

## معنى جديد لقاعدة الأجر والضمان لا يجتمعان

د. فتحي علي فتحي

مدرس القانون المدني

كلية الحقوق / جامعة الموصل

من البديهي على جميع المختصين بالقانون معرفة قاعدة الأجر والضمان لا يجتمعان، لكن أي أجر لا يجتمع مع الضمان هل الأجر المسمى، أم أجر المثل، وهل جميع الفقهاء اخذوا بهذه القاعدة أم هي اختصاص بالمذهب الحنفي؟ وما هو المعنى الدقيق لهذه القاعدة؟ وما هو موقف المشرع العراقي منها؟ هذا ما سنحاول الاجابة عنه أن شاء الله:

الأجر: هو بدل المنفعة عن مدة ما. والضمان: هو واجب رد الشيء أو بدله بالمثل أو القيمة<sup>(١)</sup>.

حيث جاء في المجلة أن الضمان هو ((إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات))<sup>(٢)</sup> ولا يجتمع الأجر والضمان في محل واحد من أجل سبب واحد في اتحاد الجهة، لأن الضمان يقتضي التملك، والمالك لا أجر عليه، والأجر يقتضي عدم التملك، وبينهما منافاة، والأصل في هذا أن كل موضع لا يصير ضامناً فالأجر واجب، وفي كل موضع يصير ضامناً، فلا أجر عليه، وهذه القاعدة تشهد لمذهب الحنفية فقط، وعند غيرهم من الأئمة لا اعتبار لهذه القاعدة، ويجتمع الأجر والضمان، كالفاسب الذي انتفع بالمغصوب وهلك، فإنه يضمنه وعليه الأجرة.

أما عند الحنفية فالضمان يكون بسبب التعدي، والتعدي على مال الغير غصب له، أو كالغصب، ومنافع المغصوب عندهم غير مضمونة، لأن المنافع معدومة، وعند وجودها فهي أعراض غير باقية، وإنما تقوم بعقد الإجارة على خلاف القياس لمكان الحاجة

(١) د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٨، ص ١٤.

(٢) ينظر: المادة (٤١٦) من مجلة الاحكام العدلية.

الضرورية إليها، وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامناً، بل يرتفع، إذ لا يمكن اعتباره مستأجراً أميناً، وغاصباً ضميناً في آن واحد، لتنافي الحالتين.  
تطبيقات هذه القاعدة :

لهذه القاعدة تطبيقات عدة في الفقه الحنفي والمجلة من بين أهمها الآتي:

١. المادة (٥٤٥) من استكرى دابة إلى محل معين فليس له تجاوز ذلك المحل بدون إذن المكارى فإذا تجاوز فالدابة في ضمان المستأجر إلى أن يسلمها سالمة وإن تلفت في ذهابه أو إيباه يلزم الضمان<sup>(١)</sup>.

أي أن الاصل في هذا أن كل موضع لا يصير ضامناً فالأجر واجب، وفي كل وضع يصير ضامناً فلا أجر عليه بمعنى أن المستأجر إذا هلكت الدابة صار ضامناً وسقطت عنه الاجرة حتى المسماة وهذا قول أبو حنيفة النعمان<sup>(٢)</sup>.

ونتفق مع من يرى<sup>(٣)</sup> أن أهم ما يؤخذ على المذهب الحنفي في اعلاه هو أن المستكرى- المستأجر- لا يتوجب عليه دفع أي أجر عن المسافة الإضافية أو الزمن الإضافي، حتى ولو لم تهلك الدابة ويتحمل المستكرى - المستأجر - الضمان فعلاً.

٢. جاء في الفتاوى الهندية<sup>(٤)</sup> ((وإذا استأجر دابةً ليركبها فركب هو وحمل آخر مع نفسه إن سلمت الدابة فعليه الأجر كاملاً ولا ضمان وإن هلكت الدابة من ركوبهما بعدما بلغ المكان المشروط فعليه الأجر كاملاً وضمن نصف قيمة الدابة ويكون للمالك في ذلك الخيار إن شاء ضمن المستأجر وإن شاء ضمن ذلك الغير فإن

(١) مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، ج١، كارخانه تجارت كتب، تحقيق: نجيب هوايني، بدون سنة طبع، ص ١٠٢.

(٢) الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج٤، باب استئجار الدواب للركوب، دار الفكر، ١٤١١هـ ، ١٩٩١م ص٤٧٨.

(٣) د. رفيق يونس المصري، بحوث في فقه المعاملات المالية، ط٢، دار المكتبي، سورية، دمشق، ٢٠٠٩، ص٢٤٤ وما بعدها.

(٤) الفتاوى الهندية، مرجع سابق، ج٤، ص٤٩٢.

ضَمَّنَ الْمُسْتَأْجَرَ لَمْ يَرْجِعْ عَلَى ذَلِكَ الْغَيْرِ مُسْتَأْجِرًا كَانَ أَوْ مُسْتَعِيرًا وَإِنْ ضَمَّنَ ذَلِكَ الْغَيْرَ رَجَعَ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ إِنْ كَانَ ذَلِكَ الْغَيْرُ مُسْتَأْجِرًا وَإِنْ كَانَ مُسْتَعِيرًا لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهِ ثُمَّ فِي حَقِّ الضَّمَانِ يَسْتَوِي أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ الْغَيْرُ أَحْفَ أَوْ أَثْقَلَ قَالُوا وَإِنَّمَا يُضَمَّنُ نِصْفَ قِيَمَةِ الدَّابَّةِ إِذَا كَانَتْ الدَّابَّةُ تُطَبِّقُ رُكُوبَ اثْنَيْنِ أَمَا إِذَا كَانَتْ لَمْ تُطَبِّقْ رُكُوبَ اثْنَيْنِ يُضَمَّنُ جَمِيعَ قِيَمَةِ الدَّابَّةِ ثُمَّ إِنْ مُحَمَّدًا رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى أَوْجِبَ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ نِصْفَ الْقِيَمَةِ مُطْلَقًا)).

وتتفق مع من يرى<sup>(١)</sup> أن هذه الفقرة لا تخلو من تعقيدات وضوابط تجعل الحكم صعب التطبيق، وهو مع ذلك ليس منطقته سليماً تماماً، وذلك لأن راكب الدابة وإن صح أن لمهارته في الركوب اعتباراً كبيراً إلا أنه لا يمكن إهمال ثقله البتة، فلكل وزنه في الحكم. وعلاوة على ذلك لم يتعرض الفقيه الحنفي للحكم فيما إذا لحق بالدابة أذى دون الهلاك، أضف إلى ذلك أن الباحثين المحدثين لم يميزوا بين دابة الأجرة وسيارة الأجرة، مع أنه قياس مع الفارق“ فالدابة حيوان أي فيه حياة، بحيث لو ماتت لا تبقى لها إلا قيمة تكاد تكون مهملة، وليس الأمر كذلك في السيارة“ حيث يمكن أن تهلك قطعة فيها يمكن استبدالها ولا تؤثر بالنسبة نفسها على قيمة السيارة ككل.

٣. ذهب الزيلعي<sup>(٢)</sup> إلى أن (( وَبِزَرْعِ رُطْبَةٍ وَأَذِنَ بِالْبُرِّ مَا نَقَصَ )) أَي إِذَا أَدِنَ لَهُ أَنْ يَزْرَعَ الْأَرْضَ حِنْطَةً يَجِبُ عَلَيْهِ ضَمَانُ نُقْصَانِ الْأَرْضِ بِزَرْعِ الرُّطْبَةِ - بفتح فسكون وهي نبات كالبرسيم - لِأَنَّ الرُّطْبَةَ أَكْثَرُ ضَرراً بِالْأَرْضِ مِنَ الحِنْطَةِ لِانْتِشَارِ عُرْوِقِهَا فِيهَا وَكَثْرَةِ الْحَاجَةِ إِلَى سَقْيِهَا فَكَانَ خِلافاً إِلَى شَرِّ مَعَ اخْتِلَافِ الْجِنْسِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ جَمِيعُ النُّقْصَانِ بِخِلَافِ مَا إِذَا اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِلرُّكُوبِ أَوْ لِلْحَمْلِ فَأَرْدَفَ مَعَهُ غَيْرَهُ أَوْ زَادَ عَلَى الْمَحْمُولِ عَلَى قَدْرِ الْمُسَمَّى حَيْثُ يَجِبُ عَلَيْهِ مِنَ الضَّمَانِ بِحِسَابِهِ لِأَنَّهَا تَلْفَتْ بِمَا هُوَ مَأْدُونٌ فِيهِ وَغَيْرُ مَأْدُونٍ فِيهِ فَيَجِبُ عَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا تَعَدَّى وَهَذَا لِأَنَّهُ

(١) د. توفيق يونس المصري، مرجع سابق، ص ٢٧٠.

(٢) فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج ٥، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ، ص ١٢٠.

اسْتَوْفَى الْمَشْرُوطَ وَزَادَ فَيَجِبُ عَلَيْهِ بِسَبَبِ الزِّيَادَةِ الضَّمَانُ وَهَذَا لَا يُمَكِّنُ أَنْ يُجْعَلَ مُسْتَوْفِيًا لِمَنْفَعَةِ الْأَرْضِ بِقَدْرِ زِرَاعَةِ الْحِنْطَةِ ثُمَّ زَادَ عَلَيْهِ لِأَنَّ الْجِنْسَ مُخْتَلِفٌ وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ ذَلِكَ عِنْدَ اتِّحَادِ الْجِنْسِ أَلَّا تَرَى أَنَّهُ لَوْ اسْتَأْجَرَ دَابَّةً لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا حِنْطَةً فَحَمَلَ عَلَيْهَا حَدِيدًا أَوْ مِلْحًا مِثْلَ وَزْنِهِ يَضْمَنُ كُلَّ الْقِيَمَةِ لَمَّا قُلْنَا وَهُوَ نَظِيرُهُ قَالَ رَحِمَهُ اللَّهُ ( وَلَا أُجْرَ ) أَيُّ لَا يَجِبُ الْأَجْرُ لِأَنَّهُ لَمَّا خَالَفَ صَارَ غَاصِبًا وَاسْتَوْفَى الْمَنْفَعَةَ بِالْغَصْبِ وَلَا تَجِبُ الْأَجْرَةُ بِهِ وَإِنَّمَا تَجِبُ بِالِاسْتِيفَاءِ بَعْدَ الْإِجَارَةِ وَهَذَا لَا يَجْتَمِعَانِ لِاسْتِحَالَةِ أَنْ يَكُونَ الشَّيْءُ الْوَاحِدُ مَأْدُونًا فِيهِ وَغَيْرَ مَأْدُونٍ فِيهِ وَلِهَذَا لَا يَجْتَمِعُ الضَّمَانُ وَالْأَجْرَةُ وَإِنْ زَرَعَ فِيهَا مَا هُوَ أَقَلُّ ضَرَرًا مِنَ الْحِنْطَةِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الضَّمَانُ وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْأَجْرُ لِأَنَّهُ خَالَفَ إِلَى خَيْرٍ فَلَا يَصِيرُ بِهِ غَاصِبًا)).

ويؤخذ على هذه الفقرة أيضاً أن المستأجر لا يتوجب عليه أن يدفع أي أجر لو خالف وزرع شيء آخر غير المتفق عليه مع المؤجر، إذ لا يمكن اعتباره مستأجراً أميناً، وغاصباً ضمينا في آن واحد، لتنافي الحالتين.

أما المشروع العراقي فقد نص على أنه ((المغصوب ان كان عقارا يلزم الغاصب رده الى صاحبه مع اجر مثله واذا تلف العقار طرا على قيمته نقص ولو بدون تعد من الغاصب لزمه الضمان))<sup>(١)</sup> . بمعنى إذا كان المغصوب عقاراً، التزم الغاصب برده الى صاحبه مع أجر المثل، واذا تلف العقار أو طراً على قيمته نقص ولو بدون تعدي من الغاصب لزمه الضمان، فالمشروع العراقي أجاز وقوع الغصب على العقار من جهة، ولم يأخذ بالقاعدة الفقهية ( الاجر والضمان لا يجتمعان) من جهة أخرى. كما وقد نصت الفقرة الثانية من المادة(٢٠٧) من القانون المدني العراقي على أنه: ((ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان ويجوز أن يشتمل الضمان على الاجر)) ومن خلال هذا النص نجد أن المشروع العراقي اجاز اجتماع الاجر والضمان.

والسؤال الذي يثار بهذا الصدد هو أي أجر لا يجتمع مع الضمان في الفقه الحنفي؟ أهو الاجر المسمى؟ أم أجر المثل؟

(١) ينظر: نص المادة (١٩٧) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

لم يذكر أهو الأجر المسمى؟ أم أجر المثل؟ ويبدو أن الاجتهاد الحنفي يسمح بالأجر المسمى أو بأجر المثل لا يتجاوز به المسمى<sup>(١)</sup>.

## المصادر

### الكتب

١. د. رفيق يونس المصري، بحوث في فقه المعاملات المالية، ط٢، دار المكتبي، سورية، دمشق، ٢٠٠٩، ص ٢٤٤.
٢. د. وهبة الزحيلي، نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ١٩٩٨.
٣. الشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان، ج٤، باب أستئجار الدواب للركوب، دار الفكر، ١٤١١هـ، ١٩٩١م.
٤. فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي الحنفي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج٥، دار الكتب الإسلامي، القاهرة، ١٣١٣هـ.
٥. مجلة الأحكام العدلية، جمعية المجلة، ج١، كارخانه تجارت كتب، تحقيق: نجيب هواويني، بدون سنة طبع.

### القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

(١) د. توفيق يونس المصري، مرجع سابق، ص ٢٥٥.