

التنظيم القانوني للشرط المانع من التأجير (دراسة مقارنة)

م.م. احمد عامر عبد الامير¹

انتساب الباحث

كلية القانون، جامعة بغداد، العراق،
بغداد، الوزيرية، 4065

¹Ahmed.Aamer1201a@colaw.uobaghdad.edu.iq

¹ المؤلف المراسل

معلومات البحث
تاريخ النشر: حزيران 2024

Affiliations of Author

¹ College of Law, University
of Baghdad, Iraq, Baghdad,
Waziriya, 4065

¹Ahmed.Aamer1201a@colaw.uobaghdad.edu.iq

Corresponding Author

Paper Info.

Published: June 2024

المستخلص

الشرط المانع من التأجير هو عبارة عن قيد اتفاقي يرد في عقد الإيجار مقتضاه تقييد حرية المستأجر من التصرف في حقه بالإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار إلا بموافقة المؤجر.

وهو بذلك قيد إرادي يرد على حرية المستأجر في التصرف بحقه الناشئ عن عقد الإيجار استثناءً من الأصل العام، وهذا الشرط أما ان يرد على منع المستأجر من التنازل عن الإيجار إلى الغير أو الإيجار إلى الغير من الباطن أو كلا الحالتين، وهو أما أن يظهر بصورة صريحة واضحة في عقد الإيجار أو أن تكون دلالاته ضمنيه تستخلص من ظروف الحال أو التعاقد كما لو كانت شخصية المستأجر محل اعتبار وقد يكون الشرط المانع مطلقاً بحيث يشمل كل أنواع التصرفات ولأي شخص وفي كل اجزاء المأجور أو يكون مقيداً بشروط معينة ومحددة من قبل المؤجر.

وقد تطرأ عوارض على هذا الشرط بعد إبرام العقد من شأنها ان تحول دون إستمرارية فاعلية الشرط المانع، أما بسبب تنازل المؤجر عنه بعد إشتراطه أو لصدور حكم قضائي أو وجود نص قانوني يقضي بتعطيل الشرط المانع وجعله عديم الأثر، اما إذا استمرت فاعلية الشرط دون تعطيل وقام المستأجر رغم وجود الشرط المانع من التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، كان عرضة للجزاءات المقررة لحماية المؤجر من ذلك الإخلال.

الكلمات المفتاحية: عقد الإيجار، الشرط المانع، التنازل عن الإيجار، الإيجار من الباطن

Legal regulation of the Inhibitor Condition of Leasing (Comparative Study)

Ahmed Amer Abdulameer¹

Abstract

The Inhibitor Condition of Leasing is an agreement between the two parties to the lease contract to restrict the freedom of the tenant from disposing of his right to sublease or assign the lease unless with the consent of the lessor.

It is thus a voluntary restriction that responds to the right of ownership with the exception of the general principle, and this condition is that it either responds to preventing the tenant from assigning the rent to others or the rent to the third parties or both cases, and it is either that it appears explicitly in the lease contract or that it is its implicit indication is extracted from the circumstances of the case or contract, as if the tenant's personality was subject to consideration, and the inhibiting condition may be absolute so that it includes all types of behavior and for any person and in all parts of the lease or is restricted by certain conditions and specified by the lessor.

Symptoms may arise on this condition after the conclusion of the contract that would prevent the continuation of the effectiveness of the inhibiting condition, either because of the leaseholder's waiver of it after its condition or because a judicial ruling was issued or the presence of a legal text stipulating obstructing the inhibiting condition and making it ineffective, but if the effectiveness of the condition continues without delay and The tenant, despite the Inhibitor Condition the assignment of rent or sublease, was subject to the penalties prescribed to protect the lessor from that breach.

Keywords: Lease contract, Inhibitor Condition, Rent waiver, Sublease

المقدمة

مما لا شك في ان عقد الإيجار من العقود الشائعة الاستعمال في المجتمع بل لا نبالغ إذا قلنا ان هذا العقد هو الأكثر شيوعاً في الحياة العامة بعد عقد البيع وليس هذا القول بجديد على أحد فالمشروع العراقي قد أعترف بهذه السمة المميزة للعقد المذكور، فتولى تنظيم قواعده تنظيمياً شاملاً ومتكاملاً بأعتبره من العقود المسماة التي نظمها المشروع العراقي بمسمياتها في القانون المدني العراقي وأضاف إليه قواعد خاصة تنظم بعض أحكامه في قانون إيجار العقار. وهو كسائر العقود يجوز ان يتضمن شرطاً يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة أو فيه نفع لأحد المتعاقدين أو الغير إذا لم ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام والآداب العامة.

ويعد الشرط المانع من التأجير احد هذه الشروط التي يصح إقترانها في عقد الإيجار ويراد به منع الرخصة التي منحها القانون للمستأجر بأن يؤجر العين المستأجرة أو ان يتنازل عن إيجارها للغير، وهو بذلك يمثل حقاً وقيداً في ذات الوقت، فهو حق من حقوق المؤجر التي تجيزه القواعد العامة في القانون المدني فضلاً عن القواعد الخاصة في قانون إيجار العقار. وهو قيد يرد على حق المستأجر الشخصي في عقد الإيجار يقيد من حريته في التصرف بالعين المأجورة عن طريق التأجير من الباطن والتنازل عن الإيجار.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في ان الشرط المانع من التأجير هو قيد إرادي يرد على حق المستأجر بوصفه صاحب حق شخصي في ان يتصرف بحقه استثناءً من الأصل وهو حرية التصرف في ضوء الحدود التي يرسمها القانون، وقد يتحدد ذلك بنطاق معين وهو التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن.

حيث اثبت الواقع العملي قيام غالبية المستأجرين بالتنازل عن عقود الإيجار أو تأجيرها من الباطن وذلك لغرض الحصول على ربح من خلال الفرق بين بدل الإيجار الذي يحصل عليه من العقد الجديد وبدل الإيجار الذي يلتزم بدفعه إلى المؤجر الأصلي، وما يترتب على ذلك من إستغلال لحاجة الأشخاص الذين يستأجرون من الباطن، فضلاً عن أضرارهم على حساب المؤجر دون وجه حق، من أجل ذلك فقد أقر المشروع هذا الاستثناء الذي يرد خلافاً للأصل العام، بأن جعل للمؤجر الحق في ان يضع بنداً في العقد يشترط فيه على المستأجر عدم جواز الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار.

مشكلة البحث

ان الأسباب التي دفعتنا إلى اختيار هذه الجزئية من عقد الإيجار لتكون محور لبحثنا لما لها من أهمية تتجلى في ان النصوص المنظمة للشرط المانع من التأجير قد جاءت متناثرة على الرغم من معالجتها في القانون المدني وقانون إيجار العقار، فضلاً من انها لم تحظى بعناية تامة من قبل المشرع على الرغم من أهمية المشكلات التي تثيرها على أرض الواقع فلا تكاد تخلو المحاكم من الدعاوى التي تنشأ من جراء مخالفة الشرط المانع، ذلك ان الشرط المانع من التأجير يثير العديد من التساؤلات : ما هو حكم عقد الإيجار إذا ما تضمن شرطاً مانعاً من التأجير أو التنازل عن الإيجار ؟ هل بالامكان التوسع في تفسير الشرط المانع من التأجير ؟ هل من المتصور ان يفقد الشرط فاعليته رغم إشتراطه بصورة صحيحة وصيرورته شرطاً عديم الجدوى والاثر ليس بإمكان المؤجر التمسك به ؟ ما هو الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التأجير ؟

نتيجة لكل هذه التساؤلات، الامر الذي دفعنا إلى اختيار هذا الموضوع ليكون محلاً لدراستنا وبحثنا محاولين الإجابة عليها ضمن هذه الدراسة.

منهجية البحث

تم اعتماد المنهج الوصفي في كتابة البحث، معتمدين على الدراسة التحليلية والدراسة المقارنة، إذ سيتم تحليل النصوص التشريعية والآراء الفقهية والاحكام القضائية المتعلقة بموضوع البحث، كل ذلك في ضوء دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون المصري على مدار موضوع البحث.

هيكلية البحث

قسمنا بحثنا في ضوء المعطيات التي بين أيدينا إلى مبحثين، تناولنا في المبحث الأول ماهية الشرط المانع من التأجير وذلك ضمن مطلبين، خصصنا المطلب الأول للتعريف بالشرط المانع من التأجير وتمييزه عما يشابهه من أوضاع، والمطلب الثاني تناولنا فيه نطاق الشرط المانع من التأجير وصوره، أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه أحكام الشرط المانع من التأجير وذلك ضمن مطلبين أيضاً، خصصنا المطلب الاول لبحث تعطيل الشرط المانع من التأجير والمطلب الثاني تناولنا فيه الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التأجير، ثم ختمنا بحثنا بخاتمة تضمنت أبرز ما توصلنا إليه في هذه الدراسة من نتائج وتوصيات.

المبحث الأول

ماهية الشرط المانع من التأجير

يعتبر الشرط المانع من التأجير احد القيود الواردة على حرية المستأجر في التصرف بحقه الناشئ عن عقد الإيجار وذلك بمنعه من إيجار العين المؤجرة من الباطن أو التنازل عن إيجارها إلى الغير، وهو كسائر الشروط المقترنة في العقد يمكن ان يرد بصورة صريحة واضحة في العقد ويمكن ان يرد بصورة ضمنية تستخلص من ظروف الحال أو التعاقد، وبغية الوقوف على ماهية الشرط المانع من التأجير فقد إرتأينا ان نتناول في هذا المبحث التعريف بالشرط المانع من التأجير وتمييزه عما يشابهه من أوضاع في مطلب أول، ونطاق الشرط المانع من التأجير وصوره في مطلب ثانٍ وكما يلي :

المطلب الأول

التعريف بالشرط المانع من التأجير وتمييزه عما يشابهه من أوضاع

سنتناول في هذا المطلب تعريف الشرط المانع من التأجير على الصعيد الفقهي والتشريعي في فرع أول، ومن ثم سنتناول تمييز الشرط المانع من التأجير عما يشابهه من أوضاع في فرع ثانٍ وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول

تعريف الشرط المانع من التأجير

لقد تباينت الاتجاهات الفقهية التي طرحت بصدد تعريف الشرط المانع من التأجير بين مؤيد ومعارض، حيث ذهب غالبية الفقه⁽ⁱ⁾ إلى الاكتفاء بتوضيح مفهوم الشرط المانع وشرح أحكامه وتفسيرها دون التطرق إلى وضع تعريف جامع مانع له في حين ذهب البعض الآخر من الفقه إلى وضع تعريف محدد للشرط المانع وقد تباينت هذه التعاريف باختلاف وجهة نظر كل منهم وكما يلي :

فعلى صعيد الفقه العراقي، يُعرف جانب من الفقه⁽ⁱⁱ⁾ الشرط المانع بأنه : اتفاق خاص بين المؤجر والمستأجر يترتب عليه حرمان المستأجر من التصرف في حقه بالتأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار. كما يُعرفه جانب آخر من الفقه⁽ⁱⁱⁱ⁾ بأنه : منع الرخصة التي أعطها القانون للمستأجر في ان يؤجر أو يتنازل عن الإيجار وذلك بان يشترط عليه في عقد الإيجار الا يقوم بمثل هذا العمل.

أما على صعيد الفقه المصري، يُعرفه جانب من الفقه^(iv) بأنه : الشرط الذي لا يجيز للمستأجر ان ينزل عن الإيجار أو ان يؤجر من الباطن الا برضا المؤجر. كما يُعرفه جانب آخر من الفقه^(v) بأنه

: الاتفاق على منع المستأجر من التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن.

ويلحظ على جميع ما تقدم من تعاريف بانها وعلى الرغم من اختلافها في الصياغة اللغوية إلا انها متفقة في المعنى العام، ونحن نعتقد بان انسب وأدق تعريف يمكن ان يصاغ للشرط المانع من كل ما تقدم بأنه : اتفاق بين طرفي عقد الإيجار على تقييد حرية المستأجر من التصرف في حقه بالإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار إلا بموافقة المؤجر.

أما على الصعيد التشريعي، فلم يتولى المشرع العراقي تعريف الشرط المانع من التأجير صراحة، وانما اكتفى بالإشارة إليه في موضعين من القانون المدني، الأول ضمن النصوص المتعلقة بحفظ المأجور^(vi)، والثاني ضمن النصوص المتعلقة في إيجار المستأجر وتنازله عن الإيجار^(vii)، كما تولى الإشارة إليه في قانون إيجار العقار^(viii).

ولا يختلف موقف المشرع المصري عن موقف المشرع العراقي، فلم يتولى هو الآخر وضع تعريف تشريعي للشرط المانع من التأجير، وانما اكتفى بالإشارة إليه وبيان أحكامه^(ix). وحسناً فعلاً بتجنبهما وضع تعريف للشرط المانع، ذلك انه ليس من مهمة المشرع وضع التعريفات، بل ان مهمة المشرع الأساسية هي وضع الأحكام والقواعد العامة تاركاً التعريفات للفقهاء بغية وضع التعريف المناسب لهذا الشرط.

الفرع الثاني

التمييز بين الشرط المانع من التأجير وشرط المنع من التصرف

لابد لنا قبل الخوض في تمييز الشرط المانع من التأجير عن شرط المنع من التصرف التوقف قليلاً عند مفهوم شرط المنع من التصرف بغية معرفة معناه وعلى ماذا يرد، حتى نتمكن بعد ذلك من إجراء المقارنة فيما بينهما.

لا خلاف في ان حق الملكية هو الحق العيني الأصلي والرئيسي من بين الحقوق العينية الأخرى، وذلك لما يخوله للمالك من سلطات تمكنه من استعمال حقه واستغلاله والتصرف فيه على النحو الذي يراه مناسباً لتحقيق ما يريد من أهداف إشباعاً لحاجاته^(x).

و تعد سلطة التصرف في الشيء المملوك من أهم السلطات الممنوحة للمالك وهي في ذات الوقت أهم ما يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأخرى^(xi). غير انه قد يرد على حق الملكية قيد يمنع أو يحرم المالك من سلطة التصرف في ما يملكه لفترة زمنية محددة، ويسمى هذا القيد ب(شرط المنع من التصرف).

الموافقة للمستأجر في التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار إلا لسبب مشروع، فلا يمكن التمسك بالشرط إذا لم تكن للمؤجر مصلحة مشروعة في تنفيذ الشرط^(xxi). كذلك الحال بالنسبة لشرط المنع من التصرف إذ يشترط لصحته ان يكون الباعث منه مشروعاً، أي ان تكون هنالك مصلحة جديّة لدى المشتري تدعو إلى هذا الشرط^(xxii).

4. **كلاهما قابلان للتقييد والإطلاق** : حيث يمكن ان يرد الشرط المانع من التأجير مطلقاً فينصرف اثره إلى منع المستأجر من التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن بالنسبة لكل الناس دون استثناء وفي كل المأجور، ويمكن ان يرد الشرط مقيداً أي ان ينصب هذا المنع على جزء من المأجور أو على مستأجر معين دون غيره^(xxiii). كذلك الحال بالنسبة لشرط المنع من التصرف فهو الآخر أما يكون مطلقاً فيشمل المنع كل انواع التصرفات أو قد يكون مقيداً فيرد المنع على تصرف معين^(xxiv).

ثانياً : أوجه الاختلاف بين الشرطين :

1. **كلاهما يختلف عن الآخر من حيث مصدر الشرط** : ذلك ان مصدر الشرط المانع من التأجير هو الاتفاق دائماً ويعود ذلك إلى ان عقد الإيجار هو عقد اتفاقي وان هذا الشرط لا يتم الا باتفاق العاقدين المؤجر والمستأجر^(xxv). أما شرط المنع من التصرف فان مصدره أما ان يكون الاتفاق أو الارادة المنفردة، كعقد البيع أو الهبة مثلاً أو الوصية^(xxvi).
2. **كلاهما يختلف عن الآخر من حيث محل الحق الذي يرد عليه الشرط** : ذلك ان الشرط المانع هو قيد يرد في عقد الإيجار والذي يمثل حقاً شخصياً^(xxvii)، أما شرط المنع من التصرف فهو قيد يرد على حق الملكية والذي يعد حقاً عينياً^(xxviii).
3. **كلاهما يختلف عن الآخر من حيث الجزاء المترتب على الإخلال بالشرط أو إمكانية تعطيله**: فجزاء الإخلال بالشرط المانع هو أما التنفيذ العيني أو الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى وقد يصار إلى التعويض وحده وكذلك بالإمكان تعطيل الشرط المانع في حالات معينة^(xxix). أما جزاء الإخلال بشرط المنع من التصرف فهو بطلان التصرف لعدم قابلية المحل للتصرف به ولا مجال لتعطيل شرط المنع من التصرف^(xxx).

ويمكن تعريف شرط المنع من التصرف بأنه : شرط به يشترط المالك (المتصرف) على من تنتقل إليه ملكية الشيء (المتصرف إليه) بأن لا يتصرف فيه مدة زمنية معينة^(xii). كما يعرف بأنه : قيد إرادي يرد على حق الملكية يجعل المالك ممنوعاً من التصرف في ملكه طوال فترة زمنية معلومة^(xiii)، كما لو اشترط الواهب على الموهوب له عدم التصرف في المال الموهوب ما دام الواهب حياً^(xiv)، أو كما في حالة الشيوخ إذ لا يجوز للشريك في الملكية الشائعة المطالبة بقسمة المال الشائع إذا أئفق الشركاء على إبقاء حالة الشيوخ لمدة زمنية معينة على ان لا تتجاوز مدة خمس سنوات^(xv).

وهو بذلك قيد إرادي يرد على حق الملكية استثناءً من الأصل وهو حرية المالك في التصرف بملكه في ضوء الحدود التي يرسمها القانون، وقد يراد منه تحقيق مصلحة المشتري المتصرف أو المتصرف إليه بشرط الا يكون ذلك الشرط مؤبداً وأن يكون الباعث منه مشروعاً^(xvi).

وفي ضوء ما تقدم ولغرض التمييز بين الشرط المانع من التأجير وشرط المنع من التصرف نعرض أوجه الشبه والاختلاف بينهما وعلى النحو الآتي :

أولاً : أوجه الشبه بين الشرطين :

1. **كلاهما يتسمان بالصفة الاستثنائية** : حيث يعتبر كل من الشرط المانع من التأجير وشرط المنع من التصرف مقررین خلافاً لما تقضي به القواعد العامة، فالأصل ان للمستأجر حقاً شخصياً بمقتضى عقد الإيجار يخوله امكانية الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار^(xvii)، كذلك الحال بالنسبة لشرط المنع من التصرف، فالأصل ان المالك يتمتع بسلطة التصرف والاستعمال والاستغلال فيستطيع التصرف في ملكه بكافة تصرفات الملاك^(xviii).
2. **كلاهما يتصفان بصفة التاقية** : يعتبر عقد الإيجار من العقود الزمنية والذي ينتهي بانتهاء مدته فلا يجوز ان يكون مؤبداً، وتبعاً لذلك فان شرط المنع من التأجير ينتهي حتماً بانتهاء عقد الإيجار المبرم بين المؤجر والمستأجر^(xix). كذلك الحال بالنسبة لشرط المنع من التصرف حيث يشترط لصحته ان يكون لمدة معقولة، فأن كان الشرط مؤبداً أو مؤقتاً تأقيتاً غير معقول كان الشرط باطلاً وان كان الباعث منه مشروعاً وتكون هذه المدة معقولة حتى لو أستغرقت حياة المتصرف أو المتصرف إليه أو الغير، فلا يصح تأييد هذا الشرط^(xx).
3. **كلاهما يستلزمان وجود سبب مشروع لصحة الشرط** : ففي شرط المنع من التأجير لايجوز للمؤجر ان يمتنع عن منح

المطلب الثاني**نطاق الشرط المانع من التأجير وصوره**

ان للشرط المانع من التأجير نطاق معين يتحدد في التنازل عن الإيجار والإيجار من الباطن، كما ان لهذا الشرط صور عدة يمكن ان يظهر بها عند اقتارانه بعقد الإيجار، ولغرض الإحاطة بهذه التفاصيل سنتناول في هذا المطلب بحث نطاق الشرط المانع من التأجير في فرع أول، وصور الشرط المانع من التأجير في فرع ثانٍ وكما يلي :

الفرع الأول**نطاق الشرط المانع من التأجير**

من المقرر بأن حق المستأجر حق شخصي، ويكتف بأنه منقول سواء كان المأجور عقاراً أم منقولاً لان عقد الإيجار لايلزم المؤجر بنقل ملكية المأجور إلى المستأجر، بل يقتصر على إلزام المؤجر بتسليم المأجور خالياً من الشواغر وتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور وفقاً للاتفاق أو كما أعد له المأجور أو كما يقضي به العرف^(xxxii).

ويترتب على اعتبار المستأجر بوصفه صاحب حق شخصي، وباعتبار ان حقه منقولاً ذو قيمة مالية ان له الحق في مباشرة جميع التصرفات القانونية الجائزة طبقاً للقواعد العامة، ومن ثم فانه بالإمكان بيع حق المستأجر أو هبته أو المقايضة عليه، ويجوز رهنه رهنأً حيازياً، كما يجوز التصرف فيه بتأجيله إلى الغير، وبصفة عامة يمكن ان ترد عليه كافة التصرفات القانونية التي ترد على الحقوق المالية. ومن هذه التصرفات النزول عن حقه في الإيجار للغير عن كامل المدة أو بعضها وبعوض أو بدونه وهذا ما يسمى بـ "التنازل عن الإيجار" أو ان يؤجر المأجور إلى مستأجر آخر وهذا ما يسمى بـ "الإيجار من الباطن"^(xxxiii).

والشرط المانع ينصرف إلى منع رخصة التصرف المذكورة من خلال تضمين عقد الإيجار المبرم بين طرفيه شرط يتضمن حرمان المستأجر بصفة مطلقة أو مقيدة من النزول عن الإيجار أو التأجير من الباطن أو كلا الحالتين.

ان القاعدة العامة في القانون المدني العراقي هي جواز الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار مالم يقض الاتفاق او العرف بخلاف ذلك، ومالم تكن شخصية المستأجر محل اعتبار، حيث تنص المادة (775) من القانون المدني بأنه "للمستأجر ان يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول، وله كذلك ان يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره".

والحكمة من هذا النص ان الإيجار في الأصل ليس من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي للمستأجر فلا فرق بالنسبة للمؤجر بين استلام الأجرة من المستأجر الأصلي أو من المستأجر من الباطن أو المتنازل إليه. كذلك فان هذه التصرفات من شأنها ان تزيد من الضمانات المقررة لصالح المؤجر لان المستأجر من الباطن أو المتنازل إليه سيصبحان ملتزمان قبل المؤجر إلى جانب المستأجر الأصلي^(xxxiii). غير ان لايمكن أعمال هذه القاعدة متى كانت شخصية المستأجر محل اعتبار في العقد، كما هو الحال في عقود المزارعة حيث لايجوز للمستأجر طبقاً للمادة (810) من القانون المدني العراقي ان يؤجر الارض إلى غيره أو ان يتنازل عن الإيجار الا برضا صاحب الارض.

وإذا كانت القاعدة المقررة في القانون المدني هي جواز التنازل أو الإيجار من الباطن مالم يوجد شرط مانع يحول دون ذلك فان الأمر على العكس من ذلك في قوانين الإيجار الخاصة كقانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979 المعدل، حيث جعل من القاعدة المنصوص عليها في المادة (775) من القانون المدني استثناء ومن الاستثناء قاعدة، حيث تنص المادة (11) منه بأنه : "يحظر الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كلاً أو جزءاً إلا إذا اتفق الطرفان تحريراً على خلاف ذلك".

فالأصل هنا هو عدم جواز الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار والاستثناء هو الجواز شرط ان يتفق الطرفان تحريراً على ذلك وبالتالي فكل اتفاق شفوي بين المؤجر والمستأجر يرد حول هذا الخصوص لايعتد به ويعتبر كان لم يكن^(xxxiv). وبذلك يكون المشرع العراقي قد وضع حداً لاستغلال المستأجرين حاجة الاشخاص الذين يستأجرون من الباطن وخاصة طالب إستئجار الغرف المعدة للسكنى، ووضع حداً لإثراء المستأجر الأول على حساب المؤجر بدون وجه حق فالغالب ان يكون ببديل إيجار اكبر من المتفق عليه بين المؤجر والمستأجر الأصلي^(xxxv).

وبسبب عدم إدراك أكثر الناس للفروق بين الإيجار من الباطن والتنازل عن الإيجار ذهب المشرع إلى النص صراحة في المادة (761) من القانون المدني إلى ان : "منع المستأجر من ان يؤجر للغير يقتضي منعه من التنازل عن الإيجار وكذلك العكس".

ويتفق المشرع المصري مع المشرع العراقي على ان الأصل العام هو حق المستأجر في التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، وان الاستثناء هو منع التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن في ظل القانون المدني^(xxxvi)، أما في ظل قانون إيجار الاماكن فان الأمر على العكس حيث جعل من القاعدة استثناء ومن الاستثناء

تركه للغير بقصد الاستغناء عنه نهائياً..". وان موقف المشرع العراقي جدير بالتأييد لافراده نصين مستقلين لهذا الشرط، الاول يقرر الشرط المانع، والثاني يقرر الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع.

الفرع الثاني

صور الشرط المانع من التأجير

ان للشرط المانع من التأجير صور مختلفة، فلا يرد في الغالب في صورة نمطية واحدة بل يمكن ان يرد في عدة صور، فهو أما ان يرد صراحةً في العقد أو ان يرد ضمناً، وأما ان يرد مطلقاً دون قيد أو شرط أو ان يرد مقيداً، واخيراً فقد يرد الشرط كلياً في بعض الأحيان وقد يرد جزئياً في أحيان أخرى وعلى النحو الآتي :

أولاً : الشرط المانع الصريح والشرط المانع الضمني :

يمكن ان يتفق المؤجر والمستأجر في عقد الإيجار على عدم جواز التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن بموجب شرط صريح قاطع الدلالة يرد في العقد، ويمكن ان يستفاد هذا المنع ضمناً من العقد رغم عدم الاتفاق عليه صراحةً.

فالشرط المانع الصريح هو الذي يكون قاطعاً في دلالته وذلك بان يضع المؤجر بنداً في عقد الإيجار يشترط فيه على المستأجر عدم جواز التصرف بالعين المستأجرة إلى الغير سواء بالإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار، وفي هذه الحالة يجب ان يكون الشرط المانع واضحاً في دلالته.

أما الشرط المانع الضمني فهو الشرط الذي لا يرد في عقد الإيجار صراحةً وانما يستخلص من ظروف التعاقد مادامت تلك الظروف قاطعة في ذلك كما لو كانت شخصية المستأجر محل اعتبار لدى المؤجر، كمن يؤجر عيادة لطبيب مشهور أو مكتب لمحام مشهور فإن ظروف التعاقد تفترض ان المؤجر قد راعى شخص المستأجر عند ابرامه لعقد الإيجار، وبالتالي فلا يجوز لهذا الاخير ان يؤجر من الباطن أو ان يتنازل عن الإيجار حتى لو لم يكن منصوصاً صراحةً على المنع في العقد^(xxxviii) ومثال ذلك أيضاً عقد المزارعة إذ لايجوز للمستأجر التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن إلا برضا المؤجر، لان عقد المزارعة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي التي يراعى فيها شخص المزارع^(xxxix).

ثانياً : الشرط المانع المطلق والشرط المانع المقيد :

إذا كان الشرط المانع من التأجير يمكن ان يرد صراحةً في العقد أو ان يستفاد ضمناً منه فهو أما ان يرد مطلقاً أو مقيداً.

قاعدة، وبالرغم من هذا الاتفاق نجد ان هنالك اختلاف في بعض الجوانب بين القانونين لعل أهمها :

أولاً : ان المشرع العراقي قد تولى تحديد الوقت الذي يجوز فيه للمستأجر استعمال حق التأجير أو التنازل بينما سكت المشرع المصري عن بيان ذلك^(xxxvii)، وموقف المشرع العراقي هذا جدير بالتأييد، ذلك ان عقد الإيجار من العقود الرضائية والتي تتعقد بمجرد التراضي ولا يشترط فيها القبض، فيكون للمستأجر حق التنازل عن عقد الإيجار أو الإيجار من الباطن قبل وبعد استلامه للعين المؤجرة، أما التسليم فهو إلتزام يقع على عاتق المؤجر بمقتضى عقد الإيجار، وبهذا يكون المشرع العراقي قد ازال الشك والغموض في هذا الخصوص.

ثانياً : نص المشرع العراقي صراحةً بأن التنازل عن الإيجار والتأجير من الباطن يرد على العين المؤجرة عقاراً كانت ام منقولاً وهو تأكيد لمتقضى القواعد العامة، أما المشرع المصري فلم يتولى الإشارة إلى ذلك صراحةً والظاهر انه قد اكتفى بما تقرره القواعد العامة من جواز ذلك.

ثالثاً : ان المشرع العراقي قد اورد في المادة (1/775) من القانون المدني عبارة (مالم يقض الاتفاق او العرف بغيره)، في حين ان المشرع المصري في المادة (593) من القانون المدني قد أكتفى بعبارة (مالم يقض الاتفاق بغير ذلك)، فيكون المشرع العراقي قد أضاف (العرف) كمانع من التنازل بالإضافة إلى (الاتفاق) فلو قضى العرف بعدم جواز التنازل عن الإيجار لما نفذ. ونحن نفضل النص المصري على النص العراقي وندعو المشرع إلى رفع كلمة (العرف) من المادة (775) لأن من غير المتصور ان يقضي العرف بمنع الإيجار من الباطن أو التنازل عنه لكونه يمثل التصرف الغالب في المجتمع العراقي.

رابعاً : تولى المشرع العراقي تكريس هذا الشرط الاستثنائي كأصل عام في ظل قانون إيجار العقار بنص صريح في المادة (11) منه حيث جاء فيها "يحظر الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كلاً أو جزءاً إلا إذا اتفق الطرفان تحريراً على خلاف ذلك"، ثم قرر الجزاء المترتب على مخالفة هذا الشرط في المادة (17/ب) والتي جاء فيها بأن من أسباب طلب التخلية "إذا اجر المستأجر المأجور أو تنازل عن الإيجار كلاً أو جزءاً...."، في حين ان المشرع المصري لم يتولى تكريس هذا الشرط الاستثنائي كأصل عام بنص صريح في قانون إيجار الاماكن وانما أشار إليه ضمناً في المادة (18/ج) والمتعلقة بأسباب التخلية حيث جاء فيها "إذا ثبت ان المستأجر قد تنازل عن المكان المؤجر أو أجره من الباطن بغير اذن كتابي صريح من المالك للمستأجر الاصيل أو

للمؤجر التمسك بالشرط المانع إذا لم تكن له مصلحة في تنفيذه وترتب على المنع ضرر كبير بالمستأجر، فإذا تعنت المؤجر بأستعمال حقه بالرغم من انه يمكن للقاضي ان يجيز للمستأجر التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن^(xliv).
ونرى ان المشرع العراقي كان موفقاً بإيراده نصاً صريحاً بذلك، منعاً لأي خلاف يمكن ان ينشأ بهذا الخصوص.

ثالثاً : الشرط المانع الكلي والشرط المانع الجزئي :

يمكن ان يرد الشرط المانع من التأجير كلياً من دون تحديد، كما يمكن ان يرد جزئياً والمقصود بالشرط المانع الكلي هو الشرط الذي يرد على كل العين المؤجرة وبالنسبة لجميع الأشخاص ويكون بمقتضاه عدم أستطاعة المستأجر من تأجير كل العين من الباطن أو النزول الكلي عن عقد الإيجار إلى الغير.

في حين يراد بالشرط المانع الجزئي هو الشرط الذي ينصب على جزء من العين المؤجرة أو بعض الأشخاص المحددين دون غيرهم ويترتب على هذا الشرط إمكانية المستأجر من التأجير أو التنازل عن الجزء الذي لم يرد عليه الحظر أو التأجير أو التنازل للأشخاص الذين لم يرد عليهم الحظر^(xlv).

ومتى وقع خلاف حول ما إذا كان الشرط المانع كلياً أو جزئياً وتعذر على الأطراف اثبات ذلك فإن الرأي الراجح يذهب إلى ان الشرط المانع يقصد منه المنع الكلي والجزئي على حد سواء، والا أصبح من الممكن التهرب من المنع الكلي عن طريق عدة تصرفات جزئية^(xlvi).

وقد يثار التساؤل حول مدى إمكانية المستأجر بالرغم من وجود الشرط المانع من التأجير أن يستعين بشريك معه لإدارة المأجور أو ان يعهد به إلى نائب عنه لإستغلاله أو أن يستضيف قريباً أو صديقاً أو ان يكون له الحق في إعارته أو ان يعهد به إلى خادم أو حارس أثناء فترة غيابه.

يرى الرأي الراجح من الفقه^(xlvii) إلى ان الشرط المانع من الإيجار أو التنازل عنه سواء ورد صريحاً ام ضمناً، مطلقاً ام مقيداً، كلياً ام جزئياً، فلا يجوز التوسع في تفسيره ولا بد من التزام المعنى الحقيقي الذي اتجهت إليه إرادة العاقدين بصرف النظر عن سعة هذا المدى وضيقه فإذا ورد في شرط المنع جميع التصرفات وجب حمل النص على إطلاقه أي بطلان جميع تصرفات المستأجر أما إذا ورد الشرط على المنع من الإيجار أو التنازل عنه فان ذلك لايشمل التصرفات الاخرى. وبالتالي يجوز للمستأجر بالرغم من وجود الشرط المانع، ان يدخل معه شركاء في استغلال العين المؤجرة ما داموا غير مستأجرين من الباطن، وله كذلك ان يسكن

والشرط المانع من التأجير المطلق هو ذلك الشرط الذي يحظر على المستأجر التصرف بالعين محل العقد سواء بالتنازل عن حقه في الإيجار أو بإجارته من الباطن وبأي شكل من الأشكال حتى ولو لم يلحق بالمؤجر أي ضرر من ذلك. و يترتب على هذا الشرط ان للمؤجر الإمتناع عن الموافقة أو أجازة التصرف بغض النظر عن الأسباب التي تدفعه إلى الرفض ودون ان يعتبر امتناعه هذا تعسفاً في أستعمال الحق، ويجب على المستأجر ان يتقيد بتنفيذ هذا الشرط بدقة وان لا يخالفه^(xli).

أما الشرط المانع من التأجير المقيد فهو ذلك الشرط الذي يتقيد فيه حق المستأجر في التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن بقيد ما يضعه المؤجر، كان يقيد بوجوب الحصول على موافقة مسبقة من المؤجر على القيام بالتنازل أو التأجير من الباطن، أو يقيد بوجوب زيادة الأجرة في حال قيام المستأجر بالتنازل أو التأجير من الباطن، أو يقيد بعدم التنازل أو التأجير لشخص يمارس حرفة معينة. ففي هذه الأحوال لا يمنع المؤجر المستأجر مطلقاً من التنازل أو التأجير من الباطن وانما يقيد حقه في ذلك بأي من القيود السابقة^(xlii).

على انه إذا كان الشرط المانع مرتبطاً بإرادة المؤجر، فلا يجوز للمؤجر في هذه الحالة ان يمتنع عن الموافقة من التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار إلا لسبب مشروع، وبالعكس ذلك يعتبر المؤجر متعسفاً في استعمال هذا الحق، فإذا تعذر على المستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة بنفسه واضطر إلى إيجارها من الباطن فلا يجوز للمؤجر ان يتمسك بالشرط المانع إذا لم تكن له مصلحة في تنفيذه كأن يكون المستأجر الجديد في حالة يسار ويعادل من الناحية المادية مركز المستأجر السابق. وفي حالة تعنت المؤجر للقاضي ان يرخص المستأجر في الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار رغم وجود الشرط المانع^(xliii).

ومما يمكن ملاحظته ان المشرع العراقي قد اخذ بفكرة الشرط المانع المطلق في المادة (6) من قانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979 دون شرط أو قيد، في حين اشترط في المادة (2/775) من القانون المدني ضرورة وجود السبب المشروع فلا يمكن للمؤجر في ظل احكام القانون المدني الامتناع عن منح الموافقة أو التمسك بالشرط المانع مالم يكن له مصلحة مشروعة من تنفيذ هذا الشرط وبالعكس ذلك فانه يعتبر متعسفاً في استعمال حقه.

ولا يختلف موقف المشرع المصري على الرغم من عدم إيراده نصاً صريحاً بذلك كما فعل المشرع العراقي في المادة (2/775) من القانون المدني، ذلك ان المشرع المصري قد قرر بنص خاص^(xliiii) مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق، وبالتالي فلا يجوز

للشرط المانع، في المطلب الثالث التعطيل القانوني للشرط المانع وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول

التعطيل الإرادي للشرط المانع من التأجير

(تنازل المؤجر عن الشرط المانع)

الشرط المانع يوضع لمصلحة المؤجر والقاعدة المقررة في هذا الصدد ان لكل صاحب مصلحة ان ينزل عنها مادام ذلك لا يمس النظام العام، ومن ثم فان للمؤجر ان ينزل عن الشرط المانع سواء اكان مطلقاً أم مقيداً، فيتحلل بذلك المستأجر من هذا الشرط ويكون له الحق في الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار، وهذا التنازل أما ان يكون صريحاً وأما ان يكون ضمناً^(xlix).

والتنازل الصريح يجب ان يكون بموجب تصريح كتابي كما اشترط المؤجر أو بما يقوم مقام الكتابة من يمين أو اقرار، أما التنازل الضمني فهو الذي يستدل عليه من ظروف الحال كان يقبض الأجرة من المستأجر من الباطن أو من المتنازل له عن الإيجار أو ان يطالبه بها، ومن الدلائل الضمنية أيضاً سكوت المؤجر مدة طويلة عن الاعتراض رغم وجود الشرط فيحمل سكوته على انه تنازلاً ضمناً عن الشرط المانع وليس له بعد ذلك طلب فسخ الإجارة لهذا السبب^(l).

ويجوز ان يكون التنازل ضمناً حتى لو اشترط المؤجر ان يكون التنازل بالكتابة ذلك ان الكتابة انما اشترطها المؤجر لاثبات التنازل لا لصحته، فإذا تنازل المؤجر ضمناً بدون كتابة كان التنازل صحيحاً، وعلى المستأجر ان يثبت هذا التنازل الضمني بأثبات الوقائع المادية التي يستخلص منها، وله ان يثبت هذه الوقائع بجميع طرق الاثبات.

وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض المصرية " بأنه لايجوز للمستأجر ان يؤجر العين المؤجرة من الباطن أو ان يتنازل عن عقد الإيجار بغير إذن كتابي صريح من المالك، إلا انه لما كان هذا المنع حقاً مقررراً للمؤجر، فيجوز له النزول عنه صراحة أو ضمناً وليس له بعد النزول فسخ الإجارة بسببه"⁽ⁱⁱ⁾.

وقد يكون التنازل عن الشرط المانع تنازلاً مطلقاً أو قد يكون تنازلاً جزئياً بخصوص تصرف معين بالذات أو في خصوص شخص بالذات، وفي هذه الحالة لايجوز للمستأجر ان يعود إلى التنازل أو الإيجار من الباطن في تصرف آخر أو لشخص آخر⁽ⁱⁱⁱ⁾.

ولاشك في ان التنازل الصريح من جانب المؤجر يسد باب النزاع ويحقق مصالح جميع الأطراف فيكون من الأجدر للمستأجر ان يسعى للحصول على تصريح كتابي بتنازل المؤجر عن الشرط المانع.

صديقاً له دون ان يكون مستأجراً من الباطن، وللمستأجر أيضاً ان يعير العين المؤجرة، لان الاعارة ليست إيجاراً من الباطن ولا تنازلاً عن الإيجار على ان لا تستغرق مدة الاعارة مدة الإيجار الأصلي وعلى ان لاينزل المستعير عن استعمال العين للغير ولو على سبيل التبرع، فكل ما تقدم من صور لاتعد مخالفة للشرط المانع.

وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة استئناف كركوك في السليمانية بصفتها التمييزية " بأن الابن يعتبر مستأجراً بحكم القانون ولا يعد والده متنازلاً له إذا كانا ساكني الدار قبل ان يتزوج الأبن وان لم يتفق الابن مع المدعي (المؤجر) في عقد الإيجار"^(xlvi).

المبحث الثاني

أحكام الشرط المانع من التأجير

لما كان الشرط المانع من التأجير قيداً إرادياً يرد على حرية المستأجر في التصرف بحقه الناشئ عن عقد الإيجار، فان مقتضى ذلك بأنه متى اقترن عقد الإيجار بالشرط المانع توجب على المستأجر الالتزام به طبقاً لمبدأ حسن النية في تنفيذ الالتزامات التعاقدية والامتناع عن التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار، غير ان هنالك عوارض قد تطرأ على هذا الشرط بعد إبرام العقد من شأنها ان تحول دون إستمرارية فاعلية الشرط المانع، أما بسبب تنازل المؤجر عنه بعد إشرطه أو لصدور حكم قضائي أو وجود نص قانوني يقضي بتعطيل الشرط المانع وجعله عديم الأثر.

فإذا ما استمرت فاعلية الشرط دون تعطيل وقام المستأجر رغم وجود الشرط المانع من التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن، كان عرضة للجزاء المقررة لحماية المؤجر من ذلك الإخلال، ولغرض الإحاطة بأحكام الشرط المانع فقد إرتأينا ان نتناول في هذا المبحث تعطيل الشرط المانع من التأجير في مطلب أول، والجزاء المترتب على الإخلال بالشرط المانع من التأجير في مطلب ثانٍ وكما يلي :

المطلب الأول

تعطيل الشرط المانع من التأجير

الشرط المانع من التأجير مقرر لمصلحة المؤجر فله التمسك به وله النزول عنه بإرادته المنفردة صراحة أو ضمناً، وقد يتعطل هذا الشرط بشكل إرادي أو بموجب حكم قضائي أو بقوة القانون. وستتناول في هذا المطلب دراسة حالات تعطل الشرط المانع من التأجير وذلك في ثلاثة افرع، نتناول في الفرع الأول التعطيل الإرادي للشرط المانع، وفي المطلب الثاني التعطيل القضائي

هذا الاخير ضماناً كافياً وعلى ان لا يلحق المؤجر من جراء ذلك ضرراً محققاً. واشترط المشرع توافر ثلاثة شروط للعمل بنص هذه المادة :

الشرط الأول : ان يشتمل المأجور على متجر أو مصنع، ويستوي ان يكون مالك العقار هو من انشأ المتجر أو المصنع أو قام شخص آخر غيره بذلك، ويشمل جميع انواع المتاجر والمصانع سواء كان المصنع كبيراً فيه الأت ضخمة وعدد كبير من العمال أو صغيراً يباشر فيه المستأجر بنفسه صناعة يدوية، وسواء كان المتجر كبيراً ام حائوتاً صغيراً^(lvi).

الشرط الثاني : ان يقدم المشتري ضماناً كافياً للمؤجر، ولم يشترط المشرع ان يكون هذا الضمان من التأمينات العينية، بل يصح ان يكون تأميناً شخصياً وعلى ذلك يجوز ان يقدم المشتري للمؤجر شيئاً يرتهنه رهناً تأمينياً أو حيازياً أو ان يقدم له كفيلاً يتعهد بالوفاء لالتزامه إذ لم يف هو به، وتقدير كفاية الضمان امر يخضع لسلطة القاضي التقديرية^(lvii).

الشرط الثالث : الا يترتب على التنازل عن الإيجار ضرر محقق يصيب المؤجر، كأن يكون المشتري سيء السمعة لا تتوفر فيه الاعتبارات التي راعاها المؤجر في شخص المستأجر، أو ان يؤدي هذا البيع إلى منافسة المؤجر في مهنته سواء كانت هذه المنافسة مشروعة أو غير مشروعة، ويقع على المؤجر عبء اثبات وقوع الضرر ، ويتولى قاضي الموضوع تقدير الضرر^(lviii). ومتى توافرت هذه الشروط، فانه لا يتحتم على القاضي الحكم بصحة التنازل عن الإيجار، بل ان الأمر جوازي متروك لسلطته التقديرية، على انه إذا قرر القاضي تعطيل الشرط المانع فلا يجوز للمؤجر في حالة ما إذا تصرف المستأجر بحقه ببيع المصنع أو المتجر ان يعترض على هذا التصرف كأقامة دعوى التخلية، أو فسخ العقد لعدم فاعلية الشرط المانع من التأجير بحكم القضاء.

جدير بالإشارة إلى ان المشرع العراقي لم يشترط ان يكون المستأجر مضطراً لبيع المصنع أو المتجر بل جعل ذلك متروكاً لمحض إرادته^(lix) خلافاً لموقف المشرع المصري والذي اشترط إضافة إلى الشروط الثلاث المتقدم ذكرها، ان تكون هنالك ضرورة تدفع البائع إلى بيع المصنع أو المتجر حتى تحكم المحكمة بتعطيل الشرط المانع كأن يموت المستأجر ويعجز الورثة عن إدارة المصنع فيضطرون إلى بيعه أو افلاس المستأجر فيبيع المتجر مجبراً أو مرضه الذي يقعه عن مباشرة عمله^(lx)، حيث نصت المادة (2/594) من القانون المدني المصري بأنه : (..... ومع ذلك إذا كان الأمر خاصاً بإيجار عقار انشأ به مصنع أو متجر واقتضت الضرورة ان يبيع المستأجر هذا المصنع أو المتجر، جاز للمحكمة

ومتى تنازل المؤجر عن الشرط المانع من التأجير، سواء كان تنازله صريحاً أو ضمنياً اعتبر ذلك بمثابة تعديل أتفاقي لشروط العقد، ولا مانع من ان يتنازل المؤجر عن الشرط المانع قبل تصرف المؤجر في حقه بالتنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن أو بعد انعقادها حتى لو كان الشرط المانع يقضي بضرورة الحصول على موافقة المؤجر قبل تصرف المستأجر في حقه للغير. وإذا تنازل المؤجر عن الشرط المانع لم يجز له الرجوع بعد ذلك عن تنازله سواء حصل التنازل قبل مخالفة المستأجر للشرط المانع أو بعد مخالفته إياه^(liii).

ويلاحظ ان الأحكام المتقدم ذكرها تستند إلى القواعد العامة فلم يرد بخصوصها نص ضمن أحكام عقد الإيجار في القانون المدني أو القوانين الخاصة بالإيجار سواء كان ذلك في القانون العراقي أو القانون المصري.

الفرع الثاني

التعطيل القضائي للشرط المانع من التأجير

(بيع المتجر أو المصنع)

يجوز للمحكمة تعطيل الشرط المانع من التأجير في حالة بيع المتجر أو المصنع وبقاء الإيجار للمشتري، فيكون للمستأجر التنازل عن الإيجار للغير بالرغم من وجود الشرط المانع من التأجير، وبالرغم من عدم تنازل المؤجر عن هذا الشرط صراحةً أو ضمناً، متى اراد المستأجر بيع المصنع أو المتجر الذي انشئ في العين المؤجرة وسواء أكان من انشأه مالك العقار أو شخص آخر غيره^(liv).

وقد نصت المادة (2/761) من القانون المدني العراقي بأنه : (إذا كان المأجور عقاراً انشئ فيه مصنع أو متجر وأراد المستأجر ان يبيع الشيء المنشأ جاز للمحكمة بالرغم من وجود القيد المانع ان تحكم بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق).

وتكمن الحكمة من وراء هذا النص هو تسهيل بيع المصانع أو المتاجر، فقد لا يرضى المشتري ان يقدم على الشراء دون حلوله محل المستأجر الأصلي، خصوصاً اذا كان المكان قريباً وملائماً، بالإضافة إلى ان هذا الإجراء سوف لا يفقده زبائنه وعملاء المصنع أو المحل التجاري^(lv). ولأجل ذلك أجاز المشرع العراقي للمحكمة ان تحكم بتعطيل الشرط المانع في حالة قيام المستأجر بإرادته ببيع المصنع أو المتجر الذي انشئ في العين المؤجرة وعند ذلك يتم تحويل العلاقة العقدية بالنسبة للعقار المأجور من المستأجر بائع المصنع أو المتجر إلى مشتري المصنع أو المتجر بشرط ان يقدم

قوانينه الخاصة تقضي بتعطيل الشرط المانع من التأجير وإباحة الرخصة للمستأجر بحكم القانون، لاسيما فيما يخص بعض الانشطة المهنية والخدمية، مثال ذلك ما جاء في المادة (2/55) من قانون المحاماة رقم 17 لسنة 1983 بأنه "يجوز للمحامي أو ورثته التنازل عن حق إيجار مكتب المحاماة لمزاولة مهنة حرة أو حرفة غير مقلقة للراحة أو مضرة بالصحة"، وكذلك ما جاء في المادة (5) من القانون رقم 51 لسنة 1981 المعدل بشأن تنظيم المنشآت الطبية والتي تنص على انه : " يجوز لمستأجر المنشأة الطبية ولورثته من بعده التنازل عنها لطبيب مرخص له لمزاولة المهنة و في جميع الأحوال يلتزم المؤجر بتحرير عقد إيجار لمن لهم الحق في الاستمرار بشغل العين"

إذ تقرر هذا النصوص امكانية التنازل عن الإيجار رغم وجود الشرط المانع، حيث تشكل استثناءً مقررًا بحكم القانون يرد على الشرط المانع من التأجير من شأنه تعطيل فاعليه هذا الشرط، كما انها تعد استثناء من حظر التنازل عن الإيجار بغير إذن كتابي صريح من المؤجر.

وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض المصرية " بأنه من المقرر ان مفاد نص المادتين الأولى والخامسة من القانون 51 لسنة 1981 الخاص بتنظيم المنشآت الطبية ان لمستأجر المنشأة الطبية ولورثته من بعده التنازل عنها في أي وقت لطبيب، وينتج هذا التنازل أثره في حق المؤجر فيظل عقد إيجار المنشأة قائماً ومستمراً لصالح المتنازل إليه تغليباً للصالح العام على المصلحة الخاصة للمؤجر، إذ حرص المشرع على الإبقاء على المنشآت الطبية حتى لا يتأثر نشاطها بوفاة صاحبها أو تنازله عنها لكي تستمر في أداء الخدمات الطبية للمواطنين والنهوض بمهنة الطب"^(lxiii).

على ان الإجازة القانونية هنا قاصرة على حالة التنازل عن الإيجار فلا تمتد إلى الإيجار من الباطن، لان ما رود بالنص هو استثناء من الشرط المانع فلا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره، وتتمثل الحكمة من هذا الاستثناء الحرص على إستمرارية وبقاء المنشآت الطبية وغيرها من المنشآت الخدمية والمهنية حتى لا يتأثر نشاطها بوفاة شاغلها أو تنازله عنها لكي تستمر في تقديم خدماتها للجمهور^(lxiv). وبذلك يكون المشرع المصري قد حقق الموازنة بين مصلحة المؤجر والمستأجر علاوة على تحقيق المصلحة العامة.

ولغرض الحفاظ على استمرارية بعض الانشطة الخدمية والمهنية نوصي المشرع العراقي بتشريع قانون يقضي بتعطيل الشرط المانع في حالة وجوده متى كان المستأجر يمارس احد الانشطة الخدمية أو المهنية المتعلقة بالمصلحة العامة والضرورية مثل

بالرغم من وجود الشرط المانع ان تقضي بإبقاء الإيجار إذا قدم المشتري ضماناً كافياً ولم يلحق المؤجر من ذلك ضرر محقق). وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة النقض المصرية " بأنه من المقرر ان المشرع قد استثنى من أثر الشرط المانع من النزول عن الإيجار حالة البيع الاضطراري للمتجر أو المصنع المنشأ في العين المؤجرة، وأجاز للمحكمة إبقاء الإيجار لمشتري المتجر أو المصنع رغم وجود الشرط الصريح في عقد الإيجار الذي يحرم التنازل عنه للغير متى توافرت الشروط الواردة بالمادة سالفه البيان"^(lxi). وتتفق مع موقف المشرع العراقي بعدم اشتراط الضرورة لبيع المصنع أو المتجر حتى يتم تعطيل الشرط المانع، ذلك لانه من الصعوبة وضع معيار واضح ومحدد للضرورة التي تقتضي بيع المصنع أو المتجر، وإن المستأجر لما اقدم على بيع المصنع أو المتجر لولا وجود ضرورة تستدعي ذلك، وفي جميع الاحوال فإن المسألة متروكة لتقدير القضاء سواء تم اشتراط الضرورة من عدمه.

الفرع الثالث

التعطيل القانوني للشرط المانع من التأجير

قد يتم في بعض الاحوال تعطيل الشرط المانع من التأجير على الرغم من تمسك المؤجر به ودون الحاجة إلى حكم قضائي لاعتبارات معينة راعى فيها المشرع المصلحة العامة والتي من شأنها ان تجعل الشرط المانع من التأجير عديم الجدوى والأثر فلا يمكن للمؤجر التمسك به بالرغم من وجوده في العقد.

ولا يوجد تطبيق لهذه الحالة في ظل التشريع العراقي بعد ان تم إلغاء المادة (12) من قانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979 بموجب المادة (7) من قانون تعديل قانون إيجار العقار رقم 56 لسنة 2000، والتي كانت تنص بأنه : "إذا كان المأجور عقاراً انشئ فيه مصنع وبيع المستأجر المصنع حل المشتري محل المستأجر في عقد الإيجار طبقاً لاحكام هذا القانون".

فقد كان النص يقضي بتعطيل الشرط المانع من التأجير بحكم القانون على حالة بيع المصنع دون المتجر وحلول المشتري محل المستأجر من حيث التمكين من الانتفاع بالمأجور وتحديد مقدار الأجرة وكيفية دفعها واسباب التخلية وغير ذلك من أحكام، فلا يكون للمؤجر الحق في إقامة دعوى التخلية على المشتري وطلب إزالة المصنع، لان القانون لم يعتبر ذلك تنازلاً عن الإيجار ولا إيجاراً من الباطن^(lxii).

أما المشرع المصري فقد تولى تنظيم حالة تعطيل الشرط المانع بموجب القانون، حيث أورد نصوصاً في مواضع متفرقة من

مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق للقانون للأسباب والحيثيات الواردة فيه إذ قضت محكمة بداءة الكراة بتخلية العقار المأجور بناءً على طلب المدعي الذي سبق وان تعاقد مع أمانة بغداد لإستئجار بناية القصر الأبيض لمدة عشر سنوات تبدأ من 2006/5/5 وتنتهي في 2016/5/4 ببديل إيجار سنوي وتم تسديد بدلات الإيجار لغاية 2008/5/4 وان المدعى عليه (المستأجر من الباطن) يشغل الجزء الاخير من البناية بشكل مخالف للقانون موضحاً بأن

البند (3) من عقد الإيجار لا تجيز للطرف الثاني (المستأجر) التنازل عن المأجور كلاً أو جزءاً أو إشراك شخص آخر في الاستئجار ولامتناع المدعى عليه عن تخلية الجزء المشغول من قبله رغم انذاره فأنه يطلب بتخلية الجزء الاخير من البناية، لذا فقد قضت المحكمة بإلزام المدعى عليه بتخلية الجزء المشغول من قبله من بناية القصر الأبيض^(lxvi).

وللمؤجر بالإضافة إلى حقه بإخراج المستأجر من الباطن أو المتنازل له، حق حجز المنقولات الموجودة في المأجور والمحاصيل الزراعية التي وضعها هذا الأخير في العقار المأجور، واستعمال حق الأمتياز عليها بشرط ان يكون المؤجر قد اشترط صراحة على المستأجر عدم التأجير، أما إذا لم يشترط ذلك فلا يثبت حق الامتياز إلا على المبالغ المستحقة للمستأجر الأصلي في ذمة المستأجر منه^(lxvii).

أما إذا كان الشرط المانع مقيداً، كما إذا كان مشروطاً دفع أجرة أعلى عند التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار، فللمؤجر ان يطالب المستأجر بالفرق بين الأجرتين وله في المطالبة بذلك جميع الضمانات التي له بالنسبة إلى الأجرة نفسها من امتياز وحبس^(lxviii).

الفرع الثاني

فسخ عقد الإيجار

يجوز للمؤجر بدلاً من المطالبة بالتنفيذ العيني ان يطالب بفسخ عقد الإيجار الأصلي بناءً على ان المستأجر قد أخل بالتزامه العقدي المترتب في ذمته بمقتضى عقد الإيجار، وتطبيقاً للقواعد العامة فإن المحكمة ليست ملزمة متمماً بإجابة المؤجر إلى ما يطلبه وفسخ عقد الإيجار، وانما تتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال بأجابة طلب الفسخ من عدمه، فيجوز للمحكمة رفض الحكم بالفسخ متى ما وجدت ان المخالفة يسيرة لا تبرر طلب الفسخ والاكتفاء بأخلاء

المستشفيات وعيادات الاطباء والصيديات وذلك عندما يرغب المستأجر صاحب هذه المهن ببيع منشأته للغير وبالتالي انتقال عقد الإيجار إلى المشتري بالرغم من وجود الشرط المانع حفاظاً على استمرارية عمل هذه المنشآت الخدمية.

المطلب الثاني

الجزاء المترتب على مخالفة الشرط المانع من التأجير

إذا وجد الشرط المانع في عقد الإيجار مطلقاً كان أو مقيداً، وجب على المستأجر مراعاته وإلا كان معرضاً للجزاء الذي تقضي به القواعد العامة، فيجوز حينئذ للمؤجر ان يطلب من المستأجر تنفيذ إلتزامه عينياً، وله ان يطلب فسخ عقد الإيجار، وفي الحالتين له ان يطلب تعويضاً عما اصابه من ضرر بسبب مخالفة المستأجر لالتزامه.

الفرع الأول

التنفيذ العيني لعقد الإيجار

إذا قام المستأجر بمخالفة الشرط المانع من التأجير وذلك بالتنازل عن الإيجار للغير أو قيامه بالتأجير من الباطن اعتبر مخالفاً بالتزامه العقدي، ويكون للمؤجر وفقاً للقواعد العامة ان يطالب بالتنفيذ العيني، فإذا كان الشرط المانع مطلقاً أو مقيداً بموافقة المؤجر أو رضاه بالشخص الذي يقدمه المستأجر ولم يصدر من المؤجر الموافقة أو الرضا، فالتنفيذ العيني يكون بإخراج المستأجر من الباطن أو المتنازل له من العين المؤجرة على اعتبار ان تصرف المستأجر قبلهما غير نافذ في حقه وانهما شاغلين للعقار دون سند قانوني، وللمؤجر ان يلجأ إلى قاضي الامور المستعجلة إذا توافرت دواعي الاستعجال^(lxv).

ان مجرد قيام المستأجر بالتنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن على الرغم من وجود شرط صحيح يحظر ذلك من قبل المؤجر يحتم على القاضي إجابة المؤجر على طلبه، وليس للقضاء ان يرفض الحكم بالتنفيذ العيني بحجة عدم وجود ضرر، إلا إذا كان التنفيذ العيني مرهقاً للمستأجر جاز للمحكمة في هذه الحالة ان تستعيب عنه بالزام المستأجر بدفع تعويض نقدي للمؤجر شريطة ان لا يلحق ذلك ضرراً جسيماً به، وهذا ما أشارت إليه المادة (2/264) من القانون المدني العراقي التي تنص بأنه "على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً".

وفي هذا الصدد، فقد قضت محكمة استئناف بغداد - الرصافة الاتحادية بأنه "لدى التدقيق والمداولة وجد بأن الطعن التمييزي

ونلاحظ هنا ان المشرع قد جعل من دعوى الإخلاء للإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار دون إذن المؤجر هي دعوى فسخ عقد الإيجار ويجب اختصام المستأجر الأصلي أو ورثته فيها^(lxxv). وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة استئناف بغداد - الرصافة الاتحادية بأنه "لدى التدقيق والمطلوبة وجد بأن الطعن التمييزي مقدم ضمن المدة القانونية فقرر قبوله شكلاً، ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق للقانون للأسباب والحجيات الواردة فيه إذ قضت محكمة بداءة الأعظمية بتخلية العقار المأجور كون المدعى عليه الأول سبق له وان استأجر العقار العائد للمدعي الكائن في الوزيرية ببديل إيجار شهري مقداره (500) الف دينار بموجب العقد المبرم بينهم وحيث انه اجر من الباطن وبدون موافقته أو علمه الطابق العلوي إلى المدعى عليه الثاني ولما كان قانون الإيجار النافذ قد حظر الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كاملاً أو جزءاً، لذا فقد قضت المحكمة بالزام المدعى عليه بتخلية العقار وتسليمه إلى المدعي خالياً من الشواغل"^(lxxvi).

الفرع الثالث

التعويض

للمؤجر سواء طلب التنفيذ العيني أو طلب الفسخ ان يطلب تعويضاً من المستأجر الأصلي إذا كان قد أصابه ضرر، فله ان يطلب التعويض مع طلب الفسخ، إذا فسخ الإيجار قبل انتهاء المدة المحددة بسبب مخالفة المستأجر للشرط المانع، فيطلب أجره عن المدة التي تبقى فيها العين خالية حتى توجر من جديد والفرق بين الأجرة القديمة والأجرة الجديدة حتى نهاية مدة الإيجار.

كذلك له ان يطلب التعويض مع طلب التنفيذ العيني، كما إذا ترتب على الإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار اضرار أصابت العين المؤجرة، والمسؤول عن التعويض في الحالتين هو المستأجر الأصلي، لا المستأجر من الباطن أو التنازل له^(lxxvii).

وإذا أخل المستأجر الأصلي بالشرط المانع وقام بالتنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن إلى شخص آخر ثم قام هذا الأخير بمناقسة مستأجر آخر لعقار آخر من نفس المؤجر الأصلي وكان الأول قد اشترط على الأخير عدم التأجير لشخص يمارس نفس مهنته ففي هذه الحالة تنهض مسؤولية المؤجر العقدية ويكون ملزماً بالتعويض، وله ان يرجع بهذا التعويض على المستأجر من الباطن الأصلي لا على المستأجر من الباطن أو التنازل له^(lxxviii).

وقدر تعلق الأمر بالجزاء المترتبة على مخالفة الشرط المانع من التأجير نجد بأنه لا يوجد اختلاف بين موقف المشرع العراقي

العين من المستأجر من الباطن أو التنازل له عن الإيجار وتحكم على المستأجر الأصلي بالتعويض ان كان له مقتضى^(lxxix). وعلى الرغم من ذلك فإن للمؤجر سلب السلطة التقديرية الممنوحة للمحكمة، متى اتفق مع المستأجر على ان عقد الإيجار يعد مفسوخاً حتماً من تلقاء نفسه من غير حاجة إلى حكم ولا إعدار إذا خالف المستأجر الشرط المانع من التأجير، وفي هذه الحالة فإن عمل المحكمة يقتصر على التثبت فيما إذا كان المستأجر قد اخل بالشرط المانع من عدمه ويكون الحكم مقررراً للفسخ، أي كاشفاً لا منشئاً له. وبما انه فسخ عقد الإيجار في حالة مخالفة المستأجر لشرط المانع من التأجير هو حق للمؤجر، لذلك لا يجوز للمستأجر ان يطالب بفسخ العقد بحجة انه خالف الشرط المانع، لان المؤجر يستطيع ان يطالب المستأجر بالتنفيذ العيني لعقد الإيجار بعد أخراج المستأجر من الباطن أو التنازل له بدلاً من فسخ العقد^(lxxx). وفي هذا الصدد، فقد قضت محكمة التمييز الاتحادية " بأن قيام المستأجر بإيجار العقار من الباطن يكون سبباً لطلب المؤجر فسخ العقد وان كان لم ينص عليه في عقد الإيجار"^(lxxxi).

هذا ويتم رفع دعوى الفسخ على المستأجر الأصلي، لأن الأثر المترتب على فسخ عقد الإيجار الأصلي انقضاء الإيجار من الباطن أو فسخ عقد التنازل إليه كون قرار الفسخ يسري بمواجهتهم، ولكن الإجراءات العملية لحسم الدعوى تستوجب إدخالهم إلى جانب المستأجر الأصلي^(lxxii)، هذا ويجوز للمؤجر ان يطلب بالإضافة إلى الفسخ تخلية المأجور بموجب دعوى حادثة منظمة^(lxxiii)، إلا انه عادةً ما إذا أقام المؤجر برفع دعوى الفسخ على المستأجر وحكمت له المحكمة بفسخ عقد الإيجار، أسترده العين المؤجرة دون اعتراض من المستأجر من الباطن أو التنازل إليه على اعتبار ان هذا الحكم يسري بحقهما. وفي هذا الصدد فقد قضت محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية " بأنه لا يجوز بعريضة واحدة طلب فسخ العقد وتخلية المأجور لاختلاف الطرفين في الإجراءات وعلى المحكمة ان تطلب من المدعي حصر دعواه بأحد الطرفين"^(lxxiv).

هذا متى كان عقد الإيجار يخضع لأحكام القانون المدني، أما إذا كان عقد الإيجار يخضع لأحكام قانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979 المعدل فقد نصت المادة (2/17) على انه : "لا يجوز للمؤجر ان يطلب تخلية العقار الخاضع لأحكام هذا القانون إلا إذا أجر المستأجر المأجور أو تنازل عن الإيجار كلاً أو جزءاً دون موافقة تحريرية من المؤجر، أو اسكن معه في المأجور غير من ذكروا في المادة الثالثة عشرة من القانون".

العرف كمانع من التنازل بالإضافة إلى الاتفاق، فلو قضى العرف بعدم جواز التنازل عن الإيجار لما نفذ.

7. ان وجود الشرط المانع لايعني بقاءه فاعلاً حتى نهاية مدة العقد، فقد تطرأ عليه احوال تجعله عرضة للتعطيل كما في حالة تنازل المؤجر صراحةً أو ضمناً، وقد يكون التعطيل بموجب احكام القضاء، او حتى بموجب القوانين ذات الصلة. لم يشترط المشرع العراقي في حالة بيع المصنع أو المتجر ان تكون هنالك ضرورة تدفع (المستأجر) إلى البيع حتى تحكم المحكمة بتعطيل الشرط، خلافاً للمشرع المصري الذي تطلب هذا الشرط صراحة بالإضافة إلى الشروط الاخرى والتي يتفق بها مع المشرع العراقي.

9. لم يتبنى المشرع العراقي الأخذ بحالة تعطيل الشرط المانع بموجب القانون خلافاً للمشرع المصري الذي عالج هذه الحالة في نصوص متفرقة من قوانينه الخاصة.

10. يترتب على مخالفة الشرط المانع من التأجير إمكانية المطالبة بالتنفيذ العيني أو فسخ العقد مع طلب التعويض ان كان له مقتضى في كلا الحالتين، وقد جعل المشرع من دعوى الإخلاء للإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار دون إذن المؤجر في العقارات المشمولة بقانون إيجار العقار هي دعوى فسخ عقد الإيجار ويجب اختصام المستأجر الأصلي أو ورثته فيها.

ثانياً : التوصيات :

1. ندعو المشرع العراقي إلى حذف كلمة (العرف) من المادة (1/775) من القانون المدني والاكتفاء (بالاتفاق) كمانع من التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار، وذلك لانه من غير المتصور ان يقضي العرف بمنع الإيجار من الباطن أو التنازل عنه كونه يمثل التصرف الغالب في المجتمع العراقي، وعلى فرض التسليم بإمكانية ذلك، فإن من شأن إبقاء هذه الكلمة ان يثير العديد من الأشكاليات وذلك متى كان العرف يقضي بعدم جواز الإيجار من الباطن أو التنازل عنه وقت إبرام العقد ولم يقر المؤجر بأشراط المنع من التأجير ضمن بنود العقد معتمداً في ذلك على ما يقتضيه العرف، فإذا تغير العرف خلال مدة العقد بأن اصبح العرف يقضي بجواز التأجير من الباطن أو التنازل عنه فإن من شأن ذلك ان يلحق ضرراً بالمؤجر لعدم إمكانية المطالبة بالفسخ إذا ما قام المستأجر بالتأجير من الباطن او التنازل عنه لكون المستأجر

والمشرع المصري وذلك لاعتمادهما على ما تقرره القواعد العامة من احكام (lxxix).

الخاتمة

وفي ختام بحثنا هذا نكون قد توصلنا إلى جملة من النتائج والتوصيات نجملها على النحو الآتي:

أولاً : النتائج :

1. لم يتول المشرع العراقي والمصري وضع تعريف للشرط المانع من التأجير وانما تركا ذلك للإجتهادات الفقهية، وان انسب تعريف يمكن ان يصاغ للشرط المانع بأنه : اتفاق بين طرفي عقد الإيجار على تقييد حرية المستأجر من التصرف في حقه بالإيجار من الباطن أو التنازل عن الإيجار إلا بموافقة المؤجر.
2. يتفق كل من المشرع العراقي والمصري على القواعد العامة التي تحكم الشرط المانع من التأجير، وذلك بجعل الأصل في ظل القانون المدني هو جواز التأجير من الباطن والتنازل عن عقد الإيجار، والاستثناء هو المنع بمقتضى شرط يرد في العقد يحول دون امكانية ذلك، أما في ظل قوانين الإيجار الخاصة فإن العمل يكون بعكس القاعدة المقررة في القانون المدني حيث جعل من الاستثناء اصلاً ومن الاصل استثناءً، فلا يجوز التأجير من الباطن أو التنازل الإيجار إلا بعد الحصول على الموافقة التحريرية من المؤجر.
3. تولى المشرع العراقي تحديد الوقت الذي يجوز فيه للمستأجر استعمال حق التأجير أو التنازل بينما سكت المشرع المصري عن بيان ذلك.
4. على الرغم من اعتبار الشرط المانع حقاً مقررراً للمؤجر، فليس له التمسك بهذا الشرط إذا لم تكن له مصلحة في تنفيذه، حيث اوجب المشرع على المؤجر إذا كان قد اشترط أن يكون الإيجار أو التنازل عن الإيجار مقترناً بموافقة أن لايمتنع عن منح الموافقة إلا لسبب مشروع.
5. لايجوز التوسع في تفسير الشرط المانع من التأجير لكونه مقرر خلافاً للأصل وبالتالي فإن منع الإيجار أو التنازل عن الإيجار لايجوز دون إمكانية أن يستعين المستأجر بشريك معه لإدارة المأجور أو نائب لاستغلاله او استضافة وإيواء صديق أو قريب له في العين المؤجرة.
6. توسع المشرع العراقي في الحالات التي يمنع فيها المستأجر من التأجير من الباطن أو التنازل عن الإيجار فلم يقتصر على حالة اتفاق الطرفين كما فعل المشرع المصري، وانما أضاف

لم يخل بنود العقد، والسبب في ذلك هو تغير العرف من وقت لآخر لذلك نوصي بحذف الكلمة من النص.

2. ندعو المشرع العراقي إلى تشريع قانون يقضي بتعطيل الشرط المانع في حالة وجوده متى كان المستأجر يمارس احد الانشطة الخدمية أو المهنية المتعلقة بالمصلحة العامة والضرورية مثل المستشفيات وعيادات الاطباء والصيدليات وذلك عندما يرغب المستأجر صاحب هذه المهن ببيع منشأته للغير وبالتالي انتقال عقد الإيجار إلى المشتري بالرغم من وجود الشرط المانع حفاظاً على استمرارية عمل هذه المنشآت الخدمية والمهنية.

الهوامش

- (i) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع، الإيجار، المقاولة)، المكتبة القانونية، بغداد، 2017، ص 321. و د. جعفر محمد الفضلي، الوجيز في العقود المسماة (البيع، الإيجار، المقاولة)، العاتك، بيروت، 2015، ص 344. و د. سمير تناغو، عقد الإيجار، منشأة المعارف، القاهرة، 2008، ص 274. و المحامي موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج 6، منشورات الحلبي، بيروت، 2007، ص 279.
- (ii) د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة في البيع والإيجار، العاني، بغداد، ط 1974، ص 3، ص 294.
- (iii) د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، 1956، ص 406.
- (iv) د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد الإيجار، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004، ص 259.
- (v) المستشار محمد عزمي البكري، عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد، دار محمود للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2001، ص 785
- (vi) المادة (2/761) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- (vii) المادة (1/775) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- (viii) المادة (11) من قانون إيجار العقار العراقي رقم 87 لسنة 1979 المعدل.
- (ix) المادتين (593) و(594) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 والمادة (18/ج) من قانون إيجار الأماكن المصري رقم 136 لسنة 1981.

(x) المادة (1048) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(xi) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج 1، العاتك، بيروت، 2016، ص 89.

(xii) د. جليل الساعدي، شرط المنع التصرف في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، (مجلة علمية محكمة صادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد)، العدد 1، المجلد 20، لسنة 2005، ص 183.

(xiii) د. ايناس محمد ابراهيم، الشرط المانع من التصرف، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقهاء الاسلامي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص 67.

(xiv) تنص المادة (611) من القانون المدني العراقي بأنه "تصح الهبة بشرط العوض ويعتبر الشرط، فلو وهب مالاً آخر بشرط ان يؤدي دينه المعلوم المقدار أو بشرط ان يقوم بنفقته إلى يوم وفاته، لزمته الهبة فان لم يقم الموهوب له بالشرط كان للواهب أما ان يطالبه بالتنفيذ أو ان يفسخ الهبة".

(xv) تنص المادة (1070) من القانون المدني العراقي بأنه : "لكل شريك ان يطالب بقسمة المال الشائع ما لم يكن مجبراً على البقاء في الشيوخ بمقتضى نص أو شرط، ولا يجوز بمقتضى الشرط ان تمنع القسمة إلى اجل يجاوز خمس سنين".

(xvi) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص 90.

(xvii) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والوديعة، الجزء 6، المجلد 1، دار النهضة، القاهرة، 1963، ص 669.

(xviii) د. ايناس محمد ابراهيم، مرجع سابق، ص 24.

(xix) د. راقية عبد الجبار، عقد الإيجار، دراسة مقارنة في القانون المدني وقانون إيجار العقار، مكتبة السيسبان، بغداد، 2015، ص 47.

(xx) د. جليل الساعدي، مرجع سابق، ص 187.

(xxi) د. جعفر محمد الفضلي، مرجع سابق، ص 345.

(xxii) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص 90.

(xxiii) د. محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 261 - 262.

(xxiv) د. جليل الساعدي، مرجع سابق، ص 183.

(xxv) د. سعدون العامري، مرجع سابق، ص 294.

(xxvi) المستشار انور العمروسي، الموسوعة الوفية في شرح القانون المدني، دار العدالة، القاهرة، 2015، ص 519.

(xxvii) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 668.

- (xxviii) د. ايناس محمد ابراهيم، مرجع سابق، ص 351.
- (xxix) د. راقية عبد الجبار، مرجع سابق، ص 169.
- (xxx) د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص 91.
- (xxxi) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 316.
- (xxxii) د. جعفر محمد الفضلي، مرجع سابق، ص 340 - 341.
- (xxxiii) د. راقية عبد الجبار، مرجع سابق، ص 167.
- (xxxiv) د. جعفر محمد الفضلي، مرجع سابق، ص 352.
- (xxxv) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 326.
- (xxxvi) المادة (593) من القانون المدني المصري بأنه "المستأجر حق التنازل عن الإيجار أو الإيجار من الباطن وذلك عن كل ما استأجره أو بعضه ما لم يقض الاتفاق بغير ذلك".
- (xxxvii) تنص المادة (1/775) من القانون المدني العراقي بأنه "المستأجر ان يؤجر المأجور كله أو بعضه بعد قبضه أو قبله في العقار وفي المنقول، وله كذلك ان يتنازل لغير المؤجر عن الإجارة كل هذا ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغيره".
- (xxxviii) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 668.
- (xxxix) المادة (810) من القانون المدني العراقي والمادة (625) من القانون المدني المصري.
- (xl) د. سمير تناغو، مرجع سابق، ص 275.
- (xli) المستشار محمد عزمي البكري، عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد، مرجع سابق، ص 786.
- (xlii) د. راقية عبد الجبار، مرجع سابق، ص 168.
- (xliii) المادة (5) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- (xliv) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 673 - 674.
- (xlv) د. محمد كامل مرسي، مرجع سابق، ص 261 - 262.
- (xlvi) د. سمير تناغو، مرجع سابق، ص 274.
- (xlvii) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 669 - 670. و د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 322. و د. راقية عبد الجبار، مرجع سابق، ص 168.
- (xlviii) قرار محكمة استئناف منطقة كركوك في السليمانية، رقم 26/ت/2006، بتاريخ 2006/12/25، مشار إليه في بحث القاضي سيروان خضير مصطفى، احكام الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979، بحث منشور في النشرة الدورية لمجلس قضاء اقليم كردستان العراق، نشرة عام 2016، ص 69.
- (xlix) المستشار اشرف احمد عبد الوهاب، المستشار ابراهيم سيد احمد، التنازل عن الإيجار والتأجير من الباطن، دار العدالة، القاهرة، 2018، ص 8.
- (l) المستشار انور العمروسي، مرجع سابق، ص 474 - 475.
- (ii) الطعن رقم 7656، لسنة 79 ق، جلسة 2011/5/25، منشور في الموقع الالكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية، تاريخ زيارة الموقع 2023/10/5. <https://www.cc.gov.eg>.
- (iii) د. عباس حسن الصراف، مرجع سابق، ص 410 - 411.
- (liii) المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني، المجلد السابع، دار محمود، القاهرة، 2018، ص 772 - 773.
- (liv) د. راقية عبد الجبار، مرجع سابق، ص 169.
- (lv) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 324.
- (lvi) د. سمير تناغو، مرجع سابق، ص 271.
- (lvii) المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني، مرجع سابق، ص 442.
- (lviii) المستشار اشرف احمد عبد الوهاب، المستشار ابراهيم سيد احمد، مرجع سابق، ص 47.
- (lix) د. جعفر محمد الفضلي، مرجع سابق، ص 345.
- (lx) المستشار انور العمروسي، مرجع سابق، ص 500.
- (lxi) الطعن رقم 876، لسنة 71، جلسة 2002/6/20، منشور في الموقع الالكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية، تاريخ زيارة الموقع 2023/10/5. <https://www.cc.gov.eg>.
- (lxii) د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، مرجع سابق، ص 325.
- (lxiii) الطعن رقم 4919، لسنة 66، جلسة 2003/4/3، منشور في الموقع الالكتروني الرسمي لمحكمة النقض المصرية، تاريخ زيارة الموقع 2023/10/5. <https://www.cc.gov.eg>.

(lxxvii) المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني ، مرجع سابق، ص 804 - 805.

(lxxviii) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 695.

(lxxix) المادتان (1/177) و (1/246) من القانون المدني العراقي تقابلها المادتان (1/157) و (2/203) من القانون المدني المصري، والمادة (2/17) من قانون إيجار العقار العراقي تقابلها المادة (18/ج) من قانون إيجار الاماكن المصري.

المصادر

أولاً : الكتب القانونية :

- د. ايناس محمد ابراهيم، الشرط المانع من التصرف، دراسة مقارنة بين القانون الوضعي والفقه الاسلامي، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018.
- د. جعفر محمد الفضلي، الوجيز في العقود المسماة (البيع، الإيجار، المقاوله)، العاتك، بيروت، 2015.
- د. راقية عبد الجبار، عقد الإيجار، دراسة مقارنة في القانون المدني وقانون إيجار العقار، مكتبة السيسبان، بغداد، 2015.
- د. سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة في البيع والإيجار، مطبعة العاني، بغداد، ط3، 1974.
- د. سعيد مبارك، د. طه الملا حويش، د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة (البيع، الإيجار، المقاوله)، المكتبة القانونية، بغداد، 2017.
- د. سمير تناغو، عقد الإيجار، منشأة المعارف، القاهرة، 2008.
- د. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون المدني العراقي، مطبعة الاهالي، بغداد، 1956.
- د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الإيجار والوديعة، الجزء 6، المجلد 1، دار النهضة، القاهرة، 1963.
- د. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية الأصلية، ج 1، العاتك، بيروت، 2016.
- د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد الإيجار، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2004.
- المحامي مورييس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج 6، منشورات الحلبي، بيروت، 2007.

(lxix) المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني، مرجع سابق، ص 940 - 941.

(lxv) المستشار محمد عزمي البكري، عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد ، مرجع سابق، ص 820 – 822.

(lxvi) قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد - الرصافة الاتحادية، رقم 53، بتاريخ 2008/2/8، منشور في الموقع الالكتروني الرسمي لقاعدة التشريعات العراقية، تاريخ زيارة الموقع 2023/10/5. <http://iraql.d.hjc.iq>.

(lxvii) د. جعفر محمد الفضلي، مرجع سابق، ص 345 – 346.

(lxviii) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 692.

(lxix) د. سمير تناغو، مرجع سابق، ص 277.

(lxx) د. عبدالرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 693 - 694.

(lxxi) قرار محكمة التمييز الاتحادية ، رقم 60 /فسخ عقد/2010، بتاريخ 2010/6/9، منشور في الموقع الالكتروني الرسمي لمجلس القضاء الاعلى، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/5. <https://www.hjc.iq/qview>.

(lxxii) المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني ، مرجع سابق، ص791.

(lxxiii) تنص المادة (67) من قانون المرافعات العراقي على : "تعتبر من الدعاوى الحادثة ما يقدمه المدعى تكملة للدعوى الأصلية أو ما يكون مترتباً عليها أو متصلاً بها بصله لا تقبل التجزئة بحيث يكون الحكم الذي يقرر لاحدهما من شأنه ان يؤثر في الحكم الذي يجب ان يقرر للآخر".

(lxxiv) قرار رئاسة محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية ، رقم 22/الدعوى/2008، بتاريخ 2008/1/22، منشور في الموقع الالكتروني الرسمي لمجلس القضاء الاعلى، تاريخ زيارة الموقع 2023/10/5. <https://www.hjc.iq>.

(lxxv) المستشار اشرف احمد عبد الوهاب، المستشار ابراهيم سيد احمد، مرجع سابق، ص 20.

(lxxvi) قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد - الرصافة الاتحادية، رقم 242، بتاريخ 2010/3/29، منشور في الموقع الالكتروني الرسمي لقاعدة التشريعات العراقية، آخر زيارة بتاريخ 2023/10/5.

<http://iraql.d.hjc.iq>.

- المستشار اشرف احمد عبد الوهاب، المستشار ابراهيم سيد احمد، التنازل عن الإيجار والتأجير من الباطن، دار العدالة، القاهرة، 2018.
- المستشار انور العمروسي، الموسوعة الوفية في شرح القانون المدني، دار العدالة، القاهرة، 2015.
- المستشار محمد عزمي البكري، عقد الإيجار في التقنين المدني الجديد، دار محمود للطباعة والنشر، الاسكندرية، 2001.
- المستشار محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني، المجلد السابع، دار محمود، القاهرة، 2018.
- قرار رئاسة محكمة استئناف البصرة بصفتها التمييزية، رقم 22/الدعوى/2008، بتاريخ 2008/1/22.
- قرار محكمة استئناف منطقة كركوك في السليمانية، رقم 26/ت/2006، بتاريخ 2006/12/25.
- الطعن محكمة النقص المصرية رقم 7656، لسنة 79 ق، جلسة 2011/5/25.
- الطعن محكمة النقص المصرية رقم 4919، لسنة 66، جلسة 2003/4/3.
- الطعن محكمة النقص المصرية رقم 876، لسنة 71، جلسة 2002/6/20.

ثانياً : البحوث القانونية

- د. جليل الساعدي، شرط المنع التصرف في القانون المدني العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، (مجلة علمية محكمة صادرة عن كلية القانون، جامعة بغداد)، العدد 1، المجلد 20، لسنة 2005.
- القاضي سيروان خضير مصطفى، احكام الإيجار في القانون المدني وقانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979، بحث منشور في النشرة الدورية لمجلس قضاء اقليم كردستان العراق، نشرة عام 2016.

ثالثاً : القوانين

- القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
- قانون إيجار العقار العراقي رقم 87 لسنة 1979 المعدل.
- قانون المرافعات العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
- قانون إيجار الأماكن المصري رقم 136 لسنة 1981.
- قانون المحاماة المصري رقم 17 لسنة 1983.
- قانون تنظيم المنشآت الطبية المصري رقم 51 لسنة 1981.

رابعاً : القرارات القضائية

- قرار محكمة التمييز الاتحادية العراقية، رقم 60/ فسخ عقد/2010، بتاريخ 2010/6/9.
- قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد - الرصافة الاتحادية، رقم 242، بتاريخ 2010/3/29.
- قرار رئاسة محكمة استئناف بغداد - الرصافة الاتحادية، رقم 53، بتاريخ 2008/2/8.