

المقدمة

نظراً لأهمية موضوع المحل بأعتبره ركناً أساسياً من أركان العقد . بحيث يكون العقد في بعض الاحيان باطلا بسبب كون المحل غير مشروع أو أن القانون حرم التعامل فيه . او أنه مخالف للنظام العام والآداب . أو أنه لم يكون موجوداً وقت التعاقد و لم يعين تعيناً نافياً للجهالة والغرر . وبهذا يكتسب المحل أهمية كبيرة للمتعاقدين لمركزه القانوني عندما تعرض أمام المحاكم للفصل في الخلاف الناشئ عن المحل أو المبيع أو الالتزام الذي يقع على أطراف النزاع . وقد أثر تطور المجتمعات وأفكار وآراء داخل المجتمعات بشكل كبير على المفاهيم الذي يحدد نوعية المحل أو محل الالتزام الذي يكون معتبراً من الناحية القانونية ، أي يكون مشروعاً ويدخل تحت حماية القانونية . كما أن للدين تأثيراً كبيراً في تحديد نوعية المحل المشروع و الذي يكون معتبراً من الناحية الدينية ويكون ذا قيمة مالية ، لذا فكان من الأهمية أن نتحدث بشكل تفصيلي و دقيق عن المحل مفهومه و شروطه بحيث يكون في وسع الافراد التعامل به من الناحية القانونية والشرعية ، سيما أن مفهومه وشروطه من الناحية القانونية يختلف عن مفهومه وشروطه من ناحية الشريعة الاسلامية الغراء ، كون الفقه الاسلامي أو سع بياناً وأكثر تفصيلاً كما قال الاستاذ عبدالرزاق أحمد السنهوري . وبما أن القانون العراقي وبقية القوانين الأخرى كالقانون الاردني تأثروا بالشريعة الاسلامية في كثير من النواحي . وبما أن المشرع العراقي قد وقع في كثير من التكرار وعدم الدقة والتعارض بين العنون والنصوص ولم يستطيع تحديد موقفه من كون المحل ركناً في العقد أم ركناً في الالتزام ، لذا تعمدنا الى كتابة في هذا الموضوع كونه يعد من أدق وأهم موضوعات القانون المعاصر لما يثيره من موضوعات حياتية ومتجددة وتحتاج الى التحديث الدائم لعرضها ، ومن هذا المنطلق جاء إختيارنا لهذا الموضوع محاولين التطرق الى جميع جوانبه القانونية والشرعية ، موزعين مفرداتها على ثلاث المباحث نتناول في المبحث الاول المقصود بالعقد والمحل ومفهومهما في القانون والشريعة الاسلامية وذلك في المطلبين ، وفي المبحث الثاني شروط المحل وقابليته للتعامل فيه ومفهوم النظام العام والآداب في القانون والشريعة و دور القاضي في تحديد النظام العام ، في المطلبين ، و في المبحث الثالث تناولنا التطبيقات القضائية في العراق و إقليم كردستان مختتمين بحثنا بالخاتمة تحتوي على التوصيات ومجمل الاستنتاجات التي توصلنا اليها أملين من الله عزوجل التوفيق والسداد.

الباحث

المبحث الاول

المقصود بالعقد والمحل ومفهومهما في القانون والشريعة

نتناول في هذا المبحث تعريف العقد و مفهومه في القانون و الشريعة الاسلامية و تعريف المحل و مفهومه في القانون و الشريعة الاسلامية مخصصين مطلباً مستقلاً لكل موضوع منهما على الشكل الآتي :-

المطلب الاول

تعريف العقد ومفهومه في القانون والشريعة

ولكي نقف على موضوع العقد واحاطة العلم بمفهومه لابد من تعريفه واحاطة العلم بمفهومه وذلك من خلال هذين الفرعين :-

الفرع الاول

تعريف العقد ومفهومه في القانون

نتناول في هذا الفرع تعريف العقد لغة واصطلاحاً :-

تعريف العقد لغة : هو لغة مصدر: عقده يعقده-بكسر القاف في المضارع -، ويستعمل اسماً فيجمع على عقود ، وله معانٍ كثيرة منها .

أ - الشدة ، والربط ، ونقيض الحل / فيقال: عقد الحبل أي شده.

ب - التأكيد ، والإحكام ، والتوثيق ، فيقال: عقد العهد ، واليمين أكدهما.

ت - العزم، فيقال: لا أحل لها عقدي أي عزمي .

ث - الخيط الذي ينظم فيه الخزر، قال عدي بن الرقاع .

وما حسينة إذا قامت تودعنا للبعد ، واعتقدت شذراً ومرجاناً.

والعقد - بكسر العين - القلادة.

ج - الجمع ، وقد ورد في الحديث : (وانه لأول مال اعتقدته) اي جمعته .

ح -العهد ، فيقال :عاهدته على كذا أي عاهدته عليه ، والمعاهدة معاهدة^(١) .

كما يراد بالعقد في اللغة من الناحية المادية،الربط والشد والتوثيق والقوة ونقيضه الحل ، كما استعمل فعل العقد من الناحية المعنوية للدلالة على ربط بين الكلامين أو المتعاهدين^(٢) .

١-الدكتورعلي محي الدين علي قرداغي ، مبدأ الرضا في العقود- دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني (الروماني و الفرنسي و الانجليزي والمصري والعراقي) الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، ٢٠٠٢ ، دارالبشائر الاسلامية بيروت - لبنان ، ص ١٠٥ .

٢-الدكتور منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزامات وأحكامها دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه واحكام القضاء ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٤٢٢هـ ، ص ٢٠١٢ ، ص ٣٩ .

تعريف العقد اصطلاحاً: وقد عرف العقد بتعريفات متعددة حيث عرفه الفقهاء القانون والشرح والمشرعون في بعض الدول مثل العراق والقانون المدني الاردني والقانون المدني الفرنسي . ومن الفقهاء من يعرف العقد بأنه ربط بين كلامين ينشأ عنه حكم شرعي . وهذا التعريف يتفق مع ما هو معروف عليه تعريف العقد في الفقه القانوني ويفرق الشراح عموماً بين الاتفاق و العقد ، فيصفون الاتفاق بأنه أعم من العقد ، ويعرفون الاتفاق على أنه توافق ارادتين على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه وبذلك يكون البيع اتفاقاً على انشاء التزام . اما العقد فيعرفه الفقهاء بأنه توافق ارادتين على انشاء التزام او نقله ، وبذلك يكون الاتفاق أعم من العقد ، والعقد أخص من الاتفاق . إذ يعد كل اتفاق عقداً وليس كل عقد اتفاقاً^(١).

كما يعرف العقد بأنه تطابق إرادتين أو أكثر علي ترتيب آثار القانونية سواء كانت هذه الآثار هي إنشاءالتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه^(٢).

وقد عرفت المادة (٨٧) من القانون المدني الاردني العقد بقولها (ارتباط الايجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الاخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للاخر.^(٣) وقد عرفه المشرع العراقي بأنه : ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ، (م ٧٣)مقتبسة من المادة ٢٦٢ مرشد الحيران . ويفهم من تعريف المشرع العراقي :-

١- أن العقد ارادتان متحدتان مرتبطتان لا ارادة واحدة . ولعل من الخير ان يحرص المشرع العراقي ، والذي استمده تعريفه للعقد من الفقه الاسلامي ، على تأكيد الفرق بين العقد والارادة المنفردة ، ذلك ان كثيرا من فقهاء الشريعة عندما يبنون الاحكام العامة للعقود ويفصلون قواعدها الاساسية يستعملون كلمة العقد ويريدون بها جميع الالتزامات الشرعية سواء أكانت نتيجة اتفاق بين الطرفين ام كانت نتيجة ارادة شخص واحد ارادة أن يلزم نفسه بالتزام شرعي خاص . ولهذا ارادة المشرع العراقي بالتعريف المتقدم أن يستبعد هذا المعنى ويحصر العقد في نطاقه الفني المتعارف عليه في الفقه المدني فيقصره على الالتزامات الناشئة على اتحاد ارادتين.

٢- ان المشرع العراقي يأخذ بالنزعة الموضوعية التي تسود الفقه الاسلامي دون النزعة الذاتية التي تسود الفقه اللاتيني ، فالعقد هو ارتباط الايجاب بالقبول لامن حيث أنه ينشئ التزامات شخصية بين المتعاقدين ، وهذا هو المعنى البارز في النزعة اللاتينية ، بل من حيث أنه يثبت أثره في المعقود عليه أي أنه يغير المحل من حالة الى حالة وهنا تبرز النزعة الموضوعية^(٤).

١-الدكتور ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول مصادر الحقوق الشخصية مصادر الالتزامات دراسة مقارنة ، الجزء ، الطبعة الاولى ٢٠٠٨ م ١٤٢٩ هـ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ص ٣٦.

٢-الدكتورعبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري و محمد طه البشر ، الوجيزفي نظرية الالتزام في القاون المدني العراقي ، الجزء الاول في مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد - شارع المتنيبي و شركة العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة درب الاتراك - خلف الازهر ص١٩.

٣-مجيد محمد منصور ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٤٣٢ هـ ٢٠١١ م ص ٢٩.

٤-الدكتور حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام - احكام الالتزام اثبات الالتزام ، طبع على نفقة الجامعة المستنصرية وبإشرافها ١٩٧٦ ص٢٧-٢٨.

وترد عدة ملاحظات على تعريف العقد الذي أورده المشرع العراقي ، وهي كما يأتي :

١- إن تعريف العقد الوارد في المادة (٢٦٢) من مرشد الحيران للمرحوم قدري باشا الذي نقله للقانون المدني العراقي وكذلك القانون المدني الاردني مع شيء من الاضافة (المادة ٨٧) ، يعمم فكرة الارتباط بين القبول و الايجاب دون أن يخصه بحصول بين متعاقد وآخر لأمكان أن يقوم العقد بين أكثر من طرفين كما هو الشأن في الشركة والقسمة .

٢- ان التعريف الوارد في القانون العراقي لا يميز بين (حكم العقد) و(حقوق العقد) على العكس تماما من القانون المدني الكويتي الذي يتفق تماما مع ما سار عليه فقهاء المسلمين من تمييز بين (حكم العقد) بمعنى ما يترتب عليه من أثر مباشر في المعقود عليه كنقل ملكية المبيع الى المشتري ، وبين (حقوق العقد) بمعنى آثاره المترتبة في ذمة المتعاقد كالتزام البائع بالتسليم والتزامه بالضمان والتزام المشتري بدفع الثمن^(١) .

٣- لا يعترف القانون المدني الاردني و القانون المدني العراقي في تعريفهما للعقد بالارادة في بعض الاحيان ، تفرغ في قالب يعترف القانون ابتداءً ، ومثال ذلك ، بيع شخص لعقاره خارج دائرة التسجيل العقاري . فمثل هذا العقد يكون باطلاً ، وبالتالي لا يدخل ضمن تعريف هذين القانونين للعقد ، رغم أنه عقد التقت فيه ارادة البائع مع ارادة المشتري على احداث أثر قانوني هو البيع .

٤- إن عبارة (على وجه يثبت أثره في المعقود عليه) الواردة في التعريف ، تجعل بعض العقود مما يخرج عن أن يضمه التعريف ويشمله ، لانه عقد غير نافذ ، ولا تترتب عليه الآثار التي تترتب على العقد الصحيح النافذ ، ومثال ذلك العقد الموقوف^(٢) .

ولذلك نرى أن التعريف أنسب للعقد هو ما أختاره الاستاذ عبدالرزاق أحمد السنهوري بأنه توافق ارادتين على إحداث أثر قانوني ، سواء كان ذلك الاثر هو إنشاء التزام ، أو نقله ، أو إنهاؤه^(٣) .
مفهوم العقد في القانون :-

التصرف بالمعنى الفقهي هوكل ما يصدر عن الشخص بارادته ، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية وهو نوعان : فعلي و قولي : فالتصرف الفعلي هو ما كان قوامه عملاً غير لساني ، كأستلام المبيع ، وقبض الدين ، وماشابه ذلك والتصرف القولي : نوعان عقدي ، وغير عقدي وان العبرة في تمييز التصرف القولي عن الفعلي إنما هي لطبيعة التصرف وصورته لا لمبناه الذي بني عليه . فلذا كان دفع الثمن . وتسلم المبيع تصرفاً فعلياً ولو أنه مبني على عقد البيع ولا تخلوا الحياة اليومية لكل فرد من الافراد من التصرفات التي تكتسي صبغة خاصة فيتصرف

١-الدكتور منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص٤١ .

٢-الدكتور ياسين محمد الجبوري ، المصدر السابق ، ص ٢٨ .

٣- عبدالرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني النظرية العامة للا التزامات نظرية العقد ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت

— لبنان ١٩٩٨ . ص٨١ .

جانبا من هذه المعاملات بانها مصادر ارادية منشئة للالتزام و اخرى توصف بانها مصادر غير ارادية وقد قسم الفقهاء المصادر الارادية الى الارادة المنفردة و العقد.

الفرع الثاني

تعريف العقد ومفهومه في الشريعة الاسلامية

يدور العقد في اصطلاح فقهاء الشريعة الاسلامية حول معنيين : المعنى العام و الماعنى الخاص .

فالعقد بالمعنى العام : هو كل التزام تعهد الانسان بالوفاء به سواء التزم في المقابل التزام آخر كالبيع ونحوه ، أم لا ، كاليمين ، والطلاق ، والنذور ، سواء كان التزامه دينياً كأداء الفرائض والواجبات ، وترك المحرمات ، أم التزاماً دنيوياً . قال الشافعي ((فظاهره - أي الوفاء بالعقود - عام على كل عقد ، ويشبه أن يكون الله تعالى أراد أن يوفوا بكل العقود ، وكل عقد نذر)) وهذا ما ذكره المفسرون في تفسير قوله تعالى (أوفوا بالعقود) . أنها تشمل عقود الايمان ، والنكاح ، والعهد ، والحلف ، والبيع ، كما تشمل الفرائض ، والواجبات والمحرمات^(١) .

ويطلق العقد بمعنى الخاص عند بعض الفقهاء هو أضييق من معناه السابق ، فهؤلاء الفقهاء لا يطلقون كلمة العقد بهذا الشكل من التعميم بحيث يشمل جميع التصرفات الشرعية سواء ما تم منها بإرادة الشخص واحد أو ماتم بإرادتين صادرتين من طرفين . فالعقد عند هؤلاء الفقهاء لا يطلق إلا على التصرف الشرعي الذي يتم بين طرفين ، بمعنى آخر يتوقف على إيجاب و قبول كالبيع والإيجار ونحوهما . وهم يعرفون العقد بأنه ربط بين كلامين أو مايقوم مقامهما ينشأ عنه أثره الشرعي .

وقد ذهب الى هذا المعنى صاحب مرشد الحيران ، إذ عرف العقد في المادة (٢٦٢) بأنه عبارة عن (ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب على العقد التزام كل واحد من العاقدين بما وجب به الآخر) . العقد بهذا الاعتبار يكون نوعاً خاصاً من التصرف ، ويترتب على ذلك خروج ما يتم بالإرادة الواحدة من التعريف ، فالإرادة المنفردة لا تستطيع إنشاء عقد بالمفهوم السابق ، ومقتضى ذلك أن البيع والإيجار والشركة و نحو ذلك يعتبر عقداً لأن فيها طرفين على الأقل الموجب والقابل . وعلى عكس ذلك لا يكون الإبراء واليمين والوقف ونحو ذلك عقداً بهذا الاعتبار لتحققه بإرادة طرف واحد ، وإنما يعتبر عقداً بالمفهوم الأول للعقد . ومتى وجد الإيجاب والقبول وتم الارتباط بينهما على الوجه المشروع إنعقد العقد أي وجد وثبت ويكون كل من العاقدين ملزماً بالالتزامات التي التزمها بموجب عقده تجاه الطرف الآخر . ويترتب على الارتباط الإيجاب والقبول ظهور أثر في المعقود عليه وهو خروجه من حالته الأولى الى حالة جديدة . ففي عقد البيع يخرج المبيع من ملك البائع الى ملك المشتري و يخرج الثمن من ملك البائع ، أما اذا لم يظهر أثر للارتباط ولم يترتب عليه تحويل المحل من حال الى حال بفقد شرط أو وجود مانع فإن العقد لا ينعقد^(٢) .

١-الدكتورعلي محي الدين علي قرداغي.المصدر السابق ، ص ١١١-١١٢

٢-زبير مصطفى حسين الماجدي ، العقد الموقوف في القانون المدني العراقي دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة

صلاح الدين - اربيل ، ١٩٩٨ ، ص.٨٧.

أوجه الاختلاف بين تعريف القانون للعقد و تعريف فقهاء الشريعة الاسلامية له :

١- العقد في الفقه القانوني هو توافق إرادتين و أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه ، ولكن في نظر الفقهاء المسلمين ليس هو الاتفاق نفسه بل هو الارتباط الاعتباري الحاصل في نظر الشرع نتيجة لهذا الاتفاق . فإذا وجد اتفاق بين ارادتين دون تحقق الشروط المطلوبة شرعا للانعقاد ، فلا يعتبر عقدا رغم اتفاق الارادتين . فالتعريف القانوني يشمل العقد الباطل الذي يعتبره الشرع لغواً من الكلام لا ارتباط فيه ، ولا ينتج أثراً ، فهو يعرف العقد بحسب واقعته المادية وهي إتفاق الارادتين ، إما تعريف فقهاء الشريعة فيعرفه بحسب واقعته الشرعية وهي الارتباط الاعتباري ، لذلك يعتبر التعريف القانوني غير مانع لانه يدخل فيه ما ليس من افراده فهو يشمل العقد الباطل .

٢- يتسع نطاق العقد في الفقه الاسلامي ليشمل كل الالتزامات المالية وغير المالية سواء كانت على شكل إتفاقات بين الافراد ، أو بين الحكومات ، فقد ذكر الفقهاء من أقسامه ولاية القضاء و ولاية الوظائف الادراية . فالعقد فيه كما يطلق على ما يكون في دائرة المعاملات المالية ، يطلق أيضا على عقد زواج لان العقود وسائر التصرفات الشرعية أوضاع إعتبرها الشارع مستتبعة أثارها ومقيدة احكاماً خاصة بها ، أما العقد في القانون ، فذهب غالبية الشراح الى أن العقد لايشمل إلا الاتفاقات التي تقع في دائرة روابط القانون الخاص ، دون روابط قانون العام ، فالإتفاقات التي تعقد بين الدول ، والنيابة بين النائب وناخبيه ، والاتفاق بين الموظف والحكومة ، لاتسمى عقودا في القانون المدني لأن لها قواعدها التي تحكمها ، ويتسع نطاق العقد ليشمل الروابط المالية جميعاً بمعنى أن العقد ينشئ معظم الحقوق المالية : الشخصية منها والعينية على السواء^(١) .

ومفهوم العقد في الفقه الاسلامي كما بينا سابقا في التعريف يختلف في بعض جوانبه عن مفهوم العقد في الفقه القانوني لأن لفظ العقد - عند الاطلاق - يحمل على معنى الخاص - اي ما يتم بارادتين - ومع ذلك فانها لا يحصر العقد في الفقه الاسلامي بهذا المعنى الخاص لأن وروده بمعناه العام شائع على السنة الكثيرين من الفقهاء ولاسيما المتقدمين كأبي حنيفة و الشافعي و أحمد و الطبري و والجصاص وغيرهم وهو أن العقد في اصطلاح المفسرين والفقهاء هو ما يلتزم بأحداثه الانسان سواء كانت له مقابل أم لا ، ولاشك حينئذ يكون شاملاً للعقد بمعناه العام ، أو الخاص ، فليس بإمكان أحد إنكار وروده بمعناه العام بل شيوعه حتى على السنة الفقهاء لذلك فأن شمول العقد للإرادة المنفردة إنما هي من صنيع الفقه الاسلامي ، وطابعه الخاص وإن هذا الاطلاق نابع من الصيغة الدينية والاخلاقية التي قام عليها في الفقه المعاملات ، ولا خلاف بين الفقهاء والمفسرين أن المراد بالعقود في قوله تعالى (يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (البقرة ١٧٦) . هو المعنى العام الشامل للإرادة المنفردة وذلك لان العقد إذا اريد به الربط فهذا الربط متحقق في عرفهم بأن الانسان المتمتع بالاهلية لكاملة إذا صدر عنه الكلام ملزم فهو قد ارتبط به من حيث انه ربط به نفسه.^(٢)

١- زبير مصطفى حسين الماجدي ، المصدر السابق ، ص ٨ - ٩ .

٢- الدكتور علي محي الدين علي قرداغي ، المصدر السابق ، ص ١١٥ .

وان كان الفقه الاسلامي يفتقر الى نظرية العامة في العقد لأن فقهاء الشريعة الاسلامية عالجوا العقود بصورة متفرقة تحت نطاق كتاب البيع وكتاب الاجارة و كتاب القرض وكتاب الشركة و المساقاة و الرهن وغيرها بصورة مفصلة ، إلا ان آراءهم مشبعة بالنزعة الموضوعية أو المادية في تعريف العقد ، تلك النزعة التي تهتم بالنتيجة الاخيرة لأنشاء العقد وهو ظهور الأثر القانوني في محل التعاقد وقد تركت أثارها على كثير من القوانين المدنية العربية^(١).

١- الدكتور منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص ٤٠ .

المطلب الثاني

تعريف المحل ومفهومه في القانون والشريعة الاسلامية

ولكي نقف علي موضوع المحل واحاطة العلم بمفهومه لابد من تعريفه واحاطة العلم بمفهومه وذلك من خلال هذين الفرعين :-

الفرع الاول : تعريف المحل ومفهومه في القانون.

الفرع الثاني : تعريف المحل ومفهومه في الشريعة.

الفرع الاول

تعريف المحل ومفهومه في القانون

لم يميز المشرع العراقي بين محل العقد بأعتبره ركناً من أركانه ، وبين محل الالتزام الذي هو تنفيذ ما اتفق عليه المتعاقدان بصدد المحل.

فمحل العقد هو الاثر القانوني الذي أراد الطرفان المتعاقدان إحداثه نتيجة إبرام العقد ، وبمعنى آخر ، الاثر القانوني المتوخي إحداثه نتيجة التراضي ، أي نتيجة إتفاق الارادتين ، فالمحل بهذا المعنى هو موضوع العقد أو العملية القانونية المراد تحقيقها ، أما محل الالتزام ، فهو الأداء الملقى على عاتق الملتزم في العقد و الذي جاء نتيجة إبرام العقد ، أي هو كل ما يلتزم به المدين . ففي عقد البيع مثلا ، محل العقد هو نقل الملكية بعوض ، أما محل الالتزام فهو الأداء الملقى على عاتق كل من البائع والمشتري ، فمحل التزام البائع هو تسليم المبيع ، ومحل التزام المشتري هو دفع الثمن^(١).

وقد عرفه الاستاذ عبدالرزاق السنهوري بأن محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم المدين بالقيام به . فهو إذا موضوع الالتزام وهذا الموضوع أما أن يكون نقلا لحق عيني ، أو عملاً ، أو إمتناعاً عن عمل^٢ . فمحل الالتزام يقصد به ما يتعهد به المدين في العقد وعادة مايكون محل الالتزام إعطاء شيء كنقل ملكية الشيء من البائع الى المشتري ، وعليه نقول أن محل التزام البائع في عقد البيع هو نقل الملكية للمشتري . أو القيام بعمل كالتزام مقاول ببناء منزل ، وعليه نقول أن محل التزام المقاول في عقد المقاوله هو بناء المنزل . أو الامتناع عن عمل كالتزام بائع المتجر بالامتناع عن مزاوله نفس التجارة في الجهة الكائن فيها المتجر المبيع ، وعليه نقول محل التزام البائع هو عدم المنافسة . أما محل العقد يقصد به العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء العقد ، فمثلاً : في عقد البيع يكون محل العقد تملك سيارة أو منزل ، وفي عقد الايجار يكون محل العقد استعمال المأجور وهكذا .

١- القاضي موفق البياتي ، شرح المتون الموجز المبسط في شرح القانون المدني العراقي - القسم الاول- مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ٢٠١٢ ، مكتبة السنهوري - بغداد- شارع المتنبى ، ص ١١٢.

٢- عبدالرازق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد ، الجزء الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت-لبنان ١٩٩٨ ص٤٦٤.

إن محل العقد يخضع لأحكام تختلف عن أحكام محل الالتزام ، وعليه قد يكون محل الالتزام صحيحاً في ذاته بينما يكون محل العقد باطلاً ، لأن العملية القانونية التي يقصدها كلا أطراف العقد يحرمها القانون ومثالها : كتحريم التعامل في تركة مستقبلية لشخص على قيد الحياة^(١) .

إذن محل الالتزام ليس هو محل العقد ، وأن القواعد التي تحكم هذا يجب أن تتميز عن القواعد التي تحكم ذلك ، وأن محل الالتزام لا يستغرق محل العقد ، صحيح أن محل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها . ويرى بعض الفقه أن واضعي التقنين المدني الفرنسي وقعوا في خلط عندما تحدثوا عن محل الالتزام على أنه محل العقد ، وظن البعض أن الفرق ليس كبيراً وأن المسألة ليست لها أهمية إلا من ناحية النظرية ، والواقع أن الالتزام ليس محلاً للعقد وإنما هو أثر من أثاره ، ومحل العقد هو العملية القانونية التي إتفق عليها الاطراف ، أما محل الالتزام فهو الاداء الذي يقدمه الملتزم ، ومن جانب آخر يرى بعض الفقه أن محل الالتزام يعتبر في الوقت ذاته محلاً للعقد ، ذلك أنه لما كان العقد هو توافق ارادتين على إنشاء التزامات ، ولذلك فأن إنشاء الالتزامات يعتبر هو محل العقد ، والالتزام بدوره لا ينشأ إلا إذا كان له محل ، وبناءً على ذلك فأن وجود محل للالتزام يعتبر شرطاً لنشأة الالتزام و بالتالي لوجود محل العقد ، ولذلك جاز أن يعتبر محل الالتزام في نفس الوقت محلاً للعقد ذاته . أما في قانون المدني العراقي ، يرى الاستاذ عبدالمجيد الحكيم ، أن القانون المذكور وقد تكلم على محل مرتين : الاولى في بداية كلامه على العقد والثانية عند كلامه على المحل والسبب ففي المرة الاولى ، جاء في المادة (٧٤) منه مايلي :
يصح أن يرد العقد .:

١- على الاعيان منقولة كانت أو عقاراً ، لتمليكهها بعوض بيعاً أو بغير عوض هبةً ، ولحفظها وديعة أو لأستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً.

٢- وعلى منافع الأعيان بالانتفاع بها بعوض إجارة أو بغير عوض إعارة.

٣- وعلى عمل معين أو خدمة معينة.

وجاء في المادة (٧٥) مايلي : (يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام أو للآداب . وفي المرة الثانية ، جاء في المادة (١٢٦) مايلي : (لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه ، ويصح أن يكون المحل مالاً ، عيناً كان أو ديناً أو منفعةً ، أو أي حق مالي آخر ، كما يصح أن يكون عملاً أو إمتناعاً عن عمل) والظاهر من النصوص المتقدمة أن واضعي القانون المدني العراقي لم يستطيعوا تحديد موقفهم من الرأيين ، أي إذا كان المحل ركناً في العقد أم في الالتزام ، فتكلموا على المحل بهذا الشكل من التكرار ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أدى ذلك الى حصول شيء من عدم الدقة والتعارض بين العنوان والنصوص ، فالعنوان ينص على المحل باعتباره ركناً في العقد أما النصوص فتكلم عليه بأعتبره ركناً في الالتزام^(٢)

١- محل الالتزام <https://talib-droit.yooV.com/t٤٤-topic>

٢- المحامي فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقهاً وقضاً ، نظرية العقد قسم الاول ، مطبعة السيماء ، بغداد - شارع المتنبين ص٢٨٤-٢٨٨

ومفهوم محل العقد في القانون كما هو مبين هو العقود عليه ، أو مايقع عليه العقد وتتعلق به أحكامه وأثاره طبقاً لما يشير إليه تعريف العقد بأنه ألاقتران بين الايجاب والقبول على وجه يظهر أثره في العقود عليه (المحل) ، ويترتب على هذا أن يختلف المحل في العقد باختلاف أحكامه والمصلحة المنوطة به وطبيعته ، فعقد البيع والهبة محلها عين المبيع والموهوب له والمرهون هو المحل كذلك في عقد الرهن ، لأنه هو الذي تتعلق به أحكام هذا العقد ، أما في الاجارة والعارية فإن محل العقد هو المنفعة والانتفاع ، والمحل في عقد المزارعة والمساقاة والاستصناع هو العمل ، وليست الأجرة محلاً في عقد الاجارة ولا في عقد الاستصناع كذلك ، ويمكن تعريف محل العقد بناءً على هذا ، بأنه هو ماثبتت فيه أثر العقد وأحكامه ، كما أنه هو المقصود من العقد وغايته . وعلى هذا فقد إتفق الفقهاء على أن العقد لا يوجد ولايتصور إلا إذا وجد عاقدان صيغة (إيجاب وقبول) ومحل يرد عليه (م عقود عليه). وقد جاء في المادة (٢٠٢) من مرشد الحيران أنه : لابد لكل العقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه ، ويصح أن يكون محل العقد مالاً كان أو ديناً أو منفعة ، أو عملاً على هذا قيل أن محل العقد هو مايقع عليه التعاقد وتظهر فيه أحكام العقد و أثاره وهو مختلف باختلاف العقود ، فترة يكون عيناً مالمالية . كما في البيع والهبة والرهن ، وأخرى يكون عيناً غير مالمية ، كما في الزواج ، فأن موضوعه المرأة . ويكون قابلاً لحكمه ، أي قابلاً لحكم العقد شرعاً و هذا متفق عليه بين الفقهاء ، فإذا لم يكن قابلاً له لا يصح أن يرد عليه العقد ، ومن ثم يكون العقد باطلاً^(١) .

كما أن الشيء المبيع فهو محل الحق سواء كان حقاً عينياً أو حقاً شخصياً ، ولما كانت الحقوق التي ترد على الشيء متعددة ، فحق الملكية يعطي للمالك سلطة التصرف في الشيء واستعماله واستغلاله ويلاحظ أن الحق العيني فقط هو الذي يكون محلاً لعقد البيع ، أما الحق الشخصي فأن إنتقال ملكيته من شخص الى آخر يتم عن طريق حوالة الحق أو حوالة الدين ، فقد يقوم الدائن ببيع دينه البالغ خمسة ملايين دينار والذي يحل بعد سنة الى شخص آخر بأربعة ملايين دينار تدفع فوراً ، كما قد يقوم المدين ببيع الدين الذي عليه والبالغ خمسة ملايين دينار والذي يجب الوفاء به فوراً بستة ملايين دينار تدفع بعد سنة كما يجب أن يلاحظ إن عقد البيع مثله مثل أي عقد ينشئ فقط التزامات شخصية وإن كان محل هذه الالتزامات حق عيني ، فالشخص الذي يشتري من آخر سيارة هو إنما يشتري ملكية هذه السيارة من البائع وحق الملكية كما هو معروف حق عيني ، ولكن التزام البائع بنقل ملكية هذه السيارة هو حق شخصي^(٢) .

١-المحامي فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ، ص٢٨٩.

٢-الدكتور طارق عجبل ، المطول في شرح القانون المدني (دراسة معمقة مقارنة بالفقه الغربي والاسلامي) إنعقاد العقد ، مكتبة زين الحقوقية والادبية ش.م.م بيروت ٢٠١٣ ، ص٢٦٠.

الفرع الثاني

تعريف المحل ومفهومه في الشريعة الاسلامية

تعريف المحل في الشريعة الاسلامية :- هو ما وقع عليه التعاقد ، وظهرت فيه أحكامه ، وآثاره ، وهو قد يكون عينا مالياه كالبيع ، وقد يكون عينا غير مالية كالمرأة في الزواج ، وقد يكون منفعة ، كمنفعة العين المؤجرة ، كالدور والعقارات ومنفعة الشخص في إجارة الاعمال^(١) .

كما عرفه البعض الآخر بان محل العقد :- هو الشيء المعقود عليه أو ما يقع عليه الاتفاق ، ويختلف من عقد لآخر حسب موضوع العقد ، ويشترط في العقد أن يكون مالا مملوكا مشروعا لإجراء العقد ، ويكون معلوما لدى طرفي العقد ، ويمكن تسليمه في الوقت والمكان المتفق عليهما^(٢) .

مفهوم المحل في الشريعة :-

لقيام العقد في الفقه الاسلامي شرط في المحل ، إذ يشترط وجوده أو إمكان وجوده ، و إلا فالعقد باطل حتى وإن كان محتمل الوجود بل حتى ولو كان محقق الوجود في المستقبل ، والسبب في التشدد بوجود محل فعلا وقت قيام العقد هو خشية الغرر . فالمعقود عليه هو (لب العقد) لأنه هو المشبع الحاجات المتعاقدين وهو الغاية في العقد و مقصده البين وقد اتفق الفقه الاسلامي على حقيقتين يجب توافرها في المعقود عليه و دونهما لا يوجد العقد ، إحداهما أن يكون المعقود عليه قابلا لحكم العقد ومقتضاه فمثلا فلا يجوز بيع المسجد و ثانيهما أن يكون خاليا من كل الغرر. فالمعقود عليه ركن ثالث لقيامه يشترط أن يكون طاهرا فلا يجوز بيع الخمر والخنزير والميتة و يمكن الانتفاع به شرعا فلا ينعقد بيع الحشرات التي لانفع منها ، وأن يكون مملوكا للبائع حال عدا السلم وان يكون مقدورا على تسليمه إذ لا ينعقد بيع المصوب و في المذاهب تفصيل في ذلك . هذا الى جانب العلم بالثمن إن كان العقد بيعا بالثمن ، علما بمنع المنازعة وأن لا يكون العقد مؤقتا . وقد جاء في البحر الرائق لابن نجيم بيان لمعنى البيع لغة وشرعا ولاركانه وشروطه ولم يجز بيع المعدوم و أوجب صيغة العقد اللفظية بالماضي في مجلس العقد ، وعنده من الشروط ماتخص العاقد والمعقود عليه الى جانب الصيغة^(٣) .

١-الدكتور محمد مصطفى أبوه الشنقيطي ، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة ، المجلد الاول ، الثانية ١٤٢٢هـ - ٢٠٠١م ، ص١٧٣ .

٢- ht t ps://e3arabi.com

٣- الدكتور منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص١٥٢-١٥٤ .

المبحث الثاني

شروط المحل وقابليته للتعامل فيه و مفهوم النظام العام في القانون والشريعة الاسلامية ودور

القاضي في تحديد النظام العام

سنقوم بتقسيم هذا المبحث الى المطلبين : نتناول في المطلب الاول شروط المحل وقابليته للتعامل فيه في القانون و الشريعة و في المطلب الثاني مفهوم النظام العام في القانون والشريعة الاسلامية و دور القاضي في تحديد النظام العام .

المطلب الاول

نحاول في هذا المطلب أن نقوم بشرح شروط المحل من حيث وجوده وتعيينه و وإمكانيته ومفهوم قابليته للتعامل فيه والاسباب التي يؤدي الى عدم التمكن من التعامل فيه من والتي يرجع الى طبيعته أو الى الغرض التي خصص له أو الى القانون وذلك في أربع الفروع:

الفرع الاول

شروط المحل في القانون

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم به المدين القيام به . ونرى من ذلك أن المحل ركن في الالتزام لا في العقد ولكن أهميته لاتظهر إلا في الالتزام الذي ينشأ من العقد . فان محل الالتزام غير التعاقدى يتولى القانون تعيينه . فليس ثمة احتمال أن يكون غير مستوف للشروط . أما محل الالتزام التعاقدى فان المتعاقدين هما اللذان يقومان بتعيينه . فوجب استيفاءه للشروط التي يتطلبها القانون . ومن ثم المحل يذكر عادة مقترنا بالعقد و يشترط الفقه في محل الالتزام التعاقدى شروطا ثلاثة .:

١- أن يكون موجودا إذا كان شيئا ، أو ممكناً إذا كان عملاً ، أو إمتناعاً عن عمل .

٢- أن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين.

٣- أن يكون صالحاً للتعامل فيه ^(١) .

ولأهمية تلك الشروط التي ذكرناه سنقوم بشرحه بشكل دقيق كما يأتي .:

١- عبدالرزاق السنهورى ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث -محل العقد-مجموع المحاضرات القاها على الطلبة قسم دراسات القانونية ١٩٥٦ص٧.

الشرط الاول : أن يكون المحل موجوداً أو ممكن الوجود .:

إذا ورد العقد على شيء فيجب أن يكون هذا الشيء موجوداً ، وإذا ورد على عمل أو ترك فيجب أن يكون العمل أو الترك ممكناً. ويقصد بالمحل الموجود أن يكون موجوداً عند إبرام العقد ، أو ممكن الوجود في المستقبل . ولكلا حالتين حكمها الخاص ، وهو مانراه فيما يلي.

المحل الموجود عند إبرام العقد : إذا قصد المتعاقدان التعاقد على شيء موجود عند إبرام العقد ثم تبين أن هذا الشيء غير موجود ، فالعقد لا ينعقد ولا ينشأ التزام على أي منهما . والشيء غير الموجود إما أن لا يكون قد وجد أصلاً ، أو كان موجوداً ولكنه هلك قبل العقد . مثال الاول أن يظن تاجر أن عنده في مخزنه بضاعة معينة فيبيعهها ، ثم يتبين عدم وجود هذه البضاعة في مخزنه أصلاً . ومثال ذلك أيضاً أن يبيع شخص حصته في شركة ثم يتبين أنه ليس بوارث . ومثال الثاني أن يكون لدى شخص حصان و يبيعه ، ثم يتبين أن الحصان كان قد نفق قبل العقد .

أما إذا كان المحل موجوداً عند العقد ثم هلك بعد ذلك فإن ذلك لا يؤثر على العقد . فالعقد ينشأ الالتزام على عاتق البائع بتسليم المبيع وعلى المشتري بدفع الثمن ، ولكن هذه الالتزامات تنقضي لهلاك المبيع ، فالهلاك على البائع قبل التسليم . وإذا كان الهلاك بخطئه فعليه بالتعويض^(١) .

وقد يكون الهلاك جزئياً وفي هذه الحالة يكون مشتري بالخيار بين أن يتمسك ببطلان العقد إذا كان الهلاك من الجسامة بحيث يرر ذلك ، أو أن يستبقي العقد فيأخذ مابقى من الشيء المبيع ولا يدفع من الثمن إلا بنسبة ما أخذ . وفي كل الاحوال إذا أبطل العقد يكون البائع مسؤولاً عن التعويض حتى لو كان يجهل هلاك الشيء مادام يوجد من جانبه تقصير، طبقاً لقواعد المسؤولية التقصيرية أو لنظرية الخطأ عند تكوين العقد أما إذا كان هلاك الشيء قد وقع بعد نشؤ الالتزام ، فالعقد لا يكون باطلاً لذلك ، لأن الالتزام يكون قد قام وقت نشوئه على محل موجود . بل يكون العقد قابلاً للفسخ ، إذا ترتب عن هلاك الشيء عدم قيام المتعاقدين بما التزمه وذلك طبقاً للقواعد العامة^(٢) .

أما الحالة الثانية : الشيء المستقبلي : وقد يتفق العاقدان على التعاقد على شيء على إعتبار أنه موجود وقت إبرام العقد ، ثم يتبين لهما أنه سيوجد في المستقبل ، وأنه غير موجود وقت التعاقد ، وفي هذه الحالة يكون العقد منطوياً على غلط مانع من وجود المحل وقع فيه العاقدان أو أحدهما على الأقل ، يمنع من انعقاد العقد فيكون باطلاً . أما بالنسبة للشيء القابل للوجود في المستقبل والذي إتجه اليه ارادة العاقدين منذ البدء على أنه شيء مستقبلي فجائز قانوناً.لأنه لايلزم أن يوجد الشيء المعقود عليه حين التعاقد ، وإنما يكفي وجوده في المستقبل ومثال ذلك ، بيع ثمار الحقل قبل نضوجها ، وبيع شقه سكنية سيتم بناؤها ، غير انه يشترط في التعاقد على الشيء المستقبلي لكي يكون العقد المبرم عقداً صحيحاً. ألا يكون وجوده رهيناً لمحض الصدفة ، لأنه سيكون عندئذ

١- الدكتور عبدالمجيد الحكيم ،الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية بغداد ص٨١-٨٢.

٢- عبدالرازق أحمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت-لبنان ١٩٩٨ص٤٧١.

شيئاً إحتمالياً و ليس شيئاً مستقبلياً ويكون العقد عندئذ باطلاً مثال ذلك . بيع السمك الذي سيوجد في الشبكة الصياد عند إخراجها من البحر قاعدة اشتراط وجود المحل وقت العقد ليست قاعدة شاملة ومطلقة ، وإنما من الممكن أن يكون الشيء المعقود عليه شيئاً مستقبلاً وقت إنعقاد العقد . غير أنه يشترط فيه أن يتم تعيينه تعييناً تنتفي معه الجهالة الفاحشة والغرر^(١) . أما موقف المشرع العراقي من التعامل في الاموال المستقبلية ، يظهر أن المشرع العراقي عند وضع القانون المدني العراقي وجد نفسه أمام قاعدتين على طرفي نقيض فيما يتعلق بجواز التعامل في الاموال المستقبلية ، قاعدة القانون الفرنسي والمصري وهي تجيز هذا التعامل ، والقاعدة الغالبة في الشريعة الاسلامية وهي تحرمه ، وكان يتعين عليه أن يختار بينهما . ولكنه لم ينقل عن القانون الفرنسي والمصري جواز التعامل في الاموال المستقبلية بصورة مطلقة ، كما لم يتشدد بتحريم التعامل في الاموال المستقبلية جرياً وراء قاعدة (بيع المعدوم باطل) التي جاء بها أغلب الفقهاء المسلمون . وإنما أخذ لنفسه موقفاً خاصاً تمثل بأخذه بالرأي الذي وصل اليه فقهاء المذهب الجعفري و الحنبلي ومن تبعهم من الفقهاء المحدثين الذين وجدوا إن علة التحريم في الشريعة الاسلامية لاتكمن في إنعدام المحل في ذاته ، وإنما تتعلق بالغرر الذي يلحق العقد بسبب عدم وجود المبيع ، فاشتراط في جواز بيع الاموال المستقبلية أن يكون المبيع خالياً من الجهالة الفاحشة والغرر . فجاءت المادة (١٢٩) مدني عراقي إنعكاساً لهذا الموقف المتميز ، حيث نصت على أنه (يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر) . فالمشرع العراقي إشتراط لجواز بيع الاموال المستقبلية أن يكون المبيع معيناً تعييناً نافياً للجهالة والغرر . والمقصود بتعيين المبيع تعييناً نافياً للجهالة ، إن على المتبايعين أن يحددوا في العقد مواصفات المبيع بحيث يستطيع المشتري التعرف عليه بمجرد وجوده في المستقبل أو إكتمال صنعه فإذا باع شخص عقاراً سيتم بناءه مسقبلاً ، وجب لكي يكون المبيع معيناً تعييناً نافياً للجهالة تحديد موقع البناء وحدوده وما يشتمل عليه من طوابق ومرافق^(٢) .

على أن القانون قد يحرم لاعتبارات خاصة التعامل مع الشيء المستقبلي ، كما فعل عندما أبطل هبة الاموال المستقبلية (المادة ٦٠٩) من القانون المدني العراقي ، وحرّم التعامل في التركة المستقبلية . نصت الفقرة الثانية من (المادة ١٢٩) مدني على (أن التعامل في التركة إنسان على قيد الحياة باطل) فالتعامل في تركة مستقبلية يقع باطلاً لمخالفته للأداب إذا صدر من الوارث ، ولمخالفته للنظام العام إذا صدر من الموروث نفسه . والتركة المستقبلية هي الذمة الحاضرة لشخص حي ولكن التعامل يتم عليها باعتبارها ذمة . والمثال البارز على ذلك هو أن يبيع الوارث أو يرهن ما سيؤول إليه من ميراث بعد وفاة مورثه . ومثل هذا العقد فيه معنى المضاربة على حياة شخص حي وهو يتعارض مع الآداب ، وفيه أيضاً شبهة وقوع المتصرف تحت إستغلال المرابين . والتصرف يكون باطلاً أي كان نوعه ، بيعاً أو إيجاراً أو رهناً أو هبة أو مقايضة أو شركة أو غير ذلك . وهو يبطل أي كان شخص المتصرف إليه سواء كان

١- الدكتور ياسين محمد الجيوري ، المصدر السابق ، ص ٢٢٦ .

٢ - الدكتور طارق عجيل ، المصدر السابق ، ص ٢٦٩- ٢٧٠ .

أجنبياً أو كان وارثاً آخر في نفس التركيبة . وهو يبطل أيأ كان شخص المتصرف سواءً كان الوارث هو الموصي له حتى المورث نفسه^(١) .

أما المحل من حيث إمكانه بمعنى المحل الممكن : فهذا يعني إذا ورد العقد على عمل أو ترك فإن هذا العمل أو ترك يجب أن يكون ممكناً فإذا كان مستحيلاً فالعقد لا ينعقد ، أو باطل (م ١٢٧ ف١) ويعبر عن ذلك في اللغة القانونية الفرنسية بعبارة (الاتزام بمستحيل) . والاستحالة إما المطلقة أو نسبية ، وإما أن ترجع الى طبيعة المحل أو الى القانون . تكون الاستحالة مطلقة إذا لم يكن في مقدور الناس كافة القيام بالعمل الذي ورد عليه العقد . فهي ترجع الى استحالة الشيء في ذاته ، لا الى استحالاته بالنسبة للمتعاقد . ويقال للاستحالة في هذه الحالة استحالة مادية أو موضوعية أي التي تعود الى المحل في ذاته ، مثالها أن يتعهد شخص بأن يعبر المحيط سباحة . أو أن يمس السماء بأصبعه . وكفي لاعتبار الاستحالة مطلقة أن لا يكون في المستطاع القيام بالعمل بالنسبة للتقدم العلمي عند إبرام العقد ولو أصبح القيام به ممكناً بعد ذلك . مثال ذلك التعهد بالذهاب الى القمر أو المريخ أو أحد الكواكب السيارة ، أحياء ميت . في هذه الامثلة يعتبر المحل مستحيلاً بالنسبة للتقدم العلمي عند إبرام العقد ، لكن لا يمنع من أن يتمكن البشر من اختراع جهاز يوصل الى القمر . وتكون الاستحالة نسبية إذا لم يكن في مستطاع المدين فقط القيام بما تعهد به ويقال للاستحالة شخصية مثالها أن يتعهد شخص بالقيام بعمل فني يستحل عليه القيام به ، لكنه لا يستحل على غيره . هذا النوع من الاستحالة لا يمنع العقد عن الانعقاد ، ولا التزام عن النشوء على عاتق المدين . ولكن لما كان المدين لا يستطيع تنفيذ التزامه فان هذا الالتزام ينقضي ، إلا أنه يجب عليه أن يعرض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة عدم التنفيذ مثال ذلك أن يتعهد أعمى برسم لوحة زيتية . وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة(١٢٧) مدني بقولها (أما إذا كان مستحيلاً على المدين دون أن تكون الاستحالة في ذاتها مطلقة صح العقد والزم المدين بالتعويض لعدم وفائه بتعهد) . والاستحالة القانونية فهي التي ترجع الى القانون . مثال ذلك أن يتعهد محام برفع استئناف إنقضت مدته في هذا المثال لا يمكن رفع الاستئناف بعد انقضاء المدة المحددة لرفعه ، والسبب في ذلك يرجع الى القانون لا الى طبيعة الشيء . فالقانون يمنع النظر في الاستئناف إذا قدم بعد مضي المدة المحددة لذلك . وحكم الاستحالة القانونية حكم الاستحالة الطبيعية المطلقة . فهي تمنع العقد من الانعقاد إذا كانت سابقة عليه . وبالتالي لا ينشأ التزام على عاتق المدين . أما إذا كانت لاحقة له ، فإذا لم تكن بطلاً المدين فالالتزام ينقضي بدون تعويض للدائن ، وإذا كانت بطلاً المدين فالالتزام ينقضي كذلك ، ولكن يجب على المدين أن يعرض الدائن عن الضرر الذي أصابه نتيجة عدم التنفيذ. مثال ذلك أن يتعهد محام برفع استئناف لم تنقضي مدته بعدة. ثم تمر هذه المدة دون أن يرفعه^(٢) .

١- الدكتور عبدالمجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، المصدر السابق ، ص٩٦.

٢- الدكتور عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية بغداد ص١٨٤-١٨٦.

٣- الدكتور ياسين محمد الجبوري،الوجيز في شرح القانون المدني ، الجزءالاول مصادر الحقوق الشخصية مصادر الالتزامات دراسة مقارنة،الجزء الاول

شرط الثاني: أن يكون محل العقد معيناً أو قابلاً للتعين :

نصت المادة(١٢٨) من القانون المدني العراقي على مايلي:

(١- يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء أكان تعيينه بالإشارة إليه أم إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو بيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات . أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ، ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف .

٢- على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر.

٣- فإذا كان المحل لم يعين على نحو المتقدم فالعقد باطل^(١))

يجب أن يكون المحل معلوماً من قبل العاقدين لكي ينعقد العقد ، وهو يكون كذلك ، إذا كان معيناً أو قابلاً للتعين وقت إنعقاد العقد . والمحل لا يعدو أن يكون عيناً معينة بالذات . أو عيناً معينة بالنوع ، أو قياماً بعمل معين ، أو امتناعاً عن القيام بعمل . وتعين المحل إذا كان عيناً معيناً بالذات . الأشياء المعينة بالذات أو ماتسمى بالأشياء القيمة . هي الأشياء التي تتميز عن غيرها من الأشياء بصفات معينة خاصة بها تعيينها ذاتياً ، بحيث تجعلها تتفاوت أحدها تفاوتاً يعتد به ، وتختلف إختلافاً متميزاً وتجعلها أيضاً لا يقوم بعضها مقام بعض في الوفاء ، ومثالها . العقارات بوجه عام ، واللوحه الزيتية ، والمخطوطات الأصلية . وسيارات المشاهير^(٢) . فالاشياء القيمة إذا هي اشياء معينة بذاتها فلايوجد لها نظير من جنسها مساو أو مقارب لها في القيمة بحيث يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء ، كالعقارات بوجه عام والكتب والمخطوطة والخواتم والمجوهرات وكل شيء ينظر فيه الى وصف ذاتي يميزه ككتاب موقع عليه من المؤلفه أوساعة نقشت عليها علامة معينة . والحقيقة إن تعيين الشيء ألقيمي يختلف باختلاف كون هذا الشيء القيمي موجود وقت إبرام العقد أو غائباً . فإذا كان المبيع موجوداً وقت العقد ، فإن تعيينه يكون عن طريق الإشارة إليه أو الى مكانه الخاص حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (١٢٨) مدني عراقي (يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء أكان تعيينه بالإشارة إليه أم إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد....) . فإذا كان المبيع خاتماً أثرياً موضوعاً على رف معين في محل البائع كان تعيينه عن طريق الإشارة المشتري اليه . وإذا كان عقاراً كان تعيينه عن طريق الإشارة اليه بحضور المشتري . أما إذا كان المبيع غائباً ، فإن تعيينه يتم عن طريق وصفه في مجلس العقد وصفاً تنتفي معه الجهالة الفاحشة ، فإذا كان المبيع سيارة معينة ، كان على البائع أن يصفها وصفاً يستطيع به المشتري التعرف عليها بمجرد رؤيتها عن طريق تمييزها من غيرها من السيارات ، وذلك بذكر ماركة السيارة وسنة صنعها ولونها ورقمها^(٣) . وإذا كان محل الالتزام إعطاءً (أي نقل ملكية أو أي حق عيني آخر) فإن تعيين المحل يختلف باختلاف طبيعته ، فإذا كان المحل شيئاً من الأشياء المثلية ، فيجب ذكر الجنس والنوع والمقدار ، كأن تقول أبيعك عشرين

١- أنظر : نص المادة /١٢٨/ من القانون المدني العراقي (٤٠) لسنة ١٩٥١ .

٢- الدكتور ياسين محمد الجبوري ، المصدر السابق ، ص٢٢٢-٢٢٣ .

٣- الدكتور طارق عجيل ، المصدر السابق ، ص ٢٨٤-٢٨٥ .

قنطاراً من الحنطة العجيبة . ويلاحظ ان الاشياء المثلية إذا عينت بظروف من الزمان أو المكان قام ذلك مقام تعيين مقاديرها ، فالالتزام بتوريد (الفحم) اللازم لمطعم أو حمام في مدة معينة ، والالتزام بتوريد غذاء لمستشفى أو قسم داخلي في مدة معينة التزام صحيح بالرغم من عدم ذكر المقدار هنا(قابل للتحديد). وإذا كان الاشياء المثلية تتفاوت من حيث الجودة وجب تعيين درجة جودتها فان لم تعين الزم المدين بتقديم صنف متوسط^(١) .

وإذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وهي تدخل دائماً في إطار الشيء المعين بالنوع ، فان التزام المدين يقع في هذا الحالة على القدر المتفق عليه ساعة التعاقد ، دون أن يكون لإنخفاض قيمة العملة أو لأرتفاعها أثر في هذا الالتزام . وهذا يحدث عادة فيما بين فترتي نشوء الالتزام وتنفيذه ، فيحدث تغير في قيمة النقود إما زيادة أو نقصاناً . إذا حدث ذلك فإن التزام المدين يقتصر فقط على المقدار المتفق عليه في العقد^(٢) .

شرط ثالث : المحل قابل للتعامل فيه وهذا شرط سنبجته في فرع الثالث في هذا المطلب.

الفرع الثاني

شروط المحل في الشريعة الاسلامية

وهي تعود في مجملها الى كون المحل قابلاً لحكم العقد شرعاً ، والى خلوه عن كل مايفضي الى نزاع بين طرفي العقد .

قال ابن العابدین : شروط المحل العقد هي :

١-أن يكون موجوداً .

٢- أن يكون مالا متقوماً . قابلاً لحكم العقد.

٣-أن يكون مملوكاً في نفسه .

٤-أن يكون مقدوراً على تسليمه.

٥-أن يكون مملوكاً للبائع فيما يبيعه لنفسه.

٦-أن اتحاد المجلس .

و فيما يلي تفصيل لجمل شروط المحل :

١-وجود المحل أو إمكان وجوده في الفقه الاسلامي :

يشترط وجود المحل فعلاً وقت التعاقد : يشترط في الفقه الاسلامي أن يكون المحل موجوداً فعلاً وقت التعاقد فان لم يوجد فالعقد باطل ، حتى لو كان المحل محتمل الوجود ، بل حتى لو كان محقق الوجود في المستقبل . جاء في البدائع (جزء ٥ ص ١٣٨-١٣٩) في هذا الصدد ما يأتي: وأما الذي يرجع الى العقود عليه فأأنواع ، منها أن يكون موجوداً فلا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم ، كبيع نتاج النجاج بأن قال بعث ولد ولد هذه الناقة وكذا بيع الحمل ، لأنه إن باع الولد فهو بيع المعدوم وإن باع الحمل فله خطر المعدوم . وكذا بيع اللبن في الضرع ، لأن له خطر المعدوم

١- الدكتور حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام - أحكام الالتزام اثبات الالتزام ، طبع على نفقة الجامعة المستنصرية وبإشرافها ١٩٧٦ ، ص ١١٣ .

٢- أمجد محمد منصور ، المصدر السابق ، ص ١٣٩ .

لاحتمال انتفاع الضرع . وكذا بيع الثمر والزرع قبل ظهوره لأنهما معدوم ، وان كان بعد الطلوع جاز وان كان قبل بدو صلاحهما إذا لم يشترط الترك . وما يوجد من الزرع بعضه بعد بعض كالبطيخ والبادنجان فيجوز بيع مظهر منه ولايجوز بيع مالم يظهر وهذا قول عامة العلماء رضي الله عنهم . وقال مالك رحمه الله إذا ظهر فيه الخارج الاول يجوز بيعه ولايجوز بيع الدقيق والزيت في الزيتون والدهن في السمسم والعصير في العنب والسمن في اللبن . وكذا بيع البزر في البطيخ الصحيح لأنه بمنزلة الزيت في الزيتون ، وبيع النوى في التمر، وكذلك بيع اللحم في الشاة الحية لأنها إنما تصير لحما بالذبح والسلخ فكان بيع المعدوم فلاينعقد^(١) .

إذن يذهب أغلبية الفقهاء المسلمين أن بيع المعدوم باطل حتى ولو كان المبيع ممكن الوجود في المستقبل . والسبب الذي دعا الفقهاء المسلمين الى عدم إجازة بيع المعدوم هو الغرر ، إذ لايمكن تحديد مقدار مايحصل عليه المشتري تحديداً تاماً ، وقد لايحصل على شيء مطلقاً ، مثال ذلك ما إذا باع شخص ثمر شجره ، أو حاصل نتاج مواشيه ، فقد لاثمر الشجر ، ولايحصل زرع ولاتلد المواشي ، وبذلك يخسر المشتري مادفعه و يكون البائع قد حصل على الثمن بدون مقابل . وهذا أكل المال الباطل كما ورد في القران الكريم وقد استثنى الفقهاء من ذلك السلم والاستصناع والاجارة^(٢) .

كما وان في الفقه الاسلامي إتجاهاً جديداً يربط بين تحريم التعامل في المستقبل وبين الغرر ، وفي ذلك يقول ابن القيم : (ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لايجوز ، لا بلفظ عام ولابمعنى عام ، وإنما في السنة حيث النهي عن بيع بعض الاشياء التي هي معدومة كما فيها النهي عن بعض الاشياء الموجودة ، فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود ، بل وردت به السنة ، النهي عن بيع الغرر ، وهو مالا يقدر على تسليمه سواء كان موجوداً أو ممنوعاً)^(٣) .

٢- أن يكون المحل مالا قابلاً لحكم الشرعي : وقد ذكر القراني في الفروق أن مايجوز بيعه ، أو العقد عليه ، هو ما اجتمعت فيه خمسة شروط ، ومالا يجوز بيعه (أو العقد عليه) ما فقد شرطاً منها وهي : الطهارة لقوله صلى الله عليه وسلم في الصحيحين : (إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والاصنام) وألا يكون منهياً عنه كالاجارة على النياحة والغناء ، وأن يكون منتفعاً به ليصح مقابلة الثمن لهالخ^(٤) .

نجد فكرة مشروعية المحل واضحة جلية في الفقه الاسلامي ، من خلال اشتراط الفقهاء المسلمون في محل العقد أن يكون قابلاً لحكمه شرعاً ، فإذا لم يقبل حكمه لم يصح محلاً ، ولم يصح العقد ، وعدم قبول المحل لحكم العقد قد يكون راجعاً الى علاقة المتأقدين به وان أحدهما لا يملك فيه مالا يملكه الآخر ، وليس أولى به منه ، و ذلك كما في التعاقد على تملك الاشياء المباحة ، كأن يبيع إنسان لآخر ما لا يملك من الطيور في الهواء ، أو من الاسماك في الماء ، أو

١-عبدالرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص ١٣-١٤ .

٢- المحامي فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ، ص ٤٢٠ .

٣- المحامي فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ، ص ٤٢٣-٤٢٤ .

٤- الدكتور محمد مصطفى أبوه الشنقيطي ، المصدر السابق ، ص ١٧٤ .

من المياه في مجاريها ، أو من الفلزات في معادنها ، فمثل هذا البيع لا يتم لأنه ورد على محل غير قابل لحكمه ، إذ حكمه نقل الملكية ، وللملكية لأحد في هذه الأشياء حتى يلتزم بنقلها الى غيره . وقد يكون مرجعه الى أن حكم العقد يتنافى ما خصص له ذلك المحل من أغراض عامة ، وذلك كالمساجد والانهار والقناطر ، وما أشبهها مما خصص للمنافع العامة ، فعقود التمليك إذا وردت على هذا المحال ، وهي مخصصة لهذا الاغراض لاتنعقد لعدم قبولها لحكمها إذ لاتقبل أن تملك لأحد ، لمنافاة ذلك لما خصصت له من أغراض عامة . وقد يكون مرجعه الى ماورد عن الشارع من نهي في ذلك لحكمة راعاها ، كالمحافظة على الآداب العامة ، أو على الاخلاق أو المحرمات ، أو على أموال الناس وعدم أكلها بالباطل ، أو على الصلات الاجتماعية ، كما في بيع الميتة حتف أنفها ، وكما في بيع الخمر أو الخنزير لسلم ، وغير ذلك ^(١) .

٣- أن يكون معلوماً : أي لا يكون فيه جهالة تفضي الى النزاع ، ويتحقق العلم بالمحل بتعيينه بالإشارة ، أو الرؤية أو بيان جنسه ، ونوعه ، أو وصفه ، أو نحو ذلك مما تنفي به الجهالة الفاحشة ، فإذا لم يتعين على هذا الوجه كان باطلاً ولكن لو كانت الجهالة بالمحل يسيرة لاتفضي الى نزاع جرى العرف بالتسامح فيها لم يؤثر في إنعقاد العقد . قال النووي في المجموع : (لابد أن يكون العقود عليه معلوماً في القدر ، والاجل ، فإن كانت العين مجهولة في نفسها كالسكنى والرضاع فلا بد من تقدير المدة ، لإختلاف مقادير المنفعة المتحصلة من بعض العقود كالأجارة على الرضاع ، أو السكن وما أشبهها ، وما عقد على مدة لابد أن تكون معلومة الابتداء و الانتهاء فلا يصح : (أجرتك الدار كل شهر بكذا) ، لأنها غير معلومة النهاية فلا بد من معرفة الجنس والعدد والاصل)

و قال ابن قدامة في المغني (بيع المجهول وغير المدور على تسليمه لايجوز ..ونقل ابن المنذر الاجماع) قال الدردير: (فلا يصح بيع مجهول الذات ، أو القدر أو الصفة) قال القرافي في الفروق (ما يمنع فيه الجهالة وما يشترط فيه الجهالة : أما ما تفسره الجهالة فهو البياعات ، وكثير من الاجارات ، ومن الاجارات قسم لايجوز تعيين الزمان فيه ، بل يترك مجهولاً ، وهو الاعمال في الاعيان كخياطة الثياب ، ونحوها ، لايجوز أن يبين زمان خياطة ، بأن يقول له اليوم مثلاً فتفسد لأن ذلك يوجب الغرر يتوقع تقدر العمل في ذلك اليوم بل مصلحته ونفي الغرر عنه أن يبقى مطلقاً ، وكذلك الجعالة لاتجوز أن يكون العمل فيها محدوداً ، معلوماً ، لأن ذلك يوجب الغرر في العمل بالأبقي في ذلك الوقت ولا بذلك السفر المعلوم بل نفي الغرر عن الجعالة بحصول الجهالة منها والجهالة في القسمين شرط وان كانت في غيرها ^(٢) .

٤- أن يكون مملوكاً للبايع وفي حوزته : والمحل يجب أن يكون مملوكاً للبايع حال عدا السلم وأن يكون مقدوراً على تسليمه إذ لاتنعقد بيع المغصوب ^(٣) . قال ابن قدامة (لانعلم فيه مخالفاً . وعللة المنع هي الضرر الناشئ عن عدم

١- الدكتور طارق عجيل ، المصدر السابق ، ص٢٩٥-٢٩٦ .

٢- الدكتور محمد مصطفى أبوه الشنقيطي ، المصدر السابق ، ص١٧٤-١٧٦ .

٣-الدكتور منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص١٥٤ .

القدرة على التسليم وقت العقد ، وما قد يترتب على ذلك من النزاع ، فإن البائع قد لا يجد المبيع في السوق ، والمشتري يطالبه به ، ولا يرضى إمهاله ، ولأنه تملك لما لا يملك والحديث حكيم بن حزام قال : أتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت : يأتيني الرجل يسألني من البيع ماليس عندي إبتاع له من السوق ثم أبيعته ؟ قال : (لا تبيع ماليس عندك). وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : (قال نهانا رسوالله صلى الله عليه وسلم عن بيعتين في بيعة وعن بيع وسلف وعن ربح مالم يضمن وعن بيع ماليس عندك). قال ابن عابدين (من شرائط المبيع كون العقود عليه مملوكاً للبائع ، فيما يبيعه لنفسه فلا ينعقد بيع ماليس مملوكاً ، وان ملكه بعده . ويستثنى من هذا السلم ، والمغصوب لو باعه الغاصب ثم ضمن قيمته ، وبيع الفضولي ، فانه ينعقد موقوفاً وبيع الوكيل فانه بيع نافذ) قال الباجي : (يجب أن يكون المبيع معيناً ، و يكون في ملك بائعه فإن لم يكن في ملكه و كان معيناً لم يصح ، لما فيه من الغرر ، لأنه لم يمكنه تخليصه لم يمكن تسليمه ، ومالم يكن تسليمه لا يصح بيعه) و الظاهر أنه لو تم البيع على أن يسلم البائع المبيع بعدة مدة من الزمن بان هذا ينطبق عليه حكم تأجيل المبيع^(١) .

٥- أن يكون مقدوراً على تسليمه : إمكان المحل في الفقه الاسلامي هو القدرة على تسليمه ، ذلك أن المحل يجب أن يكون مقدور التسليم عند العقد . ونورد نصوص الفقه الاسلامي في ذلك ، نقلاً عن البدائع (جزء ٥ ص ١٤٧ - ص١٤٨) . ومنها (شرائط الانعقاد) أن يكون (المبيع) مقدور التسليم عند العقد . فان كان معجز التسليم عنده لا ينعقد وإن كان مملوكاً له كالبيع الأبق ، في جواب ظاهر الروايات ، حتى لو ظهر يحتاج الى تجديد الايجاب والقبول ، إلا إذا تراضيا فيكون بيعاً مبتدأ بالتعاطي . فان لم يتراضيا ، وامتنع المشتري من القبض ، لا يجبر على القبض بخلاف ما إذا أبق بعد البيع قبل القبض أنه لا ينفسخ . لأن القدرة على التسليم كانت ثابتة لدى العاقد فانهقد ، ثم زالت على وجه يحتمل وجودها فيقع الشك في زوال المنعقد بيقين^(٢) .

واتفق الجمهور على أن القدرة على التسليم شرط في البيع ، فلا يصح بيع ما لا يقدر على تسليمه ، كالبعير الشارد الذي لا يعلم مكانه و دليلهم : الاحاديث التي نهى عن بيع العبد الابق وبيع السمك في الماء . لحديث النهي عن الغرر فهو يشمل بيع ما لا يقدر على تسليمه لأنه إذا لم يكن مقدوراً كان مستوراً العاقبة لا يدري المتعاقدان هل يحصل أم لا . ولا يتحقق المقصود من عقد البيع لا يقدر على تسليمه لأن مقصود البيع هو تملك التصروف . وخالف الظاهرية فلم يشترطوا القدرة على التسليم لصحة البيع . قال ابن حزم (لا يلزم ولا يوجب قرآن . ولا سنة ، ولا دليل أصلاً و إنما اللازم ألا يحول البائع بين المشتري و بين ما اشترى منه) وهو ليس من الغرر عندهم . قال الكاساني في البدائع : (تبطل الاجارة (العقود) بعدم القدرة على إستيفاء المحل . ولا يجوز إستئجار الأشل ، والأقطع على عمل يعتمد على اليدين ، أو استئجار ألعى لنقط المصحف ، أو استئجالا الاخرس لتعليم القراءة ، والآدب ، أو

١- عبدالرزاق السنهورى ، المصدر السابق ، ص٥٨.

٢- الدكتور محمد مصطفى أبوه الشنقيطي ، المصدر السابق ، ١٧٦-١٧٧.

استئجار الاراضي السبخة للزراعة ، لأن الاجارة بيع المنفعة وما لايمكن استيفاؤه في البيع لا يمكن إجارته كظل الدار والقراءة في الكتب لأنها مباحة) . و قال الكاساني أيضاً (تسليم البدلين واجب على العاقدين ، لأن العقد أوجب الملك في البدلين ، ولأن الانتفاع لا يتم إلا بالتسليم ، ولهذا كان التعاطي بيعاً لا يتضمن التسليم) . و وجوب التسليم يشترط عقب العقد بلا فصل إذا طالب كل منهما صاحبه . قال النووي في المجموع (ولايجوز العقد إلا على عين يمكن استيفاء المنفعة منها ، أو يحصل العين في البيع كاستئجار الارض السبخة لايجوز) و قال ايضاً (لايجوز البيع ولا الإجارة قبل القبض)^(١).

١- الدكتور محمد مصطفى أبوه الشنقيطي ، المصدر السابق ، ص١٧٧-١٧٩.

الفرع الثالث

قابلية المحل للتعامل فيه في القانون

متى يعتبر المحل غير قابل للتعامل فيه : يرجع عدم قابلية المحل للتعامل فيه إما الى طبيعة هذا المحل ، أو الى الغرض الذي خصص له ، أو الى عدم مشروعيته لمخالفته لنص خاص في القانون أو للنظام العام أو الآداب .

ما يرجع لطبيعة المحل : فالشيء لا يكون قابلاً للتعامل فيه بطبيعته إذا كان لا يصلح أن يكون محلاً للتعاقد ، وذلك كالشمس والهواء والبحر ، فهذه أشياء غير قابلة للتملك ، فلا يجوز أن يتعاقد عليها . و يجب التمييز بين الشيء غير القابل للتعامل فيه بطبيعته والشيء المباح . فالاول هو ما قدمناه ، والثاني هو شيء لامالك له ولكنه قابل للتملك ، كالطير في الهواء والسمك في البحر ، ويملكه من يستولى عليه ، ويستطيع أن يتعامل فيه . فيصلح أن يكون محلاً للالتزام . ويلاحظ أن الأشياء غير قابلة للتعامل فيها بطبيعتها هي أشياء مستحيلة ، فهي إذا لم تستوف الشرط الأول من شروط المحل . وهي بعد قد يصبح التعامل فيها ممكناً من بعض النواحي ، فأشعة الشمس يحصرها المصور(الفتوغرافي) والهواء يستعمله الكيميائي في أغراضه ، والبحر يؤخذ من مائه ما يصلح أن يكون محلاً للامتلاك . ففي هذه الاحوال تصبح الشمس والهواء والبحر قابلة للتعامل فيها من هذه النواحي الخاصة^(١) .

والاشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون : هي في الحقيقة أشياء قابلة للتعامل بطبيعتها . ولكن المشرع أخرجها عن التعامل لأعتبارات ترجع الى المصلحة العامة ، وبعبارة أخرى ، الى ما يدعى بالنظام العام و الآداب . مثال ذلك الاموال العامة ، من طرق وجسور و شواطئ وغير ذلك . والتي حرم المشرع العراقي التصرف فيها مادامت مخصصة للمنفعة العامة (المادة ٧١مديني عراقي) ، ذلك لأن إباحة التصرف في هذه الاموال عن طريق بيعها الى الغير من شأنه تعطيل الغرض الذي خصصت هذه الاموال من أجله . ولكن يلاحظ بان ليس هناك ما يمنع من التصرف في هذه الاموال عن طريق بيعها إذا فقدت صفتها ، بإنهاء تخصيصها للمنفعة العامة بالفعل أو بمقتضى القانون (٧٢ مديني عراقي) حيث تزول علة منع التصرف في هذه الاموال ، وتصبح من أموال الدولة الخاصة التي يجوز التصرف فيها عن طريق بيعها . كذلك الاموال الموقوفة ، التي يجعل ريعها لسلسلة لاتنقطع من المنتفعين ، وهذا التخصيص يقتضي ألايجوز التصرف فيها بالبيع حتى لاتنقطع سلسلة الانتفاع به^(٢) . وقد يخرج الشيء عن دائرة التعامل بنص خاص من المشرع ، كما في الاشياء المخالفة للنظام العام والآداب فإذا كان المحل الالتزام مخالفاً للنظام العام والاداب كان العقد باطلاً ، كبيع المخدرات وما في حكمها ، وبيع الاسلحة المحظورة من قبل المشرع^(٣) .

١- عبدالرازق أحمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٤٨٧.

٢- الدكتور طارق عجيل ، المصدر السابق ، ص ٢٩٣ .

٣- أمجد محمد منصور ، المصدر السابق ، ص ١٣٠.

الفرع الرابع

قابلية المحل للتعامل فيه في الشريعة الإسلامية

صلاحية المحل للتعامل فيه في الفقه الاسلامي : عدم الصلاحية يرجع الى طبيعة الشيء أو الى الغرض الذي خصص له . الفقه الاسلامي كالفقه الغربي في ذلك ، بل إن الفقه الاسلامي أوسع بياناً وأكثر تفصيلاً . فالشيء لا يصلح للتعامل فيه في الفقه الاسلامي ، إذا تنافى هذا التعامل مع الغرض الذي خصص له الشيء . وهذا يفسر عدم جواز بيع الموقوف وإن صح إيجاره ، وعدم جواز بيع المسجد . والشيء لا يصلح للتعامل فيه في الفقه الاسلامي ، إذا أبت طبيعة الشيء هذا التعامل . وهنا نرى الفقه الاسلامي يسهب في البيان . فالبيع لا ينعقد إلا إذا كان المبيع ملاً متقوماً مملوكاً . فغير المال ، والمال غير المتقوم ، والمال المتقوم غير المملوك ، كل ذلك تأبى طبيعته التعامل فيه ، وكل عقد يرد عليه يكون باطلاً . غير المال تأبى طبيعته التعامل فيه ، فيبطل فيه التعامل . وكذلك المال غير المتقوم ، وهو ما كان مالا عند أهل الذمة كالخمر والخنزير ، لا يجوز التعامل فيه . جاء في الزيعلبي (جزء ٤ ص ٤٤ - ص ٤٥) : بيع ماليس بمال عند أحد ، كالخمر والدم والميتة التي ماتت حتف أنفها والمدبر وأم الولد والمكاتب باطل . وان كان مالا عند البعض ، كالخمر والخنزير والميتة لم تمت حتف أنفها مثل الموقوذة فان هذه الاشياء مال عند أهل الذمة ، فان بيعت بدين في الذمة فهو باطل . وان بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض ، باطل في حق نفسها حتى لاتضمن ولاتملك بالقبض^(١) .

.ويشترط الفقهاء المسلمون كذلك في المال ليصلح محلاً للتعاقد أن يكون طلقاً ، والمراد بالطلاقية أن لا يكون فيه مانع من التصرف . ويترتب على ذلك عدم جواز بيع المسجد و الوقف . ويقابل هذا الشرط ما يشترطه الفقهاء الغربيون من ضرورة التعارض التعامل بالشيء مع الغرض الذي خصص له الشيء . ويترتب على ذلك أيضاً عدم جواز بيع أم الولد ، وهي الرقيق التي تلد من سيدها . والسبب في ذلك أنها تصبح حرة بمجرد الولادة . وفي هذا يقول الحديث الشريف : (حررها وليدها) وهذا الحكم هو أحد الطرق التي جاء بها الاسلام لتصفية الرقيق والقضاء عليه تصفية هادئة . ويشترط الفقهاء المسلمون في الاجارة كذلك أن لا يكون العمل واجباً على الاجير قبل العقد ، ومنهياً عنه . ويترتب على ذلك عدم جواز استئجار أم الصبي لإرضاعه إذا كانت في عصمة الزوج أو في عدته ، لأن الارضاع واجب عليها ديانة ، ويترتب على ذلك أيضاً عدم جواز الاجارة على قتل الغير أو ضربه^(٢) .

١- عبدالرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص ١٠٢ .

٢- الدكتور عبدالمجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص ٢١٠ .

المطلب الثاني

نتناول في هذا المطلب شرح مفهوم النظام العام في القانون والشرعية و دور القاضي في تحديد النظام

العام وذلك من خلال هذين الفرعين :-

الفرع الاول : مفهوم النظام العام بين القانون والشرعية .

الفرع الثاني : دور القاضي في تحديد النظام العام .

ألفرع الأول

مفهوم النظام العام بين القانون والشرعية .

قد لا يوجد بين مواضيع علم القانون فكرة تستعصي على التعريف كفكرة النظام العام والأداب . وقد ذهبت جميع الجهود التي بذلت لتعريفها إدراج الرياح . وقد عرفت النصوص المتعلقة بالنظام العام بأنها : (تلك النصوص التي لا يمكن للأفراد أن يتجنبوا الخضوع أو أن يعدلوا منها في الاتفاقات التي يعقدونها فيما بينهم تلك هي النصوص الآمرة . وعرفت محكمة التمييز البلجيكية النظام العام في حكم لها في (١٣ نيسان ١٨٩٣) بأنه : مايعتبره القانون جوهرياً ويحيطه بحماية خاصة . ويعرف الاستاذ جوليو دي لاموندير ، عميد كلية حقوق باريس السابق فكرة النظام العام بأنها: الفكرة التي تعبر عن ضرورة النظام والسلام في داخل الدولة . ويعرف القضاء الانكليزي النظام العام من الناحية السلبية بقوله : كل ما يضر بمصالح الجمهور فهو مخالف للنظام العام ويعرف الاستاذ دي باج القانون الذي يعتبر من النظام العام بأنه : القانون الذي يمس المصالح الجوهرية للدولة أو المجتمع^(١) . القواعد القانونية التي تعتبر من النظام العام هي القواعد يقصد بها الى تحقيق مصلحة عامة ، سياسية أو إجتماعية أو إقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع الأعلى وتعلو على مصلحة الأفراد . فيجب على جميع الافراد مراعاة هذه المصلحة وتحققها^(٢) . والنظام العام ، هو كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها والتي يلزم تحقيقها حتى تسير في طريقها نحو العزة والمجد ، سواء في ذلك أكانت هذه مصلحة سياسية ، كما هي الحال بالنسبة الى كل ما يتعلق بتنظيم الدولة وطريقة مباشرة سيادتها بواسطة سلطانها المختلفة ، أو كانت هذه المصلحة إجتماعية ، كما هي الحال بالنسبة الى تنظيم الأسرة^(٣) . فكرة النظام العام والأداب فكرة نسبية تختلف من زمن لآخر ومن بيئة لأخرى حسب الفكر السائد في المجتمع ، فمثلاً في ظل الفكر الاشتراكي تتسع فكرة النظام العام نظراً لأن مصلحة المجتمع وفقاً لهذه الافكار هي المقدمة على مصالح الافراد ، ومن ثم تكثر القواعد الآمرة التي لا يجوز للأفراد ألتفاق على مخالفتها . لكن على العكس تضيق فكرة النظام العام في ظل المذهب الفردي ، ذلك أن الفرد في ظل هذا الفكر هو محوره . حتى ولو جاء على حساب المصلحة العامة للمجتمع و بالتالي يقل وجود القواعد

١- الدكتور عبدالمجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص١٩٣-١٩٤ .

٢- عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص٤٣٤-٤٣٥ .

٣- المحامي فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ، ص٤٢٧-٤٢٨ .

الأمرة التي تحد من حرية الفرد . ومن تطبيقات فكرة النظام العام في إطار القانون العام كل مايتصل بالحریات العامة ، كحرية العقيدة ، وحرية العمل و التجارة و غیر ذلك فيعتبر إتفاق المرشح مع الناخبين على إعطائه أصواتهم في مقابل مبلغ المالي إتفاقاً مخالفاً للنظام العام ^(١) .

ويمكن أن نجد نظيراً في الفقه الاسلامي ، لفكرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي ، فيما يدعى عادة (بحق الله) أو (حق الشرع) وحق الله أو حق الشرع في الفقه الاسلامي لايقبل في مداه عن دائرة النظام العام والآداب في الفقه الغربي بل لعله يزيد . إن الحق نوعان : حق الله وحق العبد . فحق الله مايتعلق به النفع من غير إختصاص بأحد ، فينسب الى الله تعالى لعظم خطره وشمول نفعه . وحق العبد ما يتعلق به مصلحة خاصة . وحق الله لايجوز فيه العفو أو الابراء أو الصلح ، أما حق العبد فيجوز فيه كل ذلك . ونرى من هذا أن حق الله -حق الشرع- هو في لغة الفقه الغربي ، حق يتصل إتصلاً وثيقاً بالنظام العام والآداب ، ومن ثم لايجوز الصلح عليه ولا الابراء منه ولا الاتفاق على ما يخالفه . وكثير من تطبيقات النظام العام والآداب في الفقه الغربي وان كانت تترجم عن حضارة العصر الحاضر أمر نسبي تنعكس فيه حضارة البيئة والجيل .يمكن الأخذ بها دون مشقة في الفقه الاسلامي . فلايجوز مثلاً النزول عن الحرية الشخصية في الفقه الاسلامي ، وإذا بيع إنسان على أنه عبد وكان حراً ، فان البيع باطل . وإذا كان الرق مباحاً في الفقه الاسلامي ، فهذه هي حضارة العصور السابقة لم ينج منها واحد . بل إن (أرسطو) كان يعتبر الرق قانوناً طبعياً ، والاسلام لم يبيح الرق ابتداءً وإنما إقتصر على إقراره بعد أن هذبه كثيراً . ولاتجوز الرشوة أو الوساطة في الوظائف العامة . ويعد هذا عملاً غير مشروع في الفقه الاسلامي . فالاتفاق عليه باطل ^(٢) . ويعبر الفقهاء المسلمون عن فكرة النظام العام بتعابير خاصة تنسجم وأفكارهم الشرعية والفقهية فهم يوجبون في المحل أن يكون فيه فائدة لأطرافه وأن يكون مقصوداً شرعاً ، الدم و الخنزير و الميتة ليس فيها فائدة للعاقدين ولاتكون محلاً للتعاقد الشرعاً فأی تعاقد عليها بيعاً أو هبةً أو مقايضةً يكون باطلاً لمخالفتها مع قواعد الشرع أو كما يطلق عليه الآن في التشريعات المدنية الوضعية لتعارضها مع فكرة النظام العام ^(٣) . وهناك حالات يبطل فيها الفقهاء المسلمون العقد يمكن اعتبارها تطبيقاً لفكر النظام العام والآداب فمن ذلك عدم جواز بيع آلات اللهو وآلات المعدة للقمار وعدم جواز إجارة الاماء للزانی ، وعدم جواز الاجارة على الغناء والنواح والملاهي ^(٤) .

١- أمجد محمد منصور ، المصدر السابق ، ص١٣١-١٣٢ .

٢- عبدالرزاق السنهورى ، المصدر السابق ، ص١٠٩-١١٠ .

٣- ألدكتور منذر الفضل ، المصدر السابق ، ص١٦٠ .

٤- الدكتور عبدالمجيد الحكيم ، المصدر السابق ، ص٢١٠-٢١١ .

الفرع الثاني

دور القاضي في تحديد النظام العام .

إذا كانت فكرة النظام العام و فكرة الآداب ، فكرتين مرنتين معياريتين . يعطيان للقاضي سلطة واسعة في تحديد مضمونهما نظراً لعدم ثبات هذا المضمون وتغيره في الزمان والمكان ، إلا أن القاضي لا يملك أن يحل آراءه أو عقائده الشخصية في هذا الصدد محل آراء الجماعة نفسها ، ففكرة النظام العام و الآداب فكرتان نسبيتان ، أي تنسبان إلى جماعة معينة في زمن معين ، لذا فالقاضي في تحديد مضمونهما مقيد ، لا بما يراه هو ، ولكن بالتيار العام السائد بشأنهما في هذه الجماعة المعينة و في ذلك الزمن المعين . فالقاضي هذا يكاد يكون مشرعاً في هذا النطاق ، وعليه أن يستلهم المصلحة العامة ويتقيد بالنظام العام والآداب السائد في المجتمع ، فلا يعول على آرائه ومعتقداته الخاصة ، إنما يراعي ماتدين به الجماعة ، ومن ثم كان الفصل فيها إذا كانت قاعدة معينة تتعلق بالنظام العام أو الآداب مسألة قانونية يخضع فيها قاضي الموضوع لرقابة محكمة التمييز . وعلى وفق هذه الرؤية يقول بعض الفقه ، أنه فيما يتعلق بوجود أن يكون محل الالتزام غير مخالف للنظام العام و الآداب ، فإن فكرة النظام العام فكرة مرنة جداً ، عمد المشرع أن لا يحددها و ألا يضع تعريفاً لها تاركاً تحديدها وتعريفها للقاضي حين يعرض عليه عقد ، فإنه يجب عليه أن يبحث فيه ، هل يخالف محله مجموعة الأسس والمبادئ التي يقوم عليها المجتمع ، والتي تختلف من مجتمع إلى آخر ، بل وفي داخل المجتمع نفسه ، أم لا من جانب الآخر ، يجب على القاضي ألا يبيح لنفسه أن يتخذ من النظام العام باباً لفرض آرائه الشخصية ، أو ما يؤمن به من عقيدته دينية أو فلسفية ، وإنما يجب عليه أن يبحث عن الأسس و المبادئ التي تحكم مجتمعه والتي يقوم عليها ، حتى ولو كان تتعارض مع عقيدته وآرائه الخاصة ، فاذا وجد عقداً محله يخالف هذه الأسس والمبادئ حكم ببطلان العقد^(١) . وتتسع دائرة النظام العام والآداب أو تضيق تبعاً لهذه التطورات ، وطريقة فهم الناس لنظم عصرهم ، وماتواضعوا عليه من آداب ، وتبعاً لتقدم العلوم الاجتماعية . كل هذا يترك للقاضي يفسره التفسير الملائم لروح عصره ، فالقاضي يكاد إذن يكون مشرعاً في هذه الدائرة المرنة ، بل هو مشرع يتقيد بآداب عصره ونظم أمتة الأساسية ومصالحها العامة^(٢) .

١- المحامي فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ، ص ٤٤٠-٤٤١ .

٢- عبدالرزاق أحمد السنهوري ، المصدر السابق ، ص ٤٣٧ .

المبحث الثالث

التطبيقات القضائية لمحل العقد .

بالرغم من أن النظام القضائي عندنا في العراق و إقليم كردستان لا تركز على مبدأ (السوابق القضائية) إلا أن لقرارات محكمة التمييز الأثر الكبير في إغناء الفكر القانوني وتنوير العقول وتوجيه المحاكم للدعوى المنظورة أمامها أو إستئناس تلك المحاكم بالمبادئ التي تستقر عليها قضاء محكمة التمييز ، كما وأن لمبادئ القانونية لقرارات محكمة التمييز كان ولا زال لها الأثر الكبير في إغناء الفكر القانوني من حيث التطبيق السليم للقانون و إستقرار القضاء وإن محكمة التمييز العراقي حافل بالمبادئ والقرارات الهامة والدقيقة . لذا سنخصص هذا المبحث للتطبيقات القضائية للمحل العقد .

منها ما جاء في قرار محكمة التمييز العراق (لدى التدقيق والمداولة من قبل هذه المحكمة المنعقدة بهيأتها العامة وجد أن الاتفاقية المؤرخة ١٨-١٢-٥٢ والمعقودة بين الطرفين والتي يعترف المميز عليه بتوقيعه عليها وبصدورها منه قد نصت على أنه قد أعطى ثلث الحاصلات التي تنتج من مياه النهر الذي كراه المميز وصرف عليه له لمدة ست سنوات تبدأ من سنة ١٩٥٣ الى نهاية ١٩٥٨ وأن الألتزام المنصوص عليه في هذه الاتفاقية إنما هو التزم صحيح غير مخالف للنظام العام والأداب العامة ولا ممنوع بالقانون و إنه ملزم للطرفين مالم يتفقا على تحلل منه رضاه كما أن الاتفاق الثاني قد عين الثلث المتعاقد عليه في الاتفاقية الأولى فيكون متمم له . ولما كان حق المميز فيما عين له من نصيب بموجب الاتفاقيين المذكورين تأميناً فلا يصح الحكم بمنع معارضته وحيث أن الحكم المميز جاء خلافاً للقانون فقد تقرر نقضه ٥٧-٦-٦^(١) .

وفي قرار آخر لها .

(وجد أن الحكم المميز غير صحيح ومخالف للقانون ذلك أن المحكمة أصدرته قبل إستكمال تحقيقاتها في الدعوى فيما يتعلق بمصير العقدين موضوع عن إطعام النزلاء والموقوفين ، أن تم فسخهما من جانب المميز عليه وبأرادته المنفردة أو سحبها من المميز و إحالتها لتعهد آخر وفقاً لما قرره المادة تاسعاً من العقدين المذكورين ، فان كان العقد لم يفسخ رضاه او قضاء فيتعين البحث في مدى تحقيق السبب الأجنبي الذي حال دون دفع المستحقات سيما وأن المميز /إضافة لوظيفته أبرز كتب تفيد بتحويل المميز عليه بمستحقات الاطعام لسنة (٢٠١٥) ، فان ثبت صحة الدفع المذكور وعدم سحب العمل من المميز / إضافة لوظيفته عندها تكون دعواه بالفسخ واجبة الرد باعتبار أن الإلتزام أصبح مستحلاً تعدد المقاوله المنتهية وليس له الا ما يستحقه فعلاً وما أنفقه من مصروفات حقيقية وبخلافه تكون لدعواه سند من القانون^(٢) .

١- انظر القرار (٦٩٤/حقوقيه / ٥٧عفك) / منشور/المحامي سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ذ.م.م ١٩٦٢ ص ١١٥ .

٢- انظر القرار (٦٠٦ /الهيئة الاستئنافية /٢٠١٧ في ٢٠١٧/١/٢٥) / منشور /المحامي فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقها وقضاء . نظرية العقد قسم الاول ، مطبعة السيماء بغداد - شارع المتنبي ص ٤٠٢ .

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية :

(تبين أن الحكم المميز غير صحيح لمخالفته أحكام القانون ذلك لأن المحكمة أصدرته قبل إستكمال تحقيقاتها في الدعوي وفي دفع وكيل المميز بشأن وكالة وكيل المميز عليه وبالوقوف على أسباب عدم إحالة المداول الى اللجنة الاسراع أو احواله الى مداول آخر بعد سحب العمل نتيجة لتلكو المميز رغم مرور فترة طويلة على الاجراء المذكور لأن الثابت فقها وقضاء أن سحب العمل يعد تنفيذاً عينياً للعقد ولايعفي بجميع الاحوال المداول من التزاماته العقدية وفقاً لما قرره المادة (١/٦٥) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية ، الا انه ثبت استحالة التنفيذ العيني وكان لسبب أجنبي فيتعين الاستعانة بخبراء جدد لإحتساب مستحقات المميز عليه الفعلية وما أنفقه من مصاريف فعلية وبعد بيان مصير المواد المطروحة في موقع العمل و وفقاً لما قرره المواد (٢/٦٧ و ٦٨) من الشروط العامة الأنفة الذكر دون احتساب الكسب الفائت باعتبار ان المداولة منتهية^(١) .

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية :

(وجد أن الحكم المميز غير صحيح لمخالفته أحكام القانون إذ كان على المحكمة الاستجابة لادعاء المدعي تطبيقاً لحكم المادة (١/٦٧) من الشروط العامة لمقاولات أعمال الهندسة المدنية وتصفية أعمال المداولة وبيان استحقاقات كلا المتداعيين وفقاً للمادة (٦٨) من نفس الشروط أعلاه وذلك لاستحالة استمرار عقد المداولة بسبب الوضع الامني في محافظة نينوى وحيث أن الحكم المميز قضى بخلاف ذلك لذا قرر نقضه^(٢) .

وفي قرار لمحكمة تمييز اقليم كردستان :

(حيث أن طرفي الدعوى كانا على علم بوجود مخاطر عند نقل المواد لفرض السلطة المركزية الحصار على الاقليم وعدم امكان مرور بضائع من خلال نقاط السيطرة الحكومية الا عن طريق التهريب ، وحيث أن إجازة مرور السيارات عبر نقاط تلك السيطرات من أختصاصات السلطة المذكور ولايملكها الطرفان المتعاقدان لمساسه بالنظام العام ، فلايصح أن يكون محلاً للالتزام ، ولما كان النزاع في هذه الدعوى منصب على هذه النقطة ، وحيث أن موضوع الخلاف لكونه من النظام العام فلايصح التعاقد عليه ولايجوز أن يكون محلاً للالتزام وان كل اتفاق يخالف القانون لايعتد به^(٣) .

وفي قرار آخر لمحكمة تمييز اقليم كردستان :

(لايجوز الاتفاق على أي شيء منع القانون التعامل به {المادة ١/٦١} من القانون المدني)^(٤) .

١- أنظر القرار (٢٥٢٠/الهيئة الاستئنافية / ٢٠١٧ في ٢٩/٥/٢٠١٧)/منشور/ المصدر السابق /ص ٤٠٣.

٢-أنظر القرار (٧٢٠/الهيئة الاستئنافية منقولة/ ٢٠١٦ في ٢٧/٣/٢٠١٦) منشور/ المصدر السابق /٤٠٣

٣-أنظر القرار (٣١٠ /الهيئة المدنية /١٩٩٥/تاريخ القرار ١/٧ /١٩٩٥)/القاضي كيلاني سيد أحمد ، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان – العراق ، قسم القانون المدني ، الجزء الاول ، ص٣٠٩-٣١٠.

٤-أنظر القرار (٣٠١ /الهيئة المدنية /١٩٩٧/ تاريخ القرار ١٣/١٠/١٩٩٧)/القاضي كيلاني سيد أحمد ، المصدر السابق ، ص٣١٥.

وفي قرار آخر لمحكمة تمييز اقليم كوردستان :

(ان المادة (١/٥١٤) من القانون المدني تشترط أن يكون المبيع معيناً معيناً نافياً للجهالة الفاحشة لذا فان بيع خمسة دكاكين من أصل عشرين دكاناً دون تعيينها بذاتها الجارى بين الطرفين لم يتوفر فيه الشروط المنصوص عليها في هذه المادة (١)).

وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية:

(عند عطف النظر على الحكم المميز فقد تبين أن محكمة الموضوع قد قضت في حكمها المميز بابطال قرار التضمين الصادر عن المميز معللة حكمها بأن السيارة موضوع الدعوى قد تعرضت للسرقة حينما كانت بذمة المميز عليه بتاريخ ٢٠٠٦/١٠/٩ في حين أن قانون التضمين رقم (١٢ لسنة ٢٠٠٦) قد اصبح نافذاً بتاريخ ٢٠٠٦/١١/١٣ وهو تاريخ نشره في الجريدة الرسمية طبقاً لأحكام المادة العاشرة من القانون المذكور آنفاً وبذلك لايسري على ماسبقه من وقائع ، وقد جانبت محكمة الموضوع الصواب فيما ذهبت اليه من وجهة نظر في حكمها المميز ، ذلك أن المادة العاشرة من القانون المدني ، قد نصت على أنه لايعمل بالقانون إلا من وقت صيرورته نافذاً فلايسري على ماسبق من الوقائع إلا إذا وجد نص في القانون الجديد يقضي بغير ذلك أو كان القانون الجديد متعلقاً بالنظام العام أو الآداب ، ولما كان النظام العام يمثل القواعد القانونية التي تبناها المشرع في المجالات السياسية والاقتصادية والاجتماعية والاخلاقية للمحافظة على المصلحة العليا للمجتمع ، وبعبارة أخرى التي يتوقف عليها كيان الدولة ووجودها و التي ترى لزاماً عليها تحقيقها وعدم سماح بالخروج عليها بأي حال من الاحوال ، وهذا يعني ان المصلحة العامة هي المعيار النظام العام وبناء على ماتقدم تكون القواعد القانونية الواردة في القانون التضمين رقم (١٢ لسنة ٢٠٠٦) متعلقة بالنظام العام وفقاً لأحكام المادة ١٣٠ من القانون المدني رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل و بالتالي تسري على ماسبق من الوقائع طبقاً لاحكام المادة العاشرة من القانون المدني (٢).

وفي قرار لمحكمة تمييز العراق :

إن تاريخ الالتزام نشأ بين طرفي العقد على مال موقوف لم تقرر أيلولته ملكا بعد لذلك فهو باطل يبطل كل ما ترتب عليه لذلك كله يثب الحكم الاستثنائي المميز موافقا للقانون فقررت تصديقه -٣-١٢-٥٩.
(محكمة الاستئناف اصدرت حكما وجاهيا يقضي بتأييد الحكم البدائي وتحميل المستأنف المصاريف حيث أن محل الالتزام في هذا العقد هو نقل ملكية وقف وهو مما لايجوز التصرف فيه قانوناً وهو باطل ولايترتب عليه أي أثر قانوني وفقاً للنواد(١٢٧ و ١٢٨ و ١٣٠)مدني لذا فان التعويض المتفق عليه بين الطرفين يصبح باطلاً تبعاً لبطلان الالتزام الاصلي (٣) .

١-أنظر القرار (٤) /الهيئة المدنية / ١٩٩٩ تاريخ القرار ١٩٩٩/١/٢٤ القاضي كيلاني سيد أحمد، المصدر السابق ، ص ٣١٦.

٢-أنظر القرار (١٤٢٠ /حقوقية / ٢٠١٣ في ٢٠١٣/٢/١٢) منشور /المحامي فوزي كاظم المياحي ، المصدر السابق ص ٤٤٣.

٣-أنظر القرار (١٩٣/حقوقية/٥٩ بغداد و١٩٤) منشور ، المحامي سلمان بيات ، المصدر السابق ، ص ١٢٢.

وفي قرار آخر لمحكمة تمييز :

(لايوجد في عقد البيع التحريري موضوع الاجازة كما وان المدعي عليه لم يعترف ببيعه الاجازة ، فضلاً عن أن الاجازة لايصح بيعها لتعلقها بالنظام العام وبما أن المميز عليه المدعي استلم المبيع وباشراً باستعماله كان على المحكمة أن تمنح المدعي حق تحليف المدعى عليه اليمين بانه لم تكن الاجازة من ضمن المبيع – قرر نقض الحكم -^(١) (٥٩-١٢-١٣).

وفي قرار آخر لمحكمة تمييز :

(أن الحكم المميز قد صدر برد دعوى المدعي المميز لعدم صحة التزام المدعى عليه المميز عليه له في الورقة المؤرخة ٥١-٢-٢٧ لمخالفة ذلك الالتزام للنظام العام ، وحيث أن ما تعهد به المدعى عليه لم يكن معيناً تعيناً نافياً للجهالة الفاحشة ولم يكمل ملزماً قانوناً فيكون التزامه باطلاً بحكم المادة (١٢٨) مدني ويكون الحكم المميز موافقاً للقانون من حيث النتيجة -٥٨-٧-٢٢^(٢)).

١-أنظر القرار (١٧٤٦/صلحية/٥٩ البصرة) منشور ، المحامي سلمان بيات ، المصدر السابق ، ص ١٢٢.

٢-أنظر القرار (١٢٧٢/صلحية/٥٨ سوق الشيوخ) منشور ، المحامي سلمان بيات ، المصدر السابق ، ص ١١٧-١١٨.

الخاتمة

وختاماً وبعد أن تناولنا في بحثنا موضوع المحل في القانون العراقي والشريعة الاسلامية : تعريف المحل و مفهومه وشروطه وقابليته للتعامل ، بين القانون المدني و الشريعة الاسلامية و مفهوم النظام العام و دور القاضي في تحديد النظام العام وكذلك التطبيقات القضائية للمحل من قبل محكمة التمييز العراقي ومحكمة التمييز لأقليم كوردستان العراق . يتضح أن المشرع العراقي قد تكلم عن محل العقد مرتين : الاولى في بداية كلامه علي العقد ، وذلك في المادة (٧٤) : يصح أن يرد العقد :

١-على الاعيان منقولة كانت أو عقاراً ، لتمليكيها بعوض ببيعاً أو بغير عوض هبةً ، ولحفظها وديعة أو لأستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً.

٢-وعلى منافع الأعيان بالانتفاع بها بعوض إجارة أو بغير عوض إعاره.

٣-وعلى عمل معين أو خدمة معينة.

وجاء في المادة (٧٥) مايلي : (يصح أن يرد العقد على أي شيء أخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام أو للأداب . وفي المرة الثانية عند كلامه على المحل والسبب جاء في المادة (١٢٦) مايلي : (لابد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه ، ويصح أن يكون المحل مالاً ، عيناً كان أو ديناً أو منفعةً ، أو أي حق مالي أخر ، كما يصح أن يكون عملاً أو إمتناعاً عن عمل) والظاهر من النصوص المقدمة أن واضعي القانون المدني العراقي لم يستطيعوا تحديد موقفهم من الرأيين ، أي إذا كان المحل ركناً في العقد أم في الالتزام ، فتكلموا على المحل بهذا الشكل من التكرار ، هذا من جهة ، ومن جهة أخرى أدى ذلك الى حصول شيء من عدم الدقة والتعارض بين العنوان والنصوص ، فالعنوان ينص على المحل باعتباره ركناً في العقد أما النصوص فتكلم عليه بأعتبره ركناً في الالتزام .

ان الشريعة الاسلامية سبقت التشريعات الوضعية في تناولها لمحل العقد بأعتبرها جأت بأحكام أكثر دقة و اوثق صلة بالاحداث والاضاع في كل العصور و الازمان مراعية في ذلك المصالح العامة والآداب للمجتمع .

التوصيات :

١-تجنباً مما يمكن أن يقع من التباس في فهم المحل هل هو ركن في العقد أم ركن في الالتزام وتخلصاً من التردد الذي وقع فيه ، ودفعاً لأي تناقض نقترح على المشرع العراقي إلغاء المادة (١٢٨) لأنها جأت تكراراً للمواد (٧٤) و (٧٥) ولم تزيد في ذكرها إلا الامتناع عن عمل والتي يمكن أن تكون محلاً للالتزام .

٢-أما بخصوص المادة(٧٤) : كان ينبغي أن يكون العطف ب (الواو) لأنها معطوفة على {لحفظها} و {لتملكها} و بذلك يستقيم العطف فيكون النص كما يلي (على الاعيان منقولة كانت أو عقاراً ، لتملكها بعوض ببيعاً أو بغير عوض هبة ،ولحفظها وديعة لأستهلاكها بالانتفاع بها قرضاً) . ثم أن النص كان يجب أن يقول (للانتفاع بها بإستهلاكها لا لاستهلاكها بالانتفاع بها) ذلك ان الانتفاع بالشيء اما ان يكون مع بقاء عينه ، ويقال له استعمال واما ان يكون مع عدم بقاء عينه ، ويقال له (استهلاك)

قائمة المصادر

- ١- أمجد محمد منصور، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ١٤٢٢ هـ ٢٠١١ م.
- ٢- الدكتور حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام – احكام الالتزام اثبات الالتزام ، طبع على نفقة الجامعة المستنصرية وبارافها ١٩٧٦ .
- ٣- المحامي سلمان بيات ، القضاء المدني العراقي ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ذ.م.م ١٩٦٢.
- ٤- الدكتور طارق عجيل ، المطول في شرح القانون المدني (دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الغربي والإسلامي) أنعقاد العقد ، مكتبة زين الحقوقية والادبية ش.م.م بيروت ٢٠١٣.
- ٥- عبدالرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، مصادر الالتزام ، المجلد الاول ، الطبعة الثالثة الجديدة ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت-لبنان .
- ٦- عبدالرزاق السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي دراسة مقارنة بالفقه الغربي الحديث –محل العقد-مجموع المحاضرات القاها على الطلبة قسم دراسات القانونية ١٩٥٦.
- ٧- عبدالرزاق أحمد السنهوري ، شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات نظرية العقد ، الجزء الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت – لبنان ١٩٩٨ .
- ٨-الدكتور عبدالمجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية بغداد .
- ٩- الدكتور علي محيي الدين علي القرداغي ، مبدأ الرضا في العقود-دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي والقانون المدني (الروماني والفرنسي والانجليزي والمصري والعراقي) الجزء الاول ، الطبعة الثانية . ٢٠٠٢ ، دار البشائر الاسلامية بيروت –لبنان.
- ١٠- الدكتو عبدالمجيد الحكيم والاستاذ عبدالباقي البكري والاستاذ المساعد محمد طه البشير/الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول في مصادر الالتزام ، المكتبة القانونية ، بغداد –شارع المتنبي و شركة العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة درب الاتراك –خلف الازهر.
- ١١- المحامي فوزي كاظم المياحي ، القانون المدني العراقي فقاً وقضاءً ، نظرية العقد قسم الاول ، مطبعة السيماء ، بغداد –شارع المتنبي .
- ١٢-القاضي كيلاني سيد أحمد ، كامل المبادئ القانونية في قضاء محكمة تمييز اقليم كردستان –العراق ، للسنوات (١٩٩٣-٢٠١١) ، الجزء الاول ، اربيل- كردستان/ العراق ، الطبعة الاولى /٢٠١٢.

١٣-الدكتور منذر الفضل ، الوسيط في شرح القانون المدني مصادر الالتزامات وأحكامها دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الاسلامي معززة بآراء الفقهاء واحكام القضاء ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ١٤٢٣ هـ - ٢٠١٢ م .

١٤-القاضي موفق البياتي ، شرح المتون الموجز المبسط في شرح القانون المدني العراقي -القسم الاول -مصادر لالتزام ، الطبعة الاولى ٢٠١٢ ، مكتبة السنهوري -بغداد -شارع المتنبي .

١٥- الدكتور محمد مصطفى أبوه الشنقيطي ، دراسة شرعية لأهم العقود المالية المستحدثة ، المجلد الاول ، الثانية ١٤٢٢ هـ -٢٠٠١ م .

١٦-الدكتور ياسين محمد الجبوري ، الوجيز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول مصادر الحقوق الشخصية مصادر الالتزامات دراسة مقارنة ، الجزء الاول . الطبعة الاولى ٢٠٠٨-١٤٢٩ هـ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع .

المتون والمواقع الألكترونية والبحوث :

١٧- القانون المدني العراقي رقم(٤٠) لسنة ١٩٥١ .

١٨- محل الالتزام

<https://talib-droit.yooV.com/t٤٤-topic>

١٩- نظرية العقد

http://www.islamilimleri.com/Kulliyat/Fkh/٤Hanbeli/pg_٠٨١_٠٠٨٨.htm

٢٠ - <https://e3arabi.com> .

٢١-زبير مصطفى حسين الماجدي ، العقد الموقوف في القانون المدني العراقي دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون والسياسة في جامعة صلاح الدين - اربيل ، ١٩٩٨ .