مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

تأثير ركن الإختلاس في جريمة السرقة على تبويب جرائم الأموال في القانون العراقي

The impact of the theft corner on the crime of theft on the classification of money crimes in Iraqi law

المدرس الدكتور محمد صباح سعيد

جامعة صلاح الدين / كلية القانون والعلوم السياسية

الجامعة اللبنانية الفرنسية / كلية القانون والعلاقات الدولية

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام: ٢٠١٨/٥/٩
القبول: ٢٠١٨/٦/١١
النشر: **صيف ٢٠١٨**

Doi: 10.25212/lfu.qzj.3.3.15

الكلمات المفتاحية:

Embezzlement, theft, money crimes, deviance, assault, property, legislator, punishment, Iraqi law.

الملخص

تمثل جريمة السرقة إعتداءً خطيراً على حق الملكية، ولا يقع هذا الاعتداء إلا إذا قام الجاني بالإستيلاء على حيازة المال، وقد استخدم المشرع مصطلح "الاختلاس" للتعبير عن هذا الاعتداء، غير أنه لم يعرف هذا الركن، وهذا ما أدى إلى ظهور خلاف فقهي وعلى أثره أنقسم الفقه الجنائي على نظريتين، النظرية التقليدية والنظرية الحديثة (النظرية الجارسونية-نظرية الحيازة)، وقد تبنى هاتين النظريتين مفهومين مغايرين لمدلول ركن الاختلاس، وقد كان لهاتين النظريتين تأثيرهما على تبويب جرائم الأموال في التشريعات العقابية، فبحسب الموقف الذي يتخذه المشرع يتحدد تبويب جرائم الأموال.

ومن هذا المنطلق فقد تناول هذا البحث الجوانب الإشكالية لمدلول هذا الركن في جريمة السرقة، فقد تم بيان مدلول هذا الركن وفقاً للنظرية التقليدية ومدلوله وفقاً للنظرية الحديثة (النظرية الجارسونية-نظرية الحيازة)، وكذلك تم بيان النتائج التي تترتب على كل نظرية وتأثير هذه النتائج على تبويب جرائم الأموال، وفي الأخير تم تناول الموقف الذي أتخذه المشرع العراقي من هاتين النظريتين وكذلك موقف القضاء العراقي منهما.

وقد تمكن الباحث من خلال هذا البحث من أن يثبت بأن المشرع

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

العراقي قد تبنى النظرية التقليدية وإن تبويب جرائم الأموال في قانون العقوبات قد تم وفقاً لهذه النظرية.

المقدمة

تُعد جريمة السرقة من أنماط الظواهر الاجتماعية غير القويمة لأنها تمثل نوعًا من أنواع الانحراف في السلوك البشري ، وتشكل السرقة اعتداءً خطيرًا على حق الانسان في الملكية، لأن السارق الذي يختلس مالاً مملوكًا لغيره فأنه بفعلهِ هذا يعتدي على حق الإنسان الطبيعي في تملكه للأشياء، ويتم الإعتداء على هذا الحق من خلال قيام الجاني بالإعتداء على حيازة المجني عليه لكي يتاح له بالتالي الإعتداء على ملكيته، إذاً محل الإعتداء في جريمة السرقة هو حق الملكية، أما الحيازة فالإعتداء عليها هو من أجل استطاعة الإعتداء على الملكية، ومن أجل ذلك نجد بأن غالبية التشريعات العقابية تبتدء جرائم الأموال بجريمة السرقة وخصصت لها عقوبة أشد نسبةً إلى عقوبة بقية جرائم الأموال، لكونها تشكل خطورة أكبر على حق الملكية من بقية جرائم الأموال، ونظراً لعدم ورود تعريف لركن الإختلاس في غالبية التشريعات العقابية ومن بينها التشريع العراقي، وهذا يتطلب بالضرورة تحديد المقصود بهذا المصطلح.

1. أهمية الموضوع:

نظراً لتجنب الشارع تعريف الإختلاس الذي يمثل السلوك الجرمي في السرقة، فإن ذلك أدى إلى أن تتنازع مدلول هذا الركن نظريتان، (النظرية التقليدية) والنظرية الحديثة (النظرية الجارسونية أو نظرية الحيازة)، وقد تبنت كل نظرية مدلولاً مغايراً لركن الإختلاس، وإن هذه المواقف المغايرة في الفقه الجنائي لم تقتصر تأثيرها على جريمة السرقة فقط، بل إن تأثيرها تعدى نطاق جريمة السرقة وأثرت بشكل عام على تبويب جرائم الأموال ضمن المدونة العقابية، وهذا ما أدى أيضاً إلى تباين مواقف التشريعات العقابية بصدد مدلول هذا الركن ومن ضمنها التشريع العقابي العراقي، لذا فإنه من الضروري إبراز المفهوم الذي اخذت به كل نظرية بشأن مدلول ركن الإختلاس وبالتالي فإنه يتوجب القاء الضوء على موقف المشرع العراقي من هاتين النظريتين.

2. اشكالية البحث:

يثير هذا البحث العديد من الإشكاليات القانونية التي لها علاقة مباشرة بأهم ركن في جريمة السرقة الا وهو ركن الإختلاس، حيث أنه يلقي الضوء على مدلوله وعلى الإختلافات الفقهية الموجودة بصدده، فالفقه الجنائي أثار العديد من التساؤلات بصدد مدلول هذا الركن، هل يقصد بالإختلاس أخذ وإنتزاع للمال أم أن المقصود منه هو الإستيلاء على حيازة المال؟ هل يعد الإستيلاء الذي يقع بعد التسليم إختلاساً؟ هل يؤدي تسليم المال من جانب الحائز إلى إنتفاء ركن الإختلاس؟ وأي نوع من أنواع التسليم يؤدي إلى إنتفاء هذا الركن؟ ما هي الحدود التي تفصل بين جريمة السرقة وجرائم الأموال الأخرى؟ ماهو مدلول هذا الركن في القانون العراقي؟ وبأية نظرية أخذ المشرع العراقي؟، ومن هذا المنطلق فإن هذا البحث لن يتناول أركان جريمة السرقة ولا الظروف المشددة لعقوبتها.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

3. أهداف البحث:

يهدف هذا البحث إلى القاء الضوء على الجوانب الاشكالية الموجودة في الفقه الجنائي بصدد مدلول ركن الإختلاس في جريمة السرقة ومدى تأثير هذه الإختلافات على تبويب جرائم الأموال في التشريعات العقابية وبالأخص قانون العقوبات العراقي وعلى التوجهات القضائية.

4. نطاق البحث:

نظراً لإندارج هذا الموضوع ضمن طائفة جرائم الأموال، لذا تحدد النطاق العام للبحث بالنصوص الواردة في قانون العقوبات التي نظمت جرائم الأموال بصورة عامة وإلى النصوص التي تضمنت جريمة السرقة بصورة خاصة، وإلى نصوص القوانين العقابية المقارنة كلما أقتضت الضرورة ذلك.

5. منهجية البحث:

تتضمن المنهج المتبع في هذا البحث الجمع بين المنهج التحليلي والإنتقادي والمقارن كلما أقتضت الضرورة ذلك، والغرض من إتباع المنهج التحليلي هو تحليل النصوص العقابية الواردة في قانون العقوبات العراقي والتشريعات المقارنة بغية إستظهار المعاني الصريحة والضمنية التي تفرزها تلك النصوص وما تنتهي اليها من نتائج وما تتمتع بها من مزايا وما تشوبها من نواقص، وكما أن البحث إنتقادي، لأنه لم يقتصر على بيان وعرض هذه النصوص والآراء الفقهية التي طرحت بشأنها، بل البحث عن مكامن الضعف والمثالب التي تشوب تلك النصوص.

6. خطة البحث:

الخطة المعتمدة في دراسة هذا الموضوع تمثلت في تناوله من خلال محورين رئيسين، تم تخصيص مبحث مستقل لكل واحد منهما، فالمبحث الأول خصص لدراسة مدلول ركن الإختلاس في جريمة السرقة، وتم تقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب، خصص المطلب الأول لتناول مدلول النظرية التقليدية، وخصص المطلب الثاني لتناول مدلول النظرية الحديثة (النظرية الجارسونية-نظرية الحيازة) وخصص المطلب الثالث لتناول أوجه الالتقاء والإختلاف بين هاتين النظريتين.

أما المبحث الثاني فقد خصص لتناول مدلول ركن الإختلاس في ضوء أحكام قانون العقوبات العراقي والتطبيقات القضائية، وتم تقسيم هذا المبحث على مطلبين، خصص المطلب الأول لتناول مدلول ركن الإختلاس في ضوء أحكام قانون العقوبات العراقي، وخصص المطلب الثاني لتناول مدلول ركن الإختلاس في ضوء التطبيقات القضائية.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المبحث الأول

مدلول ركن الإختلاس في جريمة السرقة

يتقاسم مدلول ركن الاختلاس في الفقه الجنائي نظريتان، النظرية التقليدية والنظرية الحديثة (نظرية الحيازة أو النظرية الجارسونية)، وقد تبنى هاتان النظريتان مفهومين مغايرين لركن الإختلاس، ويترتب على هذين المفهومين العديد من النتائج التي لها تأثير على تبويب جرائم الأموال، لذا فإننا سوف نقوم في هذا المبحث بتناول هاتين النظريتين وبيان تأثيراتهما على تبويب جرائم الأموال، وقد قمنا بتقسيم هذا المبحث على ثلاثة مطالب رئيسة، تناولنا في المطلب مدلول النظرية التقليدية، وفي المطلب الثاني تناولنا مدلول النظرية الجارسونية (النظرية الحديثة)، أما في المطلب الثالث فقد تناولنا أوجه الإلتقاء وأوجه الإختلاف بين النظريتين.

المطلب الأول: النظرية التقليدية

الفرع الأول: مدلول النظرية التقليدية

يعتقد أصحاب هذه النظرية بأن ركن الإختلاس في جريمة السرقة لن يتحقق إلا إذا تمكن الفاعل من **أخذ** أو **نقل** أو **خطف** المال المنقول وأدخله في حيازته بدون علم هذا الأخير ودون رضاه وعلى الرغم من مشيئته، فالإختلاس بهذا المعنى يقوم على أساس صدور فعل مادي من قبل الجاني وهو أخذ يدوي أو نقل مادي للمال المنقول، سواءً توسل الجاني في إحداث ذلك إلى يديه عاريتين أو أستخدم لإحداثه وسائل مادية كمغناطيس أو عصا بخطاف أو وسائل حية كالقرود أو الكلاب المدربة، أم كان قد أكتفى بمجرد تهيئة الوسائل التي تقوم بذاتها بأخذ الشئ أو نزعه أو إدخاله إلى حيازته، فكل ما يشترط هو أن يتم الإختلاس بفعل الجاني أياً كانت الطريقة أو الوسائل المستخدمة، لذا فإن الإختلاس لن يتحقق إذا سُلِّم المال إلى الفاعل أو إذا وضِعَ عنده حتى وإن أحتفظ به تدليساً أو تصرف به إضراراً بالمالك[1]، فالنقل المادي والأخذ اليدوي رغم مشيئة المالك وإرادته، هو أحد الأركان المهمة المكونة

[1] د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الثاني، جرائم الإعتداء على الأموال، دراسة تحليلية مقارنة، ط2، مطبعة المعارف، بغداد 1976، ص23–22؛ د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2007، ص757؛ د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الجزء الثاني، الجرائم الواقعة على الأموال، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص23؛ عبد الحميد المنشاوي ومحمد المنشاوي، جرائم السرقات وأخفاء الأشياء المسروقة، دراسة مقارنة في ضوء الفقه والقضاء، ط2، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ص12؛ د. مصطفى فهمي الجوهري، القسم الخاص من القانون الجنائي في جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، ط2، دار الثقافة الجامعية، 1990، ص255؛ أنس محمود خلف الجبوري ودلشاد عبد الرحمن البريفكاني، جريمة سرقة الآثار والتراث، دراسة تحليلية في ضوء أحكام قانون الآثار والتراث العراقي رقم 55 لسنة 2002، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة: 2010، المجلد: 2، الاصدار: 5، ص 9.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

للسرقة، وإن هذا الإختلاس، طبقاً للمعنى الدقيق للمصطلح لا يمكن أن يتحقق حيث يكون المال قد وضع ارادياً من قبل مالكه لدى الفاعل، بمعنى آخر، ان الإختلاس يتضمن فكرة اخذ المال الذي هو خارج حيازة الجاني[2].

الفرع الثاني: تأثير النظرية التقليدية على تبويب جرائم الأموال

يمكن إجمال تأثير هذه النظرية على تبويب جرائم الأموال من جانبين:

<u>الجانب الأول</u>: لا يتحقق الاختلاس قط إلا إذا سلب الجاني حيازة المال بعنصريها بمقتضى نشاط ايجابي يصدر عنه، فلو أنتهت الحيازة دون تدخل من جانب الجاني فلن يتحقق الإختلاس، كما هو الحال بالنسبة للشخص الذي يلتقط مالاً ضائعاً أو مفقوداً ولا يرده إلى صاحبه أو لا يتخذ الإجراءات الكفيلة بمعرفة صاحبه، والمزارع الذي لا يعيد نعجة مزارع آخر بعد أن تختلط مع بقية نعجاته ولم يبدر منه أي فعل كان من شأنه أن يخرج تلك النعجة من حيازة مالكها السابق[3]، فهذه الحالات التي سبق ذكرها على الرغم من أنها تشكل جريمة سرقة نظراً لإنتفاء العنصر المادي للحيازة فقط دون عنصره المعنوي وإستمرارية نية التملك لدى الحائز إلا أنها لا تُعد كذلك وفقاً لمنطق هذه النظرية، فمجرد قيام الجاني بالإحتفاظ بالمال المفقود أو الضائع وعدم إعادته إلى حائزه فإنه ينهي بذلك حيازة سابقة وينشئ بالمقابل حيازة جديدة دون رضا الحائز[4].

إن عدم الإعتداد بهذه الحالات على إعتبار أنها جريمة سرقة على الرغم من خطورتها مسألة غير مقبولة، لكونها تؤدي إلى إفلات العديد من الجناة من العقاب، ومعالجة هذا الفراغ بالطبع يتطلب تدخلاً من جانب المشرع وهذا يعني الإعتداد بهذه الحالات على أنها جرائم مستقلة بذاتها.

<u>الجانب الثاني</u>: لا يوجد إختلاس أيضاً عندما يسلم الحائز أو المالك برضاه المال إلى الغير، فيمتنع هذا الأخير عن رده، فالتسليم ينفي الإختلاس مهما كان سببه أو طبيعته أو باعثه ومهما كان الغرض منه، فالمشتري الذي يتسلم المبيع من البائع بغرض معاينته وبعدها يفر به دون أن يدفع ثمنه، والعامل الذي يستولي على الأدوات التي سلمت له من قبل صاحب العمل الذي يعمل لديه، والشخص الذي يأخذ من غيره قطعة من النقود أو ورقة مالية يستبدل بها عملة صغيرة فيستولي عليها دون أن يعطي العملة الصغيرة لصاحبها، لا تدخل ضمن نطاق جريمة السرقة لعدم أخذ أو نقل أو خطف المال من حيازة الحائز، وهذا طبعاً أمر غير مقبول ومنتقد من جانب الفقه[5]، لذا فإن العلاج الوحيد لهذا الثغرات يتطلب تدخلاً من جانب المشرع، وهذا يعني إعتبارها جرائم مستقلة بذاتها.

---

[2] د. عبد المهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977، 741؛ أحمد حمد الله احمد، جريمة السرقة المرتكبة عبر الهاتف النقال، مجلة كلية الحقوق/جامعة النهرين، السنة: 2014، المجلد: 16، الاصدار: 1، ص210–211؛ د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص25–24.

[3] د. محمد زكي أبو عامر، المصدر السابق، ص766.

[4] د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص25–24.

[5] د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص25.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الفرع الثالث: تقييم النظرية التقليدية

على الرغم من أن هذه النظرية تمكنت من وضع حدود فاصلة بين جريمة السرقة وجريمة الإحتيال وجريمة خيانة الأمانة، وعلى الرغم من أنها تمتاز بالوضوح وسهولة التطبيق، إلا إنها تنطوي على قصور خطير لكونها تؤدي إلى تضييق مدار ونطاق جريمة السرقة وبالتالي إلى إفلات العديد من الجناة من العقاب، حيث لا وجود لهذه الجريمة إلا في الحالات التي يتحقق فيها الإختلاس بالمعنى الذي حددته وهو الأخذ اليدوي أو الخطف أو النقل المادي للمال، أي الحالات التي ينتهي فيها الحيازة نتيجة لتدخل الجاني، وفيما عدا ذلك تنتفي السرقة، فحالة الإستيلاء على مال ضائع وحالة وقوع المال في حيازة الجاني صدفة لا تعُد جريمة سرقة نظراً لإنتفاء الحيازة دون تدخل من الجاني، وهذا الأمر يتطلب تدخلاً تشريعياً من جانب المشرع لكي لا تبقى هذه الحالات بمنأى من العقاب.

أي أن الإختلاس لن يتحقق إذا كان الغرض من التسليم هو تمكين المتسلم من الإطلاع على المال أو معاينته أو فحصه للتحقق من جوهره أو محتوياته على أن يرده بعد إنتهاء الغرض الذي من أجله حصل التسليم،هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن تعريف الإختلاس بالمفردات المترادفة (**الأخذ والخطف والنقل**) لم يفصح تماماً عن المعنى المبحوث عنه، ذلك لأن كل مصطلح من هذه المصطلحات المترادفة هي الأخرى بحاجة إلى تحديد وإيضاح، وعلى هذا فإن محاولة بعض الفقهاء أن يعطوا ملامح صحيحة للفعل المادي الصادر عن السارق لا تفيد إلا إبراز الترادف اللغوي للإختلاس[6].

وأزاء هذه الإنتقادات والثغرة في مجال العقاب، فقد لجأ أنصار هذه النظرية إلى فكرة التسليم الإضطراري والتي مفادها بأن تسليم الشئ الذي تقتضيه ضرورة التعامل بين الناس لا يمنع من قيام الإختلاس، كالبائع الذي يضع شيئاً بين يدي من يرغب بالشراء ليعاينه، فيأخذه هذا الأخير ويهرب به دون أن يدفع ثمنه، فإن هذا النوع من التسليم تقتضيه ضرورة التعامل بين الناس ويعتبر لذلك تسليماً إضطرارياً ويقوم به فعل الإختلاس[7].

ولكن على الرغم من ذلك فقد واجهت فكرة التسليم الإضطراري إنتقادات عديدة، منها أن هذه الفكرة تخالف الواقع لأنه ليس هناك ما يضطر الإنسان على تسليم ماله، كما أن هذه الفكرة هي فكرة هائمة وتنقصها الدقة، فضرورة التعامل تنطوي على معنى واسع وغير محدد وتدخل في معنى الإختلاس ما ليس منه، فهي تارة تتسع لتشمل وقائع يتفق الفقه على عدم اعتبارها سرقة، وتقصر تارة أخرى عن استيعاب وقائع لاشك في كونها سرقة، ومن قبيل الوقائع الأولى فرار أحد الزبائن بعد تناول الطعام في أحد المطاعم، وضرورة التعامل تفضي بأن تقدم المأكولات أولاً قبل قبض أو دفع الثمن، فهذا الفعل لا يعد سرقة، ومن قبيل الوقائع الثانية والتي لاشك في إعتبارها سرقة من يناول صديقاً له ساعته ليطلع على نوعها، وهذا التسليم لا يقتضيه طبيعة التعامل، فيحجزها الصديق ويأبى أن يردها[8].

[6] د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص27.
[7] د. محمد زكي أبو عامر، المصدر السابق، ص761.
[8] المصدر نفسه، ص 761.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المطلب الثاني: النظرية الحديثة (النظرية الجارسونية-نظرية الحيازة)

الفرع الأول: مدلول النظرية ومنطقها

يرى (جارسون) بأن تعريف الإختلاس على أنه أخذ المال أو نزعه من حائزه دون رضاه، أو نقله أو خطفه من مكانه، لا يكفي لبيان حقيقة الإختلاس، لكونه يمتلك مدلولاً أوسع من مدلول (الأخذ أو النقل أو الخطف)، فهذه الأفعال تتحقق بمجرد تمكن الفاعل من إخراج المال من حيازة الحائز، وهذا سيؤدي بالتالي إلى تضييق نطاق جريمة السرقة، لذا فقد أقترح جارسون أن يتم الربط بين فعل الأخذ وبين نظرية الحيازة القانونية المعروفة في القانون المدني، على إعتبار أن هذه النظرية تحقق -بحسب رأيه- كافة الحلول العملية للمشاكل التي تعرض على القضاء بالإضافة إلى أنها تعتبر أساساً قانونياً متيناً لتحديد فكرة الإختلاس[9].

والواقع أن فهم نظرية جارسون في الإختلاس لا يتأتى إلا بفهم نظرته للحيازة التي تعتبر عصب نظريته في الإختلاس، لذا فإننا سوف نتطرق أولاً لمدلول الحيازة وأنواعه ومن ثم سوف نتطرق لمعنى الإختلاس وعناصره وفقاً لهذه النظرية وبعدها سوف نتطرق لتأثير هذه النظرية على تبويب جرائم الأموال.

أولاً: مدلول الحيازة

الحيازة في رأي جارسون –سيطرة واقعية وإرادية للحائز على المنقول تخوله الإمكانية الطبيعية من التصرف به أو الإنتفاع به أو تعديل كيانه أو تحطيمه أو نقله-فهي إذاً سيطرة إرادية للشخص على المال[10].

وتتكون الحيازة من عنصرين، العنصر المادي والعنصر المعنوي. وسوف نقوم أولاً ببيان عناصر الحيازة ومن ثم سنقوم بيان أنواعها.

1 - عناصر الحيازة:

أ - العنصر المادي:

وهو عبارة عن مجموعة الوقائع المادية التي تكون الحيازة، كواقعة وضع اليد والإستعمال والإنتفاع والتبديل والتحوير، وبعبارة أخرى، العنصر المادي ليس إلا السيطرة المادية على المال، وتعني هذه السيطرة إمكانية التأثير في طبيعة المال، فإذا كان هذا العنصر في يد شخص فإنه يستطيع نظراً لمركزه الواقعي أن يستعمل المال ويتصرف به كما يشاء، ولا يشترط بالضرورة المباشرة الفعلية لهذه السلطات، وإنما يكفي أن يكون بإمكان الحائز وفي قدرته وإستطاعته كما لو كان مالكاً لأثاث منزله فإنه

[9] د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص27؛ زين العابدين عواد كاظم، سرقة خط الانترنت في القانون العراقي، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، السنة: 2011، الاصدار: 2، ص4.

[10] د. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات–القسم الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995، ص107؛ د. محمد زكي أبو عامر، المصدر السابق، ص762.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

يحوزها حتى وإن لم يستعمل بعضها من قبل، ولا يشترط أيضاً توافر الصلة المادية المستمرة بالمال، فالإبتعاد عنه لا يعني إنتفاء إمكانية مباشرة السطات عليه[11].

ولا تنتفي السيطرة المادية على المال لمجرد التباعد المكاني بين الحائز وبين المال، فليس بلازم لتوفر السيطرة أن يكون بين الحائز وما يحوزه صلة مادية مستمرة، فلا يشترط لتحقق هذا العنصر وجود المال تحت الرقابة والهيمنة المباشرة للحائز[12].

ب - العنصر المعنوي:

ويقصد به نية احتباس المال والسيطرة عليه من قبل شخص مالك له أو صاحب حق عليه مكسب للملكية والتصرف به لحسابه، وهذا يعني نية الظهور بمظهر المالك من خلال ممارسة حق من الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن حق الملكية أو الإنتفاع بمنفعة من المنافع التي تنتج عن الشئ المحوز، ومن الطبيعي أن تفترض الإرادة العلم بوجود الشئ وبدخوله في إمكانية السيطرة عليه، فإذا إنتفى هذا العلم أنتفى معه توافر العنصر المعنوي للحيازة. والعلم المطلوب هو العلم الإحتمالي بدخول الشئ في حيز السيطرة وبالتالي يعتبر حائزاً لمحتويات صندوق رسائل من يحوز الصندوق[13].

2 - أنواع الحيازة:

تنقسم الحيازة إلى ثلاثة أنواع، الحيازة الكاملة أو التامة والحيازة الناقصة أو المؤقتة واليد العارضة. وسوف نقوم ببيان مفهوم كل نوع من هذه الأنواع تباعاً.

أ - الحيازة الكاملة أو التامة:

وهي السيطرة الفعلية على الشئ ومباشرة سلطات المالك عليه مع نية الإستئثار به كمالك. وهي تقوم على عنصرين: الأول مادي ويشمل مجموع الأفعال المالدية التي يباشرها مالك الشئ عليه كحبس الشئ أو الإنتفاع به أو إستعماله أو نقله أو تحويله أو التصرف فيه أو إعدامه، والثاني معنوي وهو نية الظهور على الشئ بمظهر المالك[14].

والحيازة الكاملة تثبت في الغالب لمالك الشئ الحقيقي، ولكن ليس هناك ما يمنع لأن تثبت لغيره كمغتصبه طالما يتوافر لديه الركنان السابقان حتى ولم لم يكن له سند من القانون، وفي جميع الأحوال فإن صاحب تلك الحيازة يحوز المال لحساب نفسه وليس لحساب غيره[15].

ب - الحيازة الناقصة أو المؤقتة:

[11] د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص30.
[12] د. محمد زكي أو عامر، المصدر السابق، ص763.
[13] د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص30.
[14] المصدر نفسه، ص31.
[15] المصدر نفسه، ص31.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

يقوم هذا النوع الحيازة للشخص الذي ينتقل إليه عنصر من عنصري الحيازة وهو العنصر المادي فيكون المال تحت يده يسيطر عليه سيطرة فعلية، أما العنصر المعنوي فلا ينتقل إليه بل يظل عند المالك الحقيقي للمال[16].

إن الحائز حيازة ناقصة يحوز المال بمقتضى سند أو عقد من العقود غير الناقلة للملكية كالإجارة أو الوكالة أو الوديعة أو الإستصناع وغيرها من عقود الأمانة، وبهذا الشكل فإن الحائز حيازة ناقصة يسيطر على المال بمقتضى صفة لا تخوله أي حق في الملكية وإنما تشير الى الغير نظراً لإنتقال العنصر المادي للحيازة اليه، أما العنصر المعنوي فإن المالك يحتفظ به لنفسه[17].

والأثر الذي يترتب على الحيازة الناقصة يكمن في أن الحائز حيازة ناقصة يعترف بحق الغير على المال الذي يحوزه كما يلزم برده اليه لدى إنتهاء العقد، أما المالك فإنه بموجب هذا العقد فإنه ينقل السيطرة المادية على المال الى شخص آخر، وبهذا الشكل فإن الطرف المستلم للمال لا يعد مختلساً إذا أنتفع بالمال الذي في حوزته[18].

ج - الحيازة على سبيل اليد العارضة:

وتتحقق اليد العارضة عندما يصل المال الى يد الشخص وصولاً مادياً مجرداً من أي حق، ولا تخول واضع اليد فيها أي حق من حقوق التصرف لا بإسمه ولا بالنيابة عن غيره بحيث لا يستطيع أي يستغله أو ينتفع به أو يحبسه لنفسه أو لغيره لإنتفاء صفته عليه، فالمال يتواجد في يد الشخص بصورة عرضية بحتة بحيث أنه لا يستطيع أن يدعي أي حق عليه[19].

وتختلف هذه الحيازة عن الحيازة الناقصة من حيث أن الحيازة الناقصة تمنح إستناداً إلى سند أو عقد يخول المتسلم سيطرة وتصرفاً على المال ويجعله ذات صفة عليه، أما في الحيازة العارضة فإن واضع اليد لا يستند في وضعه ليده على المال إلى أي سبب قانوني، فلا تكون له صفة تخوله حق التصرف فيه لكونه يتواجد في يده على نحو عرضي بحت ويبقى ممسكاً به تحت إشراف ومراقبة صاحبه دون أن تنتقل إليه الحيازة كاملة أو ناقصة حيث أن المسلم لا يتنازل عن سيطرته المادية على المال الذي يسلمه بل إنه ينقل الوضع المادي وهو مصمم على مباشرة رقابته عليه خلال الفترة الوجيزة التي يكون فيها بين يدي المتسلم، فكأنما التسليم بهذه الصورة قد تقيد بشرط هام مفهوم ضمناً ولو لم يصرح به يقتضي التنفيذ حالاً وهو لزوم إعادة المال ثانية إلى صاحبه وذلك بعد زوال السبب الذي من أجله حصل التسليم المادي[20].

---

16 أحمد حمد الله احمد، المصدر السابق، ص211.

17 د. مأمون محمد سلامة، قانون العقوبات–القسم الخاص، الجزء الثاني، جرائم الاعتداء على الأشخاص والأموال، دار النهضة العربية، القاهرة، تأريخ النشر غير مذكور، ص146–147. د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص32.

18 د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الإعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص632–631.

19 د. محمد سعيد نمور، المصدر السابق، ص28.

20 د. جمال ابراهيم الحيدري، شرح أحكام القسم الخاص من قانون العقوبات العراقي، الجزء الثاني، الجرائم الواقعة على الاشخاص والجرائم الواقعة الاموال، مكتبة السنهوري، بغداد، 2009، ص290–289؛ د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص 32–33.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ويترتب على الحيازة العارضة نتيجة هامة جداً وهو أن التسليم الواقع في هذه الصورة المادية العارضة لا ينفي ركن الإختلاس في جريمة السرقة، وهذا يعني أن إستيلاء المتسلم على المال بعد قيام التسليم لن يمنع من قيام الإختلاس وبالتالي إعتباره سارقاً[21].

د - أهمية التفرقة بين أنواع الحيازة:

يترتب على نوعي الحيازة الكاملة والناقصة أن المتسلم للمال لا يعد سارقاً إذا أستحوذ عليه، وإنما يُعد سارقاً من ينتزع المال من هذا الحائز بدون رضاه، فعلى سبيل المثال، لا يُعد المشتري سارقاً إذا أستحوذ على المبيع بعد إستلامه من البائع حتى وإن لم يكن قد دفع الثمن، نظراً لنقل الحيازة الكاملة للمبيع من قبل مالكه أو من له صفة عليه، وكذلك الحال بالنسبة للمستعير أو الدائن المرتهن رهناً حيازياً أو المودع لديه أو كل من أبرم عقداً من عقود الأمانة، فلا يمكن مسائلة هؤلاء وفقاً لجريمة السرقة حتى وإن إنتزعوا حيازة المال[22].

أما في الحيازة العارضة فإن التسليم لن ينفي ركن الإختلاس بل يبقى قائماً ومتحققاً كما أسلفنا سابقاً، حيث أن يد الشخص المتسلم هي يد عارضة وإن التسليم لا يمنحه أية صفة على المال المسلم إليه أو اي حق[23].

ثانياً- معنى الإختلاس وعناصره:

عرف جارسون الإختلاس بأنه الاستيلاء على حيازة المال بعنصريها المادي والمعنوي بدون رضا مالكه أو حائزه السابق[24].

لذا فإن الإختلاس يتوفر به الإستيلاء على الحيازة بعنصريها المادي والمعنوي في حالتين: الأولى ينهي فيها الجاني حيازة سابقة وينشئ حيازة جديدة كاملة مستقلة له أو لغيره وهنا يحصل نزع المال أو نقله من مالكه أو حائزه السابق لإدخاله في حيازة الجاني بأية طرقة كانت، ويستوي في ذلك أن يتم إستيلاء الجاني على المال خفية أو بعلم المجني عليه ما دام ذلك الإستيلاء قد تم بغير رضاه، والثانية يكون فيها المال قد سلم إلى الجاني تسليماً مادياً بأن كان المجني عليه قد وضعه بين يديه دون أن ينقل

[21] د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط 8، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1984، ص448؛ د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص33؛ د. جمال ابراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص290.

[22] د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص34؛ ومن هذا المنطلق فقد قضت محكمة الجنايات أربيل الثالثة "بعدم معاقبة المتهم الذي تصرف بسوء قصد في ثمانية وعشورن طناً وسبعمائة وسبعون كيلو من النفط الخام الذي كلف بنقله بسيارته من حقل نفط (طق طق) إلى مصفى (بازيان) وفقاً لجريمة السرقة لكونه قد أؤتمن على مال منقول وإن التصرف الذي قام به قد جاء خلافاً للغرض الذي سلم من أجله، لذا فإن فعله هذا يشكل جريمة خيانة أمانة يتسوجب معاقبته وفقاً للمادة (453) من قانون العقوبات العراقي"، قرار محكمة جنايات أربيل الثالثة رقم (41/ج/2011/3) الصادر بتأريخ (2011/7/24) غير منشور.

[23] د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص34.

[24] د. محمد زكي أبو عامر، المصدر السابق، ص766.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

إليه أية حيازة كاملة أو ناقصة عليه وهو ما يسمى بتمكين اليد العارضة، فإذا أستحوذ صاحب اليد العارضة على المال لنفسه بأن أحتفظ به بنية إمتلاكه، تحقق الإختلاس وعد سارقاً لأنه أستولى على الحيازة الكاملة للمال، أي أستولى على الحيازة بعنصريها[25].
ولا يشترط في الحالتين أن يكون المجني عليه مالكاً للمال محل السرقة، فالإختلاس يتحقق حتى وإن كان مجرد حائز للمال، ولا يشترط أيضاً أن تكون حيازته مشروعة فقد تكون غير مشروعة[26].

وينتفي الإختلاس بتسليم المال إلى الجاني إن كان صادراً عن إدراك وحرية إختيار وكان الغرض منه نقل الحيازة الكاملة أو الناقصة، فإن قام مالك المال أو مدعي ملكيته بنقل العنصر المادي والمعنوي للحيازة إلى شخص آخر وجرى هذا التسليم عن شعور وحرية إختيار عندها ينتفي الإختلاس، وكذلك الحال فإن الإختلاس لن يتحقق إذا جرى التسليم بغرض نقل العنصر المادي فقط للحيازة ومنح المستلم حقوقاً وجعله ذا صفة عليه، كتسليم المال إلى المستأجر أو إلى الدائن المرتهن رهناً حيازياً أو إلى المستعير، إذاً التسليم الذي يصاحبه التراضي يمنع من تحقق ركن الإختلاس حتى وإن وقع نتيجة غلط في شخص المستلم أو المال المسلم أو وقع نتيجة تدليس[27].

المطلب الثالث: أوجه الإلتقاء والتعارض بين النظريتان

الفرع الأول: أوجه الإلتقاء بين النظريتان

تُعد حالات إنتزاع الحيازة بواسطة الأخذ أو النقل أو الخطف، أي حالات الأخذ اليدوي أو النقل المادي للمال، أو بتعبير آخر، حالات إخراج المال من حيازة الحائز بفعل الجاني، نقطة الإلتقاء بين النظريتين، حيث أن هذه الحالات تُعد من وجهة نظر أصحاب هاتين النظريتين جريمة سرقة، فهي تُعد جريمة سرقة وفقاً للنظرية التقليدية نظراً لإنتزاع المال من خلال الأخذ أو الخطف أو النقل وهو ما يتحقق به الإختلاس، وتُعد كذلك وفقاً للنظرية الجارسونية نظراً لإنتزاع حيازة مال منقول بدون رضا حائزه، فمثلاً عندما يقوم المشتري بعد تسديد بدل البيع، بإسترداد هذا الثمن والفرار به بدون رضا البائع، يكون بذلك قد أقترف جريمة السرقة، لكونه قد أختلس مالاً يرجع عائديته إلى مالكه الجديد وهو البائع، ذلك لأنه لم يعد حائزاً لهذا البدل لأنه أتفق على نقل حيازته إلى البائع، فلما أستعاده بعد تسديده له يكون قد أنتزع الحيازة وأنتهك حق التملك لدى الغير[28].

[25] المصدر نفسه، ص766.
[26] المصدر نفسه، ص766.
[27] المصدر نفسه، ص766.
[28] د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص38.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

كذلك الحال بالنسبة للبائع الذي يقوم بإسترداد المبيع من المشتري بعد تسليمه له وبدون رضا هذا الأخير، حيث أنه يعاقب وفقاً لجريمة السرقة لكونه قد نقل الحيازة الكاملة للمال إلى المشتري وبهذا يكون قد أعتدى على ملكية الغير، فالمشتري يصبح مالكاً للمبيع بعد إبرام عقد البيع[29].

ولا ينطبق الوصف نفسه على من يقوم بتسليم ماله إلى الغير بمقتضى إتفاق ناقل للحيازة الناقصة، فمن يودع ماله لدى الغير أو يؤجره له أو يرهنه لديه ومن ثم يقوم المتسلم بالإستحواذ على هذا المال فلن يكون مرتكباً لجريمة السرقة[30].

الفرع الثاني: أوجه التعارض بين النظريتين

تنتفي جريمة السرقة وفقاً للنظرية التقليدية إذا حصل تسليم رضائي للمال مهما كان نوع التسليم أو الغرض منه أو مهما كانت طبيعته، فوفقاً لمنطق هذه النظرية فإنه من غير الممكن تصور الأخذ أو الخطف أو النقل مع واقعة التسليم، وتطبيقاً لذلك فإن التسليم الناقل لمجرد اليد العارضة يمنع من قيام الإختلاس.

أما النظرية الجارسونية، فإنها ترى بأن الإختلاس ما هو إلا عبارة عن إنتزاع الحيازة خلافاً لرضا مالكه أو حائزه السابق، لذا فإن الإختلاس يتحقق في جميع الأحوال التي يحصل فيها إعتداء على الحيازة الكاملة القائمة، وهذا يعني بأن واقعة الأخذ أو الخطف أو النقل أو النشل أو السلب تتضمن بكل تأكيد إنتزاعاً للحيازة الكاملة فيتوافر الإختلاس وبالتالي تقوم جريمة السرقة، كما تُعد حالات التسليم غير الناقل للحيازة الكاملة أو الناقصة وإنما لتمكين اليد العارضة جريمة سرقة، فالتسليم الناقل للحيازة الكاملة أو الناقصة هي التي تنفي ركن الإختلاس، أما التسليم الذي يجري بغرض تمكين اليد العارضة فقط لا تؤدي إلى النتيجة ذاتها، وهذا يعني بأن كل تسليم لا يترتب عليه إنتفاء ركن الإختلاس وفقاً لهذه النظرية لكونها تبحث عن نوعه وعن الغرض منه على عكس النظرية التقليدية[31].

[29] المصدر نفسه، ص38.
[30] المصدر نفسه، ص38.
[31] د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص39.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المبحث الثاني

مدلول ركن الإختلاس في ضوء أحكام قانون العقوبات العراقي والتطبيقات القضائية

بعد أن تناولنا مفهوم ركن الإختلاس في جريمة السرقة بموجب النظرية التقليدية والنظرية الجارسونية (نظرية الحيازة) في المبحث السابق، بقي علينا أن نبين في هذا المبحث مفهوم ركن الإختلاس في جريمة السرقة وفقاً لقانون العقوبات العراقي وقرارات محكمة التمييز، لذا فإننا سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، نخصص المطلب الأول لشرح أحكام قانون العقوبات العراقي وموقف المشرع من النظريتين السابقتين، ونخصص المطلب الثاني لبيان مفهوم الإختلاس في ضوء أحكام القضاء العراقي.

المطلب الأول: مدلول ركن الإختلاس في ضوء أحكام قانون العقوبات العراقي

لدى إمعان النظر في النصوص الخاصة بجريمة السرقة في قانون العقوبات رقم 111 لسنة 1969 نجد بأن المشرع العراقي قد تبنى النظرية التقليدية بخصوص مدلول ركن الإختلاس في هذه الجريمة، ودليلنا على ذلك هو أن الحالات التي ينتهي فيها الحيازة دون تدخل من الجاني، أي أن الحالات التي ينتهي فيها الحيازة لأسباب لا تمت بصلة لفعل الجاني، أعتد بها المشرع العراقي بإعتبارها جرائم مستقلة بذاتها ولم يعتد بها على أنها جريمة سرقة، وهذا يعني أن هذه الجريمة لن تقع إلا إذا قام الجاني بإنتزاع المال من حيازة حائزه وإدخاله في حيازته الكاملة من خلال الإتيان بفعل مادي، وهذا يعني أن كل تسليم للمال بغض النظر عن نوعه أو سببه أو الغرض منه يؤدي إلى إنتفاء ركن الإختلاس وفقاً لهذا القانون.
وفيما يلي سوف نعرض بالتفصيل المواد التي تبين بوضوح تبني المشرع العراقي لمنطق النظرية التقليدية:

أولاً- عدم سريان أحكام السرقة على حالة الإستيلاء على لقطة أو مال ضائع:

يقصد بالمال الضائع أو المفقود، المال المنقول المملوك لشخص معين ضاعت منه فأنقطعت حيازته لها ولكنه لم يزل متمسكاً بملكيتها ساعياً للبحث عنها وإستردادها دون أن تدخل بعد في حيازة شخص آخر، كأن تسقط من شخص حافظة نقوده أو

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

يتركها في مكان ما سهواً أو يسقط منه هاتفه أو يتركه في مكان ما سهواً أو أن يخرج حيوان يحوزه شخص معين من حظيرته ويضل طريق عودته[32].

وتختلف الأموال المفقودة عن الأشياء المباحة أو المتروكة في كون الأموال المفقودة لا تخرج عن ملك صاحبها ولذا فإن القانون يعتبره مالكاً ويعطيه الحق في استرداده من أي شخص يوجد تحت يده ولو كان قد أشتراه بحسن نية طالما لم يسقط حقه فيه بالتقادم[33]، وبذلك فإن قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية لا تطبق على المال الضائع[34].
وقد خصص المشرع العراقي المادة (450) لمعاقبة حالات الإستيلاء على اللقطة أو المال الضائع، حيث نص في هذه المادة على أنه (يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على مائة دينار أو باحدى هاتين العقوبتين، كل من أستولى بغير حق على لقطة أو مال ضائع...).

يتبين لنا من خلال هذا النص على أن حالة الإستيلاء على مال ضائع تُعد جريمة مستقلة ولا تُعد جريمة سرقة، وهذا هو خير دليل على أن المشرع العراقي قد تبنى النظرية التقليدية بخصوص مدلول ركن الإختلاس في جريمة السرقة، وهذا يعني بأن ركن الإختلاس لا يتحقق إلا إذا قام الجاني من خلال السلوك الإيجابي الذي يرتكبه من إنتزاع وسلب حيازة المال من حائزه، أي أن تحقق الإختلاس مرتبط بتمكن الجاني من إنهاء الحيازة بنشاطه الإيجابي المتمثل في الأخذ أو النقل أو الخطف، أما إذا وقع المال عرضاً في حيازته دون أي تدخل من جانبه فإن ذلك لن يُعد جريمة سرقة وبالتالي تخلصه من العقاب.

ولكن لدى تقييم هذه الحالة وفقاً للنظرية الجارسونية فإنها تُعد جريمة سرقة، لأن الجاني يستولي على مال لم ينتقل اليه ملكيته بوجه قانوني، وقيام جريمة السرقة لا تتطلب بالضرورة وجود المال في يد مالكه، ففي حالة الفقدان، الذي ينتهي هو العنصر المادي للحيازة ويبقى المالك محتفظاً بالعنصر المعنوي، أي نية تملك المال وممارسة مظاهر السلطة عليه، ويبقى محتفظاً بحقه في

[32] د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009،ص274؛ د. محمد زكي أبو عامر، المصدر السابق، 806.

33 د. محمد زكي أبو عامر ود. سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007، ص77.

34 تنص المادة 1163 من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة (1951) على أنه (1- من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من أحد، 2- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح، مالم يقم الدليل على عكس ذلك).

وتنص المادة 1164 من القانون المدني العراقي على أنه (إستثناء من أحكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب أو خيانة أمانة أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

إسترداده، وحينما يستولي الجاني على عنصري الحيازة للمال الضائع يكون بذلك قد أنهى حيازة كاملة وأنشأ حيازة جديدة بدون رضا الحائز[35].

ويبدو أن المشرع العراقي -حاله حال العديد من المشرعين العرب[36]- لم ينتهج نهج المشرع الفرنسي الذي لم يعتد بهذه الحالة بإعتبارها جريمة مستقلة، فقانون العقوبات الفرنسي لا يتضمن جريمة الإستيلاء على المال الضائع، وهذا يعني أن هذه الحالة تسري عليها أحكام جريمة السرقة وفقاً للقانون الفرنسي[37].

ثانياً- عدم سريان أحكام السرقة على التسليم الحاصل تحت تأثير الإكراه:

نص المشرع العراقي في المادة (452) من قانون العقوبات على أنه (1- يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنين أو بالحبس من حمل آخر بطريق التهديد على تسليم نقود أو أشياء اخرى غير ما ذكر في المادة السابقة، 2- وتكون العقوبة مدة لا تزيد على عشر سنين إذا ارتكبت الجريمة بالقوة أو الإكراه).

يُستفاد من هذا النص على أن التسليم الذي يحصل تحت تأثير الإكراه (المادي أو المعنوي)، يؤدي إلى تحقق جريمة مستقلة وهي جريمة إغتصاب الأموال ولا تؤدي إلى تحقق جريمة السرقة، أي أن لجوء الجاني إلى الإكراه بغرض التأثير على إرادة الحائز وإجباره على تسليم ماله لا تسري عليه أحكام السرقة، بل تسري عليه حكم المادة (452) من قانون العقوبات وبالتالي يعاقب بناءً على ذلك وفقاً لجريمة إغتصاب الأموال، وهذا يقودنا إلى إستنتاج مفاده بأن التسليم مهما كان نوعه أو سببه أو الغرض منه يؤدي إلى إنتفاء ركن الإختلاس وفقاً للقانون العراقي، وهذا النص يتطابق تماماً مع منطق النظرية التقليدية ويغاير الإجماع المنعقد في الفقه الجنائي حول عدم الإعتداد بالتسليم الذي يجري تحت تأثير الإكراه لكونه فاقد لشرط من شروط التسليم الناقل للحيازة وأهمها إرادة نقل الحيازة إلى المتسلم أو إرادة التخلي عن الحيازة من جانب المسلم، فهذا التسليم لا يتعدى كونه تسليماً مادياً لا يخول المتسلم أية حقوق أو أية صفة على المال محل التسليم، فلكي يترتب على التسليم إنتفاء ركن الإختلاس فإنه لا بد من أن يتم بإختيار المجني عليه، والإكراه يترتب عليه إما إنتفاء الإرادة أو إنتفاء حرية الإختيار، لذا فإن هذا النوع من التسليم يمتلك حكم

[35] د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص139.

[36] أنظر نص المادة (321 مكرر) من قانون العقوبات المصري، ونص المادة (673) من قانون العقوبات اللبناني، ونص المادة 424 من قانون العقوبات الأردني، وبخلاف ماورد فإنه يبدو بأن المشرع التركي قد أنتهج نهج المشرع الفرنسي من حيث أنه لم ينص على هذه الجريمة ضمن المواد الخاصة بجريمة السرقة (142-147) التي تم تنظيمها في الفصل العاشر تحت عنوان (الجرائم الواقعة على المال) من قانون العقوبات التركي رقم (5237) الصادر بتأريخ (2004/9/26).

[37] د. ماهر عبد شويش الدرة، المصدر السابق، 139.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

التسليم الذي يجري من فاقد الشعور أو الإدراك مثل المجنون[38]، وبناءً على ما تقدم ذكره فإننا نستطيع القول بأن المشرع العراقي قد تبنى النظرية التقليدية بخصوص مدلول ركن الإختلاس ولم يتبنى النظرية الجارسونية.

ومن الجدير بالذكر بأن الإكراه يُعد ظرفاً مشدداً في الوقت نفسه في جريمة السرقة أيضاً بحسب قانون العقوبات العراقي، ويُستشف من النصوص التي تتضمن جريمة السرقة بالإكراه هو أن نقطة الإختلاف الوحيدة بين الجريمتين (جريمة إغتصاب الأموال وجريمة السرقة بالإكراه) تكمن في كيفية إستيلاء الجاني على حيازة المال تحت تأثير الإكراه، فإن أجبر الجاني المجني عليه من خلال الإكراه على تسليم ماله، عُد ذلك جريمة إغتصاب الأموال، أما إذا لجأ الجاني إلى الإكراه كوسيلة لإنتزاع وسلب المال من حيازة حائزه عُد ذلك جريمة سرقة بالإكراه، وهذا يعني أن إجراء التسليم تحت تأثير الإكراه من عدمه هو نقطة الإختلاف الوحيدة بين الجريمتين نظراً لربط تسليم المال بالإكراه في جريمة إغتصاب الأموال، فالإكراه والتسليم يُعدان من العناصر التي تدخل في بنيان جريمة إغتصاب الأموال، وبناءً على ذلك نستطيع القول بأن الإختلاف بين الجريمتين هو إختلاف ظاهري وغير جوهري، وإن جريمة إغتصاب الأموال لا تختلف من حيث الطبيعة عن جريمة السرقة بالإكراه[39]، فما دام التسليم يجري خلافاً لرضا وإرادة الحائز ولا يتم بإختياره، فإنه لن يترتب عليه نفي ركن الإختلاس وبالتالي فإن هذا الركن يبقى قائماً ما دام التسليم يجري بخلاف رضا وحرية إختيار حائز المال، وما دام هذا الإختلاف ليس بإختلاف جوهري إذاً كان من الأجدر بالمشرع العراقي أن يكتفي بتضمين قانون العقوبات لجريمة السرقة بالإكراه، ولم يكن بحاجة إلى أن يضمن القانون جريمة إغتصاب الأموال، فعدم وجود هذه الجريمة في قانون العقوبات لن يؤدي إلى نشوء فراغ قانوني.

ثالثاً- عدم سريان أحكام السرقة على حالات تسليم المال بغرض تمكين اليد العارضة:

تنص المادة 453 من قانون العقوبات العراقي على أن (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 أو لفائدته أو لفائدة شخص آخر أو تصرف به بسوء قصد خلافاً للغرض الذي عهد به اليه أو سلم له من اجله حسب ما هو مقرر قانوناً أو حسب التعليمات الصريحة أو الضمنية الصادرة ممن سلمه أياه أو عهد به اليه يعاقب بالحبس أو بالغرامة).

يبدو أن المشرع العراقي قد أراد من خلال هذا النص أن يوسع من نطاق جريمة خيانة الأمانة بحيث لا تبقى مقتصرة فقط على التسليم الذي يتم بمقتضى عقد من عقود الأمانة، أي أن تحقق هذه الجريمة لا يتطلب بالضرورة ربط الجاني بالمجني عليه بعقد من عقود الأمانة المنصوص عليها في القانون، بل أنها تتحقق بمجرد التسليم الرضائي للمال من جانب المالك أو من يقوم مقامه، فنص هذه المادة المشار اليه آنفاً قد تضمن عبارة (كل من أؤتمن على مال منقول مملوك للغير أو عهد به اليه بأية كيفية

[38] د. محمود نجيب حسني، جرائم الإعتداء على الأموال، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، تأريخ النشر غير مذكور، ص101؛ د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص63–62؛ د. محمد سعيد نمور، المصدر السابق، ص37؛ د. علي عبد القادر القهوجي، المصدر السابق، ص654؛ د. محمد زكي أبو عامر، المصدر السابق، ص773.

39 د. حميد السعدي، المصدر السابق، ص63.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

كانت أو **سلم له لأي غرض كان**...)، وهذه العبارة الأخيرة تتسم بالشمولية والإطلاق بحيث إنها تستغرق حتى حالات التسليم الذي يتم بغرض تمكين اليد العارضة.

وبهذا المعنى فإن جريمة خيانة الأمانة وفقاً لهذا النص سوف تتحقق سواءً تم تسليم المال إلى الجاني بموجب عقد من عقود الأمانة المشار اليها في القانون، وهذا ما تم التعبير عنه من خلال عبارة (كل من أؤتمن...) أو بموجب أية علاقة قانونية تفرض على الجاني التزامات أزاء المجني عليه تماثل الالتزامات التي يفرضها عقد الأمانة، وهذا ما تم التعبير عنه من خلال عبارة (عهد به اليه بأية كيفية كانت..)، كما في حالة الولي والوصي والقيم والحارس القضائي والحارس الاتفاقي والحارس المعين بناءً على نص قانوني أو قرار اداري ووكيل الدائنين في قضايا الافلاس ووكيل الغائب ووارث الوكيل المتوفي بشأن ما يحوزه مورثه على سبيل الوكالة ومدير الشركة ومصفيها[40]، أو تم بغرض تمكين اليد العارضة، وهذا ما تم التعبير عنه من خلال عبارة (سلم له لأي غرض كان...)، كما في حالة الزبون الذي يستلم بضاعة من تاجر بغرض معاينته عنده كي يشتريها فيما بعد إذا أعجبته فيدفع ثمنها أو أن يردها إذا لم تعجبه، فإن لم يرد السلعة ولم يدفع ثمنها يكون بذلك قد أرتكب فعلاً يقع تحت طائلة هذه المادة وذلك لأن المال وإن لم يكن قد سلم له على سبيل الأمانة أو علاقة قانونية كتلك التي أشرنا اليها أعلاه، وإنما قد سلم اليه لغرض معين (وهو المعاينة) وما دام قد أضافه إلى ملكه دون رضا مالكه يكون بذلك قد أخل بالغرض الذي سلم من أجله المال[41].

إذاً من كل ذلك نستطيع القول بأن المشرع العراقي قد أنتهج منهجاً مغايراً لما هو ثابت في الفقه الجنائي، لكونه أعتبر حالة التسليم بغرض تمكين اليد العارضة سبباً من أسباب إنتفاء ركن الإختلاس في جريمة السرقة، فلولا وجود عبارة (سلم له لأي غرض كان...) التي تتسم بالشمولية والاطلاق لما تمكنا من قول ذلك، ثم إنه ليس هناك ما يدل في سياق هذا النص على أن هذه المادة تنطبق على حالات التسليم التي تتم بغرض نقل الحيازة الناقصة فقط، فهذا الإطلاق في التعبير يحمل في طياته وجود إرادة توسيع نطاق نص المادة لكي تشمل حتى حالات التسليم التي تتم بغرض تمكين اليد العارضة، فإن لم يكن كذلك لكان قد أكتفى المشرع بعبارة (كل من أؤتمن أو عهد به اليه بأية كيفية كانت...) ضمن نص المادة.

من كل ذلك يمكننا القول بأن هذا النهج يتوافق تماماً مع النظرية التقليدية التي يعتقد أصحابها بأن كل تسليم للمال المنقول من جانب الحائز، بغض النظر عن نوعه أو سببه أو الغرض منه، يؤدي إلى نفي ركن الإختلاس، وهذا يعني أن إتخاذ مثل هذا الموقف يعني بأن المشرع العراقي يعتقد بأن ركن الإختلاس في جريمة السرقة لا تتحقق إلا إذا قام الجاني بنفسه بإنتزاع حيازة المال من حيازة حائزه، أي تسبب بفعله الإيجابي في خروج المال من حيازة حائزه، وإن كل تسليم يؤدي إلى نفي ركن الإختلاس.
وفي هذا السياق فإنه من الضروري الإشارة إلى نص الفقرة سادساً من المادة 444 من قانون العقوبات[42]، فالذي يسترعي الانتباه هو أن نص هذه الفقرة لم تشترط أن تقع السرقة التي ترتكب من جانب الخدم أو العمال أو المستخدمين إضراراً بمخدومهم على

40 د. جمال ابراهيم الحيدري، المصدر السابق، ص385.

41 د. حميد السعدي، جرائم الإعتداء على الأموال، دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفرنسي والسوفياتي في ضوء الاجتهادات القضائية الصادرة من المحاكم العراقية والفرنسية، مطبعة المعارف، بغداد، 1967، ص573-574.

42 تنص الفقرة سادساً من المادة 444 على أنه (يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على سبع سنوات أو بالحبس على السرقة التي تقع في احد الظروف التالية:

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المال الذي هو غير موجود بين ايديهم والتي لم تسلم اليهم من قبل أصحاب العمل لتمكينهم من أداء أعمالهم، بل إن صياغة هذه الفقرة التي تتسم بالشمولية والإطلاق تدفعنا إلى القول بإنه من الممكن تطبيق نص هذه الفقرة حتى وإن وقعت السرقة على أدوات العمل والمنقولات والأموال التي تستخدم من قبل هؤلاء لأداء العمل الذي أنيط بهم، وكذلك على تلك الأموال التي لا تسلم اليهم، فمن يقوم بالإستيلاء على أدوات العمل التي تسلم اليه على سبيل تمكين اليد العارضة، مثل العامل الذي يستولي على أحد المكائن أو الآلات الموجودة بين يديه، ومن يقوم بإنتزاع حيازة مال لم تسلم اليه من قبل صاحب العمل، كالعامل الذي يفتح درج مكتب صاحب العمل ويأخذ كمية النقود منه، تنطبق عليه نص هذه الفقرة على حد سواء.

إن هذا النص بإعتقادنا يتناقض مع نص المادة 453 الذي سبق شرحه، فعلى سبيل المثال، إذا قام أحد الخدم بالإستيلاء على إحدى أدوات العمل المسلمة اليه، كالمكنسة الكهربائية مثلاً، فإن فعله هذا سوف ينطبق عليه نص الفقرة المشار آنفاً وكذلك نص المادة 453 على حد سواء، والسبب في ذلك يكمن في أن نص الفقرة سادساً لم يشترط صراحة أن يقع الإستيلاء على المال المحرز الغير موجود بين يدي الخادم أو العامل أو المستخدم، ويمكن تطبيق نص المادة 453 أيضاً لكونه قد أضاف هذا المال إلى ملكه خلافاً للغرض الذي سلم من أجله مسبقاً من جانب الحائز.

المطلب الثاني: مدلول ركن الإختلاس في ضوء قرارات محكمة التمييز

لدى الإطلاع **على القرارات والأحكام الصادرة عن محكمة تمييز العراق نجد بأن هذه المحكمة تعتقد بأن التسليم الذي يجري بغرض تمكين اليد العارضة لا تؤدي إلى نفي ركن الإختلاس في جريمة السرقة، حيث أنها قضت بمعاقبة "العامل بالأجرة في مصفى الدورة وفقاً لجريمة السرقة عندما أستولى على كفوف زودته بها مصلحة المصافي"[43]، وقررت أيضاً بمعاقبة المتهم الذي أستولى على موجودات المقهى الذي ينام فيه بإذن صاحبه إضراراً بمخدومه وفقاً لجريمة السرقة[44].**
في هذه القرارات نجد بأن المتهمين قد أستولوا على أموال سلمت لهم من قبل أصحابها على سبيل تمكين اليد العارضة، وهذا يعني بأن التسليم المادي البحت الذي لا يصاحبه تخويل للحقوق ولا يمنح المتسلم للمال أية صفة عليه، لا يؤدي إلى إنتفاء ركن الإختلاس في جريمة السرقة وفقاً لمحكمة التمييز.

سادساً– إذا ارتكبت من خادم بالأجرة إضراراً بمخدومه أو من مستخدم أو صانع أو عامل في معمل أو حانوت من أستخدمه أو المحل الذي يشتغل فيه عادة).

[43] أنظر قرار محكمة التمييز رقم 3034/جنايات/1973 الصادر في 23/9/1973، النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة، ص205.

44 أنظر قرار محكمة التمييز رقم 2227/جنايات/1973 الصادر بتأريخ 17/2/1974، ص218،.فؤاد زكي عبد الكريم، مجموعة لأهم المبادئ والقرارات لمحكمة تمييز العراق، مطبعة أوفسيت سرمد، بغداد، 1982، أنظر قرار محكمة التمييز رقم 2227/جنايات/1973 الصادر بتأريخ 17/2/1974، ص218.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وفي الوقت نفسه نجد بأن هذه المحكمة تعتقد بأن التسليم الذي يتحقق تحت تأثير الإكراه يؤدي إلى نفي ركن الإختلاس في جريمة السرقة ويعاقب المُكرِه وفقاً لجريمة أغتصاب الأموال المنصوص عليها في المادة 452 من قانون العقوبات العراقي.

حيث قضت هذه المحكمة على أنه (إذا لم يأخذ المتهم النقود من مكانها في جيب المشتكي بل حمله تحت تأثير التهديد بالقتل على أن يخرجها من جيبه ويسلمها للمتهم، فهذه الجريمة ليست سرقة بل تُعد جريمة إغتصاب للمال بالتهديد)[45]، وفي قرار آخر لها قضت بمعاقبة (المتهمين وفقاً لجريمة إغتصاب الأموال لكونهما لم يخرجا الهوية والنقود من جيب المشتكي وإنما هو الذي قدمها اليهما بناءً على طلب المتهمين بحجة الاشتباه به وإن إدعاء المتهمين بأنهما كانا ينويان أخذ المشتكي إلى الشرطة فهو إدعاء للتنصل من جريمتهما وكان بإمكانهما أخذ الهوية دون النقود واقتياد المشتكي إلى الشرطة وخصوصاً أنه لم يقاومهما ونفذ ما طلبا منه لهذا فإن المادة 1/452 عقوبات هي المنطبقة على فعل المتهمين)[46]، وقضت ايضاً بأن (تسليم المشتكي لأمواله إلى المتهم عن طريق الإكراه لا تكون بأي حال من الأحوال جريمة السرقة وإنما تكون جريمة أخرى هي غصب المال المنطبقة عليها أحكام المادة 452 ف2 عقوبات، والفارق بين الجريمتين يكمن في أن السرقة هي قيام الجاني بفعل ذاتي يختلس بموجبه مالاً من المجني عليه من غير رضاه، في حين أن جريمة الغصب للمال تكمن في تسليم المجني عليه لماله بفعل ذاتي يصدر منه إلى الجاني عن طريق القوة والإكراه)[47].

من ذلك يتبين لنا بأن محكمة التمييز تعتقد بأن تسليم المال تحت تأثير الإكراه يؤدي إلى إنتفاء ركن الإختلاس، وإن معيار التمييز بين غصب الأموال والسرقة بالإكراه يكمن في نوعية إستيلاء الجاني على المال، فإن سلمت له من قبل المجني عليه عُد ذلك جريمة إغتصاب الأموال، أما إذا قام الجاني بإنتزاع المال تحت تأثير الإكراه عُد ذلك جريمة سرقة بالإكراه، وهذا يعني أن موقف محكمة التمييز يتوافق تماماً مع منهج النظرية التقليدية.

وعلى الرغم من ذلك نجد بأن هذه المحكمة قد تراجعت عن موقفها هذا وأتخذت موقفاً مغايراً تماماً، حيث أنها أعتدت بالحالات التي تجري فيها التسليم تحت تأثير الإكراه على أنها جريمة سرقة بالإكراه ولم تعتد بها على أنها جريمة إغتصاب الأموال، وهذا تحول غير مسبوق في موقف محكمة التمييز، وهذا الموقف يُعد على عكس ما هو منصوص عليه في مواد قانون العقوبات، وهذا يعني على أن هذه المحكمة أصبحت متأثرة بالنظرية الجارسونية بخصوص مدلول ركن الإختلاس، فلقد قضت هذه المحكمة على أنه (إذا قام الجاني بإشهار السلاح في وجه المجني عليه وتهديده له به، ومطالبته بترك سيارته وإن تنفيذ المشتكي لهذا الطلب ونزوله من السيارة يوجب معاقبة المتهمان وفقاً للمادة 2/442 من قانون

45 قرار محكمة التمييز، رقم 617/جنايات/1974، الصادر بتأريخ 26/5/1974، فؤاد زكي عبد الكريم، المصدر السابق، ص223.

46 قرار محكمة التمييز، رقم القرار–165/موسعة ثابتة/985/986، تأريخ القرار– 13/5/1986، مجموعة الأحكام العدلية، العددان الأول والثاني لسنة 1986، ص136.

47 قرار محكمة التمييز، رقم القرار–219/هيئة عامة/988، تأريخ القرار– 13/5/1986، مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني لسنة 1988، ص–134 135.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

العقوبات)[48]، وفي السياق نفسه فقد قضت هذه المحكمة بأنه (في يوم الحادث أتفق المتهمين على الإستحواذ على النقود التي كانت بحوزة المجني عليه المشتكي الذي سحبه من مصرف الرشيد-فرع المنصور، فأخذا يراقبان المجني عليه الذي خرج من المصرف وفي يده حقيبة دبلوماسية تحتوي على مبلغ خمسة عشر الف دينار عراقي، ولدى وصوله باب داره، أجبره المتهان على ركوب السيارة بعدما أبرزا له هويتهما على أنهما من رجال الأمن، وفي السيارة وضع أحد المتهمين سلاحه على خاصرة المشتكي وطلب منه أن يسلم حقيبته وأن يترك السيارة، وفعلاً انصاع لطلبهما، لذا فإن فعلهما هذا يستوجب العقاب وفقاً للمادة 1/442 من قانون العقوبات)[49].

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة الموضوع آن الآوان أن نسلط الضوء على أهم الإستنتاجات التي توصلنا اليها ثم عرض المقترحات التي نراها جديرة بالأخذ بها.

أولاً- الإستنتاجات:

1 - إن مدلول ركن الإختلاس في جريمة السرقة وفقاً للنظرية التقليدية لا يتعدى كونه أخذ أو نقل أو خطف للمال محل السرقة، أي أن ركن الإختلاس لن يتحقق إلا إذا قام الجاني بنفسه بإخراج المال من حيازة الحائز وأدخله في حيازته، بعبارة أخرى، أن تحقق ركن الإختلاس يتوقف على خروج المال من حيازة الحائز بسبب الفعل المادي الذي يرتكبه الجاني.

2 - إن تسليم المال إلى الجاني من قبل الحائز يؤدي إلى إنتفاء ركن الإختلاس وفقاً للنظرية التقليدية بغض النظر عن نوع التسليم أو سببه أو الغرض المتوخاة منه.

48 رقم القرار: 56/هيئة عامة/86–85، تأريخ القرار، 15/9/1987، ابراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، القسم الجنائي، الجزء الثاني، منشورات الكندي، بغداد، 1997، ص29–28.

49 رقم القرار: 121/هيئة عامة/92، تأريخ القرار: 1992/1/31، ابراهيم المشاهدي، المصدر السابق، ص118–119.

ومن الجدير بالذكر أن المحكمة في هذه الواقعة جانبت الصواب لدى تكييفها للواقعة موضوع القرار، ففي هذه الواقعة أن المتهمين قد لجئا إلى إستعمال السلاح وهددا المجني عليه بإستعماله إذا لم ينصع لطلباتهما، وهذا يعني أن الإكراه المعنوي متحقق في هذه الواقعة، لذا كان من الأجدر بالمحكمة أن تطبق الفقرة ثانياً من نص المادة 444 وليس الفقرة أولاً، لكونها تنطبق فقط على حالات حمل السلاح دون استعماله، أما حالات اللجوء إلى استعمال السلاح فهي تنطبق عليها نص الفقرة ثانياً، فالإكراه لا يتحقق بمجرد حمل السلاك بل لا بد أن يدخل مرحلة الإستعمال أو مرحلة التهديد باستعماله.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

3 - إن الأخذ بالنظرية التقليدية سوف يؤدي إلى تضييق نطاق جريمة السرقة وبالتالي إلى إفلات العديد من الجناة من العقاب.

4 - إن فكرة التسليم الإضطراري لا يؤدي إلى تلافي الإنتقادات التي وجهت إلى النظرية التقليدية وإلى معالجة النتائج السلبية التي تتمخض عنها.

5 - يُعد الإختلاس إستيلاء على حيازة المال وفقاً للنظرية الجارسونية، ويتحقق من خلال إنهاء حيازة وإحلال حيازة جديدة محل الحيازة السابقة خلافاً لرضا الحائز السابق.

6 - لا يؤدي كل تسليم إلى إنتفاء ركن الإختلاس وفقاً للنظرية الجارسونية، فلكي يتمخض عن التسليم إنتفاء ركن الإختلاس لا بد أن يتم برضا الحائز وأن يكون الغرض منه نقل الحيازة الكاملة أو الناقصة، أما التسليم الذي يجري بغرض تمكين اليد العارضة فإنه لن يؤدي إلى إنتفاء ركن الإختلاس.

7 - إن المشرع العراقي تبنى النظرية التقليدية في تحديده لمدلول ركن الإختلاس في جريمة السرقة.

8 - أعتد المشرع العراقي بحالة الإستيلاء على المال الضائع بإعتبارها جريمة مستقلة ولم يعتد بها على أنها جريمة سرقة كما فعل المشرع الفرنسي.

9 - يُعد التسليم الحاصل تحت تاثير الإكراه جريمة مستقلة في قانون العقوبات العراقي، ولا تعد جريمة سرقة بالإكراه، وهذا الموقف هو مخالف للإجماع الموجود في الفقه الجنائي.

10 - إن الإختلاف الموجود بين جريمة السرقة بالإكراه وجريمة إغتصاب الأموال في قانون العقوبات العراقي هو إختلاف ظاهري وليس إختلافاً جوهرياً.

11 - إذا كان المال محل الجريمة من قبيل الأدوات والأموال التي تسلم للجاني لأداء أعماله وتأدية واجباته قِبَلَ مخدومه وصاحب عمله وكان ملكية المال يعود لهذا الأخير وأستولى عليه الخادم أو العامل أو المستخدم، فإنه من الممكن معاقبة هؤلاء وفقاً للفقرة سادساً من المادة 444 والمادة 453 من قانون العقوبات العراقي نظراً لتضمن هاتين على عبارات تتسم بالشمولية والإطلاق.

12 - يُؤدي التسليم الذي يجري بغرض تمكين اليد العارضة إلى إنتفاء ركن الإختلاس بحسب قرارات محكمة تمييز العراق.

13 - يوجد تناقض في قرارات محكمة تمييز العراق بخصوص التسليم الذي يتم تحت تأثير الإكراه، ففي بعض قراراتها ينفي التسليم الذي يجري تحت تأثير الإكراه ركن الإختلاس في جريمة السرقة، وفي بعض قراراتها يؤدي هذا النوع من التسليم إلى عدم إنتفاء ركن الإختلاس.

ثانياً- المقترحات:

1 - نقترح على المشرع العراقي إلغاء جريمة الإستيلاء على المال الضائع المنصوص عيله في المادة 450 لكونه يُعد جريمة سرقة.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

2 - نقترح إلغاء جريمة إغتصاب الأموال المنصوص عليها في المادة 452 من قانون العقوبات، لكون الإختلاف الموجود بينها وبين جريمة السرقة بالإكراه إختلاف ظاهري وليس بقانوني.

3 - نقترح تعديل نص المادة 453 من قانون العقوبات وذلك من خلال إلغاء عبارة (سلم له لأي غرض كان) وذلك لرفع التناقض بينها وبين الفقرة سادساً من المادة 444 ومنع إمكانية تطبيقهما بشأن جرائم السرقة التي تطال أدوات العمل التي تسلم إلى الخدم والعمال والمستخدمين.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

قائمة المصادر

أولاً- الكتب:

1 - إبراهيم المشاهدي، المختار من قضاء محكمة التمييز، القسم الجنائي، الجزء الثاني، منشورات الكندي، بغداد، 1997.

2 - د. جمال ابراهيم الحيدري، شرح أحكام القسم الخاص من قانون العقوبات العراقي، الجزء الثاني، الجرائم الواقعة على الاشخاص والجرائم الواقعة على الاموال، مكتبة السنهوري، بغداد،2009.

3 - د. حميد السعدي، جرائم الإعتداء على الأموال، دراسة مقارنة بين القانون العراقي والفرنسي والسوفياتي في ضوء الاجتهادات القضائية الصادرة من المحاكم العراقية والفرنسية، مطبعة المعارف، بغداد، 1967.

4 - د. حميد السعدي، شرح قانون العقوبات الجديد، الجزء الثاني، جرائم الإعتداء على الأموال، دراسة تحليلية مقارنة، ط2، مطبعة المعارف، بغداد 1976.

5 - د. عبد المهيمن بكر، القسم الخاص في قانون العقوبات، ط7، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977.

6 - د. علي عبد القادر القهوجي، قانون العقوبات القسم الخاص، جرائم الإعتداء على المصلحة العامة وعلى الإنسان والمال، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002.

7 - د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2009.

8 - د. محمد زكي أبو عامر ود. سليمان عبد المنعم، قانون العقوبات الخاص، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2007.

9 - د. محمد زكي أبو عامر، قانون العقوبات القسم الخاص، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2007.

10 - د. محمد سعيد نمور، شرح قانون العقوبات القسم الخاص، الجزء الثاني، الجرائم الواقعة على الأموال، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2002.

11 - د. محمد صبحي نجم، شرح قانون العقوبات-القسم الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995.

12 - د. محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات، القسم الخاص، ط 8، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1984.

13 - د. محمود نجيب حسني، جرائم الإعتداء على الأموال، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، تأريخ النشر غير مذكور.

14 - د. مصطفى فهمي الجوهري، القسم الخاص من القانون الجنائي في جرائم الإعتداء على الأشخاص والأموال، ط2، دار الثقافة الجامعية، 1990.

15 - عبد الحميد المنشاوي ومحمد المنشاوي، جرائم السرقات وأخفاء المسروقات، دراسة مقارنة في ضوء الفقه والقضاء، ط2، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية.

16 - فؤاد زكي عبد الكريم، مجموعة لأهم المبادئ والقرارات لمحكمة تمييز العراق، مطبعة أوفسيت سرمد، بغداد، 1982.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ثانياً- المجلات والبحوث:

1 - أحمد حمد الله احمد، جريمة السرقة المرتكبة عبر الهاتف النقال، مجلة كلية الحقوق/جامعة النهرين، السنة: 2014، المجلد: 16، الاصدار: 1.

2 - أنس محمود خلف الجبوري ودلشاد عبد الرحمن البريفكاني، جريمة سرقة الآثار والتراث، دراسة تحليلية في ضوء أحكام قانون الآثار والتراث العراقي رقم 55 لسنة 2002، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية، السنة: 2010، المجلد: 2، الاصدار: 5.

3 - زين العابدين عواد كاظم، سرقة خط الانترنت في القانون العراقي، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، السنة: 2011، الاصدار: 2.

ثالثاً- النشرات القضائية وقرارات المحاكم:

1 - قرار محكمة جنايات أربيل الثالثة رقم (41/ج2011/3) الصادر بتأريخ (2011/7/24) غير منشور.

2 - مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني لسنة 1988.

3 - مجموعة الأحكام العدلية، العددان الأول والثاني لسنة 1986.

4- النشرة القضائية، العدد الثاني، السنة الرابعة.

پوختەی تویژینەوە

تاوانی دزی ئەو جۆرە تاوانەیە کە دەبێتە هۆکاری پێشێلکردنی مافی خاوەندارێتی، ئەم پێشێلکارییەش لە حاڵەتی دەستبەسەرداگرتن بەسەر (حیازەتی) سامانی گوێزراو دێتە کایەوە، ئەم دەستبەسەرداگرتنەش یاسادانەر بە زاراوەی (اختلاس) گوزارشتی لێکردووە. ئەم زاراوەیەش بووەتە جێگای ناکۆکی نێوان یاساناسان و لە ئاکامی ئەمەشدا دوو جۆرە تیۆری جیازوازی دژ بەیەك هاتەکایەوە. یەکەمیان ناویلێندرا (تیۆری کلاسیکی) دووەمیان ناوی (تیۆری مۆدێرن–تیۆری گارسۆن–تیۆری حیازە)ی.لێندرا. ئەم دوو تیۆرییە دوو واتای جیاوازی دژ بەیەکیان هێنا بۆ کۆڵەگەی تاوانی دزی کە بریتییە لە رەفتاری (اختلاس). ئەم دوو جۆرە واتایە کاریگەری هەبوو بەسەر سیستەمی پۆلینکردنی تاوانەکانی سەروەت و سامان لە یاساکانی سزادان.

بۆیە ئەم تویژینەوەیە تیشك دەخاتە سەر لایەنە کێشە لەسەرکان سەبارەت بە کۆڵەگەی ماددی تاوانی دزی کە بریتییە لە رەفتاری (اختلاس). ئەم تویژینەوەیە تیشك دەخاتە سەر واتای رەفتاری (اختلاس) بە گۆڕەی هەر دوو تیۆرییەکە و کاریگەرییان بەسەر سیستەمی پۆلینکردنی تاوانەکانی سەروەت و سامان لە یاساکانی سزادان. لە هەمان کاتدا ئەم تویژینەوەیە تیشك دەخاتە سەر هەڵوێستی دادگاکانی عێراقی.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد (٣) – العدد (٣)، صيف ٢٠١٨
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

تۆژەر لەم تۆژینەوەیەدا توانی ئەوە بسەلێنێت کە یاسادانەری عێراقی بە تیۆری کلاسیکی وەرگرتووە و بە گوێرەی ئەم تیۆرییە تاوانی سەروەت و سامانی پۆلینکردووە.

ABSTRACT

The crime of theft is a serious attack on property rights, and this attack occurs only if the offender takes possession of the money, and the legislator used the term "embezzlement" to express this attack. However, the element was not known, Criminal theory on two theories, traditional theory and modern theory (the theory ofThe theory of Garsonism - theory of possession), with adopting these theories are different concepts of the meaning of the corner of embezzlement, and these theories have had an impact on the classification of money crimes in penal legislation, according to the position taken by the legislator determines the classification of money crimes.

From this aspect, this research dealt with the problematic aspects of the meaning of this element in the crime of theft. The meaning of this element was explained according to the traditional theory and its significance according to the modern theory (the theory of the theory of Garsonism theory of possession). The results of each theory and effect of these results Tabulation of money crimes. Finally, the position taken by the Iraqi legislator from these two theories, as well as the position of the Iraqi judiciary, was dealt with.

During this research, the researcher proved that the Iraqi legislator had adopted the traditional theory and that the classification of money crimes in the Penal Code was based on this theory.