكل اعتداء على الحقوق المالية للأفراد لاسيما حق الملكية الذي يعتبر من أهم الحقوق المالية. وغني عن البيان، أن هذه الجرائم التي تقع على الملكية تنقسم إلى جرائم تكون الغاية منها إتلاف مال الغير والرغبة في الانتقام كجرائم التخريب والحريق والإتلاف، وجرائم تكون الغاية منها الاستيلاء على مال الغير، وترتكب عادة بدافع الطمع والثراء غير المشروع كجرائم السرقة وخيانة الأمانة. والجرائم الأخيرة تتشابه من عدة نواحي إلى درجة أنه إلى عهد قريب كانت تسمى بالسرقة، إذ تجمعها وحدة المحل الذي تقع عليه ووحدة الغاية المستهدفة من ارتكابها، علاوة على أنها صورة من صور اغتيال مال الغير فمن ناحية المحل فهو الاعتداء على مال منقول مملوك للغير، ومن حيث الركن المعنوي نجد أن هذه الجرائم تجمعها صورة واحدة هي القصد، فهي جرائم عمديه ويشترط لتوافر القصد الجنائي فيها إضافة للقصد العام قصد خاص وهو نية تملك الشيء وحرمان مالكة منه بصفة نهائية. هذا التقارب الذي يجمع بين جرائم السرقة وخيانة الأمانة، كان السبب الرئيسي في اختلاطها في التشريعات القديمة واندماجها في جريمة واحدة تشمل جميع حالات الاستيلاء على مال الغير خفية، وهذا ما حدا بالقانون الروماني أن يعتبرها صورا لجريمة واحدة وهي السرقة، بحيث أصبحت السرقة تشمل الأفعال التي تدخل في نطاق خيانة الأمانة إذ يعتبر سارقا لا فقط من يسلب شيئا من مالكة، بل وأيضا من يتسلم شيئا من غيره على سبيل الأمانة فيتصرف فيه لحس

الكلمات المفتاحية:

الإختلاس؛ الأجراء؛ السرقة؛ خيانة الأمانة؛ الفقه؛ الأموال؛ الموظف؛ الحيازة؛ المملوك؛ التسليم.