



جمهورية العراق  
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
جامعة كربلاء / كلية القانون

## ( تعارض المصالح في المعاملات المالية "دراسة مقارنة" )

أطروحة مقدمة إلى مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء وهي جزء من  
متطلبات نيل درجة الدكتوراه في القانون الخاص  
كتبت بواسطة : وليد طارق فيصل جواد العزاوي

بإشراف

الأستاذ الدكتور

علي شاکر عبد القادر البدری

ذو القعدة / 1443 هـ

حزيران / 2022 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

{ وَلَهُمْ فِيهَا مَنَافِعُ وَمَشَارِبٌ أَفَلَا

يَشْكُرُونَ }

صدق الله العلي العظيم

سورة يس : الآية 73

## إقرار المشرف

أشهد إن أطروحة الدكتوراه الموسومة بـ ( تعارض المصالح في المعاملات المالية " دراسة مقارنة " ) المقدمة من قبل الطالب ( وليد طارق فيصل ) إلى مجلس كلية القانون - جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل درجة الدكتوراه فلسفة في القانون الخاص قد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير ...

 التوقيع :

الاسم : أ.د. علي شاكر عبد القادر

الدرجة العلمية : استاذ

الاختصاص : القانون المدني

جامعة كربلاء - كلية القانون

التاريخ : ٢٠٢٢ / ٥ / ١٥

بسم الله الرحمن الرحيم

## ((إقرار المقوم اللغوي))

اشهد أنني قد أطلعتُ على أطروحة الطالب (وليد طارق فيصل جواد العزاوي) الموسومة بـ (تعارض المصالح في المعاملات المالية "دراسة مقارنة") وقد قومتها من الناحية اللغوية والاسلوبية ، وبذلك تكون صالحة للمناقشة.

التوقيع : 

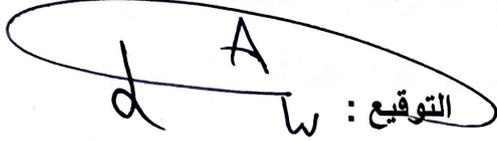
أ.م.د. علياء نصرت حسن

الشهادة والتخصص : دكتوراه لغة عربية / صرف

التاريخ : / / 2022

إقرار لجنة مناقشة دكتوراه

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الاطروحة الموسومة بـ ( تعارض المصالح في المعاملات المالية "دراسة مقارنة " )، وناقشنا الطالب ( وليد طارق فيصل ) في محتواها، وفيما له علاقة بها، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الدكتوراه في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة ( جيداً ) .

 التوقيع :  
A  
d w

الاسم: أ.د. عادل شمران حميد

(عضواً)

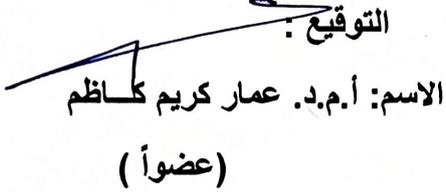
التاريخ: 2022 / 7 / 5

 التوقيع :  
H H

الاسم: أ.د. حسن حنتوش رشيد

(رئيساً)

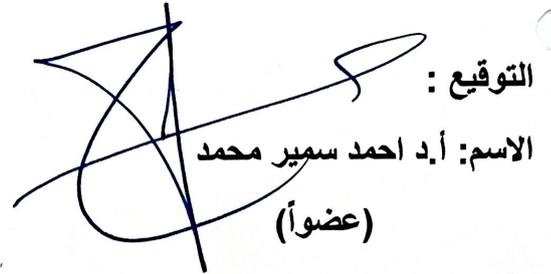
التاريخ: 2022 / /

 التوقيع :  
A M K

الاسم: أ.م.د. عمار كريم كاظم

(عضواً)

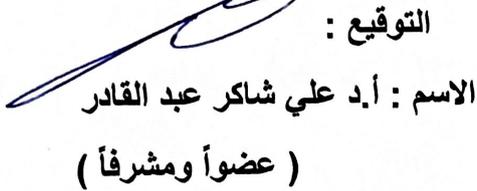
التاريخ: 2022 / /

 التوقيع :  
A H S

الاسم: أ.د. احمد سمير محمد

(عضواً)

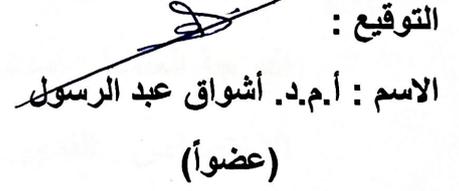
التاريخ: 2022 / /

 التوقيع :  
A S

الاسم : أ.د. علي شاكر عبد القادر

( عضواً ومشرفاً )

التاريخ : 2022 / /

 التوقيع :  
A A R

الاسم : أ.م.د. أشواق عبد الرسول

(عضواً)

التاريخ : 2022 / /

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

 التوقيع :  
A A A

أ.د. ضياء عبدالله عبود الجابر

عميد كلية القانون / جامعة كربلاء

التاريخ: 2022 / 6 / 15

# الاهداء

الى من وضع المولى - سبحانه وتعالى - الجنة تحت قدميها، ووقَّرها في كتابه العزيز

(أمي الحبيبة)

إلى خالد الذكر، طيب الطباع الذي كان خير مثال لرب الأسرة،

والذي لم يتهاون يوماً في توفير سبيل الخير والسعادة لي

(أبي الموقر) رحمك الله

إلى

الشموع التي تحترق لتضيء للآخرين

كل من دافع عن تراب هذا الوطن العزيز ..

إلى

كل من علمني حرفاً من اساتذتي جميعاً

إلى

أهلي وأصدقائي وزملائي جميعاً

أهدي هذا البحث المتواضع راجياً من المولى

عز وجلّ أن يجد القبول والنجاح

الباحث

## الشكر والثناء

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف الخلق والمرسلين نبينا محمد (صلى الله عليه وسلم وعلى آله الطيبين الطاهرين) أول الشكر وآخره أتقدم به إلى المنعم الباري عز وجل (الله) سبحانه وتعالى، الذي أحاطني برعايته الإلهية العظيمة، ويسر لي كل عسير.

كما أتوجه بخالص شكري وتقديري، وعظيم إمتناني إلى أستاذي على مدار تسع سنوات الاستاذ الفاضل الدكتور (أ.د علي شاكر عبد القادر البدري ) ؛ لما أبداه من حسن رعاية ورحابة صدر وروح علمية مخلصه، وما قدمه لي من توجيهات ونصائح سديدة وملاحظات قيّمة ومستمرة... فدعائي له بالخير والعافية، ومزيداً من العطاء والتقدم.

كما أتقدم بالشكر والتقدير إلى أعضاء لجنة المناقشة الموقرة ابتداءً من السيد رئيس اللجنة الأستاذ الدكتور (أ.د حسن حنتوش) المحترم والأستاذ الدكتور (عادل شمران) المحترم والأستاذ الدكتور (احمد سمير) المحترم والأستاذ المساعد الدكتور (عمار كريم الفتلاوي) المحترم والأستاذ المساعد الدكتور (اشوق عبد الرسول) المحترمة، كما أتقدم بالشكر الجزيل الى كلية القانون / جامعة كربلاء ابتداءً من السيد العميد المحترم الدكتور (ضياء عبد الله الاسدي) والسادة معاونين المحترمين، ورؤساء فروع القانون واهص بالذكر الدكتورة (اشراق صباح) استاذتي المحترمة، كما أتقدم بجزيل الشكر والعرفان الى كافة اساتذتي ابتداءً من المرحلة الابتدائية وصولاً الى مرحلة البكالوريوس والدراسات العليا في كلية القانون جامعة كربلاء، واهص بالذكر استاذنا المغفور له بأذن الله تعالى الدكتور (عباس الحسيني) واستاذنا الكبير المعطاء الدكتور (حسن حنتوش) المحترم، والأستاذ الفذ الدكتور (حيدر حسين الشمري) المحترم الذي نهلت من علمه الكثير واطمع في الكثير، والدكتور عادل شمران المحترم الذي لم يبخل علينا بشيء من علميته الكبيرة، والدكتور (عبد الله عبد الأمير العماري) المحترم الرائع خلفاً وعلماً، والدكتور (حسن علي كاظم) المحترم، والدكتور (باسم علوان العقابي) والدكتور العزيز (عقيل مجيد السعدي) المحترم، والدكتور (غسان عبيد) المحترم واستاذنا الكبير (حكمت الدباغ) اطال الله في عمره، والى الأخ الدكتور (محمد ساجد نايل) المحترم.

والشكر أيضاً إلى مكتبة كلية القانون جامعة كربلاء وجميع العاملين فيها، وجزيل الشكر، إلى مكتبة كلية القانون جامعة ذي قار، والشكر موصول الى مكتبة العتبة الحسينية المقدسة، ومكتبة العتبة العباسية المقدسة. ومكتبة كلية القانون جامعة بابل، وكلية القانون جامعة بغداد، ومكتبة كلية القانون جامعة النهريين، ومكتبة كلية القانون جامعة البصرة. ومكتبة زيد في كربلاء.

و إلى مَنْ تعجز كلماتي وتنحني هامتي لعظيم عطائها، شمس حياتي التي لا تغيب، وسبيلي إلى الجنة، إلى من وصفتها منذ صغري بالجبل في شموخها، وعظمتها، وبالجمل في صبرها وجلدها، وكاندي في حناتها الذي لا ينتهي، إليك (يا أمي) أطال الله في عمرك في صحة وخير، والى من عانقت روحه السماء وتمنيت بقاءه (ابي) العزيز رحمه الله.

إلى كافة اساتذتي في جميع مراحل الدراسة والى كل من ساندني وشاطرنني أمري لأكمل الخطوات لولاهم بعد الله سبحانه وتعالى لاعتذر القلم عن رسم الكلمات (إخوتي واختي العزيزة) (أصدقائي جميعاً) أطال الله أعماركم بالصحة والسعادة وسدد طريق الخير لخطاكم .

الباحث

## قائمة المحتويات

الصفحة		الموضوع
من	إلى	
8	13	المقدمة.
14	77	الفصل الأول مفهوم تعارض المصالح في المعاملات المالية
16	45	المبحث الأول : ماهية تعارض المصالح في المعاملات المالية
16	33	المطلب الأول : التعريف بتعارض المصالح
17	26	الفرع الأول : تعريف تعارض المصالح
27	33	الفرع الثاني : سمات تعارض المصالح
34	45	المطلب الثاني : شروط تعارض المصالح واسباسه
34	40	الفرع الأول: شروط تعارض المصالح
41	45	الفرع الثاني : أساس تعارض المصالح
46	77	المبحث الثاني : نطاق تعارض المصالح في المعاملات المالية وصوره
46	64	المطلب الأول : نطاق تعارض المصالح في المعاملات المالية
47	55	الفرع الأول : النطاق الموضوعي لتعارض المصالح
55	64	الفرع الثاني : النطاق الشخصي لتعارض المصالح
65	77	المطلب الثاني : صور تعارض المصالح
65	69	الفرع الأول : صور التعارض من حيث القوة
70	77	الفرع الثاني : صور التعارض من حيث السبب

الصفحة		الموضوع
من	إلى	
138	78	الفصل الثاني حل تعارض المصالح في المعاملات المالية
110	80	المبحث الأول : الترجيح بين المصالح المتعارضة
95	80	المطلب الأول : تعريف وضوابط الترجيح بين المصالح المتعارضة
87	81	الفرع الأول : تعريف الترجيح بين المصالح المتعارضة
95	88	الفرع الثاني : ضوابط الترجيح بين المصالح المتعارضة
110	96	المطلب الثاني : أسس الترجيح بين المصالح المتعارضة
105	96	الفرع الأول : الأسس العامة للترجيح بين المصالح المتعارضة
110	105	الفرع الثاني : الأسس الخاصة للترجيح بين المصالح المتعارضة
138	111	المبحث الثاني : مراحل حل تعارض المصالح في المعاملات المالية
125	111	المطلب الأول : مرحلة القواعد الفقهية والقواعد الاصولية
117	112	الفرع الأول : مفهوم القواعد الفقهية والقواعد الاصولية
125	118	الفرع الثاني : دور القواعد الفقهية والقواعد الاصولية في حل تعارض المصالح
138	125	المطلب الثاني : مرحلة الصياغة التشريعية
133	125	الفرع الأول : مفهوم الصياغة التشريعية
138	133	الفرع الثاني : دور الصياغة التشريعية في حل تعارض المصالح
197	139	الفصل الثالث آثار تعارض المصالح في المعاملات المالية وتطبيقاته
164	141	المبحث الاول : آثار تعارض المصالح في المعاملات المالية

الصفحة		الموضوع
من	إلى	
152	141	المطلب الأول : اثار تعارض المصالح بالنسبة لاطراف المعاملة المالية
146	142	الفرع الأول : عدم استقرار المعاملات
152	147	الفرع الثاني : غياب العدالة العقدية
164	153	المطلب الثاني : اثار تعارض المصالح بالنسبة للمشرع والقضاء
160	153	الفرع الأول : كشف القصور التشريعي
164	160	الفرع الثاني : تفعيل مبدأ الاجتهاد القضائي
197	164	المبحث الثاني : تطبيقات تعارض المصالح في المعاملات المالية
182	165	المطلب الأول : التطبيقات العقدية لتعارض المصالح
176	165	الفرع الأول : تعاقد الشخص مع نفسه
182	177	الفرع الثاني : تزامم المستأجرين على شيء واحد
197	183	المطلب الثاني : التطبيقات غير العقدية لتعارض المصالح
189	183	الفرع الأول : الاحتكار
197	190	الفرع الثاني : خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه
205	198	الخاتمة.
225	206	قائمة المصادر.
v	iv	الملخص باللغة الإنكليزية.

## المُلخَص

**الكلمات المفتاحية (تعارض، مصالح، نزاع، ترجيح، معاملات).**

يعد هذا الموضوع من اهم المواضيع القانونية التي لم تتل نصيبها المناسب من الدراسة والتحليل، وهذا هو ابرز ما دفعنا لاختيار هذا الموضوع، اذ لا يخفى على الجميع ان المعاملة المالية تتضمن وجود طرفين او اكثر يرغب كل منهما في ان يكون لمصلحته الاعلوية والافضلية ولو على حساب مصلحة الآخر، وهذا الامر يترتب عليه التضاد بين هذه المصالح بما يتطلب التحليل والترجيح، لذا قام الباحث بدراسة هذا التعارض وتحليل الجزئيات التي يتضمنها بغية الوقوف بشكل مناسب على الأمور التي تسهم في كشف القصور التشريعي و القيام بوضع الحلول المناسبة لها.

وفي هذا الاطار ظهرت الكثير من الأسئلة المحورية التي حاول الباحث الإجابة عليها في ثنايا البحث، واهمها معرفة الأساس الشرعي والقانوني الذي يستند عليه هذا النوع من التعارض، وقمنا بالاجابة عليه وفقاً لتحليل منطقي اعتمده الباحث بشكل لم يتوفر لنا على قدر اطلاعنا من قال بهذا الأساس لتعارض المصالح، ومن التساؤلات المحورية الأخرى التي اثارته اهتمام الباحث ما يتعلق بالأسس التي اعتمدها المشرع للترجيح بين المصالح المتعارضة، وهل هذه الأسس هي أسس عامة تنطبق على تطبيقات التعارض كافة ام هي أسس خاصة تنطبق على بعضها دون الآخر، وفي سبيل الإجابة على هذا التساؤل لم يجد الباحث حلاً افضل من استقراء نصوص القانون وتحليلها بغية تحديد نطاق عمل هذه الحلول ومدى توافر صفة العمومية او الخصوصية في الحلول المقدمة والتي تمثل معنى الترجيح بين هذه المصالح المتعارضة.

ونتيجة لذلك وجد الباحث في بحثه ان تعارض المصالح المصحوب بنزاع فعلي او قضائي يعد من الأمور التي لا يرغب المشرع في وجودها؛ لكونه يخرج المعاملة المالية عن وضع الاستقرار الطبيعي لها وتنتفي معه الغاية من اجراء هذه المعاملة، ومن هذا الامر استنتج الباحث جملة من النتائج التي يراها تتطابق مع هذه الدراسة واهمها هي النتيجة التي مغزاها ان الأساس القانوني لتعارض المصالح يتمثل في ( الرغبة في حماية المصلحة ) ويرادُ به ان تعدد المصالح بين اكثر من شخص هو امر يستند على رغبة كل منهم في حماية مصلحته التي وجدت تعارضاً مع المصالح الأخرى، وهذه الرغبة تبدأ من المكونات النفسية للشخص ثم تأخذ مظهراً خارجياً يتمثل في تصميمه على حماية مصلحته وعدم السماح بالمساس بها.

ان استقرار المعاملات المالية وشعور الافراد بوجود الامن التعاقدى والعدالة العقدية وغيرها من الأوضاع القانونية التي تبعث الطمأنينة في نفوسهم تعد من اهم الأمور التي تجعلهم يتعاقدون مع غيرهم من الافراد على الرغم من اختلاف المصلحة الخاصة لكل طرف، وهذا الامر يجعل من هذه المصالح في حالة من التصادم وبالأخص عندما يثار نزاع معين بشأن المعاملات المالية، الامر الذي يؤدي الى اهتزاز مبدأ استقرار المعاملات والمبادئ المذكورة سلفاً ويجعل المعاملة المالية في وضع لا يمكن بقاءه على هذه الصورة.

**اولاً : التعريف بموضوع البحث .** تتعدد المصالح بين الأطراف في نطاق المعاملات المالية سواء كان ذلك في نطاق العقود ام غيرها، وهذا التعارض يعد امراً طبيعياً ومتوقفاً، اذ يرغب كل طرف في تحقيق مصلحة معينة تتمثل بجلب منفعة او دفع مضرة عند اجراء أي تصرف قانوني، وادل على ذلك فكرة التقابل في العقود الملزمة للجانبين اذ تكون التزامات كل طرف هي السبب للالتزامات الطرف الآخر، فنجد ان هذه المصالح قد تتعارض فيما بينها، فيحدث التعارض بين مصالح دائنين تجاه مدين معين، وقد يحدث بين مصلحة الدائن ومصلحة الغير كما هو الحال عند تعارض حق الدائن المرتهن مع حائز الحق المكتسب، فهذا الغير قد تثبت له مصلحة في عمل او تصرف قانوني عقدي ام غير عقدي لأسباب مختلفة، مما يجعل مصلحته تتضارب بشكل كبير مع مصلحة المتعاقد او أي طرف في ذلك التصرف القانوني .

لذلك تتمثل جوهر فكرة الموضوع بتضاد المنفعة لشخص ما مع منفعة شخص آخر في معاملة مالية تحتم على أصحاب الشأن ترجيح احدي هذه المنافع على غيرها، وتبعاً لذلك يمكن القول ان هذا التعارض هو امر يتسم بصفة التعقيد على مستوى تحديد نطاق التعارض بين هذه المصالح من جهة، وتحديد الطرق الناجعة لإزالة او حل هذا التعارض بين المصالح في أي معاملة مالية من جهة أخرى في ظل النزاع الفعلي او القضائي الذي ينشأ جراء هذا التعارض بشكل يهدد استقرار المعاملات المالية الذي يهدف المشرع الى الوصول اليه.

**ثانياً : أهمية موضوع البحث .** يتميز موضوع البحث بأهمية على مستوى الجانب النظري والجانب العملي، فبخصوص الجانب النظري نلاحظ ان الفقهاء المسلمين اهتموا كثيراً بمسائل التعارض بين المصالح واصطلح عليه الفقهاء والشرح تسمية ( **فقه الموازنات** ) بمعنى تحديد قواعد منطقية يتم الاستعانة بها كقواعد عامة لتسوية أي تعارض بين المصالح، اذ يعرف هذا الفقه بأنه " علم بيان الطرق التي تتحقق بها افضل وسيلة للوصول الى موازنة علمية سليمة بين المصالح، او بين المصالح والمفاسد عند تعارضهما "، والقواعد التي وضعوها بهذا الشأن كثيرة منها، ان

المصلحة الآنية تقدم على المصلحة المستقبلية، وان المصلحة القطعية تقدم على المصلحة الظنية، هذه القواعد تمكن الحاكم الشرعي او المجتهد ببناء الحكم الشرعي على أساس سليم يضع الحلول التي تتوافق مع مقاصد الشريعة الإسلامية .

كذلك تظهر الأهمية النظرية عند مقارنة هذه القواعد بنطاق التشريعات الوضعية، اذ نجد الكثير من النصوص القانونية التي تتضمن تعارضاً بين مصالح الأطراف، التي حدد القانون في البعض منها نطاقاً معيناً لها والحل الذي يمثل الحكم القانوني للترجيح عند التعارض، لكن في الكثير منها لم يتطرق القانون الى كيفية حل هذا التعارض بين المصالح وفق قواعد منهجية منطقية تتم بناء على معرفة وفلسفة منضبطة لا يمكن لأي شخص ان يقوم بها الا بناءً على تنظيم دقيق، لذا نحن بحاجة الى الوقوف على الطرق التي يتم عبرها حل التعارض في المصالح المالية بين الأطراف في نطاق القانون المدني ، عبر تحديد الوسائل التي اعتمد عليها المشرع او القاضي في تسوية هذا التعارض، وبيان مدى التقارب بين هذه الطرق او الوسائل في التشريع الوضعي مع ما جاء به الفقه الإسلامي في شروحاتهم المختلفة بشأن المصالح.

اما بخصوص الجانب العملي فيظهر من خلال وضع قواعد منطقية قانونية يتم من خلالها حل او تسوية تعارض المصالح في المعاملات المالية بين أطراف التصرف القانوني، اذ ان هذه القواعد تساعد القضاء وبشكل كبير من الوقوف على أي سبب أدى الى تعارض المصالح بين اطراف المعاملة المالية في نطاق القانون المدني، ودراسته وفق منهجية معينة ومن ثم تطبيق قواعد خاصة لحل التعارض في المصالح المالية بشكل يضمن حقوق جميع الأطراف ويرجح الراجح وفق ادلة منطقية.

وفي ضوء الجمع بين الأهمية النظرية والعملية لموضوع البحث تظهر الأهمية الكلية لهذا الموضوع التي تتمثل في وضع قواعد قانونية منطقية يتم عن طريقها تسوية أي تعارض في المصالح المالية بين أطراف التصرف القانوني، بحيث يمكن للقضاء تسوية أي حالة من حالات التعارض المذكور، هذا الامر له أهمية في جانبيين هما، الجانب الأول ان وضع هذه القواعد يسهم في تسوية أي حالة من حالات التعارض في المصالح المالية في وقت يسير نوعاً ما، والجانب الثاني ان وضع مثل هذه القواعد يجنب المشرع مسألة القصور التشريعي، اذ ان وجود مثل هذه القواعد يستعين بها القاضي في تسوية التعارض في المصالح يكون بمثابة الحل التشريعي المتوفر في كل زمان، فلا نكون اما قصور تشريعي طالما وجدت القواعد العامة التي من الممكن ان تنطبق على أي تطبيق من تطبيقات تعارض المصالح في المعاملات المالية.

**ثالثاً: إشكالية موضوع البحث** - تتمثل الإشكالية الرئيسية لموضوع البحث في عدم وجود نظرية قانونية عامة او قواعد قانونية عامة يتم عبرها تسوية أي حالة من حالات تعارض المصالح في المعاملات المالية بل جاءت النصوص والحلول متناثرة على شكل تطبيقات في مواد قانونية مختلفة الموضوع، اذ نجد بعض التطبيقات القانونية لهذه المسألة فمثلاً نص القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 في المادة (5) منه على " لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان " هذه القاعدة تحكم تعارض المصالح المالية في ازمان مختلفة ، كذلك نص في المادة (8) على " درء المفسد أولى من جلب المنافع " ، فالمشرع هنا قد عالج تعارض جلب المصلحة مع درء المفسدة، فقام منطقياً واصولياً بترجيح درء المفسدة على جلب المنفعة، كذلك نص في المادة ( 147 / ف 2 ) على " 2- واذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر و تمسك الاخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين " ، فكرة النص تكمن هنا في انه اذا حدث تعارض بين المصالح بشأن عقد صوري فقام البعض بالتمسك بالعقد الظاهر وهو (العقد الصوري) بينما تمسك الاخرون بالعقد المستتر وهو (العقد الحقيقي) ، فالأفضلية تكون لمن تمسك بالعقد الصوري اذا كان حسن النية، اذ أن المشرع قد حل هذا التعارض كما مبين سلفاً .

لكن النصوص التي أشرنا اليها هي نصوص متناثرة لا تضع الحلول المناسبة لجميع حالات تعارض المصالح المالية، خصوصاً المصالح المالية المستقبلية، فما هو الحكم عند التعارض بين مصلحة مالية آنية ومصلحة مالية مستقبلية، وما هو الحكم عند تعارض مصلحة محققة مع مصلحة محتملة، هذا الامر يحتم علينا وضع قواعد قانونية لتسوية حالات التعارض المذكورة سلفاً، وهذا الامر يضع امامنا فرضية الاستعانة بقواعد أصول الفقه الإسلامي بمذاهبه المختلفة لكونه قد اهتم جل الاهتمام بمسائل تعارض المصالح، بعد بيان آراء هذه المذاهب وتحليلها وبيان الرأي الملائم لنصوص القانون المدني، والاستعانة بقواعد هذا الفقه العظيم في وضع القواعد القانونية التي تساهم بتسوية حالات تعارض المصالح في المعاملات المالية بين الأطراف.

ويتفرع عن هذه الإشكالية إشكالية أخرى تظهر بعد استقراء نصوص القانون المدني العراقي، اذ نجد في بعض الأحيان ان المشرع نفسه يضع او يتسبب في إيجاد حالة او اكثر من حالات تعارض المصالح في المعاملات المالية بدون ان يضع الحل المناسب لهذا التعارض لا من النص نفسه، ولا من خلال قواعد عامة لتسوية هذه الحالات من حالات التعارض، على سبيل المثال نص المشرع العراقي في المادة ( 419 ) على " اذا زال السبب الذي أدى الى اتحاد الذمة وكان لزواله اثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن، ويعتبر اتحاد الذمة

كأن لم يكن " ، فعن طريق تحليل النص يظهر لنا انه يقرر عودة الالتزام الذي انقضى باتحاد الذمة اذا تبين زوال سبب اتحاد الذمة، لكنه لم يبين حالة ما اذا تصرف احد الأطراف بمحل الالتزام لشخص آخر عبر المدة بين عودة الالتزام وعودته، اذ ان عودة الالتزام الأصلي سيحدث تعارض بين مصلحة الدائن الأول والدائن الثاني، فكيف يتم حل التعارض في هذه الحالة وما شبهها، اذ لو قام المشرع بوضع قواعد قانونية عامة لتسوية مثل هذا التعارض وشبهه فلا نكون امام نقص تشريعي او مشكلة عملية مستعصية، اذ تتمكن المحكمة من تطبيق هذه القواعد ثم وضع الحلول المناسبة.

رابعاً : اسئلة موضوع البحث - يثير موضوع الدراسة عدة تساؤلات هي :

- 1 - ما مضمون تعارض المصالح في المعاملات المالية ؟
- 2 - ما الاسباب التي تؤدي الى تعارض المصالح في المعاملات المالية ؟
- 3 - ما نطاق تعارض المصالح في المعاملات المالية، فهل يكون على نطاق واحد كالتعارض بين مصالح عدة دائنين، ام يكون على نطاق متعدد كالتعارض بين مصالح الدائنين ومصالح الغير؟
- 4 - ما مدى نجاعة الحلول القانونية التي وضعها المشرع العراقي فيما يخص تعارض المصالح في المعاملات المالية، وهل هي حلاً كافية ام بحاجة الى تعديل وازافة ؟
- 5 - ما القواعد القانونية التي يمكن وضعها كقواعد عامة بشأن تسوية حالات التعارض في المصالح المالية مهما كان نوعها، بحيث تساعد هذه القواعد في تسهيل حسم النزاع المعروض امام المحكمة والمتعلق بتعارض المصالح ؟
- 6 - ما الحكم عند التعارض بين مصالح مالية مختلفة، كالتعارض بين مصلحة حقيقية ومصلحة ظنية، وكالتعارض بين مصلحة آنية ومصلحة مستقبلية ؟
- 7 - ما المعايير الشرعية والقانونية التي يمكن الاستناد عليها لحل مسائل تعارض المصالح ؟

**خامساً : أسباب اختيار موضوع البحث -** ابرز ما دفعنا لاختيار هذا الموضوع ما يأتي :

1 - قلة الدراسات القانونية التي تحمل عنوان المصالح المالية بشكل عام، وعنوان تعارض المصالح في المعاملات المالية بشكل خاص، فلم يتيسر لنا مؤلف او عمل قانوني يحمل اسم تعارض المصالح في المعاملات المالية.

2 - اهتمام فقهاء المذاهب الإسلامية بمسائل المصالح بشكل عام وحالات تعارضها بشكل خاص ضمن مؤلفاتهم التي تداولت موضوع المصلحة، هذا الاهتمام الذي دفعنا الى محاولة الربط والمقارنة بين أفكار المصلحة في مؤلفات هذه المذاهب وبين القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة فيما يخص مسائل تعارض المصالح في المعاملات المالية، ومدى الاستفادة من احكام هذا الفقه العظيم وتضمينها في نصوص القانون المدني.

**سادساً : اهداف البحث -** يهدف البحث الى :-

1 - بيان مدى كفاية الحلول القانونية التي وضعها المشرع في القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة بشأن تسوية مسائل تعارض المصالح المالية.

2 - وضع قواعد قانونية عامة يتم عبرها تسوية أي حالة من حالات تعارض المصالح بين الأطراف، بعيداً عن التطبيقات المتناثرة في نصوص قانونية مختلفة الشكل والمضمون.

**سابعاً : منهجية البحث -** سنتبع في هذه الدراسة المنهج التحليلي، في ضوء استقراء نصوص القانون المدني العراقي والقوانين محل المقارنة وتحليلها بغية الوقوف على فلسفة المشرع بشأن وجود حالات التعارض والسبل القانونية التي اعتمدها للترجيح بين هذه المصالح.

**ثامناً : نطاق البحث -** نطاق البحث سيكون بين القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، بالمقارنة مع القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل، والقانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، والدراسة ستكون مقارنة بين هذه القوانين من جهة وبين الفقه الإسلامي بمذاهبه ( الامامية و الاحناف والمالكية والشافعية والحنابلة) من جهة أخرى، لتحديد الرأي الأكثر ملائمة لنصوص القانون .

**تاسعاً : خطة البحث -** سنقسم الموضوع على ثلاثة فصول في الفصل الأول سنبين مفهوم تعارض المصالح في المعاملات المالية ونقسمه على مبحثين، في المبحث الأول سنتناول ماهية تعارض المصالح في المعاملات المالية، وفي المبحث الثاني سنعالج نطاق تعارض المصالح في

المعاملات المالية وصوره، اما الفصل الثاني فسنخصصه لحل تعارض المصالح في المعاملات المالية، ونقسمه على بحثين في المبحث الأول سنبين الترجيح بين المصالح المتعارضة، وفي المبحث الثاني سندرسها مراحل حل تعارض المصالح في المعاملات المالية، اما الفصل الثالث والأخير فسيكون بعنوان اثار تعارض المصالح في المعاملات المالية وتطبيقاته، وسنقسمه على بحثين في المبحث الأول سنعالج اثار تعارض المصالح في المعاملات المالية، ونكرس المبحث الثاني لتطبيقات تعارض المصالح في المعاملات المالية.

## الفصل الأول

### مفهوم تعارض المصالح في المعاملات المالية

#### تمهيد وتقسيم :-

مع ازدياد وتشعب المعاملات المالية التي يجريها الافراد بشكل دوري ومستمر، تبرز في المقابل رغبة كل طرف من اطراف هذه المعاملة في حماية ما تتطلبه مصلحته في ذلك، ونتيجة لهذا الامر يحدث نوع من التعارض بين المصالح بشكل يؤثر على بقاء هذه المعاملة او استقرارها بما يتطلب التدخل الحقيقي من قبل المحكمة للفصل في هذا التعارض وترجيح احدى هذه المصالح حسب ما يتوافق مع نصوص القانون، وفي هذا السياق لا بد من تحليل مفهوم هذا التعارض والشروط القانونية والشرعية التي تؤدي الى ظهوره كنظام قانوني متوقع الحدوث كثيراً.

وبعد التسليم بوجود هذا التعارض بين المصالح يجب تبعاً لذلك تحديد نطاق عمله، فبخصوص النطاق الموضوعي كان للفقه الإسلامي دور كبير في بيان معنى المعاملات المالية وتمييزها عن الأوضاع المشابهة لها، الامر الذي سيحدد نطاق دراسة هذا التعارض وذلك عند تحديد ما هو المقصود بمصطلح المعاملات المالية، وفي المقابل لا تقل أهمية تحديد النطاق الشخصي عن أهمية النطاق الموضوعي في شيء مما ذكر اعلاه ، فمن اجل تركيز اثر التعارض بشخص او اشخاص محددين يجب الوقوف بدقة على هذا النطاق ومدى انتقاله الى الخلف.

وبعد استقراء مؤلفات الفقهاء المسلمين ونصوص القانون المدني اتضح لنا ان هذا التعارض يأتي على صور مختلفة ومتفرعة، فتارة يتفرع بناءً على أساس قوة المصالح المتعارضة، وتارة أخرى يتفرع وفقاً لمعيار سبب نشوء التعارض، وهذا الامر يجعل من الصعوبة تحديد الأساس القانوني لهذا التعارض كونه مسألة ذات صور مختلفة ومتفرعة، لذا يجب دراسة مفهوم هذا التعارض بعناية اولاً ومن ثم تحديد اساسه القانوني .

لذلك سنقسم هذا الفصل على مبحثين، في المبحث الأول سنبين ماهية تعارض المصالح في المعاملات المالية، ونكرس المبحث الثاني الى نطاق تعارض المصالح في المعاملات المالية وصوره.

## المبحث الأول

### ماهية تعارض المصالح في المعاملات المالية

بادئ ذي بدء من المسلم به في مجال القانون ان يكون لكل شخص حق الدفاع عن حقوقه متى ما توافرت لديه مصلحة مشروعة يرغب في الحفاظ عليها، وهذا الحق قد يصطدم بحق مشروع لشخص آخر يرغب ايضاً في حماية مصلحته التي تعارضت مع مصلحة الطرف الأول او مع غيره من أصحاب المصالح، ففي هذا الفرض تظهر حالة تسمى ( تعارض المصالح ) التي توجب على المحكمة دراسة جميع جزئيات هذا التعارض من اجل الخروج بإحدى هذا المصالح المتعارضة وفق مرجح مقبول، فهذا الوضع القانوني المعقد يحتم علينا دراسة مضمون تعارض المصالح وبيان تعريفها وما تتضمنه من تفاصيل على مستوى الفقه الإسلامي ومؤلفات أصول الفقه، وكذلك على مستوى التشريع والفقه القانوني، واذا ما تم الوقوف على تعريف فكرة تعارض المصالح في المعاملات المالية نجد ان هذا التعارض لا يظهر الا بعد توافر مجموعة من الشروط التي يظهر بها هذا التعارض، اذ تارة نجد بعض هذه الشروط يتعلق بالتعارض نفسه، وتارة أخرى نجد بعضها يتعلق بالمصلحة، كما ان هذا التعارض لا يأتي بدون أساس معين، اذ تبين لنا أن تعارض المصالح من الأوضاع التي تستند على أساس شرعي من جانب، وعلى أساس قانوني من جانب آخر، لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، في المطلب الاول سنتناول التعريف بتعارض المصالح، وفي المطلب الثاني سنبين شروط واسباب تعارض المصالح.

## المطلب الأول

### التعريف بتعارض المصالح

يعد تحديد معنى تعارض المصالح في المعاملات المالية من اهم الأمور التي يجب بيانها بدقة من اجل الوقوف بشكل سليم على مختلف جزئيات واحكام هذا الموضوع، اذ تطرقت مؤلفات الفقهاء المسلمين وفقهاء القانون الى بيان معنى المصالح وما يترتب عليها من أحوال التعارض سواء أكان على مستوى المعاملات المالية ام غيرها، فضلاً عن التطبيقات الكثيرة التي جاء بها المشرع والتي تحمل بين طياتها أوضح مصاديق تعارض المصالح في المعاملات المالية، لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول سنبين تعريف تعارض المصالح، ونكرس الفرع الثاني الى سمات تعارض المصالح .

## الفرع الأول

### تعريف تعارض المصالح

ان فكرة تعارض المصالح تحمل مضموناً مزدوجاً، فتارة يكون للمعنى اللغوي مضمون معين، وتارة أخرى يكون للمعنى الاصطلاحي أهمية كبيرة، لذلك سنبيين تعريف تعارض المصالح حسب ما تقدم :

#### اولاً : تعريف تعارض المصالح في اللغة

عند بيان معنى تعارض المصالح في اللغة ينبغي علينا الوقوف على تفاصيل كل عبارة وبيان المعنى اللغوي لكل منها وكما يأتي :

#### 1 - معنى التعارض في اللغة - لقد بين أصحاب اللغة ان للتعارض معانٍ كثيرة هي :

أ - **التقابل** - التعارض في اصل جاء من كلمة ( عَرَضَ ) ومنها يقال : ( عرض فلان من سلعته، اذا عارض بها، اعطى واحدة واخذ أخرى ... أي يعارضك فيأخذ منك شيئاً ويعطيك أخرى ) ويقال ايضاً ( عارض الشيء بالشيء معارضة قابلة، وعارضت كتابي بكتابي أي قابلته ) (1) .

ب - **المماثلة والمساواة** - ذهب رأي الى ان التعارض يحمل معنى التساوي او التماثل بين امرين اذ قيل : ( تقول : عارضت فلاناً في السير حياله وعارضته مثل ما صنع، اذا أتيت إليه مثل ما أتى إليك، ومنه اشتقت المعارضة ... ) (2) ، لذلك فإن التعارض وفقاً لهذا الرأي يحمل معنى التعادل .

ج - **التضاد والتنافي** - قد يحمل التعارض معنى التنافي بين امرين اذ قيل : ( ويقال اعترض الشيء دون الشيء أي حال دونه ) وهذا المعنى يدل على وجود امرين اعترضوا البعض بحيث يتطلب الامر التدخل لفك هذا الاعتراض عن طريق الترجيح (3) .

1 - أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ط 3، ج 3، دار العلم للملايين، بيروت، 1399 هـ - 1979 م ، ص 1028.

2 - احمد بن فارس زكريا أبو الحسين المعروف بابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ط 1، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1421 هـ - 2001 م، ص 728.

3 - ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور، لسان العرب، ط 1، ج 9، مؤسسة التاريخ الإسلامي، بيروت، 1413 هـ - 1939 م، ص 138.

مما تقدم يتبين لنا ان ان التعارض لا يحمل معنى واحد، بل هو مصطلح له معانٍ متعددة، فتارة يأتي بمعنى التقابل، وتارة أخرى يدل على التساوي، وتارة أخيرة يحمل معنى التضاد والتنافي، لذلك بقدر تعلق الحال بموضوع بحثنا يبدو لنا ان المعنى الأقرب للتعارض هو ذلك المعنى الذي يحمل معنى التضاد.

### 2 - معنى المصلحة في اللغة

المصلحة جمعها مصالح وهي مصدر صلح يصلح صلاحاً، ويقال (صَلَحَ) بفتح جميع حروفها بمعنى ما يدل على خلاف الفساد وهو الفعل الذي يؤدي الى صلاح ومنفعة، والمصلحة كالمنفعة في الوزن والمعنى<sup>(1)</sup>، مما تقدم يتبين لنا ان المصلحة في اللغة تحمل معنى المنفعة ذاتها، او الفعل او السبب المؤدي الى المنفعة .

### 3 - معنى المعاملات في اللغة

المعاملات جمع معاملة ويقال عاملت الرجل اعامله معاملة، والتعامل في لغة اهل الامصار يراد به التصرف كالبيع ونحوه<sup>(2)</sup> .

### 4 - معنى المال في اللغة

يطلق المال على ما يملك من جميع الأشياء، وقيل هو ما يملك من الذهب والفضة، ويطلق على كل ما يقتنى من الذهب او الاعيان<sup>(3)</sup> .

<sup>1</sup> - ابن منظور، مصدر السابق، ج 7، ص 384.

<sup>2</sup> - احمد بن محمد الفيومي، المصباح المنير، ط 2، ج 2، المكتبة العصرية، بيروت، 1412 هـ، ص 430.

<sup>3</sup> - الحسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الاصفهاني، المفردات في غريب القرآن، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1961، ص 478.

## ثانياً : تعريف تعارض المصالح اصطلاحاً

بعد بيان معنى تعارض المصالح من الجانب اللغوي، لا بدّ من توضيح ما هو المقصود بتعارض المصالح عند كل من الفقهاء المسلمين، والقوانين، وفقهاء وشراح القانون وكما يأتي :

## 1 - تعريف تعارض المصالح في الفقه الإسلامي

عند دراسة أي مسألة تتعلق بجانب فقهي اصولي فإنه لا يمكن اغفال الدور الكبير للفقهاء المسلمين بشأن هذه المسألة، إذ اهتم فقهاء المذاهب الإسلامية اهتماماً كبيراً بدراسة حالات او تطبيقات تعارض المصالح على المستوى الشرعي والمالي وما يترتب على هذا التعارض من ضرورة الترجيح؛ وهذا الامر يعود سببه الى الفكر الواسع الذي يحمله فقهاء المذاهب الإسلامية المختلفة، الا ان اغلب حديثهم عن التعارض والترجيح جاء في مؤلفات أصول الفقه؛ على اعتبار ان التعارض يعد من الأمور الأصولية التي تجد تطبيقاً لها في اكثر موضع.

وبعد استقراء الكثير من مراجع الفقهاء المسلمين، يمكن لنا ان نقف على حقيقة واضحة هي، ان فقهاء المذاهب الإسلامية لم يبينوا ما هو المقصود بتعارض المصالح في المعاملات المالية بهذه الصيغة، بل جاءت مؤلفاتهم بشكل يوضح تعريف المصلحة بشكل عام من جانب، ومن جانب آخر تعريف التعارض بشكل عام لينطبق على جميع حالات التعارض مهما كان نوعها واهمها تعارض الأدلة الشرعية، لذلك سنبين تعريف المصلحة وتعريف التعارض عند الفقهاء المسلمين.

وفيما يخص تعريف التعارض نجد أنه يُعرف بتعريفات كثيرة منها إذ عرفه الامامية بأنه ( التمانع بين دليلين بالنظر الى ان كلا منهما يكشف عن حكم ينقض ما يكشف عنه الآخر ... )<sup>(1)</sup>، يتبين لنا من التعريف المبين سلفاً انه اعطى معنى واضح للتعارض وهو التمانع بمعنى الممانعة بين اجتماع امرين مع بعض بصورة دائمة، وجاء لدى الاحناف بأن التعارض هو ( اقتضاء كل من الدليلين عدم مقتضى الآخر )<sup>(2)</sup>، يتبين من التعريف السابق ان التعارض يأخذ معنى التمانع والتضاد وهو اقرب للمعنى اللغوي الذي بيناه سابقاً، وقد عرفه الشافعية بأنه ( استواء الأمرين )<sup>(3)</sup>، وجاء

1 - محمد جواد مغنية، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد، ط 1، دار العلم للملايين، بيروت، 1975، ص 428.

2- محمد بن محمد ابن امير الحاج ، التقرير والتحبير في شرح التحرير، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 2.

3 - محمد بن علي الشوكاني، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 403.

في تعريف التعارض ايضاً بأنه ( معنى التعارض : التناقض<sup>(1)</sup>، فالتعارض حسب هذا التعريف هو اجتماع نقيضين لا يمكن اجتماعهما معاً في زمان ومكان واحد)<sup>(2)</sup>.

وبعد بيان موقف الفقهاء المسلمين من معنى التعارض يتبين لنا امرين هما :

أ - إن مدلول التعارض عند الفقهاء المسلمين له معنيين اذ تارة يأخذ معنى التناقض بمعنى وجود امرين من الاستحالة ان يجتمعا معاً في مسألة واحد، وهذه الاستحالة تتطلب عدم الترجيح بينهما بل يسقط كلا الامرين من المسألة، وتارة أخرى نجد ان التعارض ينطوي على معنى التضاد او التمانع بمعنى وجود امرين متضادين لا يمكن ان يجتمعا معاً، لكن يجب الترجيح بينهما واختيار المرجح منهما وفق مرجح منطقي، وهذا المعنى الأخير هو الأقرب لتحديد معنى التعارض؛ وذلك لاحتمية حسم مسألة التعارض واختيار المرجح بين الامرين وترك الآخر.

ب - إن تعريف التعارض عن الفقهاء المسلمين جاء بخصوص تعارض بين ادلة بشكل عام، ولم يبينوا بشكل تعداد ما هي هذه الأدلة التي تكون مجالاً للتعارض، وتنفق مع ما ذهب اليه احدهم بأن الأدلة معنى عام يشتمل على اكثر من جزء، لذلك يدخل تعارض المصالح ضمن معنى التعارض، اذ ان لفظ الأدلة يشمل الأدلة المتفق عليها والأدلة المختلف فيها<sup>(3)</sup>.

اما بخصوص تعريف المصلحة فقد تعددت آراء الفقهاء المسلمين بهذا الشأن فمنهم من عرفها بأنها (هي جلب منفعة او دفع مضرة)<sup>(4)</sup>، يتبين لنا ان التعريف المبين سلفاً قد اعطى للمصلحة ذات معنى المنفعة، سواء تحقق هذه المنفعة عبر اكتسابها، او عبر دفع مضرة وهو التعريف الراجح، في

1 - أبي حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى من علم الاصول، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1993م، ص 226.

2 - اختلفت آراء الفقهاء المسلمين القدامى والمحدثين بشأن العلاقة الأصولية بين التعارض والتناقض فظهر هنالك اتجاهين، ذهب أصحاب الاتجاه الأول الى القول بأن التعارض هو التناقض والعكس صحيح، بينما ذهب أصحاب الاتجاه الثاني الى القول بأن التعارض والتناقض ليسا مترادفين، بل بينهما فروق اهمها ان التعارض يقتضي الترجيح بين الامرين، بخلاف التناقض الذي يوجب بطلان كلا الدليلين. للمزيد ينظر د. محمد إبراهيم الحنفاوي، التعارض والترجيح عن الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي، ط 2، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 1987، ص 33 وما بعدها.

3 - أسماء المدني، قواعد الترجيح بين المصالح المتعارضة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة (دراسة تأصيلية تطبيقية)، ط 1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2014 م، ص 57.

4 - الغزالي، مصدر سابق، ص 286.

حين عرفها رأي آخر بأنها ( ما يرجع الى قيام حياة الانسان وتام عيشه ونيله ما تقتضيه اوصافه الشهوانية والعقلية على الاطلاق) (1) ، يلاحظ على هذا التعريف انه لم يصرح بشكل واضح على تحديد ذاتية المصلحة وهل هي مرادفة لعبارة أخرى ام لا، بل أطلق وصف المصلحة على كل ما هو ضروري لعيش الانسان، وجاء في تعريف آخر للمصلحة هي ( المنفعة الحاصلة او الغالبة ) (2) ، بمعنى آخر ان المصلحة هي كل منفعة حاصلة فعلاً او غالبية الحصول.

بناء على ما تقدم وعن طريق التمعن في تعريف التعارض والمصلحة عند الفقهاء المسلمين يبدو لنا ان تعارض المصالح في المعاملات المالية لديهم يراد به التمانع او التضاد بين امرين لا يمكن ان يجتمعا معاً في مكان وزمان واحد، فهو اجتماع نقيضين في معاملة مالية اضرب استقرارها بسبب هذا التعارض، ولا يمكن إعادة وضع الاستقرار الا من خلال اتباع قواعد الترجيح والتضحية بأحد المصالح او بعضها وفق مرجح مقبول شرعاً.

اما على مستوى الشراح المحدثين فهنالك من عرف تعارض المصالح بشكل عام بأنه ( اجتماع جملة من المصالح فيما بينها، او بينها وبين المفساد، او بين المفساد ذاتها، ويكون موقف الاجتهاد إزاء ذلك ان يعمل على اختيار اقرب الوجوه الى مقصود الشارع، او الاختيار بين رتب المصالح اذ تعذر الجمع بينها، او اختيار اهن المفساد اذا تعذر دفعها جميعها) (3) ، مما يؤخذ على التعريف المذكور سلفاً بأنه قصر معنى التعارض على لفظ ( الاجتماع ) وهو لفظ وان كان على شيء من الصحة، الا انه لم يبين الأثر الذي يترتب على هذا الاجتماع وهو التضاد او التمانع.

### 2 - تحديد معنى تعارض المصالح في التشريع

بادئ ذي بدء ينبغي الوقوف على نتيجة حتمية هي ان القانون المدني العراقي والقوانين المقارنة تتضمن الكثير من حالات تعارض المصالح في المعاملات المالية، سواء ما جاء منها بنص صريح ام بنصوص يستشف منها وجود حالة او اكثر من حالات تعارض المصالح بين اطراف

<sup>1</sup> - أبي اسحاق ابراهيم بن موسى بن محمد اللخمي الشاطبي، الموافقات، ط 1، ج 2، دار ابن عفان للنشر والتوزيع، السعودية، 1997 م، ص 430.

<sup>2</sup> - تقي الدين أحمد ابن تيمية ، مجموع الفتاوى، ج 8 ، دار الوفاء، بدون مكان وسنة طبع، ص 363.

<sup>3</sup> - محمود صالح جابر و ذياب عبد الكريم عقل، التعارض والترجيح بين المصالح والمفساد في التشريع الإسلامي، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 32، العدد 1، 2005، ص 159.

معاملة مالية معينة، ام تلك النصوص التي تتضمن تعارضاً في المصالح بشكل لا يمكن الوقوف عليه الا بتحليل هذا النص وبيان اثره القانوني.

اما بخصوص تعريف تعارض المصالح في القوانين فنستطيع ان نؤكد على قدر اطلاقنا عدم وجود تعريف صريح لعبارة ( تعارض المصالح ) لغايات واسباب سنينها لاحقاً، اذ اقتصر دور المشرع بشأن فكرة تعارض المصالح على امرين، الامر الأول هو ايراد تطبيقات تعارض المصالح في نصوص قانونية مختلفة الشكل والمضمون، والامر الثاني حل بعض حالات تعارض المصالح حسب ما قواعد الترجيح عند صياغة النص القانوني.

على سبيل المثال نص المشرع العراقي على ان ( 1- اذا ابرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص اذا كانوا حسني النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري كما ان لهم ان يثبتوا صورية العقد الذي اضر بهم وان يتمسكوا بالعقد المستتر. 2- واذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر و تمسك الاخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين).<sup>(1)</sup> ، يتبين لنا من النص السابق ان المشرع العراقي لم يبين تعريف تعارض المصالح، بل قام بالترجيح عند حدوث تعارض بين المصالح بشأن عقد صوري، فعندما يقوم البعض بالتمسك بالعقد الظاهر وهو (العقد الصوري) بينما تمسك الاخرون بالعقد المستتر وهو (العقد الحقيقي) ، فالأفضلية في هذا التعارض تكون لمن تمسك بالعقد الصوري اذا كان حسن النية<sup>(2)</sup>.

وجاء في نص آخر ( اذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة شيء واحد اعتبر حائزاً من كانت له الحيازة الحالية حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك ما لم يظهر ان من له الحيازة الحالية قد حصل عليها من غيره بطريقة معيبة. )<sup>(3)</sup> ، يوضح النص المبين سلفاً حالة تعارض مصالح عدة اشخاص تنازعوا حول احقية احدهم في حيازة الشيء، اذ تنبه المشرع الى هذه الحالة من حالات التعارض وبيّن الحكم القانوني بترجيح مصلحة من كانت لديه الحيازة الحالية للشيء، ما لم يكن قد حاز الشيء بطريقة معيبة أي غير مشروعة.

1 - المادة (147 ف 2) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

2 - للمزيد ينظر د. عصمت عبد المجيد، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع ص 465.

3 - ( المادة 1147 ) من القانون المدني العراقي.

أما بشأن القانون المدني الفرنسي فقد نص صراحة على انه ( لا تمس المقاصة الحقوق المكتسبة للغير)<sup>(1)</sup>، بمعنى ان المشرع الفرنسي قرر حقاً مكتسباً للغير لا يجوز ان تمسه المقاصة التي تجري بين الدائن والمدين، وهذا يعد تطبيقاً من تطبيقات تعارض المصالح بين مصلحة اطراف المقاصة ومصلحة الغير وبيان المصلحة العليا في هذا التعارض ، اما بخصوص القانون المدني المصري فقد نص على ( اذا ادعى أجنبي حقاً يتعارض مع ما للمستأجر من حقوق بمقتضى عقد الإيجار، وجب على المستأجر أن يبادر إلى إخطار المؤجر بذلك وكان له أن يخرج من الدعوى، وفي هذه الحالة لا توجه الإجراءات إلا إلى المؤجر. 2- فإذا ترتب على هذا الادعاء أن حرم المستأجر فعلاً من الانتفاع الذي له بموجب عقد الإيجار، جاز له تبعاً للظروف أن يطلب الفسخ أو إنقاص الأجرة مع التعويض إن كان له مقتض).<sup>(2)</sup>، يظهر لنا من النص المبين سلفاً ان المشرع المصري لم يبين تعريف تعارض المصالح، بل نظم فقط حالة تعارض مصلحة المستأجر ومصلحة الغير الاجنبي عن عقد الايجار وما يترتب على هذه الحالة من احكام قانونية تتعلق بالترجيح والاثار.

بناء على ما تقدم ذكره لا بدّ من بيان ان عدم ذكر المشرع تعريفاً لتعارض المصالح ليس بالأمر السلبي او المنتقد لسببين هما :

أ - إن مهمة وضع التعريفات ليست مهمة المشرع ، فالمشرع في الاغلب الاعم لا يضع تعريفاً لكل مصطلح قانوني يرد في متن القانون؛ خشية تقييد النص وعدم شموله لحالات كان من المفترض ان يشملها في التعريف والحكم، فالأفضل ان يترك النص عاماً غير مقيد بتعريف محدد ، بالرغم من ان وضع التعريف من قبل المشرع يساعد في بعض الأحيان وبشكل كبير في تحديد المراد بهذا المصطلح و يسهل الأمر على القاضي<sup>(3)</sup>.

1 - ( المادة 1347 ف 7 ) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل بالأمر التشريعي رقم (1) لسنة 2016.

2 - ( المادة 572 ) من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.

3 - من الجدير بالذكر ان نبيين بأنه بالرغم من ان مهمة وضع التعاريف في متن القانون ليست مهمة المشرع؛ لان وضع تعريف معين قد يؤدي الى جمود النص، الا انه يلاحظ ان المشرع في اغلب الدول و في بعض الأحيان يقوم بوضع تعريف لمصطلح معين من اجل ان يرتب عليه بعض الاحكام، نحو تعريف الحيازة في المادة ( 1145 / ف1) من القانون المدني العراقي التي نصت على ( الحيازة وضع مادي به يسيطر الشخص بنفسه او بالواسطة سيطرة فعلية على شيء يجوز التعامل فيه او يستعمل بالفعل حقاً من الحقوق ). كذلك المادة ( 1101 ) من القانون المدني الفرنسي التي عرفت العقد بأنه ( اتفاق ارادات بين شخصين أو عدة اشخاص يهدف الى انشاء الالتزامات او تعديلها او نقلها او انقضائها ).

ب - إن اختلاف تطبيقات وحالات تعارض المصالح في المعاملات المالية يجعل من الصعوبة على المشرع أن يجمع هذه الحالات تحت تعريفاً واحداً يكون جامعاً مانعاً لهذه الفكرة، إذ كلما تشتت الأمر أصبح من الصعوبة جمعه تحت اطار قانوني عام.

### 3 - تعريف تعارض المصالح في الفقه القانوني

في واقع الامر ان فكرة تعارض المصالح في المعاملات المالية هي فكرة ذات مدلول مزدوج، فتارة يأتي النص القانوني بشكل صريح يشير الى وجود حالة معينة من تعارض المصالح والحكم القانوني المحدد لها، وتارة أخرى يأتي النص بتطبيق غير مباشر يحمل تعارضاً بين مصالح اطراف معينة لايمكن الوقوف عليه بسهولة، لذلك سارت اغلب مؤلفات الفقهاء والشرح على ذات طريق المشرع من حيث الاكتفاء بالحكم القانوني ولمن يكون الترجيح عندما تتعارض المصالح بين اطراف معاملة مالية معينة، دون التطرق الى تعريف هذا التعارض .

وفي المقابل هنالك بعض الشراح الذين حاولوا وضع تعريف لتعارض المصالح في القانون المدني عن طريق تعريف التزام بشكل عام واعتبار تعارض المصالح احدي صور هذا التزام، اذ جاء عند احدهم بأن التزام هو ( اجتماع حقين ( مصلحتين مشروعيتين ) او اكثر بالمعنى الدقيق للحق بدرجة متقاربة من القوة أياً كان سبب هذا الاجتماع، بحيث يقعان في حالة تعارض وتنازع مما يقتضي الترجيح بينهما).<sup>(1)</sup> ، ان هذا التعريف رغم ما يتميز به من الصحة، الا انه يؤخذ عليه انه خلط بين الحق والمصلحة اذ اعطى للحق ذات معنى المصلحة على الرغم من الاختلاف الفقهي الكبير بين المعنيين<sup>(2)</sup>، وهنالك من عرف التزام في نطاق عقد الرهن بأنه ( اجتماع حق مستحق الاداء لإدائين أو اكثر على المال المرهون أو ما يحل محله، مع عدم كفاية هذا المال لوفاء جميع

1 - د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، نظرية ترجيح السند الأفضل في تزامم الحقوق دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص 67.

2 - ذهب الرأي الراجح فقهاً ان المصلحة لا يمكن ان ترتفع وتصل الى مستوى الحق، فالمصلحة هي جوهر الحق لكنها ليست حقاً في حقيقتها، لذلك قيل ان كان صحيحاً ان كل حق ينطوي على مصلحة، فإن العكس غير صحيح اذ ليست كل مصلحة تعد حقاً، وقد ساق الشراح امثلة على ذلك أهمها، ان الاتفاق المبرم بين مؤجر المنزل وبين ساكن الدور العلوي على انارة السلم، فلا ريب ان ساكن الطوابق السفلية ينتفعون من هذه الانارة ومن ثم تغدو لهم مصلحة في ذلك، بيد ان هذا الانتفاع او الاستفادة وتلك المصلحة لا تخولهم أي حق قبل المؤجر في انارة السلم، وهذا الامر يعد من الأمور الواضحة التي تبين جوهر الفرق بين الحق والمصلحة. للمزيد ينظر، د. عبد الرزاق الفحل وآخرون، المدخل لدراسة الأنظمة، دار الآفاق، جدة، 1993، ص 167 .

(الحقوق) (1) ، يبدو لنا ان التعريف المذكور سلفاً قد حدد شكل التزام بأنه اجتماع عدة حقوق على محل واحد، الا انه لم يبين الأثر الذي يترتب على وجود هذا التزام، هذا الأثر المتمثل بتضاد المصالح بشكل يتطلب الترجيح بينها.

ومن اجل الوقوف على تعريف واضح لتعارض المصالح في المعاملات المالية ينبغي علينا بيان معنى التعارض أولاً، والمصلحة ثانياً، كل ذلك في نطاق القانون وكما يأتي :

أ- يعرف التعارض اصطلاحاً بأنه ( ان يدل كل من الدليلين على منافي ما يدل عليه الآخر) (2) ، لذلك ان تفسير التعارض يكون على وجه التقابل والممانعة، بحيث هذا التعارض يتطلب وجود امرين، احدهما يدل على حكم معين يتنافى ويتمنع مع ما يدل عليه الامر الآخر، كما اذا ادعى شخص اجنبي حقاً على المأجور ممكن ان يضار به المستأجر، ففي هذا الفرض ان مصلحة المستأجر يُمتنع بقاؤها مع بقاء مصلحة الأجنبي على المأجور.

ب- اما تعريف المصلحة عند شراح القانون نجدهم يشيرون الى تعريف المصلحة عند الكلام عن تعريف الحق، اذ جاء لديهم بأن المصلحة هي " الغاية او المنفعة التي تعود على صاحب الحق، سواء أكانت منفعة مادية ام منفعة أدبية " (3) .

بناءً على ما تقدم يبدو لنا ان التعارض في نطاق المعاملات المالية يحمل معنى التضاد او التنافي، بمعنى آخر ان التعارض هنا ينطوي على امرين لا يمكن الجمع بينهما على شكل يتطلب الترجيح بينهما وفقاً لقواعد منطقية، لذلك يمكن لنا ان نعرف تعارض المصالح في المعاملات المالية بأنه (تضاد المنافع بين طرفين او اكثر على وجه يوجب الترجيح بينها ) وعند تحليل هذا التعريف وجدنا ضرورة الابتداء بعبارة تضاد المنافع وذلك جرياً مع المعنى اللغوي الراجح للفظ التعارض وهو التضاد، والمعنى اللغوي للمصلحة وهو المنفعة ، ثم ابرزنا اهم شرط من شروط التعارض الا

1 - احمد راضي كعيم الشمري، الأفضلية عند التزام في نطاق عقد الرهن دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي، ط 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017، ص 11.

2 - حسين رجب محمد مخلف الزبيدي، قواعد الترجيح بين ادلة اثبات المتعارضة في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، ط 1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011، ص 138.

3 - د. نبيل إبراهيم سعد، المدخل الى القانون، نظرية الحق، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص

وهو شرط التعدد، واخيراً كان لابد من بيان اهم نتيجة او اثر يترتب على هذا التعارض وهو الترجيح بين هذه المصالح وصولاً الى استقرار المعاملات.

وتتمثل خلاصة الفرع في محاولة الخروج بأوضح تعريف لتعارض المصالح في المعاملات المالية، فبشأن موقف الفقهاء المسلمون القدامى نجد انهم لم يبينوا تعريف تعارض المصالح بهذا الشكل، بل اقتصرت كتاباتهم على تعريف التعارض تارة وتعريف المصلحة تارة أخرى على اعتبارها مفاهيم عامة تنطبق على جزئيات مختلفة، رغم محاولات بعض الشراح المحدثين في وضع تعريف لتعارض المصالح، اما بخصوص المشرعين فلم نجد في ثنايا النصوص القانونية تعريفاً لتعارض المصالح على الرغم من التطبيقات القانونية المتعددة التي تتضمنها هذه التشريعات، الامر الذي انعكس على فقهاء وشراح القانون المدني اذ لم يتيسر لنا على قدر اطلاعنا تعريفاً لتعارض المصالح في المعاملات المالية في مؤلفاتهم القانونية، الامر الذي اوجب علينا تفريد التعريف من خلال تعريف التعارض تارة وتعريف المصلحة تارة أخرى ثم وضع تعريفاً مقترحاً لتعارض المصالح، لذلك ومن خلال التعريف المقترح يمكن استنتاج بعض السمات التي يتسم بها هذا التعارض، اذ يتميز بمجموعة سمات يمكن استخلاصها بشكل اولي من التطبيقات القانونية ومن النقاط التي بينها سابقاً، وهذه السمات سنبينها تباعاً في الفرع القادم بشيء من التفصيل.

### الفرع الثاني

#### سمات تعارض المصالح

ان تعارض المصالح كوضع قانوني يتميز بمجموعة سمات تُبرز أهمية هذا الوضع القانوني عند المشرع وعند القضاء على حد سواء، الامر الذي يتطلب الوقوف على اهم هذه السمات وبيان المراد منها وهذه السمات هي :

#### اولاً : تعارض المصالح امر منطقي

عند التمعن في مضمون وغايات أي معاملة مالية نجد انها تحمل تعارضاً في المصالح بين اطراف هذه المعاملة، على وجه يصح فيه ان نقول بأن مصلحة الطرف الأول مرتبطة ومتعارضة مع مصلحة الطرف الثاني في جميع المعاملات المالية، فعلى سبيل المثال عندما يلتزم البائع بتسليم المبيع في المقابل يلتزم المشتري بدفع الثمن وبالتالي تعارضت المصالح، ففي الوقت الذي سيتخلى فيه البائع عن المبيع، فإن المشتري ايضاً سيتخلى عن الثمن، بمعنى آخر تعارضت مصلحة البائع في التخلي عن المبيع وفي الحصول على الثمن، مع مصلحة المشتري في الحصول على المبيع ودفع الثمن.

لذلك يمكن لنا ان نبين حقيقة مرتبطة بما ذكر سلفاً هي ان تعارض المصالح يشكل القاعدة العامة في المعاملات المالية، بمعنى إن الأصل العام هو تعارض مصالح الأطراف عند التعامل حسب طبيعة كل معاملة، ولا يشكل تعارض المصالح استثناءً على هذه القاعدة؛ لأن الاستثناء يأتي خلافاً للأصل العام، وقد بينا آنفاً إن الأصل العام هو تعارض المصالح في المعاملات المالية، لذلك في هذا الفرض يكون عدم تعارض المصالح هو الاستثناء على الأصل العام المتمثل بتعارض المصالح، وهذا الامر الذي دفع الشراح الى القول بأن العقد يعد نقطة التقاء بين المصالح المتعارضة لاطرافه ويجب الحفاظ على التوازن بين هذه المصالح قدر الامكان<sup>(1)</sup>.

على سبيل المثال يلتزم المؤجر بتسليم المأجور وتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، وفي المقابل يلتزم المستأجر بدفع الأجرة حسب الاتفاق، ففي هذا الفرض لا يوجد تعارض بين مصلحة المؤجر الذي ينبغي عليه تسليم المأجور الذي يملكه، مع مصلحة المستأجر الذي يلتزم بدفع

<sup>1</sup> - jhoan dechepy & johanna Guillaume, le droit des contrats en schmas, ellipse edition, paris, 2021, p288.

الأجرة ، فطالما كانت المعاملة المالية مستقرة بعيداً عن النزاع انتفى وجود التعارض، لذا فان هذا التعارض ينتج عن تعدد واختلاف التزامات كل من اطراف عقد الايجار، لذلك تكون مهمة العقد هو التوفيق بين المصالح المتعارضة لاطرافه (1).

الا انه ينبغي التأكيد على حقيقة مهمة جداً هي ان تعارض المصالح الذي نقصده هو التعارض الذي يتطلب او يوجب قيام خصومة او نزاع بين اطراف المعاملة المالية، فقد بينا سلفاً ان الأصل العام هو تعارض المصالح بين اطراف أية معاملة مالية، فمن غير المعقول دراسة وترجيح هذه المصالح في جميع هذه المعاملات مادام لم يتم بشأنها نزاع معين، لذلك فالتعارض بين المصالح الذي تدور حوله الدراسة هو التعارض المصحوب بنزاع يتعذر معه بقاء المعاملة المالية على استقرارها، الامر الذي يتطلب الترجيح بين هذه المصالح، وبالتالي نصل الى نتيجة هي ان التعارض بين المصالح بدون قيام النزاع هو الأصل العام، والتعارض المصحوب بنزاع هو الاستثناء (2).

ولتوضيح ذلك نسوق المثال الآتي، فقد يختلف المؤجر والمستأجر في مقدار الأجرة بعد الانتفاع بالعين المؤجرة وقبل انتهاء مدة العقد، ففي هذا الفرض تعارضت مصلحة المؤجر مع مصلحة المستأجر الامر الذي يتطلب ترجيح قول احدهما بشأن مقدار الأجرة عن مدة الانتفاع الماضية، اذ ذهب اتجاه في الفقه الإسلامي الى ضرورة ترجيح قول المستأجر وهو قول الامامية الاحناف والمالكية (3)، واستدلوا بأن المؤجر يدعي زيادة الأجرة ولا بينة له فيما يدعيه، والمستأجر ينكر هذه

1 - للمزيد ينظر د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص 287. د. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط 7، المجلد السابع، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، طنطا، 2004، ص 7 وما بعدها.

2 - يعرف الاستثناء بأنه - ( خروج مسألة او واقعة معينة عن حكم القاعدة العامة بسبب وجود مصلحة او ضرورة تتطلب ذلك )، وتعد مسألة التوفيق بين المصالح المتعارضة من اهم الأمور التي قد يتم حلها عن طريق الاستثناء، اذ يجوز للمحكمة ان تقف على مصلحة اطراف العقد وان تقوم بالموازنة بين هذه المصالح وصولاً الى الحل المناسب وتفادياً لزوال الرابطة العقدية، كل قد يتم من خلال استثناء مسألة جزئية من قاعدة عامة. للمزيد ينظر د. عادل شمران الشمري و د. علي شمران الشمري، فلسفة الاستثناء في القانون المدني (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الثالث، السنة العاشرة، 2018، ص 120 وما بعدها.

3 - مرتضى البروجردي، مستند العروة الوثقى كتاب الاجارة، المطبعة العلمية، قم، 1345 هـ، ص 438. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المعروف بشيخ زادة الحنفي، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 366. محمد بن احمد بن رشد القرطبي، البيان والتحصيل، ط 2، ج 4، دار الغرب الإسلامي، بدون مكان طبع، 1408 هـ - 1988 م، ص 232.

الزيادة، وقواعد الشرع تقضي بقول المنكر مع يمينه اذا لم تكن للمدعي بينة، في حين ذهب الاتجاه الثاني من الفقه الإسلامي بأن المرجع في تقدير الأجرة هو العرف فيستحق المؤجر أجرة المثل، وهو قول الشافعية والحنابلة وهو القول الراجح ؛ لأن الاخذ بمعيار العرف هو المعيار الاقرب الى تحقيق العدالة التعاقدية بين اطراف عقد الايجار (1) .

وقد حل المشرع العراقي والمشرع المصري هذا التعارض بين مصلحة المؤجر والمستأجر من خلال الرجوع الى العرف، اذ نص المشرع العراقي على ( إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها أو إذا تعذر إثبات الأجرة المدعى بها وجب اجر المثل ) (2) ، في حين نص المشرع المصري على انه ( إذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها أو إذا تعذر إثبات مقدار الأجرة وجب اعتبار أجرة المثل ) (3) .

بناءً على ما تقدم يتبين لنا ان المشرع استعان بمعيار العرف لحل التعارض القائم بشأن الأجرة وهو في ذلك لجأ الى اقرب حل لتحقيق العدالة بين اطراف عقد الايجار فيما يخص الاختلاف حول مقدار الأجرة وقد أيده القضاء في ذلك، اذ جاء في قرار لمحكمة التمييز العراقية ( اذا صدر الحكم على المستأجر بالتخلية ونفذ الحكم في دائرة التنفيذ وسلم المستأجر مفاتيح المأجور إلى الدائرة المذكورة فانه يكون ملتزماً بدفع أجرة المثل اعتباراً من تاريخ الحكم إلى تاريخ تسليم المفاتيح)(4)، وفي قرار آخر لنفس المحكمة جاء فيه ( يستحق المؤجر المدعي باجرة المثل الأجرة المسماة في العقد عن مدة الإمهال القانونية التي تمنحها دوائر التنفيذ البالغة تسعين يوماً من تاريخ تنفيذ الحكم لديها ولا يؤثر في سريان هذه المدة الطعن في قرار رئيس التنفيذ، ويستحق أجرة المثل من اليوم التالي لانتهاء مدة الإمهال القانونية وحتى التخلية الفعلية ) (5)، يتبين لنا من احكام القضاء انها جاءت

1 - أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط 1، ج 3، دار القلم، دمشق، 1996 م، ص 567. أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، ط 3، ج 6، دار عالم الكتاب للطباعة، الرياض، 1997 م، ص 141.

2 - ( المادة 738 ) من القانون المدني العراقي .

3 - ( المادة 562 ) من القانون المدني المصري.

4 - قرار محكمة التمييز العراقية / تمييز مدني عراقي بتاريخ 18/10/1987، أشار اليه ابراهيم المشاهدي ، المختار في قضاء محكمة التمييز، المكتبة القانونية، بغداد، 1999، ص 10.

5 - قرار محكمة التمييز العراقية / تمييز مدني عراقي بتاريخ 4/4/1989، منشور في مجلة القضاء التي تصدر عن نقابة المحامين العراقية، العدد الثاني، السنة الخامسة والاربعون ، مطبعة الشعب ، بغداد ، 1990 ، ص 363.

مؤكدة لموقف التشريعات في اعتماد معيار العرف لحل تعارض المصالح بين اطراف عقد الايجار بشأن عدم الاتفاق على مقدار الأجرة.

### ثانياً : تعارض المصالح يهدد مبدأ الامن التعاقدى

يعد الامن التعاقدى من اهم الوسائل القانونية التي يمكن من خلالها المحافظة على استقرار العقد وحمايته من الفسخ او البطلان، فعن طريق هذه الوسيلة تتحقق المنفعة التي يبتغيها الأطراف من ابرام العقود وحسب ما يتوافق مع مصلحة كل طرف، وهذا الامر لا يمكن الوصول اليه الا من خلال وسائل قانونية يضعها المشرع ويطبقها القاضي واهم هذه الوسائل هو مبدأ الامن التعاقدى، ويعد هذا المبدأ من المبادئ العامة ذات النطاق الواسع التي توجد في مختلف مراحل العقد، وقد تطرق القانون العراقي والقوانين المقارنة الى هذا المبدأ بشكل غير مباشر عبر التطبيقات القانونية له دون النص عليه بشكل صريح، فبخصوص المشرع العراقي نجد انه نص على ( لا عبرة بالظن البين خطأه فلا ينفذ العقد: 1- اذا وقع غلط في صفة للشيء تكون جوهرية في نظر المتعاقدين او يجب اعتبارها كذلك للظروف التي تم فيها العقد ولما ينبغي في التعامل من حسن النية ... ) هذا النص يبين ان مبدأ حسن النية يوجب عدم نفاذ العقد اذا وقع المتعاقد في غلط بشأن صفة جوهرية في الشيء محل العقد، وهذا يعد احد النصوص التي تركز مبدأ الامن التعاقدى عبر الحماية التي أوردها النص المذكور لمصلحة الطرف الذي وقع في غلط جوهرى بما يتطلب تدخل المشرع لاعادة هذا المبدأ الى مكانه (1).

أما المشرع الفرنسي فقد نص على ( لا تلزم العقود بما ورد فيها فقط ، بل بجميع ما هو من مستلزماتها طبقاً للعدالة او العرف او القانون ) (2) ، في هذا النص نجد ان المشرع الفرنسي يكرس مبدأ الامن التعاقدى بشكل غير مباشر، فمن اجل تنفيذ العقد بشكل كلي فلا يجوز الاستناد على اتفاق الأطراف فقط، اذ يجب تحقيق الامن التعاقدى عبر اخذ مستلزمات العقد بعين الاعتبار طبقاً لما تقضي به قواعد العدالة والأعراف السائدة ونصوص القانون.

وقد تطرق بعض الشراح والباحثين الى تعريف مبدأ الامن التعاقدى فهناك من عرفه بأنه " تلك الإجراءات التي تتخذها الدولة والأطراف المتعاقدة فيما بينهم واتجاه الغير لمواجهة الاخطار

1 - المادة ( 118 ) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 151، وتقابلها المادة ( 121 ) من القانون المدني

المصري رقم ( 131 ) لسنة 1948 .

2 - المادة (1194) من القانون المدني الفرنسي .

التي يمكن ان تنتج عن العقد، وذلك بقصد تحقيق استقرار المعاملات وتحفيز الاستثمار واستقطابه والدفع بعجلة التنمية الى الامام في شتى المجالات" (1) ، مما يؤخذ على التعريف المذكور سلفاً انه لم يبين دور المحكمة في تطبيق وضممان وجود مبدأ الامن التعاقدى فلا يمكن اهدار هذا الدور المهم الذي يقوم به القضاء من خلال تطبيق هذه النصوص التشريعية، كذلك يعرف هذا المبدأ بأنه ( تحقيق الامن بين الأطراف المتعاقدة، هذه العلاقة التي يختلط فيها البعد الاقتصادي بالبعد الاجتماعي والبعد الإنساني بالبعد النفعي، وتتعدد فيها المصالح وتتعارض ) (2) ، يلاحظ ان التعريف الأخير قدر ركز على سبب وجود مبدأ الامن التعاقدى والذي يتمثل في تعدد وتعارض مصالح الأطراف لكنه مع ذلك لم يبين ايضاً دور القضاء في ضمان هذا المبدأ.

لذلك يمكن لنا ان نضع تعريفاً للامن التعاقدى بأنه ( ذلك المبدأ الذي يضعه المشرع وتطبيقه المحكمة من اجل تحقيق العدالة التعاقدية في هذه العلاقة التي تتعارض فيها مصالح الاطراف) .

بناءً على ما تقدم وعن طريق الربط بين مبدأ الامن التعاقدى وبين تعارض مصالح اطراف هذا العقد، يمكن القول بأنه يُشترط لتحقيق هذا المبدأ ضرورة توافر مجموعة من الأمور القانونية أهمها استقرار المراكز القانونية التي ارتضاها الأطراف حماية لمصالحهم، وعليه في حال اهتزت هذه المراكز القانونية بسبب قيام النزاع بين اطراف العقد الذي تعارضت فيه مصلحة كل طرف مع مصلحة الآخر، فان هذا الامر لا يستقيم مع متطلبات تحقيق الأمان التعاقدى وبالتالي لا يظهر الأمان المذكور في معاملة مالية تعارضت فيها مصالح الأطراف تعارضاً نشب بشأنه نزاع فعلي او قضائي، لذلك كل ما كانت المعاملة المالية في وضع بعيد عن تعارض المصالح المشوب بنزاع بين أطرافها كل ما تحقق بذلك مبدأ الامن التعاقدى.

<sup>1</sup> - نور الدين بازي، الامن التعاقدى في التشريع المغربي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون المدني مقدمة الى جامعة محمد الخامس، كلية القانون والعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2016، ص 8 .

<sup>2</sup> - محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل ازمة عقد العمل، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والسوري، مجلة الشريعة والقانون، عدد 27، 2011، ص 22.

### ثالثاً : تعارض المصالح يتطلب الترجيح

لقد بينا سابقاً ان تعارض المصالح المصحوب بنزاع هو حالة سلبية لا تتلاءم مع ما يتطلبه مبدأ استقرار المعاملات وحق الشخص في المحافظة على مصالحه، لذلك فإن هذا التعارض يعد سبباً لعملية أخرى هي الترجيح بين هذه المصالح المتعارضة، اذ من غير المعقول اطلاقاً بقاء هذه الحالة السلبية على حالها، فقد يتدخل المشرع ويضع الحكم القانوني عند تعارض مصالح طرفين اكثر في معاملة مالية معينة، وقد يترك المشرع الامر للمحكمة بمقتضى سلطتها التقديرية، لكي تنظر في الدعوى حسب كل حالة وترجيح المصلحة الأولى بالترجيح على غيرها.

لذلك تكون العلاقة بين التعارض و الترجيح علاقة السبب بالنتيجة، اذ يكون التعارض هو السبب الذي يؤدي الى النتيجة التي تتمثل في ضرورة الترجيح بين هذه المصالح ومعالجة السبب المؤدي الى التعارض حسب ما يراه المشرع اقرب الى حماية المصالح من الضياع وفقاً لمعايير قانونية سليمة تحقق الغاية من وضع النص القانوني، لذلك لا يمكن تطبيق قواعد الترجيح بدون وجود تعارض في المصالح بين اطراف المعاملة المالية؛ ويكمن السبب في ذلك في ان النتيجة لا تتحقق ما لم يوجد السبب الذي مهد لظهور النتيجة وهذا امر منطقي، فلا يمكن للمحكمة ان تطبق قواعد الترجيح في مسألة لا تتضمن تعارضاً بين المصالح اطراف المعاملة المالية، اذ يجب عليها في هذا الفرض ان تبحث عن حل قانوني آخر بعيداً عن قواعد الترجيح التي تكون في اغلب الأحيان قواعد بحاجة الى دراسة عميقة ومن ثم تطبيقها على النزاع المعروض.

وصفوة هذا الفرع يمكن تحديدها بمجموعة السمات التي استشفها الباحث عبر استقراء وتحليل موقف الفقهاء المسلمون وموقف التشريعات من تعارض المصالح في المعاملات المالية، اذ يتميز نظام تعارض المصالح بمجموعة سمات لا يمكن اغفالها وهي تتماشى مع تسمية هذا النظام، فهذا التعارض يتميز بكونه امر منطقي بمعنى ان تعارض المصالح ليس بالأمر الغريب فهو يكاد يكون موجوداً في اغلب المعاملات المالية وبالتالي هو الوضع الطبيعي للمعاملة المالية والذي يشكل القاعدة العامة، لكن يرد على هذه القاعدة استثناء يتمثل في ان تعارض المصالح عندما يكون مصحوباً بنزاع فعلي او قضائي، فهذا الامر يشكل استثناء على هذه القاعدة بما يوجب الدراسة والترجيح.

والسمة الثانية تُستنتج من اثر تعارض المصالح وهو ان هذا التعارض يهدد استقرار المعاملات المالية، فمن المؤكد ان المشرع في أي دولة يرغب في تحقيق وضمان استقرار المعاملات المالية وتجنب النزاعات التي تنشأ عنها، وفي وجود هذا التعارض المصحوب بنزاع هو امر لا يحقق هذه

الرغبة ويبعد المعاملة المالية عن وضع الاستقرار، واخيراً يتميز تعارض المصالح في كونه نظام قانوني يتطلب الترجيح، فمن غير المقبول اطلاقاً بقاء وضع التعارض على ما هو عليه، اذ لا بدّ من القيام بعملية تسمى عملية الترجيح يترتب عليها تفضيل احدى المصالح على غيرها بناءً على مرجح مقبول، وبعد الفراغ من سمات هذا التعارض نجد ان أي نظام قانوني مهم لا يمكن ان يوجد بدون وجود شرائط معتبرة تبرر وجوده، وهذا الحال ينطبق على تعارض المصالح في المعاملات المالية، فهو وضع قانوني لا يوجد بدون وجود مجموعة من الشروط المهمة، اذ تارة تتعلق هذه الشروط بمفهوم التعارض وتعلق تارة أخرى بمفهوم المصلحة، لذا يجب جمع هذه الشروط مع بعضها من اجل الخروج بشروط عامة لتعارض المصالح والتي سنبينها تباعاً في الفرع القادم.

### المطلب الثاني

#### شروط تعارض المصالح واساسه

يستند تعارض المصالح على شروط متعددة لا يمكن ان يظهر بدونها ، فهناك من الشروط التي تتعلق بالمصلحة بحد ذاتها، سواء من ناحية تعدد المصالح الذي يتطلب تعدد الأشخاص، ام من ناحية المشروعية التي يجب ان توجد في هذه المصلحة، في حين ان هنالك شروط أخرى تتعلق بالتعارض كمفهوم منفصل عن المصلحة، فلا بدّ من جمع هذه الشروط والخروج بنتيجة عامة لشروط تعارض المصالح، كذلك نجد ان هذا التعارض يستند على أساس شرعي اكد عليه الفقهاء المسلمون من خلال ادلة متعددة، فضلاً عن ذلك يكون للجانب القانوني دور كبير ومهم في تحديد أساس هذا التعارض وما يتعلق به من احكام قانونية مختلفة .

لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول سنتناول شروط تعارض المصالح، وسنبين في الفرع الثاني أساس تعارض المصالح.

### الفرع الأول

#### شروط تعارض المصالح

ان تعارض المصالح في المعاملات المالية باعتماده وضع قانوني سلبي فهو لا يوجد بدون وجود مجموعة من الشروط او المقومات التي يستند عليها، فمن جهة يجب ان تتوافر في التعارض مجموعة من هذه الشروط، وتارة أخرى هنالك مجموعة من الشروط التي يجب ان تتوافر في المصلحة بشكل عام، لذلك سنبين الجمع بين هذه الشروط حسب ما يأتي :

#### اولاً: عدم وجود اتفاق على حل تعارض المصالح

ان تعارض المصالح في المعاملات المالية يعد من الأمور ذات الطابع الواقعي، لكن بالرغم من وجود هذا الطابع فقد لا يتفق اطراف المعاملة المالية على كيفية او آلية حل هذا التعارض ابتداءً عند اجراء المعاملة المالية، بمعنى عدم اتفاق ذوي الشأن على الآلية او الطريقة التي سيتم من خلالها تسوية أي حالة من حالات التعارض بين مصالح اطراف هذه المعاملة ، لكن اذا وجد مثل هذا الاتفاق فيجب العمل به وبالتأكيد في هذا الفرض سيتم حل تعارض المصالح بشكل ودي لا يتطلب قيام نزاع فعلي او قضائي يجب حله من قبل المحكمة، فهذا الاتفاق لا يُنفي وجود التعارض بين المصالح والذي

يشكل القاعدة العامة المبينة سابقاً، إلا أنه يمنع قيام النزاع بين أطراف المعاملة المالية ويبعد عن التعارض صفة النزاع.

لذلك فإن وجد هذا الاتفاق فسيأخذ شكل الشرط المقترن بالعقد بالنسبة للمعاملة العقدية (1) ، وهو الشرط الذي يتفق عليه الأطراف عند إبرام العقد ( إذا كانت المعاملة المالية تأخذ شكل عقد ) بشكل يتضمن التزاماً قانونياً يقع على عاتق احد الأطراف او كليهما يجب الوفاء به والا تعرض المخالف الى جزاء قانوني حسب نوع العقد وطبيعته، وقد أكد الفقه الإسلامي على ضرورة الوفاء بمثل هذا الشرط الصحيح؛ بإعتباره أصبح يشكل جزءاً لا يتجزأ من العقد ذاته والذي انصب عليه رضا الأطراف (2) .

### ثانياً : استمرار المصلحة

ينبغي لقيام التعارض بين المصالح ان يقوم التعارض ويستمر بهذا الحال الى حين قيام المحكمة بالترجيح بينها، فينبغي عدم تنازل احد الأشخاص عن حقه الذي يتضمن المصلحة، ففي هذا الفرض يستأثر الشخص الآخر بالمصلحة وينتهي التعارض بطريقة اقرب الى ان تكون طريقة ودية، فقد بينا سلفاً ان التعارض يتطلب تعدد الأشخاص، وهذا التعارض يتطلب ان يبقى هذا التعدد موجود وقائم مع جميع الأشخاص الذين تتعارض مصالحهم مع بعض، وبما ان التمسك بالمصلحة يعد حقاً خالصاً لصاحبها، فمن باب أولى ان يكون النزول عن هذه المصلحة من حقوقه الخالصة ايضاً، فيمكن له ان يتنازل عن حقه الذي تتعارض فيه مصالحه مع مصالح الاخرين بما يؤدي الى انقضاء هذا التعارض، فهذا التنازل يجعل قيام التعارض او بقاءه امراً غير ممكناً.

1 - يعرف الشرط المقترن بالعقد بأنه ( التزام بأمر مستقبل ممكن ومشروع بضيفه المتعاقدين إلى العقد المبرم بينهما بحيث يتقيد به حكم العقد تعديلاً، أو تغييراً، أو إضافة ) للمزيد ينظر د.إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد دراسة مقارنة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018م، ص 21 .

2 - مرتضى بن محمد بن أمين الأنصاري، المكاسب ، ط 2، ج 6، مطبعة باقري - قم، ايران، 1999م، ص 62 .  
علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء، ط 1، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984 م، ص 48. أبي عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، ط 1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1984 م، ص 339. أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الظاهري ، المحلى بالآثار ، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، ج8، بدون مكان وسنة طبع، ص 414 . أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي ، المجموع، المجلد الخامس عشر، مكتبة الإرشاد، جدة، بدون سنة طبع. ص 414. منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشف القناع عن الإقناع، ط 1، المجلد السابع، وزارة العدل السعودية، الرياض، 2000 م، ص 389.

ولكي يكون هذا التنازل صحيحاً ويرتب أثره يجب ان يكون قد صدر بإرادة صحيحة من شخص المتنازل غير مشوبة بإكراه او عيب آخر يؤثر على ارادته، ويجب ايضاً ان يكون النزول واضحاً قدر الإمكان، سواء أكان هذا النزول بشكل صريح ام ضمنى، إذ إن المهم في ذلك ان يكون نزولاً واضحاً يفيد بما لا يقبل الشك بأن شخصاً ما قد تنازل عن مصلحته المتعارضة في تلك المعاملة المالية .

وفي هذا السياق يبرز التساؤل الآتي ما هي الغاية من نزول الشخص عن مصلحته، ذهب الشراح بأن نزول الشخص عن مصلحته المتعارضة لا يخلو من احد الفرضين هما، الفرض الأول - قد يكون النزول بقصد ان يحصل شخص آخر على مصلحة من هذا النزول، كنزول الشفيع عن الشفعة عند نزاح الشفعاء فيستفيد من هذا النزول الشفيع الآخر، والفرض الثاني - وقد يكون النزول بقصد التخلص من عبء معين، كتنازل مالك العقار المرتفق به عن حق الارتفاق بقصد التخلص من عبء القيام بالاعمال اللازمة لاستعمال حق الارتفاق او المحافظة عليه (1) ، ويبدو لنا ان النزول قد يحمل فرضاً آخر يحمل معنى التبرع، بمعنى آخر قد يتنازل الشخص عن مصلحته المتعارضة بدون ان تكون له فائدة من هذا النزول وان كان هذا الفرض قليلاً جداً في الواقع العملي لكنه ممكن الحصول.

### ثالثاً : قيام الخصومة او النزاع بين أصحاب المصالح

ان التعارض بين المصالح في المعاملات المالية هو امر منطقي تقتضيه ضرورات عملية كثيرة، كالرغبة في الحصول على المنفعة او التخلص من عبء او غير ذلك من الامور، فهذا التعارض وبهذا الشكل لا يعد استثناءً على قاعدة عامة، بل هو بحد ذاته يعد قاعدة عامة على مستوى المعاملات المالية، لذلك نستطيع ان نضع قاعدة عامة هي ( الأصل تعارض المصالح ).

لكن مع ذلك نستطيع القول ان التعارض في نطاق المعاملات المالية والذي يوجب الترجيح هو امر يتطلب لقيامه شرطاً هاماً هو ان يكون التعارض مصحوباً بخصومة او نزاع بين أصحاب المصالح، فمن غير المعقول دراسة التعارض وترجيحه في جميع هذه المعاملات مادام لم يقم بشأنها نزاع معين، والنزاع المراد به هنا هو النزاع الفعلي الذي لا يأخذ شكل الدعوى و النزاع القضائي الذي يأخذ شكل دعوى تقاضي امام القضاء، لذلك فالتعارض بين المصالح الذي تدور حوله الدراسة هو التعارض المصحوب بنزاع يتعذر معه بقاء المعاملة المالية على استقرارها، الامر الذي يتطلب

<sup>1</sup> - د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، مصدر سابق، ص 72 و ص 73.

الترجيح بين هذه المصالح، فلا تعارض بين المصالح بدون قيام نزاع او خصومة بين أصحابها (1)، فمجرد قيام الخصومة بين أصحاب هذه المصالح المتعارضة هو امر يجعل من هذا التعارض مسألة تتطلب التمييز من قبل القضاء وصولاً الى الحل المناسب للدعوى المعروضة امامه، مع التأكيد على ان هذه الخصومة تفترض عدم امكانية الجمع بين المصالح بشكل يحقق العدالة في معاملة مالية معينة، بمعنى آخر ان الخصومة تفترض تضاد المنافع وان ما يطلبه احد الأشخاص منافٍ ومتضاد لما يطلبه الشخص الآخر بحيث لا يمكن حل هذا التضاد من خلال الجمع بين المصالح، بل لابد من ترجيح احدي هذه المصالح بمرجح مقبول شرعاً وقانوناً بما يحقق التطبيق السليم للنص القانوني الذي يحقق العدالة .

### رابعاً : ان تكون المصلحة مشروعة

يشترط لكي تكون المصلحة مجالاً للتعارض في نطاق المعاملات المالية ان تكون مصلحة مشروعة، بمعنى ان تكون المصلحة معتبرة شرعاً وقانوناً ولا تخالف الضوابط الشرعية والقانونية، لذلك لا تعارض بين مصلحة صحيحة قانوناً وبين مصلحة فاسدة او باطلة، وقد أكد فقهاء المذاهب الإسلامية على أهمية هذا الشرط واعتبروه من اهم الشروط التي يجب ان تتضمنها المصلحة، بالرغم من بيانهم للمصلحة الفاسدة وترجيح الأولى على الأخيرة، الا انهم اكدوا مراراً وتكراراً على ضرورة ان تكون المصلحة شرعية، وتكون المصلحة شرعية حسب قولهم اذا كانت لا تتعارض مع احكام القرآن الكريم، او مع السنة النبوية الشريفة، او مع ادلة الحكم الشرعي الأخرى كالقياس، لذلك يجب ان تكون المصلحة متوافقة مع المقاصد الشرعية ومن جنس هذه المصالح وليست بغريبة عنها، واذا لم يكن هنالك نص عليها في الشريعة، فيجب ان تكون قائمة على حفظ وتحقيق مقاصدها الخمسة هي (العقل، الدين، النسل، النفس، المال) (2) .

وفي نطاق القانون لقد اكد المشرع في نصوص كثيرة على ضرورة ان تكون المصلحة مشروعة، سواء أكان النص مباشراً ام غير مباشر، فالمشرع لا يعتد بالمصلحة الباطلة التي لا تتطابق

1 - لقد اكد المشرع العراقي في قانون المرافعات النافذ رقم 83 لسنة 1969 على الخصومة كشرط من شروط قبول الدعوى اذ نصت المادة (4) منه على انه (يشترط ان يكون المدعى عليه خصماً يترتب على اقراره حكم بتقدير صدور إقرار منه ان يكون محكوماً او ملزماً بشيء على تقدير ثبوت الدعوى) للمزيد ينظر ديمين يوسف غفور، الخصومة في الدعوى المدنية واشكاليتها في القانون العراقي دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص 60.

2 - الغزالي، مصدر سابق، ص 126.

مع الضوابط القانونية، على سبيل المثال نص المشرع العراقي على ( 1 - من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان. 2 - ويصبح استعمال الحق غير جائز في الاحوال الآتية : ... ج - اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة. ) (1)، يتبين لنا من هذا النص ان المشرع جعل من عدم مشروعية المصلحة احد معايير التعسف في استعمال الحق، بمعنى آخر ان المشرع لم يعتد ولم يقدّم وزناً لهذه المصلحة (2).

اما المشرع المصري فقد اعتد بالمصلحة المشروعة فقط وقرر حمايتها في اكثر من موضع، اذ نص في بعض هذه المواضع على ( يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته او فسخه او الغائه او زواله لأي سبب آخر اذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي ابرم فيه الرهن ) (3)، يعالج هذا النص حكم تعارض مصلحة الدائن المرتهن الذي اكتسب حقاً من الراهن الذي تقرر ابطال سند ملكيته، مع مصلحة الدائنين الآخرين او مصلحة الغير، اذ اشترط النص ان يكون الدائن المرتهن حسن النية، بمعنى آخر ان المشرع استند على حسن النية في هذا النص لتقرير مشروعية المصلحة من عدمه، لذلك فاذا كان الدائن المرتهن سيء النية فلا يحق له ان يتمسك بمصلحته في حق الرهن (4).

ويبدو لنا ان مشروعية المصلحة من عدمه كأصل عام هو امر يرتبط بمشروعية المعاملة المالية، بمعنى آخر ان مشروعية المصلحة في نطاق المعاملات المالية في الأصل العام ترتبط ارتباطاً تبعياً بالمعاملة بحد ذاتها، فاذا كانت المعاملة المالية مشروعة فالمصلحة التي تتضمنها هذه المعاملة تكون مشروعة ايضاً والعكس صحيح، فمثلاً تكون المصلحة في عقد الرهن مشروعة اذا كان عقد الرهن صحيح قانوناً، اما اذا كانت المعاملة المالية من الأساس لا يعترف بها القانون فلا يمكن القول بحماية المصلحة في هذه المعاملة.

1 - ( المادة 7 ) من القانون المدني العراقي .

2 - للمزيد ينظر د. حسن كيرة، أصول القانون، دار المعارف، بدون مكان طبع، 1960، ص 1120. د. شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 154.

3 - ( المادة 1034 ) من القانون المدني المصري .

4 - المستشار أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ط 5، دار العدالة، القاهرة، 2013م، ص 175.

### خامساً : ان تكون المصالح متعددة

ان تحديد التعارض في مجال المصلحة المالية لا يتطلب فقط ان تكون المصلحة مشروعة، بل يجب ان توافر شرط آخر هو (شرط التعدد) الذي يتطلب ان تكون هنالك اكثر من مصلحة واحدة تتعارض فيما بينها بشكل لا يمكن الجمع بينها، لذلك لا تعارض بين مصلحة واحدة مهما كانت على درجة من القوة والثبات، وهذا الشرط يعد امراً منطقياً ناتجاً عن تعريف التعارض والتزام سواء عند علماء أصول الفقه او فقهاء وشراح القانون.

ان شرط تعدد المصلحة يتطلب أيضاً تعدد الأشخاص بشكل تتعارض مصالحهم مع مصلحة الاخر، فاذا كان هنالك مجرد شخص واحد فقط يحمل مصلحة معينة ، فهو سيستأثر بهذه المنفعة لوحدة ولا تعارضه مصلحة شخص آخر، على سبيل المثال لا تعارض بين مصلحة المشتري ومصلحة أي شخص آخر طالما كانت مصلحة المشتري في هذا العقد هي المصلحة الوحيدة ، ولا تعارضها أي مصلحة أخرى لشخص اخر (1) .

### سادساً : ان تكون المصالح متحدة في المحل والوقت والقوة

يجد هذا الشرط مكانه في مؤلفات الفقهاء المسلمين واصول الفقه، اذ اشترط بعضهم ان تكون المصالح المتعارضة متحدة في ثلاثة جوانب هي :

أ - من حيث المحل - بمعنى ان تكون المصلحة الأولى متعلقة بمصلحة مالية واحدة تتعرض فيها المصلحة الثانية، بمعنى آخر ان يقع اتحاد حول معاملة مالية واحدة من حيث المضمون.

ب - من حيث الوقت - يشترط رأي في الفقه الإسلامي ان يقع التعارض بين المصالح في وقت واحد، لذلك لا تعارض بين مصلحة معينة في وقت معين مع مصلحة أخرى في وقت آخر (2) .

ج - من حيث القوة - بمعنى ان تكون المصالح على درجة واحدة من القوة، فلا تعارض بين مصلحة قوية ومصلحة ضعيفة، اذ تُغلب وتقدم المصلحة القوية على المصلحة الضعيفة (3) ، ويبدو لنا ان هذا

1 - د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، مصدر سابق، ص 72.

2 - محمد بن احمد السرخسي ، أصول السرخسي ، ط 1، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414 هـ - 1993 م، ص 12. الشوكاني، مصدر سابق، ص 403.

3 - محمد عيم الاحسان المجددي البركتي ، قواعد الفقه، ط 1، دار الصدف ببلشرز، كراتشي، 1407 هـ ت 1986 م، ص 230.

الشرط لا يجد مكاناً له في مجال القانون؛ ذلك لأن المشرع يعتد بأي تعارض يتعلق بالمصالح بشكل عام وهذه المصالح قد تكون على درجة واحدة من القوة، كالتعارض بين مصالح الدائنين المرتهنين على عقار واحد، وقد تكون المصالح مختلفة من حيث القوة، كالتعارض بين مصالح الدائنين المرتهنين وبين مصالح الدائنين العاديين لمدين واحد.

وخلاصة الفرع تتمثل في تحديد الشروط القانونية التي تؤدي الى وجود تعارض المصالح، فهذا الأخير لا يظهر بدون وجود شروط يستند عليها، وهذه الشروط تكون شروطاً متعددة ومختلفة، اذ يجب اولاً عدم وجود اتفاق على حل تعارض المصالح في حال ظهوره، فمثل هذا الاتفاق لا يجعل من التعارض وضعاً قانونياً يثير القلق؛ لأنه اتفاق يضع حلاً سريعاً وفعالاً لهذا التعارض، ثم يأتي الشرط الثاني الذي يتمثل في استمرار المصلحة، بمعنى ان تكون المصلحة المتعارضة لكل شخص موجودة ومستمرة الى حين قيام المحكمة بالترجيح بينها، فاذا اختفت احدى هذه المصالح انتهى التعارض تبعاً لها، ويكمن الشرط الثالث بضرورة قيام الخصومة او النزاع بين أصحاب المصالح المتعارضة، اذ لا يكفي وجود التعارض بل لا بد من ان يأخذ هذا التعارض صورة نزاع فعلي او قضائي يتطلب التدخل لتسويته، ويتمثل الشرط الرابع بضرورة ان تكون المصالح المتعارضة مصالح مشروعة يحميها القانون، فلا تعارض بين المصلحة المشروعة والمصلحة غير المشروعة، اذ تغلب المصلحة الأولى على المصلحة الثانية، ويسمى الشرط الخامس بشرط التعدد، الذي يتطلب تعدد المصالح من جهة وتعدد الأشخاص من جهة أخرى، لذا لا يكون هنالك تعارض بين مصلحة واحدة فقط، ويتمثل الشرط الأخير بما ذهب اليه رأي في الفقه الإسلامي بضرورة ان تكون المصالح متحدة في ذات القوة والوقت والمحل، وقد بينا ان هذا الشرط لا يجد تطبيقاً له في مجال القانون، اذ من الممكن ان تكون المصالح في قوة واحدة او في قوة او مرتبة مختلفة، وبعد بيان شروط التعارض قد يدور في الذهن تساؤل عن أساس وجود هذا التعارض في المصالح داخل المعاملة المالية، وعند البحث والتمعن وجدنا ان هذا التعارض يستند على أساس شرعي و أساس قانوني وهو ما سنبينه في الفرع القادم.

## الفرع الثاني

## أساس تعارض المصالح

ان تعارض المصالح كوضع قانوني يخل باستقرار المعاملة المالية يعد من الامور التي تستند على أساس معين، فبخصوص الجانب الشرعي نجد العديد من الأدلة التي تحت على الترجيح عندما تتعارض مصالح اطراف معاملة معينة، ومن الجانب القانوني نجد ان تعارض المصالح يقوم على أساس معين يظهر نتيجة لتلاقي مصالح متضادة، لذلك سنبين اولاً الأساس الشرعي لتعارض المصالح، وثانياً الأساس القانوني وكما يأتي :

## اولاً : الأساس الشرعي لتعارض المصالح

بعد استقراء مؤلفات الفقهاء المسلمين وجدنا ان الكثير منهم يشيرون الى مسألة التعارض بين المصالح او بين المصالح والمفاسد، ويرتبون على هذا التعارض مجموعة من الاحكام تبدأ بالشروط وتنتهي بالترجيح، وبما ان الترجيح مرتبط اشد الارتباط بوجود التعارض وقد بينا سلفاً ان العلاقة الأصولية بين التعارض والترجيح هي علاقة السبب بالنتيجة، فقد بين الفقهاء المسلمين وأصحاب أصول الفقه الاسلامي الأساس الشرعي للترجيح كنتيجة تترتب على وجود التعارض، كما تبين لنا ان هذه الأدلة الشرعية جاءت بمفهوم عام ينطبق على جميع حالات تعارض المصالح دون الاقتصار على التعارض الحاصل في نطاق المعاملات المالية، لذلك يمكن ان يكون الأساس الشرعي لتعارض المصالح هو ذات الأساس الشرعي للترجيح والذي يتمثل بالأدلة الآتية :

## 1 - القرآن الكريم

لقد أكد القرآن الكريم على الترجيح في آيات قرآنية كثيرة، وهذا دليل على ضرورة استناد الحكم الشرعي عند تعارض المصالح على أساس قويم، فقد جاء في احد النصوص الكريمة قوله تعالى : { وَزُنُوجًا بِالْقِسْطِ الْمُسْتَقِيمِ (182) وَلَا تَبْخَسُوا النَّاسَ أَشْيَاءَهُمْ وَلَا تَعْنُوا فِي الْأَرْضِ مُفْسِدِينَ } (1) ، ان كلمة ( زنوا ) صيغة أمر، وصيغة الأمر هذه تدل على الوجوب إذا تجردت عن أية قرينة، والوزن من الموازنة وهي تتطلب وجود امرين بينهما نسبة من المقابلة المقتضية لترجيح إحدى هذين الامرين، كما يقتضي الميزان الحسي رجحان إحدى المصلحتين على الأخرى عند التعارض (2) .

1 - سورة الشعراء / الاية 182 / 183.

2 - محمود صالح جابر و ذياب عبد الكريم عقل، مصدر سابق، ص 159.

### 2- السنة النبوية الشريفة

هنالك العديد من الأحاديث التي ورد فيها أن النبي (ﷺ) كان يُسأل عن أحب الأعمال أو أفضل الأعمال، أو خير الأعمال، فيجيب كل سائل بما يناسبه ويراه أفضل الأعمال له، إذ إن وجه الاستدلال بهذه الأحاديث على تأصيل قاعدة (( درء المفسد مقدم على جلب المصالح )) ؛ يظهر من وجهين هما، الوجه الأول : إقرار كل من سأله على سؤاله هو امر يفيد إن الأعمال الصالحة متفاوتة وعلى درجات وليست في منزلة واحدة ، والتفاوت بينها إنما يكون بحسب ما تنطوي عليه من مصالح، اما الوجه الثاني: ان اختلاف إجابات الرسول (ﷺ) دليل على انه يراعي الأصلح فالأصلح من المصالح المتعارضة، والأنسب ثم الأنسب لكل سائل على حدة، ولو لم تكن هذه المصالح تتأرجح في ميزان الأولوية والتقدم بحسب أحوال الزمان والمكان؛ لم يكن في اختلاف جوابه أي معنى (1) .

### 3- المعقول

لا يخفى علينا ان المعقول يقتضي ضرورة العمل بفقهاء الموازنات عند التعارض، إذ إن درء المفسد عن أي إنسان هو امر محمود، وإن تقديم أرجح المصالح عند التعارض فأرجحها يعد من الأمور التي حثت عليها الشريعة الإسلامية وتتطابق مع مقتضى العقل، وإن درء أفسد المفسد فأفسدها هو امر محمود ايضاً ، وقد اتفق العقلاء على ذلك، كذلك حثت الشريعة الإسلامية على تحصيل الأفضل فالأفضل من أقوال وأعمال المسلمين، وإن اختلف في بعض ذلك فهو امر طبيعي من لأجل الاختلاف في التساوي والرجحان ، فقد يتحير العباد عند التساوي ويتوقفون إذا تحيروا في التفاوت والتساوي، فمثلاً الأطباء يدفعون أعظم المرضى بالتزام بقاء الأقل ضرراً ؛ إذ إن الطب قد شرع لوضع وجلب مصالح السلامة والعافية ، ولدرء المفسد، ولدرء كل ما أمكن درؤه من ذلك ، ولجلب كل ما أمكن جلبه من مصالح ، فإن تعذر درء الجميع أو جلب الجميع بتساوي الرتب يجب الترجيح (2) .

وفي ميدان المعقول ايضاً هنالك من اكد على ان النقيضين الصادرين من أي وجود انساني، لا يمكن لهما ان يجتمعا في مكان واحد وفي زمان واحد، هذا بخلاف غير النقيضين إذ من الممكن

1 - عبد المجيد محمود الصلاحين، قواعد في الترجيح بين المصالح المتعارضة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع والعشرون، 2005م ، ص 51.

2 - العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ج 1، دار المعارف، بيروت، بدون سنة طبع، ص 5.

جداً ان يجتمعا في مكان وزمان واحد؛ وذلك لان وجود احد النقيضين يتطلب انتفاء الآخر في نفس الزمان والمكان، ومن غير المتصور عقلاً اجتماعهما بهذا الحال<sup>(1)</sup>.

### ثانياً : الأساس القانوني لتعارض المصالح

يعد تحديد الأساس القانوني لتعارض المصالح في المعاملات المالية من اكثر الجزئيات التي ينبغي الوقوف عليها بدقة، اذ أن معرفة الأساس الذي يستند عليه هذا التعارض هو امر يسهم من جانب في تحديد المدلول الكلي لهذا التعارض، ويجعل من الترجيح بين المصالح المتعارضة أمراً يسيراً نوعاً ما من جانب آخر، لكن رغم ذلك لم نجد في مؤلفات فقهاء وشراح القانون من أشار بشكل واضح وصريح الى أساس تعارض المصالح في أي معاملة مالية، بل اقتصر الامر على شرح التطبيقات القانونية التي جاء بها المشرع وبيان المصلحة الراجحة في هذا الأمر، وقد بينا سابقاً ان تعارض المصالح في المعاملات المالية هو امر يتطلب او يوجب الترجيح بين هذه المصالح، فمن غير المنطقي ان تبقى المصالح متعارضة وتبقى المعاملة غير متزنة ومضطربة، لذلك يجب ابتداءً تحديد أساس هذا التعارض من اجل اختيار المصلحة الراجحة بشكل مقبول.

لقد بينا سابقاً ان التعارض في نطاق المعاملات المالية يحمل معنى التضاد بين مصالح متعددة، بمعنى آخر ان التعارض يتضمن امرين لا يمكن الجمع بينهما على شكل يتطلب الترجيح بينهما وفقاً لقواعد قانونية ومنطقية، كذلك بينا سابقاً ان التعدد يعد من شروط تطبيق تعارض المصالح في المعاملات وعليه يخرج هذا الشرط من اعتباره أساساً قانونياً لتعارض المصالح، كذلك بينا ان من شروط تطبيق تعارض المصالح هو قيام النزاع او الخصومة بين الأطراف ذات الشأن بالمصالح المتعارضة، وبالتالي فهذا الشرط ايضاً يخرج عن إمكانية اعتباره اساساً قانونياً يستند عليه تعارض المصالح.

لذلك لم يتبق لنا في نطاق التعارض سوى فكرة ( الرغبة في حماية المصلحة ) من اجل اعتبارها أساس قانوني يستند عليه تعارض المصالح، وفحوى هذه الفكرة ان تعدد المصالح المتعارضة بين اكثر من شخص هو امر يستند على رغبة كل شخص بحماية مصلحته التي وجدت تعارضاً مع مصالح أخرى، فهذه الرغبة تبدأ من المكونات النفسية للشخص ثم تأخذ مظهراً خارجياً يتمثل في تصميمه على حماية مصلحته وعدم السماح بالمساس بها؛ لما في هذه المصلحة من جلب

<sup>1</sup> - مصطفى بن شمس الدين و محمد فضلي بن شمس الدين، الترجيح في الفكر الاصولي : منهجية البحث العلمي، بحث منشور على الموقع الالكتروني [www.ketapedia.com](http://www.ketapedia.com)، تاريخ الزيارة 2012/3/3 . ص 1.

منفعة او دفع مضرة تتطلب من الشخص التمسك بها، وهذه الرغبة تتطلب امر آخر يتمثل في التمسك بالمصلحة وعدم النزول عنها، اذ ان مقتضى الرغبة في حماية المصلحة لا يتم الا من خلال تمسك كل شخص بمصلحته المتعارضة وعدم النزول عنها الى حين قيام النزاع الفعلي او القضائي بين الأطراف أصحاب الشأن، فلا يكفي رغبة الشخص في حماية مصلحته لاعتبار هذه الرغبة اساساً قانونياً يستند عليه تعارض المصالح، اذ لا بدّ من الوجود الفعلي لهذه الرغبة الذي يتم بالتصريح عنها والذي يتمثل في تمسك كل شخص بمصلحته المتعارضة بشكل يجعل من هذه المصالح في مرحلة تضاد وتضارب لا يمكن معه بقاء استقرار المعاملة المالية على وضعها الطبيعي.

ولتوضيح ذلك نسوق المثال الآتي اذ نص القانون المدني العراقي على ( 1 - لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية. 2 - ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة للمنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة للامتعة التي يودعها النزلاء في فندقه. (1) ، ونص المشرع المصري ايضاً على ( 1- لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية. 2- ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها النزلاء في فندقه. (2) ، عند التمعن بهذه النصوص نجد انها تحمل بين طياتها احد مصاديق تعارض المصالح، ويتمثل هذا التعارض بتضاد مصلحة صاحب حق الامتياز مع مصلحة حائز المنقول حسن النية، فمن حاز منقولاً بحسن نية فانه يكون صاحب المصلحة في تملك هذا المنقول استناداً الى قاعدة ( الحيازة في المنقول سند الملكية ) وفي المقابل قد يكون هنالك حق امتياز مقرر لشخص آخر على هذا المنقول، وبالتالي ظهرت هنالك رغبتين متضادتين هما رغبة حائز المنقول في الحفاظ على المنقول الذي يحوزه واقتضاء حقوقه منه، ورغبة صاحب حق الامتياز في التقدم على باقي الدائنين في استيفاء حقه من ثمن المنقول، وهذه الرغبات المشروعة هي التي جعلت من تعارض المصالح وضعاً قانونياً يتطلب الترجيح، فمن غير المعقول بقاء هذه الرغبات المتعارضة والتي تطورت الى حد قيام النزاع بين الأطراف على حالها المتعارض، اذ لا بدّ من ترجيح احد هذه المصالح، وهذا ما قام به المشرعين في النص المبين سلفاً وترجيح رغبة ومصلحة حائز المنقول حسن النية (3) .

1 - ( المادة 1364 ) من القانون المدني العراقي.

2 - ( المادة 1133 ) من القانون المدني المصري.

3 - د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 605.

بناءً على ما تقدم يتبين لنا رجحان فكرة ( الرغبة في حماية المصلحة ) في اعتبارها أساس قانوني يستند عليه تعارض المصالح، فبعد التحقق من مشروعية المصلحة التي يطالب الشخص بالحفاظ عليها يكون من حقه المشروع ان يطالب بحماية هذه المصلحة بالطرق القانونية المتاحة له، وفي حالة تعارضت هذه المصلحة مع مصلحة مشروع لشخص آخر واخذ هذا التعارض صورة نزاع قضائي، ففي هذا الفرض يكون تمسك الشخص بمصلحته اكثر اصراراً عما كان عليه قبل قيام الخصومة، الامر الذي يحتم على المحكمة دراسة وقائع النزاع بتفاصيله المختلفة ثم تحديد أنواع المصالح الموجودة واخيراً ترجيح احدى هذه المصالح وفق الطرق القانونية.

وتتمثل خلاصة هذا الفرع في محاولة التوصل الى الأساس الذي يبرر وجود تعارض المصالح، فعلى مستوى الأساس الشرعي نجد وجود بعض الأدلة الشرعية كالقرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة والاجماع والمعقول تمثل ادلة شرعية على وجود تعارض المصالح بشكل عام، اما على مستوى التشريعات، نجد ان الامر يتسم بالصعوبة بعض الشيء فلا يمكن اعتبار الاشتراك بين المصالح هو الأساس القانوني لهذا التعارض؛ لأن هذا الاشتراك هو شرط لوجود التعارض وليس هو الأساس القانوني له، اما بخصوص قيام النزاع او الخصومة بين أصحاب المصالح فهو الآخر أيضاً يمثل شرطاً لوجود التعارض، فلم يتبق لنا سوى فكرة ( الرغبة في حماية المصلحة ) في اعتبارها الأساس القانوني لهذا التعارض، هذه الفكرة التي تتمثل في رغبة كل شخص بحماية مصلحته التي تتعارض مع مصلحة شخص آخر، وبعد بيان ماهية تعارض المصالح من حيث التعريف والسمات والشروط والاساس، يتحتم علينا دراسة نطاق هذا التعارض، اذ لم نجد على قدر اطلاعنا من وضع نطاقاً واضحاً لتعارض المصالح في المعاملات المالية، الامر الذي دفعنا الى محاولة تحديد نطاق تعارض المصالح، عبر تقسيمه الى نطاق موضوعي ونطاق شخصي، وهو ما سنبيّنه في المبحث القادم.

### المبحث الثاني

#### نطاق تعارض المصالح في المعاملات المالية وصوره

يعد تعارض المصالح من الأمور التي تجد لها أرضية قانونية في تطبيقات قانونية متعددة، وبقدر تعلق الحال بالقانون المدني يلاحظ ان التعارض بين هذه المصالح لا يأتي بدون نطاق معين يحدد مجال تطبيقه، فعلى مستوى النطاق الموضوعي نجد ان هذا التعارض يرتبط بمصالح ضمن معاملة او معاملات مالية، لذا تكون المعاملة المالية هي الموضوع الذي يدور فيه هذا التعارض، أما على مستوى النطاق الشخصي نجد ان هذا التعارض تارة يكون بين مصالح بعض الدائنين من جانب، وقد يكون تعارضاً بين مصالح دائن او دائنين قبل مصالح الغير من جانب آخر، وتبعاً لتعدد النطاق الشخصي لتعارض المصالح تعددت الصور التي يظهر بها هذا التعارض بين مصالح اطراف المعاملة المالية، فمن جانب معين قد يظهر هذا التعارض استناداً الى قوة المصالح ويأخذ صوراً معينة، وقد يستند الى سبب التعارض ويتضمن صوراً أخرى، لذلك فإن هذا التعدد في صور التعارض هو أمر يؤكد أهمية هذا الموضوع في نصوص القانون المدني من خلال الإشارة الى تطبيقات هذا التعارض، وقد أشار الفقهاء المسلمون ضمن حديثهم عن جزئيات هذا الموضوع الى بعض صور هذا التعارض وما يتضمنه من احكام مختلفة.

لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، في المطلب الأول سنتناول نطاق تعارض المصالح، ونكرس المطلب الثاني الى صور تعارض المصالح.

#### المطلب الأول

##### نطاق تعارض المصالح

لكل موضوع نطاق معين يدور حوله ويعد تعارض المصالح احد اهم هذه المواضيع، اذ تارة يتحدد بنطاق موضوعي معين تظهر صورته على مستوى القانون والفقہ الإسلامي، فيكون من الضروري الوقوف على هذا النطاق وبيان ما هو المقصود بالنطاق الموضوعي، وتارة أخرى يتحدد بنطاق شخصي يرتبط بأشخاص المعاملة المالية وما يتعلق بها من احكام، لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول سنبين النطاق الموضوعي لتعارض المصالح، ونكرس الفرع الثاني الى النطاق الشخصي لتعارض المصالح.

### الفرع الاول

#### النطاق الموضوعي

ان النطاق الموضوعي لتعارض المصالح المتعلق بموضوع دراستنا يتمثل في (المعاملات المالية) الا ان هذا المصطلح يشوبه بعض من الغموض الذي يجب توضيحه وتحديد المراد به على وجه الدقة، اذ نجد ان الاغلب الاعم من مؤلفات الفقهاء المسلمين جاءت تنظم وتتناول المسائل الجزئية المتعلقة بالمعاملات كل حسب نوعه، كالبيع والاجارة والعارية والصلح وغيرها، ونادراً ما يضعون بشكل صريح تقسيمات المعاملات وعلى ماذا تشتمل من موضوعات، لذلك سنحاول إزالة الغموض عن هذا المعنى وتحديد بدقه.

فبخصوص المعنى اللغوي للمعاملات جاء فيه ان المعاملات هي " جمع معاملة وهي كلمة مأخوذة من عاملت الرجل معاملة اذا تعاملت معه وخالطته وصاحبته وعاشرته، والمعاملة تطلق على التصرف بالبيع ونحوه، كما تطلق على المساقاة باعتبار أنها تقوم على العمل الصادر من الانسان" (1).

اما عن معنى المعاملات في الاصطلاح فإن الامر بحاجة الى تفصيل على مستوى الفقه الإسلامي وعلى مستوى القانون وكما يأتي :

#### اولاً : معنى المعاملات في الفقه الإسلامي

يعد معنى المعاملات من اهم المسائل التي تتصف بالاهمية دائماً في مؤلفات الفقهاء المسلمين، لذلك لا بد من بيان معنى المعاملات عند كل مذهب من هذه المذاهب وما هي التقسيمات والجزئيات التي تدخل ضمن هذا المعنى، فبخصوص موقف الفقهاء المسلمين القدامى فقد جاء المعنى العام للمعاملات لديهم يشمل الاحكام الشرعية التي تنظم تعامل الناس مع بعضهم سواء من حيث المال، ام من حيث مسائل النكاح وما يتعلق به، ثم بعد ذلك افردوا تقسيمات معينة على شكل كتب جزئية ضمن مؤلفاتهم العامة تنظم المسائل المالية لهذه المعاملات، كالبيع و الاجارة والشركة والوكالة والوديعة والعارية والرهن والصلح والقسمة وغيرها.

<sup>1</sup> - ابن منظور، لسان العرب، ج 2، مصدر سابق، ص 887.

فقد جعل بعض الامامية المعاملات ضمن معنى المتاجرات (1) ، في حين قسمها احد فقهاء الامامية على تسعة عشر نوعاً تم تناولها في كتب مختلفة (2) ، اما المحدثين من الامامية فقد قسموا المعاملات بشكل عام الى عدة تقسيمات (3) ، لذا يتبين لنا من هذا كل ذلك ان الامامية قصدوا جعل هذه التقسيمات المذكورة تدخل ضمن معنى المعاملات المالية.

اما بخصوص الفقه الحنفي نجد ان معنى المعاملات عند الاحناف يشمل الاحكام الشرعية التي تنظم تعاملات الناس في الدنيا، سواء ما تعلق منها بالنساء ام بالاموال، اذ قسم الاحناف المعاملات الى اقساماً مختلفة (4) ، هذا هو المعنى العام للمعاملات والذي يقابل معنى العبادات، ثم قسموا المعاملات ايضاً على تقسيمات اخرى (5) ، وهذا هو المعنى الخاص للمعاملات الذي يراد به المعاوضات المالية. أما بخصوص المالكية فمنهم من قسم المعاملات المالية الى انواعاً متعددة تبعاً لمعنى المال لديهم (6) .

1 - يشمل معنى المتاجرات عندهم ( البيع، الشفعة، الرهن، الوديعة، العارية، الشركة، المزارعة، الاجارة) ينظر: ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تهذيب الاحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد، ط1، ج 10، مكتبة مروى، طهران، 1384 هـ، ص 3.

2 - هذه الكتب هي ( المتاجر، الدين، الاجارة، العارية، الضمان، الوديعة، الشركة، الصلح، الكفالة، المضاربة، الحوالة، الحجر، المزارعة، المساقاة، الرهن، الوكالة، الشفعة، الجعالة، السيق والرماية) ينظر محمد بن جمال الدين مكي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، ج1، دار التفسير للنشر، قم - ايران، 1382 هـ ، 2003 م، ص 5 - 249 .

3 - هذه التقسيمات هي ( البيع و الصلح والاجارة والمزارعة والمضاربة والشركة والوكالة والمغارسة والمساقاة والرهن والعارية والضمان والقطة والنكاح ) احمد الشيخ عبد الرضا الصافي، موجز احكام المعاملات، مدرسة الامام الحسين (ع) الدينية، كربلاء، 2013، ص5 وما بعدها.

4 - هذه الأقسام هي (المعاوضات المالية، المناكحات، المخاصمات، الامانات، التركات) ينظر ابي محمد محمد بن احمد العيني، البناية في شرح الهداية، ط2، ج 9، دار الفكر للنشر والتوزيع، بدون مكان طبع، 1990، ص3.

5 - تشمل هذه الأقسام ( الغصب، الوديعة، العارية، الشركة، البيع، الهبة، القسمة، الاجارة) ينظر محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الائمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1986 م، ص 47.

6 - من هذه التقسيمات هي ( البيع، التفليس، الاجارة الوديعة، الرهن) ينظر خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، ط1، دار ابن حزم، بدون مكان طبع، 1433 هـ - 2012 م، ص 30.

في حين ان الشافعية قسموا المعاملات الى عدة اقسام، اذ ان هذا الأنواع فضلاً عن أنواع أخرى هي التي تحدد معنى المعاملات بشكل عام ويندرج ضمنها بعض الجزئيات (1)، وقد قسم بعض فقهاء الشافعية المعاملات على اربعة عشر نوعاً، تم دراستها في عدة كتب مختلفة (2). أما بخصوص الحنبلة فقد قسموا المعاملات الى تقسيمات مشابهة لتقسيمات المذاهب الأخرى (3).

بناء على ما تقدم يتبين لنا ان الفقهاء المسلمون القدامى أرادوا بالمعاملات معنيين هما :

أ - **المعنى الأول** - جميع الاحكام الشرعية التي لا تدخل ضمن العبادات، ويدخل ضمن هذا المعنى علاقة الانسان بغيره من حيث المال ومسائل النكاح ( الأحوال الشخصية ) هذا هو المعنى العام للمعاملات الذي لا يتقيد بالمال فقط .

ب - **المعنى الثاني** - يشمل جميع الاحكام الشرعية التي تنظم علاقة الانسان بغيره من حيث المال، كالبيع والاجارة والرهن والقرض والوديعة وغيرها، ولا يدخل ضمن هذا المعنى مسائل النكاح ( الأحوال الشخصية ) وهذا المعنى الثاني هو اخص معان المعاملات وهو الذي يدور حوله موضوع دراستنا (تعارض المصالح).

في كل ما تقدم يتبين لنا أن الفقهاء المسلمين القدامى لم يبينوا ما هو المقصود بالمعاملات بشكل عام والمعاملات المالية بشكل خاص، بل ساروا في مؤلفاتهم على تحديد أنواع التصرفات والوقائع التي تدخل ضمن معنى المعاملات ، فلا يوجد لديهم فصل خاص يبين مفهوم المعاملات وتقسيماتها المختلفة ، اما على مستوى الفقهاء والشراح الاسلاميين المحدثين فقد بينوا ان عبارة المعاملات بشكل عام يراد بها عدة معان هي :

1 - تشمل اقسامهم الأنواع الاتية ( الرهن ، التفليس، الصلح، الضمان، العارية ، الوديعة الاجارة) ينظر تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، الابتهاج في شرح المنهاج، ج 3، دار البحوث للدراسات الإسلامية واحياء التراث، الامارات، بدون سنة طبع، ص 176.

2 - هذه الكتب هي ( البيوع ، الصلح ، الرهن ، الضمان ، الحوالة، الشركة ، الوديعة ، الوكالة، والغصب ، العارية، الشفعة ، القراض، الاجارة ، المساقات ) للمزيد من التفصيل ينظر الشيرازي ، مصدر سابق ، ص 437 .

3 - تشمل تقسيمات الحنبلة ( البيع ، الرهن ، الضمان ، الحوالة ، القرض ، الاجارة ، القسمة ، الشفعة، العارية، الوديعة ) ينظر عثمان بن احمد بن سعيد النجدي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب لنيل المأرب، ط 1، ج 2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1428 هـ - 2007 م، ص 459.

**1- المعنى الأول** - تطلق كلمة المعاملة على الاحكام الشرعية التي تقابل العبادات، وهي الاحكام المنظمة لتعامل الناس مع بعضهم في الحياة الدنيا، سواء أكانت تلك الأحكام تتعلق بالأموال ام بالنكاح من زواج وطلاق أم بالمخاصمات والتركات والاقضية وغير ذلك، ومعنى المعاملة بهذه الصورة يستند على التقسيم الثنائي للفقهاء الاسلامي وهو العبادات والمعاملات.

**2 - المعنى الثاني** - يعبر هذا المعنى عن الاحكام الشرعية التي تنظم تعامل الناس بعضهم البعض في مجال المعاملات المالية من جهة، والعلاقات الاسرية من زواج وطلاق وتفريق وحضانة وغيرها من جهة أخرى.

**3 - المعنى الثالث** - يُطلق هذا المعنى بشكل خاص على القواعد والاحكام الشرعية التي تنظم علاقة الافراد بعضهم ببعض من حيث المال، ويستند هذا الاطلاق على تقسيم الفقهاء الى عبادات ومعاملات مالية واحوال شخصية، لذلك قيل بأن المعاملة بهذا المعنى تعرف بأنها ( الاحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال )<sup>(1)</sup>، هذا المعنى الأخير هو المعنى بدراستنا اذ يراد بالمعاملات في نطاق تعارض المصالح هي تلك الاحكام التي تنظم علاقة الفرد بغيره من حيث المال.

وهناك من الشراح المحدثين الذي يرى ان المعاملات في الفقه الإسلامي هي تلك العبارة التي ترادف عبارة القانون؛ لأن كل من هذه العبارتين تعنى بتنظيم العلاقات بين الافراد او بين الافراد والدولة، ويرى ايضاً ان المعاملات في الفقه الإسلامي تكون على ثلاثة أنواع هي : النوع الأول - هي الاحكام التي تنظم علاقة الفرد بالدولة، والنوع الثاني - هي الاحكام التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الافراد، والنوع الثالث - هي الاحكام التي تنظم علاقة الدولة الإسلامية بغيرها من الدول، ويرى ان النوع الثاني الذي ينظم علاقة الفرد بغيره من الافراد هو النوع الذي يقابل القانون الخاص كلقانون المدني والقانون التجاري وكل قانون خاص ينظم المعاملات المالية وغير المالية بين الافراد<sup>(2)</sup>.

وفي نطاق المعنى العام للمعاملات هنالك من أورد تعريفاً للمعاملات بشكل عام بأنها (مجموعة الاحكام التي يقصد بها تنظيم العلاقات بين الناس الناشئة عن المعاملات فيما بينهم من اجل تنظيم

<sup>1</sup> - محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط 2، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 2010 م، ص 11 و ص 12.

<sup>2</sup> - د. نصر فريد محمد، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، ط 5، المكتبة الوقفية، مصر، 1418 هـ - 1998 م، ص 27 وما بعدها.

شؤون المجتمع (1) ، اذ يلاحظ على التعريف الأخير انه لم يقيد معنى المعاملات بالمعاملات المالية فقط، بل أطلق العبارة والتي من شأنها ان تشمل العلاقات المالية بين الافراد والعلاقات غير المالية كروابط الأحوال الشخصية، وبناءً على هذا المعنى المذكور هنالك من عرف المعاملات المالية بأنها ( الاحكام الشرعية المتعلقة بأمر دنيوي مما يكون التعامل فيه قائماً على تبادل الأموال والممتلكات ) (2) ، يتبين لنا ان هذا التعريف قد اعتمد المعنى الثالث للمعاملات وعرفها آخر بأنها " الاحكام الشرعية المنظمة لتعامل الناس في الأموال وهي تشمل ( البيع والايجار و الوقف والوصية والاسقاطات كالابراء من الدين والمشاركات والتوثيقات من رهن وكفالة وحوالة ) (3).

### ثانياً: تقسيم المعاملات في التشريع

أما بشأن موقف التشريعات بشأن معنى المعاملات وما يتعلق بها من أحكام نجد أن أغلب المشرعين قسموا نصوص القانون المدني على أبواب، وكل باب من هذه الأبواب او الاقسام تضمن مسائل معينة من المعاملات، فبخصوص القانون المدني العراقي قُسم الى باب تمهيدي وقسمين، تم تخصيص الباب التمهيدي منه الى الاحكام العامة ويتضمن ثلاثة فصول، الفصل الاول لتطبيق القانون والثاني للأشخاص والفصل الثالث للأشياء والأموال والحقوق، فيما تضمن القانون في القسم الأول منه الحقوق الشخصية (الالتزامات) الذي يتضمن كتابين، الكتاب الاول للالتزامات بوجه عام، ويحتوي الكتاب الثاني العقود المسماة، اما القسم الثاني من التشريع فقد خُصصَ للحقوق العينية ويتضمن كتابين، الكتاب الاول للحقوق العينية الاصلية، اما الثاني فهو للحقوق العينية التبعية .

اما بخصوص القانون المدني الفرنسي فتم تقسيمه على خمسة كتب، في الكتاب الأول تناول المشرع الأشخاص، والكتاب الثاني جاء بعنوان السلع والتغيرات المختلفة في الملكية، والكتاب الثالث بعنوان طرق كسب الملكية، اما الكتاب الرابع جاء بعنوان الأوراق المالية، وتضمن الكتاب الخامس والأخير عنوان الاحكام المطبقة على التصرفات، وقد سارت مؤلفات الشراح وفقاً لهذا التقسيم (4).

1 - د. محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات دراسة مقارنة، دار المريخ، الرياض، 1986، ص 19.

2 - د. عبد الرحمن بن حمود المطيري، فقه المعاملات المالية الميسر، ط 2 ، مكتبة الكويت الوطنية ، الكويت ، 2016، ص 16 .

3 - د. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط 6، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2007، ص 12.

4- prepa dalloz, droit des obligation tome I, support de cours, paris, 2016, p5.

أما بخصوص القانون المدني المصري فقد قسم الى باب تمهيدي تضمن الاحكام العامة ، وقسمين تناول في القسم الاول الالتزامات او الحقوق الشخصية في كتابين، في الكتاب الأول تناول المشرع الالتزامات بوجه عام، والكتاب الثاني احتوى العقود المسماة ، أما القسم الثاني من التشريع فقد تضمن الحقوق العينية في كتابين، تناول الحقوق العينية الاصلية في الكتاب الاول، واحتوى الحقوق العينية التبعية في الكتاب الثاني .

أما بخصوص موقف فقهاء وشراح القانون نجد أنهم قد وضعوا تركيزهم على اقسام القانون بشكل عام وأنواع القوانين التي تدخل ضمن كل قسم من هذه الأقسام، اذ بينوا بأن القانون ينقسم الى قسمين هما القانون العام والقانون الخاص، يتضمن القانون العام عدة قوانين منها ( القانون الإداري والقانون الجنائي والقانون المالي والقانون الدولي العام وغيرها ) وهذا الفرع من فروع القانون يخرج عن نطاق دراستنا المتعلق بتعارض المصالح في المعاملات المالية، اما القسم الثاني وهو القانون الخاص فيتضمن ( القانون المدني والقانون التجاري وقانون المرافعات والقانون الدولي الخاص وغيرها ) ويعد القانون المدني من اهم قوانين الفرع الخاص؛ نظراً لكونه قانون قديم النشوء قدم المعاملات المالية نفسها لذلك أطلق عليه بأنه دعامة القانون الخاص (1) ، مع الإشارة الى ان هنالك من قال بوجود فرع مختلط من فروع القانون يتضمن بعض التشريعات ذات الصبغة الختطة كقانون العمل.

وقد أكد الفقهاء والشراح بأن القانون المدني هو ( مجموعة القواعد القانونية التي تنظم المسائل والروابط الخاصة بالاحوال الشخصية والمعاملات المالية بين الأشخاص انفسهم، وبين الدولة بوصفها شخصاً عادياً في المجتمع عدا ما تناوله المشرع بالتنظيم في قانون خاص آخر ويتضمن القانون المدني نوعين من المسائل هما ) (2) :

**1 - مسائل الأحوال الشخصية -** هي مجموعة القواعد القانونية التي تتعلق بالحالة المدنية والشخصية لكل انسان وصفاته التي يتميز بها عن غيره من الأشخاص، نحو السن والأهلية والدين وغيرها،

1 - د. حسن كيرة، المدخل الى القانون (القانون بوجه عام - النظرية العامة للقاعدة القانونية - النظرية العامة للحق)، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، بدون سنة طبع، ص 72.

2 - د. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، ط 7، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن - عمان، 2004، ص

كذلك ينظم علاقة الشخص بأفراد أسرته ومسائل الزواج والطلاق وما يتعلق بها (1) ، في بادئ الامر ان هذا النوع من المسائل ما زال يدخل ضمن نطاق القانون المدني في بعض الدول كفرنسا وسويسرا، الا انه في اغلب الدول العربية تم إخراج مسائل الأحوال الشخصية من نطاق القانون المدني ومن ثم تنظيمها في بعض القوانين الخاصة، كقانون الأحوال الشخصية العراقي ( المرقم 188 لسنة 1959 المعدل)، وقانون حق الزوجة المطلقة في السكنى ( المرقم 77 لسنة 1983 ) وغيرها، لذلك فإن الامر الهام الذي نرغب ان نبيّنه هو ان مسائل الأحوال الشخصية لا تدخل ضمن نطاق المعاملات المالية بقدر تعلق الحال بموضوع دراستنا الموسوم تعارض المصالح في المعاملات المالية .

**2 - مسائل الأحوال المالية -** ويطلق عليها ايضاً بالأحوال العينية ويراد بها تلك الروابط التي تنشأ بين افراد المجتمع في النشاط المالي فقط وتسمى ايضاً الأحوال المالية، كالحقوق العينية والحقوق الشخصية والسلطات التي تخولها هذه الحقوق وطرق كسبها وانتقالها وانقضائها، او هي مجموعة القواعد القانونية التي تنظم علاقة الفرد بغيره من حيث المال ، والمال في القانون هو كل حق له قيمة مالية يقرره القانون لشخص ما (2) .

بناءً على ما تقدم يتبين لنا وضوح معنى المعاملات المالية عند فقهاء وشراح القانون، فهم اخرجوا القانون العام برمته من معنى المعاملات المالية، وكذلك اخرجوا مسائل الأحوال الشخصية ايضاً، لذا فقد اصبح معنى المعاملات المالية اكثر وضوحاً اذ يراد بها روابط الفرد بغيره من حيث المال.

ونظراً لحصول بعض الظواهر والظروف التي افردت القانون التجاري عن القانون المدني، واصبح كل واحد منهما يختص بمسائل معينة ونطاق تطبيق معين، فقد أضحت عبارة ( المعاملات المالية ) لا تقتصر فقط على المعاملات التي يتضمنها القانون المدني، بل هي تشمل ايضاً المسائل التجارية، فلا يمكن انكار الدور الواضح لمعنى المعاملات المالية في القانون التجاري، سيما وان هذا القانون ينظم الاعمال التجارية والتي تعد من صميم المعاملات المالية، الا انه وبقدر تعلق الحال

1 - د. توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية ( موجز النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق )، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، بدون سنة طبع، ص 44 و ص 45.

2 - د. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون القسم الأول، مطبعة مصطفى البابي الحنفي وأولاده بمصر، مصر، بدون سنة طبع، ص 55. د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 200.

بموضوع دراستنا فسنبين تعارض المصالح في المعاملات المالية التي تدخل ضمن نطاق القانون المدني فقط او قانون غير تجاري آخر كقانون التسجيل العقاري، ليكون هذا النطاق اكثر دقة واكثر وضوحاً.

بعد بيان معنى المعاملات بشكل عام وبيان معنى المعاملات المالية بشكل خاص عند كل من الفقهاء المسلمون والتشريعات وشراح القانون، وبعد الوقوف على معنى المعاملات عند كل من الفئات المذكورة، وبيان اهم الملاحظات التي وجدناها، نستطيع ان نبين عدة نقاط بشأن النطاق الموضوعي لتعارض المصالح في اطار دراستنا :

أ - ان تعارض المصالح في مؤلفات الفقهاء المسلمين يشمل المسائل التي تنظم علاقة الفرد بغيره من الافراد من حيث المال فقط، مع استبعاد المسائل المالية المتعلقة بالاحوال الشخصية التي تخرج عن نطاق دراستنا.

ب - ان تعارض المصالح الذي نقصده يشمل فقط ما يدخل ضمن المعاملات المالية والتي تتضمن في نطاق القانون (الحق الشخصي والحق العيني).

ج - تخرج مسائل المعاملات المالية في القانون التجاري من نطاق تعارض المصالح في المعاملات المالية، اذ ان التعارض بين المصالح في مثل هذه المعاملات هو امر موجود فعلاً ولا يمكن إنكاره، لكن سنقيد النطاق الموضوعي لموضوع دراستنا بالتعارض بين المصالح في المعاملات المالية في القانون المدني .

وخلاصة هذا الفرع تتمثل في تحديد معنى المعاملات المالية التي تمثل النطاق الموضوعي لتعارض المصالح، فهذه المعاملات لا تظهر بمعنى واحد بل لها عدة معان عند مؤلفات الفقهاء المسلمين، وقد بينا المعنى المراد من هذه المعان فيما يتعلق بموضوع دراستنا، اما موقف التشريعات فقد جاء بهذا الشأن من خلال تقسيم القانون المدني على أبواب تُعنى بمسائل المعاملات، وبيننا ان المعاملات في هذه القوانين تشمل ( الحق الشخصي والحق العيني ) ، وقد اكد فقهاء القانون على ضرورة تحديد معنى المعاملات الواردة في القانون المدني وما هي المسائل التي يختص بها هذا القانون، هذا بشأن النطاق الموضوعي لتعارض المصالح، وعند التمعن جيداً في مدلول فكرة التعارض والتطبيقات القانونية الواردة بشأنها نجد ضرورة تحديد النطاق الشخصي لتعارض المصالح، ومن هم الأشخاص الذين تعارضت مصالحهم مع بعض بشكل أثار النزاع بينهم، وبيان

الأوصاف القانونية للأشخاص أصحاب المصالح، مع بيان فرضية انتقال هذا التعارض إلى الخلف العام أو الخاص، وهذا ما سنبيّنه في الفرع القادم بشيء من التفصيل.

### الفرع الثاني

#### النطاق الشخصي لتعارض المصالح

تتعدد صور وتطبيقات تعارض المصالح في المعاملات المالية؛ نظراً لوجود ارتباط حقيقي وقانوني بين الحق وبين المصلحة بشكل لا ينفك، فعندما يكتسب أو يحوز الشخص حقاً معيناً فهو بهذا المعنى يدافع عن مصلحة مرتبطة بهذا الحق والتي تتمثل بجلب منفعة أو دفع مضرّة، وعند التمعن بهذه التطبيقات والصور وما يدخل ضمنها تبين لنا وجود نطاق شخصي لا يقل أهمية عن النطاق الموضوعي، فتعارض المصالح في المعاملات المالية هو وضع قانوني ينطبق على أشخاص محددين تحديداً يختلف باختلاف صور التعارض فيما إذا كان التعارض بين مصالح عدة دائنين، أو بين مصلحة الدائن ومصلحة الغير وهذا هو المراد بالنطاق الشخصي، إذ لا يقتصر هذا النطاق على أشخاص ينطبق عليهم وصف معين، بل يختلف شكل النطاق بحسب حالة التعارض وهو ما سنبيّنه تباعاً :

#### أولاً : تعارض مصلحة الدائن والمدين

يعد هذا النطاق هو الأكثر شيوعاً لحالات تعارض المصالح في المعاملات المالية الذي يحدث فيه التعارض بين مصلحة الدائن ومصلحة المدين، وهذا الأمر له تطبيقات كثيرة أهمها تعارض مصلحة المريض مع مصلحة الطبيب في عقد العلاج الطبي، إذ تتمثل مصلحة المريض في تحقيق نتيجة الموحاة من العقد المتمثلة بالشفاء، وتتمثل مصلحة الطبيب في مجرد بذل العناية بصرف النظر عن النتيجة، في ظل هذا التعارض يجب ترجيح إحدى هذه المصالح عند قيام النزاع، وبما أن هذا النطاق من التعارض يعد المبدأ العام في التعارض، لذا سنركز في دراستنا على الأنواع الأخرى من نطاق التعارض وهي تعارض المصالح بين دائنين وتعارض المصالح بين الدائن والغير.

#### ثانياً : تعارض المصالح بين الدائنين

من أهم مظاهر النطاق الشخصي لتعارض المصالح في المعاملات المالية هو التعارض الذي يحصل بين مصلحة دائن معين مع مصلحة دائن أو دائنين آخرين، فقد بينا سابقاً أن التعارض بين المصالح هو أمر يتطلب تعدد الأشخاص وتعدد المصالح، وقد يكون هذا التعدد بين أشخاص

يحملون ذات الوصف القانوني الذي هو وصف ( الدائن ) هذا الوصف القانوني هو نتيجة طبيعة لاعتبار الالتزام رابطة شخصية بين شخصين هما الدائن والمدين، فالدائن هو صاحب الحق والذي يستفيد من الحماية القانونية التي وضعها المشرع لحماية لمصلحته عند التعارض، فلا يكتمل الالتزام الا بوجود الدائن والمدين (1).

لذلك يكون النطاق الشخصي لتعارض المصالح في هذا الفرض متعلقاً بشخص الدائن او الدائنين فقط ولا ينسحب كأصل عام الى غيرهم، ويبدو لنا ان هذا الامر يترتب عليه شيء هام هو عدم جواز مطالبة أي شخص بحماية لمصلحته التي لا تدخل ضمن فرض تعارض حقوق الدائنين، فلا يحق للمدين ولا للغير ان يطلب حماية لمصلحته في فرض تعارضت فيه مصالح الدائنين فيما بينهم، ما لم يكن لهذا الطلب سند او مبرر قانوني مقبول، لذا فإن النطاق الشخصي لوصف الدائن قد منع أي شخص آخر من الدخول في دوامة هذا التعارض وضرورة اقتصره على اشخاص محددین قدر الإمكان من اجل ترجيح احد هذه المصالح المتعارضة .

ومن اهم تطبيقات هذا الفرض من فروض النطاق الشخصي هو التعارض الحاصل بين المرتهنين أصحاب الرهن الحيازي، فاذا رهن المدين ماله رهناً حيازياً لاكثر من دائن ضماناً لديون متعددة، ولم يكفي المال المرهون للوفاء بجميع الديون المضمونة، ففي هذا الفرض تعارضت مصلحة كل دائن مرتهن مع مصلحة الآخر تعارضاً سلبياً بشكل يؤدي الى نزاع او خصومة في كيفية حل مثل هذا التعارض وتحديد أي مصلحة من هذه المصالح هي التي يكون لها غلبة الرجحان في استيفاء الدين بالأفضلية والتقدم على باقي الدائنين، وقد اكد فقهاء وشراح القانون المدني على ضرورة ترجيح مصلحة الدائن المرتهن الحائز للمال المرهون اذا كان حقه تم تدوينه في ورقة ثابتة التاريخ اذا كان المرهون منقول، اما اذا كان المرهون عقار فتكون الأفضلية حسب الأسبق في تاريخ التسجيل.

وعليه اذا كان المال المرهون منقولاً مادياً او معنوياً فإن مرتبة الرهن لا يمكن ان يحتج بها الا بعد توافر شرطان هما : انتقال حيازة المال المرهون الى المرتهن، والشرط الثاني هو تدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ، فاذا تحقق الشرط الأول المتمثل بانتقال الحيازة قبل تحقق الشرط

1 - للمزيد ينظر د. سعيد سعد عبد السلام، مصدر سابق، ص 8. د. عبد الله مبروك النجار، توازن المراكز القانونية بين الحق والالتزام، القسم الثاني، ط 2، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 2004، ص 5. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الإلتزامات في الشرع، ط 1، مكتبة الجزيرة للنشر والتوزيع، بدون مكان طبع، 2013 م، ص 29 ما بعدها.

الثاني وهو تدوين عقد الرهن فإن مرتبة الأفضلية تبدأ من وقت تحقق الشرط الثاني، أما في فرض تحقق الشرط الثاني قبل الشرط الأول، فإن مرتبة الأفضلية تبدأ من وقت تحقق الشرط الأول المتمثل بانتقال الحيازة<sup>(1)</sup>. وقد أكد القانون المدني العراقي على هذا الأمر إذ نص على أنه ( يشترط لنفذ رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة، ان يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ، يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بياناً كافياً )<sup>(2)</sup>.

بناءً على ما تقدم يتبين لنا ان النطاق الشخصي لتعارض المصالح في هذا الفرض ( التعارض بين مصالح الدائنين ) يعد من اكثر فروض التعارض شيوعاً، فعندما يتعدد الدائنين يظهر فرض التعارض بين مصالحهم لأسباب مختلفة منها، عدم كفاية مال المدين للوفاء بجميع حقوق هؤلاء الدائنين، او نتيجة لقيام احد الدائنين بإجراء او تصرف معين قد يضر بمصالح باقي الدائنين، كما في حال التضامن الإيجابي بين الدائنين قبل مدين واحد و أراد احد هؤلاء الدائنين ابراء ذمة المدين من الدين الخالص له ومن باقي ديون الدائنين، فلا يُسمح له القيام بمثل هذا الاجراء لعدم صلاحية هذا الدائن في التحكم والتصرف بمصالح بقية الدائنين على الرغم من التضامن الإيجابي بينهم، الا ان هذا التضامن لا يقرر السماح لأحد الدائنين من الاضرار بمصلحة باقي الدائنين.

### ثانياً : التعارض بين مصلحة الدائن ومصلحة الغير

لا يقتصر مظهر النطاق الشخصي لتعارض المصالح على التعارض بين مصالح اشخاص متعددين ينطبق عليهم وصف الدائن، بل قد يظهر هذا النطاق بشكل مغاير للمظهر الأول، عندما يكون هنالك شخص يطلق عليه وصف الدائن في مقابلة شخص يسمى قانوناً بالغير، ويراد بالغير معنيين عند فقهاء وشراح القانوني المدني، المعنى الأول يحدد معنى الغير بمن كان اجنبياً تماماً عن العقد او التصرف ( هو الذي لم يكن طرفاً في العقد او ممثلاً فيه ولا تربطه أي رابطة بأحد اطراف التصرف حاضراً او مستقبلاً، فلا يكون خلفاً خاصاً ولا خلفاً عاماً ولا دائناً لاحد اطراف التصرف) اما المعنى الثاني للغير ( هو الأجنبي عن العقد والذي تأثرت ذمته المالية من عقد معين لم يكن طرفاً فيه، ولا ممثلاً لأحد اطرافه، ولا مساهماً في ابرامه، لكنه يتأثر بعقد معين يسوغ له الحق في الطعن

1 - د. عادل شمران الشمري، تزامم الدائنين في نطاق التأمينات العينية ( دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي )، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت (ع) العدد 24، ص 263.

2 - ( المادة 1352 ) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة ( 2336 ) من القانون المدني الفرنسي، والمادة (1117) من القانون المدني المصري.

بهذا العقد بسبب العلاقة التي تربطه بأحد اطرافه، هذه العلاقة يظهر فيها التعارض بين مصالحه ومصالح الأطراف المتعاقدة وهذا التعارض كان سبباً في تدخل المشرع في حماية هذا الغير) .

وهذا المعنى الثاني للغير هو المراد بموضوع دراستنا، فلا يراد بالغير الأجنبي تماماً عن المعاملة المالية، بل يتحدد معنى الغير بمن لم يكن طرفاً في المعاملة المالية لكنه يتعرض الى تعارض مصلحته مع مصلحة احد او جميع اطراف المعاملة المالية بشكل لا يمكن قبوله قانوناً، الامر الذي تطلب تدخل المشرع من اجل حماية هذا الغير عند الحاجة الى ذلك (1).

لذا فهذا الفرض من فروض التعارض ( التعارض بين مصالح الدائن ومصالح الغير) يكون بين شخص يحمل وصف الدائن وبين شخص آخر يحمل وصف الغير، وهذا التعارض يظهر نتيجة لتضاد منفعة ثبتت للدائن مع منفعة اكتسبها الغير بطريقة مشروعة قانوناً، نتيجة لذلك يطغى عدم الاستقرار على المعاملة المالية بسبب هذا الوضع السلبي المتمثل بتعارض المصالح.

وأبرز مصاديق هذا الفرض من فروض النطاق الشخصي لتعارض المصالح في الفقه الإسلامي هو التعارض الحاصل بين مصلحة بائع المنقول وبين مصلحة باقي غرماء الدائنين، فاذا باع شخص عيناً معينة الى شخص آخر ثم افلس الأخير، فهل يفسخ عقد البيع ويسترد البائع المبيع، ام يبقى العقد نافذاً ويقسم ثمن المبيع قسمة غرماء على جميع دائني المشتري، ففي هذا الفرض نجد تعارضاً بين مصلحة البائع في استرداد المبيع وبين مصلحة الغرماء في إدخال المبيع في القسمة واستيفاء ديونهم من ثمنه.

ومن اجل حل هذا التعارض انقسم الفقهاء المسلمين الى اتجاهين بخصوص مدى احقية البائع في استرداد العين التي لم يقبض ثمنها وكما يأتي :

<sup>1</sup> - د. مصطفى محمد الجمال، مصادر الالتزام، ط 1، الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص 270 . د. عبد الله مبروك النجار، مصدر سابق، ص 121. د. عباس علي محمد الحسيني، حقوق الغير المقترنة بالعقد بحث مقارن بالفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة السادسة، العدد الثالث، 2014، ص 9. د. احمد سمير محمد، فكرة حماية الغير في قانون المرافعات المدنية دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الدراسات المستدامة، كجلد 1، العدد 2، 2019، ص 4.

1 - الاتجاه الأول - ذهب أصحاب هذا الاتجاه وهم الامامية (1) ، المالكية (2) ، والشافعية (3) ، والحنابلة (4) ، الى ترجيح مصلحة البائع على مصلحة باقي الدائنين، ومنحه حق امتياز على المبيع الذي لم يستوف ثمنه بعد البيع، واستدل أصحاب هذا الاتجاه بعدة أدلة هي :

أ - السنة النبوية الشريفة - استدل أصحاب هذا الاتجاه بقول الرسول (ﷺ) : " من ادرك ماله بعينه عند رجل أفلس او انسان أفلس فهو احق به من غيره " (5) ، وجه الدلالة ضرورة ترجيح مصلحة أي شخص رأى ماله الذي باعه ولم يقبض ثمنه على مصلحة باقي الغرماء (6) .

ب - القياس - استند أصحاب هذا الاتجاه على دليل القياس اذ قاسوا حالة العين المباعة عند افلاس المشتري على حالة استرداد مال السلم اذا تعذر تسليم المال المسلم فيه (7) .

2 - الاتجاه الثاني - ذهب أصحاب هذا الاتجاه وهم الاحناف الى ضرورة المحافظة على جميع المصالح، فلا يكون للبائع امتياز عند افلاس المشتري، وانما يشترك مع سائر الغرماء في قسمة الغرماء، واستدلوا بعدة ادلة تعزز صحة قولهم وهي (8) :

أ - السنة النبوية الشريفة - استندوا بقول الرسول (ﷺ) : " أيما رجل أفلس فوجد متاعه فهو أسوة

1 - شيخ الطائفة أبي جعفر محمد بن الحسن علي الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج 2، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، بدون مكان وسنة طبع، ص 250 .

2 - محمد بن يوسف بي ابي القاسم بن يوسف العبدي المواق الغرناطي، التاج والاكليل، ج 5، دار الفكر، بيروت، 1992م، ص 32.

3 - شهاب الدين أبو العباس احمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، حواشي الشرواني، ج 5، المكتبة التجارية الكبرى، بدون مكان طبع، 1357 هـ - 1938م، ص 127.

4 - أبو إسحاق برهان الدين ابراهيم بن محمد ابن مفلح المقدسي، المبدع شرح المقنع، ج 4، المكتب الإسلامي، بدون مكان طبع، 1982، ص 314.

5 - أخرجه أبو عيسى محمد بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 562.

6 - الشريبي، مصدر سابق، ج 3، ص 118.

7 - الشريبي، مصدر سابق، ج 3، ص 266.

8 - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 13، ص 198.

غرمائه فيه " (1) ، وجه الدلالة عدم ترجيح مصلحة البائع في استرداد المبيع، وإنما يكون شأنه شأن باقي الغرماء على ديون المشتري المفلس (2) .

ب - القياس - يعد القياس من أهم حجج أصحاب هذا الاتجاه إذ بينوا أن البائع كان له حق حبس المبيع حتى يستوفي باقي الثمن، وعند تسليمه المبيع إلى المشتري يكون قد اسقط حقه بإرادته، فلا يجوز ترجيح مصلحته ومنحه حق امتياز، قياساً على حالة ما إذا سلم الدائن المرتهن رهنه إلى الراهن (3) .

ج - المعقول - بين أصحاب هذا الاتجاه أن عقد البيع يثبت ويوجب ملك البائع للثمن في ذمة المشتري، وبالتالي أصبح ديناً لا يتصور فيه العجز، لأنه باق ببقاء محل الدين وهو الذمة المالية، لذا لا يملك البائع حق الرجوع عن البيع، وبالتالي لا ترجيح لمصلحته في فسخ العقد واسترداد المبيع (4) .

بناء على ما تقدم يتبين لنا أن الفقهاء المسلمون لم يغفلوا الإشارة إلى نطاق تعارض مصلحة الدائنين مع مصلحة الغير، فالبائع يعد من الغير بالنسبة لكل دائن آخر للمشتري والعكس صحيح، وتتمثل هذه الإشارة عند تعارض مصلحة البائع الذي لم يستوف كامل الثمن مع مصلحة غرماء المشتري المفلس، إذ لاحظنا انقسام موقف الفقهاء المسلمين بشأن تحديد المصلحة الراجحة في هذا التعارض، ويبدو لنا رجحان رأي أصحاب الاتجاه الأول القائل بترجيح مصلحة البائع في استرداد المبيع، على مصلحة باقي الغرماء ولا يشترك البائع معهم في قسمة الغرماء استناداً إلى :

- قوة الأدلة التي استند عليها أصحاب القول الأول .
  - أن مصلحة البائع تعلقت بمال معين من أموال المدين المفلس، وفي دخوله مع سائر الغرماء سيُتعدك الوضع أكثر ويزداد عدد الغرماء، كما أن العدالة تقتضي ترجيح مصلحة صاحب الحق الأقرب إلى الترجيح على غيره من الغرماء، لذا يجب ترجيح مصلحة البائع على باقي الغرماء .
- أما بخصوص مصداق هذا النطاق الشخصي في القانون فيظهر في فروع كثيرة منها، التعارض الحاصل بين مصلحة بائع المنقول ومصلحة الغير حسن النية، إذ نص القانون المدني

<sup>1</sup> - رواه محمد بن محمود أكمل الدين أبو عبد الله بن شمس الدين بن جمال الدين البابرّي، العناية شرح الهداية، ج 5، دار الفكر، بدون مكان وسنة طبع، ص 379.

<sup>2</sup> - أبي عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرک، ج 2، دار المعرفة، بيروت، 1998 م، ص 58.

<sup>3</sup> - حاشية ابن عابدين، ج 4، ص 601.

<sup>4</sup> - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ص 198.

العراقي على ان حق بائع المنقول يعد من الحقوق الممتازة التي تمنح البائع حق التقدم والافضلية على غيره من أصحاب الحقوق التاليين له في المرتبة فقد نص على ( ما يستحق لبائع المنقول من الثمن وملحقاته يكون له حق امتياز على المبيع ويبقى حق الامتياز قائماً ما دام المبيع محتفظاً بذاتيته، وهذا دون اخلال بالحقوق التي كسبها الغير حسن النية ومع مراعاة الاحكام الخاصة بالقضايا التجارية ... )<sup>(1)</sup>. يتبين لنا ان القوانين المدنية جعلت من حق بائع المنقول حقاً ممتازاً مراعاة لصفة هذا الحق في كون حق البائع أولى في الاستيفاء مقدماً على غيره من الحقوق الأخرى، وهذا الامتياز يمنح بائع المنقول حق التقدم في استيفاء حقه من ثمن المنقول بالافضلية نظراً لما له من سلطة مباشرة على المنقول الذي لم يتسلم بعد بيعه حقوقه الكاملة، كذلك ان هذا الامتياز يمنح البائع حق التتبع الذي يتمثل في حق البائع في تتبع المبيع والتنفيذ عليه في أي يد يكون هذا المال، وبالتالي لا يمنع انتقال حيازة المبيع من يد المشتري الأول الى المشتري الثاني من حماية مصلحة البائع في التنفيذ على المبيع واستيفاء حقه بالتقدم والافضلية.

لكن هذا الأصل العام المتمثل في بقاء حق بائع المنقول في تتبع المال المبيع والتنفيذ عليه في أي يد يكون هذا المال يرد عليه استثناء يسوغه مبدأ العدالة ومبدأ استقرار المعاملات، الذي بموجبه يتعطل حق البائع في تتبع المبيع اذا انتقل الى حيازة الغير حسن النية الذي يحق له التمسك بالمبيع وفقاً لقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، لذلك ففي هذا الفرض حصل تعارض بين مصالح يكون نطاقه الشخصي هو بائع المنقول من جانب، والغير حسن النية من جانب آخر، بمقتضى هذا التعارض لا يمكن بقاء هذه الحالة السلبية على وضعها غير المستقر، بل لا بد من ترجيح مصلحة احدهم على حساب الآخر، وقد نصت التشريعات في النصوص السابقة على ضرورة حماية مصلحة الغير حسن النية في مثل هذا التعارض، كما وقد أكد الفقهاء والشراح على ضرورة ترجيح مصلحة الغير حسن النية حماية لإستقرار المعاملات وحماية الأوضاع القائمة المستقرة<sup>(2)</sup>.

بناءً على ما تقدم يتضح لنا ان النطاق الشخصي لتعارض المصالح في المعاملات المالية لا يحمل مظهراً ثابتاً في جميع هذه المعاملات، فقد يأتي بمظهر تعارض بين مصالح اشخاص ينطبق

<sup>1</sup> - ( المادة 137 ) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة ( 1145 ) من القانون المدني المصري.

<sup>2</sup> - للمزيد ينظر د. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1996م، ص 347. د. إبراهيم إسماعيل إبراهيم و د. رحيم عبيد، امتياز بائع المنقول ( دراسة في القانون العراقي)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة العاشرة، 2018، ص 67 وما بعدها.

عليهم وصف قانوني واحد كالتعارض بين مصالح الدائنين فيما بينهم، فهذا المظهر يتحدد فيه النطاق الشخصي بوصف الدائن فقط ولا تدخل فيه كأصل عام مصلحة شخص آخر من الغير وتتشابك في هذا التعارض، وقد يأتي هذا النطاق الشخصي بشكل مختلف اذ يظهر مباشرة بين شخصين لا يتصفان بصفة قانونية مشتركة، فالأول يطلق عليه الدائن والثاني يطلق عليه الغير، فلا يوجد وصف قانوني مشترك بينهما، وهذا الامر إن دل على شيء فإنه يدل على تعدد مظاهر النطاق الشخصي لتعارض المصالح تعدداً يختلف من تطبيق معين الى تطبيق آخر.

وقد ينبري من يسأل هل يقتصر النطاق الشخصي لتعارض المصالح على الدائن والغير فقط ام يكون للخلف العام والخلف الخاص دور في هذا النطاق؟ للإجابة نقول ان تحديد علاقة السلف بكل من الخلف العام والخلف الخاص هو تحديد يستند على نصوص قانونية تبين مدى هذه العلاقة وكما يأتي :

### 1- الخلف العام

قد يتعدد او يتغير اطراف العلاقة القانونية في المعاملات المالية بسبب خارج عن ارادتهم، ويحصل ذلك عند وفاة احد اطراف المعاملة المالية تنتقل حقوقه الى ورثته الذين يحملون صفة الخلف العام، ويعرف الخلف العام بأنه ( من يخلف غيره في ذمته المالية جميعها او جزء شائع منها كالربع او النصف، ويشمل الوارث والموصى له بجزء شائع )<sup>(1)</sup> ، اما بخصوص مدى انتقال فكرة تعارض المصالح من السلف الى الخلف العام فقد نص القانون المدني العراقي على ( 1 – ينصرف اثر العقد الى المتعاقدين والخلف العام دون اخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث، ما لم يتبين من العقد او من طبيعة التعامل او من نص القانون ان هذا الاثر لا ينصرف الى الخلف العام . . . )<sup>(2)</sup> ، يتبين لنا امكانية تحقق فرض انتقال العقد الذي تعارضت فيه مصلحة السلف مع مصلحة احد الدائنين او مصلحة الغير، اذ من الممكن ان يكون السلف ضحية عقد صوري اضر بمصلحته وتعارضت فيه مصلحة مع مصلحة الغير، ثم قام النزاع بين هؤلاء وقيل الفصل فيه توفي السلف، ففي هذا الفرض سينتقل حق السلف الى خلفه العام وهو يشتمل على ذات النزاع المشوب بتعارض المصالح، لذا يتوجب على الخلف العام ان يكمل إجراءات الدعوى وصولاً الى الحسم النهائي للدعوى.

1 - د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي (مصادر

الالتزام) ، ج 1، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون مكان طبع، 1980، ص 130 .

2 - ( المادة 142 ) من القانون المدني العراقي، وتقابلها ( 145 ) من القانون المدني المصري.

وهذا الامر ينطبق ايضاً على موقف المشرع الفرنسي، اذ يذهب الرأي الراجح عند الفقه والشرح بأن القاعدة العامة في القانون الفرنسي هي ان شخصية الوارث عبارة عن امتداد لشخصية المورث، وبالتالي يتأثر الخلف العام بحقوق والتزامات سلفه بل هو يحل حلاً كاملاً محل سلفه في كافة أمواله، لذا فقد تكون احد هذه الأموال في حالة تعارض مصالح سابقة بين السلف وبين شخص آخر وعلى ذلك سنتنقل هذه الأموال الى الخلف العام على هذا الحال (1).

### 2 - الخلف الخاص

يعرف الخلف الخاص بأنه ( من يتلقى عن سلفه ملكية شيء معين بالذات او حقاً عينياً على هذا الشيء، فالمشتري يعد خلفاً شخصياً للبائع ) (2)، وبقدر تعلق الحال بتأثر الخلف الخاص بحقوق والتزامات سلفه فقد نص القانون المدني العراقي على ( ... 2 - اذا انشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشيء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء اليه.) (3)، فيما يخص انتقال فرض تعارض المصالح من السلف الى الخلف الخاص يبدو لنا ان الامر يحمل نوعاً ما من الصعوبة، فهل من المعقول ان يحصل الخلف الخاص على حق معين من سلفه ثم يتبين عدم ثبوت هذا الحق، او يكون الحق في حالة نزاع بين اطراف متعددة ؟ .

للإجابة نقول على الرغم من ضعف هذا الفرض من الناحية العملية الا انه فرضاً واراد الحدوث في بعض التطبيقات القانونية، اذ من الممكن ان يتلقى الخلف الخاص حقاً ناشئاً عن عقد ثم يتبين له ان هذا الحق من الأساس هو حق تعارضت فيه مصلحة السلف مع مصلحة شخص آخر، وبعد انتقاله الى الخلف الخاص تفاجأ الأخير بتعارض مصلحته مع مصلحة ذات الشخص في هذا المعاملة المالية، وبرز مصداق على هذا الكلام هو ما نص عليه المشرع العراقي ( 1 - اذا استحق المبيع للغير وكان الاستحقاق وارد على ملك البائع، ضمن البائع ولو لم يشترط الضمان في العقد. .... ) (4)، ان النص

1 - د. طارق كاظم عجيل، نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية دراسة مقارنة، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 1431 هـ - 2010 م، ص 70.

2 - د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ( نظرية الالتزام بوجه عام ) مصادر الالتزام، دار احيار التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع، ص 547.

3 - ( المادة 142 ) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة ( 146 ) من القانون المدني المصري.

4 - ( المادة 550 ) من القانون المدني العراقي، وتقابلها المادة ( 1599 ) من القانون المدني الفرنسي، والمادة ( 439 ) من القانون المدني المصري.

المبين سلفاً يفرض التزاماً على البائع بضمان استحقاق المبيع للغير<sup>(1)</sup> ، فاذا تصرف البائع ( السلف ) الى المشتري ( الخلف الخاص ) ثم تعرض الغير الى المشتري في المبيع الناشئ عن عقد البيع لوجود حق سابق له على هذا المبيع، ففي هذا الفرض نجد ان التعارض في الأصل كان بين مصلحة البائع ومصلحة الغير، الا ان المظهر المادي لهذا التعارض لم يظهر الا بعد تمام عقد البيع، لذا انتقل التعارض فعلياً الى المشتري، اذ تعارضت مصلحته مع مصلحة الغير، ومن اجل دفع هذا التعارض يتحتم على المشتري ان يرجع على البائع بدعوى ضمان الاستحقاق يطالبه فيها بدفع التعرض المُسبب لتعارض المصالح<sup>(2)</sup> .

ومن خلاصة هذا الفرع يتبين لنا ان الفقه الإسلامي والقوانين المدنية اشارت الى النطاق الشخصي لتعارض المصالح، سواء من خلال القواعد العامة كما هو الحال بالنسبة للخلف العام والخلف الخاص ام من خلال التطبيقات الخاصة بتعارض المصالح، اذ يحظى هذا النطاق بأهمية كبيرة تتمثل في تحديد الأشخاص الذين تعارضت مصالحهم مع بعض وصولاً الى المصلحة الراجحة، ولا يُسمح بأي ادعاء لأي شخص آخر لا تدخل مصلحته في هذا التعارض؛ من اجل السماح للمحكمة بدراسة حيثيات الدعوى وتحديد المصلحة الراجحة، وينبغي الإشارة الى ان النطاق الموضوعي و النطاق الشخصي لتعارض المصالح هو امر يستتبعه موضوع هام يتمثل بصور تعارض المصالح، فبعد استقراء مؤلفات الفقهاء المسلمين و نصوص القوانين والمؤلفات القانونية، استطعنا ان نجد صوراً متعددة لهذا التعارض، هذه الصور تختلف باختلاف معيار التقسيم اذ تارة يكون المعيار هو قوة المصالح، وتارة أخرى يكون المعيار هو سبب التعارض، وهذا الامر سنبينه في المطلب القادم.

1 - للمزيد ينظر ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ( البيع و المقايضة ) ، ج 4، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع، ص 640 وما بعدها. د. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في عقد البيع في لقانون المدني الكويتي، بدون دار طبع، بدون مكان وسنة طبع، ص 204 وما بعدها. محمد علي صاحب حسن، ضمان الاستحقاق ( دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين المدنية )، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة التهرين، 2005 م، ص 47.

2 - يعد ضمان التعرض والاستحقاق من اهم الضمانات القانونية التي وفرها المشرع للمشتري حماية له من أي ادعاء يُثبت حقاً للغير على المبيع لسبب سابق على ابرام العقد، فمن اجل حماية مصلحة المشتري وحماية الثقة التعاقدية فلا يمكن افلات البائع من أي تعرض يصيب حق المشتري لسبب لا يد له فيه، على ان هذه الحماية تقتصر على التعرض القانوني فقط والذي يحصل عن طريق دعوى يقيمها الغير يطالب فيها بحقه على المبيع، وهذا القول يعزز ما بيناه سابقاً بأنه من اهم شروط تعارض المصالح هو قيام النزاع او الخصومة بين اطراف النزاع.

### المطلب الثاني

#### صور تعارض المصالح

يتميز تعارض المصالح في المعاملات المالية بكونه وضع قانوني متوقع الحدوث والظهور في الكثير من هذه المعاملات على اختلاف أنواعها وتقسيماتها، لذلك فإن هذا الظهور لا يأتي فقط على صورة واحدة تنطبق على جميع هذه التقسيمات، بل ان تعارض المصالح في هذه المعاملات يظهر على أكثر من صورة واحدة استناداً الى أساس او معيار تقسيم هذه الصور، لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول سنبين صور التعارض من حيث القوة، وسنتناول في الفرع الثاني صور التعارض من حيث السبب.

### الفرع الأول

#### صور التعارض من حيث القوة

يستند تقسيم هذا التعارض الى قوة المصالح نفسها فقد يكون التعارض بين مصالح في قوة واحدة، بمعنى لا اعلوية ولا افضلية لأحد المصالح على غيرها فتكون جميعها في حالة تساوي من حيث القوة، وقد يكون التعارض بين مصالح مختلفة القوة، بمعنى آخر توجد أولوية او اعلوية او افضلية لأحد هذه المصالح على غيرها، وهو ما سنبيّنه تباعاً :

#### اولاً : تعارض المصالح في ذات القوة

في هذه الصورة تتعدد المصالح في معاملة مالية معينة بشكل يحدث تعارضاً بينها ويتطور الامر الى قيام خصومة او نزاع بين أطرافها، ويتصف هذا التعارض بأن المصالح المتعارضة فيه تكون على درجة واحدة من القوة كأصل عام، فلا تفضيل ولا اعلوية بين هذه المصالح استناداً الى نوع المعاملة المالية، كما في تزامم مصالح الدائنين المرتهنين، اذ ان مصالح الأطراف المتعارضة جاءت بناءً على عقد رهن لكل طرف من أطرافها بشكل يحقق تعارضاً بين مصالح الدائنين المرتهنين، هذا التعارض يكون بين مصالح في قوة واحد؛ لأن جميع الدائنين ينطبق عليهم وصف الدائن المرتهن بمعنى آخر جميعهم تستند مصلحتهم على حق عيني تبعي، لذلك يتعين على المحكمة في مثل هذه الصورة من صور التعارض ان تتحقق بدقة عن أسباب التعارض وصولاً لاختيار المصلحة الراجحة.

وعند التمعن جيداً في هذه الصورة يتبين لنا ان التعارض بين المصالح من قوة واحدة يكون على فرضين هما :

### 1- تعارض المصالح في الحقوق العادية

الحق العادي هو الحق المجرد من الضمان بعدم وجود مال مخصص في ذمة المدين يتعلق به حق الدائن، فهذا الحق يدخل في الضمان العام لجميع الدائنين ويكون مشتركاً بينهم، وهم جميعهم متساوون فيه فيما لهم من ضمان، لذلك لا افضلية لأحدهم على الآخر، ولا يوجد فرق في ذلك بين دائن نشأ حقه في تاريخ سابق وبين دائن نشأ حقه في تاريخ آخر لاحق، بحيث تكون لجميع الدائنين المرتبة نفسها في تحصيل حقوقهم من ذمة المدين، ومن ثم تقسيم وعاء التزامهم بالتساوي قسمة غرماء ، ففي هذه الحقوق لا توجد افضلية لصاحب حق معين على آخر، فيكون الجميع في حالة تساوي في الحقوق وفي المصالح المنبثقة منها، فلا يعطي القانون او الاتفاق افضلية معينة لاحدها يسمو بها ويعلو على غيره، بل تكون جميع المصالح في درجة واحدة من القوة<sup>(1)</sup>، فمن الأمور المنطقية ان أموال المدين تكون محلاً لاقتضاء حقوق الدائنين، بما لهم من ضمان عام على هذه الأموال، فيتساوى في هذا الضمان جميع الدائنين حتى لو كانت هذه الأموال محلاً لحجز سابق، لذا لا يجوز لأي منهم ان يطلب الحجز على تلك الأموال بدون وجود أولوية او افضلية لأي منهم، اذ يجب ان تبقى جميع الأموال ضمن الضمان العام للدائنين لأنها تعدّ ملكاً للمدين ولا افضلية لدائن على آخر<sup>(2)</sup>.

وأبرز مثال على هذه الصورة من صور التعارض هو التعارض الحاصل بين مصلحة المشتري الأول ومصلحة المشتري الثاني لذات المبيع، فيقوم البائع ببيع العين الى المشتري الأول ثم يقوم ببيعه مرة أخرى الى المشتري الثاني الذي يتسلم المبيع بسبب صحيح وبحسن نية<sup>(3)</sup>، ففي هذا الفرض تعارضت مصلحة المشتري الأول مع مصلحة المشتري الثاني، هذا كله يدخل ضمن اطار الحق العادي، اذ يعد حق المشتري الأول وحق المشتري الثاني حقوقاً عادية لا افضلية فيها

<sup>1</sup> - د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1971، ص319.

<sup>2</sup> - د. عبد الله خليل الفراء، تراحم الدائنين واثره على توزيع حصيلة التنفيذ، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، السنة الحادية عشر، المجلد 11، العدد الأول، 2019، ص 149.

<sup>3</sup> - د. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ط 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009، ص 149.

لاحداها على الآخر كأصل عام، الأمر الذي يفرض ويحقق تعارضاً بين مصالح هؤلاء المشتريين يدخل جميعها تحت صورة تعارض المصالح في الحقوق العادية.

إلا أن هذه المساواة هي مساواة قانونية وليست فعلية، إذ يتحتم ترجيح إحدى هذه المصالح وقد أكد الشراح في المثال السابق على ضرورة ترجيح مصلحة المشتري الأول على مصلحة المشتري الثاني؛ احتراماً لقاعدة الأسبقية، لكن إذا كان المشتري الثاني قد استلم المنقول فعلاً وكان حسن النية، ففي هذا الفرض يجب ترجيح مصلحة المشتري الثاني حماية لحسن نيته<sup>(1)</sup>، لذلك تبين لنا أن الترجيح في الفرض السابق قدم حسن النية على قاعدة الأسبقية في البيوع المتتابعة، لذلك فالأصل العام أو القاعدة العامة في البيوع المتابعة هو ترجيح مصلحة المشتري الأول، ولكن هذه القاعدة وهذا الترجيح يرد عليه استثناء هو إذا كان المشتري الثاني قد تسلم المنقول بحسن نية، فالمصلحة التي ترجح في هذه الحالة هي مصلحة المشتري الثاني، بمعنى آخر أن قاعدة الأسبقية قد تعطلت بمبدأ حسن النية .

### 2- تعارض المصالح في الحقوق المضمونة

تعرف الحقوق المضمونة بأنها تلك الضمانات العينية التي تقرر وتثبت حق عيني تبقي ينصب على مال مملوك للمدين أو للغير، بحيث يكون للدائن إضافة على حقه في الضمان العام، سلطة تنصب على ذلك المال المعين يتمكن بها من تتبع المال في أي يد يكون، تمهيداً للتنفيذ عليه واستيفاء حقه من ثمنه بالافضلية والاولوية على جميع الدائنين الآخرين<sup>(2)</sup>، وعندما تكون حقوق الدائن مضمونة بضمانات عينية أو شخصية، يكون للدائن إضافة إلى الضمان العام على أموال المدين جميعها، ضمان خاص على أموال مدينه، الغرض من هذه الحقوق المضمونة في تجنب الخضوع لقسمة الغرماء مع بقية الدائنين؛ لأنه في حال اعسار المدين سيتساوى جميع الدائنين في استيفاء حقوقهم من أموال مدينهم بغض النظر عن تاريخ نشوئها وبدون أن يختص أحدهم بعين معينة من هذه الأموال، لذلك يلجأ الدائن إلى توثيق حقه من أجل الابتعاد عن مزاحمة بقية الدائنين، فيتمكن بهذه الضمانات من الحصول على حقوقه بالتقدم والافضلية<sup>(3)</sup> .

<sup>1</sup> - للمزيد ينظر د. سعيد مبارك و د. طه الملاحويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة ( البيع

– الايجار – المقالة )، شركة العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، بدون سنة طبع، ص 85 و ص 86.

<sup>2</sup> - د. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، الجزء الثاني، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1982، ص 345.

<sup>3</sup> - د. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج 1، بدون جهة طبع، بغداد، 1950، ص 12.

ويراد بهذه الصورة من صور التعارض حدوث التضاد بين مصالح ناشئة عن حقوق مضمونة او حقوق ممتازة ولا يدخل بينها مصالح ناشئة عن حق عادي، بمعنى آخر ان تكون جميع المصالح في قوة واحدة من حيث افضلية الحق الذي نشأت بسببه ، كالتعارض الحاصل بين مصالح الدائنين المرتهنين فيما بينهم، والتعارض الحاصل بين مصالح أصحاب الامتياز من نفس الدرجة، ويطلق الفقهاء المسلمون على هذه الحقوق تسمية ( الحقوق المتكافئة ) ويراد بها تلك الحقوق التي اجتمعت على محل واحد، وحكم هذه الحقوق في الفقه الاسلامي، هو ان الإنسان يجب ان يؤديها جميعاً باعتبارها ديناً في ذمته (1)، وابرز مصاديق هذه الصورة هو التعارض الحاصل بين مصلحة الدائنين أصحاب الرهن الحيازي، فاذا تعدد الرهن حيازياً ففي هذا الفرض أشار فقهاء القانون المدني على أنه إذا ورد الرهن على منقول فتكون العبرة في تحديد الافضلية الى الدائن المرتهن عند انتقال حيازة المال المرهون إليه و عند تدوين الرهن في ورقة ثابتة التاريخ، فإذا حصل و تعددت الرهون الحيازية على منقول واحد، فتكون الافضلية لمن توافر لديه هذان الشرطان معاً، بمعنى آخر ان الافضلية تنقرر للدائن المرتهن الحائز للمنقول والذي كان رهنه ثابت التاريخ في ورقة مكتوبة (2)، ام اذا ورد الرهن الحيازي على العقار فتكون الافضلية حسب الاسبقية في تاريخ التسجيل.

ويبدو لنا ان أهمية هذا التقسيم ( تعارض المصالح في ذات القوة ) تتمثل في كيفية حل هذا التعارض والطرق والأساليب القانونية والقضائية التي تحقق الترتيب الأفضل بين هذه المصالح المتعارضة، لتحقيق الغاية من النص المتمثلة بالوصول الى العدالة قدر الإمكان وإعطاء كل ذي حق حقه، ومن الجدير بالذكر ان هذه الصورة في الغالب تبين تعارضاً بين مصالح ناشئة عن مصدر يحتم التساوي بينها كأصل عام، كأن تكون جميع المصالح ناشئة عن عقد رهن او عن حق امتياز، لكن عند التمعن والتمحيص بدقة في كل من هذه المصالح نجد انها على الرغم من كونها في درجة واحدة من القوة استناداً الى سبب نشأتها، الا انها ايضاً تشتمل على مرجحات مختلفة، ترجح احداها على الأخرى كالأسبقية في التسجيل وحسن النية كما سنبينه لاحقاً.

<sup>1</sup> - زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، الاشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999، ص362. ابو عبد الله محمد بن ابي بكر بن ايوب بن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، ط1، ج3، دار عالم الفوائد، بدون مكان وسنة طبع، ص263.

<sup>2</sup> - د. محمد حسين منصور، النظرية العامة للاتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001، ص 248.

## ثانياً - تعارض المصالح مختلفة القوة

يراد بهذا التعارض هو كل تضاد بين المصالح يتعلق بحقوق متباينة فيما بينها، ففي هذه الصورة تأتي الحقوق على أكثر من درجة فيما بينها، وتبعاً لذلك تكون المصالح في حالة تسلسلية ابتداءً من المصلحة الأعلى نزولاً الى المصلحة الأقل وهكذا، فنكون امام تراتب تدرجي متسلسل لهذه المصالح، ويعود هذا التراتب التدرجي الى سبب الحق الذي نشأ بموجبه، فالحق الناشيء عن عقد رهن يقدم على الحق الناشيء عن عقد لا يحمل معنى الضمان او التوثيق، وهذه الصورة من صور تعارض المصالح تعد من أوضح الصور ذات الحل الواضح للمحكمة، اذ يسهل على المحكمة تحديد نطاق هذا التعارض بين مصلحة في حق عادي ومصلحة في حق غير عادي (مضمون)، فلا يمكن للحق العادي كأصل عام ان يعارض الحق غير العادي ويتفوق او يتقدم عليه.

ويلاحظ ان هذا التعارض يرتبط ارتباطاً وثيقاً بمسألة التقدم في استيفاء الحق بالاولوية، وهذا التقدم لا يكون له معنى الا في فرض التعارض بين مصالح دائنان او اكثر يتنازعان في الاستئثار بمال معين يعود للمدين، الامر الذي يحتم تطبيق قواعد ترجيح معينة تكفل تحقيق هذا التقدم وفقاً للقانون ومراعاة لبعض الأمور كالاسبقية وغيرها، ومن ابرز مصاديق هذه الصورة هو التعارض الحاصل بين مصلحة دائن عادي وبين مصلحة دائن مرتهن على مال يعود لمدين مشترك بينهم<sup>(1)</sup>.

في ضوء ما تقدم قد وضحنا بشكل دقيق ما هو المقصود بصورة تعارض المصالح من حيث القوة، وما هي الأشكال التي تظهر بها هذه الصورة، اذ تارة يكون التعارض بين مصالح على درجة واحدة من القوة، وهذه الصورة تثير تعقيدات كبيرة بشأن تحديد المصلحة الراجحة منها، وتارة ثانياً تكون المصالح في تراتب هرمي او تدرجي تفضل فيه مصلحة على أخرى، وهذا الامر يسهل على المحكمة تحديد المصلحة الراجحة من خلال اتباع التراتب الهرمي، بيد انه ينبغي الإشارة الى أن تعارض المصالح لا يأتي على الصورة المتقدم ذكرها فقط، بل قد يظهر بصورة أخرى هي تعارض المصالح من حيث السبب المؤدي الى التعارض، فبعد التمعن في مختلف تطبيقات هذا التعارض وجدنا ان سبب التعارض قد يكون معياراً يدخل تحته صوراً مختلفة من التعارض، فتارة يؤدي سبب معين الى ظهور صوراً معينة للتعارض، وتارة أخرى يأتي سبباً آخرأ بصوراً مختلفة، وهو ما سنوضحه في الفرع القادم.

<sup>1</sup> - عبد الكريم صالح عبد الكريم، مصدر سابق، ص 102.

## الفرع الثاني

## صور تعارض المصالح من حيث السبب

لقد بينا سابقاً أن تعارض المصالح يعد من الأوضاع القانونية ذات المدلول الذي يجب تحديده بدقة في مختلف جوانبه، وتعد صور هذا التعارض من اهم هذه الجوانب، اذ لا يقتصر التعارض بين المصالح على صور التعارض من حيث القوة، بل قد تبين لنا ان هذا التعارض يحمل صوراً أخرى تستند على السبب المفضي الى التعارض، لذلك نجد ان تعارض المصالح يأتي على صورتين من حيث المصدر او السبب المؤدي الى وجوده، وهذه الصور هي :

## اولاً : التعارض بسبب اطراف المعاملة المالية

تعد هذه الصورة من اكثر صور التعارض شيوعاً من حيث السبب، وفحواها ان يتسبب المدين بفعله الارادي في احداث حالة تعارض المصالح بين الدائنين فيما بينهم او بين مصالح الدائن ومصالح الغير، بناءً على العمل او التصرف القانوني الذي قام به المدين بشكل يحدث تعارضاً بين المصالح يتطلب تدخل المشرع او المحكمة لإيجاد الحكم القانوني الصحيح الذي يرجح احد هذه المصالح على غيرها، وإعادة المعاملة المالية الى وضع الاستقرار وتجنب المشاكل والتعقيدات التي تنتج عن هذا التعارض الذي يعدّ من أبرز الأمور السلبية التي تصيب صميم المعاملات المالية، ويمكن لنا ان نصلح على هذه الصورة تسمية ( التعارض الارادي ) .

وتظهر هذه الصورة من صور التعارض في مصاديق كثيرة أهمها الصورية<sup>(1)</sup>، اذ نجد ان الفقه الإسلامي تطرق الى هذه الصورة من صور التعارض في بعض الأمثلة الجزئية على هذه الصورة واهمها صورية التعاقد، اذ بين الفقهاء المسلمون بأن الصورية تتحقق بوجود عقدين احدهما

<sup>1</sup> - عند التمعن في كتب الفقهاء المسلمين القدامى لا نجد تعريفاً للصورية كمصطلح مستقل بذاته، الا ان هنالك بعض الحالات لديهم تقترب من فكرة الصورية، نحو حالة الهزل التي تعرف بأنها ( ان يراد بالشيء ما لم يوضع له اساساً ) ونحو حالة المواضعة التي تعرف بأنها ( اتفاق الطرفان على ان يتكلما بلفظ البيع عند الناس الا انهما لا يريدانه واتفقا على امر اخر) للمزيد ينظر د. علاء الدين زعتري، فقه المعاملات المالية المقارن، ط 1، دار العطاء، دمشق، 2010 م، ص 45.

غير ان بعضاً من شراح الفقه الإسلامي المحدثين وضعوا تعريفاً للصورية اذ تعرف بأنها ( يكون العقد صورياً اذا وجدت الإرادة الظاهرة وحدها وانعدم وجود الإرادة الباطنة ) د. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج 4، دار الفكر، دمشق، 1989م، ص 190.

ظاهر والآخر مستتر، يكون فيه المستتر هو المقصود، لكنهم اختلفوا في حكم الصورية على ثلاثة اتجاهات هي :

1 - الاتجاه الأول - وهو قول الشافعي<sup>(1)</sup>، وقول للاحناف<sup>(2)</sup>، اذ بينوا بأن العبرة تكون بالصورة الظاهرة الواضحة المعلنه، دون الالتفات الى القرائن والامارات او دلالات المتعادي، لذلك تكون الأفضلية للعقد الظاهر.

2 - الاتجاه الثاني - هو قول الامامية<sup>(3)</sup>، وقول للمالكية<sup>(4)</sup>، والاصل عند الاحناف<sup>(5)</sup>، والحنابلة<sup>(6)</sup>، فقد ذهب هذا الاتجاه الى القول بأن العبرة في العقود تكون بالحقائق، لا بظواهر العقود والصورة التي ظهرت بها، لذلك تكون الأفضلية في الحكم للعقد المستتر.

3 : الاتجاه الثالث - هو قول للشافعية<sup>(7)</sup>، الذين ذهبوا الى ان العبرة تكون للفظ عندما يكون المعنى بعيد، وبالحقائق والمعاني عندما يكون اللفظ بعيد.

مما تقدم يتبين لنا تباين آراء الفقهاء المسلمون بشأن الحكم الشرعي لصورية التعاقد، فكل من هذه الآراء استند على حجج يجد فيها صحة قوله وما توصل اليه، لكن يبدو لنا ان الرأي الراجح هو الرأي الثاني الذي يرى أن العبرة في مجال الصورية تكون بحقيقة العقد وهو العقد المستتر ولا

<sup>1</sup> - محمد بن ادريس بن العباس بن عثمان ابن شافع الهاشمي القرشي المطلبي الشافعي، الام، ج 7 ، دار الوفاء، بدون مكان طبع، 1422 هـ - 2001م ، ص 297.

<sup>2</sup> - علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، ج 5، دار الكتاب العربي، بيروت، 1956 م، ص 177.

<sup>3</sup> - الحسن بن يوسف بن المطهر الحلي، تذكرة الفقهاء، ط1، ج 12، مؤسسة آل البيت ( ع ) لإحياء التراث، قم، 1999 م، ص 175.

<sup>4</sup> - سحنون بن سعيد التتوخي، المدونة الكبرى، المجلد التاسع، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والارشاد، السعودية، بدون سنة طبع، ص 127 .

<sup>5</sup> - الكاساني، مصدر سابق، ص 134.

<sup>6</sup> - ابن تيمية، القواعد النورانية، مصدر سابق، ج 29، ص 27.

<sup>7</sup> - عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي تاج الدين السبكي، الاشباه والنظائر، ط 1، ج 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ - 1991 م، ص 194.

اعتبار للعقد الظاهر استناداً الى القاعدة الفقهية ( العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني ) (1) .

أما بخصوص موقف التشريعات من تطبيق الصورية كمصادق على صورة تعارض المصالح بسبب اطراف المعاملة المالية (2) ، فقد نص المشرع العراقي على ( 1- اذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقد و الخلف الخاص اذا كانوا حسني النية ان يتمسكوا بالعقد الصوري كما ان لهم ان يثبتوا صورية العقد الذي اضر بهم وان يتمسكوا بالعقد المستتر. 2- واذا تعارضت مصالح ذوي الشأن فتمسك البعض بالعقد الظاهر و تمسك الآخرون بالعقد المستتر كانت الأفضلية للأولين ) (3) ، كذلك نص المشرع الفرنسي على ( اذا أبرم الطرفان عقداً صورياً يخفي عقداً مستتراً، يسمى ايضاً العقد المضاد، فإن هذا الأخير ينتج أثره بين الطرفين، ولا يحتج به على الغير، غير أنه يجوز لهؤلاء التمسك به ) (4) ، أما المشرع المصري فقد نص على ( 1- إذا أبرم عقد صوري فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص، متى كانوا حسني النية، أن يتمسكوا بالعقد الصوري، كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذي أضر بهم. 2- وإذا تعارضت مصالح ذوي الشأن، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الآخرون بالعقد المستتر، كانت الأفضلية للأولين. ) (5)، ان النصوص المتقدم ذكرها تعالج مسألة صورية التعاقد الذي يظهر في حال وجود عقدين احدهما ظاهر

1 - تعد قاعدة ( العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الالفاظ والمباني ) من اهم القواعد الفقهية التي تجد لها تطبيقاً كبيراً على مستوى الدراسات القانونية وبالتحديد فيما يخص التعبير عن الإرادة، اذ يراد بهذه القاعدة ان العقود من جملة الأمور التي يأتي بها الانسان، وان المعتبر في هذه العقود هو قصد المتعاقد، اذ تترتب الاحكام الشرعية بناءً على الحقيقة التي يقصدها المتعاقدين من الالفاظ المستعملة في صيغة العقد، لأن المقصود من هذه الالفاظ هو المعنى الحقيقي المراد، فاذا ظهر القصد كان له الاعتبار وتقيده به اللفظ. للمزيد ينظر د. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001م، ص 14.

2 - يُعرف فقهاء القانون السورية بأنها وضع ظاهري يخفي حقيقة العلاقة القانونية بين الطرفين المتعاقدين، وهي بذلك تفترض تصرف ظاهر، وتصرف مستتر، بحيث يكون من شأن الاتفاق المستتر، إما أن يمحو كل أثر للتصرف الظاهر، و اما ان يقتصر اثره على تعديل بعض أحكامه، ويشترط لقيام هذه الصورة وجود معاصرة ذهنية بين التصرف الظاهر والاتفاق المستتر، وفي حال انعدام هذه المعاصرة سنكون امام اتفاق جدي سابق تعدلت احكامه باتفاق لاحق. للمزيد ينظر د. أنور سلطان، احكام الالتزام ( الموجز في النظرية العامة للالتزام ) دراسة مقارنة بالقانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983، ص 152.

3 - ( المادة 147 ف 2 ) من القانون المدني العراقي .

4 - ( المادة 1201 ) من القانون المدني الفرنسي.

5 - المادة ( 244 ) من القانون المدني المصري.

وآخر مستتر، إذ أكدت التشريعات على أن العقد المستتر يرتب آثاره بين المتعاقدين، ولكن لا بد من ترجيح مصلحة أصحاب العقد الظاهر حسني النية إذا تعارضت مصالحهم مع مصالح أصحاب العقد المستتر، وهذا الأمر يبدو أكثر وضوحاً في الصياغة القانونية لدى المشرع العراقي والمشرع المصري مقارنة بالمشرع الفرنسي الذي لم يؤكد على مبدأ حسن النية.

مما تقدم يتضح لنا أن قيام المدين بإبرام عقد صوري بينه وبين شخص آخر هو أمر يحقق تعارضاً بين مصالح دائنيه السابقين الذين يرغبون بالتمسك بالعقد المستتر (الحقيقي)، وبين مصالح المتعاقد في العقد الصوري والذي يكون حسن النية لا يعلم بصورية العقد، وبما أنه كان حسن النية فيجب احترام هذا الوضع واخذه بالحسبان عند الترجيح بين هذه المصالح تحقيقاً لاستقرار المعاملات (1)، لذلك ففي هذا الفرض نجد أن المدين هو الذي تسبب في نشوء حالة تعارض مصالح هؤلاء الأشخاص، فلولا العقد الصوري الذي أبرمه لما كان هناك تعارض بين مصالحهم وكان وضع المعاملات المالية مستقراً عما أصبح فيه بعد العقد الصوري.

### ثانياً : التعارض بسبب اجنبي

تتمثل هذه الصورة في حالة التعارض بين المصالح الذي يأتي لسبب خارج عن إرادة أطراف المعاملة المالية، فقد تكون ظروف المعاملة المالية هي السبب في نشوء هذا التعارض فينتجاً للجميع بما فيهم المدين بوجود مصالح قد تعارضت، وهذا التعارض قد أدخل بحالة الاستقرار الطبيعية لهذه المعاملة المالية بشكل يتطلب الترجيح بينها ومعالجة سبب الإخلال، فلا يمكن أن يعزى سبب هذا التعارض إلى المدين أو أحد تابعيه، بل إن التعارض يحدث بسبب ظروف غير إرادية تخللت المعاملة المالية واثرت على مصالح أطرافها بطريقة أخذت شكل التعارض بين هذه المصالح، ويمكن لنا أن نستخدم على هذه الصورة تسمية (التعارض غير الإرادي).

وتظهر هذه الصورة بشكل جلي في حالة تعدد المتضررين في المسؤولية المدنية، فعندما يتعدد المتضررون من عمل غير مشروع صدر من شخص معين، ثم ادعى كل طرف منهم بحقه في الحصول على تعويض، ففي هذا الفرض نكون أمام مصالح متعارضة نشأت لسبب خارج عن إرادة المدين، فيجب في هذا الفرض اتباع قواعد ترجيح معينة تتمثل في التحقق من شروط الضرر هل كان ضرراً مباشراً أم لا، فيحصل على التعويض من أصابه الضرر المباشر فقط، أما صاحب

<sup>1</sup> - ينظر د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط 1، دار نارس للطباعة والنشر، أربيل، 2006، ص

الضرر غير المباشر فلا يستفيد من أي تعويض، على سبيل المثال عندما يصاب شخص بحادث مركبة إصابة طفيفة ثم ينقل عبر سيارة اسعاف الى المستشفى، وفي الطريق يتعرض سائق سيارة الإسعاف الى حادث يؤدي الى اصابته، ففي هذا الفرض لا يكون سائق السيارة في الحادث الأول مسؤولاً عن الضرر الذي لحق بسائق سيارة الإسعاف لكونه ضرراً غير مباشراً<sup>(1)</sup>، ففي هذا المثال تكون مصلحة سائق سيارة الإسعاف في الحصول على تعويض من سائق المركبة في الحادث الأول هي مصلحة غير معتبرة اصلاً؛ والسبب يكمن في شروط الضرر الموجب للتعويض في المسؤولية التقصيرية، اذ يشترط فيه ان يكون ضرراً مباشراً، فلا يعتد بالضرر غير المباشر وبالتالي يجب اهدار هذه المصلحة عند الترجيح<sup>(2)</sup>.

يبدو لنا ان المثال السابق ينطبق على واقعة مختلفة الزمن من حيث حدوثها، اما اذا اتحد السبب والزمن ففي هذا الفرض يكون سائق السيارة مسؤولاً عن كل الاضرار تجاه جميع الأشخاص، كما اذا أصاب سائق المركبة ثلاثة اشخاص في وقت واحد ففي هذا الفرض يتحقق شرط المباشرة في الضرر وبالتالي يكون جميعهم في مركز قانوني واحد كدائنين عاديين تجاه محدث الضرر.

كذلك يبدو لنا ان هذه الصورة من صور التعارض بين المصالح تجد مظهراً لها في الفقه الإسلامي وبالتحديد في ( نظرية الجائحة ) والتي تسمى في القانون الوضعي ( نظرية الظروف الطارئة ) ومقتضى هذه النظرية في الفقه الإسلامي وبعيداً عن الجزئيات التفصيلية لها تتمثل في حالة حدوث جائحة مفاجئة غير متوقعة تؤدي الى اختلال التوازن العقدي بين التزامات اطراف العقد فيجب إعادة هذا التوازن الى وضعه الطبيعي، فاذا اجتاحت جائحة ثمار معينة واصابها بتلف سيحدث هنا تعارضاً بين مصلحة البائع في الاحتفاظ بالثمن وبين مصلحة المشتري في ضمان المبيع التالف، فيجب معالجة هذا التعارض بين المصالح، إما بجعل ضمان التلف في ذمة البائع وهو قول الامامية

1 - د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، مصدر سابق، ص 336 و ص 337.

2 - يراد بالضرر المباشر - هو ذلك الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية للخطأ الذي احدثه الشخص فيكون ملزماً بالتعويض عنه، اما الضرر غير المباشر هو ما كان نتيجة غير طبيعية للخطأ الذي احدثه الشخص وبالتالي لا يسأل عنه ولا يكون ملزماً بتعويضه. للمزيد ينظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام ( مصادر الالتزام ) ، ج 1، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع، ص 638.

(1) ، المالكية (2) ، والحنابلة (3) ، او ان يضمنها المشتري وهو قول الاحناف (4) ، والشافعية (5) ، لذلك يتبين لنا ان نظرية الجائحة في الفقه الإسلامي تعد من ابرز مصاديق صورة تعارض المصالح بسبب الظروف، اذ من خلال تتبع اقوال الفقهاء المسلمين نجد انهم اشترطوا تكون الجائحة عامة لا ارادية كالمطر او الوباء او البرد او السموم التي تصيب الثمار وتؤدي الى هلاكها، وهذا ما ينطبق على صورة التعارض بسبب الظروف والذي يعد خارجاً عن إرادة اطراف المعاملة المالية (6).

### ثالثاً : التعارض بسبب المشرع

بادئ ذي بدء لابد من القول بأن تعارض المصالح يعد من الأمور القانونية الدقيقة التي ينبغي مراعاتها من قبل المشرع عند وضع النص القانوني، فلكي تكون الصياغة التشريعية سليمة ومقبولة ولا تحدث مشاكل قانونية او منازعات قضائية تنتج عن تطبيق النص يجب ان تبتعد هذه الصياغة عن جميع الفروض التي تحدث تعارضاً بين مصالح اطراف المعاملة المالية التي صيغ النص بشأنها، اذ ان الانتباه الى هذه المسألة يُجنب المشرع مسألة الصياغة الركيكة للنص القانوني، والمشكلات والمنازعات اللاحقة والمستمرة التي يثيرها النص بسبب تعارض المصالح الذي لم ينتبه له المشرع ولم يضع حلاً قانونياً في ذات النص ام في نص آخر.

فقد يتسبب المشرع عند صياغة النص القانوني الخاص بالحقوق وكيفية التعامل معها بإحداث هذا التعارض بين المصالح بشكل غير مقصود يتطلب الترجيح المقبول بينها، وهذا ما يطلق عليه ( التزاحم الوضعي ) ، فعلى سبيل المثال نص القانون المدني العراقي على ( إذا انعقد العقد موقوفاً لحجر أو اكراه أو غلط أو تغرير جاز للعاقدة أن ينقض العقد بعد زوال الحجر أو ارتفاع الاكراه أو تبين الغلط أو انكشاف التغرير كما أن له ان يجيزه، فاذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت

1 - شيخ الطائفة الطوسي، المبسوط، مصدر سابق، ص 116.

2 - صادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وادلتها، مؤسسة الريان، بدون مكان طبع، 2002، ص 298.

3 - مجد الدين احمد ابن تيمية، المحرر في الفقه، ط 1، ج 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2007م، ص 471. البهوتي، مصدر سابق، ج 7، ص 495.

4 - الكاساني، مصدر سابق، ص 197

5 - شمس الدين محمد بن أبي العباس بن احمد بن حمزة أبي شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414 هـ - 1993م، ص 141.

6 - الشيخ حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، ط 1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 1423 هـ - 2003م، ص 34.

اليه العين وأن يستردها حيث وجدها وإن تداولتها الايدي. فإن هلكت في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها (1) ، بينما نص في مادة أخرى على ( من حاز وهو حسن النية منقولاً أو سنداً لحامله مستنداً في حيازته إلى سبب صحيح فلا تُسمع عليه دعوى المُلْك من أحد) (2) ، ففي النص الأول نجد أن المشرع قد وفر حماية خاصة للمالك الذي يخرج المنقول من يده بدون رضاه، حتى وإن كان من انتقل إليه الشيء حسن النية؛ وذلك لأن النص جاء مطلقاً غير مقيد بأي قيد، ثم بعد ذلك عارض المشرع نصّ المادة (134) بنص المادة (1163) ويرى احد الشراح الى ان هذا التعارض يُحلّ من خلال التحقق من النص العام والنص الخاص، اذ أن نص المادة (134) نصّ خاص، والمادة (1163) نصّ عام، والخاص يقيد العام لذا يجب ترجيح نص المادة (134) لكونه يعد نصاً خاصاً بهذا الموضوع (3).

ويبدو لنا ان التعارض بسبب المشرع ( **التعارض الوضعي** ) يحمل مفهوماً أوسع مما ذكر أعلاه، فهو يشمل ايضاً حالة تعارض المصالح ضمن النص الواحد الذي قد يُسبب نزاع او خصومة مستقبلية؛ بسبب وجود نقص في العبارات او خلل في صياغة النص القانوني، ولتوضيح ذلك نسوق المثال الآتي، فقد نص المشرع العراقي على انه ( اذا زال السبب الذي أدى الى اتحاد الذمة وكان لزواله اثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ) (4) ، وهو يشبه موقف المشرع المصري الذي نص على ( 1- إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضت هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. 2- وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن. ) (5) ، من خلال تحليل هذه النصوص يظهر لنا انها تقر عودة الالتزام الذي انقضت باتحاد الذمة اذا تبين زوال سبب اتحاد الذمة، ولكنها لم تبين حالة ما اذا تصرف احد الأطراف بمحل الالتزام لشخص آخر خلال الفترة بين انقضاء الالتزام وعودته، اذ ان عودة الالتزام الأصلي سيحدث تعارض بين مصلحة الدائن الأول والدائن الثاني، فكيف يتم حل التعارض في هذه الحالة وما شبهها، فكان من الأفضل على المشرع العراقي لو اردف

1 - ( المادة 134 / ف 1 ) من القانون المدني العراقي .

2 - ( المادة 1163 / ف 1 ) من القانون المدني العراقي.

3 - د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، مصدر سابق، ص 113.

4 - ( المادة 419 ) من القانون المدني العراقي .

5 - ( المادة 370 ) من القانون المدني المصري.

النص المذكور بعبارة ( مع عدم الاخلال بالحقوق المكتسبة للغير حسن النية ) لكي يتخلص من هذا الفرض الوارد الحدوث بكثرة عند اجراء المقاصة ويضع حلاً لمثل هذا الفرض، وهو بالفعل ما نص عليه المشرع الفرنسي الذي جاء فيه ( ينتج اتحاد الذمة من اجتماع صفتي الدائن والمدين للالتزام نفسه في الشخص نفسه. اتحاد الذمة يقضي الدين وملحقاته، مع مراعاة الحقوق المكتسبة لصالح الغير او ضدهم).<sup>(1)</sup>.

وخلاصة هذا الفرع تتمثل في فكرة ( سبب التعارض ) كمعيار يُعتمد عليه في تقسيم صور تعارض المصالح، فبعد التمهيد في تطبيقات هذا التعارض سواء تلك التي جاء بها الفقهاء المسلمون ام تلك التي نص عليها القانون المدني وفقهائه وشراحه، وجدنا ان التعارض لا ينشأ بدون سبب معين مباشر او غير مباشر يُربك المعاملة المالية ويخرجها عن وضع الاستقرار الطبيعي، اذ تارة يكون المدين هو السبب في هذا الارباك من خلال الإتيان بتصرف قانوني معين يؤدي الى تشابك المصالح وتعارضها، وتارة أخرى تكون الظروف هي السبب في نشوء حالة التعارض ولا يد للمدين في نشوئه، وتارة أخيرة نجد ان المشرع او صانع النص القانوني هو من يتسبب في نشوء حالة او اكثر من حالات تعارض المصالح في المعاملات المالية، لذا لا يمكن القول بوجود سبب واحد لنشوء حالة تعارض المصالح، بل ان الأسباب تكون متعددة ومختلفة حسب ما تقدم ذكره، وبعد نشوء التعارض وصيرورته حالة واقعية لا مفر منها يتحتم على المشرع او القاضي عدم الوقوف موقف السكون تجاه هذه الحالة السلبية، اذ لا بدّ من وضع الحلول القانونية السليمة التي تضمن الوصول الى العدالة، ويعد الترويج بين المصالح المتعارضة احد اهم هذه الحلول، ويتم من خلال الاستعانة بقواعد أصولية قانونية منطقية وتطبيقها على حالات التعارض وصولاً الى الحل القانوني الأمثل، وهذا ما سنبينه في الفصل القادم بالتفصيل .

<sup>1</sup> - ( المادة 1349 ) من القانون المدني الفرنسي.

### الفصل الثاني

#### حل تعارض المصالح في المعاملات المالية

##### تمهيد وتقسيم :-

بعد نشوء اي نزاع قانوني يتعلق بالمصالح المالية للأفراد لابدّ من البحث عن الحلول القانونية التي يتم من عبرها حل أو تسوية هذا النزاع وفق منهج النصوص القانونية الخاصة بالواقعة المعروضة، وفي إطار تعارض المصالح في المعاملات المالية فقد أكد شراح القانون وسبقهم في ذلك فقهاء المذاهب الإسلامية وعلماء اصوله الفقه على أنه في حال وجود مصالح متعارضة متعلقة بمعاملة مالية فيجب بذل كل المساع التي يتم من خلالها التوصل إلى أفضل الحلول التي تحقق مبدأ العدالة، ومن أهم هذه الحلول هو عملية الترجيح بين المصالح المتعارضة الذي يتم عبر تفضيل أو تقوية إحدى المصلحة المتعارضة على المصالح الأخرى بما يكفل حل النزاع وفق الضوابط القانونية، مع ضرورة مراعاة الضوابط الشرعية والقانونية لهذا الترجيح واهمها وجود دليل الترجيح الذي يتم من خلالها تغليب إحدى هذه المصالح على المصالح الأخرى، ويتم ذلك من خلال الاستعانة بعدة أسس تحقق هذا الترجيح، مع اختلاف اقسام هذه الأسس، إذ تارة تظهر على شكل معين تسمى بالأسس العامة التي تتضمن بعض المبادئ القانونية العامة، نحو مبدأ استقرار المعاملات، وتارة أخرى تظهر على شكل يسمى بالمبادئ الخاصة نحو الحق المكتسب.

وقد بينا سابقا بأن المشرع الوضعي قد يتسبب بنفسه في ظهور حالة التعارض بين المصالح، وذلك عندما تأتي الصياغة بشكل يتضمن بعض العيوب التي تخلق نوعا من التضاد بينها، هذا الامر الذي يفرض على المشرع اتباع قواعد موضوعية وشكلية عند صياغة النص القانوني من اجل تلافي أي ظهر حالات تعارض المصالح، اذ متى ما كانت الصياغة منضبطة كلما أدى ذلك الى الابتعاد عن هذا التعارض، اما بعد اصدار القانون نجد ان للصياغة التشريعية دور مهم في بيان مدى نجاعة النص القانوني من عدمه، لذا سنقسم هذا الفصل على مبحثين في المبحث الأول سنبين الترجيح بين المصالح المتعارضة، و سنتناول في المبحث الثاني مراحل حل تعارض المصالح .

### المبحث الأول

#### الترجيح بين المصالح المتعارضة

بعد نشوء تعارض المصالح بشروطه التي بينهاها سلفاً، لا يمكن الإبقاء على هذا الوضع الذي يهدد استقرار المعاملات المالية ويجعله في حالة من الاختلال، هذا الاختلال يفرض على المشرع وعلى القاضي التمعن جيداً في مضمونه ودراسته من أجل القيام بعملية مهمة تسمى عملية الترجيح، فقد اكد فقهاء المذاهب الإسلامية على ان التعارض يتطلب الترجيح، اذ يجب على المجتهد ان يوازن ويرجح بين المصالح المتعارضة وترجيح احداها وفقاً لمعيار شرعي مقبول، لذلك يجب تعريف الترجيح بشكل يسهل علينا الوقوف على باقي الجزئيات الأخرى، مع الإشارة الى ان هذا الترجيح لا يتم بدون الاستناد على ضوابط شرعية تؤيد صحة الحكم الشرعي الذي توصل اليه المجتهد، وذات القول يقال بالنسبة للمشرع والقاضي اذ يجب الخروج بمعيار قانوني او مجموعة من المعايير التي بدونها لا يستقيم الحكم القانوني او الحكم القضائي، اذ تتعدد وتنوع هذه المعايير بشكل لا حصر له، لكن هنالك بعضاً من المعايير القانونية الشائعة التي تجد لها تطبيقاً كبيراً في مجال تعارض المصالح في المعاملات المالية.

لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين في المطلب الأول نبين تعريف وضوابط الترجيح بين المصالح المتعارضة، ونكرس المطلب الثاني الى أسس الترجيح بين المصالح المتعارضة .

### المطلب الأول

#### تعريف وضوابط الترجيح بين المصالح المتعارضة

لقد حدد الفقهاء المسلمون معنى الترجيح باعتباره احد الوسائل المهمة التي تحل عن طريقها إشكالية تعارض المصالح، فكما هو معروف ان الفقه الإسلامي هو فقه جزئيات، وليس بالامر الغريب ان يحدد معان بعض الالفاظ في هذه الجزئيات، ثم حددوا اهم المعايير التي يجب اتباعها في آلية الترجيح، وعند مقارنة هذه الضوابط بالنصوص القانونية الخاصة بتعارض المصالح والترجيح بينها نجد هنالك نوعاً من التقارب بين بعض هذه الضوابط الشرعية والقانونية، لذا سنقسم على المطلب على فرعين، نبين في الفرع الأول تعريف الترجيح بين المصالح المتعارضة، ونكرس الفرع الثاني لضوابط الترجيح بين المصالح المتعارضة.

### الفرع الأول

#### تعريف الترجيح بين المصالح المتعارضة

ان من اهم الأمور المرتبطة بتعارض المصالح في المعاملات المالية هو الترجيح، فقد بينا سابقاً ان التعارض امر سلبي يهدد استقرار المعاملات ويدفع به نحو الزوال، لذا لا يمكن للمشرع او المحكمة ان تقف إزاء هذا الخطر موضع السكون، اذ لا بدّ من وضع الحل القانوني السليم الذي يتمثل بترجيح احدى هذه المصالح المتعارضة وصولاً الى ثبات المعاملة المالية والمحافظة على استقرارها تجاه أية حالة سلبية من حالات تعارض المصالح، لذا يعد الترجيح هو الطريق المنطقي والامثل لحل تعارض المصالح في معاملة مالية تعارضت فيها مصلحة أكثر من شخص، ونظراً لأهمية هذا الطريق في مجال التعارض سنبين ما هو المقصود بالترجيح عند الفقهاء المسلمين ومؤلفات اصول الفقه اولاً، وفي التشريعات والفقه القانوني ثانياً :

#### اولاً : تعريف الترجيح عند الفقه الإسلامي ومؤلفات اصول الفقه

تأسيساً على المعنى اللغوي للترجيح (1)، وبعد استقراء مؤلفات أصول الفقه الإسلامي نجد انهم اعتنوا عناية خاصة دقيقة وتفصيلية بمسألة الترجيح بين الأدلة او الترجيح بين المصالح، اذ أسسوا لفقه يسمى (فقه الموازنات) بين الأدلة المتعارضة يختص ببيان طرق تحقيق الموازنة عند التعارض بين الأدلة الشرعية، ويعد الترجيح بين المصالح احد اهم طرق الوصول الى هذه الموازنة، وقد بينوا ما هو المقصود بالترجيح وما هي شروطه واركانه، وعند التمعن في تعريف الترجيح في مؤلفات أصول الفقه الإسلامي نجد ان الشافعية يعدون في مقدمة مذاهب الفقه الإسلامي بخصوص تعريف الترجيح وبيان شروطه، كذلك نجد ان اراء الفقهاء المسلمين انقسمت الى ثلاثة اتجاهات بخصوص تحديد معنى الترجيح وكما يأتي :

1 - الترجيح هو " مصدر للفعل رَجَحَ، ويطلق مجازاً على اعتقاد الرجحان، اذ يقال رجح الشيء ورجح رجوحاً، والرجحان اذا زاد وزنه، وهو مأخوذ من رجح الميزان، اذ يقال رجح الميزان يرجح، اذا ثقلت كفت الشيء في الميزان، ويرجح الرأي معناه غلب هذا الرأي على غيره" لذلك يظهر لنا ان معنى الترجيح في اللغة هو الغلبة او التقوية لشيء بين عدة أشياء او اكثر، فاذا تنازع امران لشيء معين، فان ترجح احدهما بمعنى تغلبه على غيره من الأمور المتنازعة . الفيروز آبادي: مجد الدين محمد بن يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ج2، المؤسسة العربية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 198 . ابن فارس : مصدر سابق، ص 421.

1- **الاتجاه الأول** – يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن الترجيح هو عملية ضرورية وهذه العملية تعتمد بشكل كبير على المجتهد، وبالتالي فهي فعل من أفعال المجتهد، وأصحاب هذا الاتجاه هم كل من الامامية و الاحناف والشافعية والحنابلة، اذ عرفه الامامية بأنه " تقديم احدي الحجتين على الثانية لمزية توجب ذلك " (1) ، وجاء في تعريف للاحناف بأنه " إظهار قوة لأحد الدليلين المتعارضين لو انفردت عنه لا تكون حجة متعارضة " (2) ، بينما يعرفه فقهاء المذهب الشافعي بأنه " تقوية احد الامارتين على الأخرى ليعمل بمضمونها " (3)، في حين جاء في احد تعريفات الحنابلة بأنه " تقوية احدي العلتين على الأخرى ... " (4).

ولقد تعرضت الفكرة العامة لأصحاب هذا الاتجاه الى بعض مظاهر النقد من قبل الشراح، فمن سهام النقد التي وجهت اليهم، ان تعاريفهم كانت تعريفات جامعة غير مانعة؛ وذلك لأن لفظ التقوية الذي جاءوا به هو لفظ عام يشمل المجتهد وغير المجتهد، لذا فحسب تعريفهم ان الترجيح لا يقتصر على المجتهد فقط، بل من الممكن أي يقوم بالترجيح أي شخص حتى وان كان غير مجتهد، وهذا الامر غير مقبول اطلاقاً؛ لأن من اهم شروط الترجيح عند الفقهاء المسلمين كما سنرى هم ان يقوم به المجتهد، كذلك من اهم الانتقادات التي وجهت اليهم قيل بأن هذه التعاريف لم تبين ثمره الترجيح او الغاية من الترجيح، فقد بينا سابقاً ان الترجيح هو نتيجة منطقية لتعارض المصالح، لذا تكمن غاية الترجيح في فك التعارض واختيار المصلحة المرجحة على غيرها (5).

2- **الاتجاه الثاني** – ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى ان الترجيح هو من الأمور المنطقية واللازمة لرفع التعارض الحاصل بين الأدلة، الا ان مصدر الترجيح ليس المجتهد بل ان الترجيح هو صفة للدالة المتعارضة، وعليه فإن الترجيح هو امر ينبع من ذات الأدلة وليس من المجتهد، وهو مذهب

1 - محمد جواد مغنية، مصدر سابق، ص 441.

2 - علاء الدين عبد العزيز بن احمد البخاري ، كشف الاسرار عن أصول فخر الإسلام البزودي، ج 4، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع، ص 78.

3 - بدر الدين محمد بن بهاور بن عبد الله الزركشي الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، ط 2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الكويت، 1413 هـ - 1992 م، ص 130. وجاء في تعريف للشافعية ايضاً " الترجيح هو تقوية احد الامارتين على الأخرى بما ليس ظاهراً، وهو مأخوذ من رجحان الميزان " ينظر : زكريا بن محمد الانصاري، الحدود الانيقة والتعريفات الدقيقة، ط 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1411 هـ - 1991م، ص 83.

4 - محفوظ بن احمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوزاني ، التمهيد في أصول الفقه، ط 1، ج 4، دار المدني، جدة، 1958، ص 226.

5 - د. محمد إبراهيم الحنفاوي، مصدر سابق، ص 279 و ص 280.

المالكية والشافعية اذ جاء في احد تعاريف المالكية بأن الترجيح هو " اقتران الأمانة بما تقوى به على معارضتها " (1) ، في حين أشار الشافعية بأن الترجيح هو " اقتران احد الصالحين للدلالة على المطلوب مع تعارضهما بما يوجب العمل به واهمال الآخر " (2) ، وهذا الاتجاه هو الآخر لم يسلم النقد التقويمي، اذ قيل بأن تعاريفهم لم يرد فيها ذكراً للمجتهد وللتعارض اذ ان ذكر هذه المصطلحات في تعريف الترجيح يعد من اهم الأمور التي تدل على دقة التعريف، كذلك من أوجه النقد الموجهة الى هذه التعاريف قيل بأن الاتيان بلفظ ( إهمال الآخر ) هو كلام زائد وغير مقبول؛ لأن الترجيح لا يوجب ترك او اهمال المرجوح اهمالاً مطلقاً، اذ يبقى المرجوح على درجته المستقر عليها الى حين البت في الترجيح بشكل نهائي (3).

**3- الاتجاه الثالث** – يرى أصحاب هذا الاتجاه ضرورة الجمع بين اراء أصحاب الاتجاهات السابقة، اذ ان الترجيح هو فعل المجتهد و صفة للدلالة في ذات الوقت، اذ جاء في احد تعاريفه الأحناف اتباع هذا الاتجاه بأن الترجيح هو " بيان الرجحان أي القوة لأحد المتعارضين على الآخر " (4).

أما على مستوى الفقهاء والشرح المحدثين فهناك البعض منهم حاول وضع تعريفاً معيناً للترجيح كأحد طرق تحقيق الموازنة بين الأدلة او بين المصالح المتعارضة، فهناك من عرفه بأنه " تقديم احدى المصلحتين المتعارضتين في الحسابان عبر إظهار ما تشتمل عليه من ادلة توجب تقديمها " (5)، يلاحظ على هذا التعريف اشتماله على وجه من القصور؛ وذلك لانه لم يبين من هي الجهة التي يجب ان تتولى عملية الترجيح، وجاء في تعريف آخر بأن الترجيح هو " تقديم المجتهد لأحد الدليلين

1 - شمس الدين أبو الثناء محمود بن عبد الرحمن بن احمد الاصفهاني ، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، ط1، ج 3، دار المدني، جدة، 1986، ص 371.

2 - أبو الحسن سيد الدين علي بن ابي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدي، الاحكام في أصول الاحكام ط 1، ج 4، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الرياض، 1424 هـ - 2003 م، ص 291. كما جاء في تعريف آخر للشافعية بأنه " اقتران الامارة بما تقوى به على معارضتها " ينظر : عبد الرحمن بن احمد بن عبد الغفار الايجي عضد الملة، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421 هـ - 2000 م، ص 393.

3 - د. محمد إبراهيم الحنفاوي، مصدر سابق، ص 280 و ص 281.

4 - سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، التلويح على التوضيح، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 103.

5 - عبد الله مصطفى الفواز و محمد عمر سماعي، كليات الترجيح بين المصالح المتزاحمة، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 34، العدد 1، 2007، ص 2.

المتعارضين لما يحمله من مزية معتبرة توجب العمل به بشكل أولى من الدليل الاخر " (1) ، نحن نتفق مع التعريف الأخير؛ لكونه اشتمل على اغلب الجزئيات التي يجب ان يتضمنها تعريف الترجيح. بناءً على ما تقدم يتبين لنا من تعاريف الفقهاء المسلمين ومؤلفات أصول الفقه الأمور الآتية :

1- ان المؤلفات المذكورة لم تتعد عن المعنى اللغوي للترجيح، فعند ملاحظة تعاريفهم المذكورة نجد عبارة ( تقوية ، تقديم ، غلبة ) وهذه المعان هي التي يدل عليها المعنى اللغوي للفظ الترجيح.  
2- ان نقطة الخلاف بين تعاريف هذا المؤلفات كانت بشأن مصدر الترجيح او جهة الترجيح، فمن يرى ان الترجيح يعتمد على المجتهد قال : بضرورة تضمين التعريف كلمة المجتهد، ومن يرى بأن الترجيح عملية ترجع الى الأدلة ذاتها قال : بوجوب تحديد معنى الترجيح في ضوء الأدلة المتعارضة فقط، واخيراً جاء الرأي الثالث الذي يرى ضرورة تحديد معنى الترجيح من خلال الجمع بين فعل المجتهد وبين صفة الأدلة.

3- يبدو لنا رجحان رأي أصحاب الاتجاه الثالث الذي ذهب الى ضرورة ان يتم تحديد معنى الترجيح استناداً الى فعل المجتهد وصفة الأدلة؛ وذلك لأن مثل هذا الجمع هو جمع منطقي ومعقول، اذ لا بدّ من وجود شخص مجتهد يقوم بعملية الترجيح ؛ لان هذه القائم بهذه العملية لا بدّ ان تتوافر فيه بعض المقومات المهمة كالعلم بامور الشريعة واحوال المعاملات المالية وهو امر يتوافر فقط في المجتهد، كما لا بدّ من عدم اهمال صفات الأدلة المتعارضة في تعريف الترجيح، كما ان هذا الجمع ليس جمعاً بين نقيضين، بل هو جمع بين مدلولين كل منها يكون مكملاً للآخر ويردان ضمن تعريف واحد.

### ثانياً : تعريف الترجيح في التشريعات والفقه القانوني

لقد بينا سابقاً ان مهمة أي مشرع لا توجب عليه ان يضع تعريفاً لأي مصطلح قانوني يرد ذكره في متن القانون، كما انه غير ملزم بوضع تعريف معين لعملية ذهنية قام بها عند صياغة النص القانوني، ومن اهم هذه الاعمال الذهنية هي عملية الترجيح، فبكل تأكيد ان المشرع في القانوني المدني عندما يتعرض لصياغة نص قانوني ثم يترأى له وجود حالة من حالات تعارض المصالح بين اطراف معينة، فهو لا يقف مكتوف الايدي متفرج البصر، بل سيبادر الى القيام بعملية ذهنية تتمثل في دراسة أسباب التعارض وصولاً الى الجزء الأهم هو عملية ترجيح احد هذه المصالح بمرجح مقبول، لذا فإن المشرع لا يقوم بشرح هذه العملية الذهنية ولا يقوم بوضع تعريفاً لآلية

<sup>1</sup> - د. عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه، المجلد الأول، ط 1، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، 1420 هـ - 1999م، ص 2423.

الترجيح؛ لأن مثل هذا الأمر يخرج عن اختصاص المشرع غالباً وقد يدخله في مشكلات قانونية يصعب الخروج منها أو وضع الحلول القانونية لمعالجتها، على سبيل المثال نص المشرع العراقي على " إذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة شيء واحد اعتبر حائزاً من كانت له الحيازة الحالية حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك ما لم يظهر ان من له الحيازة الحالية قد حصل عليها من غيره بطريقة معيبة. " (1) ، هذا النص يبين الحكم القانوني لتعارض مصالح الحائزين، فاذا تنازع عدة اشخاص على حيازة شيء واحد، ففي هذا الفرض تعارضت مصلحة كل واحد منهم مع مصلحة الآخر، وقد التفت المشرع الى هذا الفرض وقام بعملية ذهنية هي عملية الترجيح، اذ رجح مصلحة من كانت لديه الحيازة الحالية اذا كان قد حصل عليها بطريقة مشروعة، لذا نجد ان المشرع العراقي قد بين حكم تعارض مصالح الحائزين وحدد صاحب الحيازة الراجحة، دون الإشارة الى مفهوم هذا الترجيح الى تعريفه.

لذلك تكون مهمة وضع التعريفات من اوليات اهتمام الفقه والشراح والباحثين، فهم الذين يتصدون للعمليات الظاهرة والعمليات الذهنية التي قام بها المشرع ثم شرحها وتعريفها، ويقدر تعلق الحال بموضوع الترجيح يلاحظ ندرة الدراسات القانونية التي اشارت الى تعريف الترجيح من الناحية القانونية وبالتحديد فيما يتعلق بالقانون المدني، وهذا الامر يعود الى صعوبة دراسة أسباب تعارض المصالح في القانون المدني وإزالة الآثار السلبية لهذا التعارض.

الا ان هنالك من الشراح من التفت الى تعريف الترجيح في مجال القانون المدني وقام بتعريفه على انه " انتصار المشرع – بإسباب الحماية القانونية لجانب شخص لأفضلية سنده في مواجهة شخص آخر بإعطائه الأولوية والتقدم في الحق بموجب مرجح معين " (2) ، ثم يستأنف قوله بأن عملية الترجيح هي عملية مركبة تبدأ منذ ظهور التعارض وصولاً الى مرحلة المفاضلة بين الحقين واختيار الحق الراجح من بين الحقوق المتزاحمة، ويبدو لنا ان التعريف المبين سلفاً بالرغم من انه

1 - ( المادة 1147 ) من القانون المدني العراقي. ( ومن الجدير بالذكر ان عبارة الحيازة الحالية تحتل نوعاً من الغموض فهل يراد بها الحيازة المادية الحالية، ام الحيازة الحقيقية الحالية، يرى الراي الراجح لشراح القانون بأن المراد بالحيازة الحالية هي الحيازة المادية الحالية، بحيث يفهم منها بأن الحيازة المادية الحالية تعد قرينة على الحيازة الحقيقية ما يتبين عكس ذلك، لذا يبدو من الأفضل تعديل نص المادة أعلاه واطافة عبارة (المادية) قبل كلمة الحالية تفادياً لما ذكر، للمزيد ينظر شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاصلية، ج2، في حق الملكية ( الشفعة - الحيازة والتقدم) مطبعة المعارف، بغداد، 1995م، ص 1325.

2 - د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، مصدر سابق، ص 270.

يشتمل على جانب من الصحة من حيث محاولته الجدية في وضع تعريف لم يتطرق اليه احد من قبل، الا انه مما يؤخذ عليه انه قصر جهة الترجيح على المشرع فقط، وهذا الامر غير مقبول؛ لأن الترجيح بين المصالح المتعارضة قد يثار لأول مرة امام القضاء، الامر الذي يحتم على المحكمة ان ترجح بين هذه المصالح، اذ في بعض الأحيان نجد تعارضاً بين مصالح اطرافاً معينة ضمن نص او نصوص قانونية، الا ان المشرع لم يحدد أيهما المصلحة الراجحة والمصلحة المرجوحة، فاذا ثار نزاع بهذا الشأن ورفع النزاع امام المحكمة فلا يحق للقاضي ان يمتنع عن نظر النزاع بحجة غياب الحكم القانوني ضمن النصوص القانونية، والا كان ناكراً للعدالة، اذ يتوجب عليه دراسة أسباب التعارض ثم وضع الحلول المناسبة والقيام بترجيح احد المصالح المتعارضة بمرجع مقبول قانوناً، كذلك مما يؤخذ على التعريف المذكور انه عرف الترجيح بكونه الحماية القانونية التي يسبغها المشرع لشخص معين، وبما أننا في معرض الكلام عن تعارض مصالح او تزامم حقوق على حد قوله، فيكون من الأفضل استعمال عبارة انتصار المشرع (لمصلحة شخص) ، وليس انتصار للشخص نفسه، لان غاية النص تتمثل في حماية حق او مصلحة من يستحق الحماية بصرف النظر عن الشخص صاحب المصلحة.

### بناء على ما تقدم نتوصل الى النتائج الآتية :

1- ان الترجيح بين المصالح المتعارضة في المعاملات المالية في نطاق القانون المدني هي مسألة ذهنية يتم القيام بها من قبل صانع النص القانوني، اذ يقوم بهذه العملية عند صياغة النص التشريعي تمهيداً لاقاراره كقانون ملزم، وهذه العملية هي عملية ذهنية، تعتمد على قدرة الصانع في كشف حالات تعارض المصالح، فاذا تبين له وجود هذا التعارض، فيجب عليه ان يقوم بدراسة قانونية ذهنية حول اطراف هذا التعارض واسبابه ومن ثم البدء بعملية البحث عن المرجحات المقبولة لأحدى هذه المصالح وتغليبها على غيرها، لذا فهي عملية ليست باليسيرة، اذ تتمثل صعوبتها اولاً في اكتشاف فرضية تعارض المصالح والالتفات اليها، والصعوبة الأخرى تكمن في تحديد معيار الترجيح المقبول قانوناً ثم تغليب احد هذه المصالح الراجحة.

2- في حال اكتمال صياغة النص القانوني وصيرورته ملزماً ثم يظهر ان احد هذه النصوص يشتمل على حالة من حالات تعارض المصالح بشكل يهدد استقرار المعاملة المالية، فمثل هذا الفرض سيثير النزاع القضائي بين الأطراف أصحاب المصالح المتعارضة، لذا لا يحق للقاضي ان يمتنع عن نظر النزاع والفصل فيه بحجة ان المشرع لم يبين حكم وارجحية مصلحة من هذه المصالح، اذ يجب عليه ان يُظهر دوره الاجتهادي استناداً الى سلطته التقديرية، ودراسة حالة التعارض وتحديد المصالح

المتعارضة ثم البحث عن الأدلة او المعايير التي ترجح مصلحة على غيرها، ومن ثم الفصل في النزاع بشكل نهائي من خلال ترجيح احدى هذه المصالح بمرجح مقبول قانوناً، لذلك فإن الامر الذي نود ان نبينه هو القول بأن المشرع ليس هو فقط الجهة الوحيدة التي تقوم بالترجيح بين المصالح المتعارضة، بل يكون هذا الدور من نصيب او من واجب القاضي ايضاً، ويظهر دور الاخير في حالة غياب الحكم القانوني الخاص بترجيح احدى هذه المصالح في معاملة تعارضت فيها مصالح عدة اطراف.

3- في ضوء الجمع بين المعنى اللغوي والمعنى الاصطلاحي للترجيح، وبعد الاستفادة من النتائج المتقدم ذكرها يمكن لنا ان نقترح تعريف الترجيح في اطار القانون المدني بأنه ( تغليب المشرع او القاضي لاحدى المصالح المتعارضة وفق مرجح قانوني مقبول، من اجل فك الارتباط السلبي بين المصالح والحفاظ على استقرار المعاملات المالية ).

وتتمثل صفة هذا الفرع بضرورة تحديد معنى الترجيح بشكل جلي واضح حتى يتسنى للجميع فهم الجزئيات الأخرى المرتبطة بهذا الامر الهام ، فعلى مستوى الفقهاء المسلمين نجد اختلاف آرائهم بخصوص معنى الترجيح ومصدره اذ ظهرت هنالك ثلاثة اتجاهات لكل منها رأيه وأدلتها، وقد بينا هذه الاتجاهات ثم تحديد الرأي الراجح منها، اما على مستوى التشريعات وفقهاء القانون فكان الامر اكثر صعوبة؛ لندرة المصادر القانونية التي تتناول عملية الترجيح بين المصالح من الناحية القانونية، ثم قمنا بوضع مجموعة من النتائج اهمهما وصف عملية الترجيح بأنها عملية ذهنية تبدأ وتنتهي في ذهن المشرع او القاضي ويستند عليها الحكم المطلوب، ثم اقتراح تعريف الترجيح بما يتلائم مع المسائل والتطبيقات القانونية المختلفة، وبعد الفراغ من تعريف الترجيح نجد ان هذه العملية لا تمارس الا وفقاً لضوابط شرعية وقانونية معينة وضرورية، هذه الضوابط تدل في حقيقة الامر على أهمية وصعوبة هذه العملية لذا يجب الوقوف بدقة على هذه الضوابط وهو ما سنبينه في الفرع القادم.

### الفرع الثاني

#### ضوابط الترجيح بين المصالح المتعارضة

يتميز الترجيح بين المصالح المتعارضة وعلى وجه الخصوص في نطاق القانون بكونه عملية ذهنية يقوم بها المجتهد او المشرع او القاضي حسب الأحوال، وهذه العملية يجب ان تتم وفقاً لضوابط قانونية ومنطقية تجعل من هذا الترجيح عملية مقبولة قانوناً ولا تتعرض الى النقض من قبل محاكم الطعن، لذا لا بد من وجود شروط او ضوابط يستعين بها المجتهد او المشرع او القاضي للقيام بالترجيح بين هذه المصالح، وذلك لتجنب الحكم القضائي من النقض من جهة، و وصولاً الى الحكم الصحيح من جهة أخرى، بيد ان الامر بحاجة الى دراسة في نطاق الفقه الإسلامي واصول الفقه تارة معينة، وفي نطاق القانون تارة أخرى وكما يأتي :

#### اولاً : ضوابط الترجيح في الفقه الإسلامي واصوله

يعد الترجيح بين الأدلة عند فقهاء وعلماء الفقه الإسلامي واصوله من اهم الأمور التي تحتاج الى ضوابط أصولية تبين آلية هذا الترجيح، فلا يعد هذا الترجيح ترجيحاً سليماً الا بإتباع هذه الضوابط، وعند الرجوع الى هذه المؤلفات نجد ان لهذا الترجيح عدة ضوابط تتمثل في اركانه وشروطه واختلفوا في تحديد بعض الضوابط هل هي ركن ام شرط، وعلى كل حال بقدر تعلق الحال بموضوع الترجيح وآليته يكون المهم المعتبر لدينا بيان تسلسل هذه الضوابط والتي هي :

**1- وجود التعارض** - اكد فقهاء المذاهب الإسلامية على ان التعارض لا يكون الا بين دليلين او اكثر، وفي نطاق المصالح يمكن القول ان الترجيح يتطلب تعدد المصالح، وقد بينا سابقاً ان تعدد المصالح المتعارضة هو احد اهم شروط قيام هذا التعارض، وفي ذات الوقت هو يعد ركناً لقيام الترجيح، لذا اشترط علماء أصول الفقه الإسلامي لجواز الترجيح ان يشتملان كل من المصلحتين المتعارضتين على الضوابط الشرعية للمصلحة (1).

**2- المرجح أو المزية** - يقصد به هو المعيار الذي ينظر في ضوئه الى المصلحتين من اجل ترجيح احدهما على الأخرى .

1- السرخسي، أصول السرخسي، مصدر سابق، ص 12.

**3- وجود المجتهد -** يتميز الترجيح بين المصالح بكونه من أفعال فاعل معين، فلا يمكن قيام الترجيح تلقائياً إذ لا بدّ من وجود الفاعل الذي يتمثل في المجتهد ، ويعرف المجتهد في الفقه الإسلامي بأنه ( من يبذل وسعه في درك حكم شرعي) بمعنى هو كل من يبذل مساعيه في مسألة تحتل الظن والقطع في حكم شرعي معين<sup>(1)</sup> ، اذ يكون لهذا المجتهد دور كبير في تحقيق الترجيح بين هذه المصالح ثم النظر في مقاصدها ثم اظهار مزية احدى المصلحتين على الأخرى، لذا يتحتم على من يقوم بالترجيح ان يكون مُلمّاً تماماً بمفهوم المصلحة واحكامها فهو الأعراف بمقاصد الشرع والأقرب الى فهم النصوص وتحديد المراد منها، مع ضرورة الإمام بفقه الواقع المحيط بهذه المصلحة من الظروف والاحوال والأشخاص، إذ اكد الفقهاء المسلمون بأن المصالح تكون على ثلاث مراتب فاذا بلغ الانسان مبلغاً معيناً يكون قد فهم كل مقصد من مقاصد الشرع وكل باب من ابوابه<sup>(2)</sup> .

**4- عدم إمكانية الجمع بين المصالح المتعارضة -** ان الجمع بين المصالح المتعارضة يعد من أوائل الحلول المعتمدة عند علماء أصول الفقه الإسلامي والتي يجب اللجوء اليها ابتداءً وقبل أي حل اخر عند حدوث هذا التعارض، اذ من اهم الأمور المقررة في الفقه الإسلامي هي قاعدة "إعمال الكلام أولى من اهماله"<sup>(3)</sup>، والذي نص عليها القانون المدني العراقي في المادة (158) منه التي نصت على انه (اعمال الكلام أولى من اهماله، لكن اذا تعذر اعمال الكلام يهمل).

فعند تعارض مصلحتين في نطاق معين يجب اللجوء اولاً الى الجمع بينهما، فاذا امكن ذلك انتهى التعارض، فلا يمكن البدء بالترجيح قبل المرور بمحاولة الجمع بين النصين قدر الإمكان

1 - د. عارف عز الدين حسونه، مدى وجود المجتهد المطلق المستقل والمنتسب في هذا العصر، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد (3/أ) 2009، ص 129.

2 - الشاطبي، مصدر سابق، ص 43. الغزالي، مصدر سابق، ص 194.

3 - تعد قاعدة اعمال الكلام أولى من اهماله من اكثر القواعد الفقهية وروداً في كتب القواعد الفقهية الإسلامية؛ نظراً لأهمية هذه القاعدة وبالخصوص فيما يتعلق بالمعاملات المالية، ويراد بهذه القاعدة ( ان اللفظ الواحد قد يحتمل معنى واحد مشخص لا يحتمل غيره، وقد يشير الى اكثر من معنى، وهذه المعان قد تدل جميعها على احكام معينة وقد يدل بعضها على شيء ولا يدل بعضها الآخر على شيء معين ففي هذا الفرض يحمل الكلام على معنى معين أولى من اهماله مطلقاً لأن كلام المهمل لغو وكلام العاقل مضان فيجب حمله على اقرب وجه معين وجعله كلام معمولاً به ومتضمناً لحقيقة ممكنة ) وللمزيد ينظر د. احمد الحجي الكردي، القواعد الفقهية الكلية، ط 1، مركز الراسخون، الكويت، 1438 هـ - 2017 م، ص 26 .

في حال أمكن الجمع بين المصالح المتعارضة يجب اعمال مبدأ الجمع ولا مصير للترجيح (1) .

5- ان يقوم دليل على الترجيح - إن الاحكام الشرعية في الفقه الإسلامي لا تبنى على الأهواء والمزاجية، اذ لا بدّ من وجود دليل شرعي يدل على هذا الترجيح ويراد بهذا الشرط وجود دليل شرعي يتم بمقتضاه ترجيح مصلحة معينة على المصلحة الاخرى، فلا يمكن القيام بهذا العمل المهم بدون وجود الدليل الشرعي الدال على ذلك (2)، فهذا الدليل هو الذي يجعل من معيار الترجيح معياراً سليماً مشروعاً لذا فهو شرط لا يمكن الاستغناء عنه (3) .

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا ان منهج الفقهاء المسلمين بشأن الترجيح بين المصالح المتعارضة لم يكن منهجاً عبثياً، بل ان الترجيح يعد من اهم الأمور التي وضع لها الفقهاء المسلمون ضوابطاً معينة يتم مراعاتها منطقياً واصولياً من قبل القائم بالترجيح، اذ يتمثل الامر الهام في تحقيق الغاية من هذا الترجيح وهو الوصول بإحدى المصالح المتعارضة الى بر الأمان مع عدم اهدار المصالح الأخرى اهداراً كلياً كما سنبيّنه لاحقاً.

### ثانياً : ضوابط الترجيح في التشريعات

إن أغلب المشرعين ان لم يكن جميعهم يرغبون جيداً بتحقيق وضمان استمرار الاستقرار القانوني على مستوى النصوص القانونية من حيث التطبيق، وبقدر تعلق الحال بالمعاملات المالية واحوال تعارضها لا يمكن للمشرع أن يقف ساكناً في كل فرض تتعارض فيه مصالح اطراف معينة، فهذا الامر يعد من الأمور السلبية التي تؤثر على الاستقرار القانوني وعلى سمعة ومكانة النصوص القانونية ومدى نجاعتها، لذا في فرض حصول مثل هذا التعارض لا بد من وجود ضوابط معينة تحكم هذا الترجيح، فمن غير المعقول ان يقوم القاضي او المشرع بالترجيح بين هذا المصالح بدون وجود ضوابط قانونية تحكم هذا الترجيح، وبعد الاطلاع على ما تيسر لنا من مؤلفات قانونية لم يقع بين أيدينا مؤلفاً يتضمن تحديد ضوابط الترجيح بين المصالح المتعارضة، الا ان هذا الامر لا يمنعنا

<sup>1</sup> - الشيخ محمد رضا المظفر، أصول الفقه، المجلد الثاني، ط 2، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت، 1410 هـ -

1990 م، ص 196. الزركشي، مصدر سابق، ص 427.

<sup>2</sup> - الزركشي، مصدر سابق، ص 427.

<sup>3</sup> - د. إبراهيم شوفار، تعارض الأدلة الشرعية في الفكر الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص

من وضع او استنتج ضوابط قانونية يستعين بها المشرع او القاضي من اجل تحقيق الترجيح السليم بين المصالح وأهم هذه الضوابط هي :

**1 - ان تكون المصالح في حالة تعارض وليس تناقض - سبق وأن بينا أن التعارض هو تضاد المنافع بين طرفين أو أكثر على وجه يوجب الترجيح بينها، وهذا التعارض في حقيقته يفترض وجود عدة مصالح نشأت صحيحة وأصبحت جديرة بالحماية لكن رغم ذلك لا يمكن ان تجتمع هذه المصالح في مكان وزمان واحد، الامر الذي يحتم اختيار احدى هذه المصالح وتفضيلها على المصالح الأخرى لسبب معقول.**

أما لو كانت المصالح في حالة تناقض<sup>(1)</sup>، فهذا الامر يفترض ان المصالح المتناقضة لا يمكن لها ان تجتمع مع بعض من الأساس، بمعنى آخر أن التناقض مؤداه ان المصلحة الثانية لا يمكن ان تجتمع او تزامم المصلحة الأولى لاسباب مختلفة اهمها، ان تكون المصلحة الأولى مصلحة مشروعة في حين تكون المصلحة الثانية غير مشروعة، فهذا الامر لا يسمح للمصلحة الثانية ان تزامم المصلحة الأولى اطلاقاً؛ لأن المصالح المذكورة تكون في حالة تناقض او تنافر وليس حالة تعارض، رغم ذلك عندما يقوم المشرع او القاضي باختيار وتفضيل المصلحة المشروعة فهو في حقيقة الامر لا يقوم بعملية الترجيح بالمعنى التحليلي لهذه العملية الذي يفترض التعارض فقط، الا انه يقوم بما يمكن ان نصلح عليه بعملية ( تأكيد حماية المصلحة المشروعة ) ؛ ذلك لأن المصلحة المشروعة تفضل وتقدم على المصلحة غير المشروعة منذ بداية وجود كل منهما، وان عمل المشرع او القاضي في تقديم المصلحة الأولى على الثانية ليس الا تأكيداً لهذا التقدم، بمعنى آخر ان قرار المشرع او القاضي يكون كاشفاً وليس منشئاً.

ومما يؤكد صحة قولنا أن شراح أصول الفقه الإسلامي قد اكدوا على وجود بعض الفوارق بين التعارض والتناقض، ومن أهم هذه الفوارق هو ان المصالح التي تكون في حالة تناقض يحكم عليها بالسقوط جميعاً وتبقى مصلحة واحدة فقط، بمعنى آخر يجب اهدار كل مصلحة تتناقض مع مصلحة أولى بالحماية، أما المصالح التي تكون في حالة تعارض فهذه المصالح لا تهدر اطلاقاً، بل

<sup>1</sup> - يعرف التناقض اصولياً بأنه ( الاختلاف بين امرين احدهما بالإيجاب والأخر بالسلب بحيث يتطلب ان يكون احدهما صادقاً والأخر كاذباً ) للمزيد ينظر علي بن محمد السيد الشريف الجرجاني، معجم التعريفات، دار الفضيلة، بدون مكان وسنة طبع، ص 93.

يتحتم ترجيح احدى هذه المصالح على الأخرى، مع بقاء المصالح المرجوحة مصالح معتبرة لكنها ادنى درجة من المصلحة الراجحة (1) .

وبغية توضيح ما تقدم لنا إعطاء مصداقاً على ذلك في نطاق القانون اذ نص المشرع العراقي على ( ... اذا تحقق الشرط فسخ العقد والزم الدائن برد ما اخذه فاذا استحال رده وجب الضمان واذا تخلف الشرط لزم العقد .2- على ان اعمال الإدارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة رغم تحقق الشرط ) (2) ، يتبين لنا من النص المذكور سلفاً ان المشرع العراقي يقرر فسخ العقد بأثر رجعي الى حين ابرامه في حال تحقق الشرط الفاسخ، لكن قد تكون هنالك تصرفات أجريت على محل العقد توجب تعارض المصالح، نحو اعمال الإدارة الصادرة للغير عن حسن نية (3) ، ففي هذا الفرض تعارضت مصلحة المدين مع مصلحة الغير حسن النية الذي اكتسب حقاً صادراً من الدائن، فيجب في هذا الفرض ترجيح احدى هذه المصالح، وقد اكد المشرع والفقهاء والشراح بأن المصلحة التي ترجح هي مصلحة الغير حسن النية (4)، فيجب ترجيح مصلحة الأخير استناداً الى معيار حسن النية، ففي هذا الفرض وقع التعارض بين المصالح بالمعنى الذي نقصده، لكن اذا تخلف شرط حسن النية فهذا سيجعل من مصلحة الغير مصلحة غير مشروعة ولا يمكن ان تزامم مصلحة المدين المشروعة، لذا سيحكم القاضي مباشرة بتفضيل مصلحة المدين على مصلحة الغير (5) .

1 - د. محمد إبراهيم محمد الحنفاوي، مصدر سابق، ص 37.

2 - ( المادة 289 ) من القانون المدني العراقي .

3 - تعرف اعمال الادارة بأنها ( تلك الاعمال التي لا يترتب عليها خروج المال عن ذمة صاحبها ويقتصر اثرها فقط على إدارة المال وتسيير شؤون استغلاله فقط وابرز هذه الاعمال هو عقد الايجار ) للمزيد ينظر د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، ج 8، ص 812 .

4 - د. عصمت عبد المجيد، مصدر سابق، ص 465.

5 - ان تفضيل المشرع والفقهاء والشراح لمصلحة الغير الذي اكتسب حقاً ناشئاً عن اعمال إدارة صادرة من الدائن هو امر يعود في حقيقته الى توجه الفقهاء الى فكرة الحد من الأثر الرجعي للفسخ، فمن غير المعقول عدم الاعتراف بجميع الاثار التي رتبها العقد قبل تحقق الشرط الفاسخ، وامام هذه الحجة استقر الرأي الراجح عند الفقهاء والشراح الى ضرورة استبقاء اعمال الإدارة الصادرة عن المالك الذي زالت ملكيته بأثر رجعي؛ لأن هذا الإبقاء في صالح الجميع الذي يقتضي ألا تتعطل الاعيان خلال الفترة التي تكون فيها العين في حالة انتقال بين ايدي اطراف المعاملة المالية، فضلاً عن كون هذا الإبقاء يطمئن الغير في ان العين التي تحت يده لا تنتزع منه حتى وان زالت ملكية من تصرف اليه بأثر رجعي. للمزيد ينظر د. نبراس ظاهر جبر، الحد من الأثر الرجعي لفسخ العقد، بحث منشور في مجلة جامعة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الثامن، 2017م ، ص 160.

وقد اكد القضاء على هذا الامر اذ جاء في قرار للقضاء الفرنسي ( يتعين الحفاظ على اعمال الإدارة التي قام بها المشتري دون اعمال التصرف في حال الغاء البيع )<sup>(1)</sup>، هذا النص يقرر صراحة حماية وترجيح مصلحة صاحب اعمال الإدارة لأنها تعدّ مصلحة جديرة بالترجيح. كما جاء في قرار للقضاء المصري بأنه ( المقرر في قضاء محكمة النقض نفاذ عقد الايجار الصادر من المؤجر الذي فسخ عقد شرائه او زال سند ملكيته بأثر رجعي في حق المالك )<sup>(2)</sup>، هذا القرار يبين حكم تعارض مصلحة صاحب اعمال الإدارة مع مصلحة مالك المأجور، اذ رجح القضاء مصلحة الأول وقرر بقاء اعمال الإدارة نافذة في حق الثاني.

**2 - ان يكون الترجيح من المشرع او القاضي -** ان عملية الترجيح بين المصالح المتعارضة ليست بالعملية السهلة او اليسيرة، اذ وصفناها سابقاً بأنها عملية ذهنية تبدأ وتنتهي في ذهن صانع النص او القاضي وتتم بمرحل مختلفة اهمهما تحديد المصالح المتعارضة ثم تحديد سبب التعارض ثم البحث عن معايير الترجيح كافة لإختيار احداها والذي يرشدنا الى تغليب المصلحة الراجحة، لذا فهذه العملية لا يمكن ان يقوم بها أي شخص، وبما ان الامر يرتبط بتعارض مصالح في معاملة مالية معينة ويأخذ شكل نزاع معروض امام القضاء يتطلب الفصل فيه، لذا يجب ان يأتي الترجيح من جهة لها سلطة الفصل في هذا النزاع، لذلك يتحتم ان يقوم بهذا الترجيح المشرع اولاً، وفي حال لم يقر المشرع بهذه العملية يجب ان تقوم بها المحكمة بالاستناد الى سطلتها التقديرية مع مراعاة الضوابط القانونية الخاصة بكل معاملة مالية، مع الإشارة ان هذا الامر لا يمنع الفقهاء والشراح والباحثين من دراسة أحوال التعارض والترجيح وتحديد معايير الترجيح، الا ان كلمة الفصل في النزاع تبقى من نصيب المحكمة ويمكن لها ان تستأنس بالدراسات القانونية المذكورة.

**3 - يجب أن يستند الترجيح على مرجح مقبول -** يعد تسبب الحكم القضائي من اهم الأمور التي تجعل منه حكماً صحيحاً مبتعداً عن النقض من محاكم الطعن<sup>(3)</sup> ، لذا وفي نطاق الترجيح بين

<sup>1</sup> - قرار الغرفة المدنية الأولى لدى محكمة النقض بتاريخ 6/ اذار / مارس / 1996، أشار اليه دالوز، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، الطبعة الثامنة بعد المئة بالعربية، 2012، ص 1186.

<sup>2</sup> - قرار محكمة النقض المصرية رقم 1262 لسنة 67 ق، جلسة 1999/2/24، منشور في مجموعة الاحكام الصادرة عن محكمة النقض، السنة الخمسون، ج 1، ص 19.

<sup>3</sup> - يعرف تسبب الحكم القضائي بأنه ( بيان الأسباب التي جعلت المحكمة ترجح رأياً دون آخر وتنفذ الدافع التي أوردها الخصوم، فهو مظهر يعبر من خلاله القاضي عن قناعاته بالحكم الصادر ومدى اتفاقها مع القانون، ويعد ايضاً مظهراً من مظاهر قيام القاضي بما يجب عليه من واجب العناية بدراسة الدعوى المعروضة ) للمزيد ينظر =

المصالح لا يمكن للمشرع او المحكمة ان تعتمد تفضيل مصلحة على أخرى الا بعد العثور على سبب او مرجح مقبول يُفضل او يقدم مصلحة على غيرها، فلا يأتي الترجيح بصورة اهواء او مزاجية في تفضيل احدي المصالح على غيرها، بل لابدّ من دراسة المصالح المتعارضة من جوانبها كافة ومن ثم استخراج سبب قانوني تتقدم بموجبه احدي المصالح المتعارضة على غيرها .

وعند التمعن في التطبيقات القانونية لهذا التعارض نجد ان معيار الترجيح يأتي على صورتين، في الصورة الأولى قد يكون هذا المعيار واضحاً للمحكمة وهذا الامر يظهر عندما يحدد المشرع المصلحة الراجحة استناداً الى سبب يذكر في ذات المادة، والامثلة على ذلك كثيرة منها ما نص عليه المشرع المصري على انه ( 1- المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الإقامة والمؤونة وما صرف لحسابه، يكون لها امتياز على الأمتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته. .... 3- ولا امتياز صاحب الفندق نفس المرتبة التي لامتياز المؤجر، فإذا تزامم الحقان قدّم الأسبق في التاريخ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة إلى الآخر).<sup>(1)</sup>، جاء النص المذكور سلفاً لينظم مسألة تزامم مصلحة صاحب الفندق في استحصال المبالغ المستحقة له في ذمة النزيل، مع مصلحة المؤجر لذات المدين، اذ قرر النص بأن كلتا المصلحتين يكونان في ذات القوة وذات المرتبة، وهذا الامر بالتأكيد قد يفترض التزام او التعارض لذا لابدّ من ترجيح احدي هذه المصالح، فقرر المشرع صراحة بأن الأفضلية تكون لمن كان حقه اسبقاً في التاريخ، اذ تقدم مصلحة الأخير على مصلحة الاخر في استيفاء المبالغ المستحقة له، لذا في هذا النص يظهر لنا ان المشرع المصري قد رجح احدي المصالح المتعارضة، كما وقد نص صراحة على معيار او سبب الترجيح وهو الاسبقية في التاريخ، ويترتب على هذه الصورة ضرورة التزام المحكمة بترجيح المصلحة المرجحة بالنص وضرورة اخذ معيار الترجيح بنظر الاعتبار وعدم جواز اللجوء الى الاجتهاد غير المبرر.

بينما تأتي الصورة الثانية يكون فيها سبب الترجيح مبهم او غير واضح وهذه الصورة تظهر عندما لا يحدد المشرع المصلحة الراجحة اطلاقاً، أو أن المشرع يكون قد حدد المصلحة الراجحة الا ان سبب الترجيح لم يذكر في متن المادة، على سبيل المثال لم ينظم المشرع العراقي مسألة تعدد

د. علي غسان، تسبب الاحكام المدنية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهدين، المجلد 12، العدد 1، 2010، ص 6 .

<sup>1</sup> - ( المادة 1144 ) من القانون المدني المصري وتقابلها ( المادة 1375 ) من القانون المدني العراقي.

الموعد لهم ببيع منقول معين بالذات (1)، إذ قد يحصل كثيراً في الواقع العملي ان يتعدد الأشخاص الموعد لهم ببيع منقول معين بالذات، فيقوم الواعد بوعد اكثر من شخص بأن يبيع له منقول معين بالذات خلال مدة زمنية معينة، واذا أراد الواعد بيع هذا المنقول فالى أي من هؤلاء الموعد لهم سيتم بيعه، ففي هذا الفرض تعارضت مصالح الموعد لهم مع بعض في صورة لم ينظمها المشرع العراقي وبالتأكيد لم يظهر فيها سبب الترجيح بشكل واضح، لذا ندعو الى ضرورة تعديل نص المادة ( 91 ) من القانون المدني العراقي واطافة الفقرة الآتية ( 3-واذا تراحم عدة موعدين لهم في الوعد بالبيع وكان الوعد وارداً على منقول معين بالذات كانت الأفضلية فيما بينهم بحسب ثبوت تاريخ عقودهم الأولية) .

وخلصة الفرع تتمثل في الوقوف على ضوابط تفصيلية يتم بمقتضاها تحقيق افضل ترجيح ممكن بين المصالح المتعارضة في نطاق المعاملات المالية، إذ وضع علماء أصول الفقه الإسلامي ضوابط معينة يمكن للمجتهد من خلالها ان يرجح بين المصالح او الأدلة المتعارضة، لذلك كان موقف الفقهاء المسلمين وعلماء أصول الفقه الإسلامي جديراً بالتأييد وافضل بعض الشيء من موقف التشريعات؛ نظراً للاهتمام الكبير الذي حظيت به هذه الضوابط، اما في نطاق التشريعات و فقهاء القانون وشراحه، لم يتيسر لنا على قدر اطلاعنا من وضع ضوابط معينة يلتزم بها المشرع والقاضي عند القيام بالترجيح، لكن هذا الامر لم يمنعنا من استنتاج ضوابط قانونية محددة تساعد المشرع او القاضي في تحقيق افضل ترجيح بين المصالح، مع الاستعانة بالضوابط الشرعية التي وضعها علماء أصول الفقه الإسلامي، وبعد تحديد ضوابط الترجيح بين المصالح المتعارضة، لابد من وجود معايير شرعية او قانونية سليمة تتم من خلالها عملية الترجيح، فقد بينا ان من اهم ضوابط الترجيح هو وجود المرجح او المعيار الذي يتم عن طريقها تحقيق افضل ترجيح ممكن بين المصالح، وهذه المعايير ستكون محور دراستنا في المطلب القادم.

<sup>1</sup> - يعرف الوعد بالبيع بأنه ( عقد بموجبه يلتزم به الواعد ببيع شيء معين بثمن معين الى شخص آخر اذا اظهر الأخير رغبته في شراء هذا الشيء خلال مدة معينة ) للمزيد ينظر د. محمد كمال شرف الدين، حائز العقار، ط 1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 193 .

### المطلب الثاني

#### أسس الترجيح بين المصالح المتعارضة

لكل حكم قانوني او قضائي سنداً معيناً يستند عليه من اجل تلافي أية مشاكل قانونية او عملية لاحقة، وبقدر تعلق الحال بمسألة الترجيح يجب ان يستند هذا الترجيح على اساس يحدد قوة الترجيح وسلامته من الناحية القانونية، وبعد استقرار تطبيقات الترجيح في مؤلفات الفقهاء المسلمين والتشريعات القانونية تبين لنا وجود نوعين من الأسس، فهناك أسس يطلق عليها الأسس العامة، وهناك أسس أخرى تسمى الأسس الخاصة، وهو ما سنبينه في فرعين القادمين.

#### الفرع الأول

##### الأسس العامة للترجيح بين المصالح المتعارضة

يراد بالأسس العامة للترجيح هي تلك القواعد او المبادئ العامة في القانون التي تشكل مبادئ قانونية عامة يمكن تطبيقها على حالات ومسائل غير مقيدة بتطبيقات محددة على سبيل الحصر، اذ يمكن تطبيق هذه الاسس متى ما توافرت اركان وشروط تطبيقها، كما يمكن للمحكمة تطبيق هذا الأسس في حالات تعارض المصالح غير المنظمة بنص قانوني ، وهذه الاسس كثيرة اهمها ما يأتي:

##### اولاً : استقرار المعاملات

ان شيوع الاستقرار في نطاق الاحكام الشرعية وفي نطاق القانون يعد من اهم الأمور التي تجعل الافراد يعيشون بطمأنينة، اذ ان عدم استقرار الاحكام في نفوس الناس يجعلهم يتعدون عن الأمان القانوني ويضعف ثقتهم في الاحكام الشرعية والقانونية، و يراد باستقرار المعاملات ( ثبات المعاملات وعدم تأرجحها بين الصحة والفساد، وبمقتضاها يكون لكل من المتعاقدين الحق في ان يتصرف فيما عقده وليس لاحد عليه من شيء، من اجل ان ينتج كل عقد اثره الشرعي والقانوني، ومن اجل ان يكون الامر واضحاً لكل متعاقد في أية معاملة مالية يجريها ) (1) ، اذ يمثل الاستقرار

1 - د. ياسين بن ناصر الخطيب، نظرية استقرار المعاملات واثرها على العقود وتطبيق ذلك على بعض المعاملات المالية، بحث منشور في مجلة العلم، العدد 63، جمادى الأولى 1435 هـ، ص 45.

القدر المتيقن من تحديد الالتزامات القانونية بمختلف مراحلها ابتداءً من مرحلة نشوء المعاملة المالية مروراً بمرحلة تنفيذه وصولاً الى مرحلة الانقضاء، فهو مبدأ ثبات الآثار بنفاذها او انحلالها (1).

إذن يتضح لنا ان استقرار المعاملات هو احد اهم المبادئ القانونية التي يلتزم كل من المشرع والقاضي بمراعاتها عند وضع النص او تطبيقه، فلا يمكن تجاهل هذا المبدأ المهم الذي يعد في نظرنا افضل سبيل للوصول الى تحقيق العدالة بين اطراف المعاملة المالية، فهذا المبدأ لم ينشأ ويتطور بصورة فجائية، بل جاء هذا التطور بعد بزوخه نجماً ساطعاً في الكثير من المجالات القانونية وفي مجال المحافظة على مصالح اطراف المعاملة المالية وفي تحقيق الاستقرار القانوني، وفيما يخص فروض تعارض المصالح في مجال المعاملات المالية لا يمكن تجاهل دور مبدأ استقرار المعاملات كمعيار قانوني يستعين به المشرع او القاضي في تحقيق افضل ترجيح ممكن بين المصالح المتعارضة، اذ تبين لنا بعد استقراء النصوص القانونية ان هذا المبدأ يساهم في حل تعارض المصالح باعتباره اقرب اساس لتحقيق العدالة.

ومن أبرز المصاديق لدور هذا الاساس في الترجيح بين المصالح المتعارضة ما نص عليه المشرع العراقي على انه ( 1- من حاز وهو حسن النية منقولاً او سنداً لحامله مستنداً في حيازته الى سبب صحيح، فلا تسمع عليه دعوى الملك من احد. 2- والحيازة بذاتها قرينة على توافر حسن النية ووجود السبب الصحيح، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك. ) (2)، وهو ذات الحكم الذي نص عليه المشرع الفرنسي اذ نص على انه (الحيازة في المنقول سند الملكية. انما يجوز لمن ضاع منه شيء او سرق منه ان يسترده، خلال ثلاث سنوات من يوم الضياع او السرقة ...) (3).

وعند التمعن في هذه النصوص نجد تعارضاً في المصالح بين مالك المنقول من جهة وبين حائز المنقول من جهة أخرى، اذ تتمثل مصلحة المالك في استرجاع حيازة المنقول اليه مرة أخرى، وتتمثل مصلحة الحائز في استبقاء الحيازة لديه لأن لديه سبباً صحيحاً لهذه الحيازة واقترانها بحسن النية (4)، لذا يبدو لنا في ظل هذا الوضع السلبي الذي يعطل المعاملة المالية ويخرجها عن وضع

1 - علي حميد الشكري، استقرار المعاملات المالية ( دراسة مقارنة ) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، 2014، ص 26.

2 - المادة ( 1163 ) من القانون المدني العراقي.

3 - المادة ( 2279 ) من القانون المدني الفرنسي وتقابلها المادة (976) من القانون المدني المصري.

4 - د. رضا عبد الحلیم عبد المجید عبد الباری، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، بدقن جهة طبع، بدون مكان وسنة طبع، ص 298.

الاستقرار الطبيعي لها، كان لزاماً على المشرع ان يرجح او يفاضل بين هذه المصلحتين وفقاً لأساس قانوني مقبول، وقد رأى المشرع ان اقرب اساس لتحقيق الترجيح المناسب هو استقرار المعاملات، الذي يهدف الى المحافظة على ثبات الاثار من جهة وثبات الأوضاع المالية على حالها مع عدم اهدار حقوق الغير من جهة اخرى، وتبعاً لذلك قام المشرع بتفضيل مصلحة الحائز على مصلحة المالك؛ لأن هذا التفضيل يتماشى مع مبدأ استقرار المعاملات وثباتها قدر الإمكان، لذا تبقى حيازة المنقول بيد الحائز لأن استقرار المعاملات تتطلب ذلك (1).

### ثانياً : حسن النية

يعد حسن النية من اهم أسس الترجيح ذات البعد التاريخي ففي ظل القانون الروماني مرت المعاملات المالية بنوع من التطور، الى الحد الذي أصبحت بموجبه هذه المعاملات تتسم بالاخلاص والثقة بين الأطراف واصبح الحث خطيئة تستوجب العقاب، وبعد تطور أوضاع المجتمع الروماني وتحوله من مجتمع زراعي الى مجتمع تجاري، انعكس هذا التوجه على نطاق المعاملات فظهر مبدأ جديد هو مبدأ حسن النية، ويرجع الفضل في ذلك الى الفقيه شيشرون الذي عمل على نقل هذا المبدأ من الجانب الأخلاقي الى الجانب القانوني باعتباره اساساً للعدالة فاصبحت العقود ملزمة للأطراف بناءً على هذا المبدأ مع الإبقاء على بعض الشكليات السائدة آنذاك (2).

1 - لقد نصت التشريعات واکد الفقهاء والشراح على ان ترجيح مصلحة حائز المنقول على مصلحة المالك لا يتم بدون توافر مجموعة من الشروط التي تكون سبباً أساسياً في ترجيح مصلحة حائز المنقول وهذه الشروط هي : 1- الحيازة - يشترط ان يضع الحائز يده على المنقول بمقتضى حيازة صحيحة قانوناً ومكتملة العناصر والشروط القانونية، اذ يشترط ان تكون الحيازة حقيقية وعدم اشغالها على عيب او اكثر من عيوب الحيازة. 2- حسن النية - يجب ان يكون الحائز حسن النية وقت تلقي الحق، فاذا كان سيء النية فلا تفضل مصلحته على مصلحة المالك، ويعد الحائز حسن النية اذا كان لا يجهل انه يعتدي على حق للغير، بشرط ألا يكون جهله ناشئاً عن غش او خطأ جسيم. 3- السبب الصحيح - يشترط اخيراً استناد الحيازة على سبب صحيح والمراد بالسبب الصحيح كل تصرف قانوني يصدر من شخص الى غيره باعتباره خلفاً خاصاً يكون من شأن التصرف ان ينقل الملكية فيما لو كان صادراً من المالك الحقيقي وهذا السبب الصحيح قد نصت عليه المادة (1158 / ف 3) من القانون المدني العراقي . وللمزيد حول هذه الشروط ينظر د. علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، ط 3، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 222 وما بعدها.

2 - للمزيد ينظر بلال عزيزي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة اليرموك، 2017، الأردن، ص 8 وما بعدها.

وان تحديد معنى هذا المبدأ يعد من الامر المعقدة نوعاً ما نظراً لاختلاف مدلوله من مكان الى اخر ومن زمان الى غيره (1)، وعلى أي حال فقد تعرض الفقهاء والشراح الى تعريف حسن النية اذ يعرف بتعاريف مختلفة فهناك من عرفه بأنه ( توخي الأمانة وشرف التعامل والإخلاص في تنفيذ الالتزام ) (2)، يؤخذ على التعريف المبين سلفاً انه تعريف يتسم بالضيق؛ لكونه قد قصر نطاق تطبيق مبدأ حسن النية في مجال تنفيذ الالتزام فقط، في حين نجد من التطبيقات القانونية ان هذا المبدأ يشمل مرحلة انشاء الالتزام ومرحلة تنفيذه، بينما عرفه رأي آخر بأنه ( موجب الإخلاص التعاقدى الذي يفرض على المتعاقد التزام سلوك سليم مستقيم، انقاء لأي ضرر قد يلحق بالمتعاقد الآخر ) (3)، ويبدو لنا ان من الصعب تحديد معنى مبدأ حسن النية في تعريف جامع مانع؛ ويعود السبب في ذلك الى اختلاف معايير وحالات حسن النية، فضلاً عن كونه مبدأ يستند تارةً على معنى نفسي هو الاعتقاد بوجود مظهر قانوني صحيح، ومظهر أخلاقي هو التصرف النزيه وفق قواعد الشرف والأخلاق تارةً أخرى، وإزاء أهمية هذا المبدأ ودوره الكبير في مجال المعاملات المالية لا يخفى علينا بروز هذا الدور في مجال تعارض المصالح، اذ في أحوال كثيرة من أحوال هذا التعارض يستعين المشرع او القاضي بهذا المبدأ كمفتاح للترجيح السليم بين المصالح المتعارضة، فيكون لهذا المعيار مرتبة الصدارة في تحقيق الترجيح السليم بين المصالح، ويصل بالمشرع والقاضي الى الحكم القانوني السليم الذي يجعل النص القانوني بعيداً عن النقد ويجعل الحكم القضائي بعيداً عن النقض.

ولم يخف دور هذا المبدأ المهم في مؤلفات الفقهاء المسلمين، اذ كثيراً ما اعتمد هذا الفقه العظيم على حسن او سوء النية من اجل ترتيب الاحكام الشرعية على بعض مسائل المعاملات المالية وفي مواضع كثيرة، منها على سبيل المثال في بعض تطبيقات الغصب (4)، فاذا غصب شخص ما مالاً يعود لشخص آخر فيجب على الغاصب إعادة المال المغصوب فوراً الى مالكة وبدون تراخي، لكن في بعض الأحيان قد يشتري شخصاً آخر هذا المال المغصوب من الغاصب نفسه، فقد ذهب

1 - joseph benzacar, la bone foi ses effets sur les contrats du premier au sixieme siècle de lempire en droit roman, these pour le doctorat, 1890, p5.

2 - د. محمد حسن منصور، النظرية العامة للالتزام مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 373.

3 - د. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007، ص 114.

4 - يعرف الغصب في الفقه الإسلامي بتعاريف كثيرة جميعها تدور حول معنى عام يحدد معنى الغصب بأنه ( اخذ مال منقوم محترم يعود للغير بلا اذن منه على وجه يزيل يد صاحبه عنه ) ينظر ابي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، الجوهرة النيرة، ج 1، ط 1، المطبعة الخيرية، بدون مكان طبع، ص 338.

الرأي الراجح في الفقه الإسلامي الى ان هذا البيع موقوف على إجازة المالك ( المغصوب منه )، وفي هذا الفرض اذا لم يقر المالك بجواز البيع يظهر التساؤل حول مدى إمكانية تضمين الغاصب او المشتري؟ فقد اختلفت اراء الفقهاء المسلمين الى اتجاهين بهذا الشأن هما :

**1- الرأي الأول** - ذهب الرأي الأول وهو قول الاحناف (1)، والشافعية (2)، والحنابلة (3)، بأن المالك بالخيار مطلقاً ان شاء ضمن الغاصب وان شاء ضمن المشتري ولا يحق لاي احد منهما ان يرجع على المالك بشيء، ودليلهم هو ان عمل الغاصب والمشتري عملاً غير مشروع فيجب تضمينهما معاً او تضمين الغاصب ومن ثم يثبت للمشتري حق الرجوع على الغاصب بالثمن.

**2 - الرأي الثاني** - وهو رأي المالكية الذي فرق بين فرضين هما حسن او سوء النية عند المشتري، فاذا كان المشتري حسن النية فلا يحق للمالك الأصلي الرجوع عليه بشيء؛ لكونه لا يعلم بأن العين المباعة هي عين مغصوبة، وفي الفرض الثاني قد يكون المشتري سيء النية بمعنى انه يعلم ان العين التي اشتراها هي عين مغصوبة، ففي هذا الفرض يثبت الخيار للمالك في تضمين الغاصب او المشتري او تضمينهما معاً (4).

يتبين لنا من المثال المبين سلفاً وجود حالة من حالات تعارض المصالح، فقد تعارضت مصلحة المشتري مع مصلحة المالك الأصلي في مدى جواز تضمين الأول من عدمه، فتتمثل مصلحة المشتري بعدم الرجوع عليه بالضمان وتقتضي مصلحة المالك بالرجوع على المشتري بالضمان، وقد اعتد الرأي الثاني بمبدأ حسن النية وفرق بين ما اذا كان المشتري حسن ام سيء النية، بالرغم من ترجيح قول أصحاب الرأي الأول الذي يرى ثبوت الخيار للمالك بالرجوع على المشتري بالضمان في جميع الأحوال سواء أكان حسن ام سيء النية، والسبب في ذلك في رأينا هو عدم حرمان

1 - محمد أمين بن عمر ابن عابدين الحنفي، رد المختار على المختار، ط 2، ج 6، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1987 م، ص 198.

2 - محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ج 7، ط 1، دار المنهاج، بدون مكان طبع، 1425 هـ - 2004 م، ص 175.

3 - أبو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي الحنبلي، الكافي في فقه الامام احمد بن حنبل، ج 2، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414 هـ - 1994 م، ص 227.

4 - عبد العزيز بن إبراهيم بن احمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيّة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ط 1، ج 2، دار ابن حزم، بدون مكان طبع، 1431 هـ - 2010 م، ص 1161.

المالك الأصلي من العين المبيعة قدر الإمكان، وفي حالة اللجوء الى التضمين فيجب الرجوع على أي شخص كان السبب المباشر ام غير المباشر في حرمان المالك الأصلي من عينه المغصوبة.

ومن ابرز المصاديق القانونية لتطبيق هذا الاساس في مجال تعارض المصالح هو قاعدة (تملك الثمار بالحيازة) اذ نص المشرع العراقي في القانون المدني بأنه ( يملك الحائز حسن النية ما قبضه من الزوائد وما استوفاه من المنافع مدة حيازته).<sup>(1)</sup>، يتناول هذا النص فرض التعارض بين مصلحتين هما، مصلحة المالك في استرداد الثمار من الحائز او استرداد ما يقابلها من نقد، وبين مصلحة الحائز في تملك الثمار وعدم دفع ما يقابلها، اذ يعد هذا التعارض من اكثر الأوضاع القانونية شيوعاً وتطبيقاً، الامر الذي يحتم على المشرع تحديد افضل المعايير التي تحقق الترجيح الملائم بين هذه المصالح، وقد قام المشرع بعملية ذهنية افترض من خلالها التمييز بين حسن و سوء نية الحائز، اذ اعتمد على أساس حسن النية في ترجيح احدي هاتين المصلحتين، فبمقتضى هذا الاساس ترجح مصلحة الحائز في تملك الثمار بدون دفع ما يقابلها اذا كان حسن النية، وعلى العكس اذ ترجح مصلحة المالك في تملك الثمار التي قبضها الحائز او دفع ما يقابلها، اذا كان الأخير سيء النية.

### ثالثاً : المصلحة العامة

تعرف المصلحة العامة بأنها ( كل امر يحقق الاستقرار والامن للجماعة والتي عني الشارع بمراعاتها)<sup>(2)</sup>، فقد أكد فقهاء الفقه الإسلامي واصول الفقه في حال تعارضت مصلحتان فيجب النظر اليهما من حيث العموم والخصوص، فان كانت احدهما عامة والأخرى خاصة يتحتم هنا ترجيح المصلحة العامة على المصلحة الخاصة لأن ؛ " اعتناء الشرع بالمصالح العامة اوفر واكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصة " <sup>(3)</sup>، لذا فإن المنفعة التي ينتفع بها العموم تقدم على المصلحة التي ينتفع بها الخصوص، في حال تعذر الجمع وثبت بما لا يقبل الشك وجود التعارض بين المصلحتين؛ لأن من غير المقبول عقلاً ان تقدم مصلحة فرد من الافراد او فئة قليلة من الناس على مصلحة عامة

<sup>1</sup> - المادة ( 1165 ) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة ( 549 و 550 ) من القانون المدني الفرنسي والمادة (978) من القانون المدني المصري.

<sup>2</sup> - د. اسامة محمد عثمان خليل، المصلحة العامة واثرها على تغيير الفتوى في المعاملات المالية في الحال والمآل (المستقبل)، ط 1، مطبعة جامعة القصيم، السعودية، 1434 هـ - 2013 م، ص 595.

<sup>3</sup> - العز بن عبد السلام، مصدر سابق، 252.

الأفراد، لذا تقدم المصلحة العامة على مصلحة الفرد الخاصة، وهذا الأمر لا اشكال فيه متى ما تم تعويض صاحب المصلحة الخاصة تعويضاً عادلاً<sup>(1)</sup>.

لذلك نستطيع القول بأن المنفعة الخاصة لا يمكن أن تقف بالصد من المنفعة العامة، إذ ترجح وتقدم الأخيرة على الأولى في جميع أحوال التعارض، فمن الاستحالة اهدار المصلحة العامة من أجل المصلحة الخاصة؛ لأن في اهدار المصلحة العامة ضرر كبير ينهي عنه الشرع والعقل، لذا تقدم مصلحة الأمة على مصلحة الجماعة، وتقدم مصلحة الجماعة على مصلحة الفرد؛ لأن تأثير المصلحة العامة أكبر بكثير من المصلحة الخاصة، وفي تقديم المصلحة العامة رعاية لحق الفرد ذاته، فهو أحد أفراد المجتمع الذي يستفيد بكل تأكيد من تقديم المصلحة العامة، إذ لو قدمت المصلحة الخاصة لضررنا مصلحة المجتمع عرض الحائط، الأمر الذي يعود بالضرر على جميع أفراد هذا المجتمع، وهناك أمثلة كبيرة بشأن تقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة، منها حالة ما إذا كان لفرد من الأفراد قطعة أرض أو مبنى واقتضت حاجة المجتمع شق طريق عام بشرط أن يمر الطريق في هذه الأرض أو إزالة المبنى، وإذا لم ينفذ هذا الشرط لأغلق الطريق العام وتعطلت مصالح الناس، ففي هذا الفرض تعارضت مصلحة المجتمع المتمثلة بشق الطريق مع مصلحة الفرد في الحفاظ على ملكية ماله، فهذا التعارض يفرض على ذوي الشأن ترجيح المصلحة العامة المتمثلة بشق الطريق على مصلحة الفرد، مع ضرورة تعويض الأخير تعويضاً عادلاً عن الأضرار التي تصيبه<sup>(2)</sup>.

وقد أجاب الفقهاء المسلمين على مضمون التساؤل الآتي متى تعد المصلحة مصلحة عامة ؟ ،  
للإجابة قالوا : بأن عموم المصلحة يكون على أحد الوجهين هما<sup>(3)</sup> :

1- الوجه الأول - من حيث عدد الأفراد المنتفعين بالمصلحة - ففي هذا الوجه تعد المصلحة التي ينتفع بها عدد أكبر من الناس على المصلحة التي ينتفع بها عدد أقل؛ وذلك لأن مقتضيات العدل تتطلب أن تقدم ما يتعلق بنسبة أكبر من المكلفين على العدد الأقل .

2 - من حيث كثرة ميادين ومجالات المصلحة - فبمقتضى هذا الوجه تقدم المصلحة التي تعود بالنفع على أكثر من ميدان واحد، على تلك المصلحة التي يقتصر نفعها على ميدان واحد .

<sup>1</sup> - الشاطبي، مصدر سابق، ص 324 . الغزالي، مصدر سابق، ص 294.

<sup>2</sup> - د. عبد المجيد محمد السوسو، فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية، ط1، دار القلم للنشر والتوزيع، دبي، 2004، ص 56 وما بعدها.

<sup>3</sup> - عبد الرحمن بن معمر السنوسي، اعتبار المآلات، دار ابن الجوزي، السعودية، 1424 هـ - 2003م، ص 443.

ويجد هذا الاساس وجوداً مهماً في نطاق التشريعات سواء ما جاء فيها بنص صريح او ضمني، فمن النصوص الصريحة الواردة في التشريع العراقي بشأن اعتماد المصلحة العامة وافضليتها على المصلحة الخاصة، ما نص عليه المشرع العراقي على انه ( 1- يتحمل الضرر الخاص لدرء الضرر العام.... )<sup>(1)</sup>، ان النص السابق يضع قاعدة عامة بشأن التعارض بين دفع الضرر العام ( المصلحة العامة ) مع دفع الضرر الخاص ( المصلحة الخاصة ) اذ يقرر تقديم المصلحة العامة على أي مصلحة خاصة مع وجوب ان يتحمل صاحب المصلحة الخاصة نتائج هذا التقديم.

اما بخصوص التطبيقات الضمنية فتظهر غالباً في مجال الملكية الفكرية، اذ من المتفق عليه ان الملكية الفكرية هي حق خاص لصاحبها، استناداً الى عنصر الابداع والابتكار، فهذه العناصر توجب على المشرع حماية مصلحة صاحب هذا الحق من أي اعتداء مدني ام جنائي، الا ان هذه الملكية تعد وسيلة قانونية تساهم في زيادة المعرفة، ومن ابرز خصائصها ان استعمالها من قبل شخص ما لا يحد من حق شخص اخر في الحصول على منفعتها وفقاً للشروط القانونية، لذا كلما ازداد اقبال الافراد الذين يستخدمون هذه المنفعة كلما كان ذلك افضل للمصلحة العامة، اذ ان هذا الاستعمال المتزايد سيزيد بالطبع من الفائدة العامة من خلال خلق موزانة قانونية بين مصلحة المؤلف ( المصلحة الخاصة ) وبين مصلحة المجتمع ( المصلحة العامة )<sup>(2)</sup>.

وتطبيقاً لما تقدم فقد سمحت الكثير من تشريعات حق المؤلف بجواز استخدام المصنف الفكري لأغراض التعليم والتربية<sup>(3)</sup>، وبمقتضى هذا السماح يحق للمؤسسات التعليمية والتربوية عمل نسخ من المصنف الفكري سواء أكان بصرياً ام سمعياً ام مكتوباً لغرض تحقيق اهداف هذه المؤسسات التعليمية وتشجيعها على مواصلة التحصيل العلمي ورفع مستوى التدريس، وبالطبع ان مثل هذا الجواز سيحدث تعارضاً بين مصلحتين هما، مصلحة المؤلف في الاستئثار بمؤلفه وعدم استعماله بدون اذن مسبق منه، وبين مصلحة المجتمع في استعمال المصنف تحقيقاً للاهداف العامة في مؤسسات التربية والتعليم، لذا يجب عمل موزانة بين هذه المصالح المتعارضة قدر الإمكان وصولاً

<sup>1</sup> - المادة ( 214 / ف 1 ) من القانون المدني العراقي.

<sup>2</sup> - للمزيد ينظر د. نبيل ونوغي، الضوابط الاقتصادية لحقوق الملكية الفكرية بدواعي المنفعة العامة (براءة الاختراع أنموذجاً)، بحث منشور في مجلة جامعة الجزائر، العدد 11، ج 2، ص 220 وما بعدها.

<sup>3</sup> - من اهم هذه التشريعات هو قانون الملكية الفكرية الفرنسي لسنة 1992، الذي نص في المادة (5-122-L) منه على انه ( عندما يتم الكشف عن العمل، لا يجوز للمؤلف ان يمنع : ... هـ - تمثيل او نسخ مقتطفات من المصنف تخضع للأعمال المصممة للأغراض التعليمية....).

الى ترجيح قانوني ومنطقي، لذلك رجحت اغلب هذه التشريعات المصلحة العامة المتمثلة في حق المؤسسات التعليمية باستخدام المصنف الفكري للأغراض المذكورة، ولكن هذا السماح مقيد بضرورة ان يكون في حدود التحليلات الاقتباسات القصيرة، وان يكون هذا الاقتباس لأغراض التثقيف او التعليم او البحث العلمي ، ولا بدّ من الإشارة الى مؤلف المصنف الذي اقتبست منه هذا النصوص (1) .

وقد رجح المشرع العراقي ايضاً المصلحة العامة في جواز استخدام المصنف للأغراض التعليمية فقد نص على ( لا يجوز للمؤلف بعد نشر المصنف حظر التحليلات والاقتباسات القصيرة اذا عملت بقصد النقل او الجدل او التثقيف او التعليم او الاخبار ما دامت تشير الى اسم المؤلف اذا كان معروفاً) (2) ، ونتفق مع ما ذهب اليه احد الباحثين بأنه كان من الأفضل للمشرع العراقي ان يحدد عدد النسخ بشكل قاطع من اجل الحفاظ على التوازن بين حق المؤلف وبين مقتضيات واهداف هذه المؤسسات، مع مراعاة ان هذا الاستعمال في حقيقته يشكل استثناء قانوني لذا لا يجوز التوسع فيه او القياس عليه، لذا ندعو الى تحديد عدد النسخ بما لا يزيد على (10) نسخ ؛ وذلك من اجل تحقيق الموازنة بين المصلحة المالية للمؤلف وبين المصلحة العامة للمجتمع (3) .

وتتمثل صفة هذا الفرع في حقيقة القول بوجود معايير او مبادئ عامة يستعين بها المشرع او القاضي من اجل تحقيق افضل ترجيح ممكن بين المصالح التي تمر بحالة تعارض، ولم يقتصر بروز هذه الأسس على مستوى التشريعات فقط، اذ تطرقت مؤلفات الفقهاء المسلمين اليها عند الحديث عن تفاصيل بعض تطبيقات التعارض المذكور، لذا فهي معايير لا يقتصر اثرها على التشريعات فقط، بيد ان هذه الأسس المذكورة لا تعد هي الأسس الوحيدة التي يستعين بها المشرع او القاضي

1 - هذا ما نص عليه المشرع المصري في المادة ( 171 ) من قانون حماية حق المؤلف 82 لسنة 2002 التي نصت على انه ( مع عدم الاخلال بحقوق المؤلف الادبية طبقاً لاحكام هذه القانون ليس للمؤلف بعد نشر مصنفة ان يمنع الغير من القيام باى عمل من الاعمال الآتية: ... سادساً : نسخ مقال أو مصنف قصير أو مستخرج من مصنف إذا كان ذلك ضروريا لأغراض التدريس في منشآت تعليمية وذلك بالشرطين الآتيين – ان يكون النسخ لمرة واحدة في أوقات منفصلة غير متصله. – ان يشار إلى اسم المؤلف وعنوان المصنف على كل نسخة) .

2 - ( المادة 14 ) من قانون حماية حق المؤلف العراقي ( رقم 3 لسنة 1971 ) المعدل بموجب أمر سلطة الائتلاف المنحلة ( رقم 83 ) لسنة 2004.

3 - د. زياد طارق جاسم، المصلحة العامة وحق استغلال المصنف عبر الانترنت، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر، ص 345 وص 346.

عند الترجيح، فهناك أسس أخرى تسمى بالأسس الخاصة التي تسعفهم في الوصول الى الترجيح المناسب عند غياب او عدم جدوى الأسس العامة، لذا يتبين لنا سعة الحلول التي يمكن ان يستعين بها المشرع او القاضي من خلال إمكانية اللجوء الى الأسس الخاصة، وهو ما سنبيّنه في الفرع القادم.

### الفرع الثاني

#### الأسس الخاصة للترجيح بين المصالح المتعارضة

لا تقتصر أسس الترجيح على تلك الأسس العامة المبينة سابقاً، فقد تكون هذه الأسس تتصف بصفة الخصوصية، ويراد بها هي تلك الأسس التي تطبق على حالات محددة بنص قانوني ومن الصعب جداً التوسع في تطبيقها على مواضع لم يرد فيها نص قانوني، لذا فمغزى الأسس الخاصة يعتمد على وجود أساس قانوني للترجيح الا ان هذا الأساس لا يشكل قاعدة او مبدأ عام، بل هو مجرد أساس قانوني يطبق متى ما ورد ذكره في النصوص القانونية، واهم هذه الأسس هي :

#### أولاً : الحق المكتسب

بادئ ذي بدء يجب القول ان فكرة الحق المكتسب هي فكرة واسعة النطاق؛ ذلك لأنها لا تقتصر فقد على نطاق الحقوق المدنية، بل يمتد نطاق هذه الفكرة فيشمل دائرة القانون الدولي الخاص، بل الاكثر من ذلك هي نظرية متأصلة في اطار القانون العام، مع ذلك نجد ان هذه النظرية لم تحظى باهتمام بحثي كبير ومفصل على مستوى فقهاء و شراح القانون المدني، اذ اقتصرنا اغلب مؤلفاتهم على بيان التطبيقات القانونية التي تتضمنها فكرة الحق المكتسب في القانون المدني.

لكن رغم ذلك حاول جانب من الفقه والشراح وضع تعريفاً للحق المكتسب بشكل عام، فهناك من قال بأنه " هو الحق الذي لا يجوز ان يمسه القانون الجديد، والا كان ذلك تطبيقاً رجعيّاً للقانون الجديد وبالتالي يمتنع تطبيقه " (1) ، مما يلاحظ على التعريف المبين سلفاً انه تعريفاً ضيقاً نوعاً ما ؛ لأنه يُقيد نطاق الحق المكتسب في مجال تعارض القانون القديم مع القانون الجديد ( التنازع الزماني للقوانين ) في حين ان نطاق الحقوق المكتسبة يكون اكبر من ذلك، اذ يشمل أي حالة قانونية يحصل

<sup>1</sup> - مهند وليد الحداد و وليد الحداد، مدخل لدراسة علم القانون، بدون جهة طبع، بدون مكان وسنة طبع، ص 296.

بموجبها شخص على حق معين ثم يتعرض سبب هذا الحق الى نوع من الاضطراب الذي يخل بالحق الذي حصل عليه، اما الفقه في فرنسا فقد انقسم الى اتجاهين بخصوص فكرة الحق المكتسب (1) :

**اولاً : الاتجاه الاول** - ذهب أنصار هذا الاتجاه الى القول بأنه لا يوجد تعريف محدد للحق المكتسب، اذ من الصعوبة تحديد معنى الحق المكتسب في أي مجال من مجالات القانون، لذا يجب ترك التعريف وعدم الخوض فيه.

**ثانياً : الاتجاه الثاني** - على عكس الاتجاه السابق فقد حاول أصحاب الاتجاه الثاني وضع تعريف يبين معنى الحق المكتسب، فمنهم من عرفه بأنه ( هو ذلك الحق الذي لا يجوز للقاضي ان يمسّه او يسلبه بسوء بحجة تطبيق قانون مستجد) يلاحظ ان هذا التعريف ركز على اثر او نتيجة الحق المكتسب، كما عرفه آخر بأنه " هو ذلك الحق الذي يدخل في الذمة " يلاحظ على هذا التعريف انه لم يبين ما هو المقصود بالحق المكتسب على بشكل دقيق وجازم .

وقد سار القضاء على ذات اتجاه المشرع فلم تتضمن احكام القضاء تعريفاً للحق المكتسب، بل اقتصر دور القضاء في هذا المجال على تقرير او تثبيت الحق المكتسب في المنازعة المعروضة عليه، وجاء في قرار للقضاء العراقي " ... ان تصرف البلدية في القطعة للغير فان للمدعي حق المطالبة بقيمة تلك القطعة وليس ابطال قيدها وذلك حماية للغير حسن النية ومبدأ استقرار المعاملات " (2) ، يفهم من القرار المبين سلفاً ان القضاء العراقي يقرر حماية الحق المكتسب لصاحب القطعة في ان يطالب ببطل القطعة التي ثبت حقه فيها قبل ابطال القيد وذلك حماية لحسن نيته ومبدأ استقرار المعاملات.

يبدو لنا ان محاولة وضع تعريف جامع مانع للحق المكتسب لا بد من تعريف الحق اولاً، والمكتسب ثانياً، ثم نحاول الجمع بينهما، فبخصوص تعريف الحق يلاحظ ان الحق وفقاً للرأي الراجح في الفقه يعرف بأنه ( استئثار شخص بقيمة معينة يكفل القانون حمايته بما يقرره من سلطة واقتضاء

1 - للمزيد حول هذه الاتجاهات ينظر د. زياد خالد المبرجي، الحق المكتسب في القانون الإداري، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد 4، الإصدار 17، 16، السنة 2012م، ص 2.

2 - قرار محكمة التمييز الاتحادية رقم 335/ الهيئة المدنية /2019/ منشور على الموقع الالكتروني [www.hic.iq](http://www.hic.iq) تاريخ الزيارة 2021/5/14.

بغرض تحقيق مصلحة يعتبرها المجتمع جديرة بالحماية (1)، اما لفظ المكتسب فيعرف بأنه (كسب يكسبه كسباً وكسب وتكسب واكتسب طلب الرزق واكتسب تصرف واجتهد ... ) (2)، لذلك فمعنى المكتسب يشمل طلب المنفعة مهما كان نوعها، لذلك من خلال الجمع بين تعريف الحق وتعريف المكتسب يمكن لنا ان نقترح تعريفاً للحق المكتسب بأنه ( استئثار الشخص بمنفعة قانونية تثبت للغير حسن النية الذي قد يمسه اجراء صادر من اشخاص اخرين بما يضمن الحماية القانونية لهذا الحق ).

وبقدر تعلق الحال بتعارض المصالح فقد تنبه الكثير من المشرعين على أهمية وجود الحق المكتسب واهمية حمايته، فلا يمكن ترك هذا الحق الواقعي والقانوني بدون الإشارة اليه بنصوص قانونية، بيد ان جل ما ذكر في هذه التشريعات هو مجموعة من التطبيقات القانونية المتناثرة التي لا يجمعها نص قانوني عام، وعند التمعن في هذه التطبيقات نجد ان المشرع اعتد بأساس الحق المكتسب كمييار قانوني للترجيح بين المصالح المتعارضة، فقد رجح مصلحة الأخير في جميع الأحوال التي تتعارض فيها مصلحته مع مصلحة الآخرين، اذ يجب احترام هذا الحق واحترام حسن النية وصفة الاكتساب الناشئة عن سبب قانوني صحيح، اذ كثيراً ما تتعارض مصلحة صاحب الحق المكتسب مع مصلحة اشخاص آخرين، ويظهر هذا التعارض بين مصلحة الأول في حماية حقه المكتسب وعدم المساس به، ومصلحة الآخرين المتمثلة بتجريد الأول من حقه المكتسب والاستئثار بالمنفعة لهم فقط.

ومن تطبيقات ذلك نص المشرع العراقي على ( 1 - ينقضي حق الرهن التأميني بانقضاء الدين الموثق بالرهن ويعود اذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون اخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الدين وعودته ) (3)، يتمثل الحكم القانوني للنص الاخير بجواز انقضاء حق الرهن التأميني بصفة غير اصلية (تبعية) بعد انقضاء الدين الموثق بالرهن، لكن في حال كان الدين قد انقضى ثم بعد ذلك عاد بعد زوال سبب انقضائه كأن يكون الابراء باطلاً، او المقاصة غير صحيحة قانوناً، او كان الوفاء غير مشروع، ففي هذه الفروض وشبهها يعود الرهن الى الوجود مع عودة الدين المضمون، ففي الفترة بين زوال الرهن وعودته قد يكتسب شخص ما حقاً معيناً على محل الرهن، تتعارض بموجبه مصلحته مع مصلحة الدائن المرتهن، مثلاً ان يبيع الراهن محل الرهن الى مشتري معين خلال الفترة بين انقضاء الرهن وعودته، ثم يعود الرهن بزوال

1 - للمزيد ينظر د. طارق عفيفي، نظرية الحق، ط1، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص 20.

2 - ينظر الفيروزآبادي، مصدر سابق، ص 1414.

3 - ( المادة 1315 ) من القانون المدني العراقي .

سبب انقضائه، ففي هذا الفرض تعارضت مصلحة المشتري في الاحتفاظ بالمبيع مع مصلحة المرتهن في تثبيت حق الرهن على ذات المحل، لذا يجب الترجيح بين هذه المصالح واختيار المصلحة الأقوى، وحسناً فعل المشرع عندما رجح مصلحة صاحب الحق المكتسب؛ لأن هذا الترجيح هو الأقرب لتحقيق العدالة.

أما بخصوص المشرع الفرنسي فقد ركز على الحق المكتسب بعد التعديلات العديدة التي اجريت على هذا القانون وبالتحديد التعديل الصادر سنة 2016، إذ أورد المشرع الكثير من العبارات التي تتضمن حماية الحق المكتسب، على سبيل المثال نص على انه ( الاجازة تصرف يتنازل بموجبه من يملك حق التمسك بالبطان. يبين هذا التصرف محل الالتزام والعيب الذي يصيب العقد. ... تمثل الاجازة تنازلاً عن وسائل الطعن والدفع التي يمكن الاحتجاج بها ، دون المساس بحقوق الغير )<sup>(1)</sup> ، ان مضمون النص المذكور يبين تعريف اجازة العقد المشوب بعيب قانوني، كما يبين اثر هذه الاجازة المتمثل بالنزول عن جميع وسائل الطعن تجاه الطرف الاخر، الا ان هذا الفرض قد يُحدث تعارض بين المصالح، اذ تتمثل المصلحة الأولى بحق الطرف الاول في الإبقاء على العقد محل الاجازة، في حين تتمثل المصلحة الثانية بمصلحة الغير في حماية حق اكتسبه يتعارض مع جميع المصالح الأخرى، ولتوضيح ذلك نسوق المثال الآتي، أبرم فضولي عقد لمحل مملوك لشخص ما، ثم قام المالك بعد ذلك بابرام عقد صحيح لاحق لعقد الفضولي وتم تسليم محل العقد الى المتصرف اليه الثاني، وبعد ذلك قام المالك باجازة عقد الفضولي، الامر الذي يجعل العقد صحيحاً من تاريخ ابرامه ويلزم المالك بتسليم محل العقد الى المتصرف اليه الأول، فهذا الفرض يحدث تعارضاً بين مصلحة المتصرف اليه الأول والثاني، اذ يعد المتصرف اليه الثاني من الغير بالنسبة للمتصرف اليه الأول، وقد اكتسب المتصرف اليه الثاني حقاً مرتبباً بمحل واحد، لذا يجب ترجيح احدي هاتين المصلحتين بما يؤمن الاستقرار القانوني، وقد راعى المشرع الفرنسي مصلحة صاحب الحق المكتسب وهو من تسلم الشيء وقرر ترجيح مصلحته على مصلحة الاخرين.

ويظهر دور الحق المكتسب ايضاً في القانون المصري الذي نص على انه ( يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته او فسخه او الغائه او زواله لأي سبب آخر اذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي ابرم فيه الرهن )<sup>(2)</sup> ، ان النص

<sup>1</sup> - المادة ( 1182 ) من القانون المدني الفرنسي.

<sup>2</sup> - ( المادة 1034 ) من القانون المدني المصري.

المبين يقرر تثبيت حقاً مكتسباً لصالح الدائن المرتهن، اذ يفترض وجود عقد رهن بادي الامر ثم يتبين ان الرهن اصبح باطلاً بسبب بطلان سند ملكية الراهن للعين المرهونة، فمثل هذا البطلان سيحدث تعارضاً بين مصلحة الدائن المرتهن في الإبقاء على عقد الرهن، وبين مصلحة أي شخص آخر تضار مصالحته في حال بقاء حق الدائن المرتهن، لذا افترض المشرع المصري مثل هذا التعارض وقرر بالنص ترجيح احدى هاتين المصلحتين، وبما ان الدائن المرتهن كان حسن النية وقت تلقي الحق فهذا الامر أكسبه حقاً استقرت به المعاملة فاصبح من غير الممكن المساس به، لذا ترجح مصلحة الدائن المرتهن في هذا الفرض على أي مصلحة تتعارض معها (1).

### ثانياً : الاسبقية في التسجيل

كثيراً ما نرى في مجال النصوص القانونية لفظ الاسبقية في التسجيل او الاسبقية في المرتبة، الا ان المشرع لم يورد تعريفاً لمعنى الاسبقية في التسجيل، انطلاقاً من دوره في صياغة الاحكام القانونية بعيداً عن وضع التعاريف الا عند الضرورة، اذ هنالك العديد من هذه النصوص التي اعتمدت على معيار الاسبقية في التسجيل، فهناك مثلاً الاسبقية في التسجيل عند تعدد المشترين لعقار واحد، وفي نطاق الحقوق العينية هنالك قاعدة الاسبقية في تسجيل حق الرهن، اذ تتحدد مرتبة الدائن المرتهن من تاريخ القيد او التسجيل، وهو ما نص عليه المشرع الفرنسي اذ جاء فيه ( في ما بين الدائنين لا يكون للرهن العقاري مرتبة، سواء أكان قانونياً أم قضائياً أم اتفاقياً، إلا من تاريخ قيده من قبل الدائن في أمانة شهر الرهونات العقارية وفقاً للشكل والطريقة التي ينص عليها القانون ) (2) ، يبين النص السابق ان مرتبة الرهن تتحدد بدءاً من تاريخ القيد، فمن قيد حقه أولاً يكون في المرتبة الأولى بين الدائنين وهكذا.

وعلى مستوى الشراح هنالك من حدد معنى الاسبقية ( اجراء قانوني وضع لحماية صاحب الحق السابق في مواجهة أصحاب الحق اللاحق ) (3) ، وعلى كل حال فقد اكد فقهاء و شراح القانون على دور معيار الاسبقية في التسجيل كأحد اهم المعايير التي يستعين بها المشرع او القاضي في الترجيح بين المصالح المتعارضة ، على سبيل المثال في نطاق الرهن الحيازي اذا تعارضت مصلحة

1 - د. سهام عبد الرزاق مجلي السعيد، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، ط 1، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر، 2018م، ص 88 و ص 89.

2 - المادة (2425) من القانون المدني الفرنسي وتقابلها المادة (1057) من القانون المدني المصري.

3 - د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، مصدر سابق، ص 207.

المرتهن مع مصلحة مرتهن حيازي آخر على المرهون نفسه، يتقدم منهم من كان سابقاً في المرتبة، مع ضرورة التأكيد على ان تحديد مرتبة الرهن الحيازي في العقار تكون بحسب تاريخ التسجيل، بمعنى ان من سجل حقه في الرهن الحيازي اولاً فإنه يتقدم على المرتهين التاليين له في التسجيل، اما مرتبة الرهن في المنقول المادي فتحدد بحسب التاريخ السابق في عقد الرهن، كذلك الحال فيما اذا تعارضت مصلحة المرتهن الحيازي مع المرتهن رهناً تأمينياً مع صاحب حق امتياز خاص، اذ ترجح مصلحة صاحب الحق الاسبق في التسجيل (1).

ويبدو لنا ان تطبيق مبدأ الاسبقية في التسجيل مقيد بقيد عدم الغش، فلا يستفيد صاحب المصلحة الأسبق من هذه الاسبقية اذا تبين ان مصلحته ناشئة عن غش وتواطؤ، اذ اكد الفقهاء علة ان الغش يقوم على ركنين هما الركن المادي الذي يتمثل بأي وسيلة قولية او فعلية تكشف عن مظهرأ خادعاً يصيب الغير ويضر بمصلحته، اما الركن المعنوي فيتمثل باتجاه النية الى تعمد ارتكاب فعل الغش تجاه الغير، بناءً على ذلك يجب عدم ألا يستفيد من غش وتواطؤ من اجل الحاق الضرر بالآخرين، لذلك لا اسبقية ولا تقدم لصاحب مصلحة معينة نشأت عن طريق الغش (2).

وخلاصة لما سبق ذكره في هذا الفرع فقد اوضحنا اهم الأسس القانونية التي تستند عليها عملية الترجيح بين المصالح المتعارضة، فبعد استقراء وتحليل النصوص القانونية اتضح لنا وجود نوعان من هذه الأسس، يتمثل النوع الأول بما اصطلحنا عليه تسمية الأسس العامة التي نقصد بها تلك القواعد او المبادئ العامة في القانون التي تشكل مبادئ قانونية عامة يمكن تطبيقها على حالات ومسائل غير مقيدة بتطبيقات محددة على سبيل الحصر، واهم هذه الأسس هو مبدأ استقرار المعاملات ومبدأ حسن النية، في حين يتمثل القسم الثاني من أسس الترجيح بما اصطلحنا عليه تسمية الأسس الخاصة التي نقصد بها تلك الأسس التي تطبق على حالات محددة بنص قانوني ومن الصعب جداً التوسع في تطبيقها في مواضع لم يرد فيها نص قانوني، وأهم هذه الأسس هو الحق المكتسب وقاعدة الاسبقية، مع التأكيد على وجود بعض المظاهر التي تلعب دوراً هاماً في حل تعارض المصالح، واهمها القواعد الفقهية والقواعد الأصولية، وكذلك يكون للصياغة التشريعية دور في ذلك، وهو ما سنبينه في المبحث القادم.

1 - د.غني حسون طه و د. محمد طه البشير، مصدر سابق، ص 547.

2 - للمزيد ينظر د. عبد الله بن ناصر السلمي، الغش واثره في العقود، ج 1، ط 1، دار كنوز اشبيليا، الرياض، 2004، ص 45 وما بعدها.

### المبحث الثاني

#### مراحل حل تعارض المصالح في المعاملات المالية

تظهر مسألة حل تعارض المصالح على شكل مراحل منضبطة لكل منها إجراءاتها الخاصة بها والتي تختلف باختلاف نوع المرحلة وقواعدها، إذ من المنطقي جداً الاستعانة ببعض القواعد الفقهية والقواعد الأصولية التي تمكن المجتهد أو القاضي من تحقيق الحل المناسب لحالات تعارض المصالح، فلا يمكن الاستغناء عن هذه القواعد المهمة التي تمارس دوراً كبيراً في تحقيق استقرار الأحكام الشرعية والقانونية من خلال إرشاد المعنيين إلى الحل الملائم للقضية المعروضة، كما تظهر في نطاق التشريعات مرحلة أخرى هي مرحلة الصياغة التشريعية ودورها في حل تعارض المصالح، إذ تكون العلاقة بين الصياغة التشريعية وبين تعارض المصالح علاقة عكسية، فكلما كانت الصياغة منضبطة وأصولية كلما تلافى المشرع تعارض المصالح والعكس بالعكس، بيد أن هذا القول يتطلب الدراسة والتمحيص من أجل وضع بعض النقاط الأساسية التي تعمل بشكل وقائي أو علاجي في حل أو تلافي ظهور مسائل تعارض المصالح في المعاملات المالية.

لذا سنقسم هذا المبحث على مطلبين، في المطلب الأول نبين مرحلة القواعد الفقهية والقواعد الأصولية، ونكرس المطلب الثاني لمرحلة الصياغة التشريعية.

#### المطلب الأول

##### مرحلة القواعد الفقهية والقواعد الأصولية

من أجل إصلاح الآثار السلبية التي تترتب على تعارض المصالح في المعاملات المالية، يتم البحث عن أفضل الحلول الشرعية والقانونية التي تجعل من حل التعارض نتيجة مقبولة لأطراف هذه المعاملة، وتلعب القواعد الفقهية والقواعد الأصولية دوراً كبيراً في التوصل إلى الحل الأقرب لتحقيق العدالة بين أطراف المصالح المتعارضة، فهناك بعض القواعد الفقهية والقواعد الأصولية التي يستعين بها القاضي من أجل حل هذا التعارض السلبي المعقد.

لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول سنبين مفهوم القواعد الفقهية والقواعد الأصولية، ونكرس الفرع الثاني إلى دور القواعد الفقهية والقواعد الأصولية في حل تعارض المصالح.

### الفرع الأول

#### مفهوم القواعد الفقهية والقواعد الأصولية

لقد بدأ التشريع الإسلامي مع بداية العهد النبوي ومع نزول القرآن الكريم ونشوء السنة النبوية لمعرفة احكام الشرع ومراعاة أحوال المسلمين، وبعد وفاة الرسول (ﷺ) بدأت الحركة الفقهية بالظهور اذ قام الصحابة والتابعون ومن تلاهم من العلماء والمجتهدون والفقهاء بالقيام بعملية استنباط الاحكام الفقهية من المصادر الشرعية لها، فاذا أثبتت قضية او دب النزاع او طرأت حادثة لجأ الناس الى الفقهاء والعلماء من اجل الحصول على الحكم الشرعي المطلوب فظهر من اجتهادهم هذا مجموعة من القواعد تسمى القواعد الفقهية، كما استعانوا بقواعد يتم من خلالها استنباط الحكم الشرعي وهي القواعد الأصولية، لذا سنبين اولاً تعريف القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية، وثانياً خصائص القاعدة الفقهية، واخيراً نبين موقف التشريعات من القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية :

#### اولاً : تعريف القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية

لم يغفل فقهاء وشراح الفقه الإسلامي واصوله من القدامى والمعاصرين عن تعريف القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية، فبخصوص تعريف القاعدة الفقهية تعرف هذه القاعدة بتعريفات متعددة تقترب بعضها من بعض في جوهرها العام، فبخصوص موقف الفقهاء القدامى هنالك بعض التعريفات القليلة التي تحدد معنى القاعدة الفقهية، اذ عرفها المالكية بأنها ( كل كلي اخص من الأصول والمعاني العقلية العامة واعم من العقود والمعاني الفقهية الخاصة ) (1) ، كما تعرف بأنها ( حكم اكثرى لا كلي ينطبق على اكثر جزئياتها لتعرف احكامها منه ) (2) ، وقد انتقد الشراح هذه التعريفات السابقة اذ قيل : ان التعريف الأول يشتمل على نوع من التعميم والابهام فهو لا يعطي للقاعدة الفقهية تصويراً واضحاً، كما وجه النقد الى التعريف الثاني بأنه قد عرف القاعدة بأنها حكم في حين يرى من الأفضل لو استبدلت عبارة حكم بعبارة قضية (3) .

<sup>1</sup> - محمد بن محمد بن احمد المقرئ أبو عبد الله، القواعد، ج1، مركز احياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، بدون سنة طبع، ص 212.

<sup>2</sup> - شهاب الدين الحموي المعروف بابن نجيم المصري، غمز عيون البصائر شرح كتاب الاشباه والنظائر، ط 1، ج1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405 هـ - 1985 م، ص 51.

<sup>3</sup> - د. مسلم بن محمد بن سالم الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، ط 2 مزيدة ومنقحة، دار زدني للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، 1428 هـ - 2007 م، ص 15.

اما بخصوص الفقهاء والشرائح المحدثين فقد تناولوا تعريف القاعدة الفقهية في مناسبات كثيرة، اذ جاء في احد هذه التعريفات ان المراد بالقاعدة الفقهية هو ( ذلك الحكم الكلي الفقهي الذي ينطبق على فروع كثيرة ) (1) ، يلاحظ على التعريف المذكور سلفاً ان يركز على خصيصة الشمول في القاعدة الفقهية، فبمقتضى هذه الخصيصة ينطبق حكم القاعدة المذكورة على جميع الفروع المندرجة تحتها، وجاء في تعريف آخر ان القاعدة الفقهية هي ( حكم شرعي في قضية اغلبية يتعرف بها على الاحكام التي تدخل تحتها ) (2) ، لقد بين هذا التعريف ان تقييد القاعدة بقيد الشرعية هو قيد الغرض منه اخراج القواعد غير الشرعية من نطاق التعريف، كما برر ايراد لفظ الاغلبية لأن هذا النوع من القواعد يرد عليه استثناءات معينة الامر الذي لا يصح معه اطلاق لفظ (الكلية) على هذه القواعد، وذكر في تعريف القاعدة الفقهية ايضاً هي ( أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن احكاماً تشريعية عامة في الأمور التي تدخل تحت موضوعها ) (3) ، ونحن نتفق مع التعريف الأخير لكونه قد اعتمد اهم الأمور الخاصة بالقاعدة الفقهية واهمها شمولية القاعدة واهميتها في الاحكام الشرعية.

أما بشأن تعريف القاعدة الأصولية فنجد أنها لا تحمل ذات المعنى الخاص بالقاعدة الفقهية، اذ تعرف الأولى بتعريفات متعددة جميعها تدور حول معنى واحد هو ان القاعدة الأصولية هي ( قواعد تمهد للفقيه استنباط الحكم الشرعي الكلي من ادلته، او العثور على الوظيفة العملية عندما لا يتم الوقوف على دليل للحكم الشرعي ) (4) ، كما تعرف ايضاً بأنها ( قضية كلية يتوصل بها الى استنباط الاحكام الفقهية من ادلتها التفصيلية ) (5) ، وبين معنى لفظ الكلية بأن هذه القاعدة تصلح لتطبيق الحكم

1 - د. ناصر بن عبد الله بن العزيز الميمان، الكليات الفقهية في المذهب الحنبلي، ط 1، مكتبة الملك فهد، السعودية، 1424 هـ - 4004 م، ص 13.

2 - علي احمد الندوي، القواعد الفقهية ( مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، ادلتها، مهمتها، تطبيقاتها)، دار القلم، دمشق، 1414 هـ - 1994 م، ص 43.

3 - د. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ج 2، ط 1، دار القلم، دمشق، 1998 م، ص 947.

4 - حسن الجواهري، القواعد الأصولية، ط 1، العارف للطبوعات، بيروت، 1431 هـ - 2010 م، ص 17.

5 - احمد الطيب السنوسي، الاستقراء واثره في القواعد الأصولية والفقهية، ط 2، دار التدمرية، بدون مكان طبع، 2008 م، ص 400.

على كل فرد من الافراد الداخلة تحتها، ويقصد بالدليل التفصيلي هو النصوص القرآنية او السنة النبوية الشريفة (1).

### ثانياً : خصائص القاعدة الفقهية

ان القاعدة الفقهية بالمعنى المبين سابقاً يبين لنا أهمية وجود مثل هذه القاعدة في نطاق الاحكام الشرعية، اذ لولا وجود هذه القواعد وما شبهها لاختلت أحوال الناس وتأخر تطبيق الاحكام الشرعية، لذا فهذا الوجود المهم للقاعدة الفقهية جعل منها قاعدة تتميز بخصائص معينة هي (2)

#### 1- ايجاز العبارة وسهولة التركيب واحكام الصياغة

تمتاز القواعد الفقهية بشكل عام بعبارات موجزة قصيرة، وبصياغة محكمة لغوياً وتركيباً يمتاز بالسهولة في مجمل عباراتها، فهي نصوص موجزة من جانب ودستورية من جانب آخر نظراً لما تمتاز به من تركيب سهل ومنضبط.

1 - ان عبارة القاعدة الفقهية لا تترادف عبارة القاعدة الأصولية، اذ تظهر بينهما بعض الفوارق التي تميز احدي هذه القواعد عن الأخرى واهم هذه الفوارق هي : أ - من حيث المصدر - تنشأ القواعد الفقهية اغلبها من الفاظ اللغة العربية ونصوصها، اما القواعد الفقهية فتجد مصدرها في المسائل الفقهية والاحكام الشرعية.

ب - من حيث الأشخاص - صرح الفقهاء بأن القواعد الأصولية هي قواعد خاصة بالمجتهد، فهو الذي يستعملها من اجل استنباط الاحكام الفقهية ومعرفة الأحوال المستجدة في حياة الناس، اما القواعد الفقهية فهي قواعد خاصة بالفقيه او المقتي او المتعلم، يستعان بها من اجل معرفة الحكم الشرعي الذي تتضمنه الفروع، ويعتمد عليها مباشرة بدلاً من الرجوع الشاق الى الأبواب الفقهية المختلفة والمتفرقة.

ج - من حيث العموم - تتميز القاعدة الأصولية بصفة العموم والشمول لكافة فروعها، اما القواعد الفقهية فهي ايضاً تتصف بصفة العموم والشمول الا انها قواعد تكثر فيها الاستثناءات، وقد تشكل هذه الاستثناءات قواعد مستقلة او قواعد عرفية.

د - من حيث الثبات - مما يميز القواعد الأصولية هي انها تتصف بصفة الاستقرار والثبات فلا تتغير او تتبدل بمرور الزمن، اما القواعد الفقهية فانها قواعد متغيرة بتغير الاحكام التي بنيت عليها، كتغير المصلحة او تغير العرف.

هـ - من حيث الاسبقية - ان القواعد الأصولية تكون سابقة على الاحكام الفقهية، من حيث ان القواعد الفقهية تلحق الاحكام الفقهية وتتبع وجود الفقه واحكامه وفروعه. للمزيد ينظر : د. محمد بكر إسماعيل، القواعد الفقهية بين الاصلية والتوجيه، دار المنار للطبع والنشر والتوزيع، مصر، بدون سنة طبع، ص 13.

2 - د. رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ط1، دار الفتح للدراسات والنشر، الأردن، 1432 هـ - 2011م، ص 38 وما بعدها.

### 2- الاستيعاب والشمول

من اهم الخصائص التي تمتاز بها القاعدة الفقهية هي خاصية الاستيعاب والشمول، ويراد بهذه الخصيصة ان القاعدة الفقهية تشتمل على حكم جامع لانواع كثيرة من الفروع بحيث تندرج تحتها جميع هذه الفروع وتسري عليها القاعدة الفقهية المعنية بها.

### 3- قاعدة اغلبية او أكثرية

تبعاً لخصيصة الشمول التي تمتاز بها القاعدة الفقهية فان القاعدة المذكورة تمتاز ايضاً في كونها قاعدة تشكل اغلبية او أكثرية، بمعنى آخر هي قواعد غير كلية بحيث يرد عليها استثناءات معينة، فعند استقرار أنواع هذه القواعد وتطبيقاتها نجد انها قواعد تتضمن استثناءات كثيرة في بعض الأحيان، وهذا الامر الذي رجح وجود خصيصة الأغلبية او الأكثرية.

### 4 - التجريد

تتصف القاعدة الفقهية بصفة التجريد ويراد بها ان القاعدة المذكورة تشتمل على حكم مجرد عن الارتباط بجزئية معينة ومحددة، اذ تنطبق القاعدة متى ما توافرت اركان وشروط تطبيقها بغض النظر عن نوع الجزئية.

### ثالثاً : موقف التشريع من القاعدة الفقهية والقاعدة الاصولية

بالرغم من تباين اقسام القواعد الفقهية والقواعد الاصولية<sup>(1)</sup> ، الا ان الدور الواسع لهذه القواعد في مجال الاحكام الشرعية وفي مجال الحفاظ على مصالح الناس، هو امر تنبئه له المشرع فقام

1 - بعد استقرار مؤلفات الكتب الفقهية نجد ان هذه القواعد تتميز بميزة التذبذب، بمعنى آخر لا يوجد خط واضح متفق عليه دائماً بين المذاهب جميعها من حيث أنواع القواعد الفقهية، اذ تنقسم هذه القواعد على أربعة اقسام هي : أ- القواعد الأساسية - هي تلك القواعد المتفق عليها بين جميع المذاهب الفقهية والتي تدور حولها معظم المسائل الفقهية، وهي كثيرة منها ( قاعدة الأمور بمقاصدها) و (قاعدة المشقة تجلب التيسير) و (قاعدة الضرر يزال) .

ب - القواعد الكلية - هي قواعد مسلم بها في مذاهب الفقه الإسلامي، لكنها تشتمل على فروع اقل من القواعد الأساسية واقل منها شمولاً، ومنها قاعدة ( الضرر الأشد يدفع بالضرر الاخف ) .

ج - القواعد المذهبية - هي تلك القواعد الكلية الموجودة في بعض المذاهب دون الاخر، فنجد بعض المذاهب متفقة فيما بينها على هذه القاعدة، في حين ينكرها البعض الآخر، وبرز مثال على هذه القسم هي قاعدة ( العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا الالفاظ والمباني ) فهي قاعدة متفق عليها المذهب الحنفي والمالكي، لكنها قاعدة نادرة التطبيق في المذهب الشافعي =

بتضمين القانون المدني بعضاً من هذه القواعد المهمة التي تساعد القضاء احياناً كثيرة من الوصول الى الحل القانوني السليم وانهاء النزاع بين اطراف الخصومة، ومما يلاحظ على هذه النصوص انها تارة تنص بشكل صريح على قاعدة من هذه القواعد، وتارة أخرى يأخذ المشرع بفحوى قاعدة معينة وتضمين حكمها في النص القانوني بشكل غير مباشر، فمن اقتباسات النص المباشر لهذه القواعد في القانون المدني العراقي الذي نص على انه ( لا ينكر تغير الاحكام بتغير الازمان )<sup>(1)</sup>، كذلك نص على ( درء المفسد اولى من جلب المنافع )<sup>(2)</sup>.

ومن الاقتباسات غير المباشرة لهذه القواعد مثلاً ما نص عليه المشرع العراقي ( يدخل في البيع من غير ذكر : أ - ما كان في حكم جزء من المبيع لا يقبل الانفكاك عنه نظراً الى الغرض من الشراء، فاذا بيعت بقرة حلوب لأجل اللبن دخل تبيعها الرضيع. ب - توابع المبيع المتصلة المستقرة، فاذا بيعت دار دخل البستان الواقع في حدودها والطرق الخاصة الموصلة الى الطريق العام وحقوق الارتفاق التي للدار، واذا بيعت عرصة دخلت الاشجار المغروسة على سبيل الاستقرار. ج - كل ما يجري العرف على انه من مشتملات المبيع.)<sup>(3)</sup>، يقرر النص السابق حكماً قانونياً يشير الى ان البيع لا يقتصر على المبيع بالمعنى الدقيق فقط اذ يدخل في البيع تبعاً ما يعد من قبيل التوابع، فاذا بيع

= د - القواعد المختلف فيها ضمن المذهب الواحد - كما هو معلوم ان مذاهب الفقه الإسلامي غنية بالفقهاء ومؤلفاتهم، فقد يحدث ضمن المذهب الواحد ان يقول فقيه ما بقاعدة فقهية معينة، في حين ينكرها فقيه آخر ضمن المذهب ذاته، لذلك فهذا القسم من القواعد يراد به هي تلك القواعد المختلف فيها داخل المذهب الواحد.

للمزيد من التفصيل ينظر د. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط 1، ج 1، دار الفكر، دمشق، 1430 هـ - 2009 م، ص 31 وما بعدها. د. محمد بن حمود الوائلي، القواعد الفقهية (تأريخها واثرها في الفقه) ط 1، مطابع الرحاب بالمدينة المنورة، السعودية، 1407 هـ - 1987 م، ص 28.

1 - ( المادة 5 ) من القانون المدني العراقي . وقد بين الفقهاء المراد بهذه القاعدة بان ثبوت الاحكام التي تستند على عرف او عادة معينة في زمن معين هو ثبوت قابل للتغير والتبدل، فاذا حدث أي تغيير في هذه الأعراف والعادات فان هذا الامر يستدعي تغير هذه الاحكام بتغير الأعراف والعادات التي استند عليها الحكم، لما في ذلك من مراعاة لاحوال الناس جميعاً. للمزيد ينظر مقداد بن عبد الله السيوري الحلي، نضد القواعد الفقهية على مذهب الامامية، مطبعة الخيام، قم، 1403 هـ - 1983 م، ص 90.

2 - ( المادة 8 ) من القانون المدني العراقي . ومغزى هذه القاعدة اذا تعارضت بقاء المصلحة مع دفع المفسدة يجب ترجيح دفع المفسدة حتى وان تطلب ذلك تفويت المصلحة؛ والسبب في ذلك يعود الى ان الشارع المقدس يهتم بالنواهي اكثر من اهتمامه بالاوامر . للمزيد ينظر ابي عبد الرحمن عبد المجيد جمعة الجزائري، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب اعلام الموقعين للعلامة ابن قيم الجوزية، دار ابن القيم، بدون مكان وسنة طبع، ص 339.

3 - ( المادة 537 ) من القانون المدني العراقي.

حيوان معين دخل جنينه في البيع تبعاً، واذا بيعت عرصة دخلت الأشجار المغروسة في البيع تبعاً، فهذا الحكم القانوني مستمد من القاعدة الفقهية الشهيرة وهي قاعدة ( التابع تابع ) او ( التابع تابع ولا يفرد بالحكم )<sup>(1)</sup>.

وتتمثل خلاصة هذا الفرع في تسليط الضوء على ماهية القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية والوقوف على مضامينها قدر الإمكان، ويقدر تعلق الحال بمسائل تعارض المصالح وبعد استقراء مختلف أنواع هذه القواعد يتبين لنا بروز الدور الهام لهذه القواعد التي من خلالها يستنبط المجتهد او القاضي الحل المناسب للواقعة المعروضة، وهذا الدور الذي يجعل من هذه القواعد سبيلاً يرشد المعنيين الى الحل الأفضل، بيد ان الدخول الى دور هذه القواعد يتطلب دراسة ماهيتها ومضمونها، اذ تبين لنا استقلالية القواعد الفقهية عن القاعدة الأصولية، فلا تعد الأولى مرادفة للثانية من ناحية الشكل والموضوع، اذ توجد بينهما بعض الفوارق التي تجعل كل قاعدة منها متميزة عن الأخرى، وبعد الوقوف بشكل دقيق على ماهية هذه القواعد، يكون لزاماً علينا التعرض الى دورها في حل تعارض المصالح في المعاملات المالية، فهناك بعض القواعد التي تحكم هذه الأمور وتضع حلولاً مناسبة لهذه المسألة وهو ما سنبينه في الفرع القادم.

<sup>1</sup> - قاعدة ( التابع تابع ) أو قاعدة ( الفرع يتبع الأصل ) أو قاعدة ( التابع لا يفرد بالحكم ) هذه القواعد تحمل ذات المعنى ويراد بها، ان التابع للشيء في الوجود تابع له في الحكم، فلا يكون استقلال التابع عن المتبوع ولا يفرد بالحكم دون متبوعه ، بل ان التابع يأخذ حكم المتبوع في جميع الاحوال، و قد نصت مجلة الأحكام العدلية على هذه القاعدة في المادة (47) التي نصت على ( التابع تابع اذا بيع الحيوان في بطنه جنين دخل الجنين في البيع تبعاً ) ، بيد ان هنالك الكثير من التطبيقات العملية على هذه النظرية وخصوصاً في القانون المدني، للمزيد ينظر د. عبد الكريم زيدان، مصدر سابق، ص 110 و ص 111 .

### الفرع الثاني

#### دور القواعد الفقهية والقواعد الأصولية في حل تعارض المصالح

بعد بيان ماهية القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية كمدخل مهم لدور هذه القواعد في مجال المعاملات المالية، وعند الاستقراء الدقيق لهذه القواعد اتضح لنا بروز الدور الفعال لهذه القواعد في تحقيق الحل المناسب لحالات متعددة من أحوال هذا التعارض، إذ هنالك قواعد تعمل بشكل فعال في توفير الحلول السليمة عند حدوث تعارض بين المصالح، وهذه القواعد تارة تكون قواعد فقهية وتارة تكون قواعد أصولية وكما يأتي:

#### أولاً : دور القواعد الفقهية في حل تعارض المصالح

من أبرز مهام القاعدة الفقهية هو تقديم المساعدة الى الفقيه او القاضي لتحديد الحل الواجب التطبيق في قضية معينة، لذا فهناك بعض القواعد الفقهية التي تمثل افضل وانسب الحلول لمشكلة تعارض المصالح في المعاملات المالية، بيد ان هذه القواعد تتميز بالكثرة لذا سنبين بعض المصاديق عن دور هذه القواعد في حل تعارض المصالح وكما يأتي :

#### 1- قاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير)

ورد نص هذه القاعدة في مجلة الاحكام العدلية، إذ نصت هذه المجلة بشكل صريح على ان ( الاضطرار لا يبطل حق الغير) <sup>(1)</sup> ، والتي نص عليها القانون المدني العراقي في المادة ( 213 ) من التي نصت على انه ( - يختار أهون الشرين فإذا تعارضت مفسدتان روعي اعظمها ضرراً، ويزال الضرر الاشد بالضرر الاخف، ولكن الاضطرار لا يبطل حق الغير ابطالاً كلياً... ) .

ويراد بهذه القاعدة ان المضطر اذا دفعه عنصر الاضطرار الى اتلاف شيء ما يعود للغير فيجب عليه ضمان مثل الشيء او قيمته لصاحبه، والاضطرار هو اجبار الشخص على فعل محظور شرعاً، وهذا الاجبار قد ينشأ عن سبب داخلي ويقال له ( السبب السماوي) والذي ليس بمقدور أي انسان ان يقاومه او يدفعه، كالجوع مثلاً، وقد ينشأ عن سبب خارجي يسمى الاضطرار (غير السماوي) وهو الاضطرار الذي يحدث من فعل الانسان، نحو اكراه الشخص على عمل معين يلحق ضرراً بالغير، وفي جميع الأحوال ان الشرع وان أجاز للمضطر الحاق الضرر بالغير او اتلاف

<sup>1</sup> - ( المادة 33 ) من مجلة الاحكام العدلية.

أمواله، فإن هذه الاجازة لا تعد سبباً للخلاص من الضمان، اذ يجب حماية مصلحة الغير الذي تقاجاً بوجود ضرر أصابه او أصاب أمواله لسبب لا يد له فيه (1).

لذلك عند التمعن في هذه القاعدة الفقهية نجد انها تؤدي دوراً كبيراً في حل بعض حالات تعارض المصالح التي تتشابه فيها مصالح شخصين او اكثر بشكل معقد يتطلب ترجيحاً مناسباً بينها، وهذه القاعدة تعد من افضل الوسائل في تحقيق الترجيح المذكور، اذ كثيراً ما يكون الشخص مضطراً الى عمل معين قد يؤدي الى الحاق الضرر بالغير او يجعل من العمل المذكور موجباً للضمان، لذا فمثل هذا الاضطرار يجب ان لا يبخس حقوق الغير، فاذا حدث واضطر شخص الى فعل يلحق ضرراً بالغير فمثل هذا الفعل وان كان جائزاً من الناحية الشرعية الا انه يوجب ضمان ما اتلف من مال الغير.

وأمثلة هذه القاعدة كثيرة منها اذا تعرض انسان الى خطر ما ولم يكن بوسعة النجاة الا باتلاف مال معين لشخص اخر بدون اذن منه، فهنا تعارضت مصلحة المتلف من حيث انه كان مضطراً الى الاتلاف وعليه لا ضمان عليه مع مصلحة صاحب المال في الحصول على الضمان، فهذه القاعدة تضع الترجيح المناسب اذ توجب على المتلف ان يضمن قيمة ما اتلفه مضطراً، ومن الأمثلة الأخرى حالة ما اذا استأجر شخص سيارة معينة لمدة زمنية معينة، ثم وصل بها الى مكان بعيد ومقطوع ثم انتهت مدة عقد الايجار، ففي هذا الفرض تعارضت مصلحة المؤجر في استعادة المأجور بانتهاء المدة الزمنية لعقد الايجار، مع مصلحة المستأجر في الحفاظ على حياته والرجوع بالسيارة رغم انتهاء مدة العقد، لذا فقد أجاز الشرع للمستأجر في مثل هذه الحالة استبقاء المأجور رغم انتهاء المدة الزمنية، على ان يعرض المؤجر عن الضرر الذي أصابه في التأخر عن رد المأجور (2).

### 2- قاعدة ( يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام )

تعد هذه القاعدة من اشهر القواعد الواردة في المؤلفات الفقهية والتي تجد لها أرضية قانونية في العديد من النصوص، والتي نص عليها القانون المدني العراقي في المادة (1/214) منه التي نصت على انه (1 - يتحمل الضرر الخاص لدفع الضرر العام ....).

1 - د. عزت عبيد الدعاس، القواعد الفقهية مع الشرح الموجز، ط 3، دار الترمذي، بيروت، 1409 هـ - 1989م، ص 44.

2 - د. محمد بكر إسماعيل، مصدر سابق، ص 109 و ص 110.

ويراد بهذه القاعدة اذا تقابل الضرر الخاص مع الضرر العام فيجب تحمل الضرر الخاص من اجل إزالة او تجنب الضرر العام، إذ تعدّ هذه القاعدة من القواعد الخاصة بمسائل الضرر وبمقتضى هذه القاعدة يجب التضحية بالضرر الخاص من اجل تجنب وقوع ضرر عام يصيب المجتمع، والامثلة على ذلك كثيرة منها ان يكون لشخص ما جدار على الطريق العام ويخشى سقوط هذا الجدار الذي قد يسبب ضرراً للغير جراء انهياره، ومن اجل تحقيق الترتيح المناسب بين هذه المصالح يجب دفع الضرر العام قدر الإمكان فلا ضير من هدم الجدار رغم ما فيه من ضرر خاص، الا ان مثل هذا الضرر يعد امراً مقبولاً؛ لانه يدفع ضرر عام يلحق بالمجتمع بشكل عام، ومن تطبيقات دور هذه القاعدة في حل تعارض المصالح في المعاملات المالية تظهر في حالة الاحتكار، فعندما يتعمد الباعة شراء ما يحتاج اليه الناس من طعام بقصد احتكارها و رفع أسعارها مستقبلاً، فيجب على الحاكم التدخل وكره الباعة على البيع بقيمة المثل دفعا للضرر العام (1).

### 3- قاعدة ( الأقل يتبع الأكثر )

من ابرز سمات القاعدة الفقهية سعة نطاقها فهي لا تقتصر على معاملة مالية معينة، بل يمتد نطاقها الى مختلف أنواع المعاملات، الامر الذي تعددت بسببه أنواع هذه القواعد، وتعد قاعدة (الأقل يتبع الأكثر) او قاعدة (للاقل حكم الأكثر) من اهم هذه القواعد وبالتحديد في نطاق المعاملات المالية، ومضمون هذه القاعدة ان الشيء القليل يتبع الشيء الكثير في الحكم، فمن اجل رفع التعارض بين المصالح، يجب عدّ الكثرة سبباً من أسباب الترتيح، والحاق القليل بالكثير من اجل تحقيق الموازنة العادلة (2).

وتعد هذه القاعدة من القواعد الفقهية التي ترجح بمقتضاها احدى المصالح المتعارضة على المصالح الأخرى، ويعتمد نطاق تطبيقها على وجود شيئين احدهما كثير القيمة والأخر قليلها، مع وجود تصرف او واقعة تجعل من هذا الامر مدعاة لتعارض المصالح، فيتم اعتماد حكم الكثير وترجيح مصلحة صاحب الشيء الأكثر قيمة مع عدم الاخلال بحقوق صاحب الشيء الاقل قيمة،

<sup>1</sup> - د. صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط1، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض،

1417 هـ - 1497م، ص 534. د. مسلم بن محمد بن سالم الدوسري، مصدر سابق، ص 249.

<sup>2</sup> - د. محمد مصطفى الزحيلي، مصدر سابق، ص 601 و ص 602.

ومن تطبيقات دور هذه القاعدة في مجال القانون المدني يظهر في الالتصاق (1) ، اذ نص المشرع العراقي على (اذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف او نفقة فاحشة ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين وكان الالتصاق قضاءً وقدرًا، ملك صاحب المنقول الاكثر قيمة المنقول الآخر بقيمته). (2) ، تبين المادة المذكورة سلفاً فرضية اختلاط مالين منقولين مملوكين لشخصين مختلفين وهو ما يسمى قانوناً ( الالتصاق بالمنقول ) فقد يحدث ان يختلط منقول لشخص ما مع منقول لشخص آخر قضاءً وقدرًا بدون اتفاق مسبق بين المالكين، ففي هذا الوضع المعقد تعارضت مصلحة صاحب المنقول الأول مع مصلحة صاحب المنقول الثاني، اذ تتمثل مصلحة كل منهما في المحافظة على ملكية ماله الذي اتحد او التصق او اختلط مع أموال غيره، فيجب على المحكمة ان تبحث عن الحل المناسب لحل هذا التعارض، وقد ارشدها بذلك المشرع الى حل قانوني ومعقول، يتمثل هذا الحل بالتمييز بين حالتين، الحالة الأولى اذا وجد اتفاق على ملكية الأموال فيجب العمل بهذا الاتفاق، اما الحالة الثانية فتظهر عند عدم وجود اتفاق بين المالكين ففي هذا الفرض يمتلك صاحب المنقول الأكثر قيمة المنقول الاخر بعد دفع قيمته الى مالكة.

### ثانياً : دور القواعد الأصولية في حل تعارض المصالح

لا يخفى علينا الدور المهم لقواعد أصول الفقه الإسلامي في مختلف احكام الشريعة الاسلامية، هذه القواعد التي وضعها علماء أصول هذا الفقه العظيم لمعالجة جميع المسائل التي عرضت عليهم آنذاك، وتعد مسألة تعارض المصالح من اهم الأمور التي وضع لها علماء الأصول بعضاً من القواعد الأصولية التي تعمل بشكل جدي ومنطقي على حل تعارض المصالح بأفضل حل بشكل يتناسب مع أهمية المعاملة وأهمية هذه القواعد، إذ أسسوا قواعد أصولية تنطبق على احوال معينة من احوال هذا التعارض، وهذه القواعد تتميز بالكثرة لذا سنبين أهم هذه القواعد وكما يأتي :

#### 1- المصلحة الضرورية تقدم على المصلحة الحاجية والتحسينية

بادئ ذي بدء تعرف المصلحة الضرورية بأنها ( كل مصلحة تتعلق بقيام مصالح الدين والدنيا

1 - الالتصاق هو ( سبب من أسباب كسب الملكية الذي يحدث عند اتحاد شيء مملوك لشخص محدد مع شيء يعود لشخص اخر، على ان يكون سبب الالتصاق قضاءً وقدرًا دون سابق اتفاق بين المالكين) للمزيد ينظر د. علي كحلون مصدر سابق، ص 9.

2 - ( المادة 1125) من القانون المدني العراقي.

بحيث ان فقدانها يؤثر في استقامة أمور الدنيا<sup>(1)</sup> ، في حين يقصد بالمصلحة الحاجية ( هي المصلحة المطلوبة بقصد رفع الضيق والحرج )<sup>(2)</sup> ، كما تعرف المصلحة التحسينية بأنها ( هي المصلحة غير الضرورية ولا يتعلق بها حاجة مهمة من حوائج الناس لكنها تشتمل على مكرمة معنية )<sup>(3)</sup> ، ومقتضى هذه القاعدة الأصولية ان المصلحة الضرورية أولى على غيرها من المصالح وهي اصل المصالح الأخرى ومبنى كل الفروع الجزئية الأخرى للمصالح، ويليهما في مرتبة الأهمية المصلحة الحاجية؛ لأن تفويت هذه المصلحة يترتب عليه الوقوع في الضرر والحرج، لذا فعند تعارض المصلحة الضرورية مع المصلحة الحاجية او التحسينية يجب على المجتهد تقديم المصلحة الضرورية؛ نظراً لقوة هذه المصلحة في سلم المصالح.

### 2- المصلحة المعتبرة تقدم على المصلحة غير المعتبرة

لقد عرف فقهاء المذاهب الإسلامية واصول الفقه المصلحة المعتبرة بأنها ( كل مصلحة أكد الشارع على اعتبارها وقام بوضع الاحكام الشرعية الخاصة بها وتوصل اليها وقدم الدليل الشرعي الذي يؤكد على رعايتها )<sup>(4)</sup> ، وبينوا مضمون المصلحة غير المعتبرة بأنها ( تلك المصلحة التي اكد الدليل على اهدارها وعدم اعتبارها وهي في حقيقتها تتضمن مفسدة معينة )<sup>(5)</sup> ، وبموجب هذه القاعدة اذا حدث تعارض بين مصلحة من النوع المعتبر ومصلحة من النوع غير المعتبر فتهدر المصلحة الأخيرة في مقابلة المصلحة الأولى التي يكون لها سبق الأولوية والترجيح، اذ ان اهدار المصلحة الملغاة من قبل الشارع هو دليل على عدم الاعتداد بها في مقابلة المصلحة المعتبرة شرعاً، لذا فان اي مصلحة دل عليها القرآن الكريم او السنة النبوية الشريفة او الاجماع على انها مصلحة معتبرة، فمثل هذه المصلحة تقدم على أي من المصالح الملغاة<sup>(6)</sup>.

1 - الشاطبي، مصدر سابق، ص7 .

2 - الشاطبي، مصدر سابق، ص9 .

3 - محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، مطبعة الارشاد، بغداد، 1390 هـ - 1971م، ص169 .

4 - أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، روضة الناظر وجنة الناظر، دار الكتاب العربي، بيروت، 1401 هـ - 1981 م، ص149 .

5 - عبد الله مصطفى الفواز و محمد عمر سماعي، مصدر سابق، ص3 .

6 - د. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بدون مكان وسنة طبع، ص124 وما بعدها.

3- المصلحة الدائمة تقدم على المصلحة المؤقتة تنقسم المصالح من ناحية البقاء والدوام على نوعين، فهناك ما تسمى بالمصالح المستمرة او الدائمة ويراد بها تلك المصلحة التي تستمر في جميع الازمان او لفترة زمنية طويلة نوعا ما، والنوع الثاني هنالك المصالح المؤقتة وهي تلك المصلحة قصيرة الزمن، لذلك في حال تعارضت هاتين المصلحتين فيعتمد ترجيح المصلحة الأطول زمناً، اذ تقدم المصلحة الدائمة على المصلحة المؤقتة؛ نظراً لكثرة نفع الأولى واستمرار اثرها (1).

### 4- المصلحة المؤكدة تقدم على المصلحة الظنية

تنقسم المصالح من حيث تحقق الوجود الى نوعين، هنالك المصلحة المؤكدة وهي تلك المصلحة التي يتحقق وجودها فعلياً فهي اعتقاد جازم غير قابل للتغيير، وهنالك المصلحة الظنية وهي كل مصلحة موهومة غير مؤكدة الوجود، وقد جاء في شرح هذه القاعدة بأن التعارض بين هاتين المصلحتين يوجب تقديم المصلحة المؤكدة على المصلحة الظنية؛ نظراً لأهمية عنصر التحقق في المصلحة الأولى (2).

وقد ينبري من يسأل هل يجوز للمحكمة الاستعانة بالقواعد الفقهية والقواعد الأصولية المذكورة سلفاً من اجل حل النزاع المتضمن تعارضاً بين المصالح؟ للإجابة نقول بادئ ذي بدء نجد ان المشرع في القانون المدني العراقي قد نص بشكل صريح على بعض القواعد الفقهية والقواعد الأصولية في متن هذا القانون، الا انه في المقابل توجد العديد من هذه القواعد لم يرد لها ذكر في القانون المذكور، لذا تبقى فرضية جواز حل التعارض للقضية المعروضة من خلال الاستعانة بالقواعد غير المنصوص عليها هي فرضية يحدد جوازها من عدمه النص القانوني نفسه، اذ من خلال الرجوع الى القانون المدني العراقي نجد انه نص صراحة على انه (1 - تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها . 2 - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الاسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة .

1 - د. أسماء المدني، مصدر سابق، ص 373.

2 - احمد بن محمد الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الاشباه والنظائر، ط1، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405 هـ 1985م، ص 193. زكريا بن محمد بن احمد بن زكريا الانصاري، الحدود الانيقة والتعريفات الدقيقة، ط1، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1411 هـ - 2010 م، ص 68.

3- وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية. (1).

لذا يفهم من النص السابق ان المشرع العراقي حدد مصادر القانون المدني بشكل محصور متسلسل و مندرج، بدءاً من التشريع ثم العرف ثانياً ثم مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملاءمة لنصوص القانون ثم قواعد العدالة واخيراً الاحكام القضائية في الدول الأخرى التي تقترب في قوانينها مع القانون العراقي، بمعنى اخر ان المشرع العراقي أجاز للمحكمة الرجوع الى القواعد الفقهية والقواعد الأصولية والاستعانة بأحكامها من اجل حل تعارض المصالح المعروض امامها بشرط عدم وجود نص تشريعي او عرف معين يمكن تطبيقه، ذلك استناداً الى نص المادة المذكورة الذي يضع مبدأ هاماً من مبادئ القانون والذي يسمى (مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي) (2).

وصفوة الكلام عن هذا الفرع تتمثل في بيان احدى وظائف هذه القواعد المتمثلة في حل مشكلات تعارض المصالح، اذ نجد بعض القواعد الفقهية ذات النطاق والتطبيق الواسع الذي يمثل حلاً لمشكلة محددة او تطبيق محدد من مشاكل او تطبيقات هذا التعارض، فمثلاً هنالك قاعدة (الاضطرار لا يبطل حق الغير) هذه القاعدة التي تضع حلاً لتعارض مصلحة المضطر مع مصلحة المضرور من هذا الاضطرار، اما على مستوى القواعد الأصولية فتظهر بشكل قاعدة عامة تنطبق متى ما توافرت شروط تطبيقها، فهناك مثلاً قاعدة المصلحة الضرورية تقدم وتفضل على المصلحة الحاجية والمصلحة التحسينية، وهنالك قاعدة المصلحة الدائمة تقدم على المصلحة المؤقتة، لذا فهذه القواعد

1 - (المادة 1) من القانون المدني العراقي، وفي هذا السياق يلاحظ ان المشرع العراقي في المادة المذكورة قد وقع في خطأ تشريعي بشأن التمييز بين مبادئ الشريعة الإسلامية وبين احكام الفقه الإسلامي، اذ بموجب النص المذكور أحال المحكمة عند غياب النص الى المصدر الثاني وهو العرف (في القانون المدني) فاذا لم يوجد مثل هذا العرف ينتقل القاضي ويطبق مبدأ الإحالة على مبادئ الشريعة الإسلامية وليس الى الفقه الإسلامي، وكما هو معروف ان مبادئ الشريعة الإسلامية تختلف وتتميز عن الفقه الإسلامي، فهذه المبادئ في حقيقتها مبادئ قليلة ولا تسعف القاضي في الوصول الى الحكم المناسب، لذلك كان من الأفضل على المشرع العراقي ان يحيل القاضي الى الفقه الإسلامي بدلاً من مصطلح مبادئ الشريعة الإسلامية.

2 - يعرف مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي بأنه ( انتقال القاضي من النص القانوني الى الفقه الإسلامي بناءً على رغبة المشرع، من اجل التوصل الى حل معين لمسألة لم يضع لها المشرع حكماً قانونياً ) للمزيد ينظر د. حيدر حسين كاظم و د. صفاء متعب فجة، و م.م وليد طارق فيصل، مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي (دراسة في تشريعات الاسرة العربية)، بحث منشور في مجلة القادسية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، المجلد 11، كانون الأول 2020،

لا غنى عنها في مجال التعارض والتي تبرز ثقافة واجتهاد علماء وفقهاء الفقه الإسلامي واصله، بيد أن كل ما تقدم ينصب في مرحلة القواعد الفقهية والقواعد الأصولية، إلا أن هناك مرحلة أخرى ومهمة هي مرحلة الصياغة التشريعية، فمن أجل الابتعاد عن حالات تعارض المصالح التي يعود سببها إلى المشرع يجب أن تأتي صياغة النصوص بشكل منضبط يحقق التطبيق السليم للقانون من خلال اعتماد قواعد خاصة لانجاح هذه الصياغة، وهذا ما سنبينه في المطلب القادم.

### المطلب الثاني

#### مرحلة الصياغة التشريعية

بادئ ذي بدء يجب القول أن الصياغة التشريعية لها الأثر الكبير في الدلالة على نجاح التشريع من عدمه، إذ كلما كانت هذه الصياغة منضبطة وسليمة تراعى فيها مقومات النجاح الموضوعية والشكلية كلما دل ذلك على نجاعة التشريع، ومن أجل تلافي حالات تعارض المصالح داخل النصوص القانونية يجب الاهتمام بعملية صياغة النص والابتعاد عن الأسباب المؤدية إلى وجود حالات تعارض المصالح، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول سنبين مفهوم الصياغة التشريعية، و سنتناول في الفرع الثاني دور الصياغة التشريعية في حل تعارض المصالح.

### الفرع الأول

#### مفهوم الصياغة التشريعية

تعد الصياغة التشريعية من أهم الأمور التي تسهم في تعزيز قوة القانون ؛ بسبب اختلاف طرق وضع النص القانوني من تشريع إلى آخر، كذلك أن هذه الصياغة تستند على عناصر محددة لا بدّ منها لإكمال عملية الصياغة، فقد بينا سابقاً أن من أسباب وجود تعارض المصالح في المعاملات المالية هو عدم دقة الصياغة التشريعية، لذا سنبين أولاً تعريف الصياغة التشريعية، وثانياً عناصر الصياغة التشريعية، وثالثاً قواعد نجاح الصياغة التشريعية، وأخيراً نبين عيوب الصياغة التشريعية :

### أولاً : تعريف الصياغة التشريعية

ان تعريف الصياغة التشريعية لا يشمل فقط الكتابة او المسلك اللغوي للنص، بل يتعداه ليشمل ترتيب هيكلية النص التشريعي وبنائه اذ تعد هذه الصياغة فن قائم بذاته وعلم قانوني له أصوله الخاصة، لذلك فقد تعددت التعاريف التي بينت ما هو المقصود بهذه الصياغة، فمنهم من عرفها بأنها ( القالب الذي تُصَب فيه جوهر او مضمون النص) <sup>(1)</sup> ، يؤخذ على هذا التعريف بأنه يركز على شكل القاعدة القانونية، اذ لا بدّ ان تكون الصياغة منضبطة و محكمة من حيث الشكل اللغوي، في حين ان الصياغة القانونية تشتمل على جانب لغوي و جانب موضوعي يرتبط بالجانب اللغوي، كذلك تعرف بانها ( اللسان الناطق بجوهر النص القانوني و بقدر نجاح هذه الصياغة او فشلها يكون حظ هذا النص من النجاح او الفشل ) <sup>(2)</sup> ، يلاحظ ان التعريف السابق يضع تقدير مدى نجاح النص القانوني بمعيار معين هو نجاعة الصياغة القانونية من عدمها وهو امر جدير بالتأييد.

وتجدر الإشارة إلى أن الصياغة التشريعية وجدت من اجل تنظيم الفاظ النص وتنسيقها في نصوص تشريعية تتعامل مع الواقع المادي الذي يراد به تجسيد الواقع الاجتماعي والسياسي والاقتصادي، فهي تشبه المادة الأولية التي يتعامل معها النحات ان صح التعبير ومثل المشرع كمثل النحات الذي يفترض أن تكون لديه سياسة الصياغة القانونية في تحضير و تنظيم مضمون وشكل النص التشريعي؛ لأن نجاح أي قاعدة قانونية يتوقف على حسن الصياغة واختيار الألفاظ المناسبة لتحقيق الغرض المقصود من النص القانوني، وبناء على ما تقدم يتبين لنا أن الصياغة القانونية هي فن من فنون العلم الذي لا يمكن أن يقوم به أي شخص أو أي قانوني حتى، بل لا بد من توافر مقومات عديدة لدى الصانع من أجل الوصول بالنص التشريعي الى بر الأمان ، لذلك يمكن لنا أن نعرف الصياغة التشريعية بأنها ( فن وضع النص التشريعي بشكل واضح و سليم أسلوباً و موضوعاً من خلال تباع قواعد الصياغة الصحيحة ) .

<sup>1</sup> - د. محمد فريد عبد اللطيف، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية و التطبيق (دراسة مقارنة ) ، ط 1 ، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع ، مصر ، 2017 م، ص 99.

<sup>2</sup> - د. خالد جمال احمد ياسين، مبادئ الصياغة التشريعية، بحث منشور في المجلة القانونية، العدد الرابع، البحرين، 2015م، ص 11.

### ثانياً : عناصر الصياغة التشريعية

إن الصياغة التشريعية باعتبارها فن من الفنون العلمية لا بد من أن تستند على عناصر معينة تضي عليها طابع الصحة، لذلك تستند الصياغة التشريعية على ثلاثة عناصر هي ( الصائغ التشريعي ، المصوغ ، المصوغ به ) وكما يأتي (1) :

**1- الصائغ التشريعي** - الصائغ التشريعي هو الشخص الذي يقوم بعملية صياغة النص التشريعي ، و يتفاوت صاغة النص التشريعي بتفاوت خبراتهم و امتلاكهم لآليات الصياغة ، فكلما كان الصائغ متقناً لفنون الصياغة وملماً بضوابطها كلما كان النص القانوني فاعلاً ومؤثراً عند التطبيق، لذا لا يكون الشخص مؤهلاً لعملية الصياغة الا اذا كان على قدر من المعرفة بالعلوم الأخرى، كعلم أصول الفقه و أصول اللغة و المنطق و غيرها .

**2 - المصوغ** - يقصد به المادة أو المضمون أو الحكم اذ تستهدف الصياغة اظهار مادة معينة أو حكم معين أو قالب معين على قدر من الفلسفة الصحيحة، أي أن المشرع يهدف الى بيان ما يلزم المخاطبين به أو ما هو منهي عنه، لذلك فعنصر المصوغ هو العنصر الذي يمثل الجوهر الأساس للنص التشريعي؛ لأن أية صياغة تشريعية لا بد أن تكون مستندة الى فكرة سابقة لوضع النص التشريعي .

**3 - المصوغ به ( اللفظ او القالب )** - ان الصائغ عندما يصوغ النص التشريعي يسعى الى إيصال المعنى من خلال مجموعة من الألفاظ التي يستخدمها لصياغة النص التشريعي، اذ ان هذه الألفاظ تشكل لغة لها خصوصية هي لغة القانون التي تتضمن ألفاظ لغوية خاصة بعلم القانون، وعليه فإن الصائغ التشريعي يحتاج الى معرفة في مجال اللغة القانونية لأن هذه اللغة هي اللغة التي يصاغ بها التشريع، اذ كلما كان الصائغ ملماً بهذه اللغة كلما اصبح اكثر قدرة على إيصال النص القانوني بشكل سليم؛ لأن هذه اللغة هي وسيلة التعبير الطبيعية للمشرع التي من خلالها يفصح افصاحاً واضحاً عن الغاية التي يرغب بالوصول اليها، لذا يكون لزاماً على الصائغ ان يتحلى بمهارات ومعرفة واسعة بمعاني الالفاظ العامة منها و الخاصة، المطلقة منها والمقيدة ، ليختار الافضل منها، كما عليه اختيار المعاني الواضحة وتجنب الالفاظ المترادفة.

<sup>1</sup> - د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المعايير العامة للصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة التاسعة ، 2017 م ، ص 5 و ص 6 .

### ثالثاً : قواعد نجاح الصياغة

من اجل ان يظهر النص القانوني بحياسة منضبطة هنالك قواعد موضوعية وقواعد تتعلق بأسلوب الصياغة ينبغي ان يتضمنها النص ويلم بها الصانع، وهذه القواعد تارة تكون قواعد لنجاح موضوع الصياغة ، وتارة تكون قواعد لنجاح اسلوب وكما يأتي :

#### 1- قواعد نجاح موضوع الصياغة

هنالك قواعد موضوعية داخل النص ذاته تسهم في جعل النص اكثر سلامة في حال مراعاتها و من اهم هذه القواعد هي (1) :

**أولاً : شمول النص لجميع الحالات -** كما نعلم ان النص القانوني يتميز بصفة العموم، فهو يطبق متى ما توافرت شروط تطبيقه، لذا يجب أن يوضع النص غالباً بلفظ عام، كما أنه ليس من السهولة على المشرع أن يتنبأ بجميع الحالات لأنها في تطور مستمر.

**ثانياً : تحديد الجهة المخاطبة بالقانون -** يجب تحديد من هي الجهة المخاطبة بالقانون اذ هنالك تشريعات عامة تطبق على كل أفراد المجتمع كالقانون المدني، وفي المقابل هنالك قوانين خاصة تطبق على اشخاص محددين كقانون رعاية القاصرين، اذ نص قانون رعاية القاصرين على ( يسري هذا القانون على :- أ - الصغير الذي لم يبلغ سن الرشد ... ب - الجنين ... ج - المحجور... د - الغائب و المفقود. .... ) (2) .

**ثالثاً : تحديد الجهة المنفذة للقانون -** لا بد من تحديد من هي الجهة التي يقع على عاتقها مهمة تطبيق القانون، فقد تختلف هذه الجهات حسب نوع القانون قانون وزارة الداخلية و قوى الامن الداخلي تطبقه المجالس المشكلة في وزارة الداخلية، وهنالك قانون التنفيذ الذي يطبق في دوائر التنفيذ.

**رابعاً : أن يكون التشريع بما يتلاءم مع واقع المجتمع و حسب فلسفة كل بلد -** لا يجوز للصانع وضع قانون لا يتلاءم مع طبيعة العادات و الأعراف الخاصة بكل بلد .

1 - للمزيد ينظر د. سعد جابر السوداني، القصور في الصياغة القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد الرابع، الإصدار 18، 2015 م، ص 5 .

2 - ( المادة 3 ) من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980.

خامساً : وضع أسباب موجبة في نهاية المشروع - هذه الأسباب تساعد القاضي في الوقوف على فلسفة التشريع الذي امامه و قد يساعده بشكل كبير في الوصول إلى حل للنزاع المعروض امامه .

### 2 - قواعد نجاح أسلوب الصياغة

يراد بأسلوب الصياغة طريقة حياكة النص القانوني بشكل سليم يتفق مع قواعد الأصول و اللغة و غيرها، لذلك هنالك قواعد يتعين على الصانع اتباعها من حيث الأسلوب هذه القواعد التي تشكل عصب نجاح الصياغة وهذه القواعد كثيرة اهمها هي (1) :

أ - يجب أن تكون لغة التشريع مفهومة واضحة لا تثير التباس او غموض ولا تؤدي إلى التناقض بين الالفاظ، وهذا الأمر يتطلب الامام بقواعد اللغة العربية و علم النحو و علم المنطق.

ب - من الضروري جداً ان تكون الصياغة في جمل قصيرة تراعى فيها علامات الترقيم، او تفصيلها في بنود او فقرات بحيث تؤدي الى وضوح الفكرة و ترابطها .

ت - يفضل جداً استعمال صيغة المضارع البسيط في صياغة الجملة الفعلية؛ لكونها اكثر تحديداً من صيغة المستقبل .

ث - الانتباه عند استخدام (واو العطف) و حرف (او) باهتمام و عناية، لما يترتب على هذا التمييز من اختلاف كبير و دقيق، كذلك يجب تجنب استخدام الكلمات المبهمة التي تؤدي الى التظليل.

ج - يفضل استخدام لفظ المذكر ليسري على المؤنث، والمفرد ليسري على الجمع، الا اذا تطلب النص لفظاً مؤنثاً او جمعاً.

ح - يفضل استخدام المصطلحات الحديثة في المجتمع والواقع وتجنب المصطلحات القانونية القديمة غير المألوفة .

خ - الابتعاد عن استخدام مصطلحات اجنبية الا عند الحاجة لذلك .

### رابعاً : عيوب الصياغة التشريعية

بعد اكتمال عملية الصياغة القانونية و اصدار القانون بتشريع من السلطة المختصة نجد في بعض الأحيان اشتمال النص القانوني بعضاً من العيوب اللغوية او القانونية التي تؤثر على فحوى

<sup>1</sup> - د. عيسى خليل خير الله، روح القوانين، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 26.

النص وتطبيقه وهي ما تسمى عيوب الصياغة وأهم هذه العيوب هي (1) :

**1- الأخطاء** - يعرف الخطأ بصورة عامة بأنه ( أن يقصد الشخص بفعله شيء معين فيصادف غير ما قصده) (2) ، وإذا نقلنا هذا التعريف الى الخطأ في الصياغة القانونية يمكن لنا أن نقول بان الخطأ في الصياغة القانونية هو ان يقصد الصائغ شيء معين فيصادف وقوع غير ما قصده مما يؤدي الى اختلاف الحكم، وفي مجال الأخطاء التي تصيب النص القانوني وتنتال من سلامته يظهر لنا أن هذه الأخطاء في مجال الصياغة القانونية تكون على عدة أنواع هي :

**أ - الأخطاء اللغوية** - لا بد أن يكون الصائغ ملماً بقواعد اللغة و المنطق لكي يتمكن من وضع نص قانوني سليم لغوياً، إذ أن الخطأ اللغوي في أي عبارة من عبارات اللغة في النص القانوني قد تجعل النص غير سليم لغوياً و يترتب عليه مشاكل قانونية متعددة، ومن ابرز هذه الأمثلة على عيب الصياغة اللغوية هو أن المشرع العراقي في القانون المدني قد حمل عديم التمييز المسؤولية التقصيرية عن فعله الضار، وفي مادة أخرى اشترط التعمد والتعدي لقيام المسؤولية التقصيرية وكليهما يشترطان التمييز لكونهما يتطلبان الخطأ وهذا الخطأ لا يمكن ان ينسب الى عديم تمييز، فهذا الخطأ اللغوي في الصياغة قد جعل من هذه التناقض مدار نقاش كبير بين فقهاء و شراح القانون المدني العراقي، لذلك فان هذا العيب قد يؤدي احياناً الى التعارض بين النصوص القانونية (3).

**ب - الأخطاء المادية** : هي الأخطاء التي تصيب النص القانوني مباشرة فتنتال من سلامته و تجعل منه عرضة للطعن والنقاش، ومن اهم صور هذه الأخطاء هو الخطأ في نقصان حرف من حروف بعض الكلمات المذكورة في النص القانوني، نحو ما نص عليه القانون المدني المصري ( تسري احكام عقد العمل ... و الممثلين التجاريين الجوابين ) فهناك نقص في النص و هو إضافة حرف عطف ( او ) بين كلمة الممثلين التجاريين وبين الجوابين ، ومن الصور الأخرى هو اغفال ذكر جميع الشروط التي تحقق الحكم القانوني ، فمثلا نجد القانون المصري القديم نص على التقادم الخمسي

<sup>1</sup> - د. حيدر ادهم عبد الهادي، أصول الصياغة القانونية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009م، ص 96.

<sup>2</sup> - عبد السلام بن احمد بن رجب السلامي المعروف بابن رجب، جامع العلوم والحكم، ط 1، دار ابن كثير، بدون مكان طبع، 1429 هـ 2008م، ص 352.

<sup>3</sup> - د. مصطفى ابراهيمي الزلمي، أصول الفقه في نسيجه الجديد، ط 10، ج 2، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، بدون سنة طبع، ص 427.

بانه يكسب بالمدة القصيرة وهي خمس سنوات ، لكنه أغفل ذكر الشرط الثاني وهو حسن النية لدى الحائز (1).

**ب - الأخطاء القانونية :** وعادة يكون خطأ غير مقصود بحيث يستوجب التصحيح كما قد يكون من نوع النقص حينما يتم اغفال لفظ في النص التشريعي بحيث لا يستقيم الحكم بدونه (2) ، وهذا الخطأ يأخذ عدة اشكال منها ، الزيادة في النص القانوني بحيث يشتمل النص على كلمات زائدة لا حاجة لها، و من صورهِ ايضا التكرار في النص القانوني بشكل غير صحيح ، كذلك من ضمن هذه الصورة هو اضطراب الصياغة بحيث تكن بعض نصوص القانون غير متناسقة مع توجهات المشرع ، مثلا نجد القانون المدني الفرنسي بعد تعديله لم يعتبر السبب ركن من أركان العقد ، لكن يلاحظ بانه لم يستغني كلية عن هذه الفكرة فقد نص عليها وبصورة غير مباشرة في بعض المواد منا ما نص عليه ( لا يجوز أن يخالف العقد النظام العام لا بشروطه ولا بهدفه سواء أكان هذا الأخير معلوما من جميع الأطراف أم لا ) (3) ، يلاحظ على النص المتقدم بان القانون المدني الفرنسي قد اشترط أن يكون هدف العقد مشروعاً وهذا الهدف يبدو أنه يمثل فكرة السبب، فهذا النص جاء بصياغة قانونية مضطربة جعلت الكثير من الشراح يعدون أن المشرع الفرنسي قد جاء بتوجه غير دقيق وغير واضح بشأن ركن السبب في العقد بسبب اضطراب صياغة النص المذكور.

**2- التعارض :** يعد التعارض بين النصوص القانونية من أهم صور العيوب التي يتعرض لها النص القانوني، فهذا التعارض يظهر بشكل واضح عند تطبيق القانون فيجد القاضي أن التشريع يتضمن نصين احدهما لا يتفق مع الآخر من حيث المضمون ، وقد يكون التعارض بين تشريعات مختلفة او بين نصين في تشريع واحد (4) ، فالتعارض في النوع الأول قد يكون بين نص عام ونص خاص او بين المطلق و المقيد ، مثلا نص المشرع العراقي على ( يصح تخصيص الوكالة بتخصيص الموكل به ... ) (5) ، لكن جاء المشرع في قانون آخر ونص على ( لا يعتد بالوكالة في اجراءات البحث الاجتماعي والتحكيم وفي إيقاع الطلاق ) (6) ، فهذه المادة جاء بنص خاص يتعارض مع النص الأول

1 - د. خالد جمال احمد، مصدر سابق، ص 20 وما بعدها .

2 - د. عيسى المرزوق، الصياغة التشريعية، ط 1، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2015، ص 65.

3 - المادة ( 1162 ) من القانون المدني الفرنسي.

4 - د. حيدر ادهم عبد الهادي، مصدر سابق، ص 97 وما بعدها.

5 - ( المادة 931 ) من القانون المدني العراقي.

6 - ( المادة 34 / ثانياً ) من قانون الأحوال الشخصية العراقي رقم 188 لسنة 1959.

لذلك يطبق النص الأول على الحالات العامة بينما يطبق النص الثاني على الحالة الخاصة به وهي إجراءات البحث الاجتماعي، وغالبا ما يضع المشرع بعض القواعد التي يتم بموجبها حل هذا التعارض فمثلا نص القانون العراقي على (المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقد دليل التقييد نصاً او دلالة) (1).

**3- الغموض :** يقع الغموض عندما يستخدم المشرع جملة من العبارات التي تحمل اكثر من معنى واحد، او استخدم مفردات لغوية بطريقة غير صحيحة بحيث لا تعطي الحكم القانوني الصحيح الذي قصده المشرع (2)، وهذا الغموض يكون على عدة صور هي :

أ - استخدام لفظ عام خفي يدل على الحكم بطريقة واضحة لكنه يثير بين ثناياه قروض متعددة كان يجب أن يشملها النص بالحكم - من ذلك ما نص عليه المشرع العراقي في تحديد شروط الوصية اذ نص على (يشترط في الموصى له : ... ثانياً - أن لا يكون قاتلاً للموصي) (3)، فهذا النص يقرر حكماً واضحاً في انه يحرم الموصى له القاتل من الوصية اذا قتل الموصي هذا من جانب، لكنه من جانب آخر يثير غموضاً كبيراً من حيث عدم تحديده لنوع القتل المانع من استحقاق الموصى له للوصية فهل هو القتل العمد ام القتل الخطأ ام مطلق القتل.

ب - استخدام اللفظ العام الذي يحمل في معناه أحوال متعددة ازدحمت فيها المعان واشتبه المعنى المراد بغيره فلا يفهم المراد منه الا بالتفسير من الجهة التي اصدرته - من ذلك ما نص عليه المشرع العراقي ( كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه يكون كامل الاهلية لمباشرة حقوقه المدنية ) (4)، فقد علق النص كمال الاهلية على بلوغ سن الرشد ولم يحدد ما هو العمر المطلوب لبلوغ سن الرشد، لذلك فقد تطلب الأمر تدخل المشرع واراد هذه المادة بالمادة ( 106 ) من ذات القانون التي حددت سن الرشد بثمان عشر سنة كاملة.

1 - ( المادة 160 ) من القانون المدني العراقي.

2 - د. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 216.

3 - ( المادة 68/ثانياً ) من قانون الأحوال الشخصية العراقي.

4 - ( المادة 46 ) من القانون المدني العراقي.

وخلاصة هذا الفرع يمكن اجمالها بمضمون الصياغة التشريعية وقواعدها الأساسية، اذ تتمثل فكرة هذه الصياغة باعتبارها فن من الفنون القانونية التي تتم وفقاً لقواعد أصولية تجعل من النص المصاغ نصاً قانونياً لا يثير مشاكل مستقبلية عند تطبيقه، وعند تحليل هذه العملية وجدنا انها تتكون من ثلاثة عناصر هما، الصانع وهو الشخص الذي يقوم بعملية الصياغة، و المصوغ وهو المادة او الموضوع المراد صياغته، والمصوغ به الذي يمثل الفاظ الصياغة، وعند الجمع بين هذه العناصر ومن اجل اخراج النص التشريعي بأفضل صورة هنالك قواعد موضوعية وقواعد تتعلق بأسلوب الصياغة ينبغي جدا ان يكون الصانغ ملماً بها قدر الإمكان من جل تحقيق الغاية من هذا النص، مع التأكيد على ضرورة الابتعاد عن عيوب الصياغة التشريعية بمختلف أنواعها، فلا يمكن عد النص التشريعي نصاً متكاملماً ما لم يبتعد عن هذه العيوب والتي بسببها قد يظهر تعارض المصالح في المعاملات المالية، ولكي يكون لهذه الصياغة دور في حل التعارض بين المصالح وهو ما سنبيبه في الفرع القادم.

### الفرع الثاني

#### دور الصياغة التشريعية في حل تعارض المصالح

بعد بيان المراد بالصياغة التشريعية وتحديد القواعد الموضوعية وقواعد نجاح أسلوب الصياغة، سنحاول تطبيق ما تقدم على دور الصياغة التشريعية في حل مسائل ومنازعات تعارض المصالح في المعاملات المالية، فقد بينا سابقاً ان المشرع الوضعي قد يتسبب بنشوء او ظهور حالة او اكثر من حالات تعارض المصالح؛ وذلك عندما تأتي الصياغة بأسلوب غير منضبط يفتقر الى الإحاطة الشاملة بما يمكن ان يتسبب به النص القانوني من أحوال التعارض، اذ يجب اخذ جميع مصالح الأطراف بعين الاعتبار ومن ثم وضع الحكم القانوني المناسب الذي لا يبخس مصالح أصحاب الحقوق.

وبعد استقراء المؤلفات القانونية لم يتيسر لنا على قدر اطلعنا من بحث في بيان دور الصياغة التشريعية في مسائل تعارض المصالح، وعند الاطلاع على النصوص القانونية وتحليلها يمكن لنا ان نبين دور الصياغة التشريعية في حل تعارض المصالح في الفقرات الآتية :

### أولاً : دور الصياغة التشريعية في الحكم القانوني

بقدر تعلق الحال بتعارض المصالح هنالك بعض النصوص القانونية التي تنظم حالات تعارض المصالح في المعاملات المالية، إذ تنبه المشرع الى هذه الحالة وقام بتنظيم احكامها تنظيمياً تشريعياً بما يراه مناسباً وهو مسلك يشكر عليه، الا ان الامر المهم يبقى في مدى صحة ترجيح احدي المصالح على الأخرى وهل وفق المشرع في الاختيار بين المصالح وهو ما يعرف بنجاعة او فعالية الحكم القانوني، لذلك نجد ان الصياغة التشريعية هنا هي الوعاء الذي احتوى تطبيق التعارض واحتوى ايضاً على عملية الترجيح، وبدون ادنى شك ان مثل هذا النص واشباهه قد جاء بناءً على دراسة وتمحيص من قبل صائغ النص القانوني وهو امر جدير بالتقدير.

ومن تطبيقات هذا الدور ما نص عليه القانون المدني العراقي " اذا تنازع اشخاص متعددون على حيازة شيء واحد اعتبر حائزاً من كانت له الحيازة الحالية حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك ما لم يظهر ان من له الحيازة الحالية قد حصل عليها من غيره بطريقة معيبة. " (1) ، عند تحليل هذا النص نجد انه يتناول حالة تعارض مصالح عدة الحائزين، فاذا تنازع اكثر من شخص على حيازة شيء واحد، ففي هذا الفرض تعارضت مصلحة كل واحد منهم مع مصلحة الآخر، وقد التفت المشرع الى هذا الفرض وتناوله بالتنظيم ثم قام بعملية أخرى هي عملية الترجيح، اذ رجح مصلحة من كانت لديه الحيازة الحالية اذا كان قد حصل عليها بطريقة مشروعة، اذ اعتمد المشرع على معيار استقرار المعاملات وقرر ان صاحب الحيازة الأنية هو الذي ترجح مصلحته على المصالح الأخرى، ويبدو لنا سلامة الحكم القانوني المذكور اذ لا يوجد معيار افضل من استقرار المعاملات في مثل الواقعة المذكورة، وبالتالي من اجل المحافظة على هذا الاستقرار رجح المشرع مصلحة صاحب الحيازة الأنية والمشروعة، وعند مقارنة النص المذكور مع موقف المشرع المصري الذي نص على انه ( إذا تنازع أشخاص متعددون على حيازة حق واحد اعتبر بصفة مؤقتة أن حائزه هو من له الحيازة المادية، إلا إذا ظهر أنه قد حصل على هذه الحيازة بطريقة معيبة. ) (2) ، نجد هنالك فرقاً في الصياغة بين القانون العراقي والقانون المصري، اذ رجح المشرع العراقي ( الحيازة الحالية ) ورجح المشرع المصري ( الحيازة المادية ) وكما هو معروف ان الحيازة تستند على عنصرين هما العنصر المادي وهو القيام بالاعمال التي تتفق مع الشيء والعنصر المعنوي وهو نية التملك، وبالتالي يجب ترجيح

1 - ( المادة 1147 ) من القانون المدني العراقي.

2 - ( المادة 963 ) من القانون المدني المصري.

مصلحة من كانت لديه الحيازة المستندة على هذين العنصرين وهو ما ذهب اليه المشرع العراقي، بخلاف المشرع المصري الذي يبدو لنا انه جانب الصواب عند ترجيحه لمصلحة صاحب الحيازة المادية فقط (1).

بناءً على ما تقدم يمكن القول دور الصياغة التشريعية في ترجيح مصلحة معينة في تطبيق من تطبيقات تعارض المصالح المنظمة قانوناً هو دور يعتمد على امرين هما، الامر الأول هو مدى الاطلاع على نصوص التشريعات المقارنة في الدول الأخرى ودراسة موضوع هذا النص وترجيح المصلحة الاجدر بالترجيح، والامر الثاني هو مدى مقدرة الصانع التشريعي على اكتشاف حالات تعارض المصالح التي لم يقل بها احد مسبقاً وهذا الامر يعد من اكثر الأمور صعوبة على الصانع؛ كونه يحتاج الى تعمق في تحليل مادة النص المراد صياغته والتنبؤ بما سيسفر عنه النص من احكام ومنازعات.

### ثانياً : دور الصياغة التشريعية في الوقاية من حالات تعارض المصالح

تعد الصياغة التشريعية من أهم الأوضاع القانونية واوسعها نطاقاً في مجال تطبيق النص القانوني في حال اذا اعتمد المشرع على آلية معينة لصياغة النص بشكل يفسح المجال للمحكمة في تحقيق الترجيح المناسب بين المصالح، فاذا نجح هذا الامر في تحقيق الغرض المقصود المتمثل في ترك نوعاً من السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الحل القانوني المناسب حسب الاحوال لهو امر محمود ويحسب للصانع الذي كانت لديه رؤية سليمة في عدم تقييد النص بحكم قانوني ثابت غير قابل للتبديل حسب ظروف المعاملة.

وتعني الصياغة التشريعية بأنها المهارة المتخصصة في انشاء القاعدة القانونية وتوجد لتحقيق غرض معين (2)، ومن اجل تحقيق هذا الغرض نرى بأنه من الأفضل على المشرع الاعتماد على

1 - تستند الحيازة على عنصرين هما العنصر الأول هو العنصر المادي - الذي يراد به تلك الاعمال المادية التي يقوم بها الحائز التي تنفق مع الحق موضوع الحيازة نحو سكنى الدار، والعنصر الثاني هو العنصر المعنوي، الذي يقصد به نية الظهور بمظهر المالك او صاحب الحق العيني موضوع الحيازة بمعنى اخر هو نية التملك. للمزيد ينظر د. احمد المهدي، منازعات الحيازة على العقار والمنقول والطرق القانونية لانهاؤها، ط 1، دار العدالة، القاهرة، 2006، ص 8 وما بعدها.

2 - Richard k. neumann& j.lyn entrikin, legal drafting by design, cch incorporated, new York,2018, p5.

الصياغة المرنة، وهي الصياغة التي يراد بها ( تلك الصياغة التي لا تعمل على تحديد الحكم او تحديد ما يخضع له الافراد تحديداً ثابتاً بل تعمل على تحديد فكرة النص وترك مسائل التطبيق للمحكمة حسب الظروف ) (1) ، فهذا النوع من الصياغة يأتي بشكل قواعد عامة واسعة الدلالة والمعنى من اجل تلافي النقص التشريعي وإعطاء المحكمة دوراً واسعاً في مجال تطبيق النص (2) ، لذلك يمكن القول بأن الصياغة التشريعية يكون لها دور مهم في الوقاية من ظهور حالات التعارض بين المصالح عندما يعتمد المشرع الصياغة المرنة وليست الصياغة الجامدة، اذ ان الأولى تعمل على فسخ المجال للمحكمة بدراسة ظروف الدعوى واحوالها ومن ثم ترجيح المصلحة الاجدر بالترجيح.

ومن مصاديق هذا الدور ما نص على المشرع العراقي على انه ( يجوز للمحكمة ان تنقص مقدار التعويض او لا تحكم بتعويض ما اذا كان المتضرر قد اشترك بخطئه في احداث الضرر او زاد فيه او كان قد سوا مركز المدين). (3) ، لقد تناول النص السابق حالة تعارض مصلحة المضرور في اقتضاء التعويض مع مصلحة المدين في انقاص التعويض او الاعفاء منه، اذ جاء النص بصياغة مرنة تاركاً السلطة التقديرية للمحكمة في انقاص التعويض او الاعفاء منه في حالة اذا اشترك الدائن المضرور في احداث الضرر او زيادته، فمثل هذا الموضوع يحتم على المشرع وضع النص بصورة الصياغة المرنة التي تسمح للمحكمة حل هذا التعارض وفق الصورة المناسبة التي تحقق العدالة القانونية.

### ثالثاً : دور الصياغة التشريعية عند غياب النص القانوني

تبقى لدينا اخيراً فرضية غياب النص القانوني الذي لم ينظم حالة واقعية من احوال تعارض المصالح، ويراد بهذا الفرضية ظهور حالة واقعية من حالات هذا التعارض وبعد الرجوع الى النصوص القانونية لم نجد حلاً مناسباً ينظم هذه الحالة او يحدد المصلحة الراجحة من بين هذه المصالح، الامر الذي يجعلنا امام نقص تشريعي يعود الى غياب الصياغة او غياب التنظيم القانوني السليم لهذه المسألة، ويعد هذا الوضع من الأوضاع السلبية في مراحل التشريع بشكل عام ومرحلة الصياغة التشريعية بشكل خاص، اذ لا يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه على الواقعة المعروضة،

1 - د. عبد القادر الشبخلي، الصياغة التشريعية (تشريعاً، فقهاً، قضاءً)، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2014، ص 68.

2 - د. نواف حازم خالد و م.م. سر كوت سليمان عمر، الاتجاهات الفقهية في تقسيمات الصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 8، المجلد 3، العدد 29، 2016، ص 25 و ص 26.

3 - ( المادة 210 ) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (216) من القانون المدني المصري.

وعليه لا يكون للصياغة التشريعية في هذا الفرض دور كبير في حل مثل هذا التعارض، لذا يتمثل الحل القانوني في هذه الفرض بالرجوع الى مصادر القانون الأخرى والبحث عن الحلول المناسبة حسب ما تقتضيه قواعد العدالة، فلا يجوز للمحكمة ان تمتنع عن نظر النزاع او عن الفصل في القضية المعروضة امامها والا عدت ناكرة للعدالة .

ويكون لهذا الدور مصاديق كثيرة في نطاق المعاملات المالية منها حالة الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته قبل الدائن المرتهن، ففي هذا الوضع تعارضت مصلحة الدائن المرتهن في إبقاء الرهن مع مصلحة المالك الحقيقي الذي تتطلب مصلحة زوال الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته، اذ لم ينظم المشرع العراقي هذا الفرض من فروض التعارض بسبب غياب الصياغة التشريعية لهذا الموضوع المهم وقت وضع النص التشريعي، بخلاف المشرع المصري الذي نظم هذا الفرض اذ نص على ( يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته او فسخه او الغائه او زواله لأي سبب آخر اذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي ابرم فيه الرهن ) (1) .

فبمقتضى النص المذكور قد رجح المشرع المصري مصلحة الدائن المرتهن على مصلحة المالك الحقيقي؛ وفقاً لمعيار الحق المكتسب، لذا نجد ان المشرع المصري قد نظم هذا الامر بنص تشريعي واضح، في حين لم ينظم المشرع العراقي هذه المسألة لذا يثار التساؤل عن الحل القانوني لهذا الوضع في التشريع العراقي، في حقيقة الامر ان عدم تنظيم مثل هذا النص في القانون العراقي لا يعني ان المشرع يريد بالاحذ بنفس حكم المشرع المصري فهذا الامر غير مقبول في جميع الأحوال، لذا يجب البحث عن الحل في بقية نصوص القانون، ويبدو لنا ان تصرف المالك الراهن الذي تقرر ابطال سند ملكيته هو تصرف في ملك الغير، لذا تنطبق على هذا الوضع احكام الفضولي، اذ يعد تصرف الأول موقوفاً على إجازة المالك الحقيقي، فان أجاز التصرف صح الرهن في حق المالك الأصلي، وان لم يجيزه بطل الرهن من الأساس، هو ما نص عليه القانون المدني العراقي ( 1 - من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك. 2 - فإذا جاز المالك تعتبر الاجازة توكيلاً وبطال الفضولي بالبدل ان كان قد قبضه من العاقد الآخر. ... ) (2) ، لذا نلاحظ ان المشرع المصري رجح مصلحة الدائن المرتهن حماية لاستقرار المعاملات، في حين نجد ان

1 - ( المادة 1034 ) من القانون المدني المصري.

2 - ( المادة 135 ) من القانون المدني العراقي.

المشرع العراقي وفقاً لما تقدم قد رجع مصلحة المالك الحقيقي حماية للملكية وعدم تقييدها بدون إرادة صاحبها، لذا يبدو لنا ان موقف المشرع العراقي جديراً بالتأييد؛ ولذلك من اجل عدم بقاء العلاقة القانونية التي لم يكن المالك الحقيقة يعلم بها من الأساس، لذا فهو تصرف فضولي لا يترتب اثرأ قانونياً بدون إجازة من المالك الحقيقي، ونحن نفضل لو تم تنظيم هذا الامر بنص تشريعي خاص به من اجل الابتعاد عن الآراء المتشعبة بهذا الشأن.

بناءً على ما تقدم نتوصل الى النتائج الآتية :

1- إن للصياغة التشريعية دور مزدوج في نطاق القانون، اذ تارة تظهر بدور إيجابي الذي يتمثل في تنظيم حالة تعارض المصالح وفي تحديد المصلحة الراجعة، وتارة أخرى تظهر بدور سلبي يظهر عند غياب النص القانوني او عند اشتغال هذه الصياغة على عيوب قانونية يترتب على وجودها ظهور حالات تعارض المصالح.

2- من اجل تلافي عيوب الصياغة التشريعية التي قد تتسبب في نشوء التعارض بين المصالح، ندعو المشرع الى اعتماد الصياغة المرنة قدر الإمكان من اجل ترك بعضاً من حرية تطبيق النص الى المحكمة المختصة.

وصفوة هذا الفرع تتمثل في الوقوف على دور الصياغة التشريعية في مسائل تعارض المصالح في المعاملات المالية وما يترتب عليها من أحوال الترجيح، فعند تحليل النصوص القانونية ومن ثم تطبيقها على موضوع الصياغة التشريعية، وجدنا ان لهذه الصياغة ثلاثة أدوار في مسائل هذا التعارض، يتمثل الدور الأول في دور الصياغة التشريعية في نجاعة الحكم القانوني ويراد بهذا الدور مدى فاعلية النص القانوني الذي نظم حالة تعارض المصالح وما يترتب عليها، وهل ان هذه الصياغة تتميز بالسلامة القانونية دائماً ام ان الامر يختلف باختلاف مادة النص، ويتمثل الدور الثاني لهذه الصياغة بدورها في الوقاية من حالات تعارض المصالح، فمن اجل فسح المجال للمحكمة بتقدير الحل المناسب للواقعة المعروضة دعونا الى ضرورة الاعتماد على الصياغة المرنة التي تحدد القواعد العامة مع ترك تطبيق النص الى المحكمة بحسب الظروف، ويتمثل الدور الأخير لهذه الصياغة بدورها عند غياب النص القانوني اذ لا يكون للصياغة هنا دور إيجابي، بل على العكس هو دور سلبي يعيق تطبيق النص وحسم النزاع، لذا يجب على المحكمة ان تبحث عن الحل القانوني في مصادر القانون الأخرى وحسب ما وضعه المشرع من نصوص قانونية بهذا الشأن.

## الفصل الثالث

### آثار تعارض المصالح في المعاملات المالية وتطبيقاته

#### تمهيد وتقسيم :-

إن المعاملة المالية المشوبة بتعارض المصالح المصحوب بنزاع فعلي او قضائي تعد من الأمور التي ينبغي على المشرع والقضاء الالتفات اليها بدقة وعناية تحقيقاً للوصول الى افضل ترجيح ممكن بين هذه المصالح، ويظهر مسوغ هذه الدقة والعناية في تعدد الآثار التي يحدثها هذا الوضع القانوني المعقد، اذ هنالك بعض الآثار التي تصاحب وجود هذا التعارض في أية معاملة مالية تجعل من الصعوبة بقاء هذه المعاملة على وضعها الطبيعي، وعند تحليل هذه الآثار اتضح لنا انها تكون على صورتين، تتمثل الصورة الأولى بتلك الآثار الخاصة باطراف هذه المعاملة المالية، وتتمثل هذه الآثار بانعدام استقرار هذه المعاملة وعدم ثباتها ثباتاً قانونياً بشكل لا يجعل منها الصورة الأمثل لأية معاملة مالية، ويظهر الأثر الاخر بالنسبة لاطراف هذه المعاملة في انعدام العدالة العقدية؛ لأن هذا التعارض يؤدي بدون ادنى شك الى غياب معنى العدالة التعاقدية، فيكون من الصعوبة تحقيق هذه العدالة طالما كانت هذه المعاملة في حالة التعارض المصحوب بنزاع والذي يخرجها عن حالة الاستقرار الطبيعي لها والذي يكون مانعاً فعلياً من تحقيق منفعة العقد الخاصة لكل طرف من اطرافه.

وفي الجانب الاخر هنالك بعض الآثار القانونية لهذا التعارض والتي تتعلق بالمشرع والقضاء، واهم ما في ذلك هو تكريس فكرة الفراغ التشريعي في الحالات التي لم ينظمها المشرع بنصوص صريحة، ويظهر لتعارض المصالح دور إيجابي يتمثل في تفعيل مبدأ الاجتهاد القضائي في الحالات التي لم ينظمها المشرع، وبعد بيان هذه الآثار ومدى ارتباطها بمفهوم تعارض المصالح في المعاملات المالية يتبقى لنا تكريس هذا المفهوم وهذه الاحكام من الجانب العملي وذلك عبر التطبيقات التي جاء بها الفقهاء المسلمون من جانب والمشرع من جانب آخر في سبيل الوقوف على بدقة على كافة تفاصيل وجزئيات هذا الموضوع، لذلك سنقسم هذا الفصل على مبحثين، في المبحث الأول سنبين آثار تعارض المصالح في المعاملات المالية، ونكرس المبحث الثاني الى تطبيقات تعارض المصالح في المعاملات المالية.

## المبحث الأول

### اثر تعارض المصالح في المعاملات المالية

إن تعارض المصالح المصحوب بنزاع فعلي او قضائي هو امر يثير إشكاليات قانونية ويظهر فجوات في التشريع ما كان ليكون لها مظهراً مادياً لولا هذا التعارض وما سببه من اضطرابات قانونية، ونتيجة لذلك يجب تشخيص هذه الاثار وتحديد الحلول الخاصة بكل إشكالية بغية مساعدة القضاء في تحقيق افضل الحلول القانونية التي تحقق العدالة، وبعد استقراء التطبيقات القانونية والتطبيقات التي جاء بها الفقهاء المسلمون تبين لنا ان هذه الاثار تارة تصيب اطراف المعاملة المالية من خلال انعدام وجود مبدأ استقرار المعاملات و غياب العدالة العقدية، وتارة أخرى تجد هذه الاثار نطاقها في التشريع والقضاء من خلال تكريس الفراغ التشريعي في الحالات التي لا تتوفر فيها النصوص القانونية الواضحة التي تساعد القضاء في تحقيق افضل الحلول للقضية المعروضة، ويظهر اثر هذا التعارض ايضاً في تفعيل مبدأ الاجتهاد القضائي في الحالات التي لا يوجد لها نص قانوني واضح، وهذا الأثر الأخير يعد نوعاً ما من الاثار الإيجابية الذي يرتبها هذا التعارض؛ بالنظر لكونه يفسح المجال امام القاضي في اظهار مهاراته وخبراته في مجال العمل القضائي.

لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، في المطلب الأول سنتناول اثار تعارض المصالح بالنسبة لاطراف المعاملة المالية، ونكرس المطلب الثاني الى اثار تعارض المصالح بالنسبة للمشرع والقضاء.

## المطلب الأول

### اثر تعارض المصالح بالنسبة لاطراف المعاملة المالية

لكل معاملة مالية اطرافاً معينة ففي العقد هنالك المتعاقدان وفي المسؤولية التقصيرية هنالك محدث الضرر والمتضرر، لذلك عند تعارض مصالح أي من هؤلاء الأطراف ويتطور الامر الى قيام النزاع بينهم فهذا الامر بلا شك يخرج المعاملة عن وضع الاستقرار ويزلزل المركز القانوني لكل طرف فيها، ففي مجال العقد ينبغي توازن الاداءات بين اطرافه وفي حال حدوث التعارض المذكور فان هذا الامر بطبيعة الحال يؤدي الى غياب معنى العدالة العقدية، لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول سنبين عدم استقرار المعاملات، وسنتناول في الفرع الثاني غياب العدالة العقدية.

## الفرع الأول

### عدم استقرار المعاملات

مما لا شك فيه أن استقرار المعاملات في أي معاملة مالية يعد أمراً من أهم الأمور التي يرغب كل من المشرع والقضاء في تحقيقها، وهذا الغرض لا يمكن الوصول إليه الا اذا كانت المعاملات المالية في وضع الاستقرار الذي يخلو من النزاع الفعلي او القضائي، فعندما تتعارض المصالح لا يمكن تحقيق هذا الغرض المتمثل باستقرار المعاملات المالية وحماية رضا الأطراف، لذلك فتعارض المصالح المصحوب بنزاع هي حالة تمثل جانباً سلبياً يصيب هذه المعاملات ويجعل من الصعوبة ان تبقى المعاملة المالية بوضع الاستقرار او بوضعها الطبيعي، وتجد هذه الخصيصة مكاناً لها في الفقه الإسلامي، اذ اكد الفقهاء المسلمون على أهمية القضاء، وان أي مجتمع بدون استثناء بحاجة الى القضاء من اجل الامر بالمعروف (1) ، وهذا يعني بمعنى آخر ان النزاعات بين الأشخاص هي أمور سلبية لا ترغب بها مبادئ الشريعة الإسلامية، لذلك وجد القضاء من اجل حل هذه النزاعات بمختلف اشكالها، ومنها النزاعات المتعلقة بتعارض المصالح.

بناء على ما تقدم يتضح لنا ان الاستقرار يعد من اكثر الأمور التي تسهم في تطبيق افضل الاحكام القانونية ؛ نظراً لأهميته في ضمان التطور المطرد المتواصل للمجتمعات في شتى مجالات الحياة، وفي نطاق المعاملات المالية يبرز في هذا الشأن مبدأ هام هو (مبدأ استقرار المعاملات) الذي يراد به ( هو ثبات آثار الوقائع الإنسانية في الاموال بنفاذها او انحلالها )، اذ ان المقصود بعبارة " ثبات الآثار " هو تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة في ذمة اطراف المعاملة المالية، ويتمثل ذلك من خلال تحديد حقوق الطرف الأول، وبيان تلك الحقوق التي تترتب في ذمة الطرف الثاني، اي تحديد الحقوق والالتزامات المتقابلة لاطراف المعاملة المالية (2).

لذا نستطيع القول إن تعارض المصالح يمثل حالة سلبية في صميم المعاملات المالية؛ اذ من الصعوبة استمرار بقاء المعاملة على استقرارها ودوامها في ظل وجود نزاع فعلي لم يرفع الى القضاء او نزاع قضائي يتضمن تعارضاً في المصالح بين اطراف هذه المعاملة، الامر الذي يتطلب التمعن بعناية الى هذه الحالة السلبية وبيان الطرق الفعالة التي تؤدي الى تيسير حل هذا التعارض

1 - د. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط 2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1989م، ص 13 وما بعدها.

2 - علي حميد الشكري، مصدر سابق، ص 23.

وإعطاء كل ذي حق حقه حسب ما تقتضيه قواعد العدالة، و عليه يتصدع استقرار المعاملة المالية في حال ظهور هذا التعارض، اذ يكون من الاستحالة بقاء هذا المعاملة المالية على استقرارها في ظل وجود هذا النزاع، ما لم يتدخل المشرع او المحكمة في تسويه هذا الوضع السلبي المعقد وترميم كيان الاستقرار المتصدع لهذه المعاملة وفق قواعد تحقق العدالة.

وفي هذا الاطار يمكن القول ان تعارض المصالح يظهر في الفقه الإسلامي على صورة التطبيقات الجزئية لمختلف أنواع المعاملات المالية، وهذه التطبيقات كثيرة أهمها (تلقي الركبان) والمراد منه ان يتلقى طائفة من الناس يحملون بضاعة معينة فيشتروها منهم قبل قدومهم الى السوق وقبل معرفتهم بالسعر (1) ، وفي هذا البيع سيحدث تعارضاً بين مصلحة شخصية وهي مصلحة البائع الذي يرغب في بيع بضاعته باعلى ثمن في السوق، مع مصلحة المجتمع (مصلحة السوق) في شراء البضاعة قبل المتلقي، اذ تطرق الفقهاء المسلمون الى هذا النوع من البيوع وتضاربت فيه اقوالهم على ثلاثة اقوال هي :

**اولاً: القول الأول - البيع صحيح -** يرى أصحاب هذا القول صحة عقد بيع الركبان الذي يعد عقداً من العقود الصحيحة التي ترتب اثرها، ويثبت فيه الخيار للبائع ان شاء امضى العقد وان شاء قرر فسخه، وهو قول جمهور الفقه من الامامية (2) الاحناف (3) والمالكية (4) والشافعية (5) وقول للحنابلة (6).

1 - د. عبد الستار أبو غده، الخيار واثره في العقود، ط 2، ج 1، مطبعة مقهوي، حلب - سوريا ، 1405 هـ - 1985م، ص 639.

2 - العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، مصدر سابق، ج 1، ص 292.

3 - احمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، شرح معاني الآثار، ج 4، الناشر دار عالم الكتب، بيروت، 1414 هـ - 1994م، ص 9.

4 - محمد بن احمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل، ط 1، ج 5، دار الفكر، بيروت، 1404 هـ - 1984م، ص 63.

5 - يحيى بن ابي الخير بن سالم العمراني أبو الحسين الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، ط 1، ج 5، دار المنهاج، بدون مكان طبع، 1421 هـ - 2000م، ص 353.

6 - عبد الرحمن بن إبراهيم بن احمد أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، ج 1 ، دار الحديث، القاهرة، 424 هـ - 2003 م، ص 207.

واستدل أصحاب هذا القول بعدة ادلة يعدونها مؤكدة لصحة قولهم وهذه الأدلة هي :

1- السنة النبوية الشريفة - اذ استدلوا بحديث الرسول (ﷺ) اذ قال ( لا تلقوا الجلب، فمن تلقاه واشترى منه فاذا اتى سيده السوق فهو بالخيار ) (1) ، وجه الدلالة ان هذا الحديث قد ثبت فيه الخيار للبائع وكما هو معلوم ان الخيار لا يثبت الا في البيع الصحيح (2) .

2- ان النهي جاء لامر خارج عن المبيع ولا يتعلق بذات المبيع او بوصف من اوصافه، ولم يكن النهي متعلقاً بشرط من شروط صحة عقد البيع (3) .

**ثانياً : القول الثاني - بطلان عقد البيع - حسب وجهة نظر أصحاب هذا القول فقد ذهبوا الى بطلان عقد بيع تلقي الركبان وهي رواية عن مالك (4) ورواية عن احمد بن حنبل (5) واستدلوا بما يأتي :**

1- ان كون الشيء منهي عنه فهذا يعني فساده، لذا فمقتضى النهي هو الفساد وهذا الاخي يقتض البطلان، وان قول الرسول (ﷺ) جاء بصيغة النهي وهذا يدل على البطلان (6) .

2- أن البيع باطل لكونه بيع منهي عنه قياساً على بيع الحاضر للباد .

**ثانياً : القول الثالث - ذهب هذا القول الى فسخ عقد بيع تلقي الركبان ما دامت السلعة قائمة وهو قول للمالكية، واستدل أصحابه بدليل ان تلقي الركبان نكايه بالمتلقي اذ يعامل بنقيض ما يقصده وفي ذلك مخالفة لمقاصد الشرع (7) .**

ومما سبق بيانه يتبين لنا اختلاف حكم بيع تلقي الركبان تبعاً لاختلاف رؤية كل مذهب وكل فقيه من فقهاءه الى ادلة التحريم، ويبدو لنا رجحان القول الأول الذي يرى صحة بيع الركبان مع ثبوت الخيار للبائع إن شاء فسخ العقد اذا اضر بمصلحته، وإن أراد امضى العقد بما يتوافق مع هذه

1 - الترمذي، مصدر سابق، أبواب البيوع ، باب : ما جاء في كراهية تلقي البيوع، ص 516.

2 - ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ص 312.

3 - ابن الهمام، مصدر سابق، ج 6، ص 478.

4 - جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ط1، ج 2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1423 هـ 2003م، ص 343.

5 - ذكره علي بن سليمان المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط 1، ج 4، مطبعة السنة المحمدية، بدون مكان طبع، 1375 هـ 1956م، ص 394.

6 - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، نيل الاوطار، ج 5، بيت الأفكار الدولية، ص 198.

7 - ابن جزري، مصدر سابق، ص 172.

المصلحة، وذلك لقوة الأدلة التي استند عليها أصحاب هذا الاتجاه، ونظراً لكون الخيار لا يثبت الا في العقد الصحيح شرعاً .

أما في نطاق التشريعات فيظهر هذا الأثر في مصاديق كثيرة منها على سبيل المثال عندما يشترط البائع الاحتفاظ بملكية المبيع حتى يدفع المشتري الثمن كله او ما تبقى منه، فقد يفلس المشتري في هذه الفترة الواقعة بين ابرام عقد البيع وبين دفع المتبقي من الثمن، وبالتالي يكون البائع المحتفظ بالملكية في مواجهة دائني المشتري الذين يرغبون في التنفيذ على المبيع الذي في يد البائع المحتفظ بالملكية، لذلك تعارضت مصلحة البائع المحتفظ بملكية المبيع مع مصلحة دائني المشتري، وبالتالي حدثت حالة سلبية اصبح من غير الممكن ان تستقر معها المعاملة المالية الاصلية ( عقد البيع بين البائع والمشتري المفلس ) واصبح الامر بحاجة الى ترجيح مصلحة احد الأطراف على حساب الآخر للخروج من هذه الحالة السلبية.

فبخصوص موقف التشريعات نجد ان المشرع العراقي نص على ( 1 - اذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع. 2 - فإذا كان الثمن يدفع اقساطاً، جاز للمتبايعين ان يتفقا على ان يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع اذا لم تسدد جميع الاقساط، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف ان تخفض التعويض المتفق عليه، وفقاً لأحكام التعويضات الاتفاقية. 3 - واذا سددت الاقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع الى المشتري من وقت البيع، الا اذا وجد اتفاق على غير ذلك. 4 - وتسري احكام الفقرات الثلاث السابقة حتى ولو سمى المتعاقدان البيع ايجاراً).<sup>(1)</sup> ، يبدو لنا من النص المبين سلفاً ان المشرع العراقي لم يعالج شرط الاحتفاظ بالملكية بتلك الأهمية لهذا الشرط<sup>(2)</sup> ، كما انه يحدد بشكل قاطع حكم التعارض بين مصلحة البائع المحتفظ بملكية المبيع وبين مصالح دائني المشتري، بل أجاز الاحتفاظ بالملكية الى حين تسديد المتبقي من أقساط الثمن وينتج الشرط أثره بشكل رجعي الى حين ابرام العقد.

اما المشرع الفرنسي فقد شرع القانون (12 يناير ) لسنة ( 1985 ) المعدل للقانون المرقم (67-563) لعام ( 1967 ) الخاص بالافلاس وتصفية الأموال، اذ رجح في هذا القانون مصلحة

<sup>1</sup> - ( المادة 534 ) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة (430) من القانون المدني المصري.

<sup>2</sup> - د. حسين عبد الله عبد الرضا و اسيل ناظم محمد، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، 2017، ص 151 و ص 152.

البائع المحتفظ بالملكية اذ توافرت في حقه شروط معينة (1) ، وهذا الترحيح أكده القانون المدني الفرنسي الذي نص على ( يمكن الاحتفاظ بملكية البضائع كضمان من خلال تأثير شرط الاحتفاظ بحق الملكية الذي يوقف التأثير الانتقالي للعقد حتى السداد الكامل للالتزام الذي يشكل المقابل، وبالتالي فإن الممتلكات المحجوزة هي ملحق للمطالبة بالثمن ) (2).

ومن خلال ما تقدم يبدو لنا ان موقف المشرع الفرنسي في معالجة هذا الفرض هو الاقرب الى قواعد المنطق والعدالة؛ لأن البائع عندما يشترط الاحتفاظ بملكية المبيع فبالأكد يريد في الحصول على منفعة في ذلك، وعدم مزاحمة دائني المشتري له في المبيع قد تعد احدى هذه المصالح التي يرغب في الحصول عليها من خلال التمسك بشرط الاحتفاظ بالملكية .

بناءً على ما تقدم يتبين لنا ان مبدأ استقرار المعاملات يعد من المبادئ التي تتعرض بين الحين والآخر الى التصدع الذي يخرج هذه المعاملة عن وضعها المستقر، ويعد تعارض المصالح احد هذه الأسباب التي يتصدع بسببها هذا الاستقرار في ضوء ما يحدثه من تضاد بين المنافع بشكل لا يمكن بقاءه على حاله، كما يتبين لنا ان مبدأ استقرار المعاملات يظهر ويجب احترامه كل ما تعلق الامر بمسألة تعارض المصالح، اذ يتحتم المحافظة على هذا المبدأ الهام والذي يرغب كل من المشرع والقضاء في الوصول اليه، وعليه متى ما وقع تعارضاً بين المصالح على شكل نزاع فعلي او قضائي فيجب اخذ مبدأ استقرار المعاملات بالحسبان وترجيح المصلحة الأجدر بالترجيح، ولا يقتصر اثر تعارض المصالح على استقرار المعاملة فقط وما يستتبعه من اثار فرعية، اذ يظهر بهذا الخصوص اثر مهم يتعلق بمدى تأثير تعارض المصالح على العدالة في المعاملات المالية من حيث تحقيق هذه العدالة في ضل وجود التعارض من عدمه، وهو ما سنبينه في الفرع القادم.

1 - لقد أكد الرأي الراجح في الفقه على ضرورة ترجيح مصلحة البائع المحتفظ بملكية المبيع في مواجهة دائني المشتري، لكن هذا الترحيح لا يتم الا اذا تحققت في حق البائع شروط معينة و هي : أ - ان يكون شرط الاحتفاظ بالملكية مكتوباً. ب- ان يكون المبيع محتفظاً بذاتيته ويمكن تمييزه وفصله عن غيره عند ممارسة حق الاسترداد. ج- ان لا يتصرف المشتري بالمبيع الى للغير حسن النية. للمزيد ينظر د. صالح احمد اللهيبي، التزام بين البائع المحتفظ بالملكية ودائني المشتري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- جامعة بغداد، المجلد 32، العدد الثاني، 2017، ص 346.

2 - ( المادة 2367 ) من القانون المدني الفرنسي .

## الفرع الثاني

### غياب العدالة العقدية

يعد العقد أداة لتبادل الأموال والخدمات بين المتعاقدين، وهذا الأمر يعمل على تشجيع الافراد على ابرام العقود التي تتوافق مع رغباتهم والمنافع التي يرغبون بتحقيقها، ومن اجل ان تصبح هذه العقود عقوداً مشروعة يجب ان تأتي بصورة عادلة فتوصف بكونها عقوداً تتصف بصفة ( العدالة ) وفي سبيل تحقيق المنفعة المقصودة من العقد لا بدّ من اتباع ما يتطلبه القانون من ضوابط او عناصر تحقق معنى العدالة، فلو لا ثقة ومعرفة الافراد بوجود العدالة لما وجود التعامل المالي بينهم ولانعدمت معاملات السوق (1) .

وتعرف العدالة بتعريفات كثيرة اذ تعرف بأنها ( قواعد تصدر عن مثل اعلى يستهدف خير الإنسانية والمجتمع بما يمليه في النفس من شعور بالانصاف وبما يوحي به من حلول منصفة ) (2) ، ويرى شراح القانون بأن فكرة العدالة بشكل عام ترتمي في أحضان الفلسفة وتعد من ابرز مسألتها، وفي المقابل يرى ان العدالة العقدية في حقيقتها تنتمي الى علم الاجتماع القانوني، اذ ان فكرة العدالة حسب تعبير الفيلسوف ارسطو تجد مركزها ضمن مجموعة المبادئ التي تهيمن على سلوك الانسان، فعند اسناد العدالة الى العقد فهو اسناد في حقيقته يعود الى اسناد العدالة الى تعاملات الانسان اليومية والذي يتغير فيه مفهوم العدالة من شخص لآخر، ولذلك تجد هذه العدالة تطبيقاتها القانونية في عقود كثيرة ومتنوعة (3) .

وبناءً على ذلك تعد العقود من اكثر المعاملات المالية التي يُبحث فيها عن وجود العدالة؛ لان العقد يقوم على توافق ارادتين حرتين فيجب ان يشتمل على نوع من العدالة تسمى ( العدالة العقدية) وقد لفت المصطلح الأخير اهتمام الشراح والباحثين في محاولة لتحديد معناه وآليات تحقيق هذه العدالة، فجاء في تعريف هذا المبدأ بأنه ( تحقيق المنفعة المادية لكل متعاقد بحيث تتناسب مع الأداء

<sup>1</sup> - lyn k tjon soie len, minimum contract justice, hart publishing, usa, 2017, p46,

<sup>2</sup> - د. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، مصدر سابق، ص 68.

<sup>3</sup> - د. محمد محسوب، ازمة العقدية في القانون الروماني (دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانوني الحديث)، دار النهضة العربية، مصر، 2000م، ص 11 و ص 12.

المطلوب القيام به) (1) ، لذلك قيل بان العدالة العقدية هي السبيل لتحقيق المنفعة المقصودة من العقد، وبمقتضى ذلك تعرف بأنها ( حصول كل طرف من اطراف العقد على المنفعة المقصودة منه وبما يتناسب مع ما يحصل عليه المتعاقد الاخر ) (2) ، ونتفق مع التعريف الأخير الذي يرى ضرورة تحديد الاداءات الخاصة بكل طرف من اطراف العقد مع ضرورة ان تكون هذه الاداءات متوازنة وغير مبالغاً فيها .

بناءً على ما تقدم يبدو لنا ان غياب العدالة العقدية يعد من اهم الاثار التي تنتج عن تعارض المصالح، اذ نجد ان هذا التعارض يؤدي بدون ادنى شك الى غياب معنى العدالة التعاقدية، فلا يمكن الوصول الى هذه العدالة طالما كانت هذه المعاملة بوضع التعارض الذي يخرجها عن حالة الاستقرار الطبيعي لها والذي يكون مانعاً من تحقيق منفعة العقد الخاصة لكل طرف من اطرافه، فلا تتحقق العدالة العقدية الا بتوافر المنفعة المقصودة من العقد وهذا الامر يتطلب تطابق الاداءات وضمن مصلحة كل طرف من اطرافه، فعندما تتعارض مصلحة الطرف الأول مع مصلحة الطرف الثاني بشكل يؤدي الى قيام النزاع فيطلب كل شخص بحماية مصلحته الخاصة، فهذا الامر مفاده ان العدالة العقدية تعرضت هنا الى نوع من الاهتزاز الذي قد ينسف وجود هذا المعاملة في حال لم تتدخل المحكمة في ترجيح احدى المصالح على المصلحة الأخرى وفق مرجح قانوني مقبول.

وعند تطبيق هذا الأثر على الاحكام الجزئية للمعاملات في الفقه الإسلامي نتفق مع ما ذهب اليه رأي لأحد الباحثين المحدثين الذي يرى ان شيوع العدالة والحفاظ على النظام يتم من خلال الموازنة بين المصالح المتعارضة والاعتداد بالوضع الغالب الذي يحقق الاستقرار، وهذا القول يؤكد لنا ان التعارض بين المصالح في المعاملات المالية يؤدي الى ارباك العدالة والابتعاد عنها بشكل يؤدي الى اهدار حقوق الافراد (3) ، وتعد العدالة من اهم المبادئ العامة في الشريعة الإسلامية فقد

<sup>1</sup> - زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة الجزائر، 2014م، ص 88.

<sup>2</sup> - د. منصور حاتم، العدالة العقدية (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 6، 2017 ، ص 2585.

<sup>3</sup> - د. محمد احمد مصطفى الكزنى، العدالة ( تعريفها، مكانتها في الشريعة الإسلامية، واهم أنواعها) ، بحث منشور على الموقع الالكتروني [www.zanayan.org](http://www.zanayan.org) تاريخ الزيارة 2021/8/21 ، ص6.

أكدت نصوص القرآن الكريم على معنى العدالة في بعض الآيات القرآنية الكريمة (1) ، كما أكد نبينا محمد (ﷺ) على معنى العدالة باعتبارها من ركائز الدين الإسلامي (2) ، ولم يغفل مبدأ العدالة عن كتابات الفقهاء المسلمين باختلاف مذاهبهم، إذ طبقوا هذا المبدأ على مختلف المسائل التفصيلية التي تناولوها في مؤلفاتهم، وجاء في بعض تعاريفهم للعدالة بأنها ( ملكية راسخة في النفس تبعث على ملازمة التقوى بترك الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر وتحمل معنى المروءة ايضاً ) (3) ، وقيل في تعريفها أيضا : ( العدالة هي الاستقامة في السيرة والدين ) (4) ، وقد أكد الفقهاء المسلمين بأن الأصل في بناء العقود هو العدل الذي انزلت به الكتب وبعثت به الرسل فهو الأساس الذي تستند عليه أي معاملة مالية (5) ، وفي هذا السياق هنالك من عرف العدالة العقدية في نطاق الفقه الإسلامي بأنها تعني ( ان تكون التزامات الطرفين على قدم المساواة فيما يعطي او يأخذ منذ ميلاد العقد حتى تمام تنفيذ ) (6) .

ومن كل ما تقدم يتبين لنا ان الفقهاء المسلمين يهتمون جل الاهتمام بمبدأ العدالة في مختلف المسائل ومنها مسائل المعاملات المالية، فهم عندما يشترطون في محل العقد ان يكون معلوماً عند التعاقد فانهم يقصدون منع حدوث تعارض بين مصالح المتعاقدين حول ماهية العقود عليه (7) ، وعندما ينهون عن الغرر بمختلف اشكاله في العقود ، فهم بدون ادنى شك يرمون في ذلك الى تجنب

1 - قال تعالى : ( لَقَدْ أَرْسَلْنَا رُسُلَنَا بِالْبَيِّنَاتِ وَأَنْزَلْنَا مَعَهُمُ الْكِتَابَ وَالْمِيزَانَ لِيَقُومَ النَّاسُ بِالْقِسْطِ وَأَنْزَلْنَا الْحَدِيدَ فِيهِ بَأْسٌ شَدِيدٌ وَمَنَافِعُ لِلنَّاسِ وَلِيَعْلَمَ اللَّهُ مَن يَنْصُرُهُ وَرُسُلَهُ بِالْغَيْبِ إِنَّ اللَّهَ قَوِيٌّ عَزِيزٌ ) سورة الحديد / الآية 25 . اذ جاء في شرح هذه الآية الكريمة ان الغرض الأساس من من بعثة الأنبياء ( عليهم السلام ) هو تحقيق وإرساء روح العدل بين الناس وإقامة القسط في جميع مسائل الشريعة الإسلامية. للمزيد ينظر علي الرباني الكلبايكاني، القواعد الكلامية، ط 3، مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام)، مكتبة التوحيد، ايران، 1389 هـ ، ص 142.

2 - قال رسول الله (ﷺ) : ( من أبتلي بالقضاء بين الناس فليعدل بينهم في لحظه و اشارته ومقعدته ومجلسه ) اخرجه أبو الحسن بن عمر بن احمد البغدادي الدار قطني، سنن الدار قطني، ج 4، دار المعرفة، بيروت، 1386 هـ - 1966م، ص 205.

3 - المحقق الاردبيلي، مجمع الفائدة ، ط 1، ج 12، مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم، 1414 هـ - 1993م ، ص 113 .

4 - الغزالي، مصدر سابق، ج 1، ص 157.

5 - ابن القيم ، اعلام الموقعين عن رب العالمين، ج 1، مصدر سابق، ص 292.

6 - د. احمد عبد الغفار قناوى، ضمانات التوازن الاقتصادي للعقد، ط 1، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2021.

7 - للمزيد ينظر كاظم الحسيني الحائري، فقه العقود، ط 2، مطبعة خاتم الأنبياء، قم - ايران، 1428 هـ - 2007م، ص 193 وما بعدها.

تعارض المصالح وتحقيق مبدأ العدالة<sup>(1)</sup> ، وهناك مظاهر كثيرة تتركس وجود العدالة العقدية عند الفقهاء المسلمين أهمها النهي عن بعض أنواع البيوع التي تحمل نوعاً من الظلم والاستغلال للطرف الضعيف وتحدث حالة عدم التعادل بين مصالح الأطراف المتعاقدة، كالنهي عن بيع الحاضر للباد والنهي عن بيع النجش وغيرها من الأوضاع التي يراد منها الحفاظ على التوازن بين الالتزامات العقدية، وبالاستناد الى مفهوم المخالفة يمكن القول ان وجود تعارض المصالح في المعاملات المالية هو امر يزعزع مبدأ العدالة الذي أكد عليه فقهاء المذاهب الإسلامية، ونتيجة لذلك فان الشريعة الإسلامية اهتمت وأكدت على مبدأ العدالة قبل التشريعات الوضعية بفارق سنين طويلة، وهذا الامر يدل على رصانة هذه الشريعة العظيمة ورسالتها الدينية.

وقد كرس اغلب المشرعون قواعد العدالة في متن القوانين المدنية متى ما دعت الحاجة الى ذلك، فمثلاً نص المشرع العراقي على ( 1 - يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية. 2 - ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام)<sup>(2)</sup> ، يبين هذا النص نطاق تنفيذ العقد فلم يكتف المشرع باتفاق المتعاقدين بل يجب ان يشمل التنفيذ مستلزمات العقد وفقاً لقواعد العدالة للعرف اولاً، وقاعد العدالة ثانياً، وطبيعة العقد الذي تم الاتفاق عليه ثالثاً<sup>(3)</sup> .

وبقدر تعلق الحال بالعدالة العقدية واهتزازها في حالة التعارض بين المصالح فقد قيل بأن معنى العدالة في نطاق العقود المدنية هي العدالة التبادلية التطبيقية، اذ ترتبط العدالة بهذا العقد وتلازمه، وتتراوح بين عدالة تمثل قيمة عليا تحكم سلوك الافراد، وبين عدالة عقدية تنطبق على المعاملات المالية بين الافراد، ومن اجل تحقيق هذا الامر نحتاج الى المرونة في صياغة النصوص

1 - يرد معنى الغرر مطابقاً لمعنى الخطر لذلك قيل : بأن عقود الغرر هي عقود الخطر، وقد ورد معنى الغرر بتعريفات متقاربة المعنى في الفقه الإسلامي اذ يتمثل معناه ومؤداه أن يبرم الانسان معاملة مالية يجهل عاقبتها، في الوقت الذي تحتمل فيه هذه المعاملة الربح أو الخسارة، لذلك يعرف بأنه ( الخطر الذي استوى فيه طرف الوجود والعدم بمنزلة الشك ) ينظر الكاساني، مصدر سابق، ج 5، ص 163. كما يعرف الغرر بانه ( ما انطوى عليه أمره، وخفي عليه عاقبته ) ينظر علي بن عبد الكافي السبكي، تكملة المجموع، ج 9، دار الفكر، بيروت، بدون سنة طبع، ص 259.

2 - ( المادة 150 ) من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة ( 148 ) من القانون المدني المصري والمادة ( 1194 ) من القانون المدني الفرنسي .

3 - للمزيد ينظر د. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، نطاق العقد، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بغداد، 2006، ص70.

القانونية وعدم الاعتماد على الصياغة الجامدة وذلك من اجل مواكبة التطورات الخاصة بالمجتمع، ويؤكد هذا القول بأن هدف العدالة لم يعد مقتصرأ فقط على مجرد الالتزام بعدم الحاق الضرر بالغير، او إعطاء كل ذي حق حقه، وانما العدالة تمثل امر ابعد من ذلك وهو تحقيق الموازنة بين المصالح المتعارضة من اجل المحافظة على النظام واستقرار التعامل (1) .

وفي هذا السياق نجد رائياً متميزاً لأحد الشراح في فرنسا اذ يرى صاحب هذا الرأي بأن العقد يقوم على أساس جديد هو ( مبدأ النفع والعدل ) وبموجب هذا المبدأ فان العقد لا يكون ملزماً الا اذا كان نافعاً وعادلاً ومفيداً، كما انه لا يكون ملزماً الا اذا كان عادلاً ويوضح ذلك كما يأتي (2) :

#### اولاً : العقد ملزم لكونه نافع

تعد هذه الفكرة من اهم المبادئ التي استند عليها صاحب هذا الرأي الذي يرى بأن العقد يشتمل على نوعين من المنافع هما، المنفعة الشخصية التي ينتفع بها شخص محدد ومعين، والمنفعة العامة او منفعة المجتمع التي تصيب جميع افراده، اذ ان القانون لا يمنح العقد قوة ملزمة لكونه يحقق منفعة خاصة فقط، بل فضلاً عن ذلك يتمتع العقد بقوة ملزمة نظراً لما يحققه من منفعة اجتماعية والتي تتمثل بكون العقد أداة للتبادل ينتفع بها اكثر من شخص، لذا تبقى إرادة الفرد هي المحور الذي يسعى الى تحقيق المنفعة الشخصية وهي العنصر الأساس في العقود لكنها ليست الأساس الوحيد للقوة الملزمة للعقد، بل يجب تحديد محتوى الإرادة بشكل مرن، إذ إن الالتزام الناشئ عن ارادتين يعد التزاماً عقدياً حتى وان لم تكن حرية المتعاقدين متساوية، وأدل على ذلك عقود الإذعان تعد عقوداً رغم خضوع واذعان احد المتعاقدين لشروط المتعاقد الاخر.

#### ثانياً: العقد ملزم لكونه عادل

يستمر صاحب هذه الفكرة في شرح نظريته ويؤكد على ان العقد لا يكون ملزماً الا اذا كان عادلاً، ويرى ان العدالة العقدية تتجسد في عدالة تبادلية غرضها الوحيد هو الحفاظ على توازن المصالح بين الذمم المالية، اذ يجب إعطاء كل متعاقد نصيباً معيناً يعادل مقدار ما يعطي، وليس إعطاء

1 - د. رياض احمد عبد الغفور و د. شروق عباس فاضل، دور العدالة في تفسير العقود المدنية، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 2020، ص 408.

2 - جاك غاستان، المطول في القانون المدني ( تكوين العقد ) ، ط 2، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للنشر والتوزيع، بيروت، 2008م، ص 231. أشار اليه علاء جريان تركي الحمداني، الغاء العقد بالارادة المنفردة ( دراسة مقارنة بالقانون المدني ) ، ط 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019 م، ص 99 وما بعدها.

كل متعاقد الجزء الذي يخصه بعيداً عن المقابل الذي أعطاه، ويتجلى ذلك مثلاً في سلطة القاضي بتخفيض الثمن المغالى فيه في عقد البيع.

ويبدو لنا ان الرأي السابق والذي يرى ان فكرة المنفعة والعدالة هي أساس الالتزام العقدي هي فكرة تشتمل على جانب من الصحة وجانب من النقد، اذ يتمثل جانب الصحة والذي نؤيده في أهمية عنصر المنفعة وعنصر العدالة في تحقيق افضل صورة للعقد، فالعقد النافع والعاقل يمثل اسمى صورة للعقد والتي يرغب المشرع في الوصول اليها، ويظهر دور المنفعة والعدالة بشكل خاص عندما تتعارض مصالح الأطراف في هذه المعاملة، هذا التعارض الذي يسلب من العقد عنصر النفع وعنصر العدالة؛ نظراً لما يسببه من تضاد بين المنافع تضاداً لا يمكن اغفاله، ويتمثل جانب النقد بأن هذا الرأي قلل من قيمة الإرادة في كونها أساس الالتزام التعاقدية وهذا الامر يخالف ما اكد عليه اغلب الفقهاء والشراح في القانون المدني بأن العقد هو اتفاق ارادتين او اكثر..

وبناءً على ما تقدم نتوصل الى النتائج الآتية :

1- تظهر طبيعة العلاقة بين تعارض المصالح وبين العدالة العقدية بمظهر العلاقة العكسية، فمتى ما كانت المعاملة مستقرة وبعيدة عن التعارض الذي يثير النزاع الفعلي او القضائي كل ما حقق ذلك افضل تطبيق للعدالة العقدية، وعلى العكس عند نشوء واستمرار هذا التعارض فانه يخل اخلالاً كبيراً بهذه العدالة وعناصرها بشكل يحدث اثاراً سلبية تبعية أهمها اهدار الحقوق الافراد .

2- تجد العدالة بشكل عام والعدالة العقدية بشكل خاص تطبيقاً لها في الفقه الإسلامي، فعند التمعن في بعض احكام نظرية العقد لديهم وتطبيقاتها على العقود نجد في بعض الأحيان ان الفقهاء يرتبون احكاماً شرعية على مسائل معينة منعاً لحدوث تعارض المصالح وتحقيقاً للعدالة العقدية، ونتيجة لذلك اذا حدث مثل هذا التعارض فيجب تسويته بأسرع وقت ممكن حفاظاً على هذه العدالة.

3- أكدت تشريعات القانون المدني في اغلب الدول على مبدأ العدالة في بعض النصوص القانونية وتضمينه في هذه النصوص كل ما دعت الحاجة الى ذلك، ويعود هذا التضمين الى أسباب مختلفة منها تحاشي مسألة النقص التشريعي، ومنها المحافظة قدر الإمكان على توازن المصالح وعدم تعارضها تعارضاً يثير النزاع بين أطرافها او بينهم وبين الغير.

## المطلب الثاني

### اثر تعارض المصالح بالنسبة للمشرع والقضاء

لا تقتصر اثار تعارض المصالح في المعاملات المالية على مجرد تلك الاثار التي تصيب اطراف هذه المعاملة، فعند التمعن جيداً في هذا الوضع القانوني نجد هنالك ارتباطاً بينه وبين مهام واهداف المشرع والقضاء، ويظهر هذا الارتباط في حالة عدم تنظيم مسألة او اكثر من مسائل تعارض المصالح، فهذا الامر يؤدي الى ابراز صفة سلبية في التشريع الا وهي مشكلة الفراغ التشريعي، وفي مقابل هذه الاثار السلبية لتعارض المصالح يظهر في المقابل اثراً ايجابياً يُحدثه هذا التعارض في بعض الأحيان، ويتمثل هذا الأثر في تفعيل مبدأ الاجتهاد القضائي في المسائل التي لم ينظمها المشرع.

لذلك سنقسم هذا المطلب على فرعين، ونبين في الفرع الأول منه الأثر المتعلق بكشف القصور التشريعي، ونكرس الفرع الثاني الى تفعيل مبدأ الاجتهاد القضائي.

## الفرع الاول

### كشف القصور التشريعي

هنالك بعض الظواهر القانونية والمنطقية التي تجد ارضيتها في مسائل التشريع ومن ضمنها مسألة القصور التشريعي، اذ لا يمكن لأي مشرع مهما بلغ من القدرة على التنبؤ بالأوضاع المستقبلية ان يضع قانوناً متكاملأ لا يحتوي على قصور او نقص او غير ذلك، اذ ان هذه المسألة متعلقة بحوادث مستقبلية تظهر عند تطبيق النص التشريعي، وفي مجال تعارض المصالح في المعاملات المالية فقد وضحنا سابقاً بأن مسألة القصور التشريعي تعد من أسباب ظهور هذا التعارض، هذا السبب الذي يعود الى المشرع نفسه واصطلحنا عليه ( التعارض الوضعي)، وعند تطبيق هذا الامر بعد سن التشريع نجد ان حالة تعارض المصالح المذكورة ستكون مؤكدة لوجود حالة القصور التشريعي، هذه الحالة السلبية التي تؤدي الى تأخير حسم النزاع المعروض على المحكمة.

بناءً على ما تقدم يتبين لنا ان (كشف القصور التشريعي) يعد من الاثار التي تنتج عن تعارض المصالح، لكن هذا الأثر يظهر في حالة غياب الحلول القانونية في متن التشريع، وبعبارة أخرى ان الأثر المتمثل بكشف القصور التشريعي يظهر بطبيعة الحال عن فقدان الحل او الحكم القانوني للنزاع

المشوب بتعارض المصالح في معاملة مالية، ويكاد يختفي هذا الأثر الذي ذكرناه عند وجود الحل القانوني في أي نص من نصوص التشريع والتي تكون صالحة للتطبيق على النزاع المعروف، وعلى أي حال يعرف القصور التشريعي بأنه (تلك الحالة التي تواجه المحكمة عند القيام بتفسير وتطبيق النص على القضية المعروضة عليها، وقد يكون القصور على شكل نقص في التشريع، وقد يأتي بشكل الفراغ في التشريع) ويعود هذا القصور الى أسباب مختلفة أهمها، تطور العلاقات المالية باستمرار، العامل البشري وما يتعلق بقدرات الانسان<sup>(1)</sup>، وعلى الرغم من الخلط بين الفراغ التشريعي وبين النقص التشريعي والذي وقع فيه بعض الشراح والباحثين، الا انه وبقدر تعلق الحال بموضوع دراستنا المتعلق بالقصور التشريعي كأثر لتعارض المصالح سنبين هذا الأثر في حالة الفراغ التشريعي أولاً وفي النقص التشريعي ثانياً من اجل وضع الحلول اللازمة لكل نوع منها وكما يأتي :

### اولاً : حالة الفراغ التشريعي

لقد درس الكثير من الفقهاء والشراح تعريف الفراغ التشريعي وهم بصدد تفسير النصوص القانونية، وذلك عند حديثهم عن موضوع الصياغة القانونية لنصوص القانون، وفي ابراز دور الفقه والقضاء في تطوير نصوص القانون وسد ثغراته، ويعرف الفراغ في التشريع بتعريفات كثيرة جاء في بعضها بأن الفراغ التشريعي او الفراغ في القانون هو (حالة عدم ورود حكم في التشريع يتناول النزاع المعروف امام القاضي، وكذلك القصور في القانون هو عدم تضمن النص القانوني لما تقوم به الحاجة من احكام تفصيلية أو جزئية)<sup>(2)</sup> ، يلاحظ ان التعريف المذكور قد قيد مسألة الفراغ التشريعي بالحالة التي تعرض امام المحكمة فقط، في حين يكون نطاق الفراغ التشريعي أوسع من ذلك اذ يتمثل في الحالات التي تعرض على القاضي والتي لم تعرض عليه بعد، كما يعرف الفراغ التشريعي بأنه ( كل موضوع لم يرد بشأنه نص قانوني أو قاعدة قانونية عامة من غير النص حيث ينبغي ان يتوفر حكم القانون )<sup>(3)</sup> ، ونتفق مع التعريف الأخير لكونه قد بين بأن الفراغ لا ينحصر

<sup>1</sup> - م.م عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور في التشريع، بحث منشور في مجلة دجلة، المجلد الثاني، العدد الأول، مايس 2019، ص 63.

<sup>2</sup> - ينظر : د. ضياء شيت خطاب، فن القضاء، بحث منشور في مجلة معهد البحوث والدراسات العربية - قسم البحوث والدراسات القانونية، بغداد، سنة (1404هـ-1980م)، ص7.

<sup>3</sup> - علي عبد الله عفريت الحريشاوي، الفراغ في القانون (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون / جامعة كربلاء، 2015، ص 24.

فقط في حالة فقدان النص التشريعي كما ذهبت إليه بعض التعريفات، بل تضمن إلى جانب ذلك القواعد القانونية الأخرى الواجب توافرها.

وبقدر تعلق الحال بالفراغ التشريعي كأثر من اثار تعارض المصالح، فالامر الذي نرغب ان نبينه في هذا السياق يتمثل بأن ظهور حالة تعارض المصالح بين اطراف المعاملة المالية والمصحوبة بنزاع قائم هو امر لا يثير مسألة الفراغ القانوني طالما وجد النص التشريعي الذي يرجح احدى المصالح على المصلحة الأخرى، ولكن غياب النص القانوني الذي يرجح احدى هذه المصالح ما هو الا تأكيد وإظهار وإبراز لحالة سلبية تتمثل بوجود فراغ تشريعي بشأن مسألة معينة قد اربك القضاء ولم يتمكن من الوقوف على الحكم القانوني السليم بشكل يسير، لذا فان اثر تعارض المصالح في حالة الفراغ التشريعي يتمثل في ابراز او كشف حالة الفراغ بحيث تظهر بشكل جلي واضح لجميع الأطراف، فهذا الفراغ يدفع الفقهاء الى وضع الحلول المتفاوتة لهذه المسألة مما يجعل الامر معقداً على القضاء في تحديد الحل المناسب<sup>1</sup>.

وابرز مصداق على ما تقدم يظهر في فرض المسؤولية عن قطع المفاوضات العقدية، فكما هو معلوم هنالك مراحل تسبق ابرام العقد واهمها مرحلة المفاوضات العقدية، وبمقتضى هذه المرحلة يدخل الأطراف في تفاوض وتداول ونقاش بشأن العقد المراد ابرامه، وقد تستمر هذه المفاوضات لفترة زمنية طويلة ولاسيما في العقود المهمة مالياً، ثم بعد ذلك يقوم احد الأطراف بقطع المفاوضات بارادته المنفردة رغم ان الطرف الآخر لم يبدر منه تقصيراً معيناً، وهذا التنصل عن المفاوضات قد يلحق ضرراً بالطرف الأخير الذي قد فاتته منفعة كان من الممكن ابرامها مع شخص آخر، عندها يقوم بإقامة دعوى يطالب فيها بالتعويض عن هذا الضرر وحماية مصلحته، في حين يدفع الطرف الأول بأن من حقه قطع المفاوضات في أي وقت يرغب فيه بناءً على مبدأ رضائية العقد وبالتالي لا يتحمل أي تعويض، ففي هذا الفرض تعارضت مصلحة كل طرف مع مصلحة الآخر، ولم يبقى سوى دور المحكمة في فض هذا النزاع، وعندها تلجأ المحكمة الى نص القانون فيتبين لها عدم وجود نص قانوني ينظم مرحلة المفاوضات العقدية بمعنى اخر هنالك فراغ تشريعي بهذا الخصوص، ولم يظهر هذا الفراغ الا بعد إقامة الدعوى التي يكون موضوعها تعارض المصالح

<sup>1</sup> - alan waston, sources of law legal change and ambiguity, published by university of Pennsylvania press, usa,1984, p2.

بين اطراف المفاوضات العقدية، لذا نقترح على المشرع العراقي تنظيم هذه المرحلة المهمة من مراحل ابرام العقد وتحديد المسؤولية المدنية عن قطع المفاوضات من قبل احد الأطراف فقط (1) .

### ثانياً : حالة النقص التشريعي

ان الصياغة القانونية الجيدة تدل على مهارة الصانع والمامه باصول الصياغة القانونية السليمة، وعلى العكس اذا تضمن التشريع عيباً معيناً فهذا الامر لا يدل الا على ضعف الصياغة وعدم الإحاطة بقواعدها القانونية، ويعد عيب ( النقص التشريعي ) من اهم العيوب التي تنال من سلامة هذا النص، ومع ذلك فقد اوضحت مسألة النقص التشريعي هي مسألة مسلم بها، على وجه الخصوص فيما يخص القانون المدني بسبب كثرة مواد القانون، فالمشرع مهما كان حاذقاً فلا يمكن له الالمام بكافة الاحكام المرتبطة هذه المعاملات، فلا يمكن له ان يتنبأ بأنواع التحولات المستقبلية، وتعود أسباب هذا النقص الى اكثر من سبب، فمثلاً هنالك أسباب فنية تتعلق بمقدرة المشرع ( الصانع القانوني ) على الاحاطة بجميع المسائل المتعلقة بطبيعة الروابط التي يراد تنظيمها من خلال التشريع المعني، وفي الجانب المقابل هنالك أسباب عملية أخرى نحو قصور مستوى النضج التشريعي، ومنها ايضاً مدى مقدرة الصانع التشريعي على التبصر بحقائق الواقع الحاضر ومدى ما يستجد من تطورات مستقبلية بشأن مسائل معينة (2) .

وبخصوص تعريف النقص التشريعي فقد عرف معناه في مناسبات كثيرة جاء في احدها بأنه (عدم تمكن المحكمة من إيجاد نص في التشريع لكي ينطبق على النزاع المعروض) (3) ، يؤخذ على التعريف المذكور بأنه وضع سبب النقص التشريعي بعدم قدرة المحكمة على إيجاد النص، وهذا الامر يجانب الصواب؛ لأن سبب النقص يعود الى الصانع وليس المحكمة، وجاء في تعريفه ايضاً ( اغفال

1 - لم ينظم المشرع العراقي في القانون المدني مرحلة المفاوضات العقدية، لكن نجد ان المشرع الفرنسي نظم مرحلة (المفاوضات العقدية) في التعديل الذي صدر سنة (2016) وكان المشرع الفرنسي موفقاً إلى حد ما في هذا التنظيم، اذ نصت المادة ( 1112 ) منه على " البدء بالمفاوضات ما قبل التعاقد وتقدمها وقطعها مسائل اختيارية، يجب لزاماً أن تستوفي هذه المسائل مقتضيات حسن النية، وفي حالة الخطأ المرتكب في المفاوضات، فإن تعويض الضرر الناجم عنه لا يجوز أن يتضمن التعويض عن فوائد المنافع المتوقعة للعقد المراد إبرامه " .

2 - للمزيد ينظر د. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 207 وما بعدها.

3 - د. حيدر ادهم عبد الهادي، مصدر سابق، ص 103.

الصائغ ذكر بعض الاحكام والالفاظ التي يفترض لزاماً ان تذكر في متن التشريع لكي يستقيم معناه وتتحق الغاية المرجوة منه، فيأتي هذا النص ناقص الحكم ويفتقر للتنظيم (1) ،

وفي سبيل بيان اثر تعارض المصالح في تكريس فكرة النقص التشريعي نسوق المثال الآتي، نص المشرع العراقي على انه (1- تقدر المحكمة التعويض في جميع الاحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب بشرط ان يكون هذا نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع. 2- ويدخل في تقدير التعويض الحرمان من منافع الاعيان ويجوز ان يشتمل الضمان على الاجر). (2) ، هذا النص المذكور يبين سلطة المحكمة في تقدير التعويض في المسؤولية التقصيرية وما يدخل تحت معنى التعويض من جزئيات، الا ان النص اشتمل على نقص تشريعي عملي لا يمكن غض البصر عنه، اذ لم يبين النص وقت او زمن تقدير التعويض، هل يقدر التعويض وقت وقوع الضرر، او وقت إقامة الدعوى، ام لحظة اصدار الحكم<sup>3</sup> .

فمثل هذا الامر يُحدث تعارضاً بين مصلحة محدث الضرر ومصلحة المتضرر، فتتمثل مصلحة الأول في اختيار الوقت الذي يحقق له اقل تعويض مطلوب، في حين تظهر مصلحة الثاني في اختيار الزمن الذي يمنحه اعلى تعويض ممكن، وإزاء هذا التعارض تلجأ المحكمة الى النصوص القانونية في سبيل ترجيح احدي هذه المصالح، وعند تحليل منطوق النص وفحواه ستجد المحكمة غياب الحل القانوني لمثل هذا الفرض من فروض التعارض، الامر الذي يكشف للمحكمة ولكل مختص ان هذا النص القانوني جاء بصياغة تشتمل على نقص كان لزاماً ان يذكر في متن المادة، وعليه لولا القضية المعروضة على المحكمة والمتمثلة بتعارض المصالح لما كان لهذا النقص من تأثير على القانون والواقع، ولكن فائدة النص تظهر من خلال التطبيق العملي فهو الذي يحدد مدى نجاعة النص القانوني من عدمه.

ويظهر هذا الأثر في مثال اخر اذ نص المشرع العراقي على انه ( اذا زال السبب الذي أدى الى اتحاد الذمة وكان لزواله اثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوي الشأن،

1 - د. عيسى المرزوق، مصدر سابق، ص 66.

2 - ( المادة 207 ) من القانون المدني العراقي

3 - د. حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد، 2004، ص 123 وما بعدها.

ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن (1) ، وهو يشبه موقف المشرع المصري الذي نص على ( 1- إذا اجتمع في شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد، انقضى هذا الدين بالقدر الذي اتحدت فيه الذمة. 2- وإذا زال السبب الذي أدى لاتحاد الذمة، وكان لزواله أثر رجعي، عاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة إلى ذوي الشأن جميعاً، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن.) (2)، وعبر تحليل هذه النصوص يظهر لنا انها تقرر عودة الالتزام الذي انقضى باتحاد الذمة اذا تبين زوال سبب اتحاد الذمة، ولكنها لم تبين حالة ما اذا تصرف احد الأطراف بمحل الالتزام لشخص آخر عبر الفترة بين انقضاء الالتزام وعودته، اذ ان عودة الالتزام الأصلي سيحدث تعارضاً بين مصلحة الدائن الأول والدائن الثاني، فكيف يتم حل التعارض في هذه الحالة وما شبهها فهذا النص اشتمل على نقص تشريعي يحدث تعارضاً بين مصالح الأطراف المذكورة، لذا كان من الأفضل على المشرع العراقي لو اردف النص المذكور بعبارة ( مع عدم الاخلال بالحقوق المكتسبة للغير حسن النية ) لكي يتخلص من هذا الفرض الوارد الحدوث بكثرة عند اجراء المقاصة ويضع حلاً لمثل هذا الفرض، وهو بالفعل ما نص عليه المشرع الفرنسي الذي نص على ( ينتج اتحاد الذمة من اجتماع صفتي الدائن والمدين للالتزام نفسه في الشخص نفسه. اتحاد الذمة يقضي الدين وملحقاته، مع مراعاة الحقوق المكتسبة لمصالح الغير او ضدهم.) (3).

وإزاء هذه المشكلات القانونية التي تظهر عند وجود تعارض المصالح وافتقاره الى نص مباشر يحدد المصلحة الأرجح بدون الخوض في التفاصيل الأخرى، يبرز التساؤل عن الحل القانوني الذي يتيح للمحكمة فض النزاع وفقاً للطرق القانونية، يبدو لنا ان الحل المناسب الذي يتحتم على المحكمة ان تتبعه في حالة الفراغ والنقص في التشريع يتمثل باتباع الطريق الذي رسمه المشرع باعتماد المصادر الأخرى للقانون غير التشريع، اذ نص القانون المدني العراقي على ( 1 – تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها او في فحواها. 2 - فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الاكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيد بمذهب معين فإذا لم يوجد فبمقتضى قواعد العدالة. 3 - وتسترشد المحاكم في كل ذلك بالاحكام التي اقرها القضاء والفقهاء في

1 - ( المادة 419 ) من القانون المدني العراقي .

2 - ( المادة 370 ) من القانون المدني المصري.

3 - ( المادة 1349 ) من القانون المدني الفرنسي.

العراق ثم في البلاد الاخرى التي تتقارب قوانينها مع القوانين العراقية. (1) ، لقد حدد هذا النص المصادر الأساسية والثانوية للقانون المدني والتي تلتزم المحكمة باتباعها حسب التسلسل المذكور، ولذلك في حال غياب النص التشريعي او نقصانه يجب على المحكمة ان تحكم وفقاً للعرف فاذا لم يوجد يجب ان تتبع مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون، وفي حال عدم وجود مثل هذه المبادئ يتحتم على المحكمة ان تحكم وفقاً لقواعد العدالة.

وهذا الحل قد ورد ايضاً في القانون المدني المصري الذي نص على ( 1- تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو في فحواها. 2- فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد، فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد، فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة. ) (2) ، على الرغم من الاختلاف بعض الشيء في شكل النص ومضمونه الا ان الامر المهم يبقى في تعدد الحلول التي يضعها المشرع امام المحكمة في سبيل الوصول الى الحكم القضائي المناسب.

وتتمثل خلاصة هذا الفرع في جوانب متعددة هي :

1- ان القصور في التشريع سواء أكان على صورة فراغ تشريعي ام نقص تشريعي ليس من الأمور الغريبة على شراح القانون، فهذه المسائل طبيعية ومنطقية لأن العقل البشري لا يمكن له ان يتنبأ بجميع المسائل التي يمكن ان تحدث عند تطبيق النص القانوني وعليه قد تستجد بعض الأوضاع القانونية التي لم تكن في ذهن المشرع عند صياغة النص، وهذا القصور التشريعي لا يظهر ولا يُكشف امره الا بالتطبيق العملي وبالتحديد عند التقاضي امام المحاكم ، لذلك عندما يكون هنالك قصوراً في التشريع في مسألة تشتمل على تعارض مصالح في معاملة مالية معينة ثم يثار نزاع معين بخصوص هذا التعارض، فهذا الامر بطبيعة الحال سوف يكشف ويُظهر هذا القصور التشريعي بشكل أوضح عما كان عليه الحال قبل قيام النزاع.

2- لا يمكن للمحكمة ان تقف موقف المتفرج إزاء القصور التشريعي بأشكاله المختلفة، اذ يكون من واجبها القانوني نظر الدعوى وتحليل القضية المعروضة واتباع الإجراءات والطرق التي وضعها

1 - ( المادة 1 ) من القانون المدني العراقي

2 - ( المادة 1 ) من القانون المدني المصري.

المشرع في حالة وجود النص وفي حالة فقدانه، وهذا الامر يتطلب من المحكمة جانب كبير من المعرفة والدراسة باحكام التشريع والتطبيقات القضائية.

وعلى أي حال لا يمكن اغفال اثر تعارض المصالح في الكشف او ابراز حالات القصور التشريعي وكما سبق بيانه والذي يعد من الاثار السلبية التي يتسبب بها تعارض المصالح في المعاملات المالية، ولكن عند النظر في جزئيات هذا الوضع القانوني نجد انه يحمل بين طياته جانباً ايجابياً يتمثل في تفعيل مبدأ الاجتهاد القضائي، ويظهر ذلك في حال انعدام النص القانوني او بسبب الغموض الذي يكتنف عبارات النص، ففي هذا الوقت يظهر دور القاضي في اعمال مبدأ الاجتهاد القضائي الذي تهيأ له بسبب وجود التعارض بين المصالح وهو ما سنبينه في الفرع القادم.

### الفرع الثاني

#### تفعيل مبدأ الاجتهاد القضائي

تعد وظيفة القضاء اسبق في الوجود من وظيفة القانون ذاته، سواء فيما يتعلق بقواعده التشريعية ام بقواعده العرفية، بالرغم من وجود التلازم بين وظيفة القانون وبين وظيفة القضاء المتمثلة في السعي الى تحقيق العدالة، وفي هذا السياق لا يمكن لأحد ان ينكر دور الاجتهاد القضائي في مجال التشريع والذي لا يقل أهمية عن التشريع نفسه، فالتشريع غالباً يضع حلولاً وسطى ولا يكثرث بالمسائل والظروف الفردية، وهذا الامر يُبرز دور الاجتهاد القضائي في مواكبة الحالات المتجددة في المجتمع<sup>(1)</sup>، كما يعد الاجتهاد القضائي احدي الضرورات العملية التي تتطلبها مسائل التشريع ومجالات تطبيقه، اذ اصبح من المسلم به ان التشريع المراد منه إقامة نظام اجتماعي لا يمكن ان يخلو من نقص او فراغ تشريعي وهذا الامر لم يعد محلاً للنقاش او الشك، ونتيجة لذلك فقد اصبح لهذا الاجتهاد دور مهم في سد هذا الفراغ وفي تكملة هذا النقص، وهو الذي يضيف الى القانون

<sup>1</sup> - للمزيد ينظر د. احمد سعود و ياسين بن عمر، تغير الاجتهاد القضائي واثره على الامن القانوني، بحث منشور في مجلة القضاء والدستور، الملتقى الدولي العاشر، 2019، ص 180.

الطابع العملي الحي الذي يتمثل بالتطبيق الأفضل للقانون في مسائل النزاعات القضائية وصولاً الى اقرب حل يحقق معنى العدالة (1).

وبخصوص تعريف الاجتهاد القضائي فقد ورد في الفاظ مختلفة منها انه ( اصدار القاضي حكماً ظنياً فاصلاً للخصومة بشأن واقعة متنازع عليها، للالزام به ) (2) ، يؤخذ على التعريف المذكور بأنه لم يحدد مجال الاجتهاد القضائي، إذ إن القاضي لا يجتهد في جميع المسائل التي تعرض عليه، ففي اكثر الأحيان يلتزم بتطبيق النص القانوني الواضح وهذا الامر لا يسوغ له حرية الاجتهاد لحسم النزاع بدون وجود نقص او فراغ تشريعي، ويعرف الاجتهاد القضائي ايضاً بأنه ( ذلك الحل الذي يتخذه القاضي في القضية المعروضة عليه وذلك في حالة عدم وجود النص القانوني الواجب التطبيق او غموضه ) (3) ، يبدو لنا ان التعريف الأخير اقرب الى تحديد معنى الاجتهاد القضائي؛ وذلك لأنه حدد مجال هذا الاجتهاد في حالة غياب النص التشريعي او في حالة غموض النص وهو ما يتفق معه الباحث.

بناءً على ما تقدم يبدو لنا ان اثار تعارض المصالح لا تقتصر على تلك الاثار السلبية المتمثلة بعدم استقرار المعاملات وغياب العدالة العقدية وتكريس القصور التشريعي، فعند التمعن في النتائج التي يسببها وضع تعارض المصالح في المعاملات المالية نجد ان هذا الامر يتيح للقاضي حرية الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه، وهذا الأثر يعد من الاثار الإيجابية التي يخلفها تعارض المصالح، اذ يفسح المجال للقاضي في ابراز مهاراته ومعارفه التي اكتسبها من تراكمات العمل والدراسة، فيحاول ان يبدع وينتج حلولاً قضائية في مسائل لم يرد بها نص تشريعي، لذلك فان الأثر المتمثل بتكريس الاجتهاد القضائي لا يظهر الا في حالة غياب النص القانوني الذي يضع الحل امام القاضي او غموض هذا النص او نقص النص عن معالجة بعض الامور؛ لأن وجود النص القانون الواضح سيعمل على تقييد القاضي باتباع ما ورد في التشريع، ولا يجوز له الاجتهاد في مسألة معينة ورد بها نص تشريعي.

1 - د. حسن احمد البغدادي، النقص الفطري في احكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقية، 1945، بغداد، ص 396.

2 - صالح خالد صالح الشقيرات، الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه وتطبيقاته في الشريعة والقانون، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا - الجامعة الأردنية، 2007، ص 22.

3 - بوشيد محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، ج 14، 2004، ص 155.

وبقدر تعلق الحال بأثر تعارض المصالح في تعزيز الاجتهاد القضائي يبرز في هذا السياق التساؤل حول ماهية اركان الاجتهاد القضائي في نطاق القانون، في حقيقة الامر ان الاجتهاد القضائي يعتمد على قدرة القاضي في استنباط الاحكام القانونية بما يتفق مع نصوص التشريع، وهذا الاجتهاد في حقيقته يقوم على ثلاثة اركان هي :

**اولاً: وجود المجتهد -** ان المجتهد في مجال القانون والقضاء هو القاضي نفسه، فهو الذي يقوم بعملية استنباط الاحكام من ادلتها القانونية، لذا فالقاضي الذي لا يكون له دراية ومملكة في استنباط الاحكام لن يكون قادراً على تحقيق الترحيح بين المصالح المتعارضة بالشكل الذي يحقق العدالة بين الأطراف، وهناك من يُصنف القضاة المجتهدين الى صنفين هما ، الصنف الأول هو القاضي المجتهد المطلق وهو ذلك القاضي الذي يكون على دراية بالنصوص التشريعية العامة والخاصة التي قررتها التشريعات، ويعلم القواعد المنفك عليها والمختلف فيها ومسالكها وطرق و أساليب الاستقادة منها، في حين يطلق على الصنف الثاني من القضاة المجتهدين تسمية القاضي المجتهد الخاص وهو ذلك القاضي الذي يجتهد في بعض المسائل فقط ولا يكون على المام تام بجميع النصوص القانونية الواردة في متن التشريعات، نحو القاضي المختص في مسائل العقود المدنية واحكامها يطلق عليه ذلك القاضي ذو الاختصاص بالمسائل العقدية (1) .

**ثانياً: المجتهد فيه -** هو الركن الثاني من اركان الاجتهاد القضائي والذي يراد فيه جميع المسائل التي تعرض على القضاء والتي تفتقر الى الحلول القانونية في التشريع.

**ثالثاً: دليل الاجتهاد -** هو الركن الأخير من اركان الاجتهاد القضائي ويقصد به النصوص القانونية التي يستند اليها القاضي في استنباط الاحكام القانونية وتطبيقها على النزاع المعروض عليه (2) .

ونتيجة لذلك فقد بينا فيما سبق من قول ان التطبيقات القانونية لتعارض المصالح في المعاملات المالية جاءت بشكل مزدوج، اذ نجد بعض هذه التطبيقات قد نص عليه القانون وافرد له مواد قانونية تبين الحكم القانوني لها، في حين لم يكن للتطبيقات الأخرى ذكر في نصوص التشريع، فلم يحدد المشرع مواد قانونية تنظم هذه الحالات، وهذا الامر يحتم على المحكمة اتباع الحلول القانونية التي أوردها المشرع، لذا فان هذا الاتباع لا يكون صحيحاً الا باتباع ما يجب اتباعه من إجراءات قانونية،

<sup>1</sup> - للمزيد ينظر د. بن ملح الغوتي، أفكار حول الاجتهاد القضائي، بحث منشور في المجلة القضائية ، العدد الأول،

2000م، ص 622 و ص 623.

<sup>2</sup> - صالح خالد صالح الشقيرات، مصدر سابق، ص 34.

وهذه الاجراءات تتوصل اليها المحكمة من خلال مبدأ الاجتهاد القضائي، لذلك فاذا عرض على المحكمة قضية تتعارض فيها مصالح الأطراف ولم يحدد فيها المشرع المصلحة الراجحة، ففي هذا الفرض تجتهد المحكمة فيما تراه مناسباً من إجراءات قانونية مع ضرورة اخذ مصادر القانون بعين الاعتبار.

بناء على ذلك يكون لهذا الاجتهاد القضائي نوعاً من الاحترام الذي لا يصل الى درجة الالتزام، ويعود هذا الاحترام الى امرين هما، الامر الأول يظهر في الناحية العملية والذي يكمن في التسلسل الهرمي لانواع المحاكم من جهة ، والرقابة من المحاكم العليا من جهة أخرى، فعندما تتبنى محكمة التمييز حكماً معيناً وتستقر عليه، فغالباً جداً تتبنى محاكم الدرجة الأولى هذا الحكم وتطبقه بانتظام، ويظهر الامر الثاني في الناحية النظرية الذي ينبع من حقيقة بأن اجتهاد المحاكم لا يتمتع بالقوة الملزمة، لكن مع ذلك نجد غالباً محاكم الدرجة الأولى تدرك تماماً بأن لا جدوى ولا فائدة من مخالفة ما استقرت عليه احكام المحاكم من قرارات واحكام قانونية، لأن حكمها سيكون معرضاً للتمييز ان خالفت ذلك، لذا فهي تلزم نفسها بالقرارات السابقة سواء أكانت مقتنعة بها ام لا في سبيل تفادي الطعن بالقرار، ونتيجة لذلك نجد الدور المميز للاجتهاد القضائي في معالجة الفراغ والنقص في التشريع عندما تعرض على المحكمة قضية ما تتعارض فيها مصالح الأطراف ولم يحدد المشرع في حينها أي مصلحة من هذه المصالح هي التي يكون لها غلبة الترجيح والتفضيل (1) ، ومن الجدير بالذكر ان العمل الذي تقوم به المحكمة في حالة الاجتهاد القضائي لا يعد عملاً منشئاً، لأن المحكمة لا تملك صلاحية انشاء القاعدة القانونية في بعض الأنظمة القانونية ومنها النظام القانوني في العراق، لأن المحكمة عندما تطبق الأعراف او مبادئ العدالة فانها تستلهم الحل من مصادر أخرى غير القانون المكتوب، وهي بهذا الحال لا تمس وقائع القضية المعروضة عليها، اذ تبقى الدعوى كما هي وتبقى وان المحكمة تتوقع وجود حل للنزاع في قاعدة قانونية غير مكتوبة تصلح للتطبيق على هذه القضية، ولا يصل دورها بأي حال من الأحوال الى انشاء القاعدة القانونية (2) .

وخلاصة هذا الفرع تتمثل في وجود جانب إيجابي لتعارض المصالح في المعاملات المالية، هذا الجانب الذي يتمثل في تهيئة الأجواء المثالية لكي يمارس القاضي دوره في الاجتهاد القضائي، وكما بينا فيما سبق توجد بعض تطبيقات تعارض المصالح في معاملات مالية لم يرد فيها نص قانوني

1 - د. حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الامن القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق

التي تصدر عن كلية القانون / الجامعة المستنصرية، المجلد 2، العدد 31، 2007، ص 7.

2 - للمزيد ينظر د. بن ملحمة الغوثي، مصدر سابق، ص 630.

يتولى تنظيمها وتحديد المصلحة الراجعة فيها، وفي ضل هذا الوضع ينبغي على القاضي البحث عن الحلول القانونية ضمن الاطار العام للتشريع ومصادره، وهذا الامر بطبيعة الحال يتطلب نوعاً من الاجتهاد من قبل القاضي من حيث اتباع سلسلة من الإجراءات القانونية وصولاً الى الحل القانوني المناسب والذي يجنبه نقض الحكم الذي يصدر بهذا الشأن، وبناءً عليه لولا تعارض المصالح غير المنظم تشريعياً لما وجدت هذه الأجواء التي تساعد على الاجتهاد القضائي، وبعد الجانب النظري لتعارض المصالح في المعاملات المالية لا يمكن اهمال الجانب العلمي لهذا الوضع القانوني، ويتم ذلك من خلال التطرق الى ابرز تطبيقات تعارض المصالح في المعاملات المالية وهو ما سنبينه في المبحث القادم.

### المبحث الثاني

#### تطبيقات تعارض المصالح في المعاملات المالية

تتعدد تطبيقات تعارض المصالح في المعاملات المالية تعدداً يرتبط بتعدد المصالح من جهة وفي نشوء النزاع بين اصحابها من جهة أخرى، الامر الذي يجعل من الضروري دراسة صوراً معينة من هذه التطبيقات وبيان موقف الفقهاء المسلمون والتشريعات الوضعية من ذلك وما يتعلق بكيفية الترجيح بين هذه المصالح المتعارضة، وبعد استقراء النصوص القانونية المتضمنة لهذه التطبيقات اتضح انها لا تقتصر على تطبيقات الناشئة عن مصدر واحد كأن تكون تطبيقات عقدية فقط، بل تتنوع صور هذه التطبيقات فتارة تكون تطبيقات عقدية تتوافر فيها شروط تعارض المصالح المبينة سابقاً، وتارة تكون تطبيقات غير عقدية كذلك الناشئة عن المسؤولية المدنية في التزام تتعدد فيه المصالح المتعارضة بين الأطراف، هذا التنوع في التطبيقات يحتم على الباحث دراسة نماذج معينة منه وبيان المعايير المتبعة في الترجيح لدى كل من الفقهاء المسلمون والتشريعات الوضعية بغية الوقوف على الرأي الراجح والذي يتلاءم مع الغاية من وضع النص القانوني في المسائل القانونية التي تتعارض فيها المصالح.

لذلك سنقسم هذا المبحث على مطلبين، في المطلب الأول سنبين التطبيقات العقدية لتعارض المصالح وسنتناول في المطلب الثاني التطبيقات غير العقدية لتعارض المصالح.

## المطلب الأول

### التطبيقات العقدية لتعارض المصالح

تعد التطبيقات العقدية لتعارض المصالح من اكثر تطبيقات هذا الموضوع شيوعاً على مستوى مؤلفات الفقهاء المسلمون والتشريعات الوضعية، ولا يمكن حصر هذه التطبيقات بعدد معين بل يظهر هذا التعارض بين المصالح في مجال العقود متى ما حدث التضاد بين المنفعة الخاصة بكل متعاقد، فتارة يظهر في النظرية العامة للعقد، وتارة أخرى نجده في بعض العقود على اختلاف أنواعها كقد البيع وعقد الايجار وسنحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على بعضاً من هذه التطبيقات.

لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول سنبين تعاقد الشخص مع نفسه، ونكرس الفرع الثاني الى تزامم المستأجرين على شيء واحد.

## الفرع الاول

### تعاقد الشخص مع نفسه

من المسلم به ان العقد يقوم على توافق ارادتين او اكثر فيما بينها للخروج بمظهر عقدي وهو ما يعرف ( تعدد الارادات) اذ تسعى كل ارادة الى تحقيق مصلحة معينة من هذا الالتزام العقدي، وفي بعض الأحيان يتحكم شخص واحد بهذه المصالح المتعارضة وهذا ما يعرف بالتعاقد مع النفس، لذلك يعد (تعاقد الشخص مع نفسه) من اهم تطبيقات تعارض المصالح في المعاملات المالية والذي يتطلب دراسته وفقاً لجزئيات هذا التعارض وكما يأتي :

#### اولاً : تعريف تعاقد الشخص مع نفسه

يعد هذا الموضوع من اهم الأمور التي شغلت حيزاً مهماً في نطاق التشريع بنصوصه وشرائه، فقد اثار مسألة تعاقد الشخص مع نفسه جدلاً فقهيّاً كبيراً؛ والسبب يعود الى ان العقد يتطلب تطابق ارادتين متميزتين يظهر في الأولى صورة الايجاب وتمثل الثانية صورة القبول (1) ، وفي ظل هذا الجدل الفقهي ظهرت بهذا الشأن عدة تعريفات للتعاقد مع النفس فهناك من عرفه بأنه

<sup>1</sup> - د. ايمن احمد الدلوع و د. جهاد مغاوري شحاته و د. شامل سليمان عسلة، الممارسات القانونية والتدريبات العملية، ط1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2019 م، ص 200.

( ذلك العقد الذي يتم عن طريق الجمع بين صفتين في شخص واحد بحيث يقوم هذا الشخص بدور الطرفين فيصدر تعبيرين عن الإرادة في شأن مصالحهما المتعارضة )<sup>(1)</sup> ، وعلى الرغم من كون التعريف المذكور سلفاً تضمن الكثير من جوانب الصحة الا انه مما يؤخذ عليه عدم تحديده للطريقة التي يتم عن طريقها صدور تعبيران عن إرادة واحدة من شخص واحد، فهو تعريف بحاجة الى توضيح اكثر من ذلك، وجاء في تعريفه ايضاً ( التصرف القانوني الذي يتولى فيه شخص واحد دور الموجب والقابل نيابة عن احدهما و اصالة عن نفسه او نيابة عن كليهما )<sup>(2)</sup> ، ويتفق الباحث مع التعريف الأخير؛ لكونه قيد المعنى على مرحلة انعقاد العقد فقط هذا من جانب، ومن جانب آخر انه تضمن صور هذا التعاقد بشكل واضح لا يثير الغموض .

### ثانياً : تحديد المصالح المتعارضة

يستند تعارض المصالح في المعاملات المالية على فكرة التعدد وهذا التعدد يتطلب وجود مصلحتان او اكثر تتنافس فيما بينها في سبيل البقاء والاعلوية، وهذا الامر ينطبق على فكرة ( تعاقد الشخص مع نفسه ) بصوره المختلفة الذي يحدث فيه تعارضاً بين مصلحتين هما :

**1- في صورة التعاقد مع النفس باعتباره اصيلاً عن نفسه و نائباً عن غيره -** في هذه الصورة يحدث التعارض بين مصلحة المتعاقد الأول لأنه يعد اصيلاً، وبين مصلحة الطرف الثاني وهو المنيب، فكيف سيوفق الطرف الأول بين مصلحته ومصلحة المنيب، هذه المصالح التي كانت وما زالت في حالة تعارض.

**2- في صورة التعاقد مع النفس نيابة عن الطرفين -** في هذه الصورة يكون التعارض بين مصلحتين على درجة واحدة من الأهمية بالنسبة للنائب، فالتعارض يكون بين مصالح الاصلاء وهم، الاصيل الأول للنائب والاصيل الثاني للنائب نفسه، كمن اناب غيره في بيع سيارته، ثم اناب شخص اخر نفس النائب في شراء سيارة من المواصفات نفسها لسيارة الاصيل الأول، فكيف سيوفق النائب بين مصلحة اصيله الأول (الاصيل الذي يرغب بالبيع) واصيله الثاني ( الاصيل الذي يرغب بالشراء).

1 - د. عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، ص 184.

2 - د. علي عبد العال خشان الاسدي، النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012، ص 43.

## ثالثاً : حكم التعاقد مع النفس

بعد بيان المراد بمضمون التعاقد مع النفس وبيان المصالح المتعارضة في هذا الموضوع يجب بعد ذلك الوقوف على حكم هذا النوع من التعاقد في الفقه الإسلامي وفي التشريع العراقي والتشريعات المقارنة من اجل تحديد المصلحة الراجحة بهذا الشأن وكما يأتي :

## 1- حكم التعاقد مع النفس في الفقه الإسلامي

بادي ذي بدء يجب القول ان الفقهاء المسلمون وضعوا قاعدة عامة تسمى قاعدة (تعدد الارادات وتعدد العاقدين) التي تعني ان العقد هو نتاج ارادتين يصدر عن ايجاب وقبول، ولا توجد قدرة قانونية لشخص واحد على ابرام العقد (1) ، لذا يثار التساؤل عن حكم التعاقد مع النفس في الفقه الإسلامي رغم وجود القاعدة العامة المذكورة سلفاً، للإجابة نقول نظراً للاهمية الكبيرة لمسألة التعاقد مع النفس وما ينتج عنها من آثار فقد تناول الفقهاء المسلمون حكم هذا النوع من التعاقد إلا أن الأمر اتسم ببعض من التعقيد، اذ ورد الامر في بعض الأحيان بشكل مبدأ عام حول التعاقد مع النفس، وتارة أخرى ورد بشكل تطبيقات شرعية بهذا الخصوص، فبشأن الحكم العام للتعاقد مع النفس في الفقه الإسلامي ونتيجة لمبدأ النيابة في التعاقد فقد أجاز الفقهاء المسلمون لشخص ما ان ينوب عن غيره في انشاء العقد سواء أكانت النيابة اجبارية كالولاية على الصغير، ام كانت النيابة اختيارية، ويجوز في هذه الحالة لشخص واحد ان يتولى ابرام العقد نيابة عن طرفين فيعقد بينهما عقداً بالنيابة عن كل طرف (2)، وإزاء اشتراط تعدد العاقد الذي يشكل اهم مبادئ العقد في الفقه الإسلامي فقد انقسم الفقهاء المسلمون الى اتجاهين بشأن جواز التعاقد مع النفس من عدمه وكما يأتي :

أ - الاتجاه الأول - وهم الاحناف (3) ، والشافعية (4) ، والحنابلة (5) ، الذين قالوا بتحريم التعاقد

1 - للمزيد ينظر محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، مصدر سابق، ص 200. محمد أبو زهرة،

الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بدون مكان طبع، ص 173 وما بعدها.

2 - عبد الرحمن الجزيري والشيخ محمد الغروي والشيخ ياسر مازح، الفقه على المذاهب الأربعة ومذهب اهل البيت

(ع)، المجلد الثالث، منشورات دار الثقلين، بيروت، 1419 هـ - 1998م، ص 234.

3 - الكاساني، مصدر سابق، ج 4، ص 135.

4 - الشيرازي، مصدر سابق، ج 1، ص 338.

5 - ابن رجب الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، ط1، مطبعة الصدق الخيرية،

مصر، 1322 هـ - 1933م، ص 128.

مع النفس؛ بسبب انعدام شرط تعدد العاقد في هذا النوع من التعاقد، الا انهم اجازوا استثناءً تعاقد الشخص مع نفسه في النكاح وبيع الولي لنفسه وتصرف المولى على العبيد .

ب - الاتجاه الثاني - وهم الامامية (1) ، والمالكية (2) ، الذين اجازوا التعاقد مع النفس الذي عن طريقه يجوز للنائب ان يتولى العقد نيابة عن الطرفين في جميع مسائل المعاملات، وسبب هذا الجواز الشرعي يكمن في ان مبدأ تعدد العاقد لا يشترط فيه ان يكون تعدداً حقيقياً بل يكفي حسب ما اطلق على هذا التعدد بالمغايرة الاعتبارية (3) .

ونظراً لكون الفقه الإسلامي يهتم بأدق الجزئيات فقد جاء في مؤلفاتهم بعضاً من تطبيقات المعاملات المالية المتضمنة تعاقداً مع النفس اهمها بيع الوكيل لنفسه، وشراء مال الصغير او بيعه لنفسه، وسنقتصر في هذه الدراسة على بيان اهم هذه التطبيقات وهو (بيع الوكيل لنفسه)، ويراد بهذه الصورة هو ان يوكل شخص ما شخصاً اخر ويطلب فيه الأول من الثاني بيع مال معين، فيقوم الوكيل ببيع هذا المال وشراءه لنفسه الامر الذي يحدث تعارضاً في المصالح بين مصلحة الوكيل ومصلحة الموكل، وإزاء هذا التعارض اختلفت آراء الفقهاء المسلمون بشأن مدى صحة هذا النوع من التعاقد على ثلاثة آراء هي :

1- الفريق الأول - وهم الامامية في قول (4) ، والاحناف (5) ، والشافعية (6) ، والمالكية (7) ، والحنابلة (8)، وفي منطلق قول هذا الفريق اذ ذهبوا الى عدم جواز بيع الوكيل لنفسه، فاذا باع الوكيل لنفسه الشيء الموكل ببيعه يعد ببيعه باطلاً، وحجتهم في ذلك ان القول بصحة بيع الوكيل لنفسه هو امر

1 - العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة دمشقية، مصدر سابق، ج 4، ص 284. ناصر مكارم الشيرازي، انوار الفقاهة (كتاب البيع)، ج 1، مدرسة الامام امير المؤمنين (ع)، قم - ايران، 1413 هـ ، ص 426.

2 - ابن جزري، مصدر سابق، ص 216.

3 - للمزيد ينظر د. علي عبد العال خشان الاسدي، مصدر سابق، ص 44.

4 - الطوسي، المبسوط، مصدر سابق، ص 38.

5 - الشيخ نظام ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ط 2، ج 3 ، دار صادر، بيروت، 1991م، 589.

6 - أحمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج على حواشي الشرواني وابن قاسم، ج 3، دار الفكر، بدون مكان وسنة طبع، 381.

7 - الشربيني، مصدر سابق، ص 224.

8 - مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحباني الدمشقي الحنبلي، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، ط 2، ج 3، المكتب الإسلامي، 1415 هـ - 1994، ص 463.

سيحدث تعارضاً بين غرض الاسترخاى و غرض الاستقصاء أى بين الوكالة وبين البحث عن اعلى ثمن، فضلاً عن عدم جواز اتحاد الموجب والقابل في شخص واحد (1) .

2- الرأي الثاني - ذهب أصحاب هذا الفريق الى جواز بيع الوكيل لنفسه في البيع المطلق غير المقيد في حال الزيادة على الثمن عند النداء، وهو قول لاحمد بن حنبل (2) .

3- الرأي الثالث - حسب ما يراه هذا الرأي فانه يجوز للوكيل ان يبيع لنفسه المال الموكل ببيعه بشرط عدم المحاباة، فان حابى بمعنى باع ما يساوي عشرين بعشرة فانه يغرم مقدار المحاباة وقت البيع، وهو قول للمالكية (3) .

و خلاصة موقف الفقهاء المسلمين من التعاقد مع النفس اتضح لنا وجود من حرم هذا النوع من التعاقد وهم أصحاب الاتجاه الأول ودليلهم هو انتفاء شرط تعدد العاقد في هذا النوع من التعاقد، فضلاً عما يرتبه من تعارض بين المصالح، وعليه يجب حماية و ترجيح مصلحة الأصيل من خلال القول بتحريم هذا النوع من التعاقد، في حين ذهب أصحاب الاتجاه الثاني الى القول بصحة التعاقد مع النفس لافتراض وجود تعدد اعتباري للعاقد، فهذا التعاقد يعد صحيحاً متى ما كان خالياً من المحاباة، ويبدو لنا ان هذا أصحاب هذا الاتجاه حاولوا قدر الإمكان وضع موازنة بين المصالح المتعارضة بشكل يجعلها على قدر متساوٍ من حيث القوة، ويبدو لنا رجحان قول أصحاب الاتجاه الأول الذي قالوا بتحريم التعاقد مع النفس؛ وذلك بسبب مخالفة هذا النوع من التعاقد لمبدأ تعدد العاقد هذا المبدأ الذي يعد من المبادئ المهمة في الفقه الإسلامي، فضلاً عن ضرورات حماية مصلحة الأصيل وابعاد هذه المصلحة عن كل فرض من الممكن ان تضار به هذه المصلحة كفرض المحاباة في البيع.

### 2- حكم التعاقد مع النفس في التشريع

إزاء أهمية المسائل التي يثيرها التعاقد مع النفس وفرضيات حدوث هذا التعاقد في الواقع العملي كان للقانون العراقي والقوانين المقارنة نوعاً من الاهتمام المتباين بهذا الشأن، فبخصوص موقف التشريع العراقي والتشريعات محل المقارنة فان الامر بحاجة الى التحليل من اجل الوقوف

1 - الشريبي، مصدر سابق، ص 225.

2 - ذكره المرادوي، مصدر سابق، ص 375.

3 - محمد بن احمد بن عرقة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، ج 3، دار الفكر، بدون مكان وسنة طبع، ص 388.

على حكم هذا النوع من التعاقد، اذ نجد هنالك تبايناً في موقف هذه التشريعات حسب العلة او الغاية من النص الشريعي، فبخصوص موقف المشرع العراقي فلم ينص بصريح العبارة او بنص عام على حكم التعاقد مع النفس وهل سمح المشرع بهذا النوع من التعاقد ام لا، ويبدو لنا ان هذا الامر يعد قصوراً تشريعياً بحاجة الى التعديل، وقد ذهب الرأي الراجح في الفقه الى ان حكم التعاقد مع النفس في التشريع العراقي هو عدم الجواز، اذ يمنع المشرع هذا النوع من التعاقد خشية تعارض المصالح وصعوبة الترجيح بينها<sup>(1)</sup>، ونظراً لوجود بعض التطبيقات القانونية في ثنايا القانون المدني لهذا النوع من التعاقد، الامر الذي دفع الفقهاء والشراح الى القول بضرورة التمييز بين فرضين هما :

أ - تعاقد الشخص مع نفسه باعتباره اصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره - الأصل في هذه الصورة هو منع التعاقد مع النفس خشية تعارض المصالح وهذه هي القاعدة العامة، لكن نجد ان المشرع في بعض الحالات أجاز التعاقد بهذه الصورة على سبيل الاستثناء كما في نص المادة (588) التي اجازت للاب الذي له ولاية على ولده ان يبيع ماله لولده او ان يشتري مال ولده لنفسه بغبن يسر لا فاحش، وكما في نص المادة (1289) التي أجاز فيها المشرع للاب ان يرهن رهناً تأمينياً ماله عند ولده الصغير او ان يرتهن مال ولده لنفسه او ان يرهن مال ولده لدين على نفسه وبدين على الصغير، وايضاً نص المادة (590) التي اجازت للوصي المختار ان يبيع مال نفسه لليتميم او يشتري لنفسه مال اليتيم ولكن بشرط ان يكون في ذلك خيراً لليتميم وموافقة المحكمة على البيع، وعند التمعن في مضمون هذه النصوص نجد انها تشكل استثناءات قليلة ومحدودة لا يجوز التوسع فيها او عداها قاعدة عامة، لذا يبقى الأصل هو عدم جواز التعاقد مع النفس، وقد اكد القضاء العراقي على هذا المنع فجاء في قرار لمحكمة التمييز ( ليس للوكيل أن يبيع إلى أخيه الملك العائد إلى موكله ببديل يزيد بفارق ضئيل على نصف قيمته. لأن هذا البيع هو من قبيل شراء الوكيل لنفسه... )<sup>(2)</sup> ، بموجب هذا التوجه القضائي يُمنع الوكيل من التعاقد مع النفس باعتباره اصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره خشية تعارض المصالح والاضرار بمصلحة الموكل.

1 - د. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري، مصدر سابق، ص 61 وما بعدها. احمد كاظم الياسري، التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد (دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون المدني المصري)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الثانية، 2016، ص 707 وما بعدها.

2 - قرار محكمة التمييز المرقم 276 مدني بتاريخ 1987، منشور على الموقع الالكتروني <https://www.hjc.iq/qview.9> تاريخ الزيارة 2021/11/1.

ب - التعاقد مع النفس باعتباره نائباً عن الطرفين - في هذه الصورة لا يوجد نص قانوني في القانون المدني العراقي يبين حكم هذا النوع من التعاقد، وخشية تحقق المحذور من هذا التعاقد المتمثل باستبدال النائب او محاباته في ترجيح مصلحة معينة على أخرى، فقد اختلفت آراء الفقهاء في العراقي الى رأيين، ذهب أصحاب الرأي الأول الى القول بعدم السماح بهذا النوع من التعاقد لكونه لا يحقق الحماية القانونية لمصالح الاصلاء ، وحثهم في ذلك ان غياب النص القانوني يتطلب الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون اعمالاً للمادة (1) من القانون المدني العراقي وعليه يجب ترجيح الرأي الأكثر ملائمة لنصوص القانون اذ يرون ان الاتجاه الرافض لفكرة التعاقد مع النفس هو الاتجاه الأقرب لنصوص القانون (1) ، وفي المقابل هنالك من قال بصحة التعاقد مع النفس في هذه الصورة وحثهم في ذلك ان انعدام النص يفترض الاباحة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك (2) ، ويتفق الباحث مع الرأي الأول في عدم جواز التعاقد مع النفس في هذه الصورة لسببين هما :

\* ان غياب النص التشريعي يحتم على المحكمة الرجوع الى مصادر القانون الأخرى، وهي وفقاً للمادة الأولى من القانون المدني العراقي (التشريع، العرف، مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون، قواعد العدالة) لذا في حال غياب التشريع نلجأ الى العرف وعند انعدام وجود الأخير يجب الرجوع الى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص القانون، وقد بينا سابقاً ان المقصود بهذه المبادئ هو احكام الفقه الإسلامي ، وعند التمعن في اراء الفقهاء المسلمين بخصوص التعاقد مع النفس اتضح لنا رجحان الرأي القائل بمنع التعاقد مع النفس وفقاً لهذه الصورة ويبدو لنا ان هذا الحل هو الأقرب الى نصوص القانون التي تشترط في الاغلب الاعم وجود ارادتين متميزتين عن بعضهما لانعقاد العقد.

\* من اجل الابتعاد عن تعارض المصالح المعقد الذي يتسبب به التعاقد مع النفس يجب القول بعدم جواز التعاقد مع النفس في هذه الصورة من اجي تلافي ظهور هذا التعارض.

وبناءً على ما تقدم ندعو المشرع العراقي الى تنظيم احكام التعاقد مع النفس في القانون المدني وفقاً لما تقدم ذكره ونقترح ان يكون النص بالشكل الآتي ( لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم

1 - د. منذر الفضل، مصدر سابق، ص 118. د. محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 236.

2 - د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970، ص 90.

من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك أو يقر الأصل بجوازه).

اما فيما يتعلق بالقانون الفرنسي وبغية بيان هذا الموقف بشكل دقيق يجب التمييز بين المدة الزمنية قبل تعديل القانون المدني الفرنسي في سنة (2016) وبين المدة التي بعدها، فقبل التعديل المذكور لم ينص القانون المدني الفرنسي على الحكم القانوني لهذا النوع من التعاقد من جانب الحظر أو الإباحة، إلا أن الرأي الراجح في الفقه يرى أن الأصل في القانون الفرنسي هو جواز التعاقد مع النفس ما لم ينص المشرع على خلاف ذلك، إذ يجب السماح لهذا النوع من التعاقد نظراً للفوائد العملية الكبيرة التي يحققها ودوره في ازدياد التعاملات المالية<sup>(1)</sup>، وعليه يجوز لأي شخص أن يتعاقد مع نفسه على اختلاف صور هذا النوع من التعاقد ما لم ينص القانون على عدم جواز هذا النوع من التعاقد في بعض الأحوال<sup>(2)</sup>.

اما بعد تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر التشريعي رقم (1) في سنة (2016) نجد أن المشرع الفرنسي قد حسم جدلاً فقهياً طويلاً بشأن جواز التعاقد مع النفس من عدمه، فقد نص صراحة على عدم جواز التعاقد مع النفس، فهذا النوع من التعاقد جزأه البطلان، فقد نص على ( لا يجوز للنائب أن يتصرف لحساب طرفين في العقد ولا التعاقد لحسابه الخاص مع الأصل، يعد التصرف المبرم في هذه الحالات، باطلاً إلا إذا كان القانون يجيزه أو أجازته الأصل أو صدقه)<sup>(3)</sup>، أن النص المذكور سلفاً يقرر قاعدة عامة هي بطلان التعاقد مع النفس، ولكن هذا التعاقد يكون صحيحاً

<sup>1</sup> - F. TERRE?&ph. Simler et y.lequette, droit civil, les obligations, 10e ed. Paris, dalloz, 2009, p28.

<sup>2</sup> - من أهم التطبيقات القانونية على عدم جواز التعاقد مع النفس في القانون الفرنسي هو نص المادة (1596) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على (لا يمكن أن يرسو المزداد على الأشخاص الآتي ذكرهم، لا بواسطة ولا بواسطة غيرهم، والجزاء على مخالفة هذا الحظر هو البطلان - الأولياء والأوصياء الذين لهم الولاية القانونية على الأموال التي تقع عليها الولاية، الوكلاء الذين موكل اليهم مهمة بيع أموال موكلهم، المديرون في المؤسسات والمصالح العامة أو الحكومية والذين موكل اليهم ادارتها، والضباط العموميون الذين يعملون في مهنة حرة، كالموثق الذي يعمل في إطار عمل حر، والمعهود اليهم بيع أموال وطني من جانب الوزارة التابعين لها، وكلاء الشركات الموكل اليهم مهمة إدارة أموال أو حقوق ذمة مالية مستقلة للمورث ) .

<sup>3</sup> - ( المادة 1161) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

ومشروعاً في حالتين فقط هما، الحالة الأولى عندما ينص القانون على صحة هذا النوع من التعاقد في تطبيقات معينة، والحالة الثانية عندما يجيز الأصل او يصدق هذا النوع من التعاقد.

وفيما يخص المشرع المصري فقد كان اكثر وضوحاً في تحديد حكم هذا النوع من التعاقد، اذ وضع نصاً صريحاً يمنع بموجبه الشخص من التعاقد مع نفسه على اختلاف صور هذا التعاقد، فقد حسم المشرع المصري الجدل الكبير بشأن التعاقد مع النفس بغية وضع افضل و أوضح الحلول التي تساعد القضاء عند نظر النزاع، فقد نص القانون المدني المصري على (لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، دون ترخيص من الأصل. على أنه يجوز للأصيل في هذه الحالة أن يجيز التعاقد. كل هذا مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به القانون أو قواعد التجارة).<sup>(1)</sup>، يلاحظ ان المشرع المصري وضع قاعدة عامة لا يجوز بمقتضاها للشخص ان يتعاقد مع نفسه على مختلف صور هذا التعاقد، الا ان المشرع سمح باستثناء ضيق أجاز بموجبه التعاقد مع النفس في حالتين هما، الحالة الأولى اذا اجاز الأصل هذا النوع من التعاقد فهذه الاجازة اللاحقة تضي طابع المشروعية على هذا التصرف، والحالة الثانية اذا نص القانون او قواعد التجارة على اجازة هذا النوع من التعاقد<sup>(2)</sup>.

وجاء موقف القضاء المصري مؤيداً لموقف مشرعه، فمن اهم احكام القضاء المصري التي جاء فيها ( ان تحريم التعاقد مع نفسه انما يقوم على قرينة قانونية هي ان الشخص اذا وكل عنه غيره في التعاقد فهو لا يقصد التوسع في هذه الوكالة الى حد ان يبيح للوكيل ان يتعاقد مع نفسه لما في ذلك من تعارض في المصالح.... )<sup>(3)</sup>، في هذا التوجه القضائي فان القضاء المصري جاء مؤكداً لموقف مشرعه في حظر التعاقد مع النفس تلافياً لتعارض المصالح الذي قد يضر بالاصل.

<sup>1</sup> - ( المادة 108 ) من القانون المدني المصري.

<sup>2</sup> - وقد نص القانون المصري على بعض هذه الاستثناءات أهمها ما نصت عليه المادة 14 من قانون الولاية على المال المصري رقم 119 لسنة 1952 التي نصت على انه ( للأب ان يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه ام لحساب شخص آخر الا اذا نص القانون على غير ذلك ) هذا القانون متوفر على الموقع الالكتروني <https://qadaya.net/?p=5321> تاريخ الزيارة 2021/10/15.

<sup>3</sup> - قرار الطعن رقم 467 لسنة 48 ق جلسة 1981/4/2، ذكره المستشار مصطفى مجدي هرجه، العقد المدني (اركانه، اثاره، بطلانه)، دار محمود للنشر والتوزيع، شارع سامي البارودي (مصر)، بدون سنة طبع، ص 154 و ص 155.

## 3- موقف فقهاء وشرح القانون فقد انقسمت ارائهم على ثلاثة اتجاهات هي :

أ - الاتجاه الأول : عدم جواز التعاقد مع النفس مطلقاً : ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى ان التعاقد مع النفس هو امر غير جائز، وهم أصحاب المذهب التقليدي من أصحاب الفكر الروماني القديم، فلا يصح قانوناً ان يتعاقد الشخص مع نفساً مطلقاً؛ لأن مثل هذا الامر يدخل في مضمون الاستحالة، ذلك لأن العقد يستلزم توافق ارادتين او اكثر ولا يستقيم بإرادة واحدة، لذا فمثل هذا لا يتماشى مع طبيعة العقد الذي يتطلب وجود شخصين و ارادتين (1) ، وأضافوا ايضاً ان طبيعة العقد تتطلب التوفيق او التوازن بين مصلحتين متعارضتين وفي التعاقد مع النفس سيستأثر الشخص بمنفعة العقد وقد يفضل مصلحته على مصلحة الشخص الآخر، ففي تعاقد الشخص مع نفسه بوصفه اصيلاً عن نفسه ونائباً عن الغير فهذا الامر يشكل خطورة على مصلحة الاصيل، اذ قد يكون الأول على علم بكل تعاملات الاصيل بما يجعل النائب يبرم العقد بما يتوافق مع مصلحته، اما في الحالة التي يكون فيها النائب ممثلاً عن طرفين فقد يفضل مصلحة احد الاصيلين على مصلحة الآخر بتعمد او بدونه وهذا الامر غير جائز (2) .

بناءً على ما تقدم وبقدر تعلق الحال بتعارض المصالح في المعاملات المالية يتضح لنا ان أصحاب هذا الاتجاه قد رجحوا مصلحة الاصيل في جميع حالات او فرضيات التعاقد مع النفس، فمن اجل حماية مصلحة الاصيل يجب عدم السماح للشخص ان يتعاقد مع نفسه حماية للمصلحة الاجدر بالحماية وهي مصلحة الاصيل، اذ ان النيابة تتطلب ان يحل النائب محل الاصيل في كافة الجزئيات المتعلقة بالمعاملة المالية ويسهر على تحقيق مصلحة الاصيل، وفي التعاقد مع النفس لا يمكن القيام بهذه المهمة وعليه يبطل التعاقد مع النفس حماية لمصلحة الاصيل.

## ب - الاتجاه الثاني : جواز التعاقد مع النفس مطلقاً

ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى القول بجواز تعاقد الشخص مع نفسه مطلقاً في جميع الأحوال والظروف، فلا توجد عقبة فنية او قانونية تمنع مثل هذا النوع من التعاقد استناداً الى مبدأ حرية التعاقد من جهة، ومبدأ سلطان الإرادة من جهة أخرى، فعند تعبير النائب عن ارادته وإرادة الاصيل فهو

<sup>1</sup> - د. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) الكتاب الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1995م، ص 88 .

<sup>2</sup> - A. rouast, tratie pratique de droit civil frances t., xl, contrats civils, 2e partie, lgdj, 1954, p244.

تعبير تصح فيه المعاملة ويكون بمثابة تعبير عن ارادتين اجتماعا في مظهر واحد، وقد رد أصحاب هذا الاتجاه على حجة أصحاب الاتجاه الأول فيما يخص التعارض بين مصلحة النائب ومصلحة الأصيل بالقول " : ان مثل هذا التعارض لا يحدث في جميع حالات التعاقد مع النفس، اذ ان الأصيل يرغب دائماً في الحصول على العروض التي تعمل على تحقيق مصلحته، كالأجرة في عقد الايجار، فلا يوجد ما يمنع النائب من التقدم بهذا العرض و اتمام التعاقد" (1).

وبخصوص الترجيح بين المصالح المتعارضة المتعلقة بموضوع دراستنا يبدو لنا ان أصحاب الاتجاه الثاني قد رجحوا مصلحة النائب على مصلحة الأصيل، على الرغم من الحجج والأدلة التي ساقها أصحاب هذا الاتجاه، الا ان القول بصحة هذا النوع من التعاقد يدل على ترجيح مصلحة النائب او الإبقاء عليها قدر الإمكان، فما الذي سيضمن عدم قيام النائب بتفضيل مصلحته على مصلحة الأصيل في التعاقد مع النفس وهذا هو المحذور الذي يجب الالتفات اليه عند صياغة الاحكام القانونية المتعلقة بهذا الامر.

### ج - الاتجاه الثالث : الاتجاه الوسطي بين المعارض والمؤيد

حاول بعض الشراح والفقهاء اتخاذ موقفاً وسطياً بين الاتجاه الأول والاتجاه الثاني، ف جاء رأيهم ينادي بضرورة التوفيق قدر الامكان بين الاتجاهين السابقين، فقالوا بأن الأصل في التعاقد مع النفس هو الحظر او المنع وهذه هي القاعدة العامة في جميع حالات التعاقد مع النفس، لكنهم على سبيل الاستثناء اجازوا هذا النوع من التعاقد في حالتين فقط هما، الحالة الأولى عندما يجيز الأصيل هذا النوع من التعاقد، والحالة الثانية عندما ينص القانون على بعض التطبيقات المشروعة للتعاقد مع النفس (2) ، وبعد استقرار هذا الاتجاه لفترة زمنية محددة ظهر فيما بعد رأي حديث في الفقه نادى الى ضرورة التقييد من التعاقد مع النفس بشكل اكثر من ذلك، وعليه قيدوا التعاقد مع النفس المشروع قانوناً بتلك الحالة التي يكون فيها الشخص نائباً عن شخصين كالوكيل عن المؤجر والمستأجر، اما في الحالة التي يكون فيها الشخص اصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره فهو تصرف غير مشروع لكونه يعد تصرفاً خارجاً عن حدود النيابة (3) .

1 - للمزيد ينظر د. جميل الشراوي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1993، ص 89.

2 - د. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة (عقد البيع)، بدون جهة طبع، بدون مكان طبع، 2004، ص 106.

3 - j. mestre, du contrat conclu avec soimeme, rtd. Civil, 1990, p 265.

وبشأن ترجيح المصلحة الاجدر بالترجيح تبين لنا ان الأصل العام لدى أصحاب هذا الاتجاه هو عدم جواز التعاقد مع النفس، وهذا الحكم يعد تفضيلاً و ترجيحاً و حماية لمصلحة الأصيل (المنيب) في التعاقد بصورة (التعاقد مع النفس باعتباره اصيلاً عن نفسه ونائباً عن غيره)، و حماية لمصلحة الاصلاء في صورة (التعاقد مع النفس باعتباره نائباً عن الطرفين)، فمن اجل عدم تضرر مصالح هؤلاء افترض أصحاب هذا الاتجاه ان السماح بهذا النوع من التعاقد سيحدث نوعاً من التعارض بين المصالح يؤدي بلا شك الى النزاع القضائي ويؤدي الى عدم استقرار المعاملات المالية.

و خلاصة هذا الفرع تتمثل في امر مهم هو ان التعاقد مع النفس يؤدي بشكل قاطع الى ظهور حالة تعارض المصالح؛ لأن هذا التعاقد يعتمد على التعبير الصادر عن إرادة واحدة والتي تعد في نفس الوقت في حكم تعبيرين مختلفين، وهذا الامر اثار نقاشاً شديداً لدى الأوساط الفقهية بين من قال بجوزاه وبين الآخر الذي منعه مطلقاً وبين من توسط الامرين، وعلى مستوى التشريعات فقد كان التباين واضحاً بشأن تنظيم هذا النوع من التعاقد الذي لم يعالجه المشرع العراقي بالتنظيم ضمن القواعد العامة للالتزام، وعلى أي حال لا تقتصر التطبيقات العقدية لتعارض المصالح على حالة التعاقد مع النفس، بل يظهر هذا التعارض في النصوص القانونية الخاصة بكل عقد من العقود المسماة، ومن هذه العقود هو عقد الايجار الذي يبرم بين المؤجر والمستأجر، لكن في بعض الأحيان يتعاقد المؤجر مع اكثر من مستأجر واحد وضمن مدة الايجار نفسها، الامر الذي يؤدي الى التزاحم بين المستأجرين وهذا ما سنبحثه في الفرع القادم.

## الفرع الثاني

### تزامم المستأجرين على شيء واحد

تعد فكرة تزامم المستأجرين على شيء واحد من اهم التطبيقات التشريعية المتعلقة بتعارض المصالح في المعاملات المالية، ومن اجل دراسة هذا التطبيق فيما يخص تعارض المصالح ينبغي بيان هذا الموضوع وفقاً للنقاط الآتية :

#### اولاً: تعريف تعارض المصالح المستأجرين على شيء واحد

يقوم عقد الايجار على غاية قانونية مؤداها تملك المستأجر حق الانتفاع بالمأجور وفقاً لما تم الاتفاق عليه مع التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الحصول على هذا الحق بصورة بعيدة عن التعقيد والتعرض (1) ، وحتى يتسنى للمستأجر الحصول على هذه المنفعة يُفترض ان يكون انتفاعه انتفاعاً هادئاً لا يزاحمه في ذلك أي شخص آخر، وهذا الامر يفرض على المؤجر عدم جواز تأجير العين المؤجرة الى أي شخص آخر يؤدي عقده الى الاضرار بمصلحة المستأجر الأول وقد يجرمه من الانتفاع بالمأجور خلال مدة نفاذ عقد الايجار.

ومع التسليم بهذا الالتزام القانوني المبين سابقاً قد يحدث احياناً ان يقوم المؤجر بتأجير العين الى اكثر من مستأجر واحد ينشأ بسببه تصادماً بين حقوق هؤلاء الأشخاص حول احقية أي منهم في الانتفاع بالمأجور، وهذا يعني بطبيعة الحال تعارض مصالحهم تعارضاً لا يمكن ابقاءه على هذا الوضع بل لابدّ من ترجيح احدي هذه المصالح على غيرها، وهذا هو المقصود بتزامم المستأجرين على شيء واحد كأحد التطبيقات العقدية على تعارض المصالح في المعاملات المالية.

#### ثانياً : شروط تعارض المصالح عند تزامم المستأجرين على شيء واحد

لكي يكون هنالك تعارضاً بين مصالح المستأجرين لشيء واحد ينبغي توافر الشروط الآتية :

1- ان تتوافر شروط تعارض المصالح المبينة سلفاً - وهي تلك الشروط التي تتمثل بوجود اكثر من مستأجر واحد من جهة، وتعدد المصالح من جهة أخرى، كما يجب ان تكون هذه المصالح

1 - وقد نص المشرع العراقي على هذه الغاية في المادة 722 من القانون المدني العراقي التي نصت على ( الايجار تملك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور).

مشروعة فالمصلحة الباطلة لا يعتد بها قانوناً .

2- **اشتراط التداخل** - لا يوجد تزام بين المستأجرين على شيء واحد في حال اختلاف مدة عقد الايجار لكل شخص من هؤلاء المستأجرين، فاذا كان عقد الايجار الثاني لا يبدأ الا بعد انتهاء عقد الايجار الأول ففي هذا الفرض ينعدم التزام بين المستأجرين؛ لأن مدة عقد الايجار الثاني لم تتداخل مع مدة عقد الايجار الأول، وبالتالي سينتفع كل مستأجر بمنفعة المأجور للمدة المحددة في عقده فقط (1).

### ثالثاً: مبنى تعارض المصالح بين المستأجرين

يقوم تعارض المصالح عند تزام المستأجرين على ذلك التعارض القائم بين مصالح المستأجرين فقط ، فالمراد من هذا التزام كأحد تطبيقات تعارض المصالح في المعاملات المالية هو ذلك التزام الذي يقوم بين مصالح اشخاصاً معينين يصطلح على أي منهم قانوناً تعبير (المستأجر)، وعلى ذلك فنتاق دراسة هذا النوع من التعارض سيقصر فقط على تضاد المنافع بين اكثر من مستأجر على شيء واحد عبر مدة واحدة او مدد متداخلة، ولا يشمل هذا التعارض أي مظهر من مظاهر تضاد المنافع بين مصلحة المستأجر ومصلحة أي شخص آخر لا يطلق عليه بالمستأجر.

### رابعاً : الحكم القانوني لتعارض المصالح بين المستأجرين

بعد بيان إشكالية تزام حقوق المستأجرين لشيء واحد ولمدة متداخلة، هذه الإشكالية التي تتمثل في تعارض مصلحة كل مستأجر مع مصلحة الآخر الامر الذي يجعل من الاستحالة انتفاع أي منهم من عقد الايجار وهذا يتنافى مع الغاية من ابرام عقد الايجار المتمثلة في الانتفاع بالمأجور للمدة المتفق عليها، وهذا الامر يحتم علينا بيان موقف المشرع العراقي والقوانين والمقارنة من هذه الإشكالية وما يترتب عليها.

فبخصوص موقف المشرع العراقي نجد انه لم يورد نصاً قانونياً صريحاً يبين مسألة تزام المستأجرين لشيء واحد وكيفية حل مثل هذا التعارض، ولعل السبب في غياب مثل هذا النص القانوني يتمثل في اكتفاء المشرع العراقي بأحكام ضمان التعرض والاستحقاق الذي يفرضه المشرع على المؤجر، الذي نص فيه على انه ( .... 2- ولا يقتصر ضمان المؤجر على الاعمال التي تصدر منه او من اتباعه بل يمتد هذا الضمان الى كل تعرض مبني على سبب قانوني يصدر من أي مستأجر

1 - د. كمال قاسم ثروت، شرح احكام عقد الايجار، ط1، مطبعة الزهراء (ع)، بغداد، 1974 - 1975، ص 17.

آخر، او من أي شخص تلقى الحق عن المؤجر).<sup>(1)</sup> ، وتطبيقاً لهذا النص لم يرجح المشرع العراقي بشكل صريح مصلحة أي من المستأجرين ذوي المصالح المتعارضة، بل يجب تطبيق الحكم القانوني لضمان التعرض والاستحقاق في عقد الايجار والذي يتمثل في حق المستأجر الذي حُرِم من الانتفاع بالمأجور ان يطالب بالتعويض او انقاص الأجرة حسب ظروف التعرض فيما اذا زال الانتفاع كلياً فيطلب التعويض او جزئياً فيطلب انقاص الأجرة، وفي فرض تزام المستأجرين يزول الانتفاع كلياً الامر الذي يثبت الحق للمستأجر في طلب التعويض<sup>(2)</sup>.

وفي هذا السياق يتفق الباحث فيما ذهب اليه أحد الشراح الذي يرى عدم كفاية الاحكام القانونية لضمان التعرض والاستحقاق في حل إشكالية تعارض مصالح المستأجرين لشيء واحد؛ وذلك لأن هذا النص لم يرجح مصلحة مستأجر على آخر وفقاً لمرجح مقبول، اذ سيترتب على تطبيق احكام ضمان التعرض والاستحقاق التزام المؤجر بالتعويض تجاه المستأجرين كافة في حال عدم ترجيح احدى المصالح، وهذا يعني بطبيعة الحال زوال جميع عقود الايجار المتزامنة ويعود المأجور الى المؤجر الذي سيجني فائدة من هذا الحكم القانوني تتمثل في إعادة تأجير الشيء الى مستأجر جديد وبشروط قد تحقق منفعة مالية اكثر بكثير من المنفعة التي كان من الممكن ان يحصل عليها من احدى عقود الايجار المتزامنة، لذلك نتفق معه في ضرورة إضافة نص قانوني يعالج هذا التعارض وان يكون النص بالشكل الآتي ( اذا تعدد المستأجرون ذوي الإيجارات ثابتة التاريخ لعين واحدة، فضل صاحب الايجار الأسبق في تاريخه، فاذا لم تكن أي من الإيجارات ثابتة التاريخ يفضل المستأجر الأسبق في الحيازة بحسن نية) واستناداً الى هذا النص يعد كل مستأجر من الغير بالنسبة للمستأجر الآخر لذات العين، ولذا لا يحتج ادهم على الآخر الا اذا كان الايجار ثابت التاريخ، وبموجب معيار الاسبقية فان مصلحة المستأجر صاحب الايجار الأسبق تاريخاً تفضل وترجح على مصالح المستأجرين الآخرين كافة ويحكم لأول ببقاء عقد ايجاره ويحق لباقي المستأجرين الرجوع على المؤجر بضمان التعرض والاستحقاق الصادر من الغير، وفي حال كانت كافة عقود الايجار غير ثابتة التاريخ ففي هذا الفرض ترجح مصلحة المستأجر الذي يكون المأجور تحت حيازته بشرط ان يكون حسن النية في ذلك ولا يعلم بوجود عقد ايجار اسبق منه تاريخاً<sup>(3)</sup>.

1 - (المادة 2/753) من القانون المدني العراقي.

2 - د. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد الإيجار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013 م، ص 82.

3 - د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، مصدر سابق، ص 165.

وفيما يتعلق بموقف المشرع الفرنسي يلاحظ انه لم يضع نصاً قانونياً يتضمن الحكم القانوني عند تعدد المستأجرين، ويذهب الرأي الغالب في الفقه الفرنسي الى ترجيح مصلحة المستأجر صاحب العقد الأسبق في ثبوت التاريخ ويحكم له بنفاذ عقده تجاه المستأجرين كافة، لأن مثل هذا الثبوت ان كان يحتج به قبل مشتري العين المؤجرة، فمن باب أولى ان يحتج بهذا الامر قبل جميع المستأجرين اللاحقين (1).

أما بخصوص المشرع المصري فلم يكن موقفه مشابهاً لموقف المشرع العراقي، اذ تضمن القانون المدني المصري نصاً قانونياً صريحاً يعالج مسألة تعارض مصالح المستأجرين لعين واحدة عند تزامم عقودهم، فقد نص على انه ( 1- إذا تعدد المستأجرون لعين واحدة فُضِّلَ من سبق منهم إلى وضع يده عليها دون غش، فإذا كان مستأجر عقار قد سجّل عقده وهو حسن النية قبل أن يضع مستأجر آخر يده على العقار المؤجر أو قبل أن يتجدد عقد إيجاره، فإنه هو الذي يفضل. 2- فإذا لم يوجد سبب لتفضيل أحد المستأجرين فليس لهم فيما تعارضت فيه حقوقهم إلا طلب التعويض. ) (2).

وبناءً على هذا النص يلاحظ أن المشرع المصري قد فرّق بين حالتين هما :

**1- الحالة الأولى - حالة وجود سبب للتفضيل بين المستأجرين -** كما في حالة وجود اسبقية في التاريخ او اسبقية في وضع اليد ففي هذه الحالة تفضل مصلحة المستأجر الذي وضع يده على المأجور بحسن نية وبشرط انعدام أي مظهر من مظاهر الغش، فالعبرة ليست باسبقية ثبوت تاريخ عقد الايجار بل تكون الاسبقية لمن وضع يده على المأجور بحسن نية، ويكمن السبب في ذلك هو ان حق المستأجر وفقاً للرأي الراجح في الفقه هو حق شخصي، ولذلك يكون جميع المستأجرين المتزاممين أصحاب حقوق شخصية ومتساوون في الضمان العام لجميع الدائنين، ومن ثم يكون الاعتداد لاسبقية وضع اليد وليس لاسبقية ثبوت التاريخ (3)، وجاء موقف القضاء المصري مؤيداً لموقف مشرعه اذ جاء في احد قراراته بأنه ( الأفضلية بين المستأجرين إذا تعددوا تكون للأسبق في وضع اليد علي العين

<sup>1</sup> - هو رأي الفقيه بلانيول وبودرى و كاربونييه و للمزيد ينظر د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الايجار، طبعة جديدة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2008م، ص 185.

<sup>2</sup> - ( المادة 573 ) من القانون المدني المصري.

<sup>3</sup> - د. محمد حسين منصور، تزامم المشترين والمستأجرين دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر بدون سنة طبع، ص

المؤجره دون غش أو للأسبق في تسجيل العقود اذا انتفتت الأسبقية في وضع اليد.... (1) ، يلاحظ على القرار المبين سلفاً انه يقر بضرورة اعتماد معيار الاسبقية في وضع اليد عند تعارض مصالح المستأجرين المتزاحمين، بشرط ان تكون الاسبقية مستندة الى حسن النية وانتفاء الغش.

**2- الحالة الثانية - حالة عدم وجود سبب للتفضيل -** ويسوق الفقهاء امثلة على ذلك كما في حالة ان يضع احد المستأجرين يده على المأجور بغش ولم يسجل المستأجر الآخر عقد ايجاره، ففي هذه الحالة ستتعارض مصلحة كل مستأجر مع مصلحة الآخر ويتهاثر الحقان ويثبت الحق لكل مستأجر في الرجوع على المؤجر بالتعويض، فاذا طالب كل المستأجرين بتسليم العين المؤجرة فلا يمكن للقاضي ان يحكم بها لاحد منهم دون الباقي لانعدام سبب التفضيل، اما اذا طالب احدهم فقط بتسليم العين المؤجرة ولم يعارضه بقية المستأجرين في ذلك ففي هذا الفرض يتعين على القاضي ان يحكم للأول بتسليم العين المؤجرة (2) ، وتتفق مع النقد الذي وجهه احد الشراح الى موقف المشرع المصري من الحالة الثانية التي تعد انتصاراً للمؤجر في عدم نفاذ احد او جميع او عقود الايجار التي ابرمها مع عدة مستأجرين، هذا الانتصار الذي يمكنه من تأجير العين الى مستأجر جديد بشروط ايجار اكثر منفعة، لذا من الأفضل ان يتم الترجيح بين المصالح المتعارضة للمستأجرين وفقاً لاسبقية التاريخ ويحكم بنفاذ عقد الايجار الأسبق تاريخياً (3) .

اما بشأن موقف قانون ايجار العقار المصري فقد كان له موقفاً مغايراً لموقف مشرعه في القانون المدني ، اذ كان اكثر واقعية من القانون المدني، فقد نص قانون ايجار الأماكن المصري على ( يحظر على المؤجر ابرام اكثر من عقد ايجار واحد للمبنى او جزء منه، وفي حالة المخالفة يقع باطلاً العقد او العقود اللاحقة للعقد الأول) (4) ، ومنطوق هذا النص يقرر عدم مشروعية تأجير العقار لأكثر من مستأجر واحد، وعند افتراض قيام المستأجر بمخالفة هذا النص وتعاقد مع اكثر من مستأجر فالعبرة والترجيح يكون للعقد الأول فقط بصرف النظر عن ثبوت التاريخ من عدمه، وتبطل جميع

1- قرار الطعن رقم 762 لسنة 52 ق جلسة 15/3/1984 منشور على الموقع الالكتروني

<https://www.bibliodroit.com> تاريخ الزيارة 2021/12/4.

2 - للمزيد ينظر د. سمير عبد السيد تناغو، عقد الايجار مصدر سابق، ص 190 و ص 191.

3- د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، مصدر سابق، ص 168 .

4 - ( المادة 24 ) من قانون ايجار الأماكن المصري رقم 49 لسنة 1977 المعدل المنشور في الجريدة الرسمية السنة العشرون/ العدد 36 /1977، متوفر على الموقع الالكتروني <https://ar.m.wikisource.org/wiki> تاريخ الزيارة

العقود اللاحقة للعقد الأول بحكم القانون ، ويلاحظ في هذا السياق ان المشرع المصري في قانون ايجار الأماكن لم يعتمد ذات النص المقرر في القانون المدني، وهذا الامر قد يرتب نوعاً من التعارض حول تطبيق أي نص من هذه النصوص، الا ان هذا التعارض يُرفع عن طريق الاستناد الى نطاق تطبيق القانون، اذ يعد قانون ايجار الأماكن قانوناً خاصاً بالعقارات وعليه يطبق على عقود الايجار كافة والتي يكون محلها العقار، ويبقى تطبيق القانون المدني مقتصرأ على تلك العقود التي تبرم بشأن المنقول فقط .

وقد اكد القضاء المصري على هذا الحكم القانوني اذ جاء في احد قراراته ( ..... ويحظر على المؤجر إبرام أكثر من عقد إيجار واحد للمبنى أو الوحدة منه وفي حالة المخالفة يقع باطلاً العقد أو العقود اللاحقة للعقد الأول بما مفاده أن المشرع في حالة تزامم المستأجرين اعتد بالعقد الأول وهو العقد الأسبق في ثبوت التاريخ ومؤدى ذلك الاعتداد بعقد المطعون ضده الأول دون عقد الطاعنين لكونه هو العقد الأسبق في ثبوت تاريخه ومن ثم فلا محل لأعمال المفاضلة بين العقود بأسبقية وضع اليد تطبيقاً لحكم المادة ٥٧٣ من القانون المدني .... )<sup>(1)</sup> ، نستشف من توجه القضاء الصري انه يقر باعتماد قاعدة ترجيح مصلحة المستأجر صاحب العقد الأول على العقود السابقة على عقده كافة وهو يتفق في ذلك مع موقف مشرعه في قانون ايجار الأماكن .

وتتمثل خلاصة هذا الفرع في تعارض المصالح الذي يتسبب به المؤجر عندما يقوم بالتعاقد مع اكثر من مستأجر لعين واحدة ولمدة ايجار متداخلة، وهذا التعارض يؤدي بدون ادنى شك الى منع انتفاع كافة المستأجرين من العين المؤجرة بسبب عدم هذا التداخل، وهذا ما دفع بعض المشرعين الى ضرورة تنظيم هذا التعارض بين المصالح وترجيح المصلحة الأمتل، ويؤخذ على المشرع العراقي عدم النص على هذا الفرض من تطبيقات التعارض بين المصالح الذي يبدو لنا انه بحاجة الى التنظيم، وبعد بيان التطبيقات العقدية لتعارض المصالح وفي ضوء استقراء نصوص القانون المدني اتضح لنا ان تطبيقات التعارض لا تقتصر على التطبيقات العقدية فقط بل هنالك تطبيقات غير عقدية يظهر فيها هذا التعارض وهو ما سنبنيه في المطلب القادم.

<sup>1</sup> - قرار الطعن رقم ٩٨٠ لسنة ٥٣ قضائية دوائر الاجارات - جلسة 1989/6/22 ، منشور على الموقع الالكتروني

## المطلب الثاني

### التطبيقات غير العقدية لتعارض المصالح

يشمل مصطلح المعاملات المالية تلك المعاملات العقدية وغير العقدية كالكسب بدون سبب والفعل الضار، وتطبيقاً لذلك لا تقتصر صور تعارض المصالح على التطبيقات العقدية بل يشمل التطبيقات غير العقدية على اختلاف أنواعها، وهذا الامر يبين سعة نطاق تعارض المصالح وعدم اقتصره على التزامات معينة بل يظهر هذا التعارض متى ما توافرت شروط وجوده.

لذا سنقسم هذا المطلب على فرعين، في الفرع الأول سنعالج تطبيق الاحتكار باعتباره عملاً غير مشروع يؤدي الى تعارض المصالح، وفي الفرع الثاني سنبين مسألة خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه.

## الفرع الأول

### الاحتكار

بادئ ذي بدء قد اهتمت الشريعة الإسلامية بمسائل المعاملات المالية اهتماماً كبيراً بهدف ضبط التصرفات الإنسانية فيما يتعلق بهذه المعاملات في نطاق السوق، وقد سعت هذه الشريعة الغراء الى منع ظهور طبقات احتكارية تعمل على احتكار سلع معينة بغية الاضرار بمصالح الناس، وجاء موقف التشريعات بالأهمية نفسها، فلم يغفل المشرعون عن أهمية هذا الامر ودوره في نطاق المعاملات المالية، وعند التمعن في هذا الاحتكار نجد نوعاً من التعارض بين المصالح الذي يتطلب التدخل من قبل صاحب الشأن وتحديد المصالح الراجحة لذا وقع عليه الاختيار على الرغم من وجود بعض الجوانب التجارية في هذا الموضوع الا ان ما دفعنا لدراسته هو اهتمام الفقهاء المسلمين بهذا التطبيق من جهة، وعدم اعتماد الفقه الإسلامي تقسيم الاعمال الى اعمال تجارية واعمال مدنية من جهة اخرى، لذا سنبين اهم جزئيات الاحتكار والتي تتعلق بموضوع تعارض المصالح في المعاملات المالية :

#### اولاً : تعريف الاحتكار

اهتم فقهاء الشريعة الإسلامية بالمسائل التفصيلية لأغلب المواضيع التي تعرضوا لدراستها، فيضعون تعريفه واحكامه وأدق المسائل الجزئية التي يتضمنها لذلك عُرف عنه بأنه ( فقه الجزئيات )، ومن هذا المنطلق كان وما زال لتعريف الاحتكار نصيب من هذا الاهتمام، اذ جاء تعريف الاحتكار

في مؤلفات فقهاء المذاهب الإسلامية مع الاختلاف بعض الشيء في مضمون كل منها، فقد عرفه الامامية بأنه ( هو حبس الحنطة والشعير والتمر والزبيب والسمن عن البيع مع الحاجة اليها ) (1) ، وجاء في تعريف للاحناف بأنه ( حبس الاقوات متربصاً الغلاء ) (2) ، وعرفه المالكية ( الاحتكار هو الادخار للبيع وطلب الربح بتقلب الأسواق ) (3) ، يلاحظ على تعريف المالكية انه عرف الاحتكار بلفظ الادخار، ويوجد فرق بين الامرين فالاحتكار يتضمن معنى حبس السلعة عن الناس وبيعها عند شدة الحاجة اليها بثمن مرتفع، بينما الادخار يحمل معنى أوسع فيراد فتارة قد أخذ نفس معنى الاحتكار وتارة أخرى يراد به حفظ الشيء للاستخدام الشخصي وليس بقصد البيع والربح، وبشأن موقف الشافعية يعرف الاحتكار بأنه ( امساك ما اشتراه في وقت الغلاء ليبيعه بأكثر مما اشتراه او ان يتحكم في رفع السلعة لقلّة المعروض او انعدامه ) (4) ، وجاء تعريف الاحتكار عند الحنابلة بأنه ( شراء القوت للتجارة وحبسه ليقل فيغلو ) (5) ، يتضح لنا من تعريف الحنابلة انهم قد ركزوا عن احد اهم شروط الاحتكار الا وهو شرط الحبس بقصد الغلاء والذي يمثل ( شرط النية ) وهي التفاتة جديدة بالتأييد ونتفق مع تعريف الحنابلة بهذا الشأن .

أما بخصوص موقف التشريعات من تعريف الاحتكار يُلاحظ ان القانون العراقي والقانون المدني المصري نظماً مسائل الاحتكار ضمن المسائل التجارية نظراً لانتشار هذه الظاهرة في فترات من الزمن ومحاولة لدفع الضرر عن المجتمع في حال التحكم في الاسعار، فبخصوص المشرع العراقي فقد شرع قانون منع الاحتكار رقم (17) لسنة (1941) الملغي، الذي عرف الاحتكار بأنه (حصر القسم الكبير من أي نوع من البضاعة او الغلال الممنوع احتكارها في يد شخص واحد او اشخاص قليلين بصورة غير اعتيادية ) (6) ، نستشف من التعريف المذكور ان الاحتكار غير المشروع

1 - ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، ط2 ، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، 1400 هـ - 1980م ، ص 374.

2 - البابرتي، مصدر سابق، ص 437.

3 - ابي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، ج 5، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة طبع، ص 121.

4 - البكري الدمياطي، اعانة الطالبين، ط 1، ج 3، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1418 هـ - 1997م، ص 31.

5 - البهوتي، كشف القناع عن الاقناع، مصدر سابق، ج 3، ص 216.

6 - نشر هذا القانون في مجلة الوقائع العراقية العدد 1974 في 1941/11/29، ثم ألغي هذا القانون بصدور قانون تنظيم الحياة الاقتصادية رقم 11 لسنة 1942.

هو الاحتكار غير الاعتيادي والذي يفرض اثاراً سلبية كبيرة على المجتمع، اما الاحتكار البسيط فهو احتكار مشروع لكونه يعد من صور المنافسة التجارية (1) ، ثم أجريت عدة تعديلات على هذا القانون ثم اعقبه تشريعات أخرى الى ان جاء قانون المنافسة ومنع الاحتكار النافذ رقم ( 14 ) لسنة ( 2010 ) الذي عرف الاحتكار بأنه ( الاحتكار : كل فعل أو اتفاق أو تفاهم صدر من شخص أو أكثر طبيعي أو معنوي أو ممن توسط بينهم للتحكم بالسعر أو نوعية السلع والخدمات بما يؤدي إلى إلحاق الضرر بالمجتمع ) (2) .

أما بخصوص المشرع المصري فنجد انه لم يضع تعريفاً للاحتكار بشكل واضح كما فعل المشرع العراقي، على الرغم من انه قد حدد معنى السيطرة على السوق عندما نص على انه ( تتحقق سيطرة شخص على سوق معينة بتوافر العناصر الآتية : 1- زيادة حصة الشخص على (25%) من السوق ... 2- قدرة الشخص على احداث تأثير فعال في أسعار المنتجات ... 3 - عدم قدرة الأشخاص المتنافسين للشخص على الحد من تأثيره الفعال على الأسعار او حجم المعروض من المنتجات بالسوق المعنية ) (3) ، يبدو لنا ان موقف المشرع العراقي يعد جديراً بالتأييد نظراً لتحديده لمعنى الاحتكار بشكل دقيق من اجل تمييزه عن غيره من الأوضاع القانونية الأخرى.

### ثانياً : مبنى تعارض المصالح في الاحتكار

وضحنا سابقاً ان تعارض المصالح يتطلب وجود مصلحتين او اكثر في معاملة مالية يحدث فيها تضاد وعدم استقرار بشكل يوجب الترويج بينها، وبيننا ان من صور هذا التعارض هو التضاد الذي يحدث بين المصلحة الخاصة والمصلحة العامة، وهذا الامر ينطبق على تطبيق الاحتكار الذي نجد فيه تعارضاً بين مصلحتين هما :

1- المصلحة الخاصة وهي مصلحة المحتكر في الإمساك بالسلعة وبيعها عند ارتفاع سعرها ليدر عليه بذلك ربحاً وبيعاً.

<sup>1</sup> - للمزيد ينظر د. مهدي إبراهيم علي فندي، التنظيم القانوني لمناهضة الاحتكار، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، السنة الثانية عشر، العدد 33، السنة 2007، ص 60.

<sup>2</sup> - ( المادة 1 / ف2 ) من قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم 14 لسنة 2010، متوفر على الموقع الالكتروني [wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/21458.html](http://wiki.dorar-aliraq.net/iraqilaws/law/21458.html) تاريخ الزيارة ( 2021/11/1 ).

<sup>3</sup> - ( المادة 7 ) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية رقم 3 لسنة 2005، متوفر على الموقع الالكتروني <https://manshurat.org/node/360> تاريخ الزيارة 2021/11/5.

2- المصلحة العامة المتمثلة في حماية السوق من ارتفاع الأسعار والذي يلحق الضرر بعموم الافراد، فحبس السلع عن الناس يؤدي الى زيادة الحاجة اليها وعندما تظهر بعد هذا الانقطاع سيزداد الطلب عليها وهذا يدفع المحتكر الى رفع سعرها.

وإزاء هذا الوضع المربك وغير المستقر لا يمكن ان يبقى الحال على ما هو عليه، اذ لا بد من الفصل بين هذه المصالح من خلال ترجيح المصلحة الراجحة وفق مرجح شرعي وقانوني مقبول في ميزان الشرع والقانون.

### ثالثاً: الترجيح بين المصالح عند الاحتكار

ان تعارض مصلحة المحتكر مع مصلحة المجتمع هو امر يتطلب النظر بعناية الى مضمون كل مصلحة ومن ثم الاستعانة بالمرجحات المقبولة التي ترجح احدى هذه المصالح على غيرها، وهذا ما تنبه اليه الفقهاء المسلمون فقد بينوا الحكم الشرعي للاحتكار ومدى جواز تحريمه من عدمه كنتيجة تؤدي الى ترجيح مصلحة على أخرى فظهر في حكم الاحتكار اتجاهين هما :

#### الاتجاه الأول : الاحتكار حرام

ذهب أصحاب هذا الاتجاه الى ان الاحتكار بحد ذاته محرم ويتنافى مع مبادئ الشريعة الإسلامية الغراء، وهم بعض الامامية (1)، والاحناف (2)، والمالكية (3)، والشافعية (4)، والحنابلة (5)، واستدلوا على ذلك بعدة ادلة هي :

1- القرآن الكريم - استدلوا بقوله تعالى : { كَيْ لَا يَكُونَ دُولَةً بَيْنَ الْأَغْنِيَاءِ مِنْكُمْ } (6)، هذه الآية تدل بوضوح على تحريم كل ما يتعلق بالاحتكار لما فيه من ظلم (7).

1 - عبد الصاحب المولى محمد بن احمد النراقي، مشارق الاحكام، ط 2، مطبعة قم سلمان الفارسي، قم - ايران، بدون سنة طبع، ص 265.

2 - الكاساني، مصدر سابق، ج 5، ص 129.

3 - الباجي، مصدر سابق، ص 16.

4 - النووي، مصدر سابق، ج 2، ص 38.

5 - البهوتي، كشاف القناع عن الاقناع، مصدر سابق، ج 3، ص 183.

6 - سورة الحشر / جزء من الآية 7.

7 - حيدر حب الله، دراسات في الفقه الإسلامي، ج 3، بدون جهة طبع، بدون مكان وسنة طبع، ص 25 و ص 26.

2- السنة النبوية الشريفة - استندوا على قول الرسول (ﷺ) : ( من احتكر فهو خاطئ ) (1) ، وجه الدلالة ان الحديث يدل على التحريم لأن الخاطئ هو المذنب والعاصي والمحتكر ملعون وهذه صفات تدل بوضوح على حرمة الاحتكار (2) .

3- المعقول - قيل: ان في الاحتكار تضيق على الافراد في معيشتهم وفي ارزاقهم، وفيه نوع من الظلم فلا يحصل الناس على حاجاتهم بصورة يسيرة، وفيه استغلال للإنسان والحاقد الاذى به، كما ان الاحتكار فيه اهدار لحرية الصناعة والتجارة وغلقت الأبواب امام الافراد (3) .

### الاتجاه الثاني : الاحتكار مكروه

كمقابل للاتجاه الأول ذهب أصحاب الاتجاه الثاني الى ان الاحتكار يعد من الأمور المكروهة وليس بمحرم، وهو قول للامامية (4) ، وقول للاحناف (5) ، واستدلوا بعدة ادلة هي :

1- ان في الاحتكار تعارض بين امرين هما: الامر الأول حرية البيع والشراء لكل فرد من الافراد، والامر الثاني عدم جواز الحاق الضرر بالناس، لذا فالنهي عن الاحتكار لم يكن لذات الاحتكار، بل جاء لامر عارض منفك عنه هو الضرر الذي قد ينشأ عن الاحتكار والذي قد ينفك عنه، لذا فهو مكروه كراهة تحريم (6) .

2 - الاستناد الى قاعدة ( الأصل في الأشياء الاباحة ) والتي تدل على عدم جواز تحريم ما لم يرد به نص شرعي، وبالتأكيد ان هذا الدليل يدحض ثبوت الاحاديث النبوية التي قال بها أصحاب الاتجاه الأول (7) .

1 - اخرجه مسلم، مصدر سابق، باب تحريم الاحتكار في الاقوات، ج3، ص 1227.

2 - زين الدين بن علي العاملي، مسالك الافهام الى تنقيح شرائع الإسلام، ط1، ج 3، مطبعة قم، ايران، 1413 هـ - ، ص 191.

3 - محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار، ط 1، ج 3، دار ابن حزم، 1425 هـ - 2004م، ص 80.

4 - محمد بن محمد بن النعمان العكبري البغدادي الملقب بالشيخ المفيد، المقنعة، ط2، مؤسسة النشر الإسلامي، قم - ايران، 1410 هـ - 1998م، ص 616.

5 - السرخسي، المبسوط، مصدر سابق، ج 2، ص 195.

6 - الكاساني، مصدر سابق، ج 5، ص 193.

7 - ابي منصور الحسن بن يوسف بن المطهر المعروف بالعلامة الحلي، مختلف الشيعة، ج 5، مؤسسة النشر الإسلامي، قم - ايران، بدون سنة طبع، ص 38.

وإزاء هذا الاختلاف في الآراء الفقهية وبقدر تعلق الحال بتعارض المصالح في نطاق المعاملات المالية، نجد ان بعض الفقهاء المسلمون قد رجحوا مصلحة المجتمع عبر القول بحرمة الاحتكار ليفسح المجال للحاكم الشرعي في التدخل وتحديد التسعيرة الجبرية على المحتكر حماية للمصلحة العامة للمجتمع وتطبيقاً لقاعدة ( المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة ) وفي هذا ترجيح لمصلحة المجتمع وفقاً للقاعدة الفقهية المذكورة، في حين نجد ان البعض الآخر منهم قد رجح مصلحة المحتكر على مصلحة الافراد، وذلك بقوله ان الاحتكار مكروه وليس بمحرم وبالتالي لا يحق للحاكم الشرعي ان يتدخل في فرض التسعيرة الجبرية على المحتكر، ويبدو لنا رجحان رأي أصحاب الاتجاه الأول القائلون بترحيم الاحتكار وذلك بسبب قوة الأدلة التي الساندة لقولهم هذا من جانب، ومن جانب اخر ان في القول بتحريم الاحتكار مؤداه حماية المجتمع (المصلحة العامة) من المصلحة الخاصة للمحتكر، فعندما يتعلق الامر بحماية مصلحة المجتمع يجب القول بأعلوية هذه المصلحة تجاه جميع المصالح الخاصة تطبيقاً للقاعدة الفقهية المذكور سلفاً.

اما بخصوص موقف التشريعات المقارنة من الحكم القانوني للاحتكار فقد بينا سابقاً ان القانون المدني العراقي لم ينظم الاحتكار بهذه المعنى ولم يبين جواز الاحتكار من عدمه، الا انه قبل نفاذ القانون المدني كان هنالك قانون منع الاحتكار رقم (17) لسنة (1941) الذي منع الاحتكار وفرض عقوبات على المحتكر، واستمر الحال مشابهاً لما هو عليه وذلك بعد صدور قانون تنظيم الحياة الاقتصادية رقم (11) لسنة (1942) ثم تلاه قانون تنظيم الحياة الاقتصادية رقم (41) لسنة (1943)، الى حين صدور قانون تنظيم التجارة النافذ رقم (20) لسنة (1970) الذي أشار في (المادة 9/ ف 11) على عقوبة السجن او الحبس مع الغرامة على كل من يقوم بفعل يؤثر على السلع او الخدمات او الأموال فيزيد من أسعارها او ينقص من عرضها، او يؤدي الى تجميعها او حجبها عن الجمهور على وجه يتعارض وسياسة الدولة الاقتصادية.

ثم جاء قانون المنافسة ومنع الاحتكار النافذ الذي حظر أي شكل من اشكال الاحتكار وهو ذات موقف المشرع المصري، فقد نص المشرع العراقي على انه ( تحظر أية ممارسات أو اتفاقات تحريرية أو شفوية تشكل إخلالاً بالمنافسة ومنع الاحتكار أو الحد منها أو منعها وبخاصة ما يكون موضوعها أو الهدف منها ما يأتي : أولاً : تحديد أسعار السلع أو الخدمات أو شروط البيع وما في

حكم ذلك. ثانياً : تحديد كمية السلع أو أداء الخدمات ..... (1) ، هذا النص يدل بوضوح على ان الاحتكار وفقاً للقانون العراقي يعد امرٌ غير مشروع؛ لكونه يخلق نوعاً من الاضطراب في نطاق الأسواق من جهة، ومن جهة أخرى يحدث تعارضاً بين مصلحة المحكّرين من جانب ومصلحة الافراد من جانب اخر، على وجه يجعل من اللازم فرض التدخل وتحديد المصلحة الراجحة، وعليه لا يمكن للمصلحة الخاصة ان تقدم على المصلحة العامة للافراد، لذا يجب ترجيح المصلحة العامة والقول بعدم جواز الاحتكار لكونه يلحق الأذى بعموم الافراد، لذلك فقد رجح المشرع العراقي المصلحة العامة وهي مصلحة المجتمع على مصلحة المحكّر عندما نص على تجريم الاحتكار.

وصفوة هذا الفرع تتمثل في (فعل) الاحتكار كأحد اهم التطبيقات الشرعية والقانونية لتعارض المصالح في المعاملات المالية، اذ يترتب على فعل الاحتكار نشوء التعارض بين المصلحة العامة للمجتمع وبين المصلحة الخاصة للمحكّر، وإزاء هذا التضاد بين المصالح نادى الفقهاء المسلمون بعدم مشروعية هذا الفعل كونه يتعارض مع مصلحة عامة الافراد، وجاء موقف التشريعات الوضعية مشابهاً لذلك اذ يعد الاحتكار فعلاً غير مشروعاً يلحق الضرر بالمصلحة العامة، وبغية حل هذا التعارض وتطبيقاً للقاعدة الفقهية ان (المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة) اصبح من المتفق عليه ان مصلحة المجتمع ترجح على مصلحة المحكّر، وفي نطاق التطبيقات غير العقدية لتعارض المصالح نجد تطبيقاً متميزاً في نطاق الدين المشترك عندما ينشأ عن مسؤولية تقصيرية الذي يسمى بخطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه، وهو ما سنبيّنه في الفرع القادم.

<sup>1</sup> - ( المادة 10 ) من قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي، وتقابلها (المادة 6) من قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري.

## الفرع الثاني

### خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه

يتمثل الوضع الطبيعي للالتزام في القانون المدني بوجود دائن واحد في مواجهة مدين واحد يطلب فيه الأول من الثاني تنفيذ التزامه، لكن بسبب ازدياد المعاملات المالية التي تكاد لا تحصى قد يتعدد الدائنون وهذا ما يسمى (التضامن الإيجابي) ، او يتعدد المدينون وهذا ما يعرف (التضامن السلبي) وسنقتصر في دراستنا حول جزئية معينة من جزئيات التضامن السلبي بين المدينين.

ابتداءً نقول إن التضامن السلبي يستند على فكرة الكفالة او الضمان بمعنى اخر وجود عدة كفلاء تجاه دائن واحد، او وجود أكثر من مدين ضامن لدائن واحد يحق له أن يطالب احد المدينين او جميعهم بكل الدين، اذ يعرف التضامن السلبي بأنه ( ذلك التضامن الذي يكون بين عدة مدينين ملتزمين بدین واحد فيعتبر كل منهم ملزماً بكل هذا الدين في علاقته بالدائن ) وهذا التضامن لا يفترض بل يجب النص عليه اما بالاتفاق او بنص القانون (1) .

ويعرف الفقه الإسلامي هذا النوع من التضامن ولكن ليس تحت مسمى (التضامن السلبي) او (التضامن بين المدينين) كما هو موجود في القانون الوضعي، بل عبر التفاصيل الجزئية في مؤلفاتهم واهم تطبيق على هذا التضامن في الفقه الإسلامي هو التضامن في حالة الغصب، فمن غصب مالاً لآخر وجب عليه الرد، فاذا جاء شخص آخر وغصب المال المغصوب من الغاصب الأول فان كل من الغاصب الأول والغاصب الثاني ملتزمين بالضمان تجاه المالك وهو يعد من اهم تطبيقات التضامن بين المدينين في الفقه الإسلامي (2) .

وعلى أي حال هنالك مبادئ مهمة تترتب على هذا النوع من التضامن هي :

1 - د. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات (احكام الالتزام) دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، بدون سنة طبع، ص 233 وما بعدها.

2 - حسين علي المنتظري، كتاب الاجارة والغصب والوصية (تقرير لاجبات سماحة اية الله العظمى الحاج آقا حسين الطباطبائي البروجردي)، مطبعة سرايي، ايران، 1413 هـ - 1393 م، ص 286 وما بعدها. د. محمد بلعترس، تضامن المدينين والكفلاء دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة القانون والمجتمع، المجلد 13، العدد 1، 2013، ص 10.

**1- مبدأ وحدة الدين -** يراد بهذا المبدأ ان حق الدائن تجاه المدينين يعد وحدة واحدة لا تقبل التجزئة، ويترتب تبعاً لذلك ان كل مدين يستطيع الوفاء بكل الدين فثبناً بذلك ذمته وضمم الباقيين، كما يحق للدائن ان يطالب أي مدين بكل الدين ولا يحق للمدين الاعتراض على ذلك، واخيراً يحق للمدين الذي طوبى بالوفاء ان يحتج باوجه الدفع الشخصية كالاكراه، ووجه الدفع المشتركة كالدفع ببطان العقد.

**2 - مبدأ تعدد الروابط -** مغزى هذا المبدأ ان كل مدين تربطه بالدائن رابطة مختلفة عن تلك التي تربط غيره من المدينين، ويترتب على ذلك بعض النتائج منها ان التزام كل مدين قد يختلف عن غيره فقد يكون التزام المدين الأول معلق على شرط بينما الالتزام الثاني يكون منجزاً، ومن النتائج ايضاً لا يجوز للمدين ان يدفع الا بالدفع الخاصة بشخصه و أوجه الدفع المشتركة بين جميع المدينين ولا يحق له ان يدفع باوجه الدفع الخاصة بمدين اخر لانتفاء شرط المصلحة.

### اولاً: مضمون فكرة خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه

بعد بيان ما هو المقصود بالتضامن السلبى الذي يكون فيه جميع المدينين ملتزمين بتنفيذ الالتزام قبل الدائن، اذ يحق للدائن ان يطالب المدينين مجتمعين بتنفيذ الالتزام كما يحق له ان يطالب أي منهم بالوفاء بكل الدين، ففي نطاق المسؤولية التقصيرية قد يتعدد المدينين تجاه دائن واحد فيطالب أي منهم او جميعهم بتنفيذ هذا الالتزام، وفي بعض الأحيان يقوم كل مدين بتنفيذ جزء من الدين المشترك واثناء هذا التنفيذ يرتكب احدهم خطأ في التنفيذ يلحق الضرر بالدائن، ونتيجة لهذا الفعل الشخصي لاحد المدينين نشأت مسؤوليته الشخصية ومسؤولية باقي المدينين؛ وذلك لأن الدائن لم يحصل على حقه بسبب وجود خطأ في التنفيذ من احد المدينين، لذلك ان مضمون هذا الفرض يتمثل بوجود مصلحة للدائن هي الحصول على حقه، في مقابلة مصلحة المدينين في انقضاء الالتزام بالتنفيذ، واخيراً وجود خطأ من احد المدينين في التنفيذ والذي تتطلب مصلحته اشراك جميع المدينين في تحمل تبعه هذا الخطأ الشخصي.

### ثانياً : مبنى تعارض المصالح

عندما يكون الدائن في مواجهة مجموعة مدينين ينطبق عليهم وصف التضامن السلبى فان الغاية من هذا التضامن هو التسهيل على الدائن في استحصال حقوقه، لذا في حالة خطأ احد هؤلاء المدينين في تنفيذ التزامه سيظهر في هذا الفرض تعارضاً بين ثلاثة مصالح هي :

1- المصلحة الأولى - مصلحة الدائن التي تتمثل في تنفيذ الالتزام بشكل طبيعي واستحصال حقوقه من هذا الدين.

2- المصلحة الثانية - مصلحة المدينين غير المخطئين التي تتمثل في انتفاء مسؤوليتهم عن الخطأ الصادر من احد المدينين عند تنفيذ الالتزام.

3- المصلحة الثالثة - مصلحة المدين المخطأ المتمثلة في اشراك باقي المدينين في تحمل نتائج الخطأ الصادر من جانبه بحيث يكون جميعهم مسؤولون عن هذا الخطأ وليس هو وحده.

### ثالثاً: موقف الفقه الإسلامي والتشريعات الوضعية من خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه

وضحنا فيما سبق بأن الفقهاء المسلمون عرفوا هذا النوع من التضامن في بعض التطبيقات، هذا الامر الذي نستند عليه في استنتاج الحكم الشرعي لخطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه، في حين جاء موقف التشريعات بشكل نصوص قانونية تنظم حالة خطأ احد المدينين المتضامنين في تنفيذ التزامه، وسنبين هذه الأمور تباعاً :

#### 1- موقف الفقه الإسلامي من خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه

اهتم الفقهاء المسلمون بمسألة التضامن في حالات الفعل الضار وتحديدًا في مسائل الغصب، اذ بينوا الكثير من هذه المسائل وصولاً الى الجزئية التي تهمننا بهذا الشأن وهي مسألة غاصب الغاصب التي سبق بيانها، اذ ان هذه الجزئية تنطبق على ما يعرف ب (الخطا الشخصي لاحد المدينين في تنفيذ التزامه) فقد اتفق الفقهاء المسلمون بأن غاصب الغاصب يكون ملتزماً تجاه المغصوب منه عن رد المغصوب او ضمانه، فجميع الايدي المترتبة على الغصب هي ايدي ضمان حتى عند الجهل بالغصب، لأن وضع اليد جاء على ملك الغير، بمعنى محل المال لا يصلح للتملك لتعلق حق الغير به، فاذا غصب شخص ما من آخر مالمأ مغصوباً فهلك في يده ( بغض النظر عن سبب الهلاك) فالمالك يكون مخيراً بين تضمين الغاصب الأول و ان شاء ضمن الغاصب الثاني سواء علم بالغصب ام لا، فاذا رجع على الغاصب الأول وكان المغصوب في يد الغاصب الثاني رجع الاول على الثاني بالضمن، وان اختار تضمين الغاصب الثاني وكان هو المتلف فلا يرجع الغاصب الثاني بالضمن على احد ما لكونه قد ضمن الخطأ الصادر من جانبه المتمثل بإزالة (1) .

<sup>1</sup> - محمود الهاشمي الشاهرودي، موسوعة الفقه الإسلامي المقارن، ج 1، ط1، مطبعة بهمن، ايران، 1433 هـ 2012م، ص 151. محمد بن حسين انقروي، الفتاوى الانقروية في مذهب ابي حنيفة النعمان، المجلد الثاني، دار الطباعة المصرية، مصر، 1865 م، ص 347. ابي الوليد احمد بن محمد لسان الدين ابن الشحنة الثقفي الحلبي الحنفي، لسان الحكام في معرفة الاحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 127. ابي زكريا محبي

وأشار المالكية الى ابعاد من ذلك فعندهم المشتري من الغاصب او وارثه او الموهوب له ان علموا بالغصب فعليهم الضمان القيمي بقيمته والمثلي بمثله ويشمل الضمان الحادث السماوي ايضاً، وللمالك تضمين ايهما شاء (1) ، ولم تخرج مجلة الاحكام العدلية عن ما اتفق عليه الفقهاء المسلمون اذ نصت على ( غاصب الغاصب حكمه حكم الغاصب فاذا غصب من الغاصب المال المغصوب شخص آخر واتلفه او اتلف في يده فالمغصوب منه مخير ان شاء ضمنه الغاصب الأول وان شاء ضمنه الغاصب الثاني وله ان يضمن مقداراً منه الأول والمقدار الآخر الثاني وبتقدير تضمينه الغاصب الأول فهو يرجع على الثاني واما اذا ضمنه الثاني فليس للثاني ان يرجع على الأول ) (2) ، ويأتي هذا الحكم ضماناً لمصلحة المالك في تضمين من يشاء حسب ما تقتضيه مصلحته (3) .

بناء على ما تقدم يتبين لنا أن الفقهاء المسلمون قد اكدوا بشكل كبير على حماية المصلحة الاجدر بالحماية وهي مصلحة المغصوب منه (الدائن)، فهما تعددت الايدي المتعاقبة على الغصب تبقى رغم ذلك مصلحة المغصوب منه في استرداد المغصوب او في تضمين من يشاء من هذه الايدي هي المصلحة الراجحة ؛ لكونها المصلحة الاسمى والتي تقدم على المصالح الأخرى كافة، ولذلك في حالة خطأ غاصب الغاصب في تنفيذ التزامه برد المغصوب الى المالك، يبقى الغاصب الأول متضامناً مع غاصب الغاصب في ضمان المغصوب منه تجاه المالك ولا يعفى الغاصب من الضمان نتيجة الخطأ الشخصي الصادر من غاصب الغاصب؛ حماية لمصلحة المالك في توفير كافة السبل لاقتضاء حقوقه من الغاصب وغاصب الغاصب بالتضامن.

الدين بين يحيى بن شرف النووي دمشقي الشافعي، روضة الطالبين، ج 4، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 100. ابن قدامة، المغني، مصدر سابق، ج 7، ص 96.

1 - ابي البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، ج 3، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة طبع، ص 370 .

2 - (المادة 910) من مجلة الاحكام العدلية.

3 - محمد خالد الاتاسي و محمد طاهر الاتاسي، شرح المجلة، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع، ص 459 وما بعدها.

## 2- موقف التشريع من خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه

أما بخصوص موقف التشريعات من هذا الامر فابتداءً نقول ان صياغة الاحكام القانونية بشكل عام وأحكام المسؤولية المدنية بشكل خاص توجب على المشرع مراعاة قواعد العدالة عند وضع هذه النصوص القانونية والعمل قدر الإمكان على تحديد الشخص المسؤول عن الفعل الضار بشكل دقيق، وفيما يخص حالة خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه فقد عالجت التشريعات القانونية هذا الفرض نظراً للتعارض بين المصالح الناشئ عن هذه الحالة، فبخصوص المشرع العراقي فقد نص على انه ( لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام الا عن فعله... )<sup>(1)</sup> ، اما المشرع المصري فقد نص على انه ( 1- لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله... )<sup>(2)</sup> ، يلاحظ اتفاق موقف المشرع العراقي والمشرع المصري بشأن المسؤولية الناشئة عن خطأ احد المدينين في التضامن السلبي عن تنفيذ التزامه اذ يتحمل هذا المدين المخطأ المسؤولية كاملة عن الضرر الذي يصيب الدائن وهو الذي يلتزم وحده بالتعويض، على سبيل المثال اذا ارتكب احد المدينين غشاً في تنفيذ التزامه نشأت بسببه استحالة التنفيذ كأن تسبب في هلاك الشيء محل الالتزام فان هذا الأثر يقتصر عليه فقط ولا دخل لباقي المدينين به<sup>(3)</sup> ، لذلك يلاحظ ان المشرع العراقي والمشرع المصري رجحا مصلحة المدينين غير المخطئين، فمن اجل عدم زيادة عبء الالتزام المترتب بدمهم فان خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه يترتب عليه مسؤولية هذا المدين عن تنفيذ الالتزام بشكل كامل وايضاً مسؤوليته عن تعويض الضرر الذي أصاب الدائن وتبرء ذمة باقي المدينين.

وفي هذا السياق ذهب رأي في الفقه المصري يرى فيه أن خطأ احد المدينين المتضامنين عندما يؤدي الى هلاك الشيء واستحالة تنفيذ الالتزام هو امر يترتب عليه براءة ذمم باقي المدينين استناداً على ان هذا الخطأ يعد بالنسبة لهم سبباً اجنبياً يؤدي الى انقضاء الالتزام فلا يسألون قبل الدائن لا

<sup>1</sup> - (المادة 330) من القانون المدني العراقي.

<sup>2</sup> - (المادة 293 / ف1) من القانون المدني المصري.

<sup>3</sup> - للمزيد ينظر المستشار محمد عزمي البكري، مصدر سابق، ص 166. د. سمير تناغو، احكام الالتزام والاثبات، مصدر سابق، ص 319.

عن قيمة الشيء الذي هلك ولا عن أي تعويض آخر، اذ يتحمل المدين المخطئ كل هذه الأمور (1) ، ونتيجة لذلك نجد ان المشرع العراقي والمشرع المصري فضلاً عن الى من أيدهم من الفقهاء والشراح قد رجحوا مصلحة المدينين غير المخطئين وذلك عبر براءة ذمهم من أي الخطأ الصادر من احدهم والذي يؤدي الى عدم مسؤوليتهم لا عن الشيء الهالك ولا عن التعويض عن أي ضرر آخر.

وقد اعترض على هذا الرأي بحق بدعوى انه يؤدي الى اهدار مصلحة الدائن اهداراً لا يمكن قبوله؛ ذلك لأن الزام المدين المخطئ وحده بكل الدين وبالتعويض معاً قد يسبب ضرراً للدائن الذي قد لا يتمكن من استيفاء حقوقه بسبب اعسار هذا المدين، ويتعذر عليه قانوناً الرجوع على باقي المدينين بسبب براءة ذمهم قبل الدائن، فضلاً عن ان اعفاء المدينين المتضامنين من التزامهم بدفع قيمة الشيء الهالك محل الالتزام هو امر يتنافى مع الغاية من هذا التضامن الذي يهدف تأمين حق الدائن من خطر اعسار احد المدينين (2) .

ونتيجة لذلك نادى بعض الفقهاء والشراح برأي آخر يبدو جديراً بالتأييد مقتضاه ضرورة حماية المصلحة الاجدر بالحماية وهي مصلحة الدائن، فلا يجوز الاضرار بمصلحة الدائن في التضامن السلبي والاضاع الغرض من هذا التضامن المتمثل في تأمين حق الدائن، لذلك فانهم يرون ضرورة التمييز بين قيمة الشيء الذي هلك وبين عناصر الضرر الأخرى، اذ يبقى المدينون ملتزمين بالتضامن عن وفاء قيمة الشيء الذي هلك بخطأ احدهم، اما عناصر الضرر الأخرى فيسأل عنها المدين المخطئ فقط لكونه المتسبب بهذا الضرر وحده (3) ، بناء على ذلك يتضح لنا ان أصحاب الرأي الثالث يرجحون مصلحة الدائن المتعارضة مع المصالح الأخرى، ويستند معيار الترجيح الى تحقيق الغرض من وضع النص القانوني الذي يتمثل في تأمين حق الدائن عبر تعدد المدينين، اذ تبقى مصلحة الدائن هي المصلحة المهمة في هذا التشابك المعقد ويجب ترجيحها ضد أي مصلحة أخرى.

1 - د. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، ج 2 احكام الالتزام، بدون جهة طبع، القاهرة، 1967، ص 213 ، نقلاً عن د. غني ريسان جادر الساعدي، تعدد المسؤولين واثره على ضمان حق المتضرر دراسة مقارنة، ط 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2021، ص 203.

2 - د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص 286.

3 - المستشار اشرف احمد عبد الوهاب و المستشار إبراهيم سيد احمد، الاوصاف المعدلة لأثر الالتزام وانتقاله في ضوء آراء الفقهاء والتشريع واحكام القضاء، ط 1، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018، ص 131. د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص 286. د. غني جادر ريسان الساعدي، مصدر سابق، ص 204.

ويتفق الرأي الأخير في الفقه مع موقف المشرع الفرنسي قبل التعديل الذي نص على ( اذا هلك الشيء الواجب ادائه بخطأ واحد او اكثر من المدينين المتضامنين او بعد اعدار المسؤول او المسؤولين منهم فلا يسقط عن سائر المدينين المتضامنين التزامه بالوفاء بثمن هذا الشيء لكنهم غير مسؤولين عن الاضرار...) (1) ، ويُفهم من ذلك ان المشرع الفرنسي قد قرر ان خطأ احد المدينين المتضامنين في تنفيذ التزامه وادى هذا الخطأ الى هلاك الشيء محل الالتزام فيبقى جميع المدينين ملتزمين بالتضامن في دفع قيمته الى الدائن، ويسأل المدين المخطأ وحده عن الاضرار الأخرى، ويتفق الباحث مع توجه المشرع الفرنسي فيما قرره بهذا الشأن؛ لكونه قد رجع مصلحة الدائن في هذا التعارض وقد حقق الغاية من وجود هذا النوع من التضامن.

أما بعد تعديل القانون المدني الفرنسي في سنة (2016) فلم يضع المشرع الفرنسي ذات النص أعلاه، بل ألغى هذا النص بعباراته ولم يعتمده المشرع بهذا الشأن في المواد الخاصة بالتضامن بين المدينين (المواد من 1310 - 1319) الا ان المشرع الفرنسي أورد في المادة (1319) نصاً قانونياً بحاجة الى تفسير فقد نص على (يكون المدينون المتضامنون مسؤولين بالتضامن عن عدم تنفيذ الالتزام. ويقع عبء المسؤولية بصفة نهائية على عاتق أولئك الذين ينسب عدم التنفيذ اليهم) (2)، هذا النص بحاجة الى التحليل لكونه يتضمن شقين مختلفين، فبخصوص الشق الأول فقد اقر المشرع الفرنسي القاعدة العامة للتضامن السلبي وهي مسؤولية جميع المدينين المتضامنين عن عدم تنفيذ الالتزام والتي تمثل الغاية من هذا التضامن، اما بشأن الشق الثاني من المادة فقد حدد المشرع الفرنسي ان المسؤولية المدنية عن عدم تنفيذ هذا الالتزام تقع على عاتق المدين المخطئ فقط، وهذا يعني ان خطأ احد المدينين او بعضهم عن عدم تنفيذ الالتزام هو امر يترتب عليه اعفاء المدينين غير المخطئين عن كل الدين وعن تعويض الضرر الناشئ عن هذا الخطأ، وهو ذات موقف المشرع العراقي والمشرع المصري سابقاً.

ويبدو لنا ان ترجيح احدى المصالح المتعارضة في التضامن السلبي يجب ان يستند على الغاية من وجود هذا النوع من التضامن وهي الزيادة في الضمان بغية استيفاء الدائن حقوقه من الدين المشترك بين المدينين، ولذلك يبدو من الأفضل النص على بقاء المسؤولية تضامنية في حالة خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه تجاه الدائن وادى هذا الخطأ الى هلاك الشيء، حتى لا تتناقص الحماية

1 - (المادة 1205) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

2 - المادة 1319 من القانون المدني الفرنسي المعدل.

القانونية الضامنة للدائن المتمثلة في تعدد الذمم المدينة هذا من جانب، ومن جانب آخر ان الدائن لم يحصل على دينه حتى نحكم باعفاء المدينين غير المخطئين من الدين، لذا ندعو الى تعديل نص المادة (230) من القانون المدني العراقي والنص على بقاء المدينين ملتزمين بقيمة الشيء الذي هلك ويبقى المدين المخطئ وحده مسؤولاً عن الاضرار الأخرى استناداً الى الأسباب المبينة سلفاً.

## الخاتمة

بعد الانتهاء من هذه الدراسة الموسومة (تعارض المصالح في المعاملات المالية "دراسة مقارنة") سنبين اهمما توصلنا اليه من نتائج ومقترحات :

## أولاً: النتائج

1- جاء معنى (التعارض) عند الفقهاء المسلمين ليبدل على التعارض بين الأدلة بشكل عام، لكنهم لم يبينوا ما هي هذه الأدلة التي تكون مجالاً للتعارض، وبعد تحليل الامر وفقاً لقواعد أصول الفقه اتضح لنا ان لفظ الأدلة هو لفظ عام يشتمل على اكثر من معنى، لذلك يدخل (تعارض المصالح) ضمن معنى التعارض بشكل عام.

2- بسبب الإشكاليات الكثيرة لتحديد معنى تعارض المصالح في نطاق القانون واهمها تعدد الالفاظ المشابهة لذلك، وما رافقه من شحة هذه التعريفات في المؤلفات القانونية، لذا ان وضع مثل هذا التعريف يجب ان يستند على التحليل الدقيق لهذا الموضوع وتحليل لفظ التعارض اولاً ولفظ المصلحة ثانياً، وتوصلنا الى تعريف مقترح لتعارض المصالح في المعاملات المالية التي قلنا بأنها (تضاد المنافع بين طرفين او اكثر على وجه يوجب الترجيح بينها).

3- ان تعارض المصالح يشكل القاعدة العامة في المعاملات المالية، بمعنى أن الأصل العام هو تعارض مصالح الأطراف عند التعامل حسب طبيعة كل معاملة مالية، ولا يشكل هذا التعارض استثناءً على هذه القاعدة؛ لأن الاستثناء يأتي خلافاً للأصل العام، لذلك في هذا الفرض يكون عدم تعارض المصالح هو الاستثناء على الأصل العام المتمثل بتعارض المصالح، ويظهر الاستثناء في هذا المجال عندما يكون التعارض مصحوباً بنزاع فعلي او قضائي، لذلك يكون الأصل العام هو تعارض المصالح غير المصحوب بنزاع، ويكون الاستثناء هو تعارض المصالح المصحوب بنزاع.

4- ان الأساس القانوني لتعارض المصالح يتمثل في ( الرغبة في حماية المصلحة ) ويراد به ان تعدد المصالح بين اكثر من شخص هو امر يستند على رغبة كل منهم في حماية مصلحته التي وجدت تعارضاً مع المصالح الأخرى، وهذه الرغبة تبدأ من المكونات النفسية للشخص ثم تأخذ مظهراً خارجياً يتمثل في تصميمه على حماية مصلحته وعدم السماح بالمساس بها؛ لما لهذه المصلحة من دور في جلب منفعة او دفع مضرة، وهذه الرغبة تتطلب أمراً آخر يتمثل في التمسك بالمصلحة وعدم النزول عنها منذ وجود المصلحة الى حين قيام النزاع الفعلي أو القضائي بين الأطراف أصحاب الشأن.

5- في بعض الأحيان يتسبب المشرع الوضعي في نشوء حالة من حالات تعارض المصالح في المعاملات المالية، ويظهر هذا التسبب عند صياغة النص القانوني الخاص بالحقوق وكيفية التعامل معها بما يتسبب بظهور هذا التعارض بين المصالح بشكل غير مقصود يتطلب الترجيح القانوني بينها، سواء أكان هذا التعارض بين نص قانوني واحد، ام بين مصالح وردت ضمن نص قانوني واحد.

6- إن الترجيح بين المصالح المتعارضة في المعاملات المالية في نطاق القانون المدني هي مسألة ذهنية يتم القيام بها من قبل صائغ النص القانوني، اذ يقوم بهذه العملية عند صياغة النص التشريعي تمهيداً لإقراره كقانون ملزم، وهذه العملية هي عملية ذهنية، تعتمد على قدرة الصائغ في كشف حالات التعارض بين المصالح والوقوف عليها، وهذا الامر دفعنا الى تعريف الترجيح في اطار القانون المدني بأنه ( تغليب المشرع او القاضي لاحدى المصالح المتعارضة وفق مرجح قانوني مقبول، من اجل فك الارتباط السلبي بين المصالح والحفاظ على استقرار المعاملات المالية ).

7- وضع الفقهاء المسلمون ضوابط محددة يجب الالتزام بها عن القيام بعملية الترجيح بين المصالح، ومن اهم هذه الضوابط هو وجود مصلحتين او اكثر يجب الفصل بينها، وضابط وجود المزية او المرجح الذي يستند عليه المجتهد في القيام بالترجيح، والضابط الأخر يتمثل بالشخص القائم بالترجيح هو المجتهد فقط الذي يبذل مساعيه في مسألة تحتمل الظن والقطع في حكم شرعي، وتمثل الضابط الأخير بعدم إمكانية الجمع بين المصالح المتعارضة، فلا يمكن البدء بالترجيح قبل محاولة الجمع بين النصين قدر الإمكان، لذا في حال أمكن الجمع بين المصالح المتعارضة يجب اعمال مبدأ الجمع ولا مصير للترجيح.

8- من أهم ضوابط الترجيح في نطاق التشريع هو ان تكون هذه المصالح في حالة تعارض وليس تناقض، فحالة التعارض لا تمنع من اجتماع المصالح الى حين الترجيح بينها، اما لو كانت المصالح في حالة تناقض، فهذا الامر يفترض ان المصالح المتناقضة لا يمكن لهما اصلاً ان يجتمعا مع بعض من الأساس، بمعنى آخر ان التناقض مؤداه ان المصلحة الثانية لا يمكن ان تجتمع او تزامم المصلحة الأولى لاسباب مختلفة اهمها، ان تكون المصلحة الأولى مصلحة مشروعة في حين تكون المصلحة الثانية غير مشروعة، فهذا الامر لا يسمح للمصلحة الثانية ان تزامم المصلحة الأولى اطلاقاً؛ لأن المصالح المذكورة تكون في حالة تناقض او تنافر وليس حالة تعارض.

9- تؤدي القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية دوراً كبيراً في حل تعارض المصالح، إذ تعدّ مسألة تعارض المصالح من أهم الأمور التي وضع لها علماء الأصول بعضاً من القواعد الأصولية التي تعمل بشكل جدي ومنطقي على حل تعارض المصالح بأفضل حل بشكل يتناسب مع أهمية المعاملة وأهمية هذه القواعد، إذ أسسوا لقواعد أصولية تنطبق على أحوال معينة من أحوال هذا التعارض، ومن أهمها قاعدة (المصلحة المؤكدة تقدم على المصلحة الظنية)، وفي المقابل لا تخفى الأهمية الكبيرة للقاعدة الفقهية في حل تعارض المصالح وذلك عبر وجود بعض من هذه القواعد التي تعمل بشكل مباشر أو غير مباشر في حل هذا التعارض، ومن أهمها قاعدة (الأقل يتبع الأكثر).

10- يكون للصياغة التشريعية دور مهم في حل التعارض بين المصالح، ويظهر هذا الدور على ثلاثة صور، تتمثل الصورة الأولى في (دور الصياغة التشريعية في الحكم القانوني) ويراد بهذا الدور هو الفاعلية القانونية للصياغة القانونية لنص قانوني نظمه المشرع في متن التشريع الذي من عبّره تمكن من وضع الحل لتعارض المصالح، في حين تتمثل الصورة الثانية في (دور الصياغة التشريعية في الوقاية من حالات تعارض المصالح)، ويظهر هذا الدور عندما يعتمد المشرع الصياغة المرنة وليست الصياغة الجامدة، إذ إن الأولى تعمل على فسح المجال للمحكمة بدراسة ظروف الدعوى وأحوالها ومن ثم ترجيح المصلحة الأجدر بالترجيح، في حين تتمثل الصورة الأخيرة في (دور الصياغة التشريعية عند غياب النص القانوني) إذ يعد هذا الدور من الأدوار السلبية في مراحل التشريع بشكل عام ومرحلة الصياغة التشريعية بشكل خاص، إذ لا يوجد نص قانوني يمكن تطبيقه على الواقعة المعروضة، وعليه لا يكون للصياغة التشريعية في هذا الفرض دور كبير في حل مثل هذا التعارض، لذا يتمثل الحل القانوني في هذه الفرض بالرجوع إلى مصادر القانون الأخرى والبحث عن الحلول المناسبة حسب ما تقتضيه قواعد العدالة.

11- إن تعارض المصالح يمثل حالة سلبية في صميم المعاملات المالية؛ إذ من الصعوبة استمرار بقاء المعاملة على استقرارها ودوامها في ظل وجود نزاع فعلي لم يرفع إلى القضاء أو نزاع قضائي يتضمن تعارضاً في المصالح بين أطراف هذه المعاملة، الأمر الذي يتطلب التمعن بعناية إلى هذه الحالة السلبية وبيان الطرق الفعالة التي تؤدي إلى تيسير حل هذا التعارض وإعطاء كل ذي حق حقه حسب ما تقتضيه قواعد العدالة، وعليه يتصدع استقرار المعاملة المالية في حال ظهور هذا التعارض، إذ يكون من الاستحالة بقاء هذه المعاملة المالية على استقرارها في ظل وجود هذا النزاع، ما لم يتدخل المشرع أو المحكمة في تسوية هذا الوضع السلبي المعقد وترميم كيان الاستقرار المتصدع لهذه المعاملة وفق قواعد تحقق العدالة.

12- تظهر صورة العلاقة بين تعارض المصالح وبين العدالة العقدية بمظهر العلاقة العكسية، فمتى ما كانت المعاملة مستقرة وبعيدة عن التعارض الذي يثير النزاع الفعلي او القضائي كل ما حقق ذلك افضل تطبيق لمعنى للعدالة العقدية، وعلى العكس عند نشوء واستمرار هذا التعارض فانه يسبب اختلالاً كبيراً بهذه العدالة وعناصرها بشكل يُحدث اثاراً سلبية تبعية أهمها اهدار الحقوق الافراد .

13- على مستوى التشريع يعد (كشف القصور التشريعي ) من اهم الاثار التي تنتج عن تعارض المصالح، لكن هذا الأثر يظهر بطبيعة الحال عند غياب الحلول القانونية في متن التشريع، وبعبارة أخرى ان الأثر المتمثل بكشف القصور التشريعي يظهر عن فقدان الحل او الحكم القانوني للنزاع المشوب بتعارض المصالح في معاملة مالية معينة، ويكاد يختفي هذا الأثر عند وجود الحل القانوني في أي نص من نصوص التشريع والتي تكون صالحة للتطبيق على النزاع المعروض.

14- إن آثار تعارض المصالح لا تقتصر على تلك الآثار السلبية المتمثلة بعدم استقرار المعاملات وغياب العدالة العقدية وتكريس القصور التشريعي، فعند التمعن في النتائج التي يسببها تعارض المصالح في المعاملات المالية نجد ان هذا الامر يتيح للقاضي حرية الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه، وهذا الأثر يعد من الآثار الإيجابية التي يخلفها تعارض المصالح، اذ يفسح المجال للقاضي في ابراز مهاراته ومعارفه التي اكتسبها من تراكمات العمل والدراسة، فيحاول ان يبدع ويبتكر حلولاً قضائية في مسائل لم يرد بها نص تشريعي، لذلك فان الأثر المتمثل بتكريس الاجتهاد القضائي لا يظهر الا في حالة غياب النص القانوني الذي يضع الحل امام القاضي او غموض هذا النص او نقص النص عن معالجة بعض الامور؛ لأن وجود النص القانون الواضح سيعمل على تقييد القاضي باتباع ما ورد في التشريع، ولا يجوز له الاجتهاد في مسألة معينة ورد بها نص تشريعي.

15- على الرغم من أهمية مسألة التعاقد مع النفس في نطاق المعاملات وما يترتب عليها من تعارض بين المصالح، الا ان المشرع العراقي لم ينص على الحكم القانوني للتعاقد مع النفس كقاعدة عامة، وهذا الامر يعد نقص تشريعي بحاجة الى الدراسة وبيان الحكم المناسب.

16- فيما يتعلق بدور الصياغة التشريعية في مسائل تعارض المصالح عند غياب النص القانوني، نجد ان المشرع العراقي لم يورد نصاً قانونياً صريحاً يبين مسألة تزام المستأجرين لشيء واحد وكيفية حل مثل هذا التعارض، ولعل السبب في غياب مثل هذا النص القانوني يتمثل في اكتفاء المشرع العراقي بأحكام ضمان التعرض والاستحقاق الذي يفرضه المشرع على المؤجر، هذا الاثر الذي يتمثل

في حق المستأجر الذي حُرِم من الانتفاع بالمأجور ان يطالب بالتعويض او انقاص الأجرة حسب ظروف التعرض.

17- في أحوال الخطأ الشخصي الذي يحدثه احد المدينين المتضامنين عند تنفيذ التزامه، وجدنا تشابه موقف المشرع العراقي والمشرع المصري بشأن المسؤولية الناشئة عن خطأ احد المدينين في التضامن السلبي عن تنفيذ التزامه اذ يتحمل هذا المدين المخطأ المسؤولية كاملة عن الضرر الذي يصيب الدائن وهو الذي يلتزم وحده بالتعويض وتبرأ ذمم باقي المدينين، ويبدو لنا ان ترجيح احدى المصالح المتعارضة في التضامن السلبي يجب ان يستند على الغاية من وجود هذا النوع من التضامن وهي الزيادة في الضمان بغية استيفاء الدائن حقوقه من الدين المشترك بين المدينين، ولذلك يبدو من الأفضل النص على بقاء المسؤولية تضامنية في حالة خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه تجاه الدائن وادى هذا الخطأ الى هلاك الشيء، حتى لا تتناقض الحماية القانونية الضامنة للدائن المتمثلة في تعدد الذمم المدينة.

### ثانياً: المقترحات

1- ندعو المشرع العراقي الى ضرورة النص على قاعدة عامة تجيز للقضاء حل تعارض المصالح في الأحوال التي لم ينظمها المشرع بنص تشريعي، ونقترح ان يكون النص في متن القانوني المدني وبالشكل الآتي ( فيما لم يرد بشأنه نص تتولى المحكمة حل تعارض المصالح حسب ما يتوافق مع نصوص القانون).

2- انطلاقاً من الأهمية الكبيرة التي تقوم بها القواعد الأصولية في حل تعارض المصالح في المعاملات المالية، ونظراً لدور هذه القواعد في الترجيح بين المصالح المتعارضة من جانب، واعتماد المشرع في القانون المدني على بعض هذه القواعد من جانب آخر، نقترح تطويع هذه القواعد في القانون المدني بشكل اكثر فاعلية وذلك عبر اقتراح النص الآتي ليضاف الى النص المقترح أعلاه ( 2- تقدم كل من : أ - المصلحة المؤكدة على المصلحة الظنية - ب - والمصلحة المعتبرة على المصلحة غير المعتبرة - ت - والمصلحة الضرورية على المصلحة الحاجية والتحسينية. - ث - والمصلحة الدائمة على المصلحة المؤقتة).

3- ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (419) من القانوني المدني العراقي التي تنص على انه ( اذا زال السبب الذي أدى الى اتحاد الذمة وكان لزواله اثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو

وملحقته بالنسبة لذوي الشأن، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن ) وهذا النص بهذا الشكل يحدث تعارضاً محتملاً بين المصالح لكونه عودة الالتزام الذي انقضى باتحاد الذمة اذا تبين زوال سبب اتحاد الذمة، ولكنها لم تبين حالة ما اذا تصرف احد الأطراف بمحل الالتزام لشخص آخر خلال الفترة بين انقضاء الالتزام وعودته، اذ ان عودة الالتزام الأصلي سيحدث تعارض بين مصلحة الدائن الأول والدائن الثاني، لذا ندعو الى تعديل هذا النص ليكون بالشكل الآتي (اذا زال السبب الذي أدى الى اتحاد الذمة وكان لزواله اثر رجعي عاد الالتزام الى الوجود هو وملحقته بالنسبة لذوي الشأن، ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن مع عدم الاخلال بالحقوق المكتسبة للغير حسن النية).

4- ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (14) من قانون حماية حق المؤلف العراقي ( رقم 3 لسنة 1971 ) المعدل التي تنص على انه (لا يجوز للمؤلف بعد نشر المصنف حظر التحليلات والاقباسات القصيرة اذا عملت بقصد النقل او الجدل او التثقيف او التعليم او الاخبار ما دامت تشير الى اسم المؤلف اذا كان معروفا) اذ كان من الأفضل للمشرع العراقي ان يحدد عدد النسخ بشكل قاطع من اجل الحفاظ على التوازن بين حق المؤلف وبين مقتضيات واهداف هذه المؤسسات، لذا نقترح ان يكون العدد لا يزيد على 10 نسخ وذلك من اجل تحقيق الموازنة بين المصلحة المالية للمؤلف وبين المصلحة العامة للمجتمع.

5- نظراً لدور الحق المكتسب باعتباره احد المعايير القانونية التي يمكن الاستناد عليها في حل التعارض بين المصالح ندعو المشرع العراقي تنظيم الحق المكتسب ضمن نظرية عامة، تضع في مقدمتها فكرة عدم المساس بأي حق مكتسب، ونقترح ان يكون النص بالشكل الآتي ( لا يجوز المساس بالحقوق المكتسبة للغير اذا كان قد كسبها عن حسن نية مع عدم الاضرار بحقوق الآخرين ) .

6- ندعو المشرع العراقي الى تنظيم مسألة التعاقد مع النفس وفقاً للرأي الراجح في الفقه الإسلامي؛ نظراً لما يترتب على هذا النوع من التعاقد من تعارض بين المصالح الذي يشكل سبباً منطقياً للنص على منع التعاقد وفقاً لهذه الطريقة، ونقترح ان يكون النص بالشكل الآتي ( لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك او يقر الأصل بجوازه).

7- نظراً لعدم كفاية الاحكام القانونية لضمان التعرض والاستحقاق الذي فرضه المشرع على المؤجر لحل مسائل تعارض المصالح عند تعدد المستأجرين، ندعو المشرع العراقي الى إضافة النص الآتي في المواد القانونية الخاصة بعقد الايجار وفقاً للصيغة الآتية ( اذا تعدد المستأجرون ذوي الإيجارات

ثابتة التاريخ لعين واحدة، فضل صاحب الايجار الأسبق في تاريخه، فاذا لم تكن أي من الإجراءات ثابتة التاريخ يفضل المستأجر الأسبق في الحيازة بحسن نية) .

8- ندعو المشرع العراقي الى تعديل نص المادة (330 / ف 1) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه ( 1- لا يكون المدين المتضامن مسؤولاً في تنفيذ الالتزام إلا عن فعله...) فهذا النص يؤدي الى ضياع الغاية من تعدد المدينين المتمثلة في تأمين مصلحة الدائن، لذا ندعو الى تعديل المادة وفقاً لما تقدم على ان يكون النص بالشكل الآتي ( عند خطأ احد المدينين في تنفيذ التزامه وترتب على ذلك هلاك الشيء فلا تبرء ذمم المدينين الاخرين).

## قائمة المصادر

## بعد القرآن الكريم

## اولا - المعاجم اللغوية

1. أبو الحسن بن عمر بن احمد البغدادي الدارقطني، سنن الدار قطني، ج 4، دار المعرفة، بيروت، 1386 هـ - 1966م.
2. أبو عيسى محمد بن سورة الترمذي، سنن الترمذي، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
3. أبو نصر إسماعيل بن حماد الجوهري ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية، ط 3، دار العلم للملايين، بيروت، 1399 هـ - 1979 .
4. ابي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم المعروف بابن منظور، لسان العرب، ط 1، مؤسسة التاريخ الإسلامي، بيروت، 1413 هـ - 1939 .
5. احمد بن فارس زكريا أبو الحسين المعروف بابن فارس، معجم مقاييس اللغة، ط 1، دار احياء التراث العرب .
6. احمد بن محمد الفيومي ، المصباح المنير ، ط 2، المكتبة العصرية، بيروت، 1412 هـ .
7. مجد الدين محمد بين يعقوب بن محمد بن إبراهيم الفيروزآبادي، القاموس المحيط ، ج2، المؤسسة العربية ، بيروت ، بدون سنة طبع.

## ثانياً : كتب الحديث والتفسير

1. الحسين بن محمد بن المفضل المعروف بالراغب الاصفهاني ، المفردات في غريب القرآن، مطبعة مصطفى الحلبي، القاهرة، 1961 .
2. علي الرباني الكلبي، القواعد الكلامية، ط 3، مؤسسة الامام الصادق (عليه السلام)، مكتبة التوحيد، ايران، 1389 هـ .

## ثالثاً - كتب الفقه الإسلامي

## أ - كتب المذهب الامامي

3. ابن يوسف بن المطهر الحلي، تذكرة الفقهاء، ط1، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، قم، 1999.
4. ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، النهاية في مجرد الفقه والفتاوى، ط2، الناشر دار الكتاب العربي، بيروت - لبنان، 1400 هـ - 1980 م .
5. ابي جعفر محمد بن الحسن الطوسي، تهذيب الاحكام في شرح المقنعة للشيخ المفيد، ط1، مكتبة مروى، طهران، 1384 هـ.
6. أبي جعفر محمد بن الحسن علي الطوسي، المبسوط في فقه الامامية، ج 2، المكتبة المرتضوية لاحياء الاثار الجعفرية، بدون مكان وسنة طبع .
7. احمد الشيخ عبد الرضا الصافي، موجز احكام المعاملات، مدرسة الامام الحسين (ع) الدينية، كربلاء، 2013.
8. حسين علي المنتظري، كتاب الاجارة والغصب والوصية (تقرير لباحث سماحة اية الله العظمى الحاج آقا حسين الطباطبائي البروجردي)، مطبعة سرايي، ايران، 1413 هـ - 1393 .
9. حيدر حب الله، دراسات في الفقه الإسلامي، ج 3، بدون جهة طبع، بدون مكان وسنة طبع
10. عبد الصاحب المولى محمد بن احمد النراقي، مشارق الاحكام، ط 2، مطبعة قم سلمان الفارسي، قم - ايران، بدون سنة طبع .
11. كاظم الحسيني الحائري، فقه العقود، ط، ج 2، مطبعة خاتم الأنبياء، قم - ايران، 1428 هـ - 2007 م.
12. محمد بن جمال الدين مكي العاملي، الروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية، دار التفسير للنشر، قم - ايران، 1382 هـ - 2003 م .
13. محمد بن محمد بن نعمان العكبري البغدادي الملقب بالشيخ المفيد، المقنعة، ط2، مؤسسة النشر الإسلامي، قم - ايران، 1410 هـ - 1998 م .
14. مرتضى البروجردي، مستند العروة الوثقى كتاب الاجارة، المطبعة العلمية، قم، 1345 هـ.
15. مرتضى بن محمد بن أمين الأنصاري، المكاسب، ط 2، مطبعة باقري - قم، ايران، 1999 م .
16. مقداد بن عبد الله السيوري الحلي، نضد القواعد الفقهية على مذهب الامامية، مطبعة الخيام، قم، 1403 هـ - 1983 م .
17. ناصر مكارم الشيرازي، انوار الفقاهة (كتاب البيع)، مدرسة الامام امير المؤمنين (ع)، قم - ايران، 1413 هـ .

## ب - كتب المذهب الحنفي

1. ابي الوليد احمد بن محمد لسان الدين ابن الشحنة الثقفي الحلبي الحنفي، لسان الحكام في معرفة الاحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع .
2. ابي بكر بن علي بن محمد الحدادي العبادي الزبيدي اليمني الحنفي، الجوهرة النيرة، ط 1، المطبعة الخيرية، بدون مكان طبع .
3. ابي عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري، المستدرك، دار المعرفة، بيروت، 1998.
4. ابي محمد محمد بن احمد العيني، البناية في شرح الهداية، ط2، دار الفكر للنشر والتوزيع، بدون مكان طبع، 1990.
5. احمد بن محمد بن سلامة الطحاوي، شرح معاني الآثار، الناشر دار عالم الكتب، بيروت، 1414 هـ - 1994 م .
6. زين الدين بن ابراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، الاشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1999 .
7. سعد الدين مسعود بن عمر بن عبد الله التفتازاني، التلويح على التوضيح، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع .
8. عبد الرحمن بن محمد بن سليمان الكليبولي المعروف بشيخ زادة الحنفي ، مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع .
9. علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1956
10. علاء الدين السمرقندي ، تحفة الفقهاء، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1984 م .
11. علاء الدين عبد العزيز بن احمد البخاري ، كشف الاسرار عن أصول فخر الإسلام البيزودي، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، بدون سنة طبع
12. محمد أمين بن عمر ابن عابدين الحنفي، رد المختار على المختار، ط 2، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1987 م.
13. محمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الائمة السرخسي، المبسوط، دار المعرفة للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 1986 م.
14. محمد بن حسين انقروي، الفتاوى الانقروية في مذهب ابي حنيفة النعمان، المجلد الثاني، دار الطباعة المصرية، مصر، 1865 م.

15. محمد بن محمود اكمل الدين أبو عبد الله بن شمس الدين بن جمال الدين البابرّي، العناية شرح الهداية، دار الفكر، بدون مكان وسنة طبع .

16. نظام ومجموعة من علماء الهند، الفتاوى الهندية، ط 2، دار صادر، بيروت، 1991م .

### ت - كتب المذهب الشافعي

1. أبو الحسن سيد الدين علي بن ابي علي بن محمد بن سالم الثعلبي الأمدّي، الاحكام في أصول الاحكام ط 1، دار الصمعي للنشر والتوزيع، الرياض، 1424 هـ - 2003 .
2. أبو بكر عثمان بن العارف بالله السيد البكري الدمياطي، اعانة الطالبين، ط 1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1418 هـ 1997م
3. أبي إسحاق إبراهيم بن علي الشيرازي، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ط 1، دار القلم، دمشق، 1996م.
4. أبي زكريا محيي الدين بن شرف النووي، المجموع، المجلد الخامس عشر، مكتبة الإرشاد، جدة، بدون سنة طبع.
5. ابي زكريا محيي الدين بن يحيى بن شرف النووي دمشقي الشافعي، روضة الطالبين، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
6. أحمد بن حجر الهيتمي، تحفة المحتاج بشرح المنهاج على حواشي الشرواني وابن قاسم، دار الفكر، بدون مكان وسنة طبع .
7. بدر الدين محمد بن بهاور بن عبد الله الزركشي الشافعي، البحر المحيط في أصول الفقه، ط 2، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بالكويت، الكويت، 1413 هـ - 1992.
8. تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي، الابتهاج في شرح المنهاج، دار البحوث للدراسات الإسلامية واهياء التراث، الامارات، بدون سنة طبع.
9. حسن أيوب، فقه المعاملات المالية في الإسلام، ط 1، دار السلام للطباعة والنشر والتوزيع والترجمة، مصر، 1423 هـ - 2003م .
10. زكريا بن محمد الانصاري، الحدود الانيقة والتعريفات الدقيقة، ط 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1411 هـ - 1991 .
11. شمس الدين محمد بن أبي العباس بن احمد بن حمزة أبي شهاب الدين الرملي، نهاية المحتاج الى شرح المنهاج، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414 هـ - 1993 .

12. شهاب الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتمي، حواشي الشرواني، المكتبة التجارية الكبرى، بدون مكان طبع، 1357 هـ - 1938 م .
13. عبد الرحمن بن أحمد بن عبد الغفار الأيجي المعروف بعرض الملة، شرح العضد على مختصر ابن الحاجب، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1421 هـ - 2000 .
14. عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي تاج الدين السبكي، الأشباه والنظائر، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411 هـ - 1991 .
15. محمد بن إدريس بن العباس بن عثمان ابن شافع الهاشمي القرشي المطلبي الشافعي، الام، دار الوفاء، بدون مكان طبع، 1422 هـ - 2001 م .
16. محمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميري، النجم الوهاج في شرح المنهاج، ط 1، دار المنهاج، بدون مكان طبع، 1425 هـ - 2004 م .
17. يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني أبو الحسين الشافعي اليمني، البيان في المذهب الشافعي، ط 1، دار المنهاج، بدون مكان طبع، 1421 هـ - 2000 م .

#### ث - كتب المذهب الحنبلي

1. ابن رجب الحافظ أبو الفرج عبد الرحمن الحنبلي، القواعد في الفقه الإسلامي، ط 1، مطبعة الصدق الخيرية، مصر، 1322 هـ - 1933 م .
2. أبو إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد ابن مفلح المقدسي، المبدع شرح المقنع، المكتب الإسلامي، بدون مكان طبع، 1982 .
3. أبو عبد الله محمد بن أبي بكر بن أيوب بن قيم الجوزية، بدائع الفوائد، ط 1، دار عالم الفوائد، بدون مكان سنة طبع .
4. أبو محمد موفق الدين عبد الله بن محمد بن قدامة الجماعيلي المقدسي الحنبلي، الكافي في فقه الإمام أحمد بن حنبل، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414 هـ - 1994 م .
5. أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، روضة الناظر وجنة الناظر، دار الكتاب العربي، بيروت، 1401 هـ - 1981 .
6. أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي الجماعيلي الدمشقي الصالحي الحنبلي، المغني، ط 3، دار عالم الكتاب للطباعة، الرياض، 1997 م .
7. عبد الرحمن بن إبراهيم بن أحمد أبو محمد بهاء الدين المقدسي، العدة شرح العمدة، دار الحديث، القاهرة، 424 هـ - 2003 م .

8. عثمان بن احمد بن سعيد النجدي، هداية الراغب لشرح عمدة الطالب لنيل المآرب، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1428 هـ - 2007 .
9. علي بن سليمان المرادوي، الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف، ط 1، مطبعة السنة المحمدية، بدون مكان طبع، 1375 هـ - 1956 م .
10. مجد الدين احمد ابن تيمية، المحرر في الفقه، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت .
11. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، السيل الجرار المتدفق على حدائق الازهار، ط 1، دار ابن حزم، 1425 هـ - 2004 م .
12. محمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكاني، نيل الاوطار، بيت الأفكار الدولية .
13. مصطفى بن سعد بن عبده السيوطي الرحباني الدمشقي الحنبلي، مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى، ط2، المكتب الإسلامي، 1415 هـ - 1994 .
14. منصور بن يونس البهوتي الحنبلي، كشاف القناع عن الإقناع، ط 1، المجلد السابع، وزارة العدل السعودية، الرياض، 2000 م .
15. ناصر بن عبد الله بن العزيز الميمان، الكليات الفقهية في المذهب الحنبلي، ط 1، مكتبة الملك فهد، السعودية، 1424 هـ - 4004 م .

### ج - كتب المذهب المالكي

1. ابي البركات احمد بن محمد بن احمد الدردير، الشرح الصغير على اقرب المسالك الى مذهب الامام مالك، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة طبع.
2. ابي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبي القرطبي الباجي، المنتقى شرح موطأ مالك، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون سنة طبع .
3. ابي عبد الله محمد بن محمد الحطاب ، تحرير الكلام في مسائل الإلتزام، ط 1، دار الغرب الإسلامي، لبنان، 1984 م .
4. جلال الدين عبد الله بن نجم بن شاس، عقد الجواهر الثمينة، ط1، ج 2، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1423 هـ - 2003 م .
5. خليل بن إسحاق بن موسى ضياء الدين الجندي المالكي، التوضيح شرح مختصر ابن الحاجب، ط 1، دار ابن حزم، بدون مكان طبع، 1433 هـ - 2012 م .
6. رشيد بن محمد المدور، معلمة القواعد الفقهية عند المالكية، ط1، دار الفتح للدراسات والنشر، الأردن، 1432 هـ - 2011 .

7. سحنون بن سعيد التنوخي، المدونة الكبرى، المجلد التاسع، وزارة الشؤون الإسلامية والأوقاف والدعوة والإرشاد، السعودية، بدون سنة طبع .
8. شمس الدين أبو الثناء محمود بن عبد الرحمن بن أحمد الإصفهاني ، بيان المختصر شرح مختصر ابن الحاجب، ط1، دار المدني، جدة، 1986 .
9. صادق عبد الرحمن الغرياني، مدونة الفقه المالكي وادلته، مؤسسة الريان، بدون مكان طبع، 2002.
10. عبد العزيز بن إبراهيم بن أحمد القرشي التميمي التونسي المعروف بابن بزيمة، روضة المستبين في شرح كتاب التلقين، ط 1، دار ابن حزم، بدون مكان طبع، 1431 هـ - 2010 م .
11. محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، البيان والتحصيل، ط 2، دار الغرب الإسلامي، بدون مكان طبع، 1408 هـ - 1988 م.
12. محمد بن أحمد بن عرقبة الدسوقي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بدون مكان وسنة طبع.
13. محمد بن أحمد بن محمد عليش، منح الجليل شرح على مختصر العلامة خليل، ط 1، دار الفكر، بيروت، 1404 هـ - 1984 م .
14. محمد بن محمد بن أحمد المقرئ أبو عبد الله، القواعد، مركز احياء التراث الإسلامي، مكة المكرمة، بدون سنة طبع .
15. محمد بن يوسف بي أبي القاسم بن يوسف العبدري المواق الغرناطي، التاج والاكليل، دار الفكر، بيروت، 1992 م .

#### د - كتب المذهب الظاهري

- 1- أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد ابن حزم الظاهري ، المحلى بالآثار، مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث، ج8، بدون مكان وسنة طبع.

#### ثالثاً - الكتب الفقهية الحديثة وكتب اصول الفقه

1. إبراهيم شوفار، تعارض الأدلة الشرعية في الفكر الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
2. أحمد الحجى الكردي، القواعد الفقهية الكلية، ط 1، مركز الراسخون، الكويت، 1438 هـ - 2017.
3. أحمد الطيب السنوسي، الاستقراء واثره في القواعد الأصولية والفقهية، ط 2، دار التدمرية، بدون مكان طبع، 2008 م .

4. اسامة محمد عثمان خليل، المصلحة العامة واثرها على تغيير الفتوى في المعاملات المالية في الحال والمآل (المستقبل)، ط 1، مطبعة جامعة القصيم، السعودية، 1434 هـ - 2013.
5. أسماء المدني، قواعد الترجيح بين المصالح المتعارضة في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة (دراسة تأصيلية تطبيقية)، ط 1، دار العاصمة للنشر والتوزيع، الرياض، 2014 .
6. حسن الجواهري، القواعد الأصولية، ط 1، العارف للمطبوعات، بيروت، 1431 هـ - 2010.
7. زكريا بن محمد بن احمد بن زكريا الانصاري، الحدود الانيقة والتعريفات الدقيقة، ط 1، دار الفكر المعاصر، بيروت، 1411 هـ - 2010 م .
8. صالح بن غانم السدلان، القواعد الفقهية الكبرى وما تفرع عنها، ط 1، دار بلنسية للنشر والتوزيع، الرياض، 1417 هـ - 1497 .
9. عبد الرحمن الجزيري والشيخ محمد الغروي والشيخ ياسر مازح، الفقه على المذاهب الأربعة ومذهب اهل البيت (ع)، المجلد الثالث، منشورات دار الثقلين، بيروت، 1419 هـ - 1998 م .
10. عبد الستار أبو غده، الخيار واثره في العقود، ط 2، ج 1، مطبعة مقهوي، حلب - سوريا ، 1405 هـ - 1985 م .
11. عبد السلام بن احمد بن رجب السلامي المعروف بابن رجب، جامع العلوم والحكم، ط 1، دار ابن كثير، بدون مكان طبع، 1429 هـ - 2008 م .
12. عبد الكريم النملة، المهذب في علم أصول الفقه، المجلد الأول، ط 1، مكتبة الرشد للنشر والتوزيع، الرياض، 1420 هـ - 1999 م .
13. عبد الكريم زيدان، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2001 م .
14. عبد الكريم زيدان، نظام القضاء في الشريعة الإسلامية، ط 2، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1989 م .
15. عبد المجيد محمد السوسوة، فقه الموازنات في الشريعة الإسلامية، ط 1، دار القلم للنشر والتوزيع، دبي، 2004.
16. العز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، دار المعارف، بيروت، بدون سنة طبع.
17. علاء الدين زعتري، فقه المعاملات المالية المقارن، ط 1، دار العطاء، دمشق، 2010 م .
18. علي احمد الندوي، القواعد الفقهية ( مفهومها، نشأتها، تطورها، دراسة مؤلفاتها، ادلتها، مهمتها، تطبيقاتها)، دار القلم، دمشق، 1414 هـ - 1994 م .
19. محفوظ بن احمد بن الحسن أبو الخطاب الكلوزاني ، التمهيد في أصول الفقه، ط 1، دار المدني، جدة، 1958 .

20. محمد إبراهيم الحنفاوي، التعارض والترجيح عن الأصوليين وأثرهما في الفقه الإسلامي، ط 2، دار الوفاء للطباعة والنشر والتوزيع، المنصورة، 1987 .
21. محمد بن احمد السرخسي ، أصول السرخسي ، ط 1، ج 2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1414 هـ - 1993 م.
22. محمد بن حمود الوائلي، القواعد الفقهية (تأريخها واثرها في الفقه) ط 1، مطابع الرحاب بالمدينة المنورة، السعودية، 1407 هـ - 1987 .
23. محمد بن علي الشوكاني، ارشاد الفحول الى تحقيق الحق من علم الأصول، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع .
24. محمد بن محمد ابن امير الحاج ، التقرير والتحبير في شرح التحرير، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع.
25. محمد بن محمد بن محمد الغزالي الطوسي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، مطبعة الارشاد، بغداد، 1390 هـ - 1971 م .
26. محمد جواد مغنية، علم أصول الفقه في ثوبه الجديد، ط 1، دار العلم للملايين، بيروت، 1975 .
27. محمد خالد الاتاسي و محمد طاهر الاتاسي، شرح المجلة، ج 3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع .
28. محمد رضا المظفر، أصول الفقه، المجلد الثاني، ط 2، مؤسسة الاعلمي للمطبوعات، بيروت، 1410 هـ - 1990 .
29. محمد عثمان شبير، المدخل إلى فقه المعاملات المالية، ط 2، دار النفائس للنشر والتوزيع، الاردن، 2010م.
30. محمد عثمان شبير، المعاملات المالية المعاصرة في الفقه الإسلامي، ط 6، دار النفائس للنشر والتوزيع، الأردن، 2007.
31. محمد علي عثمان الفقي، فقه المعاملات دراسة مقارنة، دار المريخ، الرياض، 1986.
32. محمد عميم الاحسان المجددي البركتي ، قواعد الفقه، ط 1، دار الصدف ببلشرز، كراتشي، 1407 هـ ت 1986 م.
33. محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط 1، ج 1، دار الفكر، دمشق، 1430 هـ - 2009 م
34. مسلم بن محمد بن سالم الدوسري، الممتع في القواعد الفقهية، ط 2 مزيدة ومنقحة، دار زدني للطباعة والنشر والتوزيع، السعودية، 1428 هـ 2007 م .

35. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط 1، دار القلم، دمشق، 1998 م، ص 947.
36. مصطفى ابراهيم الزلمي، أصول الفقه في نسجه الجديد، ط 10، ج 2، شركة الخنساء للطباعة المحدودة، بغداد، بدون سنة طبع .
37. نصر فريد محمد، فقه المعاملات المدنية والتجارية في الشريعة الإسلامية، ط 5، المكتبة الوقفية، مصر، 1418 هـ - 1998.
38. وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وادلته، ج 4، دار الفكر، دمشق، 1989 م .

#### رابعاً - الكتب القانونية

1. أحمد إبراهيم بك، واصل علاء الدين أحمد إبراهيم، الإلتزامات في الشرع، ط 1، مكتبة الجزيرة للنشر والتوزيع، بدون مكان طبع، 2013 م.
2. احمد السعيد الزقرد، الوجيز في عقد البيع في القانون المدني الكويتي، بدون دار طبع، بدون مكان وسنة طبع .
3. احمد المهدي، منازعات الحيازة على العقار والمنقول والطرق القانونية لانهاؤها، ط 1، دار العدالة، القاهرة، 2006.
4. احمد راضي كعيم الشمري، الأفضلية عن التزام في نطاق عقد الرهن دراسة قانونية مقارنة بالفقه الاسلامي، ط 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2017 .
5. احمد عبد الغفار قناوى، ضمانات التوازن الاقتصادي للعقد، ط 1، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2021 .
6. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام ، ج 2 احكام الالتزام، بدون جهة طبع، القاهرة، 1967.
7. اشرف احمد عبد الوهاب و المستشار إبراهيم سيد احمد، الاوصاف المعدلة لأثر الالتزام وانتقاله في ضوء آراء الفقهاء والتشريع واحكام القضاء، ط 1، دار العدالة للنشر والتوزيع، القاهرة، 2018 .
8. أنور العمروسي، الموسوعة الوافية في شرح القانون المدني، ط 5، دار العدالة، القاهرة، 2013م.
9. أنور سلطان، احكام الالتزام ( الموجز في النظرية العامة للالتزام ) دراسة مقارنة بالقانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983 .
10. إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد دراسة مقارنة، ط 1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018م.
11. ايمن احمد الدلوع و د. جهاد مغاوري شحاته و د. شامل سليمان عسلة، الممارسات القانونية والتدريبات العملية، ط 1، مكتبة القانون والاقتصاد، الرياض، 2019 .

12. توفيق حسن فرج، النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام) الكتاب الأول، دار النهضة العربية، مصر، 1995م .
13. توفيق حسين فرج، المدخل للعلوم القانونية ( موجز النظرية العامة للقانون والنظرية العامة للحق )، مؤسسة الثقافة الجامعية، مصر، بدون سنة طبع.
14. جعفر محمد جواد الفضلي، الوجيز في عقد الإيجار، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2013 .
15. جميل الشراقي، نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1993 .
16. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني أصول الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1970 .
17. حسن كيرة، أصول القانون، دار المعارف، بدون مكان طبع، 1960 .
18. حسن كيرة، المدخل الى القانون ( القانون بوجه عام - النظرية العامة للقاعدة القانونية - النظرية العامة للحق )، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، بدون سنة طبع .
19. حسين رجب محمد مخلف الزبيدي، قواعد الترجيح بين ادلة اثبات المتعارضة في الدعوى المدنية (دراسة مقارنة)، ط1 ، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2011.
20. حيدر ادهم عبد الهادي، أصول الصياغة القانونية، ط1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2009م.
21. دالوز، القانون المدني الفرنسي باللغة العربية، الطبعة الثامنة بعد المئة بالعربية، 2012.
22. ديمن يوسف غفور، الخصومة في الدعوى المدنية واشكالياتها في القانون العراقي دراسة مقارنة، ط1، المركز العربي للنشر والتوزيع، مصر، 2018 .
23. رضا عبد الحليم عبد المجيد عبد الباري، الوجيز في الملكية والحقوق العينية التبعية، بدون جهة طبع، بدون مكان وسنة طبع.
24. سعيد مبارك و د. طه الملاحويش و د. صاحب عبيد الفتلاوي، الموجز في العقود المسماة ( البيع – الايجار – المقاوله )، شركة العاتك لصناعة الكتاب، بيروت، بدون سنة طبع .
25. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 1996م.
26. سمير عبد السيد تناغو، عقد الايجار، طبعة جديدة، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، 2008م .
27. سمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، ط1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2009.
28. سهام عبد الرزاق مجلي السعيدي، فكرة رهن المنقول دون حيازة والحماية القانونية له، ط1، المركز العربي للنشر و التوزيع، مصر، 2018 .
29. شاكر ناصر حيدر، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الحقوق العينية الاصلية، ج2، في حق الملكية ( الشفعة - الحيازة والتقدم) مطبعة المعارف، بغداد، 1995 .

30. شوقي السيد، التعسف في استعمال الحق طبيعته ومعياره في الفقه والتشريع والقضاء، دار الشروق، القاهرة، بدون سنة طبع.
31. صلاح الدين الناهي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، ج 1، بدون جهة طبع، بغداد، 1950 .
32. طارق عفيفي، نظرية الحق، ط1، المركز القومي للاصدارات القانونية، القاهرة، 2016 .
33. طارق كاظم عجيل، نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية دراسة مقارنة، ط 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 1431 هـ - 2010.
34. عبد الباقي البكري و د. زهير البشير، المدخل لدراسة القانون، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع .
35. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي (دراسة مقارنة)، المجلد الأول، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982 .
36. عبد الرحمن بن حمود المطيري، فقه المعاملات المالية الميسر، ط 2 ، مكتبة الكويت الوطنية ، الكويت ، 2016.
37. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ( البيع و المقايضة ) ، ج 4، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع.
38. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ( نظرية الالتزام بوجه عام ) مصادر الالتزام، دار احيار التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع .
39. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني نظرية الالتزام ( مصادر الالتزام ) ، ج 1، دار احياء التراث العربي، بيروت، بدون سنة طبع .
40. عبد الرزاق الفحل وآخرون، المدخل لدراسة الأنظمة، دار الآفاق، جدة، 1993.
41. عبد القادر الشخيلي، الصياغة التشريعية (تشريعاً، فقهاً، قضاءً)، ط 1، دار الثقافة، عمان، 2014 .
42. عبد الكريم صالح عبد الكريم، نظرية ترجيح السند الأفضل في تراحم الحقوق دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.
43. عبد الله بن ناصر السلمي، الغش واثره في العقود، ج 1، ط 1، دار كنوز اشبيليا، الرياض، 2004.
44. عبد الله مبروك النجار، توازن المراكز القانونية بين الحق والالتزام، القسم الثاني، ط 2، دار الكتاب الجامعي، القاهرة، 2004.
45. عبد المجيد الحكيم و د. عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي (مصادر الالتزام) ، ج 1، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون مكان طبع، 1980 .

46. عبد المنعم فرج الصده، أصول القانون القسم الأول، مطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، مصر، بدون سنة طبع .
47. عصمت عبد المجيد بكر، مجلس الدولة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع .
48. عصمت عبد المجيد، مشكلات التشريع دراسة نظرية وتطبيقية مقارنة، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع .
49. عصمت عبد المجيد، نظرية العقد في القوانين المدنية العربية، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع .
50. علاء جريان تركي الحمداني، إلغاء العقد بالارادة المنفردة ( دراسة مقارنة بالقانون المدني ) ، ط 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2019 م .
51. علي عبد العال خشان الاسدي، النظرية العامة لتعاقد الشخص مع نفسه دراسة مقارنة، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2012 .
52. علي كحلون، التعليق على مجلة الحقوق العينية وقانون التحيين، ط 3، منشورات مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015 .
53. عيسى المرزايق، الصياغة التشريعية، ط 1، دار زهران للنشر والتوزيع، الأردن، 2015 .
54. عيسى خليل خير الله، روح القوانين، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع .
55. غالب علي الداودي، المدخل الى علم القانون، ط 7، دار وائل للطباعة والنشر، الأردن - عمان، 2004 .
56. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، الكتاب الأول، مصادر الإلتزام، مطبعة المعارف، بغداد، 1971 .
57. غني ريسان جادر الساعدي، تعدد المسؤولين واثره على ضمان حق المتضرر دراسة مقارنة، ط 1، المركز العربي للنشر والتوزيع، القاهرة، 2021 .
58. كمال قاسم ثروت، شرح احكام عقد الايجار، ط1، مطبعة الزهراء (ع)، بغداد، 1974 - 1975 .
59. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، بدون مكان طبع .
60. محمد حسين منصور، النظرية العامة للإلتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2001 .
61. محمد حسين منصور، تزامم المشترين والمستأجرين دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر بدون سنة طبع .
62. محمد رضا عبد الجبار العاني، الوكالة في الشريعة والقانون، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة طبع .

63. محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني النظرية العامة للالتزامات (احكام الالتزام) دراسة مقارنة في القوانين العربية، دار الهدى، الجزائر، بدون سنة طبع.
64. محمد طه البشير و د. غني حسون طه، الحقوق العينية التبعية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، بدون سنة طبع
65. محمد طه البشير ود. غني حسون طه، الحقوق العينية الاصلية والتبعية، الجزء الثاني، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 1982.
66. محمد فريد عبد اللطيف، تفسير النصوص القانونية في قضاء المحكمة الدستورية العليا بين النظرية و التطبيق ( دراسة مقارنة ) ، ط 1 ، مركز الدراسات العربية للنشر و التوزيع ، مصر ، 2017 م .
67. محمد كمال شرف الدين، حائز العقار، ط 1، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015 .
68. محمد محسوب، ازمة العقديّة في القانون الروماني (دراسة تحليلية مقارنة مع الفكر القانوني الحديث)، دار النهضة العربية، مصر، 2000م .
69. مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد، ج1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007
70. مصطفى مجدي هرجه، العقد المدني (اركانه، اثاره، بطلانه)، دار محمود للنشر والتوزيع، شارع سامي البارودي (مصر)، بدون سنة طبع .
71. مصطفى محمد الجمال، مصادر الالتزام، ط 1، الإسكندرية، بدون سنة طبع .
72. معوض عبد التواب، المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني، ط 7، المجلد السابع، مكتبة عالم الفكر والقانون للنشر والتوزيع، طنطا، 2004.
73. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني ، ط 1، دار نراس للطباعة والنشر، أربيل، 2006.
74. مهند وليد الحداد و وليد الحداد، مدخل لدراسة علم القانون، بدون جهة طبع، بدون مكان وسنة طبع.
75. نبيل إبراهيم سعد، العقود المسماة (عقد البيع)، بدون جهة طبع، بدون مكان طبع، 2004 .
76. نبيل إبراهيم سعد، المدخل الى القانون، نظرية الحق، ط 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

#### خامساً - البحوث

1. إبراهيم إسماعيل إبراهيم و رحيم عبيد، امتياز بائع المنقول ( دراسة في القانون العراقي )، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث، السنة العاشرة، 2018 .
2. احمد سعود و ياسين بن عمر، تغير الاجتهاد القضائي واثره على الامن القانوني، بحث منشور في مجلة القضاء والدستور، الملتقى الدولي العاشر، 2019.

3. احمد سمير محمد، فكرة حماية الغير في قانون المرافعات المدنية دراسة تحليلية مقارنة، بحث منشور في مجلة الدراسات المستدامة، كجلد 1، العدد 2، 2019.
4. احمد كاظم الياسري، التنظيم القانوني للنيابة في التعاقد (دراسة مقارنة بين القانون العراقي والقانون المدني المصري)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الثانية، 2016 .
5. بن ملحة الغوتي، أفكار حول الاجتهاد القضائي، بحث منشور في المجلة القضائية ، العدد الأول، 2000م.
6. بوشيد محند أمقران، تغيير الاجتهاد القضائي بين النص والتطبيق، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والاقتصادية والسياسية، العدد 2، ج 14، 2004 .
7. حامد شاكر محمود الطائي، دور الاجتهاد القضائي في تحقيق الامن القانوني، بحث منشور في مجلة الحقوق التي تصدر عن كلية القانون / الجامعة المستنصرية، المجلد 2، العدد 31، 2007 .
8. حسن احمد البغدادي، النقص الفطري في احكام التشريع، بحث منشور في مجلة القضاء الصادرة عن نقابة المحامين العراقية، 1945، بغداد
9. حسين عبد الله عبد الرضا و اسيل ناظم محمد، الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثالث عشر، المجلد الثاني، 2017 .
10. حيدر حسين كاظم ود.صفاء متعب فجة، و م.م وليد طارق فيصل، مبدأ الإحالة على الفقه الإسلامي (دراسة في تشريعات الاسرة العربية)، بحث منشور في مجلة القادسية للعلوم القانونية والسياسية، العدد 2، المجلد 11، كانون الأول 2020 .
11. خالد جمال احمد ياسين، مبادئ الصياغة التشريعية، بحث منشور في المجلة القانونية، العدد الرابع، البحرين، 2015م .
12. رياض احمد عبد الغفور و د. شروق عباس فاضل، دور العدالة في تفسير العقود المدنية، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، المجلد العاشر، العدد الثاني، 2020 .
13. زياد خالد المفرجي، الحق المكتسب في القانون الإداري، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد 4، الإصدار 17، 16، السنة 2012م .
14. زياد طارق جاسم، المصلحة العامة وحق استغلال المصنف عبر الانترنت، بحث منشور في مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية، العدد الحادي عشر.

15. سعد جابر السوداني، القصور في الصياغة القانونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، المجلد الرابع، الإصدار 18، 2015 م
16. سلام عبد الزهرة الفتلاوي، المعايير العامة للصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة التاسعة، 2017 م
17. صالح احمد اللهبي، التزاحم بين البائع المحتفظ بالملكية ودائني المشتري، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- جامعة بغداد، المجلد 32، العدد الثاني، 2017 .
18. ضياء شيت خطاب، فن القضاء، بحث منشور في مجلة معهد البحوث والدراسات العربية - قسم البحوث والدراسات القانونية، بغداد، سنة (1404هـ-1980م) .
19. عادل شمران الشمري و علي شمران الشمري، فلسفة الاستثناء في القانون المدني ( دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، العدد الثالث، السنة العاشرة، 2018 .
20. عادل شمران الشمري، تزامم الدائنين في نطاق التأمينات العينية ( دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي )، بحث منشور في مجلة جامعة اهل البيت (ع) العدد 24
21. عارف عز الدين حسونه، مدى وجود المجتهد المطلق المستقل والمنتسب في هذا العصر، بحث منشور في المجلة الأردنية في الدراسات الإسلامية، المجلد الخامس، العدد (3/أ) 2009 .
22. عباس علي محمد الحسيني، حقوق الغير المقترنة بالعقد بحث مقارن بالفقه الإسلامي، بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة السادسة، العدد الثالث، 2014 .
23. عبد الله خليل الفراء، تزامم الدائنين واثره على توزيع حصيلة التنفيذ، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، السنة الحادية عشر، المجلد 11، العدد الأول، 2019.
24. عبد الله مصطفى الفواز و محمد عمر سماعي، كليات الترجيح بين المصالح المتزاحمة، بحث منشور في مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 34، العدد 1، 2007 .
25. علي غسان، تسبب الاحكام المدنية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق - جامعة النهريين، المجلد 12، العدد 1، 2010 .
26. عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور في التشريع، بحث منشور في مجلة دجلة، المجلد الثاني، العدد الأول، مايس 2019، ص 63.
27. المجيد محمود الصلاحين، قواعد في الترجيح بين المصالح المتعارضة، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، العدد الرابع والعشرون، 2005
28. محمد بلعتروس، تضامن المدنيين والكفلاء دراسة تحليلية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، بحث منشور في مجلة القانون والمجتمع، المجلد 13، العدد 1، 2013 .

29. محمد عرفان الخطيب، الحرية التعاقدية في تشريع العمل ازمة عقد العمل، دراسة مقارنة بين القانونين الفرنسي والسوري، بحث منشور في مجلة الشريعة والقانون، عدد 27، 2011 .
30. منصور حاتم، العدالة العقدية (دراسة مقارنة) ، بحث منشور في مجلة جامعة بابل للعلوم الإنسانية، المجلد 25، العدد 6، 2017 .
31. مهدي إبراهيم علي فندي، التنظيم القانوني لمناهضة الاحتكار، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، السنة الثانية عشر، العدد 33، السنة 2007 .
32. نبراس ظاهر جبر، الحد من الأثر الرجعي لفسخ العقد، بحث منشور في مجلة جامعة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد الأول، المجلد الثامن، 2017م .
33. نبيل ونوغي، الضوابط الاقتصادية لحقوق الملكية الفكرية بدواعي المنفعة العامة ( براءة الاختراع أنموذجاً )، بحث منشور في مجلة جامعة الجزائر، العدد 11، ج2.
34. نواف حازم خالد و م.م سر كوت سليمان عمر، الاتجاهات الفقهية في تقسيمات الصياغة التشريعية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، السنة 8، المجلد 3، العدد 29، 2016 .
35. ياسين بن ناصر الخطيب، نظرية استقرار المعاملات واثرها على العقود وتطبيق ذلك على بعض المعاملات المالية، بحث منشور في مجلة العلم، العدد 63، جمادى الأولى 1435 هـ .

#### سادساً - الرسائل والاطاريح الجامعية

1. بلال عزيزي، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون - جامعة اليرموك، 2017، الأردن.
2. حسن حنتوش رشيد، الضرر المتغير وتعويضه في المسؤولية التقصيرية دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة بغداد، 2004.
3. زمام جمعة، العدالة العقدية في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق / جامعة الجزائر، 2014م .
4. سلام عبد الزهرة عبد الله الفتلاوي، نطاق العقد، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون/ جامعة بغداد 2006 .
5. صالح خالد صالح الشقيرات، الاجتهاد القضائي فيما لا نص فيه وتطبيقاته في الشريعة والقانون، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية الدراسات العليا - الجامعة الأردنية، 2007 .
6. علي حميد الشكري، استقرار المعاملات المالية ( دراسة مقارنة ) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون جامعة كربلاء، 2014 .

7. علي عبد الله عفریت الحریشاوي، الفراغ في القانون ( دراسة مقارنة ) ، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون / جامعة كربلاء، 2015 .
8. محمد علي صاحب حسن، ضمان الاستحقاق ( دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين المدنية )، أطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون - جامعة النهرين، 2005 .
9. نور الدين بازي، الامن التعاقدی في التشريع المغربي، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون المدني مقدمة الى جامعة محمد الخامس، كلية القانون والعلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، 2016.

#### سابعاً: المجموعات والنشرات القضائية

1. ابراهيم المشاهدي ، المختار في قضاء محكمة التمييز، المكتبة القانونية، بغداد، 1999.

#### ثامناً: التشريعات

1. القانون المدني الفرنسي لسنة 1804 المعدل.
2. قانون منع الاحتكار العراقي رقم (17) لسنة (1941) الملغى.
3. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
4. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
5. قانون الولاية على المال المصري رقم 119 لسنة 1952
6. قانون الإفلاس الفرنسي رقم (563-67) لعام ( 1967 ) المعدل.
7. قانون ايجار الأماكن المصري رقم 49 لسنة 1977 المعدل.
8. قانون رعاية القاصرين العراقي النافذ رقم 78 لسنة 1980.
9. قانون الملكية الفكرية الفرنسي لسنة 1992.
10. قانون حماية حق المؤلف العراقي ( رقم 3 لسنة 1971 ) المعدل بموجب أمر سلطة الائتلاف المنحلة ( رقم 83 ) لسنة 2004.
11. قانون حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية المصري رقم 3 لسنة 2005.
12. قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي رقم ( 14 ) لسنة ( 2010 ).

## تاسعاً : الانترنت

1. مصطفى بن شمس الدين و محمد فضلي بن شمس الدين، الترجيح في الفكر الاصولي : منهجية البحث العلمي، بحث منشور على الموقع الالكتروني www.ketapedia.com، تاريخ الزيارة 2012/3/3 .
- 2- [/https://www.hjc.iq/qview.9](https://www.hjc.iq/qview.9) / موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي.
- 3- <https://www.bibliotdroit.com> / المكتبة القانونية العربية.
- 4- <https://manshurat.org/node/360> / منشورات قانونية.

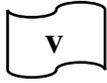
## عاشراً - المصادر الاجنبية

- 1- Alan waston, sources of law legal change and ambiguity, published by university of Pennsylvania press, usa,1984.
- 2- F.TERRE?&ph. Simler et y.lequette, droit civil, les obligations, 10e ed. Paris, dalloz, 2009..
- 3- j. mestre, du contrat conclu avec soimeme, rtd. Civil, 1990.
- 4- jhoan dechepey& johanna Guillaume, le droit des conrats en schmas,ellipese edition, paris, 2021.
- 5- joseph benzacar, la bone foi ses effets sur les contrats du premier au sixieme siècle de lempire en droit roman, these pour le doctorat, 1890.
- 6- lyn k tjon soie len, minimum contract justice, hart publishing, usa, 2017.
- 7- prepa dalloz, droit des obligation tome I, support de cours, paris, 2016.
- 8- Richard k. neumann& j.lynn entrikin, legal drafting by design , cch incorporated, new York,2018.
- 9- rouast, tratie pratique de droit civil frances t., xl, contrats civils, 2e partie, lgdj, 1954.

**Keywords : (conflict, interests, dispute, weighting, transactions).**

This topic is one of the most important legal topics that did not receive its appropriate share of study and analysis, and this is the most prominent reason why we chose this topic, as it is not hidden from everyone that the financial transaction includes the presence of two or more parties, each of whom wishes to have his own superior interest and preference, even at the expense of an interest. The other, and this results in the contradiction between these interests, which requires analysis and weighting, so the researcher studied this contradiction and analyzed the particles it contains in order to adequately stand on the issues that contribute to revealing the legislative shortcomings and to develop appropriate solutions to them.

In this context, many pivotal questions appeared that the researcher tried to answer in the course of the research, the most important of which is knowing the legal and legal basis on which this type of conflict is based. Interests, and other central questions that aroused the researcher's interest with regard to the foundations adopted by the legislator for weighting between the conflicting interests, and are these foundations general foundations that apply to all applications of the conflict, or are they special foundations that apply to some of them without the other, and in order to answer this question he did not find. The researcher has a better solution than extrapolating and analyzing the texts of the law themselves in order to determine the scope of these solutions' work and the extent to which there is a general or specific character in the solutions



## summary

---

presented, which represents the meaning of weighting between these conflicting interests.

As a result, the researcher found during his research that the conflict of interests accompanied by an actual or judicial dispute is one of the matters that the legislator does not want to exist; Because it takes the financial transaction out of its natural stability and negates the purpose of conducting this transaction, and from this matter the researcher concluded a number of results that he deems consistent with this study, the most important of which is the result whose significance is that the legal basis for conflict of interest is represented in (the desire to protect the interest) and it is intended to It is that the multiplicity of interests between more than one person is based on the desire of each of them to protect his interest, which is found in conflict with other interests.



Republic of Iraq  
Ministry of Higher Education  
And scientific Research  
University of Karbala/ College of Law

**((Conflict of interest in financial transactions  
" A comparative study " ))**

Phd THESIS SUMPMITTED

**written by: Waleed Tarek faisal al azawy**

To the Council of College of law/University of karbala

As a part of A phd degree in private law

SUPERVISED BY

**DR. ALI SHAKER ABD AL KADEER AL BADRY**

professor of private law

**2022 A.D**

**1443 A.H**