



جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة كربلاء

كلية القانون

قسم القانون الخاص

الاختلاف في جنس المعقود عليه

"دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي"

رسالة مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة كربلاء

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير

كتبت بواسطة الطالب

وليد هادي كاظم خضير الكلابي

بإشراف الدكتور

علي شاکر عبد القادر البدری

استاذ القانون المدني

الآية الكريمة

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

يَتَأْتِيهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ أُحِلَّتْ

لَكُمْ بَهِيمَةُ الْأَنْعَامِ إِلَّا مَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ غَيْرَ

مُحَلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُرْمٌ إِنَّ اللَّهَ تَحْكُمُ مَا

يُرِيدُ ﴿١﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

سورة المائدة

الآية (1)

إقرار المقوم اللغوي

أشهد أنني قرأت رسالة الماجستير الموسوم بـ (الاختلاف في جنس المعقود عليه "دراسة مقارنة") المقدمة من قبل الطالب (وليد هادي كاظم الكلابي) الى مجلس كلية القاننن جامعة كربلاء ، وقد وجدتها صالحة من الناحيتين اللغوية والتعبيرية، بعد ان أخذ الطالب بالملاحظات المسجلة على متن البحث ... ولأجله وقعت.



الخبير اللغوي

أ.م.د بشرى حنون محسن

الاختصاص العام : لغة عربية

الاختصاص الدقيق : الادب الحديث

جامعة كربلاء – كلية العلوم الاسلامية

إقرار لجنة مناقشة

نشهد نحن أعضاء لجنة المناقشة إننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (الاختلاف في جنس المعقود عليه" دراسة مقارنة")، وناقشنا الطالب (وليد هادي كاظم) على محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة () .


التوقيع:

الاسم: أ.م.د. اشواق عبدالرسول

(عضواً)

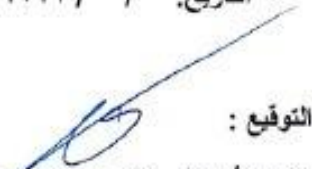
التاريخ: / / ٢٠٢١


التوقيع:

الاسم: أ.د. بيرك فارس حسين

(رئيساً)

التاريخ: / / ٢٠٢١


التوقيع:

الاسم: أ.د. علي شاكر عبدالقادر

(عضواً ومشرفاً)

التاريخ: / / ٢٠٢١


التوقيع:

الاسم: م.د. عباس سمير حسين

(عضواً)

التاريخ: ٨ / ١ / ٢٠٢٣

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة


التوقيع:

أ.د. هيباء عبداللطيف عبود

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: ٨ / ١ / ٢٠٢٣

الإهداء

" إلى منقذ البشرية من الظلم والطغيان ... إلى
من تترقبه القلوب والأبصار... إلى من نحيا بأمنه وحفظه
إلى

مقام مولاي صاحب العصر والزمان الامام الحجة المهدي المنتظر
عجل الله فرجه الشريف"

إلى من أقتدي به طوال عمري... والدي الغالي
إلى من أرضعتني معاني الوفاء... والدتي العزيزة
إلى من أرشدني إلى الصواب وجنبني الخطأ... أساتذتي الأعزاء
إلى من شاطروني أوقات الشدة والرخاء وشاركوني في السراء
والضراء

عائلتي وزملائي الاعزاء

إلى بلدي الجريح

أهدي بحثي المتواضع

شكر وامتنان

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين " ربي أوزعني أن أشكر نعمتك التي انعمت علي وعلى والدي، وأن أعمل صالحًا ترضاه، وادخلني برحمتك في عبادك الصالحين".

يسرني في هذا المقام وأنا أنهي رسالتي ان أتوجه بخالص شكري وبالغ تقديري إلى تلك الأرض التي أرتوت من أظهر الدماء إلى مدينة الامام الحسين (عليه السلام) مدينة العز والشرف أهدي شكري وتقديري، كما يسرني أن أتقدم بالشكر والتقدير إلى الصرح الكبير ينبوع العلم والمعرفة إلى جامعة كربلاء كلية القانون، ولا يفوتني في هذا المقام أن أتوجه بتحية الحب والامتنان محاطة بالورود إلى جميع أساتذتي في كلية القانون الذين ساعدوني في إتمام رسالتي وتشرفت بكوني تتلمذت على أيديهم طوال مرحلة الماجستير، وأخص بالذكر أستاذي ومعلمي (د. علي شاکر البدری) الذي أبدى موافقته على الإشراف على هذه الرسالة والذي كان لملاحظاته الأثر البالغ في اظهارها بالصورة المثلى. ولا أنسى (د. عادل شميران الشمري) الذي كان له الفضل في تطوير وإظهار موضوع الرسالة امتنانًا لجهوده المبذولة معي بموضوع البحث.

كما أتوجه بخالص شكري وبالغ تقديري إلى أساتذتي الأفاضل الذين كان لهم الفضل الأكبر في تصويب المعلومات ووضعها في الموضع السليم وأخص منهم (د. درع حماد) وأيضًا (د. أسيل باقر جاسم). كما أتوجه بالشكر والتقدير وخالص الامتنان إلى الأستاذة العزيزة (رعد سعد عبد الحسين) التي كان لملاحظاتها ووقوفها معي طوال خط الرسالة الأثر البالغ في نفوسنا لا نملك سوى الدعاء لك بالسداد و الموفقية. كما أتوجه بالشكر والثناء لكل من عانى معي مشقة البحث وساعدني طوال خط الرسالة وفي كل الأوقات زملائي وزميلاتي في كلية القانون جامعة كربلاء، وكل من ساعدني من الأهل والأصدقاء.

وفي الختام أتوجه بعبارات الثناء والتقدير إلى جميع العاملين في مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء ومكتبة كلية القانون جامعة واسط والعاملين في مكتبة العتبة العباسية و مكتبة العتبة الحسينية.

الباحث

المحتويات

رقم الصفحة	الموضوع
أ	الآية القرآنية
ب	الإهداء
ج	الشكر والإمتنان
د - و	المحتويات
ز	الملخص
4 - 1	المقدمة
82 - 6	الفصل الأول : مفهوم اختلاف جنس المعقود عليه
49 - 7	المبحث الأول : التعريف باختلاف جنس المعقود عليه
27 - 7	المطلب الأول : تعريف اختلاف جنس المعقود عليه وخصائصه
21 - 8	الفرع الأول : تعريف اختلاف جنس المعقود عليه
27 - 21	الفرع الثاني : خصائص اختلاف جنس المعقود عليه
49 - 27	المطلب الثاني : شروط اختلاف جنس المعقود عليه واسبابه
38 - 27	الفرع الأول : شروط اختلاف جنس المعقود عليه
49 - 38	الفرع الثاني : أسباب اختلاف جنس المعقود عليه
82 - 50	المبحث الثاني : أساس اختلاف جنس المعقود عليه وتمييزه عما يشبهه به
67 - 50	المطلب الأول : أساس اختلاف جنس المعقود عليه
58 - 51	الفرع الأول : أساس اختلاف جنس المعقود عليه في الفقه الإسلامي

67 -59	الفرع الثاني : أساس اختلاف جنس المعقود عليه في القانون
82-67	المطلب الثاني : تمييز اختلاف جنس المعقود عليه عما يشته به
76 -68	الفرع الأول : تمييز اختلاف جنس المعقود عليه عن فوات الوصف
82 - 76	الفرع الثاني : تمييز اختلاف جنس المعقود عليه عن الالتزام البدلي
152 - 84	الفصل الثاني : أحكام اختلاف جنس المعقود عليه
118 -85	المبحث الأول أثر اختلاف جنس المعقود عليه
104 -85	المطلب الأول : أثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانبيين
96-86	الفرع الأول: أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة إبرام العقد
104 -96	الفرع الثاني: أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد
118-104	المطلب الثاني: أثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانب واحد والواقعة المادية
110 -105	الفرع الأول: أثر اختلاف جنس المعقود عليه في الوصية
118 -110	الفرع الثاني: أثر اختلاف جنس المعقود عليه في الغصب
152-118	المبحث الثاني: إثبات اختلاف جنس المعقود عليه وتطبيقاته
131 -119	المطلب الأول: إثبات اختلاف جنس المعقود عليه
125 -119	الفرع الأول :عبء إثبات اختلاف جنس المعقود عليه
131 -125	الفرع الثاني : أدلة إثبات اختلاف جنس المعقود عليه
152 -132	المطلب الثاني: تطبيقات اختلاف جنس المعقود عليه
141 -132	الفرع الأول : التطبيقات التشريعية
152- 141	الفرع الثاني : التطبيقات القضائية

157 -154	الخاتمة
176-159	قائمة المصادر
A	ABSTRACT

الملخص

يعد موضوع اختلاف جنس المعقود عليه من الموضوعات الهامة في القانون المدني إذ أنه غالبًا ما نجد إن أحد المتعاقدين لا يحصل على ما اتفق عليه فيكون الشيء مغايرًا لما ورد عليه التصرف، فيكون هذا الاختلاف مؤثرًا في صحته وذلك لوجود تباين بين الحالة التعاقدية والحالة الواقعية للمعقود عليه فتتغير ذاتيته أو وصفه على نحو يؤدي إلى فقدان المنفعة المقصودة منه والتفاوت الفاحش في حقيقته مما يؤثر على انعقاد العقد ونفاذه، فالتصرفات القانونية أيا كان نوعها تتطلب المماثلة في الجنس بين المتعاقدين، فمن واجب المتعاقدين مراعاة وحدة الجنس وبقاء العين على حالها دون تغيير في هيئتها وهذا الواجب أو الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة لأن الإرادة تتجه إلى شيء معين بإسمه فزوال اسمه ومنفعته يؤدي إلى عدم تلاقي الإرادتين وبالتالي عدم تحقيق تلك النتيجة مما يؤثر ذلك في نظام العقد.

وعلى الرغم من أن تغيير الحالة الواقعية لمحل التصرف تؤثر في مسيره نلاحظ إن مسألة أساس اختلاف جنس المعقود عليه دار بشأنها نقاش على المستوى الشرعي والقانوني، فمنهم من يرى أن اختلاف الجنس بحكم العدم، ومنهم من أسنده إلى موضوع الغلط، بينما يرى آخرون بأنه اختلالًا بتسليم المعقود عليه بالحالة المتفق عليها ولكل منهم حججه وأسانيده.

كما إن المعقود عليه الذي يختلف جنسه لا يكون موضوعًا لتصرف صادر من جانبيين (العقد) فحسب، بل قد يكون موضوعًا لتصرف قانوني صادر من جانب واحد (الإرادة المنفردة)، فقد يكون اختلاف الجنس موضوعًا لأي منهما وذلك لكثرة تطبيقاته وفي نصوص قانونية عديدة، وإن ادعاء حصول تغيير في ذاتيته لا يتم دون قيد أو شرط، فاختلاف جنس المعقود عليه لا يأتي اعتبارًا، بل يستلزم الأمر توافر شروط معينة تؤدي إلى اختلاف جنس المعقود عليه منها اختلاف اسم المعقود عليه وفوات المنفعة المقصودة منه بعد اثبات ذلك الادعاء بالوسائل المقررة قانونًا، الأمر الذي دفع المشرع إلى وضع حكمًا قانونيًا له حيث جعل العقد باطلًا عند اختلاف جنس وبالتالي عدم انعقاده زعمًا منه إن ذلك لا يؤدي إلى تحقيق الغرض من الأقدام على التصرفات القانونية ويقتصر ذلك الحكم عند زوال ذاتيته في مرحلة الإبرام، فالحكم الذي يرتبه اختلاف الجنس قبل تمام التصرف يختلف عن الحكم الذي يرتبه بعد تمام التصرف، فإذا اختلف الجنس بعد تمام العقد أصبح تنفيذًا معيبيًا له، أي ربط تنفيذ الالتزام بمضمونه، فمتى ما نفذ بالصورة التي حددها هذا المضمون كان المدين موفيًا لالتزامه، وإذا كان تنفيذ ذلك المضمون قد ورد مغايرًا لما اتفق عليه فيكون المدين عندها مخلًا بالتزامه، ووجب تنفيذ التزامه عينًا متى ما كان ممكنًا وإلا كان موجبًا للفسخ أو تنفيذه بطريق الوفاء بمقابل.

A decorative border with intricate, repeating floral and geometric patterns in black and white, framing the central text.

المقدمة

المقدمة

يتمتع موضوع الدراسة بأهمية بالغة الأمر الذي يفضي بنا التطرق إلى هذا الموضوع للبدء به بمقدمة تحتوي على الفقرات الآتية:

أولاً_ التعريف بموضوع البحث

لاشك إن إرادة الأفراد هي التي تملك انشاء التصرفات القانونية وتحديد آثارها، فليس لأي جهة أن تتدخل لتفرض عليها قيوداً تخالف تلك الإرادة، إذ أن هذه الأخيرة لها السيطرة على حياة أي تصرف تبرمه الأطراف منذ نشأته ولغاية تنفيذه، طالما كان الفرد حراً في تحقيق مصلحته الخاصة، فإن إرادته يجب أن تكون كذلك ولكن ذلك مقيداً بالحدود التي رسمها القانون والفقه الإسلامي على حد سواء، فكل شخص عندما يقدم على ابرام تصرف قانوني معين يهدف إلى إشباع حاجاته وتحقيق رغباته وهذا لا يتم إلا بحصوله على ذات الجنس المتفق عليه، وعلى هذا الأساس لا بد من تحديد جنس المعقود عليه، كون تحديد جنسه له دلالاته وأهميته في القانون المدني وذات تأثير على صحة العقد، فأضحت تلك المصطلحات جديرة بعناية المشرع و اراد لها مكاناً في التشريع المدني، إذ أن الأصل الذي استقى منه القواعد والأحكام النازمة للعقود هو الفقه الإسلامي، ولأن التشريع منع التعامل في المعدوم لعله أعتبرها من عقود الغرر وهو ما حدا بالمشرع الأخذ به.

والحال قد لا يكون كذلك إذ يكون المعقود عليه مغايراً لحالته المتفق عليها فالتصرفات القانونية أيًا كان نوعها تتطلب المماثلة في الجنس، فمن واجب المتعاقدين مراعاة وحدة الجنس وبقاء العين على حالها دون تغيير في هياتها وهذا الواجب أو الألتزام هو التزام بتحقيق نتيجة لأن الإرادة تتجه إلى شيء معين بأسمه فزوال أسمه ومنفعته يؤدي إلى عدم تلاقي الأرادتين وذلك لفوات المنفعة المقصودة منه، فيختلف جنسه عما كان عليه عند الاتفاق على حالته، ليكون بحالة مغايرة لحالته المتفق عليها وبالتالي عدم تحقيق تلك النتيجة مما يؤثر ذلك في تمام التصرف أو تنفيذه بعد تمامه وذلك لوجود تباين بين الحالة التعاقدية والحالة الواقعية للمعقود عليه فتتغير ذاتيته بزوال أسم الشيء وصورته وحصوله على إسم جديد وصورة جديدة.

ثانياً_ أهمية البحث وأسباب اختياره

تحتل دراسة الاختلاف في جنس المعقود عليه أهمية نظرية وعملية، وتكمن الأهمية النظرية في كون هذا الموضوع بتطبيقاته المتعددة في أكثر من مادة قانونية وحالاته المتنشعبة لم نجد من

يسعى إلى لم شتاته المتناثر في الموضوعات المتعدد في إطار دراسة قانونية شاملة، ونرى كذلك إن أهمية الموضوع تأتي من قلة الدراسات القانونية له بالرغم من وجود تطبيقات متعددة له، كما يتصل هذا الموضوع اتصالاً وثيقاً بنظرية العقد في الفقه المدني، وبالتحديد بفكرة صحة وبطلان العقد وتأثيره بمحلّه، لذا فإن معالجة هذا الموضوع يعد تأسيساً لنظرية من نظريات الفقه المدني، ورغم ذلك لم يحظ هذا الموضوع بدراسة شاملة وجدية تتناسب والأهمية التي يستحقها، إذ لم نعثر على بحوث أو دراسات متخصصة فيه.

كما يحتل موضوع هذا البحث أهمية عملية كبيرة متمثلة بالقرارات القضائية التي جاءت خالية من توضيح معناه وتحديد أثره، وذلك لكثرة المنازعات التي تثار بشأنه في سوح القضاء، إذ ينتج عن اختلاف جنس المعقود عليه العديد من الآثار العملية الهامة، وبمقتضى هذه الآثار يتمكن المتعاقدان أو أحدهما من إقامة العديد من الدعاوى، سواء تعلقت بالتنفيذ العيني أم الفسخ أم التعويض، فضلاً عن حقه في طلب إبطال إجراءات التصرف القانوني الدائر بينهما، ولذلك كانت هذه الأهمية التي يحتلها موضوع البحث هي الحافز الرئيس وراء اختيارنا له ومن أجل رفع اللبس وسوء الفهم عنه.

ثالثاً_ إشكالية البحث

تكمن إشكالية هذا الموضوع بأن المشرع العراقي في القانون المدني جعل حكم اختلاف جنس المعقود عليه هو البطلان فيما لو تغيرت ذاتية العين على نحو يجعلها تحمل اسم آخر وصورة مختلفة عن حالتها السابقة، مستنداً في ذلك على رأي الفقه الإسلامي، والتسليم بهذا الحكم من شأنه أن يخلق إشكاليات عدة منها إن القول بأن البطلان اثرًا لإختلاف جنس العين محل العقد سيقف عند مرحلة تكوين العقد فقط، فالمغايرة في محل العقد لا تكون عند إبرامه بل تتعداه إلى تنفيذه، فلم يتطرق المشرع العراقي إلى اختلاف الجنس عند تنفيذ العقد، فلو أبرم العقد صحيحاً لا يمكن إبطاله حتى وأن تغير جنسه، فلا يمكن عد البطلان اثرًا وحيداً لإختلاف الجنس، وبالتالي نسعى إلى بيان أثر إختلاف جنس المعقود عليه قبل تمام العقد وبعده. كما يثير موضوع البحث مسألة أخرى هي أن المشرع العراقي تناول إختلاف الجنس بصورة صريحة في التصرف الصادر من جانبين من خلال نص المادة (117) من القانون المدني العراقي، فالعين قد تكون موضوعاً لتصرف قانوني صادر من جانب واحد فلا يمكن إقتصار حكم إختلاف جنسها عندما تكون موضوعاً للعقد بل قد يختلف جنسها عندما تكون موضوعاً لتصرف أحادي الأرادة، لهذا سنبين تلك الإشكاليات الرئيسة بعد الوقوف على معناه وإزالة اللبس والغموض عنه.

رابعاً_ منهجية البحث ونطاقه

سنبحث في هذه الرسالة الاختلاف في الجنس المعقود عليه في ضوء أحكام القانون المدني مع المقارنة بالفقه الإسلامي، وذلك لما يحويه هذا الفقه العظيم من كنوز معرفية وجواهر فكرية تمثل بحد ذاتها ثروة علمية لا يمكن ان تنضب أبداً، وأن بحثنا في نطاق القانون لا يكون مقتصرًا على القانون المدني العراقي فحسب، بل سيشمل أيضاً القانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي وبعض القوانين المدنية العربية عند الحاجة إليها في بعض المواضع المختلفة، وستكون أحكام القضاء العراقي أحد الدعامات الرئيسية والهامة التي يقوم عليها هذا البحث، لأن القضاء يجسد الواقع الاجتماعي بجميع مشاكله، وأن أحكامه تأخذ دوراً كبيراً في تفسير وتطبيق القانون على الواقع المتطور، وسيقوم منهج البحث على الدراسة التحليلية مع استخدام منهج الدراسة المقارنة وبيان آراء الفقه الإسلامي.

خامساً_ تساؤلات البحث

للإحاطة بموضوع البحث والدراسة والالمام بجوانبه يتبادر إلى الذهن ثمة تساؤلات نعدم إلى الإجابة عليها في متن البحث منها:

- 1_ ما معنى اختلاف جنس المعقود عليه؟
- 2_ هل يعد الاختلاف في جنس المعقود عليه من قبيل هلاك الشيء؟ أم هو عيباً يصيب المعقود عليه؟ أم يعد اخلاً بتسليم ما تم الاتفاق عليه؟
- 3_ هل يحصل الاختلاف في جنس المعقود عليه في الأشياء الموجودة وقت العقد فقط أم يحصل في الأشياء القابلة للوجود مستقبلاً؟
- 4_ هل من الممكن أن يؤدي التفاوت الفاحش في الأغراض إلى اختلاف في جنس المعقود عليه؟
- 5_ هل يحصل اختلاف الجنس دون قيد أو شرط أم هناك شروط معينة يقتضي توافرها للقول بحصول اختلاف في جنس المعقود عليه؟

سادساً_ خطة البحث

لغرض معالجة موضوع الدراسة بصورة تامة ارتأينا أن نعالجه في فصلين، نكرس الفصل الأول لبيان مفهوم اختلاف جنس المعقود عليه، وسنقسمه على مبحثين، نتناول في المبحث الأول

التعريف باختلاف جنس المعقود عليه وذلك بتقسيمه على مطلبين، نبين في المطلب الأول تعريف وخصائص اختلاف جنس المعقود عليه، ونخصص المطلب الثاني لبيان شروط اختلاف جنس المعقود عليه وأسبابه. ونبين في المبحث الثاني أساس اختلاف جنس المعقود عليه وتمييزه عما يشته به، وذلك بتقسيمه على مطلبين نتناول في المطلب الأول أساس اختلاف جنس المعقود عليه، ونبحث في المطلب الثاني تمييز اختلاف جنس المعقود عليه عما يشته به. أما الفصل الثاني فسنخصصه لبيان أحكام اختلاف جنس المعقود عليه، وبدوره ينقسم إلى مبحثين، نبين في المبحث الأول أثر اختلاف جنس المعقود عليه وذلك بتقسيمه على مطلبين نخصص المطلب الأول لبيان أثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من الجانبين، ونتكلم في المطلب الثاني عن أثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانب واحد، أما في المبحث الثاني سنتناول اثبات اختلاف جنس المعقود عليه وتطبيقاته، والذي بدوره ينقسم إلى مطلبين، نبين في المطلب الأول اثبات اختلاف جنس المعقود عليه، ونخصص المطلب الثاني إلى تطبيقات اختلاف جنس المعقود عليه.

ونتهي بحثنا بخاتمة تحتوي على أهم ما توصلنا إليه من النتائج والتوصيات.

والله الموفق أولاً وآخرًا

الفصل الأول

مفهوم اختلاف جنس المعقود عليه

الفصل الأول

مفهوم اختلاف جنس المعقود عليه

تمهيد و تقسيم:

يعد العقد من أهم التصرفات القانونية في المعاملات المالية، وأكثرها تطبيقاً في الواقع العملي باعتباره أداة لتبادل الأموال والخدمات مما يستدعي اكتمال وجوده، ولا يتحقق ذلك إلا بتوافر أركانه الأساسية، من رضا ومحل وسبب وكذلك الشكل والقبض في بعض العقود، وأي اختلاف يحدث في هذه الأركان يعد اختلافاً في جزء من أجزاء العقد، والمعقود عليه طبقاً لذلك يعد جزءاً من العقد فلا بد من الاتفاق عليه سلفاً وتعيينه تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة والتي تؤدي إلى حدوث النزاعات بين المتعاقدين أثناء تعاملهم لسد احتياجاتهم، وقد يكون الاختلاف في جنس المعقود عليه أحد أسبابها، إذ نجد في الغالب أن أحد المتعاقدين لا يحصل على ما أتفق عليه فيكون الشيء مغايراً لما ورد عليه العقد فيكون هذا الاختلاف مؤثراً في صحة العقد، إذ يعد تحديد مفهوم اختلاف جنس المعقود عليه ودراسته بشكل موضوعي ومنطقي مثاراً لتحديات مهمة، لذلك يتطلب الأمر بيان هذا المفهوم ليتم رفع اللبس والغموض عنه بشكل واضح.

كما نركز الجهد في عرض الأفكار الفقهية التي تناولته وبحثت فيه، مع بيان الأساس القانوني والشرعي الذي يرتكز عليه اختلاف جنس المعقود عليه، فضلاً عن ذلك، فإن اختلاف جنس المعقود عليه يمكن أن يختلط مع مفاهيم قانونية أخرى قد تتشابه معه في بعض النواحي، ولكنها قد تختلف عنه في نواح أخرى، لذا ومن أجل تحقيق مفهوم اختلاف جنس المعقود عليه، ينبغي التمييز بينه وبين هذه الأنظمة القانونية القريبة منه.

وعلى أساس ما تقدم، سنقسم هذا الفصل إلى مبحثين، نخصص الأول منهما إلى التعريف باختلاف جنس المعقود عليه، ونكرس المبحث الثاني لدراسة أساس اختلاف جنس المعقود عليه وتمييزه عن بعض النظم القانونية المشابهة.

المبحث الأول

التعريف باختلاف جنس المعقود عليه

إن تحديد جنس المعقود عليه امرًا لازمًا لإتمام التصرف القانوني، خاصةً وأن تحديد جنس المعقود عليه لا يخرج عن نطاق المعقود عليه نفسه كونه جزء من أجزائه الأساسية، وامرًا يقتضيه العقد، فلا يترك للمتعاقدين الخيار بذكر جنس المعقود عليه من عدمه عند إبرام العقد بل لا بد من تعيين الشيء الذي يتم التعاقد عليه، وأن تكون ارادتهما متجهة نحو المعقود عليه بذاته ووصفه الذي يكون محلًا لعلاقتهما التعاقدية، كون تعيين ذاتيته ببيان جنسه يؤثر في نتائج هذه التصرفات، ونظرًا لما للتعيين من أثر بالغ في رفع الكثير من الإشكالات بصدد تكوين العقد وتنفيذه، فلا بد من مراعاة وحدة الجنس في عملية التعاقد لأن حصول اختلاف في جنس المعقود عليه يعد إخلالًا في أمر يقتضيه العقد.

إن المعقود عليه هو محلًا للعديد من العقود أيًا كان نوعها، الأمر الذي يجعل اختلاف جنس المعقود عليه حاصلًا في كل هذه العقود طالما يثبت لها محلًا يتخلف جنسه، ولكثرة هذه العقود إلا أن الأثر الكبير لاختلاف جنس المعقود عليه يظهر في نطاق عقود المعاملات المالية، والسبب يعزى إلى سعة النطاق الذي تشغله هذه العقود في نطاق هذه المعاملات.

ولغرض الإحاطة بموضوع البحث لابد من معرفة المراد باختلاف جنس المعقود عليه ببيان معناه، والوقوف على الأسباب التي تؤدي إلى حدوث اختلاف جنس المعقود مع ذكر الضوابط أو الشروط التي ينبغي توافرها لكي نقول بوجود اختلاف في جنس ما تم التعاقد عليه.

لذلك نقسم هذا المبحث على مطلبين نتناول في المطلب الأول تعريف اختلاف جنس المعقود عليه وخصائصه، و في المطلب الثاني نتناول شروط اختلاف جنس المعقود عليه وأسبابه.

المطلب الأول

تعريف اختلاف جنس المعقود عليه وخصائصه

لقد حظي اختلاف جنس المعقود عليه اهتمامًا كبيرًا بالنسبة لفقهاء المسلمين والقانونيين على حد سواء، إذ قد يختلف جنس المعقود عليه عن الحالة التي تراضى عليها المتعاقدان على نحو يجعل أغلب منافعها أو البعض منها مختلفة عما كانت عليه قبل الاختلاف، الأمر الذي

يوضح سعة النطاق الذي يتمتع به موضوع اختلاف الجنس، فضلاً عن كثرة التطبيقات الموجودة له الأمر الذي يعطي لهذا الموضوع سمات معينة.

ومهما يكن من الأمر فلا بد من التعريف باختلاف جنس المعقود عليه، من خلال بيان تعريفه وإيضاح خصائصه وعليه سنقسم المطلب على فرعين نبيين في الفرع الأول تعريف اختلاف جنس المعقود عليه، فيما نبيين في الفرع الثاني خصائص اختلاف جنس المعقود عليه .

الفرع الأول

تعريف اختلاف جنس المعقود عليه

اختلاف جنس المعقود عليه كحال المصطلحات القانونية الأخرى مصطلح مُركب من معنيين اختلاف الجنس والمعقود عليه، ولما كانت معرفة المُركب تتوقف على معرفة كل جزء من أجزائه، ولعدم وجود تعريف يشمل هذا المُصطلح المركب، وبغية الإحاطة بما تقدم بصورة دقيقة سنقسم هذا الفرع إلى فقرتين نخصص الأولى منهما لبيان اختلاف الجنس وفي الفقرة الثانية نوضح المعقود عليه.

أولاً:- تعريف اختلاف الجنس

لبيان معنى اختلاف الجنس بشكل واضح ودقيق لابد من بيان كل مفردة في اللغة والاصطلاح:

1_ تعريف اختلاف الجنس لغة

الاختلاف في اللغة :- إن المتصفح لمعاجم اللغة يجد في طياته معان عدة للاختلاف ، ولابد من معرفة مدى المطابقة بين هذه المعاني اللغوية والمعنى الاصطلاحي، وأي من المعاني اللغوية التي سنأسس عليها المعنى الاصطلاحي منها : ((... الخلاف المخالفة ... واختلف ضد اتفق))⁽¹⁾. والمصدر الأختلاف هو ضد الأتفاق، وجاء في قوله تعالى : ((أفلا يتدبرون القرآن ولو كان من عند غير الله لوجدوا فيه اختلافاً كثيراً))⁽²⁾. تخالف الأمران بمعنى اختلفا، واختلفا إذا لم يتفقا وكُل

(1) مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الشيرازي الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج1، ط6، دار الجيل، لبنان، بيروت، 1419 هـ، ص807.

(2) سورة النساء، الآية:82.

ما لم يتساو، فقد تخالف واختلف⁽¹⁾. اختلف الناس في، والناس خلفه بمعنى مختلفون وغير متفقون؛ لأن كل واحد منهم ينحي قول صاحبه، ويقيم نفسه مقام الذي نجاه.

وجاء كذلك في معنى الاختلاف ((خلف_ الخاء واللام والفاء أصول ثلاثة. الأول منها أن يجيء شيء بعد شيء يقوم مقامه والثاني ، خلاف قَدَام ، والثالث التَّغْيِير))⁽²⁾.

فالأصل الأول الخَلْف ، والخلف ما جاء بعد، ويقولون : هذا خلف صدق من أبيه وخَلْف سوء من أبيه ، فإذا لم يذكروا صدقا ولا سوءاً، قالوا للجيد : خَلْف ، وللرديء : خَلْف قال تعالى: ((وَهُوَ الَّذِي جَعَلَ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ خِلْفَةً...))⁽³⁾.

والأصل الثاني : خَلْف يأتي بمعنى غير قدام قوله تعالى: ((يَعْلَمُ مَا بَيْنَ أَيْدِيهِمْ وَمَا خَلْفَهُمْ...))⁽⁴⁾. وأما الثالث : فقولهم : خَلْف فيأتي بمعنى فوه إذا تغير ، وأخلف ... ، والغير الأسم من التغير، وتغايرت الأشياء اختلفت، والغيرية :- تعني كل من الشيين خلاف الآخر، والمتغاير من المواد ما يختلف بعض اجزائه عن البعض⁽⁵⁾ وفي التنزيل العزيز : ((ذلك بأن الله لم يك مغيراً نعمته أنعمها على قوم حتى يُغَيِّرُوا ما بأنفسهم))⁽⁶⁾، معناه : حتى يبدلوا ما أمرهم الله وهذا التغيير تغييراً لصورة الشيء وذاته. فمن خلال هذه المعان اللغوية الثلاثة، نجد المعنى الأخير يمثل صلب الموضوع ويستقيم مع موضوع بحثنا.

أما الجنس لغة: الجنس جمع أجناس ويعني ضرب من الشيء⁽⁷⁾. وأن كل نوع من كل جنس، وهو أخص من الجنس ويراد به الأصل ويقال: جنس الأشياء شاكل بين أفرادها، ونسبه إلى أجناسها وتجانسا الشيطان، بمعنى اتحدا جنسهما، فالحيوان جنس والانسان نوع ويقال: ان هذا

(1) أبو الفضل جمال الدين محمد بن المكرم ابن منظور الأفرقي المصري، لسان العرب، بيروت، ج4، ط2، دار إحياء التراث العربي، 1992، ص 188.

(2) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ج2، ط1، دار الجيل، بيروت، سنة1999، ص212.. ابن منظور، مصدر سابق، ص 181 . الفيروز آبادي، مصدر سابق، ص 807 .

(3) سورة الفرقان، الآية:62.

(4) سورة البقرة، الآية 255.

(5) روبين حسين ، معجم النفايس المدرسي ، ط1، دار النفايس ، بيروت ، 2009م ، ص 559 0

(6) آية 53 من سورة الانفال 0وجاء في التنزيل العزيز : ((000 إن الله لا يُغَيِّر ما يقوم حتى يُغَيِّرُوا ما بأنفسهم 000))

آية 11 من سورة الرعد 0

(7) أبو الحسين أحمد بن زكريا ابن فارس، ج1، المصدر السابق، ص227.

يجانس هذا أيّ شاكله ويختلف عنه⁽¹⁾. ويرى الأصوليين أن الجنس أخص من النوع⁽²⁾. أما عند النحويين يعد الجنس لفظاً عاماً، فكل لفظ معين شمل شيئين أو أكثر فإنه يعد جنساً لما تحته سواء اختلف نوعه أو لم يختلف⁽³⁾.

نستنتج مما سبق أن اختلاف الجنس في اللغة يراد به تغيّر الشيء عن حالته بحيث يصبح مغايراً لحالته السابقة، فيصبح كل من الشيين خلاف الآخر وهذا التغير تغيّر لصورة الشيء وذاته، فيتغيّر المعقود عليه من حالة إلى حالة أخرى ويكون على غير ما كان عليه.

2- تعريف اختلاف الجنس اصطلاحاً

لغرض بيان التعريف الاصطلاحي للجنس، سنحاول بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وأيضاً بيان تعريفه في الفقه القانوني والقضاء .

أ_ تعريف اختلاف الجنس في الفقه الإسلامي

عند البحث والتقصي في مراجع الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة نجده لم يبين المراد من اختلاف الجنس ولكنه عرف الجنس بعدة تعريفات، نستطيع أن نستدل منها معنى اختلاف الجنس فقد عرفه أحد فقهاء الحنفية بأنه (المماثلة في الأسم الخاص، والمماثلة في المقصود والمعاني)⁽⁴⁾. ويؤخذ على هذا التعريف بأنه لم يضع معياراً يحدد فيه المماثلة في المقاصد والمعاني. وهناك من يرى بأن الجنس (الشامل لأشياء مختلفة بأنواعها)⁽⁵⁾. فكل نوعين أو أكثر جمعهما إسم خاص يندرجان تحت جنس واحد، كالتمر فإنه يشمل عدة أنواع. ويؤخذ على هذا التعريف أنه جعل الأسم العام معياراً لتحديد الجنس، فالأسم العام يعتبر شاملاً لأشياء مختلفة كالحبوب، فهذه الأسماء يندرج تحتها اجناساً وانواعاً أيضاً.

(1) أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، ط1، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، القاهرة، 2005، ص121.

(2) أيوب بن موسى الحسيني القريمي، الكليات معجم في المصطلحات والفروق العربية، بدون طبعة، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، بدون سنة طبع، ص338.

(3) مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، ج1، مصدر سابق، ص903.

(4) سراج الدين بن نجيب، النهر الفائق، ج3، طبعة 1، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص470.

(5) أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد ابن قدامة، المغني، ج4، ط1، دار عالم الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الرياض، ص17.

وقال الحنابلة⁽¹⁾ بأن الجنس (ما له اسم خاص ويشمل أنواعاً). فكل نوعين أو أكثر يجمعهم اسم خاص بهما يعدان جنساً معيناً، فمثلاً أنواع التمر كالزهدي والبرحي والخستوي يجمعهما جنس التمر، والحبوب كل واحد منها جنساً، فالرز يعد جنساً مختلفاً عن الحنطة وأن جمعهما اسماً عاماً وهو الحبوب. فلا يمكن التسليم بصحة هذا القول لأنه جعل الاسم الخاص معياراً لتحديد جنس الأشياء فهناك أشياء لها اسماً خاصاً بها ولكنها تابعة لأصلها، بمعنى أن هذا التعريف أنكر أصل الأشياء في تحديد جنسها، فدقيق الذرة وأن كان له اسم خاص به كدقيق، إلا أنه في الوقت ذاته تابعاً للأصل الذي انبثق منه، فضلاً عن ذلك هناك الكثير من الأشياء يجمعها اسم خاص إلا أنها لاتعد متحدة الجنس بل كل نوع منها يعد جنساً مختلفاً عن الآخر.

أما الإمامية⁽²⁾، اعتمدوا على الأصل للقول بوحدة الجنس، والمقصود بوحدة الجنس هي وحدة الأصل، فالحنطة والدقيق وأن كان لكل منهما اسماً خاصاً إلا أنهما من أصل واحد فلا يعدان مختلفي الجنس، والمشتقات اللبنية تعد جنساً واحداً فاللبن والزبدة يجمعهما أصل واحد فلا يمكن القول باختلاف جنسهما بحجة أن كلا منهما يحمل اسماً خاصاً به.

ويراد به عند فقهاء الشافعية (كل شيئين يجمعهما اسم خاص من أول دخولهما في الربا فأنهما يشتركان في الاسم اشتراكاً معنوياً)⁽³⁾. من الملاحظ على هذا التعريف الفقهي إنه يميز بين الأسم الخاص والأسم العام، فالأسم العام يضم اجناساً خاصة في كنفه، فالحبوب تعد اسماً عاماً تجمع عدة اجناس من الحنطة والشعير وغيرها، فضلاً عن ذلك هناك بعض الأشياء يجمعها اسم خاص إلا أنها تعد اجناساً مختلفة، فكل صنف منها يعد جنساً مختلفاً عن غيره، فدقيق الشعير يعد جنساً يختلف عن دقيق الذرة، وهذا الأخير غير دقيق الحنطة وذلك لإختلاف الأصل الذي انبثق منها كل جنس من هذه الاجناس. ويعرفه البعض من الشافعية أيضاً بأنه (كل شيئين اتفقا في الأسم الخاص من أصل الخلقة)⁽⁴⁾. وهذا التعريف أيضاً كسابقيه يميز الأسم العام من الأسم الخاص، فضلاً عن ذلك جاء بمصطلح اصل الخلقة ويعني به كل شيئين يجمعهما أصل واحد

(1) منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأقتناع، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1614م، ص295. أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص538.

(2) محمد تقي المدرسي، أحكام المعاملات، ط3، مركز العصر للثقافة والنشر، بيروت، 1431هـ_2010م ص185. جعفر بن الحسن أبو القاسم نجم الدين المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، طبعة1، المجلد الأول، القسم الثاني، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1978، ص179 وما بعدها.

(3) محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، طبعة1، دار الفكر، بيروت، 1569م، ص23. عبدالله حسن الكوهجي، زاد المحتاج بشرح المنهاج، ج2، طبعة 1، بيروت، المكتبة العصرية، ص230.

(4) أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الأمام الشافعي، ج3، ط1، دار القلم، دمشق، 1996، ص64.

يعدان جنسًا واحدًا، والمفهوم المخالف لذلك لا يعد جنسًا واحدًا بل مختلفًا في الجنس، وذلك لأنهما غير متصلين اتصال الخلقة فيكون لكل منهما جنسًا خاصًا به، فيكون حكمهما حكم الجنسين الأصليين⁽¹⁾، ومما يؤخذ على التعريف أيضا انه يضع الأسم الخاص معيارًا لتحديد وحدة الجنس إلا أنه لا يمكن الإستناد على الأسم الخاص في تحديد جنس الأشياء فهناك الكثير من الأشياء يجمعها اسم خاص إلا إنها تعد جنسًا مختلفًا عن غيرها من الأشياء التي يجمعها الأصل المشترك.

أما فقهاء المالكية⁽²⁾ فيرون أن اختلاف الجنس أو اتحاده يدور مع المنفعة أو تقاربها، فالمنفعة المقصودة من الملح هي إصلاح الطعام وأن كان هناك عدة أنواع من الملح إلا أنها يستويان في المنفعة، ويختلف الجنس باختلاف الأصل المأخوذ منه إذ لم يكن غرضه شيء واحد، فالزيت وإن كان يحمل اسمًا واحدًا إلا أن الغرض منه مختلف لاختلاف أصله فزيت العسل يعد جنسًا مختلفًا بالنسبة لعسل النحل.

هذا، ويمكن لنا القول من الأحاديث التي يستدل بها الفقهاء بوحدة جنس الأشياء واختلاف أجناسها قول الرسول (صل الله عليه واله وسلم): ((الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلًا بمثل، سواء بسواء يَدًا بيد، فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يَدًا بيد))⁽³⁾ من الملاحظ في هذا الحديث الشريف إنه وردت كلمة أصناف ويعني بها الجنس الذي يطلق عليه الفقهاء، فالصنف وفقًا للسياق المتقدم يعني الجنس. وأيضا يستدل بحديث آخر قول الرسول (صل الله عليه واله وسلم): ((التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلًا بمثل يَدًا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى إلا ما اختلفت ألوانه))⁽⁴⁾ كما نجد من هذا الحديث ان الالوان تعني الاجناس، فاذا اختلفت الالوان تختلف الاجناس، من مثل لو باع ثوبا على إنه مصبوغ بلون احمر، فإذا هو مصبوغ بلون بني داكن فلا ينعقد العقد لأن كل من اللون الأحمر والبني يتفاوتان في المنفعة ويختلفان في اللون

(1) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن أبي عمر ابن قدامة، الشرح الكبير على متن المقتنع، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة، ص140.

(2) عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الأول، ط1، دار القلم، بيروت، بدون سنة طبع، ص56. شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، الفروق، ج3، ط1، عالم الكتب، بيروت، ص264.

(3) أبي عبد الرحمن محمد بن عبد الواحد الحنبلي، صحاح الاحاديث، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971، ص59.

(4) أبي عبد الرحمن محمد بن عبد الواحد الحنبلي، المصدر نفسه، ص59.

اختلافًا فاحشًا⁽¹⁾، كما أن وحدة الجنس مع وجود تفاوت فاحش في الأغراض يؤدي إلى اختلاف الجنس إذ نكون أمام جنس جديد غير المتفق عليه⁽²⁾.

مما تقدم يمكن لنا القول إن رأي الفقهاء الشافعية جدير بالتأييد لأن كل شيئين أو أكثر يجمعهما اسم خاص وأصل معين، فأنهما يعدان جنسًا واحدًا، وأن لم يجمعهما اسم خاص بهما وأصل معين فأنهما يعدان مختلفًا الجنس. كذلك لو اتحد الجنسان من حيث الأصل إلا أن وصفهما متفاوت تفاوتًا فاحشًا، بحيث لا يتم الحصول على المنفعة المقصودة من اشتراط الوصف فيكون ذلك بمثابة اختلاف الجنس، بمعنى وجود تفاوت فاحش بين حقيقة المعقود عليه وما أراده العاقد.

ب_ تعريف اختلاف الجنس في القانون المدني

بالرغم من أن المشرع في بعض الأحيان يورد تعريفًا لمصطلح قانوني معين، إلا إنه لم يرد في القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل، ولا في التشريعات محل البحث والمقارنة تعريفًا صريحًا لاختلاف الجنس وتركته للإجتهد الفقهي والقضائي، وأكتفت ببيان الآثار القانونية التي تترتب فيما لو اختلف جنس المعقود عليه و لاسيما تلك التشريعات التي جاءت متأثره بأحكام الفقه الإسلامي، ولعل إعطاء تعريف محدد من قبل المشرع لاختلاف الجنس من شأنه أن يضعه في حيز الجمود، وعدم قدرته على شمول الحالات التي تستجد في طور الزمن، ويجعل القضاء مقيدًا بما ورد في متن النص القانوني.

كما لم تتفق التشريعات على مصطلح موحد للدلالة على معنى اختلاف الجنس، فتارة تشير إلى مراعاة جنس المعقود عليه بصورة صريحة، وتارة أخرى تُشير إلى مطابقة المعقود عليه أو تسليمه بالحالة التي كان عليها دون تغيير .

ومن خلال الرجوع إلى النصوص القانونية نجد أن اختلاف جنس المعقود عليه ورد في المادة (117) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ((1) - إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارًا إليه فإن اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لإنعدامه، وأن اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوبًا فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا إنه يكون موقوفًا على إجازة العاقد. 2 - فإذا بيع هذا الفص على إنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلاً على إنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على إنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفًا على إجازة المشتري)).

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1954، ص77.

(2) عبد الستار أبو غده، الخيار وأثره في العقود، مطبعة المقهوي، ج1، ط2، الكويت، 1985، ص727_ص728.

يستنتج من نص المادة المذكورة أنها عالجت موضوع اختلاف جنس المعقود عليه، فإن اختلف جنس كان العقد باطلاً لإنعدام محله، ويكون صحيحاً ومرتباً لأثاره فيما لو تخلف الوصف المرغوب فيه فإنه لا يمنع من انعقاد العقد، إلا أن ما يؤخذ على هذه المادة أنها ربطت اختلاف الجنس بموضوع الغلط وقصرت أحكامه والآثار المترتبة عليه في حالة الوقوع في الغلط فقط، فإذا لم يقع المتعاقدان أو أحدهما في غلط فلا يمكن إعمال تلك الأحكام على العلاقة التعاقدية فضلاً عن ذلك لا يمكن تأسيس اختلاف الجنس على موضوع الغلط في المعقود عليه، وشتان بين الغلط واختلاف الجنس إذ يعد الأخير تغيير حاصل في المعقود عليه وهو انتقال حقيقي وواقعي، أما الغلط في جنس المعقود عليه فهو وأن كان تغيير في الشيء المعقود عليه لكنه لم يتغير في حقيقته وإنما باقياً على أصله .

كما نصت المادة (309) من القانون المدني العراقي على إنه ((إذا صالح أحد الشركاء المدين عن حصته من الدين المشترك فإن كان بدل الصلح من جنس الدين لشركاؤه مخيرون أن شاءوا شاركوه في المقبوض وأن شاءوا أتبعوا المدين، وأن كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين فالشركاء بالخيار أيضاً في اتباع المدين أو الشريك المصالح وللمصالح في هذه الحالة أن شاء سلم اليهم نصيبهم في المقبوض وأن شاء دفع اليهم نصيبهم في الدين)). ومن خلال النص أعلاه يتبين أنه إذا صالح أحد الدائنين المدين على حصته في الدين المشترك فإن كان بدل الصلح من جنس الدين فشركاؤه بالخيار إن شاءوا أتبعوا المدين أو شاركوه في المقبوض، وأن كان بدل الصلح من خلاف جنس الدين فالشركاء أيضاً لهم الخيار في اتباع الدائن المصالح أو المدين⁽¹⁾.

أما المشرع المصري لم يضع تعريفاً لاختلاف جنس المعقود عليه، إلا أن اختلاف جنس المعقود عليه يمكن أن نجده في الكثير من النصوص القانونية، فقد أشار إلى الأحكام القانونية عند عدم تعيين جنس المعقود عليه، حيث نصت المادة (133) من القانون المدني المصري رقم (131) لسنة (1948) على إنه ((1_ إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً . 2_ ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إلا إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء ، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط)).

(1) د.عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2018، ص237.

ويستنتج من هذه المادة وجوب تعيين الشيء المتعاقد عليه أو قابليته للتعيين، فالمعقود عليه لا يخرج عن كونه عملاً أو امتناعاً عن عمل، وقد يكون شيئاً مثلياً أو قيمياً⁽¹⁾، فإذا كان عملاً أو إمتناعاً عن عمل فلا بد أن يتضمن العقد بيان نوع العمل وعناصر وصفاته، أما إذا كان المعقود عليه شيئاً معيناً بذاته، فيجب أن يعين تعييناً يميزه عن غيره، فإذا لم يكن معيناً بذاته وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره، فلا بد من تعيين جنس المعقود عليه تمييزاً له من نظائره، كما لو كان المعقود عليه كمية من القمح فلا بد من بيانه بشكل يرفع عنه الغموض، فيعين بأنه مائة طن قمح هندي فإذا لم يعين جنس المعقود عليه على الوجه المتقدم فلا ينعقد العقد.

هذا ويجدر بنا القول أن عدم تعيين جنس المعقود عليه أو عدم قابليته للتعيين يؤدي إلى نشوب خلاف بين المتعاقدين، بدلاً من استقرار علاقتهما التعاقدية وتوافق إرادتهما، وهذا الاستقرار هو الذي اتجهت رغبة الأطراف إلى تحقيقه⁽²⁾، وإذا ما تمعنا جيداً في المواقف التشريعية، نجد إن المشرع المصري أغفل ما لا يجوز اغفاله، إذ إنه لم يتطرق إلى مسألة الجهالة الفاحشة التي تمنع من صحة العقد والتي وردت في متن المشرع العراقي، وبهذا يكون النص الذي جاء به القانون العراقي أكثر دقة ووضوح من النص الذي أورده المشرع المصري.⁽³⁾

و بالرجوع لأحكام القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 والمعدل بتاريخ 1/10/2016 نجده لم يضع تعريف لاختلاف جنس المعقود عليه، إلا إنه اشترط ان يكون المعقود عليه معلوم الجنس، فبيان جنس المعقود عليه وتحديد امر لا بد منه، فيجب على المتعاقدين عدم اغفاله ويستلزم تضمينه في العقد.⁽⁴⁾

وقد عالج المشرع الفرنسي موضوع اختلاف الجنس في عدة نصوص قانونية نذكر منها المادة (1614) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على إنه ((يجب على البائع تسليم المبيع على حالته التي كان عليه وقت العقد ومن وقت تمام العقد تكون الثمرة للمشتري)). نستنتج من

(1) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للإلتزامات، نظرية العقد، ج1، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص482.

(2) د. سليمان مرقس، نظرية العقد، ط1، دار الكتب القانونية، بغداد، 1998، ص186.

(3) المادة (128) من القانون المدني العراقي نصت على ان ((1 - يلزم أن يكون محل الإلتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه او الى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف. 2 - على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر)).

(4) محمود محمد عوض سلامة، هلاك المعقود عليه، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2012، ص72.

هذه المادة هناك التزام على البائع بأن يسلم المبيع بالحالة نفسها عند إبرام العقد، فحدوث أيّ تغيير في حالة المبيع وجعله بحالة أخرى أصبح البائع مخالفاً بالتزامه، وأن المبيع مغايراً للجنس المتفق عليه، فيجب عليه إعادة المبيع الى حالته السابقة وبخلاف ذلك لا يعد البائع قد أوفى بالتزامه وهو ما أيده الفقه الفرنسي من إن البائع ملزم بمراعاة جنس المعقود عليه وتسليمه بحالته المتفق عليها ولا يجوز إجراء تغيير في حالة المبيع لأنه سينقل المبيع من حالة إلى حالة أخرى تختلف عن التي كان عليها وقت إبرام العقد⁽¹⁾.

ج_ تعريف اختلاف الجنس في الفقه القانوني والقضاء

بالرجوع إلى موقف الفقه القانوني من تعريف اختلاف جنس المعقود عليه، نجد الفقه يلحق موضوع اختلاف الجنس المعقود عليه بضمان المطابقة، بأن يكون المعقود عليه مطابقاً مع ما وقع عليه الإتفاق بين المتعاقدين دون أي تغيير فيه، إذ يعرف بعض الفقه المطابقة بذاتها، ويبين البعض الآخر المراد من عدم المطابقة، والمطابقة تعني ((مطابقة الشيء محل العقد للمواصفات المتفق عليها في العقد))، أو إنها تعني ((مطابقة المبيع للمواصفات المتفق عليها في العقد))⁽²⁾، وإذا ما نظرنا للتعريف المتقدم نجده يقتصر موضوع اختلاف الجنس على المبيع فقط كونه محلاً (معقوداً عليه) لعقد البيع، فلا يمكن الاعتماد عليه لأن المعقود عليه يوجد في كل عقد ولا يمكن نشوء ذلك العقد دون محل قابلاً لحكمه، وبالتالي يحصل فيه اختلاف الجنس، أما عدم المطابقة فيراد بها ((الإختلاف بين الشيء المتفق عليه في العقد وبين الشيء المسلم))⁽³⁾. وهذا التعريف يجانب الصواب وبعيداً عن الدقة لأنه ضيق من معنى الإختلاف في جنس المعقود عليه وجعل حصوله مرهوناً بالتسليم فقط، فالمعقود عليه أحياناً يبقى عند مالكة ومع ذلك يحصل فيه اختلاف الجنس، كما يعرف البعض الآخر بأن عدم المطابقة معناها ((الإلتفاف في المعقود عليه الصفات التي تم الإتفاق عليها صراحةً أو ضمناً أو تلك الصفات التي يتوقع العاقد وجودها في المعقود عليه))⁽⁴⁾، ومن الملاحظ على هذا التعريف بأنه غير دقيق إذا أنه إقتصر على المطابقة الوصفية، فالمعقود عليه لا بد من أن يكون مطابقاً جنساً ووصفاً ونوعاً وليس فقط وجود الصفات التي يشترطها العاقدان أو أحدهما. لهذا لا يمكن التعويل على التعريفات المتقدمة للوصول إلى تعريف

(1) Henri, Leon et Jean Mazeaud : Droit Civil, t11<3e ed , Paris , 1968 , N 948 ,p778
نقلاً عن: د. علي شاكرا البديري، التغيير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراه كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013، ص9.

(2) حسام الدين كامل الأهواني، عقد البيع في القانون الكويتي، دار ذات السلاسل، الكويت، 1989م، ص726.

(3) غسق خليل إبراهيم، المسؤولية المدنية الناشئة عن الأخلال بعقد المعلوماتية الاطاري، ط1، المركز العربي، القاهرة، 2018، ص132.

(4) حمدي أحمد سعد، القيمة النقدية للمستندات الإعلانية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص127.

اختلاف جنس المعقود عليه في الإصطلاح القانوني، ذلك لأن كلاهما جاء بألفاظ غير دقيقة، وقد يجر معناها إلى معنى آخر غير اختلاف الجنس كالأخلال بالتسليم. ومنهم من يرى بأن اختلاف الجنس هو ((تغيير ذاتية المعقود عليه على نحو يؤدي إلى انتقال الشيء من جنس إلى جنس آخر))⁽¹⁾ فلو كان المعقود عليه أرض خالية (عرصة) فيتغير جنسها بإدخال الأبنية على تلك الأرض، فتكون دار سكنية بعد أن كانت أرض خالية ويقود هذا الإختلاف إلى زوال إسم المعقود عليه وصورته وزوال معظم منافعه⁽²⁾.

أما بخصوص موقف القضاء من تعريف اختلاف جنس المعقود عليه، فالقضاء مهمته الفصل في المنازعات عن طريق تطبيق روح النص القانوني، فلم يشر في أحكامه إلى تعريف اختلاف جنس المعقود عليه، ويعد هذا امرًا طبيعيًا ولا يمكن انتقاده على عدم إيراد تعريفًا لمصطلح قانوني كإختلاف جنس المعقود عليه، ومع ذلك فقد تضمن في قراراته إشارة إلى اختلاف جنس المعقود عليه ففي بعض الأحيان تتخذ المحاكم قرارات متضمنة هذا الموضوع صراحةً، وفي أحيان أخرى تنص المحاكم عليه بشكل غير مباشر، حيث ذهبت محكمة استئناف ميسان الاتحادية في إحدى قراراتها في قضية تتلخص وقائعها ((وجود عقد بيع عقار خارجي يتضمن كافة شروط صحته حيث ذكر في مقابلة البيع بأن جنس العقار حصة في عمارة في شارع بغداد/ميسان إلا أن جنس العقار موضوع الدعوى الوارد في إستمارة صورة السجل العقاري كونها تضمنت أنه دار مفرزة منها دكانين بصورة غير رسمية وبالتالي عد ذلك من قبيل اختلاف الجنس العقار موضوع الدعوى عن جنسه المذكور في مقابلة البيع الخارجي مما يؤدي على عدم صحة العقد الخارجي ولم يعد من قبيل التعهد بنقل ملكية العقار))⁽³⁾.

نلاحظ من هذا القرار إن محكمة التمييز أعطت للعائد المطالبة بقيمة المبيع التي دفعها للبائع لعدم مطابقة المبيع الذي قام بتجهيزه البائع مع ما رغب المشتري بالحصول عليه.

وذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار آخر أن اختلاف الجنس يؤدي إلى انعدام الإرادة وبالتالي يؤدي إلى جعل التصرف القانوني غير قائم، ((إذا ظهرت مساحة العقار المبيع ناقصة

(1) أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الأول، 1933، مطبعة الرغائب، ص62.

(2) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، ج2، منشورات مكتبة النهضة، بيروت وبغداد، بدون سنة طبع، ص489.

(3) قرار محكمة استئناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم، 46/ 2015 الصادر في 2015/4/9،

منشور على الشبكة المعلوماتية (الإنترنت) على الموقع (<https://www.hjc.iq/qview.2227>)، تأريخ الزيارة

نقصاً يتأثر به الثمن المسمى جملة واحدة وكان يتعذر تبويض الصفقة للضرر فللمشتري حق الفسخ طبقاً للمواد (117، 118، 544) مدني ولا محل للرجوع إلى أحكام إفراغ الأراضي الأميرية وقياس الملك الصرف في الحكم عليها بعد وجود النصوص الصريحة في هذا الشأن⁽¹⁾.

أما موقف القضاء المصري فقد تبني موضوع اختلاف الجنس في العديد من أحكامه، حيث بينت محكمة النقض المصرية اختلاف الجنس حيث قضت في قرار لها بأنه ((إذا باع شخص أرضاً على أنها تحد من الجهة البحرية بشارع عرضه خمسة أمتار وتبين فيما بعد بأنه لا وجود لهذا الشارع مما يجعل الأرض محصورة من جهاتها الأربعة وليس لها منفذ إلى الطريق العام فإن البيع يجوز أبطاله بسبب الغلط الواقع في صفة جوهرية في الشيء المبيع))⁽²⁾.

يتضح من هذا القرار إن محكمة النقض تشير إلى اختلاف الجنس على أنه غلط في صفة جوهرية في التعاقد لوجود تفاوت بين حقيقة المعقود عليه وبين ما أراده العاقد .

كما أن محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها نصت على أن يكون المعقود عليه مطابقاً في جنسه عند تسليمه فلم تقتصر على وجوب الإلتزام بالتسليم لإتمام صحة العقد وانتقال الملكية وإنما علقت ذلك بأن يكون الشيء المسلم من جنس المعقود عليه لأن تخلف الجنس يعد اختلافاً في إحدى العناصر الأساسية في العقد⁽³⁾.

ثانياً:- تعريف المعقود عليه

إذا تمعنا جيداً في المواقف التشريعية التي تتعلق بموضوع البحث والدراسة، نجدها أشارت إلى المعقود عليه حيث نصت المادة (73) من قانوننا المدني على أن ((العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)). وتبعته في ذلك المادة (126) من القانون نفسه التي نصت ((لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف إليه

(1) قرار محكمة التمييز المرقم 34/ حقوقية في 11/4/1963، قضاء محكمة التمييز، المجلد الأول، ص30.

(2) قرار محكمة النقض المصرية في 19 يناير 1911، ص119، نقلاً عن د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، ج1، مصدر سابق، ص366.

(3) Cass . civ . 15 nov . 1985,R.T.D.C,1986,P370.

يكون قابلاً لحكمه ويصح أن يكون المحل مائلاً، عيناً كان أو ديناً أو منفعة، أو أي حق مالي آخر، كما يصح أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل⁽¹⁾.

إن النصوص القانونية التي سقناها، وأن أشارت إلى المعقود عليه باعتباره محلاً للعقد إلا أنها لم تبيّن المراد منه، أضف إلى ذلك أن المشرع عادةً يستعمل مصطلح (العين) أو (الشيء) للدلالة على المعقود عليه، حيث جاء في المادة (74) من القانون المدني العراقي يرد العقد على أعيان منقولة وغير منقولة باعتبارها أشياء مادية ملموسة تعد محلاً لإختلاف الجنس⁽²⁾. كما يشير المشرع المصري في نصوص قانونية إلى المعقود عليه بلفظ محل الالتزام حيث نصت المادة (133) من القانون المدني المصري في فقرتها الأولى على إن ((1_ إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً)). نلاحظ وجود خلط واضح بين محل العقد ومحل الالتزام، إذ أن المشرع العراقي والمصري نظم هذه النصوص تحت عنوان محل العقد في حين أن مضمونها جاء ليبيّن محل الإلتزام، أما موقف القانون المدني الفرنسي، فإنه لم يقع في هذا الخلط، حيث ميز بين محل العقد ومحل الإلتزام تمييزاً واضحاً في المادة (1126) منه إذ جاء فيها ((إن موضوع كل عقد هو شيء يلتزم أحد الأطراف بأدائه أو يلتزم بعمله أو بالإمتناع عن عمل))، خاصةً وأن القانون المدني الفرنسي شهد تطوراً ملحوظاً في نظرية العقد إذ إنه تخلّى عن المحل والسبب باعتبارهما عنصرين أساسيين في قيام العقد، ودرجهما تحت نطاق فكرة معينة أسماها بمضمون العقد، ويعزى السبب الذي جعل المشرع الفرنسي يدمج المحل والسبب في هذه الفكرة هو للحد من الجدل الفقهي الذي يجتاح كل من المحل والسبب باعتبارهما الأساس في نشوء نظرية العقد، خاصةً وأنها وجدت منذ قرون مما يؤدي ذلك الجدل إلى عدم تحقيق الاستقرار في المعاملات المالية، فضلاً عن ذلك أن فكرة مضمون العقد كانت شائعة ومستخدمة لدى الكثير من القوانين الأوربية، الأمر الذي واد الرغبة لدى المشرع

(1) وفي السياق ذاته جاء في مرشد الحيوان في المادة (302) التي تصت ((لابد لكل عقد من محل يضاف إليه يكون قابلاً لحكمه...)).

(2) المادة(74) من القانون المدني العراقي التي نصت ((يصح أن يرد العقد: 1 – على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض بيعاً أو بغير عوض هبة ولحفظها وديعة أو لإستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً. 2 – وعلى منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض إجارة أو بغير عوض إعاره. 3 – وعلى عمل معين أو على خدمة معينة) كما جاء في المادة (195) من مجلة الأحكام العدلية بأن العين هي ((هي الشيء المعين المشخص كبيت وحصان وكرسي وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين وكلها من الأعيان)). كما أن المشرع الفرنسي نجده يشير إلى المعقود عليه بمصطلح (الشيء) حيث نصت المادة (1720) من القانون المدني الفرنسي ((يلتزم المؤجر بتسليم الشيء جيد الحالة، وخال من أي نوع من التصليحات)). ومن خلال هذه المادة نستنتج أن المشرع الفرنسي جاء بلفظ الشيء وهو مصطلح أو سع من العين، فالشيء يكون مادي كالعقار والمنقول و شيء معنوي كالنتاج الذهني.

الفرنسي من أجل تقريب قانونه المدني من تلك القوانين الأوربية التي لا تعرف عنصر السبب في العقد إلا أنه وعند إمعان النظر في النصوص القانونية التي جاء بها المشرع الفرنسي نجده أبقى على مضمون فكرتي المحل والسبب، والتعديل كان فقط تعديلاً للمصطلحات القانونية ليضفي عليها طابع السهولة لا غير، إذ أنه أبقى على مضمون كلا العنصرين⁽¹⁾.

ولو انتقلنا إلى موقف الفقه، نجد بعض الفقه يعرف المعقود عليه بأنه لب العقد لأنه مشبع لحاجات المتعاقدين وهو الغاية من العقد ومقصده الأصلي⁽²⁾. ولتأكيد ما ذكرناه يتحدد معنى المعقود عليه بناءً على ما يضاف إليه، وهو هنا مضافاً إلى العقد، فالمعقود عليه يراد به ما يقع عليه التعاقد ويظهر فيه أثر العقد وحكمه⁽³⁾.

كما نجد الفقه قد حاول أن يفرق بين محل العقد ومحل الالتزام وبيان المراد من المعقود عليه، حيث اتفق الفقه الإسلامي والقانوني على أن محل العقد هو العملية القانونية المراد تحقيقها من وراء العقد⁽⁴⁾ أي موضوع العقد من شيء أو خدمة أو عمل، بينما محل الالتزام هو الأداء الملتمزم به المدين⁽⁵⁾ أما بتسليم شيء معين أو بالقيام بعمل معين أو الامتناع عن عمل معين. وعليه، لو كنا امام عقد بيع فإن محل الالتزام في عقد البيع هو تنفيذ ما اتفق عليه المتعاقدان، فمحل إلتزام البائع هو تسليم المبيع ومحل التزام المشتري هو دفع الثمن، أما محل العقد فهو المبيع والثمن وهو المعقود عليه.

بعد بيان اختلاف الجنس والمعقود عليه كلاً على انفراد واستعراض الأفكار التي ذكرها الفقه الإسلامي والقانوني يتبين لنا عدم وجود تعريف جامع مانع لإختلاف جنس المعقود عليه، لا على مستوى الفقه الإسلامي والقانوني ولا على مستوى القوانين الوضعية والأحكام القضائية،

(1) Denis philippe Dest contrats en droet francais congres De l "Idef" 22 avril 2016

lareforme du drot

(2) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط1، منشورات نارس، المكتبة العامة في أربيل، أربيل، 2006، ص155. وينظر أيضاً: محمود عبد المجيد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، ط1، 2002، ص71.

(3) علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، ط1، 1429هـ، 2008م، ص278. وينظر أيضاً الشيخ أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، العدد6، السنة الرابعة، 1934، ص704. وينظر أيضاً: محمد عبد ربه السجي، تعيب المعقود عليه وأثره في عقود المعاوضات المالية، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص16.

(4) د. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص162.

(5) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الألتزام، ج1، ط5، مطبعة نديم، بغداد، 1974، ص180.

وهذا الأمر يتطلب منا وضع تعريف لإختلاف جنس المعقود عليه، فيمكن لنا القول أن الاختلاف في جنس المعقود عليه هو (تباين بين الحالة المتفق عليها والحالة الواقعية للمعقود عليه فتتغير ذاتيته على نحو يؤدي إلى فقدان المنفعة المقصودة منه والتفاوت الفاحش في حقيقته مما يؤثر على إنعقاد العقد ونفاذه).

نقصد بالتباين بين الحالة الواقعية والحالة التعاقدية فقدان المطابقة بين الشيء الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقد وقت العقد ووقت الحصول عليه، فيكون مغايراً لحالته الأولى وقت إنعقاد العقد، خاصةً وأن بعض التصرفات القانونية تستلزم المماثلة في الجنس، وأن عدم تحقيق المماثلة في الجنس تؤثر في انعقاد العقد أو تنفيذه، فمثلاً من شروط المقاصة إتحاد الدينين جنساً ووصفاً فإذا لم تتحقق المماثلة في جنس الدين يؤثر ذلك على صحة المقاصة، كذلك في البيع على النموذج فلا بد من أن يكون المبيع مطابقاً للنموذج وبخلاف ذلك يؤثر على تنفيذ العقد.

أضف إلى ذلك أن الاختلاف في الجنس لا يقتصر على تغيير ذاتية المعقود عليه كأن يكون الشيء محل العقد نحاس لكن أتضح أنه فضة فهنا نكون أمام جنس مغاير لجنس المسمى، وإنما يتعداه إلى تخلف الصفة المؤدي إلى اختلاف الجنس لأن التفاوت الفاحش في الأغراض بين حقيقة المعقود عليه وبين ما أراده العاقد يعد بحكم الاختلاف في الجنس فتتحقق المماثلة في الجنس لكن هناك تفاوت فاحش في الأغراض فنكون والحالة هذه أمام اختلاف الجنس⁽¹⁾.

الفرع الثاني

خصائص اختلاف جنس المعقود عليه

بعد بيان تعريف اختلاف جنس المعقود عليه ، يتضح لنا من خلال هذا التعريف أن لإختلاف جنس المعقود عليه عدة خصائص يمكن إجمالها بالنقاط الآتية:-

أولاً- اختلاف جنس المعقود عليه يجري في كل العقود

لما كان المعقود عليه يشكل ركناً أساسياً في قيام التصرف القانوني، ويتجلى ذلك بوضوح من خلال نص المادة (73) من القانون المدني العراقي في شطرها الأخير "... ويثبت أثره في المعقود عليه" فلا يمكن قيام التصرف بدونه، من ذلك أن المعقود عليه مشروط في كل التصرفات القانونية دون تمييز بين تصرف وآخر.

(1) د. جاسم لفته العبودي، آثار الغلط، في النظام القانوني الإنكليزي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، القسم الثاني، العدد الخامس، 2000، ص35.

فكل عقد من العقود لا بد له من محل مضاف إليه ويكون قابلاً لحكمه، فالمعقود عليه يذكر عادةً مقترناً بالعقد⁽¹⁾، الأمر الذي يجعل اختلاف جنس المعقود عليه حاصلاً في كل هذه العقود طالما يثبت لها محلاً يتخلف جنسه، فلا يختص بعقد معين بل جريانه في سائر العقود كالبيع والإيجار، والوديعة والحوالة وغيرها، بل إنه يسود جميع العقود، فلو كنا أمام عقد بيع فالمعقود عليه كما هو معلوم يتمثل بالمبيع والتمن، فالأشياء التي تصلح لأن تكون محلاً لعقد البيع تتزايد يوماً بعد يوم، كما إنها تتنوع إلى درجة كبيرة، لأن نشاط الإنسان لا يتوقف عند حد معين وإنما يتسع ليشمل أكثر وأكثر من الأشياء التي تصلح لأن تكون معقوداً عليه⁽²⁾، مما يدفع المتعاقدين أو أحدهما إلى تغيير ذاتية محل عقد البيع أو البقاء عليه مع تخلف وصفه الذي يؤدي إلى فوات المنفعة المقصودة منه، فيختلف جنسه عما كان عليه عند الإتفاق على حالته، ليكون بحالة مغايرة لحالته المنفق عليها.

والحال كذلك ينطبق على عقد الرهن⁽³⁾ فهو كسائر العقود يجب في إنشائه، من ناحية الموضوع توافر الرضا والمحل والسبب، فالمعقود عليه في عقد الرهن هو المال المرهون الذي يشترط تعيينه تعييناً دقيقاً، إذ يجب تطبيقاً للقواعد العامة أن يكون المرهون معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة التي تؤدي إلى النزاع، فينعدم رضا الأطراف الذي قام عليه العقد، وعلى هذا فإذا وقع الرهن على شيء معين بذاته وجب أن تكون ذاتية المعقود عليه معروفة تمييزاً له من غيره، ويوصف وصفاً مانعاً للنزاع والجهالة الفاحشة، أما إذا كان المال المرهون غير معين بذاته وجب أن يكون معيناً بجنسه ونوعه ومقداره، فتحدد جنس المال المرهون امراً لا بد منه لصحة الرهن إذ أن اختلاف جنس المال المرهون بإعتباره محلاً لعقد الرهن يعد مانعاً من صحة الرهن⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في نظرية العقد، انعقاد العقد، ج1، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ط1، سنة 1967، ص361.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، البيع، ج1، ط1، دار النهضة العربية، بيروت، 1997، ص135.
(3) بين المشرع العراقي المقصود من الرهن سواء كان رهناً تأمينياً أم حيازياً وذلك في المادة (1285) من القانون المدني العراقي التي نصت " الرهن التأميني عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون ". وأيضاً المادة (1321) من القانون نفسه التي بينت تعريف الرهن الحيازي بنصها " الرهن الحيازي عقد به يجعل الراهن مالياً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاءه منه كلاً أو بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في أي يد كان هذا المال".

(4) د. محمد طه البشير، دغني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، ج2، ط1، دار السنهوري، بيروت، 2016، ص503.

أضف إلى ذلك أن الإختلاف في جنس المعقود عليه حدوثه يكون في التصرفات القانونية دون الوقائع القانونية⁽¹⁾ لأن المعقود عليه الذي يختلف جنسه هو محلاً للعقد الذي يدخل في عموم هذه التصرفات⁽²⁾، فلا يمكن القول أن المعقود عليه محلاً لواقعة قانونية، فإجراء قسمة المال الشائع قد يكون في أشياء مختلفة أو متحدة في جنسها بإعتبارها معقود عليها في عقد القسمة، فالقسمة هنا تصرف قانوني، إذ نلتمس حدوث الاختلاف في جنس تلك الأعيان، الذي يكون له دور في كيفية إجراء القسمة بين الشركاء المشتاعين، وكذلك يشترط في المبيع أن يكون من جنس المتفق عليه في بيع النموذج، تلك الحالات وغيرها من التطبيقات التي سنبحثها في الفصل الثاني من هذه الدراسة والتي توضح أن الإختلاف في جنس المعقود له صدى واسع في التصرفات القانونية دون الوقائع القانونية.

إذ يرى رأي في الفقه⁽³⁾ أن التصرفات القانونية يفترض للإرادة فيها دور واسع ويقتضي وجودها مما يستدعي صحتها بصدورها من ذي أهلية وخالية من العيوب التي تشوب صحتها وهذه الأمور لا يمكن القول بوجودها في الوقائع القانونية لإنعدام الإرادة في تلك الوقائع، ويضاف إلى ذلك وحسب ما يراه الباحث، يمكن أن نلتمس حدوث اختلاف الجنس في الوقائع القانونية فيما لو كان موضوعنا هو اختلاف الجنس فقط دون اختلاف جنس المعقود عليه كحصول اختلاف جنس المال المغصوب بإعتباره واقعه قانونية، فلو غير الغاصب العين المغصوبة على نحو يجعلها فاقدة لحالتها السابقة الأمر الذي يفضي إلى تخلف جنسها، إلا أن تسمية عنوان بحثنا بالإختلاف في جنس المعقود عليه يتحتم علينا القول بأن حدوثه يكون في التصرفات القانونية التي يكون المعقود عليه جوهر الإرادة التي ينعدم وجودها في الوقائع القانونية.

وإذا سلمنا القول بأن اختلاف جنس المعقود عليه له نطاق واسع في التصرفات القانونية، فهل نتصور حصوله في التصرفات التي تصدر بإرادة منفردة؟.

(1) أشارت المادة (1100) من القانون المدني الفرنسي الى ذلك اذ نصت على إن ((... 1 _ التصرفات القانونية هي تعبيرات عن الإرادة تهدف إلى آثار قانونية هذه الآثار قد تكون إتفاقية أو من جانب واحد. تخضع التصرفات القانونية من حيث صحتها وآثارها عند الإنتهاء للقواعد التي تحكم العقود. 2_ الوقائع القانونية هي أفعال أو أحداث يرتب عليها القانون آثارًا قانونية)).

(2) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، مصدر سابق، ص31.

(3) د. علي شاکر البدری، مصدر سابق، ص44.

لا يقتصر إنشاء الإلتزامات على دور الإرادة المشتركة بل تكفي إرادة واحدة لإنشاء الترتامات معينة وذلك ضمن الحدود التي سمح بها القانون⁽¹⁾، واختلاف الجنس لا يقتصر مداه على العقد باعتباره تصرفاً قانونياً صادراً من جانبين، بل يمكن حصوله في التصرفات الصادرة من جانب واحد كالوصية مثلاً، فالموصى به باعتباره محلاً للوصية قد يتغير بفعل الموصي أو بفعل الغير، فتغير القلادة الذهبية الى تمثال ذهبي يبطل الوصية⁽²⁾ فالعين الموصى بها لم تعد موجودة وما وقع عليه الايجاب كان مسمى باسم خاص، وهذا الأسم أصبح غير موجود فنكون أمام جنس مغاير لجنس العين الموصى بها وقت نشوء الوصية⁽³⁾.

ثانياً- اختلاف جنس المعقود عليه يعد اختلافاً في عنصر جوهرى في التعاقد

من المعلوم أن العقد يتمحور حول عدة عناصر باعتبارها مقومات ذاتية ينشأ بها، ويتحقق بوجودها، فهذه العناصر منها ما يعد عنصراً جوهرياً، ومنها ما لا يعد كذلك، فالعناصر الجوهرية لها أهمية في تحديد ماهية العقد الذي يبغى إليه المتعاقدان، وتحدد الترتامات الطرفين بذات الوقت، ويراد بالعناصر الجوهرية للعقد مسألتين، تتعلق أولهما بالعناصر الفنية اللازمة لإيجاد العقد وصحته وهي ما أتفق الفقهاء على تسميتها بأركان العقد وشرايطها، والثانية ما يطرحه أحد المتعاقدين أو كليهما أثناء أبرام العقد من شروط يجب أن تكون محل اتفاق وألا كان العقد باطلاً⁽⁴⁾، هذا وعند مراجعة النصوص القانونية التي عالجت مسألة العناصر الجوهرية في التعاقد⁽⁵⁾، نجد أن المشرع يتدخل في حياة العقد ليضفي عليه صفة الإنعقاد، فإذا ورد اتفاق على العناصر الجوهرية في العقد فيعني ذلك أن العقد قد تم، فعدم الاتفاق عليها يؤدي إلى انعدام

(1) المادة(1/184) من القانون المدني العراقي.

(2) د. علي شاكرا البدرى، مصدر سابق، ص153.

(3) المادة (72) من قانون الأحوال الشخصية العراقي المعدل رقم 188 لسنة 1959 التي نصت أن ((تبطل الوصية في الاحوال الآتية: ... 3- تصرف الموصى بالموصى به تصرفاً يزيل أسم الموصى به أو معظم صفاته (...)).

(4) خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص17.

(5) عملاً بحكم المادة (86) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه ((1- يطابق القبول الايجاب إذا أتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي إلتزام الطرفين حتى لو اثبت الاتفاق بالكتابة. 2 - وإذا أتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وأذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فأن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة)). وفي السياق ذاته نصت المادة (95) من القانون المدني المصري ((إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها، إعتبر العقد قد تم، وأذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فأن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة)).

وجود العقد، حتى لو كان هناك اتفاق على ثمة عناصر غير جوهرية، فعدم معالجة تلك العناصر (العناصر غير الجوهرية) لأي سبب كان ليس له أي تأثير على انعقاد العقد.

وإذا كان المشرع قد إعتاد على تسمية العناصر بالمسائل ألا أن الفقه الغالب ذهب إلى استعمال العناصر بدل المسائل، وحجتهم في ذلك أن القول بوجود عقد واحد يقود إلى كونه مسألة واحدة، وإذا كنا أمام عدة مسائل فيجر ذلك إلى عدة عقود، أما تسمية العنصر تدل على عقد معين مكون من عدة عناصر⁽¹⁾، ومهما يكن الحال لا بد لانعقاد العقد لينتج أثره من توافر أمور عند تخلف أحدهما لم ينعقد العقد، وهذه الأمور، الرضا، المحل، والسبب، وما يهمننا في هذا المضمار هو العنصر الثاني فتبعاً لذلك يعد المحل (المعقود عليه) عنصراً جوهرياً لاتمام العقد، وترتيب آثاره، فتخلف المعقود عليه باختلاف جنسه يعد اختلافاً في أمر جوهرية له تأثير في صحة العقد من عدمه.

ثالثاً_ اختلاف جنس المعقود عليه يؤثر على التزام يقتضيه العقد⁽²⁾

يراد بالالتزامات التي يقتضيها العقد بانها الآثار الأصلية للعقد المبرم بين طرفيه، فعند إبرام عقد معين من العقود لا بد وأن يرتب هذا العقد آثاراً أصلية تسمى بمقتضيات العقد، خاصة وأن هذه الآثار تمثل الغاية التي يسعى إليها المتعاقدان من وراء إبرام العقد، أو يراد بمقتضى العقد الغاية الأساسية من العقد، فتحديد جنس المعقود عليه عند إبرام العقد وتسليمه بجنسه المعين يعد من أهم مقتضيات العقد، فالإختلاف في جنس المعقود عليه يؤثر على مسيرة العلاقة التعاقدية كونه امرأ لا يخرج عن مقتضى العقد، فلم يكن وجوده زيادة في أصل العقد فالمراد بالأخير تلك المرتكزات والمقومات التي يبني عليها العقد⁽³⁾، وهي - كما أسلفنا سابقاً- لا تخرج عن (الرضا والمحل والسبب) فوجود العقد مرهون بوجود هذه المرتكزات التي لا يمكن الاتفاق على خلافها كونها ذات ارتباط وثيق بأصله وجزء لا يتجزأ من حقيقته وماهيته⁽⁴⁾، فلا يمكن تخلف جنس المعقود عليه أو الغاء الاتفاق على تحديده لأن ذلك يؤثر على التزام يقتضيه العقد خاصة وأن إرادة أحد عاقديه أو كليهما اتجهت إلى الحصول على ذات المعقود عليه وليس ما عداه من

(1) محمد غانم يونس الأمين، سلطة القاضي في تكميل العقد، أطروحة دكتوراه كلية القانون، جامعة بغداد، 2017، ص27.

(2) نرى إن هذه الخصيصة هي التي تميز الاختلاف في جنس المعقود عليه عن الشرط المقترن بالعقد، فالأخير يعد امرأ وجوده غير مؤثر في وجود العقد وصحته أما الاختلاف في جنس المعقود عليه امرأ لا بد منه في العقد فتحديد جنس المعقود عليه شرطاً لصحة العقد بل وانعقاده.

(3) عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، نظرية الإلتزام في القانون المدني المصري، ط1 بدون مكان طبع، 2006، ص279.

(4) د. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ط1، ج1، دار الفكر، دمشق، 1986، ص100_101.

الاشياء⁽¹⁾، فلو كنا أمام عقد ايجار فلا بد من أن يكون المعقود عليه معلوماً للطرفين ومبيناً جنسه بشكل واضح وصريح، كما لو كان الشيء المؤجر عقاراً لا بد من بيان جنسه ووصافه المختلفة لاتمامه وتمكين الطرفين من تحقيق غايتهما من ابرام عقد الايجار، فلا بد من ايجار ذات الشيء المتفق عليه وتسليمه للمستأجر بعينه دون اختلاف في جنسه فلم يجز للعاقِد إعطاء شيء من غير جنس المتفق عليه كأرض زراعية أو شيء آخر، فتلك الأرض لم يشملها العقد ولا تعد امراً يقتضيه العقد وذلك من شأنه أن يؤدي إلى عدم تحقيق الجدوى من إبرام العقد وانتفاء الحاجة وبزوغ الغاية منه لتخلف الشيء المؤجر الذي ورد عليه العقد والذي يعد أصلاً من أصول العقد ومقوم من مقوماته.

رابعاً- الاختلاف في جنس المعقود عليه يرتبط بالمعقود عليه ذاته

إن من أهم خصائص الاختلاف في جنس المعقود عليه إنه يرتبط بمحل العقد، ومؤدى ذلك أن النطاق الذي يشمل موضوع اختلاف جنس المعقود عليه تتسع دائرته بمحل العقد بإعتباره العملية القانونية التي يراد تحقيقها من ابرام العقد، فعمل الاختلاف في جنس المعقود عليه يبدو جلياً ويظهر بوضوح داخل نطاق المعقود عليه، حيث تتسع مساحته في المعقود عليه نفسه، وحثتنا في ذلك أن المشرع اشترط تعيين جنس الشيء الذي يكون قابلاً لحكم العقد وأن يكون معلوماً لكلا الطرفين عند ابرام العقد، فمعلومية جنس المعقود عليه تؤدي إلى انتفاء الغرر المنهي عنه، أضف إلى ذلك أن موضوع اختلاف الأجناس أو اتحادها مع تخلف وصفها المؤدي إلى التفاوت الفاحش تناوله الفقه الإسلامي والقانوني على حد سواء ضمن أحد العناصر الأساسية لإتمام العقد ألا وهو المعقود عليه.

ومع ذلك يمكن الارتكاز على أن اختلاف الجنس يحصل في التراضي أو في السبب فيرتبط بهما لأن أغراض المتعاقدين تكون متعارضة وذلك لإختلاف المحل وكونها لم تتفق على شيء معين مما يحول دون قيام الرضا بالعقد⁽²⁾، فلو كان شخص يملك عقارين أحدهما عرصة في مدينة بغداد والأخر دار سكن في كربلاء واتجهت إرادة المالك إلى ايجار العقار الواقع في بغداد في حين إرادة المستأجر اتجهت إلى العقار الكائن في كربلاء، فالإيجار لا ينعقد لا على المنزل الكائن في كربلاء ولا على العقار الكائن في بغداد لعدم توافق إرادتي المؤجر والمستأجر على ذاتية الشيء محل العقد، وكذلك الحال ينطبق على السبب، وذلك لعدم التوافق بين الإرادتين

(1) د. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، عقد الإيجار، دار محمود، القاهرة، المجلد السابع، ط1، بدون سنة طبع، ص63.

(2) السيد كاظم الحسيني الحائري، فقه العقود، ج2، ط3، مجمع الفكر الإسلامي، قم المقدسة، 1323هـ، ص8.

لفقدان ركن من اركان العقد، ففي هذه الأمور يتضح لنا انتفاء تطابق الإرادتين، كما لو أوجب البائع البيع بجنس معين من الثمن (الدولار) وقبل المشتري الشراء بجنس آخر (الدينار) فلم تتوافق الارادتين ولم تتحقق المطابقة مما يؤدي إلى إنعدام الرضا لإختلاف الجنس⁽¹⁾.

المطلب الثاني

شروط اختلاف جنس المعقود عليه وأسبابه

إن حصول اختلاف في جنس المعقود عليه لا يتم دون قيد أو شرط، فتخلف جنس المعقود عليه لا يأتي اعتباراً، بل يستلزم الأمر توافر شروط معينة تؤدي إلى اختلاف جنس المعقود عليه، فضلاً عن ذلك لا بد من بيان الأسباب التي دعت إلى حصول اختلاف جنس المعقود عليه.

وللإحاطة بمضمون هذا المطلب بشكل وافي، الأمر الذي يتطلب منا تقسيمه إلى فرعين، نبين في الفرع الأول شروط اختلاف جنس المعقود عليه، ونتناول في الفرع الثاني أسباب اختلاف جنس المعقود عليه.

الفرع الأول

شروط اختلاف جنس المعقود عليه

للإختلاف في جنس المعقود عليه ثمة شروط، لم ينص عليها القانون المدني لكن يمكن أن نستخلصها من تطبيقات اختلاف جنس المعقود عليه، وتتنطبق على جميع هذه التطبيقات على اختلافها وتباينها، وهي لا تخرج عن كونها اختلافاً في أسم المعقود عليه وفوات المنفعة المقصودة منه، والتفاوت الفاحش في الأغراض، فلا بد من بيان كل شرط على حدة، وحسب ما يأتي:

اولاً- اختلاف أسم المعقود عليه

عند تتبع نصوص القوانين نجدها تنص على ضرورة تعيين الشيء محل العقد والإشارة إليه بإسمة عند التعاقد، أذ أن كل شيء يحمل تسمية معينة تميزه عن غيره وتختلف عن التسمية التي تطلق على غيره، فالتعاقد على القمح يختلف عن التعاقد على الطحين، فكل منهما له إسم خاص

(1) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص57.

به يدل على ذلك المسمى، فلو اتجهت إرادة المتعاقد إلى مسمى معين فلا بد من بقاءه على تلك التسمية لأن تغيير تسميته يصبح بمثابة شيء آخر ومن جنس مختلف، فيشترط للقول بوجود اختلاف في جنس المعقود عليه تغيير تسمية المعقود عليه فيصبح له اسم يختلف عن تسميته السابقة، أي زوال اسمه⁽¹⁾.

وبخصوص موقف الفقهاء المسلمين من مدى إمكانية اشتراط اختلاف اسم المعقود عليه نلاحظ اتفاق جمهور الفقهاء⁽²⁾ حول اختلاف الأسم بإعتباره شرطاً يؤدي إلى اختلاف جنس المعقود عليه، وهذا يعني أن المسمى قد خرج عن مسماه الموضوع له وأضحى له اسم آخر، بل إن اسمه الذي يستدل به عليه قد زال وصار له اسم آخر ومن المعروف أن اختلاف الأسماء يدل على اختلاف المسميات، فعندما نقول سيارة إنصرف الذهن إلى ذلك الجسم ذوي العجلات، وعندما نقول أدوات احتياطية وهي متحولة عن السيارة بعد تفكيكها فينصرف الذهن إلى تلك الأقسام المجزئة عنها وبهذا يؤدي اختلاف الإنصراف إلى اختلاف المنصرف له، بل أن تبدل اسم الشيء من شأنه أن يجعل الشيء المتبدل شيئاً آخر، فليس من المنطقي أن يكون الشيء الواحد شيئين في آن واحد، فيكون بهيئة أخرى غير هيأته السابقة، واختلاف تسميته على نحو يؤدي إلى اختلاف جنسه، لأن اختلاف الجنس يكون باختلاف الأسم والمعنى، حيث جاء في المبدع ((والمراد هنا الجنس الأخص والنوع الأخص، فكل نوعين إجتماعاً في اسم خاص فهما جنس))⁽³⁾، والمفهوم المخالف لهذا القول، نجد كل شيئين لم يجمعهما اسم خاص يعدان مختلفا الجنس لإختلاف حقيقة كل منهما، فالشعير والقمح يختلفان في الاسم الخاص، لان كل منهما له تسمية خاصة به يختلف عن الأسم الذي يطلق على الآخر منهما، الامر الذي يستدعي القول إنهما جنسان مختلفان لإختلاف الاسم الخاص بهما.

(1) هذا ويروي الفقه الإسلامي بأن لكل لفظ وضعان، أحدهما وضع خاص وهو جعل اللفظ يدل على المعنى المخصص له عند استعمال المتكلم له، والآخر هو لفظ عام يراد منه تخصيص شيء بشيء آخر يفيد دلالاته عليه كالمقادير التي تدل على مقدراتها من الكيل والوزن والعدد، ينظر في ذلك: علاء الدين أبو الحسن علي بن سلمان المرداوي، التحبير شرح التحرير في أصول الفقه، ج1، ط1، مكتبة الرشد، السعودية، 1421هـ _ 2000، ص290.

(2) عثمان بن علي الزيلعي، تبين الحقائق شرح كنز الدقائق، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006، ص467. وينظر أيضاً: شمس الدين أبو عبد الله محمد الحطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ج6، ط1، دار عالم الكتب، بيروت، 2003، ص201. وينظر أيضاً: علي بن احمد ابن حزم، المحلى بالآثار، ج7، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1408هـ، ص458.

(3) إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن المفلح، المبدع في شرح المقنع، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ، 1997م، ص132.

وعلى الرغم من إتفاق الفقهاء على اعتبار اختلاف الأسم الخاص للمعقود عليه يؤدي إلى اختلاف الجنس إلا إن فقهاء المالكية⁽¹⁾ ترى أن إتفاق الأشياء في منافعها يجعلها جنساً واحداً وأن كان هناك اختلاف في أسمائها، وحجتهم في ذلك أن شرط اختلاف المنفعة يستوي مع اختلاف الأسم الخاص بشأن حصول اختلاف الجنس من عدمه، فلا يعتبرون اختلاف الأسم الخاص يؤدي إلى اختلاف الجنس فالقمح والشعير يعدان جنساً واحداً وأن كان كلاً منهما يحمل إسمًا خاصاً طالما إتحدوا في المنفعة، فكل منهما يصلح لتناول الطعام ويقتاد به الناس الامر الذي يوجب معه القول بوحدة الجنس بينهما وأن كان هناك اختلافاً في التسمية.

أما وفق القانون المدني أن اختلاف اسم المعقود عليه بإعتباره شرطاً لحصول الإختلاف في جنس المعقود عليه، عالجه المشرع العراقي في عدة مواد نذكر منها نص المادة(623) من القانون المدني العراقي التي نصت ((يمنع الرجوع في الهبة: و – إن يهلك الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله أو بسبب اجنبي أو بسبب الاستعمال، فإذا هلك بعضه جاز الرجوع في الباقي، وكذلك إذا غير الموهوب له الموهوب على وجه يتبدل به إسمه كالحنطة إذا طحنت دقيقتاً...))⁽²⁾ يفهم من هذه المادة اختلاف اسم المعقود عليه، ففي البدء كانت حنطة ثم أصبح بعد طحنها دقيقتاً، فالحنطة غير الدقيق لفقدان ذاتيتها بالطحن فهذا يؤدي إلى اختلاف جنسها.

ولقد درج الفقهاء أن اختلاف جنس المعقود عليه مرهون بزوال اسمه، وعادةً يستعملون مصطلح زوال اسم الشيء للدلالة على هذا الاختلاف، كما أن المعقود عليه بتغيير ذاته لا يتبدل اسمه فقط وإنما صورته كذلك، حيث إن الشيء بتغيير ذاته يكتسب اسماً جديداً وصورةً جديدة ، ويعبر عن زوال الصورة في بعض الاحيان بزوال معالم الشيء، وأياً كان الأمر فان تبدل الأسم يرافقه بالضرورة زوال صورة الشيء أو معالمه فالمواد التي استخدمت في البناء تغيّرت ذاتيتها؛ لأنها اصبحت عقاراً بالطبيعة، والمواد قد فقدت فرديتها فلم يعد هناك طابوق أو خشب ولا أحجار بل هناك بيت مشيد، فزوال إسمها ويستتبعه اختلاف منافعها⁽³⁾. ولكن هناك رأي فقهي يرى بأن

(1) أبو الوليد محمد بن أحمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ج2، بدون طبعة، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ، 2004م، ص136. شمس الدين أبو عبد الله محمد الخطاب، ج6، مصدر سابق، ص199.

(2) وبهذا المعنى نصت المادة (2/194) من التقنين المدني العراقي ((أما إذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له، فمن غصب حنطة غيره وزرعها في أرضه كان ضامناً وبقي المحصول له)). فهذه المادة إشتراطت تغيير ذاتية المال المغصوب من خلال زوال اسمه وحصوله على اسم آخر لكي يكون الغاصب ضامناً له، ومما يؤيد قولنا ذهب رأي فقهي إلى ان المادة المذكورة أشارت إلى حالة تغيير ذاتية العين المغصوبة تغييراً يفقدها ذاتيتها ومعظم منافعها فنكون بمثابة شيء آخر له اسم خاص به. د. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول (الأحكام العامة)، معهد الدراسات العربية العالية، 1958، ص153.

(3) سليمان مرقس ، محاضرات في المسؤولية المدنية ، مصدر سابق، ص153.

زوال اسم المعقود عليه يؤدي إلى تخلف الوصف دون تخلف الجنس لأن المعقود عليه وما يتفرع منه يعد جنساً واحداً فالحنطة وأن طحنت دقيفاً إلا إنها متحدة الأصل فلا تعتبر مختلفة الجنس⁽¹⁾، ومن يغصب أرضاً ويضيف عليها بناء أو غراس تبقى الأرض بمسمى الأرض وكُل ما حصل هو إضافة بناء أو غرس عليها مما يعد زيادة متصلة في الأرض⁽²⁾، وبرهان أصحاب هذا الرأي هو نص قانوننا المدني في الفقرة الأولى من المادة (563/ف1) (زيادة شيء من مال المشتري على المبيع تمنع الرد، كصنع الثوب المبيع أو البناء في الأرض المبيعة أو ظهور الثمر في الشجر المبيع). فوصف الفقه بأن أحداث تغييرات على الأرض زيادة عليه قول يجانب الصواب إضافة بعض المواد على قماش معين لتحويله إلى قميص أو إضافة بعض المواد على الحنطة المغصوبة لتحويلها إلى خبز زيادة في تلك العين إلا أن هذه الزيادة غيرت من اسم المعقود عليه وجعلته يحمل تسمية أخرى، ونحن نميل إلى ترجيح الرأي الأول لأن ادخال تغييرات على المعقود عليها من شأنها أن تفقد ذاتيته ويصبح بمثابة شيء آخر له تسمية خاصة ولا تعتبر زيادة في العين.

ومن الجدير بالذكر إنه يمكن الإستناد إلى نص المادة (117) من القانون المدني العراقي لتبرير إمكانية اختلاف الأسم الخاص للمعقود عليه يؤدي إلى اختلاف جنسه إذ نصت الفقرة الثانية من المادة أعلاه ((فإذا بيع هذا الفص على إنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع...)). يفهم مما تقدم إنه لا بد أن يكون للمعقود عليه إسماً خاصاً به، ففص الياقوت له اسم يختلف عن فص الزجاج مما يستدعي القول أن كل من الياقوت والزجاج مختلفي الجنس فإذا بيع أحدهما والإشارة إلى اسمه تعلق به العقد⁽³⁾.

أما موقف المشرع المصري فقد نصت المادة (502) من القانون المدني المصري على أنه ((يرفض طلب الرجوع في الهبة إذا وجد مانع من الموانع الآتية :- (أ) إذا حصل للشيء الموهوب زيادة متصلة موجبة لزيادة قيمته فإذا زال المانع عاد حق الرجوع...)). يتضح من نص المادة المذكورة إذا حصلت زيادة في المعقود عليه لا يعتد بها ما لم يكن هناك اختلاف في قيمتها، فاختلاف اسم المعقود عليه يستتبعه اختلاف في قيمته، فمن أجل ذلك يؤدي إلى زياد قيمتها نتيجة هذا الاختلاف في التسمية. ولا يمكن القول إن اختلاف القيمة بالزيادة أو النقصان

(1) محمد أحمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 1993، ص307.

(2) د. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية، رسالة ماجستير كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص47 وما بعدها. وينظر: د. علي شاکر البدری، مصدر سابق، ص68.

(3): د. حسن علي الذنون، مصادر الألتزام، ج1 مطبعة المعارف، بغداد، 1976م، ص95.

أمرًا ضروريًا للقول باختلاف الجنس لأن اختلاف الأسم يؤدي بصورة وبأخرى إلى اختلاف قيمة المعقود عليه⁽¹⁾.

وفي السياق ذاته أشار القانون المدني الفرنسي بضرورة مراعاة الأسم الخاص للمعقود عليه للقول بوجود اختلاف في جنس المعقود عليه، إذ نصت الفقرة الخامسة من المادة (1342) على إنه ((يبرأ المدين بالإلتزام بتسليم شيء معين بتسليمه للدائن كما هو دون تغيير...)). يفهم من نص المادة سالفه الذكر لا بد من مراعاة ذاتية المعقود عليه عند تسليمه للمدين، فلو كان المعقود عليه من جنس معين فلا بد من تسليم ذات الجنس المتفق عليه دون تغيير أو اختلاف في اسم المعقود عليه، كون تسليم شيء له اسم خاص به يختلف عن اسم الشيء المتفق عليه من شأن ذلك يؤدي إلى اختلاف الجنس المعقود عليه لإختلاف التسمية في كل منهما مما يستدعي القول انعدام رضا كلا العاقدين⁽²⁾، فتسمية المعقود عليه بغير اسمه مثلًا أن يقول العاقد أبيعك هذه الياقوتة فتتضح غير ياقوتة أو يقول المشتري اشتريت هذه الزجاجة تم تتضح للبائع بعد ذلك إنها ياقوتة فهنا لا يلزم المشتري بالشراء والبائع لا يلزم بالبيع لإختلاف تسمية الزجاج عن الياقوت⁽³⁾.

مما تقدم ذكره، نستنتج بأن اختلاف الاسم المعقود عليه يعد شرطًا ضروريًا للقول بوجود اختلاف جنس المعقود عليه لأن اختلاف أصناف أو أجناس الأشياء المعقود عليها يحصل باختلاف الأسماء الخاصة بها.

ثانيًا _ اختلاف المنفعة المقصودة

المراد بهذا الشرط أن اختلاف اسم المعقود عليه لا يكفي وحده لحصول اختلاف في جنس المعقود عليه، بل يشترط اختلاف المنفعة، فإذا كانت العين لها اسم وصورة معينة قبل زوال إسمها فيشترط أن تختلف منفعتها بعد زوال ذاتيتها، فالأرض قبل إقامة البناء عليها لها منفعة مختلفة عن حالتها بعد البناء والغرس، وإضافة مواد على القماش وجعله ثوبًا تكون له منفعة تختلف عما كان عليه القماش، والحنطة قبل طحنها لها منفعة معينة تختلف عن الدقيق، فلا يمكن زراعتها بعد اجراء هذه التغييرات عليها، فتؤدي إلى فوات المنفعة المتوخاة من العقد وتختلف الغرض المقصود من المعقود عليه الذي يرغب أحد المتعاقدين الحصول عليه بحالته المتفق

(1) علي حيدر، ج2، مصدر سابق، ص550.

(2) منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، نظرية الألتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1951، ص190.

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، مصدر سابق، ص78. مصطفى بن أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط1، دار القلم، دمشق، 2004، ص425.

عليها، وأن القول بذلك سيقود إلى عدم قدرة أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه دون ضرر⁽¹⁾، فإختلاف منافع المعقود عليه سواء كان وقت العقد أو اثناء القبض يخل بالإنتفاع منه، ومن شأنه أن يجعل العقد غير لازم لعاقديه ويزلزل قوته⁽²⁾، لأن المنفعة هي الغاية من تملك المعقود عليه وبإختلافها ليس من مقدور العاقد اكتساب ملكية المعقود عليه بمنفعته المقصودة منه، فإختلاف الجنس لا يحصل بزوال اسم العين فقط بل بإختلاف المنافع المقصودة من المعقود عليه لأنها تمثل الغاية من استعماله أو تملكه .

ولابد من بيان أن فوات المنفعة يراد به ((الفوات عملية إختلال ذاتي ومباشر لمنافع المعقود عليه بتخلفها أو انتقاصها لسبب موجب لذلك كهلاكه كلياً أو جزئياً ولتحقيق عيب أو تخلف وصف مما تتخلف معه المنفعة المقصودة كلاً أو جزءاً أو نتيجة لتنفيذ جزئي أو معيب أو متأخر للإلتزام مما يترتب معه فقدان المتعاقد المزاي والفوائد التي ينتجها ذات المعقود عليه بصورة مباشرة لا تلك التي يأمل بالحصول عليها بسبب المعقود عليه بصورة غير مباشر))⁽³⁾ .

نلاحظ إن فوات المنفعة عملية ذاتية من شأنها أن تذهب منافع المعقود عليه وتخلفها سواء كان ذلك وقت العقد أو أثناء القبض مما يخل بالإنتفاع من العقد ويجعله غير لازم لعاقديه ويزلزل قوته.

وبخصوص موقف الفقه الإسلامي من مدى إمكانية اشتراط اختلاف منافع المعقود عليه نلاحظ وجود خلاف بين الفقهاء حول اختلاف تلك المنافع بإعتبارها شرطاً يؤدي إلى اختلاف جنس المعقود عليه، فذهب كل من فقهاء الحنفية⁽⁴⁾ والإمامية⁽⁵⁾ أن اختلاف منفعة المعقود عليه تؤدي إلى اختلاف جنسه، وسندهم في ذلك هو اتحاد منافع المعقود عليه تعد معياراً أو ضابطاً في

(1) المادة (150) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه ((- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2 - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الألتزام)). وجاءت بالمعنى نفسه المادة (148) من القانون المدني المصري.

(2) الشيخ مرتضى الأنصاري، المكاسب، ج2، مطبعة باقري، قم المقدسة، ايران، 1420هـ، 1999م، ص263. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد (الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج4، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ص195.

(3) ضمير حسين المعموري، فوات المنفعة المقصودة من العقد، رسالة ماجستير كلية القانون جامعة بابل، 2002، ص49.

(4) محمد أمين بن عمر ابن العابدين، رد المحتار على الدر المختار، ج7، دار عالم الكتب، بيروت، 1423هـ، 2003م، ص417.

(5) محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة، ج9، ط1، بدون مكان طبع، 1419هـ، ص889.

تحديد جنس المعقود عليه، فضلاً عن ذلك يرون أن الجنس الواحد الأصل فيه هو تقارب معانيه، فإذا اختلفت هذه المعاني من شأن ذلك أن يدل على اختلاف الجنس، مثل بيع الدقيق بالخبز، فإن الخبز بالصنعة يتحول إلى جنس آخر غير الدقيق، وكالقطن مع القماش، فإن القماش بالغزل والنسيج يصبح جنساً آخر يختلف عن أصله وهو القطن لأن الصنعة أخرجت القطن عن صفته المعتادة إلى منافع جديدة فصار جنساً آخر، ويرى فقهاء المالكية⁽¹⁾ أن تقارب المنفعة أو إستوائها يعد امرأً لا يبد منه في تحديد جنس المعقود عليه وهو المعول عليه في اتحاد الجنس، فكل شيئين يختلفان في منفعتهما يعد كل منهما جنساً مختلفاً عن الآخر، واستدل هؤلاء إن اتحاد منافع الأموال يجعل من بعض الأصناف متساوية في الجنس، فالقمح والشعير وأن كان كلٌّ منهما مختلفين في التسمية فذلك لا يكفي لاعتبارهما مختلفين في الجنس، أي اعتبار كل منهما جنس مختلف عن الآخر بل لا بد من اختلافهما في أوجه الانتفاع والمقاصد.

ويذهب فقهاء الحنابلة⁽²⁾ والشافعية⁽³⁾ إلى أن اختلاف منفعة المعقود عليه لا توجب القول باختلاف جنسه لأن العبرة في اتحاد الجنس واختلافه لا يقاس باختلاف المنفعة من المعقود عليه وإنما العبرة تكون باتحاد الاسم الخاص للمعقود عليه أو باختلاف الأصل، وسندهم في ذلك هو أن الفرع مع الأصل وان كان بينهما ارتباط باعتبار الفرع تابع لأصله إلا أن لكل منهما منفعة مختلفة عن الآخر ومع ذلك يبقى الفرع جزء من الأصل فلا يعد جنساً مختلفاً عن أصله لاختلافهما في المنفعة، فالقول أن تحول الحنطة إلى دقيق بالصنعة يجعل بعض الأنواع متحدة الجنس، فيعترض عليه بأن إدخال التغييرات على العين بالصنعة وأن غيرت اسم وصفة العين إلا أنها تبقى تابعة للأصل الذي تفرعت منه لأن أجزاء هذا الأصل باقية فيه وأن كان هناك اختلاف في المنفعة، فضلاً عن ذلك لا يوجد دليل قاطع على اعتبار اختلاف المنفعة يؤدي إلى اختلاف الجنس.

مما سبق، وبعد بيان آراء الفقه الإسلامي بشأن اختلاف المنفعة بأعتبره شرطاً لاختلاف جنس المعقود عليه نميل إلى ما ذهب إليه الفقهاء بأن اختلاف المنفعة يؤدي إلى اختلاف الجنس لأننا لو سلمنا بأن اختلاف الأسم الخاص لا بد من وجوده للقول بحصول اختلاف جنس المعقود عليه فاختلاف المنفعة لا يمكن إهماله بالمرّة لتحديد جنس المعقود عليه أو إختلاف جنسه خاصةً

(1) أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المشهور بالقرافي، الذخيرة، ج3، دار عالم الكتب، بيروت، ط1، 1971، ص264.

(2) ابن المفلح، ج4، مصدر سابق، ص136.

(3) زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر، بدون طبعة، سنة 1414هـ، 1994م، ص264.

وأن هذه المنفعة هي القصد من وراء التعبير عن أرادة طرفي العقد، فالحاسوب والتلفون وأن كان كل منهما له إسماً خاصاً به، لكن لكل منهما منفعة مختلفة، فتحقيق أحدهما غرض معين لا يمكن أن يحققه الآخر فلما اختلفت مقاصدهما ومنافعهما أصبح كل منهما جنس مختلف عن الآخر.

أما بخصوص الموقف القانوني من هذا الشرط، نجد أن القانون المدني وحتى الفقه القانوني إن صح القول لم يشر إلى حالة اختلاف المنافع وإنما يعالج تلك المسألة تحت مسمى فوات المنفعة المعقود عليها بإعتبارها الغاية من وراء الدخول في العملية التعاقدية، وأياً كان الأمر عند تتبع مؤلفات الفقه القانوني نلاحظ أن اختلاف المنفعة يستوي مع فوات المنفعة وإذا كان هناك اختلاف فهو اختلاف في المصطلحات لا غير⁽¹⁾.

ولم تضع القوانين المدنية تعريفاً لفوات المنفعة وأكتفت بالإشارة إلى لفظ المنفعة المقصودة في العديد من النصوص القانونية نذكر منها نص المادة (1072) من القانون المدني العراقي التي جاء فيها ((... 2 - فإذا تبين للمحكمة أن المشاع قابل للقسمة قررت إجراءها، ويعتبر المشاع قابلاً للقسمة إذا أمكنت قسمته من غير أن تفوت على أحد الشركاء المنفعة المقصود منه قبل القسمة)). يستنتج من نص هذه المادة إن فوات المنفعة من المعقود عليه عند إجراء القسمة يحول دون إتمامها لاختلاف المنفعة في المشاع قبل قسمته وبعد اتفاق الشركاء على إزالة شيعه.

وعلى المنوال نفسه ذهب المشرع المصري حيث نصت المادة (564) من قانونه المدني التي ألزمت المؤجر ((أن يسلم العين المؤجرة وملحقاتها في حاله تصلح معها لأن تقي بما أعدت له من المنفعة وفقاً لما تم عليه الإتفاق أو لطبيعة العين))، نستدل من هذا النص أن المشرع المصري جعل استيفاء المنفعة المقصودة أمراً لا بد منه وعده التزاماً يحد سلطة المؤجر بشأن حالة المأجور دون اختلاف في المنفعة المبتغاة من عقد الإيجار⁽²⁾.

أما المشرع الفرنسي في قانونه المدني يذهب إلى أن فوات المنفعة من المعقود عليه أو اختلافها تؤدي إلى عدم حصول العدالة بين المتعاقدين لأن العقد يعد أداة تبادل المنافع بين المتعاقدين، فضلاً عن ذلك إن فوات هذه المنفعة يعني فوات خاصية الشيء محل العقد، فالمنفعة التي يتم الحصول عليها من جنس معين تختلف عن تلك المنفعة التي يمكن الحصول عليها من

(1) الفوات يدل على خلاف إدراك الشيء، وتفاوت الشئان، بمعنى اختلفا وهو يعد إنعدام لأن حالة المعقود عليه قبل الأختلاف قد إنعدمت، ينظر: أبو الحسين أحمد بن فارس، ج4، مصدر سابق، ص800.

(2) وهو ذات الأتجاه الذي ذهب إليه المشرع العراقي في المادة (772) من القانون المدني العراقي.

جنس آخر، فلا يمكن الحصول على منفعة الشيء الذي اتجهت إليه إرادة العاقد لأن المنافع هي الهدف من وراء إبرام المتعاقد لعقد معين⁽¹⁾.

مما سبق يمكن لنا القول لا بد أن يكون المعقود عليه معداً للمنفعة المبتغاة من التعاقد التي يعد اختلافها أو فواتها عدم تحقيق مبتغى المتعاقدين من العقد لأن منفعة المعقود عليه ذات ارتباط وثيق به، فالمنفعة التي يؤديها جنس معين لا يمكن أن يحققها جنس آخر لأن الأجناس تختلف باختلاف الأسماء والمنافع.

ثالثاً_ التفاوت الفاحش في الأغراض

إن الشخص عادةً يشترط توافر صفة معينة أو عدة صفات في المعقود عليه وذلك لأهميتها عنده ورغبته فيها، فليس الغرض من انعقاد العقد هو نقل ملكية المعقود عليه وحيازته حيازة هادئة فحسب، بل أيضاً حيازة المعقود عليه حيازة مفيدة ونافعة تلبى حاجاته وتحقق مصالحه، فمن يشترط وصفاً معيناً في المعقود عليه فإنه يجب أن يكون هذا الوصف يتعلق به غرضاً مقصوداً وإلا عد اشتراط ذلك الوصف عبثاً، فإشتراط توافر وصف معين في المعقود عليه جاء ليحقق رغبة المشتري فإذا لم يتوافر الوصف مرغوباً، أو مشروطاً، فإن الغرض الذي دفع العاقد إلى الدخول في العملية التعاقدية لم يتحقق، وإذا لم يتحقق ذلك الغرض يؤثر على رضاه فيخل به أو يعدمه وأن كان الوصف يعد صفة عارضة على أصل العقد ومستثناة منه⁽²⁾ إلا أن عدم توافر تلك الصفة أو تخلفها يؤثر على التزامات المتعاقدين ومنفعة المعقود عليه⁽³⁾.

فخيار الوصف يهدف إلى تحقيق مصالح المتعاقدين وحمايتهم، فالشخص لا يمكن أن يشترط وصف معين إلا من أجل تحقيق المصلحة المرجوة منه، فإذا خلا المعقود عليه من تلك الصفة سواء كانت مرغوبة أم مطلوبة كان ناقصاً وهذا النقص يؤثر في لزوم العقد وتفوت عليه تلك المصلحة ويوجب الخيار⁽⁴⁾.

وبهذا الصدد يثار تساؤل مفاده، هل بمجرد تخلف الوصف يثبت الخيار؟ أم ما هو الضابط في عد تخلف الوصف بمقام اختلاف الجنس؟

(1) محمد عبد ربه السبحي، مصدر سابق، ص 130.

(2) محمود بلال مهران، الشروط المقترنة بعقد البيع في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد 59، سنة 1989م، ص 65.

(3) توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، المكتب المصري للطباعة والنشر، الإسكندرية، سنة 1970م، ص 413.

(4) مصطفى أحمد الزرقاء، ج 1، مصدر سابق، ص 363.

أجاب الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة على هذا التساؤل، فذهب فقهاء الحنفية⁽¹⁾ إلى أن الضابط في اختلاف الجنس- من حيث الوصف- هو التفاوت الفاحش في الأغراض، أي التفاوت في المقصود أو عدم وجود حقيقة المعقود عليه، وذلك بأن يقارن المبيع بالمسمى ويرى الإختلاف بينهما فإن كان المبيع من جنس المسمى وكان الإختلاف في النوع فحسب ففيه الخيار⁽²⁾، أما إن كان التفاوت في الجنس فحكمه الفساد، فإذا كان هناك تفاوتاً فاحشاً في الأغراض فنكون امام جنسين مختلفين وذلك لعدم وجود حقيقة المعقود عليه⁽³⁾، أما إذا كان التفاوت الموجود في الأغراض ليس تفاوتاً فاحشاً كانا ذلك من قبيل الجنس الواحد، فيكون الإختلاف في هذه الحالة إختلافاً في الصفات ويكون العقد عندها موجباً للخيار، فالاطعمة كلها متحدة في معنى الطعم لكنها لا تعد جنساً واحداً كالحنطة مع الشعير فالحنطة جنس والشعير جنس آخر. اما فقهاء المالكية⁽⁴⁾ فقد ذهبوا إلى أن التفاوت سواء كان فاحشاً أو غير فاحش لا يؤدي إلى إختلاف الجنس كون المعيار المعتمد لدى الفقه المالكي في إختلاف الجنس من عدمه هو الإختلاف في المنفعة وليس التفاوت في الأغراض.

كما ذهب فقهاء الحنابلة⁽⁵⁾ والشافعية⁽⁶⁾ والامامية⁽⁷⁾ إلى أن المعيار المعتمد في تحديد جنس المعقود عليه وتختلف جنسه هو الأسم الخاص الذي يحمله المعقود عليه، فكل شيئين اتفقا في الأسم الخاص لهما كانا من جنس واحد، وأن اختلفا في الاسم الخاص كانا جنسين مختلفين فلم يعد التفاوت الفاحش في الأغراض يؤدي إلى إختلاف الجنس.

أما موقف القانون الوضعي من مدى إمكانية اشتراط التفاوت الفاحش في الأغراض باعتباره شرطاً يؤدي إلى إختلاف جنس المعقود عليه، فإن القانون العراقي لم يشر إلى هذه الحالة، خاصة وأن القانون المدني العراقي خلا من نص صريح يعالج موضوع فوات الوصف المعقود عليه ضمن أحكام العيب الخفي إلا أنه بين آثار تخلف الوصف عند معالجته موضوع

(1) الكاساني، ج5، مصدر سابق، ص139.

(2) عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص106.

(3) محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة بيروت، ج13، ط1، 1409هـ، 1989م، ص12. أبو عبدالله محمد بن الحسن بن فرقد الشيباني، الأصل المعروف بالمبسوط، ج5، ط1، مكتب الثقافة الدينية، القاهرة، 1433هـ، 2012م، ص96.

(4) عثمان بن عمر ابن الحاجب، جامع الأمهات، ج1، ط1، بدون مكان طبع، ١٢٤٦هـ، ١٢٤٩م، ص١٦١.

(5) عبد الرحمن ابن أبي عمر ابن قدامه، ج4، مصدر سابق، ص36.

(6) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، ج1، ط1، عالم الكتب، بيروت، 1412هـ_1992م، ص٩١

(7) محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ، ص72.

الغلط⁽¹⁾. أما القانون المدني المصري نجده ألحق موضوع فوات الوصف بضمان العيوب الخفية⁽²⁾.

نجد المشرع المصري قد ساوى بين العيب وفوات الوصف من حيث الحكم إلا أنه أشار إلى حالة فوات الغرض المقصود من المعقود عليه وجعله عيباً يصيب المعقود عليه ، فخلوه من الوصف الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد للحصول على الصفات التي كفل الطرف الآخر وجودها في المعقود عليه يعد عيباً فيه ولم يشترط أن يكون التفاوت في الأغراض فاحشاً. وبنفس الإتجاه ذهب القانون المدني الفرنسي إذ إنه ضرب صفحاً عن الإشارة إلى التفاوت الفاحش في الأغراض باعتباره شرطاً يؤدي إلى اختلاف جنس المعقود عليه، فلم يشر لهذا الشرط خاصةً وأنه خلا من نص صريح يشير إلى فوات الوصف المعقود عليه مما إلى طفق الفقه الفرنسي إلى القول بشموله بذات الأحكام التي تنظم العيب⁽³⁾، فمعالجة هذا الشرط في الفقه الإسلامي أوسع من معالجته لدى الفقه الغربي⁽⁴⁾، فالأخير لم يعد التفاوت الفاحش في الأغراض مانعاً من تكوين العقد كما ذهب إليه الفقه الإسلامي الذي جاء منسجماً مع موقف القانون العراقي، وبهذا يمكن القول أن الفقه الإسلامي فاق القانون الوضعي بشأن موضوع اختلاف جنس المعقود عليه⁽⁵⁾، إذ يمتاز الفقه الإسلامي بدقة التأصيل وكثرة التفاصيل في مسائل هذا الموضوع⁽⁶⁾.

كما يلاحظ إن القانون المدني العراقي لم يشر إلى حالة اتحاد الجنس وتخلف الوصف المرغوب فيه باعتباره شرطاً لاختلاف جنس المعقود عليه، فذلك لا يعد عيباً على المشرع العراقي بعدم النص على مثل تلك الحالة إذ يمكن اعمال ذات الحكم الذي جاء به الفقه الإسلامي خاصةً وأن نص المادة (117) من القانون المدني العراقي مقتبسة من الفقه الإسلامي التي

(1) د. ضمير حسين المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي، ط1، مكتبة زين الحقوقية، 2009، ص117.
(2) المادة (447) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه (يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصود استفاده مما هو بين في العقد أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي اعد له ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالمًا بوجوده . ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو إنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي إلا إذا أثبت إن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشاً منه) .

(3) Planial et.Ripert_Traite civil_Tome x _ Contrats civil_op.Cit- n126- p137

(4) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، إنعقاد العقد، ج1، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، ط1، 1969م، ص279.

(5) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام، ج1، مصدر سابق، ص150.

(6) مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، ط1، نشر احسان للنشر والتوزيع، كردستان العراق، 2014، ص129.

عالجت مسألة اختلاف جنس المعقود عليه أو اتحاده مع فوات الوصف المرغوب فيه⁽¹⁾، حيث يرى أحد الفقه قائلًا إنه مادام نص المادة (117) من القانون المدني العراقي عالجت موضوع اختلاف الجنس وأعطت الأثر الذي يترتب عليه اختلاف جنس المعقود عليه وهو البطلان، كما عالجت اتحاد الجنس مع فوات الوصف المرغوب فيه وجعلت حكم العقد صحيح ولكنه موقوف، فيتبادر التساؤل الذي سيكون دون أدنى شك عن حكم اتحاد الجنس مع تفاوت المنفعة تفاوتًا فاحشًا فهو أخطر من مجرد فوات الوصف المرغوب فيه، فهنا يتحتم علينا الإجابة بأخذ أثر الفقه الإسلامي واقتفائه والحكم بالبطلان باعتبار هذه الحالة بمثابة اختلاف الجنس فضلًا عن أن البطلان أشد قوة من الوقف⁽²⁾.

الفرع الثاني

أسباب اختلاف جنس المعقود عليه

إن حصول اختلاف في جنس المعقود عليه الذي تراضى عليه المتعاقدين لا يتم دون سبب أدى إلى حدوث مثل هكذا اختلاف، فهناك عدة أسباب دعت إلى اختلاف جنس المعقود عليه، منها ما يكون للإرادة فيها دور واسع وتسمى بالأسباب الإرادية، ومنها لا يكون لإرادة المتعاقدين فيها أي دور بل تغلب فيها اعتبار الشيء نفسه أو أي اعتبار آخر وتسمى بالأسباب غير الإرادية.

لهذا سنقسم هذا الفرع على فقرتين نبيين في الفقرة الأولى الأسباب الإرادية لاختلاف جنس المعقود عليه ونتكلم في الفقرة الثانية عن الأسباب غير الإرادية لاختلاف جنس المعقود عليه.

أولاً_ الأسباب الإرادية لاختلاف جنس المعقود عليه

إن المعقود عليه يكون عرضه للاختلاف في عدة أحوال⁽³⁾ واختلاف الجنس إحدى هذه الحالات، فغالبًا ما يحصل اختلاف جنس المعقود بإرادة الأنسان وفعله فتكون لتلك الإرادة دور كبير بتخلف جنس المعقود عليه، لنكون امام جنس آخر غير المتفق عليه، وهذه الأسباب لا تخرج عن كونها اختلافًا بفعل الانسان، وأن ما يجري على المعقود عليه من تصرفات قانونية لاتعد

(1) د. عبد المجيد عبد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، المصدر السابق ص 150.

(2) جاسم لفنة العبودي، مصدر سابق، ص.35

(3) الأختلاف في المعقود عليه لا يقتصر على جنسه فقط، بل يختلف في نوعه وكميته ومقداره وصفته، ينظر في ذلك نص المادة (128) القانون المدني العراقي.

داخلة ضمن معنى اختلاف جنس الشيء لأن اختلاف جنس المعقود عليه يلحق المعقود عليه في كيانه (ذاته ووصفه) وأن الإختلاف الحاصل بفعل الإنسان يعد صورة من صور التصرف الفعلي وهذا الأخير يعد قسيم للتصرف القانوني، وأن قسيم المعقود عليه يكون غير المعقود عليه وجعله كذلك يجعل منه أمراً مختلفاً عنه⁽¹⁾ فتصرف الإنسان في المعقود عليه يكون تصرفاً قانونياً كبيعته أو رهنه وتصرفاً مادياً كإختلاف جنسه أو اتلافه، فلا يصح القول أن إختلاف جنس المعقود عليه يشمل كلا التصرفين بل يشمل أحدهما وهو التصرف المادي، والذي من شأنه أن يؤدي إلى انعدام محل العقد لوجود التفاوت بين الأشياء على نحو يجعل اسم ومنافع المعقود عليه مختلفة عن بعضها.

فعدم تحقق جنس المعقود عليه مع فرض وجود أركان العقد الأخرى يكون له تأثير في منطقة تكوين العقد أو إنعقاده وذلك لإختلاف ذاتية المعقود عليه، بمعنى إن الاعتبار العيني لجنس المعقود عليه في حال تخلفه يؤثر على العقد⁽²⁾.

وإختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن أخذ صدىً واسعاً في الفقه الإسلامي، حيث أثار حفيظة بعض الفقه وخالفهم في ذلك آخرون، إذ لم يجمع الفقه الإسلامي على مسألة إختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن، فذهب بعض الفقه بالإقرار أن الإرادة لها دور واسع في إختلاف جنس المعقود عليه، والفقه الآخر لم يعترف بالإرادة كسبب يؤدي إلى إختلاف جنس المعقود عليه، وكذلك نجد أن من أخذ بهذا السبب، هناك من وسع من نطاقه ومنهم من ضيق من نطاقه في حدوث إختلاف في جنس المعقود عليه، فلا بد من بيان موقف كل إتجاه فقهي على حدة، فذهب أصحاب الإتجاه الأول وهم كل من فقهاء الحنفية والمالكية إلى الإعتراف بإختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن، إلا أنه ما يتصل به وينبغي الإشارة إليه إنهم إختلفوا في مدى الاعتراف بهذا السبب والقول به، حيث وسع البعض في الأخذ به وهم فقهاء الحنفية، وضيق الآخر في مداه وهم الفقه المالكي.

بالنسبة لموقف فقهاء الحنفية⁽³⁾، نجدهم وسعوا من نطاق إختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن، حيث قالوا أن إختلاف الجنس بهذا السبب يحصل متى ما زال إسم المعقود عليه وإختلفت معظم منافعه وأصبحت له هياها مختلفة عن هياتها السابقة، فإذا إتجهت إرادة أحد المتعاقدين على

(1) محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي، مصدر سابق ص44.

(2) صلاح الدين الناهي، الخلاصة الوافية في القانون المدني، مبادئ الإلتزامات، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد، 1968، ص64.

(3) محمد بن حسين بن علي الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص208.

شيء معين يحمل صفات ومعان تدل على ذاتيته كونه محلاً لعلاقتها التعاقدية إلا إن الأمر لم يبق على ذلك فتعمل الإرادة الأخرى إلى زوال اسم المعقود عليه واختلاف معظم منافعه، كإتجاه رغبة المشتري للحصول على كمية من اللبن إلا إن البائع عمد إلى جعله شيء آخر باختلاف اسمه واختلاف منافعه بعضها عن البعض الآخر.

والتوسع الذي سلكه المذهب الحنفي بهذا السبب هو جعل اختلاف جنس المعقود عليه لا يحصل في المنقول مع بقائه منقولاً فحسب، كالتعاقد مع الخياط على خياطة قماش معين، فالقماش تغير اسمه وأصبح ثوباً وإختلفت منفعة لو بقي قماشاً، فمنفعة القماش ذاته تختلف عن منفعة الثوب، بل يحصل في العقار كذلك، فوضع الخشب في البناء المعد له، هنا تغير أسم المنقول بعد وضعه في البناء وإختلفت منفعته عن حالته السابقة أي قبل وضعه في البناء على أن يجعله بحالة مختلفة عن حالته السابقة لإختلاف ذاتية المعقود عليه فنكون أمام معقود عليه ثان يختلف عن المعقود عليه الأول.

وحجتهم في ذلك أن اختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن عن طريق زوال اسم ومنافع المعقود عليه كجعل القماش ثوباً هو أن الأشياء المعقود عليها يكون لها إعتبارها بقيام معانيها المطلوبة منها، فزوال معانيها وأغلب منافعها يستوجب اختلاف جنسها وجعلها بمثابة عين أخرى غير المتفق عليها نتيجة لهذا الإختلاف، فضلاً عن ذلك أن تغير أسم المعقود عليه واختلاف المنفعة المطلوبة يعد بمثابة اختلافاً في ماهية المعقود عليه⁽¹⁾.

أما بالنسبة لموقف فقهاء المالكية⁽²⁾، نجدهم ذهبوا إلى ذات المنحى الذي ذهب إليه الحنفية بجعل اختلاف جنس المعقود عليه يحصل بفعل ضامن متى ما عمد الأخير إلى تبدل أسم المعقود عليه وجعله بوضع يختلف عن وضعه السابق على نحو يجعل ماهية المعقود عليه مختلفة تماماً، وهذا هو موقف فقهاء الحنفية كما بينا سلفاً، إلا أن فقهاء المالكية ضيقوا من نطاق حصول اختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن وجعلوه يقتصر على المنقول فقط دون العقار، وسندهم في ذلك أن اختلاف جنس المعقود عليه بزوال اسمه ومنافعه يحصل في المنقول فقط لإمكانية اختلاف الأسماء والمنافع بين المنقولات على نحو يستدعي تحول المنقول إلى منقول آخر متى ما اختلفت تسميته ومعظم منافعه، ويضيف هؤلاء ان هذا الامر لا يمكن التسليم به لو كان المعقود عليه عقاراً لعدم إمكانية جعل المنقول عقاراً، فلو كان المنقول كمية من الخشب وأدخلت في البناء

(1) السرخسي، ج11، مصدر سابق، ص93. وينظر أيضاً: مصطفى إبراهيم الزلمي، الألتزام برد غير المستحق، مصدر سابق، ص306.

(2) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار إحياء الكتب العربية، القاهرة، دون سنة طبع، ص444.

فبالرغم من وضع المنقول وهو الخشب في البناء إلا أنه لا يمكن القول باختلاف تسميته أي زوال أسمه كمنقول لعدم إمكانية جعل المنقول عقاراً فإختلاف الجنس لا يتحقق ما لم يوجد اختلاف في اسم المعقود عليه ولا عبرة باختلاف القيمة إلا باختلاف الاسم.

يستنتج مما تقدم إن فقهاء المالكية ذهبوا إلى إمكانية حصول اختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن إلا إنهم ضيقوا من نطاقه وجعلوه يقتصر على منقول دون العقار والضابط في ذلك هو اختلاف الاسم الخاص للمعقود عليه، ونحن على نقيض مع ما قال به فقهاء المالكية لأن قولهم بعدم تحول العقار إلى منقول لا يمكن التسليم بصحته لأن وضع الخشب في البناء أصبحت له تسمية مختلفة عن تسميته السابقة وأصبح عقاراً بالتخصيص والقول كذلك ينصرف إلى الطابوق بعد بنائه فنكون بصدد حائط من طابوق فإختلفت التسمية من طابوق إلى حائط، الأمر الذي يجعلنا نميل إلى ما ذهب إليه فقهاء الحنفية بحصول اختلاف الجنس بفعل ضامن في المنقول مع بقاءه منقولاً والعقار على حد سواء .

أما الإتجاه الآخر وهو موقف فقهاء الشافعية⁽¹⁾، والحنابلة⁽²⁾ والأمامية⁽³⁾، حيث ذهب هؤلاء إلى عدم الإعراف بحدوث اختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن وسندهم في ذلك أن ما يطرأ على المعقود عليه من اختلاف بفعل ضامن هو اختلاف في وصف المعقود عليه دون اختلاف في جنسه أي ذاتية المعقود عليه ولو أدى ذلك الاختلاف إلى زوال اسم المعقود عليه واختلاف معظم منافعه وقيمته فصيرورة الخشب باباً وأن كان هناك اختلاف في اسم المعقود عليه واختلاف في منافعه إلا أن أصله باق على حاله دون تغيير، فتحويل الخشب باباً هو اختلاف في وصف المعقود عليه من الخشب إلى الباب، فلم نصبح والحالة هذه أمام محل آخر يختلف عن المحل السابق وأن كان هناك في تسمية المعقود عليه طالما كان أصله باق على حاله مثل ما كان عليه قبل الاختلاف.

فكّل ما هنالك، أن حصول اختلاف في المعقود عليه وأن أدى إلى زوال اسم المعقود عليه أو اختلاف في قيمته هو اختلاف في وصف المعقود عليه وليس اختلافاً في جنسه، وذلك لأن أصل

(1) أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المذهب، ج14، ط1، مكتبة الأرشاد، جدة، السعودية، دون ذكر سنة نشر، ص415. الشريبي، ج2، مصدر سابق، ص360.

(2) عبدالله بن أحمد ابن قدامه، الكافي في الفقه، ج2، ط1، دار الكتاب العربي، بيروت، 2000، ص238. ابن مفلح الحنبلي، ج5، مصدر سابق، ص22.

(3) محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الأمامية، ج3، المكتبة المرتضوية لإحياء الآثار الجعفرية، 1387هـ، ص83. المحقق الحلبي، ج3، مصدر سابق، ص212.

المعقود عليه باق وإذا وجد هناك اختلاف ناتج عنه فهو اختلاف في فرع ذلك الأصل وليس في الأصل ذاته، فضلاً عن ذلك أن حقيقة المعقود عليه وماهيته باقية وما طرأ عليها لا يعدو سوى إنه اختلاف في الوصف، فتعاقد تاجر مفرد مع تاجر جملة على توفير كمية من القطن فيعمد تاجر الجملة إلى تحويل القطن ثياباً فإن الثوب في هذه الحالة يعد من جنس القطن ولم يكن هناك اختلاف في جنس وأن اختلفت التسمية والمنفعة بينهما لأن الإختلاف حصل في الوصف وليس في الجنس وذلك لوحدة الأصل بمعنى بقاء حقيقة المعقود عليه على حالها والإختلاف حصل في وصفها فقط.

مما تقدم، وبعد الاستعراض لموقف الفقهاء من مدى حصول اختلاف في جنس المعقود عليه بفعل ضامن نجد أن فقهاء الحنفية والمالكية أقرروا بحصول هذا الاختلاف بفعل ضامن متى ما عمد إلى زوال اسم ومنافع المعقود عليه، أما موقف جمهور الفقهاء ومنهم الأمامية فلم يقرروا بإعتراف حصول اختلاف جنس بفعل ضامن وأن أدى ذلك إلى اختلاف اسم ومنافع المعقود عليه وقيمته لأن ذلك هو مجرد اختلاف في الوصف دون الجنس ونحن بدورنا نرجح القول الأول.

أما بخصوص موقف القانون المدني من إمكانية حصول اختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن، فقد عالجته القوانين المقتبسة نصوصها من الفقه الإسلامي وبالتحديد من مجلة الأحكام العدلية، فموقف هذه القوانين لا يمكن الإعتماد عليه دائماً والسبب يكمن في أن هذا الموقف لا يمثل الفقه الإسلامي بكافة مذاهبه وإنما يعتمد على مذهب واحد دون سواها وهو موقف الفقه الحنفي، حيث عالج المشرع العراقي مسألة اختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن في أكثر من موضع، نذكر منها نص المادة (623) من القانون المدني العراقي ((... و - أن يهلك الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله أو بسبب اجنبي أو بسبب الاستعمال، فإذا هلك بعضه جاز الرجوع في الباقي، وكذلك إذا غير الموهوب له الموهوب على وجه يتبدل به اسمه كالحنطة إذا طحنت دقيقاً)).

يبين من هذه المادة إن المشرع العراقي جعل زوال اسم المعقود عليه سواء كان بسبب خارجي أم بفعل ضامن شرطاً لحصول اختلاف جنس المعقود عليه لأن الأخير إذا اختلف اسمه نتيجة اختلاف جنسه بفعل الإنسان أصبح بمثابة شيء آخر غير ما كان متفق عليه، وهذا الإختلاف من شأنه أن يفقد ذاتية المعقود عليه وأصله وماهيته⁽¹⁾.

(1) حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر، عمان، ج2، ط1، 2006، ص256.

كما نصت المادة(341) من القانون المدني المصري على إنه ((الشيء المستحق اصلاً هو الذى به يكون الوفاء فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة أو كانت له قيمة أعلى)). يتبين من نص هذه المادة إنه لا بد من مراعاة جنس محل الوفاء دون اختلاف في ذاتيته بزوال اسم ومنافع ذلك الشيء، فزوال اسم ومنافع الشيء بفعل الموفي ليس بمقدوره الوفاء بالالتزام الذي بذمته وذلك لأن الشيء أصبح مختلفاً في جنسه لإختلاف حقيقة الشيء وماهيته. اما المشرع الفرنسي ، فقد نص على ضرورة مراعاة ماهية جنس المعقود عليه، فعند إتجاه الإرادة نحو شيء معين بغية الحصول عليه لا بد من تعيين جنسه عند العقد ولا يجوز تغيير ذلك الجنس بل تسليمه بذاته.

هذا ويثار تساؤل مفاده، هل يعتبر تصحيح جنس العقار بمثابة اختلاف الجنس بفعل إرادي؟

أختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل، حيث ذهب أحد الفقه⁽¹⁾ بأن تصحيح جنس العقار بإقامة بناء أو غراس يعتبر زيادة أجريت عليه، والزيادة هي إحدى صور تغيير الوصف ولا يعد ذلك اختلافاً في ذاتية المعقود عليه الذي يؤدي إلى اختلاف الجنس، بينما يرى الفقه الآخر⁽²⁾ بأن تصحيح جنس العقار يعد اختلافاً في جنسه وذلك لأن إقامة البناء والغراس تؤدي إلى زوال اسم العقار ومن ثم تغيير ماهيته وسندهم في ذلك هو نص المادة (279) من قانون التسجيل العقاري المرقم(43) لسنة 1971 التي نصت على إنه ((يصحح جنس العقار عند إجراء التغييرات المادية فيه بأحداث الأبنية والمنشآت أو الغراس أو إضافة محدثات أو مغروسات جديدة أو أي تغيير في المحدثات أو المغروسات يؤدي إلى تغيير جنس العقار من حيث استغلاله أو استعماله أو عند زوال المحدثات أو المغروسات ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك)). ونحن نميل إلى الرأي الأخير لسببين: أولهما إن المشرع العراقي إشتراط أن يكون جنس المعقود عليه معيناً أو قابلاً للتعيين ولم يفرق في ذلك بين العقار والمنقول والمطلق يجري على إطلاقه. أما السبب الآخر وأن كانت الزيادة في العقار تؤدي إلى تغيير وصفه إلا إنها في الوقت ذاته تؤدي إلى التفاوت الفاحش في الأغراض بين وضع العقار قبل تصحيح جنسه وبعده.

ثانياً_ الأسباب غير الإرادية لاختلاف جنس المعقود عليه

يراد بالأسباب غير الإرادية تلك الأسباب التي لا يكون للإرادة أي دور، بل يحصل اختلاف جنس المعقود عليه بسبب خارج عن إرادة طرفي العقد، وهذه الأسباب لا تخرج عن

(1) د.حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، العقود المسماة، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، 1954، ص53أ

(2) د. علي شاکر البدری، مصدر سابق، ص98.

كونها جهالة جنس المعقود عليه أو بسبب طبيعة المعقود عليه ذاته، فلا بد من بيان كلٍّ منهما على حدة:

1_ حصول اختلاف جنس المعقود عليه بسبب الجهالة

لا شك أن مجرد وجود المعقود عليه أو إمكانية وجوده لا يكفي لإنعقاد العقد، بل يجب أن يكون معلوماً للمتعاقدين، فهما شرطان لإنعقاد العقد فلا يتم دون توافرها، والجهل بالمعقود عليه ما هو إلا نتيجة تخلف أحد الشرطين الذي يمنع تخلفهما لإنعقاد العقد، ولأجل أن لا يعتبر متخلفاً لا بد أن يكون معلوماً من المتعاقدين علماً كافياً نافعاً للجهالة الفاحشة المؤدية للنزاع، من أجل تمييزه عن سواه فلا يتم العقد إلا على محل معين للعاقدين، ويكون ذلك أما بشكل صريح عند إنعقاد العقد وأما باتفاق سابق عليه، وإذا كانت الجهالة فاحشة فأنها تعتبر عيب من عيوب العقد تؤدي إلى فساده، فجهالة جنس المعقود عليه تعتبر جهالة فاحشة لأنها مانعة من التسليم وبالتالي إنعدام الغرض المقصود من العقد، أما الجهالة اليسيرة فأنها لا تؤثر على إرادة المتعاقدين ولا تضر بالعقد ، فلا يكاد يخلو منها عقد من العقود، ويعد العرف حكماً في عد الجهالة فاحشة أم يسيرة⁽¹⁾، ويحصل العلم بالمعقود عليه بالرؤية، وهو محل اتفاق بين الفقهاء فيما لو كان المعقود عليه حاضراً في مجلس العقد⁽²⁾.

أما إذا كان المعقود عليه غائباً عن مجلس العقد، اختلف الفقهاء في ذلك، فذهب فقهاء الشافعية⁽³⁾ بعدم جواز بيع المعقود عليه إذا كان مجهول الجنس وحجتهم في ذلك حديث أبي هريرة (إن النبي صل الله عليه وآله وسلم نهى عن بيع الغرر)⁽⁴⁾، وما لا يعرف جنسه يعتبر من قبل الغرر الكبير.

وذهب كل من فقهاء الحنفية⁽⁵⁾، والحنابلة⁽⁶⁾، والمالكية⁽⁷⁾، إلى جواز بيع مجهول الجنس إذا كان غائباً عن مجلس العقد متى ما وصف وصفاً مانعاً من الجهالة الفاحشة، حيث جاء في

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، مصدر سابق، ص225.
 (2) الكاساني، ج5، مصدر سابق، ص156 وما بعدها. منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، شرح منتهى الأرادات، ج1، ط1، دار عالم الكتب، بيروت، 1993، ص342.
 (3) الشيرازي، المذهب، ج1، مصدر سابق، ص263.
 (4) صحيح مسلم ، شرح النووي، كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصة والبيع الذي فيه الغرر، ج10، ط1، المطبعة المصرية بالأزهر، القاهرة، 1347هـ، ص125.
 (5) ابن العابدین، ج4 مصدر سابق، ص65.
 (6) البهوتي، شرح منتهى الأرادات، ج3، المصدر السابق، ص16 وما بعدها. الكاساني، ج4، مصدر سابق، ص355.
 (7) محمد الحطاب، مواهب الجليل، مصدر سابق، ج4، ص296.

بدائع الصنائع ((إذا قال بعتك شاة من هذا القطيع أو الثوب من هذا العدل، فالبيع فاسد لأن الشاة من القطيع والثوب من العدل مجهول جهالة فاحشة مفضية إلى المنازعة لتفاحش التفاوت بين شاة وشاة وثوب و ثوب فيوجب فساد البيع، فإن عين البائع الشاة أو ثوباً وسلمه إليه ورضى به جاز، ويكون ذلك ابتداء بيع بالمرضاة)). وعند الأمامية لا بد من بيان جنس المعقود عليه ذكرًا ينتفي معه الغرر، ولا يصدق عليه الأقدام على المخاطرة فلا بد من العلم المسبق بجنس العين محل التصرف⁽¹⁾.

هذا وقد جاء القانون المدني مؤيداً للفقهاء الإسلامي في اشتراط تعيين المعقود عليه في العقد، والحكمة من تقريره في القانون الوضعي ومنه القانون العراقي تكمن في أن يتم تعيينه تعييناً تنتفي معه الجهالة الفاحشة والغرر لأن الجهالة تؤثر على إرادة المتعاقدين وهذا ما نصت عليه المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي التي نصت على إن ((1 - يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكفي بذكر الجنس عن القدر والوصف. 2 - على إنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر)). يفهم من هذه المادة إنه لا بد من تعيين المعقود عليه بشكل لا يثير نزاع بين المتعاقدين نتيجة جهالة جنسه لأن عدم العلم به من شأنه أن يؤدي إلى عدم صحة العقد.

وما ينبغي الإشارة إليه، ان قاعدة اشتراط وجود المعقود عليه في القانون المدني العراقي ليست قاعده مطلقه وإنما من الممكن أن يكون المعقود عليه شيء مستقبلي وقت انعقاد العقد ويشترط في ذلك أن يتم تعيينه تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة والغرر، على أن القانون حرم التعامل في التركة المستقبلية⁽²⁾، وهو ما أشارت إليه المادة (١٢٩) التي نصت على إنه ((1 - يجوز أن يكون محل الإلتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر. 2- غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل)).

أما المشرع المصري فقد نصت المادة (133) من قانونه المدني على إنه ((1_ إذا لم يكن محل الإلتزام معيناً بذاته ، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً. 2_ ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق

(1) الشيخ محمد جواد مغنية، فقه الإمام جعفر الصادق، ج3، انتشارات قدس محمدي، قم المقدسة، ايران، 1979م، ص128 وما بعدها.

(2) د. عبد المجيد الحكيم د. عبد الباقي البكري د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الإلتزام، مصادر الإلتزام، ج1، مصدر سابق، ص131.

المتعاقدان على درجة الشيء ، من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط ((.

من خلال التمعن بمفردات هذه المادة نلاحظ إن المشرع المصري أوجب تعيين المعقود عليه جنساً ووصفاً ومقدار ورتب الأثر في حالة عدم تعيين كيان المعقود عليه ومنه بيان جنس المعقود عليه، إلا إنه ومع ذلك نجد المشرع المصري ضرب صفحا عن الإشارة إلى تعيين المعقود عليه تعييناً نافياً للجهالة والغرر وهو النهج الذي سلكه المشرع الفرنسي حيث إشتراط وفقاً للتعديل الأخير للقانون المدني أن يكون مضمون العقد معيئاً أو قابلاً للتعيين⁽¹⁾، ولم يشترط أن يكون المعقود عليه معيئاً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة فيما لو كان شيئاً مستقبلياً، مما يستدعي القول أن معالجة المشرع العراقي لهذه المسألة أكثر دقة وشمولية من المشرع المصري والفرنسي، وأن كانا قد أجازا أن يكون المعقود عليه شيئاً مستقبلياً .

أما القضاء فيؤكد من خلال قراراته على ما سارت عليه الإتجاهات الفقهية والتشريعية في وجوب مراعاة جنس المعقود عليه، لأن جهالة جنسه تمنع انعقاد العقد، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية موداه ((إذا تبين وجود جهالة فاحشة في تعيين العقار المبيع مضمون مقاولة البيع خلافاً لأحكام المادة (1/514) من القانون المدني لعدم احتوائها على رقم العقار المبيع أو تحديد مصدر الحصة التي آلت إلى البائع، فعلى المحكمة اعتبار المدعي عاجزاً عن إثبات وجود التعهد وتمنحه حق تحليف المدعي عليه اليمين الحاسمة طبقاً لنص المادة (118) من قانون الأثبات))⁽²⁾

مما تقدم يتبين لنا ضرورة بيان جنس المعقود عليه والعلم به، فجهالة جنس المعقود عليه جهالة فاحشة تمنع إنعقاد العقد وسبباً في اختلاف جنس المعقود عليه، فعدم معرفة جنسه يؤدي إلى تقديم شيء معين لم تتجه إليه إرادة المتعاقدان، فضلاً عن ذلك يقع التعاقد صحيحاً فيما لو كانت الجهالة يسيرة لأن التفاوت في المعقود عليه غير فاحش وهو ما جرى عليه التسامح بين الناس، فكل جهالة بمقدار يسير لم تؤد إلى اختلاف منفعة المعقود عليه، بخلاف الجهالة الفاحشة التي يكون منشؤها الجهل بجنس المعقود عليه فأنها تؤدي إلى التفاوت بين الناس تفاوتاً فاحشاً لأختلاف المنفعة منه وزوال اسم المعقود عليه لعدم العلم به.

(1) المادة (1128) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على إنه ((يكون ضرورياً لصحة العقد: 1_ رضا الأطراف المتعاقدة. 2- أهليتهم للتعاقد. 3- مضمون مؤكد ومشروع)).

(2) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 2015/46 والصادر في 2015/4/9. (غير منشور).

2_ طبيعة المعقود عليه

إن اختلاف جنس المعقود لا يحصل بفعل الانسان فقط، وإنما يكون لطبيعة المعقود عليه دوراً في تخلف جنس المعقود عليه فيكون بوضع مغاير لوضعه السابق، لأن طبيعة المعقود عليه هي التي تحدد ماهية استعماله⁽¹⁾، كاتجاه إرادة البقال إلى إبرام عقد مع شخص آخر لشراء فاكهة من نوع معين ولتكن عنباً فيتحول العنب إلى زبيب بدون تدخل من الإنسان، فهنا نكون أمام جنس مغاير للجنس المراد الاتفاق عليه أو الذي إتفق عليه، فتغير اسم المعقود عليه وأختلف الغرض المراد تحقيقه منه فلا يمكن إعادته لجنسه السابق ويترتب على هذا الاختلاف أثراً يتعلق بمصير الجنس الذي اختلف جنسه ومدى إتمام العملية التعاقدية بين المتعاقدين من عدمه.

وقد اختلف الفقه الإسلامي في مدى إمكانية حدوث اختلاف جنس المعقود بسبب طبيعة المعقود عليه، حيث ذهب فقهاء الحنفية⁽²⁾ إلى إمكانية تصور اختلاف جنس المعقود بفعل طبيعته متى ما تغير اسم المعقود عليه وحجتهم في ذلك إن تغيير ذاتية المعقود عليه مقترنة بتغيير تسميته فلا يمكن جعل شيء ذا جنس مختلف في ذاتيته عن جنس آخر إلا وكان كل منهما له اسم مختلف فلو رجعنا لمثالنا السابق وهو صيرورة العنب زبيباً نجد كل منهما له تسمية خاصة. فضلاً عن ذلك، يرون أن الأشياء تقوم بمعانيها ومقاصدها، فلو تغيرت بفعل طبيعتها وأصبحت بحالة مغايرة فينتقل جنسه إلى جنس آخر لفقدان ماهيتها.

أما جمهور الفقهاء⁽³⁾ ومنهم فقهاء الأمامية⁽⁴⁾ فقد ذهبوا إلى عدم الاعتداد بإمكانية حصول اختلاف جنس المعقود عليه بسبب طبيعة المعقود عليه طالما كان الأخير محتفظاً بأصله، فإختلاف الأسم الخاص للمعقود عليه واغلب منافعه لا يؤدي إلى اختلاف الجنس وأن تغيرت ماهيته وإنما يعد ذلك اختلافاً في وصفه وليس في جنسه، فالعنب عندما يصبح زبيباً وأن اختلفت تسميته عن العنب إلا أن أصله باق ولم يتغير وما طرئ عليه من تغيير هو مجرد تغيير في الوصف وليس تغيير في الجنس، ولعل ما يستوجب قوله والإشارة إليه، إن فقهاء الأمامية المحدثين أخذوا بهذا السبب في اختلاف جنس المعقود عليه، إذ عدوا طبيعة الشيء لا يمكن إنكارها للقول بتغير ذاتية المعقود

(1) أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، ط3، دار اقرأ، بيروت، 1983، ص62.

(2) الكاساني، ج7، مصدر سابق، ص148.

(3) الدسوقي، ج3، مصدر سابق، ص444.

(4) المحقق الحلبي، ج2، مصدر سابق، ص88.

عليه كإنقلاب الخمر خلًا والخشب فحمًا، فهنا تغير جنس المعقود عليه بسبب طبيعته فالخمر جنس يختلف عن الخل⁽¹⁾.

يتضح مما تقدم أن فقهاء الحنفية والمالكية اقرؤا بإمكانية حصول اختلاف جنس العين بسبب طبيعتها ورتبوا عليها احكاماً معينة، في حين ذهب جمهور الفقهاء ومنهم فقهاء الامامية إلى عدم زوال ذاتية العين بفعل طبيعتها وأن كل تغيير يحصل بذلك يعد تغييراً في وصف العين، ونحن بدورنا نميل إلى الرأي الأول لأن طبيعة العين تعد سبباً في حصول اختلاف الجنس، فتحول التمر دبساً بدون تدخل شخص زال اسمه وصورته وإختلفت معظم منافعه كما لا يمكن إرجاعه إلى حالته السابقة.

أما بخصوص موقف القانون الوضعي من طبيعة المعقود عليها باعتبارها سبباً وراء حصول اختلاف جنس المعقود عليه، نجد المشرع العراقي عالج هذه الحالة من خلال المادة (955) التي نصت على إنه ((1 - إذا خلط الوديع الوديعة بماله أو بمال غيره بلا إذن صاحبها بحيث يتعسر تفريق المالكين، فعليه ضمانها سواء كان المال الذي خلط بها من جنسها أو من غيره، وأن خلطها خلطاً غيره يتعسر معه تفريقها، فالضمان على الخالط. 2 - أما إذا خلط الوديع الوديعة بماله بأذن صاحبها أو اختلطت بلا صنعة بحيث يتعسر تفريق المالكين، يصير الوديع شريكاً لمالك الوديعة، فإن هلك المال بلا تقصير، فلا ضمان على الوديع الشريك))⁽²⁾.

(1) محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج3، ط1، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، طهران، 1425هـ، 2004 ص149.

(2) وهذه المادة مقتبسة من مجلة الاحكام العدلية، المادتين (788، 789) من المجلة. كما عالج الفقه الإسلامي مسألة حصول اختلاف في جنس المعقود عليه بسبب طبيعة الشيء نفسه عند الكلام عن الخلط باعتباره صورة من صور تغيير وصف العين، فالعين عندما تختلط بعين أخرى تزول ذاتيتها وتفقد معظم منافعها، كما أن الخلط قد يكون جنس بجنس أو جنس بغير جنس، فالعين عندما تختلط قضاء وقد كخلط الحنطة بالحنطة أو اللين باللين فهذا الخلط في أعيان ذات الماهية الواحدة ومتحدة في جنسها فلا يمكن عدها مختلفة الجنس وأن حصل خلط بسبب طبيعتها، كما تختلط العين بغير جنسها كخلط الحنطة بالدقيق أو خلط الزيت بالسمن، فهذه الأعيان تعد مختلفة في جنسها فخلط بعضها البعض من شأنه أن يفقد ذاتيتها ويجعلها غير معروفة في جنسها خاصة وأن كان من المتعذر تمييزها، ينظر: علي حيدر، ج2، مصدر سابق، ص298 وما بعدها. ولابد من بيان أن الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة ذهبت إلى أن خلط العين يقع على ثلاثة اقسام: خلط يمكن تمييز بعض أجزائه عن بعضها الآخر كخلط الدراهم بالدينار، وخلط يتعذر تمييز بعض أجزائه عن بعضها الآخر وهو ما يسمى بخلط المائعات كخلط السمن بالزيت، وخلط يتعسر تمييز بعض أجزائه عن بعضها الآخر كخلط اللوز بالجوز. ينظر زيد الدين بن علي العاملي (الشهيد الثاني)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج7، منشورات الأعلمي =

يتضح من نص هذه المادة إنها أشارت إلى موضوع الخلط وهو أحد صور تغيير وصف المعقود عليه أو تخلفه، فالخلط قد يكون إرادي أو غير إرادي، والذي يهتما في هذا الشأن هو الخلط غير الإرادي، فتغيير ذاتية المعقود عليه لا إراديا مما يؤدي ذلك إلى جعلها بجنس مغاير للجنس المتفق عليه، لأن تغيير طبيعة المعقود عليه بالزيادة أو الخلط يؤدي إلى تفاوت فاحش بين حقيقة المعقود عليه وبين ما أراده العاقد، فالخلط قد يكون عن طريق خلط جنس بجنس آخر كخلط الخل بالسمن الذي يعتبر كل منهما جنسًا خاصًا به لإختلاف تسمية ومنفعة كل منهما، فلو كان المعقود عليه خل فإن طبيعته تستوجب الخلط الذي يؤدي إلى التفاوت في الغرض من المعقود عليه أو يؤدي إلى إنعدامه فخلط الخل بالسمن فلا نكون أمام خل ولا أمام سمن وذلك لاختلاف ذاتية المعقود عليه .

وكذلك تكاد تكون الأحكام القانونية في القانون المصري والفرنسي بشأن اختلاف جنس المعقود عليه بفعل طبيعته متشابهة مع تلك الأحكام التي جاء بها قانوننا المدني، فلا بد من بقاء المعقود عليه على حالته المادية دون اختلاف في ماهيته، فإرادة العاقد تتوجه على عين معينه بعينها من خلال بيانها بالأسم والصورة، فإختلاف كيان المعقود عليه ذاته ووصفه المؤدي إلى التفاوت في الأغراض_ يؤدي إلى اختلاف ذاتيته لأن ما وقع عليه الإيجاب كان مسمى بأسم خاص وهذا الأسم أصبح غير موجود⁽¹⁾، فعدم وجوده أو اختلاف الأسم الخاص للمعقود يستدعي القول إننا قد أصبحنا أمام جنس غير الجنس المسمى.

=المطبوعات، بيروت، لبنان، بدون سنة، ص55 وما بعدها. سليمان بن عمر البجيرمي حاشية البجيرمي، ج3، دار الفكر العربي، بيروت، 2005م، ص428، النووي روضة الطالبين، ج4، مصدر سابق، ص140. السرخسي، ج11، مصدر سابق، ص91. ابن مفلح الحنبلي، ج5، مصدر سابق، ص30.
(1) د. علي شاکر البدری، مصدر سابق، ص153.

المبحث الثاني

أساس اختلاف جنس المعقود عليه وتمييزه عما يشته به

في الوقت الذي يحرص فيه الفقه الإسلامي والقانون الوضعي على حد سواء على مراعاة عينية المعقود عليه على نحو يميزه عن غيره عند التعاقد عن طريق بيان جنسه، من أجل المحافظة على سلامة العقد بوصفه تصرفاً قانونياً ونتاج الإرادة التي تتجه لإحداث الأثر القانوني، ومن أجل ابرامه بشكل صحيح وتنفيذه طبقاً لما تمليه إرادة أطرافه وبالصورة التي حصل الإتفاق عليها، إلا أن هذا لا يمكن أن يحدث في جميع الأحوال، إذ يتخلف جنس المعقود عليه فنكون أمام جنس آخر غير المتفق عليه، الأمر الذي يستوجب بيان أساس هذا الإختلاف.

لا شك أن مسألة تحديد أساس اختلاف جنس المعقود عليه ليست بالمهمة السهلة، بل تواجه مهمه صعبة في بيان ذلك الأساس ومشروعية إضافته، خاصة وأن المصطلحات القانونية تستمد مشروعيتها من إرادة المشرع أو من القواعد الفقهية، والسبب يعزا إلى غياب النصوص القانونية التي يمكن أن تكون أساساً قانونياً أو عدم ملاءمة تلك النصوص التي وضعها المشرع والتي يمكن الاعتماد عليها للقول بأن أساس اختلاف الجنس يكمن في النص المذكور، خاصة وأن الكثير من الإلتزامات بين المتعاقدين لم تنظم بنصوص قانونية خاصة، وحتى التي نظمت أو قننت منها لم تكن معالجة المواد القانونية لها محتوية ومستوعبة لمضمونها بصورة تامة، وإذا تحقق أساس اختلاف جنس المعقود عليه جاز أن نُسأل عن الأوضاع القانونية التي تكون محل مقارنة مع اختلاف جنس المعقود عليه.

وعلى عادتنا في هذه الدراسة نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في المطلب الأول أساس اختلاف جنس المعقود عليه أما في المطلب الثاني نتناول تمييز اختلاف جنس المعقود عليه عما يشته به في المطلب الثاني.

المطلب الأول

أساس اختلاف جنس المعقود عليه

إن العلم بحقيقة المعقود عليه لا بد من وجوده لتحقيق الرضا أو نفاذ ما اتجهت اليه الأرادة، والعلم بحقيقة الشيء المحقق للرضا يكون ببيان جنس المعقود عليه بما يميزه عن غيره وكذلك بيان خصائصه أو الأغراض التي يستعمل لها المعقود عليه، فالإتفاق على شيء معين كونه محلاً لعقد معين وتبين فيما بعد عدم مطابقته للشيء المراد الحصول عليه أو كان غير مطابق

للمواصفات المتفق عليها إذا كان هناك تفاوت فاحش في الأغراض، كنا أمام اختلاف جنس المعقود عليه، فلا بد من بيان السند الفقهي والقانوني الذي يسمح لنا بالقول بوجود اختلاف في أجناس الأشياء أو تناظرها، ولغرض الإحاطة بمضمون هذا المطلب لا بد من تقسيمه إلى فرعين، نخصص الأول منهما على أساس اختلاف جنس المعقود عليه في الفقه الإسلامي، ونبين في الفرع الثاني أساس اختلاف جنس المعقود عليه في القانون الوضعي.

الفرع الأول

أساس اختلاف جنس المعقود عليه في الفقه الإسلامي

إن الفقه الإسلامي فاق القانون الوضعي بشأن موضوع اختلاف جنس المعقود عليه، إذ يمتاز الفقه الإسلامي بكثرة التفاصيل في مسائل هذا الموضوع، فلا بد من وجود محل العقد لتحقيق رضا أطرافه، فأختلاف جنسه يعد بمثابة العدم لدى الفقه الإسلامي، والتعاقد على المعدوم غير جائز، كما عد جانب آخر من الفقه بأن اختلاف الجنس يعد بحكم الهالك ويستدل الفقه في ذلك على القواعد الفقهية التي وضعوها، لهذا نسعى إلى إيضاح أساس اختلاف جنس المعقود عليه في الفقه الإسلامي من خلال الهالك والإنعدام بالإعتماد على القواعد الفقهية التي تقابل النص القانوني لدى فقه القانون الوضعي.

أولاً_ الهالك

عند الرجوع لمؤلفات الفقه الإسلامي نجدهم لم يميزوا بين الهالك والأتلاف في المعنى والحكم، ويستندون في ذلك على المعنى اللغوي للأتلاف، فالأخير لا يخرج عن العطب والهالك، فأنهم تارة يطلقون لفظ الهالك على الأتلاف وتارة أخرى يطلقون لفظ الأتلاف على الهالك، لأن كلاً منهما يعد ضرراً مادياً يلحق بالشيء ويؤدي إلى فناء المعقود عليه بما لا يصلح معه للإنتفاع المقصود منه، فيراد به ((إخراج الشيء من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة عادة))⁽¹⁾. ومن الملاحظ على هذا التعريف بأن المعقود عليه بعد هلاكه لا يمكن أن يكون محلاً صالحاً للإنتفاع به وأن بقيت مادة الشيء على حالها، ويرى جانب من الفقه⁽²⁾ أن الأتلاف أخص من التلف والعلة تكمن بأن الأتلاف لا يقع إلا بفعل الإنسان وهو أما ن يكون اتلافاً كلياً ويتمثل بأتلاف صورة العين ومعناها وذلك بإخراج الشيء عن كونه صالحاً للإنتفاع به، وذلك لأنه أما أن يقع على

(1) الكاساني، ج7، مصدر سابق، 164.

(2) ناصر جميل محمد الشمايلة، كسب ملكية المضمونات، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998، ص37.

العين ذاتها، أو على المنفعة كأتلاف عجلة الأنسان، أو حرق سيارته، أو جزئيا كأتلاف جزء من العين المغصوبة كتهدم الطابق العلوي من العقار المغصوب، وسواء كان الأتلاف كلي أم جزئي فكلاهما يعدان اتلافاً حقيقياً⁽¹⁾، وذلك لأنه يقع أما على العين ذاتها أو على المنفعة وهو يقابل الهلاك المادي في القانون، أما الأتلاف غير الحقيقي أو ما يسمى (الأتلاف المعنوي) وهو إتلاف معنى الشيء مع بقاء صورته وذلك بوجود عيب فيه يمنع الإنتفاع به وهذا النوع من الهلاك يقابل الهلاك القانوني في القانون، وضرب الفقهاء المسلمون امثله على الأتلاف غير الحقيقي بقولهم ((حل قيد طبي أصطاده آخر فأنتلق في البرية ، إذ يقولون بأن فك القيد من الطبي المقيد يعد سبباً لأن يشرد الطبي ويتلف حتى ولو كان هروبه إلى البرية ، لأن الطبي بحل قيده وهروبه يصير حاله كأنه حال الطباء الموجودة في البرية فأصبحت الملكية فيه لغواً))⁽²⁾ كما قال الفقهاء إن ((خطط الودائع خلطاً يمنع التمييز بينهما يعد اتلافاً من ذا المعنى، وكذا بالنسبة للدراهم المغصوبة))⁽³⁾.

ولكن لا يفوتنا أن ننوه إننا لم نجد في مجلة الأحكام العدلية نصاً واحداً يعطي مفهوماً للهلاك أو يحدد أنواعه وإنما أكتفت ببيان أحكام الهلاك وتبعية الضمان⁽⁴⁾، إلا إن الفقهاء في تعابيرهم يطلقون الأتلاف لكل ما يؤدي إلى ضياع المال أو ذهابه أو خروجه من يد صاحبه، والهلاك يأتي بذات المعنى⁽⁵⁾، وعلى خلاف ذلك يُشكل الباحث على مسألة عد الأتلاف والهلاك بمعنى واحد لأختلاف ذاتية كل منهما عن الآخر، فالأتلاف تبقى مادة الشيء ولا تزول لكنها غير صالحة للاستعمال فتخرج من الإنتفاع أما الهلاك فتزول مادة الشيء من الوجود.

ومن الجدير بالملاحظة أن الفقه الإسلامي أختلف بشأن عد الهلاك أساسا لاختلاف الجنس المعقود عليه، حيث ذهب فقهاء الحنفية⁽⁶⁾ إلى جعل اختلاف جنس المعقود عليه بمثابة الهلاك الحكمي وذلك بأتلاف كافة منافع المعقود عليها مع بقاء مادته دون تغيير فاتجاه الإرادة إلى ثوب معين بغية الحصول عليه إلا أن صاحبه جعله قطعة من القماش وليس ثوباً فهنا تغيرت ماهية

(1) ابن عابدين ، ج5 ، مصدر سابق، ص 117.

(2) ابن رجب، القواعد الفقهية، ج2، ط1، مطبعة الصدق الخيرية، مصر، 1933، ص 29.

(3) شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، ج3، مصدر سابق، 420و436. وينظر: الكاساني، ج6 ، مصدر سابق ، ص 218.

(4) المادة (293) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على إنه ((إذا هلك المبيع في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك من مال البائع ولا شيء على المشتري)).

(5) شمس الدين أبي عبدالله محمد ابن أبي بكر المعروف ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين ، ج2 ، دار الفكر ، بيروت ، ص 10 .

(6) الشيخ إبراهيم بن محمد بن سالم بت ضويان، منار السبيل في شرح الدليل، ج1، ط5، المكتب الإسلامي، بيروت، 1402هـ_1982م، ص 435. الكاساني، ج5، مصدر سابق، ص289.

الشيء المطلوب، لنصبح أمام شيء آخر وذلك لاختلاف ذاتيتهما، فأصبحت العين بمثابة عين أخرى غير العين المطلوبة فتكون العين بحكم هالكة نتيجة تغير ماهيتها.

وعلى المنحى نفسه سار الفقه المالكي⁽¹⁾ بأن الهلاك الحكمي يؤدي إلى تغيير ذاتية المعقود عليه فالعين قد تهلك حقيقة أو حكماً، كما لو كانت كتاباً أو أحترق فأصبح رماداً، فلا يمكن عد الهلاك الحقيقي بمثابة اختلاف الجنس، أو بعبارة أخرى لا يمكن تأسيس اختلاف جنس العين على حالة هلاكها هلاكاً حقيقياً، فتغيير ذاته العين على نحو يتبدل معها اسمها إلى اسم آخر هو هلاك لتلك بشكل الحكمي، فلو كان المغصوب من قطعة من القماش وفصلها الغاصب قطع متعددة فقام بخياطتها إلى مفروشات وألبسة، فإن هذه القطعة من القماش تُعد بحكم الهلاك حكماً لعدم امكانية أرجاع المفروشات والألبسة قطعة قماش، فاختلاف ذاته المعقود عليه يعد بمثابة استهلاك العين أو هلاكاً لها لا لحقيقتها وذلك لأن العين اختلفت عن حالتها السابقة أو تغيرت إلى عين أخرى فتكون جنساً آخر.

أما فقهاء الشافعية والحنابلة والأمامية⁽²⁾ فقد خالفوا من سبقوهم إذ يرون أن اختلاف الجنس المعقود عليه لا يعد بحكم الهلاك وأن تخلف اسم المعقود عليه لأن تغيير الأسم لا يؤدي إلى اختلاف ماهية الأشياء أو تغيير ذاتيتها بل يؤدي إلى تخلف الوصف المرغوب أو المشروط في المعقود عليه، فلا يمكن جعله هلاكاً حكماً للمعقود عليه فجعل القماش ثوب هو تخلف وصف القماش لا اختلاف في جنسه حتى وأن اختلف اسمه .

صفوة القول إننا لا نميل للإتجاه القائل بأن الهلاك هو أساس لاختلاف جنس المعقود عليه لأن هذا الإتجاه يجانب الحقيقة ولم يركن إلى ركن ركين، إذ أن الهلاك يعني زوال مادة المعقود عليه أو فنائها والأمر لا يمكن قوله بالنسبة لاختلاف الجنس لأن المعقود عليه يبقى ولا يزول، كما أن الهلاك يخرج المعقود عليه من المنفعة أما اختلاف الجنس وأن يشترط فيه اختلاف المنفعة إلا أنها لا تخرج من الوجود فتكون له منفعة أخرى بعد الإختلاف

(1) محمد بن عبد الله الخرخشي، شرح مختصر الخليل، ج6. بدون طبعة، دار الفكر للطباعة، بيروت، بدون سنة طبع، ص134.

(2) إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي الشافعي، المهذب، ج1، مصدر سابق، ص324. وينظر: ابن قدامه، المغني، ج5، ص161. وكذلك ينظر: الطوسي، مصدر سابق، ص83.

ثانياً_ الإنعدام

المعدوم ما يقابل الموجود، فالمعدوم هو الشيء المفقود والذاهب، أي غير الموجود⁽¹⁾، فكل شيء ليس له ثبوت بأي وجه من الوجوه لا ذهنياً ولا خارجاً يكون معدوم بشكل مطلق، ولا يبحث الفقهاء المعدوم الذي ليس له وجود ذهني أو خارجي، وإنما يبحثون في المعدوم الذي له اسم وصورة في العقل لكنه غير موجود في الواقع الخارجي المحسوس، أي غير موجود بعينه⁽²⁾. والمعدوم يكون أما حقيقةً أي ليس له وجود في الخارج أو صورة معينة له. أو معدوم حكماً وهو الذي يحكم الشرع بعدم وجوده لحرمة الإنتفاع به وأن كان له وجود خارجي ويحمل اسم وصورة معينين، فكل منفعة محرمة شرعاً تعتبر بحكم المنفعة المعدومة حساً⁽³⁾. وإضافة إلى المعدوم حقيقةً والمعدوم حساً يضيف فقهاء الحنفية المعدوم عرفاً ويلحقه بالمعدوم حقيقةً، وهو متصل اتصالاً خلقياً بغيره، فبيع هذه الأشياء وقت اتصالها باطل لأنها تعتبر بحكم المعدومة، والعلة في ذلك هي لو أجاز البيع في هذه الحالة يختلط ملك البائع مع ملك المشتري⁽⁴⁾.

فالشئ لكي يقال عنه معدوم أما إنه غير موجود في الأصل أو وجد بداية إلا إنه إنعدم فيما بعد ومن القواعد الفقهية التي يستدل بها الفقهاء في عد اختلاف الجنس بحكم المعدوم :

1_ قاعدة حكم بيع المعدوم يتبع الغرر

يراد بالغرر ما يكون مستور العاقبة⁽⁵⁾. ويعرفه فقهاء المالكية التردد بين أمرين أحدهما على الغرض والثاني على الخلافة⁽⁶⁾. ويقصد به عند الشافعية ما أنطوى عنه أمره وخفي عليه معاقبته⁽⁷⁾.

(1) أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، ج4، مصدر سابق، ص248. وأيضاً: ابن منظور، ج12، مصدر سابق ، ص392. وكذلك ينظر: الفيروز ابادي، مصدر سابق، ص1466.

(2) د. جمال أحمد زيد الكيلاني، بيع المعدوم وتطبيقاته المعاصرة في مجال الديون، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية (الأنترنت) على الرابط التالي =

https://www.researchgate.net/publication/324438876_by_almdwm_wttbyqath_almasr_t_fy_mjal_aldywn_Selling_the_Unowned_and_Its_Contemporary_Implications_in_the_Area_of_Debt تاريخ الزيارة 2021/2/10، الساعة العاشرة صباحاً.

(3) أبو حامد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج3، دار السلام، القاهرة، 1417، ص20.

(4) علي حيدر، ج1، مصدر سابق، ص156. ابن العابدین، ج4، مصدر سابق، ص560.

(5) السرخسي، ج12 مصدر سابق، ص166.

(6) الدسوقي، ج3، مصدر سابق، ص55.

(7) سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، حاشية البجيرمي، ج2، ص278.

أما فقهاء الحنابلة فيعرفون بيع الغرر ما لا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو معدوماً⁽¹⁾. وقول فقهاء الامامية بأن بيع الغرر ما كان على غير عهده ولا ثقة⁽²⁾. بعد عرض تعريفات الفقهاء نجد أن تعريف الحنابلة أشمل التعريفات لأنه وسع من نطاق الغرر وجعله بكل شيء لا يمكن تسليمه كجهالة الجنس التي تؤدي إلى المنازعة بين المتعاقدين وتمنع جواز العقد، أو الجهل بوجود المعقود عليه، وكذلك التصرف بالمعدوم⁽³⁾.

ومودى هذه القاعدة أن التصرف بالأعيان المعدومة يتبع الغرر، فعدم وجود الغرر أو كان الغرر بشكل يسير يعتبر التصرف صحيحاً، وإذا كان الغرر فاحشاً يبطل التصرف، وبما لا يدع مجالاً للشك أن هذه القاعدة وأن كانت تشير إلى محل عقد البيع وهو المعقود عليه من المبيع والثمن، لا أن أحكامها تنصرف إلى المعقود عليه في كل العقود.

ومما يتصل به وينبغي الإشارة إليه، هناك عدة ضوابط للمعدوم الذي ينطوي على الغرر الفاحش، فمن هذه الضوابط هو إذا اختلف الجنس فإن المسمى معدوم⁽⁴⁾، فمثلاً لو إتجهت الإرادة إلى شيء معين وليكن ثوب من القطن إلا إنه إتضح ثوب من الصوف، فكل من القطن والصوف وأن كان يجمعهما إسم عام وهو الثوب إلا إنهما مختلفي الجنس، فالصوف يعتبر جنساً مختلفاً عن جنس القطن لاختلاف اسم وهياة كل منهما فضلاً عن اختلاف منفعتهما، فإن المسمى وهو ما إتجهت إليه الإرادة أصبح معدوماً لأن الإختلاف حصل في جنس المطلوب فيعدان بمختلف الجنس، وأيضاً إذا سمي شيء والمشار إليه شيء آخر فإن المسمى معدوم⁽⁵⁾ حيث جاء في كتاب بدائع الصنائع ((إن كان المشار اليه من خلاف جنس المسمى فالعبرة للتسمية ويتعلق

(1) ابن قيم الجوزية، ج2، مصدر سابق، ص29.

(2) مرتضى الأنصاري، ج1، مصدر سابق، ص492.

(3) أما الغرر في الاصطلاح القانوني نجد فقهاء القانون يتحدثون عن الغرر بالمصطلح القانوني المقابل له فالقانون العراقي والقوانين محل البحث والمقارنة ذكرت الغرر كأسم لعنوان يتضمن العقود الاحتمالية فأسمتها بعقود الغرر، وهذه الأخيرة تقابل العقود الاحتمالية. وعقود الغرر(الاحتمالية) هي عقود لا يستطيع معرفة إمكان وجود محلها ولا تحديد المقابل فيها عند التعاقد، بل يكون الأمر فيها متروكاً للمستقبل تبعاً لحدوث أمر غير محقق الحصول أو غير معروف وقت حصوله. محمد كامل مرسي، العقود المدنية الصغيرة، ط2، مطبعة فتح الله الياس، القاهرة، 1938، ص15. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، معهد الدراسات العالية، القاهرة، 1958، ص42.

(4) السرخسي، ج13، مصدر سابق، ص15 وما بعدها.

(5) السرخسي، ج13، المصدر نفسه، ص15.

العقد بالمسمى، وأن كان من جنسه لكن يخالفه في الصفة فإن تفاحش التفاوت بينهما فالعبرة للتسمية ويلحقان بمختلفي الجنس، وأن قل التفاوت فالعبرة للمشار إليه ويتعلق العقد به⁽¹⁾.

وتماشياً مع ما تم ذكره أن المعقود عليه المسمى والمشار إليه يصعب على الإنسان العادي التمييز بينهما، فإذا صعب التمييز وأنصرف سمعه إلى شيء معين بأسمه وليس مشاراً إليه، وكان المسمى هو المقصود من المعاملة فإن العقد يتم على ما إنصرفت إليه الإرادة وهو المسمى لأن إنصراف العقد إلى المشار إليه يؤدي إلى الغرر الممنوع عنه شرعاً، ولكن لو استطاع التمييز بين المسمى والمشار إليه فإن العقد يتم بالمشار إليه الذي يراه بعينه لأن الرؤية تنفي الوقوع في الغرر، فمن يؤجر ماكينة لزراعة أرضه ويشير مالكةا إلى السيارة القريبة منها فإن العقد ينعقد على المشار إليه وهي الماكينة وذلك لسهولة التمييز بين الماكينة والسيارة بالنسبة للإنسان العادي⁽²⁾.

ولعل من المفيد أن نؤكد أن الفقه الإسلامي أجمع على عدم صحة التصرف بالشيء المعدم كونه ينطوي على الغرر وذلك لإختلال شرط وجود المعقود عليه، ما لم تتوافر فيه شروط السلم⁽³⁾، والإستصناع⁽⁴⁾، فإن توافرت شروطهما صح التصرف لأن كل من السلم والإستصناع وأن كان عقد على شيء غير موجود إلا إنه ممكن الوجود فهما جائزين شرعاً وذلك لإنتفاء الغرر الذي يفضي إلى النزاع وإمكانية تسليم المعقود عليه ولحاجة الناس مثل هكذا البيوع فضلاً عن ذلك وينتفي فيها أكل أموال الناس بالباطل إذ قال تعالى: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ))⁽⁵⁾. من خلال النص القرآني نرى أن الإسلام

(1) الكاساني، ج4، مصدر سابق، ص547.

(2) عبد المجيد عبدالله ديه، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، أطروحة دكتوراه الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 2002، ص82.

(3) عرف الفقه الإسلامي السلم بأنه ((بيع شيء غير موجود بالذات بثمن مقبوض في الحال علي أن يوجد الشيء ويسلم المشتري في ويسعى المشتري المسلم أو السلم ويسعى البائع ويسمى المبيع ويسمى الثمن رأس مال السلم)) أشار إليه د. وهبه الوحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج24، ط1، دار الفكر العربي، دمشق، 1405 هجرية، ص99. ولم تورد القوانين محل البحث نصاً خاصاً ببيع السلم إلا إنها بالوقت نفسه أجازت التعامل في الشيء المستقبلي متى ما كان معيّنًا تعييناً نافيًا للجهالة حيث يرى جانب من الفقه ليس هناك ضرورة ملحة للنص على السلم في قواعد خاصة لأنه يتفق مع القواعد العامة التي تنظم محل العقد ولا يعد استثناءً عليها، أشار إليه د. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والأيجار، ط1، دار الثقافة، عمان، 2012، ص173. إلا إننا نرى من الضروري النص عليه في القوانين التي لم تتناوله لما له من أهمية وتيسير أمور الناس.

(4) يراد بالاستصناع ((عقد يشتري به في الحال شيء مما يصنع صنعاً يلزم اليانع بتقديره مصنوعاً بمواد من عنده بأوصاف مخصوصة وبثمن محدد)). ينظر في ذلك: ابن العابدین، ج5، مصدر سابق، ص225. الدسوقي، ج4، مصدر سابق، ص315. علي الخفيف، أحكام المعاملات الشرعية، ج3، مصدر سابق، ص430، ابن القيم الجوزية، ج1، مصدر سابق، ص415. الكاساني، ج7، مصدر سابق، ص125.

(5) سورة النساء: الآية29.

اشترط لمشروعية التجارة فيها منفعة عن تراضي بين المتعاقدين وأن لا تكون سبباً لخسارة طرف على حساب الطرف الآخر.

وعلة النهي عن التصرف في الأشياء غير الموجودة ليس لعدم ذاته بل للغرر المنهي عنه لعدم القدرة على تسليم تلك الأشياء، عن أبي هريرة قال: ((نهى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر))⁽¹⁾. يشير هذا الحديث الشريف على النهي عن التصرف بشيء غير موجود.

2_ قاعدة بيع ما لا يقدر على تسليمه فهو باطل

هذه القاعدة وأن كانت تشير إلى محل عقد البيع غير المقدر على تسليمه إلا إنه يمكن لنا القول إن محل كل عقد من العقود يسري عليه حكم هذه القاعدة، فإذا كان الموهوب في عقد الهبة أو المرهون في عقد الرهن غير مقدر على تسليمه فإنه يسري عليه ما يسري على المبيع غير المقدر على تسليمه من أحكام، ومودى هذه القاعدة أن التصرف بشيء معجوز عن تسليمه أو يتعذر تسليمه لا يمكن القول بصحته لعدم القدرة على تسليم المعقود عليه، ومن الضوابط التي وضعها الفقهاء لهذه القاعدة هو الشيء المعدم سواء كان حقيقة أم حكماً، فكل شيء غير مقدر على تسليمه يكون بحكم المعدم، فإذا كان اختلاف جنس المعقود عليه يعد بحكم المعدم فيكون من باب أولى غير مقدر على تسليمه لأن قدرة العاقد على تسليم المعقود عليه شرط لجواز العقد، وقد أجمع الفقه الإسلامي على ضرورة مراعاة القدرة على تسليم المعقود عليه لأن العقد على شيء لا يمكن تسليمه باطل والعلة في ذلك هي الغرر المنهي عنه⁽²⁾.

ويتبادر إلى الذهن تساؤل بشأن علاقة اختلاف الجنس بالأموال الربوية، فهل اختلاف الجنس أو اتحاده يؤدي إلى الوقوع في الربا؟

إن التعامل الربوي يتعارض مع قواعد الدين الإسلامي كونه نظاماً عملياً سار في نطاق ثابت من القانون والأخلاق ومراعاة لمصلحة المجتمع على حساب المصالح الشخصية بالنهي عنه قوله تعالى : ((وأحل الله البيع وحرم الربا))⁽³⁾، والربا إما أن يكون نسيئة أو ربا الفضل⁽⁴⁾،

(1) صحيح مسلم، ج10، مصدر سابق، ص156.

(2) حيث جاء في المادة (209) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على إنه ((بيع ما هو غير مقدر التسليم باطل كبيع سفينة غرقت لا يمكن إخراجها من البحر أو حيوان ناد لا يمكن إمساكه وتسليمه)).

(3) سورة البقرة: الآية 275.

(4) ربا النسيئة يراد به ((زيادة مالية على مبلغ القرض من أجل تأجيل وفاء الدين لوقت معلوم) ويسمى هذا النوع من الربا بربا القرض بمعنى أخذ الفائدة على القرض. أما ربا الفضل يراد به (الزيادة المشروطة بين الأموال العينية المتجانسة سواء كانت تقاس بمعيار الوزن أو الكيل وهذه الزيادة في إحدى العوضين مقابل =

فإذا اختلف الجنس فلا يجري ربا الفضل وبوحدة الجنس يتحقق ربا الفضل، فالأخير لا يجري إلا في الجنس الواحد⁽¹⁾، فالجنس إذا بيع بجنسه سواء كان من المكيلات أو من الموزونات فإنه محرم ويعد ربا فضل لأن العلة في تحريم ربا الفضل هو أن الشريعة الإسلامية حددت طرق الكسب واشترطت أن لا يكون الحصول على المنفعة والكسب على حساب خسارة الغير لأن ذلك يؤدي إلى أكل أموال الناس بالباطل، ومن الأدلة على تحريم ربا الفضل قال الرسول: (صل الله عليه وآله وسلم) ((الذهب بالذهب إلا مثلاً بمثل ولا تشقوا بعضها على بعض ولا تبيعوا الورق بالورق أمنها غائب يناجز متفق عليه))⁽²⁾ ودليل آخر جاء بنفس المعنى حيث قال أبو عبد الله الصادق عليه السلام ((لو كان الربا حلالاً لترك الناس التجارات وما يحتاجون إليه فحرم الله الربا لتفر الناس من الحرام إلى الحلال وإلى التجارات من البيع والشراء))⁽³⁾. من هذه الأحاديث نستدل على إن ربا الفضل يتحقق في الجنس الواحد، فالأشياء المتقاربة في الإنتفاع والغذاء عند اختلاف جنسها يجوز بيع بعضها بالبعض الآخر، ووحدة الجنس تتحقق بوحدة الأصل⁽⁴⁾، فالعنب وخله يعدان جنساً واحداً وكذلك البرتقال وعصيره، كما إن وحدة الجنس في اللحوم تعود إلى وحدة الحيوان المتخذ منه اللحم، فأنواع لحوم الغنم تعد جنساً واحداً، أما لحم البقر ولحم الغنم يعد كل منهما جنساً خاصاً لإختلاف الأصل الذي انبثق منه، فالزيادة في وحدة الجنس غير جائزة بعكس الزيادة مع اختلاف الجنس.

مما تقدم يمكن التسليم بأن اختلاف جنس المعقود عليه يؤسس على الإنعدام ويأخذ الحكم نفسه، فإذا كان إنعدام الشيء يعني عدم وجوده فإذا اختلف جنس المعقود عليه يكون غير موجود أيضاً، كون الرضا لم يتحقق بالشيء الذي وجد وإنما بالشيء غير الموجود، فضلاً عن ذلك عدم تعارض الإنعدام مع طبيعة اختلاف الجنس لأن هناك الكثير من العقود يكون المعقود عليه فيها معدوماً إلا أن العقد يعتبر صحيحاً كعقد بيع المنافع لأن المنافع لا يعقد عليها أثناء وجودها والحال نفسه ينطبق على مختلف الجنس فإختلاف جنس المعقود عليه عن جنس المسمى لا يمكن أن يؤدي دائماً إلى بطلان العقد.

=الآخر الذي هو نفس جنسه محرمه في الشرع ولو كان العوضان مختلفين في الجودة أو الشكل))، ينظر: أبو محمد موفق الدين عبدالله بن أحمد بن محمد ابن قدامه ج4، مصدر سابق، ص3.

(1) ابن قدامه، ج4، المصدر نفسه، ص43.

(2) شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن محمود بن أحمد بن أحمد الكناني العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، بدون سنة طبع، ص170.

(3) الحسن بن يوسف بن علي بن محمد بن مطهر المعروف بالعلامة الحلبي، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، ج2، ط2، المكتبة الشيعية، النجف الأشرف، 1412هـ، ص424.

(4) السيد محمد تقي المدرسي، مصدر سابق، ص185.

الفرع الثاني

أساس اختلاف جنس المعقود عليه في القانون

يعد موضوع اختلاف جنس المعقود عليه من الموضوعات التي تستمد فاعليتها من نصوص القوانين المدنية والقوانين الخاصة، بنصوص مباشرة أو غير مباشرة، لذلك لا بد من بيان الأساس الذي يقوم عليه هذا الاختلاف من خلال استعراض نصوص تلك القوانين وبيان آراء الفقه حول الأساس الذي يقوم عليه اختلاف جنس المعقود عليه، حيث أسسه جانب من الفقه بكونه غلط يشوب المعقود عليه، ويذهب الفقه الآخر بأنه اخلاً بتسليم المعقود عليه، وإتجاه ثالث أسسه على ضمان المطابقة، الأمر الذي يستوجب بيان ذلك وحسبما يأتي.

أولاً_ الغلط

يراد بالغلط ((فهم الأشياء على غير حقيقتها و بهذا الوصف يؤدي الغلط إلى عيب في الرضا واعتلال في العقد أو بطلانه وبهذا الإتجاه يصبح الرضا غير معبر تعبيراً سليماً عن الإرادة التي صدر عنها))⁽¹⁾. ويعرف أيضاً بأنه ((وهم يقوم في نفس المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته الواقعية بحيث يدفعه إلى اتخاذ سلوك معين ايجابي كان أم سلبي و سواء تعلق هذا الأمر بالهدف أم بالبائع أم بالعناصر على أن يكون له أهمية قانونية))⁽²⁾. يلاحظ على التعريفات المتقدمة بأنها مطابقة للمعنى والمحتوى وترتب الأثر ذاته، حيث أنصبت على أن الغلط هو وهم في أي شيء موجود في نفس الإنسان.

نظم المشرع العراقي الغلط في عدة مواد من القانون المدني من المادة (117_120) بين في هذه المواد أنواع الغلط وحكم كل نوع منها، ويتضح من نص المادة (117) من القانون المدني العراقي إن ملامح الفقه الإسلامي بارزة فيه، حيث يشير النص المذكور إلى أنواع الغلط، وهما

(1) فريد فتیان، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1985.

(2) عبد المجيد محمد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص5. وهناك تعريفات أخرى للغلط إذ يعرفه البعض بأنه ((وهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير الواقع والحقيقة ويكون هو الدافع الى التعاقد)). ينظر: ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج١، ط١، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الاردن، ٢٠٠٢، ص٤٥٣. ومنهم من ذهب الى إنه (حالة تقوم في النفس فتحملها على توهم غير الواقع والواقع قد يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها). ينظر: حسن علي الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، (نظرية العقد)، معهد الدراسات العربية العالمية، 1956، ص46. وينظر أيضاً: د. منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني، مصادر الإلتزام، ج1، ط١، بدون مكان نشر، 1991، 157. وينظر أيضاً: عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الإلتزام، ج1، مصدر سابق، ص80.

الغلط المانع⁽¹⁾ الذي يعدم رضا المتعاقد ويجعل العقد باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه يرد على ركن من أركان العقد الأساسية، فعند تخلف أي ركن من هذه الأركان يعد العقد لا وجود له، وتقرير البطلان ليس لإختلاف الجنس وإنما على أساس تعلق العقد بالمسمى ويبطل لإنعدام محله والغلط في صفة جوهرية الذي يجعل العقد موقوفاً على إجازة المتعاقد، أي من تقرر التوقف لمصلحته⁽²⁾، ونشير في هذا المجال إلى أن المشرع المصري والفرنسي تناولوا اختلاف جنس المعقود عليه ورتب عليه حكم الغلط إذ عده من قبيل الغلط في مادة الشيء محل العقد أو صفة جوهرية فيه ويجعله باطلاً بطلاناً نسبياً⁽³⁾، حيث نصت المادة (121) من القانون المدني المصري ((١_ يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حدًا من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن أبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. ٢_ ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص: أ_ إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما للعقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية. ب- إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد))⁽⁴⁾. حيث يتضح من نص هذه المادة إشتراط المشرع لكي يكون الغلط مؤثراً في العقد وقوع المتعاقد الآخر فيه أو كان عالمًا به أو من السهل أن يتبينه وذلك من أجل تحقيق استقرار المعاملات بين المتعاقدين.

ولقد تأثر المشرع الفرنسي بالنظرية التقليدية في الغلط، حيث أشار في المادة(1110) من القانون المدني الفرنسي إلى أن الغلط يعدم الإرادة متى ما كان واقعاً في مادة الشيء أو كان واقعاً في شخصية المتعاقد، وأستبعد المشرع الفرنسي على هذا الأساس من نطاق الغلط المعيب للرضا ما يسمى بالغلط المانع، كونه أستند بالتفرقة بين الغلط الذي يعيب الإرادة والغلط غير المؤثر إلى معيار موضوعي قوامه مادة الشيء محل العقد ((ومادة الشيء هو مجموع الخصائص التي تدخله في جنس معين وتميزه عن الأجناس الأخرى))، كمن يشتري شيء على إنه من نحاس فيتبين إنه من فضة، فالغلط لا يبطل العقد إلا إذا تعلق بجوهره الذي يميزه عن غيره بصرف

(1) يسمى هذا النوع من الغلط في الفقه الإسلامي بالغلط الحائل لأنه يحول دون انعقاد العقد.

(2) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزامات في القانون الكويتي، ج2، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.ص102.

(3) حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية، ط1، دار الحدائث للطباعة والنشر، بيروت، 1986،ص86.

(4) يقابل ذلك نص المادة (1132) من القانون الفرنسي الجديد حيث نصت على إنه ((يكون الغلط في القانون أو في الواقع، مادام غير مغتفر في سبباً لبطلان العقد حينما يتعلق بصفات جوهرية في الأداء المستحق أو في التعاقد الأخر)) والصفات الجوهرية بينتها المادة (1133) من القانون نفسه ((الصفات الجوهرية في الأداء هي تلك التي يتم الاتفاق عليها صراحةً أو ضمناً والتي يتعاقد الطرفان بسببها)).

النظر عن وجود صفة معينة من عدمه، حيث كان الفقه الفرنسي يفسر عبارات النصوص القانونية تفسيراً حرفياً ويرى أن المقصود بمادة الشيء الغلط في المادة التي يتكون منها الشيء أي مجموعة الخصائص التي تدخل المعقود عليه في جنس معين وتميزه عن غيره ، ويذهب في هذا الشأن إلى المثل الذي ضربه ((بوتيه)) ((إن شخص اشترى شمعدان من نحاس مطلي بالفضة وهو يعتقد إنه من فضة خالصة))⁽¹⁾.

ولو أطلعنا على موقف الفقه نجد من يؤيد التحليل السابق بأن أساس اختلاف الجنس معقود عليه هو الغلط الواقع على محل العقد، فمن يقصد شراء قماش من حرير ويشير إلى قماش من صوف وهو لا يعلم إنه صوف، هنا وقع غلط في ذاتية المعقود عليه إذ نكون أمام جنس آخر⁽²⁾. ومنهم من قال بما يماثل هذا القول أن تخلف الجنس لم يحصل لو لم يكن هناك غلط في محل العقد، ولكن حصول الخلل أو الاختلاف في جنس المعقود عليه بسبب الوهم أظهر لنا تأثيره على العقد بحيث يؤثر في حكم الغلط، والدليل على ذلك لو لم يكن له تأثير لكان العقد صحيحاً لوجود المحل⁽³⁾، لذلك هناك من يرى أن اختلاف جنس المعقود عليه وهو تطبيق من تطبيقات الغلط، والسبب في ذلك من يقوم بشراء شيء معين يتولد في ذهنه أن هذا الشيء له ذاتية معينة ويحمل الصفة المتفق عليها لو أتفق على توافر وصف معين في المعقود عليه، فإذا تبين إنه واهماً فالمشترى والحالة هذه يكون واقعاً في غلط في جنس المعقود عليه أو صفة جوهرية فيه⁽⁴⁾.

ولكن قد يحتج علينا محتج بالقول أن هذا الأساس لا يمكن الركون إليه لأن حصول اختلاف في جنس المعقود عليه لا يعني أن أحد المتعاقدين وقع في غلط وتوهم الأمور بغير حقيقتها، فيجيب على ذلك جانب من الفقه بأنه لا بد من وجود اختلاف في الحالة المادية للمعقود عليه

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في نظرية العقد، ج1، مصدر سابق، ص259. وينظر أيضاً: عيد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، مصدر سابق، ص71. نجد القضاء والفقه الفرنسي أستبعد الغلط المانع كونه لا يعيب إرادة العاقد بل يعدمها ويصرفها عن مسيرتها، وقد ناقش جانب من الفقه الرأي السابق بقولهم: ((إن الغلط الذي يقع في ماهية العقد أو في وجود المحل أو ذاتيته أو بسبب الألتزام يمنع تكوين العقد لا للغلط في ذاته بل لأن إرادتي العاقدين لم تتوافق والعقد لا يتم إلا بتوافق إرادتين فهذا النوع من الغلط لا يدخل في نظرية الغلط بل في إنعقاد العقد أو إنشائه فإذا لم تتوافق الإرادتان على ماهية العقد أو محله أو سببه فالعقد لا ينشأ ولا يظهر إلى الوجود ولنسنا بحاجة إلى نظرية الغلط للقول بعدم وجود العقد وبطلانه بطلاناً مطلقاً)). ينظر: د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، مصدر سابق، ص131. فالغلط في المعقود عليه يعدم الإرادة ولا يعيبها لوروده على وجود الشيء وجنسه، وعلى الصعيد نفسه نجد الفقه والقضاء يذهب إلى إقامة اختلاف جنس المعقود عليه على أساس نص المادة (117) من القانون المدني العراقي والمقابلة لنص المادة (120) من القانون المدني المصري.

(2) محمد عبد الوهاب الزبيدي، مصدر سابق، ص31.

(3) جلال علي العدوي، أصول المعاملات، المكتب المصري للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1966، ص135.

(4) د. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج1، ط1، مكتبة السنهوري، بغداد، 2008، ص99. وينظر أيضاً: محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1961، ص180.

فتغيير جنس الأشياء لا يحصل في ذهن الإنسان وإنما تغييراً في حقيقة المعقود عليه⁽¹⁾، فمن يوجب أرض مشيد عليها بناءً ظاناً إنها عرصه حصل لديه انتقال في الذهن، كان للشيء صورة وأسم في ذهنه وهذه الهيئة قد تغيرت لكن لم يظهر هذا التغيير للواقع.

كذلك من الانتقادات التي وجهت لرأي الفقه القائل إن اختلاف جنس المعقود عليه والغلط لا يعني أحدهما عن الآخر هو أن اختلاف الجنس يتعلق بالمعقود عليه ذاته وهو حالة مادية لصيقة به وليس بذهن الإنسان، أما الغلط يتعلق بإرادة الشخص ويقاس بمعيار شخصي، ينظر فيه إلى الشخص المتعاقد وحالته النفسية⁽²⁾، فضلاً عن ذلك أن احتمالية وجود الغلط يترتب عليها ثبوت الحق في طلب نقض العقد خلال فترة معينة من وقت العلم بالغلط عملاً بحكم الفقرة الثانية من المادة (136) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه ((2 - ويجب أن يستعمل خيار الإجازة أو النقص خلال ثلاثة أشهر فإذا لم يصدر في هذه المدة ما يدل على الرغبة في نقض العقد اعتبر العقد نافذاً...))⁽³⁾ وهذا الأمر لا ينطبق على اختلاف الجنس.

أضف إلى ذلك أن تأسيس اختلاف جنس المعقود عليه على الغلط يتنافى مع شروط الأخير ويصمد تحت مطرقة النقد، حيث يشترط في الغلط أن يكون متصلاً بعلم المتعاقد الآخر أي أن يكون واقعاً في نفس الغلط أو يكون على علم به أو من السهل عليه أن يتبين وجوده⁽⁴⁾ وذلك عملاً بحكم نص المادة (119) من القانون المدني العراقي⁽⁵⁾.

وهذا النقد كالشمس صحة وبيانياً إذ أن المعقود عليه يتغير صفته على نحو تتفاوت معه المنفعة تفاوتاً فاحشاً الذي يؤدي إلى اختلاف جنس المعقود عليه، وإختلاف الوصف يكون بالزيادة والنقص والخلط، فكل صورة من هذه الصور التي تؤدي إلى تغيير وصف المعقود عليه

(1) عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، النسر الذهبي للطباعة، دون ذكر مكان نشر، 1998، ص229. وينظر أيضاً: أحمد حشمت أبو سنتيت، نظرية الإلتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الإلتزام، ط2، مطبعة مصر، القاهرة، 1954، ص144.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط، ج4، مصدر سابق، ص629.

(3) أما القانون المدني المصري فأن دعوى الغلط يجب أن ترفع خلال ثلاث سنوات من وقت الوقوع بالغلط أو العلم به أو خلال خمس عشرة سنة من وقت البيع وذلك عملاً بحكم المادة (141) من القانون المدني المصري، وكذلك ينظر المادة (101) مدني جزائري، و المادة (186) مدني كويتي، (89) معاملات مدنية اماراتي.

(4) كمال ثروت الوند اوي، شرح أحكام عقد البيع دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والأجنبية، ط1، بدون مكان نشر، 1976، ص264.

(5) المادة (119) من القانون المدني العراقي التي نصت على أنه ((لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط أن يتمسك به إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع في نفس الغلط أو كان على علم به أو كان من السهل عليه أن يتبين وجوده)).

تحصل في الواقع كالبناء في الأرض أو إقامة المغروسات فيها فلا بد من أن يكون هناك أثر في المعقود عليه ذاته وهو حصول زيادة أو نقص فيه على نحو يستتبع تغيير قيمته.

وخلاصة الأمر نستبعد فكرة تأسيس اختلاف جنس المعقود عليه على حالة الغلط وأن ايد ذلك الفقه والقضاء في بعض الأحوال وذلك لاختلاف طبيعة وشروط كل منهما ولقصوره وعدم شموليته فضلاً عن الإنتقادات التي تعرض لها، الأمر الذي يُلزمنا البحث في ثنايا وضع آخر لنتمكن من خلاله تحديد الأساس القانوني لاختلاف جنس المعقود عليه.

ثانياً_ التسليم

إن شراح النصوص القانونية التي تتعلق بحالة المعقود عليه يسايرون الإتجاه التشريعي في التركيز على تسليم المعقود عليه بحالته عند الرؤية أو الإتفاق دون إحداث أي تغيير في ذاتيته، عملاً بحكم المادة(522) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه ((من رأى شيئاً بقصد الشراء ثم اشتراه بعد مدة وهو يعلم إنه الشيء الذي كان رآه، فلا خيار له إلا إذا وجد الشيء قد تغير عن الحال الذي رآه فيه)). فلا بد أن يكون المعقود عليه محتفظاً في ذاتيته التي كان عليها وقت العقد ولو لم يتم ذكرها في العقد، ولا يجوز لأي من المتعاقدين تغيير حالته فيكون مسؤول عند تغييره ولو كان التغيير راجعاً لغير فعله لأنه التزم المتعاقد بتسليم المعقود عليه بحالته المتفق عليه يُعد التزاماً بنتيجة ويسري هذا الحكم على أشخاص كالمؤجر في عقد الإيجار والمقاول في عقد المقاولة، والبائع في عقد البيع⁽¹⁾، وإلى هذا أشارت المادة (٤٣١) من القانون المدني المصري التي نصت على أنه ((يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع))، يتضح من ذلك أن تغيير المعقود عليه سينقل حالته إلى حالة أخرى فيصبح بصورة أو هيئة مختلفة عن حالته السابقة على نحو يؤدي إلى تغيير جنسه.

وبقدر تعلق الأمر بموضوع الدراسة فقد دأب الفقه على أن توافر ذاتية المعقود عليه أو صفته يجب أن يكون وقت التسليم فلا بد من تسليم الشيء ذاته والذي تم الإتفاق عليه مع مراعاة صلاحيته للإستعمال المطلوب ولا يتحقق ذلك إلا بتسليم المعقود عليه وما أستدل به الفقه من أنصار هذه الوجهة أن مبدأ حسن النية يستلزم أن يسلم الشيء المتفق عليه في العقد، وأن الأخلال بهذا الإلتزام يُعد خرقاً لهذا المبدأ، وبالتالي يمكن إثارة مسألة سوء نية العاقد عند تنفيذه

(1) توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايضة، مصدر سابق، ص243.

لالتزامه⁽¹⁾. إلا أن هذا الأساس أعترض عليه بالقول إنه لم يباشر اجتهادًا خلاقًا إذ أن الإلتزام بتسليم المعقود عليه بماهيته وخصائصه يعد من الإلتزامات التبعية التي يرتبها العقد في ذمة العاقد، خاصة وأن هذه الإلتزامات تترتب على العقد كي تثبت أثره الأصلي، ذلك لأن العقد يرتب نوعين من الآثار هما آثار أصلية وأخرى تبعية، فمثلًا الأثر الأصلي الذي يرتبه عقد القسمة هو اختصاص كل شريك بجزء مفرز من الشيء الشائع، والأثر الأصلي الذي يرتبه عقد الهبة هو نقل ملكية الموهوب بدون عوض وهذه الآثار يتولى المشرع تنظيمها وترتيبها بمجرد انعقاد العقد دون الحاجة إلى تدخل من قبل المتعاقد.

وأما الآثار الأخرى فهي الإلتزامات التبعية التي يتولى المشرع بيانها وتنظيمها لكن لإرادة الأفراد دور في الإتفاق على مخالفتها⁽²⁾ مثل الإلتزام بالتسليم، فهذا الأخير يعد من الإلتزامات التبعية التي لا تؤثر على انعقاد العقد لكنها تترتب على العقد بإتفاق المتعاقدين صراحةً أو ضمناً تستخلص من طبيعة التعامل أو ظروف الأحوال أو أعراف الناس⁽³⁾، أما مسألة تحديد الجنس لا يعد التزامًا تبعيةً للعقد فتحديد ذاتية المعقود عليه وبيان جنسه امرًا لا بد منه لإنعقاد العقد وصحته إذ إن اختلاف اجناس الأشياء يغير حكم العقد من الصحة إلى البطلان، ولا تفوتنا الإشارة في هذا الصدد أن هذه الآثار بنوعها الأصلية والتبعية التي تترتب على العقد مستمدة من الفقه الإسلامي وتقابل حكم العقد وحقوقه التي جاءت بها بعض التشريعات المدنية⁽⁴⁾.

كذلك أن تأسيس حالة اختلاف جنس المعقود عليه على أساس التسليم يعني أن اختلاف جنس الشيء لا يحصل إلاً بتسليمه، وهذا النظر غير دقيق ولا يستقيم والمنطق القانوني السليم لأن القول السابق سوف يسري على الأشياء التي لها وجود أثناء العقد فقط، على خلاف اختلاف الجنس فإنه يحصل في الأشياء التي تكون موجودة وقت العقد أو الأشياء القابلة للوجود في المستقبل. وفي هذا المعنى المتقدم ذهب جانب من الفقه إلى أن حالة المعقود عليه لا تنحصر بوقت التسليم أي في الشيء الموجود وقت العقد بل تشمل الشيء المستقبلي أيضا، وما استدل به

(1) ممدوح محمد علي مبروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص33.

(2) إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 1998، ص29.

(3) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة. المصادر الإرادية للإلتزام، ط1، جامعة الكويت، 1995، ص270.

(4) العلامة الحلي، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، ج2، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، 1418، 262. وينظر: محمد الحسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، ج26، مؤسسة النشر الإسلامي، قم، 1432هـ ق، ص234، ص401. وينظر: أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر، ص160.

الفقه من أنصار هذه الوجهة هو أن حالة المعقود عليه لصيقة بوقت ظهوره للوجود، فمتى وجد توجد حالته تبعاً له، فعدم وجود المعقود عليه وقت العقد لا يمكن معها القول بعدم إمكانية تغيير جنسه، لأنه سوف يوجد وتوجد معه حالته بعد العقد ومن ثم تختلف ذاتيته⁽¹⁾.

ثالثاً_ حسن النية أساساً لاختلاف جنس المعقود عليه

إن حسن النية مبدأ عام يسود جميع العقود أيًا كان مصدرها، ويرتكز بشكل أساسي على جانب الإرادة في الوقائع والتصرفات القانونية باعتباره سلوك يتماشى مع المألوف في التعامل والعرف السائد وطبيعة المعقود عليه، ويفرض على المتعاقدين واجب الأمانة ومراعاة الثقة في التعامل⁽²⁾، إذ يمكن تأسيس اختلاف جنس المعقود عليه في نطاق القانون المدني العراقي على أساس نص المادة (150) منه إذ نصت على إنه ((1- يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2 - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الإلتزام)).

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع لم يبين معنى حسن النية إلا أنه أوجب أن يكون تنفيذ الإلتزام بحسن نية وعلى نحو يطابق نية الطرفين وبطريقة لا تفوت الغرض الذي دفع المتعاقد للدخول في العملية التعاقدية.

من الملاحظ على الفقرة الثانية من المادة (150) أعلاه نجدها وضعت محددات أو مظاهر يمكن للقاضي أن يستعين بها في تحديد ما يعتبر من مستلزمات العقد وهي كل من القانون⁽³⁾ و

(1) محمد عبد الوهاب الزبيدي، مصدر سابق، ص88.

(2) سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، أطروحة دكتوراه مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2006، ص81.

(3) يستكمل العقد في حالة وجود نقص فيه وفقاً للقواعد التي تحكمه، فإذا كنا أمام عقد ايجار سرت عليه أحكام عقد الايجار التي نص عليها القانون، والقواعد القانونية منها قواعد أمره وأخرى مكملة وكلاهما يستعين بهما القاضي لسد النقص الموجود في العقد، فعلى سبيل المثال يستعين القاضي بالقواعد المكملة لإرادة المتعاقدين في حالة عدم ذكر مكان تسليم المعقود عليه في عقد البيع عملاً بحكم المادة (541) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه ((1 - مطلق العقد يقتضي بتسليم المبيع في المحل الذي هو موجود فيه وقت التعاقد وإذا كان المبيع منقولاً ولم يعين محل وجوده اعتبر مكانه محل إقامة البائع...))، وهذه القواعد يستطيع المتعاقدين الاتفاق صراحةً أو ضمناً على استبعادها أو تقييدها على النحو الذي يريدها كونها لا تتعلق بالنظام العام، ينظر : محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقه الإسلامي، أطروحة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 1992، ص29. أما القواعد الأمرة التي يستعين بها القاضي لإكمال النقص في العقد مثلاً ضمان التعرض، إذ لا يمكن للبائع أعفاء نفسه من هذا الضمان كونه يتعلق بالنظام العام عملاً بحكم المادة (549) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه ((ويثبت ضمان التعرض، ولو لم ينص عليه في العقد)).

العرف⁽¹⁾ والعدالة⁽²⁾ بحسب طبيعة الإلتزام، حيث أن مستلزمات العقد تعني ((ما يكون داخلاً في مضمون العقد ولو لم يذكر في العقد))⁽³⁾، حيث يرى جانب من الفقه أن المشرع العراقي لم يكن موفقاً في تحديد مستلزمات العقد والتي تساعد القاضي في إكمال نطاق العقد، حيث جعل كل هذه المحددات على قدم المساواة حيث كان الأجدر به أن يجعل من طبيعة الإلتزام مظهرًا رئيسيًا تنطوي تحته المظاهر الأخرى، ولا يشترط ذكر تلك المظاهر في العقد أو الإتفاق عليها صراحةً كونها تدخل في نطاق العقد دون أي قيد أو شرط⁽⁴⁾.

أما في التشريع المصري نلتمس مبدأ حسن النية في العديد من النصوص القانونية، سواء في القانون المدني أو في القوانين الأخرى التي لا تخلو من الإشارة إليه أو الاعتماد عليه في حسن إنظام العقود وتنفيذها حفاظاً على استقرار المعاملات، حيث نصت المادة (148) من القانون المدني المصري التي تقابل المادة (150) من القانون المدني العراقي على إنه ((يجب تنفيذ العقد طبقاً لما إشتهل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية...)) وهذا النص يتفق مع ما نص عليه المشرع الفرنسي في القانون المدني وفقاً للتعديل الأخير حيث نصت المادة(1104) منه على أنه ((يجب التفاوض على العقود وتشكيلها وتنفيذها بحسن نية)). يتضح من نص هذه المادة إن المشرع الفرنسي عالج موضوع حسن النية بشكل أكثر دقة وتمحيص حيث اشترط توافر حسن نية في كافة مراحل التعاقد بدءاً بالمفاوضات وصولاً لمرحلة إبرام العقد وانتهاء بتنفيذ العقود، وهذا هو الفرق الذي نلتمسه بين التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري في ظل أحكام المادة(148) والقانون المدني العراقي في المادة(150) والذي اقتصر على توافر حسن النية في مرحلة نفاذ العقد دون سواها.

وتماشياً مع ما تم ذكره فاذا إتجهت إرادة الطرفين في العقد إلى تحديد حالة المعقود عليه وما يحتويه من مواصفات مرغوبه كانت أم مشروطة، يلزم إبرام العقد وتنفيذه وفقاً لما تم الإتفاق

(1) في حالة عدم إيجاد القاضي حلاً مناسباً وفقاً للقواعد القانونية بنوعها الأمرة والمفسرة، يتجه لقواعد العرف، والعرف هنا العرف المكمل الذي يتم الرجوع إليه لتكملة العقد الناقص، لا العرف المفسر لإرادة المتعاقدين والذي يتم الرجوع اليه عند غموض العقد، ينظر في ذلك: سهير حسن هادي، مصدر سابق، ص14.

(2) أما قواعد العدالة فيتم اللجوء اليها عند تعذر إكمال النقص الذي يعتري العقد وفق القواعد القانونية والعرف، فمن مقتضيات العدالة جواز إدراج شرط في عقد البيع بعدم إمكانية قيام بائع المحل التجاري بمنافسة المشتري، ينظر في ذلك إيمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2002، ص50.

(3) عبد الرحمن عياد، أساس الألتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، بدون طبعة، 1972، ص109.

(4) سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، مصدر سابق، ص81.

عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية⁽¹⁾، فيلزم المتعاقد بتقديم شيء معين يميزه عن غيره، فإذا سلم شيء على غير ما تم تحديده فإنه يعد سيء النية وذلك لأنه يعلم أن حالة الشيء ووضعه الذي يميزه عن غيره قد تغير وأصبح بمثابة جنس آخر.

وتطبيقاً لمبدأ حسن النية فلا يقتصر أعماله في مرحلة تنفيذ العقد، بتسليم المعقود عليه بجنسه أو توافر الوصف المتفق عليه فيه فحسب، بل يجب أن يتم إبرام العقد وتحديد الغرض منه وفقاً للمبدأ المذكور الذي يعد طريقة قانونية للتعاون بين الأشخاص لأبرام العقد وتنفيذه بطريقة سليمة دون أي اختلاف في ماهية الشيء أو تغيير جنسه إذ يعد ذلك اختلالاً أو خرقاً لهذا المبدأ، لهذا يمكن إطلاق القول بتأسيس اختلاف جنس المعقود عليه على أساس مبدأ حسن النية وهو ما يذهب اليه الباحث.

المطلب الثاني

تمييز اختلاف جنس المعقود عليه عما يشته به

لا يمكن أن ننكر إن موضوع اختلاف جنس المعقود عليه قد يكون موضوع التباس أو اختلاط مع موضوع معين أو أكثر، الأمر الذي يستلزم رفع هذا الالتباس وإزالة أسباب الخلط ولعل أبرز المواضيع التي يشته بها اختلاف جنس المعقود عليه هو فوات الوصف والالتزام البدلي.

فلا بد منا بيان أوجه الشبه والاختلاف بين هذه الأوضاع القانونية وفكره الاختلاف في جنس المعقود عليه، كي نصل إلى صورة واضحة لمفهوم الاختلاف في جنس المعقود عليه ومن أجل إيضاح هذه الأوضاع القانونية والوقوف عليها وتحديد معناها وبيان أوجه الشبه والاختلاف بينها وبين الاختلاف في جنس المعقود عليه لا بد من بيان موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من كل وضع من الأوضاع المشار إليها.

عليه سنقسم هذا المطلب على ثلاثة فروع نخصص الفرع الأول لتمييز اختلاف جنس المعقود عليه عن فوات الوصف ونبين في الفرع الثاني تمييز اختلاف جنس المعقود عليه من الإلتزام البدلي.

(1) د. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للإلتزامات، مصادر الإلتزام، دار الثقافة والنشر العلمية للتوزيع، عمان، 2003، ص169. رعد عبد الأمير مظلوم الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة ديالى، العدد 64، سنة 2014، ص185.

الفرع الأول

مقارنة اختلاف الجنس المعقود عليه من فوات الوصف

ان لفوات الوصف اوجه شبه واختلاف مع الاختلاف في جنس المعقود عليه، وقبل ايضاح ذلك لابد من معرفه مفهوم فوات الوصف في الفقه الاسلامي وفي القانون ومن ثم نبين اوجه الشبه والاختلاف وعلى شكل فقرتين.

أولاً_ فوات الوصف في الفقه الاسلامي

الالتزام بالضمان لم يكن مقصوراً على ما يوجد في المعقود عليه من عيوب سواء كانت ظاهرة أم خفية تنقص من قيمة المعقود عليه بل أن اتصاف المعقود عليه بوصف معين تحدده إرادة المتعاقدين عند ابرام العقد يؤثر في لزومه عند تخلف ذلك الوصف ويعطي للمتعاقد خيار إمضاء العقد أو فسخه إذا تخلف وصف المعقود عليه أو ظهر على خلاف الوصف.

وخيار فوات الوصف يقع إذا كان الوصف يرغب بوجوده في المعقود عليه أو يشترط توافره فيه فمثلاً لو أجر شخص شيئاً معيناً وأشترط فيه وصفاً معيناً فإذا جاء المأجور مشتملاً على الوصف المتفق عليه كان العقد صحيحاً لازماً لطرفه، أما إذا خلا المعقود عليه من الوصف كان لصاحب الخيار الحق في فسخ العقد ورد المعقود عليه وأن شاء مسك المأجور دون أرش⁽¹⁾.

هذا ولا بد من الإشارة إلى أن إرادة المتعاقدين تعتبر أساساً لأنشاء مثل هكذا شرط، فلا يثبت في العقد إلا بإشتراطه في العقد وأتفق المتعاقدان عليه⁽²⁾.

ومما تجدر الإشارة إليه أن غالبية فقهاء المسلمين تحدثوا عن خيار فوات الوصف في مواضيع مختلفة، حيث ذهب فقهاء الشافعية⁽³⁾، والمالكية⁽⁴⁾، والحنابلة⁽⁵⁾ أن هذا الخيار يدرج

(1) سلام عبد الزهرة الفتلاوي، ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع، بحث منشور في مجلة حولية المنتدى، يصدرها المنتدى لأبحاث الفكر والثقافة، السنة الثالثة، العدد الثالث، 2009، ص104.

(2) د. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في توبه الإسلامي، ط1، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، بدون سنة نشر، ص186. وينظر : د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج3، مصدر سابق، ص110.

(3) أبي القاسم عبد الكريم الرافعي، فتح العزيز في شرح الوجيز، ج8، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997م، ص325.

(4) الدسوقي، ج3، مصدر سابق، ص25.

(5) شمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن ابن قدامه المقدسي، ج4، مصدر سابق، ص26.

ضمن خيار النقيصة، أما فقهاء الحنفية⁽¹⁾ فقد بحثوا خيار الوصف عند حديثهم عن العيب، أما الامامية فأنهم تحدثوا عنه ضمن خيار فوات الشرط⁽²⁾.

حيث تبنى فقهاء الشافعية خيار فوات الوصف وجعلوا تخلفه في المعقود عليه مدعاة للخيار أي يثبت لصاحبه حق الخيار لأن الوصف يحقق غرض ومصلحة لصاحبه، وأن لم يترتب على فواته عيباً يصيب المعقود عليه، فيثبت حق الخيار عند تخلف الوصف وهذا الخيار استثناء عما جاء في قول الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) ((إنه نهى عن بيع وشرط))⁽³⁾، أما فقهاء المالكية عدوا فوات الوصف أحد خيارات النقيصة وبفواته يفوت الغرض من اشتراطه⁽⁴⁾. أما الفقه الحنبلي يقر هذا النوع من الخيار و يثبت له لصاحبه إذا اشترط في المعقود عليه وظهر خالياً منه، خاصة وأنهم درجوا هذا الخيار ضمن خيار الرؤية وخيار العيب وعده أحد أسباب النقيصة، ويثبت وأن كان المعقود عليه خالياً من العيب لأن فوات الوصف لا يعد عيباً ولكل منهما معنى مستقل وطبيعة مختلفة ولو صح القول وفقاً لما تقدم لأمكن تطبيق أحكام خيار العيب في حالة تخلف الصفة.

وبنفس الإتجاه ذهب فقهاء الحنفية إلى ثبوت خيار الوصف وبينوا أحكامه عند الكلام عن خيار العيب، ويستندون في ذلك أن مشروعية خيار الوصف يمكن إسنادها إلى مشروعيه خيار العيب لأن فوات الوصف يجعل من المعقود عليه غير سالم إذا ظهر عيب فيه، كما أن اشتراط وصف معين في العقد يعد شرطاً يقتضيه العقد وعند تخلفه لا يفسد العقد بل يثبت خيار الوصف.

أما بخصوص موقف فقهاء الجعفرية من فوات الوصف هناك قولين بهذا الخصوص:

القول الأول: يرى أصحاب هذا القول أن فوات الوصف تنطبق عليه أحكام خيار الرؤية، وسندهم في ذلك أن خيار فوات الوصف مورده بيع العين الشخصية لا العين الكلية، والأمر كذلك

(1) ابن العابدین، ج5، مصدر سابق، ص118. وينظر: الكاساني، ج5، مصدر سابق، ص275.

(2) محمد حسن النجفي، ج23، مصدر سابق، ص262. وينظر: العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، ج11، مصدر سابق، ص72.

(3) حيث جاء في كتاب المهذب ((وإن اشترى ثوباً أو أرضاً على إنها عشرة أذرع فوجدتها تسعة))، ينظر: الشيرازي، ج1، مصدر سابق، ص380. وينظر أيضاً: محمد بن علي بن احمد الشوكاني، نيل الاوطار من احاديث سيد الاخبار، شرح منتقى الاخبار، ج5، دار الجيل، بيروت، 1973، ص277. وينظر أيضاً: أبي القاسم الرافعي، ج8، مصدر سابق، ص325.

(4) حيث جاء في الذخيرة للقرافي ((من شرط وصفاً يتعلق بفواته نقصان مالية يثبت الخيار بفواته وأن شرط مما لا غرض فيه ولا ما لية لا يثبت الخيار لعدم الفائدة والغاء الشرط)). ينظر: شهاب الدين أبو إدريس القرافي، الذخيرة، ج5، مصدر سابق، ص53.

ينطبق على خيار الرؤية لأن وصف المعقود عليه الكلي يكون من مقوماته لا من عوارض المعقود عليه، فتسليم المعقود عليه بصورة كلية وبوصف معين وتبين إنه فاقد لذلك الوصف لم يثبت فيه الخيار، بل بإمكانه أن يطلب توافر الوصف⁽¹⁾، كما أن خيار الرؤية يثبت إذا ظهر المعقود عليه خلاف الرؤية لأن إرادته اتجهت على رؤية الشيء.

أما أصحاب القول الثاني: بحثوا خيار الوصف ضمن أحكام خيار الشرط فيرون أن اشتراط الوصف في العقد يكون لازماً وبتخلفه يثبت الخيار لعموم قول الرسول صلى الله عليه وآله وسلم ((المؤمنون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حلالاً حراماً))⁽²⁾، وإذا ذكر الوصف في العقد دون اشتراط بل يكون وصفاً مرغوباً، فلا يثبت عند تخلف هذه الصفة سواء وجد الوصف أم لم يوجد فإنه لا يؤثر على العقد.

ثانياً_ فوات الوصف في المجال القانوني

عند الرجوع إلى نصوص القوانين نجد القانون المدني العراقي لم ينص على فوات الوصف بصورة واضحة وصريحة، إلا إنه أجاز اشتراط الوصف ضمناً وذلك في المادة(131) منه والتي نصت على أنه ((1 – يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلانمه أو يكون جارياً به العرف والعادة. 2 – كما يجوز أن يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب وإلا لغى الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً)). يستنتج من هذه المادة جواز اشتراط وصف معين في العقد طالما كان الشرط مشروعاً وهو شرط مقترن بالعقد يقيد حكم العقد عن طريق إضافة التزام آخر إلى الالتزامات التي يقتضيها العقد).

(1) جاء في تذكره الفقهاء ((إذا وصفه ولم يجده المشتري على الوصف تخبر بين الفسخ والإمضاء، ولو وجده اوجد لم يكن له الخيار... ولو شاهد بعض الضيعة ووصف له الباقي ثم وجدها على خلاف الوصف كان مخيراً بين الفسخ في الجميع والإمضاء فيه لا في البعض)). ينظر: العلامة الحلبي، تذكره الفقهاء، مصدر سابق، ج1، ص72. كما جاء في منهاج الصالحين ((خيار الرؤية يتحقق فيما لو رأى شيئاً ثم اشتراه فوجده على خلاف ما راه أو اشتري موصوفاً غير مشاهد فوجده على خلاف الوصف فإن للمشتري الخيار بين الفسخ والإمضاء ولا فرق في الوصف الذي يكون موجباً للخيار بين وصف الكمال الذي تزيد به المالية لعدم الرؤية فيه وغيره إذا انفق تعلق غرض للمشتري به سواء على خلاف الرغبة العامة مثل كون العبد امياً لا كاتباً ولا قارئاً أم كان مرغوباً عند قوم ومرغوباً عنه عند قوم آخرين مثل اشتراط كون القماش أصفر لا أسود)). ينظر: السيد أبو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين، المعاملات، مؤسسة أحياء آثار الإمام الخوئي، قم المقدسة، 2004، ص38.

(2) محمد الحسن البنجوردي، القواعد الفقهية، ج3، دون مكان وسنة نشر، ص257. وينظر أيضاً: محمد تقي الخوئي، الشروط والالتزامات التبعية في العقود، ج1، ط1، دار المؤرخ العربي، بيروت، 1993، ص182 وما بعدها. جمال الدين بن مكي العاملي (الشهيد الأول)، اللعة الدمشقية في فقه الأمامية، ج3، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1983، ص505. ومحمد حسن النجفي، ج23، مصدر سابق، ص262.

وإذا تمعنا جيداً في المواقف التشريعية لا يمكن الإستناد إلى نص المادة (117) من القانون المدني العراقي لتبرير موضوع فوات الوصف لأن هذه المادة مثل ما أشرنا سابقاً تعالج موضوع الغلط وشتان بين الغلط والوصف فلا يمكن التعويل على حكم هذه المادة لتبرير أساس فوات الوصف.

ولو إنتقلنا إلى موقف الفقه نجد منهم من يرى أن فوات الوصف يعد تطبيقاً من تطبيقات الغلط لأن من ينوي الحصول على شيء معين يعتقد فيه توافر وصف معين فإذا أتضح أنه واهم في هذا الإعتقاد فهذا دليل على إنه وقع في غلط ويرجع على من وهمه بدعوى الغلط⁽¹⁾، إذ يجب عليه أن يثبت وجود اشتراك معه في الغلط وكان يعلم به أو من السهولة العلم به وأن يتم اللجوء للقضاء خلال ثلاثة أشهر من لحظة اكتشاف الغلط، وهذا ما اتجهت إليه محكمة التمييز الاتحادية في إحدى قراراتها ((إذا ظهر أن موديل السيارة المبيعة يختلف عما إتفق عليه فيعد ذلك غلطاً في صفة جوهرية في الشيء المتعاقد عليه ويبيح للمتعاقد طلب نقض العقد))⁽²⁾.

ومنهم من ذهب⁽³⁾، إلى أن خلو القانون من نص ينظم فوات الوصف لا يعني أن المشرع جعل أحكام العيب الخفي تنطبق على حالة تخلف الصفة، وإنما يوجد ما يمكن تطبيقه في ظل وجود نصوص القواعد العامة ويستدل أصحاب هذا الرأي على أن الإلتزام بضمان الوصف يعد من الإلتزامات العقدية الناشئة عن العقد باتفاق المتعاقدين، وتخلفه لا يعد عيباً بل يتم الرجوع بدعوى الفسخ لعدم تنفيذ الإلتزام بتوافر الوصف المتفق عليه عملاً بحكم المادة (177) من القانون المدني العراقي.

أما المشرع المصري نظم فوات الوصف والحقه بأحكام العيب الخفي وذلك في المادة (447) من القانون المدني التي نصت على إنه ((يكون البائع ملزماً بالضمان إذا لم يتوافر في المبيع الصفات التي كفل المشتري وجودها فيه أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مما هو مبين في العقد أو ظاهر من طبيعة المبيع أو الغرض الذي أعد له ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالمًا بوجوده)). نستنتج من هذه المادة إن المشرع المصري ساوى بين العيب الخفي وفوات الوصف وجعل حكم كل منهما واحداً، فإذا تخلف الوصف المتفق عليه في العقد فإنه يعد عيباً يصيب المعقود عليه، وأكدت محكمة النقض المصرية هذا الإتجاه في

(1) طارق كاظم عجيل، ج1، مصدر سابق، ص99 وما بعدها.

(2) قرار محكمة التمييز المرقم 293/مدنية الثالثة/1974. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد، 1988، ص172.

(3) جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع والإيجار والمقاوله في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص133.

قرار لها إذ جاء فيه ((... وبهذا الحق المشرع حالة تخلف الصفة بالعييب الخفي وأجرى عليه أحكامه فيما يختص بقواعد الضمان على أن رجوع المشتري على البائع في حالة تخلف الصفة في المبيع كفل له البائع وجودها فيه إنما يكون بدعوى ضمان العيوب الخفية ولا يجوز للمشتري أن يرجع على البائع على أساس إنه أخل بالتزام آخر مستقل عن التزامه بالضمان))⁽¹⁾.

ولكن جانباً من الفقه المصري أعترض على ذلك بالقول ان فوات الوصف لا يعد عيباً لأن العيب هو الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للمبيع. أما فوات الوصف فقد يكون المعقود عليه سليماً لكنه يخلو من الوصف⁽²⁾.

أما المشرع الفرنسي لم ينص على فوات الوصف بنص صريح الأمر الذي جعل الفقه الفرنسي في حالة صراع بشأن تكييف فوات الوصف، حيث ذهب جانب من الفقه⁽³⁾ بأن اشتراط توافر وصف معين في المعقود عليه وتخلف ذلك الوصف لا يشكل عيباً ولا يحق لمشتري إقامة دعوى ضمان العيب عند بل جاز له إقامة دعوى ابطال العقد للغلط إذا توافرت شروط الغلط والعلة في ذلك هي وجود ارتباط بين الغلط وتخلف الصفة وغايتها واحدة هي حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، في حين ذهب الجانب الآخر⁽⁴⁾، إلى أن فوات الوصف يجعل المتعاقد مخلاً بالتزامه بتسليم المعقود عليه يتوافر فيه الوصف المتفق عليه وتحكمه قواعد المسؤولية العقدية، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية في إحدى قراراتها ((يكون هناك تسليم غير مطابق إذا تعلق الأمر بمنتجات غير جديرة بالمقصد المتفق عليه تعاقدياً))⁽⁵⁾.

نستنتج مما تقدم إن فوات الوصف في المعقود عليه يقوم على أساس شرط مقترن بالعقد، يشترطه أحد المتعاقد على الآخر فلا ينشأ من دون شرط كونه زائداً عن أصل العقد، فاشتراط المشتري على البائع أو المستأجر على المؤجر أن يسلمه المعقود عليه بوصف معين وبخلافه يكون ضامناً للوصف الذي كفل وجوده.

(1) قرار محكمة النقض المصرية المرقم 263 لسنة 1969، نقلاً عن: ياسر محمود نصار، موسوعة دائرة

المعارف القانونية، الإصدار المدني، ج1، المجموعة الدولية للمحاماة، الإسكندرية، 1998، ص669.

(2) نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج1، مصدر سابق، ص323. وينظر أيضاً: محمد لبيب شنب، مصدر

سابق، ص180 وما بعدها.

(3) نقلاً عن، أسعد دياب، مصدر سابق، ص33.

(4) PLANIAL et Ripert_Traite de droit Civil tomeX Contratis Civil Op .Cit_ en120

(5) قرار محكمة النقض الفرنسية المرقم 1997/205، أشار إليه الآن بينابنت، العقود المدنية والتجارية، ترجمة

منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 2004، ص151.

وبعد بيان معنى فوات الوصف لابد من تمييزه من اختلاف جنس المعقود عليه في الفقه الإسلامي والقانون لوجود نقاط توافق وتعارض فيما بينهما:

1_ أوجه التشابه

يتشابه اختلاف جنس المعقود عليه مع فوات الوصف في جوانب متعددة يمكن تحديدها بما يأتي:

أ_ من حيث الارتباط

يتشابه فوات الوصف واختلاف جنس المعقود عليه من حيث كونهما يحدثان في محل العقد، فإشتراط توافق وصف معين يكون هذا الشرط مرتبطاً بالمعقود عليه ذاته، وفوات ذلك الوصف يعني تخلف الشرط المتفق عليه في المعقود عليه، كما أن اختلاف الجنس يكون بتغيير ذاتية المعقود عليه عن طريق زوال اسمه وصورته لكون أمام جنس آخر، فكل من الوصف واختلاف الجنس يتعلقان بحالة المعقود عليه، أي يردان على الحالة المادية للمعقود عليه⁽¹⁾.

ب_ من حيث القيمة

كما يتشابهان من حيث القيمة، فإختلاف جنس المعقود عليه يستلزم تغيير قيمته، لأن الأشياء لا تعد متحدة القيمة بل تختلف في قيمتها، فالحنطة لها قيمة تختلف عن القمح، فصيرورة الحنطة قمحاً تكون أمام جنساً مختلفاً وتختلف قيمته تبعاً لذلك، والحال كذلك في فوات الوصف فإشتراط توافق وصف معين في المعقود عليه وخلا من ذلك الوصف تختلف قيمة المعقود عليه لو وجد الوصف المتفق عليه ولم يتخلف.

ج_ من حيث إختلال المنافع

إن أبرز ما يتشابه به اختلاف جنس المعقود عليه وفوات الوصف لهما ارتباط وثيق بالمنفعة المقصودة من المعقود عليه، إذ أن تخلف وصف العين يترتب إلى حد ما على إختلال المنافع التي قصدتها المتعاقد وحرص على وجودها في العين ومن أجلها أقدم على التعاقد، فمن يرغب بشراء حاسبة وأشترط على البائع أن تكون ذات سعة ذاكرة معينة لإستقبال المعلومات وخبزنها، فعدم توافق هذه السعة في الذاكرة تعد العين خالية من وصف اشترط المشتري وجوده عند الأقدام على التعاقد، فعدم وجود الصفة يؤدي إلى إختلال المنفعة، فالمنفعة التي يقدمها الحاسوب بالوصف المتفق عليه تختلف فيما لو تخلفت تلك الصفة⁽²⁾، كذلك الحال في اختلاف جنس المعقود عليه

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، ج4، مصدر سابق، ص295.

(2) د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، ج1، مصدر سابق، ص321.

يشترط لحصوله اختلاف المنفعة المقصودة منه، فمن شروط اختلاف جنس المعقود في الفقه الإسلامي والقانون هو اختلاف منفعة المعقود عليه لأن تغيير ذاتية المعقود يشترط فيه زوال الأسم واختلاف المنافع، فالتعاقد على أرض غير مبنية تكون لها منفعة تختلف عن منفعتها فيما لو قام البائع بالبناء عليها بعد العقد.

2_ أوجه الاختلاف

بعد بيان أوجه التشابه بين اختلاف جنس المعقود عليه وفوات الوصف لا يعني عدم وجود نقاط اختلاف بينه، بل أنهما يختلفان في الوقت نفسه من جوانب متعددة منها:

أ_ من حيث المصدر

نجد أن مصدر فوات الوصف هو إرادة المتعاقدين إذ أن كفالة أحد المتعاقدين بتوافر وصف معين في المعقود عليه تتم عن طريق الإتفاق بإضافة شرط إلى العقد متى أجاز القانون ذلك الشرط، بالرغم من أن القوانين أجازت اقتران العقد بشرط متى كان ذلك الشرط غير مخالف للنظام العام والآداب العامة⁽¹⁾، أما اختلاف جنس المعقود عليه فلا يكون الإتفاق مصدره فلو أتفق الطرفان على شيء آخر غير المتفق عليه أو غير ذاتية ذلك الشيء كان ذلك أتفاق جديد على شيء آخر غير الإتفاق الأول، لهذا نجد مصدره القانون وليس الإتفاق، إذ يوجب القانون أن يكون المعقود عليه محدد الجنس تمييزاً عن غيره، فتحديد الجنس إلتزام قانوني، فلم يترك للأفراد الحرية في ذكر جنس المعقود عليه من عدمه إذ يلزم المتعاقدان ببيان ذاتية المعقود عليه وحالته المادية، فعدم تحديد جنس المعقود عليه أو حصول إختلاف في جنسه بفعل أحد الأفراد كان ذلك إخلالاً بإلتزام يقرره القانون وهو تعيين الجنس⁽²⁾.

(1) المادة (131) من القانون المدني العراقي التي نصت على القول : ((1 - يجوز أن يقترن العقد بشرط يؤكد مقتضاه أو يلائمه أو يكون جارياً به العرف والعادة. 2 - كما يجوز أن يقترن بشرط نفع لأحد العاقدين أو للغير إذا لم يكن ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب وإلا لغا الشرط وصح العقد ما لم يكن الشرط الدافع إلى التعاقد فيبطل العقد أيضاً)).

(2) المادة (128) من القانون نفسه التي نصت على إنه ((1 - يلزم أن يكون محل الألتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص أن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره أن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكفي بذكر الجنس عن القدر والوصف...)).

ب_ من حيث التعريف

يختلف تعريف اختلاف جنس المعقود عليه عن تعريف فوات الوصف، حيث يعرف الأخير بأنه ((التزام بوصف معين يضيفه أحد المتعاقدين إلى العقد المبرم بينهما من أجل التأثير في حكم العقد بالإضافة أو التعديل أو التغيير، ويجب مراعاة ذلك الوصف وإلا تعرض من تخلف بوجوده إلى حكم قانوني))⁽¹⁾، في حين اختلاف الجنس يعرف بأنه تغيير ذاتية المعقود عليه صورةً ومعنى وجعله بمثابة شيء آخر على نحو يؤدي إلى اختلاف المنفعة منه والتفاوت الفاحش في الأغراض.

ج_ من حيث التأثير

إن وجود الوصف في المعقود عليه هو أمر عارض على العقد بحيث يتقيد به حكم العقد ويلزم الوفاء به، ولكن لا يفرضه العقد أصلاً بل هو زائد عن أصل العقد أي أن العقد ينعقد ويتم دون الحاجة إلى وجود الوصف، فيجوز إلغاء اشتراط الوصف أو تعديله أو تغييره⁽²⁾، وبالتالي أن عدم وجود هذا الوصف لا يؤثر في صحة العقد بل أنه ينعقد مع وجود هذا الوصف أو بدونه، أما اختلاف جنس المعقود عليه يعد اختلافاً بمقومات أو مرتكزات العقد التي من غير الممكن أن يوجد العقد بدونها، ومن هذه المرتكزات المحل (المعقود عليه) فتغيير المعقود عليه يعد اختلافاً بهذه المرتكزات فيعد الاختلاف في جنس المعقود أمراً يتعلق بأصل العقد وليس بعوارضه فلا يمكن الإتفاق على خلاف أصل العقد⁽³⁾.

د_ من حيث النطاق

إن خيار فوات الوصف يلحق التصرف، فيجعل العقد غير لازم لمصلحة العاقد، فيعطي لصاحبه إمكانية التحلل من التزامه والخيار لا يرد إلا على العقود الملزمة لجانبين والتي تحتل الفسخ كالبيع والإيجار والرهن وغيرها⁽⁴⁾، أما العقود غير اللازمة بطبيعتها كالعارية والوصية

(1) إيمان طارق الشكري، اثر الشرط في حكم العقد، مصدر سابق، ص11.

(2) محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص184.

(3) وليد طارق العزاوي، الشرط المقترن بعقد الإيجار، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2018،

ص31.

(4) المادة (177) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه ((1 - في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الأذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على إنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للإلتزام في جملته...)).

والوكالة والوديعة فيكون لكلا المتعاقدين أو طرفي العقد فسخها دون اشتراط الخيار. أما اختلاف الجنس فيحدث في العقود اللازمة وغير اللازمة.

هـ_ من حيث الشرط

عند فوات الوصف فإن أحد المتعاقدين لا يضمن تخلف الصفة إلا بوجود شرط أو بند في العقد يُلزم توافر ذلك الوصف أثناء العقد ومرافقاً له⁽¹⁾، أما اختلاف الجنس فيضمن ذلك الإختلاف حتى ولو لم يكن هناك شرط في العقد.

و_ من حيث الأثر

يُعد المتعاقد مسؤولاً عن تنفيذ إلتزامه بضمان فوات وصف المعقود عليه، فإذا أخل بهذا الإلتزام يحق للمتعاقد الآخر طلب التنفيذ العيني متى ما كان ذلك ممكناً أو فسخ العقد طبقاً للقواعد العامة في العقود الملزمة للجانبين، أما الأثر المترتب على اختلاف جنس المعقود عليه عملاً بحكم المادة (117) من القانون المدني العراقي هو بطلان العقد لإنعدام المعقود عليه إلا إننا نرى في حالات معينة يرتب اختلاف الجنس فسخ العقد مع الضمان، كما قد يرتب أثراً صحيحاً.

الفرع الثاني

تمييز اختلاف جنس المعقود عليه من الإلتزام البدلي

لتحديد أوجه التمييز بين اختلاف جنس المعقود عليه والإلتزام البدلي لا بد من إستعراض موقف الفقه الإسلامي والقانون الوضعي من الإلتزام البدلي لنصل إلى صورة واضحة تحيط بذلك المفهوم وعلى شكل فقرتين.

أولاً:- الإلتزام البدلي في الفقه الإسلامي

إن الإلتزام البدلي كوصف من أوصاف الإلتزام له عدة تسميات أطلقها عليه فقهاء الشريعة الإسلامية منها مصطلح الإستبدال أو الأبدال، ولكن الفقه الإسلامي لم يبين معنى الإلتزام البدلي ولم يضع تعريفاً محدداً له، لأن الأصل هو أحادية المعقود عليه الذي يحدد محل الإلتزام التعاقدية وطبيعته التي أشار إليها الفقهاء ضمن موضوع إبدال المحل وفي أماكن متفرقة، إذ يستطيع

(1) أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر، ص 147 وما بعدها.

المدين أن يوفي شيئاً آخرًا بدلًا من محل الإلتزام الأصلي ولكن بالإتفاق مع الدائن على الشيء البديل⁽¹⁾.

فالمذاهب الفقهية ومنهم فقهاء الأمامية لم يعرفوا الإلتزام البديلي لكنهم أجازوا إبدال المحل بالدين إذا كان ثمنًا، كما ورد مصطلح بدل الحيلولة عند تعذر الوصول إلى محل الإلتزام الأصلي أي يمكن المصالحة على البديل، فجعلوا عدم الوفاء بالمحل الأصلي يعد بحكم التلف ومن ثم لزوم بدل الحيلولة، بينما بقية الفقهاء إستعملوا مصطلح الإستبدال إلاّ إنهم استعملوه بموضوع آخر غير الإلتزام البديلي، ومنهم فقهاء الحنفية حيث استعملوا الأبدال في الوقف بمعنى اخراج العين الموقوفة ليكون وقفًا مكانها⁽²⁾، بينما استعمل فقهاء الشافعية بذات المعنى الذي جاء به القانون الوضعي حيث أجازوا استبدال كل دين مضمون كالأجرة والصداق و عوض الخلع ولكن بشرط مراعاة قواعد الشريعة الإسلامية التي تتعلق بموضوع الربا⁽³⁾.

يتضح لنا أن الفقه الإسلامي لم ينظم الإلتزام البديلي بشكل منفرد بل تطرق له في مواضيع متفرقة ولم يضع تسمية محددة وإنما تناول أحكام الإلتزام البديلي ضمن موضوع استبدال المحل في عقود متفرقة.

ويتبادر إلى الذهن تساؤل مفاده، متى يجوز للمدين العدول من المحل الأصلي إلى البديل في الإلتزام البديلي؟.

لا يجيز فقهاء الشريعة الإسلامية العدول من المحل الأصلي إلى البديل إلاّ إذا أبطل محل الإلتزام الأصلي، فلا يجوز للدائن المطالبة بالمحل البديل لأنه ليس محلاً للإلتزام لكي تجوز المطالبة به بل له أن يطالب بالمحل الأصلي لأن المدين مجبر أن يوفي المحل الأصلي وليس البديل ولكن يستطيع إبراء ذمته بأداء البديل كونه يقوم مقام الأصل ويسد مسده ويبنى حكمه على حكم مبدله عند تعذر تحصيله لأن أحكام الإلتزام البديلي تتصل اتصالاً وثيقاً بالمحل الأصلي وليس البديل⁽⁴⁾، عملاً بحكم المادة(53) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على إنه ((إذا بطل الأصل يصار إلى البديل)). ويستنتج من هذه المادة أنه لا يمكن الوفاء بالبديل طالما كان الأصل

(1) بلحاج العربي، أحكام الإلتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص236.

(2) ابن العابدین، مصدر سابق، ج3، ص224.

(3) سليمان بن عمر البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، ج3، دار الفكر العربي، بيروت، بدون سنة نشر، ص24.

(4) الكاساني، ج1، مصدر سابق، ص143.

موجودًا إلا برضا المدين. أما في القوانين المدنية جاء النص مطلق بالإجازة للمدين بأداء شيء آخر بدلًا عن محل التزامه الأصلي والنص جاء مطلقاً ولم يقيد المدين بأداء البديل في حالة هلاك محل الالتزام الأصلي، وإنما للمدين الخيار بين أداء الأصل أو البديل دون التقييد بوجود الأصل من عدمه وهذا حكم القانون المدني العراقي والمصري⁽¹⁾. بينما نجد القانون المدني الفرنسي جاء متفقاً مع الفقه الإسلامي عندما قيد أداء البديل في حالة ما إذا أصبح أداء الأصل غير مقدورًا عليه ويتعذر حصوله بسبب القوة القاهرة، أي أن المدين يستطيع أن يبرأ ذمته بأداء البديل إذا أصبح تنفيذ التزامه الأصلي مستحيلًا بسبب القوة القاهرة⁽²⁾.

ثانيًا:- الإلتزام البدلي في القانون الوضعي

أغلب القوانين المدنية عرفت الإلتزام البدلي ونظمت أحكامه، ومنها القانون المدني العراقي الذي بين أن الإلتزام يكون بدليًا إذا لم يشمل محله إلا شيء واحد وتبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلًا منه شيء آخر، حيث جاء في المادة (٣٠٢) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه ((1) – يكون الإلتزام بدليًا إذا لم يكن محله إلا شيئًا واحدًا ولكن تبرئة ذمة المدين إذا أدى بدلًا منه شيئًا آخر. 2 – والأصل لا البديل هو وحده محل الإلتزام وهو الذي يحدده طبيعته))⁽³⁾. يستنتج من هذه المادة إمكانية الوفاء بشيء آخر غير محل الإلتزام الأصلي، وترك بقية الأحكام التي تتعلق ببديل الإلتزام إلى القواعد العامة.

كما نظم المشرع المصري الإلتزام البدلي في المادة (٢٧٨) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه ((1_ يكون الإلتزام بدليًا إذا لم يشمل محله إلا شيئًا واحدًا ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلًا منه شيئًا آخر. 2_ والشيء الذي يشمل محل الإلتزام لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه هو وحدة محل الألتزام وهو الذي يعين طبيعته)). إذ أن هذه المادة تقابل المادة (٣٠2) من القانون المدني العراقي وتشير إلى معنى الإلتزام البدلي.

بينما نجد المشرع الفرنسي أهمل تنظيم الإلتزام البدلي لكنه عدل عن موقفه السابق ونص بشكل واضح وصريح على الإلتزام البدلي ولكن تحت مسمى آخر الإلتزام التخيري، وذلك في التعديل الأخير للقانون المدني الفرنسي، حيث نصت المادة (١٣٠٨) منه إنه ((يكون الإلتزام

(1) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح أحكام الإلتزام، ج2، مصدر سابق، ص212. وينظر أيضًا: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، مصدر سابق، ص153.

(2) محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2006، ص554.

(3) وتقابلها المادة (68) من قانون الموجبات اللبناني، والمادة(278) من القانون المدني السوري.

بدلي عندما يكون محله أداء ولكن المدين له الخيار بالإبراء في حال تقديم شيء آخر وأن البديل يدفع إذا أصبح تنفيذ الأداء الأصلي المتفق عليه مستحيلًا بسبب القوة القاهرة ((.

أما فقهاء القانون المدني نجدهم عرفوا الإلتزام البدلي بتعاريف مختلفة منهم من عرفه بأنه ((يكون الإلتزام بدليًا إذا كان محل التزام المدين شيء واحد ولكنه يستطيع أن يفي بشيء آخر بدلاً من محل إلتزامه الأصلي وأن يجبر الدائن على قبول هذا الشيء))⁽¹⁾. ومنهم من ذهب إلى إنه ((ذلك الإلتزام الذي يكون له محل واحد منذ البداية ويقوم محل هذا الإلتزام الأصلي شيء آخر وهو البديل))⁽²⁾. وهذه التعريفات وأن كانت مختلفة في الألفاظ إلا إنها متحدة في المعنى والمضمون ومشابهة لنصوص المواد القانونية.

ومن خلال ملاحظة النصوص القانونية في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة نجد القانون لم يشترط على المدين أن يؤدي البديل أو المحل الأصلي وأن ترك الخيار للمدين بإداء أيهما شاء ولا يجوز للدائن إجبار مدينه بإيفاء الأصل أو البديل وإنما يستطيع مسبقًا وبموجب الإلتزام أن يحدد إذا كان سيتم الوفاء بالبديل أو بمحل الإلتزام الأصلي، ولكن ما ينبغي ملاحظته على المادة (١٣٠٨) من القانون المدني الفرنسي نجد المشرع لا يجبر المدين بإداء البديل إلا إذا أصبح أداء محل الإلتزام الأصلي مستحيل بسبب قوة القاهرة، أي إنه قيد أداء البديل في حالة ما إذا أصبح أداء الأصل مستحيل بقوة القاهرة خلاف القانون المصري والعراقي الذي ترك الأمر للمدين في الوفاء بأي منهما حتى ولو كان المحل الأصلي موجود فيتم الوفاء بغيره سواء هلك الأصل أو لم يهلك .

وبعد بيان معنى الإلتزام البدلي في الفقه الإسلامي والقانون لابد من تمييزه من اختلاف جنس المعقود عليه لوجود نقاط توافق وتعارض فيما بينهما:

1_ أوجه التشابه

يتشابه اختلاف جنس المعقود عليه مع الإلتزام البدلي في جوانب متعددة يمكن تحديدها بما يأتي:

أ_ من حيث المحل

يتشابه اختلاف جنس المعقود عليه مع الإلتزام البدلي بعدم حصول المتعاقدين على محل الإلتزام الأصلي. ففي اختلاف الجنس لم يحصل المتعاقد على شيء الذي يرغب بالحصول عليه

(1) د. عبد الحي حجازي، ج1، مصدر سابق، ص210.

(2) د. رمضان أبو السعود، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص253.

فيكون بحالة مغايرة لحالته السابقة بسبب فقدان هيئة ومعظم منافعه، وكذلك في الإلتزام البدلي فإن المحل الأصلي لا يحصل عليه الدائن إذا قام المدين بإبداله بغيره وتبرأ ذمته⁽¹⁾.

ب_ من حيث الطبيعة

كُلٌّ من الإلتزام البدلي والاختلاف في جنس المعقود عليه تكون طبيعتهما محددة مسبقاً، إذ تتحدد طبيعة الإلتزام البدلي بمحل الإلتزام الأصلي لا الشيء البديل⁽²⁾، فإذا كان محل الألتزام الأصلي منقولاً كانت طبيعة ذلك الإلتزام منقولة حتى وأن كان محل الإلتزام البديل عقاراً، والعكس ايضاً فلو كان محل الإلتزام الأصلي عقاراً فإن طبيعة الإلتزام تكون عقارية وأن كان محل البديل منقولاً وهذا ما جاء في المادة (٣٠٢) من القانون المدني العراقي، كذلك الحال في اختلاف الجنس فطبيعة المعقود عليه تكون محددة مقدماً بالشيء المتفق عليه، فإذا تعاقد المشتري مع البائع على تسليمه قطعة من الذهب تحدد طبيعة الإلتزام بالذهب ولا يجوز له تغيير طبيعة ذلك الإلتزام بتسليمه قطعة من فضة.

ج_ من حيث المطالبة بالالتزام

في الإلتزام البدلي لا يستطيع الدائن أن يطلب إلا تنفيذ الإلتزام الأصلي مادام ذلك ممكناً، فلا يستطيع الإختيار بين الإلتزام الأصلي أو البديل فيطلب تنفيذ أيأ شاء بينهما، كذلك الأمر عند اختلاف الجنس فالمتعاقد يقتصر حقه في المطالبة بالشيء الذي تعاقد عليه فقط فلا يجوز له المطالبة بشي من جنس اخر.

2_ أوجه الاختلاف

بعد بيان أوجه التشابه بين اختلاف جنس المعقود عليه والالتزام البدلي لا يعني ذلك عدم وجود نقاط اختلاف بينهما، بل إنهما يختلفان في الوقت نفسه من جوانب متعددة منها:

أ_ من حيث الاتفاق

في الإلتزام البدلي يستطيع المدين أن يوفي شيئاً آخر بدل محل الإلتزام الأصلي بموجب الاتفاق معه أو بنص القانون، ويقضي بذلك التزامه دون اشتراط موافقة الدائن وأن كان الأصل موجود وهذا ما يمكن استنتاجه ضمناً كون الإلتزام البدلي من التصرفات الإرادية التي تتم

(1) مصطفى احمد عمران الدراجي، الإلتزام الموصوف والقواعد التي تحكم تنفيذه، أطروحة دكتوراة ، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004، ص328.

(2) بلحاج العربي، مصدر سابق، ص238.

بالإتفاق بين الدائن والمدين، أما في حالة اختلاف الجنس المعقود عليه فلا يوجد إتفاق على تغيير المعقود عليه بغيره ليكون محلاً لعلاقتهم التعاقدية، فلو وجد ذلك الإتفاق لكنا أمام التزام بدلي⁽¹⁾.

ب_ من حيث الخيار

في الألتزام البدلي يكون للمدين الخيار مسبقاً في تنفيذ التزامه بالإتفاق مع الدائن في أيفاء الأصل أو البديل، فيكون له (المدين) قبل الحكم أو بعده أن يعرض على الدائن البديل دون الشيء الأصلي، أما في اختلاف الجنس فلا وجود للخيار فلا يستطيع أحد المتعاقدين إعطاء شيء لم تتجه إليه أرادة المتعاقد الآخر أو تسليم الشيء المتفق عليه، فلا تترك له الحرية في ذلك بل يلتزم بالشيء المحدد جنسه دون الإختيار بينه وبين شيء من جنس آخر.

ج_ من حيث نوع الألتزام

قد يلحق الألتزام في أحد عناصره الثلاثة وصف يكون من شأنه أن يعدل من آثاره، فيكون الألتزام موصوفاً، فيلحق الوصف العنصر الثاني من عناصر الألتزام وهو المحل فلا يكون هذا المحل واحداً بل يتعدد وهذا التعدد قد يكون جمعاً أو تخييرياً أو بدلياً. والأخلال بالألتزام البدلي يعد من قبيل الأخلال بالإلتزامات الموصوفة، أما الأختلاف بجنس المعقود عليه يعد اخلالاً بعنصر جوهري من عناصر العقد أو مقوم من مقوماته التي لا يقوم بدونها والأخلال بإحدى هذه المقومات يعد اخلالاً بالألتزام من الإلتزامات الرئيسية.

د_ من حيث التعدد

هناك محلين في الألتزام البدلي أحدهما أصلي والآخر بدلي وكلا منهما يعد معقوداً عليه يختلف عن الآخر، فقد يكون الألتزام الأصلي مبلغ من النقود والألتزام التبعية قطعة أرض سكنية، فلا يستطيع الدائن المطالبة إلا بالمحل الأصلي وأن كان هناك محل بديل آخر لأن الشيء الذي يشمل محل الألتزام هو المحل الأصلي لا البديل الذي يبرأ المدين بأدائه⁽²⁾، أما في اختلاف الجنس هناك محل واحد وهو المعقود عليه فلا يوجد أكثر من محل ليتم الوفاء بأحدهما محل الآخر، كما لا يستطيع الدائن المطالبة بالألتزام الأصلي إذا تغير بزوال ذاتيته وأستحال عودته، فله المطالبة بالألتزام آخر عوضاً عنه وهو الضمان⁽³⁾.

(1) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح أحكام الألتزام، ج2، مصدر سابق، ص212.

(2) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني (أحكام الألتزام) ، المصدر السابق، ج2، ص35.

(3) د. علي شاکر البدری، مصدر سابق، ص11.

هـ من حيث الأثر

إن اختلاف جنس المعقود عليه لا يعد تنفيذاً للعقد لأن الإرادة اتجهت على شيء معين وهذا الأخير اختلف جنسه ولم يرتضيه المتعاقدان، أما الالتزام البدلي نجد أن قيام المدين بأداء محل الإلتزام البدلي يعد تنفيذاً للعقد من خلال السماح له بإداء شيء آخر بدل المحل الأصلي و تبرأ ذمته بأداء البديل⁽¹⁾.

(1) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج3، مصدر سابق ، ص154. وينظر: مصطفى احمد عمران الدراجي، مصدر سابق، ص228.

الفصل الثاني

أحكام اختلاف جنس العقود

عليه

الفصل الثاني

أحكام اختلاف جنس المعقود عليه

تمهيد و تقسيم:

بعد أن بينا مفهوم اختلاف جنس المعقود عليه يلزم أن نعالج الأحكام التي تترتب على هذا الاختلاف، فإن تغيير العين يؤثر في التصرفات القانونية التي يبرمها المتعاقدان من حيث انعقادها أو نفاذ أثرها، وكذلك يختلف الحكم باختلاف المعقود عليه المتغير إن كان معين بالنوع أو بالذات، وأن الحكم الأصلي لاختلاف جنس المعقود عليه هو بطلان التصرف كما يقول فقهاء القانون وأن كان هناك خلاف في هذا الحكم بين فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم.

فالتصرفات القانونية أيا كان نوعها تتطلب المماثلة في الجنس بين المتعاقدين، فواجب المتعاقدين مراعاة وحدة الجنس وبقاء العين على حالها دون تغيير في هيأتها وهذا الواجب أو الإلتزام هو إلتزام بتحقيق نتيجة لأن الإرادة تتجه إلى شيء معين بإسمه فزوال أسمه ومنفعته يؤدي إلى عدم تلاقي الأرادتين وبالتالي عدم تحقيق تلك النتيجة مما يؤثر ذلك في تمام العقد أو تنفيذه بعد تمامه.

كما ان حصول اختلاف في جنس المعقود عليه لا بد من أثباته وبيان التطبيقات المتعددة له، فإن الحكم يختلف حسب طبيعة ونوع التصرف، كما أن الحكم الذي يرتبه اختلاف الجنس قبل تمام التصرف يختلف عن الحكم الذي يرتبه بعد تمام التصرف، فالحكم الذي يرتبه اختلاف جنس المبيع قبل تمام عقد البيع يختلف عن الحكم الذي يرتبه عقد الإيجار في حال انتهائه، ففي الحالة الأخيرة يكون المستأجر غاصبا للمأجور وأي تغيير في جنسه تسري عليها الأحكام التي تسري على الغاصب، وبعد أن بينا مفهوم اختلاف جنس المعقود عليه، أصبح بالإمكان تحديد الآثار المترتبة على هذا الاختلاف من حيث تحديد مدى صحة انعقاد التصرف أو تنفيذه بعد حصول اختلاف في جنس العين.

وبناءً على ما تقدم سنقسم هذا الفصل على مبحثين نتناول في المبحث الأول أثر اختلاف جنس المعقود عليه، ونبين في المبحث الثاني أثبات اختلاف جنس المعقود عليه وتطبيقاته.

المبحث الاول

أثر اختلاف جنس المعقود عليه

إذا تغيّرت ذاتية المعقود عليه على نحو يزول معه اسمه وتقوت معظم منافعه كما لو أصبحت الأرض عقاراً والحديد سيفاً والحنطة دقيقاً فما هو مصير المعقود عليه؟ فهل يرد المعقود عليه الذي اختلف جنسه إلى مالكه وبالتالي عدم انعقاد العقد أم يتم العقد وتنتقل الملكية إلى من آلت إليه لو كان التصرف ناقلاً للملكية.

لهذا اختلف شراح القانون والفقهاء الإسلامي على حد سواء حول الأثر الذي يترتب عليه اختلاف الجنس، فمنهم من يرى أن اختلاف الجنس يوجب بطلان العقد ومنهم من يرى أن العقد يكون فاسداً وآخرون يرون أن اثر اختلاف الجنس يكون حسب نوع التصرف وذلك فيما لو كان تصرفاً قانونياً صادراً من جانبين أو جانب واحد لهذا نسعى إلى بيان الأثر الذي يترتب عليه كل نوع من هذه التصرفات القانونية على حده.

وبناءً على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبين في المطلب الأول اثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانبين ونتكلم في المطلب الثاني عن أثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانب واحد.

المطلب الأول

أثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانبين

إن التصرف القانوني الصادر من جانبين يسمى بالعقد الذي يقوم على أساس الإرادة التي تنشئه وتحدد مضمونه وآثاره ونظراً لأهمية الإرادة ودورها في إنشاء الالتزام العقدي أصبح مبدأ عام يسمى بسلطان الإرادة، ويتجلى دورها في تكوين العقد وتنفيذه، لذا يمكن تحديد آثار اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانبين عبر مرحلتين يمر بها التصرف القانوني وهما مرحلتا انعقاد وتنفيذ التصرف القانوني، لهذا يلزم معالجة آثار اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف القانوني الصادر من جانبين من خلال فرعين، نبين في الفرع الأول أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة أبرام العقد، ونتكلم في الفرع الثاني عن أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد.

الفرع الأول

أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة إبرام العقد

فيما يتعلق بأبرام العقد يظهر دور الإرادة إذ تكفي وحدها لأنشاء العقد دون الحاجة إلى إتباع إجراء معين، فالأصل في العقود مبدأ الرضائية، فيكون للأفراد الحرية في إبرام ما يشاؤون من عقود وتحديد مضمونها وهم غير مقيدين في ذلك سوى بالاعتبار المتعلق بالنظام العام والآداب، فيتم إبرام العقد من خلال تلاقي إرادة الطرف الأول مع إرادة الطرف الثاني فيتم العقد بذلك⁽¹⁾، وبغية الإحاطة بما تقدم، سنقسم هذا الفرع على فقرتين نبين أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة إبرام العقد في الفقه الإسلامي أولاً، ونتكلم عن أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة إبرام العقد في القانون ثانياً.

أولاً _ أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة إبرام العقد في الفقه الإسلامي.

إن التراضي على العقد عبارة عن توافق إرادتين (إرادة الموجب وإرادة القابل) على إحداث أثر قانوني، والتوافق هو ارتباط الإيجاب بالقبول، ويشترط هنا في كل من الإيجاب والقبول التطابق بينهما لتحقيق ركن التراضي لأن كلاً من الإيجاب والقبول يمثل إرادة أحد المتعاقدين في إبرام العقد⁽²⁾، فذهب فقهاء الحنفية⁽³⁾، إلى أن من شروط إقتران الإيجاب بالقبول إلا يتغير المعقود عليه قبل القبول إذ إنه يلزم لتمام العقد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ويتحقق ذلك بإيجاب يتضمن عرضاً من أحد المتعاقدين وقبول من جانب الطرف الآخر يفيد الموافقة على العرض وعندئذ يلزم تطابق الإيجاب والقبول ويتم العقد باقتران التعبيرين، فإذا اختلف جنس المعقود عليه قبل القبول سيؤدي إلى إسقاط الإيجاب سواء كان ذلك بفعل الموجب أو بفعل الغير لأن الإيجاب جاء بشيء مسمى بالأسم ولم يعد موجوداً عند القبول فيسقط العرض فإذا جاء العرض بشيء من جنس معين وأتضح عند تعبير القابل عند إرادته بأنه شيء من جنس آخر فلا ينعقد العقد لاختلاف جنس المسمى الذي عبر عنه الموجب فإذا صدر قبول لم يجد ما يوفقه فلا ينعقد العقد تبعاً لذلك لأن اختلاف جنس المعقود يجعل المعقود مسمى بأسم آخر غير المتعاقد عليه حيث جاء في الفتاوى الهندية ((ولا بد من كون القبول قبل تغير المبيع فلو باع عصيراً ولم

(1) المادة (73) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه ((العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العقادين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)).

(2) المادة (183) من مجلة الأحكام العدلية.

(3) الكاساني، ج6، مصدر سابق، ص375.

يقبل المشتري حتى تخلل ثم قبل المشتري لم يجز...⁽¹⁾ يفهم من هذا القول أن الإيجاب جاء بمسمى معين فلو زال اسمه لم يصبح الإيجاب موجوداً وإنما يعتبر ساقطاً لعدم تلاقي الإرادتين على جنس معين.

أما فقهاء الحنابلة⁽²⁾، وبعض من فقهاء الأمامية⁽³⁾، فعندهم يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه ولا يشترط أن يعبر القابل عن إرادته بأقرب وقت ممكن لأنهم لا يشترطون صدور القبول بشكل فوري أثناء مجلس العقد ولكن يكون الإيجاب ساقطاً سواء تعلق الأمر بالأعيان المثلية أم الأعيان القيمية، فإذا اختلف جنس المعقود عليه قبل صدور القبول يعد الإيجاب ساقطاً وبالتالي لا ينعقد العقد، وعلى نقيض هذا القول يذهب رأي آخر من الأمامية يميز فيما إذا كانت الأعيان قيمية أم مثلية، فالإيجاب الذي يكون محله أشياء مثلية لا يعد ساقطاً فيما لو اختلف جنس تلك الأشياء لأن الموجب بإمكانه توفير أشياء من ذات الجنس طالما كان لها مثيل في الأسواق.

بينما ذهب فقهاء المالكية⁽⁴⁾، إلى أن القبول لا بد أن يوافق الإيجاب فشرط العقد هو موافقة القبول للإيجاب بأن يقبل المشتري ما أوجبه البائع فأن خالفه المشتري كأن قبل بغير ما أوجبه البائع فلا ينعقد العقد لعدم تلاقي الإيجاب مع القبول، فضلاً عن ذلك أن الإيجاب لا بد أن يكون ملزماً فلا يستطيع الموجب الرجوع عن إيجابه وأن رجع لا يعتد برجوعه، فيبقى الإيجاب قائماً إلى أن يبدي من وجه إليه الإيجاب رغبته بقبول أو رفض العرض، ويضيف هؤلاء أن القبول لا يمكن أن يكون فورياً لأن الموجه إليه الإيجاب يحتاج إلى فترة للتروي، فلو اشترطت الفورية لا يمكنه التروي والتفكير ومن ثم فإن صدور القبول يبقى جائزاً إلى ما قبل نهاية الإيجاب إلا أن عدم اشتراط فورية القبول يمكن معها تصور حدوث اختلاف جنس المعقود عليه، فلو أوجب البائع بثمن من جنس معين كدراهم من ذهب، فرد المشتري بأنه قد قبل بدراهم من فضة أو بدراهم مسكوكة من سكة أخرى، فليس هذا قبولاً ينعقد به العقد بل نحن نكون بصدد إيجاب جديد من المشتري لا ينعقد به العقد إلا إذا قبله البائع، أي إلا إذا رضي البائع بجنس النقد الذي اقترحه المشتري من جانبه.

(1) لجنة برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوي الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ_2000م، ص 8.

(2) كمال الدين بن محمد بن عبد المعروف بأبن الهمام، فتح القدير، ج6، دار الفكر، بيروت، ط1، ص253.

وينظر: موفق الدين بن قدامة، ج4، مصدر سابق، ص5.

(3) محسن الطبطباي الحكيم، نهج الفقاهة، دار الفقه، قم المقدسة، 1421 هـ، ص177.

(4) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي، مصدر سابق، ج3، ص4.

ويذهب فقهاء الشافعية⁽¹⁾، وأغلب فقهاء الأمامية⁽²⁾، إلى اتصال القبول بالإيجاب اتصالاً مباشراً، فلا يتصور معها إمكانية تخلف جنس المعقود عليه بين الإيجاب والقبول لعدم وجود الوقت الكافي لتغيير ذاتية المعقود عليه، فعلى سبيل المثال فقد ذكر جانب من الفقه الشافعي قال: ((أصحابنا يشترط لصحة البيع ونحوه أن لا يطول الفصل بين الإيجاب والقبول وأن لا يتخللها أجنبي عن العقد، فإن طال أو تخلل لم ينعقد سواء تفرقا عن المجلس أو لا))⁽³⁾.

يفهم من هذا القول أن فقهاء الشافعية لا يعطون الموجه إليه الإيجاب فرصة للتراخي، بل لا بد من اتصال القبول بالإيجاب، فلو فصل بينهما بكلمة أجنبية أو بسكوت طويل لا يتم العقد، ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الشافعي إلى ضرورة إمهال من وجه إليه الإيجاب فترة للتروي في اختيار القبول أو الرفض وأن الفاصل لا يقاس بالسكوت أو الكلمات أو أي تصرف آخر بل يقاس بطبيعة العرف⁽⁴⁾.

نستنتج مما سبق إذا اختلف جنس المعقود عليه قبل القبول سيؤدي إلى إسقاط الإيجاب سواء كان ذلك بفعل الموجب أو بفعل الغير لأن الإيجاب جاء بشيء مسمى بالأسم ولم يعد موجوداً عند القبول فيسقط العرض، وبالتالي لا ينعقد العقد.

ولكن ما ينبغي التأكيد عليه أن الفقه الإسلامي تناول موضوع أثر اختلاف جنس المعقود عليه أيضاً بصدد الحديث عن الغلط، حيث جعلوا اختلاف الجنس من قبيل الغلط المانع من انعقاد العقد ويسمى بالغلط الحائل لأنه يحول دون انعقاد العقد⁽⁵⁾، فقد رتب الفقهاء المسلمين على هذا النوع من أنواع الغلط بأنه يجعل العقد باطلاً، ويراد بالبطلان أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به، كما يجوز للمحكمة أن تحكم به من تلقاء نفسها وأن سبب بطلان العقد هو أن الغلط المانع يعدم الإرادة فلا ينعقد العقد لتخلف ركن من أركانه الأساسية وهي الرضا والمحل والسبب، فضلاً عن

(1) أبو زكريا بن شرف النووي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1985، ص5.

(2) المحقق الحلبي، ج2، مصدر سابق، ص15، هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1996، ص177، محمد الحسين كاشف الغطاء، ج1، مصدر سابق، ص372،

(3) النووي، المجموع، ج9، مصدر سابق، ص338.

(4) شمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج3، دار الفكر، بيروت، 1404هـ_1984م، ص381.

(5) أحمد عيسوي، المدخل لدراسة الفقه الإسلامي، دار التأليف، القاهرة، 1376، ص252. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، مصدر سابق، ص128. مصطفى الزرقاء، ج1، مصدر سابق، ص426.

ذلك أن هذا الغلط هو أكثر أنواع الغلط بروزاً لأنه جمع فيه الخيارات الثلاثة خيار العيب وخيار الوصف وخيار الرؤية⁽¹⁾.

فذهب جمهور الفقهاء إلى بطلان العقد عند اختلاف جنس المعقود عليه، إذ أن القائلين بالبطلان يعدون إن التصرف قد وقع على معدوم، والتصرف بالمعدوم باطل فإذا وقع غلط في جنس المعقود عليه بأن أعتقد أحد المتعاقدين بأن المحل من جنس معين فإذا به من جنس آخر، فإن هذا الغلط يمنع من لزوم العقد لأن المعقود عليه معدومًا وانعدام هذا الركن يحول دون انعقاد العقد⁽²⁾، وتوسع الفقه الإسلامي في مجال الغلط المانع وحكمه وجعله لا يشمل اختلاف الجنس فحسب بل إذا اتحد الجنس وتخلف الوصف المرغوب فيه وكان هناك اختلاف كبير فيما يطرأ على المعقود عليه من صفات ومعان أو أغراض فأعتبره من قبيل اختلاف الجنس، وقد نصت المادة (208) من مجلة الأحكام العدلية على إنه ((إذا باع شيئاً وبين جنسه ، فظهر من غير ذلك الجنس بطل البيع، فلو باع زجاجاً على إنه الماس بطل البيع))⁽³⁾.

يفهم من هذه المادة أن العلة في البطلان هي أن المحل معدوم فإذا باع داراً على إنها مبنية من طابوق فإذا بها مبنية من حجر أو ثوباً مصبوغ بلون معين فإذا به مصبوغ بلون آخر إذ أن الألوان متفاوتة تفاوتاً فادحاً فهنا اتحد الجنس ولكن هناك تفاوت جسيم بين حقيقة المعقود عليه وبين ما أراده العاقد فيكون في حكم اختلاف الجنس. ولكن بعض من فقهاء الحنفية ذهب إلى أن العقد في حالة اختلاف الجنس يكون فاسداً وليس باطلاً إذ أن القائلين بالفساد يعللون رأيهم بأن الغلط يأتي من تسمية جنس والإشارة إلى غيره ومن باع شيئاً سماه وأشار إلى غيره يصبح كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره لذلك فإنه فاسد⁽⁴⁾. ولم يجعل المالكية اختلاف الجنس موجباً لبطلان العقد أو فساده وإنما جعلوا الخيار لأحد المتعاقدين في فسخ العقد أو إمضائه، فإذا سمي الشيء

(1) د. منذر الفضل، النظرية العامة للإلتزامات في القانون المدني، ج1، مصدر سابق، ص157.

(2) محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، فتح القدير، ج5، ط1، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، 1414هـ، ص206. الكاساني، ج5، مصدر سابق، ص139 د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، مصدر سابق، ص77. ويعرف العقد الباطل في الفقه الإسلامي بأنه العقد الذي لم يثبت حكمه شرعاً فلا يفيد الإنعقاد ولا يثبت به ملك، ينظر في ذلك: صالح عبد السميع الأزهرى، الثمر الداني في تقريب المعاني، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص580. وينظر أيضاً: المادة (432) من مرشد الحيوان التي نصت على إنه ((إذا وقع البيع باطلاً فلا ينعقد أصلاً...)). والى نفس المعنى أشارت المادة (138) من القانون المدني العراقي والمادة (142) من القانون المدني المصري.

(3) ينظر في نفس المعنى المادة (301) من مرشد الحيوان.

(4) فخر الملة والدين قاضي خان محمود الأوزجندی، الفتاوى الخانية، فتاوى قاضيخان، المطبوع مع الفتاوى

الهندي، ج2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، ص134

بغير اسمه كأن يقول البائع أبيعك هذه السيارة فنتبين ليست سيارة فلا خلاف أن الشراء لا يلزم المشتري (1).

كما أستقر أغلب فقهاء المسلمين أن العقد إذا كان باطلاً أو فاسداً⁽²⁾، كان الحكم المترتب عليه واحد هو انعدام حكمه الشرعي وزوال جميع آثاره سواء وقع القبض أم لا، ومع ذلك نجد أن الفقه الحنفي قد اختط طريقاً يختلف عما سار عليه جمهور الفقهاء بصدد العقد غير الصحيح، إذ يقسم العقد غير الصحيح لديهم إلى عقد باطل لم يثبت حكمه شرعاً فلا يفيد الإنعقاد ولا يثبت به ملك، وإلى عقد فاسد لم يرتب أي أثر كالعقد الباطل إذا لم يقترن بعملية القبض، في حين يرتب أثراً إذا اقترن بها بعده واقعة مادية، في حين هذه التفرقة بين البطلان والفساد لا وجود لها في المذاهب الإسلامية الأخرى⁽³⁾. وتقوم التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد بالنسبة للفقه الحنفي على أساس التمييز بين أصل العقد و وصفه، فإذا كان هناك خلل أصاب ركن العقد كعدم تطابق الإيجاب مع القبول أو لإنعدام المحل أو لعدم كمال أهلية المتعاقد كان العقد باطلاً ومن ثم لا حكم له ولا يترتب عليه أي أثر شرعي، أما إذا كان الخلل راجعاً إلى وصفه بإعتباره امرًا زائداً عن أصل العقد وشرائطه ذلك لأنه أمر عارض على أصل العقد كأن يكون المعقود عليه غير مقدور على تسليمه أو اقترن بشرط غير مشروع كان العقد فاسداً وليس له حكم شرعي ولا يترتب أثراً إلا في حالات معينة خلافاً للعقد الباطل، وسواء كان العقد فاسداً ام باطلاً لا يترتب عليه حكمه الشرعي في الفقه الحنفي لكونه تضمن امرًا منهياً عنه من قبل الشارع و بإنطواء العقد عليه و بإرادة المتعاقدين رتب ذلك مخالفة لما أمر به الشرع فيكون كلاهما واجب الفسخ⁽⁴⁾.

والرأي الراجح وحسب ما يراه الباحث هو رأي جمهور الفقهاء الذي يذهب إلى بطلان العقد لاختلاف الجنس لكون الغلط المانع يؤدي إلى انعدام ركن من أركان العقد وهو التراضي فيعدمه مما يجعل العقد باطلاً وأن انعدام أي ركن من أركان العقد الثلاثة يجعل العقد معدوماً كأن لم يكن وبالتالي لا يصح اصلاً تسمية مثل هذا بالعقد لأنه لا يوجد عقد قائم اصلاً فهذا الغلط يعدم الإرادة ذاتها.

(1) جاء في حاشية الدسوقي: ((والحاصل أن البائع إذا جهل ذات المبيع، أي لم يعلم اسمه الخاص به، فإن سماه بأسم عام فلا رد، وأن سماه بأسم خاص فإذا هو ليس المسمى بذلك الأسم الخاص فله الرد سواء كان مسمى بأسم خاص آخر أو كان مسمى بالإسم العام)). الدسوقي، ج3، مصدر سابق، ص140.

(2) عرفت المادة (218) من مجلة مرشد الحيوان العقد الفاسد بأنه ((ما كان مشروعاً بأصله لا وصفاً أي أن يكون صحيحاً باعتبار أصله، لا خلل في ركنه، ولا في محله، فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجية بأن يكون المعقود عليه أو بدله مجهول جهالة فاحشة، أو يكون العقد خالياً عن الفائدة أو يكون مقروئاً بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد، والعقد الفاسد لا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه برضا صاحبه)).

(3) محمد أبو زهرة، مصدر سابق، ص360.

(4) الكاساني، ج5، مصدر سابق، ص146.

ثانياً _ أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة إبرام العقد في القانون

تعد الإرادة جوهر العقد حيث يلزم توافرها بغية تحقيق إبرامه وأن تنصرف إلى تحديد مضمون العقد، حيث يعد العرض الخطوة الأولى باتجاه تكوين العقد ولا بد أن يتضمن تحديد العناصر الجوهرية والضرورية له لذلك يشترط لكي ينتج العرض أثره الذي به ينعقد العقد أن يكون حازماً ومحددًا، ويقصد بذلك أن يصدر الإيجاب عن نية قاطعة وحاسمة ويعكس عزمًا نهائيًا على التعاقد بحيث ينشأ العقد بمجرد قبوله ممن وجه إليه وارتباط القبول بالإيجاب وتطابقهما بما يحقق التراضي على العقد لأن مطابقة القبول للإيجاب يعد من الأمور المسلم بها لإنعقاد العقد⁽¹⁾، حيث نصت المادة (85) من القانون المدني العراقي ((إذا وجب أحد المتعاقدين يلزم الإنعقاد للعقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب)). يفهم من هذه المادة أن تمام العقد يأتي من خلال مطابقة القبول للإيجاب مطابقة تامة من خلال الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية وبذلك فأن تعيين العين موضوع الإيجاب وبيان جنسها من المسائل الجوهرية وأن حصول اختلاف في تلك المسائل يجعل من الاتفاق عليها غير متحقق فيؤدي إلى عدم تحقيق المطابقة وبالتالي عدم انعقاد العقد⁽²⁾.

فلو عرض الموجب إيجابًا بجنس معين فلا بد من بقاءه دون تغيير لكي ينعقد العقد وينتج أثره، ولكن من وجه إليه الإيجاب قد يحتاج إلى فتره للتأمل بالإيجاب فيتغير موضوع الإيجاب من جنس إلى آخر فيكون القبول غير مطابق للإيجاب، فتغير العين من منقول إلى عقار أو من حنطة إلى دقيق يعد ذلك مسقطًا للإيجاب لأن العين بتغيرها لم يبق لها إعتبار عيني فتزول ذاتيتها وتغيرت من منقول إلى عقار فيكون القبول غير مطابق للإيجاب، لأن القبول الذي لم يقترن بالإيجاب يعد إيجابًا جديدًا، فالعدول عن الإيجاب يعزًا إلى زوال اسم العين وصورتها وأغلب منافعها حيث تعلق الإيجاب بالمنقول والذي لم يعد له وجود لتغيره إلى عقار والذي لم يصدر بحقه إيجاب جديد، فيعد الإيجاب ساقطًا⁽³⁾.

(1) د. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، بدون مكان وسنة نشر، ص220.

(2) د. مجيد العنبيكي، انشاء العقد في القانون الإنكليزي، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين، المجلد3، العدد3، بغداد، 1999، ص73.

(3) د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه العربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، انعقاد العقد، أركان العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967، ص138. وينظر أيضًا: رمضان ابو السعود ، أحكام الالتزام مصدر سابق، ص76.

ويرى جانب من الفقه⁽¹⁾، بأن زوال ذاتية العين موضوع الايجاب لا يعد سقوطاً للإيجاب فالأخير يبقى قائماً طالما كانت تلك العين من المثليات بإعتبار هلاكها أمر غير متصور فإذا اختلف جنس العين من حنطة إلى دقيق فلا يسقط الايجاب طالما بإمكان الموجب أن يُجهز الجنس المتفق عليه وهو الحنطة بإعتبارها من المثليات فيلزم الموجب بتوفيرها طالما كان لها مثل في الأسواق⁽²⁾. إضافة إلى ذلك أن العين المثلية لا تتحدد بمجرد إبرام العقد بل لابد من الإفراز، فلا يمكن لمن وجه إليه الإيجاب الإدعاء بتغيير العين قبل إبرام العقد لعدم تحديدها لأن العين المعينة بالنوع لا يمكن القول إنها غير موجودة بحجة عدم تعيينها، فبإمكان الموجب ايجاد العين اختياراً وإلا أُجبر على تنفيذ التزامه إذا لم يتم بذلك طوعاً، وبعبارة أخرى إذا كانت العين من المثليات التي لا تعين إلاً بنوعها لا يمكن تحديد حالتها وقت العقد لأن العين غير معينة بالذات وبذلك لا يمكن القول باختلاف جنس العين المعينة طالما لها مثل في الأسواق ويمكن الوفاء بعين أخرى من جنسها.

فذا تية العين المعينة بنوعها لا يمكن تحديدها إلاً بالإفراز، فقبل فرزها لا يمكن حصول اختلاف في جنسها وذلك لعدم معرفة هل هي العين موضوع الايجاب والذي أراد الموجب التصرف بها أم عين أخرى، فالعين لم تكن مفرزة لكي يمكن أن يحتج بها على الموجب، فلو أفرزت تلك العين عن طريق تعيينها وتحديدها تحديداً نافياً للجهالة الفاحشة والغرر عدت عيناً معينة بذاتها فإذا اختلف جنسها بعد صدور الايجاب يعد الايجاب ساقطاً لأن العين المثلية بعد افرازها أصبحت تلك المتفق عليها وأن الموجب الزم نفسه بها دون عين أخرى⁽³⁾.

وقد يكون موضوع الايجاب عيناً معينة بالذات لا العين المعينة بالنوع، فإختلاف جنس تلك العين يجعل الايجاب ساقطاً وذلك لتغيير ذاتية العين، فلو صدر الايجاب من المالك ببيع الإسمنت الإيطالي الموجود في المخزن ومن ثم تغيير إلى بلوك فهنا يسقط الايجاب لعدم إمكانية الموجب الالتزام بالعين ذاتها لتغيير هياتها فالإيجاب يشترط فيه أن يبقى قائماً إلى أن يرتبط بقبول مطابق له، فتغيير العين يعد من حالات سقوط الايجاب، يضاف إلى ذلك أن التعبير الذي صدر ممن وجه إليه الايجاب لا يعد ايجاباً جديداً يحتاج إلى قبول، فإذا إتجهت إرادة القابل إلى رغبته بالحصول

(1) د. علي شاکر البدری، مصدر سابق، ص 138.

(2) المادة (64) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه ((الأشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتقدر عادةً في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن. 2 - وما عدا ذلك من الأشياء فهو قيمی)).

(3) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج 4، مصدر سابق، ص 561.

قلادة ذهبية والأخيرة غير موجودة فيكون الإيجاب والتعبير الذي صدر ممن وجه إليه الإيجاب ساقطين (1).

كما يضيف جانب آخر من الفقه (2) ، أن المشرع العراقي تناول مسألة اختلاف جنس المعقود عليه من جهة هلاك العين حيث عالج مسألة هلاك العين قبل الإيجاب والقبول فيؤدي الهلاك إلى تخلف ركن مهم في العقد وهو العين وبالتالي يترتب على ذلك عدم انعقاد العقد، ولما كان الحكم بهذه الصورة فأن هؤلاء يرون أن الحكم يكون نفسه لو حصل هلاك بعد صدور إيجاب وقبل القبول فالقبول لا يجد إيجاب يطابقه وذلك بسبب هلاك الشيء قبل القبول لأن الموافقة على شيء هلك بعد أمرًا غير مقبول، فإذا اختلف جنس العين قبل القبول فإنه يمكن سحب آثار هلاك الشيء على هذا الاختلاف وحجتهم في ذلك أن اختلاف جنس الشيء يلحق بهلاكه، وذلك لزوال ذاتية العين بزوال اسمها ومنافعها فمثلاً لو كان موضوع الإيجاب حنطة وطحنت قبل القبول فهنا نكون أمام جنس آخر غير الجنس موضوع الإيجاب فمن شأن هذا الاختلاف في جنس العين أن يسقط الإيجاب لأن الإيجاب جاء بمسمى وهذا المسمى أصبح غير موجود لفقدان ذاتيته فنكون أمام جنس مختلف.

وبدورنا نخالف ما سبق ذكره ونعتقد أن تطبيق أحكام الهلاك على اختلاف الجنس أمر غير متصور لأن الهلاك معناه فناء مادة الشيء ولم يعد لها بقاء، كما أن العقد قد يرد على شيء مثلي والمثليات لا تهلك.

وتكاد تكون الأحكام في القانون المدني المصري متشابهة في حالة اختلاف الجنس في مرحلة إبرام العقد لقانوننا المدني وأن الأثر المترتب على ذلك هو عدم تمام العقد إذ أن اختلاف جنس الشيء قبل صدور القبول يسقط الإيجاب وسبب سقوط الإيجاب هو أن تغيير الذات الحاصل بعد الإيجاب وقبل القبول يعد بحكم هلاك الشيء حكماً (3).

(1) د. يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الاردني والمقارن ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد3، السنة 27 ، 2003، ص 81. ويكون ذات الحكم في الفقه الإسلامي إذا كان موضوع الإيجاب يتعلق بالقيميّات لأن اختلاف الجنس من شأنه أن يجعل المحل غير موجود. ينظر في ذلك: النووي ، المجموع، ج9 مصدر سابق، ص240 وما بعدها 0موفق الدين أبي محمد ابن قدامة، المغني، ج4 ، مصدر سابق ، ص8 0 المحقق الحلي، تذكرة الفقهاء، ج2، مصدر سابق، ص17. الفتاوى الهندية، ج3، مصدر سابق، ص8 .

(2) محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الإلتزام، ج1، (مصادر الإلتزام)، مطبعة العاني، بغداد، 1955 ص205.

(3) ينظر في ذلك عدة مواد قانونية في القانون المدني المصري م وهي المادة (95_94_89). وينظر: د.علي شاكر البدري، مصدر سابق، ص140.

أما حكم القانون المدني الفرنسي في حال اختلاف جنس العين بعد صدور الايجاب جاء منسجماً مع قانوننا المدني، فإذا اختلف جنس الشيء موضوع الايجاب من شأنه أن يجعل الايجاب ساقطاً وذلك لأن الفقه الفرنسي أشرط مراعاة ذاتية العين وبقائها على حالتها عند توجيه الايجاب، فتغيير ذاتية العين موضوع الايجاب من شأنه أن يجعل الايجاب ساقطاً، فلو كان موضوع الايجاب إيجار دار سكن مكونة من عدة غرف وأبدى المؤجر رغبته بإيجار تلك الدار لكن عمد إلى هدم تلك الدار قبل موافقة المستأجر فيكون موضوع الايجاب مغايراً لحالته السابقة لزوال ذاتية العين فيكون جنس العين مختلف فأصبحت قطعة أرض بعد أن كانت دار سكن حيث يلزم لتمام العقد مراعاة ذاتية الشيء موضوع العقد أي بقاءه على حالته عند صدور الايجاب ومن ثم فإن زوال اسمه وصورته يؤدي إلى ذهاب منفعه فيكون بجنس مختلف عن جنسه السابق فلا يتحقق توافق بين إرادة الموجب (المؤجر) والقابل (المستأجر) على مضمون العقد وبجنس معين فيسقط الايجاب (1).

نستنتج مما تقدم أن الحكم واحد في القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة بشأن اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلتي الايجاب والقبول، فإذا اختلف جنس المعقود عليه عن جنس المسمى فمن شأن هذا الاختلاف في جنس العين أن يسقط الايجاب لأن الايجاب جاء بمسمى وهذا المسمى أصبح غير موجود، فلو عرض الموجب إيجاباً بجنس معين فلا بد من بقاءه دون تغيير لكي ينعقد العقد.

ومن الجدير بالذكر عند تتبع نصوص القانون المدني العراقي نجد المادة (117) أشارت بصورة واضحة وصريحة إلى أثر اختلاف الجنس في موضوع الغلط، حيث جعل البطلان إثرًا للعقد الذي اختلفت ذاتية محله، فمتى ما سمي للعقد محل معين وموجود فتبين على خلاف إرادة المتعاقدين كان العقد منعدمًا لعدم تراضي الطرفين على شيء واحد ولأن اختلاف الجنس يمنع من إنعقاد العقد متى ما كان هناك غلط يعدم إرادة المتعاقدين، خاصة وأن المشرع العراقي أضاف هذا النوع من الغلط إعتقاداً منه إنه إقتفى أثر الشريعة الإسلامية⁽²⁾، فالغلط في المعقود عليه لا يعيب إرادة المتعاقدين، بل يؤدي إلى إنعدام الإرادة وبالتالي يؤدي إلى جعل التصرف القانوني منعدم الوجود، أي بمعنى غير قائم أصلاً وذلك حينما يرد الغلط على وجود المعقود عليه وعلى جنسه، وبهذا الخصوص جاء في إحدى قرارات محكمة التمييز الاتحادية ((إذا ظهرت مساحة العقار المبيع ناقصة نقصاً يتأثر به الثمن المسمى جملة واحدة وكان يتعذر تبويض الصفقة

(1)Planiol et Ripert par Esmein: Traite Pratique de droit civil Francas, 2e ed, TVI, Obligations, premiere partie, Paris, 1952, N0 141, p162.

(2) محمد جابر الدوري، مصدر سابق، ص39.

للضرر فالمشتري حق الفسخ طبقاً للمواد (117، 118، 445) مدني ولا محل للرجوع إلى أحكام الأفرغ الأميرية وقياس الملك الصرف في الحكم عليها بعد وجود النصوص القانونية الصريحة في هذا الشأن⁽¹⁾. حيث جاء هذا الحكم مستنداً على نص المادة (117) التي أشارت إلى أن حكم الغلط في المعقود عليه يترتب عليه بطلان العقد لإنعدام ذاتية محل العقد، فلو باع شخص محبس على إنه من ذهب فتبين أنه من فضة فهنا وقع غلط في الشيء المعقود عليه فيؤدي ذلك إلى بطلان العقد لإنعدام محله لأن القاعدة العامة تقضي إنه في حالة إجتماع الإشارة والتسمية تكون العبرة للتسمية إذا كان المشار إليه جنساً يختلف عن جنس المسمى، ففي المثال المتقدم إجتمعت الإشارة والتسمية ولكن إختلف جنس المشار إليه عن جنس المسمى، فهنا يجب الأخذ بجنس المسمى وهو الذهب ولعدم وجوده أي أن هذه الصفة الجوهرية لم تكن موجودة وإنما كانت فضة لذلك يعد العقد منعدماً لإنعدام المعقود عليه.

أما موقف القانون المدني المصري فقد أعتبر الغلط مانع عيباً يعدم الإرادة ويجعل من العقد باطلاً لكونه واقعاً على ماهية العقد، وفي هذا كان موقفه مشابهاً لموقف القانون المدني العراقي، لكنه اختلف عن الأخير من حيث تأثير الغلط المعيب للإرادة على العقد جاعلاً منه عقداً قابلاً للأبطال، فقد نص عليه في المادة (121) من القانون المدني المصري التي جاء فيها (1- يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامه بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط. 2- ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص: (أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب إعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية. (ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد)). يفهم من النص المذكور أن الغلط في جنس المعقود عليه لا يمنع من إنعقاد العقد بل يعد من قبيل الغلط الجوهرية الذي يجعل التصرف القانوني باطلاً بطلاناً نسبياً. وهو ذات الأثر الذي تبناه المشرع الفرنسي، فبعد التطور الذي حصل على يد الفقه والقضاء الفرنسي وظهر نظرية جديدة إستبعدت أحد أنواع الغلط وهو الغلط المانع الذي تبناه القانون المدني العراقي والفقه الإسلامي بالإهتمام، حيث عد القانون المدني الفرنسي الغلط في العقد سبباً لبطلانه النسبي فقد نص في المادة (1131) على ان ((عيوب الرضا هي سبب البطلان النسبي للعقد)).

ومما يؤيد ذلك يرى جانب من الفقه أن الغلط في جنس المعقود عليه في الفقه الإسلامي أوسع منه في الفقه الغربي، فالغلط يكون مانعاً حتى لو اتحد الجنس ولكن تفاوتت التفاحش في

(1) قرار محكمة التمييز المرقم 34/ حقوقية في 11/4/1963، قضاء محكمة التمييز، المجلد الأول، ص30.

المنفعة، أما في الفقه الغربي فقد تفاحش التفاوت في المنفعة بل قد يختلف الجنس ويبقى الغلط مع ذلك غير مانع من تكوين العقد، فالغلط الذي يقع في ذاتية أو مادة المعقود عليه يجعل منه باطلاً بطلاً نسبياً لأن الغلط وقع في جوهر العقد، فقد يختلف جنس المعقود عليه أو يتحد لكن هناك تفاوت فاحش في المنفعة بين حقيقة المعقود عليه وبين ما أراده العاقد ويبقى الغلط مع ذلك غير مانع من إنعقاد العقد، ويقتصر على جعله قابلاً للأبطال⁽¹⁾.

وعند تقصي النصوص القانونية التي تضمنها كل من القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي يستدل منها اختلاف الحكم القانوني لإختلاف الجنس، فمنها جعله باطلاً بطلان نسبي والآخر جعله باطلاً بطلان مطلق وهو رأي المشرع العراقي وهو رأي جدير بالتأييد طالما كان العقد لا يتوافق مع نص القانون فيما تضمنه من أركان ومنها المعقود عليه غير الموجود عند اختلاف جنسه، فكل عقد لم تكتمل أركانه يعد بحكم المعدم وليس له وجود.

الفرع الثاني

أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد

إن القاعدة في العقد تقضي أن هذا الأخير وجد لينفذ، فكلا المتعاقدين علما وجوده على تحقيق مصالحهما، وإذا كان على الملتزم بالعقد أن ينفذ التزامه كما يقضي بذلك مضمون هذا الأخير، فإن هذا المضمون لا يلزم أن يكون ثابتاً في جميع الأحوال بل أن يختلف جنس هذا المضمون أمر متصور ووارد، وبغية الإحاطة بما تقدم، سنقسم هذا الفرع على فقرتين نبين أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي أولاً، ونتكلم عن أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد في القانون ثانياً.

أولاً - أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي

الأصل في التنفيذ أن يكون عينياً لأن للدائن حقاً مكتسباً في إستيفاء حقه عينياً إلا إذا أستحال التنفيذ العيني فيتحول إلى التنفيذ بطريق التعويض كإستثناء من الأصل العام، وإن الأصل في التنفيذ العيني أن يكون اختيارياً عندما يقوم المدين بوفاء ما أتفق عليه في العقد، إذا أن أي

(1) أشار إليه د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، مصدر سابق، ص41. وينظر أيضاً: د. عبد المنعم فرج الصدة، مصدر سابق، ص169. وينظر: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في نظرية العقد، ج1، مصدر سابق، ص279.

اختلاف في اسمه أو هياؤه ينتهي الإلتزام دون الحاجة إلى إجبار المدين على تنفيذ التزامه⁽¹⁾، وهنا يكون المدين قد وفى بدينه مختاراً وبذلك يكون قد استجاب لعنصر المديونية في الإلتزام، ولا يتعرض للإجبار أو القهر الذي يفرضه عنصر المديونية، ويرى أحد الفقهاء المسلمين أن المدين يقوم بالوفاء بعين ما ألتزم به دون تغيير ذاتيته أو إستبداله بغيره، فإذا تغيرت ذاتيته لم يكن هناك وفاء طبيعياً للإلتزام وجاز للدائن رفض هذا الوفاء، بمعنى أن المدين لا يستطيع أن يجبر الدائن على قبول شيء آخر غير المتفق عليه حتى لو كان مساوياً في القيمة أو ذات قيمة أعلى منه، لأن الهدف من تعاقد أي شخص هو الحصول على عين ما تعاقد عليه، لذلك يجب على المدين بالإلتزام أن يؤدي التزامه بالشكل والشروط المتفق عليها في العقد، فإذا اختلف جنس العين موضوع الإلتزام يعد ذلك اخلاً بالوفاء العيني ولم ينقض ذلك الإلتزام بالطريق الطبيعي له، لأن المدين أخل بأحد أجزاء العقد لعدم التزامه بجنس الشيء محل العقد الذي يجب العمل على تنفيذه وبحسن نية⁽²⁾.

ولكن نلاحظ إختلاف آراء الفقهاء المسلمين بشأن الحكم الذي يترتب عليه اختلاف جنس المعقود عليه عند الشروع بتنفيذه، حيث ذهب كل من فقهاء الحنفية⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، وبعض الحنابلة⁽⁵⁾ إلى أن المدين يلتزم بتنفيذ عين ما ألتزم به، وبذلك يعتبر أفضل وسيلة لإستقرار المعاملات بين الافراد والذي يستند خصوصاً إلى حسن نية الأطراف كونه طريقاً لإنقضاء الإلتزام وتنفيذه، فإذا اختلف جنس الشيء يعد ذلك اخلاً بتنفيذ الإلتزام فيؤدي إلى إعطاء الدائن الحق في فسخ العقد أو إمضائه، ولا يجبر المدين على تنفيذ التزامه، بل يقتصر حق الدائن بين فسخ العقد أو إمضائه دون أن يكون له طلب الاجبار على تنفيذ الإلتزام. بينما يرى فقهاء المالكية⁽⁶⁾، وقول للحنابلة⁽⁷⁾، إذا أخل المدين بالتزام عقدي كعدم مراعاة جنس العين محل العقد، فهذا الأخلاخل يعطي الدائن الحق في إجبار مدينه على تنفيذ ما تم الإتفاق عليه دون أي تغيير في ماهيته، لأن العين تعد جزءاً من هذا العقد وأن عدم مراعاة جنسها عند الوفاء معناه عدم الوفاء بجزء من هذا العقد، ولذلك يجوز للدائن أن يطلب من القضاء إجبار مدينه بتنفيذ التزامه.

(1) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الألتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، ط1، دار احسان للنشر والتوزيع، كردستان، 2014، ص292.

(2) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الألتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، مصدر سابق، ص293.

(3) ابن العابدین، ج3، مصدر سابق، ص133.

(4) عبد الحميد الشرواني وأحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج4، مطبعة مصطفى محمد، بدون مكان وسنة طبع، ص299.

(5) موفق الدين أبي محمد ابن قدامه، المغني، ج6، مصدر سابق. ص499.

(6) مالك بن أنس الأصبحي، المدونة الكبرى، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص203.

(7) البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ص401.

أما فقهاء الأمامية⁽¹⁾، فقد ذهبوا إلى أن إخلال المدين بجنس المعقود عليه فهذا الأخلال يجيز للدائن إجبار مدينه على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً دون أي تغيير في ماهيته متى ما كان التنفيذ العيني ممكناً، وإذا كان الإجبار غير ممكن فللدائن الخيار بين فسخ العقد أو إمضاءه، ولا يثبت هذا الخيار إلا عند تعذر الإجبار لأن الخيار وجد في الأصل من أجل دفع الضرر عن الدائن، فإذا دفع الضرر عن طريق إجبار المدين على الوفاء بما إتفق عليه مع الدائن فلا يثبت الخيار في هذه الحالة، وذلك لأن التمكن من إجبار المدين على الوفاء بالجنس المتفق عليه فلا يصيب الدائن ضرر من ذلك وبالتالي لا يثبت الخيار للدائن.

ويتبادر إلى الذهن تساؤل، مفاده ما هو الحكم فيما لو كان التنفيذ العيني غير ممكن بفعل خارج عن إرادة المدين، أي بمعنى حصول اختلاف في جنس المعقود عليه عند التنفيذ بسبب أجنبي؟.

يجمع الفقه الإسلامي على أن أساس المسؤولية في الالتزام بتحقيق غاية مثل مراعاة جنس الشيء المتفق عليه في حالة كونها عائدة إلى عمد المدين أو خطئه هو الضمان، وبالرجوع إلى أقوال رجال الفقه الإسلامي (القدامى والمحدثين) نجدهم يقرون مبدأ إنقضاء العقد وانفساخه عند استحالة أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن إرادته⁽²⁾، ويشترط في الاستحالة المؤدية إلى الفسخ أن تكون تالية لإنعقاد العقد وسابقة لانقضائه بالطريق الطبيعي له (الوفاء)، وأن لا يكون للعاقدين يد فيها، مثال ذلك: تهدم الدار أو طمي النهر، فالدار محل العقد لو تهدمت بسبب آفة سماوية أصبحت بجنس مختلف عن حالتها السابقة فأصبحت عرصة بعد أن كانت دار سكن فالتنفيذ العيني غير ممكن لسبب خارجي فيؤدي إلى إنفساخ العقد عندما يقع سبب الاستحالة على محل التزام العاقد، فيجعل من وفائه بالتزامه أمراً من أمور المستحيل، فأن العقد يفسخ وينحل وتزول آثاره نتيجة لتلك الاستحالة، فالعقد يفسخ ويعد وكأنه لم يكن نتيجة لإنفساخه لأن العقد المنحل بالإنفساخ أو الفسخ يزول وينعدم إذ لم يعد في بقائه فائدة⁽³⁾، كما أن تنفيذ العاقد لإلتزامه

(1) عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مهذب الأحكام في مسائل الحلال والحرام، ط4، مطبعة ياران، بدون مكان طبع، 1416 هـ، 1995 م، ص228.

(2) موفق الدين أبي محمد أبن قدامه، المغني، ج5، مصدر سابق، ص453. الدسوقي، ج4، مصدر سابق، ص9. أبو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت،

1414هـ، 1994م، ص219. علي بن الحسين الكركي(المحقق الثاني)، جامع المقاصد في شرح القواعد،

ج7، ط1، مؤسسة آل البيت لأحياء التراث، 1408 هـ، ص139.

(3) الكاساني، مصدر سابق، ج4، ص223.

لإلزامه بالجنس المتفق عليه صار مستحيلاً، فإن التزام هذا العاقد بالوفاء يسقط نتيجة لذلك، فلا يكون للعاقد الآخر (الدائن) المطالبة بتنفيذ هذا الالتزام لأن مطالبة المدين بتنفيذ التزامه بما تم الإتفاق عليه أصبح مستحيلاً فيكون ذلك تكليفاً بما لا يطاق أو تكليفاً بمستحيل وهو ما لا يتفق وقواعد الشريعة الإسلامية السمحاء، فالإستحالة التي طرأت على محل إلتزام العاقد يفسخ بها العقد ، وإذا إنفسخ العقد فإن ذمة المدين تبرأ في مواجهة العاقد الآخر ويسقط أيضاً التزام الدائن، فلا يكون لمن إستحال عليه تنفيذ التزامه أن يطالب الآخر بالتنفيذ (1).

يتضح مما تقدم إختلاف آراء الفقهاء المسلمين بخصوص الأثر الذي يرتبه إختلاف الجنس، إذ لكل مذهب قوله الذي استند عليه، ويبدو رجحان رأي الأمامية والذي يذهب إلى إنه في حالة إختلاف جنس المعقود عليه يمكن للدائن إجبار مدينه على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً متى ما كان ذلك ممكناً، أما إذا كان غير ممكن يخير الدائن بين الفسخ والإمضاء دون الأخلال بحقه في المطالبة بالتعويض، أما إذا كان ذلك لسبب خارجي فيؤدي إلى زوال العقد وإنحلاله.

ثانياً_ أثر إختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد في القانون

إن المشرع العراقي والتشريعات محل البحث والمقارنة أشارت إلى أثر إختلاف الجنس ورتبت حكماً قانونياً للعقد الذي يختلف جنس محله عن المحل الذي أتفق عليه المتعاقدين، حيث تناولت أثره في ظل الأحكام القانونية التي بسطتها تلك التشريعات لموضوع الغلط وهذا في مرحلة تكوين العقد، إلا إنها في ذات الوقت جعلت إختلاف الجنس بعد تمام العقد تنفيذاً معيباً له، أي ربط تنفيذ الإلتزام بمضمونه، فمتى ما نفذ بالصورة التي حددها هذا المضمون كان المدين موفقاً للالتزامه، وإذا كان تنفيذ ذلك المضمون قد ورد مغايراً لما أتفق عليه فيكون المدين عندها مخاللاً بالتزامه، فتقوم مسؤوليته (2)، فقد وردت جملة من الأحكام التي تترتب على عدم مراعاة جنس المعقود عليه وورود التنفيذ بجنس مغاير لحالته السابقة، فيمكن لنا بسط هذه الأحكام القانونية وكما يلي:

1- التنفيذ العيني.

إن الأصل الذي يسيطر على الأفكار المتعلقة بتنفيذ الإلتزامات العقدية والأحكام التي تتصل بحقوق الدائن في حالة إخلال المدين في إلتزامه العقدي أيا كانت صورة هذا الأخلال هو أن

(1) الكاساني، المصدر نفسه، ج5، ص238.

(2) محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1990، ص221.

العقود أبرمت لتنفيذ، خاصة وأن تنفيذ الإلتزام يكون اختياريًا وعينيًا⁽¹⁾، أما العدول عنه للتعويض العيني هو استثناء من الأصل العام كونه رخصة لقاضي الموضوع إذا كان الحكم بالتنفيذ العيني يتسبب بإرهاق المدين، وقد أكد المشرع العراقي في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص للتنفيذ العيني الجبري على أن الأصل في التنفيذ يكون عينيًا، حيث نصت المادة (246) من القانون المدني العراقي على إنه ((1- يجبر المدين على تنفيذ إلتزامه تنفيذًا عينيًا متى كان ذلك ممكنًا. 2 - على إنه إذا كان في التنفيذ العيني إرهاق للمدين جاز له أن يقتصر على دفع تعويض نقدي إذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررًا جسيمًا))، وتقابلها المادة (1221) من القانون المدني الفرنسي المعدل التي جاء فيها ((للدائن في الإلتزام العقدي بعد أن يقوم بأخطار مدينه بالتنفيذ طلب التنفيذ العيني ما لم يكن هذا التنفيذ مستحيلًا أو كان ثمة تفاوت واضح بين بين تكلفة التنفيذ العيني بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن)).

أما المشرع المصري جاء بحكم عام في الباب الثاني الذي بين آثار الإلتزام أستهل فيه قواعد التنفيذ العيني أورد فيه (ينفذ الإلتزام جبرًا على المدين). ومن ثم قرر فيما يتعلق بالتنفيذ العيني في المادة (203) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه ((1_ يجبر المدين بعد إعداره طبقًا للمادتين 219 و220 على تنفيذ إلتزامه عينيًا متى كان ذلك ممكنًا...)). ومن الملاحظ على نص المادة (246) من القانون المدني العراقي) والمادة (203) من القانون المدني المصري) هو أن المادة الأولى لم تشترط إعدار المدين لغرض طلب إجبار المدين على تنفيذ إلتزامه تنفيذًا عينيًا⁽²⁾، في حين أن المشرع المصري أشرط ضرورة الأعدار.

والتنفيذ العيني الجبري يعني إجبار المدين على تنفيذ ما ألتزم به عينيًا بناءً على طلب الدائن متى ما توافرت شروطه⁽³⁾، فهو يحمل معنى الإكراه على تنفيذ الإلتزام وبمساعدة من السلطة العامة لكي يتم الحصول على أثر العقد والذي يتجسد بصورة التنفيذ العيني الذي قرره المشرع من أجل ضمان تحقيق الغرض من التعاقد بوضع المتعاقد في الوضع الذي يمكن أن يكون عليه فيما لو نفذ المدين إلتزامه تنفيذًا سليمًا من جهة، ومن أجل تقليل حالة الفسخ والمحافظة على

(1) محمود سعد الدين الشريف، مصدر سابق، ص333.

(2) ويرى جانب من الفقه بأن السبب في عدم الحاجة إلى الأعدار لغرض التنفيذ العيني الجبري هو ((إن أول أثر من آثار الإلتزام الوفاء به مختارًا وبمحض إرادة المدين ولا يمكن إجباره إلا أستثناءً، ومع هذا الإستثناء لا حاجة للأعدار)) ينظر: د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص393. بينما هناك من يؤيد ضرورة أعدار المدين، فلا بد من أعدار المدين بأن للدائن مصلحة في تنفيذ الإلتزام دون الحاجة إلى إعطاء مهلة وإعطاء المدين فرصة أخيرة للتنفيذ، فضلًا عن ذلك أن الأعدار يعتبر دليلًا على عدم قيام المدين بتنفيذ إلتزامه مما يساعد الدائن على إثبات حقه، ينظر: مورييس نخلة، الوسيط في المسؤولية المدنية، ج1، ط1، دار المنشورات الحقوقية مطبعة صادر، بيروت، 1992، ص77.

(3) د. عبدالرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج2، مصدر سابق، ص749.

الروابط العقدية من جهة أخرى، ويشترط للحكم به إضافة إلى شرط الإمكانية أن لا يؤدي إلى إرهاب المدين فإذا كان التنفيذ العيني مرهقاً يجب العدول عنه إلى التنفيذ بطريق التعويض، ولكن يشترط في هذا العدول أن لا يؤدي إلى إلحاق الضرر بالدائن فإن كان كذلك فلا يحكم بالتعويض بل يحكم على المدين بتنفيذ إلتزامه عينياً وأن كان مرهقاً له لأن الدائن والحالة هذه لا يطلب سوى حقه بالتنفيذ⁽¹⁾. وأن لا يكون إمتناعه لسبب مشروع إذ يعد امتناع المدين عن التنفيذ العيني مشروعاً في حال عدم إعداره بذلك في القوانين التي تشترط الأعدار ومنها القانون المصري والفرنسي⁽²⁾.

والتنفيذ العيني الجبري للإلتزام الذي نفذ على نحو مغاير للجنس المتفق عليه يتمثل بتوفير جنس مماثل للجنس المتفق عليه، وهذا جدير بالتأييد من قبل جانب من الفقه⁽³⁾، الذين يعللون وجهة نظرهم بأن التنفيذ عيني ممكناً متى ما كان الجنس المتفق عليه من المثليات التي لها نظائر في الأسواق، أو ينفذ عينياً من خلال إصلاحه وأعادته إلى حالته المتفق عليها، فإذا تغير جنس المبيع بفعل البائع فيكون للمشتري الحق في الزام البائع بإرجاع المبيع إلى حالته المتفق عليها متى ما كان ذلك ممكناً، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية (الطرف الذي ينفذ التزاماً تعاقدياً لديه الحق في إجبار الطرف الآخر على تنفيذ الإلتزام متى ما كان ذلك ممكناً)⁽⁴⁾. فإن إخلاله بهذا الإلتزام يعد تنفيذاً معيباً للإلتزامه العقدي ويكون للدائن حق المطالبة بإصلاح العين، وبالتالي يوضع المتعاقد بالحالة الواقعية التي سيكون عليها فيما لو نفذ المدين التزامه العقدي كما يقضي بذلك مضمون التزامه. ومثاله إعطاء المشرع المصري للدائن في البيع على وفق نموذج الحق في إجبار مدينه على تقديم مبيع مطابق للعينة عملاً بحكم المادة (1/420 مدني مصري)⁽⁵⁾، فإن لم يكن التنفيذ العيني ممكناً جاز للمشتري (الدائن) المطالبة بفسخ العقد مع التعويض إن كان له مسوغ.

(1) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للإلتزامات، أحكام الإلتزام، ج2، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976، ص340.

(2) المادة (203) من القانون المدني المصري والمادة (1221) من القانون المدني الفرنسي.

(3) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني وأحكام الإلتزام، ج2، مصدر سابق، ص19.

(4) Cass . civ . 16 nov . 2007, bicc, n600, 1mai 2007 , P68 n902.

(5) حيث نصت المادة (1/420) من القانون المدني المصري على إنه ((إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها)). وتقابلها المادة (518) من القانون المدني العراقي التي أغفلت حق الدائن في إجبار مدينه على اصلاح العيب في التنفيذ والذي يتجلى بتسليم مبيع غير مطابق للنموذج المتفق عليه وهذا لا يعد مثلبة على النص القانوني إذ يرى الفقه إنه لا يمكن إنكار هذا الحق استناداً لحكم القواعد العامة. ينظر: د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، مصدر سابق، ص71.

2- الفسخ

يراد بالفسخ انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي في العقود الملزمة لجانبين ويقرر نتيجة إخلال أحد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته العقدية⁽¹⁾، ومن الجدير بالذكر أن المشرع العراقي أكد صراحةً في المادة (1/177) من قانونه المدني على إعطاء الدائن الحق في فسخ العقد متى ما كان هناك اختلاف في جنس مضمون الإلتزام العقدي عند التنفيذ خلافاً للمضمون المتفق عليه، حيث نصت المادة سالفة الذكر على إنه ((1- في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار أن يطلب الفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى على إنه يجوز للمحكمة أن تنظر المدين إلى أجل، كما يجوز لها أن ترفض طلب الفسخ ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للإلتزام في جملته)).

يتضح من المادة المذكورة أن الفسخ يعد أثراً للتنفيذ المعيب للإلتزام العقدي، ويستشف ذلك من عبارة (إذا لم يوف) التي وردت في المادة (177) من القانون المدني العراقي، فإذا نفذ المدين التزامه بجنس مختلف عن الجنس المتفق عليه جاز للدائن المطالبة بفسخ العقد لأن التنفيذ السليم للإلتزام العقدي أصبح مستحيلًا بخطأ المدين أو لا يزال ممكنًا إلا إنه لم يتم تنفيذه تنفيذًا مناسبًا كما يقضي بذلك مضمون التزامه بحيث يؤثر على المنفعة المتوخاة من العقد ويفوت على المتعاقد الغرض من التعاقد⁽²⁾. كذلك القانون المدني المصري قد أشار إلى ذلك في المادة (157) منه والتي نصت على إنه ((1_ في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعداره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه، مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى)). وفي المقابل نصت المادة (1224) من القانون المدني الفرنسي المعدل ((يترتب الفسخ أما اعمالاً للشرط الفاسخ أو في حالة كان عدم تنفيذ على قدر كاف من الجسامة نتيجة إخطار الدائن للمدين أو بقرار من القضاء)).

يفهم من هذه النصوص أن العقد قد نشأ صحيحاً لكن عند تنفيذه نجد هناك اختلاف في ذاتيته، فإذا أخل البائع بتنفيذ التزامه بتسليم مبيع بالجنس المتفق عليه، ونعذر عندئذ التنفيذ العيني للإلتزام

(1) عبد المجيد الحكيم، مصادر الإلتزام، ج1، مصدر سابق، ص267 وما بعدها.
(2) جاء في إحدى قرارات محكمة براءة الاعظمية بأنه ((... وحيث أنه إذا أخل أحد الطرفين بالإلتزامات التي يفرضها عليه عقد الإيجار كان للطرف الآخر أن يطلب فسخ العقد مع التعويض إن كان له محل وذلك بعد إعداره بتنفيذ التزامه، وحيث أن المدعي قد انذر المدعى عليه بتلافي الأخلال الحاصل في عقد الإيجار حسب مستند الإنذار وحيث أن بنود عقد الإيجار تشير إلى عدم جواز استغلال النادي الطلابي لغير الأغراض المحددة في ذلك العقد ولتوافر شروط الفسخ المطلوبة قرر الحكم بفسخ عقد الأيجار المبرم بين الطرفين)). قرار تلك المحكمة بالعدد 296/ب/2016 والصادر في 2016/3/1. (غير منشور). وهو القرار الذي أيدته محكمة إستئناف بغداد الرصافة الإتحادية بقرارها المرقم 296/4/2016 والصادر في 2016/4/24.

أو كان تخلف الجنس لابد منه، فأن للمشتري الحق طبقاً للقواعد العامة في عدم تنفيذ الإلتزامات التعاقدية أن يطلب فسخ العقد فالبايع يلتزم بتسليم المعقود عليه للمشتري بجنسه فمثلاً، لو كان المبيع عصيراً وتغير إلى خل قبل تسليمه، فالمبيع وقت العقد كان من جنس معين (عصير) وأثناء التسليم أصبح من جنس آخر (الخل) كان للمشتري أن يطلب الفسخ عند تعذر التنفيذ العيني، ويرى جانب من الفقه بأن العقد قد تم ومن ثم حصل اختلاف في جنس المعقود عليه، إذ أن تغيير ذاتية المعقود عليه يعد اخلاً بتنفيذ الإلتزام في حالته التي كان عليها وقت العقد لأن الإلتزام المتعاقد بتسليم الشيء المتفق عليه هو الإلتزام بنتيجة، ومن حجه على ذلك أن حدوث اختلاف في ذاتية المعقود عليه يقتضي تطبيق الأحكام العامة في الهلاك، فإذا اختلف جنس المعقود عليه فإنه يعد بحكم الهالك لأن الشيء الذي اختلف جنسه أصبح غير موجود وبالتالي عدم وجوده سواء كان بسبب المتعاقدين أو سبب خارجي فأن العقد يفسخ مع حق المطالبة بالتعويض وفقاً للقواعد العامة⁽¹⁾، وهذا الرأي وأن كان لا يخلو من الوجاهة إلا أنه يؤخذ عليه بأن تطبيق أحكام الهلاك تكون غير فعالة فيما لو كان المعقود عليه شيئاً مثلياً لأن المثليات لا تهلك وبإمكان المدين توفيرها طالما كان لها مثل في الأسواق فلا يتم فسخ العقد.

ويثار تساؤل في هذا الصدد مفاده، هل يُسأل المتعاقد لو كان التنفيذ العيني غير ممكن بفعل ظروف خارجة عن إرادة المدين، بمعنى هل يُسأل المدين إذا حصل اختلاف في جنس المعقود عليه بسبب أجنبي؟.

يتفق القانون المدني العراقي مع القانون المدني المصري بأن حصول اختلاف في ذاتية المعقود بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين، أي لا يعزى ذلك إلى جهته ودون أي خطأ منه كما في حالة الظروف الطارئة التي تغير معالم الإلتزام المدين أو تحدث تغييراً بين وقت إبرام العقد ووقت تنفيذه، يوجب مسؤولية المتعاقد لأن الإلتزام بتسليم المعقود عليه بحالته المتفق عليها هو الإلتزام بنتيجة فإذا تخلف جنس المبيع بقوة قاهرة أو بفعل الغير فأن البائع يكون مسؤولاً عنه قياساً على حالة الهلاك التي يتحملها البائع قبل التسليم وأن كان بسبب قوة قاهرة⁽²⁾، إلا أن الأمر يختلف في القانون الفرنسي إذ أن اختلاف الجنس بقوة قاهرة لا يسأل عنه البائع إلا إذا استطاع المشتري أن يثبت خطأ البائع، أي أن يثبت بأن تغيير ذاتية المبيع حصلت بخطأ من البائع⁽³⁾.

(1) د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، مصدر سابق، ص151.

(2) حسام الدين كامل الأهواني، مصدر سابق، ص343. وينظر: جميل الشراقوي، شرح العقود المدنية، (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص207.

(3) Henri, Leon et Jean Mazeaud. Op. Cit, N0948, p778 et N0949, P779

3- التعويض

إذا تحققت أركان المسؤولية العقدية فإن حكم هذه المسؤولية وجوب التعويض الذي يراد به مبلغ من النقود أو أي ترضية من جنس الضرر تعادل قيمة المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات⁽¹⁾ . وهو حق يثبت للدائن نتيجة اخلال المدين بتنفيذ التزامه أيًا كانت صورة هذا الأخلال⁽²⁾ ، إذ يعطى للدائن في حالة التنفيذ المعيب بخطأ المدين الخيار في طلب التعويض بالإضافة إلى حقه في فسخ العقد ورد الحال، فيؤدي الحكم بالتعويض إلى جبر الضرر الذي يتجسد في المغاير بين مضمون العقد وقت إبرامه ووقت تنفيذه، ويثبت كذلك لو كان التنفيذ العيني لا يزال ممكنًا لكن طلب الدائن التنفيذ بطريق التعويض، وبهذا لا يفهم من التعويض بأنه خيارًا لأن الخيار يكون بالممكنات، بينما الحكم به وفق الفهم المذكور يتوقف على إرادة المدين في العدول عن التنفيذ العيني إلى التنفيذ بمقابل، إذ أن التعويض يستحق عند استحالة التنفيذ العيني، فإذا كان الأخير ممكنًا لا يمكن إجبار المدين على الحكم بالتعويض لأن حق الدائن في هذه الحالة ينحصر في طلب فسخ العقد أو حقه في إجبار المدين على التنفيذ العيني⁽³⁾ .

يستنتج مما تقدم يتفق الفقه أن أثر اختلاف جنس المعقود عليه عند تنفيذ العقد هو إجبار المدين على تنفيذ ما أتفق عليه متى ما كان ذلك ممكنًا، فإذا تم تنفيذ الإلتزام على نحو مغاير لمضمون الإلتزام ولم يكن التنفيذ العيني ممكنًا حكم بفسخ العقد متى ما توافرت شروطه، وإذا لم تتحقق امتنع الحكم به فيكون التعويض هو جزاء المغايرة بين مضمون الإلتزام وبين ما جرى تنفيذه فعلاً.

المطلب الثاني

أثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانب واحد والواقعة

المادية

إن المعقود عليه الذي يختلف جنسه لا يكون موضوعًا لتصرف صادر من جانبيين (العقد) فحسب، بل قد يكون موضوعًا لتصرف قانوني صادر من جانب واحد (الإرادة المنفردة)، فقد يكون اختلاف الجنس موضوعًا لأي منهما، وبما أن أثر اختلاف جنس المعقود عليه في تكوين

(1) عبد المجيد الحكيم وآخرون، ج2، مصدر سابق، ص43.

(2) حسن حنتوش الحسنوي، التعويض في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1990، ص52.

(3) محمود سعد الدين الشريف، مصدر سابق، ص333.

العقد أو تنفيذه تمت معالجته، لا يبقى امامنا سوى بيان أثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانب واحد.

وبما أن التصرفات التي تصدر بإرادة منفردة كثيرة ومتعددة، فأنا سنعالج أثر اختلاف الجنس من خلال الوصية والغصب باعتبارهما سبباً لكسب الحق على الشيء محل التصرف وتصرفاً قانونياً صادرًا من جانب واحد. لهذا يلزم معالجة آثار اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد من خلال فرعين، نبين في الفرع الأول أثر اختلاف جنس المعقود عليه في الوصية، ونتكلم في الفرع الثاني عن أثر اختلاف جنس المعقود عليه في الغصب.

الفرع الأول

أثر اختلاف جنس المعقود عليه في الوصية

إن الوصية باعتبارها تصرفاً قانونياً وشرعياً في آن واحد فأنها لا بد وأن ترد على عين معينة لتكون موضوعاً لهذا التصرف، فلا يبقى الموصي به على حالته عند الإيصاء أو نشوئه بإرادة الموصي فتتغير ذاتية العين لتكون جنساً آخر يختلف عن جنس العين عند الوصية، فما حكم هذا الاختلاف في جنس العين الموصى بها؟ للإجابة على هذا التساؤل سنبيين هذا الحكم في الفقه الإسلامي أولاً ومن ثم نبينه في القانون ثانياً.

أولاً_ أثر اختلاف جنس الموصى به في الفقه الإسلامي

الموصى به هو محل الوصية التي تظهر حكمها فيه، الذي يستلزم أن يكون موجوداً حين الوفاة دون تغيير في ماهيته، إذ أن عدم وجوده يؤدي إلى انعدام محل الوصية فأن حصول تغيير في ذات الشيء محل الوصية يجعل منها تصرفاً باطلاً لأن الأيجاب قد حصل في مسمى بأسم خاص ويبقى قائماً ما دام هذا المسمى موجوداً فأذا كان غير موجود عد الإيجاب ساقطاً، كون تغيير ذاتية الموصى به يعني انتقاله من جنس إلى جنس آخر⁽¹⁾.

(1) الصادق عبد الرحمن الغرياني، الفقه المالكي، ج4، مؤسسة الريان، لبنان، 2006، ص280. وينظر: سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ ج5، ط2، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، بدون سنة، ص41.

وقد أتفق الفقه الإسلامي على أن اختلاف جنس العين الموصى بها يؤدي إلى بطلان الوصية⁽¹⁾، فكل تصرف من شأنه يزيل اسم العين يعد رجوعاً مبطلاً للوصية، كمن يوصي بكمية من الحنطة ومن ثم يطحنها لأن الوصية عقد غير لازم في حياة الموصي ومن ثم كان له الرجوع عن وصيته وذلك لأن الذي وجد من الموصي حال حياته هو الإيجاب فقط، والأصل في التصرفات الشرعية إنها لا تلتزم إلا إذا ارتبط الإيجاب بالقبول، والوصية لا يأتي بها هذا الارتباط في حياة الموصي، فالقبول لا يكون إلا بعد وفاة الموصي، فله شرعاً الرجوع عن وصيته قولاً وفعلاً وبكل تصرف يدل على الرجوع⁽²⁾.

والرجوع في الوصية أما أن يكون رجوعاً صريحاً⁽³⁾، أو رجوعاً ضمناً، وهو أن يفعل في الموصى به فعل يستدل على الرجوع عن الوصية⁽⁴⁾، وهذا الأخير يحتمل أكثر من معنى:

1- أن يتصرف في الموصى به تصرفاً يخرج عن مسماه كما لو أوصى بقطعة قماش ثم خاطه قميصاً أو يوصي بقطن ثم يغزله، فهنا يرجع الموصي عن إيجابه تلقائياً، فتتغير ماهية الموصى به، كمن أوصى في كرمه من العنب ثم يبس حتى صار زبيباً⁽⁵⁾.

2- أن يخلط الموصى به بغيره بحيث لا يمكن تمييزه، كأن يخلط طحين ذره بطحين حنطة فيعد ذلك رجوعاً، لتعذر الفصل بينهما وتسليم الموصى به فهذه الأفعال دلالة على الرجوع عن الوصية، والدلالة إذا كانت قوية تقوم مقام التصريح.

ففي الحالتين أعلاه يختلف جنس الموصى به، فزوال اسمه أو خلطه بغيره نكون أمام عين أخرى غير الموصى بها فمثل هذا التصرف يعد رجوعاً مبطلاً للوصية، فتغير القلادة الذهبية إلى

(1) الكاساني، ج7، مصدر سابق، ص 384، الشيرازي، المهذب، ج4، مصدر سابق، ص124. الخرشي، ج8، مصدر سابق، ص172 0أبن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص(97، 98)، البهوتي، كشف القناع، ج2، مصدر سابق، ص462 0زين الدين العاملي، ج5، مصدر سابق، ص65. جمال الدين العاملي، اللعة المشقية، مصدر سابق، ص159.

(2) أحمد فرج حسين، أحكام الوصاية والأوقاف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة والنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص234.

(3) كأن يقول الموصي رجعت في وصيتي أو أبطلتها أو فسخت وصيتي وغيرها من الألفاظ التي تدل دلالة صريحة على رجوع الموصي في وصيته. ويعد الرجوع الصريح بالقول مسألة متفق عليها لدى فقهاء الشريعة الإسلامية على خلاف الرجوع الضمني أي دلالة الأفعال التي يتحقق بها الرجوع لان طبقاً للقواعد العامة يعتبر التصريح سيد الألفاظ في دلالتها على المعاني، ينظر: فريد فتیان، مصدر سابق ص131.

(4) الشيخ محمد جعفر شمس الدين، الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية على المذاهب السبعة)، ط2، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1985، ص143.

(5) د. حيدر حسين الشمري، الوجيز في أحكام الوصية والمواريث في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2016، بدون دار ومكان نشر، ص103.

تمثال ذهبي يبطل الوصية لعدم وجود العين الموصى بها وما وقع عليه الإيجاب كان مسمى بأسم خاص وهذا الأسم لم يعد موجوداً عند وفاة الموصي.

ويرى جانب من الفقه⁽¹⁾، أن التصرف الفعلي في بعض الأعيان لا يعد رجوعاً عن الوصية، ما دام اسم العين وملكها لم يتغير كصبغ ثوب مثلاً، مستنداً في ذلك على التمييز بين التصرف الفعلي الذي يزيل اسم العين الموصى بها فيؤدي إلى اختلاف جنسها وبين مجرد التغيير الذي لا يخرجها من جنسها وأن أتصف بوصف معين، فإذا زال اسم العين الموصى بها بحيث تتحول إلى عين أخرى كمن يحول الحنطة إلى طحين أو الحبوب إلى سمن فإن ذلك يعد رجوعاً عن الوصية لإنعدام العين الموصى بها وقت نشوء الوصية، أما مجرد إجراء تغيير لا يخرجها من جنسها كصبغ ثوب ذات لون معين بلون آخر فيبقى محتفظاً بذاتيته وأن تغير لونه فلا يؤثر على الموصى به، فلا يمكن بطلان الوصية بهذا التصرف عن طريق الرجوع إلا إننا على نقبض من هذا القول لأن صبغ الثوب هو وصف يلحق بمحل الوصية فتخلفه يؤدي إلى تفاوت فاحش في حقيقة العين الموصى بها فيعتبر ذلك بحكم اختلاف الجنس.

يفهم مما تقدم أن اختلاف جنس العين الموصى بها يعتبر سبباً من أسباب بطلان الوصية، فسواء تغيرت ذاتيتها بفعل الموصى أو بدونه يؤدي إلى انعدام محل الوصية.

ثانياً_ أثر اختلاف جنس الموصى به في القانون

عند البحث في أثر اختلاف جنس العين الموصى بها، نجد أن القوانين محل البحث والمقارنة قد تطرقت إلى هذا الأثر بنصوص عديدة وأحكام متفرقة، وقد نصت المادة (72) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959 المعدل على إنه ((...3- تصرف الموصى بالموصى به تصرفاً يزيل اسم الموصى به أو معظم صفاته...)). يفهم من هذه المادة أن زوال العين الموصى بها يعتبر سبباً كافياً لبطلان الوصية وأن مجرد حصول تغيير في ذاتية محل الوصية فأنها تعد غير صحيحة طالما عمد الموصى إلى زوال اسمها فيستدل من ذلك أن الموصى أراد الرجوع عن وصيته هذا إذا كانت العين معينة بذاتها⁽²⁾.

أما إذا كانت العين الموصى بها معينة بنوعها، فلو أوصى الموصى بمال معين من أمواله كأن يوصي بحقيبة المانية ولم يقر بفرزها ومن ثم تغيرت ذاتيتها فتبقى الوصية صحيحة ولا يعد زوال اسم العين الموصى بها رجوعاً عنها طالما بإمكان حلول ذات النوع قبل وفاة الموصى لأن

(1) الشيخ محمد جعفر شمس الدين، مصدر سابق، ص143.

(2) د.علي شاکر البدری، مصدر سابق، ص156.

عدم وجود العين المعينة بنوعها وقت الوصية لا يؤثر على صحة الوصية إذ تتعلق بالشيء الموجود وقت الوفاة، لكن عدم وجود العين المثلية عند الوفاة من شأن ذلك أن يؤثر على صحة الوصية فتكون باطلة⁽¹⁾.

ويذهب الفقه القانوني أن زوال اسم العين الموصي بها يؤدي إلى جعلها عين أخرى تختلف عن العين الموصي بها فيعد ذلك رجوعاً يبطل الوصية سواء حصل ذلك بفعل الموصي أم بفعل الغير أو بقوة قاهرة لأن زوال اسم العين دليل على زوال المعنى وزوال معنى العين الموصي بها يجعل منها بحكم الهالكة الذي وجد مكانه شيء آخر، إذ أن الموصى به قد أصبح بمسمى جديد يختلف عن الأسم الذي تناولته الوصية عند انشائها فأن الوصية تكون باطلة لإنعدام محلها⁽²⁾.

ولكن لو اختلف جنس العين الموصي بها بعد القبول ولكن قبل التسليم فلا تبطل الوصية وإنما تعد الوصية صحيحة فإذا حصل هذا الاختلاف بفعل أحد الورثة أو بفعل الغير يلزمان بضمان قيمتها إن كانت قيمة ويعوضان مثلها إن كانت مثلية⁽³⁾.

وكذلك تطرق المشرع المصري في قانون الوصية رقم (71) لسنة 1946 إلى أثر اختلاف جنس العين الموصي بها، حيث نصت المادة (19) منه على إنه ((لا يعتبر رجوعاً عن الوصية جردها ولا إزالة بناء العين الموصى بها ولا الفعل الذي يزيل اسم الموصى به أو يغير معظم صفاته ولا الفعل الذي يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلاّ بها إلاّ إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يقصد بذلك الرجوع عن الوصية)). يفهم من هذه المادة أن اختلاف ذاتية العين الموصى بها لا يعد رجوعاً مبطلا للوصية حتى ولو زال اسمها أو معظم صفاتها طالما كانت حقيقة محل الوصية باقية فلو أوصى بحنطة ومن ثم طحنها أو خلطها بغيرها خلطاً يتعذر التمييز، وكذلك لو كان الموصى به ثوباً فصبغه بعد الوصية فلا يعد ذلك رجوعاً عن الوصية لأن الرجوع عن الوصية يستلزم اقتران الفعل بقرينة تدل على الرجوع، وبهذا الخصوص نصت المادة (18) من

(1) د0محمد أحمد مكين ، أحكام الوصايا في الفقه الإسلامي والقانون المدني(دراسة مقارنة)، ط1 ، دار النهضة العربية ،مصر ، 1996 ، ص140. والكاساني ، ج10، مصدر سابق، ص526. وينظر أيضاً: مصطفى إبراهيم الزلمي ، الميراث والوصية وحق الإنتقال في الفقه الإسلامي، ط10، شركة الخنساء للطباعة ، بغداد، دون ذكر سنة، ص83.

(2) علاء الدين خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ج2، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1963، ص338. وينظر أيضاً: محمد كمال الدين إمام ، الوصايا والأوقاف في الشريعة، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، 2002 ، ص88 وما بعدها.

(3) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، أحكام الميراث والوصية وحق الأنتقال في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص56.

قانون الوصية المصري على إنه ((يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحةً أو دلالةً. ويعد رجوعاً عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصى به))⁽¹⁾. نلاحظ من النص المشار إليه أن المشرع المصري اشترط وجود دليل على رجوع الموصي عن وصيته فلم يعد زوال العين الموصي بها مبطلاً للوصية طالما حقيقة الشيء باقية ولم يكن هناك دليل ينصرف على نية الموصي بالرجوع عن وصيته، فزوال ذاتية العين الموصي بها على نحو يجعلها بجنس مغاير لجنسها السابق لا يعد سبباً في الرجوع إلى الوصية إلا إذا اقترن ذلك بقرينة أو فعل يدل على رغبة الموصي بالرجوع عن وصيته.

كما نصت المادة (١٠٣٥) من القانون المدني الفرنسي على إنه ((لا يمكن الرجوع عن الوصية كلياً أو جزئياً إلا عن طريق وصية لاحقة أو عن طريق عقد امام كاتب عدل يعلن فيه عن تغيير الرغبة)). يفهم من هذه المادة أن القانون الفرنسي اعتبر كل تصرف فعلي في العين الموصى بها رجوعاً في الوصية طالما كان ذلك التصرف يغير جنس العين محل الوصية، وأشترط أن يكون الرجوع صريحاً أي اتخاذ شكل معين لأجراء الرجوع عن وصيته، لكن في ذات الوقت اعتبر تصرف الموصي في وصيته دون اتخاذ شكل معين رجوعاً ضمناً تضمنته المادة (1038) من القانون الفرنسي فعد تصرف الموصي بالعين الموصي بها قبل وفاته قد إتجهت رغبته بالرجوع ضمناً عن وصيته ويشترط للرجوع إنتقال ملكية العين الموصي بها حتى يفهم من تصرفه الرجوع عن الوصية⁽²⁾. حيث جاء بهذا الخصوص قراراً لمحكمة النقض الفرنسية ((تطبيق المادة ١٠٣٨ يعتمد على نقل الملكية العين الموصي بها بشكل محقق، وليس على مجرد توفر النية لدى الموصي بالتصرف بالعين الموصي بها))⁽³⁾. يتبين لنا من هذا القرار لكي يكون الرجوع صحيحاً لا بد من إنتقال ملكية العين الموصي بها لغير الموصي له.

فكل تصرف يقوم به الموصي سواء كان صريحاً أو ضمناً لا يبطل الوصية ولا يعد رجوعاً عنها وأن اختلف جنس العين الموصي بها طالما لم يقترن تصرف الموصي بدلائل أخرى، فزوال اسم العين الموصي بها وفوات معظم صفاتها لا يفهم منه رجوعاً مبطلاً للوصية إلا إذا اقترن بأمر معينة كدليل كتابي لو كان التصرف صريحاً أو إنتقال الملكية لو كان التصرف ضمناً، كما أشار الفقه الفرنسي لحالة هلاك العين الموصي بها قبل وفاة الموصي

(1) وتقابلها الفقرة الأولى من المادة (72) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي نصت على إنه ((1_ ولا يعتبر الرجوع إلا بدليل يعدل قوة ما ثبت به الوصية...)).

(2) Planiol et Ripert parTrasbot et Loussouarn, Op. Cit. N0711 p884.

(3) mai1909, cod civil, Dalloz, 1984-85e ed, p583.

بسبب خارج عن إرادة الموصي فتبطل الوصية إذا كانت العين معينة بذاتها أما لو كانت معينة بنوعها فلا تبطل الوصية لأن المثليات لا تهلك وبإمكان الموصي توفير عين من الجنس نفسه طالما كان لها مثيل في الأسواق⁽¹⁾.

يتبين لنا مما تقدم أن القوانين محل البحث اختلفت بشأن أثر اختلاف جنس الموصى به، فالقانون المصري والفرنسي لا يعد تصرفاً بالعين الموصى بها بتغيير ذاتيتها عن طريق زوال أسمها ومعظم صفاتها رجوعاً مبطلاً للوصية وأما علق ذلك على اعتبارات معينة للقول باختلاف جنس الموصى به لكي يعد ذلك رجوعاً عن الوصية. في حين القانون العراقي عدّ كل تغيير في ذاتية محل الوصية رجوعاً مبطلاً للوصية وهو موقف جدير بالتأييد لأن زوال إسم العين الموصى بها يؤدي إلى جعلها عين أخرى تختلف عن العين الموصى بها فيعد ذلك رجوعاً يبطل الوصية.

الفرع الثاني

أثر اختلاف جنس المعقود عليه في الغصب

للهولة الأولى يمكن أن نُسأل طالما كان موضوع البحث يبين الاختلاف في جنس المعقود عليه، وهذا الأخير هو محلاً لعقد معين فما علاقة اختلاف جنس المعقود عليه بالغصب خاصة وأن الغصب هو واقعة وليس تصرف الذي يعد المعقود عليه محلاً له؟. نُجيب على ذلك بالقول بينا فيما سبق أن المعقود عليه هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء التعاقد، فكل عقد لا بد وأن يرد على محل قابل لحكمه، فمن العقود التي ترد على الملكية كعقد البيع مثلاً محله هو المبيع والتمن فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع مقابل تسليم المشتري لثمن المبيع، وكذلك الأمر بالنسبة لعقود المدة كالإيجار فيلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور خلال مدة متفق عليها في عقد الإيجار، فإذا سلم البائع المبيع للمشتري دون قيام الأخير بدفع الثمن وإعادة المبيع إلى صاحبه فإنه يعد والحالة هذ غاصباً للمبيع سواء كان عقاراً أو منقولاً، والمستأجر يعتبر غاصباً للمأجور عند انتهاء المدة ودون دفع بدل الإيجار، ففي تلك الحالة سيعمد الغاصب إلى تغيير جنس المال المغصوب، فما هو أثر اختلاف جنس المال المغصوب بيد الغاصب؟ للأجابة على هذا التساؤل سنبيين هذا الأثر في الفقه الإسلامي أولاً ومن ثم نبينه في القانون المدني ثانياً.

(1) planiol et Ripert par Trasbot et Loussouarn, Op. Cit. p885

وينظر في ذلك المادة (1142) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على إنه ((تعد الوصية لاغية إذا هلكت أو فنيت العين الموصى بها كلياً إثناء حياة الموصي....)).

أولاً_ أثر اختلاف جنس المال المغصوب في الفقه الإسلامي

المغصوب هو المال المأخوذ من صاحبه عن طريق القهر والغلبة، بدون وجه حق⁽¹⁾، وكانت نظرة الفقهاء المسلمين للمال مختلفة مما يؤثر في أحكام الغصب فكان هناك اتجاهين:

1_ اتجاه الفقه الحنفي

المال عندهم ((ما يُميل إليه الطبع ويمكن إدخاره لوقت الحاجة ويجري فيه البذل والمنع))⁽²⁾. يلاحظ من تعريف الحنفية للمال إنهم إشتراطوا فيه عدة شروط منها أن يكون للمال وجود خارجي يمكن حيازته، وبهذا نجدهم أخرجوا المنافع من نطاق المال لأنها لا يمكن حيازتها وإدخالها وبالتالي لا يمكن عدّها أموالاً.

لذا فإن كون الحكم غاصباً يعتمد على كون الشيء من قبيل المال أم لا فالغصب لا يشمل المنفعة لأنها ليست مألً وإنما تدخل في التعدي، فلا ضمان لمنافع المنقول المغصوب لأن المنافع عند الحنفية ليست ذات وجود مادي فلا يمكن أن يرد الغصب عليها.

2- جمهور الفقهاء

وضع جمهور الفقهاء من الحنابلة⁽³⁾، والشافعية⁽⁴⁾، والمالكية⁽⁵⁾، والأمامية⁽⁶⁾، عدة تعريفات للمال يستخلص منها أن المال ((كل ماله قيمة مادية بين الناس وأجاز الشرع الإنتفاع به في حالة السعة والإختيار)). يستنتج من تعريف جمهور الفقهاء أنهم أشتراطوا أن يكون للمال قيمة بين الناس سواء كانت عيناً أم منفعة وأن يبيح الشرع الإنتفاع به في الظروف الإعتيادية كالأبل والحبوب والعقارات، بمعنى أن يكون التعامل به مشروعاً فإذا كان غير مشروع أي حرم الإنتفاع به كالميتة ولحم الخنزير فلا يعد مالاً.

(1) د. حامد عبده سعيد الفقي، أحكام الغصب في الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص31.

(2) أبين العابدين، ج5، مصدر سابق، ص51.

(3) منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، ج2، بدون سنة طبع، ص313. وينظر أيضاً: منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الأفتناع، مصدر سابق، ص174.

(4) عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ط1، بدون سنة نشر، ص327.

(5) إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي الشاطبي، الموافقات، ج2، دار المعرفة، بيروت، ط1، ص17.

(6) العلامة الحلبي، تذكرة الفقهاء، ج7، مصدر سابق، ص19. المحقق الحلبي، مصدر سابق، ص112. محمد بن جمال الدين مكي العاملي، اللعة دمشقية، مصدر سابق، ص23.

فجمهور الفقهاء تضمن عندهم منافع المال بالغصب سواء أستوفى الغاصب منافعه أم لم يستوفها أي تركها حتى تذهب، وأن المال المغصوب لا بد أن يطرأ عليه تغيير فيكون بجنس مختلف عن جنسه قبل الغصب وذلك عن طريق التصرف به من قبل الغاصب، فإذا لم يطرأ عليه أي تغيير وجب رده إلى مالكه ولا خلاف في هذا الحكم بين فقهاء الشريعة الإسلامية في كافة مذاهبهم، فواجب الغاصب هو رد العين المغصوبة إلى مالكيها متى ما بقيت على حالها دون أي تغيير⁽¹⁾.

لكن الحكم سيكون مختلف تمام الاختلاف وذلك فيما لو حصل اختلاف في جنس المال المغصوب عن طريق تغييره من قبل الغاصب، وأن تغيير ذاتية العين المغصوبة على نحو يتبدل معها اسمها بفعل الغاصب كما لو صارت الحنطة المغصوبة طحين، فما هو أثر هذا الاختلاف في جنس العين المغصوبة؟ فهل ترد إلى مالكيها أم يضمن الغاصب قيمتها وتنتقل للغاصب أم نكون أمام حكم آخر بإعطاء مالك العين الخيار برد العين مع حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه أو يتركها للغاصب مع تضمين قيمتها؟.

لم ينفق الفقهاء المسلمون حول إمكانية تملك الضامن للعين المتغيرة جبراً على المالك بالضمان، فذهب الحنفية⁽²⁾، والمالكية⁽³⁾، إلى القول أن الضامن إذا غير جنس العين على نحو يتبدل معها اسمها وتزول أغلب مقوماتها ويظهر لها اسم ومقومات أخرى، فالغاصب سوف يملك العين مقابل الضمان، وأشترطوا حتى تنتقل ملكية العين جبراً على المالك لا بد أن تكون العين قابلة للتملك ابتداءً من خلال عدها محلاً صالحاً للحقوق المالية لأن هناك أعيان غير قابلة للتملك ابتداءً⁽⁴⁾، كما يشترط أن يكون اختلاف جنس العين قد حصل بفعل الضامن (الغاصب) لا

(1) عمدت الشريعة الإسلامية من خلال النصوص القرآنية المشرفة على وجوب حفظ أموال الناس وعدم التعدي عليها بأي وجه من الوجوه من غصب وإتلاف وضمان تلك الأموال إذا تلفت، ووجوب ردها أو ضمانها إذا غصبت، قال تعالى ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)). سورة النساء: آية 29. وكذلك فإن الأحاديث النبوية الشريفة حرمت التعرض على أموال الناس بدون وجه حق، فقد جاء في قول النبي (صلى الله عليه واله وسلم) (كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج2، دار أحياء التراث العربية، مصر، 1953، ص1298، حديث 3933. والحديث النووي الشريف ((لا يأخذن أحدكم متاع بصاحبه لا عباً ولا جاداً...)). أحمد عبد الرحمن البنا الساعاتي، الفتح الرباني لترتيب مسند الإمام أحمد بن حنبل الشيباني، ج15، ط1، مصر، 1370هـ، ص140.

(2) الكاساني، ج7، مصدر سابق، ص148. عبد الغني الغنيمي الحنفي، الباب في شرح الكتاب ج2، المكتبة العلمية، بيروت، بدون طبعة وسنة طبع، ص191.

(3) الدسوقي، ج3، مصدر سابق، ص444. سليمان بن خلف بن سعد الباجي، ج5، مصدر سابق، ص277.

(4) هناك أعيان يجوز تملكها وهناك ما لا يجوز، والأعيان التي يجوز تملكها هي الأعيان التي لها قيمة شرعا، فيعترف فيها الشرع في التعامل ويقرها ويبيح الانتفاع فيها، أما الأعيان التي لا يجوز تملكها هي التي لا منفعة فيها، وليس لها قيمة مالية عند الناس، ينظر، د. عبد السلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج1، ط1، مكتبة الأقصى، عمان، 1974، ص204.

بسبب العين ذاتها، فإذا تغيرت ذات العين بسبب راجع إلى العين نفسها فلا تنتقل العين جبراً على المالك وإنما يعطي الخيار لهذا الأخير بقبولها أو تركها وأخذ قيمتها، وسوغوا قولهم بحجج وأسانيد من القرآن الكريم والسنة النبوية بجعل تغيير جنس العين المضمونة ينقل الملكية إلى الغاصب جبراً على المالك وذهبوا إلى القول أن زوال اسم العين وأغلب منافعتها ما هو إلا اختلاف في جنسها فتكون بهيأة وصورة مختلفة عن السابق، فالحنطة عندما تطحن دقيق، فإن جنسها اختلف من حنطة إلى دقيق، وصيرورة الحنطة دقيق يعد تغيير في ذاتية العين المضمونة لزوال اسمها وصورتها، فالدقيق لا يتصور إرجاعه إلى حنطة لأن الموجودات تعرف بمعانيها وصورها، فزوال الأسم والصور دليل على المغايرة في الجنس العين المغصوبة.

وهناك اتجاه آخر وهو رأي جمهور الفقهاء⁽¹⁾، وبضمنهم الأمامية⁽²⁾، يذهب إلى القول بعدم إنتقال ملكية العين التي اختلف جنسها إلى الغاصب جبراً على المالك، حيث يرى الأمامية عدم تملك الغاصب للعين حتى وأن تغير جنسها من خلال زوال ذاتيتها، فقال بعضهم: ((إذا غصب شيئاً ثم غيرَه عن صفته التي هو عليها أو لم يغيره مثل إن كانت نقرة فضربها دراهم، أو حنطة فطحنها، أو دقيق فعجنه أو خبزه، أو شاة فذبحها وقطعها لحمًا وشواها أو طبخها، لم يملكه))⁽³⁾. يفهم من هذا القول إنه إذا قام الغاصب بتغيير جنس العين المغصوبة يلزم بردها إلى مالكيها (المغصوب منه) ولا يلزم المالك بأخذ بدل المغصوب وذلك فيما لو أراد الغاصب إعطاء المغصوب منه بدل العين المغصوبة التي اختلف جنسها.

ويرى الفقه الأمامي أن ما ذهب إليه فقهاء الحنفية والمالكية من أن اختلاف جنس العين المغصوبة يستدل من خلال زوال إسمها ومن ثم تنتقل ملكيتها إلى الغاصب لم يركن إلى ركن ركين ذلك لأن زوال اسم العين المغصوبة هو مجرد تخلف لوصف العين لا اختلاف في جنسها طالما أصل العين باق، فصيرورة الحب المغصوب قمحاً، فإن القمح وأن اختلف عن الحب من حيث الأسم فلا يعد اختلافًا في الجنس لأن أصل القمح هو الحب فالإختلاف هو في الصفة لا في الجنس (الذات)، كذلك تحول الحديد إلى شبابيك وأبوب، والحريز إلى قماش⁽⁴⁾.

(1) ابن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، مصدر سابق، ص22. النووي، المجموع شرح المهذب، ج14، مصدر سابق، ص415.

(2) المحقق الحلبي، ج2، مصدر سابق، ص88.

(3) علي بن الحسين الكركي (المحقق الثاني)، ج6، مصدر سابق، ص271. محمد بن مكي شمس الدين العاملي (الشهيد الأول)، الدروس الشرعية في فقه الأمامية، ج3، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، بدون سنة نشر، ص111 وما بعدها.

(4) أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج3، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، بدون سنة، ص408.

وذهب الحنابلة إلى أن العين المغصوبة إذا اختلف جنسها من خلال زوال اسمها تبقى لمالكها ولا تنتقل ملكيتها للغاصب لأن غصب العين يعد فعلاً على وجه التعدي والمتعدي يلزم برد المغصوب إلى صاحبه، باستثناء فيما لو كان المغصوب خيط خاط به جرح أنسان أو حيوان فهنا لا يمكن إرجاع العين (الخيط) للمالك وذلك للضرورة الملحة، وذهب الشافعية إلى ما ذهب إليه الحنابلة بأن العين حتى وأن تغير جنسها وأصبحت بحالة أخرى غير حالتها السابقة من خلال زوال اسمها أو وصفها فتبقى لصاحبها ولا تنتقل ملكيتها إلى الغاصب، فتغيير جنس العين بفعل الغاصب لا يجعله مالاً لها، فيستطيع مالك العين الذي تغير جنسها مطالبة الغاصب بالتعويض إذا حصل نقص في العين يؤثر في قيمتها بسبب التغيير الحاصل من الغاصب، ويضيف هؤلاء إن رد العين إلى صاحبها وجب على الأخير أن يرد قيمتها للغاصب (1).

ولكن يرى بعض الفقه الشافعي أن الغاصب يملك العين الذي تغير جنسها وذلك في حالة الضرورة استثناءً من الأصل الذي يقضي رد العين إلى صاحبها، فمن غصب خشب وأدخله في سفينة مهددة بالغرق فلا يمكن إرجاع العين المغصوبة إلى مالكها وإنما يملكها الغاصب (2).

خلاصة القول يتضح لنا من خلال استعراض موقف الجمهور نجدهم أوجبوا رد العين الذي تغير جنسها إلى صاحبها فلا يمكن للغاصب أن يملك العين باستثناء حالة الضرورة ويستندون في قولهم هذا على قول الرسول (صل الله عليه واله وسلم): ((ليس لعرق ظالم حق)) (3)، وقوله: ((المسلم أخو المسلم لا يحل ماله إلاّ عن طيب نفس منه)) (4)، وقوله: ((على اليد ما أخذت حتى تؤديه)) (5)، يفهم من أقوال الرسول (عليه افضل الصلاة والسلام) أن كل تغيير يقوم به الغاصب في مال غيره فلزم رده إليه، ولا شيء للغاصب فلا يزول ملك صاحب العين عن هذه العين الذي تغير جنسها.

وأمام رأي جمهور الفقهاء والمالكية والحنفية هناك رأي يعطي لمالك العين الخيار في قبول أو رفض العين الذي تغير جنسها وهو رأي بعض فقهاء المسلمين المحدثين الذين يرون أن تغيير جنس العين المغصوبة بفعل الغاصب من خلال زوال ذاتيتها ومعظم منافعها فأصبحت عين

(1) موفق الدين أبي محمد أبين قدامه، ج5، مصدر سابق، ص394.

(2) الشريبي، ج3، مصدر سابق، ص338.

(3) محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج احاديث منار السبيل، ج5، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985، ص353.

(4) عمر بن علي بن أحمد سراج الدين الأنصاري الشافعي، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ج6، ط1، دار الهجرة للنشر والتوزيع، السعودية، 1425هـ_2006م، ص693.

(5) جمال الدين عبدالله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، ط1، دار الحديث، بدون سنة نشر، ص399.

أخرى يعطى لمالك العين الخيار بين أخذ العين مع الزيادة التي طرأت عليها، وتمسكه بالعين مع المطالبة بالأرث إذا أصابها نقص أو ترك العين للغاصب مقابل أخذ بدلها منه، فيتملك الغاصب العين الذي تغيّر جنسها مقابل أداء التعويض للمغصوب منه وهذا الرأي جاء من أجل الموازنة بين ما ذهب إليه الحنفية والمالكية وبين ما جاء به جمهور الفقهاء⁽¹⁾، لذلك نرى بأن هذا القول جدير بالتأييد .

ثانياً_ أثر اختلاف جنس المال المغصوب في القانون

إن الغصب يعد واقعة مادية لكن هناك أحكام يصبح فيها حكم الحال مساوي للغصب ففي حالة الوديعة ، نجد أن الوديعة عقد تترتب عليه العديد من الإلتزامات التعاقدية إلاّ إنه يمكن القول أن من أهمها هو الإلتزام بحفظ الوديعة والألتزام بردها، فإذا أخل باللتزامه برد الوديعة كأن امتنع عن ردها دون عذر بعد إنتهاء مدة الإيداع أنقلب يده إلى يد ضمان فيعتبر غاصباً للعين محل الوديعة، فكل تصرف يغير جنس الشيء المودع يعتبر بحكم زوال ذاتية العين المغصوبة وبالتالي تترتب على الوديعة أحكام الغصب. خاصةً وأن المشرع العراقي نص صراحةً على تملك الغاصب للعين المغصوبة جبراً على صاحبها إذا ما قام بتغيير جنسها تغييراً كلياً يفقد ذاتيتها من خلال زوال اسم العين وفوات معظم منافعها لتكون لها تسمية أخرى مختلفة عن السابق، ويكون ذلك مقابل أداء الغاصب قيمة العين المغصوبة إلى المغصوب منه أن كانت قيمية ودفع مثلها أن كانت مثلية، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة (1/194) من القانون المدني العراقي على إنه ((إذا تغيّر المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار أن شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الأضرار الأخرى وأن شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان)). يفهم من نص الفقرة الأولى للمغصوب منه الخيار بين أخذ العين المغصوبة الذي أختلف جنسها أو ترك تلك العين للغاصب مع إمكانية الرجوع عليه بالضمان.

أما الفقرة الثانية من هذه المادة نصت على إنه ((أما إذا غيّر الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له، فمن غصب حنطة وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له))⁽²⁾ . يفهم من تلك الفقرة أنها تختلف في حكمها عن الفقرة الأولى كونها أشارت إلى أن قيام الغاصب بتغيير جنس العين المغصوبة من شأن ذلك أن

(1) علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م، ص102. محمد حسين كاشف الغطاء، ج3، مصدر سابق، ص150.

(2) إن المادة (194) من القانون المدني العراقي مستمدة من المادة (897) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على إنه ((إذا كان المغصوب فاكهة فتغيّرت عند الغاصب كأن يبست فصاحبه بالخيار إن شاء استرد المغصوب عيناً وأن شاء ضمنه قيمته)).

يكسبه ملكيتها مقابل أداء التعويض للمغصوب منه، إذ أن أثر تغيير جنس العين المغصوبة على الملكية يختلف باختلاف مصدر التغيير، فإذا قام الغاصب بتغيير جنس العين فإنه يملكها جبراً على المغصوب منه، فلكي يستطيع الغاصب تملك العين المضمونة أن يكون التغيير في ذات العين المضمونة بفعله، أما إذا كان مرد التغيير هو طبيعة العين فالمغصوب منه الخيار بين أخذ العين أو تركها مع الرجوع عليه بالضمان، فلم ينص المشرع العراقي على رد العين التي تغير جنسها بل منح الغاصب حق تملكها مقابل الضمان.

وقد اختلفت آراء فقهاء القانون حول تملك الغاصب للعين التي تغير جنسها بفعل الغاصب، فمنهم من ذهب إلى أن العين المغصوبة تنتقل ملكيتها إلى الغاصب مقابل الضمان، فتكون بهذا التعويض قد أزلت ملك المغصوب منه، ودخلت في ملك غاصب العين، فلا يستطيع صاحبها المطالبة بها طالما تغيرت ذاتيته وأصبحت بجنس مغاير لجنسها السابق (1).

وثمة رأي آخر يذهب إلى القول أن تغيير جنس العين المضمونة لا ينقل ملكيتها إلى الغاصب، فإذا تغير جنس العين عند الغاصب يلزم بردها إلى مالكها بالزيادة التي تطرأ عليها والتعويض عن النقص فيما لو كانت ناقصة، لأن تملك الغاصب للعين المغصوبة التي تغير جنسها جبراً على صاحبها يعد ذلك خرقاً لقواعد كسب الملكية، كما أن حق المالك يبقى على العين المغصوبة التي تغير جنسها بالرغم من وجودها بيد الغاصب وقيام الأخير بتغيير حالتها المادية على وجه يتبدل معها اسمها، وسوغ رأيه بأن العين المضمونة إذا كان تملكها لا يصح بالبيع، فمن باب أولى لا يصح تملكها بالتضمين (2).

أما المشرع المصري فأعطى للغاصب الحق بتملك المال المغصوب إذا تغير جنسه لأن زوال ذاتية العين المغصوبة يجعل أمر إعادة المغصوب لمالكه غير مجدي، فيتملك الغاصب العين المغصوبة مقابل الضمان، وبمفهوم المخالفة لهذا الحكم نجد أن عدم تغيير جنس العين المغصوبة، أي بقاء المغصوب في يد الغاصب دون تغيير هو رد العين المغصوبة إلى صاحبها، إذ يرى أحد شراح القانون (3)، أن القانون المدني المصري لم ينظم الغصب بصورة صريحة كغيره من القوانين الأخرى، ويستند إلى الحكم بتملك الغاصب للعين المغصوبة التي تغير جنسها

(1) محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، ط1، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص87.

(2) د. أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط5، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص319. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، ج2، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص29.

(3) محمد عبدالوهاب الزبيدي، مصدر سابق، ص139 وما بعدها.

إلى نص المادة (171) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه ((1_يعين القاضي طريقة التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض مقسطاً كما يصح أن يكون ايراداً دورياً ، ويجوز في هاتين الحالتين الزام المدين بأن يقدم تأميناً 2_ويقدر التعويض بالنقد على إنه يجوز للقاضي ، وتبعاً للظروف وبناءً على طلب المضرور أن يأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه ، أو أن يحكم بأداء أمر معين متصل بالعمل غير المشروع ، وذلك على سبيل التعويض))⁽¹⁾. أن النص المذكور يشير إلى أن التعويض في الأصل يكون عينياً وأن تعذر ذلك كان التعويض نقدياً، والحال ينطبق على الغصب فإذا تغير جنس المغصوب فيتعذر رده إلى صاحبه فيلزم الغاصب بالضمان مقابل تملكه للمغصوب. وبهذا الخصوص جاء قرار لمحكمة النقض المصرية ((التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يصار إلى عوضه (التعويض النقدي) إلا إذا استحال التعويض عينياً، فإذا رفع المضرور دعواه مطالباً بتعويض نقدي وعرض عليه المدعى عليه التعويض عينياً كرد المغصوب وجب قبول عرضه، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها إذا هي أعملت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعى ذلك أو أصر على ما يطلبه من تعويض نقدي...))⁽²⁾. يفهم من منطوق هذا القرار على المحكمة أن تحكم بالتعويض العيني متى ما كان ذلك ممكناً، فلو كان المال المغصوب باقياً على حاله ولم تتغير ذاتيته وجب إعادته إلى صاحبه، وبمفهوم المخالفة يملك الغاصب المال المغصوب متى ما تغيرت ذاتيته لأن تغيير ذاتية العين المغصوبة يجعل منها مختلفة الجنس ولذلك يملكها الغاصب مقابل ضمان قيمتها إن كانت قيمية، ومثلها إن كانت مثلية.

وعلى نهج القانون المدني المصري، ألزم القانون المدني الفرنسي الغاصب أداء التعويض لجبر ضرر المضرور إذ ما تصرف في العين المغصوبة بشكل يؤدي إلى زوال ذاتية العين وجعلها بجنس مغاير لجنسها قبل الغصب، فيتملك الغاصب العين المغصوبة مقابل الضمان، ويعلل الفقه الفرنسي أن الحكم بضمان تغيير جنس العين المغصوبة هو أن الشيء الذي تغير جنسه لم يعد له وجود قانوني فيرتب ذات الآثار الذي يرتبها الهلاك، فإذا كان الغاصب يتحمل

(1) تقابلها المادة (209) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه ((1- تعين المحكمة طريقاً التعويض تبعاً للظروف ويصح أن يكون التعويض افساطاً أو ايراداً مرتباً ويجوز في هذه الحالة الزام المدين بأن يقدم تأميناً. 2 - ويقدر التعويض بالنقد على إنه يجوز للمحكمة تبعاً للظروف وبناءً على طلب المتضرر أن تأمر بإعادة الحالة إلى ما كانت عليه أو أن تحكم بإرجاع أمر معين أو برد المثل في المثليات وذلك على سبيل التعويض.

(2) قرار محكمة النقض المصرية رقم 352 الصادر في 1948/12/16، مذكور لدى محمد عبدالوهاب الزبيدي،

هلاك العين المغصوبة سواء كان الهلاك بفعله أم بسبب اجنبي، فمن باب أولى يلتزم بأداء التعويض عند تغيير جنس العين المغصوبة (1).

بعد إستعراض الآراء الفقهية والقانونية حول أثر اختلاف جنس العين المغصوبة فيما لو تغيّرت بفعل الغاصب بحيث زالت تسميتها وذهبت معظم منافعها نذهب بإعطاء الخيار لمالك العين في أخذ العين وما طرأ عليها أو تركها للغاصب مقابل البدل، فإذا غصب شخص قطعة من القماش ثم قام بتغييرها إلى فجعل منها ثوباً أو فراشاً، فالأصوب مسلماً وتحقيقاً للعدالة وتحقيق حرية المالك هو إعطاؤه حرية الخيار بقبول أو رفض العين التي تغيّر جنسها.

المبحث الثاني

إثبات اختلاف جنس المعقود عليه وتطبيقاته

إن حصول نزاع امام القضاء على موضوع معين، يتطلب إثبات صحة أدعاء الطرف الذي بدء بتسيير الإجراءات القانونية من خلال تقديم الأدلة المقررة قانوناً، فإختلاف جنس المعقود عليه قد يكون مسرّحاً لنزاع قضائي لذا يتطلب إثباته، إذ أن إثبات حصوله أمر لا يتصور إغفاله وذلك للتأكد من مدى مطابقة ما تم الإتفاق عليه من خلال معرفة جنس محل النزاع وفيما إذا كان هناك اختلاف في جنس المعقود عليه من عدمه.

كما أن اختلاف جنس المعقود عليه وأن كان غير منظم في إطار نظرية عامة تجمع شتاتته، إلا أن ذلك لا يعني عدم وجود نصوص قانونية تبين أحكامه والآثار الذي تترتب عليه، والسند الذي يسمح لنا بهذا القول هو كثرة التطبيقات المتناثرة لهذا الموضوع وفي عدة مواد قانونية كما بينا سابقاً ولا مندوحة من الخوض في تفاصيل هذه التطبيقات.

وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نبين في المطلب الأول إثبات اختلاف جنس المعقود عليه ونتكلم في المطلب الثاني عن تطبيقات اختلاف جنس المعقود عليه.

(1)Henri, Leon et jean Mazeand. Op. cit .N0192, p218

المطلب الأول

إثبات اختلاف جنس المعقود عليه

إن صاحب الحق والذي يلجأ إلى القضاء طالباً لحقه يقع عليه عبء الإثبات إذا تعرض للأنكار فإنه يعمد إلى إثبات صحة ادعائه من خلال الدعاوى التي تنتج عنها الأحكام والتي يصدرها القضاء في ضوء الأدلة المتحصلة لديه باعتبارها قوام الحق، فبدون دليل لا يمكن حماية الحق المتنازع عليه لأن الدليل هو الذي يثبت وجود الواقعة أي حصول اختلاف في جنس المعقود عليه.

لهذا يتطلب الأمر بيان على من يقع عبء إثبات اختلاف جنس المعقود عليه، ومن ثم بيان أدلة إثبات اختلاف جنس المعقود عليه وذلك من خلال فرعين نبيين في الفرع الأول عبء إثبات اختلاف جنس المعقود عليه، ونتكلم في الفرع الثاني عن أدلة إثبات اختلاف جنس المعقود عليه.

الفرع الأول

عبء إثبات اختلاف جنس المعقود عليه

يراد بعبء الأثبات ((تكليف أحد المتداعين بإقامة الدليل على صحة ما يدعيه))⁽¹⁾ . يفهم من هذا التعريف أن إثبات الإدعاء واجب يقع على أحد المتداعين من خلال استخدامه للوسائل التي تؤدي إلى اقناع القاضي بصحة ما يدعيه، ولغرض بيان عبء إثبات اختلاف جنس المعقود عليه لا بد من بيان موقف الفقه الإسلامي أولاً ومن ثم نبيين موقف القانون .

أولاً_ موقف الفقه الإسلامي

إن عبء الأثبات معناه إقامة الحجة والدليل من أحد المتداعين، كونه تكليف وواجب يقتضي السعي في تحضيره وبذل الجهد في سبيل الحصول عليه، وهذا التكليف يقع على المدعي استناداً للقاعدة العامة التي قررها النبي (صل الله عليه وآله وسلم) بقوله: ((البينة على من ادعى واليمين

(1) مصطفى مجدي هرجة، الأثبات في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، ط1، مصر، 1992،

على من أنكر))⁽¹⁾ . وقوله أيضاً: ((ولو أن الناس أعطوا بدعواهم لأدعى ناس أموال ناس ودمائهم))⁽²⁾ .

معنى هذه القاعدة: أن المدعي إذا ادعى حقاً له على غيره ، فإنه يُكلف لإثبات دعواه بإقامة بينة تصدق ما ادعى به ، إذا كان المدعى عليه منكرًا للدعوى ، فإن عجز المدعي عن إقامة البينة فإن المدعى عليه توجه إليه اليمين ؛ لإثبات براءته، مثال ذلك: إذا ادعى شخصٌ مثلاً مالاً له على شخص آخر، فأنكر ذلك الشخص، فعلى المدعي البينة لأن الدعوى المجردة غير مسموعة ، وإلا حلف المدعى عليه، وبرئ .

ومعنى قوله: (البينة على المدعي): أي أن الذي يجب عليه إقامة البينة الدالة على صدق قوله هو المدعي، فإذا أحضرها فإنه حينئذ يستحق بها ما إدعاه؛ لأنها واجبة يؤخذ بها .وأما قوله: (اليمين على من أنكر) معناه أن اليمين تكون في جانب المدعى عليه، ويبرأ بها ؛ لأنها واجبة عليه ، وهي حق له ، يؤخذ بها على كل حال .

حيث جسد نبينا الأكرم الإطار النظري والعملية لقاعدة مهمة من قواعد الإثبات وهي قاعدة البينة على من إدعى واليمين على من أنكر⁽³⁾، وأن الحكمة من تكليف المدعي بعبء إثبات اختلاف الجنس كونه في مركز أقل قوة وصلابة من المدعى عليه، أي أن جانبه فيه من الضعف الذي يحتاج إلى قوة، فشرعت له تلك القوة من خلال البينة التي يستطيع الحصول عليها والمكاف بتقديمها مع الحق في توجيه اليمين لخصمه، فإذا لم يكن للمدعي أي دليل إثبات فليس على المنكر إلاّ اليمين، فإذا تقدم وأدى اليمين خسر المدعي دعواه، أو يرد اليمين على المدعي، أو يقضي عليه عند إنكار اليمين⁽⁴⁾ .

كما نجد فقهاء المسلمين إتفقوا على أن عبء الأثبات يقع على عاتق المدعي الذي تضرر من اختلاف جنس المعقود عليه، أو الذي ادعى بأن المدعى عليه جعل جنس المعقود عليه مغايراً للجنس المتفق عليه أو رغب حصوله مستنديين في ذلك على قول النبي الأكرم بأن البينة تكون

(1) أخرجه الشيخ أبو بكر احمد بن الحسين بن علي البهقي، السنن الكبرى، ج10، ط1، مطبعة مجلس دائرة المعارف، الهند، 1355هـ، ص253.

(2) الشيخ أحمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، ج8، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1348هـ، 1930 م، ص248.

(3) د. محمد الزحيلي، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي، ط2، مجلس النشر العلمي، الكويت، 1420 هـ، 1999 م، ص545.

(4) الشيخ جعفر سبحاني، نظام القضاء والشهادة في الشريعة الإسلامية، ج1، ط1، مؤسسة الامام الصادق عليه السلام، إيران، قم، 1401هـ، ص414.

على المدعي، فيجب لأثبات حقه أن يأتي ببينة تثبت صحة دعواه (1) ، لأن المدعي يدعي خلاف الأصل والظاهر، ويريد إثبات غير الثابت جعلت البينة في جانبه لأنها حجة قوية، ولما كان جانب المدعي عليه أقوى منه وذلك لتمسكه بالظاهر وهو النفي جعلت اليمين وهي حجة ضعيفة لقربها منه كونها تجلب له النفع وتدفع عنه الضرر، لأن إقامة البينة على المنكر أمر مستحيل فالأصل براءة الذمة، والبينة شرعت لأثبات خلاف الأصل لأن الظاهر ثابت ولا يحتاج إلى إثبات، فاليمين تكون في جانب أقوى المتداعيين، وفي الغالب يكون المدعي عليه في مركز أقوى لتمسكه بالأصل، والمدعي في مركز أقوى فشرعت البينة لأثبات خلاف الظاهر (2) .

فالمدعي الذي يفصح بأن المعقود عليه بجنس مغاير للجنس المتفق عليه، عليه أن يثبت تخلف ذاتية المعقود من خلال إقامة الدليل على ذلك، سواء حصلت المغايرة بخطأ المدعي عليه أو لسبب خارجي، وتطبيقاً لذلك فالمشتري يجب عليه أن يثبت أن المبيع الذي قام البائع بتسليمه إليه لم يكن هو المتفق عليه فالبائع وفر له مبيع من جنس لم تتجه رغبته للحصول على المبيع الذي وفره البائع، فلو تعاقدنا على قيام البائع بتجهيز المشتري طن من الرز فسلم للمشتري طن من الفول، فهنا حصل اختلاف في الجنس حيث يعتبر الفول جنس يختلف عن جنس الرز فعلى المشتري أن يثبت بأن البائع وفر جنس مختلف لما أتفق عليه، فإذا أفلح في صحة إدعائه تحققت مسؤولية المدعي عليه (البائع)، وذلك استدلالاً بما روى عن ابن عباس رضي الله عنه قال: قال رسول الله (صل الله عليه وآله وسلم): ((لو يعطي الناس بدعواهم لأدعى رجال أموال قوم ودمائهم لكن البينة على من المدعي واليمين على من أنكر)) (3) .

ثانياً_ موقف القانون المدني

إن عبء الأثبات يقع على من يدعيه وبهذا جاء نص المادة السادسة من قانون الأثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 والتي نصت على إنه ((الأصل براءة الذمة، فإذا تلف رجل مال آخر واختلفا في مقداره يكون القول للمتلف والبينة على صاحب المال لأثبات الزيادة)). يفهم

(1) الكاساني، مصدر سابق، ج6، 225. السرخسي، المبسوط، ج17، مصدر سابق، ص31. البيهوتي، كشف الفتاح، ج6، مصدر سابق، ص384. ابن قدامة، المغني، ج14، مصدر سابق، ص281.
(2) والجدير بالذكر أن عبء الأثبات يقع على المدعي، والمدعي هنا يراد به كل من إدعى امرأً خلافاً للوضع القائم، لا فرق في ذلك بين من رفع الدعوى، وبين من رفعت الدعوى ضده، لذا فيكون المدعي هو من قدم الدعوى، أو من رفعت عليه الدعوى، ينظر: محمد حسين منصور، مبادئ الأثبات وطرقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2002، ص62.
(3) البهقي، ج10، مصدر سابق، ص252. مسلم بن حجاج النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، المجلد الرابع، تحقيق عبدالله احمد أبو زينة. دار الشعب، القاهرة، بدون سنة نشر، ص300. الحر العاملي، وسائل الشريعة، ج18، مؤسسة آل البيت عليهم السلام، قم المقدسة، 1414هـ، ص443.

من هذه المادة أن المقصود بعبء الأثبات على المدعي، ليس المدعي من قدم طلب للقضاء أي من رفع الدعوى فقط، بل كُُل من يدعي خلاف الظاهر يقع عليه عبء إثبات ما أدعاه لأن الأصل براءة الذمة من الألتزامات⁽¹⁾، فمن يدعي أن له مبلغ من المال بجنس معين كالدولار مثلاً بذمة المدعى عليه الذي أنكر إدعاء المدعي، فبين أن للمدعي بذمته مبلغ من المال بالدينار العراقي وليس بالدولار، فالدينار جنس مختلف عن الدولار، فعلى المدعي إثبات ذلك من خلال تقديم الدليل على صحة إدعائه بأن يثبت وجود علاقة دائنيه ومديونية بينهم أو وجود قرينة على اختلاف الجنس، فإذا ثبت ذلك فإن الظاهر ينتفي وهو وضع ثابت في الأصل وأصبح وضع عرضي بعد تقديم المدعي الدليل على صحة دعواه، وهنا على المدعي إثبات براءته من الدين⁽²⁾.

فالمدعي هو المكلف بتقديم الدليل على حصول اختلاف في جنس المعقود عليه، فلو كانت الواقعة محل الأثبات حنطة وقام الغاصب بطحنها فتغيرت إلى عين أخرى، وأصبحت العين بجنس يختلف عن جنسها السابق وجعل لها اسماً وصورة تختلف عن حالتها السابقة، لأن الحنطة جنس مختلف عن جنس الدقيق لأنها بالطحن أصبحت لها ذاتية مختلفة فعلى المغصوب منه إثبات واقعة الغصب من خلال تقديم الدليل على تغيير جنس العين المغصوبة من الحنطة إلى الطحين، أما المدعى عليه في المثال السابق وهو الغاصب فإنه يكلف بأداء اليمين في حال عدم ثبوت اختلاف الجنس من قبل المدعي، إذ أن عجز المدعي عن الأثبات يمنح حق توجيه اليمين للمدعى عليه⁽³⁾.

وقد نص قانون الأثبات العراقي على أن عبء الأثبات يقع على عاتق المدعي من خلال نص المادة السابعة منه التي نصت فقرتها الأولى على إنه ((البينة على المدعي واليمين على من أنكر...))⁽⁴⁾. يفهم من هذا النص أن المشرع العراقي جعل الأثبات تكليف على المدعي بإقامة البينة على صحة دعواه، والبينة هي إقامة الدليل أمام القضاء، والتي من خلالها يستطيع المدعي

(1) ينظر بهذا الخصوص نص المادة(7) من قانون الأثبات العراقي التي نصت على إنه ((اولا - البينة على من ادعى واليمين على من أنكر. ثانياً - المدعي هو من يتمسك بخلاف الظاهر، والمنكر هو من يتمسك بإبقاء الأصل)). وينظر. د. السنهوري، الوسيط، ج2، مصدر سابق، ص77.

(2) د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الأثبات في المواد المدنية والتجارية، ط1، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص34.

(3) آدم وهيب النداوي، شرح قانون البينات والأجراء الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998، ص56. نبيل إبراهيم سعد، الأثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص66. سليمان مرقس، أصول الأثبات في المواد المدنية، ج1، ط2، المطبعة العالمية، مصر، 1953، ص85.

(4) هذه المادة مقتبسة من الفقه الإسلامي وبالتحديد المادتين (76_77) من مجلة الأحكام العدلية، حيث نصت المادة (76) على إنه ((البينة للمدعي واليمين على من أنكر)). كما جاء في المادة(77) ((البينة لاثبات خلاف الظاهر واليمين لبقاء الأصل)). ينظر: علي حيدر، مصدر سابق، ص68.

إثبات عكس ما هو ثابت لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه، فإذا عجز المدعي عن تقديم البينة التي يبني على أساسها الحكم، يوجه القاضي اليمين للمدعى عليه بناءً على طلب المدعي.

كذلك الحال في التشريع المصري يقع عبء الأثبات على عاتق المدعي، حيث جاء في المادة الأولى من قانون الأثبات المصري رقم (25) لسنة 1968 التي نصت على إنه ((على الدائن إثبات الإلتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه))⁽¹⁾. فهذا النص يدل بصورة واضحة وصريحة على أن المدعي يقع عليه عبء إثبات الدعوى أمام القضاء لأنه يتمسك بخلاف الظاهر. وإذا نظرنا إلى اختلاف جنس المعقود عليه من حيث عبء الأثبات، فهو قد يكون على المدعي الذي تضرر نتيجة اختلاف جنس الشيء الذي رغب بالحصول عليه، ويكلف المدعي عليه بأثبات أن المعقود عليه من نفس الجنس الذي تم الإتفاق عليه في العقد المبرم بينهما، وبعبارة أخرى يثبت بأن الشيء من ذات الجنس الذي طلبه المدعي ولم يكن هناك اختلاف في جنس محل العقد⁽²⁾.

والجدير بالذكر أن عبء الأثبات لا يعد من النظام العام حيث ينتقل عبء الأثبات من المدعي إلى المدعى عليه فيتوزع الأثبات عليهم، فإذا قدم المدعي دليلاً ليثبت به تغيير ذاتية المعقود عليه فيكون من جنس آخر غير المتفق عليه سواء حصل هذا الإختلاف بفعل المدعى عليه أو أي سبب آخر، عندئذ يكون للطرف الآخر أن يدحض هذا الدليل بدليل آخر لا يقل عنه قوة، فالمدعى عليه لا يقف موقفاً سلباً في الأثبات، بل يمكنه أن لا ينتظر إثبات دائنه حصول اختلاف في جنس المعقود عليه بأثبات عكس ذلك، وهنا ينتقل عبء الأثبات استناداً إلى قاعدة (عدم انفراد أحد الطرفين بتقديم الأدلة في الأثبات) أو قاعدة (توزيع عبء الأثبات)⁽³⁾، وهكذا يتناوب الطرفان إثبات ما يدعيه، ومن محصلة أدلة الطرفين يكون القاضي عقيدته من خلال هذا الانتقال في الأثبات إستنتاج الأدلة لكي يتوصل إلى الحكم العادل وبذلك سيكون بعيداً عن مطرقة النقص، كما يستخلص القاضي إثبات اختلاف جنس المعقود عليه من خلال الظروف الملازمة التي تحيط بالدعوى أو من خلال وقائع القضية، فتتحمل المحكمة عبء إثبات اختلاف جنس المعقود عليه⁽⁴⁾.

(1) ونصت على ذلك أيضاً المادة (389) من القانون المدني المصري التي نصت على إنه ((على الدائن إثبات الإلتزام، وعلى المدين إثبات التخلص منه)).

(2) د. هدى زوزو، عبء الأثبات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة محمد خضير، الجزائر، ط1، ص161.

(3) د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون الأثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص70.

(4) المحامي حسين المؤمن، موسوعة نظرية الأثبات، (القواعد العامة، الإقرار، اليمين)، ج1، مطبعة الفجر، بيروت، 1977، ص210.

وإذا تمعنا جيداً في المواقف التشريعية، نجد أن عبء إثبات اختلاف جنس المعقود عليه في القانون الفرنسي يقع على عاتق المدعي، فقد نصت المادة (1315) من القانون المدني الفرنسي على إنه ((من يطالب بتنفيذ الإلتزام يجب عليه إثباته، وكذلك من يدعي التخلص من إلتزامه يجب عليه أن يثبت الوفاء به أو أن يثبت الوقاية التي أدت إلى إنقضائه)). يفهم من هذه المادة أن القانون الفرنسي بين المكلف بالإثبات، فالمدعي بتنفيذ الإلتزام على أتم وجه من خلال مطابقة المعقود عليه لما متفق عليه، عليه إثبات وجود التصرف بين المتعاقدين، ومن يدعي وجود إختلاف في ماهية محل العقد عليه إثبات ذلك، إلا إن ما يلاحظ على هذه المادة لم تبين الأجراء الواجب اتخاذه في حالة عجز المدعي عن الإثبات، فلم تشر إلى حق المدعي في توجيه اليمين للمدعى عليه عند عجزه عن إثبات دعواه⁽¹⁾.

والجدير بالذكر أن قانون الأثبات المصري لم ينص بصورة صريحة على أن الأصل براءة الذمة، فلم نجد نصاً يشير إلى ذلك، إلا أن أحكام القضاء المصري تواترت على الأخذ بهذا المبدأ، حيث جاء في إحدى قرارات محكمة النقض المصرية ((لما كان الأصل هو براءة الذمة وانشغالها عارض، فإن الأثبات يقع على عاتق من يدعي ما يخالف الثابت أصلاً، مدعيًا كان أو مدعى عليه))⁽²⁾. يفهم من هذا القرار بأن عبء الإثبات واجب قانوني يقع على عاتق المدعي، وفي حالة عجزه عن إثبات دعواه ينتقل إلى المدعى عليه، فلا يوجد فرق بين من رفع الدعوى، ومن رفعت ضده الدعوى.

وقد درج القضاء الفرنسي على ما تبين الإشارة إليه، من خلال تكليف المدعي بأثبات اختلاف جنس المعقود عليه، حيث جاء في إحدى قرارات محكمة النقض الفرنسية وتتلخص وقائع هذا القرار بأبرام عقد بيع شتلات من التفاح بين المزارع وصاحب المشتل إلا إنه بعد مرور فترة تبين أن هذه الأشجار تختلف عن الأشجار المتفق عليها، فعندما طالب المشتري بالتعويض عن عدم المطابقة المبيع لما أتفق عليه في العقد، كلفت المحكمة المدعي (المشتري) بأثبات دعواه، أي إثبات حصول عدم مطابقة المبيع للجنس المسمى بالعقد، ففضت له المحكمة بالتعويض بعد إثبات عدم تنفيذ البائع لإلتزامه من خلال عدم تسليم ذات المبيع المسمى بالعقد⁽³⁾.

(1) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، ج2، مصدر سابق، ص67 وما بعدها.

(2) قرار محكمة النقض المصرية رقم (242) الصادر في 2001/4/18 ، أشار إليه د. همام محمد محمود وآخرون، النظرية العامة للأثبات في المواد المدنية والتجارية، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان بيروت، 2010، ص88.

(3) Cass.1civ.24.nov.1993,just.p.c.,ed.E.1994.II,593,note,L.Levenuer,dans,le,sens

وخلاصة القول يتبين لنا مما تقدم من خلال عرض موقف التشريعات محل المقارنة بالنسبة لعبء إثبات اختلاف جنس المعقود عليه، أن عبء الأثبات يقع على عاتق المدعي وفق القواعد العامة في الأثبات، إذ يستطيع المدعي إثبات ذلك من خلال الأدلة المقدمة من قبله والتي يستنبطها من ظروف الدعوى.

الفرع الثاني

أدلة إثبات اختلاف جنس المعقود عليه

عندما يقوم نزاع بين المتخاصمين فيدعي أحدهما أن المعقود عليه الذي تراضيا عليه من جنس معين، ويدعي الطرف الآخر بأنه من جنس آخر ولم يتصرف به تصرفاً يزيل ذاتيته أو إخفاء معالمه بل هو ذات الشيء المتفق عليه فلا يوجد هناك اختلاف في جنس المعقود عليه وهذا هو الأصل الذي يتطلب إثبات ما يخالفه بوسائل الأثبات المقررة شرعاً وقانوناً، لهذا نسعى إلى بيان أدلة إثبات اختلاف جنس المعقود عليه في الفقه الإسلامي (أولاً) وفي القانون (ثانياً).

أولاً_ موقف الفقه الإسلامي من أدلة الإثبات

يراد بأدلة الأثبات الحجج الشرعية التي يقدمها الخصوم أمام القضاء عند نظر الخصومة لأثبات دعوى المدعي أو دفع المدعى عليه لهذه الدعوى (1). وأطلق فقهاء المسلمين على أدلة الأثبات مصطلح البيّنات استدلالاً بقوله تعالى: ((وَلَقَدْ آتَيْنَا مُوسَى الْكِتَابَ وَقَفَّيْنَا مِنْ بَعْدِهِ بِالرُّسُلِ ۖ وَآتَيْنَا عِيسَى ابْنَ مَرْيَمَ الْبَيِّنَاتِ وَأَيَّدْنَاهُ بِرُوحِ الْقُدُسِ ۖ أَفَكُلَّمَا جَاءَكُمْ رَسُولٌ بِمَا لَا تَهْوَى أَنْفُسُكُمْ اسْتَكْبَرْتُمْ فَفَرِيقًا كَذَّبْتُمْ وَفَرِيقًا تَقْتُلُونَ)) (2)، يفهم من النص القرآني أن البيّنات تعني المعجزات الواضحات كالأخبار بالمغيبات وأحياء الموتى (3).

وقد ورد مصطلح البيّنات في آيات قرآنية كثيرة (4)، كما ورد في قول الرسول (صل الله عليه وآله وسلم) ((البيّنات على من ادعى واليمين على من انكر)) (5)، فمن خلال هذه النصوص

(1) د. أحمد فراج حسين، أدلة الأثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2004، ص13.

(2) سورة البقرة: آية 92

(3) الشيخ أبا علي الفضل بن الحسن الطبرسي، تفسير جوامع الجامع، ج1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، ط2، 1423 هـ، ص125.

(4) سورة المجادلة: آية3. سورة البقرة: آية99. سورة آل عمران: آية105. سورة مريم: آية73.

(5) محمد الزحيلي، مصدر سابق، ص545.

الشرعية لا يفهم من البيينة إنها تقتصر على دليل معين من أدلة الأثبات، وأما جاءت بلفظ عام تشمل كل ما يثبت به الحق، فلا تقتصر على نوع معين من الأدلة.

وقد اختلف الفقهاء المسلمين في مفهوم البيينة، فذهب فقهاء الشافعية والحنفية بأن المراد بالبيينة هي شهادة الشهود ولا ينصرف معناها إلى أدلة الأثبات الأخرى، ويستندون في قولهم على النصوص الشرعية والتي جاء فيها بأن البيينة جاءت بمعنى الشهادة، كما جاء في المادة (1676) من مجلة الأحكام العدلية التي نصت على إنه (البيينة هي الحجة القوية). يفهم من هذا التعريف أن البيينة يراد بها الحجة التي تشمل جميع أدلة الأثبات منها الشهادة والإقرار واليمين، إلا أن ما يلاحظ على النص المذكور ورد فيه مصطلح (القوية) فورود مثل هكذا لفظ يعني فصل التعريف، فيقتصر معنى البيينة على الشهادة دون سواها لأن الحق يتبين من خلال شهادة الشهود ولأن الأغلب في الأثبات يتم عن طريق الشهادة لوقوع البيان بشهادتهم ولرفع الأشكال بقول الشهود، وتخرج من ذلك اليمين والإقرار والكتابة والقرائن⁽¹⁾، أما جمهور الفقهاء فذهبوا إلى أن البيينة هي الحجة والدليل فتصدق على كل ما يبين الحق ويظهره، فلا يقتصر معناها على الشهادة فقط⁽²⁾، ونحن نميل إلى رأي جمهور الفقهاء بأن البيينات لا تقتصر على دليل معين من أدلة الأثبات، فهي الحجة و البرهان والدليل الذي يبين الحق ويظهره.

ومما يبرهن على الفهم المذكور إذا رفع المدعي دعواه بحصول اختلاف في جنس المعقود عليه، فإن القاضي بعد أن يطلب من المدعي بيان دعواه، يسأل المدعي عليه فيما إذا كان يقر بدعوى المدعي من عدمه، فإذا أقر بأن المعقود عليه تغير جنسه أو إنه غير ما تم الإتفاق عليه حكم القاضي بما إدعاه المدعي، وإذا أنكر المدعي عليه إدعاء المدعي طلب القاضي من المدعي أن يقدم بينته لأثبات وجود اختلاف في جنس المعقود عليه، فيستطيع إثبات ذلك من خلال شهادة شهود الأثبات أو أي دليل اثبات آخر، فوسيلة إثبات اختلاف الجنس الذي يدعيه المدعي قد تكون بإقرار المدعي عليه أو بيينة المدعي، فإذا كان لأحدهما بيينة حكم بها القاضي، وقضى لمن معه البيينة لأن البيينة أقوى من الدعوى المجردة، أما إذا لم يقر المدعي عليه بإدعاء المدعي وعجز الأخير عن إثبات صحة دعواه بوجود اختلاف في جنس الشيء محل الأثبات، عرض عليه القاضي حق تحليف المدعي عليه اليمين، فإن طلب المدعي توجيه اليمين لخصمه وتقدم المدعي عليه لأداء اليمين ترد دعوى المدعي بوجود اختلاف في جنس المعقود عليه أما إذا نكل المدعي

(1) علي حيدر، مصدر سابق، ص294.

(2) د. أحمد فتحي بهنسي، نظرية الأثبات في الفقه الإسلامي الجنائي، ط1، بدون مكان وسنة طبع، ص168 وما بعدها.

عليه اليمين التي طلب المدعي توجيهها لخصمه حكم للمدعي بما طلب في عريضة دعواه، أي ثبت وجود اختلاف في جنس موضوع النزاع (1).

فإذا اختلف البائع والمشتري على جنس المعقود عليه، بأن يقول البائع بعنك شيء من جنس معين، وقال المشتري بل اشتريت منك هذا، حيث أشار كلاهما إلى مبيع من جنس مختلف ولا بينة لأحدهما، فذهب جمهور الفقهاء (2) من الحنفية، والمالكية، والشافعية، وبعض الحنابلة، إلى أن المتعاقدين يتحالفان لأن كل واحد منهما يدعي عقداً ينكره خصمه ولا يوجد دليل يثبت الإدعاء فلا يبقى سوى اليمين، ويستدل أصحاب هذا القول بحديث ((إذا اختلف المتبايعان تحالفاً وتراداً)) (3)، أي أن اليمين شرع بالنص فعند عدم وجود دليل يثبت اختلاف جنس المبيع، توجه اليمين لكي يصل كل منهما إلى حقه (4)، لأن كل واحد منهما يدعي بأن المعقود عليه من جنس آخر، فيحلف كل منهما على دعوى صاحبه، وأعتبر هؤلاء الفقهاء إن مسألة ثبوت اختلاف الجنس حكمها كاختلاف المتعاقدين في قدر المعقود عليه (5).

أما فقهاء الإمامية (6)، وبعض الحنابلة (7)، ذهبوا إلى أن القول يكون للبائع مع يمينه، فإذا أقام المشتري دعواه يدعي حصول اختلاف في جنس المعقود عليه ولا بينة لديه فله توجيه اليمين للمدعي عليه استدلالاً بالحديث الشريف ((البينة على من ادعى واليمين على من انكر))، فالمشتري يدعي شراء مبيع من جنس معين، والبائع ينكر ذلك، فيجب على المشتري إثبات دعواه بدليل من أدلة الأثبات وخلافه يتوجه باليمين إلى البائع ويعتد بقوله.

ثانياً _ موقف القانون من ادلة الأثبات

إن ما يهمننا في نطاق اختلاف جنس المعقود عليه هو إثبات الخلل الذي يؤدي إلى تغيير ذاتية المعقود عليه، حيث لم يحدد المشرع العراقي والتشريعات المقارنة وسيلة إثبات يستطيع من خلالها المتعاقدين إثبات تخلف ركن العقد، إلا أن الفقه أجمع على أن الأخلال بالالتزام جوهرى من

(1) الكاساني، مصدر سابق، ج5، ص320.

(2) السرخسي، المبسوط، ج13، مصدر سابق، ص44. الزيلعي، ج5، مصدر سابق، ص351. إبراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون، تبصرة الأحكام، ج1، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ط1، 1986م، ص246. الشيرازي، المهذب، ج1، مصدر سابق، ص389. ابن قدامة، المغني، ج4، مصدر سابق، ص290.

(3) أخرجه البيهقي، ج5، مصدر سابق، ص333. محمد بن عيسى بن سورة بن موسى الترمذي، كتاب البوع، المجلد2، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 2000، ص225.

(4) الزيلعي، ج5، مصدر سابق، ص351.

(5) الشيرازي، المهذب، ج1، مصدر سابق، ص389. ابن قدامة، المغني، ج4، مصدر سابق، ص290.

(6) الحر العاملي، ج18، مصدر سابق، ص443. العلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، ج10، مصدر سابق، ص61.

(7) شمس الدين محمد بن مفلح، الفروع، ج4، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2003، ص130.

الالتزامات التعاقدية واقعة مادية يمكن إثباتها بجميع أدلة الإثبات، وتكون للمدعي الذي تضرر من تغيير جنس محل العقد أن يختار الوسيلة الملائمة لإثبات ذلك⁽¹⁾، متى ما كانت هذه الوسيلة من الوسائل المقبولة قانوناً والتي يلجأ إليها أطراف النزاع من أجل إقناع القاضي بصحة الوقائع التي يدعونها والتي من خلالها يستطيع القاضي الوصول إلى أحقية أحد الخصوم على حساب الخصم الآخر، فالذي يدعي وجود اختلاف في جنس المعقود عليه الذي تراضيا عليه، يكلف بتقديم الدليل الذي يمكنه من إقناع القاضي بصحة إدعائه، فلا يستطيع إبتداع وسيلة إثبات لم يعرفها القانون بإعتبارها طريق للإثبات⁽²⁾.

وإذا كان على القاضي مراعاة حق المدعي في تقديم الدليل، فإن لكل طرف في النزاع الحق في إثبات ما يدعيه أمام القضاء بما موجود لديه من أدلة⁽³⁾، فيعد الدليل الكتابي دليلاً لإثبات التصرفات القانونية كونه وسيلة فعالة في المعاملات في الوقت الذي ضعفت فيه الثقة بشهادة الشهود وتطور حركة السلع والخدمات وتشابك العلاقات في مجتمع سادت فيه الغربة وفقدان التعارف، فأصبحت الكتابة تحتل مرتبة متقدمة من بين الأدلة الأخرى، إذ بواسطتها يتحدد حق المتخاصمين تحديداً دقيقاً، دون الحاجة لأتباع دليل اخر.

حيث نصت المادة (22) من قانون الإثبات العراقي على إنه ((أولاً – السندات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في حدود اختصاصه أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره ما لم يتبين تزويرها بالطرق المقررة قانوناً، أما ما ورد على لسان ذوي الشأن من بيانات أو إقرارات فيجوز إثبات عدم صحتها طبقاً لأحكام هذا القانون. ثانياً – تعتبر من قبيل السندات الرسمية، شهادات الجنسية وبراءات الاختراع وأحكام المحاكم وسجلات التسجيل العقاري وما هو في حكم ذلك)). يفهم من هذا النص أن الدليل الكتابي قد يكون محرراً رسمياً أو عادياً وبكلاهما يستطيع المدعي إثبات اختلاف جنس المعقود عليه أو أن موضوع النزاع بالحالة التي كان عليها ولم تتغير ذاتيته.

(1) د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية البيع والأيجار والمقاوله، مصدر سابق، ص134. د. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج3، عقد البيع، بدون مكان طبع، 1995، ص577.
(2) أهتمت القوانين بتنظيم وسائل الإثبات حيث نظم المشرع العراقي أدلة الإثبات في قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979، والمشرع المصري في قانون الأثبات المصري رقم (25) لسنة 1968، والمشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي المعدل، والمشرع الأردني في قانون البيئات رقم (30) لسنة 1952، والمشرع الكويتي نظمها في قانون الأثبات في المواد المدنية والتجارية رقم 39 لسنة 1980.
(3) د. سليمان مرقس، أصول الأثبات في المواد المدنية، ج1، مصدر سابق، ص85. د. نبيل إبراهيم سعد، الأثبات في المواد المدنية والتجارية، مصدر سابق، ص66.

وتقابلها المادة (11) من قانون الإثبات المصري التي نصت على إنه ((المحررات الرسمية حجة على الناس بما دون فيها من أمور قام بها محررها في حدود مهمته أو وقعت من ذوي الشأن في حضوره مالم يتبين تزويدها بالطرق المقررة قانوناً)). وكذلك تنص المادة (1353) من القانون المدني الفرنسي المعدل على إنه ((من يطالب بتنفيذ الالتزام يجب عليه إثباته. وبالمقابل من يدعي إنه بريء يجب عليه أن يثبت ذلك بأثبات الوفاء أو سبب إنقضاء التزامه)).

فمن خلال هذه النصوص القانونية يمكن القول أن المدعي يستطيع إثبات اختلاف جنس موضوع النزاع من خلال الأوراق التي يحصل عليها سواء كانت موجوده لديه منذ إنعقاد العقد، أو حصل عليها فيما بعد، فكل كتابة يصدق عليها وصف الدليل يمكن من خلالها إثبات اختلاف الجنس⁽¹⁾، سواء كانت تلك الكتابة تتمثل بصورة ورقة عرفية أو ورقة رسمية، فلو تنازع المؤجر والمستأجر على موضوع الإيجار، فأدعى المستأجر بأنه أجر محلات لبيع المواد الإنشائية إلا أن المؤجر أنكر هذا الإدعاء ودفع بأن محل عقد الإيجار هو دار سكن، فعند تكليف المدعي بالأثبات فإنه يستطيع إثبات صحة إدعائه من خلال عقد الإيجار الذي أبرمه المتعاقدان والذي يعد ورقة عرفية تقطع دابر النزاع، كما يستطيع المستأجر إثبات ذلك من خلال ورقة رسمية صادرة من جهة مختصة، ففي المثال المتقدم يمكن للمستأجر إثبات ذلك من خلال سند التملك، فعادةً عند إنعقاد العقد يذكر رقم العقار موضوع الإيجار وجنسه، فكل خلاف بين المتعاقدان على جنس العقار يمكن الرجوع إلى قيد العقار لبيان جنسه، وبذلك يستطيع المستأجر إثبات جنس المعقود عليه عن طريق ورقة رسمية تتمثل بصورة القيد العقاري.

وعليه، فإنه يثبت للمدعي الحق في أن يطلب من المدعى عليه أن يسلمه محل العقد تتوافر فيه المواصفات التي رغب الحصول عليها وبالجنس المتفق عليه كونه أمرًا يقتضيه العقد، والمدعى عليه بموجب ذلك يتحمل عبء ضمان اختلاف جنس ذلك المحل، فتبقى ذمته مشغولة بذلك الالتزام حتى يقوم بتنفيذه تنفيذًا سليمًا، أي أن يحصل هذا التنفيذ بما يلائم المضمون الذي التزم به المدين، خاصةً وأن (المتعاقد لا يلتزم إلا بما تضمنه العقد من التزام)⁽²⁾، وبهذا نجد أن مسؤولية المدين الناشئة عن خطئه العقدي مرهونة على مضمون الالتزام وعلى الدائن إثبات ذلك الخطأ، فضلاً عن إثباته وجود مصدر الالتزام.

(1) د. عصام أنور سليم، النظرية العامة للأثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص133.

(2) د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1، مصدر سابق، ص65.

حيث ذهب جانب من الفقه مؤكداً للمعنى المتقدم بقوله: ((ما دام المدعي ملزماً بأثبات وجود الإلتزام فإنه ملزم في الوقت نفسه بأثبات طبيعة الإلتزام وبأثبات حدوده أو مضمونه، إذ بهذا وحده_ ويعني المضمون_ يتميز الإلتزام ويعرف كنهه وطبيعته ومداه))⁽¹⁾. وبصدد تحليل هذا القول نجد أن تحديد مضمون الإلتزام يرتبط بعملية تنفيذ العقد، سواء من ناحية اتصاله بمسؤولية المدين عن عدم تنفيذه للإلتزام، أو من حيث سلامة هذا التنفيذ وصحته الذي يؤدي إلى انقضاء الإلتزام العقدي متى تم بصورته وهيأته المتفق عليها، أي بالملاءمة مع ذلك المضمون⁽²⁾.

وهكذا نجد أن نطاق المسؤولية العقدية يتحدد بالإعتماد على تعيين مضمون الإلتزام العقدي، ويعبر عن ذلك بعض الفقه قائلًا: ((... فإذا وقع إخلال بمضمون الإلتزام نشأ الخطأ العقدي، أما إذا كان المدين في نطاق الدائرة التي رسمت للإلتزامه فلا خطأ ولا مسؤولية عقدية))⁽³⁾. يفهم من ذلك أن مضمون الإلتزام العقدي يحتكم له لتحديد ما إذا كان المدين قد نفذ التزامه بالصورة المثلى من عدمه، دون التمييز بين الإلتزام بتحقيق نتيجة أو الإلتزام ببذل عناية، إذ يكفي لإمكانية القول أن المدين نفذ التزامه تنفيذاً سليماً هو كون التنفيذ قد تلائم أو تطابق مع مضمون العقد⁽⁴⁾، فلو كانت هناك مغايرة في جنس ذلك المضمون، فيعني ذلك عدم تنفيذه لذلك الإلتزام، فمثلاً لو كان الدائن قد اشترط على وكيله لغرض استيفاء الدين لمصلحته أن تكون العملة من جنس معين، فإذا قبض المدين مبلغ الدين ولكنه من عمله أخرى كالدولار مثلاً فمثل هذا التنفيذ للإلتزام يتصف بأنه تنفيذ غير سليم⁽⁵⁾.

كما تلعب الخبرة دوراً كبيراً في إثبات اختلاف الجنس كونها الوسيلة الأكثر فاعلية في معرفة اختلاف جنس المعقود عليه ووقت حصوله، فقد يحدث الاختلاف ويثبت تغيير ماهية العين عن طريق المقارنة بين حالتها قبل الاختلاف وبعده⁽⁶⁾، وقد يستدل على ذلك من خلال طبيعة

(1) د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، مطبعة العزة، بغداد، 2001، ص742.

(2) ينظر في ذلك المادة(1342) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

(3) بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الألتزامات والتقدم في القانون الفرنسي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، ط1، 2009، ص254. وينظر. د. محمود سعد الدين الشريف، مصدر سابق، ص301.

(4) يذكر بعض الفقه بذات المعنى إنه ((يعتبر خطأ أو تقصير يقدر بالاستناد إلى محتوى العقد)) الآن بينابنت، مصدر سابق، ص279.

(5) د. محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2011، ص133.

(6) وبهذا المعنى يقول بعض الفقه ((إن الخطأ يندمج في عدم تنفيذ الإلتزام، وهو ما يجب اثباته باستمرار من جانب الدائن الذي يصل إليه من خلال إجراء المقارنة بين ما هو معهود به أو متفق عليه أو منصوص عليه وبين ما تم أو لم يتم من تنفيذ ليثبت بعد ذلك، ما إذا كان هناك تخلف للتنفيذ أو وجود تنفيذ معيب أو جزئي أو متأخر للإلتزامات المفروضة)). وتعليقنا على هذا القول أن الدائن يكلف بتقديم الدليل لأثبات وجود التزام وحدوده بالمقارنة مع مضمون ذلك الإلتزام، ينظر في ذلك د. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دار النهضة العربية، ط1، 2004، ص18.

العين ذاتها، أو كان الاختلاف راجعاً إلى المادة التي صنعت منها العين موضوع النزاع أو إلى تصميم أجزائها.

وبمقابل ذلك فلم نكتف بعد الخبرة أو الدليل الكتابي بوصفهم وسائل أساسية في إثبات اختلاف جنس المعقود عليه، فيمكن إثباته بأدلة أخرى كالبينة الشخصية والقرينة، حيث أظهرت القرينة أهميتها باعتبارها وسيلة إثبات، فهناك قرائن منها مستندة الوقوع أي مستندة إلى أمر مؤكد وقوعه، ومنها ما هو مستند على أمر غير محقق الوقوع فتكون على وجه تقريبي محتمل، فالقرينة المحققة الوقوع تعد قرينة قانونية يستنبطها المشرع، أما القرينة المحتملة الوقوع تعد قرينة قضائية⁽¹⁾، فلا يتم اللجوء إلى القرينة بنوعها إلا إذا عجز من لجأ إليها لأثبات دعواه بدليل آخر، فضلاً عن ذلك أن القاضي لا يعتمد عليها إلا في حالة عجز الخصم عن إثبات عكسها⁽²⁾، وفي هذا المعنى ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في قرار لها إلى إنه ((إذا ثبت للمحكمة من التحقيقات التي أجرتها عدم إخلال المدعى عليه/ إضافة لوظيفته بالتزامه التعاقدى بعد أن تبين أن المواد المجهزة لم تكن مطابقة لمضمون العقد وبالتالي يعد المدعى مخالفاً بالتزامه وليس له المطالبة بفسخ العقد))⁽³⁾. يفهم من هذا القرار أن المحكمة تتوصل إلى الحكم بدعوى ما من خلال التحقيقات التي تجريها والتي بدورها تعد قرينة على صحة الادعاء من عدمه.

نستنتج مما تقدم أن اختلاف جنس المعقود عليه يمكن إثباته بكافة أدلة الأثبات المقررة قانوناً ويكون للمدعي أن يختار الوسيلة الملائمة لإثبات صحة إدعائه بوجود اختلاف في جنس المعقود عليه.

(1) مهدي صالح محمد أمين ، أدلة القانون غير المباشرة ، مطبعة أوفسيت الشرق ، بغداد، 1987، ص154.
(2) د. آدم وهيب الندوي ، الموجز في قانون الأثبات، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، 1990، ص166.

(3) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم، 2720، / الهيئة الاستئنافية منقول/ 2014 / في 2014/11/30 مجموعة القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، للأعوام 2011، 2012، 2013، 2014، 2015، مكتبة السنهوري، بيروت، 2016، ص237.

المطلب الثاني

تطبيقات اختلاف جنس المعقود عليه

إنّ عدم تبني المشرع لموضوع قانوني والإحاطة بتفاصيله بشكل واضح، لا يعني عدم وجود تطبيقات له سواء كانت بشكل نصوص قانونية أو قرارات قضائية، فهناك تطبيقات تجسد فكرة الاختلاف في جنس المعقود عليه، وفي نصوص قانونية متناثرة، ونهدف في هذا المبحث لإيراد تطبيقات اختلاف جنس المعقود عليه من خلال التشريعات المختلفة ومن أبرزها موقف القانون المدني العراقي من تطبيقات اختلاف جنس المعقود عليه، وببحث إمكانية تأصيل هذه التطبيقات كقاعدة عامة في التشريع المدني العراقي.

لهذا يتطلب الأمر بيان التطبيقات التشريعية لاختلاف جنس المعقود عليه، ومن ثم بيان التطبيقات القضائية التي نلتبس حصولها في سوح القضاء، وذلك من خلال فرعين نبيين في الفرع الأول التطبيقات التشريعية، ونتكلم في الفرع الثاني عن التطبيقات القضائية.

الفرع الأول

التطبيقات التشريعية لاختلاف جنس المعقود عليه

ذكرنا فيما سبق وبالتحديد في تعريف إختلاف جنس المعقود عليه هناك نصوص قانونية عديدة تكون فيها بؤادر الاستنتاج على درجة كبيرة من الوضوح تنفي كل شك حول عدم إمكانية تغيير ذاتية العين المعقود عليها، فهناك عدد من التطبيقات التشريعية بصدد هذا الموضوع نجد ملامحها بصورة جلية في عقد البيع وفي عقد الحوالة وفي خيار التعيين.

أولاً:- اختلاف الجنس في عقد البيع

من الالتزامات التي يقتضيها عقد البيع باعتباره عقدًا ناقلاً للملكية يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع إلى المشتري، وهذا النقل لا جدوى منه بالنسبة إلى الأخير إذا لم يتضمن تسليمه ذات العين المباعة لكي يتمكن من حيازتها والاستفادة منها، فلم ينجز التزامه بشكل سليم عند تسليمه المبيع على غير حالته المتفق عليها، فإذا لم يبين العقد حالة المبيع وقت التعاقد وجب اتباع القواعد العامة في محل العقد.

وإن القانون المدني العراقي لم يرد فيه نصا يبين الحالة التي يسلم فيها المبيع، إذ إنه ترك الأمر لحكم القواعد العامة التي تستوجب بقاء المبيع على الحالة نفسها التي كان عليها عند إبرام العقد، وإن تسليمه للمشتري يجب أن يكون بتلك الحالة⁽¹⁾، فلا يستطيع البائع إن يغيّر جنس العين المبيعة أو استبدالها بغيرها ولا إجبار المشتري على تسلمها ولو كان هذا الشيء ذا قيمة أعلى من المبيع المتفق عليه، فلا يمكن للبائع إلزام المشتري بقبول بضاعة من جنس مختلف حتى لو كانت تفوق البضاعة المتفق عليها في الجودة والقيمة، إذ إن على البائع ألا يحدث أي تغيير في جنس العين المبيعة بل يلتزم بالمحافظة على ذاتيتها التي كانت عليها منذ وقت نشوء الالتزام إلى حين تمامه، لأن التزامه بمراعاة جنس المبيع يعد التزاماً بنتيجة، وإن إخلاله بذلك يجعله ملزماً بتعويض المشتري مع إعطاء الأخير الحق بفسخ العقد إن كان تغيير ذاتية المبيع سببه البائع⁽²⁾، أما إذا كان سبب تخلف جنس العين المبيعة سبب أجنبي لا يد للبائع فيه يعد عقد البيع منفسخاً بحكم القانون لاستحالة تنفيذه، لأن المبيع شيء قيمي وتغيرت ذاتيته بسبب خارجي⁽³⁾، ويترتب على ذلك إعادة المتعاقدان إلى ما كان عليه وقت التعاقد، فيعاد المبيع للبائع إن كان قد استلمه المشتري، ويعاد الثمن للمشتري إن سلمه للبائع.

ويوجد رأي فقهي يذهب إلى أن المشرع العراقي لم ينص على إلزام البائع بتسليم المبيع بحالته المتفق عليها وقت العقد، ضمن قواعد محل العقد وإنما ما تقدم بيانه يعد أمراً بديهياً من

(1) وقد أورد المشرع العراقي نصوص قانونية يفهم منها وجوب أن يكون المعقود عليه بالحالة المتفق عليها وقت العقد، حيث نصت المادة (742) من القانون المدني العراقي على أنه : ((على المؤجر بعد قبضه الاجر المسمى المشروط تعجيله، أن يسلم المأجور للمستأجر بالحالة التي عليها وقت العقد فان كانت قد تغيرت بفعله أو بفعل غيره تغييراً يخل بالمنفعة المقصودة فالمستأجر مخيراً إن شاء قبله وإن شاء فسخ الإجارة)). يفهم من هذه المادة أنه لا بد من بقاء المأجور على حالته دون أي تغيير في ماهيتها. وكذلك المادة (753) من القانون نفسه نصت على أن ((1 - لا يجوز المؤجر أن يتعرض للمستأجر في استيفائه المنفعة مدة الإجارة، ولا أن يحدث في المأجور تغييراً يمنع من الانتفاع به أو يخل بالمنفعة المعقود عليها)). كما جاء بالمعنى نفسه نص المادة(17) من قانون إيجار العقار رقم 87 لسنة 1979 المعدل التي نصت على انه ((...4_ إذا أحدث المستأجر تغييراً جوهرياً في المأجور دون موافقة المؤجر التحريرية)). فهذه المواد تشير إلى ضرورة بقاء المعقود عليه بحالته المتفق عليها دون تغيير في ماهيتها.

(2) ينظر في ذلك نص المادة(2/547) من القانون المدني العراقي التي نصت ((2 - على أنه اذا كان هلاك المبيع أو نقص قيمته قبل التسليم قد حدث بفعل المشتري أو بفعل البائع وجب دفع الثمن كاملاً في الحالة الاولى، والزام البائع بالتعويض في الحالة الثانية)). وفي هذا الشأن جاء قرار لمحكمة التمييز الاتحادية قضت فيه ((لدى التدقيق والمداولة - تبين ان الحكم المميز بالنظر لما استندت إليه من اسباب موافقة للقانون لأن المبيع إذا هلك في يد البائع قبل أن يقبضه المشتري يهلك على البائع ولا شيء على المشتري حسب احكام المادة(547) من القانون المدني (0000)) ينظر قرارها المرقم 883 /حقوقية/ 1967، منشور في قضاء محكمة تمييز العراق ، تصدر عن المكتب الفني في محكمة تمييز العراق ، المجلد الأول ، القرارات الصادرة سنة 1966، ص345 وما بعدها.

(3) المادة (1/179) من القانون المدني العراقي، المادة (159) من القانون المدني المصري، المادة(1/1231) من القانون المدني الفرنسي.

بديهيات القانون، ويضيف هؤلاء أن تغير ذاتية العين المبيعة تعد بحكم الهالكة بالنسبة للبائع والمشتري⁽¹⁾، خلافاً للمشرع المصري الذي جاء حكمه واضحاً، حيث نصت المادة (431) من القانون المدني المصري على أن ((يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت العقد)). يفهم من هذه المادة لكي يقوم البائع بتنفيذ التزامه بتسليم المبيع بحالته المتفق عليها، لا بد من المحافظة عليها دون حدوث أي تغيير من شأنه أن يفقدها ذاتيتها وأغلب منافعها، فتغيير ماهية العين يعد اخلاً بالتزام المحافظة عليها، وإن حصل ذلك بسبب حادث فجائي أو قوة قاهرة، فلو كان المبيع دار سكن وهدمت بسبب الحرب الطاحنة ففقدت ذاتيتها وأصبحت بجنس مختلف (عرصة) بعد إن كانت من جنس معين (دار مبنية)، فالبيع في الحالة هذه وإن لم يترتب أثراً باعتباره لم يكتسب الشكلية القانونية⁽²⁾، ألا إن البائع يكون مسؤولاً عن تغيير ذاتية المعقود عليه لأن التزامه بتسليم المبيع بالحالة المتفق عليها هو التزام بنتيجة، ومن ثم يعد البائع مخالفاً بهذا الالتزام ولو كان عدم الحصول عليه راجعاً إلى سبب أجنبي⁽³⁾، ويعلل الفقه المصري ذلك بأن فقدان ذاتية المبيع تعتبر بحكم الهلاك، فتسري على تغير جنس المبيع أحكام الهلاك التي تدور مع التسليم وجوداً وعدمًا، فإذا كانت مسؤولية الهلاك قبل التسليم تكون على البائع فمن باب أولى يسأل عن فقدان ذاتيته وأغلب منفعه، أما إذا تخلف جنس المبيع بفعل البائع جاز للمشتري المطالبة بالتعويض إضافة لحقه بفسخ العقد.

وفي ذات السياق ذهب القانون المدني الفرنسي، حيث نصت المادة(1614) منه على أنه ((يجب تسليم المبيع بحالته التي كان عليها وقت البيع....)). حيث يلتزم البائع بتسليم المبيع المعين بذاته بحالته المتفق عليها دون أي تغيير في ذاتيتها وأن التزامه هذا لا يشترط في تحقيق النتيجة المرجوة بل يقتصر على بذل العناية اللازمة من أجل المحافظة على المبيع دون أن يفقد ذاتيته، فيعفى من المسؤولية متى ما بذل العناية المطلوبة، ومما يبرهن على ذلك أن حصول تغيير في جنس المبيع بفعل البائع يجعله معرضاً للمسؤولية، لأنه لم يبذل العناية اللازمة في سبيل المحافظة على المبيع، وفي هذا المعنى ذهب القضاء الفرنسي في إحدى قراراته إلى ((إن قيام

(1) د. علي شاكر البدري، مصدر سابق، ص164، هامش1. د. عباس الصراف، شرح عقدي البيع والإيجار في القانون العراقي، مطبعة الأهالي، بغداد، 1956، ص469.

(2) يراد بالشكلية القانونية تلك الشكلية التي يستلزمها المشرع والتي تنقل التصرف من الرضائية إلى الشكلية وفي بعض التصرفات القانونية بخلاف الشكلية الاتفاقية التي تترك لمشئته وإرادة الأطراف فلا يفرضها المشرع بل يتفق الأفراد على ضرورة إتيان تصرفهم في شكل محدد يتفقون عليه مقدماً. ينظر، د. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، القاهرة، بدون طبعة، 1992، ص32. د. وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية في العقود، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) على الرابط التالي <https://www.google.com/url> تاريخ الزيارة 2021/6/8.

(3) نصت المادة (437) من القانون المدني المصري على ان (إذا هلك المبيع قبل التسليم لسبب لا يد للبائع فيه، أنفسخ البيع واسترد المشتري الثمن إلا إذا كان الهلاك بعد إعدار المشتري لتسليم المبيع).

البائع بفصل الديكورات الخشبية المندمجة في العقار المبيع، أمر غير جائز وعليه أن يقوم بتسليمها مع العقار⁽¹⁾. يستنتج من هذا القرار أن البائع ملزم بتسليم المبيع بالحالة المتفق عليها فإزالة الخشب من العقار يجعل منه فاقداً لذاتيته خاصة وأن العقارات في ظل التطور الذي يشهده العالم تبنى من الخشب فعند فصله من العقار يجعل المبيع بجنس مختلف فبعد إن كان مبني من الخشب أصبح البناء منعدم الوجود.

كما نلتمس بوادِر إختلاف الجنس في البيع على وفق نموذج، باعتباره إحدى طرق تعيين محل عقد البيع، ويراد به تراضي المتعاقدين على مطابقة المعقود عليه للنموذج ومعرفة ما إذا كان البائع قد قام بتنفيذ التزامه طبقاً للنموذج، بما يتفق وجنس ووصف ونوع المعقود عليه وجودته الذي سبق وإن ارتضاه المتعاقدين، كما أن البيع بالنموذج يغني المشتري عن رؤية المبيع لأن النموذج يقوم مقام الرؤية ويأخذ حكمها فيعد بحكم من عرض عليه المبيع وعائنه بالرؤية⁽²⁾ إذ يكفي لحصول علم المتعاقد الحقيقي بالمبيع رؤية نمودجه .

ففي هذا الصدد نجد الاتفاق على تحديد جنس المعقود عليه عن طريق النموذج يتم عندما لا يكون المبيع موجوداً في مجلس العقد، وينطبق هذا النوع من البيوع على الأموال المثلية التي تتفاوت أحادها كالحنطة وال فول وبقية أنواع المكيلات وكذلك الأقمشة وأنواعها أو الحديد والنحاس، فيتم التعاقد من خلال إلزام البائع بتقديم عينة مطابقة للنموذج، كما لو عرض نمودجاً قطعة من قماش، على أن يكون المبيع ذات العينة المتفق عليها والتي رآها المشتري⁽³⁾.

فقد نصت المادة (518) من القانون المدني العراقي بشأن بيع النموذج ((1 – الأشياء التي تباع على مقتضى نمودجها تكفي رؤية النموذج منها، فإن ثبت أن المبيع دون النموذج الذي إشتري مقتضاه كان المشتري مخيراً بين قبوله بالثمن المسمى أو رده بفسخ البيع. 2 – فإذا تعيب النموذج أو هلك في يد أحد المتعاقدين، ولو دون خطأ منه، كان على هذا التعاقد بحسب ما يكون بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الأشياء مطابقة للنموذج أو غير مطابقة له)) يفهم من هذه المادة أن ظهر لدى الرؤية إن المبيع مطابقاً للنموذج جنساً ووصفاً كان العقد ملزماً للطرفين، أما إذا ظهر عدم مطابقة المبيع للنموذج فالمشرع العراقي أعطى للمشتري الخيار فله إما الاحتفاظ بالمبيع على الرغم من عدم المطابقة وبكامل ثمنه، أو رد المبيع مع استرداده للثمن المتفق عليه دون

(1) Henri, Leon et Jean Mazeaud. Op. Cit, N0133., p763.

(2) عبدالعزيز عامر، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1967، ص49. والانموذج مقدار صغير من بضاعة مماثلة يقدمها البائع للمشتري لكي يحيطه علماً بطبيعة المبيع وصفته. ينظر د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، مصدر سابق، ص70.

(3) محمد يوسف الزعبي، شرح عقد البيع في القانون المدني، العقود المسماة، دار الثقافة، ط1، 2006، ص57.

الإخلال بحقه في المطالبة بالتعويض وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية وذلك لإخلال البائع بالتزامه نتيجة عدم تقديم مبيع بذات الجنس المتفق عليه⁽¹⁾.

وهناك رأي فقهي يذهب إلى أن البيع على شكل نموذج يعد تنفيذاً معيماً للعقد، أي أن جنس المبيع يختلف عن الجنس المحدد في العقد والمتفق عليها في الانموذج، فإن كان البائع قد سلم مبيعاً خلافاً لما متفق عليه كان للمشتري رفض حق رفض المبيع⁽²⁾ وإن يطلب فسخ العقد لإخلال المتعاقد بالتزامه، أي تنفيذه تنفيذاً معيماً ويستدل أصحاب هذا الرأي وجهة نظرهم بما ورد في صدر المادة (518) من القانون المدني العراقي عبارة (فإن ثبت أن المبيع دون النموذج)، بمعنى أن المعقود عليه خلافاً لما متفق عليه في الانموذج سواء كان الإختلاف في جنسه أو في وصفه، أي ان جنسه مغاير لجنس الشيء الذي تراضيا عليه وأن مواصفاته أقل من تلك المحددة في العقد والمتفق عليها في الانموذج⁽³⁾.

أما القانون المدني المصري، فإن المادة (420) منه نصت على انه ((1-إذا كان البيع بالعينة وجب أن يكون المبيع مطابقاً لها . 2- وإذا تلفت العينة أو هلكت في يد أحد المتعاقدين ولو دون خطأ، كان على المتعاقد بائعاً أو مشترياً أن يثبت أن الشيء مطابقاً للعينة أو غير مطابق)). يفهم من المادة أعلاه أن المشرع المصري جاء بحكم مخالف للقانون المدني العراقي حيث ألزم بأن يكون المبيع مطابقاً للعينة مطابقة تامة، ويبقى البائع مسؤولاً عن عدم مطابقة المبيع للعينة⁽⁴⁾،

(1) وفي هذا الشأن ينظر قرار محكمة التمييز الاتحادية الذي جاء فيه ((تعد الاشياء مثلية اذا كان الوفاء بها يتم بتقديم ما يماثلها وتعتبر قيمته اذا كان الوفاء بها لا يتم الا بتقديمها عيناً ويكون الشيء مثلياً في احوال وقيماً في احوال بالنسبة لطبيعة الشيء ونية ذوي الشأن والظروف والاحوال)). ينظر، القرار رقم 1375 ج/965 الصادر في 1966/4/20، المنشور في القضاء مجلة حقوقية، العدد الرابع، 196، السنة الحادية والعشرين، ص80، 83. (2) د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، مصدر سابق، ص70. د. نبيل ابراهيم سعد، العقود المسماة، عقد البيع، ج1، مصدر سابق، ص143.

(3) غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1969، ص176. (4) عند التمعن في المادة (420) من القانون المدني المصري نجد المشرع المصري ذكر مصطلح العينة واستعاض عن مصطلح النموذج، الامر الذي أثار نزاع بين الفقه بشأن هذين المصطلحين وهل كلاهما يؤديان نفس المعنى أم هناك فرق بينهما؟ حيث يرى جانب من الفقه أن العينة تختلف عن النموذج فمن يلتزم بعقد على العينة يجب أن يقدم مبيع مطابق للعينة مطابقة تامة، ومن يلتزم بعقد على وفق نموذج فإنه يلتزم بتقديم مبيع يتضمن الصفات التي اشترطها المشتري في النموذج وأن لم تكن هناك مطابقة تامة، د. رمضان أبو السعود، دروس في العقود المسماة، عقد البيع في القانون المصري واللبناني، طبعة 1، بدون سنة طبع، ص83. بينما يرى الفقه الآخر أن كلا المعنيين يؤديان معنى واحد ولا يوجد فارق بين العينة والنموذج. د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، المصدر السابق، ص71. كما ان القضاء المصري قديماً ميز بين البيع على وفق نموذج وبين بيع العينة، وقضى يجب أن يشمل المبيع على العناصر الأساسية التي يقوم عليها النموذج وإن كانت هناك فوارق بين المبيع والنموذج طالما كان المبيع صالحاً للغرض المقصود، أما في البيع على العينة وجب أن تكون المبيع مطابقة للعينة مطابقة تامة، إلا إن القضاء المصري عدل ذلك واصبح لم يميز بين بيع العينة وبيع النموذج ينظر، قرار محكمة النقض المصرية الصادر في 1959/11/21 مذكور لدى د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج4، مصدر سابق، ص204 وما بعدها.

ويكون للمتعاقد عند عدم مطابقة المبيع للعينّة الحق في فسخ العقد مع إمكانية المطالبة بالتعويض أو إجبار البائع على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً بإحضار مبيع مطابق لجنس العينّة مع احتفاظ المشتري بحقه في البقاء على المبيع بما يقابله من الثمن وليس بذات الثمن المتفق عليه، حيث يكون المتعاقد أمام عدّة خيارات في حال عدم مطابقة المبيع لجنس العينّة، وبهذا نرى إن الجزاء الذي وضعه المشرع المصري أكثر دقة وتوفيق من الجزاء الذي وضعه القانون المدني العراقي⁽¹⁾.

أما القانون المدني الفرنسي فلم يرد في نصوصه إشارة إلى مثل هكذا نوع من البيوع⁽²⁾.

ثانياً_ اختلاف الجنس في عقد الحوالة

قد يتحول الالتزام سواء كان حقاً أم ديناً من شخص إلى آخر، من دائن إلى دائن ثان باعتبارها حقاً شخصياً، أو ينتقل من مدين إلى مدين آخر باعتباره ديناً، ويسمى تحويل الالتزام من دائن إلى دائن آخر بحوالة الحق، وتحويله من مدين إلى آخر بحوالة الدين⁽³⁾، ولما كانت الحوالة اتفاقاً بين المحيل والمحال عليه، أي عقداً كانت أركانها وشروطه هما أركان العقد وشروطه بوجه عام، فلا بدّ من تحقق الرضا ووجود محل وسبب، ولا بد أن تتوافر في كل هذه الأركان الثلاثة الشرائط المعروفة.

ففي حوالة الدين يكفي لانعقادها تطابق إرادة المحيل والمحال عليه على محل الحوالة ألا إنها تكون موقوفة على إقرار الدائن فإذا أقرّها نفذت، وإن لم يقرّها بطلت واعتبرت وكأنها لم تكن حتى بين طرفيها⁽⁴⁾، حيث نصت المادة (340) من القانون المدني العراقي ((1 - الحوالة التي تمت بين المحيل والمحال عليه تنعقد موقوفة على قبول المحال له. 2 - وإذا قام المحيل أو المحال عليه بإبلاغ الحوالة للمحال له وحدد له أجلاً معقولاً لا لقبول الحوالة ثم انقضى الأجل دون أن يصدر القبول اعتبر سكوت المحال له رفضاً للحوالة)). يفهم من هذه المادة أن المشرع

(1) د. أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، دار المطبوعات الجامعية، بدون طبعة، 1983، ص 61. د. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقولة في القانون اللبناني، مصدر سابق، ص 133. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط، ج 4، مصدر سابق، ص 135.

(2) حسن علي الذنون، العقود المسماة، مصدر سابق، ص 70.

(3) د. احمد حشمت ابو سنيت، نظرية الالتزام في القانون المدني المصري، مطبعة مصر، القاهرة، 1945، ص 539. د. مصطفى محمد الجمال، أحكام الالتزام، دار الكتب العلمية، 2000، ص 143.

(4) د. عبد القادر الفار، أحكام الالتزام، 2001، بلا مكان طبع، ص 198.

العراقي افترض بأن نية المتعاقدين انصرفت إلى عدم ترتيب الحوالة أثرها إذا لم يقرها الدائن⁽¹⁾، كما لا يعد سكوته إقرار منه بالحوالة لأن ذلك يُعدّ تطبيقاً للقاعدة (لا ينسب لساكت قول)⁽²⁾.

أما حوالة الحق تتعقد عند تراضي المحيل والمحال عليه، أي الدائن الأصلي والدائن الجديد دون الحاجة إلى موافقة المدين الذي في ذمته الحق⁽³⁾، ويعزى السبب في عدم الحاجة إلى موافقة المدين هو أن حلول دائن محل دائن آخر للوفاء بالدين ليس من شأنه الإضرار بالمدين إضراراً يستوجب أخذ الإذن منه لكي تتم الحوالة، ألا إنها لا تكون نافذة في حقه إلا بصدور الرضا منه أو أعلنت له.

وسواء كانت حوالة دين أو حوالة حق فالذي ينتقل بتلك الحوالة هو الالتزام بجميع صفاته وضمائنه ودفعه فلا يمكن إحداث أي تغيير في مضمون العقد، حيث نصت المادة (347) من القانون المدني العراقي ((يتحول الدين على المحال عليه بصفته التي على المحيل فإن كان حالاً تكون الحوالة به حالة وإن كان مؤجلاً تكون مؤجلة)). يُفهم من هذه المادة يحل المحال عليه محل المحل بذات الدين دون تغيير في ذاتيته، فإذا كان الدين يشترط انتقاله بذات الصفة التي كان عليها فيكون من باب أولى أن ينتقل بالجنس المتفق عليه، فلا بدّ أن يكون الدين المحال به مساوياً للمحال عليه في الجنس والصفة والمقدار، ومن ذلك فإنه يجب تماثل الحقيقتين في الجنس أي أن يحيل من عليه ذهب بذهب أما إذا أحال من عليه ذهب بفضة هنا لا تعتبر الحوالة صحيحة لاختلاف الجنس⁽⁴⁾. أما موقف المشرع المصري فلم يشر بشكل صريح إلى انتقال محل الحوالة بالجنس المتفق عليه أو بصفاته وذلك في المادة (307) من القانون المدني المصري التي نصت ((تشمل حوالة الحق ضماناته كالكفالة والامتياز والرهن كما تعتبر شاملة لما حل من فوائد

(1) وقد تتعقد الحوالة الدين باتفاق الدائن والمحال عليه فلا يشترك المدين في انعقادها، بل تتعقد دون موافقته، بل تنفذ في مواجهته وأن لم تصدر منه موافقة، أي تتعقد وتنفذ في حق طرفيها وفي حق المحيل دون الحاجة إلى إقرار منه، ينظر في ذلك نص المادة 341 التي جاء فيها ((يصح عقد الحوالة بين الدائن والمحال عليه، ويلزم المحال عليه بالاداء ولكن ليس له الرجوع على المدين الاصلي إلا إذا أقرّ المدين الحوالة)). وجاء القانون المدني المصري بحكم مشابه لذلك حين نصت المادة (321) من القانون المدني المصري ((تجوز حوالة الدين باتفاق صحيح أو ضمني بين الدائن والمحال عليه)).

(2) د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج2، مصدر سابق، ص268.

(3) وفي هذا الشأن نصت المادة 362 من القانون المدني العراقي ((يجوز للدائن ان يحول الى غيره ما له من حق على مدينه الا اذا حال دون ذلك نص في القانون او اتفاق المتعاقدين او طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون حالة الى رضاه المحال عليه)).

(4) وهذا الحكم مشابه للحكم الذي جاءت به المادة (307) من القانون المدني المصري، والمادة (1216) من القانون المدني الفرنسي.

واقساط)). وتقابلها المادة (1216) من القانون المدني الفرنسي التي نصت ((يجوز للمتعاقد، المحيل، أن ينقل صفته كطرف في العقد إلى الغير المحال له بموافقة المتعاقد الآخر المحال عليه...)). وعند التمعن بنصوص القوانين فلم نجد إشارة صريحة في القانون المصري والفرنسي إلى انتقال الدين بذاته وصفاته كما هو الحال في القانون المدني العراقي إلا أننا نعتقد أن الأثر واحد هو إن عدم التماثل في جنس محل الحوالة يعني عدم صحتها.

ثالثاً_ اختلاف الجنس في خيار التعيين

إذا كان من الواجب على المتعاقدين مراعاة وحدة جنس المعقود عليه وعدم التصرف به تصرفاً يزيل ذاتيته وجعله بحالة مغايرة لحالته السابقة أو استبداله بغيره من جنس مختلف، ففي ذات الوقت لا بدّ من الالتزام بالشروط التي أوجبها المشرع في تصرف قانوني معين، فلا يصح ذلك التصرف إلا إذا كان المعقود عليه مختلف الجنس وهو ما نلتمسه في خيار التعيين الذي يراد به تحديد شيء معين من شيئين أو ثلاثة ورد عليها العقد، كما لو اشترى شخص أو باع شيئين أو ثلاثة على أن يكون له أو للطرف المقابل الحق في تحديد شيء واحد منهما⁽¹⁾. أو أنه يعني إنعقاد العقد على شيئين أو ثلاثة أشياء من القيميات بعد بيان ثمن كل منهما⁽²⁾. ويطلق عليه في الاصطلاح القانوني بأسم الالتزام التخييري، حيث نصت المادة (298) من القانون المدني العراقي على انه ((1 – يصح أن يكون محل الالتزام أحد اشياء قيّمية أو مثليّة من أجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو للدائن. 2 – وإذا أطلق خيار التعيين فهو للمدين، إلا إذا قضى القانون أو اتفق المتعاقدان على أن الخيار يكون للدائن). يفهم من هذه المادة يكون الالتزام تخييرياً إذا كان هناك شيان أو أكثر يصلح كل منهما للوفاء بذلك الالتزام)).

كما نصت المادة (275) من القانون المدني المصري على أنه ((يكون الالتزام تخييرياً إذا شمل محلّه أشياء متعددة تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها، ويكون الخيار للمدين ما لم ينص القانون أو يتفق المتعاقدان على غير ذلك)). يتبين من هذا النص أن المعقود عليه يمكن أن يكون من شيئين أو أكثر ويترك الخيار للدائن أو للمدين في تعيين الشيء، وبذات المعنى نصت المادة (1307) من القانون المدني الفرنسي على أنه ((يعد الالتزام تخييرياً إذا كان موضوعه عدة أدايات وكان تنفيذ احدهما يبرئ ذمة المدين ويكون الاختيار بين الأدايات يعود للمدين وإذا لم تتم ممارسة الاختيار في الوقت المتفق عليه أو في ميعاد معقول، يجوز للطرف الآخر بعد الاعذار أن يمارس هذا الاختيار أو أن يفسخ العقد)). يفهم من النص المذكور أن

(1) د. سليمان مرقس، أحكام الالتزام، مطابع دار النشر للجامعات العربية، 1987، ص365.

(2) منير القاضي، شرح المجلة، ج1، مطبعة السريان والعاني، ط1، 1947، ص299.

الحكم واحد في القوانين المقارنة هو أن ذمة المدين تبرئ من الالتزام متى ما نفذ التزامه بالخيار بين الأشياء المتعددة متى ما كان ذلك في وقت مناسب وإلا فسخ العقد.

وأن الالتزام لم يكن تخييريًا ما لم تتوافر فيه شروط معينة، ومن بينها ضرورة تعدد محل الالتزام، فلا بدّ أن يرد التعيين على أشياء مختلفة يكون لصاحب الخيار الحق في اختيار أحد هذه الأشياء، فأن ورد الالتزام على عدة أشياء وكانت جميعها واجبة الأداء، أو ورد على شيء معين، فلم نكون أمام التزام تخييري بل نكون والحالة هذه أمام التزام موصوف (1)، ولا يهم جنس الأشياء التي يمكن أن تكون محلاً للوفاء بالالتزام، فيصح أن تكون بعض الأشياء المتعددة من المنقولات وبعضها من العقارات وبعضها عملاً أو امتناع عن عمل، أو مبلغ من النقود، وأياً كان جنس تلك الأشياء يجب أن تتوافر فيها الشروط العامة لمحل العقد فلا بدّ من وجود هذه الأشياء أو إمكانية وجودها ومعينة تعييناً نافيًا للجهالة وأن تكون مشروعة وبخلاف ذلك عدّ العقد باطلاً (2)، كما يشترط ذكر ثمن كل شيء من الأشياء محل الالتزام وخلاف ذلك فأن العقد يكون باطلاً لجهالة المحل ولم تشر القوانين الوضعية صراحة على ذكر ثمن كل شيء من الأشياء المتعددة واكتفت بالقواعد العامة في محل عقد البيع التي تعتبر الثمن محل لعقد البيع وينتفي عند تخلف الثمن.

وبما لا يدع مجالاً للشك يجب أن يقع الخيار من قبل الدائن أو المدين على أحد الأشياء المتعددة فقط وليس أكثر من ذلك، فلا يرد على شيئين أو ثلاثة، إذ إن المادة (298) من القانون المدني العراقي أشارت إلى أنه ((...وكان تنفيذ احدهما يبرئ ذمة المدين...)). كما أشارت المادة (275) من القانون المدني المصري إلى أنه ((...تبرأ ذمة المدين براءة تامة إذا أدى واحداً منها...)). وبينت المادة (1307) من القانون المدني الفرنسي ((...وكان تنفيذ أحدهما يبرئ ذمة المدين...)). يفهم من النصوص أعلاه أن الوفاء بالالتزام يكون بشيء واحد وبذلك تبرئ ذمة صاحب الخيار.

ومما ينبغي ذكره يجب أن يكون هناك تفاوت في الأشياء الذي يرد عليها محل الالتزام، فهي إما أن تكون أشياء معينة بذاتها أو أشياء معينة بنوعها. والأشياء المعينة بذاتها تختلف عن بعضها ولا يوجد لها نظائر في الأسواق ولا تقوم مقام البعض في الوفاء. أما الأشياء المعينة بالنوع هي التي لها نظائر في الأسواق وتقوم بعضها مقام البعض في الوفاء، فلا بدّ أن تكون تلك الأشياء مختلفة في جنسها أو في الشروط فيصح أن يكون محل الالتزام ذهباً وفضة، وشيء آخر

(1) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج2، مصدر سابق، ص226.

(2) المادة(128) من القانون المدني العراقي.

أو أن يكون شعير وحنطة ورز وإذا اتحد جنس الأشياء فيجب أن تكون مختلفة في الشروط⁽¹⁾، وهو ما نصت عليه الفقرة الأولى من المادة (298) من القانون المدني العراقي (1 - يصح أن يكون محل الالتزام أحد اشياء قيمية أو مثلية من أجناس مختلفة ويكون الخيار في تعيينه للمدين أو للدائن).

أما المشرع المصري والفرنسي لم يشر صراحة إلى هذا الشرط، واكتفوا بضرورة أن يكون محل الالتزام متعدد الأشياء دون مراعاة اختلاف جنسها، بيد أن هذا الشرط لا يمكن استبعاده في تلك القوانين فلا يمكن إهمال وجود مثل هذا الشرط للقول بوجود خيار التعيين، وعليه يشترط أن يكون هناك تفاوت في جنس الأشياء محل الالتزام للقول بصحة هذا الخيار⁽²⁾.

الفرع الثاني

التطبيقات القضائية لاختلاف جنس المعقود عليه

بعد أن بيّنا التطبيقات القانونية لاختلاف جنس المعقود عليه من خلال التمعن في نصوص القوانين محل البحث والمقارنة، ألا إن النص القانوني يكون ذا فائدة عند تطبيقه في الواقع العملي بشأن المنازعات التي تُثار بين المتعاقدين لذلك يستحسن بنا التحري عن التطبيقات العملية لموضوع البحث والوقوف على الحلول التي يلجأ إليها القضاء والتي تؤدي إلى إطفاء مثل هكذا منازعات بين الافراد، وعلى هذا الأساس يتسنى لنا تحديد هذه التطبيقات والذي كان لها النصيب الأكبر في سوح القضاء وهي اختلاف جنس العقار وقسمة المال الشائع و المقاصة.

أولاً- اختلاف جنس العقار

يمكن ان نلتمس بوادر اختلاف الجنس في العقار في حالتين، اختلاف الجنس قبل نقل ملكية العقار واختلاف الجنس بعد نقل الملكية، فلا بد من إيضاح كل حالة على حده :

1- اختلاف الجنس قبل نقل ملكية العقار

(1) د. حيدر حسين كاظم الشمري، أحكام هلاك المبيع أو تعيينه في خيار التعيين خلال مدة الخيار، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت، العدد الخامس، بدون سنة، ص333.

(2) د. أنور سلطان، احكام الالتزام، دار الفكر العربي، بدون طبعة، 1978، ص233.

إن المشرع العراقي عد بيع العقار أو الحق العيني الوارد عليه عقدًا شكليًا، لا يكفي لانعقاده تراضي الطرفين البائع والمشتري بل لا بدّ من تسجيله في الدائرة المختصة⁽¹⁾، ألا إن العمل في الوقت الحالي يجري بإبرام تعهد خارجي يحدد التزامات المتعاقدين في عقد البيع قبل تسجيله في دائرة التسجيل العقاري باعتباره ناقلاً للملكية بطبيعته، ولكن إذا كان انتقال ملكية العقار من طبيعة العقد إلا إنه ليس من مستلزماته⁽²⁾.

ومن الجدير بالذكر لكي يكون للتعهد اثرًا قانونيًا يعتدّ به فلا بدّ أن يكون بموجب سند معين، وأن يتضمن التعهد بيانات عديدة تصاغ على شكل فقرات يعد أغلبها ضروريًا للاعتداد بها في دائرة التسجيل العقاري و تكون موضع اعتبار بين الطرفين خاصة في حالة حصول نزاع أمام القضاء بعد إبرام ذلك التعهد⁽³⁾، ومن تلك البيانات وصف العقار وصفًا دقيقًا من خلال بيان جنس العقار المباع ورقمه وتسلسله ومساحته بالشكل الذي ينفي عنه الجهالة الفاحشة⁽⁴⁾، وإن يكون المتعهد مالكًا للعقار محل التعهد، ولما كان المتعهد مالكًا للعقار فإنه يستطيع التصرف به تصرفًا فعليًا من شأنه أن يغيّر ذاتية العقار محل التعهد خاصة وأنه غير ملزم بتسليمه للمتعهد اليه، طالما أن التعهد ليس بعقد بيع كونه غير منعقد لإنعدام ركن من أركانه، حيث ذهبت محكمة التمييز الاتحادية في إحدى قراراتها والذي يقضي ((أن بيع العقار خارج دائرة التسجيل العقاري باطل بحكم المادة (508) من القانون المدني وإذا بطل العقد يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد مما تكون دعوى المدعية بإعادة المبلغ الذي دفعته للمدعى عليه لها سند من القانون))⁽⁵⁾.

- (1) المادة(508) من القانون المدني العراقي، المادة(2/3) و المادة(1/203) من قانون التسجيل العقاري.
- (2) د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، مصدر سابق ص21. د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص23، 25.
- (3) د. حبيب عبيد مرزة، التعهد بنقل الملكية او حق التصرف في العقار، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة العاشرة، 2018، ص341.
- (4) ينظر قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية بصفتها التمييزية رقم 219/ت/ح/2011 في 2011/10/26 والذي جاء فيه ((... ولدى عطف النظر على الحكم المميز وجد بأنه صحيح وموافق للقانون لأن التعهد الخارجي المؤرخ في 2006/11/21 المبرم بين الطرفين لم يتم فيه تحديد رقم القطعة التي تم شرائها من البائع أو مساحتها وبالتالي يعتبر المبيع مجهول جهالة فاحشة يتعذر والحالة هذه السير في دعوى التعويض عن فرق البدلين وفق القرار (1198) لسنة 1977 المعدل)). ينظر د. حبيب عبيد مرزة، المصدر السابق، ص354.
- (5) قرار محكمة التمييز الاتحادية المرقم 125/ الهيئة الاستئنافية_ العقار في 2009/2/11 منشور في مجلة التشريع والقضاء، مجلة قانونية فصلية، بغداد، العدد 1، 2011، ص181.

وقد يقتصر أثر التعهد بنقل ملكية العقار على المطالبة بالتعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهدة سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط ولم يحدد المشرع العراقي مقدار التعويض الذي يلتزم به الطرف المخل بالتعهد، إلا إن المشرع تدارك هذا النقص التشريعي بإصدار قرار رقم 1198 الصادر في 1977/11/2 حيث حدد مقدار التعويض بالفرق بين قيمة العقار وقت النكول ومقدار البدل المعين في التعهد، لأن المسؤولية التي يرتبها الإخلال بالتعهد هي مسؤولية تقصيرية وليس عقودية خاصة وأن المشرع استلزم التعويض إذا أخل أحد الطرفين بتعهدة⁽¹⁾.

هذا ويثار تساؤل مفاده ما الحكم في حالة ذكر جنس معين للعقار في مقابلة البيع ثم اتضح أنه من جنس آخر في صورة السجل العقاري؟.

إن التعهد بنقل ملكية العقار وإن كان ليس بعقد بيع بصورته المثلى وذلك لعدم اكتسابه الشكلية القانونية، إلا إن التعهد ذاته يكون غير صحيح في حالة الاختلاف في جنس موضوع التعهد عن جنسه المذكور في الورقة الرسمية مما يؤدي ذلك إلى القول بعدم صحة عقد البيع الخارجي وبالتالي لا يمكن عدّ مقابلة البيع بمثابة التعهد بنقل ملكية العقار، وبهذا يمكن الاستعانة ثانية بقرار محكمة استئناف ميسان الاتحادية في قضية تتلخص وقائعها ((وجود عقد بيع عقار خارجي يتضمن كافة شروط صحته حيث ذكر في مقابلة البيع بأن جنس العقار حصة في عمارة في شارع بغداد/ميسان إلا إن جنس العقار موضوع الدعوى الوارد في إستمارة صورة السجل العقاري كونها تضمنت أنه دار مفرزة منها دكانين بصورة غير رسمية وبالتالي عدّ ذلك من قبيل اختلاف الجنس العقار موضوع الدعوى عن جنسه المذكور في مقابلة البيع الخارجي مما يؤدي على عدم صحة العقد الخارجي ولم يعد من قبيل التعهد بنقل ملكية العقار))⁽²⁾.

أما المشرع المصري⁽³⁾، والفرنسي⁽⁴⁾، عدّ بيع العقار عقداً رضائياً مرتّباً لجميع آثاره والذي ترتب على عاتق البائع واجب المحافظة على العقار المباع بالحالة التي كان عليها وقت

(1) المادة(1127) من القانون المدني العراقي التي نصت على إنه ((التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، إذا اخل أحد الطرفين بتعهدة سواء اشترط التعويض في التعهد أم لم يشترط)).

(2) قرار محكمة استئناف ميسان الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم، 46,2015 الصادر في 2015/4/9.

(3) المواد (418، 428، 431، 435، 439) من القانون المدني المصري.

(4) أوجب القانون الفرنسي تسجيل العقود العقارية بحيث لا يمكن التذرع بها اتجاه الغير إلا بعد تسجيلها، إلا إنها تسري بين المتعاقدين بمجرد العقد دون الحاجة إلى تسجيل، أسعد دياب وطارق زياد، أبحاث في التحرير و التحديد والسجل العقاري، منشورات المكتبة الحديثة، لبنان، 1985، ص12. وهذا ما ايدته المادة (1583) من القانون المدني الفرنسي من خلال تأكيدها على أن الملكية تنتقل للمشتري قانوناً بمجرد الاتفاق على الشيء المباع والثمن، وهذا ما يدل على أن عقد البيع للعين المحددة ينتج آثاره فوراً بمجرد إبرام العقد ودون مراعاة شكل معين، ينظر: مورييس نخله، ج5، مصدر سابق، ص118. وهناك رأي فقهي يذهب إلى أن المشرع الفرنسي لم يشر إلى انتقال ملكية العقار ضمن التزام البائع، ينظر د. محمد كمال مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، ج6، منشأة المعارف، شركة الجلال للطباعة، ص190 وما بعدها.

إبرام العقد وتسليمه إلى المشتري منذ التراضي على العقد فلا يبيح له بعد ذلك التصرف به تصرفاً يغير من ذاتيته وجعله بجنس مغاير لجنسه المتفق عليه، ولكن لا تنتقل ملكية العقار إلا بالتسجيل في الدائرة المختصة⁽¹⁾، حيث قضت محكمة النقض المصرية في إحدى قراراتها (()) للمشتري أن يطلب تنفيذ ما تعهد به البائع من نقل الملكية إليه وذلك عن طريق طلب الحكم بصحة عقد البيع توصلاً إلى تسجيل الحكم الذي يصدر له بما طلب، والذي يجعل في هذه الحالة محل العقد في التسجيل، فإذا ما تمت هذه الإجراءات أصبح مالكاً قانونياً للعقار المبيع، وصار له حق طلب تثبيت ملكيته إذا وجدت منازعة من البائع أو ورثته⁽²⁾ . يفهم من منطوق هذا القرار أن عقد بيع العقار عقد صحيح ويرتب أثراً قبل التسجيل فلا يمكن للبائع بعد ذلك أن يغير جنسه وإلا أعدّ مخالفاً لالتزامه وبالتالي يحق للمشتري طلب فسخ العقد مع التعويض.

وقد يرد سؤال في هذا المنحى هل يمكن تصور حصول اختلاف في جنس العقار بفعل المشتري قبل نقل الملكية؟.

وللإجابة عن ذلك إن القانون المدني العراقي قبل صدور قرار رقم ١١٩٨ ومعدله القرار 1426 لسنة 1983 يعد عقد بيع العقار الخارجي عقداً باطلاً⁽³⁾ ، فكل تصرف يقوم به المشتري يعد تصرفاً في أرض الغير ولا يحق له التمسك بعقد البيع الخارجي يبيح له طلب تملك العقار مالم يتمسك بقواعد الالتصاق متى ما توافرت شروطه، فيتمكن المشتري كسب ملكية العقار بحكم واقعة الالتصاق وليس وفقاً للعقد المبرم بين الطرفين، خاصة وأنه لا يستطيع إجبار البائع على تنفيذ التزامه بنقل ملكية العقار إذا كان محل العقد بيع عقار خارج دائرة التسجيل العقاري حتى ولو كان التنفيذ ممكناً وغير مرهق للبائع، ولكن في ضوء قرار مجلس قيادة الثورة

(1) لا يوجد نص في التشريعات المصرية يستلزم ضرورة وجود شكل معين لانعقاد بيع العقار، وبخصوص المادة (1/934) من القانون المدني المصري فأنها اشترطت الشهر العقاري لانتقال الملكية، حيث نصت ((في المواد العقارية لا تنتقل الملكية ولا الحقوق العينية الأخرى سواء أكان ذلك فيما بين المتعاقدين أم كان في حق الغير، إلا إذا روعيت الأحكام المبيّنة في قانون تنظيم الشهر العقاري. 2- ويبين قانون الشهر المتقدم الذكر التصرفات والأحكام والسندات التي يجب شهرها سواء أكانت ناقلة للملكية أم غير ناقلة ويقرر الأحكام المتعلقة بهذا الشهر)). كما اشترطت المادة (2/9) من قانون الشهر العقاري رقم 114 لسنة 1946 المعدل بقانون رقم 25 لسنة 1976 ضرورة شهر التصرفات التي ترد على العقار عن طريق التسجيل في الدائرة المختصة حيث نصت على انه (جميع التصرفات التي من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو نقله أو تغييره أو زواله، وكذلك الأحكام النهائية المثبتة للشيء من ذلك يجب شهرها بطريق التسجيل)).

(2) قرار محكمة النقض المصرية رقم 83 / 1951، مذکور لدى المحامي الدكتور، غزوان محمود غناوي الزهيري، إجراءات التنفيذ العيني الجبري في نقل حق الملكية العقارية، دار زهران، ط1، 2017، ص115.

(3) هناك رأي فقهي يذهب إلى أن عقد البيع الخارجي وأن كان عقد باطل إلا أنه يمكن تصحيحه بوسيلة تشريعية وذلك عندما يتغير عنصر من عناصر العقد بإرادة طرفيه وأن ذلك يجب أن يتم من خلال نص تشريعي يتمثل بقرار مجلس قيادة الثورة رقم(1198)، فإذا احدث المشتري أبنية أو منشآت أو غراس في الأرض فإن ذلك يعد تغييراً في جنس محل العقد. د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص147 وما بعدها.

وارد الذكر يمكن عد عقد البيع الخارجي عقداً رضائياً، فيستطيع المشتري وفقاً لذلك القرار التنفيذ على البائع (المتعهد) إذا توافرت شروط التملك استثناء من الأصل العام، فتنقل الملكية جبراً على المالك متى ما تحققت إحدى شروط التملك، فمن بين هذه الشروط أن يطلب تملك العقار موضوع التعهد إذا أقام بإحداث البناء أو المنشآت أو الغراس في ذلك العقار ولم تكن هناك معارضة تحريرية من قبل المتعهد، يجب أن تكون تلك المحدثات محصورة بالبناء أو الغراس أو المنشآت وأي تسمية أخرى لم تعد من قبيل ذلك لا تبيح للمشتري طلب التملك وقد ورد ذلك الشرط بشكل مطلق، فلم يحدد نوع أو جنس أو مساحة الأرض التي تقام عليها هذه المنشآت أو البناء، فضلاً عن ذلك عدم تحديد نوع أو مرحلة البناء أو ماهية المغروسات أو عددها أو المساحة المطلوب غرسها⁽¹⁾.

فإحداث البناء أو المنشآت أو الغراس في العقار من شأنها أن تؤدي إلى تغيير جنس ذلك العقار، فإتصال شيء بالأرض من بناء أو غراس أو منشآت إتصال القرار وإندمجت بها تلك المنقولات يجعل من الأرض جنس مختلف، فتكون دار معدة للسكن بعد إن كانت أرضاً، كما أن هذه المنقولات عند اندماجها بالعقار لم تبق على حالتها السابقة بل تتغير وتكون بصورة تختلف عن سابقتها وعدت عقاراً وذلك لتغير الاسم من منقول إلى عقار، فتغيير المواد التي استخدمت في بناء العقار يفقدها ذاتيتها ويجعلها تحمل اسماً آخرًا من منقول إلى منقول مدمج بالأرض فيكون عقاراً، فلم يكن هناك حديد أو طابوق بل هناك جنس آخر وهو دار مشيدة، وبهذا نصت المادة (٥٥٤) من القانون المدني الفرنسي على أنه ((إذا أحدث مالك الأرض أبنية وغراساً ومنشآت بأدوات لم تكن ملكاً له وجب عليه دفع قيمة الأدوات مقدرة بتاريخ الدفع، ويجوز الحكم عليه أيضاً بدفع تعويضات إذا كان لها محل، ولا يسوغ لمالك الأدوات أن ينزعها من محل وضعها)). يفهم من النص المذكور أن هذه المواد قد تحول جنسها من منقول إلى عقار بطبيعته.

وإذا يَمُننا وجهنا نحو أحكام القضاء العراقي بشأن تغيير جنس العقار من خلال إقامة البناء أو المنشآت أو الغراس نجدها تعتبر إقامة هذه المحدثات على موضوع التعهد تبيح طلب التملك وتغيرها جنسها بفعل تلك المحدثات، حيث جاء في قرار لمحكمة استئناف القادسية الاتحادية يقضي بأن ((... تحقق أحد شروط هذه الشروط كافيًا لطلب التملك بغض النظر عن جنس الأرض سواء كانت عرصة أم زراعية أم بستان والقول بخلاف ذلك يتقاطع مع الإطلاق الوارد

(1) د. عباس حسن الصراف، مصدر سابق، ص 147 وما بعدها.

في قرار 1198 لسنة 1977 المعدل لأن المطلق يجري على إطلاقه ما لم يرد نص يقيد...⁽¹⁾. وكذلك أكدت محكمة الاستئناف بغداد بصفقتها التمييزية في إحدى قراراتها لا بد أن تكون تلك المحدثات بصورة بناء أو غراس لكي تزول ذاتية العقار ويصبح بجنس مختلف، حيث قضت ((... الأعمال الحديثة هي عبارة عن ترميمات وأن هذا التقرير هو من الأمور الفنية التي لا يمكن إهدارها بالشهادة مما تبين أن المدعي لم يتأيد قيامه ببناء منشآت في المشتمل سوى قيامه بالترميمات وان هذه الترميمات لا يمكن اعتبارها سببا من اسباب التمليك))⁽²⁾. نلاحظ من القرار الأخير أن الترميمات لا تبيح طلب التمليك ولا تغير من جنس العقار موضوع الدعوى .

2_ اختلاف الجنس بعد نقل الملكية

إن مشتري العقار بعد نقل ملكيته إليه من شأنه أن يتصرف به تصرف المالك وبالصورة التي تحلو له وأن كان ذلك يغير من جنسه وجعله بجنس مغاير لجنسه السابق، فلو كان العقار أرضاً وأحدث فيه تغييرات فإن الجنس المثبت في صورة القيد العقاري يتغير إلى جنس آخر، حيث نصت المادة (279) من قانون التسجيل العقاري على أنه ((يصحح جنس العقار عند اجراء التغييرات المادية فيه بإحداث الأبنية والمنشآت أو الغراس أو إضافة محدثات أو مغروسات جديدة أو أي تغيير في المحدثات أو المغروسات يؤدي إلى تغير جنس العقار من حيث استغلاله أو استعماله أو عند زوال المحدثات أو المغروسات ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك)). يفهم من هذه المادة إن كل تغيير مادي بالبناء أو الغراس أو أي محدثات أخرى يؤدي إلى تصحيح جنس العقار، ويراد بتصحيح الجنس ((تعديل أو تبديل جنس العقار عند إجراء التغييرات المادية فيه))⁽³⁾ . ومن الملاحظ على النص المتقدم أنه جاء بمصطلح تصحيح الجنس وكان يجب استعمال تعبير آخر أكثر دقة كتغيير الجنس أو اختلاف الجنس وباعتقادنا أن السبب وراء ذلك هو أن التصحيح يراد به تعديل الخطأ الوارد في قيد العقار في حين قصد المشرع لا ينصرف إلى ذلك لعدم وجود خطأ يحتاج إلى تصحيح.

وإن تغيير الجنس في هذه الحالة يتم بفعل مادي، فتسجيل جنس العقار عرصة خالية من البناء يعد وصفا صحيحا للعقار ومطابقا للواقع، ولكن بعد تشييده أصبح بصورة مغايرة تستوجب تغيير

(1) قرار محكمة استئناف القادسية الاتحادية المرقم 214/ت/ح/2011. والصادر في 24/10/2011 قرار غير منشور.

(2) قرارها المرقم 702/حقوقية/99 بتاريخ 12/6/1999 والمذكور لدى د. علي شاكر عبد القادر البدري، مصدر سابق، ص75، هامش2

(3) مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971، ج3، القاهرة، العاتك لصناعة الكتاب، بدون سنة طبع، ص266.

الجنس المثبت في السجل العقاري، فهناك تصرفات مادية تؤثر في المركز القانوني للعقار متى ما اندمجت في الأرض بصورة دائمة ولا يمكن نقلها أو تحويلها دون تلف كالبناى والغراس فيتغير جنس العقار عند إجراء أي تغيير مادي فيه لكي يكون جنسه في القيد العقاري مطابقاً للواقع لأن البناء في الأرض يعد تغييراً في ماهية العقار ويؤدي إلى زوال اسم الأرض ومن ثم تتغير ذاتيتها تبعاً لذلك، فلم تبق على هيأتها السابقة وإنما أصبحت بصورة مغايرة فبعد إن كانت عرصة تحولت إلى أرض فيها بناء تسمى داراً فتبدل اسم العين واكتسب تسمية أخرى⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد يُثار تساؤل مفاده هل يجري التصحيح دون قيد أو شرط؟.

وللإجابة عن ذلك أن تغيير جنس العقار يتم من خلال تقديم طلب من مالك العقار يروم فيه تعديل جنسه نتيجة لقيامه بالتغييرات المادية فيه، وبهذا الصدد نصت المادة (1/280) من قانون التسجيل العقاري ((يرجى التسجيل بطلب من المالك بالاستناد إلى كشف اصولي يؤدي حصول التغييرات الفعلية في العقار بحيث يصبح صالحاً للاستعمال أو الاستغلال بوضعه الجديد بحسب العرف المحلي)). فيتم تغيير الجنس بناء على طلب من قبل مالك العقار ولا يمكن إجباره على ذلك بل يتم بمحض إرادته واختياره، ولكن إذا أراد المالك بيعه مرة أخرى وثبت عند إجراء الكشف الموقعي أن جنس العقار مختلف عما هو مذكور في القيد العقاري لقيام مالكه بتشييد أبنية عليه فلا بدّ والحالة هذه من تصحيح جنسه قبل البيع فيصبح تغيير الجنس أمراً وجوبياً على المالك ولا يترك لمحض إرادته ولا يجوز تسجيل عقد البيع إلا بإجراء تصحيح جنس العقار.

ويضاف إلى ذلك يشترط في تصحيح جنس العقار اتحاد ملكية الأرض والمنشآت أو المغروسات القائمة باستثناء المساطحة أو ما يقرره القانون، حيث نصت المادة (1/181) من قانون التسجيل العقاري ((إذا وجدت محدثات أو مغروسات تعود لغير مالكي الأرض أو كانت تعود لبعضهم وذلك بزعم شرعي فلا يصحح جنس العقار ويكتفي بتأشيرها في السجل)). ولكن

(1) عارف العارف، مجموعة الأحكام للأموال غير المنقولة، مطبعة المعارف، بغداد، 1948م، ص186. وهناك رأي فقهي يذهب إلى أن إجراء التغييرات المادية في العقار كالبناى أو الغراس تعد زيادة في العقار لا تستوجب تغيير جنسه، فالأرض الخالية وإن أحدث فيها بناء تبقى بتلك التسمية ولا تزول منفعتها، فكل ما يحصل يعد زيادة متصلة في الأرض. محمد عبدالوهاب الزبيدي، مصدر سابق، ص47 وما بعدها. وهذا الرأي نلتسمسه بوضوح في قرار لمحكمة التمييز الاتحادية حيث جاء فيه: ((إذا بنى الموهوب له على الأرض الموهوبة داراً فليس للواهب الرجوع بالهبة، لأن الدار تعتبر زيادة متصلة بالأرض زادت من قيمتها فأمتنع الرجوع بالهبة حسب الفقرة(أ)من المادة (622) مدني)). قرارها المرقم 408 / م1981 الصادر بتاريخ 4 / 21 / 1982، المنشور في مجموعة الأحكام العدلية، العدد الثاني، السنة الثالثة عشر، 1982، ص44.

عند الرجوع إلى أحكام القانون المدني العراقي⁽¹⁾، والقوانين المقارنة⁽²⁾، نجد أن تغيير جنس العقار بفعل مادي تظهر ملامحه بصورة جلية ضمن أحكام الالتصاق أيًا كانت عائدة المحدثات أو الأرض التي يحدث فيها بناء أو غراس، فمن يقوم بتلك المحدثات بمواد غيره فأنها تغيير جنس العقار وذلك فيما إذا كان قلعهما يضر بصاحب الأرض فلأخير تملكها مقابل دفع قيمتها مع التعويض إن كان له مقتضى⁽³⁾، ففي الأصل كانت المواد مملوكة لغيره ولكن اندماجها بالأرض بصفة دائمة غيرت من جنس الأرض لأنها تفقد ذاتيتها وتتغير تسميتها فلم تعد هناك أرض وإنما تصبح دارًا مشيدة فيتغير جنس العقار تبعًا لذلك⁽⁴⁾.

ثانيًا_ اختلاف الجنس في عقد القسمة

كل شريك في الشيء الشائع الحق في طلب القسمة سواء كان موضوع القسمة عقار أو منقول مالم يكن مجبرًا على البقاء في الشيوع بموجب شرط أو نص⁽⁵⁾.

إذا اتفق الشركاء على كيفية إجراء قسمة الشيء الشائع فأنها تتم بينهم بموجب ذلك الاتفاق فتكون عندئذ قسمة رضائية، أما إذا لم يوجد بينهم اتفاق فإن القضاء هو الذي يتولى إجراء القسمة فتكون القسمة قضائية، فهذه الأخيرة تتم عينا متى ما كانت قابلة لذلك سواء كانت قسمة جمع أم تفريق. وبقدر تعلق الأمر بموضوع البحث فإن قسمة الجمع تجري بصورة رضائية في الأعيان المشتركة سواء كانت من جنس واحد أو مختلفة في جنسها ألا إنها لا يمكن إجرائها قضاء إلا إذا كانت متحدة في جنسها⁽⁶⁾، حيث نصت المادة (1074) من القانون المدني العراقي على إنه ((إذا كان المشاع أعيانًا منقولة متعددة وكانت متحدة الجنس، يزال الشيوع فيها بقسمتها قسمة جمع)). يتضح من النص المشار إليه لا يمكن إجراء القسمة القضائية إذا كانت الأعيان المشتركة مختلفة في جنسها، أما القانون المدني المصري والفرنسي فلم يرد فيه مثل هذا النص، لكن هذا الالتزام

(1) المادة (1118) من القانون المدني العراقي على أنه ((يكون ملكا لصاحب الأرض ما يحدثه فيها من بناء أو غراس أو منشآت اخرى يقيمها بمواد مملوكة لغيره، إذا لم يمكن قلعهها دون أن يلحق صاحب الأرض ضرر جسيم، وعليه أن يدفع قيمتها مع التعويض إن كان له وجه، أما إذا أمكن قلعهها بلا ضرر جسيم و اراد صاحبها استردادها، فله ذلك وعلى صاحب الأرض نفقة القلع)).

(2) نصت المادة (٥٥٤) من القانون المدني الفرنسي، والمادة 923 من القانون المدني المصري.

(3) (٥) صلاح الدين الناهي ، الوجيز في الحقوق العينية الاصلية، ج1، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ص267 0. د. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، ط1 ، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973، ص138.

(4) والجدير بالذكر إن المنشآت أو مواد البناء سواء كانت لمالك العقار أم لغيره فأنها تغيير من جنس العقار وتجعل منه جنسا مغايرًا، لذلك نوصي بتعديل نص المادة 1/281 من قانون التسجيل العقاري.

(5) المادة(1070) و المادة (1081) من القانون المدني العراقي.

(6) محمد طه البشير ود0غني حسون طه ، الحقوق العينية الاصلية، ج1، مصدر سابق، ص122.

تقتضيه طبيعة الأشياء، فلا يمكن للقاضي إصدار قراره بقسمة الأعيان الذي يحمل كل واحد منها ذاتية معينة، فإعطاء شريك حنطة وآخر طحين أمر غير جائز لاختلاف الجنس أو أن يعطي لأحد الشركاء داراً ذو طابقين والآخر عرصة لأن القسمة لا تقع تمييزاً فتعتمد التراضي وليس الجبر وولاية الإيجاب تبنى على التمييز، أما إذا كانت الأعيان من جنس واحد سواء كانت معينة بنوعها أو بذاتها فإن قسمتها قضاء جائزة وهذا ما أكدته رئاسة محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية ((وعند عطف النظر على الحكم المميز المؤرخ 2015/5/18 وجد بأنه صحيح وموافق للقانون للأسباب التي استند إليها إذ جاء إتباعاً للقرار التمييزي الصادر عن هذه المحكمة بالعدد 139/حقوقية/2015 في 2015/3/4 حيث ثبت من صورة قيد العقار موضوع الدعوى بأنه غير قابل للقسمة بين الشركاء لأصغر حصة فيه لتعارض القسمة مع مساحة الحد الأدنى المسموح إفرازها قانوناً بمقتضى أحكام القرار 940 لسنة 1987 وإن إزالة شيوعه قسمة جمع طبقاً لأحكام المادة 217 من قانون التسجيل رقم 43 لسنة 1971 يتطلب موافقة جميع الشركاء على هذه القسمة باعتبارها نوع من أنواع القسمة الرضائية وهذا غير متحقق في دعوى المميزين / المدعين لمعارضة المدعى عليها الرابعة على إجراء القسمة المذكور ((⁽¹⁾.

نخلص مما تقدم أن قسمة الأعيان في الملكية الشائعة غير جائزة قضاء إذا كانت هذه الأعيان مختلفة في جنسها، فاختلاف الجنس يعد مانعاً من القسمة القضائية سواء كان موضوع القسمة عقاراً أو منقول، أما إذا كانت هذه الأعيان من جنس واحد فيجوز قسمتها قضاء أو رضاً بين المتقاسمين.

ثالثاً_ اختلاف الجنس في المقاصة

تعرف المقاصة بأنها وسيلة ينقضي بها دينان في أن واحد بقدر الأقل منهما⁽²⁾، وبهذا المعنى تقضي المادة (408) من القانون المدني العراقي التي نصت ((المقاصة، هي إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه)). فالمقاصة طريق من طرق إنقضاء الالتزام يفترض هناك شخصين كل منهما مدين ودائن للآخر، أي أن بين هذين الشخصين التزامين المدين في أحدهما دائن في الثاني، فبدلاً من أن يوفي كل منهما بدينه للآخر ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض حقه، ويكون

(1) قرار رئاسة محكمة استئناف الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم 310 / 2015 الصادر في 6/16/2015 والمنشور على الشبكة المعلوماتية (الأنترنت) وعلى الرابط التالي <https://www.hjc.iq/qview.2171> تاريخ الزيارة 7/7 /2021.

(2) فؤاد قاسم مساعد الشعيبي، المقاصة في المعاملات المصرفية، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2008، ص31.

المدين بالدين الأكبر قد وفي ببعض دينه بحقه ويتعين عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاء عاديًا، فالمقاصة من هذا الوجه تعتبر أداة وفاء⁽¹⁾، وتعتبر أيضًا أداة ضمان، فالدائن الذي يستوفي حقه من الدين الذي في ذمته يخصص وحده في هذا الدين دون غيره من دائني المدين، فيستوفي حقه منه متقدمًا على الدائنين جميعًا⁽²⁾.

والمقاصة أما أن تكون مقاصة جبرية تقع بحكم القانون أو مقاصة اختيارية يتفق عليها الأطراف، فيمكن أن يحكم بوقوع المقاصة إذا توفرت شروطها القانونية وطلبها من له مصلحة في التمسك بها حين تسمى بالمقاصة القانونية، كما يمكن الاتفاق على التنازلي عن بعض الشروط التي يطلبها المشرع في المقاصة لتصبح المقاصة اتفاقية، كما يمكن أن يحكم القاضي بالمقاصة حينما يتوجه صاحب المصلحة فيها إليه ويذلل له المصاعب التي تحول بينه وبين التمسك بها وتسمى بالمقاصة القضائية⁽³⁾.

ويشترط لصحة المقاصة الجبرية اتحاد الدينين في الجنس، حيث نصت المادة (2/409) من القانون المدني العراقي على انه ((2- ويشترط لحصول المقاصة الجبرية اتحاد الدينين جنسًا و وصفًا وحولًا وقوة وضعفًا، ولا يشترط ذلك في المقاصة الاختيارية فإن كان الدينان من جنسين مختلفين أو متفاوتين في الوصف أو مؤجلين، أو أحدهما حالًا والآخر مؤجلًا أو أحدهما قويًا والآخر ضعيفًا فلا يلتقيان قصاصًا إلا بتراضي المتدائنين سواء اتحد سببهما أو اختلف))⁽⁴⁾. يفهم من ذلك أنه لا بد من التماثل في المحل بين الدينين، أي يجب ان يكون الدينان من النقود أو من المثليات المتحدة في الجنس، والحكمة من هذا الشرط هي عدم إجبار الدائن على استيفاء شيء

(1) أحمد عبدالرحمن الملحم، مقاصة الإفلاس دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، جامعة الحقوق الكويتية، العدد 1، السنة 25، 2012، ص 142.

(2) د. عبدالمجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج 2، مصدر سابق، ص 344.

(3) المحامية ورود فخري، مفهوم المقاصة وفقًا للقانون المدني العراقي، مقال منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) وعلى الرابط التالي

<https://www.mohamah.net/law/%D9%85%D9%81%D9%87%D9%88%D9%85> تاريخ الزيارة 2021 /7/7.

(4) ووفقا لهذا النص فان شروط المقاصة هي: أن يوجد دينان متقابلان ، وأن يتماثل الدينان في المحل ، وأن يكون كل من الدينين صالحًا للمطالبة به قضاء، وأن يكون الدينان خاليان من النزاع ، وأن يكون الدينان مستحقين الأداء، وأخيرًا أن يكون الدينان قابلين للحجز. وتقبلها المادة (362) من القانون المدني المصري التي نصت على ان ((1- للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قِبَل هذا الدائن، ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كلٍّ منهما نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة وكان كل منهما خالياً من النزاع مستحق الأداء، صالحاً للمطالبة به قضاء. 2- ولا يمنع المقاصة أن يتأخر ميعاد الوفاء لمهلة منحها القاضي أو تبرع بها الدائن)). وكذلك المادة (1/1347) من القانون المدني الفرنسي المعدل التي نصت على انه ((مع مراعاة الاحكام المنصوص عليها في الفرع التالي، لا تتم المقاصة إلا بين التزامين مثليين مؤكدين محددتي المقدار مستحقين الأداء، وتعد مثلية الالتزامات المتعلقة بمبلغ من النقود، ولو بعملات مختلفة بشرط أن تكون قابلة للصرف، أو الالتزامات التي يكون موضوعها كمية من الأشياء من الجنس نفسه)).

غير الشيء المستحق أصلاً، كما أن القول بعدم تماثل الدينين يهدر كل قيمة للعقود الملزمة للجانبين التي يعد كل طرف فيها دائماً ومديناً في ذات الوقت للطرف الآخر لأنه في حالة عدم اشتراط التماثل يمكن لكل طرف من أطراف العقود الملزمة للجانبين التمسك بالمقاصة بمجرد إبرام العقد مما يهدر من قيمة التعاقد كلية⁽¹⁾.

وفي هذا الصدد هناك قرار لرئاسة محكمة استئناف بغداد /الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية جاء فيه ((بعد التدقيق والمداولة وجد إن الطعن التمييزي مقدم في مدته القانونية ومشملاً على أسبابه تقرر قبوله شكلاً وعند عطف النظر على القرار المميز المؤرخ 2016/10/30 تبين أنه موافق للأصول واحكام القانون اذ يشترط لحصول المقاصة الجبرية على وفق ما تنص عليه المادة 2/409 من القانون المدني هو اتحاد الدينين جنساً ووصفاً وحولاً وقوة وضعفاً وهذه الشروط غير متحققة بطلب وكالة الدائنين كون الأحكام المنفذة بالإضبارة التنفيذية المرقمة 2016/118 و2016/133 لم تكتسب درجة البتات لذا قرر تصديق القرار المميز ورد الطعن .
وصدر القرار بالاتفاق في 20/ربيع الثاني/1438هـ الموافق 2016/1/19م))⁽²⁾.

فالمقاصة لا تقع إلا ما بين النقود وفيما بين المثليات، فالمقاصة القانونية لا تقع إلا بين دينين موضوعهما شيء مثلي لا قيمي، حيث لا تقع المقاصة في الأشياء القيمية لعدم إمكانية تماثل الأشياء القيمية مع بعضها البعض، فإذا اختلف الجنس لا تقع المقاصة، فلا مقاصة بين التزام بتوريد حنطة والتزام بتوريد طحين وذلك لإختلاف الجنس، كما لا تقع المقاصة بين غير النقود و المثليات، فلا مقاصة بين التزام بالقيام بعمل والتزام بالإمتناع عن عمل وان كان هناك تماثل، ولا بين القيام بعمل والالتزام بنقل ملكية شيء معين⁽³⁾.

(1) راضي مسعود، المقاصة قانوناً وقضاء، مقال منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) وعلى الرابط التالي:

<https://mohammy.com/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%82%D8%A7%D8%B5%D9%87-> تاريخ الزيارة 2021/7/7.

(2) قرار محكمة استئناف بغداد /الكرخ الاتحادية بصفتها التمييزية المرقم 2016//17 الصادر في 2016/1/19، منشور على الشبكة المعلوماتية (الانترنت) وعلى الرابط التالي <https://www.hjc.iq/qview.2331> تاريخ الزيارة 2021/7/5.

(3) وقد نصت المادة 410 من القانون المدني على الديون التي تقع فيها المقاصة حيث تقول ((إذا كان للوديع دين على صاحب الوديعة والدين والوديعة جنس واحد أو كان للغاصب دين على صاحب العين المغصوبة من جنسها فلا تصير الوديعة او العين المغصوبة قصاصاً بالدين إلا إذا تقاص الطرفان بالتراضي)). وبناء عليه فقد استبعد المشرع حالتين لا تجوز فيهما المقاصة ولو توافرت الشروط السابقة الأولى هي: إذا انتزع شخص شيئاً من مالكه غصباً فإنه يلتزم برده فإذا طالبه المالك بالرد فلا يجوز للغاصب ان يتمسك بالمقاصة بين التزامه برد ما غصب وما قد يكون على المالك من التزام قبله، اما الحالة الثانية فهي لا يجوز للمودع لديه أن يتمسك =بالمقاصة بين التزامه برد الشيء المودع وبين ما يكون المودع ملتزماً به قبله والحكمة في ذلك ان الشيء المودع يعد أمانة في

يتضح مما تقدم أن التشريعات محل البحث تتفق على أن تماثل الدينين في الجنس شرط ضروري لصحة المقاصة الجبرية، وبمفهوم المخالفة لذلك الشرط يعني أن المقاصة في حال اختلاف جنس الدينين غير جائزة سواء كانت قضائية أم اتفاقية.

يد المودع لديه وليس له أن يخون الأمانة ثم يتمسك بعد بالمقاصة بين التزامه بالرد أو بدفع التعويض عنه وبين الحق الذي في مواجهة المودع.

A decorative border with intricate, repeating floral and geometric patterns in black on a white background, framing the central text.

الخاتمة

الخاتمة

في ضوء دراستنا لموضوع الاختلاف في جنس المعقود عليه توصلنا إلى جملة من النتائج والمقترحات يمكن إجمالها بما يلي:

أولاً _ النتائج :-

1- على الرغم من أن اختلاف جنس المعقود عليه يتميز بكثرة تطبيقاته إلا أنه لم يرد له تعريفاً محدداً على مستوى التشريع والقضاء، ولكن من خلال الإلمام بالموضوع توصلنا إلى أن اختلاف جنس المعقود عليه نقصد به (تباين بين الحالة التعاقدية والحالة الواقعية للمعقود عليه فتتغير ذاتيته أو وصفه على نحو يؤدي إلى فقدان المنفعة المقصودة منه والتفاوت الفاحش في حقيقته مما يؤثر على انعقاد العقد ونفاذه) .

2- إن الاختلاف في الجنس يلحق كيان المعقود عليه سواء في ذاته أو في وصفه، إذ لا يقتصر على تغيير ذاتية المعقود عليه وإنما يتعداه إلى تخلف الصفة المؤدي إلى اختلاف الجنس لأن التفاوت الفاحش في الأغراض بين حقيقة المعقود عليه وبين ما أراده العاقد يعتبر بحكم الاختلاف في الجنس فتتحقق المماثلة في الجنس لكن هناك تفاوت فاحش في الأغراض فنكون والحالة هذه أمام اختلاف الجنس.

3_ إن اختلاف الجنس يحدث عند إبرام التصرف القانوني وبعده، فلا يقتصر على مرحلة إبرام التصرف حيث يمتد ليشمل مرحلة ما بعد إبرامه كونه يرتبط بالمعقود عليه والذي يعتبر عنصراً جوهرياً في قيام هذا التصرف ونفاذه.

4_ لم يتفق الفقهاء المسلمون على معيار معين يعد بمقتضاه المعقود عليه مختلف في الجنس، فقد اعتمد الحنفية على معيار الاسم الخاص واختلاف المنافع باعتبارهما ضابطا لاختلاف جنس المعقود عليه، أما الشافعية والحنابلة فقد اعتدوا في الاخذ بضابطين هما الاشتراك بالاسم الخاص ووحدة الأصل، فكل شيئين متحدين في الاسم ويجمعهما وحدة الأصل واتحدت منافعهما يعدان جنساً واحداً.

5_ يرى الفقه الحنفي أن الضابط في اختلاف الجنس- من حيث الوصف- هو التفاوت الفاحش في الأغراض، وذلك بان يقارن المبيع بالمسمى ويرى الاختلاف بينهما فإن كان المبيع من جنس المسمى وكان الاختلاف في النوع فحسب ففيه الخيار، أما أن كان التفاوت في الجنس فحكمه الفساد كان هناك تفاوتاً فاحشاً في الأغراض فنكون أمام جنسين مختلفين وذلك لعدم وجود حقيقة

المعقود عليه ، أما إذا كان التفاوت الموجود في الأغراض ليس تفاوتاً فاحشاً كان ذلك من قبيل الجنس الواحد، ولم يأخذ جمهور الفقهاء بهذا الضابط.

6_ لم يشر المشرع العراقي والتشريعات محل البحث والمقارنة إلى التفاوت الفاحش في الأغراض باعتباره شرطاً يؤدي إلى اختلاف جنس المعقود عليه لذلك نجد معالجة هذا الشرط في الفقه الإسلامي أوسع من معالجته لدى الفقه الغربي، فالأخير لم يعد التفاوت الفاحش في الأغراض مانعاً من تكوين العقد كما ذهب إليه الفقه الإسلامي.

7_ إن اختلاف الجنس قد يحدث بسبب إرادي أو غير إرادي فغالباً يحصل اختلاف جنس المعقود بإرادة الانسان لتكون أمام جنس آخر غير المتفق عليه أو يحصل اختلاف جنس المعقود عليه بسبب خارج عن إرادة طرفي العقد، وهذه الأسباب لا تخرج عن كونها جهالة جنس المعقود عليه أو بسبب طبيعة المعقود عليه ذاته.

8- لم يتفق الفقهاء المسلمون على أساس معين لاختلاف جنس المعقود عليه، إذ يعد بمثابة العدم لدى جانب من الفقه الإسلامي، والتعاقد على المعدوم غير جائز، كما عد جانب آخر من الفقه بأن اختلاف الجنس يعد بحكم الهالك ولكل فريق حججه ومسوغاته، كما ذهب جانب من الفقه القانوني بكون اختلاف الجنس يعد غلطاً يشوب المعقود عليه ويستدلون بذلك على نص المادة (117) من القانون المدني العراقي ، ويذهب الفقه الآخر في حصول اختلاف في جنس العين موضوع التصرف يعد ذلك اخلاً بالتسليم، واتجاه ثالث يذهب إلى أن حسن النية أساساً لاختلاف جنس المعقود عليه باعتباره مبدأ عام يسود جميع العقود ويفترض وجوده في أي مرحلة من مراحل العقد.

9- إن الفقه الإسلامي تناول موضوع أثر اختلاف جنس المعقود عليه بصدد الحديث عن الغلط، حيث جعل الفقهاء المسلمين اختلاف الجنس من قبيل الغلط المانع من انعقاد العقد ويسمى بالغلط الحائل فيكون العقد باطلاً لأنه يحول دون انعقاد العقد عليه إذ إن القائلين بالبطلان يعدون إن التصرف قد وقع على معدوم، والتصرف بالمعدوم باطل. ولكن بعض من فقهاء الحنفية ذهب إلى أن العقد في حالة اختلاف الجنس يكون فاسداً وليس باطلاً إذ إن القائلين بالفساد يعللون رأيهم بأن الغلط يأتي من تسمية جنس والإشارة إلى غيره ومن باع شيئاً سماه وأشار إلى غيره يصبح كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره لذلك فإنه فاسد. ولم يجعل فقهاء المالكية اختلاف الجنس موجباً لبطلان العقد أو فساده وإنما جعلوا الخيار لأحد المتعاقدين في فسخ العقد أو إمضائه.

10- إن المشرع العراقي والتشريعات محل البحث والمقارنة أشارت إلى أثر اختلاف الجنس ورتبت حكمًا قانونيًا للعقد الذي يختلف جنس محله عن المحل الذي اتفق عليه المتعاقدين، حيث تناولت أثره في ظل الأحكام القانونية التي بسطتها تلك التشريعات لموضوع الغلط، إلا إنها في ذات الوقت اختلفت في نوعية الأثر الذي يترتب عليه اختلاف جنس المعقود عليه، حيث جعل القانون المدني البطلان أثرًا للعقد الذي اختلفت ذاتية محله، بينما ذهب المشرع المصري والفرنسي إلى إن اختلاف الجنس يعد من قبيل الغلط الجوهرية الذي يجعل التصرف القانوني باطلًا بطلانًا نسبيًا.

11- إن اختلاف جنس المعقود عليه يؤدي إلى بطلان العقد تلك نتيجة منطقية لمرحلة إبرام العقد، لكن حصول اختلاف جنس المعقود عليه بعد تمام العقد فالعقد هنا تم صحيحًا مستوفيًا لأركانها وشروطه فلا يمكن القول عده عقداً باطلاً وإنما يعد صحيحاً وللمتعاقدين المطالبة بفسخ العقد مع المطالبة بالتعويض وفق القواعد العامة وذلك لحصول الاختلاف في مرحلة تنفيذ العقد.

ثانياً _ التوصيات:-

1_ على الرغم من أن المشرع العراقي نص على أحكام الغلط في جنس المعقود عليه، إلا أنه أغفل النص على حكم حالة فيما إذا اتحد الجنس مع تفاوت جسيم في المنفعة، تفاوتاً يمنع من انعقاد العقد ويفوت المنفعة، وعلى ذلك نعتقد بضرورة تعديل نص المادة (117) وإضافة فقرة تتضمن حكمًا خاصًا بهذه الحالة. حيث نصت تلك المادة (1 – إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارًا إليه فإن اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وإن اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوبًا فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا إنه يكون موقوفًا على إجازة العاقد. 2 – فاذا بيع هذا الفص على أنه ياقوت فإذا هو زجاج بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلاً على أنه ياقوت أحمر فظهر أصفر أو بيعت البقرة على أنها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفًا على إجازة المشتري). **وجعلها بالشكل الآتي (1 – إذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارًا إليه فإن اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وإن اتحد الجنس واختلف الوصف فإن كان الوصف مرغوبًا فيه تعلق العقد بالمشار إليه وينعقد لوجوده إلا أنه يكون موقوفًا على إجازة العاقد. 2 – أما إذا اتحد الجنس وكان هناك تفاوت جسيم في المنفعة تفاوتاً يمنع انعقاد العقد ويفوت المنفعة تكون أمام جنسين مختلفين). والسبب الذي دفعنا إلى هذا المقترح هو عدم الحاجة إلى ضرب الأمثلة في النص القانوني حيث عمد المشرع إلى ذلك وهو بغنى عن تلك الأمثلة فكان الأفضل تركها لاجتهاد الفقه، فضلًا عن ذلك مسאיيرة لإحكام الفقه الإسلامي الذي عالج هذا الفرض بصورة محددة.**

2_ نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (1074) من القانون المدني العراقي التي نصت (إذا كان المشاع أعياناً منقولة متعددة وكانت متحدة الجنس، يزال الشبوع فيها بقسمتها قسمة جمع) **وجعلها بالشكل الآتي** (إذا كان المشاع أعياناً منقولة أو غير منقولة متعددة وكانت متحد الجنس، يزال الشبوع فيها بقسمتها قسمة جمع) والسبب الذي دفعنا إلى هذا المقترح هو أن اختلاف الجنس لا يقتصر على الأشياء المنقولة وإنما يتعداها إلى الأشياء غير المنقولة فالأرض كائن مستقر وتحمل جنس معين إلا أن إقامة المنشآت عليها يجعلها بجنس مغاير.

3_ نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (2 / 281) من القانون التسجيل العقاري التي نصت على أنه (إذا وجدت محدثات أو مغروسات تعود لغير مالكي الأرض أو كانت تعود لبعضهم وذلك بزعم شرعي فلا يصح جنس العقار ويكتفي بتأشيرها في السجل) **وجعلها بالشكل الآتي** (يصح جنس العقار إذا وجدت محدثات أو مغروسات تعود لمالكي الأرض أو كانت تعود لبعضهم أو للغير وذلك بزعم شرعي). والسبب الذي دفعنا إلى هذا المقترح أن العقار يصبح بجنس مختلف عند إقامة البناء والغراس عليه بغض النظر عن ملكية هذه المنشآت خاصة وإن وجود قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية التي من خلالها يستطيع الحائز وضع المنقول في العقار وبالتالي يملكه متى كان حسن النية ومستنداً على سبب صحيح وبهذا يتغير جنس العقار.

4_ نقترح على المشرع العراقي تعديل نص المادة (٢ / ١٩٤) من القانون المدني العراقي والتي نصت (٢_ أما إذا غيّر الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له، فمن غصب حنطة وزرعها في أرضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له) وإعطاء الخيار لمالك العين التي اختلف جنسها بإعادة إليه أو رفضها مع أخذ بدلها سواء كان اختلاف جنسها يعود إلى فعل الغاصب أو فعل الغير ولا يملك الغاصب العين إلا بحالة الضرورة والسبب الذي دفعنا إلى هذا المقترح هو من أجل توازن المصالح بين الناس والحفاظ على حق الملكية وعدم أخذ أموال الناس ظلماً وتحقيقاً لحرية المالك .



قائمة المصادر

قائمة المصادر

القرآن الكريم

أولاً // كتب اللغة العربية :-

- 1- أبو الحسن أحمد بن فارس بن زكريا ، معجم مقاييس اللغة ، الجزء 2، بدون طبعة ، دار الجيل ، بيروت ، ط1 ، سنة 1999.
- 2- أبو الفضل جمال الدين محمد بن المكرم ابن منظور الأفرريقي المصري، لسان العرب، بيروت، الجزء 4، ط2 ، احياء التراث العربي، 1992.
- 3- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ط1 مؤسسة الرسالة للطبع والنشر، الجزء الأول، 2005، مادة (حل).
- 4- أيوب بن موسى الحسيني القريني، الكليات معجم في المصطلحات والفروق العربية، مؤسسة الرسالة، لبنان، بيروت، ط1، بدون سنة طبع.
- 5- روبين حسين ، معجم النفائس المدرسي، ط1، دار النفائس ، بيروت ، 2009م.
- 6- مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، دار الجيل، لبنان، بيروت، ج1، الطبعة السادسة ، 1419 هـ .

ثانياً // كتب الفقه الاسلامي :-

- 1- إبراهيم بن علي الشيرازي، تحقيق محمد الزحيلي، المذهب في فقه الامام الشافعي، ج3، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، 1996.
- 2- ابراهيم بن علي بن محمد ابن فرحون، تبصرة الحكام، ج1، مكتبة الكليات الازهرية، ط1، 1986م.
- 3- إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، التنبيه في الفقه الشافعي، ج1، عالم الكتب، بيروت، ط1، 1403.
- 4- إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز آبادي، المذهب في فقه الامام الشافعي، الجزء الأول، 1412هـ ، 1992م..
- 5- إبراهيم بن محمد بن سالم، منار السبيل في شرح الدليل ، ج 1، بدون مكان وسنة طبع.
- 6- إبراهيم بن محمد بن عبد الله ابن المفلح، المبدع في شرح المقنع، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1418هـ، 1997م.
- 7- إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي الشاطبي، الموافقات، دار المعرفة، بيروت، ج2، ط1.
- 8- أبو رجب، القواعد الفقهية، الجزء الثاني ، ط1، مطبعة الصدق الخيرية، مصر، 1933.
- 9- أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازي، المذهب، ج10، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
- 10- أبو اسحاق ابراهيم بن علي بن يوسف (الشيرازي الشافعي)، المذهب ، ج4، دار الفكر ، بيروت ، دون ذكر سنة الطبع .
- 11- أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكي، الفروق، عالم الكتب، الجزء الأول، ط1، بدون سنة طبع.

- 12- أبو العباس شهاب الدين احمد بن ادريس بن عبد الرحمن المشهور بالقرافي، الذخيرة، ج3، عالم الكتب، ط1.
- 13- أبو القاسم عبد الكريم الرافعي، فتح العزيز في شرح الوجيز، ج8، دار الفكر، بدون سنة نشر، بدون مكان نشر.
- 14- أبو القاسم نجم الدين جعفر بن الحسن الحلي، المختصر النافع في فقه الامامية، قم الدراسات الإسلامية في مؤسسة البعثة، طهران، الطبعة الثانية_ الثالثة، 1410.
- 15- أبو الوليد محمد بن احمد ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، بدون طبعة، جزء2، 1425هـ، 2004م.
- 16- أبو حامد بن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، ج3، دار السلام القاهرة، 1417.
- 17- أبو زكريا يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين، ج3، دار الكتب العلمية، بدون سنة.
- 18- أبو زكريا بن شرف النووي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1985.
- 19- أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الواحد الحنبلي، صحاح الاحاديث، دار الكتب العلمية، بيروت، ج4، 1971.
- 20- أبو عبد الله بن محمد، شرح الخرشي على مختصر خليل بهامشه حاشية العدوي، ج8، مطبعة دار صادر، بيروت، 1318هـ.
- 21- أحمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، الجزء الأول، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، القاهرة.
- 22- أحمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، الجزء الرابع، 2001.
- 23- أحمد عبد الرحمن البنا الساعاتي، الفتح الرباني لترتيب مسند الامام أحمد بن حنبل الشيباني، ج15، ط1، مصر، 1370هـ.
- 24- أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دار احياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، 1954.
- 25- الترمذي، كتاب البيوع، المجلد2، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع، الرياض، ط1، 2000.
- 26- جعفر بن الحسن أبو القاسم نجم الدين المحقق الحلي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، ج3، مؤسسة مطبوعاتي إسماعيليان، بدون سنة نشر.
- 27- جعفر بن الحسن المعروف بالمحقق الحلي، شرائع الإسلام، المجلد الأول، القسم الثاني، دار مكتبة الحياة في بيروت، ط1، 1978.
- 28- جمال الدين عبدالله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج أحاديث الهداية، ط1، دار الحديث، بدون سنة نشر.
- 29- الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي، تذكرة الفقهاء، مطبعة النجف، ج7، 1955م.
- 30- زكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاري، فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب، ج2، دار الفكر للطباعة والنشر، بدون طبعة، سنة 1414هـ، 1994م.
- 31- زيد الدين العاملي (الشهيد الثاني)، الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية، ج7، منشورات الاعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان.

- 32- سراج الدين بن نجيب، النهر الفائق، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون طبعة، بدون سنة طبع.
- 33- سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، ج5، دار الكتاب الاسلامي، دون ذكر مكان الطبع أو المطبعة .
- 34- سليمان بن عمر البجيرمي، البجيرمي على الخطيب، دار الفكر العربي، ج3، بيروت، بدون سنة نشر.
- 35- سليمان بن محمد بن عمر البجيرمي، حاشية البجيرمي على شرح منهاج الطلاب، ج2، دار الفكر، بيروت، 2005.
- 36- شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن ابن قدامه المقدسي، الشرح الكبير على المتن المقتنع، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع، ج4، بدون سنة نشر، بدون مكان نشر.
- 37- شمس الدين ابي عبد الله محمد بن ابي بكر المعروف ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، ج2، بيروت، بدون مطبعة وسنة طبع.
- 38- شمس الدين السرخسي، المبسوط، دار المعرفة بيروت، ط1، ج13، 1409هـ، 1989م.
- 39- شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار احياء الكتب العربية، دون سنة طبع.
- 40- شمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني، الطبعة لأولى، 1415هـ، 1994م.
- 41- شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد بن محمد بن علي بن محمود بن أحمد بن أحمد الكناني العسقلاني، بلوغ المرام من أدلة الأحكام، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، بدون سنة طبع.
- 42- شهاب الدين أبي العباس القرافي، الذخيرة في فروع المالكية، ج7، دار الكتب العلمية بيروت، 1971.
- 43- الشيخ أبا علي الفضل بن الحسن الطبرسي، تفسير جوامع الجامع، ج1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، ط2، 1423 هـ.
- 44- الشيخ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي البهقي، السنن الكبرى، ج10، ط1، مطبعة مجلس دائرة المعارف، الهند، 1355هـ.
- 45- الشيخ مرتضى الانصاري، المكاسب، ج2، بدون مكان وسنة طبع.
- 46- الصادق عبد الرحمن الغرياني، الفقه المالكي، ج4، مؤسسة الريان، لبنان، 2006.
- 47- صالح عبد السميع الازهري، الثمر الداني في تقريب المعاني، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، بدون سنة طبع.
- 48- عبد الرحمن ابن أبي عمر ابن قدامه، الشرح الكبير على متن المقتنع، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة.
- 49- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، دار القلم، بيروت، المجلد الأول، بدون طبعة، بدون سنة طبع، ص56.
- 50- عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ط1، بدون سنة نشر.
- 51- عبد الستار أبو غده، الخيار واثره في العقود مطبعة المقهوي، ج1، ط2، الكويت، 1985.

- 52- عبد الغني الغنيمي الحنفي، الباب في شرح الكتاب ج2، المكتبة العلمية، بيروت، بدون طبعة وسنة نشر.
- 53- عبد الله بن احمد بن محمد بن قدامة، المغني، ج4، مطبعة الامام بالقلعة، مصر.
- 54- عثمان بن علي الزيلعي، تبیین الحقائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، ط1، ٢٠٠٦، ج٤، ص٤٦٧.
- 55- عثمان بن عمر أبى الحاجب، جامع الأمهات، ج1، بدون مكان طبع، ط1، 646هـ.
- 56- عثمان بن عمر أبى الحاجب، جامع الأمهات، ج1، ط1، بدون مكان طبع، ٦٤٦هـ، ١٢٤٩م.
- 57- علاء الدين أبو الحسن علي بن سلمان المرادوي، التحرير شرح التحرير في أصول الفقه، ج1، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، السعودية، 1421 هـ، 2000م.
- 58- علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتب العلمية، بيروت، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، 1986.
- 59- العلامة الحلبي، قواعد الأحكام في معرفة الحلال والحرام، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، ط1، ج2، 1418.
- 60- العلامة الحلبي، مختلف الشيعة في أحكام الشريعة، المكتبة الشيعية، ج2، 1412هـ.
- 61- علي بن أحمد أبى حزم، المحلى بالآثار، ج7، بيروت، دار الكتب العلمية، ط1، ١٤٠٨ هـ.
- 62- علي بن الحسين الكركي (المحقق الثاني)، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج6، ط2، مؤسسة آل البيت لأحياء التراث، بيروت، لبنان، 2008.
- 63- علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، منشورات مكتبة النهضة، بيروت وبغداد، بدون سنة طبع.
- 64- عمر بن علي بن أحمد سراج الدين الأنصاري الشافعي، البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ج6، دار الهجرة للنشر والتوزيع، بدون طبعة وسنة نشر.
- 65- فخر الملة والدين قاضي خان محمود الأوزجندي، الفتاوي الخانية، فتاوي قاضيخان، المطبوع مع الفتاوي الهندي، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، ج2، مصر، بدون سنة طبع.
- 66- محسن الطبطبائي الحكيم، نهج الفقاهة، دار الفقه، قم المقدسة، 1421 هـ.
- 67- محمد الحسن البنجوردي، القواعد الفقهية، ج3، دون مكان وسنة نشر.
- 68- محمد الحسن النجفي، جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام، دار الكتب الإسلامية، بدون مكان وسنة نشر.
- 69- محمد الخطاب، مواهب الجليل لشرح مختصر الخليل، ج٦، بيروت، دار عالم الكتب، ط1، ٢٠٠٣.
- 70- محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة، 1569م.
- 71- محمد امين بن عمر ابن العابدين، رد المحتار على الدر المختار، دار الفكر العربي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، ج7، 1423هـ، 2003م.
- 72- محمد بن الحسن السياني، المبسوط، تحقيق أبو الوفا الأفغاني، ج5، إدارة القران والعلوم الإسلامية، كراتشي، بدون طبعة وسنة طبع.
- 73- محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الأمامية، ج3، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، 1387.

- 74- محمد بن حسين بن علي الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، ج8، 1997.
- 75- محمد بن عبد الله الخرشبي، شرح مختصر الخليل، ج6. دار الفكر العربي، بدون سنة طبع.
- 76- محمد بن علي الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، ط1، 1405هـ.
- 77- محمد بن علي بن أحمد الشوكاني، نيل الأوطار من أحاديث سيد الأخبار، شرح منتقى الأخبار، دار الجيل، بيروت، ج5، 1973.
- 78- محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، فتح القدير المؤلف، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت الطبعة الأولى، الجزء الخامس، 1414 هـ.
- 79- محمد تقي الخوئي، الشروط والألتزامات التبعية في العقود، ج1، دار المؤرخ العربي، بيروت، ط1، 1993.
- 80- محمد جواد العاملي، مفتاح الكرامة، ج9، الطبعة الأولى، بدون مكان طبع، 1419هـ.
- 81- محمد عبد الرؤوف المناوي، التوقيف على مهمات التعاريف، دار الفكر، بيروت، ط1، 1410.
- 82- محمد ناصر الدين الألباني، إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، ج5، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985.
- 83- محمود عبد المجيد المغربي، أحكام العقد في الشريعة الإسلامية، المؤسسة الحديثة للكاتب، لبنان، بدون طبعة، 2002.
- 84- منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، ج2، بدون سنة طبع.
- 85- منصور بن يونس البهوتي، كشف القناع عن متن الأفتناع، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، الجزء الثالث، 1614م.
- 86- منصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتي، شرح منتهى الأرادات، ج1، عالم الكتب، ط1، 1993.
- 87- موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، دار عالم الكتب، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، 1997، ص89.
- 88- يحيى بن شرف، المجموع شرح المهذب، ج14، مكتبة الأرشاد، جدة، ط1، دون ذكر سنة نشر.

ثالثاً // كتب الفقه الحديث :-

1. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، دار إحياء التراث العربية، مصر، ج2، مصر، 1953، ص1298.
2. أحمد فتحي بهنسي، نظرية الأثبات في الفقه الإسلامي الجنائي، ط1، بدون مكان وسنة طبع.
3. أحمد فراج حسين، أدلة الأثبات في الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2004.
4. بلحاج العربي، أحكام الألتزام في ضوء الشريعة الإسلامية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

5. حامد عبده سعيد الفقي، أحكام الغضب في الفقه الإسلامي، بدون مكان طبع، ط1، 2003.
6. السيد أبو القاسم الخوئي، منهاج الصالحين، المعاملات، مؤسسة احياء اثار الامام الخوئي، قم المقدسة، 2004.
7. السيد كاظم الحسيني الحائري، فقه العقود، مجمع الفكر الإسلامي، قم المقدسة، مطبعة خاتم الأنبياء، ط3، ج2، 1323هـ.
8. الشيخ احمد بن شعيب النسائي، سنن النسائي، ج8، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1348هـ، 1930.
9. صحيح مسلم، متن شرح النووي، ج10، المطبعة المصرية بالأزهر، ط1، 1347هـ.
10. عبد السلام داود العبادي، الملكية في الشريعة الإسلامية، ج1، ط1، مكتبة الأقصى، عمان، 1974.
11. محمد احمد سراج، ضمان العدوان في الفقه الإسلامي، دراسة فقهية مقارنة بأحكام المسؤولية التقصيرية في القانون، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، 1993.
12. محمد بن مكي شمس الدين العاملي (الشهيد الأول)، الدروس الشرعية في فقه الامامية، ج3، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، بدون سنة نشر.
13. محمد تقي المدرسي، أحكام المعاملات، مركز العصر للثقافة والنشر، بيروت، الطبعة الثالثة 2010م، 1431هـ.
14. محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج3، ط1، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، طهران، 1425هـ، 2004.
15. مسلم بن حجاج النيسابوري، صحيح مسلم بشرح النووي، المجلد الرابع، تحقيق عبدالله احمد أبو زينة. دار الشعب، القاهرة، بدون سنة نشر.
16. ناصر جميل محمد الشمالية، كسب ملكية المضمونات، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998.
17. هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1996.
18. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، ط1، ج1، دار الفكر، دمشق، 1986.

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة. المصادر الارادية للالتزام، جامعة الكويت، ط1، 1995.
2. أحمد حشمت أبو سنتيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام، مطبعة مصر، ط2، 1954.
3. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، مسؤولية البائع عن ضمان العيوب الخفية في بيوع السيارات، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
4. أحمد فرج حسين، احكام الوصاية والاقواق في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة والنشر والتوزيع، مصر، 2005.
5. آدم وهيب النداوي ، الموجز في قانون الاثبات ، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1990.
6. آدم وهيب النداوي، شرح قانون البيئات والاجراء الأردني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 1998.
7. أسعد دياب وطارق زياد، أبحاث في التحرير والتحديد والسجل العقاري، منشورات المكتبة الحديثة، لبنان، 1985.
8. أسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، دار اقرأ، بيروت، ط3، 1983.
9. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الألتزام، دار الثقافة والنشر العلمية للتوزيع، عمان، 2003.
10. الآن بينابنت، العقود المدنية والتجارية، ترجمة منصور القاضي ، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، ط1، 2004.
11. أنور العمروسي، التعليق على نصوص القانون المدني المعدل بمذاهب الفقه وأحكام القضاء الحديثة في مصر والأقطار العربية، دار المطبوعات الجامعية، ط1، 1983.
12. أنور سلطان، أحكام الألتزام، دار الفكر العربي، ط1، 1978.
13. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط5، 2010.
14. بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقدم في القانون الفرنسي.
15. توفيق حسن فرج ، عقد البيع والمقاولة في القانون اللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1968.
16. توفيق حسن فرج، عقد البيع والمقايسة، المكتب المصري للطباعة والنشر، الإسكندرية، سنة 1970م، ص413.
17. توفيق حسن فرج، مصادر واحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت، لبنان، 2008.

18. ثروت عبد الحميد، ضمان مطابقة المبيع لوجهة الاستعمال، دار ام القرى للطبع والنشر، ط1، 1995.
19. جابر محجوب علي، ضمان سلامة المستهلك من اضرار المنتجات الصناعية المعيبة، دار النهضة العربية، بدون طبعة، بدون سنة طبع.
20. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية، البيع والايجار والمقاوله في ضوء التطور القانوني ومعززة بالقرارات القضائية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1997.
21. جلال علي العدوي، أصول المعاملات، المكتب المصري للطباعة والنشر، الإسكندرية، 1966.
22. جميل الشرقاوي، شرح العقود المدنية، (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
23. حسام الدين الاهواني، عقد البيع في القانون الكويتي ، دار ذات السلاسل، الكويت، 1989م.
24. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية، ج2، مطبعة العزة، بغداد، 2001.
25. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، ج2، دار وائل للنشر، عمان، ط1، 2006.
26. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، العقود المسماة، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، 1954.
27. حسن علي الذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، (نظرية العقد)، معهد الدراسات العربية العالمية، 1956.
28. حسين عطا حسين سالم، نظرية الغلط في القانون والشريعة الإسلامية، دار الحدائث للطباعة والنشر، بيروت، ط1، 1986.
29. حمدي احمد سعد، القيمة النقدية للمستندات الاعلانية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007 .
30. حيدر حسين الشمري، الوجيز في أحكام الوصية والمواريث في التشريع العراقي والفقہ الإسلامي، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2016، بدون دار ومكان نشر.
31. خالد عبد حسين الحديثي، تكميل العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2012.
32. رمضان أبو السعود ونبيل إبراهيم سعد، مصادر وأحكام الألتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
33. رمضان أبو السعود، أحكام الألتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
34. رمضان أبو السعود، دروس في العقود المسماة، عقد البيع في القانون المصري واللبناني، بدون طبعة ، بدون سنة طبع.
35. سعيد عبد الكريم مبارك ، شرح القانون المدني العراقي ، الحقوق العينية الاصلية ، ط1 ، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1973.

36. سليمان مرقس، أحكام الألتزام، مطابع دار النشر للجامعات العربية، 1987.
37. سليمان مرقس، أصول الأثبات في المواد المدنية، ج1، ط2، المطبعة العالمية، مصر، 1953.
38. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار الكتب القانونية، بغداد، الطبعة الأولى، 1998.
39. سليمان مرقس، محاضرات في المسؤولية المدنية في تقنينات البلاد العربية، القسم الأول (الأحكام العامة)، معهد الدراسات العربية العالية، 1958.
40. الشيخ محمد جعفر شمس الدين، الوصية وأحكامها في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية على المذاهب السبعة)، ط2، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1985، ص143.
41. صلاح الدين الناهي، الوجيز في الحقوق العينية الأصلية، ج1، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد.
42. صلاح الدين الناهي، الخلاصة الوافية في القانون المدني، مبادئ الألتزامات، مطبعة سلمان الاعظمي، بغداد، 1968.
43. ضمير حسين المعموري، منفعة العقد والعيب الخفي، مكتبة زين الحقوقية، 2009، ط1.
44. طارق كاظم عجيل، الوسيط في عقد البيع، ج1، مكتبة السنهوري، بغداد، ط1، 2008.
45. عارف العارف، مجموعة الأحكام للأموال غير المنقولة، مطبعة المعارف، بغداد، 1948م.
46. عامر قاسم احمد القيسي، الحماية القانونية للمستهلك، دراسة مقارنة في القانون المدني و المقارن، دار الثقافة للنشر، 2002.
47. عباس العبودي، شرح احكام قانون الاثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
48. عباس حسن الصراف، شرح عقدي البيع والأيجار في القانون المدني العراقي.
49. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للألتزام، ج1، الألتزام في ذاته، بدون مكان نشر، بدون سنة نشر.
50. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للألتزامات في القانون الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ج2، 1982.
51. عبد الرحمن عياد، أساس الألتزام العقدي، المكتب المصري الحديث، الإسكندرية، ط1، 1972.
52. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في نظرية العقد، ج1، إنعقاد العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، بدون طبعة، سنة 1967.
53. عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ج1، ط2، 1998.

54. عبد الرزاق أحمد السنهوري، شرح القانون المدني، النظرية العامة للألتزامات، نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع.
55. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير، نظرية الألتزام في القانون المدني المصري، ط1، 2006.
56. عبد القادر الفار ، أحكام الألتزام، 2001 ، ط1، بدون ذكر مكان طبع، 2001.
57. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الألتزام، مصادر الألتزام، المكتبة القانونية، بغداد، طبعة جديدة منقحة، ج1، 2017.
58. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني العراقي، مصادر الألتزام، ج1، مطبعة نديم، بغداد، الطبعة 5.
59. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، الجزء الأول، بغداد، 1967.
60. عبد المجيد الحكيم، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الألتزام، المكتبة القانونية، بغداد، ج1، 2017_2018.
61. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه العربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي عن انعقاد العقد، أركان العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967.
62. عبد المجيد محمد الحفناوي، نظرية الغلط في القانون الروماني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1974.
63. عبد المنعم البدر اوي، الوجيز في عقد البيع، النسر الذهبي للطباعة، دون ذكر مكان نشر، 1998.
64. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، معهد الدراسات العالية، القاهرة، 1958.
65. عبد الودود يحيى، نظرية الغلط في القانون الألماني، مطبعة القاهرة، بدون طبعة، 1969.
66. عبدالعزيز عامر، عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1967.
67. عدنان إبراهيم السرحان، د. نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، دار الثقافة، الطبعة الأولى، الإصدار السادس، 2012.
68. عصام أنور سليم، النظرية العامة للأثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
69. علاء الدين خروفة، شرح قانون الأحوال الشخصية ، ج2، مطبعة المعارف ، بغداد ، 196.
70. علي هادي العبيدي، العقود المسماة، البيع والإيجار، دار الثقافة، عمان، ط1، 2012.
71. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، الإسكندرية، مطابع البصير، ج1، 1954.

72. غزوان محمود غناوي الزهيري، إجراءات التنفيذ العيني الجبري في نقل حق الملكية العقارية، دار زهران، ط1، 2017.
73. غسق خليل ابراهيم، المسؤولية المدنية الناشئة عن الأخلال بعقد المعلوماتية الأطارى، المركز العربي، القاهرة، ط1، 2018.
74. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1، مطبعة المعارف، بغداد، 1969.
75. فريد فتیان، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، معهد البحوث والدراسات العربية، بغداد، 1985.
76. فؤاد قاسم مساعد الشعبي، المقاصة في المعاملات المصرفية، دراسة مقارنة بين القانون والشريعة الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط1، 2008.
77. كمال ثروت الوندأوي، شرح احكام عقد البيع دراسة مقارنة مع مجموعة من التشريعات العربية والأجنبية، بدون مكان نشر، ط1، 1976.
78. المحامي حسين المؤمن، موسوعة نظرية الاثبات، (القواعد العامة، الإقرار، اليمين)، ج1، مطبعة الفجر، بيروت، 1977.
79. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1988.
80. محمد أحمد مكين، أحكام الوصايا في الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 1996.
81. محمد بقبق، النظرية العامة للالتزام، التصرف القانوني، مجمع الأطرش للنشر، تونس، الطبعة الأولى، 2009.
82. محمد حسن قاسم، مضمون التزام الوكيل بتنفيذ الوكالة، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، 2011.
83. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، بدون طبعة، 2006.
84. محمد حسين منصور، مبادئ الاثبات وطرقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط1، 2002.
85. محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ط1، 2001.
86. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني، الأثبات في المواد المدنية والتجارية، دار الهدى، الجزائر، ط1، 2009.
87. محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، دار السنهوري، بيروت، ج1، ط1، سنة 2016.

88. محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد، دار النهضة العربية، بدون طبعة، 2004.
89. محمد عبد الظاهر حسين، مصادر الألتزام الأرادية وغير الأرادية، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، بدون سنة طبع.
90. محمد عبد ربه السجي، تعيب المعقود عليه واثره في عقود المعاوضات المالية، دار الفكر الجامعي، ط1، 2008.
91. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، عقد الايجار، دار محمود، القاهرة، المجلد السابع، ط1، بدون سنة طبع.
92. محمد كامل مرسي، العقود المدنية الصغيرة، مطبعة فتح الله الياس، ط2، 1938.
93. محمد كمال الدين إمام، الوصايا والأوقاف في الشريعة، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2002.
94. محمد كمال مرسي، شرح القانون المدني، العقود المسماة، ج6، منشأة المعارف، شركة الجلال للطباعة، بدون سنة طبع.
95. محمد لبيب شنب، شرح أحكام عقد البيع، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون طبعة، 1961.
96. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، ج2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 1999.
97. محمد يوسف الزعبي، شرح عقد البيع في القانون المدني، العقود المسماة، دار الثقافة، ط1، 2006.
98. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الألتزام، ج1، (مصادر الألتزام)، مطبعة العاني، بغداد، 1955.
99. محمود سمير شرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، ط2، 2002.
100. محمود عبد المجيد المغربي، احكام العقد في الشريعة الإسلامية، المؤسسة الحديثة للكاتب، لبنان، بدون طبعة، 2002.
101. محمود محمد عوض سلامة، هلاك المعقود عليه، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2012.
102. مصطفى إبراهيم الزلمي، الألتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، ط1، دار احسان للنشر والتوزيع، كردستان، 2014.
103. مصطفى إبراهيم الزلمي، نظرية الألتزام برد غير المستحق، ط1، نشر احسان للنشر والتوزيع، كردستان العراق، 2014.

104. مصطفى الزلمي ، الميراث والوصية ، ط10 ، شركة الخنساء للطباعة ، دون ذكر سنة الطبع.
105. مصطفى بن احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى.
106. مصطفى مجدي هرجة، الاثبات في المواد الجنائية، دار المطبوعات الجامعية، ط1، مصر، 1992.
107. مصطفى مجيد، شرح قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971، ج3، القاهرة، العاتك لصناعة الكتاب، بدون سنة طبع.
108. مصطفى محمد الجمال ، احكام الالتزام ، دار الكتب العلمية ، 2000.
109. مصطفى محمد الجمال، القانون المدني في ثوبه الإسلامي، مصادر الالتزام، الفتح للطباعة والنشر، ط1، بدون سنة نشر.
110. ممدوح محمد علي ميروك، ضمان مطابقة المبيع في نطاق حماية المستهلك، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
111. منذر الفضل، النظرية العامة للألتزامات في القانون المدني، مصادر الألتزام، ج1، ط1، بدون مكان نشر، 1991.
112. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات نارس، المكتبة العامة في أربيل، أربيل، الطبعة الأولى، 2006.
113. منير القاضي، شرح المجلة، ج1، مطبعة السريان والعاني، بدون طبعة، 1947.
114. منير القاضي، ملتقى البحرين، الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، مطبعة العاني، بغداد، 1951.
115. مهدي صالح محمد أمين، ادلة القانون غير المباشرة ، بغداد ، مطبعة أوفسيت الشرق ، 1987.
116. موريس نخلة، الكامل في شرح القانون المدني، ج5، منشورات الحلبي الحقوقية، 2000.
117. نبيل إبراهيم سعد، الاثبات في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
118. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة، ج1، البيع، دار النهضة العربية، بيروت، ط1، 1997.
119. هدى زوزو، عبء الاثبات في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة محمد خضير، الجزائر، ط1، بدون سنة طبع.
120. همام محمد محمود وآخرون، النظرية العامة للأثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان بيروت، ط1، 2010.
121. الياس ناصيف، موسوعة العقود المدنية والتجارية، ج3، عقد البيع، بدون مكان طبع، 1995.

122. ياسر كامل الصيرفي، التصرف القانوني الشكلي في القانون المدني المعاصر، القاهرة، ط1 1992.

123. ياسر محمود نصار ، موسوعة دائرة المعارف القانونية، الإصدار المدني ، المجموعة الدولية للمحاماة، الإسكندرية، ج1، 1998.

124. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج1، ط1، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الاردن، 2002.

خامساً: الرسائل والأطاريح الجامعية.

1. إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 1998.

2. إيمان طارق الشكري، سلطة القاضي في تفسير العقد، أطروحة دكتوراة، كلية القانون، جامعة بغداد، 2002.

3. جمال محمود عبد العزيز، الالتزام بضمان المطابقة في عقد البيع الدولي للبضائع، رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة، 1996.

4. حيدر هادي عبد الخزاعي، ضمان مطابقة المبيع، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بابل، 2014.

5. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، نطاق العقد، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.

6. سهير حسن هادي، الشرط المؤلف في العقد، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بابل، 2008.

7. ضمير حسين المعموري، فوات المنفعة المقصودة من العقد، رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بابل، 2002.

8. عبد المجيد عبدالله ديه، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراة، الجامعة الأردنية، كلية الدراسات العليا، 2002.

9. علي شاكر البدري، التغير الجبري لمالك العين وأثره في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراة ، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013.

10. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي، تغير الشيء وأثره في التصرفات والوقائع القانونية (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير ، كلية القانون جامعة بغداد، 2006.

11. محمد علي الخطيب، سلطة القاضي في تعديل العقد في القانون اليمني والمصري والفقهاء الإسلامي، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 1992.

12. محمد غانم يونس الأمين، سلطة القاضي في تكميل العقد، أطروحة دكتوراه ، كلية القانون، جامعة بغداد، 2017.

13. مرية خالدي، العقد الباطل، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة بن عكنون، الجزائر، 2011.
14. مصطفى أحمد عمران الدراجي، الألتزام الموصوف والقواعد التي تحكم تنفيذه، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2004.
15. وليد طارق العزاوي، الشرط المقترن بعقد الايجار، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2018.

سادساً: البحوث القانونية.

1. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، القسم المدني، مطبعة العمال المركزية، بغداد، 1988.
2. أحمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الأول، 1933، مطبعة الرغائب.
3. أحمد عبدالرحمن الملحم، مقاصد الإفلاس دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق، جامعة الحقوق الكويتية، العدد 1، السنة 25، 2012.
4. جاسم لفته العبودي، آثار الغلط، في النظام القانوني الإنكليزي، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، القسم الثاني، العدد الخامس، 2000.
5. حبيب عبيد مرزة، التعهد بنقل الملكية أو حق التصرف في العقار، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الأول، السنة العاشرة، 2018.
6. حيدر حسين كاظم الشمري، أحكام هلاك المبيع أو تعييبه في خيار التعيين خلال مدة الخيار، بحث منشور في مجلة جامعة أهل البيت، العدد الخامس، بدون سنة نشر.
7. رغد عبد الأمير مظلوم الخزرجي، مبدأ حسن النية في تنفيذ المعاهدات الدولية، بحث منشور في مجلة جامعة ديالى، العدد 64، سنة 2014.
8. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، ضمان فوات الصفة المشروطة في المبيع، بحث منشور في مجلة حولية المنتدى، يصدرها المنتدى لأبحاث الفكر والثقافة، السنة الثالثة، العدد الثالث، 2009.
9. الشيخ أحمد إبراهيم، العقود والشروط والخيارات، مجلة القانون والاقتصاد، العدد السادس، السنة الرابعة، 1934.
10. فيصل عدنان عبد شياح، الأخطار بعيب عدم المطابقة كواجب على المشتري في ظل اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا 1980، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، جامعة بغداد، العدد الأول، 2018.
11. محمود بلال مهران، الشروط المقترنة بعقد البيع في الفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، العدد 59، سنة 1989م.

12. نعم حنا رؤوف نئيس، التزام البائع بالتسليم في عقد البيع الدولي للبضائع، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 14، العدد 51، 2016.

13. يزيد أنيس نصير ، الأرتباط بين الايجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، العدد 3، السنة 27 ، 2003.

سابعًا: مصادر القرارات القضائية.

1. القاضي سعد جريان التميمي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز الاتحادية، القسم المدني، 2011، 2012، 2013، 2014، 2015، مكتبة السنهوري، بيروت، 2016.
2. قضاء محكمة تمييز العراق ، تصدر عن المكتب الفني في محكمة تمييز العراق، المجلد الأول ، القرارات الصادرة سنة 1966.
3. مجلة التشريع والقضاء، مجلة قانونية فصلية، صادرة في العراق، بغداد، العدد 1، 2011.
4. مجموعة الأحكام العدلية تصدر عن وزارة العدل لجمهورية العراق، قسم الإعلام القانوني، العدد الثاني ، السنة الثالثة عشر ، 1982.

ثامنًا: القوانين.

1. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.
2. مجلة الاحكام العدلية 1877.
3. قانون الشهر العقاري المصري رقم (114) لسنة 1946.
4. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 المعدل.
5. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل.
6. قانون الاثبات المصري رقم (25) لسنة 1968.
7. قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971.
8. قرار مجلس قيادة الثورة (المنحل) رقم (1198) لسنة 1977، منشور في جريدة الوقائع العراقية عدد 2621 في 14 / 11 / 1977 .
9. قانون الاثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل.
10. قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لسنة 2010.
11. قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم (188) لسنة 1959.

تاسعًا // المصادر الاجنبية :-

- 1_Dest contrats en droet francais De l "ldef" 22 avril 2016 Denis philippe la reforme du drot congress.
- 2_Henri ,Leon et Jean Mazeaud : Droit Civil, t11,3e ed , Paris 1968.
- 3 _ mai1909, cod civil, Dalloz, 1984.
- 4_Planialet.Ripert_Traitecivl_Tomex_Contrats civil.
- 5_Planiol et Ripert par Esmein: Traite Pratique de droit civil. Francas, 2e ed, TVI, Obligations, premiere partie, Paris, 1952.
- 6_Schlechtriem, unform salse law _the un convention on contracts for the international sales of gods, manz Vienna 1986.
- 7_Thibault Douvile Et Autres, La Refome Du Droit Dest Contrats,op.Cit,p.151 Ets.

عاشراً: المواقع الألكترونية.

1. [/https://www.hjc.iq/qview.2227](https://www.hjc.iq/qview.2227)
2. https://www.researchgate.net/publication/324438876_by_almd_wm_wttbyqath_almasrt_fy_mjal_aldywn_Selling_the_Unowned_and_Its_Contemporary_Implications_in_the_Area_of_Debt
3. جمال أحمد زيد الكيلاني، بيع المعدوم وتطبيقاته المعاصرة في مجال الديون، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية (الأنترنت) على الرابط التالي
4. جودت هندي، التزام البائع بتسليم المبيع وفق أحكام اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية (الأنترنت)، على الرابط التالي
<https://shamra-academia.com/show/57bb4a69c530d>
5. راضي مسعود، المقاصة قانوناً وقضاً، مقال منشور على الشبكة المعلوماتية (الأنترنت) وعلى الرابط التالي
<https://mohammy.com/%D8%A7%D9%84%D9%85%D9%82%D8%A7%D8%B5%D9%87>

6. قرار محكمة استئناف بغداد /الكرخ الاتحادية بصفته التمييزية المرقم 2016//17 والصادر في 2016/1/19، منشور على الشبكة المعلوماتية (الأنترنت) وعلى الرابط التالي <https://www.hjc.iq/qview.2331>
7. المحامية ورود فخري، مفهوم المقاصة وفقاً للقانون المدني العراقي، مقال منشور على الشبكة المعلوماتية (الأنترنت) وعلى الرابط التالي <https://www.mohamah.net/law/%D9%85%D9%81%D9%87%D9%88%D9%85>
8. وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية في العقود، بحث منشور على الشبكة المعلوماتية (الأنترنت) على الرابط التالي <https://www.google.com/url>

ABSTRACT

The subject of the difference in the gender of the contracted person is one of the important topics in civil law. Often in most cases we find that one of the contracting parties does not get what was agreed upon. So thing is different from what was stated in the contract. This difference affects its validity because there is a contrast between the contractual situation and the actual situation of the contracted person. This difference changes the subjectivity or description of contract in a way that leads to the loss of the intended benefit and the gross disparity in its reality which affects the conclusion of the contract and its validity. The legal acts however their kinds demand the similarity of gender between the contractors. The duty of contractors is the consideration of the gender and the existence of the thing on its state without change in its attitude. This duty or obligation is an obligation to achieve a result because the will is directed to a specific thing in its name. The demise of its name and benefit leads to the two wills are not meeting and thus not achieving that result, which affects the contract system.

Also, the subject of the contract whose gender is different is not only the subject of an act issued by two sides (the contract), but may be the subject of a legal act issued by one side (the singular will). The difference of gender might be the subject of any of them because of its many applications and numerous legal provisions. Allegation of a change in its subjectivity does not take place without restriction or condition. The diversity of the gender of the subject does not come arbitrarily, but rather requires the availability of certain conditions that lead to a difference in the gender of the subject, including the difference in the name of the subject and the loss of the intended benefit from it after proving that claim by the means established by law. It is this matter that motivates the legislator to impose a legal provision for it, whereby he made the contract void when there is a difference in gender. Therefore he concludes that the contract does not lead to the achievement of the purpose of undertaking legal actions. It is restricted to the demise of its subjectivity at the stage of the execution of contract. The provision by which a gender difference is made is different from the provision by which it is arranged after it is acted upon. If the difference of gender is after the contract has been completed, its implementation is flawed.

Republic of Iraq
Higher Education and Scientific Research
Karbala University
College of law



The difference in the gender of the subject

(A comparative study)

A thesis submitted by Student

Waleed Hadi Kadhem

T0

Council of College of Law University of Karbala

as partial fulfillment of the requirements

Superviso by

Prof. Dr. Ali Shaker Al- Badri

Master Degree in the private law

1443A.H

2022 A.C