

اثر اختلاف جنس المعقود عليه على حكم العقد "دراسة مقارنة".
The effect of the gender difference on the contract ruling
"A comparative study of Islamic jurisprudence"

بحث مشترك مقدم من قبل
 الأستاذ الدكتور علي شاكر عبدالقادر البدري
 الباحث وليد هادي كاظم الكلابي
 جامعة كربلاء / كلية القانون

الخلاصة.

ان المعقود عليه كركن في العقد قد يكون عرضه لاختلاف جنسه، فيختلف جنسه عن حالته المتفق عليها مما يؤثر ذلك على المراكز القانونية للمتعاقدين ويزعزع الثقة بينهم وذلك لوجود تباين بين الحالة التعاقدية والحالة الواقعية للمعقود عليه قد يحصل بسبب فعل المتعاقدين او احدهما او سبب خارجي، كما اختلفت التشريعات محل البحث بشأن اثر اختلاف جنس المعقود عليه حسب نوع التصرف القانوني، فيكون اثر الاختلاف الجنس في التصرف الصادر من جانبين مختلفا عن اثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانب واحد، فلا يتم انعقاد العقد او اتمام تنفيذه عند اختلاف جنسه، كما أن تغير جنس العين موضوع التصرف الانفرادي قد يعتبر سببا لبطلانه لان تغير ذاتيتها يؤدي الى انعدام محلها. الكلمات المفتاحية : الجنس ، المعقود عليه . الاختلاف، الأثر.

Abstract.

The one who is contracted as a pillar in the contract may be subject to the difference of his gender, so his gender differs from his agreed state, which affects the legal positions of the contracting parties and destabilizes confidence between them, because there is a discrepancy between the contractual state and the actual state of the contracted one that may occur due to the act of the contracting parties or one of them or an external reason, as The legislation in question differed regarding the effect of the sex difference of the contracted party according to the type of legal act, so the effect of the sex difference in the conduct issued by two sides is different from the effect of the sex difference of the contracted party in the act issued by one side, the contract is not concluded or completed when its sex is different. Changing the sex of the eye, the subject of the unilateral act, may be considered a reason for its invalidity, because changing its subjectivity leads to the lack of its place .

Key words : sex , contracted , the difference , impact.

المقدمة .

أولاً/ موضوع البحث .

لاشك ان التصرفات القانونية أيا كان نوعها تتطلب المماثلة في الجنس بين المتعاقدين، فواجب المتعاقدين مراعاة وحدة الجنس وبقاء العين على حالها دون تغيير في هيتها وهذا الواجب او الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة لان الإرادة تتجه الى شيء معين بأسمه فزوال اسمه ومنفعته يؤدي الى عدم تلاقي الارادتين وبالتالي عدم تحقيق تلك النتيجة مما يؤثر ذلك في تمام العقد او تنفيذه بعد تمامه فان تغيير العين يؤثر في التصرفات القانونية التي يبرمها المتعاقدين من حيث انعقادها او نفاذ اثرها، وكذلك قد يختلف الحكم باختلاف المعقود عليه المتغير ان كان معين بالنوع او بالذات، خاصة وان الحكم الأصلي لاختلاف جنس المعقود عليه هو بطلان التصرف كما يقول فقهاء القانون وان كان هناك خلاف في هذا الحكم بين فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلاف مذاهبهم.

ثانياً / أهمية البحث .

تحتل دراسة اثر اختلاف جنس المعقود عليه على حكم العقد أهمية نظرية وعملية، وتكمن الأهمية النظرية في كون هذا الموضوع يتصل اتصالاً وثيقاً بنظرية العقد في الفقه المدني، وبالتحديد بفكرة صحة وبطلان العقد وتأثيره بمحلّه، لذا فان معالجة هذا الموضوع يعد تأسيساً لنظرية من نظريات الفقه المدني، ورغم ذلك لم يحظ هذا الموضوع بدراسة شاملة وجدية تتناسب والأهمية التي يستحقها، إذ لم نعثر على بحوث أو دراسات متخصصة فيه. كما يحتل موضوع هذا البحث أهمية عملية كبيرة متمثلة بالقرارات القضائية التي جاءت خالية من توضيح معناه وتحديد اثره، وذلك لتعلقه بالكثير من المنازعات التي تثور في سوح القضاء.

ثالثاً / إشكالية البحث .

تكمن إشكالية هذا الموضوع بأن المشرع العراقي في القانون المدني جعل حكم اختلاف جنس المعقود عليه هو البطلان فيما لو تغيرت ذاتية العين على نحو يجعلها تحمل اسم اخر وصورة مختلفة عن حالتها السابقة مستندا في ذلك على رأي الفقه الإسلامي، والتسليم بهذا الحكم من شأنه ان يخلق إشكاليات عدة منها ان القول بأن البطلان اثراً لاختلاف جنس العين محل العقد سيقف عند مرحلة تكوين العقد فقط، فالمغايرة في محل العقد لا تكون عند ابرامه بل تتعداه الى تنفيذه، فلم يتطرق المشرع العراقي الى اختلاف الجنس عند تنفيذ العقد، فلو ابرم العقد صحيحاً لا يمكن ابطاله حتى وان تغير جنسه، فلا يمكن عد البطلان اثراً وحيداً لاختلاف الجنس وبالتالي نسعى الى بيان اثر اختلاف جنس المعقود عليه قبل تمام العقد وبعده.

رابعاً/ أسئلة البحث :-

يحاول البحث الإجابة على الأسئلة الآتية :-

ما المقصود باختلاف جنس المعقود عليه، وما هي اسبابه؟

ما هو الأثر الذي يترتب عليه اختلاف جنس المعقود عليه على العقد؟

خامساً/ منهجية البحث .

سنبحث في هذه البحث أساس اختلاف جنس المعقود عليه في ضوء احكام القانون المدني مع المقارنة بالفقه الإسلامي، إذ تم اعتماد منهجية تحليل النصوص القانونية، فضلاً عن اعتماد المنهج المقارن بين القوانين، وقد اعتمد القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل أساساً للبحث ومقارنته مع القانون المدني المصري رقم(131) لسنة 1948 المعدل، والقانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل، فضلاً عن موقف القضاء.

سادساً / خطة البحث .

لغرض معالجة موضوع الدراسة بصورة تامة ارتأينا ان نعالجه في مبحثين، نكرس المبحث الأول لبيان التعريف باختلاف جنس المعقود عليه، وسنقسمه على مطلبين، نبين في المطلب الأول تعريف اختلاف جنس المعقود عليه، ونخصص المطلب الثاني لبيان اسباب اختلاف جنس المعقود عليه. ونبين في المبحث الثاني اثر اختلاف جنس المعقود عليه الذي وذلك بتقسيمه على مطلبين نخصص المطلب الأول لبيان اثر

اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانبين، وتتكلم في المطلب الثاني عن اثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانب واحد.

المبحث الأول/ التعريف باختلاف جنس المعقود عليه.

قد يختلف جنس المعقود عليه عن الحالة التي تراضيا عليها المتعاقدان على نحو يجعل اغلب منافعها او البعض منها مختلفة عما كانت عليه قبل الاختلاف، الامر الذي يوضح سعة نطاق الذي يتمتع به موضوع اختلاف الجنس، فضلا عن كثرة التطبيقات الموجودة له الامر الذي يعطي لهذا الموضوع سمات معينة له، فلا بد من تعريف اختلاف جنس المعقود عليه، من خلال بيان معناه وايضاح خصائصه وذلك في مطلبين أولها لتعريف اختلاف جنس المعقود عليه وثانيهما لبيان اسباب اختلاف جنس المعقود عليه .

المطلب الأول/ تعريف اختلاف جنس المعقود عليه.

اختلاف جنس المعقود عليه كحال المصطلحات القانونية الأخرى مصطلح مركب من معنيين اختلاف الجنس والمعقود عليه، ولما كانت معرفة المركب تتوقف على معرفة كل جزء من اجزائه، ولعدم وجود تعريف يشمل هذا المصطلح المركب، وبغية الإحاطة بما تقدم بصورة دقيقة نقسم هذا المطلب الى فرعين نخصص الأول منهما لبيان اختلاف الجنس في الفقه الإسلامي وفي الفرع الثاني نبين اختلاف الجنس في القانون.

الفرع الأول/ تعريف اختلاف جنس المعقود عليه في الفقه الإسلامي.

للهولة الأولى ان الجنس لغة يعني جمع اجناس ويعني ضرب من الشيء⁽¹⁾. وان كل نوع من كل جنس، وهو اخص من الجنس ويراد به الأصل ويقال: جنس الاشياء شاكل بين افرادها، ونسبه الى اجناسها و تجانسا الشيطان، بمعنى اتحدا جنسهما، فالحيوان جنس والانسان نوع ويقال: ان هذا يجانس هذا اي شاكله ويختلف عنه⁽²⁾. اما اصطلاحا فعند البحث والتقصي في مراجع الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة بين المراد من الجنس ذاته ووضع ضوابط تحدد جنس المعقود عليه، فعرف الحنفية الجنس بانه ((المماثلة في الاسم الخاص، والمماثلة في المقصود والمعاني))⁽³⁾. ويؤخذ على هذا التعريف بانه لم يضع معيارا يحدد فيه المماثلة في المقاصد والمعاني، ويراد به عند الشافعية ((كل شيئين جمعهما اسم خاص من اول دخولهما في الربا فانهما يشتركان في الاسم اشتراكا معنويا))⁽⁴⁾. من الملاحظ على هذا التعريف الفقهي نجده يميز بين الاسم الخاص والاسم العام، فالاسم العام يضم اجناسا خاصة في كنفه، فالحبوب تعد اسما عاما تجمع عدة اجناس من الحنطة والشعير وغيرها، فضلا عن ذلك هناك بعض الأشياء يجمعها اسم خاص الا انها تعد اجناسا مختلفة، فكل صنف منها يعد جنسا مختلفا عن غيره، فدقيق الشعير يعد جنسا يختلف عن دقيق الذره، وهذا الأخير غير دقيق الحنطة وذلك لاختلاف الاصل الذي انبثق منها كل جنس من هذه الاجناس. وقال الحنابلة⁽⁵⁾ والامامية⁽⁶⁾ بان الجنس ((ما له اسم خاص ويشمل أنواعا)). وبنفس المعنى يعرفه آخرون بانه ((كل ما يشمل أشياء مختلفة بأنواعها)). فكل نوعين او اكثر يجمعهم اسما خاصا بهما يعدان جنسا معينا، فمثلا أنواع التمر كالزهدى والبرحي والخستاوي، يجمعهما جنس التمر، والحبوب كل واحد منها جنسا، فالرز يعد جنسا مختلفا عن الحنطة وان جمعهما اسما عاما وهو الحبوب. اما الامامية اعتمدوا على الأصل للقول بوحدة الجنس، والمقصود بوحدة الجنس هي وحدة الأصل، فالحنطة والدقيق وان كان لكل منهما اسما خاصا الا انهما من اصل واحد فلا يعدان مختلفي الجنس، والمشتقات اللبئية تعد جنسا واحدا فاللبن والزبدة يجمعهما اصل واحد فلا يمكن القول باختلاف جنسهما بحجة ان كلا منهما يحمل اسما خاصا به⁽⁷⁾ الا من ماخذ هذا التعريف انه جعل الاسم الخاص معيارا لتحديد جنس الأشياء الا ان هذا القول لا يمكن التسليم بصحته، فهناك أشياء لها اسما خاصا بها ولكنها تابعة لأصلها، بمعنى ان هذا التعريف انكر اصل الأشياء في تحديد جنسها، فدقيق الذرة وان كان له اسما خاصا به كدقيق الا انه في الوقت ذاته تابعا للأصل الذي انبثق منه، فضلا عن ذلك، هناك الكثير من الأشياء يجمعها اسم خاص الا انها لاتعد متحدة الجنس بل كل نوع منها يعد جنسا مختلفا عن الآخر. ويعرفه البعض من الشافعية ايضا بانه " كل شيئين اتفقا في الاسم الخاص من اصل الخلقة"⁽⁸⁾ وهذا التعريف أيضا كسابقيه يميز الاسم العام من الاسم الخاص، فضلا عن ذلك جاء بمصطلح اصل الخلقة ويعني به كل

شيين يجمعهما اصل واحد يعدان جنسا واحدا، والمفهوم المخالف لذلك لا يعد جنسا واحدا بل مختلفا في الجنس، وذلك لانهما غير متصلين اتصال الخلقة فيكون لكل منهما جنسا خاصا به، فيكون حكمهما حكم الجنسين الأصليين⁽⁹⁾، الا ان هذا التعريف أيضا منتقد لأنه يضع الاسم الخاص معيارا لتحديد وحدة الجنس الا انه لا يمكن الاستناد على الاسم الخاص في تحديد جنس الأشياء فهناك الكثير من الأشياء يجمعها اسم خاص الا انها تعد جنسا مختلفا عن غيرها من الأشياء التي يجمعها الأصل المشترك. اما المالكية يرون ان اختلاف الجنس او اتحاده يدور مع المنفعة او تقاربها، فالمنفعة المقصودة من الملح هي اصلاح الطعام وان كان هناك عدة أنواع من الملح الا انهما يستويان في المنفعة، ويختلف الجنس باختلاف الأصل المأخوذ منه اذ لم يكن غرضه شيء واحد، فالزيت وان كان يحمل اسما واحدا الا ان الغرض منه مختلف لاختلاف اصله فزيت العسل يعد جنسا مختلفا بالنسبة لعسل النحل⁽¹⁰⁾. هذا ويمكن لنا القول من الاحاديث التي يستدل بها الفقهاء بوحدة جنس الأشياء واختلاف اجناسها قول الرسول (صل الله عليه واله وسلم): ((الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير والتمر بالتمر، والملح بالملح مثلاً بمثل، سواء بسواء يبدأ بيد، فأذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يد بيد))⁽¹¹⁾ اذ ان من الملاحظ في هذا الحديث الشريف وردت كلمة الاصناف ويعني بها الجنس الذي يطلق عليه الفقهاء، فالصنف وفقا للسياق المتقدم يعني الجنس. وايضا يستدل بحديث اخر قول الرسول (صل الله عليه واله وسلم): ((التمر بالتمر والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير والملح بالملح مثلا بمثل يد بيد فمن زاد او استزاد فقد اربى الا ما اختلفت الوانه))⁽¹²⁾ كما نجد من هذا الحديث ان الالوان تعني الاجناس، فاذا اختلفت الالوان تختلف الاجناس، من مثل لو باع ثوبا على انه مصبوغ بلون احمر، فاذا هو مصبوغ بلون بني داكن فلا ينعقد العقد لان كل من اللون الاحمر والبني يتفاوتان في المنفعة ويختلفان في اللون اختلافا فاحشا⁽¹³⁾، كما ان وحدة الجنس مع وجود تفاوت فاحش في الأغراض يؤدي الى اختلاف الجنس اذ نكون امام جنس جديد غير المتفق عليه⁽¹⁴⁾. مما تقدم يمكن لنا القول ان كل شيئين او اكثر يجمعها اسم خاص واصل معين، فانهما يعدان جنس واحد، وان لم يجمعها اسم خاص بهما واصل معين فانهما يعدان مختلفا الجنس، كأن يبيع العاقد كمية من الحنطة فاذا هي رز فكلتا منهما يعد جنسا مختلفا عن الاخر، كذلك لو أتحد الجنسان من حيث الأصل الا ان وصفهما متفاوتا فاحشا، بحيث لا يتم الحصول على المنفعة المقصودة من اشتراط الوصف فيكون ذلك بمثابة اختلاف الجنس، بمعنى وجود تفاوت فاحش بين حقيقة المعقود عليه وما اراده العاقد.

الفرع الثاني/ تعريف اختلاف جنس المعقود عليه في القانون.

لم تنفق التشريعات على مصطلح موحد للدلالة على معنى اختلاف الجنس، فتارة تشير الى مراعاة جنس المعقود عليه بصورة صريحة، وتارة أخرى تشير الى مطابقة المعقود عليه او تسليمه بالحالة التي كان عليها دون تغيير. ومن خلال الرجوع الى النصوص القانونية نجد ان اختلاف جنس المعقود عليه ورد في المادة (117) من القانون المدني العراقي والتي نصت على ((1 - اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا اليه فان اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا انه يكون موقوفا على اجازة العاقد. 2 - فاذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلا على انه ياقوت احمر فظهر اصفر او بيعت البقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفا على اجازة المشتري)). يستنتج من نص المادة المذكورة انها عالجت موضوع اختلاف الجنس ثم اتحاده مع اختلاف وصف المعقود عليه، متمثل في تخلف وصف مرغوب فيه، فان اختلف جنس المعقود عليه كان العقد باطلا لانعدام محله، ويكون صحيحا ومرتبيا لأثاره فيما لو تخلف الوصف المرغوب فيه فانه لا يمنع من انعقاد العقد، الا ان ما يؤخذ على هذه المادة انها ربطت اختلاف الجنس بموضوع الغلط وقصرت احكامه والاثار المترتبة عليه في حالة الوقوع في الغلط فقط. اما المشرع المصري ذهب بذات السياق الذي ذهب اليه المشرع العراقي بعدم وضع تعريف لاختلاف الجنس، الا أن اختلاف جنس المعقود عليه يمكن ان نجده في الكثير من النصوص القانونية، اذ نصت المادة (431) من القانون المدني المصري ((يلتزم البائع بتسليم المبيع للمشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع)). نستنتج من هذه المادة ان محل

التزام البائع يتحدد بالمبيع المتفق عليه في العقد دون تغيير في ماهيته، فلا يتحقق الانتفاع من المعقود عليه إذا كان الاستعمال لا يتلائم وجنس الشيء ونوعه، ويختلف باختلاف هذا النوع وذلك الجنس، ومن ثم إذا لم يكون المبيع صالحاً للغرض المقصود حسب طبيعته، عد غير مطابق⁽¹⁵⁾. وقد عالج المشرع الفرنسي موضوع اختلاف الجنس في عدة نصوص قانونية نذكر منها المادة (1614) من القانون المدني الفرنسي التي نصت ((يجب على البائع تسليم المبيع على حالته التي كان عليه وقت العقد ومن وقت تمام العقد تكون الثمرة للمشتري)). نستنتج من هذه المادة هناك التزام على البائع بأن يسلم المبيع بالحالة نفسها عند إبرام العقد، فحدوث أي تغيير في حالة المبيع وجعله بحاله أخرى أصبح البائع مخالفاً بالتزامه، فيجب عليه إعادة المبيع إلى حالته السابقة وبخلاف ذلك لا يعد البائع قد أوفى بالتزامه وهو ما أيده الفقه الفرنسي من أن البائع ملزم بمراجعة جنس المعقود عليه وتسليمه بحالته المتفق عليها ولا يجوز إجراء تغيير في حالة المبيع لأنه سينقل المبيع من حالة إلى حالة أخرى تختلف عن التي كان عليها وقت إبرام العقد⁽¹⁶⁾ أما عن موقف الفقه القانوني، نجد الفقه يلحق موضوع اختلاف الجنس المعقود عليه بضمان المطابقة، بأن يكون المعقود عليه مطابقاً مع ما وقع عليه الاتفاق بين المتعاقدين دون أي تغيير فيه، إذ يعرف بعض الفقه المطابقة بذاتها، ويبين البعض الآخر المراد من عدم المطابقة، والمطابقة تعني ((مطابقة الشيء محل العقد للمواصفات المتفق عليها في العقد)).⁽¹⁷⁾ وإذا ما نظرنا للتعريف المتقدم نجده يقتصر موضوع اختلاف الجنس على المبيع فقط كونه محلاً (معقوداً عليه) لعقد البيع، فلا يمكن الاعتماد عليه لأن المعقود عليه يوجد في كل عقد ولا يمكن نشوء ذلك العقد دون محل قابلاً لحكمه، وبالتالي يحصل فيه اختلاف الجنس. أما عدم المطابقة فيراد بها ((اختلاف بين الشيء المتفق عليه في العقد وبين الشيء المسلم)).⁽¹⁸⁾ وهذا التعريف لا يجانب الصواب وبعيداً عن الدقة لأنه ضيق من معنى الاختلاف في جنس المعقود عليه وجعل حصوله مرهوناً بالتسليم فقط، فالمعقود عليه أحياناً يبقى عند مالكة ومع ذلك يحصل فيه اختلاف الجنس. كما يعرف البعض الآخر بأن عدم المطابقة معناها ((إلا تتوافر في المعقود عليه التي الصفات التي تم الاتفاق عليها صراحة أو ضمناً أو تلك الصفات التي يتوقع العاقد وجودها في المعقود علي)).⁽¹⁹⁾ ومن الملاحظ على هذا التعريف بأنه غير دقيق إذا انه اقتصر الأمر على المطابقة الوصفية فالمعقود عليه لا بد من أن يكون مطابقاً جنساً ووصفاً ونوعاً وليس فقط وجود الصفات التي يشترطها العاقدان أو احدهما. لهذا لا يمكن التحويل على التعريفات المتقدمة للوصول إلى تعريف اختلاف جنس المعقود عليه في الاصطلاح القانوني، ذلك لأن كلاهما جاء بألفاظ غير دقيقة، وقد يجر معناها إلى معنى آخر غير اختلاف الجنس كالأخلال بالتسليم. ومنهم من يرى بأن اختلاف الجنس هو ((تغيير ذاتية المعقود عليه على نحو يؤدي إلى انتقال الشيء من جنس إلى جنس آخر)).⁽²⁰⁾ فلو كان المعقود عليه أرض خالية (عرصة) فيتغير جنسها بأدخال الأبنية على تلك الأرض، فتكون دار سكنية بعد أن كانت أرض خالية ويقود هذا الاختلاف إلى زوال اسم المعقود عليه وصورته وزوال معظم منافعه⁽²¹⁾. بعد استعراض الأفكار التي ذكرها الفقه الإسلامي والقانوني يتبين لنا عدم وجود تعريف جامع مانع لاختلاف جنس المعقود عليه، لا على مستوى الفقه الإسلامي والقانوني ولا على مستوى القوانين الوضعية والأحكام القضائية، هذا الأمر يتطلب منا وضع تعريف لاختلاف جنس المعقود عليه، فيمكن لنا القول أن الاختلاف في جنس المعقود عليه هو (تباين بين الحالة التعاقدية والحالة الواقعية للمعقود عليه فتتغير ذاتيته أو وصفه على نحو يؤدي إلى فقدان المنفعة المقصودة منه والتفاوت الفاحش في حقيقته مما يؤثر على انعقاد العقد ونفاذه).

المطلب الثاني/ أسباب اختلاف جنس المعقود عليه.

ان حصول اختلاف في جنس المعقود عليه الذي تراضيا عليه المتعاقدين لا يتم دون سبب أدى إلى حدوث مثل هكذا اختلاف، فهناك عدة أسباب دعت إلى اختلاف جنس المعقود عليه، منها ما يكون للإرادة فيها دور واسع وتسمى بالأسباب الإرادية، ومنها لا يكون لأرادة المتعاقدين فيها أي دور بل تغلب فيها اعتبار الشيء نفسه أو أي اعتبار آخر وتسمى بالأسباب غير الإرادية. لهذا سنقسم هذا المطلب على فرعين نبيين في الفرع الأول الأسباب الإرادية لاختلاف جنس المعقود عليه ونتكلم في الفرع الثاني عن الأسباب غير الإرادية لاختلاف جنس المعقود عليه.

الفرع الأول/ الأسباب الإرادية لأختلاف جنس المعقود عليه.

ان المعقود عليه يكون عرضه للاختلاف في ثمة احوال⁽²²⁾ واختلاف الجنس احدى هذه الحالات، فغالبا يحصل اختلاف جنس المعقود بإرادة الانسان وفعله فتكون لتلك الارادة دور كبير يتخلف جنس المعقود عليه، لنكون امام جنس اخر غير المتفق عليه، واختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن اخذ صدى واسع في الفقه الاسلامي! حيث اثار حفيظة بعض الفقه وخالفهم في ذلك اخرون لهذا يتطلب بيان موقف الفقه الاسلامي بمذاهبه المختلفة بشأن اختلاف الجنس بإرادة احد المتعاقدين او كليهما، فضلا عن استعراض موقف القانون المدني من هذا السبب.

أولا_ موقف الفقه الاسلامي .

لم يجمع الفقه الاسلامي على مسألة اختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن، فذهب بعض الفقه بالإقرار ان الإرادة لها دور واسع في اختلاف جنس المعقود عليه، والفقه الاخر لم يعترف بالإرادة كسبب يؤدي إلى اختلاف جنس المعقود عليه، وكذلك نجد من اخذ بهذا السبب ضيق من نطاقه، فهناك من وسع من نطاق هذا السبب ومنهم من ضيق من نطاقه في حدوث اختلاف في جنس المعقود عليه ، فلا بد من بيان موقف كل اتجاه فقهي على حده، فذهب أصحاب الاتجاه الأول وهم كل من الحنفية والمالكية الى الاعتراف باختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن، الا انه ما يتصل به وينبغي الإشارة اليه انهم اختلفوا في مدى الاعتراف بهذا السبب والقول به، حيث وسع البعض في الاخذ به وهم الحنفية، وضيق الاخر في مداه وهم الفقه المالكي. بالنسبة لموقف فقهاء الحنفية⁽²³⁾، نجدهم وسعوا من نطاق اختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن، حيث قالوا ان اختلاف الجنس بهذا السبب يحصل متى ما زال اسم المعقود عليه واختلفت معظم منافع وأصبحت له هياها مختلفة عن هيئته السابقة، فاذا اتجهت إرادة احد المتعاقدين على شيء معين يحمل صفات ومعان تدل على ذاتيته كونه محلا لعلاقتهم التعاقدية الا ان الامر لم يبقى على ذلك فتعمل الإرادة الأخرى الى زوال اسم المعقود عليه واختلاف معظم منفعه، كأتجاه رغبة المشتري للحصول على كمية من اللبن الا ان البائع عمد الى جعله شيء اخر بأختلاف اسمه واختلاف منفعه بعضها عن البعض الاخر. اما بالنسبة لموقف فقهاء المالكية⁽²⁴⁾، نجدهم ذهبوا الى ذات المنحنى الذي ذهب اليه الحنفية بجعل اختلاف جنس المعقود عليه يحصل بفعل ضامن متى ما عمد الأخير الى تبديل اسم المعقود عليه وجعله بوضع يختلف عن وضعه السابق على نحو يجعل ماهية المعقود عليه مختلفة تماما، وهذا هو موقف فقهاء الحنفية كما بينا سلفا، الا ان المالكية ضيقوا من نطاق حصول اختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن وجعلوه يقتصر على المنقول فقط دون العقار وسندهم في ذلك ان اختلاف جنس المعقود عليه بزوال اسمه ومنفعه يحصل في المنقول فقط لامكانية اختلاف الأسماء والمنافع بين المنقولات على نحو يستدعي تحول المنقول الى منقول اخر متى ما اختلفت تسميته ومعظم منفعة، ويضيف هؤلاء ان هذا الامر لا يمكن التسليم به لو كان المعقود عليه عقارا لعدم إمكانية جعل المنقول عقارا فلو كان المنقول كمية من الخشب وادخلت في البناء فبالرغم من وضع المنقول وهو الخشب في البناء الا انه لا يمكن القول باختلاف تسميته أي زوال اسمه كمنقول لعدم إمكانية جعل المنقول عقارا فأختلاف الجنس لا يتحقق مالم يوجد اختلاف في اسم المعقود عليه ولا عبرة بأختلاف القيمة الا باختلاف الاسم. اما الاتجاه الاخر وهو موقف جمهور الفقهاء كل من الشافعية⁽²⁵⁾ ، والحنابلة⁽²⁶⁾، والامامية⁽²⁷⁾، حيث ذهب هؤلاء الى عدم الاعتراف بحدوث اختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن وسندهم في ذلك ان ما يطرأ على المعقود عليه من اختلاف بفعل ضامن هو اختلاف في وصف المعقود عليه دون اختلاف في جنسه أي ذاتية المعقود عليه ولو أدى ذلك الاختلاف الى زوال اسم المعقود عليه واختلاف معظم منفعه وقيمه فصيرورة الخشب بابا وان كان هناك اختلاف في اسم المعقود عليه واختلاف في منفعه الا ان اصله باق على حاله دون تغيير، فتحويل الخشب بابا هو اختلاف في وصف المعقود عليه من الخشب الى الباب، فلم نصبح والحالة هذه اما محل اخر يختلف عن المحل الاخر وان كان هناك في تسمية المعقود عليه طالما كان اصله باق على حاله مثل ما كان عليه قبل الاختلاف. مما تقدم، وبعد الاستعراض لموقف الفقهاء من مدى حصول اختلاف في جنس المعقود عليه بفعل ضامن نجد ان فقهاء الحنفية والمالكية اقرروا بحصول هذا الاختلاف بفعل ضامن متى ما عمد الى زوال اسم ومنافع المعقود عليه، اما موقف جمهور

الفقهاء ومنهم الامامية فلم يقرروا باعتراف حصول اختلاف جنس بفعل ضامن وان أدى ذلك الى اختلاف اسم ومنافع المعقود عليه وقيمته لان ذلك هو مجرد اختلاف في الوصف دون الجنس ونحن بدورنا نرجح القول الاول.

ثانياً_ موقف القانون المدني.

اما بخصوص موقف القانون المدني من إمكانية حصول اختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن، فقد عالجته القوانين المقتبسة نصوصها من الفقه الإسلامي وبالتحديد من مجلة الاحكام العدلية، فموقف هذه القوانين لا يمكن الاعتماد عليه دائماً والسبب يكمن في ان هذا الموقف لا يمثل الفقه الإسلامي بكافة مذاهبه وانما يعتمد على مذهب واحد دون سواها وهو موقف الفقه الحنفي، حيث عالج المشرع العراقي مسألة اختلاف جنس المعقود عليه بفعل ضامن في اكثر من موضع، نذكر منها نص المادة(623) من القانون المدني العراقي ((... و - ان يهلك الموهوب في يد الموهوب له، سواء كان الهلاك بفعله او بسبب اجنبي او بسبب الاستعمال، فاذا هلك بعضه جاز الرجوع في الباقي، وكذلك اذا غير الموهوب له الموهوب على وجه يتبدل به اسمه كالحنطة اذا طحنت دقيقاً)). يبدو من هذه المادة ان المشرع العراقي جعل زوال اسم المعقود عليه سواء كان بسبب خارجي او بفعل ضامن شرطاً لحصول اختلاف جنس المعقود عليه لان الأخير اذا اختلف اسمه نتيجة اختلاف جنسه بفعل الانسان اصبح بمثابة شيء اخر غير ما كان متفق عليه، وهذا الاختلاف من شأنه ان يفقد ذاتية المعقود عليه واصله وماهيته⁽²⁸⁾. وعلى المنوال نفسه ذهب المشرع المصري وفي موضع اخر حيث نصت المادة(341) من القانون المدني المصري "الشيء المستحق اصلاً هو الذي به يكون الوفاء فلا يجبر الدائن على قبول شيء غيره ولو كان هذا الشيء مساوياً له في القيمة او كانت له قيمة اعلى" يتبين من نص هذه المادة لا بد من مراعاة جنس محل الوفاء دون اختلاف في ذاتيته بزوال اسم ومنافع ذلك الشيء، فزوال اسم ومنافع الشيء بفعل الموفي ليس بمقدوره الوفاء بالالتزام الذي بذمته وذلك لانه الشيء اصبح مختلف في جنسه لاختلاف حقيقة الشيء وماهيته.

اما المشرع الفرنسي، فقد نص قانونه المدني على ضرورة مراعاة ماهية جنس المعقود عليه، فعند اتجاه الإرادة نحو شيء معين بغية الحصول عليه لا بد من تعيين جنسه عند العقد ولا يجوز تغيير ذلك الجنس بل تسليمه بذاته. واذا ما وجهنا نظارنا صوب القضاء، نجد محكمة النقض الفرنسية قضت بشأن موضوع خطأ الطبيب البيطري بأن صدور الخطأ منه عن عمد او سهوا لا يؤثر على المسؤولية الناتجة عن عقده حيث قررت تلك المحكمة "يبرم بين الطبيب البيطري وزبونه عقد يتضمن تعهد الطبيب الممارس بذل عناية واعية وفق ما يمليه عليه ضميره وتتطابق مع مقتضيات العلم المكتسبة وذلك لقاء بدل أتعاب معين ومخالفة هذا الالتزام حتى ولو بصورة غير ارادية يمكن ان يجازى عليها على أساس المسؤولية التعاقدية بقدر ما تنتج هذه المخالفة من خطأ على المدين إثباته"⁽²⁹⁾. يفهم من منطوق القرار ان مخالفة الالتزام بفعل ضامن كعدم إعطاء الطبيب الادوية المتفق عليها في العقد نكون امام حالة اختلاف في جنس المعقود عليه لاختلافها في تسميتها عن ما اتجهت اليه الإرادة مسبقاً مما يؤدي ذلك الى اختلاف منفعتها او تسليم تلك الادوية لكنها من منتج اخر هنا كون امام تفاوت فاحش في الأغراض المؤدي الى اختلاف الجنس. هذا ويثار تساؤل مفاده، هل يعتبر تصحيح جنس العقار بمثابة اختلاف الجنس بفعل ارادي؟

اختلف الفقه في الإجابة على هذا التساؤل، حيث ذهب البعض⁽³⁰⁾ بان ان تصحيح جنس العقار بأقامة بناء او غراس يعتبر زيادة أجريت عليه، والزيادة هي احدى صور تغيير الوصف ولا يعد ذلك اختلافاً في ذاتية المعقود عليه الذي تؤدي الى اختلاف الجنس، ويحتج الفقه الاخر⁽³¹⁾ بان تصحيح جنس العقار يعد اختلافاً في جنسه وذلك لان إقامة البناء والغراس تؤدي الى زوال اسم العقار ومن ثم تغيير ماهيته وسندهم في ذلك هو نص المادة (279) من قانون التسجيل العقاري المرقم(43) لسنة 1971 التي نصت ((يصح جنس العقار عند اجراء التغييرات المادية فيه بأحداث الابنية والمنشآت او الغراس او اضافة محدثات او مغروسات جديدة او اي تغيير في المحدثات او المغروسات يؤدي الى تغيير جنس العقار من حيث استغلاله او استعماله او عند زوال المحدثات او المغروسات ما لم يوجد نص قانوني يقضي بخير ذلك)). ونحن نميل الى الرأي الأخير لسببين: أولهما ان المشرع العراقي اشترط ان يكون جنس المعقود عليه معيناً او

قابلا للتعين ولم يفرق في ذلك بين العقار والمنقول والمطلق يجري على إطلاقه. أما السبب الآخر وان كانت الزيادة في العقار تؤدي الى تغيير وصفه الا انها في الوقت ذلك تؤدي الى التفاوت الفاحش في الأغراض بين وضع العقار قبل تصحيح جنسه وبعده.

الفرع الثاني/ الأسباب غير الإرادية لاختلاف جنس المعقود عليه.

ان اختلاف جنس المعقود لا يحصل بفعل الانسان فقط، وانما تكون لطبيعة المعقود عليه دورا في تخلف جنس المعقود عليه فيكون بوضع مغاير لوضعه السابق، لان طبيعة المعقود عليه هي التي تحدد ماهية استعماله⁽³²⁾، وليبان سبب اختلاف جنس المعقود عليه بسبب طبيعة المعقود عليه ذاته لا بد من استعراض موقف الفقه الاسلامي والقانون الوضعي على حد سواء.

أولا موقف الفقه الاسلامي.

اختلف الفقه الاسلامي في مدى امكانية حدوث اختلاف جنس المعقود بسبب طبيعة المعقود عليه، حيث ذهب الحنفية⁽³³⁾ الى امكانية تصور اختلاف جنس المعقود بفعل طبيعته متى ما تغير اسم المعقود عليه وحثهم في ذلك ان تغير ذاتية المعقود عليه مقترنه بتغيير تسميته فلا يمكن جعل شيء ذات جنس مختلف في ذاتيته عن جنس اخر الا وكان كل منهما له اسم مختلف فلو رجعنا لمثالنا السابق وهو صيرورة العنب زبيبا نجد كل منهما له تسمية خاصة. فضلا عن ذلك، يرون ان الاشياء تقوم بمعانيها ومقاصدها، فلو تغيرت بفعل طبيعتها واصبحت بحالة مغايره فينتقل جنسه الى جنس اخر لفقدان ماهيتها. اما جمهور الفقهاء⁽³⁴⁾ ومنهم الامامية⁽³⁵⁾ فقد ذهبوا الى عدم الاعتداد بإمكانية حصول اختلاف جنس المعقود عليه بسبب طبيعة المعقود عليه طالما كان الاخير متحفظا بأصله، فاختلاف الاسم الخاص للمعقود عليه واغلب منافعه لا يؤدي الى اختلاف الجنس وان تغيرت ماهيته وانما يعد ذلك اختلافا في وصفه وليس في جنسه، فالعنب عنا يصبح زبيب وان اختلفت تسميته عن العنب الا ان اصله باق ولم يتغير وما طرئ عليه من تغير هو مجرد تغير في الوصف وليس تغير في الجنس، ولعل ما يستوجب قوله والاشارة اليه، ان فقهاء الامامية المحدثين اخذوا بهذا السبب في اختلاف جنس المعقود عليه، اذا عدوا طبيعة الشيء لا يمكن انكارها للقول بتغير ذاتية المعقود عليه كإنتقال الخمر خلا والخشب فحما، فهنا تغير جنس المعقود عليه بسبب طبيعته فالخمر جنس يختلف عن خل⁽³⁶⁾. يتضح مما تقدم ان الحنفية والمالكية اقرروا بإمكانية حصول اختلاف جنس العين بسبب طبيعتها ورتبوا له احكام معينة، في حين ذهب جمهور الفقهاء ومنهم الامامية الى عدم زوال ذاتية العين بفعل طبيعتها وان كل تغير يحصل بذلك يعد تغيرا في وصف العين، ونحن بدورنا نميل الى الرأي الأول لان طبيعة العين تعد سببا في حصول اختلاف الجنس، فتحول التمر دبسا بدون تدخل شخص زال اسمه وصورته واختلفت معظم منافعه كما لا يمكن ارجاعه الى حالته السابقة.

ثانياً/ موقف القانون المدني.

اما بخصوص موقف القانون الوضعي من طبيعة المعقود عليها باعتبارها سببا وراء حصول اختلاف جنس المعقود عليه، نجد المشرع العراقي عالج هذه الحالة من خلال المادة (955) التي نصت ((1 - اذا خلط الوديع الوديعة بماله او بمال غيره بلا اذن صاحبها بحيث يتعسر تفريق المالكين، فعليه ضمانها سواء كان المال الذي خلط بها من جنسها او من غيره، وان خلطها خلطا غيره يتعسر معه تفريقها، فالضمان على الخالط. 2 - اما اذا خلط الوديع الوديعة بماله باذن صاحبها او اختلطت بلا صنعة بحيث يتعسر تفريق المالكين، يصير الوديع شريكا لمالك الوديعة، فان هلك المال بلا تقصير، فلا ضمان على الوديع (الشريك))⁽³⁷⁾. يتضح من نص هذه المادة انها اشارت الى موضوع الخلط وهو احد صور تغير وصف المعقود عليه او تخلفه، فتغير طبيعة المعقود عليه بالزيادة او الخلط وان كان تغييرا في وصفه الا انه يؤدي الى تفاوت فاحش بين حقيقة المعقود عليه وبين ما اراده العاقد، فالخلط قد يكون عن طريق خلط جنس بجنس اخر كالخلط الخل بالسمن الذي يعتبر كل منهما جنسا خاصا به لاختلاف تسمية ومنفعة كل منهما، فلو كان المعقود عليه خل فان طبيعته تستوجب الخلط الذي يؤدي الى التفاوت في الغرض من المعقود عليه او يؤدي الى انعدامه فخلط الخل بالسمن فلا نكون اما خل ولا امام سمن وذلك لاختلاف ذاتية المعقود عليه. وكذلك تكاد تكون الاحكام القانونية في القانون المصري والفرنسي بشأن اختلاف جنس

المعقود عليه بفعل طبيعته متشابهة مع تلك الاحكام التي جاء بها قانوننا المدني، فلا بد من بقاء المعقود عليه على حالته المادية دون اختلاف في ماهيته، فإرادة العاقد تتوجه على عين معينه بعينها من خلال بيانها بالاسم والصورة، فاختلاف كيان المعقود عليه ذاته ووصفه المؤدي الى التفاوت في الاغراض يؤدي الى اختلاف ذاتيته لان ما وقع عليه الايجاب كان مسمى بأسم خاص وهذا الاسم اصبح غير موجود⁽³⁸⁾، فعدم وجوده او اختلاف الاسم الخاص للمعقود يستدعي القول قد اصبحنا اما جنس غير الجنس المسمى.

المبحث الثاني/ اثر اختلاف جنس المعقود عليه.

اذا تغيرت ذاتية المعقود عليه على نحو يزول معه اسمه وتفوت معظم منافعه كما لو اصبحت الارض عقارا والحديد سيفاً والحنطة دقيقاً فما هو مصير المعقود عليه؟ فهل يرد المعقود عليه الذي اختلف جنسه الى مالكة وبالتالي عدم انعقاد العقد ام يتم العقد وتنتقل الملكية الى من آلت اليه لو كان التصرف ناقلاً للملكية. لهذا اختلف شراح القانون والفقهاء الاسلامي على حد سواء حول الاثر الذي يترتب عليه اختلاف الجنس، فمنهم من يرى ان اختلاف الجنس يوجب بطلان العقد ومنهم من يرى ان العقد يكون فاسداً وأخريين يرون ان اثر اختلاف الجنس يكون حسب نوع التصرف وذلك فيما لو كان تصرفاً قانونياً صادراً من جانبين او لجانب واحد لهذا نسعى الى رؤية بيان الاثر الذي يترتب على كل نوع من هذه التصرفات القانونية على حده. وبناء على ذلك سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نبيين في المطلب الاول اثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانبين ونتكلم في المطلب الثاني اثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانب واحد.

المطلب الأول / اثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانبين.

ان التصرف القانوني الصادر من جانبين يسمى بالعقد الذي يقوم على أساس الإرادة التي تنشئه وتحدد مضمونه واثاره ونظراً لأهمية الإرادة ودورها في انشاء الالتزام العقدي اصبح مبدأ عام يسمى بسُلطان الإرادة، ويتجلى دورها في تكوين العقد وتنفيذه، لذا يمكن تحديد اثار اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانبين عبر مرحلتين يمر بها التصرف القانوني وهما مرحلتا انعقاد وتنفيذ التصرف القانوني، لهذا يلزم معالجة اثار اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف القانوني الصادر من جانبين من خلال فرعين، نبيين في الفرع الأول اثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة ابرام العقد، ونتكلم في الفرع الثاني عن اثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد.

الفرع الأول/ اثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة ابرام العقد.

فيما يتعلق بأبرام العقد يظهر دور الإرادة اذ تكفي وحدها لإنشاء العقد دون الحاجة الى اتباع اجراء معين، فالأصل في العقود مبدأ الرضائية، فيكون للأفراد الحرية في ابرام ما يشاؤون من عقود وتحديد مضمونها وهم غير مقيدين في ذلك سوى بالاعتبار المتعلق بالنظام العام والاداب، فيتم ابرام العقد من خلال تلاقي إرادة الطرفين الأول مع إرادة الطرف الثاني فيتم العقد بذلك⁽³⁹⁾، وبغية الإحاطة بما تقدم، سنقسم هذا الفرع على فقرتين نبيين اثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة ابرام العقد في الفقه الإسلامي أولاً ونتكلم عن اثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة ابرام العقد في القانون ثانياً.

أولاً - موقف الفقه الإسلامي.

ان التراضي على العقد عبارة عن توافق ارادتي (ارادة الموجب وارادة القابل) على احداث اثر قانوني، والتوافق هو ارتباط الايجاب بالقبول، ويشترط هنا في كل من الإيجاب والقبول التطابق بينهما لتحقيق ركن التراضي لأن كل من الإيجاب والقبول يمثل ارادة أحد المتعاقدين في ابرام العقد⁽⁴⁰⁾، فذهب الحنفية⁽⁴¹⁾ الى ان من شروط اقتران الايجاب بالقبول الا يتغير المعقود عليه قبل القبول اذ انه يلزم لتمام العقد ان يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين ويتحقق ذلك بأيجاب يتضمن عرضاً من احد المتعاقدين وقبول من جانب الطرف الاخر يفيد الموافقة على العرض وعندئذ يلزم تطابق الايجاب والقبول ويتم العقد باقتران التعبيرين، فإذا اختلف جنس المعقود عليه قبل القبول سيؤدي الى اسقاط الايجاب سواء كان ذلك بفعل الموجب او بفعل الغير لان الايجاب جاء بشيء مسمى بالاسم ولم يعد موجوداً عند القبول فيسقط العرض فأذا جاء العرض بشيء من جنس معين واتضح عند تعبير القابل عند ارادته بأنه شيء من

جنس اخر فلا ينعقد العقد لاختلاف جنس المسمى الذي عبر عنه الموجب فأذا صدر قبول لم يجد ما يوافقه فلا ينعقد العقد تبعا لذلك لان اختلاف جنس المعقود يجعل المعقود مسمى باسم اخر غير المتعاقد عليه حيث جاء في الفتاوي الهندية ((ولا بد من كون القبول قبل تغيير المبيع فلو باع عصيرا ولم يقبل المشتري حتى تخلل ثم قبل المشتري لم يجز...))⁽⁴²⁾ يفهم من هذا القول ان الايجاب جاء بمسمى معين فلو زال اسمه لم يصبح الايجاب موجودا وانما يعتبر ساقطا لعدم تلاقي الارادتين على جنس معين. اما الحنابلة⁽⁴³⁾ وبعض من فقهاء الامامية⁽⁴⁴⁾ فعندهم يجوز للموجب الرجوع عن ايجابه ولا يشترط ان يعبر القابل عن ارادته بأقرب وقت ممكن لانهم لا يشترطون صدور القبول بشكل فوري اثناء مجلس العقد ولكن يكون الايجاب ساقطا سواء تعلق الامر بالاعيان المثلية ام الاعيان القيمية، فإذا اختلف جنس المعقود عليه قبل صدور القبول يعتبر الايجاب ساقطا وبالتالي لا ينعقد العقد، وعلى نقيض هذا القول يذهب رأي اخر من الامامية يميز بين فيما اذا كانت الاعيان قيمية ام مثلية، فالأيجاب الذي يكون محله اشياء مثلية لا يعتبر ساقطا فيما لو اختلف جنس تلك الاشياء لان الموجب بإمكانه توفير اشياء من ذات الجنس طالما كان لها مثل في الاسواق. بينما ذهب المالكية⁽⁴⁵⁾ ان القبول لا بد ان يوافق الايجاب، فشرط العقد هو موافقة القبول للايجاب بأن يقبل المشتري ما اوجبه البائع وبما اوجبه فأخالفه كأن قبل بغير ما اوجبه فلا ينعقد العقد لعدم تلاقي الايجاب مع القبول فضلا عن ذلك ان الايجاب لا بد ان يكون ملزما فلا يستطيع الموجب الرجوع عن ايجابه وان رجع لا يعتد برجوعه فيبقى الايجاب قائمة الى ان يبدي من وجه اليه الايجاب رغبتة بقبول او رفض العرض، ويضيف هؤلاء ان القبول لا يمكن ان يكون فوريا لان الموجه اليه الايجاب يحتاج الى فتره للتروي، فلو اشترطت الفورية لا يمكنه التروي والتفكير ومن ثم فإن صدور القبول يبقى جائزا الى ما قبل نهاية الايجاب الا ان عدم اشتراط فورية القبول يمكن معها تصور حدوث اختلاف جنس المعقود عليه، فلو اوجب البائع بثمن من جنس معين كدراهم من ذهب، فرد المشتري بانه قد قبل بدراهم من فضة او بدراهم مسكوك من سكة أخرى، فليس هذا قبولا ينعقد به العقد بل نحن نكون بصدد ايجاب جديد من المشتري لا ينعقد به العقد الا اذا قبله البائع، أي الا اذا رضى البائع بجنس النقد الذي اقترحه المشتري من جانبه. ويذهب الشافعية⁽⁴⁶⁾ واغلب فقهاء الامامية⁽⁴⁷⁾ الى اتصال القبول بالإيجاب اتصالا مباشرا، فلا يتصور معها إمكانية تخلف جنس المعقود عليه بين الايجاب والقبول لعدم وجود الوقت الكافي لتغيير ذاتية المعقود عليه، فعلى سبيل المثال فقد ذكر جانب من الفقه الشافعي قال: ((اصحابنا يشترط لصحة البيع ونحوه ان لا يطول الفصل بين الايجاب والقبول وان لا يتخللها اجنبي عن العقد، فان طال او تخلل لم ينعقد سواء تفرقا عن المجلس او لا))⁽⁴⁸⁾. يفهم من هذا القول ان الشافعية لا يعطون الموجه اليه الايجاب فرصة للتراخي، بل يحتمون اتصال القبول بالإيجاب، فلو فصل بينهما بكلمة اجنبية او بسكوت طويل لا يتم العقد، ومع ذلك فقد ذهب جانب من الفقه الشافعي الى ضرورة امهال من وجه اليه الايجاب فترة للتروي في اختيار القبول او الرفض وان الفاصل لا يقاس بالسكوت او الكلمات او أي تصرف اخر بل يقاس بطبيعة العرف⁽⁴⁹⁾. كما تناول الفقه الإسلامي موضوع اثر اختلاف جنس المعقود عليه بصدد الحديث عن الغلط حيث جعلوا اختلاف الجنس من قبيل الغلط المانع من انعقاد العقد ويسمى بالغلط الحائل لأنه يحول دون انعقاد العقد⁽⁵⁰⁾، فقد رتب الفقهاء المسلمين على هذا النوع من انواع الغلط بانه يجعل العقد باطل، ويراد بالبطلان انه يجوز لكل ذي مصلحة ان يتمسك بالبطلان، كما يجوز للمحكمة ان تحكم به من تلقاء نفسها وان سبب بطلان العقد هو ان الغلط المانع يعدم الارادة فلا ينعقد العقد لتخلف ركن من اركانه الاساسية وهي الرضا والمحل والسبب فضلا عن ذلك ان هذا الغلط هو اكثر انواع الغلط بروزا لأنه جمع فيه الخيارات الثلاثة خيار العيب وخيار الوصف وخيار الرؤية⁽⁵¹⁾. فذهب جمهور الفقهاء الى بطلان العقد عند اختلاف جنس المعقود عليه إذ ان القائلين بالبطلان يعدون ان التصرف قد وقع على معدوم، والتصرف بالمعدوم باطل فإذا وقع غلط في جنس المعقود عليه بأن اعتقد احد المتعاقدين بأن المحل من جنس معين فإذا به من جنس آخر فإن هذا الغلط يمنع من لزوم العقد لان المعقود عليه معدوما وانعدام هذا الركن يحول دون انعقاد العقد⁽⁵²⁾، وتوسع الفقه الاسلامي توسع في مجال الغلط المانع وحكمه وجعله لا يشمل اختلاف الجنس فحسب بل اذا اتحد الجنس وتخلف الوصف المرغوب فيه وكان هناك اختلاف كبير فيما يطرأ على المعقود عليه من صفات ومعان او اغراض

فأعتبره من قبيل اختلاف الجنس، فإذا باع داراً على أنها مبنية من طابوق فإذا بها مبنية من حجر أو ثوبا مصبوغ بلون معين فإذا به مصبوغ بلون آخر أذ أن الألوان متفاوتة تفاوتاً فادحاً فهنا اتحد الجنس ولكن هناك تفاوت جسيم فيكون في حكم اختلاف الجنس. ولكن بعض من فقهاء الحنفية ذهب إلى أن العقد في حالة اختلاف الجنس يكون فاسداً وليس باطلاً أذ أن القائلين بالفساد يعللون رأيهم بأن الغلط يأتي من تسمية جنس والإشارة إلى غيره ومن باع شيئاً سماه وأشار إلى غيره يصبح كأنه باع شيئاً بشرط أن يسلم غيره لذلك فإنه فاسد⁽⁵³⁾. ولم يجعل المالكية اختلاف الجنس موجباً لبطلان العقد أو فساداً وإنما جعلوا الخيار لأحد المتعاقدين في فسخ العقد أو امضائه، فإذا سمي الشيء بغير اسمه كأن يقول البائع أبيعك هذه السيارة فتبين ليست سيارة فلا خلاف أن الشراء لا يلزم المشتري⁽⁵⁴⁾. كما استقر أغلب فقهاء المسلمين أن العقد إذا كان باطلاً أو فاسداً⁽⁵⁵⁾، كان الحكم المترتب عليه واحد هو انعدام حكمه الشرعي وزوال جميع آثاره سواء وقع القبض أم لا، ومع ذلك نجد أن الفقه الحنفي قد اختط طريقاً يختلف عما سار عليه جمهور الفقهاء بصدد العقد غير الصحيح، إذ يقسم العقد غير الصحيح لديهم إلى عقد باطل لم يثبت حكمه شرعاً فلا يفيد الانعقاد ولا يثبت به ملك، وإلى عقد فاسد لم يترتب أي أثر كالعقد الباطل إذا لم يقترن بعملية القبض، في حين يترتب أثراً إذا اقترن بها بعده واقعة مادية، في حين هذه التفرقة بين البطلان والفساد لا وجود لها في المذاهب الإسلامية الأخرى⁽⁵⁶⁾. وتقوم التفرقة بين العقد الباطل والعقد الفاسد بالنسبة للفقه الحنفي على أساس التمييز بين أصل العقد وصفه، فإذا كان هناك خلل أصاب ركن العقد كعدم تطابق الإيجاب مع القبول أو لانعدام المحل أو لانعدام كمال أهلية المتعاقد كان العقد باطلاً ومن ثم لا حكم له ولا يترتب عليه أي أثر شرعي، أما إذا كان الخلل راجعاً إلى وصفه باعتباره أمراً زائداً عن أصل العقد وشرائطه ذلك لأنه امر عارض على أصل العقد كأن يكون المعقود عليه غير مقذور على تسليمه أو اقترن بشرط غير مشروع كان العقد فاسداً وليس له حكم شرعي ولا يترتب أثراً إلا في حالات معينة خلافاً للعقد الباطل، وسواء كان العقد فاسداً أم باطلاً لا يترتب عليه حكمه الشرعي في الفقه الحنفي لكونها تضمناً أمراً منهيًا عنه من قبل الشارع وبأنطواء العقد عليه وبارادة المتعاقدين رتب ذلك مخالفة لما أمر به الشرع فيكون كلاهما واجب الفسخ⁽⁵⁷⁾. والرأي الراجح هو رأي جمهور الفقهاء الذي يذهب إلى بطلان العقد لاختلاف الجنس لكون الغلط المانع يؤدي إلى انعدام ركن من أركان العقد وهو التراضي فيعده مما يجعل العقد باطلاً وأن انعدام أي ركن من أركان العقد الثلاثة يجعل العقد معدوماً كأن لم يكن وبالتالي لا يصح أصلاً تسمية مثل هذا بالعقد لأنه لا يوجد عقد قائم أصلاً فهذا الغلط يهدم الإرادة ذاتها.

ثانياً - أثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة إبرام العقد في القانون.

تعد الإرادة جوهر العقد حيث يلزم توافرها بغية تحقيق إبرامه وأن تنصرف إلى تحديد مضمون العقد، حيث يعد العرض الخطوة الأولى باتجاه تكوين العقد ولا بد أن يتضمن تحديد العناصر الجوهرية والضرورية له لذلك يشترط لكي ينتج العرض أثره الذي به ينعقد العقد أن يكون حازماً ومحدداً، ويقصد بذلك أن يصدر الإيجاب عن نية قاطعة وحاسمة ويعكس عزمًا نهائيًا على التعاقد بحيث ينشأ العقد بمجرد قبوله ممن وجه إليه وارتباط القبول بالإيجاب وتطابقهما بما يحقق التراضي على العقد لأن مطابقة القبول للإيجاب يعد من الأمور المسلم بها لانعقاد العقد⁽⁵⁸⁾، حيث نصت المادة (85) من القانون المدني العراقي ((إذا وجب أحد المتعاقدين يلزم لانعقاد للعقد قبول العاقد الآخر على الوجه المطابق للإيجاب)). يفهم من هذه المادة أن تمام العقد يأتي من خلال مطابقة القبول للإيجاب مطابقة تامة من خلال الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية وبذلك فإن تعيين العين موضوع الإيجاب وبيان جنسها من المسائل الجوهرية وأن حصول اختلاف في تلك المسائل يجعل من الاتفاق عليها غير متحقق فيؤدي إلى عدم تحقيق المطابقة وبالتالي عدم انعقاد العقد⁽⁵⁹⁾. فلو عرض الموجب إيجاباً بجنس معين فلا بد من بقاءه دون تغيير لكي ينعقد العقد وينتج أثره، ولكن من وجه إليه الإيجاب قد يحتاج إلى فتره للتأمل بالإيجاب فيتغير موضوع الإيجاب من جنس إلى آخر فيكون القبول غير مطابقاً للإيجاب فتغير العين من منقول إلى عقار أو من حنطة إلى دقيق يعد ذلك مسقطاً للإيجاب لأن العين بتغيرها لم يبق لها اعتبار عيني فتزول ذاتيتها وتغيرت من منقول إلى عقار فيكون القبول غير مطابقاً للإيجاب، لأن القبول الذي لم يقترن بالإيجاب يعتبر إيجاباً جديداً، فالعدول عن الإيجاب يعزى إلى زوال اسم العين وصورتها وأغلب منافعها حيث تعلق

الايجاب بالمنقول والذي لم يعد له وجود لتغييره الى عقار والذي لم يصدر بحقه ايجاب جديد، فيعد الايجاب ساقطاً⁽⁶⁰⁾. ويرى جانب من الفقه⁽⁶¹⁾ بأن زوال ذاتية العين موضوع الايجاب لا يعبر سقوطاً للايجاب فالأخير يبقى قائماً طالما كانت تلك العين من المثليات باعتبارها هلاكها امر غير متصور فإذا اختلف جنس العين من حنطة الى دقيق فلا يسقط الايجاب طالما بإمكان الموجب ان يجهز الجنس المتفق عليه وهو الحنطة باعتبارها من المثليات فيلزم الموجب بتوفيرها طالما كان لها مثل في الاسواق⁽⁶²⁾. إضافة الى ذلك ان العين المثلية لا تتحدد بمجرد ابرام العقد بل لابد من الافراز، فلا يمكن لمن وجه اليه الايجاب الادعاء بتغير العين قبل ابرام العقد لعدم تحديدها لان العين المعينة بالنوع لا يمكن القول انها غير موجودة بحجة عدم تعيينها، فبإمكان الموجب ايجاد العين اختياراً والا اجبر على تنفيذ التزامه اذا لم يقم بذلك طوعاً، ويعباره اخرى اذا كانت العين من المثليات التي لا تعين الا بنوعها لا يمكن تحديد حالتها وقت العقد لان العين غير معينة بالذات وبذلك لا يمكن القول باختلاف جنس العين المعينة طالما لها مثل في الاسواق ويمكن الوفاء بعين اخرى من جنسها. فذاتية العين المعينة بنوعها لا يمكن تحديدها الا بالافراز، فقبل فرزها لا يمكن حصول اختلاف في جنسها وذلك لعدم معرفة هل هي العين موضوع الايجاب والذي اراد الموجب التصرف بها ام عين اخرى، فالعين لم تكن مفرزة لكي يمكن ان يحتج بها على الموجب، فلو افرزت تلك العين عن طريق تعيينها وتحديدها تحديداً نافياً للجهالة الفاحشة والغرر عدت عينا معينة بذاتها فإذا اختلف جنسها بعد صدور الايجاب يعد الايجاب ساقطاً لان العين المثلية بعد افرازها اصبحت تلك المتفق عليها وان الموجب الزم نفسه بها دون عين اخرى⁽⁶³⁾. وقد يكون موضوع الايجاب عينا معينة بالذات لا العين المعينة بالنوع، فأختلاف جنس تلك العين يجعل الايجاب ساقطاً وذلك لتغير ذاتية العين، فلو صدر الايجاب من المالك ببيع الاسمنت الإيطالي الموجود في المخزن ومن ثم تغير الى بلوك فهنا يسقط الايجاب لعدم امكانية الموجب الالتزام بالعين ذاتها لتغير هيتها فالايجاب يشترط فيه ان يبقى قائماً الى ان يرتبط بقبول مطابق له، فتغير العين يعد من حالات سقوط الايجاب، يضاف الى ذلك ان التعبير الذي صدر ممن وجه اليه الايجاب لا يعد ايجاباً جديداً يحتاج الى قبول لان ارادة القابل اتجهت الى رغبته بالحصول قلاذه ذهبية والاخيره غير موجودة فيكون الايجاب والتعبير الذي صدر ممن وجه اليه الايجاب ساقطين⁽⁶⁴⁾. كما يضيف جانب اخر من الفقه⁽⁶⁵⁾ ان المشرع العراقي تناول مسألة اختلاف جنس المعقود عليه من جهة هلاك العين حيث عالج مسألة هلاك العين قبل الايجاب والقبول فيؤدي الهلاك الى تخلف ركن مهم في العقد وهو العين وبالتالي يترتب على ذلك عدم انعقاد العقد، ولما كان الحكم بهذه الصورة فإن هؤلاء يرون ان الحكم يكون نفسه لو حصل هلاك بعد صدور ايجاب وقبل القبول فالقبول لا يجد ايجاب يطابقه وذلك بسبب هلاك الشيء قبل القبول لان الموافقة على شيء هلك يعد امر غير مقبول. فإذا اختلف جنس العين قبل القبول فإنه يمكن سحب اثار هلاك الشيء على هذا الاختلاف وحتجهم في ذلك ان اختلاف جنس الشيء يلحق بهلاكه وذلك لزوال ذاتية العين بزوال اسمها ومناقعتها فمثلاً لو كان موضوع الايجاب حنطة وطحنت قبل القبول فهنا نكون امام جنس اخر غير الجنس موضوع الايجاب فمن شأن هذا الاختلاف في جنس العين ان يسقط الايجاب لان الايجاب جاء بمسمى وهذا المسمى اصيح غير موجود لفقدان ذاتيته فنكون امام جنس مختلف. وتكاد تكون الاحكام في القانون المدني المصري متشابهة في حالة اختلاف الجنس في مرحلة ابرام العقد لقانوننا المدني وان الأثر المترتب على ذلك هو عدم تمام العقد اذ ان اختلاف جنس الشيء قبل صدور القبول يسقط الايجاب وسبب سقوط الايجاب هو ان تغير الذات الحاصل بعد الايجاب وقبل القبول يعتبر بحكم هلاك الشيء حكماً⁽⁶⁶⁾. اما حكم القانون المدني الفرنسي في حال اختلاف جنس العين بعد صدور الايجاب جاء منسجماً مع قانوننا المدني، فإذا اختلف جنس الشيء موضوع الايجاب من شأنه ان يجعل الايجاب ساقطاً وذلك لان الفقه الفرنسي اشترط مراعاة ذاتية العين وبقائها على حالتها عند توجيه الايجاب، فتغير ذاتية العين موضوع الايجاب من شأنه ان يجعل الايجاب ساقطاً، فلو كان موضوع الايجاب ايجار دار سكن مكونه من عدة غرف وابدى المؤجر رغبته بايجار تلك الدار لكن عمد الى هدم تلك الدار قبل موافقة المستأجر فيكون موضوع الايجاب مغايراً لحالته السابقة لزوال ذاتية العين فيكون جنس العين مختلف فأصبحت قطعة أرض بعد ان كانت دار سكن حيث يلزم لتمام العقد مراعاة ذاتية الشيء موضوع العقد أي بقاءه على حالته عند صدور الايجاب ومن ثم فإن زوال

اسمه وصورته يؤدي الى ذهاب منفعه فيكون بجنس مختلف عن جنسه السابق فلا يتحقق توافق بين إرادة الموجب (المؤجر) والقابل (المستأجر) على مضمون العقد و بجنس معين فيسقط الايجاب⁽⁶⁷⁾. ومن الجدير بالذكر عند تتبع نصوص القانون المدني العراقي نجد المادة (117) أشارت بصورة واضحة و صريحة الى اثر اختلاف الجنس حيث جعل البطلان اثرا للعقد الذي اختلفت ذاتية محله، فمتى ما سمي للعقد محل معين وموجود فتبين على خلاف إرادة المتعاقدين كان العقد منعدم لعدم تراضي الطرفين على شيء واحد ولان اختلاف الجنس يمنع من انعقاد العقد متى ما كان هناك غلط لعدم إرادة المتعاقدين. خاصة وان المشرع العراقي أضاف هذا النوع من الغلط اعتقادا منه انه اقتفى اثر الشريعة الإسلامية، بينما فقهاء المسلمين عندما جعلوا بطلان العقد كان بسبب تعلق العقد بالمسمى وبطلانه لانعدام المعقود عليه وليس لاختلاف الجنس⁽⁶⁸⁾. فالغلط في المعقود عليه لا يعيب إرادة المتعاقدين، بل يؤدي الى انعدام الإرادة وبالتالي يؤدي الى جعل التصرف القانوني منعدم الوجود، أي بمعنى غير قائم أصلا وذلك حينما يرد الغلط على وجود المعقود عليه وعلى جنسه، وبهذا الخصوص جاء في احدي قرارات محكمة التمييز الاتحادية ((اذا ظهرت مساحة العقار المبيع ناقصة نقصا يتأثر به الثمن المسمى جملة واحدة وكان يتعدى تبويض الصفقة للضرر فللمشتري حق الفسخ طبقا للمواد (117، 118,445 مدني ولا محل للرجوع الى احكام الافراغ الاميرية وقياس الملك الصرف في الحكم عليها بعد وجود النصوص القانونية الصريحة في هذا الشأن))⁽⁶⁹⁾. حيث جاء هذا الحكم مستندا على نص المادة (117) اشارت الى ان حكم الغلط في المعقود عليه يترتب عليه بطلان العقد لانعدام ذاتية محل العقد، فلو باع شخص محبس على انه من ذهب فتبين انه من فضة فهنا وقع غلط في الشيء المعقود عليه فيؤدي ذلك الى بطلان العقد لانعدام محله لان القاعدة العامة تقضي انه في حالة اجتماع الإشارة والتسمية تكون العبرة للتسمية اذا كان المشار اليه جنسا يختلف عن جنس المسمى، ففي المثال المتقدم اجتمعت الإشارة والتسمية ولكن اختلف جنس المشار اليه عن جنس المسمى، فهنا يجب الاخذ بجنس المسمى وهو الذهب ولعدم وجوده أي ان هذه الصفة الجوهرية لم تكن موجودة وانما كانت فضة لذلك يعد العقد منعدم لانعدام المعقود عليه. اما المشرع المصري فقد عالج اثر اختلاف الجنس بموجب نص المادة (121) من القانون المدني التي يفهم منها ان اختلاف الجنس يعتبر من قبيل الغلط الجوهرية الذي يجعل التصرف القانوني باطلا بطلانا نسبيا⁽⁷⁰⁾. وهو ذات الاثر الذي تبناه المشرع الفرنسي، فبعد التطور الذي حصل على يد الفقه والقضاء الفرنسي و ظهور نظرية جديدة استبعدت احد أنواع الغلط وهو الغلط المانع الذي تبناه القانون المدني العراقي والفقه الاسلامي بالاهتمام، حيث جعل الغلط الذي يقع في ذاتية او مادة المعقود عليه باطلا بطلانا نسبيا لان الغلط وقع في جوهر العقد، فقد يختلف جنس المعقود عليه او يتحد لكن هناك تفاوت فاحش في المنفعة بين حقيقة المعقود عليه وبين ما أراده العاقد ويبقى الغلط مع ذلك غير مانعا من انعقاد العقد، ويقتصر على جعله قابلا للأبطال⁽⁷¹⁾. وعند تقصي النصوص القانونية التي تضمنها كل من القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي يستدل منها اختلاف الحكم القانوني لاختلاف الجنس، فمنها جعله باطلا بطلان نسبي والأخر جعله باطلا بطلان مطلق وهو رأي المشرع العراقي وهو رأي جدير بالتأييد طالما كان العقد لا يتوافق مع نص القانون فيما تضمنه من اركان ومنها المعقود عليه غير الموجود عند اختلاف جنسه.

الفرع الثاني/ اثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد.

ان القاعدة في العقد تقضي ان هذا الأخير وجد لينفذ، فكل المتعاقدين علقا وجوده على تحقيق مصالحهما، ويستوجب في تنفيذ العقد ان يتم بحسن النية فيقتضي اختيار الوسائل التي تتفق مع النزاهة والأمانة كما يقتضي التعاون بين اطراف العقد، واذا كان على الملتزم بالعقد ان ينفذ التزامه كما يقضي بذلك مضمون هذا الأخير، فأن هذا المضمون لا يلزم ان يكون ثابتا في جميع الأحوال بل ان اختلاف جنس هذا المضمون امر متصور ووارد، وبغية الإحاطة بما تقدم، سنقسم هذا الفرع على فقرتين نبين اثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي أولا، ونتكلم عن اثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد في القانون ثانيا.

أولا_ اثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد في الفقه الإسلامي.

الأصل في التنفيذ أن يكون عينياً لأن للدائن حقاً مكتسباً في استيفاء حقه عينياً إلا إذا استحال التنفيذ العيني فيتحوّل إلى التنفيذ بطريق التعويض كاستثناء من الأصل العام، وإن الأصل في التنفيذ العيني أن يكون اختيارياً عندما يقوم المدين بوفاء ما اتفق عليه في العقد، إذا أن أي اختلاف في اسمه أو هيبته ينتهي الالتزام دون الحاجة إلى اجبار المدين على تنفيذ التزامه، فتنقضي الخصومة القضائية بانقضاء عنصر المديونية ذلك أن من يلتزم اتجاه غيره إنما يكون مديناً مسؤولاً، والمديونية تفرض على المدين أن يفي بما التزم به فأن قام بوفاء ذلك برئت ذمته واعفى من المسؤولية، وهنا يكون المدين قد وفى بدينه مختاراً وبذلك يكون قد استجاب لعنصر المديونية في الالتزام، ولا يتعرض للإجبار أو القهر الذي يفرضه عنصر المديونية. ويذهب الفقهاء المسلمين إلى أن يقوم المدين بالوفاء بعين ما التزم به دون تغيير ذاتيته أو استبداله بغيره، فإذا تغيرت ذاتية لم يكن هناك وفاء طبيعياً للالتزام وجاز للدائن رفض هذا الوفاء، بمعنى أن المدين لا يستطيع أن يجبر الدائن على قبول شيء آخر غير المتفق عليه حتى لو كان مساوياً في القيمة أو ذات قيمة أعلى منه، لأن الهدف من تعاقد أي شخص هو الحصول على عين ما تعاقد عليه، لذلك يجب على المدين بالالتزام أن يؤدي التزامه بالشكل والشروط المتفق عليها في العقد، فإذا اختلف جنس العين موضوع الالتزام يعد ذلك اختلالاً بالوفاء العيني ولم ينقض ذلك الالتزام بالطريق الطبيعي له، لأن المدين اخل بأحد أجزاء العقد لعدم التزامه بجنس الشيء محل العقد الذي يجب العمل على تنفيذه وبحسن نية.

ولكن نلاحظ اختلاف آراء الفقهاء المسلمين بشأن الحكم الذي يترتب عليه اختلاف جنس المعقود عليه عند الشروع بتنفيذه، حيث ذهب كل من الحنفية⁽⁷²⁾، والشافعية⁽⁷³⁾، وبعض الحنابلة⁽⁷⁴⁾، إلى أن المدين يلتزم بتنفيذ بعين ما التزم به، وبذلك يعتبر أفضل وسيلة لاستقرار المعاملات بين الأفراد والذي يستند خصوصاً إلى حسن نية الأطراف كونه طريقاً لانقضاء الالتزام وتنفيذه، فإذا اختلف جنس الشيء يعد ذلك اختلالاً بتنفيذ الالتزام فيؤدي إلى إعطاء الدائن الحق في فسخ العقد أو امضائه دون أن يكون له طلب الاجبار على تنفيذ التزامه، بل يقتصر حق الدائن بين فسخ العقد أو امضائه دون أن يكون له طلب الاجبار على تنفيذ الالتزام. بينما يرى المالكية⁽⁷⁵⁾، وقول للحنابلة⁽⁷⁶⁾، إذا اخل المدين بالتزام عقدي كعدم مراعاة جنس العين محل العقد، فهذا الاختلال يعطي الدائن الحق في اجبار مدينه على تنفيذ ما تم الاتفاق عليه دون أي تغيير في ماهيته، لأن العين تعتبر جزء من هذا العقد وان عدم مراعاة جنسها عند الوفاء معناه عدم الوفاء بجزء من هذا العقد، ولذلك يجوز للدائن أن يطلب من القضاء اجبار مدينه بتنفيذ التزامه. أما الامامية⁽⁷⁷⁾ فقد ذهبوا إلى أن اخلال المدين بجنس المعقود عليه فهذا الاختلال يجيز للدائن اجبار مدينه على تنفيذ التزامه تنفيذاً عينياً دون أي تغيير في ماهيته متى ما كان التنفيذ العيني ممكناً، وإذا كان الاجبار غير ممكن فللدائن الخيار بين فسخ العقد أو امضائه، ولا يثبت هذا الخيار إلا عند تعذر الاجبار لأن الخيار وجد في الأصل من أجل دفع الضرر عن الدائن، فإذا دفع الضرر عن طريق اجبار المدين على الوفاء بما اتفق عليه مع الدائن فلا يثبت الخيار في هذه الحالة، وذلك لأن التمكن من اجبار المدين على الوفاء بالجنس المتفق عليه فلا يصيب الدائن ضرر من ذلك وبالتالي لا يثبت الخيار للدائن. ويتبادر إلى الذهن تساؤل، مفاده ما هو الحكم فيما لو كان التنفيذ العيني غير ممكن بفعل خارج عن إرادة المدين، أي بمعنى حصول اختلاف في جنس المعقود عليه عند التنفيذ بسبب اجنبي؟

يجمع الفقه الإسلامي على أن أساس المسؤولية في الالتزام بتحقيق غاية مثل مراعاة جنس الشيء المتفق عليه في حالة كونها عائدة إلى عمد المدين أو خطئه هو الضمان، وبالرجوع إلى أقوال رجال الفقه الإسلامي (القدامي والمحدثين) نجدهم يقررون مبدأ انقضاء العقد وانفساخه عند استحالة أحد المتعاقدين تنفيذ التزامه لسبب خارج عن ارادته⁽⁷⁸⁾، ويشترط في الاستحالة المؤدية إلى الفسخ أن تكون تالية لانعقاد العقد وسابقة لانقضائه بالطريق الطبيعي له (الوفاء)، وأن لا يكون للعاقدين فيها، مثال ذلك: تهدم الدار أو طمي النهر، فالدار محل العقد لو تهدمت بسبب افه سماوية أصبحت بجنس مختلف عن حالتها السابقة فأصبحت عرصة بعد أن كانت دار سكن فالتنفيذ العيني غير ممكن لسبب خارجي فيؤدي إلى انفساخ العقد عندما يقع سبب الاستحالة على محل التزام العاقد، فيجعل من وفائه بالتزامه امر من أمور المستحيل، فإن العقد ينفسخ وينحل وتزول آثاره نتيجة لتلك الاستحالة، فالعقد ينفسخ ويعتبر وكأنه لم يكن نتيجة لانفساخه لأن العقد المنحل بالانفساخ أو الفسخ يزول وينعدم إذ لم يعد في بقاءه فائدة⁽⁷⁹⁾، كما أن تنفيذ العاقد

لالتزامه بالجنس المتفق عليه صار مستحيلا، فان التزام هذا العاقد بالوفاء يسقط نتيجة لذلك، فلا يكون للعاقد الاخر (الدائن) المطالبة بتنفيذ هذا الالتزام لان مطالبة المدين بتنفيذ التزامه بما تم الاتفاق عليه اصبح مستحيلا فيكون ذلك تكليفا بما لا يطاق او تكليفا بمستحيل وهو ما لا يتفق وقواعد الشريعة الإسلامية السمحاء، فالاستحالة التي طرأت على محل التزام العاقد يفسخ بها العقد، واذ انفسخ العقد فان ذمة المدين تبرأ في مواجهة العاقد الاخر ويسقط أيضا التزام الدائن، فلا يكون لمن استحال عليه تنفيذ التزامه ان يطالب الاخر بالتنفيذ⁽⁸⁰⁾. يتضح مما تقدم اختلاف آراء الفقهاء المسلمين بخصوص الاثر الذي يرتبه اختلاف جنس، اذ لكل مذهب قوله الذي استند عليه، ويبدو رجحان رأي الامامية والذي يذهب الى ان انه في حالة اختلاف جنس المعقود عليه يمكن للدائن اجبار مدينه على تنفيذ التزامه تنفيذًا عينيًا متى ما كان ذلك ممكنا اما اذا كان غير ممكنا يخير الدائن بين الفسخ والامضاء دون الاخلال بحقه في المطالبة بالتعويض، اما اذا كان ذلك لسبب خارجي فيؤدي الى زوال العقد وانحلاله.

ثانياً اثر اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلة تنفيذ العقد في القانون.

ان المشرع العراقي والتشريعات محل البحث والمقارنة اشارت الى اثر اختلاف الجنس ورتبت حكما قانونيا للعقد الذي يختلف جنس محله عن المحل الذي اتفق عليه المتعاقدين، حيث تناولت اثره في ظل الاحكام القانونية التي بسطتها تلك التشريعات لموضوع الغلط وهذا في مرحلة تكوين العقد، الا انها في ذات الوقت جعلت اختلاف الجنس بعد تمام العقد تنفيذا معيبا له، أي ربط تنفيذ الالتزام بمضمونه، فمتى ما نفذ بالصورة التي حددها هذا المضمون كان المدين موفيا لالتزامه، واذ كان تنفيذ ذلك المضمون قد ورد مغايرا لما اتفق عليه فيكون المدين عندها مخلا بالتزامه، فتقوم مسؤوليته⁽⁸¹⁾، فقد وردت جملة من الاحكام التي تترتب على عدم مراعاة جنس المعقود عليه وورود التنفيذ بجنس مغاير لحالته السابقة، فيمكن لنا بسط هذه الاحكام القانونية وكما يلي:

1_ التنفيذ العيني الجبري.

ان الأصل الذي يسيطر على الأفكار المتعلقة بتنفيذ الالتزامات العقدية والاحكام التي تتصل بحقوق الدائن في حالة اخلال المدين في التزامه العقدي أيا كانت صورة هذا الاخلال هو ان العقود ابرمت لتنفيذ خاصة وان تنفيذ الالتزام يكون اختياريا وعينيا⁽⁸²⁾، اما العدول عنه للتعويض العيني هو استثناء من الأصل العام كونه رخصة لقاضي الموضوع اذا كان الحكم بالتنفيذ العيني يتسبب بارهاق المدين، وقد اكد المشرع العراقي في الفصل الأول من الباب الثاني المخصص للتنفيذ العيني الجبري على ان الأصل في التنفيذ يكون عينيا، حيث نصت المادة 246 من القانون المدني العراقي ((1- يجبر المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا. 2 - على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضررا جسيما)). اما المشرع المصري جاء بحكم عام في الباب الثاني الذي بين اثار الالتزام استهل فيه قواعد التنفيذ العيني أورد فيه (ينفذ الالتزام جبرا على المدين). ومن ثم قرر فيما يتعلق بالتنفيذ العيني في المادة 203 من القانون المدني المصري التي نصت ((1- يجبر المدين بعد اعداره طبقا للمادتين 219 و220 على تنفيذ التزامه عينا متى "ك كان ذلك ممكنا...))⁽⁸³⁾. ومن الملاحظ على نص المادة (246 من القانون المدني العراقي) والمادة (203 من القانون المدني المصري) هو ان المادة الأولى لم تشترط اعدار المدين لغرض طلب اجبار المدين على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا⁽⁸⁴⁾، في حين المشرع المصري اشترط ضرورة الاعذار. والتنفيذ العيني الجبري يعني اجبار المدين على تنفيذ ما التزم به عينا بناء على طلب الدائن متى ما توافرت شروطه⁽⁸⁵⁾، فهو يحمل معنى الاكراه على تنفيذ الالتزام وبمساعدة من السلطة العامة لكي يتم الحصول على اثر العقد والذي يتجسد بصورة التنفيذ العيني الذي قرره المشرع من اجل ضمان تحقيق الغرض من التعاقد بوضع المتعاقد في الوضع الذي يمكن ان يكون عليه فيما لو نفذ المدين التزامه تنفيذا سليما من جهة، ومن اجل تقليل حالة الفسخ والمحافظة على الروابط العقدية من جهة اخرى، ويشترط للحكم به إضافة الى شرط الامكانية ان لا يؤدي الى ارهاق المدين فاذا كان التنفيذ العيني مرهقا يجب العدول عنه الى التنفيذ بطريق التعويض ولكن يشترط في هذا العدول ان لا يؤدي الى الحاق ضرر بالدائن فان كان كذلك فلا يحكم بالتعويض بل يحكم على المدين بتنفيذ التزامه عينا وان كان مرهقا له لان الدائن والحالة هذه لا يطلب سوى حقه

بالتنفيذ⁽⁸⁶⁾. وان لا يكون امتناعه لسبب مشروع اذ يعتبر امتناع المدين عن التنفيذ العيني مشروعاً في حال عدم اعداره بذلك في القوانين التي تشترط الاعذار ومنها القانون المصري والفرنسي⁽⁸⁷⁾. والتنفيذ العيني الجبري للالتزام الذي نفذ على نحو مغاير للجنس المتفق عليه يتمثل بتوفير جنس مماثل للجنس المتفق عليه ، وهذا جدير بالتأييد من قبل جانب من الفقه⁽⁸⁸⁾، الذين يعللون وجهة نظرهم بان التنفيذ عيني ممكناً متى ما كان الجنس المتفق عليه من المثليات التي لها نظائر في الأسواق، او ينفذ عينا من خلال إصلاحه واعادته الى حالته المتفق عليها فاذا تغير جنس المبيع بفعل البائع فيكون للمشتري الحق في الزام البائع بإرجاع المبيع الى حالته المتفق عليها متى ما كان ذلك ممكناً، فان اخلاله بهذا الالتزام يعد تنفيذ معيب لالتزامه العقدي ويكون للدائن حق المطالبة بإصلاح العين وبالتالي يوضع المتعاقد بالحالة الواقعية التي سيكون عليها فيما لو نفذ المدين التزامه العقدي كما يقضي بذلك مضمون التزامه. ومثاله إعطاء المشرع المصري للدائن في البيع على وفق نموذج الحق في اجبار مدينه على تقديم مبيع مطابقاً للعينة عملاً بحكم المادة (1/420 مدني مصري)⁽⁸⁹⁾، فان لم يكن التنفيذ العيني ممكناً جاز للمشتري (الدائن) المطالبة بفسخ العقد مع التعويض ان كان له مسوغ.

2- فسخ العقد.

يراد بالفسخ انحلال الرابطة العقدية باثر رجعي في العقود الملزمة لجانبين ويقرر نتيجة اخلال احد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته العقدية، ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي اكد صراحة في المادة (1/177) من قانونه المدني على إعطاء الدائن الحق في فسخ العقد متى ما كان هناك اختلاف في جنس مضمون الالتزام العقدي عند التنفيذ خلافاً للمضمون المتفق عليه، حيث نصت المادة السالفة الذكر ((1- في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلاً بالنسبة للالتزام في جملته))⁽⁹⁰⁾. يتضح من المادة المذكورة ان الفسخ يعتبر اثراً للتنفيذ المعيب للالتزام العقدي، ويستشف ذلك من عبارة (اذا لم يوف) التي وردت في المادة (177) من القانون المدني العراقي، فاذا نفذ المدين التزامه بجنس مختلف عن الجنس المتفق عليه جاز للدائن المطالبة بفسخ العقد لان التنفيذ السليم للالتزام العقدي اصبح مستحيلًا بخطأ المدين او لا يزال ممكناً الا انه لم يتم تنفيذه تنفيذاً مناسباً كما يقضي بذلك مضمون التزامه بحيث يؤثر على المنفعة المتوخاة من العقد ويفوت على المتعاقد الغرض من التعاقد⁽⁹¹⁾. فالعقد قد نشأ صحيحاً لكن عند تنفيذه نجد هناك اختلاف في ذاتيته، فالبائع يلتزم بتسليم المعقود عليه للمشتري الا ان المبيع قد يتغير قبل تسليمه كما لو كان المبيع عصيراً وتغير الى حل قبل تسليمه، فالمبيع وقت العقد كان من جنس معين (عصير) واثناء التسليم اصبح من جنس اخر (الخل) كان للمشتري ان يطلب الفسخ عند تعذر التنفيذ العيني ويبرر أصحاب هذا القول وجهة نظرهم بأن العقد قد تم ومن ثم حصل اختلاف في جنس المعقود عليه اذ ان تغير ذاتية المعقود عليه يعتبر اخلالاً بتنفيذ الالتزام في حالته التي كان عليها وقت العقد لان التزام المتعاقد بتسليم الشيء المتفق عليه هو التزام بنتيجة . ومن حججهم أيضاً ان حدوث اختلاف في ذاتية المعقود عليه يقتضي تطبيق الاحكام العامة في الهالك، فاذا اختلف جنس المعقود عليه فإنه يعد بحكم الهالك لان الشيء الذي اختلف جنسه اصبح غير موجود وبالتالي عدم وجوده سواء كان بسبب المتعاقدين او سبب خارجي فإن العقد يفسخ مع حق المطالبة بالتعويض وفقاً للقواعد العامة⁽⁹²⁾، وهذا الرأي وان كان لا يخلو من الوجاهة الا انه يؤخذ عليه بأن تطبيق احكام الهالك تكون غير فعالة فيما لو كان المعقود عليه شيئاً مثلياً لان المثليات لا تهلك وبإمكان المدين توفيرها طالما كان لها مثيل في الأسواق فلا يتم فسخ العقد. ويثار تساؤل اخر في هذا الصدد مفاده، هل يسأل المتعاقد لو كان التنفيذ العيني غير ممكن بفعل ظروف خارجة عن إرادة المدين، بمعنى هل يسأل المدين اذا حصل اختلاف في جنس المعقود عليه بسبب اجنبي؟

يتفق القانون المدني العراقي مع القانون المدني المصري بأن حصول اختلاف في ذاتية المعقود بسبب خارج عن إرادة المتعاقدين، أي لا يعزى ذلك الى جهته ودون أي خطأ منه كما في حالة الظروف الطارئة التي تغير معالم التزام المدين او تحدث تغييراً بين وقت ابرام العقد ووقت تنفيذه يوجب مسؤولية المتعاقد

لان التزامه بتسليم المعقود عليه بحالته المتفق عليها هو التزام بنتيجة فأذا تخلف جنس المبيع بقوة قاهرة او بفعل الغير فإن البائع يكون مسؤولاً عنه قياساً على حالة الهلاك التي يتحملها البائع قبل التسليم وان كان بسبب قوة قاهرة⁽⁹³⁾، الا ان الامر يختلف في القانون الفرنسي اذ ان اختلاف الجنس بقوة قاهرة لا يسأل عنه البائع الا اذ استطاع المشتري ان يثبت خطأ البائع، أي ان يثبت بأن تغيير ذاتية المبيع حصلت خطأ من البائع⁽⁹⁴⁾.

3_ التعويض.

اذا تحققت اركان المسؤولية العقدية فإن حكم هذه المسؤولية وجوب التعويض الذي يراد به مبلغ من النقود او أي ترصيه من جنس الضرر تعادل قيمة المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات⁽⁹⁵⁾. وهو حق يثبت للدائن نتيجة اخلال المدين بتنفيذ التزامه أياً كانت صورة هذا الاخلال⁽⁹⁶⁾، اذ يعطى للدائن في حالة التنفيذ المعيب خطأ المدين الخيار في طلب التعويض بالإضافة الى حقه في فسخ العقد ورد الحال، فيؤدي الحكم بالتعويض الى جبر الضرر الذي يتجسد في المغاير بين مضمون العقد وقت ابرامه ووقت تنفيذه، ويثبت كذلك لو كان التنفيذ العيني لا يزال ممكناً لكن طلب الدائن التنفيذ بطريق التعويض وبهذا لا يفهم من التعويض بأنه خياراً لان الخيار يكون بالممكنات، بينما الحكم به وفق الفهم المذكور يتوقف على إرادة المدين في العدول عن التنفيذ العيني الى التنفيذ بمقابل، اذ ان التعويض يستحق عند استحالة التنفيذ العيني، فاذا كان الأخير ممكناً لا يمكن اجبار المدين على الحكم بالتعويض لان حق الدائن في هذه الحالة ينحصر في طلب فسخ العقد او حقه في اجبار المدين على التنفيذ العيني⁽⁹⁷⁾ يستنتج مما تقدم يتفق الفقه ان اثر اختلاف جنس المعقود عليه عند تنفيذ العقد هو اجبار المدين على تنفيذ ما اتفق عليه متى ما كان ذلك ممكناً، فاذا تم تنفيذ الالتزام على نحو مغاير لمضمون الالتزام ولم يكن التنفيذ العيني ممكناً حكم بفسخ العقد متى ما توافرت شروطه، واذا لم تتحقق امتنع الحكم به فيكون التعويض هو جزاء المغايرة بين مضمون الالتزام وبين ما جرى تنفيذه فعلاً. خاصة وان المشرع العراقي أضاف هذا النوع من الغلط اعتقاداً منه انه اقتضى اثر الشريعة الإسلامية، بينما فقهاء المسلمين عندما جعلوا بطلان العقد كان بسبب تعلق العقد بالمسمى وبطلانه لانعدام المعقود عليه وليس لاختلاف الجنس.

المطلب الثاني/ اثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانب واحد والواقعة المادية.
ان المعقود عليه الذي يختلف جنسه لا يكون موضوعاً لتصرف صادر من جانبيين (العقد) فحسب، بل قد يكون موضوعاً لتصرف قانوني صادر من جانب واحد (الإرادة المنفردة)، فقد يكون اختلاف الجنس موضوعاً لأي منهما، وبما ان اثر اختلاف جنس المعقود عليه في تكوين العقد او تنفيذه تمت معالجته، لا يبقى امامنا سوى بيان اثر اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف الصادر من جانب واحد. وبما ان التصرفات التي تصدر بإرادة منفردة كثيرة ومتعددة، فأنا سنعالج اثر اختلاف الجنس من خلال الوصية والغصب باعتبارهما سبباً لكسب الحق على الشيء محل التصرف وتصرفاً قانونياً صادراً من جانب واحد. لهذا يلزم معالجة اثار اختلاف جنس المعقود عليه في التصرف القانوني الصادر من جانب واحد من خلال فرعين، نبين في الفرع الأول اثر اختلاف جنس المعقود عليه في الوصية، وننكلم في الفرع الثاني عن اثر اختلاف جنس المعقود عليه في الغصب.

الفرع الأول/ اثر اختلاف جنس المعقود عليه في الوصية.

ان الوصية باعتبارها تصرفاً قانونياً وشرعياً في ان واحد فأنها لا بد وان ترد على عين معينة لتكون موضوعاً لهذا التصرف، فلا يبقى الموصي به على حالته عند الأيضاء او نشوئه بإرادة الموصي فتتغير ذاتية العين لتكون جنساً اخر يختلف عن جنس العين عند الوصية، فما حكم هذا الاختلاف في جنس العين الموصي بها؟ للأجابة على هذا التساؤل سنبيين هذا الحكم في الفقه الإسلامي أولاً ومن ثم نبينه في القانون ثانياً.

أولاً_ اثر اختلاف جنس الموصى به في الفقه لاسلامي.

الموصى به هو محل الوصية التي تظهر حكمها فيه، الذي يستلزم ان يكون موجوداً حين الوفاة دون تغيير في ماهيته، اذ ان عدم وجوده يؤدي الى انعدام محل الوصية فان حصول تغيير في ذات الشيء محل

الوصية يجعل منها تصرفاً باطلاً لأن الإيجاب قد حصل في مسمى باسم خاص ويبقى قائماً ما دام هذا المسمى موجوداً فأذا كان غير موجود عد الإيجاب ساقطاً، كون تغير ذاتية الموصى به يعني انتقاله من جنس إلى جنس آخر⁽⁹⁸⁾. وقد اتفق الفقه الإسلامي على أن اختلاف جنس العين الموصى بها يؤدي إلى بطلان الوصية⁽⁹⁹⁾، فكل تصرف من شأنه يزيل اسم العين يعد رجوعاً مبطل للوصية، كمن يوصي بكمية من الحنطة ومن ثم يطحنها لأن الوصية عقد غير لازم في حياة الموصي ومن ثم كان له الرجوع عن وصيته وذلك لأن الذي وجد من الموصي حال حياته هو الإيجاب فقط، والأصل في التصرفات الشرعية أنها لا تلتزم إلا إذا ارتبط الإيجاب بالقبول، والوصية لا يأتي بها هذا الارتباط في حياة الموصي، فالقبول لا يكون إلا بعد وفاة الموصي، فله شرعاً الرجوع عن وصيته قولاً وفعلاً وبكل تصرف يدل على الرجوع⁽¹⁰⁰⁾. والرجوع في الوصية إما أن يكون رجوع صريح⁽¹⁰¹⁾ أو رجوع ضمني، وهو أن يفعل في الموصى به فعل يستدل على الرجوع عن الوصية⁽¹⁰²⁾، وهذا الأخير يحتمل أكثر من معنى:

1_ أن يتصرف في الموصى به تصرفاً يخرج عن مسماه كما لو أوصى بقطعة قماش ثم خاطه قميصاً أو يوصي بقطن ثم يغزله، فهنا يرجع الموصي عن إيجابه تلقائياً، فتتغير ماهية الموصى به، كمن أوصى في كرمة من العنب ثم يبس حتى صار زبيباً⁽¹⁰³⁾.

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

في الحالتين أعلاه يختلف جنس الموصى به، فزوال اسمه أو خلطه بغيره نكون أمام عين أخرى غير الموصى بها فمثل هذا التصرف يعد رجوعاً مبطلاً للوصية، فتتغير القلادة الذهبية إلى تمثال ذهبي يبطل الوصية لعدم وجود العين الموصى بها وما وقع عليه الإيجاب كان مسمى باسم خاص وهذا الاسم لم يعد موجوداً عند وفاة الموصي. ويرى جانب من الفقه⁽¹⁰⁴⁾ أن التصرف الفعلي في بعض الأعيان لا يعد رجوعاً عن الوصية، ما دام اسم العين وملكها لم يتغير كصبيغ ثوب مثلاً، مستنداً في ذلك على التمييز بين التصرف الفعلي الذي يزيل اسم العين الموصى بها فيؤدي إلى اختلاف جنسها وبين مجرد التغيير الذي لا يخرجها من جنسها وإن اتصف بوصف معين، فأذا زال اسم العين الموصى بها بحيث تتحول إلى عين أخرى كمن يحول الحنطة إلى طحين أو الحبوب إلى سمن فإن ذلك يعد رجوعاً عن الوصية لانعدام العين الموصى بها وقت نشوء الوصية، أما مجرد إجراء تغيير لا يخرجها من جنسها كصبيغ ثوب ذات لون معين بلون آخر فيبقى محتفظاً بذاتيته وإن تغير لونه فلا يؤثر على الموصى به، فلا يمكن بطلان الوصية بهذا التصرف عن طريق الرجوع إلا أننا على نقيض من هذا القول لأن صبيغ الثوب هو وصف يلحق بمحل الوصية فتخلفه يؤدي إلى تفاوت فاحش في حقيقة العين الموصى بها فيعتبر ذلك بحكم اختلاف الجنس. يفهم مما تقدم أن اختلاف جنس العين الموصى بها يعتبر سبباً من أسباب بطلان الوصية، فسواء تغيرت ذاتيتها بفعل الموصي أو بدونه يؤدي إلى انعدام محل الوصية.

ثانياً_ أثر اختلاف جنس الموصى به في القانون.

عند البحث في أثر اختلاف جنس العين الموصى بها، نجد أن القوانين محل البحث والمقارنة قد تطرقت إلى هذا الأثر بنصوص عديدة وأحكام متفرقة. وقد نصت المادة (72) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959 المعدل ((3...- تصرف الموصي بالموصى به تصرفاً يزيل اسم الموصى به أو معظم صفاته...)). يفهم من هذه المادة أن زوال العين الموصى بها يعتبر سبباً كافياً لبطلان الوصية وأن مجرد حصول تغير في ذاتية محل الوصية فأنها تعتبر غير صحيحة طالما عمد الموصي إلى زوال اسمها فيستدل من ذلك أن الموصي أراد الرجوع عن وصيته هذا إذا كانت العين معينة بذاتها⁽¹⁰⁵⁾.

أما إذا كانت العين الموصى بها معينة بنوعها، فلو أوصى الموصي بمال معين من أمواله كأن يوصي بحقيبة المانية ولم يقم بفرزها ومن ثم تغيرت ذاتيتها فيبقى الوصية صحيحة ولا يعتبر زوال اسم العين الموصى بها رجوعاً عنها طالما بإمكان حلول ذات النوع قبل وفاة الموصي لأن عدم وجود العين المعينة بنوعها وقت الوصية لا يؤثر على صحة الوصية إذ تتعلق بالشئ الموجود وقت الوفاة، لكن عدم وجود العين المثلية عند الوفاة من شأن ذلك أن يؤثر على صحة الوصية فتكون باطلة⁽¹⁰⁶⁾. ويذهب الفقه

القانوني ان زوال اسم العين الموصي بها يؤدي الى جعلها عين اخرى تختلف عن العين الموصي بها فيعد ذلك رجوعا يبطل الوصية سواء حصل ذلك بفعل الموصي ام بفعل الغير او بقوة قاهرة لان زوال اسم العين دليل على زوال المعنى وزوال معنى العين الموصي بها يجعل منها بحكم الهالكة الذي وجد مكانه شيء اخر، اذ ان الموصي به قد اصبح بمسمى جديد يختلف عن الاسم الذي تناولته الوصية عند انشائها فان الوصية تكون باطلة لانعدام محلها⁽¹⁰⁷⁾. ولكن لو اختلف جنس العين الموصي بها بعد القبول ولكن قبل التسليم فلا تبطل الوصية وانما تعد الوصية صحيحة فأذا حصل هذا الاختلاف بفعل احد الورثة او بفعل الغير يلزمان بضمان قيمتها ان كانت قيمة ويعوضان مثلها ان كانت مثلية⁽¹⁰⁸⁾.

وكذلك تطرق المشرع المصري في قانون الوصية رقم (71) لسنة 1946 الى اثر اختلاف جنس العين الموصي بها، حيث نصت المادة (19) منه ((لا يعتبر رجوعا عن الوصية جردها ولا ازالة بناء العين الموصي بها ولا الفعل الذي يزيل اسم الموصي به أو يغير معظم صفاته ولا الفعل الذي يوجب فيه زيادة لا يمكن تسليمه إلا بها إلا إذا دلت قرينة أو عرف على أن الموصي يقصد بذلك الرجوع عن الوصية)). يفهم من هذه المادة ان اختلاف ذاتية العين الموصي بها لا يعتبر رجوعا مبطلا للوصية حتى ولو زال اسمها او معظم صفاتها طالما كانت حقيقة محل الوصية باقية فلو أوصى بحنطة ومن ثم طحنها او خلطها بغيرها خلطا يتعذر التمييز، وكذلك لو كان الموصي به ثوبا فصبغه بعد الوصية فلا يعد ذلك رجوعا عن الوصية لان الرجوع عن الوصية يستلزم اقتران الفعل بقرينة تدل على الرجوع وبهذا الخصوص نصت المادة (18) من قانون الوصية المصري ((يجوز للموصي الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها صراحة أو دلالة. ويعتبر رجوعا عن الوصية كل فعل أو تصرف يدل بقرينة أو عرف على الرجوع عنها ومن الرجوع دلالة كل تصرف يزيل ملك الموصي عن الموصي به))⁽¹⁰⁹⁾. نلاحظ من النص المشار اليه ان المشرع المصري اشترط وجود دليل على رجوع الموصي عن وصيته فلم يعد زوال العين الموصي بها مبطلا للوصية طالما حقيقة الشيء باقية ولم يكن هناك دليل ينصرف على نية الموصي بالرجوع عن وصيته، فزوال ذاتية العين الموصي بها على نحو يجعلها بجنس مغاير لجنسها السابق لا يعد سببا في الرجوع الوصية الا اذا اقترن ذلك بقرينة او فعل يدل على رغبة الموصي بالرجوع عن وصيته.

كما نصت المادة ١٠٣٥ من القانون المدني الفرنسي على ان ((لا يمكن الرجوع عن الوصية كلياً او جزئياً الا عن طريق وصية لاحقة او عن طريق عقد امام كاتب عدل يعلن فيه عن تغيير الرغبة)). يفهم من هذه المادة ان القانون الفرنسي قد أجاز الرجوع عن الوصية واشترط ان يكون صريحا أي اتخاذ شكل معين لاجراء الرجوع عن وصيته، لكن في ذات الوقت اعتبر تصرف الموصي في وصيته دون اتخاذ شكل معين رجوعا ضمنيا تضمنته المادة (1038) من القانون الفرنسي فعد تصرف الموصي بالعين الموصي بها قبل وفاته قد اتجهت رغبته بالرجوع ضمنا عن وصيته ويشترط للرجوع انتقال ملكية العين الموصي بها حتى يفهم من تصرفه الرجوع عن الوصية⁽¹¹⁰⁾. حيث جاء بهذا الخصوص قرارا لمحكمة النقض الفرنسية ((تطبيق المادة ١٠٣٨ يعتمد على نقل الملكية العين الموصي بها بشكل محقق، وليس على مجرد توفر النية لدى الموصي بالتصرف بالعين الموصي بها))⁽¹¹¹⁾. يتبين لنا من هذا القرار لكي يكون الرجوع صحيحا لا بد من انتقال ملكية العين الموصي بها لغير الموصي له. فكل تصرف يقوم به الموصي سواء كان صريحا او ضمنيا لا يبطل الوصية ولا يعتبر رجوعا عنها وان اختلف جنس العين الموصي بها طالما لم يقترن تصرف الموصي بدلائل اخرى، فزوال اسم العين الموصي بها وفوات معظم صفاتها لا يفهم منه رجوعا مبطلا للوصية الا اذا اقترن بأمور بدليل كتابي لو كان التصرف صريحا او انتقال الملكية لو كان التصرف ضمنيا. كما اشار الفقه الفرنسي لحالة هلاك العين الموصي بها قبل وفاة الموصي بسبب خارج عن ارادة الموصي فتبطل الوصية اذا كانت العين معينة بذاتها اما لو كانت معينة بنوعها فلا تبطل الوصية لان المثليات لا تهلك وبأمكان الموصي توفير عين من الجنس نفسه طالما كان لها مثل في الأسواق⁽¹¹²⁾.

يتبين لنا مما تقدم ان القوانين محل البحث اختلف بشأن اثر اختلاف جنس الموصي به، فالقانون العراقي عد كل تغيير في ذاتية محل الوصية رجوعا مبطلا للوصية، في حين القانون المصري والفرنسي

لا يعد تصرف بالعين الموصى بها بتغيير ذاتيتها عن طريق زوال اسمها ومعظم صفاتها رجوعاً مبطلاً للوصية وإنما علق ذلك على اعتبارات معينة للقول باختلاف جنس الموصى به لكي يعد ذلك رجوعاً عن الوصية.

لفرع الثاني/ اثر اختلاف جنس المعقود عليه في الغصب.

للهولة الاولى يمكن ان نسأل طالما كان موضوع البحث يبين الاختلاف في جنس المعقود عليه وهذا الاخير هو محلاً لعقد معين فما علاقة اختلاف الجنس بالغصب؟ بينا فيما سبق ان المعقود عليه هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من وراء التعاقد، فكل عقد لا بد وان يرد على محل قابل لحكمه، فمن العقود التي ترد على الملكية كعقد البيع مثلاً محله هو المبيع والثمن فيلتزم البائع بنقل ملكية المبيع مقابل تسليم المشتري لثمن المبيع، وكذلك الأمر بالنسبة لعقود المدة كالايجار فيلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور خلال مدة متفق عليها في عقد الايجار، فأذا سلم البائع المبيع للمشتري دون قيام الاخير بدفع الثمن فإنه يعد غاصباً للمبيع سواء كان عقاراً او منقولاً، والمستأجر يعتبر غاصباً للمأجور عند انتهاء المدة ودون دفع بدل الايجار، ففي تلك الحالة سيعمد الغاصب الى تغيير جنس المال المغصوب، فما هو اثر اختلاف جنس المال المغصوب بيد الغاصب؟ للأجابة على هذا التساؤل سنبيين هذا الاثر في الفقه الإسلامي أولاً ومن ثم نبينه في القانون ثانياً.

أولاً- اثر اختلاف جنس المال المغصوب في الفقه الإسلامي.

المغصوب هو المال المأخوذ من صاحبه عن طريق القهر والغلبة، بدون وجه حق⁽¹¹³⁾، وكانت نظرة الفقهاء المسلمين للمال مختلفة مما يؤثر في احكام الغصب فكان هناك اتجاهين:

1- اتجاه الفقه الحنفي

فالمال عندهم ((ما يميل اليه الطبع ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ويجري فيه البذل والمنع))⁽¹¹⁴⁾. يلاحظ من تعريف الحنفية للمال انهم اشترطوا فيه عدة شروط منها ان يكون للمال وجود خارجي يمكن حيازته، وبهذا نجد انهم اخرجوا المنافع من نطاق المال لأنها لا يمكن حيازتها وادخالها وبالتالي لا يمكن عدها أموالاً.

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

2- جمهور الفقهاء.

وضع جمهور الفقهاء من الحنابلة⁽¹¹⁵⁾ والشافعية⁽¹¹⁶⁾ والمالكية⁽¹¹⁷⁾ والامامية⁽¹¹⁸⁾ عدة تعريفات للمال يستخلص منها ان المال ((كل ماله قيمة مادية بين الناس واجاز الشرع الانتفاع به في حالة السعة والاختيار)). يستنتج من تعريف جمهور الفقهاء انهم اشترطوا ان يكون للمال قيمة بين الناس سواء كتن عينا ام منفعة وان يبيح الشرع الانتفاع به في الظروف الاعتيادية كالابل والحبوب والعقارات، بمعنى ان ان يكون التعامل به مشروعاً فاذا كان غير مشروع أي حرم الانتفاع به كالميتة ولحم الغنزير فلا يعد مالاً. فجمهور الفقهاء تضمن عندهم منافع المال بالغصب سواء استوفى الغاصب منفعه ام لم يستوفها أي تركها حتى تذهب. وان المال المغصوب لا بد ان يطرأ عليه تغيير فيكون بجنس مختلف عن جنسه قبل الغصب وذلك عن طريق التصرف به من قبل الغاصب، فأذا لم يطرأ عليه أي تغيير وجب رده الى مالكه ولا خلاف في هذا الحكم بين فقهاء الشريعة الإسلامية في كافة مذاهبهم، فواجب الغاصب هو رد العين المغصوبة الى مالكها متى ما بقيت على حالها دون أي تغيير⁽¹¹⁹⁾. لكن الحكم سيكون مختلف تمام الاختلاف وذلك فيما لو حصل اختلاف في جنس المال المغصوب عن طريق تغييره من قبل الغاصب، ان تغيير ذاتية العين المغصوبة على نحو يتبدل معها اسمها بفعل الغاصب كما لو صارت الحنطة المغصوبة طحين، فما هو اثر هذا الاختلاف في جنس العين المغصوبة؟ فهل ترد الى مالكها ام يضمن الغاصب قيمتها وتنتقل للغاصب ام نكون امام حكم اخر بأعطاء مالك العين الخيار برد العين مع حق المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي يلحقه او يتركها للغاصب مع تضمين قيمتها؟.

لم يتفق الفقهاء المسلمون حول إمكانية تملك الضامن للعين المتغيرة جبرا على المالك بالضمان، فذهب الحنفية⁽¹²⁰⁾، والمالكية⁽¹²¹⁾ الى القول ان الضامن اذا غير جنس العين على نحو يتبدل معها اسمها وتزول اغلب مقوماتها ويظهر لها اسم ومقومات أخرى، فالغاصب سوف يملك العين مقابل الضمان، واشترطوا حتى تنتقل ملكية العين جبرا على المالك لابد ان تكون العين قابلة للتملك ابتداء من خلال عدوها محلا صالحا للحقوق المالية لان هناك اعيان غير قابلة للتملك ابتداء، كما يشترط ان يكون اختلاف جنس العين قد حصل بفعل الضامن (الغاصب) لا بسبب العين ذاتها، وسوغوا قولهم بحجج واسانيد من القران الكريم والسنة النبوية بجعل تغير جنس العين المضمونة ينقل الملكية الى الغاصب جبرا على المالك وذهبوا الى القول ان زوال اسم العين واغلب منافعتها ما هو الا اختلاف في جنسها فتكون بهيئة وصورة مختلفة عن السابق، فالحنطة عندما تطحن دقيق، فأن جنسها اختلف من حنطة الى دقيق، وصيرورة الحنطة دقيق تغير في ذاتية العين المضمونة لزوال اسمها وصورتها، فالدقيق لا يتصور ارجاعه الى حنطة لان الموجودات تعرف بمعانيها وصورها، فزوال الاسم والصورة دليل على المغايرة في الجنس العين المغصوبة.

وهناك اتجاه اخر وهو رأي جمهور الفقهاء⁽¹²²⁾، وبضمنهم الامامية⁽¹²³⁾، يذهب الى القول بعدم انتقال ملكية العين التي اختلف جنسها الى الغاصب جبرا على المالك، حيث يرى الامامية عدم تملك الغاصب للعين حتى وان تغير جنسها من خلال زوال ذاتيتها، فقال بعضهم: ((اذا غصب شيئا ثم غيره عن صفته التي هو عليها او لم يغيره مثل ان كانت نقرة فضربها دراهم، او حنطة فطحنها، او دقيق فعجنه او خبزها، او شاة فذبحها وقطعها لحما وشواها او طبخها، لم يملكه))⁽¹²⁴⁾. يفهم من هذا القول ان اذا قام الغاصب بتغير جنس العين المغصوبة يلزم بردها الى مالكا (المغصوب منه) ولا يلزم المالك بأخذ بدل المغصوب وذلك فيما لو أراد الغاصب إعطاء المغصوب منه بدل العين المغصوبة التي اختلف جنسها.

ويرى الفقه الامامي ان ما ذهب اليه فقهاء الحنفية والمالكية من ان اختلاف جنس العين المغصوبة يستدل من خلال زوال اسمها ومن ثم تنتقل ملكيتها الى الغاصب لم يركن الى ركنين ذلك لان زوال اسم العين المغصوبة هو مجرد تخلف لوصف العين لا اختلاف في جنسها طالما اصل العين باق، فصيرورة الحب المغصوب قمحا، فأن القمح وان اختلف عن الحب من حيث الاسم فلا يعد اختلافا في الجنس لان اصل القمح هو الحب فالاختلاف هو في الصفة لا في الجنس (الذات)⁽¹²⁵⁾. وذهب الحنابلة الى ان العين المغصوبة اذا اختلف جنسها من خلال زوال اسمها تبقى لمالكا ولا تنتقل ملكيتها للغاصب لان غصب العين يعد فعل على وجه التعدي والمتعدي يلزم برد المغصوب الى صاحبه، بأستثناء فيما لو كان المغصوب خيط خاط به جرح انسان او حيوان فهنا لا يمكن ارجاع العين (الخيط) للمالك وذلك للضرورة الملحة، وذهب الشافعية الى ما ذهب اليه الحنابلة بأن العين حتى وان تغير جنسها وأصبحت بحالة أخرى غير حالتها السابقة من خلال زوال اسمها او وصفها فتبقى لصاحبها ولا تنتقل ملكيتها الى الغاصب، فتغير جنس العين بفعل الغاصب لا يجعله مالكا لها، فيستطيع مالك العين الذي تغير جنسها مطالبة الغاصب بالتعويض اذا حصل نقص في العين يؤثر في قيمتها بسبب تغير الحاصل من الغاصب، ويضيف هؤلاء ان رد العين الى صاحبها وجب على الأخير ان يرد قيمتها للغاصب⁽¹²⁶⁾. ولكن يرى بعض الفقه الشافعي ان الغاصب يملك العين الذي تغير جنسها وذلك في حالة الضرورة استثناء من الأصل الذي يقضي رد العين الى صاحبها، فمن خصب خشب وادخله في سفينة مهددة بالغرق فلا يمكن ارجاع العين المغصوبة الى مالكا وانما يملكها الغاصب⁽¹²⁷⁾. خلاصة القول يتضح لنا من خلال استعراض موقف الجمهور نجد انهم اجبوا رد العين الذي تغير جنسها الى صاحبها فلا يمكن للغاصب ان يملك العين بأستثناء حالة الضرورة ويستندون في قولهم هذا على قول الرسول (صل الله عليه واله وسلم): ((ليس لعرق ظالم حق))⁽¹²⁸⁾، وقوله: ((المسلم اخو المسلم لا يحل ماله الا عن طيب نفس منه))⁽¹²⁹⁾، وقوله: ((على اليد ما اخذت حتى تؤديه))⁽¹³⁰⁾، يفهم من اقوال الرسول (عليه افضل الصلاة والسلام) ان كل تغير يقوم به الغاصب في مال غيره فلزم رده اليه، ولا شيء للغاصب فلا يزول ملك صاحب العين عن هذه العين الذي تغير جنسها. وامام رأي جمهور الفقهاء والمالكية والحنفية هناك رأي يعطي لمالك العين الخيار في قبول او رفض العين الذي تغير جنسها وهو رأي بعض فقهاء المسلمين

المحدثين الذين يرون ان تغير جنس العين المغصوبة بفعل الغاصب من خلال زوال ذاتيتها ومعظم منافعها فأصبحت عين أخرى يعطى لمالك العين الخيار بين اخذ العين مع الزيادة التي طرأت عليها، وتمسكه بالعين مع المطالبة بالارش اذا أصابها نقص او ترك العين للغاصب مقابل اخذ بدلها منه، فيتملك الغاصب العين الذي تغير جنسها مقابل أداء التعويض للمغصوب منه وهذا الرأي جاء من اجل الموازنة بين ما ذهب اليه الحنفية والمالكية وبين ما جاء به جمهور الفقهاء⁽¹³¹⁾.

ثانياً_ اثر اختلاف جنس المال المغصوب في القانون.

ان المشرع العراقي نص صراحة على تملك الغاصب للعين المغصوبة جبرا على صاحبها اذا ما قام بتغير جنسها تغيرا كلياً يفقد ذاتيتها من خلال زوال اسم العين وفوات معظم منافعها لتكون لها تسمية أخرى مختلفة عن السابق ويكون ذلك مقابل أداء الغاصب قيمة العين المغصوبة الى الغاصب ان كانت قيمية ودفع مثلها ان كانت مثلية، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 1/194 من القانون المدني العراقي ((اذا تغير المغصوب عقد الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عينا مع التعويض عن الاضرار الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان)). يفهم من نص الفقرة الأولى للمغصوب منه الخيار بين اخذ العين المغصوبة الذي اختلف جنسها او ترك تلك العين للغاصب مع امكانية الرجوع عليه بالضمان. اما الفقرة الثانية من هذه المادة ((اما اذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامنا وبقي المال المغصوب له، فمن غصب حنطة وزرعها في ارضه كان ضامنا للحنطة وبقي المحصول له))⁽¹³²⁾. يفهم من تلك الفقرة ان قيام الغاصب بتغير جنس العين المغصوبة من شأن ذلك ان يكسبه ملكيتها مقابل أداء التعويض للمغصوب منه، اذ ان اثر تغير جنس العين المغصوبة على الملكية يختلف باختلاف مصدر التغير، فأذا قام الغاصب بتغير جنس العين فإنه يتملكها جبرا على المغصوب منه، فلكي يستطيع الغاصب تملك العين المضمونة ان يكون التغير في ذات العين المضمونة بفعله، اما اذا كان مرد التغير هو طبيعة العين فالمغصوب منه الخيار بين اخذ العين او تركها مع الرجوع عليه بالضمان. وقد اختلفت اراء فقهاء القانون حول تملك الغاصب للعين التي تغير جنسها بفعل الغاصب، فمنهم من ذهب الى ان العين المغصوبة تنتقل ملكيتها الى الغاصب مقابل الضمان، فتكون بهذا التعويض قد ازلت ملك المغصوب منه، ودخلت في ملك غاصب العين، فلا يستطيع صاحبها المطالبة بها طالما تغيرت ذاتيتها وأصبحت بجنس مغاير لجنسها السابق⁽¹³³⁾. وثمة رأي اخر يذهب الى القول ان تغير جنس العين المضمونة لا ينقل ملكيتها الى الغاصب، فأذا تغير جنس العين عند الغاصب يلزم بردها الى مالكيها بالزيادة التي تطرأ عليها والتعويض عن النقص فيما لو كانت ناقصة، لان تملك الغاصب للعين المغصوبة التي تغير جنسها جبرا على صاحبها يعد ذلك خرقا لقواعد كسب الملكية وسوغ رأيه بأن العين المضمونة اذا كان تملكها لا يصح بالبيع، فمن باب أولى لا يصح تملكها بالتضمين⁽¹³⁴⁾. اما المشرع المصري فأعطى للغاصب الحق بتملك المال المغصوب اذا تغير جنسه لان زوال ذاتية العين المغصوبة يجعل امر إعادة المغصوب لمالكة غير مجدي، فيتملك الغاصب العين المغصوبة مقابل الضمان، وبمفهوم المخالفة لهذا الحكم نجد ان عدم تغير جنس العين المغصوبة، أي بقاء المغصوب في يد الغاصب دون تغير هو رد العين المغصوبة الى صاحبها. ويرى احد شراح القانون⁽¹³⁵⁾ ان القانون المدني المصري لم ينظم الغصب بصورة صريحة كغيره من القوانين الأخرى، ويستند الى الحكم بتملك الغاصب للعين المغصوبة التي تغير جنسها الى نص المادة (171) من القانون المدني المصري وان النص المذكور يشير الى ان التعويض في الأصل يكون عينيا وان تعذر ذلك كان التعويض نقدي⁽¹³⁶⁾، والحال ينطبق على الغصب فاذا تغير جنس المغصوب فيتعذر رده الى صاحبه فيلزم الغاصب بالضمان مقابل تملكه للمغصوب. وبهذا الخصوص جاء قرار لمحكمة النقض المصرية ((التعويض العيني عن الفعل الضار هو الأصل، ولا يصار الى عوضه) التعويض النقدي) الا اذا استحال التعويض عينا، فأذا رفع المضرور دعواه مطالبا بتعويض نقدي وعرض عليه المدعى عليه التعويض عينا كرد المغصوب وجب قبول عرضه، بل لا تكون المحكمة متجاوزة سلطتها اذا هي اعلمت موجب هذا العرض ولو لم يطلب المدعي ذلك او اصر على ما يطلبه من تعويض نقدي...))⁽¹³⁷⁾ يفهم من منطوق هذا القرار على المحكمة ان تحكم بالتعويض العيني متى ما كان ذلك ممكنا، فلو كان المال المغصوب باقيا على حاله ولم تتغير ذاتيته وجب اعادته الى صاحبه، وبمفهوم

المخالفة يتركز الغاصب المال المغصوب متى ما تغيرت ذاتيته لان تغير ذاتية العين المغصوبة يجعل منها مختلفة الجنس ولذلك يتركز الغاصب مقابل ضمان قيمتها ان كانت قيمة، ومثلها ان كانت مثلية. وعلى نهج القانون المدني المصري، الزم القانون المدني الفرنسي الغاصب أداء التعويض لجبر ضرر المضرور اذ ما تصرف في العين المغصوبة بشكل يؤدي الى زوال ذاتية العين وجعلها بجنس مغاير لجنسها قبل الغصب، ويعلل الفقه الفرنسي ان الحكم بضمان تغير جنس العين المغصوبة هو ان الشيء الذي تغير جنسه لم يعد له وجود قانوني فيرتب ذات الاثار الذي يرتبها الهلاك، فأذا كان الغاصب يتحمل هلاك العين المغصوبة سواء كان الهلاك بفعله او بسبب اجنبي، فمن باب أولى يلتزم بأداء التعويض عند تغير جنس العين المغصوبة⁽¹³⁸⁾.

الخاتمة.

في ضوء دراستنا لموضوع البحث توصلنا الى جملة من النتائج والتوصيات يمكن اجمالها بما يلي:
أولاً/ النتائج.

1_ ان حصول اختلاف في جنس المعقود عليه الذي تراضيا عليه المتعاقدين لا يتم دون سبب أدى الى حدوث مثل هكذا اختلاف، فهناك عدة اسباب دعت الى اختلاف جنس المعقود عليه، منها ما يكون للإرادة فيها دور واسع وتسمى بالأسباب الارادية، ومنها لا يكون لأرادة المتعاقدين فيها أي دور بل تغلب فيها اعتبار الشيء نفسه او أي اعتبار اخر وتسمى بالأسباب غير الارادية.

2_ ان المشرع العراقي والتشريعات محل البحث والمقارنة اشارت الى اثر اختلاف الجنس ورتبت حكماً قانونياً للعقد الذي يختلف جنس محله عن المحل الذي اتفق عليه المتعاقدين، حيث تناولت اثره في ظل الاحكام القانونية التي بسطتها تلك التشريعات لموضوع الغلط وهذا في مرحلة تكوين العقد، الا انها في ذات الوقت جعلت اختلاف الجنس بعد تمام العقد تنفيذاً معيباً له، أي ربط تنفيذ الالتزام بمضمونه، فمتى ما نفذ بالصورة التي حددها هذا المضمون كان المدين موفياً للالتزامه، واذا كان تنفيذ ذلك المضمون قد ورد مغايراً لما اتفق عليه فيكون المدين عندها مخلاً بالالتزامه، فتقوم مسؤوليته.

3_ ان اثر اختلاف جنس المعقود عليه عند تنفيذ العقد هو اجبار المدين على تنفيذ ما اتفق عليه متى ما كان ذلك ممكناً، فاذا تم تنفيذ الالتزام على نحو مغاير لمضمون الالتزام ولم يكن التنفيذ العيني ممكناً حكم بفسخ العقد متى ما توافرت شروطه، واذا لم تتحقق امتنع الحكم به فيكون التعويض هو جزاء المغايرة بين مضمون الالتزام وبين ما جرى تنفيذه فعلاً.

ثانياً/ التوصيات.

1_ نوصي بضرورة تعديل المادة (85) من القانون المدني العراقي التي نصت ((اذا وجب احد المتعاقدين يلزم لانعقاد للعقد قبول العاقد الاخر على الوجه المطابق للايجاب)) وجعلها بالشكل الاتي ((اذا وجب احد المتعاقدين يلزم لانعقاد للعقد قبول العاقد الاخر على الوجه المطابق للايجاب جنساً ووصفا)). والسبب الذي دفعنا الى هذا المقترح هو ضرورة مراعاة جنس المعقود عليه في مرحلة ابرام العقد كون تحديد الجنس من المسائل الهامة في العقد.

2_ إضافة نص في القانون المدني العراقي يعالج حالة اختلاف جنس المعقود عليه في مرحلتي ابرام وتنفيذ العقد مستنداً في حكمه على موقف الفقهاء الحنفية من خلال النص على ان التفاوت الفاحش في الأغراض يعد بمثابة اختلاف الجنس، بمعنى اذا اتحد الجنس وكان هناك تفاوت فاحش فيعد ذلك جنس مغاير للجنس المتفق عليه.

الهوامش.

¹ ابو الحسين احمد بن زكريا ابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ج2، ط1، دار الجيل، بيروت، سنة1999، ص227.
² احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، ط1، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، القاهرة، 2005، ص121.
³ سراج الدين بن نجيب، النهر الفائق، ج3، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص470.

- 4 محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، 1569م، ص23.
- 5 منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1614م، ص295. وينظر أيضا: احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص538.
- 6 محمد تقي المدرسي، احكام المعاملات، ط3، مركز العصر للثقافة والنشر، بيروت، 1431هـ_ 2010م ص185. وينظر: جعفر بن الحسن أبو القاسم نجم الدين المحقق الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، بدون طبعة، المجلد الأول، القسم الثاني، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1978، ص179 وما بعدها.
- 7 محمد تقي المدرسي، المصدر نفسه، ص185.
- 8 أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج3، ط1، دار القلم، دمشق، 1996، ص64.
- 9 شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن ابن ابي عمر ابن قدامه، الشرح الكبير على متن المقتنع، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة، ص140.
- 10 عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الأول، بدون طبعة، دار القلم، بيروت، بدون سنة طبع، ص56.
- 11 ابي عبد الرحمن محمد بن عبد الواحد الحنبلي، صحاح الاحاديث، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971، ص59.
- 12 ابي عبد الرحمن محمد بن عبد الواحد الحنبلي، المصدر نفسه، ص59.
- 13 د. احمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1954، ص77.
- 14 عبد الستار أبو غده، الخيار واثره في العقود، مطبعة المقهوي، ج1، ط2، الكويت، 1985، ص727_ ص728.
- 15 د. ثروت عبد الحميد، ضمان مطابقة المبيع لوجهة الاستعمال، دار ام القرى للطبع والنشر، 1995، ص19 وما بعدها.
- Henri, Leon et Jean Mazeaud : Droit Civil, t11<3e ed , Paris , 1968 , N 948 , p778 (4)
نقلا عن: د. علي شاکر البدری، التغير الجبري لمالك العين واثره في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013، ص9.
- 17 حسام الدين كامل الالهواني، عقد البيع في القانون الكويتي، دار ذات السلاسل، الكويت، 1989م، ص726.
- 18 غسق خليل ابراهيم، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد المعلوماتية الاطاري، ط1، المركز العربي، القاهرة، 2018، ص132.
- 19 حمدي احمد سعد، القيمة النقدية للمستندات الاعلانية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007، ص127.
- 20 احمد ابراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الأول، 1933، مطبعة الرغائب، ص62.
- 21 علي حيدر، درر الاحكام شرح مجلة الاحكام، ج2، منشورات مكتبة النهضة، بيروت وبغداد، بدون سنة طبع، ص489.
- 22 الاختلاف في المعقود عليه لا يقتصر على جنسه فقط، بل يختلف في نوعه وكميته ومقداره وصفته، ينظر في ذلك نص المادة (128) القانون المدني العراقي.
- 23 محمد بن حسين بن علي الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997، ص208.
- 24 شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، دون سنة طبع، ص444.
- 25 أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج14، ط1، مكتبة الارشاد، جدة، السعودية، دون ذكر سنة نشر، ص415.
- 26 ابن مفلح الحنبلي، ج5، مصدر سابق، ص22.
- 27 محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج3، المكتبة المرتضوية لاهياء الاثار الجعفرية، 1387هـ، ص83. وينظر أيضا: المحقق الحلبي، ج3، مصدر سابق، ص212.
- 28 حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر، عمان، ج2، ط1، 2006، ص256.
- 29 نقض مدنية، رقم 56، بتاريخ 131 | 1989، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، ط108، جامعة القديس يوسف، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي، لبنان، 2009، ص1105.
- 30 د.حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، العقود المسماة، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، 1954، ص53.
- 31 د. علي شاکر البدری، مصدر سابق، ص98.
- 32 اسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، ط3، دار اقرأ، بيروت، 1983، ص62.

- 33 علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد (الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982، ص148.
- 34 الدسوقي، ج3، مصدر سابق، ص444.
- 35 المحقق الحلبي، ج2، مصدر سابق، ص88.
- 36 محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج3، ط1، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، طهران، 1425هـ، 2004 ص149.
- 37 وهذه المادة مقتبسة من مجلة الاحكام العدلية، المادتين (788، 789) من المجلة. كما عالج الفقه الاسلامي مسألة حصول اختلاف في جنس المعقود عليه بسبب طبيعة الشيء نفسه عند الكلام عن الخلط باعتباره صورة من صور تغير وصف العين، فالعين عندما تختلط بعين اخرى تزول ذاتيتها وتفقد معظم منافعها، كما ان الخلط قد يكون جنس بجنس او جنس بغير جنس، فالعين عندما تختلط قضاء وقد كخلط الحنطة بالحنطة او اللين باللين فهذا الخلط في اعيان ذات الماهية الوحدة ومتحدة في جنسها فلا يمكن عدها مختلفة الجنس وان حصل خلط بسبب طبيعتها، كما تختلط العين بغير جنسها كخلط الحنطة بالدقيق او خلط الزيت بالسمن، فهذه الاعيان تعتبر مختلفة في جنسها فخلط بعضها البعض من شأنها ان يفقد ذاتيتها ويجعله غير معروفة في جنسها خاصة وان كان من المتعذر تمييزها، ينظر: علي حيدر، ج2، مصدر سابق، ص298 وما بعدها.
- 38 د. علي شاکر البدری، مصدر سابق، ص153.
- 39 المادة (73) من القانون المدني العراقي التي نصت ((العقد هو ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)).
- 40 المادة 183 من مجلة الاحكام العدلية.
- 41 الكاساني، ج6، مصدر سابق، ص375.
- 42 لجنة برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوي الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ_2000م، ص8.
- 43 كمال الدين بن محمد بن عبد المعروف بابن الهمام، فتح القدير، ج6، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وسنة طبع، ص253. وينظر: موفق الدين بن قدامه، ج4، مصدر سابق، ص5.
- 44 محسن الطبطبائي الحكيم، نهج الفقه، دار الفقه، قم المقدسة، 1421 هـ، ص177.
- 45 محمد بن احمد بن عرفة الدسوقي، مصدر سابق، ج3، ص4.
- 46 ابو زكريا بن شرف النووي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1985، ص5.
- 47 المحقق الحلبي، ج2، مصدر سابق، ص15، هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1996، ص177، محمد الحسين كاشف الغطاء، ج1، مصدر سابق، ص372،
- 48 النووي، المجموع، ج9، مصدر سابق، ص338.
- 49 شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج3، دار الفكر، بيروت، 1404هـ_1984م، ص381.
- 50 مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط1، دار القلم، دمشق، بدون سنة طبع، ص426.
- 51 د. منذر الفضل - النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، ط1، بدون مكان نشر، 1991، ص157.
- 52 محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، فتح القدير، ج5، ط1، دار ابن كثير، دار الكلم الطيب - دمشق، بيروت، 1414هـ، ص206. الكاساني، ج5، مصدر سابق، ص139 د. عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، مصدر سابق، ص77. ويعرف العقد الباطل في الفقه الإسلامي بأنه العقد الذي لم يثبت حكمه شرعا فلا يفيد الانعقاد ولا يثبت به ملك، ينظر في ذلك: صالح عبد السميع الازهري، الثمر الداني في تقريب المعاني، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، بدون سنة طبع، ص580. وينظر أيضا: المادة 432 من مرشد الحيوان التي نصت ((اذا وقع البيع باطلا فلا ينعقد أصلا...)). والى نفس المعنى إشارة المادة 138 من القانون المدني العراقي والمادة 142 من القانون المدني المصري.
- 53 فخر الملة والدين قاضي خان محمود الأوزجندي، الفتاوي الخانية، فتاوي قاضيخان، المطبوع مع الفتاوي الهندي، ج2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، بدون سنة، ص134
- 54 جاء في حاشية الدسوقي: ((والحاصل ان البائع اذا جهل ذات المبيع، اي لم يعلم اسمه الخاص به، فأن سماه بأسم عام فلا رد، وان سماه بأسم خاص فإذا هو ليس المسمى بذلك الاسم الخاص فله الرد سواء كان مسمى بأسم خاص آخر او كان مسمى بالإسم العام)). الدسوقي، ج3، مصدر سابق، ص140.
- 55 عرفت المادة 218 من مجلة مرشد الحيوان العقد الفاسد بأنه ((ما كان مشروعا بأصله لا وصفا أي ان يكون صحيحا باعتبار اصله، لا خلل في ركنه، ولا في محله، فاسدا باعتبار بعض اوصافه الخارجية بان يكون المعقود عليه او بدله

مجهول جهالة فاحشة، او يكون العقد خاليا عن الفائدة او يكون مقرونا بشرط من الشرائط الموجبة لفساد العقد، والعقد الفاسد لا يفيد الملك في المعقود عليه الا بقيضه برضا صاحبه)).

⁵⁶ محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، دون مكان نشر، دون سنة نشر، ص360.

⁵⁷ الكاساني، ج5، مصدر سابق، ص146.

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

⁵⁹ المادة (86) من القانون المدني العراقي. وينظر أيضا: د. مجيد العنبيكي، انشاء العقد في القانون الإنكليزي، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين، المجلد3، العدد3، بغداد، 1999، ص73.

⁶⁰ د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه العربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، انعقاد العقد، أركان العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967، ص138. وينظر أيضا: رمضان ابو السعود، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص76.

⁶¹ د. علي شاكر البدري، مصدر سابق، ص138.

⁶² المادة (64) من القانون المدني العراقي التي نصت ((الاشياء المثلية هي التي يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد او المقياس او الكيل او الوزن. 2 – وما عدا ذلك من الاشياء فهو قيمي)).

⁶³ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، بدون طبعة، سنة 1967 ص561.

⁶⁴ د. يزيد انيس نصير، الارتباط بين الايجاب والقبول في القانون الاردني والمقارن، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد3، السنة 27، 2003، ص81. ويكون ذات الحكم في الفقه الإسلامي اذا كان موضوع الايجاب يتعلق بالقيميات لان اختلاف الجنس من شأنه ان يجعل المحل غير موجود. ينظر في ذلك: النووي، المجموع، ج9 مصدر سابق، ص240 وما بعدها 0 موفق الدين ابي محمد ابن قدامة، المغني، ج4، مصدر سابق، ص8 0 المحقق الحلبي، تذكرة الفقهاء، ج2، مصدر سابق، ص17. الفتاوى الهندية، ج3، مصدر سابق، ص8.

⁶⁵ محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج1، (مصادر الالتزام)، مطبعة العاني، بغداد، 1955 ص205.

⁶⁶ ينظر في ذلك عدة مواد قانونية في القانون المدني المصري(95_94_89). وينظر: علي شاكر البدري، مصدر سابق، ص140.

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

⁶⁸ المادة (117) من القانون المدني العراقي التي نصت على القول: (1 – اذا وقع غلط في محل العقد وكان مسمى ومشارا اليه فان اختلف الجنس تعلق بالمسمى وبطل لانعدامه، وان اتحد الجنس واختلف الوصف فان كان الوصف مرغوبا فيه تعلق العقد بالمشار اليه وينعقد لوجوده الا انه يكون موقوفا على اجازة العاقد. 2 – فاذا بيع هذا الفص على انه ياقوت فاذا هو زجاج بطل البيع، ولو بيع هذا الفص ليلا على انه ياقوت احمر فظهر اصفر او بيعت البقرة على انها حلوب فظهرت غير حلوب يكون البيع موقوفا على اجازة المشتري)). وتقابلها المادة 152 من القانون المدني الأردني، والمادة 147 من القانون المدني الكويتي.

⁶⁹ قرار محكمة التمييز المرقم 34/ حقوقية في 1963/4/11، قضاء محكمة التمييز، المجلد الأول، ص30.

⁷⁰ المادة (121) من القانون المدني المصري.

⁷¹ د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، مطبعة نديم، بغداد، بدون سنة، ص41. وينظر أيضا: د. عبد المنعم فرج الصدة، محاضرات في القانون المدني، معهد الدراسات العالية، القاهرة، 1958، ص169. وينظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في نظرية العقد، ج1، مصدر سابق، ص279.

⁷² ابن العابدین، ج3، مصدر سابق، ص133.

⁷³ عبد الحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج4، مطبعة مصطفى محمد، بدون مكان وسنة طبع، ص299.

⁷⁴ موفق الدين ابي محمد ابن قدامة، المغني، ج6، مصدر سابق، ص499.

⁷⁵ مالك بن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص203.

⁷⁶ البهوتي، كشاف القناع، مصدر سابق، ص401.

⁷⁷ عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مهذب الاحكام في مسائل الحلال والحرام، ط4، مطبعة ياران، بدون مكان طبع، ص1416 هـ، 1995 م، ص228.

- 78 موفق الدين أبي محمد ابن قدامه، المغني، ج5، مصدر سابق، ص453. الدسوقي، ج4، مصدر سابق، ص9. ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ، 1994م، ص219. علي بن الحسين الكركي (المحقق الثاني)، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج7، ط1، مؤسسة ال البيت لأحياء التراث، 1408 هـ، ص139.
- 79 الكاساني، مصدر سابق، ج4، ص223.
- 80 الكاساني، المصدر نفسه، ج5، ص238.
- 81 محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1990، ص221.
- 82 محمود سعد الدين الشريف، مصدر سابق، ص333.
- 83 وتقابلها المادة (1221) من القانون المدني الفرنسي المعدل بمرسوم 131 لسنة 2016 التي جاء فيها ((للدائن في الالتزام العقدي بعد ان يقوم بأخطار مدينه بالتنفيذ طلب التنفيذ العيني ما لم يكن هذا التنفيذ مستحيلا او كان ثمة تفاوت واضح بين تكلفة التنفيذ العيني بالنسبة للمدين وفائدته بالنسبة للدائن)).
- 84 ويرى جانب من الفقه بأن السبب في عدم الحاجة الى الاعذار لغرض التنفيذ العيني الجبري هو ((ان اول اثر من اثار الالتزام الوفاء به مختارا وبمحض إرادة المدين ولا يمكن اجباره الا استثناء، ومع هذا الاستثناء لا حاجة للأعذار)) ينظر: د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات نارس، المكتبة العامة في أربيل، أربيل، الطبعة الأولى، 2006، ص393. بينما هناك من يؤيد ضرورة اعذار المدين، فلا بد من اعذار المدين بان للدائن مصلحة في تنفيذ الالتزام دون الحاجة الى إعطاء مهلة وإعطاء المدين فرصة أخيرة للتنفيذ، فضلا عن ذلك ان الاعذار يعتبر دليلا على عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه مما يساعد الدائن على اثبات حقه، ينظر: مورييس نخلة، الوسيط في المسؤولية المدنية، ج1، ط1، دار المنشورات الحقوقية مطبعة صادر، بيروت، 1992، ص77.
- 85 د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط، ج2، مصدر سابق، ص749.
- 86 د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام، ج2، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976، ص340.
- 87 المادة (203) من القانون المدني المصري والمادة (1221) من القانون المدني الفرنسي.
- 88 د. عبد المجيد الحكيم واخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، ج2، المكتبة القانونية، بغداد، 2018، ص19.
- 89 حيث نصت المادة (1/420) من القانون المدني المصري على انه ((اذا كان البيع بالعينة وجب ان يكون المبيع مطابقا لها)). وتقابلها المادة (518) من القانون المدني العراقي التي اغفلت حق الدائن في اجبار مدينه على اصلاح العيب في التنفيذ والذي يتجلى بتسليم مبيع غير مطابق للنموذج المتفق عليه وهذا لا يعد مثلبة على النص القانوني اذ يرى الفقه لا يمكن انكار هذا الحق استنادا لحكم القواعد العامة. ينظر: د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، مصدر سابق، ص71.
- 90 وتقابلها المادة (1/157) من القانون المدني المصري، والمادة (1224) من القانون المدني الفرنسي المعدل.
- 91 جاء في احدى قرارات محكمة بداءة الاعظمية بأنه ((... وحيث انه اذا اخل احد الطرفين بالالتزامات التي يفرضها عليه عقد الايجار كان للطرف الاخر ان يطلب فسخ العقد مع التعويض ان كان له محل وذلك بعد اعذاره بتنفيذ التزامه، وحيث ان المدعي قد انذر المدعى عليه بتلافي الاخلال الحاصل في عقد الايجار حسب مستند الإنذار وحيث ان بنود عقد الايجار تشير الى عدم جواز استغلال النادي الطلابي لغير الأغراض المحددة في ذلك العقد ولتوافر شروط الفسخ المطلوبة قرر الحكم بفسخ عقد الايجار المبرم بين الطرفين)). قرار تلك المحكمة بالعدد 296/ب/2016 والصادر في 2016/3/1. قرار غير منشور. وهو القرار الذي ايدهته محكمة استئناف بغداد الرصافة الاتحادية بقرارها المرقم 2016/4/296 والصادر في 2016/4/24.
- 92 د. حسن علي الذنون، العقود المسماة، مصدر سابق، ص151.
- 93 حسام الدين كامل الاهواني، مصدر سابق، ص343. وينظر: جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية، (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص207.
- 94 Henri, Leon et Jean Mazeaud. Op. Cit, N0948, p778 et N0949, P779
- 95 عبد المجيد الحكيم واخرون، ج2، مصدر سابق، ص43.
- 96 حسن حنتوش الحسنواوي، التعويض في نطاق المسؤولية العقدية، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1990، ص52.
- 97 محمود سعد الدين الشريف، مصدر سابق، ص333.
- 98 الصادق عبد الرحمن الغرياني، الفقه المالكي، ج4، مؤسسة الريان، لبنان، 2006، ص280. وينظر: سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ ج5، ط2، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، بدون سنة، ص41.
- 99 الكاساني، ج7، مصدر سابق، ص384، الشيرازي، المهذب، ج4، مصدر سابق، ص124. الخرشي، ج8، مصدر سابق، ص172 ابن قدامة، المغني، ج6، المرجع السابق، ص(97، 98)، البهوتي، كشاف القناع، ج2، مصدر سابق، ص462. زيد الدين العاملي (الشهيد الثاني)، الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية، ج7، منشورات الاعلمي للمطبوعات، بيروت، لبنان، بدون سنة، ص159.

- 100 احمد فرج حسين، احكام الوصاية والاقواف في الشريعة الإسلامية ، دار الجامعة والنشر والتوزيع، مصر، 2005، ص234.
- 101 كان يقول الموصي رجعت في وصيتي او ابطلتها او فسخت وصيتي وغيرها من الالفاظ التي تدل دلالة صريحة على رجوع الموصي في وصيته. ويعد الرجوع الصريح بالقول مسألة متفق عليها لدى فقهاء الشريعة الإسلامية على خلاف الرجوع الضمني أي دلالة الأفعال التي يتحقق بها الرجوع لان تطبيقاً للقواعد العامة يعتبر التصريح سيد الالفاظ في دلالتها المعاني، ينظر: فريد فتیان، مصدر سابق ص131.
- 102 الشيخ محمد جعفر شمس الدين، الوصية واحكامها في الفقه الإسلامي(دراسة فقهية على المذاهب السبعة)، ط2، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1985، ص143.
- 103 د.حيدر حسين الشمري، الوجيز في احكام الوصية والمواريث في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2016، بدون دار ومكان نشر، ص103.
- 104 نقلا عن: الشيخ محمد جعفر شمس الدين، مصدر سابق، ص143.
- 105 د.علي شاکر البدری، مصدر سابق، ص156.
- 106 د.محمد أحمد مكين ، أحكام الوصايا في الفقه الاسلامي والقانون المدني(دراسة مقارنة)، ط1 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1996 ، ص140. والكاساني ، ج10، مصدر سابق، ص526. وينظر أيضا: مصطفى ابراهيم الزلمي ، الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي، ط10، شركة الخنساء للطباعة ، بغداد، دون ذكر سنة، ص83.
- 107 علاء الدين خروفة، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ج2، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1963، ص338. وينظر أيضا: محمد كمال الدين إمام ، الوصايا والاقواف في الشريعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002 ، ص88 وما بعدها.
- 108 د. مصطفى ابراهيم الزلمي، احكام الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي، المصدر السابق، ص56.
- 109 وتقبلها الفقرة الأولى من المادة (72) من قانون الأحوال الشخصية العراقي التي نصت ((1_ ولا يعتبر الرجوع الا بدليل يعدل قوة ما ثبت به الوصية...)).
- 110 Planiol et Ripert par Trasbot et Loussouarn, Op. Cit. N0711 p884.
- 111 mai1909, cod civil, Dalloz, 1984-85e ed, p583.
- 112 planiol et Ripert par Trasbot et Loussouarn, Op. Cit. p885
- وينظر في ذلك المادة (1142) من القانون المدني الفرنسي التي نصت ((تعد الوصية لاغية إذا هلكت أو فنيت العين الموصى بها كلياً إثناء حياة الموصي...)).
- 113 د. حامد عبده سعيد الفقي، احكام الغصب في الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص31.
- 114 ابن العابدین، ج5، مصدر سابق، ص51.
- 115 منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستنقع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، ج2، بدون سنة طبع، ص313. وينظر أيضا: منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الاقناع، مصدر سابق، ص174.
- 116 عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ط1، بدون سنة نشر، ص327.
- 117 ابراهيم بن موسى الغرناطي المالكي الشاطبي، الموافقات، ج2، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة وسنة نشر، ص17.
- 118 العلامة الحلبي، تذكرة الفقهاء، ج7، مصدر سابق، ص19. المحقق الحلبي، مصدر سابق، ص112. محمد بن جمال الدين مكي العاملي، اللعة دمشقية، مصدر سابق، ص23.
- 119 عمدت الشريعة الإسلامية من خلال النصوص القرآنية المشرفة على وجوب حفظ أموال الناس وعدم التعدي عليها بأي وجه من الوجوه من غصب واتلاف وضمن تلك الأموال اذا تلفت، ووجوب ردها او ضمانها اذا غصبت، فقد نصت الآية المباركة: ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا)). سورة النساء: اية 29. وكذلك فإن الاحاديث النبوية الشريفة حرمت التعرض على أموال الناس بدون وجه حق، فقد جاء في قول النبي (صلى الله عليه واله وسلم) (كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه)، ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج2، دار احياء التراث العربية، مصر ، مصر، 1953، ص1298، حديث 3933. والحديث النووي الشريف ((لا ياخذن احدكم متاع بصاحبه لا عبا ولا جادا...)). ينظر: احمد عبد الرحمن البنا الساعاتي، الفتح الرباني لترتيب مسند الامام احمد بن حنبل الشيباني، ج15، ط1، مصر، 1370هـ، ص140.
- 120 الكاساني، ج7، مصدر سابق، ص148. عبد الغني الغنيمي الحنفي، اللباب في شرح الكتاب ج2، المكتبة العلمية، بيروت، بدون طبعة وسنة طبع، ص191.
- 121 السوسقي، ج3، مصدر سابق، ص444. سليمان بن خلف بن سعد الباجي، ج5، مصدر سابق، ص277.
- 122 ابن مفلح الحنبلي، المبدع في شرح المقنع، مصدر سابق، ص22. النووي، المجموع شرح المهذب، ج14، مصدر سابق، ص415.
- 123 المحقق الحلبي، ج2، مصدر سابق، ص88.

- 124 علي بن الحسين الكركي (المحقق الثاني)، ج6، مصدر سابق، ص271. محمد بن مكي شمس الدين العاملي (الشهيد الأول)، الدروس الشرعية في فقه الإمامية، ج3، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، بدون سنة نشر، ص111 وما بعدها.
- 125 ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج3، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، بدون سنة، ص408.
- 126 موفق الدين ابي محمد ابن قدامه، ج5، مصدر سابق، ص394.
- 127 الشريبي، ج3، مصدر سابق، ص338.
- 128 نقلا عن: محمد ناصر الدين الالباني، ارواء الغليل في تخريج احاديث منار السبيل، ج5، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985، ص353.
- 129 عمر بن علي بن احمد سراج الدين الانصاري الشافعي، البدر المنير في تخريج الاحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، ج6، ط1، دار الهجرة للنشر والتوزيع، السعودية، 1425 هـ_2006م، ص693.
- 130 جمال الدين عبدالله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج احاديث الهداية، ط1، دار الحديث، بدون سنة نشر، ص399.
- 131 علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م، ص102. محمد حسين كاشف الغطاء، ج3، مصدر سابق، ص150.
- 132 ان المادة 194 من القانون المدني العراقي مستمدة من المادة 897 من مجلة الاحكام العدلية التي نصت ((اذا كان المغضوب فاكهة فتغيرت عند الغاصب كأن يبست فصاحبه بالخيار ان شاء استرد المغضوب عينا وان شاء ضمنه قيمته)).
- 133 محمد سليمان الأحمد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، ط1، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001، ص87.
- 134 د. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط5، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص319. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، ج2، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999، ص29.
- 135 محمد عبدالوهاب الزبيدي، مصدر سابق، ص139 وما بعدها.
- 136 المادة (171) من القانون المدني الفرنسي التي نصت ((1_ يعين القاضي طريقة التعويض تبعا للظروف ويصح ان يكون التعويض مقسطا كما يصح ان يكون ايرادا دوريا ، ويجوز في هاتين الحالتين الزام المدين بأن يقدم تأمينا 2_ ويقدر التعويض بالنقد على انه يجوز للقاضي ، وتبعا للظروف وبناء على طلب المضرور ان يأمر بأعادة الحالة الى ما كانت عليه ، او ان يحكم بأداء امر معين متصل بالعمل غير المشروع ، وذلك على سبيل التعويض))، يقابلها المادة 209 من القانون المدني العراقي، والمادة 171 من القانون المدني المصري.
- 137 قرار محكمة النقض المصرية رقم 352 الصادر في 16/12/1948، مذكور لدى محمد عبدالوهاب الزبيدي، مصدر سابق، ص140.
- 138 Henri, Leon et jean Mazeand. Op. cit. N0192 p218

المصادر.

أولا/ كتب اللغة.

1. ابو الحسين احمد بن زكريا ابن فارس، معجم مقاييس اللغة ، ج2، ط1، دار الجيل، بيروت، سنة1999، ص227. ثانيا/ كتب الفقه الإسلامي.
2. احمد بن محمد بن علي الفيومي، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ج1، ط1، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده، مصر، القاهرة، 2005.
3. سراج الدين بن نجيب، النهر الفائق، ج3، بدون طبعة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص470.
4. محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج الى معرفة معاني الفاظ المنهاج، بدون طبعة، دار الفكر، بيروت، 1569م.
5. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع عن متن الإقناع، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1614م.
6. احمد بن يحيى المرتضى، البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار، ج4، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001.
7. محمد تقي المدرسي، احكام المعاملات، ط3، مركز العصر للثقافة والنشر، بيروت، 1431 هـ_2010م .
8. جعفر بن الحسن أبو القاسم نجم الدين المحقق الحلبي، شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام، بدون طبعة، المجلد الأول، القسم الثاني، دار مكتبة الحياة، بيروت، 1978.
9. أبو اسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الامام الشافعي، ج3، ط1، دار القلم، دمشق، 1996.

10. شمس الدين ابي الفرج عبد الرحمن ابن ابي عمر ابن قدامه، الشرح الكبير على متن المقتنع، ج4، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة.
11. عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، المجلد الأول، بدون طبعة، دار القلم، بيروت، بدون سنة طبع.
12. ابي عبد الرحمن محمد بن عبد الواحد الحنبلي، صحاح الاحاديث، ج4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1971.
13. احمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج2، ط1، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1954.
14. عبد الستار أبو غده، الخيار واثره في العقود، مطبعة المقهوي، ج1، ط2، الكويت، 1985.
15. محمد بن حسين بن علي الحنفي، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج8، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1997.
16. شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج3، دار احياء الكتب العربية، القاهرة، دون سنة طبع.
17. أبو زكريا محي الدين يحيى بن شرف النووي، المجموع شرح المهذب، ج14، ط1، مكتبة الارشاد، جدة، السعودية، دون ذكر سنة نشر.
18. محمد بن الحسن الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج3، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، 1387هـ.
19. محمد حسين كاشف الغطاء، تحرير المجلة، ج3، ط1، مجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية، طهران، 1425هـ، 2004.
20. علي حيدر، درر الاحكام شرح مجلة الاحكام، ج2، منشورات مكتبة النهضة، بيروت وبغداد، بدون سنة طبع.
21. علاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد (الكاساني)، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج7، ط2، دار الكتاب العربي، بيروت، 1982.
22. لجنة برئاسة نظام الدين البلخي، الفتاوي الهندية، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421هـ_2000م.
23. كمال الدين بن محمد بن عبد المعروف بابن الهمام، فتح القدير، ج6، دار الفكر، بيروت، بدون طبعة وسنة طبع.
24. محسن الطبطبائي الحكيم، نهج الفقاهة، دار الفقه، قم المقدسة، 1421هـ.
25. ابو زكريا بن شرف النووي، مغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج، ج2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1985.
26. هاشم معروف الحسني، نظرية العقد في الفقه الجعفري، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1996.
27. شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج3، دار الفكر، بيروت، 1404هـ_1984م.
28. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج1، ط1، دار القلم، دمشق، بدون سنة طبع.
29. صالح عبد السميع الازهري، الثمر الداني في تقريب المعاني، مكتبة الثقافة الدينية، القاهرة، بدون سنة طبع.
30. فخر الملة والدين قاضي خان محمود الأوزجندي، الفتاوي الخانية، فتاوي قاضيخان، المطبوع مع الفتاوي الهندي، ج2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، بدون سنة.
31. عبد الحميد الشرواني واحمد بن قاسم العبادي، حواشي تحفة المحتاج بشرح المنهاج، ج4، مطبعة مصطفى محمد، بدون مكان وسنة طبع.
32. مالك بن انس الاصبحي، المدونة الكبرى، ج3، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
33. عبد الأعلى الموسوي السبزواري، مهذب الاحكام في مسائل الحلال والحرام، ط4، مطبعة ياران، بدون مكان طبع، 1416هـ، 1995م.
34. ابو الحسن علي بن محمد بن حبيب الماوردي البصري، الحاوي الكبير، ج9، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414هـ، 1994م.
35. علي بن الحسين الكركي (المحقق الثاني)، جامع المقاصد في شرح القواعد، ج7، ط1، مؤسسة ال البيت لأحياء التراث، 1408هـ.
36. الصادق عبد الرحمن الغرياني، الفقه المالكي، ج4، مؤسسة الريان، لبنان، 2006، ص280. وينظر: سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ ج5، ط2، دار الكتاب الاسلامي، القاهرة، بدون سنة.
37. زيد الدين العاملي (الشهيد الثاني)، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج7، منشورات الاعلامي للمطبوعات، بيروت، لبنان، بدون سنة.
38. احمد فرج حسين، احكام الوصاية والاقواف في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة والنشر والتوزيع، مصر، 2005.
39. الشيخ محمد جعفر شمس الدين، الوصية واحكامها في الفقه الإسلامي (دراسة فقهية على المذاهب السبعة)، ط2، دار التعارف للمطبوعات، بيروت، 1985.
40. حيدر حسين الشمري، الوجيز في احكام الوصية والمواريث في التشريع العراقي والفقه الإسلامي، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2016، بدون دار ومكان نشر.

41. د) محمد أحمد مكيين ، أحكام الوصايا في الفقه الاسلامي والقانون المدني(دراسة مقارنة)، ط1 ، دار النهضة العربية ، مصر ، 1996 .
42. مصطفى ابراهيم الزلمي ، الميراث والوصية وحق الانتقال في الفقه الإسلامي، ط10، شركة الخنساء للطباعة ، بغداد، دون ذكر سنة.
43. علاء الدين خروفة، شرح قانون الاحوال الشخصية ، ج2، مطبعة المعارف ، بغداد ، 1963 .
44. محمد كمال الدين إمام ، الوصايا والاقواف في الشريعة ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، 2002 .
45. حامد عبده سعيد الفقي، احكام الغصب في الفقه الإسلامي، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.
46. منصور بن يونس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستتقع، دار المؤيد، مؤسسة الرسالة، ج2، بدون سنة طبع.
47. عبد الرحمن بن ابي بكر السيوطي، الاشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، ج1، ط1، بدون سنة نشر.
48. إبراهيم بن موسى الغرناطي المالكي الشاطبي، الموافقات، ج2، دار المعرفة، بيروت، بدون طبعة وسنة نشر.
49. ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ج2، دار احياء التراث العربية، مصر ، مصر، 1953.
50. احمد عبد الرحمن البنا الساعاتي، الفتح الرباني لترتيب مسند الامام احمد بن حنبل الشيباني، ج15، ط1، مصر، 1370هـ.
51. عبد الغني الغنيمي الحنفي، اللباب في شرح الكتاب ج2، المكتبة العلمية، بيروت، بدون طبعة وسنة طبع.
52. محمد بن مكي شمس الدين العاملي (الشهيد الأول)، الدروس الشرعية في فقه الامامية، ج3، ط1، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، بدون سنة نشر.
53. ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، الخلاف، ج3، مؤسسة النشر الإسلامي، قم المقدسة، بدون سنة.
54. محمد ناصر الدين الاباني، ارواء الغليل في تخريج احاديث منار السبيل، ج5، ط2، المكتب الإسلامي، بيروت، 1985.
55. عمر بن علي بن احمد سراج الدين الانصاري الشافعي، البدر المنير في تخريج الاحاديث والاثار الواقعة في الشرح الكبير، ج6، ط1، دار الهجرة للنشر والتوزيع، السعودية، 1425هـ_2006م.
56. جمال الدين عبدالله بن يوسف الزيلعي، نصب الراية في تخريج احاديث الهداية، ط1، دار الحديث، بدون سنة نشر.
57. علي الخفيف، الضمان في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة، 2000م.
- ثالثا/ الكتب القانونية.**
1. ثروت عبد الحميد، ضمان مطابقة المبيع لوجهة الاستعمال، دار ام القرى للطبع والنشر، 1995.
2. حسام الدين كامل الاهواني، عقد البيع في القانون الكويتي ، دار ذات السلاسل، الكويت، 1989م.
3. غسق خليل ابراهيم، المسؤولية المدنية الناشئة عن الاخلال بعقد المعلوماتية الاطاري، ط1، المركز العربي، القاهرة، 2018، ص132.
4. حمدي احمد سعد، القيمة النقدية للمستندات الاعلانية، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2007.
5. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، العقود المسماة، شركة الرابطة للطباعة والنشر المحدودة، بغداد، 1954.
6. حسن علي الذنون، المبسوط في شرح القانون المدني، دار وائل للنشر، عمان، ج2، ط1، 2006.
7. اسعد دياب، ضمان عيوب المبيع الخفية، ط3، دار اقرأ، بيروت، 1983.
8. منذر الفضل، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني، مصادر الالتزام، ج1، ط1، بدون مكان نشر، 1991.
9. مصطفى محمد الجمال، د. عبد الحميد محمد الجمال، القانون والمعاملات، الدار الجامعية، بدون مكان وسنة نشر.
10. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد مع المقارنة والموازنة بين نظريات الفقه العربي وما يقابلها في الفقه الإسلامي والقانون المدني العراقي، انعقاد العقد، أركان العقد، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967.
11. رمضان ابو السعود ، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
12. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج4، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، بدون طبعة، سنة 1967.
13. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج1، (مصادر الالتزام)، مطبعة العاني، بغداد، 1955.
14. اليه د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، ج1، مطبعة نديم، بغداد، بدون سنة.
15. عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات في القانون المدني، معهد الدراسات العالية، القاهرة، 1958.

16. د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، منشورات نارس، المكتبة العامة في أربيل، أربيل، الطبعة الأولى، 2006.
17. مورييس نخلة، الوسيط في المسؤولية المدنية، ج1، ط1، دار المنشورات الحقوقية مطبعة صادر، بيروت، 1992.
18. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، احكام الالتزام، ج2، دار الحرية للطباعة، بغداد، 1976.
19. عبد المجيد الحكيم وآخرون، القانون المدني واحكام الالتزام، ج2، المكتبة القانونية، بغداد، 2018.
20. جميل الشرفاوي، شرح العقود المدنية، (البيع والمقايضة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
21. محمد سليمان الأحمّد، الفرق بين الحيابة والضمان في كسب الملكية، ط1، الدار العلمية الدولية و دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2001.
22. انور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني، ط5، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.
23. محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني الأردني، الحقوق العينية، ج2، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1999.
- رابعاً/ الرسائل والأطاريح الجامعية.
1. علي شاكّر البدري، التغيير الجبري لمالك العين واثره في التصرفات القانونية، أطروحة دكتوراة مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة كربلاء، 2013.
2. محمد عبد الوهاب محمد الزبيدي، تغيير الشيء واثره في التصرفات والوقائع القانونية، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون، جامعة بغداد، 2006.
- خامساً/ البحوث القانونية.
1. احمد إبراهيم، التزام التبرعات، مجلة القانون والاقتصاد، السنة الثالثة، العدد الأول، 1933.
2. مجيد العنكي، انشاء العقد في القانون الإنكليزي، بحث منشور في مجلة جامعة النهريين، المجلد3، العدد3، بغداد، 1999.
3. يزيد انيس نصير ، الارتباط بين الايجاب والقبول في القانون الاردني والمقارن ، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد3، السنة 27 ، 2003.
- سادساً/ القوانين.
1. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.
3. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
4. مجلة الاحكام العدلية 1877.
- سابعاً/ مصادر القرارات القضائية.
1. قضاء محكمة تمييز العراق ، تصدر عن المكتب الفني في محكمة تمييز العراق ، المجلد الاول ، القرارات الصادرة سنة 1966.
- ثامناً/ المصادر الأجنبية.
- 1_ Henri ,Leon et Jean Mazeaud : Droit Civil, t11<3e ed , Paris , 1968 , N 948 ,p778
- 2)Planiol et Ripert par Esmein: Traite Pratique de droit civil Francas, 2e ed, TVI, Obligations, premiere partie, Paris, 1952, N0 141, p162