

الإنتفاع المألوف بالمعقود عليه وجزاء الإخلال به " دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي"
The familiar interest of the promise and the penalty of breaching it. "legal study".

بحث مقدم من قبل

الدكتورة رشا موسى محمد الزهيري
 جامعة كربلاء / كلية القانون

الخلاصة

إن الكثير من العقود تتطلب لتنفيذها أن ينتقل المعقود عليه من حيازة صاحبه الى حيازة المتعاقد الآخر سواء أ كان مستأجراً أو مستعيراً أو وديعاً أو مرتهنأ ، الأمر الذي يُثير التساؤل عن السلطات التي يتمتع بها هؤلاء عند حيازتهم لِمال غيرهم ، فأصحاب المعقود عليه الحقيقيين يريدوا أن يطمأنوا بأن أموالهم بمنأى عن أي ضرر أو تلف ممكن أن يُصيبها .
 من هنا جاءت ضرورة تبني مقياس لقانونية تصرفات المنتفعين بأموال غيرهم بحيث من خلاله نتعرف على مدى قانونية الإنتفاع من عدمه ، لهذا قررت التشريعات محل المقارنة مقياس معين وهو مقياس الانتفاع المألوف بالمعقود عليه ، فقد كفل القانون بذلك حماية أصحاب الأموال من خطر تعرض أموالهم للتلف أو الهلاك أو النقصان ، وهو ما تبناه الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه ، فقد حرص هذا الفقه على تقرير المسؤولية عند مجاوزة الإنتفاع مقتضيات الإنتفاع المألوف بالمعقود عليه .

الكلمات المفتاحية : الإنتفاع ، المألوف ، الإستعمال ، الإستغلال ، الإيجار.

Abstract .

Research Summary: Many contracts require for their implementation that the contract moves from the possession of its owner to the possession of the other contractor, whether a tenant or borrower or depository or mortgagee, which raises the question of the powers enjoyed by these when they possess the money of others, the owners of the contract real want to be assured that their money is immune from any damage or damage that may befall it. Hence the need to adopt a measure of the legality of the actions of the beneficiaries of the funds of others so that through it we know the legality of the use or not, for this the legislation in question decided the standard of use of the contracted, the law has ensured the protection of the owners of funds from the risk of damage to their funds or destruction or decrease . This is what has been adopted by Islamic jurisprudence in its various schools of thought, as this jurisprudence has been keen to determine responsibility when the usufruct exceeds the requirements of the customary usufruct of the contract .

Keywords: usufruct, familiar, use, exploitation, rent.

المقدمة.

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا ومولانا محمد وآل محمد صلوات الله عليهم أجمعين .. أما بعد سنتناول في هذه المقدمة المحاور الآتية ، وهي أولاً جوهر فكرة البحث وثانياً أهمية البحث وأسباب إختياره وثالثاً نطاق البحث ومنهجيته ورابعاً إشكالية البحث وأخيراً خطة البحث .

أولاً / جوهر فكرة البحث.

من الوارد أن تنتقل حيازة أموال شخص ما الى الغير من أجل الإنتفاع بها ، والقاعدة العامة تقتضي جواز إنتفاع هذا الغير بهذا المال وفق ما هو مألوف ومُعتاد بين الناس ، إذ لولا هذا المعيار لما تمكنا من ضبط تصرفات المنتفعين بأموال غيرهم ، فوجود ضابط يوجب الإنتفاع بما هو معروف ومشاع بين الناس من شأنه أن نقيس عليه حالة خروج الإنتفاع من نطاقه المألوف .

فإخلال المنتفع بمعيار الإنتفاع المألوف يوجب مسؤوليته وسبب هذه المسؤولية هو المجاوزة في الإنتفاع بالشيء سواء من حيث طريقة الإستعمال أو بحسب الغرض المعين منه أو في الوقت المحدد للإنتفاع .

ثانياً / أهمية البحث وأسباب إختياره .

تتضح أهمية البحث في توفير حماية لأصحاب الأموال المنتفع بها من خلال وضع معيار لمسؤولية المتعاقد الذي قد يُخل بالتزامه في إستعمال أو إستغلال المعقود عليه ضمن نطاق الإنتفاع المألوف ، كما نكون بذلك قد كفلنا حقوق الأطراف الأخرى التي ينتقل حيازة المال محل الإنتفاع إليهم من خلال تحديد حدود لذلك حتى يتلافى كل منهم مجاوزة الحدود القانونية لذلك ، فضلاً عن أن البحث في هذا الموضوع يُجنب القضاء مشقة البحث عن معيار يقيس به صحة الإنتفاع من عدمه .

أما عن أسباب إختيار البحث فيمكن إيجازها بالآتي :

- 1- عدم وجود دراسة أو بحث عن هذا الموضوع .
- 2- جاءت نصوص قانون المدني العراقي التي تُعالج موضوع البحث مقتضبة وغير وافية .

ثالثاً / منهجية البحث ونطاقه.

بالنسبة لمنهجية البحث فستكون المنهجية مقارنة تحليلية ، فأما عن المنهج المقارن في البحث فذلك لأننا سنشير الى موقف القوانين المدنية في العراق ومصر وفرنسا وسنقعد المقارنة بينها ، ومن ثم نشير الى موقف القضاء العراقي والمصري والفرنسي ، وأخيراً نُبين موقف الفقهاء المسلمين ونقعد المقارنة بينها .

أما عن المنهج التحليلي ، ذلك أن البحث لم يعتمد أسلوب السرد والتبويب لنصوص القوانين المدنية وآراء الفقه الإسلامي ، وإنما سنحاول أن نُحلل ما ورد فيها وأن نقعد المقارنة فيما بينها وأن نستخلص منها النتائج ونُبين أيها الراجح لدينا . أما عن نطاق البحث فإننا سنعمد الى بحث موضوع البحث في ظل القوانين المدنية وآراء الفقه الإسلامي ، إذ سنبين موقف ثلاثة قوانين وهي القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، كما سنبين موقف آراء الفقهاء المسلمين من الأمامية والحنفية والحنابلة والشافعية والمالكية أينما تيسرت لنا المصادر لذلك . كما سنحرص على الإشارة الى قرارات المحاكم في العراق ومصر وفرنسا ، كلما تسنت الفرصة لذلك وأينما توفرت المصادر لدينا ، وسنتطرق في البحث الى آراء الفقهاء في القانون المدني كلما وجدنا ضرورة لذلك .

رابعاً / إشكالية البحث .

تدور إشكالية البحث حول التساؤلات الآتية :

- 1- ما المقصود بالإنتفاع المألوف وماهي صورته ؟ .
- 2- ما هي التطبيقات التشريعية والفقهية للإنتفاع المألوف بالمعقود عليه ؟ .
- 3- ما هو معيار مسؤولية المنتفع عند مجاوزة المنتفع للمألوف والمعتاد في الإنتفاع ؟ .
- 4- بيان أثر مسؤولية المنتفع وفق القوانين المدنية والفقه الإسلامي ؟ .
- 5- ماهو نطاق التعويض اللازم دفعه عند تحقق المسؤولية وكيفية تقدير مقداره ؟ .
- 6- ما الوقت الواجب الإعتداد به لحساب مقدار التعويض المستحق عن تجاوز حدود الإنتفاع المألوف ؟ .

خامساً / خطة البحث .

سنتناول موضوع البحث من خلال تقسيمه على ثلاثة مباحث تسبقها مقدمة ، سنبين في المبحث الأول التعريف بـ ((الإنتفاع المؤلف بالمعقود عليه)) وسنقسمه على مطلبين ، سنتناول في المطلب الأول تعريف الإنتفاع المؤلف بالمعقود عليه ، وسنبين في المطلب الثاني صور الإنتفاع المؤلف بالمعقود عليه ، وأما المبحث الثاني سنتطرق فيه الى ((تطبيقات الإنتفاع المؤلف بالمعقود عليه)) ، وسنقسمه على مطلبين أيضاً ، سنبين في المطلب الأول عقد الإيجار وأما المطلب الثاني عن عقد العارية ، وأما المبحث الثالث سنخصصه لـ ((المسؤولية عند مجاوزة الإنتفاع مقتضيات الإنتفاع المؤلف بالمعقود عليه)) ، وسنقسمه على مطلبين أيضاً ، سيكون المطلب الأول عن معيار المسؤولية والمطلب الثاني عن أثر المسؤولية . وسنختتم البحث بخاتمة تُورد فيها أهم ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات .

المبحث الاول/ التعريف بالانتفاع المؤلف بالمعقود عليه.

إن الوقوف على مفهوم هذا الإنتفاع يتطلب منا تحديد تعريف الإنتفاع المؤلف بالمعقود عليه وبيان صورته وعلية ، سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، نتناول في المطلب الأول : تعريف الإنتفاع المؤلف بالمعقود عليه ، ونبين في المطلب الثاني : صور الإنتفاع المؤلف بالمعقود عليه .

المطلب الأول/ تعريف الانتفاع المؤلف بالمعقود عليه.

لغرض بيان تعريف الانتفاع المؤلف بالمعقود عليه لأبّد من بحث معنى الإنتفاع المؤلف لغةً ومعنى الإنتفاع المؤلف بالمعقود عليه إصطلاحاً ، لذا سنتناول هذا المطلب من خلال تقسيمه على فرعين كالآتي:

الفرع الاول/ تعريف الإنتفاع المؤلف لغةً.

من المعروف إن تعريف أي مفردة من مفردات القانون يتطلب منا أن نقف عند المعنى اللغوي ، فالملاحظ إن عنوان البحث يحمل عنواناً مركباً مؤلف من أكثر من كلمة ، وهما كلمة (الإنتفاع) وكلمة (المؤلف) ، وحتى يكون المعنى اللغوي واضحاً لأبّد أن نُعرّف كل كلمة على حدة ثم نُبين تعريفه كعنوان مُركب .

فالإنتفاع لغةً هو مصدر للفعل نَفَعَ ، والنفع : الخير وهو ما يتوصل به الإنسان الى غيره ، يُقال نَفَعَنِي الشَّيْءُ نَفْعاً فهو نافع ، وَاَنْتَفَعْتُ بِالشَّيْءِ وَنَفَعَنِي اللهُ (1) ، يُقال (نَفَعَهُ) بكذا (فَانْتَفَعَ) ، والإسم (الْمَنْفَعَةُ) (2) . وجاء في لسان العرب أن نَفَعَ : في أسماء الله تعالى : النافع هو الذي يوصل الى النفع الى من يشاء من خلقه حيث هو خالق النفع والضّر والخير والشر (3) . هذا وقد وردّ النفع والإنتفاع والمنافع بهذا المعنى في عدد من الآيات في القرآن الكريم ، كقوله تعالى: " وَلكُمْ فِيهَا مَنَافِعُ كَثِيرَةٌ وَمِنْهَا تَأْكُلُونَ " (4) ، وقوله تعالى " ... وَائْتُمُّهُمَا أَكْبَرُ مِنْ نَفْعِهِمَا ... " (5) .

وخلاصة القول من المعنى اللغوي للفظ الإنتفاع إنها تعني الخير والفائدة وما يُراد به الوصول إلى تحقيق مصلحة ودفع مفسدة فهي ضد الشر والضرر .

أما لفظ المؤلف فهو جاء من أَلَفَ هذا الموضع بالكسر يَأْلَفُهُ (إلفا) بالكسر أيضاً و(ألفه) إياه غيره ، ويقال أيضاً أَلَفْتُ الموضعَ أَوْلَفُهُ (إيلافاً) و(ألفتُ) الموضعَ أَوْلَفُهُ (مؤألفه) و(الإلفاً) فصار صورة أَعْلَلٌ وَقَاعَلٌ في الماضي واحداً . و(ألف) بين الشيين (فَتَأْلَفَا) و (أتلفا) ويقال أَلَفَ (مؤألفه) (6) .

هذا وقد وردت كلمة (ألف) في عدد من الآيات ومنها قوله تعالى : " وَأَلَفَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ لَوْ أَنفَقْتَ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا مَا أَلَفْتَ بَيْنَ قُلُوبِهِمْ وَلَكِنَّ اللَّهَ أَلَفَ بَيْنَهُمْ إِنَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ " (7) ، وأيضاً قوله تعالى : " وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ اتَّبِعُوا مَا أَنْزَلَ اللَّهُ قَالُوا بَلْ نَتَّبِعُ مَا أَلْفَيْنَا عَلَيْهِ آبَاءَنَا ... " (8) .

وعليه ، أن المعنى اللغوي لكلمة المؤلف هو الاعتياد والتألف بين الناس على أمر ما .

يتضح مما تقدم ، عدم وجود تعريف لغوي يجمع الكلمتين معاً ، ومن خلال الاستعانة بما ورد من تحديد لغوي لكلمة الانتفاع ولكلمة المؤلف ، أمكننا الجمع بين معنى الانتفاع لغةً ومعنى المؤلف لغةً حيث يمكن أن نُعرّف الانتفاع المؤلف في اللغة بأنه أسلوب الإستفادة الشائعة والمُعْتاد عليها من الشيء .

الفرع الثاني/ معنى الانتفاع المألوف بالمعقود عليه اصطلاحاً.

أما معنى الإنتفاع المألوف بالمعقود عليه اصطلاحاً ، فالملاحظ أن التشريعات المدنية محل المقارنة لم تنطرق الى ذلك ، ولكن وردت الإشارة لمصطلح الانتفاع في أكثر من موضوع من نصوص القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 النافذ ، منها ما ورد بالمادة (74) من هذا القانون من إنه : ((يصح أن يرد العقد : 1- على الأعيان منقولة كانت أو عقارا لتمليكها بعوض بيعة أو بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً . 2- وعلى منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة أو بغير عوض إعارة . 3- وعلى عمل معين أو على خدمة معينة)) ، وايضا منها ما جاء بالمادة (1048) باعتباره حق عيني أصلي من إن : ((الملك التام من شأنه أن يتصرف به المالك تصرفاً مطلقاً فيما يملكه ، عيناً ومنفعةً واستغلالاً ، فينتفع بالعين وبغلتها وثمارها ونتاجها ويتصرف في عينها بجميع التصرفات الجائزة)) ، كما ورد حول حق المنفعة في المادة (1249) مدني عراقي بأن : ((يصح أن تُملك منافع الأعيان دون رقبتهـا ...)) وغيرها من النصوص⁽⁹⁾ . أما القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 فقد أشار للمصطلح أعلاه في المادة (985) باعتباره حق عيني أصلي والتي ذكر فيها بأن : ((1- حق الانتفاع يُكسب بعمل قانوني أو بالشفعة أو بالتقادم)) . كما أورد المشرع الفرنسي بصدد تعريف الانتفاع بصورة عامة في المادة (578) من قانونه المدني النافذ والتي جاء فيها : ((الانتفاع هو حق التمتع بأشياء يملكها شخص آخر ، على غرار المالك نفسه ، شرط الحفاظ على جوهرها)) .

وعليه ، يتضح أن المشرع العراقي وغيره من المشرعين قد تماشى مع القول السائد بأنه ليس من مهمة المشرع إيجاد تعريفات للمصطلحات وإنما هذا من وظيفة الفقهاء ، غير اننا نستنتج من السياق العام للنصوص القانونية أعلاه إن الانتفاع لا يختلف معناه في الاصطلاح عن معناه اللغوي فهو تحقيق مصلحة عن طريق إشباع الحاجة من الشيء والاستفادة منه . وبالانتقال لمصطلح المألوف لم نجد تعريفاً لا في التشريع ولا في الفقه عدا ما تمت الإشارة إليه في بعض النصوص والشروحات والتي سننتظر إليها لاحقاً بالتفصيل في ثنايا البحث . ويبدو جلياً أن مصطلح المألوف هو من مصطلح الشائع والمعروف والمعتاد ، وهذه مصطلحات قريبة من مصطلحي العرف والعادة ، والأول يُعد مصدر رسمي للقاعدة القانونية والذي يجيء ثمرة اعتياد الناس على سلوك معين لتنظيم ناحية من نواحي حياتهم الاجتماعية وتولد الشعور بضرورة الالتزام بها ، أما الثاني هو ما أصطلح على ما إعتاده الناس في سلوكهم ودرجوا على إتباعه لتصريف شؤونهم فترة من الزمن⁽¹⁰⁾ . فلا ريب هناك حاجة ماسة في وجود مقياس لدى القاضي يقيس به مدى سلامة تصرفات فاعل الضرر وهذا المقياس وُصف بأنه معيار مادي وهو معيار الشخص العادي ، وفيه يُعول القاضي على العرف والعادات ، وهي تُمثل ما يجري عليه أو اسط الناس في كل بيئة أو مهنة على حدة ، ولأن المشرع نفسه كثيراً ما جرى على تقنين هذه العادات ، وبالطبع ليس المقصود بالعادات التي يُرجع إليها في ذلك العادات التي وصلت الى درجة العرف الملزم فحسب ، بل كل عادة درج عليها الناس ولو لم يعتبرها ملزمة ، لأن مجرد وجود العادة يدل على أنها تُمثل ما يجري عليه عامة الناس ويجعلها بهذه الصفة صالحة للتحويل عليها باعتبارها تعبيراً عن مسلك الرجل العادي⁽¹¹⁾ .

ومما تقدم من القول ، يتبين أن الانتفاع بحسب موضوع بحثنا يجب أن يكون متعارف عليه وشائع بين الناس بحسب العرف والعادة . ولعلّه من الجدير بالإشارة في هذا الصدد ، إننا لم نجد مما تسنى لنا الحصول عليه من مؤلفات الفقه القانوني تعريفاً لـ الانتفاع المألوف بالمعقود عليه . والأمر لا يختلف كثيراً في مؤلفات الفقه الإسلامي التي لم تُشر الى تعريف الانتفاع المألوف بالمعقود عليه ، إذ الإشارة لمصطلح الانتفاع جاءت عرضاً حين التحدث عن موضوعات الملكية أو الإجارة أو العارية أو المال أو الرهن .

فبالنسبة لفقهاء الإمامية ، نجد أن أغلب مؤلفات الإجارة أو الرهن أو العارية لديهم تُشير الى مصطلح المنفعة وليس الإنتفاع ، منها ما جاء في كتاب للمحقق الحلبي من إنه : ((يُشترط في الإجارة أن تكون المنفعة مملوكة إما تبعاً لمالك العين أو منفردة))⁽¹²⁾ . وأيضاً ما ذكره العلامة الحلبي من ان : ((منافع الرهن للرهن ...))⁽¹³⁾ . وكذا الحال بالنسبة لفقهاء الأحناف قد وردت عندهم الإشارة الى مصطلح الإنتفاع بلفظ المنافع - جمع كلمة المنفعة - حينما عرفوا العارية بأنها : ((تملك المنافع بغير عوض))⁽¹⁴⁾ . كما أن الحنابلة عرفوا الإيجار بأنه ((عقد على المنافع))⁽¹⁵⁾ ، كما عرفوا العارية بأنها ((تملك

المنافع بغير عوض)) (16). ولا يختلف الأمر بالنسبة لفقهاء الشافعية (17) والمالكية (18) الذين ورد عنهم الإشارة إلى مصطلح المنفعة وليس الانتفاع عند تعريفهم للإجارة والوديعة والعارية والرهن. من خلال ما تقدم يتضح لنا، إن الفقه الإسلامي بمختلف مذاهبه قد عرف فحوى مصطلح الانتفاع في موضوعات متنوعة قد تناولها بالبحث والتدقيق لاسيما موضوع الملكية والإجارة والعارية والوديعة والمال والرهن، الأمر الذي يجعل من هذا المصطلح مألوفاً بالنسبة لعموم الفقه الإسلامي. أما ما يتعلق بموقف القضاء من تعريف الانتفاع المألوف بالمعقود عليه، نلاحظ إنه لم يُشر إلى تعريف الانتفاع المألوف وإنما اهتم بتطبيق أحكام هذا الانتفاع، إذ أن الكثير من الأحكام القضائية قد جاءت تكرر لما جاءت به النصوص القانونية - كما سنرى لاحقاً -

ومن جانبنا يمكننا تعريف المنفعة بأنها: ((هو مصلحة الغرض منها تمكين المنتفع من التمتع بشيء ما)) . والانتفاع هو ((حق إستئثار المنتفع بمزايا المعقود عليه سواء بإستعماله له شخصياً أو بإستغلاله بنفسه أو بواسطة الغير)) ، أما الإنتفاع المألوف هو: ((حق يُرتبه القانون لمن له حق حيازة شيئاً ما وفق أحد العقود الواردة على الإنتفاع بحيث يُمكنه من إستعمال العين محل العقد وإستغلالها وفق المُتعارف عليه بين عموم الناس)) .

المطلب الثاني/ صور الانتفاع المألوف بالمعقود عليه.

كما يتبين لنا بأن الإنتفاع يشمل صورتين هما صورة الإستعمال وصورة الإستغلال دون سلطة التصرف التي تبقى لصاحب المال المعقود عليه (19)، وفي سياق الإشارة إلى المقصود بالإنتفاع المألوف بالمعقود عليه، لا بد أن نُبين المقصود بهاتين الصورتين للإنتفاع - كون سيأتي ذكرهما كثيراً في ثنايا البحث - كما يلي: -

الفرع الأول/ الإستعمال المألوف .

ولعل أول ما يتبادر للأذهان هو التساؤل عن المقصود بالإستعمال المألوف من الناحية القانونية؟ للإجابة عن ذلك لا بد من الرجوع إلى فقه القانون المدني والذي قرر جانب منه بأنه: ((إستخدام الشيء، واستخدامه يكون بالحصول على منفعته التي أعد لها أو أمكن استخدامه فيها، كاستعمال الحيوان أو السيارة للركوب أو للحمل، والثياب لللبس، والدار للسكنى، والأرض للزراعة، والكتاب للقراءة وهكذا)) (20). هذا وقد وردت لهذه الصورة من صور الإنتفاع المألوف بالمعقود عليه في عقد الإيجار وعقد العارية. ولعل من دلائل الإستعمال الذي أعدت له العين المؤجرة بحسب جانب من الفقه هو الإستعمال السابق للعين وكيفية إعدادها والناحية الموجودة فيها، ومهنة المستأجر إذا ذكرت في العقد، فضلاً عن العرف والعادات المحلية (21).

الفرع الثاني/ الإستغلال المألوف .

المقصود بالإستغلال هو ((القيام بالأعمال اللازمة للحصول على غلة الشيء وثماره، فإستغلال الدار يكون بتأجيرها، والبستان بالحصول على ثمارها، والماشية بالحصول على نتائجها)) (22)، وعليه، الإستغلال المألوف للمعقود عليه يتحقق بإستثمار المال محل العقد للحصول على غلته ونتاجه. ومن الجدير بالقول بأن صورة الإستغلال المألوف للمعقود عليه مُتحققة في عقد الإيجار فقط بحسب صريح نصوص القوانين المدنية محل المقارنة - كما سنرى لاحقاً -

وفي هذا الشأن تم تحديد معنى الإستغلال المألوف للعين المؤجرة هو أن يستغل المستأجر الأرض فيما أعدت له وبأن لا يتركها دون إستعمال، وبعبارة أخرى، أن ما اعتاد وتآلف عليه الناس من عادات وأعراف يُعد بمثابة معياراً حقيقياً لبيان كيفية إستغلال المستأجر للأرض الزراعية، ففي حالة عدم الإتفاق بين المستأجر والمؤجر على كيفية زراعة الأرض الزراعية يجب مراعاة مقتضيات العرف الزراعي فإذا كانت أرضاً معدة لزراعة المحاصيل العادية وجب عليه أن يزرعها على النحو المألوف لهذه المحاصيل وإذا كانت مُعدة لزراعة الفاكهة أو الخضروات أو الزهور أو غير ذلك من المحاصيل غير العادية وجب عليه اتباع المألوف في زراعة هذه المحاصيل (23).

المبحث الثاني/ تطبيقات الانتفاع المألوف بالمعقود عليه .

إن فكرة البحث مُقتبسة أساساً من عدة تطبيقات تشريعية واردة في القانون المدني والقوانين المقارنة ، والتي وضعت معياراً لكيفية الانتفاع بمحل العقد وهو إتباع ما تعارف عليه الناس وإعتادوا عليه لكي يكون طريقة لقياس مدى قانونية إنتفاعهم بالمعقود عليه وصحته . وعليه ، سنقسم هذا المبحث لمطلبين ، سنبيين في المطلب الأول عقد الايجار ، أما المطلب الثاني سنخصصه لعقد العارية .

المطلب الأول/ عقد الإيجار.

من المعلوم بأن عقد الإيجار من أهم العقود الواردة على الإنتفاع بالمعقود عليه ، ومن الوارد أن تحدث العديد من الإشكاليات حول مدى إنطباق مضمون الإنتفاع المألوف على إنتفاع المستأجر بالعين المأجورة ، فلنا أن نتتبع دور العرف في هذا النوع من الإنتفاع سواء بالتشريعات المدنية محل المقارنة أو في مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة ، ولتغطية الحديث عن هذا الموضوع سنقسم هذا المطلب على فرعين ، الأول سنتناول فيه موقف القوانين المدنية من الإنتفاع المألوف للمستأجر ، والثاني سنخصصه لبيان موقف الفقه الإسلامي من ذلك كالآتي :

الفرع الأول/ موقف التشريعات المدنية من الإنتفاع المألوف للمستأجر.

عند تتبعنا لنصوص عقد الإيجار في القانون المدني التي قد أشارت للإنتفاع بالمعقود عليه عموماً نجد أنها قد أوردت في المادة (722) من هذا القانون تعريفاً لعقد الإيجار بأنه : ((تملك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة)) . وفيما يخص الإنتفاع المألوف بالمعقود عليه نجد أن المادة (762) مدني عراقي قد نصت على الآتي : ((أيا كان المأجور يجب على المستأجر ان يستعمله على النحو المبين في عقد الإيجار ، فان سكت العقد وجب عليه ان يستعمله بحسب ما اعد له وفقاً لما يقتضيه العرف)) . يتبين من النص أعلاه ((أن المستأجر يتقيد في استعماله للمأجور بالاستعمال المتفق عليه في العقد او بعدم استعماله خلافاً لما هو منصوص عليه في العقد فمن يستأجر دكاناً للحلاقة لا يجوز له تحويله الى مخبز . واذا لم يقيد العقد نوع الاستعمال وجب على المستأجر ان يستعمل المأجور بحسب ما اعد له وفقاً لما يقتضيه العرف)) (24) . ولعل الغاية من منع المستأجر من الإنتفاع بالمأجور خلافاً للغرض المعد له هو إبعاد الضرر عن المأجور، فإذا كان تغيير الانتفاع لا يضر بالمأجور إنتفت حكمة التقيد وأصبح لا محل له (25) . وتطبيقاً لذلك ، قضت محكمة تمييز اقليم كردستان الهيئة المدنية في قرار لها بأنه : " لدى التدقيق والمداولة وجد أن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية لذا قرر قبوله شكلاً ولدى عطف النظر على الموضوع تبين أن واقعة الدعوى محكومة بأحكام القانون المدني يكون المأجور موضوع بحثها عبارة عن (فندق) ومن المعلوم عرفاً بأن الفنادق تكون مخصصة لمبيت الأشخاص ولا يمكن اتخاذها (كمركز اتصالات) او استغلال اجزاء منها لذلك الغرض ونصب أجهزة وأعمدة على سقفها لتأمين الاتصالات وحيث إن المستأجرين (المدعى عليهما) سمحا للشخص الثالث (شركة كورك) باتخاذ جزء من الفندق المأجور لذلك الغرض فإنهما يكونا قد خالفا عقد الايجار عملاً بأحكام المادتين (762 و2/764) من القانون المدني ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى وجد إن الشخص الثالث (شركة كورك) قد استأجرت جزءاً من الفندق من المدعى عليهما (المستأجرين الأصليين) اللذين لهما حق الإيجار من الباطن بموجب أحكام القانون المدني وبذا اصبحت استغلالها للجزء المستأجر من قبلها مستندا الى سند من القانون وعليه لا يكون للمدعي الحق في طلب رفع الأجهزة المنصوبة من قبل الشخص الثالث المذكور ما دام عقد الايجار الذي يربطه مع المدعى عليهما قائماً إذ ليس للشخص الثالث أي التزام تجاه المدعى قانوناً حتى يطالبها برفع الاجهزة المنصوبة لذا كان على المحكمة في هذه الوجة وحيث أنها ردتها لأسباب أخرى لذا قرر تصديقه ورد الاعتراضات التمييزية وتحميل المميز رسم التمييز على أن يكون للمدعي الحق في إقامة الدعوى بطلب فسخ العقد المبرم بينه وبين المدعى عليهما بعد الإنذار لإخلاق الأخيرين بالالتزامات التي يفرضها عقد الايجار والتمثلة باستعمال المأجور لغير الغرض المعد له وفقاً لأحكام المادة 782 من القانون المدني ان شاء ذلك " (26) . أما القانون المدني المصري فقد أورد تعريفاً لعقد الإيجار في المادة (558) منه جاء فيه : ((عقد يلتزم المؤجر بمقتضاه أن يمكن المستأجر من الإنتفاع بشيء معين لمدة معينة لقاء أجر معلوم)) ، وبخصوص الإنتفاع المألوف بالمعقود عليه فالملحوظ بأن المشرع المصري فلم يختلف موقفه عن

موقف المشرع العراقي ، فقد نصت المادة (579) من القانون المدني المصري بنص واضح على أن ((يلتزم المستأجر بأن يستعمل العين المؤجرة على النحو المتفق عليه ، فإن لم يكن هناك إتفاق يلتزم أن يستعمل العين بحسب ما أعدت له)) . كما أكدت المادة (583) من القانون ذاته على المسؤولية عند عدم الاستعمال المألوف للمأجور بقولها : ((1- يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد . 2- وهو مسؤول عما يصيب العين أثناء إنتفاعه بها من تلف أو هلاك غير ناشيء عن إستعمالها إستعمالاً مألوفاً)) . فإذا تبين من الإتفاق أن العين المؤجرة يجب أن تُستغل على نحو معين ، فإنه لا يجوز للمستأجر مخالفة ما حدده الإتفاق ، إلا إنه يجوز بحسب بعض الفقه المصري التشدد في أعمال هذا الحكم ، فقد يسمح العُرف أحياناً بإجازة مخالفة ما تم الإتفاق عليه ، فقد يجيز العرف لمن إستأجر محلاً لمباشرة مهنة أو تجارة معينة أن يضيف إليها تجارة أخرى جرى العرف بإضافتها أو تشابهها مع التجارة المبينة في العقد ، أو تُعد من مكملاتها طالما أن المؤجر لن يُضار من هذا التغيير أو الإضافة⁽²⁷⁾ . وعليه ، إذا تحدد الاستعمال الذي يجب على المستأجر أن يباشره في العين المؤجرة ، سواء بالاتفاق أو وفقاً للغرض الذي أعدت له العين ، فإنه يتعين عليه أن يقوم بهذا الاستعمال بعناية الرجل العادي وبحيث لا يتجاوز في استعمالها الحدود المألوفة التي تتسم بالإفراط وسوء الإستعمال ، فلا يجوز مثلاً للمستأجر أن يحدث فيه من الضوضاء ما يجاوز المألوف ، كما لا يجوز لمستأجر العين المتخذة سكناً له ولأسرته أن يأتي فيه أعمالاً أو لقاءات غير مشروعة أو مشبوهة⁽²⁸⁾ . وتطبيقاً لذلك قضت محكمة شبرا في مصر بأن : " استعمال المستأجر لسطح المنزل لا يعد خروجاً عن الغرض من التأجير ولا زيادة في الانتفاع ، لأن العرف يجيز للمستأجرين استعمال السطح وهو ما يُعد من مكملات الانتفاع بالسكن ما دامت العين المؤجرة لا يصيبها ضرر من هذا الانتفاع ومادام المؤجر لم تتعطل له مصلحة مشروعة " ⁽²⁹⁾ . كما أشارت العديد من قرارات محكمة النقض المصرية الحديثة لعبارة (الإستعمال المقلق) قاصدةً بذلك الإستعمال المخالف لما اعتاد عليه الناس ، فقد أشارت المحكمة أعلاه في قرار لها بأن : " واذ يبين من مدونات هذا الحكم أن المحكمة الجنائية لم تسبغ وصف استعمال العين المؤجرة بطريقة مقلقة للراحة أو مضرة بالصحة العامة على الوقائع المنسوبة الى الطاعن بمحضر ضبط الواقعة ولم تشر في أسباب حكمها الى أن ادانته قامت على ثبوت إتهام قبله بهذا الوصف والذي لا يتأتى إلا إذا كان من شأن تلك الوقائع إلحاق الضرر بالغير متمثلاً في إقلاق راحة الناس والمساس بصحتهم " ⁽³⁰⁾ . وأيضاً قررت المحكمة ذاتها بأن : " ... يستلزم طلب الاخلاء أن يثبت بحكم قضائي نهائي أن المستأجر استعمل المكان المؤجر أو سمح باستعماله بطريقة مقلقة للراحة أو ضارة بسلامة المبنى أو بالصحة العامة أو بأغراض منافية للأداب العامة أو بأغراض منافية للأداب العامة ... " ⁽³¹⁾ . وقد أوردت محكمة النقض المصرية الإشارة للإستعمال المألوف في قرار حديث لها جاء فيه بأن : " المقرر في أحكام القانون المدني وهي يجب الرجوع إليها فيما لم يرد به نص في قوانين إيجار الأماكن – إن – مسؤولية المستأجر في المحافظة على العين المؤجرة وفي استعمالها الاستعمال المألوف الذي لا يضر بها أو بالمؤجرة لا تقتصر على الأعمال الصادرة منه شخصياً بل تمتد الى أعمال المنتفعين معه بالعين المؤجرة وتابعيه " ⁽³²⁾ . وبصدد القانون المدني الفرنسي نجد نص المادة (1728) منه قد قرر بأنه : ((يكون المستأجر مسؤولاً عن التزامين أساسيين : 1 - استعمال المأجور كما يستعمله الاب الصالح ووفقاً للغرض الذي حُدد له في عقد الإيجار أو الغرض المفترض له بحسب الظروف عند عدم وجود اتفاق (...)) . وهو توجه سُراح القانون المدني الفرنسي الذين ذهبوا الى أنه يجب على المستأجر أن لا يفعل في سكنه للدار شيئاً مما يوهن حوائط الغرف أو الأسقف أو الأبواب أو من شأنه أن يخل بدورات المياه ، فلا يجوز له مثلاً أن يجعل الماء يتسرب من الصنابير على وجه يضر بالعين ، أو أن يهمل صيانة أجهزة الغاز والتكييف والكهرباء أو أن يحتفظ بحيوانات يكون المؤجر قد اشترط عليه ألا يدخلها الدار ، كما لا يجوز للمستأجر أن يُقلق راحة الجيران بأن يحدث ضوضاء متكررة سواء عن طريق حفلات صاخبة تجاوز المألوف أو من طريق الموسيقى أو المذياع في أوقات تخلد الناس فيها للراحة والسكون ⁽³³⁾ .

وحول تفسير المادة (1728) من القانون المدني الفرنسي قررت محكمة النقض الفرنسية بأنه : " إذا كانت طبيعة الإيجار تحدد وفقاً لنية المتعاقدين ، فيحق للقضاة ، في غياب أي إيضاح في العقد يكشف عن

هذه النية أن يبحثوا عنها آخذين بعين الاعتبار جميع العناصر بهذا الخصوص ، وليس ما يمنع عليهم الإعتداد بتنظيم الأمكنة وبوجهة إستعمالها المعتادة أو الطبيعية وإستعمالها من قبل المستأجر بدون معارضة المؤجر " (34). ولعل من أوجه صلة العرف بعقد الإيجار هو عدم ضمان المؤجر للعيوب التي تؤثر على الإنتفاع بالمأجور ما دام العرف قد جرى على التسامح فيها ، وفي ذلك نصت المادة (756) مدني عراقي على أنه : ((1- يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد من المأجور من عيوب تحول دون الانتفاع به ، أو تنقص من هذا الانتفاع انتقاصاً كبيراً ، ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف على التسامح فيها)) . ويتضح من النص أعلاه بأنه يُشترط لضمان المؤجر للعيوب الخفية ان يكون العيب مؤثراً أي يحول دون الانتفاع بالعين او ينقص هذا الانتفاع نقصاً كبيراً ، ولكن العيب لا يكون مؤثراً إذا جرى العرف بالتسامح فيه كوجود الحشائش في الارض الزراعية اذا لم يكن من العسير إزالتها وكرطوبة الدار بدرجة مألوفة او عدم دخول الشمس الدار في فصل الشتاء (35). كما نصت الفقرة الاولى من المادة (576) من القانون المدني المصري على أنه : ((يضمن المؤجر للمستأجر جميع ما يوجد في العين المؤجرة من عيوب تحول دون الانتفاع أو تنقص من هذا الانتفاع انقاصاً كبيراً ولكنه لا يضمن العيوب التي جرى العرف بالتسامح فيها وهو مسؤول عن خلو العين من صفات تعهد صراحةً بتوافرها او عن خلوها من صفات يقتضيها الانتفاع بها كل هذا ما لم يقض الاتفاق بغيره)) . وتطبيقاً لذلك ، قررت محكمة النقض المصرية بأن : " النص في المادتين 576-577 من القانون المدني يدل على ان المؤجر يلتزم بضمان العيب الخفي بالعين المؤجرة متى كان المستأجر لا يعلم بوجوده وقت التعاقد وكان هذا العيب مؤثراً يحول دون الانتفاع بالعين في الغرض الذي أجرت من أجله أو ينقص من هذا الانتفاع بقدر كبير مما لا يجري العرف على التسامح فيه " (36). ولعله من الجدير بالذكر تساؤلاً طرحة جانب من الفقه حول ما حكم الترميمات للمأجور في حالة تعدد المستأجرين وكانت هناك أجزاء مشتركة للإستعمال الشائع بينهم ؟ مثال ذلك الترميمات التي يحتاجها مدخل العقار والباب الخارجي والسلم والأسطح والمصعد . للإجابة عن هذا التساؤل نلاحظ بأن الفقه العراقي قد سكت عن بيان حكم ذلك . ولكن بالرجوع للفقه المصري والفرنسي نجد هناك ثلاث آراء : فالرأي الأول يذهب إلى أن الترميمات تكون على عاتق المستأجرين تقسم بينهم بنسبة استعمال كل منهم لتلك الأجزاء المشتركة (37). وهناك رأي ثان ذهب الى أن هذه الترميمات تكون على عاتق المؤجر كون أن الذي يسيطر على تلك الأجزاء المشتركة ليس المستأجرين بل هو المؤجر عن طريق أحد أتباعه (البواب) (38)، وذهب رأي ثالث - نتفق معه - الى أن الأجزاء المشتركة المخصصة للإنتفاع العام للمستأجرين يصعب أن تكون في عناية أحدهم ، فهي دائماً في عناية المؤجر وأتباعه ، ولذلك الأصل أن يتحمل المؤجر هذه الترميمات إلا أن تكون راجعة الى خطأ أحد المستأجرين أو أحد أتباعه فيتحمل بها هذا المستأجر وحده ، وفيما عدا ذلك فالمسؤولية تقع على عاتق المؤجر بالنسبة الى هذه الترميمات ويجوز إجباره قضاءً على القيام بها إلا إذا وجد اتفاق او عرف مخالف (39). أما عن حكم مدى التزام المستأجر بإجراء الترميمات البسيطة التي يقتضيها استعمال العين المؤجرة استعمالاً مألوفاً والتي يُحددها العرف ، فقد نصت المادة (763) من القانون المدني العراقي بأنه : ((2- على المستأجر اجراء الترميمات الطفيفة التي يقضي بها العرف)) . وطبقاً لذلك ، قررت محكمة التمييز الاتحادية في العراق بأنه : " لدى التدقيق والمداولة وجد إن الحكم المميز مخالف للقانون لأن المحكمة لم تراعي أحكام المادتين 2/763 و 2/264 من القانون المدني بالنسبة للأضرار المحدثة في المأجور ، ذلك إن المادة 2/763 تقضي بإلزام المستأجر بالأضرار الطفيفة التي يلزم بها العرف كالزجاج والأقفال والمصابيح الكهربائية وما إلى ذلك ، أما المادة 2/764 فإنها تقضي بان يكون هناك استعمال غير اعتيادي في بقية الأضرار " (40). ومن الجدير بالذكر بأن المشرع المصري كان قد سبق المشرع العراقي في هذا الشأن ، فقد جاء بالمادة (582) مدني مصري بأن : ((يلتزم المستأجر بإجراء الترميمات التأجيرية التي يقضي بها العرف ما لم هناك اتفاق على غير ذلك)) ، والسبب في إلقاء مسؤولية هذه الإصلاحات على عاتق المستأجر هو أنها تتميز ببساطتها وغالباً ما تنشأ الحاجة لها نتيجة الإستعمال العادي المألوف للعين المؤجرة من قبل المستأجر وفي ذلك تبرير إلقاء بعينها عليه (41). والملاحظ بأن ليس كل ترميم تأجيري يلتزم به المستأجر وإنما هو يلتزم فقط بما يجري به العرف ، وقد جرى العرف على أن يقوم

المستأجر بإصلاح مفاتيح الأبواب ومفاتيح الكهرباء وصنابير المياه واستبدال زجاج النوافذ بزجاج جديد وإصلاح التلف الذي يصيب الأرضيات ، ولكن لم يجز العرف على أن يقوم المستأجر ببياض الغرف وتجديد ألوانها ودهان أرضيتها⁽⁴²⁾ . إذن يُشترط لقيام المستأجر بهذه الإصلاحات توافر شرطين : أن يجري العرف على إلزام المستأجر بهذه الإصلاحات والثاني ألا يكون ثمة اتفاق على أن يقوم المؤجر بها ، فإذا جرى العرف على ألا يلتزم المستأجر بصبغ الحيطان ، فعندئذ يلتزم المؤجر بهذا الصبغ ويندرج تحت الإصلاحات الضرورية ، وإذا كان هناك اتفاق على أن يتعهد المؤجر بكل الإصلاحات بما فيها الإصلاحات البسيطة فلا إلزام على المستأجر في مثل هذه الحالة⁽⁴³⁾ . وذلك على عكس ما قررت المادة (1755) مدني فرنسي التي ذكرت بأن التزام المستأجر بالترميمات التأجيرية ينقضي في حالة قدم المال المأجور أو وجود قوة قاهرة سببت التلف ، إذ نصت المادة أعلاه بأنه ((لا يتحمل المستأجرون عبء الإصلاحات ذات الطابع التأجيري عندما تكون قد نتجت عن قدم الشيء المأجور أو عن قوة قاهرة)) . رغم أن القانون المدني الفرنسي كان قد نص على جعل المسؤولية عنها في الاصل على عاتق المستأجر وذلك بموجب المادة (1754) من هذا القانون التي نصت : ((إن الإصلاحات التأجيرية أو أعمال الصيانة الصغيرة التي يسأل عنها المستأجر في حال عدم وجود شرط معاكس ، هي التي تعتبر كذلك استنادا الى العرف المحلي ، ومن بينها الإصلاحات التي يجب القيام بها : لموقد النار ، جدار المدخنة الداخلي ، إطارات ولوح الموقدة ،)). ولعل من أوجه الإنتفاع المألوف بالمعقود عليه في نطاق عقد الإيجار هو الإنتفاع بالأرض الزراعية بشكل مألوف ، فقد أشارت المادة (804) مدني عراقي بأن : ((1- يجب ان يكون استغلال المستأجر للأرض الزراعية موافقا لمقتضيات الاستغلال المألوف ، ولا يجوز له دون رضا المؤجر أن يدخل على الطريقة المتبعة على استغلالها اي تغيير جوهرى يمتد أثره الى ما بعد انقضاء الإجارة))⁽⁴⁴⁾ ، وهو ما تُقابلة المادة (613) من القانون المدني المصري⁽⁴⁵⁾ . ويُلاحظ أن نص المادة (1766) من القانون المدني الفرنسي قد تفرد في استخدام مصطلح إستغلال الأرض الزراعية بعناية الأب الصالح مُذكراً بجزء ذلك وهو فسخ عقد الإيجار ، فقد نصت بأن : ((إذا لم يضع مستأجر المزرعة المواشي فيها والمعدات اللازمة لاستغلالها ، أو إذا تخلى عن الزراعة ، أو إذا لم يزرع كالأب الصالح ، أو إذا استعمل الأرض المؤجرة لغرض آخر غير الغرض الذي خصصت له ، أو بوجه عام ، إذا تخلف عن تنفيذ بنود عقد الإيجار ونتج عن ذلك ضرر للمؤجر ، أمكن لهذا الأخير ، بحسب الظروف ، فسخ عقد الإيجار ...)).

الفرع الثاني/ موقف الفقه الاسلامي من الإنتفاع المألوف للمستأجر.

أما الفقهاء المسلمون فقد إنقسموا الى إتجاهين حول مدى ضرورة بيان نوع المنفعة بالمأجور من عدمها . فالإتجاه الأول قد قرر عدم ضرورة بيان نوع المنفعة بالمأجور وذلك بالإكتفاء بالرجوع للعرف ، فقد أشار جانب من الشافعية من أنه : " وإن إستأجرها أرضاً للزراعة وأطلق دخل فيها شربها إن اعتيد دخوله بعرفٍ مطردٍ وهو بكسر الشين النصيب من الماء " ⁽⁴⁶⁾ . أما الأحناف فقد ورد في (مجمع الأنهر) بأنه : " (و ان كبحها) أي الدابة من كبحت الدابة بلجامها إذا ردها وهو أن يجذبها الى نفسه لتقف ، ولا تجري (أو ضربها فعطبت) أي هلكت (ضمن) عند الامام لأنه فعل غير مأذون فيه (خلافاً لهما) أي لا يضمن عندهما ، وعند الأئمة الثلاثة (فيما هو معتاد) لأن الضرب في السير معتاد ، فكان مأذوناً فيه بخلاف غير المعتاد " ⁽⁴⁷⁾ . وأورد جانب من المالكية قوله الآتي : " قال صاحب النوادر ، قال مطرف إذا رد الدابة مع غلامه أو أجيره أو جاره فعطبت لا يضمن لأن ذلك شأن الناس " ⁽⁴⁸⁾ .

أما الإتجاه الثاني فقد قرر ضرورة بيان نوع المنفعة بالمأجور ، ووفقاً لذلك ، ذهب جانب من الإمامية بأنه : " ولا بد من تعيين نوع المنفعة إذا كانت للعين منافع متعددة ، نعم تصح إيجارها بجميع منافعها مع التعدد ، فيكون المستأجر مخيراً بينها " ⁽⁴⁹⁾ ، وذكر في موضع آخر بأنه : " إذا استأجر دابة للسفر مسافة ، لا بد من بيان زمان السير من ليل أو نهار ، إلا إذا كان هناك عادة متبعة " ⁽⁵⁰⁾ . وقريب من ذلك ذهب جانب من الفقه الشافعي : " ثم إن لم يكن للعين المعينة سوى منفعة واحدة كالبيساط للفرش حمل الأطلاق عليها ، وإن كان له منافع كالأرض والدابة وجب البيان " ⁽⁵¹⁾ . كما ذهب جانب من الشافعية الى ذلك⁽⁵²⁾ ، وهنا قرر أبي ثور من الشافعية الى عدم جواز الإجارة للدور مع عدم بيان ما تستأجر له ، لأن

السكنى تختلف⁽⁵³⁾. كما جاء في (البيان في الفقه الشافعي) بأنه : " إذا قال : أكريتك هذه الأرض ، وأطلق ، ولم جنس الانتفاع بها يُبين ، لا يصح ، لأن الأرض تُكرى للزرع وللغراس وللبناء ، فإذا لم يُبين واحداً منها ، لم يصح ... " ⁽⁵⁴⁾. ومن جانبنا ، نتفق مع جانب من الفقه المعاصر في تأييد الاتجاه الأول من صحة الإجارة مع عدم بيان ما تستأجر له إذا كان غرض استعمالها متعارفاً عليه وشائعاً بين الناس ، أما لو اضطرب فلا بُد من الشرط والبيان ⁽⁵⁵⁾. وبصدد ترميمات المأجور الناشئة عن الانتفاع المألوف بالمعقود عليه ، فينبغي القول اننا لم نجد في مصادر في الفقه الإسلامي ما يُشير لذلك سوى جانب في الفقه الإمامي والذي أُورد في (العروة الوثقى) بأنه : " يجوز اشتراط كون نفقة الدابة المستأجرة والعبد والأجير المستأجرين للخدمة أو غيرها على المستأجر إذا كانت معينة بحسب العادة " ⁽⁵⁶⁾.

المطلب الثاني / عقد العارية.

لا شك بأن من العقود الواردة على الإنتفاع بشيء هو عقد العارية ، وبمقتضاه قد يُعير شخصاً شيء لشخص آخر من أجل الإنتفاع بهذا الشيء مؤقتاً ، الأمر الذي يتطلب البحث في معيار هذا الإنتفاع بالنسبة للمستعير وفيما إذا كان يُطلب معيار الإنتفاع المألوف أم لا يُشترط ذلك . ولمعالجة أحكام إنتفاع المستعير في عقد العارية سنقسم هذا المطلب على فرعين ، سنتطرق في الفرع الأول موقف القوانين المدنية من إنتفاع المستعير ، ونبحث في الفرع الثاني موقف الفقه الإسلامي من ذلك كالاتي :

الفرع الأول / موقف القوانين المدنية من إنتفاع المستعير.

تُعرف العارية وفق القانون المدني العراقي وتحديداً المادة (847) وفق الآتي : ((الإعارة عقد به يسلم شخص لآخر غير قابل للاستهلاك يستعمله بلا عوض على ان يرده بعد الاستعمال ولا تتم الإعارة إلا بالقبض)) . والعارية ورد تعريفاً لها في المادة (635) من القانون المدني المصري جاء فيه : ((العارية عقد يلتزم به المعير أن يسلم المستعير شيئاً غير قابل للاستهلاك ليستعمله بلا عوض لمدة معينة أو في غرض معين على أن يرده بعد الإستعمال)) . وبصدد حكم الإنتفاع بالمال المعار وفق عقد العارية قد ورد النص عليه في المادة (852) مدني عراقي التي نصت على أنه : ((إذا اطلق المعير للمستعير الإنتفاع في الوقت والمكان ونوع الاستعمال ، جاز له ان ينتفع بالعارية في أي وقت وفي أي مكان وبأي استعمال أراد ، بشرط ألا يجاوز المعهود المعروف ، فان جاوزه وهلكت العارية ضمنها)) . وهنا نشير بأن مصدر هذه المادة يتمثل بالمادة (816) من مجلة الأحكام العدلية . وعليه ، يتبين بأنه : ((في ضوء القانون العراقي لا يحق للمستعير مخالفة نوع الإستعمال المعين بالعقد المتمثل باستعمال محل العقد استعمالاً يفوق الإستعمال المعين لأجله ولا يحق له كذلك أن يستعمل هذا الشيء استعمالاً يفوق ضرره ضرر الإستعمال المعتاد للشيء وله أن يستعمل الشيء استعمالاً مماثلاً لما تم الاتفاق عليه أو استعمالاً يدنو منه من حيث الضرر)) ⁽⁵⁷⁾. ويبدو لنا أن المراد بالإستعمال المعهود المعروف هو إستعمال لا يجاوز ما تعارف وتآلف عليه الناس بشأن العارية ، بمعنى إستعمال المال المُعار إستعمالاً معتاداً ، وهو ما يتضح جلياً من المادة (859) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه : ((إذا حدث في استعمال العارية عيب يوجب نقصان قيمتها ، فلا ضمان على المستعير إذا استعملها استعمالاً معتاداً)) . ومن جانبنا نؤيد ما ذهب إليه جانب من الباحثين ⁽⁵⁸⁾ بأن عبارة (المعهود المعروف) تُقابل عبارة (عناية الشخص المعتاد) .

أما القانون المدني المصري فقد ورد فيه بصدد عقد العارية في المادة (639) بأن : ((1- ليس للمستعير أن يستعمل الشيء المعار إلا على الوجه المعين وبالقدر المحدد ، وذلك طبقاً لما بينه العقد أو تقبله طبيعة الشيء أو يعينه العرف ...)) . وعليه يتبين أن المشرع المصري قد أكد صراحةً على إعتداد العرف في تحديد كيفية إستعمال الشيء المُعار . وهنا جاء في مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري في شرح النص أعلاه الى أن : " وفقاً لهذا النص نجد أن استعمال المستعير للشيء المعار قد يكون مقيداً بوجه وبمقدار محدد ، وقد يكون مطلقاً دون تقييد وبيان لكيفية إستعماله ، فإذا كان الشيء مُعاراً لإستعمال معين إقتصر حق المستعير على هذا الإستعمال ، بحيث لو جاوزة الى غيره إعتبر مُجاوزاً لحقه ، بل مُخلاً بواجب التقييد بهذا الإستعمال ، وكذلك الحال لو أن العارية حُددت بوقت معين ، فلا يجوز للمستعير أن يستعمل الشيء بعد ذلك الوقت ، أما إذا لم يُبين العقد إستعمالاً أو وقتاً ما ، فلا يجوز للمستعير أن يستعمل الشيء إلا فيما تمليه طبيعته ، أو يُحدده العرف " ⁽⁵⁹⁾. وبوجه عام ، أُورد جانب من الفقه

المصري قوله الآتي : " إذا كان القانون يفرض بعض الواجبات بنصوص خاصة ، فليس مؤدى ذلك أن الناس يكونون فيما عدا هذه الواجبات أحراراً في أن يسلكوا كيفما شاءوا ولو أضروا بمسلكهم بعضهم بعضاً ، وإنما مؤداه أن يلتزم كل منهم بالسلوك المعتاد ، وهذا الإلتزام هو واجب قانوني ينشأ عن طبيعة الحياة في مجتمع وبحكم التضامن الإجتماعي " (60) .

وبالإنتقال للقانون المدني الفرنسي نجد أنه قد قرر إلزام المستعير بالمحافظة على العين المُعاراة وفق عناية الأب الصالح ، سواء كان ذلك بإستعمالها أو بصيانتها والمحافظة عليها ، فقد جاء بالمادة (1888) منه بأنه : ((يجب على المُستعير أن يسهر كأب صالح ، على صيانة العارية والمحافظة عليها ، ولا يجوز له إستعمالها إلا الإستعمال المُحدد بطبيعتها أو المُحدد في الاتفاقية ، كل ذلك تحت طائلة التعويض عن العطل والضرر عند الإقتضاء)) .

الفرع الثاني/ موقف الفقه الإسلامي من إنتفاع المستعير .

أما موقف الفقه الإسلامي من إنتفاع المستعير المألوف بالمال المعار ، فينبغي الإشارة الى أقوال الفقهاء المسلمين حول ذلك ، فقد ورد لدى جانب من الفقه الإمامي العبارة الآتية : " أطلق الأصحاب جواز الإنتفاع بالعارية للمستعير ، والمرجع في تقدير نوع الإنتفاع منها وصفته وقدره الى العرف بحسب العادة السارية فيه ، فلو أعاره بساطاً اقتضت العادة بالإنتفاع به بالفرش ونحوه من الوجوه المتعارفة ، ولو أعاره لحافاً اقتضت العادة بالإنتفاع به غطاءً ولا يجوز اقتراضه لعدم جريان العادة بذلك ، ولو أعاره حيواناً للحمل اقتضت العادة بتحميله قدرأ معيناً فلا تجوز الزيادة وهكذا " (61) . كما ورد عن جانب آخر من الفقه الإمامي بأنه : " ويلزم المستعير أن لا يستفيد من العين المعارة إلا في حدود ما جرت عليه العادة فإن تجاوز ضمن " (62) . وفي الصدد ذاته جاء لدى جانب من الفقه الحنفي بأن : " عقد الإعارة لا يخلو من أحد وجهين أما إن كان مطلقاً ، وأما إن كان مقيداً ، فإن كان مطلقاً بأن أعار دابته انساناً ولم يسم مكاناً ولا زماناً ولا الركوب والحمل فله أن يستعملها في زمان ومكان شاء ، إلا أنه لا يحمل عليها ما يعلم إن مثلها لا يطبق بمثل هذا الحمل ولا أن يستعملها ليلاً ونهاراً ما لا يستعمل مثلها من الدواب لذلك عادة حتى لو فعل فعطبت يضمن " (63) . كما ذكر الشافعية من خلال ما ورد في (مُغني المحتاج) بأن : " وله أي المستعير الإنتفاع بالمعار بحسب الإذن لرضا المالك به دون غيره وقضية كلامه أنه لو أعاره دابة ليركبها الى موضع ، ولم يتعرض للركوب في الرجوع أنه لا يركبها في الرجوع ، بخلاف الدابة المستأجرة الى موضع ، فليس له ركوبها في الرجوع على الأصح ، والفرق أو الرد لازم للمستعير فالإذن يتناول ركوبها في العود بالعرف .. " (64) . وتجدر الإشارة في هذا الصدد بأننا لم نجد موقفاً واضحاً لدى الحنابلة والمالكية حول آلية إنتفاع المستعير بالمال المعار . مما يتضح منه أن جانب من الفقهاء المسلمون قد إتفقوا على ضرورة الإنتفاع بالمال المعار وفق مقتضيات المألوف من الأعراف والعادات .

المبحث الثالث /المسؤولية عند مجاوزة الإنتفاع مقتضيات المألوف بالمعقود عليه .

من الوارد أن يتجاوز إنتفاع المتعاقد بالمال الذي بين يديه مقتضيات الإنتفاع المألوف ، الأمر الذي يُثير تساؤلاً عن ما هو معيار المسؤولية؟ فهل هو معيار شخصي أم معيار موضوعي؟ وما هو موقف الفقه الإسلامي من ذلك؟ وما هو الأثر المترتب على تحقق مسؤولية المتعاقد في حال هلاك أو تلف المعقود عليه بسبب الإنتفاع الغير مألوف به؟ وهل تشابه الموقف التشريعي مع موقف الفقه الإسلامي أم يختلف عنه حول ذلك؟ ، للإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها سنتناول هذا المبحث من خلال تقسيمه على مطلبين كالآتي :

المطلب الأول / معيار المسؤولية .

المطلب الثاني : أثر المسؤولية

المطلب الأول/معيار المسؤولية.

سنبين في هذا المطلب المعيار الذي تُبنى عليه مسؤولية المنتفع ، وما يترتب على توافر هذا المعيار من وجوب التعويض لصاحب المال المضرور ، وهذا يتطلب أن نعرض للخطأ الذي يُعد أساس قيام المسؤولية العقدية والذي يُقابله التعدي في الفقه الإسلامي . لذلك نحتاج الى توضيح ماهية الخطأ - أو ما

يُسمى بالتعدي - بإعتباره أساساً لمسؤولية المنتفع ثم نعرج على المعيار الذي يُقاس به الخطأ العقدي - التعدي - في القوانين المدنية والفقهاء الإسلامي . الأمر الذي يتطلب أن نُقسم هذا المطلب على فرعين ، نُبين في الفرع الأول معيار الخطأ العقدي في ظل القوانين المدنية ، ونُخصص الفرع الثاني معيار التعدي في الفقه الإسلامي كالآتي :

الفرع الاول/ معيار الخطأ العقدي في ظل القوانين المدنية.

المسؤولية المدنية قد تكون عقدية وقد تكون تقصيرية ، والمسؤولية العقدية هي التي تترتب نتيجة الإخلال بالالتزام عقدي بينما المسؤولية التقصيرية هي التي تترتب على الإخلال بواجب فرضه القانون ، ومن ثم فإن المسؤولية العقدية تتطلب وجود عقد صحيح بين صاحب المسؤولية والمضروب ، وأن يكون الضرر ناشئاً عن عدم تنفيذ التزام عقدي ، فإن الطرف الذي أخل بالتزامه هذا يكون محلاً للمسؤولية العقدية (65) . وبناءً على ذلك فإن مسؤولية المنتفع بالمحافظة على ما تحت يده من أموال الغير ما هو إلا التزاماً ناشئاً عن العقد بينه وبين صاحب الشيء . ولما كان أساس المسؤولية العقدية هو الخطأ العقدي الذي يُصيب المضروب بسبب عدم تنفيذ الالتزام العقدي على الوجه المطلوب ، فإننا نستطيع أن نستخلص ذلك من المبدأ العام الذي يُحدد معيار المسؤولية المدنية بوجه عام ، فقد حرص الفقهاء القانوني على تحديد معنى الخطأ العقدي بأنه : " هو مجرد عدم وفاء المدين بالتزامه بقطع النظر عن السبب الذي أدى الى عدم الوفاء " (66) . كما عرفه جانب آخر من الفقه بأنه : " هو عدم تنفيذ المدين لالتزامه الناشئ من العقد أو التأخر فيه " (67) . فالواضح من هذه التعاريف أنها تدور حول معنى واحد وهو إخلال المدين بالتزامه العقدي سواء كان هذا الإخلال ناتج عن عمد أو عن إهمال . وبالرجوع بالحديث عن معيار مسؤولية المتعاقد عند مجاوزة إنتفاعه المألوف ، هو التساؤل عن ماهية هذا المعيار ؟ وهل هو معيار شخصي أم معيار موضوعي ؟

من المعلوم بأن المسؤولية العقدية هي التي تترتب على الإخلال بالالتزام عقدي ، فمتى كان هناك عقد وأخل أحد الطرفين بالتزاماته المترتبة على هذا العقد مما أضر بالطرف الآخر ، فإن الطرف الذي أخل بالتزامه يكون محلاً للمسؤولية العقدية في هذه الحال (68) ، وهو ما يتحقق في نوعين من الإلتزامات أحدهما الإلتزام ببذل عناية والآخر الإلتزام بتحقيق نتيجة (69) . وهنا لا بُد من القول بأن الخطأ في الإلتزام بتحقيق نتيجة يكمن بأن النتيجة المأمولة من التعاقد لم تتم ، فإذا لم تتحقق النتيجة بقي الإلتزام دون تنفيذه ، وطبقاً له قضت محكمة النقض المصرية بأن : " مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه العقدي يعتبر في ذاته خطأ موجباً للمسؤولية التي لا يدروها عنه إلا إثبات القوة القاهرة ، أو خطأ الدائن " (70) . وفيما يخص الخطأ في الإلتزام ببذل عناية ، فإنه يتمثل في عدم تنفيذ الرعاية والعناية المطلوبة وأن يتصف السلوك بعدم الاحتياط أو الإهمال أو عدم التبصر مما يُعد إنحرافاً عن المسلك المألوف للرجل المعتاد ، وعليه ، لا يُعد المدين مسؤولاً أمام الدائن إلا إذا لم يبذل الجهد والعناية الواجبة (71) ، وبالتالي يتعين على الدائن فضلاً عن إثبات وجود العقد إقامة الدليل على عدم قيام المدين ببذل العناية المطلوبة ودرجتها المحددة إتفاقاً أو قانوناً (72) . وفي إطار الإنتفاع المألوف بالمعقود عليه فالمنتفع ملتزم ببذل عناية وبالتالي يُعد المتعاقد مخرلاً بالتزامه إذا لم يبذل الجهد للوصول الى غرض وهو الإنتفاع المألوف سواء تحقق الغرض أم لم يتحقق ، فالمهم أن يبذل المدين في تنفيذ التزامه مقدراً من العناية يُعادل العناية التي يبذلها الشخص المعتاد أو ما يُسميه القانون المدني الفرنسي بعناية (رب الأسرة الحريص) أو عناية (الأب الصالح) ، فمتى ما بذل المدين العناية المطلوبة منه يكون قد نفذ التزامه حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود (73) .

ففيما يخص انتفاع المستأجر باعتباره أحد تطبيقات الانتفاع المألوف بالمعقود عليه ، نجد أن جانب من الفقه قد ذهب الى أن المشرع العراقي لم يورد في تقنينه المدني نصاً صريحاً يوضح المعيار المعتمد لتحقيق مسؤولية المستأجر ، لذا يجب إعمال نص المادة (251) من القانون المدني العراقي الخاصة ببذل عناية الرجل المعتاد (74) ، والتي نصت على انه: ((في الإلتزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين هو ان يحافظ على الشيء او ان يقوم بإدارته او كان مطلوباً منه ان يتوخى الحيطه في تنفيذ التزامه فان المدين يكون قد وفى بالالتزام اذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود)) . ومع تقديرنا لهذا الرأي إلا أننا نجد إن المشرع العراقي قد ذكر معيار المسؤولية ضمناً

عندما قرر مستوى العناية في عقد الإيجار وهو بصدد تضمين المستأجر ، إذ ورد في المادة (2/764) النص الآتي ((استعمال المستأجر على خلاف المعتاد تعد ، فيضمن الضرر المتولد عنه)) (75) . مما يعني أن مشرنا قد أخذ بمعيار الشخص المعتاد في تضمين المستأجر عندما ينتفع بالمأجور بغير المعتاد والمألوف ، وهو معيار موضوعي. وتأكيداً لما سبق ذكره نجد بأن المادة (211) من القانون المدني المصري والتي تُقابل المادة (251) مدني عراقي قد قرر بشأنها جانب من الفقه المصري في وصف معيار المسؤولية بأنه معيار موضوعي ومعنى ذلك أنه يتم قياس الخطأ في الإلتزام ببذل عناية بمسلك الشخص المعتاد (76) . فضلاً عما نصت عليه المادة (583) مدني مصري بأن : ((1- يجب على المستأجر أن يبذل من العناية في استعمال العين المؤجرة وفي المحافظة عليها ما يبذله الشخص المعتاد)) . مما يتبين معه بأن المشرع المصري قد اعتمد هو الآخر معيار موضوعي لتحقيق مسؤولية المستأجر وهو معيار الشخص المعتاد . وفي ذلك يُشير الدكتور السنهوري بأنه : ((يجب على المستأجر أن يستعمل العين استعمالاً مألوفاً ، فإن استعملها استعمالاً غير مألوف ونشأ عن ذلك هلاك العين أو تلفها أو إصابتها بأي ضرر ، كان مسؤولاً عن تعويض المؤجر ، وقاضي الموضوع هو الذي يقدر ما إذا كان الاستعمال مألوفاً ، وينظر في ذلك الى طبيعة العين والشروط التي يتضمنها عقد الإيجار وما جرى به العرف)) (77) . وطبقاً لذلك ، قضت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر بأن : " مباشرة مهنة الطب مباحة حتى في محل السكن بشرط أن يكون ذلك بشكل معتاد ، ولكن الطبيب الذي يباشر مهنته في منزل يستقبل فيه نوعاً خاصاً من المرضى ، ويجتلبهم بطريق النشر في الصحف ، ويعودهم مجاناً بحيث يصبح دخول المنزل في ساعات معينة مباحاً للجميع ، يكون مسؤولاً لدى المؤجر إذا كان قد استأجر المكان ليكون سكناً له ولأسرته " (78) . أما المادة (1728) مدني فرنسي فقد نصت بأن : ((يكون المستأجر مسؤولاً عن التزامين أساسيين : 1. استعمال المأجور كما يستعمله الاب الصالح ووفقاً للغرض الذي حُدد في عقد الإيجار أو الغرض المفترض له بحسب الظروف عند عدم وجود اتفاق)) . وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية في قرار لها جاء فيه " وفقاً للمادة 1728 يحصل تجاوز حد الانتفاع عندما يصاب المأجور بتلف ليس من خلال استعماله العادي المقرر بموجب عقد الإيجار بل بفعل المستأجر الإرادي بمعزل عن القصد الذي دفعه إليه " (79) . ولعل سؤال يطرح نفسه هنا : هو على من يقع عبء إثبات أن الانتفاع بالعين المؤجرة تم وفق معيار الشخص المعتاد ؟

للإجابة عن هذا التساؤل ، نقول بأن جانب من الفقه - نتفق معه - قد ذهب الى أن المستأجر هو المكلف بإثبات أنه بذل عناية الشخص المعتاد ، بأن يستعمل العين استعمالاً مألوفاً وبأنه إتخذ الإحتياطات المعتادة في المحافظة عليها ، أما إذا لم يستطع إثبات ذلك فإنه يبقى للمستأجر أن يتخلص من المسؤولية بإثبات أن هلاك العين أو تلفها إنما يرجع الى سبب أجنبي (80) . ولعل السبب في إلقاء عبء الإثبات على المستأجر كونه هو المدين بالتزام الانتفاع المألوف بالعين المؤجرة وإلا عُدّ مخالفاً بتنفيذ التزامه وفق القواعد العامة . وفي نطاق عقد العارية باعتباره تطبيق آخر للانتفاع المألوف بالمعقود عليه ، نجد أن مشرنا قد أشار صراحة للمعيار ذاته وهو معيار الاستعمال المعتاد الذي يباشره الشخص المعتاد والذي يجعل المستعير مسؤولاً إذا ما كان استعماله استعمالاً غير عادياً ، إذ نجده قد نص بموجب المادة (859) من القانون المدني العراقي بأنه : ((إذا حدث في استعمال العارية عيب يوجب نقصان قيمتها ، فلا ضمان على المستعير إذا استعملها استعمالاً معتاداً)) (81) .

أما القانون المدني المصري كان أكثر صراحة في الأخذ بمعيار الشخص المعتاد كمعيار لمسؤولية المستعير ، إذ ذكرت المادة (641) من القانون أعلاه بأنه ((1- على المستعير أن يبذل في المحافظة على الشيء العناية التي يبذلها في المحافظة على ماله دون أن ينزل في ذلك عن عناية الشخص المعتاد)) . ويمكن القول بأن المشرع المصري وفق المادة (641) أعلاه قد تطلب معيار شخصي من المستعير كأصل ، إذ يجب أن يبذل في المحافظة على الشيء المُعار عناية في المحافظة على ماله ، لكن يجب أن لا تقل هذه العناية عن المعيار الموضوعي وهو معيار عناية الشخص المعتاد ، وبُرد ذلك بأنه طالما أن المستعير يستفيد من خدمة أداها له المعير دون مقابل ، فالعدالة تفرض عليه إذاً بذل عناية خاصة ، وإن كان من الجائز أن تزيد عن عناية الشخص المعتاد ، وذلك إذا كان لديه من اليقظة والفتنة التي إعتاد

عليها في تصريف شؤونه الخاصة ما يفوق مستوى الشخص المعتاد⁽⁸²⁾. وعليه، يكون المستعير مسؤولاً عن هلاك الشيء المعار أو تلفه أو تعييبه، إلا إذا أثبت أنه بذل في المحافظة عليه العناية المطلوبة منه وهي عناية الشخص المعتاد أو عنايته هو في المحافظة على ماله، فإذا أساء استعمال الشيء المعار أو استخدمه لغير ما أعد له أو لمدة أطول أو أهمل إتخاذ الحيطة اللازمة لصيانته، أو تصرف فيه لشخص آخر دون إذن المعير، أو عهد في حفظه الى شخص آخر دون ضرورة تدعو الى ذلك، كان هذا تقصيراً من جانبه يستوجب مسؤوليته عن تعويض التلف⁽⁸³⁾.

وبالنسبة للقانون المدني الفرنسي نجد أنه قد قرر إلزام المستعير بالمحافظة على العين المعارة وفق معيار عناية الأب الصالح وهو معيار موضوعي لا يختلف مضمونه عن معيار الشخص المعتاد - كما سبق القول -، فقد جاء بالمادة (1888) منه بأن: ((يجب على المستعير أن يسهر كأب صالح، على صيانة العارية والمحافظة عليها، ولا يجوز له استعمالها إلا الإستعمال المحدد بطبيعتها أو المحدد في الاتفاقية، كل ذلك تحت طائلة التعويض عن العطل والضرر عند الإقتضاء)) . وبصدد معنى هذا المعيار ذهب جانب من الفقه الفرنسي الى أن تعيين السلوك الواجب الإتباع يكون بالنظر للشخص المتبصر المعتني بأموره لو وُجد في مركز الفاعل، وقرر هذا الفقه أن المرء بحكم وجوده في مجتمع يتعين عليه أن يحرص على عدم الإضرار بالغير (المتعاقد الآخر)، وأنه لذلك يجب عليه أن يسلك، لا مسلك الرجل المتوسط العناية فحسب، بل مسلك الرجل المتبصر اليقظ⁽⁸⁴⁾.

الفرع الثاني/ معيار التعدي في ظل الفقه الاسلامي.

لقد إعتد الفقهاء المسلمون بالعرف كمعيار للتعدي في الشريعة الإسلامية في حالة عدم وجود النص، والضابط في تحديد ضابط التعدي هو المصلحة ولهذا يقول النبي محمد صلى الله عليه وآله وسلم " ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن "، وعليه، فإن قياس التعدي يكون بما يخالف العرف المستقر في أذهان الناس وما إستقامت عليه أمورهم سواء كان ذلك العرف عرفاً عاماً أم عرفاً خاصاً⁽⁸⁵⁾. وفيما يخص التعدي في عقد الإيجار، نجد أن الفقهاء قد قرروا بأن المستأجر لا يضمن تلف أو تعيب العين المؤجرة إلا إذا فرط أو تعدى، وهو ما إتفق عليه الفقه الإمامي⁽⁸⁶⁾ والحنفي⁽⁸⁷⁾ والشافعي⁽⁸⁸⁾ والحنبلي⁽⁸⁹⁾ والمالكي⁽⁹⁰⁾. أما موقف الفقه الاسلامي من معيار مسؤولية المتعاقد عند مجاوزة إنتقاعه مقتضيات المؤلف فاننا سننتظر في البدء لمعيار مسؤولية المستأجر فيما لو انتفع بالمأجور فيما يجاوز الإنتفاع المؤلف، فيمكن القول بإعتماد جانب من الفقهاء المسلمون للمعيار الموضوعي وهو معيار الشخص المعتاد، إذ ذهب جانب من الإمامية: " العين المستأجرة أمانة، فلا يضمن تلفها أو تعييبها إلا بالتعدي أو التفريط "⁽⁹¹⁾، وذكر في موضع آخر بأنه: " يجوز لمن استأجر دابة للركوب أو الحمل أن يضربها إذا وقفت على المتعارف أو يكبحها بالجام أو نحو ذلك على المتعارف...ولو تعدى عن المتعارف أو مع منعه ضمن نقصها أو تلفها "⁽⁹²⁾.

أما الأحناف فقد ورد في (مجمع الأنهر) بأنه: " (و ان كبحها) أي الدابة من كبحت الدابة بلجامها إذا ردها وهو أن يجذبها الى نفسه لتقف، ولا تجري (أو ضربها فعطبت) أي هلكت (ضمن) عند الامام لأنه فعل غير مأذون فيه (خلافاً لهما) أي لا يضمن عندهما، وعند الأئمة الثلاثة (فيما هو معتاد) لأن الضرب في السير معتاد، فكان مأذوناً فيه بخلاف غير المعتاد "⁽⁹³⁾. ومن الأمثلة على التعدي ما يخص طائفة من يعملون بالرعي وعمل الحيوان، فقد جاء في مجمع الضمانات للبيгдаي: " سئل نجم الأئمة المكي عمن أسلم أفراسه الى الراعي ليحفظها مدة معلومة، ودفع إليه، أجره الحفظ والرعي وإشتغل الراعي بمهمة وترك الأفراس فضاعت، فهل يضمن؟ فقال لا إن كان ذلك متعارفاً فيما بين رعاة الخيل والأنعم "، وعليه فإن ضابط التعدي هنا هو ما تعارف عليه عند هذه الطائفة من رعاة الخيل والأنعم⁽⁹⁴⁾. وعند جانب من الشافعية جاء الآتي: " فإن كان فعلاً جائزاً كضرب البهيمة المعتاد للمشى وكبحها المعتاد بالجام لم يلزمه ضمانها.... وإن كان فعلاً غير جائز، بأن ضربها ضرباً غير معتاد أو كبحها كبحاً غير معتاد، فماتت، لزمه ضمانها، لأنه متعد بذلك، فلزمه ضمانها كما لو ذبحها "⁽⁹⁵⁾. وقد أورد جانب منهم المعنى ذاته بقوله: " إن ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا في اللغة، يرجع فيه الى العرف... "⁽⁹⁶⁾. وفيما يخص الحنابلة، نجد أن ابن قدامة قد ذهب الى أن: " لا ضمان

على الراعي إذ لم يتعد... " وعلل سبب ذلك بالآتي : " أنه مؤتمن عل حفظها ، فلم يضمن من غير تعدٍ كالمودع ، ولأنها عين قبضها بحكم الإجارة ، فلم يضمنها من غير تعدٍ كالعين المستأجرة ، فأما ما تلف بتعديه فيضمن بلا خلاف ، مثل أن ينام عن السائمة ، أو يغفل عنها ، أو يتركها تتباعد عنه ، أو تغيب عن نظره وحفظه مما يُعد تفریطاً وتعدياً فتتلف به فعلية ضمانها ، لأنها تلفت بعدوانه فيضمنها كالمودع إذا تعدى (97) . وفي هذا الخصوص ذكر جانب من الفقه الحنبلي : " ... وإذا ضرب المستأجر الدابة بقدر العادة أو كبجها أي جذبها لتقف ، أو الرائض الدابة ، وهو الذي يعلمها السير ، لم يضمن ما تلف " (98) . كما ورد مصطلح التعدي لدى الدردير وهو من فقهاء المالكية والذي ذكر بأنه : " هو الإستيلاء على المنفعة كسكنى دار وركوب دابة " (99) . ولقد أشار جانب من الفقه المالكي إلى أنه : " إذا رد الدابة مع غلامه أو أجيره أو جاره فعطبت لا يضمن لأن ذلك شأن الناس ... " (100) . وتتوصل من الأقوال المتقدمة لفقهاء المذاهب الإسلامية الخمسة بأن ضابط تعدي المستأجر بانتفاعه بالمأجور هو العرف مما يدل على أهميته في تحديد مسؤولية المنتفع ، بحيث يُعد سلوك هذا الأخير تعدياً متى ما خرج عن حدود المؤلف والمعتاد بين الناس ، والدليل كثرة وجود عبارات مثل " ولو تعدى عن المتعارف " و " بخلاف المعتاد " و " لا يضمن لأن ذلك شأن الناس " . ومما يدل على ذلك هو اعتماد جانب من الفقه الإمامي والأحناف والشافعي والحنابلة والمالكية على القول بمعيار موضوعي وهو معيار الشخص المعتاد كأساس لمسؤولية المستأجر . أما معيار مسؤولية المستعير عند مجاوزته للانتفاع المؤلف بالمال المعار ، فينبغي أن نشير إلى معيار آخر وهو الإذن في الانتفاع من عدمه ، فقد قرر جانب من الفقه الإمامي بأن معيار مسؤولية المستعير إنما تتحقق في حال الانتفاع غير مأذون فيه ، والعكس صحيح ، إذ تنتفي المسؤولية عن المستعير متى ما أذن له في الانتفاع وان نقصت أو تلفت العين المعارة ، فقد ورد في (الزبدة الفقهية) بأن : " ولو نقصت العين المعارة بالاستعمال لم يضمن المستعير النقص لاستناد التلف إلى فعل مأذون فيه ولو من جهة الإطلاق ، وتقييده بالنقص قد يفهم أنها لو تلفت به ضمنها ، وهو أحد القولين في المسألة ، لعدم تناول الإذن للاستعمال المتلف عرفاً ... " (101) .

كما ينبغي الإشارة بأن جانب من الإمامية قد قرروا بأنه لا ضمان على المستعير في حالة النقصان أو الهلاك الكامل للمعار بسبب الاستعمال المأذون فيه ، ولكن يُمكن للمستعير يضمن في حالتين : إحداها إذا اشترط الضمان وثانيهما إن كان المعار عبارة عن عارية ذهب وفضة (102) ، وفي ذلك وردت روايات عن أهل البيت (عليهم السلام) تؤكد ذلك منها صحيحة الحلبي عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال : " إذا أهلكت العارية عند المستعير لم يضمنه إلا أن يكون قد اشترط عليه " (103) . كما ورد عن الفقه الإمامي : " ويلزم المستعير أن لا يستفيد من العين المعارة إلا في حدود ما جرت عليه العادة فإن تجاوز ضمن " (104) . كما نشير إلى ما ذهب إليه جانب من الأحناف والذين ذكروا أنه لا ضمان على المستعير بسبب الاستعمال المأذون فيه ، ويبررون ذلك بأن الهلاك أو نقصان المال محل الانتفاع أثناء استخدامه أو استغلاله يُعد من لوازم الإذن في الانتفاع إلا إذا حصل من المستعير تعدٍ أو تفریط ، إذ ورد في (بدائع الصنائع) على أنه : " لم يوجد من المستعير سبب لوجوب الضمان إن القبض المأذون فيه لا يكون تعدياً لأنه لا يفوت يد المالك ولا ضمان إلا على المعتدي " (105) . وهو ذات ما إتجه إليه فقهاء الشافعية ، إذ ذهب جانب منهم إلى أن المستعير يضمن ما ينقص أو يتلف بالاستعمال الذي لا يكون مأذوناً فيه ، وذكر مثلاً على ذلك أن استعار الشخص قميصاً ليلبسه فنقل فيه الطعام والتراب (106) . وجاء في (البيان في الفقه الشافعي) الآتي : " فإن استعار عيناً فاستعملها استعمالاً مأذوناً فيه ، فردّها وقد نقص شيء من أجزائها ، بأن كان ثوباً ، فردّه ورق ونقصت قيمته بذلك لم يجب عليه ضمان ما نقص ، لأن الإذن في استعماله تضمن الإذن في إتلاف ذلك منه... فأما إذا استعملها ، فنقصت قيمتها بالاستعمال ، ثم تلفت ، فإن كانت من غير ذوات الأمثال ، وجب عليه قيمتها " (107) . في حين ذكر جانب من المالكية بشأن العارية بأن المستعير يضمن عندما لا يكون مأذوناً في الانتفاع ، وبالعكس لا يضمن على ما يكون فيه مأذوناً (108) ، وهنا ورد لديهم بأنه : " وإن تعدى المستعير بالزيادة على ما أذن له فيه كحمل أرباب على الدابة فحملها أربابين فيجب عليه أن يدفع للمعير كراء ما زاد على ما أذن له فيه تعدياً منه... فإن ربها يصير مخيراً في أحد أمرين أشار إليهما بقوله في أخذه القيمة أو أخذ الكرى ... " (109) . ونستطيع بعد كل ما

ذكرناه من بيان لموقف القوانين المدنية وما سردناه من أقوال لفقهاء المذاهب الخمسة أن نتوصل الى أن الإلتزام ببذل عناية ومعيار الشخص المعتاد كأساس للمسؤولية عن الخطأ العقدي المرتكب من المنتفع في ظل القوانين هو يتفق مع معيار العادة وعُرف الناس وما جرت به عادة الناس كأساس للمسؤولية عن التعدي في ظل الفقه الإسلامي . فقد إتضح لنا بأن لا يوجد خلاف بين الخطأ والتعدي ما بين القانون والفقه الإسلامي ، فكل منهما يُقاس بمعيار موضوعي هو معيار المسلك المعتاد والمألوف . ولكن يذهب جانب من الفقه المعاصر ⁽¹¹⁰⁾ بأن ثمة خلافاً جوهرياً يمكن ملاحظته بين القانون والفقه الإسلامي حول طبيعة هذا المعيار ، فمن ناحية الفقه الإسلامي ، فبحسب أقوال الفقهاء السابق سردها فقد إعتد بفعل المدين ، فإذا كان مما جرت به عادة الناس ، فلا ضمان ، أما إذا إتسم بالعدوان فقد وجب الضمان . أما القانون فيقيس الإنحراف عادة في الخطأ بسلوك شخص وسط من الناس يمثل جمهور الناس ، وهذا الشخص هو رب الأسرة العاقل المعني بامور نفسه ، ثم يُنظر الى المؤلف ، في سلوك هذا الشخص العادي ، ويقاس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي ، فإن كان لم ينحرف عن سلوك الشخص العادي فهو لم يتعد ، أما إذا كان قد إنحرف عن هذا السلوك فقد تعدى وثبت عليه الخطأ . ووفق ما سلف ذكره نجد بأن المسلك المعتاد الذي نقيس به مدى سلامة الإنتفاع من عدمه وفق الفقه الإسلامي هو أفضل مما هو مقرر في القانون الوضعي ، وعلّة موقفنا هذا هو أن الفقه الإسلامي ينظر الى فعل المدين ذاته فيكون المعيار حقيقي بخلاف القانون الوضعي الذي يعتد بشخص من الخيال مما يجعل المعيار قائم على الظن والحدس وليس الحقيقة ، مما يُعطي فرصة للقاضي أو للدائن في التحكم والمغلاة في تقدير التعويض بشكل قد يكون فيه تعسف وُبعد عن الموضوعية .

المطلب الثاني/ أثر المسؤولية.

من المعلوم أن للعقد قوة ملزمة تقتضي من عاقبيه تنفيذ ما ورد فيه من إلتزامات وإلا أكره المدين على تنفيذها بالقوة الجبرية بإعتبار العقد شريعة المتعاقدين . ولما كان من الوارد أن لا يفي المدين بإلتزاماته العقدية عيناً ، فإنه لذلك يُصار الى التنفيذ بمقابل ، كون أن المدين قد ثبت إرتكابه لخطأ عقدي وفق قواعد القانون المدني والذي يُقابلة التعدي وفق أقوال الفقه الإسلامي . وعليه ، أن هناك ثمة مسؤولية قد تحققت على المدين تُرتب حق للدائن في إقتضاء تعويض عما لحقه من ضرر جراء عدم تنفيذ المدين لإلتزامه . وهذا يجعلنا نطرح عدة تساؤلات وهي كالآتي :

1- ما هي شروط إستحقاق التعويض ؟

2- ما هو نطاق التعويض الواجب دفعه أي بمعنى ما هو الضرر الذي يجب التعويض عنه ؟ .

3- كيفية تقدير قدر التعويض ؟ .

4- ما هو وقت تقدير الضرر ؟ .

وللإجابة عن هذه التساؤلات وغيرها سنقسم هذا المطلب على فرعين ، سنتطرق في الفرع الأول لأثر المسؤولية في القوانين المدنية، أما الفرع الثاني سنبين فيه أثر المسؤولية في الفقه الإسلامي تبعاً كما يلي:

الفرع الأول/ أثر المسؤولية في القوانين المدنية.

نو هنا بأن في القواعد العامة للقانون المدني قد لا يقوم المدين بتنفيذ إلتزامه تنفيذاً عينياً مما يُتيح للدائن طلب التعويض ، وهو ما ينطبق على المنتفع - بإعتباره المدين - تكون يده على أموال الغير - الدائن - يد أمانة ، فإذا لم يتم بتنفيذ إلتزامه بالمحافظة على ما تحت يده أو إستعماله بما لا يؤذنه فيه ، فإن صاحب الشيء يستحق تعويض عن هلاك الشيء أو مجاوزة حدود الإذن المسموح به للإنتفاع به . كما قد يتأخر المنتفع في تنفيذ إلتزامه مما يترتب ضرر بصاحب المال ، كما لو تأخر المستأجر أو المستعير مثلاً في رد الشيء محل الإنتفاع عن الوقت المحدد مما ترتب لأحوق ضرر بالمؤجر أو المعير ، فحينئذ يحق للمالك المطالبة بالتعويض عن التأخير في تنفيذ المستأجر أو المستعير لإلتزامهما ⁽¹¹¹⁾ . ونستطيع أن نقول بأن الشروط الأساسية لإستحقاق التعويض من المنتفع هي ذاتها شروط إستحقاق التعويض المعروفة في القواعد العامة للقانون المدني ⁽¹¹²⁾ ، تتمثل بـ :

1- عدم تنفيذ المدين المنتفع لإلتزامه بالمحافظة على الشيء محل الإنتفاع أو التأخر في رد الشيء محل الإنتفاع عن الوقت المحدد .

2- إصابة الدائن أي صاحب المال محل الإنتفاع بضرر نتيجة عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه .
3- علاقة سببية بين عدم تنفيذ المنتفع لإلتزامه أو تأخره فيه وبين الضرر الحاصل .
4- إذار صاحب المال المنتفع به للمنتفع للوفاء بإلتزامه .
فإذا توافرت الشروط أعلاه ثبت لصاحب المال المنتفع به الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي أصابه .

أما عن نطاق التعويض الواجب دفعه بمعنى الضرر الذي يجب التعويض عنه ، فما لا شك فيه أن التعويض يتحدد وفق الضرر الواقع .

وبحسب إجماع الفقه القانوني ، فإنه يُشترط في الضرر الذي يترتب عليه المسؤولية العقدية الآتي :

1- أن يكون ضرراً حالاً أي لا بُد من وقوع الضرر فعلاً ، فلا يكفي أن يكون ضرراً احتمالياً قد يقع وقد لا يقع ، فهذا الضرر لا يترتب المسؤولية العقدية إلا عند وقوعه فعلاً ، وذلك كالتلف الذي يُسببه المستأجر بالعين المؤجرة بما قد يُهدد العين بالإنيار ، فالتلف ضرر حال يترتب التعويض ، أما تهديد العين بالإنيار فهو ضرر محتمل لا يُلزم المستأجر بالتعويض عنه إلا إذا وقع فعلاً⁽¹¹³⁾ .

2- أن يكون ضرر مباشر أي ما كان ضرر نتيجة طبيعية لخطأ المتعاقد بحيث لم يكن بإستطاعة الدائن أي صاحب المال أن يتوقاه ببذل جهد معقول⁽¹¹⁴⁾ .

3- أن يكون ضرر متوقع أي الضرر الذي يتوقعه الشخص العادي عند إبرام العقد نتيجة عدم التنفيذ أو التأخر في تنفيذه⁽¹¹⁵⁾ .

ومن المعلوم وفق القواعد العامة بأن المدين يُسأل عن الضرر المباشر غير المتوقع ، إذا ارتكب غشاً أي خطأ عمدياً ، أو ارتكب خطأً جسيماً وهو في حكم الخطأ العمدي ، على أساس أن من يعتمد الإخلال بالعقد إضراراً بمصلحة المتعاقد معه لا يجوز له أن يستند الى هذا العقد لتحديد مسؤوليته بما كان يتوقعه عند إبرامه⁽¹¹⁶⁾ .

أما عن كيفية تحديد قدر التعويض ، فقد يتفق طرفا العقد على قدر التعويض ، فيكون هذا الإتفاق في صورة الشرط الجزائي الذي يُحدد مقدماً مقدار التعويض ، فإذا لم يكن هناك إتفاق على التعويض ، فإن قاضي الموضوع يتولى تقديره⁽¹¹⁷⁾ . وفيما يتعلق بوقت تقدير التعويض ، فالملاحظ بأن هذا التقدير يتم وقت صدور الحكم القضائي ، والذي يأخذ بالتطورات التي تطرأ على الضرر مدة الخصومة القضائية أي تدخل بالحُسيان عندما يُصدر القاضي حكمه بالتعويض ، وبعبارة أخرى ، إن حكم المحكمة بالتعويض يُترجم حالة الضرر وفق آخر مرحلة وصل إليها هذا الضرر⁽¹¹⁸⁾ . وبالرجوع إلى حكم إنتفاع المستأجر نتساءل عن حكم تحقق مسؤولية المستأجر عن عدم الإنتفاع وفق المألوف والمعتاد ؟ في الواقع للإجابة عن هذا التساؤل نقول بأنه قد وقع خلاف فقهي حول الوقت الذي يجوز فيه للمؤجر أن يرجع فيه على المستأجر بالتعويض ، بمعنى هل يمكن للمؤجر طلب التعويض أثناء مدة الإيجار بمجرد وقوع العمل الضار ؟ أم يجب عليه الانتظار حتى ينتهي عقد الإيجار ويرد المستأجر العين له ؟ .

للإجابة عن هذا التساؤل نجد إنقسام الفقه القانوني الى رأيين ، فأما الذين يقولون بالرأي الأول أي الرجوع على المستأجر بالتعويض بمجرد وقوع الضرر ، فالملاحظ بأنهم لا يُفرقون بين ما إذا كان الضرر يمكن إزالته أو مما لا يمكن إزالته ، ففي جميع الأحوال يكون للمؤجر طلب التعويض بمجرد وقوع العمل الذي تسبب عنه الضرر ، ولا يُجبر على الإنتظار إلى نهاية مدة الإيجار⁽¹¹⁹⁾ . وأما الذين يقولون بالرأي الثاني أي الرجوع على المستأجر بالتعويض عند إنتهاء عقد الإيجار ، فهم يُفرقون بين ما إذا كان الضرر مما يمكن إزالته فيقضي بانتظار المؤجر لنهاية الإيجار لإحتمال أن المستأجر يُزيله فلا يكون هناك محل للتعويض ، وبين ما إذا كان الضرر مما لا يمكن إزالته ، أو كان مما يمكن إزالته ولكن يُخشى بسبب طول مدة العقد أن يعسر المستأجر فلا يستطيع دفع التعويض إذا ما أجل المؤجر مطالبته به حتى تنقضي المدة ، فلا يكون هناك محل لأن ينتظر المؤجر الى نهاية الإيجار بل له أن يطلب تعويضاً بمجرد وقوع الضرر⁽¹²⁰⁾ . وبعبارة موجزة يمكن القول بأن للمؤجر أن يطلب إصلاح الضرر عيناً فيكلف المستأجر بإصلاح التلف وإعادة العين الى أصلها إذا كان هذا ممكناً ، كما وله أن يلجأ الى القضاء المستعجل لمنع المستأجر من الإسترسال في إساءة إستعمال العين المؤجرة ، وله كذلك أن يطلب فسخ عقد الإيجار مع التعويض

(121) بمعنى إنه إذا تحققت مسؤولية المستأجر عن عدم الإنتفاع المألوف أي لم يستطع إثبات أنه بذل عناية الشخص المعتاد ، ولم يستطع إثبات أن التلف أو الهلاك - بالرغم من عدم بذله هذه العناية - إنما يرجع الى سبب أجنبي ، فإن المؤجر يرجع بالتعويض على المستأجر عما وقع له من الضرر ولو قبل نهاية الإيجار (122). ولعله من الجدير بالإشارة في هذا السياق بأن هلاك المأجور الكلي من قبل المستأجر يُرتب فسخ العقد تلقائياً ، وذلك بحسب المادة (751) مدني عراقي والمادة (569) مدني مصري والمادتين (1722، 1741) مدني فرنسي. وفي هذا الصدد نُشير الى قرار قضائي فرنسي لمحكمة النقض جاء فيه : " ينتهي الإيجار حكماً بالهلاك الكلي للشيء بحادث مفاجئ أو حتى بخطأ أحد من المتعاقدين " (123). وبالنسبة لإنتفاع المستعير ينبغي القول أن إخلاله بالتزامه بالمحافظة على الشيء المعار أثناء إستعماله ، يجعله مسؤولاً عن هلاكه أو تعييبه ، إلا إذا أثبت أنه بذل العناية المطلوبة منه للمحافظة على ذلك الشيء أثناء الإنتفاع به ، فإذا أهمل اتخاذ الحيطة اللازمة لصيانته أو عهد في حفظه الى شخص آخر دون ضرورة تدعو الى ذلك ، كان هذا تقصيراً من جانبه يستوجب مسؤوليته عن تعويض هذا التلف (124). وقد نصت المادة (852) مدني عراقي بأن : ((إذا أطلق المعير للمستعير الانتفاع في الوقت والمكان ونوع الاستعمال ، جاز له ان ينتفع بالعارية في أي وقت وفي أي مكان وبأي استعمال أراد ، بشرط ألا يجاوز المعهود المعروف ، فإن جاوزه وهلكت العارية ضمنها)) ، كما قررت المادة (859) من القانون ذاته بأن : ((إذا حدث في استعمال العارية عيب يوجب نقصان قيمتها ، فلا ضمان على المستعير إذا استعملها استعمالاً معتاداً)) ، كما قرر المشرع العراقي حكم فسخ العقد في حال إساءة استعمال المال المعار ، إذ ذكرت المادة 862 مدني بأنه : ((يجوز للمعير ان يطلب إنهاء الإعارة ... ب - إذا اساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه ...)) .

أما القانون المدني المصري فبعد أن ذكر في المادة (639) كيفية إنتفاع المستعير بالمال المعار ، نجد أن المادة (644) منه قد قررت بأن بإمكان المعير أن يفسخ العقد في حالة إساءة المستعير إستعمال المال المعار ، إذ نصت هذه المادة بأنه : ((يجوز للمعير أن يطلب في أي وقت إنهاء العارية في الأحوال الآتية... ب - إذا أساء المستعير استعمال الشيء أو قصر في الاحتياط الواجب للمحافظة عليه...)) ، مما يعني التزام المستعير باستعمال الشيء على الوجه المطلوب يُقابلته التزام المعير بترك المستعير ينتفع بالشيء المعار طوال مدة العارية ، فإذا أخل المستعير بالتزامه ، وأساء استعمال الشيء كان للمعير أن يفسخ العقد (125) ، وأكد يبقى حق المعير قائم في المطالبة بالتعويض عن إخلال المستعير بالتزامه. وفي ذلك قضت محكمة الاستئناف المختلطة في مصر بأنه : " إذا أعار شخصاً لآخر آلة ميكانيكية بقصد تجربتها بضعة أيام لفحصها وتقدير قيمتها تمهيداً لبيعها له ، فاستبقاها المستعير عنده عدة أشهر دون مقتضى ، فإنه يكون مسؤولاً عن تعويض يماثل أجرتها في هذه المدة ، كما يكون مسؤولاً عما أصاب الآلة من التلف بسبب الإفراط في الإستعمال " (126).

أما القانون المدني الفرنسي نجد أنه قرر صراحة إلزام المستعير بالتعويض عن العطل والضرر الذي يُصيب العارية عندما يُخالف طريقة إستعمالها أو الحفاظ عليها ، إذ ذكرت المادة (1880) منه بأن ((يجب على المستعير أن يسهر كأب صالح على صيانة العارية والمحافظة عليها ، ولا يجوز له استعمالها إلا الإستعمال المحدد بطبيعتها أو المحدد في الإتفاقية ، كل ذلك تحت طائلة التعويض عن العطل والضرر عند الإقتضاء)) ، كما شدد المشرع الفرنسي على مسؤولية المستعير إذا هلك المال المعار نتيجة استعماله له لمدة تجاوز المدة المحددة ، وذلك بأن جعله مسؤول ولو نتج هذا الهلاك عن حادث فجائي ، إذ نصت المادة (1881) على أنه : ((إذا استعمل المستعير الشيء لغير ما هو معد له أو لمدة أطول من المدة المعينة ، يكون مسؤولاً عن الهلاك الحاصل ولو بحادث فجائي)) .

الفرع الثاني/موقف الفقه الاسلامي.

لقد نهى الدين الإسلامي عن التعدي على أموال الغير بالإنتفاع بها خارج الحد المأذون فيه ، والدليل على ذلك قوله تعالى : " ... ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ... " (127) ، وقوله تعالى : " ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه ... " (128). وعليه ، إذا إستهان المنتفع بما تحت يده من أموال الغير فتعدى عليها أو قصر في حفظها أو تأخر في ردها بعد إنتهاء مدة الإنتفاع ، مما ترتب هلاك هذه الأموال أو وجود تلف

فيها أو نقص ، ففي كل هذه الأحوال يلتزم المنتفع بتعويض صاحب المال عما لحقه من ضرر ، وهذا ما يُسمى بالضمان في الفقه الإسلامي (129) . والضمان عبارة عن أداء المثل ، مستبدلين بقوله تعالى : " فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم " (130) وأيضاً قوله تعالى : " وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به " (131) . فضلاً عن إستدلالهم بالمعقول ، ذلك أن المثل أقرب الى حقه لان المثل مماثل للحق في الصورة والمعنى والمشاهدة ، أما القيمة مماثلة عن طريق الطن والإجتهد ، فكان ما طريقة المشاهدة مقدماً كما يقدم النص على القياس ، لكون النص طريق الإدراك والسماع ، والقياس طريق الظن والإجتهد (132) . ولعل الأصل أداء المثل ولكن مع ذلك هناك مواضع تجب فيها القيمة وهي موضعين بحسب الفقهاء المسلمين سنبينهما كما يلي :

1- إذا كان المال الذي هلك أو تلف قيمياً أي غير مثلي كالدور ، إذ لكل منهما قيمة تختلف عن الأخرى ، فلا بد من أداء القيمة لتعذر اعتبار المثل في الصورة والمعنى ، وعليه يجب إعتباره معنى وهو القيمة لأنها تقوم مقامه (133) .

2- إذا كان المال التالف أو الهالك مثلياً تعذر وجوده بإنقطاعه عن الأسواق (134) . وبخصوص وقت تقدير الضمان - التعويض - ، نلاحظ بأن فقهاء المذاهب المختلفة قد إتفقوا على أن قيمة الشيء الهالك أو التالف بسبب التعدي تُقدر وقت حدوث التعدي - الضرر - ، لأنه السبب الموجب للضمان وهو ما ذهب إليه جانب من الإمامية (135) . وهو ما إتجه إليه جانب من فقهاء الأحناف (136) والحنابلة (137) والشافعية (138) والمالكية (139) . وإذا كان ما ذكرناه من مواقف الفقهاء المسلمين ينطبق على أثر التعدي على مال الغير بصورة عامة ، فإنه ينبغي التساؤل عن أثر التعدي على مال الغير بالنسبة للمستأجر وللمستعير عند مجاوزة إنتفاعهما بالمأجور أو المال المعار المؤلف .

كما أجمع الفقهاء المسلمين على أن المستأجر يضمن أجر المثل في حالة الإجارة التي يتلف فيها المأجور كلياً أو جزئياً ، وهذا ما قرره جانب من الإمامية (140) والأحناف (141) والحنابلة (142) والشافعية (143) والمالكية (144) .

وفي ذلك ذكر جانب من الإمامية الى أنه : " إذا فرط في العين المستأجرة ضمن قيمتها يوم التفريط لأنه يوم تعلقها بذمته " (145)

أما الشافعية فقد ذكر جانب منهم إن المستأجر يضمن فيما تجاوز إنتفاعه الغرض منه ، كما أكدوا بأنه : " ولو تعدى المستأجر بأن ضرب الدابة أو كبها فوق العادة أو أركبها أثقل منه أو أسكن حداداً أو قصاراً ضمن العين ... ولو اكرت لمائة فحمل مائة وعشرة لزمه أجره المثل للزيادة... " (146) .

وأما المالكية فقد قرروا إن الضمان يكون على المستأجر فيما يُغاب عليه أي يمكن إخفاؤه إن ادعى الضياع أو التلف إلا ببينة تشهد له إن الضياع أو التلف كان بلا تفريط منه (147) .

مما يتبين معه تشابه الموقف التشريعي مع موقف الفقه الإسلامي في عدم تضمين المستأجر المال محل الإنتفاع إن هلك أو تعيب بدون تعدٍ أو تقصير . ولكن بالمقابل إختلفت القوانين محل المقارنة مع المذاهب الإسلامية بصدد أثر ضمان المستأجر المال محل الإنتفاع عند هلاكه أو تعيبه بتعديه أو إفراطه ، حيث ذهبت القوانين المدنية الى أن العقد يفسخ تلقائياً ، أما الفقهاء المسلمون فقد إتجه غالبيتهم الى تضمين المستأجر أجر المثل .

وبالإنتقال لحكم مسؤولية المستعير في حال مجاوزة إنتفاعه مقتضيات المؤلف ، فقد أشار الفقه الامامي بأنه في حالة الاستعمال غير المأذون فيه ، يكون أثره عبارة عن ضمان المثل إن كانت العين المعارة موجودة أو القيمة حيث يتعذر ذلك (148) .

وهو ما لا يختلف فيما جاء في (البيان في الفقه الشافعي) من أنه : " فإن إستعار عيناً فاستعملها استعمالاً مأذوناً فيه ، فردّها وقد نقص شيء من أجزائها ، بأن كان ثوباً ، فردّه وقد رُق ونقصت قيمته بذلك لم يجب عليه ضمان ما نقص ، لأن الإذن في استعماله تضمن الإذن في إتلاف ذلك منه... فأما إذا استعملها ، فنقصت قيمتها بالاستعمال ، ثم تلفت ، فإن كانت من غير ذوات الأمثال ، وجب عليه قيمتها " (149) .

كما ورد لدى الحنابلة المعنى ذاته ، إذ قرروا صراحة في (المغني) بأنه : " ويجب ضمان العين بمثلها إن كانت من ذوات الامثال فان لم تكن مثلية ضمنها بقيمتها يوم تلفها " (150) .

في حين ذكر جانب من المالكية بشأن العارية بأن المستعير يضمن فيما يمكن إخفاؤه ولم تقم بينة على التلف ، وبالعكس لا يضمن فيما لا يمكن إخفاؤه ولا فيما قامت البينة على تلفه (151) ، وهنا ورد لديهم بأنه : " وإن تعدى المستعير بالزيادة على ما أذن له فيه كحمل أرب على الدابة فحملها أربين فيجب عليه أن يدفع للمعير كراء ما زاد على ما أذن له فيه تعدياً منه... فان ربها يصير مخيراً في أحد أمرين أشار اليهما بقوله في أخذه القيمة أو أخذ الكرى ... " (152) . ومن حيث مقارنة أحكام ضمان المستعير في الفقه الإسلامي بالقانون المدني ، نجد إختلاف الآراء حول ذلك ، إذ يتضح منه أن المعير بإمكانه أن يطالب المستعير بحسب الفقه الإمامي والحنبلي والشافعي بضمان المثل ان كانت من المثليات والإ القيمة ، وعند المالكية يُخَيَّر بين الأجرة وقيمة العارية إذا كانت المجاوزة يسيرة وإلا فقط الأجرة للزيادة إذا كانت المجاوزة جسيمة ، في حين في القانون للمعير طلب فسخ العارية . ومن خلال العرض السابق أثر مسؤولية المنتفع بمال غيره عند مجاوزة إنتفاعة المألوف في ظل القوانين المدنية والفقه الإسلامي يمكن ملاحظة ما يلي :

1- لقد تعرض الفقهاء المسلمين الى حكم تعدي المنتفع على ما تحت يده من أموال الغير ، بأن أتلّفها أو تجاوز مقتضى الإنتفاع المألوف أو منع المال عن صاحبه بعد إنقضاء مدة الإنتفاع ، إذ يكون محلاً للضمان ، وهو أمر إتجت إليه القوانين المدنية في العراق ومصر والتي قررت المسؤولية المدنية للمنتفع الذي يخل بالتزامه بالمحافظة على أموال الغير الموضوعة تحت يده بسبب عقد من العقود الواردة على المنفعة .

2- توصلنا بأن ضمان الضرر في الفقه الإسلامي يكون بإلتزام المنتفع برد مثل الشيء الهالك أو التالف وإلا يُصار الى رد القيمة ، أما التعويض في القانون المدني يكون بشكل تعويض نقدي أي أداء القيمة . وعليه ، يتبين بأن التعويض في القانون المدني يتجسد بصورة أداء القيمة خلافاً للفقه الإسلامي الذي إتخذ التعويض صورة أوسع ونطاق أكبر والذي قد يكون في صورة مثل الشيء أو في صورة قيمته .

3- إتضح بأن وقت تقدير قدر التعويض في الفقه الإسلامي يكون بحسب قيمة الشيء الهالك أو التالف وقت التعدي بإعتباره سبب وجوب الضمان ، أما في القانون المدني يكون وقت تقدير قدر التعويض هو بحسب وقت صدور الحكم القضائي لا عند وقوع الخطأ وحدث الضرر .

الخاتمة

أولاً / النتائج .

- 1- تبين لنا من المعنى اللغوي للفظ الإنتفاع إنها تعني الخير والفائدة وما يُراد به الوصول إلى تحقيق مصلحة ودفع مفسدة فهي ضد الشر والضرر .
- 2- لاحظنا أن المشرع العراقي والمصري والفرنسي قد تماشوا مع القول السائد بأنه ليس من مهمة المشرع إيجاد تعريفات للمصطلحات وإنما هذا من وظيفة الفقهاء ، غير اننا نستنتج من السياق العام للنصوص القانونية أعلاه إن الإنتفاع لا يختلف معناه في الإصطلاح عن معناه اللغوي فهو تحقيق مصلحة عن طريق إشباع الحاجة من الشيء والإستفادة منه .
- 3- أمكننا تعريف الإنتفاع المألوف بالمعقود عليه بأنه : ((هو مصلحة مُتعارف عليها بين عموم الناس الغرض منها تمكين المنتفع من إستعمال العين محل العقد وإستغلالها وفق الأعراف والعادات)) .
- 4- لقد أتفقت التشريعات المدنية محل المقارنة على أن المستأجر يتقيد في استعماله للمأجور بالاستعمال المتفق عليه في العقد او بعدم استعماله خلافاً لما هو منصوص عليه في العقد ، واذا لم يقيد العقد نوع الاستعمال وجب على المستأجر ان يستعمل المأجور بحسب ما اعد له أي وفقاً لما يقتضيه العرف .
- 5- لقد توصلنا الى أن الفقهاء المسلمين فقد إنقسموا الى إتجاهين من مدى ضرورة بيان نوع المنفعة بالمأجور من عدمها ، فالفريق الأول قرروا الى عدم ضرورة بيان نوع المنفعة بالمأجور وذلك بالإكتفاء بالرجوع للعرف، ويمثل رأي الإمامية وجانب من الشافعية. أما الإتجاه الثاني يمثل جانب من الشافعية ،

وهنا قرر أبي ثور من الشافعية الى عدم جواز الإجارة للدور مع عدم بيان ما تستأجر له ، لأن السكنى تختلف ، وبهذا الصدد كنا قد أيدنا الرأي الأول من صحة الإجارة مع عدم بيان ما تستأجر له إذا كان غرض استعمالها متعارفاً عليه وشائعاً بين الناس ، أما لو اضطرب فلا بد من الشرط والبيان .

6- لم نتفق مع جانب من الباحثين في قوله بعدم وجود درجة لعناية المستأجر بالمأجور في القانون المدني العراقي ، وكنا قد توصلنا بأن المشرع العراقي قد ذكر ذلك ضمناً عندما قرر مستوى العناية في عقد الإيجار وهو بصدد تضمين المستأجر ، إذ ورد في المادة 2/764 النص الآتي : ((استعمال المستأجر على خلاف المعتاد تعد ، فيضمن الضرر المتولد عنه)) مما يعني أن مشرعنا قد أخذ بمعيار الشخص المعتاد في تضمين المستأجر عندما ينتفع بالمأجور بغير المعتاد والمألوف .

7- اتضح لنا أن المشرع العراقي قد أخذ بمعيار موضوعي وهو معيار الشخص المعتاد في درجة عناية المستعير ، وهذا بخلاف المشرع المصري الذي أخذ بمعيار شخصي كأصل ويمكن القول بأن المستعير يجب أن يبذل في المحافظة على الشيء المعار عناية في المحافظة على ماله بحيث لا تقل هذه العناية عن عناية الشخص المعتاد .

8- لقد إتفق الفقهاء المسلمون على أن مسؤولية المستعير عن مجاوزته للانتفاع بالمألوف بالمال المعار وفق معيار آخر وهو الإذن في الانتفاع من عدمه .

9- إستشفينا من بيان موقف القوانين المدنية وسرد أقوال فقهاء المذاهب الخمسة أن نتوصل الى أن الإلتزام ببذل عناية ومعيار الشخص المعتاد كأساس للمسؤولية عن الخطأ العقدي المرتكب من المنتفع في ظل القوانين هو يتفق مع معيار العادة وعُرف الناس وما جرت به عادة الناس كأساس للمسؤولية عن التعدي في ظل الفقه الإسلامي .

10- إتضح لنا بأن لا يوجد خلاف بين الخطأ والتعدي ما بين القانون والفقه الإسلامي ، فكل منهما يُقاس بمعيار موضوعي هو معيار المسلك المعتاد والمألوف .

11- كما تبين لنا من مقارنة أحكام ضمان المستعير في الفقه الإسلامي بالقانون المدني ، أن هناك إختلاف الآراء حول ذلك ، إذ يتضح منه أن المعير بإمكانه أن يُطالب المستعير بحسب الفقه الإمامي والحنفي والحنبلي والشافعي بضمن المثل ان كانت من المثليات والإقيمة ، وعند المالكية يُخَيَّر بين الأجرة وقيمة العارية إذا كانت المجاوزة يسيرة وإلا فقط الأجرة للزيادة إذا كانت المجاوزة جسيمة ، في حين في القانون للمعير طلب فسخ العارية .

12- كما بدا لنا تشابه الموقف التشريعي مع موقف الفقه الإسلامي في عدم تضمين المستأجر المال محل الانتفاع إن هلك أو تعيَّب بدو تعدٍ أو تقصير . ولكن بالمقابل إختلفت القوانين محل المقارنة مع المذاهب الإسلامية بصدد أثر ضمان المستأجر المال محل الانتفاع عند هلاكه أو تعيِّبه بتعديه أو إفراطه ، حيث ذهب القوانين المدنية الى أن العقد يفسخ تلقائياً ، أما الفقهاء المسلمون فقد إتجه غالبيتهم الى تضمين المستأجر أجر المثل .

13- لاحظنا بأن ثمة خلافاً جوهرياً يمكن ملاحظته بين القانون والفقه الإسلامي حول طبيعة هذا المعيار ، فمن ناحية الفقه الإسلامي ، فبحسب أقوال الفقهاء السابق سردها فقد إعتد بفعل المدين ، فإذا كان مما جرت به عادة الناس ، فلا ضمان ، أما إذا إتسم بالعدوان فقد وجب الضمان . أما القانون فيقيس الإنحراف عادة في الخطأ بسلوك شخص وسط من الناس يمثل جمهور الناس ، وهذا الشخص هو رب الأسرة العاقل المعني بأمور نفسه ، ثم يُنظر الى المألوف ، في سلوك هذا الشخص العادي ، ويقاس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي ، فإن كان لم ينحرف عن سلوك الشخص العادي فهو لم يتعد ، أما إذا كان قد إنحرف عن هذا السلوك فقد تعدى وثبت عليه الخطأ .

14- رأينا بأن المسلك المعتاد الذي نقيس به مدى سلامة الانتفاع من عدمه وفق الفقه الإسلامي هو أفضل مما هو مقرر في القانون الوضعي ، وعلّة موقفنا هذا هو أن الفقه الإسلامي ينظر الى فعل المدين ذاته فيكون المعيار حقيقي بخلاف القانون الوضعي الذي يعتد بشخص من الخيال مما يجعل المعيار قائم على الظن والحدس وليس الحقيقة .

15- لقد عرفنا من مقارنة موقف الفقهاء المسلمين بالقوانين المدنية حول حكم تعدي المنتفع على ما تحت يده من أموال الغير ، بأنه في الفقه الإسلامي إذا المنتفع أتلّف مال غيره أو تجاوز إنتفاعه المألوف أو منع المال عن صاحبه بعد إنقضاء مدة الإنتفاع ، فإنه يكون محلاً للضمان ، وهو أمر إتجت إليه القوانين المدنية في العراق ومصر وفرنسا والتي قررت المسؤولية المدنية للمنتفع الذي يخل بالتزامه بالمحافظة على أموال الغير الموضوعة تحت يده بسبب عقد من العقود الواردة على المنفعة .

16- إستخلصنا بأن ضمان الضرر في الفقه الإسلامي يكون بالتزام المنتفع برد مثل الشيء الهالك أو التالف وإلا يُصار الى رد القيمة ، أما التعويض في القانون المدني يكون بشكل تعويض نقدي أي أداء القيمة . وبالتالي فإن التعويض في القانون المدني أضيق نطاقاً عما هو مقرر في الفقه الإسلامي من حيث كيفية أدائه .

17- إستشفينا بأن الفقه الإسلامي يعتد بوقت التعدي لتقدير مقدار التعويض بإعتباره سبب وجوب الضمان ، أما في القانون المدني يكون وقت تقدير قدر التعويض وفق آخر مرحلة وصل إليها الضرر أي يُعتد بوقت صدور الحكم القضائي وليس وقت حصول الضرر .

ثانياً / المقترحات.

1- نقترح على المشرع العراقي إضافة نص على قانونه المدني يُبين فيه تعريف وشروط الإنتفاع المألوف بالمعقود عليه حتى نتعرف على المقصود من مصطلح كُثر إستخدامه في العديد من تطبيقات القانون المدني . ليقراً بالشكل الآتي : " والإنتفاع المألوف هو إستثمار مال الغير بدون تجاوز للحدود التي يملئها العرف وعادة أغلب الناس ، ويُشترط فيه أن يكون انتفاعاً لا يُخالف حدود الشرع والنظام العام " .

2- نقترح على المشرع العراقي إدراج نص قانوني عن تضمين المتعاقد الذي يتجاوز إنتفاعه بالمعقود عليه الحدود المألوفة سواء أكان مستأجراً أم مستعيراً للمثل للشيء التالف إن كان مثلياً وللقيمة إن كان الشيء قيمياً فضلاً عن تضمين التعويض ليقراً بالشكل الآتي : " يكون المنتفع بمال الغير ضامناً لمثله إن كان مثلياً ولقيمه إن كان قيمياً عند تجاوز إنتفاعه مقتضيات الإنتفاع المألوف " .

3- نقترح على المشرع العراقي أن يأخذ بما أخذ به الفقه الإسلامي من خلال قياس الإنتفاع المعتاد والمألوف وفق فعل وتصرف المدين نفسه وليس وفق الشخص المعتاد أي شخص وهمي خيالي . ليقراً الشكل الآتي : " يُفاس خطأ المنتفع بمال الغير بمدى تعديه للحدود المألوفة " .

الهوامش.

- (1) فخر الدين الطريحي ، مجمع البحرين ، تحقيق أحمد الحسيني ، بلا مكان وسنة الطبع ، ص 563 .
- (2) محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1981 ، ص 673 .
- (3) جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري ، لسان العرب ، تصحيح أمين محمد عبد الوهاب ومحمد صادق العبيدي ، ج 14 ، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ط 3 ، 712 هـ ، ص 242 .
- (4) سورة المؤمنون آية (21) .
- (5) سورة البقرة آية (219) .
- (6) مختار الصحاح ، مصدر سابق ، ص 21 .
- (7) سورة الأنفال ، آية 63
- (8) سورة البقرة ، آية 170 .
- (9) يُنظر المواد المواد (153) ، (750) ، (753) ، (1099) مدني عراقي .
- (10) عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، كتاب منهجي يُدرس في كليات القانون للمرحلة الأولى ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، مكتبة الرياحين ، بابل ، بلا سنة طبع ، ص 139 وما بعدها
- (11) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، الجزء الثاني ، في الإلتزامات ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، بلا مطبوعة ومكان طبع ، 1988 ، ص 231 .
- (12) المحقق ابو القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن الحلبي ، شرائع الاسلام في مسائل الحلال والحرام ، مطبعة اوفسيت النديم ، بغداد ، بلا سنة طبع ، ص 150 .

- (13) جمال الدين ابي منصور الحسن بن يوسف المطهر المعروف بالعلامة الحلبي ، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية ، ج2 تحقيق أحمد البهادلي ، مكتبة التوحيد ، قم ، 1425هـ ، ص499 .
- (14) شيخي زاده عبد الرحمن المعروف بداماد أفندي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية ، ج3 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 2001 ، ص376 .
- (15) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المغني والشرح الكبير ، ج6 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص3 .
- (16) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المغني والشرح الكبير ، ج5 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص354 .
- (17) شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني ، مُغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ج2 ، دار المعرفة ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص34 (عن العاربية) و ص427 (عن الايجار) .
- (18) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج5 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1417هـ ، ص146 (عن العاربية) و ص146 (عن الايجار) .
- (19) يُنظر : د. رشاش موسى محمد ، إنتفاع المرتهن بالمال المرهون ، دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2017 ، ص10 - 11 .
- (20) علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1990 ، ص100 .
- (21) د. محمود عبد الرحمن محمد ، الوجيز في عقد الايجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص188 .
- (22) د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الأردني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، بلا سنة طبع ، ص217 .
- (23) أنور العمروسي ، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني ، ج4 ، دار العدالة ، القاهرة 2009-2010 ، ص538 .
- (24) د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع - الايجار - المقاوله) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 ، ص263-264 .
- (25) في هذا المعنى يُنظر : المصدر نفسه ، ص264 .
- (26) يُنظر قرار محكمة تمييز إقليم كردستان رقم 162 في تاريخ 2006/10/16 ، منشور في قاعدة التشريعات العراقية . أشار الى هذا القرار : صباح عريس عبد الرؤوف ، دور العرف في تنظيم العقد دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء ، 2017 ، ص165 .
- (27) د. رمضان ابو السعود ، العقود المسماة - عقد الإيجار - ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 ، ص547-575 .
- (28) د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، العقود المسماة (البيع - التأمين - الايجار) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2005 ، ص926-927 .
- (29) يُنظر قرار محكمة شيرا بتاريخ 1951 / 11 / 22 . نقلاً عن : د. محمود عبد الرحمن محمد ، مصدر سابق ، ص188 . ولعله من الجدير بالإشارة في هذا الصدد بأن المستأجر يلتزم بعدم ترك العين المؤجرة بغير استعمال خاصة إذا كان في تركها بغير استعمال ما يضر بها ، وهنا لا بد من مراعاة أن التزام المستأجر بعدم ترك المأجور أمر قد يحد منه الاتفاق أو العرف ، فقد يجري العرف على عدم استعمال العين خلال فترات معينة ، كغلق المتجر مدة معينة كل سنة بسبب الجرد أو لفضاء إجازة جرى العرف بها . د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص928 . د. رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، ص583 .
- (30) الطعن رقم 273 لسنة 61 ق ، جلسة 1992\7\19 . قرار متاح على الموقع الإلكتروني . [http : mohamymasr.Com](http://mohamymasr.Com)
- (31) الطعن رقم 1352 لسنة 52 ق 1983\3\7 ، ص34 س645 . منشور على الموقع الإلكتروني : [http : mohamymasr.Com](http://mohamymasr.Com)
- (32) الطعن رقم 2719 لسنة 56 ق جلسة 1990\12\20 س41 ، ع2 ، ص965 . منشور على الموقع الإلكتروني : [http : mohamymasr.Com](http://mohamymasr.Com)
- (33) بودري وفال فقرة 719 فقرة 730 ، بلانيول وربيبير فقرة 571 ، نقلاً عن : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج6 ، المجلد الأول ، العقود الواردة على الانتفاع بالشئ ، الإيجار والعارية ، نهضة مصر ، مصر ، 2011 ، ص538 - 539 .
- (34) يُنظر قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 7 حزيران 1961 . مشار إليه في : القانون المدني الفرنسي بالعربية ، طبعة دالوز 2009 الثامنة بعد المئة ، اعداد البرفيسور فايز الحاج شاهين ، جامعة القديس يوسف ، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، لبنان ، 2012 ، ص1660 .

- (35) د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 249-250 . د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، الناشر العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2009 ، ص 280 .
- (36) الطعن 934 لسنة 55 ق جلسة 27 / 6 / 1990 س 41 ، ص 374 . أشار الى هذا القرار : صباح عريس عبد الرؤوف ، مصدر سابق ، ص 163 .
- (37) بودري وفال ج 1 فقرة 813 و 814 . نقلاً عن : د. رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، ص 616 .
- (38) جيوار ج 1 فقرة 484 ، بلانيول وريبير ج 10 فقرة 583 ، نقلاً عن : د. رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، ص 616 .
- (39) د. رمضان ابو السعود ، مصدر سابق ، ص 617 .
- (40) يُنظر قرار رقم 525 / 6م / 1977 في 17 / 11 / 1977 ، مجموعة الأحكام العدلية ع 3 و 4 ، س 8 ، 1977 ، ص 24 . أشار اليه : صباح عريس عبد الرؤوف ، مصدر سابق ، ص 166 .
- (41) د. محمد حسن قاسم ، مصدر سابق ، ص 832 .
- (42) د. محمود عبد الرحمن محمد ، مصدر سابق ، ص 199 .
- (43) د. حسن حسين البراوي ، العقود المسماة في القانون المدني القطري ، الكتاب الثاني - عقد الايجار - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2014 ، ص 331 .
- (44) كما نشير الى ما ذكره القانون المدني العراقي في المادة (808) من انه : ((لصاحب الأرض ولاية التوجيه في استغلالها وله الرقابة على أعمال الزراعة وسلطته في ذلك يحددها القانون أو الاتفاق أو العرف)) ، وعليه ، يتضح أن لصاحب الأرض ولاية توجيه إستغلال المزارع في كيفية إستغلال الأرض أو يقصد إرشاد المزارع الى الطرق السليمة في إستعمال تلك الأرض واستغلالها الى جانب الرقابة على المزارع وتعني المتابعة من قبل صاحب الأرض للمزارع ومن يستخدمهم المزارع من العمال ، ويلاحظ بهذا الشأن بأن سلطة المؤجر (صاحب الأرض) في التوجيه والرقابة مفيدة بالقانون أو الاتفاق أو العرف ، وعليه يمكن الإستعانة بالعرف في حال عدم وجود نص أو شرط في هذا الصدد. يُنظر في هذا الشأن : د. جعفر الفضلي ، مصدر سابق ، ص 342 . والملاحظ أن القانونين المدني المصري أو الفرنسي لم يُشير الى نص مقابل. كما ذكرت المادة (819) مدني عراقي بأن : ((الأعمال اللازمة للثمر قبل ادراكه كسقي وتلقيح وحفظ تلزم المساقى والأعمال اللازمة بعد إدراك الثمر كالجذأ ونحوه وتلزم كلاً من العاقدين ، كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك)) . ويتبين من النص أعلاه أن الأعمال اللازمة لإدراك ونضوج الثمر على عاتق المساقى وحده ، في حين الأعمال التي يحتاجها الثمر بعد إدراكه لجنبيه وخرنه تكون على الطرفين ما لم يقض إتفاق بينهما على غير ذلك أو كان قد قضى العرف الزراعي الخاص في هذه الأعمال على غير ذلك كأن يقضي هذا العرف جميعها على أحد الطرفين أو أن تكون جميعها على الطرفين ولهذا نلاحظ بأن مرتبة العرف كانت بعد الاتفاق وقيل النص القانوني . يُنظر في هذا الشأن : صباح عريس عبد الرؤوف ، مصدر سابق ، ص 174 . وفي هذا الصدد نشير بأن القانون المدني المصري لم يُورد نص مماثل تاركاً تنظيم ذلك للقواعد العامة .
- (45) كما نصت المادة (611) مدني مصري على أنه : ((إذا تسلم المستأجر مواشي وأدوات زراعية مملوكة للمؤجر ، وجب عليه أن يرهاها ويتعهدا بالصيانة بحسب المألوف في استغلالها)) .
- (46) شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، مُغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، تحقيق خيرى سعيد ، المجلد الثالث ، دار التوفيقية للتراث ، القاهرة ، 2011 ، ص 363 .
- (47) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية ، ج 3 ، مصدر سابق ، ص 413 .
- (48) شهاب الدين أحمد بن ادريس القرافي ، الذخيرة ، ج 6 ، تحقيق سعيد أعراب ، دار الغرب الإسلامي ، بلا سنة طبع ، ص 205 .
- (49) السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي ، العروة الوثقى ، المجلد الرابع ، تحقيق مؤسسة فقه الثقلين الثقافية ، مطبعة آسمان ، قم ، 1434 هـ ، ص 14 .
- (50) المصدر نفسه ، ص 15 .
- (51) مُغني المحتاج ، المجلد الثالث ، مصدر سابق ، ص 368 .
- (52) يحيى بن أبي الخير بن سالم بن أسعد بن عبد الله ابن محمد بن موسى بن عمران العمراني ، البيان في الفقه الشافعي ، المجلد السابع ، تحقيق أحمد حجازي أحمد السقا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2002 ، ص 265 .
- (53) مشار الى هذا الرأي لدى : د. محمد محمود محمد جمال ، مصدر سابق ، ص 277 .
- (54) يُنظر : البيان في الفقه الشافعي ، المجلد السابع ، مصدر سابق ، ص 265 .
- (55) د. محمد محمود محمد جمال ، مصدر سابق ، ص 278 .
- (56) العروة الوثقى ، مصدر سابق ، ص 69 .
- (57) رعد عداي حسين ، عقد إعاره العقار - دراسة مقارنة - في القانون العراقي واللبناني والمصري والاردني والفرنسي ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، 2009 ، ص 80 .
- (58) للتفصيل يُنظر : صباح عريس عبد الرؤوف ، مصدر سابق ، ص 188 .

- (59) مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج 4 ، ص 676 ، نقلاً عن : د. اسامة عبد العليم فرج الشيخ ، أحكام مسؤولية الأمين في الفقه الإسلامي والقانون المدني – دراسة مقارنة - ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 367 .
- (60) د. سليمان مرقس ، مصدر سابق ، ص 200-201 .
- (61) السيد محمد حسن ترحيني العاملي ، الزبدة الفقهية في شرح اللمعة الدمشقية ، ج 5 ، مطبعة سليمانزاده ، قم ، 1439 هـ ، ص 316 .
- (62) باقر الايرواني ، دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي على المذهب الجعفري ، ج 2 ، العقود والايقاعات ، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر ، بلا سنة طبع ، ص 276 .
- (63) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 5 ، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص 220 – 221 .
- (64) مُغني المحتاج الى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، المجلد الثالث ، مصدر سابق ، ص 258 .
- (65) د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصدر سابق ، ص 437-438 .
- (66) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 2 ، المجلد الأول ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، مطبعة النهضة العربية الجديدة ، 1968 ، ص 545 .
- (67) د. محمد لبيب شنب ، دروس في نظرية الإلتزام ، ج 1 ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1976 - 1977 ، ص 286 .
- (68) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 1 ، المجلد الأول ، مصادر الإلتزام ، نهضة مصر ، 2011 ، ص 656 .
- (69) يُعرف الإلتزام ببذل عناية بأنه : ((إلتزام لا يوجب على المدين أن يُحقق نتيجة معينة بل يُلزمه فحسب بأن يبذل قدراً معيناً من العناية للوصول الى الغرض ، فإذا بدل هذا القدر فحسبه ذلك ، ولا عليه بعد ذلك إذا لم يتحقق الغرض المقصود)) أما الإلتزام بتحقيق نتيجة هو : ((إلتزام يوجب على المدين تحقيق نتيجة معينة هي محل الإلتزام ومن ثم يكون تنفيذه بتحقيق هذه النتيجة ، كالإلتزام بنقل ملكية شيء أو بإقامة بناء أو بتسليم عين ، فمثل هذه الإلتزامات لا يتم تنفيذها إلا بتحقيق الغاية المقصودة من التعاقد ، وهي نقل الحق أو إقامة البناء أو تسليم العين ، وأكثر الإلتزامات التعاقدية من هذا النوع)) .
- د. عبد المنعم فرج الصدة ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1986 ، ص 378 .
- (70) نقض مدني رقم 101 لسنة 6 ق ، بتاريخ 10\3\1955 ، ص 673 . حسن الفكاهاني وعبد المنعم الحسني ، الموسوعة الذهبية مجموعة أحكام النقض ، بلا مطبعة وبلا مكان طبع ، بلا تاريخ ، ص 641 .
- (71) د. اسامة عبد العليم الشيخ ، مصدر سابق ، ص 85 .
- (72) د. محمد لبيب شنب ، مصدر سابق ، ص 285 .
- (73) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 ، ص 404 .
- (74) د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص 302 .
- (75) ولعل مشرعنا قد إقتبس هذا النص من المادة (603) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت بأن : ((عمل المستأجر على خلاف المعتاد تعد ويضمن الضرر والخسار اللذين يتولدان منه مثلاً لو استعمل الألبسة التي استكرها على خلاف عادة الناس وبليت يضمن كذلك لو احترقت الدار المؤجرة بظهور حريق فيها بسبب اشعال المستأجر النار أكثر من المعتاد وزيادة عن سائر الناس يضمن)) .
- (76) د. اسامة عبد العليم فرج الشيخ ، مصدر سابق ، ص 89 .
- (77) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص 538 .
- (78) يُنظر قرار محكمة الاستئناف المختلطة 1895/12/4 . نقلاً عن : د. السنهوري ، الوسيط..... ، ج 6 ، المجلد الأول ، مصدر سابق ، ص 520 .
- (79) يُنظر قرار محكمة النقض الفرنسية صادر في 6 حزيران 1946 . مشار اليه لدى : القانون المدني الفرنسي بالعربية ، طبعة دالوز لعام 2009 ، مصدر سابق ، ص 1659 .
- (80) د. السنهوري ، الوسيط.... ، ج 6 ، المجلد الأول ، مصدر سابق ، ص 544 .
- (81) ويبدو أن مشرعنا قد أخذ مضمون هذا النص من مجلة الأحكام العدلية والتي نصت المادة (816) منها بأن : ((... كان للمستعير استعمال العارية في أي مكان وزمان شاء على الوجه الذي يريده ولكن يقيد ذلك بالعرف والعادة ...))
- (82) د. اسامة عبد العليم فرج الشيخ ، مصدر سابق ، ص 336 .
- (83) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 6 ، المجلد الثاني ، العقود الواردة على الانتفاع بالشيء ، الإيجار والعارية ، نهضة مصر ، مصر ، 2011 ، ص 1545

- (84) يُنظر كولان وكابيتان ، ج 2 ، ط 8 ، ص 179 ، نقلاً عن : د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 2 ، المجلد الثاني ، مصدر سابق ، ص 201-202 .
- (85) د. أحمد محمد عطيه ، نظرية التعدي كأساس للمسؤولية المدنية الحديثة ، دراسة مقارنة في ضوء الفقه وأحكام القضاء ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية 2007 ، ص 96-97 .
- (86) علي بن السيد محمد علي الطباطبائي ، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل ، ج 1 ، تحقيق مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث ، مشهد ، 1420 هـ ، ص 15 .
- (87) علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 4 ، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 2000 ، ص 72 .
- (88) محمد الخطيب الشربيني ، مُغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج على متن منهاج الطالبين ليحيى بن شرف النووي ، ج 2 ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، 1978 ، ص 445 . البيان في الفقه الشافعي ، المجلد السابع ، مصدر سابق ، ص 329 .
- (89) المغني والشرح الكبير ، ج 6 ، مصدر سابق ، ص 31 .
- (90) عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ، ج 1 ، المكتبة الثقافية ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص 180 .
- (91) العروة الوثقى ، المجلد الرابع ، مصدر سابق ، ص 37 .
- (92) المصدر نفسه ، ص 42 .
- (93) مجمع الأنهر ، ج 3 ، مصدر سابق ، ص 413 .
- (94) أبي محمد غانم البغدادي ، مجمع الضمانات ، بلا مطبعة ، مصر ، 1030 هـ ، 30 ، نقلاً عن د. أحمد محمد عطيه ، مصدر سابق ، ص 99 .
- (95) البيان في الفقه الشافعي ، المجلد السابع ، مصدر سابق ، ص 329 .
- (96) جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، تحقيق وتعليق : طه عبد الرؤوف سعد وعماد البارودي ، المكتبة التوفيقية ، بلا سنة طبع ، ص 197 .
- (97) موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة المقدسي ، المغني ، ج 8 ، تحقيق د. عبد الله عبد المحسن التركي ود. عبد الفتاح محمد الحلو ، طبعة مكتبة القاهرة ، القاهرة ، بلا سنة طبع ، ص 123 . نقلاً عن : د. اسامة عبد العليم فرج الشيخ ، مصدر سابق ، ص 72 .
- (98) علاء الدين أبي الحسن سليمان المرادوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المبجل أحمد بن حنبل ، ج 6 ، دار إحياء التراث العربي ، بلا سنة طبع ، ص 78 .
- (99) أبي بركات سيدي أحمد الدردير ، الشرح الكبير بهامش حاشية الدسوقي ، ج 3 ، دار إحياء الكتب العربية ، بلا سنة طبع ، ص 442 . نقلاً عن د. اسامة عبد العليم فرج الشيخ ، مصدر سابق ، ص 66 .
- (100) شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، الذخيرة ، ج 6 ، دار الغرب الإسلامي ، بلا سنة طبع ، ص 205 .
- (101) محمد بن جمال الدين مكي العاملي ، اللعة دمشقية ، ج 4 ، بلا مطبعة ، بلا سنة طبع ، ص 263 .
- (102) دروس تمهيدية ، ج 2 ، مصدر سابق ، ص 278 . اللعة دمشقية ، مصدر سابق ، ص 263-264 .
- (103) أبي جعفر محمد بن يعقوب الكليني الملقب بثقة الإسلام ، فروع الكليني ، ج 5 ، تحقيق محمد جواد مغنية ، دار الأضواء للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1992 ، ص 239 .
- (104) دروس تمهيدية ، ج 2 ، مصدر سابق ، ص 276 .
- (105) بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج 5 ، مصدر سابق ، ص 324 .
- (106) الشيخ أبي المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل الروياني ، بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي ، ج 9 ، تحقيق أحمد عز وعناية الدمشقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع ، ص 8 . موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخرقى ، المغني والشرح الكبير على متن المُقنع ، ج 4 ، دار الفكر ، بلا سنة طبع ، ص 356 .
- (107) يحيى بن أبي الخير بن سالم بن أسعد بن عبد الله ابن محمد بن موسى بن عمران العمراني ، البيان في فقه الإمام الشافعي ، المجلد السادس ، تحقيق د. أحمد حجازي أحمد السقا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2002 ، ص 455-456 .
- (108) سراج السالك ، مصدر سابق ، ص 167 .
- (109) سراج السالك ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 168 .
- (110) د. اسامة عبد العليم فرج الشيخ ، مصدر سابق ، ص 96-97 .
- (111) أشار الى ذلك : د. أسامة عبد العليم فرج الشيخ ، مصدر سابق ، ص 110-111 .
- (112) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للإلتزام ، أحكام الإلتزام في الفقه وقضاء النقض ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 29 .
- (113) د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 2 ، المجلد الثاني ، مصدر سابق ، ص 139 .

- (114) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص 44 .
- (115) د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص 45 .
- (116) المصدر نفسه ، الصفحة نفسها .
- (117) د. جميل الشراوي ، النظرية العامة للإلتزام ، الكتاب الأول ، بلا مطبعة ومكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص 376 .
- (118) د. اسامة عبد العليم فرج الشيخ ، مصدر سابق ، ص 115 .
- (119) يُنظر : بودري وفال ، فقرة 775 ، نقلاً عن : د. السنهوري ، الوسيط ... ج 6 ، المجلد الأول ، مصدر سابق ، ص 545 . هامش رقم 1
- (120) يُنظر : أوبري ورو فقرة 367 ، بلانيول ورببيير فقرة 575 . نقلاً عن د. السنهوري ، الوسيط ج 6 ، المجلد الأول ، مصدر سابق ، ص 545 ، هامش رقم 1 .
- (121) د. السنهوري ، الوسيط ج 6 ، المجلد الأول ، مصدر سابق ، ص 546-545 .
- (122) د. السنهوري ، الوسيط .. ج 6 ، المجلد الأول ، مصدر سابق ، ص 545 .
- (123) يُنظر قرار محكمة النقض الفرنسية التجارية في 8 تشرين الأول 1991 ، نش مدنية رقم 278 ، أشارت اليه : القانون المدني الفرنسي بالعربية مع طبعة دالوز لعام 2009 ، مصدر سابق ، ص 1656 .
- (124) د. السنهوري ، الوسيط ج 6 ، المجلد الثاني ، مصدر سابق ، ص 1545 .
- (125) د. السنهوري ، الوسيط ج 6 ، المجلد الثاني ، مصدر سابق ، ص 1558 .
- (126) يُنظر قرار محكمة استئناف مختلط 1900/2/22 ، نقلاً عن د. السنهوري ، الوسيط ج 6 ، المجلد الثاني ، مصدر سابق ، ص 1539 ، هامش رقم (1) .
- (127) سورة البقرة ، آية رقم (188) .
- (128) سورة الطلاق ، آية رقم (1) .
- (129) وتجدر الإشارة الى أن جانب من الفقهاء المسلمين قد أورد تعريف للضمان ، فقد عرفه الشوكاني بأنه : " أن الضمان عبارة عن غرامة التالف " . نيل الأوطار ، ج 5 ، مصدر سابق ، ص 357 . كما ورد تعريف للضمان في مجلة الأحكام العدلية بالمادة (416) منها الآتي : " إعطاء شيء مثل الشيء إن كان من المثليات ، أو قيمته إن كان من القيميات " .
- (130) سورة البقرة آية رقم (194) .
- (131) سورة النحل آية رقم (126) .
- (132) أبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، المهذب ، ج 1 ، مطبعة الحلبي ، بلا تاريخ ، ص 484 .
- (133) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج 5 ، دار المعرفة ، بلا تاريخ ، ص 223 .
- الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، مصدر سابق ، ص 582 .
- (134) تبين الحقائق ، ج 5 ، مصدر سابق ، ص 223 .
- (135) وجداني فخر ، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية ، ج 10 ، الاميرة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2010 م ، ص 81 .
- (136) شهاب الدين أحمد الشلبي ، حاشية الشلبي بهامش تبين الحقائق ، ج 5 ، دار المعرفة ، بلا تاريخ ، ص 136 .
- (137) الشيخ منصور بن يونس البهوتي ، كشف القناع ، ج 4 ، دار الفكر ، بلا سنة طبع ، ص 108 .
- (138) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، ص 568 .
- (139) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا تاريخ ، ص 443 .
- (140) رياض المسائل ، ج 1 ، مصدر السابق ، ص 32 .
- (141) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية ، ج 3 ، مصدر سابق ، ص 415-416 .
- (142) المغني والشرح الكبير على متن المقنع ، ج 4 ، مصدر سابق ، ص 17 .
- (143) مُغني المحتاج ، المجلد الثالث ، مصدر سابق ، ص 389 .
- (144) سراج السالك ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 182 .
- (145) وجداني فخر ، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية ، ج 10 ، مصدر سابق ، ص 81 .
- (146) مُغني المحتاج ، المجلد الثالث ، مصدر سابق ، ص 389 .
- (147) سراج السالك ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 182 .
- (148) الزبدة الفقهية ، ج 5 ، مصدر سابق ، ص 325 .
- (149) البيان في فقه الإمام الشافعي ، المجلد السادس ، مصدر سابق ، ص 455-456 .
- (150) المغني ويليهِ الشرح الكبير ، مصدر سابق ، ص 358 .
- (151) سراج السالك ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 167-168 .
- (152) سراج السالك ، ج 1 ، مصدر سابق ، ص 168 .

المصادر.

أولاً / المصادر اللغوية.

- 1- فخر الدين الطريحي ، مجمع البحرين ، تحقيق أحمد الحسيني ، بلا مكان وسنة الطبع .
- 2- محمد بن أبي بكر الرازي ، مختار الصحاح ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1981.
- 3- جمال الدين ابو الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الأفريقي المصري ، لسان العرب ، تصحيح أمين محمد عبد الوهاب ومحمد صادق العبيدي ، ج14 ، دار إحياء التراث العربي للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ط3 ، 712 هـ .

ثانياً / مؤلفات الفقه الإسلامي.

في الفقه الإمامي :

- 152- أبي جعفر محمد بن يعقوب الكليني الملقب بثقة الإسلام ، فروع الكليني ، ج5 ، تحقيق محمد جواد مغنية ، دار الأضواء للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 1992 .
- 2- باقر الأبرواني ، دروس تمهيدية في الفقه الاستدلالي على المذهب الجعفري ، ج2 ، العقود والایقاعات ، مؤسسة الفقه للطباعة والنشر ، بلا سنة طبع.
- 3- المحقق ابو القاسم نجم الدين جعفر ابن الحسن الحلي ، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام ، مطبعة اوفسيت النديم ، بغداد ، بلا سنة طبع .
- 4- جمال الدين ابي منصور الحسن بن يوسف المطهر المعروف بالعلامة الحلي ، تحرير الاحكام الشرعية على مذهب الامامية ، ج2 تحقيق أحمد البهادلي ، مكتبة التوحيد ، قم ، 1425 هـ .
- 5- علي بن السيد محمد علي الطباطبائي ، رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل ، ج1 ، تحقيق مؤسسة آل البيت (عليهم السلام) لإحياء التراث ، مشهد ، 1420 هـ .
- 6- محمد بن جمال الدين مكي العاملي ، اللعة دمشقية ، ج4 ، بلا مطبعة ، بلا سنة طبع .
- 7- السيد محمد حسن ترحيني العاملي ، الزبدة الفقهية في شرح اللعة دمشقية ، ج5 ، مطبعة سليمان زاده ، قم ، 1439 هـ .
- 8- السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي ، الغررة الوثقى ، المجلد الرابع ، تحقيق مؤسسة فقه الثقلين الثقافية ، مطبعة أسمان ، قم ، 1434 هـ .
- 9- وجداني فخر ، الجواهر الفخرية في شرح الروضة البهية ، ج10 ، الاميرة للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2010 م .

في الفقه الحنفي :

- 1- شيخي زاده عبد الرحمن المعروف بداماد أفندي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر في فروع الحنفية ، ج3 ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، 2001 .
- 2- شهاب الدين أحمد الشلبي ، حاشية الشلبي بهامش تبیین الحقائق ، ج5 ، دار المعرفة ، بلا تاريخ .
- 3- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج4 ، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، 2000 .
- 4 - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج5 ، تحقيق محمد عدنان بن ياسين درويش ، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- 5- فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق ، ج5 ، دار المعرفة ، بلا تاريخ .

في الفقه الشافعي :

- 152- أبي إسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي الشيرازي ، المهذب ، ج1 ، مطبعة الحلبي ، بلا تاريخ .
- 2- الشيخ أبي المحاسن عبد الواحد بن اسماعيل الروياني ، بحر المذهب في فروع مذهب الإمام الشافعي ، ج9 ، تحقيق أحمد عز وعناية الدمشقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- 3- جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي ، الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية ، تحقيق وتعليق : طه عبد الرؤوف سعد وعماد البارودي ، المكتبة التوفيقية ، بلا سنة طبع .
- 4- شمس الدين محمد بن محمد الخطيب الشربيني ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، تحقيق خيرى سعيد ، المجلد الثالث ، دار التوفيقية للتراث ، القاهرة ، 2011 .
- 5- يحيى بن أبي الخير بن سالم بن أسعد بن عبد الله ابن محمد بن موسى بن عمران العمراني ، البيان في الفقه الشافعي ، المجلد السابع ، تحقيق أحمد حجازي أحمد السقا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2002 .
- 6 - يحيى بن أبي الخير بن سالم بن أسعد بن عبد الله ابن محمد بن موسى بن عمران العمراني ، البيان في فقه الإمام الشافعي ، المجلد السادس ، تحقيق د. أحمد حجازي أحمد السقا ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 2002 .

في الفقه الحنبلي :

- 1- علاء الدين أبي الحسن سليمان المرادوي ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام المجلد أحمد بن حنبل ، ج6 ، دار احياء التراث العربي ، بلا سنة طبع .
- 2- الشيخ منصور بن يونس البهتوي ، كشاف القناع ، ج4 ، دار الفكر ، بلا سنة طبع .
- 3- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة على مختصر أبي القاسم عمر بن الحسين بن عبد الله بن أحمد الخزقي ، المغني والشرح الكبير على متن المقتنع ، ج4 ، دار الفكر ، بلا سنة طبع.
- 4- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة ، المغني والشرح الكبير ، ج6 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع .

5- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني والشرح الكبير ، ج 5 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا سنة طبع .

في الفقه المالكي:

- 1- شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي ، الذخيرة ، ج 6 ، تحقيق سعيد أعراب ، دار الغرب الإسلامي ، بلا سنة طبع .
- 2- عثمان بن حسنين بري الجعلي المالكي ، سراج السالك شرح أسهل المسالك ، ج 1 ، المكتبة الثقافية ، بيروت ، بلا سنة طبع .
- 3- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 3 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، بلا تاريخ .
- 4- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج 5 ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، 1417 هـ .

ثالثاً / المؤلفات القانونية .

- 1- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن ، النظرية العامة للإلتزام ، أحكام الإلتزام في الفقه وقضاء النقض ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2008 .
- 2- د. أسامة عبد العليم فرج الشيخ ، أحكام مسؤولية الأمين في الفقه الإسلامي والقانون المدني ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 .
- 3- أنور العمروسي ، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني ، ج 4 ، دار العدالة ، القاهرة 2009-2010 .
- 3- د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية (البيع - الإيجار - المقاولة) ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 .
- 4- د. جميل شرقاوي ، النظرية العامة للإلتزام ، الكتاب الأول ، بلا مطبوعة ومكان طبع ، بلا سنة طبع ، ص 376 .
- 5- حسن الفكاهي وعبد المنعم الحسني ، الموسوعة الذهبية مجموعة أحكام النقض ، بلا مطبوعة وبلا مكان طبع ، بلا تاريخ .
- 6- د. حسن حسين البراوي ، العقود المسماة في القانون المدني القطري ، الكتاب الثاني - عقد الإيجار - ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2014 .
- 7- رعد عداي حسين ، عقد إعاره العقار - دراسة مقارنة - في القانون العراقي واللبناني والمصري والاردني والفرنسي ، مطبعة الكتاب ، بغداد ، 2009 .
- 8- د. رمضان ابو السعود ، العقود المسماة - عقد الإيجار - ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1996 .
- 9- د. سعيد مبارك ود. طه الملا حويش ود. صاحب عبيد الفتلاوي ، الموجز في العقود المسماة ، الناشر العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2009 .
- 10- د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 2 ، المجلد الأول ، نظرية العقد والإرادة المنفردة ، مطبعة النهضة العربية الجديدة ، 1968 .
- 11- د. سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، ج 2 ، في الإلتزامات ، المجلد الثاني ، في الفعل الضار والمسؤولية المدنية ، بلا مطبوعة ومكان طبع ، 1988 .
- 12- عبد الباقي البكري وزهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، كتاب منهجي يُدرس في كليات القانون للمرحلة الأولى ، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، جامعة بغداد ، كلية القانون ، مكتبة الرياحين ، بابل ، بلا سنة طبع .
- 12- عبد الرحمن محمد ، الوجيز في عقد الإيجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع .
- 13- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 6 ، المجلد الأول ، العقود الواردة على الانتفاع بالشئ ، الإيجار والعارية ، نهضة مصر ، مصر ، 2011 .
- 14- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 6 ، المجلد الثاني ، العقود الواردة على الانتفاع بالشئ ، الإيجار والعارية ، نهضة مصر ، مصر ، 2011 .
- 15- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ج 1 ، المجلد الأول ، مصادر الإلتزام ، نهضة مصر ، 2011 .
- 16- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد ، 2007 .
- 17- علي الخفيف ، الملكية في الشريعة الإسلامية مع مقارنتها بالقوانين العربية ، دار النهضة العربية للطباعة والنشر ، بيروت ، 1990 .
- 18- د. محمد حسن قاسم ، القانون المدني ، العقود المسماة (البيع - التأمين - الإيجار) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2005 .
- 19- د. محمد نبيب شنب ، دروس في نظرية الإلتزام ، ج 1 ، مصادر الإلتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1976-1977 .
- 20- د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني الأردني ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، بلا سنة طبع .
- 21- د. محمود عبد الرحمن محمد ، الوجيز في عقد الإيجار ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، بلا سنة طبع .

رابعاً / الاطاريح .

- 1- د. رشما موسى محمد ، إنتفاع المرتهن بالمال المرهون ، دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون ، جامعة كربلاء ، 2017 .
- 2- د. صباح عريس عبد الرؤوف ، دور العرف في تنظيم العقد دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء ، 2017 .

خامساً /المتون القانونية.

- 1- القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل والنافذ .
- 2- القانون المدني المصري رقم (133) لسنة 1948 المعدل والنافذ .
- 3- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل والنافذ .