



Penal treatment for the extraction of financial rights "a fundamental philosophical study"

¹ **a.m.d. Hashem Muhammad Ahmed Al-Juhailshi**

'Head of the Law Department/ Al-Hadbaa University College

Abstract:

1: Email:

2: Email:

There is no society without governing legal rules that regulate social life in all its details, including the conflicting financial relations between its members. However, those rules may not bear fruit by restoring rights to their people except after effort, time, and lengthy procedures in the corridors of the civil courts, and perhaps criminal ones at times. Then, after ruling in favor of the owner of the money in one of the named contracts or any of the netting contracts or one of the commercial transactions, the judiciary will rule to pay the financial right in comfortable installments according to the debtor's financial capacity, through the enforcement departments that many specialists call the "debt graveyard", Which causes him great harm and converts the amount subject of the lawsuit into daily expenses, which may prompt the creditor to resort to behaviors that are considered legitimate and unproblematic. However, in the view of the legislator, they are illegal behaviors that may be classified among the crimes related to money, such as theft, embezzlement, usurpation of funds, fraud, and the like.

DOI

Submitted: 05/5/2023

Accepted: 16/5/2023

Published: 26/6/2023

Keywords:

financial rights.

Debt.

penal treatment.

practical basis.

©Authors, 2023, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>).



المعالجة الجزائية لانتزاع الحقوق المالية "دراسة فلسفية تأصيلية"
أ.م.د. هاشم محمد أحمد الجحيشي أستاذ القانون الجنائي المساعد
رئيس قسم القانون/ كلية الحدياء الجامعة

الملخص:

لا يوجد مجتمع من غير قواعد قانونية حاکمة تنظم الحياة الاجتماعية في جميع تفاصيلها، ومنها العلاقات المالية المتعارضة بين أفرادها، إلا أن تلك القواعد قد لا تؤدي ثمارها بإعادة الحقوق إلى أهلها إلا بعد جهد ووقت وإجراءات مطولة في أروقة المحاكم المدنية، وربما الجزائية في بعض الأحيان، ثم بعد الحكم لصالح صاحب المال في أحد العقود المسماة أو أي عقد من عقود المعاوضة أو أحد التعاملات التجارية سوف يحكم القضاء بدفع الحق المالي على أقساط مريحة وفقاً لإمكانية المدين المالية، من خلال دوائر التنفيذ الذي يُطلق عليها الكثير من المختصين "مقبرة الديون"، الأمر الذي يلحق به ضرراً كبيراً ويحول المبلغ موضوع الدعوى إلى مصاريف يومية، وهو ما قد يدفع الدائن إلى اللجوء إلى سلوكيات تُعد في نظره مشروعة لا إشكال فيها؛ ولكنها في نظر المشرع سلوكيات غير مشروعة قد تصنف من ضمن الجرائم الماسة بالأموال كالسرقة والاختلاس واغتصاب الأموال والاحتيال ونحوها، تلك السلوكيات التي حاولنا أن نجد أساساً لشرعنتها متى ما تم ممارستها وفقاً للضوابط التي اقترحناها وبالشروط التي طرحتها.

الكلمات المفتاحية: (الحقوق المالية ، الدين ، المعالجة الجزائية ، الأساس العملي).

المقدمة

أولاً/ التعريف بالدراسة:

يثير موضوع عزوف بعض أبناء المجتمع عن القضاء المختص للحصول على حقوقهم المالية المستحقة الدفع لهم من قبل المدينين بها الكثير من الجدل الفقهي، إذ نجد كثير منهم يميل إلى سلك طرق متعددة الوسائل والأساليب لا تتسجم مع ما تقضي به القواعد القانونية الحاكمة المنظمة للعلاقات المالية بين المتخاصمين، بل قد ترقى إلى درجة الجريمة الجنائية في غالبية الأحوال، الأمر الذي يجعل من صاحب الحق مجرماً مكبلاً بالأغلال؛ وهو الذي ربما قد أقرض أمواله للمدين الممتنع عن رد المال قرضة حسنة، فهل يصبح جزاء الإحسان النكران مع العقوبة الجزائية بدلاً من الإحسان؟ أو يتحمل الضرر الكبير الذي يلحق به نتيجة المماطلة في استعادة حقه أو تسديدة على اقساط طويلة الأمد قد تصل إلى سنوات، لكون المدين مُعسراً أو أنه نجح في تهريب أمواله من وجه العدالة أو نقلها صورياً إلى غيره بطريقة أو بأخرى وهو ما يحول من دون حجزها والتنفيذ عليها لصالح صاحب الحق فيها، هذه الأفكار الفلسفية وغيرها هي محور بحثنا الذي وسمناه بـ : (المعالجة الجزائية لانتزاع الحقوق المالية) "دراسة فلسفية تأصيلية".

ثانياً/ أهمية الدراسة:

تتمثل أهمية هذه الدراسة في محاولة الوصول إلى الحقيقة القانونية والواقعية لمسألة انتزاع الحقوق المالية المستحقة من جانب أهلها، وكشف الملابسات التي قد تعترئها، وأثر وجود الحق على السلوكيات التي أتاها صاحب المال من حيث درجة المسؤولية التي تترتب على عاتقه وصورة الجزاء الجنائي التي قد يقع عليه تحملها، ومدى إمكانية معالجة هذه المشكلة التي يعاني منها أصحاب الحقوق بصورة يومية بشكل يجنبهم الضرر والمسؤولية الجزائية معاً.

ثالثاً/ إشكالية الدراسة:

تكمن إشكالية الدراسة في وجود تعقيدات كثيرة في سبيل استرجاع الحقوق المالية من قبل أصحابها بالطرق التي رسمها القانون، إذ يتوجب على مالك المال مراجعة المحاكم المختصة، والكل يعلم أن المحكمة لا تفصل في المسألة إلا من خلال الخصومة، ووسيلة تلك الخصومة هي الدعوى بكل ما تتضمنه من تفاصيل من مراعاة للتوقيعات القضائية وإجراءات يتوجب القيام بها ومنها تقديم الأدلة على

- صدق ما يدعيه صاحب المال، ومن ثم الحكم لصالحه إن كانت ادعاءاته مُحقة، ثم بعدها يتم تقدير الملاءة المالية للمدين بدفع المال والتي على أساسها يُقدر القاضي المبلغ الذي يستطيع دفعه في مواعيد محددة قد تصل إلى سنوات، وهو ما يُلحق بصاحب المال ضرراً كبيراً؛ الأمر الذي يُجبره إلى طريق مختصرة في الوصول إلى حقه المالي من دون مراعات السياقات القانونية؛ وإنما بالاعتماد على قدراته الشخصية من دون اللجوء إلى السلطات العامة المختصة، وحتى تكتمل الفكرة التي تقوم عليها إشكالية الدراسة فلا بدّ من أن نحاول الإجابة عن التساؤلات الآتية:
١. ماذا يعني انتزاع الحقوق المالية؟ وما هو أثر إقرار من انتزع منه المال بحق المُنتزع في فيه من وجهة النظر الجزائية في حال تم تحريك دعوى على المُنتزع؟
 ٢. هل لصاحب المال المُنتزع الحق في التمسك بحق الدفاع الشرعي في حال وقع منه اعتداء على من انتزع المال من يده؟
 ٣. هل أن قيمة الحق فوق القاعدة القانونية؟ أم أن القاعدة القانونية أسمى وأعلى من قيمة الحق؟ وهل تبرر الغاية الوسيلة في هذا المجال أم لا؟
 ٤. هل أن دور القضاء يكمن في إيصال الحقوق إلى أهلها؟ أم مجرد تطبيق القانون حرفياً من دون الالتفات إلى حقيقة الحق في الدعوى ولا إلى روح النص؟
 ٥. ما هي الفلسفة التي بُنيت عليها مسألة إعادة الحقوق إلى أهلها؟ وما هي الأسس التي قامت عليها تلك الفلسفة؟
 ٦. هل هنالك من علاقة بين انتزاع الحقوق المالية وقاعدة الجواز الشرعي ينافي الضمان؟ وإن وجدت فما هو أثرها على سلوك صاحب الحق؟
 ٧. هل من ربط بين انتزاع الحقوق المالية والقاعدة الفقهية لا ضرر ولا ضرار؟ وإذا كان الجواب بالإيجاب؛ فما هي النتيجة العملية؟
- رابعاً منهجية الدراسة:**

لأجل بلوغ الغاية التي نقصدها من وراء البحث فقد ارتأينا أن اعتماد المنهج الاستقرائي الفلسفي التأصيلي هو الأفضل في كتابة موضوع دراستنا هذه من خلال تجميع الجزئيات المتناثرة في بطون المؤلفات ذات العلاقة مع قراءة النصوص القانونية والشرعية التي لها علاقة بموضوع الدراسة، ثم بيان الآراء الفقهية التي طرحت حولها ومناقشتها للوقوف على الرأي الراجح منها.

خامساً/ نطاق الدراسة:

يمكن أن نحدد نطاق دراستنا هذه من ناحيتين، الأولى: من حيث موضوع الدراسة التي سينصب على بيان المعالجة الجزائية للسلوكيات التي يكون موضوعا انتزاع صاحب المال حقه ممن امتنع عن رده بعد حلول موعد الاستحقاق وبيان الجانب الفلسفي التأصيلي لحق الدولة في رد الحقوق وعلاقته بحق الملكية ونحوها، والثانية: من حيث التشريعات الجزائية محل الدراسة، والتي ستركز على القواعد القانونية الدستورية والعادية النافذة في الدولة العراقية مع قواعد الشريعة الدولية ذات الصلة وكذلك أحكام التشريع الجنائي الإسلامي في هذا الشأن.

سادساً/ هيكلية الدراسة:

من أجل الإحاطة بموضوع البحث وإعطاءه حقة من الدراسة فقد قسمناه على مبحثين، خصصنا الأول للوقوف على الفلسفة القانونية في مجال انتزاع الحقوق المالية من غير طريق القضاء، وتركنا الثاني لبيان الأسس العملية لانتزاع الحقوق المالية والأصول الشرعية في التعامل مع استرداد الحقوق المالية بطريقة غير أصولية.

I. المبحث الأول**الفلسفة القانونية في انتزاع الحقوق المالية**

حتى نقف على الفلسفة القانونية التي تقوم عليها مسألة انتزاع الحقوق المالية في الدولة الحديثة اليوم؛ لا بدّ من مناقشة بعض الأفكار الأساسية التي بُنيت عليها مُرتكزات التعامل مع تعارض الحقوق وتنازعها بين أبناء المجتمع من جهة وتعارضها مع المصلحة العامة من جهة ثانية، ابتداءً من النظريات التي قامت على أساسها الدولة، ثم المكانة الحقيقية للحق في سلم أولويات الفرد والمجتمع، وعلاقة الحق بالقانون، هل هو أسمى من القانون أم أن للمسألة تفصيل آخر؟ ثم الوقوف على خلاصة النظريات التي لها علاقة بالتعسف في استخدام الحق ودرجة علاقته بانتزاع الحقوق المالية من غير طريق القضاء، ثم هل هنالك من علاقة بين انتزاع الحقوق ونظرية رجحان الحق؟ وهل لوجود الحق من أثر على التعامل مع صاحب الحق الذي انتزع حقه بجهود ذاتية بعيداً عن ساحة القضاء كما هو الحال بالنسبة للدفاع الشرعي؟ وهل هنالك من إمكانية لتنظيم مثل تلك السلوكيات المُحقة بنصوص مُشرعة واضحة وصريحة؟ هذه التساؤلات الفلسفية وغيرها هي ما

سنحاول الإجابة عليها في هذا المطلب الأول، ثم نقف في نهاية المبحث على الأسس العملية والعلمية لفلسفة انتزاع الحقوق المالية خارج نطاق الأطر القانونية في المطلب الثاني، وكما يأتي:

I.أ.المطلب الأول

العلاقة الجدلية بين الحق والقانون

إن دراسة العلاقة بين الحق والقانون يتطلب منا أن نحدد مفهوم كلاً منهما؛ لأن المفاهيم تعد بمثابة مفاتيح الدخول الصحيح إلى بيان نوع العلاقة وطبيعتها وحدودها، فالثابت أن القانون ضرورة اجتماعية لا يمكن لحال المجتمع أن يستقيم من دون وجوده والالتزام بأحكامه، كما أن القانون لا وجود له من دون وجود المجتمع المنظم (الدولة بالمفهوم الحديث)، فمن دون الأخير على من سيطبق القانون؟ ومن الذي سيطبقه ويضمن احترامه؟ ذلك المجتمع الذي كان أفرادهُ مشنتين في معيشتهم ومتفرقين لا يعيشون تحت مظلة سلطة حاكمة واحدة ملتزمة بتطبيق قواعد قانونية واضحة، الحالة التي انعكست على عملية استيفاء الحقوق التي كانت تقع بجهود ذاتية في بادئ الأمر ثم تطورت إلى أخذ الحقوق عن طريق قواعد وأعراف قبلية بعد عرض المشكلة على عوارف وقضاة ومحكمين مشهود لهم بالعدل والمعرفة والفراسة والحنكة في مجال الفصل في المنازعات وإيصال الحقوق إلى أصحابها بأيسر الطرق وأقلها تكلفة، ثم تطور الحال وانتقلت غالبية تلك المسائل إن لم نقل جميعها إلى سلطات الدولة، إذ الحق موجود منذ وجد الإنسان على هذه البسيطة وقبل وجود الدولة القانونية المعروفة اليوم، ومع ذلك فإن العلاقة بين الحق والقانون لا تزال جدلية وتثير الكثير من التساؤلات، وهو ما سنُخرج عليه فيما يأتي:

I.أ.١.الفرع الأول

التعريف بالحق والقانون

نقول إن تعريفنا للحق والقانون سيكون من الزاوية التي تتوافق مع موضوع دراستنا؛ أي أننا لن نتوسع في سرد التعريفات وفقاً للمذاهب والنظريات التقليدية التي ناقشت جميع التفاصيل التي تتعلق بالحق والقانون، إذ ليست غايتنا تعريف الحق ولا القانون ولا هما موضوعنا، ولكننا مجبرين على المرور بهما؛ لكونهما الأساس الذي تبنى عليه جميع الأحكام المتعلقة بالحق وحمايته وكفالة التمتع به من دون منغصات غاية وجود القاعدة القانونية؛ وعليه فإننا سنتطرق

لتعريفهما بصورة دقيقة مركزة ونحيل من يُريد الاستزادة بشأن مفهوم الحق ومفهوم القانون إلى المصادر المتخصصة^(١)، وكما يأتي:

أولاً/ تعريف الحق: والتزاماً منا بالتحديد الذي طرحناه في أعلاه، نرى أن أقرب مفهوم للحق من جهة موضوع بحثنا ما قال به أحد الفقهاء المعاصرين عندما عرفه بشكل يجمع بين ما ذهب إليه أنصار القانون الطبيعي وأنصار القانون الوضعي من دون أن يُرجح أحدهما على الآخر، فالحق هو: (حالة ترتبط بكيان الإنسان كونه عضواً في جماعة لا يستقيم إلا أن يعيش في كنفها، كما أن ما مُقرر للإنسان من حقوق، هي مقررة له ابتداءً، ليس للقانون سوى الكشف عنها)^(٢)، وبالرغم من أن هذا التعريف من الوضوح الذي لا يحتاج معه إلى بيان، إلا أن صاحبه أرفده بالإيضاح ولا نرى بأساً في ذلك بل نتفق معه ونزيد عليه، إذ من خلال هذا التعريف يتضح بأن خارطة الحق بالشكل الآتي: أول خط بعيد عن أفكار المدرسة الطبيعية قريب من أفكار المدرسة الوضعية الاجتماعية^(٣)، ويتمثل بالتلازم الحتمي بين الحق والدخول تحت مظلة المجتمع المنظم (الدولة)، فالإنسان سيعد بلا شخصية إذا وجد خارج المجتمع، فمع من سيتعامل وممن يأخذ حقوقه إذا لم يكن هنالك من يتعامل معه ويتبادل معه متعلقات الحياة البشرية، في حين أن الخط الثاني قريب من أفكار المدرسة الطبيعية بعيد عن أفكار المدرسة الوضعية الاجتماعية^(٤)، ولم لا منطوقه يدل دلالة جلية على أن الحق ولد قبل وجود القانون، بل لا نبالغ إن قلنا أن الحق ولد مع ولادة صاحبه الإنسان، فالأخير كان يملك الحق قبل قبول دخوله في بودقة المجتمع، فهي ملازمة لشخصه ويملكها لأنه إنسان، هو بذلك قد ولد قبل ولادة المجتمع ومن باب أولى قبل ولادة القاعدة القانونية التي وجدت من أجل حمايته وضمان التمتع به كاملاً غير منقوص^(٥).

(١) يُنظر: د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية- النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق-، ط٢، (بيروت: مكتبة مكاوي، ١٩٧٥)، ص٤٤٤-٤٧٥؛ د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، ط٥، (من دون دار نشر: ١٩٩٧)، ص٢٦٠-٢٥٥.

(٢) د. محمد سليمان الأحمد، "فكرة سمو الحق على القانون"، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، مملكة البحرين، العدد الخامس، (٢٠٢٢): ص٧٩.

(٣) للمزيد يُنظر: د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني- النظرية العامة للحق-، (بيروت: الدار الجامعية دون سنة نشر)، ص١٢.

(٤) للمزيد يُنظر: د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، ط٢، (عمان: دار الثقافة للنشر، ٢٠١١)، ص٧٦-٩٦.

(٥) د. محمد سليمان الأحمد، فكرة سمو الحق على القانون، المصدر سابق، ص٧٩.

ثانياً/ تعريف القانون: يُعرف القانون بأنه مجموعة قواعد سلوك اجتماعية عامة مجردة مُلزِمة تنظم الروابط بين الأشخاص في المجتمع، وتكون مقترنة بجزاء تفرضه السلطة العامة على من يخرج عن حكمه بما تملكه من سلطة قهر في مواجهة أفراد المجتمع الخاضع لها^(١)؛ فالقانون وفقاً لهذا التحديد يرمي إلى تنظيم المجتمع تنظيمًا من شأنه العمل على تحقيق الخير العام للأفراد، وضمان المصلحة العامة للمجموع، كما انه يعمل من جهة أخرى على صيانة حقوق الأفراد ومصالحهم الخاصة؛ لأن الإنسان لا يستطيع العيش إلا في المجتمع، وإن قيام الأخير على أساس النظام والاستقرار يستلزم وضع قواعد عامة ياتمر بها الأفراد، بغية إقامة التوازن بين الحقوق المتعارضة المتضاربة، فيحل بعد ذلك النظام بدلاً من الفوضى والانفلات^(٢).

ومما تقدم يتضح أن العلاقة بين الحق والقانون علاقة أزلية لا يمكن لها أن تنفك، مع التسليم مقدماً ومن دون أدنى شك بأن الحق أقدم من القانون وسبب وجوده، بل وأقدم من المجتمع ذاته الذي قَبِلَ الإنسان الدخول تحت مظلته من أجل التمتع بحقوقه وإشباع غرائزه التي تتفرع عنها، وبناءً على هذا التحليل الفلسفي يمكن القول: بأن القانون هو الذي يتبع الحق ويقتفي أثره في جميع تفاصيله وأحكامه وليس العكس، ومن ثم لن نتردد في أن نقول أن الحق هو السيد وهو أسمى وأعلى من القانون الذي شرع لخدمته وتأمين مُتطلبات التمتع به على اتم وجه، أي أن العلاقة بين الحق والقانون هي علاقة سيد مطلق في مواجهة خادم مطيع، وكيف لا يكون الحال كذلك؟! ومن يوجد أولاً يسمو ويعلو على من يوجد لاحقاً من أجل تأمين الأول، كما إن الحق هو الغاية والقانون هو الوسيلة، والغاية بلا مُنازع تسمو وتعلو على الوسيلة^(٣).

كما أن القانون لا يهتم بالرابطة السببية بقدر اهتمامه برابط الوسيلة بالغاية، وهو وإن كان يُعنى بالرابطة السببية، فهو يُعنى بها لغايةٍ تتمثل بتحديد درجة مسؤولية من أقدم على ارتكاب السلوكيات الضارة؛ لأجل تحديد مقدار التعويض

(١) يُنظر: عبد الباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، (بيروت: العاتك لصناعة الكتاب، من دون تاريخ نشر)، ص ٣١.

(٢) يُنظر: د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، مصدر سابق، ص ١٥.

(٣) يُنظر: د. محمد سليمان الأحمد، فكرة سمو الحق على القانون، المصدر السابق، ص ٨١.

الذي يستحقه من وقع عليه الضرر أو مسّ بأحد حقوقه^(١)، وبذلك نصل إلى نتيجة يقينية تتفق تماماً مع الغاية من وجود القاعدة القانونية، ألا وهي حماية الحقوق التي وجدت القاعدة القانونية لأجل حمايتها والذود عنها، وما الحق الذي ينشأ عن الجريمة للمضروور منها إلا ردة فعل طبيعية ملازمة للحق ذاته ومتفقة مع طبيعته^(٢).

I. أ. ٢. الفرع الثاني

المشكلة التي يُثيرها انتزاع الحقوق المالية والحلول المقترحة لمعالجتها

تتمثل المشكلة الأساسية التي يثيرها انتزاع الحقوق المالية من قبل صاحب الحق في أن سلوكه غير مشروع من الوجهة الجزائية، أي أن سلوكه يشكل جريمة؛ الأمر الذي يترتب عليه دخول صاحب الحق تحت مظلة التجريم والعقاب، بمعنى أنه بات مجرمًا بعد أن كان صاحب حق، وهو ما يلحق به ضرراً مضاعفاً، وكيف لا؟ وهو قد لوث صحيفته البيضاء جزائياً ولطخها بالسواد، من دون أن يحقق الغاية التي دفعته إلى سلوكه المتمثل باستعادة مبلغ دينه من دون تفويت مصلحته في استرجاعه كاملاً.

وفي فلكِ المشكلة أعلاه؛ فإننا نحتاج إلى حلول أو فتاوى قانونية تسعفنا في حللت مفاصلها بشكل لا يلحق ضرراً بطرفي المشكلة من الناحية المادية؛ وتدفع عن صاحب الحق غمامة دخوله في دائرة القواعد الجزائية، ولا سيما أن الواقع العملي للمشكلة يبدأ مدنياً بعلاقة المديونية ثم يمر بمرحلة الدعوى الجزائية لينتهي بالتوجه إلى حل المشكلة بالوسائل الرضائية الاتفاقية، فالمشكلة بدأت وانتهت بصورة اتفاقية رضائية وإن توسطتها وسائل جزائية، تلك الوسائل التي عادةً ما يترتب عليه إلحاق ضرر مزدوج بالدائن صاحب الحق، وإن كانت في أحيان أخرى تغلح في التوفيق بين طرفي المشكلة ودفعهم إلى الاتفاق الرضائي لدفع الحق المستحق.

فإذا كانت الحال كما وصفناها؛ فما هي النواة التي يجب أن ننطلق منها ونحن بصدد البحث عن الحل؟ نقول في الإجابة على مثل هذا التساؤل المنطقي:

(١) يُنظر: د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، ط١، (جامعة الموصل: مطبعة دار الحكمة، ١٩٩٠)، ص ١٩٥-٢٠٦.

(٢) يُنظر: د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، (مطبوعات جامعة الكويت: ١٩٧٠)، ص ٢٦.

إن الحل يمكن أن يوجد من خلال طرق عدة أبواب لأفكار قانونية يرى الباحث أنها قد ترشدنا إلى فتوى أو حل قانوني في نهاية المطاف، ويكفيها في مسعانا هذا أننا باحثين عن أيسر الحلول وأقلها ضرراً بالمجتمع ومعه أطراف المشكلة؛ فإن وجدنا شيء في هذا الشأن فتوفيق من الله سبحانه وتعالى، وإلا فيكفيها شرف المحاولة، فما هي تلك الأفكار التي يجب علينا طرق أبوابها؟ تلك الأفكار هي ما ستكون بحثنا فيما يأتي:

المقصد الأول/ التعسف في استخدام الحق:

في البدء لا بد من أن ننوه إلى أن استعمال الإنسان لحقوقه قبل المجتمع كانت مطلقة من كل قيد، وحتى بعد دخوله في المجتمع هنالك من يرى أن حقوقه مطلقة، ونقصد بذلك أنصار المذهب الفردي (الليبرالي)، وأن مصلحة الجماعة تتحقق عندما يكفل المجتمع لأفراده تحقيق مصالحهم ويرعاها، بل ويجب أن لا يخضع الفرد وهو يمارس حقوقه لأية رقابة، ومن باب أولى أن لا يكون بين مزاولة الحق وصاحبه أي عائق يحول من دون استعماله والتمتع بمزاياه، كما لا يجوز مسأله عما قد يترتب للغير من ضرر من جراء ذلك الاستعمال^(١).

وبناءً على الأفكار التي طرحها أنصار المذهب الليبرالي التي تُقدس الحقوق وتعلي من شأنها إلى درجة لا يُلتفت معها إلى أية حقوق اجتماعية، فالحق الفردي وحده هو من يجب وبشكل مطلق وأي شيء يتعارض معه أو يقف بين صاحب الحق وبين التمتع بحقه يجب أن يُزال، الأمر الذي يستحيل معه الكلام ولو همساً عن مسألة التعسف في استخدام الحق الذي نحن بصدد بيانه في هذه الفقرة من البحث.

غير أن أنصار المذهب الاجتماعي لم يرق لهم هذا الكلام ابداً، فردوا بالقول أن أساس قيام المجتمع وسبب تكوينه هي الجماعة ونظامها لا الفرد ولا حقوقه، بل وأنكروا وجود فكرة الحق من الأساس، وقالوا عنها: أنها مجرد وظيفة اجتماعية لا تخلع على صاحبها امتيازاً؛ وإنما تفرض عليه التزاماً، ولم يكتفوا بذلك وحسب؛ بل أنهم قالوا: أنه ليس لأحد حق إلا القيام بواجبه، أي أن صاحب الحق المزعوم؛ لا يعدو أن يكون إلا كموظف مسؤول عن أداء واجبات تلك الوظيفة كما حددتها الجماعة، كما يجب على صاحب الحق أن يسعى إلى تحقيق الصالح العام للجماعة

(١) يُنظر: د. منذر الشاوي، فلسفة القانون، مصدر سابق، ص ٣٠٥-٣٠٦.

التي ينتمي إليها من دون الالتفات لمصالحه الفردية؛ لكونها مُصادرة للمصلحة العامة، أي أنها غير موجودة^(١).

وهذا الرأي مغالي في إنكاره للحق ووجوده لحساب المصالح الاجتماعية أكثر من مغالاة المذهب الفردي في تقديسه للحقوق الفردية، فالمصلحة العامة المجتمعية لا يمكن ولا بأي حال من الأحوال أن تصدر المصلحة الفردية، كما لا يمكن التسليم بتاتاً بأن الإنسان الفرد قد ضحى بحقوقه الذاتية الفردية في سبيل المحافظة على المصلحة الاجتماعية العامة، فالكُل يعلم أن الإنسان قد قبل الدخول تحت مظلة الجماعة من أجل تأمين الحماية المجتمعية لحقوقه الفردية، بل والحصول على حقوق فوقها، هي الحقوق ذات الطابع الاجتماعي، وفي مقدمتها الحقوق السياسية التي تمنحه مزيداً من الامتيازات والحصانات وتعلي من شأنه بين أبناء مجتمعه والمجتمعات الأخرى؛ فإذا كانت غايات الإنسان وطموحاته بهذه الصورة، فيكيف يمكن الحديث عن إنكار الحقوق الفردية واستبدالها بأفكار أخرى، في حقيقتها لا تعدوا أن تكون ضرباً من التحايل والتلاعب بالمسميات من أجل تلافي الانتقادات التي وجهت لفكرة الحق، تلك الفكرة التي ولدة مع الإنسان ولا تزال ملازمة له وستبقى، والتي من أجل حمايتها وضمانها والزيادة عليها وجد المجتمع المنظم، لا من أجل النيل منها لا بالإنكار ولا حتى بالانتقاص من قدرها ولا مقدارها.

وبعد هذه المناقشة المركزة للأفكار التي قامت عليها المدارس التي كان مدارها الحق، نعود لنسأل عن العلاقة بين انتزاع الحقوق المالية من دون اللجوء إلى القضاء المختص ونظرية التعسف في استخدام الحق؟ وذلك لن يكون إلا بعد بيان مضمون النظرية وشروطها وحدودها، وكما يأتي:

أولاً/ تعريف التعسف في استخدام الحق: الأصل أن الحق يُمكن صاحبه من الاستفادة من حقه بالشكل الذي يروق له وأن يستعمله كيفما يشاء، من دون أن يكون مسؤولاً عن الضرر الذي قد يلحق بالآخرين طالما أنه لم يتعدى الحدود المرسومة له ولم يتجاوز النطاق المشروع، ومما لا شك فيه أن استعمال الحق إذا كان يحقق مصلحة لصاحبه فهو قد يتعارض في كثير من الأحيان مع مصالح بعض أفراد المجتمع بل وقد يلحق بهم ضرراً ، وليس من المنطق سؤال صاحب

(١) يُنظر: د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون - القسم الثاني -، ط٦، (الإسكندرية: مؤسسة المعارف، ١٩٩٣)، ص ٧٥٢.

الحق عن ذلك الضرر؛ وإلا لما أمكن لأحد أن يستعمل حقه على الوجه الصحيح ولفقدت الحقوق قيمتها وسبب وجودها؛ فالدائن الذي يستعمل حقه في الحجز على أموال مدينه من أجل الحصول على مبلغ دينه قد يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمدين وأسرته ودائنيه الآخرين بانتقاصه من الذمة المالية للمدين، فهل مثل هذا الدائن يُسأل عن الضرر الذي تسبب به؟ لا، لا يُسأل من حيث المبدأ؛ لأنه لم يرتكب عملاً غير مشروع يستوجب مسؤوليته، وإنما كل ما قام به هو استعماله لحقه المشروع الذي وُلد معه وتكفل المجتمع بحمايته وتمكينه من التمتع بامتيازاته من خلال القواعد الاجتماعية الحاكمة^(١).

وهذا الكلام المنطقي يتوافق مع القاعدة الشرعية التي تقضي بأن: (الجواز الشرعي يُنافي الضمان)، هذه القاعدة التي تدل دلالة واضحة على أن الإنسان الذي يقوم بما هو جائز له ومن حقه، لا يكون ضامناً للأضرار التي قد تترتب على ما صدر عنه من تصرفات وهو بصدد الاستفادة من التصرفات المنبثقة عن حقه؛ فليس من المنطق الصحيح ومقتضيات العقل السليم أن يمنح الحق لشخص ويباح له استخدامه وفقاً لطبيعته ثم يحاسب على الاستعمال^(٢)، فإذا كان الحال كذلك، فمتى يتحقق التعسف في استخدام الحق؟

والإجابة على هذا التساؤل نجدها في نصوص القانون المدني العراقي الذي يُعد بمثابة الشريعة العامة لقواعد القانون عموماً لما تضمنته نصوصه من تفاصيل دقيقة لغالبية الحقوق التي يتمتع بها الأفراد في المجتمع، إذ نصت المادة (٦) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ والمعدل على أنه: (الجواز الشرعي يُنافي الضمان، فمن أستعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر)، في حين نصت المادة (٧) منه على أنه: (١. من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان. ٢. ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية: أ. إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير. ب. إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها. ج. إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروع).

(١) يُنظر: د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، مصدر سابق، ص ٢٦١.

(٢) يُنظر: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد، ط ٨، (العراق: مركز دراسات برلمان كرستان، ٢٠١٢)، ص ١٩١-١٩٢.

ومن ذلك يتبين أن صاحب الحق يتمتع بصلاحيات واسعة وهو بصدد الاستفادة من الامتيازات التي تتفرع عن كونه صاحب حق، وأنه كأصل غير مسؤول عن الأضرار التي قد تلحق بمصالح باقي أفراد المجتمع نتيجة لاستخدامه لحقوقه المشروعة، والقول بخلاف ذلك يعني إعدام الحق وسلب الامتيازات التي تترتب عليه أو على الأقل إفراغه من محتواه فيصبح هو والعدم سواء، غير أن المشرع عاد وقيد تلك الاستفادة من الحق والإعفاء من المسؤولية عن الإضرار التي تترتب على استعماله بقيد الاستخدام المشروع وفقاً للقواعد القانونية المنظمة لحدود ذلك الحق؛ وإلا فإن الاستخدام يكون غير مشروع ويدخل تحت مظلة المسؤولية القانونية إن تجاوز تلك الحدود، وذلك يكون وفقاً لنص المادة (٧) في أعلاه، حيث يعد صاحب الحق متعسفاً متجاوزاً لحدود حقه من دون جدال إن لم يكن يقصد من وراء استخدامه للحق سوى الإضرار بغيره، وبالنتيجة لا يمكن حماية مثل هذا الشخص وإن كان صاحب حق؛ لأنه خالف وبشكل صريح كل المعايير والمبادئ الحاكمة للحق وعلة منحه للفرد، لأن الحق مُنح من أجل تحقيق مصلحة وجلب منفعة له أو لغيره؛ فإذا كان استخدامه للحق لا يدخل ضمن هذا الإطار؛ وإنما لأجل إلحاق ضرر بالغير، فهنا يفقد صاحب الحق حقه ويتحول إلى مجرد معتدي تجب عليه المسألة القانونية ويتحمل جميع التبعات التي تترتب على سلوكه أو تصرفه حسب الحال، وكذلك هو الحال في الحالة التي نصت عليها الفقرة (ب) منها؛ وذلك لتفاهة المصلحة المرجوة قياساً على الأضرار التي تلحق بحقوق باقي أفراد المجتمع، فتكون تلك المصلحة قليلة الأهمية هي والعدم سواء، فيسري عليها حكم المسألة في الفقرة الأولى، ومن باب أولى فإن صاحب الحق إذا كان يهدف إلى تحقيق غايات غير مشروعة من وراء استخدامه لحقه؛ فإنه يفقد صفة الحق ويتحول إلى مجرد معتدي متعسف في استخدامه للحق الذي كان يتمتع به، ويتحمل مسؤولية خروجه عن الغاية التي منحها من أجلها الحق عندما خالف الحكمة من منح الحقوق بشكل صريح لا يتفق مع طبيعة الحق ولا سبب وجوده.

ومن ذلك يتبين لنا أن موضوع دراستنا شيء والتعسف في استخدام الحق شيء آخر، فخروج صاحب الحق عن الحدود المرسومة له في الحالات التي يتوافر فيها التعسف لا تتوافر فيها مقومات الحالة التي يلجأ فيها الدائن صاحب الحق لانتزاع حقه من المدين، فالدائن المنتزع يهدف من وراء السلوكيات التي تقوم عليها عملية الانتزاع إلى استرداد ما له من دين مستحق في ذمة المدين المماطل ومصلحته في

ذلك ظاهرة للعيان من دون أن تكون لديه نية الإضرار بالمدين، ولن يلحق بالمدين ذلك، بل يتخلص من دين كان يُثقل كاهله، ومصلحة الدائن ليست بالتافهة ولا قليلة الأهمية قياساً إلى مصلحة المدين؛ وإنما هي مصلحة مُعتبرة، ألا وهي حصوله على مبلغ دينه كاملاً أو شبه كامل من دون مغبة خسارة مبلغ الدين نتيجة تقسيطه بشكل يفقده قيمته الاقتصادية، غير أن ذلك الحكم ليس مطلقاً؛ وإنما يمكن أن يتحقق التعسف في حال أخذ المشرع الجزائي بالنص الذي اقترحنه، وبالغ الدائن في عملية انتزاعه لحقه في مبلغ الدين بالشكل الذي تجاوز فيه الضوابط والشروط التي حددناها لعملية الانتزاع.

المقصد الثاني/ رجحان الحق:

عندما ندقق النظر في التعامل الجزائي مع السلوكيات التي يقوم عليها حق الدفاع الشرعي الذي يُعد أهم أسباب الإباحة، نجد أنه قائم في الأصل على أساس أو مبدأ متين ومستقر في الفقه والقانون الجزائي، ألا وهو مبدأ (رجحان الحق)، ذلك المبدأ الذي منح الحق للإنسان الذي يتعرض لاعتداء يمس حياته أو ماله أو حياة أو مال غيره ممن يهتم لأمرهم كأن يكون هو المسؤول الأول عن رعاية مصالحهم وحماية حقوقهم في صد ذلك الاعتداء بكل الوسائل المتاحة متى ما توافرت الشروط القانونية وعلى رأسها شرط التناسب بين قوة الاعتداء ووسائله وقوة الدفاع ووسائلها، ومعلوم أن نتيجة الدفاع الشرعي قد تكون المساس بحياة الإنسان المعتدي أو النيل من سلامته الجسدية بشكل قد تصعب معالجته والتخلص من أثاره إلا بعد مدة طويلة وإنفاق مبالغ طائلة وما ذلك إلى لتفضيل المشرع لحق الإنسان الذي تعرض للاعتداء ورجحانه على حقوق المعتدي؛ لأن الأخير قد هبط بالقيمة الاجتماعية لحقه عندما سولت له نفسه المساس بحق الآخرين من دون وجه حق ولا تقصير من جانب من كاد الاعتداء أن ينال من أحد حقوقه المحمية بموجب القواعد المجتمعية المرعية؛ الأمر الذي ترتب عليه رجحان حق الضحية وعلمه على حق من بادر بالاعتداء حتى وإن كانت نتيجة الدفاع الشرعي موت المعتدي أو إلحاق ضرر جسيم به.

ومن هذا المنطلق وبناءً على ذلك الأساس يمكننا أن نفتح باب النقاش في نطاق انتزاع الحقوق المالية، ونتساءل عن مدى إمكانية سحب الاعتبارات التي قام عليها إباحة الدفاع الشرعي وهو يمس حياة الإنسان أو سلامته الجسدية التي تحتل قمة الهرم في سلم أولويات المصالح المجتمعية على موضوع دراستنا ولو بصورة

جزئية؟ وعلى صعيد متصل بالمسألة ذاتها لنا أن نتساءل عن موقف المشرع من القاعدة الشرعية الكلية (لا ضرر ولا ضرار)، التي تُعد بمثابة مبدأ حاكم للموازنة بين الحقوق المتنازعة؟ ثم مدى إمكانية إجراء المقاصة المدنية بين أصل الدين والنتيجة التي ترتبت على سلوك الدائن الذي انتزع مالا من يد مدينه؟

وبصدد الإجابة عن حظوظ أعمال نظرية رجحان حق الدائن المنتزع في مواجهة حق المدين الممتنع المماطل في إداء الدين المستحق الأداء غير المتنازع في أصل وجوده نقول: الأصل في المسألة هو عدُّ سلوك الدائن المنتزع جريمة؛ بالنظر لتعارض ذلك مع النظام العام والقواعد الحامية له، ولكن ألا يُفترض بذلك النظام الموازنة بين الحقوق وعدم قبول إلحاق ضرر ببعضها لحساب بعضها الآخر من دون تقصير يُنسب للطرف المتضرر من تطبيق القواعد المرعية في استعادة الحقوق المالية؟! ولا سيما إذا علمنا أن حق الدائن الذي انتزع حقه من دون تجاوز حدوده أجدد بالرعاية والحماية في مواجهة المدين المماطل الميسور الحال؛ كما أن حق الدائن أسبق في الوجود من حق المدين، بل إن أساس وجود أموال المدين هو الدائن ودينه الذي له في ذمته، كما أن النظام العام قد أباح سلوكيات أشدَّ خطورةً على المصالح الاجتماعية من الخطورة الضئيلة التي تنشأ عن انتزاع الحقوق المالية، وكيف لا وهو قد أباح الدفاع الشرعي الذي نتيجته في كثير من الأحيان إزهاق روح الإنسان المعتدي، متى ما توافرت شروطه، ولا سيما أن هنالك توجه فقهي في إباحة القياس في مجال الإباحة خلاف الحال في التجريم والعقاب، ولا نرى ضير في أن يُعامل انتزاع الحقوق المالية على النسق القانوني ذاته، ونحن هنا لا نطالب بإباحة هذه السلوكيات على إطلاقها، فذلك شيء لم ولن نقول به، بل الذي نأمل به مستقبلاً إعادة النظر في التعامل مع هذه المعضلة بالشكل الذي يتماشى مع اتجاهات السياسة الجنائية الحديثة؛ سياسة (الحد من التجريم والحد من العقاب)، التي تدعو إلى ضرورة التخفيف في التعامل مع السلوكيات البسيطة وبالتحديد مع السلوكيات التي تصنف ضمن فئة الجنح المعاقب عليها بالحبس قصير المدة الذي يكفي للإفساد ولا يكفي للإصلاح، من خلال الاستعاضة عنها بالعقوبات البديلة أو ما تُعرف اليوم بالعقوبات الرضائية، كما أن الدائن المنتزع لا يحمل بين جنباته أية خطورة إجرامية في مواجهة المصالح المحمية مستقبلاً، وربّ من يقول أن الدائن سيتخذها عادةً له في التعامل مع دائنيه في المستقبل؟ نقول في الإجابة على هذا التساؤل فيما لو تم طرحه: أن المسألة

يجب ان لا تكون اعتبارية ومن دون قيود وضوابط تحكمها، الأمر الذي يفرض على المشرع فيما لو أخذ بالفكرة التي ندعوا إليها مستقبلاً أن يضع لها نصاً يحكمها ويوضح حدودها بشكل لا يدع مجالاً لأن تكون تلك الفسحة من التعامل المباح سبباً لزيادة النزاعات ولا الفوضى غير المحمودة العواقب.

ومن خلال التدقيق والسؤال عن الواقع العملي القضائي في التعامل مع الدعاوى التي يكون فيها حق لمن انتزع ما يساوي دينه، تبين أن الدعوى أول ما تُكفي على أنها سرقة بسيطة وفقاً للمادة (٤٤٦) من قانون العقوبات العراقي أو احتيال وفقاً للمادة (٤٥٦-٤٥٧)، ثم بعد ذلك تغلق الدعوى وتذهب إلى التسوية الاتفاقية بين الطرفين بذريعة أن أصل الخلاف هو الدين، والأخير من الموضوعات التي تدخل في فئة المشاكل التي تنظمها قواعد القانون المدني المحكوم بمبدأ: (سلطان الإرادة) وقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)، وقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، وليست هنالك حاجة حقيقية لإشغال المحاكم الجزائية بها وهي غارقة بالشغل تماماً، لذا يتم الرجوع في حل النزاع إلى أصله بوصفه منازعة مدنية، سببها التعنت في سداد الدين، وغالباً ما تتم تلك التسوية على أساس المقاصة المدنية وفقاً لأحكام المادة (٤٠٩) من القانون المدني العراقي النافذ المعدل، وقبل الحديث عن أحكام المقاصة قدر تعلق الامر بالدراسة، لا بدّ من الإشارة إلى مسألتين، الأولى أن تكيف القضاء لسلوك الدائن أنه سرقة أو اغتصاب أو خيانة أمانة محل نظر؛ لأن الدائن المنتزع لحقه لا تنطبق عليه النصوص القانونية التي عالجت جرائم الأموال أولاً وأنه صاحب حق ثانياً، أما المسألة الثانية والتي تهمنا أكثر فهي أن وجود حق للدائن المنتزع لحقه في الدعوى محل النزاع قد أجبر القضاء في اللجوء إلى إقناع طرفي الدعوى بضرورة حل المشكلة بالتراضي، ولا سبيل إلى ذلك إلا بتطبيق أحكام المقاصة المدنية بين قيمة الدين المستحق الأداء وقيمة المال الذي تم انتزاعه من جانب الدائن من دون اتباع الإجراءات الأصولية المعمول بها في الدولة اليوم، وبالتأكيد نحن لا نتفق مع مثل تلك التصرفات؛ ولكنها واقع حال تشهده ساحات المحاكم بشكل يومي، أي أن وجود حق لمن انتزع حقه في مواجهة الممتنع عن أداء الدين دفع القضاء إلى الذهاب إلى إقناع الخصوم في الدعوى المنظورة إلى ضرورة الذهاب إلى التسوية الرضائية للدعوى من خلال إعمال أحكام المقاصة وحللت الخلافات بين الطرفين، ذلك الحل الذي سيكون حتماً في صالح صاحب الدين؛ لأنه سيحصل

على مبلغ دينه كاملاً في الغالب من دون تقسيط يُتلف المبلغ عليه أو يلحق به ضرراً من دون أي تقصير من جانبه، أما صاحب المال المنتزع المدين فسيتخلص من دين كان يُثقل كاهله حتى ولو لم يكن ذلك راجعاً إلى اختياره الصحيح، وليس هنالك من حرج على الدائن المنتزع إذا ما لحق المدين أضرار طفيفة جراء تلك العملية؛ لأنه هو المقصر في بداية الأمر، وبالنتيجة لا يلومن أحد بعد ذلك على الضرر الذي أصابه، وفي أضعف الأحوال فإن وجود الحق في الدعوى يؤدي إلى التخفيف في التعامل الجزائي، وضرورة لجوء الخصوم إلى التسوية الرضائية^(١). وليس هنالك تفسير مقنع حول موقف القضاء إلا في كونه محاولة جادة من جانب الأجهزة القضائية المختصة في تقليل حجم الضرر الذي قد يلحق بالدائن صاحب الحق في أموال المدين الممتنع من دون وجه حق سوى المماطلة والتسويف التي ستلحق الضرر بالدائن حتماً من خلاله حرمانه من حقه باسترداد مبلغ دينه كاملاً كما سلمه للمدين في بداية العلاقة المالية بين الطرفين؛ وعلى ما يبدو أن القضاء يُقدر هذه المسألة وعلى أساسها يتصرف في الدعاوى التي يكون موضوعها علاقة مديونية بين طرفي الخصومة الجزائية ذات الأصل المدني استناداً على القاعدة الأصولية (لا ضرر ولا ضرار).

ومن هذا القبيل الحكم القضائي الذي أصدرته محكمة جنح الكرخ بتاريخ ٢٠٢٢/١٢/٥ برئاسة القاضي محمد عبدالكريم ابراهيم في الدعوى التي تتلخص وقائعها بالآتي: (بتاريخ ٢٠٢٠/٩/١٦ قام المشتكي (س) بشراء عقار ضمن منطقة اليرموك من المتهم (ص) مساحته مائتان وثمانية وعشرون متر مربع بمبلغ قدره خمسمائة مليون دينار وحصل اتفاق بين الطرفين، علماً أن العقار مسجل باسم زوجة المتهم، حيث قام المشتكي بإعطاء مبلغ مائة وثمانون مليون

(١) حيث نصت المادة (٤٠٨)، من القانون المدني العراقي النافذ المعدل على أنه: (المقاصة، هي اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه)، ونصت المادة (٤٠٩)، منه على أنه: (١. المقاصة إما جبرية تحصل بقوة القانون أو اختيارية تحصل بتراضي المتدائنين. ٢. ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحلولاً وقوة وضعفاً، ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية؛ فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين أو أحدهما حالاً والآخر مؤجلاً أو أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً فلا يلتقيان قصاصاً إلا بتراضي المتدائنين سواء اتحد سببهما أو اختلف)، أما المادة (٤١٠)، منه فقد نصت على أنه: (إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة من جنس واحد أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها فلا تصير الوديعة أو العين المغصوبة قصاصاً بالدين إلا إذا تقاص الطرفان بالتراضي)، كما نصت المادة (٤١١)، من القانون على أنه: (إذا أتلّف الدائن عيناً من مال المدين وكانت من جنس الدين سقطت قصاصاً وإن كانت خلافه فلا تقع المقاصة بلا تراضي).

دينار كدفعة أولى ولم يُقم المدين بتسجيل العقار باسم المشتكي، دونت المحكمة طلب الشكوى ضد المتهم كما دونت المحكمة أقوال الشاهد الذي لم تكن لديه شهادة عيانية باستلام المتهم للمبلغ وأنه حضر الاتفاق فقط وأن الاتفاق حصل داخل عجلة الشاهد في ساحة عنتر في منطقة الاعظمية، كما دونت المحكمة أقوال الشاهدة التي جاء في شهادتها: أن المشتكي لديه تعامل تجاري مع زوجها المتهم، وأنه يوجد دين نتيجة التعامل، وأنه لم يُسلم أي مبلغ مقابل بيع العقار، وأن زوجي المتهم قام بتوقيع العقد لحصول مشاكل وقيام المشتكي بتهديد المتهم وقام بتنظيم مكاتبة للبيع خوفاً على حياة عائلته، كما دونت المتهمة أقوال المتهم التي جاء فيها: بأنه لم يُقم باستخدام طرق احتيالية ضد المشتكي، وأنه يوجد تعامل تجاري بين المتهم وبين المشتكي وحصلت مشاكل مالية وأجبرني على توقيع مكاتبة البيع للعقار العائد لزوجته، علماً أن لديه علم بأن العقار لا يعود للمتهم وإنما يعود لزوجته، عليه وبناءً على ما جاء في أعلاه، فإن الأدلة المتحصلة في شكوى المشتكي الذي لديه علم بأن العقار عائد لزوجة المتهم وأن أقواله جاءت منفردة ولم تعزز بدليل أو قرينة لعدم وجود شهادة عيانية ولإنكار المتهم التهمة المنسوبة إليه ولعدم كفاية الأدلة المتحصلة بحق المتهم للتجريم، عليه قررت المحكمة : إلغاء التهمة الموجه له وفق أحكام المادة (٤٥٧) من قانون العقوبات العراقي النافذ المعدل، والإفراج عنه وإلغاء صك الكفالة المأخوذ عنه في دور التحقيق وصدر القرار وفقاً للمادة (١٨٢/ج) من قانون أصول المحاكمات الجزائية وجاهياً قابلاً للتمييز وافهم علناً في ٢٠٢٢/١٢/٥^(١).

المقصد الثالث/ قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية:

نصت المادة (١١٦٣) من القانون المدني العراقي النافذ المعدل على أنه: (١) من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح، فلا تُسمع عليه دعوى المُلْك من أحد ٢. والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح، ما لم يُقم الدليل على عكس ذلك)، فهذا النص يدل بشكل صريح لا يقبل المناقشة على أن الحيازة في المنقول سنداً ودليلاً على عائدة ملكية المال لمن هو تحت حيازته من دون منازع، وربّ من يسأل: ما الفائدة المرجوة من محاولة حشر مثل هكذا نص في ثنايا موضوع دراستنا الذي

(١) يُراجع نص القرار غير المنشور الصادر عن رئاسة محكمة استئناف بغداد/ الكرخ الاتحادية محكمة جنح الكرخ، رقم الدعوى ٢٠٢٢/ج/٧، في ٢٠٢٢/١٢/٥.

يدور حول المعالجة الجزائية لانتزاع الحقوق المالية من غير طريق القضاء ودوائر التنفيذ؟ الإجابة على مثل هكذا تساؤل فيما لو تم طرحه تكمن في أن النص يقرر أصلاً عاماً في التعاملات المالية في المنقولات وهو أن من يحوز المال المنقول يُعد مالكاً له إلى حين قيام الدليل على خلاف ذلك؛ والعلة التي تكمن وراء تقرير هذا الأصل تتمثل في أن حماية الحيازة حماية للنظام العام والأمن المجتمعي والحيلولة من دون التعرض ولا باي شكل من الأشكال لحائز المال إلى من خلال القنوات القضائية ووفقاً للقواعد القانونية، ونحن بدورنا نُشيد بموقف المشرع المدني من الحيازة ودلالاتها العملية وأثرها في حفظ الأمن القانوني لمن يظهر للمجتمع بمظهر المالك من خلال حيازته للمال حيازة هادئة خالية من التعرض.

فإذا كان الحال كما وصفناه؛ فإين يكمن وجه الدلالة؟ وما علاقته بموضوع الدراسة؟ في الحقيقة إن وجه الدلالة ليس في هذا النص، وإنما في النص الذي يأتي بعده مباشرة، والذي لا يتفق مع الأصل الذي أقرته المادة في أعلاه، حيث نصت المادة (١١٦٤) من القانون المدني العراقي النافذ المعدل على أنه: (استثناءً من أحكام المادة السابقة يجوز لمالك المنقول أو السند لحامله إذا كان قد أضاعه أو خرج من يده بسرقة أو غصب وخيانة أمانة أن يسترده ممن يكون حائزاً له بحسن نية وبسبب صحيح في خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة)، إذ بالاستناد على النص يستطيع مالك المال الذي فقد حيازته لأي سبب خارج عن إرادته أن يسترده من وجد في حيازته حتى ولو كان الأخير قد حازه بحسن نية ولسبب صحيح كالشراء أو الإجارة ونحوها من أسباب كسب الملكية أو منافعها خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقدان ملكية المال أو حيازته، ومن يتأمل هذا النص يجد أن المشرع المدني العراقي قد حمى حق المالك حتى في مواجهة المالك أو الحائز لسبب صحيح متى ما كان المال قد خرج من يد المالك الأصلي من دون سبب صحيح كما هو الحال في حالة الضياع أو السرقة أو الغصب أو خيانة الأمانة هذا من جهة، ومن جهة أخرى يجد أن المشرع قد تغافل عمداً عن توفير الحماية اللازمة لمالك المال أو حائزه الأخير، الذي لم يرتكب أي خطأ يُنسب إليه فيما يتعلق بدخول المال الذي أنتزع من يده في ملكه أو حيازته، وكل ذلك لأن المال قد خرج من صاحبه الأصلي نتيجة لخطأ ارتكبه غيره من دون أن يعلم المالك أو الحائز الأخير ومن باب أولى لم يكن له أي دور يذكر في ذلك، والغريب أن المشرع لم يتطرق لا من قريب ولا من بعيد لحق الأخير في

التعويض ولا من يتحملة! فهل أن الأخير لا يستحق التعويض؟! وإن كانت الإجابة بالإيجاب فلماذا؟ ألا أنه قد حاز المال من غير مالكة؟ فإذا كانت المسألة على هذا النحو؟ فأين إذاً تكمن حماية الحيازة وحماية الظاهر من الحال؟! القائمة على اعتبارات حماية المراكز القانونية والمعاملات المالية بالشكل الذي يضمن تطبيق القواعد القانونية ويحول من دون إشاعة الفوضى وعدم جواز استيفاء الحقوق إلى بتطبيق القانون وعن طريق الجهات المختصة وعلى رأسها القضاء، أم لأن حق المالك الأول أقوى في ميزان القانون من حق المالك الثاني؟

وعلى ما يبدو وفقاً لما يوحي به النص إن العلة تكمن في أن مُتلقِي المال من غير مالكة الشرعي لا يكتسب سوى الحيازة المؤقتة على المال، تلك الحيازة التي لا تتحول إلى حيازة المالك للمال إلا بعد مرور المدة المحددة في النص، وبالنتيجة يبقى للمالك الأصلي الذي خرج المال من حيازته لضياعه أو على أثر تعرضه لجريمة من جرائم الأموال الحق في استرداده من يد من حاز ذلك المال لسبب صحيح، ولا يحق للأخير الامتناع عن رد المال إلى مالكة بحجة أنه تملكه بسبب صحيح وأن يجهل مصدر ذلك المال لأنه حسن النية.

ولكن يبقى السؤال ما هو الذنب الذي ارتكبه الحائز حسن النية حتى يُسلب حيازة المال الضائع أو المسروق أو المغتصب ونحو ذلك من جرائم الأموال، والذي وصل إليه لسبب صحيح؟ رُبَّ هنالك من يقول: أن الفرد حسن النية الذي حاز ذلك المال كان يجب عليه واجب التحري عن المالك الأصلي للمال، وأن من باعه لم يكن إلا ملتقطاً للمال أو سارقاً له أو خائناً للأمانة، نقول نعم هذا الواجب كان سيقع على عاتق الفرد الحائز حسن النية في حال تم شراء المال من الأماكن المشبوهة وبأسعار أقل من الأسعار الحقيقية للمال في الأسواق؛ لأنه في تلك الأحوال يمكن أن تثور الشكوك حول مشروعية الطريقة التي وصل بها المال إلى يد البائع، وكان يجب على الحائز الأخير أن يتحرز عن الإقدام على شراء مثل تلك الأموال، لأن ذلك كان سيكون تصرف الفرد الحريص حسن النية، وبالنتيجة إذا ظهر المالك الأصلي للمال وانتزعه من يده فلا يلومن إلا نفسه، غير أن ذلك القول لا يكون له ما يبرره في حال تم الشراء في المزاد العلني مثلاً؛ لأنه في تلك الحال لا يكون هنالك أية علامات تدل على أن المال فيه شبه تحول من دون حيازته ولا تملكه للمال محل التعامل.

أما أن المشرع قد تغافل التطرق لتعويض الحائز في حال انتزاع المال من قبل مالكه الأصلي، فنقول: إن القواعد العامة تمنحه الحق بالرجوع بالثمن والتعويض عن الضرر الذي لحق به على من باعه المال في حال كان ذلك البائع معلوماً معروفاً عنده، إلا أن البائع قد يكون مجهول غير معروف! فما هو الحل في مثل تلك الفرضية؟ في تلك الحال يكون للحائز الرجوع على الدولة لتتولى تعويضه من المبالغ المرصودة لذلك في صناديق التكافل الاجتماعي ونحوها، وإن كان هنالك من يرى أن الضرر يجب أن يتقاسمه المالك الأصلي مع الحائز مناصفة، في حين ذهب المشرع المدني الأردني إلى القول بأن على المالك الأصلي أن يدفع للحائز الثمن الذي دفعه ومن ثم يسترد ماله^(١)، ولا نتفق مع هذا المذهب؛ لأنه يُحمل المالك الضرر مرتين الأولى عندما فقد ماله والثانية عندما دفع ثمن استرداده وذلك لم يقل به أحد، كما أن المالك في الغالب من الأحوال لم يقصر في المحافظة على أمواله، ولكن الجريمة قد وقعت في حقه، فلا يُنسب إليه خطأ حتى نقول بأن عليه أن يتحمل تبعه خطأً.

وعلى صعيد متصل يمكن القول أن ما جاءت به المادة (١١٦٤) قد شجعنا أكثر للبحث عن أسس قانونية يمكن أن تدعم ما نصبو إليه في دراستنا هذه، ولم لا؟ والمشرع المدني الذي حمى حق الملكية وأحاطها بسياج منيع من الحماية، قد أعطى الحق لصاحب المال الأصلي في انتزاع ماله الذي خرج من تحت يده لسبب غير صحيح في أي يد وجده استثناءً من قاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية، وهي قاعدة حيوية تكفل استقرار المعاملات والمراكز المالية خلال ثلاث سنوات من تاريخ فقد الحيازة، ومن دون مراعاة القنوات الشرعية المرعية في تنظيم المعاملات المالية، ولما كانت الحال كذلك، فما المانع من سحب مضمون هذا النص على انتزاع الحقوق المالية للدائن من يد مدينه المماطل الميسور استثناء من أحكام القواعد القانونية التي تحول من دون ذلك وفقاً لضوابط دقيقة محددة من قبل المشرع؛ ذلك أن انتزاع حيازة المال من يد الحائز المالك الحسن النية يسبب ضرراً يزيد أو يساوي الضرر الذي قد يلحق بالمدين الذي أنتزع منه المال، بل نرى أن الضرر الذي يلحق الحائز حسن النية ولسبب صحيح يزيد عن الضرر

(١) إذ نصت المادة (٢/١١٩٠)، من القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦ النافذ المعدل على أنه: (فإذا كان من يوجد الشيء المسروق أو الضائع أو المغصوب في حيازته قد اشتراه بحسن نية في سوق أو في مزاد علني أو اشتراه ممن يُتجر في مثله؛ فإن له أن يطلب ممن يسترد هذا الشيء أن يُعجل له الثمن الذي دفعه).

الذي قد يلحق بالمدين وأحياناً لا يوجد الضرر أساساً، بل على العكس نجد أن المدين يستفيد من عملية الانتزاع في خلاصه من دين كان يُثقل كاهله، وإن لحق به ضرر فيستطيع مطالبة الدائن المُنتزع بالتعويض المناسب، لذا فمن باب أولى أن يُسري الحكم عليه، بخلاف الحال في انتزاع ملكية الحائز الذي قد لا يحصل على التعويض ولا سيما في حال كان البائع الذي حاز المال لسبب غير صحيح مجهولاً.

أما بالنسبة للمصلحة العامة المتمثلة في حفظ النظام وتقليل المنازعات وتعزيز سيادة القانون من خلال فرض هيبة الدولة وسلب الأفراد الحق في استرداد حقوقهم إلا من خلال القنوات الرسمية، فهي الأخرى متحققة بصورة غير مباشرة، من خلال التخفيف عن كاهل السلطة القضائية وفض المنازعات بالطرق الودية بعيداً عن القواعد الجزائية، أضف إلى ذلك أن العلة في انتزاع الحقوق المالية من المدين أقوى منها في انتزاع الحيابة، وما دامت الصورة الواقعية كذلك، فلماذا هذا التمييز في المعاملة القانونية غير المُبرر، ناهيك عما جاءت به المادة (٣٩١) من القانون المدني العراقي النافذ المعدل في هذا الشأن حيث نصت على أنه: (رَبُّ الدين إذا ظفراً عرضاً بجنس حقه من مال مدينه على صفته فله الاحتفاظ به)، والتي تدل بوضوح على عدم مؤاخذه الدائن الذي يظفر بجزء من أموال مدينه، متى ما كانت تلك الأموال بقدر دينه ومن جنسه، أي أن انتزاعه لذلك المال يُعد من وجهة نظر المشرع مباحاً ولا يلحق ضرراً بالمدين مالك المال، بل أنه يُخفف عنه ثقل الدين الذي يتحمله المالية هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية إذا جارينا الرأي الذي يذهب إلى القول أن القانون الجزائي ليس قانوناً مستقلاً بذاته، وإنما قانون تابع للقوانين الموضوعية التي تنظم الحقوق والحريات بصورة تفصيلية وعلى رأسها القانون المدني، عليه إذا كان القانون المدني الموضوعي قد أباح السلوكيات التي يكون موضوعها انتزاع الحقوق المالية من يد المدين بها في حالة الظفر بمال مملوك للأخير؛ فيكون من العبث قيام المشرع الجزائي بتجريم ومعاقبة من يأتي مثل تلك السلوكيات التي أبحاثها النصوص الموضوعية المختصة.

وفي هذا الصدد يمكننا أن نطرح الفكرة التي قال بها أحد فقهاء القانون المدني اليوم، ألا وهي فكرة "العدالة" التي يسعى مطبق القانون إلى بلوغها، تلك العدالة التي لها وجوه كثيرة، قد تختلف في الواقعة الواحدة من شخص لآخر، ولا

سيما لو كانت المصالح المنبثقة عن تلك الوقائع كلها متعارضة وواجبة الرعاية في آن واحد، فهنا يأتي دور المشرع ليحل ذلك التعارض من خلال فرضياته المُحمّكة وقواعده المتقنة التي يتوجب على قاضي الموضوع عند عرضها عليه أن يحلّل تشابكها ويرجح بعضها على بعض من خلاله استغلاله لسلطته التقديرية في تكييف الوقائع وتحليلها ثم اتخاذ القرار الذي يراه يحقق المصلحة الأقوى في سلم أولويات الحقوق وبشكل يتفق مع روح القاعدة القانونية ومضمونها والحكمة من تشريعها، ولو كانت العدالة بوجه واحد لما كان هنالك داعٍ لو جود ثلاث درجات من المحاكم المدنية، ولما تألفت محكمة الجنايات من هيئة من ثلاثة قضاة والذين قد تختلف آرائهم ولكنها مستندة إلى تحقيق العدالة في نهاية المطاف^(١).

II.المبحث الثاني

الأسس العملية في التعامل مع استرداد الحقوق المالية من غير طريق القضاء
حتى نستطيع الإحاطة بالتفاصيل الدقيقة المركزة بالأصول العملية التي تقف وراء سعيها للبحث في البوادر أو الجذور الأولية التي جعلتنا نعتقد بضرورة إقرار حق الإنسان في اللجوء إلى انتزاع حقوقه المالية المستحقة الأداء بجهود ذاتية بعيداً عن مظلة القضاء؛ لا بدّ لنا من أن نُعرِّج على عدة مسائل هي في حقيقة الأمر تمثل الأساس الذي نتعكز عليه في دراسة موضوع شائك وتحيط به كثير من المحاذير التي إن لم نبررها فلن نُفلح في اختيارنا لموضوع الدراسة، وكما يأتي:

II.أ.المطلب الأول

الأساس الاجتماعي التاريخي

عندما حاولنا تتبع الوسائل التي أوجدتها الأعراف القبلية في التعامل مع الديون المستحقة الأداء على المدنيين الميسورين المماطلين قبل انضوائها تحت مظلة الدولة الحديثة القائمة وحماية الحقوق واحترام الحريات بموجب القواعد القانونية النافذة، وجدنا أن أحد تلك الوسائل هي إعطاء الحق لصاحب الدين في استرداد حقه بيده وهي تسمى عند القبائل العربية بـ: (الوساقة) وعند الرومان بـ: (دعوى إلقاء اليد)، وعند اليونان بـ: (حق الحبس)، وكما يأتي:

(١) يُنظر: د.محمد سليمان الأحمد، فكرة سمو الحق على القانون، مصدر سابق، ص ٩٤.

أولاً/ الوساقعة عند العرب

وهي قيام الدائن بأخذ مبلغ دينه بيده ومن ثم ايداعه لدى طرف ثالث ثقة تحت مسمى يُعرف بنظام الوساقعة، فما هو مضمون ذلك النظام؟ وما هي شروط إباحة اللجوء إليه؟ أي ان الوساقعة تعني: أن يكون لك مبلغ من المال على شخص ما، وعندما تطلبه وهو قادر على الدفع، فلا يدفع، ثم تنبه على ذويه ثلاث مرات، ولا يقومون بالضغط عليه وتكليفه بدفع ما عليه، ولا يلتزمون بالوفاء عنه؛ فإنه يجوز لك حجز بعض ماله أو ممتلكاته من سيارات أو أثاث أو حيوانات والاحتفاظ به حتى يدفع ما عليه، وقد جرت العادة أن يحضر وسيط بين الطرفين ويتكفل بالوفاء بالحق الثابت أو يفاوض صاحب الدين للوفاء بدينه بأية وسيلة كانت ومن ثم يتم إعادة الأموال الموسوقة إلى صاحبها^(١). والوساقعة لكي تكون مباحة وفقاً للعرف القبلي يجب أن تتم بمراعاة الأعراف القبلية ووفقاً للشروط المتفق عليها بين القبائل، وكما يأتي^(٢):

١. **أعراف الوساقعة:** يمكننا أن نحدد أهم الأعراف التي يجب أن تجري وفقها الوساقعة حتى لا يؤاخذ على سلوكه ذاك، وهي:

أ. أن يُبدي صاحب الحق على غريمه المدين ثلاث بدوات ويشهد على ذلك في كل مرة، أي أن يرسل له رسول أو إنذار يعلمه بأنه يجب عليه سداد مبلغ الدين المستحق الأداء، وفي المرة الرابعة يُرسل المرسال إلى كبير قوم المدين أو كبير عائلته ويطلبه بالحق الذي هو مستحق له على قريبه.

ب. وبعد ذلك يحق لصاحب الحق أن يوسق حلال أو مال غريمه، وإن عجز عن حمايته ما وسق فله اللجوء لرجل ذو جاه ويدخل عليه حتى يُذعن المدين ويدفع الحق الذي عليه أو تباع تلك الأموال ويستوفي صاحب الحق حقه.

٢. **شروط الوساقعة ومحضوراتها:** لكي تكون هذه الوسيلة غير التقليدية في استعادة الحق بعيدة عن المُسائلة القبلية يتطلب أن تتم بالشروط التي حدتها تلك الأعراف، فيجب أن يكون المال الموسوق ملك للمدين أو أحد أفراد خمسته، أي من تربطه بهم صلة قرابة حتى الأصل الخامس، على أن يُشَهد الواسق على عملية التوسيق، ويبين أنها وساقعة بسبب كذا، ويذكر السبب، ليعلم عدد ونوع ما تم

(١) يُنظر: عادل محمد حجه، العُرف العشائري في الإصلاح، ط٣، الكتاب منشور على موقع مكتبة نور، ٢٠٢٠، ص ٣١٢.

(٢) يُنظر: عادل محمد حجه، العُرف العشائري في الإصلاح، مصدر سابق، ص ٣٢٨-٣٢٩.

توسيقه للرجوع إليه عند السداد. كما أن هنالك أموال لا يمكن أن تكون محلاً للوساقة كالخيل الأصيل والدابة التي تجلب الماء والأمتعة الشخصية، ولا ركوبة الرجل، أضف إلى ذلك أن هنالك سلوكيات محضرة على الواسق، فلا يجوز له تغيير رسم الحلال، أي العلامة المميزة له عن حلال غيره وعادة ما تكون في أذن الحلال، ولا العلامة الموضوعة على السلاح، ومن باب أولى لا يمكن أن يكون المدين محلاً للوسق مطلقاً، بل تعد جريمة لا تغتفر حجز المدين كرهينة حتى يتم سداد الدين.

ثانياً/ حق الحبس في نظام سولون: وتلك الأحكام ليست قاصرة على الأعراف القبلية؛ وإنما هنالك ما يشابهها في القوانين اليونانية، حيث جاء في نظام (سولون) في أثينة أنه لا يجوز حبس إنسان من أجل دين مدني، وكان (بكوريوس) قد وضعه ثم جاء (سيزوستريس) قد عمل به وجمده، وذلك القانون بالغ في الصلاح بالنسبة للمعاملات المدنية العادية، أما بالنسبة للديون الناشئة عن المعاملات التجارية، فإن الحال مختلف نوعاً ما؛ بالنظر لطبيعتها التي تفترض اقتراض الاموال لمدد قصيرة ومن ثم الوفاء بها دائماً في الزمن المحدد للوفاء، وإلا فإن المدين قد يتعرض للحبس من أجل الدين^(١).

ثالثاً/ دعوى إلقاء اليد: كما عرفت القوانين الرومانية القديمة وسيلة من هذا القبيل، وهي (دعوى إلقاء اليد)، التي تسمح للدائن الذي حكم له على مدينه بأداء مبلغ معين من النقود أو كان المدين قد اعترف له بالدين أمام الحاكم القضائي (البريتور) أن يُلقي القبض عليه ويحتجزه في بيته مقيداً بالأغلال؛ فإن مضى على حجزه ستون يوماً ولم يتقدم أحد للوفاء بدينه؛ فإن للدائن أن يبيعه خارج مدينة روما بوصفه رقيق بل وله أن يقتله^(٢).

أي أن هذه الدعوى التنفيذية تمنح صاحب الدين المستحق الثابت في ذمة المدين حق انتزاع حقوقه المالية من مدينه حتى ولو كان عن طريق حجزه ثم بيعه كرقيق وقبض ثمنه شأنه شأن أي مال ذي طبيعة مادية من دون الالتفات إلى أن ذلك السلوك فيه امتهان لكرامة الإنسان ومساس بأدميته؛ وهو ما لا يمكن حتى مجرد التفكير به في الوقت الحاضر، لأنه يتنافى تماماً مع أحكام جميع الشرائع

(١) للمزيد يُنظر: منتسكيو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتير، ج٢، (القاهرة: الهيئة العامة لقصور الثقافة، ٢٠١٠)، ص ٢٠-٢١.

(٢) يُنظر: آدم وهيب الندوي و د. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، (بيروت: شركة العاتك، ٢٠١٨)، ص ٣٢.

السماوية والوضعية الدولية والوطنية، وبهذا الصدد نقول: إننا لسنا من مؤيدي الحبس من أجل الدين؛ وذلك لأن حرية الإنسان أرفع وأعلى قيمة من الحقوق المالية في ميزان الحقوق والحريات التي كفلها الدستور ومن قبله قواعد الشريعة الدولية؛ ولأن المدين سوف يتضرر حتماً من وراء سلب حرية مدينه، ولما لا وقد غلطنا يده عن كسب الأموال التي يتأمل منها المدين إيفاء دينه، فالحبس ليس بالوسيلة الفعالة حتى نعول عليه ولا سيما إذا كان المدين من الأفراد الذين لا يبالون بالحبس، ثم ماهي الفائدة التي ستدخل في جيب المدين من وراء حبسه، بل على العكس سيكون مردود ذلك سلبياً تماماً على الدائن، وسيتعنت المدين ويمتنع عن سداد المبلغ نكاية بدائنه الذي كان السبب في سلب حريته لمدة محددة.

II. ب. المطلب الثاني

الأساس الدستوري والدولي للحق

لما كانت القواعد الدستورية تحتل قمة الهرم القانوني من حيث التسلسل التراتبي في سلم قوة القواعد القانونية، وقياس أحكام القواعد الأخرى على أحكامها هو المعيار المعمول عليه للقول بدستورية القاعدة من عدمها؛ فإننا ملزمون بمراجعة النصوص الدستورية التي لها علاقة بالدراسة، وعندما دققنا النظر في دستور جمهورية العراق لعام ٢٠٠٥ النافذ وجدنا أن هنالك ثلاثة نصوص لها صلة مباشرة بموضوع البحث، فالمادة رقم (٤٦) منه نصت على أنه: (لا يكون تقييد ممارسة أي من الحقوق والحريات الواردة في هذا الدستور أو تحديدها إلا بقانون أو بناء عليه، على ألا يمس ذلك التحديد والتقييد جوهر الحق أو الحرية)، ومعنى ذلك أن الحقوق ومنها حق الملكية ليست مطلقة لا من حيث طريقة الحصول عليه ولا من حيث التمتع بامتيازاته، أي يجب أن يتم الحصول عليه والتمتع بالسلطات التي تتفرع عنه وفقاً للقيود والشروط التي حددتها النصوص القانونية ذات العلاقة، فلا يجوز اكتساب حق الملكية على حساب الإضرار بمصالح الغير، كما هو الحال في الاقتراض من الغير ثم تكوين ثروة مع المماثلة في سداد مبلغ القرض بالرغم من ثباته وحلول موعد سداذه، وإلا فإن المدين بالقرض يكون قد ظلم الدائن ومس بحق الدائن في استرجاع تلك الأموال من دون وجه حق، وبالنتيجة لا تكون ملكيته لأصل الدين ولا ما تفرع عنه من أرباح مستنداً على أصل صحيح، ويحق لصاحب الحق بالدين انتزاعها من يده لأنه حقه

في ملكيته تلك الأموال هي الأصل، فهي أقدم وذات سند قانون صحيح، لذا لا ينبغي أن نحول بينه وبين استرداده لحقه كاملاً غير منقوص في الأجل المحدد للسداد أو في وقت قريب منه بالطرق القانونية المتفق عليها أو عن طريق الظفر به بجهود ذاتية من غير تعدي مبالغ فيه ولا تعسف في اللجوء إلى السلوكيات التي تتجاوز حدود ما له من أموال منقولة مستحقة في ذمة المدين الذين أجبر الدائن على المبادرة في استرداد حقه عن طريق انتزاعه منه.

أما المادة (٢٣) من الدستور فقد نصت على أنه: (أولاً: الملكية الخاصة مصونة ويحق للمالك الانتفاع بها واستغلالها والتصرف بها في حدود القانون. ثانياً: لا يجوز نزع الملكية إلا لأغراض المنفعة العامة مقابل تعويض عادل، وينظم ذلك بقانون)، فيلاحظ على هذا النص تقديسه لحق الملكية، غير أن تلك القدسية ليست خارجة عن التقيد الذي ينص عليه القانون بشأن طريقة اكتسابها والتمتع بمزاياها؛ وإنما مقيدة محددة بالشروط والقيود القانونية، كما أن المشرع الدستوري قد أباح للدولة انتزاع حق الملكية للمصلحة العامة مقابل عوض يتلاءم مع قيمته ذلك المال المنتزع لصالح المصلحة العامة، على أن يتم ذلك وفقاً لإجراءات قانونية محددة سلفاً، ومن هنا يمكن القول أن حق الملكية يقبل الانتزاع في الأصل ما دام أن عملية الانتزاع تلك قد تمت وفقاً للضوابط التي حددها القانون مع تعويض المالك للمال بتعويض يتناسب مع قيمة ذلك المال ومقدار الأضرار التي لحقت به، لذا فما المانع أن نمنح صاحب الفضل في وجود ذلك المال بيد المدين وسببه من أن ينتزع ما يعادل حقه من الأموال التي يظفر بها وهي مملوكة لمدينه، ثم إن المادة رقم (٢) من الدستور العراقي النافذ قد نصت على أنه: (أولاً: الاسلام دين الدولة الرسمي، وهو مصدر أساس للتشريع)، وعندما تصفحنا الآراء الفقهية الإسلامية وجدنا أن المسألة محل نقاش بين تلك الآراء، وهناك رأي قوي يذهب باتجاه تأييد حق الدائن في انتزاع بمقدار دينه الثابت المستحق من دون تعسف في اللجوء إلى هذا الحق ولا في إثارة، وما دام أن الفكرة في الأصل لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية، فلا يوجد ما يحول من دون الأخذ به وتنظيمه من خلال نص مدروس من حيث الضوابط والشروط.

أما عن الأساس الدولي فيمكن تلمسه في نصوص الشريعة الدولية، وعلى رأسها الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠/١٢/١٩٤٨ الذي نص في المادة رقم (١٧) منه على أنه: (١. لكل فرد حق في التملك، بمفرده أو بالاشتراك

مع غيره. ٢. لا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفاً)، ومن خلال القراءة الدقيقة للنص يتضح أن حق الملكية مكفول ومضمون ولا يمكن المساس به إلا وفقاً للأصول المرعية، وبناءً عليه لا يجوز للدائن أن يسترجع دينه المستحق الأداء من يد مدينه عن طريق انتزاعه ما لم يكن المدين مماتل متعسف في عملية سداد الدين، ووفقاً للنص الذي اقترحناء وبالضوابط والشروط التي ذكرناها، وليس ذلك فحسب؛ بل أن الإعلان ذاته قد أجاز تقييد كل الحقوق ومنها حق الملكية بموجب نصوص قانونية في ظل نظام تسوده مبادئ الديمقراطية، حيث نصت المادة (٢٩) على أنه: (١. على كل فرد واجباتٌ إزاء الجماعة، التي فيها وحدها يمكن أن تنمو شخصيته النمو الحر الكامل. ٢. لا يُخضع أيُّ فرد، في ممارسة حقوقه وحرّياته، إلاً للقيود التي يقرّها القانونُ مستهدفاً منها، حصراً، ضمانَ الاعتراف الواجب بحقوق وحرّيات الآخرين واحترامها، والوفاء بالعدل من مقتضيات الفضيلة والنظام العام ورفاه الجميع في مجتمع ديمقراطي).

II. ج. المطلب الثالث

الأساس الجزائي

يجب على المشرع الجزائي وهو بصدد التجريم والعقاب على السلوكيات أن يوازن بين حماية الحقوق والحريات العامة من جهة، وحماية المصلحة الخاصة التي نالت منها السلوكيات من جهة ثانية، وذلك لن يكون إلا من خلال اتباع سياسة جنائية متفاعلة بشكل متوازي مع التطورات التي يشهدها المجتمع بصورة متسارعة^(١)؛ ذلك أن السياسة الجنائية القائمة على مبدئي الضرورة والتناسب تفرض على المشرع أن يواكب التغيرات المستجدة في الدولة سواء من حيث الزيادة في التجريم والعقاب أم في الحد منهما، وفقاً لما تملّيه عليه المُعطيات وبالصورة التي تحد من نطاق اتساع الظاهرة الإجرامية وتدفع عن المجتمع ضرورها، من خلال العمل بمبدأ الموازنة بين حقها في المحاسبة الجزائية ومنع الجريمة والوقاية من خطرهما وحماية حقوق الإنسان وحرّياته المكفولة دستورياً^(٢)، عن طريق دفع الفرد إلى الالتزام بالقيم والقوانين النافذة بإرادته من دون اللجوء إلى الجزاء الجنائي، ولا سيما في السلوكيات التي يكون جزائها

(١) يُنظر: د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط١، (القاهرة: دار الشروق، ٢٠٠١)، ١٣٧.
(٢) يُنظر: د. رؤوف عبيد، مبادئ علم الإجرام، ط١، (القاهرة: دار النهضة، ١٩٧٤)، ص١٩؛ د. تميم طاهر الجادر و سيف صالح مهدي، "الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية"، بحث منشور في المجلة السياسية والدولية، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العدد (٢٤)، (٢٠١٤): ص٥؛ د. إحسان محمد الحسن، علم الاجتماع القانوني، ط١، (الأردن: دار وائل، ٢٠٠٨)، ص٩٥؛ د. محمد عبدالله أبو علي وآخرون، علم الاجتماع القانوني والسياسي، (القاهرة: دار المعارف، ١٩٧٥)، ص١٥٢.

العقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة^(١)، وخصوصاً إذا ما أدركنا أن العلاقة بين شدة الجزاء الجنائي وقوة الردع وانخفاض معدلات الجريمة ليست طردية في الغالب من الأحوال^(٢)، ناهيك عن السمعة غير المحمودة للمؤسسات الإصلاحية وسوء أحوال النزلاء فيها؛ بسبب ضيق المكان وضعف الخدمات بالنظر للوضع الاستثنائي الذي مرّ به العراق في السنوات اللاحقة لاحتلال العراق، والتي انعكست أثارها سلباً على المجتمع العراقي حكومةً ومؤسسات وشعباً، وخاصة بعد أن اجتاحت موجة الإرهاب الأسود الذي دمر البنى التحتية في المدن التي سيطر عليها لمدة من الزمان وفي مقدمتها دور الإصلاح ومنها المؤسسة الإصلاحية في بادوش وغيرها، كما لا ينكر أحد أن السياسة القانونية الحديثة ومنها الجزائية تتجه إلى الحد من التجريم والحد من العقاب وتلك نتيجة منطقية؛ لأن القاعدة القانونية الجزائية محكومة بمبدأ النسبية^(٣)، وهو ما يترتب عليه حتماً تطورها وتبدل أحكامها تبعاً للتطورات والمستجدات التي يشهدها المجتمع^(٤)، ولأجل ذلك بات من الضروري إتباع الطرق العلمية الحديثة في استنتاج المشاكل وتوضيح المعوقات ومن ثم ضبط الأهداف وتحديد الغايات النهائية لوجود القاعدة القانونية، الأمر الذي يتطلب ممن يصوغ السياسة الجزائية اليوم عقلنة مناهجها بالشكل الذي يساهم في تقليص معدل تنامي السلوكيات الإجرامية وتخفيف حجم الضغط الهائل الذي باتت تشكله الجريمة على كاهل المؤسسات العامة المعنية بالتصدي للجريمة وآثارها^(٥).

لذلك لا غرابة في الأمر إن بادرنا بدعوة المشرع الجزائي العراقي أن يُخرج السلوكيات التي تقوم عليها عملية انتزاع الحقوق المالية من يد المدين بها متى ما توافرت الأسباب الحقيقية لممارسة مثل تلك السلوكيات، فالمجتمع قد تطور كثيراً نتيجة للزيادة المتسارعة في العمران الذي يحاول أن يُجاري الزيادة السكانية الذي يشهده العالم اليوم، الأمر الذي انعكس على حجم الظاهرة الإجرامية وتزايد أعداد الخارجين عن حكم النص الجزائي، وبالنتيجة زيادة الزخم الحاصل على المؤسسات القضائية والإصلاحية بشكل يتجاوز إمكانيات الدولة، بل وبات ذلك

(١) يُنظر: د. تميم طاهر الجادر، "بدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة الأمد"، (رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٨)، ص ٧٠.

(٢) يُنظر: عبد الجبار عريم، *الطرق الحديثة في إصلاح وتأهيل المجرمين والجانحين*، ط ١، (بغداد: مطبعة المعارف، ١٩٧٥)، ص ٥٢.

(٣) يُنظر: د. كمال المنوفي، *السياسة العامة وأداء النظام السياسي*، ط ١، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٨)، ص ١٦.

(٤) يُنظر: د. أحمد فتحي سرور، *أصول السياسة الجنائية*، ط ١، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٢)، ص ٣٦؛ د. رؤوف عبيد، *مبادئ علم الإجرام*، المصدر السابق، ص ١٩.

(٥) يُنظر: د. عبدالرحمان خلفي، *نظرة حديثة للسياسة الجنائية المقارنة*، ط ١، (لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠١٨)، ص ١١.

يُنْقَلُ كاهلها من الناحية المادية والإدارية والوجستية؛ فإذا كان التعامل مع من يرتكب سلوكيات إجرامية يتجه إلى التخفيف وإلى اللجوء إلى العقوبات البديلة وفقاً لمعطيات السياسة الجنائية الحديثة؛ فمن باب أولى أن يكون التعامل أخف بكثير بحق من يُقَدَّم على انتزاع الحقوق المالية من يد مدينه الميسور الحال المماثل، ولم لا يكون الحال كذلك؟ والسياسة الجنائية الحديثة قائمة على تسهيل الإجراءات وتبسيط الشكليات وتخفيف الأعباء المالية عن كاهل الدولة وتقليل الزخم الحاصل في أروقة المحاكم والمؤسسات الإصلاحية، ناهيك عن التخلص من الآثار الكارثية للعقوبات السالبة للحرية قصيرة المدة التي تكفي للإفساد ولا تكفي للإصلاح، فضلاً عن ضعف درجة الخطورة الإجرامية، إن لم نقل بانعدامها في سلوكيات المُنتزَع لحقه من يد مدينه وفقاً لشروط وحدود سنراها لاحقاً، وحللت أصل النزاع بالتراضي بين الطرفين من دون إشغال المؤسسات العامة المعنية بذلك، كما لا يمكن إنكار أثر وجود حق ثابت ومستحق للجاني في ذمة المُجنى عليه الممتنع عن رد الحق أصل الدين إلى صاحبه من دون مبرر مشروع، والذي بدوره دفع الدائن إلى انتزعه من يده بطريقة لا تتفق مع القواعد القانونية السارية، وهو ما يُعد أمراً غير مشروع في ميزان المشرع، ذلك الميزان الذي نحاول أن نُعدِّل كفته لصالح من له الحق وفقاً لمعايير جديده تتفق مع أصل الحق وعلّة سنُ القاعده القانونية منذُ البدايه؛ فلو لا الحقوق وتضاربها لما وجدت القاعده القانونية ولما طُبقت، بل ولأغلقت المؤسسات القضائية والعدلية، لذلك قد قيل قديماً بأن: صاحب الحق سلطان وإن المقال مقالهُ أولاً وأخيراً.

ثم إن المشرع عندما يُدخل سلوكيات تحت طائلة النص الجزائي؛ فإنه يُراعي ما تنطوي عليه تلك السلوكيات من عدوان على الحق أصل المصلحة المحمية جزائياً، فهو عندما يُجرم القتل يُجرمه؛ لأن فيه مساس بحق المُجنى عليه في الحياة، وعندما يُعالج السرقة؛ فإنه يحمي الحق في الملكية وهكذا بقية الحقوق المحمية بموجب النصوص الجزائية، ولكن المشرع يُراعي في حالات أخرى أن تلك السلوكيات ذاتها لم تعد تشكل ذلك العدوان على تلك الحقوق؛ بالنظر للظروف والوقائع التي أحاطت بالسلوك والغاية التي يبتغيها مرتكب السلوك، وقبل ذلك الأساس الذي يرتكز عليه في اقدمه على ذلك، أي أن تلك السلوكيات لم تعد جديرة بالتجريم وإنما بالإباحة؛ لأن علة الإباحة مرتبطة بعلة التجريم^(١)، فحيث تنعدم أو تضمحل علة التجريم تطفو على السطح علة الإباحة ويسري مفعولها على مرتكب السلوك؛ ولأنها مستندة على حق ثابت لصالح مرتكب السلوك وكفة ميزان العدالة راجحة لجانبه، وذلك الحق الثابت والرجحان في كفة الميزان أظهر ما يكون

(١) يُنظر: د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات - القسم العام -، مصدر سابق، ص ٣٢٣.

بالنسبة لمن بادر إلى انتزاع حقه المالي المستحق من دون مبالغة فيه من يد مدنيه المتعنت من دون وجه حق.

بقي أن نأصل لمسألة في غاية الأهمية، تلك المسألة التي لا يمكن لفكرة البحث أن تستقيم ما لم نخرج بتوصيف دقيق لسلوكيات الدائن صاحب الحق في الأموال التي بين يدي المدين الممتنع عن السداد، فنقول: إن الأصل الذي توصلنا إليه من خلال الدراسة يستند على نظرية رجحان الحق، تلك النظرية التي تقوم على المفاصلة بين الحقوق المتعارضة وترجيح الحق الأولى بالرعاية على الحق الأقل بالرعاية، والذي هو من دون منازع حق الدائن على دائنه، شأنه في ذلك شأن حق الدفاع الشرعي الذي ضحي المشرع الجزائي بمصلحة المعتدي لحساب مصلحة المدافع صاحب حق الدفاع، ولا نرى وجود أية إشكالية في قولنا ذلك؛ لأن المشرع الجزائي قد أباح القياس في مسائل الإباحة وإن كان قد حظرها في مسائل التجريم والعقاب، لأن الجميع يعلم أن التجريم والعقاب محكوم بمبدأ (المشروعية الجزائية) وفقاً للمادة الأولى من قانون العقوبات العراقي النافذ والمعدل التي نصت على أنه: (لا عقاب على فعل أو امتناع إلا بناء على قانون ينص على تجريمه وقت اقترافه ولا يجوز توقيع عقوبات أو تدابير احترازية لم ينص عليه القانون)، أي لا جريمة ولا عقوبة ولا تدبير إلا بنص قانون صادر من السلطة المختصة بالتشريع في الدولة وفقاً للأصول الدستورية في الدولة، وكل ذلك في سبيل ضمان عدم التضيق أو المساس بالحقوق والحريات المكفولة دستورياً إلا بموجب نصوص قانونية أصولية بعيداً عن التحكم والارتجال غير المدروس العواقب وفي الحالات التي تتطلبها الضرورة الملحة لحماية مصالح جديرة بالحماية الجزائية؛ بخلاف الحال في نطاق أسباب الإباحة التي هي الأصل في الأشياء وفقاً للفقهية التي تنص على أنه: (الأصل في الأشياء الإباحة)^(١)، غير أن ذلك لا يعني أن من يتصرف وفقاً للإباحة غير مسؤول عن مجاوزة الحدود المرسومة للإباحة؛ فلا يوجد حق مطلق ومنها الحق في ممارسته تحت سبب الإباحة، بل إن من يستخدم حقه يكون مسؤول مدنياً عن تعويض الأضرار التي تترتب على استخدام حقه متى

(١) والإباحة عند الفقه الجنائي على صورتين، إباحة أصلية وأخرى عارضة، فالأولى تدل على تلك الحالة التي لا يكون المشرع الجزائي قد نص لا تجريمها ولا العقاب على إتيانها، أي أن المشرع لم يعالجها مطلقاً، فهي إباحة في الأصل ولا شيء من المواخذة على من يأتيها مطلقاً، فهي إباحة لعدم وورودها في النصوص الجزائية، ويترتب على ذلك عدم إمكانية محاسبة صاحب السلوك المباح في الأصل لا مدنياً ولا جزائياً ما دام أنه لم يتجاوز حدود الحق المباح المرسومة في القانون بمعناه العام، أما الثانية؛ فإن المشرع قد نص عليها وعالجها في القانون الجزائي، فهي في الأصل تشكل جريمة معاقب عليها جزائياً، غير أن المشرع قد رأى ولعدة اعتبارات إخراجها من نطاق التجريم والعقاب إلى نطاق الإباحة، وبالنتيجة يجب على من يأتي السلوك الخاضع لسبب إباحة طارئ أن يتصرف في حدود سبب الإباحة ووفقاً للضوابط التي تقيد ذلك الحق؛ للمزيد يُنظر: د. محمد سلام مذكور، "الإباحة عند الأصوليين والفقهاء"، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد (٢)، (١٩٦١): ص ٣٧-٤١؛ نقلاً عن أستاذنا الدكتور طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية، ١، (أربيل: مركز البحوث القانونية، ٢٠٢٢)، ص ١٧٨-١٧٩.

كانت تلك الأضرار ناشئة سوء استخدامه لحقه نتيجة التعسف في استخدام حقه أو مجاوزة الحدود المرسومة للممارسة الحق في استعادة الدين من دون مبرر مشروع، فوسيلة استخدام الحق حتى تكون مباحة يجب ان يُراعى في استخدامها شروط وضوابط استخدام الحق، وكما أن نظرية رجحان الحق وأسباب الإباحة المبنية عليها لا تبيح التعدي ولا التجاوز في استخدام الحق؛ كذلك هو بالنسبة لقاعدة الجواز الشرعي يُنافي الضمان، فالجواز ينافي الضمان في حدود تلك الرخصة التي تتفق مع الجواز، أما إن تجاوز استخدام الحق ذلك الجواز والرخصة المتفرعة عنه؛ فإنه يدخل في المحظور ويتحمل المسؤولية التي تترتب على ذلك التجاوز ويقع عليه جبر الأضرار التي لحقت بغيره نتيجة تجاوز حدود الجواز، وهو ما ينطبق على موضوع دراستنا من جميع الجوانب، وبشكل يتفق مع نص المادة الجزائية التي اقترحناها في خاتمة البحث.

II. ج. المطلب الرابع

الأساس الشرعي لانتزاع الحقوق المالية "الظفر بالحق"

الأصل أن يحصل الإنسان على حقوقه المالية التي له في ذمة إنسان آخر من دون منازعات ولا قضاء، ومن باب أولى من غير استخدام الحيلة ولا القوة في موعد سدادها من غير ممانعة ولا تسويق، امتثالاً لقوله تبارك وتعالى: ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَىٰ أَهْلِهَا))^(١)، غير الأمور لا تجري دائماً وفقاً لهذا الأصل الذي يشكل القاعدة بالنسبة للوفاء بالديون؛ الأمر الذي قد يُجبر الدائن صاحب الحق على انتزاع حقه من يد مدينه من غير طريق القضاء، متى ما ظفر بأموال تعود ملكيتها للمدين المماطل، ذلك الانتزاع الذي كانت مشروعيته من عدمها محل نقاش بين الفقهاء المسلمين، وكما يأتي:

الرأي الأول: عدم مشروعية الظفر بالحق من غير سبيل القضاء: وهو الرأي المشهور عند المذهب الحنفي^(٢)، فليس لصاحب الدين الحق في أخذ أياً من أموال مدينه مطلقاً ولأي سبب من الأسباب، أي سواء كان المدين ميسوراً أم فقير من جنس المال محل الدين أم من غير جنسه.

واستند الحنفية في قولهم بالمنع وعدم الجواز إلى حديث الرسول "صلى الله عليه وآله وصحبه أجمعين وسلم" عن أبي هريرة "رضي الله عنه" أنه قال: ((أد

(١) سورة النساء، الآية: (٥٨).

(٢) ينظر: الإمام أبو محمد عبد الله بن أحمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، ط ٢، ج ١٤، (القاهرة: مطبعة الجمهورية، دون سنة نشر)، ص ٣٣٩؛ الإمام علي بن سليمان المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط ١، ج ١١، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٧)، ص ٣٠٨.

الأمانة إلى من ائتمنك، ولا تخن من خانك))^(١). وقوله "صلى الله عليه وآله وسلم" عن ابن عباس "رضي الله عنه": (لا يحل لأمرئٍ من مال أخيه إلا ما أعطاه عن طيب نفس)^(٢).

كما أنهم قالوا بعدم جواز أخذ صاحب الدين دينه بيده لتعارضها مع القاعدة الكلية المعرفة بـ ((الجواز الشرعي يُنافي الضمان))؛ لكون الظفر بمال المدين من أجل استيفاء الحق منه يعدُّ من وجهة نظرهم سرقة، فيما لو أقام صاحب المال المُنتزع دعوى على من انتزع ماله من يده، وأن من نزع المال يجب عليه جلب دليل على ادعاءه بأنه دائن وقد قام بأخذ حقه، وأنه لو كان يملك الدليل لحاول الحصول على مبلغ دينه المستحق من خلال القضاء الشرعي^(٣)، ونحن بدورنا نردُّ على هذه الحجة بالقول: إن دراستنا هذه بالأساس قائمة على حقيقة ثابتة تتمثل في كون الدين ثابت غير متنازع في ثبوته ومستحق الأداء، وكل ما هنالك أن المدين بسداد الدين مماطل ممتنع عن ذلك، وليس منكراً لا للدين ولا لحلول موعد الوفاء به، لا بل أن مفهوم المخالفة يدل على أن أصحاب هذا الرأي المانع للظفر، لا يعارضون عملية انتزاع المال من يد المدين إن كان أصل علاقة المديونية ثابت وموعد السداد بالدين قد حل واستحق.

الرأي الثاني: مشروعية الظفر بالحق من غير سبيل القضاء: ذهب الرأي الراجح في الفقه الإسلامي إلى القول بجواز أخذ الدائن مقدار دينه من مال المدين^(٤)، فاشتراط الحنفية لإباحة ذلك السلوك أن يأخذ صاحب الحق ما يساوي حقه من مال المدين ومن جنس حقه في الدين وبنفس صفته، في حين لم يشترط

(١) الإمام سليمان بن الأشعث أبي داود، سنن أبي داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، رقم الحديث: (٣٥٣٠)، (بيروت: دار الكتب العلمية، دون سنة نشر)، ص ٢٥٦.

(٢) الإمام أبو بكر أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، كتاب الغصب، باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً إلا أن يشاء المالك، ط١، (الهند: دائرة المعارف المصرية، ١٣٤٤هـ).

(٣) ينظر: مزيد بن إبراهيم، استيفاء الديون في الفقه الإسلامي، ط١، (القاهرة: دار ابن الجوزي، ١٤٣١هـ)، ص ١٦٩.

(٤) يُنظر: الإمام علاء الدين بن أبي بكر مسعود الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، ج٧، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٦)، ص ٧١؛ الإمام زين الدين بن إبراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط٢، ج٧، (بيروت: دار المعرفة، دون سنة نشر)، ص ١٩٢؛ الأمام محمد بن أحمد بن محمد بن عlish، منح الجليل على مختصر خليل، ج٤، (بيروت: دار صادر، دون سنة نشر)، ص ٤١؛ الإمام أبو بكر محمد بن عبدالله بن محمد المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ط١، ج١، (بيروت: دار الجيل، ١٤٠٩هـ)، ص ١٥٨؛ الإمام جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط١، (بيروت: دار الكتب العلمية)، ص ٢٠٠.

المالكية والشافعية مثل هذا القيد؛ وإنما أجازوا لصاحب الحق أن يستوفي مقدار دينه من مال المدين سواء كان ذلك المال من جنس أم من غيره^(١).

وقد استند جمهور الفقهاء في قولهم بجواز انتزاع الحق المالي الثابت المستحق بالوفاء على عدة أدلة شرعية منها قوله تبارك وتعالى: ((وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ^٢ وَلَنْ صَبْرْتُمْ لَهُوَ خَيْرٌ لِلصَّابِرِينَ))^(٣)، فالله سبحانه وتعالى قد أجاز المعاقبة بالمثل واستيفاء الحق من غير قضاء متى ما كانت المعاقبة بالمثل، فمن باب أولى أن يباح للدائن انتزاع حقه المالي الثابت في ذمة المدين الموسر المماثل. وقوله جلّ جلاله: ((فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ^٤ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ))^(٥)، ووجه الدلالة بالنسبة لموضوع الدراسة يكمن في أن من كان عليه حق فأنكره أو امتنع عن الوفاء به بالرغم من أنه مقتدر على السداد؛ فإنه يكون معتدياً، فيجوز لصاحب الحق أن يأخذ حقه من ماله بغير إذنه ومن دون حاجة لحكم قضائي؛ لأن الله تبارك وتعالى قد أذن بذلك^(٦). كما استدلوا بقول الرسول "صلى الله عليه وسلم": الذي رواه أبو هريرة عن أبا سلمة "رضي الله عنهما" أنه قال: أن رجل تقاضى رسول الله ﷺ "فأغلظ له فهم به أصحابه فقال ﷺ": (دعوه فإن لصاحب الحق مقال، واشتروا له بغيراً فأعطوه إياه، وقالوا لا نجد إلا أفضل من سنه، قال اشتروا فأعطوه إياه، فإن خيركم أحسنكم قضاءً))^(٧)، ويدخل في مفهوم السلطان تمكين صاحب الحق من أخذ حقه من مال غريمه سواء أكان هذا المال من جنس الحق أم من غيره، وهي مناسبة في حضور الصحابة، لذا فهي تعد تشريع عام يسري على الكل، وليس محدد بواقعة محدد، لأن العموم يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يحدد نطاق حكمه.

* وعلى صعيد ذي صلة لنا أن نتساءل عن أساس إلزامية القاعدة القانونية وسموها على غيرها من القواعد الاجتماعية الحاكمة؟ من القراءة الدقيقة للمذاهب

(١) ينظر: المصادر نفسها.

(٢) سورة النحل، الآية: ١٢٦.

(٣) سورة البقرة، الآية: ١٩٤.

(٤) يُنظر: الإمام محمد المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، المصنوع السابق، ص ١٨٥؛ د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات، ط ٢، (الأردن: دار النفائس، ٢٠١١)، ص ١٢٠ وما بعدها.

(٥) الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، كتاب استغراب الأبل ووفاء الديون، ج ٥، رقم الحديث (٢٣٩٠)، (القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٤)، ص ٦٦.

والنظريات التي حاولت سبر أغوار كل من الحق والقانون ودراسة الأساس مصدر إلزام القاعدة القانونية، باتت لدينا قناعة تامة أن الأساس الذي تستمد منه تلك القواعد إلزاميتها هو الحق والحق وحده؛ لأن الحق مقترن بوجود الإنسان نفسه قبل ارتضائه الدخول تحت مظلة الدولة والقانون، فهو أسبق في الوجود من كليهما؛ بل أن كليهما وجدا في الأصل من أجل حمايته وكفالة تمتعه بها من غير منغصات أو عوائق تحول بينه وبين التلذذ به، بل أن سمو القواعد القانونية وعلو مرتبتها على بعضها البعض مرتبط بالحق والحريات الأساسية التي تحتويها، لذلك نجد أن القواعد الدستورية تحتل قمة الهرم القانوني، لا لشيء؛ إلا لأنها تضمن بين طياتها فصلاً كاملاً تتعلق بالحق والحريات، وعلى قدر تقديسها لتلك الحقوق تقدر وتسمو قواعدها، تلك التي يجب على السلطات الحاكمة قبل المحكومين احترامها والعمل على حمايتها، وعلى أساس احترام حقوق الإنسان ودرجة حمايتها يحكم على القانون بأنه دستوري أو لا، بل وحتى تلك القواعد الدستورية المعنية بتنظيم العلاقة بين السلطات يكمن أساس وجودها في وضع الحدود الفاصلة بين السلطات حتى لا تتداخل السلطات والصلاحيات وتنعكس سلباً على الحماية الدستورية للحقوق والحريات التي هي في الحقيقة أساس وجود القاعدة القانونية والدولة في آنٍ واحد.

وليس ذلك وحسب، بل أن المسائل المتعلقة بحقوق الإنسان وحرياته الأساسية قد تم تدويلها، وأضحت لها شرعة خاصة بها تدعى بـ: (الشرعة الدولية لحقوق الإنسان)، تلك الشرعة التي باتت تشكل قيداً على سيادة الدولة التي أصبحت تتسم بالمرونة بعد أن كانت تمتاز بالجمود التقليدي المعهود، وهو ما أعطى الهيئات الدولية العاملة في مجال حقوق الإنسان الحق من دون حرج بالتدخل في الشؤون الداخلية للدول التي تنتهك فيها الحقوق.

أضف إلى ذلك أن رقي الدولة وتقدم حضارتها بات يُقاس بدرجة إعلانها لشأن الحقوق ومستوى الحماية التي تتضمنها قواعدها الاجتماعية الحاكمة ومنها القواعد الاجتماعية، وخير دليل على ذلك الدرجة العالية التي يحتلها الحق في أحكام الشريعة الإسلامية الغراء التي قدست الإنسان ونظمت جميع مفاصل حياته منذ نفخ الروح فيه وحتى بعد وفاته وحمت حقوقه وحرياته وسخرت جميع المخلوقات لخدمته، وخير دليل على ذلك قوله تبارك وتعالى: ((ولقد كرّمنا بني آدم وحملناهم في البر والبحر وفضلناهم على كثيرٍ تفضيلاً)) سورة الإسراء:

الآية (٧٠)، وهو ما تلقفت التشريعات الوطنية الدستورية والعادية منها وقواعد الشرعة الدولية لحقوق الإنسان وحاولت أن تصل إلى ما وصلت إليه القواعد الشرعية بوسيلة أو بأخرى حتى وإن لم تصرح بذلك أو تدلل عليه؛ لأن المسألة واضحة ولا تحتاج إلى الاعتراف الصريح بها؛ فالخالق العظيم "جلّ جلاله" هو من أوجد الوجود وسخره لخدمة الإنسان، وهو "سبحانه وتعالى" من منحه الحقوق، تلك الحقوق التي تعدّ أساساً لإلزام القواعد الحاكمة في المجتمع ومصدر لقوتها، حتى أضحت المجتمعات الدولية اليوم تتباهى بالمستوى العالي لحماية الحقوق، ذلك المستوى الذي على أساسه أضحت تصنف ضمن فئة الدول المتقدمة المتحضرة أو العكس.

* ثم هنالك تساؤل آخر قد يثار في الأذهان مفاده: متى وجد الحق؟ ومتى أضحت له قوة ملزمة؟ ثم كيف يجب أن يُطبق القانون؟

في الإجابة على هذه التساؤلات نقول: إن الحق قد وجد مع وجود الإنسان ذاته على هذه البسيطة، بل حتى قبل ذلك؛ فالحقوق تثبت للجنين في بطن أمه منذ لحظة نفخ الروح فيه، وإلا لما أقدم المشرع الجزائي على حماية حقوقه في النمو الطبيعي عندما جرم إخراجة للحياة قبل الموعد الطبيعي للولادة خشية أن يؤدي ذلك إلى حرمانه من التكامل الجسدي والعقلي، وحقه في الحياة عندما جرم إسقاطه من قبل الأم أو غيرها، ما لم تكن هنالك مصلحة راجحة تتعلق بالحفاظ على حياة الأم على حساب حياة الجنين؛ لأن حياة الأم حياة حقيقية ووجودها في نواة المجتمع لا سبيل إلى الاستغناء عنه، أما حياة الجنين فهي حياة مستقبلية غير يقينية، كما أن قيمة وجوده لا يمكن أن تُقارن بوجود الأم، أي أن وجود الحق اقترن بوجود الإنسان محور الأحداث وسبب وجود الحياة على الأرض بل من لحظة وجود نواته في بطن أمه.

أما متى أضحت له قوة ملزمة في مواجهة الآخرين؟ فنقول في بيان ذلك: إن الحق أصبحت له قوة ملزمة عندما قبل الاندماج في المجتمع المنظم (الدولة بالمفهوم الحديث)، والتي انتظمت تلك الحقوق في قواعد قانونية مقترنة بجزاء رادع غالباً في مواجهة من خرق تلك القواعد الحامية للحقوق علة وجود النص القانوني وسبب وجوده؛ غير إن ذلك المصدر يجب أن لا يترتب عليه فقدان الحقوق من غير تقصير ينسب إلى صاحب الحق، ولا جعله خاوياً مفرغاً من محتواه، وإلا فإن الحال سوف تكون معكوسة! مؤدية لنتائج تنعكس سلباً على

الحقوق أصل القاعدة القانونية التي وجدت بالأساس من أجل حماية الحقوق التي وجد المجتمع المنظم من أجل حمايتها وتأمين تمتع أصحابها بها، وليس الانتقاص منها أو إيصالها إلى مستحقها بشكل مُفرغ من محتواها فنكون بذلك قد أفقدنا الحق قيمته الحقيقية وأوصلناه إلى من يستحقه بشكل صوري؛ لأننا أضعنا الحق إلى درجه تجعله هو والعدم سواء، لذلك فحن مطالبون أن نطبق النص بالشكل الذي يترتب عليه بلوغ العلة من تشريع، حتى ولو ترتب على ذلك بعض المخالفات البسيطة التي لا يُلْتَفَتُ إليها، إذا ما قارناها بالمصلحة المتحققة من وراء ذلك، وإلا فإن الحال لن يستقيم وباب المشاكل التي يثيرها الدين بين أطرافه لن يُغلق. فالحق شيء؛ وحمايته شيء آخر؛ فالحماية ليست عنصراً جوهرياً في وجود الحق؛ وإنما الحق موجود، ثم جاءت الحماية في وقت لاحق، فالحق كأصل موجود محمي من جانب أصحابه بجهود فردية أو أسرية قبائلية، فالحق في الأصل فكرة فلسفية وجودية، وليست فكرة قانونية، لذا فإن الحماية هي صفة الوسيلة القانونية الضامنة للتمتع بالحقوق ومسهلة لإثباتها وردها إلى أصحابها.

لنصل في نهاية المطاف إلى نتيجة حتمية تتمثل بأن حماية حقوق الإنسان وضمنان تمتعه بها هي العلة الأساسية والحكمة التي تقف وراء وجود الدولة والقانون، وليس العكس، ولا سيما وأنها قد انتهينا إلى القول بأن أساس إلزام القاعدة القانونية بمختلف فروعها وعلى رأسها القاعدة الدستورية يكمن في الحق الذي تحميه القاعدة القانونية وتكفل لصاحب الحق التمتع به من دون أية عوائق تحول من دون ذلك؛ وإلا فإن أصل وجود الدولة والأساس الذي تستمد منه القاعدة القانونية إلزاميتها سيتلاشى؛ ولم لا والإنسان قد ارتضى الدخول في بودقة الدولة من أجل كفالة التمتع بحقوقه وليس حرمانه منها أو الانتقاص منها أو حصوله عليها وهي مُفرغة من محتواها كما هو الحال في دعاوى الدين مستحق الأداء والتي يتم حسمها في الغالب بقرار قضائي ينهي الخصومة بإلزام المدين بأن يدفع للدائن حقه على شكل أقساط مريحة وعلى دفعات ذات مبالغ قليلة جداً لا تتناسب مع حجم مبلغ الدين مما يلحق بصاحب الحق ضرراً كبيراً ويحول ذلك المبلغ الضخم إلى مصاريف يومية مبددة من دون أي خطأ أو تقصير يُسند إلى صاحب الحق، وكل ذلك مراعاةً للمدين بالحق بذريعة أنه مُعسر وربما تكون الحقيقة خلافاً لذلك؛ ولكنه نجح في تضليل القضاء من خلال تهريب أمواله أو التصرف بها تصرفات صورية. وربّ من سيعترض علينا بالقول أن صاحب الحق بالدين

كان بإمكانه أن يضمن حصوله على حقه بأخذ ضمانات كالرهن أو ربط حقه بشيء عيني ينفذ عليه فيما لو لم يلتزم المدين بتسديد الدين في الموعد المحدد؟ نقول نعم كان بإمكان الدائن صاحب الحق أن يفعل ذلك؛ ولكن هذا الذي حصل، وباتت لدينا مشكلة واقعية تتكرر يومياً في أروقة المحاكم ودوائر التنفيذ؛ فهل نترك صاحب الحق من دون غطاء يحميه من تعسف المدين ومماطلته، ونحوله إلى صاحب حق ونحول صاحب الحق الأصلي إلى مدين متعسف؟! بالتأكيد لا؛ وإنما نسعى جاهدين إلى معالجة هذه المشكلة ونحاول إيجاد حل لها أكثر انسجاماً مع الأصول الشرعية الحاكمة للحق واقلّ إضراراً بصاحبه، وهو ما قمنا به من خلال هذه الدراسة.

أما عن الكيفية التي يجب أن يطبق بها القانون، فنقول: إن القانون يجب أن يتم تطبيقه بالشكل الذي يحقق العدالة ولا يُضيع أصل الحق، أي يجب على القاضي أن يُراعي في تطبيق القانون على الواقعة موضوع الدعوى حصول صاحب الحق على حقه ولو كان ذلك على حساب استبعاد نص جائر لا ينسجم مع أصل الخلاف الذي نشأت عنه الدعوى، ويمكن أن نستأنس في دعم رأينا هذا بما ورد في نص المادة رقم (١)، من قانون الإثبات العراقي ذي الرقم (١٠٧)، لسنة ١٩٧٩ النافذ والمعدل بوصفه قد تضمن القواعد العامة للإثبات والأدلة التي يجب على طرفي الدعوى إثبات دعواهم بموجبها في الدعاوى المدنية والجزائية على حد سواء، والتي نصت على أنه: (توسيع سلطة القاضي في توجيه الدعوى وما يتعلق بها من أدلة بما يكفل التطبيق السليم لأحكام القانون وصولاً إلى الحكم العادل في القضية المنظورة)، فهل من العدالة إلزام المدين بالحق بإرجاع الحق لصاحبه على شكل أقساط تؤدي إلى إلحاق الضرر بصاحب الحق وحرمانه من الاستفادة من أمواله التي سعى كثيراً لتحصيلها؟! أم من العدالة أن يعاقب صاحب حق استخدم وسائله الخاصة في الحصول على حقه ممن يماطل في سدادها، وعلى ذات المنوال جاء نص المادة (٣) من القانون ذاته عندما نصت على: (الزام القاضي باتباع التفسير المتطور للقانون ومراعاة الحكمة من التشريع عند تطبيقه)، وكذلك نص المادة (٤) التي نصت على أن قانون الإثبات يهدف إلى: (تبسيط الشكليات إلى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي إلى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه)، وكل ذلك يعزز من رأينا في أن إحقاق الحق وبلوغ العدالة أسمى وأرفع من النصوص التي انتضمتها، وفي حال التعارض يجب على المعني

بتطبيق القاعدة القانونية مراعاة ذلك من دون الالتفات إلى الشكليات الزائفة، ما دام أن جوهر القاعدة يتفق مع حقيقة الواقعة محل النزاع.

وبناءً على المعطيات والأفكار العلمية والفلسفية التي تقدم طرحها ومناقشتها يمكننا أن نضع عدة ضوابط لا يمكن أن تكون عملية الانتزاع مشروعة من دون توافرها في الواقعة محل البحث، وكالاتي:

١. أن يكون المدين موسراً غير معسر، ولكن يصعب على الدائن إثبات ذلك أمام القضاء، مع أن الدين ثابت ومستحق الأداء، وأن لا تزيد قيمة المال الذي انتزعه عن قيمة الدين.

٢. يجب أن يكون المال المنتزع منقولاً مملوكاً للمدين وليس أمانة في يده ولا حائزه لحساب الغير.

٣. يجب أن تتم عملية الانتزاع من دون استخدام القوة لا على المدين ولا على المال محل الانتزاع، فضلاً عن تجنب انتهاك حرمة المنزل، فلا يجوز مطلقاً انتزاع الأموال من داخل بيت المدين ولا توابعه، وإلا فإن المدين سيقع في المحذور.

٤. أن يكون من انتزع المال الدائن نفسه، فلا يحق له أن يكلف غيره بذلك بمقابل أو من غير مقابل مهما كان درجة القرابة بينه وبين من أستخدمه في ذلك.

٥. أن يكون ذلك الدين قرضة حسنة من دون فائدة؛ حتى لا نجعل ذلك ذريعة للدائن الذي يُكثر إقراض الناس بالفائدة؛ ولأن من يُقرض الناس بالفائدة عادةً ما يتعرض للمماطلة والتسويق في عملية السداد، ثم إن مثل ذلك الدائن غير جدير بإعطائه الحق في انتزاع المال من يد من يُدين له بالمال؛ لأنه بالأصل لا يتضرر من التأخير في عملية السداد، بل هو متوقعاً لذلك مُقدماً وواضعاً في حسابه أنه سوف لن يحصل على أمواله وفوائدها في التواريخ المتفق عليها للتسديد، كما أنه لن يضرر كثيراً؛ لأنه بالأصل سيحصل على مبالغ تزيد كثيراً عن المبالغ التي كان قد دفعها لمدينه.

الخاتمة

بعد أن فرغنا من كتابة المعالجة الجزائية للحقوق المالية، والتي أخذتنا يميناً وشمالاً في فلسفة الحق وأصل وجوده ودور القاعدة القانونية في حمايته، والتطورات التي مرت بها المجتمعات والتشريعات البشرية في التعامل مع الحق وما يتفرع منه من تفاصيل، لا بدّ لنا ومن أجل اكتمال الفائدة المرجوة من وراء

الدراسة من أن نسجل بعض الاستنتاجات وندعو إلى بعض التوصيات، لعلنا نكون بذلك قد قدمنا أفكار تساهم ولو بالشيء اليسير في خدمة الحق وصاحبه من دون أن نكون قد بالغنا في الدراسة، والله نسأل أن لا نكون قد جانبنا الصواب، وكما يأتي:

أولاً/ الاستنتاجات:

١. تبين لنا أن إعادة الحقوق إلى أهلها، ولا سيما الحقوق المالية المترتبة على الديون تحتاج إلى وقفة جادة من جانب المشرع بوصه يمثل المجتمع في حماية حقوق أفراد من خلال القواعد القانونية المحكمة، وبالشكل الذي لا يؤدي إلا إفراغ الحقوق من محتواها نتيجةً لتهرب المدينين بالمال ومماطلتهم في عملية السداد، وتقسيطها على أقساط تحرم صاحب المال من الاستفادة من أمواله.

٢. اتضح لنا بجلاء أن الحق وحمايته هو أساس وجود القاعدة القانونية وعله تشريعها، وأن الحق أسبق من المجتمع في الوجود، بل أن المجتمع والقانون وجدا لحمايته وضمان التمتع به من دون منغصات، وأن دور القضاء الحقيقي يكمن في تطبيق القانون بالطريقة التي تكفل حماية الحق ورده إلى أهله.

٣. رأينا أن مسألة الحق في استرداد الدين عن طريق انتزاعه ممن يماطل في رده من دون مبررات حقيقية، كان ولا زال لها أصل في القواعد العرفية والأحكام الشرعية ولا سيما القواعد الكلية كقاعدة (لا ضرر ولا ضرار)، وقاعدة (الجواز الشرعي يُنافي الضمان)، ذلك الحق الذي لا نرى فيه خطراً يهدد المصالح إن تمت ممارسته وفقاً للضوابط التي يتضمنها النص، ثم عن الواقع العملي لمن يُدقق النظر فيه يسير في هذا الاتجاه، حيث وجدنا أن القضاء يذهب إلى إرشاد أطراف المنازعة الناشئة عن علاقة مديونية إلى ضرورة حللته بالتفاهم وبطرق ودية بعيداً عن ساحة المحاكم المتخمة بالدعاوى.

ثانياً/ المقترحات:

١. ندعو كل انسان أن ينظر ويتحرى أين يضع أمواله التي فضله الله سبحانه وتعالى بها على غيره، بدليل قوله تعالى: ((وَاللَّهُ فَضَّلَ بَعْضُكُمْ عَلَى بَعْضٍ فِي الرِّزْقِ فَمَا الَّذِينَ فُضِّلُوا بِرَأْدِي رِزْقِهِمْ عَلَى مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فُهُمْ فِيهِ سَوَاءٌ أَفَبِنِعْمَةِ اللَّهِ يَجْحَدُونَ)) سورة النحل: الآية (٧١)، وأن يحافظ عليها من التلف والتبديد، وإلا فهو مسؤول مسؤولية مباشرة عن المشاكل التي يثيرها إقراض أمواله للغير، فالإنسان صاحب المال هو أو حلقة من حلقات حل المشاكل التي

تثيرها الديون بين الناس، وحرصه ومراعاته لهذه المسألة يساهم بشكل كبير في تضيق دائرة مشاكل الديون إن لم نقل بأنها ستقضي عليها تماماً.

٢. ومن باب التخفيف من شدة القواعد الجزائية في التعامل مع المشاكل الاجتماعية ذات الأصول المدنية ندعو المشرع الجزائي العراقي إلى إضافة فقرة في نهاية المادة (٤٣٩) من قانون العقوبات العراقي النافذ والمعدل: (من دون وجه حق)، أي إن وجد الحق فلا توصف السلوكيات بأنها جريمة سرقة ولا تُكفي وفقاً لنصوص السرقة.

٣. ندعو المشرع الجزائي العراقي إلى تبني مسألة الظفر بالحق التي أيد العمل بموجبها الرأي الراجح في الفقه الإسلامي في حدود الحق محل الانتزاع بطريقة لا تلحق ضرراً بالمدين بالحق مهما كان يسيراً، وإن ترتب على عملية استرداد الحق أية أضرار فيجب على المنتزع التعويض وفقاً للقواعد العامة، ونقترح على المشرع النص الآتي: (١). يحق لمن لحقه ضرر من جراء ماطلة المدين أو تهربه من سداد الحق الذي عليه أن يظفر في حدود حقه بمال مملوك للمدين ما لم يكن مُعسراً بالدليل. ٢. للمدين الذي انتزع المال منه أن يُطالب بالتعويض عن الأضرار المباشرة التي لحقت به من جراء عملية الانتزاع). شأنه في ذلك شأن التعويض الذي يدفعه من تجاوز الحدود الشرعي لمن لحقه ضرر من وراء عملية الدفاع.

قائمة المصادر

القرآن الكريم.

أولاً/ كتب الفقه الإسلامي:

١. الإمام ابو بكر احمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ط١، كتاب الغصب، باب لا يملك أحد بالجناية شيئاً إلا أن يشاء المالك، الهند: دائرة المعارف المصرية، ١٣٤٤هـ.

٢. الإمام الحافظ أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ج٥، كتاب استغراب الأبل ووفاء الديون، رقم الحديث (٢٣٩٠)، القاهرة: دار الحديث، ٢٠٠٤.

٣. الإمام جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط١، بيروت: دار الكتب العلمية، دون سنة نشر.

٤. الإمام سليمان بن الأشعث أبي داوود، سنن أبي داوود، كتاب البيوع، باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، رقم الحديث: (٣٥٣٠)، بيروت: دار الكتب العلمية، دون سنة نشر.
 ٥. الإمام زين الدين بن ابراهيم بن نجيم، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ط٢، ج٧، بيروت: دار المعرفة، دون سنة نشر.
 ٦. الإمام أبو محمد عبدالله بن أحمد بن قدامة، المغني لابن قدامة، ط٢، ج١٤، القاهرة: مطبعة الجمهورية، دون سنة نشر.
 ٧. الإمام علي بن سليمان المرداوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط١، ج١١، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٩٧.
 ٨. الإمام علاء الدين بن أبي بكر مسعود الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ط٢، ج٧، بيروت: دار الكتب العلمية، ١٩٨٦.
 ٩. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية في نمط جديد، ط٨، العراق: مركز دراسات برلمان كردستان، ٢٠١٢.
 ١٠. مزيد بن إبراهيم، استيفاء الديون في الفقه الإسلامي، ط١، القاهرة: دار ابن الجوزي، ١٤٣١هـ.
 ١١. الأمام محمد بن أحمد بن محمد بن عlish، منح الجليل على مختصر خليل، ج٤، بيروت: دار صادر، دون سنة نشر.
 ١٢. الإمام أبو بكر محمد بن عبدالله بن محمد المعروف بابن العربي، أحكام القرآن، ط١، ج١، بيروت: دار الجيل، ١٤٠٩هـ.
- ثانياً/ كتب الفقه القانوني:**
١. د. احمد فتحي سرور، القانون الجنائي الدستوري، ط١، القاهرة: دار الشروق، ٢٠٠١.
 ٢. د. أحمد فتحي سرور، أصول السياسة الجنائية، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٧٢.
 ٣. د. آدم وهيب النداوي و د. هاشم الحافظ، تاريخ القانون، بيروت: شركة العاتك، ٢٠١٨.
 ٤. د. إحسان محمد الحسن، علم الاجتماع القانوني، ط١، الأردن: دار وائل، ٢٠٠٨.
 ٥. د. رؤوف عبيد، مبادئ علم الإجرام، ط١، القاهرة: دار النهضة، ١٩٧٤.

- ٦ . د. توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية- النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق-، ط٢، بيروت: مكتبة مكاوي، ١٩٧٥.
- ٧ . د.حسن كيرة، المدخل إلى القانون -القسم الثاني-، ط٦، الإسكندرية: مؤسسة المعارف، ١٩٩٣.
- ٨ . د. رمضان أبو السعود، الوسيط في شرح مقدمة القانون المدني- النظرية العامة للحق-، بيروت: الدار الجامعية دون سنة نشر.
- ٩ . طلال عبد حسين البدراني، الشرعية الجزائية، ط١، أربيل: مركز البحوث القانونية، ٢٠٢٢.
- ١٠ . عبدالباقي البكري و زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، بيروت: العاتك لصناعة الكتاب، من دون تاريخ نشر.
- ١١ . د. عبد الحي حجازي، المدخل لدراسة العلوم القانونية، الكويت: مطبوعات جامعة ١٩٧٠.
- ١٢ . عبدالجبار عريم، الطرق الحديثة في إصلاح وتأهيل المجرمين والجانحين، ط١، بغداد: مطبعة المعارف، ١٩٧٥.
- ١٣ . عادل محمد حجه، العُرف العشائري في الإصلاح، ط٣، الكتاب منشور على موقع مكتبة نور، ٢٠٢٠.
- ١٤ . د. كمال المنوفي، السياسة العامة وأداء النظام السياسي، ط١، القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٨٨.
- ١٥ . د. عبدالرحمان خلفي، نظرة حديثة للسياسة الجنائية المقارنة، ط١، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب، ٢٠١٨.
- ١٦ . د. ماهر عبد شويش الدرة، شرح قانون العقوبات- القسم العام-، ط١، جامعة الموصل: مطبعة دار الحكمة، ١٩٩٠.
- ١٧ . د. محمد عبدالله أبو علي وآخرون، علم الاجتماع القانوني والسياسي، القاهرة: دار المعارف، ١٩٧٥.
- ١٨ . د. منذر الشاوي، فلسفة الحق، ط٢، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١.
- ١٩ . منتسكيو، روح الشرائع، ترجمة عادل زعيتر، ج٢، القاهرة: الهيئة العامة لقصور الثقافة، ٢٠١٠.

٢٠. د. محمد نعيم ياسين، نظرية الدعوى بين الشريعة الإسلامية وقانون المرافعات، ط٢، الأردن: دار النفائس، ٢٠١١.
٢١. د. هشام القاسم، المدخل إلى علم القانون، ط٥، من دون دار نشر، ١٩٩٧.
- ثالثاً/ الرسائل الجامعية:**
١. د. تميم طاهر الجادر، "بدائل العقوبة السالبة للحرية قصيرة الأمد"، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، ١٩٨٨.
- رابعاً/ الوثائق الدولية والتشريعات الوطنية:**
١. الاعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر في ١٠/١٢/١٩٤٨.
٢. الدستور العراقي الدائم الصادر عام ٢٠٠٥.
٣. القانون المدني العراقي رقم (٤٠)، لسنة ١٩٥١ النافذ والمعدل.
٤. قانون العقوبات العراقي رقم (١١١)، لسنة ١٩٦٩ النافذ والمعدل.
٥. القانون المدني الأردني لسنة ١٩٧٦ النافذ والمعدل.
٦. قانون الإثبات العراقي رقم (١٠٧)، لسنة ١٩٧٩ النافذ والمعدل.
- خامساً/ الدوريات والقرارات:**
١. د. تميم طاهر الجادر و سيف صالح مهدي، "الضرورة والتناسب في القاعدة الجنائية"، بحث منشور في المجلة السياسية والدولية، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، العدد (٢٤)، (٢٠١٤).
٢. د. محمد سلام مذكور، "الإباحة عند الأصوليين والفقهاء"، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، العدد (٢)، (١٩٦١).
٣. د. محمد سليمان الأحمد، "فكرة سمو الحق على القانون"، بحث منشور في مجلة دراسات قانونية، مملكة البحرين، العدد الخامس، (٢٠٢٢).
٤. نص القرار غير منشور الصادر عن رئاسة محكمة استئناف بغداد/ الكرخ الاتحادية محكمة جنح الكرخ، رقم الدعوى ٧/ج/٢٠٢٢، في ٥/١٢/٢٠٢٢.