ملخص البحث

ان الالتزام البدلي كوصف له عدة تسميات اطلقتها علية المذاهب الاسلامية بالإضافة الى معناه في القوانين المدنية ولكن الفقه الاسلامي لم يضع تعريفا محددا له لان الاصل هو احادية المعقود عليه الذي يحدد محل الالتزام التعاقدي وطبيعته التي اشار اليها الفقهاء ضمن موضوع ابدال المحل في اماكن متفرقة اذ يعرف كثيرا من انواع البدل يستطيع المدين ان يوفي بشيء اخر عوضا عن الشيء الاصلي لكن بالاتفاق مع الدائن على هذا الشيء فالمذاهب الفقهية ومنهم فقهاء الامامية لم يعرفوا البدل لكنهم اجازوا ابدال المحل بالدين اذا كان ثمنا كما ورد مصطلح بدل الحيلولة عندهم في معرض الكلام عن تعذر الوصول الى محل الالتزام الاصلي يمكن المصالحة على البدل اي اعتبروا ان حكم تعذر الوصول الية بحكم تلف العين ومن ثم لزوم بدل الحيلولة بينما بقية الفقهاء فقد استعملوا مصطلح الاستبدال الا انهم كثيرا ما استعملوه بمعنى اخر بعيد عن هذا الموضوع وخاصة منهم الحنفية اذ استعملوا كلمة استبدال وابدال في الوقف بمعنى اخراج العين الموقوفة ليكون وقفا مكانها بينما استعمل فقهاء الشافعية الاستبدال بالمعنى الذي عرفة القانون الوضعي ويروا بجواز الاستبدال في كل دين مضمون كالصداق والاجرة وعوض الخلع ودين الضمان لكن بشرط القبض في المجلس ومراعاة قيود الربا .

اما في القوانين المدنية فأن اغلبها عرف الالتزام البدلي ونظم احكامه ومنها القانون المدني العراقي الذي بين ان الالتزام يكون بدليا اذا لم يشمل محله الا شيئا واحدا ولكن تبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا اخر وتاركا بقية الاحكام للقواعد العامة وهذا الامر لا يختلف مما ورد في القانون المدني المصري ، بينما نجد القانون المدني الفرنسي اهمل تنظيم الالتزام البدلي حيث اورد في نصوصه تطبيقات للالتزام البدلي ولكنه قد عدل حديثا عن موقفه السابق ونص بشكل صريح على الالتزام البدلي تحت مسمى الالتزام الاختياري بموجب المرسوم رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠فبراير لسنة ٢٠١٦ المعدل للقانون المدني الفرنسي .

المقدمة

إن محل الالتزام قد يتعدد فيكون هذا التعدد وصفا في الالتزام ، والتعدد إما يكون جمعياً أو تخييرياً أو بدلياً , وبعبارة أخرى : وصف الجمع في الالتزام متعدد المحل ووصف التخيير في الالتزام التخييري ووصف البدل في الالتزام البدلي ، وهذا النوع الاخير من الالتزام هو موضوع بحثنا الذي يكون له محل واحد ولكن يستطيع المدين إن يؤدي شيئا أخر بدلا منه ويقضي بذلك التزامه ، فأهميته تظهر في حالة هلاك الأصل أو تعيبه فالالتزام لا ينقضي بل يصار إلى البدل ، الأمر الذي يجنب إطراف الالتزام الإشكالات التي تتولد عن هلاك محل الالتزام أو تعيبه ، وتأتي اهمية هذا البحث بسبب ندرة الدراسات القانونية لهذا الموضوع الى جانب الأهمية العملية والقانونية له ، فضلا عن كثيرة الأسئلة التي تثار

حول الاحكام المترتبة عليه ، والرغبة في إفراد دراسة جديدة للالتزام البدلي بشكل متكامل تغطي مختلف جوانبه بحيث تجمع المادة العلمية المتعلقة بموضوع الدراسة في بحث واحد يسهل الرجوع إليه من خلال بيان موقف فقهاء المدارس الإسلامية من هذا الموضوع وبيان نقاط التشابه مع القوانين المدنية محل المقارنة (القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري والقانون المدني الفرنسي لا سيما وانه قد عدل المواد المتعلقة بتعدد محل الالتزام ونظم الالتزام البدلي بعد إن كان مقتصرا على الالتزام التخييري ، وذلك بموجب المرسوم رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠ فبراير لسنة ٢٠١٦).

لذا سنقسم هذا البحث على مبحثين سنتطرق في أولهما لتحديد مفهوم الالتزام البدلي ، وسنكرس ثانيهما لبحث احكام هذا الالتزام.

المبحث الأول

مفهوم الالتزام البدلي

إن بيان مفهوم الالتزام البدلي يقتضي منا بيان معناه من خلال تعريفه بالفقه الإسلامي والقوانين المدنية المقارنة , فضلا عن البحث في تحديد الشروط الواجب توافرها لقيامه ومن ثم تمييزه مما يشبه به من انظمة قانونية.

ومن اجل الإلمام بشكل وافٍ بالالتزام البدلي , سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنبحث في أولهما التعريف بالالتزام البدلي وسنفرد ثانيهما لتمييز الالتزام البدلي مما يشبه به.

المطلب الأول

التعريف بالالتزام البدلي

إن التعريف بالشيء لا يكتمل إلا ببيان معناه اللغوي والاصطلاحي وكذلك تحديد الشروط الواجب توافرها لقيامه ، وهذا ما يستوجب منا تقسيم هذا المطلب على فرعين ، سنخصص أولهما لبيان تعريف الالتزام البدلي وسنكرس ثانيهما لتحديد شروط الالتزام البدلي.

الفرع الاول

تعريف الالتزام البدلي

بالرجوع إلى معنى الالتزام البدلي في اللغة ، نجد ان كلمة الالتزام مصدرها الفعل لزم يلزمه لزوما ، والملازم بمعنى المعانق ، واللازم ما يمتنع انفكاكه عن الشيء وهو ملزم به [1] ، اما كلمة بدل في

اللغة، نجد إن بدل: البديل، بدل الشيء غيره، وتبديل الشيء تغييره واستبدل الشيء بغيره وتبدل به إذا اخذ مكانه، والمبادلة تعني التبادل[٢] ، ومنه قوله تعالى (فأولئك يبدل الله سيئاتهم حسنات)[٣] وقوله تعالى (أتستبدلون الذي هو أدنى بالذي هو خير) [٤]والاستبدال: وضع الشيء موضع الآخر ، ويسمى البدال بدالا لأنه يبدل مبيعاً بمبيع فيبيع اليوم شيء وغدا شيء أخر ، وبادل الرجل مبادلة وبدالا : إي أعطاه مثل ما اخذ منه [٥].

اما معنى الالتزام البدلي اصطلاحاً يجدر بنا إن نستعرض معناه في القوانين المدنية أولا ومن ثم بعد ذلك نستعرض التسميات التي أطلقتها المذاهب الإسلامية عليه.

فعلى صعيد القوانين المدنية ، نجد ان اغلبها قد عرفت الالتزام البدلي منها القانون المدني العراقي في نص المادة (٣٠٢) فقرة (١) التي جاء فيها (يكون الالتزام بدليا إذا لم يكن محله إلا شيئا واحدا ولكن تبرا ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئا أخر) ويلاحظ من خلال نص المادة بان الالتزام يكون محله شيئا واحد هو المحل الأصلي ولكن يجوز للمدين إن يفي الدائن بشيئا أخر غيره، وجاء في الفقرة(٢) من المادة ذاتها ما نصه (الأصل لا البدل هو وحده محل الالتزام وهو الذي يحدد طبيعته) إي إذا كان الأصل عقار والبدل منقول فان طبيعة الالتزام تكون عقارية ولا تكون منقولة حتى ولو تم الوفاء بالبدل ، ونص المادة (٣٠٢) للقانون المدني تقابل نص المادة (٢٧٨) من القانون المدني المصري[٦] بينما نجد القانون المدني الفرنسي أهمل تنظيم الالتزام البدلي مع انه أورد في نصوصه تطبيقات للالتزام البدلي في المواد (٢٤٦٢ و٢٤٦٣ و٢٤٦٤) [٧] التي توضح إن حائز العقار المرهون رهناً تأمينياً يكون ملتزما التزاما أصليا بتحمل إجراءات نزع الملكية وله إن يفتدي ذلك ببدل، وهذا البدل أمر من أمرين ، أولا قضاء الدين المضمون بالرهن وثانيا تحرير العقار من الرهن، الأمر الذي يبين بان المشرع الفرنسي قد اخذ ضمنا بفكرة الالتزام البدلي ، لكن المشرع الفرنسي قد عدل عن موقفه السابق ونص بشكل صريح على الالتزام البدلي تحت مسمى الالتزام الاختياري بموجب المرسوم رقم ٢٠١٦-١٣١الصادر في١٠ فبراير لسنة ٢٠١٦ المعدل للقانون المدني الفرنسي في المادة (١٣٠٨) منه وعرفه على انه (الالتزام بدلي عندما يكون محله أداء ، ولكن المدين له الخيار بالإبراء في حالة تقديم شيء أخر ، وان البدل يدفع إذا اصبح تنفيذ الأداء الاصلي المتفق عليه مستحيلا بسبب القوة القاهرة)[٨].

إما فقه القانون المدني فقد عرف الالتزام البدلي بتعاريف مشابهة لنصوص المواد القانونية بل إن البعض اكتفى بذكر نص المادة ، فقد عرفه البعض بأنه " هو ذلك الالتزام الذي يكون له محل واحد منذ البداية ويقوم مقام هذا المحل الأصلي شيء أخر هو البديل " [٩]، ومنهم من عرفه بأنه " يكون الالتزام بدلياً إذا كان محل التزام المدين شيئا واحدا ولكنه يستطيع إن يفي بشيء أخر بدلا من محل التزامه الأصلي وان يجبر الدائن على قبول هذا الشيء "[١٠].

وفي الفقه الإسلامي لم نجد تعريفا محددا للالتزام البدلي لان الأصل هو وحدة المعقود عليه الذي يحدد محل الالتزام التعاقدي وطبيعته ورغم ذلك أشار الفقهاء إلى إحكام الالتزام البدلي ضمن موضوع إبدال المحل في أماكن متفرقة ، اذ يعرف كثيرا من أنواع البدل ، فيستطيع المدين إن يوفي بشيء أخر عوضا عن الشيء الأصلي لكن بالاتفاق مع الدائن على هذا الشيء البديل[١١].

اذ نجد بعض الفقهاء قد استعملوا مصطلح الاستبدال إلا أنهم كثيرا ما استعملوه بمعنى أخر بعيد عن هذا الموضوع ، وخاصة منهم الحنفية اذ استعملوا كلمة استبدال وإبدال في الوقف بمعنى إخراج العين الموقوفة ليكون وقفا مكانها ، بينما استعمل فقهاء الشافعية الاستبدال بالمعنى الذي عرفه القانون الوضعي[١٢]، واجازوا الاستبدال في كل دين مضمون بعقد كالصداق والأجرة وعوض الخلع ودين الضمان لكن بشرط القبض في المجلس ومراعاة قيود الربا ، فذكروا ما نصه " يجوز الاستبدال عن الثمن الثابت بالذمة فان استبدل موافقا في علة الربا كدراهم عن دنانير أو عكسه اشترط قبض البدل في المجلس حذرا من الربا " [١٣] ، وبذلك يتضح ان الفقه الاسلامي لم يعرف الالتزام البدلي بالمعنى المعروف عليه في القانون المدني ، اذ ورد مصطلح استبدال او ابدال وهو ما يختلف في معناه عن موضوع بحثنا .

ومن خلال ما تقدم يمكننا إن نضع تعريفاً للالتزام البدلي بأنه (الالتزام الذي يكون محله أداء واحد هو محل الالتزام الأصلي ولكن يجوز للمدين إن يفي الدائن بأداء أخر غيره بالاتفاق معه أو بنص القانون).

الفرع الثاني

شروط الالتزام البدلي

إن الالتزام البدلي لا ينهض اعتباطا ، بل ثمة شروط يجب توافرها لكي يعتبر الالتزام بدلياً ، والتي سنتناولها تباعا.

أولاً : إن يكون للالتزام محل واحد هو المحل الأصلي

يقتضي إن يكون محل الالتزام شيئا واحدا ولكن يحق للمدين إن يبرئ ذمته منه إذا هو أدى بدلا من هذا الشيء شيئا أخر ، وهذا هو ما يميز الالتزام البدلي عن الالتزام التخييري , و التعدد في الالتزام البدلي لا يكون إلا بالنسبة للوفاء إي لا يذكر هذا التعدد في محل الالتزام ، وعلى ذلك لا يكون البديل محلا للمطالبة من الدائن إلا انه يقوم مقام المحل الأصلي إذا ما رغب المدين في إن تبرا ذمته بأدائه.

والمثال على ذلك إن يقرض الدائن المدين مبلغاً من النقود ويتفق معه على انه يستطيع عند حلول الأجل إذا لم يشأ إن يرد مبلغ القرض إن يعطيه بدلا منه دارا أو أرضا معينة فيكون مبلغ النقود هو المحل الأصلي والدار أو الأرض هي البدل[١٤] ، وفي القوانين المدنية[١٥] نجد أنها نصت وبشكل صريح وواضح بشان وحدة المحل الأصلي ومنها المادة (٣٠٢) من القانون المدني العراقي بنصها (يكون الالتزام بدلياً إذا لم يكن محله إلا شيئا واحدا ..) وبهذا فان ما جاءت به نص المادة يؤكد وجوب هذا الشرط ، وتقابلها في القانون المدني المصري المادة (٢٨٧) والمادة (١٣٠٨) من القانون المدني الفرنسي.

وبذلك فان الالتزام البدلي ليس له إلا محل واحد هو المحل الأصلي وهو وحده الذي يستطيع الدائن إن يطالب به فلا يملك إن يطالب بالمحل البديل حتى ولو هلك المحل الأصلي ولو بخطأ المدين ، فالالتزام البدلي يكون بالنسبة للدائن التزام بسيط من جميع الوجوه وكل خصوصيته هو انه يتيح للمدين إن يؤدي بدلا عن محل التزامه الأصلي محلا أخر يؤدي الوفاء به إلى براءة ذمته كما لو قد أدى المحل الأصلي الملتزم به .

ويترتب على ما تقدم إن هذا المحل وحده هو الذي يحدد ومنذ البداية طبيعة هذا الالتزام وما يترتب على ذلك من اثأر ، فإذا كان هذا المحل عقارا كان الالتزام وارداً على عقار (حتى ولو كان المحل البديل منقولا وحتى لو تم الوفاء بهذا المنقول) اما إذا كان الالتزام وارداً على منقول حتى ولو كان البديل عقارا ولو تم الوفاء بهذا العقار ،وكذلك الحال إذا كان محل الالتزام الأصلي قابل أو غير قابل للتجزئة [١٦].

وبالإضافة إلى ذلك ينبغي توافر شروط محل الالتزام في المحل الأصلي وحده دون إن يكون لتوافرها من عدمه في المحل البديل إي تأثير على ذلك فلو تخلف عن المحل الأصلي شرط من الشروط الواجب توافرها في المحل وقع الالتزام باطلا حتى ولو توافرت هذه الشروط في المحل البديل[١٧].

فإذا كان المحل الأصلي منذ البداية لا يصلح إن يكون محلا للوفاء لهلاكه أو لاستحالته أو لعدم توافر اي شرط من شروط المحل فيه يسقط الالتزام البدلي ، اذ إن عدم توافر شروط المحل في المحل الأصلي يؤدي إلى بطلانه حتى وان كان البديل تتوفر فيه كافة شروط المحل والتي هي إن يكون موجودا أو ممكن الوجود ومعيناً أو قابلا للتعيين وان يكون مشروعا[١٨].

ثانياً : إن يقوم مقام المحل الأصلي شيء أخر هو البديل

وهذا الشرط واضح من تسمية هذا الالتزام بالالتزام البدلي بان يكون محل الالتزام شيئا واحدا ولكن يجوز للمدين إن يبرأ ذمته إذا أدى شيئا أخر وهو ما يسمى بالبدل ، ويكون ذلك بالاتفاق المسبق

بين الدائن والمدين وقت ابرام العقد بان يمكن للمدين ان يؤدي له شيء اخر بدل المحل الاصلي اذا لم يتمكن من اداء المحل الاصلي اي بالاتفاق وهذا ما اكدته المادة (٣٠٢) من القانون المدني والتي تقابلها المادة (٢٧٨) من القانون المدني المصري والمادة (١٣٠٨) من القانون المدني الفرنسي، اذ لم يشترط القانون على المدين ان يؤدي المحل الاصلي او البدل وانما ترك الامر لإرادة المدين لأداء ايهما شاء ، لكن في الفقه الاسلامي تطبيق مشابه لذلك وان ما وجدناه هو كان في الغالب يكيف على انه وفاء بمقابل ، اذ لا يستطيع المدين ان يفي بالبدل الا اذا استحال تنفيذ الاصل وهذا ما نصت عليه مجلة الاحكام العدلية في المادة (٥٣) بقولها (اذا بطل الاصل يصار الى البدل)

اذ وردت في الفقه الإسلامي الكثير من التطبيقات فيما يخص الوفاء بمقابل ، منها إذا هلك المغصوب في يد الغاصب وجب رد مثله أو قيمته ومن عجز عن الصيام وجبت عليه الفدية وما إلى ذلك من الإحكام ، فقد خففت الشريعة الإسلامية وسهلت المعاملات ويسرتها [١٩].

بيد ان البعض من الفقه قسم البدل على قسمين جائز وغير جائز[٢٠]، فقد منع فقهاء الأمامية بيع المسلم فيه قبل قبضه والمنع يشمل المكيل والموزون خاصة إلا تولية لقول الصادق "عليه السلام" (إذا اشتريت متاعا فيه كيلا أو وزن فلا تبعه حتى تقبضه إلا إن تولية[٢١] ، فأن لم يكن فيه كيلا أو وزن فبعه) والأقرب عندي الكراهية إلا في الطعام فالمنع اظهر وان كان فيه إشكال[٢٢] لكنهم أجازوا بدل الحيلولة عندما يتعذر على الملتزم في العقد أداء التزامه فيستطيع أداء بدله سواء كان سبب الحيلولة بين الملتزم وأدائه تلف أو غصب أو ضياع[٢٣]، اما الأحناف، فذكر السيوطي في الأشياء والنظائر ما نصه(لا يجوز الاستبدال عن دين السلم لامتناع الاعتياض عنه ويجوز عن دين القرض وبدل المتلف مثلا وقيما وثمن المبيع والأجرة ، والصداق ، عوض الخلع ، بدل الدم ... وكذا الدين الموصى به والواجب بتقدير الحاكم بالمتعة أو بسبب الضمان وكذا زكاة الفطر إذا كان الفقهاء محصورين وغير ذلك ....وفي الدين الثابت بالحوالة نظر يحتمل تخريجه على أنها بيع أم لا ويحتمل إن ينظر إلى أصله وهو المحال به فيعطي حكمه) فبذلك نجد إن البدل مما لا يجوز الاستبدال فيه هو بيع السلم [٢٤] قبل قبضه.

ورتب الفقهاء على ذلك انه يجب تسليم المسلم فيه إذا حل دين السلم كما يجب على المسلم إليه تسليم المسلم فيه على ما اقتضاه العقد ، وبخصوص التصرف في دين السلم قبل قبضه إن دين السلم دين غير مستقر ولذلك لا يصح بيع المسلم فيه لمن هو في ذمته أو لغيره أو الاستبدال عنه خشية فسخ العقد بسبب انقطاع المسلم فيه وامتناع الاعتياض عنه فهو والمبيع قبل القبض سواء ، فمثلا فقهاء الحنفية يرون في بيان ما يجوز من التصرف في المسلم فيه ، وما لا يجوز انه " لا يجوز استبدال المسلم فيه قبل قبضه ، بان يأخذ رب السلم مكانه غير جنسه لما ذكرنا إن المسلم فيه وان كان دينا فهو مبيع ولا يجوز بيع المبيع المنقول قبل قبضه ووجه قوله إن قبض رأس المال لما كان شرطا فبالاستبدال يفوت قبضه حقيقة وإنما يقبض بدله ، وبدل الشيء غيره " [٢٥].

بينما يرى فقهاء المالكية انه إذا حل اجل المسلم فيه وسلم جنسا غير جنس المسلم فيه فان هذا يدخله إما سلف وزيادة ولم يجيزوا للمسلم إليه إن يقضى السلم من غير جنس المسلم فيه سواء حل الأجل أم لا ألا بشروطٍ ثلاثة ، الأول إن يكون المسلم فيه مما يباع قبل قبضه كما لو اسلم ثوبا في حيوان فاخذ عن ذلك الحيوان دراهم إذ يجوز بيع الحيوان قبل قبضه ، والشرط الثاني إن يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه يدا بيد كما لو اسلم دراهم في ثوب مثلا فأخذ عنه طشت نحاس إذ يجوز بيع الطشت بالثوب يدا بيد ، والشرط الثالث إن يكون المأخوذ مما يجوز إن يسلم فيه رأس المال كما لو اسلم دراهم في حيوان فأخذ عن ذلك الحيوان ثوبا فأن ذلك جائز إذ يجوز إن يسلم الدراهم في الثوب فأحترز بالقيد الأول من طعام السلم فلا يجوز إن يأخذ عنه دراهم لأنه يؤدي إلى بيع الطعام قبل قبضه وقد وقع النهي عنه[٢٦].

اما فقهاء الزيدية فعندهم لا يجوز الاستبدال عن دين السلم قبل قبضه لان دين السلم غير مستقر ولان من اسلم في شيء فلا يجوز إن يصرفه إلى غيره[٢٧].

وما يجوز الاستبدال به هو إبدال الإثمان ، فالثمن هو العوض بالبيع وما يكون بدلا للمبيع إي هو ما يبذله المشتري من عوض للحصول على المبيع وقيمة الشيء ما يقوم مقامه ولهذا سمي قيمة لقيامه مقام غيره والثمن والمثمن كل واحد منهما يقوم مقام صاحبه[٢٨]، واختلف الفقهاء في حكم إبدال الإثمان فالشيعة الأمامية والحنفية يجوز إبدال الإثمان قبل القبض لأنها يتعين بالتعيين ولان الثمن لو كان دراهم وهي قائمة فأنه يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد وهو الأصح لأنه بمنزلة الغصب وان كانت مستهلكه اخذ مثلها[٢٩]، والثمن لا يحصل فيه التعيين إلا بالقبض ذلك إن الإثمان لا تتعين مملوكة إلا به فكان اشتراط القبض لتحقيق التعيين , ولذلك أجازوا إبدال الإثمان قبل القبض لأنها تتعين ولان العقد لا ينفسخ بهلاكه واستدلوا بما روي عن عبد الله ابن عمر (رضي الله عنه) انه قال يا رسول الله إنا نبيع الإبل بالبقيع ونأخذ مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فقال عليه الصلاة والسلام لأبأس إذا كان بسعر يومها وافترقتما وليس بينكما شيء ، وصرح الفقهاء بأن هذا نص على جواز الاستبدال من ثمن المبيع والمراد من الحديث عندهم العين لا الدين لان الدين مال حكمي ولا يتصور فيه قبض حقيقة وكان قبضه بقبض بدله ، لأنها وصف ثابت في الذمة ، وإما الشافعية وزفر من الحنفية فالأصل عندهم إن المبيع والثمن من الأسماء المترادفة الواقعة على مسمى واحد واستدلوا على ذلك بقوله تعالى (وشروه بثمن بخس دراهم معدودة) إي وباعوه وقالوا إن كان الثمن متعين نقدا أو غيره فلا يجوز التصرف فيه قبل القبض وإما إن كان في الذمة جاز إبداله قبل القبض[٣٠].

ثالثاً : يكون الخيار في إيفاء الأصل أو البدل للمدين فقط

فالالتزام البدلي يكون الخيار في الوفاء للمدين فقط وبالتالي لا يجوز للدائن إن يجبر المدين إن يقوم بإيفاء الأصل أو البدل وإنما هو يستطيع منذ البداية بموجب الاتفاق إن يحدد مسبقا إذا كان سيتم الوفاء بالأصل أو البدل وهو ما يتميز به الالتزام البدلي الذي جعل البعض من فقهاء القانون يخلط بينه وبين الوفاء بمقابل إلا إن هناك اختلاف واضح فيما بينهما فالالتزام البدلي ليس له إلا محل واحد وهو المحل الأصلي وهو وحده الذي يستطيع الدائن إن يطالب به ولا يملك إن يطالب بالمحل البديل فيما لو هلك المحل الأصلي ولو بخطأ المدين لأنه يؤدي إلى انقضاء الالتزام.

ويمكن أيضا توضيح الفرق بينهما في إن الاتفاق على الوفاء بالبدل كان سابقا على وقت الوفاء إما في الوفاء بمقابل فالاتفاق بالبديل يكون معاصرا لوقت الوفاء وقد تستند رخصة الوفاء بالمحل البديل إلى نص القانون اذ يكون هو مصدر الالتزام البدلي وقيل هذه الإمكانية لا وجود لها في الوفاء بمقابل, لأنه لا يوجد في الوفاء بمقابل تطبيق مصدره نص القانون[٣١].

ولكن السؤال الذي يثار هنا هو ، متى يمكن للمدين إن يفي بالبدل ؟ وهل يمكن له الإيفاء بالبدل مع وجود الأصل ؟

الفقه الإسلامي بصورة عامة وجب على الشخص إن يرد الأصل لا البدل[٣٢] إلا انه يرى إن من أدى البدل مع قدرته على الأصل لا يجزيه ولذلك يجب على الشخص إن يؤدي أصل الالتزام إن كان ممكنا ولا يجوز له أداء البدل لان ذلك يعد نقصا إلا إذا لم يكن بإمكانه رد الأصل فالمتعاقد لم يتعاقد إلا على المحل الأصلي للالتزام وليس البديل فإذا أدى الملتزم البدل عن المحل الأصلي فانه يعد قد جبر ذلك النقص بالقيمة وفي ذلك يقول الفقهاء " الأصل إن يؤتى بعين المال مع الإمكان ، فان أتى به كامل الذات والصفات يبرى من عهدته أو ناقص الأوصاف جبر نقصها بالقيمة " [٣٣].

وإيفاء الأصل في الاصطلاح هو الأداء وإيفاء البدل يسمى القضاء والبدل هو إعطاء المثل إذا كان الأصل من المثليات ويسمى هذا بالقضاء الكامل وهو إعطاء قيمته إذا كان من القيميات ويسمى هذا بالقضاء القاصر وهذه التسميات عرفها الأصوليون وهم الذين فرقوا بين أداء الأصل و ايداء البدل وان إيفاء الأصل هو الأداء وإيفاء البدل هو القضاء والأخير ينقسم بدوره إلى أداء كامل وأداء قاصر[٣٤].

وصفوة القول إن الفقه الإسلامي يجيز خيار البدل ويثبته للمدين ولكن بشرط موافقة الدائن والتقيد بشروط الربا المعروفة في الشريعة الإسلامية فقد يكون هذا الاستبدال معاوضة لان الدين يستبدل به عوضا أخر كما قد يكون نوعا من أنواع البيوع كبيع الدين بالعين المعروف في الفقه الإسلامي.

وعلى صعيد القوانين المدنية ، نجد إن مصدر الالتزام البدلي يكون الاتفاق أو نص القانون وهذا يعني انه يكون الخيار للمدين مسبقا بالاتفاق مع الدائن في إيفاء الأصل أو البدل ولكن بالرجوع إلى نص المادة (٣٠٢) من القانون المدني العراقي ونص المادة (٢٧٨) من القانون المدني المصري اللذان وضحا بأنه تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلا من الأصل شيئا أخر دون إن يشترط موافقة الدائن حتى في حالة وجود الأصل وهذا ما يمكن استنتاجه ضمنا كون الالتزام البدلي من التصرفات الإرادية التي تتم بالاتفاق ما بين الدائن والمدين ، بينما في المادة (١٣٠٨) التي أضيفت للقانون المدني الفرنسي بموجب المرسوم رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ لا يجيز المشرع للمدين أداء البدل إلا إذا أصبح أداء الأصل مستحيلا بسبب قوة قاهرة بخلاف موقف المشرع العراقي والمشرع المصري.

المطلب الثاني

تمييز الالتزام البدلي مما يشتبه به

بعد إن وقفنا على التعريف بالالتزام البدلي من خلال بيان تعريفه وشروطه ، أصبح من السهل علينا إن نميز بين الالتزام البدلي مما قد يشتبه بها من نظم قانونية.

ولعل من أشهر النظم أو الأوضاع التي تشتبه بالالتزام البدلي والتي تختلف عنها في نواحي كثيرة هي الشرط الجزائي والالتزام التخييري , وعليه سنقسم هذا المطلب على فرعين سنكرس أولهما لتمييزه من الشرط الجزائي , وسنفرد ثانيهما لتمييزه من الالتزام التخييري.

الفرع الأول

تمييز الالتزام البدلي من الشرط الجزائي

إن الشرط الجزائي أو التعويض ألاتفاقي هو (اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدما مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن إذا لم ينفذ المدين التزامه أو اخل به أو تأخر في تنفيذه , ويسمى أيضا بالشرط الجزائي لأنه شرط يدرج عادة ضمن شروط العقد الأصلي أو يقوم استحقاق التعويض على أساسه وهو جزائي لان القصد منه مزدوج فهو تعويض للدائن عما يصيبه من ضرر وهو جزاء يفرض على المدين لعدم تنفيذه التزامه أو لإخلاله بتنفيذ التزام ترتب في ذمته أو لتأخره في تنفيذه ، لذا فهو قد ينطوي على معنى التهديد دون إن يعتبر عقوبة لان المبلغ الذي يتضمنه يقدر عادة بأكثر من الضرر الذي يصيب الدائن عند عدم التنفيذ أو التأخير في التنفيذ) [٣٥].

وبذلك فأن الشبه بين الشرط الجزائي والالتزام البدلي يتجسد بقيام المدين في كلا الالتزامين بأداء شيء أخر بدلا عن المحل الأصلي ، ففي الشرط الجزائي يقوم المدين بأداء التعويض المتفق عليه في حالة إخلاله بالتزاماته العقدية بينما في الالتزام البدلي يقوم المدين بأداء الشيء البديل المتفق عليه في العقد بدل المحل الأصلي[٣٦].

إما أوجه الاختلاف بين الشرط الجزائي والالتزام البدلي يمكن إن تكون من حيث التبعية ومن حيث الشيء المطالب به والاثر المترتب عن كل منهما .

١ - من حيث تبعية الالتزام

إن الشرط الجزائي التزام تبعي غير التزام المدين الاصلي لا يقصد لذاته ولا يستعمل بنفسه وبالتالي اذا استحال أداء الالتزام الأصلي بخطأ المدين يستطيع المدين ان يعرضه على الدائن وهذا بخلاف الالتزام البدلي الذي يكون منذ البدء التزام أصلي يتفق عليه المتعاقدان ابتداء وبموجبه يمكن للمدين إن ينفذ الالتزام الأصلي او يفي بشيء أخر بدلا منه لتبرأ ذمته بأدائه [٣٧].

٢ - من حيث الشيء المطالب به

في الشرط الجزائي الدائن لا يطالب في الأصل إلا بالتزام المدين الأصلي دون الشرط الجزائي طالما كان ذلك ممكنا وهو ليس التزاما تخييرياً ولا التزاما بدلياً ، فلا يستطيع الدائن الاختيار بين الشرط الجزائي وبين الالتزام الأصلي فيطلب تنفيذ إي شـــاء منهما اذ لا يستطيع إن يطلب إلا تنـــفيذ الالتزام الأصلي ما دام ممكنا ، ولا المدين كذلك يستطيع الاختيار بين الالتزام الأصلي والشـــرط الجزائي فـــهو لا يستطيع إن يـــعرض إلا تنفيذ الالتزام الأصلي إذا كان ممكنا [٣٨] ، فإذا تعاقد البائع مع المشتري على بيع سيارة وضمنا عقدهما شرط جزائيا يقضي بدفع مبلغا من النقود إذا لم يـــقم بتنـــفيذ التزامه بتسليم السيارة فأنه لا يجوز للبائع إن يخالف الذي اتفـــقا عليه كشرط جزائي ويعطيه بدلا من التنفيذ العيني للالتزام إلا إذا رضا المشتري بذلك وحـــتى في حالة ما إذا أصبح تـــنفيذ الالتزام الأصلي مستحيلا بـــقوة قاهرة فأن الالتزام ينقضي ولا يجوز للدائن إن يطالب بالشرط الجزائي , وهذا ايضا في الالتزام البدلي الذي يجوز فيه للمدين إن يحل البدل محل الأداء الأصلي حتى مع بقاء هذا الأداء ممكنا[٣٩].

٣ - من حيث الاثر المترتب عن كل منهما

إن الشرط الجزائي هو عبارة عن تعويض اتفاقي[٤٠] يستحق عند اخلال المدين بالتزامه سواء بالتأخير في تنفيذ الالتزام أو بالامتناع عن تنفيذ الالتزام ولا يعد تنفيذاً عينياً للعقد ، بينما الالتزام البدلي هو تنفيذ للعقد من خلال الجواز للمدين بأداء شيء أخر بدل المحل الأصلي لكي تبرأ ذمته بأداء ذلك البدل [٤١] .

الفرع الثاني

تمييز الالتزام البدلي من الالتزام التخييري

يعد الالتزام البدلي من الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام كما هو الحال في الالتزام التخييري وصف يرد على محل الالتزام فيحوله من التزام بسيط إلى التزام موصوف ، ولكن الالتزام البدلي هو الذي يقع على محل واحد ممكن للمدين ان يؤدي بدلا منه شيئا أخر مثال ذلك إن يقترض شخص من أخر مبلغ من النقود ويتفق مع المقرض إن يرد له سيارة بدلا من النقود .

وبذلك يتضح الفرق الجوهري ما بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري في عدة أوجه ، منها ما يتعلق بتعدد المحل في الالتزام التخييري بينما يكون المحل واحد في الالتزام البدلي هو المحل لا البدل والذي به تتحدد طبيعة الالتزام الأصلي مقدما بخلاف الالتزام التخييري الذي لا تتحدد طبيعة الالتزام فيه إلا بعد استعمال صاحب الخيار حقه في الخيار ، لذا يترتب على ما تقدم عدة نتائج :-

١ - حالة استحالة الوفاء

إذا استحال وفاء المحل الأصلي في الالتزام البدلي بسبب أجنبي عندئذ تبرا ذمة المدين حتى وان كان وفاء البدل ممكناً ، ولكن العكس فيما لو كانت الاستحالة في البدل لا في المحل الأصلي فان الالتزام الأصلي يبقى قائما ولا تبرأ ذمة المدين من تأديته.

وهذا بخلاف الالتزام التخييري فهلاك احد المحال بسبب أجنبي لا يبرأ ذمة المدين ويتركز الالتزام في المحال الباقية [٤٢] ، فضلا عن ذلك فهناك فرق ما بين الالتزام البدلي والالتزام التخييري فيما يتعلق بالمحل الاصلي إذا كان منذ البداية لا يصلح إن يكون محلا لهلاكه أو لاستحالته أو لعدم توافر إي شرط من شروط المحل فيه فيسقط الالتزام البدلي ، إما الالتزام التخييري فينقلب إلى التزام بسيط بمحل واحد إذ يتركز في الشيء الأخر الذي توفرت فيه شروط المحل.

٢ - الحق في الخيار

في الالتزام البدلي ليس للدائن إلا إن يطالب بالمحل الأصلي ويكون للمدين قبل الحكم أو بعده إن يعرض على الدائن البدل دون الشيء الأصلي إما إذا كان الالتزام تخييرياً فعلى الدائن إن يطالب بالشيئين حتى يترك الخيار للمدين إلا إذا كان هو صاحب الخيار فيستطيع إن يقصر المطالبة على ما يقع عليه اختياره [٤٣] .

٣ - تحديد طبيعة الالتزام

إن طبيعة الالتزام في الالتزام البدلي تكون محددة مقدما ، إذ تتحدد بطبيعة المحل الأصلي لا البدلي ، فإذا كان المحل عقارا كانت طبيعة الالتزام عقارية حتى وان كان المحل البديل منقولا ، وعلى خلاف ذلك لو كان المحل الأصلي منقولا كانت طبيعة الالتزام منقولة حتى وان كان المحل البديل عقارا ، بينما في الالتزام التخييري تحدد طبيعته عند استعمال صاحب الخيار حقه في التعيين باختيار احد المحال المتعددة ، مثال ذلك عندما يكون لي الخيار في ثلاثة أشياء بيت وسيارة وجهاز تبريد فالالتزام هنا لا يمكن تحديد طبيعته مسبقا إلا بعد إن يقع اختياري على العقار كالبيت أو المنقول كالسيارة أو جهاز التبريد [٤٤].

٤ - مشروعية المحل

في الالتزام البدلي إذا كان المحل الأصلي غير مشروع فعندئذ يكون العقد باطلا لعدم مشروعية المحل ولا يستطيع المدين تصحيح هذا العقد بتسليم البدل ، ولكن الحال في خيار التعيين إذا كان احد المحال المتعددة باطلا حينها لا يبطل العقد لمشروعية المحال الأخرى [٤٥]

٥ - الأثر الرجعي

إن الوفاء في الالتزام البدلي ليس له اثر رجعي فلا ينقلب هذا الالتزام بالوفاء إلى التزام بسيط منذ البداية ، بخلاف خيار التعيين فان إعمال حق الخيار يستند إلى الماضي فينقلب الالتزام الموصوف إلى التزام بسيط منذ البداية[٤٦] ، وهذا ما جاءت به المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري اذ جاء فيها ما نصه (ويناط الحكم على طبيعة الالتزام البدلي بالتكييف الأصلي الذي يرد عليه ويعتبر محلا له على وجه الإفراد دون البديل الذي يكون للمدين إن يبرئ ذمته بأدائه ....وكذلك يرجع لاعتبار الالتزام البدلي عقاريا أو منقولا وفي التقاضي بشأن هذا الالتزام ولا سيما فيما يتعلق بتقدير القيمة والاختصاص إلى محله الأصلي دون البديل) [٤٧]، وهذا أيضا ما جاءت به الفقرة الثانية من المادة (٣٠٢) في القانون المدني العراقي التي نصت على انه (الأصل لا البدل هو وحده محل الالتزام وهو الذي يحدد طبيعته) والموقف ذاته نجده في القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة (٢٧٨) التي نصت على انه (الشيء الذي يشمله محل الالتزام لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته) .

المبحث الثاني

إحكام الالتزام البدلي

هنالك محلين في الالتزام البدلي احدهما أصلي والأخر بديل ، ولا يستطيع الدائن المطالبة إلا بالمحل الأصلي ، لكن ما الحكم لو هلك المحل الأصلي ؟ فهل يستطيع الدائن حينها المطالبة بالبدل ؟ ومن يتحمل تبعة الهلاك ؟ هل هو الدائن أم المدين ؟

وما يضاف إلى ذلك ويتصل به هل الخيار في الالتزام البدلي يمكن إن ينتقل إلى الورثة ؟ وهل هنالك حالات معينة تؤدي إلى سقوط الخيار في الالتزام البدلي ؟

وللإجابة على هذه الأسئلة سنقسم الكلام في هذا المبحث على مطلبين : سنبين في أولهما إحكام هلاك الأشياء ، وسنفرد ثانيهما لإحكام انتقال الخيار وحالات سقوطه .

المطلب الأول

إحكام هلاك الأشياء

إن حالات الهلاك تختلف باختلاف المتسبب في ذلك فقد يقع الهلاك بسبب الدائن أو بسبب المدين أو بسببهما معا أو بسبب أجنبي سواء كان ذلك في المحل الأصلي أو البديل في الالتزام البدلي فما حكم الهلاك في الفقه الإسلامي والقوانين المدنية محل المقارنة ؟ وهذا ما سنحاول بيانه في هذا المطلب من خلال تقسيمه على فرعين ، سنبحث في أولهما إحكام هلاك المحل الاصلي ، وسنكرس ثانيهما إحكام هلاك المحل البديل.

الفرع الأول

هلاك المحل الأصلي

في الالتزام البدلي يكون محل الالتزام هو المحل الأصلي ، ولا يجوز للدائن إن يطالب المدين إلا بالمحل الأصلي وبالتالي لا يستطيع إجباره على تنفيذ المحل البديل ولكن ما الحكم في حالة هلاك المحل الأصلي ؟.

بالرجوع إلى كتب الفقه الإسلامي لم نجد إحكاماً لهلاك المحل الأصلي في الالتزام البدلي وما وجدناه هو إحكام عامة تخص البيوع بصورة عامة ، إذ انقسمت أراء فقهاء المذاهب الإسلامية بشأن تحمل تبعة هلاك الشيء المبيع على قسمين:

يرى أولهما إن تبعة هلاك الشيء المبيع قبل التسليم بسبب أجنبي على البائع ولا ينتقل إلى المشتري ومن قال بهذا الرأي الأمامية [٤٨] و الحنفية[٤٩] والشافعية [٥٠] ، ففقهاء الحنفية يرون إن ضمان المبيع لا ينتقل من البائع إلى المشتري إلا بالقبض والتسليم ، والقبض عندهم هو التخلية والتخلي وهو إن يخلي البائع بين المبيع وبين المشتري برفع الحائل بينهما على وجه يمكن المشتري من التصرف فيه فيجعل البائع مسلما للمبيع والمشتري قابضا له وكذا تسليم الثمن ، وبالتالي إذا تلف المبيع في يد البائع قبل التسليم انفسخ البيع عند الحنفية والشافعية لأنه فات التسليم المستحق بالعقد ، والقبض المقصود هنا هو القبض في المعاوضات المالية عامة عدا السلم الذي يجب القبض فيه في المجلس (إي بعدم افتراق العاقدين بأبدانهما في مجلس العقد والذي يكون قبضه يدا بيد)[٥١].

في حين يرى ثانيهما إن تبعة الهلاك ترتبط بانعقاد العقد ، فالضمان عندهم يتعلق بالعقد لا بالقبض ومن قال بهذا الرأي المالكية [٥٢] والحنابلة [٥٣] ، إذ اعتبروا إن ضمان المبيع تابعا للملك فهو ينتقل إلى المشتري مع ملكية المبيع ، ولو إن رجلا أجنبيا عن العقد اتلف المبيع قبل إن يقبضه فلا خلاف في إن لهذا المشتري إن يمضي العقد وان يطالب المتلف بقيمة المبيع إن كان قيمياً أو بمثله إن كان مثلياً والمشتري له إن يفسخ العقد ويسترد الثمن وحينئذ يجوز للبائع إن يطالب المتلف الأجنبي بمثل المبيع الذي أتلفه أو بقيمته [٥٤].

هذا إذا كان الهلاك بسبب أجنبي ولكن هل الحكم نفسه في حال ما إذا تسبب المدين بخطئه بجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ؟

أجاب الأمامية [٥٥]على ذلك بأنه إذا اتلف البائع أو الأجنبي المبيع الذي يمكن الرجوع إليه في تدارك خسارته فالأقوى صحة العقد وللمشتري الرجوع على المتلف بالبدل من مثل أو قيمة ، إما الحنفية [٥٦] والشافعية [٥٧] فلهم رأي مطابق إذ يرون إذا هلك المبيع قبل التسليم ينفسخ العقد ويسقط الثمن عن المشتري سواء كان عقاراً أم منقولاً فالمبيع قبل القبض مضمون بغيره وهو الثمن والعقار في هذا كالمنقول حتى إذا استحق أو تصور هلاكه فهلك سقط الثمن ولان القدرة على التسليم شرط لجواز البيع في العقار والمنقول جميعاً ، فإذا تلف المبيع بيد البائع قبل التسليم انفسخ البيع لأنه يؤدي إلى فوات التسليم المستحق بالعقد فيفسخ البيع ، بينما المالكية نجد لهم رأي مخالف للحنفية والشافعية والأمامية فالبيع عندهم لا ينفسخ ولكن يجبر البائع على تسليم ما يماثل المبيع إي قيمة المقوم ومثل المثلي عند الضمان منه سواء كان الإتلاف من البائع أو من شخص أجنبي لان القاعدة عندهم إن اللازم في الفوات القيمة في المقوم والمثل في المثلي إلا إن يقدم كثمر في غير وقته فقيمته[٥٨].

ويفرق فقهاء الحنابلة بتسليم ما يماثل البيع إن كان من المثليات أو دفع قيمته إن كان من القيميات إذ قالوا " ويثبت للمشتري الخيار بين الفسخ والرجوع بالثمن لان التلف حصل في يد البائع

وبين البقاء على العقد بمطالبة المتلف بالمثل إن كان مثليا وان كان بفعل البائع فقياس قول أصحابنا إن المشتري مخير بين الفسخ والرجوع في الثمن وبين أخذه والرجوع على البائع بعوض ما اتلف أو أعيب"[٥٩].

وتجدر الإشارة إلى إن هناك رأي للحنفية يوافق المالكية والحنابلة وبموجبه لا ينفسخ البيع فنقرا في احد المصادر ما نصه " وينبغي إن لا ينتقض البيع لان المبيع وان فات قد اخلف بدلا والمبيع إذا فات واخلف بدلا لا ينقض البيع إلا إن يختار المشتري النقض"[٦٠].

ويفرق فقهاء الشافعية فيما إذا كان المبيع في يد المشتري وقت البيع أو لا إذ قالوا " إن يد المشتري قبل الشراء تكون إما يد ضمان وإما يد أمانة وان المضمون إما يكون مضموناً بنفسه أو بغيره ومعنى المضمون بنفسه انه إذا هلك يكون مضموناً بمثله أو بقيمته ومعنى المضمون بغيره إلا يكون مضمونا بمثله أو بقيمته إن هلك ولكن مضمون بشيء أخر كالمرهون فأنه ليس بمضمون بنفسه بل بغيره وهو الدين إما البيع فهو مضمون بنفسه وفي هذا اخذ بقاعدة المثل والبدل ونستطيع إن نمثل لذلك بالقرض بأنه كما يرى الفقهاء لا يلزم المقترض رد عينه إي عين ما اقترضه لأنه ملكه ملكا تاما بالقرض وإذا كان القرض مثليا ورده المقترض بعينه لزم المقترض أخذه فيستطيع المدين إن يرد في القرض المثل في المثلى لأنه اقرب إلى حقه ويرد في المتقوم المثل صوره " [٦١] وبهذه الصورة يكون حكم الالتزام البدلي من الوضوح بحيث يأخذ حكم الالتزام البدلي المعروف في فقه القانون المدني فهناك مثلا يستطيع الشخص إن يقرض أخر مبلغا من النقود على إن يكون له الحق عند الوفاء إن يؤدي بدلا عن هذه النقود أرضا أو عقارا أو سيارة فيكون المحل الأصلي(مبلغ من النقود) ويكون المحل البديل هو (الأرض أو العقار أو السيارة) وفي عصرنا كثير ما تجري هذه المعاملة كإعطاء المقاول الذي يبني العقار سيارة وفاء بدلا عن أجرة المقاولة [٦٢].

وفي القوانين المدنية نجد إن القانون المدني العراقي لم ينص على إحكام الهلاك في الالتزام البدلي سواء كان هلاك المحل الأصلي أو هلاك البديل وان اشار الى براءة ذمة المدين إذا أدى شيئاً أخر غير المحل الأصلي وهذا ما نصت عليه المادة (٣٠٢) التي قضت بأنه (يكون الالتزام بدليا إذا لم يكن محله إلا شيئاً واحدا ولكن تبرئ ذمة المدين إذا أدى بدلا منه شيئاً أخر) , والنـــص هنا جاء مطلقا بشكل يتيح للمدين أداء البدل سواء هلك الأصل أو لا والحكم ذاته في القانون المـــدني المصري فقد ورد النص مطلقا في المادة (٢٧٨) [٦٣] ، بينما نجد القانون المدني الفرنسي اتفق مع إحكام الفقه الإسلامي عندما قيد أداء البدل في حالة ما إذا أصبح أداء الأصل مستحيلاً بسبب القوة القاهرة إذ نص في المادة (١٣٠٨) منه على انه (الالتزام بدلي عندما يكون محله أداء ، ولكن المدين له الخيار بالإبراء في حالة تقديم شيء أخر ، وان البدل يدفع إذا اصبح تنفيذ الأداء الاصلي المتفق عليه مستحيلا بسبب القوة القاهرة)[٦٤].

ولكن فقه القانون المدني توسع في شرح إحكام هلاك المحل الأصلي في الالتزام البدلي ، ومّيز فيما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي أو بسبب الدائن أو المدين ، فإذا هلك المحل الأصلي بسبب أجنبي فينقضي الالتزام وتبرأ ذمة المدين ولا تتركز المحلية في البديل واما إذا هلك المحل الأصلي بخطأ المدين فأن الدائن لا يطالب المدين إلا بالتعويض عن هذا المحل دون إن يستطيع المطالبة بالبدل لأن البدل ليس هو محل الالتزام ، وإنما يجوز للمدين إن يتوقى دفع التعويض بأن يوفى بالبدل فتبرئ ذمته من الدين وقد كان قادرا على إن يفعل ذلك قبل هلاك المحل الأصلي فهو على فعله بعد الهلاك اقدر[٦٥], وهذا هو القدر المعروف في قواعد المسؤولية العقدية الذي على ضوئه قضت محكمة النقض المصرية بقولها " مجرد عدم تنفيذ المدين لالتزامه التعاقدي يعتبر في حد ذاته خطأ موجبا للمسؤولية" [٦٦].

إما إذا هلك المحل الأصلي بخطأ الدائن فأن الدائن يكون بمثابة من استوفى حقه[٦٧] ويمكن في هذه الحالة للمدين إن يوفي بالبدل ثم يطالب الدائن بقيمة المحل الأصلي الذي هلك بخطئه ، وبالتالي فأن للمدين الخيار بين إن يلزمه بالمحل الأصلي الذي هلك بسببه أو بين إن يقدم له البدل ولكن يطالبه بقيمة المحل الأصلي الهالك إلا إذا تمكن الدائن من إن ينفي الخطأ عن نفسه بإسناده إلى سبب أجنبي [٦٨] وبذلك إذا ثبت خطأ الدائن يكون للمدين إن يوفي بالشيء البديل ويرجع عليه بقيمة المحل الأصلي وكل الإحكام السابقة تعد تطبيقا للقواعد العامة ولم يأتي الفقه بجديد وهذا يفسر لنا موقف المشرع العراقي والمشرع المصري من عدم إيراد نصوصا خاصة لإحكام الهلاك وأحال الأمر إلى حكم القواعد العامة .

الفرع الثاني

هلاك المحل البديل

إن هلاك البدل لدى اغلب فقهاء المذاهب الإسلامية لا يؤدي إلى فسخ العقد بل يبقى على محله الأصلي الذي التزم به المدين وعند رجوعنا لكتب فقهاء المذاهب الإسلامية لم نجد رأياً صريحاً يوضح حالة هلاك المحل البديل وما وجدناه يعد تسليم البدل كنوع من أنواع الصلح، وما جاء بهذا المعنى يمثل بعض القواعد المتفرقة من الفقه الإسلامي ، كتلك التي تقرر (البدل ما يكون له بدل)[٦٩].

وبما إن البدل نوع من أنوع الصلح فيمكن القياس على ذلك بهلاك بدل الصلح في الفقه الإسلامي وقد نصت عليه مجلة الإحكام العدلية في المادة (١٥٦) بنصها " إذا تلف كل بدل الصلح أو بعضه قبل إن يسلم للمدعى فأن كان مما يتعين بالتعين فهو في حكم المضبوط بالاستحقاق إي يطلب المدعي كل المصالح عنه أو بعضه عليه في الصلح ألواق عن إقرار " وان كان بدل الصلح إي مما لا يتعين

بالتعيين ككذا قرشا فلا يطرأ على الصلح خلل ويلزم المدعى عليه إعطاء مثل المقدار الذي تلف للمدعى [٧٠].

وجاء أيضا في مرشد الحيران المادة (٩٣٣) (إذا ضاع بدل الصلح أو استحق كلا أو بعضا قبل تسليمه للمدعي فأن كان مما لا يتعين بالتعيين وهو من جنس المدعى به أو من غير جنسه ولكن ضاع قبل الافتراق عن المجلس ، فلا ينتقض الصلح ويلزم المدعى عليه بمثل ما ضاع كلا أو بعضا سواء كان الصلح عن إقرار أو إنكار وان كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين فضاع كله أو بعضه قبل تسليمه للمدعي فان كان الصلح عن إقرار يرجع على المدعى عليه بالمدعي به كلا أو بعضا وان كان الصلح عن إنكار يرجع المدعى إلى المخاصمة)[٧١].

ومعنى ذلك انه إذا تلف كل البدل أو بعضه قبل التسليم أو بعضه قبل إن يسلم إلى المدعي ، فأن كان بدل الصلح مما يتعين بالتعيين كالعروض والعقار والمثليات فهو في حكم المضبوط بالاستحقاق , وجاء في الدر المختار " هلاك البدل كلا أو بعضا قبل التسليم له إي للمدعي كاستحقاقه كذلك في الأصوليين إي مع إقرار أو سكوت أو إنكار وهذا لو البدل مما يتعين وإلا لم يبطل بل يرجع بمثله "[٧٢].

ونمثل لما جاء في مجلة الإحكام العدلية من إحكام فإذا ادعى شخص الدار التي تحت يد أخر بأنها ملكه وتصالح مع المدعى عليه على فرس معينه وبعد تمام الصلح وقبل تسليم البدل تلف الفرس ، فإذا كان الصلح عن إقرار فللمدعي إن يطلب الدار وان كان بدل الصلح دينا ككذا قرشا أو من المثليات ككذا كيلة من الحنطة أو ككذا بيضه مما لم يكن موجوداً في المجلس ومشاراً إليه أو كان موجوداً في المجلس ومشارا إليه أو كان من الأشياء التي لا تتعين بالتعيين كالذهب والفضة مثلا فأنه بذلك لا يطرأ على الصلح خلل بتلف بدل الصلح كلا أو بعضه قبل التسليم ويلزم المدعى عليه إن يعطي مثل المقدار الذي تلف للمدعى[٧٣] وذلك إن الدراهم والدنانير كما هو معروف في الفقه الإسلامي لا تتعين بالتعيين في العقود والفسوخ [٧٤] فالعقد لا يتعلق بها بل يتعلق بمثلها في الذمة ولا يستطيع احد إن يتصور الهلاك في الشيء الثابت في الذمة[٧٥] .

بينما جاء القانون المدني العراقي[٧٦] والقانون المدني المصري [٧٧] واضحاً وصريحاً في عدم تقييد المدين بوفاء البدل بهلاك أو تلف البدل وإنما يفي ما يشاء دون قيد وهذه ميزة يتميز بها القانونين على الفقه الإسلامي والقانون المدني الفرنسي[٧٨] ، فلو هلك المحل البديل بخطأ المدين أو بسبب أجنبي فان الالتزام لا ينقضي ، بل يبقى قائما على المحل الأصلي ولا يجوز للدائن المطالبة بالبدل ولا يمكن أكراه المدين على الوفاء إلا بالمحل الأصلي ، إما إذا هلك المحل البديل بخطأ الدائن فان التزامه يبقى قائماً على المحل الأصلي وله إن يطالب المدين بهذا المحل ولكن هنا يملك المدين احد أمرين : أولهما إن يفي بالمحل الأصلي ثم يرجع على الدائن بالتعويض بقيمة المحل البديل الذي هلك

بخطئه ، كما له إن يمتنع عن الوفاء بالمحل الأصلي ويعتبر نفسه قد أوفى بالمحل البديل الذي هلك بخطأ الدائن ويعتبر الدائن بإهلاكه لهذا المحل بمثابة من استوفاه [٧٩].

ولكن إذا هلك البدل بعد هلاك المحل الأصلي بخطأ المدين أو بدون خطئه ، فالواجب على المدين التعويض عن المحل الأصلي لا عن المحل البديل لان المحل الأصلي هو وحده محل الالتزام والبديل لا يقوم مقامه في الوفاء إلا إذا كان موجوداً ، ومن ثم فان الالتزام البدلي يعتبر ضمانة للمدين دون الدائن حتى يكون الأول في سعة من أمره بين إن يوفى بالمحل الأصلي أو بالبدل عنه[٨٠] .

واستنادا لما تقدم نجد ان هنالك اختلاف في إحكام هلاك المحل الأصلي والبدل في القانون المدني عنه في الفقه الإسلامي , ففي الفقه الإسلامي لا يتحول الوفاء إلى البدل مع وجود الأصل إي مادام المحل الأصلي موجوداً فأن المدين ملزم بالوفاء به , وهو ما حدا ببعض فقهاء الأمامية إلى تسميته بدل الحيلولة والمقصود بها إن الحيلولة بين المالك وماله موجبة للزوم البدل في عهدة الضامن حتى في مورد التلف ، فالتلف من اظهر مصاديق الحيلولة بين المالك وماله ، وبما انه لا بد من الرجوع إليه في فهم هذه المعاني في العقد فيكون مفاد الحديث لزوم البدل في العهدة على تقدير الحيلولة بين المالك وماله وتعذر الوصول إليه سواء كان التعذر للأبد أو إلى أمد كالمسروق والغارق والضائع أو غير ذلك[٨١].

المطلب الثاني

إحكام انتقال الخيار في الالتزام البدلي وحالات سقوطه

إن الالتزام البدلي يمكن إن تتولد عنه حقوق لصاحب هذا الالتزام وهذه الحقوق ليست لصيقة بصاحبها ولا تبقى على وجه الدوام , بل يمكن إن تنتقل إلى شخص أخر في حياة صاحبها أو مماته فضلا عن انقضاء هذا الحق في حالات معينة .

ومن اجل تسليط الضوء على هذه الأفكار بشيء من التفصيل سنقسم هذا المطلب على فرعين ، سندرس في أولهما إحكام انتقال الخيار في الالتزام البدلي, وسنبحث في ثانيهما حالات سقوطه ..

الفرع الاول

حالات انتقال الخيار في الالتزام البدلي

إن حق الخيار الذي يتولد عن الالتزام البدلي يثبت للمدين فقط ولا يثبت للدائن وهذا الحق يمكن إن ينتقل من المدين إلى ورثته في حال وفاته , فعلى صعيد الفقه الإسلامي نجد إن الفقهاء لم يجيزوا

العدول من الأصل إلى البدل إلا في حالة هلاك الأصل , وحق الخيار الثابت للمدين يمكن إن ينتقل إلى الورثة وفي هذا الصدد فقد اختلف الفقهاء في جواز انتقال الخيار من المدين إلى ورثته إلا إن الاختلاف وقع في تحديد المراد بالتركة .

فنجد إن الأمامية[٨٢] والشافعية[٨٣] والمالكية[٨٤] , ذهبوا إلى إن التركة هي كل ما كان للمورث من الأموال والحقوق والاختصاصات (المنافع) عدا ما كان للمورث بصفة شخصية كحق الانتقال أو كان عقد ينتهي بالموت كعقد الزواج وعلى هذا إن حق الخيار الثابت للمدين في الالتزام البدلي في حالة وفاة المدين يكون حق قابلا للانتقال إلى الورثة .

وقد علل القائلون بانتقال الخيار للوارث باعتبار الخيار من مشتملات التركة انه حق ثابت لإصلاح المال استنادا إلى قول الرسول محمد صلى الله عليه واله وسلم (من ترك مالا أو حقا فلورثته) ، فقال العلامة الحلي " إن الخيار عندنا موروث لأنه من الحقوق" [٨٥] ، وبذلك صرح السيد علي الطبطبائي قائلا " إن الخيار بأنواعه يورث مشروطا كان أو لازما إي بأصل الشرع على خلاف "[٨٦].

إما الحنفية[٨٧] والحنابلة[٨٨] فقد ذهبوا إلى إن المقصود بالتركة هي الأعيان إي إن الأصل هو إن يورث المال دون الحقوق إلا ما قام دليل على إن إلحاق الحقوق بالأموال وهذا يعني إن فقهاء الحنفية والحنابلة قد ميزوا بين الخيارات الشخصية كخيار الشرط والرؤية والتغرير وصرحوا بأنها لا تورث وتسقط بموت صاحبها وبعد البيع لأنها مجرد حق ومشيئة وأراده وليست مالا إذ تزول مع الموت بموته ولا تقبل الانتقال إلى الورثة لان الذي ينتقل هو الأعيان فقط وإما الخيارات العينية كخيار العيب وخيار التعيين وخيار البدل , فأنها لا تنتقل إلى الورثة ومعتبرة من التركة لكن على معنى إن التوريث ليس للخيار بل لمحل الخيار وقد ظل السبب الحامل على الخيار قائم بالعين بعد موت المورث لكي يعين الوارث ملكه إذا انتقل الملك إليه مخلوطا بملك غيره .

وعلل فقهاء الحنفية إلى إن الخيارات الشخصية لا تورث كونها صفة للميت فخيار الشرط ليس وصفا بالمبيع حتى يورث أرثه وإنما هو مشيئة وارده فهو وصف قائم بشخص من يثبت له فلا يورث عنه لان الإرث يجري فيما يمكن نقضه والوصف الشخصي لا يقبل النقل بحال [٨٩].

ومن خلال ما تقدم يتضح إن فقهاء الحنفية يجيزون انتقال خيار البدل إلى ورثة المدين لأنه يتعلق بعين مورثه يلازمها الخيار ويثبت الخيار لعدم تمييز ملكهم المختلط بملك الغير .

بينما ذهب الحنابلة وحدهم إلى التفصيل بين مطالبة الميت بالخيار قبل موته أم عدم المطالبة فأن مات صاحب الخيار دون إن يطالب بحقه في الخيار بطل الخيار ولم يورث إما إن طالب بذلك بعد وفاته يورث [٩٠].

وهذا يعني إن خيار البدل غير موروث , إلا بالمطالبة أي انه موروث لكن بشرط المطالبة فأن تحـــقق هذا الـــشرط , وإلا لم يورث وهذا يعني توريث من المورث لورثته بإرادته [٩١].

إما على صعيد القوانين المدنية ، نجد ان القانون المدني العراقي لم ينص على انتقال خيار البدل من المدين إلى وارثه في حال وفاته وإنما ترك الأمر للقواعد العامة [٩٢] الخاصة بانصراف اثر العقود التي يبرمها الشخص إلى وارثه بعد وفاته باعتباره خلفا عاما والحال ذاته في القانون المدني المصري [٩٣].

ما لم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو من نص القانون إن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام وفي هذه الحال فان خيار البدل لا ينتقل من المدين إلى ورثته

اما القانون المدني الفرنسي لم يورد في احكام الالتزام البدلي اي نص يتعلق بانتقال الخيار الثابت للمدين الى ورثته في حال وفاته [٩٤] بل ترك الامر للقواعد العامة وبذلك يتضح إن المشرع الفرنسي أيضا يجيز انتقال خيار البدل إلى الورثة إذا مات المدين باعتبار الخيار هنا من الحقوق الداخلة ضمن التركة التي ينتقل إلى ورثة المدين باعتباره خلفا عاما [٩٥].

ومن خلال ما تقدم يتضح ان القوانين المدنية محل المقارنة قد تركت تنظيم حالة انتقال الخيار في الالتزام البدلي للقواعد العامة وبذلك تكون اتفقت مع فقهاء الأمامية والشافعية والمالكية والحنابلة في إجازة انتقال الخيار من صاحبه في حال وفاته الى ورثتهِ.

الفرع الثاني

حالات سقوط الخيار في الالتزام البدلي

إن حالات سقوط الحق في الاختيار الذي يتولد عن الالتزام البدلي يمكن ان تحدد بحالتين ، الأولى بتعيين محل الالتزام والثانية استحالة التنفيذ.

أولاً : تعيين محل الالتزام

تعد هذه الحالة محل خلاف بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية محل الدراسة , ففي الفقه الإسلامي لا يجيز فقهاء المذاهب الإسلامية العدول من الأصل إلى البدل إلا إذا بطل الأصل ، فلا يجوز للدائن في الالتزام البدلي إن يطالب إلا بالمحل الأصلي وليس له إن يطالب بالبدل لأنه ليس محلا للالتزام حتى تجوز المطالبة به والمدين أيضا عليه إن يوفي بالمحل الأصلي ولكن يستطيع إن يبرئ ذمته بأداء البدل الذي يقوم مقام المبدل (الأصل) ويسد مسده ويبني حكمه على حكم مبدله عند العجز

عن الأصل أو تعذر تحصيله , وعلى ذلك تتعلق إحكام الالتزام البدلي من البداية بالمحل الأصلي دون البدل [٩٦].

وهذا ما أكدته المادة (٥٣) من مجلة الإحكام العدلية [٩٧] التي نصت على انه (إذا بطل الأصل يصار إلى البدل) فلا يجوز الإيفاء بالبدل مادام الأصل قائما إلا برضا صاحب المال وهو المدين باعتباره وحده يملك هذا الحق [٩٨].

ولكن في تعيين الشيء الذي يختاره صاحب المال محلا للالتزام سواء كان هذا الشيء الأصل أو البدل ليتحول الالتزام الموصوف إلى التزام بسيط ، والتعيين قد يكون بشكل صريح أو بشكل ضمني وهذا سبق وان تكلمنا عنه في المطلب الأول [٩٩] , ومن الأمثلة على ذلك كمن يشتري فرسا ثم تتعرض للهلاك بيد البائع عندئذ يكون من حق هذا الاخير إن يؤدي بدلا وهو قيمتها باعتبارها مالا قيميا وفق المادة (٥٣) من مجلة الإحكام العدلية , لكن يمكن إن يتفق البائع مع المشتري إن يعطيه فرسا أخر بدلا من الفرس محل العقد حتى وان كانت موجودة وغير هالكه وذلك برضا المتعاقدين [١٠٠].

إما في القوانين المدنية ومنها القانون المدني العراقي فنجد قرره [١٠١] الاجازة للمدين في اداء شيئا أخر بدلا عن المحل الأصلي لالتزامه لتبرئ ذمته تجاه المدين والنص جاء مطلقا ولم يقيد المدين بأداء البدل في حالة هلاك الأصل وإنما أعطى الحق للمدين في الخيار بين أداء الأصل وأداء البدل حتى في حالة وجود الأصل [١٠٢], والحال نفسه في القانون المدني المصري الذي أعطى للمدين الخيار بين أداء الأصل أو البدل دون التقيد بهلاك الأصل وهذا يعني إذا اختار المدين احد الشيئين الأصل أو البدل يتعين محل الالتزام بالشيء الذي يختاره ويتحول الالتزام من التزام موصوف إلى التزام بسيط وبالتالي ينتهي الخيار في الالتزام البدلي ومثال ذلك إن يقرض الدائن المدين مبلغا من النقود ويتفق معه على انه يستطيع عند حلول الأجل إذا لم يشأ إن يرد مبلغ القرض إن يعطيه بدلاً منه دارا أو أرضا معينة فيكون مبلغ النقود هو المحل الأصلي والدار هي البديل [١٠٣] .

في حين نجد ان القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بموجب المرسوم رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠ فبراير لسنة ٢٠١٦ قد اتفق مع إحكام الفقه الإسلامي عندما قيد أداء البدل في حالة ما إذا أصبح أداء الأصل مستحيلاً بسبب القوة القاهرة إذ نص في المادة (١٣٠٨) منه على انه (..... المدين له الخيار بالإبراء في حالة تقديم شيء أخر ، وان البدل يدفع إذا اصبح تنفيذ الأداء الاصلي المتفق عليه مستحيلا بسبب القوة القاهرة)[١٠٤] بمعنى إن المدين عندما يستحيل عليه أداء الأصل نتيجة القوة القاهرة يستطيع إن يبرأ ذمته بأداء البدل وبالتالي ينقضي الالتزام البدلي بتعيين البدل محلاً للالتزام.

ثانياً : استحالة التنفيذ

إن الحالة الثانية لسقوط الخيار في الالتزام البدلي هي استحالة التنفيذ لهلاك المحل الأصلي للالتزام بسبب أجنبي فقد ذهب الأمامية [١٠٥] والحنفية [١٠٦] والشافعية [١٠٧] إلى إن هلاك المحل الأصلي بسبب أجنبي كآلافه السماوية أو بفعل أجنبي يؤدي إلى استحالة التنفيذ الالتزام وبالتالي يبطل العقد لأنهم يرون إن ضمان المبيع لا ينتقل من البائع إلى المشتري إلا بالقبض والتسليم .

إما المالكية [١٠٨] والحنابلة [١٠٩] فيرون إن الضمان على المشتري بمجرد انعقاد العقد ، فالضمان عندهم ينتقل بالعقد لا بالقبض , وعليه إذا هلك المحل الأصلي للالتزام فأنه يهلك من مال المشتري ولا يحق له إن يطالب إلا بالبدل .

إما على صعيد القوانين المدنية المقارنة ، فلم نجد هناك نص صريح يبين حالة استحالة التنفيذ التي ينتج عنها سقوط الخيار في الالتزام البدلي وبما إنها لم تنص على حكم هذه الحالة بالنصوص الخاصة بتنظيم الالتزام البدلي فهذا يعني انها احالة الأمر إلى القواعد العامة التي قررت انقضاء الالتزام إذا اثبت المدين ان تنفيذه أصبح مستحيلاً بسبب أجنبي لا يد له فيه [١١٠] فاستحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي هي سبب من أسباب انقضائه ولكن يشترط لتحقق الاستحالة الشروط التالية:

١- **إن تكون الاستحالة لا حقه لنشوء الالتزام فالالتزام يجب إن يكون قد نشأ ممكنا , والمقصود بالاستحالة هنا هي الاستحالة المطلقة إي التي لا يستطيع معها المدين القيام بتنفيذ التزامه مطلقا , فيجب إن يصبح تنفيذ الالتزام بعد نشوئه مستحيلا وليس مرهقاً أو صعبا بالنسبة للمدين والالتزام المرهق يظل قائما بالنسبة للمدين وان جاز تطبيق نظرية الظروف الطارئة عليه [١١١].**
٢- **يجب إن ترجع استحالة التنفيذ لسبب أجنبي فلا يكفي لانقضاء الالتزام وبراءة ذمة المدين مجرد استحالة التنفيذ وانما لابد ان تكون بسبب أجنبي لا يد له فيه ، فإذا كانت راجعة إلى خطئه فلا تبرأ ذمته بل تتغير طريقة تنفيذ الالتزام وتتحول من تنفيذ عيني إلى تنفيذ بمقابل كبدل عن المحل الأصلي[١١٢].**
٣- **إن لا يكون المدين في حالة أعذار فإذا اعذر الدائن مدينه بوجوب تنفيذ التزامه فهو الذي يتحمل تبعة استحالة التنفيذ إي تبعة الهلاك ولو وقعت الاستحالة بسبب أجنبي لا يد له فيه فعندئذ يلزم المدين ببدل المحل الأصلي الذي هلك[١١٣].**
٤- **إن لا يكون المدين قد قبل بتحمل تبعة الهلاك ، فالمدين إذا كان قد قبل ذلك عند نشوء العقد فأنه يقوم عندئذ بدور المؤمن لمصلحة الدائن و لا ينقضي التزامه بهلاك المحل الأصلي ويلزم بأداء بدله عنه [١١٤].**

ومن خلال ما تقدم نجد إن القوانين المدنية المقارنة قد اتفقت مع إحكام الفقه الإسلامي بشأن انقضاء الالتزام البدلي عند هلاك المحل الأصلي لسبب أجنبي لا يد له فيه ، وألا فيلزم بأداء بدل مثله إذا كان المحل الأصلي مثليا وبأداء قيمته كبدل إذا كان المحل الأصلي قيمي .

الخاتمة

بعد إن وصلنا إلى ختام دراستنا في موضوع البحث الموسوم بـــ (الالتزام البدلي – دراسة مقارنة) سنبين أهم ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات ، وذلك على النحو الأتي :

أولاً : النتائج :

تمخضت الدراسة عن جملة من النتائج أهمها ما يأتي:-

١- ان الالتزام البدلي على صعيد القوانين المدنية يمكن تعريفه على انه(الالتزام الذي يكون محله أداء واحد هو محل الالتزام الأصلي ولكن يجوز للمدين إن يفي الدائن بأداء أخر غيره بالاتفاق معه أو بنص القانون).

٢- ان القوانين المدنية المقارنة قد افرد للالتزام البدلي نصوص قانونية خاصة لتنظيمه بينما في الفقه الإسلامي لم ينظم الالتزام البدلي بشكل منفرد بل تطرق له في مواضيع متفرقة.

٣- ان الفقه الإسلامي لم يضع تسميه محدده للالتزام البدلي كما هو الحال في الالتزام التخييري إذ تناول إحكام الالتزام البدلي ضمن موضوع إبدال المحل في عقود متفرقة.

٤- ان المشرع في فرنسا في بادئ الأمر لم ينظم إحكام الالتزام البدلي في القانون المدني على الرغم من تنظيمه لأحكام الالتزام التخييري ، لكنه فيما بعد نظم إحكام الالتزام البدلي بموجب المرسوم رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ المعدل للقانون المدني.

٥- ان شروط الالتزام البدلي هي ثلاثة , الأول : إن يكون للالتزام البدلي محل واحد وهو الأصلي , الثاني إن يقوم مقام المحل الأصلي شيء أخر هو البديل , الثالث : إن يكون الخيار للمدين , وهذه الشروط يكاد يتفق عليها اغلب فقهاء المذاهب الإسلامي و القانون مع اختلافهم في الحالة التي يجوز فيها للمدين أداء البدل محل الأصل إذ لا يجيز الفقه الإسلامي الانتقال إلى البدل إلا في حالة هلاك الأصل .

٦- في الالتزام البدلي نجد إن الخيار للمدين فقط إذ يجيز القانون للمدين في أداء البدل حتى في حال وجود الأصل وعدم بطلانه ، في حين نجد الفقه الإسلامي لا يحق له أداء البدل محل الأصل إلا في حالة بطلان الأصل وهو ما اعتمده المشرع الفرنسي في حالة استحالة تنفيذ الالتزام الاصلي بسبب القوة القاهرة بموجب تعديل القانون المدني السابق ذكره والذي نظم إحكام الالتزام البدلي في المادة (١٣٠٨).

٧- إن الحق في الخيار الذي يتولد عن الالتزام البدلي لا يكون لصيقا بشخص صاحبه بل هناك حالات معينة ينتقل بها هذا الخيار إلى شخص اخر غير المدين (الخلف العام) في حالة وفاته .

٨- إن استخدام الخيار الذي يتولد عن الالتزام البدلي يؤدي إلى انقضاء هذا الالتزام , فضلا عن هلاك الأصل محل الالتزام البدلي يؤدي إلى انقضاء ذلك الالتزام.

ثانيـــاً - المقترحات :

لما تقدم ذكره في ثنايا البحث ، نقترح عدد من المقترحات أهمها ما يأتي: -

١- نتمنى على المشرع العراقي إن يقصر حالة الالتزام البدلي على القوة القاهرة ، أي لا يجيز للمدين أداء البدل محل الأصل إلا إذا أصبح أداء المحل الأصل مستحيلا نتيجة القوة القاهرة كما هو الحال في الفقه الإسلامي والقانون المدني الفرنسي بموجب التعديل الأخير رقم ١٣١ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ لكي لا يفوت على الدائن الحصول على الغرض الأساسي للالتزام والانتقال إلى البدل في حال وجود الأصل .

٢- نقترح على المشرع العراقي تعديل نص الفقرة الأولى من المادة (٣٠٢) من القانون المدني العراقي النافذ بالشكل الآتي "يكون الالتزام بدليا إذا لم يكن محله إلا أداء واحد ولكن تبرأ ذمة المدين إذا نفذ أداء أخر عندما يصبح تنفيذ الأداء المتفق عليه أصلا مستحيل بسبب القوة القاهرة " كما جاء بها القانون المدني الفرنسي في التعديل الأخير في المادة (١٣٠٨) الذي يبدوا انه متأثرا بإحكام الفقه الإسلامي.

٣- نأمل من المشرع العراقي تنظيم إحكام هلاك الأصل والبدل في الالتزام البدلي وعدم ترك الأمر للقواعد العامة كي لا تأتي الإحكام مختلفة حسب فهم واجتهاد القاضي أو ربما عدم التوصل للحكم في بعض الأحيان لعدم وجود إحكام خاصة تنظم الواقعة محل الخيار لما لها من خصوصية تجعـــلها في حاجة إلى تنظيم خاص كما هو الحال في القانون المدني الفرنسي النافذ.

الهوامش

(1) الامام محب الدين ابي فيض السيد محمد مرتضى الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس ، دراسة وتحقيق علي شيري ، ج١٧ ، باب الميم ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، سوريا ، ١٩٩٤ ، ص ٦٤٨.

(2) أبي بكر الرازي : مختار الصحاح ، دار المعرفة ، بيروت ، ط٣ ، ٢٠٠٨ .، ص ١٨.

(3) سورة الفرقان .جزء من الآية (٧٠)

(4) سورة البقرة .جزء من الآية (٦١)

(5) الإمام العلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الإفريقي المصري : لسان العرب ، ط١ ، حققه عامر احمد حيدر وراجعه عبد المنعم جليل إبراهيم ، ج ١٩ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٥.، ص٤٨.

(6) وتقابلها أيضا المادة (٢٧٨) من القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ تاريخ ١٩٤٩/٥/١٨ التي نصت على انه (١ – يكون الالتزام بدليا اذا لم يشمل محله الا شيئا واحدا ، ولكن تبرأ ذمة المدين اذا ادى بدلا منه شيئا اخر ، ٢- والشيء الذي يشمله محل الالتزام ، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بادائه ، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يعين طبيعته) والمادة (٦٨) من قانون الموجبات اللبناني الصادر في ١٩٣٢/٣/٩ التي نصت على انه (يكون الموجب إختيارياً حين يجب أداء شيء واحد مع تخويل المديون الحق في إبراء ذمته بأداء شيء آخر. والشيء الواجب الآداء هوفي نظر الشرع، موضوع الموجب الذي تتعين به ماهيته، لا الشيء الآخر الذي يستطيع المديون أن يبرئ ذمته بأدائه)، وجدير بالذكر إن المشرع اللبناني يطلق على هذا الالتزام تسمية الالتزام الاختياري

(7) Article 2462 (Si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies pour purger sa propriété, il demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé comme détenteur, à toutes les dettes hypothécaires, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire)

Article 2463 (Le tiers détenteur est tenu, dans le même cas, ou de payer tous les intérêts et capitaux exigibles, à quelque somme qu'ils puissent monter, ou de délaisser l'immeuble hypothéqué, sans aucune reserve)

Article 2464 (Faute par le tiers détenteur de satisfaire à l'une de ces obligations, chaque créancier titulaire d'un droit de suite sur l'immeuble a le droit de poursuivre la saisie et la vente de l'immeuble dans les conditions du titre XIX du livre III)

وانظر أيضا القانون المدني الفرنسي بالعربية دالوز ، طبعة دالوز ٢٠٠٩ الثامنة بعد المئة بالعربية ، مركز الدراسات الحقوقية للعالم العربي ، لبنان ، ٢٠١٢ ، ص ٢١٣٠.

(8) Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3

Article 1308 (L'obligation est facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre. L'obligation facultative est éteinte si l'exécution de la prestation initialement convenue devient impossible pour cause de force majeure **).**

القانون منشور على الموقع الرسمي لقاعدة التشريعات الفرنسية التالي:

https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20161027

([9]) د. رمـــضان أبـــو الســـعود : إحكـــام الالـــتزام , دار الـــجامعة الـــجديدة للنشر ، الإسكندرية ,٢٠٠٤, ص ٢٥٣.

([10]) د. عبد الحي حجازي :النظرية العامة للالتزام , الجزء الأول , الالتزام في ذاته , بدون ذكر مكان وسنة النشر ، ص ٢١٠.

([11]) د. بلحاج العربي : إحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة) , دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان , ٢٠١٢, ص٢٣٦، و د. ياسين محمد الجبوري : المبسوط في شرح القانون المدني ، ج٢ ، إحكام الالتزام (دراسة قـــانونية مـــقارنة بالـــــفقه الإســـــلامي)، دار الثـــــقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٤٤.

([12]) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن احمد الشهير بابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار ، ج ٣ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤، ص ٢٢٤ ، و العلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي : البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ط ٣ ، ج ٥ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٣، ص ٢٣٩.

([13]) سليمان بن عمر بن محمد الشافعي البيجرمي : البيجرمي على الخطيب (تحفة الحبيب على شرح الخطيب) ، ج ٣ ، دار الفكر العربي ، بيروت ، بدون سنة النشر ، ص ٢٤.

([14]) د.عبد الرزاق السنهوري:الوسيط في شرح القانون المدني،ج٣ ، نظرية الالتزام بوجه عام ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٠، ص١٥٤.

([15]) للمزيد انظر المواد (٤٣٥) من القانون المدني الاماراتي و (٤١١) من القانون المدني الاردني .

([16]) د. أيمن سعد سليم : إحكام الالتزام ، دار حافظ للنشر والتوزيع ، جدة ، ٢٠٠٧ ، ص ٢٤١ .

([17]) د. جلال محمد إبراهيم : النظرية العامة للالتزام (إحكام الالتزام) ، ط ١ ، مكتبة الجامعة ، الشارقة ، ٢٠٠٦ ، ص ٥٢٦ .

([18]) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٣، مرجع سابق,ص ١٥٥.

([19]) مصطفى احمد عمران الدراجي : الالتزام الموصوف والقواعد التي تحكم تنفيذه ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٤ ، ص ٣١٢.

([20]) عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي : الأشباه والنظائر،مجلد٢ ، دار السلام ، ١٩٩٨ ، ص ٦١٢.

([21]) التولية : يقصد بها التعامل بين البائع والمشتري بملاحظة رأس المال بلا زيادة ولا نقيصة ، السيد علي الحسيني السيستاني: منهاج الصالحين، ط ١٠،ج ٢،إحكام المعاملات ، دار مدين للنشر، قم،٢٠٠٥ ،ص ٦٨.

([22])جمال الدين الحسن بن يوسف المطهر المشهور بالعلامة الحلي: تذكرة الفقهاء ، ج ١٠ ، مرجع سابق ، ص ١٢٣.

([23]) محمد حسن قديري : البيع ، مرجع سابق ، ص ٣٣٨ وما بعدها.

([24]) هو البيع الذي يكون في الثمن معجلا واستلام المبيع مؤجلا ، نقلا عن علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الإحكام ، تعريب فهمي الحسيني ، مجلد ١ ، البيع والإجارة والكفالة ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩١، ص ٩٩.

([25]) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥ , دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧، ص ٢٠٤ ، وشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي : المبسوط ، ج ٢١ ، مرجع سابق ، ص ٤٩.

([26]) الإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ، مكتبة مصطفى ألبابي الحلبي ، ١٩٦٠ ، ص ١٥٥.

([27]) الشيخ نظام الدين و جماعة من علماء الهند الإعلام : الفتاوى الهندية , دار صادر , بيروت ,١٩٩١، ص ٥٩.

([28]) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥ , مرجع سابق ، ص ٢٣٣.

([29]) العلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي : البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ج ٦ ، مرجع سابق ، ص ١٣٩.

([30]) الإمام أبي زكريا محيى بن شرف النووي : المجموع في شرح المهذب للشيرازي ، ج ٩ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، بدون سنة النشر ، ص ٢٦١.

([31]) د. جلال محمد إبراهيم :مرجع سابق ، ص ٥٢٦ .

([32]) شمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي : المبسوط ، ج ٢ ، مرجع سابق ، ص ٣٢.

([33]) صبحي محمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية ، ج ١ ، بدون ذكر مكان النشر ، ١٩٤٨ ، ص ١٥٩ ، نقلا عن مصطفى احمد عمران الدراجي : مرجع سابق ، ص ٣٠٩.

([34]) مصطفى احمد عمران الدراجي : المرجع سابق ، ص ٣٠٩.

(35) د.زكي الدين شعبان : الشرط الجزائي في الشريعة والقانون ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة ، الصادرة عن كلية الحقوق والشريعة في جامعة الكويت ، السنة الأولى ، العدد الثاني ، ١٩٧٧ ، ص ١٢٠ ، و د.عبد المجيد الحكيم و د.عبد الباقي البكري و د.محمد طه البشير : الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني ، ج٢ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٠ ، ص ٦٠.

(36) د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني , إحكام الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) , ج٢, مرجع سابق , ص ٣٦.

(37) د.عبد الرزاق السنهوري : الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، ١٩٣٨ ، ص ٤٤٥ و٥٠٥.

(38) د.نبيل إبراهيم سعد : النظرية العامة لإحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ٨٣ ، و د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني , إحكام الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) , ج٢, مرجع سابق , ص ٣٥.

(39) انظر نص المادة (٣٠٢) من القانون المدني العراقي والمادة (٢٧٨) من القانون المدني المصري.

(40) وقد قضت محكمة التمييز الاتحادية العراقية في .قرار رقم ٧٤ / الهيئة الموسعة المدنية / ٢٠٠٧ بتاريخ ٢٣ / ١ / ٢٠٠٨ بأنه (إن دعوى المدعي مؤسسة على طلب الحكم بالتعويض بمبلغ الشرط الجزائي وهو احد صور المطالبة بالتعويض الذي ينضوي تحت إحكام قرار مجلس قيادة الثورة المنحل رقم ١١٩٨ لسنة ١٩٧٧ المعدل " الفرق بين البدلين ") ، انظر النشرة القضائية ، تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية ، مجلس القضاء الأعلى ، العدد الأول – حزيران ، ٢٠٠٨ ، ص ١٣

(41) مصطفى احمد عمران الدراجي : مرجع سابق ، ص ٣٢٨.

(42) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٣، مرجع سابق , ص١٥٥، و د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني , إحكام الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) , ج٢, مرجع سابق , ص٢٨٣ ، و د. محمد حسين منصور : النظرية العامة للالتزام ، إحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص ٣٣٤.

(43) د. رمضان أبو السعود : مرجع سابق ، ص ٢٥٤ ، و د.نبيل إبراهيم سعد مرجع سابق ، ص ٢٦٢.

(44) د. بلحاج العربي : مرجع سابق ، ص ٢٣٨.

(45) د.صلاح الدين الناهي : الخلاصة الوافية في القانون المدني ومبادئ الالتزامات ، مطبعة سليمان الاعظمي ، بغداد ، ١٩٦٨،ص ٢٩٠.

(46) د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني , إحكام الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) , ج٢, مرجع سابق , ص ٢١٣.

(47) القانون المدني ، مجموعة الأعمال التحضيرية ، ج ٣ ، الحكومة المصرية ، وزارة العدل ، ص ٤٧.

(48) شيخ الطائفة الإمام أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي : كتاب الخلاف ، ج ٣ ، المسألة رقم (٢٤٣) ، مرجع سابق ، ص ١٥٤، والعلامة المحقق جعفر لسبحاني : دراسات موجزة في الخيارات والشروط والنقد والنسيئة ، ط١ ، مؤسسة الإمام الصادق ، قم المقدسة ، ١٤٣٠هـ ، ص ٢٧٤.

(49) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥ ، مرجع سابق ، ص ٢٦٧.

(50) الإمام أبي زكريا محيى بن شرف النووي : المجموع في شرح المهذب للشيرازي ، ج ١ ، مرجع سابق ، ص ٢٦٦.

(51) مصطفى احمد عمران الدراجي : مرجع سابق ، ص ١٤٢.

(52) محمد بن أحمد الدسوقي:حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج ٣ ، دار الفكر، بدون سنة النشر، ص ١٧٠.

(53) الشيخ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة وشمس الدين عبد الرحمن بن عمر محمد بن احمد بن قدامة : المغني على مختصر الخرقي والشرح الكبير على متن المقنع ، ج٤ ، ط ١ ، دار الفكر العربي ، بيروت ، ١٩٨٤، ص ٨٩.

(54) مصطفى احمد عمران الدراجي : المرجع السابق ، ص ١٤٤.

(55) السيد علي الحسيني السيستاني :منهاج الصالحين ، ج ٢ ، إحكام المعاملات ، مرجع سابق ، ص٦٥.

(56) شمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي : المبسوط ، ج ١٣، مرجع سابق ، ص ٩.

(57) الإمام أبي زكريا محيى بن شرف النووي : المجموع في شرح المهذب للشيرازي ، ج ١ ، مرجع سابق ، ص ٢٦٩

(58) محمد بن أحمد الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج ٣ ، مرجع سابق ، ص ١٠٠.

(59) الشيخ موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة وشمس الدين عبد الرحمن بن عمر محمد بن احمد بن قدامة : المغني على مختصر الخرقي والشرح الكبير على متن المقنع ، ج٤ ، مرجع سابق ، ص ٨٩.

(60) العلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي : البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ج ٦ ، مرجع سابق ، ص ٨٦.

(61) محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ط١ ، ج٢، دار الكتب العلمية ، ١٩٩٤ ، ص ١١٧.

(62) مصطفى احمد عمران الدراجي : مرجع سابق ، ص ١٤٦.

(63) التي تنص على انه (١- يكون الالتزام بدلياً إذا لم يشمل محلّه إلا شيئاً واحداً، ولكن تبرأ ذمة المدين إذا أدى بدلاً منه شيئاً آخر. ٢- والشيء الذي يشمله محل الالتزام، لا البديل الذي تبرأ ذمة المدين بأدائه، هو وحده محل الالتزام وهو الذي يُعيّن طبيعته.)

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3(64) Modifié par
Article 1308 (L'obligation est facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre.
L'obligation facultative est éteinte si l'exécution de la prestation initialement convenue devient impossible pour cause de force majeure).

(65) د.أنور طلبة : المطول في شرح القانون المدني ، ج ٥ ، دار الفكر العربي ، مصر ، ٢٠٠٨ ، ص ١٣.

(66) نقض مدني مصري بتاريخ ١٠ / ٣ / ١٩٥٥ مجموعة إحكام النقض المدنية سنة ١٩٦٠، ص ٧٦٣.

(67) د.أنور طلبة : المرجع السابق ، ص ١٣.

(68) د. جلال محمد إبراهيم : النظرية العامة للالتزام (إحكام الالتزام)، مرجع سابق ، ص ٥٢٨.

(69) أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني : الهداية في شرح بداية المبتدي ، ج ١ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون تاريخ النشر ، ص ٢٩.

(70) علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الإحكام ،تعريب فهمي الحسيني ، مج١، مرجع سابق , ص ٦١.

(71) محمد قدري باشا : كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، ١٣٠٨هـ ، ص ١٥٥.

(72) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن احمد الشهير بابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار ، ج ٥ ، مرجع سابق ، ص ٦٣١.

(73) علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الإحكام ،تعريب فهمي الحسيني ، مج١، مرجع سابق , ص ٦١.

(74) العلامة زين الدين ابن نجيم الحنفي : البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ج ٥، مرجع سابق ، ص ١٨٦ ، وشمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي : المبسوط ، ج ١٢، مرجع سابق ، ص ١٨٣.

(75) محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن احمد الشهير بابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار ، ج ٤ ، مرجع سابق ، ص ٣٦٤.

(76) انظر نص المادة (٣٠٢) من القانون المدني العراقي النافذ.

(77) انظر نص المادة (٢٧٨) من القانون المدني المصري النافذ .

(78) انظر نص المادة (١٣٠٨) من القانون المدني الفرنسي.

(79) د. عبد السميع عبد الوهاب أبو الخير : مرجع سابق ، ص ٣٤٢

(80) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٣ ، مرجع سابق , ص١٦٢.

(81) محمد حسن قديري : البيع ، مرجع سابق ، ص ٣٤٤.

([82]) السيد علي الحسيني السيستاني : منهاج الصالحين ، ج ٢ ، إحكام المعاملات ، مرجع سابق ، ص ٦٠ ، و العلامة المحقق جعفر لسبحاني : دراسات موجزة في الخيارات والشروط والنقد والنسيئة ، مرجع سابق ، ص ٢٥.

([83]) أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي : روضة الطالبين وعمدة المفتين ، تحقيق زهير الشاويش ، ج ٣ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ط ٣ ، ١٩٩١ ، ص ٤٤ ، و الشافعي أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي : إلام ، ج ٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٠ ، ص ٥.

([84]) الإمام القاضي أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الاندلسي الشهير بابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج٢ ، مرجع سابق ، ص ١٧٠.

([85]) جمال الدين الحسن بن يوسف المطهر العلامة الحلي : تذكرة الفقهاء ، ج ١١ ، مرجع سابق ، ص ١٧٥.

([86]) السيد علي الطبطبائي : رياض المسائل في بيان إحكام الشرع بالدلائل ، ج٨ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ط١ ، ١٤٣٩ ، ص ٢٠٢.

([87]) علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الإحكام ، تعريب فهمي الحسيني ، مج١، مرجع سابق , ص ٢٥٢، و محمد قدري باشا : كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، مرجع سابق ، ص ٥٤ ، و الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥, مرجع سابق ، ص ٢٦٨.

([88]) الشيخ موقف الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة وشمس الدين عبد الرحمن بن عمر محمد بن احمد بن قدامة : المغني على مختصر الخرقي والشرح الكبير على متن المقنع ، ج٣ ، مرجع سابق ، ص ٥٧٩.

([89]) د. عبد الستار أبو غدة : الخيار وأثره في العقود ، ج١ ، مطبعة مقهوي ، الكويت ، ١٩٨٥ ، ص ٣٢٠.

([90]) مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي : مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى ، ط٢ ،ج٣ ، المكتبة الإسلامية ، قم ، ١٩٩٤ ، ص ٩٩.

([91]) د. عبد الستار أبو غدة : الخيار وأثره في العقود ، ج١ ، المرجع السابق ، ص ٣٢١.

([92]) انظر نص المادة (١٤٢) من القانون المدني العراقي النافذ.

([93]) انظر نص المادة (١٤٥) من القانون المدني المصري النافذ .

([94]) انظر نص المادة (١٣٠٨) من القانون المدني الفرنسي التي أضيفت له بموجب المرسوم رقم ٢٠١٦-١٣١ الصادر في ١٠ فبراير ٢٠١٦ .

([95]) انظر نص المادة (٧٢١) والمادة (٧٢٢) والمادة (٧٢٣) والمادة (٧٢٤) من القانون المدني الفرنسي ، نقلا عن القانون المدني الفرنسي باللغة العربية دالوز (Dalloz) ، ص ٧٦٠ ، و د. خليفة الخروبي : قانون مدني (أوصاف الالتزام) ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، لبنان ، ٢٠٠٨ ، هامش رقم (٢٥٩) ، ص ١٧٥

([96]) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ١ , مرجع سابق ، ص ١٤٣.

([97]) شمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي : المبسوط ، ج ٢، المرجع السابق ، ص ٣٢.

([98]) علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الإحكام ، تعريب فهمي الحسيني ، مج١، مرجع سابق , ص ٤٩.

([99]) شمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي : المبسوط ، ج ٢، المرجع السابق ، ص ٣٢.

([100]) محمد الحسين آل كاشف الغطاء : تحرير المجلة ، ج١، مكتبة كاشف الغطاء ، النجف الاشرف ، ٢٠٠٣، ص٢٧.

([101]) انظر نص المادة (٣٠٢ /١) من القانون المدني العراقي النافذ.

([102]) د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني , إحكام الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) , ج٢, مرجع سابق , ص ٢١٢.

([103]) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٣، مرجع سابق , ص ١٥٣.

([104]) Modifié par Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 - art. 3

Article 1308 (L'obligation est facultative lorsqu'elle a pour objet une certaine prestation mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre.

L'obligation facultative est éteinte si l'exécution de la prestation initialement convenue devient impossible pour cause de force majeure).

([105]) العلامة المحقق جعفر لسبحاني : دراسات موجزة في الخيارات والشروط والنقد والنسيئة ، مرجع سابق ، ص ٢٧٤ ، وجمال الدين الحسن بن يوسف المطهر العلامة الحلي : تذكرة الفقهاء ، ج ١١ ، مسالة رقم (٣٣٤) ، مرجع سابق ، ص ١٦٦.

([106]) الإمام علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ج ٥, مرجع سابق ، ص ٢٦٧ ، و دبيان بن محمد الدبيان : المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (عقود المعاوضات) ، المجلد الثالث ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، ط ٢ ، ١٣٤٢هـ ، ص ١٣٥.

([107]) الإمام أبي زكريا محيى بن شرف النووي : المجموع في شرح المهذب للشيرازي ، ج ١ ، مرجع سابق ، ص ٢٦٩.

([108]) محمد بن أحمد الدسوقي : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، ج ٣ ، مرجع سابق ، ص ١٧.

([109]) الشيخ موقف الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامة وشمس الدين عبد الرحمن بن عمر محمد بن احمد بن قدامة : المغني على مختصر الخرقي والشرح الكبير على متن المقنع ، ج٤، مرجع سابق ، ص ٨٩.

([110]) انظر نص المادة (٤٢٥) من القانون المدني العراقي النافذ ، والمادة (٣٧٣) من القانون المدني المصري النافذ ، والمادة (١٣٠٢) و(١٣٠٣) من القانون المدني الفرنسي نقلا عن دالوز(Dalloz).

([111]) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٣ ، مرجع سابق , ص ٨٧٥.

([112]) د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني , إحكام الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) , ج٢, مرجع سابق , ص ٤٨٤.

([113]) د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٣، نظرية الالتزام بوجه عام ، مرجع سابق , ص ٨٧٥.

([114]) د. محمد حسين منصور : النظرية العامة للالتزام ، إحكام الالتزام ، مرجع سابق ، ص ٥٥٤ ، وانظر أيضا القانون المدني الفرنسي باللغة العربية (Dalloz) ، مرجع سابق ، ص ١٢٥٢.

والمصادر

- القران الكريم

-المصادر باللغة العربية

أولاً : المعاجم اللغوية

١-أبي بكر الرازي : مختار الصحاح ، دار المعرفة ، بيروت ، ط٣ ، ٢٠٠٨ .

٢-الإمام العلامة جمال الدين أبي الفضل محمد بن مكرم ابن منظور الأنصاري الإفريقي المصري : لسان العرب ، ط١ ، حققه عامر احمد حيدر وراجعه عبد المنعم جليل إبراهيم ، ج ٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، ٢٠٠٥.

٣- الامام محب الدين ابي فيض السيد محمد مرتضى الزبيدي : تاج العروس من جواهر القاموس ، دراسة وتحقيق علي شيري ، ج١٧ ، باب الميم ، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع ، سوريا ، ١٩٩٤.

ثانياً : الكتب

أ - كتب الفقه الإسلامي

-فقه الامامية

٤-أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي : تهذيب الإحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيدي ، ج ٧ ، مسالة رقم (٩٤٠) ، دار الكتب الإسلامية ، طهران ، ١٣٦٥ هـ

٥-أبي جعفر محمد بن الحسن الطوسي : كتاب الخلاف ، ج ٣ ، المسألة رقم (٥٢) ، تحقيق السيد علي الخراساني والسيد جواد الشهرستاني والشيخ مهدي طه نجف ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ١٤١١ هـ .

٦- إسماعيل المعزى الملا يري : جامع أحاديث الشيعة في إحكام الشريعة ، المسألة رقم (٥/١٣) ، مطبعة مهر ، قم ، ١٤١١ هـ .

٧- جمال الدين الحسن بن يوسف المطهر المشهور بالعلامة الحلي : تذكرة الفقهاء ، ج ٧ ، مؤسسة إل البيت لإحياء التراث عليهم السلام ، قم ، ١٤٢٠هـ .

٨- جعفر السبحاني : دراسات موجزة في الخيارات والشروط والنقد والنسيئة ، ط١ ، مؤسسة الإمام الصادق ، قم المقدسة ، ١٤٣٠هـ .

٩-علي الحسيني السيستاني : منهاج الصالحين ، ط ١٠ ، ج ٢ ، إحكام المعاملات ، دار مدين للنشر ، قم ، ٢٠٠٥ .

١٠-علي الطبطبائي : رياض المسائل في بيان إحكام الشرع بالدلائل ، ط١ ، ج٨ ، مؤسسة النشر الإسلامي ، قم ، ١٤٣٩ هـ .

١١-محمد الحسين آل كاشف الغطاء : تحرير المجلة ، ج ١و ٢، مكتبة كاشف الغطاء ، النجف الاشرف ، ٢٠٠٣.

١٢-محمد حسن قديري : البيع ، ط١ ، مطبعة مؤسسة العروج ، قم ، ١٤١٨ هـ .

-الفقه الحنفي

١٣-أبو الحسن برهان الدين علي بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغاني المرغيناني : الهداية في شرح بداية المبتدي ، ج ١ ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، بدون تاريخ النشر .

١٤-زين الدين ابن نجيم الحنفي : البحر الرائق في شرح كنز الدقائق ، ط ٣ ، ج ٥ و٦، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٣ .

١٥-علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي : بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ط ١ ، ج ٥ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٧.

١٦-عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد السيوطي : الأشياء والنظائر،مجلد٢ ، دار السلام ، ١٩٩٨.

١٧-شمس الدين أبي بكر محمد بن أبي سهل السرخسي : المبسوط ، ج٨ و١٣و٢١، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٧٨.

١٨-محمد أمين بن عمر بن عبد العزيز بن احمد الشهير بابن عابدين : رد المحتار على الدر المختار شرح تنوير الإبصار ، ج ٧ ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، ١٩٩٤.

١٩-محمد قدري باشا : كتاب مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان ، المطبعة الكبرى الأميرية ، مصر ، ١٣٠٨هـ .

٢٠ -نظام الدين و جماعة من علماء الهند الإعلام : الفتاوى الهندية ,دار صادر , بيروت ,١٩٩١.

-الفقه المالكي

٢١ -أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي الشهير بابن رشد الحفيد: بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ج ٢ ، مكتبة مصطفى ألبابي الحلبي ، ١٩٦٠.

١٩٩٢.

-الفقه الشافعي

٢٢ -أبو زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النووي : روضة الطالبين وعمدة المفتين ، ط ٣ ، تحقيق زهير الشاويش ، ج ٣ ، المكتب الإسلامي ، بيروت ، ١٩٩١ .

٢٣ -أبي زكريا محيى بن شرف النووي : المجموع في شرح المهذب للشيرازي ، ج ٩ ، دار الفكر للطباعة والنشر ، الإسكندرية ، بدون سنة النشر .

٢٤ -أبو عبد الله محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان بن شافع بن عبد المطلب بن عبد مناف المطلبي القرشي المكي الشافعي : إلام ، ج ٣ ، دار المعرفة ، بيروت ، ١٩٩٠.

٢٥ -سليمان بن عمر بن محمد الشافعي البيجرمي : البيجرمي على الخطيب (تحفة الحبيب على شرح الخطيب) ، ج ٣ ، دار الفكر العربي ، بيروت ، بدون سنة النشر.

٢٦ -محمد بن أحمد الخطيب الشربيني الشافعي : مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، ط١ ، ج٢، دار الكتب العلمية ، ١٩٩٤ .

-الفقه الحنبلي

٢٧ -مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي : مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى ، ط٢ ، ج٣ ، المكتبة الإسلامية ، قم ، ١٩٩٤ .

٢٨ -موقف الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامه وشمس الدين عبد الرحمن بن عمر محمد بن احمد بن قدامه : المغني على مختصر ألخرقي والشرح الكبير على متن المقنع ، ط ١ ، دار الفكر العربي ، بيروت ، ١٩٨٤.

ب – كتب القانون

٢٩- د.أنور طلبة : المطول في شرح القانون المدني ، ج ٥ ، دار الفكر العربي ، مصر ، ٢٠٠٨ .

٣٠- د. أيمن سعد سليم : إحكام الالتزام ، دار حافظ للنشر والتوزيع ، جدة ، ٢٠٠٧.

٣١- د. بلحاج العربي : إحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة) , دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان , ٢٠١٢.

٣٢- د.جلال محمد إبراهيم : النظرية العامة للالتزام (إحكام الالتزام) ، ط ١ ، مكتبة الجامعة ، الشارقة ، ٢٠٠٦

٣٣- د. خليفة الخروبي : قانون مدني (أوصاف الالتزام) ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، لبنان ، ٢٠٠٨ .

٣٤ - دبيان بن محمد الدبيان : المعاملات المالية أصالة ومعاصرة (عقود المعاوضات) ، ط ٢ ، المجلد الثالث ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، ١٣٤٢هـ .

٣٥- د. رمضان أبو السعود : إحكام الالتزام ,دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ,٢٠٠٤.

٣٦- د.صلاح الدين الناهي :الخلاصة الوافية في القانون المدني (مبادئ الالتزامات)، مطبعة سليمان الاعظمي ، بغداد ، ١٩٦٨ .

٣٧-د. عبد الحي حجازي :النظرية العامة للالتزام , الجزء الأول , الالتزام في ذاته , بدون ذكر مكان وسنة النشر .

٣٨- د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ، ج٢، نظرية الالتزام بوجه عام ، مطابع دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٦٠.

٣٩- د.عبد الرزاق السنهوري : الموجز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري ، مطبعة لجنة التأليف والترجمة والنشر ، القاهرة ، ١٩٣٨ .

٤٠- د. عبد الستار أبو غدة : الخيار وأثره في العقود، ط ٢ ، ج١ ، مطبعة مقهوي ، الكويت ، ١٩٨٥ .

٤١- د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير : إحكام الالتزام , ج٢ ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، ٢٠١٠ .

٤٢- د. عبد المجيد الحكيم : الموجز في شرح القانون المدني , إحكام الالتزام (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي) , ج٢, شركة الطبع والنشر الأهلية , بغداد ,١٩٦٧.

٤٣- علي حيدر: درر الحكام في شرح مجلة الإحكام ، ط١ ، تعريب فهمي الحسيني ، مجلد ١، البيع والإجارة والكفالة ، دار الجيل ، بيروت ، ١٩٩١.

٤٤- د. محمد حسين منصور : النظرية العامة للالتزام ، إحكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، القاهرة ، ٢٠٠٦.

٤٥- د. ياسين محمد الجبوري : المبسوط في شرح القانون المدني ، ج٢ ، إحكام الالتزام (دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي)، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، ٢٠٠٦.

ثالثاً : الرسائل والاطاريح الجامعية

٤٦- محمد بن عبد العزيز بن سعد : الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة (دراسة فقهية مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، جامعة الملك سعود ، كلية التربية ، قسم الثقافة الإسلامية ، المملكة العربية السعودية ، ١٤٢٦ هـ .

٤٧- مصطفى احمد عمران الدراجي : الالتزام الموصوف والقواعد التي تحكم تنفيذه ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، ٢٠٠٤ .

رابعاً : البحوث

٤٨- د.زكي الدين شعبان : الشرط الجزائي في الشريعة والقانون ، بحث منشور في مجلة الحقوق والشريعة ، الصادرة عن كلية الحقوق والشريعة في جامعة الكويت ، السنة الأولى ، العدد الثاني ، ١٩٧٧.

٤٩- النشرة القضائية ، تصدر عن المركز الإعلامي للسلطة القضائية ، مجلس القضاء الأعلى ، العدد الأول – حزيران ، ٢٠٠٨.

٥٠- مـــــجموعة الأعمـــــال التحضيرية للقانون المدني المصري ، ج ٣ ، الحكومة المصرية ، وزارة العدل.

خامساً : القوانين

٥١- القانون المدني الفرنسي باللغة العربية (DALLOZ) لسنة ١٨٠٧.

٥٢- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر في ٩ آذار سنة ١٩٣٢

٥٣- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

٥٤-القانون المدني السوري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ بتاريخ ١٩٤٩/٥/١٨.

٥٥- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٥٦- القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦.

٥٧- قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥ .

-المصادر باللغة الأجنبية

58- Code civil français pour 1807.

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016.59-

-مواقع الانترنت

https://www.legifrance.gouv.fr/initRechCodeArticle.do-

http://www.iifa-aifi.org/2059.html-
http://shamela.ws/index.php/main-
-http://www.iraqld.iq/main_ld.aspx

Abstract

The Obligation Alternative as a description attached object of the obligation has several labels launched by Garret Islamic doctrines in addition to its meaning in the civil law , but Islamic jurisprudence did not put a specific definition of him because the basic unit is held by which determines the place of contractual obligation and the nature referred to by scholars within the theme to replace the shop in places sporadic as known many types of wildcards can debtor to carry out something else instead of the original thing, but in agreement with the creditor on this thing schools of jurisprudence some scholars forehand did not know allowance but they permitted to replace the shop to religion if a price as stated term, rather than preventing them to speak exhibition on could not be reached to replace the original commitment can reconciliation wildcard any considered that the rule can not be accessed by virtue of eye damage and then unnecessary to prevent, rather than either the rest of the scholars have used the replacement of the term, but they often used it in other words , far from the subject on their own tap as they used the word replace Replacing the cessation of the sense of taking out an eye endowed to be a moratorium place while used jurists Shaafa'is replacement in the sense that Arafa positive law and see the passport replacement in both secured debt Kalsaddaq and taxis and Awad divorce and debt guarantee but only if caught in the Council and the observance of usury restrictions.

But in the civil law, the mostly known the Obligation Alternative systems and ordinances , including the Iraqi civil law , which said the commitment to be Bdlaa if it did not include him, but one thing but the debtor is discharged if led rather than something else and leaving the rest of the general terms of the rules and this is no different than what is stated in Egyptian civil law, whereas French civil law neglected to organize the Obligation Alternative where he cited in his texts applications to comply Alternative but has recently changed its previous position and text Alternative commitment under the name of the Optional commitment under Decree No 2016 - 131 issued on February 10 of 2016 amended the civil Code French

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية العدد الأول/ السنة العاشرة ٢٠١٨

The Obligation Alternative

(A comparative Study)

P.Dr. Salam Abdul Zahra Abdullah
Zainab Majid Abd Ali ALzubaidi