

الشرط المانع من التأجير من الباطن

دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والشريعة الإسلامية

اعداد

عبد المنعم احمد خليفة

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على سيدنا محمد الصادق الوعد الأمين، اللهم لا علم إلا ما علمتنا، إنك أنت العليم الحكيم، اللهم علمنا ما ينفعنا، وانفعنا بما علمتنا وزدنا علماً، وأرنا الحق حقاً وارزقنا إتباعه، وأرنا الباطل باطلاً وارزقنا اجتنابه، واجعلنا ممن يستمعون القول فيتبعون أحسنه، وأدخلنا برحمتك في عبادك الصالحين.

عقد الإيجار من العقود الوارد على الإنتفاع، وهي ذات أهمية بالغة في تسيير أمور الناس، ومن أهم اثار أعمال مبدأ الحرية التعاقدية إطلاق الإرادة في تكوين العقود وفي تحديد اثارها، وقد كان من الجدير بناءً على ذلك، وبالنظر الى التساوي المفترض بين مراكز الأطراف المقبلة على التعاقد وحرص كل منهم على تحقيق مصالحه، أن يتحقق لهذه العقود توازنها الذاتي، كأثر لوجود رضا الأطراف بالعقد وقبولهم لشروطه.

إلا أن الأمور لا تسير دائماً على هذا النحو، إذ أصبح وجود قدر متفاوت بين في مقومات القدرة القانونية والاقتصادية بين طرفي العقد في مجال المعاملات أمراً غالباً وبما أفضى إلى خبو شواهد المساواة العقدية شيئاً فشيئاً، فأبرز ذلك وبشكل جلي، مشكلة في المجال التعاقدى تتمثل في ظهور طائفتين من المتعاقدين، أولهما الطائفة القوية والأخرى الطائفة الضعيفة^(٢٤٨٦).

ولذلك فإن حماية الطرف الضعيف في العلاقات العقدية أصبح من أهم المسائل التي يعنى بها القانون في الأونة الأخيرة لتشيوع العلاقات العقدية التي بها الكثير من الخلل في التوازن العقدى، ولعل عقد الإيجار لا يخرج عن القاعدة السابقة، فنجد أن كثير من عقود الإيجار يُشترط فيها المؤجر على المستأجر عدم التأجير من الباطن أو التنازل عن العقد، مما قد يسبب ضرر للمستأجر.

وسوف يتناول هذا البحث الشرط المانع من التأجير من الباطن في عقد الإيجار، حيث سوف نقسّمه إلى ثلاثة مباحث، وسوف نخصص المبحث الأول لتحديد مفهوم الشرط المانع في عقد الإيجار، من خلال مطالب ثلاثة، حيث سيكون المطلب الأول عن مفهوم عقد الإيجار، أما المطلب الثاني فسوف يكون عن مفهوم الشرط المانع، أما المطلب الثالث فسوف يكون عن التمييز بين الشرط المانع من الإيجار والشرط المانع من التصرف.

أما المبحث الثاني فسوف نخصصه للتأجير من الباطن، وذلك من خلال ثلاثة مطالب، حيث سيكون المطلب الأول عن مفهوم التأجير من الباطن، أما المطلب الثاني فسوف يكون عن مشروعية التأجير من الباطن في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامى.

وأخيراً سوف نخصص المبحث الثالث لتحليل وبحث ضوابط الشرط المانع من التأجير من الباطن، حيث سنتناول ضوابط الشرط المانع من التأجير من الباطن، وأخيراً نختم البحث بخاتمة نبين فيها ما انتهينا إليه.

أهمية البحث:

^{٢٤٨٦} د. ذكرى محمد حسين و د. نصور صبار، الحماية المدنية من الشروط المألوفة في العقود التجارية، مجلة المحقق الحلى

للعلم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، العراق، المجلد ١ بتاريخ ٢٠٠٩م، ص ٨٥.

لقد كان اختيار الباحث لهذا الموضوع نابغاً كمحاولة منه لإلقاء الضور على النصوص المتعلقة بالشرط المانع من الإيجار من الباطن في القانون الوضعي المقارن والفقهاء الإسلاميين، كما تستمد أهمية هذا البحث من أهمية عقد الإيجار في المجتمع، نظراً لأهمية العقد في تسيير الحياة بين أفرادها.

مشكلة البحث:

تتمثل مشكلة البحث في تشعب المواد القانونية التي عالجت موضوع الشرط المانع من الإيجار من الباطن ما بين القانون المدني وقوانين خاصة بالإيجارات، كذلك تشعب الآراء الفقهية والشرعية في ذات الموضوع.

منهجية البحث:

اتباع الباحث المذهب الاستقرائي القائم على قراءة النصوص القانونية الوضعية والشرعية لمعرفة مدى مشروعية الشرط المانع من التأجير من الباطن، كما استخدم الباحث الأسلوب المقارن بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي.

خطة البحث:

المبحث الأول: مفهوم الشرط المانع في عقد الإيجار

المطلب الأول: مفهوم عقد الإيجار

المطلب الثاني: مفهوم الشرط المانع

المطلب الثالث: التمييز بين الشرط المانع من الإيجار والشرط المانع من التصرف

المبحث الثاني: التأجير من الباطن

المطلب الأول: مفهوم التأجير من الباطن

المطلب الثاني: مشروعية التأجير من الباطن في القانون الوضعي والفقهاء الإسلاميين

المطلب الثالث: تمييزه عما يُشْتَبَه به

المبحث الثالث: ضوابط الشرط المانع من التأجير من الباطن

المطلب الأول: ضوابط الشرط المانع من التأجير من الباطن في النظام السعودي

والشريعة الإسلامية

المطلب الثاني: ضوابط الشرط المانع من التأجير من الباطن في النظام المصري

خاتمة

المراجع

المبحث الأول: مفهوم الشرط المانع في عقد الإيجار

تمهيد وتقسيم:

سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، حيث سيكون المطلب الأول عن مفهوم عقد الإيجار، أما المطلب الثاني عن مفهوم الشرط المانع، وذلك على النحو التالي.

المطلب الأول: مفهوم عقد الإيجار

تمهيد وتقسيم:

لدراسة أي موضوع فلا بد من تحديد مفهومه لغوياً وشرعياً ووضعيّاً، وعليه فسوف نقسم هذا المطلب إلى فروع أربعة، حيث سنخصص الفرع الأول لتحديد المفهوم اللغوي لعقد الإيجار، أما الفرع الثاني فسوف يكون عن المفهوم الشرعي لعقد الإيجار في الفقه الإسلامي، وسوف يكون الفرع الثالث عن مفهوم عقد الإيجار في القانون الوضعي، وسوف نخصص الفرع الرابع لتحليل خصائص عقد الإيجار.

الفرع الأول

المفهوم اللغوي لعقد الإيجار

يتكون هذا المصطلح من كلمتين، الأولى "عقد"، أما الكلمة الثانية فهي كلمة "إيجار"، ولذلك سوف نعرف مفهوم العقد لغوياً، ثم مفهوم الإيجار لغوياً.

الغصن الأول: مفهوم العقد لغوياً

العقد في اللغة: الجمع بين أطراف الشيء، وربطها وشدها، وضده الحل. كما يُطلق على إحكام الشيء وتقويته، ويُستعمل العقد على سبيل الحقيقة في الربط المادي (الحسي) كعقد الحبل وعقد البناء، ويُستعمل على سبيل الاستعارة في الربط المعنوي: كعقد البيع والعهد^(٢٤٨٧)، فعقد كل شيء إحكامه وإبرامه، ومنه قوله عز وجل "ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله"^(٢٤٨٨)، فسُمي عقد النكاح عقدة، لأنه يربط بين الزوجين^(٢٤٨٩).

ومن معانيه أيضاً الضمان والعهد، ويُجمع على عقود، ومنه قوله تعالى "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"^(٢٤٩٠)، ويُستعمل كلمة "عقد" في لسان العرب للربط المعنوي بين كلامين يلتزم بمقتضاه كل منهما تنفيذ ما اتفقا عليه كعقد البيع والنكاح، كما أُسْتُعملت في كل ما يعقده العاقد

^{٢٤٨٧} أحمد بن محمد بن علي الفيومي ثم الحموي (أبو العباس)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، المكتبة العلمية، بيروت، ٥٧٥/٢؛ وأبو القاسم الحسين بن محمد المعروف بالراغب الأصفهاني (المتوفى: ٥٠٢هـ)، المفردات في غريب القرآن، المحقق: صفوان عدنان الداودي، دار القلم، دار الشامية - دمشق بيروت، الأولى - ١٤١٢ هـ، ص ٣٤١.

^{٢٤٨٨} سورة البقرة، الآية رقم ٢٣٥.

^{٢٤٨٩} أنس وآخرون، المعجم الوسيط، ٦١٤/٢، الرازي، التفسير الكبير ومفاتيح الغيب: ١٤٥/٦، القرطبي / الجامع لأحكام القرآن: ١٩٢/٣.

^{٢٤٩٠} سورة المائدة، الآية رقم ١.

فينشئ به التزاماً كعقد العهد واليمين، واستعماله فى الربط المعنوى ليفيد أنه قوى التوثيق واللتزم^(٢٤٩١).

الغصن الثانى: مفهوم الإيجار لغوياً

يُقال أجر الشئ: مكنه من الإنتفاع منه مقابل أجره معينة، ويُقال أجر العامل على عمله: أعطاه أجراً، وأجر إيجار الرجل على كذا: كافأه وأثابه، واتجر الرجل: تصدق وطلب الأجر، والأجير: المستأجر، وجمعه أجراء، ويقال واستأجر الرجل: اتخذهُ أجيراً^(٢٤٩٢).

والإسم: الإجارة، والأجرة: الكراء، الأجرة والإجارة والأجارة ما أعطيت من أجر^(٢٤٩٣).

الإجارة لغةً هى المجازاة ومشتقة من الأجر، وهو الجزاء على العمل، ومنه سُمى الثواب أجراً، لأن الله تعالى يعوض العبد به على طاعته أو صبر عن معصيته^(٢٤٩٤).

والإجارة والإستجار والإيجار والكراء والإكتراء ألفاظ تدل على نفس المعنى^(٢٤٩٥)، والأشهر استعمالاً هو لفظ الإيجار.

الفرع الثانى

المفهوم الشرعى لعقد الإيجار

اختلف فقهاء المسلمين فى معنى الإيجار، فعرف فقهاء المذهب الحنفى عقد الإيجار على أنه بيع منفعة، فقد جاء فى تبيين الحقائق أن عقد الإيجار هو بيع منفعة معلومة بأجر معلوم^(٢٤٩٦)، وعرفوه مرة أخرى على أنه تملك نفع، فقد جاء فى حاشية ابن عابدين أن عقد الإيجار هو

^{٢٤٩١} الفيروز آبادى / القاموس المحيط : ٣١٥/١، الفيومى / المصباح المنير: ١٦٠، أنس وآخرون / المعجم الوسيط: ٦١٣/٢ - ٦١٤، ابن منظور / لسان العرب: ٢٩٦/٣ - ٢٩٧، الجوهرى / الصحاح: ٥١٠/٣، النووى / تهذيب الأسماء واللغات : من القسم الثانى : ٢٧/٥ - ٢٨.

^{٢٤٩٢} المعجم العربى الأساسى للناطقين بالعربية ومتعلميها: تأليف وإعداد جماعة من كبار اللغويين العرب بتكليف من المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، ص ٧٣، ٧٢.

^{٢٤٩٣} لسان العرب لإبن منظور، جزء أول، ص ٣١، مادة "أجر".

^{٢٤٩٤} ابن منظور، لسان العرب: ١٠/٤.

^{٢٤٩٥} ابن منظور: لسان العرب ٧٧/١، باب الهمزة، فصل الجيم، انظر: المرغينانى: أبو الحسين على بن أبى بكر بن عبدالجليل، الهداية شرح البداية ٢٣١/٣، بيروت، المكتبة الإسلامية، الكاسانى: علاء الدين، بدائع الصنائع ١٧٤/٤، دار الكتاب العربى، بيروت، ط ٢، ١٩٨٢م.

^{٢٤٩٦} الزيلعى: عثمان بن على، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٠٥/٥، دار الكتاب الإسلامى، انظر: ابن مودود: عبدالله بن محمود الموصلى الحنفى، الإختيار لتعليل المختار ٢٩١/٢، تحقيق: زهير عثمان الجعيد، بيروت، دار الأرقم ابن أى الأرقم، فرموزا: محمد، درر الحكام شرح غرر الحكام ٢٢٥/٢، دار إحياء الكتب العربية.

تمليك نفع مقصود من العين بعوض^(٢٤٩٧)، وعرفوه أيضاً على أنه عقد على منفعة، حيث جاء في المبسوط أن الإيجار عقد على المنفعة بعوض هو مال^(٢٤٩٨).

وعرف المالكية عقد الإيجار بأنه عقد معاوضة على تمليك منفعة بعوض^(٢٤٩٩)، وفي تعريف آخر للمالكية أن عقد الإيجار هو تمليك منافع شئ مباحة مدة معلومة بعوض^(٢٥٠٠)، وعُرف في شرح مختصر خليل بأنه بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشئ عنها^(٢٥٠١).

في حين عرف الشافعية عقد الإيجار بأنه عقد على منفعة مقصودة قابلة للبدل والإباحة بعوض معلوم^(٢٥٠٢).

الفرع الثالث

عقد الإيجار في القانون الوضعي

^{٢٤٩٧} ابن عابدين: محمد أمين بن عمر، رد المحتار على الدر المختار ٤/٦، دار الكتاب العلمية، انظر: الزيلعي: عثمان بن علي، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ١٠٥/٥، دار الكتاب الإسلامي، فرموزا: محمد، درر الحكام شرح غرر الحكام ٢٢٥/٢، دار إحياء الكتب العربية.

^{٢٤٩٨} السرخسي: أبو بكر محمد بن أبي سهل، المبسوط، ٧٤/١٥، بيروت، دار المعرفة، ١٤٠٦هـ، انظر: الميرغيناني: أبو الحسين علي بن أبي بكر بن عبدالجليل، الهداية شرح البداية ٢٣١/٣، بيروت، المكتبة الإسلامية.

^{٢٤٩٩} سراج السالك شرح أسهل المسالك للجعلى المالكي ج٢، ص١٧٩.

^{٢٥٠٠} الدسوقي: ابن عرفة محمد بن احمد، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢/٤، دار إحياء الكتب العربية.

^{٢٥٠١} الخرشى: محمد بن عبدالله، شرح مختصر خليل، ٢/٧، دار الفكر.

^{٢٥٠٢} وذكر "المنفعة" قيد لإخراج العقد على العين كالبيع، وذكر "معلومة" قيد لإخراج المنفعة المجهولة كالجعالة، حيث أن العمل فيها مجهول والثواب معلوم. و"المقصود" قيد في التعريف لإخراج المنفعة غير المقصودة، حيث لا يجوز العقد عليها استجاراً كاستجار الفاكهة لشمها كنفاحة مثلاً، لأن التفاح يقصد العقد عليه لأكله لا لشمه، وإن كانت له رائحة طيبة، ولكن الناس في الغالب لا يقصدونه من أجل هذه الرائحة وإنما من أجل أكله فقط. "وقابلة للبدل" قيد في التعريف لإخراج المنفعة الغير كاملة للبدل كمفعة البضع في النكاح لأنها شخصية فقط. "والإباحة" قيد في التعريف لإخراج العقد على منفعة غير مباحة كاستجار الجارية لوطنها، لأنها وإن كانت مملوكة إلا أن منفعتها العامة في غير بضعها، لأن بضعها منفعة خاصة وشخصية على مالها فقط أو من يتزوجها أي على أحدهما فقط المالك إن كانت على ملك سيدها. وزوجها فقط إن تزوجت حيث لا يجوز لمالكها وطؤها مع زوجها، لأنه يملك عينها ومنفعتها كلها ما عدا بضعها، حيث هو مملوك شرعاً لزوجها فقط.، "وبعوض" قيد في التعريف خرج به عقد العارية، لأنه وإن كان العقد فيه على منفعة، ولكن هذه المنفعة بدون عوض، ولهذا كانت اليد المستعيرة يد ضمان، واليد المستأجرة يد أمان.، "وبمعلوم" قيد في التعريف خرج به عقد المساقاة، فإنه وإن كان على منفعة وهو عمل الساقى إلا أن العوض فيه غير معلوم في الحال لأنه ما ستنتجه الأرض من ثمر وهو غير معلوم وقت العقد بل هو مجهول. انظر د. واصل: نصر فريد، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، المكتبة التوفيقية، القاهرة، الطبعة الخامسة، ١٤١٨هـ/١٩٩٨م، ص١٣٧-١٣٨.

عرف القانون المدني الأردني في المادة (٦٥٨) عقد الإيجار بأنه "الإيجار تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم"؛

وقد عرف مشروع القانون المدني الفلسطيني عقد الإيجار في المادة (٦٠٤) بأنه "عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم"، وعرفه مشروع قانون إيجار المساكن والعقارات الفلسطيني في المادة الثانية: "عقد الإيجار: عقد يلتزم فيه المالك بتمكين المستأجر من استيفاء منفعة محددة في العقار لمدة معينة لقاء بدل معلوم.

وقد عرفت المادة ٥٥٨ من القانون المدني المصري على أن عقد الإيجار بأنه عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بشيء معين مدة معينة لقاء أجر معلوم.

في حين عرف قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة رقم ٥٣٣ منه عقد الإيجار بأنه "عقد يلتزم به المرء أن يولى شخصاً آخر حق الإنتفاع بشيء ثابت أو منقول أو بحق ما لمدة معينة مقابل بدل يلتزم هذا الشخص أداءه إليه".

أما التقنين المدني العراقي فقد عرف عقد الإيجار في المادة رقم ٧٢٢ بأنه "تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بالمأجور".

في حين عرف القانون المدني العربي الموحد^(٢٠٠٣) عقد الإيجار في المادة رقم ٦٢٥ بأنه "الإيجار عقد تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء المؤجر لمدة معينة لقاء عوض معلوم"^(٢٠٠٤).

ويرى الباحث أن هذه التعريفات لا تختلف كثيراً عن بعضها في المضمون والمعنى، إلا فيما يتعلق بتحويل التزام المؤجر من التزام سلبي إلى التزام إيجابي.

الفرع الرابع

خصائص عقد الإيجار

يتبين من التعريفات السابقة أن عقد الإيجار يتميز بالخصائص الآتية^(٢٠٠٥):-

- (١) عقد الإيجار عقد رضائي: أي أنه لا يُشترط شكلاً معيناً في إبرامه.
- (٢) أن عقد الإيجار ملزم للجانبين: أي أنه يلزم كل طرف من أطرافه باداء التزامات معينة.
- (٣) أنه من عقود المعاوضة: أي أن كل طرف يعطى مقابل لما يأخذ.
- (٤) أن العناصر التي يقع عليها التراضي في عقد الإيجار هي منفعة الشيء، والمدة والأجرة.

^{٢٠٠٣} اعتمد مجلس وزراء العدل العرب القانون المدني العربي الموحد كقانون نموذجي بالقرار رقم ٢٢٨-١٢-١٩٩٦م.

^{٢٠٠٤} تتضمن هذه المادة تعريفاً لماهية عقد الإيجار إذ نصت على أنه تملك المؤجر للمستأجر منفعة مقصودة من الشيء مقابل أجر معلومة لمدة معينة، وقد ثبتت مشروعية عقد إيجار بالكتاب والسنة والإجماع.

^{٢٠٠٥} د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء السادس، المجلد الأول، العقود الواردة على الإنتفاع بالشيء (الإيجار)، دار احياء التراث العربي، بيروت، لبنان، ص ٦-٧.

- (٥) عقد الإيجار هو عقد مؤقت وليس مؤبد، لأن المدة في هذا العقد عنصر جوهري.
- (٦) هناك تقابل بين الأجرة والمدة، فالأجرة تتحدد على أساس المدة، والمدة هي مقياس للانتفاع بالشئ المؤجر، والأجرة تقابل الانتفاع.
- (٧) عقد الإيجار لا يرتب للمستأجر حقاً عينياً على الشئ المؤجر، وإنما ينشئ التزامات شخصية، على كل من المؤجر والمستأجر.
- (٨) أن عقد الإيجار من عقود الإدارة وليس من عقود التصرف، لأنه لا ينشئ إلا التزامات شخصية فقط.

المطلب الثاني: مفهوم الشرط المانع

إن مبدأ الرضائية يقضى بأن للإرادة دوراً في مرحلة إبرام العقد وتنفيذه وتحديد آثاره، فللمتعاقدين أن يتفقا على إدراج الشروط التي يرونها تحقق أكبر فائدة لهما في تحقيق ما يبغيان الحصول عليه من العقد^(٢٥٠٦).

والشرط لغة^(٢٥٠٧) يعنى إلزام الشئ والتزامه في البيع ونحوه، ويُجمع على شروط، وبمعنى الشرط الشريطة وجمعها شرائط، والشرط بفتح الراء معناه العلامة، ويجمع على أشراط، ومنه أشراط الساعة أى علاماتها، قال تعالى " فَهَلْ يَنْظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَنْ تَأْتِيَهُمْ بَغْتَةً فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا قَالُوا هُمُ إِذَا جَاءَهُمْ ذَكَرَاهُمْ " ^{٢٥٠٨}، والاشترط العلامة التي يعرفون بها، والواحد شُرطة وشُرطي، ومنه الاشترط الذي يشترط الناس بعضهم على بعض، ومنه أطلق الشرط لغة على ما يشترطه الإنسان في عقود والتزاماته على نفسه او غيره لأنه كعلامة تميز العقد عن امثاله بأحكام اضافية تخصه اتفق عليها الفريقان.

أما الشرط اصطلاحاً^(٢٥٠٩) فهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته، وقد عرفه مصطفى الزرقا^(٢٥١٠) بقوله الشرط في اصطلاح الفقهاء والأصوليين هو كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً، وهو خارج عن ماهيته، أى أن عدم الشرط يستلزم عدم الأمر المشروط له، أما وجود الشرط فلا يستلزم وجود المشروط.

وقد يفرض القانون قيود على حق المستأجر في التصرف في انتفاعه، مثل أن يمنع القانون المستأجر من التصرف في حق الانتفاع إلا بعد الإتفاق مع المؤجر.

^{٢٥٠٦} د. منصور حاتم محسن، العلاقة بين الشرط التعسفي والشرط الجزائي: دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلى للعلوم

القانونية والسياسية، العدد الرابع / السنة السابعة ٢٠١٥م، ص ١٥٤.

^{٢٥٠٧} لسان العرب ٤/٢٢٣٥، ومختار الصحاح ص ١٤١، والقاموس المحيط ص ٦٧٣، والمصباح المنير ص ١١٨.

^{٢٥٠٨} سورة محمد، الآية ١٨.

^{٢٥٠٩} الإحكام في أصول الأحكام ٢/١٣٩، وروضة الناظر وجنة المناظر ص ٣١، وعلم اصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ١١٨، وأصول الفقه لمحمد أبو زهرة ص ٥٣، ونهاية المحتاج الى شرح المنهاج ٣/٢، ونيل المآرب شرح دليل الطالب ٢/١٠٣.

^{٢٥١٠} د. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ٢٥٤ هـ / ٢٠٠٤م، ٣٠٥/١.

والشرط المانع هو منع الرخصة التي منحها القانون للمستأجر بأن يؤجر العين المستأجرة أو يتنازل عن إيجارها للغير، وذلك بأن يضع بند في عقد الإيجار يمنع بموجبه المستأجر من استعمال هذه الرخصة، وهذا يعني أن الشرط المانع إما يرد على منع المستأجر من التنازل عن الإيجار والانتفاع بالعين للغير، أو منع المستأجر من الإيجار إلى الغير من الباطن، أو يمنعه من كلتا الحالتين معاً^(٢٥١١).

وهذا الشرط قد يكون صريحاً في عقد الإيجار وقد يكون ضمناً، يُستفاد من ظروف الحال أو ظروف التعاقد، كما لو كانت شخصية المستأجر محل اعتبار.

أما الفقه المصري فقد عرفه جانباً منه بأنه " اتفاق العاقدان على ألا يكون للمستأجر أن يتنازل عن حقه في الإجارة إلى غيره ولا أن يُؤجر من الباطن"^(٢٥١٢).

في حين عرفه جانباً آخر من الفقه بأنه الشرط الذي يمنع المستأجر من التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن^(٢٥١٣).

ومن هذا يتضح لنا أن الشرط المانع هو اتفاق المؤجر والمستأجر على منع التنازل عن عقد الإيجار أو منع التأجير من الباطن أو منع كليهما.

المطلب الثالث

التمييز بين الشرط المانع من الإيجار والشرط المانع من التصرف

الشرط المانع من الإيجار هو الشرط الذي يمنع المستأجر من التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، أما الشرط المانع من التصرف فهو قيد إرادى يرد على حق الملكية، بموجبه يُمنع المالك من التصرف في ملكه تحقيقاً لمصلحة المشتري أو المتصرف أو المتصرف إليه، ويشترط فيه ألا يكون مؤبداً وأن يكون الباعث عليه مشروعاً^(٢٥١٤).

وفى ضوء ذلك يمكن إجمال أوجه الشبه وأوجه الاختلاف بين كلاً منهما:

أولاً: أوجه الشبه بينهما

- ١) أن كلاً منهما مصدره الإتفاق، فكلاً منهما هو قيد مصدره الإرادة.
- ٢) أن كلاً منهما مؤقت، فعقد الإيجار هو عقد بطبيعته مؤقت، له بداية وله نهاية، كذلك الشرط المانع من التصرف يشترط فيه أن يكون غير مؤبد.

ثانياً: أوجه الاختلاف بينهما

^{٢٥١١} د. حبيب عبيد ميرزا العمري، الشرط المانع في عقد الإيجار: دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلى للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول / السنة الرابعة، ص ٣١١.

^{٢٥١٢} د. سليمان مرقس، شرح عقد الإيجار، ط ٢، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٤م، ص ٤٣٩، وانظر: د. عصام أنور سليم، الوجيز في عقد الإيجار، منشأة المعارف في الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٤٤.

^{٢٥١٣} د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، دار النهضة العربية، ١٩٦٣م، ص ٦.

^{٢٥١٤} سلام عبدالزهرة، الشرط المانع من التصرف، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون بجامعة بابل، العراق، ٢٠٠١م، ص ١٣ وما بعدها.

١) الشرط المانع هو قيد فى عقد الإيجار، يُعد بحد ذاته حقاً شخصياً^(٢٥٥)، أما الشرط المانع من التصرف فهو قيد يرد على الحق العيني^(٢٥١٦).

٢) الجزاء المترتب على الإخلال بالشرط المانع هو إما التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى، أو التعويض وحده، وكذلك بالإمكان تعطيل الشرط المانع^(٢٥١٧)، أما جزاء الإخلال بالشرط المانع من التصرف فهو الفسخ أو الوقف، ولا يمكن تعطيل الشرط المانع من التصرف^(٢٥١٨).

المبحث الثانى: التأجير من الباطن

تمهيد وتقسيم:

سوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، حيث سيكون الأول عن مفهوم التأجير من الباطن، فى حين سيكون الثانى عن مشروعية التأجير من الباطن فى القانون الوضعى والفقہ الإسلامى، وأخيراً سيكون الأخير عن تمييزه عما يشته به، وذلك على النحو التالى،

المطلب الأول

مفهوم التأجير من الباطن

التأجير من الباطن هو عقد يلتزم بمقتضاه مستأجر العين المؤجرة بأن يمكن شخصاً من الإنتفاع بهذه العين مدة معلومة لقاء أجر معلوم^(٢٥١٩).

فإذا تمت الإجارة بين المؤجر والمستأجر، وأراد المستأجر أن يؤجر المنفعة لشخص ثالث، هذا الشخص الثالث يسمى المستأجر من الباطن.

وفى هذا الشأن قضت محكمة النقض المصرية بأن " المقصود بالتأجير من الباطن فى هذا الصدد هو المعنى المراد به فى الشريعة العامة أى قيام المستأجر الأصلي بتأجير حقه كاملاً أو بعضه فى الإنتفاع بالعين المؤجرة إليه إلى آخر فى مقابل أجره يتفق عليها بينهما^(٢٥٢٠)."

كما قضت محكمة النقض المصرية بأن " الإيجار من الباطن هو إيجار جديد يعقد بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن ويرد على حق الأول فى الإنتفاع بالعين وهو الذى يحكم العلاقة

^{٢٥٥} د. عبدالرزاق احمد السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، دار النهضة العربية، الجزء السادس، ١٩٦٣م، ص ٦٣٠.

^{٢٥١٦} د. عبدالمنعم فرج الصدة، الحقوق العينية الاصلية، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٢م، ص ١٣٣.

^{٢٥١٧} د. رمضان أبو السعود، دروس فى العقود المسماة: عقد الإيجار، الدار الجامعية، بدون سنة طبع، ص ١٩٥.

^{٢٥١٨} د. سلام عبدالزهرة، الشرط المانع من التصرف، مرجع سابق، ٢٠٠١م، ص ١٠٩.

^{٢٥١٩} د. أسماء فتحى عبدالعزيز، ضوابط التأجير من الباطن للخدمات المعينة فى المصارف الإسلامية، بحث مقدم إلى مؤتمر المصارف الإسلامية بين الواقع والمأمول، دائرة الشؤون الإسلامية والعمل الخيرى بدبى، ٣١ مايو - ٣ يونيو ٢٠٠٩م، ص ١٦.

^{٢٥٢٠} نقض مصرى رقم ٧٣٦ لسنة ٤٤٤ ق - جلسة ١٩٧٨/٣١٥م.

بين طرفية وحتى ولو تم هذا العقد خلافاً لنص مانع متفق عليه في الإيجارة الأصلية المبرمة بين المؤجر والمستأجر الأصلي حتى ولو كانت شروطه مغايرة لشروطها، ويتعين على المستأجر من الباطن تبعاً لذلك أن يوفي بالتزاماته ولا يحق للأول أن يتمسك قبله بأنه ممنوع من التأجير من الباطن^(٢٥٢١).

وفي هذا الشأن أيضاً قضت محكمة النقض بأن: التنازل عن الإيجار يتم بنقل المستأجر جميع حقوقه والتزاماته المترتبة على عقد الإيجار إلى شخص آخر يحل محله فيها ويكون بهذه المثابة بيعاً أو هبة لحق المستأجر تبعاً لما إذا كان هذا التنازل بمقابل أو بدون مقابل أما التأخير من الباطن فلا يعدو أن يكون عقد إيجار يقع على حق المستأجر ذاته^{٢٥٢٢}.

أيضاً ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أن "المقصود بالتأجير من الباطن المعنى المراد في الشريعة العامة بتأجير المستأجر حقه في الإنتفاع بالعين المؤجرة إليه إلى آخر لقاء جعل يتفق عليه بينهما، ويستوي أن يكون التأجير من الباطن وارداً على العين المؤجرة كلها أو بعضها الخ"^(٢٥٢٣).

المطلب الثاني

مشروعية التأجير من الباطن في القانون الوضعي والفقهاء الإسلامى

تمهيد وتقسيم:

سوف نقسم هذا المطلب الى فرعين، حيث سيكون المطلب الاول عن مشروعية التأجير من الباطن في القانون الوضعي، أما المطلب الثاني فسوف يكون عن مشروعية التأجير من الباطن في الفقه الإسلامى، وذلك على النحو التالي.

الفرع الأول: مشروعية التأجير من الباطن في القانون الوضعي

لقد اتفق المشرع العراقي^(٢٥٢٤) والمصري^(٢٥٢٥) واللبناني^(٢٥٢٦) على بعض المبادئ، منها جعل الأصل هو حق المستأجر في التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن في كل ما استأجره أو بعضه، وأن الاستثناء هو منع التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن.

^{٢٥٢١} طعن ٨٥١ س ٤٣ق - جلسة ١٩٧٧/٦/١١٥ - وفي هذا المعنى طعن ٨ س ٤٨ق ٢٤ يناير ١٩٧٩م.

^{٢٥٢٢} نقض رقم ٨٠ س ٤٨ق - جلسة ٢٤ يناير ١٩٧٩م.

^{٢٥٢٣} الطعن رقم ٧١١ لسنة ٤٩ق - جلسة ١٢/٦/١٩٨٤م.

^{٢٥٢٤} نصت المادة رقم ١/٧٧٥ من القانون المدني العراقي على أنه " للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول، وله كذلك أن يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره".

^{٢٥٢٥} نصت المادة ٥٩٣ من القانون المدني المصري على أنه " ١- منع المستأجر من أن يؤجر من الباطن يقتضى منعه من التنازل عن الإيجار وكذلك العكس؛ ٢- ومع ذلك إذا كان الأمر بإيجار عقار أنشئ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق".

هذا وتنص المادة ٥٩٣ من القانون المدني المصري على أن: "للمستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، وذلك عن كل ما أستأجره أو بعضه، ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك".

وبخلص من النص المتقدم الذكر أن كل مستأجر له الحق في التنازل عن الإيجار للغير وفي الإيجار من الباطن، ما لم يوجد شرط في العقد يمنعه من ذلك.^{٢٥٢٧}

وقد ذهبت محكمة النقض المصرية في هذا الخصوص إلى أنه "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن للمستأجر أن يدخل معه شركاء في استغلال العين المؤجرة أو أن يعهد إلى غيره بإدارة المحل المؤجر، دون أن يكون في مثل هذه المصروفات إخلال بالشرط المانع من التأجير من الباطن، إذ يعتبر العقد في هذه الحالة عقد شركة أو عقد إدارة واستغلال لا تأجيراً من الباطن أو نزولاً عن الإيجار أو تركاً للعين المؤجرة"^{٢٥٢٨}.

فالأصل في القانون المدني العراقي جواز الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار ما لم يقض الاتفاق أو العرف بعدم جواز ذلك كلاً أو جزءاً، وإلى هذا أشارت المادة (٧٧٥) مدني عراقي بقولها " للمستأجر أن يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول وله كذلك أن يتنازل لغير المؤجر عن الجارة كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو بغيره"^{٢٥٢٩}.

والحكمة من النص عاليه أن الإيجار في الأصل ليس من العقود التي تهتم بالإعتبار الشخصي للمستأجر، فلا فرق في استلام الأجرة من المستأجر الأصلي أو من المستأجر الباطن أو المتنازل إليه. كذلك فإن هذه التصرفات ستزيد من الضمانات لصالح المؤجر لأن المستأجر الأصلي يضمن الأجرة مع المستأجر من الباطن أو المتنازل إليه، ولكن هذه القاعدة لا تطبق طبعاً إذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار، كما هو الحال في عقود المزارعة، حيث لا يجوز

^{٢٥٢٦} نصت المادة رقم ٥٨٤ من قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ٩/٣/١٩٣٢م على أنه " يحق للمستأجر أن يؤجر كل المأجور أو جزءاً منه وأن يتنازل عن الإجارة لغيره، ما لم يكن قد نص في العقد على منعه من الإيجار أو التنازل، أو كان هذا المنع مستفاداً من ماهية الشيء المأجور. ان منع التنازل عن الاجارة لا يفيد منع المستأجر من الإيجار ما لم يكن مصرحاً به. على أن منع المستأجر من الإيجار يفيد منعه من التنازل لغيره ولو مجاناً وإن لم يصرح بهذا المنع. ومنع المستأجر من الإيجار يجب أن يُفهم بمعناه المطلق فهو يستلزم منعه من الإيجار حتى ولو كان مختصاً بجزء من المأجور أو كان الغرض منه إحلال شخص آخر ولو مجاناً. وإذا شرط أن للمستأجر حق الإيجار أو التنازل برضى المؤجر، فليس للمؤجر أن يرفض الإيجار أو التنازل لغير سبب مشروع".

^{٢٥٢٧} د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- الجزء السادس - بند ٤٥٤، ص ٦٢٠.

^{٢٥٢٨} الطعن رقم ٢١٣٥ لسنة ٦٨ ق، جلسة الأربعاء ١٩ يناير سنة ٢٠٠٠م.

^{٢٥٢٩} وقد سارت في هذا الإتجاه أغلب القوانين كالقانون المصري (م٥٩٣) والسوري (م٥٦٠) والليبي (م٥٩٢) وقانون الموجبات والعقود اللبناني (م٥٨٤) كما جعلت التقنيات اللاتينية التنازل عن الإيجار من الباطن جائزاً ما لم يوجد شرط مانع. أما التقنين المدني الألماني فينقض في المادة (٥٤٩) بأنه لا يجوز للمستأجر الأصلي أن يتنازل عن الإيجار أو يؤجر من الابطن إلا بإذن المؤجر - د. السنهوري - ص ٦٦٧.

للمزارع وفقاً للمادة (٨١٠) من القانون المدني العراقي أن يؤجر الأرض إلى غيره أو يتنازل عن الإيجار إلا برضاء صاحب الأرض^(٢٥٢٠).

ولكن هذه القاعدة إذا كانت تتفق مع طبيعة عقد الإيجار باعتباره من العقود المالية في الاصل إلا أنها ليست مطلقة لأنها قاعدة مكملة لإرادة المتعاقدين وليست أمرة لذلك يجوز الاتفاق على خلافها من خلال اتفاق المؤجر مع المستأجر على عدم جواز الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار إلا بعد الحصول على موافقة المؤجر، وهذا ما اصطلح على تسميته بالشرط المانع^(٢٥٣١).

هذا، ومن المقرر في قضاء النقض أنه: "لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصة من مال أو من عمل لاقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح أو من خسارة، مما مؤداه أن محل هذا العقد هو تكوين رأس مال مشترك فيه مجموع حصص الشركاء وذلك بقصد استغلاله للحصول على ربح يوزع بينهم، وكان لا رابطة بين هذا المؤدى وبين ما قد يكون من مباشرة الشركاء وبعد قيام الشركة لنشاطهم المشترك في عين يستأجرها أحدهم، لانتهاء التلازم بين قيام الشركة وبين وجود مثل تلك العين. لما كان ذلك، فإن قيام مستأجر العين بإشراك آخر معه في النشاط المالي الذي يباشره فيها، عن طريق تكوين شركة بينهما، لا يعدو أن يكون متابعة من جانب المستأجر للانتفاع بالعين فيما أجرت من أجله بعد أن ضم إلى رأس ماله المستثمر فيها حصة لآخر على سبيل المشاركة في استغلال هذا المال المشترك، دون أن ينطوي هذا بذاته على معنى تخلي المستأجر لتلك العين عن حقه في الانتفاع بها سواء كلها أو بعضها إلى شريكه في المشروع المالي بأي طريق من طرق التخلي - إيجاراً كان من الباطن أو تنازلاً عن عقد الإيجار - لانتهاء مقتضى ذلك قانوناً، بل يظل عقد إيجار العين على حاله قائماً لصالح المستأجر وحده، ما لم يثبت دليل آخر تخليه عن حقوقه المتولدة عن ذلك العقد إلى الغير"^{٢٥٣٢}.

هذا، وقد قضت محكمة النقض بأنه: "المقرر في قضاء هذه المحكمة أن مفاد المادتين ٥٩٦ و ٥٩٧ من القانون المدني أنه في الإيجار من الباطن تبقى العلاقة بين المؤجر والمستأجر الأصلي خاضعة لأحكام عقد الإيجار الأصلي، فيطالب كل منهما الآخر بحقوقه بمقتضى هذا العقد، ويسرى على العلاقة بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن أحكام عقد الإيجار من الباطن ولا ينشئ هذا العقد الأخير علاقة مباشرة بين المستأجر من الباطن والمؤجر الأصلي إلا في شيء واحد هو الأجرة، فيكون المستأجر من الباطن ملزماً بأن يؤدي للمؤجر مباشرة ما يكون ثابتاً في ذمته للمستأجر الأصلي من الأجرة وقت إنذار المؤجر له عن المدة التي تلحق الإنذار على نحو ما فصلته المادة ٥٩٧ من ذلك القانون، ولا ينشئ عقد الإيجار من الباطن علاقة مباشرة بين المؤجر الأصلي وبين المستأجر من الباطن إلا إذا قبل المؤجر الأصلي الإيجار من الباطن دون تحفظ أيضاً"^(٢٥٣٣).

^{٢٥٢٠} سعيد مبارك - طة الملا حويش - صاحب الفتاوى، الوجيز في العقود المسماة، ص ٣١٧.

^{٢٥٣١} د. شنب - ص ٢٤٣، د. تناغو - ٢٦٩. د. الصراف - ص ٤٠٥.

^{٢٥٣٢} نقض مدني في الطعن رقم ١٥٣ لسنة ٥٥ قضائية - جلسة ١٩٩٠/٣/٢٥؛ الطعن رقم ٣١٧٢ لسنة ٥٩ قضائية - جلسة

١٩٩٠/٣/٢٨؛ الطعن رقم ٢٠٣ لسنة ٤٧ قضائية - جلسة ١٩٨٤/٥/٢٣.

^{٢٥٣٣} نقض مدني في الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٤٣ قضائية - جلسة ١٩٧٧/٦/١٥ مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٨ - الجزء

١ - ص ١٤٤٦ - فقرة ٢

كما قضت محكمة النقض بأن: "قبض المالك للأجرة من المستأجر من الباطن لا يعد بمثابة إقرار منه يقوم مقام الإذن الكتابي الصريح إلا إذا كان مباشراً وغير مقترن بأي تحفظ فإن لم يكن كذلك فإنه على العكس يتضمن جحداً لعقد الإيجار من الباطن"^(٢٥٣٤).

والجدير بالذكر أن الأماكن والمباني المقامة عليها منشآت تجارية أو صناعية، متى توافرت لها مقوماتها المعنوية التي تتمثل في: عنصر الإتصال بالعملاء والسمعة التجارية والموقع التجاري، وطالما ثبت أن المكان أو المبنى المقام عليه المنشأة التجارية أو الصناعية لم يكن هو الغرض الأساسي من الإجارة وإنما ما أشتمل عليه من عناصر مادية تتمثل في الآلات والمعدات التي أعدت للإستغلال التجاري أو الصناعي وعناصر معنوية من سمعة تجارية وإتصال بالعملاء، أي طالما كان ذلك المكان المقام عليه المنشأة ليس إلا عنصراً ثانوياً، فإن عقد الإيجار يخرج عن نطاق تطبيق قوانين إيجار الأماكن الاستثنائية ويخضع لأحكام القواعد العامة في القانون المدني^(٢٥٣٥).

الفرع الثاني: مشروعية التأجير من الباطن في الفقه الاسلامي

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في مدى مشروعية التأجير من الباطن، وقد انقسم الفقه في هذا الشأن إلى رأيين:

الرأى الأول: يذهب إلى جواز التأجير من الباطن مطلقاً^(٢٥٣٦)، حيث يرى أنصار هذا الرأى أنه يجوز للمستأجر أن يؤجر منفعة العين المؤجرة إلى غيره مطلقاً بدون قيود، وهذا الرأى هو رأى جمهور الفقهاء، من الحنفية^(٢٥٣٧) والمالكية^(٢٥٣٨) والشافعية^(٢٥٣٩) والحنابلة^(٢٥٤٠) والظاهرية^(٢٥٤١) والإمامية^(٢٥٤٢).

^{٢٥٣٤} نقض مدني في الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥٢ قضائية - جلسة ٢٨/٤/١٩٨٣ مجموعة المكتب الفني - السنة ٣٤ - الجزء ١ - ص ١٠٧٣ - فقرة ٦.

^{٢٥٣٥} قرب ذلك: نقض مدني في الطعن رقم ٢٢٦ لسنة ٣٧ قضائية - جلسة ٦/٤/١٩٧٢ مجموعة المكتب الفني - السنة ٢٣ - ص ٦٥٧؛ انظر: المستشار السيد خلف محمد، إيجار وبيع المحل التجاري، الطبعة الثالثة ١٩٩٦م، القاهرة، ص ٢٨٩ وما بعدها.

^{٢٥٣٦} جاء في كشاف القناع: (وتصح إجارة مستأجر) العين المؤجرة (لمن يقوم مقامه) في استيفاء النفع (أو) لمن (دونه في الضرر)؛ لأن المنفعة لما كانت مملوكة له، جاز له أن يستوفيا بنفسه ونائبه. (ولا يجوز) للمستأجر أن يؤجرها (لمن هو أكثر ضرراً منه)؛ لأنه لا يستحقه، (ولا) إيجارها (لمن يخالف ضرره ضرره) لما مر؛ انتهى.

^{٢٥٣٧} الفتاوى الهندية لأبى المظفر، ج ٤، ص ٤٢٥، مجمع الأنهر ج ٢، ص ٣٧٥.

^{٢٥٣٨} الكافي في فقه أهل المدينة، للنمرى القرطبي، ج ٢، ص ٩٢.

^{٢٥٣٩} نهاية المحتاج، ج ٥، ص ٢٧٠.

^{٢٥٤٠} المغنى ج ٥ ص ٤٤٢.

^{٢٥٤١} المحلى ج ٨ ص ١٩٧.

^{٢٥٤٢} تهذيب الأحكام للطوسى ج ٧ ص ٢٠٩.

وقد استدل جمهور الفقهاء بالمعقول فقالوا أن المستأجر قد ملك المنفعة بعقد الإجارة، فيجوز له في ملكه كيفما شاء، حيث لا يحجر على الشخص في ملكه^(٢٥٤٣).

الرأى الثانى: يذهب إلى عدم جواز قيام المستأجر بتأجير منفعة العين المؤجرة إلى غيره إلا بإذن المالك، وهذا قول الزركشى^(٢٥٤٤) من الشافعية، وإذن المالك وجريان العرف، وإذن المالك فقط عند الزيدية^(٢٥٤٥).

وقد فصل الزركشى بين أن يأذن المالك للمستأجر فى الإيجار، أو يجرى بذلك عرف عام، كديار مصر فتصح وإلا فتمتنع^(٢٥٤٦).

أما الزيدية فذهبوا الى أن المالك للعين مالك لمنافعها، ومجرد الاذن لمن يستعمله مدة من الزمان بأجرة لا يدل على جواز صرفها الى غيره، لاختلاف الأشخاص والأغراض والمقاصد، وإخراجها الى غيره (المستأجر من الباطن)، وتسليطه للانتفاع بها لم يتناوله الإذن، وأما اذا أذن له مالك العين بذلك فظاهر^(٢٥٤٧).

والذى يترجح فى نظر الباحث أن المستأجر يملك منفعة العين المستأجرة، وهذه الملكية تُمنح له إلى أجل معين، وتعطى له الحق فى أن يتصرف بالطريقة التى يشاء، لكن هذه المنفعة ليست مطلقة وإنما تُقيد بقيود، منها حسن استعمال العين، والالتزام باعادتها فى نهاية المدة، بدون اشتراط اذن مسبق من المالك، سواء تم الإشتراط فى عقد الإجارة على جواز التأجير من الباطن أو لا.

وتفسير ذلك أنه ليس للمستأجر إلا حق شخصى قبل المؤجر، ولكنه يستطيع التصرف فى هذا الحق بالبيع والهبة وغيرهما من التصرفات، وله أيضا أن يرهنه رهنا حيازيا وأن يؤجره وأن يعيره، وما هذا إلا تطبيق للقواعد العامة التى تجيز التصرف فى الحقوق الشخصية كما تجيز التصرف فى الاعيان، والمستأجر فى ذلك إنما يتصرف فى حق شخصى له فى ذمة المؤجر^(٢٥٤٨).

المطلب الثالث: تمييز التأجير من الباطن عما قد يشبهه به

تمهيد وتقسيم:

سوف نقسم هذا المطلب إلى فروعين، حيث سيكون الاول عن الفرق بين الايواء بطريق الاستضافة والايجار من الباطن، أما الفرع الثانى سيكون عن الفرق بين التنازل عن الايجار والايجار من الباطن، وذلك على النحو التالى؛

^{٢٥٤٣} معنى المحتاج، ج ٣ ص ٤٤٤، نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٧٠.

^{٢٥٤٤} نهاية المحتاج ج ٥، ص ٢٧٠.

^{٢٥٤٥} السيل الجرار ج ٣، ص ١٩٨، التنازل المذهب ج ٣ ص ٨٢.

^{٢٥٤٦} نهاية المحتاج ج ٥ ص ٢٧١.

^{٢٥٤٧} السيل الجرار ج ٣ ص ١٩٨.

^{٢٥٤٨} د. عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى: الجزء السادس - المجلد الاول، العقود الواردة على الانتفاع

بالشئ (الإيجار)، الطبعة الأولى، ١٩٥٤م، دار إحياء التراث العربى، بيروت، لبنان، ص ٦٦١.

الفرع الأول

الفرق بين الإيواء بطريق الإستضافة والإيجار من الباطن

عرفت محكمة النقض المصرية الإيواء بطريق الإستضافة بأنه " المقرر في قضاء هذه المحكمة أن الإيواء بطريق الإستضافة يقوم علي إنتفاء العلاقة التعاقدية بين المستأجر وبين ضيفه أو بين الأخير وبين المؤجر فلا يعتبر الضيف من ثم مستأجراً مع المستأجر الذي أبرم العقد بإسمه وليس له من ثم حق في الإنتفاع بالعين المؤجرة يجابه به المستأجر إذ أن إقامته لديه إنما هي علي سبيل التسامح منه إن شاء أبقي عليها وإن شاء أنهاها بغير إلزام عليه فهي متفرعه عن إنتفاع المستأجر ومرتبطة باستمراره في هذا الإنتفاع بنفسه ولا تنقلب هذه الإقامة مهما طال أمدها إلى مساكنة تعطيه الحق في الاحتفاظ بالشقة بعد موت مستأجرها دون أولاد هذا الأخير " (طعن رقم ١٤١٦ س ٤٨ ق - جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ م) .

وكذلك فإن إيواء المستأجر للغير أو إستضافته - وجوب أن تكون إقامته بصفة عارضة مع المستأجر - بقاء الغير بعد ترك المستأجر للعين - هو تأجير من الباطن أو نزول عن الإيجار؛ وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض بأنه " يفترض في فعل الإيواء والإستضافة بما لا يعتبر تنازلاً عن الإيجار أو تأجيراً من الباطن أن يكون بصفة عارضة ومن خلال إقامة المستأجر الأصلي وانتقاعه بالعين واستمراره في شغلها بنفسه ، بحيث اذا انقطعت هذه الإقامة نهائياً وبقي فيها من بعده من استضافة أو أوراها عد ذلك تأجيراً من الباطن أو نزولاً عن الإيجار". (طعن رقم ٦٤٣ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٩٧٩/٥/٢٢ م) .

توقيت إيواء الضيف ببقاء المستأجر بالعين المؤجرة؛ وفي هذا الشأن قضت محكمة النقض بأنه " إذ كان الحكم المطعون فيه قد عرض لدفاع الطاعن بشأن قيام علاقة أيجارية بينه وبين مالك العقار الكائنة به شقة النزاع وانكر عليه هذا الحق على سند من ان إقامة الطاعن بالعين وقد كانت من قبيل الإستضافة فانها لا تنقلب مهما طال أمدها الى مساكنة تعطيه الحق في الاحتفاظ بالشقة لنفسه بعد موت مستأجرها دون اولاد هذا الأخير ، وكان هذا الذي اقام عليه الحكم قضاءه يتفق وصحيح القانون ذلك انه وقد ثبت بمدونات الحكم ان إقامة الطاعن بالعين كانت على سبيل الإستضافة من جانب خاله المستأجر الأصلي لها وان مالك العقار قد اذن بهذة الإقامة وذلك على سبيل التسامح الذي لا يكسب الضيف حقاً مهما طال الأمد فانه لا يجوز للطاعن وهو يقيم بالعين على هذا النحو ان يدعي لنفسه حقاً عليها في مواجهة اولاد المستأجر مفترضاً قيام علاقة ايجارية". (طعن رقم ٣٢٢ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٠/٥/١٥ م) .

الفرع الثاني

الفرق بين التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن

إذا أجر (أ) الي (ب) ثم أجر (ب) إلى (ج)، فهذا إيجار من الباطن، أي في الإيجار من الباطن يوجد عقدان الأول بين المؤجر والمستأجر الأصلي والثاني بين المستأجر الأصلي والمستأجر من الباطن، وقد يختلف العقدان عن بعضهما من حيث الشروط (الأجرة - المدة) أو الغرض، وقد يتفق العقد الثاني مع العقد الأول، فتكون الشروط واحدة في العقدتين.

أما التنازل عن الإيجار، فيتحقق إذا أجر (أ) الي (ب) وتنازل (ب) عن حقه الي (ج) فيحل (ج) محل (ب) بجميع حقوقه والتزاماته، أي يكون هناك عقد إيجار واحد هو العقد المبرم بين المؤجر والمستأجر الأصلي، وحيث أن المستأجر تنازل عن الإيجار الي (ج)، فيحل (ج) محل (ب) في عقد الإيجار الأصلي بجميع شروطه وأوصافه.

والتنازل عن الإيجار يُعد بيعاً أو هبة لحق المستأجر تبعاً لما إذا كان هذا التنازل قد تم بثمن أو بدون ثمن^(٢٥٤٩)، والإيجار من الباطن هو عقد إيجار، فالفرق إذن بين العاملين فرق جوهري يرجع الى طبيعة العمل نفسه، ففي التنازل عن الإيجار لا يوجد إلا عقد الإيجار الاصلى بين المؤجر والمستأجر، وبحول المستأجر حقوقه والتزاماته الناشئة عن هذا العقد الى المتنازل له. اما فى الإيجار من الباطن فيوجد عقد ايجار اصلى ما بين المؤجر والمستأجر، ثم عقد ايجار من الباطن ما بين المستأجر الاصلى والمستأجر من الباطن، ويترتب على هذا الفرق عدة نتائج، وأهمها:

١) التنازل عن الإيجار هو حوالة حق، بالنسبة إلى حقوق المستأجر، وحوالة دين بالنسبة إلى التزامات المستأجر، ومن ثم فيجب بصفة عامة إتباع الإجراءات التى تخضع لها حوالة الحق وحوالة الدين. ولما كانت حوالة الحق لا تنفذ فى حق المدين إلا بإعلانه بالحوالة أو بقبوله إياها، ولا تنفذ فى حق الغير إلا من تاريخ الاعلان الرسمى، او التاريخ الثابت لقبول المدين^(٢٥٥٠)، ولذلك فيمكن اعتبار التنازل عن الإيجار كحوالة حق، يسرى بحق المؤجر من وقت اخطاره بالتنازل.

ولما كانت حوالة الدين لا تنفذ فى حق الدائن إلا إذا أقرها، وكان المفروض أن المؤجر قد قبل التنازل^(٢٥٥١)، فلا حاجة إذن لإقرار المؤجر بحوالة الدين. ويكون التنازل سارياً فى حقه من وقت صدوره^(٢٥٥٢)، اما الإيجار من الباطن فيخضع لاحكام عقد الإيجار، ومن ثم لا حاجة لإعلانه، وكفى لسريانه فى مواجهة الغير أن يكون ثابت التاريخ.

٢) فى التنازل عن الإيجار يتصرف المستأجر فى حقه، فيجب أن تتوافر فيه أهلية التصرف، أما فى الإيجار من الباطن فإنه يقوم بعمل من أعمال الإدارة، وعليه فيكفى أن يتوافر فيه أهلية الإدارة^(٢٥٥٣).

٣) فى التنازل عن الإيجار تكون الشروط واحدة فيما بين المؤجر والمستأجر، وفيما بين المستأجر والمتنازل له عن الإيجار، أما فى الإيجار من الباطن، فقد تختلف شروط الإيجار فيما بين المؤجر والمستأجر عنها فيما بين المستأجر والمستأجر من الباطن.

٤) فى التنازل عن الإيجار فليس للمستأجر حق امتياز عن ما يوجد فى العين المؤجرة من منقولات المتنازل له، وله حق امتياز فى الإيجار من الباطن على منقولات المستأجر من الباطن الموجودة بالعين المؤجرة^(٢٥٥٤).

المبحث الثالث

^{٢٥٤٩} د. عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى: الجزء السادس - المجلد الاول، العقود الواردة على الانتفاع

بالشئ (الإيجار)، مرجع سابق، ص ٦٦٢ وما بعدها.

^{٢٥٥٠} المادة رقم ٣٠٥ مدنى مصرى.

^{٢٥٥١} د. سليمان مرقص، فقرة ٢٤٠، ص ٤٦٠.

^{٢٥٥٢} د. عبدالفتاح عبدالباقي، فقرة ٢٦٠، ص ٤٠٨.

^{٢٥٥٣} د. عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى: الجزء السادس - المجلد الاول، العقود الواردة على الانتفاع

بالشئ (الإيجار)، مرجع سابق، ص ٦٦٤.

^{٢٥٥٤} د. عباس حسن الصراف، فقرة ٩٦٢.

ضوابط الشرط المانع من التأجير من الباطن

تمهيد وتقسيم:

الضوابط جمع ضابط، والضابط مأخوذ من الضبط. والضبط تدور معانيه اللغوية حول الحفظ والقوة والشدة والإحكام والإتقان. وفي الإصطلاح عُرِفَت الضوابط بأنها "كل ما يحصر جزئيات أمر معين"، أو هي أصل كلي، أو مبدأ كلي يجمع فروعاً من باب واحد^(٢٥٥٥).

والفرق بين الضابطة والقاعدة أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابطة تجمعها من باب واحد^(٢٥٥٦).

هذا وسوف نتناول ضوابط الشرط المانع من التأجير على النحو التالي:

القيود الأولى: الإشتراط

أى أن يتم الإتفاق بين المؤجر والمستأجر عن طريق وضع بند فى عقد الإيجار، يمنع بموجب هذا الشرط المستأجر من استعمال الرخصة المخولة اليه فى التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن.

ولا يُشترط فى هذا الإشتراط أن يكون صريحاً، فقد يكون صريحاً وقد يكون ضمناً، ويستفاد من ظروف الحال أو التعاقد، كما لو كانت شخصية المستأجر محل اعتبار، ففى هذه الحالة يستفاد بعدم جواز التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن لانه شخصيته محل إعتبار فى عقد الإيجار.

وقد يكون هذا الإشتراط مطلقاً بمعنى أن يشمل كل أجزاء المأجور، وقد يكون مقيداً بان يشمل بعض أجزاء المأجور، أو بعض مدة الإيجار.

أما قانون تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر فى إمارة الشارقة بدولة الامارات العربية المتحدة الصادر بالقانون رقم ٢ لسنة ٢٠٠٧م نص فى المادة رقم ٢٠ منه على انه "أ- لا يجوز للمستأجر التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن وذلك عن كل أو بعض ما استأجره إلا باذن كتابى من المؤجر....."، ويفهم من هذا النص ان القاعدة العامة فى قانون الامارات/الشارقة منع المستأجر من التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، والاستثناء لابد من الإشتراط عليه صراحة فى عقد الإيجار.

القيود الثانية: المصلحة العامة

وبمعنى هذا القيد أن الشرط المانع من الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار يُعطل ولا يُعمل به إذا كان مخالفاً للمصلحة العامة، ففى هذه الحالة تكون حماية المصلحة العامة هى الأجدر.

^{٢٥٥٥} يعقوب الباحسين، القواعد الفقهية، الطبعة الثانية، ١٤٢٠هـ/١٩٩٩م، مكتبة الرشد، الرياض، السعودية، ص٥٨؛ نور الدين الخادمى، الميسر فى علم القواعد الفقهية، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ/٢٠٠٧م، مؤسسة بن عاشور للتوزيع بتونس، ودار اليمامة، دمشق، سورية، ص١٠٣.

^{٢٥٥٦} محمد بن علي ابن القاضي محمد حامد بن محمد صابر الفاروقي الحنفي التهانوي (المتوفى: بعد ١١٥٨هـ)، موسوعة كشاف اصطلاحات الفنون والعلوم، الطبعة الأولى - ١٩٩٦م، ٠١١٣٣.

وفى هذا الخصوص تنص المادة رقم ٢/٧٦١ من القانون المدني العراقي على انه " إذا كان المأجور عقاراً أنشأ فيه مصنع أو متجر و اراد المتسأجر أن يبيع الشئ المنشأ، جاز للمحكمة بالرغم من وجود القيد المانع أن تحكم بإبقاء الايجار إذا قدم المشتري ضمانا كافيا ولم يلحق المؤجر من ذلك ضررا محققاً".

ويلحظ من خلال النص عاليه أنه بالرغم من وجود الشرط المانع فان المشرع العراقي أجاز للمحكمة أن تحكم بتعطيل الشرط المانع في حالة قيام المستأجر بإرادته ببيع المصنع أو المتجر، وعند ذلك يتم تحويل العلاقة العقدية (بالنسبة للعقار المأجور) من المستأجر بائع المصنع أو المتجر الى مشتري المصنع أو المتجر بشرط ان يقدم هذا الاخير ضمانا كافيا وعلى أن لا يلحق المؤجر من جراء ذلك ضررا محققاً^(٢٥٥٧).

أما المشرع المصري في القانون المدني فإن اتجاهه مختلف في هذا الشأن، إذ أنه اشترط أن تكون هناك ضرورة تدفع البائع الى بيع المصنع أو المتجر حتى تحكم المحكمة بتعطيل الشرط المانع حيث تنص المادة ٢/٥٩٤ من القانون المدني المصري على أنه " ومع ذلك إذا كان الأمر خاصاً بإيجار عقار أنشأ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة أن يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر، جاز للمحكمة بالرغم من وجود الشرط المانع أن تقضى بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق".

وكذلك فإن المشرع المصري شرع قانوناً خاصاً لمعالجة تطبيق المادة رقم ٥٩٤ من القانون المدني إذ نصت المادة رقم ٢٠ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م على أنه " يقضى بالزام المستأجر في الحالات التي يجوز فيها النزول عن الإيجار بتحويل المالك نسبة ٥٠% من مقابل التنازل بعد خصم قيمة المنقولات التي بالعين وبالزامه بأن يخطر المالك بإعلان على يد محصر بالثمن المعروض عليه جاز للمستأجر ان يتنازل عن الايجار بالرغم من وجود الشرط المانع".

ومن جانب آخر فإن المشرع المصري أجاز لمستأجر المكان لغرض مزاوله مهنة المحاماة أو ورثته في التنازل عنه إلى من يزاول نفس المهنة (المحاماة) مع عدم الإخلال بحق المالك في الحصول على نسبة ٥٠% من مقابل التنازل عن حق الإنتفاع المنصوص عليه في المادة ٢٠ من قانون الإيجارات رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م،^(٢٥٥٨) والتي تنص على انه " يحق للمالك عند قيام المستأجر في الحالات التي يجوز فيها بيع المتجر أو المصنع أو التنازل عن حق الانتفاع بالوحدة السكنية أو المؤجرة لغير اغراض السكني الحصول علي ٥٠% من ثمن البيع أو مقابل التنازل بحسب الأحوال ، بعد خصم قيمة المنقولات التي بالعين"، وللقضاء المصري تطبيقات عملية في هذا الشأن^(٢٥٥٩).

^{٢٥٥٧} د. حبيب عبيد ميرزا العمري، الشرط المانع في عقد الإيجار: دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص ١١٠.

^{٢٥٥٨} انظر نص المادة رقم ٣/٥٥ من قانون المحاماة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ المعدل.

^{٢٥٥٩} انظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم ٣٦٠ لسنة ٦٤ ق بتاريخ ١٩٩٩/٦/٢٢م والذي يقضى " عدم جواز تنازل المحامي أو ورثته من إيجار مكتبه لمزولة غير المحاماة من المهن الحرة سريانه في حق المؤجر؛ انظر: د. هدى سعيد النمر، الجديد في قوانين الإيجارات في ضوء احداث احكام محكمة النقض، الطبعة الاولى، ٢٠٠٦/٢٠٠٥م، بدون ذكر للناشر، ص ١٦٤.

والجدير بالذكر ان القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م يسرى على المباني المؤجرة لاغراض السكني ، الاماكن المستعملة في اغراض لا تدخل في نطاق النشاط التجاري او الصناعي او المهني غير التجارية. ولا يفيد من احكام هذه المادة سوي المستأجرين المصريين^{٢٥٦٠}.

القيود الثالث: الباعث المشروع

يشترط في الشرط المانع ان يكون الباعث منه باعثاً مشروعاً؛ وفي هذا الخصوص نصت الفقرة الثانية من المادة رقم ٨٢٣ من القانون المدني المصري على انه " ويكون الباعث مشروعاً متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعاً للمتصرف او المتصرف اليه او الغير"، بينما نصت المادة رقم ١٠٢٨ من القانون المدني الاردني على انه " ليس للمالك أن يشترط في تصرفه عقداً كان او وصية شرطاً تقييد حقوق المتصرف اليه إلا اذا كانت هذه الشروط مشروعاً وقصد بها حماية مصلحة مشروعاً للمتصرف او المتصرف اليه او الغير لمدة محددة".

هذا وتقرر المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني في خصوص المادة عاليه ما يأتي " وترجع احكام النص إلى ما جاء في البداية والنهاية لابن رشد الجزء الثاني^(٢٥٦١)، والمغني لابن قدامة الجزء الرابع^(٢٥٦٢)، وقد جاء في البداية " أن يشترط عليه شرطاً يقع في مدة الملك، وهذا ينقسم إلى ثلاثة أقسام، إما أن يشترط في البيع منفعة لنفسه وإما أن يشترط على المشتري منعاً من تصرف عام أو خاص وإما أن يشترط إيقاع معنى في المبيع. وهذا أيضاً ينقسم إلى قسمين

^{٢٥٦٠} انظر المادة رقم ٢٧ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م.

^{٢٥٦١} بداية المجتهد هو كتاب فقهي يحتوي على الفقه المقارن وقد ألفه الفيلسوف المالكي ابن رشد الحفيد، ويُعتبر من أفضل الكتب التي اشتملت على بيان أسباب الاختلاف بين العلماء في كل مسألة. قال ابن رشد في مقدمة الكتاب " بداية المجتهد ونهاية المقتصد فإن غرضي في هذا الكتاب أن أثبت فيه لنفسي على جهة التذكرة من مسائل الأحكام المتفق عليها والمختلف فيها بأدلتها، والتنبية على نكت الخلاف فيها ما يجري مجرى الأصول والقواعد لما عسى أن يرد على المسائل المنطوق بها في الشرع أو تتعلق بالمنطوق به تعلقاً قريباً، وهي المسائل التي وقع الاتفاق عليها أو اشتهر الخلاف فيها بين الفقهاء الإسلاميين من لدن الصحابة رضي الله عنهم إلى أن فشا التقليد؛ يعدّ من أهم الكتب التي تتناول علم الخلاف الفقهي، فهو على صغر حجمه قد حوى أمهات مسائل الفقه؛ مبيناً مواطن الوفاق والخلاف شارحاً وجوه المذاهب المختلفة، ذاكراً أقوال العلماء لكل مسألة من المسائل الفقهي، منبهاً على نكت الخلاف فيها مع مناقشة الآراء والأدلة بلا تعصب، والكتاب يُعدّ من أهم كتب الفقه المقارن.

انظر: أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الشهير بابن رشد الحفيد (المتوفى: ٥٩٥هـ)، الكتاب: بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث - القاهرة، ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م.

^{٢٥٦٢} كتاب المغني من مستودعات الفقه الحنبلي، يمكن اعتباره من أكبر كتب الفقه في الإسلام، ألفه موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي المولود سنة ٥٤١ هـ والمتوفى سنة ٦٢٠ هـ.

انظر: أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي ثم الدمشقي الحنبلي، الشهير بابن قدامة المقدسي (المتوفى: ٦٢٠هـ)، المغني، مكتبة القاهرة، ١٣٨٨هـ - ١٩٦٨م.

أحدهما أن يكون معنى من معانى البر والثانى أن يكون معنى ليس فيه البر شئ، فأما إذا اشترط لنفسه منفعة يسيرة لا تعود بمنع المتصرف فى أصل المبيع مثل أن يبيع الدار ويشترط سكانها مدة يسيرة فذلك جائز لحديث جابر، وأما أن يشترط منعاً من تصرف خاص أو عام فذلك لا يجوز لأنه من المثنيا مثل أن يبيع الأمة على أن لا يبيعهها. وأما أن يشترط معنى من معانى البر مثل العتق، فإن كان اشترط تعجله، جاز عنده، وإن تأخر لم يجز لمعظم الغرر فيه^(٢٥٦٣).

القيود الرابع: التوقيت

وهذا القيد مستمد من طبيعة عقد الإيجار حيث أن هذا العقد بطبيعته عقد مؤقت، وفى هذا الخصوص نصت المادة رقم ٢٠/ب من قانون الإيجار بامارة الشارقة بدولة الامارات العربية المتحدة على أنه "يجوز للمؤجر منح المستأجر فى عقد الإيجار الحق فى التنازل أو التأجير من الباطن عن كل أو بعض العين المؤجر شريطة ألا تزيد مدة عقد الإيجار من الباطن عن المدة المحددة فى العقد الأسمى".

فيجب أن يكون تأجير المستأجر الأسمى لغيره العين مدة ايجاره هو من المؤجر، ولا يزيد عن هذه المدة حيث لا يمكنها، فلا يحق له الانتفاع بما لا يملك^(٢٥٦٤).

القيود الخامس: عدم التعسف فى استعمال الحق

القصد إلى الإضرار بالغير ممنوع فى الشريعة، فيمنع الفعل الذي اتخذ وسيلة للتعبير عنه، أو لتحقيقه؛ لأنه يتنافى وأغراض الشارع من تشريعه للحقوق^(٢٥٦٥).

فاستعمال الأفراد لحقوقهم فى الشريعة الإسلامية ليس مطلقاً من كل قيد، بل هو مقيد بما يأتي^(٢٥٦٦):

^{٢٥٦٣} انظر المذكرات الايضاحية للقانون المدنى الأردنى، الجزء الثانى، ص ٦٥٠ و ٦٥١.

^{٢٥٦٤} د. أسماء فتحى عبدالعزيز، ضوابط التأجير من الباطن للخدمات المعينة فى المصارف الإسلامية، مرجع سابق، ص ٢٦.

^{٢٥٦٥} د. فتحي الدريني، نظرية التعسف فى استعمال الحق، ص ٢٤٣؛ د. عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف فى استعمال الحق، ص ٩١؛ د. إسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف فى استعمال الحق فى الشريعة والقانون، مطبعة الزهراء الحديثة، الموصل، (ط١)، ١٤٠٥هـ / ١٩٤٨م، ص ٢٠٦؛ د. حسن عامر، التعسف فى استعمال الحقوق وإلغاء العقود، ص ٥٩٦؛ د. حمدون نور الدين، نظرية التعسف فى استعمال الحق، مجلة القضاء، وزارة العدل، المغرب، العدد ١٧، نوفمبر ١٩٨٦م، ص ١٤٧.

^{٢٥٦٦} د. عيسوي أحمد عيسوي، نظرية التعسف فى استعمال الحق، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول، ص ٢٢، السنة الخامسة، جامعة عين شمس، ١٩٦٣م؛ د. محمد شوقي السيد، التعسف فى استعمال الحق، المؤسسة المصرية العامة للكتاب، ١٩٧٩م، ص ١٣٨؛ د. حسن عامر، التعسف فى استعمال الحقوق وإلغاء العقود، مطبعة مصر، (ط١)، ١٣٧٩هـ / ١٩٦٠م، ص ٦٠٧؛ د. عبد الجبار ناجي، مبدأ حسن النية فى تنفيذ العقود، مطبعة اليرموك، (ط١)، ١٣٩٤هـ / ١٩٧٤م، ص ٧٠.

(١) ألا يؤدي استعمال الحق إلى إلحاق الضرر بالمصلحة العامة التي يعود نفعها على الناس كافة، أو بالمصلحة الخاصة التي يعود نفعها على بعض الأفراد.

(٢) ألا يستعمل الحق في غير غاية أبدأ، بأن يستعمل لمجرد التلهي والتلذذ من غير أن يقصد به تحقيق نفع للفرد أو للجماعة.

(٣) ألا يستعمل في تحقيق غاية غير مشروعة، بأن يتخذ وسيلة للوصول إلى مآرب وغايات تتنافى مع مشروعية ذلك الحق.

(٤) أن يوازن بين المنافع والأضرار التي تنجم عن استعمال الحق، فإن غلب جانب المنفعة على جانب الضرر ساغ استعمال الحق، وإن غلب الضرر خرج عن دائرة المشروعية.

وقد ذهب الإمام الشاطبي رحمه الله تعالى إلى منع تصرف صاحب الحق إن هو قصد منه مجرد العبث، ولم يهدف إلى تحقيق أية مصلحة، وقد أظهر أيضاً أن تخير صاحب الحق في استعماله حقه وسيلة أكثر إضراراً بالغير، يعني أنه قصد من هذا الاستعمال للحق على هذا النحو الإضرار بالغير^(٢٥٦٧).

وهو يقول في ذلك: "أما أن يكون إذا رفع ذلك العمل، وانتقل إلى وجه آخر في استجلاب تلك المصلحة، أو درء تلك المفسدة حصل له ما أراد أولاً، فإن كان كذلك فلا إشكال في منعه منه؛ لأنه لم يقصد ذلك الوجه إلا لأجل الإضرار، فلينقل عنه ولا ضرر عليه، كما يمنع من ذلك الفعل إذا لم يقصد غير الإضرار"^(٢٥٦٨).

هذا ويرى جانب من الفقه بأنه يمكن اعتبار الحكم الوارد في القوانين المقارنة تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق، ومن ثم يمكن تطبيق هذه النظرية بخصوص ذلك من قبل القضاء اللبناني^(٢٥٦٩).

القيود السادس : ألا يترتب على التأجير من الباطن ضرر على العين

فمتى ثبت أن المستأجر من الباطن ينحصر استعماله للمكان المؤجر بطريقة غير مقلقة للراحة أو غير ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة وفي غير أغراض منافية للأداب العامة، فإنه لا يترتب على التأجير من الباطن هنا ثمة ضرر على العين^(٢٥٧٠).

^{٢٥٦٧} د. إسماعيل كاظم العيساوي، استعمال الحق لغير مصلحة مشروعة أو لقصد الإضرار بالغير: دراسة مقارنة، جامعة الشارقة - دولة الإمارات العربية المتحدة، المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد (٣/ب)، ١٤٣٠هـ/ ٢٠٠٩م، ص ٦٩.

^{٢٥٦٨} إبراهيم بن موسى اللخمي المالكي المعروف بالشاطبي، (توفي ٧٩٠هـ)، الموافقات، دار المعرفة، بيروت لبنان، ج ٢، ص ٣٤٩.

^{٢٥٦٩} د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج ٦، دار النهضة العربية، ١٩٦٣م، ص ٦٧٧.

^{٢٥٧٠} ذهبت محكمة النقض المصرية في هذا الشأن إلى أن "البين من استقراء المراحل التشريعية لقوانين إيجار الأماكن المتعاقبة أرقام ١٢١ لسنة ١٩٤٧م و ٥٢ لسنة ١٩٦٩م و ٤٩ لسنة ١٩٧٧م و ١٣٦ لسنة ١٩٨١م أن المشرع قد قيد حق المؤجر في طلب إنهاء أو فسخ عقد الإيجار إلا لأحد الأسباب المبينة بتلك القوانين والتي وردت فيها على سبيل الحصر لا

ويجب أن يلتزم المستأجر الجديد بجميع التزامات المستأجر الأصلي، وأن يُحسِن استعمال العين، وعليه واجب اعادتها إلى المالك في نهاية المدة.

ويمكن أن نأصل هذا القيد على الحديث النبوي الشريف " لا ضرر ولا ضرار".

القيد السابع: أن يكون التأجير من الباطن لمن هو مثل المستأجر في الانتفاع أو دونه

اشترط عامة الفقهاء لجواز إجارة العين بعد قبضها أن يؤجرها لمن هو مثله في الانتفاع أو اقل منه ضرراً، فلا يجوز للمستأجر أن يؤجر العين من الباطن أو يتنازل عنها لمن هو أكثر منه ضرراً وأشد استعمالاً للعين^(٢٥٧١).

أو أن يُستعمل المكان المؤجر من قبل المستأجر من الباطن بطريقة مقلقة للراحة أو بالصحة العامة أو في أغراض منافية للأداب العامة؛ أو مثل أن يكون المستأجر الثاني لديه أسرة كبيرة العدد في حين أن المستأجر الأصلي كان يسكن وحده.

الـخاتـمة

لقد تناول الباحث في هذا البحث مفهوم عقد الإيجار، ومفهوم الشرط المانع، من الناحيتين الفقهيّة الشرعية والقانون الوضعي، كما تناول الباحث التمييز بين الشرط المانع من الإيجار وما يشته به من تصرفات، كما تناول مفهوم التأجير من الباطن، ومشروعيته، في القانون الوضعي والفقہ الإسلامي، وميز بين التأجير من الباطن وما قد يشته به من تصرفات.

كما حدد الباحث ضوابط الشرط المانع من التأجير من الباطن، وقد توصل الباحث من خلال بحثه إلى أهم النتائج وهي:

١- الشرط المانع هو اتفاق بين المؤجر والمستأجر، على الأخير من التنازل عن الإيجار أو التأجير من الباطن أو كليهما معاً.

٢- الشرط المانع من الإيجار وإن كان يشته في بعض النقاط مع الشرط المانع من التصرف، إلا أن ابرز الاختلافات بينهما أن الشرط المانع من الإيجار هو حق شخصي، أما الشرط المانع من التصرف فيرد على حق عيني، وأن الجزاء المترتب على الإخلال بالشرط المانع من الإيجار هو التنفيذ العيني، أو الفسخ مع التعويض، أو التعويض وحده، أو تعطيل الشرط المانع، أما جزاء الإخلال بالشرط المانع فهو الفسخ أو الوقف، ولا يمكن تعطيل الشرط المانع من التصرف.

على سبيل البيان، وهو حصر أمثله اعتبارات النظام العام وأوجب المشرع في بعض الأسباب وهي استعمال المكان المؤجر أو السماح باستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو في أغراض منافية للأداب العامة أن تكون ثابتة بحكم قضائي نهائي للتيقن من ثبوت وقوع المخالفة، فإذا ما ثبت وقوع المخالفة المبررة للإخلاء وجب الحكم به، ولا أثر لعدول المستأجر عنها في توقيع هذا الجزاء مما يدل على أن ثبوت وقوع المخالفة المبررة للإخلاء على وجه اليقين هو المناط في توقيع الجزاء بالإخلاء وفسخ عقد الإيجار، مما لا يقوم به سبب الإخلاء المنصوص عليه في الفقرة " ج " من المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١م، وبالتالي لا تثبت المخالفة المبررة للإخلاء بمقتضاه". الطعن ٢٠٥ لسنة ٧٣ ق جلسة ٢١ / ١ / ٢٠٠٤ س ٥٥ ق ٢٦ ص ١٣٤.

^{٢٥٧١} الدر المختار ١٠٧/٩، ومواهب الجليل ٤٠٦/٥، والمهذب ٤٠٣/١، والإنصاف ٣٥/٦.

٣- توصل الباحث إلى أن التأجير من الباطن يعنى قيام المستأجر بتأجير حقه فى الانتفاع بالعين المؤجرة الى شخص آخر مقابل أجره متفق عليها فيما بينهما.

٤- توصل الباحث إلى مشروعية التأجير من الباطن فى القانون الوضعى، أما من الناحية الشرعية فقد ذهب جمهور الفقهاء الى جواز التأجير من الباطن مطلقاً، إستناداً إلى المعقول، على أساس أن المستأجر قد ملك المنفعة بعقد الإيجار، فيجوز له التصرف فى ملكه كيفما شاء، حيث لا يُحجّر على شخص فى ملكه.

٥- خلص الباحث إلى أن الإيجار من الباطن يختلف اختلافاً كلياً عن التنازل عن الإيجار، كما يختلف عن الإيواء بطريق الاستضافة.

٦- كذلك فقد خلص الباحث إلى أن ضوابط الشرط المانع من الإيجار هى الاشتراط والمصلحة العامة، والباعث المشروع، والتأقيت، وعدم التعسف فى استعمال الحق، وعدم الإضرار بالعين المؤجرة، ومثلية الانتفاع بالعين المؤجر.

وقد انتهى الباحث إلى مجموعة من التوصيات وهى:

١- ضرورة النص فى القانون الوضعى على أن يكون الاشتراط صريحاً، ولا يكتفى بأن يكون ضمنياً، نظراً لما يترتب على هذا الاشتراط من آثار خطيرة تؤثر على المركز القانونى لكل من المؤجر والمستأجر.

٢- يرى الباحث ضرورة مسايرة القانون الوضعى مع ما انتهى اليه الفقه الإسلامى من جواز التأجير من الباطن إطلاقاً بدون أى قيود، نظراً لما يترتب على هذا التأجير من تسير أحوال الناس، وعدم التضيق، وزيادة فرص الاستثمار والتبادل بين افراد المجتمع، ما دام لا يترتب على التأجير من الباطن أى مخالفة شرعية.