دراسة نقدية في محل العقد والالتزام

critical study in the subject-matter of the contract and the obligation

طالب ـ دكتوراه
م.م. علي جمعة عبد
جامعة بغداد ـ كلية القانون
mr.ali@colaw.uobaghdad.edu.iq

الأستاذ الدكتور
جليل حسن بشات
جامعة بغداد ـ كلية القانون
dr.jalel@colaw.uobaghdad.edu.iq

الملخص

يعد موضوع المحل من المواضيع الشائكة في القانون المدني ، اذ ان هذا الموضوع رغم قدمه الا انه لازال يمثل ارضا خصبة للبحث ، اذ يوجد خلاف حول تحديد الكائن القانوني الذي يعد المحل ركنا فيه ، حيث اختلفت التشريعات في هذه المسألة ، فبعض التشريعات تذهب الى ان المحل ركن في العقد ، وبعضها يذهب الى ان المحل ركن في الالتزام ، وبعضها يذهب الى ان المحل ركن في العقد وركن في الالتزام وقد انتقل هذا الخلاف الى الفقه فظهر فيه عدة اتجاهات ، وقد انتهى بنا البحث الى القول بان المحل ركن في العقد.

الكلمات المفتاحية :ـ المحل ، المعقود عليه ، محل العقد ، محل الالتزام.

Abstract

The topic of subject-matter is one of the thorny issues in civil law, as this topic despite its antiquity still represents a fertile ground for research ,There is a dispute about the determination of the legal object in which subject-matter is element in it ,Where the legislation differs on this issue , Some legislation states that the subject matter is an element of a contract, and Some of them states that the subject matter is an element of an obligation, and Some of them states that the subject matter is an element of a contract and an obligation , This dispute has moved to jurisprudence, There were several directions in it , The research ended with us saying that the subject matter is an element of a contract.

keywords:- subject-matter , subject-matter of the contract, subject-matter of the obligation

المقدمة (Introduction)

أولا: التعريف بموضوع البحث وتحديد مشكلاته

استعمل القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل اصطلاح المعقود عليه في نصوص كثيرة[1]، وهو اصطلاح مأخوذ من الفقه الاسلامي[2]، ويقابل اصطلاح المعقود عليه اصطلاح (المحل) في القوانين الوضعية، واذا كان قد استقر في الفقه الاسلامي ان اصطلح (المعقود عليه) يقصد به محل العقد[3]، فان بعض التشريعات الوضعية قد اختلفت حول المحل من حيث كونه ركناً في العقد او الالتزام، وهذا الاختلاف في التشريعات لا ريب انه ترك أثره في الفقه، اذ اختلف الفقهاء اختلافاً كبيراً حول هذا الموضوع، وقد تجاوز اختلافهم الاختلاف الحاصل في التشريعات إذ ظهرت آراء في الفقه ترى ان المحل هو عنصر من عناصر الارادة او التصرف القانوني وليس ركناً في المحل او الالتزام ، ان موضوع المحل رغم قدمه الا ان الفقه لم يستقر الى الآن حول تحديد مفهومه او تحديد الكائن القانوني الذي يعد المحل ركناً فيه ، ولعل هذا الاختلاف كان سبباً في ان يأتي المشرع الفرنسي بفكرة (مضمون العقد) (Content du contrat) في التعديل الذي حدث للقانون المدني الفرنسي عام 2016 بموجب المرسوم رقم 131 لسنة 2016 ، فمشكلة البحث تكمن في تحديد الكائن القانوني الذي يعد المحل ركنا، ولا شك ان هذا التحديد سينعكس بدوره على تحديد تعريف المحل.

ثانيا: أهمية موضوع البحث :

رغم الخلاف الكبير الحاصل حول المحل من حيث تحديد الكائن القانوني الذي يعد المحل ركنا ، والذي بدوره سينعكس على تحديد تعريف المحل ، الا ان موضوع المحل لم يحض بالدراسات القانونية الكافية التي تتناول المشكلات الحقيقية التي يثيرها موضوع البحث ، لذلك جاءت هذه الدراسة تهدف الى تسليط الضوء على المشكلات الحقيقية التي يثيرها موضوع البحث من اجل الوصول الى نتائج قانونية سليمة.

ثالثا: منهجية البحث :

سنتبع في هذه الدراسة منهج بحث يقوم على تحليل النصوص القانونية ، والآراء الفقهية ، والعمل على تأصيلها في وحدة فكرية متناسقة من اجل الخروج برؤية واضحة ومتكاملة عن المحل .

رابعا: نطاق البحث :

ستتناول هذه الدراسة القانون المدني العراقي ، إلا انها لن تكون مقتصرة عليه ، اذ لا يتسنى حل المسائل والاشكاليات التي يثيرها موضوع البحث او ادراك النقص والكمال

فيه إلا اذا كان البحث مهتديا بالقانون المقارن ، لذلك سوف تكون الدراسة مقارنة بالقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي ، اما القانون المدني المصري فلانه المصدر التاريخي الذي استقى منه المشرع العراقي بعض احكام قانوننا المدني ، واما القانون المدني الفرنسي فلانه انموذجا للمدرسة اللاتينية يحتذى به في الدراسات القانونية ، وقد يتم الاهتداء في بعض الأحيان بالفقه الإسلامي.

خامسا: خطة البحث :

وإزاء ما تقدم سنبحث الموضوع في مبحثين ، نتناول في الأول مفهوم المحل في الفقه ، ثم نتناول في المبحث الثاني مفهوم المحل في التشريع ، ثم ننتهي بخاتمة نسجل فيها اهم النتائج والمقترحات التي نتوصل اليها من خلال البحث.

المبحث الاول
مفهوم المحل في الفقه
Concept of the subject-matter in jurisprudence

ذكرنا انفا ان اصطلاح المعقود عليه هو اصطلاح أخذه القانون المدني العراقي من الفقه الاسلامي، وذكرنا ان هذا الاصطلاح يقابل اصطلاح (المحل) في التشريعات الوضعية والفقه القانوني.

وقد اختلف الفقهاء بشأن المحل اختلافاً كبيراً ، وعرفوه تبعاً لذلك بتعاريف مختلفة، ومنشأ هذا الاختلاف راجع الى الاختلاف حول الكائن القانوني الذي يعتبر المحل ركناً فيه ، إذ تبعاً لتحديد هذا الكائن اختلفت تعاريف الفقهاء للمحل.

وعند تتبعنا لآراء الفقهاء المتعلقة بتحديد مفهوم المحل او تحديد الكائن القانوني الذي يعد المحل ركناً فيه وجدنا تشعباً كبيراً فيها، ويشعر الباحث فيها انه في حالة من التيهان.

وعند تتبع الآراء التي قيلت في تحديد الكائن القانوني الذي يعتبر المحل ركناً فيه والذي على ضوئه يُعرّف المحل وجدنا انه يمكن ارجاع تلك الآراء الى عدة اتجاهات ، فهنالك من يرى ان المحل ركن في العقد فقط ، وهناك من يرى ان المحل ركن في الالتزام فقط ، وهنالك من يرى ان للعقد محل وللالتزام محل وكل منهما يختلف عن الآخر، وهنالك من يرى ان المحل عنصر من عناصر الارادة وليس ركناً في العقد او الالتزام، وهنالك من يرى ان المحل ركناً في التصرف القانوني، وفضلاً عن تلك الآراء نجد ان المشرع الفرنسي في عام 2016 احدث تعديلاً في القانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم (131) لسنة 2016 وقد جاء بفكرة سمّاها (مضمون العقد) ، وهذه الفكرة اثارت جدلاً فقهياً اذ هنالك من يرى ان المشرع الفرنسي في هذا

التعديل قد استغنى عن فكرة المحل[4] بفكرة مضمون العقد ، وهناك من يرى انه لا يمكن القول ان التعديل الفرنسي قد استغنى عن فكرة المحل[5] رغم فكرة مضمون العقد.

اذن : من خلال هذا الاستعراض يتبيّن حجم الخلاف الدائر حول فكرة المحل وصعوبة البحث فيها.

وفي ضوء ما تقدم نجد ان من الضروري ان نبحث كل رأي من هذه الآراء بشكل مستقل.

وقبل البدء في استعراض هذه الآراء ومناقشتها نودُّ الاشارة الى مسألة مهمة وهي ان الخلاف الذي حدث بشأن المحل لم يحدث في القوانين الانكلوامريكية common law وكذا لم يحدث في الفقه الانكلوأمريكي ، ذلك ان هذا الفقه عندما يتحدث عن أركان العقد فانه لم يشير الى المحل كركن في العقد او الالتزام ، فالعقد البسيط (Simple contract) في القانون الانجليزي يتكون من ثلاثة عناصر هي (agreement) اي الاتفاق ، (Consideration) أي البدل[6] او المقابل[7] او الاعتبار[8] ، (intention to create to legal reactions) النية لخــلق علاقات – روابط - قانونية[9].

أما العقود الشكلية في القانون الانجليزي فهي العقود التي يجب ان تتوافر فيها الأركان الثلاثة المتقدمة – عدا المقابل في عقود التبرع – اضافة الى الشكل الذي يتطلبه القانون، إذ يوجد في القانون الانكليزي بعض العقود التي يجب ان تكون رسمية مصدقة ، منها العقود الخالية من المقابل (عقود التبرع كالهبة) ، وهناك بعض العقود التي يجب ان تكون مكتوبة كعقد القرض، وهنالك عقود يجب ان تثبت بالكتابة كعقد الكفالة[10].

يقول الاستاذ (Chitty):

(ان العناصر الأساسية للعقد الصحيح هي : اولا: ان اطراف العقد يجب ان يقصدوا الدخول في علاقات قانونية، فعلى سبيل المثال نجد ان قبول الدعوة لتناول العشاء لا يخلق الالتزامات التي ستفرض بالقانون ، ثانيا: يجب ان يكون هنالك اتفاق ، ثالثا : اما ان يكون الوعد في سند مكتوب ومختوم او انه يجب ان يكون مدعوماً بالمقابل - الاعتبار-)[11].

يتضح من العرض المتقدم ان الفقه الانكليزي لم يذكر المحل عند حديثه عن أركان العقد ولذلك لم تثار في هذا الفقه مسـألة التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام ، إلا ان عدم التطرق الى المحل في الفقه الانكلوأمريكي عند الحديث عن اركان العقد لا يعني ان هذا الفقه لم يتطرق الى المحل في مواضيع أخرى من نظرية العقد ، فقد

تكلـموا عن محل العـقد عـند الحديث عن الغلط (Mistake) اذ ذكروا هنـالك الغلط في محـل العقد(mistake as to the subject matter of contract) [12] ، وكذلك تكلموا عن المحل عند الكلام عن استحالة تنفيذ العقد بسبب هلاك محل العقد ، يقول الاستاذ (Treitel) :(ان الهلاك المادي للشيء الذي يكون محلاً للعقد يمكن ان يؤدي على نحوٍ مماثل الى الاستحالة)[13].

بعد ان بينا موقف الفقه الانكلوأمريكي من المحل نأتي الى تفصيل القول في الخلاف الحاصل حول المحل في ستة مطالب ، حيث سنتناول في المطلب الاول المحل كركن في العقد ، وسنبحث في المطلب الثاني المحل كركن في الالتزام ، اما المطلب الثالث فسنبحث فيه المحل كركن في العقد والالتزام ، وسنتناول في المطلب الرابع المحل كركن في الارادة او التصرف القانوني ، اما المطلب الخامس فسنبحث فيه فكرة مضمون العقد ، اما المطلب السادس فسنبين فيه رأينا في الموضوع.

المطلب الاول
المحل ركن في العقد
The subject-matter is an element in the contract

ذهب رأي في الفقه الفرنسي الى ان المحل ركن في العقد مستندين الى نص المادة (1108) من القانون المدني الفرنسي - قبل تعديله بموجب المرسوم 131 لسنة 2016 - والتي حددت الشروط الأساسية لصحة الاتفاق[14]، فقد ذهب اوبرى ورو الى اعتبار المحل من الشروط الضرورية لوجود وصحة العقد، وان كل عقد يلزم ان يكون له محل معين، وان المحل يعد عنصراً واقعياً لا غنى عنه لوجود أي اتفاق[15].

والملاحظ على نص المادة (1108) آنف الذكر انها لا تدل بصياغتها صراحة على اعتبار المحل ركناً في العقد إذ ذكر فيها المحل مقروناً بالتعهد او الالتزام لا بالعقد.

ويذهب رأي[16] الى ان اعتبار المحل ركن في العقد يقتضي ان يكون المحل واحداً ، إذ كما ان العقد كائن قانوني بسيط تحدد له الشروط والأركان فان هذا الأمر يستلزم ان يكون للمحل الوحدة التي تستلزمها وحدة العقد، ولهذا السبب ظهرت محاولات لدى بعض الفقهاء لإبراز هذه الوحدة في المحل، فعندما يستعرض اوبرى ورو أركان الاتفاق ثم يطبقانها على عقد البيع نجد انهما يذهبان الى ان المبيع هو المحل ، اما الثمن فيعتبرانه عنصراً من جوهر العقد وليس محلاً له، وهكذا نجد انهما حاولا توحيد محل العقد في عقد البيع عن طريق اختيار احد الالتزامات الناشئة عنه واعتباره محلاً للعقد فاختارا المبيع دون الثمن مع ان كلاً منهما محلاً لتعهد احد طرفي العقد ، وينتقد

الدكتور جميل الشرقاوي هذا الرأي قائلا: ان هذا الاختيار لا يكون له اساسا محددا يمكن الاستناد اليه عندما يراد تحديد محل العقد في عقد المقايضة الذي يتماثل فيه البدلان[17].

ونعتقد ان القول بأن محل العقد يقتضي بالضرورة ان يكون واحداً بناءً على فكرة وحدة العقد قول قابل للمناقشة ، اذ نتساءل ما هو التعارض الذي يحصل بين القول بوحدة العقد وبين القول بوجود محلين للعقد كالثمن والمبيع؟ نعتقد ان القول بإمكانية وجود محلين للعقد لا يتعارض مع فكرة وحدة العقد، كما ان القائلين بضرورة وحدة المحل بناءً على فكرة وحدة العقد لم يبرهنوا على قولهم سوى مجرد القول بأن (وحدة العقد تقتضي وحدة المحل) ، ولكن لماذا هذا التلازم؟ لم يبينوا لنا ذلك! ولذلك نحن نعتقد انه لا يوجد تنافي بين وحدة العقد وتعدد المحل.

وقد عرّف اصحاب هذا الاتجاه المحل بأنه : (**الشيء** الذي يجب نقل ملكيته او العمل او الامتناع الذي ينشأ واجب القيام به على عاتق المتعاقد)[18]، وقد انتقد هذا التعريف على أساس ان هذا التحديد للمحل لا يصلح الا تحديداً لمحل الالتزام الذي ينشأ على عاتق كل من طرفي العقد، فكل منهما يلتزم اما بأن يعطي شيئاً او ان يقوم بعمل او يمتنع عن القيام بعمل[19]، ونعتقد ان هنالك فرق كبير بين الشيء (كالمبيع) وبين (نقل ملكيته) ، فالشيء هو (محل العقد) اما نقل ملكيته فهو (التزام) يقع على عاتق المدين ،ان هذا الانتقاد المتقدم قد فسر التعريف المتقدم للمحل تفسيرا غير سليم وحمل عباراته اكثر مما تتحمل.

وبالنسبة الى تقييمنا للرأي القائل بأن المحل ركن في العقد لا في الالتزام نقول اننا لا نعترض على كون المحل ركناً في العقد[20]، الا اننا نعترض على طريقة الاستدلال التي استدل بها انصار هذا الرأي، اذ استدلوا بالمادة (1108) من القانون المدني الفرنسي وقد ذكرنا ان هذه المادة لم تذكر صراحة محل العقد بل ورد المحل مقروناً بالتعهد وليس بالعقد.

المطلب الثاني
المحل ركن في الالتزام
The subject-matter is an element in the obligation

يذهب رأي في الفقه الى اعتبار المحل ركن في الالتزام لا في العقد[21]، ويقول أنصار هذا الرأي ان المنطق يقتضي ان تتم دراسة المحل عند دراسة الالتزام في ذاته لا عند دراسة اركان العقد، إلا ان هنالك اعتبارات عملية تقتضي ان يتم دراسة موضوع المحل في النظرية العامة للعقد ، حيث ان المحل وان كان ركناً في كل التزام

سواءً أكان ذلك الالتزام ناشئا عن العقد او غير العقد الا ان اهمية دراسته لا تظهر إلا في الالتزام العقدي، حيث انه في الالتزام غير التعاقدي يتولى القانون تعيين المحل ؛ لذلك لا يثور الشك حول مدى توافر شروط المحل اذ دائماً يكون المحل مستوفياً لشروطه، اما اذا كنا بصدد التزام تعاقدي فان المتعاقدين يتوليان تعيين المحل الأمر الذي يستوجب ان يراعيا الشروط التي يتطلبها القانون في المحل، ولهذا السبب يبحث المحل عند بحث اركان العقد لأن اهمية هذا البحث لا تظهر الا في الالتزامات العقدية[22].

وقد عرف اصحاب هذا الرأي محل الالتزام بأنه: الاداء الذي يلتزم المدين القيام به وهو اما ان يكون اعطاء شيء او اداء عمل او الامتناع عن عمل[23] ، ففي عقد البيع مثلاً تتمثل الاداءات التي يلتزم بها البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمان التعرض والاستحقاق، فهذه الاداءات تعد محل الالتزام بالنسبة الى البائع.

ويفسر اصحاب هذا الاتجاه اعتبارهم المحل من أركان الالتزام بأن التحليل القانوني يكشف ان العقد ليس له محل بل له آثار وتتجسد هذه الآثار بالالتزامات التي تنشأ عن العقد، اما ما يتداول من كلام عن محل العقد فلا يرونه الا تجوزاً في التعبير[24].

وقد انتقد هذا الرأي على اساس ان الالتزام لا يتصور ان يكون له أركان، إذ ان الالتزام هو عبارة عن نتيجة ترد على واقعة معينة وان الدقة تقتضي ان تتوافر الاركان في تلك الواقعة اي في المصدر الذي احدث تلك النتيجة لا في النتيجة ذاتها[25]، كما وجه الى هذا الرأي نقد آخر على اساس ان الكلام عن محل للالتزام العقدي وتحديد الشروط التي ينبغي ان توجد في هذا المحل يؤدي بالضرورة الى بيان الجزاء الذي يترتب على تخلف شرط من هذه الشروط ، ولهذا قال الفقهاء القائلين بأن المحل ركن في الالتزام ان الالتزام اذا توافرت شروطه كان صحيحا اما اذا تخلف احد هذه الشروط كان باطلاً، وهذا الكلام غير صحيح لأن الالتزام اثر والأثر لا يكون موضوعاً للبطلان، فالبطلان وصف يلحق مصدر الالتزام الارادي لبيان انه غير صالح لإنتاج الالتزامات المقصودة منه نتيجة لتخلف شرط قانوني في هذا المصدر، فاذا سلمنا بوجود التزام فلا يكون هنالك مجال لوصفه بالصحة او البطلان[26].

المطلب الثالث
المحل ركن في العقد وركن في الالتزام
The subject-matter is an element in the contract and obligation

ذهب رأي في الفقه الى ضرورة التمييز بين محل العقد وبين محل الالتزام، فالعقد له محل والالتزام له محل[27].

ان أصحاب هذا الرأي على الرغم من اتفاقهم على ان المحل ركن في العقد وركن في الالتزام الا انهم اختلفوا في تعريفاتهم لمحل العقد من جهة ومحل الالتزام من جهة اخرى، كما انهم اختلفوا ايضاً في الشروط المطلوبة في كل من محل العقد ومحل الالتزام، فمنهم من يرى ان شروط محل العقد هي ذاتها شروط محل الالتزام[28]، ومنهم من يرى ان شروط محل العقد تختلف عن شروط محل الالتزام[29].

فقد عرف بعضهم محل العقد بأنه انشاء التزام او اكثر ، اما الالتزام فمحله ما يلتزم به المدين لمصلحة الدائن سواء أكان فعلاً او تركاً[30]، وانتقد البعض التعريف المتقدم لمحل العقد على أساس ان انشاء الالتزام هو أثر للعقد وليس محلاً للعقد[31].

وعرف آخر محل العقد بأنه مجموع الالتزامات التي انشأها العقد اما محل الالتزام فانه عبارة عن مضمونه فمحل الالتزام بدفع الثمن هو عبارة عن **دفع** المبلغ المتفق عليه في المكان والزمان المحددين وعلى الوجه المحدد معجلاً كان او مؤجلاً مقسطاً كان او دفعة واحدة[32]، وهذا الرأي قابل للمناقشة، فأما تعريفه لمحل العقد فيرد عليه ان الالتزامات التي انشأها العقد هي اثر للعقد وليس محلاً له، واما تعريفه لمحل الالتزام فيرد عليه ان فيه خلط واضح بين محل الالتزام وبين تنفيذ الالتزام ، حيث ان ما ذكر هو عبارة عن تنفيذ الالتزام وليس محل الالتزام **فدفع** ثمن المبيع فعلاً هو تنفيذ للالتزام الذي ترتب بذمة المشتري الذي هو عبارة عن (دفع الثمن).

وعرف البعض محل العقد بأنه العملية القانونية التي تراضى الطرفان على تحقيقها، اما محل الالتزام فهو الاداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن[33] ، ولكننا نتساءل ماذا يقصد بتعبير (العملية القانونية) الذي ورد في التعريف أعلاه؟ فسر بعض اصحاب هذا التعريف[34] هذه العبارة بالآتي: ان تحقيق العملية القانونية التي هي محل العقد يقتضي في الغالب انشاء التزامات على عاتق طرفي العقد او احدهما، ولذلك فان محل العقد يتحدد بالالتزامات الرئيسية التي تتحقق بها العملية القانونية المقصودة ، ففي عقد البيع مثلاً تتجسد العملية القانونية **بنقل الملكية في مقابل ثمن نقدي** ، ونقل الملكية هو الأداء الذي يلتزم به البائع لمصلحة المشتري، ودفع الثمن هو الأداء الذي يلتزم به المشتري لمصلحة البائع[35] ، وعلى هذا الأساس يرى صاحب هذا الرأي ان الشروط التي يجب ان تتوافر في محل العقد هي ذات الشروط التي يتطلبها القانون في

محل الالتزام ، اما الدكتور عبد الحي حجازي فيرى ان شروط محل العقد تختلف عن شروط محل الالتزام إذ لم يذكر الا شرطاً واحداً في محل العقد ينبغي توافره وهو ان يكون غير مخالف للنظام العام والآداب، اما محل الالتزام فانه اذا كان عبارة عن اعطاء شيء فيشترط ان يكون هذا الشيء موجوداً وداخلا في دائرة التعامل ومعيناً وان يكون مملوكاً للملتزم، اما اذا كان محل الالتزام عملا فيشترط في العمل ان يكون مشروعاً وممكناً وخاصاً بالملتزم[36]، ويوضح الدكتور مالك دوهان الحسن (العملية القانونية) بما يأتي إذ يقول: ان محل العقد في عقد البيع هو عملية البيع التي تتضمن تملك المشتري للمبيع وتمليك البائع للثمن، وفي الايجار هو عملية الايجار والاستئجار التي تتضمن تملك المستأجر للمنفعة وتملك المؤجر للأجرة[37].

ويذكر انصار هذا الرأي بعض الأمثلة للتدليل على اهمية التفرقة بين محل العقد وبين محل الالتزام، اذ ان هناك حالات يكون العقد فيها باطلا من جهة محل العقد لا من جهة محل الالتزام او العكس ، ومثال ذلك ان يتصرف شخص في تركة شخص آخر على قيد الحياة، فمحل الالتزام هنا هو الأداءات التي يقوم بها المدين، وهي نقل حقوق مستقبلة من شخص الى آخر ، وهذه الأداء قد توافرت بها الشروط التي نص عليها القانون ، اذ ان محل الالتزام يمكن ان يكون شيئاً مستقبلياً، اما محل العقد وهو هنا التصرف في تركة شخص على قيد الحياة فانه مخالف للنظام العام ومن ثم يكون العقد هنا باطلاً من جهة محل العقد[38]. وينتقد البعض[39] هذا المثال ويرى انه مثال غير مقنع اذ ان اعتبارات النظام العام والآداب هي التي ادت الى تحريم التعامل في تركة انسان على قيد الحياة ويمكن على اساسها ان يقال ان محل الالتزام ذاته غير مشروع.

وفيما يتعلق بتقييمنا لهذا الرأي نعتقد انه غير جدير بالتأييد وذلك لعدة اسباب منها ان اصحاب هذا الرأي اختلفوا في تحديد المراد بالعملية القانونية كمحلٍ للعقد، فضلا عن كون تعريفاتهم للعملية القانونية جاءت غامضة ، والمفروض ان التعريف يكون اجلى من المعرَّف ، كما انهم اختلفوا في بيان الشروط التي ينبغي ان تتوافر في كل من محل العقد ومحل الالتزام ، بل ان اختلافهم لم يتوقف عند هذا الحد بل وصل حتى الى الأمثلة كما بينا ذلك فيما تقدم، كما ان اعتبارهم ان المحل ركن في الالتزام يرد عليه ما ذكرناه سابقاً من ان الالتزام اثر للعقد وان الركن يجب ان يتوافر في المصدر الذي انتج هذا الأثر.

المطلب الرابع
المحل ركن في الارادة او التصرف القانوني
The subject-matter is an element in the will or act

ازاء الاضطراب المتقدم حول المحل من حيث عدّه ركناً في العقد او الالتزام ظهر رأي جديد في الفقه العربي يتزعمه الدكتور حلمي بهجت بدوي يذهب الى ان المحل ليس ركناً في العقد او الالتزام وانما هو عنصر من عناصر الارادة ، إذ يرى صاحب هذا الرأي انه يكفي لانعقاد العقد مجرد التراضي ، إذ يقول ان قليلاً من التأمل يكفي لإدراك ان العقد ما هو الا عبارة عن التراضي على انشاء التزامات، فالتراضي هو ركن العقد الوحيد، وان هذا التراضي يتحلل الى ثلاثة عناصر، عنصر نفسي وهو الارادة التي تنطوي عليها نفس المتعاقد، وعنصر اجتماعي هو الافصاح عن هذه الارادة اي ظهورها في العالم الخارجي ، وعنصر قانوني هو اقتران هذه الارادة بارادة اخرى، ولن ينشأ الالتزام التعاقدي الا اذا تحركت هذه الظواهر الثلاثة، والارادة المقصودة هنا ليست كل ارادة بل هي الارادة المتجهة الى احداث اثر قانوني، وليس كل ارادة تتجه الى احداث اثر قانوني تؤدي الى انشاء التزام بل لابد ان تتوافر في هذه الارادة عناصر معينة لكي تنتج تلك الالتزامات، وعناصر الارادة هي: اولاً- يجب ان تتجه هذه الارادة الى احدث اثر قانوني وهو انشاء الالتزام، لذلك فالارادة غير الجدية لا تعتبر ارادة صحيحة، وثانياً- يجب ان تكون الارادة صادرة من ذي اهلية، وثالثاً- يجب ان تكون الارادة حرة، اما اذا كانت مكرهة فلا تصلح لإنشاء الالتزام، ورابعاً- يجب ان تتجه الارادة الى انشاء التزام ممكن يقره القانون وهذا ما يعبر عنه عادة بمحل الالتزام كما يقول صاحب هذا الرأي، فالتعهد بقتل شخص لا ينشئ التزاماً قانونياً. وخامساً- يجب ان ترمي الارادة الى غرض وان يكون هذا الغرض قائماً وصحيحاً ومشروعاً وهذا ما يعبر عنه بسبب الالتزام، ويرى صاحب هذا الرأي ان عناصر الارادة المذكورة هي العناصر التي ينعقد بها العقد ، كما انه يرى ان هذا التعداد لعناصر الارادة يصح ان يكون تعدادا لعناصر اي تصرف قانوني[40]،اذن فوفقاً للرأي المتقدم فالمحل انما هو عنصر من عناصر الإرادة ، ولكن ما هو تعريف المحل وفقاً لهذا الرأي الذي يجعل منه عنصراً من عناصر الارادة؟ يعرف المحل وفقاً لهذا الاتجاه بأنه: (**العمل** الذي يتعهد به من صدرت منه الارادة وهو اما ان يكون فعلاً ويدخل فيه نقل الحق العيني، واما ان يكون امتناعاً عن فعل) ، ولهذا العمل شرائط قانونية اذا استوفيت نشأ الالتزام وفقاً للصورة التي اتجهت اليها الارادة، ويشترط في محل الارادة ان يكون ممكناً ومعيناً ومشروعاً فاذا توافرت هذه الشروط نشأ الالتزام ، واما اذا تخلف احدها فان ذلك يؤدي الى عدم استيفاء الارادة احد اركانها وهو المحل

الأمر الذي يؤدي الى عدم نشوء الالتزام، اذ لا يكون لالتقاء الارادة الأخرى مع هذه الارادة العاطلة اي اثر فيبطل العقد[41].

وقريب من هذا الرأي الذي ذهب اليه الدكتور حلمي بهجت بدوي والذي يعتبر المحل ركناً في الارادة ذهب الدكتور جميل الشرقاوي الى اعتبار المحل ركناً في التصرف القانوني، الا ان الدكتور الشرقاوي يعطي للتصرف القانوني معنى يختلف عن المعنى المشهور لدى الفقهاء، فالمعنى المشهور لدى الفقهاء ان التصرف القانوني هو عبارة عن اتجاه الارادة الى احداث اثر قانوني معين قد يكون انشاء حق او نقله او تعديله او انقضائه، وان هذه التصرفات القانونية تنقسم الى قسمين بحسبما اذا قامت على ارادة واحدة ام على توافق ارادتين ، فالتصرف الصادر من جانب واحد يقوم على ارادة شخص واحد تتجه الى احداث اثر قانوني كالوعد بجائزة، اما التصرف القانوني الصادر من جانبين (العقد) فلا تكفي فيه ارادة واحدة وانما لابد من وجود ارادتين تتجهان الى إحداث اثر قانوني، فالتصرف القانوني ينقسم الى قسمين هما: العقد والارادة المنفردة[42].

أما الدكتور الشرقاوي فيرى ان تعريف التصرف القانوني بأنه اتجاه الارادة الى إحداث اثر قانوني انما هو تعريف كاشف عن ان جوهر التصرف القانوني هو الإرادة المتجهة الى احداث اثر قانوني، فالتصرف القانوني في نظره هو عبارة عن عمل فردي دائماً اي هو عبارة عن ارادة واحدة متجهة الى احداث اثر قانوني، اما العقد فهو مركب من ارادتين اي من تصرف قانوني يتوافق مع تصرف قانوني آخر فينشأ العقد، فالعقد في نظر الدكتور الشرقاوي ليس قسماً من أقسام التصرف القانوني الى جانب الارادة المنفردة بل هو ربط بين تصرفين قانونيين او هو ربط بين تصرفات قانونية بحسب ما اذا كان يبرم بين طرفين او اكثر[43].

اذن تبين مما تقدم انه حسب رأي الدكتور الشرقاوي ان التصرف القانوني هو الارادة الواحدة المتجهة الى احداث الأثر القانوني ، فالارادة الواحدة هي التي تحدث الأثر القانوني، كما ان الدكتور الشرقاوي يرى ان هذا التصرف القانوني اذا دخل في تكوين العقد فانه لا يفقد ذاتيته او استقلاله ليذوب في العقد بل يبقى للتصرف القانوني كيانه الخاص، ويظل التصرف القانوني باعتباره الارادة المنفردة هو المنتج لآثار العقد، واذا كانت الارادة المنفردة هي التي تنشئ آثار العقد حسب هذا الرأي فيبقى التساؤل قائماً عن الدور الذي يلعبه (توافق) الارادات؟ ويجيب على ذلك الدكتور الشرقاوي بأن دور توافق الارادات أي بعبارة اخرى دور العقد ليس هو انتاج الآثار القانونية فهذه كما تقدم تنشؤها الارادة المنفردة ذاتها لكل متعاقد، بل ان الدور الحقيقي لهذا التوافق يظهر في تحقيق لزوم الأثر الناشئ عن التصرف القانوني (الارادة)

فيترتب الارتباط والتوافق بين الارادات ، اي انه ليس من حق المتعهد صاحب الارادة الرجوع عن الآثار التي رتبها على نفسه بارادته[44].

وبالنسبة الى تقييمنا لهذا الرأي الذي يجعل من المحل عنصراً أو ركناً في الارادة او التصرف القانوني فنعتقد ان هذا الرأي قابل للمناقشة، ويكفي للرد عليه ان نقول ان المحل ذو طبيعة مادية اي انه امر خارجي، اما الارادة فهي ذات طبيعة ذاتية اي هي امر نفسي، فاذا كان الأمر كذلك فكيف يكون الشيء ذو الطبيعة المادية ركنا في الشيء ذو الطبيعة النفسية؟! وإزاء هذه الحقيقة حاول انصار هذا الرأي اعتبار المحل ذو طبيعة ذاتية لكي يستقيم رأيهم[45] ، الا ان محاولتهم كانت مجرد قول لا يغير من الواقع شيئا، فمسألة كون المحل امر مادي خارج عن الارادة انما هي مسألة واقعية ندركها بوجداننا فلا يمكن لأحد ان ينكر هذا الواقع، فعلى سبيل المثال عندما يُراد ابرام عقد بيع فيقول البائع : بعت السيارة ، ويقول المشتري : قبلت ، فهل ينعقد هذا البيع اذا لم تكن السيارة موجودة في الواقع لمجرد ان الايجاب ذكر فيه لفظ السيارة؟! ، الجواب على ذلك وبضرس قاطع : لا يمكن ان ينعقد العقد لتخلف المحل ، فالمحل امر خارجي ذو طبيعة مادية، ولو كان المحل عنصرا نفسيا فيكفي لانعقاد العقد ان تتوجه الارادة اليه ولا حاجة الى وجوده في الواقع الخارجي، ومسألة كون المحل ذو طبيعة مادية رغم بداهتها ووجدانيتها فقد قررها بعض الفقه، اذ يقول الاستاذ جوسران: ((ان التعارض معروف بين المحل الذي يعد خارجاً عن شخصية الاطراف وبين السبب ذات الطبيعة المعنوية ، فحقيقة كل منهما مقابلة لحقيقة الآخر تقابل العالم الداخلي والعالم الخارجي))[46]. ويقول بونكاز: ((سواء كان المحل في التصرف القانوني مادياً او معنوياً فانه مادي في جميع الاحوال لانه يتمثل في شيء محسوس او عمل ايجابي او موقف سلبي خارجي))[47].

أما الرأي الذي طرحه الدكتور جميل الشرقاوي والمتعلق باعطائه معنى جديدا للتصرف القانوني فيكفي للرد عليه ان نقول ان المعنى الذي ذكره مشهور الفقهاء للتصرف القانوني والذي على اساسه يقسم التصرف القانوني الى عقد وارادة منفردة انما هو معنى اصطلاحي استقر في فقه القانون المدني، والمعاني الاصطلاحية ليس لاحد ان يعطيها معاني اخرى غير المعاني التي استقرت عليها، لذلك نجد ان تعديل القانون المدني الفرنسي بالمرسوم 131 لسنة 2016 لم يحد عن هذه الحقيقة الاصطلاحية حيث نصت المادة (1/1100) منه على ما يأتي: ((التصرفات القانونية هي تعبيرات عن الارادة تهدف الى احداث اثار قانونية ، هذه التصرفات قد تكون اتفاقية او من جانب واحد ...)).

خلاصة ما تقدم لا نؤيد الرأي الذي يذهب الى اعتبار المحل ركناً في الارادة او التصرف القانوني.

المطلب الخامس
فكرة مضمون العقد
The idea of the content of the contract

فكرة مضمون العقد تعد من الأفكار المستحدثة التي طرأت على القانون المدني الفرنسي الصادر عام 1804 بموجب التعديل الذي حصل بالمرسوم رقم 131 لسنة 2016، وهذه الفكرة كانت مثار جدل بين الفقهاء والباحثين ، إذ هنالك من يرى ان المشرع الفرنسي قد تخلى عن المحل والسبب من خلال هذه الفكرة[48] ، ويرى البعض[49] ان الذي دعا المشرع الفرنسي الى التخلي عن ركني المحل والسبب اللذين كانا على مدار قرنين تقريباً يشكلان اللبنة الأساسية لنظرية العقد هو رغبته في تبسيط المفاهيم الرئيسية لهذه النظرية، اذ تتميز فكرة مضمون العقد كما يرى صاحب هذا الرأي بأنها تحقق ثلاث وظائف هي: التحقق من مشروعية العقد ، والتحقق من وجود محل التزام، والتحقق من وجود التعادل بين الاداءات، ولهذا ارتأى المشرع ان هذه الفكرة بإمكانها القيام بالدور الذي يقوم به المحل والسبب مع اجتناب الصعوبات التي كانت تواجه كل منهما، فمن الممكن كما يقول صاحب هذا الرأي ان تقوم فكرة مضمون العقد بدور المحل من خلال انها تهدف الى التحقق من كون الاداء موجوداً ومحدداً ومشروعاً، كما انها يمكن ان تقوم بدور السبب من خلال انها تهدف الى التحقق من وجود الالتزام المقابل والتحقق من مشروعية العقد وعدم مخالفته للنظام العام والآداب، وبهذا المعنى يقول الأستاذ (Clément François) انه قد تم حذف مفهوم السبب والمحل بموجب المرسوم رقم 131 لسنة 2016 وتم الاحتفاظ بوظائفهما من خلال مفاهيم أخرى[50].

وهنالك من يرى ان المشرع قصد أن يدمج معًا تحت نفس المفهوم مفهومي المحل والسبب اللذين كانا قبل الإصلاح ، فالوظائف التي كان يقوم بها كل من المحل والسبب انتقلت الى مفهوم واحد هو مفهوم مضمون العقد[51] ، فقد تم جمع المتطلبات المختلفة للمحل والسبب معًا في قسم فرعي جديد مخصص لمضمون العقد تمت صياغته بكلمات جديدة ، ويحتوي تقريبًا على جميع القواعد التي تم التعبير عنها بالأمس من خلال المحل والسبب[52] ، ولكن لماذا هذا الدمج بين السبب والمحل؟ هنالك عدة أسباب دفعت المشرع أهمها بلا شك تبسيط القانون[53]، وتذهب احدى الباحثات الى ان المشرع الفرنسي لم يهدر فكرتي المحل والسب فهما من الشروط اللصيقة بصحة العقد، وقد تطرق اليهما المشرع في اكثر من مناسبة - وان لم تشر لهما المادة 1128 من القانون المدني الفرنسي المعدل بالمرسوم 131 لسنة 2016 - على انهما من شروط صحة العقد وذلك لأن التراضي ينصرف الى موضوع التعاقد والهدف منه اي

ان التراضي ينصرف الى المحل والسبب[54].

وبعد استعراضنا للآراء التي قيلت بصدد مضمون العقد من حيث كونه فكرة بديلة لفكرتي المحل او السبب ننتقل الى بيان مفهوم مضمون العقد الذي ورد في التعديل بموجب المرسوم رقم 131 لسنة 2016.

فقد ذهب البعض ان المشرع الفرنسي حدد مضمون العقد من خلال المادة (1162) بعد التعديل **ببنود العقد والغرض او الهدف** من العقد[55]، بينما يذهب رأي آخر الى ان مضمون العقد في النظام القانوني الفرنسي يتحدد **بالالتزامات الملزمة للطرفين** والتي هي نتيجة مترتبة على الحرية التعاقدية للطرفين حيث ان اطراف العقد احراراً في تحديد مضمون العقد في نطاق الحرية التعاقدية[56] ، وهنالك من يرى ان مضمون العقد لا يعدو ان يكون محلا للالتزام او للعقد ، كما انه يتضمن الشروط التي يمكن ادراجها في العقد ، ويتمثل محل الالتزام -كما يقول صاحب الرأي- بالاعطاء او بالقيام بعمل او بالامتناع عن العمل[57].

يتبين مما تقدم مدى الاضطراب حول فكرة مضمون العقد التي جاء بها المرسوم 131 لسنة 2016 سواء من حيث اعتبارها فكرة بديلة عن المحل والسبب وعدم ذلك او من حيث تعريفها.

ان فكرة مضمون العقد قد انتقدت قبل ان تتحول الى فكرة تشريعية، اذ يقول الاستاذ (جيروم هويه) والاستاذ (ريمي لابرياك): ((لا يبدو ان مضمون العقد الذي يستعاض به احياناً عن مفهوم المحل ينطوي على الوضوح الكافي لضمان سلامة العلاقات التعاقدية))[58].

اقول في صدد التعليق على فكرة مضمون العقد ان المحل شيء واقعي خارجي لابد من وجوده في أي عقد من العقود ، فلا يمكن ان يوجد عقد بدون محل ، بل ان المحل هو المشبع لحاجات المتعاقدين ، وهو الغاية من العقد ومقصده البين[59]، بل لا نبالغ اذا قلنا ان المحل هو الركن الأول في العقد، فعلى سبيل المثال ان البائع لا يفكر بإبرام عقد بيع سيارة اذا لم تكن لديه سيارة، والمشتري لا يفكر في الشراء اذا لم يكن لديه ثمنا عاجلاً او آجلاً ، فوجود المبيع والثمن في مثالنا هما نقطة الانطلاق الاولى لإبرام العقد، وهذه مسألة بديهية اذ لا يُعقل ان يفكر شخص في بيع سيارة مثلاً وهو ليس لديه سيارة فهكذا قضية سالبة بانتفاء موضوعها كما يقول المناطقة ، وعليه نعتقد ان المحل ضرورة لابد من توافرها في كل عقد سواء سمي المحل (محلاً للعقد) او اطلقت عليه تسمية اخرى.

المقصد السادس
رأينا في الموضوع
Our opinion on the matter

بعد ان استعرضنا الآراء التي قيلت في المحل والعيوب التي اعترتها نأتي الآن لنبين رأينا المتواضع في الموضوع.

نعتقد ان المحل هو ركن في العقد لا في الالتزام، اما دليلنا على انه ركن في العقد فان التأمل البسيط في اي عقد يقودنا الى ذلك ، فكل عقد لابد فيه من تراضي بين الطرفين، الا ان التراضي لوحده غير كافٍ ، فلابد من وجود عنصر خارجي أي عنصر واقعي هو المشبع لحاجات الأفراد ويمثل الحصول عليه غاية كل متعاقد، ذلك العنصر هو المحل، فعلى سبيل المثال لو قال البائع للمشتري الف مرة بعتك الكتاب ، وقال المشتري الف مرة اشريت ، ولم يكن الكتاب موجوداً فلا ينعقد العقد ، فلو كان التراضي كافياً لإنشاء العقد لانعقد العقد في مثل هذه الحال، وان قال قائل ان المحل عنصر في الارادة التي اتجهت الى احداث الأثر القانوني – كما سبق ان بينا هذا الرأي – ومن ثم يكون التراضي متضمناً المحل، قلنا: ان المحل عنصر واقعي مادي – كما سبق القول – اما التراضي فهو ذات طبيعة ذاتية أي يتكون من الايجاب والقبول وهما ذات طبيعة نفسية ، ولا يمكن للعنصر المادي ان يكون عنصراً في أمر نفسي، واذا كان من الضروري تعيين محل العقد من خلال الايجاب والقبول فان ذلك لا يعني انه من عناصرهما لإختلاف طبيعة كل منهما كما تقدم.

اذن فالمحل كما نعتقد هو ركن في العقد، ولكن ما هو تعريفه؟ نعتقد ان أفضل تعريف لمحل العقد هو التعريف الذي ذكره العلامة الدكتور عبد المجيد الحكيم إذ عرفه بانه: الشيء الذي ورد عليه العقد وثبت اثره فيه[60] ، او حسب تعبيرنا هو الشيء الذي يدور حوله التعاقد ويثبت فيه اثر العقد.

وقد يكون الشيء الذي يكون محلا للعقد (عيناً)[61] او (منفعة)[62] او (عملاً)[63]، او (امتناعاً عن عمل)[64] او (ديناً)[65] أو (حقاً شخصياً)[66].

ويشترط في محل العقد ان يكون موجوداً او ممكن الوجود وان يكون معيناً او قابلاً للتعيين وان يكون مشروعاً بأن لا يكون مخالفاً للقانون او للنظام العام او الآداب.

هذا هو تمام الكلام في محل العقد وتعريفه وشروطه.

اما محل الالتزام فقد عُرف كما تقدم بأنه الاداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن، وهو اما ان يكون اعطاء شيء كنقل ملكية المبيع، واما ان يكون عملاً كبناء الدار، واما ان يكون امتناعاً عن عمل كالامتناع عن المنافسة غير المشروعة[67].

ونعتقد ان تعريف محل الالتزام بأنه الأداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن

انما هو تعريف للالتزام ذاته ، فما الالتزام إلا (الأداء) الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن، والدليل على ذلك ان الفقهاء الذين عرّفوا محل الالتزام بأنه (الأداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن) عندما يتكلمون في العقود عن آثار العقد فهنالك يقولون مثلاً (التزامات البائع) ويذكرون تحت هذا العنوان الأداءات التي يلتزم بها البائع كنقل الملكية وتسليم المبيع وضمان التعرض والاستحقاق وغيرها، وكذلك يقولون (التزامات المشتري) ويذكرون الأداءات التي يلتزم بها المشتري كدفع الثمن وغيرها، وهكذا يذكرون عنوان (التزامات المؤجر) ويبحثون تحتها الأداءات التي يلتزم بها المؤجر، وكذلك يذكرون (التزامات المستأجر) ويبحثون تحت هذا العنوان الاداءات التي يلتزم بها المستأجر[68]، فلو كان محل الالتزام هو الأداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن لكان المفروض ان يقال في العناوين المتقدمة: (محل التزامات البائع) ثم يذكر تحت العنوان الأداءات التي تكوّن المحل كنقل الملكية ، وهكذا بالنسبة الى بقية العقود.

اذن فالفقهاء رغم انهم عرّفوا محل الالتزام بأنه (الأداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن) الا انهم من الناحية العملية جعلوا هذا التعريف هو تعريف للالتزام بدليل ما تقدم.

وهذه الحقيقة التي استنتجناها من خلال الموقف العملي للفقهاء قد قررها بعض الفقهاء ضمنا ، فقد ذكر البعض (انوع **الالتزام**) وذكر تحت هذا العنوان (الالتزام بالاعطاء والالتزام بعمل والالتزام بالامتناع)[69] وهذا يدل صراحة على ان اعطاء الشيء والقيام بعمل او الامتناع عن عمل انما هي التزامات وليست محل الالتزام والا لكان المفروض ان يقول صاحب هذا الرأي (انواع محل الالتزام) وليس (انواع الالتزام).

واذا كان الاداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن هو عبارة عن (الالتزام ذاته) فنقول: ان الالتزام اثر يترتب على وجود احد مصادره، والالتزام العقدي على وجه التحديد هو عبارة عن اثر يترتب على وجود العقد، ومن ثم فان الأركان والشروط يجب ان تتوافر في العقد، فاذا استوفى العقد اركانه وشروطه يتحقق الالتزام ، واذا تخلف ركن او شرط في العقد فانه يتخلف هذا الأثر (اي الالتزام)، وعليه فان الأركان او الشروط لا تتطلب في الأثر بل في المصادر التي احدثت هذا الأثر.

واذا كان الالتزام عبارة عن اثر متمثل بالأداءات التي يقوم بها المدين لمصلحة الدائن فان هذا الأثر (الأداء) اما ان يظهر في (محل العقد) كنقل ملكية المبيع، فنقل الملكية هو (الالتزام)، و(المبيع) هو محل عقد البيع، فالالتزام يثبت في محل العقد، وقد يثبت هذا الأثر بما يقرره نص القانون كما في نفقات وفاء الالتزام ، فالأصل في

هذه النفقات ان تكون على المدين[70]، فاذا أبرم عقد بيع نشأ **التزام** في ذمة البائع بـ(دفع نفقات وفاء المبيع) فنلاحظ هنا ان الالتزام قد ثبت بما قرره النص القانوني وهو (مبلغ من النقود) الذي هو عبارة عن نفقات الوفاء، فالملاحظ هنا ان الالتزام بدفع نفقات المبيع لم يثبت في المبيع (محل العقد) بل ثبت بما قرره النص القانوني، وقد يثبت الالتزام بما تقرره الارادة لا النص القانوني اذا كان نصاً مكملاً يجيز الاتفاق على خلافه، كما في نص المادة (398) من القانون المدني العراقي فاذا اتفق البائع والمشتري على ان نفقات وفاء المبيع على الدائن أي على المشتري فان الالتزام سيثبت بما اتجهت اليه الارادة وهو (مبلغ من النقود).

وخلاصة ما تقدم ان الالتزام هو عبارة عن اثر، وهذا الاثر اما ان يثبت بما اتجهت اليه الارادة وهذا اما ان يكون (محل العقد) او (شيئاً آخر)، واما ان يثبت بما نص عليه القانون.

واذا اردنا بعد ذلك ان نتكلم عن (محل الالتزام) اي (محل الأثر) او (محل الأداء) ، فنقول ان محل الالتزام هو (ما يرد عليه الالتزام) وما يرد عليه الالتزام كما تقدم اما ان يكون شيئاً اتجهت اليه ارادة المتعاقدين واما ان يكون شيئاً ورد ذكره في نص القانون.

المبحث الثاني
مفهوم المحل في التشريع
Concept of the subject-matter in the legislation

لم تسقر التشريعات على تحديد الكائن القانوني الذي يعد المحل ركنا فيه ، وسنتولى دراسة المحل في القانون المدني العراقي والقانون المدني الفرنسي والقانون المدني المصري ، لذلك سنقسم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب ، نتناول في المطلب الأول المحل في القانون المدني العراقي ، ونتناول في المطلب الثاني المحل في القانون المدني الفرنسي ، ثم نتناول في المطلب الثالث المحل في القانون المدني المصري.

المطلب الاول
المحل في القانون المدني العراقي
The subject-matter in the civil law Iraqi

تكلم القانون المدني العراقي عن المحل في عدة مواضع منها المادة (74) و(75) منه[71]، ويتضح من هاتين المادتين أمور:

1- ان المشرع يتكلم عن (محل العقد) ويفهم هذا من خلال صياغة هاتين المادتين اذ وردت عبارة ((يصح ان يرد العقد على...)) إذ سبق ان عرفنا محل

العقد بأنه الشيء الذي يرد عليه العقد ويثبت أثره فيه.

2- ان المشرع ذكر في هذين النصين الأمور التي يمكن ان تكون محلاً للعقد وهي:

أ. الأعيان سواء كانت منقولات او عقارات، وسواء كان العقد لتمليكها بعوض او بدونه او لحفظها او لاستهلاكها بالانتفاع بها.

ب. منافع الأعيان.

ج. الاعمال او اي خدمة معينة.

د. يصح ان يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون او مخالفاً للنظام العام او الآداب.

وكذلك تكلم المشرع عن المحل ضمناً في المادة (1/133) من القانون المدني[72]، ويتضح من هذا النص ان المشرع وهو بصدد تعريفه للعقد الصحيح تكلم عن محل العقد اذ ذكر ان من مقومات العقد الصحيح ان يكون له محلا قابلاً لحكمه[73].

وكذلك تكلم المشرع عن المحل في المواد (126-130) من القانون المدني العراقي.

والمتأمل في نص المادة(126) من القانون المدني العراقي[74] يجد انها تتكلم عن (محل الالتزام) ، وينتقد البعض هذا المسلك من المشرع العراقي إذ يرى ان هنالك تناقض بين العنوان الذي يخصصه المشرع لهذا الموضوع وما يتكلم عنه في هذه المادة، فالعنوان الذي وضعه المشرع هو (اركان العقد) وقد تكلم اولاً عن التراضي ثم تكلم ثانياً عن المحل والسب، فالعنوان يقضي ان يكون المحل ركن في العقد الا ان المشرع في المادة (126) تكلم عن (محل الالتزام)[75]، ولو رجعنا الى المصدر التاريخي لهذه المادة لوجدنا انه يوجد تغيير في صياغتها يختلف عن المادة التي اشتقت منها، وان هذا التغيير في الصياغة فيه نصرة للقول الذاهب الى ان المحل هو ركن في الالتزام لا في العقد والذي يتبناه العلامة السنهوري – كما تقدم – ، فالمصدر التاريخي لهذه المادة هو المادة (302) من مرشد الحيران[76] وقد جاء فيها ((لابد لكل **عقد** من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه ويصح ان يكون محل العقد مالاً عيناً كان او ديناً او منفعة او عملاً)) ، فهذا النص صريح في الاشارة الى محل العقد وليس الى محل الالتزام الا ان نص القانون المدني العراقي الذي اشتق من هذا النص ذُكر فيه (محل الالتزام) بدلاً من محل العقد.

ان موقف القانون المدني العراقي من المحل من حيث الاشارة الى انه ركن في العقد تارة وركن في الالتزام تارة اخرى قد اختلف في تفسيره الفقه العراقي، فقد ذهب رأي في الفقه[77] الى ان واضعي القانون المدني العراقي لم يستطيعوا تحديد موقفهم

من احد الرأيين الذي يذهب احدهما الى ان المحل ركن في العقد ويذهب الآخر الى ان المحل ركن في الالتزام، بينما يذهب رأي آخر[78] الى ان القانون المدني العراقي قد ميّز بين محل العقد وبين محل الالتزام فتكلم تارة عن محل العقد[79]، وتكلم عن محل الالتزام تارة اخرى[80]، ويبدو لنا ان واضعي مشروع القانون المدني العراقي كانوا -لاسيما العلامة السنهوري - يتبنون فكرة كون المحل ركن في الالتزام، اما ذكر النصوص التي تكلمت عن (محل العقد) فان ذلك قد فرضه عليهم الفقه الاسلامي الذي تأثر به القانون المدني العراقي، اذ ان الفقه المذكور يشير الى ان المحل ركن في العقد[81]، فإزاء هذا المصدر التاريخي للقانون المدني العراقي[82] وفكرة محل الالتزام لم يستطع واضعو مشروع القانون المدني العراقي تجنب التعارض فوقعوا فيه.

وأما المواد (127- 130) فقد تكلم فيها القانون المدني العراقي عن شروط المحل.

أقول: بعد ان تبين لنا سابقاً من خلال البحث ضعف الرأي القائل بأن المحل ركن في الالتزام، وبعد ان اثبتنا ان المحل ركن في العقد، ولغرض رفع التعارض بين نصوص القانون المدني العراقي وتوحيد صياغته نقترح تعديل المواد (126-130)[83].

المطلب الثاني
المحل في القانون المدني الفرنسي
The subject-matter in the civil law French

يختلف المحل في القانون المدني الفرنسي قبل تعديله بالمرسوم (131) لسنة 2016 عما حصل في المحل بعد التعديل لذلك سندرس هذا الموضوع في فقرتين:

اولا: المحل في القانون المدني الفرنسي قبل تعديله بالمرسوم (131) لسنة 2016.

تناول القانون المدني الفرنسي المحل في موضعين:

الموضع الأول: تكلم المشرع عن المحل في المادة (1108) من القانون المدني الفرنسي والتي جاء فيها: ((يشترط في صحة الاتفاق الشروط الأربعة الآتية: رضا الطرف الذي يلتزم – واهليته للتعاقد – ومحل معين يكون موضوع التعهد – وسبب مشروع للالتزام)).

يلاحظ على هذه المادة انها جعلت المحل من شروط صحة العقد، وقد انتقد البعض[84] مسلك المشرع الفرنسي هذا على أساس ان المحل من شروط الانعقاد وليس من شروط الصحة إذ ان عدم وجود المحل يؤدي الى البطلان المطلق ، ولو كان المحل من شروط الصحة لترتب على فقده البطلان النسبي.

الموضع الثاني: تكلم المشرع الفرنسي عن المحل مرة اخرى في المواد (1126-1130)[85].

ويلاحظ على النصوص المتقدمة ان المشرع الفرنسي تارة يتكلم عن محل العقد كما في المادة (1126) و(1127) وتارة اخرى يتكلم عن محل الالتزام كما في المادة (1129) و(1130)، وهذا الأمر هو الذي دعا الفقه الفرنسي للاختلاف حول تحديد المحل من حيث كونه ركناً في العقد او المحل والذي بدوره انتقل بعد ذلك الى التشريعات التي تأثرت بالقانون المدني الفرنسي وكذلك انتقل الخلاف الى الفقه تبعاً لتلك التشريعات.

ونحن بدورنا لا نؤيد هذا المسلك التشريعي، وقد سبق ان بينا وجهة نظرنا في الموضوع إذ نعتقد ان المحل ركن في العقد لا في الالتزام.

ثانيا: المحل في القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بموجب المرسوم (131) لسنة 2016 .

بعد تعديل القانون المدني الفرنسي بالمرسوم رقم (131) لسنة 2016 نجد انه قد وردت في هذا التعديل فكرة مضمون العقد، وقد تكلم المشرع الفرنسي عن هذه الفكرة في عدة موارد، فقد جاء في المادة (1128) المعدلة ما يأتي: ((يكون ضرورياً لصحة العقد:

1- رضاء الاطراف المتعاقدين.
2- اهليتهم للتعاقد.
3- مضمون مشروع ومؤكد)).

يلاحظ على هذه المادة انها لم تتطرق الى المحل والسبب بل ذكرت بدل ذلك اصطلاح (مضمون العقد) ، ثم تكلم المشرع الفرنسي عن مضمون العقد في (1162) – (1171).

وقد ذكرنا سابقاً الخلاف الذي حصل حول هذه الفكرة والغموض الذي يكتنفها، ويكفينا هنا ان نقول ان (المحل) ركن لا يمكن ان يقوم العقد بدونه، واذا حاول البعض التخلص من هذا الركن فان هذه المحاولة هي عبارة عن تخلص شكلي عن طريق استبدال الفاظ بألفاظ أخرى.

المطلب الثالث

المحل في القانون المدني المصري

The subject-matter in the civil law Egyptian

تكلم المشرع المصري عن المحل في المواد (131- 135) من القانون المدني المصري[86].

يتضح من النصوص المتقدمة ان القانون المدني المصري صريح في ان المحل

هو (محل الالتزام) ولم يذكر محل العقد ولم يقع فيه الخلط الذي حصل في القانون المدني الفرنسي والقانون المدني العراقي، ومع ذلك يمكن ان يؤخذ على المشرع المصري انه قد حصل تعارض بين العنوان وبين النصوص التي أُدرجت تحته، فالقانون المدني المصري تكلم في (القسم الاول، الكتاب الأول، الباب الاول) عن مصادر الالتزام ، وقد عقد الفصل الأول من هذا الباب للعقد، وتكلم اولاً عن (أركان العقد) فذكر الرضا في المواد (89- 130) وتكلم عن المحل في المواد (131- 135) وتكلم عن السبب في المواد (136-137)، فالكلام عن المحل جاء تحت عنوان اركان العقد الا ان المشرع تكلم عن محل الالتزام، ويبرر البعض مسلك المشرع المصري هذا على أساس ان المحل لا تظهر فائدته الا في الالتزام الناشئ عن العقد، أما بقية الالتزامات الناشئة عن المصادر الأخرى غير العقدية فان المحل يتم تحديده من قبل المشرع وهو في الغالب يكون مبلغاً من النقود لذلك لا يستوجب البحث في شروطه لأنها دائماً متوفرة لكونه محدداً من المشرع، اما في الالتزام العقدي فان الإرادة هي التي تحدده لذلك وجب البحث عن مدى توافر الشروط القانونية في المحل الناشئ عن الالتزام العقدي[87].

ونحن بدورنا ننتقد مسلك القانون المدني المصري لما بيّناه سابقاً من ان المحل ركن في العقد لا في للالتزام.

الخاتمة Conclusion

أولا : النتائج:

1- اختلاف مواقف القوانين المدنية في المحل من حيث كونه ركنا في العقد او الالتزام ، بل ان المرسوم 131 لسنة 2016 المعدل للقانون المدني الفرنسي الصادر 1804 جاء بفكرة سمّاها (مضمون العقد) ، وقد اختلف الفقهاء والباحثون في شأنها ، فالبعض يرى انها فكرة بديلة لفكرة المحل والسبب ، بينما يرى البعض الاخر ان المحل والسبب لم يختفيا رغم ظهور هذه الفكرة ، وبالنسبة الى القانون المدني العراقي فقد وجدنا ان المشرع يشير تارة الى محل العقد وأخرى الى محل الالتزام.

2- انتقل الخلاف التشريعي الحاصل حول المحل الى الفقه ، بل ان دائرة الخلاف في الفقه تجاوزت دائرة الخلاف التشريعي ، فظهر في الفقه رأي يذهب الى ان المحل ركن في العقد فقط ، وذهب رأي الى ان المحل ركن في الالتزام فقط ، وذهب رأي الى ان المحل ركن في العقد وركن في الالتزام وان محل العقد يختلف عن محل الالتزام ، وظهر رأي يذهب الى ان المحل ركن في الإرادة وليس ركنا في العقد او الالتزام ، وظهر رأي يذهب الى ان المحل ركن في التصرف القانوني ، وبعد مناقشة الآراء المتقدمة تبين لنا ان المحل ركن في العقد ، اما الالتزام فهو اثر يترتب على العقد وان الركن يجب ان يتوافر في الواقعة التي أحدثت الأثر لا في الأثر ذاته ، ومحل العقد هو الشيء الذي يدور حوله التعاقد ويثبت فيه اثر العقد .

3- بعد ان ثبت لنا من خلال البحث ان المحل ركن في العقد لا في الالتزام ، وبغية إزالة التعارض الحاصل بين نصوص القانون المدني العراقي وتوحيد الصياغة التشريعية فيه اقترحنا تعديل المواد (126-130) من القانون المدني العراقي.

4- تبين لنا من خلال البحث عدم دقة تعريف الفقه لمحل الالتزام ، حيث عرفوا محل الالتزام بانه الأداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن ، وقد اثبتنا من خلال البحث ان هذا التعريف انما هو تعريف للالتزام ذاته ، فما الالتزام - من وجهة نظرنا – إلا الأداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن ، وقد تبين لنا ايضا ان هذا الالتزام او الأداء او الأثر اما ان يتعلق بمحل العقد واما ان يتعلق بما اتجهت اليه الإرادة غير محل العقد واما ان يتعلق بما حدده نص القانون.

ثانيا: المقترحات:

في ضوء ما تقدم نقترح تعديل المواد (126-130) من القانون المدني العراقي وفقا للتفصيل الاتي:

1. تكون المادة **(126)** المقترحة كما يأتي: ((لا بد لكل عقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه، ويصح ان يكون المحل مالاً، عيناً كان او ديناً او منفعة، او أي حق مالي آخر كما يصح ان يكون عملاً او امتناعاً عن عمل)).
2. تعدل الفقرة الأولى من المادة (127) ويكون نص المادة **(1/127)** المقترح كمـــــــا يأتي: ((اذا كان محل العقد مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلا)).
3. تعدل الفقرة الأولى من المادة (128) ويكون نص المادة **(1/128)** المقترح كمـــــــــا يأتي: ((يلزم ان يكون محل العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالاشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات، او بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف)).
4. تعدل الفقرة الأولى من المادة (129) ويكون نص المادة **(1/129)** المقترح كمـــــــــــا يأتي: ((يجوز ان يكون محل العقد معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر)).
5. تعدل الفقرة الأولى من المادة (130) ويكون نص المادة **(1/130)** المقترح كمـــــــــــا يأتي: ((يلزم ان يكون محل العقد غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلا)).

الهوامش Margins

(1) كالمادة (73) والمادة (4/134) والمادة (1/136) والمادة (2/136) والمادة (137) والمادة (143) والمادة (179) والمادة (182) والمادة (2/280) والمادة (1/753) والمادة (886).

(2) انظر على سبيل المثال: د.وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء التاسع، الطبعة السادسة ، دار الفكر، دمشق، 2008، ص169. وانظر ايضاً: الجزء الرابع من الكتاب المذكور آنفاً، ص115. وانظر ايضاً: محمد قدري باشا، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان في المعاملات الشرعية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2012، المادة (262) ص87. وانظر ايضاً: مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 2004، ص400. وانظر ايضاً: الشيخ محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996، ص254. وانظر ايضاً: الشيخ علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010، ص252.وانظر أيضا: المادة (420) من مجلة الاحكام العدلية. وانظر أيضا: الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، الجزء الثاني ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية – المعاونية الثقافية ، ايران ، طهران ، 2011 ، ص13. وانظر أيضا: الشيخ خليل بن إسحاق المالكي ، مختصر العلامة خليل في فقه الامام مالك ، شركة دار الارقم بن ابي الارقم للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون تاريخ نشر، ص169. وانظر أيضا: عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء الثاني ، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2006، ص126.

(3) انظر: مصطفى احمد الزرقا، المصدر السابق، ص400، وانظر ايضاً: الشيخ محمد ابو زهرة، المصدر السابق، ص254، وانظر ايضاً: الشيخ علي الخفيف، المصدر السابق، ص252.

(4) وكذا السبب.

(5) وكذا السبب.

(6) حسب بعض الترجمات لهذه الكلمة. انظر مثلاً: د.أوموندس ملكا، شرح القانون الانجليزي، الطبعة الاولى، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، 1954، ص37.

(7) حسب بعض الترجمات لهذه الكلمة. انظر مثلاً: د.مجيد حميد العنبكي، المدخل لدراسة القانون الانكليزي، منشورات وزارة العدل، بغداد، 1990، ص211.

(8) حسب بعض الترجمات لهذه الكلمة. انظر مثلاً: د.عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوأمريكي، الطبعة الاولى، بدون ناشر، 1991، ص161.

(9) وجد في الفقه الانكليزي اتجاهان بشأن النية من حيث مدى اعتبارها ركن في العقد، **فالاتجاه الاول** يذهب الى إنكار وجود النية كركن مستقل في تكوين العقد حيث ينعقد العقد صحيحاً نافذاً حسب هذا الاتجاه بمجرد ركن الرضا والمقابل، وهذا يعني انه يجب صدور ايجاب وقبول من المتعاقدين وبصدورهما يحدث ركن الرضا، الا ان العقد الرضائي البسيط لا يعد نافذاً حتى هذه المرحلة ويحتاج الى توافر مقابل، فاذا وجد المقابل نشأ الالتزام اذ ان مناط الالتزام في العقد الرضائي هو المقابل ، فالتراضي المجرد عن الشكل لا يكون ملزماً الا بوجود المقابل، لذا فأن العقد في القانون الانكليزي يقسم الى نوعين هما:اولا: العقد البسيط الرضائي هو العقد الذي لا يكون فيه التراضي منشئاً للالتزامات التعاقدية الا اذا وجد المقابل. وثانيا: هو العقد الشكلي Contract by deed وبمقتضاه فان الرضا لا يكفي لانعقاد العقد في ظل غياب المقابل الا اذا افرغ العقد في شكل معين، فنشوء العقد الشكلي ونفاذه يتوقفان على شكلية معينة ينبغي ان يفرغ الرضا فيها. اما **الاتجاه الثاني** وهو الاتجاه الذي أخذه به غالبية الفقه الانكليزي فانه يذهب الى اعتبار النية ركناً ثالثا مستقلا في العقد ،وان مجرد وجود الرضا والمقابل في العقد لا يغنيان عن وجود النية التعاقدية لخلق علاقات قانونية، والمثال الذي يضربه اصحاب هذا الرأي لتأييد رأيهم هو المثال الاتي: في مجال المجاملات الاجتماعية لو ان (أ) دعا زميله (ب) لتناول العشاء واتفقا على ان يقوم (أ) بدفع ثمن الطعام، ويقوم

(ب) بدفع ثمن الشراب، ففي مثل هذه الحال يكون من الصعب انكار وجود المقابل الا انه رغم وجود الرضا والمقابل فإنه لا يمكن القول بأن هذا الاتفاق قد انشأ علاقات قانونية والتزامات تعاقدية متبادلة بين الطرفين وذلك لعدم وجود الركن الثالث وهو النية لخلق التزامات تعاقدية. لمزيد من التفصيل انظر: د. يونس صلاح الدين علي، النية التعاقدية كركن في العقد البسيط في القانون الانكليزي – دراسة تحليلية مقارنة بالارادة التعاقدية في القانون المدني العراقي - ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدرها كلية القانون – جامعة بغداد، المجلد 32، العدد 1، 2017، ص217 وما بعدها.

(10) انظر: د.مجيد العنبكي، انشاء العقد في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق – جامعة النهرين، المجلد 3، العدد 3، السنة 1999، ص81 وما بعدها.

(11) انظر:

Chitty ، the law of contracts ، volume 1 ، sweet and Maxwell ، London ، 1983 ، p 2.

(12) انظر: د.مجيد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، جامعة النهرين، 2001، ص67.

(13) انظر:

G.H.Treitel , An Outline of the Law Contract , second edition , butterworths , London , 1979 ، p309.

(14) جاء في المادة المذكورة ما يأتي: ((يشترط في صحة الاتفاق الشروط الاربعة الاتية: رضا الطرف الذي يلتزم وأهليته للتعاقد ومحل معين يكون موضوع التعهد وسبب مشروع للالتزام)) .

(15) انظر: اوبرى ورو، ج4، فقرة 342، نقلاً عن: د.جميل الشرقاوي، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها كلية الحقوق في جامعة القاهرة، العدد الاول، السنة الرابعة والثلاثون، 1964، ص301.

(16) انظر: د.جميل الشرقاوي، المصدر السابق، ص303.

(17) انظر: د.جميل الشرقاوي، المصدر السابق، ص303.

(18) انظر: اوبرى ورو، فقرة 344، ص456، نقلاً عن د.جميل الشرقاوي، المصدر السابق، ص311.

(19) انظر في هذا الانتقاد: د.جميل الشرقاوي، المصدر السابق، ص311.

(20) إذ سنثبت في الصفحات اللاحقة ان المحل ركن في العقد.

(21) في الفقه العراقي ذهب الى هذا الرأي: د.حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، 2012، ص108. وكذلك: منير القاضي ، ملتقى البحرين - الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الاول، مطبعة العاني، بغداد، 1951- 1952، ص204. وكذلك: د.غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول – مصادر الالتزام ، ساعدت جامعة بغداد على نشره، مطبعة المعارف، بغداد، 1971، ص215. وكذلك: د.محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي – نظرية الالتزام ، الجزء الاول – مصادر الالتزام ، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، مطبعة العاني، بغداد، 1955، ص205. وفي الفقه المصري ذهب الى هذا الرأي د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول – المجلد الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 2009، ص408. وانظر ايضا للمؤلف نفسه، الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966، ص146. وانظر ايضا للمؤلف نفسه ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي - ، الجزء الثالث ، منشورت الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998، ص6. وكذلك انظر: د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام ، بدون ناشر، 2017-2018، ص152. وكذلك انظر: د.سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1975، ص69. وفي الفقه الفرنسي انظر : جاك غستان ، المطول في القانون المدني – تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، مجد المؤسسة الجامعية للدارسات والنشر والتوزيع ،

بيروت ، 2008 ، ص 738.
(22) انظر: د.عبد الرزاق احمد السنهوري،نظرية العقد،الجزء الاول، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص463. وانظر للمؤلف ايضاً: مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، المصدر السابق ، ص6.
(23) انظر: د.محمد حسام محمود لطفي، المصدر السابق، ص152. وقريب من هذا المعنى انظر: منير القاضي، المصدر السابق، ص305. وانظر ايضاً: د.غني حسون طه، المصدر السابق، ص216.
(24) انظر: جاك غستان، المصدر السابق، ص738.
(25) انظر: د.حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات، الكتاب الاول - نظرية العقد ، بدون ناشر، 1943، ص70.
(26) انظر: د.جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص138-139.
(27) في الفقه العراقي ذهب الى هذا الرأي: د.عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الاول، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1967، ص362. وانظر ايضاً: د.سعدي البرزنچي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، الطبعة الاولى، هه وليز، اربيل، 2007، ص74. وانظر ايضاً: د.فتحي علي فتحي وعامر مصطفى احمد، التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية الحقوق – جامعة الموصل، المجلد (19)، العدد (68)، السنة 2019، ص68. وفي الفقه المصري ذهب الى هذا الرأي: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، 1954، ص96، وانظر كذلك: الجزء الثاني من المؤلف ذاته، ص50. وانظر ايضاً: د. . محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني – الالتزامات ، الجزء الأول ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 2004، ص456_458.وانظر ايضاً: د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ، الجزء الاول، مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، 1966، ص236. وانظر ايضاً: د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام – المصادر الارادية وغير الارادية للالتزام ، بدون ناشر، 2008، ص66 و67. وانظر ايضاً: د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، الكتاب الاول، بدون ناشر، 1984، ص407.
(28) انظر: د.أحمد شوقي عبد الرحمن، المصدر السابق، ص67.
(29) انظر: د.عبد الحي حجازي، المصدر السابق، الجزء الثاني، ص50. وانظر: ص96 من المصدر ذاته، الجزء الاول.
(30) انظر: د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني – الالتزامات ، الجزء الاول، المصدر السابق، ص457.
(31) انظر: د.فتحي علي فتحي وعامر مصطفى احمد، المصدر السابق، ص74.
(32) انظر: د.سعدي البرزنچي، المصدر السابق، ص74-75.
(33) انظر: د.اسماعيل غانم، المصدر السابق، ص236 . وقريب من هذا المعنى انظر: د.عبد الحي حجازي، المصدر السابق ، الجزء الأول ، ص96. وانظر كذلك: د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول – في مصادر الالتزام ، دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1971، ص353.
(34) انظر: د. اسماعيل غانم، المصدر السابق ، ص236.
(35) يبدو لنا ان الدكتور اسماعيل غانم قد فسر العملية القانونية بالالتزامات الرئيسية، وقد تقدم ان الالتزام اثر للعقد وليس محلا له.
(36) انظر: د.عبد الحي حجازي، المصدر السابق، الجزء الاول، ص96 وما بعدها.
(37) انظر: د.مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص353.

(38) انظر: د.عبد الحي حجازي، المصدر السابق، الجزء الاول، ص97.
(39) انظر: د.اسماعيل غانم، المصدر السابق، ص236.
(40) انظر: د.حلمي بهجت بدوي، المصدر السابق، ص71 وما بعدها.
(41) انظر: المصدر السابق، ص145.
(42) انظر: عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري، بغداد، 2015، ص245. وانظر ايضاً: د.عبد الرزاق احمد السنهوري، علم اصول القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده بمصر، 1936، ص247. وانظر ايضاً: د.سعيد عبد الكريم مبارك، اصول القانون، مكتبة يادگار، 2017، ص249. وانظر ايضاً: د.عبد المنعم فرج الصدة، نظرية الحق في القانون المدني الجديد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1949، ص189. وانظر ايضاً: د.رمضان ابو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005، ص463 وما بعدها، وانظر ايضاً: د.حسن كيرة، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999، ص725.
(43) انظر: د.جميل الشرقاوي، طبيعة المحل والسب في التصرف القانوني، المصدر السابق، ص319.
(44) انظر: د.جميل الشرقاوي، طبيعة المحل والسب في التصرف القانوني، المصدر السابق، ص323.
(45) انظر: المصدر السابق، ص237.
(46) انظر: مؤلفه: البواعث في التصرفات القانونية، ص141، نقلاً عن د.جميل الشرقاوي، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني، المصدر السابق، ص338.
(47) انظر: تكملة بودرى، ج3، نقلاً عن د.جميل الشرقاوي، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني، المصدر السابق، ص338.
(48) انظر: د.حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مضمون العقد – دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016- ، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، تصدرها جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية / كلية الحقوق والعلوم السياسية ، المجلد 17، العدد 1، 2018، ص668. وانظر ايضاً: د.محمد حسن قاسم، القانون المدني –الالتزامات- المصادر -العقد ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص285. وانظر للمؤلف نفسه ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018، ص15.
(49) انظر:د.أشرف جابر،الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد صنيعة قضائية وصياغة تشريعية–لمحات في بعض المستحدثات-، بحث منشور على الموقع الالكتروني:
https://cutt.us/LuMIH
(50) انظر:
Clément François , la reforme du droit des contrats , Article disponible: https://cutt.us/zSZNx
(51) انظر : د. حيدر فليح حسن ، مضمون العقد (دراسة في ضوء المرسوم التشريعي الفرنسي رقم 131-لسنة 2016 الصادر في 10/شباط / 2016 ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق/جامعة النهرين ، المجلد 21، العدد 1، 2019 ، ص55-56. وانظر بذات المعنى: د. يونس صلاح الدين علي ، مضمون العقد كركن جديد من اركان العقد في القانون المدني الفرنسي دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الإنكليزي والعراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية الحقوق في جامعة الموصل ، المجلد (19) ، العدد (68) ، السنة (21) ، 2019 ، ص5 وص 7.

(52) انظر:
François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette et Yves Lequette et François Chénedé , Droit civil Les obligations , 12 e edition , Dalloz , 2019 . p 386.

(53) انظر:
Aurélien Bamdé ، La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l'ordre public , 28 février 2017 , Article disponible : https://cutt.us/A7Ilz

(54) انظر : منى نعيم جزار، مضمون العقد – دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والانكليزي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد، 2019، ص18.

(55) انظر: د.حسين عبد الله عبد الرضا، المصدر السابق، ص672.

(56) انظر:د.أشرف جابر،الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد صنيعة قضائية وصياغة تشريعية – لمحات في بعض المستحدثات-، بحث منشور على الموقع الالكتروني:
https://cutt.us/LuMIH

(57) انظر : د. يونس صلاح الدين علي ، مضمون العقد كركن جديد من اركان العقد في القانون المدني الفرنسي دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الإنكليزي والعراقي ، المصدر السابق ، ص6.

(58) انظر: بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي ، الطبعة الاولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009، ص54.

(59) انظر: الشيخ محمد ابو زهرة، المصدر السابق، ص254.

(60) انظر مؤلفه، الوسيط في نظرية العقد، المصدر السابق، ص362. وهذا التعريف للدكتور الحكيم يجد اساسه في الفقه الاسلامي، إذ عرف محل العقد بتعاريف قريبة من هذا المعنى، فقد عرفه الدكتور وهبة الزحيلي بأنه: ((ما وقع عليه التعاقد وظهرت فيه أحكامه واثاره)) ، انظر مؤلفه، المصدر السابق، الجزء التاسع ، ص169. وعرفه مصطفى احمد الزرقا بأنه: ((ما يثب فيه اثر العقد وحكمه)) ، انظر مؤلفه، المصدر السابق، ص400.

(61) كالمبيع.

(62) كسكنى الدار.

(63) كبناء الدار.

(64) كالامتناع عن المنافسة غير المشروعة.

(65) كما في حوالة الدين.

(66) كما في حوالة الحق.

(67) انظر: د.محمد حسام محمود لطفي، المصدر السابق، ص152.

(68) انظر مثلاً: د.عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المصدر السابق ، الجزء الرابع ، ص405 (التزامات البائع) وص769 (التزامات المشتري)، وانظر في ذات المصدر، الجزء الخامس، ص140 (التزامات الواهب) وص167 (التزامات الموهوب له)، وانظر في ذات المصدر، الجزء السادس، ص205 (التزامات المؤجر) وص456 (التزامات المستأجر) وانظر ايضاً: د.محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني - عقد البيع وعقد المقايضة ، المصدر السابق ص189 (التزامات البائع) وص347 (التزامات المشتري).

(69) انظر: د.محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام – مصادر الالتزام -، دار النهضة العربية، 1977، ص7.

(70) جاء في المادة (398) من القانون المدني العراقي ((نفقات الوفاء على المدين الا اذا وجد اتفاق او عرف او نص يقضي بغير ذلك)).

([71]) إذ جاء في المادة (74) ما يأتي: ((يصح ان يرد العقد:1 – على الاعيان منقولة كانت او عقاراً

لتمليكها بعوض بيعاً او بغير عوض هبة ولحفظها وديعة او لاستهلاكها بالانتفاع بها قرضا .2– وعلى منافع الاعيان للانتفاع بها بعوض اجارة او بغير عوض اعارة.3– وعلى عمل معين او على خدمة معينة)) . وجاء في المادة (75) ما يأتي: ((يصح ان يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون او مخالفاً للنظام العام او للآداب)).

(72) والتي جاء فيها: ((العقد الصحيح هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً بان يكون صادراً من اهله مضافا الى محل قابل لحكمه وله سبب مشروع واوصافه صحيحة سالمة من الخلل)).

(73) **(حكم العقد)** اصطلاح اخذه المشرع من الفقه الاسلامي، فالمصدر التاريخي لهذه المادة هو المادة (311) من مرشد الحيران، انظر: علاء الدين الوسواسي وعبد الرحمن محمود العلام، تخريج القانون المدني العراقي، مطبعة العاني، بغداد، 1953، ص22. وجاء في المادة (311) من مرشد الحيران: ((العقد الصحيح الذي يظهر أثره بانعقاده هو العقد المشروع ذاتاً ووصفاً والمراد بمشروعية ذاته ووصفه ان يكون ركنه صادراً من أهله مضافاً الى محل قابل لحكمه..)). انظر: محمد قدري باشا، المصدر السابق ، ص104. والمرد من حكم العقد في الفقه الاسلامي اثر العقد اي الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد فعندما يُقال ان المحل يجب ان يكون قابلاً لحكم العقد اي يجب ان يكون قابلاً لأثر العقد اي قابلاً لأن تثبت فيه الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد ؛ لذلك لا ينعقد بيع الشيء الموقوف لأن اثر البيع وهو نقل ملكية المبيع الى المشتري ، لا يمكن ان يحصل في الشيء الموقوف اذ لا يجوز نقل ملكيته الا في حالات خاصة، فعدم انعقاد العقد هنا راجع الى عدم قابلية المحل لحكم العقد. انظر: مصطفى احمد الزرقا، المصدر السابق، ص426. وبذات المعنى انظر ايضاً: الشيخ علي الخفيف، المصدر السابق، ص255.

(74) والذي جاء فيه ما يأتي: ((لا بد لكل التزام نشأ عن العقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه، ويصح ان يكون المحل مالاً عيناً كان او ديناً او منفعة او أي حق مالي آخر كما يصح ان يكون عملاً او امتناعاً عن عمل)).

(75) انظر: د. عبد المجيد الحكيم، الوسيط في نظرية العقد، المصدر السابق، ص361.

(76) انظر: علاء الدين الوسواسي وعبد الرحمن محمود العلام، المصدر السابق، ص21.

(77) انظر: د.عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول – مصادر الالتزام -، المكتبة القانونية، 2007، ص181.

(78) انظر: د.مالك دوهان الحسن، المصدر السابق، ص353.

(79) كما في المادة (73) و(75) و(133).

(80) كما في المادة (126) – (130).

(81) انظر: مصطفى أحمد الزرقا، المصدر السابق، ص400. وانظر ايضاً: محمد ابو زهرة، المصدر السابق، ص254. وانظر ايضاً: الشيخ علي الخفيف، المصدر السابق، ص252.

(82) انظر: منير القاضي، المذكرة الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني، مطبعة الحكومة، بغداد، 1948، ص(أ) اذ ذكر فيها المصادر التاريخية لمشروع القانون المدني العراقي. وانظر ايضاً: الاسباب الموجبة للقانون المدني العراقي.

(83) وتكون النصوص المقترحة كما يأتي:

تكون المادة (126) المقترحة كما يأتي ((لا بد لكل عقد من محل يضاف اليه يكون قابلاً لحكمه، ويصح ان يكون المحل مالاً، عيناً كان او ديناً او منفعة، او أي حق مالي آخر كما يصح ان يكون عملاً او امتناعاً عن عمل)).

وتعدل الفقرة الأولى من المادة (127) ويكون نص المادة (1/127) المقترح كما يأتي: ((اذا كان محل العقد مستحيلاً استحالة مطلقة كان العقد باطلا)).

وتعدل الفقرة الأولى من المادة (128) ويكون نص المادة (1/128) المقترح كما يـأتي:((يلزم ان يكون محل العقد معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة اليه او الى مكانه الخاص ان كان موجوداً وقت العقد او ببيان الاوصاف المميزة له مع ذكر مقداره ان كان من المقدرات، او

بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكتفي بذكر الجنس عن القدر والوصف)).
وتعدل الفقرة الأولى من المادة (129) ويكون نص المادة (1/129) المقترح كـــــما يأتي: ((يجوز ان يكون محل العقد معدوماً وقت التعاقد اذا كان ممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر)).
وتعدل الفقرة الأولى من المادة (130) ويكون نص المادة (1/130) المقترح كمـــا يأتي: ((يلزم ان يكون محل العقد غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام او للآداب والا كان العقد باطلا)).
(84) انظر :د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني - الالتزامات ، الجزء الاول، المصدر السابق ، ص456.
(85) إذ جاء في المادة (1126) من القانون المدني الفرنسي ما يأتي: ((ان محل كل عقد هو شيء يلتزم احد الأطراف بأدائه او يلتزم بعمله او الامتناع عن عمله). وجاء في المادة (1127) من القانون المذكور: ((يمكن ان يكون مجرد استعمال الشيء او مجرد حيازته محلاً للعقد كالشيء ذاته)). وجاء في المادة (1128) من القانون المذكور: ((لا يمكن ان تشكل موضوعاً للاتفاقيات سوى الأشياء التي هي محل للتعامل التجاري)). وجاء في المادة (1129) من القانون المذكور ما يأتي: ((يجب ان يكون محل الالتزام شيئاً معيناً في نوعه على الأقل، ويمكن ان يكون مقدار الشيء غير مؤكد شريطة ان يكون تحديده ممكناً))، وجاء في المادة (1130) من القانون المذكور ما يأتي: ((يمكن ان تكون الأشياء المستقبلة محلاً للالتزام، ومع ذلك لا يجوز التنازل من تركة مستقبلة او التعاقد اصلاً بشأن هذه التركة حتى مع رضا المورث)).
(86) ولقد جاء في المادة (131) من القانون المذكور ما يأتي: ((1- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا.2- غير أن التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه إلا في الأحوال التي نص عليها في القانون)) ، وجاء في المادة (132) من القانون المذكور ما يأتي: ((إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته كان العقد باطلا)). وجاء في المادة (133) من القانون المذكور ما يأتي: ((1- إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته ، وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا.2- ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره ، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف أخر التزم المدين بأن يسلم شيئا من صنف متوسط.)) ، وجاء في المادة (134) من القانون المذكور ما يأتي: ((إذا كان محل الالتزام نقودا التزم المدين بقدر عددها المذكور في العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أي أثر)) ، وجاء في المادة (135) من القانون المذكور ما ياتي: ((إذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا)).
(87) انظر: د.محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986، ص27.

المراجع References

أولا: الكتب:

I. د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام – المصادر الارادية وغير الارادية للالتزام ، بدون ناشر، 2008.
II. د. اسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام – مصادر الالتزام ، الجزء الاول، مكتبة عبد الله وهبة ، مصر ، 1966.
III. د. أوموندس ملكا، شرح القانون الانجليزي، الطبعة الاولى، مطبعة مصر شركة مساهمة مصرية، 1954.
IV. بيار كتالا، مشروع تمهيدي لتعديل قانون الالتزامات والتقادم في القانون الفرنسي ، الطبعة الاولى ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2009.
V. جاك غستان ، المطول في القانون المدني – تكوين العقد ، ترجمة منصور القاضي ، مجد المؤسسة الجامعية للدارسات والنشر والتوزيع ، بيروت ، 2008.
VI. د. جميل الشرقاوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999.
VII. د. حسن علي ذنون، النظرية العامة للالتزامات، المكتبة القانونية، بغداد، 2012.
VIII. د. حسن كيرة، المدخل الى القانون، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1999.
IX. الشيخ خليل بن إسحاق المالكي ، مختصر العلامة خليل في فقه الامام مالك ، شركة دار الارقم بن ابي الارقم للطباعة والنشر والتوزيع ، بدون تاريخ نشر
X. د. حلمي بهجت بدوي، اصول الالتزامات، الكتاب الاول - نظرية العقد ، بدون ناشر، 1943.
XI. د. رمضان ابو السعود، النظرية العامة للحق، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2005.
XII. د. سعدي البرزنجي، ملاحظات نقدية في القانون المدني، الطبعة الاولى، هه وليز، اربيل، 2007.
XIII. د. سعيد عبد الكريم مبارك، اصول القانون، مكتبة يادگار، 2017.
XIV. د. سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1975.
XV. عبد الباقي البكري وزهير البشير، المدخل لدراسة القانون، دار السنهوري، بغداد، 2015.
XVI. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الاول ، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، 1954.
XVII. د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الثاني ، مطبعة نهضة مصر بالفجالة، 1954.
XVIII. عبد الرحمن بن محمد عوض الجزيري ، كتاب الفقه على المذاهب الأربعة ، الجزء الثاني ، مؤسسة المختار للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 2006.
XIX. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوجيز في شرح القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 1966.
XX. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي- دراسة مقارنة بالفقه الغربي - ، الجزء الثالث ، منشورت الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 1998.
XXI. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، الجزء الأول – المجلد الاول ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 2009.
XXII. د. عبد الرزاق احمد السنهوري، علم اصول القانون، مطبعة فتح الله الياس نوري واولاده بمصر، 1936.
XXIII. د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

XXIV. د. عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والارادة المنفردة، الكتاب الاول، بدون ناشر، 1984.

XXV. د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد، الجزء الاول، شركة الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1967.

XXVI. د. عبد المجيد الحكيم، الاعتبار كركن في العقد في القانون الانكلوأمريكي، الطبعة الاولى، بدون ناشر، 1991.

XXVII. د. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني ، الجزء الاول – مصادر الالتزام - ، المكتبة القانونية، 2007.

XXVIII. د. عبد المنعم فرج الصدة ، نظرية الحق في القانون المدني الجديد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، 1949.

XXIX. علاء الدين الوسواسي وعبد الرحمن محمود العلام، تخريج القانون المدني العراقي، مطبعة العاني، بغداد، 1953.

XXX. السيخ علي الخفيف، احكام المعاملات الشرعية، دار الفكر العربي، القاهرة، 2010.

XXXI. د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الاول – مصادر الالتزام ، ساعدت جامعة بغداد على نشره، مطبعة المعارف، بغداد، 1971.

XXXII. د. مالك دوهان الحسن، شرح القانون المدني – النظرية العامة للالتزامات ، الجزء الاول – في مصادر الالتزام ، دار الطبع والنشر الاهلية، بغداد، 1971.

XXXIII. د. مجيد العنبكي، مبادئ العقد في القانون الانكليزي، جامعة النهرين، 2001.

XXXIV. د. مجيد حميد العنبكي، المدخل لدراسة القانون الانكليزي، منشورات وزارة العدل، بغداد، 1990.

XXXV. الشيخ محمد ابو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الاسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، 1996.

XXXVI. الشيخ محمد الحسين كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، الجزء الثاني ، المجمع العالمي للتقريب بين المذاهب الإسلامية – المعاونية الثقافية ، ايران ، طهران، 2011.

XXXVII. د. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزامات – مصادر الالتزام ، بدون ناشر، 2017- 2018.

XXXVIII. د. محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.

XXXIX. د. محمد حسن قاسم، القانون المدني –الالتزامات- المصادر -العقد ، المجلد الاول ، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2018.

XL. محمد قدري باشا، مرشد الحيران الى معرفة احوال الانسان في المعاملات الشرعية، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، 2012.

XLI. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني – الالتزامات ، الجزء الأول ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.

XLII. د. محمد كامل مرسي، شرح القانون المدني - عقد البيع وعقد المقايضة ، منشاة المعارف ، الإسكندرية ، 2004.

XLIII. د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الالتزام – مصادر الالتزام -، دار النهضة العربية، 1977.

XLIV. محمد يحيى عبد الرحمن المحاسنة، مفهوم المحل والسبب في العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، 1986.

XLV. د. محمود سعد الدين الشريف، شرح القانون المدني العراقي – نظرية الالتزام ، الجزء الاول – مصادر الالتزام ، حقوق الطبع محفوظة للمؤلف، مطبعة العاني، بغداد، 1955.

XLVI. مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الجزء الاول، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق، 2004.

XLVII. منير القاضي ، ملتقى البحرين - الشرح الموجز للقانون المدني العراقي ، المجلد الاول، مطبعة العاني، بغداد، 1951- 1952.
XLVIII. منير القاضي، المذكرة الايضاحية المختصرة لمشروع القانون المدني، مطبعة الحكومة، بغداد، 1948.
XLIX. د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء التاسع، الطبعة السادسة ، دار الفكر، دمشق، 2008.
L. د. وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، الجزء الرابع ، الطبعة السادسة ، دار الفكر، دمشق، 2008.

ثانيا: البحوث القانونية

I. د. أشرف جابر، الاصلاح التشريعي الفرنسي لنظرية العقد صنيعة قضائية وصياغة تشريعية–لمحات في بعض المستحدثات-، بحث منشور على الموقع الالكتروني: https://cutt.us/LuMIH
II. د. جميل الشرقاوي، طبيعة المحل والسبب في التصرف القانوني، بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد، تصدرها كلية الحقوق في جامعة القاهرة، العدد الاول، السنة الرابعة والثلاثون، 1964.
III. د. حسين عبد الله عبد الرضا الكلابي، مضمون العقد – دراسة مقارنة بين النظام القانوني الانكليزي والقانون المدني الفرنسي المعدل بموجب المرسوم التشريعي الصادر في 10 شباط 2016- ، بحث منشور في المجلة الاكاديمية للبحث القانوني، تصدرها جامعة عبد الرحمن ميرة – بجاية / كلية الحقوق والعلوم السياسية ، المجلد 17، العدد 1، 2018.
IV. د. حيدر فليح حسن ، مضمون العقد (دراسة في ضوء المرسوم التشريعي الفرنسي رقم 131-لسنة 2016 الصادر في 10/شباط / 2016 ، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق/جامعة النهرين ، المجلد 21، العدد 1، 2019.
V. د. فتحي علي فتحي وعامر مصطفى احمد، التمييز بين محل العقد ومحل الالتزام الناشئ عن العقد، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، تصدرها كلية الحقوق – جامعة الموصل، المجلد (19)، العدد (68)، السنة 2019.
VI. د. مجيد العنبكي، انشاء العقد في القانون الانكليزي، بحث منشور في مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق – جامعة النهرين، المجلد 3، العدد 3، السنة 1999.
VII. د. يونس صلاح الدين علي، النية التعاقدية كركن في العقد البسيط في القانون الانكليزي – دراسة تحليلية مقارنة بالارادة التعاقدية في القانون المدني العراقي - ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، تصدرها كلية القانون – جامعة بغداد، المجلد 32، العدد 1، 2017.
VIII. د. يونس صلاح الدين علي ، مضمون العقد كركن جديد من اركان العقد في القانون المدني الفرنسي دراسة تحليلية مقارنة بالقانون الإنكليزي والعراقي ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق ، تصدرها كلية الحقوق في جامعة الموصل ، المجلد (19) ، العدد (68) ، السنة (21) ، 2019.

ثالثاً: الاطاريح العلمية

I. منى نعيم جزار، مضمون العقد – دراسة مقارنة مع القانونين الفرنسي والانكليزي، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون بجامعة بغداد، 2019.

رابعاً: المصادر الأجنبية:

(1) المصادر باللغة الإنكليزية:

I. Chitty ، the law of contracts ، volume 1 ، sweet and Maxwell ، London ، 1983.

II. G.H.Treitel , An Outline of the Law Contract , second edition , butterworths , London , 1979 .

(2) المصادر باللغة الفرنسية

I. Aurélien Bamdé ، La licéité du contenu du contrat ou la conformité de ses stipulations et de son but à l‖ordre public , 28 février 2017 , Article disponible : https://cutt.us/A7Ilz

II. Clément François , la reforme du droit des contrats , Article disponible: https://cutt.us/zSZNx

III. François Terré et Philippe Simler et Yves Lequette et Yves Lequette et François Chénedé , Droit civil Les obligations , 12 e edition , Dalloz , 2019 .