

أحكام السرقة^(*)

أ. حبيب ادريس المزوري

مدرس القانون المدني المساعد

كلية الحقوق / جامعة الموصل

القدمة:

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

أولاً: **تعريف موضوع البحث:** السرقة مبالغ من المال يدفعه الشخص للمنتفع بالعمارة مقابل تنازل الأخير عن حقه في الانتفاع به. وتعد السرقة واحدة من المعاملات المهمة التي انتشرت بين الناس ولاسيما بين التجار والمستثمرين سواء أكانوا مالكيين أم مستأجرين.

ثانياً: **اسباب اختيار موضوع البحث:** نظراً لأهمية الموضوع وانتشاره على صعيد التعامل اليومي بين الناس وما ينجم عن ذلك من استغلال وضياع للحقوق من جهة، ومن جهة أخرى فإن السرقة 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. إذ تعاني المحلات التجارية ولاسيما الأسواق اليوم من مشكلة بدلات السرقة، لكونها واحدة من الأسباب التي تدفع التاجر إلى وضع هامش ربحي مرتفع على السلع الاستهلاكية لتسديد النفقات التي تدفع مقابل بدل السرقة مما يعود سلباً على أسعار السلع فيعمل على ارتفاعها وتحمل المستهلك جزءاً 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 إن تبنى على أساس مبدأ التراضي بوصف إن عقد الإيجار واحد من عقود

(*) أستم البحث في ٢٠٠٨/١/٢٣ *** قبل للنشر في ٢٠٠٨/٣/٣٠ .

المعاوضات التي يقرر القانون والفقهاء الإسلامي ضرورة اعتماده على الرضا التام بين الطرفين لقوله تعالى: (يأبى الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم ٠٠٠)^(١).

كما إن القانون المدني العراقي لم يعالج قضية السرقة 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.

ثالثاً: مشاكل موضوع البحث: إن من 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 الانترنت، 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 .

رابعاً: منهجية موضوع البحث: سوف نبحت هذا الموضوع في نطاق القانون المدني العراقي وقانون إيجار العقار مؤيداً بأراء الفقهاء والكتاب والقرارات القضائية، ومن ثم الفقه الإسلامي لغرض الوصول إلى حكم عادل في قضية السرقة.

خامساً: خطة موضوع البحث: لقد قسمت خطة موضوع البحث على المباحث الثلاثة الآتية:

المبحث التمهيدي: التطور التاريخي للسرقة.

المبحث الأول: ماهية السرقة

المطلب الأول: تعريف السرقة

المطلب الثاني: الأساس القانوني للسرقة

المطلب الثالث: التكليف القانوني للسرقة

المبحث الثاني: أحكام السرقة وإثباتها

المطلب الأول: أحكام السرقة

المطلب الثاني: إثبات السرقة

المبحث التمهيدي

التطور التاريخي للسرقة

(١) سورة النساء، الآية (٢٩).

السرقفلية 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).

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

إن رفع بدل السرقفلية 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 بين المستأجر القديم وبين 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 السرقفلية حصلت عندما طلب المؤجر من المستأجر إخلاء المأجور، ولكن المستأجر امتنع عن ذلك مالم يدفع اليه المؤجر مبلغاً من المال. و أن الأسباب التي أدت إلى نشوء السرقفلية تكاد تتداخل مع العوامل التي أدت إلى انتشارها وديمومتها، فما دامت الأسباب قائمة فالسرقفلية 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 نافعا بالفعل.

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.

(١) المحامي جمعة سعدون الربيعي، السرقفلية 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.

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

١. السرقلية: ذكرنا آنفاً أن السرقلية 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^(٢)
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 السرقلية بصفة أن مستأجر المحل يجلس فيه ويتخذة محلاً للسكن أو للعمل.
٤. المفتاح أو الزينة: أهل مصر يطلقون هذه التسمية على السرقلية 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^(١).

ومهما يكن من أمر فإن موضوع السرقلية أمست أمراً واقعاً لا يمكن الفرار منه ، ولا بد للقانونيين من معالجة قانونية لهذه المسألة التي اخذ الناس يتعاملون بها من اجل الوقوف على حكم القانون فيها.

وهكذا استمرت قضية السرقلية 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.

المبحث الأول

ماهية السرقلية

تعد السرقلية من المعاملات المهمة والشائعة بين الناس في العصر الحاضر، ونظراً لأهمية الموضوع وانتشاره على صعيد الواقع العملي، فإنه يتطلب منا تعريف السرقلية وبيان أساسها ومن ثم تحديد تكييفها. لذلك فقد ارتأينا تقسيم هذا المبحث على المطالب الثلاثة الآتية:

(٢) الشيخ حسين الحلي، السرقلية (الخلو)، مقالة في الانترنت، ص ١. على الموقع الآتي:
www.balagh.com/mosoa/feqh/u512by6k.htm-17k

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

المطلب الأول: تعريف السرقة.
المطلب الثاني: الأساس القانوني للسرقة.
المطلب الثالث: التكيف القانوني للسرقة.

المطلب الأول

تعريف السرقة

تعتبر 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 الفرعين الآتيتين:
الفرع الأول: تعريف السرقة في الاصطلاح اللغوي.
الفرع الثاني: تعريف السرقة في الاصطلاح الفقهي.

الفرع الأول

تعريف السرقة في الاصطلاح اللغوي

تأتي السرقة في اللغة العربية بمعنى الخلو. والخلو لغة^(١): مصدر من خلا، يخلو، خلواً. يقال خلأ الإناء مما فيه: أي فرغ. وخلأ البيت من أهله بمعنى صار خالياً أي فارغاً. والمكان الخالي: الذي لا شيء فيه. وتقول تخليت: 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.

الفرع الثاني

تعريف السرقة في الاصطلاح الفقهي

(١) احمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق عبد السلام هارون، الجزء الثاني، مطبعة الجبل، بيروت، ١٤١١هـ، ١٩٩١م، ص٢٠٤؛ وإسماعيل بن حماد الجوهري، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، تحقيق احمد عبد الغفور عطار، دار الكتاب العربي، مصر، ١٣٧٧هـ، ١٩٥٨م، ج٢، ص٣٢٩.

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^(١) 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^(٢).

كما ذهب رأي آخر^(٣) إلى أن السرقة تعني أن يتنازل المستأجر عما تحت تصرفه من إيجار المحل الذي يستغله إلى الآخر، ويتقاضى إزاء هذه العملية مقداراً من المال يتفق عليه الطرفان.

وجاء في قرار لمحكمة تمييز العراق^(٤) 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.

الطلب الثاني

(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 مدنيا وجزائيا، مقالة في الانترنت بتاريخ ٢٠٠٧/٧/٣١، ص ١، على الموقع الآتي:

www.sotakhr.com/2006/index.php?id=2293

(١) د. عبد الستار إبراهيم الهيبي، المصدر السابق، ص ٣٤٤.
(٢) د. وهبة مصطفى الزحلي، عقود جديدة (عقد المقولة، بيع الاسم التجاري، والترخيص، والتنازل عن المنفعة بمقابل- بدل الخلو)، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، العدد الثاني، ١٩٨٨، ص ٢٥.

(٣) الشيخ حسين الحلبي، المصدر السابق، ص ١.
(٤) قرار رقم ١٦٠٢/١٦٠٢/١٩٧٥ في ١٠/٢٩/١٩٧٦ مجموعة الأحكام العدلية الصادرة عن وزارة العدل في بغداد، العدد الرابع، السنة السابعة، ١٩٧٦، ص ٣٨.

الأساس القانوني للسرقة

يكون هناك كسب دون سبب إذا اغتنمت ذمة شخص بسبب افتقار ذمة شخص آخر ولم يكن هناك ما يبرر هذا الاغتناء 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 إن يثرى شخص على حساب غيره من دون إن 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).^(١)

وقد ذهبت محكمة تمييز العراق في قرار لها^(٢) إلى انه ليس للدائرة الرسمية إن 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 البديل الذي قبضته الدائرة المذكورة والتي تزيد على بدل الإيجار إثراء من دون سبب مشروع وتلزم برده إلى صاحبه.

وعليه يمكن القول بان الأساس القانوني لبديل 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: (لأتسمع دعوى الكسب دون سبب في جميع الأحوال المتقدمة بعد انقضاء ثلاث

سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بحقه في الرجوع، ولأتسمع الدعوى كذلك بعد انقضاء خمسة عشر من اليوم الذي نشأ فيه حق الرجوع)^(٣).

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

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

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

وعليه فإن تقادم دعوى حق المستأجر فيما دفعه من بدل السرقلية 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 .

المطلب الثالث

التكييف القانوني للسرقلية

إذا كانت السرقلية من القضايا المهمة في حياة الناس، فبماذا يكتفيها الفقهاء؟ هل هي حق من الحقوق المكتسبة أم أنها منفعة من المنافع؟ وإذا افترضناها منفعة من المنافع، فهل تعد هذه المنفعة مالا أم لأتعد 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 محكمة تمييز العراق ذهبت إلى أن المبلغ الذي يدفع باسم السرقلية يعد مقابلاً للتنازل عن منفعة المأجور طيلة مدة العقد^(١).

ويتضح مما تقدم أن التكييف القانوني لبديل السرقلية أنها تعد مقابل لتنازل مالك المنفعة عن حقه في ملكيتها لها، سواء أكان مالكا للرقبة أم ليس مالكا لها. والفقهاء الإسلامي^(٢) يذهب في تكييف بدل السرقلية 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 يضيف على عقد الإيجار صفة التأييد، أي أن 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، ولأن انتقال العين من يد إلى يد فهذه لأتمس الذات في شي من المساس وهذا بخلاف منافع الأشياء التي تتأثر زيادة أو نقصاناً عند الانتقال .

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

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

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 لأتعد كذلك؟ نص المشرع العراقي على انه: (ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام)^(١). يستنتج من هذا النص أن منافع الأشياء تعد من الأموال المقومة والتي تنتقل إلى المتعاقدين إثناء حياتهما والى 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 المتأتية عن طريق السرقة^(٢). 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^(٣).

إما الفقه الإسلامي فقد اختلف بشأن مالية السرقة من عدمها. ففقهاء الحنفية^(٤) 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 لأتضمن بالمال المتقوم لأنها غير متقومة، إذ لا تقوم عندهم إلا بإحرازه.

وتتفق مع من يرى^(٥) أن ما ذهب إليه الحنفية من أن المنافع غير محرزة ومن ثم فهي ليست أموالاً لا يسلم لهم بحال من الأحوال، لان 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؟.

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

(٢) 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 ١٣٠-١٣١.

(٣) 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.

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

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

بينما جاء في قواعد الزركشي ماياتي: (أن منافع الدار مال عند الشافعي. وليس يتوقف معنى المال فيها على إنشاء عقد، ومنزلتها منزلة أعيان الأموال)^(١). ويرى الحنابلة^(٢) أن المنافع بمنزلة الأعيان، لأنه يصح تملكها في حال الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والإتلاف ويكون عوضها عيناً ودينياً. كما أن البعض من فقهاء المالكية^(٣) 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.

يتضح من آراء الفقهاء الإجمالية انه إذا عدت المنافع أموالاً فإنه يمكن تكييف 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. ومما يدل على ان منافع الاشياء اموال ما جاء في قصة سيدنا موسى وشعيب عليهما السلام فقال الله تعالى : ((قال اني اريد ان انكحك إحدى ابنتي هاتين على ان تأجرني ثمانى حجج فان اتممت عشرا فمن عندك وما اريد ان اشق عليك ستجدني ان شاء الله من الصالحين))^(٤). ومعنى ذلك ان مهر ابنة شعيب التي هي حق من حقوق المرأة المالية كان منفعة وليس نقداً متمثلة بان يعمل سيدنا موسى عند سيدنا شعيب عليهما السلام لمدة ثمانى سنوات .

وجاء في قول البعض من فقهاء المالكية^(١) ماياتي: (اعلم أن الخلو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع. إذ مالك الانتفاع ينتفع بنفسه فقط ولا يوجب 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 أن ملك الانتفاع وأراد أن ينتفع به غيره فإنه

(١) الجزء الثالث من قواعد الزركشي ص ١٩٨ نقلاً عن د. عبد الستار إبراهيم الهيتي، المصدر السابق، ص ٣٤٩.

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

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

(٤) سورة القصص، آية ٢٧.

(١) 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 الهيتي، المصدر السابق، ص ٣٤٨.

يسقط حقه منه ويأخذه الغير على انه من أهله حيث كان من أهله. والخلو من ملك المنفعة فلذلك يورث).

يستدل مما تقدم، . إن التكييف القانوني والشرعي للسرقفلية انها تعد صورة من صور التنازل عن منفعة الأشياء لقاء عوض مالي يتفق عليه المتنازل والمتنازل له، وذلك حسب الموقع الجغرافي للمنفعة المتنازلة عنها ومزاياها الأخرى فيها. وسواء أكان المتنازل مالكا للرقبة ام غير مالك لها.

المبحث الثاني

أحكام السرقفلية وإثباتها

للسرقفلية حالات متعددة، فقد يأخذ المالك بدل السرقفلية من المستأجر، ويحصل إن يأخذ المستأجر من المالك، كما يتوقع إن يأخذ بدل السرقفلية المستأجر القديم من المستأجر الجديد، ولكل حالة تقدم ذكرها حكمها الخاص بها. كما إن لإثبات السرقفلية أهمية كبيرة بين المتعاقدين وأمام القضاء إذ يسهل معرفة صاحب الحق من عدمه، كما إن المطالبة بالحقوق ينبغي إن يكون ذلك خلال مدة محدودة، لحماية الغير حسن النية ولإستقرار المعاملات. ولغرض تسليط الضوء على أحكام السرقفلية وإثباتها سيتم تقسيم هذا المبحث على المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: أحكام السرقفلية.

المطلب الثاني: إثبات السرقفلية.

المطلب الأول

أحكام السرقفلية

للتعرف على احكام السرقفلية في القانون المدني العراقي وقانون ايجار العقار ومن ثم في الفقه الاسلامي لابد من تخصيص الفرعين الاتيين لها :

الفرع الاول : احكام السرقفلية في القانون المدني العراقي وقانون ايجار العقار .

الفرع الثاني : احكام السرقفلية في الفقه الاسلامي .

الفرع الأول

أحكام السرقفلية في القانون المدني العراقي وقانون ايجار العقار

لقد أجاز القانون المدني العراقي التعامل بالسرقفلية، إذ أجاز للمستأجر التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، حيث جاء في نص المادة (٧٧٥) منه ما يأتي: (١). للمستأجر إن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول، وله كذلك إن يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة كل هذا ما لم

يقض الاتفاق أو العرف بغيره ٢. فإذا اشترط المؤجر عدم قيام المستاجر بايجار العين أو تنازله عنها للغير إلا بموافقة المؤجر فلا يجوز لهذا الأخير إن يمتنع عن الموافقة إلا لسبب مشروع).

وقد سار القضاء العراقي في هذه المرحلة على وفق منهج القانون المدني وذلك بإجازته بدل السرقة بصفة 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) انه لمالك المنفعة حق التأجير للمدة التي يكون المأجور خلالها تحت انتقاعه حتى ولو لم يكن مالاً له.

وفي قرار آخر^(٢) ذهبت المحكمة نفسها إلى: (القول بان السرقة مخالفة لإحكام قانون مراقبة إجارة العقار فغير وارد، لان 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 إن 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 لمحكمة التمييز^(٣) 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^(٤) 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 يجب رده إلى صاحبه. وفي هذا الصدد ذهبت محكمة

(١) قرار رقم ٦٠٧/حقوقية/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.

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

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

التمييز في قرار لها^(٤) إلى إن المبلغ المدفوع باسم السرقة الذي هو لقاء تنازل المستأجر عن منفعة العقار المأجور لمستأجر آخر وتمكينه من الانتفاع به مدة العقد، فإن بدل السرقة هذا يدور مع عقد الإيجار وجوداً وهدماً، فإذا فسخ عقد الإيجار لسبب ما فإن بدل السرقة يفسخ معه وذلك لاستحالة التنفيذ الراجع إلى انعدام 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^(١) أنه 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 إن القضاء العراقي أجاز التعامل بالسرقة بموجب الفقرتين الأولى والثانية من المادة (٧٧٥) من القانون المدني. وبما إن السرقة تعد حقاً من حقوق الانتفاع فعليه يجوز لمالكها إن يتصرف بملكية المنفعة بجميع التصرفات كأن ينتازل 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 الموجود في القانون المدني العراقي، فحظر قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة 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 التغيرات فقد جعل المشرع عقود الإيجار تمتد بحكم القانون بعد انتهاء مدتها مادام المستأجر شاغلاً للعقار ومستمراً على دفع الأجرة^(٢).

ومن المؤجر من إنهاء العقد أو زيادة بدل الإيجار، لذلك منع المستأجر من التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار للغير مهما كانت الأسباب. واستناداً

(٤) قرار رقم ١٥٤٩/١٠٤٩/١٠٤٩ في ١٩٦٨/٧/٢٠ قضاء محكمة التمييز، المجلد السادس، المصدر السابق، ص ١٩٤. وقرار رقم ١٨ و ٧٩/مدنية أولى/١٩٧١ في ١٩٧١/٦/١٠، النشرة القضائية، العدد الثاني السنة الثانية، ١٩٧٢، ص ١٣٦.

(١) قرار رقم ٧٩٤/٧٩٤/١٠٤٩ في ١٩٧٨/٥/٢٧ مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة التاسعة، ١٩٧٨، ص ٢٣١.

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

إلى ما تقدم فقد نص المشرع على انه: (لا يجوز للمؤجر أو المستأجر أو الوسيط أو أي شخص آخر إن يحصل على أي مال أو منفعة خارج نطاق عقد الإيجار المبرم وفق أحكام القانون ولا يشمل ذلك ما يستحقه الدلال المجاز من اجر)^(٣). 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 بذوي العلاقة أضرار لا مبرر لها).

وهناك من يرى^(١) إن المشرع العراقي منع اخذ أو إعطاء مبلغ السرقة مهما كانت الأسباب خارج نطاق عقد الإيجار المبرم على 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 إن يسترده على أساس الكسب من دون سبب مشروع الذي لا يقره القانون^(٢). والعبرة بتقدير الإثراء وقت تحققه لا وقت رفع الدعوى ولا في وقت إصدار الحكم^(٣).

ولا تتفق مع الرأي المذكور آنفاً، لان بدل السرقة كما كيفاه سابقاً إنما هو مقابل لتنازل مالك المنفعة عن ملكية حقه في الانتفاع بالمأجور وهو من الحقوق العينية التي تخول صاحبها مطلق التصرف هذا من جانب. كما إن محكمة تمييز العراق ذهبت في قرار لها^(٤) إلى إن العرف قد جرى على إجازة التعامل بالسرقة، ولم يمنع قانون إجارة العقار تدوير المأجور باسم السرقة عند موافقة المؤجر. وكما نعلم إن العرف هو المصدر الثاني للقانون من بعد التشريع بموجب الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني. فضلاً عن أن الفقه الإسلامي أجاز السرقة. كل ذلك إذا كان حق المستأجر باقي في المأجور بقاء مدة الإيجار وهذا من جانب آخر.

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

(١) المحامي جمعة سعدون الربيعي، المصدر السابق، ص ٢٦ و ٣٩.

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

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

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

ويلاحظ إن القانون العراقي قد فرض مسؤولية مدنية وعقوبة جزائية على كل من المؤجر والمستأجر والوسيط بينهما أو أي شخص آخر في حالة مخالفتهم لإحكام قانون إيجار العقار. فعلى الرغم من إجازة القانون المدني السرقلية وفق المادة (٧٧٥) منه، إلا انه في ناحية توجيه السرقلية باتجاه العمل غير المشروع الذي لا يقره القانون ولاسيما بعد صدور قانون إيجار العقار المعدل، وذلك استناداً إلى إحكام الفقرة الثانية من المادة (٢٠٩) من القانون المدني التي تنص على انه: (٢). ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناء على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو إن 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 العراقي السرقلية وضع لها عقاباً جزائياً، حيث نص على انه: (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)^(١).

يتضح مما تقدم أن حكم النص العقابي يقتصر على العقارات المشمولة على وفق أحكام قانون إيجار العقار استناداً إلى الفقرة الأولى من المادة الثالثة والعشرين 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 فانه يستحق العقاب المذكور آنفاً. وفي هذه الحالة فقد أوكلت المادة (٢٤) من قانون إيجار العقار إلى دوائر ضريبة العقار مهمة اتخاذ الإجراءات القانونية بحق المخالفين لأحكام هذا القانون وذلك بعد إشعار صاحب العلاقة لدائرة الضريبة بوقوع المخالفة. إذ قضت صراحة بان: (تتوالى دوائر ضريبة العقار تنفيذ هذا القانون وإخبار الادعاء العام عن المخالفين لأحكامه).

الفرع الثاني

أحكام السرقلية في الفقه الإسلامي

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

بيننا سابقا أن السرقلية 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 للسرقلية في المقاصد الثلاثة الآتية:

المقصد الأول: اتفاق المالك المؤجر والمستأجر على بدل السرقلية.

المقصد الثاني: اتفاق المستأجر والمالك المؤجر على بدل السرقلية.

المقصد الثالث: اتفاق المستأجر الأول والمستأجر اللاحق على بدل السرقلية.

المقصد الأول

اتفاق المالك المؤجر والمستأجر على بدل السرقلية

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^(١) بشأن بدل السرقلية جاء فيها ما يأتي: (إذا اتفق المالك والمستأجر على أن يدفع المستأجر للمالك مبلغاً مقطوعاً زائداً عن الأجرة الدورية - وهو ما يسمى في بعض البلاد خلواً - فلا مانع شرعاً من دفع هذا المبلغ المقطوع على أن يعد جزءاً من أجرة المدة المتفق عليها، وفي حالة الفسخ تطبق على هذا المبلغ أحكام الأجرة).

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

(١) فتوى رقم (٩٥٢٨) بخصوص (بدل السرقلية) بموجب قرار رقم (٦) دورة المؤتمر الرابع بجدة في المملكة العربية السعودية من (١٨-٢٢) جمادى الآخرة ١٤٠٨هـ، الموافق ٦-١٢ شباط ١٩٨٨م، ص ١ في الانترنت على الموقع الآتي

www.asmilies.com/ra/index.php?send=606/code

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

www.algabas.com.kw

كما أن الفقه الجعفري أجاز هذا النوع من حالات السرقة، حيث جاء في إحدى المسائل الفقهية^(٢) 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 ليدفع 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 بأمس الحاجة إلى مال ليبنى فيه أرضه، أو إذا كانت هناك قوانين وضعية تحد من حق المالك المؤجر في إيجار عقاره باجرة المثل وتلزمه بتسعيرة جبرية أو تحد من حقه في إخلاء العين للمستأجرة. 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.

فإن كل ذلك يكون دافعاً للمالك المؤجر لطلب بدل السرقة من المستأجر، وذلك لأن المنافع تعد أموالاً. ولاشك أن الموقع التجاري المتميز يمثل منفعة من منافع الإنسان فتعد بذلك مالا تجوز المعاوضة عنه شرعاً كما أن العرف العام جرى على اعتبار 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 قواعد العامة^(١).

يستدل مما تقدم انه يجوز للمؤجر أن يبيع منفعته للمستأجر، لأنه مالك لتلك المنفعة، ومن حقه أن يتنازل عنها مقابل عوض يدفعه إليه المستأجر.

المقصود 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:

(٢) الشيخ يوسف الصانعي، مصباح المقلدين في احكام السرقة مسألة رقم (٢٢٣٦) ، فقه الثقلين في الانترنت، ص ١ على الموقع الآتي:

www.fegh.org/ar/index.htm

(١) 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 ويفرض إخلاء العين المستأجرة. ففي هذه الحالة هل يجوز للمستأجر اخذ بدل السرقة من المالك المؤجر مقابل فسخ العقد؟. للفقهاء في ذلك قولان^(٢) 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 أن 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 البدل أم أقل منه.

وقد اخذ المشرع العراقي بالقول الثاني إذ نص على أن (الإقالة في حق المتعاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد)^(٣). ونتفق مع الرأي القائل^(١): بأنه يمكن الأخذ بالقول الثاني في مثل هذه الحالة بحيث يجوز للمستأجر إذا فسخ الإيجار بطلب من المالك المؤجر أن يأخذ منه زيادة على البدل 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 بالسرقة من المالك المؤجر عن المدة المتبقية من مدة العقد مقابل فسخه قبل انتهاء المدة المتفق عليها أصلاً.

كما جاء في الفقه الجعفري^(٢) انه: (إذا اشترط المؤجر لنفسه حق الفسخ وقبل المستأجر ذلك بشرط أن يعطيه مقدار من المال بعنوان السرقة لو أراد

(٢) الشيخ علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، الجزء الخامس، دار الكتاب العربي، بيروت، ١٤٠٢ هـ، ١٩٨٢ م، ص ٣٠٦؛ وأبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، الأم، الجزء الثالث، مطبعة دار الشعب، مصر، ١٣٨٨ هـ، ١٩٦٨ م، ص ٦٧، وابن قدامة المقدسي، المغني، الجزء السادس، المصدر السابق، ص ١٩٩ - ٢٠٠.

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

(١) د. عبد الستار إبراهيم الهيتي، المصدر السابق، ص ٣٥٦.

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 اقل منه أم أكثر، حيث يكون بدل السرقة في هذه الحالة خاضعاً لقانون العرض والطلب^(٣).

وجاء في فتوى^(١) 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، فان 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^(٢) انه : (لو اشترط المستأجر على المؤجر في ضمن عقد الإجارة عدم رفع مال الإجارة إلى مدة، وعدم إخراجه 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

(٢) مسألة رقم (٢٣٥٤) الرسالة العملية توضح المسائل، ملحقات الإجارة، أحكام السرقة، ص ٢ في الانترنت على الموقع الأتي:

www.mohaqqaboli.org/resaleh-a/index.htm

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

(١) قرار رقم (٦) الدورة الرابعة بجدة صدر في ١٩٨٨/٨/٨، المصدر السابق، ص ١-٢.

(٢) الشيخ يوسف الصانعي مسألة رقم (٢٢٣٥) ، المصدر السابق، ص ١.

بإخلاء الدار أو المحل إلا بعد أن يدفع له المالك مبلغاً من المال دون رضاه ورغماً عنه^(٣).

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 شي 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)^(٤).

وهذا ما أكدته مجمع الفقه الإسلامي في قرار له^(١) حيث جاء فيه: (أما إذا انقضت مدة الإجارة، ولم يتجدد العقد صراحة أو ضمناً عن طريق 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^(٢) 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 هناك باطلة).

وبما أن ذلك يؤدي إلى مفاصد 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^(٣) الذي يقترح على المشرع تغيير القوانين التي ترعى مثل هذه الإيجارات وإبدالها بقوانين تنفق 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 والحيث 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

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

(٤) سورة البقرة، آية: ١٨٨.

(١) قرار رقم (٦) الدورة الرابعة صدر في ١٩٨٨/٨/٨، المصدر السابق، ص ٢.

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

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

فلا يضار المالك في بدل إيجار عقاره ولا يضار المستأجر عن طريق استغلال أصحاب الأملاك له.

المقصود الثالث

اتفاق المستأجر الأول والمستأجر اللاحق على بدل السرقة

للمستأجر الأول أن يأخذ بدل السرقة من المستأجر اللاحق لعدة أسباب أهمها:

السبب الأول: إن يكون المستأجر الأول قد ملك منفعة الخلو بطريقة مشروعة بان يكون قد تعاقد عليه مع المالك المؤجر تعاقدًا 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 يبيعه لمن يشاء أو أن يتصرف فيها بأي شكل يكون من التصرفات من هبة أو تنازل أو غير ذلك^(١).

وهناك من يرى^(٢) انه 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، لأن 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

(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) الدورة الرابعة بجدة صدر في ١٩٨٨/٨/٨، المصدر السابق، ص ٢.

والمستأجر الأول، ومراعاة ما تقتضي به القوانين النافذة الموافقة للأحكام الشرعية)

وجاء أيضاً في فتوى أخرى^(١) ما يلي: (فما يعرف ببيع المفتاح في بعض البلدان، وبدل الخلو أو خلو الرجل في بعضها، يجوز إذا كان على الصورة التالية: وهي أن يكون البائع مستأجراً 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 الأجرة نفسها 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، وإن يأخذ من المستأجر الجديد مقداراً بعنوان السرقلية).

السبب الثالث: أن لا يكون للمستأجر في المأجور خلو صحيح، وقد انتهت مدته التعاقدية الأصلية ولكنه استفاد 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).

(١) رقم الفتوى (٩٦٦٤)، عنوان الفتوى: بيع المفتاح أو بدل الخلو، تاريخ الفتوى ٢٣ جمادي الأولى ١٤٢٢، ص ١ في الانترنت على الموقع الآتي:

www.islamweb.net/hajj1425/part.php?vvpart=4658startno=18thelang=a

(٢) الشيخ يوسف الصانعي، مسألة رقم (٢٢٣٣)، المصدر السابق، ص ١.

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

وقد تضمن فتوى^(١) مجمع الفقه الإسلامي هذا حيث جاء فيه انه: (إذا تم الاتفاق بين المستأجر الأول والمستأجر الجديد بعد انقضاء المدة فلا يحل بدل الخلو لانقضاء حق المستأجر الأول في منفعة العين). وفي الوقت نفسه أفتى الفقه الجعفري^(٢) بأنه يحرم على المستأجر السابق الذي انتهت مدة إجارته أن يأخذ من الشخص الثاني الذي استأجر المحل بعنوان السرقة، 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^(٣) ، 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 على 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 السرقة حتى في العقارات الخاضعة لأحكام القانون المدني لا ينسجم مع ما استهدفه المشرع العراقي من منع اخذ بدل السرقة 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 على 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

(١) فتوى رقم (٦) الدورة الرابعة صدر في ٨/ ٨/ ١٩٨٨ ، المصدر السابق، ص٢.

(٢) مسألة رقم (٢٣٤٠) الرسالة العملية توضح المسائل، المصدر السابق، ص١.

(٣) لمزيد من التفاصيل ينظر استاذنا الدكتور جعفر الفضلي، المصدر السابق، ص٣٦٥.

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 الذي يجيز للمستأجر الاستمرار في عقده على الرغم من المالك فان هذا لا يعطيه الحق في تصرفه بالعين المستأجرة ولا يسوغ له هذا العمل، لأنه بذلك يكون قد أكل ثمرة جهد المالك بغير وجه حق^(١).

يستدل مما تقدم أن المشرع العراقي لم يعالج قضية السرقة بالسرقفة بالشكل المطلوب على الرغم من أهميتها. ومما يؤكد ضرورة معالجة الموضوع بنص واضح ومحدد في هذا المجال، هو أن التجار والمستثمرين يتعاملون بالسرقة على ارض الواقع. في حين 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 انه 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^(١).

وكذلك نص القاضي بان: (المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، والتعريف بالعرف كالتعريف بالنص، والمعروف بين التجار كالمشروط بينهم)^(٢). فانه يمكن الاستفادة من الفقه الإسلامي الذي عالج السرقة الذي تعارف عليها الناس وتعامل بها في تجارتهم وعقودهم المالية، فانه يمكن أن :

(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.

- أ. نقترح ضرورة اعتماد ضوابط الإيجار الشرعية التي توجب تحديد مدة الإيجار، وتحديد أجرها سنوياً ضماناً لتحقيق العدالة بين الطرفين، وتحقيقاً للمصلحة المعترية قانوناً وشرعاً وعملاً بقاعدة (لا ضرر ولا ضرار).
- ب. 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). لتعالج هذه المسألة المهمة والمستجدة في العرف التجاري • وذلك على النحو الآتي:
١. بدل السرقة (الخلو) مال يدفعه الشخص للمنتفع بالعقار (المالك أو المستأجر) مقابل تنازله عن حقه في الانتفاع به.
 ٢. للمالك أن يبيع حق الانتفاع إلى المستأجر بصفته مالكا لتلك المنفعة، ومن حقه أن يتنازل عنها مقابل عوض يدفعه إليه المستأجر.
 ٣. للمستأجر أن يأخذ بدل السرقة (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 السرقة (الخلو) مصدراً من مصادر الدخل، لذلك يستحسن فرض الضريبة على المتعاملين بها •

المطلب الثاني

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. وهنا قد يتساءل سائل كيف يمكن إثبات اخذ بدل السرقة من المؤجر أو المستأجر القديم؟.

لقد نص المشرع العراقي على انه: (يجوز إثبات وجود التصرف القانوني أو انقضائه بالشهادة إذا كانت قيمته لأتزيد 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).

واستناداً إلى النص المذكور فإنه يجب إثبات إعطاء بدل السرقلية 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 الفاضية بان: (البينة على من ادعى واليمين على من أنكر)^(٢).

ولا يجوز إثبات بدل السرقلية بتوجيه اليمين الحاسمة، لأن واقعة السرقلية مخالفة للنظام العام^(١). وفي هذا المعنى ذهب القضاء المصري إلى إن 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 إن يوجه اليمين الحاسمة إلى المدعي عليه بأنه لم يقبض المبلغ المطالب به مقابل خلو الرجل^(٢).

وهذا ما نص عليه المشرع العرقي من أنه: (يجوز إن توجه اليمين الحاسمة في أية واقعة كانت عليها الدعوى، إلا أنه لا يجوز توجيهها في واقعة مخالفة للنظام العام أو الآداب)^(٣).

ولما كانت بدل السرقلية 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 يذهب الرأي القائل^(٤) بأنه يمكن اعتبار السرقلية واقعة مادية يجوز إثباتها بجميع وسائل الإثبات بما فيها البينة الشخصية وليس تصرفاً قانونياً حتى يصار إلى إثباته بالبينة 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

(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 استأذنا الدكتور عباس العبيدي، 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.

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

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

ساعدنا المؤجر أو المستأجر القديم ومكناه من التحايل على المستأجر الجديد والالتفاف حول القانون واخذ بدل السرقة من دون مقابل.

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:

أولاً: النتائج:

١. إن قضية السرقة ابتدأت منذ القرن الثامن الهجري واستمرت تواكب التطور الاقتصادي الحاصل في المجتمعات الإسلامية ولاسيما 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 تكييف 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، لأن 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 للأخذ 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 بالسرقة 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 السرقة (الخلو) مال يدفعه الشخص للمنتفع بالعقار (المالك أو المستأجر) مقابل تنازله عن حقه في الانتفاع به.
 ٢. للمالك أن يبيع حق الانتفاع إلى المستأجر بصفته مالكا لتلك المنفعة، ومن حقه أن يتنازل عنها مقابل عوض يدفعه إليه المستأجر.
 ٣. للمستأجر أن يأخذ بدل السرقة (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 السرقة (الخلو) مصدراً من مصادر الدخل، لذلك يستحسن فرض الضريبة على المتعاملين به.

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، وصحاح 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 الخرخشي، الخرخشي 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. د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المسماة (البيع، الإيجار، المقاوله)، الطبعة الثانية، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، ١٤٢٦هـ، ٢٠٠٥م.
٢. المحامي جمعة سعدون العامري، السرقلية بين الشريعة والقانون، مطبعة الجاحظ، بغداد، ١٩٩٥.
٣. د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الإثبات العراقي، الطبعة الثانية، دار ابن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، ١٩٩٧.

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

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 (المقولة، 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، السرقة (الخلو)، في الانترنت على الموقع الآتي:
www.balagh.com/mosoa/feqh/u512by6k.htm-17k
٢. المحامي عبد الرحمن حاجي الزبياري، السرقة مدنياً وجزائياً، في الانترنت على الموقع الآتي:

www.sotakhr.com/2006/index.php?id=2293

سادساً: فتاوى ومسائل فقهية.

١. فتوى رقم (٩٥٢٨) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي، رقم (٦) الدورة الرابعة بتاريخ ١٩٨٨/٨/٨ 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/ra/index.php?sendto=606/code
٢. فتوى رقم (١٨٣٩) قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي رقم (٦) الدورة الرابعة بتاريخ ١٩٨٨/٨/٨ الصادر في ٢٧/٧/٢٠٠٧م بشأن بدل الخلو في الانترنت على الموقع الآتي:

www.islam-com/index.php?ref=1839&in=ara&+x+=c0/0d

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

www.islmweb.net/hajj1425/part.php/vvpart=18thelang=a

٤. الشيخ يوسف الصانعي، مصباح المقلدين، مسائل في أحكام السرقة، فقه الثقلين للفقهاء الجعفري في الانترنت على الموقع الآتي:

www.fegh.org/ar/inedex.htm

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

[/resaleh-a/index101.htm](http://resaleh-a/index101.htm) 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: ألقوانين.

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل طبعة سنة ٢٠٠٥.

٢. قانون إيجار مراقبة العقار رقم (٦) لسنة ١٩٥٨ المعدل.

٣. قانون التسجيل العقاري رقم (٤٣) لسنة ١٩٧١ المعدل.

٤. قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ المعدل.

٥. قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل طبعة سنة ٢٠٠٠.

٦. قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل طبعة سنة ٢٠٠٠.