

التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد**دراسة تحليلية- (*)****د. فتحي علي فتحي****د. فتحي علي فتحي****مدرس قانون الأحوال الشخصية المساعد****مدرس القانون المدني****كلية الحقوق/ جامعة الموصل****كلية الحقوق/ جامعة الموصل****المستخلص**

الفقهاء غير منفتحين على وضع معيار معين يمكن الركون اليه لتمييز محل العقد عن محل الالتزام الناشئ عن العقد لاسيما وان بعضهم نظر إلى العقد لتحديد محله فجعل محله أثره وهذه اشكالية وبعضهم الآخر جعله محل الالتزام نفسه ... الخ وهذه بلا شك اشكالية بين الفقهاء في تحديد محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد، لذا جاء هذا البحث لمناقشة وتحليل النصوص القانونية وبيان مدى إمكانية تطبيقها على الموضوع محل الدراسة في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة مع تلك الأحكام التي أرساها الفقه الإسلامي حوله بهدف الوصول إلى اقتراح نصوص قانونية تعالج أحكام الموضوع محل الدراسة في القانون المدني العراقي.

Abstract

The jurists do not agree on setting a certain criterion that can be used to distinguish the place of the contract from the place of the obligation arising from the contract, especially since some of them looked at the contract to determine its place, making it the place of its effect, and this problematic, while others made it the place of commitment itself ... etc. The subject of the contract and the place of commitment arising from the contract, so this research came to discuss and analyze the legal texts and the extent to which they can be applied to the subject under study in the Iraqi civil law and comparative laws with those provisions established by Islamic jurisprudence around it in order to

(*) أستلم البحث في ٢٠١٨/١١/٢٨ *** قبل للنشر في ٢٠١٨/١٢/٦.

reach a proposal of legal texts dealing with provisions P under study in the Iraqi civil law.

إتقدمة

باسمك ربنا افتتحننا، وعليك توكلنا، وأليك أنبنا وبك أمانا، وإليك المصير، ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم، والصلاة والسلام على أشرف الخلق سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين. وبعد

نعرف بموضوع بحثنا من خلال الفقرات الآتية:-

أولاً:- مدخل تعريفى بموضوع البحث:

إن دراسة القانون تكون على نوعين أما النوع الأول فهو دراسة جزئيات القانون، وأما النوع الثانى فهو دراسة فلسفة القانون، ويمكن أن نشبه ذلك، بان الذين يدرسون جزئيات القانون في بستان فيه أشجار كثيفة يقومون بإحصائها ومعرفة نوع وثمر كل منها، وأما الذين يدرسون القانون بفلسفة فكأنهم على جبل مسلط على هذا البستان يرون من فوقه الأشجار وأنواعها وثمارها والدارسون فيه، ولا يخفى على دراسى القانون بنوعيه أن التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد، هو دراسة فلسفية يجب النظر اليها من الاعلى على النحو المتقدم، ولكنى لا أريد أن أقول إننا وصلنا إلى قمة الجبل المسلط على هذا البستان لنخوض في دراسة مثل هذا الموضوع الفلسفى، بل أننى أقول دخلت هذا البستان قاصداً من دخولى هذا معرفة التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد، فرأيت أن الذين يدرسون في البستان يمرّون عليه مرور الكرام وأما الذين في القمة فرأيت إشعاع نور عقولهم مسلط على مكان العقد ومن هنا جاءت تسمية المبحث الأول بـ "تعريف العقد والالتزام وتحديد عناصرها"

ثانياً:- أهمية الموضوع وسبب اختياره:

ان الفقهاء غير متفقين على وضع معيار معين يمكن الركون اليه لتمييز محل العقد عن محل الالتزام الناشئ عن العقد لاسيما وان بعضهم نظر إلى العقد لتحديد محله فجعل محله أثره وهذه اشكالية وبعضهم الآخر جعله محل الالتزام نفسه ... الخ وهذه بلا شك اشكالية بين الفقهاء في تحديد محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد، واطلعت على نصوص القانون المدنى فتبين لي ان هذه الاشكالية والضبابية امتدت اليه مما جعله هو

الأخر يخلط بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عنه، ومن هنا جاءت أهمية البحث وسبب اختياره.

ثالثاً: - تساؤلات البحث ومشكلاته:

سنحاول من خلال بحثنا أن نجد الإجابة على التساؤلات الآتية بإذن الله :

ما المقصود بمحل العقد؟

ما المقصود بمحل الالتزام الناشئ عن العقد؟

ما الغاية التي يقصدها المدين من التزامه؟

لمَ التزم المدين؟

بماذا التزم المدين؟

هل فعلا خلط الفقهاء بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد؟

هل فعلا خلط القانون بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد؟

ولعل مشكلة البحث تكمن في إيجاد الأجوبة المناسبة للتساؤلات أعلاه وغيرها من

التساؤلات التي قد تتبادر للذهن ولا تسعف النصوص القانونية في إيجاد الإجابة عنها.

رابعاً: - أهداف البحث:

يهدف هذا البحث بالدرجة الأولى مناقشة وتحليل النصوص القانونية وبيان مدى

إمكانية تطبيقها على الموضوع محل الدراسة في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة

مع تلك الأحكام التي أرساها الفقه الإسلامي حوله بهدف الوصول إلى اقتراح نصوص

قانونية تعالج أحكام الموضوع محل الدراسة في القانون المدني العراقي.

خامساً: - منهجية البحث:

سنعتمد في دراستنا الأسلوب الفلسفي التحليلي المقارن. من خلال بيان موقف

التشريعات من موضوع البحث والمقارنة بينها وبين ما جاء في الفقه الإسلامي بمذاهبه

المختلفة، مع الاعتماد على أسلوب الترجيح المعلل وسنحرص على أن تكون مقارنتنا

موضوعية وشاملة قدر الإمكان إن شاء الله .

سادساً :- هيكلية البحث:

ستكون هيكلية البحث على النحو الآتي :-

التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد

المقدمة

المبحث الاول: ((تعريف العقد والالتزام وتحديد عناصرهما))

المطلب الاول: ((التعريف بالعقد وتحديد عناصره))

المطلب الثاني: ((التعريف بالالتزام وتحديد عناصره))

المبحث الثاني: ((إشكالية التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام في الفقه والقانون))

المطلب الاول: ((إشكالية التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام فقها))

المطلب الثاني: ((الخلط بين محل العقد ومحل الالتزام قانوناً))

الخاتمة

المبحث الأول**تعريف العقد والالتزام وتحديد عناصرها**

إن العقد يتم بتوافق ارادتين على احداث اثر قانوني ولكن هذا العقد لا ينتج أثره إلا من خلال الالتزام يترتب عليه بعد نشوئه، وسنبين في هذا المبحث تعريف كل من العقد والالتزام، ويما أن لكل شيء عناصر أو أركان فلا بد من أن نحدد أركان أو عناصر كل من العقد والالتزام، وبناءً على ذلك فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص المطلب الأول لتعريف العقد وتحديد عناصره، ونخصص المبحث الثاني لتعريف الالتزام وتحديد عناصره وكالآتي :

المطلب الأول**تعريف العقد وتحديد عناصرهما**

من اجل الوقوف على تعريف العقد لابد من تعريفه لغة واصطلاحاً وقانوناً كالآتي:

العقد في اللغة : يعني الإحكام والشد، فيقال عقد الحبل أي شده^(١).

(١) محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مطبعة دار الرضوان، سوريا، حلب،

أما اصطلاحاً:

فقد حاول الفقهاء المتأخرون وضع تعريف له وكان للعقد لديهم معنيان عام وخاص ذلك أن العقد يطلق بطريق الاشتراك على معنيين الأول: العزم الاكيد والارادة المصممة على فعل شيء أو تركه وهذا قريب من المعنى اللغوي للعقد.

والثاني: توافق ارادتين متقابلتين على إنشاء التزام أو نقله، والانعقاد هو تعلق كلام احد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر اثره في المحل^(١)
أما العقد قانوناً:

فقد حاولت بعض التشريعات المدنية تعريفه ومنها القانون المدني العراقي^(٢) فقد عرفه في المادة (٧٣) منه على أنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه".

ويلاحظ على التعريف الذي أورده المشرع العراقي أنه معيب من حيث الصياغة ففيه حشو كان بإمكان المشرع تجنبه، فقد كان بإمكانه حذف عبارة "... الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر..." والاكتفاء بالقول "العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول..." لأن

(١) اقتصرنا على التعاريف التي أوردتها بعض التشريعات ولم نشيره إلى التعاريف التي أوردها الفقهاء لأن الإشارة إليها تتطلب الاسهاب في موضوع ليس له من جدوى هنا، للمزيد ينظر: د. نذير بوصبع، نظرية العقد عند الامام ابن حزم اصولها ومقوماتها، ط١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٤٣١هـ، ٢٠١٠، ص ١٦٧ وما بعدها.

(٢) القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م، وتجدر الإشارة إلى ان المشرع العراقي ركز على النزعة الموضوعية التي تسود الفقه الاسلامي لا النزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني، فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول لا من حيث انه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين، بل من حيث أنه يثبت أثره في المعقود عليه، أي أنه يغير المحل من حالة إلى حالة وهنا تبرز النزعة الموضوعية، ينظر: د. عبد المجيد الحكيم ود. عبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل، ١٩٨٠، ص ٢٠.

الإيجاب والقبول ليسا الا تعبيراً عن الارادة، والتعبير عن الإرادة لا يمكن أن يصدر إلا من الانسان الذي يروم الدخول في علاقة تعاقدية^(١).

وعرفه القانون المدني الاردني^(٢) في المادة (٨٧) منه على أنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه التزام كل منها تجاه الآخر".

ونلاحظ أن التعريف الذي أورده المشرع الاردني مقتبس في أغلبه من القانون المدني العراقي المقتبس بدوره من كتاب مرشد الحيران .

ويؤخذ على التعريف الذي أورده المشرع الاردني ما أخذ على المشرع العراقي بذكر عبارة "...الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر ... " فضلاً عن النقاط الاتية:

اضافة كلمة "وتوافقهما" وهذه الكلمة زائدة ولا حاجة لذكرها فإذا ارتبط الإيجاب بالقبول فمن البديهي أنهما توافقا دون الحاجة إلى التصريح في ذلك.

اضافة عبارة "ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للأخر" فترتيب الالتزام يتعلق بأثار العقد وليس في تعريفه، كما أن هذا التعريف للعقد يصدق على العقود الملزمة للجانبين دون العقود الملزمة للجانب الواحد.^(٣)

ولو ابتعدنا عن الفقه الاسلامي قليلاً وبحثنا عن تعريف للعقد في القانون الوضعي لولينا وجهنا شطر القانون المدني الفرنسي، فقد عرف العقد في المادة (١١٠١) منه بأنه " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر بإعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل ..."^(٤).

(١) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مصادر الالتزام،

مطبعة النديم، بغداد، الطبعة الخامسة، دون سنة طبع، ص٣٣، الهامش رقم ٢٣.

(٢) القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.

(٣) د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاصر، شرح القانون المدني الاردني،

مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار النشر، المكتبة العامة لأمانة عمان الكبرى،

الاردن، دور رقم طبعة، ١٩٩٧، ص٢٥-٢٦.

(٤) نقلاً عن المرجع السابق، ص٢٦.

ويؤخذ على هذا التعريف ما يأتي:

ذكر عبارة "يلتزم بمقتضاه" والالتزام وهو من آثار العقد ولا دخل له في تعريفه.

ذكر عبارة "يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص أو أكثر" إذ يفهم من هذه العبارة أن العقد يلتزم فيه أحد طرفيه العقد سواء أكان شخصاً واحد أو أكثر دون الطرف الآخر المنفرد أو المتعدد، أي انه يلزم الموجب أو الموجبين نحو القابل أو القابلين، أو يلزم القابل أو القابلين نحو الموجب أو الموجبين وبعبارة أدق يصدق على العقود الملزمة للجانب الواحد دون الملزمة للجانبين.

أما القانون المدني المصري فإنه لم يعرف العقد وكذلك فعل المشرع السويسري وقد أحسن المشرعان (المصري والسويسري) صنفاً بتجنبهما تعريف العقد، وذلك لأن التعريف عموماً مسألة علمية يجب أن تترك للشرح، فضلاً عن أن التعريفات التي يوردها المشرعون لا تكون في الغالب، جامعة مانعة ولا تسلم من النفوذ^(١).

ومن كل ما تقدم فإذا ما أردنا أن نضع تعريفاً للعقد نقول ان العقد هو احد أجزاء التصرف القانوني الذي يعني اتجاه الإرادة نحو إحداث اثر قانوني أو بما أن العقد ارادتين لا إرادة فإن هاتين الارادتين تتحد وتتجه نحو إحداث هذا الاثر، وبذلك نستطيع ان نعرف العقد بأنه "ارتباط الإيجاب بالقبول نحو إحداث أثر قانوني".

عناصر أو أركان العقد

عناصر الشيء ما يتوقف عليها هذا الشيء في تحققه ووجوده، فهي سابقة عليه في الوجود الذهني، وبناءً على ذلك تكون عناصر كل شيء عبارة عن اركانه وشروطه ومواده الأولية^(٢)، وعناصر أو أركان العقد هي التراضي والمحل والسبب وسنتطرق اليها بلمح الاشارة دون تفاصيل العبارة وكالاتي:

(١) د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ٤١.

(٢) أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية، الجزء الاول، شركة السعدون للطباعة والنشر والتوزيع المحددة، بغداد، دون سنة طبع، ص ٢٦.

أولاً - التراضي:

يوجد التراضي بوجود ارادتين متوافقتين، ويشترط لوجود التراضي أن يصدر ايجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، ويجوز التعبير عن كل من الإيجاب والقبول باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداوله عرفاً، كما يجوز اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقته المقصود منه^(١)، كما يجوز ان يكون التعبير ضمنياً كما في التجديد الضمني في عقد الايجار، كما أن وجود الرضا وحده لا يكفي لكي ينعقد العقد صحيحاً بل يلزم أن يكون رضا كل من المتعاقدين سليماً خالياً من العيوب التي تشوب الإرادة وهذه العيوب هي الاكراه والغلط والغبن مع التغير^(٢) التي تجعل العقد موقوفاً، أما الاستغلال فإنه لا يجعل العقد موقوفاً وإنما يجوز للمتعاقد المستغل ان يطالب برفع الغبن عنه إلى الحد المعقول وذلك خلال مدة سنة من تاريخ العقد إذا كان العقد معاوضة، أما اذا كان تبرعاً فإنه يجوز له ان ينقضه خلال تلك المدة^(٣).

ثانياً- المحل:

محل العقد أو المعقود عليه هو الشيء الذي يلتزم فيه المدين أو (المعقود عليه)^(٤) وقد اختلف فقهاء القانون في اعتبار المحل ركناً في العقد. فيذهب رأي إلى اعتبار المحل ركناً في العقد فضلاً عن ركن السبب وركن التراضي^(٥). ويذهب رأي آخر إلى أن التراضي والسبب هما ركنا العقد، اما المحل فهو ركن في الالتزام في العقد، وهذا ما هو عليه المنطق القانوني المجرد الذي يقضي بدراسة المحل كركن في الالتزام لا في العقد، لأن التراضي والسبب لا يعبر عنهما من خلال الإرادة أما المحل

(١) راجع المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي.

(٢) راجع المواد من (١١٢ إلى ١٢٥) من القانون المدني العراقي.

(٣) راجع المادة (١٢٥) من القانون المدني العراقي.

(٤) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩، ص ١٠٨.

(٥) أو يرى ورو، ج ٤، ص ٣٤٢. نقلاً عن د. جميل الشرقاوي، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدر عن كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد الثاني، ١٩٦٤، ص ٩.

فيمثل عنصراً خارجاً عن الإرادة. ولكن لأن أهميته لا تبرز إلا في الالتزام الناشئ عن العقد، فيبحث عن دراسته ضمن اركان العقد^(١).

ويذهب رأي آخر إلى ان التراضي والمحل والسبب اركان للتصرف القانوني وليس للعقد أو الالتزام^(٢).

ومن جانبنا فإننا نتفق مع الرأي الأول الذي يذهب بان المحل ركن في العقد وفي الوقت نفسه لا ننكر ان للالتزام محل، فللعقد محل وللالتزام الناشئ عن العقد محل يختلف عن محل العقد، وسنبين ذلك في الصفحات اللاحقة.

أما عن موقف القانون المدني العراقي فيلاحظ عليه عدم الدقة والتعارض بين العنوان والنصوص، فالعنوان ينص على المحل باعتباره ركناً في العقد، أما النصوص فتتكلم عليه باعتباره ركناً في الالتزام^(٣).

ثالثاً- السبب:

يمكن تعريف السبب بأنه الغرض المباشر من التعاقد، ولهذا قال الفقهاء ان السبب هو جواب من يسأل لمَ التزم المدين؟ وذلك في مقابله المحل الذي هو جواب من يسأل بمَ التزم المدين؟ ولكن المدين يقصد بالتزامه غايتين: أحدهما غاية قريبة والأخرى غاية بعيدة مثال ذلك أن المشتري يلتزم نحو البائع بدفع الثمن، والغاية القريبة من وراء التزامه هذا هي الحصول على العين المبيعة، اما الغاية البعيدة فقد تكون، السكن أو الايجار أو الاستغلال التجاري ... الخ.

فأي هاتين الغايتين هي سبب الالتزام؟

تجيب النظرية التقليدية على هذا السؤال بان سبب الالتزام هو (الغرض المباشر) أو الغاية القريبة التي قصد اليها المتعاقد، أما (الغرض غير المباشر) أو الغاية البعيدة

(١) ومن انصار هذا الرأي د. عبدالمجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص ٣١، وكذلك د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص ٢١٥، ود. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ١٠٨، ود. عبدالرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، دون رقم طبعة، دون مكان نشر، دون سنة طبعة، ص ١٠٤.

(٢) د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ٢٥ وما بعدها.

(٣) د. عبدالمجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ١٨١.

(الباعث) فلا يعتد بها بأي وجه من الوجوه، أما النظرية الحديثة فإنها تذهب إلى أن سبب الالتزام هو (الباعث الدافع) أي الغاية البعيدة^(١).

وقد اختلف الفقهاء المسلمين في تحديد سبب العقد، ففي المذهبين الحنفي والشافعي نرى نظرية السبب تختفي تحت ستار من صيغة العقد والتعبير عن الإرادة، فلا يعتد بالسبب أي الباعث إذ تضمنه التعبير عن الإرادة فإن لم يتضمنه التعبير لم يعتد به، وفي المذهبين المالكي والحنبلي تتغلب العوامل الأدبية والخلقية والدينية، فيعتد بالباعث ولو لم يتضمنه التعبير عن الإرادة أي ولو لم يذكر في العقد، ويكون العقد صحيحاً أو باطلاً تبعاً لما إذا كان هذا الباعث مشروعاً أو غير مشروع^(٢).

أما عن موقف المشرع العراقي من نظرية السبب فقضت المادة (١٣٢) من القانون المدني العراقي بانه:

يكون العقد باطلاً إذا التزم المتعاقد دون سبب أو لسبب ممنوع قانوناً أو مخالف للنظام العام أو الآداب.

ويفترض في كل التزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقدّم الدليل على خلاف ذلك.

أما إذا ذكر سبب في العقد فيعتبر أنه هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك.

يلاحظ على النص المتقدم أنه ذكر السبب دون أن يعين هل المراد به المعنى الضيق الذي تفهمه النظرية التقليدية أو المعنى الواسع (أي الباعث الدافع) مفهوم النظرية الحديثة، وقد عمد المشرع العراقي إلى هذا الضرب من الصياغة المرنة حتى يأخذ القضاء العراقي بكل من النظريتين، فيفهم السبب أولاً بالمعنى الذي تفهمه النظرية التقليدية ثم يفهمه ثانية بالمعنى الواسع المفهوم في النظرية الحديثة^(٣).

(١) للتفاصيل ينظر: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ١١٨ وما بعدها، وكذلك د. عبد المجيد الحكيم، مرجع سابق، ص ٢١٤ وما بعدها، وكذلك د. غني حسون طه، مرجع سابق، ص ٢٥١ وما بعدها.

(٢) نقلاً عن د. عبدالمجيد الحكيم ود. عبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، مرجع سابق، ص ١٠٧.

(٣) ينظر: د. حسن علي الذنون، مرجع سابق، ص ١٢٤.

المطلب الثاني

تعريف الالتزام وتحديد عناصره

الالتزام في اللغة : الالتزام من مشتقات اللزوم وهو مصدر لزوم يلزم من باب علم يعلم وفعل (لزم) ورد لازماً ومتعدياً إلى مفعول واحد فاللزوم من الفعل اللازم بمعنى الثبات والدوام والوجوب يقال لزم الشيء : ثبت ودام، ولزم الأمر وجب، واللزوم من الفعل المتعدي يكون بمعنى التعلق بالشيء وعدم المفارقة عنه ويقال لزم الدائن الغريم (المدين) أي تابعه ولم يفارقه، والالتزام المشتق من اللزوم بهذا المعنى هو الإيجاب على النفس وعدم المفارقة يقال التزم العمل أو المال أوجبه على نفسه ويقال لزم بيته: لم يفارقه^(١).

أما في الاصطلاح القانوني: فنجد أن بعض التشريعات تطرقت إلى تعريفه ومنها القانون المدني العراقي الذي عرفه في المادة (٦٩) منه على أنه:

- ١- الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن ومدين يطالب بمقتضاه الدائن المدين بان ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل.
- ٢- ويعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية أياً كان محلها نقداً أو مثليات أو قيميات ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين.
- ٣- ويؤدي التعبير (الالتزام) بلفظ (الدين) نفس المعنى الذي يؤديه التعبير بلفظ (الحق الشخصي)."

ان التعريف الذي اورده المشرع العراقي للالتزام لم يسلم من أسهم النقد الموجه اليه من الفقهاء فقد انتقد احد الفقهاء هذه المادة بالانتقادات الآتية:

اعتبار الحق الشخصي والالتزام والدين الفاظاً مترادفة لها معنى واحد عبارة عن الرابطة القانونية بين الدائن والمدين بمقتضاه يطالب الأول الثاني نقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عنه وهذا يعني أن هذه الرابطة القانونية واحدة ذات وجهين حق شخصي

(١) لسان العرب لابن منظور (جمال الدين محمد بن مكرم) الانصاري (٦٣٠-٧١١هـ) ١٤/١٦. مادة لزوم، نقلاً عن أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية، الجزء الاول، دون رقم طبعة، دار النشر شركة السعدون للطباعة والنشر والتوزيع المحدد، دون سنة طبعة، بغداد، ص ١١.

بالنسبة للدائن والتزام بالنسبة إلى المدين، وهذه الفرضية القانونية بالمعيار المنطقي خطأ من الواجهة الآتية :

الالتزام من مقولة الانفعال (التأثير أو المطاوعة) والرابطة القانونية من مقولة الاضافة تتكون من نسبتين أحدهما إلى الدائن والثانية إلى المدين وهاتان المقولتان متباينتان من حيث المضمون فلا تعرف إحداها بالأخرى في ميزان المنطق.

الالتزام صفة انفرادية قائمة بشخص المدين والرابطة صفة مشتركة بين الدائن والمدين فلا يصح ان تفسر احدهما بالأخرى في اللغة والمنطق.

اعتبار الدين (الحق الشخصي) والالتزام مترادفين يتعارض مع القول بان الحقوق الشخصية إذا زادت على الالتزامات تكون الذمة دائنة وإذا كان الأمر بعكس ذلك تكون مدينة، فكيف يتصور منطقياً هذا التغيير في الذمة إذا كان الدين والالتزام لفظين مترادفين لهما مضمون واحد؟

ومن الملاحظات التي أخذت على المادة المذكورة عبارة الالتزام بنقل ملكية إذ أن الملكية تنقل بمجرد انعقاد العقد سواء كان هذا العقد رضائياً أو شكلياً: فالمدين لا يلزم بنقل الملكية لأن الملكية تنتقل بحكم القانون ويقتصر دور المدين على القيام بالإجراءات اللازمة التي حددها القانون لنقل هذه الملكية. إن ذكر النقود مع المثليات حشو زائد لأن النقود تعد من المثليات.^(١)

ولو افترضنا جدلاً أن هذه المادة خالية من العيوب التقنية المذكورة فإن شائبة تبقى لما فيها من حشو وتكرار لا مبرر له، فالفقرة الثانية لغو لا فائدة فيه، إذ ان الالتزام بنقل الملكية ليس إلا التزاماً بنقل حق عيني نصت عليه الفقرة الأولى صراحة. والالتزام بتسليم شيء معين هو في الحقيقة التزام بعمل ذكرته الفقرة الأولى كذلك. أما الفقرة الثالثة فاعتقد أنها من عمل شراح وفقهاء القانون لا من عمل واضعيه، واخيراً أقول إن وضع التعاريف للمصطلحات القانونية هو من اختصاص الفقيه وليس من اختصاص المشرع ولهذا كان من الأجدر بالمشرع العراقي ان يتجنب ذلك.

وقد عرف مشروع القانون المدني العراقي الجديد في م(١١٠) الالتزام بأنه " واجب قانوني بأداء محدد يقع على شخص معين لمصلحة شخص آخر" ويلاحظ على هذا

(١) أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص ٢٣-٢٤.

التعريف الخلط الواضح بين الالتزام ومحل الالتزام فمحله أداء واجب والواجب صفة الأداء دون الالتزام.^(١)

ومن التشريعات التي عرفت الالتزام القانوني المدني الاردني اذ عرفه في م(٦٨) منه على أنه "الحق الشخصي" رابطة قانونية بين دائن ومدين يطلب بمقتضاها الدائن مدينه بنقل حق عيني أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل.

ويؤخذ على التعريف الذي أورده المشرع الاردني بعض ما اخذ على التعريف الذي أورده المشرع العراقي كخلطة بين الحق الشخصي والالتزام وذكر عبارة الالتزام بنقل ملكية. لاسيما ذكر التعريف في التشريع.

أما التعريفات الفقهية للالتزام فهناك تعريفات عديدة لا داعي لذكرها هنا ومناقشتها. ولعل أرجح التعاريف الفقهية للالتزام هو ما أورده الاستاذ الدكتور مصطفى إبراهيم الزلمي فقد عرفه بأنه "تحمل اداء واجب طوعاً أو كرهاً يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي"^(٢).

ومن هذا التعريف فإنه يمكن تحديد عناصر أو أركان الالتزام بما يأتي:

المصدر الملزم: وهو الشرع في الالتزامات الشرعية والقانون في الالتزامات القانونية.

الملتزم: هو عبارة عن شخص المكلف أو المتحمل أو المدين.

الملتزم له: وهو المكلف له أو الدائن أو صاحب الحق.

الملتزم فيه: وهو موضوع الالتزام ويكون محل العقد في الالتزامات التعاقدية.

الملتزم به: وهو محل الالتزام أي الأداء الايجابي (الفعل) في الواجبات والسلبى (الامتناع) في المحضورات.

سبب الالتزام: وهو التصرف الشرعي (او القانوني) والواقعة الشرعية (أو القانونية)

وهذا السبب هو الذي سماه علماء القانون مصدر الالتزام وهذه التسمية خاطئة بميزان المنطق وفلسفة القانون.^(٣)

(١) أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص ٢٤.

(٢) أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص ١٧.

(٣) أ.د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص ٢٧. وينظر فيه أيضاً: الخلط بين

مصادر الالتزام وأسباب الالتزام من ص ٤٣ - ص ٤٨.

المبحث الثاني

إشكالية التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام بين الفقه والنص

أشكل على معظم فقهاء القانون التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام، وهذه الإشكالية والضبابية بشأن التمييز بينهما لم تقتصر على الفقهاء بل امتدت إلى التشريعات، وسنكتفي بأخذ القانون على الفقهاء بل امتدت إلى التشريعات المدنية الوضعية لإظهار النصوص التي وقع فيها المشرع العراقي بخلط بين محل العقد ومحل الالتزام، وبناءً على ذلك فسنقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول إشكالية التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام في الفقه ثم نتناول في المطلب الثاني الخلط بين محل العقد ومحل الالتزام في القانون المدني العراقي.

المطلب الأول

إشكالية التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام في الفقه

حاول من تطرق لهذا الموضوع من الفقهاء وضع النقطة الفاصلة بين محل العقد ومحل الالتزام، واختلفوا بهذا الشأن إلى عدة آراء.

الرأي الأول:

يذهب إلى ان للعقد محل ولكل التزام من الالتزامات الناشئة عن العقد محل، ومحل العقد هو الالتزامات التي تتولد عن العقد، وهي التزامات تنشأ في ذمة كل من المتعاقدين أو أحدهما، أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن، فمثلاً تتولد التزامات عن عقد البيع كالتزام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري ومحل التزام البائع هنا عمل، والتزام المشتري بدفع الثمن إلى البائع ومحل هذا الالتزام عمل.^(١)

ومع احترامنا لهذا الرأي إلا اننا نبدي تحفظاً بشأنه، فإنه إن كان صحيحاً القول بأن محل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن فانه ليس صحيحاً القول بان محل العقد هو الالتزامات التي تتولد على العقد " لأن الالتزام ليس محلاً للعقد بل

(١) ومن انصار هذا الرأي د. محمد حسني عباس، العقد والإرادة المنفردة، دار النشر مكتبة النهضة المصرية، دون رقم طبعة، ١٩٥٩، ص ١١٠، ود. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، دون رقم طبعة، ٢٠٠٦، ص ١٢٢.

هو أثر يترتب عليه بعد انشائه هذا من جانب، ومن جانب آخر فإن المبيع في المثال المتقدم وفق هذا الرأي لا يعتبر محلاً للعقد لأن محل العقد عندهم هو الالتزامات التي تنشأ عن العقد، ولا يعتبر محلاً للالتزام لأن محل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن.

الرأي الثاني:

يذهب إلى أن محل العقد هو العملية القانونية التي يريدها المتعاقدون، أما محل الالتزام وهو ما يلتزم به المدين وهو قد يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، إذ قد تكون التزامات المتعاقدين مشروعة – كالتزامات المؤجر والمستأجر مثلاً في عقد الايجار وتوافرت فيها الشروط التي يستلزمها القانون، في حين ان الغرض غير المباشر للعقد أي استعمال الشيء قد يكون غير مشروع وعندئذ يبطل العقد، ليس بسبب عدم مشروعية محل الالتزام ولكن عدم مشروعية العقد^(١).

ومع احترامنا لهذا الرأي إلا أنه يخلط وبشكل واضح بين محل العقد وسبب العقد إذ أن القول بأن محل العقد هو العملية القانونية التي يريدها المتعاقدون والتكلم غير المباشر للعقد يفهم منها سبب العقد وليس محل العقد، إذ لا يصح ان نعرف محل العقد بأنه سبب العقد.

الرأي الثالث:

يقول الفقيه الفرنسي بودان إن ترتب نصوص القانون المدني الفرنسي المتضمنة للمحل وتسلسلها يومئذ بأنه يعتبر محل الالتزام ومحل العقد شيئاً واحداً أي ان ما تعتبره محل العقد هو محل الالتزام دون أي فرق وأن هذا خلط مؤسف بين شيئين متميزين، فمحل الالتزام هو الأداء الواجب، أي الشيء الواجب الاعطاء، أو العمل الواجب التنفيذ أو الامتناع الموعود، اما محل العقد فله طابع أعم مما سبق، إذ هو العملية القانونية التي يقصد الاطراف إلى تحقيقها أو المصلحة التي يهدف الاتفاق إلى تسويتها، وقد يكون هذا المحل هو إنشاء أو نقل حق عيني أو إنشاء أو تعديل أو انقضاء التزام أو تحقيق أي اثر قانوني، ثم يقول (بودان) ولكن في العقود الملزمة لجانب واحد لا يوجد إلا التزام واحد فيختلط محل

(١) د. عبد المنعم فرج الصوة، نظرية العقد، ص ٣١٥ نقلاً عن د. أمجد محمود منصور،

مرجع سابق، ص ١٢٣، الهامش رقم (١).

العقد بمحل الالتزام الذي ينشأ عنه، اما في العقود الملزمة للاتفاق ويوضح (بودان) كلامه بمثل من عقد البيع فيقول ان محل التزام البائع هو الشيء المباع ومحل التزام المشتري هو الثمن الذي يجب عليه الوفاء به فالشيء المباع مع الثمن الواجب الأداء يكونان معاً محل اللزم للعقد^(١).

ويعلق الشرقاوي منتقداً بودان "ولكن في الواقع يكون محل الالتزام الناشئ عن العقد هو نفسه محل العقد فان كانت هنالك عدة التزامات كانت محلاتها جميعاً محلاً للعقد"^(٢).

ويعلق الاستاذ الدكتور الزلمي على القولين بالقول "ونجد من هذا العرض الموجز ان الاتجاه الاخير للأستاذ (بودان) في انتقاده الموجه إلى القانون الفرنسي وتمييزه بين محل العقد ومحل الالتزام هو اتجاه صحيح وان الاستاذ الشرقاوي لم يكن دقيقاً حيث علق على كلام (بودان) فوقع في نفس الخلط بين محل العقد ومحل الالتزام"^(٣).

ونتفق مع استاذنا الدكتور الزلمي في تعليقه على الدكتور الشرقاوي فالدكتور الشرقاوي فعلاً خلط وبشكل واضح بين محل العقد ومحل الالتزام إذ جعل من محل الالتزام محلاً للعقد، اما بالنسبة للفقهاء بودان فإن اتفق بصورة جزئية مع استاذنا الدكتور الزلمي ومحل الاتفاق هو الانتقاد الموجه من الفقيه بودان لنصوص القانون المدني الفرنسي.

إلا أن الفقيه الفرنسي (بودان) يشير في المثال الذي أورده إلى جعل الثمن محلاً للالتزام المشتري والمبيع محلاً للالتزام البائع تارة وتارة أخرى يجعل المبيع والثمن محلاً لعقد البيع، ثم بعد ذلك عاد إلى الصواب بجعل محل العقد في عقد البيع المبيع والثمن.

الرأي الرابع:

يذهب إلى أن محل العقد أي المعقود عليه هو الشيء الذي ورد عليه العقد وثبت أثره فيه. اما محل الالتزام فهو تنفيذ ما اتفق عليه المتعاقدون. ويوضح هذا الرأي اتجاه بعقد البيع والايجار، فمحل العقد في البيع هو الشيء المباع والثمن، ومحل التزام البائع هو تسليم المبيع ومحل التزام المشتري هو دفع الثمن. وفي عقد الايجار محل العقد هو العين

(١) ينظر في ذلك: د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١٤، ص ١٦. وأشار إلى ذلك

أيضاً: د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص ١١٠.

(٢) د. جميل الشرقاوي، مرجع سابق، ص ١٤. وأشار إلى ذلك أيضاً: د. مصطفى إبراهيم

الزلمي، مرجع سابق، ص ١١١.

(٣) د. مصطفى إبراهيم الزلمي، مرجع سابق، ص ١١١.

المؤجرة والاجرة. ومحل التزام المؤجر هو تمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة. ومحل التزام المستأجر هو دفع الاجرة. وهكذا يمكن ان يظهر هذا التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام على جميع العقود. ومن ذلك يرى انصار هذا الرأي ان محل العقد إنما هو شيء ذو قيمة مالية. اما محل الالتزام هو عمل دائم، ولكن إذا كان محل الالتزام عملاً أو امتناعاً عن عمل، فإن محل العقد قد يختلط بمحل الالتزام. ولكننا مع ذلك نستطيع ان نميز بينهما وذلك بالنظر إلى العمل أو الامتناع عن عمل على انه قيمة مالية تمثل عنصراً موجباً في ذمة الدائن وهو بهذا الاعتبار يكون محلاً للعقد. أما محل الالتزام فيكون بتحقيق هذه القيمة المالية بإعطائها شكلاً اجتماعياً وذلك بالقيام بالعمل فعلاً أو الامتناع عن العمل فعلاً. وفي هذه الحالة الاخيرة يدق التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام. ولكن مع ذلك يبقى فرق جوهري هو ان محل العقد إنما هو شيئان. أما محل الالتزام فشيء واحد^(١).

ونجد أن هذا الرأي الاخير أكثر دقة من الآراء السابقة، ولكن هذه الدقة لم تلازمه عندما وصل إلى القول "ومع ذلك يبقى فرق جوهري بينهما هو أن محل العقد إنما هو شيئان أما محل الالتزام فشيء واحد" والذي يجعل منه الفرق الجوهري للفصل بينهما. إذ انه في العقود الملزمة للجانب الواحد يكون محل العقد شيئاً واحداً فعقد الهبة مثلاً يكون الموهوب هو محل العقد فقط دون غيره.

المطلب الثاني

الخطأ بين محل العقد ومحل الالتزام في القانون المدني العراقي

ذكرنا فيما سبق ان المشرع العراقي لم يكن دقيقاً ووقع في تعارض بين العنوان والنصوص، فالعنوان ينص على المحل باعتباره ركناً في العقد. اما النصوص فتتكلم عليه باعتباره ركناً في الالتزام^(٢)، لا بل أنه في المادة الواحدة خلط المشرع العراقي بين محل العقد ومحل الالتزام اذ تقضي المادة (١٢٦) من القانون المدني العراقي بأنه:

"لابد لكل التزام نشأ عن عقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه، ويصح أن يكون المحل مالاً، عيناً كان أو ديناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر كما يصح ان يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل".

(١) د. عبدالمجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مطبعة المعارف، بغداد، ص ٦٢٣.

(٢) راجع ص (٧) من البحث.

فهذه المادة بعد ان جعلت المحل ركناً في الالتزام جعلت مما هو محل للعقد محلاً للالتزام فالمال عيناً كان أو ديناً أو منفعة أو أي حق مالي آخر فهو محل للعقد وليس محلاً للالتزام، بدليل ان المادة (٧٤) من قانوننا المدني اعتبرتهم من محل العقد ان تنص على أنه:

"يصح أن يرد العقد:

على الأعيان منقولة كانت أو عقاراً لتمليكها بعوض بيعاً أو بغير عوض هبه ولحفظها وديعة أو لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً.

وعلى منافع الأعيان للانتفاع بها بعوض اجارة أو بغير عوض إعارة.
وعلى عمل معين أو خدمة معينة".

وهذه المادة تكلمت بصراحة نص مطلعها على محل العقد بقولها "يصح ان يرد العقد ... " ولنا وقفة قصيرة هنا نستعرض من خلالها اختلاف الفقهاء بشأن الفقرة الثانية والثالثة منها:

فالفقرة الأولى لم تثر أية صعوبة أو مشكلة في تحديد محل العقد ومحل الالتزام فمحل العقد فيها هو الأعيان ذاتها، اما محل الالتزام فهو الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن وهذا الأداء اما أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل.
أما الفقرة الثانية فقد اختلف الفقهاء بشأن مضمونها لا لتحديد محل العقد ومحل الالتزام بل اختلفوا في تحديد محل العقد، فهل هو العين المؤجرة أو المعارة ام المنفعة على العين المؤجرة أو المعارة؟

فذهب راي إلى ان المحل هو الشيء نفسه (أي العين)، وذهب رأي آخر إلى أن المحل هو الحق على الشيء (أي المنفعة)^(١).

والرأي الذي نميل إلى ترجيحه هو الرأي الأول وذلك لأن الشروط التي استلزمته المادة (١٢٨) لا يمكن تطبيقها منطقياً على المنفعة فكيف نستطيع ان نعين المنفعة تعييناً منافياً للجهالة الفاحشة وكيف نبين أوصافها وتحديد جنسها.... الخ. فضلاً عن أن المشرع

(١) ينظر في هذا الخلاف: د. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الايجار، المقاوله)، مطبعة التعليم العالي في الموصل، ١٩٩٧، ص٢١٩، الهامش رقم (١).

العراقي عند تبويبه لعقد الايجار جعل المأجور ركناً في العقد (أي العين المؤجرة) واعتبرها محلاً لعقد الايجار وكذلك الحال بالنسبة لعقد الاعارة.

وقد يعترض علينا البعض بالقول ان مطلع ومضمون الفقرة الثانية من المادة (٧٤) نصت صراحة على جعل المنفعة محلاً للعقد، ونرد هذا الاعتراض بأن المشرع العراقي لم يكن قصده الوحيد من هذه المادة تحديد المعقود عليه (جعل المنفعة محلاً للعقد) بقدر ما اراد أن يوضح ان الأعيان كما يجوز تملكها وإيداعها يجوز تأجيرها أيضاً أو اعارتها. وتجدر الاشارة ان محل العقد الوارد في الفقرة الاولى والثانية قد يضاف اليه محل آخر وهو المقابل إذا ما كانت العقود التي تبرم عليها معاوضة أو تبقى كما هي واحدة (الأعيان) إذا ما كانت تلك العقود تبرعاً.

أما الفقرة الثالثة فإنها تثير صعوبة ويدق التمييز بشأنها بين محل العقد ومحل الالتزام، وقد اختلف الفقهاء في تحديد محل العقد ومحل الالتزام فيما إذا ورد العقد على العمل أو على خدمة معينة.

واعتقد ان سبب الخلاف بين الفقهاء هو ان نص المادة (٧٤) توحي أن العمل أو الخدمة هي محل للعقد، وان العمل لا يتحقق إلا بأدائه فإذا قام العامل بأداء العمل انصرف إلى الذهن انه محل التزام وليس محل عقد لاسيما وأن المادة (٢٩) من قانون العمل^(١) تعرف عقد العمل بأنه "اتفاق بين العامل وصاحب العمل يلتزم فيه العامل بأداء عمل معين لصاحب العمل بأداء الاجر المتفق عليه للعامل".

ذهب أحد الفقهاء قاصداً تحديد محل العقد في عقد العمل عند تعليقه على نص المادة المذكورة أعلاه بالقول "قد يفهم من هذا التعريف ان محل عقد العمل الفردي هو (أداء العمل) والحال ان محل العقد هو ليس شيئاً مادياً أو نتاج عمل، وإنما هو قوة العمل التي يضعها العامل تحت تصرف صاحب العمل. أي تشغيل شخص العامل بحيث يكون شخص العامل في الحقيقة هو محل العقد وسببه. فشخص العامل يكون في الوقت نفسه محلاً وسبباً لعقد العمل"^(٢).

(١) قانون العمل رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

(٢) د. جلا القرشي، المعايير القانونية لعقد العمل، مطبعة حدادان البصرة، ص ٨٠، نقلاً عن: د. غالب علي البارودي، شرح قانون العمل العراقي وتعديلاته، طبع سليمانية، ٢٠٠٨، ص ٥٤.

ومع احترامنا لهذا الرأي إلا انه يلاحظ عليه ما يأتي:
قصر محل عقد العمل بالنظر إلى العامل فقط، وفاته أن يذكر محل عقد العمل الآخر هو الاجر الذي يستحقه العامل من صاحب العمل.

ويؤخذ على هذا الرأي أيضاً التعارض الواضح بين أقواله بشأن تحديد محل عقد العمل فيجعله (المحل) تارة " قوة العمل التي يضعها العامل تحت تصرف صاحب العمل، ويجعله تارة أخرى هو العامل نفسه، وفي هذه الحالة الاخيرة فإنه لو سلمنا جدلاً بأن محل عقد العمل هو العامل نفسه لاقتربنا من نظام شبيهه بالبرق وهذا ما يأباه الشرع والقانون والعرف.

جعل من شخص العامل محلاً وسبباً للعقد وهذا بحسب اعتقادنا خطأ مركب فإنه فضلاً عن انه أخطأ في جعل (العامل) محلاً للعقد أخطأ وجعله سبباً للعقد وهذا خلط مؤسف بين "أمرين متميزين".

وبالرغم من هذه الملاحظات على هذا الرأي، نعطي الحق لمن يخلط بين محل العقد ومحل الالتزام في مثل هذه الأحوال، لأن التمييز بينهما يدق كثيراً.

وذهب رأي آخر نتفق معه بالقول "ان التمييز بين محل العقد ومحل التزام في مثل هذه الاحوال يكون بالنظر إلى العمل الذي يؤديه العامل على أنه ذو قيمة مالية تمثل عنصراً موجباً في الذمة المالية للدائن وهو بهذا الاعتبار يكون محل العقد، اما محل الالتزام فيكون بتحقيق هذه القيمة المالية بإعطائها شكلاً اجتماعياً"^(١).

ولتوضيح ذلك نأخذ عقد البيع ونقارنه بعقد العمل

فمحل عقد البيع هو المبيع والثمن وكلاهما ذو قيمة مالية ويقابله في ذلك المحل في عقد العمل إذ أن العمل الذي يقوم به العامل يعد أيضاً ذو قيمة مالية لاستحقاقه أجر عمله. ومحل التزام البائع بتسليم المبيع ومحل التزام المشتري بدفع الثمن وهو القيام بعمل لا يعد ذو قيمة مالية بل باعتباره شكلاً اجتماعياً ويقابله في ذلك ان محل التزام العامل يكون بتحقيق هذه القيمة المالية باعتبارها شكلاً اجتماعياً.

وينطبق هذا القول ليس على عقد العمل فحسب بل على جميع العقود التي ترد على العمل كعقد المقاوله والاستصناع والتزام المرافق العامة.

(١) د. عبدالمجيد الحكيم، مصدر سابق، بغداد، ص ٦٢٣.

ومن المواد التي وقع المشرع العراقي فيها بخلط بين محل العقد ومحل الالتزام المادة (١٢٨ ف١) حيث نصت على أنه "يلزم ان يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه أو الى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما ينتفي بالجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف".

فالصواب أن يقال "يلزم ان يكون محل العقد ... الخ"، لأن شرط التعيين النافي للجهالة الفاحشة فضلاً عن الشروط الأخرى التي استلزمها المادة تكون لمحل العقد وليس لمحل الالتزام، وتأييداً لذلك قضت محكمة التمييز العراقية^(١) بأنه: "إذا لم يعين المبيع والثمن في عقد البيع تعييناً نافياً للجهالة فلا يعتبر العقد مستجمعاً شروط الصحة، ولا يصح أساساً الالتزام بالتعويض".

وكذلك نص المادة (١٢٩ ف١) حيث نصت على أنه: "يجوز ان يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والضرر".

والصواب ان يقال "يجوز ان يكون محل العقد معدوماً وقت التعاقد ... الخ"، لأن الأداء الذي هو محل الالتزام لا يوصف بالأوصاف الواردة فيها والذي يكون معدوماً أثناء إنشاء العقد أو الالتزام وإنما هو محل العقد دون محل الالتزام الذي هو الأداء^(٢).

وكذلك نص المادة (٢٤٧) حيث نصت على أنه "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ..."

ويؤخذ على هذه المادة أمران:

الأول: أنها نصت في معظمها على الالتزام بنقل ملكية، وكلمة الالتزام زائدة لأن نقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينتقل من تلقاء نفسه وهذا ما صرحت به.

الثاني: خلطت بين محل العقد ومحل الالتزام بقولها "إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات".

(١) نقلاً عن د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ص ٤٧٤.

(٢) د. إبراهيم مصطفى الزلمي، مرجع سابق، ص ١٠٩.

ولتلافي هذين العيبين نقترح تعديل نص المادة لتكون بالصياغة الآتية: "نقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل العقد شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

الخاتمة

بعد الانتهاء من موضوع "إشكالية التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد في الفقه والقانون" نتطرق في هذه الخاتمة إلى عرض أهم النتائج والتوصيات التي توصلنا إليها وكالاتي:

أولاً- النتائج:

ان العقد هو "ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر قانوني" وان الالتزام هو تحمل أداء واجب طوعاً أو كرهاً يترتب عليه انشغال الذمة بحق للغير حتى ينقضي. إن عناصر أو أركان العقد هي التراضي والمحل والسبب وأن عناصر أو أركان الالتزام هي المصدر الملزم "القانون أو الشرع" والملتزم "المكان أو المدين" والملتزم به "وضع الالتزام وهو محل العقد أو المعقود عليه" والملتزم به "وهو محل الالتزام وهو أداء الفعل أو الامتناع" وسبب الالتزام "العقد والإرادة المنفردة والعمل فير المشروع والكسب دون سبب".

إن الفقهاء اختلفوا في اعتبار المحل ركناً في العقد وذهبوا إلى أن للعقد محلاً كما أن للالتزام محلاً، وأن محل كل منهما يختلف عن الآخر فمحل العقد هو الشيء الذي يرد عليه العقد وهذا الشيء قد يكون مادياً ملموساً كالأعيان، وقد يكون معنوياً غير ملموس كالعمل أو الخدمة، وإن محل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن وهذا الأداء إما أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل، اما القول بالالتزام بنقل ملكية أو تسليم شيء معين فإنه حشو لأنه يدخل ضمن معنى القيام بعمل، لاسيما وان المدين لا يلتزم بنقل الملكية لأن الملكية تنتقل بحكم القانون وإن دور المدين يقتصر على القيام بالإجراءات اللازمة قانوناً لنقل هذه الملكية.

إن سبب صعوبة التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ على العقد بوجه عام هو ان محل العقد لا يستقر في ذمة المتعاقدين تملكاً أو انتفاعاً إلا بوجود محل الالتزام الذي هو الأداء، وإن سبب الصعوبة الأكثر والتي يدق فيها التمييز كثيراً بين محل العقد ومحل الالتزام في العقود التي ترد على العمل أو الخدمة بوجه خاص هو ان محل العقد يكون فيها

شيئاً معنوياً وأن محل الالتزام هو دائماً شيئاً معنوياً، وهذا الاشتراك في الصفات يصرف إلى الأذهان أن محل العقد ومحل الالتزام شيء واحد، فمحل العقد قد يكون شيئاً مادياً كالمبيع والثمن وقد يكون شيئاً معنوياً كالخدمة والعمل، أما محل الالتزام فهو دائماً شيء معنوي يتمثل وهو إما أن يكون قياماً بعمل أو امتناعاً عن عمل.

إن التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد يكون كالآتي:

في العقود التي ترد على الأعيان فإن هذه الأعيان هي التي تكون محلاً للعقد أما محل الالتزام فيها فهو الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن لتحقيق مقاصد هذا العقد وهذا الأداء إما أن يكون عملاً أو امتناعاً عن عمل.

في العقود التي ترد على منافع الأعيان فالفقهاء اختلفوا في تحديد محلها والراجح أن محلها هو الأعيان ذاتها وبذلك تكون النتيجة هي نفس النتيجة في الفقرة (أ)، وعلى الرغم من أن محل الالتزام قد يأخذ بطابع يختلف باختلاف الطبيعة القانونية للعقود من بيع أو إيجار أو مقاوله إلا أنه يبقى ضمن القالب العام له وهو أداء عمل أو الامتناع عن عمل.

في العقود التي ترد على العمل، فإن محل العقود يجب أن ينظر إليه باعتباره ذا قيمة مالية تمثل عنصراً موجباً في الذمة المالية للدائن أما محل الالتزام فيكون بتحقيق هذه الخدمة باعتبارها شكلاً اجتماعياً.

نستطيع أن نطبق ما ورد في الفقرة (أ-ب-ج) على كل العقود المسماة وغير المسماة.

إن المشرع العراقي خلط بين محل العقد ومحل الالتزام فتعارضت أقواله فهو بعد أن جعل من العنوان أن المحل ركناً في العقد تكلمت عنه النصوص باعتباره محلاً للالتزام، لاسيما وأن هذا الخلط لم يفارقه في المادة الواحدة ومن هذه النقطة الأخيرة ننطلق لعرض التوصيات.

ثانياً- التوصيات:

تعديل نص المادة (١٢٦) من القانون المدني العراقي لتكون بالصيغة الآتية:
 "لابد لكل عقد نشأ عنه التزام من محل يضاف اليه ويكون قابلاً لحكمه ويصح ان يكون المحل مالا، عيناً كان أو ديناً أو منفعة، أو أي حق أو شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو الآداب".

تعديل نص الفقرة الأولى من المادة (١٢٨) من القانون المدني العراقي لتكون بالصيغة الآتية:

"يلزم أن يكون محل العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف".

تعديل نص الفقرة الأولى من المادة (١٢٩) من القانون المدني العراقي لتكون بالصيغة الآتية:

"يجوز أن يكون محل العقد معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر".

تعديل نص المادة (٢٤٧) من القانون المدني العراقي لتكون بالصيغة الآتية:
 "نقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل العقد شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

المصادر**أولاً- المعاجم:**

١. محمد بن أبي بكر الرازي، مختار الصحاح، مطبعة دار الرضوان، سوريا، حلب، ٢٠٠٦.

ثانياً- الكتب القانونية والبحوث:

٢. أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دار الثقافة للنشر

والتوزيع، عمان، دون رقم طبعة، ٢٠٠٦.

٣. جعفر الفضلي، الوجيز في العقود المدنية (البيع، الايجار، المقاوله)، مطبعة التعليم

العالي في الموصل، ١٩٩٧.

٤. جميل الشرقاوي، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، العدد الثاني، ١٩٦٤.
٥. حسن علي الذنون، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧٩.
٦. د. عبد المجيد الحكيم ود. عبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، دار الكتب للطباعة والنشر في جامعة الموصل، ١٩٨٠.
٧. د. عبدالرزاق السنهوري، الموجز في النظرية العامة للالتزام، الجزء الاول، مصادر الالتزام، دون رقم طبعة، دون مكان نشر، دون سنة طبعة.
٨. د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الاول، مصادر الالتزام، مطبعة النديم، بغداد، الطبعة الخامسة، دون سنة طبع.
٩. د. عبدالمجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، مطبعة المعارف، بغداد.
١٠. د. عدنان ابراهيم السرحان ود. نوري حمد خاصر، شرح القانون المدني الاردني، مصادر الحقوق الشخصية "الالتزامات"، دار النشر، المكتبة العامة لأمانة عمان الكبرى، الاردن، دور رقم طبعة، ١٩٩٧.
١١. د. غالب علي البارودي، شرح قانون العمل العراقي وتعديلاته، طبع سليمانية، ٢٠٠٨.
١٢. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، الكتاب الاول، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.
١٣. د. محمد حسني عباس، العقد والإرادة المنفردة، دار النشر مكتبة النهضة المصرية، دون رقم طبعة، ١٩٥٩.
١٤. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة الاسلامية والتشريعات المدنية العربية، الجزء الاول، شركة السعدون للطباعة والنشر والتوزيع المحددة، بغداد، دون سنة طبع.
١٥. د. نذير بوصبع، نظرية العقد عند الامام ابن حزم اصولها ومقوماتها، ط١، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ١٤٣١هـ، ٢٠١٠.

ثالثاً- القوانين:

١. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.
٢. القانون المدني الاردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦.
٣. قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.
٤. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩م.
٥. القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١م.
٦. قانون التنفيذ العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٨٠م.
٧. قانون تنفيذ الاحكام الاجنبية العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٢٨م.