المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)
ص:376-412

حقيقة القبض في العقود العينية بين الإنعقاد والتمام في القانون المدني العراقي

(دراسة تأصيلية مقارنة)

أ. د. هادي محمد عبدالله

قسم القانون، كلية القانون، جامعة السليمانية، السليمانية، العراق

dr.hadimuhammad@yahoo.com

الملخص

العقود العينية معروفة بأنها لا تنعقد ما لم يقبض الدائن المعقود عليه. لقد كان معروفاً منذ عهد القانون الروماني الذي كانت تتصف التصرفات القانونية فيه بشكلية صارمة تقوم على أوضاع و إشارات و ألفاظ تكون بمفردها كافية لإنشاء العقود و إن كانت الإرادة معيبة ، بل حتى معدومة. ثم تطور الأمر في سبيل إنقاذ بعض العقود من هذه الشكلية ويستعاض عنها بالقبض، وهذه العقود هي عقد القرض ، و الوديعة ، و العارية و الرهن الحيازي. و بذلك يكون إشتراط القبض بدلا، من الشكلية التقليدية ، لنشوء هذه العقود الأربعة ، هو نوع من التطور، ثم انتقلت بهذه الكيفية الى القانون الفرنسي القديم و الجديد الصادر عام 1804م فأضاف اليها عقد (هبة المنقول) و الذي جعلها جميعا من العقود العينية ثم وَرَثَ القانون المصري القديم قبل عام 1948 ما كان موجوداً عند القانون المدني الفرنسي حتى صدور القانون المدني المصري النافذ رقم 131 لسنة 1948 فلم يبقِ منها سوى عقد هبة المنقول في المادة (2/488) فعدَّته عقداً عينياً. أما القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 فقد نظم تلك العقود و استعار الفاظا من الفقه الإسلامي.وهذه الألفاظ (لا تتم الهبة.....الخ) ونحوها وجاء القضاء العراقي و مثله الفقه و فسروا هذا اللفظ بما هو موجود من جوهر في التشريع و الفقه الفرنسيين مع أن تلك الألفاظ قوالب لمعاني خاصة تدل على غير التي أعطيت لها في القضاء و الفقه العراقيين.فجاءت هذه الدراسة لبيان ذلك و إرجاع معاني الألفاظ الى حقيقتها و جعل الالفاظ دالّة على معانيها دلالة منطوق ومطابقة.

The Fact of Receiving in Real Contracts between Conclusion and Completion in the Iraqi Civil Law

Abstract

Real contracts are known to be not concluded unless the creditor receives what has been contracted upon. It was known since the time of the Roman law, in which the legal behaviors were characterized by strict formality based on conditions, signs and terms which were separately sufficient enough to form contracts even so the will was impaired or even nonexistent. It evolved to save some contracts from this formality and replace them with receiving. These contracts are loan contract, deposit, bare and possessory pledge. Accordingly, the requirement of receiving instead of traditional formality for the formation of these four types of contracts is a kind of evolution. It was then transferred to the old and new French law issued in 1804 which added the movable (Deed of Gift) or donation contract and put them all in the real contracts. Then the old Egyptian law prior to 1948 inherited what was present in the French Civil Law until the issuance of the Egyptian Civil law No. 131 of 1948 , therefore, only the movable deed of gift remained in the

Article (488/2) which regarded it as a real contract. As for the Iraqi Civil Law No. 40 of 1951, it has regulated these contracts and borrowed some terms and statements form Islamic jurisprudence such as (Donation is not concluded ..... etc.) and the Iraqi judiciary as well as jurisprudence came and interpreted these terms and statements by what were available from the essence of French legislation and jurisprudence albeit these terms were templates of special meanings indicative to other things apart from what were originally assigned to in the Iraqi judiciary and jurisprudence. Hence this study came to illustrate this reality and returning the terms to their original true meanings and to make the terms indicative to their meanings both in term of operative and conformity aspects.

پوختە

گرێبەستە عەینییەکان – راستەقینەکان بەوە ناسراون کە ناگەنە ئەنجام ئەگەر لایەنی خاوەن داواکاریی – قەرزدەر ئەو بابەتە وەرنەگرێت کە گرێبەستەکەی لەسەر کراوە .ئەم گرێبەستە ناسراوە لەسەر دەمی یاسای رۆمانییەوە کە تیایدا خەسڵەتی هەڵسوکەوتە یاساییەکان بریتی بوو لە رووکەشگەراییەکی تووندو سەختگیر لەسەر بنەمای هەلومەرج و ئاماژەکان و دەستەواژەکان کە هەر یەکێکیان بە جیا بۆ ئەوە دەبوو کە گرێبەستیان لەسەر بێتە بوون تەنانەت ئەگەر ویستیش ناتەواو بێت یان هەر نەشبێت. ئەم گرێبەستە بەرەو پێشەوە چوو بۆ دەربازکردنی هەندێك لە گرێبەستەکان لەم رووکەشگەراییەو جێگرتنەوەیان بە وەرگرتن – قبج. ئەم گرێبەشتانەش بریتیین لە گرێبەستەکانی قەرز پێدان،سپاردە کردن،گرێبەستی ڕووت و بارمتەی خاوەندارێتییکردن. لەم سۆنگەیەوە، داویستی وەرگرتن لە بری ڕووکەشگەرایی نەریتخواز بۆ هێنانەبوونی ئەم چوار جۆرە لە گرێبەست بە جۆرێك لە بەرەوپێشچوون دادەنرێت. پاشان ئەم گرێبەستە گواسرایەوە بۆ قانونی کۆن و نوێی فەرەنسیی کە لە ساڵی 1804 دەرکرا کە ئەویش (گرێبگرێبەستی بەخشین – عقد الهبه)ی گواستراوەی بۆ زیاد کردو هەموویانی پێکەوە خستە نێو گرێبەستە راستەقیینەکان. لەوەودوا یاسای کۆنی میسریی پێش ساڵی 1948 ئەوانەی بۆ مایەوە کە پێشتر هەبوون لە یاسای مەدەنیی فەرەنسییدا تا ئەو کاتەی یاسای مەدەنیی میسریی ژمارە 131 بۆ ساڵی 1948 دەرچوونیدرا لەبەر ئەوە گرێبەستی بەخشین-عقد الهبەی گواستراوە مایەوە لە ماددەی (2/488) کە ئەو گرێبەستەی بە گری بەستی راستەقیینە ئەژمار کرد. هەرچی یاسای مەدەنیی عێراقییە ژمارە 40 بۆ ساڵی 1951، ئەوا ئەو یاسایە ئەم گرێبەستانەی ڕێکخستووە و هەندێك زاراوە و دەستەواژەی لە فیقهی ئیسلامییەوە خواستووە لەوانە (بەخشین بە ئەنجام ناگات تاوەکو ....هتد) و دادەوەری و فیقهی عێراقی پەیدابوون و ئەم دەستەواژە و زاراوانەیان لێکدایەوە بەو بنەما و بنچینانەی لە بەردەست بوون لە یاسا و فیقهی فەرەنسییدا ئەگەرچی ئەم زاراوانە خۆیان کلێشەی واتایی تاییەت بوون کە ئاماژە بوون لەسەر هەندێك بابەتی تر بەدوور لەوەی کە لە بنەڕەتدا بۆیان هاتوونەتە بوون لە دادوەریی و فیقهی عێراقییدا. لەمەوە ئەم تۆێژینەوەیە هاتووە بۆ نیشاندانی ئەم واقعە و گەڕاندنەوەی ئەم زاراوانە بۆ واتا راستە بنەڕەتییەکانیان و ئەم زاراوانە ببنەوە بە ئاماژەدەر لەسەر واتاکانیان، لەسەر هەردوو ئاستی گوتەیی – منطوق و هاوتایی – مطابقة.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المقدمة

أولاً – مدخل الى الموضوع:

يتبين للمستقرىء بأن التحقيق في أقسام العقود قد إنتهى الى أنها تتنوع الى أقسام مختلفة ، و تتعدد الى ضروب متنوعة، بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها ، و هي من حيث التكوين تنحصر في عقود رضائية، و عقود شكلية، و عقود عينية. أما الرضائية، فيكفي لإنعقادها، و ترتب آثارها، تراضي المتعاقدين، و توافق إرادتيها، و هذه العقود حازت قدم السبق في التقنيات المدنية العربية و الغربية. و أما الشكلية ، فهي التي لا يكفي لانعقادها مجرد ما يجب أن يتوفر في العقود الرضائية فحسب بل يجب أن تتوفر الشكلية التي يقرها القانون (أو الاتفاق) كالتصرفات العقاريةو الحقوق العينية العقارية التي لا تنعقد مالم تسجل في دائرة التسجيل العقاري عملاً بحكم الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم (43) لسنة 1971 و نحو ذلك. وأما الفئة الثالثة و التي توصف بأنها عقوداً عينية فهي التي تستلزم، كي تنعقد بصورة عامة، إقباض المدين لمحل العقد و قبض الدائن له، كالقرض، و الوديعة، و العارية، و هبة المنقول، والرهن الحيازي.

و القبض في هذه العقود يتحقق بحيازة المعقود عليه، بحسب ما جرى عليه العرف ، في تحديد ماهية الحيازة، و كيفيتها، و بحسب إختلاف الأشياء محل القبض ما اذا كان عقاراً، أو منقولاً. وما يجدد ذكره أن الأصل في العقود انها رضائية، أما اذا أراد المشرع أن يضيف ركناً أو شرطاً شكلياً الى إنعقادها فيجب أن يورد نصاً لتحقيقه، و الذي يُعدُّ إستثناءً على الأصل المتقدم ذكره، و من ثمَّ ، اذا وجد هذا النص فيجب أن يؤخذ به في نطاقه ، و ان لا يوسع العمل به ، و يؤخذ بالتفسير الضيق بشأنه، و لا يقاس عليه ، لأن ما ثبت على خلاف القياس ففيره لا يقاس عليه كما وردت في المادة الثالثة من القانون المدني العراقي النافذ.

ثانياً- مشكلة الدراسة :

إنتهجت التقنيات العربية و الغربية الرضائية كأصل في العقود، و استثنت منها عقوداً شكلية و أخرى عينية، وهو إتجاه التقنين المدني العراقي أيضاً رقم (40) لسنة 1951 و الذي عرف العقد في المادة (73) منه بأنه (إرتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)إعتبر الرضا أصلاً ولم يشترط أمراً زائداً على تراضي الطرفين كي يثبت أثره في المعقود عليه، و كذلك أثره على العاقدين أو أحدهما بدلالة الاشارة.

و على الرغم من ذلك فان المشرع العراقي أخذ بالعقود العينية أيضاً، و الشائع تشريعاً، و قضاءاً، وفقها، أن هذه العقود تفتقر الى القبض باعتباره ركناً لإنعقادها ، منها:

عقد هبة المنقول التي تعرفه الفقرة الأولى من المادة (603) من قانوننا المدني بأنه (لا تتم الهبة في المنقول إلاَّ بالقبض...).

و في عقد القرض تقول الفقرة الأولى من المادة (686) بانه (يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض...).

و في عقد الإعارة تقول المادة (847) بأن (الإعارة عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً .... ، و لا تتم الاعارة إلاَّ بالقبض).

أما في الوديعة فبينته المادة (951) بأن (الايداع عقد به يحيل المالك .... ، ولا يتم إلاَّ بالقبض).

و أما الرهن الحيازي فقد عرفته الفقرة الأولى من المادة (1322) بأنه (يشترط لتمام الرهن الحيازي و لزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون).

فيلاحظ أن المشرع قد استعمل لفظ (لا تتم الهبة ... الخ) و (يملك المستفرض العين المقترضة بالقبض...) . و (لا تتم الاعارة الاَّ بالقبض) و حينما عرف الوديعة قال انها (لا تتم الاَّ بالقبض) و أخيراً و ليس آخراً، جاء دور الرهن الحيازي فقال (و يشترط لتمام الرهن الحيازي و لزومة أن يقبض المرتهن ...) . و أن القضاء و الفقه ، كما سنرى لاحقاً، أنهما إتجها الى تفسير لفظ بان (لاتتم) بما يفيد (لا تنعقد) ، تأثراً بما كان

سائداً و لا زال في القانون الفرنسي و القانون المصري المشرَّع قبل عام 1948، و لكن بالرجوع الى المصدر التاريخي، و المادي، لتلك النصوص، بل للقانون المدني العراقي ككل، نرى خلافاً عميقاً بين (الإتمام) و (الإنعقاد) ، و أن لكل منهما دلالة تختلف عن الاخرى ، و يترتب على كل منهما آثارٌ غير التي تترتب على الأخرى، بما يغير معنى النصوص ، و ما يترتب على ذلك من تغيير الحكم السائد، قضاءً وفقها، بشأنها، فكان ضرورياً ان تؤخذ هذه المسألة مشكلةً لهذه الدراسة، لجلاء الحقيقة فيها، و ازالة الغموض الذي يكتنفها.

ثالثاً - أهمية الموضوع : تكمن هذه الأهمية في :

أ - أن اتجاه التقنيات المدنية العربية و الغربية تتجه الى التجرد من الشكليات التي تقيِّد سلطان إرادة المتعاقدين ، منها العقود العينة ، و إذا كان الأمر كذلك فان بقاء ركن العينية في العقود الخمسة المذكورة يفيد أن التقنين المدني العراقي قد تأخر عن ركب تطور التقنيات المدنية الأخرى ، فجاءت هذه الدراسة لاظهار الحق في هذا الأمر.

ب - ان الفقه والقضاء ،العراقيين ، يفسران لفظ (لا تتم) و (لا تلزم) بمعنى (لا تنعقد) ، مع ان لفظ (التمام) و (الالزام) و (شرط الصحة) هو ليس ركن للإنعقاد أو شرطه ، فجاءت هذه الدراسة لبيان ذلك ، و الوصول الى حقيقة الالفاظ الدالة عليها.

ج - اذا كان القبض يعد ركناً، أو شرط تمام، أو شرط لزوم، أو شرط صحة، فان أهمية ذلك تتجلى في ما اذا كان القانون المدني العراقي قد أخذ بالعقود العينية بالتصوير الشائع لها ، أم أنه قد تخطاها الى تصوير متطور غير الذي شاع منذ عام 1953 و هو تأريخ نفاذه.

د - لم نرَ دراسة تأخذ هذه الألفاظ بالبحث و التحقيق سوى أسطر في بعض مؤلفات أساتذتنا الأجلاء الأفاضل ، لذا جاءت هذه الدراسة سداً لهذا النقص .

ه - لتيسير مهمة الباحثين و طلاب الدراسات العليا في القانون و حثهم على دقة إستعمال الألفاظ و وضوح دلالاتها على معانيها عند الاستعمال.

رابعاً- نطاق الدراسة:

غاية هذه الدراسة ، ليس طرح أحكام العقود العينية، و مدى مشروعية القبض في تلك العقود، و سرد أدلة تلك المشروعية عند الفقه الاسلامي، و في القانون، و إنما الغاية منها تكمن في بيان دلالة الألفاظ التي أحتوتها النصوص الخاصة بالعقود المسماة بالعينية تشريعاً في التقنيين المدني العراقي، و جذور الدلالات التي شاعت لدى القضاء و الفقه العراقيين، بخلاف ما تدل عليها ، في حقيقتها ، تلك الألفاظ في جذورها التأريخية و المادية، التي أُستُقِيَت منها وحقيقة كل ذلك هي إنصاف الألفاظ و دلالاتها، على حقيقة معانيها التي وضعت لها تشريعاً وفقها،

خامساً - منهج الدراسة :

تقتضي مشكلة الدراسة أن ننتهج المنهج التأصيلي لسبرغور جذور ألفاظ النصوص القانونية من التقنين المدني العراقي،و مصدر وفودها الى القانون المدني، و البحث الموضوعي المنصف يقتضى، و يلزمنا، أن نمزج المنهج المقارن بالتأصيلي بين التقنين المدني العراقي من جهة، و التقنين الفرنسي و الألماني والمصري ،وغيرها من التقنينات الغربية والعربية من جهة أخرى، بما يجلي النور عن حقيقة مشكلة الدراسة و يزيل الغموض عن تلك النصوص، وتفسيرها ، و صحة دلالاتها ، و إذا أكثرنا من التطرق الى التقنينات الغربية و العربية فليس الهدف من ذلك هو الفضول في العلم، و إنما بهدف التحقيق في كيفية جريان جذوراللفظ و دلالته على معنىً معيناً و سريانها الى النصوص العراقية، في الاقل ، عند تفسيرها قضاءً و فقهاً، بصورة قد لا تتحملها دلالات تلك الألفاظ التي وردت في النصوص التي تؤكد على عينية معينة و هي (القبض) للمعقود عليه، و هذه العينية لو أرجعناها الى جذورها التأريخية و المادية، لأفادة تفسيراً غير التفسير أو التأويل الذي ذهب اليه القضاء و الفقه العراقيين.

سادساً- هيكلية الدراسة :

إقتضت مشكلة هذه الدراسة ان نُهَيْكل الدراسة الى مبحثين :

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المبحث الأول - مصدر وفود العينية الى التقنين المدني العراقي .

المطلب الأول - جذور العينية في العقد العيني و دلالتها في التقنين المدني العراقي و المقارن.

المطلب الثاني - دلالة التمام و الإنعقاد لدى الفقه القانوني العراقي.

المبحث الثاني - دلالة عينية العقود لدى الفقه الاسلامي.

المطلب الأول – العينية عنصر في العقد العيني .

المطلب الثاني - العينية شرط في العقد العيني.

الخاتمة

المبحث الأول

مصدر وفود العينية الى التقنين المدني العراقي

و فيه مطلبان هما :

المطلب الأول- جذور العينية في العقد العيني و دلالتها في التقنين المدني العراقي و المقارن

المطلب الثاني - دلالة التمام و الانعقاد لدى الفقه القانوني العراقي

المطلب الأول

جذور العينية في العقد العيني و دلالتها في التقنين المدني العراقي و المقارن

التقنينات المدنية العربية، و كذلك التقنين الفرنسي، تكاد تتفق على إعتبار القبض ركناً في العقود العينية، يتعن توفره لإنعقادها، و ترتب آثارها ، و إلاَّ عُدَّت باطلة بطلاناً مطلقاً، أو باطلاً فحسب[1] ، في الوقت الذي يصَّح أن يقال أن أغلب تلك التقنينات ، إن لم يكن جميعها، قد تبنت الرضائية في العقود[2]، و هجرت الشكلية الرومانية القديمة ، و ساد فيها مبدأ سلطان الارادة في التصرفات القانونية كافة إلاَّ ما أستثني

(1)- بحسب ما اذا كان القانون المدني يأخذ بالتقسيم الثنائي للبطلان، كالقانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المواد(119 ، 122، 125، 138) ، و الليبي لسنة 1954 في المواد (138) وما بعدها. و القطري لعام 2004 في المواد (158 -168) ، و الجزائري رقم (102) لعام 1975 المعدل ، المواد (75 - 58). أو كان يأخذ بالتقسيم الأحادي للبطلان كالقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، في المادة (137)، و القانون المدني اليمني رقم (14) لسنة 2002 في المواد (196 - 205) و قانون المعاملات الإماراتي رقم (5) لسنة 1985 في المواد (210 - 211) . على أن يلاحظ أننا قد نختصر مصطلح القانون المدني بأحرف (ق،م) من الآن فصاعداً.

(2)- تنظر في المادة (1108) ق.م.فرنسي لسنة 1804، المادة (241) ق.م. الألماني لعام 1896 ، و المادة (73) ق.م. عراقي. و المواد (92 - 93) ق.م سوري لعام 1949. و المواد (89 - 91) ق.م. مصري رقم (131) لسنة 1948 . و المواد (89 - 91) ق.م. الليبي لعام 1954، و المادة (166) ق.م. البناني لعام 1932. و المواد (19 - 22) ق.م. المغربي لعام 1913 المعدل، و المواد (23 - 24) ق.م. التونسي لعام 1960 المعدل. و المادة (59) ق.م. الجزائري لعام (58 - 75) المعدل لسنة 1975. و المادة (64) ق.م القطري رقم 22 لسنة 2004. والمادة (90) ق.م. أردني رقم 14 لسنة 1976 ، و المادة (32 - 33) ق.م. الكويتي رقم 67 لسنة 1980 و المادة (130) ق.م إماراتي رقم (5) لسنة 1985.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

بنص خاص فيكون عقداً شكلياً أو عينياً، و حسب مقتضى الحال[3]. غير أن الأمر لم يكن على هذا النحو في القانون الروماني فالطابع الشكلي الذي يستغرق جميع أنظمته، بأوضاع معينة من حركات، و إشارات و ألفاظ ترتد في أصولها البعيدة الى اعتبارات دينية، و كان العقد ينشأ من تمام الشكل لا من تمام الاتفاق الذي يصحبه أو يسبقه، و قد عبرت مدونة جُستنيان عن هذه القاعدة بقولها ((لا ينشأ عن الاتفاق المجرد أي دعوى))[4].

و على الرغم من ذلك ، فانه يقال ، أيضاً، أن تلك التقنينات ، ما زال فيها ، من الشكلية الرومانية الملطَّفة، كما في العقود العينية، و التصرفات القانونية الشكلية[5]. مع ذلك ، ينبغي الإنصاف في القول و عدم القفز على التطور التشريعي و الفكري لتلك العقود، فان الشكلية الموجودة في وقتنا الحاضر هي غير تلك الشكلية الرومانية حتى في عصور تطورها[6]، من حيث الماهية، و المفهوم، فوظفية الشكلية في وقتنا الحاضر هي وظيفة مقيدة

النطاق تهدف الى تحقيق.مصلحة عامة بحسب السياسة التشريعية للمشرع.

و على العموم،فان العقود في التقنينات المدنية، من حيث التكوين تنقسم الى ضروب ثلاثة ، تسمى ما بين العقود الرضائية، و العقود الشكلية والعقود العينية. فالعقود الرضائية (Implied Contract) هي التي يكفي لانعقادها مجرد اقتران القبول بالايجاب ، و تطابقها و لا تتوقف على استيفاء شكل معين، فالارادة السليمة تكفي لتكوينها. أما العقود الشكلية (Formal Contract) فهي التي ما لايكفي لتكوينها تطابق رضا الطرفين فحسب بل لابد من أن تستوفى الشكلية المنصوص عليها في القانون. كالتصرفات التي ترد على العقارات و نحوها . و أما العقود العينية (Real Contract) [7]، فهي التي يجب أن تتحقق فيها قبض محل العقد لانعقادها، و إلاّ لا تنعقد، و إن توفر الرضا فيها[8].
و هذه الطائفة من العقود تنعقد بوجود أمرين : الارادة، ثم قبض المعقود عليه من الدائن بالقبض. و يلاحظ أن بعض الفقه القانوني يذ هب[9]، بحق، الى أن العينية إن هي إلاّ صورة من صور الشكلية فرضها القانون (أو الاتفاق)، لنشوء العقد العيني، و بذلك فان العقود عندهم، أو في الاقل عند أغلبهم، إما أن تكون رضائية، أو شكلية، و بذلك تلتقى العقود العينية معها، بل هما واحد، و ان كان تسميتها مختلفة، فلا ضير في

---

(3)- د. سلمان مرقس.الوافي في شرح القانون المدني.ج1 في المدخل للعلوم القانونية.ط6. دار الكتب القانونية شتات مصر. و المنشورات الحقوقية ، صادر ببيروت، لبنان. 1980 ، ص615.

4 – د. عكاشة محمد عبدالعال و د. طارق المجذوب. تأريخ النظم القانونية و الاجتماعية. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان ، 2004، ص511.

(5) – استاذينا: محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ. القانون الروماني – الأموال و الالتزام- جامعة بغداد. 1980، ص50 ، و ما بعده- كذلك: د. شفيق الجراح. دراسة في تطور الحقوق الرومانية. مطبعة رياض. دمشق. 1979- 1980، ص182.

(6) -لقد كانت طرق اكتساب الملكية عند الرومان تتحقق بصور عدة هي (الاستيلاء ، و التفريغ، و التبعة و الالتصاق، و اكتساب الثمار و الحاصلات)، و ثمة طريق آخر هو الطريق الاختياري لنقل الملكية و هو (التسليم) فحسب العاقدين ان يسلم المدين المعقود عليه الى الدائن رضائياً و يتم نقل الملكية و قد أصبحت هذه الطريقة هي الطريقة الاختيارية الوحيدة في عهد (جُستنيان) لنقل الملكية. (استاذينا. محمد طه البشير و د. هاشم الحافظ. مصدر سابق. ص172 و 175).

(7) – و يسمى بالفرنسة (Contrat Reel) و عند الرومان (Contrat res) .

(8)- د. عبدالرزاق أحمد السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، نظرية الالتزام بوجه عام ، ط1، دار النشر للجامعات المصرية القاهرة، 1952، ص149 و 150.

(9) – د. محمد كامل مرسي. شرح القانون المدني. ج1. الالتزامات. تنقيح المستشار محمد علي سكيكر و المستشار معتز كامل مرسي. منشاة المعارف. الاسكندرية. 2005. ص32 و ما بعدها. د. توفيق حسن فرج. المدخل للعلوم القانونية. ط3. الدار الجامعية. بيروت. 1988. بند 46 – 49. ص872 – 873. و د. محمد وحيد الدين سوار. الشكل في الفقه الاسلامي. ط2. مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع. عمان. أردن . 1998، ص19 و ص87 و ما بعدها.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

التسمية مادام الجوهر واحد، و هو القيام بعمل لانعقاد العقد، و بذلك تكون حقيقتهما واحدة، و آثارهما واحدة، و هو بطلان العقد إن لم تتحقق الشكلية.

و على ذلك، فان الشكل في العقد له مفهومان:

الأول – المفهوم الضيق:[10] و يتحقق في الاجراء الكتابي، أو التسجيل في سجلات دائرة معينة، كما في التصرفات و الحقوق العقارية، و التصرفات الواردة على المركبات فانها لا تنعقد ما لم تسجل في دائرة التسجيل العقاري بالنسبة للاولى[11]، و في دائرة المرور المختصة بالنسبة للثانية[12]، و بيع المكائن فانها لا تنعقد مالم يتم ابرامها أمام الكاتب العدل[13].

الثاني– المفهوم الواسع: فيكون الشكل في كيان العقد يحتوي على ما يحتويه المفهوم الضيق، مضافاً اليه العينية في العقود، كهبة المنقول، و العارية، و القرض، و الوديعة ، و الرهن الحيازي[14]. و هذه العقود هي التي تصنف من العقود المسماة ، أيضاً، إلاَّ أنها تختلف عن اخواتها بأنها تفتقر الى العينية بالاضافة الى التراضي، و قبض المعقود عليه، و تحقق السبب. و بذلك تكون العينية، ركن رابع يتعين وجوده لإنعقادها، و إلاَّ كان العقد باطلاً[15].

و أياً ما كانت الشكلية، فان المشرع العراقي عالج العقود العينية في تطبيقات متناثرة في القانون المدني، بعضها في نطاق العقود المسماة[16]، و بعضها الآخر في التأمينات العينة كالرهن الحيازي.

ففي هبة المنقول فان المادة (603) تنص على أن (1- لا تتم الهبة في المنقول إلا بالقبض ...الخ) .

أما عقد القرض فقد نصت المادة (686) على أن (1- يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض ...الخ)

و في العارية فقد نصت المادة (847) على أن (الاعارة عقد به يسلم شخص لآخر شيئاً .... و لا تتم الاعارة إلا بالقبض).

و في الايداع فقد عرفته المادة (951) على أن (الايداع عقد به يحيل المالك أو من ..... ولا يتم إلا بالقبض).

و أخيراً بالنسبة الرهن الحيازي فقررت المادة (1322) على أنه (1- يشترط لتمام الرهن الحيازي و لزومه أن يقبض المرتهن المرهون).

و بالتحقيق في الالفاظ التي وردت في نصوص العقود الأربعة المذكورة نجد أن المشرع يؤكد أن العقد (لا يتم الا بالقبض) و في عقد الرهن الحيازي انه اشترط القبض كي يتم و يلزم، و هذه الألفاظ وفدت الى قانوننا المدني من الفقه الاسلامي و بالتالي هي قوالب تتضمن معاني محددة فقهاً[17]،و لتحديد دلالاتها يتعين الرجوع الى مصادرها التأريخية و المادية كي نظفر بالمقصود من لفظ (لا يتم) و ما اذا كان يفيد (لا ينعقد) ؟.

([10])- تراجع الشكلية بمفهومها الضيق أيضاً المادة (90 – 91 و 508 و 2/1126 من القانون المدني العراقي القائم.

([11]) – تراجع: الفقرة الثانية من المادة (3) من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم 43 لسنة 1971.

([12]) – تراجع: الفقرة السابعة من المادة الخامسة من قانون المرور رقم 86 لسنة 2004.

([13]) – تراجع: المادة (2/30) من قانون الكتاب العدول و تعديلاته رقم 33 لسنة 1998.

([14]) – تراجع: المادة (603) بالنسبة لعقد هبة المنقول ، و المادة (686) بالنسبة لعقد القرض، و المادة (847) بالنسبة لعقد الاعارة، و المادة (951) بالنسبة لعقد الوديعة.

([15]) – تراجع: الفقرة الثالثة من المادة 137 القانون المدني العراقي النافذ.

([16]) – و هي العقود الاربعة : هبة المنقول، و القرض، و الاعارة، و الوديعة.

([17]) – لقد حكمت الشريعة الاسلامية بلاد الاسلام منها العراق لاكثر من ألف عام ، و لم يقنن الفقه الاسلامي فيها حتى صدور مجلة الاحكام العدلية عام 1876م التي استقت نصوصها و احكامها من الفقه الاسلامي، ولاسيما الفقه الحنفي، و كانت تتكون من (1851) مادة رتبت وفق الترتيب المعهود في القوانين الحديثة، و صنفت مواضيعها في ستة عشر كتاباً، و كل كتاب مقسم الى أبواب، ثم الى فصول تناولت أبواب الفقه

و على الرغم من ذلك فان جهود الفقه العراقي، و مَنْ تصدى لشرح القانون المدني العراقي من الفقه العربي ذهب الى ان المعنى المقصود منه هو (لا ينعقد) و بالتالي جعل تلك العقود الخمسة عقوداً عينية محضة.

و على العموم، حتى تتجلى الحقيقة في تلك المسألة من الإنصاف أن نرجع القهقري في تأريخ القانون لبعض التقنيات التي كانت سبباً في إعطاء معاني لتلك النصوص قد تكون غير التي قصدها المشرع منها.

من المعلوم أن الطابع المميز للقانون الروماني كان الطابع الشكلي التي تحيط بجميع أنظمته و باوضاع مختلفة من حركات، و اشارات، و ألفاظ ترتد في أصولهاالى اعتبارات دينية، و بالتالي كان ينشأ العقد من تمام الشكل لا من تمام الارادة التي تصحبه أو تسبقه، و قد تكون الارادة معيبة أو معدومة و مع ذلك ينشأ العقد مادام قد استوفى الشكل[□□]. فالعقود بدأت في شكلية صارمة، لم تكن لرضا الطرفين وجود، ثم تطورت و لُطفت الشكلية و جُعِل الى جانبها عقوداً معينة تسعى الى أن تكون رضائية و لكنها ليست برضائية تامة و انما الرضا مع شكل مخفف، و ذلك بان المعقود عليه فيها يتعين على المدين إقباض الدائن به عند العقد و هذه العقود هي (العارية، و الوديعة، و القرض، و رهن الحيازة) فجُعلت عقوداً عينية، و انقاذها من منظومة العقود الشكلية الصارمة[□□]، و بذلك جعلت للارادة في هذه العقود دورها فيها، و بذلك تعدُ العينية نوع ظاهر من التطور في العقلية القانونية، و الصنعة الفقهية في حينه، و هذا التطور في صياغة الفكرة القانونية يحسب للقانون الروماني ، و ليس عليه[□□]. و ما يجدر ذكره أن أول تطور في هذا الشأن كان في ظهور الكتابة[□□]، و لعل الخطوة التالية له هي ظهور فكرة العقود العينية التي تنعقد لا بشكلية صارمة معهودة كما في القديم، و انما بشكلية بسيطة تكون في قبض العين محل العقد دون حاجة الى اجراء آخر، و حتى عند مَنْ لا يعدُ العينية نوعاً من الشكل[□□]،فانها تأتي وسط بين العقد الشكلي ، و العقد الرضائي، فتكون فيها للارادة دور الى جانب شكلية القبض.

و بهذه الكيفية ورِث القانون المدني الفرنسي القديم نظامهم ، فسار على منهج القانون الروماني فجعل الى جانب (عقد هبة المنقول) عقوداً عينية أربعة و هي التي كانت تُعدَّ عينية في القانون الروماني، ثم إنتقلت هذه العقود الخمسة الى القانون الفرنسي الذي صدر عام (1804) فأصبحت عقوداً عينية و بذلك لم يسلّم القانون الفرنسي (و الذي يسمى بقانون نابليون أيضاً)، بالارادة وحدها لانشائها و انما يجب تسليم واستلام المعقود عليه[□□]. ولذلك ليس الأمر ملفتاً للنظر أن نجد العقود الخمسة المذكورة عينية في التقنين الفرنسي[□□].

الاسلامي في المعاملات المالية كلها، و بقيت قائمة في نفاذها حتى صدور القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 الذي احتوى على (1381) مادة فكانت المجلة، و الفقه الاسلامي، مصدراً تاريخياً و مادياً، لقانوننا، و لا نبالغ اذا قلنا ان اكثر من (85٪) من القانون المدني هو مستقى من الفقه الاسلامي.

([18])- د. عكاشة محمد عبدالعال و د.طارق المجذوب. مصدر سابق، ص511.

([19])- د. السنهوري. مصدر سابق. بند 48، ص152.

([20]) - استاذينا د. محمد طه البشير. و د. هاشم الحافظ. مصدر سابق. ص144 و ما بعدها: د. محمد علي البدوي الازهري. النظرية العامة للالتزام . ج1. مصادر الالتزام. ط4. المركز القومي للبحوث و الدراسات. طرابلس. ليبيا. 2003، ص39.

([21]) - حيث كان يكفي لانشاء الالتزام كتابة الدين في سجل بعد موافقة المدين و في بعض أصول خاصة (د. عكاشة محمد عبدالعال و د. طارق المجذوب . مصدر سابق، ص513).

([22]) - استاذنا د. مصطفى ابراهيم الزلمي. الالتزامات في ضوء المنطق و الفلسفة. ط1. مطبعة شهاب. اربيل. العراق. 2010، ص192.

([23]) - ينظر: جاك غوستان . بالتعاون مع كريستوف جامان و مارك بيو. المطول في القانون المدني. القسم الاول في تكوين العقد. ط1. ترجمة منصور القاضي. مراجعة د. فيصل كلثوم. المؤسسة الجامعية. بيروت. لبنان .2000. بند 373. ص379 و بند 447. ص448 و 449 . أيضاً، المحامي موريس نخله. الكامل في شرح القانون المدني . دراسة مقارنة. ج7. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. 2007. ص269-270 و 319-320 و 358-360 و 364-414.

([24]) - تنظر: في العارية المادة (1892)، و في القرض المادة (1919)، و في الايداع (2071) و في هبة المنقول المادة (2279) و في رهن الحيازة المادة (2076).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

و على الرغم من ذلك، فان الفقه الفرنسي ، ولاسيما أغلبهم، يذهب الى أن العينية ، و ان كانت نوع من الشكلية، إلا أن غايتها، و دورها، وقائية في الواقع، و هي احدى الادات الاساسية للنظام العام الاقتصادي، و الاجتماعي، للجماعة والادارة. والكثير من المشرعين والاساتذة الفرنسيين تمسكوا بتجديد الشكلية التي لا ينظر اليها غيرهم، إذ أن الشكلية الموجودة في التقنين المدني الفرنسي ليست هي الشكلية المعروفة و بالمعنى الذي يعطيه إياها القانون الروماني، بمعنى أن الشكلية في قانون نابليون لا تحل محل الارادة التي تبقى لاغنى عنها لنشوء العقد، و مع ذلك فان العقود العينية في نظر جانب كبير من الفقه الفرنسي، هي عقيمة، و غير لازمة، فهي نقلت من القانون الروماني فزرعت، بالتالي، في غير تربتها و في غير مناخها[25]. و إن كانت هذه العقود مفهومة في القانون الروماني حيث كان ظهورها تطورٌ جعل منه الانتقال من مرحلة الشكلية الصارمة الى مرحلة أكثر تلطفاً في انتقال الملك إلاّ إن انتقالها الى القانون الفرنسي القديم، و بقائها في التقنين الجديد (لعام 1804) ليس لها مبرر[26]. و هي نظام عفى عليه الزمن، بل إنها لا تعكس حقيقة فنية من الناحية القانونية.

وماينبغي ذكره في هذا المقام، ان نصوص التقنين المدني الفرنسي المتعلقة بالعقود العينية، ولاسيما المادة (1919) منها التعلقة بالقرض فانها تنص على أن العقد (يتم ..... بالتسليم.....الخ)، فجاءت صياغة النص بالفرنسية (.....n.est pas parfait..)

و بذلك فان لفظ (لا يتم) الذي جاء في العقد العيني ولا سيما القرض منه، فُسِّرت، فقهاً و قضاءً، بمعنى (لا ينعقد) تأثراً بما كان ثابتاً في القانون الروماني و بالتالي فان القانون الفرنسي يجعل من التسليم ركناً لتمام العقد في تلك العقود، و ان تلك العقود، لا تتم، (لا تنعقد) إلاّ بالتسليم الفعلي للشيء محل العقد و يشترط استدامة بقاء المعقود عليه لدى الدائن دون ان يرجع الى المدين[27]. و مع ذلك سعى القضاء الفرنسي الى التخفيف من وطأة العينية لذا إستخلص[28]، من هذه النصوص ان العقود العينية لا تنعقد إلاّ بالقبض الفعلي للشيء، و لا يتم (ولا ينعقد) القرض، و بالتالي، إلاّ بالتسليم الفعلي لمحل العقد، إلاّ انه سعى الى ايجاد مفهوم خاص للعينية لها خصوصيتها تتميز عن مصدرها التأريخي، فجدَّ فيها إجتهادات فقهية، و قررت المحكمة الفرنسية[29]، احكاماً قضائية بخلاف مفهوم العينية أو الشكلية بمفهومها التقليدي الذي يوجب بطلان العقد لانتفاء القبض، بما يفضي الى إهمال أو تقييد مبدأ سلطان الارادة في الأقل، و إنما ذهبت الى إعتبار الرضائية و العينية معاً في إبداعٍ و تصور جديد للعقود العينية و إن كان القبض لم يحصل فيها، فان العقد، و إن كان يعد باطلاً، إلاّ أنه لا يكون منتفي الاثر مطلقاً، و انما الاتفاق الذي كان أساساً، و الذي اتجه الى محاولة إيجاد العقد العيني غير المستوفي للقبض فانه يعد وعداً بالتعاقد، و ينشأ في ذمة المتعاقد المدين إلتزاماً بالقيام بعمل، و هو الالتزام بتسليم المعقود عليه الى الدائن برضاه، و إلاّ أجبر على التسليم، و اذا تم القبض إنعقد العقد، بمعنى ، ينعقد العقد موقوفاً على القبض الذي يلتزم المدين به باقباض الدائن، ولا يترتب على العقد آثاره إلاّ اذا حصل القبض[30].

([25])- د. أحمد عبدالرحمن. الوسيط في النظرية العامة للالتزامات. الكتاب الأول المصادر الارادية للالتزام. العقد و الارادة المنفردة. دار النهظة العربية. القاهرة. بلا سنة طبع، ص90و91. على أن يلاحظ أننا سوف نختصر عبارة (بلا سنة طبع) من الآن فصاعداً بأحرف (ب.س.ط) .

([26]) – د. محمد علي البدوي الازهري. مصدر سابق. ص39.

([27]) – و في حكم لمحكمة النقض الفرنسية (ان دائن مرتهن طلب من محكمة الموضوع الحكم بابطال عقد رهن أسبق في التسجيل، عقده صادر من المدين الى دائن آخر، و بنى طلبه على نص المادة (541) من القانون المدني الفرنسي التي تنص على بطلان الرهن اذا رجع المرهون الى حيازة راهنه، فحكمت المحكمة برفض الدعوى بناء على أن العقار المرهون قد إستأجره الراهن من المرتهن بعقد ايجار مؤرخ بتأريخ عقد الرهن، و هذا لا يستفاد منه انه رجع الى حيازته. (مشار له عند حليم ستيفن: فن القضاء . المطبعة الرحمانية. مصر. 1932، ص271).

([28]) – نقض مدني فرنسي. غرفة أولى. 12 تموز (يوليو) 1977. المجلة المدنية. ج7. بند 330 ، ص260. اشار اليه جاك غوستاف. مصدر سابق. فـ449، ص264. هـ7. و كذلك: د. محمد وحيد الدين سوار. مصدر سابق. ص87. هـ1.

([29]) – د. حلمي بهجت بدوي. أصول الالتزامات. الكتاب الأول في مصادر الالتزام. مطبعة نوري. القاهرة. 1943. ص55. القاضي حسين عبداللطيف حمدان. التأمينات العينية. ط1. منشورالت الحلبي القومية. بيروت. 2005. ص121 وما بعدها.

([30]) – سنرى لاحقاً أن الفقه الاسلامي قد سبق هذا التصور الفقهي للقبض في العقود العينية بقرون عديدة. يراجع ص 25 وما بعدها من هذه الدراسة.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

لقد أخذت التقنينات الحديثة منها القانون المدني الالماني[31]، و السويسري[32]، و تركيا[33]، بالتطور الحاصل في مفهوم الشكل في قبض المعقود عليه و بالتالي لم تبق العينية فيها إلاّ في نطاق ضيق، لذا استغنى القانون الالماني عن الشكل في صورة قبض المعقود عليه في بعض العقود و لم يسلم بالعقود العينية ناهيك عن العقود الشكلية بوجه عام، و اكتفى بالتراضي لانعقادها، و لم يبقَ سوى القرض، و رهن الحيازة[34]. و لم يستبق القانون السويسري سوى رهن الحيازة وحده[35]. و يلحظ أن التقنينات الحديثة لم تعد ترى الحكمة من اعتبار العقود العينية قد تحققت من خلال النصوص الآمرة و التي في جوهرها هي رضائية، كما أن الحكمة الاصلية التي دعت الى ظهور فكرة العينية في القانون الروماني، و هي التخفيف من شدة فاعلية الشكلية لم تعد قائمة مادامت الرضائية سادت جميع التقنينات، كما ان الشكلية بمفهومها الواسع هي قيد على الارادة و تقييد لمبدأ سلطان الارادة حينما يشترط وضع الارادة في قالب معين و من ثمَّ لا ينعقد التصرف إلاّ باستيفاء ذلك القالب المحدد قانوناً[36]. وعلى ذلك لم يعد ظاهراً في التقنينات المدينة الحديثة ، حتى التي يرجع أصولها التأريخية الى القانون الروماني، الشكلية بمفهومها الواسع بل تسعى الى تجريد العقد من الشكل، و حصرها بالارادة واذا وجد الشكل فانه يكون في نطاق ضيق تقتضيه المصلحة العامة[37]. اما التسليم فلم يعد شرطاً لانعقاد العقد وانما إلتزاماً يترتب عليه[38]. و على الرغم من تطور مفهوم الشكلية بصورة عامة، و العينية بوجه خاص، فقهاً و قضاءً في فرنسا، و تشريعاً أيضاً في القانون المدني الالماني و السويسري نرى قانون الموجبات و العقود اللبناني[39]، أخذ بما هو موجود في القانون المدني الفرنسي ، دون أن يلاحظ أو يلتفت الى التطور القضائي في مفهوم العقد العيني ، و جعل من العقود الخمسة عقوداً عينية[40]، و لكن يجدر ملاحظة أمر هام هو أن القانون اللبناني، بالنسبة للعقود العينية، انه إستعار لفظ (لا يتم) و ليس (لا ينعقد) بالكيفية التي استخدمها المشرع الفرنسي الذي كان سائداً و ما زال وفسَّر لفظ (لا يتم) بمعنى (لا ينعقد) مثلما هو شائع عند الفرنسيين مع أن اللفظين مختلفين في دلالتها، و لا يحتمل احد اللفظين معنى اللفظ الآخر.

فهذا الارث القانوني قد انتقل الى القانون المدني المصري القديم الذي كان القانون المدني الفرنسي مصدراً تأريخياً و مادياً له و نقل فكرة العينية في العقود الخمسة، لكن الفقه المصري[41]، لم يستسيغ فكرة العينية الوافدة اليهم، إذ أن الفكرة، و إن كانت هي مرحلة متطورة من

([31]) – صدر القانون المدني الالماني عام 1896م .

([32]) – صدر القانون المدني السويسري عام 1907، ثم في 30 آذار 1911 صدر القانون الاتحادي فاصبح مكملاً للقانون المدني السويسري ولاسيما القسم الخامس منه المسمى (قانون الالتزامات).

([33]) – اعتمدت (تركيا) على القانون المدني السويسري و انفذته عندها عام 1926 و حلّت محل مجلة الاحكام العدلية.

([34]) – تنظر: المادة (598 و 607 و 610 و 688) من التقنين المدني الالماني.

([35]) – تنظر المواد (312 و 305 و 470) من قانون الالتزامات السويسري لعام 1911، و المواد (882 و 885 و 88) من القانون المدني السويسري لعام 1907. للتفصيل ينظر: د. السنهوري نظرية العقد. دار الفكر. القاهرة. بلا سنة طبع. ص117. بند 120 .

([36]) – د. توفيق حسن فرج. المدخل للعلوم القانونية. ط3. الدار الجامعية. بيروت. لبنان. 1988. ص872 و ما بعدها. جورج سيوفي. مصدر سابق. ص47 و 48.

([37]) – د. السنهوري. مصدر سابق. ص154. بند 48. د. عبدالمنعم البدراوي. مصدر سابق. ص789.

([38]) – د. السنهوري. المصدر السابق. بند 49. ص154. د. محمد كامل مرسي. مصدر سابق. ج1 ص37.

([39]) – صدر عام 1932/3/9

([40]) – تنظر : في الهبة المادة (509) و المادة (690) الخاصة بالوديعة ، و في العارية المادة (729) و 732 ، و في تفصيل ذلك يراجع: د. السنهوري. الوسيط. م7 القسم الأول. العقود الواردة على العمل. دار النهظة العربية. القاهرة. 1952. ص676. د. محمد علي عبده. نظرية السبب في القانون المدني. ط1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. 2004. ص274. د. مصطفى محمد الجمال و عبدالحميد محمد الجمال . القانون و المعاملات. الدار الجامعية القاهرة 1987، ص205 و 206. زهدي يكن. شرح قانون الموجبات و العقود. ج12. دار الثقافة. بيروت. لبنان. بلا سنة طبع . ص27 و 28 و ص42 و ما بعدها. و ص184. جورج سيوفي. مصدر سابق. ج1. ط2. ص47 بند 20.

([41]) – د. السنهوري. نظرية العقد. ص116 بند 120. و له أيضاً . الوسيط. مصدر سابق. ص154. د. سليمان مرقس. مصدر سابق. ص615. بند 239. د. عبدالحي حجازي النظرية العامة للالتزام. ج2. في مصادر الالتزام. مطبعة نهضة مصر. القاهرة. 1954. ص87. د. محمد حسام محمود لطفي. النظرية العامة للالتزام. القاهرة. 2008. ص17. د. رمضان أبو السعود، و د. همام محمد محمود. المبادىء الاساسية في القانون.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

الشكلية، إلاّ أنها غير مبررة، في وقتنا الحاضر، و إن كانت هي مفهومة الحكمة في تأريخ ظهورها عند الرومان و ان تلك الحكمة قد زالت، لذا أثر هذا التطور الفقهي في مفهوم العقد و الالتزام في جوهر القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الذي جعل المشرع من العقود العينية عقوداً رضائية و لم يبق منها سوى عقداً واحداً[41]، هو عقد هبة المنقول، أو الهبة اليدوية[42]، التي تكون شكلية اذا تمت بورقة رسمية، أو قد تكون عينية اذا تمت بالمناولة اليدوية[43]. اما العقود الاخرى فان القبض فيها هو التزام ينشأ عن العقد ليس إلا، و مع ذلك يلاحظ أن المادة (488) من القانون المصري تنص على أن (2- ..... تتم الهبة بالقبض .....الخ) فجاء لفظ (تتم) بمعنى (لا تنعقد إلا بالقبض) و هو ما أورث، الفقه، والقضاء، العراقيين ما ساد و شاع بينهم بأن (لا تتم) أينما ورد، و في أي عقد كان، يأتي بمعنى (لا ينعقد) كما سيجي ذلك[44].

المطلب الثاني

دلالة التمام والانعقاد لدى الفقه القانوني العراقي

لقد عنى المشرع العراقي بالفقه الاسلامي، و بالفقه الغربي و لا سيما الفقه الفرنسي عند تشريعه القانون المدني العراقي فكان في جوهره في الغالب، من الفقه الاسلامي، ولا سيما الفقة الحنفي[45]، و في شكل القانون و تبويبه، و ترتيبه من الفقه الغربي، فأوجد عند وضع القانون المدني، ما كان ينقص الفقه الاسلامي، بحسب وجهة نظر الفقه المعاصر[46]، لذا جاءت النصوص التي عالجت العقود العينية فصيغت بالألفاظ المتداولة في الفقه الاسلامي منها لفظ (لا تتم) و (لا تلزم) و نحوهما[47]، و لكن ما مدلول هذين اللفظين و لا سيما لفظ (لا تتم) الذي ورد في النصوص القانونية التي عالجت العقود العينية الخمسة، و هل يفيد (الانعقاد) أم يفيد معنىً آخراً. الفقه القانوني العراقي حينما شرح النصوص المتعلقة بالعقود العينية المذكورة آنفاً، و لا سيَّما تلك المتعلقة بالقبض، الذي جاء فيها بان العقد (لا يتم) إلا بالقبض فانهم إختلفوا في دلالة اللفظ الى آراء يمكن إجمالها في إتجاهات ثلاثة:

الإتجاه الأول – القبض ركن في العقد العيني:

منشأة المعارف. الاسكندرية. 1995 – 1996. ص313. د. انور سلطان. مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني. ط1. دار الثقافة. عمان. الاردن. 2005. ص15. د. عبدالرشيد مامون. الوجيز في النظرية العامة للالتزامات. الكتاب الاول في مصادر الالتزام. دار النهضة . القاهرة. ص30 و 31. بند 10..

(42) – د. عبدالحي حجازي. النظرية العامة للالتزام. ج2. مصدر سابق. ص87.

(43) – للتفصيل ينظر: د. السنهوري. الوسيط في شرح القانون المدني. ج5، العقود التي تقع على الملكية. ج2. دار احياء التراث العربي. القاهرة. 1952. ص54 و ما بعدها. د. سلمان مرقس. مصدر سابق. ص615. د. عبدالمنعم فرج الصدة. نظريةالعقد في قوانين البلاد العربية. دار النهضة العربية. بيروت. لبنان. 1974. ص68.

(44) – تراجع المادة (488) من القانون المدني المصري الحالي.

(45) – تراجع ص 15 و مابعدها من هذه الدراسة.

(46) – القانون المدني العراقي استمدت نصوصه، بعضها من الفقه الاسلامي مباشرة، و بعضها نقل عن الفقه الاسلامي مقنناً في مجلة الاحكام العدلية، و البعض الآخر هو بقيةً من القوانين العثمانية العتيقة، و هذه القوانين بدورها قد إشتقت من الفقه الإسلامي و من القانون الفرنسي والعرف المحلي. (الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي. ص5.) و يذهب استاذنا د. مصطفى الزلمي الى ان القانون المدني العراقي قد إستمد (90) في المائة منه من الفقه الاسلامي (د. مصطفى الزلمي. الكامل في الشريعة و القانون. ج15. ط1. دار احسان للنشر و التوزيع. اربيل. العراق، 2014، ص88.)

(47) – ولا سيما الدكتور عبدالرزاق احمد السنهوري الذي كان رئيساً للّجنة التي كُلّفت بوضع مشروع القانون المدني العراقي. ينظر: الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي في مقدمة القانون. ص4 و ما بعدها.

(48) – تراجع ص 9 من هذه الدراسة. ،

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

يذهب أنصاره الى إعتبار القبض ركناً في العقد العيني و يجب أن يوجد حيثما وجدت أركان العقد، و ان المشرع قد عدّه ركناً في العقد العيني[49].
كما أن المشرع لم يذكر في التزامات المدين في هذه العقود التزامه بالتسليم، بمايفهم من عمل المشرع ،ان القبض ليس من التزامات المدين به و ليس من مستلزمات العقد بل هو ركن فيه[50].
و على ذلك فاذا ورد لفظ (– لا يتم...) فيعني ذلك إنه (لا ينعقد) .

لقد ساد هذا الاتجاه في كثير من أحكام القضاء العراقي[51]، و أيّده جانب كبير من الفقه العراقي، نعرض بعض

هذه الآراء كدليل إثبات لهذا الإتجاه ، منهم، أستاذنا (محمد طه البشير)[52] و هو عند شرحه للرهن الحيازي قال (الرهن الحيازي عقد لا يلزم ولا يتم، ولا يترتب عليه أي أثر إلا بالقبض فهو حق عيني، و القبض فيه ركن، و ليس مجرد التزام ينشأ من العقد.....) .

و يقول أيضاً [53]: (و ان القبض متى ما لحق العقد رتب عليه أثره، فالقبض اذا اقترن بالسبب الضعيف، و هو العقد، يثبت الملك به).

و يذهب استاذنا دكتور حسن الذنون[54]،الى ان القبض يعدُّ ركناً في عقد الهبة لان المعقود بلفظ (لا تتم الهبة) التي وردت في المادة (1/630) من القانون المدني يفيد معنى (لا تنعقد الهبة) فالهبة في فقه القانون المدني العراقي اذا كان محلها منقولاً كان العقد عينياً لا ينعقد إلا بالقبض.
و يقول الدكتور الفاضل أيضاً[55] (و اذا كان الفقه المدني الحديث يميل الى التخلص من فكرة العينية المقصودة التي إنحدرت الى التقنينات المدينة من الرومان فانه ينبغي علينا أن لا نساير هذا الاتجاه الذي لا يتفق مع مسلك التشريع العراقي، فتشريعنا هذا متأثر الى حد بعيد بالفقه الاسلامي الذي يتوسع في عينية العقود توسعاً ظاهراً ملموساً).و بناء على هذا الرأي فان التشريع العراقي يجعل من هبة المنقول[56]، و القرض[57]، و العارية[58]، و الوديعة[59]، و رهن الحيازة[60]، عقوداً عينية حيث نصت صراحة على أنها (لا تتم ... الا بالقبض)، و ان هذا اللفظ يفيد بأن العقد لا ينعقد الا بالقبض. كما يذهب الفاضل (د. حسن الذنون) يذهب[61] الى انه لا تنافر بين صفتي الشكلية و العينية، فقد تجتمعان في العقد الواحد كما الرهن الحيازي الذي ينصب على عقار فهو عقد شكلي، و عيني معاً).

([49]) – استاذ نا محمد طه البشير. الوجيز في الحقوق العينية التبعية. ط4. دار الحرية للطباعة. بغداد. 1976. ص207.
([50]) – د. محمود سعد ابن شريف. شرح القانون المدني العراقي. نظرية الالتزام. مطبعة العاني. بغداد. 1955. ص75.
([51]) – يراجع: حكم محكمة التميز: حكم التميزي في الدعوى المرقمة 227/صلحية/ بشدر/ 1960 . اشار اليه. سلمان بيات: القضاء المدني العراقي. ج2. شركة الطبع و النشر الاهلية. بغداد. 1962. ص718 و 719. و حكمها ايضاً 13/ حقوقية/ 1960 السليمانية. اشار اليه. سليمان بيات. المصدر السابق. ص719. و حكمها أيضاً المرقم 3235/م2 عقار/ 1974 في 1975/8/18 ، مجموعة الاحكام العدلية س6 ع3، 1975، ص36 و 37. و حكمها المرقم 633/ م2/ 1979 في 1980/4/13 مجموعة احكام العدلية، س11 ع2، 1980.
([52]) – ينظر مؤلفه : الوجيز في الحقوق العينية التبعية. مصدر سابق. ص206.
([53]) – استاذ نا محمد طه البشير. المصدر السابق. ص205.
([54]) – استاذ نا د. حسن علي الذنون. شرح القانون المدني العراقي. العقود المسماة. الهبة. شركة الرابطة. بغداد. 1955. ص15.
([55]) – استاذ نا د. حسن علي الذنون. النظرية العامة للالتزامات. مصادر الالتزام ، و احكام الالتزام. و اثبات الالتزام، مطبعة جامعة بغداد، 1976، ص30 ، 31.
([56]) – تنظر: المادة 603 مدني عراقي النافذ.
([57]) – المادة 661 مدني عراقي النافذ.
([58]) – المادة 684 مدني عراقي النافذ.
([59]) – المادة 951 مدني عراقي النافذ.
([60]) – المادة 1322 مدني عراقي النافذ.
([61]) – مؤلفه : النظرية العامة للالتزامات . مصدر سابق.، ص31، ه1.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

أما الاستاذ (شاكر ناصر حيدر)[62] فانه يذهب، الى ان الاصل في القانون انه اذا فرض شكلا معيناً بمفهومه العام للعقد دون بيان الأثر الذي يترتب على عدم استيفائه فانه يعني بذلك أن استيفاء هذا الشكل هو شرط لوجود العقد لا لاثباته.

كذلك هو قول الدكتور (عادل سيد فهيم)[63]، حينما يشرح الفقرة الاولى من المادة (90) من قانوننا المدني التي اشترطت إستيفاء الشكل كي ينعقد العقد الشكلي (بمفهومه العام) ما لم يوجد نص بخلاف ذلك فاعتبر هذا النص هو القاعدة في تفسير النصوص التي قررت شكلاً معيناً بما في ذلك القبض في العقود العينية.

أما الاستاذ الجليل (صلاح الدين الناهي)[64] فسيادته حينما كان يبحث في تسجيل التصرف العقاري باعتباره ركناً شكلياً في عقد بيع العقار في القانون المدني العراقي، و لاسيما عند شرحه المادة (508) منه[65]، إذ ان التسجيل شرط لنقل الملكية، و ليس شرط انعقاد العقد، و في هذا الوقت يتعرض الى مسألة هبة المنقول، و الرهن الحيازي، فيستطرد في رأيه و يقول ((أنهما ، و امثالها، لا ينعقدان ما لم يتم التسليم)) فيورد نصوص المواد (603)[66] و (1322)[67] و بالتالي يفسر لفظ (لا يتم) الذي ورد في النصين المذكورين بأنه يفيد (لا ينعقد)

كذلك يذهب الدكتور (مالك دوهان الحسن)[68] الى أن العقود العينية في العراق،هي هبة المنقول (م 603) و الرهن الحيازي (1322) ، و الوديعة (901)، و العارية (847) حيث اشترط القانون المدني التسليم أساساً (لانعقادها)، و ان المشرع العراقي استعار هذا النظام من مجلة الاحكام العدلية التي نصت في المادة (810) على أن (القبض شرط في العارية فلا حكم لها قبل القبض). و يستطرد في قوله (و علل الشراح هذا الحكم بقولهم: أنه لا يتم حكم الاعارة إلا بقبض العارية لان الاعارة تبرع، والتبرع لا يتم إلا بالقبض).

و يقول أيضاً[69] ((و الواقع أن التسليم في الاعارة ليس التزاماً يتحمله المعير و انما هو ركن لتمام العقد، و دليل ذلك أن المادة (847) من القانون المدني التي تنص على التزامات المعير لم تذكر من بينها التسليم كما ذكرته المادة (742) عند الكلام على التزامات المؤجر)) .

و هذا الاتجاه أثر حتى في شراح القانون المدني العراقي المحدثين الذين تصدوا لشرح القانون المدني فانهم عدّوا لفظ (لا يتم) بما يفيد معنى (لا ينعقد)[70].

و سار الفقه العربي[71]، حينما يتصدى لشرح العقود العينية في القانون المدني العراقي بعد أن يشير الى المواد التي جاءت بصددها فانه يقر بأن هبة المنقول، و العارية، و الوديعة، و القرض، و رهن الحيازة، عقوداً عينية يلزم لانشائها قبض محل العقد.

و يذهب الدكتور[72] (عبدالمنعم فرج الصدة) الى القول (ابقى التقنين المدني العراقي على عينية هذه العقود التي وردت في المواد 603، 684 ، 847 ، 951 ، و 1322 من القانون المدني العراقي).

و يذهب انصار هذا الاتجاه بان العلة في ضرورة التسليم لإنعقاد العقد فهي ليست واحدة في كل من هذه العقود الخمسة. فهي في عقد الرهن هي غيرها في العقود الأخرى ، و أن العلة في أن إعتبر الرهن لا ينعقد إلاّ بتسليم المرهون هي حمايةً الغير، و حمايةً الدائن معاً. و هذه العلة هي علة

([62]) – مؤلفه : شرح القانون المدني الجديد. الحقوق العينة العقارية. ج2. ط1. مطبعة المعارف. بغداد، 1953، ص192.

([63]) – في مؤلفه : نظرية التأمين العيني في التقنين المدني العراقي. ط12. مطبعة حداد. البصرة. العراق. 1969، ص162.

([64]) – في مؤلفه. الوجيز الوافي في مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزامات. المصادر الارادية. مطبعة البيت العربي. عمان-اردن. 1984. ص34. و كذلك له : مباديء الالتزامات. مطبعة التضامن. بغداد. 1970. ص22 و 23.

([65]) – و هو لا يصل الى هذا الحد في القانون المدني الاردني. يراجع المادة (497) من القانون المدني الاردني. رقم 43. لسنة 1976.

([66]) – الخاص بهبة المنقول.

([67]) – و المتعلق بالرهن الحيازي.

([68]) – في مؤلفه : شرح القانون المدني. النظرية العامة في الالتزام. ج1. مصادر الالتزام. دار الطبع و النشر الاهلية. بغداد. 1971، ص72.

([69]) – د. مالك دوهان الحسن. المصدر السابق. ص72.

([70])– منهم: الدكتور منذر فضل الحسين. الوسيط في شرح القانون المدني. ط1. دار ئاراس للطباعة. اربيل. العراق. 2006، ص54 و 55 . كذلك : د. عصمت عبدالمجيد بكر. مصادر الالتزام. المكتبة القانونية. بغداد. 2007. ص34.

([71]) – د. عبدالحي حجازي. النظرية العامة للالتزام. مصدر سابق. ص70 و 71.

([72])– في مؤلفه : نظرية العقد في قوانين البلاد العربية. دار النهضة العربية. القاهرة. 1954. ص68.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

مصلحة، و ليست علة فنية. أما حماية الغير فتنشأ بمنع المدين من أن يقرر عدة رهون على المرهون نفسه، و ذلك بتجريده من حيازة العين المرهونة، و تسليمها للدائن المرتهن. كذلك فهو يضمن حماية المدين، و ذلك يستلزم تجريده من المرهون الذي يريد أن يرهنه إذ هذا تجعله يفكر في التضحية التي يتطلبها العمل الذي هو مقدم عليه و يحمله على التردد كثيراً في تنفيذ ذلك العمل الذي يؤدي الى هذه التضحية، بل قد يترتب عليه، من ضرورة تسليم المرهون، هو حرمان المدين من الشيء المرهون الضروري لممارسة مهنته. أما العلة في العقود الاخرى فانها لا تنعقد الواحد منها إلاَّ بتسليم محل العقد، فقيل فيها أنها علة فنية، و الحجة في ذلك أن المستعير و الوديع يلتزم كل منها بالرد و الالتزام بالرد يتطلب سبق تسليم الشيء الذي يجب رده اذ كيف يلتزم الشخص برد شيء لم يكن قد قبضه. لذلك قيل التسليم ضرورة فنية لانعقاد العقد[73]. أما العلة في الهبة لانه تبرع، و التبرعات يتعين فيها القبض لانها بلا مقابل لذا فهي ضعيفة تتقوى بالقبض[74].

مناقشة الرأي الأول و نقض حججه:

يلاحظ من خلال التحقيق في رأي انصار مَن يرى في القبض ركناً في انعقاد العقد العيني، ما يأتي :-

أولاً - أنهم عدَّوا القبض ركناً في العقد، و ان لفظ (لا يتم) الذي ورد في النصوص ذات العلاقة بالعقود العينية تعنى (لا تنعقد).

و على هذا الاساس كان رأي استاذنا (د. حسن الذنون)[75]، بان القبض هو ركن انعقاده أو هو شرط انعقاده، وليس شرط صحة، لان القول بان القبض هو شرط صحة في العقد يفضي الى فسخ العقد بموجب نظرية الشرط باعتباره وصفاً للالتزام في القانون المدني العراقي[76]. و الاخلاص للفقه الاسلامي كان باعثه حينما نادى الى عدم مسايرة الاتجاه الذي يسعى الى نبذ العينية في العقود، و يُعترض على هذا الباعث بأن الفقه الاسلامي، و لاسيما جمهوره ليسوا من انصار العينية، كما نرى ذلك لاحقاً.

أما عند استاذنا (محمد طه البشير)[77]، فانه فسَّر لفظ (التمام) و (اللزوم) الذي ورد في نص الفقرة الاولى من المادة (1322) بما يفيد لفظ (الانعقاد) مسترشداً في ذلك بالفقه الاسلامي، الذي هو المصدر التأريخي،والمادي لقانونا المدني، و هو ما الزم المشرع من اقتباسه هذا اللفظ منه.

و كذلك الامر عند الدكتور (عادل سيد فهيم)[78] الذي جعل من جوهر لفظي (التمام) و (الالزام) اللذان وردا في الرهن الحيازي بانهما يفيدان معنى الانعقاد، و من ثمَّ، فهو ركن و الا لم ينعقد الرهن، بل ذهب الى أكثر من ذلك، فانه اعتبر القبض نوعاً من الشكلية تلك التي لا تنعقد من دونها العقد الشكلي ما لم ينص القانون على اعتبارها انها مشروطه للاثبات.

و هذا ما وجدناه عند الاستاذ الفاضل[79] (دكتور صلاح الدين الناهي) الذي جعل القبض ركناً في العقد العيني باعتبار ما يدل عليه لفظ (التمام) بانه يعني (لا ينعقد).

كذلك (الدكتور مالك روهان الحسن)[80] أكد على ركن العينية في العقد العيني و جعل من القبض هو الركن العيني في العقود الخمسة بدونه لا ينعقد لورود لفظ (لا تتم) في تلك العقود.

---

(73) - د. عبدالحي حجازي. النظرية العامة للالتزام. مصدر سابق. ص71.
(74) - يراجع: محمد بن محمد بن محمود أكمل الدين أبو عبدالله البابرتى (ت 786 هـ). العناية شرح الهداية. ج9، دار الفكر. (ب.س.ط) . ص21.
(75) - يراجع: استاذ نا د. حسن علي الذنون. شرح القانون المدني العراقي. مصدر سابق. ص206.
(76) - تراجع المادة (289 و 290) مدني عراقي.
(77) - استاذ نا: محمد طه البشير. الوجيز في الحقوق المعينة التبعية. مصدر سابق، ص206.
(78) - ينظر: د. عادل سيد فهيم. نظرية التأمين العيني. مصدر سابق، ص162.
(79) - د. صلاح الدين الناهي. الوجيز الوافي. مصدر سابق. ص22و 23 .

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

و هكذا عند الاستاذ شاكر ناصر حيدر و عند الآخرين.

ثانياً – أن الصنعة الفقهية، لدى فقهاء الاسلام ، لها خصوصية تميزها عن غيرها، لاجل ذلك، اذا استعار التشريع ، أو الفقه القانوني، مصطلحاً أو لفظاً من الفقه الاسلامي فعليه أن يعطيه المضمون ذاته الذي وضع اللفظ أو المصطلح له، و إلاَّ أدى ذلك الى عدم دلالة اللفظ على مدلوله لغةً أو اصطلاحاً، أو هما معاً.

و هذا هو سبب، كما يبدو ، الذي دفع استاذنا (محمد طه البشير) الى القول بان (الرهن الحيازي هو عقد، لا يلزم، و لا يتم، و لا يترتب عليه أي أثر، إلاَّ بالقبض)[80]، فيلاحظ على لفظ (لا يلزم) و (لا يتم) و (لا يترتب عليه) الذي أورده سيادته للدلالة على معنى (لا ينعقد)، و هو نوع من عدم الدقة في استعمال الالفاظ، لان كل لفظ من هذه الالفاظ الاربعة لها معنىً خاصاً به قد لا يفيده اللفظ الآخر، و يترتب عليه، في الغالب، آثاراً غير الذي يرتبها اللفظ الآخر، كما سيجيء[81].

و جدير بالذكر ان عدم الدقة في ضبط المصطلحات و الالفاظ المستخدمة هو الذي حَمَل محكمة التمييز العراق الى القول في حكم لها[82]: (حيث أن التسليم و التسلم في الرهن الحيازي شرط نفاذ، و إنعقاد، و تمام، لذا يكون غير مستوف لشروطه الشكلية التي فرضها القانون).

فيلاحظ على ماجاء في هذا الحكم أنه تضمن مصطلح (شرط نفاذ) و (إنعقاد) و (تمام) كلها بمعنى (الإنعقاد) و هذا محل نظر و إعتراض[83].

ثالثاً- يُعترض على الدليل الذي أورده الدكتور (مالك دوهان الحسن) حينما استشهد بالمادة (810) من مجلة الاحكام العدلية التي تنص على أن (القبض شرط في العارية فلا حكم لها قبل القبض).

و سيادته يستطرد في الاستدلال الى القول بان الشراح عللوا هذا الحكم بقولهم: أنه لا يتم حكم الإعارة إلا بقبض العين المعارة، مع أن نص المادة (810) المذكورة آنفاً تفيد:

أ – أن القبض شرط و ليس ركناً. و الشرط و الركن أمران مختلفان من حيث الماهية و المفهوم، و الاثار. فالركن هو ما يدخل في حقيقة الشيء و يكون جزءاً منه، فيوجد بوجوده، و ينتفي بانتفائه. أما الشرط فهو ما لايكون جزءاً من حقيقة الشيء و ماهيته و لكن بانتفائه لا يوجد الشيء ، و قد لا يوجد أيضاً مع وجوده.

ب – أن انعقاد العقد هو غير حكمه، و النص يقول (فلا حكم لها...)، و حكم العقد هو الأثر الرئيس المباشر الذي يترتب على انعقاده، فهو (انتقال الملك) و بالتالي فالقبض فيه يفيد حكمه و هو (عدم انتقال الملك، و عدم امكان التصرف فيه)، أما انعقاد العقد فهو ينعقد و لكن لا يترتب عليه حكمه المذكور آنفاً.

ج – من الممكن أن ينشأ العقد، و لكن لا يترتب عليه آثاره كلاً، أو بعضاً، إلاَّ بعد القبض .

رابعاً- أما الاستاذان الفاضلان (شاكر ناصر حيدر و د. عادل سيد فهيم) فسيادتيهما إستعانا بالقرينة التي قررتها الفقرة الاولى من المادة (90) من القانون المدني العراقي[84]، و اعتبرا الشكل الذي اشترطه القانون عند الشك هو شرط للانعقاد لا للاثبات، و هذا إستنتاج محل نظر للاسباب التالية:-

---

([80]) – د. مالك دوهان الحسن. شرح القانون المدني . مصدر سابق. ص72.

([81]) – أستاذ ينا: محمد طه البشير و د. غني حسون طه. الحقوق العينية. مطبعة وزارة التعليم العالي و البحث العلمي. بغداد. العراق. 1982م – 1402 هـ. ص512.

([82]) – تراجع ص26 ومابعدها من هذه الدراسة.

([83]) – حكم محكمة التميز المرقم 3235/م2 عقار/ 1974 في 1975/8/18. مجموعة الاحكام العدلية س6 ، ع3. 1975، ص36 و 37.

([84]) – تراجع ص26 ومابعدها من هذه الدراسة.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

أ - الاصل في التصرفات القانونية هو الرضائية [85]، و اذا أراد المشرع شكلاً معيناً يتعين أن يوضع فيه التصرف فيجب أن ينص عليه صراحة لانه إستثناء على الاصل، و إلاّ يفسر الشكل المنصوص عليه بانه مشروط للاثبات لا للانعقاد، بمعنى، اذا لم يوجد نص يفرض الشكلية للانعقاد، و لكن النص اشترط شكلية معينة دون أن ينص صراحة أنها للانعقاد فان الحال يفيد بانه مشروط للاثبات، و ذلك بحسب الاصل في العقود بانها رضائية، [86] بعكس ما قاله الاستاذان الفاضلان تماماً.

ب - القبض باعتباره ركناً لانعقاد العقد، و هو صورة من صور الشكلية، بمفهومها العام، إذا انتفى كان لانتفائه الحكم نفسه، عند انتفاء الشكلية المشروطة للانعقاد، و هو بطلان العقد، و مادام القبض تابع لاحكام الشكلية الانعقادية بالمفهوم المتقدم ذكره، فهذا يقتضي بان الاصل في العقود الشكلية بقاء ما كان على ما كان [87]،وان القبض تابع للشكلية الانعقادية، و التابع تابع[88]،والتابع لا يفرد بالحكم [89]، والاصل في الكلام الحقيقة[90]، وأن إعمال الكلام أولى من اهماله[91].

ج - ان القانون، اذا قرر قرينة لمصلحة طرف ما من العلاقة القانونية فانها تعفيه من الاثبات عملاً بمنطوق نص الفقرة (ثانياً) من المادة (98) من قانون الاثبات العراقي النافذ [92]، و الاعفاء المقصود به هاهنا، ليس إعفاءً كلياً ، و إنما هو نقل محل الاثبات الى الاثبات غير المباشر، أي، نقل الاثبات من الواقعة الاصلية الى الواقعة البديلة [93].

خامساً- ينتقد الفقه الحديث هذا النوع من العقود من أكثر من وجه:

أ - انه موروث من القانون الروماني، و القانون الفرنسي القديم، و ثبت ذلك أيضاً، في القانون المدني المصري القديم [94].

ب - ليس هناك ضرورة تستلزم الابقاء عليه، ففي رهن الحيازة ليس ثمة ضرورة تقتضي الخروج من قاعدة الرضائية، و إفراد العقد العيني بحكم خاص، ولاسيّما التقنينات الحديثة إستحدثت أنواعاً من الرهون منها ما لا يقتضي تجريد المدين الراهن من العين المرهونة، كما أن تجريد المدين من المرهون يؤدي الى شلّ نشاطه، و الى عدم استفادته من المرهون طوال فترة تجريده منه، لاجل ذلك، فالرهن الرسمي (التأميني) و الذي لا يقتضي التجريد من المرهون يمكن استبدال الرهن الحيازي به، فالمصلحة متحققة، مادام العبرة من المرهون بقيمته، ليس بذاتيته و بالتالي فناحية المصلحة في الرهون هي الغالبة، و ليس الناحية الفنية البحته، و تعطى النتائج

([85]) - و التي تنص على أن (1- اذا فرض القانون شكلاً معيناً للعقد فلا ينعقد إلاّ باستيفاء هذا الشكل ما لم يوجد نص بخلاف ذلك).

([86]) - تراجع ص 7 ، 8 آنفاً من هذه الدراسة.

([87]) - مثال ذلك للانعقاد ما تقضي به الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري العراقي رقم (43) سنة 1971 المعدل (2- لا ينعقد التصرف العقاري الا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري)، و مثاله للاثبات، ما تنص عليه المادة (711) مدني عراقي، على انه (لا يثبت الصلح إلا بالكتابة أو بمحضر رسمي). لان الاصل في التصرفات القانونية جميعها انها رضائية منها (الصلح) كما تقضي بذلك المادة (698) مدني عراقي، بقولها (الصلح عقد يرفع النزاع و يقطع الخصومة بالتراضي)، أما الشكلية التي جاءت به المادة (711) فانها مشروطة للاثبات، و بقي الصلح، مع وجود ذلك الشكل، عقداً رضائياً.

([88])- تنظر المادة (5) من مجلة الاحكام العدلية.

([89]) - كما تقضى به المادة (47) من مجلة الاحكام العدلية.

([90]) - المادة (48) من مجلة الاحكام العدلية.

([91]) - الفقرة الثانية من المادة (155) ق.م.ع. تطابق المادة (12) من المجلة.

([92]) - المادة (158) ق.م.ع. تطابق المادة (60) من المجلة.

([93]) - رقم (107) لسنة 1979.

([94]) - للتفصيل ينظر: د. هادى محمد عبدالله. الطبيعة القانونية للقرينة المعصومة و دلالتها على الحقيقة القضائية – دراسة تحليلية مقارنة. منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية. م14، ع10، تشرين الثاني. 2007م. ص406 و ما بعدها.

([95]) - و الذي كان نافذاً حتى عام 1948.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

عينها. و كذلك في العارية، و الوديعة، فليس ثمة ضرورة فنية تقتضي أن يكون انعقاد كل منها يتوقف على قبض العين المعقود عليها خروجاً على قاعدة الرضائية التي تكفي لانعقاد العقود جميعها [96].

ج – و أكثر من هذا أن ركون أساتذتنا، و شراح القانون المدني، الى الاعتماد كلياً على القانون المدني المصري ليس له ما يبرره لان الاستاذ السنهوري نفسه يقول [97] (أهم مبدأ ينبغي أن ننبه له الباحث في تفسير التقنين المدني الجديد هو ان نصوص هذا التقنين التي استمدت من التقنينات الاجنبية يجب أن تفصل فصلاً تاماً عن مصادرها الاجنبية فلا يرجع الى هذه المصادر في تطبيقها و تفسيرها)، لذا ليس من المعقول ان نرجع في تطبيق النصوص و تفسيرها الى القانون المدني المصري المأخوذ من القوانين الاجنبية ولاسيما القانون المدني الفرنسي بينما مصادر قانوننا هو الفقه الاسلامي.

سادساً- أما بصدد قول أنصار العينية بانه (لا يمكن تصور التزام بالرد دون ان يسبقه قبض محل العقد) فحجة تنطوي على الخلط بين انعقاد العقد، و بين تنفيذه، فالتسليم شرط لتنفيذ الالتزام بالرد، و ليس شرط إنعقاد العقد.

لذا يذهب إتجاه من الفقه [98]، الى انه ليس هناك ما يستوجب من الابقاء على العقود العينية (أو الشكلية بمفهومها العام) و لاسيما أن التشريعات الحديثة محت العينية من نصوصها [99] إلاَّ ما ندر [100].

سابعاً- و بناء على ما تقدم، يبدو، أن الخلاف الفقهي القانوني و الذي يرجع، في الغالب، الى إتباع مدرسة فقهية معينة هو ما زاد من الغموض في دلالة النص على مدلوله، لان الخلاف الفقهي، موجود بين المدارس الفقهية، بل موجود حتى بين أتباع مدرسة فقهية واحدة، ما لم يرجع الى الفقه الاسلامي بمدارسة المختلفة للوصول الى الحقيقة في عينية العقود و لاسيما أنه المصدر التأريخي، و المادي للتقنين المدني العراقي.

الاتجاه الثاني- القبض شرط لزوم العقد العيني:

ذهب أنصار، هذا الاتجاه، من الفقه العراقي الى إعتبار القبض شرط لزوم العقد. فالعقد ينعقد بتطابق القبول بالايجاب، دون حاجة الى القبض لانعقاده، و لكن هذا العقد لا يلزم ما لم يوجد القبض، و للمدين بالقبض (الإقباض) أن يعدل عن العقد قبل القبض و له أن يفسخه.

يقول الاستاذ (شاكر ناصر حيدر) [101] بصدد الرهن الحيازي (القبض الكامل شرط لتمام الرهن و لزومه لا يتم إلا بالقبض، ولا يشترط لصحة الرجوع رضا المرتهن لانه لما كان الرهن غير تام كان للراهن أن ينفرد بالرجوع، و على ذلك، فعقد الرهن قبل القبض يكون غير لازم لكل من الراهن و المرتهن، أما بعد القبض فيصبح لازماً للراهن دون المرتهن) [102].

لقد أيدت محكمة تمييز العراق هذا الرأي في حكم لها بقولها [103] (.... لا يكون عقد الرهن لازماً على الراهن اذا إمتنع عن تسليم المرهون للمرتهن....).

([96]) – د. عبدالحي حجازي. النظرية العامة للالتزام. ج2. مصدر سابق. ص72.
([97]) – السنهوري. الوسيط. ج1. مصدر سابق. ص52.
([98]) – د. عبدالحي حجازي. النظرية العامة للالتزام. مصدر سابق. ص72.
([99]) – منها التقنين المدني الالماني لعام 1896، و القانون المدني السويسري لعام 1907، و قانون الالتزامات السويسري لعام 1911، و القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
([100]) – تراجع ص 12 من هذه الدراسة.
([101]) – مؤلفه. شرح القانون المدني الجديد. الحقوق العينية العقارية. مصدر سابق. ص192.
([102]) – قارن رأيه أيضاً مع الاتجاه الأول الذي فصل القول فيه في ص16 من هذه الدراسة.
([103]) – حكم محكمة التمييز الرقم (3235/م2 عقار/ 1974 في 1975/8/18. مجموعة الاحكام العدلية. س6، ع3، 1975 ص36 و 37. و كذلك حكمها الرقم 227/ صلحية/ بشدر. مشار اليه عند الاستاذ سليمان بيات. القضاء المدني العراقي. ج2. مصدر سابق. ص718 و 719.)

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

مناقشة رأي هذا الاتجاه و نقض حججهم:

يلحظ من رأي هذا الاتجاه، الذي يعد القبض، في العقود العينية، شرط لزوم العقد، و ليس شرط انعقاده، و هذا الرأي مصدره مأخوذ من رأي جانب من الفقه الاسلامي ، من اعتبار القبض شرط لزوم العقد[104]، و هذا الرأي يؤخذ عليه ان هذا التصور يخالف أحكام العقد غير اللازم، الذي هو عقد نافذ يترتب عليه أثاره، إلا أنه يجوز للعاقدين أو احدهما، الرجوع عنه، أو تعديله بارادته المنفردة، إما لاقتران العقد باحد الخيارات، أو لان طبيعة العقد تقتضيه[105]. في حين بالرجوع الى رأي هذا الاتجاه في الفقه الاسلامي، نرى أن العقد قبل القبض هو عقد غير ملزم للمدين بالقبض فله أن يرجع عنه قبل الاقباض [106]، و الفرق واضح بين التصورين للعقد غير اللازم، و بين العقد العيني. فالعقد غير اللازم مؤاده الرجوع عن العقد التام. أما حسب هذا الاتجاه فان مؤاده هو، رجوع عن عقد غير تام، و شتان ما بين مفهومي العقد التام، و العقد غير التام.

الاتجاه الثالث- القبض هو مجردالتزام في العقد العيني:

في رأي أنصار هذا الاتجاه، أن القبض ليس ركناً، ولا شرطاً، و انما هو مجرد التزام ينشأ من العقد، يلتزم المدين به، فعلية ان يؤديه طوعاً، و إلا أجبر عليه.

يقول الدكتور صلاح الدين الناهي[107]: (... أن الشكلية قد تهبط عن هذا المستوى كركن الى حد محدود فلا يشترط في انعقاد العقد (م90.ق.م.ع) و لكن في ترتيب بعض آثاره عليه فيما بين المتعاقدين، أو بالنسبة لغيرهما فقط، و من هذه الشكليات تسليم الشيء محل العقد في العقود التي تنعقد بالتراضي و لا تتم إلا بالتسليم، و هي العقود المسماة بالعقود العينية حيث يكون لاحد الطرفين الرجوع عن العقد قبل التسليم على أن التسليم في بعض الشرائع يعتبر ركناً في بعض العقود)[108].

و يستطرد الاستاذ الفاضل في قوله باعتبار العقود العينية نوع من العقود الشكلية لذا يدرسها في مؤلفه معاً، و يعطي سيادته أمثلة للعقود الشكلية منها هبة المنقول (م603. ق. م. ع) و القبض في الرهن الحيازي (م1322 . ق. م. ع). و القبض في الوديعة (م951).

و يلاحظ على رأي الاستاذ الفاضل إن هو إلاّ ترديد، في حقيقته، للرأي السائد في الفقه الفرنسي و الذي تأثر به الفقه المصري قبل عام 1948[109].

و على كل ما تقدم، فانه يتضح بجلاء من الخلاف الفقهي القانوني بشأن القبض، و ما ورد عندهم من الفاظ للدلالة عليه من (لا يلزم) و (لا يتم) و (لا ينعقد) و (لا ينفذ) و (التزام ينشأ عن العقد) بما يفيد إكتناف تلك الالفاظ الغموض و الابهام للدلالة على حقيقة العقد العيني، مع أن تلك الالفاظ، و بقدر ما تعطى لها من معاني، عند شرح نصوص القانون المدني التي جاءت بصدد العقود العينة، فانها تستلزم البيان، كما يقتضي المقام تفسير تلك الالفاظ، و ما تدل عليها من دلالات، و آثار، مثلما الزمت قبلنا أساتذ تنا، و الفقه العراقي، بذلك البيان و التفسير الذي صوَّب جُلَّهم وجهه شطر المدارس الفقة الاسلامي للوصول الى الغاية المنشودة، و بعضهم توجه الى الفقه الفرنسي للوصول الى الحقيقة في القبض، و بعضهم سعى الى التشبث بالنظرية العامة في العقود العينية ليستنبط منها رأياً يصلح ، على حدً ما يتصوره صاحب الرأي تفسيراً ملائماً للعقود العينية كافة، و حيثما إنتهت النصوص القانونية بما تنتظمه من مصطلحات قانونية و كان فيها الغموض، و يلفها الابهام، بدأ الاجتهاد

---

(104) – للتفصيل تراجع ص31 و مابعدها من هذه الدراسة.
(105) – ينظر محمد ابو زهرة. الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية. دار الفكر العربي. القاهرة. بلا سنة طبع. ص379 و ما بعدها.
(106) – ينظر الشيخ على الخفيف. أحكام المعاملات الشرعية. ج3. دار الفكر العربي. القاهرة. بلا سنة طبع. ص239 و 240.
(107) – مؤلفه: مباديء الالتزامات. مطبعة دار التضامن. بغداد. 1970م. ص22.
(108) – د. صلاح الدين الناهي. المصدر السابق. ص22 و 23.
(109) – و هو عام صدور القانون المدني المصري النافذ رقم 131 لسنة 1948.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

في تفسير دلالاتها، و ببدء الاجتهاد كان الخلاف، فحصل ما حصل مما رأيناه من آراء في الفقه العراقي بشأن دور القبض في كينونة العقد العيني، أو ما يترتب عليه من التزام، فجعل بعضهم العقد، حينما يوجد فيه القبض، عقداً عينياً، و بعضهم الآخر عدَّه عقداً رضائياً، و اجتهدوا فكان في هذا البعض قولان، احدهما يعتبر القبض شرط لزوم العقد، و الآخر يعتبره مجرد التزام ينشأ عن العقد، و اجتهد كل منهما في إرجاع بيان الغموض الى مصدر ما، فأرجعه بعضهم الى الفقه الفرنسي، أو الى رأي في الفقه الاسلامي، أو الى ما هو سائد عند بعض الفقه المصري، لذا كان هذا الخلاف في الفقه القانوني العراقي مما ترتب عليه اختلافهم في ماهية القبض في العقود العينية.

المبحث الثاني

دلالة عينية العقود لدى الفقه الاسلامي

في دلالة العينية إختلف الفقه فيها الى آراء عديدة يمكن إجمالها في إتجاهين رئيسين أحدهما يجعل من العينية عنصراً في العقد العيني، و الاتجاه الثاني يجعلها شرطاً فيه.

لذا نخصص لكل اتجاه مطلباً كالآتي:

المطلب الأول – العينية عنصر في العقد العيني.

المطلب الثاني – العينية شرط في العقد العيني.

المطلب الأول

العينية عنصر في العقد

الأصل في التصرفات الشرعية (القانونية) هو رضائيتها، أما عن أركانها فقد كان لهم فيها قولان:

القول الأول – إن أركان العقد تنحصر في الصيغة فقط، و هي : الايجاب و القبول فحسب.

به قال: الاحناف[110]، و الحنابل[111].

القول الثاني – إضافة الى الصيغة فهناك ركنان آخران هما: العاقدان، و المعقود عليه.

به قال: الامامية[112]، و الشافعية[113]، و المالكية[114]، و الإباضية[115]، و الزيدية[116].

([110]) – علاء الدين بن مسعود الكاساني. بدائع الضائع في ترتيب الشرائع. ج5. دار الكتاب العربي. بيروت. 1982. ص133.

([111]) – عبدالله بن أحمد إبن قدامة المقدسي (أبو محمد). المغني فقه الامام احمد بن حنبل الشيباني. ج4. ط1. بيروت. 1405هـ– ص4.

([112]) – زين الدين بن على العاملي.(ت 1226هـ) مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. ج9. دار أحياء التراث العربي. بيروت. لبنان. ب.س.ط. ص25.

([113]) – شمس الدين محمد بن أبي العباس احمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير (ت 1004 هـ). نهاية المحتاج الى شرح المنهاج. ج3.. دار الفكر للطباعة. بيروت. 1404هـ. 1984م. ص373 و ما بعدها. أبو الحسن الماوردي. الحاوى الكبير. ج5. دار الفكر. بيروت. لبنان. بلا سنة طبع. ص4 و ما بعدها.

([114]) – محمد عرفة الدسوقي. حاشيته على الشرح الكبير. ج3. تحقيق محمد عليش. دار الفكر. بيروت. بلا س.ط. ص2 و مابعدها. محمد بن يوسف بن ابي القاسم ابو عبدالله (ت 897 هـ) – التاج و الاكليل لمختصر خليل. ج4. دار الفكر. بيروت. 1398 هـ – ص2.

([115]) – محمد إطفيش. شرح كتاب النيل و شفاء العليل. ج8. مكتبة الارشاد. جدة السعودية. بلا. س.ط. ص5 و مابعدها.

([116]) – شرف الدين الحسيني احمد السباغي. الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير. ج3. ط2. مكتبة المؤيد. الطائف. سعودية. 1968، ص426. و محمد على الشوكاني (1173 هـ – 1250هـ) – السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار . ج2، تحقيق محمد صبحي بن حسن حلاق. دار ابن كثير. دمشق. بيروت . بلا س.ط. ص52 و مابعدها.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

أما عن دور القبض في العقود، و لاسيما، العقود العينية فقد كان لهم فيها آراء يمكن إجمالها با تجاهين:-

الإتجاه الأول- القبض شرط صحة في العقد العيني:

ذهب انصار هذا الاتجاه الى اعتبار القبض شرط صحة العقد، و ليس ركناً فيه، فالقبض ولو بعد انتهاء مجلس العقد فهو شرط لصحة العقد، سواء أكان في عقد الهبة، أم القرض، أم الايداع، أم العارية، أم الرهن.
و اذا تخلف القبض فلا يكون العقد صحيحاً [117].

به قال: الثوري و الشافعي [118]، و رأي عند الحنفية [119]، و رأي عند الامامية [120]، و رأي عند المالكية [121]، و قول عند الحنابلة [122]، و قول عند الزيدية [123].

أما عن أثر انتفاء القبض عند هذا الاتجاه ففيه قولان:

الأول - اذا تخلف القبض يكون العقد باطلاً. و هذا عند جمهور هذا الاتجاه [124].

الثاني - اذا تخلف يجعل من العقد عقداً فاسداً. به قال مَن ذهب من الحنفية [125].

أما بالنسبة لاستدامة القبض فقد كان فيها رأيان:

الرأي الأول - ان إستدامة القبض ليس شرطاً في عينية العقد، لان القبض يعتبر في الابتداء، ولا تشترط الاستدامة فيه، كالهبة. به قال الرأي من الشافعية. و الحنابلة [126].

الرأي الثاني - يشترط إستدامة القبض و استمراره بدليل قوله تعالى (فرهان مقبوضة) [127].

([117]) - من شروط صحة العقد:
أ- التمييز أو العقل.
ب- أن يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين، و خلوه من الغرر.
ج- ان لا يكون العقد ربوياً.
د- ان لا يكون مقترناً بشرط فاسد.
هـ- ان يكون محل العقد قابلاً للتسليم.
(للتفصيل: يراجع استاذ نا د. مصطفى الزلمي. الكامل في الشريعة و القانون. ج2. مصدر سابق. ص115 و 116).

([118]) - ابو الوليد محمد بن احمد بن رشد القرطبي (ت 595هـ). بداية المجتهد و نهاية المقتصر، ط1 . بيروت. 1425هـ - 2004م. ص772. د. مصطفى ديب البغا. فقه المعاوضات، ط1. دار المصطفى. دمشق. 1430هـ - 2009م. ص52.

([119]) - زين الدين ابن نجم الحنفي (926هـ - 970هـ). البحر الرائق شرح كنز الدقائق، ج7. دار المعرفة. بيروت. بلا س ط. ص273 و ص286. الكاساني. بدائع الضائع. مصدر سابق. ج5. ص156.

([120]) - العاملي. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية. مصدر سابق. ج4، ص56 و ص66 و 67.
عبد الاعلى الموسوى السبزواري. جامع الاحكام الشرعية. ط3. مطبعة الديواني. بغداد. 1990م، ص337.

([121]) - ابن رشد. بداية المجتهد. مصدر سابق. ص773 و 774.

([122]) - ابن رجب الحنبلي. ابا الفرج عبدالرحمن احمد (ت 795هـ) - القواعد في الفقه. ط1. حققه د. محمد على البنا. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. 2008م – 1429هـ، ص91 و 92 .)

([123]) - المرتضى. البحر الزخار. مصدر سابق. ج4. ص112.

[124] - الكاساني. بدائع الصنائع. ج5. ص156. د. عبدالرزاق احمد السنهوري. مصادر الحق في الفقه الاسلامي. م2، ج6. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. 1998، ص56 و مابعدها.

([125]) - شمس الدين ابو بكر محمد بن ابي سهل السرخى. المبسوط. ج13. ط1. تحقيق خليل محي الدين الميس. دار الفكر . بيروت. لبنان. 1421هـ - 2000م، ص2 و 3. ابن نجيم. البحر الرائق. مصدر سابق. ج7، ص273 و 286.

([126]) - عبدالله بن احمد المقدسي ابو محمد ابن قدامة. المغني في فقه الامام احمد. مصدر سابق. ج4، ص296.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

وجه دلالة الآية الكريمة : انها تنص على اشتراط القبض في الرهن فصار استمراره كالابتداء و بذلك خالف في ذلك الهبة، اذ أن الهبة اذا قبضها ابتداءً صارت مملوكة للموهوب له، و لا تحتاج الى استمرار القبض، و هي في ملكه. أما الرهن فيحتاج الى استمرار القبض لكونه وثيقة كي يتمكن من بيع المرهون عند الحاجة لاستيفاء دينه فاذا لم يكن في يده لا يستطيع بيعه فلذلك وجب استمرار القبض [127].

و هذا ما قاله به : رأي عند الحنابلة[128]، و الزيدية[129]، و رأي عند المالكية[130]،

و كذلك عند الامامية[131].

يلاحظ أنه عند التحقيق في شروط صحة العقد لدى الفقه الاسلامي لا نجد عندهم من هذه الشروط شرط القبض[132]، اللهم إلاَّ اذا إعتبرنا القبض يفيد تعيين المحل أو قابليته للتعين دلالةً، و هذا لم يقل به أحد ممن قال بالقبض شرط صحة للعقد العيني، و عليه فان هذا القول هو محل نظر، و غير موفق مع شروط الصحة، التي ينادي بها .

الاتجاه الثاني – القبض ركن في العقد العيني:

يذهب أنصار، هذا الاتجاه، الى اعتبار القبض ركناً في العقود العينية، و هو كالايجاب و القبول و لا يوجد العقد، ولا حكمة، ما لم يتم الإقباض، لان القبض هو تمام الرضا، فلا ينعقد إلاَّ به، ولا ينشأ العقد إلاَّ بحصوله، و على هذا لا أثر للايجاب و القبول في تكوين العقد ما لم يحصل القبض و الاقباض[133]، لان عقود التبرع هي عقود بلا مقابل، و ان انتفاء العوض فيها يضعف السبب في العقد لاضافة الملك للدائن، لذا يتأخر ملكيته للعين ما لم يتقوى العقد بالقبض، فلو لزم العقد من غير قبض لكان للدائن بالقبض حق المطالبة بالتسليم من المدين فيصير، حينئذٍ، عقد ضمان، و في هذا تغيير لماهية العقد و حقيقته. و على ذلك، فالعقد يوجد بوجوده، و ينقض بانتفائه. مثل ذلك : لو أخرج شخص من جيبه مالاً ليعطيه صدقةً لفقير معين فان الفقير لا يملك هذا المال إلاَّ بعد قبضه، ولا يلزم مريد الصدقة بشيء بمجرد إخراجه المال لغرض إعطائه صدقة [134].

به قال: أبو يوسف القاضي من الحنفية [135]، و ابن عقيل و الخرقي من الحنابلة [136]، و ابن ابي ليلى[137]، و هو رأي عند الامامية[138]، و الزيدية[139]،

يقول ابو يوسف صاحب ابو حنيفة : (لابد من القبض في يد الدائن)[140].

([127]) – سورة البقرة: الآية (283).

([128]) – ابن قدامة. المغني. مصدر سابق. ج4، ص296.

([129]) – ابن رجب. القواعد. ص71.

([130]) – المرتضى. البحر الزخار. ج2. ص112.

([131]) – ابن رشد. بداية المجتهد و نهاية المقتصد. ص772.

([132]) – جعفر بن حسن الهذلي (المحقق الحلي) – شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام. ج2. مؤسسة مطبوعاتي اسماعيليان ، قم – ايران. بلا س ط. ص179. عبد الا على الموسوى السبزواري. جامع الاحكام الشرعية. مصدر سابق. ص337.

([133]) – تراجع في شروط صحة العقد. هـ8. ص26 آنفاً.

([134]) – محمد ابو زهرة. الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية. دار الفكر العربي. القاهرة. بلا س. ط. ص256. الشيخ على الخفيف. احكام المعاملات الشرعية، ط1. دار الفكر العربي. القاهرة. 1417هـ - 1996م، ص239.

([135]) – منير القاضي. شرح المجلة. ج1. ط1. مطبعة العاني. بغداد، 1949، ص119 و هو بصدد شرح القاعدة(57) مضمونه (التبرع لا يتم إلا بالقبض).

([136]) – ابن نجيم. شرح كنز الدقائق. ج7. ص286.

([137]) – ابن رجب الحنبلي. القواعد. مصدر سابق، ص57 و مابعدها.

([138]) – الكاساني. البدائع. مصدر سابق. ج5، ص135.

([139]) – العاملى. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية. ج4، ص56.

([140]) – الشوكاني. السيل الجرار. مصدر سابق. ج2، ص689. المرتضى. البحر الزخار. مصدر سابق، ج4. ص112.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

و عند الامام زفر ايضاً القبض ركن في العقد، و ان يتم في مجلس العقد و إلاّ لا يصح العقد[141].

و يذهب المرحوم (مصطفى احمد الزرقا) الى القول بان (يشترط ، بوجه عام ، لانعقاد أي عقد من العقود ان تتوافر فيه شرائط انعقاده الخاصة التي يتطلب المشرع توافرها فيه.... و كذلك العقد العيني مثلاً فانه لا يتم إنعقاده إلاّ اذا حصل فيه علاوة على الايجاب و القبول، تسليم الشيء محل العقد)[142].

و يذهب البعض[143]،الى أن العقود العينية التي يشترط الحنفية فيها القبض مادام القبض ليس ركناً في انعقادها، و مادام ارتباط الايجاب بالقبول كافياً في هذا الانعقاد، فانها عقود رضائية لكن المتفحص في شأن القبض في هذه العقود التي تنعقد بمجرد الرضا و ما تقتضيه من وقف آثار هذه العقود على حصوله ينتهي الى أن هذه العقود الخمسة هي رضائية في ظاهرها، عينية في حقيقتها و جوهرها. و على ذلك، فهذه العقود هي عقود تبرع المتبرع فلا يثبت الملك فيها بمجرد الصيغة، لان عقد التبرع عقد ضعيف في نفسه، و لهذا لا يتعلق به صفة اللزوم، و الملك الثابت للواهب (مثلاً) كان قوياً، فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينظم اليه ما يتأيَّد به، و هو القبض[144].

مناقشة رأي هذا الاتجاه و نقض أدلته و حججه:

يُعترض على رأي الاتجاه الذي يجعل من القبض ركناً في العقد لاكثر من وجه نوجزها بالآتي :

أ - بالتحقيق في المعنى الشرعي للعقد[145]، فانه ينعقد بارتباط القبول بالايجاب على وجه يثبت أثره الشرعي في العاقد و المعقود عليه، و لتحقيق هذا المعنى يكفي صيغة العقد لانعقاده دون أن يتوقف على القبض سواء أتم أم لم يتم.

ب - المعلوم في الفقه الاسلامي[146]، أن العقود التي تضاف الى المستقبل تنعقد في الحال، أما التصرف فيها فيكون حينما يتحقق الزمن الذي أضيف اليه العقد، فلو قال شخص : أعرني ساعتك غداً لمدة (24) ساعة، فرضا المالك به فان العقد يعد منعقداً منذ الأمس، بتراض الطرفين، و إن لم يقبض المستعير الساعة.

فكيف يكون القبض ركناً في العقد مع أن العقد انعقد على الرغم من تخلف القبض، الذي اعتبر ركناً فيه و بالتالي، جزءاً من حقيقته، لاجل ذلك ، فالقبض ليس ركناً فيه، و قد يكون شرطاً في العقود العينية. مع أن العقد يوجد بوجود اركانه، و ينتفي بانتفائها، و لو كان ركناً واحداً، كالقبض، عند انصار هذا الاتجاه.

ج - و قولهم أن العقود العينية الاصل فيها أنها من عقود التبرع، بمعنى انها عقود بلا عوض، و ان إنتفاء العوض فيها يضعف السبب في العقد، لاضافة الملك للدائن، لذا يتأخر ملكيته للعين ما لم يتقوى العقد بالقبض، فلو لزم العقد من غير قبض لكان للدائن بالقبض حق المطالبة بالتسليم من المدين فيصير عقد ضمان، و في هذا تغيير لحقيقة العقد العيني و ماهيته. فالعقود العينية تدخل ضمن

([141]) – ابن نجيم. شرح كنز الدقائق. مصدر سابق. ج7، ص286.

([142]) – د. أبو اليقضان عطية الجبوري. الامام زفر و آراؤه الفقهية،ط2.دار الندوة الجديدة.بيروت.لبنان. 1986م – 1406هـ، ص150.

([143])– مصطفى احمد الزرقا. الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد. ج1. المدخل الفقهي العام. ط9. دار الفكر. دمشق. 1967-1968، ص346 بند 168.

([144]) – وحيد الدين سوار. الشكل في الفقه الاسلامي. مصدر سابق. ص87 و 89.

([145]) – السرخي. المبسوط. مصدر سابق. ج12. ص83.

([146]) – فخرالدين عثمان بن على الزيلعي الحنفي. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج5. دار الكتب الاسلامي. القاهرة. 1313هـ، ص91. د. مصطفى احمد الزرقا. الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد، مصدر سابق. ج1. ص312. د. على محي الدين القرداغي. مبدأ الرضائية في العقود. ج1. ط2. دار البشائر الاسلامية. بيروت. لبنان . 1423هـ-2002م، ص187 و ما بعدها.

([147]) – ابن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. مصدر سابق. ج7. ص280. و مابعدها. العبدري. التاج و الاكليل. مصدر سابق. ج5. ص269 و مابعدها.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

جنس العقود عموماً إلا انها قد تختلف من حيث النوع و الصنف فتكون لها خصوصيةً تختلف عن غيرها من العقود، لذا فان سحب أحكام عقد معين الى عقد آخر من أجل المناظرة عمل يفتقر الى دليل، و أن الغاية من التبرع هي الإحسان، و ما يترتب عليه من ثواب منتظر، و مع ذلك قد يكون بعض تلك العقود الخمسة فيها الجانبان معاً، العوض و الاحسان معاً، كالقرض. أما العوض في القرض فلان المستقرض، عليه أن يرد بدل مماثل للمال المستقرض عوضاً عما استقرضه. و اما التبرع فلانه ينطوي على تبرع من المقرض و ذلك بانتقال المال الى المستقرض و انتفاعه به بسائر التصرفات، و إن كان جانب التبرع فيه أرجح لأنه بذل منافع المال مجاناً دون ان يقابله عوض في الحال[148]. و لأن الاصل في العقود الرضائية شرعاً يكفي لانعقادها مجرد تراضي الطرفين.

المطلب الثاني

القبض شرط في العقد العيني

ذهبت طائفة من فقها الاسلام الى اعتبار القبض ليس ركناً في العقد العيني و انما هو شرط فيه، و لكن بصدد ماهية هذا الشرط اختلفوا الى اراء يمكن اجمالها في اتجاهين رئيسين هما:

الاتجاه الأول – القبض شرط لزوم في العقد:

يرى أنصار هذا الاتجاه، أن القبض في هذه العقود هو شرط لزوم العقد العيني، لان الاصل في العقود العينية، أنها كسائر العقود، هو الرضائية شرعاً، فيكفي لانعقادها تراضي الطرفين، و لكن لكون هذه العقود هي غير لازمة ما لم يقبض الدائن المعقود عليه اذ يفتقر الى القبض، أياً كان، فان تخلفه يؤدي الى جعل العقد غير لازم للعاقد، لذا فالعقد قبل القبض جائز، و يلزم بالقبض[149]. و علة ذلك، أن في القبض حق الدائن به، و التزام على المدين به إقباض الدائن للمعقود عليه،و بالتالي فالعقد يتحقق بصيغته لكن لا يترتب أثره إلاَّ بالقبض في حق الدائن به[150]، كما انها تدخل ضن عقود التبرع، و هذه العقود ضعيفة في ذاتها، و لهذا لا يتعلق بها صفة اللزوم، و الملك الثابت للمالك كالواهب و مَنْ في حكمه، الذي ملكه كان قوياً فلا يزول الملك القوي بالسبب الضعيف حتى ينظم اليه ما يتأيَّد به، و هو القبض[151].

و على ذلك فالعقد قبل القبض عقد جائز إلا أنه غير لازم، و انما يصير لازماً في حق المدين باقباضه الدائن للمعقود عليه، و بذلك يكون القبض شرط لزوم، لا شرط جواز (صحة)[152]. به قال رأي عند الحنفية[153]، و مثله عند الشافعية[154]، و كذلك عند الظاهرية[155] و المالكية[156]، و هو رواية عند الحنابلة[157]. و قول عند الزيدية[158]. و مثله عند الامامية[159].

([148]) – الكاساني. البدائع. مصدر سابق. ج6. ص215. ابراهيم بن على بن يوسف الشيرازي ابو اسحاق. المهذب في فقه الامام الشافعي. ج1. بيروت. لبنان. بلا س ط. ص302 و 303. الشيخ نظام و جماعة من علماء الهند. الفتاوى الهندية. ج4. دار الفكر. بيروت. لبنان. 1211هـ – 1991م، ص364 و ما بعدها. زين الدين ابن نجيم الحنفي. (926هـ – 970هـ). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج7. مصدر سابق. ص280 و مابعدها. محمد بن يوسف بن ابي القاسم العبدري (ت 897). التاج و الاكليل لمختصر خليل. ج5، دار الفكر. بيروت. 1398هـ، ص269 و مابعدها. ابو الحسن الماوردي. الحاوي الكبير. ج7. دار الفكر . بيروت. بلا س ط. ص270 و مابعدها.

([149]) – يراجع: محمد بن محمد اكمل الدين البابرت (ت 786هـ) العناية شرح الهداية.مصدر سابق. ج10. ص135-137.

([150]) – السرخى المبسوط. مصدر سابق. ج21، ص113.

([151]) – السرخى. المصدر السابق. ج2، ص48.

([152]) – العالمكرية. الفتاوي الهندية. مصدر سابق. ج5، ص433. علاء الدين السمرقندي (ت 539هـ) تحفة الفقهاء. ج2. دار الكتب العلمية. بيروت. 1405هـ – 1984م، ص43.

([153]) – الكاساني. بدائع الضائع. ج6، ص115. الرخي. المبسوط. مصدر سابق. ج2، ص48. و ج13. ص2. و ج21. ص113. الفتاوى الهندية. ج5. ص433. الزيلعي . تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج6. ص63.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

و عند ابن حزم الظاهري: أنه لا يشترط في صحة الهبة، و غيرها من العقود العينية،القبض،لانها من الصدقات، و الصدقات جائزة قبضت أم لم تقبض[154].

و يذهب الدكتور عبدالفتاح عبدالباقي الى القول[155]: بان القبض عند القائلين به (بهذا الاتجاه) هو شرط إنعقاد العقد، و هو الذي يقصدونه في لزوم العقد.

إعتراض: في ما قدمنا من تفصيل في موقف الاتجاهات الفقهية الآنفة الذكر دليل على أن الفقه الاسلامي هو أكثر دقة مما يتصوره الاستاذ الفاضل، و ان الفرق واضح بين شرط انعقاد العقد و شرط لزومه، الأول ينتفى العقد بانتفائه. و الثاني العقد يوجد من دونه و لكنه يكون غير لازم، و بالتالي لا يجبر على أداءٍ معين و هو القبض و الإقباض[156]. ولا يجوز الزام المتبرع بشيء لم يتبرع به و هو التسليم[157].

الاتجاه الثاني : القبض شرط تمام العقد العيني:

دور القبض، عند أنصار هذا الاتجاه، هو شرط تمام العقد العيني، فالعقد يوجد بمجرد توافق ارادتي الطرفين لكن آثاره لا تتم إلا بقبض الدائن للمعقود عليه[158].

و بذلك فان العقد ينعقد ابتداءً و إن لم يتم القبض، و لكن العقد لا يترتب بعض آثاره، و هو ملك الدائن للمعقود عليه، و هذا الحق يثبت بالقبض و هو من آثاره و موجباته، و ليس ركناً فيه، و اذا لم يقم المدين بإقباض الدائن جاز للاخير إجباره عليه. ففي عقد الهبة، مثلاً، ينعقد العقد بتوافق الارادتين، و انه ينشيء التزاماً في ذمة الواهب بتسليم الموهوب الى الموهوب له و لكن لا تنتقل الملكية له إلاَّ بعد قبضه، و هذا هو المعنى المراد من القبض[159]، مفاده، ان العقد لا تتم آثاره، بل تتحقق بعضها و هو الالتزام، دون البعض الآخر، و هو الحق ، أي، حق الملكية[160]، و حكم الهبة هو إنتقال الملك الذي هو معلق على تحقق القبض[161].

([154]) – الماوردي. الحاوي الكبير. مصدر سابق. ج6. ص9. الشيخ سلمان الجمل. حاشيته على المنهج لشيخ الاسلام زكريا الانصاري. ج5. دار الفكر. بيروت. بلا س ط. ص729 و مابعدها.

([155]) – ابن حزم الظاهري المحلى بالآثار. مصدر سابق. ج6. ص3622 و 363. المسالتان (1209 و 1210).

([156]) – الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. مصدر سابق. ج4. ص11 . و حاشية للدردير المسمى بالشرح الكبير. ج4. ص101.

([157]) – ابن قدامة المقدسي. المقد. ج4. ص399. ابن رجب الحنبلي. القواعد. ص57 و ما بعدها. الرخي المسبوط. ج21. ص122.

([158]) – الشوكاني . السيل الجرار. مصدر سابق. ج2. ص689-692. احمد بن قاسم العنسي الصنعاني. التاج المذهب لاحكام المذهب. مكتبة اليمن. ج3. ص77.

([159]) – العاملي. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية. مصدر سابق. ج4. ص56.

([160]) – ابن حزم. المحلى بالآثار. ج8. ص65 و 69 . ابن رشد القرطبي. بداية المجتهد نهاية المقتصد. مصدر سابق. ص776 و 777.

([161]) – عبدالفتاح عبدالباقي. احكام القانون المدني المصري. التأمينات الشخصية و العينية. دار نشر الثقافة.الاسكندرية. مصر. 1950، ص549.

([162]) – البابرتى. العناية شرح الهداية. ج10. ص549.

([163]) – البابرتى. المصدر السابق. ج9. ص21.

([164]) – الشيخ على الخفيف. المعاملات الشرعية. مصدر سابق. ص239. محمد ابو زهرة. مصدر سابق. ص256.

([165]) – الفتاوي الهندية . ج4. ص377.

([166]) – كمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواتى (ت 681هـ). شرح فتح القدير. ج6. دار الفكر. بيروت. بلا س ط. ص421 و 422.

([167]) – عبد الغنى الغنيمي الدمشقي الميداني. اللباب شرح الكتاب. تحقيق محمود أمين النواوي. ج1. دار الكتاب العربي. بيروت. بلا س ط. ص219.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

و القاعدة التي تقضي بانه (لا تجوز الهبة إلاّ مقبوضة) المراد هو نفى الملك، و ليس نفي الركن، و بالتالي، نفى العقد[168]، فعقد الهبة تصح بصيغتها في حق الموهوب له، لانه عقد، فينعقد بها، كسائر العقود[169]، إلاّ أن ملك الموهوب له لا يثبت إلاّ بقبض الموهوب، لذا لابد من القبض في العقود العينية لكي يثبت الملك، و القبض المراد هو القبض الفعلي لذا فالتمكين من القبض ليس كالقبض[170].

و على ذلك، فالقبض ليس ركناً في العقود العينية بانعدامه ينعدم العقد، ولا هو شرط صحة فيها فيكون العقد، بانتفائه، عقداً غير صحيح، و بالتالي يترتب عليه آثار العقد غير الصحيح، ولا هو شرط لزوم للعقد و بالتالي يمكن للمتعاقد المدين به أن يرجع عنه قبل القبض، ولا يستطيع الدائن إجباره على الإقباض، بل ينعقد العقد العيني و يصح، بمجرد ارتباط القبول بالايجاب ثم يُطلب من المدين إقباض الدائن و إلاّ جاز للدائن إجباره على الإقباض، و يترتب على تراخي العاقد في قبض العين حتى إفلاس المدين بالاقباض، أو مرضه مرض الموت، أو مات، أدى ذلك الى بطلان العقد و سقوط حق الدائن به[171].

و يذهب الاستاذ مصطفى احمد الزرقا[172]، الى ان العقد غير التام هو عقد غير لازم من جهة الدائن و المدين معاً، و لكن مع اختلاف في أن العقد غير التام يستطيع الدائن اجبار مدينه باقباضه العين محل العقد، بينما في العقد غير اللازم ليس له ذلك.

و يُعترض على رأي الاستاذ بان العقد إما أن يكون لازماً أو غير لازم ، فكيف يكون العقد غير لازم للمتعاقدين و يمكن إجبار المدين باقباض الدائن. ففي العقد غير اللازم يمنح العاقد حقاً في الرجوع عن العقد و بالتالي كيف يلزم به. و هذا الرأي يخالف ماهية العقدين معاً. و يبدو أن الاستاذ الفاضل كان يعتمد على ماجاء في مؤلف الامام البابرتى في هذا القول[173].

و على العموم بهذا الاتجاه قال، جمهور الحنيفة[174]، و هو قول الامام مالك و الراجح عند المالكية[175]، و هو رواية الظاهرة عند احمد بن حنبل[176]، و الظاهر عند الظاهرية[177]، و الامامية[178]، و الزيدية[179]، و الاباضية[180].

و هو رأي الامام الشافعي و الظاهر عند الشافعية[181].

---

(168) – الزيلعي. تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. مصدر سابق. ج9. ص91.
(169) – ابن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج7. ص285.
(170) – ابن نجيم. المصدر السابق. ج7. ص285 و 286. البابرتي. العناية شرح الهداية. ج9. ص19 و 20.
(171) – ابن رشد القرطبي. بداية المجتهد و نهاية المقتصد. ص773. مصطفى احمد الزرقا. الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد. مصدر سابق. ج1. ص336-340.
(172) – مصطفى احمد الزرقا. الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد. المصدر السابق. ج1. ص578.
(173) – البابرتي. العناية شرح الهداية. ج10. ص138،137.
(174) – الكاساني. بدائع الصنائع. مصدر سابق. ج6.ص207 و 208. ابن نجيم. البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج7. ص285.
(175) – حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج3. ص231و266. الامام مالك. المدونة الكبرى. ج15. ص86. الخرشي. حاشيته على سيدى خليل. ج5. ص6. ابن رشد. بداية المجتهد. مصدر سابق. ص773. محمد عليش. منح الجليل شرح على مختصر خليل. ج5. دار الفكر. بيروت. 1409هـ - 1989م، ص419.
(176) – ابن قدامة المقدسي. المغني. مصدر سابق. ج4. ص399. منصور بن يونس بن ادريس البهوتي. كشاف القناع عن متن الاقناع. ج3. تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال. دار الفكر. بيروت. لبنان. 1402هـ، ص314.
(177) – ابن حزم الظاهري. المحلى بالآثار. ج6. ص363. المسالة (1210).
(178) – المحقق المحلى. شرائع الاسلام. مصدر سابق. ج2. ص75 و 76. العاملي. اللمعة الدمشقية. ج3. ص189 و مابعدها. و ص226-229. و ج4. ص65 و 66 و ص252 و 255.
(179) – الصنعاني. البحر الزخار. مصدر سابق. ج5. ص112. الشوكاني. السيل الجرار. مصدر سابق. ج3. ص37 – 40 و ص77.
(180) – محمد اطفيش. شرح كتاب النيل. مصدر سابق. ج11. ص40 – 42.

و القبض هو شرط تمام العقود العينية عند الصحابة و لم ينقل عنهم في ذلك خلاف و بذلك يكون اجماعاً عندهم[181].

و يذهب رأي[182]، الى تأويل لفظ (شرط تمام) الى معنى (شرط لزوم) مع أن اللفظين مختلفان في دلالتيهما على مدلوليهما و مصاديقهما.

و عند الامام الشافعي، أن الركن في العقد العيني هو الصيغة، أما القبض فليس بشرط، و ان شترط في الرهن لان دور القبض في الرهن هو للتوثيق بدلاً من الكتابة فكان للقبض حكمه[183].

فالقبض في الرهن هو احتياط لمالك الحق بدلاً من الكتابة و مادامت قد إنعد مت في السفر فكان القبض هو شرط، و ليس ركناً، و هو للتوثيق، و يجوز بدونه[184].

مناقشة الآراء الفقهية في ماهية القبض و ترجيح الأققه منها :

يلاحظ أن المعيار في إعتبار ماهية القبض، ما إذا كان شرط إنعقاد، أو صحة، أو تمام، أو لزوم، هو في مدى إمكانية إجبار المتعاقد المدين به على الاقباض إن لم يُقبض الدائن باختياره.

فعند القائلين بانه شرط إنعقاد، فالعقد حيثما يتخلف فيه القبض يكون باطلاً، فلا يلزم المدين به بالتنفيذ العيني، أو يكون فاسداً عند بعض الحنفية من أنصار هذا الا تجاه إن لم يتم القبض إختياراً فلا يجبر عليه، و اذا تم صحَّ العقد و ترتب عليه آثار العقد الصحيح. بمعنى أن في الإقباض تصحيح للعقد.

و يؤخذ على هذا الا تجاه أنه عند التحقيق في هذه العقود، إذا لم يحصل القبض فلا عقد، و إن كان بعض الفقهاء يقول بطل العقد، فكما يقال اذا لم يقبل المخاطب بَطُلَ الا يجاب فهذا بطلان ما لم يتم لا بطلان ما تم[185]. و مع ذلك لا يستبعد توقف إنعقاد العقد على أمرٍ زائد على الا يجاب و القبول كما يتوقف إنعقاد النكاح معهما على أمر زائد يُشترط في العقد.

أما عند القائلين بانه شرط صحة في العقد، أو شرط لزوم فيه، فللمتعاقد الرجوع عن العقد قبل القبض دون أن تثور مسؤوليته العقدية، فيبطل العقد أو يفسخ برجوعه، ولا يجبر المدين بالاقباض على إقباض الدائن، لعدم صحة العقد أو لزومه بعد[186]. و يؤخذ على هذا الا تجاه أنه جاء في الاحكام التي تترتب عليه نوع من التناقض مع مفهوم (شرط اللزوم) في الصناعة الفقهية، و الذي هو مرحلة تلي مرحلة وجود العقد الصحيح النافذ، و غاية ما فيه، انه يعمل على عدم لزوم العقد، فللمتعاقد ان يتحلل من العقد الرضائي الذي هو اصل العقود جميعاً، و بهذا أخذت مجلة الاحكام العدلية في المادة (115) منها التي نصت على أن (البيع غير اللازم هو البيع النافذ الذي فيه أحد الخيارات)، بمعنى أن البيع الذي

---

(181) – حاشية البجيرمي. مصدر سابق. ج3. ص292. شهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة القليوبي (ت 1069هـ) و شهاب الدين احمد البرلّسي الملقب ب (عميرة) (ت 957هـ) حاشيتيها على كنز الراغبين للامام جلال الدين محمد بن احمد المحلى (ت 864هـ) و هو شرح كتاب منهاج الطالبين للامام النووي في فقه الشافعية، ج2. ط2. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. 1424هـ 2003م، ص427. النووي. المهذب مع تكملة المجموع شرح المهذب. ج13. ص258. الرخي. المبسوط. ج21. ص113.

(182) – ابن رشد القرطبي. بداية المجتهد و نهاية المقتصد. ص773.

(183) – مذكور عند البابرتي. العناية شرح الهداية. مصدر سابق. ج10. ص137 و 138.

(184) – البجيرمي. حاشيته على المنهاج. مصدر سابق. ج3. ص292.

(185) – محمد بن ادريس الشافعي (ت 204هـ) – موسوعة الامام الشافعي أو كتاب الام. ج4. دار احياء التراث العربي. بيروت. 1422هـ – 2001م، ص7 و ما بعدها.

(186) – ابن رجب الحنبلي. القواعد في الفقه الاسلامي. مصدر سابق. ج1. ص171. القاعدة (49).

(187) – العاملي. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية. ج4. ص56.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

يكون فيه احد الخيارات يكون غير لازم، و من ثمَّ يحق لصاحب الخيار فسخهُ ، و هذا يفيد بان العقد غير اللازم هو عقد صحيح و نافذ و لكن فيه احد الخيارات أو ان العقد بطبيعته يسمح للمتعاقدين أو لاحدهما، العدول عنه، و على ذلك فان العقود العينية يرى فيها:

أ - الاصل فيها أنها ليس فيها أحد الخيارات.

ب - كما أنها ليست من العقود التي هي في الاصل غير لازمة كالوكالة و غيرها، مع تفصيل في بعضها.

لذا فالعقد هو سبب كافٍ و تامٍ في نقل الملك الى الدائن لعموم قوله تعالى: (أوفوا بالعقود)[188]،

و هذا هو السائد في القانون المدني العراقي، و المقارن أيضاً، و في الفقه[189]، بأن الشيء المعين بالذات ينتقل بمجرد العقد[190]، دون أن يتوقف على أمر زائد[191]. الذي يدل على أن الاصل في العقود، في الفقه الاسلامي، و القانون الوضعي، ولا سيَّما التقنين المدني العراقي هو الرضائية[192]، الذي يعمها جميعاً دون إستثناء على نحو جعل مَنْ يتصدى للفقه يستصعب إدخال عنصراً جديداً في الصناعة الفقهية للعقد، ولا سيما مع وجود قوله تعالى: (لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلاَّ أن تكون تجارةً عن تراضٍ منكم)[193].

و بناء على ما تقدم، فانه متى وجد شرط القبض فهو شرط و ليس ركناً فيه، و بذلك يكون وجود القبض ليس في الوقت الذي يقترن به القبول بالايجاب، و هذا ما قررته المادة(687) من مرشد الحيران[194]، بشأن عقد القرض التي تنص على أن (فاذا هلكت العين بعد العقد، و قبل القبض، فلا ضمان على المستقرض)، و بهذا الحكم أخذت الفقرة الثانية من المادة (686) من التقنين المدني العراقي.

يفهم من هذه المادة التي هي تقنين لما هو ثابت في الفقه الحنفي بان العقد الشرعي بمعناه الشرعي هو ارتباط القبول بالايجاب على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[195]، و العاقد[196]. و هذا ما نجده في الهبة، فعلى الرغم من اشتراط القبض في هبة المنقول[197]، كي يتم العقد، و بذلك فان العقد ينعقد بارتباط القبول بالايجاب لكنه لايتم إلا بالقبض.

و اللفظ ذاته (لا يتم) يتكرر في الاعارة و بالذات المادة (847)، و التي تنص على أن (.... و لا تتم الاعارة إلا بالقبض).

و كذلك عقد الوديعة في المادة (951) حيثما بأنها (عقد به .... ولا يتم إلا بالقبض) و هذا الحكم هو ذاته من ما احتوته المادة (1322) من تقنيتا المدني بشأن الرهن الحيازي التي تنص على أنه (1- يشترط لتمام الرهن و لزومه على الراهن أن يقبض المرتهن الرهن) مع ان

---

(188) - سورة المائدة: الآية رقم (1).

(189) - ينظر: الكاساني. بدائع الصنائع. مصدر سابق. ج6. ص115.

(190) - ينظر في المادة (73) و المادة (531) من القانون المدني العراقي.

(191) - د. عبدالمنعم فرج الصدة. نظرية العقد. مصدر سابق. ص62 و 63.

(192) - تراجع ص7 من هذه الدراسة آنفاً.

(193) - سورة النساء: الآية 29 .

(194) - محمد قدري باشا. مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية على مذهب الامام الأعظم ابي حنيفة النعمان. ط2. المطبعة الكبرى. بولاق. القاهرة. 1308هـ - 1891م. ص113.

(195) - تراجع: المادة (73) من القانون المدني العراقي النافذ.

(196) - يذهب استاذنا دكتور مصطفى الزلمي، و الذي يرجح، بحق، ان التعريف الأصوب للعقد هو (إرتباط الايجاب و القبول على وجه تثبيت اثره في العاقد و المعقود عليه) و ليس كما جاء في المادة (73) من القانون المدني العراقي القائم الذي لم يذكر سوى (المعقود عليه) (ينظر: الالتزامات من ضوء المنطق و الفلسفة. مطبعة شهاب. اربيل. 2010. ص182). لعل المقام يلزمنا أن نورد ملاحظة على التعريفين معاً بصدد ارتباط الايجاب و القبول و الاصوب كما نرى أن يأتي التعريف هكذا (العقد هو ارتباط القبول بالايجاب... الخ) و ليس (ارتباط الايجاب بالقبول .... الخ) لان القبول هو الذي يرتبط بالايجاب و ليس العكس.

(197) - المادة (603) مدني عراقي.

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

المادة (1321) حينما يعرف الرهن الحيازي لم يشترط لانعقاده سوى تراضي الطرفين الراهن و المرتهن دون أمرٍ زائد لانعقاد العقد، و بالتالي فانه عقد رضائي، و يقال الحكم نفسه بالنسبة لأخواته الاخرى من العقود العينية، حتى هذا هو ماجاء في مجلة الاحكام العدلية التي تعتبر، المصدر التأريخي و المادي لقانوننا المدني، نجد أنها تعد القبض في العقود العينية (شرط تمام) لهذه الفئة من العقود، بل أن ماجاء في نصوص القانون المدني العراقي بالنسبة للعقود العينية مأخوذة حرفياً من مجلة الاحكام العدلية[198]، و يقول محمد قدري باشا بصدد الهبة (لا يثبت الملك للموهوب الا اذا قبض العين الموهوبة قبضاً كاملاً. أما العقد نفسه فينعقد بالايجاب و القبول)[199].

و على ذلك فالتقنين المدني العراقي، كمصدره التأريخي و المادي، لم يخترق مبدأ الرضائية في العقود العينية و انه جعلها تنعقد بمجرد ارتباط القبول بالايجاب و لكن ملك الدائن لم يثبت في المعقود عليه إلاّ بقبضه إياه، و بالتالي لا نرى وجوداً للعقد العيني في القانون المدني العراقي مطلقاً لان عبارة (.... لا يتم الا بالقبض) الذي وردت في مواد العقود الخمسة فانها تبقى، كسائر العقود الرضائية، تنعقد بالتراض، و يثبت بعض آثارها و هي التزام المدين باقباض الدائن و لكن لا يثبت الحق للدائن و ذلك باجبار المدين على الاقباض، و من ثمَّ، لا ينقل الملك له ما لم يتم القبض. و القبض هو أمر تالي للانعقاد الذي يكفيه التراضي، حتى و إن إعتبرنا العينية ضرب من الشكلية في التصرفات القانونية فان هذه الشكلية ليست (للانعقاد) في العقد العيني و انما (لتمام العقد) فيه خلافاً لما هو موجود في التصرفات القانونية العقارية و التي تعد التسجيل في الدائرة المختصة ركن في انعقاد العقد و إلاّ كان باطلاً[200].

و بناء على ما تقدم فان العقد العيني بهذا التصور و التصوير الذي ورثناه من الفقه الاسلامي، منهم الحنفية، و أولئك ورَّثوا العلم و الفهم لمن جاء بعدهم، و الذي وصلنا، بان القبض فيه لتمام العقد، لا لإنعقاده، بالتالي فان العقد فيه ينعقد بالتراضي عقداً غير تام ما لم يقبض المعقود عليه، فهو غير تام من حيث الاثار، لا من حيث العناصر، فاذا قبض الدائن المعقود عليه تم العقد من حيث الاثار، فلفظ (لا يتم) يعني لا يتم العقد من حيث الاثار، ولا يفيد بان العقد لا ينعقد، لان العقد مرهون بصيغته أما الآثار فمرهونة بالقبض، و القبض تالي للانعقاد، و قد خلط الفقه القانوني بين (تمام الاثار) و بين (تمام عناصر العقد)[201]، فاعتبروا القبض من عناصر انعقاد العقود العينية على اساس تفسير (لا يتم)، كما تقدم، بانه يفيد (لا ينعقد)، و المعلوم أن آثار العقد هي الحقوق و الالتزامات التي تترتب على العقود عامة و العقود العينية خاصة، و على ذلك فان فقه القانوني العراقي، و كذلك العربي، حينما فسروا (لا تتم) بـ (لا تنعقد) هو من قبيل الخطأ الشائع، في التفسير، و انما المراد به عدم تمام الاثار لا عدم تمام العناصر من الاركان و الشروط، لان التعبير لا يتجه الى العناصر، و انما الى الاثار في جميع العقود العينية، في الهبة، و القرض، و الاعارة، و الوديعة، و الرهن، إذ انها تنعقد بتراض الطرفين، و ينشأ منها الالتزام على المدين و لكن لا تنقل الملكية إلا بالقبض[202]. و ثمرة ذلك ان التراضي يعد كافياً لانعقاد العقد العيني بخلاف التصور و التصوير القديم، الروماني، و الفرنسي القديم والحديث و نحوهما، للعقد العيني و الذي يعد القبض ركناً لانعقاده، بينما في القانون العراقي فان اقتران القبول بالايجاب يعد كافياً لانعقاد العقد و لكن في ترتيب آثاره ولا سيَّما في منطقة الحقوق من تلك الاثار فان الدائن لا يملك في العقود العينية حقه في محل العقد إلاّ بتمام العقد و يكون ذلك بقبضه لذلك المحل.

([198]) – تنظر: في العارية المادة (810) من المجلة، و في التبرعات المادة (57) و في الهبة المادة (837) و راجع شرحها لدى المرحوم على حيدر ،دور الحكام شرح مجلة الاحكام. ج2. تحقق المحامي فهمي الحسيني. دار المكتب العلمية. بيروت. بلا س. ط. ص54.

([199]) – المادة (78 – 79) من مرشد الحيران. مصدر سابق. ص14 و 15.

([200]) – كما في التصرفات العقارية و الحقوق العينية العقارية كما تنص عليها الفقرة الثانية من المادة الثالثة من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971. و كذلك في تسجيل المكائن بموجب المادة (2/30) من قانون الكتاب العدول رقم (33) لسنة 1998 و التي لا تنعقد ما لم تسجل لدى الكاتب العدل المختص، و كذلك في تسجيل المركبات ما لم تسجل في سجلات دائرة المرور بموجب (7/5) من قانون المرور رقم (86) لسنة 2004.

([201]) – استاذ نا. د. مصطفى الزلمي. الالتزامات في ضوء المنطق و الفلسفة. ط1. مطبعة شهاب اربيل. العراق. 2010. ص191 و 192.

([202]) – استاذ نا د. مصطفى الزلمي. فلسفة المسؤولية القانونية في ضوء المقولات الأرسطية، ط1. اربيل 2001. ص209 و 210.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ص:376-412
المجلد (3) – العدد(1) , حزيران 2019
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

و على ذلك فان العقد العيني هو عقد رضائي، كسائر العقود، ولا يقارن بالعقد الشكلي الذي تعد الشكلية فيه للانعقاد لان القبض و ان كان هو أداء شكلي إلاَّ انه أداء ليس للانعقاد و انما لتمام آثار العقد في منطقة الحقوق بالذات.

و عليه، لا يصح للدائن أن يتصرف في العين قبل القبض، لان الموهوب له (مثلا) لا تتم ملكيته للموهوب إلاَّ بعد قبضه له، و جميع تصرفاته في الشيء الموهوب بعد العقد و قبل القبض تعد باطلة، لورودها على ما لا يملكه لان العقد، على الرغم من أنه ينشيء الالتزام على الواهب باقباض الموهوب الى الموهوب له إلا أن ليس للموهوب التصرف في الشيء الموهوب حتى يقبضه، و على هذا الاساس جاءت نصوص العقود الخمسة في القانون المدني العراقي.

و بناء على كل ما تقدم نقول بان القاعدة القانونية و الفقهية التي تقضي بأن (التبرع لا يتم إلا بالقبض) هي غير دقيقة الصياغة، و صوابها، أن يقال (التبرع لا يتم آثاره إلاَّ بالقبض)[203] و كذلك القاعدة الفقهية ان (العقد العيني لا ينعقد إلا بالقبض)[204]، و صوابها ان يقال (العقد العيني لا يتم بعض آثاره الا بالقبض)[205] و كذلك قاعدة (ينعقد الرهن بايجاب و قبول من الراهن و المرتهن و لكنه لا يتم ولا يلزم الا بالقبض)[206].

فتكون صوابها (ينعقد الرهن بالتراض ولا يتم بعض آثاره إلاَّ بالقبض)

و كذلك في الوديعة (ينعقد الايداع بالايجاب و القبول صراحة أو دلالة ولا يتم الا بالقبض)[207] و صوابها (الايداع ينعقد بالتراض، ولا تتم بعض آثاره الا بالقبض).

و كذلك في الاعارة (الاعارة عقد ينعقد بالايجاب و القبول صراحة أو دلالة ولا تتم الا بالقبض)[208] و صوابها (الاعارة عقد ينعقد بالتراض ولا تتم بعض آثاره الاَّ بالقبض)[209].

و كذلك في الهبة (تنعقد الهبة بالايجاب و القبول و تتم بالقبض)[210] و صوابها (تنعقد الهبة بالتراض ولا تتم بعض آثارها إلا بالقبض).

و جدير بالذكر أن تفسير (تمام العقد) يتفق مع اتجاه جمهور الفقه الاسلامي، الذي يجعل من القبض شرط تمام العقد و ليس هو الاتجاه الذي يجعل منه ركناً في العقد العيني، و الذي يوجد بوجوده، و ينتفي بانتفائه، و انما يوجد بالتراضي، و لكن حق الدائن لا يتم إلاَّ بالقبض و بالتالي، ليس له ان يتصرف في محل العقد ما لم يقبضه إياه، لذا فالعقد يعد صالحاً لترتيب آثاره في طائفة الالتزامات و لكنه يبقى موقوفاً على القبض في طائفة الحقوق. و بالرجوع الى الاصول التاريخية للنصوص العراقية بشأن العقود الخمسة و ففيه ضمان لسبرغور الدقة، و

([203]) – يراجع: احمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. ط2. تحقيق عبدالسيار أبو غدة. دار القلم بدمشق. 1409ه÷ 1989م. ص229. القاعدة (56). و قارب استاذنا د. مصطفى الزلمي. ايضاح القواعد في شرح القواعد على نمط جديد. ط1. مطبعة رؤژهەلات. اربيل. العراق. 2013. ص126.

([204]) – ابن رجب الحنبلي. القواعد الفقهية. مصدر سابق. ص91-93.

([205]) – قارب استاذ نا. د. مصطفى الزلمي. مصدر سابق. ص248 و 249. القاعدة (85).

([206]) – تراجع المادة (706) من المجلة و شرحها لدى. على حيدر. درر الحكام . مصدر سابق. ج2. ص54. سليم رستم باز. شرح المجلة. ط3. المطبعة الادبية. بيروت. 1923. ص385 وما بعدها.

([207]) – تراجع المادة (777) من المجلة. و شرحها لدى سليم رستم. مصدر سابق. ص431 وما بعدها.

([208]) – تراجع المادة (804) من المجلة و شرحها لدى سليم رستم. مصدر سابق. ص447 وما بعدها.

([209]) – تنص المادة (810) من المجلة على أن (القبض شرط في العارية فلا حكم لها قبل القبض) بمعنى لا يثبت حق الدائن في الشيء المعار إلا بالقبض.

[210] – تراجع المادة (837) من المجلة و شرحها لدى: على حيدر . دور الحكام. مصدر سابق، ج2. ص348 وما بعدها. سليم رستم الباز. مصدر سابق. ص462 وما بعدها.

الوصول الى حقيقة المراد، لان مَن رام معنى النص و حقيقته، لو رجع الى المصدر التاريخي له، و هو الفقه الاسلامي، لوجد أن المراد من لفظ (لا تتم) هو لا تتم من حيث (الاثار) لا من حيث (العناصر)، و من ثمَّ فان العقد يوجد بصيغته إلاَّ أنه لا ينتج بعض اثاره و هي (الحقوق) ، بمعنى، إن انتقال ملكية محل العقد لا يتم الى الدائن إلاَّ بالقبض، و انه لا يحق له التصرف فيه قبل القبض و بالتالي فان التمام هو تمام الاثار دون العناصر، و ان القبض ليس ركناً ولا شرطاً لصحته و انما هو شرط تمام الاثار ليس إلاَّ [211].

و هذا هو الاتجاه الحديث للتقنينات المدنية العربية و الغربية و يكون بذلك، و حسب دلالة النصوص في العقود العينية الخمسة، التي إنكشف فيها دور القبض يكون العراق سباقاً، بسبق الفقة الاسلامي، في نظرية العقد و إن كان منذ صدور التقنين المدني العراقي عام 1951، و انه لم يأخذ بالعقد العيني، كما هو شائع في العراق، و إنما التزم مبدأ الرضائيةفي العقود و لم يخرقها الا في بعض التصرفات الشكلية، كما تقدم، و هذه الشكلية لا تقارن مع العينية في العقود العينية لان العينية ليست للانعقاد مثلما الشكلية في ذينك العقود و انما هي لتمام الآثار فحسب.

ولاجل ذلك، فانه يتعين على القاضي و كذلك، الفقه، حينما يفسر النصوص المتعلقة بالعقود الخمسة، أن يأخذ بتفسير النصوص من حيث المنطوق و المفهوم كما هو مبين في أصول التفسير القانوني بالاضافة الى الاخذ بنظر الاعتبار الاتجاه الراجح في الفقه الاسلامي لدلالة لفظ (لا تتم) دون الاعتماد على موروث النص الغربي أو العربي، بل اذا أراد تأويل النص فيجب أن يقام عنده دليل قانوني على ارادة المشرع أو الشارع المعنى المؤول اليه، أي ، أن يكون التأويل مبنياً على سند قانوني أو شرعي دون صرف اللفظ عن معناه الظاهر الى غيره[212]. مع أن تأويل النص هو خلاف الاصل، و الاصل هو العمل باصل الكلام و ظاهره دون العمل بخلاف الاصل أي بخلاف التفسير لان التفسير موافق للاصل، و التأويل هو مخالف له.

الخاتمة

بعد مشوار النظر، و التأمل ،و التحقيق، في دلالة لفظ (لا تتم) الذي تزيَّنت به نصوص العقود العينية الخمسة وصلنا الى نتائج، و جملةً من التوصيات، نوجزها بالآتي :

أولاً – النتائج:

أ – الشائع، فقهاً و قضاءاً، بان العقود العينية في التقنين المدني العراقي هي عقد الهبة، و القرض، و الاعارة، و الوديعة، و الرهن الحيازي، و ان العراق اخذ في هذه العقود بالعينية و اعتبر القبض ركناً فيها و بدونه لا ينعقد أيٌ عقدٍ من هذه العقود.

ب – ان الاتجاه الحديث كالتقنين المدني كالسويسري و الألماني لم يبق من العقود العينية في تقنيناتها المدنية سوى الرهن الحيازي، أما العقود الأخرى فجعلت منها عقوداً رضائية.

ج – أن شرط (التمام) الذي جاء في العقود الخمسة في القانون المدني العراقي بحسب دلالة المنطوق للفظ (التمام) لا تفيد انه شرط (إنعقاد) و انما تفيد بان العقد يوجد بمجرد التراضي إلاَّ أنه غير صالح لانشاء الحقوق، و ان كان صالحاً لانشاء الالتزامات على المدين الذي يلزم باقباض الدائن، و بالتالي فان لفظ (التمام). و (الانعقاد) لفظان مختلفان من حيث الماهية و المفهوم، و من الخطأ إطلاق لفظ (الانعقاد) على معنى لفظ (التمام) و العكس صحيح أيضاً.

د – أن تفسير لفظ (التمام) قد تأثر بالموروث الفرنسي، القديم و الحديث، الذي جاء في هذا اللفظ في صياغة نصوص العقود العينية في التقنين الفرنسي الذي وفد الى القانون المدني المصري القديم و كذلك الى فقهه، فتأثر الفقه العراقي بهذا الموروث و فسَّر لفظ (لا يتم

[211] – قارب استاذ نا د. مصطفى الزلمي. معين القضاة لتحقيق العدل و المساواة. ط1. مطبعة المنارة. اربيل. العراق. 2008. ص53.
[212] – أستاذ نا د. مصطفى الزلمي. معين القضاة. المصدر السابق. ص73.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

إلاَّ بالقبض) بأنه يفيد (لا ينعقد) مع أن المصدر المادي و التاريخي للقانون المدني العراقي، الذي إستعار منه هذا اللفظ هو، الفقه الاسلامي، و المنطق السليم يلزم بالرجوع الى المصدر، و ليس الى الموروث الغربي أو العربي المتأثر به.

هـ - التفسير المنطقي للفظ (لا تتم) بان التقنين المدني العراقي لم يأخذ بالعقد العيني بالتصوير و التصور الذي يجعل القبض ركناً في العقد و انما أخذ بمبدأ الرضائية في العقود العينية، أيضاً، إلاَّ أنه أضاف أمراً آخراً الى العقود العينية و ذلك باحلال تصور أمر آخر للعينية بان الدائن لا يملك محل العقد ما لم يقبضه و من ثمَّ لا يمكنه من التصرف فيه، و إن كان العقد العيني ذاته صالحً لإنشاء الالتزام على المدين و هو التزامه باقباض الدائن محل العقد.

ثانياً التوصيات:

من أجل إزالة أي شك، أو لبس، في دلالة لفظ (لا يتم إلاَّ بالقبض) و انها تفيد نشوء بعض الاثار على القبض أما الاثار الاخرى ولاسيَّما الالتزامات فان الصيغة كافية في نشوئها، سواء أتم القبض أم لم يتم، لذا نوصي المشرع العراقي باضافة كلمات قليلة الى صياغة المواد (603) و (686) و (847) و (951) و (1322) كي تفيد المعنى المقصود منها بوضوح و صراحة :

أ - في الهبة : نرجح أن يكون النص على هذه الصورة:

المادة (603) (1- لا تتم آثار الهبة في المنقول إلا بالقبض.....)

ب - في القرض : فان المادة (686) هي ماخوذة حرفياً من الفقة الاسلامي ولاسيَّما المجلة مع مؤلف محمد قدري باشا المسمى (مرشد الحيران) و قد أكدت المادة المذكورة في صياغتها للفقرة الاولى منها على ان (1- يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض ....)
و هذا يعني أن أثر القبض هو نشؤ حق الملكية للمقترض بالقبض، و هذا شيء حسن و جميل، و لكن ليس فيما سبق ذلك النص أو جاء بعده ما يشير الى نشوء التزام على المقترض بمجرد نشوء العقد، لذا نقترح ايراد نص يكون موضعه قبل المادة (686) و نقترح ان يكون بالصيغة التالية:
(يجبر المقترض على تنفيذ التزامه الذي نشأ بمجرد العقد متى كان ذلك ممكناً) ثم تليها المادة (687) بالصيغة نفسها المذكورة حالياً.

ج - في الاعارة : نرجح أن تكون صياغة المادة (847) بهذه الكيفية:

المادة (847) (الاعارة ..... ، ولا تتم آثار الاعارة إلا بالقبض).

د - في الوديعة : نرجح أن تكون صياغة المادة (951) بالصياغة الآتية :
المادة (951) : (الايداع عقد ....., ولا يتم آثاره إلاَّ بالقبض).

هـ- في الرهن الحيازي : تكون صياغة الفقرة الاولى من المادة (1322) بالصيغة التالية:
المادة (1322) (1- يشترط لتمام آثار الرهن الحيازي و لزومه على الراهن ....).

و الحمد لله أولاً و أخير ...

المصادر و المراجع

أولاً - المؤلفات القانونية:

1 - أحمد ابو الوفا (دكتور). تأريخ النظم القانونية و تطورها. الدار الجامعية. بيروت. 1984.

2 – آدم وهيب النداوي (دكتور). تأريخ القانون. بيت الحكمة. بغداد. 1410هـ – 1989م.

3 – أنور سلطان (دكتور). مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني. ط1. دار الثقافة للنشر و التوزيع.عمان. اردن. 2005.

4 – توفيق حسن فرج (دكتور). و جلال على العدوي (دكتور) . النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام و احكام الالتزام). ط3. منشورات الحلبي. بيروت. 2002.

توفيق حسن فرج (دكتور). المدخل للعلوم القانونية. ط3. الدار الجامعية. بيروت. 1988.

5 – جاك غوستاف بالتعاون مع كريستوف جامان و مارك بيِّو. المطول في القانون المدني. ط1. القسم الاول و الثاني. المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع. بيروت. 2000.

6 – جورج سيوفي. النظرية العامة للموجبات و العقود. ج1. في مصادر الموجبات. ط2. بيروت. 1994.

7 – حليم ستيفن. فن القضاء. المطبعة الرحمانية. مصر. 1932.

8 – حلمي بهجت بدوي (دكتور). أصول الالتزامات. الكتاب الاول في مصادر الالتزام. مطبعة نورى. القاهرة. 1943.

9 – حسين عبداللطيف حمدان (القاضي). التأمينات العينية. ط1. منشورات الحلبي. بيروت. 2005.

10 حسن على الذنون (دكتور). شرح القانون المدني العراقي. العقود المسماة. الهبة. شركة الرابطة. بغداد. 1954.

11 حسن على الذنون (الدكتور). النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام ، و احكام الالتزام و اثبات الالتزام). مطبعة جامعة بغداد. بغداد. 1976.

12 حمدى عبدالرحمن (دكتور). الوسيط في النظرية العامة للالتزامات. الكتاب الاول في المصادر الارادية للالتزام. -1 العقد و الارادة المنفردة. ط2. دار النهظة العربية. القاهرة. بلا سنة طبع.

13 رمضان ابو السعود (دكتور) و همام محمد محمود (دكتور). المباديء الاساسية في القانون. منشأ المعارف. الاسكندرية. مصر. 1995-1996.

14 زهدى بكر (دكتور). شرح قانون الموجبات و العقود. ج12. دار الثقافة. بيروت. لبنان. بلا سنة طبع.

15 سليمان مرقس (دكتور). الوافي في شرح القانون المدني. ج1. المدخل للعلوم القانونية. ط6. دار الكتب القانونية شتان في مصر و منشورات الحقوقية صادر في بيروت. 1987.

16 سليمان مرقس (دكتور). الوافي في شرح القانون المدني، ج2، الالتزامات، المجلد الاول في نظرية العقد و الارادة المنفردة. ط4. مطبعة السلام. القاهرة. 1986.

17 سمير عبدالسيد تناغو (دكتور). مصادر الالتزام. منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر. 2005.

18 سليم رستم الباز. شرح المجلة. ط3. المطبعة الادبية. بيروت. 1923.

19 سليمان بيات. القضاء المدني العراقي. ج2. ط1. شركة الطبع و النشر الاهلية. بغداد. 1962.

20 شفيق الجراح (دكتور). دراسة في تطور الحقوق الرومانية و مؤسساتها. مطبعة رياض. دمشق. سورية. 1979 – 1980.

21 شاكر ناصر حيدر (الاستاذ). شرح القانون المدني الجديد. الحقوق العينية العقارية. ج2. ط1. مطبعة المعارف. بغداد. 1953.

22 صلاح الدين الناهي (دكتور). الوجيز الوافي في مصادر الحقوق الشخصية. مصادر الالتزام (المصادر الارادية). مطبعة البيت العربي. عمان. اردن. 1984.

23 صلاح الدين الناهي (دكتور). مباديء الالتزامات. مطبعة التضامن. بغداد. 1970.

24 عكاشة محمد عبدالعال (دكتور) . و طارق المجذوب. تأريخ النظم القانونية و الاجتماعية. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. 2004.

25 عبدالرزاق احمد السنهوري (دكتور).نظرية العقد. مطبعة دار الكتب المصرية.القاهرة. 1353هـ-1934م.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

26 -عبدالرزاق احمد السنهوري (دكتور). الوسيط في شرح القانون المدني. ج1 في نظرية الالتزام. ط1. دار النشر للجامعات المصرية. القاهرة. 1952.

27 -عبدالرزاق احمد السنهوري (دكتور). الوسيط في شرح القانون المدني. ج5. في العقود التي تقع على الملكية. م2. دار احياء التراث العربي. القاهرة. بلا سنة طبع.

28 -عبدالرزاق احمد السنهوري (دكتور) و احمد حشمت ابو ستيت (دكتور) . أصول القانون. مطبعة التأليف و الترجمة و النشر. القاهرة. 1946.

29 -عبدالحي حجازي (دكتور) . النظرية العامة للالتزام. ج2. مصادر الالتزام. مطبعة نهضة مصر. القاهرة. 1954.

30 -عبدالمنعم البدراوي (دكتور). المدخل للعلوم القانونية. دار النهضة العربية. بيروت. لبنان. 1966.

31 -عبدالمنعم فرج الصدة (دكتور). نظرية العقد في قوانين البلاد العربية. دار النهضة العربية. بيروت. لبنان. 1974.

32 -عادل سيد فهيم (دكتور). نظرية التأمين العيني في التقنين المدني العراقي. ط2. مطبعة حداد البصرة. العراق. 1969.

33 -عصمت عبدالمجيد (دكتور). مصادر الالتزام في القانون المدني. المكتبة القانونية. بغداد. 2007.

34 -عبدالفتاح عبدالباقي (دكتور). أحكام القانون المدني المصري. اتأمينات الشخصية و العينية. دار نشر الثقافة. الاسكندرية. مصر. 1950.

35 -عبدالرشيد مأمون (دكتور). الوجيز في النظرية العامة للالتزامات. الكتاب الاول. مصادر الالتزام. مطبعة دار النهضة. القاهرة. بلا سنة طبع.

36 -على محي الدين القرداغي. مبدأ الرضائية في العقود. ج1. ط2. دار البشائر الاسلامية. بيروت. لبنان. 1423هـ – 2002م.

37 -محمد طه البشير و هاشم الحافظ. القانون الروماني. الاموال و الالتزام. مطبعة جامعة بغداد. 1980.

38 -محمد طه البشير و د. غني حسون طه. الحقوق العينية. مطبعة وزارة التعليم العالي و البحث العلمي. بغداد. 1982م – 1402هـ.

39 -محمد طه البشير (الاستاذ) . الوجيز في الحقوق العينية التبعية. ط4. دار الحرية للطباعة. بغداد. 1976.

40 -موريس نخلة (المحامي). الكامل في شرح القانون المدني. دراسة مقارنة. ج7. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. 2007.

41 -محمد كامل مرسي (دكتور). شرح القانون المدني. ج1. الالتزامات. تنقيح المستشار محمد على سكيكر و المستشار معتز محمد كامل مرسى. منشأة المعارف. الاسكندرية. مصر. 2005.

42 -محمد وحيد الدين سوار (دكتور) الشكل في الفقه الاسلامي. ط2. دار الثقافة للنشر و التوزيع. عمان. أردن. 1998.

43 -محمد حسام محمود لطفي (دكتور). النظرية العامة للالتزام. القاهرة. 2008.

44 -محمد على البدوي (دكتور) النظرية العامة للالتزام. ج1. في مصادر الالتزام. ط4. المركز القومي للبحوث و الدراسات. طرابلس. ليبيا. 2003.

45 -مصطفى ابراهيم الزلمي (دكتور). الالتزامات في ضوء المنطق و الفلسفة. ط1. مطبعة شهاب. اربيل. العراق. 2010.

46 -مصطفى ابراهيم الزلمي (دكتور). معين القضاة لتحقيق العدل و المساواة. ط1. مطبعة المنارة. اربيل. 2008.

47 -مصطفى ابراهيم الزلمي (دكتور). إيضاح الفوائد في شرح القواعد. ط1. مطبعة رۆژهەلآت. اربيل. العراق. 2013.

48 -مصطفى محمد الجمال (دكتور). و عبدالحميد محمد الجمال. القانون و المعاملات. الدار الجامعية. القاهرة. 1987.

49 -محمود سعد الدين شريف (دكتور). شرح القانون المدني العراقي. نظرية الالتزام. مطبعة العاني. بغداد. 1955.

50 -مالك دوهان الحسن (دكتور). شرح القانون المدني. النظرية العامة للالتزام. ج1. في مصادر الالتزام. دار الطبع و النشر الاهلية. بغداد. 1971.

51 -منذر فضل الحسين (دكتور). الوسيط في شرح القانون المدني. ط1. دار ئاراس. اربيل. العراق. 2006.

52 -هادي محمد عبدالله (دكتور). الطبيعة القانونية للقرينة المعصومة و دلالتها على الحقيقة القضائية (دراسة تحليلية مقارنة). مجلة جامعة تكريت للعلوم الانسانية. م14. ع10. تشرين الثاني. 2007م.

53 -وهبة الزحيلي (دكتور). العقود المسماة في قانون المعاملات المدنية الاماراتي و القانون المدني الاردني. ط1. دار الفكر. دمشق. سوريةى. 1987.

ثانياً - مؤلفات الفقه الاسلامي:

أ - الفقه الحنفي :

1 -ابن عابدين. حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الابصار في فقه ابو حنيفة. ج4. دار الفكر. بيروت. لبنان. 1421هـ - 2000م.

2 -أبو اليقظان الجبوري (دكتور) الامام زفر و اراؤه الفقهية. ط2. دار الندوة الجديدة. بيروت. لبنان. 1986م – 1406هـ.

3 -أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي (ت 786هـ). العناية شرح الهداية. ج9 و 10. دار الفكر. بيروت. بلا سنة طبع.

4 -زين الدين ابن نجيم الحنفي (926هـ - 970هـ). البحر الرائق شرح كنز الدقائق. ج7. دار المعرفة. بيروت. بلا سنة طبع.

5 -شمس الدين أبو بكر محمد بن ابي سهل السرخس. المسبوط. ج2 و ج3 و ج21. ط1. تحقيق. خليل محي الدين الميس. دار الفكر. بيروت. لبنان. 1421هـ - 2000م.

6 -عبدالرحمن بن محمد بن سليمان الليبولى المدعو (بشيخي زاده) (ت 1078هـ) . مجمع الانهر شرح ملتقى الأبحر. ج3. تحقيق خليل عمران المنصور. دار الكتب العلمية. بيروت. 1419هـ - 1998م.

7 -عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي. الاختيار لتعليل المختار. ج2. ط2. تحقيق الشيخ محمود ابو دقيقة. مطبعة مصطفى البابي الحلبي و اولاده. مصر. 1370هـ - 1951م.

8 -علاء الدين السمرقندي. (ت 539هـ) . تحفة الفقهاء. دار الكتب العلمية. بيروت. 1405هـ. 1984م.

9 -عثمان بن على الزيلعي. تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج5 و ج6 و ط2. دار المعرفة. بيروت. بلاسنة الطبع.

10 -عثمان على الزيلعي.تبين الحقائق شرح كنز الدقائق. ج5. ط2. دار الكتب الاسلامية. القاهرة. 1313هـ .

11 -عبدالغني الغنيمي الدمشقي الميداني. اللباب في شرح الكتاب. ج1. تحقيق محمود أمين النواوي. دار الكتاب العربي. بيروت. بلا س ط..

12 -على حيدر. درر الحكام شرح مجلة الاحكام. تحقيق المحامي فهمي الحسيني. دار الكتب العلمية. بيروت. بلا سنة طبع.

13 -علاء الدين بن مسعود الكاساني (ت 587هـ). بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع. ج5. دار الكتاب العربي. بيروت. 1982.

14 -منير القاضي. شرح المجلة. ج1. ط1. مطبعة العاني. بغداد. 1949.

15 -محمد قدري باشا. مرشد الحيران الى معرفة أحوال الانسان في المعاملات الشرعية على مذهب الامام الاعظم ابي حنيفة النعمان. ط2. المطبعة الكبرى. بولاق. مصر. 1308هـ - 1891م.

16 -نظام (الشيخ) و جماعة من علماء الهند (العالمكيرية). الفتاوى الهندية. دار الفكر. بيروت. 2110هـ - 1991م.

ب - الفقه المالكي:

1 - أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي (ت 595هـ). بداية المجتهد و نهاية المقتصد. ط1. مؤسسة الرسالة ناشرون. بيروت. 1450هـ - 2004م.

2 - الخرشي. حاشية الخرشي على مختصر خليل. ج4. و ج5. دار الفكر للطباعة. بيروت. لبنان. بلا سنة طبع.

3 - محمد عرفة الدسوقي. حاشية الدسوقي على الشرح الكبير. ج3. تحقيق محمد عليش. دار الفكر. بيروت. لبنان. بلا سنة طبع.

4 - محمد بن يوسف ابي القاسم العبدري ابو عبدالله. التاج و الاكليل لمختصر خليل. ج4. دار الفكر. بيروت. 1398هـ.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

5 - مالك بن أنس بن مالك بن عامر الاصبحي المدني (ت 179هـ)المدونة الكبرى. ج15. تحقيق زكريا عميرات. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. بلا سنة طبع.

6 - محمد عليش. منح الجليل شرح على مختصر خليل. ج5. دار الفكر. بيروت. لبنان. 1409هـ - 1989م.

ج- الفقه الشافعي:

1 - أبو عبدالله محمد بن مكي بن عبدالصمد بن المرحِّل المعروف بصمد الدين ابن الوكيل. الاشباه و النظائر في فقه الامام الشافعي. ط1. تحقيق محمد حسن اسماعيل. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. 1423هـ - 2002م.

2 - ابراهيم بن على بن يوسف الشيرازي (ابو اسحاق). المهذب في فقه الامام الشافعي. ج1. بيروت. بلا سنة طبع.

3 - ابو عبدالله محمد بن ادريس الشافعي القرشي (ت 2004هـ). موسوعة الامام الشافعي أو كتاب الام. ج4. دار احياء التراث العربي. بيروت. لبنان. 1422هـ - 2001م.

4 - جلال الدين عبدالرحمن السيوطي (ت 911هـ). قواعد و فروع الفقه الشافعي ط1. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. 1403هـ - 1983م.

5 - سلمان الجمل. حاشية الجمل على المنهج لشيخ الاسلام زكريا الانصاري. ج5. دار الفكر. بيروت. بلا سنة طبع.

6 - سليمان بن عمر بن محمد البجيرمي. حاشية البجيرمي على شرح منهج الطلاب (التجريد لنفع العبيد). ج2. المكتبة الاسلامية. ديار بكر. تركيا.

7 - شهاب الدين احمد بن احمد بن سلامة القليوبي (ت 1069هـ). و شهاب الدين احمد البرلسي الملقب بـ (عميرة). (ت 957هـ). حاشيتيهما على كنز الراغبين للامام جلال الدين محمد بن احمد المحلي (ت 864هـ) . و هو شرح كتاب (منهاج الطالبين للامام النووي في فقه الشافعية). ج2. ط2. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. 1424هـ - 2003م.

8 - شمس الدين محمد بن ابي العباس احمد بن حمزة ابن شهاب الدين الرملي الشهير بالشافعي الصغير (ت 1004هـ).حاشية الرملي. ج9. دار الفكر. بيروت. لبنان. 1404هـ - 1984م.

9 - محمد الخطيب الشربيني. مغني المحتاج الى معرفة الفاظ المنهاج. ج2. دار الفكر. بيروت. بلا سنة طبع.

د- الفقه الحنبلي :

1 - أبو الفرج عبدالرحمن بن احمد ابن رجب الحنبلي (ت 795هـ). القواعد في الفقه. ط1. حققه. د. محمد على البنا. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. 2008م – 1429هـ.

2 - أبو البركات احمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير (ت 1201 هـ). الشرح الكبير. ج4. دار احياء الكتب العربية. بيروت. لبنان. 1373ه.

3 - عبدالله بن احمد المقدسي ابو محمد ابن قدامة. المغنى في فقه الامام احمد بن حنبل الشيباني. ج4. ط1. دار الفكر. بيروت. لبنان. 1405هـ .

4 - منصور بن يونس بن ادريس البهوتي. كشاف القناع عن متن الاقناع. ج3. تحقيق هلال مصيلحي مصطفى هلال. دار الفكر. بيروت. لبنان. 1402هـ.

هـ- الفقه الامامي:

1 - جعفر بن حسن الهذلي (المحقق الحلي). شرائع الاسلام في مسائل الحلال و الحرام. ج2. مؤسسة مطبوعاتي اسماعيليان. قم. ايران. بلا سنة طبع.

2 - زين الدين بن على العاملي الجبعى. الروضة البهية شرح اللمعة الدمشقية. ج4. دار العلم الاسلامي. بيروت. بلا سنة طبع.

3 - زين الدين بن على العاملي (ت1226هـ)- مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة. ج9. دار أحياء التراث العربي. بيروت. لبنان.
4 - عبد الا على الموسوي السبزواري. جامع الاحكام الشرعية. ط3. مطبعة الديواني. بغداد. 1990م.

ز- الفقه الزيدي :

1 - احمد بن قاسم العنسي الصنعاني. التاج المذهب لاحكام المذاهب. ج4. مكتبة اليمن. بلا سنة طبع.
2 - احمد بن يحيى المرتضى. البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار. ج3. ط1. مطبعة السنة المحمدية. مصر. بلا سنة طبع.
3 - شرف الدين الحسيني أحمد السباغي. الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير. ج3. ط2. مكتبة المؤيد الطائف. السعودية. 1968.
4 - محمد بن على الشوكاني. (1173 – 1250هـ). السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار. ج2. تحقيق محمد صبحي حسن حلاق. دار ابن كثير. دمشق. بيروت. 1429هـ - 2008م.
5 - محمود بن اسماعيل الصنعاني. سبل السلام شرح بلوغ المرام. ج3. دار الجيل. لبنان. 1980.

ح - الفقه الاباضي :

1 - محمد بن يوسف بن عيسى أطفيش. شرح النيل و شفاء العليل. ج8. مكتبة الارشاد. جده. السعودية. بلا سنة طبع.

ط- الفقه الظاهري :

1 - أبو محمد على بن احمد بن سعيد بن حزم الاندلسي (ت 456هـ). المحلى بالآثار. ج8. ط1. تحقيق محمد احمد شاكر. دار الكتب العلمية. بيروت. لبنان. 2010.

ى - المؤلفات الحديثة في الفقه الاسلامي :

1 - احمد الزرقا. شرح القواعد الفقهية. ط2. تحقيق د. عبدالستار أبو غده. دار القلم. دمشق. 1409هـ - 1989م.
2 - على الخفيف (الشيخ). احكام المعاملات الشرعية . ط1. دار الفكر العربي. القاهرة. 1417هـ - 1996م.
3 - رمضان على السيد الشرنباص (دكتور) و جابر عبدالهادي سالم الشافعي (دكتور). المدخل لدراسة الفقه الاسلامي و نظرياته العامة. ط1. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. 2005م.
4 - عبدالرزاق احمد السنهوري. مصادر الحق في الفقه الاسلامي. م2. ج4. ط2. منشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان. 1998.
5 - مصطفى ابراهيم الزلمي (دكتور). الالتزامات في الشريعة الاسلامية و التشريعات المدنية العربية. شركة السعدون. بغداد. بلا سنة طبع.
6 - مصطفى ابراهيم الزلمي (دكتور). الكامل في الشريعة و القانون. ج2. في المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية في نمط جديد. ط1. اربيل. 2014.
7 - مصطفى ابراهيم الزلمي (دكتور). عناصر الالتزام في الشريعة الاسلامية و التشريعات المدنية العربية. ط3. أربيل. 2015.
8 - مصطفى احمد الزرقا. الفقه الاسلامي في ثوبه الجديد. ج1. المدخل الفقهي العام. ط9. دار الفكر. بيروت. مطبعة طوبين. دمشق. 1967-1968.
9 - مصطفى ديب البغا (دكتور). فقه المعاوضات. ط1. دار المصطفى. دمشق. 1430هـ - 2009م.
10 - محمد ابو زهرة (الشيخ). الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية. دار الفكر العربي. القاهرة.
11 - محمد يوسف موسى (دكتور). الاموال و نظرية العقد في الفقه الاسلامي مع مدخل لدراسة الفقه و فلسفته. دار الفكر العربي. القاهرة. 1996.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/3.1.30

ثالثاً – الدوريات :

1 – مجموعة الاحكام العدلية س6 ، ع3 ، 1975 .

2 – مجموعة الاحكام العدلية س11 ، ع2 ، 1975 .

3 – سليمان بيات المحامي. القضاء المدني العراقي. ج2 . ط1 . شركة الطبع و النشر الاهلية. 1962.

رابعاً – التشريعات القانونية :

أ – التشريعات العراقية :

1 – مجلة الاحكام العدلية لسنة 1286هـ – الموافق 1884م.

2 – القانون المدني رقم 40 لسنة 1951.

3 – قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 .

4 – قانون الكتاب العدول رقم 33 لسنة 1998.

5 – قانون المرور. رقم 86 لسنة 2004.

ب – التشريعات العربية :

1 – القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

2 – القانون المدني السوري رقم 84 لسنة 1949.

3 – القانون المدني الليبي لسنة 1954.

4 – قانون الالتزامات و العقود المغربي لسنة 1913 المعدل بصيغته النهائية في 22/ديسمبر/2011.

5 – مجلة الالتزامات و العقود التونسية لعام 1960 المعدلة عام 2005.

6 – قانون الموجبات و العقود اللبناني لعام 1932.

7 – القانون المدني الاردني رقم 43 لسنة 1976.

8 – القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980.

9 – قانون المعاملات الاماراتي رقم 5 لسنة 1985.

10 القانون المدني اليمني رقم 14 لسنة 2002.

11 القانون المدني الجزائري المعدل (58 – 75) لعام 1975.

12 القانون المدني القطري رقم (22) لسنة 2004.

ج– التشريعات الغربية :

1 – القانون المدني الفرنسي لعام 1804.

2 – القانون المدني الالماني لعام 1896.

3 – القانون المدني السويسري لعام 1907.

4 – قانون الالتزامات السويسري لعام 1911.