



جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة بابل - كلية القانون

التنظيم القانوني لعقد البديل الإضافي - دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي -

أطروحة مقدمة
إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون / القانون الخاص

من قبل الطالب
حيدر هادي عبد عبهول

إشراف
الأستاذ الدكتور
إيمان طارق مكي الشكري

بسم الله الرحمن الرحيم

(يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ..)

صدق الله العلي العظيم

سورة المائدة- الآية (٥)

الاهداء

الى من كان لرسول الله (صلى الله عليه وآله) بمنزلة هارون من موسى . . علي بن

أبي طالب (عليه السلام) .

الى الذين بدمائهم سطوراً وأروع ملامح البطولة والفداء . . شهداء العراق .

الى من قال فيهما الحق (واخفض لهما جناح الذل من الرحمة واملحهما كما مربياني

صغيراً) الاسراء (٢٤) . . والداي . . أطال الله في أعماركم .

الى اخوتي واخواتي الذين أحياهم

الى رفيقة الدرب . . . نزوجتي .

الى ولدي . . عبدالله وعون

الى جميع زملائي وأصدقائي . . أهدي ثمرة هذا الجهد المتواضع .

الباحث

شكر وتقدير

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء والمرسلين ، سيدنا ونبينا محمد الأمين ، وعلى آله الطيبين الطاهرين ، إلى قيام يوم الدين ...

يطيب لي وأنا أكمل هذه الأطروحة أن أتقدم بعد حمد الله والثناء عليه ، بالشكر الجزيل إلى كل من ساهم في إنجاز هذا البحث ، وفي مقدمتهم استاذتي الفاضلة الأستاذة الدكتورة (إيمان طارق مكي الشكري) لقبولها الإشراف على هذه الأطروحة ومتابعة مراحل كتابتها حتى خرجت بالشكل الذي هي عليه ، على الرغم من ضيق وقتها وسعة مسؤولياتها ، متمنياً لها دوام الصحة والتوفيق .

كما أتقدم بالشكر إلى أساتذتي الأفاضل كافة في فرع القانون الخاص ، عرفاناً مني بجهودهم العلمية ، وما أبدوه من تعامل مهني معي وزملائي من طلبة الدكتوراه أثناء فترة الدراسة .

كما لا يفوتني ان اتقدم بوافر الشكر وجزيل الامتنان الى مكاتب مراجع الدين في النجف الاشرف ، وهم السيد صادق الشيرازي والشيخ محمد السند والشيخ بشير النجفي ، لما أبدوه من تعاون مثمر من خلال ما افتهوه من إفتاءات تتعلق بالدراسة.

ومن دواعي سروري أن أشكر اصدقائي وزملائي المقربين لمساندتهم اللامحدودة لي ، طيلة فترة كتابة الأطروحة ، وما قدموه لي من مصادر في القانون والفقه الاسلامي.

ولا يفوتني أن أشكر منتسبي مكتبات كليات القانون في جامعات بابل ، والكوفة ، وبغداد، والنهرين ، وكربلاء ، ومنتسبي مكتبة الروضة الحيدرية ، ومكتبة العتبة الحسينية ، ومكتبة العتبة العباسية ، لما قدموه لي من عون في تزويدي بالمصادر والمراجع التي أغنت البحث .

أخيراً ، لا بد لي من أن أشكر أيضاً موظفي وموظفات شعبة الدراسات العليا في كلية القانون/ جامعة بابل ، لما أبدوه من تعاون واضح وخلق رفيع في تعاملهم مع جميع طلبة الدراسات العليا، كما أشكر كل من قدم لي مساعدة ولم يسعفني ذكره ، فلهم مني جميعاً وافر التقدير والإحترام .

الباحث

المحتويات

الصفحة	الموضوع
١	المقدمة
٨	الفصل الأول : مفهوم عقد البذل الإضافي
٩	المبحث الأول : تعريف عقد البذل الإضافي
١٠	المطلب الأول : تعريف عقد البذل الإضافي في الفقه الاسلامي
١١	الفرع الأول - تعريف عقد البذل الإضافي في الفقه الامامي
١٥	الفرع الثاني - تعريف عقد البذل الإضافي في المذاهب الاخرى
٢٣	المطلب الثاني : تعريف عقد البذل الإضافي في القانون
٢٤	الفرع الاول- تعريف عقد البذل الإضافي في التشريع
٢٦	الفرع الثاني- تعريف عقد البذل الإضافي في الفقه القانوني
٣٠	الفرع الثالث- تعريف عقد البذل الإضافي في القضاء
٣٣	المبحث الثاني : مشروعية عقد البذل الإضافي
٣٤	المطلب الاول : مشروعية عقد البذل الإضافي في الفقه الاسلامي
٣٥	الفرع الاول- الاتجاه القائل بجواز التعامل بعقد البذل الإضافي
٤٦	الفرع الثاني- الاتجاه القائل بعدم جواز التعامل بعقد البذل الإضافي
٥٠	المطلب الثاني : مشروعية عقد البذل الإضافي في القانون
٥١	الفرع الاول- مشروعية عقد البذل الإضافي في التشريع
٥٥	الفرع الثاني- مشروعية عقد البذل الإضافي في الفقه القانوني
٦١	الفرع الثالث - مشروعية عقد البذل الإضافي في القضاء

٦٤	الفصل الثاني : ذاتية عقد البذل الاضافي
٦٥	المبحث الأول : تكييف عقد البذل الاضافي
٦٦	المطلب الاول : تكييف عقد البذل الإضافي في الفقه الاسلامي
٦٨	الفرع الاول- عقد البذل الاضافي عقد ايجار
٧٢	الفرع الثاني -عقد البذل الاضافي عقد بيع
٧٨	الفرع الثالث -عقد البذل الاضافي عقد وكالة
٨٠	المطلب الثاني: تكييف عقد البذل الإضافي في القانون
٨١	الفرع الاول- عقد البذل الاضافي عقد بسيط
٨٧	الفرع الثاني - عقد البذل الاضافي عقد مركب
٩٠	المبحث الثاني : خصائص عقد البذل الاضافي
٩١	المطلب الاول : ثبات الاجرة
٩٢	الفرع الاول: نشوء ثبات الاجرة
٩٨	الفرع الثاني : استمرارية ثبات الاجرة في التطبيق العملي
١٠٣	المطلب الثاني : تأييد مدة الاجارة
١٠٤	الفرع الاول : أدلة تأييد المدة في عقد البذل الاضافي
١٠٩	الفرع الثاني : استمرارية تأييد مدة الاجارة في التطبيق العملي
١١٣	الفصل الثالث : أحكام عقد البذل الاضافي
١١٤	المبحث الاول : الالتزامات الناشئة عن عقد البذل الاضافي
١١٥	المطلب الاول : الالتزام بالتسليم
١١٥	الفرع الاول : الالتزام بالتسليم في الفقه الاسلامي
١٢٠	الفرع الثاني : الالتزام بالتسليم في القانون

١٢٣	المطلب الثاني :الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق
١٢٤	الفرع الاول: الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في الفقه الاسلامي
١٣١	الفرع الثاني - الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في القانون
١٣٩	المطلب الثالث : الالتزام بضمان العيوب الخفية
١٤٠	الفرع الاول : الالتزام بضمان العيوب الخفية في الفقه الاسلامي
١٤٣	الفرع الثاني : الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون
١٤٦	المبحث الثاني : انتقال حق المستأجر في عقد البذل الاضافي
١٤٧	المطلب الاول : انتقال حق المستأجر في عقد البذل الاضافي بين الاحياء
١٤٨	الفرع الاول : بيع حق المستأجر في عقد البذل الاضافي
١٥٨	الفرع الثاني : إجارة حق المستأجر في عقد البذل الاضافي
١٦٤	الفرع الثالث : هبة حق المستأجر في عقد البذل الاضافي
١٧٥	المطلب الثاني : انتقال حق المستأجر في عقد البذل الاضافي بعد وفاته
١٧٦	الفرع الاول : انتقال حق المستأجر بالوصية
١٨٥	الفرع الثاني : انتقال حق المستأجر بالميراث
١٩٥	الخاتمة
(٢٠٣-٢٠١)	ملحق رقم (١)
(٢٠٥-٢٠٤)	ملحق رقم (٢)
٢٢٣-٢٠٦	المصادر
A	ملخص الأطروحة باللغة الإنكليزية

المقدمة

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه المنتجبين ، وبعد.

على الرغم من الأهمية التي يتبوأها عقد الإيجار الذي يعد من بين أقدم العقود المسماة ، إلا أن الواقع العملي قد كشف عن قصور الأحكام العامة لهذا العقد عن تلبية احتياجات الطرفين المتعاقدين كافة ، و لا سيما ما يتعلق بتوفير الحماية القانونية اللازمة للمستأجر بالنسبة لعنصري المدة والاجرة ، الأمر الذي أدى إلى ظهور صيغة قانونية جديدة للتعامل بين مالكي العقارات ومستأجريها ، تقوم على إعادة توزيع الالتزامات التعاقدية بما يؤمن تحقيق التوازن بين أطراف العقد والوفاء بالحاجات غير الملباة سابقاً .

ومع أن التعامل بالبدل الإضافي (السرقفية) قد ظهر بادئ ذي بدء في إطار نظام الوقف المعروف في الشريعة الإسلامية ، لغرض صيانة أو ترميم العقارات الموقوفة ، إلا أنه لم يقف عند هذا الحد ، بل انتشر ليشمل العقارات المملوكة للأفراد ، لما يتصف به هذا العقد من مميزات فريدة تتيح للمستأجرين استمرار الانتفاع بالعقارات المستأجرة لمدة زمنية طويلة دون التأثير بالتقلبات الاقتصادية ، مما اضطر فقهاء الشريعة الإسلامية إلى التصدي لبيان الأحكام الخاصة به كونه عقد مستحدث من خلال الرجوع إلى القواعد الكلية العامة في الفقه الإسلامي ، لتقديم المعالجات الشرعية لعقد البدل الإضافي (السرقفية) في ضوء مقاصد الشريعة الإسلامية ، كما حاول بعض الفقهاء والباحثين القانونيين تسليط الضوء على بعض جوانب هذا العقد في دراساتهم ، و لا سيما بعد أن أنتشر التعامل به على نطاق واسع ، وبات واقعا مفروضاً يحتاج إلى حلول تشريعية تحفظ حقوق المتعاقدين من الضياع .

وبناءً على ما تقدم ، فقد آثرنا اختيار موضوع (التنظيم القانوني للبدل الإضافي في نطاق عقد الإيجار) عنواناً لهذه الأطروحة ، وسنتطرق من خلال هذه المقدمة إلى أهمية البحث وأسباب اختياره ، ونطاقه ، والدراسات القانونية السابقة التي تناولت الموضوع ، ومنهج البحث ، وخطته ، وذلك على التفصيل الآتي :

أولاً- أهمية البحث و أسباب اختياره :

إن اختيارنا لموضوع (التنظيم القانوني للبدل الإضافي في نطاق عقد الإيجار) عنواناً للدراسة لم يأت من فراغ ، وإنما يرجع إلى ما يتمتع به هذا الموضوع من أهمية خاصة ، حيث يمكن لنا بيان أبرز أوجه تلك الأهمية على النحو الآتي :-

١- كثرة التطبيقات العملية لعقد البدل الإضافي ، وانتشاره بشكل متزايد في العقود الأخيرة، وما أفرزه ذلك من مشاكل قانونية كثيرة ، يرجع العديد منها إلى عدم وجود تحديد واضح لآثار العقد بالنسبة لأطرافه .

٢- غياب التنظيم التشريعي لعقد البدل الإضافي في القانون العراقي ، إذ خلت نصوص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل من اية معالجة تشريعية لهذا العقد ، على الرغم من سعة انتشاره في الواقع العملي ، بل أن نصوص قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل قد ذهبت إلى أكثر من ذلك ، عندما حظرت على أطراف عقد الإيجار تقاضي اية مبلغ خارج نطاق العقد على النحو المحدد قانوناً^(١) ، الامر الذي ولد فراغاً قانونياً

^(١) نصت المادة (٢١) على أنه (لا يجوز للمؤجر أو المستأجر أو الوسيط أو أي شخص آخر ان يحصل على أي مال أو منفعة خارج نطاق عقد الإيجار المبرم وفق احكام هذا القانون . ولا يشمل ذلك ما يستحقه الدلال من اجر) .

واضحاً يستلزم معالجته من خلال إيجاد السبل الكفيلة بتوفير الحماية القانونية الكافية لحقوق المتعاقدين ، وبيان التزاماتهم على نحو دقيق ، من خلال إضافة نصوص قانونية تنظم تلك الحقوق ، وتحدد الالتزامات الملقة على عاتق كل من طرفي التعاقد.

٣-ندرة الدراسات القانونية التي تناولت موضوع البدل الإضافي (السرقفية) في الفقه العراقي، وحاجة المكتبة القانونية العراقية إلى دراسة أكاديمية متخصصة تعالج العديد من الجوانب المهمة للموضوع التي تم إغفالها لسبب أو لآخر في الدراسات القانونية السابقة .

ثانياً - نطاق البحث :

١-من ناحية تكوين عقد البدل الإضافي : ينبغي أن يتوفر في عقد البدل الإضافي ما يجب توفره في سائر العقود من أركان وشروط ، و بما أن القواعد العامة المقررة في القانون المدني صالحة لأن تكون المرجع لكل العقود المسماة و غير المسماة ، لذا سنحيل إليها تنظيم أركان العقد وشروطه ، باستثناء عنصري المدة والاجرة التين لهما خصوصية معينة في عقد البدل الإضافي ، والتي ستكون محل اهتمام على مدار هذه الدراسة ، كما سنأخذ بنظر الاعتبار بعض المسائل القانونية التي لها صلة وثيقة بمرحلة إبرام عقد البدل الإضافي.

٢-من ناحية صور التعامل بالبدل الإضافي : لعقد البدل الإضافي ثلاث صور ، الأولى ان يتعاقد المستأجر مع المالك على التعامل بالبدل الإضافي، حيث يحصل المالك على بدلين، الأول يكون عبارة عن مبلغ كبير جداً يدفعه المستأجر له ، والآخر يكون على شكل أجره دورية تكون في الغالب أقل من أجره مثيلات العقار محل عقد البدل الإضافي، بينما يكون المستأجر قد ضمن الحصول على منفعة العقار محل العقد لمدة زمنية طويلة، وهذه هي الصورة الشائعة في التعامل .

أما الصورة الثانية أن يتعاقد المستأجر الأول (القديم) مع المستأجر الثاني (الجديد) على نقل هذا الحق من خلال عقد البدل الإضافي .

وبخصوص الصورة الثالثة ، فتمثل بقيام مالك العقار بعرض مقابل عقد البدل الإضافي على المستأجر لإقناعه بتخلية العقار المأجور ، حيث لا يوجد في تلك الصورة سوى بدل واحد لا بدلين ، كما في الصورتين السابقتين ، ومن ثم فإنه لا وجود هنا لبدل إضافي يدفعه أحد المتعاقدين للآخر أصلاً ، لذا سنكتفي بإشارات بسيطة -خلال الدراسة -إلى هذه الصورة ، و نعتقد ان التعامل بها في التطبيق العملي غير شائع نسبياً.

٣- من ناحية الفقه الاسلامي : سنعتمد في دراستنا على المذاهب الاسلامية الخمسة المشهورة ، وهي المذهب الامامي والحنفي والمالكي والشافعي والحنبلي ، وسنحاول في ذلك أن نركز على أشهر مؤلفات كل مذهب ، مع التوسع في مصادر الفقه الامامي ، وذلك لقلّة الدراسات القانونية عنه .

٤- من ناحية القانون : سنحاول أن نؤسس لأحكام عقد البدل الإضافي تأسيساً قانونياً من خلال تطويع بعض نصوص القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ، بالشكل الذي يتماشى مع طبيعة العقد المستحدث ، و سنحاول البحث في نصوص قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، عن عقد البدل الإضافي ، مع الاشارات البسيطة لمختلف التشريعات العربية عند الاقتضاء كالقانون المدني المصري والقانون المدني الكويتي والقانون المدني وقانون الموجبات اللبناني وقانون الاسرة الجزائري وغيرها.

٥- من ناحية الفقه والقضاء : بالنسبة للفقه القانوني ، فقد كان عقد البدل الإضافي حاضراً في بحوث أو دراسات فقهاء القانون (على الرغم من ندرتها) ، لذا سنتناول تلك البحوث بوصفها مصدر للعقد على صعيد الفقه القانوني.

أما بالنسبة للقرارات القضائية ، سيشير البحث عن ما أصدره القضاء العراقي من معالجات عملية تتفق وعقد البدل الإضافي من وجهة نظره.

ثالثاً - الدراسات القانونية السابقة:

من خلال بحثنا عن المصادر ، لم نجد دراسات قانونية أكاديمية تعالج موضوع البدل الإضافي ، باستثناء رسالة الماجستير الموسومة بـ (التنظيم القانوني للسرقة) التي تمت مناقشتها في كلية القانون / جامعة كربلاء عام ٢٠١٩ ، حيث استخدم الباحث أسلوب الدراسة المقارنة بين التشريع العراقي والمصري والفرنسي ، وقد ركز على دعوى استرداد مقابل السرقة وماهي الصعوبات التي تحول دون ذلك ، بينما كانت دراستنا مختلفة من حيث الآتي:-

١- اتبعنا منهج الدراسة المقارنة بالفقه الاسلامي ، فبعد أن اوجد الافراد هذا النوع من التعاقد، تدخل الفقهاء المسلمين في تنظيمه وبيان آثاره ، بوصفه يمثل الانعكاس الحقيقي لواقعهم العملي لا سيما مع عدم مخالفته لأحكام الشريعة الاسلامية.

٢- البحث عن التكييف القانوني الاصول الذي ينسجم مع خصوصية عقد البدل الإضافي، حيث يتجاذب هذا العقد أكثر من وصف قانوني ، والذي من خلاله تتحدد الحقوق والالتزامات التي تقع على عاتق طرفيه .

٣- كشفت الدراسة عن وجود خصائص مميزة بعقد البدل الإضافي ، ولعلها قد شكلت العلامة الفارقة بينه وبين غيره من العقود غير المسماة ، وهذه الخصائص قد تركزت بالدرجة الأساس في منع المالك أو المؤجر من مطالبة المستأجر في تخلية العقار محل عقد البدل الإضافي مهما كانت الظروف وتحت أي مسمى.

كما قد يكون للمستأجر أن يتمتع عن دفع أية زيادة على الاجرة المتفق عليها وقت إبرام العقد، على الرغم من وجود نص قانوني قائم يقضي بغير ذلك ، أو نتيجة التقلبات الاقتصادية و ما يرافق ذلك من انخفاض في قيمة النقود.

٤- وغير ذلك من اوجه الاختلاف الذي تضمنته دراستنا مع الدراسة اعلاه ، كحصول المؤجر على الثمن ، نتيجة بيع منفعة العقار للمستأجر ، وحق الاخير في التصرف بمنفعة العقار - دون الرقبة - التصرفات القانونية كافة، وانتقالها بالوصية أو الميراث.

رابعاً - منهجية البحث :

سنعتمد في تناولنا لموضوع التنظيم القانوني للبدل الإضافي في نطاق عقد الإيجار منهج الدراسة القانونية المقارنة بالفقه الاسلامي ، إذ كان لهذا الفقه قصب السبق في تنظيم أحكامه دون غيره ، و لا سيما و أن سبب المقارنة يعود إلى ما يمتلكه الفقه الاسلامي من ثراء علمي متميز بحلول عملية تقترب كثيراً من حاجات الافراد والشعور بها ، فضلاً عن مكانة الشريعة الاسلامية كمصدر مهم من مصادر القانون المدني العراقي .

كما سنستخدم في دراستنا هذه المنهج التحليلي ، من خلال تحليل مفهوم عقد البدل الإضافي ومشروعيته ، وذاتيته ، والتزاماته ، وانتقال الحق الناشئ عنه ، لبيان مدى كفاية

الاحكام القانونية القائمة في تنظيم هذا العقد ، أو تقديم ما ينسجم وخصوصية عقد البدل الإضافي .

خامساً- خطة البحث :

ستكون دراسة التنظيم القانوني للبدل الإضافي في نطاق عقد الإيجار وفق خطة بحث علمية موزعة على ثلاثة فصول ، مسبقة بمقدمة ، إذ سنبين في الفصل الأول مفهوم البدل الإضافي في نطاق عقد الإيجار ، من خلال مبحثين ، الأول سنخصصه لتعريف البدل الإضافي والثاني سيكون عن مشروعيته .

كما سيبحث في الفصل الثاني ذاتية عقد البدل الإضافي، من خلال تقسيمه على مبحثين ، أما المبحث الأول سنبين فيه خصائص هذا العقد ، بينما سيكون تكييف العقد محوراً للمبحث الثاني .

أما الفصل الثالث ، فسيتناول أحكام عقد البدل الإضافي ، من خلال مبحثين ، الأول في بيان الالتزامات الناشئة عنه ، والمبحث الثاني عن انتقال البدل الإضافي ؛ فإذا ما انتهينا من ذلك ، سنختمه بخاتمة نعرض فيها أهم النتائج والتوصيات .

والله ولي التوفيق .

الفصل الأول

مفهوم عقد البدل الإضافي

لا شك في أن العقد - بصورة عامة - هو الأداة الأساسية لإشباع حاجات ورغبات الأفراد في المجتمع ، وإن تلك الحاجات لا تقف عند حد معين ، وإنما تتنوع وتختلف باختلاف الأفراد والزمان والمكان ، ومن هذا المنطلق فقد دعت الحاجة إلى قيام عقد البدل الإضافي بهدف إيجاد علاقة تعاقدية جديدة بين المالك أو المستأجر الأول من جهة ، وبين المستأجر الأول أو المستأجر الثاني من جهة أخرى ، حيث تكمن الغاية من إنشاء تلك العلاقة التعاقدية في خلق صيغة قانونية مستحدثة من التعامل تسمح لغير المالك في الحصول على منفعة العقارات محل العقد في نطاق عقد الإيجار ، مع إعادة تنظيم التزامات أطراف العقد وفق آلية خاصة غير مألوفة سابقاً ، على الرغم من بقاء بعض تلك الالتزامات خاضعة للقواعد العامة الواردة بشأن عقد الإيجار .

و عليه ، فقد حاولت بعض مؤلفات الفقه الاسلامي وبحوث ودراسات الفقه القانوني معالجة هذه الصيغة المستحدثة من صيغ التعامل ، والتي يلتزم فيها المستأجر أو المستأجر الثاني بأن يدفع للمالك أو المستأجر الأول بدلين ، الأول يكون مبلغ كبير يُعطى مقابل ضمان حصول دافعه على منفعة العقار للمدة التي يحددها من دون مزاحمة المستأجرين الآخرين ، أما البدل الآخر فيتمثل بالأجرة الدورية التي يتفق عليها المتعاقدان، والتي تكون في الغالب أجرة أقل من أجرة المثل بالنسبة للعين المؤجرة .

و لأجل الإحاطة بماهية البدل الإضافي ، سنتناول في هذا الفصل التعريف بعقد البدل الإضافي في مبحث أول ، ثم نتطرق في المبحث الثاني إلى بيان مشروعية عقد البدل الإضافي .

المبحث الأول

تعريف عقد البدل الإضافي

نشأ البدل الإضافي من خلال الأعراف السائدة في الأسواق والتعامل اليومي ، حيث كان لإرادة الأطراف مدفوعةً بمتطلبات الحاجة العملية دور مهم في إرساء قواعد خاصة لتنظيم هذه الصيغة من صيغ التعامل ، من خلال الشروط التي درج العمل على تضمينها عند إبرام العقد ، على الرغم من أنه لم يكن عقداً مستقلاً بذاته ، وإنما ينشأ من خلال عقد الإيجار ، إذ يظل المتعاقدان محتفظين بصفة المؤجر والمستأجر طوال فترة التعاقد .

ونظراً لأهمية تسليط الضوء على التعريف بالبدل الإضافي في نطاق عقد الإيجار بوصفه موضوعاً لهذه الدراسة ، سنقسم مبحثنا هذا على مطلبين ، حيث سنبيين في المطلب الأول التعريف الشرعي لعقد البدل الإضافي ، بينما سنعالج في المطلب الثاني التعريف القانوني لعقد البدل الإضافي .

المطلب الأول

تعريف عقد البدل الإضافي في الفقه الاسلامي

لم تتفق كلمة الفقهاء المسلمين ازاء البدل الإضافي ، سواء ما تعلق منها بالتعريف أو غيره ، ويعود سبب هذا الاختلاف إلى طبيعة الادلة الشرعية التي يستندون عليها في استنباط الاحكام الشرعية ، فهذه الادلة ليست واحدة بالنسبة لجميع الفقهاء ، ويؤدي ذلك بطبيعة الحال إلى الاختلاف في ترتيب اثار الحكم الشرعي .

لقد كان من بين المسائل التي تناولها الفقه الاسلامي موضوع البدل الإضافي المقترن بعقد الأيجار ، والذي حظي باهتمام كبير لدى الفقهاء المسلمين من خلال محاولاتهم بالتعريف به.

ونتيجة للاهتمام البالغ من قبل الفقهاء وحرصاً منهم على تقديم تعريف يتناسب والبدل الإضافي ظهرت تعاريف متعددة ومختلفة ، و إن هذا الاختلاف يفسح المجال امامنا لمناقشة مفردات المعرف ، ومعارضة أو ترجيح الذي نعتقد بصحته أو عدم صحته.

ومن اجل الاحاطة بتعريف عقد البدل الإضافي نقسم المطلب على فرعين ، نتناول في الأول تعريفه في الفقه الامامي، وفي الثاني تعريفه في المذاهب الاخرى.

الفرع الأول

تعريف عقد البدل الإضافي في الفقه الإمامي

يفهم ممن ذكر البدل الإضافي من الامامية^(١) بأنه مقدار من المال يدفعه المستأجر إلى المؤجر ، لقاء تنازل المؤجر عن حقه في طلب اخلاء المأجور أو زيادة الاجرة ، فتكون الاجرة أقل بكثير من مثيلاتها الخالية من السرقفية ، إلا أن البعض قد وضع معنى البدل الإضافي على أنه^(٢) (تنازل المستأجر عما تحت تصرفه بإيجار المحل الذي يشغله لآخر إزاء مقدار من المال يتفق عليه الطرفان، وتطلق أيضا على تنازل المالك للمستأجر عن حقه في إخراجه من المحل أو زيادة بدل الإيجار بعد نهاية مدة الإجارة إزاء مقدار من المال الذي يتفقان بشأنه) ، بينما عرفه فقيه آخر^(٣) بأنه (اثبات حق لمستأجر المحل التجاري أو المصنع أو المسكن أو نحوها بعدم اخلائه أو اخراج المالك له من الموقع المستأجر)، أي يتمتع على المالك أو المؤجر من مطالبة المستأجر بإخلاء العين المؤجرة ، كما عُرف على النحو

(١) ابو القاسم الخوئي ، المسائل المنتخبة ، منشورات دار العلم ، الطبعة الخامسة عشر ، النجف الاشرف، ١٩٩١، ص٤١٢.

(٢) علي الحسيني السيستاني ، المسائل المنتخبة ، طبعة منقحة ومزيدة ، لم يذكر دار أو مكان طبع ، ٢٠٠٧، ص٣٤١. و محمد هادي الحسيني الميلاني ، منهاج الاحكام ، مطبعة الآداب ، الطبعة الثانية ، النجف الاشرف ، ١٣٩١هـ، ص١٨٤.

(٣) محمد امين المامقاني ، سيرتنا وسنتنا (فقه المستحدثات) ، الجزء السادس، ص٦٢، كتاب بصيغة (pdf) تاريخ الزيارة ١٧/٥/٢٠٢١ على الموقع الآتي:-

الآتي^(١) (إن يتنازل المستأجر عما تحت تصرفه من إيجار المحل الذي يشغله إلى الآخر ، ويتقاضى ازاء هذه العملية مقداراً من المال يتفق عليه الطرفان).

وهو ايضاً (أخذ مقدار من المال بإزاء تفويض المالك أو المستأجر الأول حق إيجار العين إلى أي شخص شاء في اية مدة أراد، وبأية قيمة توافقاً عليها)^(٢). بمعنى أن للبدل الإضافي صورتين ، الأولى أن من يقبض مقابل البدل الإضافي هو مالك العين ، والثانية ، إن المالك يفوض المستأجر الأول بعد قبضه مقابل البدل الإضافي في تأجير العين لثالث.

وبما أن الاصل وحسب القاعدة الفقهية (الناس مسلطون على اموالهم)^(٣) ، فالمالك له الحق في ان يطلب من المستأجر اخلاء المأجور متى شاء ، وله ان يطلب الأجرة التي يراها مناسبة اذا ما رغب المستأجر بتجديد العقد - وهذا لا يعني عدم الالتزام بما ورد بالعقد من اشتراطات أو بنود- واذا ذكر في عقد البدل الإضافي شرط يمنعه من ذلك ، ليس للمؤجر من قول ازاء ذلك، الا اذا تصالح مع المستأجر وارتضاه، أي له ان يطلب فسخ العقد وان يرجع له ما قبضه من بدل مقابل اخلائه العين المؤجرة.

وغاية ما يمكن أن يقال في المقام ، إن التعريف الأول قد ذكر صورتين للتعامل بالبدل الإضافي ، الأولى تلك التي تتعقد بين المستأجر الأول و مستأجر ثانٍ ، حيث يلتزم المستأجر الاخير بدفع مقابل للمستأجر الأول ليحل محله في الانتفاع بالعقار المعقود عليه ، وذلك من

(١) عزالدين بحر العلوم ، بحوث فقهية للشيخ حسين الحلي، دار الزهراء ، الطبعة الثانية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٣، ص١٤٩.

(٢) محمد صادق الروحاني ، المسائل المستحدثة ، الطبعة الرابعة ، مؤسسة دار الكتاب ، قم ، ايران ، ١٤١٤هـ ، ص١٩.

(٣) محمد باقر المجلسي ، بحار الانوار لدرر اخبار الائمة الاطهار ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية المصححة ، مؤسسة الوفاء ، بيروت، لبنان، ١٩٨٣م، ص٢٧٢.

خلال تخلية العقار له ، وهذا بطبيعة الحال يتطلب نقل الالتزامات الملقاة على عاتق المستأجر الأول ليحل محله المستأجر الثاني بأدائها.

أما الصورة الثانية قد بينت ان مضمون البدل الإضافي هو تصرف أو اتفاق بين المالك و المستأجر على تمكين المستأجر من الانتفاع بالعقار مقابل مبلغ من المال يدفعه للمالك مقابل تنازل الأخير عن حقه في امرين ، الأول عدم طلب اخلاء العين المؤجرة ، والثاني الامتناع عن المطالبة بزيادة اصل الاجرة المتفق عليها في عقد الإيجار، وهذه الصورة تتفق مع ما ذهب إليه صاحب التعريف الثاني. فالنتازل عن الامرين المتقدمين عدهما البعض بمثابة الشروط الضمنية التي لا يمكن تجاوزها^(١).

بمعنى أن تسليم المالك لمنفعة العين المؤجرة يسبقه التزام المستأجر بتسليم البدل الإضافي، فنقدية البدل الإضافي على الاجرة اكسبت المستأجر الحق في البقاء بالعين المؤجرة ، فضلا عن الإبقاء على الاجرة المتفق عليها دون زيادة مدة العقد ، فذلك يؤكد ضرورة ان يسلم البدل الإضافي وقت انشاء العقد لا بعده ، أي استلام المقابل عند العقد.

و لقد اضاف اتجاه آخر عند الامامية بالقول^(٢): (لا حصر لموجب الحق ... بل يعم ما فوض المالك إلى المستأجر الأول جميع الشؤون المتعلقة بالعين المستأجرة ، من حق الإيجار إلى الغير وتخليتها له بأي مبلغ شاء من دون اذن المؤجر ، وكذا ما نقل المستأجر الأول ذلك

(١) عزالدين بحر العلوم ، مصدر سابق ، ص ١٤٨.

(٢) عباس الظهيري ، معتمد تحرير الوسيلة للإمام الخميني ، المسائل المستحدثة ، المجلد الأول ، الطبعة الاولى ، مطبعة مؤسسة العروج ، ١٤٢٤ هـ ، ص ٣٦٩.

الحق إلى الثاني ، بل يعم ما كان للمستأجر حق الامتناع من تخلية المحل ، بأي سبب شرعي من الشرط الضمني ارتكازا أو صراحة).

كما اضاف السيد محمد صادق الروحاني (ان الحق عبارة عن اعتبار السلطنة على الشيء أو شخص في جهة خاصة)^(١)، أي يمكن لمن يملك حق المنفعة ان ينقل هذا الانتفاع إلى المستأجر الثاني من خلال عقد البدل الاضافي(السرقفية)^(٢).

و إن اتجاهاً لدى الامامية^(٣) قد برر تصرف المستأجرين بالمنفعة كمالكين لها من اجارة وغيرها ، و من دون الرجوع للمالك ، على اساس دعوى ثبوت حق لهم في العين المؤجرة تحت عنوان حق السكنى أو حق الكسب أو التجارة ، فالحق قد اكتسب نتيجة اجارتهم الطويلة المدة التي ساهمت وعززت سمعة وشهرة المحل المستأجر، فلهم أن يتمتعون عن التخلية الا لقاء مبالغ تدفع لهم من خلال التعامل بعقد البدل الاضافي.

(١) محمد صادق الروحاني ، المسائل المستحدثة ، الطبعة الثانية، دار الزهراء للطباعة ، بيروت، لبنان، ١٣٩٣ هـ ، ص ٢٢.

(٢) كاظم الحسيني الحائري ، فقه العقود ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، مطبعة شريعت ، قم، ايران ، ١٤٢٣ هـ ، ص ١٦٨.

(٣) محمد مهدي الموسوي الخلخالي ، مدارك العروة الوثقى (فقه الشيعة) ، كتاب الاجارة ، المكتبة الوطنية الايرانية ، ١٣٨٥ هـ ، ص ١٠٨٢.

الفرع الثاني

تعريف عقد البدل الإضافي في المذاهب الأخرى

تبنى فقهاء المذاهب الأخرى تعريف عقد البدل الإضافي ، وكان لكل من هذه المذاهب تعريفه الخاص به ، على الرغم من أن عقد البدل الإضافي لم ينشأ بزمّن الفقهاء القدامى لتلك المذاهب ، وإنما تمت معالجته من قبل فقهاءهم المحدثون واسمونه بـ(بدل الخلو وخلو الرجل)، لذا سنعرض أهم التعريفات لعقد البدل الإضافي لكل من هذه المذاهب.

فقد أسهب فقهاء المذهب الحنفي المحدثون في إيجاد تعريفات متعددة للبدل الإضافي فضلا عن تناول أحكامه ومسائله التفصيلية الأخرى ، حيث ورد في كتاب مرشد الحيران في المادة (٥٩٨) بأنه (الخلو المتعارف في الحوانيت هو ان يجعل الواقف أو المتولي أو المالك على الحانوت قدرا معيناً من الدراهم يؤخذ من الساكن ويعطيه به تمسكا شرعيا فلا يملك صاحب الحانوت بعد ذلك اخراج الساكن الذي ثبت له الخلو ولا اجارة الحانوت لغيره ما لم يدفع له المبلغ المرقوم).

والنص المتقدم يشير بوضوح أن مالك العقار إذا قبض مقابل عقد البدل الإضافي فهو إنما يتنازل عن حقه في طلب اخراج المستأجر ، كما يتمتع عليه اجارة العقار للغير، ونرى ان منع المالك من تأجير العقار لا يعد قيداً على حرية مالك العقار، لا سيما وان التصرف كان بمشيئته وارادته. وكما يلاحظ في هذا الصدد، إن عقد البدل الإضافي لا يقتصر على المالك وحده بل يشمل كلاً من الواقف والمتولي، أي لهما ان يتصرفا تصرف المالك ليكونا طرفاً في عقد البدل الإضافي ، فيلتزمان بذات الالتزامات التي تقع على عاتق المالك.

كما عرف عقد البدل الإضافي على أنه (تتازل مالك المنفعة عن ملكيته لها مقابل مال زائد عن الاجرة)^(١)، ولا يختلف هذا التعريف كثيراً عن سابقه من حيث المضمون سوى أن يكون التنازل عن طلب اخلاء المأجور مقابل مال زائد عن الاجرة .

و من خلال التعريف الاخير، يمكن القول إن مالك المنفعة قد لا يقتصر على مالك العين المؤجرة فقط ، إنما قد يشمل ما يملكه المستأجر من منفعة العين ، فالأول يملك الرقبة والمنفعة معاً ، و الثاني يملك المنفعة الناشئة عن الإجارة فحسب ، وبصورة أكثر دقة أن المؤجر في البدل الإضافي لا يملك المنفعة ، إنما يملك عوضها فضلاً عن ملكية الرقبة ، أما المستأجر فإنه يملك المنفعة مقابل ما يدفعه من عوض للمؤجر، و لا يملك رقبة العين المؤجرة.

وقد عرف آخر البدل الإضافي على أنه (مبلغ من المال يدفعه الشخص نظير تنازل المنتفع بعقار ارض أو دار أو محل أو حانوت عن حقه في الانتفاع به)^(٢).

ويضيف صاحب التعريف المتقدم ان للمستأجر ان يتنازل عن المأجور في مدة أخرى اتفق على تجديدها ضمناً أو صراحة، وذلك مقابل مبلغ من المال يسمى اليوم (بدل الخلو) لأن المستأجر مالك لمنفعة المأجور أثناء المدة ، وله استيفاء المنفعة بنفسه أو بغيره باتفاق العلماء، وهذا يعني شرعاً جواز ما يسمى اليوم (التأجير من الباطن) خلافاً للقانون.

(١) مشهور حسن محمود سلمان ، خلو الرجل أو الفروغية ، الطبعة الاولى ، دار الفيحاء، عمان، ١٩٨٧، ص ٦٥.

(٢) وهبة الزحيلي ، بدل الخلو ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الرابع ، ص ١٧٢٩.

ومما لا يدع مجالاً للشك ، إن مالك المنفعة لا يملك حقاً عينياً ناشئاً عن البدل الإضافي إنما يملك حقاً شخصياً ، إلا إنه لا يحتاج إلى توسط مالك العين المؤجرة حتى يتمكن المستأجر من الانتفاع بالعين أو التصرف بمنفعتها.

وهذا يشير إلى خلاف المعتاد لدى الفقه القانوني على أن المستأجر يملك حقاً شخصياً وهذا دائماً ما يتطلب تدخل شخص المؤجر ليتمكن من الانتفاع بالمأجور ، فقد لا يستطيع المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة إذا لم يتدخل المؤجر .

لقد فُسر تنازل المالك عن منفعة العقار لمصلحة المستأجر في عقد البدل الإضافي على أنه تفضيلاً له على غيره من المستأجرين ، أي ان المالك قد فضل المستأجر في تجديد الاجارة له على الدوام و الاستمرار ، لأنه التزم بدفع مبلغ جزافي مقطوع للمالك عند التعاقد ، فضلاً عن التزامه بدفع مبلغ آخر يكون على شكل اجرة يومية أو شهرية أو سنوية ، وهذا المبلغ الجزافي هو جزء من الاجرة المشترطة في العقد سواء كان ذلك معجلاً لما تم دفعه أو مؤجلاً لما سيدفعه في المستقبل^(١) ، ويبدو أن سبب تفضيل المستأجر الشاغل للعقار عن غيره يعود أما بسبب ما تتضمنه بعض القوانين من منع المالك من المطالبة بتخلية العقار المأجور أو نتيجة ما يبذله المستأجر من عناية خاصة للمحافظة على العقار محل عقد البدل الإضافي.

إن الرأي المتقدم ، الذي يعد مقابل عقد البدل الإضافي هو جزء من الاجرة ، رأي لا ينسجم وطبيعة عقد الإيجار ، فالأجرة في عقد الإيجار يتم الاتفاق عليها مسبقاً قبل انعقاد الإيجار ، وفي بعض الحالات تكون الاجرة اجرة المثل ، فضلاً عن ذلك ، من غير المألوف

(١) وهبة الزحيلي ، المصدر السابق ، ص ١٧٣٠.

أن يدفع المستأجر الأجرة مقدماً وبمبلغ كبير للانتفاع بالمأجور ، لذا فلا يمكن لنا ان نتجاهل دور ارادة المستأجر في التعاقد على البدل الاضافي ، إذ إن عقد البدل الإضافي(عقد السرقة) ينشأ بعد عقد الإيجار بهدف شراء منفعة العقار.

ولو فرضنا جدلاً أن هذا البدل هو جزء من الاجرة ، فان صور عقد البدل الإضافي ستقتصر على صورة واحدة متمثلة بما يدفعه المستأجر للمالك ، أي اننا نخرج بقية صور عقد البدل الإضافي من ذلك المعنى ، وحينئذ لا يمكن عدّ ما يدفعه المالك للمستأجر جزء من الاجرة لأن الأول لا يلزم بدفع الاجرة للثاني ابتداءً.

من خلال ما تقدم ، نجد أن الثابت لدى فقهاء الحنفية فيما يتعلق بالمنفعة هي ملك ، ومعيارهم في ذلك ، إن كل ما يمكن احرازه وحيازته يندرج تحت ذلك العنوان ، وفيما عداه يعد مالا لا ملكاً ، إذ إن الاحناف يؤكدون (إن المنفعة ملك لا مال لأن الملك ما من شأنه أن يتصرف فيه بوصف الاختصاص ، والمال ما من شأنه ان يدخر للانتفاع به وقت الحاجة)^(١). اما على صعيد الفقه المالكي ، نجد أن موضوع عقد البدل الإضافي كان حاضراً عند فقهاء المالكية المحدثون ، فقد عدّ البعض بأنه شرط متعارف عليه بين الناس و هذا الشرط لا يخرج عن نطاق عقد الإيجار، فهو عبارة عن(عقد كراء على شرط متعارف)^(٢).

(١) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز المشهور بأبن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، الجزء

الرابع ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، بيروت، لبنان ، ١٩٩٢م، ص٥٠٢.

(٢) عبدالعزيز بن عبدالله ، معلمة الفقه المالكي ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار الغرب الاسلامي ، ١٩٨٣،

ص١٩٦.

بينما عدة آخر بأنه (اسم لما يملكه دافع الدراهم من المنفعة التي دفع الدراهم في مقابلتها)^(١).

و بالإشارة إلى التعريف الأخير، نرى أن المالكية لم يبينوا حقيقة وماهية عقد البدل الإضافي، سوى ذكر تقويمه بالنقد (دافع الدراهم) للحصول على المنفعة، أو هو مجموعة من الدراهم التي يدفعها أحدهم للآخر، بينما كانت حقيقة عقد البدل الإضافي تنطوي في بادئ الأمر على اصلاح وتعمير العقارات الموقوفة، أو نتيجة لعدم وجود ريع ثابت لتلك العقارات فيصار إلى الاتفاق بين الواقف والمستأجر على بناء حوانيت يشغلها الأخير مقابل ما يقوم به من بناء في مال الوقف فينتفع بتلك الحوانيت على الدوام والاستمرار نتيجة ما أنشأه أو أحدثه من منشآت لم تكن موجودة قبل عقد البدل الإضافي، فضلا عن التزامه بدفع الاجرة الدورية للواقف. و هذا يؤكد ان مقابل عقد البدل الإضافي قد لا يقتصر على النقد فحسب، فمن الممكن ان يكون ذلك المقابل على شكل اصلاح أو اضافة محدثات للعين المؤجرة.

و يرى المالكية هنالك فرق بين حق المنفعة وحق الانتفاع، فالأخير يخول لصاحب هذا الحق الانتفاع بالشيء بنفسه ولا يخوله الحق بتحويل المنفعة لشخص آخر، اما مالك المنفعة فتكون سلطته واسعة، حيث له ان ينتفع بالشيء بنفسه كما يحق له أن يخول غيره للانتفاع به^(٢)، بمعنى أوضح يجدون أن (الخلو هو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع، إذ مالك الانتفاع ينتفع بنفسه، ولا يؤجر ولا يهب ولا يعير، ومالك المنفعة له تلك الثلاثة مع

(١) عليش محمد بن احمد، المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك، الجزء الثاني، الطبعة الاخيرة، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٥٨، ص ٢٥٠.

(٢) عامر الشريف أحمد محمد، أنواع الانتفاع بالعين المستأجرة في الفقه الاسلامي، رسالة ماجستير، جامعة ام درمان الاسلامية، ١٩٩٨، ص ١٨.

انتفاعه بنفسه ، فالخلو من ملك المنفعة، فلذلك يورث ، وليس للناظر أن يخرجها عنه و أن كانت الاجارة مشاهرة والاجارة لغيره^(١).

ويرى البعض ان التعامل بعقد البدل الإضافي لا يقتصر على العلاقة الإيجارية فحسب ، فقد ورد عند فقهاؤهم ان للخلو صور منها (أولاً- إن يكون الوقف آيلا للخراب فيكره ناظر الوقف لمن يعمره بحيث يصير الحانوت مثلاً يكرى بثلاثين نصف فضة ويجعل عليه لجهة الوقف خمسة عشر فصارت المنفعة المشتركة بينهما ، فما قابل الدراهم المصروفة من المنفعة هو الخلو فيتعلق به البيع والوقف والارث والهبة وغير ذلك ، ويقضي منه الدين وغير ذلك ، ولا يسوغ للناظر اخراجه من الحانوت ، ولو وقع عقد الايجار على سنين معينة كتسعين سنة ولكن شرط ذلك ان لا يكون ربيع يعمر به.....)^(٢).

ان هذا النص اضاف مسألة مهمة جدا تتمثل بان البدل الإضافي لا يقتصر على البدل النقدي - كما ذكر سابقا - فمن الممكن ان يكون بصورة اخرى تتمثل بأموال عينية بواسطة تعمير العين محل البدل الإضافي ، فالأصل في قيمة البدل الإضافي هي مجموع ما ينفقه المستأجر لعمارة الوقف اضافة إلى الاجرة الملزم بدفعها شهريا أو سنويا، وبذلك يكون للمستأجر الحق بالبقاء مدة العقد وان طال لتسعين سنة ، فليس من حق المتولي بعدئذ اخراجه من الحانوت، بل ان المستأجر يكتسب الحق بوقف منفعة العين أو ان يهبها أو يبيعها ، كما له ان يقضي بها دينه.

(١) علي العدوي ، الخُرشي على مختصر سيدي خليل ، الجزء السابع ، دار صادر للطباعة ، بيروت ، (لم

يذكر تاريخ الطبع) ، ص ٧٩.

(٢) علي العدوي ، المصدر نفسه ، ص ٧٩.

ويضيف بعض الفقهاء المتقدمين من المالكية بالقول ان التعامل بالبدل الإضافي الذي اقترن بعقد الإيجار سواء كانت العين المؤجرة داراً أو فندقاً أو حانوتاً ، يكسب المستأجر حق البقاء بالعين المؤجرة ، أي ان المستأجر له الأولوية في الانتفاع بالعين المؤجرة إذا ما رغب بتجديد الاجارة و تكون الاجرة أجرة المثل، فيصبح المستأجر له الحق في ان يتقدم على غيره^(١).

اما بالنسبة لموقف المذهب الشافعي فهو الآخر لم يضع تعريفاً لعقد البدل الاضافي ، واعتبره نوعاً من النزول عن الوظائف^(٢) ، وهذا ما ذكره أحدهم بالقول الاتي : (يحل النزول عن الوظائف بالمال أي لأنه من اقسام الجعالة فيستحقه النازل ويسقط حقه وان لم يقرر الناظر المنزل له ، لأنه بالخيار بينه وبين غيره ولو قال اقترض لي مائة ولك عشرة فهو جعالة)^(٣).

(١) عمر بن عبدالكريم الجيادي ، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة الفضالة ، المحمدية ، المغرب، ١٩٨٢ ، ص ٤٧٠.

(٢) اذ عندهم ان النزول عن الوظائف بمقابل يشبه الحق في الخلو (السرقلية أو البدل الاضافي).

(٣) شمس الدين محمد بن احمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ، الجزء الخامس ، الطبعة الاخيرة ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٤ ، ص ٤٨١. وينظر: احمد بن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ، الجزء السادس ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٣ ، ص ٢٦١.

كما جاء في ذكر التعامل بالبذل الإضافي بالتشبيه أو التقارب على انه من صيغ عقد البيع (لا يبعد اشتراط الصيغة في نقل اليد في الاختصاص، كأن يقول رفعت يدي عن هذا الاختصاص ولا يبعد جواز اخذ العوض كما في النزول عن الوظائف)^(١).

اما على صعيد المذهب الحنبلي ، فلم نعثر على نص صريح يعرف عقد البذل الإضافي، وانما ذكروا هذا العقد عند اجازتهم له في مواضع متعددة منها^(٢) (ان الخلوات المشهورة يمكن تخريجها عندنا من جواز بيع المنفعة مفردة عن العين ، كعلو بيت يبنى عليه ونحوه كما تقدم في اول البيع وفي الصلح ، والعوض فيها مبذول في مقابلة جزء من المنفعة على التأبيد وذلك بيع ، وما يؤخذ من الاجرة من صاحب الخلو هو في مقابلة الجزء الباقي من المنفعة).

والواضح من ذلك ، ان المنفعة التي يحصل عليها المستأجر من عقد الايجار المقترن بالبذل الإضافي يكون نصفها بيعا ، والنصف الآخر ايجارا ، فذلك يتيح للمستأجر حق البقاء في الاجارة على التأبيد ، أي ان المستأجر يشغل المأجور على الدوام والاستمرار.

(١) سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي ، حاشية البجيرمي على الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ، الجزء الثالث، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٧ ، ص ٤.

(٢) مصطفى سيوطي الرحيباني ، مطالب اولي النهي في شرح غاية المنتهى ، الجزء الرابع ، مطبعة المكتب الاسلامي ، سوريا، ١٩٦١، ص ٣٧٠.

المطلب الثاني

تعريف عقد البدل الإضافي في القانون

ان اهمية موضوع البدل الإضافي في نطاق عقد الإيجار لم تجد صداها فقط في الفقه الاسلامي فحسب ، بل تعدت ذلك إلى القوانين الوضعية ، كما اهتم الفقه القانوني هو الآخر بالموضوع من خلال الدراسات التي قدمها بهذا الصدد وان كانت محدودة نسبياً ، فضلاً عن ما صدر من احكام المحاكم التي تناولت احكامه في مناسبات متعددة واعطاء توصيفات قانونية مغايرة لبعضها البعض الآخر .

ولأجل ان نعقد المقارنة ، لذا سنوزع المطلب لتعريف البدل الإضافي على ثلاثة فروع،
نتناول في اولها تعريف التشريع لعقد البدل الإضافي ، فيما نخصص ثانيهما لتعريف الفقه القانوني، وثالثهما يتناول الاحكام القضائية التي تناولت الموضوع محل البحث .

الفرع الاول

تعريف عقد البدل الاضافي في التشريع

لم يتناول المشرع العراقي احكام عقد البدل الاضافي لا في قواعد القانون المدني و لا في غيره من القوانين الاخرى ، لذا لا نجد معنى أو تعريف للتعامل بالبدل الاضافي في التشريعات العراقية ؛ وكذلك الحال بالنسبة إلى التشريعات العربية المقارنة ، هي الاخرى التي لم تتولى تنظيم احكام التعامل بالبدل الاضافي ، باستثناء قانون الايجارات السوري رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٥ و الذي تناول مشروعية التعامل بالبدل الإضافي بعنوان بدل الفروغ^(١)، وذلك في المادة (١٦) منه حيث جاءت بالنص الآتي: (يعد سببا مشروعاً ما استوفي وما يستوفي من بدل فروغ أو هبات وما يماثلها من التبرع عن العقارات التي تملكها الجهات العامة والمؤسسات والجمعيات الخيرية ذات النفع العام والمنظمات الشعبية والنقابات وخزانات التقاعد وصناديق التكافل الاجتماعية وما يماثلها).

ومما تجدر الإشارة اليه ، ان النص المتقدم لم يتضمن معنى التعامل بالبدل الاضافي ، و إنما تناول مشروعية استيفاء البدل المترتب على التعامل بالبدل الاضافي ، وعدّ ذلك سبباً مشروعاً حال استيفائه من قبل مؤسسات الدولة الرسمية إذا ما تعاملت به تلك المؤسسات.

وعلى الرغم من محاولة المشرع السوري في النص على مشروعية التعامل بعقد البدل الاضافي واقتصار التعامل به على الأشخاص المعنوية العامة دون الاشخاص الطبيعية ، الا انه لم يقدم معالجة تشريعية متكاملة لما ينشأ عن عقد البدل الاضافي من حقوق والتزامات بين

(١) حيث ان مصطلح بدل الفروغ أو الفروغية هو المصطلح السائد في بلاد الشام والذي يدل على معنى عقد البدل الاضافي .

اطراف هذا العقد ، والتي ربما سيوسع من نطاق العمل به في المستقبل ليشمل تعاملات الافراد الخاصة .

ونرى على المشرع العراقي، ان يتولى تنظيم احكام عقد البدل الإضافي ، والذي اضحى مسألة مهمة لابد من معالجتها بنصوص تشريعية تبين ماهية العقد واطرافه وحقوقهم والتزاماتهم ، فعدم تنظيم عقد البدل الاضافي يعرض حقوقهم للضياع والاستغلال ، لا سيما وان الشريعة الاسلامية لم تمنع التعامل بالعقد ، ولأنها المصدر الثالث من مصادر القاعدة القانونية ، فكان على المشرع ان يستفاد من هذا المصدر المهم في تنظيم عقد البدل الاضافي، بما يكفل حماية حقوق المتعاقدين.

الفرع الثاني

تعريف عقد البدل الإضافي في الفقه القانوني

اما على مستوى الفقه القانوني فقد كان لعقد البدل الإضافي تعريفات عدة ، منها على انه (بيع المستأجر لما يملكه إلى شخص آخر، لذلك سينتهي الامر إلى ترك العقار المؤجر إلى المشتري ، وبذلك يكون قد تنازل له عن المأجور)^(١)، أي ان المستأجر قد يبيع حق المنفعة التي تملكها بموجب عقد البدل الاضافي.

من خلال التعريف المتقدم ، يمكن ان نستنتج خصائص هذا العقد على انه :-

١- ان عقد البدل الإضافي هو عقد بيع وطرفيه هما المستأجر السابق و المستأجر اللاحق وهذا يبعده عن عقد الايجار .

٢- لا دور للمالك عما يقوم به المستأجر من التصرف بالمنفعة للغير .

٣- خلط صاحب التعريف بين البيع والتنازل عن المأجور، والمعلوم ان البيع هو مبادلة مال بمال ، بينما مقابل عقد البدل الاضافي لا يكون دائماً مال يدفعه المستأجر للمالك أو المؤجر، فمن الممكن ان يكون على شكل بناء أو ترميم للعقار محل العقد ، أما بالنسبة للتنازل عن المأجور قد يكون بثمن أو بدون ثمن فلو كان التنازل بدون ثمن فلا حاجة عندئذ لعقد البدل الاضافي، كما ان العلاقة بين المستأجر والمشتري هي علاقة حوالة بالنسبة للحقوق

(١) د. صاحب عبيد الفتلاوي ، دور خلو الرجل في عقد الايجار، مجلة البلقاء ، المجلد الرابع ، العدد الأول ، جامعة عمان الأهلية ، الأردن ، ١٩٩٦ ، ص ١٩٨ .

والالتزامات^(١). كما اقتصر هذا التعريف على إحدى صور عقد البدل الإضافي دون الصور الأخرى (العلاقة بين المستأجر السابق والمستأجر اللاحق).

بينما عرف البدل الإضافي (السرقفلية) من قبل آخر^(٢) على أنه (مبلغ من المال يدفعه الإنسان مقابل تنازل المنتفع بعقار عن حقه في الانتفاع به وقد يكون من النقود أو غيره ، كما أن العقار قد يكون سكنيا أو صناعيا أو زراعيا أو تجاريا).

إن التعريف أعلاه يتفق إلى حد ما مع مضمون التعامل بعقد البدل الإضافي حيث يبين فيه ماهية وحقيقة هذا العقد والتي يمكن أن تكون نقود أو من غيرها، كما وسع من نطاق تطبيقه ليشمل العقارات المعدة للسكن وتلك غير المعدة للسكن . ويبدو أن المقصود من تنازل المنتفع عن حقه هو تنازل المستأجر عن حق المنفعة الوارد على العقار ، وليس كمنتفع من حق المنفعة التي تعد من الحقوق العينية الأصلية.

وهناك من عرف عقد البدل الإضافي على أنه (هو المال الذي يتقاضاه المالك أو المؤجر من المستأجر لقاء تسليمه المأجور ، أو المال الذي يتقاضاه المستأجر من غير المؤجر ودون موافقته لقاء تسليمه المأجور)^(٣).

و ما يؤخذ على هذا التعريف ، أنه لا يتعامل مع عقد البدل الإضافي على أنه عقد كسائر العقود الأخرى، وإنما تعامل معه على أنه المبلغ الذي يدفعه أحدهم للآخر مقابل

(١) د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢ ، ص ٢٨١.

(٢) حبيب ادريس المزوري ، أحكام السرقفلية ، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد العاشر ، العدد السابع والثلاثون ، السنة ٢٠٠٨ ، ص ٨٦.

(٣) محمد فهد شقفه ، الوجيز في أحكام الإيجارات ، مؤسسة النوري للطباعة ، سوريا ، ١٩٩٧ ، ص ١٦٧.

تسليمه العين المؤجرة ، على الرغم من ذكره لصورتين لهذا العقد، الأولى تعاقد المالك مع المستأجر، والثانية تعاقد المستأجر مع آخر دون الرجوع للمالك.

وهناك من يرى ان التعامل بالبذل الإضافي هو (حالة قانونية تنشأ من دفع مبلغاً، مقابل عدم اخلاء العقار وثبات الاجرة ، القابلان للانتقال إلى الغير في حياته، أو إلى ورثته بعد مماته)^(١).

ان التعريف المذكور انفاً ، قد اعطى وصفاً جديداً للتعامل بعقد البذل الإضافي (السرقلية) يتمثل بالحالة القانونية ، ومعنى ذلك ان التعامل بالبذل الاضافي أعم واوسع من العقد حيث يشمل العقد والارادة المنفردة ، كما جعل من هذا الحق ان يمتاز بمزيتي ، الأولى قابلية الحق الناتج عن التعامل بالبذل الاضافي للانتقال للغير باي تصرف ناقل يصدر عن المستأجر، والثانية انتقاله إلى ورثة المستأجر بعد مماته.

واخيرا عرف على انه (تنازل مالك المنفعة عن ملكيته لها ، ضمن مدة الاجارة الصحيحة، بشروطها المعتمدة ، مقابل مال فيكون ذلك المال قد اخذ مقابل حق اصلي تنازل عنه)^(٢) ؛ أي ان الحق الناتج عن التعاقد بالبذل الإضافي هو حق أصلي^(٣)، الا ان هذا الرأي لا يمكن التسليم به اذ ان الحقوق العينية الاصلية قد وردت على سبيل الحصر لا المثال ، وذلك حسب ما جاء في المادة (١/٦٨) من القانون المدني العراقي.

(١) قاسم هيال رسن ، بحوث في القانون المدني (مفهوم السرقلية)، الجزء الأول ، الطبعة الاولى ، منشورات مكتبة دار السلام القانونية ، ٢٠١٤، ص٢٤٩.

(٢) د. ماجد حسين النعاشي ، بيان حكم خلو الرجل عند الفقهاء ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد الواحد والعشرون ، العدد الأول ، ٢٠٠٥، ص٣١٧.

(٣) رؤى علي عطية ، الطبعة القانونية للسرقلية ، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العدد الرابع ، السنة ٢٠١٠، ص٢٥٩.

وخلاصة لما تقدم ، فإننا نعتقد أن التعريفات التي قيلت بصدد عقد البدل الإضافي بوصفه صيغة تعاقدية جديدة في القانون الوضعي هي تعريفات غير جامعة و لا مانعة للمعرّف ، لذا نقترح تعريفه على النحو الآتي : (عقد يلتزم بمقتضاه المستأجر أو المستأجر الثاني أن يدفع لمالك العقار أو للمستأجر الأول بدل مقطوع كبير نسبياً مقابل عدم اخلاء العقار و عدم زيادة الأجرة من قبل المتعاقد الآخر ، مع التزام الطرف الأول بدفع أجرة دورية أقل عادة من أجرة مثل العين المأجورة) أي ان الالتزام بدفع الاجرة يكون من مقتضيات عقد البدل الإضافي هذا من جهة.

ومن جهة أخرى ، فإنه ينبغي ملاحظة ان مصطلح البدل الإضافي(السرقفية) لا يراد به معنى العقد فقط ، وإنما هو مشترك لفظي يمكن ان يستخدم للدلالة على حق المستأجر أو المستأجر الثاني الناشئ عن العقد المذكور اعلاه ، كما يستخدم ايضاً للدلالة على البدل الكبير المقطوع الذي يدفع عند ابرام العقد عادةً من قبل المستأجر أو المستأجر الثاني للمالك أو للمستأجر الأول ، شأنه في ذلك شأن مصطلح الرهن^(١).

(١) د. علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية ، الطبعة العاشرة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١٣م، ص٢٥٢-٢٥٣، ود. محمد وحيد الدين سوار ، الحقوق العينية التبعية ، الكتاب الثالث، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن، ٢٠٠٦، ص٢٨-٢٩.

الفرع الثالث

تعريف عقد البدل الإضافي في القضاء

تناول القضاء موضوع التعامل بعقد البدل الإضافي في مناسبات عدة من خلال الوقائع التي كان ينظرها، و مما لاشك فيه ، ان القضاء لا يتناول التعريفات، اذ ان ذلك من مهام الفقه ، الا اننا يمكن ان نستنتج جملة من التعريفات منها ، ان (السرقفية) هي مقابل تنازل المستأجر عن منفعة العقار المأجور لمستأجر آخر وتمكينه من الانتفاع بالمأجور طيلة مدة العقد، وهو يدور وجودا وعدما مع عقد الإيجار. ويمكن ان يكون لقاء تنازل المؤجر عن منفعة المأجور للمستأجر وتمكينه من الانتفاع به طيلة مدة العقد^(١).

و من ما تقدم ، يبدو ان القضاء العراقي لم يتناول البدل الاضافي (السرقفية) كعقد ، وانما تناوله تارة ، على انه المقابل الذي يترتب على عقد الإيجار، والذي يدور وجوده وعدمه مع هذا العقد، فيترتب على ذلك ان حق المستأجر ينتهي إذا ما انتهت الاجارة، وليس له ان يرجع على المالك بشيء ، وتارة أخرى ، يصفه على انه تنازل المؤجر عن منفعة المأجور للمستأجر .

ان رأي القضاء بشأن ارتباط عقد البدل الاضافي بعقد الإيجار، يمكن وصفه بالارتباط المجازي ، ولعل سبب هذا الارتباط هو تشابه المراكز القانونية لطرفي التعاقد (المؤجر والمستأجر) ، فضلاً عن تشابه محل العقد المشترك بين العقدين (تمليك منفعة العقار) ، فعقد

(١) القرار المرقم (١٦٠٢/ مدنية رابعة /١٩٧٥) بتاريخ ٢٩/١٠/١٩٧٦ مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع، السنة السابعة ، ١٩٧٦، ص٣٨.

البدل الاضافي هو عقد مستقل بذاته ابتداءً له اركان خاصة وذاتية ينفرد بها دون سواه من العقود غير المسماة.

بينما صدر قرار آخر عن احدى المحاكم العراقية والقاضي بأن (السرقلية) عقد البدل الاضافي هو بيع لمنفعة العين المؤجرة من مالكةا^(١) ، اي ان مالك المنفعة هو المستأجر الذي يُتاح له ان ينقلها لمستأجر آخر من خلال عقد البدل الاضافي.

ان محاولات القضاء في اعطاء توصيفات قانونية متنوعة ، قد يعزو لأسباب كثيرة ولعل ابرزها عدم وجود نص تشريعي يعالج أحكام عقد البدل الاضافي ، فغياب النصوص التشريعية من شأنه ان يفتح باب الاجتهاد على مصراعيه أمام القضاة عند النظر في المنازعات التي تحصل بين أطراف عقد البدل الاضافي ، حيث لاحظنا ذلك جلياً عند عرض بعض الاحكام القضائية ، فالبعض كيفه على انه تنازل المستأجر عن المنفعة ، والبعض الآخر وصفه على أنه بيع لها ، وهكذا.

وعلى الرغم من اختلاف القرارات القضائية في تعريف عقد البدل الاضافي ، فذلك يتيح للمشروع الفرصة في تنظيم احكام هذا العقد الجديد الذي بات واقعاً لا بد من معالجته تشريعاً من خلال النص على احكامه في القانون المدني العراقي، لا سيما وان عقد البدل الاضافي لم يعد

(١) القرار المرقم (١١٨٨/ب/ ٢٠١٧) بتاريخ ٢٠١٧/٧/١٨ ، محكمة بداءة الاعظمية، قرار غير منشور، اذ ان ما تضمنه القرار: (...اذ ان المبلغ عن سرقلية الشقة التي قامت المدعية بشرائها من المالك....والمبلغ يتعلق بسرقلية وليس كأمانة وفق ما مثبت في وصل الامانة موضوع الدعوى ..).

وكذلك القرار المرقم (٥٦/ الهيئة الاستئنافية عقار / ٢٠٠٩) بتاريخ ٢٠٠٩/٤/١٩ ، مجلس القضاء الاعلى، النشرة القضائية ، العدد الثامن ، آب/٢٠٠٩، ص٣٧. والقرار المرقم (٧٩٤/حقوقية / ١٩٧٨) بتاريخ ١٩٧٨/٥/٢٧، استئناف بغداد ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨، ص٢٣١.

مقتصرًا على العقارات السكنية فحسب ، وإنما شمل أغلب أنواع العقارات الأخرى ، هذا من جانب.

ومن جانب آخر، نرى أن تعديل نص المادة (٢١) من قانون إيجار العقار رقم (٧٩) لسنة ١٩٧٨ المعدل، أمر في غاية الأهمية ، لأنها منعت التعامل بعقد البدل الإضافي بالنسبة للعقارات المعدة للسكن ، بينما كان القضاء العراقي ينظر في دعاوى (السرقفية) عقد البدل الإضافي لجميع أنواع العقارات سواء كانت تلك المخصصة لأغراض السكن أو للأغراض التجارية أو الصناعية وغيرها.

المبحث الثاني

مشروعية عقد البدل الإضافي

لم يعرف التعامل بعقد البدل الإضافي الا في القرن التاسع عشر، حيث كان ذلك نتيجة بحث الافراد عن ما يشبع حاجاتهم من مسكن أو عمل في امور التجارة ، فلم يجدوا سبيلا الا من خلال تطويع عقد الايجار ، فأدخلوا عليه البدل الإضافي ، وبمرور الزمن أصبح ذلك عرفاً درج كثير من الناس على اتباعه في تعاملهم .

وارتباطاً بما سبق ، فإنه من الضرورة بمكان دراسة مشروعية البدل الإضافي في هذا المقام ، لا سيما أنه من المعاملات المستحدثة التي لم يتم التطرق لها في مؤلفات المتقدمين من فقهاء المسلمين ، فضلاً عن عدم وجود تنظيم خاص للعقد في العديد من التشريعات المدنية ومنها التشريع العراقي ، على الرغم من ان مسألة جواز أو عدم جواز التعامل بعقد البدل الاضافي هي من صميم عمل المشرع ، وعلى هذا الأساس سنقسم كلامنا في المبحث على مطلبين ، نتناول في الأول مشروعية البدل الإضافي في الفقه الاسلامي ، بينما سنخصص المطلب الثاني لبحث مشروعية البدل الإضافي في القانون .

المطلب الاول

مشروعية عقد البدل الإضافي في الفقه الاسلامي

تصدى الفقهاء المسلمين - لا سيما المتأخرين منهم - لمعالجة (السرقلية) عقد البدل الإضافي في أبحاثهم ومؤلفاتهم ، إدراكاً منهم لأهميته الكبيرة في الحياة العملية ، بسبب شيوع التعامل به بين الأفراد ، ومراعاة لما ينطوي عليه من أحكام دقيقة تتطلب حلاً شرعية مناسبة يمكن أن يركن إليها أطراف العقد عند حصول الاختلاف بينهم .

ويلاحظ في هذا الصدد إن آراء الفقهاء المسلمين لم تتفق بشأن مشروعية التعامل بالبدل الإضافي ، وإنما توزعت على قولين ، حيث يذهب أصحاب القول الأول إلى الافتاء بشرعيته وجوازه ، بينما ذهب أنصار القول الثاني إلى الافتاء بالمنع والتحريم ، وبطلان كل ما ينتج عن التعاقد به ، ولكل من القولين حججه وأدلته التي يستند عليها فيما ذهب إليه من حكم .

ولأجل تفصيل الكلام المشار إليه أعلاه ، سنقوم بتقسيم هذا المطلب على فرعين ، نعرض في الأول الاتجاه القائل بجواز التعامل بعقد البدل الإضافي ، بينما نبحث في الفرع الثاني الاتجاه القائل بعدم جواز التعامل بعقد البدل الإضافي .

الفرع الاول

الاتجاه القائل بجواز التعامل بعقد البدل الإضافي

يرى فريق من الامامية^(١) ان مسألة التعامل بالبدل الإضافي تعد من المعاملات المالية المتداولة بين الناس - أي ان مصدرها العرف - فلم يدخروا جهدا في دراسة احكامه أو بيان طبيعته ، فكان محط اهتمام وعناية في بحوثهم الفقهية فاصبح من المسائل المستحدثة في فتواهم.

لقد استدل فقهاء الامامية^(٢) على جواز الاخذ بالبدل الإضافي بما ورد من رواية عن الامام جعفر الصادق (عليه السلام) ، اذ جاء في مضمونها انه (سأل عن الرجل يرشو الرشوة على ان يتحول عن منزله فيسكنه غيره ، قال : لا بأس)^(٣).

فالتعامل بعقد البدل الإضافي امر جائز لا اشكال فيه عند بعض فقهاء الامامية ، والحال كذلك فيما لو اشترط المالك على المستأجر اخذ البدل الإضافي صراحة في عقد الإيجار^(٤).

ان إباحتهم لعقد البدل الإضافي (السرقفية) انما يستند على القول المشهور للرسول الاكرم (صلى الله عليه واله وسلم) : (المؤمنون عند شروطهم)^(١) ، فما يضعه المتعاقدان من شروط

(١) محمد مهدي الخليلي ، مصدر سابق، ص ١٠٨١، و محمد صادق الروحاني، مصدر سابق، ص ٢١، وكذلك محمد هادي الحسيني الميلاني ، مصدر سابق، ص ١٨٤ ، عباس الظهيري، مصدر سابق، ص ٣٦٧، كاظم الحائري ، مصدر سابق، ص ١٦٥.

(٢) محمد علي التسخيري ، الاقتصاد الاسلامي ، الطبعة الاولى ، مطبعة مبنكران ، ايران، ٢٠٠٦ ، ص ٥٦٨، و محمد امين المامقاني ، المصدر السابق، ص ١١٦، وغيرهم .

(٣) محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة ، الجزء السابع عشر ، مؤسسة ال البيت لأحياء التراث، مطبعة ستارة ، قم المقدسة ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص ٢٧٧.

(٤) عباس الظهيري ، مصدر سابق، ص ٣٨٢ وما بعدها، وعز الدين بحر العلوم، مصدر سابق، ص ١٥٤.

هو التزام لا مفك منه الا بتنفيذه ، وهذا الاشتراط يجب ان لا يكون قد خالف كتاب الله عز وجل ، استنادا إلى قول الامام جعفر الصادق (عليه السلام): (المسلمون عند شروطهم الا كل شرط خالف كتاب الله عز وجل فلا يجوز)^(١).

ولقد افتى بعض الامامية بالآتي: (قبل صدور قانون منع المالك عن اجبار المستأجر على التخلية أو عن الزيادة في بدل الإيجار، كان للمالك الحق في ذلك ، فأن كانت الاجارة قد وقعت قبل صدور القانون المذكور، ولم يكن هناك شرط متفق عليه بين الطرفين بخصوص الزيادة أو التخلية ، الا ان المستأجر استغل صدور القانون فامتنع عن دفع الزيادة أو التخلية ، وقد زاد بدل ايجار امثال المحل إلى حد كبير بحيث ان المحل تدفع السرقة على تخليته ، فإنه لا يجوز للمستأجر حينئذ اخذ السرقة ويكون تصرفه في المحل بدون رضا المالك غصبا وحراما)^(٢). ويبدو ان تلك الفتوى قد صدرت بمناسبة صدور قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، الذي منع المالك من مطالبة المستأجر في تخلية المأجور، الا إذا تحققت احدى الحالات المنصوص عليها في المادة (١٧) من القانون اعلاه.

و لا يفوتنا عن ما اشار اليه النص المتقدم ، من وجود الصورة الثالثة من صور عقد البدل الاضافي - المشار اليها سابقاً- و التي مفادها ان المالك للعقار قد يطلب من المستأجر التعاقد على البدل الاضافي مقابل تخليته للعين المؤجرة ، ويبدو ان هذه الصور من صور التعامل بالبدل الاضافي من حيث الأصل أمر لا اشكال فيها ، انما الاشكال يكمن عندما

(١) محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة ، مؤسسة السبطين العالمية،

قم ، ايران ، ١٤٢٨ هـ ، ص ٣٠.

(٢) محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة ، الجزء الثامن عشر ، مصدر سابق ، ص ١٦.

(٣) ابو القاسم الخوئي ، مصدر سابق، ص ٤١٢.

يصدر قانون ما ، يمنع المالك من مطالبة المستأجر اخلائه للعين المؤجرة أو طلب زيادة في الاجرة ، فينبغي على المستأجر ان لا يستغل ما جاء به هذا القانون ، فيطلب المستأجر من المالك التعاقد بالبدل الإضافي لتخلية العقار ، فلأمر غير جائز شرعاً لأنه يعيب الإرادة أو ما عبر عنه صاحب الفتوى بالغصب الحرام ، أي يتمتع عليه استغلال الحق الذي آل إليه من الاجارة ليهبه أو يؤجره أو ان يتصالح عليه وغيره ، الا اذا رضي المالك بذلك^(١).

وهناك اتجاه عند الامامية^(٢) يوجب على المالك ان يتمتع من طلب اخلاء العين المؤجرة أو الزيادة في الاجرة بعد صدور القانون ، ويفسر ذلك بانه (استقرار لارتكاز عقلائي) فكما لو ورد شرط صريح في العقد يكون للمستأجر البقاء في المأجور محل عقد البدل الإضافي ، و الأمر كذلك بالنسبة لصدور القانون القاضي بمنع المالك من الاخلاء للعقار المأجور، فهو مبني على ارتكاز عقلائي ، كون الأول يعد شرطاً صريحاً ، أما الثاني فيكون شرطاً ضمناً.

ويؤكد فقهاء الامامية^(٣) ان اخذ المالك لمقابل عقد البدل الإضافي من المستأجر امر لا اشكال فيه - كما اشرنا إلى ذلك سابقاً- وذلك بمقتضى قاعدة (الناس مسلطون على اموالهم) فهو يملك المال منفعة وعينا، فيتصرف فيه ويتولى تعيين مصيره ، ويمتتع على الغير التصرف فيه، الا بإذن المالك ورضاه ، أي للمالك اخذ مقابل عقد البدل الإضافي من المستأجر ، وليس

(١) محمد صادق الحسيني ، منهاج الصالحين ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى ، منشورات الاجتهاد، قم ، ايران ، ٢٠٠٨ ، ص ٤٩٨.

(٢) عباس الظهيري ، مصدر سابق، ص ٣٧٤.

(٣) محمد مهدي الخليلي ، مصدر سابق، ص ١٠٨٩، و محمد امين المامقاني، موسوعة بشرى الفقاهة، الجزء السابع ، ص ١١٦ ، عز الدين بحر العلوم ، مصدر سابق، ص ١٥١ ، كاظم الحائري ، مصدر سابق، ١٦٨.

لأخير قبض ذلك البدل الا بمقتضى مجوز شرعي أو عرف جائز شرعا ، فتكون تصرفات المستأجر حينئذ صحيحة و نافذة ، الا ان للمالك الرجوع عنها متى شاء ، اما بالنسبة للمنفعة في الإيجار ، فللمستأجر ان يتصرف بها ، وليس للمالك منعه الا فيما زاد عنها ، وهنا تقبل النقل بإجازة المالك ، و إذا لم تحصل تلك الاجازة في التعامل بالبدل الاضافي ولم يكن تملك المنفعة بالإجارة ، فعندئذ يكون امر بين امرين يتمثل بحق السكنى الثابت للمالك ينقله للغير ويقبل الاسقاط^(١).

وقد ذهب أحد فقهاء الامامية إلى القول باقتران عقد البدل الاضافي بشرطين ، وهما شرط فعل و شرط نتيجة^(٢).

فمفاد شرط الفعل يتحقق في عقد البدل الاضافي ، إذا التزم المؤجر بعد اجارة العين للمستأجر بتجديد الاجارة تلقائياً عن السنين القادمة ، مقابل ما يدفعه المستأجر للمؤجر من

(١) محمد مهدي الخليلي ، مصدر سابق، ص ١٠٨٣.

(٢) ولتوضيح شرط الفعل والنتيجة فيكون ذلك على النحو الاتي :- فشرط الفعل هو ما يتعلّق بفعل من أفعال المكلفين ، كما إذا باع وشرط على المشتري أن يخيّط له قميصاً أو يعلمه القرآن، ويمكن تصوير ذلك في البيع الكلي أيضاً ، كما إذا اشترى حنطة سلماً ، واشترط على البائع أن يدفع من صنف خاص ، فهو أيضاً من قبيل شرط الفعل ، اما شرط النتيجة ما يتعلّق الغرض بما هو من قبيل الغاية للفعل ، كما إذا باع داره بثمن وشرط أن تكون ثمرة الشجرة ملكاً له ، أو أخته زوجة له ، أو كونه وصياً له ، أو عبده معتقاً، فالشرط في هذا القسم عبارة عن الغاية الحاصلة من الفعل ، فإن الغاية الحاصلة من قوله : ملّكت أو زوجت أو وصّيتك أو اعتقت عبدي هو كون الثمرة ملكاً ، والأخت زوجة ، والمشتري وصياً ، والعبد معتقاً ، فهو يشترط حصول تلك الغايات بلا حاجة إلى عقد آخر ، وهذا ما يطلق عليه شرط النتيجة ، ينظر في ذلك : جعفر سبحاني ، دراسات موجزة في الخيارات والشروط ، المركز العالي للدراسات الاسلامية ، الطبعة الاولى، قم، ١٤٢٣ هـ ، ص ١٢١.

مال، بمعنى آخر، يكون التعامل بالبدل الإضافي مقابل تجديد الإجارة على نحو شرط الفعل ، فتجديد الإجارة عمل يملكه المستأجر، مقابل ما يدفعه بمقتضى شرط في الإيجار^(١).

أما شرط النتيجة هو الشرط الذي يكون من مقتضيات العقد ولا ينفك عنه ، أي هو شرط لازم ولا مجال للرجوع عنه في العقد اللازم والعقد الجائز، فينشأ به عقد البدل الإضافي كما لو قال المالك (أجرتك الدكان في السنة بكل شهر كذا ولك السكنى فيه إلى متى شئت بإزاء السرقلية كذا) ، أي يترتب على ذلك أن للمستأجر حق السكنى والتصرف بالعين محل الإجارة ، فإذا انتهت المدة فلا حاجة بعدئذ لرضى المالك ، فضلا عن تجديد الإجارة، لأنه مالك لحق السكنى مستمرا من حين العقد إلى ما يشاء بمقتضى الشرط^(٢). فشرط النتيجة يتحقق بمجرد امضاء العقد ودخوله حيز التنفيذ ، فلا يملك المشتري عليه بعدئذ حق الرجوع عنه ، إلا برضا المشتري له وتعويضه.

من كل ماتقدم يمكننا القول ، أن التعامل بعقد البدل الإضافي أمر لا إشكال فيه ، سواء كان ذلك على سبيل شرط الفعل أو شرط النتيجة.

ويضيف هذا الفقيه^(٣) ثلاث صور يتحقق فيها اشتراط التعامل بعقد البدل الإضافي، سواء كان على سبيل شرط الفعل أو شرط النتيجة ومدى اثر ذلك فيما إذا كان المستأجر واحد أو أكثر، وصور الاشتراط هي:-

(١) محمد مهدي الموسوي الخلالي، مصدر سابق ، ص ١٠٨٨.

(٢) محمد مهدي الخلالي ، المصدر نفسه ، ص ١٠٨٩.

(٣) محمد مهدي الخلالي ، المصدر نفسه ، ص ١٠٩٠.

١- تخصيص الحق في (السرقلية) عقد البدل الإضافي بالمستأجر الأول فقط ، وبذلك يتمتع على المستأجر نقل هذا الحق للغير .

٢- تعميم الحق في عقد البدل الإضافي و أخذ مقابله ، أي ان للمستأجر الأول جواز اخذ مقابل عقد البدل الإضافي من المستأجر الثاني ، ثم الثاني إلى الثالث وهكذا من دون رضا المالك ، فالمستأجر وكيلاً بالإجارة من قبل المالك ، فحينئذ تصح الاجارة و عقد البدل الإضافي .

٣- للمستأجر التأجير لآخر ، واخذ مقابل عقد البدل الإضافي ، ولكن بشرط رضا المالك ، فالمالك قد يقبض (السرقلية) مقابل عقد البدل الاضافي آخر من المستأجر الثاني ، والمستأجر الأول لا ينقل هذا الحق إلى المستأجر الثاني الا مقابل عقد البدل الإضافي ، أي ان المستأجر الثاني يدفع بدلين عن عقد البدل الاضافي فضلاً عن الاجرة الدورية، البدل الأول يكون مقابل رضا المالك ، والثاني يكون مقابل نقل المنفعة للمستأجر الاول، ويبدو ان الاجرة الدورية تدفع للمالك لا للمستأجر الأول ، لأنه يصبح اجنبياً عن عقد البدل الاضافي .

فمقتضى الصورة الأولى ان المالك قد قيد انتفاع المستأجر بالعقار محل عقد البدل الاضافي بنفسه ، وليس له ان يتصرف بهذا الانتفاع للغير بعقد بدل اضافي لآخر أو غيره من العقود ، و سند ذلك التقييد هو اشتراط المالك ، فان خالف المستأجر هذا الشرط، بطلت الاجارة وعقد البدل الاضافي معاً .

أما مفاد الصورة الثانية، ان يسمح المالك للمستأجر من الانتفاع بالعقار محل عقد البدل الإضافي بنفسه أو بغيره ، فتصرفات المستأجر حينئذ صحيحة ومعتبرة ، فكأن المستأجر وكيلًا عن المالك فيما يقوم به من تصرفات و لا يحتاج بعدئذ إلى إذن من المالك.

وأخيراً، قد يشترط المالك على المستأجر عند قيامه بالتصرف بمنفعة العقار محل عقد البدل الإضافي شتى التصرفات على ان يكون ذلك بعلمه وأخذ موافقته ، ويكون مقابل هذه الموافقة حصوله على بدل (السرقلية) من المستأجر الثاني ، فضلاً عن حصول المستأجر الأول على ذلك البدل، كما لاحظنا آنفاً.

نعتقد ان هذا الاتجاه من الامامية ، قد قيد صورة الانتفاع بالعقار محل عقد البدل الإضافي ، إذ ان انتفاع المستأجر بالعقار لا يقتصر على سكنى الدار أو ممارسة التجارة في المحل ، فمن الممكن ان يتحقق الانتفاع عند حصوله على المنفعة بنفسه أو حصوله على غله الشيء من خلال نقله للغير بعقد البدل الإضافي أو غيره من العقود الأخرى.

ونرى ان عقد البدل الإضافي ، إنما يجرد المالك عملياً من منفعة ملكه ، فتكون العين مسلوية المنفعة وقرارها بيد المستأجر وان طال الزمن .

و أما اشتراط التخصيص والتعميم في عقد البدل الإضافي هي من باب واسع لقاعدة (الناس مسلطون على أموالهم)^(١) ، وهذا الكلام ينسحب على حق المستأجر كونه هو الآخر مسلط على ماله ، وله ان يتصرف به كيفما شاء ، فقبوله لشرط المالك هو تنازله عن حقه في التصرف فيما يملك من منفعة ، وهذا يتفق وقاعدة (المؤمنون عند شروطهم).

(١) محمد باقر المجلسي ، مصدر سابق، ص ٢٧٢.

أما إذا اشترط المستأجر على المالك اخذ مقابل عقد البدل الإضافي من أجل خلو المأجور، باعتباره مقابلاً لما حققه المستأجر بفضل اشغاله من سمعة تجارية طيبة للمحل، فذلك لا يعد من صوره ، وإن الحصول على البدل الإضافي يكون غير جائز شرعاً، فمقتضى الاجارة هو تسليم المأجور والخروج عنه عند انتهاء مدة الايجار^(١).

وقد يرى البعض ان الفرض المتقدم غير مقبول ، الا إنه يمكن الرد عليه بالآتي، لو كان المستأجر قد لحق بالمحل سمعة سيئة ، فهل سيعوض مالكة عما اصابه من ضرر نتيجة جفاء الزبائن من التردد على هذا المحل أو غير ذلك من الاسباب التي ادت إلى تلك السمعة؟^(٢).

إذاً من أجل ان يكون التعامل بعقد البدل الإضافي صحيحاً ، لابد ان ينشأ ضمن عقد الايجار ابتداءً ، ثم قد يقترب بهذا التعامل شرط الفعل أو شرط النتيجة ، حتى يستقل عقد البدل الإضافي بذاته ، فإذا رغب المالك أو المؤجر ان ينهي الاجارة ، عليه تعويض المستأجر و رد ما قبضه من مقابل عقد البدل الإضافي اليه، شرط ان يكون ذلك برضاه، اما عدا ذلك لا يكون مقابلاً عن عقد البدل الإضافي ، بل يمكن ان يكون هبة معوضة أو صلح ونحوه.

كما افتى البعض من الحنفية^(٣) وبعض المالكية^(١) والشافعية^(٢) والحنابلة^(٣) بجواز التعامل بالبدل الإضافي^(٤) على عقار الوقف لأسباب عديدة منها^(٥):-

(١) محمد مهدي الخليلي ، مصدر سابق ، ص ١٠٩٢.

(٢) مرتضى الشيرازي ، حق الخلو و السرقة ، الطبعة الاولى ، مطبعة نكارش ، قم ، ايران ، ٢٠١٩ م ، ص ١٥-١٦.

(٣) زين الدين بن ابراهيم بن محمد (ابن نجيم) الحنفي، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان، الطبعة الاولى ، دار الكتب العالمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٩ ، ص ١٠٤ ، وكذلك : احمد بن محمد الحموي

١- كانت بعض عقارات الوقف بحاجة إلى عمارة أو صيانة ، و حينذاك لم يكن يملك الواقف الأموال اللازمة لإجراء تلك العمارة ، مما يضطر إلى التعاقد مع المستأجر من خلال عقد البدل الإضافي ، حيث يلتزم المستأجر بإجراء تلك العمارة لمالك الوقف للمحافظة عليه من السقوط والاندثار، مقابل انتفاعه بالعقار محل الموقوف ، أي ان مقابل عقد البدل الإضافي ليس أموال نقدية يدفعها المستأجر للمؤجر ، بل يكون عبارة عن صيانة واصلاحات أو ترميمات ضرورية لتلك العقارات الموقوفة ، مع الاستمرار بدفع الاجرة الدورية للواقف.

٢- حاجة الوقف إلى ريع ثابت للعقار الموقوف، كما لو احتاج إلى بناء محلات تجارية، والواقف لا يملك القدرة المالية على بناءها ، مما يضطر إلى ان يتفق مع مستأجر ما على بناء تلك المنشآت ، فيلتزم المستأجر حينئذ بالتزامين الأول التزامه بالبناء ، والثاني التزامه بدفع اجرة دورية للواقف كريع للعقار الموقوف طيلة مدة الانتفاع ، على ان يلتزم الواقف بعدم مطالبة المستأجر بتخلية العقار الموقوف ، وهذا الاتفاق لا يتم الا من خلال عقد البدل الإضافي. فيكون

الحنفي ، غمز عيون البصائر في شرح الاشباه والنظائر ، الجزء الأول ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٥، ص ٣٢١.

(١) عlish محمد بن احمد المالكي، مصدر سابق، ص ٢٥٠.

(٢) سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي ، مصدر سابق ، ص ٤.

(٣) مصطفى سيوطي الرحيباني، المصدر السابق ، ص ٣٧٠.

(٤) بن نجيم ، مصدر سابق ، ص ٨٩.

(٥) مجلة الموسوعة الفقهية الكويتية ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية الكويتية ، الجزء التاسع عشر ، الطبعة الرابعة ، ٢٠٠٧م ، ص ٢٨٠-٢٨١.

للمستأجر الأفضلية في سكنى العقار أو استغلاله ، و لا يزاحمه احد في ذلك ، وقد يكون الانتفاع مؤبد المدة ، فهذا التعامل يتفق وغاية الدين فلا مفسدة في ذلك^(١).

و في ذات السياق ان ما نلاحظه ، ان عقد البدل الاضافي لا يقتصر على النقد فحسب، فمن الممكن ان يرد على النقد أو العمل ، حيث قيام المستأجر بإحداث تلك المنشآت تصلح ان تكون محلاً للتعامل بعقد البدل الاضافي، فضلاً عن ذلك ، فأصحاب الرأي المذكور جعلوا من حق المستأجر في الانتفاع بالعقار الموقوف حق مؤبد ، اذ ذكروا بان الواقف (لا يملك صاحب الحانوت اخراجه منها ولا اجارتها لغيره مالم يدفع له المبلغ المرقوم ، فيفتى بجواز ذلك للضرورة قياساً على بيع الوفاء الذي تعارفه المتأخرون)^(٢).

فمبنى الجواز في هذا الرأي كان مستنداً على العرف باعتباره من الاحكام الشرعية التي يجب العمل بها ، اذ صرح بعض الحنفية (..على اعتبار العرف الخاص ينبغي ان يفتى بأن ما يقع في بعض اسواق القاهرة من خلو الحوانيت لازم ، وبصير الخلو في الحانوت حقا له فلا يملك صاحب الحانوت اخراجه منها ولا اجارتها لغيره ، ولو كانت وقفا ، وقد وقع في حوانيت الجملون في الغورية ان السلطان الغوري لما بناها اسكنها للتجار بالخلو وجعل لكل حانوت قدرا اخذه منهم وكتب ذلك بمكتوب الوقف)^(٣)، كما اضاف اخر بالقول (قد تعارف الفقهاء بالقاهرة

(١) خير الدين الرملي الحنفي ، الفتاوى الخيرية لنفع البرية ، الطبعة الثانية ، المطبعة الكبرى الاميرية ،

بولاق، مصر ، ١٣٠٠هـ، ص ١٨٦.

(٢) ابن عابدين ، مصدر سابق ، ص ٥٢٣.

(٣) ابن عابدين ، المصدر نفسه ، ص ٥٢١.

النزول عن الوظائف بمال يعطى لصاحبها وتعارفوا ذلك فينبغي الجواز ، وانه لو نزل له وقبض منه المبلغ ثم اراد الرجوع عليه لا يملك ذلك^(١).

و لم يكتفِ الفقهاء المجيزون للبدل الإضافي بالعرف وحسب ، وانما استندوا كذلك على رعاية المصلحة والضرورة ، فعقد البدل الإضافي يحقق النفع العام اذ به تكثر الاوقاف ، حتى ان بعض الملوك عمر الاوقاف بأموال التجار^(٢)، اذ قد يكون من حبس الوقف عليه لم يكن بمقدوره اصلاح أو اعمار العين الموقوفة ، فيتفق مع شخص على تعمير العقار الموقوف مقابل الانتفاع به.

وكذلك اعتبر المجيزون لعقد البدل الإضافي ان من ادلتهم في جواز هذا العقد هو بيع الوفاء ، وتبريرهم في ذلك ، ان لا يكون ذلك التعامل من باب الربا ، فعقد البدل الإضافي يشتبه ببيع الوفاء لان محل الانتفاع بهما يكونا مقابل ما دفعاه من مال قبل ان يرجع اليهم مالهم^(٣).

(١) ابن نجيم ، مصدر سابق ، ص ٨٩.

(٢) مجلة الموسوعة الفقهية الكويتية ، الجزء السابع ، الطبعة الرابعة ، وزارة الاوقاف والشؤون الاسلامية الكويتية ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٨١.

(٣) د. عبدالرؤوف الكمال ، الزيادة واثرها في المعاولات المالية ، الطبعة الاولى ، مؤسسة غراس للطباعة ، الكويت ، ٢٠٠٢ ، ص ٦٧٤.

الفرع الثاني

الاتجاه القائل بعدم جواز التعامل بعقد البدل الإضافي

ان اتجاهاً آخر من الفقه الاسلامي ، ذهب إلى القول بعدم جواز التعامل بعقد البدل الإضافي ، حيث يرى احد فقهاء الحنفية^(١) ان (حاصل امر الخلو ، انه لاوجود له في كلام أئمة مذهبنا ، وما فهم من مدلول السكنى علمت حقيقته، وعلمت ان اعتبار العرف الخاص لا يفيد جوازه عندنا، وذلك لأن الانتفاع بمالية من ملكه ، لا يكون الا بالإجارة أو العارية أو العمرى)^(٢).

فضلا عن ذلك ، ما ذهب اليه البعض من المالكية^(٣) إلى انكار التعامل بعقد البدل الإضافي، وتبريرهم في ذلك ، ان القول بالبدل الإضافي لم يرد به نص شرعي أو قول لإمام فيه ، واما الأعراف الخاصة فهي مخالفة لقواعد الشرعية الاسلامية ، بل ذهب هذا الرأي إلى أبعد من ذلك حين ندد بالقائلين بالتعامل بعقد البدل الإضافي ، ويعتبرها بعضهم من (التحاكم) إلى الطاغوت الذي أمرنا أن نكفر به.

اضيف على ما تقدم ، دليل اخر يقضي بالمنع من التعامل بعقد البدل الإضافي على ان الاخير هو رشوة وان الرشوة لا تختص بالحكم^(٤) ، ويعتبر ما يأخذه المستأجر الأول من الثاني من مال سحت وحرام .

(١) الحسن بن عمار الشرنبلالي الحنفي ، مفيدة الحسنى لدفع ظن الخلو بالسكنى ، الطبعة الثانية ، دار ابن حزم ، ١٩٩٢ ، ص ٤٦ .

(٢) ويقصد بالعُمري ان يمنحه المنفعة طول عمر المانح أو طول عمر من منحت له .

(٣) د. عمر بن عبدالكريم الجيدي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٦ ، ص ٤٧١ .

(٤) ابن عابدين ، مصدر سابق ، ص ٥٢٠ . و مشهور حسن محمود سلمان، مصدر سابق، ص ٥٤ .

نرى ان حجج و تبريرات القائلين بمنع التعامل بالبدل الاضافي ، حجج ضعيفة لا تستوجب المنع ، لذا سنحاول مناقشة تلك الحجج من خلال الآتي :-

- ١- ما يتعلق بالعمل بالعرف الخاص ، نرى ان القاعدة العرفية لا يمكن ان تنشأ مرة واحدة ليعمل بها من قبل كافة كما هو الحال بالنسبة للتشريع ، وإنما قد تنشأ بين شخصين أو اكثر ، ثم شيئاً فشيئاً تعتمد من قبل طائفة أو مجموعة من الافراد في معاملاتهم أو صفقاتهم المالية ، حتى توزع العمل به على أكثر من مكان معين فتوسع نطاقه ، ويعدّها يكتسب صفة العمومية ، فالتعامل بعقد البدل الاضافي يمثل مصداقاً من مصاديق القواعد العرفية ، حيث تعامل به الافراد ووضعو له احكامه ، فأطلق عليه أهل العراق بالسرقلية ، وأهل مصر يسمى عندهم بالخلو أو خلو رجل ، وفي المغرب العربي يسمى بالجلسة والزينة ، واهل الشام بالفروغية^(١) ، فلو كان عرف خاص لأقتصر على اهل العراق أو مصر ولم يشاع التعامل به في بقية البلدان الاخرى.
- ٢- يعد العرف من الادلة الشرعية عند الحنفية والمالكية^(٢) وانهم من اكثر المذاهب التي تأخذ به في الأحكام العملية ، فلماذا يستبعد هذه المرة في اجازة عقد البدل الإضافي؟ حيث يشترطون وجود نص شرعي يقضي بإجازته ، بينما المنطق يقتضي ان الاصل اباحة التعاقد على البدل الإضافي لعدم وجود نص شرعي يوجب التحريم .

(١) مرتضى الشيرازي ، مصدر سابق ، ص ٨.

(٢) - مقال منشور بعنوان (العرف عند الأصوليين وأثره في الأحكام الشرعية- محمد مصطفى رشدي)

على الموقع التالي(تاريخ الزيادة ٢٠٢١/٥/١٩):<https://www.alukah.net/sharia>

اما بالنسبة للقائلين بالجواز وهم اصحاب الرأي الأول ، وانا كنا مرجحين لرأيهم هذا، الا انه قد غاب عن ادلتهم الشرعية قاعدة (المؤمنون عند شروطهم)^(١) ، فما يشترطه المتعاقدان لا يقل اعتبارا أو أهمية عن ادلة العرف أو الضرورة أو المصلحة التي تبيح التعامل بالبدل الإضافي مادام الشرط صحيحا أو غير مخالف لكتاب الله عز و جل.

على الرغم من ما قيل بشأن المنع من التعاقد على البدل الإضافي ، الا ان ذلك لم يقف حائلا ليمنع التعامل به في الواقع العملي ، بل انه لم يعد مقتصرًا على عقارات الوقف فحسب ، وانما شمل الملك الخاص كذلك ، اذ من الممكن ان يتفق المالك والمستأجر على التعامل بعقد البدل الإضافي بشأن الدار المعدة للسكن ، فالمستأجر يلتزم بدفع مبلغ كبير عند انعقاد الإيجار بعنوان (السرقلية) أو عقد البدل الإضافي، كما يلتزم بالأجرة الدورية سواء كانت شهرية أو سنوية على ان يلتزم المالك بتجديد الاجارة على نحو مستمر، كلما انتهت تلك المدة، فعقد البدل الإضافي يشكل بالنسبة للمستأجر ضمانا عدم مزاحمة المستأجرين الاخرين لأشغال الدار بدلا عنه ، فضلا عن منع المالك من طلب خلو الدار أو طلب الزيادة في الاجرة .

وان ما يدفعه المستأجر للمالك تحت عنوان (السرقلية أو البدل الاضافي) صحيح ونافذ ولا اشكال فيه، وهذا ما افتى بصحته بعض فقهاء الحنفية المتأخرين^(٢) اذ جاء بالقول (ممن افتى بلزوم الخلو بمقابلة دراهم يدفعها إلى المالك : العلامة عبدالرحمن العمادي وقال : فلا يملك صاحب الحانوت اخراجه منها ولا اجارتها لغيره فيفتى بجواز ذلك للضرورة).

(١) محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة ، الجزء الثامن عشر ، مصدر سابق ، ص ١٦ .

(٢) ابن عابدين ، مصدر سابق ، ص ٥٢٣ .

كما اجازوه متأخري الملكية^(١) اذ ورد في فتواهم (قد سأل العلامة الناصر اللقاني ما نصه: ما تقول السادة العلماء ائمة الدين في خلوات الحوانيت التي صارت عرفا بين الناس في هذه البلدة وغيرها وبذلت الناس في ذلك مالا كثيرا حتى وصل في بعض الاسواق اربعمائة دينار ذهباً ، فهل اذا مات شخص وله وارث شرعي يستحق خلو حانوته عملاً بما عليه الناس ام لا؟ وهل اذا مات من لا وارث له يستحق ذلك بيت المال ام لا؟ فأفتى الحمد لله رب العالمين نعم اذا مات شخص وله وارث شرعي يستحق خلو حانوته عملاً بما عليه الناس....).

و اهم ما يمكن استنتاجه من النص المتقدم ان الحق في عقد البدل الإضافي حق قابل للانتقال للغير، أي قد ينتقل لورثة المستأجر ليحلوا محله في منفعة العقار محل عقد البدل الإضافي (السرقلية)، وهذا يسمح لنا بالقول ان حق المستأجر في الانتفاع بالعقار هو حق له طبيعة خاصة يقبل النقل للغير وان مات صاحبه ، وبذلك فهو يختلف عن حق المنفعة العقاري كونه ينتهي بموت صاحبه ، كما يتيح لنا امكانية البحث في موضوع انتقال الحق في عقد البدل الإضافي في مبحث مستقل لاحقاً.

(١) عليش محمد بن احمد ، مصدر سابق ، ٢٤٩.

المطلب الثاني

مشروعية عقد البدل الإضافي في القانون

لم تسلك التشريعات المقارنة مسلكاً موحداً إزاء عقد البدل الإضافي ، ففي الوقت الذي خلت فيه العديد من التشريعات من تنظيم قانوني يعالج أحكام عقد البدل الإضافي ، إلا أن أخرى قد أجازت التعامل به بنطاق ضيق جداً ، لا سيما و أن ذلك التعامل يمثل واقعاً ملموساً يتطلب معالجة قانونية تكفل الحفاظ على حقوق المتعاقدين ، وتحقيق التوازن بين مصلحة كل منهما ، هذا من جهة .

ومن جهة أخرى ، فقد حاول بعض فقهاء القانون المدني من خلال دراساتهم ومؤلفاتهم إيجاد التأصيل القانوني المناسب لعقد البدل الإضافي ، كما كان للقضاء موقفه الخاص من التعامل بعقد البدل الإضافي ، حيث يمكن تلمس ملامح ذلك الموقف في القرارات الصادرة عن المحاكم بشأن القضايا التي عرضت عليها في هذا الصدد.

و استناداً لما سبق ، سنقسم كلامنا في هذا المطلب على ثلاثة فروع ، نتناول في الأول مشروعية عقد البدل الإضافي في التشريع ، وفي الفرع الثاني مشروعيته في الفقه القانوني ، بينما سنبين مشروعية العقد لدى القضاء في الفرع الثالث .

الفرع الاول

مشروعية عقد البذل الإضافي في التشريع

ذكرنا سابقاً، ان المشرع العراقي لم يعالج هذا العقد المستحدث على صعيد القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، باعتبار ان القانون المدني يمثل الاصل العام في تنظيم العلاقات التعاقدية الخاصة بين الافراد ، فجاءت أحكامه خالية من الاشارة إلى جواز التعامل بالبذل الاضافي سواء بشكل صريح أو بشكل ضمني ، الا انه في ذات الوقت لا يوجد نص تشريعي يمنع التعامل به ، وبما ان المادة (٢/١) من القانون اعلاه ، نصت على الزام المحكمة بالرجوع إلى العرف أو مبادئ الشريعة الاسلامية إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه في القضايا المعروضة امامها ، لا سيما وان العرف أو مبادئ الشريعة الاسلامية قد درج على هكذا نوع من التعامل ، لذا كان على المشرع ان يأخذ على عاتقه تقنين هذا التعامل ليضع الاحكام القانونية المناسبة له بهدف حماية حقوق المتعاقدين ، تجنباً لاجتهادات القضاة التي قد تعطي احكام متنوعة في ضوء التعاقد على البذل الاضافي (السرقفلية) ، كما من شأن التقنين ان يحد أو يضيق إلى حد ما من التفسيرات المقدمة من قبل فقهاء القانون ، لا سيما وان المادة (١/٧٦) من القانون المدني ، قد صرحت بان قواعد القانون المدني لا يقتصر سريانها على العقود المسماة فحسب ، وانما شملت كذلك العقود غير المسماة ، فالعقد محل الدراسة يمكن وصفه عندئذ بالعقد غير المسمى والذي يتطلب تنظيم احكامه تشريعاً.

اما على مستوى قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، فقد منع التعامل بالبذل الاضافي في المادة (٢١) والتي نصت على انه (لا يجوز للمؤجر أو المستأجر أو الوسيط أو أي شخص آخر أن يحصل على أي مال أو منفعة خارج نطاق عقد الايجار المبرم

وفق أحكام هذا القانون ، ولا يشمل ذلك ما يستحقه الدلال المجاز من أجر) ، وعلى الرغم من ان هذا القانون يكون سريان تطبيقه على العقارات المعدة للسكن ، الا ان ذلك لا يمنع من تعديل النص ، بما يكفل إجازة التعامل أو التعاقد على البدل الإضافي (السرقفية) ، فالواقع العملي يشير إلى ان عقد البدل الإضافي انتشر التعامل به في العقارات السكنية وبشكل غير معلن من قبل اطرافه.

أما على صعيد التشريعات المقارنة ، كالتشريع المصري مثلاً ، لم يشر المشرع المصري إلى التعامل بعقد البدل الإضافي بشكل مباشر، وإنما استغل الافراد ما صدر عن المشرع المصري الأمر العسكري رقم (١٥١) لسنة ١٩٤١، الذي حبر على الملاك ، تأجير ما يخلو من املاكهم فكان الايجار يعقد بشكل اوامر تصدر من الحاكم العسكري لاول المتقدمين لاستئجار المسكن الذي يخلو ، والراغب بالحصول على السكن عليه ان يقدم طلبا بخلو عقار ما لغرض منحه اياه بوصفه مستأجراً جديدا ، وهذا سمح للمستأجر الذي يرغب بالإخلاء ان يختار المستأجر الثاني الذي يحل محله وذلك بإعلامه بأنه يرغب بإخلاء العقار، فكان من الطبيعي ان يتقاضى المستأجر القديم من المستأجر الجديد ثمن هذه الخدمة التي قدمها له ، فجرت تسمية ذلك الثمن ببذل الاخلاء أو خلو الرجل (البدل الإضافي أو السرقفية). وفيما بعد تنبه المشرع المصري لذلك ، ووجد هنالك اثرات للمستأجر على حساب المالك، فاصدر القانون رقم (١٤٠) لسنة ١٩٤٦، الذي تضمن حرية التأجير للمالك لمن يشاء، وقد سمح للمالك ان يتقاضى بدل اخلاء من المستأجر الجديد دون المرور بالمستأجر القديم، لكن الاخير يقاسم المالك في ما يقبضه من بدل خلو من المستأجر الجديد ، والا امتنع عن تخليته للمأجور، والمالك يجد نفسه مضطرا لإجابته على طلبه ، خشية من فوات فرصة الانتفاع بمقابل عقد

البدل الإضافي ؛ وقد اصدر المشرع المصري قانون رقم (١٢١) لسنة ١٩٤٧ يقضي بمنع المالك أو المؤجر من قبض البدل ومعاقبته وهذا ما نصت عليه المادة (١٦/ ثانيا) منه، فكان منع التعامل بعقد البدل الاضافي يقتصر على المؤجر دون المستأجر القديم ؛ الا ان التشريع المصري قد شمل المستأجر كذلك من خلال نص المادة (١٧) من القانون رقم (٥٢) لسنة ١٩٦٩^(١)، وقد برر بعض الفقه ان القصد من المنع هو اعتقاد المشرع بتحايل المتعاقدين على القانون لأنه يعد عملاً مادياً غير مشروع^(٢)، و أهم ما يترتب على ذلك الحظر من التعامل بعقد البدل الاضافي هو بطلان العقد والشرط معاً^(٣).

وعلاوة على ذلك ، فإن بعض التشريعات قد نصت على جواز التعامل بهذا العقد صراحة و منها المشرع السوري وذلك في المادة (١٦) من قانون ايجارات العقارات السوري رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٥، التي جاء فيها (يعد سببا مشروعاً ما استوفي وما يستوفي من بدل فروغ أو هبات وما يماثلها من التبرع عن العقارات التي تملكها الجهات العامة والمؤسسات الخيرية ذات النفع العام والمنظمات الشعبية والنقابات وخزانات التقاعد وصناديق التكافل الاجتماعية وما يماثلها).

(١) نص المادة (١٧) :- لا يجوز للمؤجر بالذات أو بالوساطة اقتضاء أي مقابل أو أتعاب بسبب تحرير العقد أو أي مبلغ إضافي خارج نطاق عقد الإيجار زيادة عن التأمين والأجرة المنصوص عليها في العقد ويسرى هذا الحظر أيضا على المستأجر.

(٢) د.سليمان مرقس ، شرح قانون ايجار الاماكن ، الجزء الأول ، الطبعة التاسعة ، (لم يذكر مكان الطبع)، ١٩٩٠، ص ٣٢١ وما بعدها.

(٣) د. احمد شرف الدين ، عقد الايجار في القانون المدني وقوانين ايجار الاماكن المبنية ، بدون اسم المطبعة ومكانها ، ٢٠٠٦، ص ٢٧٢.

وما يمكن ان نستنتجه من النص المتقدم ، رغبة المشرع السوري في اجازة التعامل بعقد البدل الإضافي واضحة صوب العقارات العامة دون العقارات المملوكة ملكية خاصة، بل عدت ذلك سببا مشروعا في قبض مقابل عقد البدل الإضافي (الفروغ) بالنسبة لتلك العقارات ، دون الالتفات إلى الغرض الذي خصصت من اجله سواء كانت معدة للسكن أو معدة لممارسة الاعمال التجارية أو الصناعية أو الحرفية؛ و يبدو ان الأمر سيان في قبض (الفروغ) لذلك النوع من العقارات دون تمييز بينهما لدى المشرع السوري ، الا ان هذه الاشارة الخاطفة يعثرها النقص ، حيث لم تعالج طبيعة وأحكام هذا العقد معالجة متكاملة.

الفرع الثاني

مشروعية عقد البدل الإضافي في الفقه القانوني

لم يغفل الفقه القانوني عن دراسة ومناقشة التعامل بعقد البدل الإضافي ، فكانت بحوثه ودراساته حاضرة في تناول مشروعية التعامل بهذا العقد ، حيث انقسم هو الآخر بشأن جواز التعامل به من عدمه إلى فريقين ، الأول قال بعدم جواز التعامل به ، ويرى اصحاب هذا الاتجاه موقفهم من اجازة عقد البدل الإضافي^(١)، قد يفرض على المستأجر مبالغ تزيد عن الحد الأقصى للأجرة المحددة قانوناً ، وبالإجازة يكون عمل المؤجر قد اكتسب ستاراً شرعياً من خلال عقد البدل الإضافي والذي يخالف القانون ، فيرى ان المشرع العراقي حسناً فعل عندما منع التعامل بـ(السرقلية) عقد البدل الإضافي في المادة (٢١) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩^(٢).

وبحسب هذا الرأي ، يمكن لنا ان نفترض تبريرات القائل بعدم جواز التعامل بعقد البدل الإضافي حسب الآتي:-

اولاً - ان منع التعامل بعقد البدل الإضافي يتفق مع نطاق سريان قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل والخاص بالعقارات المعدة للسكن ، فنص المادة (٢١) منه هو نص أمر لا مجال لمخالفته ، والذي يتوجب تطبيقه حرفياً.

(١) د. عصمت عبدالمجيد بكر ، اثر النزعة الاجتماعية في تطور عقد الإيجار ، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس جامعة بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٣٠٤٣٠٥.

(٢) د. عصمت عبدالمجيد بكر ، شرح قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩ ، الطبعة الاولى ، شركة التايمس للطباعة والنشر ، بغداد ، (لم يذكر تاريخ الطبع)، ص ٧٦.

ثانياً - ان عدم جواز التعامل بالعقد من شأنه ان يحقق التوازن الاقتصادي بين المتعاقدين ، فإباحة هذا العقد قد يتيح لملاك العقارات المعدة للسكن من العزوف عن ابرام عقود الإيجار مع المستأجرين ، والزامهم على التعاقد بعقد البدل الإضافي ذي البدلين ، فلا يحقق مصلحة المستأجر الذي لا يملك هذه المبالغ الجسيمة .

وتعليقاً على ما تقدم ، يمكن لنا الرد على التبريرات اعلاه وذلك على النحو الاتي:-

١- ضرورة اجازة عقد البدل الإضافي بالنسبة للعقارات المعدة للسكن الخاضعة لقانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، لاسيما و ان المادة (١٧) منه قد منعت المؤجر من المطالبة بإخلاء العقار ، الا اذا تحققت احدى الأسباب التي تضمنتها ، وهذا من وجه نظر الفقه القانوني و الاسلامي يزعم ركن التراضي في الإيجار ، بل يتعارض وقاعدة (الناس مسلطون على اموالهم)^(١) ، فجواز التعامل بعقد البدل الإضافي يبغي ركن التراضي سليم من الناحيتين الشرعية والقانونية، بمعنى آخر ، ان بقاء المستأجر في العين المؤجرة رغم عدم رضا المالك من شأنه ان يعيب رضاه ، أما لو اتفق المتعاقدان على عقد البدل الإضافي ، فلا مجال للقول حينئذ باكراه المؤجر على الاستمرار بالإجارة .

٢- اذا كان تبرير المنع في هذا النوع من العقارات يتفق وغرضها الاقتصادي ولغرض حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية وهو في العادة (المستأجر) ، فالحال ليس كذلك دائماً ، كما لو احتاج مالك الدار إلى مبلغ كبير للبناء أو لأجراء إصلاحات ضرورية فيها أو كان محتاجاً لذلك البدل لأغرض خاصة ، فيتفق مع المستأجر على البناء أو الإصلاح مقابل

(١) محمد باقر المجلسي ، مصدر سابق، ص ٢٧٢.

الانتفاع بها على الدوام والاستمرار، فضلاً عن تسمية الاجرة الدورية ، ففي تلك الحالة يتحقق التوازن الاقتصادي ويكون هذه المرة لحماية المؤجر لا المستأجر .

٣- إذا كان القضاء ملزماً بتطبيق نص المادة(٢١) من قانون ايجار العقار، فإنه ليس كذلك بالنسبة للعقارات التي تكون خارج نطاق سريان هذا القانون ، أي إذا كان العقار من العقارات غير المعدة للسكن ، فللمحكمة ان تفصل بالنزاع الحاصل بين اطراف عقد البدل الإضافي بالاستناد إلى قواعد العرف أو مبادئ الشريعة الاسلامية، لا سيما وان المشرع العراقي لم يمنع التعامل بهذا العقد في ظل أي قانون.

علاوة على ما تقدم ، يرى اخر^(١) عند كلامه عن عدم جواز التعامل بالبدل الإضافي ان انتشار التعامل به يؤدي إلى ارتفاع في الاجرة التي تسهم بشكل كبير في ارتفاع اسعار السلع والبضائع المعروضة .

ونعتقد من جانبنا ان الرأي المتقدم محل نظر ، وتتطوي وجهة نظرنا هذه ، على ان العزوف عن عقد البدل الإضافي ، قد يؤثر سلباً في ارتفاع الاسعار والبضائع ، بسبب تغير اسعار بدلات الايجار بين الفترة والاخرى ، فضلاً عن خضوعها للتقلبات الاقتصادية المستمرة في بدلات الايجار، بينما من خصائص عقد البدل الإضافي (السرقفية) ان الاجرة الدورية المتفق عليها في ثبات واستقرار دائماً ، فالثبات في الاجرة من شأنه ان يساعد على عدم زيادة اسعار الخدمات أو البضائع.

(١) د.صاحب عبيد الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص٢١٨.

أما بالنسبة للقائلين بجواز عقد البدل الإضافي ، فيرى بعضهم^(١) أن المشرع العراقي قد أجاز التعامل البدل الإضافي من خلال نص المادة (٧٧٥) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ التي جاءت بالنص (١- للمستأجر ان يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار أو في المنقول ، وله كذلك ان يتنازل لغير المؤجر عن الاجارة كل هذا مالم يقضي الاتفاق أو العرف بغيره).

ويبدو ان الرأي المتقدم ، قد خلط بين عقد البدل الإضافي وبين كلا من الايجار من الباطن والتنازل عن الايجار ، وهذا لا يمكن قبوله بالبتة ، اذ لعقد البدل الإضافي خصوصية ابتداءً من لحظة ابرام العقد ، حيث يتفق المتعاقدان على ان يلتزم المالك أو المؤجر بعدم طلب الزيادة في الاجرة أو اخلاء المأجور طيلة مدة العقد ، ويلتزم المستأجر الأول أو المستأجر الثاني بدفع مبلغ كبير نسبياً يفوق الاجرة الاخرى التي قد تدفع شهرياً أو سنوياً ، فهؤلاء ملزمون بدفع بدلين في عقد البدل الإضافي ، بينما في عقد الايجار لا يلتزم المستأجر الا بدفع الاجرة المتفق عليها شهرياً أو سنوياً. كما ان التنازل عن الايجار محدد بمدة العقد الاصلية للإيجار ، ولا يجوز له ان يتصرف بها، لاسيما وان عقد البدل الإضافي يتيح للمستأجر الانتفاع بالمأجور يكون هذا الانتفاع بالغالب على وجه التأبيد، فضلاً عن ذلك ، ان التنازل عن الايجار هو تصرف يلحق أو يتبع عقد الايجار ، فالتنازل عن الايجار يرتبط بالعقد ، بينما يكون عقد البدل الإضافي عقد مستقل بذاته، فلا يتبع الايجار ، بل ينفك عنه وان كان قد نشأ بوساطته.

(١) حبيب ادريس المزوري ، مصدر سابق ، ص ٩١.

كما يذكر البعض^(١) ان (الاتفاق على تقاضي خلو الرجل اتفاقاً مالياً مشروعاً لطرفيه ، وفقاً للقانون المدني الذي لا يحظر تقاضي خلو رجل ، وذلك اعمالاً لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين) أي ان قواعد القانون المدني المصري تخلو من نص تشريعي يمنع عقد البدل الاضافي (السرقفية) ، بل ان التعامل فيه يمثل اعمالاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين . واكد آخر^(٢) ان للمستأجر ان يقبض مقابل عقد البدل الإضافي(خلو رجل) بالذات أو بالواسطة سواء من المالك أو من المؤجر ، ولا يسأل قانوناً على الرغم من وجود القانون رقم (٤٩) ١٩٧٧^(٣)، و سنده في ذلك ، ما جاء به القرار القضائي الصادر عن احدى المحاكم المصرية بالرقم (طعن رقم ٤٦١٦ لسنة ٦١ جلسة ١٣/١١/١٩٩٦) أذ جاء في نص القرار :- (....ان احكام القانونين رقمي ٤٩ لسنة ١٩٧٧ ، ١٣٦ لسنة ١٩٨١ بشأن تنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر.....إذ ان القانون الاخير لم يرد به صراحة أو ضمناً ثمة إشارة الى إلغاء القوانين الخاصة بإيجار الاماكن التي صدرت قبله أو إلغاء النصوص التي تجرم تقاضي مبالغ خارج نطاق عقد الايجار....)^(٤).

(١) د. حسام الدين الاهواني ، عقد الايجار ، الطبعة الثالثة ، ١٩٩٩، ص٤٧٦، نقلاً عن :د. محمد عبد الظاهر حسين، عقد ايجار الاماكن في ظل التشريعات الجديدة ، بدون اسم المطبعة ومكانها، ٢٠٠٢، ص١٦١، و د.عصام انور سليم ، الوجيز في عقد الايجار ، كطبعة المعارف ، الاسكندرية، مصر ، ٢٠٠٦، ص٦٢٣.

(٢) احمد يوسف ، التطبيقات العملية في تخفيض ايجار الاماكن غير السكنية ، الطبعة الاولى ، المكتب الفني للإصدارات القانونية ، مصر ، ص١٥١.

(٣) نص المادة (٢٦) من القانون رقم (٤٩) لسنة ١٩٧٧ (لا يجوز للمؤجر مالكاً كان أو مستأجراً بالذات أو بالواسطة اقتضاء أي مقابل أو اتعاب بسبب تحرير العقد أو أي مبلغ إضافي خارج نطاق عقد الايجار زيادة على التأمين والاجرة المنصوص عليها في العقد ، كما لا يجوز بأية صورة من الصور للمؤجر ان يتقاضى أي مقدم إيجار)

(٤) محمد عزمي البكري ، إيجار وبيع الاماكن ، الجزء الثالث ، ٢٠٠١، ص٥٤٢. نقلاً عن : محمد عبدالظاهر حسين ، مصدر سابق ، ص١٦٢.

التنظيم القانوني للبدل الإضافي في نطاق عقد الإيجار - دراسة مقارنة

ويبدو - حسب الرأي المتقدم - أن جواز التعامل بعقد البدل الإضافي يقتصر على صورتين ، الأولى أن للمستأجر الأول قبض مقابل البدل الإضافي من المالك حتى يتم إخلائه للمأجور ، والثانية أن يقبض من المستأجر الثاني ذلك المقابل من خلال عقد البدل الإضافي ، أي حتى يحل المستأجر الثاني محل المستأجر الأول في الانتفاع بالعقار ، لا بد من التعامل بالبدل الإضافي ودفع قيمته أو مقابله.

وصفوة القول ، أن بعض فقهاء القانون المصري ، قد اتجهوا صوب تأييد التعامل بعقد البدل الإضافي ، فما يتعاقد عليه الطرفان يكون منتجاً لأثاره القانونية ، و لا تأثيم أو تجريم لمن يتقاضى مقابل عقد البدل الإضافي.

الفرع الثالث

مشروعية عقد البدل الإضافي في القضاء

اما على مستوى القضاء ، فقد انبرت محكمة التمييز في حيثيات احدى قراراتها التي تجيز عقد البدل الإضافي اذ ذهبت بالقول (...أما القول ان السرقة مخالفة لأحكام قانون ايجار العقار فغير وارد ، لأن السرقة هي ثمن بيع اسم المحل التجاري وموقعه ومزاياه الاخرى، وقد جرى العرف التجاري على التعامل بها ، وان قانون مراقبة ايجار العقار لم يمنع تدوير أي محل بإسم آخر بشرط موافقة المؤجر....)^(١).

ويرى القضاء العراقي في قرار آخر على انه (...اذا اشترى المدعي حق منفعة الدكان (السرقة) من المستأجر مع علمه بعائدية الدكان إلى الغير ودون استحصال موافقة المالك، ولم يحدد الطرفان مدة للانتفاع بالمأجور الذي حكم بتخليته استحق المدعي المبلغ الذي دفعه مطروحا منه ما يوازي مدة انتفاعه بالمأجور حسب تقدير الخبراء)^(٢).

ويفهم من هذا القرار، ان المستأجر الأول إذا تصرف بمنفعة العقار (كمستأجر سرقة) لمستأجر ثانٍ ولم يتفقا على مدة الانتفاع وأثناء ذلك طلب مالك العقار بتخليه المأجور ، كان على المستأجر الأول رد ما قبضه من المستأجر الثاني ، بعد خصم مقابل انتفاعه عن المدة السابقة على الرغم من علم المستأجر الثاني بملكية العقار للغير.

(١) قرار تمييزي رقم ١٣٧٧/حقوقية / ١٩٦٥ في ١٩٦٦/٢/٢٦، نقلاً عن: كاظم جاسم ، احكام ايجار العقار ، الطبعة الاولى ، ١٩٦٧، ص ١٩٦، ١٩٧.

(٢) قرار رقم ٧٩٤/حقوقية / ١٩٧٨ في ١٩٧٨/٥/٢٧ ، استئناف بغداد ، مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨، ص ٢٣١.

كما صادقت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم (٢٠٧٠/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٥ تسلسل ٢٠٣٨) على القرار الصادر من محكمة استئناف كربلاء بالعدد (١٥- ٥٣/س/ ٢٠١٥ بتاريخ ٢٣/٢/٢٠١٥) والمتضمن (... مطالبة احد الشركاء المالكين للعقار موضوع الدعوى ، وان المدعى عليهما اشتريا حق المنفعة (السرقفية) ، وان عقد الإيجار المبرم بين الطرفين يتضمن اتفاقهما على زيادة بدل الإيجار السنوي رضائياً...)^(١). ونستنتج من ذلك ، ان ماهية عقد البدل الإضافي (السرقفية) عند القضاء تكون بمعنى شراء لحق المنفعة من مالكةا، ويبدو ان الحال لا يختلف إذا كان مالك المنفعة مالك للعقار أو مؤجر لها ، فإذا تراضيا أطراف العقد على الزيادة في الاجرة فلهما ذلك ، أي في حالة عدم الاتفاق على الزيادة في الاجرة ، ليس للمالك المطالبة بها، وهذا يؤكد خصوصية عقد البدل الإضافي (السرقفية).

و بعد عرض تلك القرارات القضائية ، نصل إلى نتيجة مفادها ، ان القضاء العراقي قد تعامل مع العقد المستحدث (السرقفية) كواقع مفروض ، لابد من حل النزاع الحاصل بشأنه بين المتعاقدين لحماية حقوقهم ، لا سيما وان القاضي مهمته الاساسية الفصل بالنزاع دون التعذر بعدم وجود نص تشريعي ، ويبدو ان القضاء قد عمل بما ورد بنص المادة (٢/١) من القانون المدني العراقي ، وحسناً فعل ، حيث بلورة من خلال تلك القرارات فكرة التعامل بعقد البدل الإضافي لتكون مهياة للمشرع عند صياغة أحكام ذلك العقد المستحدث صياغة تشريعية

(١) قرار محكمة استئناف كربلاء الاتحادية بالعدد (١٥-٥٣/س/ ٢٠١٥ في ٢٣/٢/٢٠١٥) وقرار مصادقة محكمة التمييز الاتحادية بالعدد (٢٠٧٠/ الهيئة الاستئنافية عقار/ ٢٠١٥ - بتسلسل / ٢٠٣٨).

تتلبى حاجات المتعاقدين ، فضلاً عن انسجام توجه القضاء مع ما طرحه الفقه الاسلامي والقانون من جواز التعامل بهذا النوع من التعاقد.

وإضافة لما سبق ، فإن قبض المالك أو المؤجر لمقابل البدل الإضافي يمنح المستأجر حقوق إضافية غير مألوفة في عقد الإيجار، و لا يشكل ذلك مخالفة للقانون ، لأن تحقق المخالفة يرتبط بإخلال التوازن النسبي للأجور^(١)، فتقاضي مقابل أو البدل المترتب على عقد السرقفية هو جائز في كثير من الحالات باعتباره نوع من المعاوضة ؛ كما لا يعد من يتعامل به عرضة للمسائلة القانونية^(٢).

(١) قرار محكمة النقض السورية رقم ١٥١٤/٥٤٦ في ١٧/٦/١٩٧٨، نقلاً عن محمد فهد شفقة، الوجيز في احكام الايجارات ، مؤسسة النوري للطباعة ، ١٩٩٧، ص ١٦٩.

(٢) قرار محكمة النقض المصرية رقم ١٥٤٤ لسنة ٥٣ جلسة ١١ / ١١ / ١٩٨٣، نقلاً عن : احمد يوسف ، مصدر سابق ، ص ١٥١.

الفصل الثاني

ذاتية عقد البدل الإضافي

يرتبط عقد البدل الإضافي بالقواعد العامة المقررة في القانون المدني إرتباطاً وثيقاً، لسد ما أغفله المشرع من معالجات قانونية لهذا العقد ، فذاتية عقد البدل الإضافي لا يعني الانفصال أو الاستقلال التام عن تلك القواعد العامة ، إنما يفيد معنى الطابع الذاتي الخاص به ، والذي لا يتعارض مع غيره في إطار القانون المدني أو إطار قانون إيجار العقار، حيث نتناول ذاتية عقد البدل الإضافي من ناحيتين ، الناحية الاولى، التي تتمثل بعرض أهم التكييفات التي تناولت عقد البدل الإضافي سواء على مستوى الفقه الاسلامي ، أو على مستوى القانون .

أما الناحية الثانية ، والتي تتمثل بتسليط الضوء على أهم الخصائص التي انفرد بها العقد دون غيره ، وهذه الخصائص قد توجد مع وجود العقد وتستمر معه .

وللوقوف على حقيقة تكييف هذا العقد من جهة ، و الكشف عن أهم الخصائص التي يمتاز بها ، من جهة أخرى ، لابد من تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، الأول سنخصصه عن تكييف العقد سواء على مستوى الفقه الاسلامي أو على مستوى القانون، بينما سنتناول في المبحث الثاني أهم الخصائص القانونية التي يمتاز بها عقد البدل الإضافي.

المبحث الاول

تكييف عقد البدل الإضافي

تعد مسألة تكييف عقد البدل الإضافي وتحديد طبيعته القانونية من المسائل ذات الأهمية البالغة ، لما لذلك من تأثير في تحديد الأحكام القانونية التي تنطبق بشأن هذا العقد ، الأمر الذي ينعكس بدوره و بشكل مباشر في تحديد التزامات وحقوق كل من أطراف العقد .

ويلاحظ في هذا الصدد الاختلاف الكبير في تكييف عقد البدل الإضافي ، سواء كان ذلك على صعيد الفقه الاسلامي أو على صعيد فقه القانون المدني ، ولعل الاختلاف في ذلك يعود إلى الاختلاف في الأدلة أو الفتاوى الشرعية التي اعتمد عليها فقهاء الشريعة الاسلامية فيما يتعلق بالفقه الاسلامي ، اما من جانب القانون ، فان الاختلاف في التكييف يعود سببه إلى سكوت أكثر التشريعات عن معالجة عقد البدل الإضافي ، الأمر الذي بدوره أتاح مساحة واسعة للفقه والقضاء للاجتهاد في اعطاء تكييفات متعددة .

و ارتباطاً بما تقدم ، سنوزع هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في الأول تكييف عقد البدل الإضافي في الفقه الاسلامي ، فيما نخصص المطلب الثاني لتكييف عقد البدل الإضافي في القانون ، سواء على مستوى التشريع أو الفقه أو القضاء .

المطلب الاول

تكييف عقد البدل الإضافي في الفقه الاسلامي

لم يكتفِ الفقهاء المسلمون بالتصدي لبيان تعريف عقد البدل الإضافي ، ومدى مشروعيته من عدمها ، بل ذهبوا إلى ابعاد من ذلك ، عندما اهتموا بذلك العقد المستحدث في مؤلفاتهم ودراساتهم ، إذ توصلوا من خلال ذلك إلى ان لعقد البدل الإضافي اكثر من تكييف ووصف ، مستندين في ذلك على أدلة معينة ، إذ لم يتفقوا على اعطاء وصف فقهي واحد ليرتبوا احكامه ، فمنهم من وصفه بالبيع واخر عده ايجار وثالث اعتبره وكالة وغيره وصفه صلح وجعالة وحوالة ، وكان هناك رأي شاذ قال به البعض من المالكية^(١) ، على ان عقد البدل الاضافي انما هو عقد شركة، وهذا التكييف لا يمكن قبوله ليكون التكييف الذي يتناسب وعقد البدل الاضافي ، حيث ان المالك سيكون شريكاً للمستأجر في منفعة العقار والعكس صحيح ، و ربما من شأنه ان يعيق المستأجر في انتفاعه بالعين محل العقد ، وقد تتسع تلك الاعاقبة لتشمل مستأجري المستأجر، إذا ما رغب المستأجر الأول في نقل الحق لمستأجر ثاني وثالث وهكذا ، فذلك لا ينسجم وطبيعة عقد البدل الاضافي ، هذا من جانب. ومن جانب آخر، ان التكييف المتقدم ، من حيث المفهوم^(٢) والخصائص لا ينسجم وخصوصية عقد البدل الاضافي.

(١) محي الدين قادي ، بدل الخلو في الفقه الاسلامي، مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الرابع ،

الصادرة عن منظمة المؤتمر الاسلامي ، جدة ، السعودية، ص١٧٩٨.

(٢) نصت المادة(٤) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل على ان عقد الشركة هو

(عقد يلتزم به شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع اقتصادي بتقديم حصة من مال أو من عمل

ويلاحظ في هذا السياق ان الاختلاف في التكييف لم يكن معقوداً بين مذهبين أو أكثر ، بل ان الاختلاف كان في ذات المذهب الواحد احياناً ، إذ تضمنت اغلب المذاهب الاسلامية اكثر من قول أو رأي في هذه المسألة .

ولأجل ما تقدم ، سنقسم الكلام في هذا المطلب على ثلاثة فروع ، نتناول في الأول تكييف عقد البدل الإضافي على انه عقد إيجار ، اما الفرع الثاني سنخصصه عن تكييف عقد البدل الإضافي على انه عقد بيع ، اما الفرع الثالث فسيكون على انه عقد وكالة .

لاقتسام ما ينشأ عنه من ربح أو خسارة)؛ حيث ان عقد الشركة يرد على مشروع إقتصادي ، بينما عقد الاضافي لا يرد الا على المنفعة وهذه المنفعة هي لاشباع حاجة المستأجر ولا يبحث هذا العقد عن ربح.

الفرع الاول

عقد البدل الإضافي عقد إيجار

ذهب أكثر من اتجاه في الفقه الاسلامي عند دراسة أحكام عقد البدل الإضافي إلى تكييف هذا العقد على إنه إيجار ، وقد اشرنا فيما سبق ، ان عقد البدل الإضافي قد نشأ بعد نشوء عقد الإيجار ، إذ كانت الصلة قائمة بين الإيجار وعقد البدل الإضافي ، الا انه فيما بعد انفصل عنه وصار عقداً آخر له أحكام خاصة لا تتشابه في أغلبها مع عقد الإيجار لاختلاف محلها.

وفي ذات السياق ، سنبين آراء الفقهاء المسلمين ، إزاء التعامل بعقد البدل الإضافي ، فقد ذهب البعض من فقهاء الامامية إلى ان التعامل بالبدل الإضافي قد إقترن بعقد الإيجار و له عدة وجوه منها:-

الوجه الأول : ان يكون عقد البدل الإضافي عبارة عن شرط في الاجارة^(١) :

أي ان يؤجر المالك عقاره للمستأجر بأجرة شهرية متفق عليها ، بشرط ان يدفع له مقدماً بدلاً مقطوع يكون كبير نسبياً ، فيكون مقابل ذلك البدل ، حصول المستأجر على الاولوية في تجديد الاجارة بعد انتهاء العقد ، عندئذ يكون عقد البدل الإضافي (السرقفية) شرطاً ضمن عقد الإيجار، كما لو اراد المالك ان يؤجر عقاره بمبلغ شهري مسمى في ضمن العقد على ان يهبه المبلغ المقطوع الكبير، وهذا شرط فيه مصلحة للمالك ، فلا بد من شرط يقابله لمصلحة المستأجر وهو ان يشترط على المالك تجديد الإيجار لنفسه أو لغيره ضمن التعامل بالبدل الإضافي (السرقفية).

(١) مرتضى الشيرازي ، مصدر سابق ، ص ١٠.

ويبدو ان ذلك ليس بشرط مع الاجارة ، وانما هو هبة مقابل الاجارة ، فوصف عقد البدل الاضافي على انه هبة يتنافى مع طبيعة هذا العقد نتيجة لما يتمتع به من خصائص.

الوجه الثاني : ان يكون عقد البدل الإضافي اجارة مع قرض^(١) وله صورتان:

الصورة الاولى: كما في الوجه الأول مع اشتراط المالك على ان يقرضه المستأجر ضمن عقد الايجار مبلغ كبير مقطوع غير بدل الاجارة ، و يكون للمالك ان يتصرف في ذلك المبلغ ، الا انه لا يورث ، بل يعد من الديون التي على الورثة سدادها، فهو امر جائز ولا اشكال فيه ، وهو ليس برياً، فالربا كل قرض جر نفعاً ، و العقد موضوع البحث جر نفعاً وهو القرض ، لا قرضاً جر نفعاً، أي ان ذات عقد الاجارة قد عاد بالنفع على المالك من خلال القرض لا العكس.

وتعليقاً على ما تقدم ، لا نرى في هذه الصورة ملامح لعقد البدل الاضافي (السرقفلية) حيث ان المبلغ المدفوع مقدماً يُعد دين على المالك أو ورثته وهؤلاء ملزمون برده ، وهذا ليس من العقد بشيء.

الصورة الثانية : ان يكون المالك قد احتاج إلى اقتراض مبلغ كبير لغرض ما ، فاشتراط عليه المستأجر ان يقرضه ذلك المبلغ مقابل ان يستأجر منه ذلك العقار الذي يملكه المالك، وهذا ربا محرم لأنه قرض جر نفعاً وهو تأجير العقار للمقترض ، وهذا ليس في شيء من البدل الإضافي، أي عكس الصورة الأولى تماماً.

من خلال ما تقدم ، نرى من حيث الاصل ، ان اشتراط المالك على المستأجر في دفع مبلغ كمقابل لعقد البدل الاضافي ، فهو أمر لا أشكال فيه ، حيث ان العقد شريعة المتعاقدين ، الا

(١) عزالدين بحر العلوم ، مصدر سابق ، ص ١٥٤.

ان ذلك يمنع المستأجر في الصورة الثانية من التصرف بالحق المآل اليه بموجب عقد البدل الاضافي(السرقلية) ، أي لا يمكن ان يستغله بتأجيريه لمستأجر جديد ، لأن ملكية المستأجر للمنفعة غير مستقرة بعد ، فتكون معلقة على شرط فاسخ ، متى ما اوفى المالك أو ورثته الدين الذي للمستأجر انفسخ العقد ، ولن يكون بإمكانه ان ينقله لمستأجرٍ ثانٍ ، فإن فعل ، كان تعاقدته عرضة للفسخ هو الآخر.

وهناك رأي^(١) يذهب إلى ان بقاء المستأجر في العين المؤجرة يؤدي إلى تجميد الاجرة وتأييد الاجارة ، وان العوض الذي يدفعه المستأجر هو من الجعالة لا الاجارة ، فيجوز اخذه ولا يحتسب من الاجرة ، و يبدو ان تكييف العقد على إنه من الاجارة يؤدي إلى اشكالات كثيرة منها لو طلب المستأجر فسخ العقد بعد سنة أو سنتين فهل يرجع على المالك بمقابل عقد البدل الإضافي أم لا ؟ علما ان المستأجر يمكن ان يستوف ما دفعه من مقابل عقد البدل الاضافي ببيعه لغيره اذا رغب بفسخ العقد.

اما تكييف فرض تمسك المستأجر بالإجارة ذو عقد البدل الإضافي ورفضه للفسخ ، فهل يجيز هذا التكييف للمالك ان يأخذ مقابل عقد البدل الإضافي من المستأجر مقابل فسخ العقد ام لا ؟ .

لقد اختلف فقهاء الاحناف^(٢) في تكييف اخذ البدل مقابل فسخ العقد على قولين: القول الأول : ذهب إلى عدم جواز التعامل بعقد البدل الإضافي مقابل فسخ عقد الاجارة ، لأنها

(١) د.محمد عثمان شبير ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي ، الطبعة السادسة ، دار النفائس ،

الاردن، ٢٠٠٧ ، ص٧٢.

(٢) د.محمد عثمان شبير، المصدر نفسه ، ص٧٤.

إقالة ، و إقالة عقود المعاوضات لا تجوز الا بنفس العوض الذي تم التعاقد عليه ، كما ان حقيقة الاقالة هي فسخ وليس بيعا.

أما القول الآخر^(١): وهو قول ابو يوسف من الحنفية والذي يجيز أخذ العوض عنها ، لأن الإقالة عنده بيع جديد.

أما بالنسبة للملكية^(٢) فمنهم من يرى ان التعامل بعقد البدل الإضافي يأتي بمعنى الإجارة على التأييد سواء كان ذلك على الارض المحبوسة أو المملوكة، وما يدفعه المتعاقد في عقد البدل الإضافي يُعد عوضا معجلاً ، و له ان يتصرف بعد ذلك شتى أنواع التصرفات من إجارة أو هبة أو إعارة ، ولا يبقى لمالك العقار من منفعة الا بمقدار الأجر السنوي أو الشهري وما يزيد على ذلك فهو ملك لدافع مقابل عقد البدل الإضافي ، اذ ان هذه المنفعة التي تقابلها زيادة عن الاجرة الاصلية هي تسمى بالبدل الإضافي (البدل المترتب على عقد البدل الاضافي) وان مالك المنفعة قد استقل بملكية التصرف ، أي كأنه تسلم العين محل عقد البدل الإضافي ، ثم اضاف في موضع اخر^(٣) على ان دافع البدل الإضافي صار شريكا لمالك الارض أو الرقبة ويلتزم مع المالك بإصلاح البناء اذا احتاج إلى عمارة ، وذلك لأنه شريك.

(١) ابو بكر مسعود الكاساني ، الجزء السابع، مصدر سابق ، ص ٣٤٠.

(٢) محي الدين قادي ، مصدر سابق ص ١٧٨٦.

(٣) محي الدين قادي ، المصدر نفسه ، ص ١٧٩٨.

الفرع الثاني

عقد البدل الإضافي عقد بيع

اتجه جانب آخر من الفقه الاسلامي صوب تكييف عقد البدل الإضافي على أنه بيع، و تبلورت فكرة هذا الاتجاه ، باعتبار ان المالك يبيع حق منفعة العقار للمستأجر من خلال عقد البدل الإضافي ، ويكون ذلك مقابل بدل يتفق عليه المتعاقدان، مع بقاء رغبة العقار محل العقد بيد مالكيها.

و قد اكد البعض من فقهاء الامامية^(١) ان حقيقة عقد البدل الإضافي انما هو بيع للمنفعة العقار محل التعاقد ، لأن المستأجر (المشتري) انما ملزم بدفع الثمن، وهذا الثمن يكون على جزأين الأول يدفع عند التعاقد وهو عادة ما يكون ثمن كبير نسبيا ويكون معجلاً ، اما الجزء الآخر فإنه مقسط يدفع شهريا، فيشكل مجموعهما ثمنا لشراء المنفعة ، مشترطا في ذلك تحديد مدة عقد البدل الإضافي ، والا كان الثمن مجهولا والبيع باطل ، معللا ذلك اشكال مجهولية الثمن على النحو الاتي : (اشكال المجهولية لازم مطلقا على صيغة السرقفية (عقد البدل الإضافي) المتداولة ، اذ تعود فيها الاقساط الشهرية التي يدفعها المستأجر الثاني فالثالث وهكذا إلى المالك الأول فاذا كانت جزء من الثمن كان الثمن مجهولا للجهل بأصل اجراء المستأجر الأول للمعاملة ثم الجهل بمدتها واقساطها تبعا).

أي ان ما يترتب على ذلك ان المستأجر الثاني قد اشترى حق منفعة العقار في عقد البدل الإضافي من المالك بصورة مباشرة ، لا عن طريق المستأجر الأول الذي تصرف بحقه كمالك للمنفعة ، بمعنى آخر ، ان المالك الذي باع حقه في المنفعة للمستأجر الأول وقبض منه

(١) مرتضى الشيرازي ، المصدر السابق، ص ١٣١.

مقابل عقد البدل الإضافي لا يختلف عنه المستأجر الأول الذي يرغب ببيع الحق لمستأجر آخر ، فمن الجائز ان يتعاقد هذا الأخير مع المالك مباشرة دون توسط المستأجر الأول ، بينما للمستأجر الأول ان يرجع على المالك بما دفعه له من مقابل عقد البدل الاضافي.

فحقيقة عقد البدل الإضافي (السرقفية) هو بيع لملك المنفعة ، ولكن ليس بيع لكل الملك ، وانما بيع للملك المبعوض ذاتا واثارا طويلاً ، فهو مبعوض عموديا لا افقيا، فهو بيع للملك من كل الجهات الا من جهة تبقى للمالك فيكون اما (نقل للعين) أو (نقل للثمرة) واما (نقل العين بلحاظ الثمرة أو المحيثة بحيثيتها)^(١). أي ان الملك لا ينتقل بشكل نهائي ، وانما ينتقل على نحو عرضي ، حيث يشتركان الاثنان في الملك بنحو الطولية ، فالثاني لا يتعارض مع الاول ، بل الثاني في طول ملكية الاول.

بمعنى آخر ، ان النقل يكون تارة للعين فقط وتكون الثمرة (المنفعة) لشخص آخر ، وتارة أخرى يكون النقل للثمرة فقط وقد تكون العين لشخص آخر ، وثالثة نقل العين مع الثمرة ، اي بحيثية الثمرة (التقييد بها) فالنقل يكون لهما معا.

فالإجارة في عقد البدل الإضافي لا هي من نقل العين ، والا كانت بيعا للعين ، ولا هي من نقل للثمرة والمنفعة بنفسها ، والا كانت بيعا لها فيما صح فيه ذلك ، كبيع ثمرات البستان فإنه بيع لها ، وهذه هي اعيان لا اجارة لها ، أو تكون باطلة فيما لم يصح فيه ذلك ، كما لو نقل ما ليس بعين كنقل سكنى الدار مباشرة للغير. فهي اما نقل العين بحيثية السكن فيها أي بحيثية تقييدية لا تعليلية أو هي نقل السكنى القائمة بالعين بما هي قائمة بها، فالإجارة هي

(١) مرتضى الشيرازي ، المصدر السابق ، ص ١٣٤.

عكس البدل الإضافي كون الأولى لا هي من نقل العين ولا هي من نقل الثمرة ، بل هي نقل السكنى القائمة بالعين بما هي قائمة بها ، أما (السرقفية) البدل الإضافي فهو نقل السكنى المحيثة بحيثية السكنى فيها^(١). وتوضيح ذلك يكون على النحو الآتي:-

نرى ان لدينا العين كالدَّار ومنفعة الدار، وهما ممتزجان معاً، فالمنفعة بالعين ، اما بالنسبة للإجارة يكون هدف المستأجر هو المنفعة فقط ، لكنه لا يستطيع الحصول عليها، الا مع العين، واما بالنسبة للسرقفية فالهدف هو العين وبالحصول على العين يحصل على المنفعة ، لذا كانت السرقفية عكس الاجارة ، فالإجارة تنصب على المنفعة في العين ، بينما السرقفية تنصب على العين المقيدة بالمنفعة.

وبدورنا نؤيد ما ذهب اليه الرأي المتقدم ، كونه الاكثر انسجاما في تكييف عقد البدل الإضافي.

وقد ذهب البعض إلى ان عقد البدل الاضافي هو بيع للمنفعة وليست اقالة ، وما يقبضه المالك أو المؤجر إنما هو ثمن بيع باقي المدة المتفق عليها ، ولا حرج عليهما في ذلك^(٢). و يعزو بعض الحنفية^(٣) سبب توصيف عقد البدل الاضافي على انه عقد بيع ، لأن المستأجر قد أصبح مالكا لمنفعة العين، و ليس من حق المالك بعدئذ ان يطلب من دافع مقابل عقد البدل الإضافي اخراجه من العين المؤجرة ، ولا اجارتها لغيره ، ولو كانت وقفا^(٤)،

(١) مرتضى الشيرازي ، المصدر السابق ، ص ١٣٤.

(٢) د. محمد عثمان شبير ، المصدر نفسه ، ص ٧٤.

(٣) احمد بن محمد الحنفي الحموي ، مصدر سابق ، ص ٣٢١.

(٤) مشهور حسن محمود سلمان ، مصدر سابق ، ص ٣٨.

فالمستأجر قد ملك المنفعة ، والمالك قد تملك المقابل المترتب على عقد البدل الإضافي ، فالعقد صحيح ومرتب لآثاره.

ونتفق مع ما ذهب اليه صاحب هذا الرأي على ان العقد موضوع البحث هو عقد بيع للمنفعة لا اقالة بمعنى الفسخ ، لأن من شروط الاقالة ان لا يدخل على محل العقد زيادة أو نقصان، بينما في عقد البدل الإضافي يسمح للمستأجر ان يبيع ذلك الحق بأقل من المبلغ الذي اشترى به أو أكثر منه ، فضلاً عن ذلك، ان الاقالة لا تحصل الا بين المتعاقدين ولا يمكن تصورها بين المستأجر الاول والمستأجر منه.

لقد حاول البعض^(١) الربط بين عقد البدل الإضافي والنزول عن الوظائف ، باعتبار ان المتنازل عن وظيفته لا يملك الرجوع عن قوله ، لأن قوله قد أصبح بات و لا يجوز الرجوع عنه، وان رجع عن ذلك ، فلا يترتب عليه أي اثر، وكذلك الحال بالنسبة لمالك العقار الذي قبض مقابل عقد البدل الإضافي من المستأجر ، فهو الآخر لا يملك اخراجه منه لإجارته لغيره ، أي ان المالك عند قبضه البدل من المستأجر ، انما هو تنازل عن حقه في طلب اخلاء المأجور وتسليمه اليه، ويمتنع عليه ان يؤثر العين محل العقد للغير ، كما للمستأجر ان يمتنع عما يطالب به المالك .

ومن ما تجدر الاشارة اليه ، فالبعض^(٢) قد خلط بين البيع والتنازل عن حق المنفعة دون ان يضع معيارا واضحا بينهما ، وهذا ما جاء في رأيه :(.للمالك ان يبيع حق الخلو إلى

(١) ابن نجيم ، مصدر سابق ، ص ٨٩.

(٢) عبدالستار ابراهيم الهيبي - بدلات الخلو في عقد الايجار صورها وحكمها ، مجلة الحقوق ، جامعة البحرين ، المجلد الثالث ، العدد الأول، ٢٠٠٦، ص ٣٦٠.

المستأجر باعتباره مالكا لتلك المنفعة ، ومن حقه ان يتنازل عنها مقابل عوض يدفعه اليه المستأجر)، فمالك المنفعة له بيعها أو التنازل عنها للغير .

اذ قد جمع بين البيع والتنازل ، وشتان بين التكييفين ، فالبيع له احكام خاصة معروفة ، والتنازل هو الاخر له احكامه الخاصة ، فالبيع عقد يتم بإيجاب وقبول بين طرفين، أي وجود ارادتين، ويشترط فيه دفع الثمن وضمان المبيع وغيره ، اما التنازل فهو ايقاع يتم بإرادة واحدة في الغالب ، وفي العادة يكون دون مقابل ، وان كان بعوض فهو يفيد حكم البيع، الا انه ليس ببيع.

وهناك من يرى^(١) ان التعامل بعقد البدل الإضافي يرد على شراء السكنى أو الإقامة الدائمة في العين المؤجرة على ان تحدد المدة في عقد الاجارة ، لأن المدة هي العنصر الاساس في الانتفاع بالعين المؤجرة ، لذا وجب ان تكون معلومة ، فان كان احدهما مجهل ذلك، لم يصح التعاقد ، لأن المدة مجهولة في حقه.

أما بالنسبة لمدة عقد البدل الاضافي ، فالمدة غير محددة فيه ، وسكوت المتعاقدين عنها ليس من باب جهالتها ، وإنما بعلم أطراف العقد ، حيث الغى هؤلاء عامل الزمن عن قصد ، بإعتبار ان مضمون هذا العقد هو بيع لمنفعة العقار محل عقد البدل الاضافي^(٢).

وقد سار بنفس ذلك الاتجاه المالكية ، مبينين في ذلك ان عقد البدل الاضافي إنما يرد على نقل منفعة العين للمستأجر ، أي ان المالك إنما يبيع حق المنفعة للمستأجر، فتصبح

(١) مشهور حسن محمود سلمان ، مصدر سابق ، ص ٣٠-٣٥.

(٢) مشهور حسن محمود سلمان ، المصدر نفسه ، ص ٣٦.

المنفعة من ملك المستأجر وليس من ملك المالك ، وله ان يتصرف بها انواع التصرفات الاخرى من ايجار أو هبة أو إعاره ، وعبروا عن عقد البدل الاضافي على انه (خلو) وهذا نصهم : (ان الخلو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع، اذ ملك الانتفاع ينتفع بنفسه فقط لا يؤجر ولا يهب و لا يعير ومالك المنفعة له تلك الثلاث مع انتفاعه بنفسه)^(١).

أما بالنسبة لفقهاء الحنابلة^(٢) فقد ذهبوا الى تكييف هذا العقد على انه عقد صلح ، والذي يُمكن من خلاله، ان يتصالح عليه مالك العقار والمستأجر دافع عقد البدل الاضافي ، على ان يتضمن ذلك العقد شرط تأييد الاجارة ؛ وأضافوا تكييف آخر لعقد البدل الإضافي ، على إنه بيع للمنفعة المستقلة عن رقبة العين، فثمن المنفعة مقسم على جزأين ، الأول المبلغ الكبير والمقطوع يدفع دفعة واحدة عند ابرام العقد ، والجزء الاخر يتمثل بالأجرة التي يلتزم بها المستأجر والتي تدفع بشكل شهري أو سنوي حسب اتفاق الطرفين.

ولعل أهم النتائج التي تترتب على ذلك ، ان المالك إذا ما قبض مبلغ عقد البدل الاضافي، فإنه يكون أجنبياً عن المنفعة ، فلا يمكن ان يتصرف بها أي تصرف قانوني ، الا إذا ارتضى المستأجر بذلك ، وكأن الاخير حل محله في ملكية المنفعة، وليس له ان يتصرف بها الا بأذنه.

(١) عليش محمد بن احمد، مصدر سابق ، ص ٢٥٢.

(٢) مصطفى السيوطي الرحيباني ، مصدر سابق ، ص ٣٧٤، ٣٧٥.

الفرع الثالث

عقد البدل الإضافي عقد وكالة

انفرد بعض فقهاء الامامية^(١) بتكييف عقد البدل الإضافي (السرقلية) على أنه عقد وكالة ، كما لو اتفق المؤجر مع المستأجر على اجارة عقار ما ، واشترط المستأجر ان يكون وكيله في التأجير لنفسه أو لغيره ، مقابل ان يأخذ المالك بدل عقد البدل الإضافي من المستأجر ازاء تلك الوكالة، كما يكون للمستأجر القديم الحق في ان يقبض مقابل عقد البدل الإضافي من المستأجر الجديد مقابل توكيله وهكذا.

وهناك قولان للإمامية في لزومية عقد الوكالة :- القول الاول^(٢): ان لزومية عقد الوكالة كانت بمقتضى دليل الشرط واستدلوا في ذلك على قول الرسول الاكرم(ص) (المؤمنون عند شروطهم) بمقتضى وجوب الوفاء بالعقد، وبالوكالة يكون للمستأجر ان يتصرف كيفما يشاء ، لأنها وردت مشروطة ضمن عقد الاجارة ، وبالتالي لا يجوز للموكل عزله ، بل انها تنتقل إلى ورثة الوكيل بعد موته لأن لها قيمة ومالية تؤهلها بالانتقال للورثة^(٣) ، والتأكيد على عدم بطلان الوكالة بموت الموكل من شأنه ان يبيح للمالك اخذ مقابل تلك الوكالة^(٤).

(١) محمد علي التسخيري ، مصدر سابق ، ص ٥٧٠، ود.عدنان البكاء ،الحكم والحق بين الفقهاء والاصوليين، الطبعة الاولى ، مطبعة الغري الحديثة ، النجف الاشرف، ١٩٧٦، ص ٢٨٧. و محمد صادق الروحاني ، مصدر سابق ، ص ٢٦.

(٢) عباس الظهيري ، مصدر سابق ، ص ٣٨٥.

(٣) كاظم الحسيني الحائري ، مصدر سابق ، ص ١٦٧.

(٤) محمد صادق الروحاني ، المصدر السابق ، ص ٢٦.

اما القول الثاني^(١) :- (كون الوكالة لازمة خلاف مقتضى عقد الوكالة لأنها بذاتها عقد جائز ، وكل شرط خالف الكتاب والسنة فهو باطل ، وبعبارة اخرى، ان شرط النتيجة في الوكالة خلاف الكتاب والسنة ، اذ الوكالة عقد جائز ويراد بالشرط تحويلها إلى عقد لازم).

و خلاصة ما يمكن ان نصل اليه من نتيجة ، نجد ان الوكالة - من وجهة نظرنا- لا تصلح كتكييف لعقد البدل الإضافي ، حيث ان الوكيل يعمل دائماً لمصلحة الموكل لا لمصلحته ، وفي الفرض اعلاه نجد ان الوكيل يعمل لصالح نفسه لا لمصلحة موكله ، وهذا لا يجعل من الوكالة ان تكون التكيف الامثل لعقد البدل الإضافي، فضلاً عن ذلك، لو فرضنا جدلاً، قبول ذلك التكيف فإنه سيكون مقتصرأً على صورة واحدة من صور التعامل بعقد البدل الإضافي، أو انها وجدت لبيان طبيعة العلاقة بين المستأجر الأول والمستأجر الثاني فحسب دون غيرها من الصور الاخرى.

و خلاصة لما تقدم ، نرى ان تكيف عقد البدل الإضافي عند الفقهاء المسلمين قد جاء بأكثر من صورة فتارة كُيف على انه اجارة للمنفعة ، وتارة اخرى على انه بيع للمنفعة ، وأخرى على انه وكالة للتأجير؛ بينما يرى البعض من فقهاء الامامية^(٢) ان عقد البدل الاضافي هو شرط ضمن عقد الاجارة ، أي هو مجرد شرط وليس عقد ، بينما ذهب فقيه آخر^(٣) باتجاه توسيع هذا الشرط نحو عقد الايجار و عقد البيع.

(١) مرتضى الشيرازي ، مصدر سابق ، ص ١٢٨.

(٢) انظر في ذلك : ملحق رقم (١) ص ٢٠١-٢٠٢.

(٣) ملحق رقم (١) ، ص ٢٠٣.

لذا لا بد من البحث عن تكييف دقيق لهذا العقد المستحدث فبعض التكييفات السابقة لا يمكن اعتمادها للخصوصية التي ينفرد بها هذا العقد ، الا اننا قد نرجح بعضها الآخر و هو ماسنحاول بيانه لاحقاً.

المطلب الثاني

تكييف عقد البدل الإضافي في القانون

ان الاختلاف في تكييف عقد البدل الإضافي في اطار القانون كان حاضرا هو الآخر إلى جانب الفقه الاسلامي، وعلى الرغم من اهمال تنظيمه من الناحية التشريعية، الا ان محاولات الفقه والقضاء كانت مستمرة في ايجاد تكييف لعقد البدل الإضافي من خلال الدراسات والبحوث التي تناولها بعض الفقه، أو نتيجة ما يعرض على القضاء من دعاوى تتضمن عقد البدل الإضافي.

وبما ان الواقع العملي قد فرض على الافراد التعامل بذلك العقد الجديد، فهذا يتطلب الجدية في ايجاد تكييف قانوني - يتماشى إلى جانب التكييف الشرعي الذي يمكن ان نعتبره الأساس التاريخي لعقد البدل الإضافي - بغية الوصول إلى احكام تعالج ما ينشأ عنه من نزاعات قضائية بين اطرافه ، فضلاً عن توفير أفضل سبل الحماية القانونية لحقوق المتعاقدين .

ان عقد البدل الاضافي قد يحتوي على اكثر من وصف قانوني يحدد علاقة المتعاقدين ، وربما يكون له وصف قانوني واحد ، فالأول يكون مزيجاً من عقدين أو أكثر، وعندها تتجاذبه احكام هذه العقود، بينما الثاني يكون عقد بسيط يكتفٍ بأحكام عقد واحد.

عليه ومن أجل الإحاطة بالتكييف القانوني لعقد البدل الإضافي ، لابد من توزيع هذا
المطلب على فرعين ، الأول عقد البدل الإضافي عقد بسيط ، والفرع الثاني باعتباره عقد
مركب .

الفرع الأول

عقد البدل الإضافي عقد بسيط

أحاط موضوع تكييف عقد البدل الإضافي شيء من عدم الوضوح ، حيث لم نرَ تكييف
متفق عليه ، لا على مستوى الفقه القانوني ولا على مستوى أحكام القضاء، ويبدو ان النقص
التشريعي في تنظيم أحكامه هو السبب الرئيس الذي يقف وراء ذلك.

و في هذا الاطار، ذهب جانب من الفقه والقضاء إلى إرفاد عقد البدل الإضافي تكييفات
متعددة، وهذه التكييفات تجعل من عقد البدل الإضافي عقداً بسيطاً^(١)، و ربما يحاول البعض
تطويع المادة(٧٧٥)^(٢) من القانون المدني العراقي في تكييف عقد البدل الإضافي على انها
عالجت عقد البدل الإضافي ، بينما كانت معالجتها لمسألة التنازل عن الإيجار وليس عقد

(١) يقصد بالعقد البسيط هو(العقد الذي يقتصر على موضوع واحد، بحيث لا يأخذ الا حكم عقد واحد،
ولو شمل عدة أشياء، فعقد البيع مثلاً يعتبر موضوعه الرئيسي واحداً وهو انتقال ملكية المبيع في مقابل
ثمن نقدي، فيعتبر عقداً بسيطاً ولو شمل البيع عدة أشياء في عقد واحد ...)، د. سليمان مرقس ، الوافي
في شرح القانون المدني ، المجلد الأول ، الطبعة الرابعة (لم يذكر اسم المطبعة ومكانها) ١٩٧٨م،
ص ١١٤.

(٢)(١- للمستأجر ان يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول، وله كذلك ان
يتنازل لغير المؤجر عن الاجارة كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره. ٢ - فإذا اشترط ايجار
المستأجر أو تنازله عن الإيجار لا يكون الا بموافقة المؤجر، فلا يجوز لهذا ان يتمتع عن الموافقة الا لسبب
مشروع).

البدل الإضافي ، فالتنازل عن الإيجار ، يلتزم فيه المستأجر بدفع الاجرة الدورية مقابل انتفاعه بالمأجور، بينما في عقد البدل الإضافي يلتزم المستأجر بدفع الاجرة الدورية ، فضلا عن المبلغ المقطوع الذي يدفع عند العقد، أي ان عقد البدل الإضافي يتضمن بدلين (المبلغ المدفوع عند التعاقد ، والذي يمكن ان نصفه بالمبلغ الكبير، اضافة إلى الاجرة الدورية التي يتفق عليها المتعاقدان) ، فكيف عقد البدل الإضافي على إنه بيع لحق المنفعة الوارد على العقار، أما التنازل عن الإيجار اذا كان بمقابل يمكن اعتباره بيعاً^(١) والا يبقى إيجاراً.

كذلك ان التنازل عن الإيجار ينشأ بعد الانعقاد ، بينما التنازل عن عقد البدل الإضافي لا ينشأ الا مع عقد الإيجار ، و كذلك ان التنازل عن الإيجار هو حوالة حق و حوالة دين بالنسبة لحقوق والتزامات المستأجر، بينما في عقد البدل الإضافي هو نقل ملكية المنفعة للمستأجر .

كما كيف عقد البدل الإضافي عند البعض^(٢) بأنه تنازل المالك عن منفعة عقاره ، سواء كان مالكا للرقبة أو مؤجر لها ، وبذلك تعد منافع الاشياء من الاموال المقومة التي تسمح للمستأجر ان يتصرف بها انواع التصرفات كافة من بيع أو هبة وغيره.

وبهذا الصدد صدر قرار قضائي يصف عقد البدل الإضافي على انه تنازل عن منفعة العقار، فجاء في حيثيات القرار^(٣) الآتي : (لدى التدقيق والمداولة .. ان المميز كان قد تنازل

(١) د. سعيد مبارك و د. طه الملا حويش ، ود. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، الطبعة

الرابعة ، دار العربية للقانون ، ٢٠١٠، ص ٣٣٣.

(٢) حبيب ادريس المزوري ، مصدر سابق ، ص ٩١.

(٣) القرار رقم (١٧٠ / مدنية ثانية / ١٩٧٩ بتاريخ ١٠/٣/١٩٧٩) مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الأول ، السنة العاشرة ، ١٩٧٩، ص ٢٥.

عن منفعة الدكان موضوع الدعوى لقاء مبلغ معين ، وان المالكة (الشخص الثالث) قد وافقت ابتداء على اجراء التنازل و وافقت ايضا بعد وقوعه حسبما بينته امام محكمة البداية لذا فليس للمميز الانفراد بالرجوع عن التنازل الذي به انتقلت المنفعة من يد المدعى عليه المميز إلى المميز عليه) فيكون لقاء تنازل المؤجر عن منفعة المأجور للمستأجر وتمكينه من الانتفاع به طيلة مدة العقد^(١).

وهناك من يرى^(٢) ان عقد البدل الإضافي (السرقلية) نشأ مع عقد الإيجار، مما أدى إلى توسعة لحدود حق المستأجر على العين المستأجرة ، وهذا بدوره أدى إلى الانفصال القائم بين الملكية والمنفعة، وبالتالي يمكن اعتبار البدل الإضافي من الحقوق العينية الأصلية.

كما انبرت محكمة التمييز الاتحادية بقرارها المرقم (٢٠٧٠/الهيئة الاستئنافية عقار/٢٠١٥ تسلسل ٢٠٣٨) والذي يقضي بان عقد البدل الإضافي هو بيع للمنفعة التي يملكها المالك للمشتري (المستأجر) ، فكان نص القرار بالشكل الآتي : (لدى التدقيق والمداولة....الزام المدعى عليهم بزيادة بدل إيجار المحل المرقم (٦) المشيد على جزء من العقار المرقم (٧/٧١٢/باب الخان) وجعله خمسة وعشرون مليون دينار سنويا ، وحيث تبين للمحكمة ان المدعي احد الشركاء المالكين للعقار موضوع الدعوى وان المدعى عليهما اشتريا حق المنفعة (سرقلية)....).

(١) القرار المرقم (١٦٠٢/مدنية رابعة/١٩٧٥) بتاريخ ٢٩/١٠/١٩٧٦ مجموعة الاحكام العدلية ، العدد

الرابع، السنة السابعة ، ١٩٧٦ ، ص ٣٨.

(٢) رؤى علي عطية ، مصدر سابق ، ص ٢٥٩.

وأضافت محكمة بداءة الاعظمية تكييف آخر بموجب قرارها الصادر (١١٨٨/ب/٢٠١٧ في ٢٠١٧/٧/١٨)^(١) على ان موضوع الدعوى هو بيع للشقة السكنية ، أي التعاقد على البدل الاضافي (كسرقلية) اذ ورد في نص القرار ما يأتي: (...تبين ان مقابل (العمارة) وهو عن سرقلية الشقة التي قامت المدعية بشرائها من المالك بشهادة الشاهد(س ج س) ومن خلال كل ماتقدم تجد هذه المحكمة بأن دعوى المدعية قد اسست على المطالبة بمبلغ وصل الامانة موضوع الدعوى وما ثبت لهذه المحكمة ومن اقرار المدعية بالذات امام هذه المحكمة بأنها قامت بتسليم المبلغ الى صاحب العمارة كسرقلية عن الشقة التي قام باستجارها المدعى عليه وقد تأيد من أقوال الشهود والذان قاما بالتوقيع على وصل الامانة بأن المبلغ سلم لصاحب العمارة (كسرقلية) عن الشقة المشتراة من قبل المدعية...) ، وفحوى هذا القرار فيه نقطة تأمل ، حيث كشف عن تكييف جديد لعقد البدل الاضافي بوصفه (بيع للشقة السكنية) ، أي ان المالك قد باع ذلك العقار للمشتري ، ومن المفترض ان تطبيق احكام عقد البيع ، وبرز هذه الاحكام نقل ملكية العقار للمشتري ؛ أي لم يتضمن القرار معنى يفيد تكييف عقد البدل الاضافي على إنه شراء لحق المنفعة كما هو الحال بالنسبة لبعض القرارات الأخرى^(٢).

و تعليقاً على ما تقدم ، يمكن لنا مناقشة تلك الآراء التي اعطت تكييفات متعددة ومتنوعة وذلك على النحو الآتي:-

(١) قرار غير منشور .

(٢) القرار رقم (٧٩٤ / حقوقية / ١٩٧٨ بتاريخ ١٩٧٨/٥/٢٧ استئناف بغداد) ، مصدر سابق ، ص ٢٣١ .

١. ما ذهب اليه الرأي الأول من تكييف عقد البدل الإضافي بأنه تنازل مالك المنفعة للغير ،
تكييف لا يمكن اعتماده في العقد بجميع صوره ، فقد يتفق مع الصورة الأولى لعقد البدل
الإضافي (التعاقد بين مالك العقار والمستأجر الأول) ، إلا انه لا يتفق مع الصورة الثانية من
العقد (التعاقد بين المستأجر الأول والمستأجر الثاني) ، فلا بد من موافقة المالك أو المؤجر
على هذا التنازل ، والا يعد حينئذ غاصب للعين المؤجرة ، ومن ثم جميع التصرفات التي
يجريها المستأجر هي باطلة إلا اذا رضي بها المالك ، فعندئذ يمكن القول بصحة التصرف
والا فذلك يعد مخالفة لا يمكن الأخذ به ، أي ان تكييف عقد البدل الإضافي على انه تنازل لا
يستقيم وطبيعة هذا العقد .

٢. أما بالنسبة للرأي الذي يقول بإمكانية اعتبار عقد البدل الإضافي من الحقوق العينية
الاصلية ، فهو رأي غير مقبول ويحتاج إلى حجة قانونية تعضده ، لا سيما و ان الحقوق
العينية الاصلية قد وردت على سبيل الحصر لا المثال ، حيث نصت المادة (١/٦٨) من
القانون المدني العراقي ، على أنواع الحقوق العينية الاصلية ولم يكن من بينها عقد البدل
الإضافي.

٣. نرى ان القضاء العراقي قد اعطى للتعامل بعقد البدل الإضافي تكييفين ، الأول على ان
هذا العقد هو بيع أو شراء لحق منفعة العقار محل التعاقد ، أما التكييف الآخر ، فهو تنازل
عن منفعة العقار لقاء المبلغ المدفوع عن عقد البدل الإضافي ، أي تارة يتجه صوب أحكام
عقد البيع ، وتارة أخرى ، يصفه بالتنازل ؛ ولم يكن للقضاء تكييف واضح يمكن تطبيقه بشكل
موحد على الدعاوى التي ينظرها. والاختلاف في تكييف العقد سببه النقص التشريعي والعزوف
عن عدم تبني أحكامه الخاصة.

٤. أما تكييف عقد البدل الإضافي على أنه بيع للشقة السكنية ، فهو تكييف يفرغ عقد البدل الإضافي من مضمونه وخصائصه التي يمتاز أو ينفرد بها دون غيره من العقود ، و الاطلاق في التعبير يعني أن محل هذا العقد يركز على العقار ذاته لا منفعته ، بينما محل وموضوع عقد البدل الإضافي المنفعة وليس عين العقار ، فضلاً عن ذلك ، ان وصفه بالبيع يجعله يندرج تحت طائفة العقود المسماة وبالتحديد عقد البيع ، وهذا يتطلب تنظيم أحكامه من قبل المشرع في القانون المدني العراقي.

الفرع الثاني

عقد البدل الإضافي عقد مركب

بالرغم من المبررات التي قيلت بصدد تكييف عقد البدل الإضافي على أنه عقد بسيط ، إلا أن هذا العقد تتجاذبه أحكام العقود المسماة الأخرى ، وقد يطلق عليه بالعقد المركب الذي يعني (عقد واحد يحقق أغراضاً تهدف إليها في العادة عدة عقود مختلفة)^(١). أو هو (العقد الذي يجمع بين عدة عقود متعاصرة امتزج بعضها ببعض الآخر)^(٢).

لقد أشار التعريف الأول إشارة واضحة إلى أن العقد المركب هو عقد تتفرع منه أغراض متعددة فيكون كل واحد منها خاضع لأحكام عقد معين ، والذي يكون في الغالب أن المشرع قد تولى تنظيم أحكامه، أي هناك تعدد في بواعث التعاقد ، كما في (عقد الفندقية) مثلاً ، حيث أن نزول الفندق يسعى في الحصول على حاجة السكن وحاجة الطعام وإيداع أمواله أو أمتعته وغير ذلك ، بينما يبين التعريف الثاني أن العقد المركب هو الذي امتزجت أو اختلطت فيه عدة عقود و أن غرضاً واحداً يسعى إليه المتعاقد ، حيث اجتمعت فيه أحكام عدة عقود إلا أن جميعها خضعت لعقد واحد ، كما لو قال (بعثك هذه الدار مع إجارة الأخرى بكذا)^(٣).

مع الإشارة إلى أن فقهاء القانون لم يضعوا حداً فاصلاً بين مصطلح العقد المختلط أو العقد المركب ، ويبدو عندهم أن المعنى واحد سواء كان مختلطاً أو مركباً.

(١) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، مصدر سابق ، ص ١١٥.

(٢) د. أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، مصر، ص ٢٨٤.

(٣) د. عبدالله محمد العمراني ، العقود المالية المركبة ، الطبعة الثانية ، دار كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية ، ٢٠١٠م ، ص ٥٨.

وفي هذا الصدد ، ذهب البعض إلى ان عقد البدل الاضافي هو عقد غير مسمى امتزجت فيه أحكام عقدي البيع والإيجار، الا انه لا يمكن تطويع احكام عقد البيع أو عقد الإيجار لتكون احكاماً لعقد البدل الاضافي ، لأنه مستقل بنفسه وله احكام خاصة به^(١)، أي لا تخضع أحكام هذا العقد للأحكام الخاصة لهذين العقدين، إنما تكون القواعد العامة في القانون المدني هي الواجبة التطبيق^(٢).

وعلى الرغم من ان المشرع العراقي نص في المادة (٧٦) من القانون المدني على امكانية سريان القواعد العامة على العقود غير المسماة ، فقد يستفاد من تلك القواعد بما يتعلق ببعض المسائل المشتركة بين عقد البدل الاضافي وغيره من العقود المسماة دون المسائل الأخرى ، كالتسليم مثلاً ، وعليه لا بد من تقديم معالجة مستقلة تنسجم والأحكام الخاصة بهذا العقد.

لذا فعقد البدل الاضافي ذو طبيعة خاصة ، وهذه الخصوصية تعود إلى طبيعة المقابل الذي يلتزم المستأجر بدفعه للمالك ، حيث يكون مقابل العقد يضم مبلغين الأول عبارة عن مبلغ كبير يدفع مقدماً دفعة واحدة ، والثاني يكون مقسطاً على شكل اجرة دورية أقل من اجرة المثل بالنسبة للعقارات الخالية من عقد البدل الاضافي (السرقفلية) ، وهذا يقتضي تنظيم هذا العقد على نحو مستقل بالنسبة لتلك الخصائص التي ينفرد بها، فيصبح عقد مسمى وتحكمه تلك القواعد الخاصة.

(١) قاسم هيال رسن ، مصدر سابق ، ص ٢٥٧.

(٢) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٧٧ ، ص ٣٥.

مع الإشارة إلى أن العقود غير المسماة هي عقود أوجدتها إرادة الأفراد نتيجة ظهور حاجات جديدة يقتضي اشباعها بطرق تعاقدية معينة ، و هؤلاء الأفراد يستندون في ذلك على مبدأ حرية التعاقد ، فهو المبدأ قد ضمن لهم احترام ما ينشؤون من تصرفات قانونية جديدة ، لا سيما ودور الإرادة الأساس و الرئيس في نشوء جميع التصرفات القانونية المعروفة لدى الكافة ، كالبيع والأيجار والوديعة والرهن والعارية... الخ ، فمن أوجد تلك العقود هي إرادة الأفراد ، ثم بعد ذلك يأتي دور المشرع ليتدخل في تنظيم أحكامها وصياغتها على شكل نصوص قانونية ، بعضها نص أمر والبعض الآخر مفسر ، لذا فعقد البدل الإضافي هو نتاج إرادة الأطراف المتعاقدة التي لا تقل أهمية عن بقية العقود الأخرى ، وعليه لابد من إيجاد تنظيم تشريعي يوفر الحماية القانونية اللازمة لأطراف هذا العقد الجديد ، وهذا لا يكون إلا من خلال تدخل المشرع العراقي بتنظيم أحكام هذا العقد الجديد تنظيمياً مستقلاً ، مستعيناً بذلك قواعد الشريعة الإسلامية وقواعد العرف عند تناول أحكامه.

المبحث الثاني

خصائص عقد البدل الإضافي

يتمتع عقد البدل الإضافي بخصائص ينفرد بها دون سواء من العقود غير المسماة ، حيث سعى أطراف هذا العقد إلى اضافة التزامات جديدة تلبي حاجاتهم بالشكل الامثل، وكان ذلك محاولة منهم للتخلص من الالتزامات الواردة في عقد الايجار التي باتت تقف حائلاً دون تحقيق ما يسعون إليه ، فكان لهذا الباعث دور في ايجاد عقد مستحدث يتولى اشباع حاجاتهم ، إذ أضافوا على العقد خصائص تلبي تلك الحاجات وابرزها هو خاصية ثبات الأجرة وخاصية تأبيد المدة. أي إن المستأجر سيلتزم بدفع أجرة دورية ثابتة طيلة مدة العقد وليس للمالك أو المؤجر أن يطالب بزيادة الاجرة أو المطالبة بتخلية المأجور.

لذا سنحاول تسليط الضوء على هذه الخصائص من خلال تقسيم المبحث على مطلبين،

نتناول في المطلب الأول ثبات الاجرة ، فيما نخصص المطلب الثاني عن تأبيد الاجرة.

المطلب الأول

ثبات الاجرة

ذكر البعض من الفقهاء المسلمين وبعض الفقه القانوني عند تعريف عقد البدل الإضافي على أنه.... لقاء تنازله عن حقه في طلب اخلاء المأجور أو زيادة الاجرة ، فتكون الاجرة أقل بكثير من مثيلاتها الخالية من السرقة^(١). أي إن المالك أو المؤجر يتمتع عليه مطالبة المستأجر بزيادة الاجرة المتفق عليها لقاء إنتفاعه بالعين المؤجرة محل عقد البدل الاضافي.

و يبدو من خلال التعريف المتقدم ، أن المالك قد تنازل عن حقه في طلب زيادة الاجرة المتفق عليها مع المستأجر، فالأخير يظل ملزماً بدفع ذات الاجرة دون زيادة أو نقصان ، وهذا الثبات في الأجرة يشكل سمة أساسية وفريدة في مضمون عقد البدل الاضافي والتي قد لا تتوفر في العقود الاخرى ، واذا ما قارنا ذلك مع عقد الإيجار، لوجدنا ان قانون ايجار العقار رقم(٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل قد حدد في المادة(١/٤) الزيادة في الاجرة السنوية بنسب مئوية مختلفة حسب نوع العقار المعد للسكن، أي إن الأجرة قابلة للزيادة سنوياً اذا ما رغب الاطراف غير ذلك.

و لعل البعض يتساءل عن ماهية هذا الثبات في الاجرة لعقد البدل الإضافي ، فهل هو شرط اشترطه المستأجر عند التعاقد، ام هو ركن اوجده طبيعة التعامل، ليصبح ركن رابع في عقد البدل الإضافي إلى جانب التراضي والمحل والسبب ؟ كما قد يطرح التساؤل الآتي : هل أن ثبات الاجرة لا يلحق بالمالك أو المؤجر خسارة إذا ما طرأ على العملة النقدية انخفاض في

(١) ينظر في ذلك : الصفحة رقم (١١) من البحث وما بعدها.

قيمتها يجعل منها حالة من عدم التناسب بينها وبين منفعة المستأجر الكبيرة ؟ لعل الاجابة على تلك التساؤلات تتطلب منا تقسيم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول نشوء ثبات الاجرة ، فيما نخصص الفرع الثاني عن إستمرارية ثبات الأجرة في التطبيق العملي.

الفرع الأول

نشوء ثبات الاجرة

يراد من دراسة نشوء ثبات الاجرة في عقد البدل الإضافي معرفة العلاقة بين هذا الثبات في الاجرة ودوره في مرحلة تكوين العقد وتنفيذه وانتهائه ، اي معرفة حكم عقد البدل الإضافي المتضمن ثبات الاجرة ، فهل هو شرط في العقد ام ركن لا سبيل لتجاهله؟

لقد ذكرت تعريفات عقد البدل الإضافي على صعيد الفقه الاسلامي والفقه القانوني مسألة ثبات الاجرة أو عدم المطالبة بزيادتها مدة الاجارة ، إما على إنها شرط في عقد البدل الاضافي أو بوصفها ركن فيه ، لذا لابد من بيان هذه الطبيعة من خلال توزيع هذا الفرع على فقرتين الأولى باعتبار ثبات الاجرة شرط في عقد البدل الإضافي، والثانية كركن فيه، وذلك على النحو الآتي:-

اولا- ثبات الأجرة شرط في عقد البدل الإضافي: كان للفقه القانوني تقسيمات متعددة للشرط وهي على ثلاث معان^(١)، الأول شرط قانوني وهو ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده الوجود، كشرط كمال الاهلية في التعاقد^(٢) ويكون مصدره القانون، والمعنى الثاني للشرط هو

(١) أستاذتنا د.ايمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٨، ص ١٣-٢٠.

(٢) د.مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٢٤٧.

كوصف في الالتزام والذي يعلق عليه نشوء الالتزام أو زواله فهو امر مستقبل غير محقق الوقوع^(١) وأنواعه الشرط الواقف والفاسخ ومصدره الإرادة، اما المعنى الثالث للشرط هو الشرط المقترن بالعقد ومفاده ان يتقيد به حكم العقد تغييرا أو تعديلا أو اضافة^(٢)، ويكون مصدره الإرادة ايضا.

تأسيسا على ماتقدم، لا يمكن وصف ثبات الاجرة في عقد البدل الإضافي كشرط قانوني، حيث لم يتبنى المشرع تنظيم احكام العقد، وبذلك نستبعد هذا النوع من الشرط عن دائرة عقد البدل الإضافي.

اما اشتراط ثبات الاجرة كوصف لعقد البدل الإضافي فينبغي ان نميز بين وصفه كشرط واقف أو بوصفه شرط فاسخ ، فالأول يعني تعليق لنشوء العقد أو الالتزام على تحقق الشرط أو تخلفه، فإن لم يتحقق الشرط فلا ينعقد العقد ، والعكس صحيح ، فيقتضي ذلك ان يكون الشرط الواقف قبل التعاقد وليس بعده ، واذا ما اردنا ان نصف شرط ثبات الاجرة في عقد البدل الإضافي بالشرط الواقف ، فلا ينسجم ذلك الوصف وماهية الشرط الواقف ، لأن قيام الشرط الواقف انما يكون في الفترة الزمنية التي تسبق مرحلة التعاقد لا بعده ، كما وان عقد البدل الإضافي قد نشأ منجزا غير معلق منذ البداية فأصبح نافذا غير متوقف على اشتراط ثبات الاجرة .

(١) د. عبدالمجيد الحكيم، احكام الالتزام، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص ١٣٩، ود. محمد شتا ابو سعد،

الشرط كوصف للتراضي، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، مصر، ١٩٨١، ص ١٩.

(٢) د. ايمان طارق الشكري، المصدر السابق، ص ٢١.

و خلاصة لما تقدم ، يمكن ان نصل إلى نتيجة مفادها ، إن وصف ثبات الاجرة بالشرط الواقف أمر لا يمكن التسليم به في عقد البدل الإضافي ، لأن وجود الشرط يسبق عملية التعاقد لا بعدها ، والإبقاء على ثبات الاجرة يمكن ان يكون شرط متفق عليه اثناء التعاقد لا قبله، كما لا يمكن الإستيثاق من ثبات الاجرة الا اثناء تنفيذ عقد البدل الإضافي ، حيث يندرج العقد تحت طائفة العقود المستمرة التنفيذ ، والقول بغير ذلك يشكل مساسا بأصل فكرة الشرط الواقف.

اما بالنسبة للشرط الفاسخ والذي يقصد به أن يعلق عليه فسخ العقد وزوال الحق اذا ما تحقق ذلك الشرط ، فالعقد منعقد ونافذ الا انه غير لازم^(١) ، أي ان العقد قائم ونافذ حين التعاقد ومستمر فترة التعليق ، إلا أنه مهدد بالزوال اذا ما تحقق الشرط^(٢) ، وعندئذ يلتزم المدين برد ما أخذه ، أو ان يلتزم بضمانه اذا استحال عليه الرد.

وعلى فرض عدّ ثبات الأجرة شرطاً فاسخاً في عقد البدل الإضافي ، فذلك يعني للمستأجر ان يشترط على المالك أو المؤجر عدم المطالبة بزيادة الاجرة مدة عقد البدل الإضافي ، وإن تحقق الشرط الفاسخ فإنه يفضي إلى زوال عقد البدل الإضافي لحظة الانعقاد أو لحظة تحقق الشرط .

ولعل اهم نتيجة تترتب على عدّ ثبات الاجرة شرط فاسخ في عقد البدل الإضافي ، التزام المتعاقدان بان يرد كل منهما ما أخذه من الآخر أو يصار إلى التعويض عند الإستحالة .

(١) ينظر: نص المادة (٢٨٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(٢) د. منذر الفضل ، مصادر الالتزامات واحكامها ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن، ٢٠١٢ ص ٥١٣.

وتأسيساً على ذلك ، نرى ان هذا الأثر محل نظر بالنسبة لعقد البدل الإضافي ، إذ إن طبيعة ذلك العقد تسمح للمستأجر ان ينقل حق المنفعة إلى شخص آخر بالبيع والإيجار وغيره ، لأنه أصبح مالكا لها ، وله ان يتصرف بالمنفعة بأنواع التصرفات القانونية كافة، وهذا يعني إذا ما تحقق الشرط الفاسخ ، فذلك يمس تلك التصرفات الواردة على عقد البدل الإضافي و يقرر ابطالها، بمعنى ان اعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد يصبح أمراً معقداً بالنسبة لعقد البدل الإضافي.

فضلاً عن ذلك ، ان عقد البدل الإضافي يعد من العقود المستمرة التنفيذ ، و يترتب على ذلك عدم تحقق أثر الشرط الفاسخ على التصرفات الواردة على العقد، أي لا يكون هناك اثر رجعي يمس التصرفات التي سبقت تحقق الشرط ، فيمتنع على المالك أو المؤجر مطالبة المستأجر برد ما أخذه بالنسبة للماضي ، لأنه لا يمكن الرجوع في الزمن ، فيقتصر حقه بفسخ العقد بالنسبة للمستقبل ، فضلاً عن ذلك ، ما ذكرت المادة (٢/٢٨٩) من القانون المدني العراقي التي قضت بأن أعمال الإدارة تبقى قائمة على الرغم من تحقق الشرط ، وهذا يؤكد صعوبة رد المنفعة بعد ان تصرف بها المستأجر.

من كل ذلك ، يمكن ان نستنتج ان ثبات الاجرة في عقد البدل الإضافي لا يصلح ان يكون شرطاً فاسخاً ، لأن المالك أو المؤجر قد يجعل منه وسيلة للتحايل على المستأجر في عقد البدل الإضافي ، فيكون من مصلحته ان يشترط على المستأجر عدم المطالبة بزيادة الاجرة والا فالعقد يُعد مفسوخاً ، الا انه قد يخالف هذا الشرط و يعتمد إلى طلب زيادة الأجرة بهدف التخلص من العقد لإعادة منفعة العقار اليه من جديد ، فبعد انتفاعه بمقابل عقد البدل الإضافي الذي احتاجه وقت التعاقد ، فقد يسعى الى فسخ العقد.

و نرى ان ثبات الاجرة عنصر جوهري ورئيس في التعاقد ، لدوره في اثارة رضا المستأجر وحثه على ابرام عقد البدل الاضافي ، فمن مصلحة المستأجر الحصول على منفعة دائمة بأجرة ثابتة ، حيث ان مزاولة العمل التجاري لفترة طويلة قد تكون عاملا مهما في كسب ثقة العملاء به ، وامكانية تطوير تجارته اذا كان العقار محل تجاري ، أو يكون العقار مسكن فيرغب المستأجر المكوث في مدينة تتوفر فيها خدمات جيدة أو تتلائم مع وضعه الاجتماعي ، وبذلك نرى ان ثبات الاجرة في عقد البدل الاضافي يخرج من دائرة الشرط الفاسخ.

ثانيا- ثبات الأجرة ركن في عقد البدل الإضافي: يقوم عقد البدل الاضافي على ثلاثة أركان وهي الرضا والمحل والسبب ، والحال نفسه بالنسبة لأغلب العقود الاخرى ، وأحيانا يكون لبعض العقود ركن رابع مثل ركن الشكلية في عقد بيع العقار، أو ركن التسليم في عقد الوديعة أو العارية.

وقد لاحظنا سابقا، ان ثبات الاجرة لا يمكن ان يكون مجرد شرط في عقد البدل الاضافي ، بل يعد ثبات الأجرة عنصر جوهري فيه ، بل يعد قوامه وأساسه الذي نشأ عليه ، و ان مجرد تراضي الطرفين قد لا يكفي لانعقاد العقد ، فيمكن ان نضيف ركن رابع أقره العرف في وقت سابق ، حتى صار امرا لا بد منه في أغلب تعاقدات البدل الاضافي ، ونستدل على ذلك ، من خلال رغبة المستأجر وتزاممه مع غيره من المستأجرين على التعاقد على عقد البدل الاضافي (السرقفية) حيث ان الاجرة ستكون ثابتة فيه مهما طالت مدة العقد، وهذا يضمن له الانتفاع بالعقار بدون زيادة .

علاوة على ماتقدم ، ان وصف ثبات الاجرة كركن في عقد البدل الاضافي ، إنما جاء ترسيخا لمبدأ الاستقرار والثقة في المعاملات ، حيث يفوت الفرصة على الملاك أو

المؤجرين ومنعهم من طلب فسخ عقد البدل الاضافي بحجة طلب الزيادة في الاجرة ، فمتى ما تحسنت أوضاعهم المالية و اوفوا بالتزاماتهم وديونهم بفضل عقد البدل الاضافي ، عادوا بمطالبة المستأجرين لاسترجاع عقاراتهم لإعادة استغلالها أو الانتفاع بها بالمباشرة أو بالواسطة ، بعد ان حققت سمعة جيدة بفضل المستأجرين السابقين ، مستخدمين ذريعة طلب الزيادة في الاجرة تبريرا لفسخ عقد البدل الاضافي.

ومما تجدر الاشارة اليه ، ان خاصية ثبات الاجرة في عقد البدل الاضافي ليست ميزة أو خاصية للتأخير في دفع الاجرة في وقتها المحدد للمالك أو المؤجر، فإذا ما تأخر المستأجر في دفعها كان للمالك أو المؤجر الحق في طلب ابطال العقد ، وله قبل ذلك حق امتياز على منقولات المستأجر إذا لم يدفع ما يستحقه المؤجر من أجرة ، وذلك حسب نص المادة (١٣٧٤) من القانون المدني العراقي التي أعطت للمؤجر حق امتياز على المنقولات الموجودة في العقار محل عقد البدل الاضافي .

و تأسيسا على ما تقدم ، نرى إن مخالفة المؤجر لخاصية ثبات الاجرة من شأنها ان تمس جوهر العقد وأصله ، لأن هذه الخاصية اوجدتها ارادة الافراد ابتداءً ثم صارت جزءاً من العقد، بعد ان أثارت رضا المتعاقدين ودفعتهم الى التعاقد ، حتى أصبحت عرفاً بين الناس يشعرون بالزامهم وان لم يشترطوها في العقد ، فثبات الاجرة في عقد البدل الاضافي (السرقفية) تدخل في حقيقة العقد و ماهيته ، مما يجعل من هذا العقد ذو طبيعة قانونية ينفرد بها دون غيره من العقود كافة.

الفرع الثاني

استمرارية ثبات الاجرة في التطبيق العملي

أهم ما يرافق ثبات الاجرة في عقد البدل الإضافي ان يطرأ عليه تغيير في قيمة العملة النقدية، و هذا التغيير يمثل أهم تطبيق عملي لما يتركه من تأثير على العقود المستمرة التنفيذ ، بسبب التقلبات الاقتصادية- اذ ان الواقع يشير إلى انخفاض القيمة دون زيادتها في العادة - لا سيما وان خصائص عقد البدل الإضافي ان يكون للمستأجر الانتفاع بالمأجور مدة طويلة قد تصل لعشرات السنين من دون زيادة في الاجرة الدورية، حيث يُعد ذلك من الاسباب التي من شأنها اثارة رضا المستأجرين فيتزاحمون فيما بينهم للحصول على الانتفاع بالمأجور حيث يحقق ذلك نوع من الاستقرار للمستأجر مادام بقاءه في المأجور مدة أطول ، الا ان المالك أو المؤجر يستغل تلك الرغبة من قبل المستأجر، فيشترط الاجرة التي يراها تتناسب وعقد البدل الإضافي ، لا سيما ومركزه القانوني الذي يتيح له ذلك.

إلا إن ثمة عوامل اقتصادية قد تؤثر ما استقر عليه المتعاقدان في نطاق عقد البدل الإضافي ، و لعل أبرز هذه العوامل تلك التي لها صلة وثيقة بقيمة العملة النقدية ، كإصدار عملة جديدة أو ارتفاع قيم السلع والخدمات أو ارتفاع قيمة الدخل القومي لدى الافراد وغيره من اسباب التضخم الاخرى، فتكون الاجرة الثابتة المتفق عليها قد لا تتناسب والمنفعة التي يحصل عليها المستأجر، وهذا بدوره يضر بالمالك أو المؤجر، لاسيما اذا ما كانت لحظة الانعقاد قد مضت عليها مدة عشرين سنة أو اكثر، فتصبح قيمة الاجرة بخسة أو تكاد تكون تافهة، فيطالب المالك أو المؤجر بزيادة تلك الاجرة، الا ان العقد يمنعه من ذلك، فلا يوجد قانون يحدد نسبة الزيادة في الاجرة لعقد البدل الإضافي كما في قانون ايجار العقار رقم(٨٧) لسنة

١٩٧٩ المعدل، وفي إطار عقد البدل الإضافي ، فهذه العوامل من شأنها أن تؤثر على رضا أطراف العقد ، بمعنى أن رضا المتعاقدين لم يكن كما هو بالنسبة لمرحلة الانعقاد، حيث يطلب المؤجر الزيادة في الاجرة بالشكل الذي يتناسب مع المنفعة التي يحصل عليها المستأجر.

ويبدو إن الإبقاء على ذات الاجرة المتفق عليها وقت التعاقد دون زيادة من شأنه ان يخل بالتوازن الاقتصادي لأطراف عقد البدل الإضافي، لان المستأجر تكون منفعته بالعين المؤجرة أكثر بكثير مما يدفع من اجرة ، بينما يحصل المؤجر على اجرة لا تساوي أو تناسب مع حجم المنفعة الكبيرة التي تعود على المستأجر، فيحتج الاخير بما دفعه من مبلغ يشكل الجزء الاكبر كمقابل للمنفعة محل عقد البدل الإضافي، وقد يتمسك بالتزامه بالأجرة المتفق عليها سابقاً على الرغم من انخفاض قيمتها، مستندا في ذلك على آراء فقهاء الشريعة الاسلامية، كالإمامية الذين افتوا بان المدين يكون ملزماً برد مثل النقود التي قبضها يوم الدين، وان تعذر فيصار إلى قيمتها^(١).

اما الحنفية فكان لهم قولان ازاء ذلك، القول الأول وهو قول ابي حنيفة، حيث فرق بين حالتين، الأولى إذا ترك الناس التعامل بالنقود زمناً لكسادها ، فهنا تخرج عن كونها ثمناً وتزال عنها صفة الثمن ولا بيع بلا ثمن ، أما الحالة الثانية وهي إذا لم يصب النقود الكساد ، ولكن

(١) العلامة الحسن الحلبي، تذكرة الفقهاء ، الجزء الثالث عشر، مصدر سابق، ص٥٠، ابو القاسم الخوئي، المسائل المنتخبة، مصدر سابق، ص٢٧٣، و علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين - المعاملات، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص٢٢٥.

قد تنخفض قيمتها أو ترتفع ، فالبيع لا يفسخ ، والمشتري يلتزم بما ورد في العقد من ثمن ، حيث ان الرخص والغلاء لا يوجب بطلان الثمن^(١).

اما القول الثاني لابي يوسف ومحمد فلا يجدان ما يؤثر على صحة العقد اذا ما تغيرت قيمة النقود ، بل يكون للمتعاقد الخيار بين الفسخ أو اخذ قيمة النقود وقت العقد ، وتبرير ذلك يعود إلى ان طبيعة النقود دين ثابت في الذمة، وما يكون في الذمة لا يقبل الهلاك^(٢).

ويرى المالكية^(٣) والحنابلة^(٤) والشافعية^(٥) ان العقد صحيح وعلى المدين دفع الدين الذي ترتب بذمته يوم التعاقد ، أي يلتزم المدين بقيمة النقود وقت العقد دون النظر إلى قيمتها اذا ما طرأ عليها التغيير في وقت آخر، أي سواء انخفضت قيمتها أو زادت.

اما على مستوى التشريعات التي عالجت مسألة تغير قيمة النقود واثرها على التزامات المتعاقدين، فقد اورد القانون المدني المصري في المادة (١٣٤) مبدأً عاماً مفاده (إذا كان محل الالتزام نقوداً، التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي اثر)، بينما ورد في القانون المدني العراقي تطبيقاً

(١) ابو بكر مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع - تحقيق و تعليق علي محمد معوض وآخر، الجزء السابع، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣ م، ص٢٣٣.

(٢) ابن عابدين، رد المحتار على الدر المختار، الجزء السابع، مصدر سابق، ص٥٥ وما بعدها، ابو بكر مسعود الكاساني ، المصدر السابق ، ص٢٣٣.

(٣) محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - شرح محمد عlish ، الجزء الثالث، دار احياء الكتب العربية، خالٍ من مكان وسنة الطبع، ص٤٥-٤٦.

(٤) عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة، المقنع والشرح الكبير والانصاف، الجزء الثاني عشر، مطبعة هجر، الجيزة، مصر، الطبعة الاولى، ١٩٩٥، ص٣٣٣ وما بعدها.

(٥) محي الدين النووي، المجموع شرح المذهب، الجزء التاسع، بدون اسم المطبعة ومكانها وسنة الطبع، ص٣٤١.

خاصا للمبدء المتقدم وذلك في عقد القرض، فقد اوجبت المادة (٦٩٠) من القانون المدني العراقي^(١) على المدين رد مثل الاموال التي إستقرضها ولا عبرة بانخفاض أو ارتفاع قيمتها بعد القرض، اما في حالة انقطاعها عن ايدي الناس، عندئذ عليه الوفاء بتسديد قيمتها يوم القبض^(٢).

الواضح من كل ماتقدم، ان حكم التشريع المصري يتفق مع اراء الفقه الاسلامي، كما هو الحال بالنسبة للتشريع العراقي الذي يتفق مع آراء الفقهاء المسلمين بشأن حالة خلو القرض من الفائدة ، فكل قرض جر نفعاً ربا، أي ان التعامل بهذا النوع من التعاقد يكون باطل وغير جائز شرعاً، إلا إن القانون المدني العراقي قد جاء بنص مطلق ولم يميز بين القرض بفائدة أو دونها^(٣).

وبناءً على ما ذكر، أن الأجرة هي دين في ذمة المستأجر، وسبب ذلك يعود الى انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة والتي من الواجب أداؤها في وقتها المحدد للمؤجر، و ما يطرأ على قيمة الأجرة من انخفاض ، فلا يكلف المستأجر حينئذ بأكثر مما هو ثابت في ذمته ، على الرغم من انخفاض قيمة النقود ، وعدم تناسبها مع قيمة المنفعة التي يتمتع بها المستأجر، وبهذا الصدد يمكن رد دعوى المؤجر المتمثلة بطلب الزيادة لسببين:-

(١) المادة (٦٩٠) والتي تنص بالنحو الآتي:- (اذا وقع القرض على شيء من المكيلات أو الموزونات أو المسكوكات أو الورق النقدي، فرخصت اسعارها أو غلت فعلى المستقرض رد مثلها ولا عبرة برخصها وغلائها).

(٢) ينظر في ذلك : المادة (٦٩١) والتي تنص (اذا لم يكن في وسع المستقرض رد مثل الاعيان المقترضة، بان استهلكها فانقطعت عن ايدي الناس، فللمقرض ان ينتظر إلى ان يوجد مثلها أو ان يطالب بقيمتها يوم القبض).

(٣) ينظر في ذلك : المادة (١٧٢) من القانون المدني العراقي.

- ١- أن عقد البدل الإضافي ذو خصوصية معينة ، فبعض أحكام العقد تشترك فيه أحكام أكثر من عقد - كما لاحظنا سابقاً- هذا من جانب ، ومن جانب آخر بوصفه عقد مستحدث، و لم يتولى المشرع العراقي تنظيم أحكامه ، لذا لا بد من احترام إرادة المتعاقدين فيما ينشؤون من عقود تتفق وإشباع حاجاتهم على ان لا تتعارض مع فكرة النظام العام أو القانون ، كما يجب ان تلتزم تلك الإرادة بمبدأ استقرار المعاملات المالية.
- ٢- إن السمة البارزة في عقد البدل الإضافي هي ثبات الاجرة وعدم المطالبة بزيادتها ، فالثبات في الاجرة ليس مجرد شرط ذكر في العقد يمكن تعديله أو حذفه ، بل هو ركن فيه ، والاختلاف على ركن العقد يهدمه من أساسه ، لاسيما وقد استقرت المراكز المالية والقانونية للمتعاقدين ، وكل محاولات المؤجر في طلب الزيادة في الاجرة من شأنها ان تنال من العقد ، وهذا ذو بعد أخلاقي التزم به المؤجر عند التعاقد، فمن الواجب ان يحترم ما التزم به عند أبرام العقد.

المطلب الثاني

تأبيد مدة الاجارة

جرت العادة في عقد البدل الاضافي- في اغلب صوره- ان يكون عقد مؤبد غير محدد بمدة ، و تأبيد المدة في العقد من شأنه ان يلزم المالك أو المؤجر بعدم مطالبة المستأجر بتخلية العقار محل البدل الاضافي ، حيث أن المستأجر قد اشترى منفعة العقار من المالك ، وهذا ما يمنع الأخير من مطالبة الأول بالتخلية.

و إرتباطا بما تقدم ، فإن هناك جملة من التساؤلات القانونية المهمة التي لا بد من الوقوف عندها من قبل الباحث ، منها ما هو تقدير القيمة القانونية للمدة المؤبدة في عقد البدل الإضافي؟ وهل يمكن للمالك الإستناد إلى حالات الضرورة الملجئة للمطالبة بتخلية العقار محل عقد البدل الاضافي؟.

للإجابة على التساؤلات السابقة ، سنقوم بتقسيم الكلام في ذلك المطلب على فرعين ، الأول يتناول أدلة تأبيد المدة في عقد البدل الاضافي ، والثاني يبين استمرارية تأبيد مدة الاجارة في التطبيق العملي.

الفرع الاول

أدلة تأييد المدة في عقد البدل الإضافي

من خلال تتبع تعريفات الفقه الاسلامي لعقد البدل الإضافي أو ما تم عرضه من عمومات الكلام في مشروعية التعامل به ، يظهر إن ذلك الفقه عدّ تأييد المدة في عقد البدل الإضافي ركن أساس في تكوين العقد وقوامه ، وهذا جاء عن تصور حقيقي يمثل انعكاسا لما درج عليه الافراد من اتفاقات بشأن هذا العقد المستحدث ، و دالا بوضوح على دور العرف في نشوءه وانتهائه، وليبيان فكرة تأييد المدة في عقد البدل الإضافي لابد من دراستها في الفقه الاسلامي والقانون من خلال الفقرتين الآتيتين:-

أولاً- أدلة تأييد المدة في الفقه الاسلامي :- كان للفقه الإسلامي دورا كاشفا عن فكرة تأييد المدة في عقد البدل الإضافي ، وهذه رغبة طائفة من الافراد الذين اتجهت ارادتهم إلى ايجاد هذا النوع من التعامل والتي من بينها عقد البدل الإضافي ، فضلاً عن المصلحة التي هي من أوجدت العرف ، حتى صار فيما بعد قاعدة عرفية لا يمكن تجاهلها عند ابرامه ^(١). لقد كان هناك شبه إجماع لدى فقهاء الشريعة السلامية على ان حق المستأجر في الانتفاع بالعقار محل عقد البدل الإضافي هو حق مؤبد ، من خلال عدم امكانية المؤجر أو المالك من مطالبته بالتخلية مقابل ما قبضه من مال إزاء الحق في عقد البدل الإضافي ، كما ان جانب كبير منهم ذهب الى ان المالك أو المؤجر قد باع حق المنفعة للمستأجر ^(٢)، و على الأغلب يمتنع على البائع الرجوع عن بيعه.

(١) راجع الفصل الاول صفحة (١١) من البحث وما بعدها.

(٢) راجع الفصل الثاني صفحة (٧٥) من البحث وما بعدها.

لقد ارتبطت فكرة تأييد المدة بإثارة رضا المتعاقدين وتزاحمهم على التعاقد ارتباطاً وثيقاً ، بل وجد نوع من التلازم بين أركان العقد و تأييد المدة ، فلم تعد - أهلية التعاقد و سلامتها من العيوب مع وجود عقار صالح للانتفاع به كمحل لعقد البدل الإضافي أو ضرورة توفر سبب مشروع - أركاناً تكفي لوجود العقد مالم يكن هناك تأييد لمدته (في أغلب صورته) ، أي يوجد العقد متى وجد الرضا والمحل والسبب مع المدة المؤبدة وذلك على نحو متلازم ، فإذا تخلف احدهم أختل العقد وتعدر انعقاده.

لذا فإن فكرة تأييد المدة في عقد البدل الإضافي تمثل قوام العقد و إحدى مرتكزاته الأساسية، إذ من الملاحظ ان خاصية تأييد المدة قد شكلت دافعاً للتعاقد اتخذته الأطراف كركن في العقد فصار يرافق لحظة نشوءه ، بل قد يسبق زمن الاتفاقات الممهدة للتعاقد ، حيث ان المستأجر لم يتعاقد على ان يكون طرفاً في العقد إلا لتأييد مدته و ثبوت الأجرة فيه .

ثانياً - أدلة تأييد المدة في القانون:- أما على صعيد التشريع فقد نصت المادة

(١/٧٤٠) من القانون المدني العراقي على إمكانية تأييد المدة في نطاق عقد الإيجار فيكون للمتعاقدین فسخ العقد متى ما انتهت مدة الثلاثين سنة من التعاقد^(١) ، أي ان المشرع العراقي لم يمنع تأييد مدة الانتفاع في المأجور طالما كان المتعاقدان يرغبان في ذلك ، وهذا يسمح لنا بالقول بإمكانية جعل المدة في عقد البدل الإضافي قابلة للتأييد إذا اتفق على ذلك طرفي التعاقد ، طالما لم يمنع المشرع تأييد المدة في الإيجار.

(١) المادة (١/٧٤٠) والتي تنص بالشكل الآتي (إذا عقد الإيجار لمدة تزيد على ثلاثين سنة أو اذا كان مؤبداً جاز انهاءه بعد انقضاء ثلاثين سنة بناء على طلب احد المتعاقدين، مع مراعاة المواعيد القانونية المنصوص عليها في المادة التالية ويكون باطلاً كل اتفاق يقضي بغير ذلك).

كما ذهب الفقه القانوني إلى إمكانية تأييد المدة في عقد الإيجار، فمنهم^(١) من دافع عن الرأي المتقدم مستبعدا في ذلك بطلان تلك العقود حيث لا يوجد مبرر لبطلان العقد إذا كانت مدته مؤبدة ، بل إن القانون رتب الآثار اللازمة على العقود التي تكون مدتها غير مؤقتة ، وآخر قد أيد ذلك^(٢) إلا أنه اشترط ضابط أو معيار يعتمد في تكييف العقد الأبدي ، وهذا المعيار هو اتجاه إرادة الأطراف صراحة نحو إبرام عقد أبدي وبالتالي يهمل أي تاويل يتعارض مع تلك الإرادة الصريحة ، أي عدم معيار الإرادة الصريحة معيارا وحيدا لتأييد العقد إذ ذكر ذلك على النحو الآتي: (ولا مجال للاعتداد بالإرادة الضمنية لأنها تكون باباً كبيرة للتأويل يكرس مفهوما ذاتيا للأبدية)^(٣).

إلا أن آخر يرى^(٤) أن بقاء المستأجر في العقار محل عقد البدل الإضافي على وجه التأبيد هو تقييد لحق المالك من المطالبة بالتخلية ، حتى عند نهاية المدة المتفق عليها ، فضلا عن الحد من حريته في إيجار العقار للغير.

و يمكن أن نرد على ذلك بالنحو الآتي : أن القول بمنع المالك من المطالبة بتخلية العقار وتقييده قولٌ فيه مغالاة ، فالأخير قد تنازل عن حقه في العقد مقابل بدل نقدي و بموجبه خول المستأجر البقاء في العقار إلى مدة غير محددة من حيث الأصل، و بعبارة أكثر وضوحا ، يمكن أن نستنتج أن تعاقد المالك في عقد البدل الإضافي هو عبارة عن بيع للمنفعة

(١) د. عبد الناصر توفيق العطار، الأجل في الالتزام ، خالٍ من مكان و تاريخ الطبع ، ص ٣٦٨.

(٢) د. رابحة الغندري ، الأجل في الالتزام ، مركز النشر الجامعي ، تونس ، ٢٠١٦، ص ١٩٧.

(٣) المصدر نفسه ، ص ١٩٩.

(٤) أمل المرشدي ، دراسة هامة حول بدل الخلو في القانون ، بحث منشور على الموقع الآتي:-

، وليس من حق البائع ان يطالب بإرجاع المبيع بعد قبضه الثمن ، لا سيما و ان التعاقد قد جرى بمحض ارادة وحرية المالك وبلاستناد إلى مبدأ حرية التعاقد الذي يبيح للمتعاقدين الاتفاق على ان ينشئوا ما يشاءوا من العقود إلا تلك التي تخالف فكرة النظام العام أو الآداب^(١) ، فمالك العقار لا يملك اخراج صاحب عقد البدل الاضافي و لا يمكن له ان يؤجرها لغيره مالم يدفع له قيمة البدل الاضافي^(٢) ؛ فضلا عن ذلك ، فالقانون لم يبطل الاتفاقات التي من شأنها تأبيد المدة فيها ، أي ان ذلك يضمن للمستأجر مدة إشغال طويلة للعقار محل عقد البدل الاضافي تتناسب مع قيمة ما دفعه للمالك من بدل ، وهذا بمجمله يحقق التوازن بين المتعاقدين ، بل ان بعض التشريعات المقارنة تضمنت هكذا نوع من التعامل على ان يكون البدل الاضافي هو تعمير العقار وتحسينه مقابل أجرة سنوية بسيطة ، وتكون مدته ممتدة لثلاث أجيال^(٣).

و يرى آخر^(٤) ان مقابل البدل الاضافي إنما كان مقابل تملك المستأجر لمنفعة دون تملك رقبته ، وان لم تحدد بمدة أو زمن معين ، فهذا العقد إنما هو بيع لجزء من منفعة العقار للمستأجر على التأبيد دون ان يكون للمالك أو المؤجر الحق في طلب تخلية المأجور من قبل المستأجر ويكون ذلك على الدوام والاستمرار ، إلا إذا وجد اتفاق يقضي بغير ذلك ، أو أن المستأجر قد تنازل عن الحق .

(١) د.منذر الفضل ، مصدر سابق ، ص٤٤. و د ، عبد المجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ص٣٧.

(٢) ابن عابدين ، الجزء السابع ، مصدر سابق ، ص٤٠.

(٣) د. سليمان مرقس ، عقد الإيجار ، المجلد الثاني ، مصدر سابق، ص٩١٢.

(٤) مشهور حسن محمود سلمان ، مصدر سابق ، ص٢٠-٢١.

و خلاصة ما سبق ، يمكننا القول أن لتأبيد المدة دور أساس في تحديد طبيعة العقد و تنفيذه، فهذه الصفة الخاصة بعقد البدل الإضافي لا تعد صفة عرضية أو تراخي زمني يرافق تأجيل تنفيذ التزامات العقد ، بل ان وظيفة تأبيد المدة في العقد تنمهي مع أركان العقد الأخرى ، كما ان وصف المدة في عقد البدل الإضافي بالمؤبدة لا ينافي مقتضى العقد ، بل انها تعكس خصوصية العقد وطبيعة مقتضاه.

فما دام المستأجر شاغلا لمنفعة العقار محل عقد البدل الإضافي ، وملتزم بدفع الاجرة المتفق عليها مع بقاء العين المؤجرة وهي بحالة يصلح الانتفاع بها ، فلا يمنع ذلك من القول بتأبيد المدة ، لاسيما وان بعض العقود تسمح بتأبيد المدة ، كما لو كان العقار خرابا يحتاج إلى ترميم أو اعادة بناء فلا يرغب باستئجاره الا لمدة طويلة حتى يمكن تعمييره والانتفاع به^(١)، إن صحة القول في تأبيد مدة عقد البدل الإضافي يستند على أهم مصدرين من مصادر التشريع في القانون العراقي ، الاول العرف، حيث كان لهذا المصدر دور فعال في تنظيم أحكام العقد وبيان خصائصه الأساسية ، ولعل ابرزها خاصية تأبيد المدة. أما المصدر الآخر، فهي الشريعة الإسلامية التي كان لها الدور ايضا في بيان الموقف المؤيد على تأبيد المدة في العقد ، من خلال ما تضمنته دراسات وعمومات بحوث أغلب الفقهاء المسلمين وتأبيدهم الواضح لتأبيد مدة عقد البدل الإضافي ، مع العرض أن هذين المصدرين قد نصت عليهما المادة (٢/١) من القانون المدني العراقي ، فكل ذلك يؤكد دعوتنا الى ضرورة تدخل المشرع العراقي في تبني تنظيم أحكام عقد البدل الإضافي ، لضمان المحافظة على حقوق المتعاقدين

(١) د. سليمان مرقس ، عقد الإيجار ، المجلد الثاني ، مصدر سابق، ص ٩٠١.

من جهة، وحث القضاة على الاسراع في حل النزاعات التي قد تنشأ عنه و من دون الاعتماد على اجتهاداتهم وما يرافقها من اختلاف في الحلول ، من جهة أخرى.

الفرع الثاني

استمرارية تأييد مدة الاجارة في التطبيق العملي

قد تواجه فكرة تأييد المدة في عقد البدل الاضافي بعض التطبيقات العملية التي من شأن بعضها أن تمس اساس هذه الفكرة و تؤدي إلى عدم الاستمرار في تأييد المدة ، فتحوله من عقد مؤبد إلى عقد مؤقت أو محدد بمدة ، و أهم النتائج التي تترتب على ذلك هي إلزام المستأجر بتخلية العقار محل عقد البدل الإضافي ، ومثال ذلك ، كما لو استحق العقار محل عقد البدل الاضافي للغير أو تقرر استملاكه للمنفعة العامة وغير ذلك ، ففي هذا الحالة يفسخ عقد البدل الاضافي و يكون للمستأجر حق الرجوع على المالك ، وعندئذ يستعان بالقواعد العامة المقررة في القانون المدني في حالة رجوع المستأجر على المالك.

و قد يكون من التطبيقات العملية ما نصت عليه المادة (١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، والتي بدورها تنقسم إلى اسباب قانونية تعود إلى المستأجر ، وأخرى تعود للمؤجر، فهل هذه الاسباب مؤثرة إلى حد ما في انتهاء عقد البدل الاضافي أم هي اسباب خاصة بعقد الايجار حصرا و لا تتعدى إلى غيره من العقود الأخرى ؟، ولعل الاجابة قد تتضح بعد دراسة تلك الاسباب القانونية كلا على حدة ، من خلال الفقرتين الآتيتين:-

أولاً- اخلال المستأجر في دفع الاجرة :

مما لاشك فيه، ان عقد البدل الاضافي يُعد من العقود الملزمة للجانبين ، فإذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزاماته ، جاز للطرف الآخر ان يمتنع كذلك عن تنفيذ التزاماته ، أي إذا لم يلتزم

المستأجر بعد انذاره بدفع الاجرة المقررة للمالك ، و عندئذ يكون للأخير أن يطلب فسخ العقد مع التعويض ، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٨٢) من القانون المدني العراقي^(١).

كما يراعى في ذلك ، ما اشارت اليه المادة (١/١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل (إذا كان العقار مخصص لأغراض السكن)، حيث أجازت للمؤجر ان يطلب من المستأجر تخلية العقار المأجور، إذا لم يدفع المستأجر قسط الايجار المتفق عليه، بعد مرور سبعة أيام على استحقاق الاجرة وعدم الاستجابة للإنذار.

وبهذا الصدد يمكن القول ، ان تطبيق النصين اعلاه ، أمر يُعد مقبولاً ، و لا اشكال فيه في نطاق عقد الايجار، الا ان تطبيقهما في إطار عقد البدل الإضافي أمرٌ لا يمكن تصوره ، حيث ان المستأجر قد تملك منفعة العين محل عقد البدل الاضافي ببديلين، الأول عبارة عن مبلغ كبير يدفع عند التعاقد ، و البدل الآخر يكون على شكل أجرة ثابتة تستحق الاداء عن كل شهر أو عن كل سنة و ذلك حسب اتفاق الطرفين ، و في ضوء هذه الحالة ، يمكن أن يرد التساؤل الآتي: هل يكون للمؤجر الحق في ان يطلب فسخ عقد البدل الاضافي ، بعد ان قام المستأجر بدفع البدل الأول بالكامل ، الا انه أخل في تسديد البدل الاخر؟.

نعتمد ان الاجابة على ذلك ، تقتضي ضرورة تدخل المشرع لتنظيم احكام هذا العقد المستحدث ، فحالة إخلال المستأجر في دفع الاجرة الدورية المترتبة على عقد البدل الاضافي

(١) نص المادة(٧٨٢): (إذا اخل احد الطرفين بالالتزامات التي يفرضها عليه عقد الايجار، كان للطرف

الآخر ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له محل، وذلك بعد انذاره بتنفيذ التزامه).

تعدّ من الاحكام التي بحاجة لمعالجة تشريعية ، حيث ان القواعد العامة التي يستعين بها القاضي لحل مثل هذا الاخلال من جهة المستأجر والتي تتمثل بفسخ عقد البدل الاضافي استجابةً الى طلب المؤجر، قد لا تحقق العدالة بين المتعاقدين او لا توازن بين التزاماتهم التعاقدية ، مالم يتضمن الحكم إجبار المؤجر على رد البدل الكبير المقبوض من المستأجر، على ان يقتطع ما يقابل المنفعة التي انتفع بها المستأجر بعد ذلك الإخلال ، الا ان مشكلة أخرى تواجه هذا الحكم خاصة إذا ما كان المؤجر قد قصد بيع منفعة العقار للمستأجر. ولو فرضنا جدلاً ان الحكم المتقدم قد يتناسب واخلال المستأجر بدفع الاجرة الدورية ، الا ان ذلك يقتصر على صورة واحدة من صور عقد البدل الاضافي ، والمتمثلة بالعقد المبرم بين مالك العقار والمستأجر الأول ، فلا يشمل الصورة الثانية (العقد المبرم بين المستأجر الأول والمستأجر الثاني) التي من الممكن تحتاج الى حكم مغاير عما سبق في الصورة الأولى ، وهنا نؤكد ضرورة تدخل المشرع في إيجاد الحلول التشريعية التي تناسب وحالات الاخلال بالتزامات المتعاقدين ، إذا ما اتجهت رغبته صوب تنظيم أحكام عقد البدل الاضافي.

ثانيا- حاجة المؤجر للعقار محل عقد البدل الاضافي :

قد تُلجأ المؤجر ظروف من شأنها ان يطلب من المستأجر فسخ العقد لشغل العقار محل عقد البدل الاضافي ، فهل للمؤجر الحق في طلب التخلية أم لا ؟

قبل الاجابة عن ذلك ، لا بد من التفريق بين أمرين ، الأول إذا كان العقار محل عقد البدل الاضافي من العقارات المعدة للسكن، عندئذ ينظر إلى الحالات التي حددتها المادة (١٢/١٧) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل و التي تسمح للمالك بمطالبة المستأجر بتخلية العقار المأجور لينتفع به لنفسه ، أي أن تقدم مصلحة المالك على

مصلحة المستأجر، لا سيما و إن المالك قد الجأته ضرورة ملحة للانتفاع بملكه مما دفعه لمطالبة المستأجر بتخلية المأجور. أما الامر الثاني : إذا كان العقار من العقارات غير المعدة للسكن ، ومدة العقد غير محددة ، و المالك قد طلب تخلية المأجور لحاجته اليه ، فهنا لا سبيل الا بتطبيق نص المادة (٧٤١) من القانون المدني العراقي ، والتي اجازت لأحد أطراف العقد ان يطلب انتهاء العقد إذا نبه المتعاقد الآخر بالإخلاء في المواعيد المنصوص عليها في هذه المادة.

و مما لا شك فيه ، ان الحلول المفترضة لا تتسجم إلا مع العقارات التي تخضع لأحكام قانون ايجار العقار والقانون المدني ، أما بالنسبة للعقار محل عقد البدل الاضافي فإنه يخضع لأحكام خاصة ومستقلة عن غيره من العقود المسماة ، وخصوصية هذا العقد قد نشأت بسبب ما يدفعه المستأجر من بدلين للمالك مقابل تنازل الاخير عن حقه في طلب التخلية و زيادة الاجرة ، وعلى الرغم من ذلك، فقد يتصالح المستأجر مع المالك على تخليته للعقار، كما لو دفع المالك للمستأجر المبلغ الكبير المقبوض عند التعاقد، منقوصاً منه ما يعادل انتفاع المستأجر بالعقار المأجور، ويمكن لنا ان نفسر قبول المستأجر ذلك إنما يعود الى بعد أخلاقي أو شرعي يركن اليه المستأجر أو أن رغبة الاخير في تخلية للعقار كانت من أجل عدم إكراه المالك من الاستمرار بالتزامات عقد البدل الاضافي.

و عليه ، فان الحكم ينطبق على صورتَي عقد البدل الاضافي ، أي مستوى الامر إذا كان

التعاقد بين المالك و المستأجر أو بين المستأجر الجديد والمستأجر القديم.

الفصل الثالث

أحكام عقد البدل الإضافي

يرتب العقد آثاره القانونية إذا ما استوفى أركانه وشروطها اللازمة ، حينئذ يقع على عاتق طرفيه أداء ما التزما به ، لذا فعقد البدل الإضافي إذا ما انعقد صحيحاً فإنه يلزم المالك والمستأجر بالتزامات متقابلة ، وتلك الالتزامات يمكن لنا ان ندرجها تحت طائفة العقود الملزمة للجانبين ، أي ان عقد البدل الإضافي من العقود الملزمة للجانبين ، فللمستأجر ان ينتفع بالعقار محل عقد البدل الإضافي انتفاعاً هادئاً لا يعترضه الغير أو يعتريه عيب خفي وغير ذلك وهذه هي التزامات المالك ، هذا من جانب ؛ ومن جانب آخر، ان المستأجر يلتزم بدفع مبلغين للمالك مقابل انتفاعه بالعقار، و له ان يتصرف بالمنفعة بيعاً أو إيجاراً أو هبةً ، لأنها صارت من ملكه، لكن من دون ان يتعدى حدود العقد .

وعلاوةً على ذلك يكون للمستأجر ان ينقل حقه في منفعة العقار للغير من خلال الوصية حال حياته ، أو ان تؤول تلك المنفعة لورثة المستأجر بعد مماته ، وهذه هي حقوق العقد .

و من أجل الاحاطة بموضوع احكام عقد البدل الإضافي ، لا بد من البحث في أهم الالتزامات الناتجة عنه ، ومدى امكانية صحة تصرف المستأجر بالحق الذي آل اليه من خلال هذا العقد ، وذلك من خلال تقسيمه على مبحثين ، نتناول في المبحث الأول أهم الالتزامات الناشئة عن عقد البدل الإضافي ، بينما سنخصص المبحث الثاني عن انتقال الحق في عقد البدل الإضافي .

المبحث الاول

الالتزامات الناشئة عن عقد البدل الإضافي

إن مرحلة آثار كل عقد تُعدّ من المراحل المهمة والرئيسة التي يقصدها المتعاقدان، بل هي ثمار العقد ونتاجه ، و لاشك في ان عقد البدل الاضافي يتضمن هو الآخر مجموعة من الالتزامات والحقوق التي يسعى أطرافه بالحصول عليها، إلا ان هذه الآثار غير منظمة تنظيم تشريعي ، لذا فقد يصعب على المالك والمستأجر معرفة حقوقهم والتزاماتهم ، وقد يصعب معرفة ذلك على القضاة كذلك ، عندما ينظروا في النزاع المعروض أمامهم تحديد تلك الحقوق والالتزامات.

وارتباطاً بما وصلنا اليه عند الكلام من تكييف عقد البدل الاضافي على انه عقد مركب من بيع وإيجار للمنفعة ، لذا فإن اغلب احكامه تستمد من احكام عقدي البيع والإيجار، وحينذاك سيكون العقد خاضعاً لبعض الالتزامات التقليدية في العقدين اعلاه، وان كان هناك اختلاف جزئي في تفصيلاتها.

لذا سنركز في الغالب على التزامات المالك أو المؤجر دون المستأجر ، حيث ان المستأجر يلتزم بدفع ما يقابل انتفاعه بالعين المؤجرة، سواء ما يتعلق بالمبلغ الكبير أو تلك الاجرة المتفق عليها، كما يلتزم المستأجر بالمحافظة على العقار المأجور و استخدامه للغرض المخصص له، وغيرها ، ونؤكد ان عدم التطرق لتلك الالتزامات ، غايتنا تجنب تكرار تلك الاحكام المنصوص عليها في نصوص القانون المدني.

وعليه ، سنقسم هذا المبحث على ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الأول الالتزام بالتسليم، وفي المطلب الثاني الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق، فيما نخصص المطلب الثالث لضمان العيوب الخفية.

المطلب الاول

الالتزام بالتسليم

مر بنا سابقا عند الكلام عن تكييف عقد البدل الإضافي بأنه ذو طبيعة مزدوجة، أي ان هذا العقد تشترك فيه احكام عقدي البيع والإيجار ولعل من ابرز ما يترتب عليه من احكام، هو الالتزام بالتسليم، والذي يعد من اهم الالتزامات الملقاة على عاتق البائع والمؤجر ، اذ يعتبر الالتزام بالتسليم من الالتزامات الرئيسية التي تندرج تحتها بقية الالتزامات الاخرى الناشئة عن هذين العقدين .

و ننوه الى مسألة غاية في الاهمية ، تُبين ان حقيقة التسليم في عقد البدل الاضافي تقترب كثيراً من عقد الإيجار، وتبتعد قليلاً عن عقد البيع ، لأن الاول يرد على المنفعة دون الملكية ، فلا يمكن الانتقال بالعقار في عقد البدل الاضافي دون تسليمه للمستأجر، بينما يرد الثاني على المنفعة والملكية معاً ؛ و للإحاطة بشكل موجز عن هذا الالتزام سنقسم الكلام فيه على فرعين وذلك على النحو الآتي:

الفرع الاول

الالتزام بالتسليم في الفقه الاسلامي

لا تختلف أحكام التسليم في الفقه الاسلامي عنها في التشريعات المدنية كثيراً ، فالبائع أو المؤجر - على فرض لا خلاف على التسليم بين المتعاقدين - ملزم بتسليم ما بذمته

للطرف الآخر ، ليتمكن من الانتفاع بالمبيع أو العين المؤجرة ، وهذا الانتفاع لا يتحقق بغير التسليم سواء كان تسليماً حقيقياً أو حكماً.

لقد اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بهذا الالتزام في بحوثهم ودراساتهم وفتواهم ، واعتبر البعض من فقهاء الإمامية أن من شروط البيع أن يكون مقدوراً على تسليم المبيع (والتسليم أمر آخر غير التسلم والمقصود منه حصول المبيع بيد المشتري بغير مانع ..)^(١)، فالواضح من ذلك أن المشتري ملزم بتسلم المبيع متى ما نفذ البائع التزامه بالتسليم على شرط لا يحول بين المشتري والمبيع مانع ، أي وجوب تسليم المبيع بالشكل الذي يحقق حصول المشتري على منافع المبيع من غير مانع شرعي أو مادي .

ولقد اختلفت بعض الآخر من الإمامية^(٢) أن على المتبايعين تسليم العوضين عند انتهاء العقد إذا لم يشترط التأخير، وأن لا يمتنع أحدهما عن ذلك إذا كان الآخر قد سلم ما بذمته والا اجبر الممتنع على التسليم.

ويمكن تفسير ذلك، أن على المتعاقدين في الحالة التي يشترط فيها تعجيل العوضين أن يكون كلا طرفي البيع مستعداً لتنفيذ ما بذمته للآخر ، شرط أن يكون تسليم المبيع بعد أن يتسلم البائع الثمن، أما إذا لم ينفذ البائع التزامه بالتسليم أجبره المشتري على ذلك ، بمعنى

(١) زين الدين العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية عشر ، مطبعة شريعت ، قم ، إيران ، ١٣٨٢ هـ، ص ١٩٨-١٩٩ .

(٢) أبو القاسم الموسوي الخوئي ، المسائل المنتخبة العبادات والمعاملات، مصدر سابق ، ص ٢٣٢، و علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، مصدر سابق، ص ٤٧، و عبد الأعلى الموسوي السبزواري، جامع الاحكام الشرعية ، الطبعة التاسعة ، مطبعة باقري ، قم ، إيران ، بلا سنة الطبع ، ص ٢٨٠ .

آخر، ان الامامية يشترطون التسليم اولا ثم التسلم بعد ذلك، وهذا القول يمكن الاتفاق على خلافه.

وجاء عند الحنفية^(١) (...فتسليم المبيع إلى المشتري هو جعل المبيع سالما للمشتري أي خالصا له بحيث لا ينازعه فيه غيره، وهذا يحصل بالتخلية، فكانت التخلية تسليما من البائع والتخلي قبضا من المشتري ، وكذا هذا في تسليم الثمن إلى البائع ، لأن التسليم واجب ومن عليه الواجب لابد وان يكون له سبيل الخروج عن عهدة ما وجب عليه ، والذي في وسعه هو التخلية ورفع الموانع ، فأما الإقباض فليس في وسعه لأن القبض بالبراجم (بالأصابع) فعل اختياري للقابض فلو تعلق وجوب التسليم به لتعذر عليه الوفاء بالواجب وهذا لا يجوز)، وبذلك يكون لزاما على البائع تسليم المبيع ووضعه تحت تصرف المشتري بغض النظر عن قبض الاخير للمبيع من عدمه، فوجوب التسليم من جهة البائع يقتدرن بتسليم ما بذمة المشتري من ثمن للأول ، وهذا ما اكده البعض من الاحناف^(٢) على انه يشترط على المشتري تسليم الثمن اولا اذا كان الثمن حالا.

(١) ابو بكر مسعود الكاساني ، مصدر سابق، الجزء السابع، ص ٢٣٧.

(٢) ابن عابدين ، رد المحتار على الدرر المختار شرح تنوير الابصار -دراسة وتعليق عادل احمد عبدالموجود و محمد علي معوض ، الجزء السابع، طبعة خاصة ، دار عالم الكتب ، الرياض ، السعودية ، ٢٠٠٣م ، ص ٩٣.

اما بالنسبة للمالكية فان تسليم العقار عندهم يكون بتخليته من جهة البائع (...وقبض العقار بالتخلية وغيره بالعرف)^(١) ، وإلى نفس المعنى قال به الشافعية(وقبض العقار تخليته للمشتري وتمكينه من التصرف ، بشرط فراغه من امتعة البائع....)^(٢).

اما الشافعية^(٣) فكان لهم رأي يتمثل بأن (تسليم الاجرة في المجلس ، واجارة العين لا يشترط ذلك فيها) أي لا يشترط تسليم المأجور في مجلس العقد، فيكون التسليم بعد العقد، والواجب ان تدفع الاجرة بمجلس العقد، ويبدو ان عدم تسليم المأجور في مجلس العقد، انما يتماشى وطبيعة ونوع العين المؤجرة ، كما لو كان عقارا أو دابة وغيرهما .

اما الحنابلة^(٤) فقد اشترطوا القبض في مجلس العقد ، اذ ان تأخير تسليم المبيع ينافي مقتضى العقد لأن مقتضى البيع ملك المبيع ومنافعه.

و من كل ما تقدم ، يمكن القول بأن البائع يلتزم بتسليم المبيع للمشتري بعد تخليته من الشواغل، اذا كان الثمن حالا ودفعه المشتري للبائع ، والا كان له الحق في التنفيذ الجبري لاستلام المبيع أو طلب الفسخ، هذا فيما يتعلق بالمبيع .

(١) محمد الامير الكبير ، الاكليل شرح مختصر خليل ، مكتبة القاهرة ، مصر ، (لم يذكر تاريخ الطبع)، ص٢٧٨.

(٢) محي الدين ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، منهاج الطالبين وعمدة المفتين ، الطبعة الاولى ، دار المنهاج ، جدة ، المملكة السعودية ، ٢٠٠٥، ص٢٢٥.

(٣) محي الدين يحيى بن شرف النووي ، مصدر سابق ، ٣٠٧.

(٤) ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المغني - تحقيق د.عبدالله عبدالمحسن التركي و د.عبد الفتاح محمد الحلو ، الجزء السادس ، الطبعة الثالثة ، دار عالم الكتب ، الرياض ، المملكة العربية السعودية، ١٩٩٧م ، ص١٦٦-١٦٧.

اما بالنسبة لتسليم المأجور ، فقد أكد الامامية^(١) على وجوب تسليم الاجرة لتسليم العين المؤجرة ، فلا تستحق الاجرة قبل تسليم المأجور ، فإذا امتنع المؤجر من تسليم العين للمستأجر بعد ان قبض الاجرة ، كان للمستأجر ان يجبر المؤجر على التسليم والا فسخ العقد واخذ الاجرة.

ولم يختلف الاحناف كثيرا عن الرأي المتقدم ، فجاء عندهم (يجب على الأجر تسليم المستأجر عقيب العقد، وليس له ان يحبس المستأجر لاستيفاء الاجرة لأن الاجرة لا تجب بنفس العقد عندنا)^(٢)، فالواجب الرئيس على المؤجر ان يسلم المأجور بعد العقد مباشرة. فالحنابلة^(٣) اشترطوا بدء تملك المنفعة من حين العقد ولحظة قبض المأجور، فهو زمان قبض المنفعة، (ان المستأجر يملك المنافع بالعقد كما يملك المشتري المبيع بالبيع....فقبض الدار ها هنا قام مقام قبض المنافع) أي ان الانتفاع بالعقار المأجور يبدأ لحظة الانعقاد ويكون التسليم حكماً بالنسبة للمنفعة وحقيقياً بالنسبة للعقار، وليس العكس صحيح.

(١) زين الدين العاملي ، مصدر سابق ، ص ١٣، و ابو القاسم الخوئي ، المسائل المنتخبة العبادات والمعاملات ، مصدر سابق ، ص ٢٥٤، و علي الحسيني السيستاني ، مصدر سابق ، ص ٨٥.

(٢) علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٤ ، ص ٣٤٧. والكاساني ، الجزء الخامس ، مصدر سابق ، ص ٥٣٧.

(٣) ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة ، الجزء الثامن ، المصدر السابق ، ص ٢٥.

الفرع الثاني

الالتزام بالتسليم في القانون

لقد اكدت التشريعات المقارنة ، الاهتمام على التسليم في عقدي البيع والايجار ، ومن هذه التشريعات القانون المدني العراقي اذ نصت المادة (٥٣٦) (على البائع ان يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن ، ولو شرط اخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز) وان تسليم المبيع يحصل بالتخلية بين المبيع والمشتري^(١)، كما نصت المادة (٧٦٨) من ذات القانون على استيفاء المنفعة او بالتمكن من استيفاءها وان لم تسوف فعلاً في حالة لم يشترط تعجيل او تأجيل الاجرة ، أما في حالة تعجيل الاجرة فيتم الرجوع الى نص المادة (٧٤٢) من ذات القانون التي الزمت المؤجر بضرورة تسليم المأجور للمستأجر بعد قبضه الأجرة المعجلة، ومثله اشار التشريع المدني المصري في المواد (٤٣٥, ٤٣١) على التزام البائع بالتسليم ووضع المبيع تحت تصرف المشتري ، كما ذكرت المادة (٥٦٤) منه ان من التزامات المؤجر تسليم العين المؤجرة وملحقاتها للمستأجر بحالة تصلح معها لأن تفي بالمنفعة المقصودة .

و من خلال ماتقدم ، نرى إمكانية الاستفادة من احكام التسليم في عقدي البيع والايجار لتنظيم احكام عقد البدل الإضافي ذو الطبيعة الخاصة، فالمالك يسلم العين المؤجرة لدافع البدل الإضافي حتى ينتفع بها ، وهو في ذات الوقت يبيع منفعة العين للمستأجر دون نقل ملكيتها، والواضح ان التسليم في كلا العقدين يتطلب تسليم العين للانتفاع بها لأن ذلك لا يتحقق الا

(١) المادة (١/٥٣٨) القانون المدني العراقي .

بالتسليم، لذا فلا نجد هنالك اختلاف كبير في تسليم العين في عقد البدل الإضافي، ومن ذلك يمكن اخضاع احكام تسليم محل عقد البدل الإضافي للقواعد العامة في القانون المدني^(١).

و خلاصة لماتقدم ، لا بد من الاشارة الى مسألة ذي أهمية بالغة مفادها، ان التزام المالك بتسليم العقار محل عقد البدل الاضافي يتوقف على تنفيذ ما يلتزم به المستأجر عند نقده المبلغ الكبير المتفق عليه و إلا للمالك ان يتمتع عن تسليم العقار محل العقد، مستنداً في ذلك على قاعدة الدفع بعدم التنفيذ^(٢)، لا سيما و ان التزام المستأجر بدفع الاجرة الدورية هو التزام تابع لالتزام آخر الا وهو الالتزام بدفع المبلغ الكبير المدفوع عند التعاقد، فحينئذ لا يمكن عدّ المستأجر قد اوفى بهذه الالتزامات مالم يكن قد نفذها تبعاً ، هذا إذا ما كان مقابل عقد البدل الاضافي محله مبلغ كبير فضلاً عن الاجرة الدورية ، أما لو كان المبلغ الكبير عبارة عن صيانة او ترميم أو إحداث منشآت في عقار المالك ، عندئذ يمكن وصف التسليم في هذه الحالة بالتسليم الحكمي ، لأن العقار محل عقد البدل الاضافي في حيازة المستأجر ابتداءً و لا حاجة بعد ذلك الى تسليم جديد.

(١) مايتعلق بزمان التسليم نصت المادة(٥٣٦) من القانون المدني العراقي(على البائع ان يسلم المبيع وتوابعه إلى المشتري عند نقده الثمن ، ولو شرط اخذ المبيع في وقت معين قبل نقده الثمن للبائع جاز) أما مكان التسليم فقد نصت المادة(١/٥٤١) على ان (مطلق العقد يقتضي بتسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد ...) كما وان مصاريف التسليم يلتزم بها البائع وحده وهذا ما جاءت به المادة (٥٤٢) من قانوننا المدني، اما اذا كان العقد ايجار فقد نصت المادة (٧٤٨) على انه (يسري على الالتزام بتسليم المأجور ما يسري على الالتزام بتسليم المبيع من احكام وعلى الاخص ما يتعلق منها بزمان التسليم ومكانه وتحديد ملحقات المأجور ، كل هذا ما لم يوجد نص يخاله).

(٢) د.عزیز کاظم جبر، الامتناع المشروع عن تنفيذ العقد قاعدة الدفع بعدم التنفيذ دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد الاول ،السنة الثامنة، العدد السادس عشر، ٢٠٠٣م، ص٥٥.

اما فيما يتعلق بملحقات العقار في عقدي البيع والإيجار، فهي تلك الاشياء التي تعد ضرورية للانتفاع به، فيعتبر من ملحقات المبيع مفاتيحه ومستندات تملكه والدعاوي^(١) وكذلك حقوق الارتفاق كحق المرور والمسيل والشرب وغيره^(٢) وكل ما يُعدّ من ملحقات المبيع يمكن عدّه من ملحقات المأجور، وهذا ما نصت عليه المادة (٧٤٨) من القانون المدني العراقي ، و النص المتقدم يمكن الاستفادة منه وتطويعه لأحكام عقد البدل الإضافي فيما يتعلق بملحقات العقد.

ومما تجدر الإشارة اليه في هذا المقام، ان بعض الملحقات اذا كانت تتفق مع عقد البيع خصوصا ما يتعلق منها من التزام البائع بتسليم مستندات المبيع، فالأمر لا ينسجم وعقد البدل الإضافي ، اذ ان مالك العقار في البيع انما باع العين ومنفعتها ، فتعد المستندات جوهرية وضرورية لأثبات ملكية المشتري والتي يمكن من خلالها ان يحتج بها في مواجهة الغير خاصة اذا ما استوفت الشكلية المنصوص عليها قانونا ، اما في عقد البدل الإضافي انما يبيع المالك أو المؤجر منفعة العقار لا عينه وان تسليم مستندات ملكية المبيع ليس من شأنها ان تخل بالانتفاع اذا ما امتنع المالك من تسليمها لمستأجر المنفعة ، نعم ان المالك أو المؤجر عندما يتصرف ببيع المنفعة يجب ان يكون مالك لها، وتثبت تلك الملكية من خلال عقد البدل الإضافي، اما لو تعاقد مع الغير، فيكون عقد البدل الإضافي موقوف يحتاج إلى اجازة ماله أو مؤجره لأن دافع البدل الإضافي تعاقد مع فضولي.

(١) د.جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص ٩٦.

(٢) د.عبدالناصر توفيق العطار، البداية في شرح احكام البيع، مطبعة عابدين، القاهرة، مصر، ١٩٨٤، ص ١٨٩. والدكتور رمضان ابو السعود ، عقد الإيجار ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر، ١٩٩٦، ص ٣٢٤.

المطلب الثاني

الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق

ليس الالتزام بالتسليم هو الالتزام الوحيد الذي يكفي لبراءة ذمة البائع أو المؤجر دون بقية الالتزامات الأخرى الناتجة عن العقدين، بل هنالك التزامات أخرى تقع على عاتقهما ولعل أبرزها تمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور، ويتجسد ذلك بصورتين، الأولى أن يمتنع المؤجر عن القيام بفعل أو تصرف من شأنه أن يعكر ما يحوزه الطرف الآخر من العقد، والثانية دفع كل تعرض قانوني يصدر عن الغير إذا ما كان هذا الأخير يدعي حقا على محل العقد، فإذا تحقق أيا من الصورتين أعلاه، أدى ذلك إلى الأخلال بالانتفاع المقصود، وحينئذ يكون للمستأجر أن يرجع على المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق.

أن مقتضى ذلك الضمان هو أن يلتزم المالك أو المؤجر بالتزامين، أولهما سلبي وهو الامتناع عن التعرض الشخصي للمستأجر، وثانيهما هو إيجابي و يتحقق ذلك بصورة أن يدفع المؤجر ما يتعرض له المستأجر من تعرض صادر عن الغير^(١).

من أجل الإحاطة بهذا الالتزام المهم لابد لنا، من بيان أساسه وأحكامه في الفقه الإسلامي والقانون، ثم نحاول تطبيق تلك الأحكام على عقد البدل الإضافي، من خلال تقسيم المطلب على فرعين ، نتناول في الأول ضمان التعرض والاستحقاق في الفقه الإسلامي، وفي الفرع الثاني ضمان التعرض والاستحقاق في القانون.

(١) د.غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة - عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠، ص٢٧٢، ود. محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد البيع ، دار النهضة العربية، مصر ، (لم يذكر تاريخ الطبع) ، ص١٦٧.

الفرع الاول

الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في الفقه الاسلامي

حظي هذا الضمان باهتمام كبير لدى فقهاء الشريعة الاسلامية، فاشتروا له شروط محددة، واستخدموا لتحقيقه الفاظ معينة، وقد تناول البعض احكامه واوردها تحت عنوان باب الضمان، بينما ادرجه البعض الاخر تحت عنوان باب الاستحقاق ، وكانت تسميته عند البعض بضمان العهدة بينما اصطلح عليه آخرون بضمان الدرك ، لذا سنسلط الضوء على ضمان التعرض والاستحقاق و مدى علاقته بعقد البدل الاضافي من وجهة نظر الفقه الاسلامي بشيء من التفصيل من خلال توزيع هذا الفرع على الفقرتين الآتيتين:-

اولا- ضمان التعرض والاستحقاق عند الامامية:-

لقد عرف فقهاء الامامية ضمان العهدة بأنه (ضمان الثمن اذا خرج المبيع مستحقاً)، واشتروا لصحته ان يكون المشتري قد سلم الثمن إلى البائع ، فاذا لم يقبض الثمن لا يثبت ، كما يكون للضمان الفاظ معينة كأن يقول البائع للمشتري (ضمنت عهديه أو ضمننت عنه أو ضمننت دركه) أو يقول المشتري (ضمننت خلاصك منه) فبهذه الالفاظ يثبت الضمان ، اما لو كان بلفظ (ضمننت خلاصه) حينئذ لا يثبت^(١).

(١) ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية، الجزء الثاني ، مؤسسة النشر الاسلامي، ١٤٢٥هـ، ص٣٠٧-٣٠٨، والعلامة الحسن الحلي ، تذكرة الفقهاء ، الجزء الرابع عشر، الطبعة الاولى، مطبعة ستارة، قم ، ايران، ١٤٢٥هـ ، ص(٣٢٩-٣٣٤)، و محمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، الجزء السادس عشر، الطبعة الاولى ، مطبعة مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ايران، ١٤٢٦هـ، ص٤١٣.

إشارة إلى ما تقدم، ان الالفاظ التي يصح بها الضمان (ضمنت عهده، عنه، دركه) والتي يقصد بها ضمان ثمن المبيع ، فيكون البائع ضامن للثمن لا المبيع اذا ما خرج المبيع مستحقاً، و يبدو ان العبارة التي لا تفيد معنى الضمان فهي انما يقصد بها ضمان ذات عين الشيء لا ثمنه ، فكيف يضمن البائع ارجاع العين بعد ظهور مستحق لها ؟.

كما ان الضمان لا يثبت الا اذا كان البائع قد قبض الثمن^(١)، بل ان قبض الثمن يعد ركن اساس في تكوين الضمان ، فأحياناً يقبض البائع الثمن وآخر يلتزم برده اذا كان ضامناً للمشتري في كل موضع يبطل فيه البيع^(٢). أي ان ضمان غير البائع يتحقق فيما لو ضمن رجل عن آخر ما لا ثم سألته خلاصه من هذا الضمان ، فنكون امام امرين^(٣):-

الامر الاول- اذا كان ضمانه بأذن البائع وطالبه المضمون له (المشتري) كان للضامن ان يرجع على البائع بما ضمن للمشتري من ثمن، لأنه ضمن عنه بأمره وتحققت المطالبة من المشتري، اما اذا كان الاخير لم يطالبه ، وفيه قولان، الأول له ان يأخذ بتخليصه وهو الراجح، والآخر ليس له ذلك.

اما الامر الثاني- اذا كان الضامن قد ضمن بغير اذن البائع ، فليس له ان يرجع على البائع سواء طالبه المضمون له أو لم يطالبه.

(١) محمد صادق الحسيني الروحاني ، فقه الصادق ، الجزء الثلاثون، الطبعة الاولى ، قم ، ايران ، ٢٠٠٨، ص٤١.

(٢) عبدالله فضل الله فحص الحسيني، الجواهر الفقهية في شرح الروضة البهية، الجزء الحادي عشر، الطبعة الاولى ، مطبعة دار الاضواء، بيروت، لبنان، ٢٠١٢، ص٣٦.

(٣) محمد بن الحسن الطوسي ، مصدر سابق، ص ٣١٠.

و يبدو جلياً ان ضمان العهدة -ضمان استحقاق المبيع- يثبت في ذمة البائع أو ذمة الغير لمصلحة المشتري، بل ان البعض^(١) يرى ان هذا الضمان يثبت ابتداء في ذمة الغير لا البائع، وذلك اذا قبض الأخير الثمن وكان المشتري يخشى ضياعه اذا ما ظهر المبيع مستحقاً لآخر، وهنا يتخير المضمون له (المشتري) في الرجوع على من يشاء ، الضامن أو المضمون عنه (البائع)^(٢)، و يوصف هذا الضمان بأنه ضماناً احتمالياً لا يقينياً، أي اذا كان المبيع ملكاً للبائع وانعقد البيع صحيحاً فلا مجال وقتئذ للقول بالضمان ، والا فالعقد باطل ، وما قبضه البائع من ثمن لا يستحقه فيكون مضموناً عليه، فاحتمالية ثبوت ضمان العهدة في هذا المقام، اذا كان البائع لا يملك المبيع ، فيعد العقد باطل ، و وجوب ارجاع الثمن للمشتري ، ولكن هل يكفي المشتري بأخذ الثمن دون مطالبة البائع بالتعويض عن ما اصابه من ضرر نتيجة ابطال البيع بسبب استحقاق المبيع؟

ولعل ابرز الآثار المترتبة على استحقاق المبيع عند الامامية هو ارجاع ثمن المبيع للمشتري، فيكون البائع أو الضامن عندئذ ملزم برد الثمن للمشتري وليس له ان يطلب التعويض عن ذلك، الا ان البعض من الامامية اشترط اخذ الارش يجب ان يرد في عقد البيع مع ضمان العهدة (ان الضمان يكون بعهدة الثمن فإنه لا يشمل الارش الا ان يكون ذلك

(١) محسن الحكيم ، مستمسك العروة الوثقى، الجزء الثالث عشر، بدون مكان واسم المطبعة ، ١٩٦٩، ص ٣٥٠.

(٢) زين الدين بن علي العاملي ، مصدر سابق ، الجزء السابع، الطبعة الاولى ، مطبعة الباقرى ، قم ، ايران، ٢٠١٣م، ص ٣١٠.

معلوماً ومقصوداً منهما، ويمكن أن يكون هذا وجه الرد والاشكال ، وأما إذا ضمن الارش وخرج به ، فإنه لا اشكال في صحة الضمان (...)^(١).

فاشترط الضمان لا يعني انه يشتمل على الارش تلقائياً، بل للمشتري ان يشترطه إلى جانب العهدة في العقد، سواء كان المضمون عليه (البائع أو الضامن) فحينئذ تصح المطالبة بهما، والا لا يمكن للمشتري ان يطالب بالارش من دون ان يذكره إلى جانب العهدة، وهنا يمكن ان نطرح التساؤل الآتي : هل للمشتري ان يطلب الارش من المضمون عليه في جميع حالات الاستحقاق؟

ولقد أسهب فقهاء الامامية^(٢) في حالات استحقاق المبيع وافردوا لكل حالة حكم خاص بها، بعد ان بينوا ان حالة استحقاق كل المبيع تختلف عن حالة استحقاق جزء منه، فحالة استحقاق كل المبيع تتيح للمشتري ان يرجع على الضامن بالثمن (سواء كان البائع أو الضامن) ، ويمكن اضافة المطالبة بالارش لكليهما (إذا اشترطه المشتري في العقد). اما حالة استحقاق جزء من المبيع، فإن المشتري يرجع على الضامن بما قابل المستحق، اما بالنسبة للجزء غير المستحق ، فيكون المشتري مخير بين الامضاء والفسخ مع تبعض الصفقة، أي يرجع على البائع وحده دون الضامن بما يقابله من ثمن، وذلك لأنه لا يندرج في ضمان الضامن، بل لا يصح، وان صرح به ، لأنه ضمان مالم يجب، وهذا يقتضي انفساخ العقد أو الاقالة.

(١) يوسف البحراني، الحقائق الناطرة في احكام العترة الطاهرة ، الجزء الحادي عشر ، الطبعة الثالثة، مطبعة دار الاضواء، بيروت لبنان ، ١٩٩٣، ص٣٨. و محمد الحسيني الشيرازي ، الفقه ، الجزء الواحد والخمسون ، الطبعة الثانية، دار العلوم ، بيروت لبنان ، ١٩٨٨ ، ص١٩٩

(٢) محسن الحكيم ، المصدر نفسه ، ص٣٥٥، و محمد بن الحسن الطوسي ، مصدر سابق، ص٣٠٩.

نستنتج من كل ماتقدم ، ان ضمان الاستحقاق (ضمان العهدة) عند الامامية ، لا يثبت الا اذا كان البائع قد قبض الثمن، فلا يثبت الضمان اذا كان الثمن مؤجل، لأنه ضمان للثمن الذي استلمه البائع ، وبما ان الثمن مؤجل فلا يرجع المشتري على البائع بشيء ، اما المطالبة بالأرش مع العهدة فهو امر غير متصور لعدم تحقق الشرط الأول وهو قبض الثمن ، أضف إلى ذلك ان هذا الضمان لا يثبت تلقائيا الا اذا ذكر بألفاظ معينة عند التعاقد ، وان كان البائع قد قبض الثمن.

و تأسيساً على ذلك ، ان ضمان الاستحقاق في عقد البدل الاضافي لا يثبت في الفقه الامامي الا إذا تحقق شرطين ، أولهما ان يقبض المالك بدل العقد، وثانيهما ان يرد هذا الضمان على وفق الفاظ أو صيغ معينة حتى يثبت في ذمة المالك.

ثانيا - ضمان التعرض والاستحقاق عند المذاهب الاخرى:-

ان ضمان الاستحقاق (العهدة) عند ابي حنيفة^(١) باطل، وذلك لأن العهدة هي اسم مشترك بين (الصك والعقد) فالأول وثيقة بمنزلة كتاب العهدة ويكون ملك البائع ولا يلزمه التسليم، فاذا ضمن تسليمه إلى المشتري فقد ضمن ما لا يقدر عليه وهذا لا يصح ، والثاني هي اسم للعقد وهي مأخوذة منه ، والعهد والعقد واحد لأنها من ثمرة العقد، إلا ان ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد قد اتفقوا على ضمان الدرك (وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع) وان تسميته بالدرك هو نتيجة استعمال العرف له فوجب العمل به، بينما اختلفوا في ضمان

(١) كمال بن الهمام ، شرح فتح القدير ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، المطبعة الكبرى الاميرية، مصر، ١٣١٦هـ، ص٤٣٥. وينظر: فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، المطبعة الكبرى الاميرية، مصر ، ١٣١٤هـ، ص١٦١. وينظر: علاء الدين ابي بكر مسعود الكاساني ، الجزء السابع ، مصدر سابق ، ص٤٠٢-٤٠٣.

الخلاص على قولين، القول الأول وهو قول ابي حنيفة : والذي فيه ان ضمان الخلاص باطل ولا يصح العمل به ، لأن تخليص المبيع بعد استحقاقه التزام ما لا يقدر عليه البائع ، فهو باطل.

اما القول الثاني وهو قول ابو يوسف ومحمد : وللذان اجازا فيه هذا الضمان وجعلاه بمنزلة ضمان الدرك، فلا يقتصر على ارجاع الثمن للمشتري ، وانما يمكن للبائع تسليم المبيع اذا استطاع ذلك ، أما إذا عجز عن تخليص المبيع فإنه يضمن الثمن.

والواضح ان الاحناف قد اتفقوا مع الامامية في مضمون الضمان اذا ما ظهر المبيع مستحقا وهو ارجاع الثمن للمشتري، على ان يتحقق فيه قبض الثمن من المشتري ، فالحبض هو شرط اساس و رئيس لهذا الضمان ، وعلى الرغم من ذلك فقد اختلفوا في اسمه وصيغته - كما مر بنا سابقا - اما اختلافهم من حيث الاسم فعند الامامية هو ضمان العهدة ويكون ضمان الدرك جزء منه، بينما فرق الاحناف بين العهدة التي لا يصح بها الضمان لأنها اسم مشترك تضم(الوثيقة والعهد) وبين الدرك الذي يصح فيه الضمان.

من خلال ماتقدم نستنتج ان ضمان استحقاق المبيع عند ابي حنيفة يقتصر على الثمن، بينما يكون الضمان عند صاحبيه تخليص المبيع أو رد الثمن.

وعند المالكية لم يعد ضمان العهدة كما هو الحال بالنسبة لبقية مذاهب الفقه الاسلامي الاخرى، على ان الضامن يلتزم بدفع ثمن المبيع اذا ما ظهر مستحقا للغير، فالعهدة لها مفهوم خاص لدى المالكية والتي تعني (كل عيب حدث فيها عند المشتري فهو من البائع) أي ان تتعلق بالعيب لا بالاستحقاق ويكون على نوعين، الأول عهدة الثلاثة ايام ، وبها يضمن البائع كل العيوب التي تظهر في المبيع عند المشتري، وبها لا يصح بها تسليم الثمن، كون التسليم

لم يتم بعد. اما النوع الآخر وهي عهدة السنة، وهي خاصة بالرقيق^(١)، والنوع الاخير لا علاقة له ببيع الاشياء ، وعليه فالعهدة لا تعني الاستحقاق وانما تعني ما يضمنه البائع من عيوب المبيع.

اما مفهوم الاستحقاق عند الملكية هو ان يقضى للمستحق بملكية الشيء الذي يدعيه في يد غيره شرط ان يثبت ذلك ببينة بعد يمينه بأنه المالك ، وان لا يكون قد باع الشيء للبائع أو وكله ببيعه أو وهبه اياه ، وعندئذ يرجع المشتري على البائع بالثمن لا بقيمة الشيء المستحق^(٢).

اما الشافعية^(٣) فكان ضمان العهدة هو التزام رجل عن البائع بضمان الثمن ان خرج المبيع مستحقا، فيصح الضمان بعد قبض الثمن لا قبله لأنه ضمان الحق يكون بعد وجوبه، كما يشترط لثبوته الفاظ معينة - لا تختلف عما ذكر سابقا في الفقه الامامي من استخدام الالفاظ التي يثبت فيها الضمان - متى خرج المبيع مستحقا ، الا ان لهم قولين في لفظ (ضمنت خلاصه)، القول الأول يجيز ذلك وبه يصح الضمان، ودليلهم في ذلك تشبيه اضافة

(١) ابي الوليد محمد بن احمد القرطبي الاندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق علي محمد معوض وآخر، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٦، ص٣٨، ٣٩.

(٢) ابي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد القرطبي ، كتاب الكافي في فقه اهل المدينة المالكي، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض، السعودية، ١٩٧٨، ص٨٨٢.

(٣) ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، منهاج الطالبين، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٥٦، ص٣٢٥. وينظر: يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني، البيان في فقه الامام الشافعي، الجزء السادس ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار الكتب العالمية ، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٢، ص٣٠٦ وما بعدها.

المصدر إلى الفعل والمفعول به. اما القول الثاني فهو عدم ثبوت الضمان بذلك اللفظ ، لأنه ضمان مالم يجب وهو ضمان مجهول.

اما عند الحنابلة فإن ضمان الاستحقاق هو ضمان العهدة وهو التزام الضامن برد الثمن أو عوضه ان خرج المبيع مستحقاً أو ظهر به عيباً، كما يضمن المشتري الثمن للبائع في حالة الاستحقاق والعيب، ويصح هذا الضمان سواء كان قبل قبض الثمن أو بعده^(١).

ويبدو ان للحنابلة رأياً مختلفاً عن الامامية والحنفية، حيث ان الضمان يثبت قبل قبض الثمن ، وهذا الرأي لم يقل به سوى الحنابلة. و نرى من الغرابة ان يضمن البائع - أو الضامن - الثمن الذي لم يقبضه بعد ، اذا ما استحق المبيع أو ظهر به عيباً ، فكيف للمشتري ان يطالب برد الثمن اذا كان مؤجلاً واستحق المبيع أو تعيب ؟ فشرط الضمان لم يتحقق بعد، نعم ان السبب قد تحقق (الاستحقاق أو تعيب المبيع) الا ان الشرط تخلف (لم يقبض البائع الثمن بعد).

الفرع الثاني

الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق في القانون

تأثرت التشريعات المقارنة إلى حد ما بالفقه الاسلامي عند معالجة حالة استحقاق المبيع، وكان من بين تلك التشريعات، القانون المدني العراقي، اذ نصت المادة (١/٥٥٠) منه (اذا استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق وارد على ملك البائع، ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد). و إذا ما اردنا مقارنة النص المتقدم بالفقه الاسلامي لوجدنا ذلك الضمان

(١) عبدالله بن احمد بن قدامة وعبدالرحمن بن محمد ابن قدامة ، المغني والشرح الكبير ،الجزء الخامس ، مطبعة دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان، ١٩٧٢، ص٧٦.

يحكم به من تلقاء نفسه وان لم يتفق عليه المتعاقدان، شرط ان يكون الاستحقاق قد ورد على ملك البائع، أي ان يكون سبب الاستحقاق على المبيع قبل البيع لا بعده ، بينما كان الفقهاء المسلمون قد اشترطوا ذكر ألفاظ محددة او عبارات معينة تفيد معنى الضمان ويجب ان يثبت في العقد ، فعدم الاشارة اليه في العقد لا يمكن القول به ، ولكن لو لم يشترط البائع ذلك واستحق المبيع، هل معنى هذا ان المشتري لا يرجع على البائع بشيء، اي لم يحصل على المبيع أو الثمن؟.

لقد لاحظنا كما مر بنا سابقاً ، ان اشتراطه الاستحقاق في العقد لا يقصد البائع بالذات، وانما ان يكون الضمان من قبل شخص آخر(ضامن) غير شخص البائع، أي ان يقدم البائع كفيل عنه يرتضيه المشتري، اذا ما ظهر المبيع مستحقاً.

ويبدو ان اشتراط الضمان من شخص الضامن، خشيةً من ضياع الثمن الذي يدفعه المشتري للبائع ، كما لو تصرف به بعد قبضه أو يهدف الى تبديده عمداً أو اهمالاً، ولضمان حق المشتري فقد اجيز الضمان من شخص آخر غير البائع كون الضامن اكثر استيثاقاً وملاءة من البائع.

لقد عالج المشرع العراقي حالتي الاستحقاق الكلي والجزئي في المواد(٥٥٤-٥٥٥) من القانون المدني ، آخذاً بنظر الاعتبار دور نية البائع في حالتي الاستحقاق ، والحال كذلك بالنسبة للفقهاء الاسلامي ، اذ اشار إلى حالات الاستحقاق، الا انه لم يشير إلى حسن أو سوء نية البائع، وانما اكتفى بإرجاع الثمن للمشتري في حالة الاستحقاق الكلي وله المطالبة بالأرش اذا كان ذلك مشروطاً بالعقد، وللمشتري الخيار في حالة الاستحقاق الجزئي مع تبعض الصفقة.

اما ما يتعلق بضمان التعرض فلم يتناول الفقه الاسلامي احكامه أو الإشارة اليه ، ويبدو ان المبيع اذا صار بيد المشتري فهو يتحمل مسألة ما يقع عليه من تعرض يعكر حيازته للمبيع، الا ان القانون قد عدّ حالة التعرض صورة من صور الاستحقاق اذا ما نجح المستحق باعتراضه. وهذا ما نصت عليه المادة (١/٥٤٩) من القانون المدني العراقي على انه (يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل اجنبي يدعي ان له حقا على المبيع وقت البيع يحتج به على المشتري). وقد وصف البعض^(١) ان التعرض الصادر من البائع نفسه (سواء كان التعرض ماديا أو قانونيا) يعد اخلا لا منه بالتزامه بالضمان، والجزاء المترتب على ذلك اما ان يأخذ صورة التنفيذ العيني أو رد دعوى البائع لأنه ملزم بالضمان ومن وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض.

ونتفق مع ما ذهب اليه الفقه الاسلامي عن عدم تناول احكام التعرض التي كانت من مبنيات القانون وقواعده ، اذ ان التعرض الشخصي الصادر من البائع لا يحكمه عقد البيع كونه اصبح شخصا اجنبيا عن العقد شأنه في ذلك شأن أي اجنبي آخر، أي ان البائع قد نقل ملكية المبيع وانتهى الامر، فالمشتري اصبح مالك للمبيع، ومن واجبه ان يدفع كل تعرض شخصي يصدر من الغير يحد من سلطاته في ملكية ما اشتراه، وان كان القانون والفقه يميل إلى ان سبب انبثاق هذا الضمان كان من ذات العقد.

(١) د.سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة (في البيع والإيجار)، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٧٤، ص ١٣١. ود.غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة (عقد البيع) الجزء الاول، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٠، ص ٢٧٧.

لذا نرى ان التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي، التزام غير دقيق، باعتبار ان المشتري قد اصبح مالكا للمبيع وهذا الحق يسري في مواجهة الناس كافة بما فيهم البائع، وبما ان الالتزام باحترام الحق يعد من اهم خصائص وميزات الحق، فعلى الكافة الامتناع عن أي اعتداء على حق المشتري، واذا ما حصل ذلك كان على صاحب الحق ان يدفع ذلك العدوان بنفسه عن طريق القضاء^(١).

كما نتفق مع الفقه الاسلامي عندما سمح للمشتري ان يشترط على البائع ان يقدم ضامن (كفيل) اذا كان يخشى ضياع ما يدفعه للبائع من الثمن، أو كانت رغبة المشتري في زيادة الضمان من خلال ابقاء الضمان في ذمة البائع اضافة إلى ذمة الضامن ، وهنا يكون للمشتري ذمتان للضمان بدلا من ذمة واحدة، ويكون الضامن بمثابة الكفيل عن البائع، فاذا رجع المشتري على الكفيل (الضامن) يمكن للأخير ان يرجع على البائع، لاسيما وان المادة (١/٥٥٦) من القانون المدني العراقي نصت على انه (يجوز للمتعاقدین باتفاق خاص ان يزيذا في ضمان الاستحقاق أو ان ينقصا منه أو ان يسقطا هذا الضمان)، فمن خلال الاتفاق على تشديد الضمان يمكن القول ان للمشتري ان يطلب صراحة ضامن إلى جانب البائع في حالة استحقاق المبيع.

و بعد ان انتهينا من دراسة هذا الضمان ، هل بالإمكان تطبيق احكام ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البدل الإضافي؟

بادئ ذي بدء ، لا بد من الإشارة إلى ان احكام الالتزام بضمان التعرض والاستحقاق تشكل قاعدة عامة من قواعد القانون المدني، ومن ثم يمكن الاستعانة بأحكامها في عقد البدل

(١) عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٢، ص ٢٢٦.

الإضافي ، وعلى ما يبدو ان هنالك خصوصية معينة لأحكام ضمان التعرض والاستحقاق في عقد البدل الإضافي ، حيث يكون للمستأجر صفتا المستأجر والمشتري، وللمالك صفتا المؤجر والبائع، والسبب في ذلك يعود إلى انصهار وتحول هذين العقدين (البيع والإيجار) إلى عقد آخر وهو عقد البدل الإضافي، فهو في حقيقة الامر ليس بعقد البيع لأن ملكية الرقبة تبقى لصاحبها، فالبيع ورد على المنفعة دون الرقبة، كما وان هذا العقد هو ليس بعقد إيجار محض لأن المدة في الغالب غير معلومة والمستأجر ملتزم بدفع الأجرة والثلث، فليس من خصائص الإيجار بشيء، إذاً هو مزيج من احكام البيع والإيجار، فإذا خرج العقار محل البدل الإضافي مستحقاً، هل يكون للمستأجر أو المشتري ان يرجع على البائع أو المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق المقرر بالبيع ام بالإيجار؟.

بالرجوع إلى نص المادتين (١/٥٤٩) و(٧٥٣) من القانون المدني العراقي، فإن البائع والمؤجر يلتزمان بضمان التعرض الشخصي، والمعروف ان ما يترتب على اخلال البائع بالتزامه بعدم التعرض الشخصي للمشتري هو رد دعوى البائع اذا كان تعرضه قانونياً لأن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض ، اما تعرضه المادي فيكون على المشتري ان يدفع ذلك النوع من التعرض بنفسه وله ان يطلب التعويض عما اصابه من ضرر .

اما في عقد الإيجار، فالمؤجر اذا تعرض للمستأجر تعرضاً قانونياً كأن يدعي تملكه المأجور بعد الإيجار، فليس له ان يحتج بذلك، كما يمتنع عليه التعرض المادي للمستأجر. والاثر المترتب على ذلك حسب القواعد العامة ان يطلب المستأجر كف يد المؤجر عن

الاستمرار في تعرضه الشخصي وهذا هو التنفيذ العيني، أو ان يطلب الفسخ أو انقاص الاجرة مع التعويض^(١).

و من خلال ماتقدم، نستنتج ان الجزاء المترتب على الاخلال بضمان التعرض والاستحقاق في البيع والايجار لا يختلف كثيرا في عقد البدل الإضافي، فاذا تعرض مالك العقار لصاحب حق البدل الإضافي، وكان تعرضه ماديا، في هذه الحالة يمكن الاستفادة من القواعد العامة المقررة في العقدين اعلاه. اما لو كان التعرض قانونياً صادراً عن البائع كأن يدعي تملكه للعقار بأي سبب من اسباب الملكية ، فان دعوى التملك سترد من القضاء لأن من التزم بالضمان امتنع عليه التعرض ، وان كان هذا يتفق مع عقد البيع، فهل ينسجم مع عقد البدل الإضافي؟

لاشك في ان عقد البدل الإضافي هو ليس ذات عقد البيع -كما تقدم انفا- فالأخير ينقل ملكية المبيع للمشتري، بينما عقد البدل الإضافي لا ينقل ملكية المبيع وانما ينقل منفعته فحسب، وتبقى الملكية للبائع، ويترتب على ذلك ان لمشتري منفعة عقد البدل الإضافي ان يتمتع عن رد العقار محل البدل الإضافي، لأنه صار مالكا للمنفعة وبما انها ملازمة للمبيع فيتعذر تسليمها، وتعرض البائع سيرد قضائيا كذلك ، لا سيما وان المشتري قد يتمسك بالطبيعة المزدوجة أو المركبة التي يتميز بها هذا العقد عند تعرض مالك العقار تعرضا قانونيا، فاذا تعذر عليه التمسك بما يترتب من جزاء نتيجة الاخلال بضمان الاستحقاق المقرر في البيع، يمكن الاستفادة من القواعد العامة التي تطبق في عقد الايجار.

(١) د.جعفر الفضلي ، مصدر سابق، ص ٢٤٢.

فالجزاء المترتب على الإخلال بضمان التعرض والاستحقاق في عقد البدل الإضافي هو ذاته في عقد البيع والإيجار إذا كان التعرض قانونياً صادراً عن المالك.

أما إذا كان التعرض القانوني صادراً عن الغير وكان مستوفياً لشروطه المعروفة فالبايع يتحمل دفع ذلك التعرض ، كما لو ادعى الغير مالكا للمبيع أو كان قد تملك منفعته بموجب عقد البدل الإضافي قبل المشتري الأخير، فإذا استحق المبيع للغير، رجع المشتري على المالك بالثمن مع المطالبة بالتعويض تارة، كما له مطالبة المؤجر بالفسخ العقد أو انقاص الاجرة مع التعويض تارة أخرى^(١).

أي أن لصاحب حق البدل الإضافي مطالبة المالك بالجزاءات المقررة في القانون المدني إذا ما اخل بضمان التعرض والاستحقاق، وتكون هذه المطالبة مجمعة، فإذا رجع المشتري على البائع بالثمن لا يسقط حقه عن المطالبة بانقاص الاجرة أو الفسخ مع التعويض.

وقد يثار التساؤل حول كيفية ارجاع كامل مقابل العقد ، بعد انتفاع المستأجر بالعقار محل البدل الإضافي إذ أن أصل البيع قد ورد على المنفعة لا الملكية، فيجب انقاص مقدار من الثمن يقابل ما عاد على المشتري من انتفاع بالمبيع مدة العقد قبل الاستحقاق.

وكان المشتري قد اشترى حق الاستعمال والاستغلال، وبالتالي صار مالكا لهما مقابل الثمن الذي قبضه البائع، وله أن ينتفع بهما كيفما يشاء، فاستحقاق المبيع للغير يوجب على البائع ارجاع ما قبضه من ثمن للمشتري، و نعتقد أن انقاص مقدار معين من الثمن يقابل ما عاد على المشتري من انتفاع قبل الاستحقاق ، يحقق التوازن بين حقوق المتعاقدين ، إلا أن

(١) ينظر في ذلك :- شروط التعرض القانوني الصادر من الغير د.جعفر الفضلي ، مصدر سابق، ص ١٠٩-١١٠. ود.عبدالناصر توفيق العطار، مصدر سابق، ص ٢٢١-٢٢٣.

البعض قد يرى ان الحل المتقدم لا ينسجم مع القواعد العامة ، لأنه اثرء على حساب المشتري ، بل ان للمشتري ان يسترد من البائع ما زادت به قيمة المبيع عن الثمن والمصروفات الكمالية التي انفقها على المبيع قبل الاستحقاق، متى ما كان البائع يعلم باستحقاق المبيع، اما اذا كان البائع لا يعلم باستحقاق المبيع للغير وقت البيع ، فللمشتري ان يسترد الثمن كما هو دون زيادة أو نقصان وسواء زادت قيمة المبيع أو نقصت^(١).

و يبدو ان المستأجر في عقد البدل الإضافي كان قد اشترى منفعة حق الاستعمال و منفعة حق السكنى من المالك ، وكان انتفاعه بالعقار بشكل دوري بموجب عقد الإيجار، وبالإشارة الى نص المادة(٢/٧٥٤) من القانون المدني يكون المستأجر بالخيار اما ان يطلب الفسخ أو انقاص الاجرة مع التعويض، ولأن الاجرة مقابل الانتفاع بالمأجور، فليس للمؤجر ان يطالب المستأجر بكامل الاجرة المتفق عليها سواء كان الاتفاق على دفع الاجرة يوميا أو شهريا أو سنويا وانما يكون مقابل ما انتفع به المستأجر اذا ما استحق المأجور.

(١) ينظر في ذلك : المادة (٥٥٤) من القانون المدني العراقي، ود. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة(عقد البيع)، المجلد الأول، الطبعة الخامسة، (لم يذكر مكان الطبع) ، ١٩٩٠، ص٥٤٤.

المطلب الثالث

الالتزام بضمان العيوب الخفية

لا يقتصر الالتزام بضمان العيوب الخفية على عقدي البيع والإيجار فحسب، فمن الممكن ان يرد ذلك الضمان في جميع عقود المعاوضات المالية^(١)، وقد لاحظنا ان عقد البدل الإضافي يمكن اعتباره من تلك العقود، والتي ترد على الانتفاع بالشيء، فيضمن مالك العقار ما يظهر فيه من عيوب خفية - وفقا للمفهوم العام في عقد البيع والإيجار - من شأنها ان تنقص من ماليتها أو ما تفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثاله العدم، واذا كان هذا المفهوم لدى البعض من فقهاء القانون ، فهل هو ذاته لدى فقهاء الشريعة الاسلامية؟ علما ان الاثنين لم يتناولوا احكام العيب الخفي في عقد البدل الإضافي.

فهل تطبق ذات احكام العيب الخفي في عقدي البيع والإيجار، ام ان لعقد البدل الإضافي

خصوصية معينة؟

قبل الاجابة عن هذا التساؤل، لابد لنا من بيان موقف الفقه الاسلامي والقانون بشكل موجز عن ضمان العيب الخفي ، وذلك من خلال تقسيم هذا المطلب على فرعين، الأول نخصه عن الفقه الاسلامي ، والثاني عن القانون.

(١) د.محمد حسن قاسم، العقود المسماة(البيع، التأمين، الإيجار) ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي

الحقوقية، بيروت، لبنان، ٢٠١٣، ص ٣٧٤.

الفرع الاول

الالتزام بضمان العيوب الخفية في الفقه الاسلامي

يعد هذا الضمان في الفقه الاسلامي من الخيارات الرئيسة والمهمة في المعاملات المالية عند جميع فقهاء الشريعة الاسلامية^(١)، وعلى الرغم من اتفاقهم على انه خيار، الا انهم اختلفوا في تعريفه ، فالامامية^(٢) عرفوه على أنه الخروج عن المجرى الطبيعي، كزيادة أو نقصان موجبة لنقص المالية، أو هو عبارة عن نقص الوصف القائم بالشيء الذي له دخل في ماليته عند العرف والعقلاء^(٣)، أو هو كل ما زاد عن الخلقة الاصلية^(٤).

ما يمكن قوله في المقام، ان التباين واضح في تعريف البعض من الامامية للعيوب، فالتعريف الأول عد الزيادة والنقيصة عيب يثبت بهما الخيار، بشرط ان يكون من شأنهما النقص في القيمة، بينما كان التعريف الثاني يعتبر نقص الوصف عيباً والمعياري في ذلك العرف واهل الخبرة، اما التعريف الثالث للعيوب فكان الضابط فيه هو الزيادة عن الاصل.

(١) فالخيار يعني (ملك اقرار العقد وازالته...ولصاحبه سلطتين احدهما السلطنة على الفسخ وعدمه، وهي المعبر عنها بإزالة العقد وعدمها، وثانيهما السلطنة على جعل العقد لازماً بإسقاط الخيار وازالة التمكن من الفسخ وعدمه، بحيث يسقط العقد بعد ذلك عن قابلية الفسخ وعدمه) ينظر في ذلك : علي الغروي، التفتيح في شرح المكاسب تقريراً لأبحاث ابو القاسم الخوئي، الجزء الثامن والثلاثون، الطبعة الرابعة، مطبعة نينوى، ١٤٣٠هـ، ص٨. و روح الله مصطفى الموسوي، كتاب البيع ، المجلد الرابع، الطبعة الاولى ، مطبعة مؤسسة العروج، ١٤٢١هـ، ص١٥.

(٢) العلامة الحسن بن يوسف الحلي ، تذكرة الفقهاء ، مصدر سابق، الجزء الحادي عشر، ص١٨٩.

(٣) علي الغروي، المصدر السابق، الجزء التاسع والثلاثون، ص٣١٤.

(٤) زين الدين بن علي العاملي، مصدر سابق، ص٣١٣.

وان النقص في مالية الشيء امر مختلف فيه، فمنهم^(١) من قال بثبوت الخيار، اذا كان من شأن العيب ان ينقص المالية وتتفاوت به القيم والرغبات، ك شراء ارض ثقيلة الخراج أي فوق المعتاد من امثالها أو شراءها بلا خراج فظهر خلافه ، فهي عيوب توجب الرد مع جهل المشتري بها، أي ان الزيادة والنقصان هي عيوب توجب الخيار.

بينما اعتمد اخر^(٢) في اعتبار العيب على معيار ما يعتني به العقلاء وما لا يعتنون به، كما لو اشترى عمارة ذات طوابق، وكان احد ابواب تلك الطوابق معيباً، فلا يقال المبيع معيوب، وله خيار العيب، بخلاف لو اشترى نفس الباب فانه عيب يوجب الخيار، بمعنى ان خيار العيب يختلف بحسب اختلاف المعاملة، وهنا تقدير العيب الذي يوجب الخيار يتوقف على ما يعتنون به العقلاء من عدمه، فقد يثبت في معاملة وقد لا يثبت في أخرى.

اما تعريف الحنفية للعيب فهو ما يخلو عنه اصل الفطرة السليمة^(٣)، أو هو كل ما اوجب نقصان القيمة والتمن في عادة التجار، فهو عيب يوجب الخيار، وما لا يوجب نقصان القيمة والتمن، فليس بعيب^(٤). وعندهم يثبت خيار العيب بلا شرط، ومعيار ثبوته ان نقص المبيع في اصل الخلقة يتوجب نقص في ماليتها، لأن اصل الخلقة السليمة التي تخلو عن الآفات العارضة لها.

(١) العلامة الحسن بن يوسف الحلي، المصدر السابق، ص ٢٠٧.

(٢) روح الله مصطفى الموسوي، كتاب البيع ، المجلد الخامس، مصدر سابق، ص ١٨٨.

(٣) ابن عابدين ، مصدر سابق، الجزء السابع، ص ١٦٧.

(٤) ابي البركات عبد الله بن احمد النسفي ، كنز الدقائق في فقه الحنفية، الطبعة الاولى ، دار البشائر الاسلامية، بيروت ، ٢٠١١، ص ٤١٦. وكذلك علاء الدين السمرقندي، تحفة الفقهاء، الجزء الثاني مصدر سابق، ص ٩٣.

اما تعريف المالكية للعيب فهو ما ثبت بفوات أمر مظنون، نشأ الظن فيه من التزام شرط أو قضاء عرفي أو تغيير^(١)، فضايط العيب عندهم اما ان يكون راجع إلى الشرط أو العرف، والعرف يقتضي السلامة في المبيع، فكل ما يؤثر في نقص الثمن أو الغرض يعد عيبا .

كما يعرف بأنه(نقيصة يقتضي العرف سلامة المبيع عنها غالبا)^(٢) وهذا هو تعريف الحنابلة للعيب الخفي ، ويكون للمشتري الخيار بين الرد والامساك وأخذ الارش ، اما الرد فلا نزاع فيه ، لدفع الضرر عن المشتري ، والضرر منفي شرعا^(٣).

اما الشافعية فالعيب عندهم خيار النقيصة وهو كل ما ينقص العين أو القيمة نقصا يفوت به غرض صحيح اذا غلب في جنس المبيع عدمه^(٤). أي ان معيار العيب تارة يتعلق بالعين فينقص من قيمتها حسب عرف التجارة، وتارة ما يفوت به غرض صحيح بنظر المشتري ، أي الأول يعتبر معيار مادي وهو عرف التجارة ، والثاني معيار شخصي وهو غرض المشتري.

(١) محمد بن محمد بن عبدالرحمن الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، الجزء السادس ، دار عالم لكتب، بدون مكان وسنة الطبع ، ص ٣٣٠.

(٢) منصورين يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، الجزء الثالث، مكتبة النصر الحديثة، الرياض، (لم يذكر تاريخ الطبع)، ص ٢١٥.

(٣) شمس الدين محمد الزركشي ، شرح الزركشي ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢، ص ٦٥.

(٤) شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني، مصدر سابق، الجزء الثاني ، ص ٤٢٨.

الفرع الثاني

الالتزام بضمان العيوب الخفية في القانون

على مستوى القانون فلم يعرف القانون المدني العراقي العيب الخفي، وقد شاع في الفقه القانوني التعريف الذي قالت به محكمة النقض المصرية على انه (الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع)^(١)، وقد اشترط لثبوت العيب الخفي ان يكون مؤثراً وخفياً وقديماً. تأسيساً على ما تقدم، يتضح ان هناك اجماع على ان العيب الخفي هو ما ينقص من قيمة المبيع أو منفعته ، والمعيار في ذلك تارة يعود إلى فوات غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه، وتارة اخرى يعود إلى اعتبار العيب خفياً اذا كان من شأنه ان ينقص الثمن عند التجار وارباب الخبرة^(٢)، أي يمكن القول ان تحديد العيب الخفي يكون اما من خلال معيار موضوعي أو شخصي أو كلاهما، وهذا يمكن ان يشمل احكام عقد البدل الإضافي.

وللإجابة عن سؤال قد طرح سابقاً- هل تطبق ذات احكام العيب الخفي في البيع والايجار أم إن للبدل الإضافي خصوصية معينة؟- يبدو للوهلة الاولى، ان العيب الخفي في العقار محل عقد البدل الإضافي لا يختلف عما هو عليه الحال بالنسبة للبيع والايجار، اذ كيف ذلك العقد على انه عقد مركب من بيع وايجار، وبالتالي فان احكام هذين العقدين يمكن الاستفادة

(١) نقلاً عن د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة ، الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠٠٠، ص ٧٦٦.

(٢) ينظر: المادة (٢/٥٥٨) من القانون المدني العراقي (والعيب هو ما ينقص ثمن المبيع عند التجار وارباب الخبرة أو ما يفوت به غرض صحيح اذا كان الغالب في امثال المبيع عدمه، ويكون قديماً اذا كان موجوداً في المبيع وقت العقد أو حدث بعده وهو في يد البائع قبل التسليم).

منهما في عقد البدل الإضافي، إلا أن الأمر ليست بهذه البساطة، فشرط العيب واحكامه في عقد البيع ليست ذاتها في عقد الإيجار، فضلاً عن ذلك أن الأول يرد على ملكية العين والثاني يتعلق بالمنفعة، وبلا شك أن عقد البدل الإضافي من خصائصه أن يرد على المنفعة دون الملكية، وهذا بطبيعة الحال لا يعني أن أحكام العيب الخفي في الإيجار هي المعمول عليها في البدل الإضافي، وأن كان الاثنان موضوعهما المنفعة، إلا أن منفعة عقد البدل الإضافي كانت قد جزأت إلى جزأين الأول بيعت للمشتري، والآخر استأجرها لنفسه أو لغيره بموجب عقد الإيجار، فكان مقابل الشراء ثمن ومقابل الإيجار اجرة.

و يبدو أن ظهور العيب الخفي في البدل الإضافي له حكم خاص يختلف عن عقدي البيع والإيجار، فلو تعاقد صاحب البدل الإضافي مع المالك على ثلاث شقق سكنية أو ثلاثة محال تجارية، وكان في أحدها عيب خفي - على فرض عدم وجود ضرر في تفريق الصفقة- كان له أن يرد المعيب منها بما يقابل الثمن^(١)، هذا ما يتعلق بالجزء الأول من المنفعة، أما ما يتعلق بالجزء الآخر منها فقد أجازت المادة (٧٥٨) من القانون المدني للمستأجر أن يطلب فسخ العقد أو انقاص الاجرة، كما له المطالبة بالتعويض إذا ما أصابه ضرر بسبب العيب على أن يثبت جهله بذلك العيب.

نرى أن الحكم المتقدم، لا يمكن التسليم به والقول بإمكانية الاستفادة من تلك الأحكام وتطويعها في معالجة أحكام العيب في عقد البدل الإضافي، وذلك لأسباب منها:-

(١) المادة (٥٦١) من القانون المدني العراقي ((ما بيع صفقة واحدة اذا ظهر بعضه معيباً فإذا لم يكن في تفريقه ضرراً، كان للمشتري أن يرد المعيب مع مطالبة البائع بما يصيبه من الثمن وليس له أن يرد الجميع ما لم يرض البائع، أما اذا كان في تفريقه ضرر رد الجميع أو قبل الجميع بكل الثمن)).

١. ان طبيعة العيب وشروطه في البيع ليس هي ذاتها في الإيجار، لا سيما وان المشرع قد تناول احكامهما بشكل مستقل - فالعيب في البيع يوجب الرد اذا كان من شأنه ان ينقص قيمة المبيع أو يفوت به غرض صحيح ، بينما العيوب في الإيجار لا علاقة لها في قيمة المأجور وانما تقتصر على تلك التي تحول دون الانتفاع بالمأجور أو تنقص منه نقصا كبيرا - اذ لم يحيل امر احدهما على الآخر كما هو الحال بالنسبة لأحكام التسليم(المادة ٧٤٨ مدني عراقي).

٢. ان تطبيق احكام العيب الخفي المقررة في البيع لا تخلُ من مشاكل عملية اذا ما طبقت ذاتها على عقد البدل الإضافي، خاصة في حالة ظهور عيب جديد بجانب العيب القديم في العقار محل عقد البدل الإضافي، مع فرض عدم قابلية العيب الجديد للزوال، لأن ذلك يمنع الرد^(١)، بينما المادة (٧٥٨) من القانون المدني قد اجازت للمستأجر ان يطلب فسخ العقد أو انقاص الاجرة متى وجد عيب في المأجور، فهنا لا يمكن ان نطبق أي من الحكمين في عقد البدل الإضافي ، فلو رغب المستأجر في فسخ العقد، فإن ذلك ممكنا فيما يتعلق بالأجرة الدورية التي التزم بها صاحب البدل الإضافي، ولكن الامر مختلف تماما بالنسبة للبيع، فمن الآثار المترتبة على الفسخ هو ارجاع البائع لما قبضه من ثمن للمشتري، الا ان الاخير قد يتمتع، مستنداً في ذلك على ما ورد في المادة (٥٦٢) مع فرض عدم زوال العيب الجديد.

وتأسيسا على ماتقدم، يمكن القول ان تكييف عقد البدل الإضافي بانه عقد مركب من بيع وإيجار لا يعني بالضرورة ان جميع تلك الاحكام يمكن ان تنطبق على كل المسائل المرتبطة بالعقد، وانما كانت محاولة لمعالجة كل جزء من عقد البدل الإضافي بما يقابله من تكييف،

(١) المادة(٥٦٢) القانون المدني العراقي.

وعليه نقترح على المشرع العراقي ان يضيف نصوص قانونية خاصة بأحكام العيب الخفي في هذا العقد المستحدث الا وهو عقد البدل الإضافي ، نظراً للخصوصية التي يتمتع بها هذا العقد.

المبحث الثاني

انتقال حق المستأجر في عقد البدل الإضافي

من المعلوم ان اكتساب الحق الناشئ عن عقد البدل الإضافي ينصرف أثره عادة إلى ذمة أحد طرفيه أو كليهما ، الا ان ثمة أشخاص يرتبطون بالمتعاقد أما عن طريق ما تصرف به أثناء حياته ، أو نتيجة ما تركه من اموال بعد وفاته ، أي إن لانتقال الحق طريقين، الأول يكون من خلال ما يقوم به المستأجر من تصرفات قانونية برغبته و إرادته ، والتي يمكن أن نصطلح عليها انتقال حق البدل الإضافي بين الاحياء ، بعبارة أدق ، مجموعة من التصرفات التي قد يقوم بها المتعاقد في عقد البدل الإضافي اثناء حياته، من بيع أو ايجار أو هبة ، أما الطريق الاخر لانتقال الحق في البدل الإضافي يكون بعد وفاة المستأجر ، أي ان يكون بحالتي أما الوصية أو الميراث ، حيث يكون للإرادة دور في الأولى ، بخلاف الثانية التي ينعقد فيها هذا الدور .

لذا سنتكلم عن كل ذلك من خلال تقسيم المبحث على مطلبين يكون نصيب الأول منهما عن انتقال حق المستأجر في عقد البدل الإضافي بين الاحياء ، بينما يكون انتقال الحق بعد وفاة المستأجر في المطلب الثاني ، وذلك على التعاقب.

المطلب الاول

انتقال حق المستأجر في عقد البدل الإضافي بين الأحياء

يتميز المال بكونه محل الحق يقبل الانتقال من شخص إلى آخر أو من ذمة إلى أخرى ، حيث بقاءه في ملك صاحبه قد لا يكون مؤبدا ، بل ينتقل إلى غيره ، بعبارة أكثر إيضاحا ، ان انتقال الحق يعني أن يحل شخص جديد محل المستأجر في عقد البدل الإضافي ، لا سيما وان جميع الحقوق تقبل الانتقال الا تلك التي تتصل بالشخصية ، لأنها مرتبطة بالشخص والتي تنقضي حتما بوفاة.

و يستتبع نقل الحق الناشئ عن عقد البدل الإضافي انتقال الالتزام ، حيث يلتزم من آل اليه الحق بموجب عقد البدل الإضافي بذات الالتزامات التي كانت على المستأجر- مع الأخذ بنظر الاعتبار خصوصية بعضها- اذ لا مجال لانتقال الحق دون تلك الالتزامات ، الا إذا تبرع بها المستأجر .

من أجل الخوض في انتقال الحق من المستأجر إلى الغير في عقد البدل الإضافي الامر الذي يتطلب منا ان نوزع هذا المطلب على ثلاثة فروع ، الأول يكون عن انتقال حق المستأجر في عقد البدل الإضافي بالبيع ، بينما سيتناول الفرع الثاني انتقال حق المستأجر في عقد البدل الإضافي بالإيجار ، أما حصة الفرع الثالث تكون من نصيب انتقال حق البدل الإضافي بالهبة.

الفرع الاول

بيع حق المستأجر في عقد البدل الاضافي

ان حق المستأجر في عقد البدل الاضافي يقتصر على منفعة العقار دون الملكية ، أي ان هذا العقد لا يخول المستأجر رقبة العين وانما تملك المنفعة فقط ، فيكون للأخير ان يتصرف بالحق بالبيع أو غيره.

لاحظنا في الفصل الأول عند الكلام عن تكييف عقد البدل الاضافي بأنه عقد مركب من بيع وإيجار، و المقصود بالبيع ان المستأجر قد اشترى منفعة العقار من المالك ، فاصبح مالكا لها، وهذا يتيح له ان يتصرف بها بالبيع أو غيره ، حيث ان المستأجر الأول يخرج عن عقد البدل الاضافي ليحل محله شخص آخر -مستأجر ثاني- ويمكن وصف تلك المسألة بالعدول أو الحلول القانوني ، حيث ينتقل الحق من المستأجر الأول إلى المستأجر الثاني إذا ما دفع الاخير ثمن المنفعة للأول.

و لتوضيح امكانية بيع هذا الحق ، لابد من عرض أو بيان الموقف الشرعي والقانوني عن مدى تصرف المستأجر في حقه المتولد عن عقد البدل الاضافي بالبيع، وذلك من خلال تقسيم الفرع على فقرتين ، نتناول في الاولى بيع البدل الاضافي شرعاً ، فيما نتناول في الفقرة الثانية بيع حق المستأجر وفقاً للقانون ، وسيكون تقسيمنا على النحو الآتي:

أولاً-بيع البدل الإضافي شرعاً:

لم يكن موقف الفقه الاسلامي موقفاً موحداً تجاه بيع الحق الناتج عن عقد البدل الإضافي ، و يعزوا السبب في ذلك الى اختلاف الفقهاء في آرائهم أو وجهات نظرهم ، ولكل من تلك الآراء حجج ومبررات يستندون عليها ، و من أجل الإحاطة بموقف الفقهاء المسلمين إزاء بيع حق البدل الإضافي ، سنسلط الضوء على أهم الآراء التي قيلت بصدد هذا العقد ، و ذلك على النحو الآتي:

١ - بيع البدل الإضافي في الفقه الإمامي:- من خلال مراجعة كتب الفقه الإمامي ،

نجد أن هناك اتجاهين أساسيين بخصوص مسألة بيع حق البدل الإضافي ، والاتجاهين هما:

الاتجاه الأول والقائل بعدم جواز بيع وشراء حق البدل الإضافي (السرقفية) ، لأنه يعتبر في المبيع ان يكون عينا خارجيا أو في الذمة ، واما الاعمال كالتخلية أو الحقوق ، كحق السكنى فلا يصح بيعها وشرائها ^(١) ، ، كما ذكر أصحاب هذا الاتجاه ان البيع يتطلب معلومية الثمن ، وأن ذلك أمر لا يمكن تجاهله في البيع ^(٢) ، وهو غير متحقق في حق البدل الإضافي.

اما الاتجاه الثاني ، فإنه يذهب إلى القول بجواز بيع حق البدل الإضافي من المستأجر

الأول إلى المستأجر الثاني ، إلا أن أصحاب هذا الاتجاه انقسموا إلى عدة أقوال:

(١) محمد مهدي الموسوي الخليلي ، مصدر سابق ، ص ١٠٦٩.

(٢) مرتضى الشيرازي ، مصدر سابق ، ص ٣٦.

القول الأول : ويرى امكانية بيع منفعة عقد البدل الاضافي من المستأجر الأول إلى المستأجر الثاني^(١)، و ان الاجازة على نقل الحق للمستأجر الثاني تكون مطلقة من غير تقييد ، أي سواء كان المستأجر منتفعا بالمأجور بالمباشرة أو بالواسطة^(٢)، فلا فرق بين الاثنين.

القول الثاني: والذي يفرق بين نقل المنفعة بالإيجار عن نقلها بعقد البدل الاضافي ، أي ان للمستأجر ان ينقل حقه بالبيع أو بغيره إذا كان عقد الإيجار مقترن بالبدل الاضافي ، اما اذا كان الإيجار غير مقترن بالبدل الاضافي فلا مجال عندئذ للقول بانتقال الحق إلى ثالث^(٣).

لقد ذكر صاحب القول الثاني عند الكلام عن شروط العوضين في البيع ، ان المنفعة لا يمكن نقلها بالبيع ، على الرغم من كونها تصلح ان تكون ثمناً للمثل ، أي للمنفعة مالية الا ان هذه المالية غير قابلة للنقل^(٤).

ويبدو ان القول بنقل المنفعة بالبيع في عقد البدل الاضافي لها خصوصية مميزة ، حيث جعل للمنفعة مالية قابلة للنقل استثناءً من الرأي المار ذكره آنفاً، بعبارة أخرى ، ان عقد البدل الاضافي ينفرد بخصائص قد لا يتمتع بها سائر العقود الاخرى .

وبعد عرض الاتجاهين السابقين ، فإنه يمكن مناقشة أصحاب الاتجاه الأول القائل بعدم جواز بيع حق البدل الاضافي على النحو الآتي :-

(١) محمد امين المامقاني ، موسوعة بشرى الفقاهة (فقه المستحدثات) ، مصدر سابق ، ص ١١٨ ، و عباس الظهيري ، مصدر سابق ، ص ٣٩٩.

(٢) علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، المعاملات ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص ٩٤.

(٣) ابو القاسم الخوئي ، المسائل المنتخبة ، مصدر سابق ، ص ٤١٥.

(٤) المصدر السابق ، ص ٢٢٩.

١. ان القول في اعتبار البيع ان يكون له وجود خارجي أو متعلق بالذمة هو قول مختلف فيه ولا يشكل قاعدة عامة، حيث عد البعض حق المنفعة على أنه حق مالي و اعتبر كل حق مالي يصح بيعه^(١)، ويرى الشيخ النائيني^(٢) ان السلطنة على المنفعة أقوى من السلطنة على المال. كما ان نقل حق البدل الاضافي (السرقلية) بالبيع من المستأجر الأول إلى الثاني (إنما ينقل اليه طرف الاضافة لا نفس الاضافة ، فيصح مثل هذا العقد ويكون متعلق الحق عوضاً حقيقياً)^(٣)، أي ان الحق هو علاقة بين صاحب الحق ومحلّه ، فأضيف محل الحق إلى صاحب الحق ، فالأول هو طرف الإضافة.

كما اصطلح البعض^(٤) على الحق بأنه (الحق العرفي) والذي يمكن ان يكون صالحاً للنقل من المستأجر الأول إلى المستأجر الثاني ، سواء كان بالصلح أو بغيره ، أي يمكن نقله بالبيع ، فالحق هو مالا من الاموال التي تقبل المعاوضة، بل يمكن نقله إلى الورثة كسائر الاموال الاخرى . وقد اكد آخر^(٥) امكانية بيع المنفعة بالقول (يصح التعبير بلفظ البيع في المنفعة ايضاً ، ولذا ورد في خبر اسحاق ، عن العبد الصالح(عليه السلام) : أبيعك سكناي وتكون في يدك كما هي في يدي ، قال(عليه السلام): نعم يبيعهها على هذا).

(١) محمد الحسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، الناشر المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب ، ٢٠١١م ، ص ٤٠٨.

(٢) نقلاً عن محمد رضا الانصاري القمي ، العقد النضيد ، الجزء الأول ، الطبعة الاولى ، مطبعة نكين ، ٢٠٠٨ م ، ص ٨٨.

(٣) المصدر نفسه ، ص ١٤٠.

(٤) د. عدنان البكاء ، مصدر سابق ، ص ٢٩٠.

(٥) محمد الحسيني الشيرازي ، موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي - كتاب البيع ، الجزء الأول ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الفكر الاسلامي ، بيروت لبنان ، ١٩٨٩ م ، ص ٢٢.

٢. كما يمكن رد الرأي القائل بمجهولية الثمن ، فالثمن غير مجهول بالنسبة لبيع المستأجر الأول لحقه في المنفعة للمستأجر الثاني ، فالأول تسلم الثمن بالكامل مقابل ان يخل العقار محل عقد البدل الإضافي للمستأجر الثاني ، على ان يلتزم الأخير بالأجرة المتفق على اسدائها للمالك ، بمعنى أكثر وضوحا ، ان المستأجر الأول أو القديم قد حل محله شخص جديد آخر يتولى الانتفاع بالعقار محل عقد البدل الإضافي على البقاء ملتزما بنفس الالتزامات التي التزم بها المستأجر القديم للمالك.

و تأسيساً على ما تقدم ، فإننا نرجح القول الأول من الاتجاه الثاني الذي أجاز بيع منفعة البدل الإضافي للمستأجر الجديد دون التمييز بين ما كان الإيجار بالمباشرة أو بالواسطة^(١)، حيث يكون للمستأجر ان يتصرف - على نحو مطلق - بحقه للغير من دون التقييد بنوع الاجارة ، فاقترار الجواز على المباشرة أو الواسطة قد يتعارض وحقيقة أو ماهية حق المستأجر في عقد الإيجار ، فبالرجوع إلى تعريف القانون لعقد الاجارة - تملك منفعة معلومة بعوض معلوم... - لا نلاحظ ان تملك هذه المنفعة تختص بمستأجر دون غيره ، أي لا يقتصر على مستأجر بعينه ، فضلا عما ذكره البعض من تبرير جواز بيع حق البدل الإضافي والذي يستند على (وجود ارتكاز عقلائي يمنح المستأجر القديم بيع حق البدل الإضافي للمستأجر الجديد وهذا صار رائجا للتعامل فيه فيما بعد بين الافراد ، فالشروط البنائية الارتكازية كالشروط المصرحة ، وتخريج حق البدل الإضافي على البيع ليس هو خصوص حق المنفعة في عقد الإيجار ، لأن الأخير حكم شرعي وليس بحق، ولو فرضنا جدلا باعتباره حقا ، لا دليل على قبوله للنقل ، و لا خصوص حق امتناع المستأجر عن

(١) إذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار في عقد الإيجار يسمى في الفقه الاسلامي بالمباشرة.

تخلية المحل و لا غيره من أي شأن متعلق بالمحل المستأجر ، بل هو عبارة عن الولاية على جميع الشؤون المتعلقة بالمحل، ماعدا ملكية عينه ومنفعته من الانتفاع به ، وهذه الولاية والسلطة على هذه الشؤون لها مالية عقلانية قابلة للنقل ، فلا مانع من بيع البدل الإضافي للمستأجر الجديد بعد رواجه بين العقلاء لأدراجه ضمن قول الله سبحانه (أحل الله البيع)^(١).

٢- بيع البدل الإضافي في المذاهب الأخرى :- أما موقف الحنفية ازاء بيع حق البدل الإضافي ، فكان موقفاً سلبياً، حيث يمنع بيعه او التصرف به ، لأن هذا الحق لم يكن عيناً قائمة بذاتها^(٢)، إنما هو عبارة عن منفعة ، وبما ان البيع عندهم هو مبادلة مال بمال، فلا يمكن ان تنتقل تلك المنفعة بالبيع ، لإنعدام المالية في المنفعة ، بمعنى آخر ، يشترط في المعقود عليه اذا كان بيعاً ، ان يكون عيناً لا منفعة ، لأن الأولى تقوم بالمال عكس الثانية فلا مال لها، والمنفعة عندهم ليست مالا مقوما حتى يصح بيعها ، لا سيما وان البيع عندهم مبادلة مال بمال ، وفي ضوء نقل منفعة حق البدل الإضافي فلا يمكن نقل المنفعة بالمال بيعاً.

ان الرأي المتقدم ، لم يكن هو الرأي الوحيد لدى الحنفية ، حيث كان لمتأخري الحنفية رأي آخر يتضمن الاعتراف بمالية المنافع^(٣) حيث جاء عندهم (..ان ملك العين ليس مقصودا لذات العين بل لمنافعها ، فالمنافع يجب ان تعتبر أساسا في التقويم وقد تربي قيمة المنافع المستوفاة من الشيء في مدة طويلة على قيمة عينه ، فكيف يصح اهدار قيمتها و اعتبارها

(١) عباس الظهيري ، مصدر سابق ، ص ٣٩٩.

(٢) ابن عابدين ، مصدر سابق ، الجزء السابع ، ص ٤١.

(٣) مصطفى احمد الزرقاء المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، الطبعة الاولى ، دار القلم ، دمشق، ١٩٩٩م، ص ٢١٩.

كالعدم؟...) وتأسيساً على ذلك ، يمكن القول بإمكانية بيع منفعة عقد البدل الإضافي من المستأجر السابق الى المستأجر اللاحق ؛ حيث لم نعثر - بحدود المصادر التي تم الاطلاع عليها - على رأي أو اتجاه يتعارض مع النص اعلاه ، وهذا يبرر لنا القول بإمكانية النقل لحق المنفعة في عقد البدل الإضافي ، لا سيما وان لمتأخري فقهاء الحنفية رأي يجيز فيه بيع المنافع.

اما بالنسبة للمالكية^(١) فقد اشترطوا لبيع منفعة البدل الإضافي ان يكون المستأجر قد ملكها بطريقة شرعية ، اي ان يكون العقد صحيحا حتى يتمكن من التصرف فيها سائر التصرفات الشرعية الاخرى ، حيث يكون عندهم^(٢) (ان الخلو من ملك المنفعة لا من ملك الانتفاع ، إذ مالك الانتفاع ينتفع بنفسه فقط ، أما مالك المنفعة فله ان يتصرف بها ... فيكون الخلو من ملك المنفعة فلذلك يورث وليس للمالك ان يخرج عنه)

ولا يختلف عنهم الحنابلة^(٣) فقد بينوا بشكل واضح عن امكانية بيع حق البدل الإضافي حيث ذكروا (...الخلوات المشهورة يمكن تخريجها عندنا من هذه المسألة من جواز بيع المنفعة مفردة

(١) محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الثالث ، المصدر السابق، ص٤٦٧.

(٢) ابي عبدالله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل ، الجزء السابع، الطبعة الثانية ، المطبعة الكبرى الاميرية ، بولاق ، مصر ، ١٣١٧هـ، ص٧٩.

(٣) مصطفى سيوطي الرحيباني ، مطالب اولي النهي في شرح غاية المنتهى ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص٣٧٠.

عن العين كعلو بيت يبنى عليه ...) ، حيث للمنفعة مالية يمكن التصرف بها سائر التصرفات الأخرى، وهذا قول الشافعية^(١).

و خلاصة لما تقدم ، ان الفقه الاسلامي لا يرى ما يمنع من اخذ المقابل عن بيع المنفعة لآخر ، مع مراعاة إذن المالك بتلك التصرفات ، وهذا الاذن يجب الاشارة اليه بشكل واضح وصريح في عقد البدل الاضافي أو الرجوع الى عرف البيئة التي ينشط بها هذا النوع من التعامل ، فالمبنى الذي قال به فقهاء الامامية في نقل حق البدل الاضافي من مستأجر لآخر هو عرف البيئة ، فضلا عن وجود ارتكاز عقلائي ؛ فتملك المنفعة و التصرف بها يستند على ارتكاز عقلائي (فالمنفعة يمكن تفكيكها عن العين في عالم الملكية وارجاعها لمالك آخر تبرز عقلائيا ملكيتها وتنتفي نكتة اندكاكها في ملكية العين ، ويصبح مالكا غير مالك العين)^(٢).

(١) محي الدين ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، منهاج الطالبين وعمدة المفتين ، مصدر سابق ، ص ٣٠٨ وما بعدها.

(٢) كاظم الحسيني الحائري ، فقه العقود ، الجزء الأول ، مصدر سابق ، ص ٧٢.

ثانياً - بيع البدل الإضافي قانوناً :

بما ان المشرع العراقي لم يعالج احكام عقد البدل الاضافي لا في القانون المدني العراقي و لا في قانون ايجار العقار، فمن نافلة القول ان نتناول امكانية نقل الحق من المستأجر الأول إلى المستأجر الثاني في اطار التشريع العراقي ، لا سيما وقد نصت المادة(٢١) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل بمنع المؤجر او المستأجر من الحصول على أي مال أو منفعة خارج نطاق عقد الايجار، فمن باب أولى ان لا ينتقل الحق في عقد البدل الاضافي من مستأجر الى آخر.

فان كان المشرع قد منع التعامل بعقد البدل الاضافي ، فيكون من باب اولى عدم تناول المشرع العراقي جواز انتقال الحق في هذا العقد من مستأجر لآخر.

بينما كان القضاء العراقي قد اجاز التعامل بعقد البدل الاضافي - كما لاحظنا ذلك عند الكلام عن مشروعية البدل الاضافي- وقد اصدر بمناسبة هذا التعامل الكثير من القرارات التي تضمنت امكانية بيع حق البدل الاضافي ، كالحكم الصادر عن محكمة التمييز العراقية^(١) و المتضمن اجازة التعامل بعقد البدل الاضافي ، بالاستناد إلى العرف الذي اجاز بيعه و التعامل به بين الافراد، وعليه فهذه الاجازة لا تقتصر على المالك و المستأجر، بل تمتد لتشمل العلاقة

(١) قرار رقم ١٣٧٧/ع/١٩٦٥ في ١٩٦٦/٢/٢٦ مجلة الديوان القانوني، المصدر السابق، ص١٩٦-١٩٧.

و كذلك قضت محكمة التمييز في قرار لها (إذا اشترى المدعي حق منفعة الدكان باسم السرقة من المستأجر مع علمه بعائدية الدكان إلى الغير من دون استحصال موافقة المالك ولم يحدد مدة للانتفاع بالمأجور الذي حكم بتخليته استحق المدعي المبلغ الذي دفعه مطروحاً منه ما يوازي مدة انتفاعه بالمأجور حسب تقدير الخبراء) القرار المرقم (٧٩٤/حقوقية/١٩٧٨) بتاريخ ١٩٧٨/٥/٢٧، مجموعة الأحكام العدلية، مصدر سابق ، ص٢٣١.

بين المستأجر الأول و المستأجر الثاني . و يبدو ان القضاء العراقي كان تبريره في التعامل بعقد البدل الاضافي ، يعود على اعتبار ان العرف هو المصدر الثاني للقانون بعد التشريع استناداً الى نص المادة (٢/١) من القانون المدني.

وحسناً فعل القضاء العراقي ، حيث اخذ بزمام المبادرة في محاولة منه لمعالجة أهم احكام عقد البدل الاضافي الذي أغفل تنظيمه من قبل المشرع عن قصد ، و لعل محاولة القضاء في ذلك انما كانت نتيجة تعامله اليومي و بشكل مباشر مع حاجات الناس وضرورة ايجاد الحلول التي من شأنها ان تسهم في استقرار معاملاتهم المالية ، لاسيما وان واجب القضاء ومهمته ان يجد حل للمنازعات المرفوعة امامه.

ولعل هذا التفاعل من قبل القضاء مع عقد البدل الاضافي (السرقفلية) يعود الى النقص التشريعي في تنظيم أحكامه ، حيث يُعد ذلك التفاعل محاولة من القضاء في تقديم معالجة ملحة لحفظ حقوق المتعاقدين ، وذلك من خلال الفصل في الدعوى المرفوعة أمامه.

و خلاصة لما تقدم ، نؤيد ما ذهب اليه الفقه الاسلامي والقضاء العراقي من امكانية نقل حق البدل الاضافي من المستأجر الأول إلى المستأجر الثاني بالبيع ، حيث يخرج المستأجر الأول من العقد ليصبح اجنبياً عنه أو يُعدّ من الغير ، فتكون العلاقة مباشرة وقائمة بين المالك والمستأجر الثاني، فيلتزم المستأجر الثاني بنفس الاجرة التي اتفق عليها المالك والمستأجر الأول، كما يلتزم المستأجر الثاني بالانتفاع بالعقار محل عقد البدل الاضافي وفق الغرض المخصص له ، الا اذا كان هناك اتفاق يقضي بغير ذلك ، أي قد يشترط المستأجر الثاني تغيير غرض الانتفاع المخصص بالعقار مقابل زيادة الاجرة، وهذا يكون بموافقة المالك .

الفرع الثاني

إجارة حق المستأجر في عقد البدل الإضافي

إذا رغب المستأجر في بيع منفعة العقار محل عقد البدل الإضافي للغير ، فمن باب أولى ان يعرض هذا الحق للإيجار ، حيث يكون للمستأجر الأول أما ان يتعاقد مع المستأجر الثاني على الانتفاع بالعقار محل عقد البدل الإضافي ، وهنا يخرج من هذه العلاقة التعاقدية ليحل محله المستأجر الثاني ؛ أو ان يبقى المستأجر الأول على علاقته مع المالك إذا نقل جزء من حقه في منفعة العقار لمصلحة مستأجر جديد - كما لو كان العقار مقسم الى شقق أو الى عدد من المحال التجارية - من دون ان يلزم المستأجر الجديد بأي التزام تجاه المالك .

على الرغم من ذلك ، لم يكن للفقهاء المسلمين قول متفق عليه ازاء اجارة الحق في عقد البدل الإضافي للغير ، لذا يتطلب البحث في بيان موقفهم عن مدى امكانية حق المستأجر في الإجارة لمستأجر جديد ، ويتبع ذلك بيان الموقف القانوني ، وذلك تباعاً :-

أولاً- إجارة البدل الإضافي شرعاً:

كان للإمامية إزاء حق المستأجر في إجارة العقار محل عقد البدل الإضافي قولين ، الأول^(١) ويرى ان للمالك كامل الحرية في ملكه ، و له ان يجيز الاجارة أو يمنعها ، سواء أخذ المستأجر الأول زيادة عن ما دفعه للمالك من المستأجر الثاني - و هذا لا اشكال فيه ، فالأمر لا يختلف فيما إذا اخذ المستأجر الزيادة على سبيل الهبة المعوضة أو الجعالة أو المصالحة ، ما دام الغرض هو عدم مزاحمة المستأجر الأول للمستأجر الثاني في اجارة العقار مستقبلاً - أو لم يأخذ الزيادة من المستأجر الثاني وهذه هي الحوالة .

(١) عز الدين بحر العلوم ، مصدر سابق ، ص ١٥٢ .

اما القول الثاني^(١) فيكون للمستأجر نقل حقه للغير من دون اشتراط موافقة المالك ، فله ان يؤجره للغير أو يبيعه أو غير ذلك ، ولا حاجة حينئذ لإذن المالك ، حيث ما يتصرف به هو المنفعة لا العين.

اما بالنسبة للأحناف فأنهم لم يمنعوا المستأجر من اجارة العقار للغير، وله ان ينتفع بها كيفما شاء سواء بالسكنى لنفسه أو لغيره بالإجارة^(٢)، وكذلك الحال بالنسبة للمالكية^(٣) حيث أجازوا إجارة المستأجر ، فله اجارتها بنفس الاجرة أو بأكثر أو بأقل منها ، وهذا ما صرح به أحد فقهاءهم بالقول (.... و جائز لمستأجر الدار ان يكرئها قبل قبضها وبعده ، بمثل اجرتها و بأقل و بأكثر و لا بأس بازدياده لنفسه في كرائها لأنه قد ملك منافعتها بالعقد ، و جاز له فيها التصرف)^(٤)، وايدهم في ذلك الحنابلة^(٥).

كما يجيز الشافعية الاجارة للمستأجر ، باعتبار الاخير قد ملك المنفعة من المؤجر بعوض وله ان يتصرف بها كما لو كان بيعا ، إذ (ان الاجارة كالبيع لأنها تمليك شيء بتمليك غيره)^(٦).

(١) محمد صادق الروحاني، منهاج الصالحين ، مصدر سابق ، الجزء الثالث ، ص ٤٩٧.

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع ، الجزء السادس ، مصدر سابق ، ص ٤٦.

(٣) ابن رشد القرطبي الاندلسي ، مصدر سابق ، ص ١٤١.

(٤) ابو عمر يوسف بن عبدالله القرطبي المالكي ، الكافي في فقه اهل المدينة ، مصدر سابق ، الطبعة الاولى ، ١٩٧٨ م ، ص ٧٤٨.

(٥) مرعي بن يوسف الحنبلي ، دليل الطالب على مذهب احمد بن حنبل، الطبعة الثانية ، منشورات المكتب الاسلامي ، ١٩٦٩ م، ص ١٤٣.

(٦) محمد بن ادريس الشافعي ، الأم ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٣، ص ٢٧.

وخلاصة لما تقدم ، نوضح ان ما ذهب اليه الامامية في قولهم الاول، انما ارادوا به اشعار المستأجر بأهمية رضا المالك ، فهو مالك للرقبة وله حق الرقابة والتوجيه على ادارة ملكه ، وقد يسعى المستأجر الجديد إلى تغيير منفعة العقار محل البدل الاضافي، وهذا قد لا يرتضيه المالك ، كأن يلحق بالعقار ضرر من المنفعة الجديدة ، أو ان المنفعة الجديدة قد تنافس المالك إذا ما كان الاخير يمارس ذات المنفعة .

و من جانبنا ، نرى ان الاصل ان المستأجر لا يحتاج إلى إذن المالك ليتصرف بحقه - وهذا هو رأي القول الثاني^(١) - فالمستأجر قد اشترى ذلك الحق بالبدل الاضافي و أصبح مالكا للمنفعة مدة العقد، وله ان يبيعها أو يؤجرها... الخ ؛ اما من حيث الاستثناء ، نعم إذا تم الاتفاق على غير ذلك ، فلا بد من أخذ الاذن من المالك ، كأن يشترط المالك على عدم انتقال الاجارة الا بأذنه ، وليس للمستأجر مخالفة الشرط ، باعتبار ان الناس مسلطون على اموالهم ، لا سيما و عقد البدل الاضافي لا يسلب من المالك رقبة العقار المجاور، وهذا يتمشى مع صاحب القول الاول.

بمعنى أكثر توضيحاً ، نجد ان تصرف المستأجر بالعقار المجاور لا يحتاج إلى إذن من المالك ، باعتباره مالكا للمنفعة ، الا إذا اشترط المالك الموافقة على الاجارة ، فإن خالف المستأجر الشرط ، كانت اجارته باطلة.

(١) محمد صادق الروحاني، مصدر سابق ، ص ٤٩٧.

ثانياً- إجارة البدل الإضافي قانوناً:

ان التشريع العراقي لم يتناول تنظيم عقد البدل الإضافي - كما ذكرنا سابقاً- الا انه كقاعدة عامة في عقد الايجار لم يمنع المستأجر من ايجار حقه لمستأجر آخر ، وأدل صورة على ذلك هو الايجار من الباطن .

لقد اورد المشرع العراقي بهذا الصدد ، نص قانوني في إطار القانون المدني العراقي تضمن اباحة الايجار من الباطن ، وتعد هذه الاباحة هي الاصل و المنع هو الاستثناء ^(١)، حيث نصت المادة(١/٧٧٥) من القانون المدني على الآتي: (للمستأجر ان يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول، وله كذلك ان يتنازل لغير المؤجر عن الاجارة كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره)، فوجه الاستثناء ان لا يكون للمستأجر الحق في الاجارة إذا اشترط عليه المؤجر عدم التأجير ، وهذا ما يعبر عنه بالشرط المانع^(٢) الذي يوجب على المستأجر مراعاته و الا كان الاخير مخالفاً لشروط العقد مما يستوجب الجزاء المقرر في القواعد العامة.

ان البعض^(٣) يرى ان الاعتبار الشخصي في عقد الايجار ليست من المسائل الاساسية التي تمس أصل العقد وكيانه ، لا سيما وان غرض المالك بالدرجة الرئيسة هو حصوله على الاجرة ، سواء من المستأجر الأصلي أو من المستأجر من الباطن ، كما يسهم الايجار من الباطن

(١) د.أسعد دياب ، القانون المدني - العقود المسماة ، الجزء الأول ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧، ص٥٠٩.

(٢) د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص٢٧٧.

(٣) د.سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص٣٢١.

في زيادة الضمانات لصالح المؤجر، حيث يكون للأخير التزامان ، الأول التزام المستأجر الأصلي بالأجرة و الثاني التزم المستأجر من الباطن بها.

أما في إطار قانون إيجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل فقد جاء في نص المادة (١١) منه على انه (يحظر الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كلاً أو جزءاً إلا إذا اتفق الطرفان تحريراً على خلاف ذلك)^(١)، فالأصل وحسب هذا النص ، لا يجوز الإيجار من الباطن ، و الاستثناء يمكن للمتعاقدان ان يتفقان تحريراً على الإيجار من الباطن.

ما لاحظناه في المقام ، ان حق المستأجر في الإيجار من الباطن في ضوء القانون المدني هو الأصل ، بينما الاستثناء المنع ، وهي حالة اشتراط المالك عدم الاجارة من الباطن ، اما حق المستأجر في قانون إيجار العقار فالعكس صحيح ، أي الأصل منع المستأجر من الإيجار من الباطن ، والاستثناء الجواز إذا اتفق المتعاقدان تحريراً على ذلك ، بينما يرى البعض^(٢) ، ان من حق المستأجر في عقد البدل الإضافي ان يؤجر من الباطن ، لأن حقه في الاجارة ثابت بالعرف ، والثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي ، ويفهم من ذلك ، ان للمستأجر الاول الحق في الاجارة لمستأجر جديد، وهذه تقترب كثيراً من حالة التأجير من الباطن والتي بطبيعة الحال لا تشبه التنازل عن حق البدل الإضافي ، لأن العلاقة التعاقدية قائمة بين المالك والمستأجر الاول من عقد البدل الإضافي ، أما التنازل عن حق البدل الإضافي فيعني خروج المستأجر الأول عن عقد البدل الإضافي ليحل محله المستأجر الجديد

(١) تم تعديل النص اعلاه بموجب تعديل قانون إيجار العقار بالقانون رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٠ ، بعد ان كان النص القديم بموجب المادة (٦) الفقرة (أ) تنص على (يحظر الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كلاً أو جزءاً، ويقع باطلاً كل اتفاق يقضي بخلاف ذلك).

(٢) د. ماجد حسين النعواشي ، مصدر سابق ، ص ٣٣١.

، وهذا الأخير يلتزم بالتزامين ، الأول ان يدفع للمستأجر الأول قيمة البدل الإضافي (وهذا شراء لحق البدل الإضافي الذي تكلمنا عنه سابقاً) ، والالتزام الآخر هو ان يؤدي للمالك الاجرة المتفق عليها بين المالك و المستأجر الأول ، أي ان يخضع لحالة الحق وحالة الدين المنصوص عليهما في القانون المدني العراقي^(١)، فعادةً ما يكون التنازل بدون مقابل^(٢) وبإرادة واحدة.

وتأسيساً على ما تقدم ، وبعد عرض كل من الموقف الشرعي و الموقف القانوني إزاء تأجير الحق في عقد البدل الإضافي ، فإننا نرجح قول الامامية بجواز التأجير من الباطن في اطار عقد البدل الإضافي من دون الرجوع إلى المالك واخذ رأيه ، الا إذا اشترط المالك على المستأجر الاذن.

وعليه نقترح على المشرع العراقي ان ينص في القانون المدني على الآتي (ان المستأجر في عقد البدل الإضافي يملك حق التأجير لمستأجر جديد عن كل العقار المأجور أو جزء منه ، مالم يقضي الاتفاق بغير ذلك).

(١) د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق، ص ٢٧٤.

(٢) د. جعفر الفضلي ، المصدر نفسه ، ص ٢٧٣، ومحمد عزمي البكري ، عقد الايجار في التقنين المدني الجديد ، الطبعة الخامسة ، دار محمود ، مصر ، ٢٠٠١ ، ص ٧٧١.

الفرع الثالث

هبة حق المستأجر في عقد البدل الإضافي

من المعلوم ان الهبة عقد يتم بين الاحياء وبموجبه ينقل الواهب كل أو جزء من أمواله لآخر بدون عوض ، ولعل ابرز شروط الهبة أن يسجل العقار الموهوب في دائرة التسجيل العقاري ، اما إذا كان الموهوب منقول فيشترط فيه القبض ، و اذا كان هذا القول يصدق على نقل ما يملك الواهب من عين بشرط التسجيل أو القبض ، فهل يجوز لصاحب حق البدل الإضافي ان يهب حقه إلى شخص آخر ؟ لا سيما و ان الحق ليس بعين.

من أجل الاجابة عن هذا التساؤل ، نرى من الواجب تقسيم الفرع على الفقرتين الآتيتين:-

اولاً- هبة البدل الإضافي شرعاً:

لم يكن تعريف عقد الهبة محل اتفاق لدى فقهاء الشريعة الاسلامية ، ويبدو ان الاختلاف في ذلك يعود في أساسه إلى ماهية الموهوب من حيث تحديده أو تعيينه ، بعبارة أكثر دقة ، هل ان الهبة تقتصر على العين ام تمتد إلى غيرها من الاموال ؟ ، فمن هذا المنطلق ، نرى ضرورة بيان موقف فقهاء الشريعة إزاء ذلك الاختلاف ومدى علاقته بإمكانية نقل حق البدل الإضافي بالهبة ، وذلك من خلال توزيع هذا الفقرة على النحو الآتي:-

١ - هبة البدل الإضافي في الفقه الامامي:-

انقسم فقهاء الامامية إلى اتجاهين عند تعريفهم للهبة ، الاتجاه الأول و الذي عرف الهبة على انها (تمليك العين من غير عوض تمليكا منجزاً)^(١) ، و الواضح ان هذا الاتجاه يرى

(١) المحقق العلامة الحسن الحلي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام مع تعليقات صادق الشيرازي ، القسم الأول والثاني ، الطبعة الثانية ، مطبعة شريعت ، قيم ايران ، ١٣٨٨ هـ ، ص ٥٣٧.

ان قوام الهبة واساسها يرتكز على العين دون غيرها ، بل لا يصدق قول الهبة في تملك غير الاعيان.

أما أصحاب الاتجاه الثاني فقد عرفها على انها (تملك مال لآخر بلا عوض)^(١)، أو هي (تملك مال في الحال بلا عوض)^(٢)، أي ان تملك الهبة يرد على المال لا على العين. فبعد عرض هذين الاتجاهين ازاء تعريف الهبة ، لا بد من مناقشة أصحاب الاتجاه الأول والقاتل بتخصيص الموهوب ليكون من صنف الاعيان لا من صنف المنافع ، و سندهم في ذلك ، يعود على إن للعين حقيقة خارجية يمكن ادراكها بالحس أو رؤيتها بالعين (....) وما ليس خارجيا لم يمكن قبضه ، والحال ان الهبة تحتاج إلى القبض)^(٣)، فذلك لا يتحقق في قبض المنفعة لأنها ليس لها حقيقة خارجية ، بل إن البعض منهم يرى^(٤) عدم صحة تملك المنفعة ، لأنه يشترط في الموهوب أن يكون عيناً فقبض الموهوب بقبض مصادقه ، وهذا ما لا يحصل في المنافع.

- ينظر إلى ذات المعنى :- محسن الحكيم ، منهاج الصالحين مع تعليقات الحائري ، المعاملات ، القسم الأول ، المطبعة الثانية ، مطبعة شريعت ، قم ، إيران ، ١٣٩٦ هـ ، و أيضاً أبو القاسم الخوئي ، مصدر سابق ، ص ٢٨٦ ، و علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص ٢٧٧.

(١) محمد الحسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص ٣٥.

(٢) محمد جواد مغنية ، فقه الامام الصادق عرض واستدلال ، الجزء الرابع ، الطبعة الثالثة ، مطبعة شريعت ، قم ، إيران ، ١٣٨٦ هـ ، ص ٢١٧.

(٣) محمد الحسيني الشيرازي ، الفقه موسوعة استدلالية في الفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، الجزء الستون ، دار العلوم ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٨ ، ص ٢١٧.

(٤) روح الله الخميني ، تحرير الوسيلة ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، خال من مكان الطبع ، ١٣٩٠ هـ ، ص ٥٦.

و في هذا الإطار، نرى ان الاتجاه الثاني هو الاكثر تماشياً في هبة حق البدل الاضافي من الاتجاه الأول ، لأن تعريف الهبة تضمن عبارة (تمليك مال) لا (تمليك عين) فمفهوم المال جاء اوسع من مفهوم العين ، وبذلك يكون المال قد اشتمل على المنفعة و العين معا ، أي انها جزء من كل ، وبما ان حق المستأجر في البدل الاضافي يرد على المنفعة لا العين ، فهنا يمكن القول بإمكانية نقل هذا الحق لآخر بطريق الهبة ، بينما كان الاتجاه السابق يحصر تمليك الهبة على العين دون سواها ، و حينذاك يتعذر القول بنقل حق البدل الاضافي بالهبة ، لأنه يتعلق بالمنفعة لا بالعين .

من كل ماتقدم ، ان القول بهبة حق البدل الاضافي لا يعني بأي حال من الاحوال مخالفة شرط القبض و الذي يعد شرطاً اساسياً و جوهرياً في الهبة ، بل ذهب البعض إلى القول بأن القبض يشكل ركناً في الهبة (لا يترتب عليها أي أثر الا بعد القبض ، فهو ركنها الاعظم وشرطها أو شرطها الاهم ، أي أهم من الايجاب والقبول)^(١).

لذا لا مناص من القول بترك القبض في هبة حق البدل الاضافي ، و يمكن ان يقبض الموهوب له منفعة البدل الاضافي من خلال قبض العين ، فلا يتصور الحصول على المنفعة دون عينها - إذ يمكن القول ، ان المنفعة طاقة كامنة في العين لا يمكن الحصول عليها الا بقبض العين - علماً ان الهبة وردت على المنفعة لا على العين ، لأن العين تبقى في ملك مالکها اما المنفعة فهي التي تنتقل كما في العارية.

(١) محمد الحسين كاشف الغطاء ، المصدر السابق، ص ٤٣.

٢- هبة البدل الإضافي في المذاهب الأخرى :- عرف فقهاء الحنفية الهبة بتعريفات متعددة

منها تعني (تمليك بلا عوض)^(١) ومنها تعني (تمليك العين مجاناً)^(٢).

وجدير بالذكر ، ان التعريف الأول جاء مطلقاً حيث لم يحدد المراد من التمليك بالهبة فشمّل الاعيان والمنافع على حد سواء ، وقد أكد صاحب التعريف أن تمليك المنافع أمر لا اشكال فيه ، فالعين تبقى في ملك المالك ولا تنتقل للموهوب له ، و القول بتمليك المنفعة بغير عوض تفسير على انه عارية وليس هبة ، قول فيه تأمل ، فهبة المنفعة هبة، وأن كان يطلق عليها عرفاً عارية ، اي لهبة المنفعة معنيين^(٣).

أما بالنسبة للتعريف الثاني الذي خصص الهبة بالعين ، فلا يفهم من ذلك التخصيص هو اخراج المنافع عن دائرة التعامل بالهبة ، حيث لم يمنع هبة المنافع ، و هذا ما أكدّه صاحب التعريف أعلاه بالقول (...و المراد من العين ما كان حالاً ومالاً) .

(١) كمال بن الهمام ، شرح فتح القدير ، الجزء التاسع ، ص ١٩ ، نقلاً عن : الكاساني ، مصدر سابق ، الجزء الثامن ، مصدر سابق ، ص ٨٤.

(٢) بن عابدين ، شرح رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الابصار ، الجزء الثامن ، مصدر سابق ، ص ٤٨٨.

(٣) ابو بكر بن مسعود الكاساني ، المصدر السابق ، ص ٩٢ ، حيث ذكر: (... وقوله سكنى موضوع للمنفعة ، لا تستعمل الا لها ، فكان محكماً ، فجعل تفسيراً للمحتمل وبياناً أنه اراد به تمليك المنفعة ، وتمليك المنفعة بغير عوض هو تفسير العارية ؛ وكذا قوله ((سكنى)) بعد ذكر الهبة ، يكون تفسير للهبة ، لأن قوله هبة يحتمل هبة العين ، و يحتمل هبة المنافع ، فإذا قال ((سكنى)) فقد عين هبة المنافع ، فكان بياناً لمراد المتكلم ؛ أنه اراد هبة المنافع ، وهبة المنفعة تمليكها من غير عوض ، وهو معنى العارية . وإذا قال ((سكنى هبة)) ، فمعناها أن سكنى الدار هبة لك ، فكان هبة المنفعة وهو تفسير العارية) ، الكاساني ، الجزء الثامن ، مصدر سابق ، ص ٩٢.

نستنتج من ما تقدم ، ان الاحناف قد اجازوا هبة المنفعة وهذا ينسحب على امكانية نقل حق البدل الاضافي من المستأجر إلى الغير بالهبة ، واما قبضها فلا يتحقق الا من خلال قبض العين ، حيث لا يمكن ان نتصور الانتفاع بهبة البدل الاضافي دون قبض العين .

اما المالكية ، فلم يختلفوا عن سبقهم في تعريف الهبة أو اجازتهم لتمليك المنافع وهبتها ، فعندهم تعني (تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة)^(١) ، وقد أجاز بن عرفة هبة المنافع^(٢) ، الا انها هبة مؤقتة ، أي إذا مات الموهوب له عادت إلى الواهب أو ورثته بعد وفاته ، حيث جاءت هذه الاجازة بهبة المنافع المؤقتة بناءً على ما يتلفظ به الواهب من الفاظ كقول الواهب (أعمرتك أو اعمرت زيدا داري) ، ففي هذا المعنى إجازة لهبة المنفعة ، أما صيغة العمرى فيقصد بها تملك المنافع مدة حياة الموهوب له دون رقبته ، فكأن القائل يقصد (أسكنتك هذه الدار عمرك أو وهبتك سكتها عمرك)^(٣) .

واستناداً إلى ما سبق ، يتبين ان نقل الحق في البدل الاضافي بالهبة ، انما هو نقل مؤقت ، فمتى ما مات الموهوب له سيعود ملك المنافع للواهب ، و يبدو ان هذا الحكم ينسجم مع صورة تأبيد مدة عقد البدل الاضافي ، حيث ان المستأجر سيعود له أو لورثته الانتفاع بمحل البدل الاضافي إذا ما مات الموهوب له ، الا ان الحكم يكون مغايراً لعقد البدل الاضافي إذا كانت مدته محددة و يرغب المستأجر بهبة حقه من العقد ، حيث لن يرجع للواهب بشيء من منفعة العقد إذا ما انتهت مدته أو لم يتوفى الموهوب له .

(١) محمد بن محمد بن عبدالرحمن الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، الجزء الثامن ، الطبعة

الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٥ ، ص ٣ .

(٢) محمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، الجزء الرابع ، مصدر سابق ، ص ١٠٨ .

(٣) محمد بن محمد بن عبدالرحمن الرعيني ، مصدر سابق ، ص ٢٢ .

أما في حالة وفاة الواهب قبل وفاة الموهوب له ، يبدو إن حق الأخير في هبة البدل الإضافي يبقى قائماً مدة حياته و الانتفاع به وينتقل لورثة الواهب حال وفاته ، ويبدو ان المالكية قد قصدوا من انتقال الحق لورثة الواهب ان تتحقق وفاة الموهوب له دون وفاة الواهب ، أي ان الرجوع عن هبة المنافع مقيد بوفاة الموهوب له ، وبهذا الصدد ، يمكن ان نستنتج ، ان شخصية الموهوب له هي محل اعتبار في عقد الهبة ، و لولا أهمية شخصية الموهوب له لدى الواهب لما وهبه منافع العين ، فيتأسس على ذلك ، ان من الأسباب الشرعية في رجوع المستأجر عن هبة المنفعة في عقد البدل الإضافي ، وفاة الموهوب له لأنه تسلط بالمباشرة على هبة المنفعة ، بمعنى ان شخصيته محل اعتبار في التعاقد لدى الواهب.

اما رأي الشافعية في هبة المنافع فلم يوافق قولين^(١)، الأول وهو مرجوح (للماوردي والزرکشي) وفيه ان هبة المنافع ليست بتمليك وما وهبت منفعه هو من قبيل العارية لا الهبة ، أما القول الثاني وهذا قول اغلب فقهاءهم ومنهم (ابن الرفعة والسبكي وغيرهم) و هو يعد القول الراجح و الذي يجيز تمليك المنفعة ، فهي تمليك ، وذلك بناءً على ما وهبت منافع العين ؛ أي يمكن ان ترد الهبة على منافع العين دون رقبته.

إن الشافعية لم يختلفوا كثيراً عن المالكية في رجوع الواهب أو ورثته عن الهبة إذا توفي الموهوب له ، حيث تعود منافع العين لهم ، الا انهم اضافوا حكماً جديداً حال وفاة الواهب و قبل وفاة الموهوب له ، وهذا الحكم يتمثل بإرجاع المنفعة للواهب أو ورثته، أي انهم يعتمدون

(١) محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع - تحقيق وتعليق علي محمد معوض وآخر ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، دار الكتب العالمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٤م ، ص ١٧١.

في ذلك على صيغة عقد الهبة كأن يقول (جعلته لك عمري أو عمرك)^(١)، أي يكون الرجوع عن هبة المنافع بموت احدهما وفق الصيغة اعلاه.

و أخيرا ، كان تعريف الحابلة للهبة بأنها (تمليك جائز مالا معلوماً ، أو مجهولا تعذر علمه)^(٢) ، و الهبة عندهم نوعين اما هبة عمرى أو هبة رقبى^(٣)، ولا يختلف حكم الرجوع عن الهبة عن قول الشافعية ، و التي تستند إلى وفاة الواهب أو الموهوب له.

أي يكون للمستأجر في البدل الاضافي ان يرجع عن هبة منفعة هذا العقد في حالة وفاته أو وفاة الموهوب له ، لتعود المنفعة للواهب أو ورثته.

(١) محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، مصدر سابق ، ص ١٧٥.

(٢) مصطفى السيوطي الرحيباني ، مطالب اولي النهى في شرح غاية المنتهى وشرح تجديد زوائد الغاية والشرح - تعليق حسن الشطي ، الجزء الرابع ، خالٍ من مكان وسنة الطبع ، ص ٣٧٧.

(٣) و معنى العُمري ان يقول الرجل اعمرتك داري هذه أو هي لك عمرى أو ما عشت . والرُقبى ان يقول أرُقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك ، على انك ان مت قبلي عادت إليّ ، وان مُتُ قبلك فهي لك ولعقبك ؛ ينظر في ذلك : عبدالله بن احمد بن قدامة المقدسي الحنبلي ، المغني ، مصدر سابق ، ص ٣٨١-٣٨٢.

ثانياً- هبة البدل الاضافي قانوناً:

عرفت المادة (١/٦٠١) من القانون المدني العراقي الهبة على أنها (تمليك مال لآخر بلا عوض) ، فلا يختلف ذلك التعريف عن ما ذكره القانون المدني المصري في المادة (١/٤٨٦) بأنها (الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض) ، و غيرهما الكثير من التشريعات العربية التي عرفت الهبة على أنها تمليك مال لآخر أو تمليك لكل أو لجزء لما يملكه الواهب من أموال^(١).

و من الواضح ، ان عقد الهبة من عقود التبرع الذي يمكن أن يرد على ما يملكه الواهب من أموال ، حيث ان اغلب التشريعات المقارنة اشارت إلى ان معنى التمليك في الهبة إنما يرد على المال ، إذ ان الاخير له مفهوم أوسع من العين ، فالمال يقصد به العين أو المنفعة أو الاثنين معاً ، أي لم تكثر تلك التشريعات لمسألة هبة المال الذي يكون له وجود خارجي و يدرك بالحس لينفرد به عقد الهبة دون سواه ، وانما قصدت من المال ان يشمل ما لا يمكن الإشارة إليه من غير الوجود الخارجي ، و لا يمكن الاستفادة منه من غير ما أضيف عليه ، بمعنى آخر ، ان منفعة العين متحصلة لأنها تترك بالحس ، اما ذات المنفعة لا يمكن الحصول عليها بغير العين ، فهي تدور وجوداً وعدماً مع العين ، والمهم في ذلك ان يكون للشيء الموهوب قيمة مادية ، وهو حكم يستفاد من نص المادة (٦٥) من القانون المدني العراقي التي عرفت المال بأنه (هو كل حق له قيمة مادية).

(١) ينظر بهذا الصدد : نص المادة (٥٢٤) من القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ و المادة (٢٠٢) من قانون الاسرة الجزائري رقم (٨٤-١١) لسنة ١٩٨٤ ، والمادة (٥٠٤) من قانون الموجبات اللبناني لسنة ١٩٣٢، وغيرها.

و بما ان الحق هو ما يكون له قيمة مادية ، فهذا يعني ان الهبة لا تقتصر على العقار أو المنقول فحسب ، بل يمكن ان ترد ايضا على حق الانتفاع أو حق استعمال أو حق سكنى وغيرها ، كما يمكن ان تتحقق الهبة لا عن طريق الالتزام بنقل حق عيني ، وإنما بنقل حق شخصي ، كالالتزام الواهب بدفع مبلغ من النقود^(١).

و ما يمكن استنتاجه في المقام ، ان عقد الهبة هو عقد يفيد تملك المنفعة أو الحقوق العينية أو الحقوق الشخصية ، وهذا يسمح لنا بالقول بإمكانية نقل حق المستأجر في البدل الاضافي إلى شخص آخر عن طريق الهبة.

و في ضوء ذلك ، قد يطرح البعض التساؤل الآتي: بما إن طبيعة حق البدل الاضافي ذو طبيعة مركبة من بيع وإيجار - كما أسلفنا سابقا- وكان محلهاما الانتفاع بالعقار موضوع عقد البدل الاضافي ، فما هو الحق الذي يهبه المستأجر للموهوب له ؟ هل هو شراء حق المنفعة أم ان يهب إجارته للموهوب له؟.

يمكننا ان نجيب عن هذا التساؤل من خلال تقسيم هبة حق البدل الاضافي على صورتين:-

الصورة الأولى : ان يكون محل الهبة هو ما اشتراه الواهب من حق المنفعة - وهو ما عبرنا عنه ببيع المنفعة للمستأجر مقابل الثمن- و حكم هذه الصورة من الهبة ، ان يلتزم الموهوب له في هذه الحالة بدفع الاجرة الدورية محل عقد البدل الاضافي ، لأن الواهب قد وهب حقه في المنفعة المشتراة دون الرجوع للمالك ، وهذا يترتب عليه احلال الموهوب له محل الواهب

(١) د. عبدالرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الخامس ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، دون سنة الطبع ، ص ١٠.

(المستأجر الأول) ، ويستتبع هذا الحكم ان الموهوب له أصبح المالك الجديد للمنفعة المشتراة و له حق الانتفاع بالعقار إزاء ما يدفعه من أجر متفق عليه بين الواهب والمالك ، الا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك ، فضلاً عن ذلك فان الموهوب له يخلف الواهب بجميع الحقوق والالتزامات المتولدة عن عقد البدل الإضافي.

و أهم ما يمكن ان نصل اليه من نتيجة في هذه الصورة ، ان هبة حق المنفعة المبيعة ينتقل معها حكماً هبة حق المنفعة المؤجرة للموهوب له ، فليس من المنطق بشيء ، ان يملك الموهوب له الحق في الأول دون الحصول على حق الانتفاع في الثاني ، حيث ذلك يتنافى وسبب عقد الهبة.

الصورة الثانية : ان يكون محل الهبة في عقد البدل الإضافي هو حق الانتفاع في العقار المأجور دون المنفعة المشتراة ، و هنا يجب ان نفرق بين حالتين:

الحالة الأولى وفيها ان يقصد الواهب من الهبة تنازله عن منفعة العقار ليحل الموهوب له محله في الانتفاع بالمأجور على ان يلتزم الموهوب له بالأجرة الدورية المتفق عليها بين المالك والواهب ، أي ان الهبة كانت مقتصرة على انتفاع الموهوب له بدلا عن انتفاع الواهب وقد يكون هذا الانتفاع لفترة من الزمن .

أما الحالة الثانية وفيها ان يقصد الواهب أما ان يتنازل عن الموهوب لفترة معينة ، وهنا قد يدفع ما يترتب على الموهوب له من اجرة ، واما ان يقصد تنازله عن منفعة عقد البدل الإضافي بأكمله ، و يترتب على ذلك ان الواهب قد وهب الانتفاع بالإيجار دون البيع ، كما وهب الأجرة الدورية والتي تشبه إلى حد ما حالة المرتب الدائم إذا ما كان عقد البدل الإضافي مؤبد المدة أو مدة حياة الموهوب له .

و مما تجدر الإشارة اليه ، لا بد من ذكر أمر غاية في الأهمية ، ألا وهو ضرورة ان نميز بين صور عقد البدل الإضافي المؤبد المدة وهي الشائعة في التعامل ، وبين الصور المؤقتة أو المحددة المدة ، حيث ان هبة الحق في الأول يستتبع ان يكون مؤبداً هو الآخر، إلا إذا رجع الواهب عن هبته بالتراضي أو بالتقاضي ، أما بالنسبة لهبة حق البدل الإضافي المؤقت ، في حالة عدم تحقق سبب من اسباب الرجوع^(١) ، فإن الهبة تنفسخ بانتهاء عقد البدل الإضافي ، لان هبة المنفعة متعلقة بالموهوب به ، لاسيما وهي محل عقد البدل الإضافي.

(١) حيث يكون للواهب ان يرجع عن الهبة إذا ما تحقق سبب من الأسباب المنصوص عليها في المادة (٦٢١) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١، أو ان يكون لورثة الواهب الحق في طلب ابطال الهبة استناداً إلى نص المادة (٦٢٢) من قانوننا المدني.

المطلب الثاني

انتقال حق المستأجر في عقد البدل الإضافي بعد وفاته

من المتفق عليه ، ان للاعيان القابلية على النقل بالوصية والميراث من المتوفي للموصى له أو للورثة ، و كذلك الحال بالنسبة للمنافع و قابليتها للنقل من شخص لآخر، و بما ان البدل الاضافي يعتبر من المنافع ، يبدو ان القول بنقله بالطريقتين اعلاه ممكنا، سواء كان ذلك على صعيد الفقه الاسلامي أو على صعيد القانون ، و ان لم يكن ذلك بشكل مباشر.

لذا سنحاول في هذا المطلب الابتعاد عن الخوض في القواعد العامة للوصية والميراث تجنباً للتكرار، حيث سنكتفي بكيفية نقل منفعة عقد البدل الاضافي لورثة المستأجر أو الموصى له ؛ محاولين في ذلك الوقوف على خصوصية نقل حق البدل الاضافي بواسطة تلك التصرفات القانونية ، وذلك من خلال توزيعه على فرعين ، أما الفرع الأول سنفرده لانتقال حق البدل الاضافي بعد وفاة صاحبه بالوصية ، أما الفرع الثاني فسيخصص لانتقاله بالميراث ، وذلك تباعا:

الفرع الاول

انتقال حق المستأجر بالوصية

قبل الخوض في انتقال حق البدل الاضافي عن طريق الوصية لابد من بيان موقف الفقهاء المسلمين إزاء امكانية نقل المنفعة بالوصية من عدمها ، حيث يستتبع ذلك بيان موقف القانون من مدى امكانية قبول الوصية بالمنافع ، و للإحاطة بالموقفين اعلاه سنوزع هذا الفرع على الفقرتين الآتيتين :-.

اولاً- وصية البدل الاضافي شرعاً:

من اجل الاحاطة بموقف الفقهاء المسلمين من وصية حق البدل الاضافي ، فالأمر يتطلب بيان الموقف الشرعي لفقهاء الامامية وبقية فقهاء المذاهب الاسلامية الاخرى ، و ذلك حسب الاتي:

١- وصية البدل الاضافي في الفقه الامامي : لم يعرف فقهاء الامامية الوصية بحق البدل الاضافي بشكل مباشر، وانما عرفوا الوصية بشكل عام ، فالوصية تعني عندهم هي(تمليك عين أو منفعة أو تسليط على تصرف بعد الوفاة)^(١) .

و ظاهر هذا التعريف ان الوصية لا تقتصر على العين فحسب بل تمتد لتشمل المنفعة كذلك ، بل ان البعض قد ساوى بين وصية العين و وصية المنفعة ، و اضاف إلى امكانية

(١) زين الدين العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، الجزء الثالث ، مصدر سابق ، ص ٩١ ، و ابو القاسم نجم الدين الحلبي ، المختصر النافع في فقه الامامية ، بدون اسم ومكان الطبع ، ١٣٨٧ هـ ، ص ١٨٩ .

الايصاء بهما حالاً أو مستقبلاً^(١)، فلا يشترط وجودهما حال الوصية ، أي تصح الوصية بالأموال المستقبلية التي سيحصل عليها الموصي ، لذا لا يشترط في تلك الاموال ان تكون حاضرة لحظة الوصية ، وانما ان يكون محلها (مما يمكن الانتفاع به ، سواء أكان عينا موجودة أم معدومة إذا كانت متوقعة الوجود ، كما إذا اوصى بما تحمله الجارية أو الدابة ، أو منفعة لعين موجودة أو معدومة متوقعة الوجود)^(٢)، فصحة الوصية بالمنافع ثابتة لديهم وامرها لا اشكال فيه ، و سواء كانت على (شكل خدمة عبد أو غلة دار أو ثمرة بستان)^(٣).

و قد يرى البعض ان القول الاخير - صحة الوصية بغلة الدار أو ثمرة بستان - فيه نقطة تأمل تحتاج إلى المناقشة ، حيث إن الغلة أو الثمرة هي اعيان منقولة لا منفعة لأنها تدرك بالحس ولها وجود خارجي ، و هذا يتعارض مع قولهم على صحة الوصية بمنافع متوقعة الوجود أو مستقبلية ، فالوصية بالثمار التي لم يحين موعد نضوجها لا يمكن ان نعتبرها منفعة ، انما هي أعيان منقولة إذا ما انفصلت عن أعيان ثابتة ، وكذا الحال بالنسبة لغلة الدار ، فالوصية ترد على الدراهم المتحصلة من استغلال الدار بالإجارة مثلاً .

ومن أجل اجلاء هذا الغموض عن صحة الوصية في المنافع ، توجهنا بسؤال بعض فقهاء الامامية المعاصرين^(٤) عن صحة الوصية بالبدل الاضافي على وجه التحديد ، فكانت اجابتهم

(١) علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، الجزء الثاني ، مصدر سابق ، ص ٢٧٨.

(٢) محسن الحكيم ، منهاج الصالحين مع تعليقات الحائري ، المعاملات ، القسم الاول، مصدر سابق ، ص ٣٥٤.

(٣) ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية - تعليق وتصحيح محم الباقر البهبودي ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، المطبعة الحيدرية ، طهران ، ١٣٨٨ هـ ، ص ١٤.

(٤) أنظر في ذلك : ملحق رقم (٢) ، ص ٢٠٤-٢٠٥ ، وملحق رقم (١) ص ٢٠٢.

بإجازة الوصية بمنفعة عقد البدل الإضافي ، و هذا يؤسس على ان من حق المستأجر في عقد البدل الإضافي ان يوصي بمنفعة العقار محل عقد البدل الإضافي لشخص آخر .
وبناء على ذلك ، فإننا نؤيد مع ذهب اليه فقهاء الامامية في صحة وصية حق البدل الإضافي ، إذ كون المنفعة من ملك المستأجر وله ان يتصرف بها كيفما يشاء .

٢ - وصية البدل الإضافي في المذاهب الاخرى :

يبدو ان فقهاء المذاهب الاخرى لم يضعوا معنى واضحاً للوصية في عقد البدل الإضافي ، الا ان بعضهم ، كالحنفية قالوا بجواز الوصية بالمنافع وهي السكن والخدمة والركوب والغلة فيها اختلاف ، حيث يرى الحسن بن صالح بأنها باطلة ، بينما كان رأي ابي حنيفة وصاحبيه جائزة^(١)، وقد اضافوا ان الموصى له بالسكنى والخدمة يملك المنفعة بغير عوض^(٢)، حيث تصح الوصية بالسكنى وبالخدمة دون الثمرة ، لأن الاخيرة تعد من الاعيان^(٣).
الا ان الاحناف قد قيدوا اجازة الوصية بالمنافع على انها ملك مؤقت ، حيث يكون تأقيت ملك المنفعة على النحويين الآتين^(٤) :

١ - أن تكون وصية المنافع محددة بمدة معينة ، فعندئذ يعود ملك المنفعة لورثة الموصي إذا ما انتهت المدة ومن دون ان يوصي الموصي برقبة العين لآخر أو ان يكون قد اوصى بها لآخر، ففي هذا الحالة تعود ملكية المنفعة للموصى له بالرقبة .

(١) علي بن الحسين بن محمد السغدري ، الثنتف في الفتاوى ، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي ، الجزء

الاول، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان ، ١٩٨٤م ، ص ٨١٤ .

(٢) الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، الجزء العاشر ، ص ٥٨٠ .

(٣) كمال بن الهمام ، شرح فتح القدير ، الجزء الثامن ، مصدر سابق ، ص ٤٨٠ .

(٤) الكاساني ، مصدر سابق . ص ٥٧٩ .

٢- ان تكون الوصية مطلقة (غير محددة بمدة) وعلى الرغم من ذلك ، يبقى ملك المنفعة مؤقت ، والضابط في ذلك هو موت الموصى له بالمنفعة ، فحينذاك يعود ملك المنفعة للموصى له بالرقبة إن كان هناك موصى له بالرقبة ، و الا يكون للورثة ملك المنفعة إذا لم يكن موصى له بالرقبة.

و نتفق مع ما ذهب اليه الاحناف ، في اعتبار وصية الثمار ضمن وصية الاعيان لا وصية المنافع ، فالثمار إذا ما انفصلت تحولت إلى مال منقول لا منفعة ، حيث يكون للموصى له ان يتصرف بها بالبيع وغيره ، وتكون عرضة للهلاك والتلف ، بينما للمنفعة خاصيتان ، الأولى انها لا تنفك أو لا تنفصل عن العين ، فلا يمكن تصور المنفعة دون العين ، وان كانت لا تدرك بالحس ، اما الخاصية الثانية ليس للمنتفع - في بعض الحالات - ان يتصرف بها دون ملك الرقبة ، فضلا عن عدم تعرضها للهلاك أو التلف منفصلة عن العين ، لأنها حالة قانونية ملازمة ومترابطة مع وجود العين.

أما بشأن تأقيت وصية المنفعة في ضوء الحالات اعلاه ، لا غرو من اننا نتفق مع هذا الرأي ، ويبدو ان وصية المنافع عند الاحناف مبناها على الاعتبار الشخصي للموصى له ، فالموصى عندما أوصى لشخص بعينه أنما جاء ذلك على اساس عوامل شخصية دفعته بالايصاء للموصى له.

أما بالنسبة للمالكية ، فانهم قالوا بصحة الوصية بالمنافع التي يمكن الانتفاع بها لأن المنافع عندهم في معنى الاموال^(١)، فتصح الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار ، حيث لم يفرقوا بين الوصية بالخدمة و الغلة إذا اشترطها المستأجر^(١).

(١) محمد بن احمد القرطبي الاندلسي ، مصدر سابق ، ص ٣٧٩.

كما ذهب الشافعية إلى القول بصحة الوصية بالمنافع ، على ان تكون مباحة ، كمنافع عبد ودار وغلة حانوت^(٢) ، سواء كانت مؤبدة أو مؤقتة فهي صحيحة ، وتعد الوصية بالمنافع مؤبدة إذا جاءت بنحو الاطلاق ، (لأنها أموال مقابلة بالأعواض ، كالأعيان)^(٣). ولم يختلف الحنابلة عن من سبقهم في القول بصحة الوصية بالمنافع ، حيث للموصي ان يوصي بثمرة شجرة أو بستان أو غلة دار أو غلة عبد لمدة محددة أو مطلق المدة ، فهي تقبل التأبيد أو التأقيت^(٤).

و خلاصة لما تقدم ، نرى ان اتفاق الفقهاء المسلمين على الوصية بالمنافع ، يبيح لنا القول - من وجهة نظر الفقه الاسلامي - ان الوصية بحق البدل الاضافي جائز شرعا ، فالأحكام الشرعية بشأن وصية المنافع هي ذاتها التي تطبق على وصية حق البدل الاضافي ، ويمكن ان تتدرج تحت مفهوم سكنى الدار.

ثانياً-وصية البدل الاضافي قانوناً

لم يُشر المشرع العراقي إلى الوصية بالمنافع لا في القانون المدني و لا في قانون الاحوال الشخصية أو أي قانون آخر ، و إنما اكتفى بمعالجة الوصية بشكل عام في المواد(٦٤-٧٤) من قانون الاحوال الشخصية رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل والمواد(١١٠٨-١١١٢) من القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

(١) محمد بن محمد بن عبد الرحمن الرعيني، الجزء الثامن ، مصدر سابق ، ص٥٤٧-٥٤٨.

(٢) محي الدين ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، منهاج الطالبين وعمدة المفتين ، مصدر سابق ، ص٣٥٧.

(٣) شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني ، الاقتناع في حل الفاظ ابي شجاع ، مصدر سابق ، ص٢١٨-٢١٩.

(٤) بن قدامة ، المغني ، الجزء الثامن ، مصدر سابق ، ص٤٥٩.

بينما تناولت بعض التشريعات العربية المقارنة الوصية بالمنافع بشكل صريح ، نذكر منها ، نص المادة (١٩٠) من قانون الاسرة الجزائري رقم (٩) لسنة ١٩٨٤ والذي جاء فيه (للموصي ان يوصي بالأموال التي يملكها والتي تدخل في ملكه قبل موته عينا أو منفعة)^(١). فالوصية بالمنافع صحيحة كما لو كانت عينا.

إلا ان قانون الوصية المصري رقم (٧١) لسنة ١٩٤٦ قد اعتبر الوصية بالثمار أو الغلة صحيحة و معتبرة قانونا والتي تبدأ بعد وفاة الموصي ، وهذا ما نصت عليه المادة (٥٥) منه على الآتي (إذا كانت الوصية بالغلة أو الثمرة ، فللموصى له الغلة أو الثمرة القائمة وقت موت الموصي وما يستجد منها مستقبلا...)^(٢). فالتشريع المصري قد ذكر ان الغلة والثمار من المنافع لا الاعيان ، على الرغم من ان معنى الغلة ما يخرج من الارض أو ما يكسب من الاجر ، أما الثمار فهي ما تحمله الاشجار ، والاجر و الثمر كلاهما من المنقول ، فكان على المشرع المصري ان يدرجهما ضمن وصية الاعيان لا المنافع ، فعندما نقول اوصى بسكنى

(١) ينظر في ذات المعنى : نص المادة (١/٢٦٤) من قانون الاحوال الشخصية الاماراتي رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٥، قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة ، معهد دبي القضائي ، قسم الدراسات والبحوث ، الطبعة الثالثة ، ٢٠١٧م، ص٨٨.

وينظر كذلك : نص المادة (٢٢٢) من القانون الاحوال الشخصية العماني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧.

(٢) جريدة الوقائع المصرية ، العدد(٦٥) السنة (١١٧) ، الصادرة في اول يولييه ١٩٤٦، ص٥، و ينظر في ذلك: نفس المعنى المنصوص عليه في المادة(٢٦٥) من القانون الاحوال الشخصية الكويتي رقم (٥١) لسنة ١٩٨٤.

الدار أو بخدمة العامل أو ركوب السيارة ، فهذه اعراض تقوم بالأعيان ، أما الوصية بالثمرات فهي خارج دائرة المنافع على رأي البعض^(١).

وعلى الرغم من خلو القوانين العراقية من القول صراحة بصحة الوصية بالمنافع ، الا انه يمكن الاستفادة من نص المادة (٢/١) من القانون المدني التي ألزمت المحكمة ان تحكم وفقا لمبادئ الشريعة الاسلامية ، اذا لم يوجد نص في التشريع أو العرف ، كما ذهبت إلى ذات المعنى المادة (٢/١) من قانون الاحوال الشخصية ، حيث سمحت للمحكمة الاخذ بمبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون ، وبما ان أغلب المذاهب الاسلامية قد أجازت وصية المنافع ، فنرى ان الوصية بالمنافع صحيحة ومعتبرة قانونا استنادا للنصوص المذكورة أعلاه.

و من خلال ما تقدم ، يمكن القول بصحة وصية منفعة البدل الاضافي ، حيث يكون للمستأجر في عقد البدل الاضافي ان ينقل هذا الحق لشخص آخر بالوصية ، وبما ان المستأجر يملك المنفعة دون العين ، فيترتب على ذلك ، ليس من حق مالك العين ان يتصرف بالمنفعة ، لأنها أصبحت في ملك المستأجر لا ملكه ، وذلك مدة عقد البدل الاضافي ، كما ان وصية المستأجر لا تتعدى المنفعة ، لأن العين ملك المالك لا المستأجر.

و بما ان الموصي بمنفعة عقد البدل الاضافي ليس مالك العين انما هو المستأجر في عقد البدل الاضافي ، نرى ان أهم ما يترتب على ذلك ، ان الموصى له سيحل محل الموصي بعد وفاته- في حدود الوصية - بكل الحقوق والالتزامات ، أما بالنسبة للحقوق فهي ان ينتفع

(١) د. سلام عبدالزهره الفتلاوي و انغام محمود شاكر ، مفهوم الوصية بالمنافع (دراسة مقارنة) ، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الرابع ، السنة الحادية عشر ، ٢٠١٩ ، ص ٨٢.

التنظيم القانوني للبدل الإضافي في نطاق عقد الأيجار - دراسة مقارنة

الموصى له بجزء من العقار محل عقد البدل الإضافي ، واما الالتزامات ، فيلتزم الموصى له بكافة الالتزامات الملقاة على عاتق الموصي و بقدر الحصة الموصى بها ، ومن بينها الالتزام بالأجرة الدورية المتفق عليها بين المالك والمستأجر الموصي.

ومما تجدر الإشارة اليه ، ان الوصية بشكل عام هي تصرف في التركة مضاف إلى ما بعد الموت مقتضاه تملك بلا عوض^(١)، إذ يدل ذلك على ان الوصية بالمنفعة ايضاً بلا عوض ، أي ان الوصية بمنفعة البدل الإضافي بشكل خاص بدون مقابل ، ولكي ينطبق على المنتفع وصف الموصى له ليس عليه ان يدفع مقابل الوصية للحصول على الانتفاع بالعقار محل البدل الإضافي ، و الا فلا يمكن وصف ذلك التصرف بالوصية ، لأنها من عقود التبرع لا من عقود المعاوضة ؛ اذاً من سيتولى دفع الاجرة المترتبة على انتفاع الموصى له بالموصى به؟.

بادئ ذي بدء ، ان الموصي فعلاً لم يقبض العوض من الموصى له ، فالأول قد تبرع بحق المنفعة المخصص له بموجب عقد البدل الإضافي للموصى له بعد وفاته ، لا سيما وان الموصي قد اشترى جزء من المنفعة وقد اوصى بجزء منها للموصى له ، وعندئذ يلتزم الأخير بما يترتب على ذلك الانتفاع من تكاليف ، عدا مقابلها ، ففي ضوء ذلك ، تعد الوصية صحيحة مستوفية لشروطها القانونية ، أي انها تملك بلا عوض من جانب الموصي.

ومما لا شك فيه ، ان الموصى له بعد قبوله الوصية يحتاج إلى الانتفاع بالموصى به ، شريطة ان لا يتجاوز نسبة ثلث العقار الموصى به^(٢) ؛ ويبدو ان تعيين نصيب الموصى له من

(١) المادة (٦٤) من قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل.

(٢) نصت المادة (٧٠) من قانون الاحوال الشخصية العراقي على الاتي:- (لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث الا بإجازة الورثة)

التركة بالأعيان ليس نفسها بالمنافع ، بل تختلف باختلاف نوع الوصية ، فتارة تكون الوصية مؤقتة ، وتارة أخرى تكون مؤبدة أو مطلقة ، وإدناه بيان لتلك الأنواع من الوصية بالمنافع ومدى علاقتها باستيفاء المنفعة :

النوع الأول / ان تكون الوصية مؤقتة : أي ان يحدد الموصي مدة معينة لانتفاع الموصى له بالعقار محل عقد البدل الإضافي ، وفي ذلك قد يشارك الموصى له ورثة الموصي بحصة أكبر من الحصة المقررة له قانوناً ، إذا ما أجاز الورثة انتفاع الموصى له بحصة تتجاوز تلك النسبة لكونه انتفاع مؤقت ، فإذا ما انتهت الوصية وبقي عقد البدل الإضافي قائم ، عادت المنفعة الموصى بها كاملة لورثة الموصي ، وتعود المنفعة والرقبة معاً للمالك في حالة انتهاء الوصية والعقد معاً ، و لا يمكن ان نتصور انتفاع الموصى له بالموصى به بعد انتهاء العقد بأي حال من الأحوال ، حيث من شروط الموصي ان يكون مالكا لما اوصى به^(١).

النوع الثاني/ ان تكون الوصية مؤبدة أو مطلقة ، مفاد ذلك ، ان الموصي قد اوصى بالمنفعة على التأييد و لم يحدد ميعادا لانتهاء وصيته ، فالموصى له يستمر بالمنفعة و بحدود حصته من الموصى به ، و قد يحدد الموصي طريقة معينة لاستيفاء الموصى له بالمنفعة الموصى بها ، كاستغلالها للحصول على غلتها ، كما لو كانت تركة الموصي من عقد البدل الإضافي ثلاث شقق سكنية ، فيتصرف الموصى له بإيجارها بأجرة اعلى من الاجرة المتفق عليها - إذا كانت حصته في حدود الثلث - والتي كان المستأجر (الموصي) ملتزم بدفعها للمالك. أما إذا لم يحدد الموصي الطريقة التي ينتفع بها الموصى له ، ينظر عندئذ إلى العقار محل عقد البدل الإضافي ، فإذا كان العقار محل الوصية يقبل تجزئة منفعة أو افرازها ، كان

(١) المادة (٦٧) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة ١٩٥٩ المعدل.

نصيب الموصى له قد تعين بذلك الجزء المفروز أو القابل للتجزئة ، كما لو كانت تركة الموصي ثلاثة دور تعينت احداها في نصيب الموصى له ؛ أما إذا لم تكن منفعة العقار محل الوصية قابلة للتجزئة ، كأن تكون الدار صغيرة أو ان تركة الموصي تنحصر بمحل تجاري واحد ، أي قسمة المنفعة الموصى بها قد لا يمكن ان يستفيد منها الموصى له أو الورثة ، فيرى البعض ان استيفاء المنفعة يكون بالمهاياة الزمانية والمهاياة المكانية^(١).

لذا فإننا نتفق مع القول بالمهاياة الزمانية و المكانية ، ونرى انه حلاً يتماشى مع الوصية بمنفعة البدل الاضافي المؤبد المدة ، حيث أصبح الورثة و الموصى له شركاء على استعمال أو استغلال المنفعة الشائعة بينهم ، وذلك لتعذر الانتفاع المشترك بينهم في منفعة العقار محل عقد البدل الاضافي .

الفرع الثاني

انتقال حق المستأجر بالميراث

ان اغلب الحقوق تكون صالحة للانتقال بالإرث ، و بعضها الآخر لا يصلح ليكون محلاً للتركة مثال ذلك ، حق الحضانة و الولاية على النفس بوصفهما حقوق غير مالية ، أو النفقة المستحقة للزوجة لأنها متصلة بشخص الدائن ، و ماعدا ذلك يمكن ان تنتقل بقية الحقوق بالإرث سواء كانت متعلقة بعقار أو منقول أو منفعة ، و إن كان نقل المنفعة بموت المستأجر في عقد الإيجار ممكن ، فهل يمكن نقل حق البدل الاضافي إلى ورثة المستأجر؟ لاسيما إذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار في التعاقد، وكان المستأجر قد اشترى المنفعة بثمن باهض قياسا بالأجرة الدورية الملتزم بدفعها للمؤجر أو المالك .

(١) د. سلام عبدالزهره الفتلاوي ، مصدر سابق، ص ٩٥.

للإجابة عن هذا التساؤل ، لابد من الخوض في موقف الفقهاء المسلمين إزاء نقل حق البدل الإضافي من المستأجر إلى ورثته ، ثم بعد ذلك ، سنحاول بيان الموقف القانوني عن نقل الحق لورثة المستأجر من خلال الفقرتين الآتيتين :-

أولاً- ميراث البدل الإضافي شرعاً:

لم يتم تناول مسألة تركة حق البدل الإضافي لدى غالبية الفقهاء المسلمين ، الا ان منفعة عقد الإيجار في الغالب تنتقل من المورث إلى الورثة ، فذلك الحال بالنسبة لمنفعة عقد البدل الإضافي يمكن ان تنتقل هي الاخرى إلى الورثة ، لا سيما وان البعض من الفقهاء قد تناولوا احكامها بشكل مباشر ، و لتسليط الضوء على موقف الفقهاء المسلمين من إرث البدل الإضافي ، لابد من تناول الآتي:-

١ - ميراث البدل الإضافي في الفقه الامامي:-

لقد اتفق الجعفرية على جواز تملك الورثة لحق البدل الإضافي إذا مات مورثهم^(١)، أي ان الحق ينتقل للورثة كسائر الحقوق الاخرى القابلة للنقل ، فيصبح حق البدل الإضافي ملكاً شائعاً بين الورثة. وهنا يمكن ان يرد التساؤل الاتي: إذا مات المؤجر أو المستأجر هل يبطل عقد الإيجار ؟ وهل هناك علاقة بين ابطال عقد الإيجار و عقد البدل الإضافي؟

(١) محمد اسحاق الفياض ، منهاج الصالحين ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مطبعة أمير ، قم ، ايران ، خال من سنة الطبع ، ص٢٤٢. وينظر كذلك : ملحق رقم (٢)، ص٢٠٤-٢٠٥ ، وملحق رقم (١)، ص٢٠٢.

لقد ذكر المحقق الحلبي أن لفقهاء الامامية ثلاثة أقوال^(١): الأول وهو المشهور بين الاصحاب يذهب إلى ابطال عقد الاجارة ، في حالة موت المؤجر أو موت المستأجر، والقول الثاني لا تبطل بموت المؤجر وتبطل بموت المستأجر ، اما القول الاخير و هو المشهور بين المتأخرين أنه لا تبطل بموت أحدهما، فإن مات المالك انتقل الملك إلى ورثته مسلوب المنفعة إلى تمام مدة الاجارة ، وإن مات المستأجر انتقلت المنافع إلى ورثته إلى تمام مدة الاجارة ، أما إذا كانت شخصية المستأجر محل اعتبار (إشغال المأجور بالمباشرة) فالعقد يفسخ ولا يبطل رغم ذلك.

وبناءً على ماتقدم ، إذا كان موت احد طرفي عقد الايجار ليس من شأنه ان يبطل العقد ، فكذلك الحال بالنسبة لعقد البدل الاضافي ، لاسيما وان المنفعة هي ذاتها في الايجار وعقد البدل الاضافي ، وهذا الانتفاع ذاته في البدل الاضافي ، فموت المستأجر لا يمنع من انتقال منفعة البدل الاضافي لورثته.

اما العلاقة بين ابطال عقد الايجار وعقد البدل الاضافي ، فتكاد تكون معدومة ، وان كان الثاني قد نشأ من خلال الأول ، الا انه اصبح عقدا مستقلا فيما بعد ، حيث يتمتع عقد البدل الاضافي بطبيعة خاصة انفرد بها عن عقد الايجار وغيره من العقود المسماة ، ونرى ان كانت شخصية المستأجر محل اعتبار في التعاقد ، فلورثته استغلال العقار محل البدل الاضافي للحصول على غلته من خلال ايجاره لمستأجر ثان ، أي ان هذا لا يعني فسخ عقد البدل

(١) سيد محمود الهاشمي ، كتاب الاجارة ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، مطبعة سبحان ، (لم يذكر مكان الطبع)، ٢٠١٢م، ص ٢٢١، و علي الحسيني السيستاني، منهاج الصالحين ، الجزء الثاني، مصدر سابق، ص ٨٣.

الإضافي كما هو الحال بالنسبة لعقد الإيجار، فيبقى لورثة المستأجر الحق في تملك المنفعة ،
وحينئذ لا مجال للقول بشخصية المستأجر، فالورثة في البدل الإضافي يرثون المستأجر ما آل
إليه من شراء المنفعة وإيجارها ، وبما أن مبلغ شراء منفعة البدل الإضافي كبير نسبياً ، لا يمكن
للمؤجر أن يبطل العقد بحجة أن الورثة ليسوا محل اعتبار في التعاقد، و عليه أن يسترد لورثة
المستأجر بدل شراء المنفعة بعد خصم بدل انتفاع المستأجر بالعقار محل البدل الإضافي .

٢ - ميراث البدل الإضافي في المذاهب الأخرى:-

لم يتناول فقهاء الحنفية مسألة انتقال منفعة عقد البدل الإضافي من المؤجر إلى المستأجر
عن طريق الإرث ، كما ذهبوا إلى عدم اعتبار المنفعة مالاً ، وهذا قد أسس على عدم إمكانية
القول بانتقال المنفعة بالإرث.

لقد كان للأحناف أقوال عديدة تؤكد عدم مالية المنفعة ، منها (أن الاجارة عقد على المنافع
بعوض ، وأن الاجارة في اللغة بيع المنافع والقياس يأبى جوازه ، لأن المعقود عليه المنفعة ،
وهي معدومة، وإضافة التملك إلى ما سيوجد لا يصح ، إلا أنا جوزناه لحاجة الناس إليه ، وقد
شهدت بصحته الآثار كما في قول النبي الأكرم (ص) ((اعطوا الاجير أجره قبل أن يجف عرقه))
، وتتعدد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة، والدار اقيمت مقام المنفعة في حق إضافة
العقد إليها...^(١)، وكذلك ذكر البعض (...إنما صح للمالك أن يؤجر ببذل لأنه ملكها تبعاً لملك
العين ، والمستأجر إنما ملك أن يؤجر مع أنه لا يملك إلا المنفعة ، لأنه ملكها بعقد معاوضة
كانت مالا ، بخلاف ملكها بعقد تبرع فإن مات الموصى له عاد إلى الورثة الحق الموصى

(١) كمال بن الهمام ، شرح فتح القدير ، الجزء السابع ، مصدر سابق، ص ١٤٥-١٤٧.

له ليستوفي المنافع على حكم ملكه ، ولو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصي من غير رضاه وذلك لا يجوز^(١).

نستنتج من ذلك ، ان المنفعة عند جمهور الحنفية لا تعتبر مالاً للمستأجر ، وبما انها ليست بمال فلا يمكن ان تنتقل للورثة إذا ما مات المستأجر، و بما ان حق المستأجر في عقد البدل الاضافي يرد على ملك المنفعة دون ماليتها ، فلا يمكن القول حينئذ بنقل منفعة البدل الاضافي بالإرث لورثة المستأجر.

اما الملكية فقد صرحوا ضمن فتوى لأحد مشايخهم ، بصحة التعامل بالبدل الاضافي (الخلو) وتملكه و يمكن نقله لورثة المستأجر عند موت مورثهم ، وكانت نص فتواهم على النحو الآتي: (سئل العلامة الناصر اللقاني بما نصه : ما تقول السادة العلماء أئمة الدين رضي الله عنهم أجمعين في خلوات الحوانيت التي صارت عرفا بين الناس في هذه البلدة وغيرها وبذلت الناس في ذلك مالاً كثيراً حتى وصل الحانوت في بعض الأسواق أربعمائة دينار ذهباً فهل إذا مات شخص وله وارث شرعي يستحق خلو حانوته عملاً بما عليه الناس أم لا ؟ وهل إذا مات من لا وارث له يستحق ذلك بيت المال أم لا ؟ وهل إذا مات شخص وعليه دين ولم يخلف ما يفي بدينه يوفى ذلك من خلو حانوته ؟ فأجاب بما نصه : الحمد لله رب العالمين نعم إذا مات شخص وله وارث شرعي يستحق خلو حانوته عملاً بما عليه الناس ، وإذا مات من لا وارث له يستحق ذلك بيت المال ، وإذا مات شخص وعليه دين ولم يخلف ما يفي بدينه فإنه يوفى من خلو حانوته والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب..)^(٢).

(١) ابن عابدين . رد المحتار على الدر المختار ، الجزء العاشر ، مصدر سابق ، ص ٣٩٨-٤٠٠.

(٢) محمد عليش ، فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك ، مصدر سابق ، ص ٢٠٧.

يَبَيِّنُ لنا من خلال ذلك ، ان توارث حق منفعة عقد البدل الاضافي عند المالكية على نطاق اوسع من المذاهب الاخرى ، حيث لم يَعد إرث منفعة عقد البدل الاضافي مقتصرًا على ورثة المستأجر فحسب ، ففي الحالة التي لا يوجد فيها وارث للمستأجر فان الحق في المنفعة ينتقل حينئذ إلى بيت المال (بالمفهوم الحديث الدولة) ، فضلاً عن ذلك ، ان الديون المترتبة في ذمة المستأجر المتوفي للغير أو لمالك العقار محل عقد البدل الاضافي ، يكون الوفاء بها من غلة المنفعة بعد استغلالها، والقول المتقدم لم يَقُلْ به احد غير فقهاء المالكية ؛ وهذا يكرس لماهية جديدة لعقد البدل الاضافي ، بأن الحق في البدل الاضافي من الحقوق التي تقبل الانتقال بالموت لورثة المستأجر سواء كان العقد مؤقت أو مؤبد المدة ، فالعقد يستمر ولا يفسخ بموت المستأجر ، بل من حيث الاصل ، لا يعتد بشخصية المستأجر سواء كانت محل اعتبار في التعاقد أم لا ، فلو كان العقار محل عقد البدل الاضافي مكتب للمحاماة مثلاً ، فالحق في المنفعة ينتقل للورثة إذا ما توفى مورثهم ، و ان لم يكن من ورثة المستأجر محامي ، من خلال اما استغلاله و اجارته لمحامي للحصول على الاجرة .

أما بالنسبة للشافعية والحنابلة ، فلم نجد نص خاص بشأن إرث منفعة عقد البدل الاضافي ، فالشافعية ، اجازوا نقل منفعة الايجار لورثة المستأجر إذا مات مورثهم ، والإجارة لا تبطل عندهم ، لأنه مَلَكُ المنافع بالعقد دفعة واحدة ملكاً لازماً فيورث عنه، وكذلك موت المؤجر لا يؤدي إلى فسخ العقد ، لأنه مات بعد زوال ملكه ، فلا ينقلب إلى وارثه بعد موته^(١) ، أي لا يملك ورثة المؤجر الحق في فسخ الايجار.

(١) شهاب الدين محمود الزنجاني ، تخريج الفروع على الاصول ، تحقيق الدكتور محمد أديب صالح ،

الطبعة الرابعة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٢م ، ص ٢٣٤.

أما الحنابلة فالإجارة عندهم (نوع من البيع لأنها تمليك من كل واحد منها لصاحبه فهي بيع المنافع ، والمنافع بمنزلة الأعيان ، لأنه يصح تمليكها في حال الحياة وبعد الموت وتضمن باليد والاتلاف ويكون عوضها عيناً وديناً)^(١).

وأخيراً ، ان ما ذهب اليه فقهاء الشافعية والحنابلة من امكانية نقل منفعة عقد الإيجار إلى ورثة المستأجر في حالة وفاة المستأجر أو المؤجر ، انما يدل على استمرار عقد الإيجار وعدم المطالبة بفسخه أو ابطاله رغم عدم وجود شخصية المتعاقدين طيلة مدة العقد ؛ وبما ان المنفعة في الإيجار يمكن نقلها لورثة المستأجر ، فمن باب اولى ان تنتقل منفعة عقد البدل الإضافي للورثة هي الاخرى ، وذلك لأن ماهية المنفعة في العقدين واحدة هي الانتفاع بالعقار محل العقد ، بل ان عقد البدل الإضافي يمتاز في الغالب بالمدة المؤبدة ، فتصور وفاة أحد المتعاقدين أمر متوقع بالنسبة لهما .

ومما لاشك فيه فإننا نرجح ، الآراء التي اجازت نقل منفعة عقد البدل الإضافي من المستأجر إلى ورثته ، وذلك لأن جمهور الفقهاء يرجحون المالية في المنفعة ، فضلاً عن قوة ما يستندون اليه من حجج شرعية.

(١) عبدالله بن قدامة ، المغني ، الجزء الثامن ، مصدر سابق ، ص ٧.

ثانياً - ميراث البدل الإضافي قانوناً:

ان عقد البدل الإضافي يمكن تحكمه بعض القواعد العامة في القانون المدني كسائر العقود الأخرى ، ولعل ابرز تلك القواعد ان للعقد أثر ملزم إذا ما استوفي شروطه واركانه ، و يستتبع ذلك نسبية هذا الأثر للمتعاقدين^(١)، فالأصل ان اثر العقد لا يسري الا اليهما^(٢)، فلا يلزم أو يقيد الا طرفاه ، أما الاستثناء فإن آثار العقد قد تنصرف إلى غير المتعاقدين ، و المقصود بالمتعاقدين ان لا يقتصر على من قام بإنشاء العقد فحسب ، وانما ليشمل النائب والخلف العام والخاص والدائنين العاديين^(٣)، فتؤول حقوق العقد إلى هؤلاء إذا ما توفى أحد أطرافه.

ويرى البعض^(٤)، ان الاستثناء الذي يرد على نسبية أثر العقد ، لا يقف عند حقوق العقد ، بل يمتد ليشمل حكمه ، حيث ان حكم العقد هو الاثر الاصلي له والغرض المقصود من وراء تعاقد أطرافه ، لا سيما و ان حقوق العقد هي التزامات ومتطلبات تؤكد حكمه وتحفظه وتكمله.

وبناءً على ذلك ، فقد عالج المشرع العراقي هذا الاستثناء ليتسنى نقل أثر العقد من المورث إلى ورثته ، وذلك من خلال نص المادة (١٤٢/١) من القانون المدني والتي جاء فيها (ينصرف اثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون اخلاص بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف إلى الخلف العام).

(١) مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ، الجزء الأول ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٨م، ص١٦٩.

(٢) د.عبدالمجيد الحكيم ، مصدر سابق ، ٣١٦.

(٣) د.منذر الفضل ، مصدر سابق ، ص ١٨٩.

(٤) د. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العالمية ، لبنان ، ٢٠٠٩م ، ص٣١٧.

ومن الملاحظ ، ان النص المتقدم أشار إلى انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين و ورثتهما ، فالأثر المترتب على عقد البدل الإضافي هو الانتفاع بالعقار محل العقد سواء كان هذا الانتفاع للمتعاقد أو لورثته ، أي ان المطلق يجري على إطلاقه ، وعندئذ يسمح بنقل حق المستأجر إلى ورثته إذا ما توفي الأخير .

وعلى الرغم من عدم تناول المشرع العراقي انتقال الحق في البدل الإضافي من المستأجر للورثة بنص خاص ، الا انه قد عالج الاموال والحقوق التي تقبل النقل من ذمة المتوفي إلى ورثته ، من خلال نص المادة (١١٠٦) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ و التي جاء فيها(١) - يكسب الوارث بطريق الميراث المنقولات والعقارات والحقوق الموجودة في التركة ٢-وتعيين الورثة وتحديد انصبتهم في الارث وانتقال اموال التركة ، تسري عليها احكام الشريعة الاسلامية والقوانين الخاصة بها).

و من ذلك ، ان الحق في عقد البدل الإضافي من الحقوق الموجودة في تركة المستأجر والذي يمكن نقله بالإرث للورثة ، حيث ان المستأجر قد اشترى حق المنفعة بثمن ، والتزم بدفع اجرة دورية تكون عادة دون اجرة المثل بالنسبة لمثيلات العقار محل البدل الإضافي ، فالذي ينتقل لورثة المستأجر هو حق المنفعة بالعقار ، مقابل التزامهم بدفع الاجرة الدورية المتفق عليها مع مورثهم ، حيث لاحظنا ان من اهم الخصائص التي ينفرد بها عقد البدل الإضافي هو ان الاجرة فيه تكون ثابتة ، وليس من حق المالك أو المؤجر زيادتها ، الا اذا اتفق على غير ذلك.

فضلاً عن ذلك ، اذا كان عقد الإيجار لا ينته بموت أحد اطرافه^(١) ، فمن باب أولى ان لا ينتهي هذا بالموت كذلك ، فعقد البدل الإضافي ذو طبيعة مزدوجة أو مركبة من بيع وإيجار، فهل اذا مات المشتري لا ينتقل المبيع إلى ورثته؟ كما ان عقد البدل الإضافي - كما مر بنا سابقاً- يكون على التأييد ، فلا بد من ان ينتقل من المستأجر إلى ورثته. لذا نقترح على المشرع العراقي ، عند تنظيم أحكام عقد البدل الإضافي ، ان يفرد نصاً خاص يتناول فيه ، ان الحق في عقد البدل الإضافي حق يقبل النقل للغير بالوصية والإرث بحكم القانون ، الا اذا اتفق على خلاف ذلك.

(١) ان الإيجار لا ينته بموت المؤجر ولا بموت المستأجر ومع ذلك ، إذا مات المستأجر جاز لورثته أن يطلبوا فسخ العقد إذا اثبتوا انه بسبب موت مورثهم أصبحت أعباء العقد أثقل من أن تتحملها مواردهم أو أصبح الإيجار مجاوزاً لحدود حاجتهم استناداً للمادة ٧٨٣/ من القانون المدني، وان الورثة هم خلف عام للمتعاقد استناداً للمادة (١/١٤٢) من القانون نفسه ، وليس خلفاً خاصاً كما ورد في الحكم، قرار قضائي منشور على الموقع الرسمي لمجلس القضاء الاعلى والصادر عن محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية بالرقم (٢٠١٥/١٥٣ في ٢٠١٥/١٠/١١):

الخاتمة

بعد ان تناولنا في ثنايا الصفحات الماضية موضوع (التنظيم القانوني للبدل الاضافي في نطاق عقد الايجار) باستخدام اسلوب الدراسة المقارنة بين الفقه الاسلامي والقانون العراقي، فلا بد لنا في هذا المقام ، من عرض أهم النتائج التي توصلنا اليها من خلال البحث ، كما ينبغي ان نوضح أهم التوصيات أو المقترحات التي تعالج مشكلات البحث أو اوجه القصور التي ظهرت في التشريع العراقي فيما يتعلق بموضوع الدراسة، وذلك على النحو الآتي:-

أولاً- النتائج

ان تشعب موضوع البدل الاضافي وسعة جوانبه اوصلنا إلى الخروج بقائمة من النتائج قد يصعب حصرها ، وتجنباً للتكرار، فإننا سنشير إشارة خاطفة إلى أبرز تلك النتائج ، وكما يأتي:-

١- ان عقد البدل الاضافي عقد مستقل بذاته ، له أركان (الرضا والمحل والسبب وثبات الاجرة وتأبيد المدة) ولهذه الاركان شروطها الخاصة ، و ينفرد بطبيعة قانونية ذات خصوصية تجعله لا يتبع غيره من العقود المسماة. وعلى سبيل المثال ان هدف المستأجر في الايجار هو المنفعة فقط ، لكنه لا يستطيع الحصول عليها، الا مع العين، واما بالنسبة لعقد البدل الاضافي أو السرقلية فالهدف هو العين وبالحصول على العين يحصل على المنفعة ، لذا كانت السرقلية عكس الايجار ، فالإيجار ينصب على المنفعة في العين ، بينما السرقلية تنصب على العين المقيدة بالمنفعة.

٢- كان للفقه الاسلامي الدور الكبير في تنظيم احكام عقد البدل الاضافي ، فبعد ان كشفت إرادة الافراد هذا النوع من التعامل في الواقع العملي ، تدخل فقهاء الشريعة الاسلامية لإيجاد

المعالجات اللازمة بشأن هذا العقد المستحدث، فظهر في بادئ الأمر في عقارات الوقف المعروف في الشريعة الإسلامية ، ثم توسع وانتشر التعامل به ليشمل العقارات المملوكة للأفراد، وعندئذ لم يعد ذلك العقد مقتصرًا على عقارات الوقف بل شمل جميع أنواع العقارات ، لشعور الأطراف المتعاقدة بأن هذا العقد هو الأكثر اشباعاً لحاجاتهم دون غيره من العقود التي ترد على ملكية المنفعة.

٣- إن مقابل عقد البدل الإضافي ، لا يقتصر على النقود فحسب ، فمن الممكن ان يرد على عمل يقدمه المستأجر للمالك، كما لو اتفق المتعاقدان على إجراء ترميم أو صيانة للعقار محل عقد البدل الإضافي مع الالتزام بالأجرة الدورية للمالك ، على ان يلتزم المالك بعدم مطالبة المستأجر بالتخيلية وزيادة الأجرة ، وأدلى سند على ذلك هو ما كان معمولاً به في عقارات الوقف.

٤- لا يمكن بأي حال من الأحوال، عدّ ما يقوم به المستأجر من ترميم أو صيانة للعقار محل عقد البدل الإضافي على انه عقد مقابله ، فما يقوم به المستأجر من اعمال بناء او صيانة للعقار إنما هو المقابل الذي يلتزم به للمالك لقاء انتفاعه بالعقار محل عقد البدل الإضافي، فضلاً عن التزامه بدفع الأجرة الدورية.

٥- إن إغفال المشرع العراقي تنظيم عقد البدل الإضافي، على الرغم من ذبوعه وانتشاره في الحياة العملية أمر غير موفق من وجهة نظرنا ، ويبدو ان المشرع كان متأثراً إلى حدٍ ما بالقانون المدني المصري- باعتباره المصدر التاريخي الرئيس للقانون المدني العراقي- الذي لم يضع هو الآخر معالجة تشريعية لهذا العقد ، بل ذهب إلى أكثر من ذلك حين جرم كل أشكال التعامل به ، بينما كان الفقه الاسلامي بجميع مذاهبه الخمسة لم تمنع الاطراف المتعاقدة من التعامل بعقد البدل الإضافي ، لا سيما وان الشريعة الاسلامية هي المصدر الثالث من

مصادر القانون المدني العراقي والمصدر الثاني في القانون المدني المصري ، فأسباب الاعراض عن تنظيم عقد البدل الاضافي لا زالت مبهمة و غير واضحة.

٦- ان للبدل الاضافي أكثر من معنى ، فتارة يكون المقصود به العقد ، وتارة أخرى يأخذ مفهوم البدل أو المقابل الذي يلتزم به أحد طرفي التعاقد ، كما يكون له معنى الحق، الذي يمكن لصاحبه ان يتصرف به كافة التصرفات القانونية .

٧- لا يعد التعامل بالبدل الاضافي ايجار من الباطن أو تنازل عن الايجار، بالنسبة لصورة تعاقد المستأجر الأول مع المستأجر الثاني ، حيث ان الاثنين يحتاجا إلى موافقة المؤجر التحريرية دائماً ، بينما في البدل الاضافي ، انما يتصرف المستأجر بما يملكه من حق للمنفعة التي آلت اليه من هذا التعاقد ، فلا يحتاج إلى إذن المالك ليتصرف به ، مع تحفظ البعض من الفقهاء المسلمين على ذلك الاطلاق، حيث يشترطون في ذلك موافقة المالك ، حينما يرغب المستأجر الأول من نقل حقه للمستأجر الثاني.

٨- ان عقد البدل الاضافي(السرقلية) عقد لا يرد الا على عقار، سواء كان العقار معد لأغراض السكن أو ذاك المخصص للأغراض التجارية أو الصناعية أو الزراعية ، أي ان محل هذا العقد يقتصر على العقار دون المنقول .

٩- إن التعامل بعقد البدل الاضافي جائز شرعاً وقانوناً ، فالمشهور بين فقهاء الشريعة الاسلامية جواز التعامل بعقد البدل الاضافي (السرقلية) ولا إشكال فيه ، فضلاً عن سكوت التشريع المدني من القول بمنعه ، على الرغم من عدم اتفاق الفقه القانوني بشأن جواز التعامل بعقد البدل الاضافي ، فمنهم من يرى ان التعامل به يشكل مخالفة قانونية ، و يكون مدعاة للتحايل على القانون. بينما يرى الجانب الاخر من الفقه العكس من ذلك ، فمبدأ حرية التعاقد

من أهم المبادئ السائدة في القانون ، لا سيما وان اهداف القانون وغايته هو حماية حقوق الافراد و السعي إلى تنظيمها بما ينسجم و احترام ارادة المتعاقدين ، فالتعامل بالبدل الاضافي لا يشكل مخالفة لفكرة النظام العام.

١٠- كان الاختلاف محتدماً بين فقهاء الشريعة الاسلامية من جهة، وفقهاء القانون من جهة أخرى ، حول التكييف الاصول لعقد البدل الاضافي ، حيث يتجاذب هذا العقد أكثر وصف قانوني له ، فتارة تم تكيفه على إنه بيع أو ايجار أو تنازل، وتارة أخرى ، كُيف على إنه عقد بسيط أو هو عقد مركب.

١١- ان بعض الخصائص التي انفرد بها عقد البدل الاضافي ، شكل إضافة قانونية جديدة له ، بل تعد قوام العقد وجوهره ، وبرز هذه الخصائص هي تأبيد مدة عقد البدل الاضافي ، وثبات الاجرة المتفق عليها حين التعاقد ، فلا زيادة في الأجرة رغم التقلبات الاقتصادية وما يرافقها من انخفاض في قيمة النقود ، الا إذا وجد شرط يقضي بغير ذلك.

١٢- ان الحق الناتج عن عقد البدل الاضافي يمكن نقله لغير الاطراف المتعاقدة ، في حالة إذا ما رغب المستأجر من التصرف بحق المنفعة بالبيع أو الاجارة أو الهبة ، أو حالة انتقال الحق بعد وفاة صاحبه بالوصية أو بالتركة.

ثانياً: التوصيات

في ضوء النتائج التي تم التوصل اليها في طيات هذا البحث ، نوصي بما يأتي:

١-نوصي المشرع العراقي بإضافة فرع مستقل ضمن الباب الثاني(العقود الواردة على الانتفاع بالشيء) من القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل ، يتناول فيه تنظيم عقد البدل الاضافي ، كما هو الحال بالنسبة لبعض العقود المسماة ، حيث ان عملية تقنين احكام

هذا العقد ، تمكن الاطراف المتعاقدة من معرفة حقوقهم والتزاماتهم، كما تسهل على القضاة عند النظر في منازعات عقد البدل الاضافي اعطاء التوصيف القانوني السليم في الدعاوى المنظورة امامهم بعيداً عن الاجتهادات الشخصية والآراء الكيفية.

٢-نوصي المشرع بإضافة نص يجعل من حق المنفعة في عقد البدل الاضافي حق غير مؤقت ، أي ان ذلك الحق لا ينتهي بموت المستأجر، الا إذا اتفق الافراد على غير ذلك ؛ كما تجدر الإشارة إلى ان حق المستأجر لا يقتصر على الاستعمال فحسب ، وانما له ان يتصرف به كافة انواع التصرفات القانونية من بيع وإيجار وهبة ، كما يمكن ان يوصي به.

٣-نوصي المشرع بتعديل نص المادة (٢١) من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل لتكون بفقرتين :-

١-لا يجوز للمؤجر أو المستأجر أو الوسيط أو أي شخص آخر ان يحصل على أي مال أو منفعة خارج نطاق عقد الايجار المبرم وفق احكام هذا القانون ، ولا يشمل ذلك ما يستحقه الدلال من أجر.

٢-ما ورد في الفقرة اعلاه لا يسري على عقد البدل الاضافي.

٤-نوصي المشرع بتعديل الفقرة(١) من المادة(١٧)من قانون ايجار العقار رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل ، حيث ان الحكم الوارد فيها لا ينسجم وخصوصية عقد البدل الاضافي ، فمطالبة المستأجر بالتخلية من قبل المؤجر، إذا لم يدفع الاجرة خلال مدة (١٥) يوم من تاريخ استحقاقه ، قد يترتب على ذلك فسخ العقد، وعندئذ قد يلحق بالمستأجر ضرر كبير، حيث يخسر ما دفعه من مبلغ مالي ضخم عند ابرام العقد ، لذا نقترح ان يتضمن النص في حالة الفسخ ، ان يلتزم

المالك أو المؤجر برد البدل المقبوض منقوصاً منه ما عاد على المستأجر من انتفاع بالعقار عن المدة السابقة.

٥-نوصي المشرع بتعديل الفقرات (٩) و(١٢) و(١٤) من المادة(١٧) من قانون ايجار العقار، تبعاً للميزات التي يمتاز بها عقد البدل الاضافي، فمثلاً ان من خصائص هذا العقد ، ان المدة مؤبدة ، وهذا يتعارض ونص الفقرة(١٤) المار ذكرها أعلاه.

٦-كما نوصي المشرع بإضافة نصوص قانونية تضع أحكاماً خاصة لمعالجة حالة استحقاق العقار محل عقد البدل الاضافي ، ونصوص قانونية أخرى تهتم بمسألة تعيب العقار، حيث ان القواعد العامة في ضمان التعرض الاستحقاق وضمن العيب الخفي لا يمكن تطبيق احكامها على عقد البدل الاضافي ، لما لهذا العقد من طبيعة مركبة من بيع وإيجار.

٧-نقترح على المشرع العراقي اخضاع عقد البدل الاضافي لمبدأ الشكلية، من خلال تأشير هذا العقد في دائرة التسجيل العقاري ، لضمان حق المستأجر من عدم مطالبة المالك بتخلية العقار أو الزيادة في الاجرة ، كما من خلالها ان يحتج بها المالك على الغير، إذا ما تصرف بالعقار محل عقد البدل الاضافي تصرفاً قانونياً ، ومفاد هذا الاحتجاج هو ان حق المستأجر يقتصر على المنفعة دون الرقبة.

قائمة المصادر

أولاً- الكتب القانونية والفقهية العامة:

١. د. أحمد شرف الدين ، عقد الايجار في القانون المدني وقوانين ايجار الاماكن المبنية ، بدون اسم المطبعة ومكانها ، ٢٠٠٦م.
٢. احمد يوسف ، التطبيقات العملية في تخفيض ايجار الاماكن غير السكنية ، الطبعة الاولى ، المكتب الفني للإصدارات القانونية ، مصر، بدون سنة طبع.
٣. د. أسعد دياب ، القانون المدني - العقود المسماة ، الجزء الاول ، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٧م.
٤. د.أنور سلطان ، المبادئ القانونية العامة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية ، مصر، بدون سنة الطبع.
٥. د. إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، الطبعة الاولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان ، ٢٠١٨م.
٦. د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مكتبة السنهوري ، بغداد، ٢٠١٢م.
٧. د. حسام الدين الاهواني ، عقد الايجار ، الطبعة الثالثة (لم يذكر مكان واسم المطبعة) ١٩٩٩م.
٨. د. رابحة الغندري ، الاجل في الالتزام ، مركز النشر الجامعي ، تونس، ٢٠١٦م.
٩. د. رمضان ابو السعود ، عقد الايجار ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، مصر، ١٩٩٦م.
١٠. د. سعدون العامري ، الوجيز في شرح العقود المسماة(في البيع والايجار)، الجزء الاول ، الطبعة الثالثة، مطبعة العاني ، بغداد، ١٩٧٤م.
١١. د. سعيد مبارك وآخرون ، الموجز في العقود المسماة ، الطبعة الرابعة ، دار العربية للقانون ، ٢٠١٠م.

١٢.د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الاول ، الطبعة الرابعة (لم يذكر اسم المطبعة ومكانها) ١٩٧٨م.

١٣.د. سليمان مرقس ، شرح قانون ايجار الاماكن ، الجزء الاول ، الطبعة التاسعة ، بدون مكان الطبع، ١٩٩٠م.

١٤.د.سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في العقود المسماة(عقد البيع)، المجلد الاول ، الطبعة الخامسة، بدون مكان الطبع ، ١٩٩٠م.

١٥.د.عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الخامس ، دار احياء التراث العربي ، بيروت لبنان ، دون سنة الطبع .

١٦.د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الطبعة الثالثة ، الجزء الرابع، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، ٢٠٠٠م.

١٧.د. عبد الرؤوف الكمالى ، الزيادة واثرها في المعاوضات المالية ، الطبعة الاولى ، مؤسسة غراس للطباعة ، الكويت ، ٢٠٠٢م.

١٨.د. عبد الناصر توفيق العطار، الأجل في الالتزام ، خالٍ من مكان و تاريخ الطبع.

١٩.د. عبد الناصر توفيق العطار، البداية في شرح احكام البيع، مطبعة عابدين، القاهرة، مصر، ١٩٨٤م.

٢٠.عبدالباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، مكتبة السنهوري، بغداد ، ٢٠١٢م.

٢١.د. عبدالله محمد العمراني ، العقود المالية المركبة ، الطبعة الثانية ، دار كنوز اشبيليا، المملكة العربية السعودية ، ٢٠١٠م.

٢٢.د.عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام ، الجزء الاول ، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ، خالٍ من سنة الطبع.

٢٣. د. عصام انور سليم ، الوجيز في عقد الايجار ، كطبعة المعارف ، الاسكندرية، مصر ، ٢٠٠٦م.
٢٤. د. عصمت عبد المجيد بكر ، نظرية العقد في الفقه الاسلامي ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العالمية ، لبنان ، ٢٠٠٩م.
٢٥. د. عصمت عبدالمجيد بكر، شرح قانون ايجار العقار رقم ٨٧ لسنة ١٩٧٩، الطبعة الاولى ، شركة التايمس للطباعة والنشر ، بغداد ،(لم يذكر تاريخ الطبع).
٢٦. علي بن الحسين بن محمد السغدري ، الثنّف في الفتاوى ، تحقيق الدكتور صلاح الدين الناهي ، الجزء الاول، الطبعة الثانية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت لبنان ، ١٩٨٤م.
٢٧. د.علي هادي العبيدي ، الوجيز في شرح القانون المدني - الحقوق العينية ، الطبعة العاشرة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن ، ٢٠١٣م.
٢٨. د.غني حسون طه ، الوجيز في العقود المسماة - عقد البيع ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٠م.
٢٩. كاظم الشيخ جاسم ، احكام ايجار العقار ، الطبعة الاولى ، بدون اسم المطبعة ومكانها، ١٩٦٧م.
٣٠. د. محمد حسن قاسم، العقود المسماة(البيع، التأمين، الايجار) ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٣م.
٣١. د. محمد شتا ابو سعد، الشرط كوصف للتراضي، مطبعة عالم الكتب، القاهرة، مصر، ١٩٨١م.
٣٢. د.محمد عبد الظاهر حسين، عقد ايجار الاماكن في ظل التشريعات الجديدة ، بدون اسم المطبعة ومكانها، ٢٠٠٢م.
٣٣. د.محمد عثمان شبير ، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الاسلامي ، الطبعة السادسة، دار النفائس ، الاردن، ٢٠٠٠م.

٣٤. محمد عزمي البكري ، عقد الايجار في التقنين المدني الجديد ، الطبعة الخامسة ، دار محمود ، مصر ، ٢٠٠١م.

٣٥. محمد فهد شقفة ، الوجيز في احكام الايجارات ، مؤسسة النوري للطباعة ، سوريا ، ١٩٩٧م.

٣٦. د. محمد لبيب شنب ، شرح احكام عقد البيع ، دار النهضة العربية، مصر ، (لم يذكر تاريخ الطبع).

٣٧. د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، مصر ، ١٩٧٧م.

٣٨. د. محمد وحيد الدين سوار، الحقوق العينية التبعية ، الكتاب الثالث، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن، ٢٠٠٦م.

٣٩. مشهور حسن محمود سلمان ، خلو الرجل او الفروغية ، الطبعة الاولى ، دار الفيحاء، عمان ، ١٩٨٧م.

٤٠. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، اصول الفقه في نسيجه الجديد، الناشر العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، ٢٠٠٩م.

٤١. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي ، الطبعة الاولى ، دار القلم ، دمشق ، ١٩٩٩م.

٤٢. د. منذر الفضل ، مصادر الالتزامات واحكامها ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، الاردن، ٢٠١٢م.

٤٣. وهبة الزحيلي ، بدل الخلو ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الرابع ، بدون سنة طبع.

ثانياً : كتب الفقه الاسلامي المتخصصة :

أ- الفقه الامامي:

٤٤. ابو القاسم الخوئي ، المسائل المنتخبة ، منشورات دار العلم ، الطبعة الخامسة عشر ، النجف الاشرف، ١٩٩١م.

٤٥. ابو القاسم الموسوي الخوئي ،المسائل المنتخبة العبادات والمعاملات ، الطبعة السابعة عشر ، مؤسسة الخوئي الاسلامية ، ٢٠١٠م.

٤٦. ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية - تعليق وتصحيح محمد الباقر البهبودي ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، المطبعة الحيدرية ، طهران ، ١٣٨٨هـ .

٤٧. ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي ، المبسوط في فقه الامامية، الجزء الثاني ، مؤسسة النشر الاسلامي ، ١٤٢٥هـ.

٤٨. تقي الطبطبائي القمي ، مباني منهاج الصالحين ،الجزء الثامن ، الطبعة الثانية ،مطبعة ستارة ،قم ، ايران ، ٢٠٠٨م.

٤٩. جعفر سبحاني ، دراسات موجزة في الخيارات والشروط ، المركز العالي للدراسات الاسلامية ، الطبعة الاولى، قم، ١٤٢٣ هـ.

٥٠. الحسن بن يوسف الحلي، تذكرة الفقهاء ، الجزء الثالث عشر، الطبعة الاولى، مطبعة ستارة، قم ، ايران، ١٤٢٥هـ .

٥١. الحسن بن يوسف الحلي، تذكرة الفقهاء ، الجزء الحادي عشر، الطبعة الاولى، مطبعة ستارة، قم ، ايران، ١٤٢٥هـ .

٥٢. الحسن بن يوسف الحلي، تذكرة الفقهاء ، الجزء الرابع عشر، الطبعة الاولى، مطبعة ستارة، قم ، ايران، ١٤٢٥هـ .

٥٣. روح الله الخميني ، تحرير الوسيلة ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية ، خالٍ من مكان الطبع ، ١٣٩٠ هـ .

٥٤. زين الدين العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية عشر ، مطبعة شريعت ، قم ، ايران ، ١٣٨٢ هـ .

٥٥. زين الدين العاملي ، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية عشر ، مطبعة شريعت ، قم ، ايران ، ١٣٨٢ هـ .

٥٦. عباس الظهيري ، معتمد تحرير الوسيلة للإمام الخميني ، المسائل المستحدثة ، المجلد الاول ، الطبعة الاولى ، مطبعة مؤسسة العروج ، (لم يذكر تاريخ الطبع).

٥٧. عبد الأعلى الموسوي السبزواري ، جامع الاحكام الشرعية ، الطبعة التاسعة ، مطبعة باقري ، قم ، ايران ، (لم يذكر تاريخ الطبع).

٥٨. عبدالله فضل الله فحص الحسيني ، الجواهر الفقهية في شرح الروضة البهية ، الجزء الحادي عشر ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار الاضواء ، بيروت ، لبنان ، ٢٠١٢ م .

٥٩. عدنان البكاء ، الحكم والحق بين الفقهاء والاصوليين ، الطبعة الاولى ، مطبعة الغري الحديثة ، النجف الاشرف ، ١٩٧٦ م .

٦٠. عزالدين بحر العلوم ، بحوث فقهية للشيخ حسين الحلي ، دار الزهراء ، الطبعة الثانية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٣ م .

٦١. علي الحسيني السيستاني ، المسائل المنتخبة ، طبعة منقحة ومزودة ، لم يذكر دار او مكان طبع ، ٢٠٠٧ م .

٦٢. علي الحسيني السيستاني ، منهاج الصالحين ، المعاملات ، الجزء الثاني ، دار ومكتبة القطيف ، بيروت، ١٤١٥ هـ.

٦٣. علي الغروي، التفتيح في شرح المكاسب تقريراً لأبحاث السيد ابو القاسم الخوئي، الجزء الثامن والثلاثون، الطبعة الرابعة، مطبعة نينوى، ١٤٣٠ هـ.

٦٤. القاسم نجم الدين الحلي ، المختصر النافع في فقه الامامية ، بدون اسم ومكان الطبع ، ١٣٨٧ هـ.

٦٥. كاظم الحسيني الحائري ، فقه العقود ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، مطبعة شريعت ، قم، ايران ، ١٤٢٣ هـ .

٦٦. محسن الحكيم ، مستمسك العروة الوثقى، الجزء الثالث عشر، بدون مكان واسم المطبعة، ١٩٦٩ م.

٦٧. محسن الحكيم ، منهاج الصالحين مع تعليقات السيد الحائري ، المعاملات ، القسم الاول ، المطبعة الثانية ، مطبعة شريعت ، قم ، ايران ، ١٣٩٦ هـ .

٦٨. المحقق الحلي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام مع تعليقات السيد صادق الشيرازي ، القسم الاول والثاني ، الطبعة الثانية ، مطبعة شريعت ، قيم ايران ، ١٣٨٨ هـ .

٦٩. محمد اسحاق الفياض ، منهاج الصالحين ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مطبعة أمير ، قم ، ايران ، (لم يذكر تاريخ الطبع).

٧٠. محمد الحسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، الناشر المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب ، ٢٠١١ م.

٧١. محمد الحسيني الشيرازي ، الفقه ، الجزء الواحد والخمسون ، الطبعة الثانية، دار العلوم ، بيروت لبنان ، ١٩٨٨ م.

٧٢. محمد الحسيني الشيرازي ، الفقه موسوعة استدلالية في الفقه الاسلامي ، الطبعة الثانية ، الجزء الستون ، دار العلوم ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٨ م.
٧٣. محمد الحسيني الشيرازي ، موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي - كتاب البيع ، الجزء الأول ، الطبعة الاولى ، مؤسسة الفكر الاسلامي ، بيروت لبنان ، ١٩٨٩ م.
٧٤. محمد باقر المجلسي ، بحار الانوار لدرر اخبار الائمة الاطهار، الجزء الثاني ، الطبعة الثانية المصححة ، مؤسسة الوفاء ، بيروت، لبنان، ١٩٨٣ م.
٧٥. محمد بن الحسن الحر العاملي ، وسائل الشيعة ، الجزء السابع عشر ، مؤسسة ال البيت لأحياء التراث، مطبعة ستارة ، قم المقدسة ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
٧٦. محمد جواد الحسيني العاملي، مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة ، الجزء السادس عشر، الطبعة الاولى ، مطبعة مؤسسة النشر الاسلامي، قم، ايران، ١٤٢٦ هـ.
٧٧. محمد جواد مغنية ، فقه الامام الصادق عرض واستدلال ، الجزء الرابع ، الطبعة الثالثة ، مطبعة شريعت ، قم ، ايران ، ١٣٨٦ هـ.
٧٨. محمد جواد مغنية، فقه الامام جعفر الصادق ، الجزء الثالث ، الطبعة الثالثة، مؤسسة السبطين العالمية ، قم ، ايران ، ١٤٢٨ هـ.
٧٩. محمد حسن النجفي ، جواهر الكلام في شرح شرائع الاسلام ، الجزء الخامس والعشرون ، دار احياء التراث العربي ، الطبعة السابعة ، بيروت ، لبنان، ١٩٨١ م.
٨٠. محمد رضا الانصاري القمي ، العقد النضيد ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى، مطبعة نكين ، ٢٠٠٨ م .

٨١. محمد صادق الحسيني ، منهاج الصالحين ، الجزء الثالث ، الطبعة الاولى، منشورات الاجتهاد، قم ،
ايران، ٢٠٠٨م.
٨٢. محمد صادق الحسيني الروحاني ، فقه الصادق ، الجزء الثلاثون، الطبعة الاولى ، قم ، ايران ،
٢٠٠٨م.
٨٣. محمد صادق الروحاني ، المسائل المستحدثة ، الطبعة الثانية، دار الزهراء للطباعة ، بيروت،
لبنان، ١٣٩٣هـ.
٨٤. محمد صادق الروحاني ، المسائل المستحدثة ، الطبعة الرابعة ، مؤسسة دار الكتاب، قم ، ايران ،
١٤١٤ هـ .
٨٥. محمد علي التسخيري ، الاقتصاد الاسلامي ، الطبعة الاولى ، مطبعة مبتكران ، ايران، ٢٠٠٦م.
٨٦. محمد مهدي الموسوي الخلخالي، مدارك العروة الوثقى (فقه الشيعة) ، كتاب الاجارة ، المكتبة
الوطنية الايرانية ، ١٣٨٥ هـ .
٨٧. محمد هادي الحسيني الميلاني ، منهاج الاحكام ، مطبعة الآداب ، الطبعة الثانية ، النجف
الاشرف ، ١٣٩١هـ .
٨٨. محمود الهاشمي ، كتاب الاجارة ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، مطبعة سبحان ، بدون مكان
الطبع، ٢٠١٢م.
٨٩. مرتضى الشيرازي ، حق الخلو و السرقة ، الطبعة الاولى ، مطبعة نكارش ، قم ، ايران،
٢٠١٩م.
٩٠. يوسف البحراني، الحقائق الناطرة في احكام العترة الطاهرة ، الجزء الحادي عشر ، الطبعة الثالثة،
مطبعة دار الاضواء، بيروت لبنان ، ١٩٩٣م.

ب- الفقه الحنفي

٩١. ابن عابدين ، رد المحتار على الدرر المختار شرح تنوير الابصار -دراسة وتعليق الشيخ عادل احمد عبدالموجود والشيخ محمد علي معوض ، الجزء السابع، طبعة خاصة ، دار عالم الكتب ، الرياض ، السعودية ، ٢٠٠٣م.

٩٢. ابن عابدين، محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين الدمشقي ، العقود الدرية في تنقيح الفتاوى الحامدية، الجزء الثاني ، دار المعرفة ،(لم يذكر تاريخ الطبع).

٩٣. ابو بكر مسعود الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع -تحقيق و تعليق الشيخ علي محمد معوض وآخر، الجزء السابع، الطبعة الثانية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٣م.

٩٤. ابي البركات عبدالله بن احمد النسفي ، كنز الدقائق في فقه الحنفية، الطبعة الاولى ، دار البشائر الاسلامية، بيروت ، ٢٠١١م .

٩٥. احمد بن محمد الحموي الحنفي ، غمز عيون البصائر في شرح الاشباه والنظائر ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٨٥م.

٩٦. احمد بن محمد الطحاوي ، مختصر الطحاوي ، لجنة احياء المعارف ، النعمانية ، مصر ، (لم يذكر تاريخ الطبع).

٩٧. الحسن بن عمار الشرنبلالي الحنفي ، مفيدة الحسنى لدفع ظن الخلو بالسكنى ، الطبعة الثانية ، دار ابن حزم ، ١٩٩٢م.

٩٨. خير الدين الرملي الحنفي ، الفتاوى الخيرية لنفع البرية ، الطبعة الثانية ، المطبعة الكبرى الاميرية ، بولاق، مصر ، ١٣٠٠هـ.

٩٩. زين الدين بن ابراهيم بن محمد (ابن نجيم) الحنفي ، الاشباه والنظائر على مذهب ابي حنيفة النعمان، الطبعة الاولى ، دار الكتب العالمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٩م.

١٠٠. علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٤م.

١٠١. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، الجزء الرابع ، الطبعة الاولى ، المطبعة الكبرى الاميرية، مصر ، ١٣١٤هـ.

١٠٢. كمال بن الهمام ، شرح فتح القدير ، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى ، المطبعة الكبرى الاميرية، مصر، ١٣١٦هـ.

١٠٣. كمال بن الهمام ، شرح فتح القدير ، الجزء السابع ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٩٩٥م.

١٠٤. محمد ابو زهرة ، الملكية ونظرية العقد في الفقه الاسلامي ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ١٩٩٦م.

١٠٥. محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز المشهور بأبن عابدين ، رد المحتار على الدر المختار ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ، بيروت، لبنان ، ١٩٩٢هـ.

ج- الفقه المالكي:

١٠٦. ابو عمر يوسف بن عبدالله القرطبي المالكي ، الكافي في فقه اهل المدينة ، الطبعة الثانية ، مكتبة الرياض الحديثة ، السعودية ، ١٩٨٠م.

١٠٧. ابو عمر يوسف بن عبدالله القرطبي المالكي ، الكافي في فقه اهل المدينة ، الطبعة الاولى ، ١٩٧٨ م .

١٠٨. ابي الوليد محمد بن احمد القرطبي الاندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، تحقيق الشيخ علي محمد معوض وآخر، الجزء الخامس ، الطبعة الاولى، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٦م.
١٠٩. ابي عبدالله محمد الخرشي، شرح الخرشي على مختصر خليل ، الجزء السابع، الطبعة الثانية ، المطبعة الكبرى الاميرية ، بولاق ، مصر ، ١٣١٧هـ.
١١٠. ابي عمر يوسف بن عبدالله بن محمد القرطبي ، كتاب الكافي في فقه اهل المدينة المالكي، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض، السعودية، ١٩٧٨م.
١١١. عبدالعزيز بن عبدالله ، معلمة الفقه المالكي ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار الغرب الاسلامي ، ١٩٨٣م.
١١٢. علي العدوي ، الخرشي على مختصر سيدي خليل ، الجزء السابع ، دار صادر للطباعة ، بيروت ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
١١٣. عlish محمد بن احمد ، المالك في الفتوى على مذهب الامام مالك ، الجزء الثاني، الطبعة الاخيرة ، مطبعة مصطفى البابي الحلبي ، مصر ، ١٩٥٨م.
١١٤. د. عمر بن عبدالكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مطبعة الفضالة، المحمدية ، المغرب، ١٩٨٢م.
١١٥. محمد الامير الكبير ، الاكليل شرح مختصر خليل ،مكتبة القاهرة ، مصر ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
١١٦. محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية ا محمد بن محمد بن عبدالرحمن الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، الجزء السادس ، دار عالم لكتب، (لم يذكر تاريخ ومكان الطبع).

١١٧. محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير - شرح محمد عlish ،
الجزء الثالث، دار احياء الكتب العربية ، (لم يذكر تاريخ ومكان الطبع).

١١٨. محمد بن محمد بن عبدالرحمن الرعيني، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، الجزء الثامن ،
الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ١٩٩٥م.

١١٩. محمد بن يوسف بن ابي القاسم الغرناطي المالكي ، التاج والاكليد لمختصر خليل ، الجزء
السابع - باب الاجارة ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م.

د- الفقه الشافعي

١٢٠. ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، منهاج الطالبين، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، مطبعة
مصطفى البابي الحلبي، مصر، ١٩٥٦م.

١٢١. احمد بن حجر الهيتمي ، تحفة المحتاج في شرح المنهاج وحواشي الشرواني والعبادي ، الجزء
السادس ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، ١٩٨٣م.

١٢٢. سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي ، حاشية البجيرمي على الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع ،
الجزء الثالث، دار الفكر ، بيروت ، ٢٠٠٧م.

١٢٣. د. شهاب الدين محمود الزنجاني ، تخريج الفروع على الاصول ، تحقيق الدكتور محمد أديب
صالح ، الطبعة الرابعة ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، ١٩٨٢م .

١٢٤. شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني ، الاقناع في حل الفاظ ابي شجاع - دراسة
وتحقيق الشيخ علي محمد معوض وآخر ، الجزء الثاني ، الطبعة الثالثة ، دار الكتب العلمية ، بيروت
، لبنان ، ٢٠٠٤ م .

١٢٥. شمس الدين محمد بن احمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج ، الجزء الثالث ، الطبعة الأولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤م.

١٢٦. شمس الدين محمد بن احمد بن حمزة شهاب الدين الرملي ، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج ، الجزء الخامس ، الطبعة الاخيرة ، دار الفكر ، بيروت ، ١٩٨٤م.

١٢٧. محمد بن ادريس الشافعي ، الأم ، الجزء الرابع ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٣م.

١٢٨. محي الدين ابي زكريا يحيى بن شرف النووي ، منهاج الطالبين وعمدة المفتين ، الطبعة الأولى ، دار المنهاج ، جدة ، المملكة السعودية ، ٢٠٠٥م.

١٢٩. محي الدين النووي، المجموع شرح المذهب، الجزء التاسع، (لم يذكر اسم المطبعة ومكانها وتاريخ الطبع).

١٣٠. يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني، البيان في فقه الامام الشافعي، الجزء السادس ، الطبعة الاولى ، مطبعة دار الكتب العالمية ، بيروت ، لبنان، ٢٠٠٢م.

هـ - الفقه الحنبلي

١٣١. ابي محمد عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المغني - تحقيق د. عبدالله عبدالمحسن التركي و د. عبد الفتاح محمد الحلو ، الجزء السادس ، الطبعة الثالثة ، دار عالم الكتب ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، ١٩٩٧م.

١٣٢. شمس الدين محمد الزركشي الحنبلي ، شرح الزركشي ، الجزء الثاني ، الطبعة الاولى ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ٢٠٠٢م.

١٣٣. عبدالله بن احمد بن قدامة وعبدالرحمن بن محمد ابن قدامة ، المغني والشرح الكبير، الجزء

الخامس ، مطبعة دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان، ١٩٧٢م.

١٣٤. عبدالله بن احمد بن محمد بن قدامة، المقنع والشرح الكبير والانتصاف، الجزء الثاني عشر،

مطبعة هجر، الجيزة، مصر، الطبعة الاولى، ١٩٩٥م.

١٣٥. مرعي بن يوسف الحنبلي ، دليل الطالب على مذهب احمد بن حنبل، الطبعة الثانية ، منشورات

المكتب الاسلامي ، ١٩٦٩ م.

١٣٦. مصطفى السيوطي الرحبياني ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى وشرح تجديد زوائد

الغاية والشرح - تعليق حسن الشطي ، الجزء الرابع ، (لم يذكر مكان وتاريخ الطبع).

١٣٧. مصطفى سيوطي الرحبياني ، مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، الجزء الرابع ، مطبعة

المكتب الاسلامي ، سوريا، ١٩٦١م.

١٣٨. منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الاقناع، الجزء الثالث، مكتبة النصر الحديثة،

الرياض، (لم يذكر تاريخ الطبع).

ثالثاً- الرسائل والاطاريح:-

١٣٩. عامر الشريف أحمد محمد ، أنواع الانتفاع بالعين المستأجرة في الفقه الاسلامي ، رسالة

ماجستير ، جامعة ام درمان الاسلامية ، السودان ، ١٩٩٨م.

١٤٠. عصمت عبدالمجيد بكر، اثر النزعة الاجتماعية في تطور عقد الايجار ، رسالة ماجستير مقدمة

الى مجلس جامعة بغداد ، ١٩٧٢م.

رابعاً- البحوث والمقالات:-

- ١٤١.د.احمد بن ابراهيم الحبيب ، رسالة في تحقيق الخلو عند المالكية ، مجلة جامعة ام القرى العلوم الشرعية واللغة العربية الجزء السابع عشر ، العدد الثلاثة والثلاثون ، (لم يذكر تاريخ الطبع).
- ١٤٢.أمل المرشدي ، دراسة هامة حول بدل الخلو في القانون ، بحث منشور على الانترنت.
- ١٤٣.حبيب ادريس المزوري ، احكام السرقة، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد العاشر ، العدد السابع والثلاثون، السنة ٢٠٠٨م.
- ١٤٤.رؤى علي عطية ، الطبيعة القانونية للسرقة، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، جامعة الكوفة، العدد الرابع ، السنة ٢٠١٠م.
- ١٤٥.د. سلام عبدالزهرة الفتلاوي و انعام محمود شاكر ، مفهوم الوصية بالمنافع (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الرابع ، السنة الحادية عشر ، ٢٠١٩م.
- ١٤٦.د.صاحب عبيد الفتلاوي ، دور خلو الرجل في عقد الايجار، مجلة البلقاء ، المجلد الرابع ، العدد الأول ، جامعة عمان الأهلية،الأردن ، ١٩٩٦م .
- ١٤٧.عبدالستار ابراهيم الهيبي - بدلات الخلو في عقد الايجار صورها وحكمها ، مجلة الحقوق ، جامعة البحرين ، المجلد الثالث ، العدد الاول، ٢٠٠٦م.
- ١٤٨.د.عزيز كاظم جبر، الامتناع المشروع عن تنفيذ العقد قاعدة الدفع بعدم التنفيذ دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق ، المجلد الاول ،السنة الثامنة، العدد السادس عشر، ٢٠٠٣م.
- ١٤٩.قاسم هيال رسن ، بحوث في القانون المدني (مفهوم السرقة)، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، منشورات مكتبة دار السلام القانونية ، ٢٠١٤م.
- ١٥٠.د. ماجد حسين النعواشي ، بيان حكم خلو الرجل عند الفقهاء ، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية ، المجلد الواحد والعشرون ، العدد الاول ، ٢٠٠٥م.

١٥١.مجلة الموسوعة الفقهية الكويتية ، الجزء السابع ، الطبعة الرابعة ، وزارة الاوقاف والشؤون

الاسلامية الكويتية ، ٢٠٠٧م.

١٥٢.محي الدين قادي ، مجلة مجمع الفقه الاسلامي ، العدد الرابع ، جدة ، السعودية ، (لم يذكر

تاريخ الطبع).

خامساً - القوانين والانظمة

١٥٤. جريدة الوقائع المصرية ، العدد(٦٥) السنة (١١٧) ، الصادرة في أول يوليه ١٩٤٦.

١٥٥. قانون الاحوال الشخصية العراقي رقم (١٨٨) لسنة (١٩٥٩) المعدل.

١٥٦. قانون الاحوال الشخصية العماني رقم ٣٢ لسنة ١٩٩٧.

١٥٧. قانون الاحوال الشخصية لدولة الامارات العربية المتحدة ، معهد دبي القضائي ، قسم

الدراسات والبحوث ، الطبعة الثالثة ، ٢٠١٧م.

١٥٨. قانون الاسرة الجزائري رقم (٨٤-١١) لسنة ١٩٨٤.

١٥٩. قانون الايجارات السوري رقم (٢٠) لسنة ٢٠١٥.

١٦٠. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

١٦١. القانون المدني الكويتي رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠.

١٦٢. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨.

١٦٣. قانون الموجبات اللبناني لسنة ١٩٣٢.

١٦٤. قانون ايجار العقار العراقي رقم (٨٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.

سادساً - المجاميع القانونية والقضائية

١٦٥. ابراهيم المشاهدي ، قضاء محكمة تمييز القضاء ، المجلد السادس، وزارة العدل ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، ١٩٧٢.

١٦٦. مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الرابع، السنة السابعة ، ١٩٧٦.

١٦٧. مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الثاني ، السنة التاسعة ، ١٩٧٨.

١٦٨. مجموعة الاحكام العدلية ، العدد الأول ، السنة العاشرة ، ١٩٧٩.

١٦٩. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، مطبعة الزمان ، بغداد ، ١٩٩٨م.

١٧٠. النشرة القضائية ، مجلس القضاء الاعلى، العدد الثامن ، آب ، ٢٠٠٩.

سابعاً- القرارات القضائية غير المنشورة

١٧١. القرار المرقم (١١٨٨ / ب / ٢٠١٧) بتاريخ ٢٠١٧/٧/١٨ ، محكمة بداءة الاعظمية، قرار غير منشور.

ثامناً - المواقع الالكترونية :-

172. <http://fatwa.islamweb.net/fatwa/index->

173. www.mohamah.net/law

Summary

The Legal Regulation of the Additional Allowance Contract - A Comparative study of Islamic jurisprudence

Due to the practical applications of the overtime allowance contract and its increasing usage in recent decades, along with its related legal issues. Mainly due to the absence of its legislation within the Iraqi legislation. Despite its wide practice, **The legal regulation of the additional allowance contract - A Comparative study** topic was titled the current thesis.

Dealing with the additional allowance contract (**Al-Sarkafliya**) firstly appeared within the framework of the endowment system known in Islamic Sharia law to maintain or renovate endowed real estate. However, it did not stop at this point but rather expanded to include real estate owned by individuals, which forced Islamic Sharia scholars to address the statement of the provisions of this newly created contract, thereby referring to the general rules in Islamic jurisprudence. Hence many jurists and legal researchers highlighted some aspects of this contract in their studies, as it has become an imposed reality that requires legislative solutions that preserve the rights of the contracting parties.

The researcher reached several important outcomes. The most prominent ones are the lack of legislative regulation of the additional allowance contract and that such contract only responds to a property. He also concluded with many important recommendations that call the Iraqi legislator to organize this contract in an integrated manner, according to the principles of the Islamic Sharia as a source of legislation.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
Babylon University- College of Law



**The Legal Regulation of the Additional Allowance Contract - A
Comparative study of Islamic jurisprudence**

A Thesis Submitted

To the Council of the Faculty of Law / University of Babylon
As a Partial Of Requirements For A Doctorate Degree Philosophy In Law /
Private Law

By

Hyder Hadi Abd Abhool

Supervised by
Professor Dr.

Eeman Tarek Makki AL Shukri

سماحة المرجع الديني آية الله الشيخ بشير النجفي (دام ظله) :-

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

الموضوع/ استفتاء

١- إذا مات صاحب حق السرقلية ، هل ينتقل هذا الحق لورثة المتوفي؟

بسم الله الرحمن الرحيم
قد قلنا لمن السرقلية شرعاً ضمن عقد الإجارة اللازم الموجب
المقتضى لملكية المنفعة وهذه الملكية تنتقل إلى ورثته
كسائر أملاكه . والله العالم
٢- هل تصح الوصية بحق السرقلية؟

بسم الله الرحمن الرحيم
نعم تصح . والله العالم

٣- إذا انتقلت السرقلية بالبيع للغير بثمن أكثر من الثمن الذي اشترى به المستأجر الاول ،
هل للمالك ان يرجع على المستأجر الاول بالفرق بين الثمن الذي اشترى به والثمن
الذي باع به ؟ والعكس صحيح ، لو باع المستأجر الاول حق السرقلية بثمن اقل من
الثمن الذي اشترى به ، فهل يرجع على المالك بشيء؟

بسم الله الرحمن الرحيم
لا يجوز بيع السرقلية وهو عبارة عن
حق معين في الأرض للطرفين . والله العالم
١٤٤٢/١/٢٥ هـ



٢١-٢-١٤٤٢

٢٠٢١/١/٦

سماحة المرجع الديني آية الله الشيخ محمد السند (دام ظله) :-

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

الموضوع / استفتاء

١- هل يُعد حق صاحب السرقفلية حقاً عينياً (سلطة مطلقة على العقار ما عدا ملكية الرقبة)

ام حق شخصي (يقتصر حقه على الانتفاع فحسب بواسطة المالك)؟

ج: هذا يحده الشرط المطبق عليه حق السرقفلية، كما انه بناءً على تعلقه بالعين
بسبب الشرط الذي ذكره لا تكون سلطة مطلقة لصاحب الحق على العقار بل
محددة كالشركات.

٢- هل السرقفلية عقد بيع ام عقد إيجار؟ ام عقد مركب من الاثنين؟

ج: يمكن الشرط الذي ينبثق عنه حق السرقفلية بإنشائه ضمن عقد الإيجار
أو ضمن عقد آخر من البيع أو الصلح أو غيره، إلا ان العدة هو تولد الحق من الشرط ووسطه
جعل عوض الحق ضمن الشرط أو جعل عوضه من ضمن عوض عقد الإيجار أو غيره من البيع.
٣- هل لصاحب السرقفلية ان يغير نوع المنفعة المخصصة للعقار؟ كما لو كان دكان
فيحول له الى شقة سكنية وغيره.

ج: هذا تابع لحود الشرط المطبق عليه الذي ينبثق الحق منه.



٢١-ج-٢-١٤٤٢

٢٠٢١/١/٦

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

١. هل يعد حق صاحب السرقفلية حقاً عينياً (سلطة مطلقة على العقار ما عدا ملكية الرقبة)؟

ام انه حق شخصي (يقتصر حقه على الانتفاع فحسب بواسطة المالك) ؟

٢. هل السرقفلية عقد بيع ام عقد ايجار؟ ام عقد مركب من الاثنين؟

٣. هل لصاحب السرقفلية ان يغير نوع المنفعة المخصصة للعقار ؟ كما لو كان دكان فيحولته الى شقة سكنية وغيره؟

بسم الله الرحمن الرحيم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

الجواب ١: صاحب السرقفلية يقتصر حقه على الانتفاع من الملك بشرط ان يكون مشروطاً في عقد الاجارة ولو بالشرط الارتكازي.

الجواب ٢: السرقفلية شرط في عقد ايجار فقط.

الجواب ٣: كلاً في فرض السؤال، لانا مع الشرط في ضمن العقد، ولو بالشرط الارتكازي.

٢/ جمادى الاخرى ١٤٤٢ هـ



سماحة المرجع الديني آية الله الشيخ محمد السند (دام ظله) :-

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

الموضوع / استفتاء

- ١- إذا مات صاحب حق السرقلية ، هل ينتقل هذا الحق لورثة المتوفي؟
ج: هذا أيضا تابع لمفاد الشرط بينهما ولو لم يكن مقتضى القاعدة مع عدم
تصريحهما فهو كغيره من الأثر وانتقال الحق للورثة .
- ٢- هل تصح الوصية بحق السرقلية؟

ج: لا يصحها مع ما هو عليه الحق بمقتضى الحق لأهل الورثة أو الاستحسان
ما ذكره وينبغي أن لا يكتفى من الزكاة .

- ٣- إذا انتقلت السرقلية بالبيع للغير بثمن أكثر من الثمن الذي اشترى به المستأجر الاول ،
هل للمالك ان يرجع على المستأجر الاول بالفرق بين الثمن الذي اشترى به والثمن
الذي باع به ؟ والعكس صحيح ، لو باع المستأجر الاول حق السرقلية بثمن أقل من
الثمن الذي اشترى به ، فهل يرجع على المالك بشيء؟

ج: هذا أيضا تابع لمفاد الشرط بينهما ولو لم يكن مقتضى القاعدة مع عدم
وضع الاطلاق فلم يأتوا به وان يبيع بأزيد أو انقص ما دون حق الرجوع
في التساوت لأجل ذلك الآخر .



٢١-٢-١٤٤٢

٢٠٢١/١/٦

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

س١. اذا مات صاحب حق السرقة ، هل ينتقل هذا الحق لورثة المتوفى ؟

س٢. هل تصح الوصية بحق السرقة ؟

س٣. اذا انتقلت السرقة بالبيع للغير بثمن اكثر من الثمن الذي اشترى به المستاجر الاول ، هل للمالك ان يرجع على المستاجر الاول بالفرق بين الثمن الذي اشترى به والثمن الذي باع به ؟ والعكس صحيح ، لو باع المستاجر الاول حق السرقة بثمن اقل من الثمن الذي اشترى به ، فهل يرجع على المالك بشيء ؟

بسم الله الرحمن الرحيم

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته

الجواب ١ و ٢ : نعم في فرض السؤال .

الجواب ٣ : لا يحق له ذلك في فرضي السؤال .

١ / جمادي الاخرى / ١٤١٦ هـ