

أحكام السرقة

حبيب إدريس المزوري

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا وحبينا وشفيعنا محمد وعلى آله وأصحابه وإتباعه ومن اقتفى أثرهم إلى يوم الدين.
أما بعد...

فالسرقفلية تعرف بأنها مبلغ من المال يدفعه الشخص للمنتفع بالعقار مقابل تنازل الأخير عن حقه في الانتفاع به. وتعد السرقفلية واحدة من المعاملات المهمة التي انتشرت بين الناس ولاسيما بين التجار والمستثمرين سواء أكانوا مالكين أم مستأجرين.

ونظرا لأهمية الموضوع وانتشاره على صعيد التعامل اليومي بين الناس وما ينجم عن ذلك من استغلال وضياع للحقوق من جهة، ومن جهة أخرى فإن السرقفلية مسألة تباينت فيها الآراء والأحكام ولاسيما حول حالاتها وحكم كل حالة منها، لذلك فقد رأينا ضرورة الوقوف على الحكم القانوني والشرعي لهذه المسألة على اختلاف حالاتها. حيث تعاني المحلات التجارية ولاسيما الأسواق اليوم من مشكلة بدلات السرقفلية، كونها واحدة من الأسباب التي تدفع التاجر إلى وضع هامش ربحي مرتفع على السلع الاستهلاكية لتسديد النفقات التي تدفع مقابل بدل السرقفلية مما يعود سلبا على أسعار السلع فيعمل على ارتفاعها وتحمل المستهلك جزءا من أعباء هذا الارتفاع في الأسعار.

وبسبب بعض المداخلات في هذا الموضوع يحصل عزوف من أصحاب رؤوس الأموال عن استثمار أموالهم في ميدان بناء العقارات بسبب بعض القرارات المعتمدة على سند قانوني يقيد من حرية تصرفهم بأموالهم وعقاراتهم. كما إن الموضوع يعالج مشكلة العلاقة بين المؤجر والمستأجر؛ تلك العلاقة التي يجب أن تبنى على أساس مبدأ التراضي بوصف أن عقد الإيجار واحد من عقود المعاوضات التي يقرر القانون والفقهاء الإسلامي ضرورة اعتماده على الرضا التام بين الطرفين لقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾^(١).

كما إن القانون المدني العراقي لم يعالج قضية السرقفلية على جانب من الأهمية على الرغم من كونها من المعاملات المعاصرة التي انتشرت أكثر من السابق ولاسيما بين التجار والمستثمرين فضلاً عن كونها من المعاملات التي تعارف عليها التجار.

(١) سورة النساء، الآية (٢٩).

ومن أهم المشاكل التي واجهتني في موضوع البحث قلة الكتابات القانونية في السرقة، فضلاً عن عدم العثور على القرارات القضائية الحديثة في قضية السرقة على الرغم من البحث في المحاكم ولدى المحامين وفي شبكات الأنترنت، وبعبارة أخرى لاحظت عدم وجود قرارات قضائية بعد صدور قانون إيجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ المعدل، الأمر الذي دفعني إلى الأكتفاء بالقرارات الصادرة قبل صدور القانون المذكور .
وسوف نبحث هذا الموضوع في نطاق القانون المدني العراقي وقانون إيجار العقار مؤيدا بأراء الفقه والكتاب والقرارات القضائية ، ومن ثم الفقه الإسلامي لغرض الوصول إلى حكم عادل في قضية السرقة.

وبناء على ما تقدم فقد قسمت خطة البحث على المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث التمهيدي: التطور التاريخي للسرقة.

المبحث الأول: ماهية السرقة.

المطلب الأول: تعريف السرقة وتكييفها.

المطلب الثاني: إثبات السرقة وتقدم دعواها.

المبحث الثاني: أحكام السرقة.

المطلب الأول: أحكام السرقة في القانون المدني العراقي

وقانون إيجار العقار .

المطلب الثاني: أحكام السرقة في الفقه الإسلامي.

المبحث التمهيدي

التطور التاريخي للسرقة

السرقة كلمة فارسية الأصل تتكون من مقطعين: الأول (رأس) والثاني (قفل) فتكون الكلمة بمعنى (رأس القفل) ويراد بها تمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور لقاء مال يدفعه لهذا الغرض^(١). ويقال أيضاً أن معناه كسر قفلية أي فتح القفل للانتفاع .

ويعد القرن الثامن الهجري البداية التاريخية لقضية السرقة التي لم تكن معروفة في العصور الأولى لدى فقهاء المسلمين، ولكنها عرضت للفتوى في القرون المتأخرة، وذلك عندما أخذ المجتمع الإسلامي يتعرض لتغيرات اجتماعية ومعاملات تجارية أفرزت فيها أنماطاً من الأحكام والإجراءات الطويلة الأمد، الأمر الذي اقتضى ضرورة بحثها من قبل الفقهاء في العصور المتأخرة وبيان الحكم فيها^(٢).

إن رفع بدل السرقة عادة قديمة وجدت منذ مدة طويلة، حتى قبل صدور التشريعات الاستثنائية، وكانت تمارس في المحلات التجارية، حيث يدفع المستأجر الجديد إلى المستأجر القديم مبلغاً من المال حتى يخلي له المكان فيستأجره هو من المؤجر. ثم تحول الأمر إلى المستأجر القديم إلى المالك المؤجر نفسه، أو إن المستأجر الجديد يدفع هذا المبلغ الإضافي إلى المالك المؤجر حتى يرضى هذا بدوره إن يخلي العين المستأجرة بعد أن امتد الإيجار بحكم القانون.

وواقعة السرقة حصلت عندما طلب المؤجر من المستأجر إخلاء محله، فرفض المستأجر قائلاً: إن لم تمدد لي عقد الإيجار لن أخرج من المحل، لأنه باب رزقي، أنا منتفع منه، ادفع لي ثمن هذه المنفعة حتى أخليه لك. كما أن الأسباب التي أدت إلى نشوء السرقة تكاد تتدخل مع العوامل التي أدت إلى انتشارها وديمومتها، فما دامت الأسباب قائمة فالسرقة موجودة ومستمرة، وهذه الأسباب كثيرة ونسبية ومتجددة بمرور الزمن، ومن أهمها ما يأتي^(٣):

أولاً: تصور خسران المنفعة أو إغلاق باب من أبواب الرزق عند ترك المأجور وإخلائه ولاسيما عندما يكون المأجور نافعاً بالفعل.

(١) المحامي جمعة سعدون الربيعي، السرقة بين الشريعة والقانون، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٥، ص ٤.

(٢) د. عبد الستار إبراهيم الهيتي، بدلات الخلو في عقد الإيجار صورها وحكمها، مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول، ٢٠٠٦، ص ٣٤٤-٣٤٥.

(٣) المحامي جمعة سعدون الربيعي، المصدر السابق، ص ٥-٦.

ثانياً: التنافس الشديد على المحلات التجارية والسكنية والصناعية ولاسيما ذات المواقع المتميزة عن غيرها.

ثالثاً: أزمة السكن ومما يتعلق بها من أسباب.

رابعاً: الحد من تصرفات المالك في ملكه.

ولأبد من الإشارة هنا إلى انه قد تم إطلاق مجموعة من المصطلحات والتسميات المرادفة للسرقفلية وفقاً للأعراف السائدة في كل بلد أو مدينة أو إقليم. وذلك على النحو الآتي:

١. **السرقفلية:** ذكرنا آنفاً أن السرقفلية كلمة فارسية تعني التنازل من قبل المستأجر

عما تحت يده من المنافع إلى شخص آخر لقاء عوض من المال يتفق عليه الطرفان وهذه التسمية شائعة الاستعمال في قطرنا العراق^(١)

٢. **الفروع:** هذا المصطلح يستخدمه أهل الشام للدلالة على خلو الرجل أو فراغ العين المستأجرة.

٣. **الجلسة أو الإنزال:** يطلق أهل المغرب هذا التسمية على السرقفلية باعتبار أن مستأجر المحل يجلس فيه ويتخذة محلاً للسكن أو للعمل.

٤. **المفتاح أو الزينة:** أهل مصر يطلقون هذه التسمية على السرقفلية على أساس أن مالك المنفعة يستقل بالتصرف في ملكية مفتاح العين المستأجرة. أو لأن المستأجر يضيف إلى المأجور زينة ومعالم -ديكورات- على وجه الدوام والاستقرار. كما يسمى عند المصريين أيضاً بـ (الخلو أو خلو الرجل) نسبة إلى إخلاء المكان^(٢).

ومهما يكن من أمر فإن موضوع السرقفلية أمست أمراً واقعاً لا يمكن الفرار منه أو أنتقاص عنه، ولا بد للقانونيين وفقهاء المسلمين وعلمائهم من معالجة قانونية شرعية لهذه المسألة التي اخذ الناس يتعاملون بها من أجل الوقوف على حكم القانون والشريعة فيها.

وهكذا استمرت قضية السرقفلية منذ القرن الثامن للهجري تواكب التطور الاقتصادي الحاصل في المجتمع الإسلامي حتى وصلت إلى ما صارت عليه اليوم من صيغ وأشكال متعددة وحالات كثيرة تتطلب الوقوف على حكم كل حالة منها.

(١) الشيخ حسين الحلي، السرقفلية (الخلو)، مقالة في الانترنت، ص ١. على الموقع الآتي:

www.bleach.com

(٢) د. عبد الستار إبراهيم الهبتي، المصدر السابق، ص ٣٤٤.

المبحث الأول

ماهية السرقة

تعد السرقة من المعاملات المهمة والشائعة بين الناس في العصر الحاضر، ونظراً لأهمية الموضوع وانتشاره على صعيد الواقع العملي، فإنه يتطلب منا تعريف السرقة وتحديد تكييفها ومن ثم التعرض إلى إثباتها وتقادمها. لذلك فقد ارتأينا تقسيم هذا المبحث على المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: تعريف السرقة وتكييفها.

المطلب الثاني: إثبات السرقة وتقادم دعواها.

المطلب الأول

تعريف السرقة وتكييفها

ابتداءً ينبغي تحديد معنى السرقة ومن ثم بيان تكييفها، لذا سيقسم هذا المطلب على الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: تعريف السرقة.

الفرع الثاني: التكييف الفقهي للسرقة.

الفرع الأول

تعريف السرقة

السرقة من المسائل الضرورية في وقت استجدت وسائل التقدم الحضاري في العالم ولاسيما في بلدنا الحبيب، وبوصفها عنصراً من العناصر المادية للإنسان. فعليه الالتفات إليها وتحديد معناها في الاصطلاحين اللغوي والفقهي. وهذا ما سنبينه في المقصدين الآتيين:

المقصد الأول: تعريف السرقة في الاصطلاح اللغوي.

المقصد الثاني: تعريف السرقة في الاصطلاح الفقهي.

المقصد الأول

تعريف السرقة في الاصطلاح اللغوي

قلنا إن من مسميات السرقة الخلو الذي سنقتصر في تحديد معناه اللغوي.

فالخلو

لغة^(١): مصدر من خلا، يخلو، خلواً. يقال خلاء الإناء مما فيه: أي فرغ. وخلاء البيت من أهله بمعنى صار خالياً أي فارغاً. والمكان الخالي: الذي لا شيء فيه. وتقول تخلّيت: أي تفرغت أو فرغت.

يتضح مما تقدم أن المعاني المذكورة آنفاً جميعها تصب في معنى واحد ألا وهو الفراغ وعدم كون المحل أو الدار أو المكان مشغولاً بأحد أو لأحد.

المقصد الثاني

تعريف السرقة في الاصطلاح الفقهي

لم يتطرق المشرع العراقي^(٢) إلى تعريف للسرقة وإنما ترك لأهل الفقه والقضاء القيام بذلك بوصفه من الجزئيات التي تدخل في اختصاصهم وهو الأصل في التعريف. فهناك من يعرف السرقة^(٣) بأنها مبلغ من المال يدفعه المستأجر الأول إلى المالك، أو يدفعه المستأجر اللاحق إلى المستأجر السابق، أو يدفعه المالك المؤجر إلى المستأجر قبل العقد أو أثناءه مقابل اكتساب أو نقل قدم محل تجاري إليه.

وعرفه آخرون^(٤) بأنها مبلغ من المال يدفعه الإنسان نظير تنازل المنتفع بعقار (ارض أو دار أو مزرعة أو محل تجاري) عن حقه في الانتفاع به. وهذا التعريف الأخير كان قد اخذ به احد الفقهاء المعاصرين^(٥).

(١) احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الجزء الثاني، مطبعة الجيل، بيروت، ١٤١١هـ، ١٩٩١م، ص ٢٠٤؛ وإسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، دار الكتاب العربي، مصر، ١٣٧٧هـ، ١٩٥٨م، ج ٢، ص ٣٢٩.

(٢) في القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل وفي قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل وفي قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل.

(٣) المحامي عبد الرحمن حاجي الزبياري، السرقة في مدنيا وجزائيا، مقالة في الانترنت، ص ١، على الموقع الآتي:

www.balagh.com

(٤) د. عبد الستار إبراهيم الهيتي، المصدر السابق، ص ٣٤٤.

(٥) د. وهبة مصطفى الزحلي، عقود جديدة (عقد المقاوله، بيع الاسم التجاري، والترخيص، والتنازل عن المنفعة بمقابل- بدل الخلو)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، ١٩٨٨، ص ٢٥.

كما ذهب رأي آخر^(١) إلى أن السرقة تعني أن يتنازل المستأجر عما تحت تصرفه من إيجار المحل الذي يستغله إلى الآخر، ويتقاضى إزاء هذه العملية مقدراً من المال يتفق عليه الطرفان.

وجاء في قرار لمحكمة تمييز العراق^(٢) ما يأتي: (ولما كان المبلغ المدفوع من قبل المميز باسم "السرقة" إنما هو لقاء تنازل المؤجر عن منفعة المأجور وتمكينه من الانتفاع به طيلة مدة العقد).

ويستدل مما تقدم أن السرقة مبلغ من المال يدفعه الإنسان مقابل تنازل المنتفع بعقار عن حقه في الانتفاع به، لأن بدل السرقة قد يكون من النقود أو غيره، كما أن العقار قد يكون سكنياً أو صناعياً أو زراعياً أو تجارياً. فضلاً عن ذلك أن السرقة تكون غالباً في العقارات من دون المنقولات.

الفرع الثاني

التكييف الفقهي للسرقة

إذا كانت السرقة من القضايا المهمة في حياة الناس، فبماذا يكيّفها الفقهاء؟ هل هي حق من الحقوق المكتسبة أم أنها منفعة من المنافع؟ وإذا افترضناها منفعة من المنافع، فهل تعد هذه المنفعة مالا أم لا تعد كذلك؟ هذا ما سنبينه تباعاً.

لقد عالج القانون المدني العراقي جملة من عقود المعاوضات والتبرعات وكان من بينها العقود التي ترد على منفعة الأشياء وذلك في الباب الثاني من الكتاب الثاني تحت اسم العقود الواردة على الانتفاع بالشيء.

كما أن هناك من يرى^(٣) أن السرقة ليست عقداً إذ العقود معروفة مثل عقد البيع، عقد الإيجار، عقد المقاولة ٠٠٠ الخ. لذا ليس من الغرابة بان لا توجد نماذج مطبوعة لها عند كتاب العرائض امام المحاكم ومكاتب العقارات. كما أنها ليست تصرفاً عقارياً، لأن التصرف العقاري هو تصرف من شأنه أن ينشئ أو يقرر حق من الحقوق العينية الأصلية والتبعية أو

(١) الشيخ حسين الحلي، المصدر السابق، ص ١.

(٢) قرار رقم ١٦٠٢ / مدنية رابعة / ١٩٧٥ في ١٩٧٦/١٠/٢٩ مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن وزارة العدل في بغداد، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٧٦، ص ٣٨.

(٣) المحامي عبد الرحمن حاجي الزبيباري، المصدر السابق، ص ١.

نقله أو تغييره أو زواله^(١)، لذلك لا تسجل واقعة السرقة في دائرة التسجيل العقاري، إذ أن التصرفات العقارية لا تتعد إلا بتسجيلها في الدائرة المذكورة^(٢).

كما أن محكمة تمييز العراق ذهبت إلى أن المبلغ الذي يدفع باسم السرقة يعد مقابلاً للتنازل عن منفعة المأجور طيلة مدة العقد^(٣).

ويتضح مما تقدم أن التكييف القانوني لبدل السرقة أنها تعد مقابلاً لتنازل مالك المنفعة عن حقه في ملكيتها لها، سواء أكان مالكا للرقبة أم ليس مالكا لها.

والفقه الإسلامي^(٤) يذهب في تكييف بدل السرقة بأنه يعد مقابل لتنازل المالك عن منفعة ملكيته لها سواء أكان مالكا للرقبة أم لا، وهي إيجار للمنفعة وليس بيعاً لجزء منه، والقول بخلاف ذلك يضيء على عقد الإيجار صفة التأبيد، أي ان الإيجار الذي يدوم مادامت العين المستأجرة باقية ويلغى عامل الزمن فيه هو إيجار مؤبد، والإيجار المؤبد لا يجوز، إذ التصرف يقع على منافع الأشياء لا على ذواتها، ولان انتقال العين من يد إلى يد فهذه لأتمس الذات في شي من المساس وهذا بخلاف منافع الأشياء التي تتأثر زيادة أو نقصاناً عند الانتقال . بعبارة أخرى انه إذا ورد البيع على المنافع بشرط رد العين للبائع فهو إيجار وإلا فهو بيع.

لكن السؤال الذي يطرح نفسه هو هل تعد المنفعة مالا أم لا تعد كذلك؟.

نص المشرع العراقي على انه: (ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام)^(٥). يستنتج من هذا النص أن منافع الأشياء تعد من الأموال المقومة والتي تنتقل إلى المتعاقدين أثناء حياتهما وإلى ورثتهما بعد الموت، إذ أن من آثار العقد الحقوق وهذه مطلقة تجري على إطلاقها فتشمل الحقوق والمنافع المالية والحقوق والمنافع غير المالية، ومن هذه المنافع المتأنية عن طريق السرقة^(٦).

(١) الفقرة الأولى من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٨٤ المعدل.

(٢) الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري المعدل.

(٣) قرار رقم ١٦٠٢/مدنية رابعة/١٩٧٥، مجموعة الأحكام العدلية، المصدر السابق، ص ٣٧.

(٤) الشيخ محمد عليش، منح الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، مكتبة النجاح، لبيبا، من دون دار وسنة نشر أو طبع، ص ٤٨٨؛ والشيخ مشهور حسن محمود سلمان، موقف الشريعة من خلو الرجل أو (الفروغية)، الطبعة الأولى، دار الفحاء، عمان، ١٤٠٧ هـ، ١٩٨٧ م، ص ٤٣ و ٤٦.

(٥) المادة (١٤٢) من القانون المدني المعدل.

(٦) ينظر في انتقال الحقوق أ. د. عبد المجيد الحكيم وأ. عبد الباقي البكري وأ. م. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ١٩٨٠، ص ١٣٠ -

وفي المعنى المذكور آنفا ذهبت محكمة تمييز العراق إلى أن السرقة تعد بيعاً للمحل التجاري وموقعه ومزاياه الأخرى، وجرى العرف على التعامل بها ولا تعد مخالفة للنظام العام وقانون إيجار العقار^(١).

أما الفقه الإسلامي فقد اختلف بشأن مالية السرقة من عدمها. ففقهاء الحنفية^(٢) يقولون: بعدم اعتبار المنافع أموالاً، وذلك كسكنى الدار وركوب السيارة لأنه لا يمكن إحرازها، فالمال المملوك عندهم هو ما يمكن إحرازه وما يباح الانتفاع به. وعلى هذا الأساس ذهبوا إلى أن المنافع لا تضمن بالمال المتقوم لأنها غير متقومة، إذ لا تقوم عندهم إلا بإحرازه ولا إحراز بلا بقاء ولا بقاء للإعراض.

ونتفق مع من يرى^(٣) أن ما ذهب إليه الحنفية من أن المنافع غير محرزة ومن ثم فهي ليست أموالاً لا يسلم لهم بحال من الأحوال، لأن الإحراز يختلف من عين إلى عين ومن مال إلى آخر، وليس هناك في الشريعة تحديد لشكل الإحراز وصيغته. فضلاً عن ذلك أن القول بعدم مالية المنافع إهدار للحقوق وضياع للمصالح، فالأموال لا يحرص عليها إلا لمنافعها فكيف لا يمكن تقويمها بالمال؟.

بينما جاء في قواعد الزركشي الجزء الثالث منه ص ١٩٨ (أن منافع الدار مال عند الشافعي. وليس يتوقف معنى المال فيها على إنشاء عقد، ومنزلتها منزلة أعيان الأموال)^(٤). ويرى الحنابلة^(٥) أن المنافع بمنزلة الأعيان، لأنه يصح تملكها في حال الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والإتلاف ويكون عوضها عيناً ودينياً.

كما أن احد المالكية^(٦) يرى أن (الخلو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع وهو اسم للمنفعة التي يملكها دافع الدراهم لناظر الوقف). وهذه إشارة واضحة إلى أن السرقة من ملك المنفعة.

(١) قرار رقم ١٣٧٧/ح/١٩٦٥ صدر في ١٩٦٦/٢/٢٦ مجلة ديوان التدوين القانوني يصدرها ديوان التدوين في وزارة العدل، مطبعة الحكومة، بغداد، العدد الأول، السنة الخامسة، ١٩٦٦، ص ٣٢٦.

(٢) نقلاً عن د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الرابعة، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٨٩ هـ، ١٩٦٩ م، ص ٢٤٩.

(٣) د. عبد الستار إبراهيم الهيتي، المصدر السابق، ص ٣٤٩.

(٤) نقلاً عن المصدر نفسه.

(٥) الشيخ موفق الدين بن أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه المقدسي، المغني، تحقيق د. عبد الله بن عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الطلو، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، مؤسسة هجر للطباعة والنشر، ١٤١٢ هـ، ١٩٩٢ م، ص ٧ وما بعدها.

(٦) الشيخ محمد عليش، المصدر السابق، ص ٤٨٨.

يتضح من آراء الفقهاء الأجلاء انه إذا عدت المنافع أموالاً فإنه يمكن تكليف السرقة عندهم على أنها من جملة المنافع التي تأخذ حكم الأموال، بل هي الغرض من الأموال. فليس هناك ما يمنع التصرف بالمنفعة من بيع أو هبة أو تنازل بعوض.

وعلى هذا يفهم تخريج احد الفقهاء المسلمين⁽¹⁾ للخلو ودفع المال بدلا عنه حيث يقول: (اعلم أن الخلو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع. إذ مالك الانتفاع ينتفع بنفسه فقط ولا يؤجر ولا يهب ولا يعير ومالك المنفعة له تلك الثلاثة مع انتفاعه بنفسه. والفرق بينهما أن مالك الانتفاع يقصد ذاته مع وصفه كإمام وخطيب ومدرس وقف عليه بالوصف المذكور. بخلاف مالك المنفعة فإنما لا يقصد به الانتفاع بالذات بل بأي منتفع كمستعير لم يمنعه من إعارته. ثم إن ملك الانتفاع وأراد أن ينتفع به غيره فإنه يسقط حقه منه ويأخذه الغير على انه من أهله حيث كان من أهله. والخلو من ملك المنفعة فلذلك يورث).

يستدل مما تقدم، أن السرقة تعد مقابلاً لتنازل مالك المنفعة عن ملكيته لها سواء أكان مالكا للرقبة أم غير مالك. والمنافع من الحقوق المالية المقومة شأنها شأن الأعيان بذاتها بل وهي أولى منها، فهي الغاية الأساسية والمقصودة منها. وبعبارة أخرى إن السرقة صورة من صور التنازل عن منفعة الأشياء لقاء عوض مالي يتفق عليه المتنازل والمتنازل له حسب الموقع الجغرافي للمنفعة المتنازلة عنها ومزاياها الأخرى فيها.

المطلب الثاني

إثبات السرقة وتقدم دعواها

إن إثبات السرقة لها أهمية كبيرة بين المتعاقدين وأمام القضاء إذ يسهل معرفة صاحب الحق من عدمه، كما إن المطالبة بالحقوق ينبغي أن يكون ذلك خلال مدة محددة، لحماية الغير واستقرار المعاملات. واستناداً لما تقدم سنقسم هذا المطلب على الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: إثبات السرقة. الفرع الثاني: تقدم دعوى السرقة.

(1) الشيخ محمد عليش، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الإمام مالك، الجزء الثاني، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، من دون سنة نشر، ص ٢٤٩ نقلاً عن د. عبد الستار إبراهيم إلهيتي، المصدر السابق، ص ٣٤٨.

الفرع الأول

إثبات السرقة

إن المؤجر أو المستأجر القديم عادة ما يخشى من الوقوع تحت طائلة العقاب فلا يعطي ما يثبت عليه أخذه بدل السرقة إذ إن الحصول على أي مال أو منفعة خارج نطاق عقد الإيجار يعد ممنوعاً قانوناً لمخالفة ذلك نص المادة (٢١) من قانون إيجار العقار النافذ والتي سيأتي ذكرها لاحقاً. وهنا قد يسأل سائل كيف يمكن إثبات اخذ بدل السرقة من المؤجر أو المستأجر القديم؟.

نص المشرع العراقي على أنه: (يجوز إثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لا تزيد على (٥٠٠٠) خمسة آلاف دينار. أما إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على (٥٠٠٠) خمسة آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك)^(١). استناداً إلى النص المذكور فإنه يجب إثبات إعطاء بدل السرقة إلى المؤجر أو المستأجر القديم أو الوسيط بينهما بالبينة التحريرية إذا كان يزيد على خمسة آلاف دينار، وذلك لأن عبء الإثبات يقع عاتق المدعي استناداً إلى القاعدة العامة القاضية بأن: (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)^(٢).

ولا يجوز إثبات بدل السرقة بتوجيه اليمين الحاسمة، لأن واقعة السرقة مخالفة للنظام العام^(٣). وفي هذا المعنى ذهب القضاء المصري إلى أن اقتضاء مبلغ مقابل التأجير أو ما يطلق عليه بـ (خلو الرجل) أمر مخالف للنظام العام ولا يجوز توجيه اليمين الحاسمة في واقعة مخالفة للنظام العام ومن ثم لا يجوز للمدعي أن يوجه اليمين الحاسمة إلى المدعي عليه بأنه لم يقبض المبلغ المطالب به مقابل خلو الرجل^(٤).

(١) الفقرتان الأولى والثانية من المادة السابعة والسبعون من قانون الإثبات رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
(٢) الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون الإثبات المعدل. ولمزيد من التفاصيل ينظر استاذنا الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، الطبعة الثانية، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٧، ص ٥٢-٥٣.

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، الجزء السادس، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٢، ص ١٠٤١.

(٤) (مصر الكلية ١٩ شباط ١٩٥٩ دائرة ١٣ قضية رقم ٨٩ سنة ١٩٥٧) نقلاً عن د. عبد الرزاق احمد السنهوري، المصدر نفسه، ص ١٠١٩ هامش رقم ٤.

وهذا ما نص عليه المشرع العراقي من انه: (يجوز أن توجه اليمين الحاسمة في أية واقعة كانت عليها الدعوى، إلا انه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب)^(١).

ولما كان بدل السرقة الذي يقبضه المؤجر أو المستأجر القديم من المستأجر الجديد يتم خارج نطاق عقد الإيجار ولا يثبت في العقد المبرم بين الطرفين خشية الوقوع تحت طائلة القانون وعليه نتفق مع الرأي القائل^(٢) انه يمكن اعتبار السرقة واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما فيها البيينة الشخصية وليس تصرفاً قانونياً حتى يصار إلى إثباته بالبيينة التحريرية فقط، لذا يجوز إثباته بالشهادة وذلك استناداً إلى حكم المادة (٧٦) من قانون الإثبات التي تقضي بأنه: (يجوز الإثبات بالشهادة في الوقائع المادية). وبخلاف ذلك نكون قد ساعدنا المؤجر أو المستأجر القديم ومكانه من التحايل على المستأجر الجديد والالتفاف حول القانون واخذ بدل السرقة من دون مقابل.

الفرع الثاني

تقادم دعوى السرقة

التقادم معناه مرور مدة من الزمن يمنع القانون سماع الدعوى للمطالبة بحق من الحقوق فالذي يسقط بالتقادم إنما هو حق إقامة الدعوى للمطالبة بالحق لا الحق المطالب به^(٣).
يكون هناك كسب دون سبب إذا اغتنمت ذمة شخص بسبب افتقار ذمة شخص آخر ولم يكن هناك ما يبرر هذا الاعتناء في نظر الشريعة والقانون. والإثراء من دون سبب بهذا المعنى يعد مصدراً من مصادر الالتزام. فالقانون يلزم الشخص الذي أثرى على حساب غيره برد ما انتفع به. وهو يستلهم في ذلك قواعد العدالة. فالعدالة تأبى أن يثرى شخص على حساب غيره من دون أن يكون لهذا الإثراء سبب مشروع.
وقد نص المشرع العراقي على ما تقدم ذكره بقوله: (كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما كسب دون سبب بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيما بعد)^(٤).

(١) الفقرة الأولى من المادة (١١٦) من قانون الإثبات المعدل.

(٢) المحامي جمعة سعدون العامري، المصدر السابق، ص ٣٨.

(٣) أ. د. عبد المجيد الحكيم وأ. عبد الباقي البكري وأ. م. محمد طه البشير، القانون المدني العراقي، أحكام الالتزام، الجزء الثاني، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٨٠، ص ٣١٠.

(٤) المادة (٢٤٣) من القانون المدني المعدل.

وقد ذهبت محكمة تمييز العراق في قرار لها^(١) إلى انه ليس للدائرة الرسمية أن تأخذ بدل السرقة عند تنازلها عما تبقى لها في المأجور من منفعة خلال مدة عقد الإيجار، لان أملاك البلدية لا تؤجر إلا عن طريق المزايدة العلنية، وعليه يعد البدل الذي قبضته الدائرة المذكورة والتي تزيد على بدل الإيجار إثراء من دون سبب مشروع وتلزم برده إلى صاحبه. وعليه يمكن القول بان الأساس القانوني لبدل السرقة في الحالات التي يكون فيها عقد الإيجار فيها غير صحيح وفقاً لإحكام قانون الإيجار هو الكسب من دون سبب وهنا يلزم برد بدل السرقة الذي يزيد على بدل الإيجار إلى صاحبه إذ لا أساس له في هذه الحالات. ومن أهم التطبيقات التي ذكرها المشرع العراقي لنظرية الكسب دون سبب هي المدفوع من دون حق. وان عدم سماع دعوى الكسب من دون سبب هي ما نص عليه المشرع من انه: (لا تسمع دعوى الكسب دون سبب في جميع الأحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع، ولا تسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمس عشرة من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع)^(٢). وعليه فان تقادم دعوى حق المستأجر فيما دفعه من بدل السرقة إلى المالك المؤجر أو المستأجر القديم يسقط بمرور ثلاث سنوات من اليوم الذي يعلم فيه المستأجر بحقه في الاسترداد، ويسقط حقه في جميع الأحوال بمرور خمس عشرة سنة من يوم الدفع. وهذا تطبيق لحكم التقادم في دعاوى استرداد ما دفع من دون حق.

المبحث الثاني

أحكام السرقة

للسرقة حالات متعددة، فقد يأخذ المالك بدل السرقة من المستأجر، ويحصل أن يأخذ المستأجر من المالك، كما يتوقع أن يأخذ بدل السرقة المستأجر القديم من المستأجر الجديد، ولكل حالة تقدم ذكرها حكمها الخاص بها. ولغرض تسليط الضوء على أحكام السرقة سيتم تقسيم هذا المبحث على المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: أحكام السرقة في القانون المدني العراقي وقانون إيجار العقار.

المطلب الثاني: أحكام السرقة في الفقه الإسلامي.

(١) قرار رقم ٨٧١/مدنية الثالثة/١٩٧٣ صدر في ١١/٢٤/١٩٧٣ النشرة القضائية يصدرها المكتب الفني في محكمة التمييز، العدد الرابع، السنة الرابعة، ١٩٧٥، ص ١٠٥.

(٢) المادة (٢٤٤) من القانون المدني المعدل.

المطلب الأول

أحكام السرقة في القانون المدني العراقي وقانون إيجار العقار

لقد أجاز القانون المدني العراقي التعامل بالسرقة، إذ أجاز للمستأجر التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، حيث جاء في نص المادة (٧٧٥) منه ما يأتي: (١). للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول، وله كذلك أن يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة؛ كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره ٢. فإذا اشترط أن إيجار المستأجر أو تنازله عن الإيجار لا يكون إلا بموافقة المؤجر فلا يجوز لهذا أن يتمتع عن الموافقة إلا لسبب مشروع.

وقد سار القضاء العراقي في هذه المرحلة على وفق منهج القانون المدني وذلك بإجازته بدل السرقة بوصفه ثمن لبيع اسم المحل التجاري وشهرته ومزاياه الأخرى. كما يكون من حق مالك المنفعة التأجير من الباطن إذا لم يقض الاتفاق بخلاف ذلك. فضلاً عن ذلك فإن العرف التجاري يجيز التعامل بالسرقة.

وفي هذا المعنى قضت محكمة التمييز في قرار لها^(١) أنه لمالك المنفعة حق التأجير للمدة التي يكون المأجور خلالها تحت انتفاعه حتى ولو لم يكن مالكا له. وفي قرار آخر^(٢) ذهبت المحكمة نفسها إلى إن: (القول بان السرقة مخالفة لإحكام قانون مراقبة إجارة العقار فغير وارد، لأن السرقة هي ثمن لبيع اسم المحل التجاري وموقعه ومزاياه الأخرى وقد جرى العرف على التعامل بها. وان قانون مراقبة إجارة العقار لم يمنع تدوير إيجار أي محل باسم آخر بشرط موافقة المؤجر).

يلاحظ أن المالك المؤجر لو استلم مبلغاً من المال لقاء تنازله عن منفعة المأجور للمستأجر لمدة محدودة فالظاهر انه صحيح بموجب الأحكام القضائية. وهذا ما جاء في قرار

(١) قرار رقم ٦٠٧/٦٠٧/١٩٦٣ في ١٨/٤/١٩٦٣ قضاء محكمة التمييز، المجلد الأول، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢.

(٢) قرار رقم ١٣٧٧/ع/١٩٦٥ في ٢٦/٢/١٩٦٦ مجلة ديوان التدوين القانوني، المصدر السابق، ص ٣٢٨.

لمحكمة التمييز^(١) التي حكمت بان بدل السرقة المدفوع كان لقاء تنازل المؤجر عن منفعة المأجور لمصلحة المستأجر وتمكينه من الانتفاع به طيلة مدة العقد. وكذلك قضت في قرار آخر^(٢) انه إذا تنازل المستأجر عن منفعة الدكان لقاء مبلغ معين فليس له الانفراد بالرجوع عن هذا التنازل إلا بعد موافقة المتنازل له.

كما انه إذا أبطل عقد الإيجار بهلاك المحل يبطل معه بدل السرقة أيضاً، إذ يصبح لا أساس له ويجب رده إلى صاحبه. وفي هذا الصدد ذهبت محكمة التمييز في قرار لها^(٣) إلى أن المبلغ المدفوع باسم السرقة الذي هو لقاء تنازل المستأجر عن منفعة العقار المأجور لمستأجر آخر وتمكينه من الانتفاع به مدة العقد، فان بدل السرقة هذا يدور مع عقد الإيجار وجوداً وهدماً، فإذا فسخ عقد الإيجار لسبب ما فان بدل السرقة يفسخ معه وذلك لاستحالة التنفيذ الراجع إلى انعدم المحل مما يستحيل معه تنفيذ العقد بالنظر لهلاك العين المؤجرة ويكون من حق المدعي الرجوع على المدعي عليه بما دفعه من مبالغ باسم السرقة.

وأخيراً قضت محكمة التمييز في قرار آخر^(٤) انه إذا اشترى المدعي حق منفعة الدكان باسم السرقة من المستأجر مع علمه بعائدية الدكان إلى الغير من دون استحصال موافقة المالك ولم يحدد مدة للانتفاع بالمأجور الذي حكم بتخليته استحق المدعي المبلغ الذي دفعه مطروحاً منه ما يوازي مدة انتفاعه بالمأجور حسب تقدير الخبراء.

نستنتج مما تقدم أن القضاء العراقي أجاز التعامل بالسرقة بقرينة الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٧٧٥) من القانون المدني. وبما أن السرقة تعد حقاً من حقوق الانتفاع فعليه يجوز لمالكها أن يتصرف بملكية المنفعة جميع أنواع التصرفات كأن يتنازل عنها للغير بمقابل أو من دون مقابل، إذ إن الانتفاع عنصر من عناصر الحقوق العينية.

لكن بعد تغير ظروف بلدنا الحبيب فقد صدرت قوانين استثنائية غيرت حكم أجازت السرقة الموجودة في القانون المدني العراقي، فحظر قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة

(١) قرار رقم ١٦٠٢/مدنية رابعة/١٩٧٥ في ١٠/٢٩/١٩٧٦ مجموعة الأحكام العدلية، العدد المصدر السابق، ص ٣٨.

(٢) قرار رقم ١٧٠/مدنية ثالثة/١٩٧٩ في ٣/١٠/١٩٧٩ مجموعة الأحكام العدلية، العدد الأول، السنة العاشرة، ١٩٧٩، ص ٢٥.

(٣) قرار رقم ١٥٤٩/حقوقية/١٩٦٨ في ١٩٦٩/٧/٢٠ قضاء محكمة التمييز، المجلد السادس، المصدر السابق، ص ١٩٤. وقرار رقم ١٨ و ٧٩/مدنية أولى/١٩٧١ في ١٠/٦/١٩٧١، النشرة القضائية، العدد الثاني السنة الثانية، ١٩٧٢، ص ١٣٦.

(٤) قرار رقم ٧٩٤/حقوقية/١٩٧٨ في ١٩٧٨/٥/٢٧ مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة، ١٩٧٨، ص ٢٣١.

١٩٧٩ المعدل في مادته الحادية عشر التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار كلاً أو جزءاً ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك. ونتيجة لتلك التغييرات فقد جعل المشرع عقود الإيجار تمتد بحكم القانون بعد انتهاء مدتها مادام المستأجر شاغلاً للعقار ومستمراً على دفع الأجرة^(١).

ومنع المؤجر من إنهاء العقد أو زيادة بدل الإيجار، لذلك منع المستأجر من التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار للغير مهما كانت الأسباب. واستناداً إلى ما تقدم فقد نص المشرع على انه: (لا يجوز للمؤجر أو المستأجر أو الوسيط أو أي شخص آخر أن يحصل على أي مال أو منفعة خارج نطاق عقد الإيجار المبرم وفق أحكام القانون ولا يشمل ذلك ما يستحقه الدلال المجاز من اجر)^(٢).

وجاء في الفقرة رقم ١٨ من المذكرة الإيضاحية لقانون إيجار العقار بشأن النص المذكور آنفاً: (منع القانون المؤجر أو المستأجر أو الوسيط أو أي شخص آخر من الحصول على أي مال أو منفعة خارج نطاق العقد عدا ما يستحقه الدلال المجاز من اجر. والقصد من ذلك منع الاستغلال فقد لا يوافق المؤجر على الإيجار أو لا يوافق المستأجر على الإخلاء أو لا يسعى الوسيط أو غيره في الدلالة على المأجور إلا مقابل هذا المال غير المشروع فتلحق بنوي العلاقة أضرار لا مبرر لها).

وهناك من يرى^(٣) أن المشرع العراقي منع اخذ أو إعطاء مبلغ السرقة مهما كانت الأسباب خارج نطاق عقد الإيجار المبرم وفق أحكام قانون إيجار العقار النافذ في ١٩٧٩/٧/١، وذلك لان اقتضاء أي مال أو منفعة يزيد على ما نص عليه عقد الإيجار يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً لمخالفة ذلك النظام العام. ويحق لمن دفع بدل السرقة أن يسترده على أساس الكسب من دون سبب مشروع الذي لا يقره القانون^(٤). والعبرة بتقدير الإثراء وقت تحققه لا وقت رفع الدعوى ولا في وقت إصدار الحكم^(٥).

ولا نتفق مع الرأي المذكور آنفاً، لان بدل السرقة كما كيفناه سابقاً إنما هو مقابل لتنازل مالك المنفعة عن ملكية حقه في الانتفاع بالمأجور وهو من الحقوق العينية التي تخول

(١) المادة الثالثة من قانون إيجار العقار المعدل. ولمزيد من المعلومات ينظر استاذنا الدكتور جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة (البيع، الإيجار، المقاوله)، الطبعة الثانية، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م، ص ٣٦٥.

(٢) المادة الحادية والعشرون من قانون إيجار العقار المعدل.

(٣) المحامي جمعة سعد الربيعي، المصدر السابق، ص ٢٦ و ٣٩.

(٤) المادة (٢٤٣) من القانون المدني العراقي المعدل.

(٥) لمزيد من التفصيل ينظر د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، المصدر السابق، ص ٢٨٣-٣٠٣.

صاحبها مطلق التصرف هذا من جانب. كما أن محكمة تمييز العراق ذهبت في قرار لها^(١) إلى أن العرف قد جرى على إجازة التعامل بالسرقلية، ولم يمنع قانون إجازة العقار تدوير المأجور باسم السرقلية عند موافقة المؤجر. وكما نعلم أن العرف هو المصدر الثاني للقانون من بعد التشريع بموجب الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني. فضلاً عن أن الفقه الإسلامي أجاز السرقلية. كل ذلك إذا كان حق المستأجر باقي في المأجور ببقاء مدة الإيجار وهذا من جانب آخر.

ويلاحظ أن القانون العراقي قد فرض مسؤولية مدنية وعقوبة جزائية على كل من المؤجر والمستأجر والوسيط بينهما أو أي شخص آخر في حالة مخالفتهم لأحكام قانون إيجار العقار. فعلى الرغم من إجازة القانون المدني السرقلية وفق المادة (٧٧٥) منه، إلا أنه في ناحية توجيه السرقلية باتجاه العمل غير المشروع الذي لا يقره القانون ولا سيما بعد صدور قانون إيجار العقار المعدل، وذلك استناداً إلى إحكام الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني التي تنص على أنه: (٢). ويقدر التعويض بالنقد على أنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بأداء أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض).

وكذلك استناداً إلى نص المادة (٢٤٣) من القانون المدني التي تقضي بأنه على: (كل شخص ولو غير مميز يحصل على كسب دون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الكسب ويبقى هذا الالتزام قائماً ولو زال كسبه فيما بعد).

فضلاً عما تقدم عندما منع المشرع السرقلية وضع لها عقاباً جزائياً، حيث نص على أنه: (يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنتين وبغرامة لا تقل عن مائة دينار ولا تزيد على خمسمائة دينار أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أحكام المادة الحادية والعشرين)^(٢).

يتضح مما تقدم أن حكم النص العقابي يقتصر على العقارات المشمولة وفق أحكام قانون إيجار العقار استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة الثالثة والعشرون منه. وبعبارة أخرى إذا حصل المؤجر أو المستأجر أو الوسيط أو أي شخص آخر على أي مال أو منفعة خارج نطاق عقد الإيجار وكان العقار خاضعاً لأحكام قانون إيجار العقار فإنه يستحق العقاب المذكور آنفاً. وفي هذه الحالة فقد أوكلت المادة (٢٤) من قانون إيجار العقار إلى دوائر ضريبة العقار مهمة

(١) قرار رقم ١٣٧٧/ع/١٩٦٥ في ١٩٦٦/٢/٢٦ مجلة الديوان القانوني، المصدر السابق، ص ٣٢٨.

(٢) الفقرة الرابعة من المادة (٢٣) من قانون إيجار العقار المعدل.

اتخاذ الإجراءات القانونية بحق المخالفين لأحكام هذا القانون وذلك بعد إشعار صاحب العلاقة لدائرة الضريبة بوقوع المخالفة. إذ قضت صراحة بان: (تتولى دوائر ضريبة العقار تنفيذ هذا القانون وإخبار الادعاء العام عن المخالفين لأحكامه).

المطلب الثاني

أحكام السرقة في الفقه الإسلامي

بيننا سابقاً أن السرقة تكون على عدة حالات من أهمها: أن يحصل الاتفاق بين المالك المؤجر والمستأجر، أو يتم الاتفاق بين المستأجر والمالك المؤجر، وقد يحدث أن يقع الاتفاق بين المستأجر القديم والمستأجر الجديد، ولكل حالة حكمها الخاص بها. وسوف نبين موقف الفقه الإسلامي من الحكم في الحالات المذكورة للسرقة في الفروع الثلاثة الآتية:

الفرع الأول: اتفاق المالك المؤجر والمستأجر على بدل السرقة.

الفرع الثاني: اتفاق المستأجر والمالك المؤجر على بدل السرقة.

الفرع الثالث: اتفاق المستأجر الأول والمستأجر اللاحق على بدل السرقة.

الفرع الأول

اتفاق المالك المؤجر والمستأجر على بدل السرقة

للمالك المؤجر أن يأخذ من المستأجر مقداراً مقطوعاً من المال عند بدء العقد فضلاً عن الأجرة السنوية أو الشهرية إذا اتفقاً على ذلك وقام المؤجر بعدها بتسليم العقار إلى المستأجر مؤثراً إياه على غيره من المستأجرين. ويعد المقدار المأخوذ جزءاً معجلاً من الأجرة المشروطة في العقد، وتكون الأجر التي تدفع في المستقبل سنوياً أو شهرياً جزءاً آخر من الأجرة مؤجلة الوفاء مضافاً إلى ما تم تعجيله، مثل اتفاق الزوجين على قسمة المهر إلى معجل ومؤجل عملاً بالعرف السائد في البلاد الإسلامية^(١).

لقد اصدر مجمع الفقه الإسلامي قراراً^(٢) بشأن بدل السرقة جاء فيها ما يأتي: (إذا اتفق المالك والمستأجر على أن يدفع المستأجر للمالك مبلغاً مقطوعاً زائداً عن الأجرة الدورية

(١) د. وهبة مصطفى الزحيلي، المصدر السابق، ص ٢٥.

(٢) فتوى رقم (٩٥٢٨) بخصوص (بدل السرقة) بموجب قرار رقم (٦) دورة المؤتمر الرابع بجدة في

المملكة العربية السعودية من (١٨-٢٢) جمادي الآخرة ١٤٠٨هـ، الموافق ٦-١٢ شباط ١٩٨٨م، ص ١

في الانترنت على الموقع الآتي: www.islam-qa.com

وكذلك فتوى رقم (١٨٣٩) الصادرة في ٢٧/٧/٢٠٠٧، ص ١ في الانترنت على الموقع الآتي:

www.alqabas.com.

-وهو ما يسمى في بعض البلاد خلواً- فلا مانع شرعاً من دفع هذا المبلغ المقطوع على أن يعد جزءاً من أجره المتفق عليها، وفي حالة الفسخ تطبق على هذا المبلغ أحكام الأجرة). كما أن الفقه الجعفري أجاز هذا النوع من حالات السرقة، حيث جاء في إحدى المسائل الفقهية^(١) ما يأتي: (يجوز للمالك اخذ أي مقدار من المال من المستأجر بعنوان السرقة، وإذا كان للمستأجر حق تأجير العين للغير أمكنه أن يأخذ منه مقدراً ليُدفع له الإيجار، ولا مانع في هذا النحو من السرقة).

ومن أهم الأسباب التي تدفع المالك المؤجر إلى اخذ بدل السرقة من المستأجر هي أن:

يكون المالك بأمر الحاجة إلى مال ليني فيه أرضه، وإذا كانت هناك قوانين وضعية تحد من حق المالك المؤجر في إيجار عقاره باجرة المثل وتلزمه بتسعيرة جبرية أو تحد من حقه في إخلاء العين المستأجرة. أو إذا كان المحل في موقع متميز يفوق غيره من المحلات التجارية، أو أن المالك حقق له شهرة من خلال استغلاله له والعمل على إبرازه بحسن الصنعة وجودة النوعية وطيب المعاملة وكسب الزبائن له، وهذا يدخل ضمن حقوق الابتكار.

فان كل ذلك يكون دافعاً للمالك المؤجر لطلب بدل السرقة من المستأجر، وذلك لان المنافع تعد أموالاً. ولاشك أن الشهرة تمثل منفعة من منافع الإنسان فتعد بذلك مالا تجوز المعاوضة عنه شرعاً كما أن العرف العام جرى على عد ذلك حقاً من الحقوق يجيز التعويض عنه، والعرف العام يعد مصدراً من مصادر التشريع الإسلامي إذا كان لا يعارض نصاً شرعياً أو أصلاً من أصول الشريعة أو قاعدة من قواعدها العامة^(٢).

يستدل مما تقدم انه يجوز للمالك المؤجر أن يبيع منفعته للمستأجر، لأنه مالك لتلك المنفعة، ومن حقه أن يتنازل عنها مقابل عوض يدفعه إليه المستأجر فهو في الحقيقة يبيع جزءاً من المنفعة مجرداً، وله الحرية في التصرف بملكه ومنفعته.

الفرع الثاني

اتفاق المستأجر والمالك المؤجر على بدل السرقة

للمستأجر أن يتفق مع المالك المؤجر على بدل السرقة في أثناء عقد الإيجار، ولهذه الحالة عدة أسباب هي على النحو الآتي:

(١) مسألة رقم (٢٢٣٦) في أحكام السرقة، فقه الثقلين في الانترنت، ص ١ في الانترنت على الموقع

الآتي: www.feqh.org.com

(٢) د. عبد الستار إبراهيم الهيتي، المصدر السابق، ص ٣٥٢-٣٥٤.

السبب الأول: أن يكون المستأجر لا يزال في مدة التعاقد الأصلية المتفق عليها فيتمسك المستأجر بالعقد ويرفض إخلاء العين المستأجرة. ففي هذه الحالة هل يجوز للمستأجر اخذ بدل السرقفلية من المالك المؤجر مقابل فسخ العقد؟.

للفقهاء في ذلك قولان^(١) هما:

القول الأول: ذهب جمهور الفقهاء إلى انه لا يجوز اخذ المال مقابل فسخ عقد الإيجار لان هذا التصرف يعد إقالة. وإقالة عقود المعاوضات لا يجوز إلا بنفس العوض الذي تم التعاقد عليه، إذ إن الإقالة فسخ وليست بيعاً جديداً.

القول الثاني: ذهب المالكية وأبو يوسف من الحنفية إلى جواز اخذ العوض لان الإقالة بيع جديد فتجوز بأي عوض يتم الاتفاق عليه سواء أكان أكثر من البديل أم اقل منه.

وقد اخذ المشرع العراقي بالقول الثاني إذ نص على أن (الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد)^(٢).

ونتفق مع الرأي القائل^(٣): بأنه يمكن الأخذ بالقول الثاني في مثل هذه الحالة بحيث يجوز للمستأجر إذا فسخ الإيجار بطلب من المالك المؤجر أن يأخذ منه زيادة على البديل الأول الذي دفعه للمالك.

فضلاً عن ذلك فان هذه الصورة تعد نوعاً من أنواع بيع المنفعة وليس إقالة، لان من شروط الإقالة أن لا يدخل على محل العقد زيادة أو نقصان. فإذا دخل عليه زيادة أو نقصان كان ذلك بيعاً من البيوع، واخذ حكم البيع، لان المنفعة في مثل هذه الحالة لم تبق على حالها. فالنقص حاصل من حيث المدة المتبقية أو الزيادة الحاصلة من حيث الشهرة ونوع المحل الذي مارسه المستأجر في العين المؤجرة. وعلى هذا الأساس يجوز للمستأجر أن يأخذ بدل السرقفلية من المالك المؤجر عن المدة المتبقية من مدة العقد مقابل فسخه قبل انتهاء المدة المتفق عليها أصلاً.

(١) الشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م، ص٣٠٦؛ وأبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء الثالث، مطبعة دار الشعب، مصر، ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م، ص٦٧، وابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السادس، المصدر السابق، ص١٩٩-٢٠٠.

(٢) المادة (١٨٣) من القانون المدني العراقي المعدل.

(٣) د. عبد الستار إبراهيم الهيتي، المصدر السابق، ص٣٥٦.

كما جاء في الفقه الجعفري^(١) انه: (إذا اشترط المؤجر لنفسه حق الفسخ وقبل المستأجر ذلك بشرط أن يعطيه مقدار من المال بعنوان السرقة لو أراد فسخ الإجارة وقبل الإجارة بذلك صح، وهذا النوع من السرقة حلال ولا مانع منه).

السبب الثاني: أن يكون المستأجر قد استحق بدل السرقة بطريقة مشروعة، كأن يكون قد حصل عليها بالاتفاق بينه وبين المالك المؤجر بان اشترى جزءاً من المنفعة منه مباشرة أو دفع مبلغاً من المال لمستأجر آخر قبله كان قد اشتراه من المالك. ففي هذه الحالة يجوز بدل السرقة من المالك، لأنه أصبح حقاً من حقوق المستأجر الذي يجوز المعاوضة عنه، وسواء أكان ذلك بمثل بدل السرقة الذي دفعه المستأجر أم أقل منه أم أكثر، حيث يكون بدل السرقة في هذه الحالة خاضعاً لقانون العرض والطلب^(٢).

وجاء في فتوى^(٣) لمجمع الفقه الإسلامي انه: (إذا تم الاتفاق بين المالك وبين المستأجر أثناء مدة الإيجار على أن يدفع المالك إلى المستأجر مبلغاً مقابل تخليه عن حقه الثابت بالعقد في ملك المنفعة بقية المدة، فإن بدل الخلو هذا جائز شرعاً، لأنه تعويض عن تنازل المستأجر برضاه عن حقه في المنفعة التي باعها المالك).

فضلاً عما تقدم، أجاز الفقه الجعفري هذه الحالة من حالات السرقة فجاء في إحدى المسائل الفقهية^(٤) انه: (لو اشترط المستأجر على المؤجر في ضمن عقد الإجارة عدم رفع مال الإجارة إلى مدة، وعدم إخراجة من المكان المستأجر، وان يكون له الحق في تأجيله منه في السنوات التالية بنفس المقدار الذي أجره منه سابقاً جاز له أن يأخذ منه أو من غيره مقداراً من المال بازاء إسقاط حقه، وخلاء المكان، ويعد هذا النوع من السرقة حلالاً).

السبب الثالث: أن يكون المستأجر قد استفاد حق القرار في العين المستأجرة اعتماداً على وضع قانوني لم تأت به أحكام الشريعة الإسلامية. وهذه الحالة تنشأ في ظل القوانين الوضعية التي تعطي للمستأجر حق البقاء الدائم في العين المستأجرة وبالأجرة نفسها التي انعقد عليها العقد أول مرة بحيث لا يقوم المستأجر بإخلاء الدار أو المحل إلا بعد أن يدفع له المالك مبلغاً

(١) مسألة رقم (٢٣٥٤) الرسالة العملية توضح المسائل، ملحقات الإجارة، أحكام السرقة، ص ٢ في

الانترنت على الموقع الآتي:

www.mohaqqaboli.org .

(٢) د. عبد الستار إبراهيم الهيتي، المصدر السابق، ص ٣٥٥.

(٣) قرار رقم (٦) د. ٤. صدر في ١٩٨٨/٨/٨، المصدر السابق، ص ١-٢.

(٤) مسألة رقم (٢٢٣٥) موقع فقه الثقلين، المصدر السابق، ص ١.

من المال دون رضاه ورغماً عنه^(١).

أما حكم هذه الحالة فإنه إذا انتهت مدة عقد الإيجار ولم يكن المالك قد اخذ من المستأجر بدل السرقة عند إبرام العقد ورغب المالك لسبب من الأسباب في استعادة العين المستأجرة فعندئذ على المستأجر أن يخلي العين المستأجرة ويسلم محل العقد إلى المالك من دون اخذ شيء منه، لأن المسلمين عند شروطهم، وإن ما يأخذه من المالك سحت وباطل منهى عنه لقوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم)^(٢).

وهذا ما أكدته مجمع الفقه الإسلامي في قرار له^(٣) حيث جاء فيه: (أما إذا انقضت مدة الإجارة، ولم يتجدد العقد صراحة أو ضمناً عن طريق التجديد التلقائي حسب الصيغة المفيدة له، فلا يحل له بدل الخلو له، لأن المالك أحق بملكه بعد انقضاء حق المستأجر).

وموقف مجمع الفقه الإسلامي مشابه لموقف الفقه الجعفري^(٤) الذي يرى أنه: (في بعض الدول تجعل الحكومة قانوناً أنه لا يحق للمالك إخراج المستأجر من المكان وعلى أساس هذا القانون يحرم على المستأجر أن يأخذ من المالك أو من المستأجر الآخر السرقة لإخلاء المكان وهكذا بعد انتهاء مدة الإجارة فيحرم بقاء المستأجر في ذلك المكان من دون رضا المالك وصلاته هذه باطلة).

وبما أن ذلك يؤدي إلى مفسدات كثيرة حيث يقلل من الحركة العمرانية في البلد أو قد يقلل من وجود العقارات المعدة للإيجار بسبب الإجحاف والظلم الذي يقع على أصحاب الأملاك من جراء ذلك، فإننا نؤيد الرأي^(٥) الذي يقترح على المشرع تغيير القوانين التي ترعى مثل هذه الإجراءات وإبدالها بقوانين تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية من حيث جعل عقد الإيجار محدد بمدة معلومة لا يجوز تجاوزها. أو إجراء عملية تنظيمية لصيغ الإيجار تعتمد على النظر الدوري السنوي في بدل الإيجار بحيث يكون متطابقاً مع الأسعار السائدة حتى لا يلحق الظلم والحييف بطرف ما من أطراف عقد الإيجار.

ولاشك أن الرجوع إلى أحكام الإجارة في الفقه الإسلامي يكفل تحقيق نظام إجارة عصري لبدل الإيجار متطابقة مع مستوى الدخل والأسعار السائدة فلا يضار المالك في بدل إيجار عقاره ولا يضار المستأجر عن طريق استغلال أصحاب الأملاك له.

(١) لمزيد من التفصيل ينظر استاذنا الدكتور جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٣٦٥.

(٢) سورة البقرة، الآية: ١٨٨.

(٣) قرار رقم (٦) د. ٤ صدر في ١٩٨٨/٨/٨، المصدر السابق، ص ٢.

(٤) مسألة رقم (٢٣٥٦)، الرسالة العملية توضح المسائل، المصدر السابق، ص ٢.

(٥) د. عبد الستار إبراهيم الهيتي، المصدر السابق، ص ٣٥٧.

الفرع الثالث

اتفاق المستأجر الأول والمستأجر اللاحق على بدل السرقة

للمستأجر الأول أن يأخذ بدل السرقة من المستأجر اللاحق لأسباب عديدة أهمها:

السبب الأول: إن يكون المستأجر الأول قد ملك منفعة الخلو بطريقة مشروعة بان يكون قد تعاقد عليه مع المالك المؤجر تعاقداً صحيحاً أو اشتراه ممن اشتراه من المالك المؤجر. ففي هذه الحالة يجوز للمستأجر أن يبيعه لغيره بما شاء من المال قليلاً كان أم كثيراً مادامت مدة الخلو باقية، لأنه ملك منفعة الخلو بطريقة مشروعة فله أن يبيعها لمن يشاء أو أن يتصرف فيها بأي شكل يكون من التصرفات من هبة أو تنازل أو غير ذلك^(١). وهناك من يرى^(٢) أنه إذا كان قبض المال على سبيل السرقة وان كان صحيحاً للمستأجر الأول إلا أن هذا التصرف لا ينفذ في حق المالك بل للمالك تمام الحق في التصرف بأمواله إن شاء أجاز الإجارة الجديدة وان شاء رفضها، لان الناس لهم سلطة على أموالهم والمفروض عدم ما يحد من هذه السلطة.

السبب الثاني: أن يكون للمستأجر في عقد الإيجار الذي بينه وبين المالك المؤجر جزءاً من مدة التعاقد الأصلية التي أجرها المالك المؤجر بكامل حريته وإرادته فيأخذ من المستأجر اللاحق مالاً مقابل إخلائه العين المستأجرة ليحل مكانه فيها. فهذا البديل مشروع للأخذ والمعطي على حد سواء، لأنه في حقيقته بيع للمدة المتبقية من المنفعة المستحقة من عقد الإيجار^(٣).

و ذهب إلى المعنى المذكور أنفاً مجمع الفقه الإسلامي الذي جاء في فتواه^(٤) ما يأتي:
(إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول وبين المستأجر الجديد أثناء مدة الإجارة على التنازل عن بقية مدة العقد لقاء المبلغ الزائد عن الأجرة الدورية، فإن بدل الخلو هذا جائز مع مراعاة مقتضى عقد الإجارة المبرم بين المالك والمستأجر الأول، ومراعاة ما تقتضي به القوانين النافذة الموافقة للأحكام الشرعية)

(١) الشيخ محمد بن عبد الله بن علي الخرخشي، الخرخشي على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، الجزء السابع، دار صابر، من دون سنة طبع، ص ٧٩؛ وينظر مسائل في كتاب منهاج الصالحين في الانترنت، ص ١ على الموقع الآتي: www.al-shia.com

(٢) الشيخ حسين الحلبي، المصدر السابق، ص ٤.

(٣) د. عبد الستار إبراهيم الهيتي، المصدر السابق، ص ٤٥٧.

(٤) قرار رقم (٦) د. ٤ صدر في ١٩٨٨/٨/٨، المصدر السابق، ص ٢.

وجاء أيضاً في فتوى أخرى^(١) ما يأتي: (فما يعرف ببيع المفتاح في بعض البلدان، وبدل الخلو أو خلو الرجل في بعضها، يجوز إذا كان على الصورة التالية: وهي أن يكون البائع مستأجر للمحل من شخص آخر إجارة مستمرة، فيتنازل عنه لشخص آخر مقابل مبلغ معين من المال يدفع له، إضافة إلى الأجرة الشهرية يتفقان عليها، سواء كانت نفس الأجرة التي يدفعها بائع المفتاح لمالك المحل الأصلي أم أكثر منها. ووجه جواز هذه الصفقة أن بائع المفتاح قد ملك منافع ذلك المحل، وصار هو أحق به من غيره مادامت إجارته للمحل سارية، وعلى ذلك فله أن يتنازل عن تلك الأحقية لصالح شخص آخر ويؤجر له المنفعة التي ملكها بما يتفقان عليها. ولا بد هنا من التنبيه إلى أنه يشترط لصحة إجارة ملك المنفعة أن يكون المستأجر الثاني "وهو مشتري المفتاح" سيستخدم المحل في مثل ما كان يستخدمه المستأجر الأول "وهو بائع المفتاح" أو في ما هو أقل ضرراً).

فضلاً عن ذلك، فقد ذهب رأي^(٢) من الفقه الجعفري إلى أنه: (لو استأجر مكاناً لمدة، وجعل لنفسه الحق في تأجيره لآخر أثناء مدة، ثم ارتفعت قيمة إجارته، أمكنه تأجيره بنفس القيمة التي دفعها للمالك، وان يأخذ من المستأجر الجديد مقداراً بعنوان السرقة).

السبب الثالث: أن لا يكون للمستأجر في المأجور خلو صحيح، وقد انتهت مدته التعاقدية الأصلية ولكنه استفاد من حق القرار بناء على وضع قانوني بعد انتهاء مدة الإيجار. ففي هذه الحالة إذا أراد أن يتنازل لغيره عن العين المستأجرة مقابل مال يأخذه من المستأجر اللاحق فهو ليس من الخلو الصحيح؛ لأن مدة العقد انتهت فصار حق التصرف بها لمالكها، وليس لمستأجرها أي حق في تأجيرها لآخر، إذ أنه بيع منافع لم تكن مملوكة له فهو معتد، وعليه رد ما قبضه للمستأجر اللاحق إن كان قد قبض منه شيئاً^(٣).

وقد تضمن فتوى^(٤) مجمع الفقه الإسلامي هذا حيث جاء فيه أنه: (إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول والمستأجر الجديد بعد انقضاء المدة فلا يحل بدل الخلو لانقضاء حق المستأجر الأول في منفعة العين).

(١) رقم الفتوى (٩٦٦٤)، عنوان الفتوى: بيع المفتاح أو بدل الخلو، تاريخ الفتوى ٢٣ جمادي

الأولى ١٤٢٢، ص ١ في الانترنت على الموقع الأتي :

www.islamweb.net

(٢) مسألة رقم (٢٢٣٣)، موقع فقه الثقلين، المصدر السابق، ص ١.

(٣) المحامي جمعة سعدون الربيعي، المصدر السابق، ص ٣٣.

(٤) فتوى رقم (٦) د.٤ صدر في ١٩٨٨/٨/٨، المصدر السابق، ص ٢.

وفي الوقت نفسه أفتى الفقه الجعفري^(١) بأنه يحرم على المستأجر السابق الذي انتهت مدة إيجارته أن يأخذ من الشخص الثاني الذي استأجر المحل بعنوان السرقفية، وإذا تلف ما أخذه ضمن.

والحكم المذكور آنفا يسري على عقود الإيجار كافة التي تمتد بحكم القانون بعد انتهاء مدتها مادام المستأجر شاغلاً للعقار ومستمراً على دفع الأجرة استناداً إلى أحكام المادة الثالثة من قانون إيجار العقار النافذ^(٢) ، وذلك لشمولها بحكم نص المادة (٢١) من القانون نفسه الذي يمنع المؤجر أو المستأجر أو الوسيط أو أي شخص آخر أن يحصل على أي مال أو منفعة خارج نطاق عقد الإيجار المبرم وفق أحكام هذا القانون ولا يشمل ذلك ما يستحقه الدلال المجاز من اجر.

وقد يتبادر إلى الذهن أن الحكم المذكور آنفا خاص بالعقارات الخاضعة لأحكام قانون إيجار العقار، فهل ذلك يعني أن العقارات الخاضعة لأحكام القانون المدني غير مشمولة بالحكم المذكور حسب مفهوم المخالفة؟.

الحقيقة أن اخذ بدل السرقفية حتى في العقارات الخاضعة لأحكام القانون المدني لا ينسجم مع ما استهدفه المشرع العراقي من منع اخذ بدل السرقفية سواء أكان ذلك من المؤجر أم المستأجر أم الوسيط بينها عدا الدلال المجاز، ولا سيما بعد انتهاء مدة عقد الإيجار المتفق عليها أو عدم قيام المستأجر بإجراء تحسينات أو إضافات على المأجور.

ويؤيد هذا الكلام المادة (٣٤٣) من القانون المدني العراقي بوصف أن ذلك يعد كسباً غير مشروع على حساب الغير لا يقره القانون ويلتزم المؤجر أو المستأجر في حدود ما كسبه بتعويض من لحقه ضرر بسبب هذا الإثراء بدعوى الكسب دون سبب وفق المادة (٣٤٤) من القانون المذكور آنفا.

إلا انه يمكن للمشرع أن يتخذ قراراً بالسماح للمستأجر الأول إن أراد الاستمرار في تجديد عقد الإيجار ولكن ببديل جديد يتم الاتفاق عليه عند انتهاء كل مدة الإيجار المتفق عليها بحيث لا يتضرر احد المتعاقدين على حساب الآخر وبالشكل الذي يضمن العدالة بين الطرفين تحقيقاً للمصلحة المعتبرة قانوناً وشرعاً.

أما الاعتماد على الوضع القانوني الذي يجيز للمستأجر الاستمرار في عقده على الرغم من المالك فان هذا لا يعطيه الحق في تصرفه بالعين المستأجرة ولا يسوغ له

(١) مسألة رقم (٢٣٤٠) الرسالة العملية توضح المسائل، المصدر السابق، ص ١.

(٢) لمزيد من التفاصيل ينظر استاذنا الدكتور جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص ٣٦٥.

هذا العمل، لأنه بذلك يكون قد أكل ثمرة جهد المالك بغير وجه حق^(١).

يستدل مما تقدم أن المشرع العراقي لم يعالج قضية السرقة بالسرقفلية بالشكل المطلوب على الرغم من أهميتها. ومما يؤكد ضرورة معالجة الموضوع بنص واضح ومحدد في هذا المجال، هو أن التجار والمستثمرين يتعاملون بالسرقفلية على أرض الواقع. بينما لاحظنا أن الفقه الإسلامي يجيز للمالك المؤجر أن يبيع منفعة خلوه للمستأجر، لأنه المالك لتلك المنفعة ومن حقه أن يتنازل عنها مقابل عوض يدفع إليه المستأجر، فهو في الحقيقة يبيع لجزء من المنفعة. كما أنه يجوز للمستأجر إذا فسخ عقد الإيجار بطلب من المالك المؤجر أن يأخذ منه بدل السرقة تعويضاً عن الضرر الذي يلحق به بسبب ذلك الفسخ.

فضلاً عما تقدم يجوز للمستأجر الأصلي أن يتنازل عن حق منفعة خلوه إلى مستأجر جديد مادام ذلك ضمن المدة المتفق عليها مع مالك الرقبة. ومن حق المستأجر الأصلي أن يأخذ بدل السرقة من المستأجر الجديد عن المدة المتبقية من عقد الإيجار إذا كان قد استفاد من ذلك الخلو بطريقة مشروعة. ففي هذه الحالة يجوز للمستأجر أن يبيعه لغيره بما شاء من المال قليلاً كان أم كثيراً مادامت مدة الخلو باقية، لأنه ملك منفعة الخلو بطريقة مشروعة فله أن يتصرف فيها بأي شكل يكون من التصرفات المشروعة من بيع أو تنازل أو غير ذلك.

واستناداً إلى النص التشريعي الذي يقضي بأنه إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية^(٢).

وكذلك النص القاضي بأن: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعريف بالعرف كالتعريف بالنص، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم)^(٣). فإنه يمكن الاستفادة من الفقه الإسلامي الذي عالج السرقة الذي تعارف عليها الناس وتعامل بها في تجارتهم وعقودهم المالية، فإنه يمكن اقتراح مادة قانونية تضاف إلى المواد القانونية الخاصة بالعقود الواردة على منفعة الأشياء تعالج هذه المسألة المهمة والمستجدة في العرف التجاري.

الخاتمة:

بعد الانتهاء من دراسة موضوع أحكام السرقة في القانون المدني وقانون إيجار العقار ومن ثم الفقه الإسلامي، فإنه يمكننا إبراز أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها وهي على النحو الآتي:

(١) د. عبد الستار إبراهيم الهيتي، المصدر السابق، ص ٣٥٨.

(٢) الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني العراقي المعدل.

(٣) الفقرتين الأولى والثانية من المادة (١٦٣) من القانون المدني العراقي المعدل.

أولاً: النتائج:

١. إن قضية السرقة ابتدت منذ القرن الثامن الهجري واستمرت توأكب التطور الاقتصادي الحاصل في المجتمعات الإسلامية ولأسيما مجتمعنا الحبيب حتى وصل إلى ما وصل إليه اليوم من صيغ وأشكال متعددة.
٢. إن المنافع تعد من الأموال بل هي أحق بالمالية من الأعيان ذاتها، على أساس أن الأعيان لا تكون أموالاً إلا لاشتمالها على المنافع، لذلك يمكن تكيف السرقة على أنها من جملة المنافع التي تأخذ حكم الأموال. وليس هناك ما يمنع التصرف بها وأياً كان طبيعة التصرف كالبيع، إذ أنها منفعة من المنافع المالية.
٣. يجوز للمالك المؤجر أن يبيع خلو عقاره للمستأجر، لأنه مالك لتلك المنفعة، فيجوز له التنازل عنها مقابل عوض يدفعه المستأجر له، سواء أكان ذلك معتمداً على شهرة المحل وموقعه المتميز، أم للتخلص من بعض الإجراءات القانونية في بعض الدول التي تحد من حرية المالك في إيجار عقاره أو تحد من حقه في إخلاء العين المستأجرة.
٤. يجوز للمستأجر أن يأخذ بدل السرقة من المالك المؤجر إذا كان قد استفاد حق القرار في العين المستأجرة استناداً إلى وضع قانوني لم تأت به أحكام الشريعة الإسلامية، لان ذلك يؤدي إلى مفسد كثيرة، ولأنه أكل لأموال الناس بالباطل وهو أمر نهى عنه أحكام الشريعة الإسلامية استناداً إلى قوله تعالى: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم).
٥. يجوز للمستأجر الأول أن يبيع حقه في الانتفاع إلى المستأجر اللاحق إذا كان قد استفاد حق القرار في المأجور بصورة مشروعة. كان يكون قد اشتراه من المالك المؤجر أو انه لا يزال في المدة المتفق عليها ابتداء. فبدل السرقة هذه مشروع للآخذ والمعطي على حد سواء، لأنه في حقيقته بيع للمدة المتبقية من المنفعة المستحقة بعقد الإيجار الأصلي.
٦. لا يجوز للمستأجر الأول أن يبيع حق الانتفاع إلى مستأجر لاحق بعد انتهاء مدته التعاقدية الأصلية ولو استفاد حق القرار في المأجور بناءً على وضع قانوني يسمح له بذلك، لان الاستمرار في عقد الإيجار على الرغم من المالك المؤجر لا يسوغ له هذا البيع، لأنه يكون قد أكل ثمرة جهد المالك المؤجر بغير إذنه.

٧. يجوز التعامل بالسرقفلية بصورة علنية وقانونية احتراماً للأعراف التجارية القوية لدى التجار والمستثمرين.

ثانياً: التوصيات:

١. نقترح ضرورة اعتماد ضوابط الإيجار الشرعية التي توجب تحديد مدة الإيجار، وتجديد أجرها سنوياً ضماناً لتحقيق العدالة بين الطرفين، وتحقيقاً للمصلحة المعتبرة قانوناً وشرعاً وعملاً بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار).
٢. نقترح إضافة المادة الآتية إلى مواد القانون المدني العراقي ضمن نصوص عقد الإيجار من الفرع الأول من الفصل الأول من الباب الثاني المسماة بـ: (العقود الواردة على الانتفاع بالشيء). وذلك على النحو الآتي:
 ١. بدل السرقفلية (الخلو) مال يدفعه الشخص للمنتفع بالعقار (المالك أو المستأجر) مقابل تنازله عن حقه في الانتفاع به.
 ٢. للمالك أن يبيع حق الانتفاع إلى المستأجر باعتباره مالكا لتلك المنفعة، ومن حقه أن يتنازل عنها مقابل عوض يدفعه إليه المستأجر.
 ٣. للمستأجر أن يأخذ بدل السرقفلية (الخلو) من المالك إذا كان قد استحقه بطريقة مشروعة، أو لا يزال في مدة التعاقد المتفق عليها.
 ٤. للمستأجر الأصلي أن يبيع حق الانتفاع إلى المستأجر الجديد عما تبقى له من مدة الإيجار المتفق عليها مع المالك إذا كان قد استفاد هذا الحق بطريق مشروع ولا يزال ضمن الإيجار المتفق عليها سابقاً.
 ٥. لا يحق للمستأجر الأصلي أن يبيع حق الانتفاع إلى مستأجر جديد بعد انتهاء مدته التعاقدية).
٣. يعد بدل السرقفلية (الخلو) مصدراً من مصادر الدخل، لذلك يستحسن فرض الضريبة على المتعاملين به.

قائمة المصادر:

أولاً: المعاجم العربية.

١. احمد بن فارس بن زكريا، مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الجزء الثاني، مطبعة دار الجيل، بيروت، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.

٢. إسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح، تاج اللغة، وصاح العربية، احمد عبد الغفور عطار، الجزء الثاني، دار الكتاب العربي، مصر، ١٣٧٧هـ، ١٩٥٨م.

ثانياً: كتب الفقه الإسلامي.

١. الإمام محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء الثالث، مطبعة دار الشعب، مصر، ١٣٨٨هـ، ١٩٦٨م.

٢. د. عبد الكريم زيدان، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، الطبعة الرابعة، مطبعة العاني، بغداد، ١٣٨٩هـ، ١٩٦٩م.

٣. الشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٢هـ، ١٩٨٢م.

٤. الشيخ محمد بن عبد الله بن علي الخرشبي، الخرشبي على مختصر خليل وبهامشه حاشية العدوي، الجزء السابع، دار الفكر، من دون مكان نشر، ١٣١٨هـ.

٥. الشيخ محمد عليش، منح الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء الثالث، مكتبة النجاح، ليبيا، من دون دار وسنة نشر.

٦. الشيخ مشهور حسن محمود سلمان، موقف الشريعة من خلو الرجل أو (الفروغية)، الطبعة الأولى، دار الفيحاء، عمان، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م.

٧. الشيخ موفق الدين بن أبي قدامة محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة المقدسي، المغني، تحقيق د. عبد الله عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح الحلو، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، مؤسسة هجر للطباعة والنشر، من دون مكان نشر، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.

ثالثاً: الكتب القانونية.

١. المحامي جمعة سعدون العامري، السرفقية بين الشريعة والقانون، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٥.

٢. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة (البيع، الإيجار، المقاوله)، الطبعة الثانية، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م.

٣. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، الإيجار والعارية، الجزء السادس، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٣م.

٤.١٠٤ د. عبد المجيد الحكيم وأ. عبد الباقي البكري وأ.م. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م.

٥.١٠٥ د. عبد المجيد الحكيم وأ. عبد الباقي البكري وأ.م. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٤٠٠هـ، ١٩٨٠م.

٦. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، الطبعة الثانية، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٧.

رابعاً: البحوث.

١. د. عبد الستار إبراهيم الهيتي، بدلات الخلو في عقد الإيجار صورها وحكمها، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق، جامعة البحرين، المجلد الثالث، العدد الأول، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٦م.

٢. د. وهبة مصطفى الزحلي، عقود جديدة (المقاولة، بيع الاسم التجاري، والترخيص والتنازل عن المنفعة بمقابل بدل الخلو-)، مجلة الشريعة والقانون الصادرة عن كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، ١٤٠٨هـ، ١٩٨٨م.

خامساً: المقالات.

١. الشيخ حسين الحلي، السرقفلية (الخلو)، في الانترنت على الموقع الآتي:
www.balagh.com

٢. المحامي عبد الرحمن حاجي الزبياري، السرقفلية مدنياً وجنائياً، في الانترنت على الموقع الآتي:

www.sotakhr.com

سادساً: فتاوى ومسائل فقهية.

١. فتوى رقم (٩٥٢٨) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي، رقم (٦) د. ١٩٨٨/٨/٤ دورة المؤتمر الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من (١٨-١٢) جمادي الآخرة ١٤٠٨هـ الموافق من (٦-١٢) شباط ١٩٨٨م بشأن بدل الخلو في الانترنت على الموقع الآتي:

www.asmilies.com

٢. فتوى رقم (١٨٣٩) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم (٦) د. ١٩٨٨/٨/٤ الصادر في ٢٠٠٧/٧/٢٧م بشأن بدل الخلو في الانترنت على الموقع الآتي:

www.islam-qa.com

٣. فتوى رقم (٩٦٦٤) بعنوان بيع المفتاح أو بدل الخلو بتاريخ ٢٣ جمادي الأولى ١٤٢٢هـ الشبكة الإسلامية في الانترنت على الموقع الآتي:

www.islamweb.net

٤. مسائل في أحكام السرقة، فقه الثقلين في الفقه الجعفري في الانترنت على الموقع الآتي:

www.feqh.org

٥. مسائل في أحكام السرقة، ملحقات الإجارة، الرسالة العملية توضح المسائل في الفقه الجعفري في الانترنت على الموقع الآتي:

www.mohaqqaboli.org

٦. مسائل في كتاب منهاج الصالحين في الانترنت على الموقع الآتي:

www.al-shia.com

سابعاً: المجموعات القضائية.

١. قضاء محكمة تمييز العراق، المجلد الأول والسادس، مطبعة الحكومة، بغداد، ١٩٧٠.
٢. مجلة ديوان التدوين القانوني الصادرة عن ديوان التدوين القانوني في وزارة العدل ببغداد، مطبعة الحكومة، بغداد، العدد الأول، السنة الخامسة، ١٩٦٦.
٣. مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن قسم الإعلام بوزارة العدل في بغداد، (العدد الأول، السنة العاشرة، ١٩٧٩)، (العدد الثاني، السنة التاسعة، ١٩٧٨)، (العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٧٥).
٤. النشرة القضائية الصادرة عن المكتب الفني في محكمة تمييز بغداد، (العدد الثاني، السنة الثانية، ١٩٧٢)، (العدد الرابع، السنة الرابعة، ١٩٧٥).

ثامناً: القوانين.

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل طبعة سنة ٢٠٠٥.
٢. قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل طبعة سنة ٢٠٠٠.
٣. قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل طبعة ٢٠٠٠.
٤. قانون إيجار مراقبة العقار رقم (٦) لسنة ١٩٥٨ المعدل.
٥. قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.
٦. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل.