



Journal of Anbar University for Law and Political Sciences



P. ISSN: 2706-5804

E. ISSN: 2075-2024

Volume 13- Issue 1- March 2023

المجلد ١٣ - العدد ١ - آذار ٢٠٢٣

Extracting financial rights (getting the right) - a comparative study -

¹ Assst. Prof. Dr. :fathl all fathl alabdaly

¹ Mosul University - College of Law

Abstract:

Extracting financial rights is one of the issues known to the Arabs and defined by Islamic jurisprudence, as Islamic jurisprudence regulated the subject of winning the right, who urges its provisions and controls, so the creditor may extract his money from a right in the debt of his debtor without resorting to the judiciary as long as this right exists and does not expire by any means of lapse and it was immediate It is not deferred and it was one of the financial rights, just as not all rights can be extracted without the need to resort to the judiciary. There are rights in which the nail is not permissible, i.e. extraction, and there are disputed rights, and there are rights that the creditor may extract. As for the laws, some of them mention the nail incidentally without stating its provisions. And its controls, including those who did not mention the nail at all, content with the general rules if they were sufficient, and in the case of insufficient reference to custom and the principle of Islamic legitimacy, and according to the different positions of the laws, the judicial opinions differed on the subject, there are judicial decisions based on the idea of winning the right, and there are several judicial opinions to extract the right without resorting to The judiciary is a theft crime for which the law is held accountable.

1: Email:

www.fatheeali43@yahoo.com

2: Email

DOI

Submitted: 5/2/2023

Accepted: 21/02/2023

Published: 28/03/2023

Keywords:

Grab

rights

nail

Finance without judging.

©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/>).



انتزاع الحقوق المالية (الظفر بالحق) -دراسة مقارنة-**١ أ.م.د. فتحي علي فتحي العبدلي****١ كلية القانون الحقوق – جامعة الموصل****المخلص:**

انتزاع الحقوق المالية من المواضيع التي عرفتتها العرب وعرفها الفقه الاسلامي حيث نظم الفقه الاسلامي موضوع الظفر بالحق من يحث احكامه وضوابطه، فيجوز للدائن ان ينتزع ماله من حق في ذمة مدينه ودون اللجوء الى القضاء متى ما كان هذا الحق قائماً لم ينقضي باي طرق الانقضاء وكان حالاً غير مؤجل وكان من الحقوق المالية، كما ان ليس جميع الحقوق يمكن انتزاعها دون حاجة الى اللجوء الى القضاء فهناك حقوق لا يجوز فيها الظفر أي الانتزاع وهناك حقوق مختلف فيها وهناك حقوق يجوز للدائن انتزاعها، اما القوانين فمنها من ذكر الظفر بصورة عرضية دون ان يبين احكامه وضوابطه ومنها من لم يذكر الظفر مطلقاً مكتفياً بالقواعد العامة اذا كانت تكفي وفي حالة عدم كفايتها الرجوع الى العرف ومبدأ الشريعة الاسلامية، وباختلاف مواقف القوانين اختلفت الآراء القضائية من الموضوع فهناك قرارات قضائية استندت الى فكرة الظفر بالحق، وهناك آراء قضائية عدة انتزاع الحق دون اللجوء الى القضاء جريمة سرقة يحاسب عليها القانون.

الكلمات المفتاحية:**انتزاع ، حقوق ، مالية ، ظفر، بدون قضاء.****المقدمة****نعرف بمقدمة بحثنا في الفقرات الآتية:****أولاً: مدخل تعريفى بموضوع البحث:**

عرف انتزاع الحقوق المالية لدى القبائل العربية حيث ذهبت العشائر العراقية الاصلية في القدم الى ما يسمى " الوسقة" والوسقة وسيلة تستخدمها هذه العشائر للوصول الى مال مغصوب او مسروق او غير ذلك دون حاجة الى الطرق القانونية، فإذا ظفر صاحب الحق بشيء ولم يتمكن من استخلاصه لضعف منه او لبعد اهله وعدم قدرته على الطلب، اخذ ما يصلح لاستيفاء حقه سواء من السارق نفسه او من احد أقاربه، وله ايداعه في الحال عند احد افراد قبيلته- قبيلة من ظفر بالحق لديه- ويلزم المودع لديه بإيصال الحق الى صاحبه ويتكفل بذلك وهو قرب للحق ودعوة للصالح وتحريض من الاقارب على الفصل بالنزاع.

وانتزاع الحقوق المالية وسيلة من وسائل استيفاء الحقوق عند تعذر استيفائها بالطرق المشروعة أي تحصيل الإنسان حقه المالي دون اللجوء إلى حكم القضاء، كأن يكون شخص له دين على شخص آخر، ولم يسدده له، فإذا وجد الدائن مالا للمدين فله أن يأخذ منه بمقدار دينه جنساً أو صفةً فيما يقابل حقه، دون حاجة إلى حكم بذلك، ولا رضا المدين، وأما إذا كان المدين باذلاً له غير مُمتنع عن أدائه فلا يجوز انتزاع ماله قهراً.

ويختلف حكم الظفر بالحق عند الفقهاء المسلمين باختلاف الحقوق، فيحرم في بعضها، كتحصيل الغوبات من قصاص وحُدود وتغزير، وتحصيل الحقوق المتعلقة بالنكاح واللعان والإيلاء والطلاق؛ لأن هذه أمور يقيمها الحاكم و لها شروط لا يقدر على التثبت منها أكثر الناس، ولأنها تحتاج إلى الاجتهاد والتحرر في تحقيق أسبابها، فيجب الاحتياط في إثباتها وتحصيلها، وكل ذلك يختص به القاضي.

ويجوز في بعضها، كتحصيل الأعيان المستحقة بغير قضاء، كالعين المغصوبة، ومثل ذلك أيضاً، كل عين مستحقة بأي سبب من أسباب الاستحقاق، فللمستحق أخذها دون قضاء، فمن وجد عين سلعتة التي اشتراها أو ورثها أو أوصى بها له فله أخذها، ولا يشترط الرفع إلى القضاء.

واختلفوا في بعضها الآخر وهل يشترط في انتزاع الأعيان المستحقة بغير قضاء، أن لا يؤدي ذلك إلى تحريك فتنة أو مفسدة أعظم من مفسدة ضياع الحق؟، وأن لا يكون قد تعلق بالعين المستحقة حق لشخص آخر؟، وذلك كأن يشتري شخص عيناً من آخر كان قد أجراها أو رهنها، فليس له بناءً على هذا الشرط أن يأخذها قهراً، لتعلق حق غير البائع بها. وما حكم من توصل إلى حقه عن طريق اتلاف شيء من مال المدين؟ وما هو حكم القانون والقضاء من انتزاع الحقوق المالية؟

ثانياً: أهمية اختيار الموضوع :

يتعلق هذا الموضوع بحقوق الأشخاص، ولا يخفى ما لها من أهمية بالغة شدد فيها الشرع والقانون وأمر بحفظها وأدائها لأصحابها، وحرّم أكل مال الغير بالباطل، ولم يجز القانون الاعتداء عليه، أن عدم ضبط مسألة الظفر بالحق يؤدي

إلى النزاع والخصام والتعدي على الحقوق، وقد يسبب ضرر اكبر من مصلحة الدائن، مما يجعل الحاجة ماسة إلى إبراز ما تنضبط به هذه المسألة حسماً للنزاع بين الاطراف.

كما ان إمكانية مساهمة الظفر بالحق في حل كثير من المنازعات المالية المعاصرة وإيجاد حلول شرعية وقانونية للقضاء على مشكلة المماثلة بالديون التي أزجعت كثير من الاشخاص الطبيعية والمعنوية.

كما ان المشرع العراقي مر مرور الكرام على موضوع بحثنا وتحديدًا في نص المادة (٣٩١) من القانون المدني العراقي والتي تنص على أنه "رب الدين إذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه على صفته فله الاحتفاظ به" بهذه الصورة تكلم المشرع العراقي عن انتزاع الحقوق المالية ولم يبين احكامه وضوابطه ولم يبين حتى الظفر ان كان عن طريق القضاء ام للدائن ان يقيم نفسه مقام القضاء في استيفاء حق، وماذا لو كان الدين موجلاً؟ ماذا لو كان المدين مقراً به باذلاً له؟ وبهذا تكمن اهمية اختيار هذا الموضوع الذي يعد من المواضيع التي في غاية الاهمية.

ثالثاً: تساؤلات الدراسة و مشكلاتها:

وتكمن مشكلة الدراسة في ايجاد الاجوبة المناسبة للتساؤلات الآتية:

نص المشرع العراقي كما ذكرنا على أنه "رب الدين إذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه على صفته فله الاحتفاظ به"

١. هل النص اعلاه دليل على ان المشرع العراقي اخذ بفكرة الظفر بالحق؟
٢. ما المقصود بقوله فله ان يحتفظ به؟ هل مجرد حفظ المال لديه؟ ام استيفاء لدينه؟
٣. هل هذا الحفظ الذي ذكره المشرع قبل حلول اجل الدين ام بعده؟ وماهي الصفة العرضية؟
٤. لم يبين المشرع العراقي ضوابط واحكام انتزاع الحقوق المالية.
٥. هل الحق يطلب ام ينتزع؟
٦. ما المقصود بانتزاع الحقوق المالية- بالظفر بالحق-؟
٧. ما هو التكليف القانوني لانتزاع الحقوق المالية -لظفر بالحق-؟
٨. هل يعد انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق- وفاء بالدين؟
٩. ما هو الموقف الفقهي والقانوني من مسألة انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق-؟

١٠. هل تعذر استيفاء الحق عن طريق القضاء شرط في جواز انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق- ؟
 ١١. هل اتحاد الجنس بين الحق المنتزع الذي يظفر به والدين شرط في جواز انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق- ؟
 ١٢. هل يجوز انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق- إذا كان المال المستوفى منه من جنس الأمانات كالودائع؟
 ١٣. هل يجوز للظافر إتلاف شيء من مال المستوفى منه للوصول للحق المطلوب؟
 ١٤. ما مدى صحة اعتبار قول من ذهب إلى وجوب انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق-؟
 ١٥. هل يعد الظفر من طرق الوفاء في القانون المدني العراقي؟
- وتكمن مشكلة البحث في إيجاد الأجوبة المناسبة للتساؤلات في أعلاه وغيرها من التساؤلات التي قد تتبادر للذهن ولا تسعف النصوص القانونية في إيجاد الإجابة عنها.

رابعاً: منهجية الدراسة:

سنعتمد في دراستنا إن شاء الله تعالى أسلوب البحث التحليلي المقارن، وستتم دراسة الموضوع باستخدام المنهج التحليلي المقارن، وذلك بإعمال المقارنة بين موقف الفقه الاسلامي و القوانين المقارنة (كالقانون المدني المصري والقانون المدني اليمني) وغيرها من القوانين التي تنظم المسألة ان وجدت، ومن ثم تحليل النصوص المتعلقة بالمسألة ومع الاعتماد على الموقف القضائي بهذا الخصوص ان وجد أن شاء الله.

خامساً: هيكلية الدراسة:

- المبحث الاول:** التعريف بانتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق- وتكييفه القانوني
- المطلب الاول :** التعريف بانتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق-.
- المطلب الثاني :** التكييف القانوني لانتزاع الحقوق المالية.
- المبحث الثاني:** أحكام انتزاع الحقوق المالية وضوابطها.
- المطلب الاول:** احكام انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق-.
- المطلب الثاني:** ضوابط انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق-.
- الخاتمة.**
- المصادر.**

I. المبحث الأول

التعريف بانتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق- وتكييفه القانوني

للقوف على تعريف انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق- وتكييفه القانوني كان لابد من الوقوف على تعريف الظفر بالحق لغة ومن ثم فقها وصولاً الى التعريف القانوني وموقف القوانين المقارنة منه، ثم لبيان التكييف القانوني لانتزاع الحقوق المالية وهذا يتطلب منا تقسيم هذا المبحث على مطلبين كالآتي:

المطلب الاول : تعريف انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق-

المطلب الثاني : التكييف القانوني لانتزاع الحقوق المالية. كالآتي:

I.أ. المطلب الاول

تعريف انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق-

الظفر بالحق مصطلح مركب من كلمتين ظفر وحق ولغرض الالمام بالتعريف به كان لابد من تقسيم هذا المطلب الى التعريف اللغوي والاصطلاحي ومن ثم بيان موقف التشريع العراقي والقوانين المقارنة منه في الفرع الاول ثم الوقوف على التكييف القانوني لانتزاع الحق - الظفر بالحق في الفرع الثاني كالآتي:

الفرع الاول: مفهوم انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق-

للقوف على مفهوم انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق- كان لابد من تقسيم هذا الفرع الى النقاط التالية:

اولاً: التعريف اللغوي للظفر بالحق:

الظفر بالحق مصطلح مركب من كلمتين ظفر وحق وليبيان معناه كمصطلح واحد كان لابد من تعريف الظفر اولاً ثم تعريف الحق، والظفر الفوز بما طالبت والفلج على من خاصمت^(١) (ظفراً) من باب تعب و أصله بالفوز و الفلاح و (ظفرت) بالضالة إذا وجدتها والفاعل (ظافر) و (ظفر) بعدوه و (أظفرت) به و (أظفرت) عليه بمعنى^(٢)، الظفر وهو الفلج والفوز بالشيء يقال ظفر يظفر ظفراً والله تعالى أظفره^(٣) وقال تعالى (من بعد أن أظفركم عليهم)^(٤).

(١) الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، ج٨، دار ومكتبة الهلال، دون سنة نشر، تحقيق: د مهدي المخزومي، و د إبراهيم السامرائي، ص ١٥٨.

(٢) حمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج٢، (بيروت: مكتبة العلمية)، ص ٢٨٥.

(٣) أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج٣، ط٢، (لبنان: بيروت، دار الجيل، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩)، ص ٤٦٦.

(٤) الآية ٢٤ من سورة الفتح.

أما الحق لغة فهو نقيض الباطل وجمعه حقوق^(١) ، الحق ضد الباطل والحق أيضاً واحد الحقوق^(٢).

إذا فالظفر بالحق لغة هو فوز الانسان بحق له على غيره. اما الانتزاع لغة فقد جاء في المعاني الجامع " انتزع النقود سلبها قهراً"^(٣).

ثانياً: التعريف الاصطلاحي لانتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق:-

لم نجد للظفر بالحق تعريفاً اصطلاحياً من الفقهاء القدامى – رحمهم الله - ويمكن تعليل ذلك بأنهم وجدوا المعنى الاصطلاحي لا يخرج عن المعنى اللغوي حيث أن الظافر فائز بحقه، وواجد له بعد خروجه من يده، يُضاف إلى ذلك أنهم ذكروا صور الظفر وبيّنوا شروطه، فكانهم اكتفوا بذلك عن تعريفه، فالمعنى الذي يفهم من كلامهم عند التعرض لبيان حكم الظفر لا يخرج عن المعنى اللغوي في عمومته^(٤).

اما الفقهاء المعاصرين فقد عرفوا الظفر بالحق فمنهم^(٥) من ذهب الى أنه "المعنى الاصطلاحي يتفق مع المعنى اللغوي أي: "هو فوز الإنسان بحق له على غيره" وعرفه جانب آخر من الفقه المعاصر^(٦) على أنه " والظفر بالحق هو أن يظفر رجل بمال لغريم له جده حقه، ولا بينة للظافر بهذا الحق المجهود. كأن يكون له على رجل دين، ولا بينة له بهذا الدين، ولهذا المدين ودیعة عند صاحب الحق، فيطلب صاحب الحق حقه من المدين فيجحد، ولا بينة له به، فيجحد هو الودیعة التي عنده للمدين، ظافراً بذلك حقه أو جزء من حقه. أو يظفر بمال لغريمه - دون استلام - فينقص منه حقه ويرد إليه ما زاد عن حقه، أو بتحقيق الفرصة لظفره أخرى، إذا كانت الأولى لا تعادل قيمة حقه، فالظفر بالحق على هذا النحو ما هو إلا الفوز بالحق المجهود بأي طريق كان"

وذهب جانب آخر من الفقه المعاصر^(٧) قائلاً "ويمكنني أن اعرف حق الظفر: بأنه فوز صاحب الحق أو من يقوم مقامه بحقه الواجب الأداء من ممتنع دون لجوء إلى القضاء بشروط مخصوصة".

(١) محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ج ١٠، ط ١، (بيروت: دار صادر، دون سنة نشر)، ص ٤٩.

(٢) محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ج ١، طبعة جديدة، (بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، ١٤١٥، ١٩٩٥)، تحقيق، محمود خاطر، ص ٦٢.

(٣) باسل زيدان، المعجم الجامع،

(٤) البخاري إبراهيم وهيب، مبدأ الظفر بالحق ضوابطه الفقهية وتطبيقاته المعاصرة، بلا مكان وسنة نشر، ص ١٢.

(٥) د. جابر مهران، نقلاً عن المصدر اعلاه، ص ١٨.

(٦) د. محمود عبد الرحيم الديب، نقلاً عن المصدر اعلاه، ص ١٩.

(٧) د. علي عبد الجبار السروري، نقلاً عن البخاري إبراهيم وهيب، مصدر سابق، ص ٢٠.

ونتفق مع من يرى^(١) ان جميع التعاريف السالفة غير جامعة ولا مانعة للظفر بالحق فمنها ما تم نقده بانه أنه لم يبين لنا طريقة فوز صاحب الحق بحقه أي انتزاع حقه، هل بطريقة الوفاء الاختياري أم بطريقة الوفاء الإجباري؟ وهل هذا الوفاء الإجباري عن طريق القضاء، أم أنه بغير الرجوع للقضاء، ومن التعريف ما يؤخذ عليه تقييده للحق المظفور به المنتزع بأنه الحق المجرد فقط لا يستقيم له ذلك لأنه لم يشمل الحق المماثل به أو المغصوب أو المسروق وغير ذلك. ومن التعاريف ما يؤخذ عليه أيضاً أنه استعمل المرادف اللغوي لكلمة (ظفر) وهي كلمة (فوز) واستعمالها في التعريف قد يكون غير دقيق في موضعه لأنها غير كافية في تقريب المعنى للقارئ فهناك من الألفاظ ما هو أدق منها في تقريب المعنى.

وعليه يمكن تعريف انتزاع الحق - الظفر بالحق- اصطلاحاً بالآتي: انتزاع الحق هو " أخذ صاحب الحق المالي حقه قهر من ممتنع بلا قضاء وبشروط مخصوصة"

ثالثاً: تعريف انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق-قانوناً:

من البديهي القول بان التعاريف ليست من عمل المشرع وانما تترك المصطلحات القانونية للفقهاء والقضاء ليتولى تعريفها ومع ذلك قد يعرف المشرع بعض من هذه المصطلحات لازالت البس والغموض حولها، فقد عرف المشرع اليمني^(٢) الحق بقوله " الحق هو مصلحة ثابتة للفرد أو المجتمع أو لهما معاً مادية أو معنوية يقرها الشرع وإذا تعلق الحق بمال فهو سلطة يكون للشخص بمقتضاها التصرف في هذا المال والانتفاع به واستعماله واستغلاله طبقاً للقانون وكل حق يقابله واجب يلتزم بأدائه من عليه الحق " لم نجد من القوانين على حد اطلاعنا من يعرف انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق-، اما الحق فقد عرفه المشرع العراقي في مشروع القانون المدني في المادة (٨٨) منه قائلاً الحق هو " ميزة يمنحها القانون ويحميها تحقيقاً لمصلحة اجتماعية" ويلاحظ ان المشرع العراقي في تعريفه للحق قد اخذ بالنظريات الأكثر تقدماً فالحق وكما اخذ به المشرع العراقي في مشروعه ليس حقاً طبيعياً يقترب وجوده بوجود الشخص وسابقاً لوجود القانون وهو ليس حقاً فردياً مطلقاً وانما هو ميزة (استثنائية بقيمة معينة وتسلسل) يقرها القانون ويحميها، ولم تعرف ايا من القوانين المقارنة^(٣) الظفر بالحق أي انتزاع الحقوق المالية وهو موقف يحسب لها لا عليها كون ان التعاريف ليست من عمل المشرع.

(١) البخاري إبراهيم وهيب، المصدر السابق، ص ٢٢.

(٢) ينظر نص المادة ١٢١، من القانون المدني اليمني رقم ١٤، لسنة ٢٠٠٢.

(٣) القانون المدني المصري، والقانون المدني اليمني.

I. ب. المطلب الثاني

التكليف القانوني لانتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق-

التكليف القانوني هو تحديد الوصف القانوني الصحيح للوقائع القانونية، أو التصرف القانوني، مما له اثر كبير على التبعيات القانونية للوقائع والتصرفات كون التكليف هو الأساس الذي يحدد النص أو النصوص والقواعد القانونية واجبة التطبيق، والتكليف في نطاق القانون المدني هو إجراء أولي ضروري يترتب عليه تحديد القواعد القانونية التي تطبق على النزاع، فإذا سبب أحد الأشخاص ضرراً لشخص آخر، وطالب المضرور بالتعويض، يتوقف تحديد القواعد القانونية التي يُحكم بموجبها بالتعويض على تحديد طبيعة العلاقة التي تربط المضرور بمرتكب الضرر. فإذا كانت هذه العلاقة ذات طبيعة تعاقدية، تطبق في هذه الحال أحكام المسؤولية التعاقدية؛ وإذا كان سبب الضرر فعل ضار، تطبق أحكام المسؤولية التقصيرية.. ومن هذا المنطلق يثار التساؤل عن التكليف القانوني لانتزاع الحق- الظفر بالحق- هل هو غصب للمال؟ أم هو تعسف في استعمال الحق؟ أم هل هو صورة من صور حق الحبس؟ أم انه صورة من صور الدفاع الشرعي؟ أم هل انه مقاصة بين دينين؟ أم انه وفاء للدين؟ هذا ما سنحاول الاجابة عنه كالآتي:

I. ب. ١. الفرع الاول

تكليف انتزاع المال غصباً

لغرض بيان مدى امكانية تكليف انتزاع الحق غصباً كان لابد من الوقوف على معنى الغصب وحكمه كالآتي:

اولاً: الغصب: اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية حول تعريف الغصب " فبعضهم يذهب إلى أن الغصب يقع على الأموال العينية دون المنافع، والبعض الآخر يرى بأن الغصب كما يقع على الأموال العينية فإنه يقع على منافعها عرف الحنفية الغصب: (أخذ مال متقوم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده)^(١) يتبين من تعريف الحنفية أنهم يرون بأن الغصب يقع على الأموال (العينية والمعنوية) دون المنافع بدليل العبارة (على وجه يزيل يده)" فالتعريف غير مانع لأنهم قصدوا الغصب العيني دون الغصب المنفعي^(٢) تعريف المالكية للغصب: (أخذ مال، قهراً،

(١) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج ١١، (مصر: مطبعة السعادة، دون سنة نشر)، ص ٤٩.

(٢) سندس علي عباس، احكام الغصب في الفقه الاسلامي والقانون المدني من منظور الزلمي، دراسة مقارنة، ص ٣، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١١/١٠، بحث منشور، على موقع الانترنت

<https://su.edu.krd/sites/doi/zalmy-doi-1.pdf>

تعديا، بلا حراية^(١) يؤخذ على المالكية في تعريفهم للغصب أنهم أردوه بالمال الذوات، أي الأعيان المادية، وخرج بها الاستيلاء على المنافع كسكنى الدار مثلا . الغصب عند الحنابلة: (الاستيلاء على مال الغير بغير حق) أي استيلاء غير حَرَبِيٍّ (يَفْعَلُ يُعَدُّ اسْتِیْلَاءً) عُرْفًا عَلَى حَقِّ غَيْرِهِ قَهْرًا بِغَيْرِ حَقٍّ^(٢) أما الشافعية فيعرفون الغصب بأنه: (الاستيلاء على حق الغير عدوانا) أي عَلَى وَجْهِ التَّعَدِّي وَيُزَجَّعُ فِي اسْتِیْلَاءٍ لِلْعُرْفِ^(٣) و يرى الدكتور (مصطفى الزلمي - رحمه الله-)^(٤) أن تعريف فقهاء الشافعية للغصب بعد الأدق والأشمل والأقرب إلى حماية الحقوق المالية للناس التي يعد المال فيها إحدى الضروريات الخمس في الإسلام.

ولم يعرف المشرع العراقي الغصب ولا يعاب على ذلك لان التعاريف ليست من عمل المشرع في الوقت الذي نجد فيه ان المشرع اليمني^(٥) عرف الغصب بالاتي " الغصب هو الاستيلاء على مال الغير او حقه ، عدوانا بدون سبب شرعي".

ثانيا: حكم الغصب:

حكم الغصب في القانون المدني العراقي^(٦) نلاحظه من خلال ماذهب اليه المشرع قائلا (لا يجوز أن يحرم أحد من ملكه، إلا في الأحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع إليه مقدما) يتبين من النص أنه لا يسوغ لأحد حرمان أحد من ممارسة سلطاته وصلاحياته على ما يملكه إلا في الحالات التي نص القانون على إجازتها^(٧).

(١) محمد عlish، منح الجليل شرح مختصر خليل، ج٧، ط١، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م، ص ٧٩.

(٢) منصور بن يونس بن بن إدريس البهوتي، شرح منتهى الإرادات ، المسمى دقائق أولي النهى لشرح المنتهى، ج٢، ط١، عالم الكتب، بيروت، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م، ص ٢٩٦.

(٣) شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م، ص ٢٣٤.

(٤) د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق، ط٢ ، دون مكان وسنة نشر، ص ٢٧٥.

(٥) المادة (١١٩) من القانون المدني اليمني رقم ١٤ لسنة ٢٠٠٢.

(٦) المادة (١٠٥٠) من القانون المدني العراقي ، يقابلها المادة (١١٥٩) من القانون المدني اليمني والتي تنص على انه "لا يجوز لاحد ان يحرم احد من ملكة الا في الاحوال التي بقرها القانون الشرعي وبالطرق المنصوص عليها فيه وفي مقابل تعويض عادل" تقابلها المادة ٨٠٥ من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

(٧) ويعني بها حالات الاستملاك المنصوص عليها في المواد (٤-٢٦) من قانون الاستملاك العراقي رقم (١٢) لسنة ١٩٨١" وهي حالات الاستملاك الرضائي والقضائي والإداري ولكن في مقابل تعويض عادل يدفع له مقدما.

فهل يعد انتزاع الحق - الظفر بالحق - غصباً؟

نرى أنه اذا كان انتزاع الحق وفقاً للضوابط ^(١) التي يحددها الفقه والتي تتسجم مع القانون فلا يعد انتزاع الحق غصباً له وانما هو استيفاء للحق من ماطل وجاحد، اما في حالة تجاوز الضوابط التي تم تحديدها من قبل الفقهاء لانتزاع الحق فان الظفر أي الانتزاع يعد غصباً والمال يعد مال مغصوب وتسري على المنتزع - الظافر - احكام الغصب كما لو اخذ اكثر من الحق الذي له في ذمة من ظفر بماله وانتزعه أي كما لو كان حقه يساوي خمسة ملايين دينار عراقي وهو ظفر ب عشرة ملايين دينار عراقي فالزيادة داخلة ضمن الغصب وكذلك الحال اذا لم يلتزم الظافر بالضوابط المحددة من قبل الفقه والتي يجب ان تتسجم مع القوانين المعاصرة. اما اذا كان المظفور به مال مغصوب فان انتزاعه جائز شرعاً وقانوناً ^(٢). ونأمل من المشرع العراقي النص على أنه " أن صادف صاحب المال الغاصب وكان المال المغصوب معه وكان باستطاعة صاحب المال انتزاعه من الغاصب دون ضرر جسيم فله انتزاعه دون اللجوء الى القضاء ".

I. ب. ٢. الفرع الثاني**التعسف في استعمال الحق**

اذا كان التعسف في استعمال الحق يقصد به تجاوز صاحب الحق حدود المعقول في استعمال الحق الممنوح له والذي قد يترتب عليه المسالة القانونية، فهل يعد انتزاع الحق أي الظفر بالحق صورة من صور التعسف بالحق؟ ام هو وفاء لما في الذمة من الحقوق المالية؟

لم تجد نظرية التعسف في استعمال الحق تأييداً كبيراً لها لاسيما من طرف اصحاب المذهب الفردي فقد كانوا يرفضون اي قيد يرد على استعمال المالك لحقه الا في حالة واحد وهي تجاوز المالك حدود حقه، وكان الفقه الفرنسي متأثراً بهذه النظرية ايضاً ففي بداية القرن التاسع عشر كان استعمال الحقوق مطلقاً ومن يعمل ضمن حقه لا يسأل عن الاضرار التي يلحقها بالغير مهما كانت فالشخص يستعمل حقه كيف يشاء ولا يكون مسؤولاً عن الضرر الذي يلحقه بالآخرين، وبعد ان تطورت نظرية التعسف في استعمال الحق لاقت تأييداً في الفقه والقضاء الفرنسيين عموماً فبعد ان كان القضاء الفرنسي يشترط توافر الخطأ العمدي من طرف المتعسف اي ان يكون الاخير قد قصد احداث الضرر بالغير اصبحت تعتبر الفعل تعسفاً كلما ترتب عليه ضرر لأصحاب الغير ولم تتوفر لصاحب الحق مصلحة من استعماله.

(١) ينظر: ضوابط انتزاع الحق، ص ٣٢ من هذا البحث.

(٢) ينظر: نص المادة (١٩٢)، من القانون المدني العراق، والمادة (١١١٩)، من القانون المدني اليمني.

اما في الشريعة الاسلامية فلم تجد فكرة التعسف في استعمال الحق- في بادئ الامر - صدى عند فقهاءها وذلك استنادا الى القاعدة الفقهية (الجواز الشرعي ينافي الضمان) ولكن هذه النظرية وجدت طريقها الى التطبيق والقبول لدى الفقهاء المسلمين منذ القرن السادس الهجري بل انهم ذهبوا ابعد مما ذهبت اليه الشرائع الغربية فهم لم يقتصروا في تطبيقها على صورة تعمد صاحب الحق الاضرار بالغير بل انهم اعتبروا الفعل تعسفا كلما تخلفت المصلحة لدى صاحب الحق في استعماله وتجاوزت الحدود المألوفة المتعارف عليها واهم تطبيقات ذلك مضار الجوار، فلا يتحمل الجار ما جاوز الحد المألوف من مضار الجوار^(١).

وقد بين المشرع العراقي^(٢) حالات التعسف في استعمال الحق وهي : اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير، واذا كانت المصالح التي يرمي الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقا مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، واخيرا اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة، مخالفة للنظام العام او الآداب العامة. وهناك صورة رابعة للتعسف في استعمال الحق ذكرها الفقه الاسلامي ولم ينص عليها المشرع العراقي هي : يكون استعمال الحق غير جائز اذا سلك صاحب الحق سبيلا إلى تحقيق مصلحته نشأ عنه ضرر للغير وكان في وسعه سلوك سبيل آخر لا يلحق بالغير ضررا^(٣).

فالمصور الثلاث الاولى للتعسف في استعمال الحق لا تنطبق على انتزاع الحق أي الظفر بالحق اما فيما يخص كون المصلحة مشروعة غير مخالفة للنظام العام والآداب العامة فأرى انه لا يمكن عد انتزاع الحق من قبيل المصلحة غير المشروعة كون ان الظفر له تطبيق في الفقه الاسلامي، اما الصورة الرابعة والتي لم يأخذ بها اي من القوانين المقارنة^(٤) وهي كون استعمال الحق غير جائز اذا سلك صاحب الحق سبيلا إلى تحقيق مصلحته نشأ عنه ضرر للغير وكان في وسعه سلوك سبيل آخر لا يلحق بالغير ضررا

وعليه نرى اذا ترتب على انتزاع الحق -الظفر بالحق- ضرر يصيب من انتزع منه الحق فسنكون امام صورة من صور التعسف في استعمال الحق، متى ما نصب المنتزع للحق نفسه بدلا عن القضاء في اخذ حقه من غريمه، بمعنى اذا كان الالتجاء للقضاء لا يسبب ضرراً لمن انتزع منه الحق كان على صاحب الحق

(١) د. محمد رأفت عثمان، "التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون"، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، العدد الاول، (دون سنة نشر): ص ٤ وما بعدها.

(٢) المادة (٧)، من القانون المدني العراقي، تقابلها المادة (٥٤)، من القانون المدني المصري، والمادة (١٧)، من القانون المدني اليمني.

(٣) د. عبد المجيد الحكيم، ود. عبد الباقي البكري، ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، (العراق: دار ابن الاثير للطباعة والنشر، ١٩٨٠، ص ٢٣٣.

(٤) القانون المدني المصري، والقانون المدني اليمني.

ان يلجأ للقضاء وليس له ان ينتزع حقه بنفسه والا عدا متعسفا في استعمال حقه، استنادا الى الصورة اعلاه.

ومفهوم المخالفة لهذه الصورة هي الاجازة لصاحب الحق ان ينتزع حقه بنفسه دون اللجوء الى القضاء متى كان هذا الانتزاع والظفر بالحق لا يسبب ضرر لمن انتزع منه الحق، كون الوسيلة التي سلكها صاحب الحق لم تصيب من انتزع منه الحق بأي ضرر.

بمعنى انه اذا ترتب على انتزاع الحق من خلال سلك صاحب الحق سبيلا إلى تحقيق مصلحته نشأ عنه ضرر للغير- أي انتزع الحق بنفسه- وكان في وسعه سلوك سبيل آخر- اللجوء للقضاء- لا يلحق بالغير ضررا كنا امام صورة من صور التعسف في استعمال الحق وبخلافه فأئنا امام وفاء لما في ذمة من انتزع الحق منه متى توفرت ضوابط انتزاع الحق- الظفر بالحق.

فالترجيح بين مصلحة الدائن والمدين تقتضي ذلك لأنه ليس من العدل ان يحصل الدائن على دينه مقسطا وبالقسط المريح متى التجأ الى القضاء مع وجود المال الذي يكفي لسداد الدين دفعة واحدة ودون تقسيط، حيث يجب ان نفهم ان جميع الديون المدنية يكون سدادها عادة على شكل اقساط على الرغم من ان قانون التنفيذ^(١) اشار الى انه " يكلف المدين بدفع الدين دفعة واحدة والا كلف بحصر وبيان امواله المنقولة والعقارية وجميع موارده الاخرى وابداء تسوية للدين تتناسب مع مقداره في نطاق حالته المالية." فالإشارة الى " دفع الدين دفعة واحدة " سرعان ما تلاشى في نهاية الفقرة والنص على انه " ابداء تسوية للدين تتناسب مع مقداره ".

وبناء على ما تقدم اذا ما اتبع صاحب الحق ضوابط انتزع حقه من المدين الجاحد والمماطل والذي لا يصدق في تقديم البيان الخاص في حصر امواله فأن هذا الظفر الانتزاع صحيح شرعا ويفترض من المشرع اجازته قانونا^(٢) وعملا بنص الفقرة الثانية من المادة الاولى من القانون المدني العراقي والتي احوالت في حالة عدم وجود نص او عرف يطبق على الواقعة الى مبادئ الشريعة الاسلامية . ونأمل من المشرع العراقي تعديل نص المادة (٧) من القانون المدني العراقي وذلك بإضافة (٢/د). اذا سلك صاحب الحق سبيلا إلى تحقيق مصلحته نشأ عنه ضرر للغير وكان في وسعه سلوك سبيل آخر لا يلحق به ضررا).

(١) ينظر: نص المادة (٣١)، من قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥، لسنة ١٩٨٠.

(٢) ينظر: نص المادة (٣٩١)، من القانون المدني العراقي.

I. ب. ٣. الفرع الثالث

تكييف انتزاع المال حق الحبس

نص المشرع العراقي^(١) على انه " لكل من التزم بأداء شيء ان يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يوفق بالتزام في ذمته نشا بسبب التزام المدين وكان مرتبطا به".

عليه فان حق الحبس يعني ان لكل من التزم بأداء شيء أن يتمتع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين و مرتبط به فهو حق مقرر لكل شخص يكون دائنا ومدينا في أن واحد ويجوز له الاحتفاظ بما لديه من مال يخص مدينه ما دام أن هذا الدائن لا يقوم بما يجب عليه وبالتالي فان حق الحبس يفترض وجود التزامين كل منهما مترتب عن الآخر و مرتبط به سواء كان مصدر هذا العمل القانوني كالعقد أو الواقعة القانونية كالإثراء بلا سبب، ففي البيع مثلا فان التزام المتعاقد مرتبط بالتزام المتعاقد الآخر ولذا لكل من البائع والمشتري أن يحتبس ما يلتزم بأدائه حتى يقي المتعاقد الآخر بالتزامه وللمقاول ألا يبدأ العمل حتى يستوفي ما اتفق مع رب العمل على أن يجعل له من أجره ، ولصاحب الأرض الذي تعهد بعدم منع جاره من المرور مقابل مبلغ ما أن يمنعه من المرور حتى يستوفي المبلغ .

وحق الحبس معطى أيضا لكل من حاز شيئا أو أحرزه إذا انفق عليه مصروفات نافعة أو ضرورية، فانه يتمتع عن رد الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، كحق المستأجر في حبس العين إذا لم يهم المؤجر يدفع قيمة التحسينات استحدثها المستأجر فيها^(٢) .

عليه فان حق الحبس يخول صاحبه عدم الوفاء بالتزام المترتب عليه حتى يقوم المدين بما التزم به، وله إبقاء يده عليه حتى وفاء الدين كله وما أنفقه على المال المحبوس من مصروفات ضرورية ونافعة ولا يجوز التخلي عنه لمن يدعي شراءه أو اكتساب حق عليه بعد الحبس .

و الالتزام الجوهري في نظام الحبس هو وجوب توافر الارتباط بين الدينين مثل العقود التبادلية التي يحق فيها للمتعاقد أن يحبس ما يلزم بأدائه حتى يفي الآخر بالتزامه باعتبار توافر الارتباط بين الالتزامين، كما قلنا كذلك بالنسبة للحائز الذي اتفق علي الشيء مصروفات ضرورية أو نافعة يكون ملزما يرد الشيء الى مالكه ولكن من حقه أن يستوفي ما اتفق من تلك المصروفات.

(١) المادة (٢٨٢)، من القانون المدني العراقي، تقابلها المادة (٢٤٦)، من القانون المدني المصري ، والمادة (٢٢٥)، من القانون المدني اليمني.

(٢) ينظر: نص المادة (٢٨١)، من القانون المدني العراقي ، تقابلها المادة (٣٧٠)، من القانون المدني اليمني، و الفقرة (٢ من المادة ٢٤٦)، من القانون المدني المصري.

ثمة التزامان مرتبطان على وجه التبادل والقصاص يتفرع على ارتباطهما، هذا بإثبات حق صاحب اليد في حبس الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له إلا أن يكون قد أحرز هذا الشيء بوسيلة غير مشروعة كسرقة مثلاً^(١)..

عليه فانه يمكننا القول أن حق الحبس طريق ممدد للتنفيذ لأنه يلزم المدين بالوفاء بالتزامه على الغالب وإذا لم يقوم المدين بهذا الوفاء وجب على الحابس الحصول على حكم بحقه ولا يحق له التنفيذ على المال المحبوس أو غيره دون حكم حتى اذا كان سريع التلف الا بأذن من القضاء^(٢).

وخلاصة ما تقدم لا يمكن ان نكيف انتزاع الحقوق المالية أي الظفر بالحق على انه حق الحبس للضمان وذلك لأسباب التالية:

١. حق الحبس للضمان يفترض وجود الشيء محل الحبس بيد الحابس، في حين ان الظفر يكون الشيء او المال بيد المدين، ثم يظفر به الدائن.

٢. حق الحبس للضمان يقتضي ان يكون كل واحد من الطرفين دائن ومدين بنفس الوقت حتى يتسنى للطرف الذي لم يحصل على حقه حبس الشيء محل الالتزام كوسيلة لحمل الطرف الممتنع عن تنفيذ التزامه على التنفيذ.

اما انتزاع الحق -الظفر بالحق- فالغالب فيه ان يكون احد الطرفين دائن والثاني مدين ولا يوجد تزامن وترايط في تنفيذ أي من الالتزامين.

٣. حق الحبس للضمان وجب على الحابس الحصول على حكم بحقه ولا يحق له التنفيذ على المال المحبوس أو غيره دون حكم، اما انتزاع الحق أي الظفر بالحق اذا كان المال من الاموال التي يمكن استيفائها بالظفر وضمن الضوابط المحددة فلا حاجة لصاحب الحق ان يلجأ الى القضاء وله انتزاع حقه بنفسه.

وعليه فإن حق الحبس للضمان لا يخول الحابس حق التنفيذ على المال المحبوس أو غيره دون حكم أي لا بد من حكم للوصول الى الحق، اما انتزاع الحقوق المالية – الظفر بالحق- فهو يخول الدائن اخذ ماله في ذمة مدينه دون اللجوء الى القضاء، متى توافرت الضوابط التي يحددها الفقه والقانون.

I. ب. ٤. الفرع الرابع

تكيف انتزاع المال حق دفاع شرعي:

الدفاع الشرعي حق يتمكن الإنسان من خلاله الدفاع عن نفسه، أو ماله، أو عرضه بنفسه حين يتعذر عليه اللجوء إلى القضاء الذي من شأنه ان يقدم له الحماية لحقه. وقد تباينت مواقف القوانين المقارنة من مسألة الدفاع الشرعي فقد

(١) خوجة حسينة، "حق الحبس ضمان لتنفيذ الالتزام"، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، كلية الحقوق، ص ٢٣٥-٢٣٦.

(٢) ينظر: نص المادة (٣/٢٨٣)، من القانون المدني العراقي، يقابلها نص المادة (٣/٢٤٧)، من القانون المدني المصري، والمادة (٣٧٢)، من القانون المدني اليمني.

حصر المشرع العراقي هذا الحق بالخطر المحدق على نفس المدافع ونفس غيره^(١) بينما ذكر المشرع المصري بان حق الدفاع الشرعي تشمل نفس المدافع وماله ونفس الغير وماله ايضا^(٢) في الوقت الذي توسع فيه المشرع اليمني^(٣) ليشمل نفس المدافع او عرضه او ماله او عن نفس الغير او عرضه او ماله. ويشترط لحق الدفاع الشرعي^(٤) :

١. وجود خطر حال.
 ٢. ان يكون ايقاع الخطر عمل غير مشروع.
 ٣. الا يجاوز الدفاع القدر اللازم لدرء الخطر عن نفسه.
- ونتمنى على المشرع العراقي الاخذ بما ذهب اليه المشرع اليمني والنص على أنه: ((من احدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عرضه او ماله او عن نفس الغير او عرضه او ماله كان غير مسؤول عن تعويض هذا الضرر على ان لا يجاوز القدر الضروري فاذا جاوز القدر الضروري الزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة)). والسبب في اقتراح هذا النص هو ان الانسان يحيا من اجل دمه وماله وعرضه فاذا ما تعرض الانسان الى خطر حال على النفس او المال او العرض عليه او على شخص اخر وهو يستطيع دفع الضرر فعليه دفعه امثالا لمبادئ الشريعة الاسلامية وواجب تفرضه المروءة .
- وعليه لا يمكن عد انتزاع الحقوق المالية صورة من صور الدفاع الشرعي فأن تشابها في ان المدافع والمنتزع للحق كلاهما يقيم نفسه مقام القضاء أي دون الحاجة الى اللجوء الى القضاء .
- الا انهما يختلفان من حيث ان المدافع يدافع عن نفسه او نفس الغير وماله ومال الغير في حين ان المنتزع للحق ينتزع حقه من مدينه دون ان يشترط ان يكون هناك خطر حال .
- كما ان انتزاع الحقوق قصره المجيزون كما سوف نرى على الحقوق المالية اما القصاص والعقوبات فهي مستبعدة من نطاق استيفاء الحق بالنفس.
- كما ان حق الدفاع الشرعي يعفي من المسؤولية اذا ما توفرت شروطه والتزم المدافع بالقدر اللازم لدفع الضرر، اما انتزاع الحق أي الظفر بالحق اذا ما التزم المنتزع بالضوابط المحدد لانتزاع الحق كنا امام استيفاء للدين.

(١) ينظر: نص المادة (٢١٢)، من القانون المدني العراقي.

(٢) ينظر: نص المادة (١٦٦)، من القانون المدني المصري.

(٣) ينظر: نص المادة (٣٠٧)، من القانون المدني اليمني.

(٤) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، (بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠٠٧)، ص ٥٠٢.

I. ب. ٥. الفرع الخامس**تكييف انتزاع المال على أنه مقاصة**

المقاصة هي اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه^(١).

فالمقاصة اذن هي طريقة من طرق انقضاء الالتزام يفترض ان هناك شخصين كل منهما مدين ودائن للآخر في الوقت نفسه اي ان بين هذين الشخصين التزامين المدين في احدهما دائن في الثاني فبدلاً من ان يوفي كل منهما بدينه للآخر ينقضي الدينان بقدر الاقل منهما^(٢) فيكون المدين بالدين الاقل قد وفى دينه ببعض حقه ويكون المدين بالدين الاكبر قد وفى بعض دينه بحقه ويتعين عليهما الوفاء بالقدر الزائد وفاء عادياً. فالمقاصة من هذا الوجه اداة وفاء وهي يمكن ان تكون اداة ضمان ايضاً فالدائن الذي يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته يختص وحده بهذا الدين من دون غيره من دائني المدين فيستوفي حقه منه متقدماً عليهم جميعاً. وهناك ثلاث انواع للمقاصة^(٣):

المقاصة القانونية: التي تقع بحكم القانون اذا توافرت شروطها كما ويصطلح عليها في القانون المدني العراقي ايضاً بالمقاصة الجبرية.

المقاصة الاختيارية: والتي تقع باتفاق الطرفين او بارادة احدهما وذلك في حالة تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية وكان مقصوداً به مصلحة الطرفين معا او مصلحة احدهما فقط.

المقاصة القضائية: وهي التي تقع بحكم قضائي في حالة تخلف شرط من شروط المقاصة القانونية ايضاً.

وشروط المقاصة هي: ان يوجد دينان متقابلان ، وان يتمثل الدينان في المحل، وان يكون كل من الدينين صالحاً للمطالبة به قضاء، وان يكون الدينان خاليين من النزاع، وان يكون الدينان مستحقي الاداء، واخيراً ان يكون الدينان قابلين للحجز^(٤).

وقد نصت المادة (٤١٠) من القانون المدني العراقي^(٥) على الديون التي تقع فيها المقاصة حيث تقول (اذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة جنس واحد او كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من

(١) المادة (٤٠٨)، من القانون المدني العراقي، بقابلها المادة (٣٦٢)، من القانون المدني المصري، والمادة (٤٢٩)، من القانون المدني اليمني.

(٢) المادة (٤١٣)، من القانون المدني العراقي، بقابلها المادة (٢/٣٦٥)، من القانون المدني المصري، والمادة (٤٣٢)، من القانون المدني اليمني.

(٣) نص المشرع العراقي على نوعي المقاصة الجبرية -القانونية- والاختيارية في نص المادة (١/٤٠٩)، يوجد نص يقابلها في التشريعات المقارنة.

(٤) المادة (٤٠٩)، من القانون المدني العراقي.

(٥) يقابلها نص المادة (٣٦٤)، من القانون المدني المصري، والمادة (٤٣٠)، من القانون المدني اليمني.

جنسها فلا تصير الوديعة او العين المغصوبة قصاصا بالدين الا اذا تقاص الطرفان بالتراضي) وبناء عليه فقد استبعد المشرع حالتين لا تجوز فيهما المقاصة ولو توافرت الشروط السابقة:

الاولى هي: اذا انتزع شخص شيئاً من مالكة غصباً فانه يلتزم برده فاذا طالبه المالك بالرد فلا يجوز للغاصب ان يتمسك بالمقاصة بين التزامه برد ما غصب وما قد يكون على المالك من التزام قبله.

اما الحالة الثانية: فهي لا يجوز للمودع لديه ان يتمسك بالمقاصة بين التزامه برد الشيء المودع وبين ما يكون المودع ملتزماً به قبله والحكمة في ذلك ان الشيء المودع يعد امانة في يد المودع لديه وليس له ان يخون الامانة ثم يتمسك بعد بالمقاصة بين التزامه بالرد او بدفع التعويض عنه وبين الحق الذي في مواجهة المودع.

والخلاصة التي نستطيع الخروج بها هي: انه لا يمكن ان يعد انتزاع الحقوق المالية مقاصة كون المقاصة تشترط دائماً ان يكون هناك دينين متقابلين وفي حالة الظفر يكون هناك دين واحد بمعنى احدهم دائن والثاني مدين، كما ان من الصور التي لا تجوز فيها المقاصة هي صورة اذا انتزع شخص شيئاً من مالكة غصباً فانه يلتزم برده فاذا طالبه المالك بالرد فلا يجوز للغاصب ان يتمسك بالمقاصة بين التزامه برد ما غصب وما قد يكون على المالك من التزام قبله، وعلى هذا اذا كان انتزاع الحق وفقاً للضوابط المحددة فقها والتي لا تتعارض مع القانون كنا امام انتزاع للحق يقوم مقام الوفاء متى كان الحق المنتزع بمقدار الدين، اما اذا لم يراعي الظاهر الضوابط الفقهية والقانونية فإننا نكون اما غصب للحق وهي صورة منع المشرع اجراء المقاصة فيها ففي كلا الحالتين لا يعد انتزاع الحقوق المالية مقاصة بين الدينين.

I. ب. ٦. الفرع السادس

تكيف انتزاع الحقوق المالية وفاء للدين

فهل انتزاع الحق هو وفاء لما للدائن في ذمة مدينه ؟

يرى جانب من القضاء العراقي^(١) بأن الظفر بالحق من قبل الدائن دون اللجوء الى القضاء يعد جريمة يحاسب عليها القانون ولا يمكن تكيفه باي حال من الاحوال على أنه وفاء بالدين.

(١) الاستاذ القاضي، رائد حميد المصلح، رئيس محكمة استئناف نينوى ورئيس الهيئة التمييزية فيها، مقابلة شخصية في مقر رئاسة محكمة استئناف نينوى، في ٢٠٢٣/١/٢. أضاف السيد القاضي قائلاً " في احد الوقائع التي كان الدائن فيها قد اخذ سيارة المدين وطلب بيعها وفاء لدينه ، كيف القضاء هذا الفعل على أنه جريمة سرقة"

ويرى جانب آخر^(١) عند سؤالنا عن حكم نص المادة (٣٩١) من القانون المدني العراقي ان ما يتعلق بنص المادة (٣٩١) فأنها لا يوجد لها تطبيق لدى القضاء العراقي، وان القول بخلاف ذلك يترتب عليه اعادة الحياة الى عصر القوة واخذ الحقوق دون اللجوء الى القضاء وهذا يضر بالمصلحة العامة.

ونرى ان الاجابة عن هذا التساؤل اعلاه تكون بالإيجاب بمعنى ان انتزاع الحق والظفر به يكون وفاء لما في ذمة المدين، حماية للدائن من ماطلة المدين هذا من جانب، ومن جانب اخر فان لجوءه الى القضاء قد يسبب له الضرر في حالة ما اذا صعب عليه اثبات وحصر اموال المدين الامر الذي يترتب عليه تقسيط الدين بالقسط المريح لمصلحة المدين والاولى هي حماية الدائن كونه صاحب الحق ولعدم قطع سبيل المعروف، وعليه فان الظفر بالحق متى ما توفرت ضوابطه واحكامه يعد وفاء لما في ذمة المدين بدلالة نص المادة (٣٩١) من القانون المدني العراقي^(٢) التي تؤيد وجهة نظرنا، حيث جاءت هذه المادة في "محل الوفاء وزمانه ومكانه ونفقاته أ - محل الوفاء" وكأنا المشرع اراد اعتبار الظفر بالحق وفاء لما في ذمة المدين. الامر الذي يتطلب منا بيان احكام وضوابط انتزاع الحقوق المالية- الظفر بالحق- كالاتي:

II. المبحث الثاني

احكام انتزاع الحقوق المالية وضوابطها

الأصل هو (الوفاء الاختياري) ولكن قد لا يلتزم به كثير من الناس، مما يتسبب في تأخير السداد و الماطلة في كثير من الأحيان، مما يتعذر معه استيفاء الحق، ففي هذه الحالة لابد لصاحب الحق من طريق ليستوفي حقه بها، والأصل هنا هو لجوء صاحب الحق لرفع دعوى أمام القضاء لفصل هذا التنازع وإجبار من عليه الحق بأدائه إلى صاحبه، لكن هذا يتطلب حضور البيّنة لدى صاحب الحق، أو وجود شهود يؤيدون دعواه، مع توافر النزاهة والإنصاف والسرعة في البت، والعدل في القاضي المعروض أمامه الدعوى، إضافة إلى الشروط الأخرى الواجب توافرها في مجلس القضاء، فإذا لم تتوفر لصاحب الحق البيّنة والمدين منكر للحق، فماذا يفعل صاحب الحق للوصول لحقه؟ وهنا قد تلجئ الضرورة صاحب الحق لسلوك طريق استثنائي للحصول على حقه أو استيفائه بنفسه دون حصول تعد أو ضرر، وهذا هو الاستيفاء بطريق الانتزاع - الظفر-، وبطبيعة الحال قد توجد حالات لا تنطبق عليها شروط الظفر وضوابطه، لكن حديثنا هنا

(١) الأستاذ القاضي عامر مرعي الربيعي، نائب رئيس محكمة استئناف نينوى ورئيس الهيئة الاستئنافية فيها، مقابلة شخصية في مقر رئاسة محكمة استئناف نينوى، في ٢٠٢٣/١/٢. أضاف السيد القاضي قائلاً " اني اعمل في القضاء منذ ١٩٨٩ ولم تعرض عليا اي دعوى بهذا الخصوص.

(٢) " رب الدين اذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه وعلى صفته فله الاحتفاظ به. "

منحصر في الحالات التي تتوفر فيها تلك الضوابط والشروط.^(١) وعلى هذا فيمكن تقسيم طرق استيفاء الحق إلى قسمين كالتالي:

الأول: الوفاء الاختياري.

الثاني: الوفاء الإجباري .

الوفاء الإجباري يكون بطريق القضاء، فهل يستطيع صاحب الحق استيفاءه بنفسه وبطريقته الخاصة دون ضرر يصيب المدين؟ بمعنى لصاحب الحق استيفاء الحق عن طريق القضاء. وله ايضا استيفاء الحق بغير طريق القضاء اذا ما توفرت شروط وضوابط انتزاع الحق؟ وقد اشترط الفقهاء ضوابط لانتزاع الحقوق المالية لأجل هذا قسم المبحث على مطلبين، وهي الآتي:

II.أ. المطلب الاول

احكام الظفر بالحق

الأصل في الفرد أن يحصل على حقه بلا نزاع ولا مقاضاة ولا الظفر به بالقوة،

ولكن قد يماطل بعض الأفراد في رد الحقوق إلى أصحابها، مما يجبر الدائن على أخذ حقه بيده من غير قضاء، وهنا يختلف حكم انتزاع الحقوق عند الفقهاء تبعاً لاختلاف الحقوق، فيحرم في بعض الحقوق، ويجوز في بعضها، واختلفوا في بعضها الآخر، وعليه قسم هذا المطلب على الفروع الآتية:

II.أ.١، الفرع الاول

حقوق لا يمكن انتزاعها بلا قضاء

ليست الحقوق جميعها يجوز لأصحابها انتزاعها من المدين حيث ان هناك بعضاً من الحقوق لا يمكن انتزاعها الا عن طريق القضاء، اتفق الفقهاء المسلمون على ان العقوبات من اختصاص القضاء وليس للشخص ان يقتص لنفسه كما ان هناك حقوقاً شرعية محضة كتلك المتعلقة بالنكاح واللعان وغيرها لا يحق للشخص ان ينتزعها او يأخذها بنفسه، او ان يكون الحق من الحقوق المؤجلة هذا ما سنوضحه في هذا المطلب كالاتي:

(١) أسماء نصري، "الظفر بالحق وتطبيقاته الفقهية المعاصرة"، (رسالة ماجستير مقدمة الى معهد العلوم الاسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر - الوادي- الجزائر، ٢٠١٨)، ص ١٦.

اولاً: العقوبات^(١):

لا خلاف بين الفقهاء في أن الأصل في استيفاء العقوبات كالقصاص والحدود القذف أو السرقة أو الزنا أو التعزير أن يكون عن الطريق القضاء؛ ذلك أنها عزيمة الخطر، حيث إنها توقع على النفس، والفائت فيها لا يعوض والخطأ فيها لا يستدرك فوجب الاحتياط في إثباتها واستيفائها وذلك لا يتحقق إلا بالرفع إلى الحاكم، لينظر فيها وفي أسبابها وشروطها، والاحتياط في استيفاء العقوبات متفق عليه عند فقهاء المسلمين ، وبهذا ورد حديث رسول الله - ﷺ - «ادرءوا الحدود بالشبهات». ولأنه لا يقدر صاحب الحق على استيفاء العقوبة بنفسه، لأنه ينقاد في الغالب لعاطفته، ثم إنه ليس لديه من الوسائل اللازمة للتحري ما يقدر عليه القاضي بما وضع تحت يديه مما يمكنه من تقصي الواقع وكشف الحقائق. ولأنه لو جعل للناس استيفاء ما لهم من عقوبات لكان في ذلك ذريعة إلى تعدي بعض الناس على بعض، ثم ادعائهم بعد ذلك أنهم يستوفون حقوقهم، فيكون هذا سببا في تحريك الفتنة وربما أدى إلى الفوضى وإثارة العصبية بين الناس فيقع الظلم والفساد، فسادا لذريعة التي قد توصل إلى الفعل المحرم ولأن كثيرا من العقوبات لا ينضبط إلا بحضرة الإمام، سواء في شدة إيلاها كالجلد أو في قدرها كالتعزير، ولأن الغاية أصلا من العقوبة الزجر والردع، وذلك لا يتحقق إلا بواسطة الحاكم^(٢) حيث ذكر صاحب حاشية قلوبى وعميرة^(٣) بأنه " تُشْتَرَطُ الدَّعْوَى عِنْدَ قَاضٍ فِي عُقُوبَةٍ (لَا دَمِيٍّ) كَقِصَاصٍ وَ (حَدٍّ) قَذْفٍ فَلَا يَأْخُذُهَا مُسْتَحِقُّهَا بِدُونِ رَفْعٍ إِلَى الْقَاضِي لِخَطَرِهَا وَالْإِحْتِيَاظِ فِي إِثْبَاتِهَا وَاسْتِيفَائِهَا " .

فهل يرد على الاصل اعلاه استثناء أي هل يجوز استيفاء الشخص للعقوبة بنفسه ؟

ففي حالة عجز صاحب الحق في العقوبة من استيفائها بواسطة الحاكم، بسبب البعد عنه، فهل يجوز لمن وجب له حق العقوبة ان يستوفيها بنفسه ؟ يرى جانب من الفقه^(٤) ان من ثبت له حق تعزير أو حد قذف أو قصاص وكان في بادية بعيدة عن السلطان أن يستوفي ذلك بنفسه، للضرورة؛ لأن الحق يحتمل ضياعه إذا

(١) أسماء نصري، مصدر سابق، ص ١٦، ينظر أيضا: نجاة علوي الحارثي، و محمد علي سميران، "الظفر بالحق دراسة فقهية مقارنة بالقانون الاماراتي"، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الاسلامية، المجلد ١٧، العدد ٢، (ربيع الثاني ١٤٤٢ هـ - ٢٠٢٠م): ص ١٩٤ وما بعدها، ينظر ايضا: أ.د. عبد القادر داؤدي، مسألة الظفر بالحق، جامعة وهران، بلا سنة نشر، ص ٤ وما بعدها.

(٢) نجاة علوي الحارثي، المصدر السابق، ص ١٩٤.

(٣) أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، حاشيتنا قلوبى وعميرة، ج ٤، بدون رقم طبعة، (بيروت: دار الفكر، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م)، ص ٣٣٥.

(٤) أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلمي الدمشقي، قواعد الأحكام في مصالح الأنعام، ج ٢، طبعة جديدة ومنقحة، (القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩١ م)، ص ١٩٨.

لم يستوفه صاحبه في مثل هذه الحالة. ويقول صاحب قواعد الاحكام^(١) أنه " مِنْ ذَلِكَ الْقَصَاصُ فَإِنَّهُ لَا يُسْتَوْفَى إِلَّا بِحَضْرَةِ الْإِمَامِ لِأَنَّ الْإِنْفِرَادَ بِاسْتِيفَائِهِ مُحَرِّكَ لِلْفِتْنِ، وَلَوْ انْفَرَدَ بِحَيْثُ لَا يَرَى فَيَنْبَغِي أَنْ لَا يُمْنَعَ مِنْهُ، وَلَا سِيَّما إِذَا عَجَزَ عَنِ إِبْنَائِهِ." لو انفرد أي بالعقوبة - .

كما أجاز جانب من الفقهاء للمشتوم أن يرد على الشاتم بمثل قوله، والأفضل ألا يفعل، حيث ذكر صاحب البحر الرائق^(٢) " وَأَمَّا إِذَا شَتَّمَهُ فَلَهُ أَنْ يَقُولَ لَهُ مِثْلُهُ وَالْأُولَى تَرْكُهُ " وإن رد عليه فلا يرد بما هو معصية، لأن المعصية لا تقابل بمثلها، وإلى مثل هذا ذهب القرطبي في تفسير قوله تعالى: {فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم}^(٣) فقال: الاعتداء هو التجاوز، وقال تعالى: {ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه}^(٤) أي: يتجاوز، ومن ظلمك فخذ حقه منه بقدر مظلمتك، ومن شتمك فرد عليه مثل قوله، - كما لا يجوز لمن ضرب بغير حق أن يضرب من ضربه، ولو فعل يعزر الاثنان، ويبدأ بإقامة التعزير على البادئ، لأنه أظلم، والوجوب عليه أسبق .

إن ترك استيفاء العقوبة للأفراد أمر خطير، لأنها قد تؤدي للاعتداء على بعضهم البعض بحجة أنهم يأخذون حقوقهم، وفي هذا فتنة وفساد في الأرض، ثم إن استيفاء الفرد حقه في العقوبة بنفسه لا يضمن أن تكون على الوجه المطلوب، وقد يترتب عن ذلك من مضار اجتماعية جسمية، وإن إقامة الحدود إنما تثبت للحاكم لمصلحة العباد، وفي ذلك صيانة لأنفسهم وأموالهم وأعراضهم، فيلجأ للقضاء للفصل في الخصومات، ولا يجوز الخروج عن الأصل العام إلا في حالات قليلة ونادرة، نص عليها الفقهاء وذلك إما للضرورة، أو لعدم الخطورة، أو للانضباط بغير الحاكم، والضرورة تقدر بقدرها ولا يقاس عليها كما لا يتوسع فيها.

وعليه لا يمكن الاخذ بمفهوم انتزاع الحقوق أو الظفر بالحق فيما يتعلق بالعقوبات حيث ان صاحب الحق في العقوبة لا بد له من اللجوء الى القضاء ولا يجوز له ان يستوفي العقوبة بنفسه.

(١) أبو محمد عز الدين عبد العزيز الدمشقي، مصدر سابق، ص ١٩٨.

(٢) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٧، ط ٢، دار الكتاب الإسلامي، دون سنة نشر، ص ١٩٢، ينظر ايضا: شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٥، ط ١، (لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٤ م)، ص ٤٦٣.

(٣) سورة البقرة الآية ١٩٤.

(٤) سورة الطلاق الآية ١.

ثانياً: تحصيل الحقوق الشرعية المحضة:

وهي كتحصيل الحقوق المتعلقة بالنكاح واللعان والإيلاء والطلاق بالإعسار والإضرار ونحو ذلك، ذهب الفقهاء ^(١) إلى عدم جواز استيفائها من غير طريق القضاء؛ لأن هذه أمور خطيرة، فيجب الاحتياط في إثباتها وتحصيلها، ولأنها تحتاج إلى الاجتهاد والتحري في تحقيق سببه ومقدار مسببه، وكل هذه الأمور يختص به الحاكم ^(٢).

ثالثاً: حالة خوف الفتنة أو المفسدة:

ذهب الفقهاء إلى أنه لا يجوز انتزاع الحق من غير قضاء إذا ترتب على ذلك فتنة أو مفسدة تزيد على مفسدة ضياع الحق، بمعنى ان يكون الضرر اكبر من المصلحة كقتال أو إراقة دم أو فساد عضو أو نحو ذلك ذكر المالكية ^(٣) على أن من ظفر بالعين المغصوبة أو المشتراة أو الموروثة فإذا أخذها بنفسه ينسب إلى السرقة فلا يأخذها إلا بعد الرفع للحاكم. "وَلَوْ جَدَّكَ وَعَلَيْكَ لَهُ مِثْلُ مَا لَهُ عَلَيْكَ وَهُمَا حَالَانِ جَازَ لَكَ الْجَدُّ عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى وَإِلَّا حِيزَتْ وَيَحْصُلُ الْقِصَاصُ قُلْتُ وَظَاهِرُ الْمُدُونَةِ الْمَنْعُ مُطْلَقًا لِأَنَّهُ مِنْ بَابِ الْخِيَانَةِ" و المفسدة، هي الضرر الذي يترتب على تحصيل الإنسان حقه بنفسه، وإنه لا يجوز أخذ الحق إذا ترتب عليه إرعاب المسلم وترويعه، فلا يجوز لمستحق العين أخذها إذا كانت مودعة عند آخر، لما في ذلك من ترويع المودع عنده بظن ضياع الوديعة، فيلجأ صاحب الحق إلى القضاء؛ ولعل مقتضى القواعد الشرعية أن يقارن بين مفسدتين:

الأولى: تلك التي تترتب على ترك الحق.**والثانية: التي تترتب على أخذ الحق بغير قضاء.**

فإن كانت الأولى أشد جاز لصاحب الحق أخذه بغير قضاء وإن كان العكس وجب اللجوء إلى القضاء، ومن القاعدة الفقهية أنه يرتكب أخف الضررين عندما لا يكون مقر من ارتكاب أحدهما، وذلك بما ورد أن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا يحل لمسلم أن يروع مسلماً» ^(٤) حيث ذكر صاحب الذخيرة ^(٥) "لَيْسَ كُلُّ شَيْءٍ يَحْتَاجُ إِلَى الدَّعْوَى فَالْقَائِرُ عَلَى أَخْذِ الْمَغْصُوبِ مِنْهُ مَعَ الْأَمْنِ مِنَ الْفِتْنَةِ وَسُوءِ

(١) أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، مصدر سابق، ص ٣٣٤. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج ٤، بدون رقم طبعة، (بيروت: دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ، ١٩٩٥م)، ص ٣٩٠.

(٢) نجاة علوي الحارثي، ومحمد علي سميران، مصدر سابق، ص ١٩٦.

(٣) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، انوار البروق في انواء الفروق، ج ٤، بلا مكان وسنة نشر، ص ٧٧.

(٤) سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج ٤، باب من يأخذ الشيء على المزاح، حديث رقم ٥٠٠٣، دار الفكر، دون سنة نشر، تحقيق، محمد محيد الدين عبد الحميد، ص ٣٠١.

(٥) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، الذخيرة، ج ١١، ط ١، (بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤م)، ص ١٥.

الْعَاقِبَةُ بِأَنْ يُعَدَّ سَارِقًا وَنَحْوَهُ ذَلِكَ يَأْخُذُهُ وَلَا يُلْزِمُهُ الرِّفْعُ لِلْحَاكِمِ وَحَقُّ الْعُقُوبَةِ لِأَنَّهُ فِيهِ بِمَنْزِلَةِ الْحَاكِمِ فَإِنْ اِمْتَنَعَ الْمَدِينُ مِنَ الدَّفْعِ لَكَ وَحَصَلَ لَهُ فِي يَدِكَ شَيْءٌ مِنْ جِنْسٍ مَا عَلَيْهِ أَوْ مِنْ غَيْرِ جِنْسِهِ فَرُويَ لَكَ اخذ قدر دينك من الجنس والغريم غير مديان أو مقدار حصتك في حصاص المديان وروي المنع مطلقاً وروي لك الأخذ ولو من غير الجنس بتحري القيمة ومُسْتَنَدُ ذَلِكَ قِصَّةٌ هُنْدَ بِنْتُ عُثْبَةَ".

رابعاً: تحصيل الدين المبذول

ذهب الفقهاء^(١) إلى أنه لا يجوز تحصيل الديون بغير قضاء إذا كان من عليه الحق مقراً بما عليه غير ممتنع عن أدائه، أو تكون له بينة تثبت حقه، إذ الواجب هنا اللجوء إلى القضاء، حيث لا ضرورة للظفر حينها. يقول صاحب روضة الطالبين^(٢): "أما الدين فإن كان من عليه مقراً غير ممتنع من الأداء.... وليس له أن يأخذ شيئاً من ماله... فإن خالف وأخذ شيئاً من ماله لزمه رده، فإن تلف عنده وجب ضمان".

II. ٢. أ. الفرع الثاني

الحقوق المالية المشروعة انتزاعها

إن انتزاع الحقوق المالية جائز شرعاً باتفاق الفقهاء في الحقوق التي لا تحتاج اللجوء إلى القضاء والتي يمكن أن تجمل بالاتي:
أولاً: انتزاع الأعيان المستحقة:

يجوز انتزاع الأعيان المستحقة بغير قضاء، كالعين المغصوبة، حيث أجاز الفقهاء استردادها من الغاصب ولو قهراً، ومثل ذلك كل عين مغصوبة أو مستحقة بأي سبب من أسباب الاستحقاق، فلصاحب الحق أخذها من غير إذنه ودون اللجوء إلى القضاء، فمن وجد عين سلعته التي اشتراها أو ورثها أو أوصى بها له فله أخذها ولا يشترط اللجوء إلى القضاء^(٣).

ذكر صاحب البحر الرائق^(٤) "وإن كان ديناً ففي مديونات الفئنة رب الدين إذا ظفر من جنس حقه من مال المدينون على صفته فله أخذه بغير رضاه". ويشترط الملكية^(٥) لصاحب الحق الظفر بالعين المغصوبة، إن لم تؤدي إلى سواء العاقبة

(١) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، المبدع في شرح المقنع، ج ١٠، (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٠ هـ)، ص ٩٩، زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج ٧، ط ٢، (بيروت: دار المعرفة)، ص ٢٥٥، ينظر أيضاً: محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، ج ٤، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٩ هـ، ١٩٨٩ م).

(٢) النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج ١٢، ط ٢، (بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥ هـ)، ص ٣.

(٣) أ.د. عبد القادر داودي، مصدر سابق، ص ٤ وما بعدها.

(٤) زين الدين ابن نجيم الحنفي، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٩٢.

(٥) هذا ما ذكره صاحب الذخيرة، ينظر: ص ٢١ من هذا البحث.

من فساد عضو أو يخاف أن ينسب إلى السرقة، فلا يجوز له أخذها إلا بعد رفعها إلى القضاء لتجنب الضرر والمفاسد".

كما أن للشخص تحصيل منفعه المستحقة بغير إذن الحاكم، فجعلوا للمستأجر والموقوف عليه والموصي له بالمنفعة أخذ الأعيان التي تعلقت منافعهم بها من أجل تحصيل هذه المنافع، ولا يشترط في ذلك دعوى ولا قضاء". ويشترط في تحصيل الأعيان المستحقة بغير قضاء أن لا يؤدي ذلك إلى تحريك فتنة أو مفسدة أعظم من مفسدة ضياع الحق، فضلا عن ذلك إلى يجوز الأخذ بغير قضاء بشرط ألا يكون قد تعلق بالعين المستحقة حق لشخص آخر، وذلك كأن يشتري شخص عينا من آخر كان قد أجرها أو رهنها فليس له بناء على هذا الشرط أن يأخذها قهرا، لتعلق حق غير البائع بها. وقد لا يشترط هذا الشرط عند جميع الفقهاء، فيجوز أخذها، وإن تعلق بها حق لشخص آخر^(١).

ثانيا: تحصيل نفقة الزوجة والأولاد:

اتفق الفقهاء^(٢) على جواز تحصيل نفقة الزوجة والأولاد بغير إذنه ودون اللجوء إلى القضاء، ويقاس عليهما غيرهم مما يكون في درجتهم، لأن الزوج امتنع عن أداء حقوق زوجته وأولاده المالية فيباح للزوجة أن تأخذ من ماله بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف من غير إسراف ومما يدل على ذلك ما ورد في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: «دخلت هند بنت عتبة امرأة أبي سفيان على رسول الله -- فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني إلا ما أخذت من ماله بغير علمه، فهل علي في ذلك جناح؟ فقال رسول الله: "خذي من ماله بالمعروف ما يكفيك ويكفي بنيك"

وجه الدلالة: أن هند كانت تأخذ من مال زوجها إلا أنها جاءت تعرض قضيتها وتنتظر الحكم فجعل لها رسول الله صل الله عليه وسلم الحق في أخذ نفقتها ونفقة ولدها من مال زوجها، وبأن ما كانت تفعله لا حرج فيه، على سبيل القضاء لا الإفتاء؛ لأن الواقعة كانت أمام الرسول صل الله عليه وسلم وبالتالي يكون الحكم خاصا بها. ونتفق مع من يرى^(٣) بأن الراجح أنها على سبيل الإفتاء لا القضاء ومقتضى هذا الحديث أنه يجوز للزوجة أن تأخذ نفقتها من مال زوج سواء أكان من جنس حقها أم لم يكن، ولكن مقتضى مذهب الحنفية في استيفاء الديون هو أنه لا يجوز لها ذلك إلا من جنس حقها فقط".

وبهذا صدر قرار محكمة

(١) أسماء انصاري، مصدر سابق، ص ١٩.

(٢) شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج ٥، (بيروت: دار المعرفة، بدون سنة نشر)، ص ١٨٩، ينظر ايضا: الشربيني، مصدر سابق، ص ٤٤٢، ينظر ايضا: البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٣) قرار محكمة التمييز المغربية ذي العدد ٤٠٨، في ٢٨/٧/٢٠٠٤، اشار اليه د. محمد نعناني، التعريف بمسألة الظفر والاحكام المتعلقة به، مقال منشور على الموقع الالكتروني الاتي، تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/٧/١٥: استشارات قانونية، محاماة نت www.mohamad.net..

" تتلخص وقائع القضية التي صدر بشأنها القرار موضوع التعليق، في أن شخصا طلق زوجته، فتزوجت بعد انقضاء عدتها من زوج أجنبي عن محضونتها، ما دفع الزوج إلى المبادرة باسترجاع حضانة ابنته فقامت الأم المطلقة و استصدرت حكما قضائيا ألزم الزوج بتسليم البنت لوالدتها. فتقدم هو الآخر إلى المحكمة الابتدائية بمقال عرض فيه ما ذكر من الوقائع ملتمسا الحكم بإسقاط حضانة الأم عن ابنته؛ قابلته الأم بمقال مضاد التمسست فيه الحكم لها بنفقة البنت و أجرة حضانتها. و بعد الأجوبة و الردود و الإجراءات قضت المحكمة الابتدائية في المقال الأصلي بإسقاط حضانة المدعى عليها عن البنت و إسنادها لوالدها، و في المقال المضاد بالحكم على المدعى عليه فرعا بأدائه للمدعية فرعا نفقة بنتها وفق المفصل في الحكم، استأنفه الطرفان و تمسكت المطلقة بأن حق مفارقتها في الحضانة قد سقط لسكوته أكثر من سنة بعد علمه بزواجها بالأجنبي، و هو ما نفاه الأب مثبتا أن البنت ظلت معه منذ مفارقتها لطليقته، فقضت محكمة الاستئناف بقبول الاستئنافين شكلا و موضوعا، و بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من إسقاط الحضانة و الحكم من جديد برفض الطلب و تأييده في الباقي مع تعديله بشأن المدة المستحقة عن النفقة؛ فطعن فيه الأب بالنقض بوسيلة وحيدة متخذة في فساد التعليل الموازي لانعدامه، فقرر المجلس الأعلى سابقا نقض قرار محكمة الاستئناف. بموجب قراره عدد ٤٠٨ الصادر بتاريخ ٢٨/٠٧/٢٠٠٤ في الملف عدد ٢٠٠٣/١/٢/٥٤٢.

معلا ما ذهب إليه بما يلي: " حقا لقد صح ما نعتة الوسيلة على القرار المطعون ذلك أن المطلوبة لما تزوجت بأجنبي فإنها تكون قد أسقطت حقها في الحضانة طبقا للفصل ١٠٥ من قانون الأحوال الشخصية الذي ينص على أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون أو وصي عليه يسقط حضانتها و من ثم فإن الأب لما بادر إلى أخذ المحضونة، فإنه يكون قد استعمل حقه قبل مرور السنة التي نص عليها الفصل ١٠٦ من مدونة الأحوال الشخصية الذي يقول سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالدخول يسقط حقه في حضانتها، و لو كان قد توصل إلى حقه بدون دعوى لأن الأصل أن من قدر على شيء فله أخذه كما يقول الشيخ خليل " و إن قدر على شيء فله أخذه إن يكن غير عقوبة، وأمن الفتنة والرديلة". و هذه المسألة تعرف عند الفقهاء بمسألة الظفر، بمعنى أن الإنسان إذا كان له حق عند غيره و قدر على أخذه، فإنه يجوز له أخذ ذلك منه، و هذا ما قام به الطاعن عندما أخذ حقه قبل مرور سنة باعتبار أن المطلوبة قد أسقطت حضانتها باختيارها، و من جهة أخرى فإن المحكمة لما قضت على الطاعن بالنفقة، و أجرة الحضانة عن المدة التي كانت فيها البنت في حيازة الطاعن، فإنها تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا الذي هو بمثابة انعدامه، و تعرض بذلك للنقض".

هذا القرار و إن كان تاريخ صدوره قبل حوالي عشر سنوات مضت، إلا أنه يبقى من القرارات القضائية الفريدة من نوعها في هذا الباب، و ذلك لأنه استند فيما ذهب إليه على مسألة من المسائل الفقهية التي قلما يعتمد عليها القضاء في إقرار الحقوق للأطراف المتخاصمة، و هي التي تعرف فقها "بمسألة الظفر"^(١).

قد بت هذا القرار في قضية من قضايا الحضانة، بناء على مسألة فقهية، رجع فيها المجلس الأعلى سابقا إلى الفقه الإسلامي باعتباره مصدرا احتياطيا من مصادر القانون التي لا غنى للقاضي عن الإحاطة بها و الرجوع إليها كلما لم يجد في النص التشريعي ما يسعفه للبت في القضايا المعروضة عليه، سواء تمت الإحالة عليه أو لم تتم، انطلاقا من التزامه الدائم بالبت في كل قضية عرضت عليه، تحت طائلة المتابعة بجريمة إنكار العدالة في حالة السكوت أو الإحجام عن إصدار الأحكام.

وننتفح مع من يرى^(٢) ان ما ميّز القرار الذي نحن بصدد التعليق عليه، أنه تعاطى مع المادة الفقهية ببراعة و جرأة كبيرتين تيمّان عن سعة اطلاع و ممارسة جيدة لدور الرقابة الذي يضطلع به قضاء النقض، و ذلك حينما اعتبر حضانة الأم ساقطة بزواجها من الأجنبي، و مؤكدا صحة الحكم الابتدائي القاضي بذلك دون التفات إلى ادعاء الأم عدم مطالبة الأب باسترجاع الحضانة داخل أجل السنة، انطلاقا من اقتناعه التام من خلال الوقائع التي استخلصها قضاة الموضوع أن واقعة الاسترجاع تمت حقا داخل الأجل القانوني من قبل الأب، و إن لم يكن ذلك عن طريق القضاء، الذي كان بإمكانه اللجوء إليه داخل أجل السنة من أجل استرجاع الحضانة. و الملاحظ هنا أن الهيئة الحاكمة أخذت برأي الإمام ابن دقيق العيد المشار إليه سابقا في عدم توقف الظفر بالحق دون اللجوء إلى القضاء على تعذر الإثبات عنده، و اعتبرت أن ما فعله الأب من ظفره بمحضونته هو الأصل، و قد كانت محقة في ذلك لا سيما في مجال كالحضانة التي تعتبر حقا مشتركا بين الحاضن و المحضون، بحيث بمجرد تحقق موجب من موجبات السقوط، فإن حق الحاضن الموالي يعتبر قائما و أن أي تأخير أو مماطلة في تمكينه منه يعتبر لا محالة تعد على حقه و على حق المحضون على حد سواء، خاصة و أن سبب الحق في هذه القضية كان ظاهرا متمثلا في زواج الأم من أجنبي، و تسليم المحضونة لوالدها طواعية من قبل جدتها. و هو بذلك قد سد باب التحايل في مسألة مرتبطة بأجل قانوني؛ إذ لو صدر القرار على خلاف النحو الذي صدر به، لاتخذته الأمهات في مثل هذه الحالات مطية في التحايل على الآباء بتمكينهم من المحضونين طواعية بغرض صرفهم عن المطالبة القضائية داخل أجل السنة، لكون المحضون يكون آنذاك في حضن والده، و بعد انصرام الأجل المذكور يعدن

(١) د. محمد نعناني، مصدر سابق.

(٢) د. محمد نعناني، مصدر سابق.

للمطالبة باسترجاع المحضون بحجة أن الأب لا حق له في الحضانة لعدم المطالبة بها داخل الأجل.

فهذا القرار راعى حق الأب الحاضن و البنات المحضونة و قدم مصلحة هذه الأخيرة، متجها إلى وضع معالم توجه قضائي يرمي إلى جعل الاستقرار المادي و النفسي للمحضون في صلب اهتمامه؛ على اعتبار أن لجوء الآباء إلى المطالبة القضائية بإسقاط الحضانة عن الأم المتزوجة من الأجنبي، رغم وجود المحضونين تحت حوزتهم قلما يتحقق؛ لأن الدعوى حينئذ ستكون رامية إلى تحصيل حاصل، بل قد يواجه الأب من قبل الأم بالدفع بتسليم المحضون و تمكين والده من حضنته، و هو الأمر الذي يجعل الآباء في الواقع العملي في مثل هذه الحالات لا يلجئون إلى المطالبة القضائية، التي قد لا يفكرون فيها أصلا؛ الشيء الذي يجعل أعمال مسألة الظفر في هذا القرار و في غيره من القضايا المماثلة مبررا، بل و مطلوبا حفاظا على حقوق الأطراف، و ضمانا لاستقرار مراكزهم، و منعاً لتحايلهم.

اما موقف القضاء العراقي^(١) فإنه ينظر الى مسألة الظفر بالحق على أنه جريمة سرقة وليس لصاحب الحق انتزاع حقه بنفسه دون اللجوء الى القضاء، معطينا في هذا الراي نص المادة (٣٩١) من القانون المدني العراقي.

II. أ. ٣. الفرع الثالث

انتزاع الحقوق المختلف فيها

اختلف الفقهاء في انتزاع الحقوق المترتبة في الذمة فمنهم من أجاز ذلك ومنهم من منعه، كالاتي:

أولاً: المجيزون:

ذهب الجمهور من الحنفية^(٢) والمالكية^(٣) ومذهب الشافعية^(٤) ورواية عند الحنابلة^(٥)، جواز انتزاع الحقوق المترتبة في الذمة، سواء مطلقاً أو بشروط واستدلوا بالآتي:

١- من الكتاب: وقوله تعالى: "وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به"^(٦).

(١) ينظر: ص (١٩) من هذا البحث.

(٢) زين الدين ابن نجيم الحنفي، مصدر سابق، ج ٧، ص ١٩١ وما بعدها.

(٣) الخرخشي، الخرخشي على مختصر سيدي خليل، ج ٧، (بيروت: دار الفكر للطباعة، بدون سنة نشر)، ص ٢٣٥.

(٤) سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد)، ج ٢، (تركيا: المكتبة الإسلامية، ديار بكر، بدون سنة نشر)، ص ٣٥٥.

(٥) علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، ج ١١، (بيروت، دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر)، تحقيق: محمد حامد الفقي، ص ٣١٠.

(٦) سورة النحل الآية: ١٢٦.

وجه الدلالة: أن المقصود من هذه الآية شرع المعاقبة بالمثل، وتمي المظلوم عن استيفاء الزيادة من الظالم، واستيفاء الحق بغير قضاء من المعاقبة بالمثل. قال الطبري^(١): "إن أخذ منك ديناراً فلا تأخذ منه إلا ديناراً وإن أخذ منك شيئاً فلا تأخذ منه إلا مثل ذلك الشيء" وكذلك قوله تعالى: "فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم"^(٢)

وجه الدلالة: إذا طلب صاحب الحق حقه ممن عليه فأفكره أو جرده وامتنع عن بذله؛ فقد اعتدى، ومن ثم يجوز أحد الحق من ماله بغير إذنه وبدون اللجوء إلى القضاء؛ لأن الشارع قد أذن فيه^(٣).

٢- من السنة:

قضية هند زوجة أبي سفيان، حيث أجاز لها رسول الله ﷺ أخذ ما يفيها وولدها بالمعروف من غير إذن زوجها، وبدون رفع إلى الحاكم ووجه الدلالة: من الحديث أن النبي أذن لهند أن تأخذ من مال زوجها ما يفيها وولدها بالمعروف فمثلها الرجل يكون له على الرجل الحق بأي وجه ما كان فيمنعه إياه فله أن يأخذ من ماله حيث وجدته سرا وعلانية. ونوقش: بأنه قياس مع الفارق؛ "لأن للمرأة من التبسط في ماله، يحكم العادة ما يؤثر في إباحة أخذ الحق وبذل اليد فيه بالمعروف، بخلاف الأجنبي". - أن أخذ الزوجة موضع حاجة، فإن النفقة لا غنى عنها ولا قوام للحياة إلا بها، فإذا لم يدفعها الزوج تأخذها الزوجة، أفضى إلى ضياعها وهلاكها، ويشق عليها الترافع إلى المحكمة في كل وقت، بخلاف الدين واجيب عن ذلك بأن النبي في إذن لغير هند من أصحاب الحقوق بما ادن به ها، وقال به الحنابلة أيضا؛ فأذن للضيف أن يأخذ ضيافته إذا امتنع مضيفه عن بذلها له، فدل إذن النبي ﷺ لأصحاب هذه الحالات وغيرهم على أن ما أذن به لهند لم يكن لأنها زوجة ضعيفة ومن حقها النفقة إنما هو إذن عام لجميع أصحاب الحقوق إذا توافرت شروط ذلك حيث ذكر صاحب الانصاف^(٤) "جَوَازُ اخْذِ الزَّوْجَةِ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا نَفَقَتَهَا وَنَفَقَةَ وَلَدِهَا بِالْمَعْرُوفِ..... وَكَذَلِكَ إِبَاحٌ فِي رَوَايَةٍ عَنْهُ اخْذُ الضَّيْفِ مِنْ مَالٍ مَنْ نَزَلَ بِهِ وَلَمْ يُقَرَّ بِقَدْرِ قِرَائِهِ وَمَتَى ظَهَرَ السَّبَبُ لَمْ يُنْسَبِ الْإِخْذُ إِلَى خِيَانَةٍ".

ب- حديث عقبة بن عامر --- أنه قال: قلنا: يا رسول الله، إنك تبعثنا فننزل بقوم فلا يقرئوننا، فما ترى؟ فقال لنا رسول الله ﷺ: «إن نزلتم بقوم فأمرؤا لكم بما

(١) محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج ٤، ١، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٥هـ)، ص ١٩٧.

(٢) سورة البقرة الآية ١٩٤.

(٣) أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٣٥٨.

(٤) علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن، مصدر سابق، ص ٣٠٩ و ٣١٠.

ينبغي للضيف، فاقبلوا، فإن لم يفعلوا، فخذوا منهم حق الضيف"^(١) وفي رواية ابو هريرة ---«أيما ضيف نزل يقوم فأصبح الضيف مخزوما، فله أن يأخذ بقدر قراه، ولا حرج عليه»^(٢).

وجه الدلالة: من هذه الآثار إجازة استيفاء حق الضيافة بغير قضاء، وجعلها ديناً وجعل للذي وجبت له أخذها كما يأخذ الدين، وهذا يدل على أن الإنسان إذا كان له على غيره حق فمنعه إياد وحده كان له أن يأخذ ما قدر عليه من ماله في مقابلة ما منعه من حقه.

نوقش هذا الحديث:

أن إكرام الضيف سنة لا واجب، ولا يجوز قهر الممتنع عن إقامة السنن، ويحمل الحديث المذكور على حالة الضيف المضطر للطعام فيحق له أن يأخذه قهراً إن منع منه من قبل صاحبه ولا يلزم إذنه ولا إذن القاض، وإنما سقط اعتبار الإذن هنا لأن اعتباره يؤدي إلى الحرج والمشقة، وربما أدى إلى قوات الحق بالكلية، كما أن نصوصاً كثيرة في حق الضيف وردت بلفظ "فليحسن، وليكرم" ومثل هذه النصوص تستعمل في الندب والاستحسان ومكارم الأخلاق لا مع الواجب، كما أن إكرام الضيف جاء مع إكرام الجار، وهو ليس بواجب فيكون إكرام الضيف مثله؟ والمراد أن لكم أن تأخذوا ممن أعرض عن ضيافتكم بالسنتكم وتذكروا للناس لومهم والعيب عليهم، لا أن تأخذوا من أموالهم، وهذا من المواضع التي يباح فيها الغيبة^(٣).

ثانياً: المانعون :

وهو رواية عند المالكية^(٤) المشهور المذهب عند الحنابلة^(٥).
واستدلوا بالآتي:

١. من الكتاب:

أ- قال تعالى: «إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها»^(٦).

وجه الدلالة: من الآية أن هذا أمر من الله تعالى بأداء الأمانة إلى صاحبها، والأمر يقتضي الوجوب، فأخذ من له الحق حقه ممن عليه الحق يعد خيانة للأمانة.

(١) أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج ٥، كتاب المظالم، باب قصاص المظلوم إذا وجد مال ظالمه، (بيروت: دار المعرفة، ١٣٧٩ هـ)، ص ١٢٩.

(٢) أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني، صحيح الجامع الصغير وزبائده، ج ١، المكتب الإسلامي، بدون سنة نشر، ص ٥١٦.

(٣) أسماء نصري، مصدر سابق، ص ٢٠.

(٤) أبو العباس أحمد بن محمد الخلوئي، الشهير بالصاوي المالكي، بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، ج ٣، دار المعارف، بدون سنة نشر، ص ٥٦٧.

(٥) علي بن سليمان المرادوي أبو الحسن، مصدر سابق، ص ٣١٠.

(٦) سورة النساء الآية ٥٨.

ب- قوله تعالى: "يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلاً" ^(١) ، وقوله تعالى: «فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم» ^(٢) .

وجه الدلالة: أن الله سبحانه وتعالى أمر المؤمنين برد خصوماتهم إلى الله تعالى ورسوله، وكان المسلمون يلجؤون إلى رسول الله ﷺ ليقضي بينهم، وبعد وفاته نصبت القضاة للقيام بهذا الواجب، وهكذا يكون اللجوء إلى القضاة أمراً واجباً .

ويمكن مناقشة ما تقدم بأن هذه الآيات الكريمة تأمر المسلمين بالرجوع إلى أوامر الله ونواهيه في كل خصومة أو نزاع، وما يفعله صاحب الحق إنما هو تطبيق لهذه النصوص.

ثانياً- من السنة:

عن أبي هريرة - رضي الله عنه- أن النبي- - قال: "أد الأمانة إلى من اتمنك، ولا تخن من خانك" ^(٣) .

وجه الدلالة: أن الرسول ﷺ نهى عن الخيانة، وأخذ الإنسان قدر حقه من مال غيره بغير علمه خيانة، فلا يجوز ، ونفق مع من يرى ^(٤) ان الحديث لا يدل على على تحريم اخذ الحق من مال الغريم لأسباب الآتية:

١- أن الحديث على فرض صحته فإنه لا يدل على تحريم أخذ الحق من مال الغريم؛ لأنه لا يكون خيانة، وإنما الخيانة فهي أخذ ما ليس له ظلماً .

٢- أنه معارض بحديث هند وفيه أن النبي - ﷺ - أذن لها أن تأخذ من مال زوجها بغير علمه وهو أصح منه فيقدم عليه.

٣- عن أبي بكر - رضي الله عنه - "فإن دماءكم، وأموالكم عليكم حرام، كحرمة يومكم هذا، في شهركم هذا، في بلدكم هذا" ^(٥) .

وجه الدلالة: أن عموم النص يدل على حرمة مال المسلم فضلاً عن دمه وعرضه.

٤. رسول الله ﷺ قال: "لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه" ^(٦)

(١) سورة النساء الآية ٥٩.

(٢) سورة النساء الآية ٦٥.

(٣) محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، الجامع الصحيح، سنن الترمذي، ج ٣، حديث رقم ١٢٦٤، (بيروت: دار إحياء التراث العربي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون)، ص ٥٦٤

(٤) أسماء نصري، مصدر سابق، ص ٢٥.

(٥) الترمذي، المصدر السابق، ج ٤، باب ما جاء يَمَاؤُكُمْ وَأَمْوَالُكُمْ عَلَيْكُمْ حَرَامٌ، حديث رقم ٢١٥٩، ص ٤٦١.

(٦) أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، ج ٢، حديث صححه الألباني، الألباني، المكتب الإسلامي، ١٤٢٠ هـ، ص ١٢٨٦.

فهذا النص يفيد حرمة الأموال؛ ولأنه إن أخذ من غير جنس حقه، كان معاوضة بغير تراض، وإن أخذ من جنس حقه، فليس له تعيين الحق بغير رضى صاحبه؛ وتقتضي تلك الحرمة أنه لا يجوز لإنسان أن يأخذ مال غيره إلا برضاه .
ونتفق مع من يرى^(١) إن الأدلة القاضية بتحريم مال المسلم ودمه وعرضه مخصصة بالأدلة التي تبيح رد العدوان كقوله تعالى: وفمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه .، كما أن هذه الأدلة مخصصة بحديث «أد الأمانة إلى من اتملك..». تفيد الآية أنه يحرم من مال الأدمي وعرضه ودمه ما لم يكن على طريق المجازاة فإنها حلال إلا الخيانة فإنها لا تحل، وما حق المدين المسائل بأولى من حق الدائن صاحب الحق.

الراي الراجح:

وبعد سرد الأقوال وأدلتها: فإني أميل إلى القول القاضي بمنع الظفر بالحق من غير قضاء وذلك للأمور الآتية:

١- أن الله دعا المسلمين إلى التحاكم لشرعه كلما حدث نزاع بينهم، وأمرهم أن يردوا خصوماتهم إلى حكم الله ورسوله، وبعد وفاته صل الله عليه وسلم أصبح القيام بذلك من جملة الوظائف العامة التي يقوم بها القضاة، فاللجوء إليهم أمر واجب، تطبيقاً لمقتضى النصوص

٢- إلى من لا يخلو كل خلاف من الحاجة إلى دراسة والتحقق من جوانبها، فقد صاحب الحق، وقد يكون الذي عليه الحق معسراً، وقد يدعي أحد ما ليس له والنفوس مجبولة على اعتقاد أن الحق في جانبها، والقول بالإباحة يفتح باب التأويل فريماً يظن أن الحق له فيسيء ويعتدي على حقوق الغير، فكان الرجوع إلى القضاء مهماً، لمعاينة الأحوال والظروف والقرائن، وغيرها من الوسائل التي جعلت في يده ولم تجعل لغيره. واحتمال خطأ القاضي في معرفة الحق أقل بكثير من احتمال وقوعه من صاحب الحق نفسه.

٣- أن الحق عندما ينكره من يطلب منه يصبح محل نزاع، والظاهر لا يشهد لصاحب الحق، لأن الأصل براءة الذمة، وتجاوز هذا الأصل يؤدي إلى مفسدة عامة ينبغي سد الطريق إليها، ويكون السبيل الوحيد اللجوء للقضاء وعرض بينته أو إقرار خصمه، لأن السماح للأفراد بتحصيل حقوقهم بأنفسهم من غير قضاء قد يؤدي إلى مفسد عظيمة أو الفتن، ومصلحة الأمة تقتضي أن تقفل الأبواب سدا لذرائع، من غير نظر إلى الحالات الفردية، وإنما النظر إلى الضرر المتوقع من ناحية عامة فتسد الذريعة في وجه الجميع.

(١) أسماء نصري، مصدر سابق، ص ٢٥.

II.ب. المطلب الثاني

ضوابط انتزاع الحقوق المالية -الظفر بالحق-

استلزم الفقهاء وجود ضوابط في ظفر بمال المديون؛ لذلك لم يطلقوا للدائن اليد أن تأخذ من أموال المدين ما شاءت في أي وقت وبالكيفية التي قد لا تكون مناسبة للمدين، بل قيدته بشروط، ومن أجل الوقوف على هذه الضوابط قسمنا هذا المطلب على الفروع الآتية:

II.ب.١. الفرع الأول

ضوابط انتزاع الحقوق المتفق عليها

أولاً: أن يكون المنتزع ذا حق شرعي وقانوني:

أن يكون الظافر صاحب حق شرعي وقانوني، إذ أن الله سبحانه حرم الاعتداء على مال الغير بأي نوع من العدوان، ووضع له عقوبات دنيوية بالحد أو التعزير بما يتناسب وحجم الاعتداء وأهميته، وحرّم القانون الاعتداء على ملك الغير، ونص المشرع على اقامة المسؤولية على من يعتدي على ملك الغير^(١)، سواء كانت هذه المسؤولية مدنية أم جنائية، فمن اعتدى على حق الغير دون أن يكون له حق فيه فهو إما أن يكون غاصباً^(٢)، أو سارقاً أو خائناً، أو جاحداً، أو غير ذلك حسب الصورة التي استولى بها على مال الغير ولا يعتبر فالظافر لا بد أن يكون له حق على غيره بسبب شرعي، وإلا أثم في هذا الأخذ ولا يسمى عندها ظافراً، لأن الظفر لا يكون إلا بسبب ثابت لأن ما اختلف في كونه ثابتاً لا بد من رفع إلى القضاء، أخذاً بأحكام والمبادئ العامة وقواعد الشريعة والقانون.

ثانياً: أن يكون من عليه الحق ممتنعاً عن أدائه:

المدين بالحق إذا كان مقراً بالحق باذلاً له غير ممتنع عن أدائه فلا يجوز لصاحب الحق أن يأخذ من ماله شيئاً سواء أكان من جنس حقه أم كان من غيره إلا بإذنه، وذكر صاحب الحاوي الكبير^(٣): " قال الماوردي وهذا صحيح وهو أن يكون لرجل على رجل دين فهو على ضربين أحدهما: أن يكون على مقر ومليء

(١) ينظر: نص المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي.

(٢) المواد (١٩٢)، وما بعدها من القانون المدني العراقي.

(٣) علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، ج ١٧، ط ١، (لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٩ هـ، ١٩٩٩ م)، تحقيق: الشيخ علي محمد معوض - الشيخ عادل أحمد عبد الموجود، ص ٤١١-٤١٢.

يقدر على أخذه منه متى طالبه به فلا يجوز لصاحب الدين أن يأخذه من مال الغريم بغير إذنه وإن أخذه كان آثماً وعليه رده وإن كان جنس دينه لأن لمن عليه الدين أن يقضيه من أي أمواله شاء ولا يتعين في بعضه ويجري على ما أخذه حكم الغاصب على أن يرد ما أخذه وله أن يطالب بما وجب له ولا يكون قصاصاً لأن القصاص يختص بما في الذمم دون الأعيان والضرب الثاني: أن لا يقدر صاحب الدين على قبض دينه فهو ضربان أحدهما أن يقدر على أخذه منه بالمحاكمة والثاني أن يعجز عنه فإن عجز عن أخذه منه بالمحاكمة وذلك من أحد وجهين إما لامتناع الغريم بالقوة وإما لاجوده مع عدم البينة فيجوز لصاحب الدين أن يأخذ من مال غريمه قدر دينه سرا بغير علمه فإن قدر عليه من جنس حقه لم يتجاوز إلى غيره وإن لم يقدر عليه من جنسه جاز أن يعدل إلى غير جنسه سواء كان من جنس الأثمان ومن غير جنسها".

وذكر صاحب المغني ^(١) " ...وجملته أنه إذا كان لرجل على غيره حق وهو مقر به باذل له لم يكن له أن يأخذ من ماله إلا ما يعطيه بلا خلاف بين أهل العلم فإن أخذ من ماله شيئاً بغير إذنه لزمه رده إليه وإن كان قدر حقه لأنه لا يجوز أن يملك عليه عينا من أعيان ماله بغير اختياره لغير ضرورة وإن كانت من جنس حقه لأنه قد يكون للإنسان غرض في العين فإن أتلفها أو تلفت فصارت ديناً في ذمته وكان الثابت في ذمته من جنس حقه تقاصاً في قياس المذهب والمشهور من مذهب الشافعي وإن كان مانعاً له لأمر يبيح المنع كالتأجيل والإعسار لم يجز أخذ شيء من ماله بغير خلاف وإن أخذ شيئاً لزمه رده.

ويترتب على ذلك أن المدين إن كان مقراً بالدين غير ناكراً له باذلاً له فأن ليس لصاحب الحق اللجوء إلى انتزاع الحق بنفسه وإنما لابد له من اللجوء إلى القضاء، أما إذا كان المدين منكراً للحق غير باذلاً له جاز لصاحب الحق متى ما ظفر به أن ينتزعه دون حاجة إلى اللجوء إلى القضاء متى توفرت الضوابط الأخرى لانتزاع الحقوق المالية.

ثالثاً: أن يكون الدين حقاً مالياً محلاً للحقوق الخاصة:

فإذا كان الدين حقاً لله تعالى كامتناع على أداء الزكاة والكفارات والنذور لا يجوز للمستحق الأخذ من المال الواجب عليه إذا ظفر به ذلك لأن الزكاة تتوقف على نية المالك فالزكاة في الأصل ديناً لله تعالى في عنق العبد، فإذا امتنع عن إخراجها لا يمكن للمستحق كفقير أو مسكن أخذها ونحوهما، وفي الزكاة نية

(١) عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج ١٠، ط ١، (بيروت: دار الفكر، ١٤٠٥ هـ)، ص ٢٧٥.

إخراجها عبودية الله الذي فرضها، فهي لا تقع زكاة إلا بالنية، وأخذها ظفراً وانتزاعاً إنما هو مجرد استيلاء على مال الممتنع لا تبرأ عن الغني الذي أخذت منه وكذا النية في سائر القرب، لأن النية تكون من المالك لا المستحق، ومع ذلك فإنهم قالوا لا يجوز للمستحق الظفر والانتزاع حتى وإن كان المالك قد عزل الزكاة ونوى إخراجها، وكان المستحقون لها منحصرين، إذ له الإخراج من غيره، إلا أنه لو أخذها المستحق حينئذ اعتد بها لوجود نية من المالك وكان فعله محرماً^(١). وقد أشارت العديد من النصوص في الشريعة الإسلامية إلى مقاصد تشريع الزكاة وأهدافها وآثارها ومن ذلك تحقيق مبدأ الامتثال والانقياد لله تعالى، وتقرير شكره وحمده والثناء عليه، وأن حب المال غريزة إنسانية تحمل الإنسان على أن يحرص على المحافظة والتمسك به، فأوجب الشرع أداء الزكاة تطهيراً للنفس من رذيلة البخل والأنانية، ومن عبادة المال وتقديسه، وإزالة حب الدنيا والتمسك بأهواها^(٢)، وفي هذا المعنى يقول الله تعالى: " خذ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً تُطَهِّرُهُمْ وَتُزَكِّيهِمْ بِهَا"^(٣)

وعليه فإن من ضوابط انتزاع الحقوق المالية ان تكون محلاً للحقوق الخاصة أي من الاموال التي تجوز انتزاعها وحيازتها والتي تكون ملكاً للأشخاص أي ان يكون الدائن فيها احد الاشخاص، اما ما كان منها من الاموال التي يتقرب بها العبد الى ربه وهي من الحقوق التي يؤدي بها صاحبها حقاً لله حتى وان كانت فرضاً فلا يجوز انتزاعها ممن يرى بأنه يستحقها ابداً وفي ذلك اعتداء على مال الغير ومن ثم تنهض المسؤولية القانونية.

رابعاً: ألا يترتب على الظفر فتنة أو مفسدة:

أن يأمن مستوفي الحق على نفسه إذا أخذ من مال من عليه الحق بغير رضاه أو بغير علمه، فلو لحق أذى بسبب ما أقدم عليه فلا يجوز من باب درء المفساد لأن الأصل أن الشريعة جاءت لجلب المنافع ودرء المفساد، فإذا تعارضت مصلحة ومفسدة قدم دفع المفسدة غالباً، لأن الشرع حريص بدفع الفساد، ويشترط في تقديم درء المفسدة ألا يؤدي إلى مفسدة أخرى، والشرع يعتني بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات، وهنا قد تحدث عدة مفساد وفتن كبيرة وربما لا تؤدي إلى المصلحة المرجوة من انتزاع ورد الحقوق إلى أصحابها، وذلك كان يحدث اقتتال بين طرفي الحق قد تزهق فيه الأرواح وتراق الدماء ويضطرب الأمن، وقد لا يصل صاحب الحق إلى حقه إلا باتلاف مال من عليه الحق تزيد قيمته على مقدار الحق المطلوب

(١) سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي، مصدر سابق، ج ٢، ص ٥٢.

(٢) أسماء نصري، مصدر سابق، ص ٣٠.

(٣) سورة التوبة الآية ١٠٣

أخذه، وقد يأخذ الحق بطريقة يعد معها سارقاً أو مختلساً وخائناً للأمانة حسب الأنظمة والقوانين المعمول بها في الدولة ولا يشفع له في هذه الحالة أن له حق على غيره، فلا يجوز الظفر والانتزاع لاستيفاء الحق في هذه الحالة لعظم خطرهما وسببا في حصول الفتنة والضرر فعدم وجود الأمن فالاحتياط أن يلجأ إلى القضاء". وذكر صاحب الاشباه والنظائر^(١) : " الرَّابِعَةُ: إِذَا تَعَارَضَ مَفْسَدَتَانِ رُوعِيَّ أَعْظَمُهُمَا ضَرَرًا بِإِتِّكَابِ أَحَقَّهُمَا" فإذا تعارض مفسدة ومصلحة؛ قدم دفع المفسدة غالبا، لأن اعتناء الشارع بالمنهيات أشد من اعتناؤه بالمأمورات.

وهذا يعني ان الغرض من اجازت انتزاع الحقوق المالية هو دفع الضرر عن صاحب الحق الدائن في مواجهة مدين مماطل جاحد للحق، لكن هذا الضرر يجب ان لا يدفع بضرر مثله او بضرر اشد وعليه اذا كان يترتب على انتزاع الحق ضرر يصيب الدائن او المدين وكان الضرر اكبر من الفائدة التي تعود للمنتزع فلا يجوز انتزاع الحق في هذه الصورة ومن ينتزع الحق يعد مسؤول عن الضرر الذي سوف يسببه للغير كاتلاف مال اكبر قيمة للوصول الى حقه ككسر باب او تحطيم زجاج. وبهذا المعنى ينص المشرع العراقي^(٢) على أنه " درء الفاسد اولى من جلب المنافع. " و " لا ضرر ولا ضرار، والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم ان يظلم بما ظلم. " ونص المشرع اليمني^(٣) على أنه " الضرر يجب ان يزال ودرء المفاسد مقدم على جلب المصالح عن التعارض "

خامسا : أن يكون الحق واجب الأداء حالا^(٤) :

أن يكون الدين غير مؤجل الوفاء أي أن يكون حالا فلو كان الدين مؤجلاً فلا يجوز لصاحب الحق أخذ شيء من مال المدين دون رضاه، وهذا يفسر القيد من عبارة الفقهاء من كان له حق استحق، والاستحقاق لا يكون قبل حلول أجل الدين والدين الأجل ليس حقا للدائن قبل حلول الأجل، وفضلا عن ذلك فإن الدين المؤجل لا يجوز استيفاءه عن طريق القضاء ولا ترفع من أجله دعوى فإن كان لا يجوز تحصيله بالقضاء فأولى ألا يجوز تحصيله بغير قضاء، كما أن امتناع مدين عن الوفاء بالحق امتناع مباح^(٥).

(١) زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، ط ١، (لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٩ هـ - ١٩٩٩ م)، ص ٧٦.

(٢) المادة (٨)، و المادة (٢١٦)، من القانون المدني العراقي.

(٣) المادة (٤)، من القانون المدني اليمني، وليس لهذا النص ما يقابله في القانون المدني المصري.

(٤) ابن قدامة، مصدر سابق، ص ٢٨٧ وما بعدها.

(٥) أسماء نصري، مصدر سابق، ص ٣١.

وبهذا المعنى جاء موقف المشرع العراقي و التشريعات المقارنة حيث نص المشرع العراقي^(١) على انه: "اذا اجل الدين او قسط الى اقساط معلومة فلا يجوز للدائن مطالبة المدين بالدين او بالقسط قبل حلول اجله" وعليه فان انتزاع الحق يحرم شرع ولا يصح قانونا اذا كان الدين مؤجلا ولم يحل موعد الوفاء بعد. ونأمل من المشرع العراقي النص على أنه "لا يجوز للدائن انتزاع حقه الا اذا كان حالا"

II. ب. ٢. الفرع الثاني

ضوابط الظفر بالحق المختلف فيها

أولاً: مشقة اقامة الدعوى:

لا شك أنه إذا تيسر القضاء لأصحاب الحقوق وكان بإمكانهم استرداد حقوقهم دون عناء الانتظار لسنوات ولوجود بيئة تثبت حقهم، ودون أن يتكبدوا نفقات باهظة في رفع الدعوى وأتعاب المحاماة التي ربما تزيد في بعض الأحوال عن مقدار الحق المتنازع عليه، فإن ذلك سيدفع بأصحاب الحقوق إلى سلوك هذا الطريق، لكن هل يتوقف استيفاء الدائن حقه من المدين بنفسه على شرط العجز عن استيفائه بطريق القضاء أم أنه ليس بشرط، حيث يجوز له إذا ظفر به أن يأخذه ولو كان طريق القضاء متيسراً؟

اختلفت اراء الفقهاء حول الاجابة على هذا السؤال على قولين:

القول الاول: لا يشترط اللجوء الى القضاء: فيجوز لمن ظفر بحقه أن ينتزعه ولو كان طريق القضاء متيسراً، وهو المشهور عند المالكية^(٢) والمعتمد في مذهب الشافعية^(٣)، ووجه عند الحنابلة^(٤) لأن اللجوء للقضاء فيه من التكلف والمشقة وتضييع الزمان مما يفوت الحق على اصحابه.

القول الثاني: يشترط اللجوء الى القضاء: وهو وجه المتأخرين من الحنفية^(٥)، ووجه عند المالكية^(٦)، ووجه كذلك للشافعية^(٧)، والمعتمد في مذهب الحنابلة^(٨) لأن القضاء هو الطريق المتعين لتحصيل الحقوق واستردادها وتنعدم معه

(١) المادة (٣٩٤)، من القانون المدني العراقي، والمادة (٤١٥)، من القانون المدني اليمني، والمادة (٣٤٦)، من القانون المدني المصري.

(٢) محمد عرفه الدسوقي، مصدر سابق، ص ٢٢٥.

(٣) الشيرازي، مصدر سابق، ص ٤٢٤.

(٤) ابن قدامة، مصدر سابق، ص ٢٨٧.

(٥) زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق، مصدر سابق، ص ١٩٣.

(٦) محمد عlish، مصدر سابق، ص ٥٥٠.

(٧) أبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج ٣، (بيروت: دار الفكر، بدون سنة نشر)، ص ٤٢٤.

(٨) ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ص ٢٨٧.

المفسدة والفتنة فإذا تيسر فلا داعي لسلوك طريق آخر يحتمل معه وقوع ضرر وفتنة، كإتلاف مال أو ككسر باب أو نقب جدار.

القول الرابع:

نرى أنه إذا تيسر طريق القضاء فلا يجوز انتزاع الحق ممن امتنع عن بذله ودفعه؛ لما في ذلك من تقليل الأضرار التي تترتب على هذا الانتزاع واخذاً بقاعدة درء الفاسد أولى من جلب المنافع، والضرار لا يزال بمثله.

ثانياً: أن يكون الحق متفقاً على ثبوته:

فاذا لم يكن الحق متفقاً على ثبوته فلا يجوز لصاحبه الذي يعتقد بأنه صاحب الحق ان ينتزعه دون اللجوء الى القضاء حيث ذكر صاحب الفروع (١) : ما اختلف في كونه ثابتاً أم لا فلا بد فيه من الرفع للحاكم حتى يتوجه ثبوته بحكم لحاكم فهذا النوع من حيث الجملة يفتقر إلى حاكم في بعض مسائله دون بعض فإذا كان الحق مختلفاً في ثبوته فلا بد من اللجوء إلى القضاء، لأن الأشخاص يعتقدون أن الحق دائماً بجانبهم، فقد يؤدي إلى مفسدات عظيمة، فيلجأ للقضاء لاستبقاء حقه واثباته بالطرق الخاصة.

ثالثاً : أن يكون الظفر بالحق من جنس حق الدائن:

إذا توفرت جميع ضوابط انتزاع الحقوق المالية جاز لصاحب الحق ان ينتزع حقه دون حاجة الى اللجوء الى القضاء ولكن ماذا لو ظفر صاحب الحق بغير جنس حقه من مال من عليه الحق هل يجوز له أخذه أم يتعين عليه أخذ جنس حقه فقط؟

كان للفقهاء في الاجابة عن هذا التساؤل ثلاثة اراء هي الاتي:

الرأي الاول: يشترط اتفاق الجنس والصفة:

وإليه ذهب الحنفية (٢) ووجه عند المالكية (٣) قول عند الشافعية (٤) ووجه للحنابلة (٥)، حيث اشترطوا في جواز انتزاع الحق أن يكون المال المظفور به من

(١) القرافي، مصدر سابق، ص ١٢٣.

(٢) ان نجيم، البحر الرائق، مصدر سابق، ص ١٩٣.

(٣) الخرشي، مصدر سابق، ص ٢٣٥.

(٤) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ص ١٢.

(٥) الماوردي، الانصاف، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

جنس حق الدائن وبنفس صفته، فإذا كان جنس حق الدائن دنائير عراقية مثلاً وظفر الدائن بدولارات امريكية فلا يجوز له أن يأخذها لاختلاف الجنس، لأن انتزاع الحق استثناء من الأصل العام في أخذ أموال الناس بغير رضاهم وبغير طريق القضاء، لكنه أجاز دفعا للظلم الواقع على أصحاب الحقوق ومن ثم فلا يتوسع فيه ويقف الجواز فيما لو ظفر بجنس حقه فقط. وذهب جمهور الحنفية^(١) إلى أن يأخذ حقه وكذلك لو كان دينه دراهم فوجد دنائير أو العكس لأنها من جنس الاثمان وإن تنوعت.

وهو ذات الموقف الذي اخذ به المشرع العراقي^(٢) حيث نص على أنه "رب الدين اذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه على صفته فله الاحتفاظ به" وهو النص الوحيد الذي ذكر به المشرع العراقي الظفر وجعله وفاء للدين، بقوله..... له الاحتفاظ به.

الرأي الثاني: لا يجوز أخذ غير جنس الحق:

لا يجوز اخذ غير جنس الحق إلا إذا تعذر أخذ الحق من جنسه سواء أكان من جنسه أم من غير جنسه، وبه قال المالكية^(٣)، وهو قول الشافعية^(٤) والحنابلة^(٥)، لأن الأصل اقتضاء الحقوق من جنسها لكن إذا تعذر اقتضاؤها من نفس الجنس تعين المصير إلى غيره للضرورة.

وهذا المعنى يتفق مع ما ينص المشرع العراقي^(٦) على أنه "١- اذا كان الدين مما يتعين بالتعيين فليس للمدين ان يدفع غيره بدلاً عنه بدون رضاء الدائن حتى ولو كان هذا البديل مساوياً في القيمة للشيء المستحق او كانت له قيمة اعلى. ٢- اما اذا كان مما لا يتعين بالتعيين وعين بالعقد فللمدين دفع مثله وان لم يرض الدائن."

(١) ابن نجيم، المصدر السابق، ص ١٩٣.

(٢) المادة (٣٩١)، من القانون المدني العراقي، ولم نجد في القانون المدني المصري نصاً يقابل النص العراقي.

(٣) الخرشي، مصدر سابق، ص ٢٣٥.

(٤) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ص ١٢.

(٥) الماوردي، الانصاف، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

(٦) وبذات المعنى جاء نص المادة (٣٤١)، من القانون المدني المصري ((الشيء المستحق أصلاً هو الذي به يكون الوفاء، فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره، ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة اعلى)) وبهذا المعنى جاء ايضاً نص المادة (٤١١)، من القانون المدني اليمني والتي نصت على انه: ((يكون الوفاء بالشيء اصلاً ولا يجبر الدائن صاحب الحق على قبول غيره ولو كان مساوياً له في القيمة او كان اعلى قيمة)).

الرأي الثالث: يجوز أخذ الحق من مال المدين سواء أكان من جنسه أم من غير جنسه:

وهو ما ذهب اليه المالكية^(١) الشافعية^(٢) لأن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وإذا أفلس المدين قام القاضي ببيع أمواله ما كان منها من جنس الدين وما ليس من جنسه وإذا كان ذلك للقاضي فيجوز أيضا للغريم، وفصل الشافعية في القول فيجوز لصاحب الدين أن يأخذ من مال غريمه قدر دينه سرا بغير علمه، فإن قدر عليه من جنس حقه فله أخذه ولأنه يملكه بدلا عن حقه، لم يتجاوز إلى غيره، وإن لم يقدر عليه من جنسه، جاز أن يعدل إلى غير جنسه للضرورة ويستوفي حقه منه، وفي قول من طريق المنع؛ لأنه لا يتمكن من تملكه، فإن كان المأخوذ من غير جنس الحق أو أعلى من صفته فإنه يبيعه للحاجة، وقيل يجب رفعه إلى قاض يبيعه، لأنه لا يتصرف في مال غيره لنفسه، والمأخوذ مضمون عليه فيضمنه إن تلف قبل تملكه وبيعه، ولا يأخذ فوق حقه إن أمكنه الاقتصار فإن أخذ حقه مع الزيادة ضمن تلك الزائد لتعديه بأخذها، وإن لم يمكنه بأن لم يظفر إلا بما تزيد قيمته على حقه أخذه ولا يضمن الزيادة، ثم إن تعذر بيع قدر حقه فقط باع الجميع وأخذ من ثمنه قدر حقه ورد ما زاد عليه على غريمه وإن لم يتعذر باع منه بقدر حقه ورد ما زاد .

ومن خلال الوقوف على الآراء السابقة لا نتفق مع من يرى^(٣) أن القول القاضي بالتقييد بكون الأخذ من جنس الحق فيه تشديد على أصحاب الحقوق؛ لأن الحق إنما هو متعلق بذمة المدين وليس عينا حتى نقول بوجوب أخذها فقط، وفضلا عن ذلك فإن الجنس قد لا يتييسر في جميع الأحوال ولا يقدر الدائن على أخذه ومن ثم إذا قلنا بجواز انتزاع الحقوق المالية – الظفر - فيحوز الأخذ من الجنس ومن غير الجنس لكن إذا وجد الجنس تعين وإلا انتقل إلى غيره مع مراعاة الأمانة في التقويم ورد ما زاد إلى صاحبه. وبخلافه تتعطل الحكمة التي من أجلها أجاز انتزاع الحقوق. ونرى ان الظفر بالحق استثناء من الاصل الذي يقضي اللجوء الى القضاء وبالتالي فليس من الحكمة التوسع فيه وعليه نرى راحة الراي الذي اشترط اتفاق الجنس والصفة.

ونقترح على المشرع العراقي النص على أنه " لصاحب الحق انتزاع حقه الذي ظفر به متى كان من جنسه وعلى صفته على ان لا يزيد على حقه"

(١) الخرخشي، المصدر السابق، ص ٢٣٥.

(٢) النووي، المصدر السابق، ص ١٢.

(٣) أسماء نصري، مصدر سابق، ص ٣٣.

رابعاً: أن يكون للحق سبب ظاهر لا يحتاج إلى الاجتهاد:

أن يكون الحق ظاهراً بيناً فالزوجية ظاهرة في ثبوت حق الزوجة في مال زوجها، لأنه إذا كان متنازعا في ثبوته فليس حقا، وإذا كان سببه أو مسببه أو محله في حاجة إلى اجتهاد وتحري فلا يترك ذلك للخصم إنما يجب فصل فيه من قبل القضاء فإذا انكر المدين الحق ولا بينة مع الدائن ولم يكن سبب الوجوب ظاهراً، فهل يجوز في هذه الحالة إذا ظفر الدائن بمال المدين أن يأخذه لأن الرفع إلى القضاء لا يجدي لعدم وجود البينة؟

ذهب المالكية^(١) في المشهور عندهم، والشافعية^(٢) إلى أنه في مثل هذه الحالة لا بأس بأخذ الدائن ما له من حق على مدينه؛ إذ نصوا على حالة ما لو أنكر المدين إن كان لشخص حق على غيره وهو مماطل أو منكر أو سارق أو غاصب ونحو ذلك فله أخذ حقه سواء بعينه أو بقدر ما يساوي ماله من مال من عليه الحق وبدون اللجوء إلى القضاء. وبهذا نص المشرع العراقي في المادة (٣٩١) من القانون المدني العراقي على أنه " رب الدين اذا ظفر عرضاً بجنس حقه من مال مدينه على صفته فله الاحتفاظ به"

خامساً : الا يتعلق بالعين المظفور بها حق للغير:

أي أن يسوق صاحب الحق حقه من مال من وجب عليه دون ما عنده من ودائع وأمانات للغير، وإلا كان الأخذ من ذلك مخالفة لأنها ليست ملكاً لمن عليه الحق فكيف لك أن تظفر بحقك ممن لا حق لك عنده^(٣) ؟ في حين لم يشترط البعض^(٤) الآخر منهم هذا فأجازوا أخذها وإن تعلق بها حق لشخص آخر لأن من أخذ حقه ليس بخائن سواء أكان الأخذ من العين أم من المثل أو القيمة.

ونحن نميل الى الرأي الذي يشترط بأن لا يتعلق بالعين المنتزعة حقا للغير والا فليس للمنتزع الحق في اخذ ماله من مال لا يملكه المدين كأن يكون وديعة في يده مثلاً ونأمل من المشرع العراقي الاخذ بهذا الاتجاه. والنص على أنه " ليس لصاحب الحق الذي ظفر بحقه أن ينتزعه من المدين متى تعلق فيه حقا للغير".

(١) الخرشي، مصدر سابق، ص ٢٣٥.

(٢) النووي، روضة الطالبين، مصدر سابق، ص ١٢.

(٣) الشربيني، مصدر سابق، ص ٤٠٢.

(٤) الدسوقي، مصدر سابق، ص ٤٣١.

سادساً: اعتراف المدين بالدين والمماطلة في تسديده:

إذا كان المدين مقرا بالحق الذي عليه للدائن إلا انه مماتل عن الوفاء فإنه في حكم الممتنع وينزل منزلة المماطل ومن ثم يجوز لصاحب الحق أن يأخذ من ماله بغير إذنه وبغير حكم القاضي لما في الرفع إلى القضاء من المشقة والمؤنة قال صاحب تحفة المحتاج (١) " أو على مقر ممتنع ولو مماتلا أو منكر وله بينة فكذاك له الاستقلال بأخذ حقه لما في الرفع من المؤنة والمشقة"، وفي قول آخر لا يجوز لإمكان صاحب الحق الحصول عليه بواسطة القضاء لوجود حجة شرعية معه، وهي إقرار من عليه الحق، ولا يتعين حقه إلا بتبين من عليه الحق أو تعيين القاضي، قال صاحب الوسيط في المذهب (٢) "وأما الدين فإن كان على معترف مماتل أو منكر يمكن رفعه إلى القاضي فلا يجوز للانفراد باستيفائه إذ لا يتعين حقه من الدين إلا بتعيين من عليه أو بتعيين القاضي فإن تعذر رفعه إلى القاضي لتعززه أو تواريه أو هربه فإذا ظفر بحسن حقه فله أن يأخذه.

الظفر بالحق قبل المطالبة به من المماطل الموسر بلا عذر، والمطل هو منع قضاء ما استحق ادائه" إن مطل المدين الموسر القادر على قضاء الدين بلا عذر بعد مطالبة صاحب الحق فإنه حرام شرعاً، ومن الظلم الموجب للعقوبة الحاملة على الوفاء، أما قبل الطلب، فقد وقع الخلاف في مذهب الشافعي (٣) هل يجب الأداء مع القدرة من غير طلب صاحب الحق، حتى يعد مطالاً بالبطل قبله، وقال ابن دقيق العيد فيه وجهان: عن أبي هريرة أن رسول الله قال: «مطل الغني ظلٌّ، وإذا أتبع أحتكم على مليء فليتبّع، فمطل الغني ظلم وحرام ومطل غير الغني ليس بظلم لأنه معذور ولو كان غنيا ولكنه ليس متمكناً من الأداء لغيبة المال أو لغير ذلك جاز له التأخير إلى الإمكان أما الغني المتمكن من الأداء فلا ينطبق هذا عليه.

واختلفوا في مذهب الشافعي: هل يجب الأداء مع القدرة من غير طلب صاحب الحق؟ وذكر فيه وجهان ولا ينبغي أن يؤخذ الوجوب من الحديث، والميل إلى ترجيح عدم الوجوب قبل الطلب.

(١) أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج ١٠، (مصر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ١٣٥٧ هـ، ١٩٨٣ م)، ٢٨٦.

(٢) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، ج ٧، ط ١، (القاهرة: دار السلام، ١٤١٧ هـ)، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم، محمد محمد تامر، ص ٣٩٩-٤٠٠.

(٣) إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، مصدر سابق، ص ٩٩، زين الدين ابن نجيم الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، مصدر سابق، ص ٢٥٥، ينظر أيضاً: محمد عlish، منح الجليل شرح على مختصر سيد خليل، مصدر سابق، ١٩٨٩ م.

ونرى أنه من الراجح القول بانتزاع الحقوق المالية شرط ان يكون المدين مماتلاً وممتنعاً عن سداد الدين الذي في ذمته ولا يجوز انتزاع الحقوق قبل الطلب لان الحق قد يكون مؤجلاً ولم يحل بعد او قد يكون المدين باذلاً للدين غير ممتنع، بمعنى ان انتزاع الحقوق يجب ان يكون بعد الطلب والمماطلة من قبل المدين بالتسديد.

ونقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٣٩١) من القانون المدني العراقي كالآتي " رب الدين اذا ظفر عرضاً بجنس حقه وعلى صفته من مال مدينه المماطل فله الاحتفاظ به. "

سابعاً: حكم الظفر من مدين المدين:

هل لصاحب الحق ان ينتزع حقه من مدين مدينه وهل تنطبق على هذه الحالة ضوابط انتزاع الحقوق المالية ام لا؟ كما لو كان لزيد على عمرو دين ولعمرو على سعيد مثله^(١).

" قال الشافعية^(٢) يجوز للمستحق أخذ مال غريم غريمه بشروط هي:

١. الا يظفر بمال المدين: "والظاهر أنه يلحق بعدم الظفر الفعلي بمال المدين عدم تحقق الشروط التي بوجودها يجوز للمستحق أن يأخذ من مال المدين ما يستوفي به حقه، وذلك كأن يغلب على ظنه أنه إن أخذ مال المدين نشبت فتنة بينهما أو مفسدة عظيمة، بينما إن أخذه من مال مدين مدينه لم يحدث مثل ذلك، فينبغي أن يجوز له في مثل هذه الحالة أن يأخذ من مال مدين مدينه إذ تحققت الشروط اللازمة للظفر.

٢. أن يكون المدين ومدينه جاحدين للدين أو ممتنعين عن أدائه أو مماتلين، فلو كان أحدهما باذلاً للحق فليس له أن يأخذه من مال مدين مدينه، ثم إن كان البادل منهما هو المدين الأول لم يجز لصاحب الحق أن يأخذ من مال أي منهما، وأما إن كان البادل هو مدين المدين وكان المدين ممتنعاً فالظاهر أنه يجوز له الأخذ من مال المدين بغير قضاء، وإن لم يجز الأخذ من مال مدين المدين وذلك لأن حقه متوجه في الأصل إلى ذمة المدين الممتنع وقد تكون هناك مشقة ومؤنة في أخذ حقه من مدين المدين، وإن كان هذا غير ممتنع عن البادل له، وقد يستأنس لهذا الرأي بأن جمهور الفقهاء الشافعية ذهبوا إلى أن صاحب الحق لا يجب عليه اللجوء إلى القضاء وإن كان معه بينة بحقه أحياناً،

(١) أسماء نصري، مصدر سابق، ص ٣٥.

(٢) الشرييني، مصدر سابق، ص ٤٠٤.

فكذلك يمكن أن يقال لا يجب عليه اللجوء إلى مدين المدين البازل مثل الأخذ من مال المدين الممتنع بغير إذنه وبغير قضاء قياسا عليه، ثم إن الدائن غير ملزم بأن يطلب دينه من غير مدينه اللهم إلا إذا كان هناك عقد حوالة بين الدائن والمدين ومدين المدين.

٣. أن يعلم المستحق المدين أنه أخذ مقدار حقه من مال مدينه حتى إذا طالب صاحب الحق المباشر من عليه الحق بعد ذلك كان هو الظالم، أما إن غلب على ظنه أنه لا يفعل ذلك فلا لزوم لهذا الشرط.

وعليه يجوز لصاحب الحق انتزاع الدين من مدين المدين اذا لم يستطع الظفر بمال مدينه، واذا كان مدين المدين ممتنع عن وفاء الدين لمدينه، وان يعلم المنتزع للحق مدينه بأنه انتزع الحق من مدين المدين. اعطت اغلب القوانين للمدين الحق في المحافظة على اموال دائنه من خلال الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرفات وذلك للوصول الى حماية الذمة المالية للمدين والحفاظ على الضمان العام للدائنين ، وعليه نرى أنه اذا امتنع المدين عن الوفاء بالدين وكان مماتل هو ومدينه فإنه يجوز انتزاع الحق من مدين المدين اذا لم يستطع الدائن الظفر بمال مدينة واذا كان مدين المدين ممتنع عن الوفاء على ان يعلم المدين مدينه بأنه انتزع الحق من مدين المدين ونقترح على المشرع العراقي النص على أنه "للدائن الذي يظفر بمال لمدين مدينه وكان مدينه ممتنع عن الوفاء ان ينتزع هذا المال وان يعلم مدينه بذلك".

الخاتمة

بعد أن انتهينا من الدراسة في انتزاع الحقوق المالية فإن هناك عدداً من النتائج التي توصلنا إليها فضلاً عن بعض التوصيات التي نأمل أن تكون ذات نفع وفائدة، وندرج أهم النتائج و التوصيات فيما يأتي :

أولاً: النتائج:

١. انتزاع الحقوق المالية من الموضوعات التي عرفتتها العرب سابقا واطلقت عليها بالوسقة.
٢. انتزاع الحقوق المالية معروف في الفقه الاسلامي وله احكامه وضوابطه تحت عنوان الظفر بالحق.
٣. انتزاع الحقوق المالية هو أخذ صاحب الحق المالي حقه قهر من ممتنع بلا قضاء وبشروط مخصوصة.
٤. انتزاع الحق هو استيفاء للدين متى توفرت شروطه وضوابطه.

٥. ليست جميع الحقوق يمكن لأصحابها انتزاعها بعيدا عن القضاء فهناك حقوق لا تستوفى الا عن طريق القضاء وهناك حقوق مختلف في استيفائها من قبل الدائن.

ثانيا: التوصيات:

١. ونأمل من المشرع العراقي تعديل نص المادة (٧) من القانون المدني العراقي وذلك بإضافة (٢/د. اذا سلك صاحب الحق سبيلا إلى تحقيق مصلحته نشأ عنه ضرر للغير وكان في وسعه سلوك سبيل آخر لا يلحق به ضررا).

٢. ونتمنى على المشرع العراقي النص على أنه: ((من احدث ضررا وهو في حالة دفاع شرعي عن نفسه او عرضه او ماله او عن نفس الغير او عرضه او ماله كان غير مسؤول عن تعويض هذا الضرر على ان لا يجاوز القدر الضروري فاذا جاوز القدر الضروري الزم بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة)).

٣. ونأمل من المشرع العراقي النص على أنه" أن صادف صاحب المال الغاصب وكان المال المغصوب معه وكان باستطاعة صاحب المال انتزاعه من الغاصب دون ضرر جسيم فله انتزاعه دون اللجوء الى القضاء "

٤. للدائن انتزاع حقه بنفسه دون حاجة الى اللجوء الى القضاء اذا كان: ((أ. الدين قائما لم ينقض بأي سبب من اسباب الانقضاء.

ب. ان يكون الدين من الحقوق المالية.

ج. الا يكون الدين مؤجلا.

د. الا يترتب على انتزاع الحق ضرر أو مفسدة.

ه. أن يكون المدين منكرا للحق او مماتل.)).

٥. ونقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٣٩١) من القانون المدني العراقي كالآتي" رب الدين اذا ظفر عرضاً بجنس حقه وعلى صفته من مال مدينه المماثل فله الاحتفاظ به. "

٦. نأمل من المشرع النص على أنه: " لصاحب الحق انتزاع حقه الذي ظفر به متى كان من جنسه وعلى صفته على ان لا يزيد على حقه"

٧. ونقترح على المشرع النص على أنه:" ليس لصاحب الحق الذي ظفر بحقه أن ينتزعه من المدين متى تعلق فيه حق للغير"

٨. ونقترح على المشرع العراقي النص على أنه" للدائن الذي يظفر بمال لمدين مدينه وكان مدينه ممتنع عن الوفاء او مماتل ان ينتزع هذا المال وان يعلم مدينه بذلك".

المصادر

أولاً: كتب اللغة العربية:

١. أبي الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج٣، ط٢، لبنان: بيروت، دار الجيل، ١٤٢٠هـ، ١٩٩٩.
٢. حمد بن محمد بن علي المقرئ الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير للرافعي، ج٢، بيروت: المكتبة العلمية.
٣. الخليل بن أحمد الفراهيدي، كتاب العين، ج٨، دار ومكتبة الهلال، دون سنة نشر، تحقيق: د مهدي المخزومي، و د إبراهيم السامرائي.
٤. محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، ج١، طبعة جديدة، بيروت: مكتبة لبنان ناشرون، ١٤١٥، ١٩٩٥، تحقيق، محمود خاطر.
٥. محمد بن مكرم بن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، ج١٠، ط١، بيروت: دار صادر، دون سنة نشر.

ثانياً: كتب الحديث والتفسير:

١. أبو عبد الرحمن محمد ناصر الدين، بن الحاج نوح بن نجاتي بن آدم، الأشقودري الألباني، صحيح الجامع الصغير وزيادته، ج١، المكتبة الإسلامية، بدون سنة نشر.
٢. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، فتح الباري بشرح صحيح البخاري، ج٥، كتاب المظالم، باب قصاص المظلوم اذا وجد مال ظالمه، بيروت: دار المعرفة، ١٣٧٩ هـ.
٣. سليمان بن الأشعث أبو داود السجستاني الأزدي، سنن أبي داود، ج٤، دار الفكر، دون سنة نشر، تحقيق، محمد محيد الدين عبد الحميد.
٤. محمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاري الجعفي، الجامع الصحيح المختصر، ج٢، ط٣، بيروت: دار ابن كثير، اليمامة، ١٤٠٧هـ، ١٩٨٧م، تحقيق: د. مصطفى ديب البغا.
٥. محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبري أبو جعفر، جامع البيان عن تأويل آي القرآن، ج١٤، بيروت: دار الفكر، ١٤٠٥هـ.
٦. محمد بن عيسى أبو عيسى الترمذي السلمي، الجامع الصحيح، سنن الترمذي، ج٣، بيروت: دار إحياء التراث العربي، تحقيق: أحمد محمد شاكر وآخرون.
٧. محمد بن يزيد أبو عبد الله القزويني، سنن ابن ماجه، ج٢، بيروت: دار الفكر، بدون سنة نشر، تحقيق، محمد فؤاد عبد الباقي.

ثالثاً: كتب الفقه الإسلامي :

كتب الفقه الحنفي:

١. أبو الحسن علي بن أبي بكر الرشداني المرغيناني ، الهداية شرح بداية المبتدئ، ج٣، المكتبة الإسلامية، بدون سنة نشر.
٢. زين الدين بن إبراهيم بن محمد، الشهير بابن نجيم، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِي حَنِيفَةَ النُّعْمَانِ، ط١، لبنان: بيروت ، دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ - ١٩٩٩م.
٣. شمس الدين السرخسي، المبسوط، ج٥، بيروت: دار المعرفة، بدون سنة نشر.
٤. محمد أمين بن عابدين، حاشية رد المحتار شرح تنوير الأبصار، ج٥، ط٢، مصر: مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ١٩٦٦.
٥. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسي، المبسوط، ج١١، مصر: مطبعة السعادة ، دون سنة نشر.

كتب الفقه الشافعي:

١. إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي أبو إسحاق، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج٣، بيروت: دار الفكر، بدون سنة نشر.
٢. أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، الوسيط في المذهب، ج٧، ط١، القاهرة: دار السلام ، ١٤١٧هـ، تحقيق: أحمد محمود إبراهيم ، محمد محمد تامر.
٣. أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج في شرح المنهاج، ج١٠، مصر: المكتبة التجارية الكبرى بمصر لصاحبها مصطفى محمد، ١٣٥٧هـ.
٤. شمس الدين، محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ج٣، ط١، دار الكتب العلمية، ١٤١٥هـ - ١٩٩٤م.
٥. علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري الشافعي، الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعي وهو شرح مختصر المزني، ج١٧، ط١، لبنان: بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ، ١٩٩٩م.
٦. النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ج١٢، ط٢، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٥هـ.

كتب الفقه المالكي:

١. أبو العباس أحمد بن محمد الخلوتي، الشهير بالصاوي المالكي، *بلغت السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير*، ج ٣، دار المعارف، بدون سنة نشر.
٢. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، *انوار البروق في انواء الفروق*، ج ٤، بلا مكان وسنة نشر.
٣. أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي الشهير بالقرافي، *الذخيرة*، ج ١١، ط ١، بيروت: دار الغرب الإسلامي، ١٩٩٤ م..
٤. أحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، *حاشيتا قليوبي وعميرة*، ج ٤، بدون رقم طبعة، بيروت: دار الفكر، ١٤١٥ هـ - ١٩٩٥ م.
٥. الخرشي، *الخرشي على مختصر سيدي خليل*، ج ٧، بيروت: دار الفكر للطباعة، بدون سنة نشر.
٦. محمد عlish، *منح الجليل شرح مختصر خليل*، ج ٧، ط ١، بيروت: دار الفكر، ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م.

كتب الفقه الحنبلي:

١. إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، *المبدع في شرح المقنع*، ج ١٠، بيروت: المكتب الإسلامي، ١٤٠٠ هـ.
٢. الإمام موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامه، *المغني*، ج ٤، ط ٢، مصر: مطبعة المنار، ١٣٧٤ هـ.
٣. عبد الله بن أحمد بن قدامة المقدسي أبو محمد، *المغني في فقه الإمام أحمد بن حنبل الشيباني*، ج ١٠، ط ١، بيروت: دار الفكر، ١٤٠٥ هـ.
٤. علي بن سليمان المرداوي أبو الحسن، *الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد بن حنبل*، ج ١١، بيروت: دار إحياء التراث العربي، بدون سنة نشر، تحقيق: محمد حامد الفقي.
٥. منصور بن يونس بن بن إدريس البهوتي، *شرح منتهى الإرادات*، المسمى *دقائق أولي النهى لشرح المنتهى*، ج ٢، ط ١، بيروت: عالم الكتب، ١٤١٤ هـ - ١٩٩٣ م.

رابعاً: كتب الفقه العامة:

١. أ.د. عبد القادر داودي، *مسألة الظفر بالحق*، جامعة وهران، بلا سنة نشر.
٢. أبو محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام الدمشقي، *قواعد الأحكام في مصالح الأنعام*، ج ٢، القاهرة: مكتبة الكليات الأزهرية، ١٤١٤ هـ - ١٩٩١ م.

- ٣.د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، بغداد: المكتبة القانونية، ٢٠٠٧.
- ٤.د. عبد المجيد الحكيم، ود. عبد الباقي البكري، ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق: دار ابن الاثير للطباعة والنشر، ١٩٨٠.
- ٥.د. مصطفى إبراهيم الزلمي ، نظرية الالتزام برد غير المستحق، ط ٢ ، دون مكان وسنة نشر..
- ٦.وزارة الأوقاف والشؤون الكويتية، الموسوعة الفقهية، ج ٣٩، ط ١، مصطلح خيار العيب، الكويت: دار الصفوة، ١٤١٢هـ، ١٩٩٢م.

خامساً: الرسائل والاطاريح:

- ١.أسماء نصري، "الظفر بالحق وتطبيقاته الفقهية المعاصرة"، رسالة ماجستير مقدمة الى معهد العلوم الاسلامية، جامعة الشهيد حمه لخضر- الوادي- الجزائر، ٢٠١٨.
- ٢.البخاري إبراهيم وهيب، "مبدأ الظفر بالحق ضوابطه الفقهية و تطبيقاته المعاصرة"، رسالة ماجستير، مقدمة الى كلية الشريعة الاسلامية .

سادساً: والبحوث والدوريات:

- ١.خوجة حسينة، "حق الحبس ضمان لتنفيذ الالتزام"، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، الجزائر، كلية الحقوق.
- ٣.د. محمد رأفت عثمان، "التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون"، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، القاهرة، العدد الاول، دون سنة نشر.
- ٢.سندس علي عباس، "احكام الغصب في الفقه الاسلامي والقانون المدني من منظور الزلمي"، دراسة مقارنة، ص ٣، بحث منشور، على موقع الانترنت <https://su.edu.krd/sites/doi/zalmy-doi-1.pdf> تاريخ الزيارة ٢٠٢٢/١١/١٠.

- ٤.نجاة علوي الحارثي، و محمد علي سميران، "الظفر بالحق دراسة فقهية مقارنة بالقانون الاماراتي"، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والدراسات الاسلامية، المجلد ١٧، العدد ٢، (ربيع الثاني ١٤٤٢ هـ، ٢٠٢٠م).

سابعاً: القرارات القضائية:

١. قرار محكمة التمييز المغربية ذي العدد ٤٠٨، في ٢٨/٧/٢٠٠٤، اشار اليه د. محمد نعاني، التعريف بمسألة الظفر والاحكام المتعلقة به، مقال منشور على الموقع الالكتروني الاتي: استشارات قانونية، محاماة نت www.mohamad.net

ثامناً: القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠، لسنة ١٩٥١.
٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١، لسنة ١٩٤٨.
٣. قانون التنفيذ العراقي رقم ٤٥، لسنة ١٩٨٠.
٤. القانون المدني اليمني رقم ١٤، لسنة ٢٠٠٢.

Sources:**First: Arabic language books:**

1. Abi Al-Hussein Ahmed bin Fares bin Zakaria, Dictionary of Language Measures, Part 3, 2nd Edition, Dar Al-Jeel, Beirut, Lebanon, 1420 AH, 1999.
2. Hamad bin Muhammad bin Ali al-Muqri al-Fayoumi, al-Misbah al-Munir fi Gharib al-Sharh al-Kabeer by al-Rafi'i, Part 2, for the Scientific Library, Beirut.
3. Al-Khalil bin Ahmed Al-Farahidi, Kitab Al-Ayn, Volume 8, Dar and Al-Hilal Library, without a year of publication, investigation: Dr. Mahdi Al-Makhzoumi, and Dr. Ibrahim Al-Samarrai.
4. Muhammad bin Abi Bakr bin Abdul Qadir Al-Razi, Mukhtar Al-Sahah, Part 1, new edition, Library of Lebanon Publishers, Beirut, 1415, 1995, investigation, Mahmoud Khater.
5. Muhammad bin Makram bin Manzoor, the Egyptian African, Lisan Al-Arab, Part 10, Edition 1, Dar Sader, Beirut, without a year of publication.

Second: Hadith books:

1. Abu Abd al-Rahman Muhammad Nasir al-Din, bin al-Hajj Noah bin Najati bin Adam, al-Ashqudari al-Albani, Sahih al-Jami al-Saghir and its additions, Part 1, The Islamic Office, without a year of publication.
2. Ahmed bin Ali bin Hajar Al-Asqalani, Fath Al-Bari with an explanation of Sahih Al-Bukhari, Part 5, The Book of Grievances, Chapter: Retribution of the Oppressed If He Finds

the Money of His Unjust, Dar Al-Maarifa, Beirut, 1379 AH.

3. Suleiman bin Al-Ash'ath Abu Dawud Al-Sijistani Al-Azdi, Sunan Abi Dawud, Part 4, Chapter Who Takes Something as a Joke, Hadith No. 5003, Dar Al-Fikr, without a year of publication, investigation, Muhammad Muhid Al-Din Abdul Hamid.

4. Muhammad bin Ismail Abu Abdullah Al-Bukhari Al-Jaafi, Al-Jami Al-Sahih Al-Mukhtasar, Part 2, Volume 3, Dar Ibn Katheer, Al-Yamama, Beirut, 1407 AH, 1987 AD, investigation: Dr. Mustafa Dib Al-Baga.

5. Muhammad bin Yazid Abu Abdullah Al-Qazwini, Sunan Ibn Majah, Part 2, Dar Al-Fikr, Beirut, without a year of publication, investigation, Muhammad Fouad Abdel-Baqi.

Third: Islamic jurisprudence books:

Hanafi fiqh books:

1. Abu al-Hasan Ali ibn Abi Bakr al-Rashdani al-Marghaniani, al-Hidaya explaining the beginning of the innovator, vol. 3, the Islamic Library, without a year of publication.

2. Zain al-Din ibn Ibrahim ibn Muhammad, famously known as Ibn Najim, Al-Ashabah wa'l-Nazair according to the madhhab of Abi Hanifa al-Nu'man, 1st edition, Dar al-Kutub al-'Ilmiyyah, Beirut, Lebanon, 1419 AH - 1999 AD.

3. Shams al-Din al-Sarkhasi, al-Mabsout, vol. 5, Dar al-Ma'rifah, Beirut, without a year of publication.

4. Muhammad Amin bin Abdeen, Hashiyat Radd al-Muhtar, Sharh Tanweer al-Absar, vol. 5, 2nd edition, Mustafa al-Babi al-Halabi Press, Egypt, 1966.

5. Muhammad bin Ahmed bin Abi Sahl, Shams al-Imaam al-Sarkhasi, al-Mabsout, vol. 11, Al-Saada Press, Egypt, without a year of publication.

Shafi'i jurisprudence books:

1. Ibrahim bin Ali bin Yusuf Al-Shirazi Abu Ishaq, Al-Muhadhdhab in the jurisprudence of Imam Al-Shafi'i, Part 3, Dar Al-Fikr, Beirut, without a year of publication.
2. Abu Hamid Muhammad bin Muhammad al-Ghazali al-Tusi, Waseet fi al-Madhdhab, vol. 7, 1st edition, Dar al-Salam, Cairo, 1417 AH, investigation: Ahmed Mahmoud Ibrahim, Muhammad Muhammad Tamer.
3. Ahmed bin Muhammad bin Ali bin Hajar Al-Hatami, Tuhfat al-Muhtaj fi Sharh al-Minhaj, vol. 10, The Great Commercial Library in Egypt, by its owner, Mustafa Muhammad, 1357 AH.
4. Shams al-Din, Muhammad ibn Ahmad al-Khatib al-Shirbiny al-Shafi'i, Mughni al-Muhtaj al-Muhtaj al-Minhaj Vocabulary, Volume 3, Edition 1, Dar al-Kutub al-Ilmiyyah, 1415 AH - 1994 CE.
5. Ali bin Muhammad bin Habib al-Mawardi al-Basri al-Shafi'i, al-Hawi al-Kabir in the jurisprudence of the Imam al-Shafi'i school of thought, which is a brief explanation of al-Muzani, vol.
6. Al-Nawawi, Rawdat al-Talibeen wa Umdat al-Mufti, vol. 12, 2nd edition, Islamic Office, Beirut, 1405 AH.

Maliki jurisprudence books:

1. Abu al-Abbas Ahmad ibn Muhammad al-Khalouti, known as al-Sawy al-Maliki, in the language of the traveler to the nearest tract known as Haashiyat al-Sawy on al-Sharh al-Saghir, Volume 3, Dar al-Ma'arif, without a year of publication.
2. Abu al-Abbas Shihab al-Din Ahmad ibn Idris al-Qarafi, Anwar al-Barouq fi Anwa al-Furuq, vol. 4, without a place and year of publication.
3. Abu al-Abbas Shihab al-Din Ahmad ibn Idris ibn Abd al-Rahman al-Maliki, famous for al-Qarafi, al-Thakhira, vol. 11,

1st edition, Dar al-Gharb al-Islami - Beirut, 1994..

4. Ahmed Salama Al-Qalyubi and Ahmed Al-Burlusi Amira, Hashita Qalyubi and Amira, Part 4, without edition number, Dar Al-Fikr, Beirut, 1415 AH 1995 AD.

5. Al-Kharshi, Al-Kharshi Ali Mukhtasar Sidi Khalil, Volume 7, Dar Al-Fikr for Printing, Beirut, without a year of publication.

6. Muhammad Alish, Manah al-Jalil, a brief explanation of Khalil, vol. 7, 1st edition, Dar Al-Fikr, Beirut, 1404 AH – 1984 AD.

Hanbali jurisprudence books:

1. Ibrahim bin Muhammad bin Abdullah bin Muflih Al-Hanbali Abu Ishaq, Al-Mubdi' fi Sharh Al-Muqni', Part 10, The Islamic Office, Beirut, 1400 AH.

2. Imam Muwaffaq al-Din Abu Muhammad Abdullah bin Ahmad bin Muhammad bin Qudama, al-Mughni, vol. 4, 2nd edition, Al-Manar Press, Egypt, 1374 AH.

3. Abdullah bin Ahmed bin Qudamah Al-Maqdisi Abu Muhammad, Al-Mughni in the jurisprudence of Imam Ahmad bin Hanbal Al-Shaibani, vol. 10, 1st edition, Dar Al-Fikr, Beirut, 1405 AH.

4. Ali bin Suleiman Al-Mardawi Abu Al-Hassan, Equity in Knowing the Preponderant from the Dispute over the Doctrine of Imam Ahmad bin Hanbal, Part 11, Dar Ihya Al-Turath Al-Arabi, Beirut, without a year of publication, investigation: Muhammad Hamid Al-Faqi.

5. Mansour bin Yunus bin Idris al-Bahuti, Explanation of Muntaha al-Iradat, called Daqeeqaat Oli al-Nuha li Sharh al-Muntaha, Part 2, 1st Edition, Alam al-Kutub, Beirut, 1414 AH - 1993 AD.

Fourth: General Fiqh Books:

1. Prof. Abd al-Qadir Daoudi, The Question of Winning the Right, Oran University, without a year of publication.
2. Abu Muhammed Izz al-Din Abd al-Aziz bin Abd al-Salam bin Abi al-Qasim bin al-Hasan al-Salami al-Dimashqi, Rules of Rulings in the Interests of People, Part 2, A New and Revised Outlook, Al-Azhar Colleges Library, Cairo, 1414 AH - 1991 AD.
3. d. Abd al-Majid al-Hakim, Brief Explanation of Civil Law, Sources of Obligation, Legal Library, Baghdad, 2007.
4. d. Abdul Majeed Al-Hakim, and Dr. Abdel-Baqi Al-Bakry, and Dr. Muhammad Taha Al-Bashir, Al-Wajeez in the Theory of Commitment, Sources of Commitment, Ministry of Higher Education and Scientific Research, Dar Ibn Al-Atheer for Printing and Publishing, 1980.
5. d. Mustafa Ibrahim Al-Zalmi, Theory of Commitment to Refund the Undeserved, 2nd edition, without place and year of publication.
6. Ministry of Awqaf and Kuwaiti Affairs, Encyclopedia of Jurisprudence, Part 39, Edition 1, The Term of the Defective Choice, Dar Al-Safwa, Kuwait, 1412 AH, 1992 AD.

Fifth: Letters and treatises:

1. Asmaa Nasri, Victory of Truth and its Contemporary Jurisprudential Applications, Master Thesis submitted to the Institute of Islamic Sciences, University of Shahid Hama Lakhdar- El-Wadi- Algeria, 2018.
2. Al-Bukhari Ibrahim Wahib, The Principle of Winning the Right, Its Jurisprudential Controls and Contemporary Applications, Master Thesis, submitted to the College of Islamic Law.

Sixth: Research and periodicals:

1. Khoja Hasina, The right to imprisonment is a guarantee for the implementation of the obligation, a research published in

the Algerian Journal of Legal, Economic and Political Sciences, Algeria, Faculty of Law.

2. Sondos Ali Abbas, Rulings of Usurpation in Islamic Jurisprudence and Civil Law from a Zalmy Perspective, Comparative Study, p. 3, published research, on the website <https://su.edu.krd/sites/doi/zalmy-doi-1.pdf> Date of visit 10/11/2022.

3. Najat Alawi Al-Harthy, and Muhammad Ali Samiran, Al-Zafr al-Haqq, a jurisprudential study compared to Emirati law, a research published in the University of Sharjah Journal of Sharia Sciences and Islamic Studies, Volume 17, Issue 2, Rabi` al-Thani 1442 AH, 2020 AD.

Seventh: Judicial decisions:

1. Decision of the Moroccan Court of Cassation No. 408 on 28/7/2004, referred to by Dr. Muhammad Naanani, Defining the issue of the nail and the rulings related to it, an article published on the following website: Legal Advice, Advocacy Net www.mohamad.net.

Eighth: Laws:

1. Iraqi Civil Law No. 40, of 1951.
2. The Egyptian Civil Code No. 131, of 1948.
3. Iraqi Implementation Law No. 45, of 1980.
4. Yemeni Civil Code No. 14, of 2002.