

فكرة المفاضلة كوسيلة قانونية لضمان حقوق الافراد المدنية

م.د. رعد عداي حسين
كلية الحقوق/جامعة النهرين

الملخص:

ينظم القانون تصرفات الافراد بما يضمن الوصول الى مجتمع هاديء عادل يسوده الامن والطمأنينة، فالقانون ليس غاية بحد ذاته وإنما هدفه إقامة العلاقات بين الافراد على اساس عادل خالي من النزاعات. إذ يثير تضارب المصالح بين الافراد (Conflict of Interests) الى كم هائل من المشاكل مما يستلزم وجود قوانين تعيد الحق الى صاحبه بسلاسة وهدوء وتقبل حتى من قبل الطرف المسؤول عن الضرر لذلك تجد القانون يحاول ان ينص على حكم يتضمن بين جنباته العدالة من جهة والمرونة من جهة اخرى، وكثيرة هي الاحكام على هذه الشاكلة في القانون المدني العراقي فتراه يخير المتضرر في المسؤولية التقصيرية (TORT) بين امرين ينتقي ايهما انفع له، او يفاضل الطرف الدائن باختيار امر من امرين ووفقا لرؤيته ولظرفه. وحيانا يعطي الخيار للمحكمة (COURT) من تفضيل خيار تشريعي من خيارين متاحين لها كل ذلك بغية تحقيق العدالة وإرجاع الحقوق بهدوء وسلاسة مع ضمان اكبر قدر كان من رضا اطراف العلاقة القانونية.

The Idea of Prefrence as a Legal Means to Safeguard the Persons' Civil Rights

Abstract:

Law regulates person's actions with a view to reach peaceful and justice community which is dominated by security and tranquility. Law is not by itself an aim, but his goal, however, is to establish balanced relationships between persons free from conflicts. Conflict of interests between person's leads to huge problems, which requires establishing legal rules to ensure that a right will can be returned back to his owner easily, quietly and ensuring a satisfaction even by the wrongdoer. So, law often encapsulates rules contain fairness from a side, and flexibility in its application from the other side. The Iraqi Civil Code contain a considerable amount of legal rules characterized by these features, which involve granting the aggrieved person or the wrongdoer in the tortious liability some options in order to choose the best between them according to circumstances. The provisions of law may grant the court itself the power to give one option the priority over the other with a view to reach justice and ensure returning a right to his owner peacefully, easily and to ensure the satisfaction of the legal relationship parties.

المقدمة:

ان من صلب مهام المشرع هو تنظيم سلوك الافراد بما يضمن تحقق العدل بينهم، الا ان هذه الغاية احيانا تكون صعبة المنال وتحتاج الى وسائل ومكن قانونية لتحقيقها ومن ضمن هذه

الممكن القانونية هو قيام المشرع ومراعاة منه لظرف (Circunstance) او حالة (case) او واقعة (occurance) معينة باعطاء الدائن او المدين او للمحكمة مكنة قانونية تقضي بتفضيل خيار من خيارين متاحين الهدف منه إعطاء فسحة تشريعية لمن انعقد له التفضيل كي لا يكون في حرج او ضيق ناتج عن تصرف قانوني معين هذا من جهة ومن جهة اخرى ان ازالة العوائق القانونية والتقليل من النزاعات بوسائل قانونية بسيطة ومتاحة هو تصرف محمود، فلا ضير يذكر من إقرار السماحات التشريعية تحت اي صورة او شكل كون ان النتائج المترتبة على وجود هذه السماحات نتائج ايجابية ملموسة وتهدف بالنهاية للوصول الى علاقات قانونية عادلة وهادئة ومستقرة (Stability) وهذه بدورها من الغايات المهمة للقانون. ولكي تعطي هذه السماحات أكلها فلا بد ان يتم استعمالها وتطبيقها بحكمة وموضوعية بعيداً عن التعسف والقسوة، فمرونة النص غايته التوفيق بين متطلبات أطراف العلاقة القانونية فيلبي رغبات الدائن (Creditor) من جهة ولا يمس المدين (debtor) باي ضرر من جهة اخرى فنكون امام حالة نموذجية من العلاقات القانونية وكل ذلك بفضل سماحة ورحابة المشرع في صياغة النصوص القانونية.

اولاً- اهمية البحث

تكمن اهمية البحث في تسليط الضوء على نقطة مهمة ومخفية في نفس الوقت ألا وهي مكنة احد اطراف العلاقة القانونية او المحكمة من تفضيل حكم قانوني وارد بالنص من بين الخيارات القانونية المطروحة، ومما يزيد من اهمية الموضوع ان استعمال هذا التفضيل في اغلب الاحيان غير مقترن بمعيار يسترشد به من له التفضيل فيقع احياناً في دائرة الخطأ او مجافاة العدالة وفي احسن الاحوال عندما يقترن النص بمعيار نجده معياراً يحتاج هو نفسه لمعيار يحدده ممايزيد من الامر صعوبة.

ثانياً- صعوبات البحث

تظهر صعوبات البحث في قلة الدراسات القانونية التي تناولت هذا الموضوع فضلاً عن ندرة الاحكام القضائية، ويرجع السبب لهذه القلة كون ان القضاء والباحثين القانونيين قد ركزوا ركناً تاماً وأستسلموا للنص عندما اعطى مكنة التفضيل وفقاً لمشئته صاحبها ولم يدققوا كثيراً في شروط هذه المشئته او معاييرها.

ثالثاً- منهجية البحث

اتبعنا في هذا البحث الاسلوب التحليلي للنص القانوني وبيان أصل الفكرة وتكييفها وشروطها ومعاييرها، فبادرنا الى تسليط الضوء على النصوص التي تتضمن التفضيل وتحليلها وبيان فلسفة المشرع التي دفعته الى إقرار هكذا حكم فضلاً عن بيان وايضاح مكامن التفضيل ودواعيه في النصوص التي تضمنت ذلك.

رابعاً- خطة البحث

تم تقسيم البحث على ثلاث مباحث خُصص الاول منها الى تأصيل فكرة المفاضلة وتمييزها من الاوضاع القانونية المشابهة لها فيما اتى المبحث الثاني تحت عنوان تكييف فكرة المفاضلة وشروطها ومعايير إنتقاء الخيار المُفاضل وانتهينا بمبحث ثالث بينا فيه صور المفاضلة في القانون المدني العراقي وختمنا البحث بالنتائج التي توصلنا لها والمقترحات التي راينا من المفيد الاخذ بها. المبحث الاول: تأصيل فكرة المفاضلة وتمييزها من الاوضاع القانونية المشابهة لها

للقوف على مضمون عمل اطراف العلاقة القانونية بالمفاضلة (Prefrence) بين امرين لابد لنا من تسليط نظرة عامة على هذه الفكرة من خلال تاصيلها وذلك بالبحث على بواورها تاريخياً فضلاً عن تمييزها من الاوضاع القانونية المشابهة لها، لنصل بالنهاية الى تحديد جانب كبير من الاطار العام لهذه الفكرة.

المطلب الاول: تأصيل الفكرة (المفاضلة في ظل التاريخ القانوني)

The Histoical Origin Of the Idea

مرت الافكار القانونية بمراحل مختلفة عبر العصور واختلفت رقباً او إنحداراً وحسب فلسفة تلك الحقبة في معالجة وضع قانوني ما، الا ان الافكار القانونية في الغالب الشائع تتبلور وتتطور كلما تقدم بها الزمن و لايعني هذا اطلاقاً تخلف القوانين القديمة قانونياً وانما هناك ما يسوغ ان تفتقر حقبة ما بنوع معين من الافكار القانونية^(١).

وبما ان القانون المدني العراقي كان متأثراً بالشريعة اللاتينية والمتمثلة بالقانون الفرنسي (الروماني الجذور) وباحكام الشريعة الاسلامية ايضاً، فكان لابد من الرجوع لهذه الاصول التاريخية لتأطير الفكرة.

أولاً:- المفاضلة في ظل قوانين بلاد الرافدين(شريعة حمورابي إنموذجاً) ^(٢):- قنن حمورابي نصوصاً سبق وان اعتمدت في الشرائع السابقة له، الا انه رتب هذه النصوص وازاح منها ما لايتفق مع عصره^(٣) واخرجها بشكل يلبي رؤيته وغاياته، لذا ترى ان قانونه اتسم بالصرامة والشدّة على عكس القوانين التي سبقته^(٤) فظهر وبشكل جلي انه يتضمن قسوة وتطرف بالعقوبة وباقي الاحكام^(٥). لذا لم نجد في شريعة حمورابي سوى اشارة او اشارتين لتفضيل الشخص في خياره بين امرين ولربما كان السبب في ذلك هو هيمنة الاحكام العقابية على هذه الشريعة التي تستلزم بدورها الشدة والجمود في الاحكام او بسبب الصياغة القانونية انذاك التي تتأثر باللغة المتداولة ومدلولاتها^(٦)، او بسبب بنية القوانين العراقية القديمة التي كانت تتسم بعدم الشمولية في تطرقها للمواضيع المختلفة^(٧) حيث تُرجع أغلب الاحكام للالهة باعتبار ان سلطة الملك في العراق القديم مستمدة من هذه الالهة^(٨) ومخالفتها بالتاكيد هي مخالفة لهذه الالهة ومن ثم فان الاله لاخير الافراد باتباع امر من امرين وانما يفرض حكماً وعلى الافراد اتباعه من دون خيار اخر ويكونوا ملزمين بتنفيذ الاحكام من دون نقاش.

(١) د.صبيح مسكوني، تاريخ القانون العراقي القديم، ط١، مطبعة شفيق-بغداد، ١٩٧١، ص١٠٣

(٢) وتم اختيار شريعة حمورابي انموذجاً كون ان مصادرها كانت مستمدة من الشرائع السومرية والاكديّة السابقة فكانت انعكاساً لماورد فيها مع اضافة بعض التعديلات. لمزيد من التفصيل انظر عبد الرحمن البراز، الموجز في تاريخ القانون، بدون طبعة، دار دجلة للطباعة والنشر-بغداد، ١٩٤٨، ص٥٣

(٣) حيث يرى بعض المؤرخون انه اتى للتوفيق بين الثقافات المتضاربة التي كانت قبله، الا انه ابقى في احيان كثيرة على مايراه مناسباً بل شدد من بعضها وحياناً جعل هناك تناسبا بين وضع الغني والفقير فيما يتعلق بالعقوبات ففرض العقوبات المشددة على الغني بينما اكتفى بالغرامة على الفقير.... John Sassoon, Ancient law modern problems, printed antony row ltd2004, p37

(٤) شريعة حمورابي، تقديم الاب سهيل قاشا، ترجمة محمود الامين، ط١، دار الوراق-لندن، ٢٠٠٧، ص٨

(٥) د.عباس العبودي، تاريخ القانون، ط٢، العاتك-القاهرة، ٢٠٠٧، ص١٠٤

(٦) حيث كانت الصياغة في تلك الحقبة تأخذ نمطاً واحداً يفرض بدوره انسياق النص الى نتيجة بعينها ومثال ذلك قانون اورنمو المتكون من (٣٧) مادة بدأت جميعها بكلمة (أذا) الشرطية فكانت النصوص تفترض ماسوف يقع من احداث....انظر عبد السلام الترماني، الوسيط في تاريخ القانون والنظم القانونية، ط٢، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٩، ص١٤٥...كذلك

موفق مهذول محمد، قانون اورنمو، ط١، المكتبة الوطنية، ٢٠٠٨، ص٦٤

(٧) د.عامر سليمان، القانون في العراق القديم، بدون طبعة، مطبوعات جامعة الموصل، ١٩٧٧، ص١٦٢

(٨) د.سهيل حسين الفتلاوي، تاريخ القانون، ط١، مكتبة الذاكرة-بغداد، ٢٠١٠، ص٥

وقد كانت الاشارة الى مكنة التفضيل بشكل بسيط جدا وليس كما هو معروف الان وبنفس المدلول الحالي حيث كانت في مهدها وتتناسب مع بؤادر الظهور الاول وانحصر في مادة واحدة^(١) فقط هو نص المادة (١١٧) والتي ظهر من خلالها اللجوء الى التفضيل (Priority) اذ جاء بها ((اذا حان الاستحقاق على سيد وباع وزوجته او ابنه او بنته او ارتبط بالخدمة فيجب عليهم ان يعملوا في بيت من اشتراهم او الدائن ثلاث سنوات وتعاد لهم حريتهم في السنة الرابعة)). بينما سادت النصوص القطعية الحتمية على مجمل الشريعة لابل بل ان بعض النصوص تناولت تشديد الحكم باضافة حكم ثانوي للحكم الاصلي كما ورد بالمادة (١١٣) و (١١٦) و (١٥٠). فضلا عن الاسباب البنيوية لهذه الشريعة التي عززت مبدأ الفرضية الواحدة فان عزوفها عن تنظيم كثير من العقود والاحكام الرئيسية ساعد على تراجع فكرة التفضيل، فعزفت الشريعة عن تنظيم احكام الكفالة التي وردت في كثير من المحررات العملية وعن عقد البيع بشكل يتناسب مع اهميته^(٢) وعن الاحكام المتعلقة بالملكية الفردية^(٣)، بينما اشارت وبمواد قليلة لعقد المقايضة والايجار والقرض والوديعة^(٤).

وبذلك فقد تم التخلي عن ميدان رحب وواسع كان من الممكن ان تظهر فيه فكرة التفضيل بشكل اوسع، وبالتالي يمكن ان تتسم قوانين بلاد الرافدين القديمة بالخيار الواحد (الفرضية الواحدة) إذ لم يعطى النص للشخص اكثر من خيار واحد وبالتالي سلب منه مكنة التفضيل بين امرين ويرجع السبب في ذلك (كما سبق ذكره) الى نزعة هذه القوانين التي تميل الى الشدة والقسوة وضرورة الانقياد الشديد لها.

ثانياً: فكرة المفاضلة في القانون الروماني:- من الطبيعي انه وبمرور الزمن تنتضج الافكار القانونية وتصبح اكثر رصانة واكثر تقدماً لتعالج حالات افرزها المجتمع بسبب تطوره، لذلك ترى ان القانون الروماني تشعب كثيراً في الاحكام القانونية، وانتقل في تفكيره وفلسفته من مراحل الى مراحل اخرى اكثر اشراقاً، فتراه تحول وتصاعد بالافكار شيئاً فشيئاً ومنها عندما تراجع عن فكرة ان يكون محل الالتزام عند عدم التنفيذ هو بدن وجسم المدين^(٥) ليحل محله التنفيذ على ذمة المدين المدين المالية، وتراجعه ايضاً عن فكرة اقتصار اثر العقد على عاقيه ليتوسع بهذا المفهوم ويمد هذا الاثر الى الغير عن طريق الاخذ بالاشتراط لمصلحة الغير في احوال استثنائية بعد ان كان لا يبيحها^(٦)، وبذلك بدأت ظهور بعض الافكار التسامحية والمرنة والتي اسست لكثير من النصوص ومنها النصوص المتعلقة باعطاء الدائن او المدين بحسب الاحوال اكثر من خيار واحد ويكون له المفاضلة بينهما، لنرى ان القانون الروماني بدأ ياخذ بفكرة المفاضلة الممنوحة لاحد الاطراف في مختلف التصرفات القانونية وكالتالي:-

١. في فكرة الالتزامات بصورة عامة:- مس القانون الروماني فكرة التفضيل مساً عندما قسم الالتزامات الى تضامنية وغير تضامنية، وعرفوا نوعين من التضامن السلبي الاول هو (الناقص) وبمقتضاه يكون للدائن ان يطالب اي مدين متضامن وبالتالي يفقد حقه قبل باقي المدينين وفي حالة عدم كفاية اموال هذا المدين فلا يكون له الحق بالرجوع على باقي

(١) ونقول مادة تجزأ إذ لم يعرف واضعوا شريعة حمورابي ترقيم المواد القانونية وتسلسلها وفيما اذا كانت احدى المواد عائدة لمادة اخرى ام لا لما في ذلك من اثر مهم في تفسير نصوص الشريعة الامر الذي فوت على الباحثين الكثير من معرفة القصد من الاحكام... لمزيد من التفصيل انظر. د. ليلي عبد الله سعيد، المسؤولية المدنية في شريعة حمورابي، ط١، دار الشؤون الثقافية العامة-بغداد، ٢٠٠١، ص٧

(٢) د. صبيح مسكوني، المصدر السابق، ص١٠٥

(٣) د. ليلي عبد الله سعيد، المصدر السابق، ص٨

(٤) د. منذر الفضل، تاريخ القانون، ط٢، مكتبة دار الثقافة للطباعة والنشر-عمان، ١٩٩٨، ص٨٠

(٥) جبرائيل البناء، دروس في القانون الروماني، بدون طبعة، مطبعة الاعتماد-بغداد، ١٩٤٩، الكتاب الثاني ص٤٩

(٦) صبيح مسكوني، القانون الروماني، ط٢، مطبعة شفيق-بغداد، ١٩٧١، ص٣٦١

المدينين ويكون هذا في الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار، اما (الكامل) فللدائن الحق بالرجوع بكامل مطالبه المالية وغالبا مايكون هذا الامر في الالتزامات التضامنية الاتفاقية^(١)، وبالتالي فان الدائن يكون مخيراً بان يطالب بحقه امام الدائنين جميعاً او امام احدهم وفي حال عدم كفاية الاموال يمكن له الرجوع على باقي المدينين.

٢. **في إداء مبلغ التعويض والوفاء:-** حيث اعطى القانون الروماني للدائن إستيفاء التعويض (قطع من النحاس) او (النقود) من المدين نفسه او من احد اقربائه او مواليه من دون التقيد بطريقة التادية الشكلية ذات المراسم (Compietion of formalities)، وعلى نفس المنوال اجاز قبول الوفاء من المدين نفسه او اي شخص اخر ايا كان^(٢)

٣. **في عقد البيع:-** يتسبب عقد البيع باحكامه اغلب التشريعات فتري ان الغالبية العظمى من التشريعات تتناول احكام البيع بتفصيل مسهب ولا تكرر ما ورد من هذه الاحكام في العقود الاخرى وانما يتم قياس ما تناوله عقد البيع ومن ثم تطبيقه على العقود الاخرى كاحكام الثمن والمحل وضمان التعرض والاستحقاق والهلاك. وقد اشار القانون الروماني في عقد البيع الى فكرة التفضيل وذلك عند ايراده للغبن فاعطى للبائع^(٣) الذي لحقه غبن من تعاقدته يتجاوز النصف الخيار بين طلب بطلان البيع او مطالبة المشتري بتكملة الثمن^(٤). وأشار كذلك للتفضيل في باب العيوب الخفية (Redhibition) في المبيع التي كانت غريبة عن واقع القانون الروماني حتى اضطر للاخذ بها بسبب مطالبات حكام الاسواق انذاك فقرر الزام البائع (SELLER) بان يبين للمشتري مافي الخيل والماشية وحتى الرقيق من عيوب فان تغافل عن ذلك متعمداً كان للمشتري ان يطالب بالتعويض عن الخسائر المباشرة وغير المباشرة او ان يطلب فسخ البيع خلال ستة اشهر من تاريخ انعقاده، او انقاص الثمن في خلال سنة من وضوح العيب^(٥)

٤. **عقد الوديعة (Deposit):-** تعرف القوانين الرومانية الوديعة الاضطرارية وهي التي يعقدها الشخص في ظروف قاسية وصعبة تضطره الى ايداع ممتلكاته وتحت ضغط الضرورة، ففي هذا النوع من الوديعة اذا مات الوديع فللمودع ان يطالب بحقه قضائياً من ورثة الاول (بما لايتجاوز السنة) اما برد الشيء او رد قيمته، فضلاً عن ذلك فقد الزم القانون الروماني المودع بان يرد كل ما انفق الوديع للمحافظة على المال وخيره في حالة عدم قبضه للاموال المنفقة اما حبس هذا المال او اقامة دعوى الوديعة المضادة^(٦).

٥. **في عقد الصلح (Scheming):-** نظمت مدونة جوستنيان في الفقه الروماني (Code of Justinian) جملة من الاحكام القانونية حيث تضمنت في دفتيها مجموعة من القواعد القانونية تتقارب الى حد كبير من القواعد القانونية الحالية من حيث المضمون واحياناً من حيث الصياغة ايضاً فقد ورد ضمن هذه القواعد بانه ((لا يتحقق صلح بدون شيء يعطى

(١) عبدة حسن الزيات، مذكرات في القانون الروماني- الالتزامات، بدون طبعة، مطبعة العهد-بغداد، ١٩٣٦، القسم الثاني ص ١٦

(٢) انظر محمد معروف الدواليبي، الوجيز في الحقوق الرومانية وتاريخها - ج ٢، ط ٥، مكتبة الشرق ومطبعها-

حلب، ١٩٦٣، ص ٤٣١ و ٤٣٥

(٣) وقد اعطى القانون الروماني للشخص البالغ خمس عشرون سنة فقط حق الادعاء بالغبن بشروط ثلاثة هي ١- ان يكون المبيع عقاراً ٢- ان تتجاوز القيمة نصف ثمن العقار الحقيقية ٣- ان يكون الطاعن هو البائع فقط...لمزيد من التفصيل انظر

محمد معروف الدواليبي، المصدر السابق، ص ٣٨٥

(٤) د.توفيق حسن فرج، القانون الروماني، بدون طبعة، الدار الجامعية، ١٩٨٥، ص ٤١٢

(٥) عبدة حسن الزيات، المصدر السابق، القسم الثاني ص ٧٦

(٦) د.فايز محمد حسين، الوديعة في القانون الروماني والشرعية الاسلامية، بدون طبعة، دار المطبوعات الجامعية

الاسكندرية، ٢٠١١، ص ١٠٠

او يستبقى او يوعد)) وبظهر من النص تعدد الخيارات التي تعطى للدائن والتي من الممكن ان يطلبها كشرط للصالح فتكون اما شيء يعطى فعلاً او يستبقى كضمان او حتى مجرد الوعد بشيء ما^(١).

٦. في الدعوى البوليصية:- الدعوى البوليصية هي احدى الوسائل القانونية لحماية الدائن او الدائنين من غش المدين المعسر، وقد كانت اجراءات رفع هذه الدعوى هي اجراءات جماعية لا فردية بياشرها مجموع الدائنين عن طريق ممثلهم (وكيل) يعهد اليه تصفية اموال مدينهم بعد قيامه ببيعها عن طريق نقل حيازتها اليه.

الا ان الامر تطور في عهد جوستنيان واتسم بالقليل من المرونة حيث كانوا يرون ان السلوك البشري المتغير لا يتناسب مع تقييد وجمود النص^(٢) فاجيز رفع هذه الدعوى من قبل الوكيل او احد الدائنين بعد اخذ موافقة القاضي، واما من ترفع عليه الدعوى فيستوي الامر ان كان هو المدين نفسه او المتصرف له او الغير الذي استفاد من التصرف^(٣).

نخلص من ما تقدم ان التطور في الافكار القانونية التي تخلل مسيرة القانون الروماني كان لها الاثر الكبير في زعزعة بعض الافكار الصارمة والجامدة فبدأ اكثر مرونة وتسامح فأجاز في بعض الحالات اعطاء فسحة ومكنة للدائن او المدين بانتقاء خيار من خيارين يلبي رغباته القانونية من جهة ولا يسبب ضرراً من جهة اخرى. الا ان السؤال الذي يقدر في الازمان هو هل كانت مساحة الاخذ بفكرة التفضيل بين الخيارين الممنوحة للأفراد تتناسب مع المكانة المرموقة للقانون الروماني وتطوره بالمجمل أم لا. الجواب في رأينا ان الاخذ بهذه الفكرة على الرغم من تصاعدها الا انه كان بشكل ضيق لا يتناسب مطلقاً مع التطور الفلسفي لهذا القانون ونرى ان سبب ذلك يرجع الى عدم تطور المجتمع الروماني بشكل كبير^(٤) كي يُسمح للأفراد بهذه المساحات والسماحات القانونية، فالتشريع احياناً ينهج نمطاً محدداً مباشراً لا يتسم بالتعددية ليكبح جماح من ينوي التحايل على القانون او استغلال حسني النية او الاستفادة من الثغرات في النصوص القانونية لاسيما اذا كانت هذه التصرفات شائعة ومتواترة في مرحلة ما ويوجد مايؤطرها ويشجعها من عادات اجتماعية. فضلاً عن ذلك فان وعلى الرغم من تطور الافكار القانونية الرومانية الا ان صياغتها لم يكن بمستوى عال يتناسب مع تقدم القانون الامر الذي فوت كثيراً من فهم الافكار^(٥).

ثالثاً: فكرة المفاضلة في الشريعة الاسلامية:- اتسمت الشريعة الاسلامية الغراء بالمرونة والسماحة واليسر فلم تضيق على الناس في شأن من الشؤون، بل تسعى للتخفيف من المشقة كلما برزت، فانت كثير من الايات القرآنية الكريمة تسعى وتنادي بالرحابة وعدم التضيق على كاهل الناس، ومن مصاديق هذا التخفيف هو اعطاء خيار للناس بإختيار امر من امرين يروونه اكثر يسراً وسهولة ولا مشقة فيه، حيث ظهر ذلك في ايات كثيرة ومنها ماورد في سورة البقرة ((وَأَتِمُّوا الْحَجَّ وَالْعُمْرَةَ لِلَّهِ فَإِنْ أُخْصِرْتُمْ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ وَلَا تَحْلِقُوا رُءُوسَكُمْ حَتَّى يَبْلُغَ الْهَدْيُ مَحَلَّهُ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَرِيضاً أَوْ بِهِ أَذًى مِنْ رَأْسِهِ فَفِدْيَةٌ مِنْ صِيَامٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ نُسْكَ فَإِذَا أَمِنْتُمْ فَمَنْ تَمَتَّعَ بِالْعُمْرَةِ إِلَى الْحَجِّ فَمَا اسْتَيْسَرَ مِنَ الْهَدْيِ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامٌ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ فِي الْحَجِّ وَسَبْعَةٌ إِذَا رَجَعْتُمْ تِلْكَ عَشْرَةٌ كَامِلَةٌ ذَلِكَ لِمَنْ لَمْ يَكُنْ أَهْلَهُ حَاضِرِي الْمَسْجِدِ الْحَرَامِ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ شَدِيدُ

(١) عبد العزيز فهمي، مدونة جوستنيان في الفقه الروماني، ط ١، دار الكتاب المصري-القاهرة، ١٩٤٦، ص ٣٩٣

(٢) Lans Kelsen, General Theory of law and state, third printing, 1949, p43

(٣) صبيح مسكوني، القانون الروماني، مصدر سابق، ص ٤٣٥

(٤) اذ كان القانون الروماني اكثر تطوراً من الحياة الاجتماعية للرومان وهذا امر طبيعي فاحياناً يكون من واجبات القانون ان يرسم طريقاً للأفراد يسرون عليه للوصول الى فكرة او تصرف اكثر رقياً

(٥) Sir Henry sumner Maine, Ancient Law, tenth edition, london, 1906, p342

الْعَقَابِ))^(١) وَكَذَلِكَ ((إِنَّ الصَّافَا وَالْمَرْوَةَ مِنْ شَعَائِرِ اللَّهِ فَمَنْ حَجَّ الْبَيْتَ أَوْ اعْتَمَرَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِ أَنْ يَطَّوَّفَ بِهِمَا وَمَنْ تَطَوَّعَ خَيْرًا فَإِنَّ اللَّهَ شَاكِرٌ عَلِيمٌ))^(٢) وَكَذَلِكَ ((أَيَّامًا مَّعْدُودَاتٍ فَمَنْ كَانَ مِنْكُمْ مَّرِيضًا أَوْ عَلَى سَفَرٍ فَعِدَّةٌ مِنْ أَيَّامٍ أُخَرَ وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ فَمَنْ تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَأَنْ تَصُومُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ))^(٣) وَكَذَلِكَ ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا شَهَادَةُ بَيْنَكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدُكُمْ الْمَوْتُ حِينَ الْوَصِيَّةِ اثْنَانِ ذَوَا عَدْلٍ مِنْكُمْ أَوْ آخَرَانِ مِنْ غَيْرِكُمْ إِنْ أَنْتُمْ ضَرِئْتُمْ فِي الْأَرْضِ فَأَصَابَتْكُمْ مُصِيبَةُ الْمَوْتِ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ إِنْ ارْتَبْتُمْ لَا نَشْتَرِي بِهِ ثَمَنًا وَلَوْ كَانَ ذَا قُرْبَى وَلَا نَكْتُمُ شَهَادَةَ اللَّهِ إِنَّا إِذَا لَمِنَ الْآثِمِينَ))^(٤) وَكَذَلِكَ ((يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدِينٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُب بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيَمْلِكِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسَ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيَمْلِكْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رَجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَلُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلٍ ذَلِكَمْ أَفْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا وَأَشْهِدُوا إِذَا تَبَايَعْتُمْ وَلَا يُضَارَّ كَاتِبٌ وَلَا شَهِيدٌ وَإِنْ تَفَعَّلُوا فَإِنَّهُ فَسُوقٌ بِكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَيُعَلِّمُكُمُ اللَّهُ وَاللَّهُ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ))^(٥)

وفي السنة النبوية المطهرة احاديث كثيرة تشير الى التيسير على الناس بتخييرهم وتفضيلهم لامر من بين امرين ومنها مايتعلق بالبيع فعن رسول الله ﷺ ((لا يتلقى الركبان لبيع، ولا يبيع بعضكم على بيع بعض، ولا تناجشوا، ولا يبيع حاضر لباد، ولا تصروا الابل والغنم، فمن ابتاعها بعد ذلك فهو بخير النظرين بعد ان يحلبها. فان رضىها امسكها. وان سخطها ردها وصاع من التمر))^٦. وكذلك ماورد في اختلاف البيعان. فعن رسول الله ﷺ ((اذا اختلف البيعان فالقول قول البائع، والمبتاع بالخيار))^(٧). وجاء في المزارعة عن رسول الله ﷺ ((اذا كان لاحدكم ارض فليمنحها اخاه او ليزرعها))^(٨)، واحاديث اخرى كثيرة تدل في مضمونها على التخفيف والتيسير من خلال عدم حصر الناس بخيار معين او فعل معين دون غيره وانما اتسمت السنة بالرحابة والفسحة كما راينا واصبح للناس اختيار حكم من بين حكميين شرعيين او اكثر من دون الوقوع في المعاصي.

المطلب الثاني: التمييز بين فكرة المفاضلة وبعض الاوضاع القانونية المشابهة
قد تتداخل معاني المصطلحات القانونية فيما بينها لتصرف الذهن بوحدة المصطلح او التصرف القانوني، وقد تقترب الاثار القانونية لتصرفين قانونيين مما يوحي ظاهرياً بتشابههما الامر الذي يستدعي بنا ازالة هذا اللبس الغموض والتشابك عن طريق تسليط الضوء على النقاط التي من خلالها يمكن لنا التمييز بين فكرة المفاضلة وبعض الاوضاع القانونية الاخرى.
أولاً:- فكرة المفاضلة والالتزام التخييري:- قد تدق التفرقة بين فكرة المفاضلة والالتزام التخييري كونهما ينصبان على امرين اثنين ويكون للدائن او المدين بحسب الاحوال اختيار احدهما او

(١) سورة البقرة: الاية (١٩٦)

(٢) سورة البقرة: الاية (١٥٨)

(٣) سورة البقرة: الاية (١٨٤)

(٤) سورة المائدة: الاية (١٠٦)

(٥) سورة البقرة: الاية (٢٨٢)

(٦) ابي الحسن مسلم النيسابوري، صحيح مسلم-كتاب البيوع، ط١، مؤسسة المختار-القاهرة، ٢٠٠٥، حديث رقم ١٥١٥

ص ٦٣٤

(٧) محمد بن عيسى الترمذي، سنن الترمذي، ط١، دار ابن الهيثم-القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٣٤٣ كتاب البيوع الحديث ١٢٧٠

(٨) محمد بن عيسى الترمذي، المصدر السابق، ص ٣٧٢ الحديث رقم ١٣٨٤

المفاضلة بينهما الا ان هذا التشابه لايعني مطلقاً ان المفهومين متطابقين ولهما نفس المدلول والاثار وذلك للأسباب التالية:-

١. الالتزام التخييري هو عبء يتقل كاهل المدين على الرغم من تعدد المحل، بينما التفضيل هي مكنة تشريعية اعطاها المشرع للدائن او المدين لاختيار امر من امرين
٢. محل الالتزام التخييري هو اداء شيء من شئتين واما ان يكون قيمياً او مثلياً بدلالة المادة ١/٢٩٨ من القانون المدني العراقي^(١) اما التفضيل فهو تفضيل بين امرين قد يكونا بصورة تصرف من تصرفين قانونيين او اختيار حكم من حكمين قانونيين.
٣. يلزم في الالتزام التخييري بالقانون المدني العراقي تحديد المدة التي يكون فيها الخيار^(٢) بينما في التفضيل لايشترط دائماً ان تحدد هذه المدة اذ يمنح في بعض الحالات التفضيل لطرف يكون من مصلحته الاسراع في الاختيار ومن غير المقبول عقلاً ان يتباطيء هذا الطرف بالاختيار فيسبب لنفسه اضرار وخسائر .

٤. من الاساسيات في الالتزام التخييري هي انه في حالة عدم استعمال المدين لخياره جاز للدائن ان يطلب من المحكمة نفسها تعيين محل الالتزام وهذا ما جاءت به المادة (٢/٢٩٩) من القانون المدني العراقي ((فاذا كان الخيار للمدين وامتنع عن الاختيار في المدة المحددة جاز للدائن ان يطلب من المحكمة ان تتولى بنفسها تعيين محل الالتزام اما اذا كان الخيار للدائن وامتنع عن الاختيار انتقل الخيار الى المدين)) وبمنظرة فاحصة الى النصوص المتعلقة بالتفضيل نراها لا تتسجم مع فكرة انتقال التفضيل من الاطراف الى سلطة المحكمة^(٣) بتعيين بتعيين محل الالتزام (على الرغم من ان التفضيل لا يكون بصورة التزام في اغلب الاحيان) كون ان الخيارات الممنوحة والتي ينتقي منها الدائن او المدين واحدا منها غالباً ما تكون خيارات تعتمد على قناعة الاطراف الشخصية ومن الصعب ايكال هذه المهمة للقضاء. فالمحكمة لا تستطيع مثلاً وضع نفسها محل المستاجر^(٤) (الذي لم ير الماجور) واختيار قبول عقد الايجار او فسخ العقد لان هذا الامر يتعلق بقناعات المستاجر الشخصية واحياناً بمزاجه او معتقده، هذا من ناحية ومن ناحية اخرى ان من غير المقبول مطلقاً التسليم بفكرة انتقال الخيار للمدين في حالة عدم قيام الدائن بالاختيار، كون ان التفضيل الوارد في النصوص التي تدور في فلكه لاستتقيم مع فكرة الانتقال بالاختيار كون ان هذا الانتقال يفوت من الغرض الاساسي للتفضيل نفسه وقطعا بان هذا الشيء لا يمثل غاية المشرع.

ثانياً:- فكرة المفاضلة وخيار الشرط:- الخيارات القانونية هي قدرة احد الطرفين على اقرار العقد وازالته بعد وقوعه مدة معلومة، والخيارات كثيرة اختلفوا في عددها الا ان المعول عليه لدى الغالبية من الفقهاء سبعة اقسام وهن خيار المجلس وخيار الغبن وخيار الرؤية وخيار التعيين وخيار العيب وخيار التأخير وخيار الشرط^(٥)، والاخير يعرف بانه اشتراط المتعاقدين ان يكون لهما او لاحدهما او لاجنبي حق فسخ العقد او امضائه خلال مدة معلومة. وقد يقترن خيار الشرط

^(١) ويقابلها نص المادة ٢٧٥ من القانون المدني المصري والتي تنص ((يكون الالتزام تخييرياً اذا شمل محله اشياء متعددة تبرا ذمة المدين براءة تامة اذ ادي واحد منها، ويكون الخيار للمدين مالم ينص القانون او يتفق المتعاقدان على غير ذلك))

^(٢) ينظر المادة ١/٢٩٩ من القانون المدني العراقي

^(٣) الا ان ذلك لايعني عدم وجود مكنة للمحكمة من القيام بالتفضيل وكما سوف نرى لاحقاً، اذ هناك حالات كثيرة يعتقد بها الاختصاص للمحكمة بالتفضيل ولكن هذا التفضيل هو تفضيل مباشر من المحكمة أي لاينتقل لها احتياطياً بعد امتناع الاطراف من القيام به

^(٤) ينظر المادة ٧٣٣ من القانون المدني العراقي

^(٥) د.عزيز كاظم جبر الخفاجي، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية، خال من رقم طبعة، دار الكتب القانونية-المحلة الكبرى، ٢٠١١، ص٧

من فكرة التفضيل وذلك لان في بعض الاحيان قد ينصرف التفضيل ايضا الى امضاء العقد او فسخه الا ان هذا التقارب لايعني الانطباق، ويكمن الاختلاف في النقاط التالية:-

١. خيار الشرط يرد على العقود (وان لم يكن جميعها) بينما فكرة التفضيل ترد على العقود وغيرها من التصرفات والاثار القانونية واثارنا تناط بالقضاء.

٢. مناط خيار الشرط هو فسخ العقد او امضائه اما التفضيل فليس بالضرورة ان ينحصر بهذين الامرين وانما يمكن ان يرد على حكم قانوني (حوالة الدين)^(١) او يرد على حكم قانوني يتضمن التفضيل بين امرين من جنس واحد (التعويض الناتج عن اتلاف الاموال) لكنهما يختلفان في المقدار^(٢) او يرد على وقائع مادية وتصرفات قانونية (الاثار القانونية للحيازة) وارادة بنص واحد^(٣)

٣. فكرة التفضيل ترد بنص القانون اما خيار الشرط فيتفق عليه المتعاقدان.

٤. لا بد ان يقتصر خيار الشرط بمدة معلومة بينما فكرة التفضيل الواردة بالقانون لا تقتصر بمدة في اغلب الاحيان

٥. من الممكن ان يعطى خيار الشرط لكلا المتعاقدين في وقت واحد او لاجنبي اما التفضيل فيعطى اما للدائن او للمدين او للقضاء .

٦. خيار الشرط لا يرد الا على العقود اللازمة لان العقود غير اللازمة يجوز الرجوع فيها دون الحاجة الى اشتراط الخيار بينما التفضيل يرد في النصوص المتعلقة بالعقود اللازمة وغير اللازمة لان مناطه لايتعلق ولايمس بالضرورة فكرة اللزوم وعدم اللزوم.

ثالثاً:- فكرة المفاضلة والاثار الاحتياطي التعاقبي (Progression): بينا ان فكرة المفاضلة هي اعطاء الدائن أو المدين أو القضاء مكنة اختيار حكم قانوني من بين حكمين متاحين له بموجب النص القانوني الا ان بعض النصوص القانونية قد تتضمن ايراد خيارين ايضاً ولكنهما لايتيان بمعنى التفضيل بل بمعنى الاثر القانوني لمرتبة على عدم تحقق حكم واقعي او قانوني ومثال الحالة الاولى (التعذر الواقعي) ماورد بالمادة (٢٠١٧ / ٢) والتي تنص ((ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الاحوال وعلى قدر جسامته التعدي الذي وقع من كل منهم، فان لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي))^(٤). ومثال الحالة الثانية (التعذر القانوني) ماجاء بالمادة (٢٠٢٩ / ٢) من القانون المدني العراقي والتي تنص ((ويجوز لمن كان مهتداً بضرر يصيبه من البناء ان يطالب المالك باتخاذ ما يلزم من التدابير لدرء الخطر فان لم يقم المالك بذلك جاز الحصول على اذن من المحكمة في اتخاذ هذه التدابير على حسابه)). فيتضح انه على الرغم من احتواء النص الواحد على حالتين او حكمين فان ذلك لاينصرف بالضرورة بان المضمون ينصرف الى التفضيل وانما هو اثر احتياطي وادراً بالتعاقب لاغير ففي حالة تعذر الفرض الاول سواء ان يكون التعذر مادي او قانوني فننتقل بحكم القانون الى الفرض الثاني.

المبحث الثاني: تكييف فكرة المفاضلة وشروطها ومعايير إنتقاء الخيار المُفاضَل

لا بد لكل وضع قانوني من احكام ينفرد ببعضها عن سائر الاوضاع الاخرى وقد يقترب احياناً من غيره ،الا انه بالمجمل هناك من الاحكام ماتعد من صلب تصرف او وضع قانوني ما ،لابل احياناً يمكن ان يُعرف تصرف ما او فكرة ما من خلال بعض النتائج والاثار

(١) ينظر المادة ٣٥٤ من القانون المدني العراقي

(٢) ينظر المادة ١٨٨ من القانون المدني العراقي والمادة ٣/١٩٤

(٣) ينظر المادة ١١٥٣ بفقرتيها الثانية والثالثة من القانون المدني العراقي

(٤) ويقابلها نص المادة ١٦٩ من القانون المدني المصري والمادة ٢٦٥ من القانون المدني الاردني

القانونية التي تنتج عنه، وليس ببعيد عن ذلك فكرة المفاضلة، فإذا ما اردنا ان نحدد اطارها العام فلا بد ان نبين تكييفها وشروطها ومعايير انتقاء الخيار المفاضل.

المطلب الاول: تكييف فكرة المفاضلة ((The Classification))

فكرة المفاضلة القانونية هي فكرة تعطي اكثر من دلالة فهي من ناحية يمكن ان تكون مكنة قانونية صرفة ومن ناحية اخرى هي انعكاس لمقتضيات العدالة واحياناً تُفرض موضوعياً على المشرع استناداً للواقعة نفسها.

أولاً:- فكرة المفاضلة باعتبارها مكنة قانونية

اتاح القانون للأفراد مكن قانونية عدة تسمح لهم من إنشاء اوضاع قانونية او تعديلها بتعكزها على النص التشريعي لتستمد قوتها وشرعيتها منه، وهذه المكنة الممنوحة بموجب القانون هي من تعطي الافراد التفضيل بين امرين وهي بدورها ممنوحة ذاتياً وبصورة مباشرة من ارادة المشرع لممارسة الخيار ويعتبرونها من باب المكن القانونية المعدلة^(١)، فالشخص الذي يهدم عقاره بدون حق فله الخيار ان شاء ترك انقاضه للهادم وضمنه قيمته مبنياً مع التعويض عن الاضرار الاخرى وان شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الانقاض واخذ هو الانقاض وضمنه القيمة الباقية مع التعويض^(٢). فقيام المتضرر بتفضيل خيار من خيارين هو امر راجع لمشينته المستمدة من المكنة التشريعية التي منحها القانون له وبغير هذه المكنة لا يكون لهذا الشخص هذه الفسحة من الاختيار. فالافراد لا يمكن لهم ذاتياً من خلق مراكز قانونية بدون ارادة المشرع المباشرة او غير المباشرة.

-تحليل ونقد الرأي:- نرى ان تكييف المفاضلة بانها مكنة قانونية لامناص منه الا ان الامر يحتاج الى بيان اساس هذه المكنة، فالمشرع على الرغم من ثبوت المكنة له في اقرار الاحكام الا انه يجب ان يسند هذه المكنة الى ما يبررها او ما يستدعي تشريعها كي لا يوصف النص بانه غير منتج ومجرد عن الواقعية ومن وحي الخيال القانوني^(٣) فلا يكفي ان يكون القانون هو مصدر للالتزامات بصورة مباشرة او غير مباشرة وانما عليه ان يركن الى فلسفة منطقية معقولة يستند لها المشرع في وضع الاحكام، فتعويم الخيارات المفاضلة من دون ضابط امر مقدوح فيه ويبعث على الريبة برصانة النص وخير فعل المشرع احياناً من اعطاء ضابط يُستشير به لمعرفة الخيار الاقرب للتفضيل كان يكون هذا الضابط هو العدالة او الظروف بصورة عامة، ويلاحظ ان القانون اعطى هذا الضابط في اكثر من موطن للمحكمة دون اطراف العلاقة القانونية كونه على ثقة من ان القضاء سوف يتعامل مع هذه الضوابط بموضوعية وحسن نية وتداركاً منه الى العواقب التي من الممكن ان تحدث في حالة وان اعطى الافراد صلاحية تقييم المعايير ومدى انطباقها مع الخيار الانسب باعتبارهم يفتقرون الى الثقافة القانونية اللازمة في التعامل مع ضوابط النص

ثانياً:- فكرة المفاضلة باعتبارها امتثال لاحكام الوقائع الموضوعية

قد تفرض بعض الوقائع او التصرفات القانونية نمطاً محدداً من الحلول او خيارين لا ثالث لهما يكون فيه الشخص محدد تحديد تشريعي يستند لاسس موضوعية تفرض نفسها بقوة على العلاقة القانونية، مما يؤدي الى انصياع الطرف المستفيد من التفضيل التشريعي الى الخيارات المحددة انصياعاً تاماً وان كانت له حرية الاختيار فيما بينها. فاحياناً ومهما سبح الخيال القانوني في سماء

(١) نارام محمد صالح، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني، خال من رقم طبعة، دار الكتب القانونية.

مصر، ٢٠١٠، ص ٨٥

(٢) ينظر المادة ١/١٨٧ من القانون المدني العراقي

(٣) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد- الجزء الاول- المجلد الثاني، ط ٣، منشورات الحلبي الحقوقية- بيروت، ٢٠٠٠، ص ١٤٣٩ وما بعدها

الواقعة نجده لايشذ عن خيارين او ثلاثة فقط كمنفذ لحل المشاكل الناتجة عنها، فيكون المشرع منقاد للاخذ بهذه الخيارات. ومثال ذلك ان المشرع ليس له خيارات متعددة في حالة ان لم يكن في وسع المستقرض رد مثل الاعيان المقترضة عندما تستهلك وتنقطع من الاسواق فتتخسر خياراته موضوعياً وواقعياً بخيارين هما ان ينتظر المقرض (to lie in) ان يوجد مثلها في الاسواق او ان يطالب بقيمتها يوم القبض^(١).

-تحليل ونقد الرأي:- ان تكييف التفضيل بانه امتثال لاحكام الواقع الموضوعي وان كان به جانب من كبير الصحة كون ان المشرع احياناً يجد نفسه امام حالات فرضها الواقع ويتحتم عليه التعامل معها كالالتصاق والحيازة (Possession) واوضاع قانونية اخرى. الا انه وعلى الرغم من فرض الواقع سطوته على الميدان وتحديد الخيارات المفاضلة الا ان ذلك لايعفي المشرع من بيان اسس يحتكم لها، فالموضوعية التي تفرض نفسها على الاحكام المستندة للوقائع لابد ان تستند الى معايير ومبررات يمكن الركون لها ولم نجد هذه المعايير او المبررات واضحة بشكل جلي، وكل ما ظهر هو اعطاء المشرع خيارين مفترضين يتناسبان مع مضمون الواقعة من دون معيار (Standard measurement) او حتى تفسير منطقي (Interpretation) يبرر اللجوء لهما (الخياران) بشكل معمق.

ثالثاً:- المفاضلة كصورة للعدالة القانونية

غالباً ما يحاول المشرع التوفيق بين المصالح المتعارضة للافراد والحد منها قدر الامكان، وحياناً ينجح تماماً في ذلك وحيان اخرى يحقق نجاح بشكل نسبي، ولا ريب ان سلاح المشرع في ذلك هو النصوص القانونية، وهذه المهمة المناطة بالمشرع كانت سابقة محصورة بالقضاء عن طريق استعمال سلطته التقديرية فاخذت جانب كبير من الاهمية منذ اقدم العصور حيث كان قدماء اليونان يرمزون للقانون بتمثال رجل يحمل ميزان وهو الاله وكانوا يقصدون بهذا الميزان بان القاضي او الاله عليه ان يضع في كفتي الميزان ما لدى الخصوم من ادلة وبراهين ناتجة عن النزاعات ليوازن بينهما ويفرض حكمه بالسيف^(٢).

وبالنظر لكون تحقيق الامان القانوني بصورة عامة والتعاقدي بصورة خاصة وعدم تضيق الخناق على الاطراف في حكم قانوني ما فقد يعتمد المشرع الى اعطاء احد اطراف العلاقة القانونية خيارين اثنين بدلاً من خيار واحد ليفسح له المجال بصورة اكثر في الانتقاء، وهذه الميزة لا تعطى للمدين او احد الاطراف بشكل عام الا لسبب يبرر ذلك، ومثال ذلك قد يظهر للمشتري عيب قديم في المبيع، وبداهة يمكن لنا تبادرياً ان نقول برد المبيع وفسخ العقد فهذا الامر يجنبه عواقب كبيرة، الا ان المشرع يرتأي ان من العدل ان يعطي المشتري مزية بصورة خيار اضافي وهو قبوله للمبيع بالثمن المسمي ولا يضيق عليه الخناق بسبب واقعة حلت به وليس له يد فيها، ليصبح عند المشتري خياران بدلاً من خيار واحد وهما اما رد المبيع او قبوله له بالثمن المسمي، هذا من جانب ومن جانب اخر فانه يحقق رغبات البائع في حال وان قبل المشتري بالخيار الثاني^(٣). فنكون امام حالة من الهدوء التعاقدية كون ان الامر انتهى بوضع قانوني يحقق رغبات المشتري بصورة عادلة ولا يتعارض كثيراً مع طموحات البائع.

(١) ينظر المادة ٦٩١ من القانون المدني العراقي

(٢) Bonsignore.Katsh.Derrico.Pipkin.Arons.Rifkin, Before the law, seventh edition, Houghton Mifflin company, 2002, p73

(٣) ينظر المادة ١/٥٥٨ من القانون المدني العراقي، وينفس الفكرة مجاءت به المادة ٥٦١ من القانون المدني العراقي

ومبدأ تطبيق العدالة في باب البيع المقترن بعيب كان محور نقاشات اللجنة التحضيرية للقانون المدني العراقي ورأت اللجنة الركون الى العدالة في مثل هذه الحالات^(١). وفي بعض الحالات يمكن اعتبار ذلك من مهمات المشرع المتضمنة اعطاء دور اوسع للعدالة التصحيحية^(٢) للنصوص القانونية اذا ما استُشعر بان هناك مايقوض هذه العدالة^(٣). ففكرة العدالة من اهم نظريات القانون ولا توجد مسالة من مسائل القانون لايمكن ردها لهذه الفكرة^(٤).

-تحليل ونقد الرأي:- تتربع مفاهيم العدالة على جانب كبير من الاحكام القانونية لابل نجد انفسنا احياناً عاجزين ان نكيف نص ما او تصرف بغير الرجوع الى قواعد ومفاهيم العدالة فهي بمثابة الينبوع لكثير من الاحكام، ولا تخرج فكرة التفضيل من هذا الاطار العام كون ان من العدالة اعادة أختلال العلاقة القانونية الى نصابها الصحيح وغالباً مايكون اعادة هذا النصاب عن طريق اعطاء احد اطراف العلاقة القانونية اكثر من خيار ليفاضل بينهما وفقاً لمتطلباته ورؤيته وبما لا يضر بالطرف الاخر (كون ان الخيار الوارد بالنص القانوني قد راعي مصلحة الاطراف حتماً). الان ان مقتضيات العدالة تجد نفسها احياناً بحاجة الى متكأ لها كي تاخذ مجالها ونطاقها الصحيح ولا نألوا ان قلنا ان نطاق العدالة بغير نص تشريعي واضح وصريح يدعمه ويسنده سوف يكون مدعاة للانحسار والضمور.

رابعاً:- التكيف الراجح لفكرة المفاضلة

بعد عرض جميع الاراء والحجج القانونية في تكيف التفضيل نرى بترجيح كفة التكيف القائل بان التفضيل ماهو الا انعكاساً لمبادئ العدالة كونه يعطي خيار اضافي لاحد اطراف العلاقة القانونية وعادة مايكون المتضرر في هذه العلاقة الذي فقد حقه يمكن من خلال استعماله ان يزيد من مساحة الاختيار مما يؤدي الى تحقيق غاية من له حق التفضيل والمتضمنة الوصول الى مبتغاه ولكن عن طريق خيارين او اكثر وليس خيار واحد، فنكون امام صورة من صور المراعاة التشريعية لطرف معين تآثر مركزه القانوني وتضرر نتيجة هذه العلاقة القانونية، الا ان هذه المبادئ وحدها قد لا توتي اكلها الا اذا ما اقترنت باستعمال المكنة القانونية الصريحة والممنوحة من المشرع كون ان جانب كبير من حالات التفضيل تدخل في نطاق التصرفات القانونية والتي بدورها محكومة بنصوص تشريعية واضحة ومن غير المقبول الركون الى مبادئ العدالة وحدها بصورة مباشرة كونها مفترضة ومنصهرة ضمن النص التشريعي.

لذا نرى بان فكرة التفضيل ماهي الا انعكاس لقواعد العدالة المفترضة بالنص التشريعي المتضمن اعطاء الاطراف القانونية مكنة تفضيل خيار معين من بين الخيارات الممنوحة من قبل المشرع

المطلب الثاني: شروط تحقق المفاضلة ((The Condition))

من الطبيعي لكل من يتفحص سطحياً الفكرة العامة للمفاضلة يقف على أمر جوهري لها وهو اعطاء احد اطراف العلاقة القانونية مكنة تفضيل خيار من بين الخيارات التشريعية المتاحة وبالنظر لكون ان هذا التفضيل او المكنة يعد عملاً قانونياً فكان لا بد له من ان يتسم بشروط ينفرد بها للقول بان هذا التصرف يعد من قبيل التفضيل

(١) حيث كانت مداخله الاستاذ منير القاضي في النصوص المتعلقة بعقد البيع المقترن بعيب وضرورة اعمال العدالة في هذا الشأن وايده في ذلك حينها الاستاذ محمد حسن كية....لمزيد من التفصيل انظر القانون المدني العراقي مع مجموعة الاعمال التحضيرية-الجزء الثالث، بدون رقم طبعة، مطبعة الزمان-بغداد، ٢٠٠٢، ص ٥٩

(٢) وسميت العدالة التصحيحية لانها مهمتها الاساسية تصحيح الاختلال في الذم المالية الناتج عن انتقال الاموال...د.عبد الحميد فودة، جواهر القانون، ط ١، دار الفكر العربي-الاسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٩٠

(٣) اسماعيل نامق حسين، العدالة واثرها في القاعدة القانونية، بدون رقم طبعة، دار الكتب القانونية، ٢٠١١، ص ١٩٨

(٤) د.عبد الحميد فودة، المصدر السابق، ص ٩٠

أولاً- ان تكون المفاضلة قانونية مباشرة^(١) وليست إرادية:- اي ان تستند الى نص تشريعي صريح ومباشر ولا دخل لارادة الافراد في خلق هذه الخيارات،كون ان الاتفاق على إقرار الخيارات والمفاضلة بين احدهما من قبل احد اطراف العلاقة القانونية ممكن ان يكيف بان هذا الامر من قبيل خيار الشرط اي الخيارات الواردة على عقد البيع(والعقود الاخرى التي يسري عليها احكام عقد البيع) كخيار الغبن وخيار العيب وخيار التعيين وخيار المجلس^(٢) ومثال المفاضلة القانونية المباشرة هو ماورد بالمادة(١٨٨)من القانون المدني العراقي والتي تنص ((اذا قطع احد الاشجار التي في روضة غيره بدون حق،فصاحبهما مخير ان شاء اخذ قيمة الاشجار قائمة مع التعويض عن الاضرار الاخرى وترك الاشجار المقطوعة للقاطع وان شاء حط من قيمتها قائمة مقطوعة واخذ المبلغ الباقي والاشجار المقطوعة مع التعويض عن الاضرار الاخرى)). فالتمتع بالنص المتقدم يرى ان مضمونه لايشمل الخيارات التعاقدية وانما خيارات تشريعية واردة بالنص مباشرة اعطت لاحد اطراف العلاقة القانونية (المتضرر في المثال المتقدم)مكنة المفاضلة بين احدهما.

ثانياً- ان تكون المفاضلة بين أمرين من طبيعة واحدة:- من الطبيعي ان تكون المفاضلة بين امرين من جنس واحد او طبيعة واحدة،كالفضل مابين نقض العقد او اجازته كما في المادة(١/١٣٤) والتي تنص((اذا انعقدالعقد موقوفاً لحجر او اكراه او غلط او تغيير جاز للعاقد ان ينقض العقد بعد زوال الحجر او ارتفاع الاكراه او تبين الغلط او انكشاف التغيير كما انه له ان يجيزه، فإذا نقضه كان له ان ينقض تصرفات من انتقلت اليه العين وان يستردها حيث وجدها وان تداولتها الايدي فان هلكت العين في يد من انتقلت اليه ضمن قيمتها)). او المفاضلة مابين اخذ الشي وتركه كما جاء في المادة(٣/١٩٤)والتي تنص ((واذا غير الغاصب بعض اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغصوب منه مخير ان شاء اعطى للغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان)). او المفاضلة مابين رجوعه بالثمن على شخص محدد او رجوعه على شخص اخر له صلة بالعلاقة القانونية كما في المادة(٣٥٤) والتي تنص((في كل موضع ورد فيه استحقاق المبيع الذي احيل بثمنه اذا ادى المحال عليه الثمن كان له الخيار في الرجوع ان شاء رجع على المحال له القابض وان شاء رجع على المحيل)). فجوهر المفاضلة يقتضي بالمفاضل ترجيح احد امرين من طبيعة واحدة وهذه الطبيعة الواحدة يفرضها محل التصرف القانوني او الواقعة القانونية وبعبارة اخرى ان محل العلاقة القانونية هو من يحدد طبيعة الخيارات التي من الممكن المفاضلة بينها^(٣)،فاذا كان محل العلاقة القانونية عقداً للكفالة وكان الكفيل متضامناً مع المدين فطبيعة هذه العلاقة تفرض حتماً نوعاً من الخيارات لاتخرج باطارها العام من اعطاءالدائن مكنة التفضيل اما بمطالبة الكفيل او المدين لضمان حل قانوني غير هجين.

ثالثاً- ان لايتضمن النص حكمن متعاقبين متراتبين يعد احدهما كنتيجة للآخر:- فقد يرد نص معين يوحي بوجود تفضيل الا ان في حقيقة الامر لايعدو كونه نتيجة تعاقبية(Cumulative) مفترضة لحكم معين،كما في ٢/٢١٧ ((ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الاحوال وعلى قد جسامة التعدي الذي وقع من كل منهم، فان لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي)).ففي هذا الفرض

^(١)أي ان القانون اوردها صراحة وبالنص ولم يترك للافرد حرية تحديد هذه الخيارات ومداه

^(٢)راجع ماتم ذكره في ص ٧

^(٣) راجع ماتم تفصيله فيما يتعلق بتكييف التفضيل باعتباره امتثال لاحكام الوقائع الموضوعية

لأنكون امام تفضيل وانما امام حالة ايراد لحكم قانوني وحكم اخر يعد اثر له ونتيجة متعاقبة لعدم تحقق الحكم الاول وقد جاء بصورة تراتبية احدهما بعد الاخر.

المطالب الثالث: معايير تفضيل الخيار (الانسب) من بين الخيارات القانونية المتاحة

((The Standard))

على الرغم من قيام المشرع باعطاء احد اطراف العلاقة القانونية ميزة التفضيل واختيار امر من امرين او اكثر وبحسب مشيئته او رؤيته، الا ان الامر ليس بهذا الاطلاق فالتفضيل حاله حال اي تصرف قانوني لابد ان يخضع الى محددات معايير ينقاد بها ولا يخرج عنها كي يتسم التصرف بالعدالة والموضوعية وحسن النية.

اولاً: مراعاة الظروف الشخصية او الموضوعية المتعلقة بالطرف الاخر في العلاقة القانونية:-
خير القانون احد اطراف العلاقة القانونية بانتقاء خيار واحد من خيارين او اكثر وظاهر النص ان القانون ركن الى مشيئة المفاضل وتقديره الشخصي للخيار الذي يناسبه، لكن السؤال الذي يطرح نفسه هل للظروف الشخصية للمدين دور وتأثير في تحديد او انتقاء خيار معين على الرغم من قدرة الدائن القانونية بانتقاء ما يشاء من تلك الخيارات؟ ان الواضح من تتبع احكام القضاء نجد بانه لم يوفق بمسك معيار واضح ودقيق يُحدد نطاق مشيئة الافراد في تفضيلهم لخيار من الخيارات المتاحة ومما زاد في صعوبة مسك هذا المعيار المحدد هو ان المشرع احياناً يترك الباب مفتوحاً فيما يتعلق بانتقاء خيار معين حيث يُرجع هذا لانتقاء الى (الظروف) من دون تحديد ماهيتها او نطاقها او نوعها او بمن تتعلق وخير دليل على ذلك ما جاء بالمادة ٢/٧٥٤ والتي تنص ((فاذا ترتب على هذا التعرض ان حرم المستأجر فعلاً من الانتفاع الواجب بعقد الايجار له تبعاً للظروف ان يطلب الفسخ او انقاص الاجرة مع التعويض ان كان له مقتضى))^(١). وبما ان المطلق يجري على اطلاقه في عدم بيان مدى مصطلح (تبعاً للظروف) وفضلاً عن ان سياق النص يوحي بعدم تحديد نطاق هذه الظروف فينبني على ذلك ان من الممكن ان تكون هذه الظروف منصرفة الى الظروف الشخصية للمستأجر سواء كانت مادية او غير مادية فيفاضل تبعاً لها بين الفسخ او ابقاء العقد مع انقاص الاجرة عندما يكون بحاجة ماسة للمأجر لعمله او معيشته لاسيما وان خيار انقاص الاجرة لا يمثل له ضرراً كبيراً وفي احيان اخرى يمكن ان ينصرف مصطلح (تبعاً للظروف) الى الظروف الموضوعية عندما يكون الحرمان من الانتفاع كبيراً بحيث يفوت جانباً لا يستهان به من المنفعة المقصودة فيكون المستأجر بهذه الحالة مجبر للركون لخيار الفسخ. كل ذلك ما يتعلق بمكنة الاطراف في استخدام الخيار الانسب الا ان احياناً يقع على عاتق المحكمة^(٢) هي ايضاً اختيار الخيار الانسب. وقد ركن المشرع العراقي الى مفهوم الظروف لتغليب احد الخيارين على الاخر ومن هذه الحالات ما جاء بالمادة ٢/٢٧٢ والمادة ٢/١٢٥٤ من القانون المدني العراقي. وفي رأينا انه وعلى الرغم من عدم تحديد نطاق او مدى هذه الظروف الا ان وجود معيار لتحديد الخيار الانسب هو افضل من ترك المفاضلة من دون معيار يذكر الامر الذي يؤدي احياناً الى الشطط في الانتقاء.

ثانياً: ان يتناسق الخيار المفاضل مع مبادئ العدالة القانونية:- على الرغم من اعطاء المشرع للأفراد حق الاختيار بين الخيارات المتاحة الا ان هذا الاختيار يجب ان يتسم بتوافقه مع مبادئ العدالة القانونية وهذا ما اكدته المحاكم العراقية، ففي قرار صادر من محكمة بداءة الاعظمية بالعدد ٢٥٥ في ١٩٩١/١٢/٣٠ والتي قضت فيه ببرد دعوى المدعي (المدير العام لشركة التأمين الوطنية العراقية/اضافة لوظيفته) على اساس ان شركة التأمين وان كان لها الحق بالرجوع

(١) تقابلها بنفس المضمون تقريباً نص المادة ٢/٥٧٢ من القانون المدني المصري والمادة ٦٥٨ من القانون المدني الاردني

(٢) راجع ماسيرد من تفصيل من مكنة المحكمة بتفضيل خيار من خيارين تشريعيين واردين بالنص

للمطالبة بالتعويض التي دفعته عن سائق الدراجة الذي لا يحمل اجازة سوق او على سائق السيارة المقصر بالحادث (ايهما تريد) الا ان هذا التخيير مقيد بقواعد العدالة وان المدعى عليه هو المتضرر بالحادث والمقرر له تعويضاً من ذلك (سائق الدراجة) إذ تبين ان المقصر والمدان جزائياً هو سائق السيارة وكان المفروض بشركة التامين ان تلاحق الاخير ولا تتمادى باستعمال الخيار المناط لها ،لاسيما اذا ما علمنا ان الحادث الذي وقع لم يكن نتيجة عدم حصول المدعى عليه على الاجازة بل انه من جراء اهمال وتقصير سائق السيارة^(١). ولا ابهى دليل على معيار العدالة في هذا الشأن هو ما ذهب اليه القانون المدني العراقي عندما فرض خيارين اثنين متمسان بالعدالة فيكون حتما اختيار احدهما هو مقترن بالعدالة وذلك في الفقرة ٢ من المادة ١٦٧ والتي جاء بها ((اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل من هذه الشروط او تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)) فالنص واضح بدلالته المتضمنة ان يكون انتقاء المحكمة لاحد الخيارين سواء كان بالتعديل او الاعفاء مستند الى اعتبارات العدالة.

ثالثاً: ان يكون الخيار المفاضل هو الاقل ضرراً ((التعسف في استعمال الحق)):- ففي حال وان اباح النص الاختيار للمشيئة فيجب عند ذاك ان يقع الاختيار على الخيار الاقل ضرراً بالطرف الاخر وذلك عن طريق موازنة الخيارات من قبل الطرف الذي انعقد له الاختيار فيفضل الاختيار الذي يحقق رغبته وان يكون الاقل ضرراً بالطرف الاخر^(٢). فعلى الرغم من إطلاق هذه المكنة للأفراد إلا انها مقيدة بنظرية عدم التعسف في استعمال الحق ففكرة الحق المطلق (Plenary) فكرة غير منطقية ولا تنسجم مع كثير من المبادئ القانونية ويقول العلامة ((بلانيول)) في هذا الشأن بان حق الشخص في امر ما ينتهي عندما يبدأ التعسف^(٣)، وقد اورد القانون المدني العراقي شأنه شان الكثير من القوانين العربية والمقارنة معايير للتعسف في استعمال الحق كما جاء في الفقرة ب من المادة ٧ التي تنص ((اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها)) وهو المعيار الذي يعد الأكثر فاعلية^(٤). فالمغصوب منه مثلاً عليه ان يسترد المال المغصوب عند مصادفة الغاصب وفي نفس المكان اذا كان ذلك لا يضره كان يكون المال من المنقولات التي يسهل نقلها وليس عليه ان ينتقل للخيار الاخر المتمثل بطلب رده الى مكان الغصب على نفقه الغاصب وان كان هذا الامر من حقه ومن بين الخيارات المطروحة^(٥)، فعلى الرغم من سوء نية الغاصب واتسام فعله بالخطأ الكبير (الغصب) الا ان ذلك لا يبرر ان يتعسف المغصوب منه في انتقاء الخيار الضار بالغاصب وان كان غاصباً فلا ضرر ولا ضرار لاننا سوف نؤسس في هذه الحالة الى نوع الاحتقان بين الافراد وهذه بالتأكيد ليست غاية المشرع فغاياته اعادة الحقوق الى اصحابها من دون اي اثار سلبية اخرى والا اصبحنا في حلقة مفرغة فطالما كان بإمكان اعادة المال المغصوب بتدابير قانونية هادئة فلا ضرورة من اللجوء الى وسائل تنتهي بنا الى تحقيق نفس الغرض (اعادة المال المغصوب) لكنها تقترن باثار سلبية وكان بالامكان الاستغناء عنها. وعلى نفس المنوال فان على

(١) للمزيد ينظر القاضي ربيع محمد الزهاوي، التسبيب والاجتهاد في قرارات السادة قضاة محاكم البداة، الجزء الثاني، ط١، مكتبة السنهوري-بغداد، ٢٠١٣، ص٢٤٨

(٢) ومن القواعد الاساسية في الفقه الاسلامي بانه لا ضرر ولا ضرار، فالجواز التشريعي الممنوح باختيار احد امرين لا يبيح بأي شكل من الاشكال ان يكون الخيار المفاضل مضراً ضرراً واضحاً بالطرف الاخر.

(٣) د. فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق، ط٢، مؤسسة الرسالة-بيروت، ١٩٧٧، ص٣١٠

(٤) اذ يرى الاستاذ kampeon البلجيكي ان هذا المعيار هو المعيار الحقيقي للتعسف وان المعايير الاخرى للتعسف تمتزج وتتداخل مع هذا المعيار... نقلاً عن د. سعيد امجد الزهاوي، التعسف في استعمال حق الملكية في الشريعة والقانون، ط١، دار

الاتحاد العربي للطباعة-القاهرة، ١٩٧٦، ص٢٣٨

(٥) ينظر المادة ١٩٢ من القانون المدني العراقي والمادة ٢٧٩ من القانون المدني الاردني

صاحب العقار المتنازع عليه (المدعي) ان يُفضل الانتظار والترقب لحين ادراك البذر الذي لم ينبت والعائد للمدعي عليه في هذا العقار مقابل اجر المثل عن المدة الاضافية، وتغليب هذا الخيار على الخيار الاخر^(١) المتضمن (اعطاء مثل البذر او قيمته وتملكه) كون ان الخيار الاول لا يضره من جانب ويحقق فائدة واضحة للمدعي عليه من جانب اخر لان الغاية من عملية الزراعة هو تحقيق الربح الناتج عن بيع المحصول ولم يكن قصد المدعي عليه المضاربة على البذور وقيمتها وينبغي على ذلك ان انتقاء الخيار الاول من شأنه ان يبعد المدعي من اثار التعسف في استعمال الحق (abusive). وكذلك فان على الدائن المرتهن (Lienor) ان يكون اكثر تسامحاً (Tolerance) ومرؤة بطلبه تاميناً كافياً أولاً ومن ثم اللجوء للمطالبة باستيفاء حقه فوراً في حالة هلاك المرهون او تعييبه بخطأ الراهن^(٢)، كون ان مضمون الرهن هو حاجة الراهن الى الاجل ليسدد دينه فلا يكون من المروءة مضايقته باداء الدين فوراً في حالة الهلاك او التلف وان كان بخطاه الذي من الممكن ان يكون يسيراً او مجبراً عليه بسبب وضعه الاقتصادي المتدني^(٣)، ومن الممكن في احسن الاحوال إطلاق يد المرتهن وامكانية مطالبته بالتامين الكافي أو إداء الدين فوراً في حالة ان كان خطأ الراهن جسيماً او لا يرتكبه اقل الناس حرصاً، فلعو موقف الدائن المرتهن التعاقدى لا يعطيه ميزة قانونية بهذا الحجم الكبير والمبالغ بها على الرغم من خطأ الراهن، فمن غير المروءة استثمار هذا الخطأ في ترتيب حكم قانوني بهذه الاهمية، ولا يمكن الاحتجاج بان الحكم المذكور ماهو إلا انعكاس لما ورد بالمادة ٢٩٥/ب كون ان هذه المادة وان قضت بسقوط حق المدين في الاجل اذا ماهو اضعف بفعله الى حد كبير ما اعطي للدائن من تامينات إلا ان هذه المادة هي نفسها من استجذبت بما للدائن من حس انساني عادل لتشعره بامكانية المطالبة بتكملة التامين لتفادي باقي الآثار القانونية.

رابعاً: أثر المفاهيم الحديثة في انتقاء الخيار الانسب (التقليل من حالات الفسخ):- من البديهي ان القانون عندما ينظم وضعاً قانونياً فانه يفترض به النهاية النموذجية التي تصب في مصلحة الاطراف ومصلحة المجتمع بصورة عامة وينبغي على ذلك فان النهايات الشاذة للعقود او التصرفات القانونية بصورة عامة غير محبذ بها وان كان لابد منها في بعض الاحيان، فانهاء العقود او اي تصرف قانوني اخر من دون اتمام الغاية منه يهدد باستقرار المراكز القانونية (Stability) وضياح الوقت والجهد والنفقات والمساس بجوهر الوظيفة الاقتصادية للعقود، فالتمسك بالتصرفات هو الاصل دائماً مما يبرر حتى وان قام الدائن برفع دعوى الفسخ وعدل بعدها للتنفيذ فله ذلك كون ان التنفيذ هو غاية العقود والثمرة التي يرمي اليها المتعاقدان^(٤). وبالتالي فان إختيار المضي بالعقد افضل من فسخه او اقالته وتفضيل الخيار الرامي بالبقاء داخل دائرة التعاقد خير من تفضيل خيار الخروج منها وان اقترن هذا الابقاء بانقضاء جزء من الثمن او بترك جزء من المبيع.

خامساً:- لا اثر للتراتبية كدلالة على الخيار الانسب:- من الطبيعي ان يكون ايراد الخيارات بشكل متعاقب لكن السؤال الذي يقدر في ذهن هل لهذا التعاقب او التراتبية دلالة على التفضيل؟ وهل

(١) انظر المادة ٢/١٥٣ من القانون المدني العراقي

(٢) انظر المادة ٢/٢٩٧ من القانون المدني العراقي والتي تنص ((واذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك المرهون او تعييبه كان المرتهن مخيراً بين ان يطلب تاميناً كافياً او ان يستوفي حقه فوراً)). وتقابلها المادة ١٣٣٨ من القانون المدني الاردني

(٣) وقد اوردت المادة ٢/٢٩٥ ب من القانون المدني نصاً يقضي بسقوط حق المدين في الاجل اذا اضعف بفعله الى حد كبير ما اعطي للدائن من تامين خاص مالم يختار الدائن المطالبة بتكملة التامين، وبهذا النص نرى سماحة المشرع في التعامل مع المدين باعطاء اشارة واضحة للدائن مقتضاها امكانيته المطالبة بتامين تكميلي.

(٤) د.احمد السعيد الزقرد، محاولات لانقاذ العقود من الفسخ-الاتجاهات الحديثة في القانون المقارن، ط١، المكتبة العصرية-

المنصورة، ٢٠٠٧، ص٦٠ و١١٨

التبادر الذي كان في ذهن المشرع آبان إقرار النص كان يوحي بالافضلية التراتبية؟ الجواب. باننا لم نجد دليلاً ملموساً في القانون المدني العراقي توحى بافضلة او علوية الخيار الاول في حال ايراد خيارين او اكثر، فلا قرينة على ذلك إلا ان تحكيم العقل والمنطق يصور لنا ان اسبقية خيار معين عن الاخر يمكن ان يكون على اقل تقدير تفضيل داخل نفس وشعور المشرع ادى الى قدحة اولاً، ولكن ذلك لايمكن ان يرقى بالتاكيد الى منزلة القرينة القانونية وانما إشارة استرشادية يتوقف عندها.

وبناء على ما تقدم نرى ان من الضرورة الاستعانة بالمعايير السالف ذكرها لتفضيل احد الخيارات المطروحة، وعدم ترك حكم قانوني بهذه الدرجة من الاهمية من غير ضابط.

المبحث الثالث: صور فكرة المفاضلة في القانون المدني العراقي ((The Application

أورد القانون المدني العراقي حالات كثيرة تتمثل باعطاء المكنة القانونية لاحد اطراف العلاقة القانونية للمفاضلة ما بين خيارين متاحان سواء كان هذا الايراد في باب المسؤولية المدنية او التقصيرية او حتى عندما يعطي القانون الحق للمحكمة في انتقاء الخيار الانسب. ولا نروم سرد جميع المواطن التي تتضمن هذه المفاضلة فالفكرة واحدة في مجملها وانما سوف نرد بعض النصوص القانونية في كل باب. وعلى الرغم من ماسبق ذكره من شروط ومعايير والملاحظات الواردة فيهما الا اننا في النهاية نتعامل مع نص قانوني نافذ ومستقر وواجب الاحترام بالحالة التي هو عليها الان.

المطالب الاول: المفاضلة في نطاق المسؤولية التعاقدية

Idea of Prefrence in Contractual liability))

كما مر ذكره فان المشرع لجأ الى المفاضلة في مختلف ابواب القانون المدني سواء تعلق الامر بالمسوليتين العقدية او التقصيرية او عند بيانه لاحكام العقود او الحقوق العينية، وفي نطاق المسؤولية العقدية فان هناك حالات كثيرة لجأ اليها المشرع واعطى الحق لاحد اطراف العلاقة القانية بالتفضيل ما بين خيارين تشريعيين.

أولاً: في تصرفات الفضولي:- حيث جاء بالمادة ٤/١٣٥ ((واذا سلم الفضولي العين المعقود عليها لمن تعاقد معه فهلكت في يده بدون تعد منه فللمالك ان يضمن قيمتها ايها شاء فإذا اختار تضمين احدهما سقط حقه في تضمين الآخر)).

أ-موضع التفضيل:- يكمن موضع التفضيل في اعطاء مكنة للمالك في ان يختار اي من الخيارين المطروحين فله اما يضمن الفضولي او من تعاقد معه، وقد عبر المشرع العراقي عن هذه المكنة بلفظ (ايهما شاء) وهي ميزة رائعة يمنحها المشرع للمالك وله ان يختار وحسب مشيئته من يقع على عاتقه دفع قيمة المعقود عليه، ونعود الى ضرورة ان يكون هناك تحديد لهذه المشيئة فلا تترك مطلقة لصاحبها ففي حالة النص المذكور الم يكن من الانفع ان يلزم النص المالك بتضمين المتعاقد الاخر قبل اللجوء للفضولي كون ان المتعاقد الاخر هو الايسر مالياً عادة باعتباره متهيباً لايرام العقد وهو المستفاد المباشر من التعاقد فكان من الاجدر الرجوع عليه اولاً.

ب-دواعي التفضيل:- ظاهر النص ان المشرع يرى بان المالك قد لحقه ضرر بين بسبب هلاك العين المملوكة له، فأرتأى ان يعطيه خيارين بالرجوع ينتقي اكثرها ملائمة له كما في حالة ان كان الفضولي هو الاقرب مكانياً ويسهل الرجوع عليه او كان المتعاقد الاخر تربطه علاقة تعاقدية سابقة معه وهو دائن له بموجبها، فمن شأن هذه الظروف ان تحدد خيار المالك في انتقاء مايره مناسباً من الخيارات التشريعية المطروحة.

ثانياً: عقد الاعارة :- إذ جاء في المادة ١/٨٥٥ ((ليس للمستعير ان يؤجر العارية ولا ان يرهنها بدون اذن المعير. ٢ - فإذا اجرها بلا اذنه فهلك في يد المستأجر او تعيبت فللمعير ان شاء ضمن المستعير وان شاء ضمن المستأجر، فان ضمن المستعير فلا رجوع له على احد بما ضمنه، وان ضمن المستأجر فله الرجوع على المستعير اذا لم يعلم وقت الاجارة انها عارية في يده، وان رهنها بلا اذن المعير وهلك في يد المرتهن وضمن المعير المستعير يتم الرهن فيما بين المستعير الراهن وبين المرتهن)).

أ-موضع التفضيل:- يعد عقد الاعارة من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي، فالمعير عند الاعارة قد ركن الي ما لمميزات المستعير في نفسه من ثقة وامانة، وبالتالي لايجوز لهذا المستعير ان يتصرف تصرفاً يتناقض مع مالهذا الاعتبار الشخصي من اثر وينبغي على ذلك منع المستعير من ان يؤجر العارية او يرهنها بدون اذن المعير وعلى الرغم من ذلك المنع فان المستعير قد يتمادى ويبادر بايجار العارية او رهنها فيعرض محل العقد الى الهلاك او التلف مما يثير مسؤوليته التي تجيز للمعير اما تضمين المستعير او تضمين المستأجر.

ب-دواعي التفضيل:- تكمن دواعي التفضيل بهذا النص في ان عقد الاعارة عو من عقود التبرع التي لايتقاضى عليها المعير عوضاً^(١) وبالتالي فمن باب العدالة ان لايجازى المعير بعكس نيته السليمة فتعرض امواله المعارة الى الهلاك او التلف نتيجة عدم مبالاة المستعير، فبادر المشرع كتوسعة لضمان حماية اموال المعير من اعطائه مكنة مطالبة المستعير او المستأجر ووفقاً لمشيتته ليفاضل بينهما تبعاً لما يلمسه من فائدة. وفضلاً عن ذلك فان المشرع في هذا النص ابدع عندما اضاف ازدهاراً واضحاً له بتمييزه ما بين الاثار المترتبة عن الايجار والاثار المترتبة عن الرهن ففضى بانه في حالة قيام المستعير برهن محل الاعارة بدون اذن صاحبها وهلك بيد المرتهن فان بإمكان المعير تضمين المستعير ويكون الرهن عندئذ منعقد بين المستعير والمرتهن.

ثالثاً: عقد الوديعة:- حيث جاء في المادة ٢/٩٥٨ ((وان اودعها بلا اذنه عند من لا يأتئنه عادة وهلك بتعدي الوديعة الثاني، فلصاحبها الخيار ان شاء ضمن الوديعة الاول او الثاني فان ضمن الاول فله الرجوع على الثاني وان ضمن الثاني فلا رجوع له على احد، وان هلك عند الثاني بدون تعديه وقبل مفارقة الاول فلا يضمن احد منهما، وان هلك بعد مفارقتها فلصاحبها ان يضمن الوديعة الاول دون الثاني)).

أ- موضع التفضيل:- تفرض عقود الامانة نمطاً خاصاً من الاحكام القانونية تضمن من خلاله حماية الاشياء التي كانت محلاً لتلك العقود، وهذه الحماية لاتأخذ مداها الذي قصده المشرع الا بتغليظ مسؤولية المدين واعطاء مكنة اوسع للدائن للمحافظة على حقوقه، وموضع التفضيل في هذا النص واضح حيث يتناول مكنة اضافية للمودع تتحقق في حالة هلاك الوديعة بتعدي الوديعة الثاني وهي بيده بعد قيام الوديعة الاول بايداعها لديه (لايأتمن عادة) وبدون اذن المودع فيكون للمودع في هذه الحالة ان يضمن الوديعة الاول^(٢) او الثاني.

^(١) ينظر المادة ٨٤٧ من القانون المدني العراقي

^(٢) وهذا حكم الفقه الاسلامي كذلك حيث ليس للمودع ان يؤجر الوديعة فان فعل شيئاً من هذا فانه ضامن لذلك... غياث الدين البغدادي الحنفي، مجمع الضمانات، ط١، دار الكتب العلمية، بيروت، ٢٠٠٥، ص١٢٧

ب- دواعي التفضيل:- اقتضى اعطاء هذه المكنة للمودع كي يتسع مدى ضمان حقه عند هلاك العين المودعة فيكون للمودع ذمتان ضامنتان بدلاً من ذمة واحدة يمكن له ان يسترد حقه ببسر وطمأنينة اتاحها المشرع له ولولا هذه المكنة الاضافية لتعدد الكثير من ايداع اموالهم ولاصبح الافراد في حرج وضيق، مما قد يعرض هذه الاموال الى الهلاك وهو بالنتيجة غاية لايسئسيغها المشرع كون ان الاموال الخاصة هي في النهاية تمثل جانباً مهماً من النظام الاقتصادي للدولة. وتعريضها للهلاك او الضرر يؤدي بالنتيجة الى اضرار بالاقتصاد وان كانت هذه الاموال اموالاً خاصة.

وكذلك ماجاء بالمادة (٣٥٤) والتي تنص ((في كل موضع ورد فيه استحقاق المبيع الذي احيل بثمنه اذا ادى المحال عليه الثمن كان له الخيار في الرجوع ان شاء رجع على المحال له القابض وان شاء رجع على المحيل)). حيث سار المشرع بنفس النهج فعقد الخيار للمحال عليه بالرجوع على المحال له القابض وان شاء رجع على المحيل.

وكذلك ماورد في مادة ٨٢٢ والتي جاء بها ((اذا انقضت مدة المساقاة انتهى العقد، فان كان على الشجر ثمر لم يبد صلاحه فالخيار للمساقي، ان شاء قام على العمل الى انتهاء الثمرة بلا وجوب اجر عليه لحصة صاحب الشجر، وان شاء رد العمل، ويخير صاحب الشجر بين ان يقسم البسر عيناً على الشرط المتفق عليه وبين ان يعطي المساقي قيمة نصيبه من البسر، وبين ان ينفق على البسر حتى يبلغ فيرجع بما انفق في حصة المساقي من الثمر)).

وكذلك ماورد في المادة ١٠٤٤ والتي تنص ((اذا صالح الكفيل او المدين الدائن على مقدار الدين، فانهما يبران ان اشترطت براءتهما وبراءة المدين وحده، او لم يشترط شيء، فان اشترطت براءة الكفيل دون المدين برئ الكفيل وحده، وكان الدائن مخيراً ان شاء اخذ جميع دينه من المدين وان شاء اخذ بدل الصلح من الكفيل والباقي من المدين)).

وليس ببعيد عن ذلك ماجاء بالمادة ٢/١٢٩٧ والتي جاء بها ((واذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك المرهون او تعيبه كان المرتهن مخيراً بين ان يطلب تاميناً كافياً او ان يستوفي حقه فوراً)).

وبنفس الفلسفة سار المشرع العراقي في هذه النصوص فيما يتعلق بموضع التفضيل او دواعيه ولا نخال ان التكرار بسائغ لذا اكتفينا بالامثلة الواردة في هذا الشأن لتطابقها في الفلسفة المبنية عليها. على الرغم من وجود امثلة كثيرة في باب المسؤولية العقدية التي تشير بدلالة واضحة الى مكنة التفضيل.

المطالب الثاني: المفاضلة في نطاق المسؤولية التقصيرية ((Idea of Prefrence in Tort))

تضمنت احكام المسؤولية التقصيرية بين دفتيها اشارات كنظيرتها المسؤولية العقدية تشير الى مكنة احد اطراف العلاقة القانونية بالمفاضلة بين امرين اتاحها المشرع، وهذه الاشارات كثيرة ومتنوعة الا اننا سوف ننقّي بعض منها لنستعيض بما ذكر فيها من احكام قانونية، فضلاً عن بيان فلسفة المشرع في الاخذ بها.

أولاً: الإتلاف:- عالج القانون المدني العراقي حالة التعدي على العقارات بالهدم وبين احكامه بشيء من التفصيل حيث جاء بالمادة ١/١٨٧ منه على ((اذا هدم احد عقار غيره بدون حق فصاحب العقار بالخيار ان شاء ترك انقاضه للهدام وضمنه قيمته مبنياً مع التعويض عن الاضرار الاخرى وان شاء حط من قيمته مبنياً قيمة الانقاض واخذ هو الانقاض وضمنه القيمة الباقية مع التعويض عن الاضرار الاخرى)).

أ- موضع التفضيل:- اتاح القانون لصاحب العقار المهذوم المفاضلة بين خيارين وحسب مشيئته فله ان يترك عقاره على وضعه الحالي (مهذوما) ويتركه للهدام ويطلبه بقيمة العقار مبنياً

مع الاضرار الاخرى التي لحقت به كما له ان يحط من قيمة العقار (مبنياً) قيمة الانقراض واخذ هو الانقراض ويضمن الهادم القيمة الباقية مع التعويض.

ت- دواعي التفضيل:- تكمن دواعي التفضيل في ضرورة مراعاة مقتضيات العدالة، فقيام الهادم بهذا الاتلاف من شأنه ان يرتب اثاراً مالية سلبية في غاية الشدة على المالك ومن غير العدل ان يترك المالك متحيراً امام وضع قانوني صعب كهذا، لذا كان من المتوقع ان يعطي القانون اكثر من خيار يسعف به المالك في التعامل مع هذا الوضع ولكي لا تكون الوقائع المادية وان اقترنت بالصعوبة والتعقيد بمنزلة طوق النجاة للهادم من التملص من نتائج عمله.

ثانياً: الغصب (Abduction):- لا ريب ان الغصب من الاعمال المحرمة شرعاً وقانوناً وفاعلها يجابه باقسي الاحكام القانونية كي تحد من اثار هذا الفعل، وقد اعطى القانون للمغصوب منه ميزات وخيارات تضمن له اعادة ما اغتصب منه بسهولة ويسر ومن ذلك ماورد بالمادة ١٩٤ والتي جاء بها ((اذا تغير المغصوب عند الغاصب فالمغصوب منه بالخيار ان شاء استرد المغصوب عيناً مع التعويض عن الاضرار الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان. ٢ - اما اذا غير الغاصب المال المغصوب بحيث يتبدل اسمه كان ضامناً وبقي المال المغصوب له، فمن غصب حنطة وزرعها في ارضه كان ضامناً للحنطة وبقي المحصول له. ٣ - واذا غير الغاصب بعض اوصاف المغصوب بزيادة شيء عليه من ماله، فالمغصوب منه مخير ان شاء اعطى للغاصب قيمة الزيادة واسترد المغصوب عيناً مع التعويضات الاخرى وان شاء ترك المغصوب ورجع على الغاصب بالضمان.))

أ- موضع التفضيل:- اتاح النص للمغصوب منه مكنة استخدام الخيارات بمدى واسع اذ اعطاه الحق في حالة تغير المغصوب اما ان يسترده بذاته مع التعويض او ان يتركه للغاصب ولا يكثر له (المغصوب) الا انه يرجع على الغاصب بالضمان وبنفس الفلسفة ذهبت الفقرة الثالثة من هذه المادة مع تغيير بسيط في الاحكام فرضها تغير وضع المغصوب.

ب- دواعي التفضيل:- لا بد ان تعاد الحقوق الى اصحابها عن طريق انتزاع المال المغصوب من يد الغاصب فالخياران الممنوحان للمغصوب منه من شأنهما ان يطمأنانه كثيراً في استعادة امواله حيث ان قبضة الغاصب على المال المغصوب من شأنها احياناً ان تعيق المغصوب منه من انتزاع حقه بشكل سلس لذا أرتأى المشرع ان يخيره ما بين استرداده عيناً وتعويضه عن الاضرار التي لحقت به او ترك المال المغصوب بحوزة الغاصب واللجوء للضمان من دون الانشغال بكيفية الاسترداد وما ترافقه من مشاكل وعوائق.

المطالب الثالث: المفاضلة من قبل المحكمة ((Prefrence by The Court))

قد ينعقد التفضيل احياناً للمحكمة اذ يمنحها المشرع مكنة التفضيل بين خيارين متاحين، فيمكن لها ان تختار ماتراه مناسباً (Compative)، ولم نجد ان المشرع العراقي قد بين بشكل واضح محددات تفضيل حكم من بين الاحكام المطروحة وانما اشار الى معايير فضفاضة هلامية لا يمكن باي حال من الاحوال الوقوف على جوهرها كتعلقها بالعدالة او بالظروف او بخطورة الحال، فيستخدم القاضي تبعاً لذلك سلطته التقديرية في الاختيار مستنداً على تفسيره للنص القانوني^(١)

أولاً:- ما يتعلق بعقود الإذعان (Contract of Adhesion):- من النصوص التي عقدت الاختصاص للمحكمة في التفضيل هو نص المادة (٢/١٦٧) والذي جاء به ((اذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للمحكمة ان تعدل هذه الشروط او تعفي الطرف المدعن منها وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك)). ويظهر من

Raymond Wacks, Philosophy of law, first published, ashford colour press, 2006 'p44'

هذا النص بشكل واضح لا لبس فيه مكنة المحكمة في تفضيل اي من الخيارين سواء كان تعديل الشروط التعسفية او إعفاء الطرف المذعن منها باعتباره الاولى باهتمام المشرع وذلك مراعاةً منها لمركزه القانوني الضعيف، الا ان المشرع حدد هذا الانتقاء بمراعاة العدالة^(١) وهذه المراعاة للعدالة لا تسلب المحكمة مكنة التفضيل فهذه المكنة باقية وما مراعاة العدالة الا بوصلة تستهدي بها المحكمة لانتقاء الخيار الافضل والانسب.

ثانياً: البت في استحقاق الفوائد او مقدارها الناتج عن اطالة أمد النزاع:- تقضي المادة ٢/١٧٣ من القانون المدني العراقي على ((اما اذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في اطالة امد النزاع بخطئه فللمحكمة ان تخفض الفوائد سواء أكانت قانونية ام اتفاقية او الا تقضي بها اطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر))^(٢). وعلى الرغم من وجود مكنة للمحكمة في تخفيض الفوائد او عدم الحكم بها الا ان هذه المكنة محددة بشكل مؤكد غير ان النص اعرض عن تحديدها فهي ترجع الى حكم القواعد العامة كون استحقاق الفوائد من عدمه قد يرجع الى فعل الدائن ومداخلاته حيث ان خطأ الدائن من شأنه ان يقطع العلاقة السببية بين الخطأ (تاخر المدين) والضرر (تحقق الفوائد)، كما في حالة ان ينكر توقيعه على سند بسوء نية او يلجأ الى رد القاضي بدون مبرر^(٣) فيطيل من امد النزاع (Procrastination).

ثالثاً: تدخل المحكمة بعد تخلخل التقدير المالي لعقد المقاولة:- عالج المشرع وضع احكام عقد المقاولة بعد تخلخل الاساس الذي بُني عليه العقد مما اثر على التقدير المالي له نتيجة حوادث استثنائية، حيث جاء في المادة ٨٧٨ ((ليس للمقاول اذا ارتفعت اسعار المواد الأولية واجور الايدي العاملة ان يستند الى ذلك ليطلب زيادة في الاجرة حتى لو بلغ هذا الارتفاع حداً يجعل تنفيذ العقد عسيراً، على انه اذا انهار التوازن الاقتصادي بين التزامات كل من رب العمل والمقاول انهياراً تاماً بسبب حوادث لم تكن في الحسبان وقت التعاقد وانعدم بذلك الاساس الذي قام عليه التقدير المالي لعقد المقاولة، جاز للمحكمة ان تقضي بزيادة في الاجرة او فسخ العقد)). وفي هذا النص كذلك اتاح المشرع للمحكمة التفضيل بين خيارين اما زيادة الاجرة او فسخ العقد لاعادة التوازن لعقد المقاولة ولا نخال ان اعراض المشرع عن تحديد معيار لهذه المفاضلة يمنع من الانقياد لمعايير العدالة التعاقدية التي يمكن من خلالها للقاضي ان يعيد الحياة لهذا العقد او ينقذ المدين من اثار المرهقة عن طريق فسخه.

والامثلة كثيرة على اعطاء المحكمة مكنة المفاضلة إلا انها تتحد بالفكرة وقوامها استخدام هذه المكنة مراعاة للمركز القانوني (Status juris) لاحد اطراف العلاقة القانونية ولتخفف عن هذه الاطراف بعض من الاثار السلبية او المرهقة.

الخاتمة

لا يمكن ان ينسب للقانون باي حال من الاحوال العبثية في الاحكام او عدم المعيارية او الشطط، فالمشرع يُفترض ان يكون منزّه عن هذه الافعال وإلا كنا امام حالة من عدم الوثوق بالاحكام القانونية وتداعيات هذا الامر وخيمة وقاسية. لذا يجب الركون لمشئته المشرع والانصياع لما يراه مناسباً فهو الاقدر على اعادة الحقوق بما يملكه من وسائل قانونية تأخذ عدة صور ومن بينها توسيع دائرة خيارات احد اطراف العلاقة القانونية ليختار حكم من بينها او اعطاء مكنة

^(١) ويذهب القضاء احياناً ابعد من ذلك ففي عقود الازعان يمكن للقاضي ان يتلمس عيباً ما او كرها حتى وان لم يرتق للاذعان ويتوسع كثيراً في نظرية التعسف في استعمال الحق فيجعلها تمتد الى الدائرة التعاقدية بعد ان كانت قاصرة عنها... للمزيد انظر د. عبد المنعم فرج الصدة، في عقود الازعان، بدون رقم طبعة، مطبعة جامعة فؤاد، ١٩٤٦، ص ١٨٣.

^(٢) وتقابها المادة ٢٢٩ من القانون المدني المصري

^(٣) د. محمد حسام لطفي، النظرية العامة للالتزام- احكام الالتزام، ط ٢، القاهرة، ٢٠٠٨، الكتاب الثاني ص ٦٢.

للمحكمة لاعادة الحق الى نصابه عن طريق نفس الاسلوب. وبعد الخوض في غمار هذا الموضوع توصلنا الى جملة من النتائج والمقترحات نورد أهمها:-

أولاً- النتائج

١. فكرة التفضيل بين الخيارات حالها حال اي فكرة قانونية تبدأ بسيطة ثم تتطور عبر الازمان وتختلف تبعاً لفلسفة القانون في ذلك الوقت فنجد ان شريعة حمورابي وعلى الرغم من تقدمها مقارنة بقوانين ذلك الوقت الا انها عرفت عن الاخذ بالتفضيل رغم موضوعيته ويرجع السبب في ذلك الى نمط صياغة القانون ومنبعها حيث كان يعتقد بانها صادرة من الالهة وهي بدورها لاتخير الافراد بل تأمرهم.

٢. تصاعدت وتيرة التطور في الافكار القانونية وتبلورت الفكرة واتسعت الشرائع القانونية وبرز من بينها القانون الروماني الذي اخذ بهذه الفكرة، الا ان اللافت للانتظار انه وعلى الرغم من تطور هذا القانون الا ان استعانت به هذه الفكرة كانت استعانة بسيطة لاتتناسب مع هذا التطور بسبب قساوة المجتمع الروماني وكان من الضروري وضع احكام قانونية تكبح من جماح الافراد.

٣. دأبت الشريعة الاسلامية على اشاعة قيم الحق والعدل والتسامح بين الناس فتجدها رحبة مانعة للضييق ونابهة له فاتسمت كثير من آيات القران الكريم بالسعة وتخيير المسلم في حالات المرض والسفر والضييق باكثر من خيار للتخفيف عنه وسارت السنة النبوية المطهرة على هذه المبادئ فأقرت السعة في الاحكام وعدم التشديد عن طريق اباحة اكثر من حكم للحالة الواحدة.

٤. تقترب فكرة المفاضلة من بعض الاوضاع القانونية المشابهة لها الا ان هذا التشابه لا يعني مطلقاً التطابق بينهما، فالتفضيل وان يقترب من الالتزام التخيري وخيار الشرط والاثار الاحتياطي التعاقبي الا انه يختلف عنهم في نقاط جوهرية كثيرة مر ذكرها.

٥. لتحديد اطار فكرة المفاضلة فلا بد لنا من تكييفها قانونياً وقد انحصر تكييفها بثلاث أوضاع اولها اعتبارها مكنة قانونية ممنوحة من المشرع وثانيها عُدت إمتثال لاحكام الوقائع الموضوعية وثالثها كونها صورة من صور العدالة القانونية، ونرى ان الراي الراجح تكييفها بانها إنعكاس للعدالة القانونية على صورة مكنة ممنوحة من المشرع.

٦. لكل وضع قانوني او فكرة قانونية شروط تنتم بها وفكرة المفاضلة كذلك تنتم بمجموعة من الشروط لابد من تحققها كشرط للقول بان الامر هو من قبيل مكنة المفاضلة ومن هذه الشروط ان يكون التفضيل وارد بنص قانوني مباشر ولا يستند الى ارادة الطرفين وان تكون المفاضلة بين امرين من جنس واحد وان لايتضمن النص حكمين متعاقبين متراتبين يعد احدهما كنتيجة للآخر.

٧. باعتبار ان جوهر التفضيل هو انتقاء حكم من بين حكمين متاحين بالنص القانوني وهذا الانتقاء لابد وان يتحدد بضابط او معيار للوقوف على الخيار الانسب ومن هذه المعايير هو مراعاة الظروف الشخصية او الموضوعية المتعلقة بالطرف الاخر في العلاقة القانونية وان يتسق الخيار المُفاضل مع مبادئ العدالة القانونية وان يكون الخيار المُفاضل هو الاقل ضرراً بالطرف الاخر فضلاً عن تغليب الابقاء داخل الدائرة العقدية على حساب الفسخ وعدم الاعتماد على التراتبية الواردة بالنص لانتقاء الخيار الانسب.

٨. للمفاضلة صور عدة وتطبيقات كثيرة ضمن ابواب القانون المدني العراقي، منها ماورد في باب المسؤولية التعاقدية وضمن باب المسؤولية التقصيرية بل حتى احياناً اعطى المشرع الحق للمحكمة في تفضيل خيار من خيارين ممنوحين بموجب النص القانوني.

٩. بعد البحث في مضامين الفكرة توصلنا بان المفاضلة هي مكنة قانونية ممنوحة من قبل المشرع لاحد اطراف العلاقة القانونية او للمحكمة يمكن لاي منهم استعمالها لتفضيل خيار قانوني وارد بالنص من بين اكثر من خيار.

ثانياً- المقترحات

تم الوقوف على جملة من الملاحظات ضمن ثنايا البحث ونرى ان من الاجدر الاخذ بها لترصين الفكرة وعدم بقاء التفضيل الذي يقوم به احد اطراف العلاقة القانونية او المحكمة من دون ضابط او معيار فهما ضروريان لتمييز الخيار الانسب، ونورد اهم المقترحات التي نشعر انها سوف تصب في ميدان ترصين الفكرة.

١. التأكيد على ان يكون في القوانين المشرعة حديثاً معيارية واضحة او ضابط يلجأ اليه الافراد او المحكمة في حالة وان تضمن النص على اكثر من خيار ليكون هو البوصلة التي يستهدي بها من انعقد له التفضيل لانتقاء الانسب.

٢. في حال وان انعقد التفضيل لاحد اطراف العلاقة القانونية فنتوسم من القضاء ان يتحرى الدقة الشديدة والموضوعية التي تستند الى اسس قانونية رصينة لبيان مدى نجاح وموفقية هذا الطرف او ذاك في تفضيل الخيار الانسب بما يؤمن مصالحه من جهة وعدم الاضرار بالغير من جهة اخرى على الرغم من ان المشرع اطلق الانتقاء لمشئنة من له الحق في ذلك من دون محددات.

٣. التأني والتمعن والتوقف من قبل المحكمة في حال وان انعقد الخيار لها بالتفضيل، والركون الى معايير منطقية مقنعة قبل تفضيلها لاحد الخيارات المطروحة كي تاخذ بقصد المشرع وتلبي كذلك غايات الافراد، فعدم الدقة في انتقاء الخيار الانسب من قبل اطراف العلاقة القانونية يوجد ما يبرره وهو افتقار هؤلاء الافرد للثقافة القانونية اللازمة بينما من الصعب على المحكمة ان تتشبت باي مبرر كان في حال وان اخطأت في تقدير وتفضيل الخيار الانسب.

٤. بالنظر لاهمية الفكرة وعدم وجود ضابط أو معيار محدد لها وانما هي وفقاً لمشئنة احد اطراف العلاقة القانونية او المحكمة فلا بد ان يحكم هذا النطاق بمحددات لا يمكن الوصول لها الا بالدارسة والبحث والتقصي لذا نوصي باعطاء هذه الفكرة جانب اكبر في الدراسات الاكاديمية.

فكرة المفاضلة كوسيلة قانونية لضمان حقوق الافراد المدنية

م.د. رعد عداي حسين
