المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية
المجلد (9) – العدد (2)، كانون الأول 2025
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)
ص: 254-274

عينية الأداء بالمثليات في نطاق المسؤولية العقدية
دراسة تحليلية مقارنة

بَمو برويزخان الدلوي[1]، ئاراس فائق اولمحمد[2]

[1,2] قسم القانون، كلية القانون والإدارة، جامعة حلبجة، حلبجة، العراق

Email: bamo.parwez@uoh.edu.iq[1], arasfaiq2@gmail.com[2]

الملخص:

لا التزام إلا إذا ورد على أداء معين، وهذا الأداء يتعلق بمحل معين، سواءً أكان مثلياً أم قيمياً، ويلتزم به المدين على سبيل العينية، وقد ناقشنا في هذا البحث الإطار المفاهيمي لعينية الأداء في الالتزامات العقدية التي يكون محلها مثلياً، سواءً أكان شيئاً أم عملاً، حيث يطرأ على الأداء التغيير أو الاستبدال بعد تحقق المسؤولية العقدية، لينقلب إلى أداء بمقابل (تعويض)، ويختلف الحكم باختلاف محل الأداء قبل وبعد التغيير، كما تناول البحث العلاقة الوثيقة بين عينية الأداء بالمثليات والمسؤولية العقدية، لا سيما في ضوء قاعدة "المثليات لا تهلك"، وركزنا على الإشكالية المتعلقة بمدى تحقق المسؤولية عن الأداء بالمثليات في ظل هذه القاعدة، وتوصلنا إلى استنتاج مفاده أن المسؤولية لا تنهض إذا أخذ بالقاعدة على إطلاقها، في حين أنها تنهض إذا قيدت بالأشياء المثلية المتعينة، معتمداً في ذلك على دراسة تحليلية مقارنة بين القوانين العراقي والمصري والإماراتي، مما اقتضى تقسيم البحث إلى مبحثين: أولهما يُعنى بماهية عينية الأداء بالمثليات، وثانيهما يبحث في العلاقة بين عينية الأداء في الالتزام بالمثليات والمسؤولية العقدية.

الكلمات المفتاحية: الالتزام، عينية الأداء، الأشياء المثلية، المسؤولية العقدية، قاعدة المثليات لا تهلك.

پوختە:

هیچ پابەندبوونێک نییە مەگەر پەیوەندی بە ئەنجامدانێکی دیاریکراوەوە هەبێت، ئەمەیش پەیوەستە بە شتێک یان کارێکەوە جا بە هاوتا بن یان بێ هاوتا، لەم توێژینەوەدا باسمان لە چوارچێوەی چەمکی ئەنجامدانی خودی لە پابەندبوونە گرێبەستییەکان بە بەهاوتاکانەوە، ئەم ئەنجامدانە گۆڕانکاری یان گۆڕینی بەسەردا دێت دوای بەدیهاتنی بەرپرسیارێتی گرێبەستی، بۆ ئەنجامدانی جێگرەوە (قەرەبووکردنەوە)، و حوکمەکە بەپێی ئەنجامدان پێش و دوای گۆڕانکارییەکە جیاوازە. هەروەها توێژینەوەکە باسی لە پەیوەندی پتەوی لە نێوان ئەنجامدانی خودی بە بەهاوتاکانەوە لەگەڵ بەرپرسیارێتی گرێبەستی کردووە، بەتایبەتی لە ژێر ڕۆشنایی ڕێسای "بەهاوتاکان لە ناوچوون". هەروەها تیشکمان خستە سەر ئەو گرفتەی پەیوەستە بەوەی تا چەند بەرپرسیارێتی لە ئەنجامدانی خودی بە بەهاوتاکانەوە بەدی دێت، گەیشتینە ئەو ئەنجامەی کە بەرپرسیارێتی سەرهەڵنادات ئەگەر ڕێساکە بە ڕەهایی کارییێبکرێت، لەکاتێکدا سەرهەڵدەدات ئەگەر سنووردار بێت بە شتە بەهاوتا دیاریکراوەکانەوە، لەو توێژینەوەدا میتودی شیکاریی بەراوردکاری لە نێوان یاساکانی عێراق و میسری و ئیماراتی، پەیڕەوکراوە، کە پێویستی بە دابەشکردنی توێژینەوەکە هەبوو بۆ دوو بەش: یەکەمیان پەیوەندی بە ناوەڕۆکی ئەنجامدی خودی بە بەهاوتاکانەوە هەیە، دووەمیان لە پەیوەندی بە نێوانی ئەم ئەنجامدانە و بەرپرسیارێتی گرێبەستی دەکۆڵێتەوە.

کلیلە وشە: پابەندبوون، ئەنجامدانی خودی، شتە بە هاوتاکان، بەرپرسیارێتی گرێبەستی، ڕێسای (بەهاوتاکان لە ناوناچن).

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المجلد (9) – العدد(2)، كانون الأول 2025
ISSN 2520-7377 (Online), ISSN 2520-5102 (Print)

Abstract:

No obligation exists unless it involves specific performance, and this performance relates to a specific object, whether fungible or of unique value, which the debtor is obligated to perform in kind. In this research, we discussed the conceptual framework of specific performance in contractual obligations involving fungible goods, whether goods or services, where performance undergoes modification or substitution after contractual liability is established, converting it to substitute performance (compensation). The legal ruling varies according to the nature of performance before and after the modification. The research also examined the close relationship between specific performance of fungible goods and contractual liability, especially in light of the principle "fungible goods do not perish." We focused on the problematic issue regarding the extent to which liability for performance of fungible goods is established under this principle. We concluded that liability does not arise if the principle is applied absolutely, while it is established if restricted to designated fungible items. This was based on a comparative analytical study between Iraqi, Egyptian, and Emirati laws, which required dividing the research into two sections: the first concerns the nature of specific performance of fungible goods, and the second examines the relationship between specific performance in obligations involving fungible goods and contractual liability.

Keywords: Obligation, Specific Performance, Fungible Goods, Contractual Liability, The Principle that Fungible Goods Do Not Perish.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المقدمة

مدخل تعريفي بموضوع البحث

ينتج العقد التزاماً على عاتق طرفيه مثلما ينتج حقاً لهما، وينشأ مع هذا الالتزام أو ذلك الحق رابطة مديونية، وبمقتضاها يجب على المدين أن يؤدي الأداء المعين في هذه الرابطة لمصلحة الدائن، إذ يلتزم المدين بعينية الأداء، وبالمقابل يحق للدائن استيفاء عين حقه في هذا الأداء، ويستطيع بمقتضاه ان يجبر المدين بالأداء الملتزم به بالطريقة المحددة في العقد.

والأداء في الالتزام الأصلي قد يطرأ عليه تغيير إما بسبب تحقق المسؤولية عن الاستحالة الخطئية أو بناءً على نص في القانون، أو اتفاق، إلى طريق آخر يتمثل في التعويض (الأداء بمقابل)، نقداً كان أم عيناً، إذ يتصور أن يلحق الأداء في هذا التعويض وصف العينية إسوة بالأداء في الالتزام الأصلي، والأداء في الالتزام الأصلي سواءً قبل تغييره أم بعده قد يرد على المثليات كما يرد على القيميات، ونعني من خلال هذا البحث بعينية الأداء بالمثليات في نطاق المسؤولية العقدية.

إشكاليات البحث

أقرّ المشرع في المادة (168) من القانون المدني العراقي قاعدة عامة مفادها أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا في حالة استحالة التنفيذ، كما أقرّ في المادتين (2/248 و250) من نفس القانون، على أن الالتزام بالمثليات لا يستحيل تنفيذه، ومع ذلك الحكم يصح القول بأن هذا الالتزام أصبح ديناً في الذمة، وهو ما يتعارض من جهة مع بعض أحكام، كحكم نقص المبيع، وهلاك المبيع في الإقالة ويؤدي من جهة أخرى إلى نتيجة يصعب التسليم بها تتمثل في إستحالة تصور عينية التعويض في أداء المثليات، وفضلاً عن ذلك، فإن المادة (1/248) من القانون ذاته قد الحقت الأشياء المثلية المفرزة بالأشياء القيميات، مما يعني أن أداء المثليات المفرزة يصبح متعلقاً بعين معينة، الأمر الذي يجعل الحد الفاصل بين عينية التنفيذ وعينية التعويض غامضاً، ويزيد صعوبة التطبيق، وتزداد هذه الصعوبة في ظل تمتع القاضي بسلطة تقديرية في إختيار صور التعويض، في حين لا يملك هذه السلطة قبل نهوض المسؤولية، مقتصراً دوره على التحقق من توافر شروط التنفيذ العيني، كل ذلك تشكل اشكاليات بحثنا.

أهمية البحث

لا شك في أن موضوع تنفيذ الالتزام يحظى بأولوية في القانون المدني، إذ إن أي حق مدني يمنح لأي شخص لا يمكن تحصيله إلا من خلال تنفيذ الالتزام الملقى على عاتق الطرف الآخر، وذلك بالزامه بعين الأداء في التزامه مع إمكان أن يطرأ على هذا الأداء تغيير في حالات معينة، وتمكن أهمية البحث في سعيه إلى الوقوف على مدى الزام المدين بعين الأداء في التزامه ومدى الزامه بالأداء بعد التغيير، كما تتجلى أهميته في تناوله موضوعات متناثرة في ثنايا القانون المدني، تنطوي على قضايا دقيقة، فمن جهة يرتبط موضوع البحث بالمسؤولية العقدية، ومن جهة أخرى، يتصل اتصالاً وثيقاً بمفهومي الدين والعين، وتبرز أهمية موضوع البحث كذلك في سعيه إلى تشخيص مواطن عدم الملاءمة بين النصوص القانونية المتعلقة بعينية الأداء.

منهج البحث

لإنجاز هذا البحث، نسير على أسلوب المنهج التحليلي والمقارن، إذ نعتمد على تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع البحث إلى جانب الآراء الفقهية التي قيلت بشأنه، كما نعتمد على المقارنة ما بين القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948، وقانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985، على أن نختصر الإشارة إليها في الهوامش بـ(مدني عراقي، مدني مصري، ومدني إماراتي) حسب الترتيب.

هيكلية البحث

نقسم هذا البحث إلى مبحثين رئيسين، نخصص المبحث الأول لبيان ماهية عينية الأداء بالمثليات في الالتزام، ونتناوله من خلال مطلبين، نبين في المطلب الأول مفهوم عينية الأداء في الالتزام، ونناقش في المطلب الثاني علاقة عينية الأداء بالمثليات بالالتزام. أما المبحث الثاني فنتولى الكلام فيه عن العلاقة بين عينية الأداء بالمثليات والمسؤولية العقدية، وذلك من خلال مطلبين كذلك، نعرض في المطلب الأول مضمون قاعدة (المثليات لا تهلك)، ونتوقف في المطلب الثاني على أثر قاعدة (المثليات لا تهلك) في تحديد العلاقة بين عينية الأداء والمسؤولية العقدية، ونختم البحث بأهم الاستنتاجات والتوصيات التي نتوصل إليها.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المبحث الأول: ماهية عينية الأداء بالمثليات في الالتزام

إذا نشأ الالتزام، فإنه ينتج أثره المتمثل في تنفيذ الأداء الذي يتضمنه، وقد يكون هذا الأداء مقصوداً به اعطاء الدائن حقاً عينياً يرد على شيء، وقد يكون القيام بعمل لمصلحته أو الامتناع عنه، ويختلف الحكم بحسب طريقة الأداء، إذ يلتزم المدين بالقيام بعين الأداء في التزامه الأصلي، كما يلتزم بالقيام بعين الأداء بمقابل في نفس الالتزام بعد تغييره، يختلف الحكم في الحالتين، إلا أن هذا التغيير يستند إلى طبيعة العلاقة بين الأداء مع الالتزام، وإستناداً إلى ذلك نتناول ماهية عينية الأداء في الالتزام من خلال بيان عناصرها المكونة من جهة، وتحديد موقعها ضمن إطار الالتزام والدين من جهة ثانية، وبناءً عليه، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في المطلب الأول مفهوم عينية الأداء بالمثليات في الالتزام، فيما نُعنى في المطلب الثاني بدراسة علاقة عينية الأداء بالمثليات بالالتزام.

المطب الأول: مفهوم عينية الأداء بالمثليات في الالتزام

على الرغم من تعدد استخدامات مصطلح (العينية)، فإن معالم عينية الأداء بالمثليات في الالتزام لا تزال غير واضحة، الأمر الذي يتطلب تفكيك المصطلحات المكونة لهذا المفهوم، وبناءً على ذلك، نرتئي تقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لبيان المقصود بعينية الأداء بالمثليات، بينما نخصص الفرع الثاني لبحث المقصود بعينية الأداء بالمثليات في الالتزام.

الفرع الأول: المقصود بعناصر عينية الأداء بالمثليات

يتضمن مفهوم عينية الأداء بالمثليات، ثلاث عناصر رئيسة وهي: العينية، والأداء، والمثليات، ونوضح كلاً منها فيما يلي:

أولاً : المقصود بالعينية

لم يضع مشرعو القوانين محل المقارنة تعريفاً صريحاً لمصطلح العينية، تاركين ذلك للفقه والقضاء، وهذا يعد ميزة تحسب للمشرع لا مأخذاً عليه، إذ يفسح المجال لاجتهادات مرنة ومتكيفة، ومع ذلك، لم يقدم الفقهاء تعريفاً جامعاً مانعاً للعينية، وإنما تطرقوا إليها ضمن سياق مناقشتهم لموضوعات أخرى، ونسلط الضوء على أبرز هذه الموضوعات بالقدر الذي يخدم تحديد معنى العينية بشكل أدق.

استخدم مصطلح (العينية) في مجال العقود، وتنقسم العقود من حيث تكوينها إلى: العقود الرضائية والعقود الشكلية والعقود العينية ويهمنا منها الأخيرة، فهي لا يكفي لانعقادها التراضي وحده، بل يلزم لإنشائها قبض محل العقد كعقد هبة المنقولات[1]، إذ لا تتم هذه العقود إلا بتسليم عين معينة يكون العقد دائراً حولها[2]، وتسمية (العينية) تعود إلى (العين) أي محل العقد، والعين هنا هي الشيء المعين المشخص، وعلى النهج ذاته، استخدم هذا المصطلح في مجال الحقوق، إذ تقسم الحقوق بالنظر إلى محلها إلى حقوق شخصية وحقوق عينية، فقوام الحقوق الشخصية رابطة قانونية بين شخصين، دائن ومدين، أما الحقوق العينية فقوامها رابطة مباشرة بين شخص وشيء تتجسد في رابطة التسلط[3]، ويقال في هذا السياق، أن (الشخصية) تنسب إلى أطراف الرابطة، في حين تنسب (العينية) إلى محل الحق، ويصدق هذا أيضاً بالنسبة للالتزامات العينية، إذ يقصد بها تلك الالتزامات التي تتعلق بشيء معين[4]. وتوصف بـ(العينية)، لانها لا تنصرف الى الضمان العام، كما في الالتزامات الشخصية، بل ترتبط بعين معينة ولا تتجاوزها، كما هو الحال في التزام الكفيل العيني.

كما استخدم مصطلح (العينية) في نطاق تنفيذ الالتزام، إذ يقصد بالتنفيذ العيني أو ما يمكن تسميته بـ(عينية التنفيذ)، قيام المدين بتنفيذ عين ما التزم به دون استبداله بشيء آخر، وكذلك بالنسبة للتعويض العيني (عينية التعويض)، فيقصد به محو الضرر بإعادة الحالة الى ماكانت عليه قبل وقوعه[5]. والعينية هنا تُفهم بمعنى الذات أي تنفيذ ذات الالتزام.

[1] ينظر: المادة (603) مدني عراقي، والمادة (2/488) مدني مصري، والمادة (615) مدني إماراتي.
[2] حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزام، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943، ص55.
[3] د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، المجلد الأول، نظرية الالتزام وتحليل العقد، مطبوعات جامعة الكويت، 1982، ص76.
[4] د. عبد المجيد الحكيم وعبدالباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، 2018، ص20.
[5] د. سليمان مرقس، أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1961، ص672.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ثانياً: المقصود بالأداء

عرف جانب من الفقه الأداء في الالتزام بأنه كل مسلك يسلكه المدين ويمكن ان ينشأ منه نفع للدائن، إذ يلتزم طرف المدين شخصياً بالقيام بأداء معين، والذي يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عنه أو نقل حق عيني، وهذا الأداء قد يكون إيجابياً، وقد يكون سلبياً، فالأداء يكون ايجابياً إذا كان الالتزام ايجابياً ويكون سلبياً إذا كان الالتزام سلبياً[6].

ويقصد بالأداء الإيجابي إنشاء حق عيني للدائن أو القيام بعمل لمصلحته، ففي الحالة الأولى ينصب الأداء على شيء، سواءً أكان مثلياً أم قيمياً، أما في الحالة الثانية فيتعلق بعمل شخصي، وهذا العمل قد يكون مادياً أو قانونياً، كما قد يكون مثلياً أو قيمياً، ويلحظ أن العمل المثلي، خلافاً للعمل القيمي، تعد شخصية المدين فيه محل الاعتبار[7]، أما الأداء السلبي فهو امتناع المدين عن القيام بعمل كان يحق ممارسته، ويشترط في كلا نوعي الأداء –الإيجابي والسلبي- أن يكون لهما قيمة مالية[8]، ومع ذلك لا يشترط أن تكون مصلحة الدائن المتحققة من أداء المدين مادية، فقد تكون علمية، أو إنسانية، أو وجدانية، أو أخلاقية، بشرط أن تكون هذه المصلحة جدية ومشروعة[9].

وبناءً على ما تقدم يعبر الأداء عن الأفعال التي تقع على المدين القيام بها لتحقيق مصلحة الدائن، وهذه الافعال قد تكون إيجابية أو سلبية[10]، على أن تتسم بالطابع المالي وإن كان مصلحة الدائن المتحققة منها لا يشترط أن تكون مالية بالضرورة، وإنطلاقاً من هذا الفهم نميل إلى الرأي القائل بأن عبارة (ان ينقل حقاً عينياً) الواردة في المادة (69) من القانون المدني[11]، تعد حشواً، إذ تغني عنها عبارة (أن يقوم بعمل) التي تشملها بمعناها.

ثالثاً: المثليات

إن المثليات قد تتمثل في أشياء وقد تتمثل في أعمال، أما الأشياء المثلية (المعينة بالنوع)، فهي ما تماثل آحاده أو أجزاؤه بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام البعض دون فرق يعتد به[12]، والتماثل يكون في المنفعة لا في القيمة، إذ لا يشترط في المثليات التساوي أو التماثل في القيمة، فالمثلي مضمون بمثله، سواءً ارتفعت قيمته أو انخفضت ما لم تفقد قيمته كلياً[13]. وتختلف الأشياء المثلية عن الأشياء المتساوية، إذ المساواة تفترض تطابق المقدارين، في حين أن المماثلة تعني أن بإمكان أحد الشيئين أن يسد مسد الآخر، ويؤدي ذات الغرض[14].

وحدد المشرع العراقي المقصود بالأشياء المثلية في المادة (64) من القانون المدني بنصها على "1-الأشياء المثلية هي الأشياء التي يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء، وتقدر عادة في التعامل ما بين الناس بالعدد أو المقياس أو الكيل أو الوزن"[15]، ويتضح من هذا النص أن المثليات تقدر عادة بالعدد أو المقياس أو ما شاكل ذلك، وتفيد كلمة (عادةً) أن أمر ما يجري بشكل متكرر ومنتظم، وهي أقوى من كلمة (غالباً)، التي تدل التكرار غير المنتظم، لكنها لا تفيد التكرار المطلق في جميع الأحول، كما هو الحال مع كلمة (دائماً)، لذا قد يقدر شيء قيمي بما ورد في النص إذا جرى التعامل به على هذا النحو في العرف، رغم أنه بطبيعته لا يعد مثلياً.

أما الأعمال المثلية، فهي الأعمال التي لا تكون شخصية المدين محل اعتبار في تنفيذها ولا يكون تدخله الشخصي ضرورياً لتحققها، بحيث يمكن للدائن الحصول على تنفيذها عيناً دون الاستعانة بالمدين[16].

---

[6] د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مصدر سابق، ص128.
[7] ينظر: المادة (250) مدني عراقي، والمادة (209) مدني مصري، والمادة (381) مدني إماراتي، وللمزيد ينظر: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مصدر سابق، ص137.
[8] للتفصيل حول مالية الأداء ينظر: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص10.
[9] د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مصدر سابق، ص48.
[10] قسم المشرع العراقي الفعل إلى الفعل الايجابي والفعل السلبي، وذلك في المادة (19) من قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.
[11] نصت المادة (69) مدني عراقي على: "1 – الحق الشخصي هو رابطة قانونية ما بين شخصين دائن او مدين يطالب بمقتضاها الدائن المدين بأن ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل او ان يمتنع عن عمل".
[12] مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار قلم، دمشق، 1999، ص139.
[13] د. الشيخ عباس كاشف الغطاء، المال المثلي والمال القيمي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القانون، شركة صباح، بيروت، 2013، ص68.
[14] ابو هلال العسكري، الفروق في اللغة، تحقيق: لجنة تراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط4، 1980، ص149.
[15] تقابلها المادة (85) مدني مصري والمادة (1/99) مدني إماراتي.
[16] د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص157.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الفرع الثاني: المقصود بعينية الأداء بالمثليات في الالتزام

بعد أن بيّنا المقصود من العينية والأداء والمثليات على حدة، نحاول في هذا الفرع تحديد المقصود بعينية الأداء بالمثليات في الالتزام. وفيما يتعلق بمصطلح (العينية)، فقد يستخدم في سياقات متعددة، سواءً بالإشارة إلى محل العقد أو الحق أو الالتزام، ويقترب معناه في هذه المجالات من (الشيء)، إلا أن هذا المعنى هذا لا ينسجم تماماً مع مدلول (العينية) في مجال الأداء، إذ أن الأداء العينية (أو عينية الأداء) قد يرد على شيء كما قد يتعلق بعمل أو امتناع عن عمل، وقد يفهم من مصطلح (العينية) أيضاً معنى الذات أو النفس، وهو معنى أوسع، يمكن أن ينصرف إلى شيء أو إلى فعل (عمل أيجابي أو سلبي)، مما يجعله أكثر اتساقاً مع مفهوم الأداء، أما مصطلح الأداء، فيقصد به الإتيان بفعل ذات طابع مالي يحقق مصلحة الدائن، ويتمثل هذا الفعل في القيام بعمل معين أو الامتناع عنه.

وإرتباطاً بالمعنيين السابقيين، يفهم من عينية الأداء في الالتزام إتيان المدين بالفعل ذاته الملقى على عاتقه تحقيقًا لمصلحة الدائن، ويتمثل هذا الفعل في عمل إيجابي، سواء تجسّد في عمل شخصي أو في إعطاء حق عيني على شيء، وقد يتمثل أيضًا في عمل سلبي.

وعليه إذا نشأ الالتزام صحيحاً، فإنه يرتب آثاراً قانونية على عاتق المدين، فيجب عليه تنفيذ ما التزم به لمصلحة الدائن، سواءً أكان ذلك أداءً بعمل أو امتناعاً عن عمل، وإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه طواعية، جاز للدائن أن يلجأ إلى القضاء لإجباره على التنفيذ متى توافرت شروطه، ويطلق على هذا النوع من التنفيذ بعينية التنفيذ (التنفيذ العيني)، أما إذا تخلف أحد شروطه، فلا يكون أمام الدائن سوى قبول التنفيذ بمقابل، والذي يتمثل في التعويض، وللتعويض صور متعددة، ومن بينهما عينية التعويض (التعويض العيني)، ومن خلال ذلك تظهر عينية الأداء في مرحلتين اثنتين: الأولى، قبل نهوض المسؤولية المدنية، أو قبل الإخلال بالالتزام، حيث يلتزم المدين بتنفيذ عين ما تعهد به، أي القيام بعين الأداء الملقى على عاتقه، ويوصف هذا النوع من التنفيذ بعينية التنفيذ، والثانية، بعد نهوض المسؤولية المدنية، أو بعد الإخلال بالالتزام، فإذا أخل المدين بالتزامه، يلجأ إلى التعويض، ومن صوره إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل الضرر، وحينئذ يوصف التنفيذ بعينية التعويض.

وإنسجاماً مع الفقرة السابقة لا نؤيد الرأي[17] القائل بأن الالتزام ينشأ عن المصادر الإرادية، بينما الإلزام ينشأ عن المصادر غير الإرادية، لأن هذا التمييز لا يتفق مع نهج المشرع العراقي، الذي عد جميع الاسباب المنشئة للالتزام –سواءً أكانت إرادية أم غير إرادية- مصدراً للالتزام دون تمييز من حيث الارادة، لذا ان نطاق عينية الأداء في الالتزام لا يقتصر على الالتزامات الناشئة عن المصادر الإرادية بل يتسع ليشمل الالتزامات الناشئة عن باقي مصادر الالتزام أيضاً.

وقد ذهب البعض[18] إلى أن الالتزام يسبق الإخلال به، في حين أن الالزام يقع على الشخص المكلف المسؤول الذي أخل بالتزامه، إلا أن هذا الرأي لا ينسجم مع مسلك المشرع العراقي، لاسيما أن المشرع لم يكن دقيقاً في استخدامه للألفاظ والمصطلحات، إذ استعمل أحياناً لفظي (يلزم) و(يضمن) في موضع استخدم (يلتزم)[19]، مما يدل على أن المشرع قد استخدم مصطلح (الالزام) في غير موضعه وفي مقام (الالتزام) ولم يميز بينهما، وعليه فان لفظ (الالتزام) يطلق لدى المشرع على ما ينشأ مباشرةً عن مصادر الالتزام، كما يطلق أيضاً على ما ينشأ بعد الإخلال بالالتزام الأصلي، وفي كلتا الحالتين، يظل المدين ملزماً بعين الأداء الذي يتضمنه الالتزام.

وبناءً على التوضيحات السابقة، يتبيّن أن الالتزام ينشأ من المصادر المعروفة في القانون المدني، بنوعيها الارادي وغير الإرادي، ويتضمن هذا الالتزام أداءً معيناً يلتزم المدين بالاتيان به عيناً، فإذا أخل المدين به، جاز إجباره على القيام به، ما لم يكن قد أصبح مستحيلاً أو مرهقاً وكان العدول عنه لا يُلحق ضرراً جسيماً بالدائن، ففي هذه الحالة، يتغير طريق الأداء دون أن يمس هذا التغيير جوهر الالتزام، ويظل المدين ملتزما بالأداء الجديد عيناً، ويظهر من ذلك أن الالتزام الناشيء عن العقد، مثلاً، لا يتغير حتى بعد قيام المسؤولية العقدية، إذ أن هذه المسؤولية لا تؤثر إلا في طريقة تنفيذ. أي أنها تغير طريق الأداء في الالتزام، ومن هنا يتضح أن عينية الأداء بالمثليات في الالتزام تعني إتيان المدين بالفعل ذاته المتعلق بالمثليات الملقى على عاتقه، تحقيقًا لمصلحة الدائن، ويتمثل هذا الفعل في عمل إيجابي، سواء تجسد في عمل شخصي أو في نقل حق عيني على شيء، وقد يتمثل أيضًا في عمل سلبي، سواء أكان ما يرد عليه الفعل (محل الأداء) أصليًا أم طرأ عليه تغيير.

---

[17] د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، القصد المدني قبل التعريف، دراسة تحليلية تركيبية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2009، ص186.

[18] د. محمد سليمان الأحمد ود. بَمو برويز خان الدلوي، المسؤولية العينية الناجمة عن سرقة الضمان في القانون المدني، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد (12)، العدد (1)، 2015، ص394.

[19] ينظر على سبيل المثال: المواد (192-193 و243) مدني عراقي.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المطلب الثاني: علاقة عينية الأداء بالمثليات بالالتزام

على الرغم من أن موضوعنا يتمحور حول عينية الأداء بالمثليات، فإن الإشكال الحقيقي يكمن في الأداء ذاته في علاقته بالالتزام، إذ لا التزام دون أن يتضمن أداءً، مما يدل على وجود علاقة وثيقة بينهما، وهذا الالتزام أو الأداء الذي يتضمنه، قد يتعلق بذمة المدين المالية وقد يتعلق بعين، ويختلف الحكم في كل من الحالتين، ومن هنا، تبرز أهمية تحديد الأداء بين كونه متعلقاً بالذمة أو متعلقاً بعين، ولتوضيح ذلك، نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الفرع الأول لبيان موقع عينية الأداء بالمثليات بالنسبة للالتزام، ونناقش في الفرع الثاني موقع الأداء بالمثليات بين تعلقه بعين وتعلقه بالذمة.

الفرع الأول: موقع عينية الأداء بالمثليات بالنسبة للالتزام

ان الالتزام هو رابطة قانونية بين طرفين، يلتزم بموجبها أحدهما (المدين) بأداء معين لمصلحة الطرف الآخر (الدائن)، وقد ساوى بعض الشراح[20] بين الأداء والالتزام، فذهبوا إلى أنه لا التزام إلا الأداء الذي يلتزم به المدين، وأن محل الالتزام ومحل الأداء بحسب هذا الرأي، هو الشيء الذي اتجهت إليه إرادة الأطراف، وأصبح محل الالتزام محلاً للعقد أو الشيء الذي ورد ذكره في نص القانون، غير أن هذا الرأي يعوزه الدقة، ذاك أن محل الالتزام ومحل الأداء يختلفان، إذ يتصور أن يكون أحدهما مشروعاً والآخر غير مشروع.

وذهب جانب من الفقه[21] إلى أن للالتزام عناصر، هي: الملتزم له والملتزم ومحل الالتزام وموضوع الالتزام، ويهمنا هنا العنصران الأخيران، ومحل الالتزام هو الملتزم به أما موضوع الالتزام فهو الملتزم فيه، وإنهما مختلفان، ففي الالتزام الناشيء عن البيع مثلاً، يعد المعقود عليه أو كل من العوضين هو موضوع الالتزام، أما محل الالتزام فهو الأداء بتسليم المبيع ودفع الثمن، وعلى هذا الاتجاه ذهب بعض الفقه إلى أن محل الالتزام يتمثل في الأداءات، وهذه الأداءات قد يقصد منها إنشاء حق للدائن، فترد على الأشياء، وقد يقصد منها القيام بعمل شخصي فترد على الأعمال[22].

وتنقسم الأداءات إلى نوعين: فهي إما أن تكون إنشاءً لحق للدائن سواء أكان ذلك الحق عينياً أم شخصياً، وإما أن تكون قياماً من المدين بعمل سواء أكان ذلك العمل إيجابياً أم سلبياً، وقد جرى الإصطلاح على القول بأن الأداء في الحالة الأولى، ينصب على شيء، وإن محل الالتزام هو شيء، وهو تعبير أدق عند الحديث عن الحق العيني، أما إذا كنا بصدد حق شخصي، فلم يعد محل الالتزام شيئاً، ومع ذلك يقال ان محل الالتزام شيء أيضاً، باعتبار ان الشيء قد يكون مادياً وقد يكون معنوياً، وإن محل الحق الشخصي يعتبر شيئاً معنوياً[23]، غير أن الأخذ بهذا الرأي يفضي إلى طمس الحد الفاصل بين الالتزام والأداء.

ويدق موضوع محل الالتزام في نطاق العقد، فيقترب بل ويختلط مع محل العقد، ولا يهمنا هنا ما يتعلق بمحل العقد إلا بالقدر الذي يخدم موضوعنا، والمتمثل في تحديد موقع الأداء بالنسبة للالتزام، فهل يعد عنصراً داخلاً في الالتزام مباشرة؟ أم يعد عنصراً داخلاً في العقد مباشرة وتكون صلته بالالتزام غير مباشرة؟
" وذهب إتجاه فقهي إلى أن للعقد محلاً، ولكل التزام محل[24]، إلا أن أصحاب هذا الرأي لم يتفقوا على تحديد الحد الفاصل بينهما، أما بالنسبة لمحل العقد، فذهب البعض[25] منهم إلى أن الالتزامات الناشئة عن العقد هي نفسها محل العقد، إلا أن مدى هذه الالتزامات لم

---

[20] د. جليل حسن بشات وعلي جمعة عبد، دراسة نقدية في محل العقد والالتزام، مجلة العلوم القانونية، عدد خاص، ج3، المجلد (36)، كانون الأول-2021، ص16-17.
[21] د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، مطبعة الشهاب، أربيل، ط1، 201، ص119، وذهب مصطفى أحمد الزرقا إلى أن محل الالتزام هو الشيء الذي يتعلق به الفعل، وموضوع الالتزام يتمثل في الفعل المكلف به (ينظر: مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار قلم، دمشق، 1999، ص63-64).
[22] د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مصدر سابق، 1982، ص226، وينظر: في نفس المعنى: د. محمد حسني عباس، العقد والارادة المنفردة، دار النهضة، مصر، 1959، ص110.
[23] د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1960، ص70.
[24] ينظر على سبيل المثال: د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج1، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967، ص364؛ د. جميل الشرقاوي، طبيعة والسبب في التصرف القانوني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها جامعة القاهرة، العدد (2) 1964، ص14، أشار إليه: د. فتحي علي فتحي وعامر مصطفى أحمد، التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد بحث منشور في محلة الرافدين للحقوق، المجلد (19)، العدد (68)، السنة (21)، ص75؛ د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط1، أربيل، 2007، ص74.
[25] وعمم الآخرون محل العقد في الالتزامات الناشئة عن العقد في مجملها، للتفصيل في هذه الآراء ينظر: د. مصطفى ابراهيم عابد، الإشكالية الاصطلاحية لركن المحل، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والإقتصادية، تصدرها جامعة عين شمس، كلية القانون، العدد (1)، الجزء (2)، السنة (58)، يناير 2016 ، ص1383-1389.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

يكن محل اتفاق أيضاً، حيث قصرها البعض على الالتزام الرئيس الناشئ عن العقد، ومحل الالتزام هو الأداء الذي يجب على المدين القيام به لصالح الدائن[26]، وإذا كان هذا الرأي صائباً فيما يتعلق بمحل الالتزام، فإنه يجانب الصواب فيما يخص محل العقد، لأن الالتزام ينشأ من العقد ويأتي بعده، فلا يتصور منطقياً أن يكون داخلا فيه.

وذهب اتجاه آخر[27] إلى أن محل العقد هو الشيء الذي يثبت أثر العقد فيه، بل ذهب بعض الشراح[28] إلى أبعد من ذلك، فاعتبروا أن المحل ركن في العقد لا في الالتزام، ويتمثل في الشيء الذي يثبت أثر العقد فيه بمقتضى المادة (73) من القانون المدني العراقي، ويتلائم هذا الرأي مع حكم المادة (74) من القانون ذاته[29]، إلا أن ما يؤخذ عليه هو اعتباره الشيء محلاً للعقد، في حين أن هذا الشيء يكون محلاً للأداء في الالتزام الناشيء عن العقد، هذا من جهة. ومن جهة أخرى إذا أخذنا بهذا الرأي فما هو موقع الشيء الذي يتعلق به الالتزامات غير التعاقدية؟.

وذهب رأي آخر إلى أن محل العقد هو العملية القانونية التي يراد تحقيقها من ورائه[30]، الا أن تحقيق هذه العملية لا يتم إلا عن طريق إنشاء التزامات تقع على عاتق الطرفين أو أحدهما، الأمر الذي يؤدي إلى تماثل شروط محل العقد مع شروط محل الالتزام[31]، ويؤخذ على هذا الرأي من حيث أن أحد المحلين قد يكون مشروعاً على خلاف الآخر[32]، لذا أوضح البعض الآخر العملية القانونية بأنها تتمثل -في عقد البيع- بعملية البيع ذاتها، التي تتضمن تملك المشتري المبيع وتمليك البائع للثمن[33].

ونتفق مع أغلبية الآراء المبينة سابقاً التي ترى أن الأداء هو محل الالتزام، وبمقتضى المادة (69) من القانون المدني العراقي هو عبارة عن نقل حق عيني او القيام بعمل او الامتناع عن عمل، أما بالنسبة لمحل العقد فلم يوله المشرع العراقي إهتماماً يذكر، إذ ذهب رأي[34] إلى أن المشرع قد تأثر ظاهرياً بالرأي القائل أن المحل هو ركن في الالتزام[35].

وعليه، فإن محل الالتزام هو الأداء، والذي يتمثل في القيام بعمل أو الامتناع عن عمل، وهذا الأداء لابد أن يرد على محل معين يتمثل في شيء، فمثلاً محل التزام البائع هو تسليم شيء المبيع، بينما محل الأداء هو الشيء ذاته[36]، ومحل التزام العامل هو القيام بعمل بينما محل الأداء هو شيء معنوي متمثلاً في العمل ذاته.

ويقع على المدين الملتزم تنفيذ الأداء، وهذا الأداء يطرأ عليه التغيير بسبب الاستحالة الخطئية، مما يؤدي إلى قيام الالتزام بالتعويض، والأخير يدخل ضمن المديونية في الالتزام الأصلي[37]، إذ أن الإخلال بالالتزام العقدي لا يترتب عليه انقضاؤه، بل يبقى الالتزام قائماً ولو تغير شكل تنفيذه[38]، وكذلك الأمر بالنسبة للالتزام الناشيء عن المسؤولية التقصيرية، إذ يقع على عاتق المدين القيام بالأداء الواجب عليه، يكون محل هذا -في الغالب، وليس دائماً- مبلغ التعويض[39]، إلا أنه قد يتمثل في الرد عيناً، كما هو الحال في التزام الغاصب برد الشيء عيناً[40]، فإن أخل به، أجبر على تنفيذه عيناً، وإن هلك، تغير طريق تنفيذه، وينطبق الكلام ذاته على

---

[26] د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 167.
[27] د. عبد المجيد الحكيم، نظرية العقد، مصدر سابق، ص362.
[28] د. جليل حسن بشات وعلي جمعة عبد، مصدر سابق، ص16.
[29] تنص المادة (74) مدني عراقي على "يصح أن يرد العقد: 1-على الأعيان...2-وعلى منافع الاعيان...3-وعلى عمل معين أو خدمة معينة".
[30] د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص167.
[31] د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية للالتزام، 2008، دون دار وسنة نشر، ص66-67.
[32] د. مصطفى إبراهيم عابد، مصدر سابق، ص1381.
[33] د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ج1، في مصادر الالتزام، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1971، ص353.
[34] د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ط2، 1963، ص163.
[35] عرض المشرع العراقي المحل في المواد (126-131) مدني تحت عنوان أركان العقد، ولكنه نظمه باعتباره محلاً للالتزام، وفعل المشرع المصري نفس ما فعله المشرع العراقي، وذلك في المواد (131-135) مدني، أما المشرع الإماراتي، فعرض المحل تحت عنوان أركان العقد وصحته ونفاذه والخيارات في المواد (199-206) مدني.
[36] د. مصطفى إبراهيم عابد، مصدر سابق، ص1400.
[37] د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مصدر سابق، ص101.
[38] د.محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج1، مطبعة جامعة القاهرة، القاهرة، 1978، ص9.
[39] د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، مصدر سابق، ص226.
[40] المادة (192) مدني عراقي.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الالتزامات الناشئة عن المصادر الأخرى، مع مراعاة صفة يد الحائز من حيث الأمانة والضمان، وهذا كله يدل على أن محل الالتزام هو الأداء، وهذا الأداء قد يتغير شكله أو محله مع بقاء الالتزام الأصلي قائماً.

الفرع الثاني: موقع الأداء بالمثليات بين تعلقه بعين وتعلقه بالذمة

قد يتعلق الالتزام أو الأداء الذي يتضمنه بعين يحوزها الملتزم، فيكون مطلوباً منه ردها، وقد يتعلق بذمة المدين المالية، فيكون مطالباً بأداء عمل شخصي أو بدفع قيمة مالية لشيء تعلّق في ذمته، ويتطلب ذلك التمييز بين العين والدين.

وبالنسبة للعين، فلم يعرفها القانون المدني العراقي، بخلاف مجلة الأحكام العدلية فعرفتها في المادة (159)، إذ نصت على أنها "هي الشيء المعين المشخص، كبيت وحصان وكرسي وصبرة حنطة وصبرة دراهم حاضرتين، وكلها من الاعيان"، وعرفت العين فقهياً بأنها الذات المعينة المشخصة الخارج المرئية بالحس، والتي تعلق بها الحق المالي، ويفهم من هذا أن العين التي تعلق بها الحق المالي يجب أن تكون ذاتا معينة، أي كائناً موجوداً وجوداً حقيقياً يمكن استيفاء الحق منه مباشرة، فهي مشخصة ومحسوسة، ويتعلق الحق بذاتها، واذا تعلق الحق بعين الشيء ذاته، فلا يكون للمدين الاختيار بين البدائل المشابهة، بحيث يقدم أي مثل شاء، لان الحق تعلق بذاتها لا بمثلها ولا بقيمتها[41].

والعين تتمثل في القيميات مطلقاً والمثليات بشرطين، الأول أن تكون حاضرة، والثاني أن تكون محددة أو معينة، لأن الأشياء المثلية بتعيينها حسب تعبير بعض الفقه تتحول إلى القيميات[42]. وإذا تعلق الأداء بعين، فإن ضمان تنفيذ الالتزام لا يكون عاماً، بل يختص بذات العين، غير أنه إذا هلكت العين، فإنها تتحول إلى دين، وبذلك يتحول الالتزام المتعلق بالعين إلى الالتزام المتعلق بالذمة. والمقصود بالالتزام المتعلق بالعين ان المدين يكون ضامناً لحق الدائن المتعلق بها، ويتمتع الأخير بحق عيني على تلك العين[43]، وينتقل هذا الالتزام بإنتقال العين، بمعنى أنه يقع بالضرورة على عاتق كل من تؤول اليه هذه العين، ولصاحبها أن يتتبعها أينما وجدت وفي يد أي حائز لها وذلك لتعلق حقه بها، كما يثبت له حق التقدم على سائر الدائنين الآخرين، والالتزام المتعلق بالعين ينصب على العين ذاتها، ولا يحتاج في استيفاؤه إلى وساطة المدين، وليس لصاحبها أن يؤجل التزامه استيفاء حقه إلى اجل مسمى، لأن الأجل يختص بالذمم لا بالأعيان[44].

أما بالنسبة للدين، فهو يتعلق بذمة الشخص من حيث قيام ماليته، وقد عرفت مجلة الأحكام العدلية الدين في المادة (158) حيث نصت على "الدين، مايثبت في الذمة كمقدار من الدراهم في ذمة رجل ومقدار منها ليس بحاضر والمقدار المعين من الدراهم أو من صبرة الحنطة الحاضرتين قبل الإفراز، فكلها من قبيل الدين". كما عرف الدين بأنه شغل الذمة[45]، ويتبين من ذلك، أن المراد من الدين هو مال حكمي غير حقيقي، إذ أنه من أمور اعتبارية محلها الذمم التي تشغل بالتزاماتها، وليس لها وجود خارجي[46]، وإنما هو موجود تقديراً وحكماً في ذمة الشخص الذي وجب عليه هذا الدين، ولا يمكن أن يظهر في الواقع إلا عندما يدفع المدين الدين.

أما بالنسبة لموقف المشرع العراقي فانه أعتبر كلاً من الدين والحق الشخصي والالتزام مصطلحات مترادفة[47]. وقد تعرض هذا التوجه لإنتقادات عدة[48].

واستناداً إلى ما تقدم، فأن الدين هو الأداء الواجب في الذمة، ويرادف اصطلاح (الالتزام) في القانون المدني، أي أن الدين هو حالة قانونية يلزم بموجبها شخص معين بالقيام بأداء مالي معين، وقد يتمثل هذا الأداء في القيام بعمل أو الامتناع عنه، ويتعلق الأداء بذمة الشخص المالية.

---

41 د. حسن علي الشاذلي، الإقتصاد الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطابعة، القاهرة، 1970، ص 77-78.
42 د. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة، في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000، ص 317؛ أحمد نصر الجندي، الموسوعة الإماراتية في قانون المعاملات المدنية، ج1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2014، ص221.
43 د. محمد سليمان احمد ود. بمو برويزخان الدلوي، مصدر سابق، ص401.
44 د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1954، ص20.
45 د.مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، ج1، مطبعة السعدون، بغداد، 2000، ص26.
46 مصطفى أحمد الزرقاء، مصدر سابق، ص184.
47 ينظر: المادة (69) مدني عراقي، في حين أن المشرع الإماراتي لم يعتبر الدين والالتزام والحق الشخصي مترادفات، ينظر: المادة (108) مدني، ولا تقابلهما في القانون المصري.
48 للتفصيل في هذه الانتقادات ينظر: د. مصطفى ابراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق، دراسة مقارنة، دار احسان للنشر والتوزيع، أربيل، ط1، 2014، ص28-29.

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

والديون لا يكون محلها الا مالاً مثلياً، وذلك لأن المال المثلي هو ما يقبل الثبوت في الذمة، لكون مما له أمثال في السوق، ويمكن المطالبة بأدائها عنه عيناً[49]، وإذا تعلق الأداء بالذمة الشخصية، فإن إستفائه يقتضي تدخل المدين، ويترتب على ذلك أن الدين يتبعه المطالبة، كما أن لصاحب الالتزام أن يؤجل تنفيذ الأداء في ذمة المدين الى أجل مسمى، فمثلاً إذا اشترى شخص سلعة بمئة ألف دينار، فإن هذا المبلغ يثبت في ذمة المشتري، وإذا اتفق على تأجيل أدائه مدة شهر واحد، صح ذلك، ولزم الأجل وأصبح ديناً في ذمة المشتري، وفي هذه الحالة لا يستطيع المدين أن يتخلص من هذا الأداء إلا بتنفيذ التزامه أو بإبراء ذمته من قبل الدائن أو عن طريق المقاصة.

ويثبت الأداء بالمثليات ديناً في الذمة، فيتعلق الحق منها بمقدار غير متعين بذاته في الخارج، فتنشغل به الذمة، ويجب على الملتزم به أن يسدد دينه من أي الأموال المماثلة لما التزم به جنساً وصفةً، ولا يتقيد بعين معينة يردها إلى الملتزم له. أما الأداء بالقيميات أو بالأحرى بالأعيان فلا يقبل الثبوت ديناً في الذمة، ومع ذلك، يلاحظ أن الالتزام بالقيام بعمل قيمي يثبت ديناً في ذمة المدين، بمعنى أن ذمة المدين المالية جميعها تكون ضامنة لأداء هذا العمل.

وبناءً على ما تقدم، فأن عينية الأداء المتعلق بالمثليات تعني القيام بنفس الأداء المتعلق بالمثلي، مثلاً في بيع المثليات، يلتزم البائع بنقل ملكية المبيع المثلي ولا يتم ذلك إلا بتعينه وفرزه، وإذا إمتنع أجبر على ذلك، ويحق للمشتري أن يحصل على مثله في السوق على نفقة البائع، ولما كان الأداء ثابتاً في ذمة البائع، فإن الأداء لا يتعلق بذات المبيع المثلي ولا يلحقه التغيير، أما إذا تم تعينه وافرازه، فان الدين بالمثلي يتحول إلى التزام بعين، وحينئذ يلتزم البائع بتنفيذ التزامه بتسليم تلك العين بذاتها، ويطرأ التغيير على طريق التنفيذ في حال الاستحالة الخطئية، غير أن هذا الحكم لا ينطبق على الأعمال، أما عينية الأداء بالقيميات، فتعني الأداء المتعلق بعين القيمي، ويتصور فيه وقوع الاستحالة، مترتباً عليه التصور في تغييره.

المبحث الثاني: العلاقة بين عينية الأداء بالمثليات والمسؤولية العقدية

إذا نشـــأ التزام عقدي، فإن المدين يلتزم بعين الأداء الذي يتضـــمنه هذا الالتزام، وقد تقام المســـؤولية العقدية بشـــأنه في بعض الحالات، مما يؤثر عليه (أي على الأداء)، ويحوله إلى أداءٍ آخر، سواءً أكان نقداً كان أم عيناً، وقد لا تقام في حالات أخرى، ويعزى ذلك إلى كون المثليات لا تقبل لهلاك، وظهرت في هذا المجال القاعدة (المثليات لا تهلك)، ومفاد هذه القاعدة أنه إذا التزم المدين بأداء شـيء مثلي، وجب عليه تنفيذ عين ما التزم به، وإذا أخل بذلك، أجبر على التنفيذ العيني، إلا في حال إستحالة عليه، وهي حالة يستحيل تصورها في ضوء هذه القاعدة.

وعليه للمسؤولية العقدية علاقة وثيقة بالأداء بالمثليات، فقد يسبق هذا الأداء على نشوء المسؤولية ويحول دون نهوضها، وقد يأتي تاليا لها ويتأثر بها، إلا أن تحليل النصوص القانونية المتعلقة بهذه العلاقة لا يمكن أن يكون دقيقاً إلا من خلال تفسير قاعدة (المثليات لا تهلك)، لذلك، وقبل بيان العلاقة بين عينية الأداء بالمثليات والمسؤولية العقدية، لا بد من توضيح مضمون القاعدة، فنقسم هذا المبحث الى مطلبين، نخصص المطلب الاول لبيان مضمون قاعدة (المثليات لا تهلك)، ونتطرق في المطلب الثاني إلى أثر قاعدة (المثليات لا تهلك) في تحديد العلاقة بين عينية الأداء بالمثليات والمسؤولية العقدية.

المطلب الأول : مضمون قاعدة (المثليات لاتهلك)

سعيًا لتوضيح مضمون قاعدة (المثليات لا تهلك) بدقة، سنعرض أولًا لقوتها الإلزامية، ثم نتناول بدراسة دلالة مفرداتها، مخصصين لكل جانب فرعًا مستقلاً.

الفرع الأول: مضمون قاعدة (المثليات لا تهلك) من حيث قوتها الالزامية

ظهرت قاعدة (المثليات لا تهلك) في القانون الروماني، حيث طبقت في معرض الحديث عن تقسيم الأشياء إلى مثليات وقيميات، وتكمن فائدة التقسيم، وفق ما جاء في هذا القانون، في حالة هلاك الشيء بقوة قاهرة قبل تسليمه، إذ ينقضي الالتزام بتسليم القيميات، على خلاف المثليات[50].

[49] د. عبدالرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص20.
[50] د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ج1، مطابع البصير، الإسكندرية، ط2، 1954، ص225؛ د. محمد عبد المنعم بدر، القانون الروماني، الكتاب الثاني، في الأموال، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1938، ص136.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ولم تشر القوانين محل المقارنة صراحة إلى القاعدة السابقة، باستثناء القانون الإماراتي، إذ نصت المادة (34) من قانون المعاملات المدنية، ضمن الفصل الثاني تحت عنوان (بعض قواعد الاصول الفقهية التفسيرية) على قاعدة "المثليات لا تهلك"، وجاء في المذكرة الإيضاحية لهذا القانون أن الأشياء المثلية يتصور دائماً وجودها ما دامت متوافرة في الأسواق، حتى لو كانت غير موجودة لدى المدين، فهي تقوم مقام بعضها في الوفاء، ومن هنا ساد القول في الفقه بأن المثليات لا تهلك.

ولما كانت القاعدة السابقة قد وردت ضمن القواعد التفسيرية، فقد ذهب البعض إلى أنها لا تحمل قوة الزامية، باعتبارها قاعدة أصولية فقهية أدرجها القانون، وأصبحت بذلك قاعدة قانونية قصد بها المساعدة في تفسير النصوص عند تطبيقها على المسائل المعروضة على القاضي[51]، غير أن هذا الرأي، في تقديرنا، تعوزه الدقة، إذ ينطوي على خلط بين قواعد تفسير النصوص والقواعد التفسيرية (المكملة)، فبالنسبة للأخيرة، يجوز الاتفاق على مخالفتها بإرادة المشرع، أما بالنسبة للأولى فأنها تعد ملزمة للقاضي، على سبيل المثال، تضمن القانون نفسه نصوصاً أخرى لا يمكن اعتبارها غير ملزمة، فقد نصت المادة (29) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على "الجهل بالأحكام الشرعية ليس عذراً"، وهي قاعدة لا يجوز للقاضي أن يحكم بخلافها، وكذلك نصت المادة (30) منه على "الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع في تفسيره"، وهو ما لا خلاف عليه بين الفقاء من حيث عدم جواز مخالفته، لذا إن قواعد الأصول الفقهية التفسيرية واجبة التطبيق، غير أنه لما كانت واردة ضمن الأحكام العامة، يجوز استبعادها في الحالات التي صرح المشرع فيها بجواز مخالفتها، وينطبق هذا الأمر على قواعد تفسير العقود، إذ أن منها ما يعد من مسائل القانون، ومن ثم يكون القاضي ملزماً بالأخذ بها وتخضع أحكامه في هذا السياق لرقابة محكمة التمييز، ومثال على ذلك، نصت عليه المادة (166) من القانون المدني العراقي على "يفسر الشك في مصلحة المدين"، فهذا النص ملزم للقاضي في تفسير العقد، وإذا خالفه، عد الحكم قابلاً للنقض[52].

وقواعد الأصول الفقهية التفسيرية التي صاغها المشرع الإماراتي ذات أهمية مزدوجة بالنسبة للقاضي، فهي من جهة تستعان بها لفهم النصوص القانونية كي يطبقها تطبيقاً سليماً، ومن جهة أخرى تشكل إطاراً موجهاً للاجتهاد القضائي[53].

وعلى الرغم من أن القانون العراقي لم يشر صراحة إلى القاعدة التي نحن بصددها أو إلى أية قاعدة تفسيرية أخرى، إلا أننا نتلمس تطبيقاتها ضمن نصوصه، فعلى سبيل المثال، نصت المادة (182) من القانون المدني على "2– ففي البيع يلزم ان يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري، ولو كان بعض المبيع قد تلف صحت الاقالة في الباقي بقدر حصته من الثمن أما هلاك الثمن فلا يكون مانعاً من صحة الاقالة"، ويتضح من هذا النص ان تلف المبيع يؤثر في صحة العقد على خلاف هلاك الثمن الذي لا يؤثر عليه، مما يدل على أن المبيعات بصرف النظر عن طبيعتها -لأن النص جاء مطلقاً- قابلة للهلاك ويترتب على هلاكها أثر في العقد، في حين أن الثمن بوصفه من المثليات، لا يهلك، وكذلك نصت المادة (248) من نفس القانون على "2- فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين..."، ويفيد هذا النص أن الأداء بالمثليات يعد من قبيل عينية التنفيذ، أي أن الأشياء المثلية المتعلق بها الالتزام الاصلي تعتبر غير قابلة للهلاك، لأن من الممكن استبدالها بشيء مماثل، ويستنتج من ذلك أن المشرع لم يسر على مسلك موحد، إذ جعل النص الأول المبيع قابلاً للهلاك حتى وإن كان مثلياً، وذلك على خلاف النص الثاني، ونوضح ذلك لاحقاً، وهو ما يؤخذ عليه، فنقترح له إدراج القاعدة صراحة على غرار ما فعله المشرع الإماراتي، وعلى أية حال، فإن القاعدة المذكورة تظل قاعدة فقهية غير ملزمة للقاضي في القوانين التي تقرها إستناداً إلى المادة (1) من القانون المدني العراقي، ولا مانع من الأخذ بها كمصدر تفسيري للقانون.

[51] أحمد نصر الجندي، مصدر سابق، ص159.
[52] ينظر للتفصيل في الزامية قواعد تفسير العقود: د. عبد الحميد الشورابي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 1997، ص204-210.
[53] د. الشيخ الحسين محمد يحيى، شرح قواعد أصول الفقهية التفسيرية في قانون المعاملات المدنية المواد (من 52-70)، بحث منشور في مجلة القضاء والقانون، يصدرها مركز البحوث والدراسات القضائية-دائرة القضاء-أبو ظبي، السنة (2)، العدد (2)، ابريل 2017، ص40.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

الفرع الثاني: مضمون قاعدة (المثليات لا تهلك) من حيث دلالة مفرداتها

تضمنت قاعدة (المثليات لا تهلك) مفردتين أساسيتين هما، المثليات والهلاك، وقد بيّنا سابقاً المقصود بالمثليات، وهي تشمل الأشياء التي يمكن أن يحل بعضها محل البعض، كما تشمل الأعمال التي لا تكون شخصية المدين في القيام بها محل اعتبار، ولما كان الهلاك لا يرد إلا على الأشياء، كون الأعمال تقترن بالاستحالة عند تعذر تنفيذها، لذا أن المقصود بالمثليات في القاعدة هي الأشياء المثلية تحديداً لا الأعمال.

ويعرف الهلاك بأنه "هو خروج الشيء عن الانتفاع المقصود به أي عن منافعه المطلوبة به سواء لم يبق أصلاً بأن يصير معدوماً بذاته وأجزائه وهو الفناء أو يبقى ولكن لا يبقى منتفعاً به كالمشربة المكسورة المطلوب بها شرب الماء والجواهر الفردة المنثورة المطلوب بها انضمام بعضها إلى بعض ليحصل الجسم"[54]. وهذا المعنى للهلاك يتسع ليشمل مفهوم الإتلاف، إذ أن إتلاف الشيء يعني إخراجه من أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة منه وحسب طبيعته، والإتلاف إما ان يكون إتلافاً له صورة ومعنى بإخراج الشيء عن كونه صالحاً للانتفاع به أو معنى، بإحداث معنى فيه يمنع من الانتفاع بالشيء مع قيامه في نفسه حقيقة[55]، وعلى نفس المعنى عرف الهلاك بأنه خروج الشيء عن الانتفاع المقصود به سواءً بقي أم لم يبقى أصلاً[56]، وعرفه، أيضاً، بأنه تلف مال معين تلفاً كلياً أو جزئياً بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، ويعتبر في حكم الهلاك حدوث قوة قاهرة، تحول دون الانتفاع بشيء معين أو دون قيام الشخص بنشاط معين[57].

وعرف الهلاك أيضاً[58] بأنه (زوال الشيء أو تدميره وفنائه وعدم أمكان اعادة المعقود عليه بحالته التي كان عليها وقد يكون الهلاك كليا، وقد يكون جزئيا فيكون كليا في حالة تعلقه بجميع الأشياء...وقد يكون الهلاك جزئياً في حالة تعلقه ببعضها..)، والهلاك بهذا المعنى يختلف عن الإتلاف، فيدور الهلاك حول زوال ذات الشيء مادياً، مما يدل ذلك على أن الإتلاف يرتبط بإحداث ضرر يمنع الانتفاع بالشيء دون أن تزول عينه.

والهلاك قد يكون كلياً وقد يكون جزئياً، ويقصد بالهلاك الكلي، الهلاك الذي يترتب عليه انعدام الشيء مادياً بزوال عينه، أو قانونياً بزوال منفعته[59]، أما الهلاك الجزئي فيقع على جزء من الشيء لا على الشيء بأكمله، وسواءً أكان الهلاك كلياً أم جزئياً، فقد يكون مادياً، وقد يكون قانونياً[60].

وقد ميزت بعض التشريعات بين الهلاك والتلف، إذ أن "الهلاك هو فناء وزوال الشيء وقد يكون كلياً أو جزئياً، والتلف هو عدم صلاحية الشيء لاستعماله أو الانتفاع به بحسب ما أعد له وهو قد يكون كلياً أو جزئيا كذلك"[61]، وقد استخدم المشرع العراقي كلا المصطلحين[62]، واستناداً الى قاعدة التأسيس أولى من التأكيد فإنهما يختلفان في المعنى، سيما وأنهما وردا معاً في نفس الفقرة (2) من المادة (182) من القانون المدني العراقي السابق ذكرها، حيث استخدم مصطلح (التلف) بالنسبة للمبيع و(الهلاك) بالنسبة للثمن، ويعتقد البعض أن العلاقة بينهما علاقة خصوص وعموم، فالهلاك يتفق مع التلف في المعنى، إذ يلحق الضرر بالشيء في كل منهما، مما يؤدي إلى فناءه أو فساده بحيث لا يصلح معه الانتفاع منه، غير أن الضرر في الهلاك، أكبر من التلف، إذ يمكن في حالة التلف تحويل الشيء أو اعادة تصنيعه أو إزالة سبب الفساد عنه ثم الانتفاع به[63]، أما الهلاك فيشمل الإتلاف والفناء معاً.

---

[54] عبد رب النبي بن عبد رب الرسول الأحمد نكري، جامع الفنون في اصطلاحات الفنون، ج4، تحقيق: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص329.
[55] د. شواخ محمد أحمد، الإتلاف بالمباشر والإتلاف بالتسبب في الفقه الإسلامي، مجلة روح القوانين، تصدرها كلية الحقوق-جامعة طنطا، العدد (105)، يناير 2024، ص1036.
[56] مها محمد طه، هلاك المبيع في مدة خيار الشرط، مجلة الدراسات التاريخية والحضارية، جامعة تكريت، المجلد (5)، العدد (16)، نيسان 2013، ص291.
[57] د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، المجلد الأول، في العقود المسماة، عقد البيع، ط5، 1993، ص652.
[58] د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، النظرية العامة ـ التاجر ـ العقود التجارية ـ العمليات المصرفية ـ القطاع التجاري الاشتراكي، نشر دار الحكمة، بغداد ، 1987، ص 215.
[59] مثنى محمد عبد، هلاك المبيع قبل التسليم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية القانون-جامعة بغداد، 2007، ص48.
[60] د. رمضان ابو السعود، مصدر سابق، ص274.
[61] ينظر: المادة (2) من القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991.
[62] ينظر على سبيل المثال: المواد (179 و 182 و 186و 190 و 191) مدني عراقي.
[63] د. محمد أحمد بكر، تحمل تبعة الهلاك في البيع البات، دون دار ومكان نشر، 2001، ص655.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

بيد أن البعض الآخر[64] ذهب إلى أن الهلاك والإتلاف يستعملان بالمعنى ذاته، إذ يوجد في كل منهما ضرر مادي يلحق بالشيء يؤدي إلى فنائه، وقد يرد الهلاك على ذاتية الشيء وعناصره، ويطلق على ذلك هلاكاً مادياً، أو فساده، وقد لا يرد على منفعته دون ذاتيته، ويطلق عليه هلاكاً قانونياً، وقد يقع الهلاك بفعل الانسان أو بسبب أجنبي، وعلى الرغم من أن الشيء قابلاً للهلاك بصرف النظر عن نوعه وسببه، إلا المقصود بالهلاك هنا هو هلاك الشيء من وجهة النظر القانونية للمشرع، إذ أن هلاك الأشياء المثلية لا يؤدي إلى استحالة تنفيذ الالتزام، بل يظل الالتزام قائماً بشأنها، لكونها قابلة للاستبدال، إذ توجد نظائر لها في السوق، ويقوم بعضها مقام البعض، ولهذا قيل المثليات لا تهلك[65].

والأشياء المثلية، على خلاف الأشياء القيمية، تقبل ان تثبت في الذمم، فيتعلق الحق بها بمقدار غير متعين بذاته في الخارج، ويجب على الملتزم بها وفاء دينه من أي مال مماثل لما التزم به جنساً وصفةً ولا يتقيد بعين معينة[66].

وعليه فأن الأشياء المثلية وإن كانت قابلة للهلاك ذاتاً أو منفعةً، إلا أنها لا تعد هالكة من وجهة نظر القانون، وبالنسبة لطرفي الرابطة المدنية، إذ يتصور هلاكها بأي سبب من أسباب الهلاك سواءً أكان الهلاك مادياً كإتلافها، أو قانونياً كمصادرتها أو معنوياً كانتفاء منفعتها أو انتقاصها، إلا أنها من وجه نظر القانون تعد باقية ويظل المدين ملتزماً بها.

المطلب الثاني: أثر قاعدة (المثليات لا تهلك) في تحديد العلاقة بين عينية الأداء والمسؤولية العقدية

يبنى نهوض المسؤولية العقدية على مدى قابلية الأشياء المثلية للهلاك، وهو ما يؤثر مباشرةً على عينية الأداء، وتحدد حدود هذه القابلية في ضوء نطاق قاعدة (المثليات لا تهلك)، ولتوضيح ذلك، نقسم هذا المطلب إلى فرعين: نخصص الفرع الاول لبيان نطاق قاعدة (المثليات لا تهلك) من حيث الموضوع، ونتناول في الفرع الثاني العلاقة بين عينية الأداء بالمثليات والمسؤولية العقدية في ضوء هذه القاعدة.

الفرع الأول: نطاق قاعدة (المثليات لا تهلك) من حيث الموضوع

إن الأداء بالمثليات -كما أوضحنا سابقاً- يتعلق بالأشياء كما يتعلق بالأعمال، إلا أن نطاق قاعدة (المثليات لا تهلك) يقتصر على الأشياء دون الأعمال، ويقتصر كذلك على الأشياء المثلية فقط، دون أن يسري على الأشياء القيمية، فالأخيرة قابلة للهلاك، لأنها لا يقوم بعضها مقام البعض عند الوفاء لاختلاف آحادها، أما الأشياء المثلية فهي منقولات لا يتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به في التعامل بين الناس، ووفقاً للقاعدة المذكورة، فهي لا تهلك في المعنى أو القيمة، لأنها وإن هلكت بعينها، فإن غيرها من نفس الجنس وبنفس التقدير من كيل أو وزن أو قياس، يمكن أن يحل محلها في الوفاء دون أي تحفظ، وعليه فإن الوفاء بها مقبول سواء بعينها أو بما يقوم مقامها من جنسها، ومن ثم، فهي لا تعد هالكة بهذا المعنى[67].

ويفهم من نص القاعدة أن نطاق تطبيقها يسري على المنقولات المادية، فيشمل سائر المنقولات المادية التي لها مثيل في الاسواق، والتي لا يستلزم التصرف بها شكلية معينة، أما بالنسبة للمنقولات المعنوية[68]، فإنها لا تهلك أيضاً، ولكن ليس بسبب طبيعتها المثلية أو القيمية، وإنما بسبب طبيعتها المعنوية التي لا تدرك بالحس.

وعلى الرغم من ورود هذه القاعدة في القانون الإماراتي بصيغتها المطلقة، وكذلك أشار بعض الفقهاء[69] إليها بصيغة مطلقة عند تناولهم لها، إلا أن تطبيقها لا يكون على إطلاقه، بل يشترط للعمل بها شرط أساسي يجب، وهو أن لا يكون هذا الشيء المثلي مشخصاً ومحدداً، مما يعني يجب أن لا يتم تحديده عن طريق الإفراز.

---

[64] د. محمد أحمد بكر، المصدر السابق، ص658-659؛ د. ميري كاظم عبيد و علاء حسين حمد، هلاك المعلومات الالكترونية والأثر المترتب عليه، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، السنة (13)، العدد (4)، 2021، ص1160.

[65] د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القسم الثاني، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص721.

[66] مصطفى أحمد الزرقا، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، مصدر سابق، ص144-145.

[67] د. محمد احمد شحاتة حسين، المطول في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2015، ص 328-329.

[68] المنقولات المعنوية: هي المنقولات التي لا تقع تحت الحواس ولا يدركها الانسان الا بالتصور، ينظر: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، 1954، ص16.

[69] د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد بيع، عالم الكتب، القاهرة، ط4، 1980، ص130؛ د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي، الحقوق العينية الاصلية، مصدر سابق، ص18؛ د. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004، ص211.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

وذهب البعض[70] إلى أن الافراز هو العملية التي يراد بها تحويل المبيع من شيء مثلي إلى قيمي، فمثلا بإفراز كمية من القطن ووضعها في أكياس وترقيمها وكتابة اسم المشتري عليها أو وضعها في مكان معين بقصد تسليمها للمشتري، فحينئذ يصبح المبيع شيئاً قيمياً، وتنتقل ملكيته إلى المشتري بهذا الإفراز[71]، لذا أن الإفراز لا يتم إلا إذا كان القصد منه تسليم المبيع للطرف المقابل، وعندئذ يتحول، وفقاً لهذا الرأي، إلى القيميات، وسنعلق على هذا الرأي في الفقرات اللاحقة.

وقد قرر القانون عدم انتقال ملكية الأشياء المثلية الا بفرزها[72]، لان المنقول المثلي قبل افرازه لا يكون قد تعين بالذات، وحق الملكية باعتباره حقاً عينياً لا يرد إلا على الأشياء المعينة بالذات، فقبل الإفراز لا يكون للمشتري الا حق شخصي قبل البائع[73]، مترتباً على ذلك أنه لا يتصور الاستحالة في الالتزام بها لكونها غير قابلة للهلاك.

وعلى الرغم من المشرع العراقي قد جعل المثليات غير قابلة للهلاك في بعض الأحيان، كما بيّنا في الفرع الأول من المطلب السابق، وإن كان ذلك بصورة غير متناسقة أو منتظمة، إلا أنه جعلها قابلة للهلاك في أحيان أخرى، إذ أشار إلى أن العقد ينفسخ بهلاك محله، فقد نصت المادة (179) من القانون المدني على "1– اذا هلك المعقود عليه في المعاوضات وهو في يد صاحبه انفسخ العقد سواء كان هلاكه بفعله او بقوة قاهرة ووجب عليه رد العوض الذي قبضه لصاحبه"[74]، ويتضح من ذلك أن عقد المعاوضات ينفسخ بهلاك محله، سوءً أكان مثلياً أم قيمياً، ولو كان المثلي غير قابل للهلاك، لكان المدين ملزماً بدفع مثل الهالك بدلاً من الحكم بانفساخ العقد، وتطبيقاً لهذا النص، ينفسخ البيع بهلاك محله، ولا يجوز للمدين أن يؤدي شيئاً غيره دون موافقة الدائن، حتى لو كان هذا البدل مساوياً في القيمة لمحل الالتزام الأصلي أو يفوقه قيمة[75]، ونسجل ملاحظتين على موقف المشرع بصدد هذا النص، الأولى، أنه لم يكن موفقاً في استخدامه مصطلح الـ(هلاك) من جهة، ولم يأخذ سبب الهلاك بنظر الاعتبار من جهة أخرى، إذ يفترض أن لا ينفسخ العقد إلا في حالة الاستحالة، لا بمجرد الهلاك، لأن الهلاك لا يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً إذا تعلق بشيء مثلي غير مشخص، كما يفترض أن يقتصر الانفساخ على الاستحالة الناتجة سبب أجنبي، كما هو الحال في القانون المدني المصري[76]، والثانية، أنه لم يميز بين الهلاك بعد الافراز وقبله، وعليه نوصي بأن يعالج المشرع العراقي هذا في ضوء هاتين الملاحظتين، وندرج المعالجة في هيئة نص مقترح ضمن الخاتمة.

وإرتباطاً بالحكم الوارد في الفقرة السابقة، فإن عقد الايجار يرد على شيء سواء أكان مثلياً أم قيمياً بشرط أن يكون استعمالياً، وقد نص المشرع على أن العقد ينفسخ إذا هلك المأجور خلال مدة الايجار بسبب أجنبي لاستحالة التنفيذ، إذ لم يمنح المشرع الحق للدائن في المطالبة برد المثل في المثليات في حالة هلاك المأجور حتى وإن كان من المثليات[77].

ونتفق مع الرأي السابق في أن الأشياء المثلية يلحقها الهلاك بعد إفرازها ولكن ليس بسبب تحول طبيعتها أو تغيرها إلى قيميات، لأن هذه الطبيعة تتحدد بمدى تماثلها مع غيرها، فإذا وجد نظير لها في السوق عدت من المثليات، وإلا فعدت من القيميات، مع امراعاة ما اتجهت إليه إرادة أطراف العلاقة، وإنما بسبب تحول الأشياء المثلية إلى أعيان، إذ إن العين –كما بيّنا سابقاً- تشمل القيميات مطلقات والمثليات المتعينة.

والسبب في اعتبار المثليات غير قابلة للهلاك يعود إلى ثبوت الالتزام المتعلق بها في الذمة، أو بالأحرى لأنها يصبح الالتزام بها ديناً بالمعنى الدقيق، والسبب في اعتبار القيميات قابلة للهلاك، فيرجع إلى تعلقها بعين معينة، فالدين هو ما تعلق بذمة الشخص من أقيام ماليته، وذلك لأن الديون –كما بيّنا في المبحث الأول- أمور اعتبارية محلها الذمم التي تشغل بالالتزامات، وتوفى بدفع الأعيان

---

[70] احمد محمود خليل، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2017، ص 80.

[71] د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج2، الاثبات – آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968، ص777.

[72] ينظر: المادة (531) مدني عراقي.

[73] د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص215.

[74] لانقابلها في القانون المصري والقانون الإماراتي.

[75] المادة (547) مدني عراقي والمادة (437) مدني مصري والمادة (531) مدني إماراتي.

[76] نصت المادة (159) مدني مصري على: "في العقود الملزمة للجانبين إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه انقضته معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"، والمشرع استخدم عبارة (إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه)، وهذه الصياغة لم تحدد متى ينقضي الالتزام بسبب الاستحالة، لذا وجب البحث عن اسباب الانقضاء، فيوجد نص المادة (373) من نفس القانون وهي لا تجعل استحالة التنفيذ سبباً للانقضاء إلا إذا كانت بسبب أجنبي، ينظر: د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونية المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1988، ص73.

[77] ينظر: المادة (751) مدني عراقي والمادة (569) مدني مصري ولا تقابلهما في القانون الإماراتي.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المالية المثلية من جنسها مقابلة لها، والملتزم بدين يضمن وفاء دينه بمجموع أمواله القابلة للتحويل إلى أقيام تطفيء الديون المتعلقة بذمة صاحبها، أما الملتزم بعين، فإن ضمان التزامه خاص بذات العين، ما لم تهلك، ففي هذه الحالة تتحول إلى دين[78]، وأن كيفية الوفاء بالديون-كما جاء في الفقه الإسلامي- تكون بأمثالها، ويجوز الأداء بالأفضل ما لم يشترط غير ذلك، فإذا أوفى المدين بالدين على الوجه الواجب، برئت ذمته، وإذا امتنع عن اداؤه، وكان موسراً، أجبره القاضي عليه[79]، ومحل الديون يتمثل في الأشياء المثلية غير المشخصة، لذا فأن الالتزام الذي أصبح ديناً في الذمة هو ما يتعلق أداؤه بأشياء مثلية غير مشخصة أو يتعلق بأعمال، لأنها لا يلحقها الهلاك من وجهة نظر القانون، وينحصر ذلك في الأشياء المثلية غير المشخصة.

بيد أن ما بيّنا سابقاً لا يعني أن الأعيان تخرج نهائياً من نطاق القاعدة، إذ أن الأعيان يمكن أن تتحول إلى ديون، فالعقد قد يكون سبباً لتحول العين إلى دين، ونصت المادة (686) من القانون المدني العراقي على "1–يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض ويثبت في ذمته مثلها..." يتضح من ذلك أن المقترض بموجب العقد أصبح مالكاً للعين ويثبت في ذمته مثلها، ولما لم تثبت العين في الذمة، فإن ذلك يدل على أن العين تحولت إلى دين، ويجب على المقترض رد مثلها عند انتهاء العقد[80].

وفي ختام هذا الموضوع نحلل مدى منطقية القاعدة في اقتصارها على الأشياء وليس الأعمال، مع أن الأعمال تعد محلاً للالتزام الشخصي، بغض النظر عن كونها من المثليات أو من القيميات، فتكون ذمة الملتزم مشغولة بالوفاء بها، ولا يشترط أن يتم الوفاء من قبل المدين، إلا إذا كان شخصيته محل للاعتبار[81]، مما يترتب عليه أن الأعمال المثلية لا تقبل الإستحالة، إذ أن القيام بها ممكناً دائماً، وقد أجاز المشرع للدائن أن تنفيذها على نفقة المدين-وسنتناول في الفرع القادم- لذا يفترض ان تضاغ القاعدة على بصيغة تتسع لتشمل الأعمال إسوة بالأشياء، مع مراعاة شروط الأشياء المثلية فيها، ونقترح ان تكون على النحو الآتي: "الالتزام بالمثليات لا ينقضي بالتعذر"، ولكي تستثنى الأشياء المثلية المتعينة من القاعدة، يجب الحاقها بالقيميات، وسنبين مبررات ذلك لاحقاً.

الفرع الثاني: العلاقة بين عينية الأداء بالمثليات والمسؤولية العقدية في ضوء قاعدة (المثليات لا تهلك)

أشار بعض التشريعات إلى أنه يجبر الطرف المتعاقد على تنفيذ التزاماته التعاقدية بحسن النية وفقاً لمبدأ أن (العقد الشريعة المتعاقدين)، الذي يقضي بقيام كل طرف بتنفيذ التزاماته التعاقدية طبقاً لما اشتمل عليه العقد. ولا يجوز لأي من الطرفين، كأصل، تعديل العقد ولا نقضه احتراماً للعهد الذي قطعه على نفسه، وتحقيقاً لاستقرار المعاملات في المجتمع، ويترتب على أي إخلال بهذه الالتزامات قيام المسؤولية العقدية[82]، والالتزامات التعاقدية قد تتمثل في الأداء بالمثليات، كما قد تتمثل في الأداء بالقيميات، وفي كلتا الحالتين فإن الأداء ينشأ عن العقد مباشرةً، وتدور دراستنا حول الأداء بالمثليات.

والمسؤولية العقدية لا تنهض إلا عند وقوع إخلال بالتزام عقدي، ويستلزم ذلك وجود عقد صحيح مبرم بين المسؤول والمضرور، إذ أن آثار العقد تقتصر في الأصل على طرفيه، ويشمل أطراف العقد، كما هو معلوم، العاقدين وخلفهما العام والخاص وكذلك دائنيهما العاديين[83].

وكذلك يشترط لقيام المسؤولية العقدية أن يصدر عن الطرف المسؤول إخلال بأحد التزاماته العقدية، مترتباً عليه وقوع الضرر بالطرف الآخر. ولم يعرف القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة الإخلال صراحةً، واكتفت بوضع قواعد عامة للمسؤولية العقدية، باعتبارها جزاءً للإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي[84]، كما لم نعثر في الفقه على تعريف صريح للإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي، ولعل السبب في ذلك أن الفقه اللاتيني ينظر إلى الإخلال مرادفاً للخطأ، بوصفه أحد أركان المسؤولية العقدية، فالخطأ يكمن في إخلال المدين بتنفيذ التزامه بموجب العقد، فمجرد عدم التنفيذ على الوجه المتفق عليه في العقد يعد إخلالاً من المدين بإلتزامه[85]، ولا يعنينا

---

[78] د. محمد سليمان الاحمد و د. بمو برويزخان الدلوي، مصدر سابق، ص401.
[79] د. أسامة محمد العبد، العين والدين في الفقه الإسلامي والحق العيني والشخصي في القانون المدني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، تصدرها كلية الشريعة والقانون-جامعة الأزهر، القاهرة العدد (15)، فبراير 1998، ص373-374.
[80] ينظر: المادة (1/689) مدني عراقي.
[81] ينظر: المادة (249) مدني عراقي، والمادة (208) مدني مصري، والمادة (1/381) مدني إماراتي.
[82] ينظر: المادة (150) مدني عراقي، والمادة (148) مدني مصري، والمادة (246) مدني إماراتي.
[83] ينظر: المادة (142) مدني عراقي.
[84] ينظر: المادة (168) مدني عراقي، والمادة (215) مدني مصري، والمادة (386) مدني إماراتي.
[85] اكرم محمد حسين التميمي، الإخلال في تنفيذ عقود التجارية الدولية، أطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية القانون-جامعة بغداد، 2014، ص7-8.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

هنا التوسع في مسائل المسؤولية التعاقدية كافة، بل نقتصر على بيان العلاقة بين عينية الأداء والمسؤولية العقدية في ضوء قاعدة (المثليات لا تهلك).

واستخدم المشرع العراقي اصطلاح "المسؤولية التعاقدية (ضمان العقد)" على خلاف القوانين المقارنة، فنصت المادة (168) من القانون المدني على ذلك بقولها "اذا استحال على الملتزم بالعقد ان ينفذ الالتزام عيناً حكم عليه بالتعويض لعدم الوفاء بالتزامه ما لم يثبت استحالة التنفيذ قد نشأت عن سبب اجنبي لا يد له فيه، وكذلك يكون الحكم اذا تأخر الملتزم في تنفيذ التزامه"، ويتضح من هذا النص أن المسؤولية العقدية لا تقوم إلا في حالة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته المنصوص عليها في العقد صراحةً أو ضمناً، سواءً لم ينفذها قط أو تأخر في تنفيذها، واستحال عليه عينية التنفيذ ما لم يثبت أن الاستحالة قد نشأت عن سبب أجنبي. ولا حاجة إلى التفصيل فيما يخص المسؤولية عن التأخير، إذ أنها تقوم ويترتب عليها الالتزام بالتعويض، أما بالنسبة للإخلال بالالتزام فيحتاج إلى التوضيح.

وأن المسؤولية العقدية، وفقاً للنص السابق، لا تقوم إلا عند استحالت عينية التنفيذ (التنفيذ العيني)، وبمعنى آخر، لا مجال للحديث عن المسؤولية العقدية ما دامت عينية التنفيذ ممكنة ومطلوبة من الدائن، فإذا لم تتحقق المسؤولية، فلا يمكن الحكم بالتعويض. غير أنه إذا كانت عينية التنفيذ ممكنة ولكن الدائن طلب التعويض، ولم يبد المدين استعداده لتنفيذ الالتزام عيناً، ففي هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه، جزاءً لعدم تنفيذ الالتزام[86].

وإن الأداء بالمثليات في الالتزام-كما بيّنا- قد يرد على الأشياء وقد يرد على الأعمال، وبالنسبة لتعلق الأداء في الالتزام بالأشياء المثلية، فيجب أن نميز بين فرضين، الأول يخص الأشياء المثلية قبل الإفراز (أي غير المتعينة)، فإذا تعلق الأداء في الالتزام بأشياء مثلية غير مفرزة، فلا يستحيل تنفيذه، كون هذه الأشياء لا تهلك، وتوجد نظائرها في السوق، إذ أن عينية التنفيذ لهذا الالتزام ممكنة دائماً، لذا لا محل للمسؤولية التعاقدية، ونصت المادة (2/248) من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها "فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه جاز للدائن ان يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة او بغير استئذانها في حالة الاستعجال، كما انه يجوز له ان يطالب بقيمة الشيء من غير اخلال في الحالتين بحقه في التعويض."[87]، وهذا النص ورد ضمن موضوع التنفيذ العيني، لذا جاز للدائن أن يحصل على شيء من النوع نفسه على نفقة المدين بعد استئذان المحكمة أو من دون استئذانها في حالة الاستعجال، وهذا يعني أن المسؤولية العقدية لا تقوم إذا تعلق الأداء بأشياء مثلية، ويصح معه القول بأن المسؤولية لا أثر لها على الأداء بالأشياء المثلية، بل أن هذا الأداء يمنع قيام المسؤولية بل يسبقها، إلا إذا طلب الدائن التعويض ولم يبد المدين استعداده للتنفيذ فحينئذ تنهض المسؤولية العقدية، ولكن الأداء المترتب على هذه المسؤولية (أي التعويض) تتحدد صوره بناءً على طلب الدائن، ولا يعقل هنا المطالبة بعينية التعويض في وقت تكون فيه عينية التنفيذ ممكنة.

أما الفرض الثاني، فيختص بالأشياء المثلية بعد الافراز (أي الأشياء المثلية المتعينة)، واذا تعلق الأداء في الالتزام بهذه الأشياء، التزم المدين بعينها، وإذا امتنع المدين عن تنفيذ التزامه بالتسليم، أجبر على التنفيذ، فإن استحال عليه عيناً، تنهض مسؤوليته العقدية، ذلك أن الشيء المثلي بعد الإفراز يصبح عيناً، والأعيان بطبيعتها قابلة للهلاك، وإن هلكت أصبحت عينية التنفيذ مستحيلة، ويصار عندئذ إلى تطبيق أحكام التنفيذ بطريق التعويض، غير أن المشرع في المادة السابقة لم ينتبه إلى ذلك، بل اعتبر الأداء بالأشياء المثلية تنفيذاً وليس تعويضاً، ولم يقر بقيام المسؤولية العقدية، ولمعالجة هذا الخلل، نكرر ما سبق أن أشرنا إليه من ضرورة تحديد نطاق الاستحالة بالنص صراحة على قاعدة (المثليات لا تهلك) واقتصار نطاق هذه القاعدة على الأشياء المثلية المتعينة فقط، وقد خالف المشرع هذا الاتجاه في بعض الحالات، ومن ذلك ما ورد في نص المادة (543) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها "إذا بيعت جملة من المكيلات أو جملة من الموزونات أو المذروعات التي ليس في تبعيضها ضرر أو من العدديات المتقاربة مع بيان قدرها وسمي ثمنها جملة أو بسعر الوحدة ثم وجد المبيع عند التسليم ناقصاً، كان المشتري مخيراً، إن شاء فسخ البيع وإن شاء اخذ المقدار الموجود بحصته من الثمن..."، ويفهم من هذا النص، أنه إذا وجد المبيع المثلي ناقصاً، فالمشتري مخير بين المطالبة بفسخ العقد أو أخذ المقدار الموجود بنسبة الثمن[88]، ويفسر هذا الحكم بأن الالتزام بتسليم المبيع أصبح مستحيلاً بهلاكه، ومع ذلك، لم يمنح النص للمشتري الحق في الحصول على مثل الهالك على نفقة البائع، بينما المادة (248) من القانون المدني التي سبق ذكرها، قد منحت المشتري الدائن (ومنهم المشتري) هذا الحق للمشتري، وهذا يعني أن الشيء المثلي، وفقاً للنص الأول، يعد قابلاً للهلاك إذا كان

[86] د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر، ص 456.
[87] تقابلها المادة (2/205) مدني مصري، ولا تقابلها في القانون الإماراتي.
[88] د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص245.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

مفرزاً (أي متعيناً)، في حين أن النص الثاني اعتبر الشيء المثلي غير قابل للهلاك ولو لم يكن مشخصاً[89]، لذلك نوصي بأن يضيف فقرة (3) إلى المادة (64) من القانون المدني "تأخذ حكم القيميات الأشياء المثلية المفرزة".

ويفترض بالمشرع أن يسلك مسلكاً واحداً، كالذي أتبعه في المادة (543) من القانون المدني، ذلك أن المبيع متى كان متعيناً، يعد من قبيل الأعيان، والأعيان قابلة للهلاك، فإذا أخل المدين بتنفيذ التزامه وهلك المبيع، تنهض في هذه الحالة المسؤولية العقدية على عاتقه، وذلك بسبب استحالة التنفيذ، ويعد الأداء المترتب على هذه المسؤولية تعويضاً، ويوصف حصول الدائن على مثل المبيع على نفقة المدين بعينية التعويض[90]، لذا نوصي بتعديل الفقرة (2) من المادة (248) من القانون المدني العراقي باستبدال عبارة (فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه) بعبارة (فإذا لم يتم تعيين الشيء بالذات).

أما فيما يتعلق بالالتزام بالأعمال المثلية، ونظراً لإمكانية تنفيذ هذه الأعمال من قبل أي شخص، فإن المسؤولية العقدية لا تنهض بشأنها، ذلك أن عينية تنفيذ الالتزام ممكنة دائماً، وإذا امتنع المدين عن تنفيذ الالتزام، جاز تنفيذه على نفقته تنفيذاً عينياً، وقد نصت المادة (250) من القانون المدني العراقي على ذلك بقولها "1- في الالتزام بعمل اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه ولم يكن ضرورياً ان ينفذه بنفسه جاز للدائن ان يستأذن من المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين اذا كان هذا التنفيذ ممكناً.2 – ويجوز في حالة الاستعجال ان ينفذ الدائن الالتزام على نفقة المدين بلا اذن من المحكمة"[91]، وبناءً على هذا النص، يجوز للدائن تنفيذ الالتزام بعد استئذان المحكمة أو دون استئذانها في حال الاستعجال، وله أن يرجع على المدين بما أنفقه، والتزام المدين بالنقود لا يتصور فيه وقوع الاستحالة، مما يعني أننا لا نزال بصدد عينية التنفيذ، لا بصدد التعويض عن عدم التنفيذ. أما إذا كانت عينية التنفيذ ممكنة، غير أن الدائن طلب التعويض، ولم يبد المدين استعداده لعينية التنفيذ، ففي هذه الحالة لا يسع القاضي إلا أن يحكم بالتعويض إذا توافرت شروطه كما بينا قبل قليل.

أما بالنسبة لصور التعويض المترتب على المسؤولية، فلم يحدد المشرع طرق التعويض أو كيفيته ضمن آثار الالتزام، بل اكتفى بالإشارة إلى أن الالتزام ينفذ بطريق التعويض ووفقاً لاحكام القانون وذلك في المادة (255) من القانون المدني العراقي التي تنص على "ينفذ الالتزام بطريق التعويض في الأحوال وطبقاً للاحكام التي نص عليه القانون"، ولم نجد في القانون إشارة صريحة إلى التعويض النقدي إلا في المادة (246) من القانون نفسه[92]، أما بالنسبة للمادة (169) من القانون المدرجة ضمن موضوع المسؤولية العقدية فقد نصت على "1- إذا لم يكن التعويض مقدراً في العقد أو بنص في القانون فللمحكمة هي التي تقدره. 2- ويكون التعويض عن كل الالتزام ...ويشمل ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب..."[93]، ويبدو ان المشرع–كما نرجح- توجه في هذا النص إلى الحديث عن التعويض النقدي، إذ يتلائم مع عبارة (ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب)، غير أن الفقه ذهب إلى أن المسألة تترك للقاضي، الذي يملك سلطة تقديرية في اختيار طريقة التعويض الأنسب لظروف الدعوى، ويمارسها دون رقابة مباشرة عليه، لكن هذه السلطة في الحكم بالتعويض النقدي رغم إمكان عينية التنفيذ تخضع لقيود دقيقة، ويخضع في تقدير توافرها لرقابة محكمة التميز[94]، وعلى الرغم من أن هذا الرأي لا يصطدم بنص قانوني، إلا أنه، بحسب اعتقادنا، لا ينسجم تماماً مع موقف المشرع، إذ أنه (أي المشرع) منح الحق للدائن، وفقاً للمادة (248) من القانون المدني (المشار إليها سابقاً)، في الحصول على مثل الشيء في المثليات بشكل مطلق، وحينئذ لا مجال للحكم بالتعويض العيني، لذا نوصي بتعديل المادة (255) لتكون بالصيغة الآتية: "ينفذ الالتزام بطريق التعويض عيناً كان أم نقداً في الأحوال وطبقاً للاحكام التي نص عليها القانون".

---

89 ونفس الحالة بالنسبة للمادة (547) من مدني عراقي، إضافة إلى أن هذا النص لم يمنح حق الحصول على مثل المبيع في حالة نقص المبيع، وأشار بعض الفقه إلى انه في حالة هلاك المبيع بقوة قاهرة قبل التسليم بموجب هذا ينفسخ العقد ويزول آثاره لاستحالة التنفيذ، ينظر: د. غني حسون طه، المصدر السابق، ص٢٦٠-261.

90 اختلف الفقه حول وصف حصول الدائن على المثليات على نفقة المدين بين عينية التعويض وعينية التنفيذ، ينظر في ذلك: د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية ،ج1، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، 1999، ص280، و رأي الفقيه الفرنسي لارومبيير، المشار اليه: د.محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص62؛ د. ايمن ابو العيال، التعويض العيني وسلطة القاضي في تحديد الالتزام، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد (1)، العدد (1)، 2021، ص14؛ د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، ج2، أحكام الالتزام والاثبات، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1967، ص112-113؛ حلمي بهجت بدوي، مصدر سابق، ص413

91 تقابلها المادة (209) مدني مصري، والمادة (2/381) مدني إماراتي.

92 تقابلها المادة (203) مدني مصري، والمادة (380) مدني إماراتي.

93 تقابلها المادة (221) مدني مصري، والمادة (386) مدني إماراتي.

94 د. محمود جمال الدين زكي، مصدر سابق، ص60؛ د. عبد المجيد الحكيم، أحكام الالتزام، ج2، مصدر سابق، ص20-21.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15

Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ويتبين مما سبق أن المسؤولية العقدية لا تنهض إلا في حالة استحالة التنفيذ، ولا تتحقق الاستحالة إذا تعلق الأداء بالمثليات غير المعينة، أي أن لعينية الأداء بالمثليات غير المتعينة أثراً مانعاً من نهوض المسؤولية، وعلى نقيض من ذلك، تنهض المسؤولية عند تحقق الاستحالة إذا تعلق الأداء بالمثليات المتعينة، إذ يأخذ عندئذ حكم الأداء بالقيميات.

الخاتمة

أولاً: الاستنتاجات: وأهمها هي:

1-يقصَد بعينية الأداء بالمثليات في الالتزام: إتيانُ المدين بالفعل ذاته المتعلق بالمثليات الملقى على عاتقه، تحقيقًا لمصلحة الدائن. ويتمثل هذا الفعل في عمل إيجابي، سواء تجسّد في عمل شخصي أو في إعطاء حق عيني على شيء، وقد يتمثل أيضًا في عمل سلبي، سواء أكان ما يرد عليه الفعل أصليًا أم قد طرأ عليه تغيير.

2-يرد الأداء، بوصفه عنصرًا من عناصر الالتزام، على محلّ معين، يتمثل في شيءٍ، سواء أكان ماديًا أم معنويًا.

3-تتجلّى عينية الأداء في الالتزام في مرحلتين اثنتين: المرحلة الأولى، قبل قيام المسؤولية المدنية، فإذا أصبح الالتزام نافذًا، يلتزم المدين بتنفيذ عين الأداء الواجب عليه، فتُوصَف الحالة بعينية التنفيذ. أما المرحلة الثانية، فبعد قيام المسؤولية المدنية، فإذا أخلّ المدين بالتزامه، يُلجأ إلى التعويض، ومن صوره إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل وقوع الضرر، وحينئذ تُوصَف بعينية التعويض.

4-إن الالتزام بالأداء في الأشياء المثلية غير المتعينة أو بالأعمال المثلية، يُعد دينًا في ذمة المدين، في حين أن الالتزام بالأشياء المثلية المتعينة، شأنه في ذلك شأن القيميات، يصبح متعلقًا بعين.

5-ظهرت قاعدة (المثليات لا تهلك) أساسًا كأحد إفرازات التمييز بين الدين والعين، إذ إن الأول، على خلاف الثانية، يُعدّ من الأمور الاعتبارية غير القابلة للهلاك. غير أن هذه القاعدة تتقيد بشرطٍ أساسي، يتمثل في أن يكون الشيء المثلي غير مُشخص أو محدد، أي يجب ألّا يتم تعيينه عن طريق الإفراز.

6-صياغة قاعدة (المثليات لا تهلك) محل للنظر من جهتين: الأولى، أن الأشياء المثلية، كالأشياء القيمية، تهلك ماديًا، ولكن الالتزام بالأداء المتعلق بها لا يستحيل. الثانية، أن نطاق القاعدة يقتصر على الأشياء دون الأعمال، مع أنهما يتساويان من حيث حكم الأداء المتعلق بهما، إذ إن القيام بالأداء بالأعمال المثلية، شأنه شأن الأداء المتعلق بالأشياء المثلية، لا يستحيل.

7-على الرغم من المشرع العراقي لم يشر صراحة إلى قاعدة (المثليات لا تهلك)، إلا أنه راعاها في بعض الأحيان فجعل المثليات غير قابلة للهلاك وأهملها في أحيان أخرى.

8- أن المسؤولية العقدية لا تنهض –استناداً الى تطبيق القاعدة (المثليات لا تهلك)- إلا في حالة استحالة التنفيذ ولا تتحقق الاستحالة إذا تعلق الأداء بالمثليات غير المتعينة، وحينئذ توصف عينية الأداء بعينية التنفيذ، وعلى خلاف ذلك تنهض المسؤولية لتحقق الاستحالة إذا تعلق الأداء بالمثليات المتعينة، فيأخذ حكم الأداء بالقيميات، وتوصف عينية الأداء بعينية التعويض.

ثانياً: التوصيات: نوصي المشرع العراقي بما يأتي:

1- سن (قاعدة المثليات لا تهلك)، مع تعديل صياغتها، بإضافة فقرة جديدة إلى المادة (168) من القانون المدني تنص على "الالتزام بالمثليات لا ينقضي بالتعذر"، على أن يحدد نطاق هذه القاعدة بإضافة فقرة (3) إلى المادة (64) من نفس القانون "تأخذ الأشياء المثلية المفرزة حكم الأشياء القيمية".

2- تعديل المادة (179) من القانون المدني لتصبح هكذا: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا انقضى الالتزام بسبب استحالة تنفيذه بسبب أجنبي، انقضت معه الالتزامات المقابلة، وينفسخ العقد من تلقاء نفسه"

3- تعديل الفقرة (2) من المادة (248) من القانون المدني العراقي باستبدال عبارة (فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه) بالعبارة (فإذا لم يتم تعيين الشيء بالذات).

4- تعديل المادة (255) من القانون المدني لتكون على هذا النحو "ينفذ الالتزام بطريق التعويض سواءً أكان عيناً أم نقداً في الأحوال وطبقاً للاحكام التي نص عليها القانون".

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

المصادر

أولاً: الكتب

1. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، المصادر الإرادية وغير الإرادية للالتزام، 2008، دون دار وسنة نشر.
2. احمد محمود خليل، نظرية العقد في قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، المجلد الأول، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2017.
3. احمد نصر الجندي، الموسوعة الإماراتية في قانون المعاملات المدنية، ج1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2014.
4. د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للألتزام، ج2، أحكام الالتزام والاثبات، مكتبة عبد الله وهبة، القاهرة، 1967.
5. د. انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، احكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
6. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الاول، النظرية العامة ـ التاجر ـ العقود التجارية ـ العمليات المصرفية ـ القطاع التجاري الاشتراكي، نشر دار الحكمة، بغداد، 1987.
7. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.
8. د. حسن علي الذنون، المبسوط في المسؤولية المدنية،ج1، الضرر، شركة التايمس للطبع والنشر المساهمة، بغداد، 1999.
9. د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي الحقوق العينية الأصلية، شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة، بغداد، 1954.
10. د. حسن علي الشاذلي، الإقتصاد الإسلامي، دار الاتحاد العربي للطابعة، القاهرة، 1970.
11. د. حسن كيرة، المدخل إلى القانون، القسم الثاني، النظرية العامة للحق، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون سنة نشر.
12. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزام، الكتاب الأول، في نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، 1943.
13. د. رمضان أبو السعود، شرح العقود المسماة في عقدي البيع والمقايضة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2000.
14. د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، ط1، أربيل، 2007.
15. د. سليمان مرقس، أصول الالتزامات، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1961.
16. د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، ج3، المجلد الأول، في العقود المسماة، عقد البيع، ط5، 1993.
17. د. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، العقود المسماة، عقد بيع، عالم الكتب، القاهرة، ط4، 1980.
18. الشيخ عباس كاشف الغطاء، المال المثلي والمال القيمي في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القانون، شركة صباح، بيروت، 2013.
19. د. عبد الحميد الشورابي، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط3، 1997.
20. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي، دراسة مقارنة، المجلد الأول، نظرية الالتزام وتحليل العقد، مطبوعات جامعة الكويت، 1982.
21. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، ج1، مصادر الالتزام، المصادر الإرادية، المطبعة العالمية، القاهرة، 1960.
22. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام،ج2، الاثبات – آثار الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1968.
23. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج1، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، دون سنة نشر.
24. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي - دراسة مقارنة بالفقه الغربي، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ط1، 1954.
25. د. عبد المجيد الحكيم و عبدالباقي البكري و محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج1، مصادر الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، 2018.
26. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، ج1، في مصادر الالتزام مع المقارنة بالفقه الإسلامي، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، ط2، 1963.
27. د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، ج1، شركة الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1967.
28. د. عمر ممدوح مصطفى، القانون الروماني، ج1، مطابع البصير، الإسكندرية، ط2، 1954.
29. د. غني حسون طه، الوجيز في العقود المسماة، ج1، عقد البيع، مطبعة المعارف، بغداد، 1970.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

30. د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني، النظرية العامة للالتزامات، ج1، في مصادر الالتزام، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد، 1971.
31. د. محمد أحمد بكر، تحمل تبعة الهلاك في البيع البات، دون دار ومكان نشر، 2001.
32. د. محمد احمد شحاتة حسين، المطول في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، ج1، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية، 2015.
33. د. محمد حسني عباس، العقد والارادة المنفردة، دار النهضة، مصر، 1959.
34. د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار جامعة جديدة، الاسكندرية، 2005.
35. د. محمد حسين منصور، نظرية الحق، دار جامعة جديدة، الإسكندرية، 2004،، ص211.
36. د. محمد سليمان الأحمد، النظرية العامة للقصد المدني، القصد المدني قبل التعريف، دراسة تحليلية تركيبية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2009.
37. د. محمد عبد المنعم بدر، القانون الروماني، الكتاب الثاني، في الأموال، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر، القاهرة، 1938.
38. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، الالتزامات في الشريعة الإسلامية والتشريعات المدنية العربية، ج1، مطبعة السعدون، بغداد، 2000.
39. د. مصطفى إبراهيم الزلمي، الالتزامات في ضوء المنطق والفلسفة، مطبعة الشهاب، أربيل، ط1، 201.
40. د. مصطفى ابراهيم الزلمي، نظرية الالتزام برد غير المستحق- دراسة مقارنة، دار احسان للنشر والتوزيع، أربيل، ط1، 2014.
41. الأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء، المدخل إلى نظرية الالتزام العامة في الفقه الإسلامي، دار قلم، دمشق، 1999.
42. د. مصطفى عبد السيد الجارحي، فسخ العقد، دراسة مقارنة في القانونية المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، ط1، 1988.

ثانياً: البحوث

43. د. أسامة محمد العبد، العين والدين في الفقه الإسلامي والحق العيني والشخصي في القانون المدني، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، تصدرها كلية الشريعة والقانون-جامعة الأزهر، القاهرة العدد (15)، فبراير 1998.
44. د. أيمن ابو العيال، التعويض العيني وسلطة القاضي في تحديد الالتزام، بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية، المجلد (1)، العدد (1)، 2021.
45. د. جليل حسن بشات و علي جمعة عبد، دراسة نقدية في محل العقد والالتزام، مجلة العلوم القانونية، عدد خاص، ج3، المجلد (36)، كانون الاول-2021.
46. د. شواخ محمد أحمد، الإتلاف بالمباشر والإتلاف بالتسبب في الفقه الإسلامي، مجلة روح القوانين، تصدرها كلية الحقوق-جامعة طنطا، العدد (105)، يناير 2024.
47. د. الشيخ الحسين محمد يحيى، شرح قواعد أصول الفقهية التفسيرية في قانون المعاملات المدنية المواد (من 52-70)، بحث منشور في مجلة القضاء والقانون، يصدرها مركز البحوث والدراسات القضائية-دائرة القضاء-أبو ظبي، السنة (2)، العدد (2)، ابريل 2017.
48. د. فتحي علي فتحي وعامر مصطفى أحمد، التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد بحث منشور في محلة الرافدين للحقوق، المجلد (19)، العدد (68)، السنة (21).
49. د. محمد سليمان الأحمد ود. بَمو برويز خان الدلوي، المسؤولية العينية الناجمة عن سرقة الضمان في القانون المدني، دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة البحرين، المجلد (12)، العدد (1)، 2015.
50. د. مصطفى ابراهيم عابد، الاشكالية الاصطلاحية لركن المحل، دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، تصدرها جامعة عين شمس، كلية القانون، العدد (1)، الجزء (2)، السنة (58)، يناير 2016.
51. مها محمد طه، هلاك المبيع في مدة خيار الشرط، مجلة الدراسات التاريخية والحضارية، جامعة تكريت، المجلد (5)، العدد (16)، نيسان 2013.
52. د. ميري كاظم عبيد، علاء حسين حمد، هلاك المعلومات الالكترونية والأثر المترتب عليه، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، جامعة بابل، السنة (13)، العدد (4)، 2021.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

ثالثاً: الأطاريح

53. اكرم محمد حسين التميمي، الإخلال في تنفيذ عقود التجارية الدولية، أطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية القانون-جامعة بغداد، 2014.
54. مثنى محمد عبد، هلاك المبيع قبل التسليم، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه قدمت إلى كلية القانون-جامعة بغداد، 2007.

رابعاً: القوانين

55. القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948.
56. القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
57. قانون العقوبات العراقي رقم (111) لسنة 1969.
58. قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (5) لسنة 1985.
59. القانون التجاري اليمني رقم (32) لسنة 1991.

خامساً: كتب اللغة

60. ابو هلال العسكري، الفروق في اللغة، تحقيق: لجنة تراث العربي، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ط4، 1980، ص149.
61. عبد رب النبي بن عبد رب الرسول الأحمد نكري، جامع الفنون في اصطلاحات الفنون، ج4، تحقيق: حسن هاني فحص، دار الكتب العلمية، بيروت، 2000، ص329.

.

DOI: http://dx.doi.org/10.25098/9.2.15
Distributed under the terms and conditions of the License 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)