أثر مفهوم الحيازة في التجريم والعقاب

The impact of the concept of possession on criminalization and punishment

م.م. كمال مصدق عراك
Kamal Musdq Arrak
جامعة الفلوجة / كلية القانون
kamal@uofallujah.edu.iq

أ. د سعد ربيع العاني
جامعة الانبار/ كلية القانون والعلوم السياسية
saadrabee@uoanbar.edu.iq

أ. م. د رعد فجر الراوي
جامعة الانبار / كلية القانون والعلوم السياسية
raadfager@uoanbar.edu.iq

الملخص

يهدف القانون إلى حماية الحقوق والحريات والمصالح من أجل إشباع حاجات الفرد والمجتمع على السواء، وكون الفرد عضواً في المجتمعات البشرية، فبناءً على هذه العضوية وبحكم طبيعة الإنسان تتولد لديه حقوق وحريات لإشباع احتياجاته المتعددة، وان هذه الحقوق والحريات تكون متصلة بفروع القانون الاخرى، وعليه فان قانون العقوبات يكون قريباً الى هذه الحقوق من تلك الفروع الاخرى، اذ تم وضعه من اجل حماية هذه الحقوق، من خلال تجريم كل ما يمس بها وتوقيع العقاب عليه، مثل الاعتداء على حق الملكية، وان كانت هذه الحقوق والحريات تناولتها فروع القانون الاخرى، كالقانون المدني الذي تناول مفهومها ونظم احكامها بالتفصيل، اذ يعد الموطن الاصلي لها، اما قانون العقوبات فقد وفر حماية جنائية لهذه الحقوق وقرر لمن يعتدي عليها عقوبات شديدة عند توافر اركان الجريمة، فمثلا جريمة السرقة وجريمة خيانة الامانة يتوقف قيامها على نوع الحيازة للمال محل الاعتداء، وكما هو معلوم ان الحيازة فكرة نشأت وتبلورت في القانون المدني ثم انتقلت بعد ذلك الى قانون العقوبات لتسهم في حل الكثير من

الصعوبات والاشكاليات التي تثار أمام القضاء الجنائي، اذ يكمن أثر الحيازة في تكييف الجرائم ومن ثم تحديد العقاب لكل جريمة سواء كانت الحيازة كاملة أم ناقصة.

الكلمات المفتاحية: الحيازة، جرائم الأموال، القانون الجنائي، القانون المدني، تبديل الحيازة.

Summary

The law aims to protect rights, freedoms and interests in order to satisfy the needs of the individual and society alike, and since the individual is a member of the members that make up human societies, based on this membership and by virtue of human nature, rights and freedoms are generated for him to satisfy his multiple needs, and that these rights and freedoms are connected in other branches of law, Accordingly, the Penal Code is closer to these rights than those other branches, as it was established in order to protect these rights, by criminalizing everything that affects them and imposing punishment on it, such as assaulting the right to property, even if these rights and freedoms are dealt with by other branches of law, such as the Civil Code, which dealt with its concept and systems of provisions in detail, As the original domicile of it, the Penal Code has provided criminal protection for these rights and stipulated severe penalties for those who abuse them when the elements of the crime are available. Then it moved to the Penal Code to contribute to solving many of the difficulties and problems that arise before the criminal justice, as the effect of possession

lies in the adaptation of crimes and then determining the punishment for each crime, whether possession is complete or incomplete.

Keywords: Possession, money crime, criminal law, civil law, Switching possession.

المقدمة

ان الانسان في حياته البدائية لم يكن يعرف أي وسيلة من وسائل كسب ملكية الاشياء سوى الحيازة، فملكية الشيء كانت تؤول اليه من خلال حيازته لهذا الشيء بصورة فعلية، وكان الانسان يدافع عن هذه الملكية بشتى الوسائل المتاحة له كالعنف والقوة، وذلك لعدم وجود قوانين تنظم وسائل كسب الملكية وحمايتها وفض النزاعات الناشئة بسببها، الى ان تطورت المجتمعات البشرية واتجهت الى تشريع قوانين لتنظيم كافة مجالات الحياة، ومن ضمنها حق الملكية وما يرتبط به من حقوق واوضاع متصلة به، ومن هذه الاوضاع هي الحيازة ووضع اليد على الشيء، وان مفهوم الحيازة من مفاهيم القانون المدني الذي نظم احكامها وحدد شروطها وتقرير القواعد القانونية التي توفر الحماية لها والقواعد المتعلقة بفض النزاعات الناشئة بسبب الحيازة، وبما ان مفهوم الحيازة يرتبط ارتباطاً مباشراً بملكية الاشياء وما يمسها من اعتداء، لذلك اتجهت التشريعات الجنائية الى تجريم كل ما يمس الحيازة ومنع الاعتداء عليها من خلال تقرير عقوبات رادعه لذلك، كما ان الحيازة تلعب دوراً رئيساً في تحديد النموذج القانوني في التجريم والعقاب .

أهمية البحث:

تكمن اهمية البحث بان فكرة الحيازة في الأصل ذات طبيعة مدنية، كونها نشأت وتبلورت في القانون المدني، الا انها انتقلت الى القانون الجنائي لما لها من أهمية كبيرة لحل الكثير من الصعوبات التي كانت سائدة في التشريعات الجنائية، ولا سيما فيما يخص مسألة التكييف القانوني للجرائم وتحديد فيما اذا كانت الواقعة المعروضة امام القضاء تشكل جريمة معاقب عليها أم لا، والحيازة قد تكون كاملة او ناقصة او تكون حيازة عابرة او بصورة عرضية او ما تسمى باليد العارضة .

منهجية البحث:

اعتمدنا في هذه الدراسة على اتباع المنهج الموضوعي التحليلي الاستقرائي للأحكام الخاصة في قانون العقوبات من خلال تحليل وتفسير النصوص التي من

شأنها ان تتأثر بمفاهيم القانون المدني والتعليق عليها وابداء الملاحظات ونقدها، مع تقديم بعض الآراء والمقترحات التي من الممكن ان تساعدنا في الوصول الى النتائج المرجوة من هذه الدراسة وتقديم الحلول المناسبة لها .

اشكالية البحث:

ان اشكالية البحث تتمثل في التساؤلات التي تثار لإيجاد الحلول لعدة صعوبات تواجه القضاء الجنائي عند تحديد النموذج القانوني للجريمة، وتظهر هذه الصعوبات عند تحديد معنى او مفهوم لم يتناوله قانون العقوبات وانما يختص به فرع أخر كالقانون المدني ومن هذه المفاهيم مفهوم الحيازة والذي يكون له أثر في الاحكام الخاصة لقانون العقوبات كجريمة السرقة وجريمة خيانة الامانة، والتساؤل المطروح هل ان قانون العقوبات أخذ بذات المفهوم الذي تناوله القانون المدني، وهل هناك أثر للحيازة المدنية في تحديد ركن الاختلاس في السرقة وكذلك في خيانة الامانة .

خطة البحث:

ومن اجل بيان أثر مفهوم الحيازة في التجريم والعقاب فقد اقتضت طبيعة الدراسة الى تقسيم البحث الى مبحثين، نتناول في المبحث الاول أثر الحيازة الكاملة في تجريم السرقة، ومن ثم نتناول في المبحث الثاني أثر الحيازة الناقصة في تجريم خيانة الامانة ، ثم انهينا البحث بخاتمة اشتملت على نتائج ومقترحات .

I . المبحث الاول

أثر الحيازة الكاملة في تجريم السرقة

وفر قانون العقوبات حماية للحيازة الكاملة من خلال تجريم كل فعل يمثل اعتداء عليها، فالاستيلاء على حيازة شيء دون وجه حق ومن دون رضا المجني عليه يمثل ركن الاختلاس المكون لجريمة السرقة، وقد عرف المشرع العراقي السرقة في المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي بأنها ((اختلاس مال منقول مملوك لغير الجاني عمدا ...))، ويتضح من هذا النص ان جريمة السرقة تتكون من ثلاثة اركان، يتمثل الركن المادي بفعل الاختلاس، والركن الثاني يتمثل بمحل الاختلاس وهو ان يكون مالا منقولا مملوكا لغير الجاني، اما الركن الثالث فهو القصد الجنائي والذي يتكون من القصد العام بعنصرية العلم والارادة، ويستلزم توافر القصد الخاص والمتمثل بنية التملك[1]، وعليه سنقتصر في دراستنا هذه على البحث في الركن المادي للسرقة، وبيان مفهوم الاختلاس وصور التسليم واثرها في نقل

(١) د. محمود نجيب حسني، *جرائم الاعتداء على الاموال*، ط٣، (بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، بدون سنة نشر)، ص١٢٦.

الحيازة ، ولذلك سوف نقسم هذا المبحث الى مطلبين نتناول في المطلب الاول مفهوم الاختلاس ونتناول في المطلب الثاني صور التسليم الناقل للحيازة، وهذا ما سنوضحه بالاتي :

I . أ . المطلب الاول

مفهوم الاختلاس

لبيان مفهوم الاختلاس المكون للركن المادي في جريمة السرقة ينبغي علينا ان نعرف فعل الاختلاس وان نحدد عناصره، وهذا ما سنتناوله في الفروع التالية :

I . أ . ١. الفرع الاول

تعريف فعل الاختلاس

ان عناصر الركن المادي لجريمة السرقة تتكون من فعل الاختلاس والمتمثل بالنشاط الاجرامي، اضافة الى النتيجة الجرمية للفعل والعلاقة السببية بين الفعل والنتيجة، هذا وان المشرع العراقي اورد لفظ الاختلاس في المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي من دون ان يذكر تعريفا له، الا ان الفقه الجنائي عرف الاختلاس بأنه ((الاستيلاء على حيازة شيء بغير رضا مالكه او حائزه))[١]، وعرفته محكمة النقض المصرية بأن الاختلاس هو ((انتزاع المال من حيازة المجني عليه بغير رضاه))[٢]، هذا وقد ثار خلافا فقهيا في تحديد فعل الاختلاس ونتج عن ذلك ظهور عدة نظريات اهمها النظرية التقليدية، ومفاد هذه النظرية ان فعل الاختلاس المكون للسرقة يتحقق بأخذ بحركة مادية ايجابية، أي ان الجريمة لا تقوم الا اذا اخذ الجاني الشيء او خطفه او سلبه او نقله او انتزعه دون رضا حائزه الشرعي بنية تملكه، الا ان هذه النظرية تعرضت للانتقاد نتيجة للقصور الذي كان يشوبها او يعتريها، وذلك لان هناك صور للاختلاس لا تستوجب قيام الجاني بحركة مادية ايجابية، أي لا تستوجب أخذ الشيء او نزعه او خطفه عنوة من المجني عليه[٣]، ولمعالجة القصور الذي كان ينتاب النظرية التقليدية اضطر الفقه والقضاء الى ايجاد نظرية التسليم الاضطراري.

حاول انصار هذه النظرية معالجة القصور الذي شاب النظرية التقليدية، وتوصلوا الى ان قيام جريمة السرقة يتحقق متى ما كان التسليم في ظروف تطلبه مقتضيات

---

(١) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص٨٥ ؛ د. عبد الرحمن توفيق أحمد، مرجع سابق، ص١٥.
(٢) ايهاب عبد المطلب، *جرائم السرقة*، ط١، (القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٦)، ص١٠.
(٣) د. حميد السعدي، *شرح قانون العقوبات الخاص – جرائم الاموال*، ج٢، (بغداد: مطبعة المعارف، ١٩٦٤)، ص٢٧.

ضرورة التعامل كالأخذ والعطاء، دون التسليم الارادي او الاختياري الذي يمنع وقوع الاختلاس وقيام جريمة السرقة، وعلى ذلك فيعد سارقا المشتري الذي يمكنهُ البائع من فحص شيء وتأملهُ تمهيدا لشرائهُ، فيفر به دون دفع ثمنه[١].

على الرغم من النجاح الذي حققته هذه النظرية في معالجة القصور الذي كان ينتاب النظرية التقليدية الا انها لم تخلو من الانتقاد، وذلك لان فكرة التسليم الضروري او الاضطراري منتقدة في ذاتها، لأنها تخلوا من معنى الضرورة والاضطرار، ولهذا اتجه الفقه للبحث عن مدلول حديث للاختلاس، حيث تمكن الفقيه الفرنسي جارسون من تحديد مضمون فعل الاختلاس، فظهرت النظرية الحديثة والتي سميت بنظرية جارسون في الحيازة حيث تم ربط فعل الاختلاس بأحكام الحيازة المدنية في القانون المدني، لإيجاد حلولا للصعوبات التي تثار لتحديد مضمون فعل الاختلاس من ناحية، وأثر التسليم ومتى يكون نافيا للاختلاس ومتى لا يكون نافيا[٢]. وبالاستناد الى أحكام القانون المدني العراقي نجد انه عرف الحيازة في المادة (١/١١٤٥) بأنها ((وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقا من الحقوق))، ومن خلال هذا النص فالحيازة وضع مادي يسيطر به الشخص على شيء او حق قابل للتعامل فيه بصورة فعلية وسواء كان هذا الشخص هو صاحب الحق ام لم يكن، ويلاحظ ايضا ان المشرع العراقي قد وصف الحيازة وصفا دقيقا في تعريف الحيازة [٣]، بخلاف المشرع المصري الذي نأى عن تعريف الحيازة [٤]. وعلى ذلك فأن النظرية الحديثة او نظرية غارسون للحيازة المدنية قد تبنت مفهوم الحيازة في القانون المدني لتحديد مفهوم الاختلاس وقيام جريمة السرقة متى ما توافرت الاركان الاخرى للجريمة، ولذلك فأن الحيازة في القانون المدني تتكون من عنصرين، العنصر المادي والعنصر المعنوي وكما يلي :

١- **العنصر المادي:** يتمثل العنصر المادي للحيازة بالأعمال المادية التي يقوم بها الشخص الحائز للشيء، أي هي السيطرة الفعلية على الشيء محل الحيازة كوضع اليد او الاستعمال او التصرف او الانتفاع او الاحتفاظ بالشيء[٥].

---

(١) د. عبد العظيم مرسي وزير، *شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الاموال*، ج٣، ط٣، (القاهرة، دار النهضة العربية،٢٠١٤)، ص٨٠.

(٢) د. كامل السعيد، *شرح قانون العقوبات، الجرائم الواقعة على الاموال*، مرجع سابق، ص٣٩.

(٣) رحيم صباح الكبيسي، *الحماية القانونية للحيازة*، (الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥)، ص٢٧.

(٤) ينظر في ذلك د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، اسباب كسب الملكية، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص٧٨٤.

(٥) د.محمد سعيد نمور، *شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الاموال*، ج٢، ط١، (عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢)، ص٢٦.

ويمكن مباشرة الحيازة في الاعمال المادية التي يتكون منها العنصر المادي للحيازة من قبل الحائز نفسه او بواسطة وسيط يعمل لحساب الحائز او باسمه، أي يجوز ان تكون بصورة مباشرة او غير مباشرة (بالواسطة)، كحيازة المستأجر لحساب المؤجر او حيازة المستعير لحساب المعير او حيازة التابع لحساب المتبوع[١]، هذا وان المشرع العراقي أشار الى الحيازة بالواسطة بموجب نص المادة (١١٤٥) من القانون المدني النافذ والتي نصت على ((الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية ...)) [٢].

وقد اشترط المشرع العراقي في الاعمال المكونة للعنصر المادي للحيازة ان لا تكون من أعمال الاباحة او الاعمال المتقطعة او الاعمال التي تكون على سبيل التسامح، اذ نصت المادة (٢/١١٤٥) من القانون المدني العراقي النافذ على أنه ((لا تقوم الحيازة على عمل يأتيه الشخص أنه مجرد اباحة او عمل يتحمله الغير على سبيل التسامح منه، وكذلك لا تقوم على اعمال متقطعة))، فإذا كان العمل المادي يعتبر من اعمال الاباحة فينتفي به الركن المادي للحيازة، ويراد بأعمال الاباحة هي الاعمال التي تؤدي الى الانتفاع بملك الغير واستعماله مبنيا على ترخيص يقرره القانون، وكذلك الحال بالنسبة للأعمال التي يتحملها الغير تسامحاً منه ومثال على ذلك قيام شخص ما بفتح نافذة في أعلى جدار منزله الملاصق لأرض مملوكة لجاره، وبعد مدة خمس عشرة سنة قام الجار ببناء جدارا على حدود أرضه، فلا يجوز لصاحب النافذة ان يمنعه من ذلك أو ان يدعي بأنه اكتسب حق ارتفاق على الارض بالتقادم[٣].

ويجب ان تكون الاعمال المادية مستمرة وغير متقطعة، ويكون الاستمرار بمزاولة هذه الاعمال بشكل مستمر ومن دون انقطاع لفترات غير اعتيادية، لان الحيازة التي تمارس بشكل غير منتظم لا يتكفل القانون بحمايتها، وقضت محكمة التمييز بهذا الخصوص بان الحيازة لا تقوم على أي عمل يقوم به الشخص على انه عمل اباحه او على سبيل التسامح، وكذلك لا تقوم الحيازة على اعمال متقطعة [٤].

٢- العنصر المعنوي: يتمثل العنصر المعنوي للحيازة بانصراف نية الحائز للشيء ان يظهر بمظهر المالك او صاحب حق عيني اخر عليه، وان يستأثر به ويتصرف

---

(١) لفته هامل العجيلي، *أحكام دعوى حماية الحيازة*، ط١، (بغداد: مطبعة الكتاب، ٢٠١٢)، ص١٦.
(٢) تناول المشرع المصري الحيازة بالواسطة بموجب المادة (١/٩٥١) من القانون المدني المصري والتي نصت على ((تصح الحيازة بالواسطة متى كان الوسيط يباشرها باسم الحائز وكان متصلا به اتصالا يلزمه الائتمار بأوامره فيما يتعلق بهذه الحيازة)) .
(٢) د. محمد طه البشير؛ د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص٢٠٣.
(٣) قرار محكمة تمييز العراق، رقم ١٥١/ م٣ عقار/ ٧٦ في ١٩٧٢/٧/٦، قسم القانون المدني . ينظر في ذلك لفته هامل العجيلي، مرجع سابق، ص١٩.

فيه لحسابه الخاص [١]. وبما ان العنصر المعنوي يقوم على نية الحائز، فيشترط في الحائز ان يكون عالما وواعيا وأهلا لهذا التصرف، وذلك لان نية التملك لا يجوز صدورها من شخص عديم التمييز كالمجنون أو الصبي الذي لم يكمل السابعة من عمره [٢]، الا ان ذلك لا يمنعه من كسب الحيازة عن طريق من ينوب عنه قانونا، كالولي او الوصي او القيم[٣].

I . أ . ٢.الفرع الثاني

شروط وانواع الحيازة

سوف نبين في هذا الفرع الشروط التي يجب توافرها في الحيازة والتي اخذ بها القانون المدني ثم نتناول انواعها، وكما مبين بالاتي :

اولا: شروط الحيازة :

ان القانون المدني لا يحمي الحيازة بمجرد توافر عنصريها المادي والمعنوي، بل يتطلب اضافة لذلك توافر شروط معينة نصت عليها المادة (١١٤٦) من القانون المدني العراقي النافذ، والتي جاء فيها ((اذا اقترنت الحيازة باكراه او حصلت خفية او كان فيها لبس فلا يكون لها أثر تجاه من وقع عليه الاكراه او أخفيت عنه الحيازة او التبس عليه أمرها، الا من الوقت الذي تزول فيه هذه العيوب))، ويمكن ان نبين هذه الشروط كما يلي :

---

(٣) د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، مرجع سابق، ص٣٠.

(٤) د. نهلة احمد فوزي، *المدونة المدنية في الحيازة في ضوء الفقه والقضاء*، ط١، (القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٩)، ص٤٩.

(٣) نصت المادة (١٠٢) من القانون المدني العراقي على ان ((ولي الصغير هو أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي الذي نصبته المحكمة)) ، وكذلك نصت المادة (٢٧) من قانون رعاية القاصرين رقم ٧٨ لسنة ١٩٨٠ المعدل على ان ((ولي الصغير أبوه ثم المحكمة)) ، أما الوصي فقد عرفته المادة (٣٤) من قانون رعاية القاصرين بان الوصي ((هو من يختاره الاب لرعاية شؤون ولده الصغير او الجنين ثم من تنصبه المحكمة ، على ان تقدم الام على غيرها وفق مصلحة الصغير فأن لم يوجد فتكون الوصاية لدائرة رعاية القاصرين حتى تنصب المحكمة وصياً))، أما القيم فهو الشخص الذي يقوم مقام غيره لإدارة شؤونه وغالبا ما يكون من اقارب ذلك الشخص ، ويتم ذلك في حالة الفقدان والجنون او المصاب بالخرف، وقد نصت المادة (٨٨) من قانون رعاية القاصرين على انه ((اذا لم يكن = للغائب او المفقود وكيل عينت المحكمة قيماً عليه)) ، وكذلك تحدث هذه الحالة للسجين ، اذ نصت المادة (٩٧) من قانون العقوبات العراقي على انه ((... وتعين محكمة الاحوال الشخصية بناء على طلب المحكوم عليه او بناء على طلب الادعاء العام او كل ذي مصلحة في ذلك ، قيماً لإدارة أمواله ويجوز لها ان تلزم القيم الذي عينته بتقديم كفالة ولها ان تقدر له أجراً ويكون القيم تابعا لها وتحت رقابتها في كل ما يتعلق بقوامته ....)) وللمزيد ينظر ؛ جعفر كاظم المالكي، *الحماية القانونية للحيازة في التشريع العراقي*، (البصرة: مطبعة البصرة، ٢٠١١)، ص٣١.

١- ان تكون الحيازة هادئة: ان شرط الهدوء يقصد به هو ان تكون الحيازة غير مقترنة باكراه او عنف من قبل الحائز وقت بدئها[١]، والاكراه نقيض الهدوء ويمثل حالة اضطراب او قلق متواصل مما يتطلب من الحائز ان يقاومه باستمرار لكي يحافظ على حيازته، وعليه فان الحيازة تتجرد من الهدوء اذا تم اكتسابها باكراه او عنف سواء كان ماديا او معنويا[٢]. وان شرط الهدوء يتحقق متى ما زال عن الحيازة عيب الاكراه، وفي هذه الحالة يصح الاحتجاج بها وتكون جديرة بالحماية التي أقرها القانون .

٢-ان تكون الحيازة ظاهرة: يشترط في الحيازة لكي تكون جديرة بالحماية القانونية ان تكون ظاهرة، ويتمثل الظهور بقيام الحائز بمباشرة الاعمال المادية على الشيء بصورة علنية وغير خفية وعلى مشهد من الناس، ولا سيما على مشهد من المالك او صاحب الحق الذي يستعمله الحائز، أي ان يستعمل الشيء الذي يحوزه كما لو كان مالك له، أما اذا اخفيت الحيازة عن المالك او صاحب الحق فتكون الحيازة مشوبة بعيب الخفاء، وبالتالي فأنها تكون غير جديرة بالحماية القانونية ومن ثم لا يمكن ان تكون سببا من اسباب كسب الملكية بالتقادم[٣]، وهذا ما نص عليه المشرع العراقي بموجب المادة (١١٤٦) من القانون المدني العراقي النافذ والتي جاء فيها ((اذا اقترنت الحيازة باكراه او حصلت خفية ...فلا يكون لها اثر اتجاه من وقع عليه الاكراه او أخفيت عنه الحيازة ...)) .

٣-ان تكون الحيازة واضحة: نصت المادة (١١٤٦) من القانون المدني العراقي النافذ على ((اذا اقترنت الحيازة ...او كان فيها لبس، فلا يكون لها أثر اتجاه من التبس عليه امرها ...))،وعليه يجب ان تكون الحيازة واضحة وخالية من كل لبس أو غموض، وشرط الوضوح يتعلق بالعنصر المعنوي للحيازة، بينما الشروط الاخرى تتعلق بالعنصر المادي للحيازة[٤]، فاذا كانت الحيازة تحيطها ظروف تحتمل الشك او التأويل، فيما اذا كان الحائز يحوز الشيء لنفسه ام انه يحوزه لحساب غيره، فتكون الحيازة هنا معيبة بعيب اللبس والغموض والذي يعد نقيضا للوضوح[٥].

ثانيا: انواع الحيازة:

---

(١) د. احمد صدقي محمود، *الحماية الوقتية للحيازة*، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٥)، ص١٩.
(٢) مدحت محمد الحسيني، *الحماية الجنائية للحيازة*، (دمشق: المكتبة القانونية، ٢٠٠٠)، ص٢٠.
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، اسباب كسب الملكية، مرجع سابق، ص٨٤٨.
(٤) د. عماد الفقي، *الحماية الجنائية للحيازة*، (القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠١٠)، ص٧.
(٥) ينظر في ذلك لفته هامل العجيلي، مرجع سابق، ص٢٩؛ وجعفر كاظم المالكي، مرجع سابق، ص٤٣.

بينا فيما سبق ان الحيازة تتمثل بالسيطرة الفعلية او المادية التي يباشرها الحائز على الشيء الذي يحوزه، وتقسم الحيازة الى نوعين هي :

١-الحيازة التامة او الكاملة: ان هذه الحيازة لا تكون الا للمالك او لمن يعتقد أنه المالك دون غيره، وتسمى بالحيازة القانونية او الحقيقية، ويراد بها السيطرة الفعلية على الشيء او مباشرة سلطات المالك عليه مع نية الاستئثار به والظهور عليه بمظهر المالك، وتتحقق الحيازة الكاملة باجتماع عنصري الحيازة، العنصر المادي يتمثل بالأعمال المادية التي يباشرها مالك الشيء من استعمال واستغلال وتصرف، أما العنصر المعنوي فيتمثل بانصراف نية الحائز في الاستئثار بالشيء وانصراف ارادته الى مباشرة سلطاته عليه باعتباره مالكا له[١]. وتتحقق الحيازة التامة سواء كانت تستند الى حق مشروع ام غير مشروع، فمن يختلس مالا مسروقا من حيازة سارقه يعد سارقا، وسواء كانت الحيازة مشروعه لذاتها ام لا، كحيازة المخدرات او الاسلحة غير المرخصة [٢].

٢-الحيازة المؤقتة او الناقصة: تكون هذه الحيازة للحائز دون المالك، وتتحقق بالسيطرة الفعلية للحائز على الشيء لمزاولة بعض حقوق المالك، كالاستعمال أو الاستغلال او الانتفاع به، لكن بدون ان يكون له حق التصرف في الشيء الذي يحوزه، وذلك لان الحيازة الناقصة يتحقق فيها العنصر المادي دون العنصر المعنوي، اذ ان الحائز يحوز الشيء على ذمة مالكه، مثل عقد الايجار او الرهن الحيازي او الوديعة او الوكالة[٣]، فلا يجوز للحائز ان يكتسب ملكية الشيء الذي يحوزه لمجرد وضع يده عليه مهما طالت مدة الحيازة .

أما اليد العارضة فهي ليست نوعا من انواع الحيازة بالمعنى المفهوم في القانون المدني، وانما فكرة قانونية مختلفة تماما عن الحيازة، اذ انها مجرد وجود الشيء بطريقة عابرة او عرضية بين يدي شخص لا يستطيع ان يباشر سلطة معينة عليه لحسابه او لحساب غيره، ولا يترتب عليها أي حق لواضع اليد او التزام يلتزم به، فهي لا تثير الاهتمام لدى فقه القانون المدني، الا انها تتمتع بأهمية كبيرة في الجرائم الواقعة على الاموال، ولا سيما في تحديد الاختلاس في جريمة السرقة[٤].

I . أ . ٣. الفرع الثالث

(١) د. نائل عبد الرحمن صالح، *شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الاموال*، (عمان: دار الفكر للنشر والتوزيع، ١٩٨٩)، ص٣٤.

(٢) د. عبود السراج، *قانون العقوبات الخاص، الجرائم الاقتصادية والجرائم الواقعة على الاموال*، (دمشق: مطبعة جامعة دمشق، ٢٠١٨)، ص٢٢٧.

(٣) عدلي خليل، *جريمة السرقة*، (مصر: دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦) .، ص١٢.

(٤) ابراهيم عبد الخالق، *البراءة والادانة في جرائم السرقة*، (القاهرة: مركز محمود للموسوعات القانونية، ٢٠١٥)، ص١١.

عناصر الاختلاس

ان الاختلاس في السرقة لا يمكن تحققه الا باجتماع عنصري الاختلاس، العنصر الاول يتمثل بالاستيلاء على الحيازة الكاملة، والعنصر الثاني هو عدم رضا مالك الشيء محل الاختلاس او حائزه، وكما مبين بالاتي:

اولا: الاستيلاء على الحيازة الكاملة:

يقصد بالاستيلاء على الحيازة هو ان يقوم الجاني بإخراج المال من حيازة مالكه او حائزه حيازة ناقصه او بالحيازة المادية لصاحب اليد العارضة، من أجل ادخاله او ضمه الى حيازته التامة او الكاملة(١).

فاذا قام الجاني بإخراج الحيازة من المجني عليه من غير ان يدخلها في حيازة شخص أخر فلا يتحقق فعل الاختلاس، وذلك لأنه لم ينشأ حيازة جديدة لشخص اخر غير المجني عليه، فمن يقوم بإتلاف مالا في موضعه لا يعد فعله هذا اختلاسا، لان هذا الفعل لا ينتج عنه انهاء حيازة المجني عليه، بل يترتب عليه جريمة اخرى هي اتلاف او اعدام المال اذا توافرت اركانها، فالاختلاس يتحقق سواء قام الجاني بنقل الحيازة لنفسه او الى شخص غيره، حتى وان كان هذا الشخص حسن النية (٢)، وذلك لان الحيازة انتقلت من المجني عليه الى الجاني الذي يمارس سلطاته على المال، ومن ثم يقوم بنقل حيازة المال الى شخص أخر .

وفيما يخص وسائل الاستيلاء على الحيازة، فالقانون لا يتطلب ان يتم تحويل الحيازة عن طريق وسيلة معينة، فلا يشترط ان تكون اداة الاختلاس عن طريق اليد، اذ من الممكن ان يستعين الجاني بأداة منفصلة عن جسمه او ان يستعين بإنسان حسن النية، او قد يستعين بحيوان او طائر، فمن يدرب قرد على نشل نقود المارة يعد مختلساً، وكذلك يعد مختلسا من يوهم عاملاً في مطعم او في نادي ان الشيء المملوك لغيره هو ملكه، ويطلب منه ان يوصلهُ الى منزله فيتم له ذلك(٣).

ثانيا: عدم رضا المجني عليه:

(١) حسني مصطفى، *جرائم السرقة*، (الاسكندرية: منشأة المعارف للنشر والتوزيع، ١٩٨٧)، ص١٠.
(٢) ويراد بمبدأ حسن النية في القانون المدني بأنه (الجهل الذي يكون مبرراً بحادثة أو واقعة معينه والتي تترتب عليها أثاراً قانونية لازمة ، بحيث يكون الحكم القانوني المترتب عليها يختلف اذا ما كان الجهل متحققاً = = بتلك الحادثة او الواقعة او تحقق العلم بها) . أشار الى ذلك د. ياسين محمد الجبوري، *شرح القانون المدني*، ج٢، ط١، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦)، ص٣٦.
(٣) عبود علوان منصور، "جريمة السرقة اسبابها والاثار المترتبة عليها – دراسة مقارنة"، (دكتوراه، جامعة الموصل كلية القانون، ٢٠٠٥)، ص٢٢.

ان رضا المجني عليه في السرقة لا يعد سببا لإباحتها، اما عدم الرضا فيعد عنصرا في الاختلاس المكون للركن المادي لجريمة السرقة، فإذا انتفى عدم الرضا ينتفي تبعا لذلك الاختلاس ولا تقوم هنا جريمة السرقة، ويتحقق ذلك عندما يتم نقل حيازة المال برضا حائزه او مالكه الى الغير، وبما ان الاختلاس هو اعتداء على حيازة الغير للمال ففي حالة نقل الحيازة وتسليمها بمحض ارادة حائز المال فلا يكون هناك اعتداء[١]، ويشترط في الرضا الذي ينفي الاختلاس ان يصدر من شخص متمتع بالإرادة والادراك، فاذا كان الشخص الذي نقل حيازة المال الى الغير برضاه صغير السن او في حالة سكر او مجنون فهنا ينعدم الادراك، وبالتالي لا يتحقق الرضا النافي للاختلاس، اوقد ينعدم الاختيار كما في حالة الاكراه او الضرورة، فهنا ايضا ينتفي الرضا الذي يمنع قيام الاختلاس[٢].

وان الرضا الذي يكون نافيا للاختلاس يجب ان يكون سابقا او معاصرا لنقل الحيازة وتبديلها، اما اذا كان لاحقا فلا ينفي الاختلاس، لأنه يعد من قبيل الصفح الذي ليس له تأثير على قيام الجريمة، وان كان له تأثير في تخفيف العقوبة[٣].

I . ب. المطلب الثاني

التسليم النافي للاختلاس

بما ان الاختلاس هو الاستيلاء على الحيازة الكاملة للمال دون رضا مالكه، ويترتب على ذلك انه اذا قام المالك او الحائز بتسليم المال الى شخص ما ينتفي الاختلاس ومن ثم تنتفي جريمة السرقة، الا انه يشترط في التسليم حتى ينتج عنه نفي الاختلاس ان يتوافر فيه ثلاثة شروط هي، صدور التسليم عن صاحب صفة على المال، وان يصدر عن ارادة معتبرة قانونا، وان يهدف التسليم الى نقل الحيازة الكاملة او الناقصة[٤]، وسنتناول ذلك كما يلي :

I . ب . ١.الفرع الاول

صدور التسليم عن صاحب صفة على المال

يراد بصاحب صفة على المال، الشخص الذي يمتلك سلطة تسليم المال الى الغير تسليما يعتد به القانون، وتتحدد سلطة التسليم أما بكونه مالكا للشيء او حائزا له حيازة ناقصة، ولا يمكن تصور نقل حيازة الشيء من شخص لا يملك سلطة قانونية

(١) د. جمال الحيدري، الوافي في قانون العقوبات، القسم الخاص، مرجع سابق، ص٥٠٩.
(٢) د. عبد الحكم فوده، *جرائم السرقات واغتصاب السندات*، (القاهرة: دار الالفي لتوزيع الكتب القانونية، بدون سنة نشر)، ص٨.
(٣) د. نشأت احمد نصيف، مرجع سابق، ص١٣٩.
(٤) تم توضيح معنى هذه المفاهيم في البحث سابقا ، ينظر في ص٨ .

عليه أي من غير المالك او الحائز، لان فاقد الشيء لا يعطيه، ويترتب على ذلك انه اذا تم التسليم من قبل المالك او من يدعي ملكيته او من قبل الحائز الذي يحوزه حيازة ناقصة، كالمستأجر او المستعير او الوكيل، فيعد التسليم صادرا عن صاحب صفة على المال وعليه فيكون هذا التسليم نافيا لركن الاختلاس[١].

أما اذا صدر التسليم عن صاحب اليد العارضة، فلا ينفي وقوع الاختلاس اذا ما امتنع المتسلم من رد المال او أنكره او فر به، وذلك لأن التسليم صادر من شخص ليس له صفة على المال، وعليه فاذا طلب شخص من عامل في مطعم او فندق ان يناوله معطفاً او حقيبةً، معتقداً وواهماً انه صاحبها، وعلى هذا الاعتبار سلم العامل المعطف او الحقيبة له، فأن هذا التسليم لا يمنع من قيام الاختلاس اذا فر المستلم بالشيء او أنكره او امتنع عن رده، لان التسليم تم من شخص ليس له صفة على المال، ويترتب على ذلك ان مستلم الشيء يعد سارقا في هذه الحالة، كون العامل ما هو الا وسيلة استخدمها الشخص لإخذ المعطف، بدلا من ان يأخذه بيده بصورة مباشرة[٢].

I . ب . ٢.الفرع الثاني

صدور التسليم عن ارادة معتبرة قانونا

يشترط في التسليم لكي يكون نافيا للاختلاس ان يصدر عن ارادة معتبرة قانونا، مما يستلزم ان يكون الشخص الذي سلم المال المنقول الى الغير مدركا ومميزا، وكذلك ان يكون التسليم قد جرى بإرادته واختياره، فالإدراك والتمييز هو أساس المسؤولية الجنائية، اذ انه لا يجوز مساءلة الصغير غير المميز وفاقد الادراك لعدم ادراكهم لما يقوموا به من افعال، ولهذا السبب اعتبرها المشرع من موانع المسؤولية الجنائية، حيث نصت المادة (٦٠) من قانون العقوبات العراقي على أنه ((لا يسأل جزائيا من كان وقت ارتكاب الجريمة فاقد الادراك او الارادة لجنون او عاهة في العقل او بسبب كونه في حالة سكر او تخدير نتجت عن مواد مسكرة او مخدرة اعطيت له قسراً او على غير علم منه بها ...))، وعليه فان التسليم الذي يصدر عن مجنون او معتوه او سكران فاقد للإدراك أو من صغير غير مميز، لا ينفي الاختلاس لأنه صادر عن ارادة غير معتبرة قانوناً[٣].

ويشترط في التسليم لكي يكون نافياً للاختلاس اضافة الى الادراك والتمييز، ان يكون صادراً عن ارادة حرة مختارة، ويتحقق ذلك عندما تتجه ارادة مالك المال او حائزه الى اعطائه لشخص أخر او وضعه في متناول يده، أما اذا كانت ارادة صاحب المال

(١) د. احمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص٥٢٩.
(٢) د. محمد سعيد نمور، مرجع سابق، ص٣٧.
(٣) د. محمد علي سالم، مرجع سابق، ص٢٤.

P- ISSN:2075-2024
E-ISSN: 2706-5804

اتجهت الى تسليم المال تحت تأثير الاكراه المادي او المعنوي[١]، فأن هذا التسليم لا ينفي الاختلاس، بل قد يكون الاكراه ظرفاً لتشديد العقوبة في السرقة[٢]. هذا وان القانون الجنائي لم يعرف الاكراه، أما القانون المدني العراقي فقد عرفه بموجب المادة (١/١١٢) بأنه ((اجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه))، وان مدلول الاكراه في القانون الجنائي هو ذات المدلول الذي أخذ به القانون المدني، وان كان الاكراه عيب من عيوب الارادة يصيب حرية التعاقد في القانون المدني، اما القانون الجنائي فقد اعتبره مانعا من موانع المسؤولية الجنائية، هذا ما نصت عليه المادة (٦٢) من قانون العقوبات العراقي على انه ((لا يسأل جزائياً من أكرهته على ارتكاب الجريمة قوة مادية او معنوية لم يستطع دفعها))، وان الرضا والاختيار لا ينتفي حتى وان كان التسليم مبنياً على غلط او تم بطريقة الغش او التدليس .

I . ب . ٣. الفرع الثالث

ان يتم التسليم بهدف نقل الحيازة الكاملة او الناقصة

ان التسليم سواء كان ناقل للحيازة الكاملة ام الحيازة الناقصة يكون نافياً للاختلاس، ويعد التسليم الناقل للحيازة عملاً قانونياً مجرداً يتضمن نقل حيازة الشيء من سيطرة شخص الى شخص أخر[٣]. ويكون الهدف من التسليم الناقل للحيازة الكاملة نقل الملكية، اذ يمكن هذا التسليم المتسلم من ممارسة السلطات التي يخولها القانون على الشيء الذي تسلمه، ويتضمن كذلك تخويل المتسلم صفة أصلية مباشرة على الشيء بما فيها السلطات المقررة لحق الملكية، فلا يعد المتسلم مرتكباً لفعل الاختلاس، اذا ما أخل بحقوق تعود لمن سلمه الشيء، وحصل على مزايا ليس له حق فيها، وكذلك لا يعد سارقاً الشخص الذي يتسلم نقوداً على سبيل القرض ويمتنع عن رد القرض، حتى وان اعلن صراحةً بعدم رده لمبلغ القرض[٤]، وقد عرف القانون المدني العراقي بموجب نص المادة (٦٨٤) منه بان القرض هو ((ان يدفع شخص لأخر عيناً معلومة من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلهما)) .

---

(١) محمد جياد زيدان الجوعاني، "الظروف المشددة لجريمة السرقة – دراسة مقارنة"، (ماجستير، جامعة النهرين كلية الحقوق ، ٢٠٠٣)، ص٥٤ .

(٢) نصت المادة (٢/٤٤١) من قانون العقوبات العراقي على ((يعاقب بالسجن المؤبد او المؤقت على السرقة التي تقع على شخص في الطريق العام خارج المدن والقصبات او في قطارات السكك الحديدية أو غيرها من وسائل النقل البرية او المائية حال وجودها بعيداً عن العمران وذلك في احدى الحالات التالية: ...٢- اذا حصلت السرقة من شخصين او أكثر بطريق الاكراه ....)) ؛ وينظر ايضا في ذلك المادة (٤٤٢/ثانياً / ثالثاً) والمادة (٤٤٣/ اولاً) من قانون العقوبات العراقي .

(٣) د. فائزة يونس الباشا، *القانون الجنائي الخاص الليبي – القسم الثاني، جرائم الاعتداء على الاموال*، ط١، (القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٤)، ص٥٨.

(٤) د. عبد العظيم مرسي وزير، مرجع سابق، ص١٢٤-١٢٥.

ويكون التسليم ناقلاً للحيازة المؤقتة، اذا كان التسليم يستهدف لجعل الشيء في حيازة المتسلم لكي يمارس عليه بعض السلطات المحدودة المقررة قانوناً، ويتضمن في الوقت نفسه تخويل المتسلم بصفة متفرعة عن الحقوق المقررة للمسلم، على ان يلتزم برد الشيء عند حلول الاجل[١]، او عند المطالبة به' وغالباً ما يكون هذا التسليم يتم بناءً على عقد من عقود الامانة، ومثال على ذلك، لا يعد سارقاً المستعير او المستأجر او الوكيل اذا امتنع عن رد المال الذي سلم اليه، واستولى عليه بنية الاستئثار به وتملكه، ففي هذه الحالة يعد مرتكباً لجريمة خيانة الامانة اذا توافرت اركانها .

ولا يشترط في التسليم ان يكون بالمناولة، فقد يكون تسليماً رمزياً، وهذا ما اشارت اليه المادة (٥٣٨) من القانون المدني العراقي اذ نصت على ان ((١- تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه دون حائل ٢- واذا قبض المشتري المبيع وراَه البائع وهو يقبضه وسكت يعتبر ذلك اذناً من البائع له في القبض))، وعلى ذلك فلا يعد سارقاً المشتري الذي تم تسليمه مفاتيح المخزن الذي يحتوي على المبيع وقام بالتصرف فيه حتى وان كان ذلك التصرف قبل دفع الثمن، باعتبار ان الحيازة انتقلت اليه بالتسليم الرمزي، أما في حالة كون تسليم مفتاح المخزن كان لشخص يرغب في شراء المبيع وذلك من اجل معاينته وفحصه لشرائه، فاذا اختلس هذا الشخص المال الذي عاينه يعد سارقاً، وذلك لان يده على المال وفق هذا التسليم يد عارضة لا ينتفي فيها الاختلاس[٢].

II. المبحث الثاني

أثر الحيازة الناقصة في تجريم خيانة الامانة

بينا فيما سبق، ان الحيازة الناقصة تكون للحائز غير المالك والتي تتمثل بسيطرة الحائز بصورة فعلية على الشيء لممارسة بعض الحقوق المقررة للمالك كالاستعمال أو الاستغلال او الانتفاع به، الا ان الحائز قد يقوم بأفعال من شأنها ان تمثل اعتداء على حق الملكية من خلال انصراف نية الحائز الى ضم الشيء الذي يحوزه حيازة ناقصة الى ملكه والظهور عليه بمظهر المالك، لذلك اتجه المشرع الى منع هذا الاعتداء من خلال وضع نصوص قانونية تعاقب على ذلك، كالنصوص القانونية التي تعاقب على جريمة خيانة الامانة، وعليه سوف نقسم هذا المبحث الى

(١) يعرف الاجل في القانون المدني العراقي بأنه (أمر مستقبلي محقق الوقوع ويتوقف على تحقيقه نفاذ الالتزام او انتهائه) ، وقد نصت عليه المادة (٢٩١) بانه ((يجوز ان يقترن العقد بأجل يترتب على حلوله تنجيز العقد او انقضاءه)) ،وكذلك تناولت المادة (٢٩٧) من القانون المدني حلول الاجل بانه ((اذا تبين من الالتزام أن المدين لا يقوم بوفائه الا عند المقدرة أو الميسرة عينت المحكمة ميعاداً مناسباً لحلول الاجل مراعية في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلية مفترضة فيه عناية الرجل الحريص على الوفاء بالتزامه)) .

(٢) د. محمد سعيد نمور، مرجع سابق، ص٤٢.

مطلبين نتناول في المطلب الاول صور الركن المادي في جريمة خيانة الامانة، ونبين في المطلب الثاني أثر التسليم في خيانة الامانة وكما مبين على النحو الاتي :

II. أ. المطلب الاول

أثر مفاهيم الركن المادي لجريمة خيانة الامانة

ان المشرع العراقي نص على جريمة خيانة الامانة بموجب المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي والتي نصت على ((كل من أؤتمن على مال منقول مملوك للغير أو عهد به اليه بأية كيفية كانت أو سلم له لأي غرض كان فأستعمله بسوء قصد لنفسه او لفائدته أو لفائدة شخص أخر أو تصرف به بسوء قصد خلافا للغرض الذي عهد به اليه او سلم له من أجله حسب ما هو مقرر قانونا وحسب التعليمات الصريحة أو الضمنية الصادرة ممن سلمه اياه او عهد به اليه يعاقب بالحبس او بالغرامة ...))، ومن خلال هذا النص يتبين لنا ان جريمة خيانة الامانة تتكون من أربعة اركان، الركن المادي للجريمة والمتمثل بصورتي الاستعمال والتصرف، والركن الثاني محل الجريمة وهو مال منقول مملوك للغير، أما الركن الثالث فهو شرط تسليم المال، اضافة الى الركن المعنوي للجريمة، وما يدخل في نطاق دراستنا هذه هو ركن التسليم الناقل للحيازة الناقصة، وقبل ان نبحث في مفهوم التسليم سوف نتطرق الى توضيح مفهوم خيانة الامانة وبيان تعريفها والمصلحة المعتبرة من تجريمها، لذلك سوف نقسم هذا المطلب الى اربعة فروع نتناول في الفرع الاول مفهوم خيانة الامانة ونتناول في الفرع الثاني صور الركن المادي لخيانة الامانة،، وكما مبين بالاتي :

II. أ. ١. الفرع الاول

مفهوم خيانة الامانة

مما لا ريب فيه، ان المشرع نظم أحكام جريمة خيانة الامانة في المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي، وعليه سوف نتناول مفهوم خيانة الامانة من خلال تعريفها مع بيان المصلحة المحمية في تجريمها وذلك في الفقرات التالية :

أولا: تعريف خيانة الامانة:

لم يعرف المشرع خيانة الامانة في قانون العقوبات، لذلك تعددت تعريفات الفقه الجنائي لخيانة الامانة وان كانت تتحد جميعها في المضمون، فعرفت بأنها (استيلاء الامين عمدا على الحيازة الكاملة لمال منقول سلم اليه بمقتضى سند من سندات

الامانة التي نص عليها القانون)[١]، وعرفت ايضا بانها (استيلاء شخص على مال منقول يحوزه حيازة ناقصة بناءً على سند أو عقد مما حدده القانون عن طريق خيانة الثقة التي أودعت فيه بمقتضى هذا العقد وذلك بتغيير صفته من حائز لحساب مالكه الى مدعٍ لملكيته)[٢]، وعرفت ايضا بأنها (استيلاء شخص على الحيازة الكاملة لمال منقول لديه على سبيل الحيازة الناقصة خيانة للثقة التي أودعت فيه، وذلك بتحويل صفته من حائز لحساب مالكه الى مدعٍ لملكيته، أي تخويل صفته على الشيء من أمين لحساب صاحب الحق الى مغتصبٍ لملكيته)[٣]، ويمكننا ان نستخلص تعريفا لخيانة الامانة من خلال ما نص عليه المشرع في المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي بانها استيلاء شخص على الحيازة الكاملة لمال منقول أؤتمن عليه بأي وجه كان من خلال استعماله لنفسه او لمنفعته او منفعة غيره او تصرف فيه بسوء قصد خلافا للغرض الذي سلم من اجله المال .

وبناءً على ما تقدم، يتضح لنا ان خيانة الامانة تستلزم ان يكون الجاني حائزاً لمال منقول مملوك للغير حيازة ناقصة، وان هذا المال قد سلم اليه على سبيل الامانة، ثم تتجه نيته الى تغيير صفة حيازته للمال من الحيازة الناقصة الى الحيازة الكاملة، أي الظهور عليه بمظهر المالك وممارسة بعض السلطات المقررة للمالك دون الحائز وادعائه بملكيته للشيء الذي سلم اليه، وعلى ذلك فأن جريمة خيانة الامانة لا يمكن تصور الشروع فيها فهي اما ان تقع فتكون جريمة تامة او لا تقع، فالجاني اما ان تتجه نيته الى خيانة الامانة ويعبر عن ذلك بسلوك مفصح عنه، او ان لا تقوم لديه هذه النية .

ثانيا: المصلحة المحمية في تجريم خيانة الامانة:

المصلحة المحمية في التجريم والعقاب يجب ان تحدد في كل نص تجريمي، وذلك لأنها تلعب دوراً اساسياً في تحديد نطاق التجريم، كما ان تحديد المصلحة المحمية يترتب عليه الوصول الى التكييف القانوني الصحيح لبعض الوقائع او المسائل المتنازع عليها، وعليه فقد اختلف الفقه الجنائي في تحديد المصلحة المحمية او المعتبرة في تجريم خيانة الامانة[٤]، اذ يرى جانب من الفقه ان المصلحة المعتبرة في تجريم خيانة الامانة هي حماية حق الملكية، وقد استندوا في ذلك لعدة مسوغات او لاعتبارات معينة اهمها، ان المصلحة المحمية في تجريم السرقة هي حق الملكية، وبما ان خيانة الامانة ترجع الى اصلها التاريخي الى جريمة السرقة، فأن المصلحة

(١) د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص٨٢٧.
(٢) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص٥٠٩.
(٣) عبد المحسن بن فهد الحسين، "خيانة الامانة تجريمها وعقوبتها"، (ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٧)، ص٢٤ .
(٤) د. محمد مردان، مرجع سابق، ٢٠٣.

المحمية لخيانة الامانة هي ذاتها في السرقة، وان لكلا الجريمتين هدف واحد وهو اتجاه نية الجاني الى تملك مال المجني عليه وحرمانه منه، الا ان هذا الرأي تعرض للانتقاد وقيل فيه ليس من المعقول ارجاع المصلحة المحمية لأي جريمة الى أصلها التاريخي، وذلك لأن المصالح الجديرة بالحماية الجنائية حسب تقدير المشرع تختلف من زمان الى زمان أخر ومن مكان الى مكان أخر(١).

ويذهب جانباً أخر من الفقه الى ان المصلحة المحمية في تجريم خيانة الامانة هي تقرير الحماية الجنائية لعقود القانون المدني، مستندين في ذلك الى ان وجود عقد قائم بين الجاني والمجني عليه هو أمر مفترض، وان المشرع الجنائي لم يتدخل في المراحل السابقة لحماية العقود المدنية التي تبرم بين الاشخاص، وذلك استناداً الى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين ولأن بنود العقد هي الضمان الكافي لتنفيذ الالتزامات التعاقدية، وان ما يترتب على الاخلال بتنفيذ هذه الالتزامات اللجوء الى المحاكم المدنية للفصل فيها، الا ان الواقع العملي اثبت ان الالتجاء الى الطرق المدنية لا يعد ضماناً كافياً لزجر الخائنين في بعض العقود ومن بينها عقود الامانة، الأمر الذي دعا المشرع الى التدخل وتوفير الحماية الجنائية لبعض عقود القانون المدني من خلال تجريم خيانة الامانة(٢).

وهناك جانب أخر من الفقه يرى ان المصلحة المحمية والتي قدر لها المشرع بان تكون جديرة بالحماية الجنائية من تجريم خيانة الامانة، تكمن في حماية الائتمان في المعاملات الخاصة أي حماية الثقة في التعامل الذي يحصل بين الناس، اذ ان المشرع اراد حماية مصلحة مهمة وهي الثقة بين الجاني والمجني عليه، لكي يسود الاستقرار والاخلاص وحسن النية في التعامل بين الناس، مما يؤدي الى تحقق الشرط الجوهري للازدهار الاقتصادي وهو وجود الثقة والامانة في التعامل بين الناس(٣).

ونرى ان المصلحة المحمية التي يبتغيها المشرع من تجريم خيانة الامانة، هي حماية حق الملكية من الاعتداء عليها، بالإضافة الى حماية الائتمان والثقة في المعاملات التي تتم بين الناس، لما لها من أهمية كبيرة في استقرار التعامل بين الناس، مما يؤدي الى ترسيخ الثقة والتي يتحقق بها الازدهار الاقتصادي .

II. أ. ٢. الفرع الثاني

صور الركن المادي لخيانة الامانة

(١) د. فخري الحديثي؛ د. خالد حميدي الزعبي، *شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الاموال، الموسوعة الجنائية الثالثة*، ط١، (عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩) ، ص٢٨٧.
(٢) رنا عبد المنعم يحيى حمو الصراف، *المصلحة المعتبرة في تجريم الاعتداء على الاموال، دراسة مقارنة*، (الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤ – ٢٠١٥)، ص١٦٠.
(٣) د. جمال ابراهيم الحيدري، مرجع سابق، ص٦١٢.

يتمثل الركن المادي لخيانة الامانة بصورتي الاستعمال والتصرف، اذ ان المشرع العراقي حصر قيام الركن المادي لهذه الجريمة بهاتين الصورتين بموجب نص المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات والتي جاء فيها ((كل من أؤتمن على مال منقول مملوك للغير أو عهد به أليه بأية كيفية كانت أو سلم له لأي غرض كان فأستعمله بسوء قصد لنفسه أو لفائدته او لفائدة شخص أخر او تصرف به بسوء قصد خلافا للغرض الذي عهد به اليه ...))، وعلى ذلك فان الجريمة تتحقق اذا ما قام الجاني بنشاط اراد به تغيير نوع الحيازة للمال من حيازة ناقصة الى حيازة كاملة، وهذا يمثل جوهر الاعتداء الذي تقوم به الجريمة، حيث ان الاستعمال والتصرف تعد من المفاهيم التي تناولها القانون المدني وهي من السلطات المقررة للمالك قانوناً، أي انها السلطات المقررة لحق الملكية الذي يعد حقاً جامعاً يخول صاحبه مباشرة هذه السلطات، من اجل الحصول على مزايا هذا الشيء، وقد نص القانون المدني العراقي على السلطات التي يباشرها المالك بموجب نص المادة (١٠٤٨) منه على ان ((الملك التام من شأنه ان يتصرف به المالك، تصرفاً مطلقاً فيما يملكه عيناً ومنفعة واستغلالاً، فينتفع بالعين المملوكة وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة))، ولذلك سوف نبين مفهوم الاستعمال والتصرف، وكما مبين على النحو الاتي :

اولاً: صورة التصرف بسوء قصد:

يقصد بالتصرف العمل الذي لا يقوم به الا مالك الشيء، وان المالك له سلطة جامعة وله ان يتصرف بالشيء محل الحق بجميع التصرفات التي يجيزها القانون تصرفاً مطلقاً، وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي بموجب المادة (١٠٤٨) سابقة الذكر، والتصرف قد يكون مادياً وقد يكون قانونياً، فالتصرف المادي ينصب على مادة الشيء كالأعمال التي من شأنها أن تؤدي الى استهلاك الشيء أو اتلافه[١]، وان سلطة التصرف المادي يتميز بها حق الملكية عن بقية الحقوق العينية الاصلية الاخرى[٢]، كونها لا تخول صاحبها سوى الاستفادة او الانتفاع من شيء مملوك للغير بشرط الحفاظ عليه، اما التصرف القانوني فيتمثل بتصرف مالك الشيء بملكه تصرفاً من شأنه ان يؤدي الى انهاء حقه او زواله بذلك الشيء، كأن يبيعه او يهبه .

وعلى ذلك فان التصرف الذي تقوم به خيانة الامانة يتحقق بكل فعل يقوم به الجاني سواءً كان تصرفاً قانونياً كالبيع والهبه والرهن أو أن يكون تصرفاً مادياً كاستهلاك

(١) د. محمد طه البشير؛ د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص٤٨.
(٢) نصت المادة (٦٨) من القانون المدني العراقي على ان ((١- الحقوق العينية الاصلية هي حق الملكية وحق التصرف وحق العقر وحقوق المنفعة والاستعمال والسكنى و المساطحة وحقوق الارتفاق وحق الوقف وحق الاجارة الطويلة)) .

الشيء أو اتلافه، او القيام بأي عمل من شأنه ان يؤدي الى خروج المال من حيازته وإدخاله الى حيازة شخص أخر وبأي صورة كانت أو ادخاله في حيازته الكاملة والظهور عليه بمظهر المالك[١].

ثانياً: صورة الاستعمال بسوء قصد:

يراد بالاستعمال في القانون المدني هو القيام بالأعمال اللازمة وفقاً للغرض الذي أعد له في سبيل الحصول على منفعته لنفسه [٢]، او هو استخدام المال بما يتفق وطبيعته في ما أعد له، وفي أي شكل يمكن استعماله فيه، على ان لا يؤدي هذا الاستعمال لهلاكه، و ان يستعمل هذا المال استعمالاً شخصياً، فاذا كان منزلاً فله ان يسكنه، وان كانت سيارة فله ان يركبها[٣].

اما مفهوم الاستعمال كصورة من صور الركن المادي لجريمة خيانة الامانة، يراد به الاستعمال الذي لا يصدر الا من قبل المالك، وذلك لما يترتب عليه من استنزاف قيمة ذلك المال كلها او بعضها بخلاف الغرض الذي سلم المال من أجله، اذ عبر عنه المشرع العراقي في المادة (٤٥٣) ب ((... فأستعمله بسوء قصد ... خلافا للغرض الذي عهد به اليه ...))، حيث ان الجاني يقوم بتجريد الشيء من قيمته فقط دون مادته، حيث ينوي رده لصاحبه ولكنه بعد استعماله استعمالاً يجرده من قيمته وخلاف لما سلم من اجله المال[٤].

ويتضح مما تقدم، ان المشرع العراقي قد وسع من نطاق تجريم خيانة الامانة في صورة الاستعمال، اذ قرر العقاب عليها سواء كان الاستعمال مقترناً بنية التملك ام لا، حيث ان جريمة خيانة الامانة تقوم متى ما استعمل المؤتمن على المال استعمالاً يخالف الغرض الذي سلم المال من اجله، والذي يؤدي الى استنزاف قيمته حتى وان لم تتوافر لديه النية لتملكه او الظهور عليه بمظهر المالك، ونرى ان تعبير المشرع ((... فاستعمله بسوء قصد ...))، جاء مبهماً وركيكاً، ويكون اكثر رصانة برجوعه الى التعريف الوارد في الفقه المدني الذي يتسق مع المعنى اللغوي للاستعمال، فاذا قام الامين بالأعمال اللازمة للحصول على منفعة الشيء لنفسه دون اذن من مالك الشيء فان ذلك يعد خيانة أمانة .

II. ب. المطلب الثاني

(١) د. محمد مردان، مرجع سابق، ص٢٠٣.
(٢) د. محمد طه البشير؛ د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص٤٦.
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، حق الملكية، مرجع سابق، ص٤٩٧.
(٤) د. نشأت احمد نصيف، *شرح قانون العقوبات – القسم الخاص*، (بيروت: المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠١٠)، ص١٩٩.

أثر التسليم في خيانة الامانة

يشترط لقيام جريمة خيانة الامانة ان يكون المال قد سلم الى الجاني تسليماً ناقلاً للحيازة الناقصة، فإذا لم يكن هناك تسليم سابق على ارتكاب الفعل المحقق للجريمة فلا تقوم جريمة خيانة الامانة، ولذلك فان التسليم يعد ركناً اساسياً لقيام جريمة خيانة الامانة على ان يكون تسلم المال قد تم على سبيل الامانة، وفي هذا السياق قضت محكمة تمييز العراق بانه عند تسليم المال الى الجاني من قبل المشتكي بهدف نقل الحيازة الناقصة اليه فلا يتحقق به ركن الاختلاس المكون لجريمة السرقة، وانما تكون الواقعة جريمة خيانة أمانة وفقاً للمادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي[١]، وعلى ذلك فان التسليم الذي يتحقق فيه خيانة الامانة هو التسليم الناقل للحيازة الناقصة فقط، أي ان تكون حيازة متسلم المال لحساب مالكه مع الالتزام برده، أما اذا كان التسليم ناقلاً للحيازة الكاملة فلا تتحقق خيانة الامانة[٢].

ولكي يعتد بالتسليم الناقل للحيازة الناقصة الذي يتحقق به جريمة خيانة الامانة يجب ان تتوافر فيه عدة شروط، ولا يستلزم في التسليم ان يكون في صورة معينة فسواء كان تسليماً فعلياً ام حكمياً يكفي لقيام الجريمة، وهذا ما سنبينه في الفروع التالية :

II. ب. ١. الفرع الاول

شروط التسليم

يشترط في التسليم الذي تقوم به جريمة خيانة الامانة توافر ثلاثة شروط هي :

اولا: ان يكون التسليم سابقاً على وقوع الركن المادي للجريمة:

يجب ان يكون التسليم سابقاً على فعل الاستعمال او التصرف في المال الذي سلم للجاني كما نصت عليه المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي على انه ((كل من أؤتمن على مال منقول مملوك للغير او عهد به اليه بأية كيفية كانت او سلم له لأي غرض كان فأستعمله بسوء قصد لنفسه او لفائدته او لفائدة شخص أخر او تصرف به بسوء قصد...))، أي ان يكون المال محل الجريمة قد سبق تسليمه للجاني تسليماً ناقلاً للحيازة الناقصة[٣]، ويستوي ان التسليم قد تم من قبل المجني عليه نفسه او بواسطة

(١) قرار محكمة التمييز رقم ٥٤٢/ جزاء تمييزية/ ٧٣، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، ص٤١٦.
(٢) أشجان خالص الزهيري، "جريمة خيانة الامانة بالاعتداء على المال"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية العدد الثامن والعشرون، (٢٠١٥)، ص٣١.
(٣) د. ممدوح خليل البحر، *الجرائم الواقعة على الاشخاص في قانون العقوبات الاماراتي*، ط١، (عمان: مكتب اثراء للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩) ، ص٣٥٤.

شخص أخر لحسابه كالخادم او الوكيل او بواسطة البريد، ويجب ان يتم التسليم من اجل حفظه واستعماله وفقاً للغرض الذي سلم من أجله[١].

ثانيا: ان يصدر التسليم عن ارادة صحيحة ومعتبرة قانوناً:

لقيام جريمة خيانة الامانة يجب ان يكون المجني عليه قد سلم المال الى الجاني بإرادة صحيحة غير معيبة بأي عيب من عيوب الارادة، أي ان تكون الارادة مميزة وحرة وان يكون الشخص القائم بالتسليم مدركاً في اختياره، فاذا كان التسليم صادر من شخص مجنون أو صبي غير مميز فلا تتحقق جريمة خيانة الامانة، وانما نكون امام جريمة سرقة، وذلك لأن التسليم الصادر عن غير ارادة وتمييز لا ينفي الاختلاس المكون لجريمة السرقة، وكذلك الحال اذا كان التسليم تم تحت ضغط الاكراه تكون الواقعة سرقه ايضاً، وفي حالة كون التسليم ناتج عن استعمال المتسلم الطرق الاحتيالية لإيقاع المجني عليه في الغلط وحمله على تسليم ماله للجاني فهنا تتحقق جريمة الاحتيال لا خيانة الامانة[٢]، اما اذا تم التسليم بدون استعمال الطرق الاحتيالية فتتحقق خيانة الامانة، وفي هذا السياق قضت محكمة تمييز العراق بانه اذا لم يقع تسليم المال بناءً على استعمال طرق احتيالية فتكون الجريمة خيانة أمانة وليس احتيال[٣].

ثالثا: أن يكون التسليم على سبيل الأمانة:

ان التسليم في خيانة الأمانة يفترض ان يكون بناءً على سند من القانون او على عقد من عقود الأمانة، ومفاد ذلك بأن يلتزم شخص بموجب عقد او نص قانوني او حكم قضائي بالمحافظة على المال ورده عيناً او باستعماله وفقاً للغرض الذي سلم من اجله، وبأي كيفية تعتبر من أوجه الأمانة التي تقوم بها جريمة خيانة الأمانة[٤].

ويرى الباحث من خلال استقراء نص المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات ان المشرع العراقي لم يشترط صراحةً في التسليم ان يكون بناءً على عقد من عقود الامانة، وانما اعتد بأي تسليم كان على سبيل الامانة، ويعد هذا المسلك محمود يحسب للمشرع، لأنه اراد من ذلك النص احكام الحماية الجنائية لأموال الغير من خلال توسيع نطاق التجريم ولكي لا يفلت الجناة من العقاب، وذلك لأن اقتصار التسليم على عقود الامانة يترتب عليه خروج حالات عديدة من نطاق تجريم خيانة الامانة .

---

(١) د. محمد سعيد نمور، مرجع سابق، ص٣٥٥.

(٢) عدنان زيدان حسون العنبكي، *البحث في جريمة خيانة الامانة، معززة بقرارات محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية*، مكتبة صباح للنشر،(بغداد، ٢٠١٤)، ص٣٦.

(٣) قرار محكمة التمييز رقم ٥٩٢/ جزاء تمييزية/ ٧٣ في ١٩٧٣/١٢/٢٠، النشرة القضائية، العدد الرابع، السنة الرابعة، ص٤٣٢.

(٤) د. جمال ابراهيم الحيدري، الوافي في قانون العقوبات القسم الخاص، مرجع سابق، ص٦٢١.

II. ب. ٢. الفرع الثاني

صور التسليم في خيانة الامانة

ان تسليم المال في خيانة الامانة من المسلم الى المستلم يتم من خلال وضعه تحت تصرفه بحيث يتمكن من حيازته بدون أي عائق، ويتم التسليم بما يتفق وطبيعة الشيء المسلم ذاته، كما يتم بإرادة الطرفين، وعليه فقد يكون التسليم فعلياً وقد يكون حكمياً أو اعتبارياً، ولا فرق بين صورتي التسليم من حيث كفاية أحدهما لقيام جريمة خيانة الأمانة .

اولا: التسليم الفعلي او الحقيقي:

ان التسليم يكون فعلياً اذا اتخذ صورة المناولة المادية التي تنقل حيازة المال من المجني عليه الى الجاني، أي مصحوباً بحركة مادية يترتب عليها تخلي الحائز عن المال وادخاله في يد الحائز الجديد(١)، ولا يشترط ان يحصل التسليم المادي من المجني عليه نفسه، بل ممكن ان يحصل من شخص أخر غير المجني عليه ولكنه يعمل لحسابه، كالوكيل أو الوصي او القيم، فالوكيل يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة اذا ما تصرف بأموال سلمت اليه من الغير لحساب موكله كما لو استلم بدلات ايجار عقار موكله، فتصرف فيها لفائدته وبسوء قصد، ويستوي ان يكون المال قد سلم للجاني نفسه او لشخص يمثله او ينوب عنه، كالخادم او العامل، فالمستعير او المودع اليه الذي يتسلم الشيء عن طريق خادمه او العامل لديه يعد مرتكباً لجريمة خيانة الامانة اذا ما استعمل او تصرف أحدهم بسوء قصد في الشيء الذي سلم اليهم(٢).

ثانيا: التسليم الحكمي او الاعتباري:

ان صورة التسليم الحكمي او الاعتباري لا تتحقق بمناولة يدوية او حركة مادية تنتقل بها حيازة الشيء من المجني عليه الى الجاني، وانما يحدث هذا التسليم بمجرد تغيير النية، والذي يترتب عليه تغيير او تحويل الحيازة الكاملة للشيء الى حيازة ناقصة لحساب الغير، وان التسليم الحكمي يفترض ان الجاني كان يحوز الشيء حيازة كاملة وان هذا الشيء سوف يبقى في حيازته التي تحولت من حيازة كاملة الى حيازة ناقصة، ففي هذه الحالة لم يتم تسليم الشيء بصورة فعلية او مادية الى الجاني، كما لو باع المالك منقولاً معيناً بالذات، لكن المشتري لم يستلم المبيع من البائع واتفق معه على ان يبقى لديه على سبيل الوديعة، فالبائع تحول من حائز للمنقول حيازة كاملة الى حائز حيازة ناقصة ومن دون ان يتم تسليم مادي من المشتري، وانما تسليم

(١) د. عبد العظيم مرسي وزير، مرجع سابق، ص٤٩٩.
(٢) د. ماهر عبد شويش، مرجع سابق، ص٣٢٢.

P- ISSN:2075-2024 E-ISSN: 2706-5804

اعتباري او حكمي، ولذلك فأن البائع يعد مرتكباً لجريمة خيانة الامانة اذا ما استعمل او تصرف بسوء قصد في المال الذي سلم اليه تسليماً اعتبارياً على سبيل الوديعة[١].

وقد يكون التسليم رمزياً ويتحقق ذلك في حالة تسلم شخص اشياء أخرى تعد رمزاً لها فتغني عن التسليم الفعلي او المادي، كتسليم السندات المعطاة عن البضائع والمعهود بها الى أمين النقل أو المودعة في المخزن، فهذا التسليم يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها[٢]، هذا وينبغي ان يكون التسليم الرمزي معبراً عن تسليم فعلي وان يكون ناقلاً للحيازة الناقصة الى الأمين، والا فلا تقوم خيانة الامانة، فالتسليم الرمزي يعد قرينة قانونية على التسليم الفعلي ولكنها غير قاطعه ويمكن اثباتها بكافة طرق الاثبات المقررة قانوناً، ولقاضي الموضوع سلطة تقديرية في الفصل بمسألة تحقق الحيازة الفعلية من عدم تحققها وفقاً لما يتبين له من ظروف القضية المعروضة امامه [٣].

II. ب. ٣. الفرع الثالث

سند التسليم في خيانة الامانة

بينا فيما سبق، انه يشترط في التسليم الناقل للحيازة الناقصة ان يتم على سبيل الامانة، هذا ما نصت عليه المادة (٤٥٣) من قانون العقوبات العراقي بأنه ((كل من أؤتمن على مال منقول مملوك للغير او عهد به اليه بأية كيفية كانت أو سلم له لأي غرض كان...))، وعليه نلاحظ ان المشرع العراقي لم يشترط لقيام جريمة خيانة الامانة ان تكون هناك علاقة تعاقدية بين الجاني والمجني عليه، او بعبارة أخرى لم يقتصر حصول التسليم على عقد من عقود الامانة، وانما يمكن ان يتحقق بوجود سند قانوني او قضائي اساسه الثقة والائتمان او بناءً على عقد من عقود الامانة، بخلاف بعض التشريعات الجنائية المقارنة التي نصت صراحةً على ان جريمة خيانة الامانة لا تقوم الا اذا كان الشيء قد سلم بناءً على عقد من عقود الامانة والتي تناولها على سبيل الحصر، كالمشرع المصري والمشرع اللبناني[٤]، وعلى ذلك سوف نتناول في هذا الفرع الاحكام العامة لعقود الأمانة، وكما مبين على النحو الاتي :

---

(١) د. جمال ابراهيم الحيدري، شرح احكام القسم الخاص من قانون العقوبات، مرجع سابق، ص٦٠٩.
(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، اسباب كسب الملكية، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص٨٧٣.
(٣) د. محمد طه البشير؛ غني حسون طه، مرجع سابق، ص٢٥٢.
(٤) نصت المادة (٣٤١) من قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل على انه ((كل من أختلس أو استعمل او بدد مبالغ أو أمتعه أو بضائع او نقود او تذاكر او كتابات اخرى مشتملة على تمسك او مخالصة = او غير ذلك اضراراً بمالكها او اصحابها او واضعي اليد عليها وكانت الاشياء المذكورة لم تسلم له الا على وجه الوديعة او الاجارة او على سبيل عارية الاستعمال او الرهن او سلمت له بصفته وكيلا بأجر او مجانا بقصد عرضها للبيع او استعمالها في أمر معين لمنفعة المالك لها او غيره ، يحكم عليه بالحبس ويجوز أن يزداد عليه غرامة لا تتجاوز مائة جنيه مصري)) ، ونصت المادة (٦٧٠) من قانون العقوبات اللبناني رقم ٣٤٠ لسنة

اولا: التكييف القانوني لعقد الأمانة:

مما لا شك فيه، ان محكمة الموضوع هي المختصة بتكيف العقد ويتوجب عليها البحث في ارادة المتعاقدين وبغض النظر عن المعنى الحرفي للألفاظ الواردة في العقد ولا عبرة بالوصف الذي يعطيه المتعاقدين لاتفاقهما، فالعبرة تكون بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني، فالقاضي الجنائي الذي يفصل في جريمة خيانة الامانة نفسه يختص بتكييف العلاقة بين المتهم والمجني عليه، لتحديد ما اذا كانت هذه العلاقة تمثل أحد عقود الأمانة التي تقوم بها جريمة خيانة الأمانة من عدمه، وان العبرة بتكييف العقد بحقيقة الواقع وما يسبغه القانون من أوصاف على هذا الواقع، فاذا كان العقد هو عقد قرض واتفق طرفي العقد على ان المال قد سلم على انه قرض لا وديعة[١]، ولذلك لا يعد المقترض مرتكباً لجريمة خيانة الامانة اذا لم يرد مبلغ القرض عند حلول الاجل المتفق عليه، ويتوجب على القاضي الجنائي عند تكييفه للعلاقة التعاقدية بين المتهم والمجني عليه تطبيق قواعد القانون المدني الخاصة بالعقود، لتحديد ما اذا كانت هذه العلاقة تمثل أحد عقود الامانة التي تقوم بها جريمة خيانة الامانة، وكما هو معلوم فان القاضي الجنائي يفصل في جميع المسائل الأولية التي تثار أثناء نظر الدعوى الجزائية سواء كانت هذه المسائل مدنية او تجارية او ادارية[٢].

ثانيا: بطلان عقد الامانة:

لا يشترط لتحقق جريمة خيانة الامانة ان يكون تسليم الشيء قد تم بناءً على عقد صحيح، ولذلك فان بطلان العقد او عدم مشروعيته لا يعفي الأمين الذي تسلم المال من رده ولا يؤثر ذلك في قيام جريمة خيانة الأمانة، لأن القانون الجنائي لا يعاقب على الاخلال بتنفيذ الالتزامات التعاقدية في ذاتها، وانما حماية حق ملكية المال محل العقد وحماية الثقة في التعامل بين طرفي العقد[٣]، وعليه فسواء كان البطلان مطلقاً او نسبياً فأن التسليم ينتج أثره في تحقق جريمة خيانة الأمانة، وان اسباب بطلان العقد عديدة فقد تكون نقص الاهلية او عيب الرضا او عدم مشروعية المحل او عدم مشروعية السبب فجميعها لا تؤثر على توافر التسليم باعتباره الركن المفترض في

١٩٤٣ المعدل على انه ((كل من أقدم قصداً على كتم او اختلاس أو تبديد او اتلاف او تمزيق سند يتضمن تعهداً او ابراء او شيء منقول اخر سلم اليه على وجه الوديعة أو الوكالة او الاجارة او على سبيل عارية الاستعمال او الرهن او لإجراء عمل مقابل اجرة او بدون اجره شرط ان يعيده او ان يقدمه او يستعمله في أمر معين يعاقب بالحبس من شهرين الى سنتين وبغرامة تتراوح بين ربع قيمة الردود والعطل والضرر وبين نصفها على ان لا تنقص عن خمسين الف ليره)) .

(١) د. احمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص٧٥٦.

(٢) ينظر د. رعد فجر الراوي، مرجع سابق، ص٥٧.

(٣) د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الخاص، جرائم الاموال، مرجع سابق، ص٣٠٥.

خيانة الأمانة، كما لو استعمل او تصرف المتهم في مال سلم اليه على سبيل الوكالة من اجل ان يستأجر منزلاً للدعارة او تصرف في بضاعة مهربة او اسلحة غير مرخصة تسلمها من مالكها على سبيل الوديعة، ففي هذه الاحوال تقوم جريمة خيانة الامانة[١] .

ثالثا: استبدال او تحول العقد:

ان فكرة استبدال أو تحول العقد هي احدى افكار القانون المدني والتي تناولها بموجب المادة (١٤٠) والتي نصت على ((اذا كان العقد باطلاً وتوافرت فيه اركان عقد أخر فان العقد يكون صحيحاً باعتباره العقد الذي توافرت اركانه اذا تبين ان المتعاقدين كانت نيتهما تنصرف الى ابرام هذا العقد))، ومفاد ذلك ان العقد اذا كان باطلاً وتوافرت اركان عقد أخر فيتحول الى العقد الاخر اذا انصرفت نية المتعاقدين الى هذا العقد أي ينقلب عقداً صحيحاً، ويشترط لتحول العقد ان يكون العقد باطلاً فاذا كان صحيحاً ثبت غير متحول، وان تتوافر فيه عناصر العقد الجديد الذي يقوم مقام الاصل، وان يثبت بالدليل انصراف نية المتعاقدين الى الارتباط بالعقد الجديد[٢]، وعلى ذلك فقد تنصرف نية المتعاقدين الى استبدال عقد الأمانة بعقد أخر، فاذا كان الاستبدال بعقد امانة أخر فلا يؤثر على قيام جريمة خيانة الأمانة، أما اذا تم استبداله بعقد من غير عقود الأمانة كاستبدال عقد الايجار بعقد البيع، ففي هذه الحالة لا تقوم جريمة خيانة الامانة اذا ما تصرف بالمال الطرف الاخر، وذلك لأن عقد البيع ناقل للحيازة الكاملة وليس الحيازة الناقصة[٣]، ولكي يكون الاستبدال مانعاً من تحقق جريمة خيانة الأمانة يجب ان يتوافر شرطين هما، الشرط الاول ان يكون استبدال العقد حقيقياً، ويتم ذلك اذا ترتب على الاستبدال انقضاء او زوال عقد الأمانة بالفعل واستبداله بعقد جديد من غير عقود الامانة كعقد البيع او القرض، والشرط الثاني يستلزم ان يكون استبدال العقد قبل قيام المؤتمن بارتكاب فعل الاستعمال او التصرف بالشيء الذي يحوزه حيازة ناقصة، أما اذا كان الاستبدال لاحقاً على ذلك، فلا أثر على جريمة اكتملت اركانها، لأن الاستبدال بعد توافر اركان الجريمة يهدف الى التهرب من المسؤولية عن جريمة خيانة الأمانة المتحققة قانوناً [٤].

رابعا: اثبات وجود عقد الأمانة: ان اثبات وجود عقد الامانة يختلف عن اثبات تحقق جريمة خيانة الامانة، اذ ان اثبات توافر اركان الجريمة والعناصر التي يتكون منها كل ركن فيها يتم بكافة ادلة الاثبات المقررة في المسائل الجنائية، من دون ان يتقيد

(١) د. محمد علي السالم الحلبي، مرجع سابق، ص٢٤٦.
(٢) د. عبد المجيد الحكيم؛ عبد الباقي البكري؛ محمد طه البشير، مرجع سابق، ص١٢٧.
(٣) محمد عبدالله ابو بكر سلامة ، *جرائم خيانة الأمانة*، (الاسكندرية: منشأة المعارف للنشر، ٢٠١٣)، ص٦٣.
(٤) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص٥٤٠.

القاضي الجنائي بنوع معين من الادلة، وفقاً لقاعدة حرية القاضي في تكوين عقيدته الوجدانية، ووفقاً لما نص عليه قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي[١]، فيختص القاضي الجنائي في الفصل في المسائل التي يتوقف الحكم في الدعوى الجزائية عليها، باستثناء المسائل الخاصة بالأحوال الشخصية[٢]، استناداً للقاعدة ان قاضي الاصل هو قاضي الفرع .

أما مسألة اثبات وجود عقد الأمانة امام المحكمة الجنائية، فيكون خاضعاً لقواعد الاثبات المقررة في القانون المدني، لأن مسألة وجود عقد الأمانة من عدمه تعد من المسائل المدنية البحتة، لذا يجب اثباتها طبقاً لقواعد الاثبات التي تحكمها أمام القضاء المدني، ويفهم من ذلك ان نوع الاثبات أو الالية التي يمكن اتباعها في ذلك يتم تحديدها بحسب القضية او الموضوع المعروض أمام القضاء، وليس بنوع القضاء الذي يفصل في الموضوع[٣]، وعليه لا يجوز اثبات وجود عقد الامانة او انقضائه او زواله بشهادة الشهود الا اذا وجد سند كتابي يعزز الشهادة، هذا ما نص عليه قانون الاثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل بموجب المادة (٧٨) والتي نصت على انه ((يجوز الاثبات بالشهادة في التصرفات القانونية حتى لو كان التصرف المطلوب تزيد قيمته على خمسين ديناراً اذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة، ومبدأ الثبوت بالكتابة هو كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها ان تجعل وجود الحق المدعى به قريب الاحتمال)) . اما عقود الامانة التي تناولها القانون المدني فهي عقد الوكالة والوديعة وعارية الاستعمال والايجار والرهن والمقاولة .

(١) ينظر في ذلك المادة (٢١٣/أ) من قانون اصول المحاكمات الجزائية رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل والتي نصت على ((تحكم المحكمة في الدعوى بناءً على اقتناعها الذي تكون لديها من الادلة المقدمة في أي دور من أدوار التحقيق او المحاكمة وهي الاقرار وشهادة الشهود ومحاضر التحقيق والمحاضر والكشوف الرسمية الأخرى وتقارير الخبراء والفنيين والقرائن والأدلة الأخرى المقررة قانوناً)) .

(٢) د. علي عبد القادر القهوجي، مرجع سابق، ص٤٢٥.

(٣) ينظر د. حسن صادق المرصفاوي، مرجع سابق، ص٥٣٨؛ د. احمد فتحي سرور، مرجع سابق، ص٧٥٨؛ د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص٥٤٥.

الخاتمة

بعد الانتهاء من اعداد البحث الذي كان بعنوان (أثر مفهوم الحيازة في التجريم والعقاب)، ينبغي علينا أن نبين أهم النتائج التي توصلنا اليها من خلال عملية الاستقراء والبحث في موضوع البحث، ومن ثم نبين المقترحات التي يمكن الأخذ بها من قبل المشرع العراقي، وكما مبين على النحو الآتي :

اولا : الاستنتاجات:

١- ان قانون العقوبات وفر حماية جنائية لحقوق أقرها ونظم احكامها القانون المدني، كحق الملكية وحق الانسان في الحياة، وان الاساس القانوني لهذه الحقوق مستمد من الوثائق الدستورية، حيث ان أغلب الدساتير نصت عليها .

٢- يتبين لنا ان الحيازة ذات طبيعة مدنية كونها نشأت وتبلورت في القانون المدني، ثم انتقلت الى قانون العقوبات لتساهم في حل الكثير من الصعوبات والاشكاليات في مجال التجريم والعقاب، حيث كان يصعب تحديد ركن الاختلاس في السرقة وتميزه عن الجرائم الاخرى، ولكن بعد ظهور النظرية الحديثة او ما تسمى بنظرية جارسون في الحيازة، تم ايجاد حلولاً لتلك الصعوبات اذ ان هذه النظرية قد ربطت فعل الاختلاس بأحكام الحيازة المدنية في القانون المدني من اجل تحديد مضمون فعل الاختلاس من جهة، وتحديد الاثار المترتبة على التسليم، اي متى يكون التسليم نافياً للاختلاس ومتى يكون غير نافياً .

٣- ان مفهوم الحيازة له تأثير في تمام الركن المادي للسرقة من عدمه، حيث أنه اذا تمكن الجاني من حيازة المال المسروق حيازة هادئة ومستقرة فنكون هنا امام سرقة تامة، اما اذا كانت الحيازة تفتقد لشرطي الحيازة المتمثلة بالهدوء والاستقرار فيعد هذا الفعل شروعاً في السرقة، كما لو قام المجني عليه بمقاومة الجاني او ان يتبعه بالصياح .

٤- ان المال محل جريمة خيانة الامانة يقع في حيازة الجاني بالآصل، الا ان هذه الحيازة تكون ناقصة أو مؤقتة بناءً على سند من سندات الامانة، اذ تكون هذه الحيازة لحساب مالك المال ويلتزم المؤتمن برده لصاحبه، وتتحقق خيانة الامانة بقيام المؤتمن بتغير حيازته للمال من الحيازة ناقصة الى الحيازة الكاملة والظهور عليه بمظهر المالك ومباشرة السلطات القانونية المقررة للمالك كالتصرف به واستعماله استعمالاً ينحصر للمالك فقط، ويعد التسليم الناقل للحيازة الناقصة على سبيل الامانة شرطاً أساسياً لقيام جريمة خيانة الأمانة، ويجب ان يكون التسليم صادراً من شخص يتمتع بإرادة صحيحة ومعتبرة قانوناً، أي ان لا تكون معيبة بأحد عيوب الارادة، أي يجب ان تكون

الارادة مميزة وحرة وان يكون الشخص الذي قام بتسليم المال مدركاً في اختياره .

٥- قد تثار امام القضاء الجنائي مسائل فرعية اثناء نظر الدعوى الجزائية يتوقف عليها الفصل بالدعوى الجزائية فيفصل القاضي الجنائي فيها، استناداً لقاعدة قاضي الأصل هو قاضي الفرع، حيث ان القاضي الجنائي الذي يفصل في جريمة خيانة الأمانة يختص ايضاً بتكييف العلاقة بين المتهم والمجني عليه، لتحديد كون هذه العلاقة تمثل أحد عقود الأمانة الذي تقوم بها خيانة الامانة أم لا، ويجب على القاضي عند تكييف هذه العلاقة التعاقدية ان يطبق قواعد القانون المدني الخاصة بالعقود، كما ان مسألة اثبات وجود احد عقود الامانة أمام القضاء الجنائي يكون خاضعاً لقواعد الاثبات المقررة في القانون المدني، لأن اثبات وجود عقد الامانة من عدمه تعد من المسائل المدنية البحتة، وعليه فيجب اثبات وجودها وفقاً لقواعد الاثبات التي تحكمها أمام المحاكم المدنية، كما ان تحديد نوع الاثبات يتم بحسب الموضوع او القضية المعروضة امام القضاء وليس بنوع القضاء الذي يفصل بالموضوع .

ثانيا : المقترحات:

سوف نستعرض اهم المقترحات التي نقترحها على المشرع العراقي .

١- على والقضاء الجنائي ان يحدد نظرية عامة للحيازة المعمول بها في القانون المدني اثناء الفصل في النزاعات المعروضة امامه، او ان يقوم بتطوير نظرية جارسون للحيازة المدنية لحل بعض الصعوبات التي تواجه القضاء في تحديد الاختلاس في جريمة السرقة .

٢- نقترح ان يتم اعتماد لفظ او مصطلح الاحراز بدلاً من الاستيلاء والذي يستخدمه الفقه الجنائي في تعريف الاختلاس في السرقة بانه الاستيلاء على حيازة شيء دون رضا مالكه او حائزه، لان الاستيلاء هو سبب من اسباب كسب الملكية والتي تناولها المشرع العراقي في نص المادة (١٠٩٨) من القانون المدني والتي عرفت الاستيلاء بانه (كل من احرز بقصد التملك منقولاً مباحاً لا مالك له ملكه)، فالأفضل يكون الاختلاس (احراز شيء بقصد التملك دون رضا مالكه او حائزه)، دفعاً لاجتهادات الفقه في تحديد معنى الحيازة التي يتحقق بها ركن الاختلاس، ولمنع الخلط في المفاهيم القانونية والتي تؤدي الى الارباك في التطبيقات القضائية الصادرة بهذا الخصوص .

٣- نقترح على المشرع العراقي ان يحدد سند التسليم في خيانة الامانة على سبيل الحصر كما في القوانين المقارنة، اذ ان المشرع العراقي حدد التسليم اذا تم

بناءً على عقد من عقود الامانة او بناءً على سند قانون او قضائي وبأي وسيلة كانت، منعاً من الاجتهاد القضائي والفقهي .

المراجع والمصادر

اولا : الكتب القانونية:

١- ابراهيم عبد الخالق، *البراءة والادانة في جرائم السرقة*، القاهرة: مركز محمود للموسوعات القانونية، ٢٠١٥.
٢- احمد صدقي محمود، *الحماية الوقتية للحيازة*، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٥.
٣- د.احمد فتحي سرور، *الوسيط في قانون العقوبات – القسم الخاص*، ك٢، ط٦، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٦ .
٤- ايهاب عبد المطلب، *جرائم السرقة*، ط١، القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٦ .
٥- د.جمال ابراهيم الحيدري، *الوافي في قانون العقوبات – القسم الخاص*، بغداد: مكتبة السنهوري، ٢٠١٢ .
٦- حسني مصطفى، *جرائم السرقة*، الاسكندرية: منشأة المعارف للنشر والتوزيع، مصر، ١٩٨٧.
٧- د.حميد السعدي، *شرح قانون العقوبات الخاص – جرائم الاموال*، ج٢، بغداد: مطبعة المعارف، ١٩٦٤.
٨- رحيم صباح الكبيسي، *الحماية القانونية للحيازة*، الاسكندرية: دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٥.
٩- رنا عبد المنعم يحيى حمو الصراف، *المصلحة المعتبرة في تجريم الاعتداء على الاموال*، الاسكندرية: دراسة مقارنة دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٤ – ٢٠١٥.
١٠- د. عبد الحكم فوده، *جرائم السرقات واغتصاب السندات*، القاهرة: دار الالفي لتوزيع الكتب القانونية، بدون سنة نشر.
١١- د.عبد العظيم مرسي وزير، *شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، جرائم الاعتداء على الاموال*، ج٣، ط٣، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٤.
١٢- عبود السراج، *قانون العقوبات الخاص، الجرائم الاقتصادية والجرائم الواقعة على الاموال*، دمشق: مطبعة جامعة دمشق، ٢٠١٨ .
١٣- عبود السراج، *قانون العقوبات الخاص، الجرائم الاقتصادية والجرائم الواقعة على الاموال*، دمشق: مطبعة جامعة دمشق، ٢٠١٨.
١٤- عدلي خليل، *جريمة السرقة*، مصر: دار الكتب القانونية، ٢٠٠٦ .

١٥- د. عماد الفقي، *الحماية الجنائية للحيازة*، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠١٠.
١٦- د. فائزة يونس الباشا، *القانون الجنائي الخاص الليبي – القسم الثاني، جرائم الاعتداء على الاموال*، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
١٧- د.فخري الحديثي؛ د. خالد حميدي الزعبي، *شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الاموال، الموسوعة الجنائية الثالثة*، ط١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩ .
١٨- لفته هامل العجيلي، *أحكام دعوى حماية الحيازة*، ط١، بغداد: مطبعة الكتاب، ٢٠١٢.
١٩- د. محمد سعيد نمور، *شرح قانون العقوبات- القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الاموال*، ج٢، ط١، عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، ٢٠٠٢.
٢٠-د. محمد طه البشير؛ د. غني حسون طه، *الحقوق العينية*، ج١، بغداد: الدار الجامعية للنشر والتوزيع، ١٩٨٢ .
٢١- محمد عبدالله ابو بكر سلامة، *جرائم خيانة الأمانة*، الاسكندرية: منشأة المعارف للنشر، ٢٠١٣.
٢٢- د. محمود نجيب حسني، *جرائم الاعتداء على الاموال*، ط٣، بيروت: منشورات الحلبي الحقوقية، بدون سنة نشر .
٢٣- مدحت محمد الحسيني، *الحماية الجنائية للحيازة*، دمشق: المكتبة القانونية، ٢٠٠٠.
٢٤- ممدوح خليل البحر، *الجرائم الواقعة على الاشخاص في قانون العقوبات الاماراتي*، ط١، عمان: مكتب اثراء للنشر والتوزيع، ٢٠٠٩ .
٢٥- نائل عبد الرحمن صالح، *شرح قانون العقوبات – القسم الخاص، الجرائم الواقعة على الاموال*، عمان: دار الفكر للنشر والتوزيع، ١٩٨٩ .
٢٦- د. نهلة احمد فوزي، *المدونة المدنية في الحيازة في ضوء الفقه والقضاء*، ط١، القاهرة: المركز القومي للإصدارات القانونية، ٢٠١٩.
٢٧- ياسين محمد الجبوري، *شرح القانون المدني*، ج٢، ط١، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٦.

ثانيا : القوانين والتشريعات:

١- قانون العقوبات المصري رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ المعدل.
٢- قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ المعدل.
٣- قانون اصول المحاكمات الجزائية العراقي رقم ٢٣ لسنة ١٩٧١ المعدل.

ثالثا : البحوث والرسائل:

١- عبود علوان منصور، "جريمة السرقة اسبابها والاثار المترتبة عليها – دراسة مقارنة"، دكتوراه، جامعة الموصل كلية القانون، ٢٠٠٥.
٢- محمد جياد زيدان الجوعاني، "الظروف المشددة لجريمة السرقة – دراسة مقارنة"، ماجستير، جامعة النهرين كلية الحقوق، ٢٠٠٣.
٣- عبد المحسن بن فهد الحسين، "خيانة الامانة تجريمها وعقوبتها"، ماجستير، جامعة نايف العربية للعلوم الامنية كلية الدراسات العليا، ٢٠٠٧.
٤- أشجان خالص الزهيري، "جريمة خيانة الامانة بالاعتداء على المال"، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، العدد الثامن والعشرون (٢٠١٥).