مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية

اسم المقال: الإشكاليات القانونية للتزاحم في القانون المدني العراقي (دراسة تحليلية)
اسم الكاتب: أ.د. غنى ريسان جادر
رابط ثابت: https://political-encyclopedia.org/index.php/library/6412
تاريخ الاسترداد: 2026/11/03 08:54 +03

الموسوعة السياسيّة هي مبادرة أكاديمية غير هادفة للربح، تساعد الباحثين والطلاب على الوصول واستخدام وبناء مجموعات أوسع من المحتوى العلمي العربي في مجال علم السياسة واستخدامها في الأرشيف الرقمي الموثوق به لإغناء المحتوى العربي على الإنترنت.
لمزيد من المعلومات حول الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political، يرجى التواصل على info@political-encyclopedia.org

استخدامكم لأرشيف مكتبة الموسوعة السياسيّة - Encyclopedia Political يعني موافقتك على شروط وأحكام الاستخدام المتاحة على الموقع https://political-encyclopedia.org/terms-of-use

تم الحصول على هذا المقال من موقع مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ورفده في مكتبة الموسوعة السياسيّة مستوفياً شروط حقوق الملكية الفكريّة ومتطلبات رخصة المشاع الإبداعي التي ينضوي المقال تحتها.

Journal of Anbar University for Law and Political Sciences
مجلة جامعة الانبار للعلوم القانونية والسياسية
P. ISSN: 2706-5804 E.ISSN: 2075-2024
Volume 14- Issue 1- June 2024 المجلد ١٤- العدد ١ – حزيران ٢٠٢٤

Legal problems of Concurrence in the Iraqi Civil (Law Analytical study)

[1] Dr. ghani risan jadir
[1] College of Law/University of Basra

Abstract:

Civil laws has known the idea of concurrence ,and if they are not directly related to the nature of civil texts, such as those that are listed under the attribution rules for conflict of laws and refer to private international law, then what happens before a judge of filing a lawsuit based on a foreign element of the legal relationship, is a kind of mental concurrence, or legal concurrence or more laws in one legal relationship.

As well as, we can deduce this concept in civil law through two sides : the first direct, that is, by tracing the civil texts and deriving this concept directly from them, and the second indirect, by extrapolating the texts that dealt with the methods of weighting at a later stage on crowding.

1: Email:
alssadeghani@gmail.com
2: Email:

DOI
10.37651/aujlps.2024.148433.1223

Submitted: 24/3/2024
Accepted: 10/4/2024
Published: 1/06/2024

Keywords:
Concurrence
will
secured debt-assignee
barrier
mortgage
privilege.

©Authors, 2024, College of Law University of Anbar. This is an open-access article under the CC BY 4.0 license (http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

الاشكاليات القانونية للتزاحم في القانون المدني العراقي (دراسة تحليلية)

[١] أ.د. غني ريسان جادر
[١] كلية القانون/جامعة البصرة

الملخص:

أَلِفت القوانين المدنية فكرة التزاحم و إن لم تصرّح بها كثيراً فقد وردت هذه المفردة في القانون المدني العراقي ، و شمِل نطاق هذه المألوفية تلك الموارد التي نُصّ عليها في هذه القوانين و إن لم تكن ذا ارتباطٍ مباشر بصبغة النصوص المدنية المحلية كتلك التي وردت بعنوان قواعد الإسناد الخاصة بتنازع القوانين و الراجعة إلى القانون الدولي الخاص ، فما يحدث أمام القاضي من رفعِ دعوى تستند إلى عنصرٍ أجنبي من عناصر العلاقة القانونية ، إنما هو ضرْب من ضروب التزاحم تزاحم ذهني أي تزاحم قانونين أو أكثر في علاقة قانونية واحدة.

و يمكن لنا أن نستنتج هذا المفهوم في القانون المدني من خلال زاويتين : الأولى المباشرة أي من خلال تتبّع النصوص المدنية و استخلاص هذا المفهوم منها بشكلٍ مباشر ، والثانية غير المباشرة و ذلك من خلال استقراء النصوص التي تناولت طرق الترجيح في مرحلة لاحقة على التزاحم.

الكلمات المفتاحية: التزاحم، الارادة، الدين المضمون، المحال له، الحاجز، الرهن، الامتياز.

المقدمة

لم يكُنِ التزاحم فكرةً جوهرية دار حولها رجال القانون و كتّابه مع وجودِ مصاديقٍ لها في تشريعات عديدة بل تعاملوا معها - و لو من دون قصدٍ - كفكرةٍ هامشية لا يُلتفت لها تدقيقاً و تمحيصاً و كتابةً و اختيارها كعناوينَ في بحوثهم و كتاباتهم و من هنا نشأت الرغبة في تخصيص هذا البحث لهذه الفكرة في عمليةٍ تأسيسية عسى أن تكون في مستوى الطموح.

على أن لا نغفل عن دور الأصوليين في تطويرهم لهذه الفكرة فيما يخص مجال تخصصهم الأصولي و الفقهي. كما أن المعاجم اللغوية لم تخلُ من بيان مدلولاتٍ للفظ التزاحم[١] .

(١) من مدلولاته : المنع و المضايقة : (زَحَمَه كَمَنَعهُ) يزحَمَهُ (زَحْماً و زِحاماً بالكسر) أي : (ضايقَه، و ازدحم القوم و تزاحموا): تضايقوا ، (و الزِّحْمُ) : القوم (المُزدحِمون) ، و من مدلولاته أيضاً : القرب من الشيء و بلوغه و الاقتراب و الاجتماع : يقال : زاحم فلان الخمسين إذا قاربها و بلغها. ينظر: السيد محمد مرتضى الحسيني الزبيدي ، تاج العروس من جواهر القاموس ، مجموعة محققين ، ج٣٢ ، دار الهداية للطباعة و النشر و التوزيع ، الكويت ، ١٩٦٥ ، ص ٣٤٢. و ينظر كذلك : ابن منظور ، *لسان العرب* ،ج١٢، ط٣، (لبنان ، بيروت: دار صادر للطباعة و النشر، ١٤١٤هـ)، ص٢٦٢.

و يتميز مفهوم التزاحم بأهمية يعتد بها عند علماء الشريعة الإسلامية من أصوليين و فقهاء لذلك لا يصح التعرض لهذا المفهوم من دون تناوله من زاوية هؤلاء العلماء .

ولقد أَلِفت القوانين المدنية فكرة التزاحم و إن لم تصرّح بها كثيراً فقد وردت هذه المفردة في القانون المدني العراقي في مراتٍ أربع ، و شمِل نطاق هذه المألوفية تلك الموارد التي نُصّ عليها في هذه القوانين و إن لم تكن ذا ارتباطٍ مباشر بصبغة النصوص المدنية المحلية كتلك التي وردت بعنوان قواعد الإسناد الخاصة بتنازع القوانين و الراجعة إلى القانون الدولي الخاص ، فما يحدث أمام القاضي من رفعِ دعوى تستند إلى عنصرٍ أجنبي من عناصر العلاقة القانونية ، إنما هو ضرْب من ضروب التزاحم تزاحم ذهني أي تزاحم قانونين أو أكثر في علاقة قانونية واحدة.

و يمكن لنا أن نؤصّل هذا المفهوم في القانون المدني من خلال زاويتين : الأولى المباشرة أي من خلال تتبّع النصوص المدنية و استخلاص هذا المفهوم منها بشكلٍ مباشر ، والثانية غير المباشرة و ذلك من خلال استقراء النصوص التي تناولت طرق الترجيح في مرحلة لاحقة على التزاحم.

وعليه سوف نتناول التأصيل القانوني لمفهوم التزاحم في المطلب الاول في حين نخصص المطلب الثاني للتأصيل غير المباشر لمفهوم التزاحم.

I. المطلب الأول

التأصيل القانوني المباشر لمفهوم التزاحم

لا يخفى على أي متأمل حقيقةَ أن التزاحم من أدق المفاهيم الفلسفية التي يمكن أن تنشأ في العلاقات القانونية البينية ، و حيث أن مرجع تأصيل هذا المفهوم - لمن أراد أن يقوم بهذه العملية- هو القانون المدني فإن المراجعة المتأملة و الاستقراء المتأني لهذا المرجع تبين لنا أنه قد جاء بسبيلَين لطرح هذا المفهوم بشكل مباشر ، فتارةً نلاحظ أن القانون قد وضع مفاهيم و قواعد عامة يفهم منها بشكلٍ واضح تحقق التزاحم وهو التزاحم بين مفهوم سلطان الارادة و

مفهوم التوازن العقدي و سيكون البحث فيه في فرعٍ أول ، و تارة أخرى نجد أن القانون قد ذكر هذا المفهوم بتطبيقاتٍ مباشرة و يكون البحث فيه في فرعٍ ثاني.

I.أ. الفرع الأول

التزاحم بين مفهوم سلطان الإرادة و مفهوم التوازن العقدي

إن الكلام عن تزاحمٍ في مثل هذا الفرض يعود إلى فرضية تقاطعٍ بين إرادتين : الأولى إرادة المتعاقدين ، و الثانية إرادة القاضي الذي رُفع إليه نزاع المتعاقدين أنفسهم.

أما الإرادة الأولى فهي تتمظهر بمبدأ أو مفهوم سلطان الإرادة ، أما الثانية فتتمثل بصورةٍ أسماها الفقهاء بـ (التوازن العقدي).

و يعرف مبدأ سلطان الإرادة ببساطة بأنه : (كفاية توافق الإرادتين لإنشاء الالتزام ، أي لانعقاد العقد ، و إن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد مدى الالتزامات التي يرتبها العقد ، أي أن معناه حرية الإرادة في إنشاء العقود و في تحديد آثارها)[١].

و يفهم من صراحة هذا التعريف أن هذا المفهوم حينما أطلق عليه (سلطان) فهو كذلك لأن الإرادة تبقى صاحبة السلطان منذ الانعقاد حتى التنفيذ و لا أحد يدانيها في سلطانها إلا بقدر ما يتعلق بالنظام العام و الأحكام القانونية الإلزامية حيث يُقيد هذا السلطان ، و أما غير ذلك فلا سلطان إلا للإرادة.

و ذهب رأي في الفقه إلى أبعد من ذلك حين رأى أن الإرادة لها سلطة هدم الالتزام طالما هي تمتلك سلطة إنشائه[٢].

و الواضح أن صاحب هذا الرأي يشير إلى إرادةٍ منفردة يمكنّها من هدم الالتزام و إلا فإن الإرادتين معاً قادرتين على ذلك و هذا بيّن في القانون المدني العراقي حين أتاح للمتعاقدين

---

(١) د. أنور سلطان ، *الموجز في مصادر الالتزام* ، (الإسكندرية ، مصر: دار المطبوعات الجامعية ، ١٩٩٨)، ص١٣.

(٢) نقل هذا الرأي د. عبد الرحمن عياد ، *أساس الالتزام العقدي* ، (الإسكندرية: المكتب المصري الحديث للطباعة و النشر، ١٩٧٢)، ص٣٢-٣٣.

أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده[١]إلا أنه أراد أن يعطي هذه القدرة لإرادة واحد تماشياً مع مبدأ سلطان الإرادة.

و على هذا فإنه لا يمكن لإرادةٍ منفردة هدم الالتزام المنشئ بإرادتين حتى وفق مبدأ سلطان الإرادة و التعليل هو كما ذكرناه.

إلا أن هنالك من الفقهاء من أحلّ مفهوماً آخر مكان مبدأ سلطان الإرادة ، و هذا المفهوم هو التوازن العقدي فرأى أن التوازن العقدي هو وجوب أن يتلقى في التبادل كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه[٢] .

و ذهب غيره إلى أن تحقق التوازن العقدي يكون بالمساواة الحقيقية الملموسة بين أداءات الطرفين[٣] .

و بنظرةٍ دقيقة لا يرى المتفحص اختلافاً بين التعريفين سوى الاختلاف اللفظي أما المضمون فواحد وهو التعادل بين الأداءات.

و من هنا يتضح أن هذا الاختلاف بين المفهومين و أيهما الحاكم في نطاق العلاقات العقدية إنما يرجع إلى الاختلاف في أساس القوة الملزمة للعقد ، فقد ساد مبدأ سلطان الإرادة كأساسٍ حاكم لهذه القوة الملزمة ، فالاتفاقات القانونية المبرمة بين الطرفين تحلّ محلّ القانون ، فلا يجوز تعديلها و لا نقضها إلا باتفاق المتعاقدين أو للأسباب المقررة قانوناً ، و بالتالي تنعدم أي سلطةٍ للقاضي بالتدخل في هذه الاتفاقات و لما تراجع مبدأ استقلال الإرادة نتيجة لبعض العوامل غدى التوازن العقدي أساساً جديداً للقوة الملزمة العقد [٤].

---

(١) المادة (١٨١)، من القانون المدني العراقي.

(٢) د. جاك غستان ،*المطول في القانون المدني ، تكوين العقد* ، ترجمة منصور القاضي ، ط٢، (بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، ٢٠٠٨)، ص ٢٥٨.

(٣) د. أيمن إبراهيم العشماوي ، *نظرية السبب و العدالة العقدية* ، (القاهرة : دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨)، ص٩٧.

(٤) د. ريما فرج مكي ، *تصحيح العقد*، ط١ ، (بيروت: شركة المؤسسة الحديثة للكتاب ، ٢٠١١)، ص٣٦٥-٣٦٩.

و السؤال الذي يمكن أن يطرح هو : ما هو منشأ الاختلاف في وضع أساسَين للقوة الملزمة للعقد؟ و الجواب : أن منشأ الاختلاف هذا هو طبيعة النظرة للعقد ، فإذا كانت النظرة المسلّطّة على العقد نظرة ضيقة خاصة بمصلحة المتعاقدين فحسب فيكتفى بسلطان الإرادة أساساً لإلزامية العقد، و إذا كانت النظرة واسعة تشمل أهدافاً اجتماعية و اقتصادية عامة فإن العدالة العقدية لا بد منها كأساسٍ لهذه القوة[١].

و بعد هذا البيان لكلا المفهومين ، لابد علينا من البحث في مسألة التزاحم بينهما ، فهل يوجد بينهما تضاد أساساً حتى يتزاحما؟

و يتم الجواب بإيراد بعض التطبيقات ، ففي عقود الإذعان[٢] يقضي مبدأ سلطان الإرادة بتماميتها إذ أنها إنما تمّت فذلك بمقتضى إرادتي المذعِن و المذعَن خصوصاً إذا افترضنا بأن هاتين الإرادتين سليمتين من كل ما يشوبهما و يؤثر في صحتهما ، أما لو استنطقنا العدالة العقدية لرأينا أن هذه العقود الإذعانية تفقد قوتها الإلزامية لتباين الأداءات و فقدان عنصر التكافؤ فيها.

إذن موضوع التزاحم واحد و هو عقد الإذعان ، أما طرفيه فهما سلطان الإرادة و العدالة العقدية ، فلو أريد تطبيقهما على هذا العقد في نفس الوقت لما تمّ ذلك و السبب هو التضاد بين ذات المفهومين و بين ما يؤدي إليه كل منهما ،أما بالنسبة لذات كل مفهوم فإن سلطان الإرادة يتقوم بإرادة المتعاقدين ، أما العدالة العقدية فقوامها إرادة القاضي ، بالإضافة إلى أن النتيجة التي يؤدي إليها مبدأ سلطان الإرادة هو مصلحة المذعِن الغالبة على مصلحة المذعَن ، أما المآل الذي تؤول إليه نتيجة التوازن العقدي هو العدالة العقدية[٣] بين المتعاقدين.

(١) د. ريما فرج مكي ، مصدر سابق ، ص٣٧٥.
(٢) المادة ١٦٧-١، من القانون المدني العراقي و المادة ١٤٧-١، من القانون المدني المصري.
(٣) لمزيد من التفاصيل حول مفهوم التوازن العقدي ينظر: درماش بن عزوز ، "التوازن العقدي"، (أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، ٢٠١٣-٢٠١٤).

و الأمر ذاته بالنسبة لنظرية الظروف الطارئة[١] و البنود التعسفية[٢] و عيب الاستغلال[٣] إذ يقع فيها التزاحم المار الذكر ، لذلك فإن المشرع المدني رجّح في هذه الموارد جانب التوازن العقدي على مبدأ سلطان الإرادة.

إلا أنه لم يهمل مفهوم سلطان الإرادة بل أبقاه حاكماً في انعقاد العقد ، إذ أن الإرادة هي التي تُقدِم على إبرام العقد و تختار شروط التعاقد بل و تنهيه كما في الإقالة بشكلٍ لا يتجاوز الخطوط العامة للنظام العام العقدي ، فإذا تجاوزت هذا النظام بما فيه من آثار اجتماعية و اقتصادية عامة فإن المرجّح هو التوازن العقدي.

من هنا ذهب رأي إلى أن المشرع حينما أتاح حرية الفرد في التعاقد لم يكن يريد فقط إظهار الدور السيادي للإرادة باعتبارها المصدر الوحيد للالتزام بل كان في باله منذ البداية ضمان الغايات الأخرى من وراء إبرام العقد و هي الآثار الاجتماعية و الاقتصادية له[٤] .

لذلك فإن إعمال كلا المفهومين في ذات الوقت أمر لا يمكن تعقّلهُ ، إلا أن العلاقة التي تربطهما على مستوى التطبيق علاقة الإتمام و الإكمال ، إذ أن إعمال مفهوم التوازن العقدي يعد متمماً لدور سلطان الإرادة الذي أراده المشرع و المتمثل في عدم خروجه عن غاية التعاقد و هي إيجاد التوازن العقدي و تحقيق الآثار العامة للتعاقد.

لذا يمكن أن يُلحظ مفهوم سلطان الإرادة بلحاظين : الأول لحاظه بالنسبة للمتعاقدين و بالذات للمتعاقد صاحب السلطة الإرادية الأقوى فيكون له معنى ذاتي قوامهُ المصلحة المحضة لهذا المتعاقد و إن خالف إرادة المشرع ، و أما اللحاظ الثاني فهو لحاظه بالنسبة للمشرع المدني الذي قرّر سلطان الإرادة المحددة بحدود المشرع ذاتها و حدّ هذا السلطان هو التوازن العقدي إذ ينتفي أي سلطان لإرادة المتعاقدين حين يصل الأمر لموارد هذا التوازن حيث تبدأ

(١) المادة ١٤٦-١، من القانون المدني العراقي و المادة ١٤٧-٢، من القانون المدني المصري.
(٢) المادة ١٦٧-٢، من القانون المدني العراقي و المادة ١٤٩، من القانون المدني المصري.
(٣) المادة ١٢٥، من القانون العراقي و المادة ١٢٩، من القانون المدني المصري.
(٤) د. بيار أميل طوبيا ، *الغش و الخداع في القانون الخاص* ، ط١، (بيروت ، لبنان: المؤسسة الحديثة للكتاب ، ٢٠١٤)، ص١٨٦.

سلطة القاضي بالسريان. و لأجل ذلك ذهب رأي إلى جعل سلطان الإرادة أساساً للتوازن العقدي[١].

و في كلا اللحاظين نرى أن التزاحم واقع بين المفهومين ، فحتى لو كان سلطان الإرادة متمماً لدور التوازن العقدي فإن هذا يكون في كل مرحلة على حدة و ليس في مرحلة واحدة كما تقدم.

إلا أن التزاحم لا يقع بينهما في كل الأحوال بل هنالك حالة استثنائية يكون مبدأ سلطان الإرادة هو الحاكم فقط ، و هذه الحالة هي إذا كان العقد من العقود الاحتمالية ، ذلك لأن طبيعة هذه العقود قائمة على الاحتمال ، سواءً كان هذا الاحتمال احتمال الكسب أو الخسارة ، فقد يُفقَد التوازن.

I.ب. الفرع الثاني

التزاحم في التطبيقات المباشرة

لم يكتف المشرع المدني بالنص على المفاهيم العامة التي يمكن أن ينشأ بينها التزاحم بل عمد في نصوصٍ أخرى إلى ذكر التطبيقات التي يطرأ عليها التزاحم و لكن قبل ذلك لابد من تحديد محل هذا التزاحم و ضابطته ، فإذا كان محل كلًا من التزاحم الأصولي و الفقهي الأحكام و الحقوق، و إذا كان محل التزاحم المار الذكر هو المفاهيم القانونية العامة ، فما هو محل التزاحم في النصوص القانونية المباشرة التي جاء بها القانون المدني ؟ فهل هي الأحكام أم الحقوق ؟ و هل هنالك فرق بين الأحكام و الحقوق قانوناً ؟ و هل هنالك مساواة بين الحقوق و المصلحة فعلاً؟ و ما هي الميزات التي تسبق الحق؟ فسيكون الجواب عن ذلك في الفقرة الأولى ، ثم التطرق للتطبيقات في الفقرة الثانية.

(١) د. حسن عبد الباسط جميعي، *أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد* ، (القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٩٦)، ص٩.

أولاً : محل التزاحم

ابتداءً لا يميز الفقه القانوني بين الحق و الحكم بالتمييز المفصل المارّ الذكر عند الفقهاء المسلمين، فالأحكام القانونية إنما هي نصوص تشريعية تمنح حقوقاً أو تحميها ، إنما الكلام يقع في الفرق بين الحق و المصلحة، و الفرق بين الحق و ما يسبقها من مراتب و ميزات.

١- الفرق بين الحق و المصلحة

من المفاهيم الجوهرية التي اختلف فيها فقهاء القانون هو مفهوم (الحق) و حيث أن المذاهب القانونية التي اختلفت في تعريف هذا المفهوم انقسمت إلى أربعة اثنان منها و أعني المذهب الموضوعي و المذهب المختلط عرّفا الحق بأنه مصلحة إما منفردة أو منضمة مع الإرادة ، فهذا المذهب الموضوعي قال بأن الحق هو : (مصلحة يحميها القانون)[١] .

أما المذهب المختلط فقد عرّف الحق بأنه : (مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص يحميها القانون عن طريق القدرة المعترف بها للإرادة لتمثيلها و الدفاع عنها)[٢] .

من هنا ادُّعي أن كلاً من المذهبين قد ربط فكرة الحق بالمصلحة و أنها هي معيار وجود الحق، الأمر الذي حدا بالكثير من الكتّاب و الفقهاء بانتقاد هذا الاتجاه بدعوى أن هناك من المصالح ما لا ترتقي إلى مرتبة الحق كما في فرض الرسوم الجمركية على الواردات الأجنبية حمايةً للصناعات الوطنية ، فإن فرض مثل هذه الرسوم يكون من مصلحة أصحاب الصناعات الوطنية مع ان هذه المصلحة لا تستند إلى الحق[٣].

و الحال أن الأمر غير ذلك ، فإن من عرّف الحق بأنه مصلحة لم يكن يقصد بالمطابقة التامة بين الحق و المصلحة بحيث يريد أن يقول أن : (كل حقٍ مصلحة و كل مصلحة هي حق) و

(١) د. محمد شكري سرور، *النظرية العامة للحق*، ط١، (القاهرة: مصر، دار الفكر العربي، ١٩٧٩)، ص١٨.
(٢) د. أحمد محمود الخولي، *نظرية الحق بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي* ، ط١ ، (القاهرة: مصر، دار السلام، ٢٠٠٣)، ص٢٦.
(٣) منهم د. أحمد محمود الخولي ، مصدر سابق ، ص٤ .

إنما كان بصدد تعريف الحق فقط فعرّفه بأنه مصلحة و أراد من العلاقة بينهما (علاقة العموم و الخصوص المطلق)[١] أي كل حقٍ مصلحة و بعض المصلحةِ حق.

و هذا صحيح بلا أدنى ريب فإن الحقوق إنما قامت على المصالح وحمايتها و لم يدعّ أصحاب المذهبين الموضوعي و المختلط أن كل المصالح هي حقوق حتى يُستدل بمثال (مصلحة فرض الضرائب) .

٢- الفرق بين الحق و ما يسبقه من حالات قانونية

انطلاقاً من تعريف المذهب الحديث للحق الذي يرى أن الحق هو ميزة قانونية[٢] نبحث في جزئيةٍ مفادها هل أن الميزة التي تمنح من قبل القانون في هذا الإطار هي الحق فقط؟ أو هناك حالات سابقة على الأخرى تمثل هذه الميزة؟.

بحث الأستاذ السنهوري هذه الجزئية و خلص إلى أن هنالك ثلاث ميزات و إن لم يسمّيها كذلك : الحق و الرخصة و منزلة وسطى ما بينهما [٣] .

أما الحق فهو ما تطرقنا إليه ، و أما الرخصة فهي مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة ، أو إباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة و مثّل لها بحرية العمل و التملك و التنقل و التعاقد ، و أما المنزلة الوسطى التي لم يطلق عليها اسمًا بل ذكر أن الفقه أسماها بـ (الحق المنشئ) و أن من أمثلتها حق الشفعة[٤] .

(١) مفهوم العموم و الخصوص المطلق ينظر فيه لدى د. عبد الهادي الفضلي ، *خلاصة المنطق* ، ط٣ ، (بيروت: لبنان، دار الأضواء، ٢٠١٥)، ص١٩.

(٢) و هو تعريف دابان للحق : ميزة يمنحها القانون لشخص ما و يحميها بطرقٍ قانونية ، وبمقتضاها يتصرف الشخص متسلطاً على مال معترف له به ، بصفته مالكاً أو مستحقاً له. ينظر فيه لدى د. توفيق حسن فرج ، *المدخل للعلوم القانونية* ، (الاسكندرية، مصر: مؤسسة الثقافة الجامعية ، بلا سنة نشر)، ص١٢١.

(٣) د. عبد الرزاق السنهوري ، *مصادر الحق في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة بالفقه الغربي* ، (بيروت: دار إحياء التراث العربي و مؤسسة التاريخ العربي ، ج١ ، ط١ ، ١٩٩٧)، ص١١ .

(٤) د. عبد الرزاق السنهوري ، مصدر سابق ، ص١١-١٢

و الحقيقة أن الأستاذ السنهوري و إن تناول تسلسل هذه الميزات بلحاظ القوة القانونية لكلٍ منها ، إلا أنه لم يميز تمييزاً حاسماً بينها ، فإن كان نطاق الحق واضحاً فما هو نطاق و ضابطة الرخصة و الحق المنشئ؟ لماذا لا نسمّي الشفعة بأنها رخصة؟ و لماذا لا نطلق على حرية التملك بأنها حق منشئ؟ و لماذا نسمّي حرية التعاقد بأنها رخصة؟.

لذا نرى أن تقسيم هذه الميزات بحسب القوة القانونية للأثر لا يكفي لبيان الماهية و الحدود الموضوعية لها ، و أن ما يصلح كضابطٍ لكل منها هو تقسيمها على أساس نطاق كلٍ منها الذي اعترف به القانون .

فنبدأ من النطاق الأوسع ، إذ أن القانون اعترف للأفراد بميزاتٍ قابلة للاشتراك بينهم فيها كالتعاقد و التملك و العمل و التنقل و غيرها وهذه الميزة نسميها بـ (الحرية) انسجاماً مع نطاقها.

ثم في المرتبة الثانية يأتي الحق ذلك لأنه ميزة خاصة كحق الزوجة و حق العامل و حق التلميذ، و حق التاجر و غيرها . و الدليل على أن هذه الميزة تتسم بالخصوص هو ما أورده كل من عرّف الحق ، فعلى الاتجاه الأول الحق سلطة إرادية و هذه السلطة تقتضي الخصوص لا العموم، و على الاتجاه الثاني أنه مصلحة محمية قانوناً و هذه المصلحة خاصة لا تتصف بالعموم و هكذا الاتجاه الثالث ، ثم الاتجاه الحديث الذي يرى السلطة و الاستئثار ، و الاستئثار يعني المانعية و الأوحدية في ثبوت الحق وهذا خلاف العموم أيضاً .

أما الميزة الثالثة فهي الرخصة بمعناها الدقيق لا الرخصة بحسب تقسيم الأستاذ السنهوري فإنه قد أطلق على الحرية العامة بأنها رخصة مع أن مدلول الرخصة يفهم منه الخصوصية المحضة و هو أضيق نطاقاً من الحق فهو ميزة أخص . و لا يمكن أن نعنونها بأنها (حق منشئ) فما هو الحق المنشئ في حق من وجه إليه الإيجاب؟ فإذا صدر القبول و لم يصل إلى الموجب لم ينشأ أي حق فما الذي نشأ إذن؟ .

لذلك نقول أن الرخصة ميزة لكنها ميزة محدودة بحدود موضوعية بل و زمنية ، فإذا حدد الموجب لصدور القبول ميعاداً ثم انقضى هذا الميعاد لم يكن لقبوله أثر منشئ إلا الإيجاب

و الإيجاب كأثر لا ينشئ حقاً و الشفعة ميزة محدودة زمنياً لا يترتب عليها أثر إذا لم يُعلن عن الرغبة عنها في مدة زمنية محددة[١] . و الشخص الذي يدخل إلى بيت غيره بإذن صاحبه إنما ينتفع بميزة محدودة زمنياً و موضوعياً ، و هذا ما لا نجده في الحق الذي يوصف بالخصوصية لصالح صاحبه لكنه لا يقيد باستعمال حقه بقيود زمنية كحق الملكية ، كما لا نراه في الحريات العامة التي لا تقيد بزمن ، كحرية العمل فإنها ثابتة من دون قيود زمانية.

من هنا نقول أن الحق مصلحة إلا أنه ليس كل المصالح حقوق ، فلا نبحث التزاحم في المصالح لأن العلاقات القانونية مبنية على تزاحم المصالح و لو أننا دخلنا في هذا الميدان لن نخرج منه مطلقاً.

لهذا سنبحث التزاحم بلحاظٍ خارج عن المفاهيم العامة في مستويات ثلاث : التزاحم في الحقوق كحقوق الامتياز و غيرها التي ستبحث في الفقرة الآتية و في المطلب الثاني من هذا المبحث ، و التزاحم في حرية التملك التي ستبحث في ذات المطلب .

و جدير بالملاحظة أن بين الرخصة و الحرية ارتباط قابل للتفكيك ، فالتملك حرية عامة لكن كل سبب من أسباب كسب الملكية يمثل رخصة بحد ذاته ، و التعاقد حرية عامة لكن العقد كسبب لكسب الملكية يعد رخصة قانونية .

ثانياً : تطبيقات التزاحم

من التطبيقات الواضحة للتزاحم في الحقوق هو التزاحم في نطاق حوالة الحق، إذ أن هناك مرحلة سابقة لنشوء حالة حوالة الحق ، وهو وجود الحق الشخصي نفسه ، و من المعلوم أن الحق الشخصي ينشأ من أحد خمسة أسباب : إما العقد أو الإرادة المنفردة أو الفعل النافع أو الفعل الضار أو القانون .

(١) المدة في إعلان الرغبة عن الشفعة هي ١٥ يوم في القانونين المدني العراقي و المصري (ق م عراقي / م١١٣٨) و (ق م مصري / م ٩٤٠) .

و بعد أن ينشى للشخص حقهُ من احدى هذه الأسباب يقوم بتحويله إلى أكثر من شخص فيقع التزاحم بين المحال لهم على هذا الحق الواحد ، أو يقع التزاحم على الحق الواحد لا بسبب تعدد الحوالات بل لسبب خارجي كالحجز و هذا ما سنبحثه في الصورتين الآتيتين :

الأولى : تزاحم الحوالات أو تعددها : و يعني أن صاحب الحق الواحد أحال حقه أكثر من مرة و لأشخاص مختلفين و التزاحم واضح لأن هذه الحوالات المتعددة طرأت على حق واحد، و هذا ما أشار إليه كلاً من القانونين بنص مماثل و ذلك في المادة (٣١٣) من القانون المدني المصري و المادة (٣٧٣) من القانون المدني العراقي و هذا نصّه : (إذا تعددت الحوالة بحق واحد فضلّت الحوالة التي تصبح قبل غيرها نافذة في حق الغير).

و من الواضح أن المشرع المدني العراقي و المصري قد أخذ بمعيار النفاذ كسبب للتقدم و الترجيح لا معيار صدور الحوالة ، فأي المحالين له كانت حوالته الأسبق بالنفاذ أي وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون بالتأريخ الثابت للإعلان و القبول فهو المقدّم[١] .

و قد قضت محكمة النقض المصرية بأنه : (إذا تعاقبت الحوالات على الحق الواحد و طالب المحال إليه الأخير المدين بقيمة الحق المحال فلا يشترط لنفاذ الحوالة الأخيرة في حق المدين سوى قبوله لها أو إعلانه بها مع بيان تسلسل الحوالات السابقة عليها)[٢].

إلا أن التزاحم لا يجد له موطئ قدمٍ فيما إذا حوّل الدائن جزءاً من حقه في الحوالة إلى محال له أول ، ثم حوّل الجزء الآخر منها إلى محال له ثان ، ذلك لأن حق كل منهم قد انصب على جزء غير الجزء الذي انصب عليه حق الآخر ، و إنما يقع التزاحم فيما إذا كان المحال عليه معسراً جزئياً فعند ذلك يقسم مال المدين بينهما قسمة غرماء[٣].

(١) د. شفيق شحاتة ، *محاضرات في القانون المدني* ، حوالة الحق في قوانين البلاد العربية ، (القاهرة: مطبعة دار الهنا، ١٩٥٤)، ص٥١.
(٢) الطعن رقم ٥٤٧، لسنة ٤٢ق، تأريخ القرار ١٩٧٦/٥/٢٤.
(٣) د. عبد الرزاق السنهوري.

الثانية : التزاحم بين المحال له و الدائنين الحاجزين : و فيها ثلاث صور فرعية :

١- **التزاحم بين المحال له و الدائن الحاجز المتأخر** : و هذه لم ينص عليها المشرع لوضوحها بل أشار إليها بعض الفقهاء تأكيداً عليها ، و مفادها لو أن الحوالة أصبحت نافذة في حق الغير و أحدهم الدائن الحاجز الذي أوقع الحجز على الحق المحال به بعد ذلك ، و من البيّن أن الحاجز هنا قد أوقع الحجز على حق غير مملوك للمدين أصلاً فيقع باطلاً لانعدام المحل[١] و بالتالي فلا مجال للمزاحمة من الأساس و إن اصطلحنا على هذا الفرض بالتزاحم فهو من باب المجاز ليس إلا.

٢- **التزاحم بين المحال له و الدائن الحاجز المتقدم** : و هذه الحالة بخلاف الحالة الأولى تماماً إذ أن الدائن قد أوقع الحجز على ما في يد المحال عليه أي بعد صدورها و قبل نفاذها بحق الحاجز و قد صرح القانون المدني المصري في المادة (٣١٤-١) و كذلك العراقي في المادة (٣٧٤-١) بنص مماثل : (إذا حجز الحق و هو في يد المحال عليه قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الحاجز كانت الحوالة بالنسبة للحاجز بمثابة حجز آخر) و النص صريح في أن الحوالة أنزلت منزلة الحجز لا الحوالة فأصبحت ضماناً و حجزاً آخر بالنسبة للدائن و بالتالي تكون القسمة بينهما قسمة غرماء إذا لم يكن المال المحجوز عليه كافياً لوفاء حق كل منهما[٢] .

٣- **التزاحم بين المحال له و الدائن الحاجز المتقدم و الدائن الحاجز المتأخر** : و قد أشار كل من القانونان إلى هذا الفرض[٣] الذي يجعل للتزاحم ثلاث أطراف : الحاجز المتقدم الذي أوقع حجزه قبل نفاذ الحوالة بحقه ، و المحال له الذي نفذت حوالته بعد الحجز ، و الحاجز المتأخر الذي أوقع حجزه بعد نفاذ الحوالة بحقه ، و الحل في هذا التعدد ما أتى به المشرع المدني و هو أن الدين يقسم بين الثلاثة قسمة غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة.

---

(١) د. عبد المجيد الحكيم ، أ. عبد الباقي البكري ، أ. طه البشير ، *القانون المدني و أحكام الالتزام* ، (بغداد: المكتبة القانونية ، ٢٠١٧)، ص١٧، ص ٢٩٢.

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، أ. عبد الباقي البكري ، أ. طه البشير ، مصدر سابق ، ص٢٩٣.

(٣) المادة (٣١٤-٢)، من القانون المدني المصري، و المادة (٣٧٤-٢)، من القانون المدني العراقي.

من هنا فإن للدائنين الحاجزين قاعدتين[١] :

- لا عبرة للحجز الواقع بعد الحجز حجز ثان للحق المحال به

- لا يفضل حاجز على حاجز آخر بسبب الأسبقية في تاريخ الحجز

و التزاحم في هذه التطبيقات المتعلقة بحوالة الحق - و خصوصاً الصورة الأولى- تزاحم فعلي لا نظري وقع على محلٍ واحد و هو الحق المحال به مع عدم إمكان الجمع بينها جميعاً و قد احتيج في حل هذا التزاحم إلى وسائل ترجيحية خارجية كقسمة الغرماء في حين أن التزاحم النظري مرجحاته ذاتية لا تظهر في متن التشريع .

II. المطلب الثاني

التأصيل القانوني غير المباشر للتزاحم

و نعني بهذا النوع من التأصيل الاستناد إلى مرحلةٍ لاحقة على التزاحم لتأصيله ، فيُبدَأ بالمصداق لإثبات المفهوم و هو التزاحم ، أو اللجوء إلى وسائل الترجيح التي اعتمدها المشرع المدني في حل التزاحم القانوني للقيام بعمليةٍ تأسيسيةٍ له ، و نستطيع أن نعبر عنه بالتأصيل العكسي.

و بالاستقراء لنصوص التشريع المدني نجد أن هذه الوسائل قد قامت بحلّ التزاحم في الحقوق خاصّة وهذه الوسائل تمثل معنى الأفضلية و الأسبقية و الأولوية ، و الأفضلية و أخواتها إنما هي فرع التزاحم فلا تفضيل و ترجيح إلا في تزاحم ، و تقع هذه الأفضلية في الحقوق العينية التبعية و هي حق الرهن و حق الامتياز .

و الكلام ليس عن تأصيل الأفضلية بل عن تأصيل ما هو قبلها من خلال الأفضلية نفسها ، و سُيبحث التأصيل للتزاحم في هذه الحقوق معاً من خلال طريقين : الطريق الأول التزاحم بسبب الدّين المضمون ، و الثاني التزاحم بسبب الرهن نفسه ، و كلا الطريقين يشمل حق الرهن و حق الامتياز أيضاً .

(١)د. منذر الفضل ، *الوسيط في شرح القانون المدني العراقي* ، ط١ ، (أربيل: منشورات ئاراس ، ٢٠٠٦)، ص٦٢٧.

II.أ. الفرع الأول

تأصيل التزاحم بسبب الدَّين المضمون

يمكن لنا أن نَصِفَ الحقوق العينية التبعية و منها الرهن بأنها (حقوق تفضيلية) فهي وسائل ترجيحية حاسمة مُنهية لحالة التزاحم ، و هذا واضح من تعريف المشرع العراقي في القانون المدني العراقي للرهن التأميني في المادة ١٢٨٥ (عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون) و بمثل هذا التعريف عُرّف الرهن التأميني في المادة ١٠٣٠ من القانون المدني المصري . و ذات الأمر في تعريف الرهن الحيازي .

و بصرف النظر عن صحة أو عدم صحة تعبير المشرع عن الرهن بأنه (عقد) مع أنه حينما ذكر الحقوق العينية التبعية جعل من الرهن أحدها فيمكن أن يقال أنه حق.

بغض النظر عن هذا كله فإن العبارة واضحة بشأن الأفضلية ، إذ أن المشرع عبّر بـ (التقدم) كناية عن الأفضلية في حق الرهن ، بل هو الهدف الرئيس من إنشاء عقد الرهن.

من أهم مميزات عقد أو حق الرهن أنه (تابع) و معنى ذلك أنّ الرهن تابع للدَين المضمون وجوداً و انقضاءً و صحةً و بطلاناً ، فالرهن يرتكز على وجود التزام صحيح سابق عليه ، لذا يعد الالتزام أصيلاً و الرهن تابع ، فإذا شاب الالتزام سبباً من أسباب البطلان و عدّ كأن لم يكن فإن هذا الحكم يمتد إلى الرهن و يعد كأن لم يكن أيضاً[١] .

و أشار القانون المدني العراقي في المادة (١٣١٥-١) إلى هذه الحقيقة حينما نص على أنه : (ينقضي حق الرهن التأميني بانقضاء الدين الموّثق ، ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون إخلال بالحقوق التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في

(١) د. نبيل ابراهيم سعد ، *التأمينات العينية و الشخصية* ، (الاسكندرية: مصر، دار الجامعة الجديدة ، ٢٠٠٧)، ص٤٩ .

الفترة ما بين انقضاء الدين و عودته) و نصّ بالمثل تماماً في إطار انقضاء الرهن الحيازي في المادة (١٣٤٦) .

أما القانون المدني المصري فقد أكد على مبدأ التبعية هذا في المادة (١٠٤٢) منه حين نص على أنه : (لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون ، بل يكون تابعاً له في صحته و انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك) .

ثم أكّد مرة أخرى في ذات المادة على أن هذا المبدأ لا يقتصر على حالة ما لو كان مقدّم الرهن هو المدين ، بل يسري أيضاً حتى لو كان الذي قد قدّم الرهن هو الكفيل العيني حين نص على أنه: (و إذا كان الراهن غير المدين كان له إلى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، و يبقى له هذا الحق و لو نزل عنه المدين).

لذلك فإن الالتزامات التي يجوز ضمانها بالرهن هي كل التزام صحيح أياً كان مصدره عقداً أو إرادة منفردة أو فعل ضار أو فعل نافع أو نص في القانون ، و كذلك يجوز أن يضمن الرهن جميع الديون أيّاً كان محلها سواءً كان عملاً أو امتناعاً عن عمل أو نقل ملكية أو إنشاء حق عيني أو تسليم شيء معين [١] .

فيجوز رهن الالتزام القابل للإبطال - بحسب القانون المدني المصري - لأنه التزام موجود و منتج لآثاره إلى أن يحكم بإبطاله ، فيكون مصير الرهن مرتبطاً بمصير هذا الالتزام ، فإذا بقي من دون أن يطلب صاحب المصلحة إبطاله فإن الرهن يظل قائماً ضامناً لهذا الدين ،أما إذا أجاز صاحب المصلحة هذا الالتزام فإن الرهن يثبت و يتأكد[٢] .

(١) أ .محمد طه البشير و د. غني حسون طه، *الحقوق العينية*، ج٢ ، طبعة جديدة و منقحة ، (بيروت: شركة العاتك لصناعة الكتاب ، ٢٠١٧)، ص٧٤ .

(٢) د. نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق ، ص٥٠ .

أما بحسب القانون المدني العراقي فإن الدين المضمون إذا لم ينشأ صحيحاً لأي سبب كان من أسباب البطلان فلا يجوز ضمانه بالرهن [١] .

و قد اختلف الفقه في جواز ضمان الالتزام الطبيعي بالرهن من عدمه ، فمنهم من قال بجواز ضمان الالتزام الطبيعي باعتبار أن له وجود كافٍ يجعله صالحاً لهذا الضمان ، بينما ذهب اتجاه آخر إلى عدم جواز ذلك باعتبار أن الدائن الذي ليس له دعوى شخصية لإكراه مدينه على الوفاء لا يمكن تخويله دعوى عينية (دعوى الرهن) تمكنه من ذلك[٢] .

و يجوز كذلك أن يضمن الرهن ديناً معلقاً على شرط أو ديناً مستقبلاً أو احتمالياً و قد ينتج عن اعتماد مفتوح في أحد البنوك ، و إذا كان الدين يحتمل الزيادة كما في حالة الحساب الجاري أو الاعتماد المفتوح ، فيجب تحديد القدر الذي ينتهي إليه الحساب أو الاعتماد [٣] .

على أنه تطبيقاً لقاعدة تخصيص الرهن يجب أن يكون الدين المضمون محدداً تحديداً دقيقاً ، فإن لم يمكن تحديده ، وجب تعيين حد أقصى ينتهي إليه ، كما هو الحال في الحساب الجاري و الاعتماد المفتوح[٤] .

و هذا ما نص عليه القانون المدني المصري في المادة (١٠٤٠) : (يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين) و شاطرهُ في مثل ذلك القانون المدني العراقي في المادة (١٢٩٣).

---

(١) أ .محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٧٤ .

(٢) الآراء منقولة لدى د. توفيق حسن فرج ، *التأمينات الشخصية و العينية* ، بلا طبعة ، (الاسكندرية ، مصر: مؤسسة الثقافة الجامعية ، بلا سنة نشر)، ص١٢١ .

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو، *التأمينات الشخصية و العينية* ، بلا طبعة ، (الاسكندرية ، مصر: مؤسسة منشأة المعارف ، ١٩٩٦)، ص٦٠.

(٤) د. شاكر ناصر حيدر ، *شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية* ، ج٢ ،ط١ ، (بغداد : مطبعة المعارف ، ١٩٥٣)، ص١٢٣.

و بعد بيان ماهية هذا الدين الذي يعد سبباً غير مباشر لنشوء التزاحم بين المرتهنين ، نبيّن بعد ذلك كيفية أن يكون الدين المضمون سبباً لهذا التزاحم.

و لا يمكن أن ندرس حالة التزاحم المفترضة هذه إلا بالفحص عن إمكانية تعدد أطراف الالتزام في جانب الدائن أي وجود أكثر من دائن لمدين واحد ، فهل غابت فرضية تعدد هذه الأطراف عن ذهن الفقيه القانوني أو المشرع المدني؟ و هل يقع مثل هذا التزاحم في الواقع الخارجي؟.

و الجواب : لم تغب مثل هذه الحالة ذهناً و واقعاً ، فقد يكون هنالك أكثر من دائن لمدينٍ واحد لا تربطهم رابطة واحدة و هذا ما يسمى بـ (التعدد الصوري) إذ لا يطالب كل دائن إلا بنصيبه[١] .

و يتصور التزاحم بسبب الدين المضمون في ثلاث احتمالات :

١- التزاحم على قيمة المرهون ، فبعد أن تترتب هذه الديون في ذمة المدين، و يلحظ عدم قدرته على سدادها إما يرتب للدائنين حقوقَ رهن للجميع ، فإذا حلّ أجل الدين و هبطت قيمة المرهون و لم تكف قيمته للسداد وقع التزاحم على قيمته و ليس على الرهن ذاته وهذا بسبب الدين المضمون.

٢- و قد ينشأ التزاحم بينهم بسبب الدين المضمون حينما يرتب المدين رهونه بحسب الأسبقية في الدين فيؤشر الرهن الأول لصالح الدائن الأول، ويصبح هو الأسبق بالتسجيل لأن إرادة المدين اتجهت إلى ذلك حينما أخذ بنظر الاعتبار الأسبقية في الدين .

٣- و إما يرتّب هذا المدين رهناً لأحد الدائنين و يرتب للآخر امتيازاً و للآخر حقاً عينياً فيرد التزاحم بين مرتهن و صاحب حق امتياز و صاحب حق عيني بسبب ديونهم المضمونة ، أما بخصوص الدائن العادي فلا تزاحم بينه و بين هؤلاء الدائنين أصحاب الامتيازات المارة الذكر

(١) د. عبد المنعم فرج الصدة، *أحكام الالتزام* ، بلا طبعة ، (القاهرة: دار النهضة العربية، ١٩٩٨)، ص١٢٠.

، فالدائن العادي لا يزاحم دائناً مرتهناً قيّد رهنه لأن التزاحم يقتضي المفاضلة بين دائنين اكتسب كل منهم تأميناً خاصاً على عقار[١] .

و نحن إذ أخرجنا الدين المشترك و التضامن الإيجابي من دائرة التزاحم ذلك لأن الأول يحكمهُ مبدأ (الدين واحد عند نشوئه و منقسم عند المطالبة) و أن ليس لكل دائن أن يطالب المدين إلا بحصته من الدين فقط[٢] فالدَّين واحد و لا يقع التزاحم في دينٍ واحد.

أما الثاني فهو التضامن الإيجابي فقد أخرجناه كذلك لأن كل الدائنين يعبرون عن إرادة واحدة باعتبار ارتباطهم برابطة خاصة و استطاعة كلٍ منهم بالمطالبة بكل الدين فلا تزاحم.

II.ب.الفرع الثاني

التزاحم بسبب نفس الرهن

قد يرد التزاحم في الأفضلية لا بسبب الدين المضمون المسبّب لنشوء الرهن بل بسبب ذات الرهن. فقد يمضي وقت طويل يفصل بين نشأة الدين و قيد الرهن ، فلا يحتج بالرهن إلا من تاريخ قيده ، و قد يترتب على هذا أن يفضل دين متأخر في نشأته متقدم في قيده على دين أقد منه في النشأة و أحدث في القيد [٣] .

و هذا عائد لطبيعة التسجيل أو القيد ، إذ ليس هنالك اشتراط قانوني لفترة محددة له ، مما يؤدي بالمدين أن يتراخى فيه ، فتنشأ ديون جديدة ، و قد يقدم المدين هذه الديون في الرهن على الأقدم منها[٤] .

و يمكن أن يُتصور التزاحم بسبب الرهن في صورتين رئيسيتين :

أولاً : التزاحم بين المرتهنين

و ينقسم هذا النوع من التزاحم إلى صورتين :

١- التزاحم في المرتبة ، و نقصد بها مرتبة الرهن التي لا تنشأ إلا بالتسجيل في دائرة التسجيل العقاري بالنسبة للرهن الحيازي الوارد على عقار و الرهن التأميني أيضاً .

---

(١) د. شمس الدين الوكيل ، *نظرية التأمينات في القانون المدني* ، ط٢ ، بلا دار نشر ، (الاسكندرية : ١٩٥٦)، ص٣٠٢ .

(٢) د. عبد المجيد الحكيم ، أ. عبد الباقي البكري ، أ. طه البشير ، مصدر سابق ، ص٢٣٣.

(٣) د. سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية و العينية ، مصدر سابق ، ص١٢٧ .

(٤) أحمد راضي كعيم الشمري ، "الأفضلية عند التزاحم في نطاق عقد الرهن"، (رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة كربلاء ، ٢٠١٧)، ص٤٤.

فقد نصت المادة (١٠٥٣ /١) من القانون المدني المصري : (لا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلّا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الافلاس) .

و فيما يتعلق بالرهن الحيازي خاصّة نص ذات القانون في المادة (١١١٤) على أنه : (يشترط لنفاذ الرهن العقاري في حق الغير إلى جانب انتقال الحيازة أن يقيد عقد الرهن، وتسري على هذا القيد الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي) .

وأحال القانون المدني المصري إجراءات التسجيل إلى قانون تنظيم الشهر العقاري، وذلك في المادة(١٠٥٤) منه والتي نصّت على أنه (يتبع في إجراء القيد وتجديده ومحوه والغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله، الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقاري).

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي، فأنه يشترط لانعقاد رهن العقار من الناحية الشكلية ومن ثم نفاذه في مواجهة الغير، التسجيل في دائرة التسجيل العقاري.

فقد نصّت المادة(١/١٢٨٦)، من القانون المدني العراقي على أنه (لا ينعقد الرهن التأميني إلّا بتسجيله في دائرة التسجيل العقاري، وعلى كل من المتعاقدين أن يعين محل اقامة مختار في البلد الذي تم فيه التسجيل، ويعطى لكل منهما نسخة من سند عقد الرهن موقع عليها منهما، بعد اخذ تقريرهما في مواجهة الشهود) .

كذلك جاء بهذا الخصوص في المادة (١٣٢٤) من القانون نفسه، بشأن الرهن الحيازي الواقع على عقار قولها (إذا وقع الرهن الحيازي على عقار فيشترط ايضاً، لتمامه أن يسجل في دائرة التسجيل العقاري وفقاً للأوضاع المقررة قانوناً).

لذا يمكن أن يقع التزاحم بين المرتهنين في المرتبة ، لأن الأصل في هذا التزاحم أن العبرة بشأنه بالأسبقية بالتسجيل أو القيد [١] .

فقد يرد التزاحم في هذه الصورة في قيام الراهن بتسجيل أكثر من رهن في نفس اليوم أو في أيام متعاقبة و هذا يفهم من الأفضلية فالمتمثلة بالسنة و الشهر و اليوم التي جاء بها

(١) د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص٣٠٢ .

القانون المدني المصري في المادة (١٠٥٦) إذ نص على أنه : (إن الدائنين المرتهنين يستوفون حقوقهم بحسب مرتبة كل منهم ، و لو كانوا قد أجروا القيد في يوم واحد) .

و يلاحظ أن هذا التزاحم تزاحم نظري ذهني تصورهُ المشرع ذلك لعدم وجود تزاحم حقيقي في مرتبة الرهن الواحدة ، فطالما أن المشرع استبق وقوع مثل هذا الفرض و ألزم الموظف المختص بذكر إشارة الرهن في السنة و الشهر و اليوم فإنه إنما يريد بذلك الاجتناب عن التزاحم الفعلي .

أما لو سُجّلت الرهون على عقار واحد في نفس اليوم و الساعة حينها يقع التزاحم الفعلي الحقيقي إذ يكون الجميع في مرتبةٍ واحدة لا أولولية و أفضلية لأحدهم على الآخر [١] .

و لا يمكن أن يُقال بوجود احتمال أن يقوم موظف آخر في نفس الدقيقة و اللحظة بتسجيل الرهن ذلك لأن إجراءات تسجيل الرهن مركبة من عمليات توثيقية عدة بحيث أن أي تسجيل مزدوج على نفس العقار يؤدي إلى تعارض في الإجراءات الخاصة بالرهن ، فقد عُرّف عقد الرهن بأنه : (نقل بعض البيانات من المحرر الذي يتضمن عقد الرهن، وتدوينها في سجل خاص بذلك، حسب تاريخ وساعة تقديمها، ثم تحفظ مع غيرها من قوائم التسجيل في السجل الخاص بذلك بعد التأشير عليها بتاريخ تسجيلها ورقمه في السجل الخاص. ويعطى مقدمها صوره منها بعد تسجيلها وبعد التأشير عليها ومطابقتها للأصل) [٢] .

و يمكن أن يثار التزاحم في المرتبة بين مرتهن حيازي و آخر مثله ، فإذا كان المرهون عقاراً فإن الأسبق بالتسجيل هو المقدّم ، و أما إذا كان المرهون منقولاً مادياً فإن الأسبق بالتاريخ الثابت لعقد الرهن هو الأولى ، و إذا كان المرهون دّيناً فإن الأسبق بالتاريخ الثابت لإعلان الراهن أو قبوله هو المفضَل [٣] .

(١) أ .محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص١٢٠ .
(٢) فايز احمد عبد الرحمن، *التأمينات العينية والشخصية*، ط١، (القاهرة، مصر: دار النهضة العربية، ٢٠٠٧)، ص٥٠
(٣) أ .محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص ٢٤٦ .

٢- التزاحم في الحيازة ، فإذا كان ما تقدم من تزاحم يتعلق بمراتب الرهن - تأمينياً كان أو حيازياً- فإن هذا التزاحم يختص بالرهن الحيازي فقط لأنه متعلق بموضوعها و هو الحيازة .

فقد نص القانون المدني المصري في المادة (١/١٠٩٩) بأنه : (على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه) . كذلك نصّت المادة (١/١١٠٩) من القانون نفسه على (يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الاجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان) . يتضح من خلال نص هذه المادة، إن القانون المدني المصري يعدّ حيازة المال المرهون من قِبَل الدائن المرتهن شرطاً لنفاذ الرهن تجاه الغير، وليس ركناً من اركان عقد الرهن الحيازي، إذ أن الرهن الحيازي في القانون المدني المصري عقداً رضائياً ينعقد بين طرفيه دون حاجة إلى تسليم المال المرهون إلى المرتهن، وليس عينياً[١] .

أما بالنسبة للقانون المدني العراقي، فقد نصّت المادة (١٣٢٢) من القانون المدني العراقي منه على أنه : (يشترط لتمام الرهن الحيازي ولزومه على الراهن أن يقبض المرتهن المرهون) و يظهر من خلال هذا النص أن القانون المدني العراقي عدّ الرهن الحيازي الوارد على المنقول عقداً عينياً لا ينعقد بين طرفيه، إلّا بتسليم المال المرهون إلى الدائن المرتهن، ومن ثم يعدّ قبض المال المرهون في الرهن الحيازي ركناً فيه، وليس مجرد شرط لنفاذ الرهن تجاه الغير .

و هذا ما أخذ به القضاء العراقي في قرارته ، فقد جاء لقرارٍ لمحكمة التمييز : (لا يعتبر عقد الرهن الحيازي تاماً إلّا بتسلم المرهون تسليماً فعلياً، فإذا لم يتم التسليم فلا ينعقد الرهن تاماً ملزماً للراهن)[٢] .

(١) د. سليمان مرقس، *التأمينات العينية*، (القاهرة: مطابع دار النشر للجامعات، ١٩٥٩)، ص٣٦٢ .
(٢) القرارالمرقم ١٢٠/ مدنية أولى/ ١٩٧١، المؤرخ في ٥/ ٨/ ١٩٧١، منشور في النشرة القضائية، العدد الثالث، السنة الثانية، ١٩٧٣، ص٤٠ .

و بعدها أجاز كل من القانونين ضمان الرهن الحيازي لأكثر من دين فقد نص القانون المدني المصري في المادة (٢/١١٠٩) على أنه : (يجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون).

و نص القانون المدني العراقي في المادة (١٣٣١) على أنه : (يجوز أن يكون الشيء المرهون رهناً حيازياً موثّقاً لعدة ديون إذا قبِل من تسلمه أن يكون وضع يده لحساب أربابها حتى لو كان واضع اليد أحد هؤلاء) .

لذا فإن المشكلة تثور طالما أن الرهن الحيازي كعقد لا ينعقد إلا بتحقق الحيازة أو على أقل التقادير عدم نفاده إلا بها ، و مع تعدد المرتهنين حيازياً لابد من وجود أكثر من حيازة و محوز ، في حين أن المرهون واحداً و لا يمكن أن ينقسم إلى حيازات متعددة فينشأ التزاحم الفعلي في مثل هذه الحالة .

فإذا كان المرهون عقاراً فالأمر واضح لأن قاعدة الأسبقية في التسجيل هي الحاكمة ، أما إذا كان المرهون منقولاً فهنا فرضين :

الأول : وجود اتفاق بين المرتهنين على أن تكون الحيازة لأحدهم ، الثاني : وجود اتفاق بينهم على أن يُسلّم المرهون إلى أجنبي يسمى (عدل) ينوب عنهم جميعاً في المحافظة على المرهون[١] .

و هذا معناه أن اشتراط الحيازة في الرهن الحيازي لا يمنع من ترتيب أكثر من رهن فيها لأن كل دائن مرتهن جديد يعلم عندما يرى أن حيازة الشيء المرهون قد انتقلت من الراهن إلى المرتهن أنه قد سبق تحميل هذا الشيء برهن آخر فيتعاقد على الرهن الجديد على هذا الأساس ، و لذا فإن قيام المرتهنين بتسليم المرهون إلى أحدهم أو إلى عدلٍ ينوب عنهم

(١) أ .محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، مصدر سابق ، ص١٩٩ .

في الحيازة أمر يحل إشكالية عدم إمكانية حيازتهم للمرهون جميعاً مع اشتراط القانون للحيازة كعنصر جوهري في هذا العقد[١] .

لذا نجد أن التزاحم في المرتبة و التزاحم في الحيازة يشتركان في أن كلٍ منهما تزاحم فعلي حقيقي ، و يختلفان في المحل و هو أن محل الأول كان مرتبة الرهن ، أما محل الثاني فهو الحيازة ، و يختلفان في الأطراف أيضاً ، فإذا كان التزاحم في المرتبة يمكن أن يقع بين مرتهنين رهناً تأمينياً و حيازياً و أصحاب امتيازات عامة أو خاصة ، فإن التزاحم في الحيازة يقع بين مرتهنين رهناً حيازياً فقط.

ثانياً : التزاحم بين الدائن المرتهن و غيره

يمكن أن تنقسم هذه الصورة من التزاحم إلى حالتين من التزاحم :

١- التزاحم بين الدائن المرتهن و أصحاب حقوق الامتياز

تعد علاقة القانون بالنسبة لجميع التأمينات علاقة المصدرية غير المباشرة ،فهو بالنسبة لها مصدر غير مباشر، إلّا فيما يتعلق بحقوق الامتياز فالقانون مصدر مباشر لها ، والذي دفع المشرع للتدخل على هذا النحو هو صفة الدين الذي يقرر له الأفضلية، إذ أن هناك اعتبارات تقرر ذلك كالمصلحة العامة في تقرير امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة، ومنها اعتبارات اجتماعية كما في امتيازات الأجراء ضماناً لحقوقهم قِبل رب العمل، أو لاعتبارات اخرى منها أن قيام الدائن بإدخال المال في ذمة المدين، كما في امتياز البائع على الشيء المبيع[٢] .

و يمكن أن يقع التزاحم بين الدائنين المرتهنين و بين أصحاب حقوق الامتياز على أن شكل التزاحم مختلف في بعضها عن البعض الآخر ، فالتزاحم بين أصحاب الرهون و بين أصحاب امتيازات المصروفات القضائية تزاحم نظري ذلك لأن المادة (١١٣٨) من القانون

(١) د. سمير عبد السيد تناغو ، التأمينات الشخصية و العينية ، مصدر سابق ، ص٢٥٨ .
(٢) د. سمير عبد السيد تناغو، مصدر سابق، ص٣٨١.

المدني المصري نصت على أنه : (وتستوفي هذه المصروفات قبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي ..) حيث أن المشرع المصري أقر بأفضلية هذه الحقوق على حق الرهن و لم يظهر أي تزاحم في متن التشريع ، بل دار في ذهن المشرع فرجّح الأفضل .

أما المشرع العراقي فقد توسع في ذلك فرجح هذه الامتيازات على جميع الرهون تأمينية كانت أو حيازية فقد نصّ في المادة (١/١٣٦٩) من القانون المدني العراقي على أنه (وتستوفى هذه المصروفات قبل أي دين آخر، ولو كان ممتازاً أو موثقاً بالرهن) .

و كذلك التزاحم بين المرتهنين و أصحاب حقوق امتياز المبالغ المستحقة لخزينة الدولة فهو تزاحم نظري أيضا لأن المشرع رجح هذه الحقوق على حق الرهن مسبقاً فقد نصّت المادة (٢/١١٢٩): (وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الاموال المثقلة بهذا الامتياز في أية يد كانت قبل أي حق آخر، ولو كان ممتازاً أو مضموناً برهن رسمي عدا المصروفات القضائية)، أما في القانون المدني العراقي فقد نصّت المادة(١٣٧٠/٢) على أنه : (وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الأموال المثقلة بحق الامتياز هذا في أي يد كانت، وذلك بعد المصروفات القضائية وقبل أي حق آخر ولو كان ممتازاً أو موثقاً برهن).

أما التزاحم بين المرتهن و صاحب امتياز حفظ المنقول فهو تزاحم فعلي أخذ فيه مرجح خارجي و هو سوء و حسن نية المرتهن ، فإذا كان المرتهن حسن النية فلا يسري امتياز بائع المنقول في حقه[١]. و في ذلك نصّت المادة (١٣٦٤) من القانون المدني العراقي على أنه (لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية) .

و كذلك التزاحم بين أصحاب حقوق الرهن و أصحاب حقوق الامتياز العامة (امتياز المبالغ المستحقة للأجراء و امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكل و الملبس و الدواء و امتياز النفقة) فهو تزاحم نظري محض لأن المشرع المدني قرر في مرحلة سابقة تفضيل هذه الامتيازات العامة حقوق الامتياز العامة، فقد نصّت المادة(٢/١٣٦٥) من القانون المدني العراقي على أنه : (ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً، لا يجب فيها

(١) أحمد راضي كعيم الشمري ، مصدر سابق ، ص١٦٦ .

التسجيل) و يفهم من خلال هذا النص أن حقوق الامتياز العامة تعفى من التسجيل، و يفضل أصحاب هذه الحقوق على المرتهن وإن كان مرتهناً رهناً تأمينياً وأيّاً كان تاريخ تسجيل رهنهِ.

أما التزاحم بين الدائن المرتهن و صاحب امتياز بائع العقار ، و التزاحم بين الدائن المرتهن و صاحب امتياز المتقاسم بعقار فهو تزاحم فعلي حقيقي بدليل استعانة المشرع بعامل خارجي للترجيح بينهما و هو (الأسبقية في التسجيل) فقد نصّت المادة(١١٤٧) من القانون المدني المصري على أنه (١- ما يستحق لبائع العقار من الثمن وملحقاته، يكون له امتياز على العقار المبيع. ٢- ويجب أن يقيَّد الامتياز ولو كان البيع مسجلاً، وتكون مرتبته من وقت التسجيل).

و نصّت المادة (١٣٧٨) من القانون المدني العراقي على أنه (١- ما يستحق لبائع العقار أو مفرغة من الثمن وملحقاته، له حق امتياز على العقار المبيع أو المفرغ. ٢- ويجب ذكر حق الامتياز في سجل دائرة التسجيل العقاري، وتكون مرتبته من وقت التسجيل). فإذا تزاحم صاحب هذا الامتياز مع الدائن المرتهن، وكان هذا الأخير قد سجّل رهنه على العقار قبل أن يتم تسجيل امتياز بائع العقار، ففي هذه الحالة يستوفي الدائن المرتهن دينه بالأفضلية على صاحب امتياز بائع العقار.

أما فيما يتعلق بالتزاحم بين المرتهن و امتياز المقاول و المهندس المعماري فنجد أن التزاحم ذهني نظري بين الحقّين لأن المشرع المدني لم يأخذ بنظر الحسبان الأسبقية أو غيرها بل فضّل أصحاب هذا الامتياز على الدائنين المرتهنين بشكلٍ صريح فقد نصت المادة (١٠٣٦) من القانون المدني المصري : (يشمل الرهن ملحقات المرهون التي تعتبر عقاراً ويشمل بوجه الخصوص... والتحسينات والإنشاءات التي تعود بمنفعة على المالك، ما لم يتفق على غير ذلك، مع عدم الإخلال بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين) .

أما القانون المدني العراقي في المادة (٣/١٣٧٨) قد صرح بأنه : (وفيما يتعلق بهذه المنشآت يتقدم صاحب هذا الامتياز على حق المرتهن للأرض التي قامت عليها هذه الاعمال إذا شملها الرهن سواء كان هذا الرهن تأمينياً أو حيازياً) .

٢- التزاحم بين الدائن المرتهن و بين المنازِع في ملكية المرهون

إذا كان ما مضى من تزاحم يقع في وعاءٍ هو الدين المضمون، أو المرتبة ،أو الحيازة، أو صفة التفضيل العينية كما في حق الامتياز . فإن التزاحم في مثل هذا الفرض يقع في وعاءٍ متمثل بملكية المرهون.

لذا نجد أن كل ما مرّ من تزاحم يقع بين طرفين : إما كلاهما دائن عادي كما في التزاحم بسبب الدين المضمون، أو كلاهما دائن مرتهن كما في التزاحم في المرتبة أو الحيازة ، أو كلاهما أصحاب حقوق عينية تبعية كالتزاحم بين المرتهن و الدائن الممتاز.

أما هذا التزاحم فهو يقع بين مرتهنٍ و شخصٍ آخر له حق في المرهون ، و هذا الشخص إما يكون هو المالك الحقيقي فينشأ التزاحم فيه نتيجة رهن ملك الغير ، و إما يكون مالك ظاهر فيقع التزاحم نتيجةً له .

أ- التزاحم في رهن ملك الغير ، إذ يمكن أن يرهن أحدهم مالاً لا يملكه ، فرهن ملك الغير هو الرهن الصادر من شخص لا يملك المرهون و ليست له ولاية التصرف فيه ، و يستوي في ذلك أن يرهنه باعتباره ملكاً للغير أو باعتباره ملكاً له[١] .

و إذا كان القانون المدني العراقي يخلو من نص على هذه الحالة اكتفاءً بما ورد في القواعد العامة من عدم نفاذ هذا الرهن و بقائه موقوفاً على إجازة المالك .

فإن القانون المدني المصري نصّ على ذلك في المادة (١/١٠٣٣) على أنه : (إذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فإن عقد الرهن يصبح صحيحاً إذا أقرّه المالك الحقيقي بورقةٍ رسمية، و إذا لم يصدر هذا الإقرار فإن حق الرهن لا يترتب على العقار إلا من الوقت الذي يصبح فيه هذا العقار مملوكاً للراهن).

(١) د. عبد الرزاق السنهوري ، *الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات العينية و الشخصية* ، ج١٠ ، (بيروت ، لبنان: دار إحياء التراث العربي ، بلا سنة نشر)، ص٢٩٨ .

و قد أفصحت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدي عن أن البطلان في هذه الحالة بطلان نسبي توحيداً في الحكم بين بيع ملك الغير و رهن ملك الغير رهناً رسميا و رهن ملك الغير رهناً حيازياً.

و بعيداً عن تحليل الكيفية التي ارتآها المشرع المصري للترجيح في هذا التزاحم الواضحة في المادة المارة الذكر ، إلا أن ما يهمنا هو تسليط الاهتمام على نوع هذا التزاحم الذي نشأ بسبب قيام الراهن برهن ما يملكه غيره ، فيكون أطراف هذا التزاحم : المالك الحقيقي للمرهون ، و المرتهن سواء كان رهناً تأمينياً أو حيازياً .

إلا أن أقصى ما يقال في هذا التزاحم هو أنه تزاحم ابتدائي نظري لأنه و لو كان محل التزاحم واحد بشكل عام و هو المرهون ، إلا أن النظرة الدقيقة لهذا المحل تكشف أنه مختلف بلحاظٍ آخر ، إذ أن المالك الحقيقي يطالب بملكية المرهون بخلاف المرتهن فهو لا يهدف إلى هذه الملكية بل يروم إلى بقاء قيمة المرهون التوثيقية و لا يمكن ذلك إلا بكون المرهون مملوكاً للراهن أو على الأقل مملوكاً للكفيل العيني الذي يكون راهناً بدل المدين .

ب- التزاحم بين الدائن المرتهن و المالك الظاهر، فقد يتملك الشخص عقاراً بعقد صوري ثم يقوم برهن العقار[١] .

فيقع التزاحم بين المرتهن و بين المالك الحقيقي للمرهون ، و من الواضح بأن المرتهن يعد خلفاً خاصاً لهذا المالك و قد أتاحت كل من المادة (١/٢٤٤) من القانون المدني المصري و المادة (١/١٤٧) من القانون المدني العراقي للخلف الخاص إن كان حسن النية أن يتمسك بالعقد الصوري .

فإن كان المشرع قد اعتد بملكية المالك الحقيقي للمرهون في ملك الغير ، فقد خرج هنا عن هذا الأصل حينما اعتد بملكية المالك الظاهر للمرهون و أبقى على الرهن صحيحاً

(١) د. توفيق حسن فرج ، مصدر سابق ، ص١٢١ .

نافذا [١]. و التزاحم هنا تزاحم نظري أيضاً كما في رهن ملك الغير للأسباب ذاتها التي مرت هناك .

و قد يكون المالك الظاهري وارث ظاهر ، أو موصى له ظاهر ، فيقوم بترتيب رهناً بما ورثه أو تم الإيصاء له ظاهراً ، فيقع التزاحم النظري بين كل من المالك الحقيقي و المرتهن ، و الحكم نفس الحكم في الحالة السابقة ، فإن المرتهن إن كان حسن النية يستطيع أن يتمسك بالرهن [٢] .

و هذا ما يفهم من اتجاه المشرع المصري في التعامل مع الأوضاع الظاهرة ، فقد أقر النيابة الظاهرة في المادة (١٠٧) من القانون المدني المصري : (إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذي يبرمه ، حقاً كان أو التزاماً يضاف إلى الأصيل أو خلفائه).

و يفهم كذلك من اعتبار صحة الوفاء الظاهر عند المشرع العراقي أنه يقر بهذا النوع من الرهن فقد نصت المادة (٣٨٤) من القانون المدني العراقي على أنه : (إذا كان الوفاء لشخص غير الدائن أو نائبه فلا تبرأ ذمة المدين إلّا إذا اقر هذا الوفاء أو تم الوفاء بحسن نية لشخص كان الدين له ظاهراً كالوارث الظاهر) .

فيكون هذا الرهن صحيحاً بشرط أن يُسجل حق الإرث من قبل الوارث[٣]و هذا ما اقتضته المادة (١٨٤) من قانون التسجيل العراقي حينما نصت على أنه : (يسجل حق الملكية والحقوق العينية العقارية الأخرى عدا حق التصرف في الاراضي الاميرية عند وفاة صاحبها باسم الورثة الشرعيين) .

(١) د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص١٢٤ .
(٢) أحمد راضي كعيم الشمري ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .ولمزيد من التفاصيل حول الوارث الظاهر راجع: د.غني ريسان جادر، "احكام تصرفات الوارث الظاهر(دراسة مقارنة)"، (رسالة ماجستير ،كلية القانون/جامعة بغداد، ١٩٩٩).
(٣)أحمد راضي كعيم الشمري ، مصدر سابق ، ص ١٢٦ .

الخاتمة

بعد الانتهاء من البحث الموسوم (الاشكاليات القانونية للتزاحم في القانون المدني العراقي- دراسة تحليلية) يمكن تثبيت اهم ما توصلنا له بالنقاط الاتية.

١-أن التزاحم بين التوازن العقدي و مبدأ سلطان الإرادة لا يقع بينهما في كل الأحوال بل هنالك حالة استثنائية يكون مبدأ سلطان الإرادة هو الحاكم فقط ، و هذه الحالة هي إذا كان العقد من العقود الاحتمالية ، ذلك لأن طبيعة هذه العقود قائمة على الاحتمال ، سواءً كان هذا الاحتمال احتمال الكسب أو الخسارة .

٢- وجدنا من التطبيقات الواضحة للتزاحم في الحقوق هو التزاحم في نطاق حوالة الحق، إذ أن هناك مرحلة سابقة لنشوء حالة حوالة الحق ، وهي وجود الحق الشخصي نفسه ، و من المعلوم أن الحق الشخصي ينشأ من أحد خمسة أسباب : إما العقد أو الإرادة المنفردة أو الفعل النافع أو الفعل الضار أو القانون .و بعد أن ينشى للشخص حقهُ من احدى هذه الأسباب يقوم بتحويله إلى أكثر من شخص فيقع التزاحم بين المحال لهم على هذا الحق الواحد ، أو يقع التزاحم على الحق الواحد لا بسبب تعدد الحوالات بل لسبب خارجي كالحجز.

٣- استنتجنا أن المشرع المدني العراقي و المصري قد أخذ بمعيار النفاذ كسبب للتقدم و الترجيح لا معيار صدور الحوالة ، فأي المحالين له كانت حوالته الأسبق بالنفاذ أي وفقاً للإجراءات التي رسمها القانون بالتأريخ الثابت للإعلان و القبول فهو المقدّم.

٤- وجدنا عند التزاحم بين المحال له والدائن الحاجز المتأخر أن الدائن قد أوقع الحجز على ما في يد المحال عليه أي بعد صدورها و قبل نفادها بحق الحاجز و قد صرح القانون المدني العراقي في المادة (٣٧٤-١) بنص : (إذا حجز الحق و هو في يد المحال عليه قبل أن تصبح الحوالة نافذة في حق الحاجز كانت الحوالة بالنسبة للحاجز بمثابة حجز آخر) و النص صريح في أن الحوالة أنزلت منزلة الحجز لا الحوالة فأصبحت ضماناً و حجزاً آخر بالنسبة للدائن و بالتالي تكون القسمة بينهما قسمة غرماء إذا لم يكن المال المحجوز عليه كافياً لوفاء حق كل منهما.

٥- وجدنا عند التزاحم بين المحال له و الدائن الحاجز المتقدم و الدائن الحاجز المتأخر ان للتزاحم ثلاث أطراف : الحاجز المتقدم الذي أوقع حجزه قبل نفاذ الحوالة بحقه ، و المحال له الذي نفذت حوالته بعد الحجز ، و الحاجز المتأخر الذي أوقع حجزه بعد نفاذ الحوالة بحقه ، و الحل في هذا التعدد ما أتى به المشرع المدني و هو أن الدين يقسم بين الثلاثة قسمة غرماء على أن يؤخذ من حصة الحاجز المتأخر ما يستكمل به المحال له قيمة الحوالة.

٦- تبين لنا إن للدائنين الحاجزين قاعدتين: هما لا عبرة للحجز الواقع بعد الحجز حجز ثان للحق المحال به و لا يفضل حاجز على حاجز آخر بسبب الأسبقية في تاريخ الحجز

٧- تبين لنا ان التزاحم بسبب الدين المضمون يتصور في ثلاث احتمالات : التزاحم على قيمة المرهون ، فبعد أن تترتب هذه الديون في ذمة المدين، و يلحظ عدم قدرته على سدادها إما يرتب للدائنين حقوقَ رهن للجميع ، فإذا حلّ أجل الدين و هبطت قيمة المرهون و لم تكف قيمته للسداد وقع التزاحم على قيمته و ليس على الرهن ذاته وهذا بسبب الدين المضمون.

و قد ينشأ التزاحم بينهم بسبب الدين المضمون حينما يرتب المدين رهونه بحسب الأسبقية في الدين فيؤشر الرهن الأول لصالح الدائن الأول، ويصبح هو الأسبق بالتسجيل لأن إرادة المدين اتجهت إلى ذلك حينما أخذ بنظر الاعتبار الأسبقية في الدين .

و إما يرتّب هذا المدين رهناً لأحد الدائنين و يرتب للآخر امتيازاً و للآخر حقاً عينياً فيرد التزاحم بين مرتهن و صاحب حق امتياز و صاحب حق عيني بسبب ديونهم المضمونة ، أما بخصوص الدائن العادي فلا تزاحم بينه و بين هؤلاء الدائنين أصحاب الامتيازات المارة الذكر.

٨- وجدنا انه يمكن أن يثار التزاحم في المرتبة بين مرتهن حيازي و آخر مثله ، فإذا كان المرهون عقاراً فإن الأسبق بالتسجيل هو المقدّم ، و أما إذا كان المرهون منقولاً مادياً فإن الأسبق بالتاريخ الثابت لعقد الرهن هو الأولى ، و إذا كان المرهون دّيناً فإن الأسبق بالتاريخ الثابت لإعلان الراهن أو قبوله هو المفضَل.

٩- تبين لنا أن التزاحم في المرتبة و التزاحم في الحيازة يشتركان في أن كلٍ منهما تزاحم فعلي حقيقي ، و يختلفان في المحل و هو أن محل الأول كان مرتبة الرهن ، أما محل الثاني فهو الحيازة ، و يختلفان في الأطراف أيضاً ، فإذا كان التزاحم في المرتبة يمكن أن يقع بين مرتهنين رهناً تأمينياً و حيازياً و أصحاب امتيازات عامة أو خاصة ، فإن التزاحم في الحيازة يقع بين مرتهنين رهناً حيازياً فقط.

١٠- استنتجنا التزاحم بين المرتهن و صاحب امتياز حفظ المنقول فهو تزاحم فعلي أخذ فيه مرجح خارجي و هو سوء و حسن نية المرتهن ، فإذا كان المرتهن حسن النية فلا يسري امتياز بائع المنقول في حقه. و في ذلك نصّت المادة (١٣٦٤) من القانون المدني العراقي على أنه (لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية) .

١١- تبين لنا ان التزاحم بين أصحاب حقوق الرهن و أصحاب حقوق الامتياز العامة (امتياز المبالغ المستحقة للأجراء و امتياز المبالغ المستحقة عن توريد المأكل و الملبس و الدواء و

امتياز النفقة) فهو تزاحم نظري محض لأن المشرع المدني قرر في مرحلة سابقة تفضيل هذه الامتيازات العامة حقوق الامتياز العامة، فقد نصّت المادة(٢/١٣٦٥) من القانون المدني العراقي على أنه : (ومع ذلك فإن حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقاراً، لا يجب فيها التسجيل) و يفهم من خلال هذا النص أن حقوق الامتياز العامة تعفى من التسجيل، و يفضل أصحاب هذه الحقوق على المرتهن وإن كان مرتهناً رهناً تأمينياً وأيّاً كان تاريخ تسجيل رهنهِ.

١٢- تبين لنا ان التزاحم بين الدائن المرتهن و بين المنازِع في ملكية المرهون يقع بين مرتهنٍ و شخصٍ آخر له حق في المرهون ، و هذا الشخص إما يكون هو المالك الحقيقي فينشأ التزاحم فيه نتيجة رهن ملك الغير ، و إما يكون مالك ظاهر فيقع التزاحم نتيجةً له .فإن كان المشرع قد اعتد بملكية المالك الحقيقي للمرهون في ملك الغير ، فقد خرج هنا عن هذا الأصل حينما اعتد بملكية المالك الظاهر للمرهون و أبقى على الرهن صحيحاً نافذا . و التزاحم هنا تزاحم نظري أيضاً كما في رهن ملك الغير للأسباب ذاتها..

قائمة المصادر

أولاً: الكتب القانونية:

١- جاك غستان ، *المطول في القانون المدني، تكوين العقد* ، ترجمة منصور القاضي ، ط٢، بيروت: المؤسسة الجامعية للدراسات و النشر و التوزيع ، ٢٠٠٨ .

٢- د.أحمد محمود الخولي ، *نظرية الحق بين الفقه الإسلامي و القانون الوضعي* ، ط١ ، مصر: دار السلام ، القاهرة ، ٢٠٠٣.

٣- د.أنور سلطان، *الموجز في مصادر الالتزام*، الإسكندرية: مصر، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨ .

٤- د.أيمن إبراهيم العشماوي ، *نظرية السبب و العدالة العقدية* ، القاهرة: دار النهضة العربية ، ٢٠٠٨.

٥- د.بيار أميل طوبيا ، *الغش و الخداع في القانون الخاص* ، ط١، بيروت: لبنان ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، ٢٠١٤ .

٦- د.توفيق حسن فرج ، *التأمينات الشخصية و العينية* ، بلا طبعة ، الإسكندرية: مصر ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بلا سنة نشر .

٧-د.توفيق حسن فرج ، *المدخل للعلوم القانونية* ، الإسكندرية: مصر ، مؤسسة الثقافة الجامعية ، بلا سنة نشر.

٨-د.حسن عبد الباسط جميعي ، *أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد* ، القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٩٦ .

٩-د.سليمان مرقس، *التأمينات العينية*، القاهرة: مطابع دار النشر للجامعات، ١٩٥٩.

١٠-د.سمير عبد السيد تناغو ، *التأمينات الشخصية و العينية* ، بلا طبعة ، الإسكندرية: مصر، مؤسسة منشأة المعارف ، ١٩٩٦.

١١-د.شاكر ناصر حيدر ، *شرح القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية العقارية* ، ج٢ ،ط١ ، بغداد: مطبعة المعارف ، ١٩٥٣ .

١٢-د.شفيق شحاتة ، *محاضرات في القانون المدني ، حوالة الحق في قوانين البلاد العربية* ، القاهرة: مطبعة دار الهنا ، ١٩٥٤.

١٣-د.شمس الدين الوكيل، *نظرية التأمينات في القانون المدني* ، ط٢ ، بلا دار نشر، الاسكندرية: ١٩٥٦ .

١٤-د.عبد الرحمن عياد ، *أساس الالتزام العقدي* ، الإسكندرية: المكتب المصري الحديث للطباعة و النشر ، ١٩٠٧.

١٥-د.عبد الرزاق السنهوري ، *الوسيط في شرح القانون المدني ، التأمينات العينية و الشخصية*، ج١٠ ، بيروت: لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، بلا سنة نشر.

١٦-د.عبد الرزاق السنهوري ، *مصادر الحق في الفقه الإسلامي : دراسة مقارنة بالفقه الغربي*، بيروت: دار إحياء التراث العربي و مؤسسة التاريخ العربي ، ج١ ، ط١ ، ١٩٩٧ .

١٧-د.عبد المجيد الحكيم ، أ. عبد الباقي البكري ، أ. طه البشير ، *القانون المدني و أحكام الالتزام* ، بغداد: المكتبة القانونية ، ٢٠١٧.

١٨-د.عبد المنعم فرج الصدة، *أحكام الالتزام*، بلا طبعة، القاهرة: دار النهضة العربية ، ١٩٩٨.

١٩-د.فايز احمد عبد الرحمن، *التأمينات العينية والشخصية*، ط١، القاهرة: مصر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٧.

٢٠-د.محمد شكري سرور، *النظرية العامة للحق*، ط١ ، القاهرة: مصر، دار الفكر العربي ، ١٩٧٩.

٢١-د.منذر الفضل ، *الوسيط في شرح القانون المدني العراقي* ، ط١ ، أربيل: منشورات ئاراس، ٢٠٠٦ .

٢٢-د.نبيل ابراهيم سعد ، *التأمينات العينية و الشخصية* ، الاسكندرية: مصر، دار الجامعة الجديدة.

٢٣-ريما فرج مكي ،*تصحيح العقد* ، ط١ ، بيروت: شركة المؤسسة الحديثة للكتاب ، ٢٠١١.

٢٤-عبد الهادي الفضلي ، *خلاصة المنطق* ، ط٣ ، بيروت: لبنان ، دار الأضواء ، ٢٠١٥.

٢٥-محمد طه البشير و د. غني حسون طه ، *الحقوق العينية* ، ج٢ ، طبعة جديدة و منقحة ، بيروت: شركة العاتك لصناعة الكتاب ، ٢٠١٧.

ثانياً: الرسائل الجامعية والأطاريح:

١-أحمد راضي كعيم الشمري ، "الأفضلية عند التزاحم في نطاق عقد الرهن"، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة كربلاء /كلية القانون، ٢٠١٧

٢-درماش بن عزوز ، "التوازن العقدي"، أطروحة دكتوراه ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبي بكر بلقايد ، تلمسان ، الجزائر ، ٢٠١٣-٢٠١٤.

٣-د.غني ريسان جادر، "احكام تصرفات الوارث الظاهر(دراسة مقارنة)"، رسالة ماجستير ،كلية القانون/جامعة بغداد، ١٩٩٩.